

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أبي بكر بلقايد

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



محاضرات في العقود الخاصة

مطبوعة بيداغوجية موجهة إلى طلبة السنة الثالثة ليسانس حقوق تخصص قانون خاص

من إعداد الأستاذة: قمار ليلى إدياز

السنة الجامعية 2022-2023

مقدمة:

يعد العقد من أهم المصادر الإرادية المنشئة للإلتزام باعتباره وسيلة لتبادل الثروات وتطور النشاط الإقتصادي والقانوني على السواء. لذا نجد العقود في تجدد وتطور مستمر. وتوفيرا للأمن القانوني يتدخل المشرع ليحدد الطريقة التي تبرم وتتفد بموجبها أكثر هذه العقود أهمية. ومن ثم يضاف إلى القواعد العامة المطبقة على سائر العقود، أنظمة خاصة تتكيف كل منها مع عقد بذاته. لذلك تعنون الدراسة لمختلف هذه الأنظمة بالعقود الخاصة أو المسماة. وسيتم من خلال المحاضرات تناول الرئيسية منها، من خلال التطرق إلى أهم عقد ينتمي إلى طائفة معينة طبقا للتقسيمات الواردة في القانون المدني الجزائري. عقد البيع من طائفة العقود الناقلة للملكية في باب أول، وفي باب ثاني عقد الإيجار المنتمي إلى طائفة العقود الواردة على الإنتفاع وعقد الوكالة بوصفه عقدا واردا على العمل.

تمهيد: العقود المسماة وغير المسماة

العقد حسب المادة 54 من القانون المدني الجزائري¹ هو "كل اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

و تتعدد تقسيمات العقود بتعدد النواحي التي ينظر من خلالها إلى العقد والأساس الذي يقوم عليه التقسيم "الإنشاء، الآثار...". وتقسم من حيث وجود تنظيم تشريعي خاص بها من عدمه إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة.

أولاً: العقود المسماة.

تسمى كذلك لأن المشرع سماها باسم خاص، وأفرد لها تنظيمًا خاصاً إضافة إلى القواعد العامة المطبقة على العقود بوجه عام². وذلك لكثرة تداولها واستقرار قواعدها، وذلك بغية تسهيل مهمة الأفراد في التعاقد، فيتم الاتفاق فقط على المسائل الجوهرية تاركين التفاصيل للتنظيم، وذلك دون إصدار إرادتهم بحيث تكون الأحكام في معظم الحالات في صورة قواعد مكملة لا تنطبق إذا اتفق المتعاقدان على استبعادها³. وكذا تسهيل مهمة القاضي من خلال ضبط طريقة تطبيق القواعد العامة بنص خاص مما أدى إلى تفوق الأحكام الخاصة على النظرية العامة للعقد.

وقد يهدف المشرع من خلال تنظيم خاص الخروج في شأن عقد من العقود عن المبادئ العامة ودون مراعاة لما هو وارد فيها، وهذا لغاية تتفق مع السياسة التشريعية⁴، وهو ما نجده في بيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع فيها.

نظم المشرع الجزائري العقود المسماة في القانون المدني بطريقة أخذ فيها بعين الاعتبار محل العقد وذلك ضمن 5 مجموعات:

¹ الأمر 58-75 المؤرخ في 1975/09/26 والمعدل والمتمم بالقانون 10-05 المؤرخ في 2005/06/20 والمعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13/05/1975 المتضمن القانون المدني.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء 4 -العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة- دار إحياء التراث العربي-بدون تاريخ-بيروت-ص2 وما يليها.

³ وقد تكون هذه القواعد أمرة لا يجوز الإتفاق على مخالفتها، كالقيد المنصب على الشراء لتوافر صفة الحظر الواردة في المادة 402 والتي تعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً شراء الحقوق المتنازع عليها من قبل عمال القضاء والمحامين إذا كان الحق يدخل في دائرة اختصاص الجهة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها. كما أن ظهور تصنيفات فرعية لأصناف كبرى للعقود، مثل عقد النقل المتفرع إلى نقل بحري، بري، جوي، نقل للأشخاص، ونقل للبضائع، أدى إلى إضفاء الطابع الأمر على بعض أحكامها ومنح الطرف الضعيف منها حقوقاً غير قابلة للتنازل.

⁴ -سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، 2009، مصر، ص 9، 10.

1-العقود التي تقع على الملكية في الباب السابع من المواد 351 الى 466: وهي البيع، المقايضة الشركة، القرض والصلح.

2- العقود المتعلقة بالانتفاع في الباب الثامن من المواد 467 إلى 548 وهي الايجار، العارية.

3-العقود الواردة على العمل في الباب التاسع من المواد 549 الى 611 وهي عقد المقاولة، عقد التسيير، الوكالة، الوديعة، الحراسة.

4-عقود الغرر في الباب العاشر من المواد 612 إلى 625 وهي القمار والرهان المرتب مدى الحياة، عقد التأمين.

5-عقد الكفالة الذي أفرد له المشرع الباب الحادي عشر لما يتميز به عن سائر العقود كونه عقد تأمين شخصي من 644 إلى 673.

إلا أن القصد من تنظيم هذه العقود ليس عدم الإعراف بغيرها. إذ تبقى حرية الأفراد في التعاقد - تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة في حدود النظام العام والآداب العامة- فكرة أساسية في القانون المدني. حيث تكون الإرادة قادرة على خلق أنواع غير معروفة من العقود، دون أن يكون لذلك حدود. ومن ثم يستحيل على المشرع أن يستعرض جميع صور العقود، لذا هناك دائما طائفة من العقود غير مسماة، تكون خارج إطار التنظيم التشريعي.

ثانيا: العقود غير المسماة.

إن مدلول العقد غير المسمى في القانون الحديث يختلف عما كان في القانون الروماني. والذي كان يقصد به ذلك العقد الذي لا ينعقد إلا إذا قام أحد طرفيه بالتنفيذ، فهي عقود لا تحميها دعوى، فالإتفاق لم يكن مرادفا للعقد. وقد ظهرت كاستثناء عن مبدأ الشكلية في العقود، إذ كانت القاعدة في القانون الروماني، أن مجرد توافق الإرادتين لا ينتج أي التزام إلا إذا أفرغ في الشكل المقرر¹. أما في القانون الحالي فالعقود غير المسماة، هي تلك لم يخصصها المشرع بتنظيم خاص لعدم أهميتها مقارنة بالعقود المسماة، حتى ولو كان لها اسم دارج بين الناس، حيث يقوم المتعاقدان بصياغة العقد بدافع الحاجة والمصلحة، إذ غالبا ما يسبق الواقع القانون². فيتترك المشرع أمر تنظيمها للقواعد العامة في

¹- رمضان محمد أبو السعود-شرح أحكام القانون المدني-العقود المسماة: البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين، القسم الأول،

منشورات الحلبي- 2010- ص 4

²-علي فيلاي-الالتزامات- النظرية العامة للعقد- موفم للنشر 2013-الجزائر- ص89

نظرية العقد فإذا لم يجد فيها حكماً تعين القياس على العقود المسماة وإلا تم الرجوع إلى المصادر الأخرى للقانون¹.

وكلما تعاظم شأن عقد من العقود-و التي تكون في غالبيتها عقوداً مركبة- تدخل المشرع ليتناوله بالتنظيم، ويتم ذلك غالباً بموجب تشريعات خاصة. وهو ما حصل بالنسبة لعقد الفندقية الذي يعد عقداً مركباً من عدة عقود (إيجار، ودیعة، عمل) إذ تدخل المشرع الجزائري، لكثرة تداول العقد وأصدر القانون 99-01 المؤرخ في 6 يناير 1999 المحدد للقواعد المتعلقة بالفندقية²، الذي تضمن انعقاد العقد وبيّن حقوق والتزامات الفندقية والزبون.

كذلك الأمر بالنسبة لعقد السياحة والسفر وهو أيضاً من العقود المركبة، باعتباره مزيجاً من العقود، تبرمها وكالات السياحة والسفر من أجل تنفيذ الرحلة، فعندما تقوم بحجز تذاكر السفر وأماكن الإقامة تبرم عقد وكالة وتبرم عقد نقل عندما تستعمل وسائل نقل مملوكة لها أو تقوم باستئجارها، وتبرم عقد مقابولة عندما تقوم بتنظيم رحلات شاملة فتقدم مختلف الخدمات السياحية للعميل. وقد تدخل المشرع بموجب القانون 99-06 المؤرخ في 04/04/1999 المحدد للقواعد التي تحكم نشاط وكالات السياحة والسفر³ ونظمه. الأمر ذاته بالنسبة لعقد البيع الإيجاري وعقد البيع على التصاميم، كما سيتم تبيينه لاحقاً. وتبقى عقود أخرى لازالت لم تحظ بالتنظيم القانوني مثل عقد الترحيل le contrat de déménagement وهو عقد يتضمن التزاماً بالمناولة la manutention وآخر بالنقل⁴.

و تبرز أهمية تقسيم العقود إلى مسماة وغير مسماة بشكل خاص في مجال تحديد الأحكام التي تسري على العقود المسماة، فقاعدة الخاص يقيد العام تقتضي أن يطبق على العقود المسماة النصوص الخاصة التي وافردها لها المشرع، فإذا لم يكن هناك أحكام خاصة تنظم المسألة المعروضة، وجب عندئذ تطبيق

¹- سمير عبد السيد تناغو- عقد البيع - الطبعة الأولى- مكتبة الوفاء القانونية - مصر -2009-ص 6

²-ج.ر عدد 2 لـ 1999/01/10.

³-ج.ر عدد 24 لـ 1999/04/07.

⁴-Cass. com. 20 janvier 1998, Bull. civ. IV, n° 26, n° 95-22190-Légifrance : <https://bit.ly/3ILPwII>

:« le contrat de déménagement est un contrat d'entreprise qui se différencie du contrat de transport en ce que son objet n'est pas limité au déplacement de la marchandise » .

الملاحظ أن المشرع الفرنسي لم يهتم بتكييف عقد الترحيل بطريقة مباشرة وإنما نص على تطبيق أحكام عقد النقل عليه إذا تضمنت العملية خدمة النقل:

Art. L 133-9- Code de commerce français -Création loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports : « Sans préjudice des articles L. 121-95 et L. 121-96 du code de la consommation, les dispositions des articles L. 133-1 à L. 133-8 relatives au voiturier s'appliquent aux entreprises de transport de déménagement dès lors que la prestation objet du contrat de déménagement comprend pour partie une prestation de transport. »

القواعد القانونية المتعلقة بأحكام النظرية العامة للعقد. أما العقود غير المسماة فيطبق عليها نوع واحد من القواعد القانونية المتمثلة بالقواعد العامة لنظرية العقد والتي تسري على جميع العقود المسماة وغير المسماة.

ثالثا: التكييف القانوني للعقود.

إن الطريقة التي يحدد بها القاضي في حالة عرض نزاع عليه بشأن عقد ما فيما إذا كان العقد مسمى أو غير مسمى فإنه يحدد ذلك عن طريق التكييف الصحيح المطابق للقانون. و هو إضفاء وصف قانوني للعقد من قبل القاضي للتعرف على القواعد القانونية التي يخضع لها، فيكون وصفا سليما يتفق مع ماهية العقد ومع النتيجة التي ارتضاها الطرفان كأثر له، دون أن يتقيد بتكييف المتعاقدين¹، إذ لا عبرة للألفاظ المستخدمة، حيث يتصدى القاضي لإرادة المتعاقدين، ويعيد تكييف العقد ليرز طبيعته الدقيقة من خلال تحديد عناصره الجوهرية، ويضفي عليه الوصف الصحيح دون أن يعد ذلك مساسا بالقوة الملزمة للعقد². لذا فإن القاضي لا يمكنه تكييف العقد قبل تفسيره للتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين من أجل القيام بمطابقة هذه المقاصد على النظام القانوني للعقود المعروفة. وبذلك يكون التكييف عملا قانونيا اجتهاديا، لتطبيق القانون على الواقع، تتولى المحكمة القيام به من تلقاء نفسها، وهو مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا³.

¹-المادة 29 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "كيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم.

يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه."

²- قرار المحكمة العليا- الغرفة المدنية بتاريخ 2011/09/22- مجلة المحكمة العليا عدد 1 سنة 2012-ص 128 وما بعدها: "العقد الذي يتعهد بمقتضاه اللاعب المحترف أن يقوم باللعب لفائدة الفريق المتعاقد معه هو عقد مقاوله والمنازعات الناشئة عنه هي منازعات مدنية ويفصل فيها طبقا لأحكام المادة 549 وما بعدها من القانون المدني فما ذهب إليه قضاة الموضوع من اعتبار النزاع يتعلق بعقد عمل متخلين بذلك عن اختصاصهم بالفصل فيه جاء مخالفا للقانون مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض والإبطال."

³- محمد حسنين-عقد البيع في القانون الجزائري- ديوان المطبوعات الجامعية-الطبعة الثالثة- 1990- ص 6

الباب الأول:

العقود الناقلة للملكية: عقد البيع

يعد عقد البيع من أهم العقود، بحيث يتصدر لائحة العقود المسماة عموماً والعقود الناقلة للملكية على وجه الخصوص، باعتبار الأداة الرئيسية لتداول الثروات واستثمارها في عالم المال والاقتصاد بتبادل الأموال بين الأفراد والاستثمار بها وبثمنها على نحو يمكن الشخص سواء من الانتفاع بها أو استغلالها أو التصرف فيها إلى الآخرين. لذلك كان للبيع على وجه الخصوص مكانة رئيسية في القانون المدني وقانون حماية المستهلك إذ أفردت له غالبية التشريعات أحكاماً خاصة تتلاءم مع أهميته، بهدف إقامة التوازن بين الأطراف. من خلال تطبيق القواعد العامة على هذا العقد، وسن قواعد خاصة تتناسب مع الأوضاع القانونية للصيغة بعقد البيع.

والبيع هو موضوع الفصل الأول من الباب السابع من القانون المدني المعنون بـ "العقود المتعلقة بالملكية"، فخصص القسم الأول للأحكام العامة لعقد البيع، وخصص القسم الثاني لبعض أنواع البيوع وهي: بيع ملك الغير، بيع الحقوق المتنازع فيها، بيع الشركة، البيع في مرض الموت وبيع النائب لنفسه. لذا سيتم من خلال دراسة هذا العقد التطرق إلى أركان البيع في فصل أول، ثم ما يترتب عليه من آثار في فصل ثاني. إلا أنه وقبل التطرق إلى تنظيم عقد البيع، وجب الوقوف على ماهيته من أجل تحديد مفهومه، خصائصه وما يميزه عن العقود التي قد تتداخل معه نتيجة التشابه القائم. ضمن فصل تمهيدي.

الفصل التمهيدي: ماهية عقد البيع

البيع هو أول تصرف قانوني عرفه الإنسان، ولكن في صورة مقايضة¹، التي كانت الصفة الأولى والوسيلة المعتادة للمبادلة قبل ظهور النقود. و بعدما أصبحت تتطوي على مشكلة صعوبة التوافق بين الرغبات المتقابلة، لم تعد وسيلة عادلة. مما دفع المجتمعات إلى اللجوء إلى سلع قياسية مثل الحبوب والملح، كي تكون مقياسا للقيمة. ومع حاجة الناس للتنقل السلع، ظهرت صعوبات في التعامل بهذه السلع، فهي تتطلب نفقات للتخزين وتكون عرضة للتلف والسرقة. لذا حلت محلها المعادن النفيسة من ذهب وفضة ونحاس، إلى أن ظهرت النقود في مرحلة أخرى وأصبحت مقياسا مستعملا في المبادلات في صورة بيع وشراء². وبغية الإحاطة بمفهوم عقد البيع، وجب تعريفه، وبيان خصائصه "المبحث الأول" للوصول إلى ما يميزه عن باقي العقود المشابهة له "المبحث الثاني".

المبحث الأول: تعريف عقد البيع وتحديد خصائصه.

يستدعي الإلمام بمفهوم عقد البيع التطرق إلى مختلف التعريفات التي وردت بشأن هذا العقد تبعا للتطور الذي عرفه "المطلب الأول"، انتهاء باستتباط الخصائص المميزة له وفق تعريفه في القانون المدني الجزائري، تفريدا له "المطلب الثاني".

المطلب الأول: تعريف عقد البيع.

إن طبيعة عقد البيع قد تطوّرت عبر العصور لذا فإنه للتعريف به، لابد من متابعة تطوره في القانون الروماني، القانون الفرنسي القديم والفقهاء الإسلامي "فرع أول"، وصولا إلى القانون المدني الحالي "فرع ثاني".

الفرع الأول: تطور عقد البيع.

لم يكن البيع أول ظهوره ينقل الملكية. ففي المجتمع الروماني، كان البيع يسمى الشراء والبيع مراعاة لتركيبه المزدوج، ويتم اختصاره في لفظ الشراء لا البيع³. وقد كان يتميز بكونه لا يصلح سببا

¹-لازال عقد المقايضة قائما في الوقت الحاضر، وعلى درجة من الأهمية على المستوى الدولي "استبدال ثروات باطنية بمواد غذائية"، ولكل من المقايضة والبيع خصائص تميزه. إلا أن وحدة الأثر الاقتصادي جعل المشرع الجزائري-على غرار تشريعات أخرى- ينص على سريان أحكام البيع على المقايضة بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، مثل الإلتزام بالتسليم، والإلتزام بالضمان. المادة 415 ق.م.ج.

²- سليمان مرقس- العقود المسماة- عقد البيع- الطبعة الرابعة- دار الهناء للطباعة -1980-مصر- ص 07. أيضا محمد صبري السعدي - الواضح في شرح القانون المدني- عقد البيع والمقايضة- دراسة مقارنة في القوانين العربية- دار الهدى، -2012-الجزائر- ص 14.

³- عبد الرزاق السنهوري، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة-المرجع السابق - ص20- هامش 3.

لاكتساب الملكية، ولا يرتب حتى التزاما بنقلها. كل ما كان يقع على عاتق البائع التزام بنقل حيازة هادئة تمكن المشتري من الإنتفاع بالمبيع، ولا تنتقل الملكية إلا بطرق أخرى مثل الإشهاد، التنازل القضائي، التسليم. وإن كان يستطيع المشتري أن يشترط على البائع نقل ملكية المبيع، وعندها يكون عل البائع أن ينقل الملكية للمشتري ولا يقتصر على الحيازة الهادئة.

أما في القانون الفرنسي القديم، فقد انتقل النظام السائد في القانون الروماني في هذا الصدد، إذ كان التسليم أهم الوسائل المادية لنقل الملكية. وفي تطور آخر أصبح البيع طريقا غير مباشر لنقل الملكية بعدما أصبح القبض أمرا صورا، إذ كان المتعاقدان يكتتابان في العقد أن القبض قد تم، وكانت الملكية تنتقل بذكر حصول القبض في العقد، إلى أن أصبح ذكر حصول القبض هو الآخر شرطا مألوفاً في العقد¹.

في حين نجد الفقه الإسلامي سباقا في اعتبار البيع ناقلا للملكية، حيث أن الحكم المباشر للعقد هو تبادل الملكية في المبيع والثمن²، حتى قبل القبض. وهو ما يتضح من خلال التعريفات الواردة بشأن العقد أهمها : عقد البيع هو تملك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمنا للمبيع³. كما أن التعريفات لا تفرق بين البيع والمقايضة، فالبيع في الفقه الإسلامي إما أن يكون بيع العين بالنقد، وهو البيع المطلق . أو بيع العين بالعين وهو المقايضة أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف، أو بيع مال آجل بثمن عاجل وهو السلم⁴.

الفرع الثاني: تعريف البيع في القانون الجزائري والقوانين المقارنة.

تعرف المادة 351 من القانون المدني الجزائري البيع بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". يتضح من خلال التعريف أن ا لمشروع الجزائري أكد على خاصية المقابل النقدي على غرار القانون المدني المصري⁵، حيث عرفه هو الآخر في المادة 418 كالآتي: " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". كما أن تعريف العقد -سواء في القانون المدني الجزائري أو المصري-

¹ - عبد الرزاق السنهوري، العقود التي تقع على الملكية- البيع والمقايضة-المرجع السابق- ص 350، 351

² - مصطفى أحمد الزرقاء- العقود المسماة في الفقه الإسلامي-عقد البيع- الطبعة الثانية- دار القلم- 2012- دمشق-ص 101

³ -محمد قذري باشا- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان- المادة249 - الطبعة 2-المطبعة الكبرى الأميرية- 1891- مصر- ص41

⁴ - مصطفى أحمد الزرقاء- المرجع السابق-ص17، 18.

⁵ - القانون رقم 131 لسنة 1948 الصادر في 1948/07/29 المتضمن القانون المدني المصري، والنافذ ابتداء من 15 أكتوبر 1949.

يجعل البيع لا يقتصر على نقل حق ملكية الأشياء، وإنما على كل حق مالي. هذا الأمر يجعل العنوان الذي يندرج تحته عقد البيع في القانون الجزائري، العقود المتعلقة بالملكية غير دقيق. ذلك أن الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء¹.

في حين يعرف التشريع المدني الفرنسي في المادة 1582 البيع أنه "اتفاق يلتزم بموجبه أحد طرفيه بتسليم شيء ويلتزم الطرف الآخر بدفع ثمنه"² فجده بصفة عامة دون ذكر صفة البائع والمشتري، كما جعل البيع يقتصر على حق الملكية، أي على الأشياء. لذلك يصعب القول في القانون الفرنسي بأن البيع يشمل الخدمات، إذا أخذنا بالمفهوم اللفظي للقانون³. وإن كان الفقيه SAVATIER لم يستبعد فكرة بيع الخدمات، واعتبر الخدمات مثل أي حق مالي يمكن أن يكون محلا لعقد البيع. وبالتالي يمكن بيع الرحلات السياحية. وقد نص المشرع الفرنسي صراحة على إضفاء وصف البيع على الرحلات السياحية⁴. ضف إلى ذلك أن المادة 1582 أكدت على التزام البائع بالتسليم، والمراد من ذلك جعل البيع ناقلا للملكية⁵.

المطلب الثاني: خصائص عقد البيع

يتضح من تعريف البيع أن للعقد خصائص، هي بمثابة عناصر جوهرية يتولى القاضي تحديدها، لإضفاء وصف البيع على المعاملة، فمنها ما ينفرد به البيع ويميزه عن غيره من العقود والتصرفات، وهو ما سيتضح في الفرعين التاليين.

¹ - المادة 674 من القانون المدني الجزائري.

² - l'article 1582 du Code civil français , loi 1804-01-30 promulguée Le 9 février 1804 : « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé ».

³ - في حين أن الإشكال غير مطروح في القانون المدني الجزائري، فنص المادة 351 صريح في اعتبار محل عقد البيع أي حق مالي.

⁴ - le code du tourisme français ,*Article L211-1,Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, art. 6 : « -Le présent chapitre s'applique aux personnes physiques ou morales qui se livrent ou apportent leur concours, quelles que soient les modalités de leur rémunération, aux opérations consistant en l'organisation ou la vente : a) De voyages ou de séjours individuels ou collectifs ... »

⁵ - جبروم هوييه " Jérôme Huet" - ترجمة منصور القاضي- المطول في القانون المدني- العقود الرئيسية الخاصة، المجلد الأول، القسم الأول-المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- طبعة أولى- 2003- ص 55.

الفرع الأول: عقد معاوضة ملزم لجانبين محدد القيمة

أولاً: البيع ملزم لجانبين: أي أنه يترتب التزامات متقابلة في ذمة طرفيه (البائع والمشتري)، تجعله عقداً تبادلياً. وطرفاه دائن ومدين في الوقت نفسه، فالبائع يلتزم بنقل ملكية شيء أو حق مالي آخر، والمشتري يلتزم بدفع الثمن¹؛ فمفهوم الترابط بين الالتزامات المتقابلة في الاصطلاح القانوني، يجعل تنفيذ التزام أحد الطرفين مرتبطاً بتنفيذ التزام الآخر، مما يمكن البائع أو المشتري من الإمتناع عن التنفيذ بسبب عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه². كما يجوز له التمسك بفسخ العقد³.

ثانياً: أن عقد البيع هو عقد معاوضة حيث أن البائع يحصل على مقابل لما ينقله إلى المشتري، والمشتري يحصل على مقابل لما يدفعه من ثمن للبائع⁴.

ثالثاً: البيع عقد محدد القيمة: حيث يعلم كل طرف مقدار العوض الذي يحصل عليه كمقابل لما أعطاه⁵. إلا أنه قد يكون احتمالياً⁶، إذا اتخذ الثمن شكل إيراد مرتب مدى الحياة طبقاً للمادة 613 من القانون المدني الجزائري، على أساس ارتباط مقدار الثمن بمدة حياة البائع. وحينئذ-أي متى كان احتمالياً-لا تطبق أحكام الغبن تطبيقاً لقاعدة الغرر يطرد الغبن⁷. كذلك الحال، إذا كان المبيع حق انتفاع فلا يمكن تحديد مدى المنفعة التي تعود على المشتري، وقت إبرام العقد، وذلك لانقضاء حق الإنتفاع بوفاء المنتفع. أو كان المحل حقاً متنازعا فيه فلا يمكن أيضاً تحديد مدى المنفعة التي تعود على المشتري وقت التعاقد لأنه قد يكسب الحق أو يخسره، فيكون البيع ذو طبيعة احتمالية⁸.

¹- طبقاً للمادة 160 من القانون المدني الجزائري: "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به".

²- المادة 123 من القانون المدني الجزائري.

³- المادة 119 من القانون المدني الجزائري.

⁴- يترتب على اعتبار البيع عقد معاوضة، أنه إذا باع المدين مالا من أمواله ورفع الدائن الدعوى البولصية-حماية للضمان العام- مطالباً بعدم نفاذ البيع، بغية التنفيذ على المبيع رغم تصرف البائع، يلتزم بإثبات علم المشتري بغش المدين البائع، المادة 2/192 من القانون المدني الجزائري.

⁵- عزيز كاظم جبر الخفاجي- أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي- الإنعقاد- الطبعة الأولى- منشورات زين الحقوقية-

2013-لبنان-ص 53

⁶- المقدار المقابل غير معروف في العقد الاحتمالي، وقت انعقاده، لأنه متوقف على حادث مستقبلي غير محقق الوقوع، أو تاريخ وقوعه غير محقق الوقوع: علي فيلال- الالتزامات- النظرية العامة للعقد- المرجع السابق-ص 72

⁷- عزيز كاظم جبر الخفاجي- المرجع السابق-ص 54.

⁸- طارق كاظم عجيل- الوسيط في عقد البيع- الجزء الأول- انعقاد العقد- الطبعة الأولى دار الحامد للنشر والتوزيع- 2010- الأردن-ص 47.

الفرع الثاني: عقد رضائي ناقل للملكية محله الحقوق المالية.

أولاً: هو عقد رضائي إذ يكفي لانعقاده تطابق إرادة البائع مع إرادة المشتري دون اشتراط إفراغه في شكل معين إذا تعلق الأمر بالمنقولات، أما بالنسبة للعقارات فقد اشترط المشرع الجزائري كتابة عقد بيع العقارات وتوثيقه وإلا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ثانياً: هو عقد يرد على الأشياء وعلى الحقوق المالية الأخرى، فلا يقتصر على حق الملكية وإنما يرد كذلك على سائر الحقوق المالية العينية، الشخصية والذهنية، ومن ثم يصح أن يكون محله حقاً شخصياً كما في حوالة الحق التي تعتبر بيعاً كلما توافرت فيها بقية مقوماته، وقد يكون محله بالحقوق الذهنية كالملكية الصناعية والأدبية.

ثالثاً: البيع ناقل للملكية، فينقل السلطات المخولة للمالك قانوناً بصفة نهائية¹. فإن تضمن العقد التزاماً تعهد بموجبه المشتري برد المبيع، إذا استرد الثمن، انتفى هذه الخاصية. و هو ما يسمى ببيع الوفاء². و هو بيع باطل لا يحمل مقومات العقد بموجب المادة 396 من القانون المدني الجزائري³.

و يعد البيع ناقلاً للملكية من البائع إلى المشتري بصورة آلية وتلقائية، في حالة ما إذا كان محله منقولاً معيناً بالذات⁴، أما إذا كان شيء معين بالنوع فإن دور عقد البيع يقتصر على إنشاء التزام في ذمة البائع بنقل الملكية. أما الملكية فتترتب على عمل مادي وهو الإفراز⁵، كذلك الأمر إذا كان محل العقد عقاراً أو إحدى الحقوق العينية الأصلية الواردة على العقار فإن العقد لا ينقل الملكية وإنما تنتقل بموجب الشهر.

¹ - من أهم خصائص حق الملكية أنه حق دائم يبقى لصاحبه ما بقي محله، مالم ينتقل لغيره، فيختلف بذلك عن حق الإنتفاع كحق عيني يقبل التاقيت فينقضي بانقضاء مدة معينة، وعن الحق الشخصي الذي يسقط بالتقادم. لذلك لا يجوز أن تقتصر الملكية بأجل فتكون مؤقتة، وإلا كان اتفاقاً باطلاً: محمد حسين منصور - الحقوق العينية الأصلية - الملكية والحقوق المتفرعة عنها - أسباب نقل الملكية - دار الجامعة الجديدة - 2006 - مصر - ص 18، 19.

² - مصطفى أحمد الزرقاء - المرجع السابق - ص 155.

³ - وقد ذهب المجمع الفقهي في دورته السابعة بجدة، بموجب القرار 1412/66 هـ - 1992م، إلى أن بيع الوفاء غير جائز شرعاً، لأن حقيقته، قرض جر نفعاً. فهو تحايل على الربا. المرجع السابق - ص 165.

⁴ - بالنسبة لبيع السيارات فإن العقد يخضع للتصريح بالبيع أمام مصالح البلدية كإجراء لنقل الملكية والإحتجاج بالبيع في مواجهة الغير، طبقاً للمادة 52 من القانون 14/01 المؤرخ في 19 أوت 2001 يتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها .

⁵ - أحمد السعيد الزقرد - الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي - جامعة الكويت - كلية الحقوق - مكتب الدراسات والاستشارات القانونية - دون سنة نشر - الكويت - ص 16.

المبحث الثاني: تمييز عقد البيع عن العقود المشابهة له.

قد يؤدي إبرام الأفراد لما شاءوا من العقود ضمن حدود النظام العام والآداب العامة إلى ظهور عقود تشترك مع البيع في بعض الخصائص، خاصة وأن القاعدة في العقود هو الأخذ بما اتجهت إليه نية الأفراد في تحديد نوع العقد وليس بالألفاظ فالعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني. لذا لا يقتصر تحديد ماهية البيع على تحديد عناصره وإنما يجب مقارنته بغيره من العقود التي تشترك معه في خاصية نقل الملكية "المطلب الأول" أو المقابل النقدي "المطلب الثاني"

المطلب الأول: البيع والعمليات القانونية التي تتضمن نقل الملكية.

يعد العوض وطبيعته النقدية معيارا للتمييز بين البيع وغيره من التصرفات الناقلة للملكية سواء بصورة نهائية أو بغرض الانتفاع مدة معينة مع الالتزام بالرد. وهو ما سيُبين تبعا في الفروع التالية.

الفرع الأول: البيع والهبة.

الهبة عقد¹ يتصرف بمقتضاه الواهب في ماله دون عوض، أما البيع فيلزم توافر المقابل النقدي، لذا يتجسد معيار التفرقة في نية التبرع كعنصر معنوي في الهبة². لكن قد يقوم التشابه بين البيع والهبة إذا كانت الهبة تتضمن إلزام الموهوب له بتكليف³ يتمثل في دفع مبلغ من النقود للمتبرع أو لشخص غير المتبرع، هنا العبرة بقصد المتعاقد ناقل الملكية: فإذا كان يقصد التبرع كان عقد هبة، أما إذا كان قصده هو المبادلة كان العقد بيعا. فإن حصل وكان التكليف قيمة نقدية تعادل حق الملكية الذي ينقله الواهب للموهوب له، اعتبر بيعا في حقيقته، خاصة إذا كان التكليف لمصلحة الواهب⁴، وتبقى نية التبرع من المسائل الواقعية التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها.

¹ - المادة 206 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول....."

² - لا يكفي التصرف في المال دون عوض من طرف الواهب دون نية التبرع. فقد يتصرف الشخص في ماله دون عوض، وليست عنده نية التبرع، ويظهر ذلك في حالة الوفاء بالتزام طبيعي، فحينها يوفي الشخص ديناً غير مجبر على الوفاء به، وليس متبرعا.

³ - المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري: "الهبة تملك بلا عوض. ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط."

⁴ - محمد صبري السعدي -الواضح في شرح القانون المدني-عقد البيع والمقايضة-المرجع السابق-ص38.

الفرع الثاني: البيع والوصية.

الوصية هي تصرف بإرادة منفردة مضاف إلى ما بعد الموت وهي من أعمال التبرع¹، لذا فهي تختلف عن البيع الذي يكون بمقابل مادي ويرتب أثره العيني - انتقال الملكية - في الحياة.

إلا أنه قد يتم الخلط بين العقدين ويعمد الموصي - تحايلاً على عدم جواز الوصية بأكثر من الثلث² - إلى صياغة وصيته في صورة عقد بيع. فيقوم القاضي بالتعرف على حقيقة قصد المتعاقدين إذا ما كان بيعاً أو وصية معتمداً في ذلك على عدة قرائن، مثلاً: بقاء المبيع في حوزة البائع وانتفاعه به³، وثبوت عدم انتقال الملكية إلى المتصرف إليه حقيقة⁴، التنازل عن الثمن، صدور تصرف في مرض الموت، اتفاق البائع والمشتري على أن تعود الملكية للبائع إذا توفي المشتري قبله.

الفرع الثالث: المقايضة والبيع.

كل من البيع والمقايضة هي عملية مبادلة، غير أن البيع هو مبادلة حق ملكية بمقابل مادي، أما المقايضة فهي مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر، ولكن قد يدق التمييز عندما يتعاقد شخص مع آخر على أن يعطيه داراً في مقابل أحد شيئين يختاره المتعاقد الآخر، مبلغ معين من النقود أو أرض معينة. فهنا العقد يكون بيعاً أو مقايضة بحسب المقابل الذي يختاره المتعاقد الآخر. كما قد ينشأ اللبس، إذا أعطى شخص داراً لآخر في مقابل أوراق مالية أو سبائك ذهبية، فهنا العبرة بطبيعة المقابل وقت العقد، ولو تمكنا من معرفة سعر المقابل وقت عرضه في الأسواق، وهو ليس نقداً، فيكون العقد مقايضة لا بيعاً⁵. أما في الفرض الذي يكون فيه المقابل جزءاً منه نقود والجزء الآخر حق ملكية، فهنا العبرة بالجزء الغالب، إذا كانت نقوداً كان بيعاً، وإن كان حق الملكية هو الغالب كان عقد مقايضة⁶. ولما كان العوض هو معيار التمييز بين البيع والمقايضة نص المشرع الجزائري على تطبيق

¹ - المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع "

² - المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري بنصها على " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما ازد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة. "

³ - المادة 777 من القانون المدني الجزائري.

⁴ - أحمد السعيد الزقرد - الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي - المرجع السابق - ص 39-40.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 29.

⁶ - المادة 414 من القانون المدني الجزائري. و يسمى المبلغ من النقود المكمل لقيمة المال الذي يقايض به، معدلاً: صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 498.

أحكام البيع على المقايضة بالقدر الذي تسمح به المقايضة¹، مثل الإلتزام بالتسليم، الضمان، دون أن يعني ذلك المزج بين العقدين.

الفرع الرابع: البيع والقرض.

يعتبر كل من البيع والقرض من العقود الواردة على الملكية مع الفارق المتمثل في أن نقل الملكية إلى المشتري في عقد البيع يكون بصفة نهائية، بينما القرض هو تمكين المقرض من الإنتفاع بمحل القرض مدة معينة، فالمقرض ليس مالكا بصفة دائمة وإنما عليه التزام جوهرى برد الشيء محل العقد بعد الإنتفاع به المدة المحددة في العقد²،

ما يحصل أنه قد يلجأ الأفراد لبيع العينة³، للإحتيال على القانون، حيث يخفي عقد شراء بثمن مؤجل، يليه بيع وردّ المبيع للبائع بثمن معجل أقل من المؤجل، ربا فاحش، فيسقط القاضي البيعين ويطبق أحكام القرض مع إسقاط الفائدة⁴.

الفرع الخامس: البيع والوفاء بمقابل.

الوفاء بمقابل هو إحدى طرق انقضاء الدين وذلك بتقديم مقابل يعوض على الشيء المستحق للدائن، طبقا للمادة 285 من القانون المدني، وهنا وجب تطبيق أحكام عقد البيع طبقاً للمادة 286 من القانون المدني، ومع ذلك يختلف البيع عن الوفاء بمقابل في أن البيع قائم بذاته في حين أن الوفاء بمقابل يفترض وجود التزام في ذمة المدين ناقل الملكية، ويكون المقابل انقضاء الدين⁵.

المطلب الثاني: البيع والعمليات القانونية التي تتضمن مقابلاً نقدياً.

تمكن الإحاطة بخصائص عقد البيع من تمييزه عن عقود العوض التي قد تشترك مع البيع في طبيعة المقابل، ولكن تختلف عنه لاختلاف العملية القانونية التي يقصد المتعاقدان تحقيقها. رغم ذلك، قد ينشأ الإلتباس وتصبح التفرقة، وهو ما يظهر خصوص في عقدي الإيجار والمقولة.

¹ - المادة 415 من القانون المدني الجزائري.

² - طارق كاظم عجيل- المرجع السابق-ص53

³ - و يسميه الفقيه Potier بـ: Mohatra pacte : - أنور سلطان-شرح عقدي البيع والمقايضة-دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني-درا النهضة العربية -1980-بيروت-ص33.

⁴ - المادة 454 من القانون المدني الجزائري : " القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك "

⁵ - أنور سلطان-المرجع السابق-ص32.

الفرع الأول: البيع والإيجار.

بينما يرتب البيع نقل ملكية مال من ذمة البائع إلى ذمة المشتري، فإن الإيجار يقتصر أثره على تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة لمدة محددة¹، فينشئ التزاما في ذمة المؤجر. لذلك يرتب عقد البيع آثارا فورية تتولد وتتقضي بمجرد انعقاد العقد، بينما ترتبط آثار الإيجار بمرور الزمن باعتباره من العقود المستمرة.

مع ذلك قد ينشأ التداخل بين العقدين إذا وقع العقد لا على الشيء ذاته، إنما على منتجاته أو ثماره. فالأصل هنا أن العقد إذا وقع على الثمار الدورية المتجددة دون الانتقاص من أصل الشيء-كمحاصيل الأرض الفلاحية- كان إيجارا. فإن وقع على المنتجات التي تنتقص من أصل الشيء إلى حد النفاذ كالفحم والبتروول والمعادن، كان العقد بيعا².

في هذا الإطار، وبعدما أصبح البيع يتصل بالإيجار أقر المشرع الجزائري ما يسمى بالبيع الإيجاري أو عقد البيع بالإيجار، حيث تم النص عليه لأول مرة بموجب المرسوم 97-35 المؤرخ في 14 جانفي 1997 المحدد لكيفيات وشروط بيع السكنات بالإيجار، لكن هذا المرسوم لم يكن دقيقاً في معالجة البيع بالإيجار لذلك صدر المرسوم التنفيذي 01-105 المؤرخ في 23 أفريل 2001، والمعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 03-35 المؤرخ في 13-01-2003³، والمعدل أيضاً بموجب المرسوم 04-137 المؤرخ في 21 أفريل 2004⁴، ثم المرسوم التنفيذي رقم 04-340 المؤرخ في 2 نوفمبر 2004⁵، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 14-288 لـ 15 أكتوبر 2014⁶.

بموجب المرسوم التنفيذي 01-105، كان البائع في عقد البيع الإيجار هو الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، حيث أن نصوصه أحالت مسألة تحديد كيفية تطبيقه إلى وزير السكن، وعلى هذا الأساس صدر القرار المؤرخ في 23 جويلية 2001 صدر قرار يتضمن نموذج البيع بالإيجار⁷، يظهر

¹ - المادة 467 القانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المعدل والمتمم للأمر 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني: عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم، ويكون هذا البدل في الأصل نقوداً إلا أنه يجوز أن يكون تقديم عمل".

² - صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 16.

³ - نشر بالجريدة الرسمية عدد 04 لـ 22-01-2003.

⁴ - الجريدة الرسمية عدد 27 لـ 28-04-2004.

⁵ - الجريدة الرسمية عدد 69 الصادرة في 03 نوفمبر 2004.

⁶ - ج.ر عدد 61 لـ 16-10-2014.

⁷ - ج.ر عدد 52 لـ 16-09-2001، وقد تضمنت ذات الجريدة قرارا يحدد شروط معالجة طلبات شراء المساكن في إطار البيع بالإيجار.

فيه البيع بالإيجار كتقنية مقتصرة على الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره. وبعد صدور المرسوم التنفيذي 03-35، تغيرت التسمية المقررة للمرسوم 01-105 إلى: "المرسوم المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار"، وذلك بغرض تمويل المشاريع بأي تمويلات بما فيها البنكية، لتخفيف العبء على ميزانية الدولة. وبناء عليه صدر القرار 04-05-2004 المتضمن نموذج بيع الإيجار¹، وأصبح البائع في عقد البيع بالإيجار هو متعهد في الترقية العقارية، ولم يعد النموذج مقتصرا على الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره.²

وعرّف المرسوم البيع بالإيجار بأنه: "صيغة تسمح بالحصول على سكن بعد إقرار شرائه بملكية ثابتة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب"، ويعرّف الفقهاء البيع بالإيجار أنه: "عقد يتفق بمقتضاه البائع والمشتري على تأجير عقار لمدة معينة مقابل التزام الأخير بدفع أجره دورية، فإذا أوفى المستأجر بجميع الدفعات الإيجارية المستحقة عليه طوال مدة العقد وفي مواعيدها المحددة تنتقل إليه الملكية دون أن يكلف بدفع مبالغ أخرى عند نهاية العقد، أما إذا تخلف عن دفع الأقساط يفسخ عقد الإيجار، ويكون على المستأجر إعادة محل العقد إلى المؤجر، مع استبقاء المؤجر للأقساط المدفوعة على أساس أنها بدل إيجار مقابل المنفعة بالسكن".³

ومن الناحية العملية يتم عقد البيع بالإيجار باتفاق يتم بين طرفين أحدهما هو المستفيد من المسكن⁴، والطرف الآخر هو الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره⁵، على أن يستأجر المستفيد المسكن مقابل أجره محددة، تختلف من مستفيد لآخر، بحيث يمتلك المستأجر العين المؤجرة بعد وفائه لعدد معين من أقساط الأجرة المقابلة لثمن المسكن. وبالتالي فإن عقد البيع بالإيجار -على خلاف البيع الذي يكون محله كل حق مالي- لا يرد إلا على الشقق ذات الإستعمال السكني طبقا للمادة 4 من المرسوم التنفيذي

¹ - ج.ر عدد 43 لـ 04-07-2004، وهو قرار يعدل ذلك الصادر بتاريخ 23-07-2001.

² - بوسنة إيمان - النظام القانوني للترقية العقارية - دراسة تحليلية - دار الهدى - 2011 - الجزائر - ص 131، 132.

³ - حوحو يمينه - عقد البيع في القانون الجزائري - الطبعة الثانية - دار بلقيس للنشر - 2021 - الجزائر - ص 119.

⁴ - اشترط المشرع الجزائري في المستفيد من السكن في إطار البيع بالإيجار بمقتضى المرسوم التنفيذي 01-105: - عدم ملكية السكن ملكية تامة، - عدم الاستفادة من إعانة الدولة لبناء أو شراء مسكن، - ألا يتجاوز مستوى مداخيل طالب الاستفادة 5 مرات الأجر الوطني الأدنى كحد أقصى، - سداد دفعة أولى لا تقل عن 25% من ثمن المسكن: بوسنة إيمان - المرجع السابق - ص 135.

⁵ - أنشئت الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره - عدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91 - 148 المؤرخ في 12 ماي 1991 - ج.ر عدد 25 صادر بتاريخ 1991/05/29

01-105. فهو إذن عقد ملزم لجانبين يرد على عقار، ومن ثم فهو عقد شكلي يجب إخضاعه لشكل رسمي تحت طائلة البطلان حسب المادة 17 من نفس المرسوم التنفيذي 01-105¹.

و هو أيضا من العقود المركبة أي مزيج بين عمليتي الإيجار والبيع، تنتقل فيه الملكية من تاريخ تسديد آخر قسط دون أن يكون لها أثر رجعي² حسب المادة 19 من نفس المرسوم التنفيذي 01-105. أي أن انتقال الملكية يتأخر لأجل معين، لا يتجاوز 25 سنة³. وهذا على عكس البيع بالتقسيط، حيث يعتبر المشتري الموفي لجميع الأقساط أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع.

الفرع الثاني: البيع والمقاول.

طبقاً للمادة 549 من القانون المدني فإن المقاوله هي القيام بعمل معين لصالح رب العمل مقابل لقاء مادي. وعليه، في حين يرد البيع على الملكية، يكون موضوع المقاوله القيام بعمل⁴.

إلا أن التداخل يدق في حالة ما إذا قام المقاول بتقديم العمل والمادة اللازمة لإتمام ذلك العمل، فهل يعد مقاوله بالنظر إلى العمل أم بيعا للمنتج النهائي؟ والراجح فقها أن تكيف العقد باعتباره بيع أو مقاوله يتم بالنظر إلى العنصر الغالب فيه؛ فإذا كانت قيمة المواد المقدمة أكبر من حجم العمل، فلا يمكن إغفال ذلك ويكيف العقد بيعا. أما إذا كانت قيمة العمل أكبر من قيمة المواد، فالعقد مقاوله⁵.

¹ - صدر القرار المؤرخ في 23-07-2001 يتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار، إلا أنه تم تعديله بموجب القرار المؤرخ في 04-05-2004 الذي ألغى النموذج السابق واستبدله بنموذج آخر.

² - باعتبار أن البيع بالإيجار من التصرفات الواردة على العقارات فهو يخضع لإجراء الشهر، رغم ذلك لا يؤدي الشهر إلى انتقال ملكية المسكن إلى المستفيد إذ تنص المادة 2/17 من المرسوم 01-105 على أنه "يجب أن يحدد العقد الطابع الموقوف للبيع بالإيجار في حالة عدم احترام المستفيد إحدى الشروط التي يتضمنها".

³ - المادة 2 من المرسوم التنفيذي 04-340 المؤرخ في 2 نوفمبر 2004: "يجب أن يسدد المستفيد مبلغ ثمن المسكن في كل الحالات بعد خصم مبلغ الدفعة الأولى على مدى لا يتجاوز 25 سنة".

⁴ - Cass. com.- 4 juillet 1989- pourvoi n° 88-14371 Bulletin 1989 IV N° 210 p. 141-: « [...] les contrats successivement conclus portaient non sur des choses dont les caractéristiques étaient déterminées d'avance par le fabricant, mais sur un travail spécifique pour les besoins particuliers exprimés par (le client), la Cour d'appel a pu en déduire qu'ils étaient constitutifs non pas de ventes, mais de contrats d'entreprise ». <https://bit.ly/3TNVNiN>

⁵ - هشام طه محمد سليم - العقود المسماة بالتطبيق على عقد البيع وعقد الإيجار على ضوء أحكام كل من القانون المدني المصري والقانون المدني البحريني- دون طبعة - دون دار نشر - 2014- ص 51.

الفصل الأول: أركان عقد البيع

لعقد البيع ثلاثة أركان طبقاً للقواعد العامة وهي: الرضا، والمحل والسبب، فإذا انعدم ركن من هذه الأركان كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً، وإذا كان البيع وارداً على عقار أو حقوق عقارية أضيف إلى هذه الأركان ركن الشكل الرسمي، لذلك فإن عدم إتباع الشكل الواجب يترتب أيضاً البطلان المطلق.

وقد وضع المشرع الجزائري قواعد خاصة تنظم أركان البيع الدراسة تكملة للقواعد العامة أو خروجاً عليها باستثناء ركن السبب الذي لم يرد بشأنه حكم خاص. وهو ما سيتم تفصيله من خلال مباحث تتضمن أركان العقد.

المبحث الأول: الرضائية في عقد البيع.

لا يعتبر العقد تاماً ولازماً إلا إذا تلاقحت إرادتي البائع والمشتري، أي تلاقي الإيجاب والقبول، والإيجاب هو التعبير البات عن الإرادة المقترن بقصد الارتباط الذي ينصب عليه إذا لحقه قبول مطابق له، فيكون غير ملزم في الأصل ويجوز الرجوع فيه، ما لم يقترن به قبول، إلا إذ حدد الموجب في إيجابه مدة معينة لصدور القبول، فهنا يلتزم بالإبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد، حيث يسقط الإيجاب من تلقاء نفسه إذا لم يلحقه قبول مطابق¹.

قد يكون الإيجاب موجهاً للجمهور عن طريق الإعلان في الصحف أو عرض البضائع في واجهات المحلات التجارية مع وضع الثمن عليها، فيكون إيجاباً صريحاً². لذلك يشترط لكي يعتبر التعبير عن الإرادة إيجاباً في عقد البيع :

1- أن يتضمن بياناً مفصلاً عن السلعة بما في ذلك الثمن وإلا اعتبر دعوة إلى التعاقد³، وهي ليست ملزمة لمن وجهها فيجوز له أن يرفض إتمام هذه الدعوة.

2- يبقى الإيجاب مرهوناً بتوافر السلع المعلن عنها فإذا نفذت السلعة وطلب أحد الأفراد بعد ذلك هذه السلعة اعتبر نفاذها سقوطاً للإيجاب.

¹- نبيل إبراهيم سعد - محمد حسين منصور - مبادئ القانون: المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام - دار النهضة العربية - 1995 - لبنان - ص 244.

²- سمير عبد السيد تناغو - مصادر الالتزام - الطبعة الأولى - مكتبة الوفاء القانونية - مصر - 2009 - ص 33

³- نبيل إبراهيم سعد - العقود المسماة - عقد البيع - الطبعة الثالثة - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - 2008 - ص 76.

3- يجب أن يبقى الإيجاب قائماً، فإذا صدر قبول من شخص لشراء أي سلعة بعد سقوط الإيجاب، فلا التزام على الموجب.

أما القبول فهو تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب حاملاً إرادة مطابقة لإرادة الموجب مضمونها قبول البيع فينقذ العقد¹.

في إطار عقد البيع ينصب التراضي على مسائل معينة حتى ينعقد البيع صحيحاً وتبقى الأمور التفصيلية خاضعة للقواعد المنظمة لعقد البيع في حالة عدم الاتفاق على خلافها. وهو ما يثير مسألة تفسيره وإثباته. (المطلب الأول). كما أن للرضا في عقد البيع صوراً مختلفة: يبين فيها المشرع زمن تحقق الركن وانعقاد البيع تبعاً لذلك (المطلب الثاني). وتعزيزاً لسلامة الرضا أقر المشرع في إطار الأحكام الخاصة بالبيع شرط علم المشتري بالمبيع علماً كافياً كشرط للصحة. ضف إلى ذلك أن مقتضيات حماية مصالح الطرف الآخر أو الغير قد تقيد حرية الشخص في التعاقد (المطلب الثالث). ويبقى البيع رضائياً مادام المبيع منقولاً، فإن كان المحل عقاراً أو حقاً عقارياً، استوجب القانون إفراغ البيع في قالب شكلي رسمي (المطلب الرابع).

المطلب الأول: موضوع التراضي، إثباته وتفسيره.

تعد ماهية العقد ومحلّه، مسائل جوهرية يجب توافق الإرادتين عليها لتحقيق ركن الرضا في البيع وانعقاد البيع دون الحاجة لإفراغه في شكل عرفي أو رسمي - في الأصل - (الفرع الأول) كما قد يتم التراضي بواسطة رسالة بيانات إلكترونية فيكون البيع إلكترونياً. (الفرع الثاني). وقد يثير العقد الذي لا يتم في محرر كتابي صعوبات لتفسيره وإثباته (الفرع الثاني)

الفرع الأول: موضوعات التراضي.

يجب أن ينصب التراضي في عقد البيع على:

أولاً: طبيعة العقد.

إذ يجب أن تتجه إرادة البائع إلى البيع وإرادة المشتري إلى الشراء، وبالتالي لا يكون هناك توافق على ماهية العقد إذا اتجهت إرادة أحد المتعاقدين إلى البيع واتجهت إرادة المتعاقد الآخر إلى عقد آخر² بأن يقصد الرهن مثلاً، فإن الإيجاب والقبول لم يتطابقا لا على الرهن ولا على البيع.

¹- نبيل إبراهيم سعد - محمد حسين منصور - مبادئ القانون: المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام - المرجع السابق - ص 245.

²- أنور سلطان - المرجع السابق - ص 40.

ثانياً: الاتفاق على المبيع.

يعد تطابق الإرادتين على المبيع من المسائل الجوهرية، إذ يجب اتجاه إرادة طرف العقد إلى قبول ذات الشيء الذي عرض الموجب بيعه وإلا لا يكون ثمة بيع. مثلاً: إذا طلب شخص من دار للنشر أن تبيعه كتاباً معيناً وتقبل أن تبيعه كتاباً آخر فإن العقد لا ينعقد لا على الكتاب المطلوب ولا على الكتاب الذي قبلت الدار ببيعه¹.

ثالثاً: الاتفاق على الثمن.

إذ لا ينعقد العقد إذا عرض أحد المتعاقدين البيع بثمن معين وقبل الآخر الشراء بثمن آخر، لكن إذا كان الفرض عكسياً بأن يعرض البائع البيع بثمن معين ويقبل المشتري الشراء بثمن أعلى انعقد العقد على الثمن الأقل باعتبار أن المشتري الذي قبل الشراء بالثمن الأعلى قد تضمنت إرادته الشراء بالثمن الأقل، فإذا كان طالب الشراء هو البادئ فعرض الشراء بثمن أعلى مما رضي به البائع كانت إجابة البائع إيجاباً جديداً لا يحتاج إلى قبول لأنه في مصلحة المشتري².

و ما دام المتبايعان اتفقا على البيع والمبيع والثمن، فقد تم البيع حتى وإن سكتا عن تحديد الأمور التفصيلية (مكان التسليم، زمان التسليم وعلى عاتق من تقع المصاريف...)، وعدم الاتفاق على هذه الأمور يدل على انصراف إرادة المتعاقدين إلى تطبيق القواعد المكملّة التي نص عليها القانون في عقد البيع مما يجعل العقد تاماً.

الفرع الثاني: التراضي في عقد البيع الإلكتروني.

مع التطور في مجال المعلومات والاتصالات اتسع استخدام وسائل الخطابات الإلكترونية في المعاملات التجارية الدولية، فأصبح التعبير عن الإيجاب والقبول في تكوين البيع يتم بوسائل إلكترونية في مجلس عقد حكمي افتراضي.

¹ - سي يوسف زاهية حورية-الوجيز في عقد البيع-دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية-دار الأمل للطباعة-2008-الجزائر-ص 33.

² - مورييس نخلة-الكامل في شرح القانون المدني-دراسة مقارنة-الجزء الخامس-منشورات الحلبي الحقوقية-2007-لبنان-ص 96.

فالببيع الإلكتروني¹ هو العقد الذي يتم إبرامه بين طرفين بوسيلة اتصال عن بعد² ويتم تنفيذه مادياً أو بوسيلة اتصال عن بعد أيضاً³، حيث يتم التعبير عن الإرادة بالخطابات الإلكترونية عن طريق رسالة البيانات⁴ التي يتم إنشاؤها، إرسالها أو استلامها بوسائل الكترونية أوضوئية، كالفاكس، التلكس، الهاتف... الخ ويتحقق الرضا تبعاً لذلك. حينها المعيار الزمني هو الذي يحدد فيما إذا كان العقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين أو بين غائبين⁵.

قد يتم البيع عبر الهاتف، فيكون تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان نظراً لوجود مجلس عقد حكمي⁶ وتعاقد بين غائبين من حيث المكان، فإذا تم الاتصال بين المتعاقدين بإرسال رسالة قصيرة، مرت فترة زمنية بين إرسال الرسالة والرد عليها لذلك فهو تعاقدًا بين غائبين.

أو بعرض البضاعة للبيع على التلفاز مع تحديد كامل أوصاف المبيع وسعره وأرقام الهاتف، ليتصل الراغب في الشراء فتصله السلعة إلى مكان إقامته ويتم الوفاء بعدة طرق: الشيك، بطاقة الإئتمان... إلخ⁷.

يكون التعاقد أيضاً عبر الانترنت، إذ يمكن أن يتم البيع عن طريق المراسلة من خلال البريد الإلكتروني، فيكون تعاقدًا بين غائبين من حيث الزمان والمكان، لوجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول ووصول القبول إلى علم الموجب عن الإطلاع على الرسالة. فهو تعاقد غير فوري.

¹ بموجب المادة 6 فقرة 2 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية-ج.ر عدد 28 لـ 2018/05/16، العقد الإلكتروني، هو العقد بمفهوم القانون 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصرياً لتقنية الاتصال الإلكتروني.

² تعرف المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك-ج.ر عدد 58 لـ 2013/11/18 تقنية الاتصال عن بعد بأنها كل وسيلة بدون حضور الشخصي والمتزامن للمتدخل والمستهلك يمكن استعمالها لإبرام العقد بين هذين الطرفين.

³ -طاهر شوقي مؤمن- عقد البيع الإلكتروني-دار النهضة العربية 2007-مصر-ص 26.

⁴ -تعرف اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لـ 2005/11/21- والتي بدأ نفاذها في 1 مارس 2013- في المادة 4/ب الخطاب الإلكتروني: "أي خطاب توجهه الأطراف بواسطة رسائل بيانات"، ويقصد برسالة البيانات حسب الفقرة ج: "المعلومات المنشأة أو المرسلّة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي". متاح على العنوان الإلكتروني: <https://bit.ly/3jLUzqU>

⁵ -ذنون يونس صالح المحمدي- نظرية الأمن التعاقدية-دراسة مقارنة-الطبعة الأولى -دار نون للطباعة والنشر-2018-

العراق-ص 56

⁶ -ماجد محمد سليمان أبو الخيل- العقد الإلكتروني-الطبعة الأولى -مكتبة الرشد-2009-الرياض- ص 34

⁷ -المرجع السابق-ص 28

كما يمكن أن يكون البيع عبر مواقع الشبكة الإلكترونية الدولية في صورة عرض موجه للجمهور، حيث يعرض المورد الإلكتروني السلع في لغة مثلاً تفيد أن البائع يريد منه أن يكون إيجاباً ينعقد العقد بقبوله من المتعاقد الآخر، فإذا اختار المتعاقد السلعة ظهر له عقد نموذجي للتمكن من الإطلاع على بنوده ويحتوي النموذج على خانات بها عبارات تفيد القبول أو الرفض، فيضغط على مفتاح القبول لينعقد العقد لحظياً¹. و غالباً ما يتضمن العرض صفحات إضافية تدعو المستهلك لإعادة تأكيد قبوله أو خياراته مرة أخرى².

كما يكون التعاقد عبر غرف المحادثات فيجتمع المتحادثان في نفس الوقت لإجراء محادثات فورية دون فاصل زمني فيصدر الإيجاب ويقترن به القبول بطريق سمعي بصري في المحادثات المزودة بكاميرا بالتفاعل بين أفراد يجمعهم مجلس افتراضي، فهو إذن عقد بيع فوري متعاصر، يندرج ضمن العقود التي تتم بين حاضرين في الزمن³

الفرع الثالث: تفسير عقد البيع وإثباته.

نص المشرع الجزائري على بعض القواعد العامة التي يخضع لها تفسير عقد البيع، فإذا كانت عبارات العقد واضحة لا يجوز للقاضي الانحراف عنها عن طريق تفسيرها، إلا أن دلت الظروف أن المتعاقدان قد أساءا استعمال هذا التعبير الواضح، فقصدوا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى، بل هو واضح في معنى آخر، فوضوح العبارة غير وضوح الإرادة⁴. فينحرف القاضي عن المعنى الواضح للفظ إلى المعنى الذي قصده المتعاقدان.

أما إذا كانت عبارات العقد غير واضحة وجب على القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عن المعنى الحرفي للألفاظ، حتى يزيل الغموض ويقطع التناقض الذي لم يقصده المتعاقدان، على اعتبار أن إرادة البائع والمشتري الحقيقية إنما هي واضحة ومحددة⁵. ويمكن للقاضي في سبيل الكشف عن النية المشتركة أن يستهدي بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين البائع والمشتري وفقاً للعرف الجاري، وإذا وجد هناك شك وجب تفسيره لمصلحة المدين⁶.

¹ - طاهر شوقي مؤمن-المرجع السابق-ص42.

² - محمد حسين منصور-أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك-دار الفكر الجامعي-2006-ص152.

³ -المرجع السابق-ص 86.

⁴ - طارق كاظم عجيل-المرجع السابق-ص 19.

⁵ -المرجع السابق-ص20.

⁶ - المادة 111 و المادة 112 من القانون المدني الجزائري

أما إثبات البيع فيتم طبقاً للقواعد العامة للإثبات المنصوص عليها في المادة 333 من القانون المدني، أي لا يجوز إثبات البيع إذا كان الثمن يزيد عن مئة ألف دينار جزائري (100.000 دج) إلا بالكتابة، أما إذا كانت أقل من ذلك فيجوز إثباته بالبينة أو القرائن، كل ذلك ما لم يتفق المتعاقدان بأن يكون الإثبات بالكتابة مهما بلغت قيمة المبيع أو كان العقد رسمياً في بيع العقار أو الحقوق العينية العقارية. عندما يتعلق الأمر ببيع إلكتروني فإن المستند الإلكتروني هو المرجع للوقوف على ما اتفق عليه الأطراف والتوقيع الإلكتروني هو الذي يضفي حجية على المستند¹. في هذا الإطار نص المشرع الجزائري بموجب تعديل القانون المدني 05-10 على الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني وذلك ضمن المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 معتبرا الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق²، واشترط في الكتابة الإلكترونية:

أولاً: أن تكون ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة: فيكون مضمونها قابلاً للإدراك، مفهومة لمن يطلع عليها ممن له مصلحة في الإطلاع على المحرر الإلكتروني³.

ثانياً: التوقيع الإلكتروني: وفق تعريف المشرع الجزائري في القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، التوقيع الإلكتروني هو بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق⁴. فيتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو مفاتيح تشفير خاصة يكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع حائز بيانات التوقيع، ويميزه عن غيره، بحيث يتم التحقق من التوقيع بواسطة جهاز برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني⁵.

¹ - ماجد محمد سليمان أبو الخيل-المرجع السابق-ص38

² -و قد اعتمدت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لـ 2005/11/21، مبدأ عدم التمييز بين العقود الورقية والعقود الإلكترونية، وعدم إنكار صحة الخطاب من الناحية القانونية لمجرد كونه في شكل إلكتروني: "المادة 8".

³ - طاهر شوقي مؤمن-المرجع السابق-ص 67.

⁴ - المادة 2 فقرة 1 من القانون رقم 15-04 مؤرخ في 01/01/2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين- ج.ر رقم 06 لـ 10 فبراير 2015. وطبقاً للمادة 2 / أ من قانون لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لـ 2001 الخاص بالقانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية، فإن التوقيع الإلكتروني هو بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة البيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً والتي جاز أن تستخدم للتحقق من شخصية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات. -مفتاح على العنوان الإلكتروني: <https://bit.ly/3VFAAYq>

⁵ -المادة 2 الفقرة 3، 5، 6 من القانون رقم 15-04 السابق الذكر.

ثالثاً: إمكانية الحفظ والاسترجاع أي الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو استلمت به، أما شرط الاسترجاع يقصد به إمكانية الإطلاع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات على نحو يتيح استخدامها عند الحاجة.¹، لذلك نص المشرع الجزائري على كيفية حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً ضمن المرسوم التنفيذي رقم 16-142 الصادر بتاريخ 05 ماي 2016، . فيتم ذلك باتخاذ تدابير تسمح بتخزين الوثيقة الإلكترونية على دعامة حفظ² يسمح في أي وقت بالنفاذ إلى كل محتواها واسترجاعها بواسطة الوسائل التقنية الملائمة³.

المطلب الثاني: صور الرضائية في عقد البيع.

إن تعيين اللحظة التي يتم فيها تبادل التعبير عن الإرادتين يحتاج إلى التحديد في بعض الصور. فقد يكون الرضا فوراً والبيع باتاً وقد يكون موصوفاً بحيث يصبح الإلتزام غير منجز، كما قد يسبق البيع اتفاق على إبرامه مستقلاً في صورة وعد بالتعاقد كمرحلة تمهيدية للبيع. فيكون لعامل الزمن دور إما في وجود ركن الرضا أو في نفاذ عقد البيع. هو ما سيتم التطرق إليه من خلال الفروع التالية للبحث في الآليات المقررة قانوناً لحماية للأطراف.

الفرع الأول: البيع بشرط التجربة.

هو البيع الذي يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة المبيع لقبوله أو رفضه ويكون له أن يلزم البائع بتمكينه من تجربة المبيع خلال المدة المتفق عليها، والغرض من اشتراط المشتري للتجربة هو التأكد من أن المبيع يلبي حاجاته الشخصية ويتفق مع ذوقه الخاص ويتبين من مدى صلاحيته للغرض المقصود منه. وإذا كان مصدر الحق في التجربة هو الاتفاق أو العادات الجارية فإنه في إطار حماية المستهلك أصبح مصدرها القانون، وذلك بمقتضى القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 25 فيفري 2009 المادة 15 منه، المتمم بالقانون 18-09 لـ 10/06/2018⁴.

¹ وهي ذات الشروط الواردة في المادة 6 و7 من قانون لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لـ 16/12/1996 . الإتفاقية متاحة على العنوان الإلكتروني: <https://bit.ly/3X1S9D9>

² المادة 2 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 05 ماي 2016 المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً -ج.ر عدد 28 لـ 08/05/2016- "دعامة الحفظ : أي وسيلة مادية، أيّا كان شكلها أو خصائصها المادية تسمح باستلام وحفظ واسترجاع الوثيقة الموقعة إلكترونياً."

³ المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 16-142 السابق الذكر.

⁴ ج.ر عدد 35 لـ 13/06/2018.

من حيث طبيعته القانونية، الأصل طبقاً للمادة 355 ف1 من القانون المدني أن البيع بشرط التجربة بيع معلق على شرط¹ واقف²، فإذا تحقق الشرط، بتمام التجربة وقبول المشتري بنتيجتها³، اعتبر هذا الأخير أنه قد تملك الشيء المبيع منذ البيع أي بأثر رجعي وليس فقط منذ قبول التجربة⁴، مع زوال كل الحقوق العينية التي تترتب على المبيع من جهة البائع خلال فترة التجربة، وثبوت تلك المترتبة من جهة المشتري⁵. أما إذا لم يتحقق الشرط سواء بعدم قبول المشتري للنتيجة أو لاستحالة إجرائها حينئذ فإن البيع لا ينتج أي أثر أي يعتبر كأن لم يكن مما يستلزم أن تبعة الهلاك في فترة التجربة تقع على البائع، لأن الملكية تبقى للبائع في هذه الفترة والمشتري لا يحوز المبيع إلا قصد تجربته، إذ مازال لم يحدث البيع أثره. كما يكفي في البيع بشرط التجربة سكوت المشتري، فيعد سكوته عن إعلان القبول أو الرفض رضا بالمبيع، يجعله ملتزماً نهائياً بالعقد⁶.

استثناء وطبقاً للمادة 355 فقرة 2، قد يتفق المتعاقدان على إحداث البيع لآثاره فور انعقاده بحيث تنتقل الملكية وتبعة الهلاك إلى المشتري فور الانعقاد والمشتري الحق في رفض المبيع إذا لم ترضه نتيجة التجربة، هنا يكون البيع معلقاً على شرط فاسخ، فإذا أعلن المشتري رفضه للمبيع انفسخ العقد بأثر

¹ - الشرط هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، يترتب على تحققه وجود الإلتزام - شرط واقف - أو زواله - شرط فاسخ - على أن يكون الشرط ممكناً، مشروعاً وألا يتوقف على محض إرادة المدين، فإذا كان على محض إرادة الدائن كان صحيحاً، ويكون صحيحاً إذا كان على محض إرادة المدين إذا كان فاسخاً.

² - هو شرط إرادي متوقف على محض إرادة الدائن بنقل الملكية لا المدين، فهو شرط صحيح.

³ - في فترة الشرط الواقف، حق المشتري غير مؤكد بل محتمل الوجود، لكنه حق وليس مجرد أمل، وبالتالي ينتقل إلى الورثة ويمكن من مباشرة الدعوى الصورية التي لا تستلزم أن يكون الحق مستحق الأداء، دون الدعوى غير المباشرة والبولصية: عبد القادر الفار - أحكام الإلتزام - الطبعة الأولى - الإصدار التاسع - دار الثقافة للنشر والتوزيع - 2007 - ص 154.

⁴ - بعد تعديل قانون العقود الفرنسي بموجب المرسوم 2016-131 أصبح الإلتزام نافذاً من وقت تحقق الشرط الواقف، ومع ذلك يمكن للأطراف الاتفاق على أن أثر تحقق الشرط يعود إلى تاريخ العقد، وهو ما تضمنته المادة 1304-6 :

Ordonnance n° 2016-131، 10 févr. 2016، portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations: JO. 11 févr. 2016- Art. 1304-6 : « L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive. Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. »

و هذا بعد الإتجاه الفقهي الذي رأى في الأثر الرجعي للشرط فكرة غير نافعة حيث أن عدم نفاذ العقد كافية لتبرير حقوق الدائن في فترة التعليق، وكفيلة بحماية حقوق من تحقق الشرط لمصلحته فتكون التصرفات التي باشرها المدين في فترة التعليق غير نافذة في حق الدائن إذا تحقق الشرط الواقف. و كونها أيضاً فكرة غير صحيحة نتيجة أن استثناءات فكرة الأثر الرجعي فاقت المبدأ: - شوقي بناسي - الشرط في قانون العقود - دار الخلدونية - 2020 - الجزائر - ص 264 وما بعدها.

⁵ - حسني محمد أحمد جاد الرب - تجربة المبيع وأثرها على التزامات الطرفين في عقد البيع - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دار الكتب القانونية - 2010 - مصر - ص 85

⁶ - حسني محمد أحمد جاد الرب - المرجع السابق - ص 144.

رجعي، يعود إلى تاريخ إبرام العقد لا إلى تاريخ إبداء عدم القبول، وزالت ملكية المشتري وأصبح البائع مالكا ملكية باتة بأثر رجعي¹.

و يكون إجراء التجربة خلال المدة المتفق عليها أو خلال مدة معقولة إذا لم يتم الاتفاق على المدة وعلى المشتري أن يقوم بالتجربة خلالها وإلا كان للبائع أن ينذره للقيام بها، فإذا لم يقم بها بالرغم من تمكنه من ذلك زال التعليق وأصبح العقد نهائيا، فالأصل في بيع التجربة القبول ما لم يعلن المشتري رفضه.

الفرع الثاني: البيع بشرط المذاق.

و هو البيع الذي يشترط فيه المشتري ألا يتم البيع إلا إذا تذوق الشيء المبيع وقبله، وهنا قد يرد شرط المذاق صراحة وقد يرد ضمناً لأن هناك أشياء لا يكف فيها لعلم المشتري بالمبيع مجرد التعيين والملاحظة حتى يتأكد من مدى ملاءمتها لذوقه الشخصي، أما عن الطبيعة القانونية للبيع بشرط المذاق فقد اعتبره المشرع الجزائري بمقتضى المادة 354 من القانون المدني بأنه لا ينعقد إلا من الوقت الذي يتم فيه إعلان قبول المبيع، فإذا قبل المشتري المبيع بعد المذاق تنتقل له الملكية من تاريخ القبول وليس من تاريخ الاتفاق، فلا يكون للقبول أثر رجعي، ذلك أنه قبل الإعلان لا يوجد عقد بيع لكن يتم ذلك بعد التذوق، وعليه فالتكييف الذي يتفق مع المادة 354 هو اعتبار البيع بشرط المذاق نوعاً من الوعد بالبيع أي أنه وعد صادر من البائع ولكن المشتري لم يقبل الشيء المبيع وإنما ترك ذلك بعد تذوق المبيع وإعلان رغبته للواعد بأنه قرر الشراء، فينعقد البيع من تاريخ صدور الرغبة، وبما أنه وعد بالبيع فإنه إذا مضت المدة المحددة للقبول وسكت الموعود له، عد سكوتة قرينة على الرفض يتحلل به الواعد من وعده بالبيع، وإذا هلك الشيء المبيع قبل قبول المشتري له فإن هلاكه يكون على البائع.

ويلتزم المشتري بالتذوق شخصياً في المدة المتفق عليها أو المدة التي يحددها العرف وفي المكان المتفق عليه أو المحدد عرفاً، والمشتري حر في القبول أو الرفض ولا يستطيع البائع إجباره بتذوق صنف آخر، كذلك لا يجوز للمشتري إجبار البائع تقديم صنف آخر لتذوقه².

الفرع الثالث: البيع المعلق على شرط الحصول على قرض.

نظم المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الإستهلاكي البيع الذي يكون موضوع قرض استهلاكي، في الحالة التي

¹ - شوقي بناسي-المرجع السابق-ص 138

² - نبيل إبراهيم سعد- العقود المسماة- عقد البيع- المرجع السابق ص 82.

يكون فيها الدفع على أقساط أو أن يكون مؤجلاً أو مجزئاً¹. فنصت المادة 10 فقرة 1 من المرسوم، بأنه لا يمكن اكتتاب أي التزام من طرف المشتري اتجاه البائع في إطار القرض الاستهلاكي ما لم يتحصل هذا الأخير على الموافقة المسبقة للقرض. كما تنص المادة 11 الفقرة 1 من نفس المرسوم، على أن البائع لا يلزم بتسليم أو تمويل السلعة موضوع عقد البيع إلا بعد إخطاره من طرف المشتري بتحصله على القرض، من جهة أخرى تشير المادة 12 الفقرة 1، إلى أنه لا تسري آثار عقد البيع إذا لم يعلم المقترض البائع بتخصيص القرض في أجل 8 أيام عمل ابتداء من تاريخ تبليغ الموافقة على الحصول على القرض. وفق هذه الأحكام، يكون البيع في إطار القرض الاستهلاكي معلقاً على شرط واقف وهو حصول المشتري المقترض على موافقة البنك المسبقة بالقرض، وإبلاغ البائع بذلك خلال 8 أيام من تاريخ تبليغه بالموافقة على القرض، وذلك كله حماية للمشتري².

الفرع الرابع: البيع مع حق المشتري في التراجع.

حق التراجع هو آلية قانونية نص عليها المشرع، وحق مقرر للمشتري قانوناً بموجب المادة 11 فقرة 2 المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، فيقتصر على المستهلك-حماية له- دون البائع³، حيث يستأثر لوحده بتقدير الإستمرار في البيع أو التراجع عنه. فقررت المادة أجلاً لتراجع المشتري مدته 8 أيام تحتسب من تاريخ إمضاء العقد، فلا تسري آثار البيع إذا مارس المقترض حقه في التراجع خلال هذا الأجل⁴. وهو ما أكدته المادة 19 من القانون 03-09 المتضمن حماية المستهلك وقمع الغش المتممة بالقانون 18-09 لـ 10/06/2018، معتبرة أن حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج يكون دون تسبب ولا مصاريف إضافية⁵. وإذا

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 12 مايو سنة 2015 يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج.ر. عدد 24 لـ 13 ماي سنة 2015 - المادة 1 فقرة 2: "القرض الاستهلاكي : كل بيع لسلعة يكون فيها الدفع مقسماً أو مؤجلاً أو مجزئاً".

² - علي فيلاي-العقود الخاصة-البيع-موفم للنشر-2018-الجزائر-ص 117.

³ - يختلف حق التراجع كحق قانوني للمستهلك عن بيع الوفاء -الباطل بموجب المادة 396 من قانون مدني- الذي يحتفظ فيه البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المباع في أجل معين. كما يختلف عن حق العدول الإتفاقي الذي يعبر عنه البائع أو المشتري في بيع العربون مقابل دفع قيمته كتمن للتخلص من البيع، حيث يتعلق الأمر بشراء لحق العدول.

⁴ - فإن تم البيع بالمنازل كان أجل العدول 7 أيام : المادة 14: عندما يتم بيع المنتج على مستوى المنزل فإن مدة العدول تكون سبعة 7 أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم السلعة. لا يمكن إجراء أي دفع نقدي قبل انتهاء هذه المدة.

⁵ - المادة 19 من القانون 03-09 المتضمن حماية المستهلك وقمع الغش المتممة بالقانون 18-09 لـ 10/06/2018: "...العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب. للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف إضافية. تحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتجات المعنية، عن طريق التنظيم."

اشترى المستهلك المنتج بوسيلة الكترونية، فإن قانون التجارة الإلكترونية الجزائري لـ 10 ماي 2018 يمكنه من حق التراجع عن العقد إذا تأخر المورد عن الإلكتروني عن التسليم، أو كانت السلعة غير مطابقة أو معيبة وإعادة إرسال المنتج على حالته خلال أجل أقصاه 4 أيام عمل من تاريخ التسليم الفعلي¹.

تهدف مهلة التراجع هذه إلى التأكد من رغبة المستهلك في الاستمرار في العقد، الذي إبرمه، وتعمل على ضمان تأكيد رضائه بالعقد². فإن تراجع زال البيع بأثر رجعي وكأنه لم يكن³. وهو حق مقرر للمشتري بموجب قاعدة آمرة، فيقع باطلا كل اتفاق على الإنقاص من مدته أو حرمانه من التمسك به⁴. وإن كان القضاء الفرنسي في قرار حديث لمحكمة النقض أصبح يمكن المشتري الذي سبق وأن مارس حق التراجع، من التنازل عنه ضمناً، من خلال الاستمرار في تنفيذ العقد وأداء أعمال تتعارض مع حقه في التراجع⁵.

الفرع الخامس: البيع بالعينة.

العينة هي جزء صغير أو صورة مصغرة من الشيء المبيع يسلمه البائع للمشتري قبل إبرام العقد ليسمح له بالتحقق من أوصاف المبيع والاستناد إليه لمعرفة مدى مطابقتها وقت التسليم⁶، فطبقاً للمادة 353 من القانون المدني فالبيع بالعينة هو بيع يشترط فيه أن يكون الشيء مطابقاً للعينة المتفق عليها سلفاً بين البائع والمشتري، لذلك فإن التكييف القانوني الراجح للبيع بالعينة أنه بيع بات نهائي منذ

¹ - المادة 22 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية: "في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لأجل التسليم، يمكن المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتج على حالته في أجل أقصاه أربعة 4 أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج، دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر. وفي هذه الحالة يجب على المورد الإلكتروني أن يرجع إلى المستهلك الإلكتروني المبلغ المدفوع والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتج، خلال أجل خمسة عشر (15) يوماً ابتداء من تاريخ استلامه المنتج".

² - يوسف شندي- اثر خيار المستهلك في الرجوع عن التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد- مجلة الشريعة والقانون - العدد 43-2010 جويلية ص-261.

³ - حوحو بمينة - عقد البيع في القانون الجزائري-المرجع السابق-ص194.

⁴ - يوسف شندي- اثر خيار المستهلك في الرجوع عن التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد- المرجع السابق-ص 289.

⁵ - Cass , 1 " civ -1 juill . 2020 - n ° 19-12855 -Gazette du palais- N° 29-1^{er} septembre

2020- P 33- <https://www.gazette-du-palais.fr/>

" la partie qui , faisant usage de la faculté contractuellement stipulée , a exercé son droit de rétractation , peut y renoncer en poursuivant l'exécution du contrat et en effectuant des actes d'exécution incompatibles avec cette faculté de rétractation.. L'acquéreur, qui a reçu la livraison de la pompe à chaleur commandée et accepté sans réserve les travaux d'isolation des combles prévus au contrat, renonce en conséquence à la faculté de rétractation antérieurement exercée. »

⁶ - حسني محمد أحمد جاد الرب-المرجع السابق-ص144

الوقت الذي اتفق فيه المتعاقدان على العينة، ما العينة سوى وسيلة لتعيين المبيع. و شرط المطابقة حينئذ سيكون شرطاً لصحة التسليم وليس شرطاً لترتيب البيع لآثاره¹. على البائع إذن أن يسلم للمشتري مبيعاً مطابقاً للعينة حتى يكون البائع قد نفذ التزامه وعلى المشتري قبول هذا المبيع؛ أما إذا وجد المشتري أن المبيع غير مطابق للعينة فله الحق:

- إما المطالبة بالفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه مع التعويض عن الضرر؛

- له أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني، وله أن يحصل على شيء مطابق للعينة على نفقة البائع بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال تطبيقاً لنص المادة 166 فقرة 2 من القانون المدني؛

- كما له أن يقبل المبيع غير المطابق مع المطالبة بإنقاص الثمن إذا كانت قيمة الشيء الذي قبله أقل من قيمة العينة².

و إذا هلك العينة، فإما أن يقع ذلك في يد المشتري وهو الغالب، وحينها يلتزم المشتري بإثبات ادعائه بعدم مطابقة المبيع للعينة. وإن وقع الهلاك بيد البائع وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق للعينة، التزم البائع بإثبات المطابقة³.

الفرع السادس: بيع العربون.

نص المشرع الجزائي على أحكام العربون في المادة 72 مكرر من القانون المدني بموجب التعديل 05-10 للقانون المدني، والعربون هو المبلغ الذي يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر وقت إبرام العقد، ويكون الغرض منه: إما جعل العقد نهائياً وإما إعطاء الحق لكل واحد منهما في العدول عن العقد وذلك بالرجوع إلى نية المتعاقدين.

ويستفاد من المادة 72 مكرر أن العربون متروك لاتفاق الطرفين، فإذا دُفع العربون وقت إبرام العقد ولم يتم الاتفاق صراحة أو ضمناً أن العربون إنما دفع لتأكيد العقد، كان دفعه يفيد احتفاظ المتعاقدين بحق العدول لكل منهما في مقابل خسارة ما يعادل العربون، وتعتبر هذه الخسارة بمثابة ثمن لاستعمال الحق في العدول فيصبح مستحقاً في ذمة العادل لمجرد عدوله بغض النظر عن حصول ضرر للطرف

¹- سليمان مرقس- المرجع السابق-ص 148 هامش رقم 3.

