



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة وهران 2 محمد بن أحمد



وهران في 16-03-2021

مستخرج من محضر اجتماع المجلس العلمي للكلية  
ليوم 06-03-2021.

كلية

الحقوق والعلوم السياسية.

بيانات الدورة

طبيعة الدورة		تاريخ الدورة	رقم الدورة
استثنائية	عادية		
<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	2021 / 03 / 06	...





## قائمة حضور اجتماع المجلس العلمي للكلية

بتاريخ 06 مارس 2021

الرقم	الإسم واللقب	الصفة	التوقيع
01	ذا زهدور نسلي	الرئيس	
02	حداد محمد	العميد	
03	العدي منخل عبد الحام	أستاذ	
04	دراغو توفيق	نائب العميد	
05	صافو محمد	نائب العميد	
06	قصر ربيع عز الكتي	رئيس اللجنة العلمية والقانونية	
07	نوسعادة خيرة	رئيسة اللجنة العلمية والعلوم السياسية	
08	ناكي دليلة	مديرة مركز	
09	بولنوار ملبلة	مديرة مركز	
10	غزير عبادة	مسئولة مركز	
11	صوفى عطر	رئيسة قسم العلوم القانونية	
12	لدة جلون سفيان	رئيسة قسم القانون العام	
13	لوسبي عبد الوهاب	ممثل الإمتاذة القانونية العام	
14	رحو وسلي	رئيسة قسم القانون الخاص	
15	ناهر فندرجة	رئيسة اللجنة العلمية	
علا	طيس كريمة بلعائش الماسي	ممثل مساندة	



2. أعضاء المجلس العلمي للكلية المتغيّيون عن أعمال الدّورة

الرقم	الاسم واللقب	الصّفة
1	سلاف نعيمة	ممثلة عن الأساتذة المساعدين
2	بلماحي محمد	ممثل عن الأساتذة المساعدين
3	صالح محمد	مدير مخبر
	بوسماحة نصر الدين	مدير مخبر بحث
4	بناصري يوسف	مدير مخبر بحث
5	بوخاتمي فاطمة	مديرة مخبر بحث
6	حمدان ليلى	مديرة مخبر بحث



ومن بين النقاط المدرجة في جدول أعماله  
تعيين مقررین لتقييم المحاضرات:

عرض الملف: محاضرة الأستاذة زهدور انجي هند ريم سندس ، بعنوان: "محاضرة العقود الخاصة" ،  
للسنة الثالثة ليسانس ، تخصص القانون الخاص .

الرأي والتوصية:

تعيين المقررین:

(1) الأستاذة درار نسيمه

(2) الأستاذة عدة جلول سفيان

وحرر هذا المستخرج بناء على طلب الأستاذة زهدور انجي هند ريم سندس للعمل به وفق ما يقتضيه  
القانون.

كاتب الجلسة

رئيس المجلس العلمي للكلية

الأستاذة زهدور سهلي.



رئيس المجلس العلمي  
لكلية الحقوق و العلوم السياسية  
أ / زهدور سهلي



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة وهران 2 - محمد بن احمد



مستخرج من محضر اجتماع المجلس العلمي للكلية

كلية

الحقوق والعلوم السياسية

بيانات الدورة

طبيعة الدورة		تاريخ الدورة	رقم الدورة
استثنائية	عادية		
<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	2021 / 06 / 05	...



ومن بين الأعمال المدرجة في جدول أعماله  
المصادقة على تقارير المقررين لتقييم المحاضرات:

عرض الملف: محاضرة الأستاذة زهدور انجي هند نجوى ريم سندس، بعنوان: "محاضرة العقود الخاصة"،  
لطلبة سنة الثالثة ليسانس، تخصص قانون خاص.

قرر المجلس العلمي بتاريخ 2021-03-06 تعيين الأستاذة درار نسيمة، و الأستاذة عدة جلول سفيان كمقررين.

(1) الأستاذة درار نسيمة، تقدمت بتقرير إيجابي مؤرخ بـ 2021-03-29.

(2) الأستاذة عدة جلول سفيان، تقدمت بتقرير إيجابي مؤرخ بـ 2021-04-03.

الرأي والتوصية: الموافقة

حرر هذا المستخرج بطلب من الاستاذة زهدور انجي هند نجوى ريم سندس، للعمل به وفق ما يقتضيه  
القانون.

كاتب الجلسة

الأستاذ دراغو توفيق



أ. دراغو توفيق

نائب العميد المكلف بالدراسات ما بعد  
التدرج والبحث العلمي والعلاقات الخارجية  
لكلية الحقوق والعلوم السياسية بالنيابة

رئيس المجلس العلمي للكلية

الأستاذ زهدور سهلي





## إشهاد

يشهد السيد رئيس المجلس العلمي بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة وهران 2- محمد بن أحمد الموقع أدناه، بأن محاضرة الأستاذة زهدور إنجي هند نجوى ريم سندس، أستاذة محاضرة قسم "أ"، الموسومة "محاضرة في العقود الخاصة" في نسختها الورقية الملقاة على طلبة السنة الثالثة ليسانس خلال السنة الجامعية 2018-2019، المحكّمة والمصادق عليها من طرف المجلس العلمي للكلية المنعقد بتاريخ 2021/06/05، هي محاضرة موضوعة عبر الخط في منصة الجامعة e-learning.

سلم هذا الإشهاد للإدلاء به عند الحاجة بما يسمح به القانون.

السيد رئيس المجلس العلمي

بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة وهران 2- محمد بن أحمد

أ.د. العربي شحط عبد القادر  
رئيس المجلس العلمي  
كلية الحقوق والعلوم السياسية



وزارة التعليم العلي والبحث العلمي

جامعة وهران 2- محمد بن أحمد

كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرة العقود الخاصة (سنوية)

أقيمت على طلبة السنة الثالثة ليسانس – القسم الخاص

خلال السنة الجامعية 2018-2019

من إعداد الأستاذة:

زهدور إنجي هند نجوى ريم سندس

أستاذة محاضرة قسم "أ"



## السداسي الأول - عقد البيع

تمهيد:

## أولاً- التأصيل القانوني لعقد البيع

عقد البيع هو أول العقود المسماة التي تناولها المشرع الجزائري في القانون المدني وتناول أحكامه تفصيلاً في الباب السابع من هذا القانون.

أدرج عقد البيع ضمن قائمة العقود المسماة لسبب هو أنّ المشرع وضع لهما تنظيماً خاصاً بها وسمها باسم خاص لكثرة تداولها واستقرار قواعدها تماماً مثل عقد الإيجار والمقاولة والوكالة. ويبقى المبدأ العام في القانون أنّ العقد شريعة المتعاقدين.

وأمام تداول المعاملات المدنية والتجارية وتطورها، فإنّ المشرع يستحيل عليه ضبط وجمع جميع العقود، لذلك هناك قائمة العقود غير المسماة التي لم يخصصها المشرع بأحكام وتنظيمات خاصة ليس لعدم أهميتها بل لعدم كثرة تداولها.

ورغم ذلك فإننا قد نجده يفصل أحكامها في قوانين تنظيمية كلما دعت الضرورة إلى ذلك تماماً كعقد الفندقية الذي أصبح التعامل فيه سارياً. أمام هذا الوضع وجد المشرع الجزائري نفسه مضطراً إلى تنظيم أحكام هذا العقد والتعامل فيه. لذلك أصدر القانون رقم 01-99 المؤرخ في 06/01/1999 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالفندقية ( جريدة رسمية عدد 02 ، المؤرخة في 10/01/1999) حيث بين من خلاله حقوق والتزامات الفندقية والزبون.

كما تدخل المشرع بموجب القانون رقم 06-99 المؤرخ في 04/04/1999 يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار ( جريدة رسمية عدد 24، المؤرخة في 07/04/1999) باعتبار أن العقود المبرمة بشأنها هي عقود غير مسماة من جهة وعقود مركبة من جهة أخرى كون أن وكالات السياحة والسفر عندما تبرم عقوداً من أجل الرحلات، فهي تبرم عقد نقل عندما تستعمل وسائل نقل إما أن تكون مملوكة لها أو تقوم باستئجارها، كما

تقوم بحجز أماكن الإقامة عن طريق عقود وكالة وتبرم عقد مقابولة عند تنظيمها للرحلات وتقديم الخدمات السياحية.

وعليه ، فإن هذه القوانين التنظيمية المتعلقة بهذا النوع من العقود يعمل على تسهيل مهمة الأفراد حال التعاقد وإذا طرأ نزاع بشأن العقد غير المسمى وتمّ طرحه أمام القضاء، فإن القاضي في هذه الحالة لا يجد صعوبة في حسن تطبيق القانون. فطالما أضفى القاضي وصفاً أو تكييفاً قانونياً على طبيعة العقد سهل عليه التعرف على القانون الذي يخضع له هذا العقد.

### ثانياً- عقد البيع وخصائصه

عرفت المادة 351 من ق.م. بأنه " عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي" وعليه، فإن عقد البيع هو عقد ملزم لجانبين إذ يلزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر ويلزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلاً لذلك ثمناً نقدياً<sup>1</sup>. يتضح من هذه المادة أن عقد البيع يتميز بعدة خصائص:

أولاً : إتجاه إرادتي البائع والمشتري إلى إنشاء التزام بنقل الملكية أو الحق المالي يجعل من عقد البيع عقداً ملزماً لجانبين ، إذ يرتب التزامات متقابلة في ذمة طرفيه حيث يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء ويلتزم المشتري بدفع ثمن المبيع.

ثانياً : حصول البائع على مقابل ما ينقله إلى المشتري وحصول المشتري على مقابل ما دفعه كثمن للبائع يجعل من عقد البيع عقد معاوضة .

ثالثاً: الأصل في العقود الرضائية ولا يمكن لعقد البيع أن يخرج عن هذه القائمة حيث تكفي إرادة البائع والمشتري وتطابقهما حتى ينعقد عقد البيع دون الدخول في تفاصيل طبيعة المبيع إن كان منقولاً أو عقاراً لأن هذا الأخير يقتضي الشكلية لتمام انعقاده وإلا وقع باطلاً.

<sup>1</sup>- أحمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الرابع، البيع، دار إحياء التراث العربي،

رابعاً: لا يقتصر عقد البيع على شيء معين أو مال معين بل يرد على جميع الأشياء والحقوق المالية والمقصود أنه لا يقتصر على حق الملكية فقط.

خامساً: عقد البيع هو عقد ناقل للملكية مقابل ثمن نقدي.

## المحور الأول - المرحلة السابقة عن التعاقد

### 1- الوعد بالتعاقد

أحياناً لا يمكن للبائع أو المشتري أن يعربا عن إرادتهما التامة لإبرام العقد النهائي، كأن يكون المشتري غير قادر على دفع كامل المبلغ خاصة إذا تعلق الأمر بشراء عقار، لذلك غالباً ما نجد المشتري يلتزم مهلة من البائع من أجل تحصيل المبلغ المطالب به وهنا نكون بصدد مرحلة تمهيدية للعقد تنتهي إما بإبرامه كما قد تنتهي بعدم الإبرام وهذا ما يسمى الوعد بالتعاقد.

نص المشرع الجزائري على أحكام الوعد بالتعاقد بصفة عامة في المادتين 71 و 72 من القانون المدني. والوعد بالتعاقد هو أن يتعهد أحد أطراف العقد بأن يبيع أو يشتري مالا معيناً وفي مقابل ذلك يحتفظ المتعاقد الثاني بخيار إبرام العقد من عدمه، فلا ينعقد إلا عندما يقرر الموعد له حق الخيار وهذه الصورة المألوفة غالباً. كما يمكن ويحتمل أن يتراجع الواعد عن وعده في مقام آخر.

ولا ينعقد الوعد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية في عقد البيع حيث يتم تعيين المبيع أو أن يكون قابلاً للتعيين وأن يحدد الثمن أو يتم الاتفاق على أسس تحديده وأن يتضمن الوعد تحديداً للمدة التي في نهايتها يتم إبرام العقد النهائي والتي يتعين في نهايتها أن يبدي الموعد له رغبته من عدمها في إبرام العقد.

كما تشترط الرسمية إذا تعلق الوعد بعقار أو حقوق عينية عقارية.