²- سي يوسف زاهية حورية- الوجيز في عقد البيع-المرجع السابق-ص 59

³-سليمان مرقس- المرجع السابق-ص 149.

الآخر أم لا¹، فالعدول في هذه الحالة، هو استعمال لحق ناشئ عن العقد، والعربون هو مقابل لاستعماله بخلاف التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي المتفق عليه مقدماً بين الدائن والمدين كجزاء عن الإخلال بالتزام، فهو إحدى ضمانات الوفاء بتنفيذا للقوة الملزمة للعقد². لذلك لا يكون مستحقاً إذا لم يثبت الضرر ويجوز للقاضي تطبيقاً للمادة 184 فقرة 2 من القانون المدني خفض من مبلغ التعويض الاتفاقي إذا كان مبالغاً فيه، في حين لا يجوز تخفيض قيمة العربون.

فإذا كان العادل هو من قبض العربون فإنه يردده ويرد مثله، وإذا كان العادل هو من دفع العربون فلا يجوز له استرداده، وإذا قصد المتعاقدان بالعربون اعتبار البيع نهائي وبات فلا يجوز للبائع ولا للمشتري الرجوع في البيع ويعتبر العربون حينئذ كجزء من الثمن فيلتزم كل طرف بتنفيذ التزاماته.

وتنص المادة أنه لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه في المدة المتفق عليها، وعليه يمكنهما الاتفاق على المدة التي يجوز خلالها العدول صراحة أو ضمناً، إذا انقضت هذه المدة اعتبر العقد باتاً ووجب استكمال التنفيذ، وإذا لم يعين للعدول مدة في العقد جاز للمتعاقد أن ينذر الطرف الآخر باستعماله حق العدول.

بالنسبة للطبيعة القانونية للبيع بالعربون، هناك من اعتبره عقد معلق على شرط واقف، هذا الشرط الواقف هو ألا يعدل أحد المتعاقدين عن البيع، فإذا انقضت المدة دون عدول تحقق الشرط وأنتج البيع أثره من وقت الاتفاق، وإذا تخلف الشرط - عدل احدهما - لم ينتج البيع أي أثر.

أما الرأي الثاني فقد اعتبره أنه عقد معلق على شرط فاسخ وهو عدول أحد الطرفين، فإذا تخلف الشرط اعتبر العقد منشئاً لآثاره منذ انعقاده، أما إذا تحقق الشرط ترتب على ذلك زوال العقد بأثر رجعي³.

لكن الرأي الراجح هو اعتباره ينطوي على التزام بدلي -الالتزام البدلي هو وصف للالتزام وهو أن يكون محل الالتزام شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر-، أي أن العربون هو البديل في التزام أصلي، يكون المدين ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد في عقد البيع ولكن تبرأ ذمته من هذا الالتزام إذا هو أدى مبلغ العربون⁴.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 111.

² - Jamel Djoudi- Arrhes - septembre 2018- Répertoire de droit civil -Dalloz- p17.

³ - سليمان مرقس - المرجع السابق- ص 75-76.

⁴ - غني حسون طه - غني حسون طه - الوجيز في العقود المسماة -الجزر الأول- عقد البيع - مطبعة المعارف -1970- بغداد-ص

الفرع السابع: المرحلة التمهيدية لإبرام عقد البيع.

يعد الوعد بالبيع صورة خاصة للتعاقد يمهد لنشأة البيع في المستقبل، عندما يبدي الموعود له رغبته في البيع أو الشراء خلال المهلة المتفق عليها، فينعقد بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له ويكون فيه التزام الواعد، الإبقاء على وعده خلال مدة الوعد وإبرام البيع عند إبداء الرغبة خلال تلك المدة. هو إذن عقد كامل ومؤقت، محله تسهيل إبرام البيع¹.

أولاً: الوعد بإرادة منفردة.

هو عقد يتعهد بمقتضاه طرف واحد بأن يبيع أو يشتري مالا معينا في حين يحتفظ الطرف الآخر بخيار إبرام العقد من عدمه، فلا ينعقد البيع إلا عندما يقرر الموعود له حق الخيار.

و ما يميز الوعد بإرادة منفردة هو أن الواعد يعبر عن إرادته في البيع أو الشراء فوراً، ولا يمكنه التراجع عن إرادته أثناء المدة التي يستغرقها الوعد، أما الموعود له فإنه لا يعبر له عن إرادته في البيع أو الشراء إلا إذا أبدى رغبته في التعاقد، لذلك فإن الواعد يشترط أن تتوافر فيه أهلية البيع وقت إبرام عقد الوعد، أما الموعود له فيكفي فيه التمييز وقت الوعد ويجب أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة وقت إبداء الرغبة في التعاقد.

قضت المحكمة العليا بأن الوعد بالتعاقد هو عقد، إذا اشتملت صيغته على طبيعة العقد الموعود به، والعناصر الأساسية أو الجوهرية التي لا ينعقد العقد بغير التراضي عليها، والمدة التي يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعود به خلالها.² فإذا كان الوعد بإبرام عقد شكلي، وجب أن يتم الوعد بالتعاقد في الشكل الذي يتطلبه القانون لقيام العقد الموعود به. من ثم يجب أن يتم تعيين المبيع والثلث والمدة التي يجب إبرام العقد فيها طبقاً للمادة 71 من القانون المدني، وكذلك الرسمية بالنسبة للوعد المتعلق بالعقارات والحقوق العينية العقارية حسب المادة 71 ف2 قانون مدني. وتنص المادة 353-1/2 من الأمر 76-105 الصادر في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل³ المعدل بموجب القانون 03-22 لـ 25/12/2003 المتضمن قانون المالية⁴ على رسم شهر عقود الوعد بالبيع، فكان الشهر من أجل

¹- بلحاج العربي - الإطار القانوني للوعد بالتعاقد: دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري المعدل عام 2005 وقانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016 - مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - إصدار دوري إضافي - السنة التاسعة - العدد 3 - العدد التسلسلي 35 - يونيو 2021 ص 193-194.

²- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1990/03/26 - الغرفة المدنية - ملف رقم 56500 - المجلة القضائية عدد 3-1992 - ص 112: "لا يكون للوعد بالتعاقد أي اثر إلا إذا عينت جميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه".

³- ج.ر عدد 81 لـ 18/12/1977.

⁴- ج.ر عدد 83 لـ 29/12/2003.

إخضاع الوعد لرسم الشهر وتحصيل الجانب الضريبي، دون أن يكون لذلك أثر على صحته، لذا ذهبت المحكمة العليا إلى أنه لا يترتب أي بطلان على عدم شهر الوعد بالبيع والأثر الوحيد هو أنه في حالة تصرف الواعد في العين، عد المتصرف إليه حسن النية، إلى حين إثبات سوء نيته، فإن تم شهره اعتبر المتصرف إليه سيئ النية في كل الأحوال.¹

(1)- الوعد بالشراء :

أي أن الواعد هو المشتري، وهو الذي يتعهد بشراء المال إذا قرر المالك الموعود له بيعه، لذلك فقبل إبداء الموعود له لرغبته في البيع يمكن للمشتري -الواعد بالشراء- شراء أموال مماثلة من الغير، المهم أنه ملزم بشراء المال محل الوعد عند إبداء الموعود له لرغبته في البيع.

إذا لم يعلن المالك عن خياره في الميعاد المحدد تحلل المشتري من وعده، أما إذا أعلن المالك عن قبوله وقرر البيع أصبح البيع تاماً في لحظة التحاق إرادة البائع بإرادة المشتري، وإذا رفض الواعد إتمام البيع بعد إعلان الموعود له لرغبته في البيع في الميعاد المتفق عليه كان للمالك أن يستصدر حكماً من القاضي يقوم مقام البيع إذا كان رضائياً، أما إذا كان شكلياً وكان الوعد مفرغاً في شكل رسمي حكم القاضي بإلزام الواعد بتنفيذ الشراء²، وإذا لم يكن مفرغاً في شكل رسمي ليس للقاضي إلا الحكم بالتعويض على الواعد المتراجع في وعده حسب المادة 72 قانون مدني. وهو ما سار عليه إجتهااد المحكمة العليا³.

(2)- الوعد بالبيع:

وهنا يتعهد البائع بالبيع إذا أبدى الموعود له رغبتة في الشراء فيكون الوعد حينئذ ملزماً للبائع ويستفيد الموعود له من حق الخيار⁴، فالموعود له هنا حر، وحق الخيار هو الذي يضيف على الوعد

¹-قرار المحكمة العليا بتاريخ 2013/12/12-مجلة المحكمة العليا-عدد 2-2013-ص337

²- بذلك يختلف الإيجاب الملزم عن الوعد بإرادة منفردة، حيث يكون الجزاء عند عدم تنفيذ الإيجاب الملزم والتراجع عنه هو التعويض فقط حسب المادة 63 من القانون المدني الجزائري، حيث لا يترتب على مفاوضات قبل العقد أثر قانوني باعتبارها عملاً مادياً ما لم يقترن قطعاً بخطئ يرتب ضرراً للطرف الآخر يوجب التعويض: بلحاج العربي الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-دار وائل للنشر-2010-الجزائر-ص139 وص 425.

³-قرار المحكمة العليا بتاريخ 1996/04/17-الغرفة المدنية-المجلة القضائية-العدد 1-1996-ص 99: " عند انعدام وجود وعد رسمي لبيع العقار، فليس أمام المطعون ضدها إلا المطالبة بالتعويض، كأثر قانوني لعدم تنفيذ إلزام قانوني، لا تتوفر فيه الشكلية القانونية. ومن ثم، فإن إستجابة قضاة الموضوع لمطلبها وإصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي، أساءوا تطبيق القانون وفهم إجتهاادات المحكمة العليا، مما يستوجب نقص قرارهم."

⁴- حق الخيار هو الحق الإرادي المحض، بمعنى المكنة أو القدرة التي تخول لصاحبها التأثير على مركز قانوني سابق: بلحاج العربي -الإطار القانوني للوعد بالتعاقد-المرجع السابق-ص 205

بالبائع خاصية العقد الملزم لجانب واحد، وإن تم الاتفاق على "تعويض التجميد" الذي يدفعه الموعد له للمالك، إذ سيكون تعويضاً عن تجميد المال في ذمة المالك أثناء فترة الوعد دون أن يتمكن من التصرف فيه، دون أن يتحول الوعد إلى عقد ملزم لجانبين¹.

ويلتزم حينئذ المتعاقدان على الاتفاق على المسائل الجوهرية وإلا كان الوعد بالبائع باطلاً والمتمثلة في المبيع، الثمن ومدة الوعد. حينها يكون للموعد له في فترة الوعد بالبائع التنازل عن حقه الشخصي للغير وفق أحكام وإجراءات حوالة الحق².

كما يقع على الواعد بالبائع في فترة الانتظار التزام بالامتناع عن عمل والمتمثل في الامتناع عن كل ما يعطل البيع، إذا استعمل الموعد له حق الخيار فلا يستطيع أن يبيع للغير وإلا قامت مسؤوليته العقدية، وللموعد له المطالبة بالتعويض نتيجة الإخلال بالوعد³. وإذا كان الغير عالماً بالوعد حينئذ يكون البيع غير نافذ في حق الموعد له ويحق له الرجوع بدعوى "عدم نفاذ التصرفات"، حيث يعتبر القضاء الجزائي⁴ أن العقد صحيح وليس للموعد له المطالبة بإبطاله. في حين قرر المشرع الفرنسي في إطار إصلاح قانون العقود بموجب الأمر 131-2016 لـ 2016/12/10 بطلان العقد الذي يبرمه الواعد مع الغير بالمخالفة للوعد متى ثبت علم الغير بوجود الوعد وهذا بمقتضى المادة 1124/3⁵. وهذا بعدما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة أن رجوع الواعد عن تعهده، خلال المدة الممنوحة للمستفيد للخيار، لا يحول دون إبرام العقد الموعد به⁶.

إذا لم يعلن الموعد له رغبته للشراء في المدة المتفق عليها يكون قد مارس حقاً له ولا مسؤولية عليه، ولا يلتزم إلا بدفع تعويض التجميد إذا اتفقا عليه، وبالمقابل يتحلل المالك من وعده⁷. في حين يعتبر

¹ - Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier- Droit des contrats spéciaux, 8^e éd- LGDJ-Lextenso- 2016- n° 110, p85.

² - Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier- -op.cité-§ n° 116-p 89.

³ - حيث لا يقضي القاضي بتنفيذ وعد البيع إذا كان نقل الحق من الواعد إلى الموعد له ممكناً، فإن تعذر ذلك، نشأ عن الوعد حق للموعد له في التعويض تطبيقاً لأحكام المادة 176 من القانون المدني الجزائري.

⁴ - قرار المحكمة العليا-الغرفة المدنية لـ 2009/11/22: "لا يترتب على الدعوى البوليصة إبطال التصرف"- مجلة المحكمة العليا- عدد 2- 2009- ص147.

⁵ - Ordonnance n° 2016-131, 10 févr. 2016-Précitée- Art 1124 , al 3 : «Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

⁶ - Ordonnance n° 2016-131, 10 févr. 2016-Précitée - Art 1124 , al 2 : « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. »

⁷ - قرار المحكمة العليا بتاريخ 2000/05/24-الغرفة المدنية-المجلة القضائية عدد 1- 2001- ص138: "المستفاد من القرار المطعون فيه أن المطعون ضدهما، التزمت بالبائع وأعطت المشتري الطاعن مهلة ليعلن خلالها عن رغبته في الشراء. وبعد فوات

العقد النهائي قد تم من لحظة إبداء الموعود له رغبته بالتعاقد¹ وليس من لحظة إبرام الوعد إذ ليس لإبداء الموعود له رغبته بالتعاقد أي أثر رجعي².

(3) - البيع بالتفضيل³:

عرف المشرع الفرنسي بموجب المادة 1123-1 من الأمر 2016-131 البيع بالتفضيل⁴ أنه العقد الذي يلتزم بموجبه أحد الأطراف بأن يعطي الأفضلية للمستفيد من الوعد في أن يتعامل معه في حال قرر الواعد التعاقد. فهو إذن كصورة للوعد بالبيع، عقد بمقتضاه يتعهد الواعد المالك إذا أراد أن يبيع شيئاً من أمواله أن يعرضه أولاً على الموعود له قبل أي شخص آخر، فإذا أعلن الموعود له عن رغبته في الشراء انعقد البيع النهائي، كأن يعد المؤجر المستأجر بمقتضى عقد إيجار بأن يخول له الأفضلية والأولوية في شراء العين المؤجرة إذا عزم بيعها. وعليه فإن الوعد بالتفضيل يولد التزاماً على المالك معلقاً على شرط واقف⁵ حيث أن التزام الواعد بعرض الشيء على الموعود له لشرائه متوقف على رغبة الواعد بالبيع، ويرتب حقاً شخصياً للمستفيد في مواجهة الواعد، معلقاً على ذات الشرط الواقف، فيظل الواعد مالكا للمال محل مشارطته التفضيل⁶. لذلك ليس من الضروري تحديد

المدة المتفق عليها لإبداء الرغبة في الشراء في الوعد بالبيع، لم يعلن المشتري عن نيته في إتمام الشراء فالتصرف في العقار بالبيع لشخص آخر، هو تصرف سليم من الناحية القانونية.

¹- إذا قام الموعود له ببيع المحل الموعود ببيعه في فترة الوعد، عدّ تصرفه هذا قبولا منه بالوعد بالبيع، إذ يفسر التعبير الضمني في ظل ظروف هذه العلاقة الخاصة بين الطرفين، تعبيراً عن القبول: - سمير عبد السيد تناغو - مصادر الالتزام-المرجع السابق-ص33، 34.

²- توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة- المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر- مصر- 1970 - ص69.

³- لم يتناول القانون المدني الجزائري الوعد بالتفضيل بالتنظيم رغم التعديل الذي لحقه في 2005 وفي 2007.

⁴- « Art. 1123.-Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter.

Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.

Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.

L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat."

⁵- فالشرط هنا صحيح قانوناً، ولا يتوقف على محض إرادة الواعد وفقاً للمادة 205 من القانون المدني، بل هو شرط مختلط، متصل بظروف خارجية قد تدفعه أن يتمتع عن التعاقد مع شدة رغبته في ذلك. - بلحاج العربي - الإطار القانوني للمرحلة السابقة

على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-المرجع السابق-ص145

⁶-المرجع السابق-ص144.

الثلث عند الاتفاق على المسائل الجوهرية كما هو الشأن في الوعد بالبيع حيث يترك تحديد الثمن في الوقت الذي يقرر في المالك البيع. ومادام أن الوعد بالتفضيل ليس من أعمال التصرف حيث أن الواعد لا يلتزم فيه بالبيع ولكن يلتزم بإعطاء الأفضلية للمستفيد للأهلية اللازمة للواعد هنا ليست مطلوبة عند إبرام الوعد إنما في وقت ممارسة الأفضلية¹.

ويقرر الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد لـ2016 في المادة 1123-2 للموعد له دعويين في مواجهة الواعد هما دعوى التعويض إذا تعاقد مع الغير على أساس الإخلال العقدي بالتزامه بالتفضيل سواء كان الغير عالماً أم لا بالوعد. ودعوى طلب إبطال العقد إذا ثبت علم الغير بالوعد. أو أن يحل الموعد له محل الغير في العقد. كما تخول ذات المادة الغير الاستفسار من الموعد له إذا كان هناك وعد بالتفضيل وفيما إذا كان ينوي الاستفادة منه، مع تحديد مدة معقولة للموعد له للرد على هذا الاستفسار الكتابي-الفقرة 3-و. في حالة عدم الرد خلال هذه المدة، يكون الغير قد أثبت حسن نيته فلا يستطيع الموعد له طلب إحلاله محل الغير في العقد أو إبطال العقد.²

ثانياً: الوعد الملزم لجانبين.

هو الذي يتعهد فيه الطرفان أحدهما بالبيع والآخر بالشراء طبقاً للمادة 71 قانون مدني، فكل طرف يعد الطرف الآخر بإبرام عقد البيع، ومع ذلك يبقى هذا العقد وعداً بالبيع وليس بيعاً لأن الطرفين يعدان بإبرام البيع مستقبلاً وليس في الحال، من ثمَّ يشترط في الوعد الملزم لجانبين الاتفاق على المسائل الجوهرية (المبيع، الثمن والشكل...إلخ). والوعد الملزم للجانبين غير ما يسمى البيع الابتدائي، فهذا الأخير هو عقد تمهيدي تترتب عليه كافة آثاره القانونية من وقت إبرام العقد، غير أن انتقال الملكية يكون بعد إتمام التسجيل. أما الوعد الملزم لجانبين فهو مجرد وعد بإبرام عقد في المستقبل، ومن ثم تقتصر آثاره على إلزام كل من المتعاقدين بإبرام العقد الموعد بناء على رغبة الطرف الآخر، وإلا سقط الوعد ولم يعد له أي أثر قانوني³.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص99.

² - أشرف جابر- الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنيعة قضائية وصياغة تشريعية ملحق خاص- مجلة كلية القانون الكويتية العالمية-العدد2-الجزء 2- نوفمبر 2017-ص 297.

³ - بلحاج العربي -الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة- المرجع السابق-ص134.

المطلب الثالث: صحة الرضا والقيود المنصبة على الحق في البيع والشراء.

حتى يكون الرضا منتجاً لآثاره القانونية في عقد البيع يجب أن يكون صحيحاً طبقاً للقواعد العامة، فتكون إرادة المتعاقدين سليمة من العيوب، وستقتصر الدراسة على عيب الغلط لاتصاله بحق العلم بالمبيع.(الفرع الأول).من ناحية أخرى، قيدت الأحكام الخاصة بعقد البيع في القانون المدني والقوانين المكملة المتعاقد في عقد البيع حماية لغيره، تنصرف بعضها للبائع وأخرى للمشتري وهذا إعادة للتوازن ومراعاة للمساواة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: صحة الرضا في عقد البيع.

أضاف المشرع الجزائري إلى القواعد العامة المتعلقة بصحة الرضا حكماً خاصاً بعيب الغلط الذي يشوب الإرادة يقضي بضرورة علم المشتري بالمبيع ليصح عقد البيع، وهو ما نصت عليه المادة 352 من القانون المدني التي استمدها المشرع من أحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية، فمن اشترى شيئاً لم يره، له الخيار عند الرؤية¹ والمقصود بها هو أن يكون للمتعاقد الحق في فسخ العقد أو في إمضائه عند رؤية محله إذا لم يكن قد رآه عند إنشاء العقد أو رآه قبله ولكن مضت مدة يحتمل تغييره فيها.

أما المشرع الجزائري فأجاز للمشتري إبطال العقد إذا وقع في غلط في صفة جوهرية للمبيع وأضاف حكماً خاصاً يقضي بضرورة علم المشتري بالمبيع علماً كافياً، فاعتبرت المادة 352 من القانون المدني العلم محققاً في إحدى الحالات التالية:

1-رؤية المبيع أو معاينته؛

2-اشتغال العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من التعرف عليه وتمييزه عن الأشياء الأخرى، فيكون الوصف بطريقة تقوم مقام الرؤيا المادية؛

3-إقرار المشتري في العقد بأنه عالمٌ بالمبيع، بإقراره يُغني عن الوصف والرؤيا، ويترتب على عدم علم المشتري بالمبيع حقه في طلب الإبطال برفع دعوى عدم العلم، والبطان هنا نسبي لمصلحته دون البائع.

إن كان عدم العلم الكافي يمكن المشتري من إبطال العقد، فإنه يتميز عن عيب الغلط طبقاً للقواعد العامة الذي يكون من حق كلا المتعاقدين، فالغلط كعيب من عيوب الإرادة لا يُفترض، بل على المدعي

¹ - عزيز كاظم جبر الخفاجي-المرجع السابق -ص168

أن يقيم الدليل على وقوعه بخلط في مسألة جوهرية، بينما دعوى عدم العلم فتثبت للمشتري الذي يفترض فيه عدم العلم وفيقع على البائع عبء إثبات العلم الكافي بالمبيع لأجل رفض دعوى المشتري بإبطال العقد¹. لذا هناك من الفقه من يعتبر أن طلب الإبطال على أساس المادة 352 من القانون المدني هو إبطال على أساس الغلط أيضا ولكنه غلط مفترض لا يطالب المشتري بإثباته².

و يسقط حق المشتري في خيار الرؤيا بمقتضى الشريعة الإسلامية:

أ/ برؤية المبيع وإجازة البيع. فلا يملك المشتري الإجازة إلا بالرؤية، سواء بالنظر أو بأي حاسة يطلع بها³.

ب/ موت المشتري قبل الرؤيا حيث يستقر البيع بوفاته.

ج/ تصرف المشتري بالشئ المبيع قبل أن يراه.

د/ هلاك الشئ المبيع أو تعييبه أو فقدانه قبل رؤية المشتري له⁴.

أما في القانون المدني فيسقط حق المشتري في طلب الإبطال على أساس عدم العلم علماً كافياً:

1- بإقرار المشتري بأنه عالم بالمبيع، ف قد لا يعاين المشتري المبيع، ويكون إقراره مخالفا لواقع الحال، فيسقط حقه في طلب الإبطال لعدم العلم. إلا أن المشرع منح المشتري، استثناء، حق التمسك بالإبطال رغم إقراره إذا تم هذا الإقرار نتيجة لتدليس البائع، حيث يكون الغش الوسيلة التي أدت إلى عدم علم المشتري بالمبيع علماً كافياً⁵.

2- ينقضي طلب المشتري في الإبطال بالتقادم طبقاً للمادة 101 من القانون المدني حيث تنص على رفع دعوى الإبطال خلال 5 سنوات من يوم علمه بالمبيع أو 10 سنوات من وقت التعاقد؛

3- يسقط أيضاً بتصرف المشتري في المبيع؛

4- يسقط حق المشتري في حالة هلاك المبيع في يده.

¹ - هشام طه محمد سليم-المرجع السابق-ص 86

² -مثلا: سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع-المرجع السابق-ص 67.

³ - مصطفى أحمد الزرقاء-المرجع السابق-ص 56.

⁴ - عزيز كاظم جبر الخفاجي-المرجع السابق-ص 178 وما بعدها.

⁵ - المادة 352 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري: "و إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به، إلا إذا أثبت غش البائع."

الفرع الثاني: قيود البيع والشراء.

تبرز الحرية التعاقدية على مستوى تكوين العقد في حرية الشخص في التعاقد من عدمه، فلا يجبر الشخص في الأصل على التعاقد أو على رفض التعاقد، كما للمتعاقد حرية اختيار المتعاقد الآخر وفي تحديد آثار التصرف القانوني، إلا أن عقد البيع منظم بأحكام تقيد هذه الحرية.

أولاً: تقييد الحق في البيع.

قد تنصب قيود على حق الشخص في البيع نتيجة عوارض الأهلية أو موانعها أو نتيجة اتفاقات.

1- الأهلية: باعتبار أن البيع هو عقد من عقود التصرف فيتطلب إبرامه بلوغ الشخص سن الرشد أي تسعة عشر (19) سنة كاملة على أساس أن عقد البيع من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإذا أبرمه شخص مميز فإن التصرف يتوقف على إجازة الولي أو الوصي، وإذا بقي التصرف قائماً فمن باب أولى أن يجيزه المميز بعد بلوغه سن الرشد.

2- منع البائع من البيع حماية للمالك: فإن أبرم البيع بصفته نائباً شرعياً: اشترط المشرع الجزائي بموجب المادة 88 من قانون الأسرة، حماية للقاصر، استئذان القاضي في حالة بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة والعقارات، وأن يتم البيع بالمزاد العلني. وإن كانت النيابة اتفاقية، فإن بيع الوكيل يقتضي وكالة خاصة للبيع، والتي تصح ولو لم يعين محل البيع: المادة 1/574 من القانون المدني.

3- الإفلاس: حيث يُمنع التاجر المُفلس من إدارة والتصرف في أمواله بما في ذلك عقد البيع، وهذا كأثر عن صدور حكم بشهر إفلاسه. المادة 1/244 من القانون التجاري.

4- الأموال المحجوز عليها: حيث يمنع المدين المحجوز على أمواله بوضعها تحت تصرف القضاء ضماناً للدائنين من بيع هذه الأموال المادة 646 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، حيث يكون البيع حينئذ غير نافذ في مواجهة الدائنين المستفيدين من إجراءات الحجز حماية لهم طبقاً للمادة 661 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

5- الحجر القانوني: فلا يجوز إبرام عقد البيع أثناء تنفيذ عقوبة جنائية وهذا كعقوبة تكميلية طبقاً للمادة 9 مكرر من قانون العقوبات² وإلا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً.

¹ - القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم. المادة 9 مكرر: أضيفت بمقتضى القانون رقم 06 - 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوباً بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية."

6- شرط المنع من التصرف: بإمكان البائع أن يشترط عدم التصرف في المال المبيع على أن يكون هذا الشرط مؤقتاً ومبرراً بمصلحة جدية ومشروعة، فإذا زالت المصلحة المبررة لهذا الشرط رُفِعَ القيد من قِبل المحكمة. فيكون الشرط صحيحاً في البيع مؤجل الثمن لمشروعية البائع المتمثل في ضمان استيفاء الثمن¹. فإن تم البيع مخالفة للشرط، كان التصرف باطلاً لعدم صلاحية التعامل في المحل بموجب الاتفاق. فإذا كان المبيع عقاراً وجب شهر شرط المنع من التصرف، وإلا لا يسري الشرط ولا الحكم الذي يقرره في مواجهة الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر، وهو ما نصت عليه المادة 86 و 87 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري².

وقد جعل المشرع من شرط المنع من التصرف مفروضاً بقوة القانون، فمنع المستفيدين من السكنات الاجتماعية الممولة من طرف الدولة من التنازل عنها وذلك بنقل ملكيتها إلى شخص آخر مدة 5 سنوات من تاريخ إبرام عقود التنازل لصالحهم وهذا بموجب قانون المالية لـ 2012³. كما المشرع موجب المرسوم التنفيذي 18-153 المتعلق بشروط التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة والمسيرة من ديوان الترقية والتسيير العقاري في المادة 9 على ضرورة إدراج شرط المنع من التصرف في حالة اختيار صيغة الدفع بالتقسيط لحين دفع الثمن كاملاً⁴. ويتمثل البائع المشروع الذي فرض المشرع من أجله الشرط حرص الدولة على اقتصار الاستفادة من هذه السكنات والامتيازات

¹ محمد حسين منصور- شرط الاحتفاظ بالملكية- دار الجامعة الجديدة- 2007- مصر -ص 93

² المادة 86 من المرسوم 63/76، المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري- ج.ر عدد 30 لـ 1976/04/13: "إن فسخ الحقوق العينية العقارية، أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثراً رجعياً لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض قد تم إشهاره مسبقاً، أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون تطبيقاً للقانون. المادة 87 من المرسوم 63/76: "إن الخلف الخاص لصاحب حق عيني عقاري الذي أشهر العقد أو القرار القضائي الذي يثبت فيه حقه الخاص لا يمكنه الاعتراض على العقود بين الأحياء والتي تم إعدادها بصفة مميزة من أجل إثبات شروط عدم قابلية التصرف المؤقت، وجميع التقييدات الأخرى بحق التصرف، أو على القرارات المذكورة، تم إشهارها مسبقاً عن الإشهار المعطى لحقه الخاص"

³ المادة 58 من القانون 11-16 المؤرخ في 2011/12/28 المتضمن قانون المالية لـ 2012. ج.ر عدد 72 لـ 2011/12/29: "تعديل المادة 57 من القانون رقم 07 - 12 المؤرخ 30 ديسمبر سنة 2007 والمتضمن قانون المالية لسنة 2008 المعدلة بالمادة 22 من القانون رقم 11 - 11 المؤرخ في 18 يوليو سنة 2011 والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 وتحرر كما يأتي": المادة 57: "تعد غير قابلة للتنازل من طرف المستفيدين منها، السكنات الاجتماعية التساهمية المسماة حالياً السكنات الترقية المدعمة وكل السكنات التي استفادت من دعم الدولة، وذلك لمدة 5 سنوات ابتداء من تاريخ إعداد عقود التنازل لصالحهم باستثناء انتقال الملكية بسبب الوفاة".

⁴ المرسوم تنفيذي رقم 18-153 مؤرخ في 4 جوان 2018، يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة والأملاك المسيرة من طرف دواوين الترقية والتسيير العقاري. ج.ر عدد 33 لـ 6 جوان 2018.

الممنوحة على الأفراد الذين لا تسمح قدرتهم الشرائية الحصول على السكن ومنعا للمضاربة بهذه السكنات¹.

7- منع المريض مرض الموت من البيع: يعرف مرض الموت بالمرض الذي يغلب فيه الهلاك، ويعجز صاحبه عن إقامة مصالحه خارج البيت إن كان رجالاً، وداخل البيت إن كان امرأة، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان المريض ملازماً فراشه أو لم يكن². فيشترط فيه بذلك أن يكون مرضاً مخوفاً، تتصل به الموت³.

طبقاً للمادة 408 من القانون المدني الجزائري، لا يمكن للمريض مرض الموت البيع سواء بنفسه أو بواسطة وكيل، سواء كان المشتري وارثاً أو من الغير. وقد فرق المشرع الجزائري من خلال نص المادة في الحكم بين البيع لوارث والبيع للأجنبي غير الوارث. فإن تم البيع لوارث، لا يكون نافذاً في حق الورثة-باعتبارهم من الغير- إلا إذا أقرروا البيع. فإن لم يقرروا عدّ المبيع جزءاً من مشتملات التركة، ولا يستطيع الوارث إلا المطالبة بثمن البيع إذا ثبت أنه قد دفعه⁴.

أما إذا تم البيع لغير الوارث كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة الورثة الذين لهم حق الإجازة، إذ اعتبر المشرع الورثة طرفاً في هذه الحالة⁵. وهو حكم خاص لحالة البيع في مرض الموت كحالة استثنائية،

¹ - أحمد بوشنافة-الشرط المانع من التصرف في السكنات المستفيدة من إعانة الدولة-مجلة المحامي-منظمة المحامين-سيدي بلعباس-العدد 7-السنة 8-مارس 2013-ص 33

² - أحمد محمد علي داود : أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني- الجزء الأول -الطبعة الأولى-دار الثقافة للنشر والتوزيع-2011 - ص 242، 243.

-عرف قضاة المحكمة العليا مرض الموت في قرار صادر بتاريخ 1984/07/09-المجلة القضائية عدد3-1989-ص 51: "متى كان من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص. إذا كان الثابت أن الطاعنين لم يستطيعوا إثبات أن البائع لم يكن يملك تمييزه ولا صحة إدراكه وقت تصرفه، وأن المرض الأخير الذي اعتراه أدى إلى تصرف باطل، فإن قضاة الموضوع اقتنعوا بما لهم من أدلة يكون المرض الأخير لم يكن مرضاً من شأنه أن يفقد المتصرف مراقبة أمواله وقد وفقوا فيما قضوا به في النزاع المطروح أمامهم، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن المؤسس على مخالفة أحكام هذا المبدأ".

³ - أحمد محمد علي داود-المرجع السابق-ص 245

⁴ -يمينة حوحو - عقد البيع في القانون الجزائري-المرجع السابق-ص 226

⁵ -جاءت أحكام البيع في مرض الموت في مرشد الحيران كالآتي:-المادة 264: "بيع المريض في مرض موته لوارثه موقوف على إجازة بقية الورثة ولو كان بثمن المثل، فإن أجازوه جاز، وإن لم يجيزوه بطل."، المادة 265: "يجوز بيع المريض في مرض موته لغير وارثه بثمن المثل أو بغين يسير، ولا يعد الغين اليسير محابة عند عدم استغراق الدين". محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان-المرجع السابق - ص 43

خرج فيها المشرع الجزائري عن القواعد العامة، حماية للورثة، إذ لا يعد المريض مرض الموت في حكم ناقص الأهلية ولا من شابت إرادته عيب الإرادة .

ثانياً: تقييد الحق في الشراء.

حيث يحرم بعض الأشخاص من أن يكونوا أطرافاً في عقد البيع بصفتهم مشترين لوجود حظر تشريعي، انتقاء لاستغلال نفوذهم.

(1)- منع أعوان القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها طبقاً للمادة 402 من القانون المدني: حظر المشرع هذا الشراء شرط أن يكون الحق المتنازع فيه مطروحاً على الجهة القضائية التابعة لاختصاص أعوان القضاء أو المحامين -محكمة، مجلس قضائي، المحكمة عليا ومجلس الدولة...- وشرط أن يكون هذا الشراء قد تم أثناء ممارسة هذه الفئات لمهامها في تلك الجهات القضائية المختصة بالنزاع، إذ لا بد من اكتساب صفة القيد وقت إجراء الشراء لانطباق الحظر. سواء اشترى بأسمائهم أو بأسماء مستعارة¹ . وردت هذه الفئات على سبيل الحصر لا المثال في المادة 402 من القانون المدني، لأن النص يعد حظراً استثنائياً وارداً على القاعدة العامة، وهي:

أ-القضاة: سواء كانوا قضاة حكم أو نيابة أو تحقيق؛

ب-المدافعون القضائيون: لم تعد مهنة المدافع القضائي معروفة في الجزائر، فكان عملهم مقيد من حيث درجات التقاضي، يرافعون أمام محكمة الدرجة الأولى فقط . فكان المنع يشمل الحقوق المتنازع فيها التي تدخل في اختصاص الهيئة القضائية التي يباشرون في دائرة اختصاصها عملهم، سواء قد وكلوا بالحق المتنازع فيه أم لا؛

ج-المحامون: للمحامي اختصاص وطني فلا يرتبط بمحكمة أو مجلس قضائي فإن المنع يشمل جميع الحقوق المتنازع فيها على المستوى الوطني؛ سواء كان المحامي وكيل أحد الخصوم أم لا لصراحة النص.

¹يرجع هذا الحظر إلى ما في ذلك من إخلال بسير العدالة أو على الأقل مساس بهيبتها، إذ يدفع هذا الشراء رجل القضاء الذي اشترى الحق المتنازع فيه إلى استغلال مركزه للتأثير في الفصل في النزاع بما يحقق مصلحته، أو يدفع الناس إلى الاعتقاد بذلك: سمير عبد السيد تناغو- عقد البيع-المرجع السابق-ص 366

د-الموثق: يحظر عليه شراء الحقوق المتنازع عليها على المستوى الوطني لأن اختصاصه الإقليمي يمتد إلى كامل التراب الوطني¹؛

ه-كُتَاب أو أمناء الضبط²: لا يجوز لكاتب الضبط شراء الحق المتنازع فيه إذا كان داخل اختصاص المحكمة أو المجلس الذي يمارس فيه مهامه.

فيكون جزاء مخالفة الحظر بالنسبة لهذه الفئات، إذا توافرت شروطه، البطلان المطلق، لكل ذي مصلحة التمسك به.

(2)-منع تعامل المحامين والمدافعين القضائيين مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها: وهذا طبقاً للمادة 403 من القانون المدني التي جاءت مكملة لنص المادة 402 قانون مدني، فجاءت أوسع منها كونها شملت جميع أنواع المعاملات شراء، هبة، مقايضة، إيجار...إلخ، لكنها تشترط أن يكون المحامي موكلًا في الحق المتنازع فيه. فيكون الجزاء البطلان المطلق.

(3)-منع النائب من شراء ما كلف ببيعه بحسب المادة 410 من القانون المدني: فلا يكون نائباً عن البائع وأصيلاً عن نفسه . ذلك أن النائب ملزم بالمحافظة على مال من وكله للقيام بشؤونه فيحظر عليه شراء ما كلف ببيعه، إلا أن الجزاء هنا هو البطلان النسبي³ إذ يمكن لمن تم البيع لحسابه أن يجيزه حسب المادة 412 من القانون المدني.

¹ - المادة 02 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم التوثيق-ج.ر عدد 14 لـ 8 مارس 2006: "تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق تسري عليها أحكام هذا القانون والتشريع المعمول به، ويمتد إختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني

² -تنقسم الأسلاك الخاصة بمستخدمي أمانات الضبط إلى سلك أمناء أقسام الضبط وسلك أمناء الضبط وهذا طبقاً للمرسوم التنفيذي رقم 231/90 المؤرخ في 28-07-1990 -ج.ر عدد 44 لـ 17 أكتوبر 1990 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 98-01 المؤرخ في 04/01/1998-ج.ر عدد 1 لـ 07/01/1998 المتضمن القانون الأساسي الخاص الذي يطبق على موظفي كتابات الضبط للجهات القضائية.

³ - وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في تعديل قانون العقود ل بموجب المرسوم 131-2016، حيث اعتبر أن تعاقد النائب مع نفسه تصرفاً باطلاً، رابطاً إياه بنظرية البطلان لا بنظرية النيابة:

ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Art 1161 : « Un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté. » En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié. »

إذ لا يتوافر مفهوم النيابة في هذا الفرض، فموضوع النيابة هو القيام بتصرف قانوني مع الغير نيابة عن الأصيل لا مع الذات، فقيام النائب بالبيع لنفسه بنفسه تنتفي فكرة النيابة من أساسها، ذلك أن شخصاً واحداً يبرم نفس العقد بالأصلالة عن نفسه والنيابة عن غيره:- محمد عرفان الخطيب-نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث-الثابت والمتغير-قراءة نقدية في قانون إصلاح

(4)- منع السماسرة والخبراء من شراء الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقديم قيمتها : حسب المادة 411 من القانون المدني، حيث يتوسط السماسر بين طرفين للتقريب بينهما في إبرام البيع، فلا يجوز له شراء الأموال التي كلف بأعمال الوساطة فيها. كذلك الأمر بالنسبة للخبير الذي عهد إليه تقييم الأموال محل البيع سواء كان التكليف من الأصل أو أن المحكمة قضت بتعيينه كخبير قضائي¹ من أجل التقييم فلا يجوز له شراء تلك الأموال، سواء تم الشراء باسم السماسر أو الخبير أو بأسماء مستعارة². والجزاء هنا هو أيضاً هو البطلان النسبي المقرر لمصلحة من تم البيع لحسابه وله إجازة العقد طبقاً للمادة 412 من القانون المدني.

(5)- منع الوكيل المتصرف القضائي من امتلاك أموال المدين المفلس: طبقاً للمادة 19 من الأمر 96-23 المؤرخ في 09/07/1996 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي³: لا يجوز للوكيل المتصرف القضائي أن يمتلك شيئاً من أموال المدين فيمنع عنه الشراء أو كل أنواع التصرفات وهذا تحت طائلة البطلان المطلق.

(6)- منع المحضرين القضائيين من الانتفاع من أية عملية يساهمون فيها: حيث نصت المادة 24 من القانون 06-03 لـ 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضرين القضائيين⁴ على أنه يُمنع على المحضر الانتفاع من أية عملية يساهم فيها وذلك بأي نوع من أنواع المعاملات بما فيها الشراء، تحت طائلة البطلان المطلق.

(7)- منع محافظي البيع بالمزاد العلني من الانتفاع الشخصي من أية عملية كلفوا بها تحت طائلة البطلان المطلق: وهذا طبقاً للمادة 34 من القانون 16-07 المؤرخ في 3 أوت 2016 المتضمن تنظيم مهنة محافظي البيع بالمزاد العلني⁵.

قانون العقود والإثبات رقم 131-2016-مجلة كلية القانون الكويتية العالمية-العدد الأول-السنة 6-العدد التسلسلي 21-مارس 2018-ص 300.

¹ شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفية تحديد المرسوم تنفيذي رقم 310-95 مؤرخ في 10 أكتوبر 1995 يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين في المواد من 4 إلى 8 -ج.ر عدد 60 لـ 15/10/1995.

² يمينه حوحو -عقد البيع في القانون الجزائري-المرجع السابق-ص 232.

³ -ج.ر عدد 43 لـ 10/07/1996

⁴ -ج.ر عدد 14 لـ 8/03/2006

⁵ -ج.ر عدد 46 لـ 3 أوت 2016.

ثالثاً: القيود الواردة على عدم البيع.

إذا كان من حق المالك عدم بيع ملكه من أجل المحافظة عليه فإنه في الميدان التجاري يعتبر رفض البيع دون مبرر شرعي مقيداً للمنافسة ومعاقباً عليه بغرامة مالية¹. لكن يشترط لاعتبار رفض البيع مخالفاً بقواعد المنافسة، ألا يكون محل الرفض بضائع محجوز عليها أو سلع للعرض فقط، فيجب أن تكون بضائع جاهزة للعرض. وألا يكون رفض البيع مبرراً، ويكون كذلك عندما يرفض الصيدي بيع أدوية محددة في قائمة معينة، يشترط لبيعها تقديم وصفة طبية، كما يكون مبرراً إذا اتضح للبائع أن المشتري ينوي استعمال المبيع بطريقة غير عادية.

كما يتراجع مبدأ حرية عدم البيع في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة²، وفي حالة الحجز المنصب على أموال المدين المتوقف على الدفع حيث يُباع المال جبراً عنه ضماناً لديونه. وهذا في إطار ما يسمى بالبيع الجبرية³.

رابعاً: القيود الواردة على شروط البيع.

فتتصب هذه القيود إما على ثمن البيع أو طريقة البيع.

¹ - تنص المادة 11 من الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جوان 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل بموجب القانون 08-12 لـ 25 جوان 2008 والمعدل بالقانون 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010 الجريدة الرسمية عدد 46 لـ 18 أوت 2010 "يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعيتها التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبوناً أو ممولاً إذا كان يخل بقواعد المنافسة، ويتمثل هذا التعسف بالخصوص في: - رفض البيع بدون مبرر شرعي، - البيع المتلازم أو التمييزي، - البيع المشروط باقتناء كمية دنيا، - قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة، - كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق". كما نصت المادة 15 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية لـ 23 جوان 2004 (ج ر رقم 41 المؤرخة في 27 جوان 2004) والمعدل بموجب القانون 10-06 لـ 15 أوت 2010 - (ج ر رقم 46 لـ 18 أوت 2010) - على حالة رفض البيع: "تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع، يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة المعروضة للبيع أو الخدمة متوفرة، لا يعني هذا الحكم أدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات".

² - المادة 677 قانون مدني جزائري: "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون. غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل. وإذا وقع خلاف في مبلغ التعويض وجب أن يحدد هذا المبلغ بحكم قضائي إلا أن تحديد مبلغ التعويض يجب أن لا يشكل بأي حال مانعاً لحيازة الأملاك المنتزعة..

³ - لحسين بن الشيخ آث ملويا-المنتقى في عقد البيع-دراسة فقهية، قانونية وقضائية مقارنة، نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية- دار هومة-2005-الجزائر-ص 159

أ- القيود الواردة على ثمن البيع، قد يتعهد البائع بتطبيق ثمن معين فيتعهد بعدم بيعه بما يزيد عن ثمن معين وهو تعهد صحيح مبدئياً مصدره الإتفاق العقدي¹. لكن في مجال التجارة يحظر التعهد بإعادة البيع بثمان أدنى طبقاً للمادة 11 فقرة 5 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، لأن في ذلك تقييد للمنافسة واستغلال تعسفي لوضعية التبعية، فمثل هذا الاتفاق باطل بطلاناً مطلقاً.

كما يحظر البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي مقارنة بالتكلفة للمستهلك، كممارسة منافية للمنافسة، إذ من شأن ذلك أن يفقد السوق توازنه، طبقاً للمادة 12 من القانون 03-03 المتعلق بالمنافسة²، إذا تم ذلك بقصد إبعاد المنافسين في السوق والإضرار بهم. ويحظر أيضاً إعادة بيع البضاعة بثمان أدنى من ثمن التكلفة الحقيقي، وهو ما يسمى بإعادة البيع بالخسارة، نصت عليه المادة 19 من القانون 02-04 المحدد لقواعد الممارسات التجارية³. واستثناءً جاءت نفس المادة 19 بحالات يمكن فيها البيع بأقل من سعر التكلفة، أهمها السلع التي تباع بصفة إرادية أو حتمية بسبب تغيير النشاط أو التصفية⁴ أو السلع الموسمية أو إذا كانت السلعة مهددة بالتلف السريع.

قد يكون الثمن مفروضاً في حالة البيع بالمزاد العلني حيث يحدد الثمن بما يرسو عليه المزاد، وكذا في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة، فإن الثمن تحدده الإدارة أو الخبراء المنتدبون من قبل المحكمة، أيضاً

¹-المرجع السابق-ص175.

²- المادة 12 من القانون 03-03 المؤرخ في 19 جوان 2003 المتعلق بالمنافسة ونصها "يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق إذا كانت تهدف إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة إحدى منتجاتها من الدخول إلى السوق"

³- المادة 19 من القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه "يمنع إعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي، ويقصد بسعر التكلفة الحقيقي، سعر الشراء بالوحدة المكتوب على الفاتورة، يضاف إليه الحقوق والرسوم، وعند الاقتضاء أعباء النقل..."

⁴-ينص المرسوم التنفيذي رقم 06-215 المؤرخ في 18 يونيو سنة 2006 المحدد لشروط وكيفية ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود (ج.ر رقم 41 ل 21 جوان 2006 المعدل والمتمم بالمرسوم تنفيذي رقم 20-399 المؤرخ في 26 ديسمبر سنة 2020 (ج.ر رقم 80 ل 29 ديسمبر 2020) في المادة 10 منه أن البيع في حالة تصفية المخزونات هو البيع المسبوق أو المرفق بإشهار يهدف عن طريق تخفيض في السعر إلى بيع بصفة سريعة لكل أو جزء من السلع الموجودة ويتم هذا البيع في المحل الذي يمارس فيه النشاط، مع ضرورة التصريح المسبق الذي يودع لدى المدير الولائي للتجارة المختص إقليمياً وبعد الحصول على رخصة تسمح للبعون الاقتصادي بالشروع في البيع في المدة المحددة، طبقاً للمادة 12 من نفس المرسوم.

في حالة الأسعار الجبرية التي تضعها الدولة بالنسبة لبعض السلع بحيث لا يجوز للمتعاقدين تخطيها وإلا كان الاتفاق باطلاً طبقاً للمادة 5 من القانون المنافسة 03-03 المعدلة بموجب القانون 10-05¹.

ب- القيود المرتبطة بطرق البيع:

يؤدي فرض الإلتزام بالنزاهة في العلاقات مع المستهلكين إلى تبني قواعد قانونية صارمة مصممة لضمان حقيقي للمنافسة²، تتضمن قيوداً تنصب على طريقة البيع والتمثلة في:

(1) البيع المشروط باقتناء كمية معينة: حيث يمنع على البائع اشتراط البيع بكمية مفروضة، تقل أو تزيد عن طلب المشتري طبقاً للمادة 11 من القانون 03-03 المتعلق بالمنافسة، والمادة 17 من القانون 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية

(2) البيع بالمكافأة المجانية أو البيع بهدايا: يعد البيع بمكافأة ممارسة يمنح بموجبها البائع لكل زبون يقتني منتجاً من محلاته هدية مجانية. وطبقاً للمادة 16 من القانون 02-04 يمنع كل بيع أو عرض بيع لسلع مشروطة بمكافأة مجانية إلا إذا كانت من نفس السلعة، بالتالي فالقانون يستوجب أن تكون الهدية الممنوحة من قبل البائع إلى الزبون تختلف عن المبيع موضوع العقد .

كما تستثني المادة 16 من القانون 02-04 من الحظر المكافأة التي قيمتها لا تتجاوز (10%) من ثمن المبلغ الإجمالي للسلع أو الخدمات. ولا يطبق هذا الحكم على الأشياء الزهيدة أو الخدمات الضئيلة القيمة وكذا العينات.

(3) البيع المتلازم: حيث يمنع بيع المنتجات التي تقترب ببيع آخر حسب المادة 11 من القانون 03-03 والمادة 17 من القانون 02-04 السالفين الذكر. بحيث يكون المنتج محل التعاقد من طبيعة مختلفة عن المنتج الملازم له.

(4) البيع التمييزي: هو البيع الذي تمنح بموجبه المؤسسة الممونة لأحد زبائنها جملة من الامتيازات دون غيره من الزبائن، فتجعله في وضعية أفضل وقد بينت المادة 18 من القانون 02-04 صور هذه

¹ - المادة 5 من القانون 05-10 مؤرخ في 15 أوت 2010 يعدل ويتم الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جوان 2003 المتعلق بالمنافسة: "تطبيقاً لأحكام المادة 4 أعلاه يمكن أن تحدد هوامش وأسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم".

² - François Collart Dutilleul; Philippe Delebecque- Contrats civils et commerciaux- 11^e édition- Dalloz-2019-P 120§97.

الممارسات التمييزية على سبيل المثال، والمتمثلة في: تخفيض السعر، الاستفادة من أسلوب بيع تمييزي، أجل الدفع...إلخ.

(5) البيع بكرة الثلج: منعه المشرع الفرنسي بموجب المادة 15-121 L من قانون حماية المستهلك¹. ويتمثل في وعد بإنقاص الثمن للمشتري الذي يجلب عددا معينا من المشتريين². فيفقد بيع كرة الثلج، المشتري إلى البحث عن مشتريين آخرين بنفسه، مقابل ثمن مخفض أو اقتناء السلعة مجانا³.

خامساً: القيود الواردة على الحرية في اختيار المتعاقد.

قد يجد البائع أحياناً المتعاقد الآخر مفروضاً عليه لأنه:

1- إما حدده مسبقاً بموجب الاتفاق وهو ما نجده في الوعد بالترفضيل، حيث تعهد المالك في مواجهة المملوك له أنه إذا أراد أن يبيع مالا من أملاكه أن يعرضه بالأولوية على شخص معين.

2- في حالة الشخص الآخر المستبدل والمقصود أن يكون البائع تعاقد مع شخص يريد له لكن بمقدور شخص من الغير أن يحل محل المشتري الأول وهو ما يسمى بالحلول، وأبرز صوره في القانون الجزائري هو الشفعة. وهي - وفقاً لمقتضيات المادة 794 ق.م.ج، رخصة قانونية تجعل الشفيع في مركز قانوني، يعطيه أفضلية على المشتري⁴، بحيث يكون له استبعاده والحلول محله في بيع العقار جبرا عنه، فكانت مصدرا من مصادر الحقوق العينية العقارية، وبالتالي لا تكون إلا في العقارات⁵. وذلك بدافع، دفع ضرر المجاورة أو الإشتراك في ملكية العقار، وكذا منع تجزئة العقار حتى تجتمع سلطات الملكية الثلاث في يد واحدة⁶. فالقانون إذن هو الذي يحدد حالات الشفعة وشروطها وأحكامها،

¹ - Article L121-15 Code de la consommation-Création ordonnance n°2016-301 du 14 mars

2016 : « Sont interdits :

1° La vente pratiquée par le procédé dit " de la boule de neige " ou tous autres procédés analogues consistant en particulier à offrir des marchandises au public en lui faisant espérer l'obtention de ces marchandises à titre gratuit ou contre remise d'une somme inférieure à leur valeur réelle et en subordonnant les ventes au placement de bons ou de tickets à des tiers ou à la collecte d'adhésions ou inscriptions.... »

² - لحسين بن الشيخ آث ملويا - المنتقى في عقد البيع - المرجع السابق-268

³ - François Collart Dutilleul; Philippe Delebecque--Op.cité-P 120 § 97.

⁴ - حق الحلول بموجب الشفعة في العقارات أو الإسترداد في المنقولات هو قيد على المشتري في الشراء متى توافرت شروطه.

⁵ - نبيل إبراهيم سعد-الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني-دراسة مقارنة-منشورات الحلبي الحقوقية-2003-لبنان-ص 403.

⁶ - بلحاج العربي-الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا-دراسة مقارنة-دار هومة -2016-الجزائر-ص328

ويقرر من لهم حق الأخذ بها¹. على هذا الأساس يثبت حق الشفعة² بموجب المادة 795 من القانون المدني، لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع. للشريك في الشيوع³، إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي، فتخلص الملكية لشخص واحد وتنتهي حالة الشيوع، أو يتم التقليل من عدد الشركاء⁴. ولصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة، فينقضي حق الانتفاع⁵. ويعد الترتيب الوارد في المادة 795 ملزم، فإن تراحم الشركاء من طبقة واحدة، استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه ولا أفضلية لأحد على الآخر حسب المادة 2/796 من القانون المدني.

ويجب على الشفيع إعلان رغبته في الشفعة المحررة بموجب عقد رسمي إلى البائع والمشتري عن طريق كتابة الضبط في أجل 30 يوم من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليهما، مع شهر التصريح بالرغبة، للاحتجاج به ضد الغير⁶، وضرورة إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوم من تاريخ التصريح بالرغبة، تحت طائلة سقوط الحق⁷.

3- عند الحل محل المشتري واسترداد المنقول الشائع: ففي حالة ملكية المنقول الشائع، يجوز للشريك، المادة 721 من القانون المدني أن يحل محل المشتري إذا بيع المال لفائدة أجنبي.

¹ في حالة تعارض حق الأفضلية المقرر بمقتضى شرط التفضيل، وحق الشفعة في حالة ما إذا كان الوعد بالتفضيل متعلقا ببيع عقار، فإنه يتعين إعمال حق الشفعة لأن مصدره نص القانون، وتغلبه على شرط التفضيل، أين يكون مصدر الأفضلية الناشئة إرادي: بلحاج العربي - الإطار القانوني للوعد بالتعاقد - المرجع السابق - ص 269.

² مادامت الشفعة رخصة وحقا منشأ، فإن نشوءه يتوقف على إعلان إرادة من تقرر له، ويجد مصدره في المركز الذي يتواجد فيه صاحبه، إذ لولا هذا المركز ما كان لإعلان إرادته أي أثر قانوني. - نبيل إبراهيم سعد - الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني - المرجع السابق - ص 405

³ قرار المحكمة العليا - ملف 13355252 - الغرفة العقارية - بتاريخ 2021/09/16 - مجلة المحكمة العليا - العدد الثاني -

2021 - ص 68: "يجب أن تتوافر صفة الشريك في الشيوع بتاريخ إبرام عقد البيع، لثبوت حق الشفعة."

⁴ قرار المحكمة العليا - الغرفة العقارية - بتاريخ 2011/10/13 - مجلة المحكمة العليا - العدد الأول - 2012 - ص 193: "يترتب

على الشفعة حلول الشفيع محل المشتري، وليس بطلان عقد بيع الجزء المشاع."

⁵ قرار المحكمة العليا بتاريخ بتاريخ 2000/04/26 - مجلة المحكمة العليا عدد خاص - الإجتهد القضائي للغرفة العقارية - الجزء الأول - 2004 - ص 255: "المستفيدون من حق الشفعة محددون في المادة 795 من القانون المدني على سبيل الحصر، ومن بينهم مالك حق الانتفاع أخطأ قضاة الموضوع لما اعتبروا المستأجر منتفعا وخطأوا بين الانتفاع على وجه الإيجار وبين حق الانتفاع المتفرع عن حق الملكية. - ليس للمستأجر حق الشفعة، إنما يكون طرفا في البيع - مشتري - إذا سبق أن أبرم عقد وعد بالتفضيل مع البائع.

⁶ قرار المحكمة العليا لـ 2014/07/10 - الغرفة العقارية - مجلة المحكمة العليا - العدد الثاني - 2014 - ص 323: "التصريح بالرغبة في الشفعة، غير المشهر، المحرر من طرف الموثق مخالف للقانون."

⁷ - المواد 799، 800، 801 من القانون المدني الجزائري

المطلب الرابع: الإستثناء عن الرضائية في عقد البيع - البيوع الشكلية -

إذا كان البيع رضائي في أصله، فقد استلزم المشرع اتباع شكل خاص في بيع العقارات والحق العيني العقاري فلا يمكن للمتعاقدين الإكتفاء بتبادل الإيجاب والقبول. والمقصود بمبدأ الشكلية توثيق التصرف القانوني، حيث يلزم المبدأ المتعاقدين التعبير عن إرادتهما بشكل محدد يفرضه القانون، فلا ينتج التصرف أثارا قانونية بانعدامها، باعتبارها قيدا على مبدأ الرضائية، وفي حالة عدم اتباعه، يكون التصرف محكوما عليه بالعدم. وهذا تعزيزا للأمن القانوني¹. وهو ما نص عليه القانون كاستثناء عن الرضائية في عقد البيع. فطبقاً للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني فإن عقد بيع العقار والحقوق العقارية لا ينعقد إلا إذا توافر الشكل الرسمي كركن آخر في العقد إضافة إلى الرضا، المحل والسبب، فإذا تخلف الشكل كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً.

وبيع العقار العرفي هو باطل حتى لو ثبت صحة العقد العرفي الذي حرر فيه، ولا يمكن للقاضي أن يحكم بتصحيح العقد بتوثيقه وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها لـ 18 فيفري 1997²، معتمدة على نص قانوني صريح يقضي بالبطلان في حالة تخلف الرسمية، وقضت على مشكلة متعلقة بالتأويل القانوني، بعدما كانت الأحكام القضائية تخالف مقتضيات النص الأمر، وتلزم البائع في بيع عقار عرفي بالتوجه للموثق من أجل إتمام إجراءات البيع النهائي باعتبار أن أركان العقد متوافرة من رضا ومحل وسبب .

لذلك سيتم التعرف على المقصود بالعقد الرسمي ووظيفته من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول: الشكل الرسمي.

يقصد بالشكل الرسمي طبقاً للمادة 324 من القانون المدني، العقود التي يصدرها موظف عام وتحمل توقيعه: عقود الحالة المدنية، النسخ التنفيذية للأحكام التي يحررها كاتب الضبط، والعقود التي يحررها

¹ - ذنون يونس صالح المحمدي - المرجع السابق - ص 53

² - قرار الغرفة المجتمعة الصادر بتاريخ 18/02/1997 - المجلة القضائية عدد 1 - 1997 - ص 10: "حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته، وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد... ولا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه إلى الموثق للقيام بإجراءات البيع، وضمن هذه الظروف يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية ويأمر بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد."

أيضاً: قرار المحكمة العليا بتاريخ 10/07/2014 - الغرفة العقارية - مجلة المحكمة العليا - عدد 2 - 2014 - ص 319: "يجب تحرير العقد، المتضمن نقل ملكية عقار، في شكل رسمي. يعد باطلاً، العقد العرفي، المتضمن نقل ملكية عقار. يشير القاضي تلقائياً بطلاً هذا العقد."

ضابط عمومي كالعقد الذي يحرره الموثق، والتي يحررها المحضر القضائي وأيضا تلك التي يحررها مكلف بخدمة عامة مثل الخبراء المقبولون الذين تعينهم المحكمة¹.

أضفى القانون 06-02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق على الموثق صفة الضابط العمومي يقوم بتحرير عقود البيع من أجل إعطائها الصبغة الرسمية²، ولكي يكون العقد صحيحاً منتجاً لآثاره يجب أن يحرره الموثق في شكل خاص وباحترام الشروط التالية:

1- يجب أن يكون الموثق مختصاً، ويكون كذلك إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في قانون التوثيق: إذ لا يكون مختصاً حسب المادة 19 من القانون 06-02 في تحرير العقود التي تكون له فيها مصلحة مباشرة، ولا يحرر العقود المتعلقة بأحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة حسب المادة 16 من نفس القانون 06-02³؛

2- يجب على الموثق حسب المادة 26 من القانون 06-02 أن يحرر العقد باللغة العربية⁴ في نص واضح دون ترك أي بياض أو كتابة بين الأسطر، وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع بالأحرف، ولا مانع من كتابة الثمن بالأرقام إلى جانب الأحرف. فإذا كان هناك أي شطب وجب أن يصادق عليها كل من الموثق، الأطراف والشهود⁵؛

3- البيانات التي يجب أن يتضمنها العقد الموثق هي:

أ- بيانات تتعلق بأشخاص العقد: فيذكر الموثق: اسمه ولقبه ومقر إقامته أي الموطن حسب (المادة 26 من القانون 06-02)، كذلك الأطراف: الاسم، اللقب، الصفة، تاريخ ومحل ولادة كل منهم، المسكن وكذلك الأمر بالنسبة للشهود وإن كان الشهود في عقد البيع هم شهود تأكيد يضمنون هوية المتعاقدين⁶ وحضورهما في عقد البيع ليس إجبارياً، إلا إذا كان الموثق يجهل هوية الأطراف حسب المادة 324

¹- حمدي باشا عمر-نقل الملكية العقارية-دار هومة-2004 الجزائر-ص 107.

²- المادة 03 من القانون رقم 06-02 على أنه "الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة".

³- حالات المنع منصوص عليها بموجب المواد 19 إلى 22 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم التوثيق وحالات التنافي منصوص عليها في المواد من 23 إلى 25، من بينها العضوية في البرلمان أو رئاسة أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة طبقاً للمادة 23.

⁴- قرار المحكمة العليا بتاريخ 2008/05/21-مجلة المحكمة العليا عدد 1-2008-ص 121: "العقود التوثيقية المحررة بغير اللغة العربية باطلة لمساسها بالنظام العام"

⁵- جميلة زايري-إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري-دار الهدى-2014-الجزائر-ص 56.

⁶- شهود التأكيد أو التعريف يساهمون في الكشف عن هوية الأطراف، ويشترط في شهود التعريف أن يكونوا معروفين، وبالغين، وتمتعون بالأهلية المدنية الكاملة:- المرجع السابق-ص 55

مكرر 2 ف3 من القانون المدني، لذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 22 أبريل 2010 أن "العقود الرسمية التي يتلقاها الموثق بحضور شاهدين هي العقود الإحتفائية¹ ولا يشترط القانون لصحة عقد البيع إبرامه بحضور شاهدين".²

ب- بيانات خاصة بموضوع عقد البيع العقاري: فيجب تحديد تاريخ إبرام العقد ومكان إبرامه، ذكر طبيعة موقع، رقم، مساحة وحدود العقار، وذكر أصل ملكية العقار بتبيان أسماء المالكين السابقين تفادياً للوقوع في التصرف في ملك الغير، أما إذا تم إبرام عقد بيع عقار دون ذكر أصل الملكية فإنه يعتبر عقداً لفيماً بسبب انعدام الشكل طبقاً للمادة 326 مكرر 2 من القانون المدني، وهو عقد عرفي يحرر أمام الموثق يثبت فيه فقط تصريحات الأطراف والشهود.³

كما يذكر الحصة المقررة من ثمن المبيع والتي تدفع بين يدي الموثق⁴، وطبقاً للمادة 256 ف1 من قانون التسجيل المعدلة بموجب قانون رقم 19-14 المؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2019 المتضمن قانون المالية لسنة 2020⁵، فإنه يتم دفع الخمس (5/1) من ثمن نقل الملكية لزوماً. فإن كان الثمن مؤجلاً، يتم الدفع عند كل أجل بين يدي الموثق إلى غاية بلوغ الخمس حسب الفقرة 2 من المادة 256. بعد ذكر البيانات وجب على الموثق قبل توقيع ذوي الشأن في العقد أن يتلو عليهم الأحكام التشريعية الخاصة بالضرائب، ويقوم أيضاً بقراءة النص الكامل للعقد ليكونوا بدراية تامة بمحتواه ليتم بعد ذلك توقيع الموثق والأطراف.

¹ - العقود الإحتفائية هي العقود التي يساهم الشهود في إنشائها وتكوينها، وشهادتهم واجبة تحت طائلة البطلان إعمالاً لنص المادة 324 مكرر 03 من القانون المدني الجزائري، فهم شهود عدل ومثال هذه العقود: الهبة، التزويل، الوصية، الوقف، الزواج: حمدي باشا عمر-نقل الملكية العقارية-المرجع السابق-ص 110.

² - القرار منشور في مجلة المحكمة العليا-العدد 1 لسنة 2011-ص 86

³ -و هو التعريف الوارد في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 19/10/1990-مجلة قضائية عدد 1-1992-ص 84.

⁴ -و في قرارها الصادر بتاريخ 19/05/2011 قضت المحكمة العليا: "لا يترتب على عدم دفع الحصة المقررة من ثمن البيع بين يدي الموثق بطلان العقد التوثيقي الموقع بين الطرفين..... حيث أن المادة 324 مكرر/1 تقضي بأن الأموال الناجمة عن العقود المتضمنة نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية تودع لدى الضابط العمومي المحرر للعقد، وبناء عليه فإن الضابط العمومي وقبل التوقيع على العقد من الطرفين، يتعين أن يأمرهما بإيداع النسبة التي يحددها القانون من ثمن البيع بين يديه، فإذا قام الأطراف بالتوقيع الذي حرر العقد بإيداع تلك النسبة، فإن ذلك لا يترتب عليه أي بطلان فكل ما في الأمر أن الموثق هو الذي يتحمل المسؤولية خاصة فيما يتعلق بدفع الرسوم والضرائب لفائدة الدولة التي تقع على عاتقه إذا امتنع المشتري عن دفعها. لذلك فما انتهى إليه قضاء المجلس جاء مخالفاً للقانون..."-مجلة المحكمة العليا عدد 2 لسنة 2011-ص 135.

⁵ -ج ر عدد 81 لـ 2019/12/30

و بما أن عقد بيع العقار لا ينعقد إلا بتوافر هذا الشكل الخاص فإن تخلف الشروط يؤدي إلى بطلان التصرف بطلاناً مطلقاً¹.

الفرع الثاني: وظيفة التوثيق في عقد البيع

تتمثل وظيفة التوثيق في عقد بيع العقارات والحقوق العقارية في :

-إتمام الركن الرابع من أركان بيع العقار وهو إفراغه في قالب توثيقي رسمي تطبيقاً للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني؛

-تمكين المتعاقدين من سند تنفيذي لأن العقد الرسمي عنوان للحقيقة فيما ورد أمام الموثق²؛

-يعتبر ما ورد في العقد الموثق حجة على الكافة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني، المادة 324 مكرر 5؛

-تنبيه المتعاقدين إلى خطورة التصرف والاستفادة من نصائح الموثق وتأكد من صحة العقد الذي يحرره³؛

-أحكام عقد البيع ترتب بمجرد توثيق العقد ما عدا الأثر العيني، فعقد البيع الموثق وقبل شهره في المحافظة العقارية وإن كان لا ينقل الملكية إلى المشتري إلا أنه صحيح، ينشئ الالتزامات الناشئة عن البيع في ذمة طرفيه⁴.

¹-تجدر الإشارة إلى المشرع الجزائري تعامل مع الأحكام والقرارات الحائزة على قوة الأمر المقضي فيه التي يمكن فيها مباشرة إجراءات التنفيذ كقرينة قانونية قاطعة طبقاً للمادة 338 من القانون المدني الجزائري وحجة بما فصلت فيه من حقوق، فتسمو الحجة على بطلان التصرف ويكون للحكم حجية العقد الرسمي طبقاً للمادة 284 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فيكون عنواناً للحقيقة، على هذا الأساس قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر 2015/07/16 بالمبدأ التالي: "يأخذ الحكم القضائي، الحائز قوة الأمر المقضي فيه والقاضي بصرف الطرفين إلى تسجيل عقد البيع العرفي، أمام الموثق، حكم العقد الرسمي. يلزم البائع، ومن بعده خلفه العام، بنقل ملكية العقار عن طريق شهر العقد في المحافظة العقارية."-مجلة المحكمة العليا-العدد الثاني - 2015-ص127.

²-المادة 600 فقرة 11 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

³-حمدي باشا عمر-نقل الملكية العقارية-المرجع السابق-ص 112

⁴-قرار المحكمة العليا بتاريخ 2014/06/12-الغرفة العقارية-مجلة المحكمة العليا العدد 1 لـ 2015-ص207:"شهر العقد بالمحافظة العقارية شرط لنقل الملكية. لا يترتب على عدم شهر العقد بطلانه....يبقى البائع ملتزماً بعدم تعرضه للمشتري في شهر العقد".

المبحث الثاني: المحل والسبب في عقد البيع.

المحل في العقود هو موضوع التعاقد، لذلك لعقد البيع محلان رئيسيان هما المبيع باعتباره محل التزام البائع (المطلب الأول)، والثمن لكونه محل التزام المشتري (المطلب الثاني). كما أن المنفعة الإقتصادية لتنفيذ الإلتزامات الناشئة عن البيع تتطلب أن يكون للعقد غاية يقصد الملتزم الحصول عليها. وتقتضي المصلحة العامة أن يكون له باعثاً مشروعاً (المطلب الثالث).

المطلب الأول: المبيع.

طبقاً للمادة 351 من القانون المدني الجزائري لا يقتصر محل التزام البائع على حق الملكية، وإنما ينصب كل حق مالي. ويجب أن يتوافر في المبيع الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بوجه عام وهي: أن يكون المبيع موجوداً أو قابلاً للوجود، (الفرع الأول)، أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين¹ (الفرع الثاني)، أن يكون صالحاً للتعامل فيه (الفرع الثالث)، بالإضافة إلى شرط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع (الفرع الرابع).

الفرع الأول: وجود المبيع أو قابليته للوجود.

يجب أن يكون المبيع موجوداً وقت انعقاد العقد، فإن كان غير موجود أصلاً أو كان موجوداً وهلك وقت التعاقد كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لانعدام المحل، وقد يوجد المبيع وقت التعاقد ويهلك بعد ذلك هلاكاً كلياً بحيث يزول بكل مقوماته، فيفسخ العقد بقوة القانون لاستحالة التنفيذ، أما إذا كان الهلاك

¹ - حذف المشرع الفرنسي بموجب قانون العقود لسنة 2016 ركني المحل والسبب في العقد وأحل محلها ركناً جديداً أطلق عليه مصطلح: مضمون العقد Le Contenu de contrat. واستحدث بموجب المادة 1163 مصطلحاً آخر لركن المحل وأطلق عليه تسمية الأداء La prestation ، فاشتترطت المادة من أجل نفاذ العقد أن تكون الخدمة موجودة أو قابلة للوجود وعلى أن تكون ممكنة في الحاضر أو في المستقبل، مع ضرورة أن تكون الخدمة معينة أو قابلة للتعين كشرط لصحة العقد، فحافظت بذلك على ركن المحل بشكل ضمني :

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Art. 1163m « -L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.

Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.

La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire. »

جزئياً فيتضرر المبيع جزئياً، للمشتري أن يختار بين قبول الوفاء الجزئي مع طلب إنقاص الثمن¹، أو المطالبة بالفسخ، أو المطالبة بالوفاء بمقابل.

وقد لا يوجد المبيع قبل العقد ولا وقت إبرامه لكنه قابل للوجود مستقبلاً وهو ما يسمى "بيع الأشياء المستقبلية". فبعد أن أقر الفقه الإسلامي مبدأ عدم جواز بيع المعدوم، استثنى السلم، لما فيه من مصلحة اقتصادية، والذي يعني لغة السلف واصطلاحاً بيع مؤجل بمعدل². فالرسول صلى الله عليه وسلم، نهى عن بيع ما ليس للإنسان ورخص في السلم فقال "من أسلم فليسلم في كيل معلوم إلى أجل معلوم".³

وقد أجازته المشرع في المادة 92 من القانون المدني مادام أن المبيع من المحقق أنه سيوجد في المستقبل، غير أنه يستثنى من ذلك بيع التركة المستقبلية، أي مجموع ما ينتظر أن يتركه شخص على قيد الحياة من حقوق عند موته، فيتفق أحد الورثة على بيع نصيبه الذي سيؤول إليه في التركة المستقبلية إلى وارث آخر أو أجنبي فهو تعامل باطلاً بطلائعاً مطلق ولو برضا المورث المحتمل. والحكمة من ذلك مخالفته للأداب العامة لما يتضمنه التصرف من مضاربة على حياة المورث⁴. باستثناء التصرفات التي أجازها القانون، الوصية، الوقف.

وأهم مثال للبيوع المستقبلية هو "البيع على التصاميم"، أو بيع عقار تحت إنشاء حيث يكون المبيع محقق الوجود. كما أن هناك بيوعاً احتمالية لا يتوافر في محلها شرط القابلية للوجود بصورة محققة، لكن أجازها المشرع الجزائري بفعل الضمانات القانونية المقررة لها، وهو ما سيتم تناوله تبعا.

¹ - Article 1223 du code civil français, modifié par art. 10:

"En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit.

Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix.":

تسمح المادة 1223 من قانون العقود الفرنسي للدائن قبول التنفيذ الجزئي غير الكامل والمطالبة بتخفيض الثمن فاعتبرت أن تنفيذ العقد بجودة أقل من المتفق عليه في العقد يؤدي إلى تخفيض المقابل أو الثمن، وهو مبدأ عام اعتمدته تعديل قانون العقود الفرنسي دون حصره ضمن عقود خاصة.

² - مصطفى أحمد الزرقاء-المرجع السابق-ص147-148.

³ - رواه البخاري في صحيحه برقم (2125)، ومسلم في صحيحه برقم (1604).

⁴ - طارق كاظم عجيل-المرجع السابق-ص215.

أولاً: عقد بيع العقارات على التصاميم.

البيع على التصاميم هو تقنية في مجال الترقية العقارية، لجأ إليها المشرع الجزائري لتشجيع الإستثمار العقاري، وقد سمي بهذا الاسم لأن المشتري يعاين مواصفات العقار على مخطط أو تصميم قبل إتمام بناءه.

يعرف عقد بيع عقار على التصاميم إذن أنه عقد بيع محله عقار في طور الإنجاز أو التشييد، يلتزم بمقتضاه المرقى (البائع) بأن يتم تشييده في الأجل المتفق عليه وبالمواصفات المطلوبة، وأن ينقل ملكيته للمشتري¹ الذي يلتزم أن يدفع للبائع تسبيقات قبل البدء في عملية التشييد مقابل التصميم المبرمج، ودفعات أثناء التشييد مجزأة على مراحل تقدم الإنجاز² مخصومة من ثمن البيع³، تحدد قيمتها وأجلها وطريقة دفعها بالإتفاق. ولعقد البيع على التصاميم خصائص تتمثل في:

- 1- أنه عقد مسمى، وضع له المشرع تنظيم خاص بموجب المرسوم التشريعي 93-03 لـ 1 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، الملغى بموجب القانون 11-04 ؛
- 2- أنه عقد ملزم لجانبين، حيث يلتزم البائع ببناء البناية وفق الآجال والمواصفات المتفق عليها في العقد، وبالتسليم والضمان، ويلتزم المشتري بدفع الأقساط وتسلم العقار؛
- 3- هو عقد شكلي تستوجب المادة 25 والمادة 34 من القانون 11-04 تحريره في شكل رسمي تحت طائلة البطلان⁴، وفقاً للنموذج المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي 13-431 مؤرخ في 13 ديسمبر 2013 المحدد لنموذج عقد البيع على التصاميم للأمالك العقارية⁵، والذي ألغى بموجبه ووفق المادة 8 منه المرسوم التنفيذي رقم 94-58 لـ 7 مارس 1994.

¹-Civ. 3^e, 28 janv. 2009, n° 07-20.492 , RDI 200, p182, obs. Tournafond. : « Une vente qui laisse les travaux de transformation à la charge de l'acquéreur ne peut être une vente en l'état futur d'achèvement. »

²- وهو التعريف الوارد في المادة 28 من القانون 11-04 المؤرخ في 17 فيفري 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية الجريدة الرسمية عدد 14 لـ 16 مارس 2011.

³-الثنى هو أولي تقديري قابل للمراجعة بصريح المادة 38 من القانون 11-04، فإذا ذكر أنه قابل للمراجعة في العقد، يجب أن يذكر كيفية مراجعته، شرط ألا يتجاوز مبلغ مراجعة السعر 20% كحد أقصى من الثمن المتفق عليه في البداية.

⁴- قرار المحكمة العليا الصادر في 19 نوفمبر 2008 مستنداً إلى المادة 18 من المرسوم التشريعي 93-03- مجلة المحكمة العليا عدد 2-2008-ص 193

⁵-المرسوم التنفيذي 13/431 المؤرخ في 2013/12/18 يحدد عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأمالك العقارية وكذا حدود تسعير سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأجيل وأجلها وكيفية دفعها - الجريدة الرسمية عدد 66 لـ 25 ديسمبر 2013.

4- محله عقار غير منجز. فمحل البيع على التصاميم يرد على العقار المعد للانتفاع وهو غير موجود لكنه قابل للوجود مستقبلاً، أو عقار في طور الإنجاز¹، لكنه بيع مستقبلي للعقار دون الأرض التي تنتقل ملكيتها بمجرد شهر العقد². لذلك يجب أن يكون المرقى العقاري مالكا للأرض طبقاً للمادة 30 من القانون 04-11، إذ يجب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم أصل ملكية الأرض ورقم السند العقاري³.

5- المتعامل في الترقية العقارية هو من له حق المبادرة بمشروع بيع العقار على التصاميم حسب تعريف المادة 3 من القانون 04-11.

6- إن التزام المشتري بتسديد الثمن يكون موازاةً مع تقدم الإنجاز وتلزم المادة 37 من القانون 04-11، توضيح سعر البيع وأجل الدفع المتفق عليه.

7- القيد على التصرف: بالرغم من تحرير العقد في شكله الرسمي وتسجيله وشهره، إلا أنه لا تمنح للمشتري سوى صورة من العقد ليتمكن من الإقتراض من البنك بضمان العقار⁴. فالمشتري في عقد البيع على التصاميم هو مالك غير عادي، فهو وقت انعقاد العقد لا يملك سوى ملكية الرقبة والتي تشمل الأرض والبناء طور الإنجاز دون أن يكون له حق الانتفاع والتصرف، فإذا تم الإنجاز وتم تسليم شهادة المطابقة⁵ وتسليم كافة الأقساط وتحرير محضر التسليم وشهره، هنا فقط يكون للمشتري حق الانتفاع والتصرف.

¹ - كتر لامية - عقد بيع بناء على التصاميم في إطار القانون 04 / 11 المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية - مذكرة ماجستير - جامعة مولود معمري تيزي وزو - السنة الجامعية 2013 - ص 46.

² - أوجب المشرع الجزائري شهر عقد البيع على التصاميم، رغم عدم وجود البناء وقت التعاقد، وذلك لوجود ضمانات قانونية تجعل من البناء محققة الوجود وتشجع على شراء مساكن بناء على التصاميم: - المادة 34 من قانون 11/04: " يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في شكل رسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخص في نفس الوقت، البناء ولأرضية التي شيد عليها البناء يتم عقد البيع على التصاميم المذكور في الفقرة السابقة بمحضر يعد حضورياً في نفس مكتب التوثيق قصد المعاينة الفعلية من طرف المكتب وتسليم البناء المنجزة من طرف المرقى العقاري طبقاً للالتزامات التعاقدية"

³ - قبل صدور القانون 04-11 كان المرقى العقاري يحصل على الأرض المخصصة للبناء بموجب تراخيص إدارية، فهو لا يملك الأرض بصفة قانونية لينقل ملكيتها إلى المستفيد، وقد ينهي البناء دون تسوية الوضع.

⁴ - كتر لامية - المرجع السابق - ص 45.

⁵ - شهادة المطابقة هي وثيقة إدارية تثبت انتهاء أشغال البناء طبقاً للتصميم وتبين انسجامه مع ما ورد في رخصة البناء وتسلم من قبل نفس السلطة التي سلمت رخصة البناء، سواء رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي. وهذا طبقاً للمادة 56 والمادة 75 من القانون 90-29 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المعدل بالقانون 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بالتهيئة والتعمير (ج ر، العدد 51 لسنة 2004)، وهي تؤكد مطابقة البناء لرخصة البناء.

8- وجوب الضمان القانوني بالإكتتاب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة¹ : تستوجب المادة 55 من القانون 04-11 "على المرفقي العقاري الانتساب لصندوق ضمان الكفالة" لتمكين المشتري من استرجاع ما دفعه من ثمن إذا سحب الاعتماد مثلاً من المرفقي العقاري أو حكم عليه بالإفلاس، حيث يتمتع المشتري بحق امتياز من الدرجة الأولى ويحصل حقوقه بتدخل صندوق الضمان-المادة 58 من القانون 04-11- كما يتم إتمام البناءات التي تم انجاز أساستها على الأقل وذلك عن طريق تكليف مرفقي عقاري آخر بمواصلة الأشغال، على حساب المرفقي المخل بالتزامه في حدود دفعات المقتنين، شرط أن تكون مغطاة بضمان إتمام الإنجاز³. وبالتالي يسعى هذا الضمان إلى تحقيق هدف مزدوج، يضمن للمشتري حق إسترجاع الثمن، وكذلك استكمال مشروع البناء إلى آخر مرحلة⁴.

كما أن البائع (المرفقي) ملزم بالضمان العشري أو مسؤول مسؤولية عشرية طبقاً للمادة 3 من القانون 04-11، فيضمن لمدة عشر (10) سنوات تسري على كل هدم كلي أو جزئي للبناء ناجم عن عيب في البناء، أو المواد المستخدمة، أو في الأرض أو التصميم. وهي مسؤولية من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بالغائها أو الإنقاص من مدتها⁵.

ثانياً: البيوع الإحتماالية.

قد يكون وجود المبيع المستقبلي احتمالياً غير محقق الوجود، مع ذلك يقضي المشرع بصحة البيع بسبب المعالجة القانونية التي خص بها مثل هذه البيوع والمتمثلة في الأثر المترتب على البيع. وهذا ما نجده في بيع المال الشائع مفرزاً، بيع الحقوق المتنازع فيها، وبيع التركة.

¹ -سي يوسف زاهية حورية-النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم-دار الأمل للطباعة والنشر-2014-الجزائر- ص 48.

² -استحدث صندوق الضمان والكفالة التبادلية في الترقية العقارية بموجب المرسوم التنفيذي 97-406 المؤرخ في 3 نوفمبر 1997-ج.ر. عدد 73 لـ 5 نوفمبر 1997. والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي 14-180 لـ 5 جوان 2014-ج.ر. عدد 37 لـ 19 جوان 2014. وقد بدأ الصندوق عمله بموجب التنصيب الفعلي سنة 2000.

³ - المواد من 6 إلى 9 الواردة بالمرسوم التنفيذي 14/181 المؤرخ في، 05-06-2014 يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفية ذلك- ج.ر. عدد 37 لـ 19 جوان 2014.

⁴ - سي يوسف زاهية حورية-النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم-المرجع السابق-ص50.

⁵ - المادة 45 من قانون 04/11 تنص "دون الإخلال بالأحكام السارية في القانون المدني وقانون العقوبات والمتعلقة بتطبيق الأحكام المتضمنة في هذا الفصل، يعد باطلاً وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون، وتلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها، سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرفقي العقاري"

أ- بيع المال الشائع:

قد يتم التصرف في المال المشاع قبل القسمة، فيكون إما:

-بيعا صادرا من جميع الشركاء، والمقصود بذلك أصحاب الأغلبية المالكين $\frac{3}{4}$ المال الشائع، والذين لهم حق بيع المال كله أو جزء منه، شائعا أو مفرزا، إذا قرروا هذا التصرف مجتمعين، استنادا إلى أسباب قوية، شرط إعلان البيع إلى باقي الشركاء، وهذا طبقا للمادة 720 من القانون المدني الجزائري.

-أو بيعا صادرا من الشريك منفردا لأحد الشركاء أو للغير، ومنصبا على حصته الشائعة، طبقا للمادة 714 من القانون المدني الجزائري. فيحل المشتري محله، في حدود حصته، التي يملكها ملكية تامة وللمتضرر من البيع أن يحل محل المشتري بموجب حق الشفعة في بيع العقار، رفعا للضرر¹. وبموجب حق الاسترداد في المنقول، طبقا للمادة 721 من القانون المدني الجزائري.

-أو بيع الشريك على الشيوع أكثر من حصته الشائعة أو كل المال الشائع: فيكون بيعا صحيحا في حدود حصته، وبعد بيع مازاد عن ذلك بيعا لملك الغير وهو قابل للإبطال لمصلحة المشتري.

-أو بيع المالك على الشيوع لجزء مفرز قبل القسمة، وهنا تفرق المادة 2/714 بين حالتين:

1/ حالة علم المشتري بحالة الشيوع، وحينها لا يحق للمشتري طلب إبطال البيع باعتباره بيعا احتماليا، فإذا تمت القسمة²، ووقع نصيب الشريك البائع في الجزء المبيع مفرزا، فلا إشكال يذكر، أما إذا وقع نصيبه في كله أو بعضه في غير الجزء الذي باعه، حلت العين التي وقعت في نصيب البائع بعد القسمة محل العين المباعة، واستقر حق المشتري في الجزء الذي وقع في نصيب البائع من وقت الشراء³. فهو حلول عيني الهدف منه استبقاء التصرف مع تغيير محله⁴.

¹ - بلحاج العربي - الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا - دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص 185، 187.

² - قرار المحكمة العليا لـ 2021/09/16 - ملف 1314951 - مجلة المحكمة العليا - العدد الثاني - 2021 - ص 73: "يتم قسمة الملكية الشائعة بين الشركاء في الشيوع، عن طريق تحديد الحصص وتوزيعها بناء على قرعة. توزيع الحصص مسألة قانونية يفصل فيها القاضي، وليس الخبير.

- يجب عند اختيار الشركاء في الشيوع الطريق القضائي لا الإتفاقي لإنهاء حالة الشيوع، أن تتم القسمة، وفقا لما يقرره القانون وليس وفق ما يختارونه."

³ - محمد صبري السعدي - الواضح في شرح القانون المدني - عقد البيع والمقايضة - المرجع السابق - ص 124

⁴ - نبيل إبراهيم سعد - الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني - المرجع السابق - ص 166.

2/ حالة جهل المشتري: بحالة الشبوع: فالمشتري الذي يثبت جهله أن الشريك البائع لا يملك المبيع مفرزا، يحق له المطالبة بإبطال البيع طبقا للمادة 2/714 من القانون المدني. و هذا لوقوع المشتري في غلط في صفة جوهرية في المبيع تطبيقا لقاعدة عامة على عقد البيع.

ب- بيع الحقوق المتنازع فيها:

قيد المشرع بيع الحق المتنازع فيه من خلال النص على حق استرداد المدعى عليه الذي تم التنازل ضده، للشيء المبيع من المشتري جبرا¹.

وفي تعريفه للحق المتنازع فيه نص المشرع الجزائي ضمن المادة 400 فقرة 2 من القانون المدني: "...الحق المتنازع فيه هو الحق الذي رفعت بشأنه دعوى أو كان محل نزاع جدي وجوهري"، فهو حق احتمالي، يمكن أن يكون محلاً لعقد بيع، حيث يقدم مشتري على شراءه من المدعي مضاربا، فيراعى في تحديد قيمته احتمال خسارته، لذلك عادةً ما يباع هذا الحق بأقل من ثمنه.

البيع إذن احتمالي، ينتج أثره من تاريخ إبرامه، لا من تاريخ صدور الحكم لصالح المدعي. لذا فهو بيع لا يكون فيه حق البائع على المبيع مؤكدا ولا يضمن البائع للمشتري وجوده. وإنما يحل المشتري محل البائع في الدعوى ويتحمل نتائجها.، فهنا إما أن يثبت الحق للبائع فيثبت للمشتري كخلف خاص له وإما ألا يثبت². لذلك أجاز القانون للمتنازل ضده أن يسترد من المشتري هذا المبيع. والحكمة من تقرير الاسترداد هي عدم تشجيع المضاربين على شراء الحقوق المتنازع فيها، ووضع حد للمنازعات³.

1/الحالات التي يجوز فيها استرداد الحق المتنازع فيه.

يشترط حتى يجوز الاسترداد ما يلي:

1- قد يكون الحق المتنازع عليه حقاً شخصياً، عينياً أو ذهنياً، حيث جاء تعريف الحق بمقتضى فالمادة 400 فقرة 2 من القانون المدني مطلقاً دون أن يقتصر على نوع معين من الحقوق.

2- أن يكون الحق المسترد، متنازعا فيه، حسب تعريفه في الفقرة 2 من المادة 400 قانون مدني، رفعت بشأنه دعوى أمام المحكمة المختصة، مع وجوب قيام النزاع في موضوع الحق، أي متعلقاً بوجوده أو انقضائه. أما إذا مس النزاع إجراءات شكلية كعدم توافر الصفة، الدفع بعدم الاختصاص،

¹ وهذا طبقاً للمادة 1/400 من القانون المدني: "إذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه، فللمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له والمصاريف الواجبة"

² غني حسون طه-المرجع السابق-ص 368.

³-المرجع السابق-ص 371.

فلا يعتبر الحق متنازع فيه. كما يتحقق شرط وجود النزاع الجدي حتى في حالة عدم رفع الدعوى أمام القضاء، ويعدّ تقدير جدية النزاع من عدمه، مسألة متروكة لقاضي الموضوع¹.

و يبقى الحق متنازعا فيه ما دام لم يصدر بشأنه حكم نهائي، أما إذا صدر حكم نهائي فقد انحسم النزاع في الحق ولا يجوز فيه الاسترداد. كما يشترط أن يكون الحق متنازعا فيه وقت التنازل، فإذا حسم النزاع بحكم نهائي قبل انعقاد البيع، فلا يعد محل العقد متنازعا فيه. بالإضافة إلى شرط أن يكون للمتنازل صفة المدعي، والمتنازل ضده صفة المدعى عليه.

3- أن يكون التنازل بمقابل نقدي -أي بيعاً- لأن البيع يحتمل معه قيام فكرة المضاربة، في حين أنه إذا تم التنازل دون عوض فلا يتصور وقوع المضاربة، كما لا يجوز الاسترداد إذا كان التنازل مقايضة لأن المادة 400 قانون مدني تتحدث عن ثمن البيع.

إذا توافرت الشروط، تم الإسترداد ب:

-إعلان المتنازل ضده إرادته في الاسترداد دون الحاجة إلى شكل خاص، ويحدث الإعلان أثره من وقت وصوله إلى علم المشتري.

-أن يرد المتنازل ضده الثمن الحقيقي الذي دفعه المشتري لشراء الحق المتنازع فيه. وقد نص المشرع عن الثمن الحقيقي في المادة 400 من القانون المدني تحزرا من الثمن الصوري الوارد في عقد البيع، الذي قد يكون مبالغاً فيه، منعا للمدعى عليه من الاسترداد أو لتحقيق منفعة للمتنازل له المشتري. وللمسترد أن يثبت بجميع الطرق صورية الثمن². كما عليه أن يرد مصروفات العقد المتنازل فيه، كرسوم التوثيق، الدمغة والطابع، ومصروفات دعوى المطالبة بالحق.

2/الحالات التي لا يجوز فيها للمتنازل ضده استرداد الحق المتنازع فيه.

نص المشرع الجزائري في المادة 401 من القانون المدني على أربع حالات على سبيل الحصر لا يجوز فيها الاسترداد:

1-إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة من الأموال بيعت جزافاً، كبيع تركة وكان ضمنها حق متنازع فيه. والحكمة من منع الاسترداد أن الحق المتنازع فيه فقد ذاتيته إذ اشتراه المتنازل له

¹-أحمد السعيد الزقرد- الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي- المرجع السابق- ص 277.

²-مصطفى عبد الجواد-عقد البيع في القانون المدني المصري-دار الثقافة العربية-2007-ص 132.

باعتباره عنصراً ضمن مجموعة أموال ورد عليها البيع ولم يشتره لذاته، فتتعدم فكرة المضاربة لدى المشتري في الحق المتنازع فيه بالذات¹.

2- إذا كان الحق المتنازع فيه مشاع بين الورثة أو الشركاء وباع أحدهم نصيبه لشريك آخر، والحكمة هنا أن شراء الشريك نصيب أحد شركائه غرضه القسمة ولا يقصد به المضاربة.

3- إذا تنازل المدين لدائنه عن حق متنازع فيه وفاءً للدين المستحق في ذمته، وبالتالي تصبح عملية التنازل وفاءً بمقابل، يقصد منه الدائن الحصول على حقه خاصة وأن الدائن قد لا يجد سبيلاً آخر للحصول على دينه، كما قد لا يتيسر للمدين الوفاء بدينه إلا بهذه الطريقة²، فلا تتوافر نية المضاربة.

4- إذا كان الحق المتنازع فيه ديناً مضموناً برهن على عقار وبيع الحق لحائز العقار، فيفترض أن عقاراً متقلاً برهن ضماناً لدين متنازع فيه تم بيعه، وقام حائز العقار بشراء الحق المتنازع فيه تجنباً لتتبع الدائن أي لتخليص العقار من الرهن الذي يثقله، فلا يجوز استرداد هذا الحق من قبل المدعى عليه - المتنازل ضده - لانتفاء فكرة المضاربة³.

3/ الآثار المترتبة على الاسترداد.

إذا توافرت شروط الإسترداد، رتب آثار بين المتنازل له المشتري والمتنازل ضده، بين البائع والمشتري وبين البائع والمتنازل ضده.

- في العلاقة بين المتنازل ضده والمتنازل له.

إذا كان المتنازل قد فقد الحق المتنازع فيه بفعل البيع، فإن المتنازل له يفقده بفعل الاسترداد دون أن يعتبر ذلك شراءً جديداً من قبل المتنازل ضده، فيكون للاسترداد أثر رجعي يعود إلى يوم التنازل، ويترتب على ذلك سقوط التصرفات الخاصة بالحق المتنازع فيه والتي يقوم بها المتنازل له في الفترة بين التنازل والاسترداد، فإذا كان الحق المتنازع فيه عقاراً، سقط كل ما رتبته المشتري على هذا العقار من رهون أو حقوق إرتفاق أو انتفاع⁴.

¹ - سعيد مبارك، طه الملاحوش، صاحب عبيد الفتاوي - الموجز في العقود المسماة: - البيع، الإيجار، المقاوله - العاتك لصناعة الكتاب - 2009 - بيروت - ص 166

² - المرجع السابق - ص 167

³ - غني حسون طه - المرجع السابق - ص 383 .

⁴ - عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء 4 - العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة - المرجع السابق - ص 205

- العلاقة بين المتنازل والمتنازل له.

لا أثر للاسترداد على هذه العلاقة، إذ يبقى عقد البيع قائماً بينهما، وهذا بعكس الشفعة والحلول الشخصي بصفة عامة، حيث أن استحقاق الحق المتنازع فيه يوجه ضد المشتري دون البائع فلا يؤثر الاسترداد على حق المشتري بالبائع¹.

فإن لم يتم دفع ثمن البيع وقت الاسترداد، بقي المتنازل دائئاً للمتنازل له. ولا يجوز للمتنازل له أن يعود على المتنازل بضمان استحقاق الغير، مادام الحق احتمالي، إلا إذا كان المشتري يجهل أنه اشترى حقا متنازعا فيه.

- العلاقة بين المتنازل والمتنازل ضده.

في العلاقة بين البائع المتنازل والمتنازل ضده المسترد ينهي الاسترداد النزاع ولا يكون للبائع مطالبة المسترد بشيء من الحق المتنازع فيه، فيكون للاسترداد الأثر الذي يربته الصلح في حسم النزاع. فإذا كان دينا يدعيه البائع في ذمة المسترد، اعتبر كأنه لم يكن في ذمته².

بالتالي لا ينشئ الاسترداد علاقة مباشرة بين المتنازل والمسترد، فلا يعد خلفا للمتنازل، لذلك فللمتنازل مطالبة المتنازل ضده بدفع الثمن عن طريق الدعوى غير المباشرة مادام المتنازل دائئاً بثمن البيع للمتنازل له، والمتنازل ضده مدين بثمن الاسترداد في مواجهة المتنازل له³.

ج- بيع التركة:

يقصد ببيع التركة، بيع الحقوق التي آلت إلى البائع من التركة عن طرق الميراث، كلها أو جزء منها، فيكون بيعا جزافا دون تفصيل محتوي تلك الحقوق، في مقابل ثمن مقدر جزافيا أيضا⁴. فلا يبيع الوارث أشياء محددة وإنما يبيع حصته في التركة بعد افتتاحها، ليرد تعيين المبيع على الحق المورث وليس على مال معين بالذات⁵. وهذا ما يجعله بيع احتماليا جزافيا ويبرر أحكامه الخاصة⁶.

¹ - مصطفى عبد الجواد-المرجع السابق-ص 135

² -المرجع السابق-ففس الموضع.

³ - سعيد مبارك، طه الملاحيش، صاحب عبيد الفتاوي -المرجع السابق-ص 165.

⁴ -علي فيلاي-العقود الخاصة-البيع-المرجع السابق-ص 148.

⁵ -يمينة حوحو-عقد البيع في القانون الجزائري-المرجع السابق-ص 217

⁶ -فإن حدد الوارث المال الذي يبيعه فلا يعد العقد بيع للتركة، ولو كان المال هو كل ما آل إلى الوارث بالميراث: سمير عبد السيد تناعو - عقد البيع - المرجع السابق-ص 372، 373.

يعد بيع التركة بيعاً صحيحاً، يحتمل الربح والخسارة، فلا يعلم المشتري ما سوف يؤول إليه، بعد تفصيل مشتملات التركة، كمقابل للثمن الذي يدفعه. لذلك قصر المشرع التزام البائع على ضمان صفته كوارث وأن نصيبه في التركة ونفسه محل البيع المذكور في العقد، وهو ما تقرر بموجب المادة 404 من القانون المدني الجزائري. فإذا ثبت أن البائع غير وارث، كان للمشتري الرجوع عليه بالضمان ومطالبته بالتعويض، أو المطالبة بإبطال بيع ملك الغير.¹

من جهة أخرى تعتبر المادة 405 من القانون المدني أن بيع التركة لا يعد نافذاً إلا بعد قيام المشتري بالإجراءات اللازمة لنقل ملكية كل حق اشتملت عليه التركة.

و إذا قام بائع الحصة من التركة ببيع مال من تلك التركة عقاراً أو منقولاً، ردّ ثمنه إلى مشتري النصيب، بوصفه مالكا للتركة، إلا إذا تم الاتفاق على عدم الرد. فإن دفع البائع ديونا على التركة، استردها من المشتري، إذ تعد هذه التكاليف ضمن عناصر التركة، فتكون التركة مسؤولة عنها. وهذا طبقاً للمادتين 406 و 407 من القانون المدني.

الفرع الثاني: تعيين المبيع.

طبقاً للقواعد العامة، لا يكفي ليتكوّن عقد البيع أن يكون المبيع موجوداً، بل يجب إضافة إلى ذلك، أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين²، لذلك يمكن أن يرد البيع على شيء معين بالذات كما يمكن أن يرد على شيء معين بالنوع.

والشيء المعين بالذات هو الذي يتميز عن غيره بصفات خاصة تعينه تعييناً ذاتياً بحيث لا يقوم غيره مقامه في الوفاء، فإذا وقع البيع على مثل هذه الأشياء يُشار إلى صفتها المميزة لها لتكون معينة تعييناً كافياً بحيث يحول ذلك دون الاشتباه بينها وبين سواها. كتسمية العقار وموقعه.

في حين أن الأشياء المعينة بالنوع، هي التي يوجد لها مثل من جنسها مساوي أو مقارب لها في القيمة بحيث تقوم مقام بعضها بالوفاء، كالحبوب والأقمشة. فإذا ورد البيع على شيء معين بالنوع، وجب أن يعين ب جنسه ونوعه ومقداره ودرجة جودته، وبالتالي يتم تعيين المبيع بالتقدير وينعقد العقد

¹ - يمينة حوحو - عقد البيع في القانون الجزائري - المرجع السابق - ص 217

² - ينصب التعيين على محل البيع ذاته من أجل تمييزه عن غيره، فإذا باع شخص منزلاً وله عدة منازل دون تحديد المبيع وتمييزه عن غيره، كان العقد باطلاً لعدم تعيين المحل، فإذا ذكر اسم الشارع ورقم المنزل، كان ذلك كافياً لتحقيق شرط التعيين وانعقاد العقد تبعاً لذلك. فإن لم يعلم المشتري أوصاف المنزل الأساسية كعدد الطوابق والغرف والمساحة، كان له حق إبطال البيع، لعدم العلم الكافي بالمبيع :- اسماعيل غانم - مذكرات في العقود المسماة: عقد البيع - مطابع دار الكتاب العربي - 1958 - مصر - ص 69.

تبعاً لذلك. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الجودة ولم يكن من السهل التعرف عليه من خلال العرف يلتزم البائع بتسليم شيء من درجة متوسطة¹.

واستثناء يصح البيع الجراف الذي يشتمل على عدة أشياء، فيرد العقد على مبيع معين بالنوع ببيان جنسه ونوعه دون تحديد مقداره، كبيع كمية الحبوب الموجودة في المخزن بثمن معين، حينها يتم تحديد مجموعة هذه الأشياء من خلال تعيين مكان وجودها².

الفرع الثالث: مشروعية وصلاحيّة الشيء المبيع للتعامل فيه.

طبقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة 93 من القانون المدني، يشترط ألا يكون المبيع مستحيلاً في ذاته، وأن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، وإلا كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً.

عليه، يجب أن يكون المبيع -كمحل للإلتزام- صالحاً للتعامل فيه. وتطبيقاً للمادة 682 من القانون المدني: يعد المبيع غير صالح للتعامل فيه إذا كان من الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بطبيعتها وهي الأشياء التي ينفع بها كل الناس ولا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، فلا تصح كمحل لعقد البيع، على غرار الهواء وأشعة الشمس وماء البحر. إلا أنه يمكن الاستثناء بجزء منها، عندها يمكن لمالكها التعامل فيها. مثل تحويل الطاقة الشمسية إلى طاقة كهربائية، أو تعبئة الهواء المضغوط أو أيضاً تحلية كمية من مياه البحر³. وقد تكون من الأشياء المرتبطة بالإنسان مادياً والمقصود بذلك أعضاء جسم الإنسان التي لا يجوز منح قيمة مالية لها فهي مجردة منها، لذا لا يمكن أن تكون محل بيع وإلا كان باطلاً، فالكرامة الإنسانية تآبى أن يتحول جسم الإنسان لشيء قابل للتملك مقابل الثمن المادي⁴. وإنما

¹ - أنور سلطان-المرجع السابق-ص 103.

² -علي فيلاي-العقود الخاصة-عقد البيع-المرجع السابق-ص140.

³ - هشام طه محمد سليم-المرجع السابق-ص 105.

⁴ - Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier ,op.cité, p171 n° 136

يمكن التعامل في الأعضاء تبرعا¹ لغرض العلاج. فإن تم نزع الأعضاء من شخص متوفى، يشترط عدم معارضته في حياته طبقا لقانون الصحة الجزائري².

وقد تكون الأشياء خارجة عن التعامل بحكم القانون، لارتباطها قانونا بالشخص، فتخرج الحقوق للصيقة بالشخصية عن دائرة التعامل. كما يتوافر هذا الارتباط القانوني بالنسبة لعنصر الإتصال بعملاء المهن الحرة كزبائن الأطباء والمحامين باعتبار العلاقة قائمة على روابط الشخصية وقدرات مهنية. وإن كان القضاء الفرنسي أصبح يسمح أن يكون هؤلاء العملاء محلا لعقد بيع في حدود - كحالة امتناع الطبيب البائع عن ممارسة الطب أو الهجرة للخارج - ودون المساس بحرية الأفراد في اختيار الطبيب أو المحامي وإلا كان العقد باطلا³. في حين يصح البيع الذي يرد على عنصر العملاء عند بيع محل تجاري، كإحدى مقوماته، نظرا لطابعه المالي القابل للتنازل، فلا يباع مستقلا عنه.

بالمقابل قد يكون محلا لعقد البيع، الإعتماد أو الرخصة الإدارية التي تتطلبها بعض النشاطات والمهن الحرة، كالتنازل عن رخص سيارات الأجرة الممنوحة للمجاهدين أو تنازل الصيدلي لآخر عن صيدليته مقابل ثمن نقدي، فتقوم المصالح المعنية بإعداد ترخيص ثاني لمصلحة المتنازل له⁴.

وتكون الأشياء خارجة عن دائرة التعامل بحكم القانون أيضا بالنظر إلى الغرض المخصص لها لاعتبارات ترجع للمصلحة العامة، كالمال العام المخصص للمنفعة العامة، والأموال الوقفية غير القابلة للتصرف طبقا للمادة 213 من قانون الأسرة أو لما تتضمنه من إخلال بالنظام العام، كالمخدرات. أو إخلال بالآداب العامة كبيع التركة المستقبلية.

ضف إلى ذلك أن عدم صلاحية التعامل، قد تكون بموجب الاتفاق، والمقصود بذلك خصوصا شرط المنع من التصرف، فيكون البيع المخالف للشرط، باطلا.

¹ - القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 جويلية 2018 المتعلق بالصحة، ج.ر عدد 46 - 29 / 07 / 2018 المعدل بأمر رقم 20-02 مؤرخ في 30 أوت 2020 - ج.ر عدد 50 - 30 / 08 / 2020 - المادة 358: "لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية"

² - القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة - السابق الذكر - المادة 362: "لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة. وفي هذه الحالة، يمكن القيام بالزرع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته."

³ - Cass. civ. 1re, 7 novembre 2000, Bull. civ. I, n° 283, pourvoi n° 98-17731-Légifrance-<https://bit.ly/3Sby37W>:

« [...] si la cession de la clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, n'est pas illicite, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient ; la cour d'appel ayant souverainement retenu qu'en l'espèce cette liberté de choix n'était pas respectée a légalement justifié la nullité du contrat litigieux. »

⁴ - علي فيلالي العقود الخاصة - عقد البيع - المرجع السابق - ص 126.

الفرع الرابع: ملكية البائع للمبيع.

يشترط أن يكون البائع مالكا للشيء المبيع وقت انعقاد العقد وإلا كنا أمام بيع لملك الغير.

أولا: مفهوم بيع ملك الغير وتحديد نطاقه.

هو البيع الصادر من غير المالك سواء بعلمه أو بغير علمه، ينصب على شيء موجود ومعين بالذات ودون أن يكون موقوفاً. أي أن المالك الحقيقي ليست له أي علاقة بالبيع المبرم بين البائع والمشتري، فهو الشخص الذي تصرف البائع بشيء مملوك له، كبيع الشريك في الشيوع كل العين الشائعة وهو لا يملك إلا جزء منها، بيع الزوج لأملاك زوجته أصالة عن نفسه...، وتنص المادة 397 من القانون المدني أن كل بيع يكون من غير المالك يكون قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري، لأن البائع إذا لم يكن مالكا لا يستطيع نقل ملكية الشيء المبيع.

و نكون أمام بيع ملك الغير إذا تحققت الشروط التي يستلزمها هذا التصرف:

- أن يكون التصرف المبرم بين الطرفين بيعاً: فيخرج عن نطاق بيع ملك الغير، حالة ما إذا تعهد شخص بأن يحصل على رضا المالك للبيع، فلا يعد بائعاً لملك الغير وإنما متعهداً في عقد التعهد عن الغير، يلتزم بحمل المالك على البيع، وإلا عذ مسؤولاً في مواجهة المتعهد له، مسؤولية ناتجة عن عقد التعهد¹، ولا يلتزم بنقل ملكية الشيء المرغوب شراءه.

- ألا يكون البائع مالكا للمبيع: فلا يعد بيعاً لملك الغير، البيع الصادر عن المالك الحقيقي أو عن الشخص الذي يتصرف نيابة عن المالك الحقيقي، سواء نيابة قانونية أو اتفاقية.

- أن يكون المبيع موجوداً ومعيناً بالذات يوم إبرام البيع: فإذا باع شخص شيئاً مستقبلياً لا يعد بيعاً لملك الغير لأن المبيع لم يعين بذاته؛ كما أنه إذا انصب البيع على شيء معين بالنوع، فلا يستطيع المشتري المطالبة بإبطال البيع على أساس بيع ملك الغير، تطبيقاً للمادة 686 قانون مدني والتي تقرر أن المثليات تعوض بعضها بعضاً في الوفاء؛ فضلاً عن أن ملكية الأشياء المعينة بالنوع تنتقل من وقت

¹ - المادة 114 من القانون المدني الجزائري: "إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعده، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بالالتزام به، أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثره إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يسند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد."

إفرازها ، وليس من تاريخ إبرام العقد . فإذا تم فرزها حددت بذاتها، وكان التصرف فيها بعد ذلك من غير المالك بيعاً لملك الغير¹.

-ألا يكون البيع معلقاً على شرط واقف، وهو أن يكتسب البائع ملكية الشيء المبيع لأن البيع في هذه الحالة غير بات.

وبخصوص أساس بيع ملك الغير في القانون الجزائري فقد أفرد المشرع بنص خاص، هو المادة 397 قانون مدني، واعتبره باطلاً بطلاناً نسبياً مقرر لمصلحة المشتري دون البائع، فيكون بذلك قد خرج عن القواعد العامة. وهو ما يذهب إليه القانون المدني الفرنسي بمقتضى المادة 1599².

ثانياً: أحكام بيع ملك الغير.

يرتب بيع ملك الغير آثاراً لا تقتصر على أطرافه فحسب، وإنما تمتد إلى المالك الحقيقي.

أ-آثار بيع ملك الغير بين المتعاقدين.

1-حق المشتري في طلب إبطال بيع ملك الغير: بالرجوع إلى المادة 397 قانون مدني فإنه رغم انعقاد بيع ملك الغير صحيحاً بين أطرافه، إلا أن عدم تملك البائع للمبيع، يمكن للمشتري من طلب إبطال البيع حتى ولو لم يتعرض له المالك الأصلي، سواء كان المشتري عالماً أو جاهلاً بعدم امتلاك البائع للمبيع كما يكون له الحق في طلب الإبطال سواء كان البائع حسن النية أو سيئة النية، وسواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً، شهر العقد أو لم يشهر³. إذ يأخذ المشرع في حالة الشهر، البيوع المبنية على الغش والتزوير.

2-حالات سقوط حق المشتري في طلب الإبطال: يسقط حق المشتري في طلب الإبطال في الحالات التالية:

¹ - هشام طه محمد سليم-المرجع السابق-ص 108.

² -Article 1599 du Code civil français-16/03/1804: « La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. » : - Cass. civ. 3e, 8 décembre 1999, Bull. civ. III, n° 241, pourvoi n° 98-12922: Dans cet arrêt la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel qui avait annulé la vente de la chose d'autrui à la demande du vendeur en affirmant que : « [...] en prononçant ainsi la nullité de la vente [...] à la demande (du vendeur) alors que seul l'acheteur [...] avait qualité pour invoquer cette nullité, la cour d'appel a violé l'article 1599 du Code civil ».

³ -قرار مجلس الدولة لـ 2002/04/08-مجلة مجلس الدولة-العدد 2-2002-ص 202 : " من المسلمات القانونية أن شهر العقد لا يحول دون فسخه، إذا ثبت أن البائع ليس مالكا للأرض المتنازع عليها.التذرع بشهر العقد وبالتالي فهو بهذه الصفة محصن ولا يمكن الطعن فيه قول مخالف للقانون مادام أن البائع باع ملك الغير".

-إجازة المشتري للبيع: الإجازة تصرف قانوني من جانب صاحب الحق في طلب إبطال العقد، يترتب عليه أن يصبح العقد صحيحاً، بحيث لا يجوز طلب إبطاله بعد ذلك، فتتم بتعبير صريح عن التنازل على حق الإبطال أو تعبیر ضمني¹. للمشتري إذن أن يجيز بيع ملك الغير ما دام الإبطال مقررًا لمصلحته طبقاً للقاعدة العامة بمقتضى المادة 100 من القانون المدني، شرط أن يتمتع المشتري بالأهلية القانونية، وأن تكون إرادته سليمة من عيوب الرضا، فإذا أجاز المشتري البيع انقلب العقد صحيحاً ورتب التزامات على كل من المتعاقدين، حينئذ يمكن للمشتري المطالبة بالفسخ لعدم التزام البائع بالتزامه نقل الملكية²، كما يمكن له كذلك رفع دعوى ضمان استحقاق على البائع، إذا تعرض له المالك الحقيقي واستحق منه المبيع.

-إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع: فيكتسب حق ملكية على المبيع بعد البيع، . كأن يشتري البائع المبيع من مالكه أو يكتسبه بالتقادم، حينئذ ينقلب العقد صحيحاً وناظاً، فتنتقل الملكية إلى المشتري³.

-إقرار المالك الحقيقي للبيع: طبقاً للمادة 398 من القانون المدني إذا أقر المالك الحقيقي البيع فلا يمكن للمشتري التمسك بإبطاله. والإقرار يصح العقد ويجعله نافذاً في حق المالك، فتنتقل الملكية من البائع إلى المشتري من تاريخ الإقرار، مثقلة بالحقوق التي يمكن أن يكون المالك قد رتبها على المبيع بصفته مالكا.

إقرار المالك إذن، يمكن من الاحتجاج بالعقد في مواجهة المالك، والاحتجاج بالعقد في مواجهة شخص ما، لا يعني أن يتمتع بالحقوق الناشئة عنه، ولا أن يلتزم بالالتزامات التي يولدها. ومن ثم لا يحل المالك محل البائع بموجب الإقرار⁴.

4-التقادم: وتطبق المادة 101 من القانون المدني لعدم وجود نص خاص فتتقادم دعوى المشتري في طلب الإبطال خلال خمس (5) سنوات من يوم علم المشتري، أو عشر (10) سنوات من يوم انعقاد العقد.

لا يقتصر حق المشتري على طلب الإبطال وإنما يتعداه إلى طلب التعويض، طبقاً للمادة 399 قانون مدني، لكن المشرع وضع شرطين للاستفادة من هذا التعويض:

¹- سمير عبد السيد تناغو - مصادر الالتزام-المرجع السابق-ص 104.

²-رفع دعوى الفسخ من طرف المشتري لعدم تنفيذ البائع التزامه بنقل الملكية هو بمثابة تعبیر ضمني على إجازة العقد، إذ لا يرد الفسخ إلا على العقد الصحيح.

³-موريس نخلة-المرجع السابق-ص79.

⁴-محمد حسنين-المرجع السابق-ص196

-أن يكون قد حكم للمشتري بإبطال البيع، فإذا لم يطالب به، أو سقط الحق بالتقادم، فلا يجوز له المطالبة بالتعويض؛

-أن يكون المشتري حسن النية، يجهل وقت إبرام العقد أن البائع غير مالك للمبيع، فيكون له الحق في طلب التعويض ولو كان البائع حسن النية.

ب- آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي.

إذا أقر المالك الأصلي البيع أمكن الاحتجاج بالعقد في مواجهة المالك الحقيقي، فتنتقل الملكية من وقت الإقرار. كما أن للمالك الحقيقي ألا يقر البيع فيتجاهله ويتصرف في المبيع كيفما شاء، فلا يكون نافذا في مواجهته¹ حتى ولو لم يحكم بإبطاله، إذ سيكون التصرف موجودا، غير أنه لا يمكن أن يحتج به في مواجهة المالك. و حينها لهذا الأخير أن يرفع دعوى استحقاق لاسترداد المبيع من يد المشتري ومطالبته أيضاً بالتعويض إذا كان سيء النية.

إلا أن المشتري قد يملك المبيع ليس بعقد البيع وإنما بالحيازة، إذا كان حسن النية² وكان المبيع منقولاً -المادة 835 قانون مدني- ويكتسب العقار بافتراض حسن نيته، بالتقادم القصير ومدته عشر (10) سنوات طبقاً للمادة 828 قانون مدني. أما الحيازة بسوء نية، فتكون سبباً في كسب ملكية المنقول والعقار بالتقادم الطويل خمسة عشر (15) سنة، حسب المادة 827 قانون مدني³. فإذا ما اكتسب المشتري المبيع بالحيازة أو التقادم فليس للمالك الأصلي إلا أن يرجع على البائع بدعوى المسؤولية التقصيرية إذا كان البائع سيء النية، أو بدعوى الإثراء بلا سبب، إن كان حسن النية.

المطلب الثاني: الثمن.

الثمن هو محل التزام المشتري وسبب التزام البائع، فالبيع الذي لا يتضمن ثمناً ولم يستتبته القاضي من ظروف العقد هو بيع باطلاً بطلاناً مطلقاً ويستطيع القاضي أن يثير ذلك من تلقاء نفسه طبقاً للمادة 102 قانون مدني. لذا وجب توافر شروطه المقررة قانوناً (الفرع الأول)، وإذا كان المبيع عقاراً، تدخل

¹ - قرار المحكمة العليا لـ 2021/07/15 - الغرفة المدنية - العدد الثاني - 2021 - ص 23: "لا يعد نافذاً في حق المالك عقد البيع المشهر المتضمن التصرف في نصف منابه -المقدر بالنصف- بالبيع للغير، بناء على وكالة ملغاة..."

² - مفاد حسن النية أن الحائز كان على يقين أنه يتعامل مع المالك الحقيقي، وتتص المادة 824 فقرة 3 من القانون المدني صراحة أن حسن النية مفترض إلى أن يثبت العكس، فيقع على من يتمسك بسوء نية الحائز أن يثبت ذلك.

³ - سوء النية لا يمنع الحائز من أن يصبح مالكا للعقار بالتقادم، إذا انقضى أجل 15 سنة، فالقانون لا يشترط شرطاً آخر غير الحيازة الصحيحة المستوفية لشروطها الواردة ضمن المادة 524 ق من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لـ 2008: هادنة، علنية، مستمرة غير منقطعة، لا يشوبها انقطاع ولا يشوبها لبس: - محمد ابراهيمي - التقادم في القانون الجزائري - برني للنشر - الجزائر - 2020 - ص 16

القاضي في حالة الغبن المرتبط بالثمن متى تحققت شروط، لوجود خلل في الالتزامات المتقابلة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: شروط الثمن.

تتمثل الشروط الواجب توافرها في الثمن كمحل لعقد البيع فيما يلي:

1- الثمن مبلغ نقدي: ويستوي أن تكون النقود ورقية أو معدنية، أو تكون مصرفية في صورة ودائع جارية لدى المصارف أو بوسائل دفع إلكترونية¹، كما يمكن أن تكون ورقة تجارية كالسفتجة، السند لأمر والشيك وحينها تبرأ ذمة المشتري بصرف الشيك.

و لن ينال من طبيعة الثمن النقدي وأن يكون معجلاً أو مؤجلاً مقسطاً، أو إيراد مرتباً مدى الحياة. وإنما سوف تنتفي ميزة فورية التنفيذ عن عقد البيع، إذ لن يكون هناك تقابل في تنفيذ الالتزامات، رغم أنها متقابلة في وجودها.

2- الثمن مقدر أو قابل للتقدير:

* **الثمن المقدر:** الغالب أن يقدر الثمن، بتعيين مقداره من طرف المتعاقدين، باقتراح من البائع أو المشتري، وبعد أخذ ورد بين الطرفين، يتم تحديد الثمن.

و إذا كان الأصل حرية المتعاقدين في تحديد الثمن، فإنه يمكن للدولة أن تفرض أسعار جبرية بالنسبة للسلع والخدمات الإستراتيجية²، مما يقيد حرية المتعاقدين في تحديد الثمن، ويكون الجزاء المترتب على الاتفاق على ثمن أعلى من التسعير الجبري هو تخفيض الثمن إلى السعر المحدد.

¹ تعرف المادة 6 من قانون التجارة الإلكترونية 18-05 وسيلة الدفع الإلكتروني: "كل وسيلة دفع مرخص بها طبقاً للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة إلكترونية". أما العملة الرقمية Bitcoin المستخدمة عبر شبكة الانترنت كتمثيل رقمي يمكن تداولها إلكترونياً ولا تصدر عن البنك المركزي أو سلطة عامة فقد منع المشرع الجزائري بصريح المادة 117 من القانون 17-11 المؤرخ في 27/12/2017 المتضمن قانون المالية لـ 2018 التعامل استعمالها كعملة، لغياب الدعامة المالية وعدم خضوعها لأية سلطة معترف بها: ج.ر عدد 76 لـ 28/12/2017.

² تطبيقاً للمادة 5 من القانون 03-03 المتضمن قانون المنافسة المعدلة والمتممة بالقانون 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010. حيث يتم تحديد الأسعار أو تسقيفها عن طريق التنظيم، مثلاً:

- المرسوم تنفيذي رقم 16-65 مؤرخ في 16 فبراير سنة 2016، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 01-50 المؤرخ في 12 فبراير سنة 2001 والمتضمن تحديد أسعار الحليب المبستر والموضب في الأكياس عند الإنتاج وفي مختلف مراحل التوزيع. (ج.ر رقم 09 لـ 17 فيفري 201) والمعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 20-153 مؤرخ في 8 يونيو سنة 2020 (ج.ر عدد 35 لـ 14 جوان 2020).

- مرسوم تنفيذي رقم 20-241 مؤرخ في 31 أوت 2020، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 96-132 المؤرخ 13 أبريل سنة 1996 والمتضمن تحديد أسعار الدقيق والخبز في مختلف مراحل التوزيع (ج.ر رقم 52 لـ 2 سبتمبر 2020).

***الثلث القابل للتقدير:** قد لا يحدد الثمن بالأرقام وبالرغم من ذلك يعتبر موجوداً، إذ يكفي أن يكون قابلاً للتقدير وذلك بالاستناد إلى أسس معينة، وهو استناد شرعي ما دامت هذه العناصر واضحة تسمح بالتحديد الرقمي للثمن عند التنفيذ دون الحاجة إلى اتفاق جديد، فلا تكون متوقفة على إرادة أحد المتعاقدين، بل يجب أن تكون أسساً مادية معينة تعييناً من شأنه منع أي خلاف بين المتعاقدين¹.

و قد نص المشرع الجزائري في المادتين 356 فقرة 2 و 357 من القانون المدني على ثلاث طرق على سبيل المثال يمكن للمتعاقدان تبنيها من أجل تحديد الثمن:

أ- **إعتماد سعر السوق:** حسب المادة 365 فقرة 2 من القانون المدني، فيتم تقدير الثمن على أساس ما يقضي به سعر السوق مع الاتفاق على تسمية هذا السوق، فإذا اقتصر اتفاقهما على ذكر السوق دون تحديده كان الثمن هو ثمن السوق الموجود في المكان والزمان الذي يتم فيه تسليم المبيع، وإذا لم يوجد سوق في مكان التسليم وجب افتراض أن النية اتجهت إلى سعر السوق الذي يقضي العرف بأن أسعاره هي المطبقة²؛

ب- **تقدير الثمن بواسطة السعر المتداول في التجارة:** فيستبطن القاضي في حالة سكوت المتعاقدين من نص العقد أو من ظروفه وملابساته بأن الطرفين اتجهت إرادتهما إلى تبني الأسعار المتداولة في التجارة، لجواز تعيين الثمن ضمناً وهو ما يستنتج من عبارة المادة 357 قانون مدني جزائري: "إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن المبيع"³؛

ج- **اعتبار الثمن هو السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتعاقدين:** على أساس وجود تعاملات بينهما، كالتعامل في تجارة بالجملة أو بالتجزئة، فهنا عدم تحديد الثمن لا يبطل العقد⁴، كون أن

- مرسوم تنفيذي رقم 20-242 مؤرخ في 31 أوت 2020، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 07-402 المؤرخ في 25 ديسمبر 2007 الذي يحدد أسعار سميد القمح الصلب عند الإنتاج وفي مختلف مراحل توزيعه (ج.ر رقم 52 لـ 2 سبتمبر 2020).

¹ - طارق كاظم عجيل- المرجع السابق-ص 271

² - أنور سلطان-المرجع السابق-ص 123.

³ - وضعت اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع المعتمدة بتاريخ 10/01/1980، والتي دخلت حيز النفاذ بتاريخ

1988/01/01، قرينة مفادها إحالة أطراف العقد إلى الثمن السائد وقت إبرامه لنفس النوع من التجارة والبضائع وفي ظروف مماثلة، فلم تقرر بطلان البيع الدولي عند إغفال النص عن الثمن. وهذا بموجب نص المادة 55 منها: "إذا انعقد العقد على نحو صحيح دون أن يتضمن، صراحة أو ضمناً، تحديداً لثمن البضائع أو بيانات يمكن بموجبها تحديده يعتبر أن الطرفين قد أحالا ضمناً في حالة عدم وجود ما يخالف ذلك، إلى السعر الاعتيادي الموجود وقت انعقاد العقد بالنسبة لنفس البضائع المبيعة في ظروف مماثلة في نفس النوع من التجارة".

⁴ - يمينه حوحو - عقد البيع في القانون الجزائري-المرجع السابق-ص 74.

التعامل السابق قرينة بسيطة على أن الثمن هو نفسه المقرر في البيوع السابقة، حينئذ يجوز للبائع إثبات عكس هذه القرينة بأن يثبت بأن الأسعار ارتفعت؛

د- تحديد الشخص الأجنبي عن العقد للثمن: على خلاف المشرع الجزائري الذي لم ينص على هذه الطريقة، سمح القانون المدني الفرنسي بموجب المادة 1592 أن يقدر الثمن من قبل الغير، فيكون قابلاً للتقدير، فإذا لم يرد أو لم يستطع الغير القيام بالتقدير، فليس هناك بيع، إلا إذا قام شخص آخر بتقديره¹.

مع التزام البائع والمشتري بهذا الثمن²، إلا إذا ثبت بأن الأجنبي قد ارتكب غشاً أو وقع في غلط أو تجاوز حدود مأموريته.

وقد أثار مسألة تكليف تحديد الثمن من طرف الغير اختلافات، فقد رفض القضاء الفرنسي اعتبارها تحكيماً باعتبار أن مهمة المحكم تكمن في الفصل في نزاع قائم³. كما رفض الفقه تكليف الخبرة، على أساس أن رأي الخبير استشاري غير إلزامي، في حين أن تحديد الأجنبي للثمن نهائي وملزم للطرفين⁴. لذا اعتبر الأجنبي وكيلاً مشتركاً عن الطرفين، البائع والمشتري في تحديد الثمن⁵. إلا أنه أخذ أيضاً على هذا الرأي أن الوكالة تقتضي نصاً خاصاً، كما أنه يجوز للموكل عزل الوكيل وهذا غير وارد بالنسبة لمن يتولى تحديد الثمن، ناهيك عن أن الوكيل يقوم بتصرفات قانونية في حين أن عمل الأجنبي هنا مادي⁶. وإن كان عمل المفوض هذا لا يقتصر على مجرد عمل مادي، لأن مضمون سلطته هو تكميل إرادة الطرفين، فهو إذن ملزم لهما والحال أن الأصل لترم بتنفيذ تصرفات الوكيل

¹ -Article 1592 du code civil français modifié par la loi n°2019-744 du 19 juillet 2019 :

"Il peut cependant être laissé à l'estimation d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente, sauf estimation par un autre tiers. "

² - مورييس نخلة-المرجع السابق-ص90

³ - Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 16 février 2010, 09-11.586- Légifrance : « Alors qu'il résultait de ses constatations que le tiers désigné par les parties avait reçu de celles-ci mission, non d'exercer un pouvoir juridictionnel mais de procéder sur des éléments de fait à un constat s'imposant aux parties, lesquelles en avaient préalablement tiré les conséquences juridiques », (évaluation du prix de cession de droits sociaux) : <https://bit.ly/3Z68f07>

و كان المشرع الفرنسي قد ألغى عبارة تحكيم الغير L'arbitrage d'un tiers من المادة 592 واستبدلها بعبارة تقدير الغير

: Légifrance : l'estimation d'un tiers بموجب تعديل للمادة صادر بتاريخ 20 نوفمبر 2016

<https://bit.ly/3vsRfnh>

⁴ - Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier- -op.cité-§ n° 204-p 155.

⁵ -Ibid

⁶ - سي يوسف زاهية حورية -الوجيز في عقد البيع-المرجع السابق- ص 86

طالما كانت في حدود الوكالة، مما يمكن من الأخذ بفكرة النيابة. و يترتب على تحديد الغير للثمن انعقاد البيع من تاريخ هذا التحديد لاكتمال أركانه بوجود الثمن.¹

3- الثمن جدي وحقيقي.

يجب أن يكون الثمن حقيقياً وجدياً، فتتجه إرادة الطرفين إلى إلزام المشتري بأن يدفع ثمناً حقيقياً غير صوري ولا تافه.

يعد الثمن صورياً إذا تظاهر المتعاقدان بوجود الثمن لكنهما يتفقان على عدم التزام المشتري بدفعه، فتكون صورية مطلقة، في هذه الحالة لا تكون بصدد بيع² ولكن لا يعتبر العقد بالضرورة باطلاً، فقد يقصدان من وراء هذا التظاهر بوجود ثمن، التستر على هبة، حينئذٍ يعتبر العقد هبة إذا وجدت نية التبرع طبقاً لنظرية تحول العقد -المادة 105 قانون مدني- وقد تكون الصورية نسبية، بأن يتفق المتعاقدان على أن المشتري يلتزم بثمن غير ذلك المسمى في العقد زيادة أو نقصاناً، فينقعد العقد، إذا كان الثمن جدياً، وللمتعاقدين صاحب المصلحة أن يثبت أن الثمن المتفق عليه، ليس الثمن المسمى في العقد³.

أما الثمن التافه فهو ما لا يتناسب إطلاقاً مع قيمة الشيء المبيع، لذا هو كالثمن الصوري، يعدم ركنا في البيع، فيبطل العقد. أما إذا ثبت للبائع نية التبرع اعتبر العقد هبة. و لأن الثمن التافه لا يعتد به أصلاً فإن ذكره في العقد لا يكفي حتى لإعطاء العقد صورة البيع الذي يستتر الهبة، فتكون هبة ظاهرة ومكشوفة لا مستترة.⁴

وقد يقل الثمن كثيراً عن قيمة المبيع، لكنه لا يصل إلى حد يجعل التناسب بينهما مفقوداً تماماً، فيكون ثمناً بخساً لا يمنع من انعقاد عقد البيع، إذ لا يمس بجدية الثمن وإنما يصلح مقابلاً لالتزامات البائع.⁵

الفرع الثاني: الغبن في بيع العقار.

لا يمكن أن تترك حرية الأطراف في تحديد الثمن تصل لحد التعسف، لذلك سمح المشرع للقاضي بمراقبة مقدار الثمن في بيع العقارات، حتى لا يكون هناك غبن، فنصت المواد 358، 359 و 360 من القانون المدني على حكم خاص بعقد البيع وهو حالة الغبن الفاحش في بيع العقار.

¹-المرجع السابق-ص87

²-عزيز كاظم جبر الخفاجي-المرجع السابق-ص475.

³-المرجع السابق-ص478.

⁴-سي يوسف زاهية حورية-الوجيز في عقد البيع-المرجع السابق-ص90.

⁵-أحمد السعيد الزقرد- الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي-المرجع السابق-ص122.

أولاً: شروط الطعن بالغبن العقاري.

ولكن يشترط للطعن بالغبن الفاحش ما يلي:

1- أن يكون المبيع عقاراً، فالغبن هنا ينصب على العقار دون سواء بالمفهوم الوارد في المادة 683 من القانون المدني¹، والحقوق العينية العقارية. أما العقار بالتخصيص² فلا طعن فيه بالغبن إلا إذا بيع مع العقار بثمن واحد³؛

2- ألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلني، إذ تنص المادة 360 قانون مدني على استثناء يتمثل في عدم جواز رفع دعوى الغبن العقاري إذا تم البيع بالمزاد العلني، لما تحاط به هذه البيوع من إجراءات قانونية تكفل الحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار⁴، بهدف تسديد الديون؛

3- أن يكون البائع ضحية الغبن فليس باستطاعة المشتري رفع دعوى الغبن، إذا بيع له العقار بثمن باهظ، إنما يرفع دعوى الاستغلال طبقاً للقواعد العامة؛

4- أن يكون الغبن فاحشاً وهو ما يزيد عن خمس (5/1) ثمن المثل، أي أن يكون الثمن أقل من أربعة أخماس (5/4) ثمنه الحقيقي، فإن كان في حدود الخمس أو أقل فلا نكون بصدد غبن فاحش، وهذا طبقاً للمادة 358 قانون مدني جزائري؛.

و الحق في الطعن بالغبن يكون في أي غبن عقاري سواء كان البائع كامل الأهلية أو ناقص الأهلية، وبالتالي الغبن المقصود هنا أساسه معيار موضوعي وليس شخصي، وهو اختلال التناسب بين التزامات الطرفين⁵، فهو ليس عيباً في الرضا يتطلب توافر العنصر النفسي وهو استغلال الطيش والهوى لدى المتعاقدين، وإنما هو عيب في العقد، وبالتالي فإن البائع في دعوى الغبن ليس مطالباً بإثبات أنه وقع في غش أو غلط أو استغلال أو كان ناقص الأهلية، بل يكفي إثبات توافر شروط الغبن وبالتالي فإن الغبن في بيع العقار يرجع إلى فكرة التعادل ما بين المبيع والثمن⁶. لذلك أوجب

¹-المادة 683 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دوم تلف، فهو عقار، وكل ما عدا ذلك فهو منقول".

²-العقار بالتخصيص طبقاً للفقرة 2 من المادة 683 قانون مدني هو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدًا على خدمة هذا العقار أو استغلاله.

³-لحسين بن الشيخ آث ملويا- المنتقى في عقد البيع -المرجع السابق-ص 102.

⁴- سي يوسف زاهية حورية -الوجيز في عقد البيع-المرجع السابق- ص 94.

⁵- لحسين بن الشيخ آث ملويا- المنتقى في عقد البيع -المرجع السابق-ص 106

⁶-قرار المحكمة العليا بتاريخ 20/06/2001-الغرفة المدنية-المجلة القضائية عدد 1 -2002-ص 157: "المستفاد من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع لما رفضوا دعوى الطاعنين الرامية إلى تكملة ثمن بيع العقار لعدم إثبات الغبن فإنهم يكونون قد

المشرع الجزائري في المادة 358 من القانون المدني لتقدير الغبن الزائد عن الخمس أن يقيم العقار بحسب قيمته وقت البيع.

ثانيا: الغرض من دعوى الغبن العقاري وإجراءاتها.

يحق للبائع ضحية الغبن أو ورثته¹ رفع دعوى الغرض منها تكملة الثمن إلى أربعة أخماس (5/4) ثمن المثل أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار طبقا للمادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية². ويلتزم البائع بإثبات أن الغبن محتمل فتقوم المحكمة بتعيين خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع، فإذا ثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد عن الثمن بأكثر من خمس (5/1) القيمة، لم يبطل العقد وإنما يحكم القاضي على المشتري بتكملة الثمن إلى أن يبلغ أربعة أخماس (5/4) قيمة العقار وقت البيع³.

إذا صدر حكم لصالح البائع بالإلزام المشتري بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس (5/4) وصار الحكم نهائياً فإن للبائع أن يحبس العقار في سبيل التنفيذ كما يكون حق البائع بفرق الثمن مضموناً بامتياز البائع على العقار المبيع طبقاً للمادة 999 من القانون المدني.

بالنسبة لمدة التقادم لدعوى تكملة الثمن، فهي 3 سنوات تبدأ من يوم انعقاد البيع بالنسبة لكامل الأهلية، أما بالنسبة لناقصي الأهلية فتبدأ بـ 3 سنوات من يوم انقطاع العجز طبقاً للمادة 359 قانون مدني.

وقعوا في خلط بين دعوى الغبن ودعوى الاستغلال، فدعوى الغبن تقوم على أساس مادي لا يكلف فيها البائع بإثبات أنه وقع في غلط أو ضحية غش بل أن يثبت فقط توافر شروط الغبن، لأنها ترجع في طبيعتها إلى فكرة التعادل بين المبيع والثمن، عكس دعوى الإستغلال القائمة على الأساس الشخصي. وبقضائهم كما فعلوا، فإن قضاة الموضوع يكونون قد شوها قرارهم بالخطأ في تطبيق القانون.

¹ - قرار المحكمة العليا بتاريخ 2010/07/22 - مجلة المحكمة العليا عدد 1-2011-105: "تنتقل بوفاة البائع، إلى الخلف العام دعوى الغبن، باعتبارها دعوى مالية.

حيث أن دعوى الغبن العقاري ليست من الدعاوى المرتبطة بشخصية الخصم، تنتضي بالوفاء، بل من الدعاوى المادية التي لا تنتضي بوفاة الشخص وتنتقل إلى الخلف العام."

² - مادام أن دعوى تكملة الثمن هي دعوى عقارية، تطرح مسألة شهر العريضة الإفتتاحية لقبول الدعوى المرفوعة أمام القسم العقاري شكلاً، وهذا تطبيقاً للمادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لذا قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2015/07/16، أنه لا يشترط شهر عريضة دعوى الإرجاع بعد الخبرة، الخاصة بمراجعة سعر بيع العقار - في دعوى غبن عقاري - لأن الدعوى لا تخص فسخ العقد أو إبطاله أو تعديله أو إلغاءه" وهي الحالات التي تستوجب الشهر الواردة في المادة 85 من الأمر 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والمادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. القرار منشور بمجلة المحكمة العليا عدد 2-2015 ص 123

³ - سي يوسف زاهية حورية - الوجيز في عقد البيع - المرجع السابق - ص 95.

ثالثاً: دعوى فسخ البيع العقاري للإخلال بتكملة الثمن وإجراء شهرها.

للبيع في حالة امتناع المشتري عن تكملة الثمن أن يلجأ للتنفيذ الجبري طبقاً للمادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو أن يرفع دعوى الفسخ كدعوى احتياطية، لأنه لم يستوف الثمن بكامله، وهي دعوى مختلطة تركز على حق شخصي للبايع في الفسخ لعدم تنفيذ المشتري لالتزامه وحق عيني في استرداد العقار الذي يعود إلى ملكيته نتيجة الحكم بالفسخ. وعودة المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

قيد المشرع دعوى فسخ البيع العقاري بإجراء شكلي كشرط لقبولها يكمن في شهرها بالمحافظة العقارية عن طريق التأشير بالدعوى على هامش المحرر المشهر، وهو ما يسمى بالتأشير الهامشي، وتقديم العريضة الافتتاحية مؤشراً عليها بالشهر في أول جلسة تحت طائلة عدم قبولها شكلاً وذلك إعمالاً لنص المادة 85 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري¹، نص المواد 17 فقرة 3²، 515³ و 519⁴ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وهي نصوص تقضي بأن الدعوى القضائية العقارية التي ترمي إلى الطعن في التصرف الذي تضمنه المحرر المشهر المتعلقة بإبطال أو فسخ أو إلغاء أو نقض أو تعديل التصرف العقاري لا تكون مقبولة ولا يمكن الاحتجاج بالحكم الصادر فيها قبل شهرها⁵.

¹ - المادة 85 من المرسوم التنفيذي 76-63 المؤرخ في 25/03/1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري ونصها كالتالي: «إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها إلى يمكن قبولها إلى إذا تم إشهارها مسبقاً طبقاً للمادة 14 فقرة 4 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وإذا تم إثبات الإشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجودة عليه تأشير الإشهار.»

² - المادة 17 / 3 ق.أ.م.إ. «..... يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية، إذا تعلق بعقار و/أو حق عيني عقاري مشهر طبقاً للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبولها شكلاً، ما لم يثبت إداعها للإشهار»

³ - مادة 515 ق.أ.م.إ. «: ينظر القسم العقاري في الدعاوى المتعلقة بإبطال أو فسخ أو تعديل أو نقض الحقوق المترتبة على عقود تم شهرها.

⁴ - مادة 519 ق.أ.م.إ. «: ترفع الدعوى أمام القسم العقاري وينظر فيها حسب الإجراءات الواردة في هذا القانون، مع مراعاة الأحكام الخاصة بشهر دعاوى الفسخ أو الإبطال أو التعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها.

⁵ - إضافة إلى دعوى فسخ البيع العقاري، دعوى إبطال البيع العقاري نتيجة عيب الإدارة، إلغاء عقد إداري ناقل للملكية العقارية، تعديل الدفتر العقاري بحذف إحدى البيانات، دعوى الأخذ بالشفعة لما يتم من تعديل من حيث الأشخاص ودعوى القسمة والخروج من الشيوع لما تتضمنه من تعديل من حيث الحق العيني العقاري: -حمدي باشا عمر- زروقي ليلي- المنازعات العقارية - طبعة

فيؤدي شهر الدعوى القضائية يؤدي وظيفة الإعلام بهدف حفظ حق البائع المدعي واحتجابه بالحكم الصادر لمصلحته بأثر رجعي ضد الغير الذي اكتسب حقل عينيا على العقار، وذلك دون إيقاف إمكانية التصرف في العقار والحق العيني العقاري، مع شهر الحكم القضائي النهائي الصادر في الدعوى المشهورة¹. فكان الهدف الأساسي من شهر الدعوى علم الغير-المتصرف إليه بأن العقار محل نزاع، ويحتمل إعادته إلى من صدر الحكم لصالحه، وبالتالي الإحتجاج بالحكم على الخلف الخاص الذي ثبتت سوء نيته لقبوله اكتساب حق عقاري متنازع فيه².

لذلك اشترطت المادة 359 فقرة 3 في حالة بيع المشتري المدعى عليه في دعوى فسخ البيع العقاري أن يكون المتصرف إليه حسن النية حتى لا يصيبه ضرر، فلا يستطيع البائع الذي صدر حكم الفسخ لصالحه أن يسترد منه العقار وليس له إلا الرجوع بالتعويض على المشتري. وهذه الحالة يمكن تصورها في حالة خرق القانون وقبول دعوى الفسخ العقارية دون شهرها، وتم التصرف في العقار بعد رفع الدعوى وشهر البيع، حينها لا يسري الحكم في حق المشتري، وعادة لا يقبل المحافظ العقاري شهر حكم الفسخ³.

المطلب الثالث: السبب في عقد البيع.

السبب في العقد هو الغرض الذي من أجله التزم المتعاقد سواء كان البائع أو المشتري، وقد يكون هذا الغرض مباشرا، يرمي إليه المتعاقد من وراء التزامه (الفرع الأول)، أو يكون غرضا غير مباشر أي السبب الدافع للتعاقد، فهو الباعث النفسي الذي يحمل الأفراد على البيع والشراء⁴(الفرع الثاني).

¹ - قانون رقم 18-18 مؤرخ في 27 ديسمبر سنة 2018، يتضمن قانون المالية لسنة 2019-ج ر عدد 79 لـ 2018/12/30: المادة 35 : تدرج ضمن القسم الأول من الباب الثاني من الأمر رقم 75-74 لـ 12 نوفمبر سنة 1975 والمنضمين إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، مادة 16 مكرر تحرر كما يأتي: " المادة 16 مكرر : تشهر بالسجل العقاري الممسوك بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا كل عريضة رفع دعوى تتعلق بعقار أو حق عيني عقاري مشهر سنده، بعد تسجيلها بأمانة ضبط المحكمة. لا يترتب عن إشهار عريضة رفع الدعوى تجميد أو تعليق أو منع التصرف في العقار أو الحق العيني العقاري. إذا تم التصرف في حق عيني عقاري يتعلق بعقار أشهرت بشأنه عريضة رفع الدعوى قبل التصرف، فإنه يستوجب على المتصرف إبلاغ المتصرف له بالدعوى المشهورة عن طريق محضر قضائي، على أن يرفق محضر التبليغ بملف العقد عند تقديمه لإجراء الشهر العقاري يشهر المحافظ العقاري المعني بالحكم القضائي النهائي الصادر في الدعوى محل العريضة المشهورة."

² - حمدي باشا عمر-زروقي ليلي-المنازعات العقارية - المرجع السابق-ص 248.

³ -المرجع السابق-ص 80.

⁴ - نبيل إبراهيم سعد -محمد حسين منصور-مبادئ القانون: المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام-المرجع السابق-ص 254.

الفرع الأول: وجود السبب.

وهو سبب العقد أو الغاية التي يقصد الملتزم الحصول عليها في عقد البيع، فيكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن، فيكون القصد المباشر للبائع في جميع الأحوال هو الحصول على الثمن، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو الحصول على ملكية الشيء المبيع من البائع¹. ومادام البيع هو عقد ملزم لجانبين، فإن فكرة الارتباط بين الإلتزامات المتقابلة هي من طبيعته ولا يتصور قيام البيع إلا على أساسها، فيكون السبب المباشر هو سبب الإلتزام في العقد، فيجب أن يكون موجودا وقت إنشاء العقد وتنفيذه، وإذا تخلف السبب في أي وقت من الأوقات بعد نشوء الإلتزام، انقضى الإلتزام.

وقد أدمج المشرع الفرنسي بموجب المرسوم 2016-131 المتعلق بقانون العقود والنظرية العامة للإلتزامات والإثبات، السبب بالمحل ضمن ركن مضمون العقد، حيث نصت المادة 1128 على أنه يعتبر ضروريا لصحة العقد، موافقة الأطراف، أهليتهم للتعاقد والمضمون المشروع والمؤكد للعقد²، واستبدل السبب بمصطلح هدف العقد في المادة 1162.

الفرع الثاني: مشروعية السبب.

تتصرف هذه المشروعية إلى السبب الدافع أي الباعث على التعاقد، أي السبب الذي دفع البائع إلى ترتيب الإلتزام في ذمته فإذا كان الباعث غير مشروع كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً³. وتفترض المادة 98 من القانون المدني الجزائري في كل التزام أن له سببا حقيقيا ومشروعا فإذا ثبت أن السبب المذكور غير حقيقي أو غير مشروع كان على من يدعي أن للإلتزام سببا آخر مشروعاً أن يقيم الدليل عليه.

¹ - سمير عبد السيد تناغو - مصادر الإلتزام-المرجع السابق-ص 78.

² - Ordonnance n° 2016-131 précitée- Art 1128 : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

1° Le consentement des parties ;2° Leur capacité de contracter ;3° Un contenu licite et certain. »

³ - طبقا للمادة 97 من القانون المدني الجزائري. وبموجب المرسوم 2016-131 الفرنسي المتعلق بقانون العقود والنظرية العامة للإلتزامات والإثبات، اشترطت المادة 1162 ضرورة أن يكون هدف العقد مطابقا لقواعد النظام العام؛ أي مشروعاً وهذا ما كان ينص عليه ركن السبب سابقاً. إذ قام المشرع بمقتضى التعديل بإبطال العقد بسبب هدفه غير المشروع سواء علم به الطرف حسن النية أم لا:

Ordonnance n° 2016-131 précitée- Art. 1162 : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties. »

الفصل الثاني : الآثار المترتبة على عقد البيع.

بمجرد انعقاد البيع صحيحاً، كان صالحاً لإنتاج آثاره ورتب التزامات متقابلة في ذمة كل من البائع (المبحث الأول) والمشتري (المبحث الثاني)، بحيث يقوم المدين بها بالتنفيذ إما طوعية أو جبراً، فهي التزامات واجبة التنفيذ تكريساً لمبدأ القوة الملزمة للعقد البيع.

المبحث الأول: التزامات البائع.

يقع على البائع التزامات معاصرة لعقد البيع (المطلب الأول) والتزامات لاحقة للعقد، تضمن للمشتري الحيابة الهادئة والنافعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التزامات البائع المعاصرة لعقد البيع.

تقع على البائع التزامات مصدرها المواد المنظمة لعقد البيع في القانون المدني، وهي قواعد مكملة في عمومها، يمكن للطرفين الإتفاق على مخالفتها، والتزامات أخرى واردة في قانون حماية المستهلك، حماية له بوصفه الطرف الضعيف، فيغلب عليها الطابع الأمر. وسنتناول هذه الالتزامات تبعا في الفروع التالية.

الفرع الأول: الالتزام بنقل ملكية المبيع.

هو أول التزام يقع على عاتق البائع بمجرد إبرام العقد، وتبعاً لذلك تنص المادة 361 من القانون المدني "يلتزم البائع بكل ما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيراً أو مستحيلاً"، عندما صدر القانون الفرنسي لـ 1804 أصبح نقل الملكية يرتبط باتفاق الإرادتين وحدهما، فنصت المادة 1583 "تكتسب الملكية قانوناً للمشتري في مواجهة البائع بمجرد الاتفاق على المبيع والتمن وحتى لو لم يسلم المبيع ولم يدفع الثمن"¹، معنى ذلك أن نقل الملكية هو أثر قانوني للبيع وليس التزاماً يلحق البيع، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري إذا كان المحل منقولاً معيناً بالذات، في حين يقع على البائع التزام بنقل الملكية في حالة المنقول المعين بالنوع وكذا في حالة العقارات.

أولاً: نقل ملكية المنقول.

يختلف انتقال الملكية في المنقول باختلاف أن يكون الشيء معيناً بالذات أو معيناً بالنوع.

¹ - Art 1583 du code civil français-Loi 1804-03-06 : « Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. »

1- المنقول معين بالذات.

تنتقل ملكية المنقول المعين بالذات بقوة القانون إلى المشتري بواقعة تكوين العقد، حينئذٍ بإمكان المشتري أن يتصرف بالمبيع حتى قبل تسلمه لأنه أصبح مالكا له، هذا ما أوضحتها المادة 165 قانون مدني، بنصها "الالتزامات بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

يترتب على انتقال الملكية للمشتري فور العقد، خروج المبيع من الذمة المالية للبائع، فلا يمكن لدائنيه الحجز عليه ولا أن يتصرف فيه البائع، وفي نفس الوقت يدخل في الذمة المالية للمشتري، فيحق له التصرف فيه قبل تسلمه، يصبح ضماناً لدائنيه وعنصراً في تركته إذا توفي، كما يثبت للمشتري ثمار المبيع بمجرد البيع¹ ويتحمل مصاريفه منذ انعقاد العقد.

أ - شروط انتقال الملكية بمجرد العقد:

1- أن يكون المبيع منقولاً معيناً بالذات: والأصل أن يكون المبيع معيناً بالذات إذا كان قيمياً وهو الشيء الذي يتميز عن غيره بصفات خاصة تعينه تعييناً ذاتياً، واستثناءً يمكن أن يكون المبيع قيمياً ولكنه ليس معيناً بالذات، فيتوقف انتقال ملكيته على التعيين الذاتي ولا تنتقل الملكية وقت البيع أو بمجرد انعقاد العقد كما هو الحال في البيع مع خيار التعيين، فلا تنتقل الملكية إلا بعد تعيين المبيع بالذات عند استعمال الخيار، وعندئذٍ تنتقل الملكية بأثر رجعي يعود إلى وقت إبرام البيع.

و قد يكون المبيع معيناً بالذات وهو من المثليات كما هو الحال في البيع الجراف وهو بيع ما يُكال أو يوزن أو يعد جملة واحدة بلا كيل ولا وزن ولا عدد، إذ لا يحتاج تعيين المبيع لتقديره في هذه الحالة، فتنتقل الملكية في البيع الجراف بمجرد إبرام العقد طبقاً للمادة 362 قانون مدني؛

2- أن يكون المبيع مملوكاً للبائع وقت البيع: وهو شرط اقتضته طبيعة البيع من أنه عقد ناقل للملكية بذاته؛

¹ - تتضمن ملكية الشيء كل ثماره التي تنتج بصفة طبيعية، كنتاج المواشي، وبصورة صناعية بفعل الإنسان كمحصول الأرض الزراعية، وقد ينتج بصورة مدنية من خلال استغلال الشيء بإحدى الأعمال القانونية، كبدل إيجار المباني والأراضي: محمد حسين منصور-الحقوق العينية الأصلية-الملكية والحقوق المنفردة عنها-أسباب نقل الملكية-المرجع السابق-ص 29.

3- أن يكون المبيع موجوداً وقت العقد: لأنه إذا كان المبيع من الأشياء المستقبلية، يؤجل انتقال الملكية، فلا يحصل عند إبرام العقد¹، بل عند تحقق وجود المبيع.

4- أن يكون البيع باتاً غير موصوف: فإن كان بيعاً معلقاً على شرط واقف، لا تنتقل الملكية فوراً، وإنما تنتقل بتحقيق الشرط، حيث يترتب الإلتزام عند زوال التعليق وبأثر رجعي.

ب- تراخي انتقال ملكية المبيع:

يعد نقل الملكية بمجرد التعاقد في المنقول المعين بالذات من طبيعة عقد البيع إلا إنه ليس من مستلزماته، لذا قد يتفق المتعاقدان طبقاً للمادة 363 من القانون المدني الجزائري على توقيف نقل الملكية على شرط سداد الثمن إذا كان هذا الأخير مؤجلاً أو مقسط، ففي البيع بالتقسيط أو البيع المؤجل كان لابد من البحث عن وسيلة تضمن تنفيذ المشتري لالتزامه فكان الاحتفاظ بالملكية كاستثناء -يستند إلى إرادة المتعاقدين- عن المبدأ الذي يقرر انتقال الملكية كأثر فوري للعقد أي بمجرد انعقاد العقد، ذلك أن انتقال الملكية في العقد ليست من النظام العام فتبقى لإرادة المتعاقدين السيادة والحريه في تأجيلها².

وعليه فإن شرط الاحتفاظ بالملكية هو اتفاق بين طرفي عقد البيع على تراخي انتقال الملكية على الرغم من انعقاد البيع، حتى لو كان البائع قد بادر بتسليم المبيع للمشتري فور البيع³ حينئذ يكون لنقل الملكية دور إئنماني⁴. فيظهر بصورة ضمان اتفاقي مصدره إرادة طرفي البيع⁵، يكفل تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن المقسط أو المؤجل، يثبت والحق للبائع في استحقاق المبيع إذا أحلَّ المشتري بالتزامه بالسداد لأن احتفاظ البائع بالملكية يجعل المشتري حائزاً فقط دون أن يكون له صفة المالك⁶. و مادام البيع صحيح ومنشئ لباقي الالتزامات بمجرد العقد- فيلزم البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم- كانت الملكية

¹-موريس نخلة-المرجع السابق-ص18

²-المرجع السابق-ص77.

³-هادي حسين عبد علي الكعبي-احتفاظ البائع بملكية المبيع-دراسة مقارنة- الطبعة الأولى-منشورات الحلبي الحقوقية-2011-ص 32.

⁴-محمد حسين منصور-شرط الإحتفاظ بالملكية-المرجع السابق-ص 24.

⁵-هادي حسين عبد علي الكعبي-المرجع السابق-ص62

⁶- يختلف شرط الإحتفاظ بالملكية عن الشرط المانع من التصرف لأن البائع الذي يحتفظ بملكية المبيع يكون في مركز أقوى من البائع الذي يشترط عدم التصرف في المبيع، فالمشتري لا يتوافر لديه أي من عناصر الملكية في الحالة الأولى بينما يتمتع في الحالة الثانية من حيث المبدأ بحق الانتفاع بالمبيع واستغلاله دون التصرف فيه. أضف إلى ذلك أن البائع يمكنه استرداد المبيع من المشتري لاحتفاظه بملكته، بينما لا يستطيع البائع الذي اشترط عدم التصرف في المبيع طلب استرداده إلا بعد الحكم بفسخ البيع الأصلي : محمد حسين منصور-شرط الإحتفاظ بالملكية-المرجع السابق-ص 95

معلقة على شرط واقف وهو السداد في حين يكون البيع باتاً بين طرفيه¹، مما يؤدي إلى مطالبة البائع بالفسخ حال عدم تحقق الشرط إضافة إلى إستحقاق المبيع من المشتري كأثر قانوني يترتب على بقاء البائع مالكا.

قد يقدم المشتري على التصرف في المبيع بالبيع قبل سداد الثمن إلى شخص لا يعلم باحتفاظ البائع الأصلي بالملكية، حينها سيضطد هذا النوع من الضمان بقاعدة الحيازة في المنقول بسبب صحيح سند الملكية، بالرغم من أن العقد هو بيع لملك الغير موقوف على إقرار المالك الأصلي².

2- نقل ملكية المنقول معين بالنوع:

طبقاً للمادة 166 من القانون المدني إذا كان المبيع معيناً بنوعه أي من المثليات فلا تنتقل الملكية بمجرد العقد وإنما تنتقل بتمام تعيينه بذاته وذلك عن طريق الإفراز، أما العقد فينشئ التزاماً في ذمة البائع بإجراء ما يلزم لتمام التعيين الذاتي، والإفراز هو عزل المبيع عن غيره وتفريده بحيث يصبح معيناً بالذات وذلك حسب نوعية المبيع، فيكون الإفراز إما عن طريق الوزن أو العد أو القياس إلخ...، بحيث يفصل المبيع عن غيره مما يكون مملوكاً للبائع حينئذٍ تنتقل الملكية من وقت التعيين أو الإفراز بأثر فوري.

قد يتملص البائع من تنفيذ التزامه بنقل ملكية الشيء المعين بالنوع فيكون للمشتري إما أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة البائع بعد استئذان القاضي، وفي حالة الاستعجال دون الاستئذان (المادة 170 قانون مدني)، كما للمشتري المطالبة بقيمة المبيع مع التعويض.

ثانياً: انتقال الملكية في بيع العقارات.

يتضح من المادة 165 و 793 من القانون المدني الجزائري أن انتقال الملكية في العقارات والحقوق العينية العقارية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، لا يتم إلا بعد اتخاذ إجراءات الشهر المنصوص عليها قانوناً. وعليه فإن شهر بيع العقار هو إجراء يتطلبه القانون بغية إعلام الغير بحصول هذا التصرف حتى يكون حجة عليه، وبدون الشهر العقاري لا يمكن لبيع العقار أو الحق العيني العقاري أن يترتب أثره العيني المتمثل في انتقال الملكية، وهذا ما أكدته الأمر 74-75 مؤرخ

¹-المرجع السابق-ص307. وهو الاتجاه الذي تبناه القضاء الفرنسي فيما يعرف بقضية Mécarex:

Cass.20Nov.1979.Bull.Civ. IV.n.N°300.R.D.Com1980.43.Obs.D.VON Breitenstein

²-هادي حسين عبد علي الكعبي-المرجع السابق-ص108

في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري¹ حينما نص أن كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا يكون له أثر بالنسبة للأطراف ولا في مواجهة الغير إلا من تاريخ الشهر في مجموعة البطاقات العقارية².

و عليه فإن عقد بيع العقار يمر بثلاث مراحل، آخرها الشهر كشرط قانوني لانتقال الملكية:

1-مرحلة التوثيق: لاستكمال الركن الرابع من أركان بيع العقارات والحقوق العقارية.

2-مرحلة التسجيل: التسجيل هو إجراء إداري أو شكلية منجزة لدى مصلحة التسجيل والطابع-الضرائب-من طرف موظف عام هو مفتش التسجيل³. يتم في أجل لا يتجاوز شهراً، ابتداء من تاريخ إبرام العقد⁴ وفي حالة التأخير يتعرض الموثق لعقوبات تأديبية⁵. و يوجب قانون التسجيل على الموثق تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل والطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليمياً⁶.

أما عن وظيفة التسجيل في القانون الجزائري فهي:

-تحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العامة، فرسوم التسجيل هي ضريبة عقارية غير مباشرة تحصلها الدولة عن نقل الملكية العقارية للغير⁷، ولا يمكن أن يتم الشهر العقاري على مستوى المحافظة العقارية إذا لم يتم تحصيل هذه الرسوم. يقدر رسم التسجيل بالنسبة للعقارات والحقوق العقارية يقدر بـ 5 % من الثمن المصرح به في العقد⁸. و 3% بالنسبة للحصص الشائعة العقارية

¹ -أمر رقم 75 - 74 مؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم- ج.ر. عدد 92 لـ 18 نوفمبر 1975.

² -قرار المحكمة العليا لـ 2014/06/12-الغرفة العقارية-مجلة المحكمة العليا-2015-العدد الأول-ص 207: "شهر العقد بالمحافظة العقارية شرط لنقل الملكية.-لا يترتب على عدم شهر العقد بطلانه.-لم يحدد القانون ميعادا للشهر.-يبقى البائع ملتزماً بعدم تعرضه للمشتري في شهر العقد."

³ -بغني شريف-حقوق تسجيل العقارات في التشريع الجزائري بين النظرية والتطبيق-النشر الجامعي الجديد-2021-الجزائر-ص 81.

⁴ -المادة 58 من الأمر 76-105 الصادر في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل.

⁵ -حسب المادة 93 قانون التسجيل السابق الذكر، معدلة بموجب المواد 4 من قانون المالية التكميلي لسنة 1991، 34 من قانون المالية لسنة 1993، 31 من قانون المالية لسنة 1994، 42 من قانون المالية لـ 1996 و 22 من قانون المالية لـ 2000.

⁶ -المادة 75 فقرة 1 من قانون التسجيل المعدلة بموجب المادة 116 من قانون المالية لـ 1985 "لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية التي يوجد بها مكتبهم"

⁷ -بغني شريف-المرجع السابق-ص 89.

⁸ -المادة 252 من قانون التسجيل المعدلة بموجب المواد 125 من قانون المالية لـ 1985، 62 من قانون المالية لـ 1992 ، 47 من قانون المالية لـ 1994 و 32 من قانون المالية لـ 1999.

المكتسبة عن طريق بيع العقار الشائع بالمزاد و 1.5% إذا حصل الشراء من أحد الملاك على الشيوع¹. يدفعها المشتري طبقاً للمادة 397 من القانون المدني ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، في حين تنص المادة 91 من قانون التسجيل أن البائع والمشتري ملتزمين بالتضامن في دفع رسوم التسجيل. ويؤكد المشرع الجبائي في الفقرة الأولى من المادة 190 من قانون التسجيل على عدم إمكانية استرداد الرسوم المحصلة بصفة قانونية على الوثائق أو العقود التي تم إبطالها أو فسخها فيما بعد².

قد يعمد البائع والمشتري إلى الاتفاق على إخفاء الثمن الحقيقي للبيع، قصد التهرب من دفع رسوم مرتفعة، لذلك تمارس إدارة الضرائب الرقابة اللاحقة للمعاملات وذلك بمقارنة الثمن المصرح به في العقد بالقيمة التجارية استناداً إلى أسعار السوق العقارية، وعند وجود فارق بين القيمتين، تطبق الإدارة رسم التسجيل على ذلك الفارق³، إضافة إلى العقوبات المقررة دون المساس بالآثار التي يربتها العقد للطرفين⁴.

-إثبات تاريخ العقود العرفية -المادة 328 قانون مدني- وهي وظيفة خاصة بالعقود التي يمكن إفراغها في قالب عرفي، وهذا بغرض الإحتجاج بالعقد في مواجهة الغير حسن النية.

3-مرحلة الشهر العقاري: يعرف الشهر العقاري أنه نظام قانوني له مجموعة من القواعد والإجراءات يضمن بها حق الملكية العقارية وكذا الحقوق العينية العقارية الأخرى وجميع العمليات القانونية الواردة على عقارات، ويعتمد هذا النظام على نوعين من أنظمة الشهر، نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني.

¹-المادة 230 من قانون التسجيل معدلة بموجب المواد 40 من قانون المالية لـ1994، 26 من قانون المالية لـ2000 و 20 من قانون المالية لـ2002. في حين يختلف رسم التسجيل لعقود نقل ملكية الأموال المنقولة بعوض حسب الطبيعة القانونية لهذه الأملاك.حيث: يخضع بيع الطائرات والبواخر أو السفن التي تستعمل في الملاحة البحرية إلى رسم قدره 2 %؛-يخضع بيع اليخوت وسفن النزهة إلى رسم قدره 10 %؛(المادة 263 من قانون التسجيل).-يخضع بيع المنقولات والسلع الذي يتم بعد الإفلاس والتسوية القضائية وإعادة الاعتبار إلى رسم قدره 2.5 % . نفس الرسم يطبق على المبيعات العمومية للقيم المنقولة المقدمة كضمان؛البيع بالتراضي للمنتجات الغابية... الخ ؛ (المادة 264 من القانون التسجيل)-وتخضع العقود التي تتضمن التنازل عن أسهم وحصص في شركات إلى رسم قدره 2.5 % (المادة 218 من قانون التسجيل).