أمّا من حيث الأهلية، فإن الواعد يشترط أن تتوافر فيه أهلية البيع الكاملة (19 سنة) وخلق إرادته من العيوب) وقت إبرام الوعد. أمّا الموعد له فيكفي فيه التمييز (13 سنة) وقت الوعد لكن يجب أن تتوفر فيه الأهلية الكاملة وقت إبداء الرغبة في إبرام العقد النهائي.

وللوعود بالتعاقد صور ثلاث: إما أن يكون وعدا بالبيع أو وعدا بالشراء أو وعدا بالشراء والبيع.

### الآثار المترتبة عن الوعد بالبيع:

#### 1- آثار الوعد بالبيع قبل إبداء الرغبة من الموعد له

يعتبر الوعد بالبيع عقدا ملزما لجانبا واحدا وهو الواعد (البائع) وبذلك من حق هذا الواعد التصرف في الشيء الموعود به قبل إبداء الموعد له رغبته بالشراء كأن يقوم بإبرام عقد نهائي مع مشتري آخر. معنى ذلك أنه في هذه المرحلة مادام أن الموعد له لم يبد رغبته في الشراء فإن حقه يكون معدوما لأن الوعد هنا يعتبر حقا شخصيا فقط وليس عينيا مما يترتب عليه:

- يظل الواعد مالكا للشيء الموعود به ولثماره مما يجيز له التصرف فيه كأن يؤجره مثلا إلى أن يعلن المشتري الموعد له رغبته في الشراء.
- كما أن تبعة هلاك الشيء الموعود به تقع على عاتق البائع (الواعد) على اعتبار أنه المالك الوحيد للمبيع. وإذا هلك الشيء الموعود به بقوة قاهرة يسقط الإلتزام دون الإلتزام بالتعويض وبالتالي لا وجود للعقد لتخلف المحل<sup>1</sup>.

#### 2- آثار الوعد بالبيع بعد إبداء الرغبة من الموعد له

يمكن أن يكون التعبير عن إبداء الرغبة صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا ، معنى ذلك أن المشرع الجزائري لم يحدد شكلا معيناً لإبداء رغبة الموعد له بشرط أن يكون الإعلان عن الرغبة مرهونا بالأجل أو المدة المحددة للوعد من أجل إبرام العقد النهائي.

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص

إذا كان المحل الموعود به عقارا، وقام الواعد ببيعه لشخص آخر فإن البيع يكون نافذا في حق المشتري الثاني إذا قام بإجراءات التسجيل والشهر. وبالتالي لا يكون للموعود له إلا الرجوع على الواعد بالتعويض نتيجة للإخلال بالتزامه.

أما إذا كان المحل الموعود به منقولا، فإن الواعد يكون له حق التصرف فيه طالما أنه ما زال مالكا له. فإذا تصرف فيه قبل إبداء الرغبة من الموعود له فإن الملكية تنتقل للمشتري بمجرد انعقاده.

لكن إذا وقع البيع بعد إبداء الرغبة فإن الملكية تنتقل إلى الموعود له وليس إلى المشتري الآخر. وإذا طبق المشتري قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فإن المشتري يستطيع أن يتمسك بها على أساس أنه هو من تسلم العين أولا. ولا يكون للطرف الآخر الرجوع على الواعد بالتعويض<sup>1</sup>

### الصورة الأولى : الوعد بالبيع ( من جانب البائع فقط)

معنى ذلك أن يتعهد البائع للمشتري بالبيع إذا أبدى المشتري رغبته في الشراء خلال المدة المحددة أي أنّ الالتزام يقع على البائع فقط دون المشتري الذي تبقى ذمته خالية من أيّ التزام في مواجهة البائع، فإذا أعلن عن رغبته في إتمام العقد، تمّ إبرامه وإذا رفض ذلك سقط الوعد بالبيع وسقط التزام البائع.

ويقع على البائع خلال المدة المتفق عليها لإبرام العقد النهائي، إلتزام بالامتناع عن أيّ عمل من شأنه أن يعيق البيع، فلا يستطيع بيع المال للغير وإلا قامت مسؤوليته العقدية وإذا وقع هذا البيع فإنه لا يكون باطلاً إلا إذا كان الغير عالما بالوعد وهنا يصبح البيع غير نافذ ويحقّ للموعود له الرجوع برفع الدعوى البوليصرية أو دعوى عدم نفاذ التصرف.

وإذا تصرف الواعد في العقار الموعود به وانتقلت ملكيته إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية لا يبقى للموعود له سوى أن يرفع دعوى الرجوع على الواعد

<sup>1</sup> - مليكة بغاشي، قانون التوثيق، الإجراءات التوثيقية، دار النعمان للطباعة والنشر، 2019، ص 16.

بالتعويض طبقاً لأحكام المادة 176 من القانون المدني<sup>1</sup>. (الوعد بالتعاقد يشهر طبقاً للمادة 10 من قانون المالية لسنة 2010)

### الصورة الثانية : الوعد بالشراء

تكون في حالة ما إذا وعد المشتري البائع بأن يشتري منه مالا. وتعتبر هذه الحالة عكس الحالة الأولى إذ يبقى على البائع أن يعلن رغبته في البيع من عدمها خلال المدة المحددة. ويقع الالتزام في ذمة المشتري وليس البائع. فإذا أعلن البائع عن رغبته في البيع ينعقد العقد النهائي وإذا لم يعلن عنها سقط الوعد وسقط التزام المشتري بالشراء.

### الصورة الثالثة: الوعد بالبيع والشراء ( عقد ملزم لجانبين)

وهو ما نصت عليه المادة 71 من القانون المدني حيث يعد كل طرف الطرف الآخر بإبرام عقد البيع مستقبلاً وليس في الحال لذلك وجب الاتفاق على المسائل الجوهرية في الوعد.

### 2- الوعد بالفضيل

هو تعهد يعد فيه البائع ( الواعد) إذا أراد أن يبيع شيئاً من أمواله، أن يعرضه أولاً على الموعود له قبل أي شخص آخر. فإذا أعلن الموعود له عن رغبته في ذلك انعقد العقد. وبالتالي فإن هذا البيع متوقف على رغبة الواعد في البيع ورغبة الموعود له في الشراء<sup>2</sup>. ويشترط في البيع بالفضيل توافر نفس شروط انعقاد الوعد بالبيع.

### 3- البيع بشرط المذاق : 354 ق.م.

<sup>1</sup> - قرار رقم 258113 المؤرخ في 2002/01/03 – الغرفة المدنية – قضية (ش.ع) ضد (م.د).

<sup>2</sup> - السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4، فقرة 32، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ص 68.

" يتعين على المشتري في البيع بشرط المذاق أن يقبل المبيع كيفما شاء، غير أنه يجب عليه أن يعلن بقبوله في الأجل المحدد بعقد الاتفاق أو العرف، ولا ينعقد البيع إلا من يوم هذا الإعلان"

في هذه المادة نقف أمام عقدين، الأول عقد غير مسمى هو الاتفاق القائم بين البائع والمشتري (قبل الإعلان) على أن يبيع الأول للثاني شيئاً بعد أن يتذوقه المشتري. يلتزم البائع بأن يضع المبيع تحت تصرف المشتري ليتمكن من تذوقه. ويكون مصدر هذا الالتزام هنا هو العرف السائد التعامل به وليس الاتفاق الذي يجمع المتعاقدين.

يمكن البائع المشتري في هذا النوع من البيوع، من تذوق المبيع خلال أجل متعارف عليه والذي قد لا يتعدى ثواني أو دقائق باعتبار أن المشتري يجد هذه السلع في السوق حيث يقوم بتذوقها.

في المقابل، يلتزم المشتري بإعلان قبوله أو رفضه خلال ذلك الأجل، وبما أن التذوق حق للمشتري فإنه بإمكانه التنازل عنه وبالتالي إما أن يكون له أن يقبل الشيء المبيع أو يرفضه.

أما العقد الثاني في هذه المادة، فهو عقد البيع (عقد مسمى) حيث لا يتم إبرام هذا العقد إلا إذا أعلن المشتري عن قبوله بالشيء المبيع. لأن الالتزام يكون فقط بالإعلان عن القبول في الأجل المحدد. وبالتالي فإن العقد يصبح قائماً بعد إعلان المشتري عن قبوله للمبيع وقد يكون هذا الإعلان صريحاً أو ضمناً<sup>1</sup>.

وبالتالي فإن البيع بشرط المذاق هو وعد بالبيع لا ينعقد إلا بعد إبداء المشتري رغبته في الشراء عقب تذوقه للمبيع خلال المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة.

ويترتب على اعتبار البيع بالمذاق مجرد وعد بالبيع آثار قانونية معينة:

\* انعقاد البيع من وقت إعلان المشتري قبوله للشيء المبيع

<sup>1</sup> - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية، قانونية وقضائية مقارنة، نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية، دار هومة، الطبعة الرابعة، 2010، ص 215.

\*لا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا من وقت إعلانه القبول

\*إذا انقضت المدة المحددة لقبول المبيع وسكت المشتري فإن العقد لا يبرم (لا ينعقد) وبالتالي يسقط وعد الواعد ويتحلل منه<sup>1</sup>.

وقد اختلف الفقهاء حول تحديد طبيعة البيع بشرط المذاق، فمن التشريعات ما تعتبره بيعا معلقا على شرط واقف يتمثل في قبول المشتري للمبيع بعد تذوقه<sup>2</sup>.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن البيع بشرط المذاق هو مجرد إيجاب ملزم للبائع وذلك بتمكين المشتري من تذوق المبيع في المكان والزمان المتفق عليهما<sup>3</sup>.

#### 4- البيع بشرط التجربة: 355 ق.م. Vente à l'essai

" في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة. فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع. فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا.

يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ"

البيع بشرط التجربة هو بيع يشترط فيه المشتري تجربة الشيء المبيع قبل شرائه، وذلك للتحقق من صلاحيته للغرض الذي أراد تحقيقه.

<sup>1</sup> - سي يوسف زاوية حورية، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، دار هومة، بدون سنة وبدون طبعة، ص 84.

<sup>2</sup> - الشرط الواقف في العقد: العقد لا ينعقد بحق أحد أطرافه إلا إذا تحقق الشرط الذي يوقف نفاذ العقد. مثال: أبيعك سيارتي بثمان بخص إذا زوجتني أختك. العقد موقوف على تحقق الشرط (واقعة الزواج)  
الشرط الفاسخ في العقد: يبقى العقد منتجا لآثاره بحق أطرافه إلى أن يتحقق الشرط الذي يوقف آثار العقد. مثال: السماح باستعمال السيارة شرط عدم ارتكاب مخالفة.

<sup>3</sup> - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء 4، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 94، ص 70.



وأجراء التجربة يكون خلال المدة المتفق عليها وعلى المشتري أن يعلن خلالها قبوله أو رفضه للشيء المبيع<sup>1</sup>.

وإذا لم يكن هناك اتفاق على المدة فللبائع أن يحدد للمشتري مدة معقولة يتعين عليه فيها أن يبين موقفه، فإن انقضت هذه المدة دون أن يعلن المشتري قبوله أو رفضه اعتبر سكوته قبولاً. وعند المنازعة يكون المرجع هو السلطة التقديرية لرأي القضاء<sup>2</sup>.

الأصل في البيع بشرط التجربة أن يكون معلقاً على شرط واقف، إلا أن اتفاق أطراف العقد قد يحوّل هذا الشرط الواقف إلى شرط فاسخ. معنى ذلك إذا كان الشرط واقفاً فإن المشتري يضعه عند التعاقد، بأن يجعل نفسه غير ملزم بالعقد حتى تتم التجربة، وتتمام العقد يبقى معلقاً على شرط واقف هو قبول المشتري للمبيع بعد تجربته له.

هذا لا يمنع من أن يكون الشرط فاسخاً، كأن تتضح نية المشتري في إبرام العقد بصفة نهائية مع اشتراط فسخه إذا قام بتجربة المبيع واختار الفسخ بعد ذلك<sup>3</sup>.

أثر تحقق الشرط أو تخلفه :

بالنسبة للبيع المعلق على شرط واقف أي القبول، إذا تحقق الشرط قبله المشتري ( واعتبر مالكا للحق منذ انعقاد البيع). وإذا هلك المبيع تحت التجربة وقبل إعلان القبول وكان هلاكه بسبب أجنبي، فإن تبعه الهلاك يتحملها البائع ولو تسلّم المشتري المبيع، لأن البيع لم يصبح باتاً وهو معلق على شرط واقف<sup>4</sup>.

أما إذا كان البيع معلقاً على شرط فاسخ، فإن تحققه يعني رفض المشتري للمبيع، فإن العقد يزول بأثر رجعي. أما إذا تخلف الشرط أي قبل المشتري المبيع فإن العقد يعتبر نهائياً.

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 73.

<sup>2</sup> - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 40.

<sup>3</sup> - سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص 81.

<sup>4</sup> - سمير تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973، ص 90.

في هذه الحالة إذا هلك المبيع بسبب أجنبي، فإن تبعة الهلاك يتحملها المالك المشتري لأنه كان مالكا للمبيع ولو كان معلقا على شرط فاسخ<sup>1</sup>.

#### 5- البيع بالعربون : Vente avec arrhes

المادة 72 مكرر: "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك. فإذا عدل من دفع العربون فقده.

وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر"

التعاقد بالعربون هو صورة من صور التراضي، والمقصود بالعربون هو مبلغ المال الذي يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت التعاقد من أجل ضمان المبيع. فإذا تمّ التعاقد، اعتبر العربون جزءا من جملة الثمن. وإذا لم يتمّ التعاقد خسر من عدل، قيمة العربون<sup>2</sup>. كما قد يعرف العربون بأنه مبلغ من المال يتفق عليه الطرفان لضمان حقهما في العدول عن إبرام العقد وأنه تأكيد لانعقاد العقد وضمان تنفيذه<sup>3</sup>.

نص المشرع الجزائري على التعاقد بالعربون بعد تعديل القانون المدني الجزائري رقم 10-05 المؤرخ في 20/06/2005 في المادة 72 مكرر ولم يتعرض المشرع الجزائري للأحكام الخاصة بالعربون في عقد البيع وإنما وضع حكما عاما يسري على العربون في سائر العقود.

إذا تبين من نية المتعاقدين أنهما أرادا العدول عن إبرام العقد النهائي، فإن للمشتري الحق في الرجوع عن العقد، لكن لا يجوز له أن يسترد المبلغ الذي دفعه كعربون باعتباره جزءا يدفعه المشتري عند عدوله عن إبرام العقد للبائع عن تجميد المبيع في يده لمدة معينة.

<sup>1</sup> - سي يوسف زهية، نفس المرجع، ص 82.

<sup>2</sup> - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، ص 259.

<sup>3</sup> - سليمان مرقس، العقود المسماة (عقد البيع)، مطبوعات نادي القضاة، القاهرة، 1980، ص 75.

كما يجوز للبائع أن يعدل عن إبرام العقد النهائي، وفي هذه الحالة يقع عليه واجب ردّ قيمة العربون الذي دفعها المشتري، ومقداراً آخر يساويه وذلك كجزء لعدوله عن إبرام العقد النهائي.

## المحور الثاني- عناصر انعقاد عقد البيع

### الفرع الأول: التراضي

يعتبر عقد البيع الأكثر عمومية في التعامل وهو يخضع في أغلب أحكامه للقواعد العامة سواء من حيث شروط تكوينه أو إثباته. وتعتبر أحكامه بالتالي مرجعاً لجميع أنواع العقود الأخرى المماثلة باعتباره النموذج الأمثل للعقد.

ونظراً لأهمية عقد البيع والمكانة التي يحتلها بين العقود، يشترط في الرضا في عقد البيع أن يكون المتعاقد أهلاً وأن يكون الرضا خالياً من العيوب التي ترد عليه.

### أولاً- حدود حرية المتعاقدين في عقد البيع

القاعدة العامة أن للمتعاقدين الحرية التامة في التعبير عن إرادتهما، إلا أنه في عقد البيع قد تظهر بعض القيود التي قد تطرأ على ركن الرضا إما من حيث الموضوع أو من حيث الشكل. معنى ذلك أن هناك قيود قد تنصب على الحق في البيع كما في حالة الحجز، كما قد تنصب على الحق في الشراء بحكم الوظيفة التي يزاولها بعض الأشخاص كما في حالة وضع المحامين والقضاة.

## 1- القيود من حيث المضمون

أ- بالنسبة للبائع ( القيود المنصبة على الحق في البيع وعدم البيع)

الأصل أن للبائع متى كان أهلا الحرية الكاملة في أن يبيع أو لا يبيع، لكن هذه الحرية تنتهي بعرض مبيعه مع بيان ثمنه. فلا يمكن له رفض بيع مبيعه إذا اقترن هذا العرض بقبول المشتري.

ينطبق على عقد البيع جميع الأحكام والقواعد التي تحكم عقود التصرف، فلا يجوز للشخص أن يبيع مالا إن لم تكن له أهلية التصرف.

أهلية التصرف المقصودة في عقود التصرف في القانون المدني الجزائري هي بلوغ 19 سنة كاملة طبقا للمادة 40 من القانون المدني.

ومع ذلك يجوز للمميز البالغ 13 سنة ولم يكمل 19 أن يبرم بعض التصرفات. لكن المشرع الجزائري فرق بين نوعين من الأشخاص الذين لم يبلغوا سن الرشد:

المادة 82 من قانون الأسرة: " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة"

ويضاف إليها حكم تصرف المعتوه والمجنون ( المادة 85 من قانون الأسرة)

المادة 83 من قانون الأسرة: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر. وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القاضي"

وطالما أن عقد البيع من قبيل التصرفات التي تدور بين النفع والضرر، فإنه يجوز للشخص الذي يبلغ من العمر ما بين 13 و 19 سنة أن يمارس عقد البيع، إلا أنه في هذه

الحالة قد يكون العقد قابلا للإبطال إلا في حالة إجازة العقد من القاصر بعد بلوغ سن الرشد أو من الوصي أو الولي أو المحكمة<sup>1</sup>.

المادة 84 من قانون الأسرة: " للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة. وله الرجوع في الإذن إذا ثبت له ما يبرر ذلك" فإذا أذن القاضي للمميز بالتصرف الجزئي أو الكلي لأمواله، فإنه وفي حدود هذا الإذن يعتبر كامل الأهلية وبالتالي تعتبر تصرفاته صحيحة كما لو صدرت من شخص بلغ سن الرشد.

المادة 107 من قانون الأسرة: " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة. وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها" إذ تضاف تصرفات المحجور عليه إلى تصرفات المعتوه والمجنون وتقرن أساسا بالبطلان .

المادة 05 من القانون التجاري، مفادها أن لناقص الأهلية مباشرة الأعمال التجارية إذا بلغ 18 سنة بعد الحصول على إذن الأب أو الأم في حالة وفاة الأب أو غيابيه.

والإذن بممارسة الأعمال التجارية قد يكون مطلقا شاملا لجميع أنواع الأعمال التجارية كما قد يكون مقيدا لا يشمل إلا أعمالا محددة.

وبالتالي فإن كل تصرف صادر من ناقص الأهلية وفي حدود الإذن الممنوح له، فإنه يعتبر كامل الأهلية للتصرفات التي أبرمها والتي تعتبر صحيحة.

تصرف المفلس في أمواله ( المادة 244 من القانون التجاري) : يمنع المفلس الذي توقف عن دفع ديونه والذي صدر بحقه حكم بإشهار إفلاسه، من إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما في ذلك إبرام عقد البيع. ويقع المنع سواء على الأموال التي تكون في ذمته أو التي قد يكتسبها مستقبلا.

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 58.

تصرف المحجوز عليه في أمواله ( 661 قانون الإجراءات المدنية والإدارية ) ( البيع الجبرية)

المادة 661 : " كل تصرف قانوني من المدين في الأموال المحجوزة لا يكون نافذاً، ويترتب على التصرفات القانونية أو الأعمال المادية المضرة بالحاجز، تعرضه للعقوبات المتعلقة بجرائم الأموال المحجوزة المنصوص عليها في قانون العقوبات.

غير أنه يجوز للمدين أن يؤجر الأموال المحجوزة بترخيص من رئيس المحكمة الذي أمر بالحجز وذلك بأمر على عريضة"

وبالتالي فإن الأموال المحجوزة تكون موضوعة تحت تصرف القضاء وهي ضامنة لاستيفاء الدائنين حقوقهم التي في ذمة المدين المحجوز عليه. ومنه فإنه يمنع على المدين المحجوز عليه التصرف في هذه الأموال سواء كانت منقولة أو عقارية.

وأى تصرف من طرف المحجوز عليه في هذه الأموال يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً. وباعتبار البطلان المطلق من النظام العام فإن القاضي يثبته من تلقاء نفسه ولو لم يثبته الأطراف.

ونشير إلى أن التصرف في الأموال المحجوزة تقترن بعقوبة جزائية باعتبار أنه تبديد للمال<sup>1</sup>.

وبالتالي فإن المال المحجوز عقاراً كان أو منقولاً يباع ضد إرادة المدين، معنى ذلك أنه يباع جبراً عنه ضماناً لديونه، حيث يتم بيع الأموال المحجوزة في المزاد العلني.

نزع الملكية من أجل المنفعة العامة : المبدأ هو أنه لا يمكن حرمان أحد من ملكيته إلا في الأحوال وضمن الشروط المنصوص عليها قانوناً ( المادة 677 ق.م. و القانون رقم 91-11 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة)

<sup>1</sup> - لحسين الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 144.

معنى ذلك أن للمالك أو البائع الحق في الاحتفاظ بملكه وعدم بيعه، إلا أنه هناك استثناءات تسمح للإدارة أن تفرض على البائع الحصول على ملكه أو ماله دون رضاه لكن مقابل تعويض. وبذلك يتراجع مبدأ حرية الاحتفاظ بالملكية.

يتمثل هذا الاستثناء في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة.

#### ب- بالنسبة للمشتري : ( القيود المنصبة على الحق في الشراء )

الشراء هو العملية المقابلة لعملية البيع وتماها كما تنطبق حالة عدم أهلية بعض الأشخاص في قيامهم بعملية البيع سواء لقصر في السن أو لتوافر حالات خاصة، فإن الشراء أيضا تنصب عليه حالات خاصة تحد من حرية المشتري في الشراء. حيث يجد بعض الأشخاص أنفسهم محرومين من الحق في الشراء رغم اكتسابهم أهلية أداء كاملة .

#### 1- منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها

المادة 402 ق.م : " يمنع على القضاة، المدافعون القضائيون، المحامون، الموثقون، كتاب الضبط أن يشتروا حقا متنازعا فيه سواء بإسمهم الشخصي أو بإسم مستعار، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا وقع البيع باطلا"

يعتبر هذا المنع من النظام العام يمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها. والحكمة من ذلك هو إسقاط أي شبهة تمس هؤلاء الأشخاص وحتى لا يكون مجالا مفتوحا لاستغلال هذه الفئة من الأشخاص لنفوذهم في شراء الحقوق المتنازع عليها.

وحتى يتحقق هذا المنع بالنسبة للقضاة لا بد :

- أن تثبت هذه الصفة لهؤلاء الأشخاص وقت الشراء ( قبل تعيينه أو بعد اعتزاله يعتبر الشراء صحيحا)

- أن يكون الحق متنازعا عليه أمام القضاء سواء كانت محكمة أو مجلس أو محكمة عليا أو مجلس دولة أو محكمة عسكرية.
- أن يكون النزاع من اختصاص المحكمة التي يباشر فيها عامل القضاء عمله.
- معنى ذلك، إذا كان الحق المتنازع عليه يدخل ضمن اختصاص المحكمة فإن جميع قضاة تلك المحكمة ممنوعون من شرائه.
- وإذا كان الحق المتنازع عليه يدخل ضمن اختصاص المجلس، فإنه يمنع على جميع قضاة ذلك المجلس وقضاة المحاكم التابعة لذلك المجلس من الشراء.
- وإذا كان الحق المتنازع عليه من اختصاص المحكمة العليا، فإن قضاة المحكمة العليا يمنع عليهم الشراء بل أبعد من ذلك طالما أن المحكمة العليا تنظر في جميع القضايا ومن جميع أنحاء التراب الوطني فإنه بالضرورة يمنع عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها على كل المستوى الوطني.
- بالنسبة للمحامي، فإن المحامي لا يرتبط بمحكمة معينة، ويجوز له المرافعة أمام جميع المحاكم حسب درجة قبوله أمام الهيئات القضائية. وبالتالي فإن المنع يشمل جميع الحقوق المتنازع عليها على مستوى كل التراب الوطني.
- ولكن هناك اتجاه آخر يرى أن هذا النوع من المنع يعتبر تضيقا على المحامي وسندهم في ذلك أن المقصود بالنسبة للمحامي هو المحكمة التي يباشر عمله في دائرتها عادة.
- 2- منع تعامل المحامين والمدافعين القضائيين مع موكلهم في الحقوق المتنازع عليها:  
403 ق.م.