²- قرار المحكمة العليا لـ2014/01/16-الغرفة العقارية-مجلة المحكمة العليا- 2014-العدد الثاني-ص302:تبقى حقوقا مكتسبة للخرينة العمومية، بعد إبطال عقد توثيقي قضائياً، المبالغ المدفوعة مقابل رسوم الطابع والتسجيل والشهر العقاري."

³-بغني شريف-المرجع السابق-ص 111.

⁴-المادة 113 من قانون التسجيل : "كل إخفاء في ثمن بيع العقارات أو تنازل عن محل تجاري أو زبائن والفارق الناتج عن تبادل أو قسمة يعاقب عليه بغرامة تساوي ضعف الحقوق الرسوم المتملص منها من دون أن تقل هذه الغرامة عن 10.000 دج ويدفع الغرامة الأطراف المتضامنون ما عدا توزيعها بينهم بالتساوي."

1- نظام الشهر العقاري:

يوجد الشهر العقاري في شكل نظامين أحدهما شخصي وآخر عيني يختلفان في الطريقة التي يتم بها الشهر وما يترتب عليه من آثار.

أ) الشهر الشخصي:

ويعتمد هذا النظام في إعلان التصرفات وتسجيلها على أسماء المالكين أو أصحاب الحق العيني العقاري، ويتم ذلك حسب سجل يمسك حسب الترتيب الأبجدي لأسماء الأشخاص المتصرفين، وسجل آخر يمسك على أساس الترتيب الزمني لتقديم المحررات المراد شهرها¹. لذلك فإن التعرف على الوضعية القانونية للعقار يتطلب التأكد من اسم مالك العقار واسم أبيه وجده وأسماء المالكين السابقين، إذا أخذنا بعين الاعتبار مسألة تشابه الأسماء. يترتب عن ذلك أن التصرفات المشهورة وفق هذا النظام ليس لها القوة الثبوتية فهو مجرد إجراء يهدف إلى العلانية، يقتصر دوره على إعلام الغير وجعل السندات نافذة في حقه²، إذ ليس للمحافظ العقاري صلاحية فحص العيوب العالقة بالتصرف، إنما يقوم بشهر التصرف كما هو ولكل ذي مصلحة الاعتراض عليه وطلب إبطاله رغم شهره. النظام إذن لا يعطي لمشتري العقار أي ضمان بثبوت حق ملكيته حيث يكفي الحكم ببطالان عقد البيع حتى يزول هذا الحق³، ويزول أثر الشهر بزوال التصرف، كما يعاب على نظام الشهر الشخصي إمكانية ضياع العقار بالتقادم.

ب) نظام الشهر العيني:

هو نظام يركز فيه شهر التصرفات العقارية على العقار محل التصرف فيكون لكل عقار بطاقة خاصة به تسمى بمجموعة البطاقات العقارية، فيمسك السجل الذي يتم به الشهر بحسب هوية العقار استنادا إلى مكان وجوده، أو تسميته⁴. ويتميز هذا النظام بمبادئ أساسية هي:

- مبدأ التخصيص: حيث تخصص للعقار صفحة أو عدة صفحات من السجل العقاري تتضمن بدقة: موقع العقار، مساحته، حدوده، أسماء المتصرفين، أهليتهم القانونية، الحقوق والالتزامات والارتفاقات التي تشغله، ؛

¹ جمال بوشنافة-شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري-دار الخلدونية-2006-الجزائر-ص 15.

² العتروس بشير-ترجمة أمقران عبد العزيز-الشهر العقاري في القانون الجزائري-مجلة المحكمة العليا عدد خاص-الإجتهد القضائي للغرفة العقارية-الجزء الأول - 2004-ص 16.

³ جميلة زايدي-المرجع السابق-ص 127.

⁴ علي فيلال-العقود الخاصة-البيع-المرجع السابق-ص 187.

-مبدأ القوة الثبوتية: حيث يؤمن الضمان القانوني المطلق للعمليات العقارية، فيعد قرينة قاطعة على الملكية بالنسبة للعقار أو الحق العيني العقاري موضوع الشهر، كما أنه قرينة على أن التصرف أصبح خالياً من العيوب مهما كان مصدرها¹، فلا يمكن الطعن فيه لا بدعوى البطلان ولا الاستحقاق . بذلك يكون المتصرف له في مآمن من المنازعات؛

-مبدأ القيد المطلق: أي أن الشهر هو مصدر الحقوق العينية العقارية وهو الذي ينشئها ويعدلها ويزيلها أيضاً، وكل حق غير مشهر لا وجود له، أي أن للشهر أثر قاطع في نقل الملكية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير. وبذلك يلغي الشهر العيني سلطان الإرادة في التصرفات المتعلقة بالملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، ويُعتمد على القيد وحده لوجود التصرف، حينها لا ينتقل الحق بأثر رجعي لأن العبرة بتاريخ القيد لا بتاريخ العقد²؛

-مبدأ الشرعية: ومفاده أن يقوم المحافظ العقاري بالتحقق من صحة التصرفات المراد شهرها وخلوها من العيوب والتحقق من سند الملكية، فيرفض إيداع العقود والوثائق التي لا تتوفر على الشروط الشكلية والموضوعية المطلوبة. وهذا حتى لا يشهر سوى الحقوق المشروعة فعلا³؛

-عدم اكتساب الحقوق المشهرة وفق نظام الشهر العيني بالتقادم: فيستبعد في هذا النظام أن يكون التقادم سبباً من أسباب اكتساب الحقوق العقارية لتعارض ذلك مع مبدأ القوة الثبوتية⁴.

2- موقف المشرع الجزائري من الشهر العقاري:

أثناء فترة الاستعمار كانت مهمة محافظة الرهون (المحافظة العقارية)، حفظ الرهون العقارية والمحافظة على عقود القروض التي تمنح بموجبها البنوك قرضاً لصاحب ملكية عقارية بضمان رهن عقاره، وبعد ذلك ظهر دورها في تأمين الملكية العقارية في الجزائر، وكان نظام الشهر الشخصي هو المطبق، واستمر هذا النظام إلى ما بعد الاستقلال فكانت الوثائق الموجودة في محافظة الرهون العقارية تتميز بنقائص راجعة لعدم إلزام المالك قانوناً بشهر حقوقهم العقارية، كما أن التعاقد الوارد على العقار كان رضائياً آنذاك، لكن بدأت بوادر التغيير تظهر بعد صدور قانون التوثيق في 1970، ثم القانون

¹- جميلة زايدي-المرجع السابق-ص132.

²- حمدي باشا عمر-زروقي ليلي-المنازعات العقارية - المرجع السابق- ص 67.

³- جمال بوشنافة-شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري-المرجع السابق-ص53، 54.

⁴-رغم تبني المشرع الجزائري للشهر العيني إلا أنه لم ينص صراحة على عدم جواز الإكتساب بالتقادم في الأراضي الممسوحة، والحال أن المادة 823 من القانون المدني تكرر اكتساب الملكية بالتقادم دون التفرقة بين الأراضي الممسوحة وغير الممسوحة، ما جعل الاجتهاد القضائي غير مستقر: - حمدي باشا عمر-زروقي ليلي-المنازعات العقارية - المرجع السابق- ص

المدني في 1975، ثم الأمر 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، إذ بموجب المادتين 15 المعدلة بموجب المادة 92 من قانون المالية ل 2018¹. وأخضع المشرع الجزائري جميع الحقوق العينية العقارية للإلزامية الشهر، وقد وضع هذا الأمر حيز التنفيذ بمقتضى المرسوم 76-62 مؤرخ في 25 مارس 1976² معدل ومتم بالمرسوم 84-400 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984³ معدل ومتم بالمرسوم 92-134 المؤرخ في 7 أبريل 1992 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام⁴. و المرسوم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976⁵ المعدل والمتم بالمرسوم 80-210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980⁶ والمعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993⁷ المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

كما صدر القانون 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري للتأكيد على الأخذ بنظام الشهر العيني في الجزائر⁸. إلا أنه لا يمكن تطبيق نظام الشهر العيني إلا مع تقدم عمليات المسح العام للأراضي كأساس مادي لهذا النظام، وهي عمليات تقنية تتم بقرار من الوالي تستهدف تعيين الملكيات العقارية على تراب البلديات⁹. فتحدد بذلك معالم الأراضي وتقسّم إلى وحدات ملكية. وفي انتظار استكمال العملية عبر كامل التراب الوطني فإن العقارات غير المسوَّحة تُهرس بصفة انتقالية وفق الشهر الشخصي حسب المادة 27 من الأمر 74-75 و المادتين 113، 114 من المرسوم 76-63 المنظم للسجل العقاري.

-
- ¹ - قانون رقم 17-11 مؤرخ في 27 ديسمبر سنة 2017، المتضمن قانون المالية لسنة 2018 - ج.ر. عدد 76 لـ 2017/12/28. المادة 92 : "تعدل أحكام المادة 15 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وتحرر كما يأتي" : المادة 15 : كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية. غير أن نقل الملكية مرسوم تنفيذي رقم 76 - 62 مؤرخ في 29 مارس سنة 1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 30 لـ 13 أبريل سنة 1976 عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة صاحب الحقوق العينية".
- ² - مرسوم تنفيذي رقم 76 - 62 مؤرخ في 29 مارس سنة 1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 30 لـ 13 أبريل سنة 1976
- ³ - مرسوم رقم 84-400 مؤرخ في 24 ديسمبر سنة 1984، ج.ر. عدد 71 لـ 30 ديسمبر سنة 1984.
- ⁴ - مرسوم تنفيذي رقم 92-134 مؤرخ في 7 أبريل سنة 1992، ج.ر. عدد 26 لـ 8 أبريل سنة 1992.
- ⁵ - المرسوم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري- ج.ر. عدد 30 لـ 13/04/1976.
- ⁶ - مرسوم رقم 80-210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980 يعدل ويتمم المواد 15 و 18 و 89 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري- ج.ر. عدد 38 لـ 16/09/1980
- ⁷ - مرسوم تنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993 - ج.ر. عدد 34 لـ 13 ماي 1993.
- ⁸ - القانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم- ج.ر. عدد 49 لسنة 1990.
- ⁹ - جمال بوشنافة-المرجع السابق-ص 126.

3- قواعد وشروط تنظيم الشهر العقاري:

من أجل إتمام إجراءات الشهر يجب احترام قاعدتين أساسيتين في العقود المودعة لدى المحافظة العقارية، وهما: قاعدة الرسمية، وقاعدة الشهر المسبق.

(1) قاعدة الرسمية: من أهم شروط العقود الواجب شهرها هو إفراغها في قالب رسمي، وهذا وفقاً للمادة 61 من المرسوم 63-76، والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

(2) ضرورة احترام قاعدة الشهر المسبق، أو مبدأ الأثر الإضافي للشهر: فلا يمكن شهر حق وارد على عقار ما لم يتم شهر المحرر الذي كان سبباً في اكتساب العقار المتصرف فيه وهو ما قضت به المادة 88 من المرسوم 63-76، فإن باع أ عقاراً لـ ب، وقام ب ببيعه لـ ج فإن هذا الأخير لا يستطيع شهر البيع إلا إذا كان حق ب البائع قد تم شهره من قبل. وتهدف هذه القاعدة إلى ضمان الاستمرارية في سلسلة البيانات في مجموعة البطاقات العقارية¹

إلا أن هناك استثناءات على قاعدة الشهر المسبق تتعلق ببعض الوثائق والعقود التي يستعصى فيها على المحافظ العقاري مراقبة الشهر المسبق باعتبارها أول إجراء، وهي:

أ- العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 01 جانفي 1971 : وتم النص على هذا الاستثناء بموجب التعديل الوارد على المادة 89 في المرسوم 93-123 وتبرير هذا الاستثناء أنه قبل هذا التاريخ كان شهر العقود أمراً اختياري، والعقود العرفية ليس لها تاريخ ثابت لا يمكن إثبات حقيقتها إلا عن طريق القضاء، وبموجب هذا الاستثناء أصبحت هذه العقود رسمية دون الحاجة لذلك لغرض شهرها، بل يكفي اللجوء للموثق لتحرير عقد إيداع يتم شهره في المحافظة العقارية².

ب- الإجراء الأول في السجل العقاري: وهذا بمقتضى المادة 89 من المرسوم 63-76 حيث اتضح عند عمليات مسح الأراضي بموجب الأمر 74-75 وجود عقارات مشغولة من قبل أشخاص دون أن يكون لهم وثائق رسمية. لذلك سمح المشرع الجزائري للمحافظين العقاريين بترقيم هذه العقارات باسم الشخص الحائز دون اشتراط توافرها على الشهر المسبق، كون أن هذه العقارات ليس لها أصل ثابت في المحافظة العقارية.

ج- شهر إكتساب الملكية بالتقادم المكسب: وقد كان ذلك مكرساً قبل صدور قانون التحقيق العقاري في 2007- في عقد الشهرة، وهو محرر رسمي كان يعد من قبل الموثق يتضمن شهر الملكية على

¹ أ . العتروس بشير-ترجمة أمقران عبد العزيز- المرجع السابق-ص 25

² -بغني شريف-المرجع السابق-ص 87.

أساس التقادم المكسب¹ بناءً على تصريح طالب العقد متى كان حائزاً لعقار بدون سند في البلديات غير الممسوحة، على أن تكون الحيازة مستمرة، هادئة وعلنية². وتم تعويضه بسند الملكية الذي يكون نتاج عملية التحقيق العقاري تطبيقاً للقانون 02/07 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سند الملكية عن طريق التحقيق العقاري³. حيث يهدف هذا التحقيق إلى إجراء معاينة حق ملكية عقارية في الأراضي غير الممسوحة، والتي لا يحوز أصحابها على سندات ملكية⁴ بالبحث عن كل عناصر المعلومات أو التصريحات أو الوثائق الضرورية لتحديد حق الملكية ودراستها على مستوى مصالح الحفظ العقاري⁵. وحينها يتم ترقيم العقار باسم المطالب على أساس التقادم المكسب. ويكون شهر الحقوق الناجمة عن التحقيق العقاري نقطة انطلاق لحق الملكية التي يكرسها ومن ثم استثناء عن قاعدة الشهر المسبق⁶.

¹ -صدر القانون 02/07 المؤرخ في 27/02/2007 المتضمن تأسيس إجراء جديد لمعاينة التقادم المكسب للملكية العقارية وتسليم سند الملكية عن طريق التحقيق العقاري، لمعالجة سلبات عقد الشهرة التي أدت إلى العديد من المنازعات القضائية. حيث كان يحرر استناداً إلى مجرد تصريحات طالبه، موثقة بشهادة شاهدين من اختياره، إضافة إلى استعمال إجراء عقد الشهرة لتسوية عمليات غير شرعية أو لإقصاء بعض الورثة من التركة. -حمدي باشا عمر- آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة- الطبعة 2- دار هومة-2014-الجزائر-ص128-129.

² -المرسوم 83-352 مؤرخ في 21 ماي 1983 يسن إجراء لإثبات التقادم المكتسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، والملغى بالمرسوم التنفيذي 08-147 المؤرخ في 19/05/2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية-ج.ر عدد 26 لـ 25 ماي 2008 - : قرار المحكمة العليا لـ 11/06/2015-الغرفة العقارية- مجلة المحكمة العليا- العدد الثاني-2015-ص131: "يبقى الموقوفون مختصون بإعداد عقد الشهرة، طبقاً لأحكام المرسوم رقم 83-352، بالنسبة للملفات المودعة لديهم قبل نشر القانون 07-02 المتعلق بالتحقيق العقاري في الجريدة الرسمية".

³ -شروط معاينة الملكية العقارية الخاصة عن طريق التحقيق العقاري والمتعلقة بالحيازة هي نفسها المحددة في المادة 808 و827 من القانون المدني والمبينة في المادة 14 من القانون 07-02 :هادئة ومستمرة وعلنية وخالية من عيوب الإكراه والإخفاء والغموض واللبس مع استكمال مدة 15 سنة: المادة 14 من القانون 07-02 المؤرخ في 27/02/2007-ج.ر عدد 15 لـ 28/02/2007:- "إذا نتج عن تحليل التصريحات والأقوال والشهادات، وكذا الوثائق المقدمة والتحريات التي قام بها المحقق العقاري أن صاحب الطلب مارس حيازة من شأنها أن تسمح له بالحصول على حق الملكية عن طريق التقادم المكسب طبقاً لأحكام القانون المدني، فإنه يعترف له بأحقته على العقار محل التحقيق العقاري".

⁴ - قرار المحكمة العليا بتاريخ 15-10-2020-الغرفة العقارية-مجلة المحكمة العليا-العدد 2-2020-ص65: "يعد التحقيق العقاري الإجراء القانوني الذي يسمح بإثبات ملكية العقارات التي لم تخضع بعد لعملية مسح الأراضي والتي لا يحوز أصحابها سندات ملكية، غير أنهم يمارسون عليها حيازة قانونية منذ مدة طويلة من شأنها أن تسمح لهم بالحصول على هذه السندات".

⁵ -المادة 10 من المرسوم التنفيذي 08-147 المؤرخ في 19/05/2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية.

⁶ -حمدي باشا عمر- آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة-المرجع السابق-ص169، 172.

د-شهر شهادة الحيازة: وهي شهادة تسلم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً¹ في أراضي الملكية الخاصة بدون سند والتي لم تحرر عقودها بعد وغير خاضعة لإجراءات مسح الأراضي العام. وهذا بناء على طلب شخص حائز بصفة هادئة، علنية ومستمرة لمدة سنة، فيستفيد من هذا السند الذي يبرر وضع يده على الأرض². وحينها يستثنى شهر شهادة الحيازة من مبدأ الشهر المسبق.

ه-شهر عقود ملكية الأراضي المتنازل عنها: في إطار عملية استصلاح الأراضي حيث مكن القانون 83-18 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية³ كل شخص يقوم باستصلاح أرض من الاستفادة من ملكية الأرض الفلاحية، حينئذ يتم تحرير عقد إداري يشهر بالمحافظة العقارية. وحينئذ يكون الشهر الإجراء الأول بالنسبة للأرض المستصلحة لا يتطلب توافر قاعدة الشهر المسبق⁴.

الفرع الثاني: التزام البائع بالسلامة.

إن تطور المجتمعات أدى إلى إقرار مبادئ جديدة من شأنها مواكبة التقدم، بعد ظهور مبيعات جديدة على درجة من التعقيد والدقة مما أدى إلى توسيع مجال الأخطار الناجمة عنها، وثبت أن العيب الذي يكتنف المبيع قد يتسبب بإلحاق أضرار بالمشتري تتجاوز ما يفوت الشخص وما يلحقه من خسارة إلى نوع مستحدث بطل السلامة الجسدية للشخص مشترياً كان أو من الغير. إذ برز إلى الوجود نوعية جديدة من الباعة تمتلك تقنية عالية ووسائل تمكنها من السيطرة على المنتج وبالتالي الإمام بعيوبه، وأصبح الطرف الآخر المستهلك⁵ يخضع من الناحية الفنية والاقتصادية للبائع المحترف أو المتدخل⁶.

¹ -المادة 40 من القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري.

² - وهو ما حث عليه المشرع بموجب المرسوم التنفيذي 254/91 المؤرخ في 27/07/1991 المتضمن كيفية إعداد شهادة الحيازة وتسليمها-ج.ر عدد 36 لـ 1991/01/31.

³ - القانون 83-18 المؤرخ في 13 أوت 1983 المتضمن حيازة الملكية العقارية الفلاحية -ج.ر عدد 34 لـ 1983/08/16.

⁴ -جمال بوشنافة-شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري-المرجع السابق-ص159.

⁵ - عرف المشرع المستهلك، في قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتمم بالقانون 18-09 لـ 2018/06/10 في مادته 3 فقرة 1: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل لو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به."

⁶ - استعمل المشرع مصطلح المتدخل للتعبير عن البائع المهني أو المحترف في إطار في قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03 المعدل والمتمم، من خلال المادة 2 وعرفه في المادة 8/3 على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك."

أولاً: مفهوم الالتزام بالسلامة في عقد البيع وأساسه القانوني.

جُسد الالتزام بالسلامة في التعليمات الصادرة عن الإتحاد الأوروبي في 25 جويلية 1985، والمتعلق بالمسؤولية عن المنتجات المعيبة وذلك بعدما طُرحت مسألة سلامة المنتجات، وتساءل الفقه حول ما إذا أنشأ عقد البيع التزاماً مستقلاً بالإضافة إلى الالتزامات التقليدية على عائق البائع المهني، لتعترف محكمة النقض الفرنسية بوجود التزام بضمان السلامة في عقد البيع مستقل عن ضمان العيوب الخفية، وهذا بموجب حكم صدر في 20 مارس 1989¹، تلتها عدة أحكام، أكدت تلك الاستقلالية².

وعُرف الالتزام بالسلامة كونه يتمثل في عدم تسليم إلا منتجات خالية من أي عيب من عيوب الصناعة يمكن أن يتسبب في وقوع أخطار للأشخاص وللأموال، ليتم تكريس القاعدة الموضوعية التي ترسخ هذا الإلتزام بموجب القانون الفرنسي رقم 98 - 389 المؤرخ في 19 ماي 1998 المتعلق بالالتزام بالسلامة والمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة³، حيث نصت المادة 1386 "يُسأل المنتج عن الأضرار الناتجة عن منتجاته المعيبة سواء ارتبط مع المضرور بعقد أم لا"، والتي أدمجها في المادة 1245 من الأمر 2016-131 المتعلق بإصلاح قانون العقود⁴، واعتبر ضمن المادة 1245 فقرة 3 أن المنتج يعد معيباً حينما لا يوفر السلامة التي يحق لأي شخص وفي حدود المشروعية أن يتوقعها⁵.

يستفاد من هذا الإتجاه التشريعي أن الإلتزام بالسلامة هو التزام قانوني يكون فيه المنتج أو البائع مسؤولاً بدون خطأ، أي مسؤولاً بقوة القانون، أي أن السلامة والأمن الذي يرتبط بهما العيب المقصود

¹ - 1^{ère} chambre civile - Cass le 20 mars 1989 - RTD civ. 1989. 756, obs. P. Jourdain :- « le vendeur professionnel est [...] tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes et pour les biens... »

² - Civ. 1^{ère}, 22 janv. 1991, n° 89-11.699- DALLOZ.fr- <https://bit.ly/3S7jLWb> : à propos d'une crème exfoliante achetée dans une parfumerie et ayant provoqué de graves troubles cutanés - Civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, n° 89-12.748 , à propos de la vente d'un mobil-home dont l'habitable était équipé d'un radiateur à gaz défectueux - DALLOZ.fr - <https://bit.ly/3leQQQuC> -« Le vendeur a une obligation contractuelle de sécurité qui consiste à ne livrer que des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens ». - Civ. 1^{ère}, 27 janv. 1993, n° 90-19.777 - DALLOZ.fr- <https://bit.ly/3IzyfuD> ; à propos de l'explosion d'un fusil due à la surpression d'une cartouche. - Civ. 1^{ère}, 15 oct. 1996, n° 94-21.113- DALLOZ.fr- <https://bit.ly/3Z3zTdB> ; à propos de la destruction de lunettes de motocycliste heurtées par un oiseau et ayant entraîné la perte de l'œil de l'acheteur.

³ - Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux-JORF n°117 du 21 mai 1998.

⁴ - Article 1245- Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 précitée : « Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime. »

⁵ - Article 1245 -3- Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 précitée : « Un produit est défectueux au sens du présent chapitre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre.... »

هو عيب يرتبط بمدى توفر المنتج على المستوى المطلوب من السلامة، فالعيب إذا يجب أن يرتبط بخلل ما في المنتج، ويجعل سلامة الأشخاص والأموال عرضة للخطر. بالتالي تتجسد صفة الخطورة في عيب المنتجات، فيكون إما عيباً يشوب المنتجات يزيد من درجة الخطورة إذا كانت منتجات خطيرة بطبيعتها، أو إلى تغيير في طبيعة المنتجات ليصير منتج خطير إذا كان غير ذلك¹.

بدوره، أضاف المشرع الجزائري بمقتضى التعديل 05-10 للقانون المدني المادة 140 مكرر ضمن المسؤولية الناشئة عن الأشياء، مؤكداً أن الالتزام بالسلامة هو التزام عقدي بقوة القانون² وقد جسدت هذه المادة مبدأ أن الالتزام المستقل بضمان السلامة لا يقوم بدوره فقط في العلاقة بين البائع والمشتري، ولكن يفيد أيضاً كل شخص يكتسب السلعة أو يستخدمها، فتكون دعوى المسؤولية متاحة لكل الضحايا بغض النظر عن صفتهم فلا يهم أن يكون الضحية مشترياً أو مشتري من الباطن أو مستأجراً أو شخصاً من الغير³. بذلك أقرت المادة 140 مكرر دعوى أصلية مباشرة ضد أي متدخل في عملية وضع المنتج المعيب للتداول، يفسر بقيام علاقات من طبيعة عقدية بين أطراف مجموعة واحدة، فهي دعوى عقدية مباشرة ضد البائع المحترف على أساس إخلاله بالتزامه بضمان السلامة وصولاً إلى المنتج استناداً إلى نظرية المجموعة العقدية⁴، نتيجة تداول المبيع في سلسلة عقود، فيكون أشخاص المجموعة العقدية أطرافاً شملتهم قاعدة نسبية العقد ويخضعون لأحكام المسؤولية العقدية، وهذا بغية توحيد النظام القانوني للمسؤولية، فالرابطة الموضوعية بين المتدخلين نظراً لوحدة المحل في هذه السلسلة العقدية هي التي تبرر الرجوع المباشر ضد أي متدخل⁵.

¹ - يختلف الالتزام بضمان السلامة عن الالتزام بتسليم مبيع مطابق، فمن يشتري ويتسلم جهاز تلفاز ذو صورة رديئة فإن الأمر يتعلق بجهاز غير مطابق لما يحق للمشتري انتظاره، أما إذ انفجر الجهاز فإنه لم يقدم الأمان الذي كان يحق للمشتري انتظاره. - موفق حماد عبد-الترام البائع المحترف بضمان السلامة-دراسة مقارنة- الطبعة الأولى-2016-مكتبة السنهوري- ص 217.

² - الإهتمام بالمجال الاقتصادي جعل المشرع يشارك المتعاقدين في تكوين العقد وتحديد مضمونه وتقييد إرادة المتعاقدين من عدة جوانب وهو ما يسمى بعيمة العقد La publicisation d du contrat . وهو ما حصل عند إلزام الباعة المحترفين بالسلامة والإعلام: علي فيلال-الالتزامات- النظرية العامة للعقد-المرجع السابق-ص 55.

³ - François Collart Dutilleul; Philippe Delebecque-Op.cité-P 279 § 296.

⁴ - لم تعد المسؤولية العقدية مقتصرة على الأطراف المباشرة التي ساهمت في تكوين العقد بل أصبحت تمتد إلى أطراف غير مباشرة لوجود رابطة موضوعية تتمثل في وحدة المحل في عقود البيع المتتابعة على ذات المبيع وهو ما يعرف بالمجموعة العقدية، حيث تتعاقب عقود البيع زمنياً على ذات المحل من حيث الإبرام والتنفيد، مشكلة سلسلة عقدية فيتتابع أثر العقد بدأ من المنتج إلى المستهلك، وهذا يمكن أحد أطراف المجموعة الرجوع على الآخر بمقتضى دعوى مباشرة.

⁵ - نيراس طاهر جبر-مدى تأثير فكرة المجموعة العقدية بقاعدة نسبية أثر العقد-مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية-عدد 2 - مجلد 10-2019-العراق-ص 291-307-312.

يلغى بعد ذلك القانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك بالقانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتمم القانون 18-09 لـ 10/06/2018 المتضمن حماية المستهلك وقمع الغش، كنتيجة حتمية لانتفاخ الأسواق الجزائرية وتوافر منتجات لا تتوافر على مستوى الأمن المطلوب. فاهتم القانون 09-03 في الفصل الأول بسلامة المنتجات الغذائية واعتبر من خلال المادة 3 أن المقصود بالسلامة، غياب كلي أو وجود مستويات مقبولة وبدون خطر في مادة غذائية لملوثات أو مواد مغشوشة أو سموم طبيعية بإمكانها جعل المنتج مضرًا بالصحة بصفة حادة أو مزمنة¹، وتلزم المادة 9 أن تكون المواد الموضوعة للاستهلاك تتوفر على الأمن ولا تلحق ضررًا بصحة المستهلك أو أمنه، وبالتالي فإن افتقار السلامة يبدو من خلال وجود عيب في المنتج يمس أمن وسلامة الأشخاص وأموالهم². وتضيف المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 12-203 مؤرخ في 6 ماي سنة 2012 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات³ - "يجب أن تستجيب السلعة و/أو الخدمة بمجرد وضعها رهن الاستهلاك، للتعليمات التنظيمية المتعلقة بها في مجال أمن وصحة المستهلكين وحمايتهم، لا سيما فيما يتعلق بما يأتي: -مميزات السلعة من حيث تركيبها وشروط إنتاجها وتجميعها وتركيبها واستعمالها وصيانتها وإعادة استعمالها وتدويرها من جديد ونقلها. -شروط النظافة التي يجب أن تتوفر في الأماكن المستعملة للإنتاج والأشخاص الذين يعملون. -مميزات وتدابير الأمن الأخرى المرتبطة بالخدمة وبشروط وضعها في متناول المستهلك. -التدابير الملائمة الموضوعة قصد ضمان تتبع مسار السلعة أو الخدمة".

¹ -تعددت بصورة لاحقة للقانون 09-03، النصوص التنظيمية الخاصة بالمنتجات الغذائية بهدف تحقيق سلامة المستهلك، أهمها: - المرسوم التنفيذي رقم 14-366 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 2014، يحدد الشروط والكيفيات المطبقة في مجال الملوثات المسموح بها في المواد الغذائية-ج.ر. رقم 74 المؤرخة في 25 ديسمبر 2014.

-مرسوم تنفيذي رقم 16-299 مؤرخ في 23 نوفمبر 2016، يحدد شروط وكيفيات استعمال الأشياء واللوازم الموجهة لملامسة المواد الغذائية، وكذا مستحضرات تنظيف هذه اللوازم-ج.ر. عدد 69 المؤرخة في 06 ديسمبر 2016.

-مرسوم تنفيذي رقم 17-140 مؤرخ في 11 أبريل سنة 2017، يحدد شروط النظافة والنظافة الصحية أثناء عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك البشري، تطبيقا للمادة 6 من القانون 09-03-ج.ر. عدد 24 لـ 16 أبريل 2017.

² -و هو ما أكدته المادة 19 من القانون 09-03 المتضمن حماية المستهلك وقمع الغش المتمم بالقانون 18-09 لـ 10/06/2018 "يجب أن لا يمس المنتج المقدم للمستهلك بمصلحته المادية ولا أن يسبب له ضررا معنويا".

³ -ج ر عدد 28 لسنة 2012

والعبرة في تقدير أن المنتج معيب هو المساس بسلامة الأشخاص وقت طرحه في الأسواق ووضعه للتداول¹ بصورة إرادية وهو ما أكدته المادة 10 من القانون 09-03.

ثانيا: أركان المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزام بالسلامة.

لم يشترط المشرع على المشتري المستهلك إثبات وجود الخطأ من قبل المنتج أو البائع بل فرض على المحترف إثبات انعدام الخطأ من طرفه أو من تحت رقابته، أي أن الخطأ مفترض. بالمقابل يشترط توافر ركن الضرر الذي يصيب المستهلك في مصالحه المادية أو سلامة جسمه حتى تترتب المسؤولية المدنية ويتمكن من المطالبة بالتعويض²، مع ضرورة أن يثبت أن الضرر الذي لحقه ناتج عن عيب في المنتج، أي العلاقة السببية نقص في السلامة التي كان يتوقع أن يوفرها له المبيع والضرر الذي أصابه³. على سبيل المثال، قد يثبت المستهلك الذي يكون ضحية لمنتج بقري ملوث بمرض جنون البقر وجود الخلل -الفيروس- والضرر -مرض كروتزفيلد جاكوب- Jakob Creutzfeldt -و علاقة السببية وهي أن المرض ناتج عن تناول منتج ملوث⁴.

قد يواجه الضحية صعوبة كبيرة في الإثبات، لا سيما فيما يتعلق بالأغذية أو المنتجات الصحية، فيصعب عليها إثبات ارتباط الضرر بالعيب إرتباط النتيجة بالسبب. ففي حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 2003 في قضية تتعلق باحتمالية تسبب لقاح إتهاب الكبد "ب" بإصابة الضحية بمرض التصلب اللويحي. إعتبرت المحكمة بأنه لا يمكن ترتيب المسؤولية على مصنع اللقاح طالما أنه من المتعذر إيجاد عنصر علمي يثبت وجود العلاقة السببية بين اللقاح والمرض⁵.

يتضح بذلك أن الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع أكثر من التزام ببذل عناية لأنه لا يتطلب إقامة الدليل على خطأ البائع المحترف إذ العبرة في قيام المسؤولية ما ينطوي عليه المبيع من خطورة متمثلة

¹ - المادة 3: " يقصد في مفهوم أحكام هذا القانون:-عملية الوضع للإستهلاك: مجموعة مراحل الانتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة."

² -هدف الإلتزام بالسلامة هو وقائي من الإضرار المحتملة جراء استعمال المنتجات من خلال مراقبة السوق وإلزام المتدخلين بمراقبة مطابقة المنتجات وإعلام المستهلك بمخاطر المنتجات وكيفية استعمالها، فلا يكون الهدف من ذلك التعويض. لكن في حالة تضرر أحد المستهلكين يمكنه المطالبة بالتعويض على أساس الإخلال بالإلتزام بالسلامة.

³ -موفق حماد عبد-المرجع السابق-ص 198.

⁴ - François Collart Dutilleul; Philippe Delebecque-Op.cité-P 278 § 294.

⁵ - Cass. 1re civ., 23 sept. 2003, n° 01-13.063, Bull. 2003 I N° 188 p. 146-Légifrance : « le défaut du vaccin (vaccin hépatite B) comme le lien de causalité entre la vaccination et la maladie (La sclérose en plaques) ne pouvaient être établis. » :Doctrines.fr :

<https://bit.ly/3ZIS0Mu>

في وجود العيب أو الخلل الذي بمجرد ثبوته تقوم مسؤولية البائع، إلا أنه أقل من الالتزام بنتيجة لأنه لا يكفي لحصول المشتري على التعويض إثبات الضرر وحسب بل يستلزم قيام مسؤولية البائع المحترف بإثبات وجود العيب أو الخلل الذي أدى إلى الضرر.

ثالثاً: دفع مسؤولية البائع عن الإخلال بضمان السلامة.

بإمكان البائع المحترف أن ينفي عن نفسه المسؤولية عن فعل المنتج المعيب بإثبات

1- السبب الأجنبي: فيثبت:

- القوة القاهرة: فيثبت أن حادثاً غير متوقع وغير ممكن الدفع كان سبباً في الضرر الذي أصاب المستهلك.

- خطأ المضرور: يعفى البائع من المسؤولية إذا خطأ المضرور هو المصدر المولد للضرر¹. والمتمثل خصوصاً في مخالفة تعليمات البائع مثل استعمال المنتج بطريقة غير عادية أو في غير الغرض المخصص له كترك جهاز كهربائي يعمل بشكل متواصل مخالفاً بذلك التحذير في هذا الشأن مما أدى إلى انفجاره وتضرر مستعمله. أو أن يستعمل دواء مضاداً مع الدواء الذي وصفه الطبيب أو عدم التحقق من تاريخ انتهاء صلاحية المنتج².

- خطأ الغير: فقد يتخلص البائع المهني من المسؤولية بإثبات فعل الغير كسبب وحيد في حدوث الضرر، كالصانع الذي يمد المنتج بالمواد الخام أو بعض الآلات التي تدخل في تركيب المنتج أو المتدخل المركب للجهاز أو مخزن المنتج في ظروف غير ملائمة³. فإذا كان خطأ الغير لا يعد السبب الوحيد المفضي للضرر، كانت المسؤولية بالتضامن بين محدثي الضرر في علاقتهم بالمضرور⁴. لذلك اتجه المشرع الفرنسي بموجب المادة 1245-13 المضافة بمقتضى المرسوم 2016-131 إلى أن مسؤولية المنتج لا تخفّض إذا ساهم شخص من الغير في إحداث الضرر⁵. فلا يعفى فعل الغير المنتج من المسؤولية إلا إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة.

¹ -Article 1245-12 – Ordonnance n° 2016-131- 10 févr 2016 Précitée : « La responsabilité du producteur peut être réduite ou supprimée, compte tenu de toutes les circonstances, lorsque le dommage est causé conjointement par un défaut du produit et par la faute de la victime ou d'une personne dont la victime est responsable »

² - زاهية حورية سي يوسف-المسؤولية المدنية للمنتج-دار هومة-2009-الجزائر-ص 335.

³ - قادة شهيدة-المسؤولية المدنية للمنتج-دراسة مقارنة-دار الجامعة الجديدة-2007-الجزائر-ص 299

⁴ - المرجع السابق-ص 302

⁵ - Article 1245-13 – Ordonnance n° 2016-131- 10 févr 2016 Précitée: «La responsabilité du producteur envers la victime n'est pas réduite par le fait d'un tiers ayant concouru à la réalisation du dommage.»

2-دفع مسؤولية المنتج بمخاطر التطور العلمي: المقصود بمخاطر التطور هي تلك المخاطر التي لم تكن معروفة وقت تصميم وتصنيع وتسويق منتج ما ولا يمكن الشك فيها بأي شكل من الأشكال نظراً لحالة المعرفة العلمية والتقنية¹. وبالتالي لم تكتشف إلا بعد طرح المنتج للتداول بسبب ما كان متوفراً للمنتج من معرفة علمية والتي لم تسمح له بكشف العيب الذي كان موجوداً فعلاً واكتشفه التطور العلمي. كإكتشاف مرض جنون البقر بعد سنوات من استخدام الأعلاف المنتجة بخلط العلف بمخلفات الحيوانات المذبوحة². وقد اتجه المشرع الجزائري بموجب المادة 6 من المرسوم التنفيذي 203-12 إلى أن تقييم مطابقة السلعة من حيث إلزامية الأمن يتم بمراعاة المستوى الحالي للمعارف والتكنولوجيا. واعتبر المشرع الفرنسي بموجب المادة 10-1245 من المرسوم 2016-131 الحالة العلمية والتقنية سبباً لدفع المسؤولية³. إلا أنه لم يمكن المنتج من التمسك بحالة المعرفة العلمية كسبب للإعفاء متى كان الضرر بسبب عنصر من جسد الإنسان كالدّم والأنسجة والخلايا، أو منتج مشتق منه كالمصل والخلايا المعدلة وراثياً. مع ضرورة تنفيذ المنتج لالتزامه بتتبع المنتج⁴ ولتدارك النتائج الضارة بمجرد معرفة أسباب الضرر التي كانت مجهولة.

3-الدفع بعدم طرح المنتج للتداول قصد الربح: فلم يتم خروجه من سيطرة المتدخل إرادياً مثل المنتج الذي سرق منه، أو لم يكن مآل نزع اليد البيع وإنما بقصد إجراء التجارب أو الدراسة، حينها لا يعد المتدخل مسؤولاً.

4-دفع المسؤولية بعدم مخالفة القواعد الآمرة-فعل الأمير:- فيدفع المتدخل مسؤوليته بتطبيق ما تلزم به القواعد من مواصفات معينة في المنتج لا يجوز مخالفتها، وأنه لم يستطع إدخال تعديلات على تلك المواصفات تطبيقاً للقوانين والقرارات الملزمة. ولكن لا يكفي الاحتجاج بأن المنتج صدر حسب القواعد المعمول بها في أصول الصناعة أو أنه حصل على تصريح من الجهات الرسمية⁵.

¹ - François Collart Dutilleul; Philippe Delebecque-Op.cité- p 272 § 289.

² - موفق حماد عبد-المرجع السابق-ص 120.

³ -Article 1245-10- Ordonnance n° 2016-131- 10 févr 2016 Précitée : « Le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve :..... 4° Que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut... »

⁴ - توجب المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 203 - 12 المؤرخ في 6 ماي سنة 2012 بتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن، اتخاذ التدابير الملائمة لموضوعة قصد ضمان تتبع مسار السلعة. وتعرف تتبع مسار السلعة بـ: "الإجراء الذي يسمح بتتبع حركة سلعة من خلال عملية إنتاجها وتحويلها وتوزيعها واستيرادها وتوزيعها واستعمالها وكذا تشخيص المنتج أو المستورد ومختلف المتدخلين في تسويقها والأشخاص الذين اقتنوها بالاعتماد على الوثائق".

⁵ -François Collart Dutilleul; Philippe Delebecque-Op.cité- p 284 § 304.

الفرع الثالث: إلزام البائع بالإعلام.

في ظل عدم التوازن الذي تتميز المعاملات بين البائع المنتج والمستهلك لوجود طرف أعلى تقنيا واقتصاديا من الطرف الآخر وعدم التعادل في المراكز العقدية، كان لابد من حماية المستهلك عن طريق إلزام المنتج البائع بالإعلام. وذلك لحجم المعلومات المتوفرة لديه عن السلع التي يقوم بإنتاجها فهو يعرف كل ما يتعلق بمكوناتها وخصائصها التقنية وكيفية إستعمالها¹.

أولاً: مفهوم الإلتزام بالإعلام.

الالتزام بالإعلام هو التزام أوجده القضاء بمقتضاه يلتزم الطرف الأكثر تخصصاً ودراية فنية بإبلاغ الطرف الآخر بالبيانات المتعلقة بموضوع العقد. فكانت للأمانة والثقة المشروعة كالتزام تقتضيه موجبات حسن النية دور في مرحلة ما قبل التعاقد، حيث يقع على البائع التزام بالإفضاء بالمعلومات والبيانات المؤثرة في رضا المتعاقد الآخر أي المشتري المحتمل². بذلك يثبت الإعلام على المميزات الأساسية للمبيع ونصحه إذا كان المبيع يتمشى أم لا مع الهدف المنشود، أو تغيير اختياره عند الاقتضاء بأن يعرض عليه منتجاً آخر مناسب³. بالتالي يتسع الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام ليشمل كل ما من شأنه أن يؤثر على رضا الدائن قبل إبرام العقد⁴.

أما الإلتزام التعاقدي فيكمن في أنه بعد إبرام عقد البيع يقع على البائع التزام بإعلام المشتري بكل الإرشادات حول شروط الاستعمال وكذا الاحتياطات الواجب اتخاذها أثناء الاستعمال للوقاية من مخاطره وتبصيره بكل ما يتعلق بالمبيع وأخطاره بشكل واضح، حيث يعد الإلتزام بالتحذير لكل ما يستدعي ذلك في المبيع، مكملاً للإلتزام بالإعلام ينطبق أساساً على التعامل في الأشياء التي تنطوي على مخاطر أمن وسلامة الأشخاص بسبب طبيعتها، أو دقة تشغيلها أو تلك التي تحتاج لخبرة خاصة وإلا تعرضت للتلف كأجهزة الحاسوب⁵.

¹ - مشار إليه لدى زاهية حورية سي يوسف-المرجع السابق-ص 150.

² -مجدي بسيوني علي-مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود-دراسة مقارنة-مجلة روح القوانين-المجلد 91-العدد 99-جويلية 2022- مصر-ص 389.

³ - Cass. Civ. 1re, 3 décembre 2014, n° 13-27202. « l'obligation de conseil imposait au vendeur de s'informer des besoins de l'acheteur afin d'être en mesure de lui fournir tous les renseignements indispensables à l'utilisation prévue du véhicule vendu. »

⁴ -موفق حماد عبد-المرجع السابق-ص 107.

⁵ -محمد حسين منصور-أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك-المرجع السابق-ص 41.

ثانياً: أهمية الالتزام بالإعلام.

يحقق الالتزام بالإعلام حماية للمستهلك حيث ظهرت طائفة من العقود لا يتم إبرامها في ظل مفاوضات ومناقشات كافية لإعلام المتعاقد بتفاصيل العقد الذي يقدم على إبرامه مما يبصره بخصائص الشيء ومكوناته، فأصبح ينضم إلى هذه العقود معتمداً على الثقة التي أولاها للطرف الآخر باعتباره بائعاً محترفاً، فأدى ذلك إلى عدم التوازن في المعرفة بين الأطراف، مما يقضي إلزام الطرف الذي يملك معلومات جوهرية مؤثرة على رضا الطرف الآخر بكشفها له، حتى يتعاقد بإرادة حرة ومستنيرة¹.

الالتزام بالإعلام هو أيضاً وسيلة لضمان سلامة المستهلك في مجال المنتجات الخطيرة: حيث يلتزم البائع المهني عندما يكون المبيع خطيراً أو يمكن أن يكون كذلك أن ينبه المشتري إلى مخاطره عند الحيازة والإستعمال ويبين له كيفية استعماله والإحتياطات الواجب اتخاذها لتجنب الحوادث² والتحذيرات اللازمة عن التهاون بما يدلي به من معلومات³.

ثالثاً: أساس التزام البائع بالإعلام.

هناك من اعتبر أن العلم الكافي بالمبيع يعتبر تطبيقاً مثالياً للالتزام بالإفضاء بالبيانات المتعلقة بمحل العقد حيث يلزم القانون البائع بالإدلاء للمشتري بكافة الأوصاف الأساسية للمبيع عند إبرام العقد ليكون عالماً علماً كافياً بالشيء المبيع، والوسيلة الوحيدة لعلم المشتري هي تحميل البائع الالتزام بالإعلام.

كما يذهب البعض إلى أن مبدأ حسن النية هو الذي يفرض على البائع المهني التزاماً بالإعلام ونصيحة المشتري، والتحذير من مخاطره ونجد للالتزام بالإعلام أساساً قانونياً في التشريع الجزائري بموجب المادة 8 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، حيث تنص المادة "يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأي طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بميزات هذا المنتج أو الخدمة وشروط البيع والحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية". وو هو ما تضمنته المادة 17 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁴.

¹ - يوسف شندي- دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام- مجلة كلية القانون الكويتية العالمية- ملحق خاص - العدد 2- الجزء الثاني- نوفمبر 2017- الكويت- ص 462.

² - Cass. civ. 1re, 7 novembre 2006, 05-11.604 : « le fabricant de béton aurait dû prévenir ses acheteurs qu'ils devaient porter des vêtements de protection, afin d'éviter tout contact avec la peau, sous peine d'allergies ou de brûlures, et laver immédiatement les zones exposées » : Légifrance : <https://bit.ly/3Gnfm9>

³ - موفق حماد عبد-المرجع السابق- ص 105.

⁴ - المادة 17 من قانون 09/03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو أية وسيلة أخرى".

ليصدر بعد ذلك المرسوم التنفيذي رقم 13-378 ليحدد شروط وكيفيات تنفيذ هذا الإلتزام، فاعتبر أن إعلام المستهلك يتم بكل معلومة متعلقة بالمنتوج موجهة للمستهلك على بطاقة أو أي وثيقة أخرى مرفقة به أو بواسطة أي وسيلة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجية الحديثة أو من خلال الاتصال الشفهي¹.

من جهته كرس المشرع الفرنسي في إطار إصلاح قانون العقود بموجب الأمر 131-2016 لـ 10/12/2016 الإلتزام بالإعلام بموجب المادة 1112-1² ليصبح التزاما عاما بموجب القانون المدني ولو لم يتم الإتفاق عليه في العقد، حيث يلتزم الطرف في العقد بتقديم المعلومة التي تتوافر لديه والتي تكون حاسمة للطرف الآخر الذي يجهلها وهذا تحت طائلة إبطال العقد لعيوب الرضا، إذا اتجهت النية إلى الغبن.

إلا أن الملاحظ أن التزام المدين-البائع بالإعلام اتجاه الدائن-طبقا للتعديل- يقتصر فقط على تقديم المعلومات التي كان يعلمها فعلا، فلا وجود في النص على قرينة لوجوب العلم، ولا على ضرورة الإستعلام لتنفيذ الإلتزام بالإعلام.³ وهذا عكس ما استقر عليه القضاء الفرنسي قبل التعديل⁴.

رابعاً: طبيعة التزام البائع بالإعلام.

إذا أخذنا بمدى ما يلتزم به المدين بالإعلام لتحديد طبيعته، نجد أنه ليس التزاماً ببذل عناية على أساس عدم وجوب إثبات خطأ البائع لقيام مسؤوليته⁵، ولا يمكن الجزم بأنه التزام بتحقيق نتيجة لأن هناك

¹-المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 9 نوفمبر سنة 2013 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك .

²-Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations-Art 1112-1 : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant..... Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants.»

³- يوسف شندي- دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد والإلتزام بالإعلام -المرجع السابق-ص 464.

⁴ - Cour de cassation - Deuxième chambre civile 19 juin 1996 / n° 94-12.777, Cour de cassation - Chambre commerciale — 10 décembre 2013 - n° 12-17.724- : « celui qui a accepté de donner des renseignements a lui-même l'obligation de s'informer pour informer en connaissance de cause » : <https://bit.ly/3W1pRc2>

⁵ - Cass. civ. 1re 25 février 1997, Bull. civ. I, n° 75, pourvoi n° 94-19685: « [...] celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation ». <http://bit.ly/3hCXD7Y>

أموراً لا تدخل تحت سيطرة البائع، وإنما يترك الأمر فيها للمستهلك وبالتالي فهو التزام بتحقيق نتيجة مخففة.

أما البائع الذي يعلم أو كان من المفروض أن يعلم ببيانات تتعلق بالشيء المبيع ولم يدل بها للمشتري يعتبر مخالفاً بالتزامه بالإعلام فنكون أمام التزام مادي بنقل معلومات، وهو التزام بتحقيق نتيجة لا يعفى منها البائع إلا بإثبات القوة القاهرة، خطأ المشتري أو خطأ الغير¹.

خامساً: الالتزامات الإجبارية في مجال إعلام المستهلك.

تدخل المشرع وأصدر قوانين تكفل حماية المستهلك، عن طريق إلزام المنتج بوضع عدد من البيانات الإجبارية عن هذه المنتجات حتى يكون المشتري على بينة من أمره، عند الإقدام على الشراء².

-إعلام المستهلك بعناصر وخصائص المنتجات: تلزم المادة 17 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وكذا المادة 4 من المرسوم التنفيذي 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك³ كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة. وعليه فإن وسم المنتج هي الطريقة التي تؤدي إلى إبراز خصائص وعناصر المبيع وهو يتضمن: اسم المنتج⁴، علامته، كيفية صنعه، المواد المستعملة، كميته أو وزنه، تاريخ صنعه، مدة صلاحيته، اسم وعنوان المنتج والمستورد، والرموز التي تتعلق بالمنتج⁵. وأوجب المادة 18 من القانون 09-03 والمادة 7 من المرسوم التنفيذي 13-378 أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام، وشروط ضمان المنتج باللغة العربية وبلغة أخرى على سبيل الإضافة، وتكون هذه البيانات مرئية وسهلة القراءة، ومتعذر محوها.

¹ - موفق حماد عبد-المرجع السابق-ص 155.

² - وسيلة الإعلام كتابة مهمة لأنها دائمة ومستمرة وتحقق الإلتزام بالإفصاح بشكل فعال، كما أنها دليل قوي لإثبات الوفاء بالإلتزام بالإعلام.

³ - المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 9 نوفمبر سنة 2013 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك: يتم إعلام المستهلك عن طريق الوسم أو وضع العلامة أو الإعلان أو بأي وسيلة أخرى مناسبة عند وضع المنتج للاستهلاك ويجب أن يقدم الخصائص الأساسية للمنتج طبقاً لأحكام هذا المرسوم.

⁴ - المادة 3 فقرة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 السابق الذكر " تسمية المنتج : اسم يصف النتوج وعند الضرورة استعماله، ويكون واضحاً يكفي لتمكين المستهلك من التعرف على طبيعته الحقيقية وتمييزه عن المنتجات الأخرى التي يمكن أن تشكل التباساً معه".

⁵ - المادة 3 فقرة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 السابق الذكر : " - الوسم الغذائي : وصف لخصائص التغذية لمادة غذائية قصد إعلام المستهلك".

-إعلام المستهلك بأسعار وشروط البيع :حيث ألزمت المادة 4 من القانون 04-02 بإعلام المشتري بالأسعار والتعريفات وبشروط البيع، وعليه وجب إعلام المستهلك بالسعر الذي يدفعه عن طريق وضع علامات أو ملصقات مصحوباً بوحدة الكيل أو المقاس أو العدد (المادة 5 من القانون 04-02).
كما أخضع القانون شروط البيع لإعلام إجباري كذكر كيفية الدفع والشروط المحددة للمسؤولية.
الفرع الرابع: إلزام البائع بالتسليم.

إن نقل ملكية المبيع غير كاف لوحده كي ينتفع المشتري بالمبيع، إذ يجب أن ينفذ البائع التزامه بالتسليم بوضع محل العقد تحت تصرفه، حتى يصل المشتري إلى الهدف الإقتصادي من البيع.
أولاً: مفهوم التسليم.

طبقاً للمادة 367 من القانون المدني التسليم هو عبارة عن وضع المبيع تحت تصرف المشتري وإعلامه بذلك بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه المشتري استلاء مادياً¹. وعليه فإن التسليم لا يعني به التسليم المادي للمبيع، وإنما وضع تحت التصرف فقط ويلتزم المشتري بتسلم المبيع، لذلك فإن القاعدة المكملّة الواردة في المادة 283 مدني، تجعل نفقات التسليم على البائع ونفقات التسلم على المشتري.
ثانياً: طرق التسليم.

طبقاً لنفس المادة 367 قانون مدني يكون للتسليم صورتان:

أ)التسليم الفعلي -القانوني : يكون هذا التسليم بتوافر عنصرين وهما:

- وضع الشيء تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون مانع وذلك حسب طبيعة المبيع، فإذا كان عقاراً يكون التسليم بإخلاء العين، تسليم سندات الملكية...إلخ، إذا كان منقولاً معيناً بالذات قد يكون بالمناولة، إذا كان منقولاً معيناً بالنوع يكون بالفرز والدعوة للتسلم أو بتسليم مفاتيح المخزن، فإذا كان حق انتفاع يكون التسليم بالترخيص للمشتري استعمال الحق وتسليمه سندات الحق المنشئ له.

-إعلام البائع المشتري بأن المبيع وضع تحت تصرفه ولا يتطلب أن يكون هذا الإعلام وفق شكل خاص. فيجوز أن يتم بطريقة شفوية أو كتابياً أو بواسطة المحضر القضائي².

¹ -سليمان مرقس-المرجع السابق- ص 343.

² -يمينة حوحو-عقد البيع في القانون الجزائري -المرجع السابق-133.

ب) التسليم الحكمي: هو تصرف قانوني، بحيث يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين البائع والمشتري على أن المبيع سلم للمشتري - المادة 367 فقرة 2 قانون مدني¹ - و يكون التسليم الحكمي في فرضين أو حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون المبيع في حيازة المشتري قبل البيع لسبب آخر غير عقد البيع هذا بصفته مستأجراً، مودعاً لديه ثم يقع البيع، فيستبقى المشتري المبيع تحت يده بناءً على شرائه فهذا لم يحصل التسليم الفعلي للمبيع وإنما تغيرت نية المشتري في الحيازة ليصبح مالكاً للشيء بمجرد الاتفاق.

الحالة الثانية: أن يبقى المبيع عند البائع بعد البيع ليس بصفته مالكاً ولكنه يبقى حائزاً كمستأجر، مستعير أو مرتتهن فيتم الاتفاق على دوام الحيازة للبائع، مع تحول صفته من مالك إلى مستأجر، طبقاً للمادة 812 من القانون المدني. نخلص من ذلك أن التسليم الحكمي يكون بالاتفاق على تغيير سند الحيازة².

ثالثاً: مكان وزمان التسليم.

تخضع هذه المسألة للقواعد العامة في العقود، وهذا بموجب المادتين 281 و 282 من القانون المدني.

1) مكان التسليم.

يكون مكان التسليم في مكان تواجد الشيء المبيع، وإذا تعلق الأمر بأشياء محددة بالنوع فمكان التسليم هو مكان الفرز، تطبيقاً لقاعدة أن الدين مطلوب وليس محمولاً، أما إذا انصب البيع على حق شخصي أو حق ارتفاق أو انتفاع، فيكون الوفاء في موطن المدين، كل هذا ما لم يوجد اتفاق أو نص مخالف. طبقاً للمادة 282 من القانون المدني.

2) زمن التسليم.

طبقاً للمادة 281 فقرة 1 قانون مدني يكون التسليم بمجرد انعقاد العقد ما لم يوجد اتفاق أو نص مخالف. فمثلاً، إن تم البيع إلكترونياً، بتعاقد مالك المتجر مع عميله عبر الشبكة على منتجات معنوية،

¹ - في الفقرة 2 من المادة 367 قانون مدني، تطبيقاً للقاعدة العامة في نقل الحيازة الواردة في نص المادة 812 من القانون المدني التي تقضي بجواز نقل الحيازة دون تسليم، إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه.

² - وهذا لا يفيد في التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. فإن استبقى البائع المبيع المنقول بعد البيع على سبيل الوديعة وقام ببيعه لشخص آخر وسلمه له تسليمياً فعلياً، فلا يجوز للمشتري الأول التمسك بالتسليم الحكمي، بل للمشتري الثاني التمسك في مواجهته بالتسليم الفعلي: سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 344، 345.

كحالة بيع برامج أو كتب، فإن التسليم يتم فوراً بمجرد إبرام العقد عن طريق النقل الرقمي للبيانات إلى الحاسوب الإلكتروني للعميل المشتري بواسطة شبكة الاتصالات¹ Le téléchargement.

إلا أنه باستطاعة البائع الامتناع عن تسليم المبيع في حالة ما إذا كان الثمن واجب الدفع فوراً، فإنه بمقدور البائع حبس المبيع لغاية قبض الثمن، ولو حصل المشتري على نظرة الميسرة². أما إذا منح البائع للمشتري أجلاً للدفع، التزم بالتسليم، إذ يكوم قد تنازل ضمناً عن حق الحبس. فإن منحت المهلة من طرف القاضي للمشتري حسن النية، سيئ الحظ، تُرك للبائع حق الحبس³.

وإذا فقد المشتري حقه في الاستفادة من هذا الأجل، فباستطاعة البائع حبس المبيع، كما في حالة شهر إفلاس المشتري طبقاً للمادة 211 قانون مدني.

رابعاً: محل التسليم.

يتمثل محل التسليم في الشيء المتفق عليه وفي ملحقات أو توابع الشيء :

أ-الشيء المتفق عليه: هو المبيع المعرّف في عقد البيع أي محل التنفيذ، ولا يمكن للبائع تعويضه بشيء آخر⁴، فالمادة 364 قانون مدني تنص على التزام البائع بتسليم المبيع بالحالة المتفق عليها، فإذا كان عقاراً مثلاً وجب تسليمه وفقاً لما ذكر في العقد من حيث المساحة أو عدد الغرف⁵.

ب-توابع الشيء المبيع: التوابع أو الملحقات هي شيء مستقل عن الأصل وملحق به، وذلك حتى يمكن استعمال هذا الأصل في الغرض المقصود منه أو استكمال هذا الاستعمال. فملحقات المبيع ليست الهدف من العقد ولكنها جاءت تابعاً للمحل بحيث ما كان للمشتري أن يبرم عقد البيع لشراء هذه الملحقات مستقلة⁶.

¹-إلهام محمد حامد إبراهيم-الأثار المترتبة على البيع عبر موقع المتجر الإلكتروني-مجلة روح القوانين-المجلد 89-العدد 89-يناير 2020-مصر - 783.

²-سليمان مرقس- المرجع السابق-ص 358

³- مورييس نخلة-المرجع السابق-ص 164

⁴- Ex :le vendeur qui délivre des volets roulants en PVC au lieu des volets d'aluminium convenus :Com. 5 mars 2002, n° 89-13.723, CCC 2002. Comm. 107, obs. L. Leveneur.

⁵- يفرض قانون حماية المستهلك أن تطرح للتداول منتجات وخدمات تلبي رغباتهم المشروعة، فيلزم المتدخل بموجب المادة 11 من قانون حماية المستهلك 09-03، أن يلبي المنتج الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث الطيبة، المنشأ، المميزات، التركيبية، المصدر والتغليف....كما تلقي المادة 1/12 على عاتق المتدخل التزاماً بإجراء رقابة ذاتية عن طريق القيام بالتحريات اللازمة للتأكد من أن المنتج الذي سيعرض للإستهلاك مطابق للرغبات المشروعة للمستهلك.

⁶- رمضان محمد أبو السعود- شرح أحكام القانون المدني- العقود المسماة: البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين- القسم الأول-المرجع السابق-ص 276.

فيلتزم البائع بتسليم توابع الشيء المبيع تبعاً لطبيعة المبيع، وكذا العرف الجاري، فتكون هذه الملحقات إما مادية، عقارات بالتخصيص¹، صناديق التعبئة وثمار الشيء المبيع منذ البيع، وقد تكون التوابع إدارية أو قانونية.

خامساً: مقدار المبيع.

إذا عين في العقد مقدار المبيع التزم البائع بأن يسلم المقدار المتفق عليه، إلا أنه قد لا يكون المبيع مطابقاً كما، وذلك في حالة النقص أو الزيادة في مقدار المبيع.

(1) - حالة النقص في المقدار.

طبقاً للمادة 365 فقرة 1 قانون مدني، يكون البائع غير مسؤول عن النقص في المبيع في حالتين:

الحالة الأولى: تتمثل في اتفاق البائع والمشتري على مخالفة أحكام المادة حيث يتم إعمال الجزاء المتفق عليه، على اعتبار أن المادة مكتملة لإرادة الطرفين؛

الحالة الثانية: أن يكون النقصان مما يتم التسامح فيه عرفاً، فهنا يتحرر البائع من مسؤوليته، وليس للمشتري طلب إنقاص الثمن، ولا تكملة القدر الناقص أو المطالبة بالفسخ.

* أما حالتي مسؤولية البائع عن النقص في المبيع فتكون:

الحالة الأولى: في حالة النقص البسيط الذي لا يتسامح فيه عرفاً، أو أن النقص تجاوز النسبة التي يتسامح فيها، فيكون البائع مسؤولاً عن النقص ولكن بصفة مخففة للمشتري أن يطالب بإكمال المقدار أو إنقاص الثمن وليس له طلب الفسخ؛

الحالة الثانية: في حالة النقص الجسيم بحيث لو بلغ حداً من الجسامة، بحيث لو علم به المشتري لما أبرم العقد . فمعيار فسخ العقد لنقص المبيع هو معيار شخصي ذاتي بحث، لا يتقيد بأية ضوابط موضوعية، للمشتري إذن إما طلب إنقاص الثمن أو طلب تكملة المقدار الناقص، أو طلب فسخ البيع للنقص الجسيم، عملاً بنص المادة 119 من القانون المدني، وكأن البائع لم ينفذ التزامه بالتسليم.

(2) - حالة الزيادة في مقدار المبيع:

حسب المادة 365 فقرة 2 من القانون المدني، وفي حالة عدم وجود اتفاق يخالف المادة فإننا نفرق بين حالتين:

¹ - Civ. 3^e, 6 oct. 2004, n° 02-20.755-Bull. civ. III, n° 167-Légifrance- <https://bit.ly/3YFhfcc> : « la délivrance de lots immobiliers vendus et destinés à l'habitation individuelle implique la mise en place de compteurs électriques individuels, qui sont les accessoires destinés à l'usage de ces lots . »

أ- حالة الزيادة البسيطة في مقدار المبيع: وهنا إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم بطبيعته أو دون ضرر للبائع، وجب على المشتري تكملة الثمن بما يعادل الزيادة في المبيع، وليس للمشتري أن يطالب بالفسخ. أما إذا كان المبيع قابلاً للتقسيم ودون ضرر، كأن يكون المبيع من المثليات، ويكون مقدراً على أساس الوحدة، أي على أساس المتر المربع، أو الكيلوغرام الواحد أو المتر الواحد.... حينها تكون الزيادة على البائع¹. فليس باستطاعة البائع أن يطالب المشتري بأخذ الزيادة مع دفع الثمن، وإنما للمشتري رد الكمية الزائدة.

فإن كان الثمن مقدراً جملة واحدة -جزافاً- بحيث قصد المتعاقدان أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على المقدار المتفق عليه، فيتم تقدير الثمن بالنظر إلى المبيع في حد ذاته²، ويتم تبين المقدار على سبيل الوصف، لا بدافع تحديد الثمن، والوصف لا يقابله شيء من الثمن. وعليه لا يلزم المشتري بدفع الزيادة من الثمن.

ب- حالة الزيادة الفاحشة في مقدار المبيع: إذا كان الثمن مقدراً بحسب الوحدة، وكان المبيع قابلاً للتقسيم دون ضرر فللمشتري طلب رد المقدار الزائد دون حق المطالبة بالفسخ، وإذا كان المبيع غير قابل للتقسيم دون ضرر فباستطاعة المشتري طلب الفسخ؛

ويتضح من المادة 366 قانون مدني أن الدعاوى الناشئة عن نقص المبيع أو الزيادة فيه تنقضي بمدة سنة واحدة من وقت التسليم الفعلي³، أي من وقت دخول المبيع في حيازة المشتري لا من وقت وضع المبيع تحت تصرفه. حتى يتسنى له الوقوف على حقيقة مقداره⁴. وتعد هذه المدة من النظام العام.

¹ - محمد حسين منصور - أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك - المرجع السابق - ص 239.

² - علي فيلاي - عقد البيع - المرجع السابق - ص 212.

³ - قرار المحكمة العليا لـ 1991/09/25 - الغرفة المدنية - المجلة القضائية عدد 3-1992 - ص 17: "من المقرر قانوناً أنه إذا وجد نقص أو زيادة في قدر المبيع فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقطان بالتقادم بعد مضي سنة من وقت تسليم المبيع تسليمياً فعلياً. رفض قضاة الموضوع للدعوى لعدم رفعها في مدة السنة المحددة قانوناً، من وقت تسليم المبيع تطبيق صحيح للقانون."

⁴ - محمد حسين - المرجع السابق - ص 116.

سادساً: جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم.

(1) - إجماع البائع عن التسليم أو تأخره في ذلك:

إذا أخلّ البائع بالتزامه بالامتثال عن التسليم أو عدم تسليم المبيع في ميعاده المحدد أو ارتكب أي مخالفة لأحكام التسليم فللمشتري طلب التنفيذ العيني¹ بعد إعدار البائع إذا كان التسليم ممكناً، غير أنه لا حاجة للإعذار إذا صرح للمشتري كتابةً بأنه لا ينوي تسليم المبيع، كما للمشتري أيضاً طلب الفسخ مع التعويض، وهنا للقاضي إما أن يمنح للبائع أجلاً للتنفيذ إذا أبدى نيته في التسليم أو أن يحكم بإنقاص الثمن إذا رأى أن ما لم يوف به البائع قليل الأهمية مقارنة مع كامل الالتزامات، أو أن يحكم بالفسخ إذا تبين أن البائع لا ينوي التسليم.

(2) - هلاك المبيع:

إذا هلك المبيع بعد البيع لسبب أجنبي لا يد للبائع أو المشتري فيه، تعين تحديد أي الطرفين يتحمل تبعه الهلاك.

طبقاً للمادة 369 قانون مدني تقع مخاطر الهلاك قبل التسليم كأصل عام على البائع، حيث يلتزم البائع بالمحافظة على المبيع لغاية تسليمه للمشتري حتى ولو انتقلت الملكية للمشتري باعتبار أن البائع يسيطر فعلياً على المبيع. فإذا كان الهلاك بسبب أجنبي، ترتب عليه انقضاء الإلتزام بالتسليم وانفساخ البيع بقوة القانون ورد الثمن للمشتري²، فتكون تبعه الهلاك قبل تسليم المبيع على البائع. وفي ذلك تطبيق للقاعدة العامة الواردة بمقتضى المادة 121 من القانون المدني الجزائري. وإذا كان الهلاك بفعل البائع التزم برد الثمن وتعويض المشتري عما أصابه من ضرر. وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي يربط تبعه الهلاك بانتقال الملكية³.

إلا أنه وطبقاً لذات المادة 369 قانون مدني، تقع مخاطر الهلاك على المشتري إذا أعذر البائع المشتري بتسلم المبيع فتقاعس عن ذلك دون مبرر، حينئذ لا يسأل البائع عن تبعه الهلاك. كما يتحمل

¹ - قرار المحكمة العليا لـ 2009/04/08 - الغرفة العقارية - مجلة المحكمة العليا عدد 2-2009 - ص 248: "البائع ملزم بتسليم

الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع. يحق للمشتري، في حالة الاستحالة، المطالبة بقيمة المبيع أو التعويض. لا يتم التعويض بمقابل إلا إذا قبله الدائن."

² - سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 361.

³ - Article 1196 al 3 - Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 :

« - Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose... »

المشتري تبعة هلاك المبيع قبل تسلمه إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له، لعدم وفاء المشتري بالثمن وهذا تطبيقاً للمادة 391 من القانون المدني¹.

(3) - نقص قيمة المبيع بسبب التلف:

نصت على هذه الحالة المادة 370 قانون مدني، فاعتبرت أن التلف الذي يؤدي إلى نقص جسيم في قيمة المبيع يمكن المشتري إما من طلب إنقاص الثمن مع الإبقاء على المبيع، أو طلب الفسخ فيسترد الثمن إذا كان قد دفعه أو يتحمل من التزامه إذا كان لم يدفعه بعد، فينظر إلى المسألة بمعيار شخصي. و الفسخ بسبب التلف، على عكس الإنفساخ في حالة الهلاك الكلي لا يقع بقوة القانون، بل لابد فيه من حكم قضائي². مع المطالبة بالتعويض إذا كان الإلتلاف بفعل البائع، . وإذا كان النقص بسيطاً في قيمة المبيع فليس للمشتري إلا المطالبة بإنقاص الثمن. مع تطبيق الاستثناءات المطبقة بالنسبة للهلاك.

المطلب الثاني: التزامات البائع اللاحقة لعقد البيع.

بعد تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم، ينشأ التزام لاحق في ذمته وهو الإلتزام بالضمان، فيكون ضامناً لعدم التعرض للمشتري شخصياً ولعدم منازعة الغير له في حيازة المبيع (الفرع الأول)، كما يضمن العيوب الخفية التي تنقص من الإنتفاع بالمبيع أو من قيمته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التزام البائع بضمان التعرض.

يلتزم البائع بأن يضمن للمشتري الحيازة الهادئة والمستمرة للمبيع، ويمنع عليه القيام بأي عمل من شأنه أن يؤدي إلى حرمان المشتري من الانتفاع به كلياً أو جزئياً³، فلا يتعرض له في تمتعه بالمبيع لا هو ولا غيره. لكن البائع لا يضمن كل تعرض إذ يشترط في التعرض كسبب للإلتزام بالضمان، شروطاً معينة متى توافرت صار ممكناً للمشتري أن يطالب بالضمان.

أولاً: أنواع التعرض.

طبقاً للمادة 371 قانون مدني هناك نوعان من التعرض: التعرض الشخصي والتعرض الصادر من الغير:

¹ - تبعة الهلاك لا تثار إلا حيث يكون المبيع معينا بالذات، سواء قد عين بذاته عند انعقاد العقد أو كان من الأشياء المعينة بالنوع وهلك بعدها فرزها، أما إذا كان المبيع معينا بنوعه فحسب، من المثليات، فلن تعرض مسألة تبعة الهلاك، إذ لم تحدد ذاتية المبيع للقول أنه قد هلك، ذلك أنه لن يصبح تنفيذ التزام البائع مستحيلاً مادام أنه يستطيع الوفاء بالتزامه من مثيل محل البيع في السوق، حيث أن المثليات تقوم مقام بعضها في الوفاء. هو ما يعبر عنه أن المثليات لا تهلك: - اسماعيل غانم - المرجع السابق - ص 158

² - اسماعيل غانم - المرجع السابق - ص 164.

³ - محمد حسن قاسم - عقد البيع - الطبعة الأولى - الدار الجامعية - 1999 - ص 276

1- التعرض الشخصي.

التعرض الشخصي هو كل عمل مادي أو قانوني مباشر أو غير مباشر صادر من البائع ويكون من شأنه حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع كلياً أو جزئياً، فمثل هذا التعرض غير جائز للبائع عملاً بقاعدة "من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض"، من خلال التعريف فإنه يشترط لقيام التعرض الشخصي أن يكون التعرض بفعل البائع يحول دون انتفاع المشتري بالمبيع، بغض النظر عما إذا كان التعرض مادياً أو قانونياً، وأن يقع التعرض فعلاً فلا يكفي مجرد احتمال وقوع التعرض.

أ- مضمون التعرض الشخصي.

قد يكون التعرض الشخصي إما تعرضاً مادياً أو قانونياً، وكلاهما يستوجب الضمان:

1/ التعرض المادي:

يقصد به كل فعل مادي يقوم به البائع يترتب عليه حرمان المشتري من الانتفاع من المبيع حرماناً كلياً أو جزئياً، دون أن يستند في القيام به إلى أي حق يدعيه على المبيع¹، ولو كان الفعل المكوّن لهذا التعرض ليس في ذاته خطأ بل يعتبر جائزاً إذا قام به الغير، والتعرض المادي قسمان:

- قسم يقوم على أعمال مادية محضة تقع من البائع، كأن يقوم باع البئر بحفر بئر أخرى مجاورة في ملكه بحيث تنتقص من ماء البئر المبيعة، فإن تم ذلك من شخص غير البائع كان جائزاً بالقدر الذي لا يعتبر تعسفاً منه في استعمال الحق². أو يقوم المخترع باستغلال اختراعه بعد بيع براءة الاختراع، أو بيع مؤلف طبعة من كتابه لناشر وقبل نفاذ نسخ هذه الطبعة يعيد طبع الكتاب دون موافقة الناشر الأول. فإذا تعرض البائع للمشتري بأي عمل من أعمال العنف والتعدي كان مسؤولاً كأى شخص آخر اتكب عملاً غير مشروع وليس كبائع ملتزم بضمان التعرض³.

- و قسم يقوم على تصرفات قانونية تصدر من البائع إلى الغير فيعد هذا التصرف عملاً مادياً بالنسبة للمشتري لأنه ليس طرفاً في هذا التصرف، ومثالها إذا باع البائع العقار مرة ثانية إلى مشتري ثاني

¹ - محمد حسن قاسم - عقد البيع - المرجع السابق - ص 268.

² - سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 372.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 4، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المرجع السابق -

مع الشهر، فنكون أمام تعرض مبني على سبب مادي صادر من البائع نفسه بصفة غير مباشرة¹، فالمشتري الثاني استمد حقه من البائع².

2/ التعرض القانوني.

ويقصد به أن يدعي البائع حقاً على المبيع تجاه المشتري، ويترتب على هذا حرمان المشتري من كل المبيع أو من بعضه أو ببعض مزاياه أيضاً، كأن يبرم عقد بيع ملك الغير ثم يصبح البائع مالكاً لأي سبب من أسباب انتقال الملكية، ويحتج على المشتري بهذا الملك الذي وقع بعد البيع.

إلا أنه لا يعد تعرضاً تمسك البائع اتجاه المشتري بحق يقره القانون لمصلحته كأن يرفع ضد المشتري دعوى ببطلان العقد لغلط أو تدليس أو إكراه شاب إرادته، كما لا يعد تعرضاً طلب فسخ البيع لعدم تنفيذ المشتري لالتزامه، أو أن يطلب البائع أخذ العقار المبيع بالشفعة في بيع جديد مستندا إلى سبب من أسباب الشفعة، فذلك لا يتعارض مع التزاماته³.

ب- خصائص الالتزام بضمان التعرض الشخصي.

-التزام البائع بعدم التعرض للمشتري التزام أبدي: حيث استقر القضاء الفرنسي على أن البائع الذي يحتفظ بحيازة المبيع لا يمكنه التمسك في مواجهة المشتري بالتقادم وإلا اعتبر ذلك تعرضاً شخصياً⁴، في حين يفرق القضاء المصري بين حالتين:

الحالة الأولى: تتمثل في أن التزام البائع بعدم التعرض هو التزام أبدي، فإذا حصل تعرض من البائع في أي وقت وجب عليه الضمان؛

¹ - المرجع السابق - نفس الموضع

² - قرار المحكمة العليا لـ 2013/07/11 - الغرفة العقارية - مجلة المحكمة العليا - العدد الثاني - 2013 - ص 341: "تنتقل الملكية في حالة تصرف بائع في عقار مرتين بعقدين توثيقين إلى المشتري، حائز العقد التوثيقي الأسبق في الشهر."

³ - محمد حسن قاسم - عقد البيع - المرجع السابق - ص 268.

⁴ - Cass. 3e civ., 30 juin 2021, no 20-14743-Légirance : « C'est par une exacte application des articles 1626 et 1628 du code civil que la cour d'appel a retenu que le vendeur, tenu de l'obligation de garantir l'acquéreur d'un terrain contre toute éviction résultant de son fait personnel, telle la possession trentenaire, ne peut l'évincer en invoquant la prescription acquisitive pour se faire reconnaître propriétaire du terrain qu'il a vendu, mais dont il a conservé la possession, l'acquéreur étant toujours recevable, dans ce cas, à lui opposer l'exception de garantie qui est perpétuelle. » :

<http://bit.ly/3Eqp4JF>

الحالة الثانية: إذا وقع التعرض فعلاً وسكت المشتري على التعرض بعد وقوعه أصبح وضع يد البائع خمسة عشر (15) سنة على العقار سبباً مشروعاً للتملك¹.

- **عدم قابلية الالتزام بضمان التعرض للانقسام:** وذلك باعتبار أنه امتناع عن عمل فهو التزام غير قابل للتجزئة ولو كان المبيع ذاته قابل للانقسام؛

- **مدى انتقال الالتزام بضمان التعرض إلى الورثة:** بما أن الالتزام الأصلي هو امتناع البائع عن التعرض للمشتري في انتفاعه بالشيء المبيع، وهو التزام شخصي يقع على عاتقه - امتناع عن عمل، فإن طبيعة هذا الالتزام تجعله لا ينتقل للخلف العام، كما أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، فالورثة لا يسألون شخصياً في أموالهم الخاصة على ديون مورثهم بل تقع هذه الديون على التركة، وبالتالي فإن التزام البائع بعدم التعرض شخصياً لا ينتقل إلى الورثة، والتعويض كالتزام جزائي يسدد من التركة طبقاً للمادة 108 قانون مدني، كما أن الالتزام بالضمان لا ينتقل إلى الخلف الخاص للبائع، فإذا باع شخص عينا وانتقلت الملكية إلى المشتري، ثم عاد بعد ذلك وباعها إلى مشتري ثان، فإن البائع هو الذي يلتزم بالضمان اتجاه المشتري الثاني ولا يجوز للمشتري الثاني الرجوع بالضمان على المشتري الأول بوصفه خلفاً خاصاً للبائع².

أما حق المشتري في الضمان فإنه ينتقل إلى خلفه العام، كما ينتقل إلى خلفه الخاص طبقاً للمادة 109 و 113 قانون مدني، وهذا باعتبار التزام الضمان من مستلزمات العقد.

- **عدم جواز الإعفاء من الضمان العام:** طبقاً للمادة 378 من القانون المدني فإن الاتفاق على إسقاط الضمان يقع باطلاً، إلا أن الشرط لا يسقط إلا إذا كان الإعفاء كلياً، فإن تم الاتفاق على قصر الضمان على عمل معين لا يكون البائع مسؤولاً عنه، كان الاتفاق صحيحاً، كأن يرد شرط في العقد يمكن بائع محل من فتح محل مجاور يبيع فيه بعض السلع التي كان يتعامل فيها في المتجر المبيع³. كما يمكن تعديل أحكامه بالاتفاق على الزيادة من الضمان، فهذا جائز قانوناً.

ج- آثار الضمان عن التعرض الشخصي:

باعتبار أن الإلتزام بالضمان عن التعرض الشخصي هو امتناع عن عمل، فتطبيقاً للقواعد العامة يكون للمشتري، بغية تنفيذ الإلتزام بالضمان إما بالمطالبة بالتنفيذ العيني مع التعويض عن

¹- عبد الله مبروك النجار-مبادئ عقد البيع- الطبعة الثانية-دار النهضة العربية-مصر 1997-ص 207.

²- محمد حسن قاسم- عقد البيع -المرجع السابق-ص 314

³- عبد الله مبروك النجار-المرجع السابق- ص 239.

الضرر الحاصل وعند الاستحالة المطالبة بالتعويض، ويكون التنفيذ العيني بالمطالبة بإزالة ما وقع من مخالفة للالتزام بالضمان، ويمكن اللجوء إلى القوة العمومية عند رفض البائع، وفي حالة الاستعجال يكون للمشتري أن يقوم بإزالة المخالفة بنفسه بعد الحصول على ترخيص من القضاء، ويمكن للمشتري المطالبة بالتعويض عن الخسائر اللاحقة به بفعل التعرض له للتمتع بالمبيع لفترة معينة.

أما في حالة التعرض القانوني فإذا رفع البائع دعوى على المشتري يطلب فيها استرداد المبيع فإن للمشتري دفع تلك الدعوى بالتزام البائع بالضمان¹، فيصدر حكم برفض الدعوى.

أما إذا كان من المستحيل تنفيذ التزام البائع بالضمان تنفيذاً عينياً فليس للمشتري إلا المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به، كما يجوز له المطالبة بالفسخ مع المطالبة بالتعويض إذا كان له محل.

(2)- التعرض الصادر من الغير:

إضافة إلى تعرضه الشخصي، يضمن البائع تعرض الغير أيضاً، لكنه لا يضمن كل تعرض صادر من الغير وإنما فقط ذلك الذي يستند فيه الغير إلى حق يقع على الشيء المبيع².

أ- شروط التعرض الصادر من الغير.

1- أن يكون قانونياً: سواء كان هذا الحق الذي يدعيه الغير على المبيع حقاً عينياً كحق الملكية على كل المبيع أو جزء منه، أو حق الارتفاق أو الانتفاع. أو يكون حقاً عينياً تبعياً كحق الرهن، وقد يكون حقاً شخصياً كحق المستأجر بموجب عقد الإيجار الثابت التاريخ قبل حصول البيع؛

2- أن يقع التعرض فعلاً من الغير: فليس للمشتري أن يلجأ إلى ضمان البائع مادام الغير لم يتعرض له، فإما أن يدعي هذا الغير حقاً على المبيع ويرفع بهذا الحق دعوى استحقاق ضد المشتري يطالب فيها بملكية المبيع كلياً أو جزئياً³، أو أن يكون الغير مدعى عليه في دعوى رفعها المشتري ضده على أساس أن المبيع مازال في يد الغير والمشتري يريد الحصول عليه على أساس عقد البيع، فيكون دفع الغير بمثابة التعرض للمشتري. و قد يكون التعرض حاصلاً فعلاً دون أن ترفع دعوى ويستحق المبيع فعلاً من المشتري، فيضمن البائع هذا الاستحقاق. كحالة بيع ملك الغير التي يمتلك فيها المشتري المبيع بسبب آخر غير البيع كأن يرثها من المالك الحقيقي، فيكون المالك الحقيقي قد استحق المبيع ثم انتقلت

¹-أحمد السعيد الزقرد- الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي-المرجع السابق-ص 202.

²- المادة 371 قانون مدني جزائري: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري. ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

³-مينة ححو- عقد البيع في القانون الجزائري-المرجع السابق-ص 160.

ملكيتَه بعد ذلك من المالك إلى المشتري¹. لذلك فإن دعوى ضمان التعرض أو دعوى ضمان الاستحقاق يبدأ التقادم فيها من يوم وقوع التعرض فعلاً أو ثبوت الاستحقاق.

3- أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على المبيع موجوداً وقت البيع: حتى نكون بصدد الضمان يجب أن يكون حق المتعرض سابق للبيع² وعندئذ يُسأل عنه البائع أيّاً كان سبب الحق، سواء كان راجع لفعل البائع أم لا دخل له في، أمّا إذا كان المتعرض لم يكسب حقه إلا بعد البيع فلا يلتزم البائع بالضمان³ إلا إذا كان هو المتسبب فيه، كأن يبيع البائع المبيع المنقول المبيع لشخص ثاني ويسلمه له فيكتسب هذا الأخير المنقول بالحيازة، وهو ما تنص عليه المادة 371 فقرة 2 قانون مدني.

4- انعدام شرط عدم الضمان: حيث أن ضمان التعرض الصادر من الغير ليس من النظام العام، طبقاً للمادة 377 قانون مدني، فقد يتفق المتعاقدان على إسقاط الضمان فلا يكون البائع مسؤولاً إلا عن رد قيمة المبيع وقت نزع اليد، ويعفى من العناصر الأخرى أي قيمة الثمار، المصاريف النافعة، ومصاريف دعوى الضمان، والتعويض عن الخسارة اللاحقة. ألا أنه يعفى حتى من رد قيمة المبيع وقت نزع اليد في حالتين:

الحالة الأولى: إذا أثبت أن المشتري كان عالماً بسبب الاستحقاق وقت التعاقد ووافق على إسقاط الضمان، وفي هذا الإطار تنص المادة 377 من القانون المدني الجزائري، أنه متى كان المشتري عالماً بوجود ارتفاق على العقار المبيع، باعتبار أن حق الارتفاق كان ظاهراً، يستطيع المشتري وقت البيع وهو يعاين المبيع أن يرى معالمه أو أن يراه ظاهراً. أو أن البائع أعلمه به إذا كان غير ظاهر، فسكوت المشتري رضا ضمني بإسقاط الضمان؛

الحالة الثانية: أن يثبت البائع أن المشتري اشترى المبيع على مسؤوليته وصرح بتحملة لمخاطر التعرض؛

¹ - رمضان محمد أبو السعود- شرح أحكام القانون المدني- العقود المسماة: البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين- القسم الأول- المرجع السابق-ص 313.

² -, Civ. 1^{re}, 28 oct. 2015, n° 14-15.114, D. 2015. 2248 ; AJDI 2016. 526, obs. A. Delmotte

" la garantie d'éviction du fait d'un tiers est due si le trouble subi par l'acheteur est un trouble de droit, existant au moment de la vente, non déclaré et ignoré de l'acheteur", Portail Dalloz-

Accueil : <https://bit.ly/3GfzHBq>

³ -الحق الطارئ على المبيع بسبب جديد يقع على مسؤولية المالك عند حدوثه كحالة الحلول محل المشتري بموجب الشفعة الذي يتم بموجب القانون أو نزع الملكية للمنفعة العامة فيكون بفعل السلطة.

قد يتفق البائع والمشتري على إنقاص الضمان دون إسقاطه، كأن يشترط البائع على المشتري أن يدفع له عند استحقاق المبيع قيمة المبيع وقت إبرام البيع لا وقت نزع اليد، أو ألا يدفع له تعويضاً عما أصابه من ضرر وما فاتته من كسب. إلا أن المادة 377 من القانون المدني تعتبر شرط إسقاط أو إنقاص الضمان باطلاً، إذا كان البائع سيء النية، أي عالماً بسبب نزع اليد وأخفاه عمداً عن المشتري. كما بإمكان البائع والمشتري الاتفاق على الزيادة في الضمان، كالاتفاق على ضمان البائع حتى التعرضات المادية الصادرة من الغير، أو الاتفاق على ضمان نزع الملكية للمنفعة العامة.

ب- التنفيذ العيني للالتزام بضمان تعرض الغير.

إذا قام سبب الضمان، قام التزام البائع بتنفيذه عيناً، بأن يجعل الغير يكف عن تعرضه للمشتري، وعليه، متى رفع الغير دعوى استحقاق على المشتري وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى إخطار البائع بذلك في الوقت المناسب أي وقت رفع الدعوى، ومتى أخطر المشتري البائع وجب على هذا الأخير أن يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري لمساعدته أو أن يحل محله، طبقاً للمادة 372 قانون مدني، ويدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التي يملكها حتى يستصدر حكماً برفض دعواه¹، ومتى تم ذلك يكون قد نفذ التزامه بضمان تعرض الغير تنفيذاً عينياً، أما إذا صدر الحكم لصالح الغير استفاد المشتري من الحكم لتدعيم دعوى ضمان الاستحقاق ضد البائع. و يعد الالتزام بدفع تعرض الغير غير قابل للانقسام، فإذا تعدد الباعة أو توفي البائع عن عدة ورثة، اكتفى المشتري بإدخال أحد الباعة أو أحد الورثة في دعوى الاستحقاق وإلزامه بالدفاع عنه بالنسبة للمبيع كله، لا بالنسبة للجزء الذي باعه أو الجزء الذي يتناسب مع حصته في التركة.²

إذا لم يتدخل البائع في الخصومة بالرغم من إخطاره وحكم للغير باستحقاق المبيع، كان للمشتري الرجوع على البائع وإلزامه بضمان الاستحقاق إلا إذا أثبت البائع أن الحكم الصادر كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم من المشتري. و طبقاً للمادة 373 قانون مدني فإن اعتراف المشتري وتصالحه مع الغير

¹ - قرار المحكمة العليا لـ 1986/06/25 - الغرفة المدنية - المجلة القضائية - عدد 3-1992-ص 11: من المقرر قانوناً أن البائع يضمن عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو فعل الغير، ومن المقرر أيضاً أنه إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع، للبائع أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد مخالفاً للقانون. ومن ثمة يعد رفض اعتراض الغير الخارج عن الخصومة المرفوع بحجة أن البائع يفتقد لشرط المصلحة ما دام أنه باع محل دعوى الاستحقاق ولم يعد مالا له، مخالفاً للقانون".

² - أنور سلطان - المرجع السابق - ص 232.

في حالة عدم تدخل البائع لا يمنعه من مطالبة البائع بضمان الاستحقاق، ما لم يثبت البائع أن الغير المدعي لم يكن على حق في دعواه بأدلة حاسمة.

قد يهمل المشتري واجبه بإخطار البائع بالدعوى ويصدر حكم نهائي لصالح الغير، فللبائع أن يدفع دعوى ضمان الاستحقاق بأن لديه حجج، لو تدخل ودفع بها لرفضت دعوى الغير¹. وهو ما ورد في مضمون الفقرة 2 من المادة 372 قانون مدني.

و طبقاً للمادة 374 قانون مدني إذا دفع المشتري مبلغاً من المال للغير ليكفّ عن تعرضه، يجوز للبائع أن يرُدّ للمشتري هذا المبلغ حتى يتخلص من التزامه بالضمان.

ج-التنفيذ بطريق التعويض (ضمان الاستحقاق).

الاستحقاق هو أن يثبت ويحكم للغير بالحق الذي يدعيه على المبيع ويحرم المشتري من المبيع كلياً أو جزئياً حينها يكون البائع مخلاً بالتزامه بدفع التعرض فيقع عليه التزام احتياطي بطريق التعويض وهو ضمان الاستحقاق، ويتمثل مضمون التعويض في:

أولاً: في حالة الاستحقاق الكلي.

وهي حالة يتم فيها نزع يد المشتري كلياً على المبيع لثبوت حق للغير عليه مما يضمنه البائع حسب المادة 375 من القانون المدني، حينئذٍ بإمكان المشتري إما تأسيس دعواه على القواعد العامة، فيطالب بفسخ البيع لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية، أو طلب إبطال ملك الغير. كما للمشتري طلب تنفيذ البيع بطريق التعويض وحينئذٍ يستفيد من العناصر الآتية:

1-قيمة المبيع وقت نزع اليد، أي وقت صدور الحكم بالاستحقاق، بدلا من الثمن الذي دفعه المشتري للبائع. وذلك لمطالبة المشتري بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية لا على أساس الفسخ².

2-الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى المالك الذي استحق المبيع. والثمار التي يردّها المشتري للمستحق هي تلك التي يحوزها من الوقت الذي يزول فيه حسن نيته³، أي من يوم إعلامه بعريضة افتتاح دعوى الاستحقاق، طبقاً للمادة 825 قانون مدني، وهي الثمار التي يلزم البائع بدفع قيمتها. أما

¹-أنور سلطان-المرجع السابق-ص 231، 232.

²-رمضان محمد أبو السعود-شرح أحكام القانون المدني-العقود المسماة: البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين-القسم الأول-المرجع السابق-ص 329

³-يعد المشتري من الغير بالنسبة للمالك، فهو حائز ويتعلق الأمر بحائز سيئ النية يرد الثمار للمالك، أما المشتري سي النية العالم بحق الغير، فلا يحق له الرجوع على البائع بضمان التعرض والاستحقاق.

تلك التي حازها المشتري بحسن نية فلا يردّها للمستحق حسب المادة 837 من القانون المدني وبالتالي لا يلتزم البائع بدفع قيمتها إليه.

3-المصاريف: وهي أنواع:

أ-المصاريف الضرورية: وهي المصروفات اللازمة لحفظ المبيع وصيانته، يحق للمشتري بوصفه حائزا أن يطالب بها المالك المستحق بعد نزع يده عن المبيع¹؛

ب-المصاريف النافعة: هي التي تهدف إلى الزيادة في قيمة المبيع، كبناء طابق في العقار. فهنا إذا كان المشتري حسن النية، أقام منشآت على أرض لا يملكها معتقدا أن ذلك من حقه، فإن له أن يسترد هذه المصاريف من المالك². أما إذا كان سيء النية أي كان يعلم سبب الاستحقاق وقت القيام بالنفقات كان لصاحب الأرض³ الخيار بأن يطلب إزالة المنشآت التي قام بها المشتري، أو يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة فيدفع قيمة الانقراض منقوصا منها مصروفات الهدم، أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت⁴؛

ج-المصاريف الكمالية: وهي مصاريف غير ضرورية ولا نافعة للمبيع، فليس له أن يرجع بها على المالك المستحق -المادة 839 فقرة 3 قانون مدني-، وإنما يكون له الرجوع بها على البائع سيئ النية الذي يخفي حق الغير عمدا، وذلك بموجب دعوى ضمان استحقاق.

¹-المادة 839 فقرة 1 من القانون المدني: "على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة...."

²-المادة 785 قانون مدني: "إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 784 يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزاعها. غير أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الأهمية وكان تسديدها مرهقا لصاحب الأرض جاز له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل."

³- قرار المحكمة العليا بتاريخ 2016/02/11-الغرفة العقارية- مجلة المحكمة العليا-العدد 1 لـ 2016-ص 66: "يقصد بصاحب الأرض المشار إليه في المادة 784 من القانون المدني مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع أيضا."

⁴-المادة 784 قانون مدني جزائري: "إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 784 يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزاعها. غير أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الأهمية وكان تسديدها مرهقا لصاحب الأرض جاز له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل."

4- مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق: إذ يسترد المشتري من البائع، المصاريف القضائية التي أنفقها بمناسبة دعوى الإستهقاق أو دعوى ضمان الإستهقاق باستثناء تلك التي كان بإمكان المشتري تفادها لو أخطر البائع في الوقت المناسب، فيكون مخطئاً لدفعها¹.

5- تعويض المشتري عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، بسبب نزع اليد عن المبيع.

ثانياً: في حالة الاستحقاق الجزئي.

في حالة نزع اليد الجزئي على المبيع، يبقى المشتري حائزاً، إلا أن انتفاعه به يكون محدوداً، كثبوت ملكيته للغير في جزء منه أو أن يحكم للغير بحق متفرع عن حق الملكية كحق الانتفاع، أو يقرر للغير حقاً شخصياً كحق الإيجار، أو تكاليف على المبيع كحق الإرتفاق . في هذه الحالة فرقت المادة 376 قانون مدني بين حالتين:

- إذا كانت الخسارة الناتجة عن الاستحقاق الجزئي أو ثبوت التكاليف جسيمة، لو علم بها المشتري لما تعاقداً، بحيث يكون تقدير الخسارة محدداً بمعيار شخصي، فللمشتري أن يرد المبيع للبائع، وكذا الانتفاع الذي تحصل عليه منه، مع المطالبة بكل عناصر التعويض الواردة في المادة 375 قانون مدني والمقررة في حالة نزع اليد الكلي، كما له استبقاء المبيع والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه؛ - إذا كانت الخسارة الناجمة عن نزع اليد الجزئي غير جسيمة، فليس للمشتري إلا الاحتفاظ بالمبيع ومطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئي.

الفرع الثاني: ضمان العيوب الخفية.

لا يستطيع المشتري الاستفادة من المبيع على الوجه الذي قصده المتعاقدان وتقتضيه طبيعة العقد إلا بضمان تسليم الشيء محل العقد خالياً من كل عيب يجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له أو ينقص من الانتفاع به²، فيسلمه البائع مبيعاً سليماً وبذلك يضمن لدائنه الحياة النافعة والمفيدة التي تمكنه من الحصول على الخدمات المنتظرة من المبيع، فإذا تبين عند الاستلام أن الشيء مشوب بعيب ولم يكن بالمقدور اكتشافه عند التسليم كان البائع ضامناً لهذا العيب بوصفه عيباً خفياً.

أولاً: مفهوم العيب الخفي الموجب للضمان.

يعرف الفقه العيب الخفي الموجب للضمان، أنه العلة أو الآفة العارضة التي يخلو منها المبيع في أصله، والتي تمنع المشتري من استعماله وفقاً للغاية المعد لها، فيكون العيب في صفاته المادية بعكس

¹ - يمينة حوحو - عقد البيع في القانون الجزائري - المرجع السابق - ص 169.

² - توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص 270.

التكاليف غير المصرح بها، حيث يظهر تكليف يتقل المبيع، فيثبت حق للغير ينقص من انتفاع المشتري بالمبيع¹. كما يختلف العيب الخفي عن عيب المطابقة حيث يسلم البائع شيئاً مختلفاً عما اتفق عليه مع البائع من حيث الطبيعة أو الخصائص².

في إطار قانون حماية المستهلك، يتم ضمان العيب الخفي من خلال التزام المتدخل خلال فترة زمنية معينة، بضمان عيوب التي قد تظهر في المنتج المبيع، أو ما يسمى بضمان المنتج³ وهو ضمان قانوني يستفيد منه كل مقنن لأي منتج وهذا بمقتضى المادة 13 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁴، ولا يمكن الإتفاق على مخالفة النص القانوني، وفي ذلك تقوية لضمان العيب الخفي⁵.

¹ – Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, op.cité, §234 n° 358 : « l'éviction suppose que le trouble éprouvé par l'acquéreur provienne d'un droit appartenant à un tiers, au contraire, le vice de la chose..... consiste en un défaut dans les qualités matérielles de la chose. »

²*-Civ. 3^e, 6 oct. 2004, n° 02-21.088 , D. 2004. IR 2766 , énonçant que le défaut d'étanchéité d'un immeuble, puisqu'il fait obstacle à l'utilisation de l'immeuble dans des conditions normales, est un vice caché, non un défaut de conformité.

* Cour de cassation, Chambre civile 3, 30 septembre 2021 - La jurisprudence francophone des Cours suprêmes: "le défaut de conformité de la chose vendue à sa destination normale constitue un vice caché et non un défaut de conformité aux caractéristiques convenues entre les parties ; que la pollution d'un terrain retardant les opérations de construction entreprises par son acquéreur sur ce terrain constitue un vice du sol qui ne peut être sanctionné que dans le cadre de la garantie des vices cachés, et non un défaut de conformité, lequel ne peut porter sur l'inconstructibilité d'un terrain , qu'en se prononçant ainsi, tout en ayant constaté que le terrain vendu, en raison de sa dépollution incomplète par la société Total Mayotte, n'était pas conforme « à sa destination », et que la pollution résiduelle avait retardé les opérations de construction sur ce terrain, qui s'était avéré inconstructible pendant six mois, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations d'où il résultait que la SCI Station Kaweni et la société Sodifram invoquaient, à l'encontre de la société Nel, un vice prétendument caché et non un défaut de conformité, a violé les articles 1603, 1604 et 1641 du code civil ". <http://bit.ly/3gACNWY>

³-المادة 3 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش: "الضمان : التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة، في حالة ظهور عيب بالمنتج، باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته".

⁴- ينص القانون على صنف آخر للضمان هو خدمة ما بعد البيع التي لا يمكن المطالبة بها إلا بعد انقضاء مدة الضمان أو إذا كانت الحالة لا يغطيها الضمان القانوني وهو ما جاءت به المادة 16 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وبعدها المرسوم التنفيذي رقم 21-244 المؤرخ في 31 ماي 2021، الذي صدر تطبيقاً للمادة 16 محددا شروط وكيفيات تقديم خدمة ما بعد بيع السلع، ج.ر رقم 51 لـ 9 جوان 2021، فعرفت المادة 3 منه، خدمة ما بعد البيع : "مجموع الخدمات التي يجب على المتدخل تقديمها عندما تعرض السلعة للاستهلاك، بمقابل أو مجانا، مثل خدمات التصليح المؤقت، والتصليح، والصيانة، والتركيب، والمراقبة التقنية، والنقل، وكذا توفير قطع الغيار" كما تؤكد المادة 2 منه على أن أحكام هذا المرسوم تطبق على السلع الموجهة للمستهلك بعد انتهاء فترة الضمان أو في الحالات التي لا يمكن فيها تطبيق الضمان.

⁵- علي فيلاي-العقود الخاصة: البيع- المرجع السابق-ص269.

من جهته نص القانون المدني الجزائري على شروط العيب الخفي في المادة 379، معتبراً أن العيب الخفي الموجب للضمان هو الذي ينقص من قيمة المبيع أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه، أو حسب طبيعة المبيع أو استعماله¹. كما رتب الضمان على البائع في حالة تخلف الصفة في المبيع التي تعهد بها في مواجهة المشتري والمتعلقة بجوهر الشيء أو باستعماله-ملحقاً ذلك بالعيب الخفي- بالرغم من أن ذلك لا يؤثر في صلاحية المبيع للإستعمال المقرر له عادة، فاشتراط توافرها جعل تخلفها خاضعاً للأحكام الخاصة بضمان العيب الخفي²، لتكون القوة الإلزامية للعقد هي أساس هذا الضمان طالما أن العبرة بما تم الإتفاق عليه من صفات بين البائع والمشتري³.

ثانياً: شروط العيب الموجب للضمان.

إستناداً إلى المادة 379 من القانون المدني، تشترط أربعة شروط في العيب الخفي حتى يكون موجبا للضمان، إضافة إلى جهل المشتري للعيب.

1- يشترط أن يكون العيب قديماً: المقصود بالقدم أن يكون العيب موجوداً في المبيع وقت التسليم⁴، أما إذا نشأ العيب بعد التسليم فلا يسأل البائع عنه، لكن إذا كان سبب العيب قديماً ولم يظهر إلا بعد التسليم فهو عيب قديم يكون البائع مسؤولاً عنه. كسواء حيوان به مرض خفي ولكن لا تظهر أعراضه إلا بعد مدة من تسلمه، مع ضرورة إثبات وجوده في الحيوان قبل التسليم.

2- أن يكون العيب مؤثراً: العيب المؤثر هو الذي ينقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع منه بقدر محسوس، فيجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له، بحسب ماهيته أو بمقتضى عقد البيع طبقاً للمادة 379 قانون مدني. وبالتالي لابد لتحديد فيما إذا كان العيب مؤثراً من الرجوع إلى الغاية المقصودة من طرف المشتري في عقد البيع وفق ما تم الاتفاق عليه، وفي حالة عدم النص على الغاية، فيجب الرجوع إلى ما يظهر من طبيعة أو تخصيص الشيء. كما أن النقص في قيمة الشيء دون نفعه كافٍ لوحده لتمكين المشتري من الرجوع على البائع بالضمان.

¹- الإنقاص من قيمة المبيع أو نفعه هو ما يميز العيب الخفي عن عيب السلامة حيث لا يتوافر المنتج عن الأمان المرجو، فطبيعة الضرر هي التي تميز عيب السلامة عن العيب الخفي:

-François Collart Dutilleul; Philippe Delebecque-Op.cité-P 283 § 301.

²- زاهية حورية سي يوسف-المسؤولية المدنية للمنتج-المرجع السابق-ص 75.

³- علي فيلاي- العقود الخاصة-عقد البيع-المرجع السابق-ص 246.

⁴- هناك من يرى أن الاعتداد بوقت التسليم لا يكون إلا بالنسبة لحالة تخلف الصفة، أما العيب بمعنى الآفة الطارئة فيعتمد به وقت البيع، في المبيع المعين بالذات ووقت التسليم في المبيع المعين بالنوع: توفيق حسن فرج -المرجع السابق-ص 440.

3- أن يكون العيب خفياً: وهو العيب الذي يكون موجوداً وقت البيع ولم يستطع المشتري كشفه بعد تفحصه للشيء المبيع تفحص الرجل العادي. ففي حالة شراء برنامج من موقع الكتروني، وعند الإستعمال، تبين للمشتري أن به فيروس لا يمكن اكتشافه إلا من طرف خبير يكون العيب خفياً يصعب على المشتري اكتشافه، ويوجب الضمان على البائع¹.

أما في الحالة التي يهمل المشتري في الفحص، فلا يعد البائع ضامناً إلا إذا لم يتفحص المشتري اعتماداً على تأكيدات البائع أو حالة ما إذا كان العيب ظاهراً وأخفاه البائع غشاً منه.

في إطار هذا الشرط، نشير إلى قرار حديث للقضاء الفرنسي بمناسبة تقدم مشتري عقار يقع بمنطقة Martinique الفرنسية على بعد 40 متر من الساحل، أمام القضاء للمطالبة بفسخ عقد البيع لوجود عيب خفي بالعقار والمطالبة بالتعويض في مواجهة البائع. و يتعلق العيب بانتشار الطحالب-أعشاب البحر- وقد اعتبرت محكمة الاستئناف أن وجود هذا النوع من الطحالب هو ظاهرة طبيعية خارجية وموسمية ولا يمكن التنبؤ بها وبالتالي وجودها لا يشكل عيباً خفياً. فذهب قرار محكمة النقض إلى أن تحليل محكمة الاستئناف كان معيباً، لأنه يضيف إلى التطبيق الحرفي للنص القانوني المتعلق بالالتزام بضمان العيب الخفي قيوداً مفاده أن وجود عيب خارجي لا يمكن أن يشكل بأي وجه من الأوجه عيباً خفياً والحال أن السبب الذي يحد أو ينقص من الإنتفاع بالشيء المبيع يشكل عيباً خفياً حتى لو لم يكن هذا العيب متأسلاً في الشيء نفسه².

4- ألا يكون العيب معلوماً للمشتري: بينما لا تشترط المادة 1/379 من القانون المدني الجزائري عدم علم البائع³. فإذا تبين علم المشتري بالعيب وقت البيع سقط الضمان ولو كان خفياً، أي كان مصدر

¹- إلهام محمد حامد-المرجع السابق-ص792.

²- أصبحت محكمة النقض الفرنسية بموجب هذا القرار الصادر بتاريخ 15 جوان 2022 تحدد نطاقاً واسعاً لمفهوم العيب الخفي بسبب انتشار المخاطر البيئية وما صاحبها من أضرار:

-Cass.com-3^{ème} ch -15 juin 2022- Pourvoi n° 21-13.286- cour de cassation.fr : « Vu l'article 1641 du code civil :-. Aux termes de ce texte, le vendeur est tenu de la garantie à raison des vices cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.- Pour rejeter la demande en résolution de la vente, l'arrêt retient qu'un phénomène extérieur, naturel, dont la survenue était imprévisible, ne constitue pas un vice caché. En statuant ainsi, la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une restriction qu'elle ne comporte pas, a violé le texte susvisé. » : <http://bit.ly/3JhK0Xr>

³- قرار المحكمة العليا لـ 27/01/1991- الغرفة التجارية والبحرية-المجلة القضائية-عدد 3-1992-ص98: "البائع ملزم

بالضمان، إذا لم يشتمل المبيع على المواصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، ولو لم يكن عالماً بوجودها." وهذا على خلاف القانون المدني الفرنسي الذي لا يلزم البائع الجاهل بعيوب الشيء إلا برد الثمن وتعويض المشتري عن المصاريف التي أنفقها بمناسبة البيع:

العلم¹، لأن علمه يدل على رضائه بالمبيع المعيب. بذلك يأخذ العيب المعلوم حكم العيب الظاهر وبالتالي لا يعد من العيوب الخفية. وتعد مسألة علم المشتري بالعيب وقت التسليم مسألة واقع²، يقع على البائع عبء إثباتها، وذلك بكل الطرق، كالشمن المنخفض جداً، أو أن المبيع قديم وبالتالي لا يخلو من عيوب معينة.

ثالثاً: البيوع المستبعدة من ضمان العيوب الخفية.

1- البيوع القضائية والإدارية التي تتم بالمزاد العلني : كاستثناء وارد بموجب المادة 385 من القانون المدني، بمعنى البيوع التي تتم تحت إشراف القضاء، كبيع ممتلكات المدين في إطار التنفيذ الجبري أو بيع ممتلكات المفلس، وكذا البيوع الإدارية التي تباشرها الإدارات لاستقاء حقوقها كإدارة الجمارك والضرائب³.

2- البيوع التي تتضمن إسقاط الضمان بموجب الاتفاق: إذ لا يعد ضمان البائع للعيب الخفي أو لتخلف الصفة من النظام العام، كما يمكن الاتفاق على الإنقاص من الضمان، كالإتفاق على عدم ضمان البائع عيباً معيناً يذكره بالذات. أو عدم ضمان كل العيوب الجسيمة وإنما يضمن البائع بعضها⁴. أو أن يشترط بدء مدة الضمان اعتباراً من تاريخ التعاقد وليس من تاريخ تسليم المبيع للمشتري. فإن كان البائع سيئ النية بأن أخفى العيب عمداً، كان شرط إسقاط أو إنقاص الضمان باطلاً طبقاً للمادة 384 قانون مدني. مع التأكيد على أن البائع المهني كالبائع سيئ النية، فيفترض فيه العلم بالعيب ويترتب على ذلك بطلان الشروط التي تسقط ضمانه تمام أو تخفف منه في مواجهة المشتري العادي⁵.

Article 1646 du code civil français :Loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804 : « Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente. »

¹ - محمد حسن قاسم - عقد البيع - المرجع السابق - ص 316.

² - رمضان محمد أبو السعود - شرح أحكام القانون المدني - العقود المسماة: البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين - القسم الأول - المرجع السابق - ص 354.

³ - قرار المحكمة العليا بتاريخ 2003/01/29 - المجلة القضائية عدد 2 - 2003 - ص 127: "لا ضمان للعيوب في البيوع الإدارية التي تتم بالمزاد العلني".

⁴ - حوحو يمينه - عقد البيع في القانون الجزائري - المرجع السابق - ص 181.

⁵ - CA Montpellier, I ch ., sect . A , 30 janv . 2020 , n ° 16/07255 - Gazette du palais - « Le défaut de portance d'un plancher , non apparent lors de la vente , rend un local à usage d'atelier impropre à sa destination connue du constructeur , car le plancher ne peut supporter le poids des machines très lourdes , que l'acquéreur utilisait déjà dans son ancien local , et que le sol s'enfonce et se déforme avec des amplitudes allant jusqu'à 10 centimètres . Cependant le vendeur , qui n'est pas un professionnel de la construction . n'ayant eu aucune raison de douter de l'adéquation entre la capacité de portance du plancher construit et le poids des machines utilisées au jour de la vente par l'acquéreur , la clause

كما يجوز طبقاً لذات المادة القانونية، للمتعاقدان الزيادة في الضمان بتشديد الإلتزام على البائع مع توشي الدقة عند الإتفاق، كاشتراط رد المبيع ولو لم يكن العيب جسيماً، أو الزيادة في مدة الضمان المقررة قانوناً.

رابعاً: إجراءات الحصول على الضمان.

حتى يطالب المشتري المتضرر بالضمان، يجب أن يقوم بفحص المبيع بعناية الرجل العادي، وفور اكتشاف العيب على المشتري أن يبادر بإخطار البائع بوجود هذا العيب في ميعاد معقول، حيث يكون تحديد تلك المدة وفق للمألوف في التعامل، أي حسب طبيعة المبيع¹. فالإخطار هو الإجراء الأولي لقبول الدعوى، شرط وصوله إلى علم البائع² -المادة 381 قانون مدني- فإن لم يخطر المشتري البائع اعتبر راضياً بالمبيع بما فيه من عيوب، وسقط حقه في الرجوع بالضمان حسب المادة 380 فقرة 2 من القانون المدني. وليس للإخطار شكل معين، فقد يكون في شكل ورقة رسمية أو عرفية وقد يتم شفاهة، وحينها يقع عبء إثبات الإخطار على المشتري وذلك بكل الطرق لكونه واقعة مادية.

فإذا أخطر المشتري البائع بالعيب، كان له رفع دعوى الضمان خلال سنة من وقت تسلم المبيع تسليماً فعلياً حسب المادة 381 قانون مدني، لأنه بالتسليم الفعلي يتمكن المشتري من الفحص³. واستثناء لا يستطيع البائع التمسك بمدة السنة إذا قبل الزيادة في مدة الضمان وإطالتها لأكثر من سنة⁴، فيكون ذلك تشديداً للضمان، أو إذا أخفى البائع العيب عمداً، فإن ثبوت غش البائع يؤدي إلى أن يصبح للمشتري الحق في رفع الدعوى خلال خمس عشرة عاماً من وقت البيع⁵ وهذا طبقاً للمادة 383 من القانون المدني.

d'exclusion de la garantie des vices cachés insérée dans l'acte de vente doit recevoir application. <https://bit.ly/3V8PG96>

¹- توفيق حسن فرج- المرجع السابق- ص 457.

²- زاهية حورية سي يوسف- المسؤولية المدنية للمنتج- المرجع السابق- ص 108.

³- تتمثل نقطة انطلاق الأجل الذي يسمح للمتقاضى بالمطالبة بحقوقه قضاءً، مبدئياً في وقت وقوع الوقائع، ويمكن استثناء تأجيلها إلى اليوم الذي تصل فيه الوقائع المتنازع بشأنها إلى علم صاحب الحق: محمد ابراهيمي- المرجع السابق- ص 05.

⁴-أورد المشرع بموجب نص المادة 381 من القانون المدني التي تقضي بإمكانية إطالة مدة رفع دعوى الضمان بما يزيد على السنة، استثناء على الحكم الخاص بتعيين مدة التقادم، ويؤدي ذلك إلى أنه لا يجب أن يمتد هذا الاستثناء إلى تقصير المدة، عملاً بالمادة 322 من القانون المدني.

⁵-الأصل في الإلتزام أن يتقادم بمضي خمس عشرة سنة، وهذا هو التقادم الطويل أو التقادم العادي، تطبيقاً للمادة 308 من القانون المدني الجزائري.

خامسا: آثار دعوى الضمان.

بمقتضى المادة 381 قانون مدني، أحال المشرع بشأن ضمان العيوب الخفية إلى المادة 376 قانون مدني، المتعلقة بنزع اليد الجزئي عن المبيع. ذلك أنه وبوجود العيب الخفي الذي ينقص من الانتفاع، يعد المبيع وكأنه استحق جزئيا. وإن كان سبب الإستحقاق الجزئي هو ثبوت حق الغير على المبيع وليس العيب الموجود في محل البيع¹.

و بالتالي - طبقاً للمادة 376 قانون مدني - وجب التفريق بين حالتين:

الحالة الأولى : حالة العيب الجسيم: أي أن الخسارة الناتجة بسبب العيب بلغت درجة من الجسامة لو علم بها المشتري لما تعاقده، وعندئذ يجوز للمشتري أن يرد المبيع للبائع ويطالبه بجميع عناصر التعويض المنصوص عليها في المادة 375 قانون مدني؛ كما له الحق في أن يطالب البائع بالتعويض إذا أراد إستبقاء المبيع المعيب.

الحالة الثانية: حالة العيب غير الجسيم: وهنا لا يكون للمشتري إلا الاحتفاظ بالمبيع مع المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به بسبب العيب.

وإذا هلك المبيع بعد ظهور العيب، ونشوء حق المشتري في الرجوع على البائع بضمان العيب الخفي، فإن دعوى الضمان تبقى مستمرة، مهما كان سبب الهلاك.

سادسا: هلاك المبيع وأثره على دعوى الضمان.

طبقا للمادة 382 من القانون المدني²، إذا هلك المبيع بعد ظهور عيب خفي فيه ونشوء حق المشتري في الرجوع على البائع فلا يسقط حقه في مطالبة البائع بالضمان وإنما يبقى قائما.

فإذا كان سبب الهلاك ناتج عن العيب الخفي، كموت الحيوان بسبب مرض كان خفيا وقت التسليم، التزم المشتري أن يعرض البائع تعويضا كاملا لجميع العناصر التي نصت عليها المادة 375 من القانون المدني الجزائري، مع رد ما تبقى من المبيع. أما إذا كان ذلك الهلاك بسبب أجنبي، يكون للمشتري أن يطالب بالتعويض بافتراض أن المبيع لازال موجودا، فيطالب بالتعويض عما نقص من المبيع بسبب العيب البسيط، فإن كان جسيما طالب البائع بقيمة المبيع بالإضافة إلى التعويض³. أما إذا كان الهلاك بسبب المشتري، فلا يمكنه سوى مطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب

¹ - محمد حسن قاسم - عقد البيع - المرجع السابق - ص 309.

² - المادة 382 من القانون المدني الجزائري: "تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشيء المبيع وبأي سبب كان"

³ - محمد صبري السعدي - الواضح في شرح القانون المدني - البيع والمقايضة - المرجع السابق - ص 398.

العيب، ولا يجوز له أن يرجع على البائع بكامل التعويض ما دام لم يستطع رد المبيع بسبب يرجع إليه¹.

المبحث الثاني: إلتزامات المشتري في عقد البيع.

يلتزم المشتري بعدة التزامات، تعد مقابلا لما التزم به البائع، أوردها المشرع الجزائي من المواد 387 إلى 396 من القانون المدني، تتمثل في دفع الثمن "المطلب الأول"، الإلتزام بتسلم المبيع وتحمل مصاريفه وتكاليفه "المطلب الثاني".

المطلب الأول: الإلتزام بدفع الثمن.

الإلتزام بدفع الثمن هو الإلتزام الأساسي الذي يقع على المشتري في عقد البيع، باعتبار العقد ملزم لجانين. فيلتزم بالوفاء بالثمن متى كان مستحقا، ومحتفظا بحقه في الحبس في الحالات المخولة له قانونا " الفرع الثاني". فيتم الوفاء في الزمن والمكان المتفق عليهما في العقد أو المحددين بموجب القواعد المكملة المنظمة لذلك " الفرع الأول". وإلا عدّ مخلا بالتزامه، ويترتب على ذلك إمكانية لجوء البائع للضمانات والجزاءات المقررة قانونا.

الفرع الأول: زمن ومكان الوفاء بالثمن.

أولا: زمان الوفاء بالثمن.

وضعت المادة 388 قانون مدني قاعدة مفادها أن ثمن البيع مستحق في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع²، حتى تنفذ الإلتزامات المتقابلة في وقت واحد مالم يوجد أو عرف يقضى بخلاف ذلك. فقد يتقف الطرفان على أن يدفع الثمن مسبقا وقت التعاقد. فيعتبر التسبيق دفعة أولى من الثمن للتعبير عن الإلتزام بتنفيذ العقد، ولا يعد طريقة مثلى للخروج من العلاقة التعاقدية، بخلاف العربون الذي يتضمن تعبيراً عن استعمال حق العدول³. كما يمكن الإتفاق على أن يدفع الثمن مؤجلا، جملة واحدة أو على أقساط.

¹ - رمضان محمد أبو السعود- شرح أحكام القانون المدني- العقود المسماة: البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين- القسم الأول- المرجع السابق-ص 361.

² - Cass. civ. 1re, 19 novembre 1996, Bull. civ. I, n° 411, pourvoi n° 94-18502-Légifrance :

« [...] sauf convention particulière, l'obligation, pour l'acheteur, de payer le prix de vente résulte de l'exécution complète, par le vendeur, de son obligation de délivrance ». <http://bit.ly/3EDhonJ>

³ - Jamel DJOUDI- Arrhes - septembre 2018- Répertoire de droit civil -Dalloz- §7 ;p 8

إذا كانت قاعدة دفع الثمن وقت التسليم مكملة، فإنه يمكن أن يدفع الثمن وجوباً ابتداءً من التسليم، كما ورد بمقتضى المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الإستهلاكي والتي تمنع البائع أن يفرض على المشتري تعجيل ثمن البيع¹. كما قد يتم دفع الثمن جزئياً حسب تقدم الأشغال وهذا في إطار البيع على التصاميم².

ثانياً: مكان الوفاء بالثمن.

في حالة عدم وجود اتفاق أو عرف يحدد مكان التسليم فالقاعدة الواردة في المادة 387 من القانون المدني أن دفع ثمن المبيع يتم في مكان تسليم المبيع إذا تعاصر وقت التسليم مع زمن دفع الثمن. فإذا لم يكن ثمن البيع مستحقاً عند تسليم المبيع، كأن يكون مؤجلاً، وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت استحقاقه الثمن، تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن يكون الوفاء بالالتزام في موطن المدين.

في حالة البيع الدولي للبضائع يلزم المشتري بدفع الثمن في المكان المتفق عليه في العقد فإذا خلا العقد من بيان مكان دفع الثمن طبق نص المادة 57 من اتفاقية البيع الدولي لـ 1980 -اتفاقية فيينا- والتي تلزم المشتري، بدفع الثمن في مكان عمل البائع أو في مكان تسليم البضائع إذا كان الدفع مطلوباً مقابل تسليم البضائع والمستندات³.

¹ - المادة 8 من المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الإستهلاكي: "لا تسري واجبات المقترض إلا ابتداءً من تسليم السلعة التي استوفى القرض من أجلها.....".

² - المادة 3 من المرسوم التنفيذي 13/431 المؤرخ في 2013/12/18 يحدد عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأماكن العقارية وكذا حدود تسعير سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأجيل وأجالها وكيفية دفعها: "أثناء إبرام عقود البيع على التصاميم، يتم تسديد سعر الملك العقاري حسب حالة تقدم أشغال الإنجاز في الحدود الآتية - : عند التوقيع، عشرون بالمائة 20% من سعر البيع المتفق عليه - عند الإنتهاء من الأساسات، خمسة عشر بالمائة 15 % من سعر البيع المتفق عليه - عند الإنتهاء من الأشغال الكبرى، بما في ذلك المسافة والأسوار الخارجية والداخلية، خمسة وثلاثون بالمائة 35 % من سعر البيع المتفق عليه، - عند الإنتهاء من جميع الأشغال مجتمعة، بما في ذلك الربط بالطرق والشبكات المختلفة بالإضافة التهيئة الخارجية، خمسة وعشرون بالمائة 25 % من سعر البيع المتفق عليه . يجب أن يتم دفع الرصيد المتبقي عند إعداد محضر الحيازة والمقدر بخمسة بالمائة 5 % من سعر البيع المتفق عليه". في هذع الإستثناءات القانونية: - علي فيلالي - العقود الخاصة - البيع - المرجع السابق - ص 300، 301.

³ - المادة 57 من اتفاقية البيع الدولي لـ 1980:

" إذا لم يكن المشتري ملزماً بدفع الثمن في مكان معين وجب عليه أن يدفعه إلى البائع: أ- في مكان عمل البائع؛ أو

ب- في مكان التسليم، إذا كان الدفع مطلوباً مقابل تسليم البضائع أو المستندات.

يتحمل البائع أي زيادة في مصاريف الدفع ناتجة عن تغيير مكان عمله بعد انعقاد العقد."

الفرع الثاني: حق المشتري حبس الثمن.

إذا كان الثمن مستحق الدفع، كان للبائع أن يتقاضاه من المشتري ولو جبرا. غير أنه للمشتري الإمتناع عن الدفع وحبس الثمن في حالات حددتها المادة 388 من القانون المدني الجزائري.

أولا: الحالات التي يجوز للمشتري فيها حبس الثمن

حسب المادة 388 فقرة 2 من القانون المدني إذا تعرض الغير للمشتري، مستندا إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع، تعرضا يضمنه البائع، فيحبس المشتري الثمن إلى أن يفي البائع بالتزامه بدفع تعرض الغير. و رغم أن النص يتحدث عن تعرض الغير إلا أن الحكم ينطبق من باب أولى في حالة التعرض الصادر من البائع.

يقوم حق الحبس أيضا إذا خيف على المبيع أن ينزع من المشتري، فإذا كان التهديد بنزع اليد عن المبيع لا يمكن المشتري من الرجوع بالضمان على البائع، إلا أنه يمكنه من مسك الثمن، فلم يشترط القانون لجواز الحبس وقوع التعرض. ما لم يمنع المشتري شرط في العقد أن يمسك الثمن. ولا يكفي الاستناد إلى مجرد الوهم أو الإحتمال لقيام حق الحبس وإنما يجب توافر أسباب جدية يخشى معها نزع المبيع من تحت يده كأن يكون المبيع مثقلا برهن، أو اكتشاف أن المبيع غير مملوك للبائع أو ظهور أن ملكية البائع معلقة على شرط.¹

وتضيف الفقرة 2 من المادة 388 أنه مع ذلك للبائع أن يطالب المشتري بالثمن إذا ظهر له عيب في الشيء المبيع. وإن كان البائع يعتبر ضامنا للعيب الخفي للمشتري حق الحبس لحين وفاء البائع بالتزامه.

ثانيا: انقضاء حق المشتري بالحبس

ينقضي حق المشتري بالحبس في الحالات التالية :

-إذا زال سبب هذا الحق، فيزول الخطر أو التعرض الذي كان المشتري يخشى من وقوعه نزع يده عن المبيع. فالحق في الحبس لا يقصد لذاته وإنما يراد به تنفيذ الالتزام فإذا استوفى الحابس حقه، انتفت مصلحته في استعمال الحبس²

¹ - محمد حسين منصور-أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك-المرجع السابق-ص 396، 397.

² - بلحاج العربي-أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا:دراسة مقارنة- الطبعة الثانية-دار هوم-2015-الجزائر-ص336.

-إذا تنازل المشتري عن حقه في الحبس. وهذا النزول قد يكون صريحاً أو ضمناً كأن تنازل المشتري عن حقه في الحبس بأن يتعهد للبائع بدفع الثمن حتى لو ظهر له سبب من أسباب استحقاق المبيع، أو أن يقوم بدفع الثمن بعد علمه بالسبب الموجب لدفعه.

-إذا قدم البائع للمشتري كفالة شخصية أو عينية، فيسقط حق الحبس إذا قدم للمدين تأميناً كافياً للوفاء بما في ذمته من التزام، وهذا وفقاً للفقرة الأولى من المادة 200 من القانون المدني الجزائري .

الفرع الثالث: جزاء الامتناع عن الوفاء بالثمن.

في حالة امتناع المشتري عن دفع الثمن، للبائع اللجوء إلى وسائل قانونية، هي بمثابة ضمانات للوفاء.

أولاً: حق حبس المبيع.

للبيع وفق المادة 390 قانون مدني الحق في أن يحبس المبيع عن المشتري وذلك ضماناً له في اقتضاء الثمن المستحق الدفع في الحال إذا تخلف المشتري عن دفعه¹ حتى ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة خروجاً عن القواعد العامة في حق الحبس -المادة 200 قانون مدني- على عكس المشتري. وترجع هذه التفرقة إلى أن للبائع حق امتياز على المبيع وفي ذلك تأمين كاف لحقه، فلا حاجة له لمزيد من الضمان وإنما في حاجة إلى استفاء الثمن². فيكون للبائع الحابس حق التمسك بهذا الحق في مواجهة الخلف الخاص الذي تنتقل إليه ملكية المبيع المحبوس.³

ويثبت هذا الحق للبائع في حالة ما إذا كان الثمن حال الأداء كلياً أو جزئياً وقت التسليم، ولم ينفذ المشتري التزامه. أما فقدانه لحق الحبس فيكون بسقوطه لتوافر الأسباب التالية:

- زوال سبب الحبس بدفع الثمن: وباعتبار أن حق الحبس لا يقبل التجزئة، فإنه يظل قائماً حتى استفاء الحق بالكامل⁴، فلو بقي في ذمة المشتري جزء من الثمن، كان للبائع أن يحبس المبيع كله حتى يستوف ما لم يوف به المشتري.

¹- لما كان الغرض من حق الحبس، حمل المدين على تنفيذ التزامه اتجاه الحابس، فلا يصح اللجوء إلى هذه الوسيلة إلا إذا كان حق الدائن واجب الأداء: عبد القادر الفار-المرجع السابق ص 132

²-محمد صبري السعدي- الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة ص 439.

³- عبد القادر الفار-المرجع السابق ص 135.

⁴-بلحاج العربي-أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا:دراسة مقارنة- المرجع السابق ص 312.

- في حالة ما إذا كان الثمن مؤجلا ويفقد المشتري الحق في الأجل بسبب إفلاس المشتري أو إعساره أو بسبب إضعاف التأمينات التي قدمها للبائع إلى حد كبير أو لأن المشتري لم يقدم للبائع ما وعد بتقديمه من تأمينات¹، فإن سقوط الأجل يجعل الثمن حال الأداء، ويجوز للبائع حبس المبيع.

- تنازل البائع عن حقه بالحبس، فهذا الحق ليس من النظام العام ويجوز للبائع أن يتنازل عنه مقدما في عقد البيع، ولن يكون له بعد ذلك حبس المبيع ولو لم يستوف الثمن المستحق، كما يجوز له، بعد أن يثبت له حق الحبس أن يتنازل عنه صراحة أو ضمنا بتسليم المبيع للمشتري يخرج من حيازته بإرادته ويفقد بذلك حق استرداده² أو بمنح المشتري أجلا للوفاء.

- هلاك المبيع المحبوس: و يظل المشتري ملزما قانونا بالثمن، بعد هلاك المبيع بسبب أجنبي³

- خرج المبيع من حيازة البائع بإرادته بأن يسلم البائع الشيء المبيع إلى المشتري، فلا يستطيع بعد ذلك استرداده من المشتري . ويزول حق البائع في الحبس، حتى وإن رجع إليه المبيع بطريق آخر كاسترجاع البائع السيارة المبيعة لإصلاحها، فلا يستطيع حبسها⁴.

ثانيا: التنفيذ الجبري وحق امتياز البائع.

للبيع اللجوء إلى التنفيذ الجبري لاستيفاء الثمن، بالحجز على أموال بعد إذاره بالحجز، إن لم ينفذ التزامه بالوفاء بعد انقضاء 15 يوما من تاريخ تكليفه بالوفاء⁵. ليتم بعد الحجز بيعها بالمزاد العلني. واستفاء الدين من الثمن الذي يرسو عليه المزاد . و هنا يقتضي التنفيذ الجبري حيازة البائع لسند تنفيذي، بالحصول على حكم قضائي قابل للتنفيذ أو في الحالة التي يحرر فيها البيع بموجب العقد الرسمي إذ يعد في حد ذاته سنداً تنفيذياً⁶.

و للبائع حق امتياز خاص على المبيع لاستيفاء ما يستحقه من ثمن وملحقاته. يخوله حق الأفضلية والأولوية في استيفاء حقه من ثمن العقار محل الامتياز عند بيعه حسب المادة 999 قانون مدني. كما له حق امتياز على المبيع المنقول مادام محافظا على ذاتيته وهذا حسب المادة 997 قانون

¹- المادة 211 من القانون المدني الجزائري.

²- وهو ما يستفاد من نص المادة 202 من القانون المدني الجزائري.: "ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه....."

³-المادة 391 من القانون المدني الجزائري.

⁴- محمد صبري السعدي- التواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة -ص 290.

⁵-المادة 687 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁶- المادة 600 فقرة 11 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

مدني، باعتبار أن البائع هو صاحب الفضل في دخول المبيع في ذمة المشتري، فمن العدل منحه الأولوية في استقاء حقه من قيمة المبيع¹.

ثالثا: الاحتفاظ بالملكية.

قد يكون أفيد للبائع، عوض الإكتفاء بحق الإمتياز ومواجهة دائن يتمتع بامتياز أقوى، أن يدرج شرطا للاحتفاظ بالملكية فيكون له دور تأميني في حالة اتفاق الطرفان على تأجيل الثمن، حيث يتم تعليق الملكية على شرط واقف هو سداد الثمن المؤجل أو المقسط وهذا طبقا للمادة 363 ق.م.ج. عليه يمكن ربط نقل الملكية بدفع الثمن، خلافا لما هو مكرس بموجب المادة 388 قانون مدني من تزامن لاستحقاق الثمن وتسليم المبيع.

رابعا: دعوى فسخ البيع.

للبيع حق رفع دعوى الفسخ لعدم وفاء المشتري بالثمن طبقا للمادة 119 ق.م.ج

- **الفسخ القضائي:** عند تخلف المشتري عن الدفع، وجب أن يلجأ البائع إلى القاضي، ليقع الفسخ بحكم قضائي، بموجب دعوى بعد إعدار المشتري فيخضع للسلطة التقديرية للقاضي، حيث يحكم به إذا بلغ الإخلال حدا من الجسامة-عدم دفع شيء من الثمن مثلا-كما يجوز للقاضي أن يحدد موعدا لاحقا للميعاد المتفق عليه لتنفيذ المشتري لالتزامه-نظرة الميسرة- وذلك دون موافقة البائع، فيصبح الوفاء بالثمن مستحقا عند حلول الأجل الذي عينه القاضي² للمشتري حسن النية الحريص على تنفيذ التزامه ولم يمنعه من ذلك سوى ظروف خارجة عن إرادته³.

- **الفسخ الإتفاقي:** قد يتضمن البيع شرطا فاسخا مفاده اعتبار العقد مفسوخا، في حالة إخلال المشتري بالتزامه بدفع الثمن طبقا للمادة 120 ق.م.ج وهو ما يعرف بالتفاسخ، مع ضرورة إعدار المشتري بالوفاء. حينها يكون حكم القاضي مقرر لا منشئا ولا يحق له أن يمنح المشتري أجلا للدفع.

¹ - سي يوسف زاهية حورية- الوجيز في عقد البيع- المرجع السابق-ص278.

² -يقيد المشرع الفرنسي بموجب المادة 1343-5 من قانون العقود لـ 2016 القاضي من أجل منح الأجل للمدين بضرورة أن يكون الإلتزام عبارة عن دفع مبلغ من النقود مستحق الأداء، طالب الدائن الوفاء به، فيجوز للقاضي أن يقضي بتأجيل أو تقسيط الوفاء بالمبلغ المستحق في حدود عامين، أخذا بعين الاعتبار حالة المدين واحتياجات الدائن:

- Ordonnance n° 2016-131- 10 févr 2016 Précitée - Art. 1343-5 : « Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues.... ».

³ - مجدي بسيوني علي- المرجع السابق-ص 527.

-**انفساخ البيع:الحكم الخاص المنقول:** طبقا للمادة 392 من القانون المدني في حالة المنقول إذا كان هناك أجل لدفع الثمن وتسليم المبيع وأخل المشتري بدفع الثمن في الميعاد، انفسخ العقد بقوة القانون دون الحاجة لحكم قضائي ولا لإعذار المشتري، وذلك بسبب سرعة التلف، كثرة تقلب أسعارها وما تقتضيه التجارة فيها من سرعة التعامل. فلا تتحمل طول الإجراءات. مع ضرورة توافر شرط الاتفاق على ميعاد واحد لدفع الثمن وتسليم المبيع، فإن تم الاتفاق على ميعاد معين لتسليم ولم يثبت اتفاق بشأن دفع الثمن فإنه يكون مستحقا وقت تسليم المبيع أيضا.فإن تم الاتفاق على تأجيل دفع الثمن دون الاتفاق على تأجيل التسليم، فلا مجال لتطبيق حكم المادة 392 قانون مدني¹.

. والقاعدة الخاصة بالمنقول هي قاعدة مكملة يمكن الاتفاق على استبعاد تطبيقها، مثال ذلك الاتفاق على إعذار المشتري لاعتبار البيع مفسوخا بقوة القانون.

والحكم هنا مقرر لمصلحة البائع، فله وحده التمسك بالانفساخ عن عدم دفع الثمن في موعده، في حين لا يستفيد منه المشتري في حالة إخلال البائع بالتزامه بالتسليم، بل عليه المطالبة بالفسخ باستصدار حكم قضائي².

المطلب الثاني: التزام المشتري بتسليم المبيع وتحمل المصروفات والتكاليف.

إضافة إلى التزامه الرئيسي بدفع الثمن والذي يضافي على العقد وصف البيع، يقع على المشتري التزامات تبعية، تتمثل في التزامه بتسليم المبيع "الفرع الأول" كما يتحمل مصروفات المبيع وما يتطلبه إبرامه من نفقات وعليه أيضا تكاليف المبيع "الفرع الثاني".

الفرع الأول: الالتزام بتسليم المبيع.

يتمثل التزام المشتري بتسليم المبيع، في الاستيلاء الفعلي على المبيع من قبل المشتري وحيازته حيازة حقيقية حسب طبيعة المحل. فإذا قام البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم، بحيث يتمكن هذا المشتري من حيازته والانتفاع به برأت ذمته، ووجب على المشتري أن يتسلمه ، فإن لم يفعل بالرغم من تمكنه من ذلك، يكون البائع قد قام بتنفيذ التزامه بالتسليم، ولم يبق للمشتري بتنفيذ التزامه بالتسليم³.

¹ - محمد صبري السعدي- الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة -ص 444.

² - لحسين بن الشيخ آث ملويا - المنقلى في عقد البيع -المرجع السابق-ص 517.

³ - رمضان محمد أبو السعود- شرح أحكام القانون المدني- العقود المسماة: البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين- القسم الأول- المرجع السابق-ص396.

لذلك فإن نفقات التسلم يتحملها المشتري طبقا للمادة 395 ق.م.ج مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك.

وقد تناولت المادة 394 قانون مدني زمان ومكان تسلم المبيع، يلتزم المتعاقدان بأحكامها في حالة عدم وجود اتفاق أو عرف ينظم ذلك. فيكون زمن تسلم المبيع هو زمن تسليم البائع له، ومكان التسلم هو المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع، بمعنى مكان التسليم. وهذا نظرا للترابط الموجود بين التزام البائع بالتسليم والتزام المشتري بالتسلم.

إذا أعذر البائع المشتري بتسلم المبيع، تخلص من تبعة هلاكه، تطبيق للقواعد العامة¹، لكنه يبقى ملزما باتخاذ إجراءات حراسته. وعليه إذا امتنع المشتري عن التسلم، كان للبائع حق إيداع المبيع بعد الحصول على ترخيص من القضاء في الأماكن المخصصة لذلك على نفقة البائع، إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات. فإن كان عقاراً، تمكن البائع من المطالبة بتعيين حارس قضائي للمحافظة على المبيع². وإذا كان المبيع سريع التلف أو كانت تكاليف الإيداع أو الحراسة باهضة، جاز للبائع أن يقوم الحصول على ترخيص قضائي لبيعه بالمزاد العلني³.

الفرع الثاني: الإلتزام بدفع مصاريف البيع وتحمل تكاليف المبيع

تنص المادة 393 قانون مدني على التزام المشتري بدفع مصاريف البيع والتي تشمل نفقات التوثيق ورسم التسجيل ورسم الشهر العقاري، مالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، في حين تنص المادة 91 من قانون التسجيل والطابع على أن الرسوم المفروضة على نقل الملكية، تكون مناصفة بين البائع والمشتري⁴. وإذا تعلق الأمر بالبيع غير الموثق، تحمل المشتري أتعاب الشخص محرر العقد ورسوم التصديق على توقيع المتعاقدين ومصاريف السمسرة⁵.

¹- المادة 270 قانون مدني جزائري: "إذا تم إضرار الدائن، فإنه يتحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه ويصبح للمدين حق إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر".

²- المادة 607 من القانون المدني تلزم الحارس القضائي بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وإدارتها بأدلا عناية الرجل العادي.

³- المادة 272 قانون مدني جزائري

⁴- المادة 91 من الأمر 105-76 المؤرخ في 1976/12/9 قانون التسجيل المعدلة بموجب قانون المالية التكميلي لـ 1994 : "تحمّل الرسوم المفروضة على العقود المدنية والقضائية التي تتضمن نقل الملكية أو حق الإنتفاع بالمنقولات أو العقارات كما هي محددة بموجب هذا القانون بالتضامن مع أطراف العقد التي يتعين عليها إجراء توزيع عادل ومنصف. غير أنه عندما يستفيد أحد أطراف العقد، المشتري أو البائع من إعفاء بموجب حكم من أحكام هذا القانون لا يتحمل إلا نصف نقل حق الملكية الذي يتحمّله الطرف الآخر".

⁵- لحسين بن الشيخ آث ملويا - المنقلى في عقد البيع - المرجع السابق- ص 525.

من الإلتزامات التبعية التي يلتزم بها المشتري كذلك تكاليف المبيع، حسب المادة 389 قانون مدني يتحمل المشتري تكاليف المبيع نتيجة لتملك ثماره وإيراده من وقت تمام البيع . حيث ربط المشرع بين استحقاق الثمار والإلتزام بالتكاليف، على أساس أن المبيع لم ينتج الثمار إلا بعد هذه التكاليف¹. وتتضمن تكاليف المبيع الضرائب ومصاريف حفظ وصيانة المبيع ومصاريف استغلاله. مع جواز مخالفة المادة، فالحكم ذو طبيعة مكملة، كالإتفاق على تحمل البائع للتكاليف.

¹ - محمد حسين منصور-أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك-المرجع السابق-ص 392.

الباب الثاني:

عقود المنفعة والعمل

عني المشرع الجزائري بعقود المنفعة التي تمكن الشخص من الإنتفاع بما يملكه غيره، وذلك بموجب الباب الثامن من القانون المدني من المواد 467 إلى 548، تتمثل في عقدي الإيجار والعارية. ويعد الإيجار من أهم العقود المسماة بعد عقد البيع وأكثرها تداولاً، بوصفه عقد الطبقة المتوسطة اقتصادياً لما يتيح للأفراد من إمكانية للإنتفاع بالأشياء "الفصل الأول". كما خص القانون المدني عقود العمل بالتنظيم الوارد في الباب التاسع من القانون المدني ومن أهمها في الحياة القانونية عقد الوكالة لكونه ملاذ الفرد الذي يحتاج لمن ينوب عنه في إنجاز ما يعجز عن القيام به لأي سبب يمنعه من قضاء مصالحه. "الفصل الثاني".

الفصل الأول: عقد الإيجار

يعد عقد الإيجار من أبرز العقود التي تسمح للمالك باستغلال ملكه، وتتيح لغير المالك الإنتفاع بما لا يملك. وقد حظى عقد الإيجار باهتمام المشرع الجزائري على قدر يكفل الحفاظ على التوازن بين المصالح المتعارضة في علاقة المؤجر بالمستأجر والتي تتغير بتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية.

المبحث الأول: مفهوم عقد الإيجار وأركانه.

يعد عقد الإيجار من العقود المسماة التي تولى المشرع تنظيمه ضمن العقود الواردة على الإنتفاع. وقد عرف العقد تعديلا جذريا بموجب تعديل القانون المدني لـ 2007. لذا يلزم تحديد ماهية الإيجار عرض تعريفه وخصائصه " المطلب الأول"، وتحديد أركانه المستحدثة بموجب القانون " المطلب الثاني".

المطلب الأول: تعريف العقد وخصائصه.

لعقد الإيجار مفهوما وخصائص تمكن من الإحاطة به وإخراجه من زمرة العقود المشابهة له. وهو ما سيظهر تبعا ضمن الفرعين التاليين.

الفرع الأول: تعريف عقد الإيجار.

قبل صدور القانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني¹، لم يعط المشرع الجزائري تعريفاً لعقد الإيجار واكتفى بالإشارة بموجب المادة 467 قانون مدني على أن الإيجار ينعقد بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر، غير أنه بعد التعديل عرفه المشرع الجزائري بموجب ذات المادة المعدلة أنه "عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم، ويكون هذا البدل في الأصل نقوداً إلا أنه يجوز أن يكون تقديم عمل". ليحدد المشرع بموجب نص المادة 467 المعدلة عناصر عقد الإيجار المتمثلة في: التمكين من الانتفاع، الأجرة والمدة. فتلقي على عاتق المؤجر التزاما إيجابيا يتمثل في تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، فتكون صالحة للانتفاع المقصود منها، سواء عند بداية الإيجار أو أثناء المدة المحددة في العقد، نظير بدل إيجار معلوم يلتزم به المستأجر.

الفرع الثاني: خصائص عقد الإيجار.

يميز عقد الإيجار الخصائص التالية:

¹ القانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني - ج.ر عدد 31 لـ 13 ماي 2007.

أولاً: وجوب كتابة العقد المتضمن الإيجار.

من خلال أحكام عقد الإيجار التي قررها الأمر 75-58 يتبين أن عقد الإيجار هو من العقود الرضائية التي لا يشترط لانعقادها شكل خاص، كما أن إثباته لا يتطلب بأن يتم في شكل خاص أيضاً، وهذا ما يستفاد من نص المادة 467 قانون مدني قبل التعديل،، غير أنه إثر التعديل بموجب القانون 05-07 جعل المشرع كتابة عقد الإيجار ركناً لانعقاده، فهو عقد شكلي بنص المادة 467 مكرر¹، إذ يجب أن يفرغ العقد إما في ورقة عرفية² أو قالب رسمي³ وإلا كان باطلاً.

فإذا أفرغ في ورقة عرفية كان حجة بين طرفيه، في حين يجب أن يكون ثابت التاريخ ليكون نافذاً في مواجهة الغير الذي لحقه علاقة بعقد الإيجار، وقد نصت المادة 328 قانون مدني، أنه لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا مذ أن يكون له تاريخ ثابت ابتداءً من يوم تسجيله، من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، أو من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء. وهذا حماية للغير من غش المؤجر والمستأجر، لذا يشترط أيضاً أن يكون الغير حسن النية للتمسك بعدم النفاذ لعدم ثبوت التاريخ أو ثبوته في وقت لاحق على ثبوت حق الغير.

وعليه في حالة تخلف عنصر الكتابة يقع عقد الإيجار تحت طائلة البطلان، ولا يعتد بالوصلات لإثبات عقد الإيجار غير المكتوب كما كان عليه الحال في ظل القانون القديم، إذ سيقصر دورها في إثبات المخالصة في بدل الإيجار.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن أحكام عقد الإيجار المعدلة في القانون 05-07 لا تسري إلا على الوقائع التي نشأت في ظله تطبيقاً للمادة 2 فقرة 1 قانون مدني" لا يسري القانون إلا على ما يقع على المستقبل ولا يكون له أثر رجعي..."، وتؤكد ذلك المادة 507 مكرر من القانون المدني، فالكتابة في عقود الإيجار لا تسري إلا بالنسبة للتصرفات التي انعقدت بعد صدور القانون 05-07. أما عقود الإيجار

¹ -المادة 467 مكرر من القانون 05-07 المتضمن القانون المدني: "يعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلاً".

² -ممكن المشرع الجزائري أيضاً من تحرير عقود الإيجار الفلاحي في شكل عقود عرفية وذلك بموجب المادة 53 من القانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري.

³ -المادة 351 من الأمر 76-105 الصادر في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل. معاد إحداثها بموجب المادة 63 من قانون المالية لسنة 1992 ومعدلة بموجب المادة 57 من قانون المالية لـ 1996: "يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية، المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق المنقولة، أو المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر كونها أو التنازل عن الأسهم أو الحصص في الشركات، أو الإيجارات التجارية، أو إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، أو العقود التأسيسية أو التعديلية للشركات." طبقاً للمادة المذكورة لم يطل المنع تسجيل عقود الإيجار العرفية المدنية.

غير المكتوبة المبرمة قبل التعديل، فهي صحيحة وتخضع في إثباتها لأحكام المادة 333 من القانون المدني الجزائري السارية في وقت إعداد الدليل وهو وقت إبرام عقد الإيجار وهذا طبقاً للمادة 8 من القانون المدني¹، على أساس أن المادة أصبحت تشترط الإثبات كتابة إذا تجاوزت قيمة المعاملة محل العقد 100.000 دج بمقتضى تعديل القانون المدني 10-05 بعدما كان إثباته يتم بالكتابة إذا تجاوزت القيمة 1000 دج.²

النص على كتابة عقد الإيجار كان قد تم بصورة سابقة بتاريخ 01 مارس 1993، عندما صدر المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري³، وبموجبه كانت المادة 21 منه تنص على أن تتجسد العلاقة بين المؤجر والمستأجر وجوباً طبقاً للنموذج الكتابي الذي حدده المرسوم التنفيذي 94-69 المؤرخ في 19 مارس 1994 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21⁴، والذي يتضمن عناصر الإيجار المكتوب: تعيين طرفي العقد، مدة الإيجار، بدل الإيجار، الأعباء، الضمانات، التزامات المؤجر، التزامات المستأجر، تاريخ إبرام العقد، توقيع كل من المؤجر والمستأجر.⁵

غير أن المشرع أورد استثناء على هذه القاعدة في الفقرة 2 من نفس المادة يمكن المستأجر إذا لم يكن بيد عقد إيجار مكتوب روعي فيه شكله المقرر، من استظهار المستأجر أي محرر يثبت وجود رابطة بينه وبين مرقى عقاري يأخذ مركز المؤجر، فإن ذلك يخول له الحق في شغل الأمانة لمدة سنة كاملة تسري ابتداء من تاريخ معاينة مخالفة أحكام الإيجار، وبعد نهاية السنة يتقرر له مغادرة الأمانة. وهو الإستثناء الذي كان يؤدي إلى عدم بطلان العقد في حالة عدم الكتابة وبالتالي طرح إشكالية فيما إذا كانت الشكالية فعلاً ركناً في عقد الإيجار، حيث يظهر أن الكتابة ليست للإنعقاد وليست أيضاً مقررّة

¹ -المادة 8 من القانون المدني الجزائري: "تخضع الأدلة المعدة مقدماً للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده."

² -يتعلق الأمر بالقواعد المتعلقة بإعداد أدلة الإثبات وفي ذلك تطبيق لعدم رجعية القانون 05-10، حيث تعد تحضر الأدلة طبقاً للقانون الذي كان مطبقاً أثناء إعدادها: -لحسن بن الشيخ آث ملويا-مدخل إلى دراسة القانون-النظرية العامة للقانون-دار هومة-2017-الجزائر ص 231.

³ - المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري المعدل والمتمم بالقانون 07-05 والملغى بالقانون 11-04 لـ 17 فبراير 2011 المتعلق بالترقية العقارية باستثناء المادة 27 منه، ج.ر عدد 14 لـ 03/03/1993.

⁴ -نصت المادة 21 من المرسوم التشريعي 93-03 على معاقبة المؤجر المخالف لواجب كتابة عقد الإيجار وفق النموذج دون أن يبين طبيعة العقوبة.

⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 94 - 69 المؤرخ في 19 مارس سنة 1994 يتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 مرسوم تشريعي رقم 93 - 03 المؤرخ في أول مارس 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري ج.ر عدد 17 لـ 1994.

للاثبات وإنما مجرد التزام يقع على عاتق المؤجر توفيراً للاستقرار لعقود الإيجار ولتحصيل الجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية¹. لينتهي الإشكال بصور القانون 05/07 الذي نص صراحة على ركن الشكلية بمقتضى المادة 467 مكرر. وألغت المادة 8 من التعديل الإستثناء بإلغاء المادة 21 للمرسوم التشريعي 93-03 كلية².

وقد قرر المرسوم 147/76 لـ 1976/10/23 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن تابع لديوان الترقية والتسيير العقاري بموجب المادة 1 و³2، أن شغل المحلات المعدة للسكن يتم بموجب عقد إيجار مفرغ في نموذج معد لذلك. و من ثم فإن عقد الإيجار المكتوب هو ركن في العقد ومن ثم دليل إثبات. وبالتالي فإن عدم استظهار عقد الإيجار المفرغ في نمودجه المقرر في حالة النزاع القضائي يؤدي إلى رفض الدعوى لعدم التأسيس⁴.

ثانياً: عقد الإيجار من عقود المعاوضة.

يأخذ كل من المؤجر والمستأجر مقابلاً لما يعطيه. لذا يختلف عقد الإيجار عن العارية، فهي من عقود التبرع حيث لا يدفع المستعير مقابلاً للمعير، وإن كان في كلا العقدين يمنح شخص معين الحق في أن ينتفع بشيء مملوك لشخص آخر لمدة زمنية معينة.

ثالثاً: عقد الإيجار من العقود الملزمة لجانبين.

فيلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، ويلتزم المستأجر بدفع بدل الإيجار. ينتج عن ذلك أنه إذا انقضى التزام أحد الطرفين لاستحالة تنفيذه، سقط الإلتزام المقابل. وإذا أخل أحد الطرفين بتنفيذ التزامه، جاز للطرف الآخر الإمتناع عن التنفيذ.

¹ -حمدي باشا عمر-دراسات قانونية مختلفة-دار هومة -2002-الجزائر-ص49.

² -المادة 8 من القانون 05-07 : ".....وتلغى كذلك المادة 20 والفقرتان 2 و3 من المادة 21 والمادة 22 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس سنة 1993 ..".

³ -طبقاً للمادة 02 من المرسوم 147/76 لـ 1976/10/23 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن تابع لديوان الترقية والتسيير العقاري-ج.ر عدد 12 لـ 1977 "تبرم إجارة المنازل المشار إليها في المادة السابقة بموجب عقد طبقاً للأحكام المنصوص عليها فيما بعد وحسب النموذج المرفق بالملحق"

⁴ -قرار المحكمة العليا لـ 14/03/1995: "إن عقد الإيجار المبرم بين المستأجر وديوان الترقية والتسيير العقاري لا يثبت إلا بموجب عقد مكتوب محرر حسب نموذج معين عملاً بما جاء في المادة 2 من القانون 147/76، وأن الاحتجاج بوصولات الإيجار في هذا المجال غير ممكن في غياب عقد الإيجار."؛ مشار إليه لدى:- مجيد خلفوني-الإيجار المدني في القانون الجزائري- -

طبعة مزيدة-دار هومة-2018-الجزائر-ص35

رابعاً: عقد الإيجار هو من العقود الواردة على الانتفاع بالشيء.^١

يعتبر الإيجار من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف، إذ لا يخول للمستأجر سوى منفعة الشيء ولا يمس ملكيته^١، فيقتصر على إنشاء التزامات شخصية. فحق الإيجار هو حق شخصي، يكون فيه المستأجر دائناً للمؤجر لا خلفاً خاص له ذلك أن الإيجار لا ينشئ حقاً عينياً على العين المؤجرة كحق المنتفع، إذ لا يتمتع المستأجر بمقتضاه بسلطة مباشرة على العين وإنما لزاماً تدخل المؤجر لتمكينه من الانتفاع بها فيعد المستأجر دائناً للمؤجر.^٢

ينتج عن ذلك أن تصرف المستأجر في حق الإيجار هو تصرف وارد على منقول^٣، حيث لا يعد الشكل الرسمي ركناً فيه. كما يكون الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بعقد الإيجار للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ولو كانت العين المؤجرة عقاراً. رغم ذلك جعل المشرع الجزائري الاختصاص في قضايا إيجار السكنات والمحلات المهنية والإيجارات الفلاحية ينعقد للقسم العقاري طبقاً للمادة 512 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما أن المادة 40 من نفس القانون جعلت الاختصاص في دعاوى إيجار العقارات ينعقد للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار.

خامساً: عقد الإيجار عقد زمني.

أي من عقود المدة: يعتبر عقد الإيجار من عقود المدة حيث يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيه، ذلك لأن التزامات المؤجر تمتد طوال مدة الإيجار ولا يلتزم المستأجر بدفع بدل الإيجار إلا إذا ظل منتفعاً بالشيء المؤجر فتكون الأجرة مقابل الانتفاع^٤. و بوصفه عقداً زمنياً دورياً، يستعصى بطبيعته على فكرة الأثر الرجعي، فإذا فسخ عقد الإيجار ظلت آثار العقد التي أنتجها قبل الفسخ قائمة، ولا يمكن إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، وتعد طبيعته هذه، كذلك، قيدا على فكرة الأثر الرجعي

^١ - عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الإيجار والعارية - الجزء السادس - المجلد الأول - دار إحياء التراث العربي - 1963 - بيروت - ص 5

^٢ - في حين أن حق المنتفع هو حق عيني أصلي يتفرع عن حق الملكية - المادة 844 إلى 854 قانون مدني - يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء المنتفع باستعماله واستغلاله دون وساطة من مالك الرقبة، فإن ورد على عقار عدّ مالا عقارياً: - بلحاج العربي - الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا - المرجع السابق - ص 270.

^٣ - الحقوق الشخصية الواردة على عقارات لا تعد عقارات، إلا إذا كان المدين ملزماً بنقل ملكية العقار كحق مشتري العقار قبل الشهر: - نقض مصري لـ 09 ماي 2009 - الطعن رقم 3039 لسنة 71 قضائية: "أن المستأجر العادي مهما انقطع عن دفع الأجرة في مواعيدها ومهما طال انتفاعه بالعين المؤجرة بغير أن يدفع أجرتها فإنه لا يستطيع أن يكسب الملكية بوضع اليد"

^٤ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإيجار والعارية - المجلد الأول - المرجع السابق - ص 5

للشروط كوصف للالتزام، فيقتصر تحققه على المستقبل. كما أن عدم الإنتفاع بالعين لسبب لا يرجع إلى المستأجر يبرئ المستأجر من دفع الأجرة¹.

وتعتبر مدة عقد الإيجار ركناً في العقد بعد تعديل القانون 07-05، حيث جعل المشرع قيام الإيجار مرتبطاً بالمدة الزمنية المحددة له، وفي حالة عدم تحديدها كان العقد باطلاً بطلاً مطلقاً². فالمستأجر لن يستفيد من تمديد لعقد الإيجار وبشروطه الأولى ولمدة غير محدودة، في حالة انتهاء المدة -التجديد الضمني- كما هو الحال بالنسبة لعقود الإيجار المبرمة في ظل القانون المدني لـ³ 1975، والتي انتهت في ظله أو انتهت خلال عشر سنوات اللاحقة لصدور القانون 07-05. ومن ثم استبعد المشرع العقود غير محددة المدة والعقود الأبدية⁵ لأنه على أساس هذه المدة يتعين مقدار المنفعة التي يستحقها المستأجر ومقدار الأجرة أو بدل الإيجار التي يستحقها المؤجر.

المطلب الثاني: أركان عقد الإيجار وصفة المؤجر فيه.

يتطلب انعقاد الإيجار توافر أركانه التي يوجبها القانون حتى يكون صحيحاً منتجاً آثاره. إضافة إلى توافر الأهلية اللازمة كشرط لصحة العقد والتي تطرح مسألة الصفة في إبرام عقد الإيجار. وهو ما سيتم دراسته من خلال الفروع التالية.

الفرع الأول: الصفة لإبرام عقد الإيجار.

يشترط لانعقاد الإيجار أهلية طرفي العقد المؤجر والمستأجر بإتمام 19 سنة، لما يرتبه العقد من التزامات على عاتق الطرفين. فيكون الإيجار باطلاً إذا كان أحد طرفيه عديم الأهلية لم يبلغ 13 سنة أو تتوافر فيه العوارض التي تعدم الأهلية من جنون وعته. أما إذا كان أحد الطرفين مميزاً أي أكمل 13

¹- عبد المنعم البدر اوي-دروس القانون المدني-العقود المسماة البيع والإيجار-دار الكتاب العربي-دون سنة نشر-مصر ص 453.

²- المادة 469 مكرر 1 قانون مدني جزائري: "ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء"

³- المادة 474 فقرة 2، والمادة 509 الملغتان بموجب القانون 07-05.

⁴- المادة 507 مكرر: "تبقى الإيجارات المبرمة في ظل التشريع السابق خاضعة له مدة عشر (10) سنوات ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية".

⁵- من جهته أقر المشرع الفرنسي صراحة مبدأ حظر الالتزامات المؤبدة في المادة 1210 المضافة بموجب تعديل قانون العقود لـ 2016، والتي أجازت لكل متعاقد، كأثر لهذا الحظر، أن ينهي هذه الالتزامات طبقاً للشروط المنصوص عليها بشأن العقود غير محددة المدة:

Article 1210 modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 : « les engagements perpétuels sont prohibés.

Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée. »

سنة، كان العقد موقوفاً على إجازة الولي أو إجازة القاصر بعد اكتمال أهليته، لأن الإيجار من العقود الدائرة بين النفع والضرر¹.

في هذا الإطار، لا ينصب عقد الإيجار فقط على شيء، يملك فيه المؤجر سلطات حق الملكية، فقد يمتد الإيجار إلى غير المالك ممن ينطبق عليهم وصف المؤجر، فتكون له المكنة القانونية لإبرام العقد. أولاً: الإيجار الصادر من مالك الرقبة.

أي من يملك سلطة التصرف، فيكون إيجاره صحيحاً متى توافرت فيه الأهلية وكانت إرادته سليمة. وفي هذا الإطار، أشار المشرع الجزائري إلى الحالة التي يقوم فيها المؤجر المالك بنقل ملكية العين المؤجرة بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع، الهبة، المقايضة في المادة 469 مكرر 3 من القانون المدني، بحيث تقضي أنه "إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إرادياً أو جبراً يكون الإيجار نافذاً في حق من انتقلت إليه الملكية"²، فلا يمكن للمتصرف إليه -صاحب الحق الموالي أو اللاحق لعقد الإيجار- أن يطالب المستأجر بالإخلاء إذا كان مسكناً إلى حين انتهاء مدة الإيجار، فإذا كان عقد الإيجار عرفياً فلا يكون له حجية على المتصرف إليه إلا إذا كان ثابت التاريخ وسابق على ثبوت حق المتصرف إليه أي سابقاً لانتقال الملكية، ما دام المتصرف إليه حسن النية، أما الإيجارات التي تفوق مدتها 12 سنة، وجب شهرها طبقاً للمادة 17 من الأمر 75/74 المتعلق بمسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري³. فلا تكون نافذة في حق الغير إلا إذا تم قيدها قبل اكتساب هذا الغير حقوقاً عينية عقارية⁴.

و في هذه الحالة يلتزم المستأجر بدفع الأجرة إلى المتصرف إليه وليس إلى المالك السابق، أما إذا قام المستأجر بالوفاء مقدماً ببديل الإيجار إلى المؤجر فإنه يمكنه أن يحتج إزاء من انتقلت إليه الملكية بهذا الوفاء المعجل، وما على المتصرف إليه إلا الرجوع على المؤجر بدعوى الإثراء بلا سبب، إلا أنه في حالة ثبوت علم المستأجر بانتقال الملكية وقت الوفاء ببديل الإيجار فلا يجوز له الاحتجاج بهذا الوفاء في مواجهة المتصرف إليه.

قد يلحق المالك إحدى الأوصاف عند إبرام عقد الإيجار، ترتب آثاراً قانونية على النحو الآتي:

¹-تطبيقاً للمادة 42 و 43 من القانون المدني الجزائري.

²- وهو نص المادة 511 من الأمر 75-58 قبل التعديل بموجب القانون 07-05.

³- المادة 17 من الأمر 75/74 المؤرخ في 12/11/1975 المتعلق بمسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري: "إن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها في تجاه الغير في حالة عدم شهرها."

⁴- أ. العتروس بشير-ترجمة أمقران عبد العزيز-ص32.

1- إيجار المالك على الشيوع :

يعد إيجار المال الشائع من أعمال الإدارة العادية، وبالتالي يحق للشريك الذي يملك الأغلبية¹ أن يقوم بتأجير المال الشائع، إذ يكون إيجارا صحيحا وناظا في حق جميع الشركاء وبالتالي ملزما للأقلية، سواء كان المستأجر أجنبيا أو مالكا على الشيوع. حيث تبرم الأغلبية هذا الإيجار باعتبارها أصيلة عن نفسها ونائبة في نفس الوقت نيابة قانونية عن الأقلية من الشركاء.²

أما إذا صدر الإيجار عن أحد المالكين على الشيوع دون أن يكون مالكا للأغلبية ولا وكيلا عنهم، كان إيجارا صحيحا بين طرفيه لكن غير نافذا في حق الشركاء الباقين، بوصفه إيجارا لملك الغير. فلا يستطيع المستأجر المطالبة بالفسخ ما لم يتعرض له أحد³، فإن تعرض له الشركاء، عاد هذا الأخير بالضمان على المؤجر، فإذا لم يتعرض له الشركاء وتمت القسمة، نفذ الإيجار في حق من انتقلت إليه الملكية طبقا للمادة 469 مكرر 3 من القانون المدني.