إذا كانت المادة 402 ق.م. السابقة قد شملت فقط عملية الشراء - شراء الحقوق المتنازع عليها أمام القضاء- فإن المادة 403 ق.م. شملت جميع التصرفات القانونية سواء كانت بيعا أو شراء أو رهنا أو إيجارا أو هبة أو وصية. وبالتالي فإن هذه المادة كانت أكثر تشددا من سابقتها وأضيق نطاقا. وأي تصرف مخالف لمنطوق المادة يقع باطلا بطلانا مطلقا.



## 3- منع النائب من شراء ما كلف ببيعه : 410 ق.م. و 77 ق.م.

تختلف مصادر النيابة فقد تكون النيابة :

- اتفاقية = كعقد الوكالة
- قانونية = كنيابة الولي عن أبنائه القصر
- قضائية = كنيابة الوصي أو القيم

فالحكمة من النيابة أن يبقى النائب محافظا على مال الأصيل إلى أن ترفع عنه هذه النيابة. وبالتالي فالأصل أن يمنع على هذا النائب أن يشتري ما كلف ببيعه سواء تعلق محل البيع بعقار أو منقول، سواء كان باسمه مباشرة أو باسم شخص آخر ولو كان ذلك البيع بالمزاد العلني.

والحكمة من ذلك أن النائب مكلف بحماية مصلحة من كلفه وفيما كلفه أي بالبحث عن مشتري بأعلى سعر. بينما لو كان هو المشتري، فإنه سيشتري المال بأبخس الأثمان وهذا يتعارض ومبادئ النيابة.

فالأصل أن الأثر المترتب على شراء النائب المال الموكل إليه هو البطلان النسبي لكن البيع يكون صحيحا إذا أجازته من تم البيع لحسابه (الأصيل).

## 4- منع السماسرة والخبراء من شراء الأموال المعهودة إليهم : 411 ق.م.

تنحصر مهمة السماسر في أن يقوم بالوساطة بين البائع والمشتري في عملية البيع وتكون مهمة الخبير بإعطاء رأي تقني وتقييم مال معين.

وحتى يكون هذا المنع نافذا لا بد أن يكلف أحدهما إما ببيع المال أو بتقييمه، ماعدا هذه الحالات جاز لهما الشراء. والجزاء المترتب على مخالفة هذا المنع هو البطلان النسبي.

حالات المنع المنصوص عليها في قوانين أخرى

## 1- منع وكيل التفليسة ( المادة 238 من القانون التجاري ملغاة)

## 2- منع المحضرين القضائيين من الانتفاع من العمليات التي يساهمون فيها

المادة 19 من القانون رقم 91-03 المؤرخ في 8 جانفي 1991 والمادة 21 و 24 من القانون رقم 06-03 المتضمن مهنة المحضر القضائي " يحظر على المحضر سواء بنفسه أو بواسطة أشخاص وبصفة مباشرة أو غير مباشرة ، الانتفاع من أية عملية يساهم فيها" معنى ذلك يمنع عليه شراء أو اكتساب أموال هي موضوع التنفيذ.

## 3- منع محافظي البيع بالمزاد العلني من الانتفاع من أي عملية كلفوا بها

محافظ البيع بالمزاد ينتدب من طرف القضاء لتقييم وبيع الأموال في حالة الإفلاس أو الإرث أو المديونية. وإبعادا لكل شبهة عنه حظرت عليه المادة 20 من الأمر رقم 96-02 المؤرخ في 10/01/1996 المتضمن مهنة محافظ البيع بالمزايدة أن ينتفع شخصيا من أية عملية كلف بها. ويتمثل الجزاء في مخالفة المنع ، البطلان المطلق.

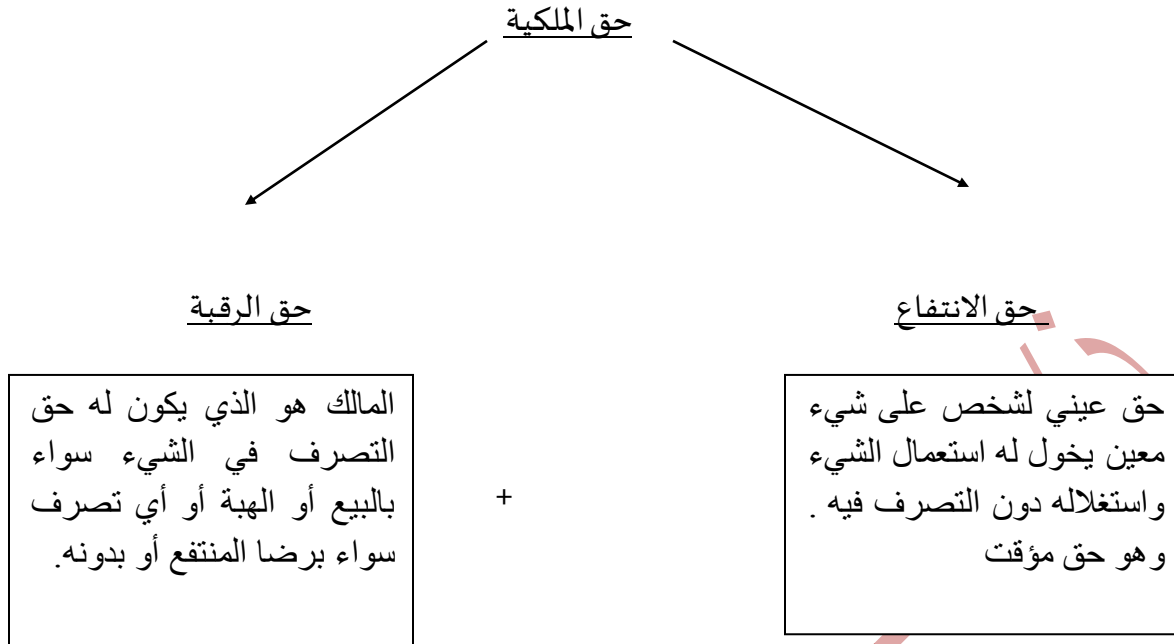
## 2- القيود المنصبة على الحرية في اختيار المتعاقد الآخر

### أ- الحلول محل المشتري : حق الشفعة LA PREEMTION

الحلول هو حق ذو مصدر قانوني، وهو يسمح للشخص أن يحلّ محلّ أحد المتعاقدين في العقد مقابل تحمل الإلتزامات والحقوق الناتجة عن ذلك العقد أو التصرف. والشفعة أنسب مثال نص عليه المسرع الجزائري في حالة حلول شخص محل المشتري إذا تعلق موضوع العقد ببيع عقار. وهي حالة لا يكون فيها للمتعاقدين حرية اختيار المتعاقد معه.

المادة 794 من ق.م. : " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الحالات والشروط المنصوص عليها في المواد التالية"

والشفعة هي سبب من أسباب اكتساب الملكية و بموجبها يكتسب الشفيع ملكية عقار أو حق عيني على هذا العقار.



يثبت حق الشفعة :

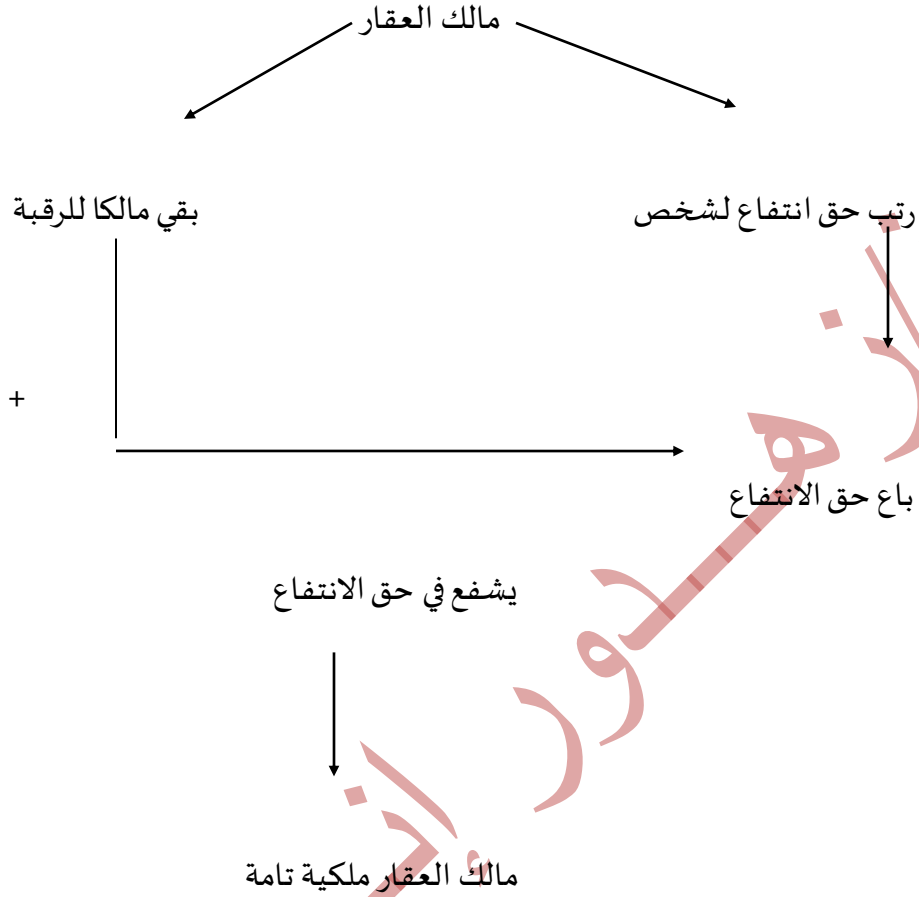
- 1- لمالك الرقبة إذا بيع كل أو بعض حق الانتفاع
- 2- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار الشائع إلى أجنبي
- 3- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها

1- مالك الرقبة :

تثبت صفة الشفيع في المرتبة الأولى لمالك الرقبة إذا بيع كل أو بعض حق الانتفاع.

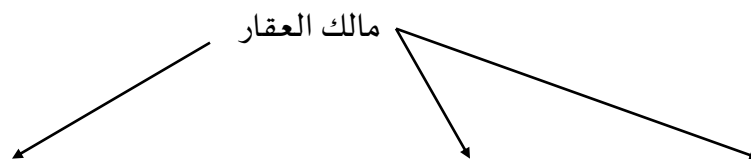
المثال الأول :

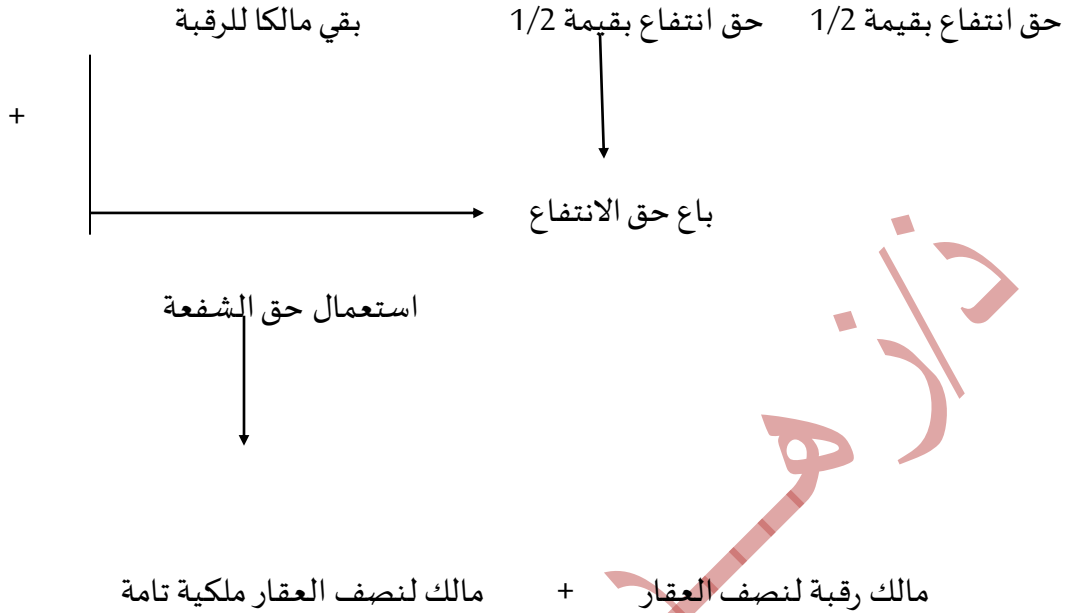
- شخص يملك عقار ورتب عليه حق انتفاع لشخص آخر.
- صاحب حق الانتفاع باع حق الانتفاع.
- صاحب العقار الذي أصبح مالك الرقبة فقط يجوز له أن يشفع في حق الانتفاع المبيع ، معنى ذلك أنه سوف يلمّ شتات ملكيته ويصبح مالكا للعقار ملكية تامة كما كان من قبل.
- وهنا لا يكون شفيع آخر منافس أو مزاحم لمالك الرقبة.



## المثال الثاني :

- مالك عقار يرتب حق انتفاع لشخصين (على الشيوع)
- أحد الشريكين باع حصته الشائعة في حق الانتفاع ولنفرض أنها النصف.
- مالك الرقبة يجوز له أن يشفع في هذه الحصبة الشائعة المباعة
- وبالتالي يصبح مالك الرقبة مالكا ملكية تامة لنصف العقار ومالكا للرقبة للنصف الثاني.
- لا يستطيع الشريك الثاني في حق الانتفاع الشائع أن يزاحم مالك الرقبة في الشفعة في الحصبة الشائعة المباعة في حق الانتفاع لأن مالك الرقبة متقدم في الترتيب على الشريك في الشيوع.





## 2- الشريك في الشيووع

مفاد هذا الشرط أن يكون هناك عقار شائع وأن أحد الشركاء على الشيووع باع حصته الشائعة إلى أجنبي أو جزء منها.

فيكون للشركاء الآخرين على الشيووع أو لواحد منهم أن يأخذ الحصة الشائعة المباعة بالشفعة.

- عقار شائع ، ليس مقسم أو مفرز
- أن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة
- أن يكون البيع لأجنبي

## 3- صاحب حق الانتفاع

يأخذ صاحب حق الانتفاع الترتيب الثالث في حق الشفعة إذا بيعت كل الرقبة أو جزء منها.

المثال الأول:

- عقار مملوك لشخص ورتب عليه حق انتفاع لشخص آخر .
- صاحب العقار هنا هو مالك الرقبة فقط.
- مالك الرقبة باع حق الرقبة.
- لصاحب حق الانتفاع أن يشفع في الرقبة المباعة.
- وبذلك يلمّ شتات الملكية ويصبح مالكا للعقار ملكية تامة.

#### المثال الثاني :

- شخصان يملكان عقارا على الشيوع.
- يرتبان عليه حق انتفاع لشخص واحد.
- فهما هنا مالكين للرقبة على الشيوع.
- لنفرض أن لكليهما النصف. وباع أحدهما النصف الذي يملكه في الرقبة.
- هذا النصف له شفيعان: 1- مالك النصف الآخر للرقبة ويعتبر شريكا في الشيوع.

#### 2- صاحب حق الانتفاع

- إذا تنازل مالك النصف الثاني للرقبة عن حق الشفعة ، يجوز لصاحب حق الانتفاع أن يشفع في النصف الأول المبيع للرقبة فيصبح بذلك مالكا ملكية تامة لنصف العقار وصاحب حق انتفاع في النصف الثاني.

#### إجراءات الشفعة :

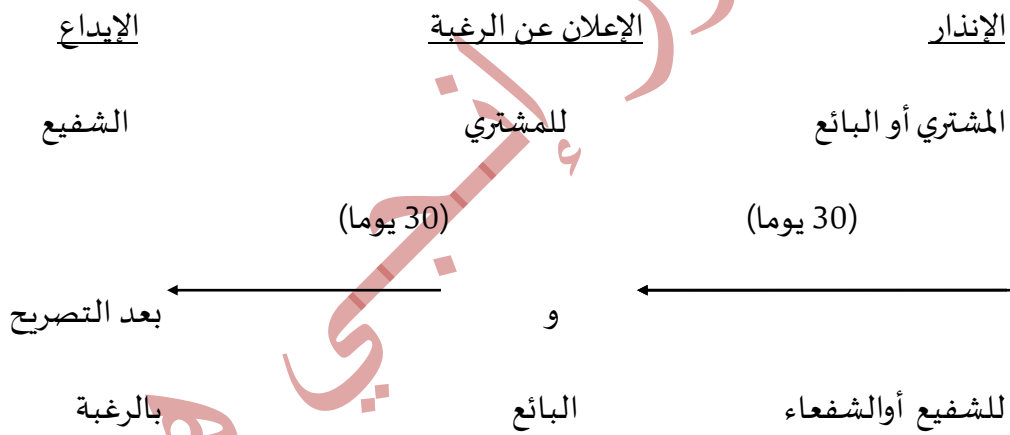
#### أ – الإجراءات التي تسبق إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة

- 1- الإنذار الرسمي بوقوع البيع ( المادة 799 و 800 من ق.م.)
- لا بد من إخطار الشفيح بوقوع البيع الذي يجوز الأخذ فيه بالشفعة.
- هذا الإنذار، إما أن يوجهه المشتري أو البائع للشفيح أو للشفعاء إذا تعددوا، حتى وإن تفاوتت طبقاتهم، حتى من كانت طبقتة متأخرة لاحتمال أن يترك الشفيح المتقدم مكانه للشفيح المتأخر.
- الإنذار يجب أن يكون رسميا على يد محضر قضائي.

- يجب أن يشتمل الإنذار على بيانات أساسية وإلا كان باطلا وهذه البيانات هي بيانات متعلقة بالعتقار المشفوع بيانا كافيا وأن يحدد ثمنه والمصاريف الرسمية وشروط البيع وبيانات البائع والمشتري + الأجل المقدر بـ 30 يوما للإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة.

## 2- إعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة ( المادة 799 ق.م)

- إعلان الرغبة في الشفعة يكون خلال 30 يوما من التوصل بالإنذار المذكور في المادة 800 ق.م.
- لا بد أن يوجه الإعلان إلى كل من البائع والمشتري خلال 30 يوما وإلا سقط حقه في الشفعة.
- الإعلان عن الرغبة يجب أن يكون رسميا معلنا عنه عن طريق كتابة الضبط.
- لا يجوز الاحتجاج بهذا التصريح إلا إذا كان مسجلا أو مشهرا.



ب- إجراءات إيداع الثمن ورفع الدعوى

- يجب على الشفيع أن يودع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع - بغرض الحلول محلّ المشتري - بين يدي موثق خلال 30 يوا من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة وقبل رفع دعوى الشفعة.
  - إن جزاء مخالفة الشفيع إلتزامه بإيداع الثمن على هذا الوجه، سقوط شفيعته.
  - ترفع دعوى الشفعة خلال 30 يوما من الإعلان عن الرغبة وإلا سقط الحق.
  - إن الحكم القاضي بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية للشفيع بشرط أن يتمّ شهره بالمحافظة العقارية.
  - والحكم بثبوت الشفعة يجعل الشفيع يحل محلّ المشتري في جميع حقوقه والتزاماته.
- ج- سقوط الحق في الشفعة
- تسقط الشفعة إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة .
  - وتسقط إذا مرت مدة سنة من يوم تسجيل عقد البيع.



## الفرع الثاني- محل البيع

بناء على المادة 351 من ق.م. فإن البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر مقابل ثمن نقدي.

فالمبيع إما أن يكون ملكية شيء أو حقا ماليا. والملكية قد تكون ملكية منقول كما قد تكون ملكية عقار. والحقوق المالية قد تكون حقوق ملكية منقولة أو عقارية أو حقوقا عينية أو شخصية أو أدبية. وغالبا ما يكون محل عقد البيع حق ملكية.

وبالرجوع إلى القواعد العامة في شروط المحل، فإن المحل يجب أن يكون ممكنا، موجودا أو قابلا للوجود، معيناً أو قابلاً للتعين وأن يكون مشروعاً.

ولا بأس من إضافة شرط خامس خاص هو شرط علم المشتري بالمبيع علماً كافياً.

### أولاً- أن يكون المبيع ممكناً

تنص المادة 93 من ق.م. على أنه " إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته أو مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً"

ومعنى الاستحالة هي ألا يكون بإمكان البائع نقل ملكية المبيع إلى المشتري استحالة مطلقة رغم أن المبيع أو الشيء موجود فعلاً، كأن يبيع شخص شيئاً ويتضح أن هذا الشيء أصلاً مملوك للمشتري نفسه. فالعقد باطل بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة.

أو إذا بيع شيء قد هلك وقت التعاقد ، فإن الأثر المترتب هو نفسه المترتب في المثال السابق<sup>1</sup>.

### ثانياً- أن يكون المبيع موجوداً أو قابلاً للوجود

إذا قصد الأطراف نقل ملكية الشيء المبيع وقت التعاقد، وجب أن يكون الشيء المبيع موجوداً وقت التعاقد وإلا بطل العقد بطلاناً مطلقاً.

<sup>1</sup> - محمد حسنين المرجع السابق ، ص 46.

أما إذا اتفق الأطراف على شيء مستقبل، يكون إلتزام البائع ممكنًا مادام أن الشيء يكون قابلاً للوجود مستقبلاً وهذا طبقاً لأحكام المادة 92 من ق.م. ويقع هنا العقد صحيحاً إلا إذا تبين أن المبيع لا يمكن وجوده مستقبلاً. أمثلة ذلك أن يبيع الشخص منزلاً قبل بنائه (البيع على التصاميم)، بيع المحصول قبل نضجه.

### ثالثاً- أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعين

يجب أن يكون الشيء المبيع معيناً بذاته تحت طائلة البطلان وهذا الشرط حسب طبيعة المبيع. فإذا كنا بصدد أشياء قيمية، فإنها تستوجب التعيين بالذات أي ضرورة تمييزها عن باقي الأشياء بوصفها وصفا مانعا للجهالة. فإذا باع شخص داراً، وجب عليه أن يبين موقعها وأوصافها الأساسية التي تميزها عن باقي الدور الأخرى. أو كتعيين سيارة معينة بعلامة صنعها ورقم صنعها. فالشيء المعين بالذات تختلف طريقة تعيينه باختلاف ماهيته. فإذا كان المبيع مؤلفاً مثلاً، فإن تعيينه يكون بتعيين شخص المؤلف وإسم عمله ونوعه.

كما قد يرد البيع على أشياء مثلية وهي الأشياء المعينة بنوعها لا بذاتها ولها نظير مساوٍ من جنسها ومقارب لها في القيمة. ويجوز أن يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كالذهب والفضة والقمح والشعير. ويتعين في عقد البيع ذكر نوعها وجنسها وتحديد مقدارها إما بالعدد أو الوزن أو الكيل أو المقاس (البيع بالتقدير)، كما قد يكون البيع جزافاً أو بالعينة.

### 1- البيع بالتقدير

إذا كان المبيع من المثليات وجب أن يعين وزناً أو كيلاً أو مقاساً أو عدداً. كأن يبيع الشخص مائة قنطار، مائة متر، مائة خروف، معنى ذلك أن تعيين هذا المبيع يحتاج في تعيينه إلى مقدار تحدد فيه قيمة الوحدة.

### 2- البيع الجزاف

معنى هذا البيع أنه يرد بثمن واحد على جملة أشياء دون اعتبار لعددها أو وزنها أو قياسها. كأن يبيع شخص كمية المحصول الموجودة في مخزنه إما جملة أو نصفها أو ربعها. والمقصود من ذلك أن المبيع لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير.

والفرق بين البيع بالتقدير والبيع الجزاف هو أن الملكية في البيع الجزاف تنتقل بمجرد التراضي بين المتعاقدين كما في سائر البيوع (ماعدا بيع العقار الذي يحتاج إلى تسجيل وشهر).

أما في البيع بالتقدير، فإن ملكية المبيع لا تنتقل بمجرد الانعقاد أو التراضي وإنما تنتقل بإفراز المبيع وزنا أو كيلا أو مقاسا أو عددا. لأن الملكية لا يتصور انتقالها إلا في شيء معين بالذات ولا يتعين المبيع بالذات في بيع التقدير إلا بالإفراز<sup>1</sup>.