2- إيجار مالك العقار المحجوز:

الإيجار الصادر من مالك العقار المحجوز عليه، يبقى نافذا في حق الحاجزين والدائنين، إذا كان ثابت التاريخ قبل قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية⁴، مالم يثبت الدائن أو الراسي عليه المزداد ولو بعد البيع، غش المؤجر أو المستأجر، حينها يمكن فسخ الإيجار. أما بالنسبة للإيجار غير ثابت التاريخ أو الإيجار الذي يبرمه المدين بعد قيد أمر الحجز، فلا تكون نافذة في حق الدائن الحاجز⁵. ويكون للمدين الحق في تأجير العقار محل الحجز، بعد قيد الأمر، إذا كان الإيجار يزيد من إيرادات العقار ولا يضر بمصالح الدائنين، وذلك بعد استصدار أمر على عريضة يتضمن الترخيص له بذلك،

¹- تحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة في المال الشائع: - سميح تناغو - عقد الإيجار - تشريع جديد مقترح لمراجعة وصياغة أحكام المحكمة الدستورية العليا المساكنة الباب الخلفي للتهرب من أحكام الدستورية العليا أحدث القوانين وأحكام محكمة النقض - منشأة المعارف-2008- مصر - ص 45.

²- محمد محمد أحمد سويلم-إيجار المال الشائع في القانون المدني والفقهاء الإسلامي-دراسة مقارنة-مجلة الشريعة والقانون-المجلد 25-العدد 1-2010- مصر-ص 715

³- يجوز للمستأجر المطالبة بإبطال البيع طبقا للقواعد العامة بإثبات أنه وقع في غلط بتصوره أن الملكية خالصة للمؤجر: محمد محمد أحمد سويلم-المرجع السابق-ص723.

⁴-بعد التبليغ الرسمي من طرف المحضر القضائي للمدين بأمر الحجز العقاري، يودع فوراً أو في اليوم الموالي كأقصى أجل، الأمر في مصلحة الشهر العقاري التي يقع بدائرتها العقار المراد حجزه، وحينها يعد محجوزاً عليه من تاريخ القيد . وهذا طبق للمادة 725 فقرة 3 من القانون رقم 08- 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁵- المادة 731 فقرة 1، 2 من القانون رقم 08- 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حينها يكون نافذا في حق الدائنين¹، دون الإخلال بأحكام الإيجار الذي تفوق مدته 12 سنة، الواجب شهره من أجل النفاذ².

3- إيجار المالك تحت شرط فاسخ:

يحق للمالك تحت شرط فاسخ، باعتباره مالكا ملكية تامة -كالمشتري تحت شرط التجربة الفاسخ- أن يؤجر العين لأية مدة يشاء ويظل إيجاره ساريا طالما لم يتحقق الشرط . فإن زالت ملكيته بأثر رجعي لتتحقق الشرط الفاسخ قبل انتهاء مدة الإيجار، زال الإيجار الذي صدر منه. لكن المشرع الجزائري استثنى كل أعمال الإدارة من قاعدة الأثر الرجعي طبقا للمادة 2/207 من القانون المدني. فيبقى الإيجار باعتباره من أعمال الإدارة نافذا في حق المالك في حدود 3 سنوات.

4- إيجار المالك الراهن:

للمدين رهن العقار حق إيجاره، فيكون هذا الإيجار نافذا في مواجهة الدائن المرتهن مهما كانت مدته، إذا كان ثابت التاريخ قبل قيد الرهن الرسمي، مع وجوب شهر الإيجار الذي تتجاوز مدته 12 سنة لنفاذه. فإن كان الإيجار ثابت التاريخ بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، فلا يكون نافذا في مواجهة الدائن المرتهن إلا في حدود 9 سنوات³.

ثانيا: إيجار مشتري العقار قبل انتقال الملكية.

إذا قام مشتري العقار بتأجيله قبل الشهر، سلمه إلى المستأجر، إذا كان حائزا له⁴، ولا يمكن للبائع مطالبة المستأجر بالعقار تنفيذا لالتزامه بعدم التعرض الناشئ عن عقد البيع. أما إذا كان العقار في حيازة البائع، طالبه المشتري بتنفيذ التزامه بالتسليم، كما يجوز للمستأجر أن يطالبه بالتسليم عن طريق الدعوى غير المباشرة⁵.

¹ -المادة 731 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² -المادة 17 من الأمر 75/74 المتعلق بمرسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري.

³ -المادة 896 من القانون المدني الجزائري.

⁴ -كأن يكون مستأجرا وقام بشراء العين ثم أجراها قبل شهر البيع.

⁵ -نبيل إبراهيم سعد-العقود المسماة- الجزء الثاني-عقد الإيجار-الطبعة الأولى-دار النهضة العربية-1998-ص143.

ثالثاً: إيجار المستأجر.

قد يؤجر المستأجر حقه في الانتفاع بالعين المستند من العقد الأصلي، فيكون إيجاراً فرعياً أو من الباطن¹. و الأصل هو عدم جواز ذلك إلا بعد الحصول على إذن كتابي من المؤجر طبقاً للمادة 505 قانون مدني².

بالنسبة لديوان الترقية والتسيير العقاري، تنص المادة 44 فقرة 4 من المرسوم التنفيذي 08-142 المحدد لقواعد منح السكن العمومي الإيجاري³ على وجوب أن ينص عقد الإيجار على منع أي إيجار من الباطن. بالمقابل اعترف المرسوم التنفيذي 16-310 الذي يحدد شروط نقل حق الإيجار المتعلق بالسكن العمومي الإيجاري الذي تسييره دواوين الترقية والتسيير العقاري وكيفياته⁴، للشاغلين للعين المؤجرة الذين لهم صلة قرابة من أصول وفروع مع المستأجر بالحق في الاستفادة من نقل حق الإيجار، شرط استقائهم لشروط الاستفادة من السكن العمومي الإيجاري. وكذلك من لهم صلة قرابة ومصاهرة مع المستأجر أو أي شاغل آخر بالنسبة للسكنات التي وضعت حيز الإستغلال قبل يناير 2004. وقد بقي حق الاستفادة قائماً إلى غاية 2019/12/31 وهذا بموجب المرسوم التنفيذي 01/18-2018⁵؛

¹ - نبيل إبراهيم سعد-العقود المسماة- الجزء الثاني-عقد الإيجار -المرجع السابق-ص 144.

² -كانت المادة 505 من القانون المدني قبل التعديل بموجب القانون 07-05 تنص على أنه لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن الإيجار أو يعقد إيجاراً فرعياً بدون الحصول على موافقة صريحة من المؤجر. فالسكوت لا يعد موافقة من طرف المؤجر . وهو ما اتجه إليه القضاء الجزائري: "قرار المحكمة العليا بتاريخ 16-02-1992-المجلة القضائية عدد خاص-1999-ص 156:"من المقرر قانوناً أنه يحظر أي إيجار من الباطن كلي أو جزئي، إلا إذا اشترط خلاف ذلك بموجب عقد الإيجار أو بموافقة المؤجر. كما أنه لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن الإيجار أو يؤجر إيجاراً فرعياً بدون موافقة صريحة من المؤجر."

³ - المرسوم 08-142 المحدد لقواعد منح السكن العمومي الإيجاري المؤرخ في 11 مي 2008 - ج.ر. عدد 24 - 2008/05/11

⁴ - المادة 2 من المرسوم التنفيذي 16-310 المؤرخ في 30-11-2016 يحدد شروط نقل حق الإيجار المتعلق بالسكن العمومي الإيجاري الذي تسييره دواوين الترقية والتسيير العقاري وكيفياته- ج.ر. عدد 70 - 2016-12-08.

⁵ -مرسوم تنفيذي رقم 18-01 مؤرخ في 4 يناير سنة 2018 يعدل المرسوم التنفيذي رقم 16-310 المؤرخ في 30 نوفمبر 2016 الذي يحدد شروط نقل حق الإيجار المتعلق بالسكن العمومي الإيجاري الذي تسييره دواوين الترقية والتسيير العقاري وكيفياته- ج.ر. عدد 1 - 2018/01/07: المادة الأولى : "تعدل أحكام المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 16-310 المؤرخ في 30 نوفمبر 2016 والمذكور أعلاه كما يأتي : المادة 8 : ينتهي سريان نقل حق الإيجار بالنسبة للحالات الاستثنائية المذكورة في المادة أعلاه ابتداء من 31 ديسمبر سنة 2019".

رابعاً: إيجار أصحاب حق الإدارة.

نص المشرع في المادة 468 من القانون المدني، على أنه يجوز للشخص الذي لا يملك إلا القيام بأعمال الإدارة أن يبرم عقود الإيجار، على ألا تتجاوز مدته ثلاث (3) سنوات، فإذا أبرم عقداً تزيد المدة فيه عن ثلاث سنوات، اقتصر سريان الإيجار على ثلاث (3) سنوات فقط ولا يعتد بالمدة الزائدة.¹، ومنهم: الولي، الوصي، الوكيل وكالة عامة²، الدائن المرتهن رهناً حيازياً³، الحارس القضائي⁴، الوكيل المتصرف القضائي. وهذا مالم يوجد نص مخالف للمادة من القانون المدني⁴⁶⁸.

خامساً: إيجار المنتفع.

الانتفاع حق عيني يخول الحق في استغلال واستعمال شيء مملوك رقبتة لغير المنتفع ويبقى حق الإنتفاع مادام الشيء موجوداً، وينتهي بانتهاء مدته أو بموت المنتفع أي الأجلين أقرب⁵. ولذلك للمنتفع حق إيجار العين المنتفع بها متقيداً في ذلك بمدة الإنتفاع طبقاً للمادة 469 قانون مدني . ولا يمكن حرمانه من سلطة التأجير، ولو بشرط صريح في السند المنشئ لحق الانتفاع، وإلا فقد هذا الحق أهم خصائصه. و مادام أن مالك الرقبة لا حق له في منفعة الشيء، فلا يجوز له تأجيرها، فإذا فعل لم يكن إيجارها نافذاً في حق المنتفع، الذي يمكنه أن يسترد الشيء ممن استأجر من مالك الرقبة، وتسليمه لمستأجر آخر من اختياره⁶.

¹-المادة 573 قانون مدني جزائري : "إن الوكالة الواردة بألفاظ عامة والتي لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول للوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية. ويعتبر من الأعمال الإدارية الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات...."

²-المادة 956 قانون مدني جزائري: "ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل. وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً مالم يتفق على خلاف ذلك."، المادة 958 قانون مدني: "يتولى الدائن إدارة الشيء المرهون وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد....."

³-المادة 607 قانون مدني جزائري: "يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها، وبإدارة هذه الأموال مع القيام بها قيام الرجل العادي....."

⁴- من النصوص المخالفة، نص المادة 88 من قانون الأسرة لجزائري: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف لرجل الحريص، ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العلم وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:.....- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد." وهو نص يؤكد إمكانية إبرام الولي لعقد إيجار تتجاوز مدته 3 سنوات في حالة لحصول على إذن من القضاء.

⁵-المادة 852 من القانون المدني الجزائري.

⁶- سمير تناغو- عقد الإيجار - مرجع سابق - ص 35.

للمنتفع عند إبرام عقد الإيجار حقوق المؤجر، فيحصل على بدل الإيجار باعتباره من الثمار المدنية للشيء التي يحق له الانتفاع بها¹. كما يلتزم بالتزامات المؤجر اتجاه المستأجر، وبالتالي له الصفة لمطالبة المستأجر أمام القضاء في حالة نزاع حول عقد الإيجار.

سادسا: إيجار من له حق الاستعمال والسكن.

إذ بموجب المادة 856 قانون مدني، لا يجوز التنازل للغير عن حق الاستعمال والسكن إلا بناءً على شرط صريح أو مبرر قوي، وقد جاء في المادة 469 مكرر من التعديل 07-05 للقانون المدني عبارة "إيجار" عوض "تنازل"، فأجازت لصاحب حق الاستعمال والسكن أن يبرم عقد إيجار في حدود الفترة التي يملكها صاحب الحق، ولكن إذا ورد في المحرر المنشئ للحق بند صريح يرخص له بذلك، فإذا لم يتوافر الشرط كان الإيجار باطلاً لوروده على حق غير قابل للإيجار².

سابعا: إيجار ملك الغير.

هو إيجار صادر عن شخص لا يملك العين المؤجرة وليس له لا حق الانتفاع بها ولا حق إدارتها، فهو فضولي³.

و بخلاف بيع ملك الغير الذي تحكمه نصوص استثنائية تقضي بقباليه للإبطال، لا وجود لمثلها في إيجار ملك الغير، لذا يعد هذا الإيجار صحيحاً، فليس هناك ما يمنع مؤجر ملك الغير من تسليم العين وتمكين الغير من الإنتفاع بها. ومن ثم ليس للمستأجر طلب الإبطال أو الفسخ ما لم يتعرض له المالك، أما المالك الأصلي فيمكنه الرجوع بالتعويض على المؤجر، إما لأنه قد أثري على حساب هذا الأخير وإما لأنه حرمه من الانتفاع بما يملك⁴.

كما يمكن للمالك طلب استحقاق العين من المستأجر لأن العقد غير نافذ في حقه، أو تأجير العين للغير، وهنا يجوز للمستأجر الرجوع بضمان الاستحقاق على المؤجر والمطالبة بالفسخ، أما إذا أقر المالك الإيجار حلّ محل المؤجر في الحقوق والالتزامات⁵.

الفرع الثاني: محل عقد الإيجار.

يقوم محل عقد الإيجار على عنصري المنفعة وبدل الإيجار:

¹- بلحاج العربي-الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري-المرجع السابق-ص 463.

²- محمد حسين منصور-أحكام الإيجار في القانون المدني وقانون لإيجار الأماكن-دار الجامعة الجديدة-2005-مصر-ص 46

³- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإيجار والعارية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 58.

⁴- نبيل إبراهيم سعد-العقود المسماة-الجزء الثاني-عقد الإيجار-المرجع السابق-ص 158.

⁵- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإيجار والعارية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 69.

أولاً: المنفعة.

حيث يمكن المؤجر المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة عن طريق تسليمها له، ويشترط في المنفعة:

1- أن تكون موجودة وقت إبرام العقد أو قابلة للوجود:

فإن كانت غير موجودة وقت التعاقد أو هلك قبل العقد، كان العقد باطلاً-المادة 93 قانون مدني- وإذا هلك الشيء محل المنفعة بعد العقد وقبل التسليم فإن العقد صحيح لكنه يفسخ بقوة القانون لتعذر شرط المنفعة، وكذلك الحكم إذا هلك العين المؤجرة خلال مدة الإيجار، فإن كان الهالك جزئياً، كان للمستأجر أن يختار بين الفسخ وإنقاص بدل الإيجار إذا كان جسيماً، مع إمكانية المطالبة بالتعويض إذا كان الهالك بفعل المؤجر، أما إذا كان يسيراً كان له إنقاص بدل الإيجار¹. وإذا ورد الإيجار على منفعة ممكنة في المستقبل، كالمساكن قيد الإنجاز، بدأ سريان العقد من تاريخ إتمام البناء، وحينها يتم تعيين العين، بتحديد المكان الذي سيقام فيه المسكن وذكر المواصفات في العقد؛

2- أن يعلم المستأجر بالمنفعة علماً كافياً:

فيجب أن توصف العين المؤجرة وصفاً كافياً، لذلك بالنسبة للإيجارات المتعلقة بالأماكن استوجب المشرع أن تتم معاينتها وجاهياً، ويلحق بعقد الإيجار محضر وصفي دقيق، يعكس الحالة الحقيقية للعين وقت تسليمها، مع جرد جميع الملحقات والتجهيزات المتواجدة بالعين، شكلها، مدى صلاحيتها وكذا قدمها إذا استلزم الأمر. كما يجب تفادي العبارات الغامضة، مثل "حالة جيدة"، "قديمة"، أو "لا شيء يذكر". وهذا إثباتاً للعلم الكافي ليتسنى تقدير التعويض أو قيمة مصاريف إصلاح العين في حالة تدهورها أو وقوع تلف. وفي حالة تخلف تحرير المحضر يفترض أن المستأجر قد تسلمها في حالة سليمة²؛

3- يجب أن ترد المنفعة على شيء صالح للتعامل فيها:

حيث يشترط في المنفعة أن تكون قابلة للتعامل فيها، فإذا كان الشيء المؤجر مما يخرج عن دائرة التعامل بحكم طبيعته أو بمقتضى حكم القانون وقع عقد الإيجار باطلاً. كما يشترط أن يكون الشيء قابلاً للاستعمال المتكرر، من عقارات ومنقولات غير قابلة للإستهلاك، فلا تكون مما يهلك بالانتفاع،

¹ - المادة 481 قانون مدني.

² - المادة 476 قانون مدني.

حتى يتمكن المستأجر من الإنتفاع بالشيء لمدة معينة ورده بعينه إلى المؤجر في نهاية الإيجار¹، كالسيارات، الأثاث، الأجهزة الإلكترونية، الألبسة...

وإن كان من الممكن أن تصبح الأشياء القابلة للاستهلاك بطبيعتها، غير قابلة للاستهلاك باتفاق خاص، فيتم تغيير طبيعة الأشياء بإرادة الطرفين، كعلب العسل مثلا، فيكون إيجارها بغية المشاركة في معرض وردها بعد انتهاءه².

4- يجب أن تحدد مدة المنفعة اتفاقا :

عقد الإيجار عقد زمني وهو من عقود المدة تقاس فيه المنفعة بالعين المؤجرة بمقياس زمني³، فيلتزم المتعاقدان بتحديد المدة وذلك باعتبارها ركنا في عقد الإيجار بمقتضى القانون 07-405.

ثانيا: بدل الإيجار.

هو لقاء الإيجار الذي يلتزم المستأجر بدفعه مقابل التزام المؤجر بتمكين من الانتفاع بالعين المؤجرة والذي ينبغي أن يكون محدد في عقد الإيجار، وقد يكون بثمن نقدي أو بتقديم عمل طبقا للمادة 467 فقرة 2 قانون مدني⁵، على أن تكون الأجرة حقيقية وجدية. كجزء من المحصول أو أداء خدمة. ويتحدد بدل الإيجار وفق رغبة المتعاقدان بتحديد ماهيته ومقداره وطريقة الوفاء به، فيدفع مرة واحدة أو على شكل أقساط خلال مدد متساوية. مع إمكانية الاكتفاء بتعيين الأساس المعتمد عليه لتحديد مقدار البديل، أو أن يترك الطرفان تحديده لشخص ثالث⁶. ويؤدي عدم الاتفاق على بدل الإيجار إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، بمقتضى المادة 467 من القانون المدني⁷.

¹- أشرف جابر سيد-الوجيز في عقد الإيجار- دار النهضة العربية-2003-مصر-ص 77.

²-سمير شيهاني-الوجيز في عقد الإيجار المدني فقها وتشريعا وقضاء-جسور للنشر والتوزيع- الطبعة الأولى-2017-الجزائر-ص 104.

³- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإيجار والعارية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 140

⁴-المادة 469 مكرر 1 قانون مدني: "ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء...."

⁵-و قد سبق وأن نص المشرع الجزائري على إمكانية أن تكون الأجرة، تقديم عمل في نص المادة 470 من الأمر 75-58، لكن بعد التعديل بموجب القانون 07-05، أضاف هذه إمكانية في نص المادة 467 واستعمل مصطلح بدل إيجار.

⁶- أشرف جابر سيد-الوجيز في عقد الإيجار- المرجع السابق-ص 94، 95.

⁷-لم يكن عقد الإيجار يبطل لعدم الاتفاق على الأجرة قبل التعديل 07-05، حيث كانت المادة 471 من الأمر 75-58 الملغاة بالقانون 07-05 تقضي بأنه في حالة عدم الاتفاق على الأجرة كتابة، تعين على المؤجر إعلام المستأجر بها خلال شهر ابتداء من شغل المستأجر بالعين، فإن سكت المستأجر لم يعترض على الأجرة التي حددها المؤجر خلال شهر، التزم بدفعها، فإن رفض، كان للطرف المستعجل اللجوء إلى القضاء في أجل شهرين من يوم التبليغ بالرفض، ليحدد القاضي الأجرة المناسبة فتكون سارية من يوم انعقاد العقد.فإن سبق تأجير العين إلى المستأجر نفسه بأجرة محددة، فإن هذه الأجرة هي التي يعتمد عليها القاضي لحين الفصل

بمقتضى التعديل 05-07 فإن الأمر متروك لحرية المتعاقدين في تحديد بدل الإيجار وكذلك في مراجعته، بالنص على ذلك في العقد وأيضاً على شروط وكيفية المراجعة أو بمقتضى اتفاق لاحق. وهذا بعد أن ألغى التعديل بموجب المادة 8 منه المواد 471 و472 و473 من الأمر 75-58 المتعلقة بمراجعة الأجرة¹.

من جهته قرر المرسوم التنفيذي رقم 97-506 المؤرخ في 29 ديسمبر 1997 الذي يحدد القواعد المنظمة لإيجار السكنات التابعة لديوان الترقية والتسيير العقاري والموضوعة للاستغلال ابتداء من 1 جانفي 1998، على أنه يجب أن يذكر مبلغ الإيجار الأصلي في عقد الإيجار وتتم بموجبه فاتورة شهرية، وفقاً لشكل الوصل النموذجي المصادق عليه بموجب قرار من قبل وزير السكن في 27/01/1998². كما أن الأجرة تكون نقدا طبقاً للمادة 3 من نموذج عقد الإيجار الملحق بالمرسوم 76-147 والمادة 10 من النموذج الملحق بالمرسوم 08-142 المحدد لقواعد منح السكن العمومي الإيجاري³.

الفرع الثالث: ركن المدة والشكل في عقد الإيجار.

أولاً: المدة في عقد الإيجار.

هي من العناصر الجوهرية في عقد الإيجار حيث تسري مدة الإيجار من التاريخ المتفق عليه في العقد، فإذا لم يحدد فمن تاريخ إبرام العقد، وقد ألغى القانون 05-07 نظام التجديد الضمني الذي كان معمولاً به في ظل القانون القديم، حيث كان يجيز بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة العقد فإذا لم يعترض المؤجر بتوجيه التنبيه بالإخلاء للمستأجر لاسترجاع العين، وفقاً للأجل التي كانت محددة في

في الدعوى، أما في حالة انعدام الأجرة السابقة، وتعدر الاتفاق بين الطرفين على تحديدها، تدخل القاضي في تحديدها مؤقتاً لحين صدور الحكم: -مجيد مخلوفي- الإيجار المدني في القانون الجزائري-المرجع السابق-ص 133، 134.

¹-كانت المادة 472 والمادة 473 من الأمر 75-58 -الملغتان- تمكنان في حالة تجديد العقد وبشرطه الأولى -التجديد الضمني- من طلب مراجعة الأجرة بمقتضى عقد غير قضائي أو رسالة موصى عليها وذلك بعد أن يكون قد مضى على تجديد الإيجار بواسطة المحكمة 6 أشهر على الأقل، شرط أن يزيد مقياس المعاش عن 10% عما كان عليه سابقاً، يوم تحديد الأجرة بالتراضي أو بواسطة المحكمة: مجيد خلفوني -المرجع السابق- ص 134، 135 هامش 1.

²- المرجع السابق- ص 39.

³-المرسوم 08-142 المحدد لقواعد منح السكن العمومي الإيجاري المؤرخ في 11 في 2008.

المادة 475 من الأمر 58-75، وهي: 15 يناير، 15 أبريل، 15 جويلية و15 أكتوبر، تجدد العقد ولمدة غير محدودة، حيث كان لسلوكهما الإيجابي أثر في تكوين العلاقة العقدية¹.

أما بموجب المرسوم التشريعي 93-03 في الفقرة 2 من المادة 20 -الملغاة - قضت بأنه في حال بقاء المستأجر في العين المؤجرة دون اعتراض من المؤجر تجدد العقد ضمناً تطبيقاً للقانون 58-75، فكان ذلك استثناء للأثر الفوري للمرسوم. أما في حالة اعتراض المؤجر على التجديد تنتهي علاقة الإيجار دون الحاجة إلى التنبيه بالإخلاء عملاً بقاعدة الأثر الفوري للمرسوم 93-03.

أما بالنسبة للإيجارات المبرمة مع ديوان الترقية والتسيير العقاري، فهي محددة ب 3 سنوات قابلة للتجديد باتفاق الطرفين أو بصفة ضمنية، طبقاً للمادة 2 والمادة 14 من نموذج عقد الإيجار الملحق بالمرسوم 08-142 المحدد لقواعد منح السكن العمومي الإيجاري.

ثانياً: الشكل.

يعد الشكل ركناً في عقد الإيجار وفق ما سبق التعرض إليه، وإذا تخلف الشكل فالعقد باطل بطلاناً مطلقاً.

المبحث الثاني: أحكام عقد الإيجار .

تتمثل آثار العقد في الالتزامات التي ينشئها الإيجار، سواء في ذمة المؤجر (المطلب الأول)، أو في ذمة المستأجر (المطلب الثاني)، باعتبار الإيجار من العقود الملزمة لجانبين.

المطلب الأول: التزامات المؤجر.

تقع على المؤجر التزامات تصب كلها في الإلتزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في المدة المتفق عليها.

¹ - كان بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار أنه يرغب ضمناً في تجديد عقد الإيجار، ويُعد إيجاباً ضمناً، فإذا اتصل هذا الإيجاب الضمني من قبل المستأجر بعلم المؤجر من دون أي اعتراض، عد ذلك من جانب المؤجر قبولاً ضمناً لتجديد عقد الإيجار، فإذا ما حصل الارتباط بين إرادة الإيجاب الضمني للمستأجر وإرادة القبول الضمني للمؤجر، انعقد بينهما عقد إيجار جديد وفق ما كانت تنص عليه المادة 509 من القانون المدني الملغاة بالقانون 07-05، لذلك بالنسبة للتجديد الضمني الذي تم في مدة الاستثناء عن الأثر الفوري للقانون 07-05، استلزم إفراغ الإيجار في قالب شكلي كركن في العقد، تطبيقاً للأثر الفوري للقانون على انعقاد العقد الجديد كمركز تكون في ظله.

الفرع الأول: الالتزام بتسليم العين المؤجرة.

يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة في حالة تصلح لاستفاء المنفعة المبتغاة طيلة فترة العقد¹، إذ لا يكفي أن يسلمها وفقا لحالتها وقت إبرام العقد². فإذا كانت العين المؤجرة تحتاج إلى ترميمات وإصلاحات وإزالة للعيوب التي تعيق الانتفاع بالعين، فعليه القيام بها قبل تسليمها. حينها كل ترميم مهما كانت طبيعته، يقع على المؤجر تنفيذا لالتزامه بتسليم العين في حالة تفي بما أعدت له من المنفعة تطبيقا للمادة 476 قانون مدني. من جهتها تؤكد المادة 16 من المرسوم 76-147 على ضرورة تسليم ديوان الترقية والتسيير العقاري العين المؤجرة في حالة جيدة، وإلا كان للمستأجر طلب الفسخ إذا كان النقص جسيماً.

في هذا الإطار، اشترط المشرع أن تتم معاينة الأماكن وجاهياً بحضور طرفي العقد وتحرير محضر وصفي يلحق بعقد الإيجار - وهو ما نص عليه أيضا المادة 3 من المرسوم 76-147³. هذا المحضر يبين حالة العين المؤجرة عند التسليم وأوصافها ومحتوياتها، وهذا سيمكن المؤجر من دليل كتابي يثبت به تسليم العين والحالة التي سلمها عليها، فلا يكون للمستأجر أن يدعي بغير ما تضمنه هذا المحضر⁴. و في حالة تسليم العين المؤجرة دون هذا الإجراء اعتبر ذلك قرينة على تسلم العين في حالة حسنة⁵، وإن كانت قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها.

إذا قام المؤجر بتسليم العين المؤجرة بحالة غير صالحة للاستعمال المقصود فإنه يجوز للمستأجر أن يطلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار بقدر ما نقص من الاستعمال مع التعويض (المادة 477 قانون مدني).

¹ وهو يختلف عن مضمون التزام البائع بتسليم المبيع في عقد البيع، حيث يكون محدد بتسليم المبيع بالحالة التي وجد عليها وقت التعاقد.

² أحمد السعيد الزقرد - فايز عبد الله الكندري - عقد الإيجار - الطبعة الأولى - 1999 - الكويت - ص 113

³ المادة 3 من المرسوم 76/147 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن تابع لديوان الترقية والتسيير العقاري: "يشترط في كل من البدء في الإنتفاع وكذلك بإخلاء العين المؤجرة أن يكون بادئ ذي بدء مسبقا بمعاينة حضورية لحالة الأمكنة، ويحرر محضر بذلك".

⁴ -هلال شعوة-الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني وفق أحدث النصوص المعدلة (القانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007) -جسور للنشر والتوزيع-2010-الجزائر-ص96.

⁵ قرار المحكمة العليا بتاريخ 2020/02/13 ملف رقم 1358472: "يعتبر المستأجر قد استلم العين المؤجرة في حالة جيدة تصلح للاستعمال المعد لها: إذا استلم الأمكنة بدون إجراء أي محضر أو بيان وصفي لها....." -بوابة القانون الجزائري:

https://droit.mjustice.dz/sites/default/files/portail/nouv_arrets_c_s_2020/1358472.pdf

كما يلتزم المؤجر بتسليم ملحقاته العين وهي المستلزمات المعدة بصفة دائمة لاستعمال العين طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين، فلا يكتمل الانتفاع بالعين المؤجرة إلا بها (المصعد، حق الارتفاق، تصريف المياه...إلخ). والملحقات كقاعدة عامة هي تلك التي تكون موجودة وقت الإيجار، حتى يشملها التسليم وكذا الملحقات المستحدثة، إذا كانت ضرورية للانتفاع بالعين¹.

وقد أحال المشرع فيما يخص الالتزام بالتسليم إلى أحكامه في عقد البيع بموجب المادة 478 قانون مدني، وعليه يكون زمن التسليم بمقتضى المادة 281 قانون مدني بمجرد انعقاد العقد إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق على تأجيل التسليم بمدة معقولة لتهيأة العين المؤجرة، فيحدد الاتفاق ميعاد التسليم ويكون هذا التاريخ حينها إلزاميا للمؤجر². أما مكان التسليم، فإذا لم يتفق طرفي عقد الإيجار على مكان محدد لتسليم العين المؤجرة، كان تسليمها في المكان الذي وجدت فيه عند التعاقد إذا كانت من الأشياء المعينة بالذات، أما إذا كانت شيئا معينا بالنوع فإن تسليمها يكون في موطن المؤجر³.

إذا تأخر المؤجر عن التسليم أثبت المستأجر تقصيره بموجب إذار وامتنع عن دفع بدل الإيجار، وله أن يطالب المؤجر بالتنفيذ العيني أو الفسخ، كما له المطالبة بإعفائه من بدل الإيجار عن فترة حرمانه من استعمال العين المؤجرة. وإذا كان عدم التسليم نتيجة استحالة التنفيذ بسبب الهلاك الكلي لسبب أجنبي انفسخ العقد بقوة القانون، واسترد المستأجر بدل الإيجار الذي دفعه مقدماً، أما إذا كان الهلاك جزئياً فللمستأجر إما طلب الفسخ أو إنقاص بدل الإيجار إذا كان جسيماً أو إنقاص بدل الإيجار إذا كان يسيراً طبقاً للمادة 481 من القانون المدني.، وإذا كان الهلاك بسبب المؤجر كان للمستأجر طلب التعويض إضافة لذلك⁴.

بالمقابل، يجوز للمؤجر الامتناع عن التسليم إذا كانت الأجرة واجبة الدفع مقدماً ولم يقر المستأجر بدفعها مستعملاً حقه في الحبس.

الفرع الثاني: التزام المؤجر بالصيانة.

حسب المادة 479 فقرة 1 قانون مدني فإن المؤجر ملزم بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي سلمت بها، فيقوم بجميع الترميمات الضرورية أثناء مدة الإيجار، باعتباره من عقود المدة، والترميمات الضرورية لحفظ العين المؤجرة من الهلاك أو التلف، مثل: إصلاح الجدران الآيلة للسقوط، ترميم

¹ - محمد حسين منصور- أحكام الإيجار في القانون المدني وقانون لإيجار الأماكن-المرجع السابق-ص 91.

² - يمينه حوحو- أحكام عقد الإيجار في القانون الجزائري-دار بلقيس-2021- الجزائر-ص 46.

³ - وهذا تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة 282 من القانون المدني الجزائري.

⁴ - حمدي باشا عمر- دراسات قانونية مختلفة-المرجع السابق-ص 118.

الأسقف، ترميم الأرضيات المهترئة بفعل المياه، كما يلتزم بالترميمات الضرورية لانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة مهما كان سبب العيب الذي أدى إلى الترميم ومهما كانت تكاليفه، مثل صيانة قنوات الصرف، تبييض الأسطح، وهو ما يستتبع من المادة 479 قانون مدني والمادة 18 من المرسوم 76-147 المتضمن تنظيم إيجار المحلات المعدة للسكن التابعة لديوان الترقية والتسيير العقاري، كما يتحمل المؤجر التكاليف المثقلة للعين المؤجرة كالضرائب. وبالتالي يعد التزام المؤجر بالصيانة التزاما مستمرا، يتجدد كلما تطلب الأمر¹.

أما الترميمات التأجيرية التي تحتاجها العين نتيجة استعمالها استعمال عادي فيتحمّلها المستأجر، وفي حالة وجود خلاف بين ما هو ملزم للمؤجر أو المستأجر فيعود التقدير لقاضي الموضوع.

و في حالة تقاعس المؤجر عن تنفيذ التزاماته بعد إعداره بعقد غير قضائي بالتنفيذ العيني، يجوز للمستأجر المطالبة بالفسخ أو بإنقاص بدل الإيجار مع المطالبة بالتعويض إذا كان له محل². غير أنه في حالة الضرورة والاستعجال يجوز للمستأجر القيام بالترميمات الضرورية على حساب المؤجر دون أن يكون ملزما بالحصول على إذن من القضاء³، وذلك بعد إعدار المؤجر بموجب محرر غير قضائي⁴، إذ يجب توافر شرطي الإعدار والاستعجال حتى يتمكن المستأجر من الرجوع بالنفقات على المؤجر، فإن كانت غير ضرورية وغير مستعجلة، رجع المستأجر على المؤجر بما أنفقه وفق أحكام الإثراء بلا سبب⁵. في حين كانت المادة 480 من الأمر 75-58 قبل التعديل- تجيز للمستأجر القيام بأعمال الصيانة بعد الحصول على ترخيص من القضاء وفي حالة الاستعجال دون الحصول على ترخيص، ويقطع ما أنفقه من الأجرة⁶.

¹-مينة بن ححو-أحكام عقد الإيجار في القانون الجزائري- المرجع السابق-ص53.

²- المادة 480 فقرة 1 قانون مدني: "في حالة عدم التزام المؤجر بالتزامه بالصيانة، وبعد إعداره بموجب محرر غير قضائي، يجوز للمستأجر المطالبة بفسخ العقد أو الإنقاص من بدل الإيجار، دون الإخلال بحقه في التعويض".

³- طبقاً للمادة 480 فقرة 2: "إذا كانت الترميمات مستعجلة، جاز للمستأجر أن يقوم بتنفيذها على حساب المعني بها".

⁴-طبقاً للمادة 480 فقرة 1 والمادة 497 من القانون المدني: "يجب على المستأجر أن يخبر فوراً المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله كأن تحتاج العين المؤجرة إلى ترميمات مستعجلة.....".

⁵-مادام أن المستأجر يقوم بترميم العين المؤجرة لينتفع بها شخصياً، فلا يعد فضولياً، مادام العمل لمصلحته، إذ من شروط الفضالة طبقاً للمادة 150 قانون مدني أن تتجه نية الشخص عند القيام بالعمل القانوني أنه يقوم به لمصلحة الغير.

⁶- قرار المحكمة العليا بتاريخ 2000/01/19 -المجلة القضائية عدد 1-2001-ص 105: "مفاد نص المادة 480 قانون مدني، أن المؤجر بعد إعداره إذا تأخر عن القيام بالتزامات المبيّنة في المادة 479 من ق م، جاز للمستأجر وبعد حصوله على ترخيص من المحكمة إجراء ذلك بنفسه واقتطاع ما أنفقه من ثمن الإيجار مع الحق له في طلب فسخ الإيجار وإنقاص ثمنه. ولما ثبت من القرار المطعون فيه أن الإجراءات القانونية المشار إليها لم تراعى من طرف المدعي عليه في الطعن قبل رفع دعواه أمام المحكمة

بالمقابل لا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات الضرورية المستعجلة. وفي حالة ما إذا ترتب عن إجراءها إخلال كلي أو جزئي في الانتفاع بالعين المؤجرة، جاز للمستأجر حسب الحالة طلب الفسخ أو الإنقاص من بدل الإيجار، غير أنه إذا بقي المستأجر في العين المؤجرة بعد إجراء الترميمات فإن بقاءه يخول له فقط طلب إنقاص بدل الإيجار دون الفسخ¹.

من جهته يلتزم ديوان الترقية والتسيير العقاري بصفته مؤجرا بالقيام بالترميمات الضرورية بنفسه لصيانة السكن المؤجر²، وقد ألزم المشرع المصلحة أو الديوان في حالة استرجاعه للسكن من أجل القيام بترميمات للتحسين تتطلب الإخلاء المسبق، أن يوفر للمستأجر حق شغل سكن آخر صالح للسكن إلى غاية انتهاء الترميمات³.

الفرع الثالث: التزام المؤجر بضمان التعرض.

يضمن المؤجر كل فعل يصدر منه ويؤثر سلبا على انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، سواء كان في صورة تعرض مادي أو قانوني، كما يشمل هذا الضمان التعرض القانوني الصادر من الغير.

أولا: تعرض المؤجر الموجب للضمان.

طبقا للمادة 483 من القانون المدني يترتب على إبرام عقد الإيجار التزام المؤجر بالامتناع عن كل تعرض للمستأجر خلال مدة الإيجار المتفق عليها، قائم على أفعال مادية محضة، يحول دون تمكنه من الانتفاع بالعين المؤجرة انتفاعاً مادياً. ومن أهم تطبيقاته التغيير في العين وملحقاتها⁴، منع المستأجر من دخول حديقة العين المؤجرة، دخول العين المؤجرة دون مقتضى، هدم جزء من العين المؤجرة، أو التغيير في عين مجاورة يؤدي إلى الإخلال بانتفاع المستأجر، كتعليق عقار مجاور بطريقة تحجب

للمطالبة بتعويض مقابل الترميمات والإصلاحات التي أدخلها على العين المؤجرة، فإن القرار جاء منعدم الأساس القانوني مما يتعين التصريح بنقضه.

¹-المادة 482 قانون مدني جزائري.

²- قرار المحكمة العليا رقم 1095392 الصادر بتاريخ 15-03-2018- الغرفة المدنية-منشور على موقع المحكمة العليا:

<https://bit.ly/3VOEDS5>

يلزم القانون ديوان الترقية والتسيير العقاري بصفته مؤجرا القيام بإصلاح الترميمات الضرورية بنفسه لصيانة السكن المؤجر. ولا يلزمه كمؤجر بدفع تكلفة إصلاح الترميمات الضرورية تعويضا للمستأجر لقيامه بذلك في العين المؤجرة بنفسه. يتعين على المستأجر استصدار أمرا أو إنا من القضاء للقيام بنفسه بإجراء هذه الترميمات والإصلاحات على نفقة المؤجر.

³-المادة 14 من المرسوم 76-147.

⁴-قرار المحكمة العليا بتاريخ 03-05-1989 -المجلة القضائية عدد 2-1993-ص 15:"من المقرر قانونا أن المؤجر يتمتع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير يخل بهذا الانتفاع. إذا كان الممر المزمع إنشائه سيحول دون انتفاع المستأجر من العقار انتفاعا كليا فإن قضاة الموضوع برفضهم للدعوى الرامية إلى إنشاء حق ارتفاق على المحل المستأجر طبقوا صحيح القانون."

الشمس أو فتح نوافذ تطل على العين المستأجرة. إلا أنه يشترط ألا يستند المؤجر في تعرضه إلى سبب مشروع مستمد من حقه المقرر قانوناً، كدخول العين المؤجرة للقيام بالترميمات الضرورية، أو مستمد من عقد الإيجار كحق تعلية البناء بموجب الاتفاق¹.

ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال المادية الصادرة منه، بل يشمل تلك الصادرة من تابعيه، طبقاً للمادة 483 من القانون المدني، كالخدم والمقاول المستعان به في القيام بالترميمات الضرورية².

يضمن المؤجر أيضاً، طبقاً للفقرة الثانية من المادة 483 من القانون المدني، كل تعرض مادي صادر منه قائم على تصرف قانوني إلى الغير، كأن يقوم المؤجر برهن الشيء المؤجر رهناً حيازياً وحينئذ يفترض انتقال حيازته للدائن المرتهن الذي استمد حقه من المؤجر، أو يقوم بتأجير العين لمستأجر آخر وكان هذا الأخير مفضلاً، أو أن يبيع العين المؤجرة إذا لم يكن تاريخ الإيجار أسبق من تاريخ البيع، شرط مباشرة الغير لهذا الحق الذي آل إليه من المؤجر، فيكون التعرض حقيقياً³.

إلى جانب التعرض المادي، قد يتعرض المؤجر للمستأجر تعرضاً شخصياً قائماً على سبب قانوني، كأن يؤجر شخص ملك الغير وتؤول إليه ملكية العين المؤجرة بالشراء أو الميراث... إلخ، فيطالب المستأجر بالإخلاء على أساس أنه أصبح مالكا فلا يجوز له هذا التعرض لأنه ضامن لحق المستأجر في الإنتفاع.

إذا أخل المؤجر بالتزامه وتعرض للمستأجر، جاز لهذا الأخير طلب التنفيذ العيني أي وقف التعرض، وإزالة الآثار التي ترتبت عليه، وله حبس الأجرة طيلة مدة التعرض. كما للمستأجر طلب الفسخ إذا كان التعرض جسيماً أو لم يكن جسيماً لكن المؤجر لم يوقف تعرضه، وله المطالبة بإنقاص الأجرة بما يتناسب مع نقص المنفعة، مع المطالبة بالتعويض عن الضرر⁴.

ويعد ضمان المؤجر من النظام العام لا يجوز الإتفاق على إسقاطه، إنما يجوز التشديد منه وكذا التخفيف منه ما لم يكن التعرض الشخصي قانونياً وهو ما نصت عليه المادة 490 من القانون المدني.

¹ - أحمد السعيد الزقرد - فايز عبد الله الكندري - عقد الإيجار - المرجع السابق - ص 151.

² - يتجه القضاء الفرنسي إلى امتداد الضمان إلى التعرض المادي الصادر من مستأجر استأجر من نفس المؤجر واعتبره من تابعيه:

Cass. Civ. 3e , 8 mars 2018, pourvoi n° 17-12536-Légifrance : « le bailleur est responsable envers le - preneur des troubles de jouissance (nuisances sonores nocturnes et violences) causés par les autres locataires et n'est exonéré de cette responsabilité qu'en cas de force majeure. » <http://bit.ly/3XBB2sH>

³ - سمير تناغو - عقد الإيجار - تشريع جديد مقترح لمراجعة وصياغة احكام المحكمة الدستورية العليا المساكنة الباب الخلفي

للتهرب من احكام الدستورية العليا احدث القوانين واحكام محكمة النقض - المرجع السابق - ص 157.

⁴ - هشام طه محمد سليم - المرجع السابق - ص 301

ثانياً: تعرض الغير الموجب لضمان المؤجر.

يلتزم المؤجر بأن يضمن التعرض القانوني الصادر من الغير الذي يدعي حقاً على العين المؤجرة سواء كان الحق الذي يدعيه الغير سابقاً في نشوئه على عقد الإيجار أو لاحقاً له دون التعرضات المادية الصادرة من الغير، وهذا طبقاً للمادة 487 قانون مدني¹، شرط أن يدعي الغير حقاً على العين يتعارض مع حق المستأجر. كمجرد ادعاء الغير أنه اشترى العين من المؤجر، وأن الإيجار لا يسري في مواجهته، مطالباً المستأجر بالإخلاء.

أما في حالة التعرض المادي الصادر من الغير، يمكن للمستأجر أن يستعمل دعاوى الحيازة²، لحمايته من الإعتداء على حيازته³. فإذا اغتصب المتعرض العين المؤجرة، كان للمستأجر رفع دعوى استرداد الحيازة استناداً على المادة 819 قانون مدني، وإذا قام بتعطيل انتفاعه بالعين، كان له أن يرفع دعوى منع التعرض حسب المادة 820 قانون مدني، وإذا شرع في إقامة منشآت من شأنها الإخلال بانتفاعه، كان له رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة تطبيقاً للمادة 821 من القانون المدني.

كما يكون للمستأجر حق مطالبة المتعرض بالتعويض عن الأضرار التي لحقته بناء على أحكام المسؤولية التقصيرية. كما للمؤجر الرجوع بالتعويض على المتعرض عن الضرر نتيجة التلف الذي لحق العين المؤجرة، و عما لحقه من خسارة ومافاته من كسب نتيجة نتيجة انفساخ عقد الإيجار في حالة هلاكها كلياً⁴.

يتعين على المستأجر في حالة التعرض القانوني أن يبادر إلى إخطار المؤجر بالدعوى المرفوعة ضده من الغير، فيكون للمؤجر الصفة والمصلحة للتدخل في الدعوى إلى جانب المستأجر، كما يمكن للمستأجر طلب إخراجه من الخصومة طبقاً للمادة 484 قانون مدني. فإذا لم ينجح المؤجر في دفع التعرض وجب عليه ضمان الاستحقاق و جاز للمستأجر طلب فسخ الإيجار، كما له الإبقاء عليه والمطالبة بالإنقاص من بدل الإيجار في حدود ما نقص من انتفاعه بالعين مع حقه في المطالبة

¹- كانت المادة 487 فقرة 2 من الأمر 75-58 تمكن المستأجر من طلب إنقاص الأجرة أو الفسخ، إذا بلغ تعرض الغير المادي من الخطورة درجة حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

²- قرار المحكمة العليا بتاريخ 18-01-2005-مجلة المحكمة العليا عدد 2-2005-ص 337. "دعوى عدم التعرض للمرور هي دعوى حيازية، يتمتع فيها المستأجر بصفة النقاضي".

³- محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه والقضاء والتشريع - عقد الإيجار - دار محمود للنشر والتوزيع - الطبعة الخامسة -

2001-مصر-ص 537

⁴- هلال شعوة - المرجع السابق - ص 128.

بالتعويض طبقا المادة 484 فقرة أخيرة من القانون المدني. أما إذا كان سيء النية، فلا يلتزم المؤجر بتعويضه¹.

من جهة أخرى، لا يجوز الاتفاق على إسقاط أو التخفيف من ضمان المؤجر للتعرض القانوني الصادر من الغير، إلا أنه بالمقابل يمكن الاتفاق على أن يضمن المؤجر تعرض الغير المادي فيكون ذلك بمثابة تشديد ل ضماناته -المادة 490 فقرة 1 قانون مدني-

ثالثا: تطبيقات تشريعية للتعرض الصادر من الغير.

نص المشرع الجزائري بمقتضى المادة 485 والمادة 486 من القانون المدني على صورتين للتعرض:

1- حالة تعدد المستأجرين لعين واحدة من مؤجر واحد:

مما يؤدي إلى التزام، وإعطاء الأولوية لمن كان له عقد سابق في ثبوت التاريخ على العقود الأخرى، حسب المادة 485 قانون مدني². وفي حالة ما إذا كان للعقود نفس التاريخ كانت الأولوية لمن حاز المكان أولاً. حينئذ يتوجب ضمان الاستحقاق للباقيين، على أن يكونوا حسني النية لا يعلمون بوجود عقود أخرى على العين المؤجرة -المادة 485 قانون مدني- فيكون لهم الرجوع على المؤجر بالتعويض.

2- التعرض الصادر من السلطات الإدارية:

طبقاً للمادة 486 قانون مدني فقد تقوم السلطات الإدارية طبقاً للقانون بأفعال تعتبر تعرضاً للمستأجر صادر عن الغير كونها تنقص من الانتفاع بالعين المؤجرة وحينئذ يكون للمستأجر طلب الفسخ أو إنقاص بدل الإيجار، ولا يمكنه المطالبة بالتعويض، إذ يعد تعرض السلطات الإدارية حينها ماديا مادام أنها لا تستند في عملها إلى حق خاص تدعيه على العين، وإنما تستند إلى ما لها من حقوق وامتيازات السلطة العامة كإصدار قرار بنزع ملكية العين المؤجرة. فإذا كان عمل السلطة الإدارية أو قرارها بسبب يرجع للمؤجر، كإصدار قرار بالهدم لإهمال المؤجر في القيام بالترميمات الضرورية،

¹ -مينة حوحو- أحكام عقد الإيجار في القانون الجزائري-المرجع السابق-ص64

² -كان المبدأ بمقتضى المادة 485 من الأمر 75-58، قبل التعديل، أن الأولوية في حالة تعدد المستأجرين للعين الواحدة لمن سبق منهم إلى وضع يده عليها دون غش، ذلك أن العقد لم يكن شكليا.

طالبه المستأجر بالتعويض. وإذا ثبت أن تعرض الإدارة كان سببه المستأجر، كإصدار قرار بالغلق لممارسة أفعال غير مشروعة، التزم المستأجر بدفع الأجرة إلى نهاية الإيجار¹.

إلا أن المادة 486 قانون مدني ليست من النظام العام، حيث يجوز الاتفاق على عدم رجوع المستأجر في مثل هذا التعرض على المؤجر لا بإنقاص بدل الإيجار ولا بالفسخ ولا بطلب التعويض.

الفرع الرابع: التزام المؤجر بضمان العيوب الخفية.

تنفيذا لالتزامه بضمان الحيابة النافعة للمستأجر، يلتزم المؤجر بضمان العيوب الخفية في العين المؤجرة التي تحول دون إمكان استعمالها أو تنقص من هذا الاستعمال. غير أنه لا يضمن العيوب التي أعلم بها المستأجر أو ثبت بأن المستأجر على علم بها وقت التعاقد، ويأخذ حكم العيب الخفي تخلف الصفة التي اشترط المستأجر وجودها أو تعهد المؤجر بوجودها صراحة².

أولاً: شروط العيب الموجب للضمان.

يشترط في العيب الموجب لضمان المؤجر:

1- أن يكون العيب مؤثراً:

أي ينقص من الانتفاع بقدر محسوس، فيتحدد الإنتفاع المقصود من العين إما من عقد الإيجار، أو من طبيعة العين ذاتها³. على أنه لا يكون مؤثراً إذا جرى العرف على التسامح فيه. ويبقى تقدير إذا كان العيب مؤثراً مسألة موضوعية تترك لقاضي الموضوع. أما إذا تعلق الأمر بغياب صفة تعهد بها المؤجر، كأن يتعهد بأن للعين واجهة بحرية، أو يتعهد بتوافر أجهزة التدفئة، فإن مجرد غيابها يكون عيباً مؤثراً، وكذلك الأمر عند التعهد بخلو العين من صفات يقتضيها الإنتفاع، كاستئجار العين لاستخدامها كمصنع واتضح عدم تحمل البناء للآلات الثقيلة، فيكون تخلف الصفة عيباً مؤثراً يستوجب الضمان⁴. أما إذا توهم المستأجر وجود صفة معينة في العين المؤجرة، ولم يجدها، فنكون حينئذ أمام غلط في صفة جوهرية تخوله حق المطالبة بالإبطال، لا عيب خفي يعطيه حق الفسخ⁵؛

¹ - رمضان محمد أبو السعود - شرح أحكام القانون المدني - العقود المسماة: البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين - القسم الثالث - المرجع السابق - ص 901، 902.

² - المادة 488 قانون مدني جزائري.

³ - محمد عزمي البكري - المرجع السابق - ص 584

⁴ - المرجع السابق - نفس الموضع.

⁵ - سمير شيهاني - المرجع السابق - ص 178.

2- أن يكون العيب خفياً:

فلا يضمن المؤجر العيب الظاهر الذي يتمكن المستأجر من كشفه والتحقق من وجوده إذا تفحص العين عند التسليم تفحص الرجل العادي، فإن كان العيب ظاهراً وتسلم المستأجر العين دون اعتراض، يكون قد رضي بالعيب وأسقط حقه في التمسك بالضمان¹.

غير أن المؤجر يضمن العيب الذي يخفيه غشاً منه وحينئذ لا يستفيد من شرط إسقاط الضمان، إذ أن القاعدة أنه يمكن الاتفاق على التخفيف أو إسقاط الضمان في غير هذه الحالة طبقاً لنص المادة 490 فقرة 2 قانون مدني؛

3- لا يشترط أن يكون العيب قديماً:

إذ يضمن المؤجر العيوب الخفية القديمة التي تكون في العين المؤجرة قبل التسليم، وحتى تلك التي تطرأ بعد التسليم، حيث يبقى المؤجر ضامناً للمنفعة الهادئة طول مدة الإيجار. فإن ثبت أنه تلف نتيجة الاستخدام المستمر، وقدم العين، وجب ترميمه من طرف المؤجر تنفيذاً لالتزامه بالصيانة²؛

4- أن يكون العيب غير معلوم للمستأجر:

حتى لا يسقط حقه في الرجوع بالضمان على المؤجر، والعبرة هنا بالعلم المعاصر لواقعة التسليم. مع وقوع عبء إثباته على المؤجر الذي يدعيه بالمقابل فإن عدم علم المؤجر بالعيب لا يعفيه من الضمان، إذ ليس لسوء نية المؤجر اعتبار في ثبوت الضمان وإنما لها اعتبار في مدى الحقوق التي تثبت للمستأجر³.

ثانياً: أحكام ضمان المؤجر للعيب الخفي.

في حالة وجود العيب وتوافر شروطه الموجبة للضمان، يجوز للمستأجر المطالبة بالتنفيذ العيني بطلب إصلاح العيب على الوجه الذي يمكنه من الإستمرار في الإنتفاع بالعين⁴، أو أن يقوم بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان الإصلاح لا يشكل نفقة باهظة على المؤجر، كما لو اضطر إلى إعادة بناء العين أو استنفدت تكاليف الإصلاح بدل الإيجار المتفق عليه لمدة طويلة⁵.

¹ - احمد عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الإيجار والعارية - المرجع السابق - ص 440.

² - سمير شيهاني - المرجع السابق - ص 181.

³ - محمد عزمي البكري - المرجع السابق - ص 595.

⁴ - احمد عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الإيجار والعارية - المرجع السابق - ص 446.

⁵ - حسب ماورد في نص المادة 489 قانون مدني.

للمستأجر أن يطالب بإنقاص بدل الإيجار أو أن يطالب بالفسخ إذا كان النقص في المنفعة بسبب العيب جسيماً، فيكون للمؤجر تفادي الفسخ بالقيام بالأعمال اللازمة لإزالة العيب. زيادة على كل هذا يجوز للمستأجر طلب التعويض، شرط أن يكون المؤجر عالماً بالعيب، فافتترضت المادة 489 في فقرتها الأخيرة في المؤجر العلم وأوجب عليه إثبات جهله بوجود العيب.

ويسقط حق المستأجر في رفع دعوى الضمان بمرور 15 سنة طبقاً للقواعد العامة لعدم وجود نص خاص، تحسب من وقت ظهور العيب الموجب للضمان¹.

المطلب الثاني: التزامات المستأجر.

يقابل التزامات المؤجر الناشئة عن عقد الإيجار التزامات تقع على عاتق المستأجر، تتمثل أساساً في الإلتزام بدفع بدل الإيجار، الإلتزام باستعمال العين المؤجرة والمحافظة عليها، وفي نهاية المدة الإلتزام بردها. وهو ما سيتم معالجته من خلال الفروع التالية.

الفرع الأول: دفع بدل الإيجار.

المستأجر هو المدين ببذل الإيجار، فإن تعددوا أو تعدد الورثة التزموا بالوفاء كل بقدر نصيبه، فلا تضامن إلا بالاتفاق. أما البذل المستحق قبل وفاة المستأجر، فهو دين على التركة قبل تقسيمها. ويعد دائماً بدفع بدل الإيجار، كل ذي صفة في إبرام العقد، وورثة المؤجر بحسب نصيبهم الشرعي وكذا للمحال له من المؤجر² إذا قبل المستأجر بحوالة الحق أو على الأقل أعلم بها³. وأيضاً للمتصرف إليه الذي انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة إرادياً أو جبراً وكان الإيجار نافذاً في حقه، طبقاً للمادة 469 مكرر 4 قانون مدني.

وفي حالة حدوث نزاع حول بدل الإيجار، فإن الوفاء بقسط منه يعتبر قرينة بسيطة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقيم المؤجر الدليل على عكس ذلك، حيث يكون ملزماً بإثبات عدم دفع الأقساط السابقة⁴.

¹ - وفي ذلك تطبيق للقاعدة العامة التي تقرر ألا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء: المادة 315 قانون مدني.

² - جميلة دوار - عقد الإيجار في التشريع المدني الجزائري - دراسة نظرية وفقاً لأحدث التعديلات - دار طليطلة - 2011 - الجزائر - ص 71، 72

³ - المادة 241 قانون مدني.

⁴ - المادة 499 قانون مدني.

تنص المادة 498 قانون مدني على التزام المستأجر بالوفاء ببذل الإيجار في المواعيد المتفق عليها، وإلا في المواعيد المعمول بها في الجهة. ويكون مكان دفع بدل الإيجار في موطن المستأجر باعتباره المدين ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك.

في علاقة ديوان الترقية والتسيير العقاري بالمستأجرين. حدد المرسوم 76-147 ميعاد دفع الأجرة في المادة 8 منه، في أجل أقصاه اليوم الخامس من الشهر، وطبقاً للمادة 14 من المرسوم 97-506 فإنه في حالة تخلف المستأجر من الوفاء بمخلفات مؤجره -ديوان الترقية والتسيير العقاري- لمدة شهرين من حلول أجل استحقاقها ترفع مبالغ الإيجار بنسبة 5 % عن كل شهرين (2) من التأخير، أما إذا تقاعس المستأجر عن أداء التزامه لمدة ستة (6) أشهر مع سبق توجيه ثلاث (3) إنذارات بعقد غير قضائي يحرره المحضر القضائي، دون أن يصدر عنه سلوك إيجابي انفسخ العقد بقوة القانون. و لا يحول هذا الفسخ دون لجوء المؤجر إلى القضاء لاقتضاء حقوقها وتحصيل مستحققاتها غير المدفوعة¹.

طبقاً للقواعد العامة فإذا لم يقم المستأجر بدفع بدل الإيجار فللمؤجر المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ مع طلب التعويض في الحالتين². وما دام أن بدل الإيجار يُستحق قانوناً باستيفاء المنفعة، أو القدرة على ذلك، فإن تحقق المانع القهري الذي يحول دون استيفاء هذه المنفعة لمدة زمنية مؤقتة، لسبب لا ينسب إلى إرادة المستأجر وخارجاً عن محيطه³، فلا يكون ملزماً بدفع البذل. وهو ما حدث مع انتشار

¹ -مجيد خلفوني -المرجع السابق-ص40

² -قرار المحكمة العليا بتاريخ 11-04-2000-المجلة القضائية عدد 1-2001-ص 181: "إذا أخل المستأجر بالتزاماته فيما يخص تسديد إيجار السكن المتنازع عليه، يحق للمؤجر أن يطلب فسخ الإيجار دون توجيه تنبيه بالإخلاء لأن النزاع لا يتعلق باسترداد العين المؤجرة."

³ -في إطار التغيير في الظروف غير المتوقع حدوثه أثناء إبرام العقد، تنص المادة 1195 من قانون العقود الفرنسي لـ 2016 أنه إذا حدث تغيير في الظروف غير ممكن التوقع، عند إبرام العقد، ترتب عليه أن صار التنفيذ باهظ الكلفة بالنسبة لأحد الأطراف، الذي لم يقبل تبعات هذا التغيير، يمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد، على أن يستمر في تنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض. في حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها، أو الطلب من القاضي، باتفاقهم المشترك، أن يقوم بتطويع العقد. في حالة عدم الاتفاق، خلال مدة معقولة، يمكن للقاضي بناء على طلب أحد الأطراف تعديل العقد أو إنهائه، اعتباراً من التاريخ وفق الشروط التي يحددها.

Article 1195 du code civil français, modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2:

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à

فيروس كوفيد 19 وصدور قرارات الحجر وتعذر استيفاء المنفعة تبعاً لذلك، ومن ثم فإن تكييف الوباء وفعل السلطة المتمثل في هذه التدابير، بأنه قوة قاهرة¹، تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً على المدين استحالة مؤقتة². و الأكيد هو عدم تطبيق أحكام القوة القاهرة على عقد الإيجار المبرم لغاية السكن، حيث يلتزم المستأجر بالوفاء بالبدل لقدرته على استيفاء المنفعة. اللهم إلا إذا منع الحجر بسبب الوباء، المستأجر من تسلم العين، فيعفى من أدائه حتى يصبح قادراً على التسلم بزوال القوة القاهرة³.

نشير إلى أن القضاء المصري قد طبق أحكام الطرف الطارئ في قضية تتعلق بالمطالبة بتخفيض بدل الإيجار. تتلخص وقائعها في أنه ونظراً لانتشار وباء كورونا، وما تبعه من إجراءات احترازية تضمنتها القرارات الصادرة بهدف الحد من انتشار الوباء اضطر مستأجر قطعة أرض مقام عليها قاعة حفلات إلى إلغاء جميع الحفلات المقررة بالقاعة المخصصة لهذا الغرض ورد جميع ما دفع مقدماً لهذا الغرض، مع التزامه في ذات الوقت بسداد كافة الأجرور والمرتبات المستحقة للعاملين لديه فضلاً عن قيمة الإيجار.

في ضوء هذه المستجدات تقدم المدعي (المستأجر) بطلب للمدعي عليه (المؤجر) لتخفيض قيمة الإيجار قبول بالرفض، وقام المؤجر بتوجيه إنذار للمستأجر نتيجة لذلك أقام المدعي دعواه معتبراً أن انتشار فيروس كورونا وما أدى إليه من إغلاق أماكن التجمعات ومنها قاعات الأفراح، صورة جلية من صور الحوادث الاستثنائية العامة المنصوص عليها قانوناً والتي تجعل الالتزام مرهقاً-مستنداً إلى نظرية الظروف الطارئة-، وهو - بحسب إدعائه- ما أقرته الحكومة بقراراتها الرسمية المتعاقبة بغلق أماكن التجمعات.

و قد جاء بحجتيات الحكم، تبريراً للاستجابة لطلب المدعي بتخفيض الأجرة، أن وباء فيروس كورونا هو ظرف استثنائي لم يكن في وسع المدعي أن يتوقعه-حيث أبرم العقد في 2018/5/15 وهو تاريخ لم يكن

la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

¹- إن كان تبني مفهوم القوة القاهرة يرتبط بالظروف، فإن القضاء لطالما أظهر تشدداً في ذلك، فالقوة القاهرة تسمى وتؤدي القوة الملزمة للعقد، مما يفرض التضييق من حالات تبنيها، لكن الكوفيد 19، خفف من عدم المرونة. وطبعاً الوباء ينبغي ألا يغير من ضرورة تقدير مدى توافر الطابع غير المتوقع للحادث، حيث يلتزم المطالب بالإعفاء من المسؤولية، إثبات عدم إمكانية التوقع يوم إبرام العقد، فالطابع الخارجي لا يطرح إشكالا، والانتشار الكبير للوباء وأثاره غير المسبوق من الأمور التي تؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير شرط عدم إمكانية الدفع، مع ضرورة تحقق استحالة التنفيذ.

²- وهي الاستحالة المؤقتة في العقود المستمرة: يوسف عبيدات-القضايا والإشكالات التي تثيرها جائحة كورونا-مجلة كلية القانون الكويتية العالمية-السنة 8-ملحق خاص-العدد 6-جوان 2020-ص 577 .

³- يوسف عبيدات -المرجع السابق-ص 578.

في الفيروس معروفا ولا متوقعا، جراء ذلك لحقته أضرار لم يكن يتوقعها، دون خطأ منه وذلك نتيجة توقف النشاط الذي يمارس في العين محل الدعوى. الأمر الذي تتحقق معه شروط أعمال نظرية الظروف الطارئة والتي تخول المحكمة تخفيض التزام المدعي بدفع الأجرة المنصوص عليها في عقد الإيجار إلى الحد المعقول الذي يرفع عنه الضرر. لتخلص المحكمة من ذلك إلى أن ما طالب به المدعي بتخفيض الأجرة المتفق عليها خلال فترة التوقف إلى الحد المطلوب قد جاء وفقاً للثابت من صحيح الواقع والقانون وفيه رفع الضرر عنه وتخفيض لالتزامه التعاقدي بسداد الأجرة إلى حد المعقول الذي يرفع معه الضرر، وهذا من أجل معالجة اختلال التوازن العقدي الناتج عن جائحة كورونا والإجراءات المصاحبة لها، باعتبارها ظرفاً طارئاً.

اعتبرت المحكمة إذن أن جائحة كورونا، وبخصوص الدعوى المعروضة وملابساتها، حادثاً استثنائياً تتوافر بشأنه شروط أعمال نظرية الظروف الطارئة وما تخوله للقاضي من سلطة في تعديل العقد.¹ ويبقى الإشكال بالنسبة لتحديد الوقت الذي يُعتمد في اعتبار فيروس كورونا، وما قد يترتب عليه من إجراءات احترازية، حادثاً متوقعا أو ممكن التوقع، وبالتالي لا يجوز التمسك بنظرية الظروف الطارئة بالنسبة للعقود المبرمة بعده.²

من جانب آخر منح المشرع للمؤجر ضمانات لاستيفاء بدل الإيجار، إحداها تعاقدية وأخرى قانونية تكمن في:

أ-تقديم المستأجر لكفالة³، طبقاً للمادة 500 من القانون المدني ضماناً للبدل والتكاليف الملقاة على عاتق المستأجر، وذلك بموجب اتفاق طرفي العقد.⁴

¹ محمد حسن قاسم-المستأجر في زمن الكورونا قراءة في حكم محكمة دمياط الابتدائية - الدائرة الرابعة- مدني بتاريخ 10 / 18 / 2020 في القضية رقم 609 لسنة 2020 مدني كلى دمياط-المجلة الدولية للفقهاء والقضاء والتشريع- المجلد 2-العدد 1-2021-ص 16، 17.

² حيث يشترط في الطرف الطارئ ليس فقط أن يكون غير متوقع ولكن أيضا غير ممكن توقعه، أو لم يكن في الوسع توقعه، وذلك عند إبرام العقد، إذ أن شرط عدم إمكانية التوقع يجب أن ينصرف إلى نتائج الحادث غير المتوقع أو آثاره على العقد، لا إلى الطرف المستجد. وهو ما ذهب إليه الأستاذ محمد حسن قاسم- المستأجر في زمن الكورونا قراءة في حكم محكمة دمياط الابتدائية- المرجع السابق-ص20، 21.

³الكفالة هي تأمين شخصي، بحيث تضم ذمة مالية أخرى إلى الذمة المالية للمستأجر المدين، وتتم بموجب عقد بين الدائن المؤجر والكفيل: المادة 644 قانون مدني.

⁴كانت المادة 500 من الأمر 58-75، قبل تعديلها بموجب القانون 07-05 تلزم المستأجر بوضع مقولات: بضائع، أثاث، محصولات، مواشي، أدوات تكون قيمتها كافية لضمان الوفاء بالأجرة لمدة سنتين أو ضمان الوفاء بكل البدل إذا كانت المدة أقل من سنتين.

ب- حقوق المؤجر على منقولات العين المؤجرة: منح القانون للمؤجر حقا ممتازا على منقولات العين المؤجرة، الحق في حبس هذه المنقولات، وحجزها تحفظيا.

1- حق امتياز المؤجر¹ على منقولات العين المؤجرة القابلة للحجز المملوكة للمستأجر أو زوجته أو للغير، والتي لا يعلم المؤجر وقت وضعها بحق الغير عليها، طبقا للمادة 995 من القانون المدني وذلك لاستيفاء بدل إيجار لمدة سنتين أو بدل إيجار كل المدة إذا كانت أقل من سنتين واستيفاء الحق في التعويض عن إخلال المستأجر بالتزاماته². ويمتد الإمتياز على المنقولات المملوكة للمستأجر الفرعي إذا منع المؤجر المستأجر من الإيجار الفرعي صراحة بموجب شرط، فإن لم يشترط ذلك ثبت الإمتياز للمؤجر على المبالغ المستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر الفرعي من وقت إنذار المؤجر الأصلي للمستأجر الفرعي³.

في حالة نقل الأموال المثقلة بالإمتياز من العين المؤجرة رغم معارضة المؤجر أو دون علمه، ولم يبق في العين أموالا تكفي لضمان حقوق المؤجر، بقي الإمتياز قائما على الأموال المنقولة، دون أن يضر ذلك بالحق الذي اكتسبه الغير حسن النية على تلك الأموال⁴. فرغم أن حق الإمتياز يمنح المؤجر حق التتبع والتقدم، غير أنه يتأثر بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، بحيث تظهر حيازة الغير بحسن نية وبسند صحيح المنقول من حق الإمتياز⁵.

2- حبس المؤجر لمنقولات العين المؤجرة القابلة للحجز طبقا للمادة 501 من القانون المدني، ولو لم تكن مملوكة له، شرط عدم تجاوز الحبس حدود الامتياز المقررة قانونا بموجب المادة 995 من القانون المدني، فيعترض على إخراجها من العين وله حق استردادها إذا أخرجت بعد اعتراضه، وعلى

¹- الإمتياز هو حق عيني تبغي، يخول للمؤجر قانونا سلطة مباشرة على موجودات العين وله حق الأولوية والتتبع: المادة 982 والمادة 995 قانون مدني.

²- أشارت المادة 9 من المرسوم 76-147 المنظم للعلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن تابع لديوان الترفية والتسيير العقاري: "ينبغي على المستأجر-ضمانا لتنفيذ التزامه- أن يقدم كفالة تعادل قيمتها ثلاثة أمثال الإيجار الأصلي وذلك فضلا عن الأجرة والأعباء الإيجارية التي تقع على عاتقه.

و لا يجيز تقديم هذه الكفالة للمستأجر أن يتمتع في أي وقت عن سداد قيمة الإيجار والأعباء الإيجارية في مواعيد استحقاقها المحددة. وعند نهاية عقد الإيجار ترد مبلغ الكفالة المودعة قبل بداية الإنتفاع بالعين المستأجرة."

³- الفقرة 3 من المادة 995 قانون مدني، جاء هذا الحكم، رغم أن المبدأ بموجب المادة 505 من القانون المدني هو المنع من الإيجار من الباطن في أصله ولا يجوز ذلك إلا بموجب الموافقة الصريحة بموجب الأمر 58-75 والموافقة الكتابية بموجب التعديل 05-07.

⁴- المادة 995 فقرة 5 من القانون المدني.

⁵- المادة 985 فقرة 1 من القانون المدني.

الحائز حسن النية المطالبة بحقوقه. على أن تتم المطالبة باستردادها خلال 30 يوما من تاريخ علمه، ويسقط حقه في الاسترداد بمضي سنة من تاريخ إخراج المنقولات¹.

و استثناء، ليس للمؤجر أن يستعمل حقه في الحبس أو في الإسترداد، إذا تم نقل الموجودات التي تتطلبها حرفة المستأجر أو شؤون حياته، أو أن ما بقي في العين أو تلك التي سبق استردادها تفي بالبدل والتكاليف².

3-الحجز التحفظي على منقولات العين المؤجرة التي له عليها حق امتياز³، وهذا طبقا للمادة 654 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تجيز الحجز على التحفظي على المزروعات والثمار في الأراضي المؤجرة، والمادة 655 التي تجيز الحجز التحفظي على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة أو التي تم إخراجها دون رضا المؤجر خلال 60 يوما من إخراجها.

باعتباره حقا دوريا ومتجددا، يسقط حق المؤجر في بدل الإيجار بمرور 5 سنوات حسب المادة 1/309 من القانون المدني، تحسب من تاريخ استحقاقه، إذا كان يدفع مرة واحدة، فإن كان مقسما، كانت مدة التقادم 5 سنوات بالنسبة لكل قسط تحسب من تاريخ استحقاقه. أما التعويضات التي يلتزم بها المستأجر فتتقادم بمرور 15 سنة حسب المادة 308 من القانون المدني. كذلك الأمر إذا حاز المؤجر على سند يثبت حقه في بدل الإيجار، حيث يسقط الحق أيضا بمرور 15 سنة⁴.

الفرع الثاني: التزام المستأجر باستعمال العين المؤجرة.

لا يحق للمستأجر ترك العين المؤجرة دون استعمال، إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى هلاكها أو تلفها، كما يلتزم باستعمالها كما هو مبين في العقد بموجب عبارات صريحة وواضحة. مثل تأجير الشقة بغرض السكن، أو تأجير المكان كمحزن للبضائع، أو تأجير سيارة لنقل الأشخاص فإذا لم يبين العقد أسلوب استعمال الشيء المؤجر، التزم باستعمالها بحسب ما أعدت له، فطبيعة الشيء المؤجر وتصميمه وما جرى عليه العرف، جميعها تحدد طريقة استعماله فلا يحق لمستأجر السيارة السياحية أن يستعملها لنقل مواد البناء⁵-المادة 491 من القانون المدني-و في حالة الإخلال بهذا الالتزام جاز

¹- المادة 2/202 من القانون المدني.

²- المادة 501 فقرة 3 من القانون المدني

³- بمقتضى الحجز التحفظي، توضع أموال المستأجر المدين تحت يد القضاء، منعا للتصرف فيها ونقلها للحائز حسن النية.

⁴- المادة 313 من القانون المدني.

⁵- هشام طه محمد سليم-المرجع السابق-ص 319.

للمؤجر مطالبته بالتنفيذ العيني أي استعمال الغين فيما أعدت له، كما له المطالبة بالفسخ، مع المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج.

طبقاً للمادة 492 قانون مدني، لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة أي تغيير بدون أن يحصل على إذن كتابي من المؤجر، كفتح نافذة في الجدار، أو هدم حائط بين غرفتين داخل العين. فالموافقة الكتابية من المؤجر هي التي ترفع المخالفة عن المستأجر¹. وفي حالة عدم الحصول على الإذن يلتزم المستأجر بإزالة التغييرات وإرجاع العين إلى الحالة التي كانت عليها، فيتعرض إلى افتقار مزدوج لن يتم تعويضه عنه، بل قد يلتزم بتعويض المؤجر عن الضرر إذا اقتضى الحال². وإذا كانت هذه التغييرات بموجب إذن كتابي وزادت في قيمة العين المؤجرة وجب على المؤجر رد قيمة هذه التحسينات عند نهاية الإيجار ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

بالمقابل يجوز للمستأجر وضع أجهزة لتوصيل المياه، الكهرباء، الغاز وأسلاك الهاتف وما يشبه ذلك، كأجهزة استقبال القنوات الفضائية والتجهيزات اللازمة لتفعيل خدمة الأنترنت، إلا إذا أثبت المؤجر أن وضع مثل هذه الأجهزة يهدد سلامة العقار. وإذا كان إدخال الأجهزة تحتاج إلى تدخل المؤجر، وجب عليه التدخل، مع التزام المستأجر بالمصاريف التي تحملها المؤجر نتيجة تدخله³.

¹ - محمد عزمي البكري - المرجع السابق - ص 620

² - * قرار المحكمة العليا بتاريخ 1985/06/29 - المجلة القضائية عدد 3-1989-ص 105: "متى كان من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة تغييراً بدون إذن المؤجر إلا إذا كان هذا التغيير لا ينشأ عنه أي ضرر للمؤجر، فإذا ما أحدث المستأجر تغييراً في العين متجاوزاً في ذلك حدود الالتزام، جاز إلزامه برد العين إلى الحالة التي كانت عليها وبالتعويض إن اقتضى الحال ذلك، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون. إذا كان الثابت أن الطاعن قام ببناء حائط بدون رخصة وحفر بئراً في الحوش المؤجر، فإنه كان على قضاة الموضوع التقصي فيما إذا كان هذا التصرف ألحق أضراراً بالمؤجر، إذ أنه ولو ثبت عنصر الضرر توجب القضاء بإزالته والتعويض إن اقتضى الحال، فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بطرد الطاعن من الحوش لمجرد أنه قام ببناء حائط وبئر فيه بدون إذن من المؤجر أخطأوا في تطبيق أحكام القانون مما يترتب عليه قبول نعي الطاعن تأسيساً على مخالفة أحكام هذا المبدأ ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه".

* قرار المحكمة العليا بتاريخ 1985/10/28 - المجلة القضائية عدد 1-1989-ص 200: "متى كان المقرر قانوناً أنه لا يترتب عن التغييرات التي يحدثها المستأجر في العين المؤجرة إيجاراً شفوياً ودون موافقة المؤجر فسخ العقد، فإنه من المتعين على المستأجر إعادة العين المؤجرة إلى الحالة التي كان عليها قبل إجراء هذا التغيير مع حق المؤجر في التعويض إن اقتضى الحال ذلك. لا يجوز طرد المستأجر من العين المؤجرة تأسيساً على إحداث تغييرات ضرت بحقوق المؤجر".

³ - المادة 493 قانون مدني.

الفرع الثالث: التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار.

من شأن انتقال حيازة العين إلى المستأجر أن يضع على هذا الأخير التزاماً بالمحافظة عليها، والقيام بالترميمات اللازمة وإلا عُدَّ مسؤولاً عما يصيبها من هلاك أو تلف¹.

أولاً: أساس مسؤولية المستأجر عن تلف أو هلاك العين المؤجرة.

طبقاً للمادة 172 قانون مدني، في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو يقوم بإدارته، أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي وهو ما أكدته المادة 495 فقرة 1 قانون مدني، بأن ألزمت المستأجر أن يبذل في العناية بالعين المؤجرة عناية الرجل العادي، فيستعملها استعمالاً مألوفاً. يتبنى النص إذن معياراً موضوعياً لقياس مدى التزام المستأجر ببذل العناية الواجبة في المحافظة على العين، فيوفي المستأجر بالتزامه بمجرد بذل العناية المطلوبة ولو لم يتحقق الهدف من هذه العناية المتمثل في سلامة العين المؤجرة²، لذلك فالتزامه في هذا الشأن هو ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة .

وعند إخلال المستأجر بالتزامه وجب عليه التنفيذ العيني بالإصلاح أو الفسخ إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو كان الإخلال جسيماً مع التعويض عن الضرر، إلا أنه خروجاً عن القواعد العامة جعل المشرع خطأ المستأجر مفترضاً إذا لحق بالعين المؤجرة تلف أو هلاك، بحيث يلتزم المستأجر بإثبات بأنه بذل عناية الرجل العادي في المحافظة على العين وعدم صدور خطأ منه ليدراً عن نفسه المسؤولية³. يرجع ذلك إلى التزامه برد العين بالحالة التي استلمها عليها والهلاك أو التلف من شأنهما التغيير بالشيء المؤجر. ولا تقتصر مسؤولية المستأجر على الأفعال التي تصدر منه وإنما حتى تلك الصادرة من تابعيه.

وقد أفرد المشرع الجزائري نص المادة 496 من القانون المدني لحالة حريق العقارات فجاء بحكم خاص يقع بموجبه عبء الإثبات أيضاً على المستأجر، لكن تختلف فيه طريقة دفع المسؤولية⁴. حيث

¹- قرار المحكمة العليا بتاريخ 2019/10/17- ملف رقم 1273991- مجلة المحكمة العليا - العدد 2-2019-ص 27: "يتحمل

مستأجر المركبة المؤجرة بموجب عقد كراء، مسؤولية التعويض عن الأضرار المادية اللاحقة بالسيارة بسبب حادث مرور..."

²- محمد عزمي البكري-المرجع السابق-ص 657.

³- يتجه المشرع الفرنسي بمقتضى المادة 1732 من القانون المدني إلى اعتبار المستأجر مسؤولاً أيضاً عن انخفاض قيمة العين المؤجرة:

Article 1732- Loi 07-03-1804: « Il répond(le preneur) des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute. »

⁴- احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإيجار والعارية، الجزء السادس، المجلد الأول ص 567.

اعتبر أن واقعة الحريق كافية بذاتها لكي يصبح المستأجر مسؤولاً عن نتائجه. فإذا كان العين مستأجرة من طرف مستأجر واحد وتلف أو هلك بسبب الحريق، كان أساس مسؤوليته هو المسؤولية المفترضة، والتزام تبعاً لذلك بتحقيق نتيجة. وقرينة المسؤولية هذه، قابلة لإثبات العكس لكن لا يكفي لدحضها أن يثبت المستأجر بأنه بذل عناية الشخص المعتاد، إنما يلتزم بإثبات السبب الأجنبي لوقوع الحريق¹ كأن تكون قوة قاهرة أو عيب في البناء، أو أن يثبت بأن مصدر الحريق كان منزلاً مجاوراً. وإذا كان العقار مشغولاً من عدة مستأجرين²، يختص كل منهم بجزء من العين، ونشب فيه حريق دون أن يعرف المتسبب فيه، كانوا مسؤولين جميعاً في مواجهة المؤجر عن الأضرار التي يسببها الحريق بحيث يُسأل كل واحد عن الجزء الذي يشغله العقار وفقاً لقيمته، فالمستأجر مسؤول عن قيمة الشيء الذي يستأجره³.

ويكون لكل مستأجر أن يدرك عن نفسه المسؤولية بإثباته أن النار أو الحريق كان سببها أجنبي، أي أن الحريق بدأ نشوبه في جزء يشغله مستأجر آخر فيكون هذا المستأجر وحده مسؤولاً، أو يثبت بأن الحريق كان بسبب القوة القاهرة فيتحمل المؤجر التبعة، أو يثبت أن النار أو الحريق نشب في الجزء الذي يشغله المؤجر مما يعفي المستأجرين من المسؤولية.

ثانياً: التزام المستأجر بالترميمات التأجيلية.

من أجل المحافظة على العين المؤجرة، يلتزم المستأجر بالقيام بالترميمات التأجيلية، طبقاً للمادة 494 قانون مدني والتي يعود مصدرها إلى استعمال المستأجر أو تابعيه للعين وكل ما جرى العرف على أن المستأجر هو من يقوم بها، كإصلاح الأبواب وحنفيات المياه واستبدال زجاج النوافذ المكسور بآخر. فإذا كان مصدر هذه الترميمات سبب أجنبي عن المستأجر، كخطأ المؤجر أو تابعيه أو بسبب القوة القاهرة تحلل المستأجر من القيام بها⁴.

إلا أن التزام المستأجر هذا ليس من النظام العام إذ يمكن الاتفاق على إعفائه منها، أو تقاسم نفقاتها مع المؤجر أو حتى التشديد فيها، وإذا أخل المستأجر بالتزامه بالقيام بالترميمات جاز للمؤجر مطالبته بالتنفيذ العيني، أو استئذان القاضي للقيام بها على نفقة المستأجر كما له المطالبة بالفسخ.