### 3- البيع بالعينة المادة 353 ق.م.

قد يختار المتعاقدان طريقة للبيع وتكون على أساس العينة، إذ يتقدم أحدهما - غالبا ما يكون البائع - بعينة للمشتري على أن يكون المبيع مطابقا لها (تقديم بائع قماش للمشتري عينة من القماش الذي يبيعه) والعينة تغني عن تعيين المبيع بأوصافه لأنها نسخة مصغرة للشيء المبيع. ومن شروط هذا النوع من البيوع وجوب مطابقة المبيع للعينة مطابقة تامة. وللمشتري أن يرفض المبيع إذا لم يكن مطابقا للعينة المعروضة عليه.

والجزاء المترتب على عدم تحقق المطابقة بين المبيع والعينة ثلاث حالات:

أولا: - يستطيع المشتري أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني (164 من ق.م.)<sup>2</sup>، إذ يجبر البائع على أن يسلمه شيئا آخر مطابقا للعينة على نفقة البائع بعد استئذان القاضي (166 من ق.م.)<sup>3</sup>

<sup>1</sup>-السنهوري، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء 4، ص 231 والمادة 362 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup>- المادة 164 من ق.م. " يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذًا عينيا، متى كان ذلك ممكنا"

<sup>3</sup>- المادة 166 من ق.م. " إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء."

ثانيا: - للمشتري أن يرفض تسلم المبيع غير المطابق للعينة وله أن يفسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه وله أن يطالب بالتعويض إذا لحقه ضرر(119 ق.م).<sup>1</sup>

ثالثا: - ( اجتهاد قضائي فرنسي) بدلا من المطالبة بالفسخ أو التنفيذ العيني، يمكن للمشتري أن يقبل المبيع غير المطابق للعينة ويطلب إنقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل من قيمة الشيء المطابق للعينة.

ويقع عبء إثبات العينة إذا نازع فيها الطرف الآخر على عاتق من كانت بيده العينة ( 353 ق.م).<sup>2</sup>

#### رابعاً- مشروعية المحل

يرجع مبدأ عدم المشروعية إما إلى نص في القانون أو مخالفة التعامل للنظام العام والآداب العامة. وهذا ما نصت عليه المادة 93 ق.م. " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا"

وبالتالي فإن التعامل في شيء غير مشروع يجعل من البائع ملتزما بنقل ملكيته فيكون التزاما بعمل غير مشروع فيكون بذلك المحل غير جائز التعامل فيه.

ومصطلح المشروعية قد يجرنا إلى القول أن المحل المشروع قي يتخذ صفة الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم طبيعتها حيث لا يستطيع أحد أن يستأثر بحياتها كماء البحر والهواء وأشعة الشمس.

فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير اخلال بحقه في التعويض"

<sup>1</sup> - المادة 119 من ق.م. " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

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

<sup>2</sup> - المادة 353 من ق.م. " إذا انعقد البيع بالعينة، يجب أن يكون المبيع مطابقا لها وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة"

كما قد يتخذ المحل صفة الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون وهي الأشياء التي ورد بشأنها نص قانوني خاص كمنع التعامل في الأموال الموقوفة والحقوق المتنازع عليها وأملاك الدولة .

#### خامسا- أن يعلم المشتري بالمبيع علما كافيا

تنص المادة 352 من ق.م. " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.

وإذا 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"

تضيف هذه المادة شيئا جديدا إلى الشروط العامة في صحة المحل إذا كان العقد عقد بيع سواء من حيث المضمون أو من حيث الجزاء.

من حيث المضمون : المقصود " بالعلم بالمبيع" هو معرفة الأوصاف الأساسية التي يتصف بها المبيع. ويجب عدم الخلط بين العلم الكافي وشرط التعيين. فشرط العلم الكافي يستلزم ذكر الأوصاف الأساسية للمبيع كأن يبيع شخص لآخر منزلا مع تعيينه مساحته وعدد طوابقه. بينما شرط التعيين يكفي فيه ما يميز المبيع عن غيره<sup>1</sup>.

أما من حيث الجزاء: فإذا تخلف شرط التعيين بطل العقد بطلانا مطلقا. أما إذا لم يعلم المشتري بالمبيع علما كافيا فلا يترتب عليه سوى الحق في طلب إبطال العقد ويبقى العقد منتجا لآثاره حتى يحكم في طلب الإبطال<sup>2</sup>.

#### حق المشتري في طلب الإبطال ومسقطاته:

<sup>1</sup> - عبد المنعم البدرابي، عقد البيع، القاهرة، دون سنة نشر، دون دار نشر، فقرة 80، ص 122.

<sup>2</sup> - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 56.

إن حق المشتري في طلب الإبطال هو الجزاء الذي رتبته القانون على عدم علمه بالمبيع. ومن بين الأسباب المسقطه لطلب الإبطال :

1- أن يذكر في العقد أن المشتري على علم بالمبيع وهذا طبقا لنص المادة 2/352 من ق.م." و إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع". وإذا كان الأمر كذلك فإن ذلك يدل على أن المشتري يعتبر متنازلا عن حقه في طلب الإبطال.

أما إذا كان إقرار المشتري بعلمه علما كافيا للمبيع راجع إلى غش البائع فإنه لا يؤدي إلى إسقاط حق المشتري في طلب الإبطال بشرط أن يثبت المشتري حصول هذا الغش .

2- أن يتنازل المشتري عن حقه في طلب الإبطال ويكون إما بإجازة صريحة أو ضمنية طبقا لنص المادة 100 من ق.م.

3- قد يسقط حق المشتري في طلب الإبطال إذا لحقه التقادم المسقط حيث يسقط الحق في طلب إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات .

وبما أن المشرع الجزائري ربط أحكام نظرية الغلط بحق المشتري بالرؤية، واعتبر أن المشتري ما لم يقرّ في العقد انه على علم بالمبيع، فإن القانون هنا اعتبر أن المشتري قد وقع في غلط وأنه بعد رؤيته المبيع وجد أنه غير كاف لتحقيق الغرض المقصود منه وبالتالي أجاز طلب إبطال العقد وفقا للأحكام العامة للغلط.

ومنه فإن مدة التقادم في طلب الإبطال هي خمس سنوات من العلم وعشر سنوات من وقت تمام العقد.

4- إن خيار الرؤية هو مبدأ مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية عملا بالحديث الشريف " من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه"

وعليه فإن الشريعة تقرّ بسقوط حق المشتري في طلب الإبطال إذا هلك الشيء المبوع في يده بسبب لا يرجع للبائع<sup>1</sup>.

### هل يسقط حق الرؤية بوفاة المشتري؟

خيار الرؤية هو إرادة ورغبة العاقد لذلك يرى فقهاء الحنفية أن الوارث لا يرث مورثه في رغبته وبالتالي يسقط خيار الرؤية بموت المشتري<sup>2</sup>.

باقي الأئمة ( المالكية- الشافعية- الحنابلة) يرون أن حق الخيار هو حق مالي يجري التوارث فيه فلا يسقط بوفاة المشتري حق طلب إبطال البيع لعدم العلم الكافي به بل ينتقل إلى الورثة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 58.

<sup>2</sup> - أحمد إبراهيم، المعاملات الشرعية المالية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1976، ص 121.

<sup>3</sup> - نقض مصري، 1939/06/08، مجموعة عمر، الجزء 2، ص 575.

## المحور الثالث- البيوع الخاصة

## الفرع الأول- بيع ملك الغير la vente du bien d'autrui

## أولاً- الأساس القانوني لبيع ملك الغير

الأصل في عقد البيع أنه من طبيعة ناقلة للملكية، وحتى يتمكن البائع من نقل الملكية للمشتري يجب أن يكون مالكا للمبيع وقت التعاقد<sup>1</sup>.

والمقصود ببيع ملك الغير هو أن يرد البيع على شيء معين بالذات لا يملكه البائع. فتتص المادة 397 من ق.م. " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أُعلن أو لم يُعلن بيعه" (أشهر أو لم يشهر)

معنى ذلك أن بيع ملك الغير عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري ويعود التأصيل القانوني في بطلان بيع ملك الغير إلى تضارب عدة آراء فقهية:

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في القانون المدني الجزائري، الجزء 4، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،



1- هناك رأي يرى أن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحالة مطلقة. فالبائع وهو غير مالك لا يستطيع أن ينقل الملكية إلى المشتري. لكن الانتقاد، أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء غير مملوك له ثم يحصل عليها فينفذ التزامه. وهنا إذا لم ينفذ البائع التزامه زلم بنقل الملكية إلى المشتري، فالجزاء يكون الفسخ لا البطلان المطلق<sup>1</sup>.

2- هناك رأي ثان يذهب إلى أن عقد بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا، إما لغلط في شخص البائع حيث يتوهم المشتري أن البائع مالك للمبيع، وإما لغلط في المبيع، إذ يتوهم المشتري أنه مملوك للبائع<sup>2</sup>.

### ثانيا- حكم بيع ملك الغير

بيع ملك الغير قابل للإبطال والإبطال مقرر فقط للمشتري دون البائع ولو كان حسن النية وقت إبرام العقد (يعتقد أنه فعلا مالك المبيع) وتتلخص أحكام بيع ملك الغير في أن :

- 1- للمشتري الحق في طلب الإبطال
- 2- للمشتري الحق في طلب التعويض إذا كان حسن النية (المادة 399 من ق.م.)

### 1- حق المشتري في طلب الإبطال : المادة 397 من ق.م.

حسب ما نصت عليه المادة 397 من ق.م. فإنه يجوز للمشتري أن يطالب بإبطال عقد بيع ملك الغير إذا كان العقد عقد بيع، أي أنه ينشئ التزاما بنقل ملكية مقابل ثمن نقدي وبذلك يخرج من هذا الإطار احتمال وجود تعهد بالبيع.

<sup>1</sup>- بودري وسينا، الطبعة الثالثة، باريس 1908، فقرة 117، ص 108.

<sup>2</sup>- جوسران 2، الطبعة الثانية، باريس 1933، فقرة 1043.

- وعلى أن يكون المبيع معيناً بالذات ، فلا يحق طلب الإبطال إذا كان المبيع من الأشياء المثلية (الملكية لا تنتقل إلا بعد الفرز)
- وأن يكون المبيع مملوكاً للغير، معنى ذلك ألا يكون المبيع مملوكاً للبائع والمشتري على حدّ سواء
- وأن يكون البيع أنياً غير مؤجل.
- وإذا تعلق محل عقد بيع ملك الغير عقاراً سواء كان العقار مشهراً أو غير مشهراً، يجوز إبطال البيع.

## ملاحظة :

إن حكم المادة 397 بشأن إبطال عقد بيع ملك الغير وكان محل البيع عقاراً، فإنه يتعارض والأهداف التي رسمها قانون السجل العقاري. حيث أن شهر العقار له قوة ثبوتية مطلقة تهدف إلى تأمين المعاملات العقارية وأن كل معلومة يتضمنها السجل العقاري هي مرآة للحقيقة المطابقة لطبيعة العقار، إذ تنتقل الملكية العقارية بالشهر إلى المتصرف إليه (المشتري) خالية من كل عيب.

## متى يسقط حق المشتري في طلب الإبطال؟

## 1- التقادم :

تسقط دعوى المشتري في طلب الإبطال إذا لم يمسك به خلال خمس (05) سنوات من وقت علم المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع ( المادة 101 من ق.م.) أو خلال خمسة عشر (15) سنة من تاريخ إبرام العقد. وعليه يسقط حق المشتري في طلب إبطال عقد بيع ملك الغير إذا لم يرفع دعوى الإبطال خلال الأجل المذكور أعلاه.

## 2- الإجازة :

قد يزول حق إبطال عقد بيع ملك الغير بالإجازة الصريحة أو الضمنية ولا تنتج الإجازة أثرها القانوني إلا بعد أن يعلم المشتري أن البائع غير مالك للمبيع (المادة 100 من ق.م.)

## 3- إقرار المالك الحقيقي : المادة 398

إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري، لأن الإقرار يعتبر سببا من أسباب سقوط حق المشتري في طلب الإبطال .