¹- دليل التشديد من مسؤولية المستأجر في حالة حريق العين المؤجرة، هو العبارة الواردة في المادة 496: "...إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب ليس من فعله."

²- حكم تعدد المستأجرين الوارد في الفقرة 2 من المادة 496 قانون مدني، اقتصر على العقارات دون المنقولات.

³- محمد عزمي البكري-المرجع السابق-ص 675.

⁴- أشرف جابر سيد-الوجيز في عقد الإيجار- المرجع السابق-ص 181

ثالثاً: التزام المستأجر بإخطار المؤجر عند اقتضاء تدخله.

تستدعي المحافظة على العين المؤجرة كذلك، حسب المادة 497 من القانون المدني، أن يقوم المستأجر بإخطار المؤجر بكل ما يستوجب تدخله في الوقت الملائم، خاصة الإصلاحات العاجلة التي تحتاجها العين، كتلف في وصلات الكهرباء الرئيسية، أو ظهور عيب فيها، أو يتعرض لها الغير، حتى يتخذ المؤجر ما يلزم من أعمال صيانة لحفظها، ودفع ما قد يهدد العين من خطر¹.

الفرع الرابع: التزام المستأجر برد العين المؤجرة وملحقاتها.

يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة للمؤجر عند نهاية عقد الإيجار بالحالة التي كانت عليها وقت التسلم وبما اشتملت عليه من ملحقات من دون عجز -المادة 503 قانون مدني- فإذا اختلف المستأجر والمؤجر عند الرد حول حالة العين يرجع إلى المحضر الوصفي المحرر عند التسليم، فإن أثبت أن العين سلمت في حالة غير حسنة، التزم المستأجر بردها على تلك الحالة. فإن لم يكن قد تم تحريره فيفترض أن المستأجر قد تسلمها في حالة حسنة، وإن كانت القرينة بسيطة يجوز للمستأجر إثبات عكسها.

و يكون الرد بنفس كيفية التسليم أي قانونياً بوضع العين تحت تصرف المؤجر مع إعلامه بذلك، أو حكماً بتغيير صفة المستأجر إلى مالك في حالة اقتران الإيجار بالوعد بالبيع أو إلى مستعير، إلى غير ذلك². وعند الرد يقوم المستأجر والمؤجر طبقاً للمادة 503 من القانون المدني بتحرير محضر وصفي يبين حالة العين ويحصر محتوياتها. وفي حالة عدم تحريره يفترض أن المؤجر استرد العين في حالة حسنة، وكان ذلك أيضاً بمثابة قرينة قانونية بسيطة³.

وإذا أخل المستأجر بالتزامه بالرد عند انقضاء الإيجار أو رد العين المؤجرة على غير حالتها أو تأخر في ذلك طالبه المؤجر بالتنفيذ العيني بأن يرفع ضده دعوى إخلاء ويمكن في سبيل ذلك اللجوء إلى القضاء الاستعجالي. إضافة إلى التعويض عن الضرر، يراعى فيه القيمة الإيجارية للعين عند انتهاء الإيجار وما لحق المؤجر من خسارة وما فاتته من كسب⁴.

¹ - هشام طه محمد سليم-المرجع السابق-ص 323.

² - هلال شعوة- المرجع السابق-ص 189.

³ - يمينية حوحو-أحكام عقد الإيجار-المرجع السابق-ص 88.

⁴ - هلال شعوة-المرجع السابق-ص 194-195.

المبحث الثالث: التنازل عن الإيجار، الإيجار من الباطن وانتهاء العقد.

قد يدخل طرف ثالث للانتفاع بالعين المؤجرة، فتتسبب تبعاً لذلك علاقات قانونية تتوقف على مصدر حق المتدخل "المطلب الأول". كما أن خاصية عقد الإيجار واعتباره من عقود المدة يستلزم انتهاء واسترداد المنفعة "المطلب الثاني".

المطلب الأول: التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن

باعتبار حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة حقاً شخصياً فيتم التنازل عنه إما بمقابل أو دون مقابل "الفرع الأول"، كما يقوم المستأجر بتأجير حقه في الانتفاع بالعين المؤجرة إلى مستأجر آخر فيكون إيجاراً من الباطن أو إيجاراً فرعياً "الفرع الثاني". وقد نظم المشرع الجزائري ذلك بموجب المادة 505 قانون مدني التي نصت على عدم جواز التنازل على الإيجار أو الإيجار من الباطن إلا بالموافقة الكتابية للمؤجر¹، وتكون الكتابة التي يفرغ فيها المؤجر قبوله بالإيجار الفرعي أو التنازل عن الإيجار من أجل الإثبات، يحدد فيها نوع التصرف الذي وافق عليه المؤجر إما تنازلاً أو إيجاراً من الباطن، والذي يجب أن يتقيد به المستأجر، كما أن موافقة المؤجر تسري على المالك الجديد.

و وفقاً للقواعد العامة² إذا خالف المستأجر المنع وقام بالتنازل أو الإيجار من الباطن، كان للمؤجر أن يطالب بالتنفيذ العيني، أي المطالبة بالإخلاء على نفقة المستأجر، كما للمؤجر المطالبة بالفسخ فيحكم به القاضي إذا ثبت عدم إخلاء العين من قبل المتنازل له أو المستأجر الفرعي، كما يمكنه إضافة إلى ذلك المطالبة بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

الفرع الأول: التنازل عن الإيجار.

يُعرف التنازل عن الإيجار بأنه عقد يتم فيه نقل جميع حقوق المستأجر والتزاماته الناشئة عن عقد الإيجار إلى شخص آخر يحل محله فيها بموجب بيع أو هبة³، فيكون تنازلاً عن مركز قانوني في رابطة عقدية موجودة من قبل، ما يؤدي إلى نشوء علاقة مباشرة ومتبادلة بين المتنازل لديه-المؤجر-

¹ - منعت المادة 54 من قانون التوجيه العقاري 90-25 التأجير الفرعي للأراضي الفلاحية إلا في مراعي القش وذلك في إطار أحكام المادة 505 من الأمر 75-58، واعتبرت العقد باطلاً وعديم الأثر. كما نص أيضاً-كما سبق الإشارة- المرسوم 08-142 المحدد لقواعد منح السكن العمومي الإيجاري بموجب المادة 44 فقرة 4 على وجوب نص عقد الإيجار على منع أي إيجار من الباطن أو أي نقل لحق الإيجار.

² - المادة 173 قانون مدني.

³ - قد يرد التنازل على كامل مدة الإيجار أو على جزء منها، وقد يشمل الانتفاع بكل العين أو بجزء منها.

والمتنازل له¹. فيعد التنازل حوالة حق بالنسبة لما يحيله المستأجر (الدائن) إلى المحال له من حقوق، وحوالة دين بالنسبة لما عليه من التزامات². و باعتبار التنازل عن الإيجار حوالة حق، فإنه لا يحتج على المؤجر (المدين) بالحقوق التي للمستأجر في مواجهة المتنازل له إلا إذا رضي بها، أو على الأقل علم بها لحل إشكالية تعدد المتنازل إليهم بحق الإيجار، فتكون الأولوية لمن قام أولاً بإعلام المؤجر بالتنازل وذلك بموجب عقد غير قضائي. و لا يحتج بها في مواجهة الغير المتصرف لهم إلا إذا كان قبول المؤجر بالحوالة ثابت التاريخ³. أما من حيث كونها حوالة دين، فإنه لا يحتج بها بما على المستأجر من ديون والتزامات في مواجهة المؤجر إلا إذا أقرها باعتباره دائناً⁴.

إذا تنازل المستأجر عن الإيجار، أدى ذلك إلى نشوء علاقات ثلاث:

أولاً: علاقة المستأجر بالمتنازل له.

يرتبط المستأجر المتنازل بالمتنازل له بعقد التنازل وينظم العلاقة أحكام الحوالة، فيحدد هذا العقد حقوق والتزامات كل طرف وفيما إذا كان يستغرق كل مدة الإيجار أو جزءاً منها، مع تحديد لمقابل التنازل وهو ثمن يدفع جملة واحدة، فتسري عليه أحكام البيع لا أحكام الإيجار، ولا يكون للمستأجر ضماناً لهذا الثمن، امتياز المؤجر، بل يكون له امتياز بائع المنقول⁵. بالتالي فالمقابل هنا غير الأجرة التي يلتزم المتنازل له بدفعها للمؤجر، وهي ذاتها التي كان يدفعها المستأجر للمتنازل للمؤجر.

يكون المتنازل له، إذن، خلفاً خاصاً للمستأجر تنتقل إليه كل حقوق المستأجر والتزاماته في حدود القدر المتنازل عنه، وبموجب حوالة الدين يكون المتنازل له مديناً للمؤجر مباشرة بدفع بدل الإيجار والمحافظة على العين وردها بعد انتهاء مدة الإيجار. رغم ذلك، جاءت المادة 506 قانون مدني بحكم خاص تبقي فيه المستأجر ضامناً للمتنازل له في تنفيذ التزاماته.

وباعتباره محيلاً، لا يضمن المستأجر للمتنازل له إلا وجود الحق أثناء التنازل، إذا كان بعوض، فإن كان التنازل بغير عوض، فلا يضمن له حتى وجود الحق وقت الحوالة⁶.

¹ - اسماعيل المحاقري-التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن-مجلة البحوث القضائية-المحكمة العليا -العدد7-2007- صنعاء- ص168.

² - --- رمضان محمد أبو السعود- شرح أحكام القانون المدني- العقود المسماة: البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين- القسم الثالث- المرجع السابق-ص 919.

³ - المادة 241 فقرة 2 قانون مدني.

⁴ - المادة 252 قانون مدني.

⁵ - أشرف جابر سيد-الوجيز في عقد الإيجار- المرجع السابق-ص 236.

⁶ -المادة 244 قانون مدني.

ثانياً: علاقة المستأجر بالمؤجر.

بالحوالة يفقد المستأجر حقوقه حيث يكون للمتنازل له فقط، مطالبة المؤجر بهذه الحقوق، وبالمقابل يلتزم المتنازل له بالالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار. فلم يعد المستأجر دائناً للمؤجر ولا مدينا له، إذ اختفت بذلك وساطته بين المؤجر والمتنازل له¹. وضمانه للمؤجر تنفيذ الإلتزامات التي انتقلت للمتنازل له، هو ضمان بحكم القانون².

ثالثاً: علاقة المؤجر بالمتنازل له.

بقبول التنازل، أو إعلانه بعقد غير قضائي، يصبح نافذاً في حق المؤجر، ويكون للمتنازل له مطالبة المؤجر مباشرة بكل الحقوق الناجمة عن الإيجار، وللمؤجر مطالبة بتنفيذ كل الإلتزامات³.

الفرع الثاني: الإيجار من الباطن.

يبرم المستأجر إيجاراً من الباطن، بتأجير العين المؤجرة إلى شخص آخر، هو المستأجر الفرعي، لمدة معينة لا تزيد عن مدة الإيجار الأصلي مقابل بدل إيجار معلوم. فتنشأ علاقة جديدة بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن، إضافة إلى العلاقة القائمة بين المؤجر الأصلي والمستأجر الأصلي.

فإذا كان طرفاً عقد الإيجار الأصلي هما المستأجر الأصلي والمؤجر الأصلي، فإن عقد الإيجار الفرعي يبرم بين المستأجر الأصلي الذي أصبح مؤجراً من الباطن والمستأجر الفرعي. بالتالي لا ينشئ الإيجار الفرعي علاقة مباشرة بين المؤجر الأصلي والمستأجر الفرعي، وإنما تبقى العلاقتان مستقلتان فيخضع العقد الأول لأحكام العقد الأصلي، أما الثاني فيخضع لأحكام عقد الإيجار الفرعي.

على هذا الأساس، يولد الإيجار من الباطن العلاقات التالية:

أولاً: علاقة المستأجر الأصلي بالمستأجر الفرعي.

هي علاقة ينظمها عقد الإيجار الفرعي فيلتزم المستأجر الفرعي بكل الإلتزامات الناجمة عن عقد الإيجار الفرعي بما فيها مدة الإيجار وبدل الإيجار المتفق عليه في عقد الإيجار من الباطن، وهنا لا يجوز أن تتجاوز مدة الإيجار الفرعي مدة الإيجار الأصلي، إلا إذا أقرها المؤجر الأصلي، حينئذ تكون نافذة في حقه.

¹ - اسماعيل المحاقري - المرجع السابق - ص 173

² - هو حكم المادة 506 قانون مدني جزائري.

³ - أحمد السعيد الزقرد - فايز عبد الله الكندري - عقد الإيجار - المرجع السابق - ص 240.

ثانياً: العلاقة بين المستأجر الأصلي والمؤجر.

هي علاقة خاضعة لعقد الإيجار الأصلي، فيكون لكل طرف مطالبة الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته الناجمة عن العقد الأصلي. فيكون المؤجر ملتزماً في مواجهة المستأجر الأصلي بالصيانة والضمان وللمستأجر من الباطن أن يطالب المستأجر الأصلي بالتزاماته الناشئة عن الإيجار من الباطن. فيبقى المستأجر الأصلي وسيطاً بين المؤجر والمستأجر من الباطن، يطالب الأول ويطلبه الثاني¹.

ثالثاً: علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن.

لا عقد يربط بين المؤجر والمستأجر من الباطن، لذا فالعلاقة بينهما غير مباشرة يتوسطها المستأجر الأصلي الذي يتحمل الالتزامات الناتجة عن عقد الإيجار الأصلي². لذلك يجوز لأي منهما الرجوع على الآخر بدعوى غير مباشرة بصفته دائناً للمستأجر الأصلي. وبالتالي ليس للمؤجر إلا استعمال حقوق مدينه -المستأجر الأصلي- برفع دعوى غير مباشرة باسم مدينه وعندئذ يدخل البديل في الضمان العام ويزاحمه فيه باقي الدائنين الآخرين للمستأجر الأصلي واقتسامه قسمة الغرماء³.

لكن، بعد أن يوجه المؤجر الأصلي إنذاراً للمستأجر الفرعي تنشأ علاقة بينهما ويكون لكل منهما الرجوع على الآخر بدعوى مباشرة كضمان خاص يرفعها باسمه ولحسابه ضد المستأجر الفرعي ويطلبه بالبديل الذي في ذمته، دون أن يزاحمه باقي الدائنين الآخرين للمستأجر الأصلي، فيكون المستأجر الفرعي ملتزماً في مواجهة المؤجر الأصلي بالقدر الذي يكون بذمته من بدل إيجار للمستأجر الأصلي⁴ حيث يحكم العلاقة أحكام الإيجار من الباطن .

فإذا قام المستأجر الفرعي بدفع معجل لبديل الإيجار للمستأجر الأصلي فلا تبرأ ذمته إلا إذا كان هذا التعجيل قد تم قبل توجيه المؤجر إنذاراً له، وأن يكون هذا التعجيل قد تم وفق العرف المعمول به أو وفق اتفاق ثابت التاريخ وقت إبرام الإيجار الفرعي⁵.

¹ - احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإيجار والعارية، الجزء السادس، المجلد الأول-المرجع السابق -ص 721

² - سمير تناغو - عقد الإيجار - تشريع جديد مقترح لمراجعة وصياغة احكام المحكمة الدستورية العليا المساكنة الباب الخلفي للتهرب من احكام الدستورية العليا احدث القوانين واحكام محكمة النقض - المرجع السابق -ص 285

³ - سمير تناغو - عقد الإيجار - تشريع جديد مقترح لمراجعة وصياغة احكام المحكمة الدستورية العليا المساكنة الباب الخلفي للتهرب من احكام الدستورية العليا احدث القوانين واحكام محكمة النقض - المرجع السابق -ص 285.

⁴ - المادة 507 فقرة 1 من القانون المدني.

⁵ -المادة 507 فقرة 2 قانون مدني

وما دام أن الدعوى المباشرة تقرر استثناء بموجب نص خاص وهو ما تم بموجب المادة 507 قانون مدني، فقد تضمنت حق رجوع المؤجر المباشر على المستأجر من الباطن ببدل الإيجار دون الإلتزامات الأخرى كالترميمات التأجيرية، ولا إمكانية رجوع المستأجر الفرعي على المؤجر لتنفيذ التزاماته الناشئة عن الإيجار. رغم أن موافقة المؤجر الكتابية على الإيجار من الباطن يعدّ اتجاهها لإرادته إلى الارتباط بعقد آخر يحقق مصلحته.

وقد أكد المشرع الفرنسي في تعديل قانون العقود بموجب المرسوم 131-2016 بمقتضى المادة 1341-3، أن للدائن أن يباشر دعوى ضد مدين مدينه لاستفاء حقه في الحالات التي يحددها القانون. فالمادة تستهدف فقط الحالة الاستثنائية المقررة قانونا. وفي ذلك إحالة للمادة 1753 التي تمنح المؤجر الأصلي حق رفع دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن لاستيفاء الأجرة المتفق عليها بموجب الإيجار الفرعي¹.

المطلب الثاني: انتهاء حق الإيجار.

بعد استقلال الجزائر، سائر المشرع الجزائري النظام الإشتراكي الذي كان منتهجا، فتدخل بموجب الأحكام القانونية الواردة الأمر 75-58 إلى جانب المستأجر لحمايته باعتباره الطرف الضعيف وأقر له حق البقاء في المحلات السكنية والمهنية بعد انتهاء مدة الإيجار. وهو نظام مستمد من القانون الفرنسي، خضع له المستأجر لمواجهة أزمة السكن على الخصوص. هذا ما أدى إلى عزوف الملاك عن تأجير عقاراتهم بسبب حق البقاء الذي مس بملكيتهم فلم يكن بوسعهم استرجاعها إلا باتباع إجراءات معقدة. فنتج عن هذا إلقاء عبء توافر السكنات على الدولة. لذلك، ومع التحول إلى النظام الليبرالي، تولى المشرع عن هذا النظام بموجب القانون 07-05 وأعاد علاقة الإيجار إلى القواعد القائمة على مبدأ سلطان الإرادة. فأصبح العقد خاضعا لإرادة المتعاقدين، على ألا تخالف النظام العام ودون الحاجة إلى إجراء آخر، تحقيقا لهدف تكييف الأحكام القانونية المتعلقة بالإيجار مع مقتضيات الإقتصاد الوطني وتوفير ضمانات أكبر في المعاملات بين الأطراف في مجال الإيجارات السكنية

¹ - L'article 1341-3 du code civil issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : " Dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur. »

Art. 1753 du code civil français : « Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des paiements faits par anticipation.

Les paiements faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits par anticipation."

والمهنية¹. على هذا الأساس سيتم التطرق من خلال الفروع التالية إلى نظام حق البقاء، انتهاء العمل به وحالات تطبيقه استثناء وإلى طرق انقضاء عقد الإيجار.

الفرع الأول: حق البقاء في الأمكنة وانتهاء العمل به.

أورد المشرع الجزائري بموجب التشريع الخاص بإيجار المحلات ذات الاستعمال السكني والمهني المنظم وفقاً للأمر 58-75 حكماً خاصاً بحق البقاء في الأمكنة، ابتغى من وراءه المشرع تحقيق غاية اجتماعية فنصت المادة 514 -ملغاة- من الأمر 58-75 على أن الشاغلين بحسن نية للأماكن المعدة للسكن والمهن والمنافع به عن طريق الإيجار، لهم الحق أن يتمسكوا بالبقاء في الأماكن ويمنع على المؤجرين إخراج المستأجرين من العين المؤجرة ولو بعد انقضاء مدة الإيجار، وسمحت للمستأجر بالبقاء شاغلاً له ما دام يوفي بالتزاماته على النحو الذي قرره القانون وبنود عقد الإيجار، ومن ثم فإن حق البقاء هنا مصدره القانون، ومن خصائصه أنه:

-يسري بحكم القانون²، فكان للمستأجر المنتهي عقده صفة شاغل بحسن نية. إذ استبدل المشرع صفة المستأجر الذي انتهى عقد، بصفة شاغل المكان وقرر له حماية بموجب حكم أمر بعيداً عن إرادة المتعاقدين ؛

-أنه غير محدد المدة إذ يستفيد الشاغل من البقاء لمدة غير محدودة؛

-طبقت المادة 516 من الأمر 58-75-الملغاة- على الأشخاص الطبيعية والمعنوية ؛

-يطبق حق البقاء على الشاغلين حسني النية، أي الشاغل الحائز لسند الإيجار والذي يوفي بالتزاماته الإيجارية؛

- اعتبرت المادة 525 من الأمر 58-75-الملغاة-حق البقاء حقاً شخصياً لكنه غير قابل للتنازل والانتقال بأي وجه من أوجه التصرف³.

¹ -مجلس الأمة-الجلسة العلنية العامة لـ 2007/04/17-الدورة الربيعية-الجريدة الرسمية للمداولات-الفترة التشريعية الثانية-السنة 4-العدد4-ص 4.

- http://majliselouma.dz/pdf/jod/jod_04_p_2007.pdf

² -يفرض حق البقاء على المؤجر بقوة القانون، في حين تنسب العلاقة العقدية في التجديد الضمني إلى الإرادة الضمنية للمؤجر: حمدي باشا-دراسات قانونية مختلفة-المرجع السابق-ص54.

³ -مجيد خلفوني -المرجع السابق- ص 139.

أولاً: حق البقاء أصلً بموجب الأمر 58-75.

يعد حق البقاء بالمحل السكني والمهني نظاماً قانونياً استثنائياً، لكن المشرع الجزائري طبقه كأصل بموجب الأمر 58-75، فقرره لفائدة فئة محددة، بحيث لم يكن للمؤجر أن يطالب بإخلائهم للمكان وذلك بمقتضى ما كانت تنص عليه المواد 514، 515، 516 قبل إلغائها. ولا يكون له حق استرجاع العين إلا استثناءً، بتوافر إحدى حالات المواد 518 إلى 537 من الأمر ذاته. فجاء حق البقاء عاماً غير مقيد ووردت حالات الاسترجاع على سبيل الحصر¹.

أ)- الفئات التي كان لها حق البقاء: وهي

- المستأجر الأصلي: حسن النية، أي الذي يشغل المسكن بسند إيجار كتابي أو شفوي؛
- المستأجر الفرعي: وهو الذي يشغل المسكن عن طريق الإيجار من الباطن بعلم والموافقة الصريحة للمؤجر صاحب المسكن، ويشترط فيه هو الآخر حسن النية؛
- المتنازل له حسن النية: بعد انتهاء مدة الإيجار ؛
- المستأجر الذي كان قد استأجر هذا المسكن من إدارة عمومية: وظل يستعمله بعد تنازل الإدارة عن حقها، إذا أثبت أنه سدد بدل الإيجار خاصة إذا تم ذلك عن طريق الاقتطاع من راتبه الشهري؛
- أفراد عائلة المستأجر المتوفي أو الشاغل المتوفي: الورثة ومن هم تحت كفالته، الذين كانوا يعيشون معه وتحت نفقته لمدة لا تقل عن ستة (6) أشهر طبقاً للمادة 515 -الملغاة- وكذلك أعضاء أسرة المستأجر الذي هجر المنزل بطريقة مفاجئة؛
- الشخص المعنوي الذي يشغل محلاً لمزاولة نشاطه: المادة 516 ملغاة، وإن كان يسقط عنه حق البقاء إذا أراد المالك أن يسكن المحل بنفسه أو يسكن زوجه أو أصوله أو فروع².

¹ - الطبيب زروتي-حق البقاء وحق استرجاع المحلات المعدة للسكن في القانون الجزائري المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية-مجلد 32-عدد 3- سبتمبر 1995-ص 659.

² - وكانت المادة 517 من الأمر 58-75 -الملغاة- تحدد حالات لا يمكن فيها للشاغل حسن النية الاستفادة من حق البقاء، وهم:- الذين صدر بحقهم حكم نهائي بالإخلاء: بمقتضى نصوص سابقة تعطي لمالك المسكن الحق في استرداد الأمكنة؛-إذا لم يشغلوا الأمكنة فعلاً بأنفسهم: أو من طرف الأشخاص الذين تجب عليهم نفقتهم، إذ لا بد أن يكون شغل الأمكنة قد استمر 8 أشهر خلال السنة الإيجارية إلا إذا كانت مهنة أو وظيفة الشاغل أو سبب مشروع آخر يبرر شغل المكان لمدة أقل؛-إذا كانت لهم عدة مساكن: ما لم يثبتوا أن وظيفتهم تؤدي إلى شغل عدة مساكن؛-الذين يشغلون أماكن محظورة: أو فيها خطورة تستوجب الترميم أو الهدم، غير أنه إذا كان الحظر مؤقتاً أو تم التراجع عن قرار الهدم فيمكن الاحتجاج بحق البقاء بالرجوع إلى الأمكنة؛-الذين يشغلون مساكن تم شراؤها أو نزع ملكيتها للمنفعة العامة: شرط تعويضهم بسكن؛-الذين يشغلون مساكن بصفة مؤقتة للمتعة؛-الذين يشغلون

ب)- حق الاسترجاع: كان الأمر 58-75 يمكن المؤجرين من استرجاع الأمكنة استثناء في حالات معينة، وهي:

- الاسترجاع لغرض القيام بأشغال في العين المؤجرة: فيتم الاسترجاع للقيام بالبناء: مع وجوب أن يسبق عملية الخروج تنبيه بالإخلاء ستة (6) أشهر مسبقاً، ووضع سكن صالح للشاغل، والشروع في البناء ثلاث (3) أشهر من يوم الإخلاء¹؛ كما يمكن استرجاع المساحات والأراضي الفضاء التابعة للسكن، وذلك من أجل البناء عليها شرط ألا يجعل البناء الجديد الانتفاع بالسكن المشغول مستحيلاً، مع التخفيض من بدل الإيجار والتنبيه المسبق بستة (6) أشهر، والشروع في البناء خلال ثلاث (3) أشهر².

- الاسترجاع بغرض الإسكان: إذ كان من حق المالك استرجاع ملكه لكن بغرض السكن هو أو فروعه أو بعض أصوله، شرط أن يكون المالك جزائرياً مع إعادة إسكان الشاغل للمكان في محل صالح للسكن موجود في نفس البلدة، وللشاغل أجل شهر من تاريخ تبليغه للموافقة على السكن البديل، فإذا رفض يلجأ إلى الخبرة³.

وقد يكون الاسترجاع مع الإسكان الاختياري -المادة 529 الملغاة- هنا لا يجبر المؤجر على إعادة إسكان الشاغل شرط أنه إذا كان المالك قد اكتسب العقار بعوض يشترط أنه اكتسبه لعشر (10) سنوات سابقة لممارسة حق الاسترجاع، ويمكن تخفيضها إلى أربع سنوات بموافقة القضاء، منعا للمضاربة على حساب المستأجر أو الشاغل⁴.

- حق الاسترجاع الممتاز: حيث كانت المادة 533 قانون مدني -الملغاة- تمكن عدداً من المالكين الممتازين استرجاع ملكيتهم، وهم الأشخاص المطرودين، لأن المالك استعمل حقه في الاسترجاع والأشخاص المطرودين من محلات مُنع السكن فيها بموجب قرار حظر أو قرار نزع الملكية للمنفعة العامة.

مساكن بموجب علاقة العمل وانتهت هذه العلاقة؛-الذين لهم إمكانية الحصول على مسكن يفي بحاجياتهم وحاجيات أسرهم: -مجيد خلفوني -المرجع السابق- ص 143، 144.

¹ - المواد 518، 519 الملغاة

² - المادة 522 من الأمر 58-75 الملغاة

³ - المواد 526، 527، 528 من الأمر 58-75 الملغاة

⁴ - الطيب زروتي-المرجع السابق-ص 662.

ثانياً: انتهاء عقد الإيجار بموجب المرسوم 93-03

تمهيدا لتغيير النظام، نص المرسوم التشريعي 93-03 نصت المادة 20 منه على عدم تطبيق المواد المتعلقة بحق البقاء - من 514 إلى 537 من القانون 75-58 - فجعلت أحكامه غير منطبقة على المعاملات الإيجارية المبرمة في إطار الترقية العقارية، لكن هذا المرسوم لم يطبق على ما تم من بقاء المؤجر بالمكان بعد انتهاء المدة تطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القانون للماضي، وإنما سري على عقود الإيجار المبرمة في ظل القانون 75-58 ما دام أن آثار العقد، أي انتهاءه قد تم في ظل المرسوم¹، وكذلك على عقود الإيجار المبرمة في ظل المرسوم².

ثالثاً: حق البقاء استثناءً بموجب القانون 07-05.

بصدور القانون 07-05 ألغى المادة 20 من المرسوم التشريعي 93-03، وألغى حق البقاء بالأمكانة بتكريس حرية التعاقد. حيث أصبح حق المستأجر في استرجاع العين المؤجرة مرتبطاً بانتهاء مدة الإيجار دون الحاجة لأي إجراء ولم يعد محصوراً في حالات محددة.

والقاعدة أن نصوص القانون 07-05 لا تسري بأثر رجعي على ما ترتب من آثار لعقد الإيجار قبل نفاذه، كما أن لها أثر مباشر على ما ينشأ في ظلها من آثار، إلا أنها جاءت باستثناء عن الأثر الفوري للقانون 07-05 بموجب المادة 507 مكرر قانون مدني في حالات معينة، وبموجب المادة 507 مكرر¹ في حالات أخرى، حيث تقرر الاستمرار بالعمل في هذه الحالات بحق البقاء: وتتمثل في:

1- عقود الإيجار المبرمة في ظل التشريع السابق ظلت خاضعة له لمدة عشر (10) سنوات إلى غاية 14 ماي 2017³: حيث بقي المستأجر خلال هذه المدة متمسكاً بحق البقاء طبقاً للمادة 514 من الأمر 57-58، ولم يكن حقه ينقضي إلا بسبب حالة من حالات استرجاع السكن⁴. وذلك بغرض المحافظة

¹- عبد العالي بوشهدان-المجال الزمني لحق البقاء في إيجار الأماكن المعدة للسكن في القانون الجزائري-مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون- المجلد 19-عدد35-سبتمبر 2013-ص146.

²-قرار المحكمة العليا بتاريخ 05/11/2009-الغرفة الاجتماعية-مجلة المحكمة العليا-عدد2-2009-ص413: "الإيجار المبرم في ظل مقتضيات المرسوم التشريعي رقم 93-03 الذي ألغى حق البقاء في الأمكانة لا يخضع للقانون المدني ولا لزوم بالتالي لتوجيه تنبيه بالإخلاء للمستأجر".

³-بقي القانون القديم منظماً للآثار المستقبلية التي تنشأ في ظل القانون 07-05 لمدة 10 سنوات حيث خضعت آثار العقد للقانون الذي كان سارياً أثناء إبرام العقد فبقيت أحكام حق البقاء خلال هذه المدة سارية على كل الحالات التي نشأ فيها العقد قبل الإلغاء-: لحسن بن الشيخ آث ملويا-مدخل إلى دراسة القانون-المرجع السابق-ص221.

⁴-قرار المحكمة العليا بتاريخ 09/06/2011-الغرفة العقارية-مجلة المحكمة العليا عدد2-2011-ص166: "لا تخضع للقانون رقم 07-05، المتضمن تعديل القانون المدني، وطيلة 10 سنوات، ابتداء من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية (13 مايو 2007) (الإيجارات المبرمة قبل التعديل، بما فيها حق البقاء".

على الحقوق المكتسبة وإعطاء مهلة كافية لأطراف العقد للتكيف مع أحكام القانون 07-05¹. وبعد انقضاء هذه المدة، توحّد النظام القانوني الخاص بعقد الإيجار في النصوص المعدلة بموجب القانون ال07-05، وأصبح يسود العقد مبدأ سلطان الإرادة لتنتهي بذلك مسألة تعدد القواعد القانونية التي تحكم المراكز القانونية في الإيجار².

2- مقررّة لفائدة الأشخاص الطبيعيين البالغين ستين (60) سنة منذ نشر القانون 07-05: إذ يبقى لهم الحق في التمسك بالبقاء إلى حين وفاتهم، دون ورثتهم ولا الأشخاص الذين يعيشون معهم. وبذلك أصبح حق البقاء استثناء بعدما كان أصلاً في التشريع الجزائري.

3- الإجراءات المبرمة مع المؤسسات العمومية المختصة، تبقى خاضعة للأحكام الخاصة بها: فلا تمتد أحكام القانون 07-05 إلى مستأجري المحلات السكنية التابعة لديوان الترقية والتسيير العقاري التي تبقى خاضعة لأحكام المرسوم 76-147 الذي ينص على حق البقاء³. مع الإشارة إلى أن هذا المرسوم يطبق على المحلات السكنية لوحدها⁴، وعليه فإن المحلات المهنية التابعة لديوان الترقية والتسيير العقاري لا يستفيد مستأجرها من حق البقاء، فالمبدأ استثنائي لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره⁵.

الفرع الثاني: انتهاء الإيجار قبل انقضاء مدته.

بمقتضى المادة 469 مكرر 1 من القانون 07-05 ينقضي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون الحاجة إلى تنبيه بالإخلاء، وعلى سبيل الاستثناء للمستأجر -بمقتضى نفس المادة- الحق في إنهاء العقد قبل انتهاء مدته لسبب عائلي أو مهني، مع وجوب إخطار المؤجر بمقتضى عقد غير قضائي يتضمن إشعاراً برغبته في الإنهاء لمدة شهرين (2)، أي قبل شهرين (2) على الأقل من موعد إنجائه.

¹ - مجلس الأمة - الجلسة العلنية العامة لـ 17/04/2007 - المرجع السابق - ص 4

² - عبد العالي بوشهدان - المرجع السابق - ص 153.

³ - 1- قرار المحكمة العليا بتاريخ 16-01-2008 - الغرفة الاجتماعية - مجلة المحكمة العليا - عدد 1-2010 - ص 325: "لا ينتقل حق الإيجار، في السكنات التابعة لديوان الترقية والتسيير العقاري، إلى ورثة المستأجر. يستفيد أعضاء عائلته، الذين كانوا يعيشون عادة معه منذ أكثر من ستة أشهر، بحق البقاء بالأمكنة".

2- قرار المحكمة العليا بتاريخ 13/02/2014 - الغرفة العقارية - مجلة المحكمة العليا - عدد 1-2014 - ص 370: "يستفيد أعضاء عائلة المستأجر المتوفى الذين كانوا يعيشون عادة معه منذ أكثر من ستة (06) أشهر بحق البقاء في الأمكنة بعد حفاة المستأجر المتوفى، العائشون معه منذ أكثر من ستة أشهر قبل وفاته، من أعضاء عائلته ويستفيدون بحق البقاء في الأمكنة. لا تتوقف الاستفادة بحق البقاء على توفر صفة الوارث".

⁴ - تنص المادة 1 من المرسوم 76-147: "تحدد أحكام هذا المرسوم شروط شغل العقارات المعدة أساساً للاستعمال السكني والتابعة لمكاتب الترقية والتسيير العقاري، باستثناء العقارات المسيرة من قبل مصلحة أملاك الدولة طبقاً للتشريع المعمول به".

⁵ - حمدي باشا عمر - دراسات قانونية مختلفة - المرجع السابق - ص 55.

وفي حالة وفاة المستأجر، لا ينتقل الإيجار إلى الورثة إلا طوال قيام مدة العقد¹، أي أن عدم انقضاء مدة الإيجار هو الذي يبرر بقاء الورثة في العين، وهم الأشخاص الذين كانوا يعيشون عادة مع المستأجر مدة ستة (6) أشهر. هذا ما لم يتضمن العقد شرطاً يقضي بانتهاء الإيجار عند وفاة المستأجر، حينها يتعذر على أفراد عائلته التمسك بحق الإيجار².

وفي حالة ما إذا وجد الورثة ضرورة لإنهاء العقد قبل انتهاء مدته، لكونه يزيد عن حاجاتهم أو تكاليفه باهضة بالنسبة لهم، جاز لهم ذلك على أن يقرروا إرادتهم في إنهاء العقد خلال الستة (6) أشهر من وفاة المستأجر، مع وجوب إخطار المؤجر بمحرر غير قضائي يتضمن إشعاراً بالإنهاء لمدة شهرين³.

الفرع الثالث: انقضاء الإيجار الصادر من المنتفع وصاحب حق الاستعمال والسكن.

للمنتفع التأجير لأية مدة يراها، شرط ألا تزيد على مدة حق الانتفاع ذاته. فتكون مدة الإيجار محدودة بمدة حق الانتفاع⁴. وينتهي الإيجار بانقضاء مدة الانتفاع أو بموت المنتفع، أيهما أسبق، بقوة القانون دون أي إجراء آخر طبقاً للمادة 469 من القانون 05-07.

وعلى ذلك، إذا كان حق الانتفاع مدته تسع سنوات مثلاً، فلا يتقيد المنتفع في الإيجار بمدة ثلاث سنوات؛ لأنه لا يفعل ذلك بموجب حق الإدارة، وإنما يستطيع أن يؤجر العين لأية مدة بشرط ألا تتجاوز التسع سنوات، وألا تتجاوز في الوقت ذاته حياة المنتفع. فإن كان المستأجر هو مالك الرقبة، استمر في الانتفاع، باعتباره مالكا لا مستأجراً⁵.

كما ينتهي الإيجار الصادر من صاحب حق الإستعمال والسكن بانقضاء حق الاستعمال والسكن بقوة القانون، وهو ما أكدته المادة 469 مكرر فقرة 2 من القانون 05-07.

¹ - المادة 469 مكرر 2 فقرة 2 قانون مدني.

² - يمينه حوحو - أحكام عقد الإيجار في القانون الجزائري-المرجع السابق-ص 31

³ -المادة 469 مكرر 2 فقرة 2 و3 قانون مدني.

⁴ -محمد حسين منصور-أحكام الإيجار في القانون المدني وقانون لإيجار الأماكن-المرجع السابق-ص 45

⁵ -سمير تناغو-عقد الإيجار- تشريع جديد مقترح لمراجعة وصياغة أحكام المحكمة الدستورية العليا المساكنة الباب الخلفي للتهرب من أحكام الدستورية العليا احدث القوانين وأحكام محكمة النقض- المرجع السابق-ص37.

الفصل الثاني: عقد الوكالة

تنقسم النيابة في التعاقد بالنظر إلى مصدرها إلى نيابة قانونية، تتحدد فيها سلطة النائب بمقتضى نص قانوني، ونيابة قضائية، يكون تعيين النائب فيها بموجب حكم قضائي وأخرى اتفاقية، وهي تلك التي يكون مصدرها إرادة الأصيل فتتم بموجب عقد الوكالة. وللوكالة أهمية قصوى في شتى نواحي النشاط الاقتصادي والسياسي فكثير من أوجه النشاط البشري يحتاج للنيابة. ومع العولمة والتطور التكنولوجي زاد دورها وظهر ما يسمى بالوكيل الإلكتروني الذي يخضع لقواعد القانون المدني إضافة إلى قواعد خاصة بالبيئة الإلكترونية. على هذا الأساس سيكون محل الدراسة من خلال هذا الفصل عقد الوكالة كصنف آخر من العقود المسماة، للتعرف على العقد وكيفية انعقاده (المبحث الأول) وكذلك على أحكامه وما ينشأ عنه من علاقات وآثار قانونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: انعقاد الوكالة ونطاقها.

تعد الوكالة أداة أساسية في الحياة القانونية تساهم في تطوير النشاط القانوني. من خلالها يستطيع الشخص القيام بالتصرفات القانونية دون أن يضطر لحضور حقيقي من جانبه، فيكون حاضراً حكماً بواسطة وكيل¹. وهو ما يتحقق في حالة عدم قدرة الشخص المادية أو عدم توافر الخبرة لديه للإقدام على تصرف، وكذلك الحال بالنسبة للشخص المعنوي الذي يتصرف من خلال وكلائه. غاية عقد الوكالة إذن هي استفادة الموكل من جهد الوكيل وخبرته، لذلك صنفه المشرع ضمن العقود الواردة على العمل. دور الوكالة هذا يستدعي الوقوف على ماهيته من خلال تحديد مفهومه، طبيعته القانونية وشروط انعقاده "المطلب الأول". وكذا تحديد نطاق الوكالة وسلطات الوكيل من خلال التعرف على أنواعها "المطلب الثاني".

المطلب الأول: مفهوم الوكالة وانعقادها.

بموجب الوكالة، يكون التمثيل من مصدر عقدي، حيث يتيح العقد لأحد الأشخاص أن يمثل شخصا آخر، استنادا إلى سلطات مخولة له. في هذا الإطار سيتم التعرض تبعا لتعريف عقد الوكالة، طبيعته القانونية، أركانه وشروط صحته.

¹ - François Collart Dutilleul; Philippe Delebecque-Op.cité-P 554 § 621.

الفرع الأول: تعريف عقد الوكالة.

الوكالة عقد طرفاه الموكل والوكيل، الغرض منه تفويض شخص هو الموكل شخصاً آخر هو الوكيل للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه، وهذا طبقاً للمادة 571 قانون مدني¹، فتحل إرادة النائب الاتفاقي محل إرادة الأصيل في إنشاء تصرف قانوني، مع إضافة هذا التصرف إلى الأصيل. وهو ما يميز عقد الوكالة عن عقد المقاولة، باعتباره من عقود العمل أيضاً، الذي يقوم على عمل مادي فقط يؤديه المقاول لمصلحة رب العمل دون أن ينوب عنه، وإنما يعمل باسمه².

والوكالة بهذا المفهوم لم يعرفها القانون الروماني، حيث كان المبدأ هو "النيابة"، فلم يكن من الجائز أن يبرم الشخص عقداً، لينتج آثاره في ذمة الغير، فإن حصل وكان وكيلاً عن غيره، فإن ما يبرمه من تصرف، تبقى آثاره في ذمة الوكيل ولا تتصرف إلى ذمة الموكل. وعلى الوكيل أن ينقل بعد ذلك تلك الآثار من حقوق والتزامات إلى الموكل³. ولم يصل التطور إلا إلى حد تمكن الغير من الرجوع على الموكل بدعوى مباشرة، دون أن يتمتع الموكل بنفس الحق. مع استبقاء حق الغير في رفع دعوى ضد الوكيل. بذلك لم يعرف القانون الروماني النيابة الكاملة، حيث يكون للشخص الذي تمت الوكالة لصالحه ملزماً مباشرة بالتصرفات التي يبرمها الوكيل⁴. لكن تطور الرضائية والحد من شكلية العقود ساهم في قبول فكرة النيابة الإتفاقية في الفرنسي القديم. ومع نهاية القرن 16 استقرت عناصر الوكالة وأصبح للموك أن يترك للوكيل حق التصرف، دون أن يكون هذا الأخير مسؤولاً شخصياً عما يبرمه من تصرفات ودون أن يتجاوز حدود وكالته⁵.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للوكالة.

نظم المشرع الجزائري عقد الوكالة بنصوص خاصة في القانون المدني، وفصله عن موضوع النيابة بوجه عام، معتبراً إياه من العقود الواردة على عمل، في الباب التاسع من القانون المدني، كما افترض المشرع الجزائري العمل التبرعي في عقد الوكالة، ما لم يتم الاتفاق صراحة بين الموكل

¹-بالرجوع إلى النص الفرنسي للمادة 571 نلاحظ سقوط فقرة ثانية من النص العربي وهي: "لا يتكون العقد إلا بقبول الوكيل".
« Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. »

²- عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء (7) المجلد الأول- العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة - دار إحياء التراث العربي - 1964 - لبنان- ص 14 و 377.

³- عبد الرزاق السنهوري- موسوعة مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي- الجزء الخامس - الطبعة الأولى- دار إحياء التراث العربي - بدون سنة نشر- مصر- ص 117.

⁴- Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier-Op.cité-§ n° 525-p 294.

⁵- Op.cité-§ n° 525-p 295.

والوكيل أو يستخلص ضمناً من ظاهر الشروط لتنفيذ الوكالة أن تكون بمقابل¹. ورغم هذه الصفة المجانية للوكالة في التشريع، إلا أنها أصبحت صفة عارضة فيها اليوم، نتيجة تمهين الوكالة، حيث أصبح الوكيل مهنيًا، فصارت المجانية من بقايا الماضي²، والوكالة المأجورة هي الأصل من الناحية الواقعية.

الفرع الثالث: شروط انعقاد وصحة الوكالة.

يجب لانعقاد الوكالة أن يتوافق الإيجاب والقبول على عناصر الوكالة، فيتم التراضي بين الموكل والوكيل على ماهية العقد والتصرف القانوني الذي يقوم به الوكيل والأجر الذي يتقاضاه هذا الأخير إذا كان هناك اتفاق على تنفيذ الوكالة مقابل أجر معين، ومن ثم فلا تكون وكالة إلا إذا تراضى الموكل والوكيل تراضياً فعلياً قبل أن يقوم الوكيل بالتصرف القانوني محل الوكالة،

من جانب آخر لم يضع المشرع نصاً خاصاً بالأهلية لإبرام عقد الوكالة سواء بالنسبة للموكل أو الوكيل، بل ترك ذلك للقواعد العامة. بحيث يتعين كمبدأ عام أن تتوافر في الموكل الأهلية الكاملة لمباشرة الحقوق المدنية المحددة وفقاً للمادة 40 قانون مدني (أي تسعة عشر (19) سنة)، فالوكالة هي مصدر التزام بالنسبة له، ما دام أن العمل أو التصرف القانوني محل الوكالة إنما يعقده الوكيل باسم الأصيل وأن جميع الآثار تنصرف إليه، وعليه وجب أن يكون الموكل متمتعاً بالأهلية الكاملة وقت الوكالة وإلا كانت الوكالة باطلة، كما لا تصح الوكالة إذا كان الموكل أهلاً وقت التوكيل وفقد الأهلية وقت تنفيذ العقد بأن صدر حكم بالحجر عليه، فإذا نفذ الوكيل حينئذٍ الوكالة فلا ينصرف أثر العقد الذي أبرمه الوكيل إلى الموكل.

في حين لا يشترط في الوكيل أهلية العقد الذي يبرمه لا عند التوكيل ولا عند مباشرة العقد. إنما يكفي فيه سن التمييز طالما لا تنصرف آثار الوكالة إليه. فيجوز للقاصر أو المحجور عليه أن ينوب في بيع عقار مملوك لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف، وحينها يستطيع الوكيل ناقص الأهلية إبطال عقد الوكالة، فإذا لم يطلب الإبطال وتعاقد مع الغير كان تعاقده صحيحاً ونفذ في حق الموكل دون أن يستطيع الموكل أن يتمسك بإبطال عقد الوكالة، ولا الغير الذي تعامل معه الوكيل إبطال الوكالة.

¹ - المادة 581 قانون مدني: "الوكالة تبرعية مالم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل....."

² - Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier-Op.cité-§ n° 546-p 311.

وما دام أن إرادة الوكيل هي التي تتولى إنشاء التصرف فهو لا يعبر ولا ينقل إرادة الأصيل وإنما يعبر عن إرادته هو¹، لذلك تكون إرادة الوكيل محل اعتبار عند تقدير سلامة الإرادة من العيوب. فإذا وقع الوكيل في غلط أو تدليس أو إكراه، كان العقد قابلاً للإبطال، وإن لم يقع الأصيل في ذلك².

يعد عقد الوكالة من العقود الرضائية وهذا بالرجوع للمادة 571 قانون مدني التي لم تحدد طبيعة وشكل هذا العقد، لكن باستقراء المادة 572 قانون مدني التي توجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، نجد المشرع الجزائري يقرن شكل الوكالة بالعمل القانوني محل الوكالة. كما قد يتحدد بموجب نص خاص يشترط أن يفرغ عقد الوكالة في شكل معين³، ومن ثم فإن هناك علاقة تبعية بين الوكالة والعمل القانوني تؤدي إلى اتخاذ شكل واحد، مثلاً الوكالة في بيع العقار هي وكالة رسمية.

المطلب الثاني: أنواع الوكالة.

تصنف الوكالة بالنظر إلى التصرفات القانونية التي تكون محلاً لها إلى نوعين: وكالة عامة ووكالة خاصة.

الفرع الأول: الوكالة العامة.

الوكالة العامة هي تلك التي ترد بألفاظ عامة، فلا يعين فيها نوع التصرف القانوني، فحينئذ لا تخول هذه الوكالة للوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود أو القيام بأعمال الإدارة⁴ دون القيام بعمل من أعمال التصرف. ومن أمثلة أعمال الإدارة، تلك الواردة في المادة 573 قانون مدني وهي الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، أعمال الحفظ والصيانة، إيداع المحصول والبضائع بالمخازن المعدة، كذلك

¹ الوكيل عكس الرسول الذي يعبر عن إرادة المرسل. لذلك في حالة تعاقد الأصيل بوكيل عنه، كان التعاقد بين حاضرين إذا جمع الوكيل والمتعاقد الآخر مجلس واحد، أما التعاقد برسول فيكون دائماً، تعاقد بين غائبين حتى لو جمع مجلس واحد بين الرسول والمتعاقد الآخر: عبد الرزاق السنهوري- موسوعة مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي- المرجع السابق- ص 123.

² -المادة 73 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري.

³ -مثلاً الوكالة في الانتخاب تحرر على مطبوع واحد معدّ، توفره السلطة المستقلة وفقاً للشروط والأشكال المحددة بقرار من رئيس السلطة المستقلة: المادة 168 من الأمر 01-21 المؤرخ في 10 مارس 2021 يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات- ج. ر. عدد 17 لـ 10-03-2021.

⁴ -المادة 573 قانون مدني، قرار المحكمة العليا بتاريخ 16/12/1990 -المجلة القضائية عدد 4-1994-ص102: "الوكالة الواردة بألفاظ عامة والتي لا تخصص فيها لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول للوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون."

استيفاء حقوق الموكل، والوفاء بديونه من الأموال التي تكون بين يدي الوكيل. بالتالي إذا وكل شخص في إدارة مزرعة فإنه لا يدخل في حدود وكالته بيع جزء من الأرض التابعة للمزرعة.

رغم ذلك عادت الفقرة الثانية من المادة 573 قانون مدني لتمدّ الوكالة العامة إلى أعمال التصرف إذا كانت أعمال الإدارة تقتضيها، مثلاً: بيع البضائع سريعة التلف، شراء ما يستلزم الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه كشراء آلات وأسمدة وبذور بغرض حفظ أرض زراعية. فيتعلق الأمر إذن بأعمال تصرف باعتبارها أعمال إدارة بالتبعية، ويعود إلى قاضي الموضوع تقدير مدى ارتباطها بأعمال الإدارة حسب كل حالة ووفق ما اتجهت إليه نية الطرفين¹.

الفرع الثاني: الوكالة الخاصة.

طبقاً للمادة 574 قانون مدني لابد من وكالة خاصة لكل عمل من أعمال التصرف فتكون الوكالة خاصة في البيع²، الشراء، الهبة، إيداع حصة في شركة، الإقرار، الصلح، الرهن وترتيب حق انتفاع وما إلى ذلك، وهنا يجوز أن تكون الوكالة الخاصة بنوع واحد من التصرفات أو تشمل طائفة منها.

فيما يتعلق بالمعاوضات كالبيع، يصح أن ترد الوكالة دون تحديد للمحل الذي يقع عليه البيع³، فتكون هذه الوكالة خاصة في نوع التصرف، وعامة في محله، وحينئذ لا يمكن له إبرام أي تصرف آخر غير البيع⁴. كما يجوز أن يوكله في بيع مال معين، فتكون الوكالة خاصة في محلها أيضاً، تستلزم تعيين الشيء المبيع تعييناً دقيقاً.

أما بالنسبة للتبرعات كالهبة أو الإبراء من الدين، فيجب أن تكون الوكالة خاصة في نوع التصرف ومحله، فيعين الموكل للوكيل المال الذي وكله بهبته أو الدين الذي وكله في الإبراء منه تعييناً كافياً،

¹ - محمد حسن قاسم - مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة: دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء تطور عقد الوكالة - الطبعة الأولى - منشورات الحلبي الحقوقية - 2011 - لبنان - ص 72-73.

² - قرار المحكمة العليا بتاريخ 1993/12/22 - المجلة القضائية العدد 3-1994-ص 29. "يتوجب قانوناً، الحصول على وكالة خاصة، في كل عمل يتعلق بالبيع أو المرافعة أمام القضاء، في حق الغير." - قرار المحكمة العليا بتاريخ 2005/07/06 - مجلة المحكمة العليا عدد 2-2005-ص 283. "بيع حصة في شركة، يستوجب وكالة خاصة، مادام لا يندرج في أعمال الإدارة." ³ - قرار المحكمة العليا بتاريخ 1988/02/22 - المجلة القضائية - عدد 3-1991-ص 121: "الوكالة الخاصة في نوع معين من الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون."

⁴ - قد يوكل شخص شخصاً آخر في بيع مال له، مع تخويله الحق في أن يشتريه لنفسه إذا شاء. فالعقد هنا وكالة معلقة على شرط فاسخ اقترنت بوعده بالبيع، فإن اشترى الوكيل المال لنفسه، انفسخت الوكالة، وبقي من التعاقد وعد بالبيع قبله الموعود له (الوكيل) بشرائه المال: عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء (7) - المجلد الأول - العقود الواردة على العمل المقولة والوكالة والوديعة والحراسة - المرجع السابق - ص 384.

فتقتضي الوكالة في التبرع درجة أكبر من التخصيص لكونها أشد خطورة من المعاوضات التي تكون بمقابل.

قد تكون الوكالة خاصة في أعمال الإدارة وذلك في الحالة التي تقتصر فيها على عمل معين بذاته من أعمال الإدارة¹. مثال ذلك عقد الإيجار الذي يحتاج لوكالة خاصة لتزيد مدته على ثلاث سنوات.

والوكالة الخاصة سواء بالمعاوضات أو التبرعات يجب عدم التوسع في تفسيرها طبقاً للمادة 574 فقرة 3 قانون مدني، التوكيل في الإبراء من دين لا يخول للوكيل حوالة ذلك الدين، إلا أن الوكالة هذه تشمل الأعمال التي تعد من التوابع الضرورية، فالوكالة في الإيجار مثلاً تشمل تسليم العين المؤجرة، وترجع هذه التوابع إلى طبيعة التصرف وإلى ما جرى عليه العرف وإلى إرادة الطرفين.

المبحث الثاني: أحكام عقد الوكالة.

تجري الوكالة على مرحلتين، بداية العقد الذي على أساسه تنشأ العلاقة بين الأصيل والمتعاقد معه فيمنحه سلطة التفويض، وبعدها مرحلة العملية القانونية النهائية حتى يتم الوكيل مهمته. وبالرغم من أن العلاقتين منفصلتين وأطرافهما مختلفين، وإن كان أحد الأطراف يعتبر طرفاً مشتركاً بالعقدين، يبقى كل منهما مرتبطاً بالآخر فلم يبرم عقد الوكالة إلا للقيام بالعمل الإداري أو إبرام التصرف القانوني. بالتالي وجب النظر إلى الوكالة في مرحلتها، مرحلة إنشاء الوكالة وما ترتبه من آثار بين طرفيها "المطلب الأول" ومرحلة إنجاز الوكالة وآثارها بالنسبة للغير المتعاقد مع الوكيل "المطلب الثاني"

المطلب الأول: آثار عقد الوكالة بين طرفيه.

رتب القانون على انعقاد الوكالة آثاراً يلتزم بها طرفي العلاقة العقدية. لذلك سيتم التطرق تبعاً للالتزامات الوكيل في عقد الوكالة ثم التزامات الموكل.

الفرع الأول: التزامات الوكيل.

يلتزم الوكيل بعدة التزامات بهدف إنجاز مهمته هي:

¹ - هذا على عكس الوكالة العامة التي تشمل جميع أعمال الإدارة دون تمييز بين عمل وآخر: غيثري زين العابدين-الوكالة ومسؤولية الوكيل في عقد البيع: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني- دار هومة-2018- الجزائر-ص 50.

أولاً: تنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة.

يلتزم الوكيل بتحمل مصالح الموكل وحمايتها بحسن نية، وهو التزام شديد بسبب ثقة الموكل الكبيرة التي استحوذها الوكيل، لذلك يحظر عليه مخالفة ما وكل به، لما فيه من مخالفة لواجب حسن النية¹. فلا يجوز للوكيل أن يتجاوز حدود وكالته²، لا من ناحية التصرفات التي تضمنتها، ولا من ناحية طريقة التنفيذ التي رسمها الموكل.

1- الإلتزام بتعليمات الموكل:

وقد حرص المشرع على تبيان الحدود التي ينبغي على الوكيل التقيد بها في الوكالة العامة، معتبراً أن الوكالة في ألفاظ عامة التي لا يبين فيها العقد حدود تلك الوكالة، لا تجيز للوكيل القيام بأعمال التصرف، فتبقى في حدود أعمال الإدارة، ولا يجوز للوكيل تجاوزها³، ومع ذلك فإن العمل ذاته قد يعتبر أحياناً من قبيل أعمال التصرف الممنوعة على الوكيل وكالة عامة، وفي ظروف أخرى يعد من أعمال الإدارة، أو أعمال الحفظ التي تدخل في حدود ما يجوز له القيام به، كأعمال التصرف: كبيع المحصول في إدارة الأرض الزراعية، وشراء ما يلزم من أدوات لحفظ واستغلال المزرعة⁴، وهذا من أجل إدارة حسنة، لأنه إذا لم يقم بهذه التصرفات عدّ مسؤولاً عن إخلاله بتنفيذ الوكالة.

من ناحية أخرى إذا كان يدخل في سلطة الوكيل وكالة عامة، الافتراض لسداد دين على الموكل أو شراء أدوات ضرورية، إلا أنه يعتبر تجاوزاً لحدود وكالته أن يرهن أموال الموكل ضماناً للقرض.

يبدو الأمر أكثر وضوحاً في الوكالة الخاصة، فيكون التزام الوكيل مزدوجاً، التزام إيجابي يتمثل في القيام بالأعمال المحددة في وكالته، أما الإلتزام السلبي فهو الامتناع عن القيام بما لم يوكل فيه من تصرفات، فيبقى دائماً داخل الإطار المرسوم له من قبل موكله، طبقاً لمبدأ التفسير الضيق للوكالة، والذي يقتضي عدم التوسع في تفسيرها⁵، فالوكالة بالبيع لا تخول قبض الثمن ولا منح أجل للوفاء به. ولا يمكن للوكيل بالبيع أن ينوب عن موكله في دعوى إبطال البيع التي رفعها المشتري ضد هذا

¹ - مجدي بسيوني علي- المرجع السابق-ص 452

² - المادة 575 فقرة 1 قانون مدني

³ - المادة 573 فقرة 1 قانون مدني

⁴ - المادة 573 فقرة 2 قانون مدني.

⁵ - محمد حسن قاسم-مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة:دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء تطور عقد الوكالة- المرجع السابق-ص 78 و ص 84.

الأخير، كما لا يمكن للوكيل في بيع أن يشتري لنفسه دون ترخيص من الموكل، وإلا عد متجاوزاً حدود وكالته. وفي الوكالة باستيفاء الدين لا يجوز للوكيل مقاضاة المدين لامتناعه عن الوفاء.

ليس للوكيل أيضاً أن يتعاقد مع نفسه، ذلك أن صدور وكالة من شخص إلى آخر يقوم على قرينة قانونية تتمثل في استبعاد التعاقد مباشرة بين هذين الشخصين¹، فالموكل لم يقصد أن يبيح للوكيل أن يتعاقد مع نفسه، فإن فعل، كان متجاوزاً حدود الوكالة، مالم يرخص له الموكل ذلك أو يقر التعاقد².

إلا أن المشرع الجزائري في المادة 574 فقرة 3 قانون مدني، خفف من التفسير الضيق، ووضع له حدوداً معقولة تتمثل في مراعاة التوابع الضرورية للوكالة، كوسيلة لازمة لتنفيذها³، فالوكالة بالإيجار تشمل التسليم، والوكالة بقبض الدين تشمل إعطاء مخالصة وشطب الرهن الذي يضمنه، بالتالي تقع هذه الأعمال ضمن التكليف المتفق عليه لا خارج حدوده.

إذا خالف الوكيل تعليمات الموكل بشأن حدود وكالته أو سعتها فإنه يفقد صفته كوكيل⁴، ومؤدى ذلك عدم التزام الموكل بالتصرف الذي أبرمه الوكيل خارج حدود وكالته، وعليه لا يجوز للغير التعاقد مع الوكيل مطالبة الموكل بتنفيذ ذلك التصرف. كما أن عدم نفاذ التصرف المخالف لتعليمات الموكل ينصرف إلى العلاقة بين الوكيل والغير، لأن إرادة الطرفين لم تتجه إلى إضافة آثار هذا التصرف إلى ذمة الوكيل وإنما إلى ذمة الموكل⁵. مع ذلك يزول عدم النفاذ بمقتضى إقرار الموكل إقراراً صريحاً أو ضمناً⁶ للعمل المتجاوز فيه، فيتقيد به وينفذ في حقه منذ إبرام التعاقد بأثر رجعي، حيث أن الإقرار اللاحق ينزل منزلة التوكيل السابق، فيعد أن التصرف قد تم ممن يملك القيام به ابتداءً⁷.

¹ خليفة الخروبي- العقود المسماة: الوكالة، البيع والمعاوضة، الكراء والهبة- طبعة مزيعة- منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص-2013-تونس-ص 35

² -المادة 77 قانون مدني.

³ -المادة 574 فقرة 3 قانون مدني: "الوكالة الخاصة لا تخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توبع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري.

⁴ -يعتبر الوكيل فيما تجاوزه من حدود للوكالة فضولياً مادام قد اتجهت نيته عند القيام بالعمل القانوني أنه يقوم به لمصلحة الموكل لا لمصلحته شخصياً تطبيقاً للمادة 150 من القانون المدني.

⁵ -محمد حسن قاسم-مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة:دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء تطور عقد الوكالة- المرجع السابق-ص 113.

⁶ -يكون الإقرار ضمناً إذا قام الموكل بتنفيذ الإلتزامات التي عقدها الوكيل باسمه.

⁷ -تقرر المادة من القانون المدني 152 أنه بإقرار رب العمل لما قام به الفضولي، تطبق أحكام الوكالة.

2- انصراف أثر التصرف المجاوز حدود الوكالة إلى الأصيل على أساس إرادة مفترضة:

لغرض استقرار المعاملات وحماية الغير، أوردت المادة 575 فقرة 2 استثناءً ينصرف فيه أثر تصرف الوكيل رغم تجاوز حدود الوكالة إلى موكله، وذلك عند توافر شرطين معاً:

1- افتراض أن الظروف يغلب معها الظن أنه ليس في وسع الموكل، إلا الموافقة على تصرف الوكيل، حيث يفترض أن الموكل قد صدر منه توكيل فيما جاوز فيه الوكيل حدود الوكالة الأصلية، والظروف هي التي تبرر هذا الافتراض؛

2- أنه كان من المستحيل على الوكيل أن يخطر الموكل سلفاً بخروجه عن حدود الوكالة، فإذا تراخى عن إبرام العقد حتى يخطر الموكل تضييع عليه الصفقة، ورغم ذلك عليه أن يبادر بعدها بإخطار الموكل، حتى لا يقوم هذا الأخير بتصرف يتعارض مع تصرف الوكيل. ويرجع للقاضي تقدير مدى توافر الشرطين، فإن تحققاً، انصرفت آثار التصرف إلى الموكل على أساس إرادة مفترضة من جانبه، بمعنى أنه يتم على أساس عقد الوكالة ذاتها وليس على أساس قواعد الفضالة¹.

3- الوكالة الظاهرة:

إضافة إلى ذلك قد نجد الاستثناء في تطبيق آخر يمكن معه نفاذ التصرف في حق الموكل في حالة التجاوز، وهو حالة الوكالة الظاهرة². حيث يظهر شخص بمظهر الوكيل تجاه الغير دون أن يكون كذلك في الحقيقة. فإذا تعاقد هذا الغير مع الوكيل الظاهر عن حسن نية استناداً إلى مظاهر مادية قد تكون منسوبة إلى الشخص الذي يظهر الوكيل أنه نائب عنه، حملت الغير على الاعتقاد أو الافتراض بوجود الوكالة وتصرف الوكيل في حدودها، كأن تكون عبارات الوكالة غامضة ومبهمّة تثير الشك في معناها أو واسعة المدى. ثبت التصرف بين الطرفين وانصرفت آثاره إلى الموكل ولا يستطيع هذا الأصيل الاحتجاج بانعدام الوكالة أو تجاوز حدودها³. وهذا حماية للاعتقاد المشروع للغير، وهو ما يقتضيه الأمان القانوني.

¹ عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء (7)- المجلد الأول- العقود الواردة على العمل المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة- المرجع السابق- ص 456.

² نظرية الأوضاع الظاهرة، هي نظرية قضائية يبدو من خلالها أثر حسن النية على استقرار المعاملات، بمقتضاها يكون المظهر كافياً لإنتاج الآثار في مواجهة الغير الذي وقع في غلط مشروع: - مجدي بسيوني علي- المرجع السابق- ص 366.

³ ضمير حسين المعموري- الوكالة الظاهرة- مجلة جامعة بابل- العلوم الإنسانية- المجلد 15- العدد 2- 2008- العراق- ص 383.

هذا تبناه المشرع الفرنسي بموجب الأمر 131-2016 المتضمن إصلاح قانون العقود من خلال المادة 1156 التي أكدت على عدم الإحتجاج في مواجهة الموكل بالتصرف الذي يقوم به الوكيل دون سلطة أو خارج حدود سلطته، مالم يعتقد الغير على نحو مشروع بأن سلطات الوكيل حقيقية لاسيما بسبب سلوك الأصيل وتصريحاته¹. وهو أساس اتجاه محكمة النقض الفرنسية وتطبيقها لنظرية الوكالة الظاهرة في قرارها الصادر بتاريخ 19 مارس 2020 بناء على الإعتقاد المشروع منطقيا للغير المتعاقد بحقيقة سلطات الوكيل، وذلك بمناسبة قضية مفادها قيام شريك في شركة عقارية بإبرام عقد موثق باسم الشركة باعتباره ممثلا لها، حصل من خلاله على قرض بضمان رهن عقاري، فطالبت الشركة ببطان العقد، لكن محكمة الإستئناف رفضت طلبها إستنادا إلى أن الشريك كان يظهر كمسير واقعي. أيدت محكمة النقض قرار الإستئناف على أساس أن علاقة الأعمال المستمرة والموثوقة نتيجة لمعاملات استمرت لسنوات مع الشريك الذي أبرم العقد، وتدعيم ذلك بمحضر الجمعية العامة للشركة الذي يخوله منح رهن رسمي على العقار ضمانا للقرض، وكذلك الإجراءات الرسمية المتخذة بواسطة موثق، تعد كلها ظروفًا تبرر اعتقاد الغير المشروع بسلطة الشريك المتعاقد في إلزام الشركة العقارية الطاعة وتعفي من التحقق من الحدود الحقيقية للسلطات الممنوحة له².

ثانيا: بذل الوكيل العناية اللازمة في تنفيذ الوكالة.

يطرح التزام الوكيل مسألة طبيعة الإلتزام، مسؤوليته في الحالة التي يعهد بها إلى الغير بتنفيذ الإلتزامات الملقاة على عاتقه بمقتضى الوكالة، ومسؤوليته في حالة تعدد الوكلاء.

¹ - Article 1156 du code civil français modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 : « L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté..... »

² - Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 19 mars 2020, 19-11.771- Légifrance-<https://bit.ly/3HWtvxN>: « La cour d'appel a retenu que M. et Mme A..., qui avaient financé une grande partie des acquisitions de la SCI et de la société qui y exploitait un fonds de commerce, entretenaient depuis de nombreuses années une relation d'affaires continue et confiante avec le seul M. R... et que cette relation, associée à la production d'un procès-verbal d'assemblée générale de la SCI donnant tous pouvoirs à ce dernier pour consentir une hypothèque en garantie du prêt consenti à la SCI, dans des circonstances authentifiées par un notaire et explicitées par la référence à l'affectation de ce prêt, seule de nature à faire échec à la saisie et à la vente forcée du bien immobilier propriété de la SCI, autorisait M. et Mme A... à ne pas vérifier les limites exactes du mandat de M. H... R.... Elle a caractérisé, par ces seuls motifs, les circonstances dont elle a pu déduire la croyance légitime, confortée par l'intervention d'un notaire, de M. et Mme A... aux pouvoirs de M. R... pour engager la SCI les autorisant à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs et a ainsi légalement justifié sa décision. »

1- إلتزام الوكيل باليقظة في تنفيذ الإلتزام:

تلزم المادة 576 قانون مدني الوكيل أن يبذل عناية الرجل العادي في تنفيذ الوكالة، فالإلتزام الوكيل هو الإلتزام ببذل عناية وهو الإلتزام باليقظة في السعي نحو تنفيذ المهمة المكلف بها، فيكون جازاً في تحقيق ما يهدف إليه موكله، دون أي تأخير قد يلحق ضرراً بالأصيل. وأن يحسن اختيار الغير الذي يتعاقد معه¹ ويتأكد من يساره، إذا كان مشتري أو مستأجر، حتى لا يكون مسؤولاً في مواجهة الموكل عن عدم تنفيذ الإلتزام الغير في دفع العوض.

رغم ذلك، أحياناً يكون عمل الوكيل محاطاً بالاحتمال أي لا يرتبط بمهمة الوكيل ويقظته وحدها، إنما يرتبط بعوامل خارجية كأن يكون سمسار التأمين وكيلاً عن المؤمن في البحث عن شركة تأمين تقبل تغطية خطر معين، فهنا لن يكون الوكيل متأكداً في البداية من إتمام العمل محل الوكالة لأنها ترتبط بظروف خارجة عن قدرته، في سبيل إنجاز المهمة، فيكون الإلتزامه إذا ببذل المهمة في سعيه لإتمام مهمته وعمله، وعند إخلاله بالإلتزام عند عدم التمكن من أداء مهمته، ليس عدم التقيد بتعليمات الموكل، وإنما عدم التقيد باليقظة اللازمة في السعي نحو تنفيذ مهمته².

من جانب آخر يقع على الوكيل الإلتزام بعدم استعمال الأموال التي تلقاها من الموكل لغرض تنفيذ الوكالة أو تلقاها عند تنفيذ الوكالة لفائدة الموكل لصالح نفسه، ولشؤونه الخاصة³، وإلا كان مسؤولاً مسؤولية مدنية توجب التعويض.

2- الوكالة من الباطن:

قد يقوم الوكيل بتنفيذ الوكالة بنفسه أو ينوب شخصاً آخر لمساعدته في الوفاء بالتزاماته المنبثقة عن عقد الوكالة الذي شارك في تكوينه، فيحكم العلاقة بين الوكيل ونائب الوكيل عقد الإنابة. ويمكن أن يتم ذلك طبقاً للمادة 580 قانون مدني دون حاجة إلى موافقة الموكل، فمتى لم يرخص له الموكل إقامة النائب، كان الوكيل مسؤولاً عن عمل نائبه كما لو صدر العمل منه ويكون الوكيل ونائبه متضامنان معاً في المسؤولية تجاه الموكل.

¹ - مثلاً تلزم وكالة السياحة والسفر باليقظة والتبصر في اختيار مقدمي الخدمات السياحية وإلا كانت مسؤولة مسؤولية شخصية عن الضرر الذي يصيب العملاء نتيجة سوء اختيارها.

² - محمد حسن قاسم- مضمون الإلتزام الوكيل بتنفيذ الوكالة: دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء تطور عقد الوكالة - المرجع السابق- ص 162

³ - المادة 578 قانون مدني.

أما إذا رخص له ذلك فيكون مسؤولاً مسؤولية شخصية فقط عن سوء اختيار النائب وعن خطئه في التعليمات التي أصدرها له ورقابته¹. وقد منح المشرع بموجب المادة 580 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري لكل من الموكل ونائب الوكيل الحق في ممارسة دعوى مباشرة ضد الآخر، باعتبار النائب طرف في العقد ساهم في تنفيذ الوكالة وإن لم يساهم في تكوينها تطبيقاً لنظرية المجموعة العقدية. فيجوز للموكل الرجوع بدعوى مباشرة على نائب الوكيل يطالبه بالتزاماته الناشئة عن عقد الإنابة. كما يجوز لنائب الوكيل هو أيضاً أن يرجع على الموكل ومطالبته بما في ذمته للوكيل باعتباره دائناً له.

مع ذلك لا تجوز الوكالة من الباطن في حالة المنع الصريح لإنابة الوكيل غيره، تحت طائلة بطلان الإنابة فحينها لا تكون لنائب الوكيل صفة في مباشرة التصرف القانوني محل الوكالة، ويبقى الوكيل هو وحده المسئول عن تنفيذ الوكالة، وذلك ما لم يقر الموكل الإنابة بعد وقوعها فيكون لها عندئذ حكم الإنابة التي وقعت بترخيص من الموكل².

3- تعدد الوكلاء:

قد تنشأ الحاجة إلى توكيل أكثر من وكيل، فيقوم الموكل بتعيين وكلاء في عقد واحد، أو تعيين وكلاء متعددين في عقود متفرقة.

فإذا عُين كل الوكلاء في عقد واحد كان ذلك قرينة على أن الموكل أرادهم أن يعملوا مجتمعين، بعد التشاور بينهم وموافقتهم عن العمل، فيمارس كل منهم رقابته على الباقي. وإذا انفرد أحدهم أو بعضهم بمباشرة العمل، ترتب على ذلك بطلانه لانعدام الصفة في القائم به، إذ لا صفة للوكلاء إلا مجتمعين³. إلا أنه يجوز لأحد الوكلاء أن يستقل بالعمل في حالة موافقة بقية الوكلاء على ذلك فيما بعد وحينها يعد التصرف صادراً منهم جميعاً من وقت الموافقة عليه. وتبقى القرينة بسيطة إذ بإمكان الموكل أن يرخص لهم الانفراد بالقيام بالعمل فإذا باشره أحدهم صح عمله وامتنع على الباقيين مباشرة ذات العمل⁴.

¹- François Collart Dutilleul; Philippe Delebecque-Op.cité-P 565 § 630.

²- عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني-الجزء (7)- المجلد الأول- العقود الواردة على العمل المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة-المرجع السابق- ص 485.

³- المادة 579 قانون مدني

⁴- عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني-الجزء (7)- المجلد الأول- العقود الواردة على العمل المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة-المرجع السابق- ص 487

أما إذا عُين الوكلاء في عقود متفرقة، جاز لأي وكيل الانفراد بالعمل ما لم يشترط عليهم الموكل العمل مجتمعين. و عملاً بالمادة 579 من القانون المدني، لا تضامن بين الوكلاء في المسؤولية بغير شرط إلا في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام، كالوكالة في شراء منزل، حيث تكون الصفقة غير قابلة للتجزئة، يلتزم الوكلاء بالعمل مجتمعين، وحينها هم مسؤولون بالتضامن اتجاه الموكل في تنفيذ الوكالة¹؛

الحالة الثانية: إذا كانت الوكالة قابلة للانقسام، وارتكب الوكلاء خطأ مشتركاً، ترتب عنه ضرر للموكل، كانوا متضامنين في تعويض الموكل عن الضرر اللاحق به.

وتضيف المادة 579 من القانون المدني في فقرتها الأولى أن التضامن بين الوكلاء في الحالتين المذكورتين أو بموجب الاتفاق لا يمنع من اعتبار كل وكيل مسؤولاً لوحده عما ارتكبه من تجاوز لحدود الوكالة أو تعسف في تنفيذها.

ثالثاً: موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية وتقديم حساب عن الوكالة.

طبقاً للمادة 577 قانون مدني، يجب أن يوافي الوكيل الموكل بالمعلومات الضرورية، فيطلع موكله بكل تقدم يحصل في بتنفيذ الوكالة والخطوات التي اتخذها لتنفيذها، من تلقاء نفسه أو كلما طلب منه الموكل ذلك وفي أوقات معقولة بحيث تبقى الصلة قائمة بين الطرفين طيلة مدة الوكالة. فمثلاً إذا قبض الوكيل ديناً للموكل وجب إخطاره بذلك حتى لا يتخذ إجراءات ضد مدينه بعد أن يكون قد وفى بالدين. و يخطره بالصعوبات في تنفيذ الوكالة حتى يتلقى تعليمات من الموكل بشأنها، ولا يحرمه من فرصة التدخل مستقبلاً لحماية مصالحه². و هذا كله ناشئ عن التزامه بالإعلام، والأمر يتجاوز ذلك إلى حد نصحه للموكل من خلال توجيه قراراته، وتحذيره من المخاطر المحتملة على نحو يحقق مصالح الموكل.

فإذا أتم الوكيل تنفيذ الوكالة قدم حساباً مفصلاً وشاملاً بجميع ما قام به مدعماً بمستندات. يدرج فيه المبالغ التي قبضها الوكيل وكذلك المصاريف التي أنفقها³.

¹ - غيتري زين العابدين-المرجع السابق-ص 246.

² - محمد حسن قاسم-مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة:دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء تطور عقد الوكالة - المرجع السابق-ص206.

³ - خليفة الخروبي- المرجع السابق-ص 49

الفرع الثاني: التزامات الموكل.

يلتزم الموكل بأداء أجرة الوكالة وبرد ما تكبده الوكيل في سبيل إتمام مهمته.

أولاً: دفع الأجرة.

متى كانت الوكالة مأجورة، إما باتفاق صريح أو ضمني يتضح من مهنة الوكيل، التزم الموكل بأداء الأجرة ولو لم ينجح الوكيل في أداء مهمته. فإذا اختلف الطرفان في تعيين مقدار الأجر، تولى القاضي تعيينه. وحتى في الحالة التي يتفق فيها المتعاقدان على مقدار الأجر قبل أن ينجز الوكيل مهمته، فقد يظهر بعد إنجاز المهمة أنهما ارتكبا خطأ في تقدير هذا المقدار، لذا أجاز القانون للقاضي أن يصحح هذا الخطأ، وجعل مقدار الأجر خاضعاً لتقديره، فيزيد أو يخفض منه حتى يتكافأ مع العمل، هذا ما لم يدفع الموكل المقدار المتفق عليه طوعاً بعد تنفيذ الوكالة¹؛

ثانياً: التزام الموكل برد المصروفات.

نصت عليها المادة 582 قانون مدني، وهي المصروفات التي أنفقها الوكيل من أجل تنفيذ الوكالة، فإذا كان هناك اتفاق على دفع النفقات من أجل التنفيذ²، كان للوكيل إيقاف تنفيذ الوكالة إلى حين تقاضي المصاريف، كما له المطالبة بفسخ عقد الوكالة. مع الإشارة إلى أن استرداد الوكيل للمصاريف ينبني على أن عقد الوكالة ملزم لجانبين بغض النظر عن نتيجة المعاملة³.

ثالثاً: التزام الموكل بتعويض الوكيل عما أصابه من ضرر.

إذ يلتزم الموكل بتعويض الوكيل عن كل ضرر يصيبه نتيجة تنفيذه للوكالة تنفيذاً عادياً⁴، في غياب كل تقصير أو خروج عن حدود الوكالة، فيكون مصدر التعويض هو عقد الوكالة ذاته.

المطلب الثاني: آثار الوكالة بالنسبة للغير.

بمقتضى عقد الوكالة يتعاقد الوكيل بإرادته، فيبدو من ناحية المفهوم الشكلي متعاقداً والأصيل ينزل منزلة الغير لإسهام الوكيل في تكوين العقد⁵. فإذا كانت إرادته اتجهت إلى إبرام العقد، لكن المصلحة الناجمة عن العقد لا تنصرف إليه، فلا يحتل مركز الطرف، وإنما مركزه هذا يكون سلطة يمنحها إياه

¹ -المادة 581 فقرة 2 قانون مدني.

² -يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً، كأن تكون الوكالة في شراء عقار بثمن مرتفع، يفهم ضمناً إذن أن يقوم الموكل بدفع الثمن للوكيل مسبقاً.

³ -خليفة الخروبي- المرجع السابق-ص 51.

⁴ -المادة 583 قانون مدني

⁵ -نبراس طاهر جبر-المرجع السابق-ص 301

القانون من أجل التعاقد لمصلحة الموكل¹. على هذا الأساس فالموكل هو من له صفة المتعاقد من الناحية الموضوعية فتتصرف إليه آثار التصرف الذي أبرمه الوكيل (الفرع الأول). وما دامت إرادة النائب هي التي تنشط لإبرام العقود الموكل بها بجميع ما يلابسها من ظروف فإن لذلك أثر في العلاقة بين الوكيل والغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العلاقة بين الموكل والغير.

في العلاقة بين الموكل والغير تتفق أحكام الوكالة مع أحكام النيابة بوجه عام، لذلك أحالت المادة 585 قانون مدني إلى المادة 74 قانون مدني المتعلقة بالأحكام العامة في النيابة، فإذا لم يتجاوز الوكيل حدود وكالته، قامت العلاقة المباشرة بين الموكل والغير، التي تمكن الموكل من الرجوع على الغير مباشرة بجميع ما ينشئ في ذمة الغير من التزامات، كما يحق للغير الرجوع على الموكل بحقوقه المتولدة عن العقد المبرم مع الوكيل².

الفرع الثاني: علاقة الوكيل بالغير.

في علاقة الوكيل بالغير، بالرغم من أن الوكيل يتصرف باسم ولحساب موكله فإنه يعبر عن إرادته هو- كما سبق التطرق إليه- و يكون العقد قابلاً للإبطال إذا كانت إرادته معيبة ولو كانت إرادة الموكل سليمة، كما أن شخصية ونية الوكيل محل اعتبار عند النظر في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة بالعقد فإذا كانت الوكالة مثلاً في شراء عقار وظهر عيب خفي في المحل، لا يجوز الرجوع بالضمان على البائع إذا كان الوكيل يعلم بالعيب، ولو كان الموكل لا يعلم، وفي حالة شراء منقول من غير المالك، فالعبرة بحسن نية الوكيل إذا تسلمه لا بحسن نية الأصيل في تملك المنقول بالحيازة³. ولكن إذا كان الوكيل لا يعلم بالظرف، يجب أن يكون الموكل أيضاً غير عالم للرجوع بالضمان، إذ لا يجوز للموكل أن يتمسك بجهل الوكيل لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض أن يعلمها⁴.

¹ - المرجع السابق-ص 304

² -قرار المحكمة العليا بتاريخ 1992/06/27 -المجلة القضائية عدد 1-1992-ص16: "من المقرر قانوناً أن النائب إذا أبرم في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون".

³ - عبد الرزاق السنهوري-موسوعة مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي-المرجع السابق-ص 124.

⁴ - المادة 73 فقرة 2 قانون مدني جزائري.

المطلب الثالث: انتهاء الوكالة.

قد تكون الوكالة لمدة محددة أو غير محددة، إلا أن التزام الوكيل غير مؤبد، فتتقضي إما وفقاً للقواعد العامة بموجب أسباب عامة (الفرع الأول) أو وفق أسباب خاصة (الفرع الأول).