## 4- تملك البائع المبيع بعد البيع:

يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع كأن يؤول إله بالميراث أو الوصية أو يكون قد اكتسبه بالتقادم. هذا الأمر يؤدي إلى سقوط حق المشتري في طلب الإبطال فتزول بذلك عقبة انتقال الملكية.

## 2- حق المشتري في طلب التعويض

إضافة إلى حق المشتري في طلب الإبطال ، يحق له أيضا أن يطالب بالتعويض إذا لحقه ضرر. لكن لا بد أن يتقرر البطلان أولا حتى يحكم بالتعويض وإذا لم يصدر حكم بالبطلان فلا مطالبة بالتعويض وبشرط أن يكون المشتري حسن النية لا يعلم أن البائع وقت البيع باع مالا لا يملكه.

## رابعاً- آثار بيع ملك الغير:

إذا حكم بإبطال العقد، جاز للمشتري أن يطالب باسترداد الثمن وله أن يتملك ثمار المبيع إن وجدت ( المادة 837 من ق.م).

يستطيع المالك الحقيقي استرداد المبيع إذا قام البائع بتسليم المبيع للمشتري وذلك عن طريق دعوى الاستحقاق ويرجع على البائع بدعوى التعويض ( عدم الإقرار ببيع)

كما للمالك الحقيقي أن يسترد المبيع مباشرة من المشتري ويطالبه بالتعويض إذا كان سيء النية وعكس ذلك إذا كان المشتري حسن النية. ولا يمكنه أن يطالبه بالثمار لأنه يكون قد اكتسبها بالحيازة.

أما إذا أقر المالك الحقيقي البيع، فإن العقد يصبح ساريا في حقه فيحل محل البائع في استحقاق قبض الثمن والالتزام بنقل الملكية والضمان.

### الفرع الثاني- بيع المال المشاع *la propriété indivise*

إذا ملك إثنان أو أكثر مالا بخصص متساوية من غير أن تفرز حصة كل منهما فالمال مشاع، ويملك كل شريك على الشيوع حصته الشائعة ملكا تاما وله أن يتصرف فيها بجميع التصرفات الجائزة. ويتخذ التصرف في المال المشاع صورا متعددة أهمها:

1- أن يتصرف الشريك في حصته كما هي شائعة، فيبيعها مثلا كما هي لشخص آخر، شريك أو غير شريك. وهي الصورة الغالبة في التصرف في المال المشاع.

فإذا باع صاحب الحصة الشائعة المنقولة لأجنبي، كان لباقي الشركاء في المنقول الشائع أن يستردوا الحصة المباعة خلال شهر من تاريخ إعلامهم أو من تاريخ علمهم بالبيع (المادة 721 ق.م).

أما في العقار، فللشركاء الأخذ بالشفعة.

2- كما قد يتصرف الشريك قبل القسمة في جزء مفرز من المال الشائع أو في كل المال الشائع الذي لا يملك إلا حصة فيه.

#### أولاً: تصرف الشريك في حصته المشاعة

أجازت المادة 714 من ق.م. لكل شريك في الشيوع باعتباره مالكا لحصته ملكية تامة ( مالك الرقبة + مالك حق الانتفاع) أن يتصرف في حصته الشائعة بكل أنواع التصرفات من بيع وهبة ورهن...، وله أن يستولي على ثمارها ويستغلها بشرط ألا يلحق الضرر بحقوق الشركاء الآخرين على الشيوع، باعتبار أن كل شريك في الشيوع يملك حصته المشاعة ملكية تامة أيضا.

#### ثانياً: تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع

مثال :- أرض شائعة بين شريكين

- يملك كل منها ال 1/2 في الشيوع
- أحدهما حدد جزءا مفرزا بمقدار ال 1/2 وباعه
- في اعتقاده أن هذا الجزء هو الذي سيؤول إليه بعد القسمة
- 1- المشتري يعتقد أن الشريك البائع يملك هذا الجزء المبيع مفرزا لا شائعا لذلك أقدم على الشراء مطمئنا باعتبار أن ملكية هذا الجزء ستؤول إليه.
- 2- المشتري يعلم أن الشريك البائع لا يزال في حالة شيوع وأن الجزء المفرز الذي باعه هذا الشريك لا يزال شائعا.

#### الافتراض الأول: المشتري يعتقد أن البائع يملك المبيع مفرزا

## أ - قبل القسمة

- هنا المشتري يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء المبوع لأنه يعتقد أن البائع يملك ملكية مفرزة لا شائعة.
- يمكن أن يكون العقد قابلا للإبطال للغلط.
- تقدم المشتري بطلب الإبطال يكون صحيحا قبل القسمة. وهو لا يجبر على انتظار القسمة.
- كما يمكن أن يجيز العقد، فيصبح صحيحا غير قابل للإبطال. ويكون حكمه كحكم البيع الذي صدر لمشتري غير واقع في غلط ويعلم أن الجزء المفرز الذي اشتراه لا يزال مملوكا للبائع على الشيوع.

## ب- بعد القسمة : (حالتين )

## الحالة الأولى: الجزء المفرز المبوع يقع في نصيب الشريك البائع

- في هذه الحالة لا يستطيع المشتري طلب إبطال العقد وتنتقل ملكية هذا الجزء إلى المشتري بعد التسجيل والشهر الشهر إذا كان عقارا.

## الحالة الثانية: الجزء المفرز المبوع لا يقع في نصيب الشريك البائع ( خلافا لما توقع )

- يبقى البيع في هذه الحالة قابلا للإبطال للغلط (لأنه أراد أن تخلص إليه ملكية جزء مفرز بالذات ولم يكن الأمر كذلك)

- لكن يجوز للمشتري أن يجيز البيع ( يتنازل عن حقه في طلب الإبطال)

- وهنا ينقلب العقد صحيحا ملزما لكل من البائع والمشتري.

- لكن يتحول التصرف من الجزء المفرز المبوع إلى الجزء المفرز الذي وقع فعلا في نصيب الشريك البائع ( نظرية الحلول العيني)

- فتنتقل ملكية هذا الجزء الأخير إلى المشتري.

## بيع جزء مفرز من المال الشائع

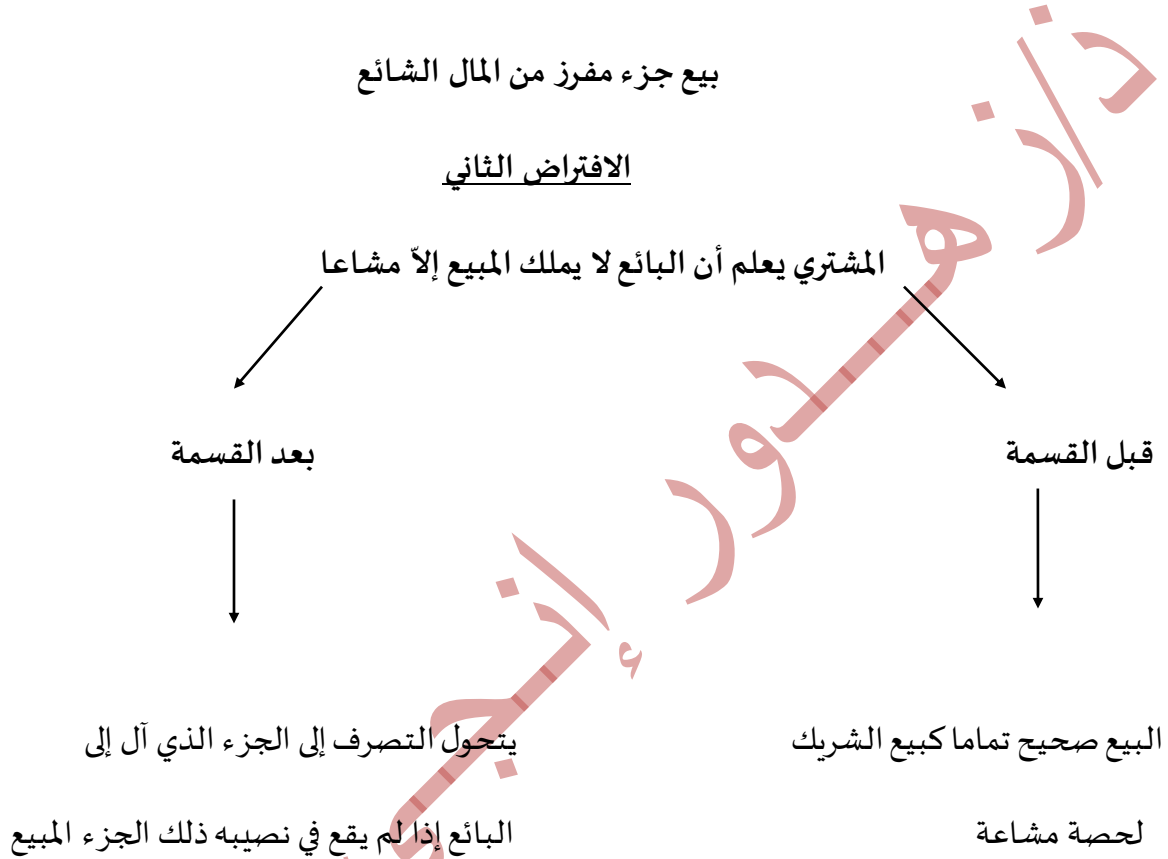
الإفتراض الأول

## الافتراض الثاني : المشتري يعلم أن البائع لا يملك المبيع إلا مشاعا

- أ- قبل القسمة
- البيع صحيح ولا يجوز للمشتري طلب إبطال البيع قبل القسمة .
  - يعتبر المشتري هنا مالكا على الشيوع بنسبة الجزء الذي اشتراه ( باعتبار أن الملكية التي آلت إليه ملكية مشاعة)

## ب- بعد القسمة

- إذا لم يقع في نصيب البائع الحصة المباعة ، فإن حق المشتري ينتقل إلى الحصة التي آلت ووقعت في نصيب البائع ( نظرية الحلول العيني )



## ثالثا- ما حكم بيع الشريك على الشيوع كل المال الشائع؟

- إذا باع الشريك في الشيوع كل المال الشائع بما في ذلك حصته وحصته الشركاء الآخرين فإنه لا بد من التفرقة بين حالتين:



- 1- إذا كان المشتري يعتقد وقت انعقاد أن البائع يملك المال وحده، فإن البيع يكون قابلاً للإبطال بطلاناً نسبياً على أساس الغلط الجوهرى فى المبيع .
- 2- إذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء آخرين يملكون معه المال، فإن البيع يعتبر صحيحاً فيما يتعلق بحصة الشريك البائع وقابلاً للإبطال فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين لأنه يعتبر بيع مال الغير.

### الفرع الثالث- بيع الحق المتنازع فيه

إن الحق المتنازع فيه هو حق محتمل الوجود ورغم هذا الوصف فإنه يجوز بيعه. والبيع فى هذه الحالة يصبح عقداً احتمالياً (contrat aléatoire) ، فإذا ثبت الحق المبيع للبائع انتقل للمشتري بموجب عقد البيع. وإذا لم يثبت فقد ضاع الحق على كل من البائع

والمشتري. لأن المشتري الذي يقدم على شراء حق متنازع فيه إنما يخاطر بما يبذله فيه من الثمن.

وتجب الإشارة، في بيع الحقوق المتنازع فيها، إلى وجود حالتين : 1- أن يباع الحق المتنازع فيه لغير عمال القضاء . 2- أن يباع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء وهذه الحالة الأخيرة سبق التطرق إليها وإلى حكمها وأثارها.

تتضح أحكام بيع الحقوق المتنازع عليها وأثارها من خلال نص المادة 400 و 401 من القانون المدني .

المادة 400 : " إذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه فللمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص بردّ ثمن البيع الحقيقي له والمصاريف الواجبة.

ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا رفعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع جوهري"

أولا- ما المقصود بالحقوق المتنازع عليها؟

حصرت الفقرة 2 من المادة 400 من القانون المدني حالتين يكون فيهما الحق متنازعا فيه.

الحالة الأولى : يعتبر الحق متنازعا فيه إذا رفعت من أجله دعوى أمام القضاء تنصب على أصل الحق معنى ذلك أن يكون هذا الحق متعلقا إما بوجوده أو بالتخلص منه. وقد تخلص هذه الدعوى بحكم ابتدائي وما دام الحكم ليس نهائيا فإن الحق يبقى متنازعا فيه.