الفرع الأول: الأسباب العامة لانتهاء الوكالة.

طبقاً للمادة 586 قانون مدني، تنتهي الوكالة بإتمام العمل الذي أبرمت لأجله كقبض الدين وتسليمه للموكل بصفته دائناً، أو بانتهاء الأجل المعين كمهلة لتنفيذ العمل محل الوكالة، فإن كان الأجل غير معين، مثلاً وكالة لإدارة مصنع شخص طيلة مدة سفره، دون أن يكون معروفاً موعد عودته، انتهت الوكالة برجوع الموكل من السفر فإذا استمر الوكيل بممارسة العمل بعد انتهاء المهلة بعلم الموكل ودون معارضته كان التجديد ضمناً.

كما تنتهي الوكالة أيضاً لاستحالة التنفيذ الراجع لسبب خارج عن إرادة الطرفين، سواء كانت الاستحالة مادية كأن يهلك المحل الموكل ببيعه بعد إبرام عقد الوكالة أو قانونية¹، كأن توضع الأموال التي كلف الوكيل بإدارتها تحت الحراسة القضائية.

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانتهاء الوكالة.

نظراً للطبيعة الخاصة للعقد، وقيامه على الاعتبار الشخصي، تنتهي الوكالة لأسباب معينة، تتمثل في وفاة أحد الطرفين أو عزل الوكيل وكذلك بتتحيه عن الوكالة.

أولاً: انتهاء الوكالة بالوفاة.

تنتهي الوكالة بوفاة الوكيل أو بوفاة الموكل.

1- انتهاء الوكالة بوفاة الوكيل²:

فإذا تعدد الوكلاء، وتوفي أحدهم، انتهت الوكالة بالنسبة للوكيل المتوفي، إلا إذا كانوا يعملون مجتمعين فتنتهي الوكالة بالنسبة لهم جميعاً، وحينئذ يلتزم الورثة أن يبادروا بإخطار الموكل بالوفاة، وأن يتخذوا التدابير اللازمة لصالح الموكل طبقاً لما ورد في نص المادة 589 فقرة 2 قانون مدني.

¹ - غيتري زين العابدين-المرجع السابق-ص87

² - قرار المحكمة العليا بتاريخ 1990/06/27 - المجلة القضائية عدد 2-1992 ص 31: "من المقرر قانوناً أن الوكالة تنتهي بموت الموكل أو الوكيل ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون. "

2- انتهاء الوكالة بوفاء الموكل:

حينئذ لا تنتهي الوكالة إلا بعد علم الوكيل بالوفاء، فإذا تعاقد مع الغير قبل علمه بذلك انصرف أثر العقد إلى الورثة، شرط إثبات حسن نية الغير وعدم علمه بالوفاء¹. وحتى بعد علم الوكيل فعليه أن يكمل ما بدأه من أعمال حتى لا تتعرض للتلف.

ثانيا: انتهاء الوكالة بالإرادة المنفردة.

تنتهي الوكالة بالإرادة المنفردة، سواء من جانب الموكل بالعزل، أو من جانب الوكيل، بالتتحي.

1- انتهاء الوكالة بعزل الوكيل²:

حرية الموكل في اختيار شخص الوكيل تمنحه الحرية الكاملة في إنهاء مهمته وإنهاء العقد³، حيث أجازت المادة 587 قانون مدني، للموكل عزل الوكيل، في أي وقت قبل انتهاء العمل محل الوكالة، وذلك بإرادته المنفردة⁴، وهذا بموجب عزل صريح، أو ضمني بتعيين وكيل يقوم بذات التصرف القانوني محل الوكالة الأولى.

ويرجع الأساس القانوني لقاعدة إنهاء الموكل لعقد الوكالة، إلى حق الأصل مباشرة شؤونه بنفسه أو بواسطة غيره فالوكالة هي في الأصل لمصلحة الموكل، فإذا رأى الموكل أن مصلحته في الوكالة لم تعد قائمة كان له أن ينهي الوكالة بعزل الوكيل. لذلك هناك اتجاه قانوني يقضي بعدم يجوز العزل إذا كانت الوكالة في صالح الوكيل⁵ أو في صالح الغير⁶، إلا برضا من كانت الوكالة في صالحه. فتبقى الوكالة قائمة رغم العزل وتتصرف آثار التصرف للموكل⁷. وهذا ماذهب إليه القانون المدني المصري

¹ - خليفة الخروبي - المرجع السابق - ص 64.

² - قرار المحكمة العليا - الغرفة العقارية بتاريخ 2013/04/11 - مجلة المحكمة العليا العدد 1-2013-ص 314: "عقد البيع التوثيقي المحرر بالاعتماد على وكالة وكيل معزول باطل وغير نافذ".

³ - François Collart Dutilleul; Philippe Delebecque-Op.cité-P 562 § 627

⁴ - قرار المحكمة العليا لـ 2021/07/15 - الغرفة المدنية - مجلة المحكمة العليا - العدد الثاني - 2021 - ص 23: ".... لا يخضع إلغاء الوكالة لإجراء الشهر، كونها عقد وارد على عمل لا ينشئ أو يعدل أو يلغي حقوقا عقارية مشهورة".

⁵ - مثال ذلك أن يوكل الشركاء في الشبوع شريكا منهم لإدارة المال الشائع، فهذه في صالح الموكلين وأيضا في صالح الوكيل.

⁶ - كأن يوكل شخص شخصا آخر في بيع منزل له وقبض الثمن ووفاء دين في ذمته للغير من هذا الثمن، فهذه وكالة في صالح الغير وهو الدائن، والوكالة بالتبرع للغير أو الوفاء بالأجرة للغير.

⁷ - عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء (7) المجلد الأول - العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة - المرجع السابق - ص 666

بصريح عبارات المادة 715، مؤكدة أن العزل يكون بالتراضي بين الموكل وصاحب المصلحة¹. فإن زالت المصلحة التي تعود بها الوكالة على الوكيل أو الغير الأجنبي، عاد حق الموكل في إنهاء الوكالة بإرادته المنفردة.

إن عزل الوكيل لا ينشئ أثره من تاريخ اتخاذ الموكل لقراره، فلا تنتهي الوكالة إلا بعد علم الوكيل² وعلم الغير أيضا. وقد ينصرف أثر التصرف الذي أبرمه الوكيل قبل العلم إلى الموكل تطبيقاً للوكالة الظاهرة، لتوافر العنصر المادي المتمثل في مظاهر التصرف الخارجية التي ولدت اعتقاداً لدى الغير بأن الوكالة لازالت قائمة، والعنصر المعنوي هو حسن نية الغير³. ذات الحكم في حالة العزل المبلغ إلى الوكيل وحده، حيث لا يحتج به في مواجهة الغير الذي تعامل مع هذا الأخير جاهلاً بعزله، على أن يعود للموكل حق الرجوع ضد الوكيل في حال عدم تقيده بالعزل⁴.

يعد جواز عزل الموكل للوكيل من النظام العام، فإذا اشترط غير ذلك كان الشرط باطلاً. فإذا كانت الوكالة بأجر وتم عزل الوكيل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول أي دون أن يرتكب الوكيل خطأ في تنفيذ وظيفته، كان العزل صحيحاً والتزم الموكل بتعويض الوكيل عما أصابه من ضرر⁵، لما

¹ -المادة 715 من القانون المدني المصري 131 لـ 1948: "(1) يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيد بها ولو وجد اتفاق بخالف ذلك . فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول.(2) غير أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي فلا يجوز للموكل أن ينهي الوكالة أو يقيد بها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه" . وقد عرفت محكمة النقض المصرية المصلحة الواردة بنص المادة 715 من القانون المدني أنها: " وجود منفعة له أو للغير من استمرار الوكالة أو ضرر من إلغائها . بيانها يتم بالنص الصريح القاطع بعقد الوكالة أو أمور الواقع أمام المحكمة . مقتضاه، وجوب اقتران عبارة النفس والغير بواقع تستتبط منه المحكمة توافرها . عبء إثباته . على الوكيل أو الغير مدعيها . استخلاصها، شرطه : الطعن رقم 10355 لسنة 88 القضائية - جلسة 2019/ 10/24، الطعن رقم 7150 لسنة 89 ق - جلسة 2020/ 1/13 والطعن رقم 12189 لسنة 88 قضائية - جلسة 2020/ 6/21 : محمد محمد سماعة-محمود محمد مهني-حسن عبد اللطيف - الوكالة قانوناً وقضاءً عقداً وإجراءً في قضاء محكمة النقض - محكمة النقض - إصدارات المكتب الفني - 2021-مصر:

<https://bit.ly/3WEAwtM>

² - قرار المحكمة العليا- الغرفة العقارية بتاريخ 2018/05/17-مجلة المحكمة العليا عدد2-2017-ص 70:"لئن كان عزل الوكيل يؤدي إلى انتهاء الوكالة، فإن عدم ثبوت علم الوكيل بعزله، يجعل تصرفاته القانونية المبرمة بموجب الوكالة، تنصرف إلى الأصيل، بقوة القانون."

³ - ضمير حسين المعموري-المرجع السابق-ص 385، 388

⁴ - محمد عرفان الخطيب-نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث-الثابت والمتغير-قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016-المرجع السابق-ص 298.

⁵ -قرار المحكمة العليا بتاريخ 2004/06/30-مجلة المحكمة العليا عدد2-2004-ص 141:" الوكيل في وكالة بغير أجر، لا يستحق التعويض في حالة إنهائها"

ينطوي عليه العزل حينها من تعسف¹، فيعد إساءة في استعمال الموكل لحقه بالإلغاء المفاجئ للعلاقة التعاقدية، وإن لم يكن سيء النية².

2- انتهاء الوكالة بتنحي الوكيل:

من جانبه يجوز للوكيل التنحي عن الوكالة في أي وقت قبل إتمام العمل، على أن يحدث أثره القانوني بعد علم الموكل بالتنحي، وحتى بعد العلم، يجب أن يصل بأعمال الوكالة إلى حالة لا تتعرض معها للتلف³، فإذا كانت الوكالة بأجر وكان التنحي بعذر أو بلا عذر مقبول كان التنحي صحيح، والتزم الوكيل بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة تعسفه.

¹ - عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء (7) - المجلد الأول- العقود الواردة على العمل المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة- المرجع السابق-ص665.

² - Cass.civ- 2^{ème}ch -10 novembre 2021-pourvoi n° 20-15.361 : "Le mandant est libre de révoquer à tout moment son mandat, sous réserve de l'abus de droit. Ayant relevé que l'état de dépendance de l'avocat envers le mandant n'était pas caractérisé, qu'il ne pouvait ignorer que le contentieux sériel, dont la gestion lui avait été confiée en 2009, n'était pas destiné à perdurer de sorte que la rupture, intervenue en 2015, ne pouvait être qualifiée de brutale, qu'il ne démontrait pas qu'elle aurait entraîné une désorganisation du cabinet et qu'enfin, la perte du chiffre d'affaires prétendument consécutive à la révocation du mandat n'était pas significative, la cour d'appel a pu en déduire, qu'en l'absence d'abus de droit de la part du mandant, l'avocat ne pouvait prétendre à une indemnité : La Cour de cassation française : <https://bit.ly/3t5TyLX>

³ -المادة 589 قانون مدني.

الخاتمة:

إن العناية التشريعية التي عرفتھا العقود المسماة بعد تحررها من القواعد العامة، جعل لأحكامها الأولوية في التطبيق، بل أصبحت العقود الخاصة الرئيسية من بيع وإيجار ووكالة تمثل الشريعة العامة لعقود أخرى منبثقة عنها، خاصة بعدما أصبح دور الأحكام المنظمة لها يتجاوز تكملة إرادة أطراف العقد إلى حماية الطرف الضعيف. كما أدت إلى إقرار مبادئ تحقق العدالة العقدية وتثري بالمقابل النظرية العامة للعقد. فإن تدخل المشرع لإضافة قواعد تتناسب مع عقود أكثر تخصصاً وخصوصية، ضمن الأمن القانوني من خلال تبسيط الآليات وإلغاء المفاهيم المعقدة، وحقق جاذبية القانون بعصرنته أخذاً بعين الاعتبار التطورات الاقتصادية والاجتماعية الحاصلة.

ملحق

حالات تطبيقية

- استخراج نقاط قانونية بالإعتماد على مكتسبات قبلية-

الحالة التطبيقية الأولى

أبرم أحمد عقود بيع عرفية لثلاث آلات لزرع البذور بثمن 150.000 د.ج: فباع بتاريخ 2020/01/03 الآلة الأولى لـ عمر مع احتفاظه بحق استردادها خلال 6 أشهر مقابل ردّ الثمن. وتم بيع الآلة الثانية وتسليمها إلى سعيد بتاريخ 2020/02/04، مع الاتفاق على سداد الثمن وانتقال الملكية بتاريخ 2020/04/04. بتاريخ 2020/06/02 باع أحمد الآلة الثالثة لـ فريد بثمن مؤجل الدفع بعد 3 أشهر مع تقييد حريته في بيعها لحين سداد الثمن.

من جهة أخرى قام أحمد ببيع أرض زراعية إلى علي بمبلغ 9 ملايين د.ج تمّ شهره بتاريخ 2020/06/15. وبتاريخ 2020/10/01 رفع أحمد ضد علي دعوى لاستصدار حكم بفسخ عقد البيع مشهرة على هامش البطاقة العقارية، لتماطل علي عن تنفيذ التزامه بتكملة الثمن في دعوى غبن عقاري. بتاريخ 2020/11/04 قام علي بنقل ملكية الأرض بموجب عقد بيع رسمي إلى سليم. وبموجب حكم بفسخ البيع المبرم بين أحمد و علي، صادرو مشهر بتاريخ 2021/01/20، احتج أحمد في مواجهة سليم بالحكم وطالبه باستحقاق الأرض، فدفع سليم بحسن نيته وأن البيع رتب حقا في ذمته مستندا إلى المادة 2/359 ق.م.ج

الحل النموذجيالنقطة القانونية الأولى :

1- تكييف الوقائع

- إبرام عقد بيع الوفاء لآلة زرع بتاريخ 2020/01/03 بين أحمد وعمر.
- إبرام عقد بيع آلة زرع عرفي بين أحمد و "سعيد" بتاريخ 2020/02/04 وتضمنين البيع شرط الإحتفاظ بالملكية لحين تسديد الثمن بتاريخ 2020/04/04.
- إبرام عقد بيع عرفي لآلة زرع بين أحمد وفريد بتاريخ 2020/06/02 يتضمن شرط المنع من التصرف لمدة محددة 3 أشهر كضمان لاستقاء الثمن المؤجل.

2- المبادئ القانونية

- من المقرر قانوناً أن البيع ناقل للملكية، فينقل السلطات المخولة للمالك قانوناً بصفة نهائية. فإن تضمن العقد التزاماً تعهد بموجبه المشتري برد المبيع، إذا استرد الثمن، انتفت خاصية البيع. وهو ما يسمى ببيع الوفاء. وهو بيع باطل لا يحمل مقومات العقد بموجب المادة 396 ق.م.ج.

- من المقرر قانوناً أن ملكية المنقولات المحددة بالذات تنتقل بمجرد انعقاد العقد، إلا أن ذلك ليس من مستلزمات البيع، إذ يمكن الاتفاق بين طرفي العقد على تراخي انتقال الملكية على الرغم من انعقاد العقد، مع تنفيذ البائع التزامه بالتسليم. فيكون انتقال الملكية معلق على شرط واقف وهو دفع الثمن، لتنتقل الملكية بأثر رجعي من يوم البيع، وفي حالة عدم استيفاء الثمن، للبائع استرداد ملكه والمطالبة بالفسخ. المادة 363 ق.م.ج.

- من المقرر قانوناً أن الشرط المانع من التصرف هو قيد يرد على حرية المالك في التصرف وهو شرط صحيح إذا كان لمدة محددة ومبرراً بمصلحة جدية. لذلك يكون صحيحاً في البيع مؤجل الثمن، فالباعث مشروع وهو ضمان استيفاء الثمن، ومدته محددة وهي أجل الوفاء. فإن تم التصرف في المبيع كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم صلاحية المحل التصرف فيه اتفاقاً. ويمكن استتباط أن المشرع أخذ به من نص المادة 104 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

3- الحل:

- لما كان ثابتاً في قضية الحال أن أحمد أبرم بيع وفاء محله آلة زرع وهذا البيع غير جائز لابطاله من قبل المشرع فيتوجب إعادة المتعاقدان أحمد وعمر للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

- لما كان ثابتاً في قضية الحال أن "أحمد" و"سعيد" قد اتفقا على احتفاظ البائع "رضا" بالملكية لحين تسديد الثمن، فهو اتفاق صحيح ويعتبر كضمان اتفاقي يكفل تنفيذ "سعيد" لالتزامه بدفع الثمن.

- لما كان ثابتاً في قضية الحال أن أحمد اشترط على فريد عدم التصرف في الآلة لمدة 3 أشهر كأجل للوفاء فإن مدته محددة ومعقولة والمصلحة التي تبرره مشروعة وهي حق فريد على الوفاء. فالشرط صحيح.

- النقطة القانونية الثانية:

1- تكييف الوقائع: - إبرام عقد بيع أرض بين أحمد وعلي وانتقال ملكيته إلى علي بتاريخ 2020/06/15 بثمن 9 مليون د.ج.

-يرفع أحمد دعوى بفسخ عقد البيع بتاريخ 2020/10/01 كدعوى احتياطية لامتناع المشتري تنفيذ حكم تكملة الثمن.

-التأشير الهامشي لدعوى فسخ بيع الأرض كشرط لقبول الدعوى شكلا والإحتجاج بالحكم.

-انتقال ملكية الأرض المتنازع عليها من علي إلى سليم بموجب البيع بتاريخ 2020/11/04.

-شهر الحكم بفسخ البيع المبرم بين أحمد وعلي بتاريخ 2021/01/20.

-احتجاج أحمد بحكم دعوى الفسخ المشهورة من أجل استحقاق الأرض.

-دفع سليم بحسن نيته كي لا يصيبه ضرر من دعوى الفسخ مستندا إلى المادة 2/359 ق.م.ج.

2-المبادئ القانونية: - من المقرر قانونا أن الدعوى القضائية العقارية الرامية إلى فسخ عقد بيع العقار مقيدة بالزامية شهرها.

- تحت طائلة عدم القبول شكلا طبقا للمادة 85 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، والمادة 17 / 3، المادة 519 ق.ا.م.إ.و. المادة 16 مكرر من القانون رقم 18-18 المعدل والمتمم للأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

-من المقرر قانونا أن الهدف من شهر الدعوى القضائية هو إعلام الغير-المتصرف إليه- بحالة العقار القانونية وأنه محل نزاع ومطالبة بالفسخ، من أجل حفظ حق المدعي عند صدور حكم لصالحه والتمكن من الإحتجاج بالحكم في مواجهة الغير "المشتري" - طبقا للمادة 86 من المرسوم 63/76 واسترجاع حقوقه منه، كونه ثبتت سوء نيته لقبوله اكتساب حق متنازع فيه وهذا دون رفع دعوى جديدة أو استصدار حكم ضده.

3-الحل:لما كان ثابتا في قضية الحال أن أحمد طالب بالفسخ قضاء نتيجة إخلال علي بتنفيذ التزامه بدفع الثمن كاملا بعد استيفاء شرط التأشير الهامشي فإن دعواه مؤسسة قانونا ومقبولة شكلا.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن دعوى فسخ بيع الأرض مشهورة، فإن سليم علم بحالة الأرض عند شهر البيع الذي نقل له ملكيتها "الإطلاع على مجموعة البطاقة العقارية"، وبأن ملكية علي "البائع" للأرض قد تزول بأثر رجعي ويستحق من سليم، على أساس أن حكم الفسخ يؤدي إلى استحقاق أحمد للأرض."رجوع الحال إلى ما كان عليه قبل البيع المبرم بين أحمد وعلي"، ومن ثم فإن سليم سيئ النية واستناده إلى المادة 2/359 ق.م.ج غير مؤسس.

الحالة التطبيقية الثانية

بتاريخ 20/04/2021 باع **أحمد** أرضاً زراعية لـ **نبيل** بموجب عقد رسمي بثمن قدره 3 مليون و500 ألف دج. قبل تنفيذ التزامه بنقل الملكية، قام **أحمد** بموجب عقد رسمي مؤرخ في 15/05/2021 ببيع الأرض لـ **سليم** بثمن قدره 4 مليون دج، ومشهر بتاريخ 20/05/2021. وإثر نزاع قضائي بين **نبيل** و**سليم** حول ملكية الأرض، قضت المحكمة ببطان البيع المحرر لفائدة **سليم**، على أساس أن العقد المبرم بين **أحمد** و**نبيل** هو الأسبق في التاريخ.

قام **أحمد** ببيع جهاز حاسوب لـ **فريد** بتاريخ 02/02/2022 بثمن يُدفع بعد شهرين ومقدر ب100 ألف دج. بتاريخ 10/02/2022 طالب **فريد** بتسليمه الجهاز، فامتنع **أحمد** على أساس أن التسليم لن يتم إلا عند دفع الثمن. بتاريخ 20/02/2022 ونتيجة لخلل مفاجئ في المكونات الإلكترونية، هلك جهاز الحاسوب كلياً. فرفع "أحمد" دعوى قضائية يطالب فيها "فريد" بالثمن على أساس أن الهلاك وقع في فترة الحبس.

بتاريخ 01/09/2022 قام **أحمد** ببيع آلة زراعية إلى **مراك** بموجب عقد عرفي، بثمن 500 ألف دج. وبتاريخ 25/09/2022 رفع **عمر** دعوى ضد **مراك** يدعي فيها ملكية الآلة. قدّم **أحمد** مذكرة للتدخل الفرعي في الخصومة ومساندة **مراك**، فرفض القاضي تدخل أحمد لفقدانه شرط الصفة والمصلحة طبقاً للمادة 194 ق.إ.م.إ، ما دام أنه لم يعد مالكا.

الحل النموذجيالنقطة القانونية الأولى:

1-**الوقائع:** إبرام عقد بيع أرض بين أحمد ونبيل مستكمل ركن الرسمية بتاريخ 20/04/2021 غير مشهر.

-تعرض مادي غير مباشر من طرف البائع أحمد بإبرام بيع مستكمل ركن الرسمية بتاريخ 15/05/2021 لذات للأرض مع نقل ملكيتها لسليم بتاريخ 20/05/2021.

-الحكم قضاء ببطان البيع المحرر لفائدة سليم بحجة أسبقية البيع الأول في التاريخ.

2-**المبادئ القانونية:** -من المقرر قانوناً أن الشهر هو شرط قانوني لترتيب عقد البيع أثره العيني والمتمثل في انتقال الملكية طبقاً للمادة 15 و16 من الأمر 74/75 والمادة 165 من القانون المدني . فالعبرة في نقل الملكية في حالة وجود عقدين، بتاريخ الشهر لا بتاريخ العقد. ولا أثر لأسبقية التاريخ على صحة العقد التالي مادام هذا الأخير مكتمل الأركان.

- من المقرر قانونا أن البائع ملزم بضمان تعرضه الشخصي القائم على تصرفاته القانونية إلى الغير أثبتت له حقا بعد البيع، كتعرض مادي غير مباشر طبقا للمادة 371 ق.م.ج .

3- **الحل:** لما كان ثابتا في قضية الحال أن أحمد قام ببيع الأرض الزراعية لنبيل ثم لسليم قبل شهر العقد الأول، فإن ملكية الأرض تنتقل إلى من سبق أن أشهر سنده أي إلى سليم، الذي يعد عقده صحيحا- مادامت أركانه متوافرة- ولا يستوجب البطلان. وما على نبيل إلا المطالبة بفسخ عقده نتيجة إخلال أحمد بالتزام شخصي- بنقل الملكية- أو الرجوع عليه بالتعويض ضمانا لتعرضه الشخصي. من ثم فإن حكم المحكمة بالبطلان غير مؤسس قانونا.

النقطة القانونية الثانية:

1- **الوقائع:-** إبرام عقد بيع حاسوب بين "أحمد" و"فريد" بتاريخ 2022/02/02 بثمن مؤجل قدره 100.000 دج.

- بتاريخ 2022/02/10 مطالبة "فريد" ل"أحمد" بتنفيذ التزامه بالتسليم.

- دفع "أحمد" بحق الحبس إلى حين دفع الثمن.

- هلاك الحاسوب لقوة قاهرة بتاريخ 2022/02//20 ومطالبة "أحمد" قضاء بتحمل فريد تبعة هلاك المبيع.

2- **المبادئ القانونية :-** من المقرر قانونا أنه يجوز للبائع حبس المبيع كضمان لاستفاء الثمن، ما لم يكن الثمن مؤجلا، حينئذ يلتزم بتسليم المبيع ما دام أنه مكن المشتري من الأجل بإرادته، طبقا للمادة 390 ق.م.ج. مما يعطي للمشتري الحق في طلب التنفيذ العيني. ومن المقرر قانونا أن تبعة هلاك المبيع تقع- كأصل عام- على البائع قبل التسليم طبقا للمادة 369 ق.م.ج، ما لم يكن حابسا له لعدم استيفاء الثمن المعجل، عندئذ تقع تبعة الهلاك على المشتري.

3- **الحل:** لما كان ثابتا في قضية الحال أن أحمد قام بمنح أجل شهرين لفريد لدفع ثمن الحاسوب، فإنه ليس له الحق في الحبس باعتبار أن التزامه بالتسليم يبقى حال الأداء. ومن ثم فإن امتناعه يعتبر إخلالا بالالتزام بالتسليم، يمكن فريد من المطالبة بالتسليم الجبري. (01ن) . ولما كان ثابتا أن بقاء المبيع تحت يد أحمد "البائع"، لم يكن على أساس الحبس، باعتبار أنه ليس لها الحق في ذلك، وإنما على أساس الإخلال بالالتزام بالتسليم، فإنه يتحمل تبعة هلاك الحاسوب. مما يجعل مطالبة بالثمن غير مؤسس قانونا.

النقطة القانونية الثالثة:

1- الوقائع:- إبرام عقد بيع عرفي لآلة زراعية بين أحمد ومراد بتاريخ 2022/09/01.

-يرفع عمر دعوى استحقاق على المشتري مراد -تعرض قانوني من عمر-

-تدخل البائع أحمد -بوصفه ضامنا- في الخصومة لدعم ومساندة المشتري مراد، بغرض تنفيذ التزامه بضمان تعرض الغير القانوني عينا.

-رفض المحكمة تدخل البائع في الخصومة لانعدام الصفة والمصلحة.

2- المبادئ القانونية:- من المقرر قانونا أن البائع ملزم بضمان تعرض الغير القانوني للمشتري ونزع يده عن المبيع. وعليه تنفيذ التزامه عينا بالتدخل في الخصومة بصفته ضامنا، لمساندة المشتري وحماية حقوقه بتقديم أدلة لاستصدار حكم برفض دعوى الغير. وهذا تطبيقا للمادة 371 و 372 ق.م.ج اللتان تلزمانه بذلك. وذلك محافظة على حقوقه بتحقيق مصلحة التخلص من ضمان الإستحقاق أي التخلص من تنفيذ التزامه بطريق التعويض، في حالة صدور حكم لصالح الغير. طبقا للمادة 375 ق.م.ج.

3-الحل: لما كان ثابتا في قضية الحال أن البائع أحمد تدخل في دعوى الإستحقاق تنفيذا لالتزامه الناشئ عن البيع، فتكون له صفة التقاضي باعتباره ضامن وذو مصلحة في المحافظة على حقوقه فتنفيذ التزامه بضمان التعرض عين والتخلص من ضمان الاستحقاق هي الميزة التي يحتمل أن يحصل عليها البائع من الدعوى باستصدار حكم لصالح مراد-المصلحة- وعليه فإن رفض تدخل البائع بحجة فقدان الصفة والمصلحة مادام أنه باع الآلة محل دعوى الاستحقاق غير مؤسس قانونا.

الحالة التطبيقية الثالثة

بتاريخ 2005/02/01 قام أحمد بتأجير مسكنه بموجب عقد عرفي لـ عمر لمدة 6 سنوات، مقابل 15.000 دج كبذل إيجار شهري. و بتاريخ 2011/02/04 رفع أحمد دعوى قضائية يطالب بموجبها عمر بالإخلاء لانتهاء مدة الإيجار، فدفع عمر بحقه المقرر قانونا في شغل المكان لمدة غير محدودة. بتاريخ 2011/03/15 أصدرت المحكمة حكما بإخلاء المسكن على أساس قاعدة خضوع المركز القانوني للقانون الذي تكون في ظله.

بتاريخ 2013/02/06 أبرم أحمد عقد وكالة عرفي مع حسن - الموكل -تحوّل أحمد القيام بأعمال الإدارة وفي حدودها، مدة سنة واحدة. وبتاريخ 2013/03/10 قام أحمد بتأجير شقة مملوكة لحسن لمدة 5 سنوات بموجب عقد عرفي غير مسجل لسعاد، مقابل بدل إيجار شهري يقدر ب 25.000 دج.

بتاريخ 2014/04/03، قامت سعاد، بموجب موافقة كتابية واردة في عقد الإيجار، ببيع حقها في المنفعة بالعين المؤجرة بموجب عقد عرفي إلى علي، وإثر نزاع حول ثمن البيع، قضت المحكمة ببطلان البيع لانعدام الشكل الرسمي تطبيقاً للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

الحل النموذجي:

النقطة القانونية الأولى:

1- **تكييف الوقائع:** بتاريخ 2005/02/01 إبرام أحمد لعقد إيجار عرفي محله إنتفاع عمر بمسكنه لمدة 6 سنوات، ببذل إيجار شهري قدره 15.000 دج

-بتاريخ 2011/02/04 يطالب أحمد عمر قضاء بالإخلاء لانقضاء العقد بانتهاء مدته.

-دفع عمر بحق البقاء في المسكن المقرر بموجب الأمر 58/75.

-صدور حكم بالإخلاء لانتهاء المدة تطبيقاً للأثر الفوري للقانون 05/07.

2- **المبادئ القانونية:** -من المقرر قانوناً أن حق البقاء في الأمكنة مصدره الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، استفاد منه كل مستأجر حسن نية المنتهية مدة عقد إيجاره ولمدة غير محدودة، بصفته شاغل المكان. طبقاً للمادة 514 من الأمر 58/75-الملغاة- فكان مصدره القانون بخلاف التجديد الضمني الذي كانت تنسب فيه علاقة الإيجار الجديدة إلى الإرادة الضمنية للمؤجر طبقاً للمادة 509 من الأمر 58/57-الملغاة-.

-ومن المقرر قانوناً أن حق البقاء ألغي بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 13/05/2007 المتضمن القانون المدني، غير أن القانون قرر استثناء استمرار العمل بحق البقاء بالعين المستأجرة بالنسبة للعقود المبرمة في ظل الأمر 58/75 تطبيقاً لقاعدة الإستثناء عن الأثر الفوري للقانون لمدة 10 سنوات ابتداء من تاريخ سريان القانون، طبقاً للمادة 507 مكرر من القانون 05/07. وإنما يطبق القانون الجديد بأثر فوري على العقود المبرمة في ظله.

3/ **الحل:** -لما كان ثابتاً في قضية الحال أن عقد إيجار المسكن المبرم بين أحمد وعمر تمّ في ظل الأمر 58/75 "2005/02/01" والحال أن القانون 05/07 لا يطبق على آثار ماسبق إبرامه من عقود الإيجار خلال عشر سنوات من تاريخ صدوره أي إلى غاية 14 ماي 2017. فيظل حق أحمد قائماً في البقاء في المسكن بوصفه شاغلاً للمكان . لذلك فإن دفع عمر بحقه المستمد مباشرة من القانون مؤسس قانوناً.

و لما كان ثابتاً في قضية الحال أن قضاة الموضوع اعتمدوا فيما قضوا به على إن القانون 05/07 يسري على انتهاء عقد الإيجار كمركز قانوني تكون في ظله وعدم استفادة عمر من حق البقاء مخالف للمادة 507 مكرر قانون مدني، فتبقى المادة 514 مطبقة على هذا الإيجار باعتباره مبرما قبل التعديل ومنتهايا خلال العشر سنوات المقررة لاستمرار تطبيق القانون القديم. مما يجعل الحكم غير مؤسس قانوناً.

النقطة القانونية الثانية:

1- **تكييف الوقائع:** - إبرام عقد وكالة عامة بين الموكل حسن والوكيل أحمد، محددة الأجل "مدة سنة واحدة" بتاريخ 2013/02/06.

- بتاريخ 2013/03/10 إبرام عقد إيجار عرفي غير ثابت التاريخ بين الوكيل أحمد - بوصفه شخصاً ذو صفة في إبرام الإيجار في حدود وكالته - و سعاد، محله الإنتفاع بشقة مملوكة لحسن لمدة 5 سنوات.

2/ **المبادئ القانونية:** - من المقرر قانوناً أن الوكالة العامة لاتخول للوكيل إلا القيام بأعمال الإدارة دون القيام بأي عمل من أعمال التصرف طبقاً للمادة 573 ق.م.ج. ومن بين أعمال الإدارة إبرام عقود إيجار لمدة لا تزيد مدتها عن 3 سنوات. فإذا عُقد الإيجار لمدة أطول وذلك تخفض المدة إلى 3 سنوات طبقاً للمادة 468 ق.م.ج والمادة 2/573 ق.م.ج

- ومن المقرر قانوناً أن الكتابة ركن لانعقاد الإيجار، ومن ثم لا يجوز إثباته بين المتعاقدين إلا بالكتابة، فإذا كان المحرر عرفياً فيكون حجة بين طرفيه ولو لم يكن ثابت التاريخ ولا يكون حجة في مواجهة الغير إلا إذا كان له تاريخ ثابت. المادة 467 مكرر ق.م.ج والمادة 328 ق.م.ج.

3/ **الحل:** - لما كان ثابتاً في قضية الحال أن "أحمد" وكيل "حسن" بموجب وكالة عامة، بحيث لم تخصص الوكالة لإبرام عقد الإيجار. فإن هذا يمكنه من تأجير الشقة لمدة 3 سنوات فقط، ولا يعتد بالمدة الزائدة عنها. وعليه فإن عقد الإيجار لا يكون نافذاً في مواجهة الموكل حسن إلا في حدود 3 سنوات لتجاوز حدود الوكالة. بالمقابل يمكن الإحتجاج بالعقد المكتوب - العرفي - في حدود هذه المدة في مواجهة حسن الأصل ولو لم يكن العقد ثابت التاريخ، باعتباره طرفاً وليس من الغير الذي يكون لحقه علاقة بالإنتفاع بالشقة. فلا يكون العقد نافذاً في مواجهتهم إلا إذا كان ثابت التاريخ.

النقطة القانونية الثالثة:

1/ **الوقائع:** - إبرام عقد عرفي للتنازل عن الإيجار بعوض بين المتنازل سعاد والمتنازل له علي بتاريخ 2014-04-03 بعد الحصول على الموافقة الكتابية الثابتة في عقد الإيجار.

- صدور حكم ببطالان عقد التنازل بعوض لعدم استيفاء الشكل الرسمي، استنادا إلى المادة 324 مكرر 1 ف.م.ج.

2/ المبادئ القانونية:- من المقرر قانونا أن الأصل هو منع المستأجر من التنازل عن حق الإيجار ولو لم يرد شرط صريح بذلك والإستثناء هو الجواز شرط الحصول على موافقة المؤجر الكتابية طبقا للمادة 505 ف.م.ج.

- ومن المقرر قانونا أن حق المستأجر في الإنتفاع بالعين المؤجرة هو حق شخصي، يجوز للمستأجر التنازل عنه بمقابل في صورة بيع، وبالتالي هو حق منقول ولو تعلق بعقار، أي أن تصرف المستأجر في حق الإيجار هو تصرف في منقول ولو كانت العين المؤجرة عقارا، من ثم لا يخضع للتوثيق، لذا عقد التنازل عن الإيجار رضائي بين طرفيه المستأجر والمتنازل له وليس شكليا. فحق الإيجار هو حق منفعة وليس حق تملك. وهنا تسري أحكام حوالة الحق بالنسبة لما يحيله المستأجر إلى المحال له من حقوق المادة 241 ف.م.ج، وحوالة دين بالنسبة لما عليه من التزامات المادة 252 ف.م.ج.

3/ الحل:- لما كان ثابتا في قضية الحال أن المستأجرة "سعاد" حصلت على الموافقة الكتابية للمؤجر من أجل الإثبات واستيفاء شرط التنازل - فإن عقد التنازل بعوض - البيع - هو عقد صحيح ونافذ في مواجهة حسن.

- ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المحكمة استندت في حكمها للقضاء ببطالان البيع على المادة 324 مكرر التي تنطبق على بيع العقارات وليس على بيع حق المنفعة بالعين المؤجرة بوصفه بيعا لمنقول لا يشترط الشكلية الرسمية ويصوغ التنازل عن هذا الحق بعقد عرفي، مما يجعل الحكم غير مؤسس قانونا.

قائمة المراجع

أولاً-المراجع باللغة العربية.

1-الكتب والمؤلفات.

- أحمد السعيد الزقرد- الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي-جامعة الكويت-كلية الحقوق- مكتب الدراسات والاستشارات القانونية- دون سنة نشر-الكويت
- أحمد السعيد الزقرد -فايز عبد الله الكندري-عقد الإيجار-الطبعة الأولى-1999-الكويت
- أحمد محمد علي داود : أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني -الجزء الأول -الطبعة الأولى-دار الثقافة للنشر والتوزيع-2011 .
- اسماعيل غانم-مذكرات في العقود المسماة: عقد البيع-مطابع دار الكتاب العربي-1958-مصر
- أشرف جابر سيد-الوجيز في عقد الإيجار-دار النهضة العربية-2003-مصر
- أنور سلطان-شرح عقدي البيع والمقايضة-دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني-درا النهضة العربية -1980-بيروت
- إيمان بوسنة -النظام القانوني للترقية العقارية-دراسة تحليلية-دار الهدى-2011-الجزائر
- بغني شريف-حقوق تسجيل العقارات في التشريع الجزائري بين النظرية والتطبيق-النشر الجامعي الجديد-2021-الجزائر
- بلحاج العربي-أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا:دراسة مقارنة- الطبعة الثانية-دار هومة-2015-الجزائر
- بلحاج العربي- الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الإجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا-دراسة مقارنة-دار هومة -2016-الجزائر
- توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة- المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر- مصر- 1970
- جمال بوشنافة-شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري-دار الخلدونية-2006-الجزائر
- جميلة زايدي-إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري-دار الهدى-2014-الجزائر
- جميلة دوار- عقد الإيجار في التشريع المدني الجزائري-دراسة نظرية وفقا لأحدث التعديلات-دار طليطلة-2011-الجزائر

-جيروم هوييه " Jérôme Huet" - ترجمة منصور القاضي- المطول في القانون المدني- العقود الرئيسية الخاصة، المجلد الأول، القسم الأول-المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- طبعة أولى- 2003

- حسني محمد أحمد جاد الرب-تجربة المبيع وأثرها على التزامات الطرفين في عقد البيع- دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-دار الكتب القانونية-2010

- حمدي باشا عمر-نقل الملكية العقارية-دار هومة-2004الجزائر.

- حمدي باشا عمر-دراسات قانونية مختلفة-دار هومة - 2002 -الجزائر

- حمدي باشا عمر-زروقي ليلي-المنازعات العقارية -طبعة 2019، 2020-دار هومة-الجزائر

- خليفة الخروبي- العقود المسماة: الوكالة، البيع والمعاوضة، الكراء والهيئة-طبعة مزيده- منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص-2013-تونس

-ذنون يونس صالح المحمدي-نظرية الأمن التعاقدية-دراسة مقارنة-الطبعة الأولى -دار نون للطباعة والنشر-2018-العراق

-رمضان محمد أبو السعود- شرح أحكام القانون المدني- العقود المسماة: البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين، القسم الأول- منشورات الحلبي - 2010

-زاهية حورية سي يوسف -الوجيز في عقد البيع-دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية- دار الأمل للطباعة-2008-الجزائر

- زاهية حورية سي يوسف-المسؤولية المدنية للمنتج-دار هومة-2009-الجزائر

- زاهية حورية سي يوسف -النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم-دار الأمل للطباعة والنشر- 2014-الجزائر.

-سعيد مبارك، طه الملاحويش، صاحب عبيد الفتلاوي - الموجز في العقود المسماة:- البيع، الإيجار، المقاوله-العاتك لصناعة الكتاب-2009-بيروت.

-سليمان مرقس- العقود المسماة- عقد البيع- الطبعة الرابعة-دار الهناء للطباعة -1980-مصر

- سمير تناغو -عقد الإيجار - تشريع جديد مقترح لمراجعة وصياغة أحكام المحكمة الدستورية العليا المساكنة الباب الخلفي للتهرب من أحكام الدستورية العليا احدث القوانين وأحكام محكمة النقض - منشأة المعارف-2008- مصر

- سمير عبد السيد تناغو - مصادر الالتزام - الطبعة الأولى- مكتبة الوفاء القانونية - 2009- مصر
- سمير عبد السيد تناغو - عقد البيع - الطبعة الأولى- مكتبة الوفاء القانونية -2009- مصر
- سمير تناغو -عقد الإيجار - تشريع جديد مقترح لمراجعة وصياغة أحكام المحكمة الدستورية العليا المساكنة الباب الخلفي للتهرب من أحكام الدستورية العليا احدث القوانين وأحكام محكمة النقض - منشأة المعارف-2008- مصر
- سمير شيهاني-الوجيز في عقد الإيجار المدني فقها وتشريعا وقضاء-جسور للنشر والتوزيع- الطبعة الأولى-2017-الجزائر
- شوقي بناسي-الشرط في قانون العقود-دار الخلدونية-2020-الجزائر
- طاهر شوقي مؤمن-عقد البيع الإلكتروني-دار النهضة العربية 2007-مصر
- صبري السعدي - الواضح في شرح القانون المدني- عقد البيع والمقايضة- دراسة مقارنة في القوانين العربية- دار الهدى، - 2012-الجزائر
- طارق كاظم عجيل-الوسيط في عقد البيع-الجزء الأول-انعقاد العقد-الطبعة الأولى دار الحامد للنشر والتوزيع -2010-الأردن.
- عبد الرزاق السنهوري-موسوعة مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي- الجزء الخامس -الطبعة الأولى- دار إحياء التراث العربي -بدون سنة نشر-مصر-
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني-الجزء 4 -العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة- دار إحياء التراث العربي-بدون تاريخ-بيروت
- عبد الرزاق السنهوري -الوسيط في شرح القانون المدني الإيجار والعارية- الجزء السادس-المجلد الأول- دار إحياء التراث العربي-1963-بيروت
- عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني-الجزء (7) المجلد الأول- العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة - دار إحياء التراث العربي- 1964- لبنان
- عبد المنعم البدر اوي-دروس القانون المدني-العقود المسماة البيع والإيجار-دار الكتاب العربي-دون سنة نشر -مصر.
- عزيز كاظم جبر الخفاجي- أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي-الإنعقاد- الطبعة الأولى- منشورات زين الحقوقية-2013-لبنان

- عبد القادر الفار - أحكام الإلتزام - الطبعة الأولى - الإصدار التاسع - دار الثقافة للنشر والتوزيع - 2007
- عبد الله مبروك النجار - مبادئ عقد البيع - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - مصر - 1997
- علي فيلالي - الإلتزامات - النظرية العامة للعقد - موفم للنشر - 2013 - الجزائر
- علي فيلالي - العقود الخاصة - البيع - موفم للنشر - 2018 - الجزائر
- غني حسون طه - غني حسون طه - الوجيز في العقود المسماة - الجزر الأول - عقد البيع - مطبعة المعارف - 1970 - بغداد
- قادة شهيدة - المسؤولية المدنية للمنتج - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة - 2007 - الجزائر
- غيتري زين العابدين - الوكالة ومسؤولية الوكيل في عقد البيع: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني - دار هومة - 2018 - الجزائر
- لحسين بن الشيخ آث ملويا - المنتقى في عقد البيع - دراسة فقهية، قانونية وقضائية مقارنة، نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية - دار هومة - 2005 - الجزائر
- لحسن بن الشيخ آث ملويا - مدخل إلى دراسة القانون - النظرية العامة للقانون - دار هومة - 2017 - الجزائر .
- ماجد محمد سليمان أبو الخيل - العقد الإلكتروني - الطبعة الأولى - مكتبة الرشد - 2009 - الرياض
- مجيد خلفوني - الإيجار المدني في القانون الجزائري - طبعة مزيعة - دار هومة - 2018 - الجزائر
- محمد حسن قاسم - عقد البيع - الطبعة الأولى - الدار الجامعية - 1999
- محمد حسن قاسم - مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة: دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء تطور عقد الوكالة - الطبعة الأولى - منشورات الحلبي الحقوقية - 2011 - لبنان
- محمد حسنين - عقد البيع في القانون الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية - الطبعة الثالثة - 1990
- محمد حسين منصور - أحكام الإيجار في القانون المدني وقانون لإيجار الأماكن - دار الجامعة الجديدة - 2005 - مصر
- محمد حسين منصور - الحقوق العينية الأصلية - الملكية والحقوق المتفرعة عنها - أسباب نقل الملكية - دار الجامعة الجديدة - 2006 - مصر
- محمد حسين منصور - أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك - دار الفكر الجامعي - 2006

- محمد حسين منصور-أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك-دار الفكر الجامعي-2006
- محمد حسين منصور-شرط الاحتفاظ بالملكية-دار الجامعة الجديدة-2007-مصر
- محمد قدرى باشا- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان- الطبعة 2-المطبعة الكبرى الأميرية-1891-مصر
- محمد ابراهيمي- التقادم في القانون الجزائري-برتي للنشر-الجزائر- 2020
- مصطفى عبد الجواد-عقد البيع في القانون المدني المصري-دار الثقافة العربية-2007
- مصطفى أحمد الزرقاء- العقود المسماة في الفقه الإسلامي-عقد البيع- الطبعة الثانية- دار القلم-2012-دمشق
- محمد عزمي البكري -موسوعة الفقه والقضاء والتشريع- عقد الإيجار-دار محمود للنشر والتوزيع- الطبعة الخامسة-2001-مصر.
- موفق حماد عبد-التزام البائع المحترف بضمان السلامة-دراسة مقارنة- الطبعة الأولى-2016- مكتبة السنهوري.
- موريس نخلة-الكامل في شرح القانون المدني-دراسة مقارنة-الجزء الخامس-منشورات الحلبي الحقوقية-2007-لبنان.
- نبيل إبراهيم سعد -محمد حسين منصور-مبادئ القانون: المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام-دار النهضة العربية-1995-لبنان
- نبيل ابراهيم سعد-الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني-دراسة مقارنة-منشورات الحلبي الحقوقية-2003-لبنان
- نبيل إبراهيم سعد- العقود المسماة- عقد البيع-الطبعة الثالثة - دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية-2008
- نبيل ابراهيم سعد-العقود المسماة- الجزء الثاني-عقد الإيجار-الطبعة الأولى-دار النهضة العربية-1998.
- هادي حسين عبد علي الكعبي-احتفاظ البائع بملكية المبيع-دراسة مقارنة- الطبعة الأولى-منشورات الحلبي الحقوقية-2011.

- هشام طه محمد سليم- العقود المسماة بالتطبيق على عقد البيع وعقد الإيجار على ضوء أحكام كل من القانون المدني المصري والقانون المدني البحريني-دون طبعة -دون دار نشر-2014
- هلال شعوة-الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني وفق أحدث النصوص المعدلة(القانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007)-جسور للنشر والتوزيع-2010-الجزائر
- يمينه حوحو-أحكام عقد الإيجار في القانون الجزائري-دار بلقيس-2021-الجزائر
- يمينه حوحو -عقد البيع في القانون الجزائري-الطبعة الثانية -دار بلقيس للنشر-2021-الجزائر

2-الرسائل والمذكرات.

- كتو لامية- عقد بيع بناء على التصاميم في إطار القانون 04/ 11 المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية- مذكرة ماجستير- جامعة مولود معمري تيزي وزو- السنة الجامعية 2013

3-المقالات القانونية.

- أحمد بوشنافة-الشرط المانع من التصرف في السكنات المستفيدة من إعانة الدولة-مجلة المحامي- منظمة المحامين-سيدي بلعباس-العدد 7-السنة 8-مارس 2013
- اسماعيل المحاقري-التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن-مجلة البحوث القضائية-المحكمة العليا - العدد7-2007- صنعاء
- أشرف جابر-الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنيعة قضائية وصياغة تشريعية-ملحق خاص- مجلة كلية القانون الكويتية العالمية-العدد2-الجزء 2- نوفمبر 2017
- بشير العتروس -ترجمة أمقران عبد العزيز-الشهر العقاري في القانون الجزائري-مجلة المحكمة العليا عدد خاص-الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية -الجزء الأول - 2004
- بلحاج العربي -الإطار القانوني للوعد بالتعاقد: دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري المعدل عام 2005 وقانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016 -مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - إصدار دوري إضافي - السنة التاسعة - العدد 3 - العدد التسلسلي 35 -يونيو 2021
- ضمير حسين المعموري- الوكالة الظاهرة-مجلة جامعة بابل-العلوم الإنسانية- المجلد 15-العدد 2 -2008-العراق-

- الطيب زروتي-حق البقاء وحق استرجاع المحلات المعدة للسكن في القانون الجزائري المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية-مجلد32-عدد3- سبتمبر 1995
- عبد العالي بوشهدان-المجال الزمني لحق البقاء في إيجار الأماكن المعدة للسكن في القانون الجزائري-مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون- المجلد 19-عدد35-سبتمبر 2013
- مجدي بسيوني علي-مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود-دراسة مقارنة-مجلة روح القوانين-المجلد 91-العدد99-جويلية 2022-مصر
- محمد محمد أحمد سويلم-إيجار المال الشائع في القانون المدني والفقہ الإسلامي-دراسة مقارنة-مجلة الشريعة والقانون- المجلد 25-العدد 1-2010- مصر
- محمد حامد إبراهيم-الآثار المترتبة على البيع عبر موقع المتجر الإلكتروني-مجلة روح القوانين-المجلد 89-العدد 89- يناير 2020-مصر
- محمد عرفان الخطيب-نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث-الثابت والمتغير-قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016-مجلة كلية القانون الكويتية العالمية-العدد الأول-السنة 6-العدد التسلسلي 21-مارس 2018
- محمد حسن قاسم-المستأجر في زمن الكورونا قراءة في حكم محكمة دمياط الابتدائية - الدائرة الرابعة- مدني بتاريخ 2020 / 10 / 18 في القضية رقم 609 لسنة 2020 مدني كلى دمياط-المجلة الدولية للفقہ والقضاء والتشريع- المجلد 2-العدد 1-2021.
- نبراس طاهر جبر-مدى تأثير فكرة المجموعة العقدية بقاعدة نسبية أثر العقد-مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية-عدد 2 - مجلد 10-2019-العراق
- يوسف شندي- اثر خيار المستهلك في الرجوع عن التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد- مجلة الشريعة والقانون - العدد 43-2010 جويلية
- يوسف شندي-دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد والإلتزام بالإعلام-مجلة كلية القانون الكويتية العالمية-ملحق خاص - العدد 2-الجزء الثاني-نوفمبر 2017-الكويت-
- يوسف عبيدات-القضايا والإشكالات التي تثيرها جائحة كورونا-مجلة كلية القانون الكويتية العالمية-السنة 8-ملحق خاص-العدد6-جوان 2020.

4-المجلات القضائية.

- المجلة القضائية عدد 1-1989
- المجلة القضائية عدد 3-1989
- المجلة القضائية عدد 3-1991
- مجلة قضائية عدد 1-1992
- المجلة القضائية عدد 2-1992
- المجلة القضائية عدد 3-1992
- المجلة القضائية عدد 2-1993
- المجلة القضائية عدد 3-1994
- المجلة القضائية عدد 4-1994
- المجلة القضائية عدد 1-1996
- المجلة القضائية عدد 1-1997
- المجلة القضائية عدد خاص-1999
- المجلة القضائية عدد 1-2001
- المجلة القضائية عدد 1-2002
- مجلة مجلس الدولة عدد 2-2002
- المجلة القضائية عدد 2-2003
- مجلة المحكمة العليا عدد 2-2004
- مجلة المحكمة العليا عدد خاص-الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية -الجزء الأول - 2004
- مجلة المحكمة العليا عدد 2-2005
- مجلة المحكمة العليا عدد 1-2008
- مجلة المحكمة العليا عدد 2-2008
- مجلة المحكمة العليا عدد 2-2009

- مجلة المحكمة العليا عدد 1 - 2011

-مجلة المحكمة العليا عدد 2 لسنة 2011

-مجلة المحكمة العليا عدد 1 - 2012

-مجلة المحكمة العليا العدد 1-2013

-مجلة المحكمة العليا عدد 2- 2013

- مجلة المحكمة العليا -عدد 1-2014

- مجلة المحكمة العليا عدد 2 - 2014

- مجلة المحكمة العليا عدد 1 - 2015

- مجلة المحكمة العليا عدد 2 - 2015

-مجلة المحكمة العليا عدد 1 - 2016

-مجلة المحكمة العليا -عدد 2-2017

- مجلة المحكمة العليا عدد 2-2019

-مجلة المحكمة العليا عدد 2 - 2021.

5-الإتفاقيات والقوانين الدولية

- اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع المعتمدة بتاريخ 10/01/1980 - دخلت حيز النفاذ بتاريخ 01/01/1988

-قانون لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لـ 16/12/1996

-اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لـ 21/11/2005 - بدأ نفاذها في 1 مارس 2013

6-النصوص التشريعية

-القوانين:

-القانون رقم 131 لسنة 1948 الصادر في 29/07/1948 المتضمن القانون المدني المصري، والنافذ ابتداء من 15 أكتوبر 1949.

-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

القانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم - ج ر عدد 49 لسنة 1990.

- القانون 90-29 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل بالقانون 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004 - ج ر العدد 51 لسنة 2004

-القانون 14/01 المؤرخ في 19 أوت 2001 يتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها

- القانون 06-03 لـ 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضرين القضائيين - ج.ر عدد 14 لـ 8 /03/ 2006.

- القانون 03-22 لـ 25/12/2003 المتضمن قانون المالية- ج.ر عدد 83 لـ 29/12/2003.

- القانون رقم 04/02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية لـ 23 جوان 2004- ج ر رقم 41 المؤرخة في 27 جوان 2004 - المعدل بموجب القانون 10-06 لـ 15 أوت 2010- ج ر رقم 46 لـ 18 أوت 2010

- القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم التوثيق- ج.ر عدد 14 لـ 8 مارس 2006

القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 25 فيفري 2009 المادة 15 منه، المتمم بالقانون 18-09 لـ 10/06/2018- ج ر عدد 35 لـ 13/06/2018.

-القانون 11-04 المؤرخ في 17 فيفري 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية - ج.ر عدد 14 لـ 16 /03/ 2011 يلغي المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري - باستثناء المادة 27 منه- ج.ر عدد 14 لـ 03/03/1993

- القانون 11-16 المؤرخ في 28 ديسمبر 2011 المتضمن قانون المالية لـ 2012. ج ر عدد 72 لـ 29/12/2011

-القانون رقم 15-04 مؤرخ في 01/01/2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين - ج.ر رقم 06 لـ 10 فبراير 2015

- القانون 07-16 المؤرخ في 3 أوت 2016 المتضمن تنظيم مهنة محافضي البيع بالمزاد العلني - ج ر عدد 46 لـ 3 أوت 2016

- القانون 11-17 المؤرخ في 27/12/2017 المتضمن قانون المالية لـ 2018 - ج.ر عدد 76 لـ 28/12/2017.

- القانون 05-18 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية-ج.ر عدد 28 لـ 16/05/2018

- القانون رقم 11-18 المؤرخ في 2 جويلية 2018 المتعلق بالصحة، ج.ر عدد 46 لـ 29/07/2018 المعدل بأمر رقم 02-20 مؤرخ في 30 أوت 2020 -ج.ر عدد 50 لـ 30/08/2020

--قانون رقم 18-18 مؤرخ في 27 ديسمبر سنة 2018، يتضمن قانون المالية لسنة 2019- ج ر عدد 79 لـ 30/12/2018

-الأوامر:

- الأمر 58-75 المؤرخ في 26/09/1975 والمعدل والمتمم بالقانون 10-05 المؤرخ في 20/06/2005 والمعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13/05/1975 المتضمن القانون المدني

- الأمر رقم 74-75 لـ 12 نوفمبر سنة 1975 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم -ج.ر عدد 92 لـ 18/11/1975

- الأمر 105-76 الصادر في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل -ج.ر عدد 81 لـ 18/12/1977 المعدل والمتمم.

- الأمر 23-96 المؤرخ في 09/07/1996 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي - ج.ر عدد 43 لـ 10/07/1996

- الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جوان 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل بموجب القانون 08-12 لـ 25 جوان 2008 والمعدل بالقانون 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010 الجريدة الرسمية عدد 46 لـ 18 أوت 2010

- الأمر 01-21 المؤرخ في 10 مارس 2021 يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات- ج.ر عدد 17 لـ 10-03-2021

7-النصوص التنظيمية.

- المرسوم 76-147 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن تابع لديوان الترقية والتسيير العقاري-ج.ر عدد 12 لـ 1977.
- المرسوم التنفيذي 76-62 مؤرخ في 25 مارس 1976 - ج.ر عدد 30 لـ 13 أبريل سنة 1976 - معدل ومتمم بالمرسوم 84-400 المؤرخ في 24/12/1984 - ج.ر عدد 71 لـ 30/12/1984 - معدل ومتمم بالمرسوم 92-134 المؤرخ في 7 أبريل 1992 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام - ج.ر عدد 26 لـ 8/04/1992.
- المرسوم التنفيذي 76/63، المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري- ج.ر عدد 30 لـ 13/04/1976 المعدل والمتمم بالمرسوم 80-210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980 - ج.ر عدد 38 لـ 16/09/1980 - والمعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993 المتعلق بتأسيس السجل العقاري- ج.ر عدد 34 لـ 13 ماي 1993.
- القانون 83-18 المؤرخ في 13 أوت 1983 المتضمن حيازة الملكية العقارية الفلاحية -ج.ر عدد 34 لـ 16/08/1983.
- المرسوم التنفيذي رقم 90/231 المؤرخ في 28-07-1990 -ج.ر عدد 44 لـ 17 أكتوبر 1990 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 98-01 المؤرخ في 04/01/1998-ج.ر عدد 1 لـ 07/01/1998 المتضمن القانون الأساسي الخاص الذي يطبق على موظفي كتابات الضبط للجهات القضائية
- المرسوم التنفيذي رقم 91 - 148 المؤرخ في 12 ماي 1991-ج.ر عدد 25 صادرة بتاريخ 1991/05/29
- بموجب المرسوم التنفيذي 91/254 المؤرخ في 27/07/1991 المتضمن كيفية إعداد شهادة الحيازة وتسليمها-ج.ر عدد 36 لـ 31/01/1991
- المرسوم التنفيذي رقم 94 - 69 المؤرخ في 19 مارس سنة 1994 يتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 مرسوم تشريعي رقم 93 - 03 المؤرخ في أول مارس 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري ج.ر عدد 17 لـ 1994
- المرسوم تنفيذي رقم 95-310 مؤرخ في 10 أكتوبر 1995 يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين في المواد من 4 إلى 8 -ج.ر عدد 60 لـ 15/10/1995.

- المرسوم التنفيذي 97-406 المؤرخ في 3 نوفمبر 1997-ج.ر. عدد 73 لـ 5 نوفمبر 1997. والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي 14-180 لـ 5 جوان 2014-ج.ر. عدد 37 لـ 19 جوان 2014.
- المرسوم التنفيذي 01-105 المؤرخ في 23 أبريل 2001، والمعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 03-35 المؤرخ في 13-01-2003 ج ر عدد 04 لـ 22-01-2003، والمعدل أيضاً بموجب المرسوم 04-137 المؤرخ في 21 أبريل 2004، ج ر عدد 27 لـ 28-04-2004 ثم المرسوم التنفيذي رقم 04-340 المؤرخ في 2 نوفمبر 2004، ج ر عدد 69 لـ 03 نوفمبر 2004. المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 14-288 لـ 15 أكتوبر 2014، ج.ر. عدد 61 لـ 16-10-2014.
- المرسوم التنفيذي رقم 06-215 المؤرخ في 18 يونيو سنة 2006 المحدد لشروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود -ج.ر. رقم 41 لـ 21 جوان 2006 المعدل والمتمم بالمرسوم تنفيذي رقم 20-399 المؤرخ في 26 ديسمبر سنة 2020 -ج.ر. رقم 80 لـ 29 ديسمبر 2020
- المرسوم 08-142 المحدد لقواعد منح السكن العمومي الإيجاري المؤرخ في 11 مي 2008-ج.ر. عدد 24 لـ 2008/05/11
- المرسوم التنفيذي 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك-ج.ر. عدد 58 لـ 2013/11/18
- المرسوم التنفيذي 13/431 المؤرخ في 2013/12/18 يحدد عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأماكن العقارية وكذا حدود تسعير سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأجيل وأجلها وكيفية دفعها - ج.ر. عدد 66 لـ 25 ديسمبر 2013
- المرسوم التنفيذي 14/181 المؤرخ في 05-06-2014 يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفيات ذلك- ج.ر. عدد 37 لـ 19 جوان 2014.
- مرسوم تنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 12 مايو سنة 2015 يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الإستهلاكي، ج.ر. عدد 24 لـ 13 ماي سنة 2015
- المرسوم تنفيذي رقم 16-65 مؤرخ في 16 فبراير سنة 2016، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-50 المؤرخ في 12 فبراير سنة 2001 والمتضمن تحديد أسعار الحليب المبستر والموضب في

الأكياس عند الإنتاج وفي مختلف مراحل التوزيع-ج ر رقم 09 لـ 17 فيفري 201 -و المعدل والمتمم بالمرسوم تنفيذي رقم 20-153 مؤرخ في 8 جوان سنة 2020-ج.ر عدد 35 لـ 14 جوان 2020.
-المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 05 ماي 2016المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا -ج.ر عدد 28 لـ 2016/05/08

-المرسوم التنفيذي 16-310 المؤرخ في 30-11-2016 - يحدد شروط نقل حق الإيجار المتعلق بالسكن العمومي الإيجاري الذي تسييره دواوين الترقية والتسيير العقاري وكيفياته- ج.ر عدد 70 لـ 08-12-2016.

- مرسوم تنفيذي رقم 18-01 مؤرخ في 4 يناير سنة 2018 يعدل المرسوم التنفيذي رقم 16-310 المؤرخ في 30 نوفمبر 2016 الذي يحدد شروط نقل حق الإيجار المتعلق بالسكن العمومي الإيجاري الذي تسييره دواوين الترقية والتسيير العقاري وكيفياته-ج.ر عدد 1 لـ 2018/01/07

-المرسوم تنفيذي رقم 18-153 مؤرخ في 4 جوان 2018، يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة والأملاك المسيرة من طرف دواوين الترقية والتسيير العقاري. ج ر عدد 33 لـ 6 جوان 2018.

- مرسوم تنفيذي رقم 20-241 مؤرخ في 31 أوت 2020، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 96-132 المؤرخ 13 أبريل سنة 1996 والمتضمن تحديد أسعار الدقيق والخبز في مختلف مراحل التوزيع -ج.ر رقم 52 لـ 2 سبتمبر 2020.

- مرسوم تنفيذي رقم 20-242 مؤرخ في 31 أوت 2020، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 07-402 المؤرخ في 25 ديسمبر 2007 الذي يحدد أسعار سميد القمح الصلب عند الإنتاج وفي مختلف مراحل توزيعه -ج.ر رقم 52 لـ 2 سبتمبر 2020-.

- المرسوم التنفيذي رقم 21-244 المؤرخ في 31 ماي 2021 يحدد شروط وكيفيات تقديم خدمة ما بعد بيع السلع -ج.ر رقم 51 لـ 2021 /06/09.

ثانيا-المراجع باللغة الفرنسية.

1-Ouvrages

- François Collart Dutilleul; Philippe Delebecque- Contrats civils et commerciaux- 11^e édition-Dalloz-2019

- Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier- Droit des contrats spéciaux, 8^e éd- LGDJ-Lextenso- 2016.

2-Textes législatifs et réglementaires

- Code civil français , loi 1804-01-30 promulguée Le 9 février 1804

- Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux-JORF n°117 du 21 mai 1998.

- Code de commerce français- La loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports

-Ordonnance n° 2016-131 ،10 févr. 2016 ،portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations: JO. 11 févr. 2016

-Code de la consommation-Création ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016- JORF n°0064 du 16 mars 2016-

3-Articles

Jamel Djoudi- Arrhes – septembre 2018- Répertoire de droit civil –Dalloz

-Cites internet.

<https://www.legifrance.gouv.fr/>

<https://uncitral.un.org/>

<https://www.gazette-du-palais.fr/>

<https://www.dalloz.fr/>

<https://www.coursupreme.dz/>

<https://droit.mjjustice.dz/>

<http://majliselouma.dz/>

<https://www.cc.gov.eg/>

الفهرس

1	مقدمة:
2	تمهيد:العقود المسماة وغير المسماة
2	أولاً: العقود المسماة.
3	ثانياً: العقود غير المسماة.
5	ثالثاً:التكييف القانوني للعقود.
6	الباب الأول: العقود الناقلة للملكية:عقد البيع
7	الفصل التمهيدي: ماهية عقد البيع.
7	المبحث الأول: تعريف عقد البيع وتحديد خصائصه.
7	المطلب الأول: تعريف عقد البيع.
7	الفرع الأول: تطور عقد البيع.
8	الفرع الثاني: تعريف البيع في القانون الجزائري والقوانين المقارنة.
9	المطلب الثاني: خصائص عقد البيع.
10	الفرع الأول: عقد معاوضة ملزم لجانبين محدد القيمة.
11	الفرع الثاني: عقد رضائي ناقل للملكية محله الحقوق المالية.
12	المبحث الثاني: تمييز عقد البيع عن العقود المشابهة له.
12	المطلب الأول: البيع والعمليات القانونية التي تتضمن نقل الملكية.
12	الفرع الأول: البيع والهبة.
13	الفرع الثاني: البيع والوصية.
13	الفرع الثالث: المقايضة والبيع.
14	الفرع الرابع: البيع والقرض.
14	الفرع الخامس: البيع والوفاء بمقابل.
14	المطلب الثاني: البيع والعمليات القانونية التي تتضمن مقابلاً نقدياً.
15	الفرع الأول: البيع والإيجار.
17	الفرع الثاني: البيع والمقاوله.
18	الفصل الأول: أركان عقد البيع
18	المبحث الأول: الرضائية في عقد البيع.
19	المطلب الأول: موضوع التراضي، إثباته وتفسيره.
19	الفرع الأول: موضوعات التراضي.

أولاً: طبيعة العقد.....	19
ثانياً: الاتفاق على المبيع.....	20
ثالثاً: الاتفاق على الثمن.....	20
الفرع الثاني: التراضي في عقد البيع الالكتروني.....	20
الفرع الثالث: تفسير عقد البيع وإثباته.....	22
المطلب الثاني: صور الرضائية في عقد البيع.....	24
الفرع الأول: البيع بشرط التجربة.....	24
الفرع الثاني: البيع بشرط المذاق.....	26
الفرع الثالث: البيع المعلق على شرط الحصول على قرض.....	26
الفرع الرابع: البيع مع حق المشتري في التراجع.....	27
الفرع الخامس: البيع بالعينة.....	28
الفرع السادس: بيع العربون.....	29
الفرع السابع: المرحلة التمهيدية لإبرام عقد البيع.....	31
أولاً: الوعد بإرادة منفردة.....	31
(1) - الوعد بالشراء.....	32
(2) - الوعد بالمبيع.....	32
(3) - البيع بالتفضيل.....	34
ثانياً: الوعد الملزم لجانبين.....	35
المطلب الثالث: صحة الرضا والقيود المنصبة على الحق في البيع والشراء.....	36
الفرع الأول: صحة الرضا في عقد البيع.....	36
الفرع الثاني: قيود البيع والشراء.....	38
أولاً: تقييد الحق في البيع.....	38
ثانياً: تقييد الحق في الشراء.....	41
ثالثاً: القيود الواردة على عدم البيع.....	44
رابعاً: القيود الواردة على شروط البيع.....	44
خامساً: القيود الواردة على الحرية في اختيار المتعاقد.....	47
المطلب الرابع: الإستثناء عن الرضائية في عقد البيع - البيوع الشكلية -.....	49
الفرع الأول: الشكل الرسمي.....	49
الفرع الثاني: وظيفة التوثيق في عقد البيع.....	52
المبحث الثاني: المحل والسبب في عقد البيع.....	53

- 53.....المطلب الأول: المبيع.
- 53.....الفرع الأول: وجود المبيع أو قابليته للوجود.
- 55.....أولا: عقد بيع العقارات على التصاميم.
- 57.....ثانيا: البيوع الاحتمالية.
- 58.....أ- بيع المال الشائع:
- 59.....ب- بيع الحقوق المتنازع فيها:
- 62.....ج- بيع التركة:
- 63.....الفرع الثاني: تعيين المبيع.
- 64.....الفرع الثالث: مشروعية وصلاحيه الشيء المبيع للتعامل فيه.
- 66.....الفرع الرابع: ملكية البائع للمبيع.
- 66.....أولا: مفهوم بيع ملك الغير وتحديد نطاقه.
- 67.....ثانيا: أحكام بيع ملك الغير.
- 69.....المطلب الثاني: الثمن.
- 70.....الفرع الأول: شروط الثمن.
- 73.....الفرع الثاني: الغبن في بيع العقار.
- 74.....أولا: شروط الطعن بالغبن العقاري.
- 75.....ثانيا: الغرض من دعوى الغبن العقاري وإجراءاتها.
- 76.....ثالثا: دعوى فسخ البيع العقاري للإخلال بتكملة الثمن وإجراء شهرها.
- 77.....المطلب الثالث: السبب في عقد البيع.
- 78.....الفرع الأول: وجود السبب.
- 78.....الفرع الثاني: مشروعية السبب.
- 79.....الفصل الثاني : الآثار المترتبة على عقد البيع.
- 79.....المبحث الأول: التزامات البائع.
- 79.....المطلب الأول: التزامات البائع المعاصرة لعقد البيع.
- 79.....الفرع الأول: الالتزام بنقل ملكية المبيع.
- 79.....أولا: نقل ملكية المنقول.
- 80.....1- المنقول معين بالذات.
- 80.....أ - شروط انتقال الملكية بمجرد العقد:
- 81.....ب- تراخي انتقال ملكية المبيع:
- 82.....2- نقل ملكية المنقول معين بالنوع:

- 82..... ثانيا: انتقال الملكية في بيع العقارات.
- 85..... 1- نظام الشهر العقاري:.....
- 85..... أ) الشهر الشخصي:.....
- 85..... ب) نظام الشهر العيني:.....
- 86..... 2- موقف المشرع الجزائري من الشهر العقاري:.....
- 88..... 3- قواعد وشروط تنظيم الشهر العقاري:.....
- 90..... الفرع الثاني: التزام البائع بالسلامة.
- 91..... أولا: مفهوم الالتزام بالسلامة في عقد البيع وأساسه القانوني.
- 94..... ثانيا: أركان المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزام بالسلامة.
- 95..... ثالثا: دفع مسؤولية البائع عن الإخلال بضمان السلامة.
- 97..... الفرع الثالث: إلتزام البائع بالإعلام.
- 97..... أولا: مفهوم الإلتزام بالإعلام.
- 98..... ثانيا: أهمية الإلتزام بالإعلام.
- 98..... ثالثا: أساس التزام البائع بالإعلام.
- 99..... رابعا: طبيعة التزام البائع بالإعلام.
- 100..... خامسا: الإلتزامات الإجبارية في مجال إعلام المستهلك.
- 101..... الفرع الرابع: إلتزام البائع بالتسليم.
- 101..... أولا: مفهوم التسليم.
- 101..... ثانيا: طرق التسليم.
- 102..... ثالثا: مكان وزمان التسليم.
- 103..... رابعا: محل التسليم.
- 104..... خامسا: مقدار المبيع.
- 104..... (1) - حالة النقص في المقدار.
- 104..... (2) - حالة الزيادة في مقدار المبيع:
- 106..... سادسا: جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم.
- 106..... (1) - إحجام البائع عن التسليم أو تأخره في ذلك:
- 106..... (2) - هلاك المبيع:
- 107..... (3) - نقص قيمة المبيع بسبب التلف:
- 107..... المطلب الثاني: إلتزامات البائع اللاحقة لعقد البيع.
- 107..... الفرع الأول: التزام البائع بضمان التعرض.

- أولاً: أنواع التعرض..... 107
- 1- التعرض الشخصي..... 108
- أ- مضمون التعرض الشخصي..... 108
- ب- خصائص الالتزام بضمان التعرض الشخصي..... 109
- ج- آثار الضمان عن التعرض الشخصي:..... 110
- 2- التعرض الصادر من الغير:..... 111
- أ- شروط التعرض الصادر من الغير..... 111
- ب- التنفيذ العيني للالتزام بضمان تعرض الغير..... 113
- ج- التنفيذ بطريق التعويض (ضمان الاستحقاق)..... 114
- الفرع الثاني: ضمان العيوب الخفية..... 116
- أولاً: مفهوم العيب الخفي الموجب للضمان..... 116
- ثانياً: شروط العيب الموجب للضمان..... 118
- ثالثاً: البيوع المستبعدة من ضمان العيوب الخفية..... 120
- رابعاً: إجراءات الحصول على الضمان..... 121
- خامساً: آثار دعوى الضمان..... 122
- سادساً: هلاك المبيع وأثره على دعوى الضمان..... 122
- المبحث الثاني: التزامات المشتري في عقد البيع..... 123
- المطلب الأول: الالتزام بدفع الثمن..... 123
- الفرع الأول: زمن ومكان الوفاء بالثمن..... 123
- أولاً: زمان الوفاء بالثمن..... 123
- ثانياً: مكان الوفاء بالثمن..... 124
- الفرع الثاني: حق المشتري حبس الثمن..... 125
- أولاً: الحالات التي يجوز للمشتري فيها حبس الثمن..... 125
- ثانياً: انقضاء حق المشتري بالحبس..... 125
- الفرع الثالث: جزاء الامتناع عن الوفاء بالثمن..... 126
- أولاً: حق حبس المبيع..... 126
- ثانياً: التنفيذ الجبري وحق امتياز البائع..... 127
- ثالثاً: الاحتفاظ بالملكية..... 128
- رابعاً: دعوى فسخ البيع..... 128
- المطلب الثاني: التزام المشتري بتسليم المبيع وتحمل المصروفات والتكاليف..... 129

129 الفرع الأول: الالتزام بتسليم المبيع.

130 الفرع الثاني: الإلتزام بدفع مصاريف البيع وتحمل تكاليف المبيع

132 الباب الثاني: عقود المنفعة والعمل

133 الفصل الأول: عقد الإيجار

133 المبحث الأول: مفهوم عقد الإيجار وأركانه.

133 المطلب الأول: تعريف العقد وخصائصه.

133 الفرع الأول: تعريف عقد الإيجار.

133 الفرع الثاني: خصائص عقد الإيجار.

134 أولا: وجوب كتابة العقد المتضمن الإيجار.

136 ثانيا: عقد الإيجار من عقود المعاوضة.

136 ثالثا: عقد الإيجار من العقود الملزمة لجانبين.

137 رابعا: عقد الإيجار هو من العقود الواردة على الانتفاع بالشيء.

137 خامسا: عقد الإيجار عقد زمني.

138 المطلب الثاني: أركان عقد الإيجار وصفة المؤجر فيه.

138 الفرع الأول: الصفة لإبرام عقد الإيجار.

139 أولا: الإيجار الصادر من مالك الرقبة.

140 1- إيجار المالك على الشيوع :

140 2- إيجار مالك العقار المحجوز:

141 3- إيجار المالك تحت شرط فاسخ:

141 4- إيجار المالك الراهن:

141 ثانيا: إيجار مشتري العقار قبل انتقال الملكية.

142 ثالثا: إيجار المستأجر.

143 رابعا: إيجار أصحاب حق الإدارة.

143 خامسا: إيجار المنتفع.

144 سادسا: إيجار من له حق الاستعمال والسكن.

144 سابعا: إيجار ملك الغير.

144 الفرع الثاني: محل عقد الإيجار.

145 أولا: المنفعة.

145 1- أن تكون موجودة وقت إبرام العقد أو قابلة للوجود:

- 2- أن يعلم المستأجر بالمنفعة علماً كافياً: 145
- 3- يجب أن ترد المنفعة على شيء صالح للتعامل فيها: 145
- 4- يجب أن تحدد مدة المنفعة اتفاقاً : 146
- ثانياً: بدل الإيجار. 146
- الفرع الثالث: ركن المدة والشكل في عقد الإيجار. 147
- أولاً: المدة في عقد الإيجار. 147
- ثانياً: الشكل. 148
- المبحث الثاني: أحكام عقد الإيجار 148
- المطلب الأول: التزامات المؤجر. 148
- الفرع الأول: الالتزام بتسليم العين المؤجرة. 149
- الفرع الثاني: التزام المؤجر بالصيانة. 150
- الفرع الثالث: التزام المؤجر بضمان التعرض. 152
- أولاً: تعرض المؤجر الموجب للضمان. 152
- ثانياً: تعرض الغير الموجب لضمان المؤجر. 154
- ثالثاً: تطبيقات تشريعية للتعرض الصادر من الغير. 155
- 1- حالة تعدد المستأجرين لعين واحدة من مؤجر واحد: 155
- 2- التعرض الصادر من السلطات الإدارية: 155
- الفرع الرابع: التزام المؤجر بضمان العيوب الخفية. 156
- أولاً: شروط العيب الموجب للضمان. 156
- 1- أن يكون العيب مؤثراً: 156
- 2- أن يكون العيب خفياً: 157
- 3- لا يشترط أن يكون العيب قديماً: 157
- 4- أن يكون العيب غير معلوم للمستأجر: 157
- ثانياً: أحكام ضمان المؤجر للعيب الخفي. 157
- المطلب الثاني: التزامات المستأجر. 158
- الفرع الأول: دفع بدل الإيجار. 158
- الفرع الثاني: التزام المستأجر باستعمال العين المؤجرة. 163
- الفرع الثالث: التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار. 165
- أولاً: أساس مسؤولية المستأجر عن تلف أو هلاك العين المؤجرة. 165
- ثانياً: التزام المستأجر بالترميمات التأجيرية. 166

- 167 ثالثا: التزام المستأجر بإخطار المؤجر عند اقتضاء تدخله.
- 167 الفرع الرابع: التزام المستأجر برد العين المؤجرة وملحقاتها.
- 168 المبحث الثالث: التنازل عن الإيجار، الإيجار من الباطن وانتهاء العقد.
- 168 المطلب الأول: التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن.
- 168 الفرع الأول: التنازل عن الإيجار.
- 169 أولا: علاقة المستأجر بالمتنازل له.
- 170 ثانيا: علاقة المستأجر بالمؤجر.
- 170 ثالثا: علاقة المؤجر بالمتنازل له.
- 170 الفرع الثاني: الإيجار من الباطن.
- 170 أولا: علاقة المستأجر الأصلي بالمستأجر الفرعي.
- 171 ثانيا: العلاقة بين المستأجر الأصلي والمؤجر.
- 171 ثالثا: علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن.
- 172 المطلب الثاني: إنتهاء حق الإيجار.
- 173 الفرع الأول: حق البقاء في الأمكنة وانتهاء العمل به.
- 174 أولا: حق البقاء أصلً بموجب الأمر 58-75.
- 176 ثانيا: انتهاء عقد الإيجار بموجب المرسوم 93-03.
- 176 ثالثا: حق البقاء استثناءً بموجب القانون 07-05.
- 177 الفرع الثاني: انتهاء الإيجار قبل انقضاء مدته.
- 178 الفرع الثالث: انقضاء الإيجار الصادر من المنتفع وصاحب حق الاستعمال والسكن.
- 179 الفصل الثاني: عقد الوكالة.
- 179 المبحث الأول: انعقاد الوكالة ونطاقها.
- 179 المطلب الأول: مفهوم الوكالة وانعقادها.
- 180 الفرع الأول: تعريف عقد الوكالة.
- 180 الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للوكالة.
- 181 الفرع الثالث: شروط انعقاد وصحة الوكالة.
- 182 المطلب الثاني: أنواع الوكالة.
- 182 الفرع الأول: الوكالة العامة.
- 183 الفرع الثاني: الوكالة الخاصة.
- 184 المبحث الثاني: أحكام عقد الوكالة.
- 184 المطلب الأول: آثار عقد الوكالة بين طرفيه.

184	الفرع الأول: التزامات الوكيل.....
185	أولاً: تنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة.....
185	1- الإلتزام بتعليمات الموكل:.....
	2- انصراف أثر التصرف المجاوز حدود الوكالة إلى الأصيل على أساس إرادة
187	مفترضة:.....
188	ثانياً: بذل الوكيل العناية اللازمة في تنفيذ الوكالة.....
189	1- إلتزام الوكيل باليقظة في تنفيذ الإلتزام:.....
189	2- الوكالة من الباطن:
190	3- تعدد الوكلاء:.....
191	ثالثاً: موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية وتقديم حساب عن الوكالة.....
192	الفرع الثاني: إلتزامات الموكل.....
192	أولاً: دفع الأجرة.....
192	ثانياً: التزام الموكل برد المصروفات.....
192	ثالثاً: التزام الموكل بتعويض الوكيل عما أصابه من ضرر.....
192	المطلب الثاني: آثار الوكالة بالنسبة للغير.....
193	الفرع الأول: العلاقة بين الموكل والغير.....
193	الفرع الثاني: علاقة الوكيل بالغير.....
194	المطلب الثالث: انتهاء الوكالة.....
194	الفرع الأول: الأسباب العامة لانتهاء الوكالة.....
194	الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانتهاء الوكالة.....
194	أولاً: انتهاء الوكالة بالوفاة.....
194	1- انتهاء الوكالة بوفاة الوكيل:.....
195	2- انتهاء الوكالة بوفاة الموكل:
195	ثانياً: انتهاء الوكالة بالإرادة المنفردة.....
195	1- انتهاء الوكالة بعزل الوكيل:
197	2- انتهاء الوكالة بتنحي الوكيل:.....
198	الخاتمة:.....
199	ملحق.....
208	قائمة المراجع.....
223	الفهرس.....