ويظل الحق بهذه الصفة إلى أن يستنفذ طرق الطعن العادية (المعارضة والاستئناف)، فإذا استنفذها تسقط صفة النزاع في الحق حتى ولو كان الحكم قابلا للطعن

بطرق الطعن غير العادية. وإذا طعن بها فعلا رجعت للحق صفته كحق متنازع فيه<sup>1</sup>. وهنا يجوز فيه الاسترداد أيضا.

ولا فرق في الحق أن يكون حقا شخصيا أو عينيا، عقارا أو منقولا.

الحالة الثانية: ليس من الضروري أن تكون هناك دعوى مرفوعة بشأن الحق حتى يكون متنازعا فيه، بل يكفي أن يقوم بشأنه نزاع جدّي متى انصب النزاع على وجود الحق كله أو بعضه أو عدم وجوده تماما<sup>2</sup>.

خلاصة لهاتين الحالتين أن في بيع الحق المتنازع فيه إلى المشتري، فإن المشتري هنا هو الذي يتحمل تبعه مصير النزاع المتعلق بهذا الحق، فإما أن يثبت الحق للبائع فيثبت للمشتري باعتباره خلفا خاصا له. وإما ألا يثبت فلا ينتقل إلى المشتري أي حق.

فالبائع عندما يبيع حقا متنازعا فيه، فإنه لا يضمن للمشتري وجود هذا الحق وإنما هو يبيع مجرد ادعاء فقط. وفي هذه الحالة لا بد على المشتري أن يتوقع احتمال الخسارة من قيمة الحق ما يقابل هذا الاحتمال. وهنا المشتري يعتبر مضاربا في شراء الحقوق المتنازع فيها.

ولمنع المضاربة في الحقوق المتنازع فيها أجاز المشرع لمن يثبت الحق ضده أن يسترد من المشتري عن طريق دفع الثمن مع المصروفات الواجبة.

فبالاسترداد رخصة خولها المشرع للمتنازل ضده (المسترد) يستطيع بموجها أن يحل محلّ المشتري مقابل أن يردّ الثمن وما تكبد من مصروفات.

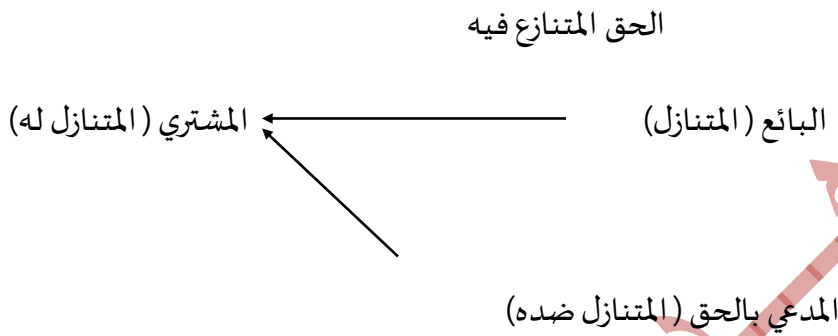
إضافة إلى كون الحق متنازعا فيه أو أن نزاعا جديا قد قام بشأنه، فإن النزول عن الحق لا يكون إلا بمقابل وأن يكون هذا المقابل نقديا، لأنه كما سبقت الإشارة أن التنازل عن

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 225.

<sup>2</sup> - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 205.

الحق قد تحتتمل فيه فكرة المضاربة<sup>1</sup>، وعليه إذا تمّ النزول عن الحق تبرعا مثلا، فإنه لا يجوز الاسترداد.

ثانيا- كيف تتمّ عملية الاسترداد؟



من أجل أن يسترد المتنازل ضده حقه المتنازع فيه لا بد أن يعلن عن إرادته في استرداد الحق وأن يدفع للمشتري (المتنازل له) الثمن الحقيقي والمصروفات الواجبة.

1- إعلان المدين إرادته في الاسترداد: الإعلان عن الإرادة في الاسترداد لا يحتاج إلى شكل معين حيث يوجه الإعلان من طرف المدين إلى المشتري وليس إلى الدائن (البائع) كون المشتري هو الطرف المعني. ويمكن للمدين أن يعلن إرادته في الاسترداد عن طريق إبداء طلبه على الشكل الذي تبدى به الطلبات في الخصومة.

وإذا لم تكن الدعوى مرفوعة أمام المحكمة وقام حول الحق نزاع جدي يكفي أن يوجه إعلاننا إلى المشتري (المتنازل له) ويحدث هذا الإعلان أثره من يوم وصوله إلى علم المشتري.

<sup>1</sup> - المضاربة (la spéculation) هي المخاطرة بالبيع والشراء بناء على توقع تقلبات الأسعار بغية الحصول على فارق الأسعار.

والأصل فيها أنها تتمثل في قبض أو دفع فروق الأسعار .

2- أن يردّ المسترد الثمن الحقيقي + المصروفات الواجبة للمشتري: لا يحدث طلب الاسترداد أثره القانوني إلا إذا ردّ المتنازل ضده للمتنازل له الثمن ردًا فعليًا أو عرض عليه عرضًا حقيقيًا إضافة إلى المصاريف الأخرى. وإذا أورد المشرع الجزائري مصطلح " الثمن الحقيقي" فإن ذلك يكون تحفظًا من ثمن صوري يكون البائع والمشتري قد اتفقا عليه فيرفعان الثمن حتى يمنعا المسترد ( المدين) من الاسترداد ويجعلاه أكثر كلفة. كما عليه أن يدفع المصاريف الأخرى إن وجدت ( التسجيل والرسوم والأتعاب)

### ثالثا- آثار الاسترداد:

#### 1- أثره بين المشتري والمتنازل ضده

يحل المسترد محلّ المشتري ولا يعتبر الاسترداد شراءً جديدًا للحق. بل يعتبر المشتري هنا وكأنّ الحق لم ينتقل إليه إطلاقًا ويترتب على استرداد الحق سقوط جميع الحقوق التي يكون المشتري قد رتبها على الحق قبل الاسترداد (الرهن- حق الارتفاق- الانتفاع- الحجز)

#### 2- أثره بين المشتري والبائع

العلاقة بين البائع والمشتري لا تتأثر بل يبقى عقد البيع قائمًا بينهما بعد الاسترداد لأن الاسترداد يوجه ضد المشتري وليس البائع وعليه يكون للبائع أن يطالب المشتري بالثمن وباقي الالتزامات. ولا يحل المسترد محلّ المشتري في تنفيذ هذه الالتزامات. ولا يجوز للمشتري الرجوع على البائع بالضمان بعد استرداد المسترد الحق المتنازع فيه ( إلا إذا كان المشتري يجهل أنه اشترى حقا متنازعا فيه وهنا يجوز له الرجوع على البائع بالضمان والتعويض)<sup>1</sup>.

#### 3- العلاقة بين البائع والمسترد

يرتب الاسترداد على الحق إذا كان شخصيًا إنهاؤه وإذا كان عينيا قطع الخصومة فيه. ويلعب الاسترداد هنا دور الصلح فقط. معنى ذلك أن الحق المتنازع فيه بعد الاسترداد لا

<sup>1</sup>- أحمد عبد الرزاق السهوري، المرجع السابق، ص 207.

ينتقل إلى البائع وبموجب الاسترداد بسقط حق البائع في مطالبة المسترد بالحق يجعل النزاع كأنه لم يكن.

#### رابعاً- حالات استثنائية لا يجوز فيها الاسترداد

1- أن يكون الحق المتنازع فيه يدخل ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً، فإذا بيعت شركة مثلاً ( الشركة مجموعة من الأموال) فإنه لا ينظر إلى كل عنصر من عناصرها. وإذا وجد فيها حق متنازع فيه فإن هذا الحق يفقد ذاتيته ولا يجوز استرداده.

2- إذا كان الحق المتنازع فيه مشاعاً بين ورثة أو شركاء وباع أحدهم نصيبه للآخر، لأنه إذا تم الأمر بين شريكين أو ورثتين فإن فكرة المضاربة مستبعدة تماماً وإنما الغرض هنا يكون تسهيل قسمة الحق المتنازع فيه (الاستثناء إذا بيع لأجنبي).

3- إذا تنازل المدين لدائنه عن حق متنازع فيه وفاء للمدين الثابت في ذمته. ومثالها أن يكون لـ (أحمد) حق متنازع فيه مع (محمد). ويكون (أحمد) مديناً لـ(كريم) وحتى يوفي حق (كريم) يتنازل له عن حقه المتنازع فيه مع (محمد).

وفي هذه الحالة لا يجوز للمدين أن يطالب باسترداد هذا الحق لأن قبول الدائن بالحق تنتفي معه فكرة المضاربة ويبقى المقصود من ذلك هو الوفاء بحقه.

4- إذا كان الحق المتنازع فيه ديناً مترتباً على عقار وبيع الحق لحائز العقار.

### المحور الرابع- الثمن في عقد البيع

هو ركن جوهري في عقد البيع ولا يمكن أن ينعقد بدونه وهو المبلغ المالي الذي يلتزم بدفعه المشتري للبائع مقابل التزام هذا الأخير بنقل ملكية المبيع إليه. يجب أن يكون الثمن نقديا، مقدرا أو قابلا للتقدير وأن يكون جديا.

#### أولا- أن يكون الثمن مبلغا نقديا

إن المادة 351 من القانون المدني تعرف عقد البيع بأنه عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل ملكية شيء أو حق مالي مقابل ثمن نقدي. وبالتالي فإنه لا يغني عن النقود شيء آخر في الثمن كما إذا نقل شخص لشخص آخر ملكية شيء لقاء خدمة يؤديها الشخص الآخر له. فإن العقد لم يبق عقد بيع، بل يكون عقدا غير مسمى<sup>1</sup>.

أمثلة:

أ- إذا كان الثمن بعضه نقود وبعضه غير نقود= ينظر إلى العنصر الغالب إذا كان العنصر الغالب نقودا = العقد عقد بيع.

إذا كان العنصر الغالب غير نقود = عقد مقايضة

إذا كان الثمن مزدوجا ( نقود وغير نقود) = العقد مزدوج، بيع في حدود مبلغ النقود ومقايضة في حدود الشيء غير النقدي.

1- M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2e éd. 1963, Paris, p.35.

ب- هل يجوز أن يكون الثمن ديناً على البائع؟ ( نقل المدين للدائن ملكية أحد عقاراته أو منقولاته كوفاء لدينه) هذا التصرف لا يعتبر عقد البيع والشئء الموفى به ليس ثمناً وإنما هذا التصرف هو وفاء بمقابل.

ج- هل يجوز أن يكون الثمن عبارة عن إيراد مؤبد؟ أجمع الفقهاء على أن هذا التصرف هو عقد بيع طالما أن الإيراد هو مبلغ نقدي<sup>1</sup>. وعليه فإنه إذا اتفق المتعاقدان على ثمن مقدر بالنقود جاز لهما أن يحولا هذا المقدار إلى إيراد مؤبد للبائع (la rente).

ثانياً- أن يكون الثمن مقدراً ( معينا) أو قابلاً للتقدير ( قابلاً للتعين):356

الأصل في تعيين الثمن أن يكون باتفاق الطرفين، ولا يستقل به أحدهما، فلا يستقل به البائع حتى لا يرفع الثمن ويغبن المشتري ولا يستقل به المشتري حتى لا يبخص الثمن فيغبن البائع.

الاستثناء: يجوز أن يتم تقدير الثمن بناء على أسس معينة ورد ذكرها في المادة 356 من القانون المدني<sup>2</sup>. معنى ذلك أنه ليس من الضروري أن يكون الثمن مقدراً بل يكفي أن يكون قابلاً للتنفيذ طالما أن الأسس التي يقوم عليها تقديره متفق عليها بين المتعاقدين<sup>3</sup>.

ما هي هذه الأسس؟

1- سعر السوق

<sup>1</sup>- أحمد عبد الرزاق السهوري، المرجع السابق، ص 366.

<sup>2</sup>- المادة 356 من القانون المدني: "يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد. وإذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان والمكان. فإذا لم يكن مكان التسليم سوقاً وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية"

3- Planiol, refundu et complété par Georges Ripert,... et Jean Boulanger, Traité élémentaire de droit civil,... 4e édition. Tome 2e. Obligations, contrats, sûretés réelles, 1 janvier 1952, para. 2389.



قد يتفق الطرفان على أن يكون الثمن هو سعر السوق. وبالتالي فإن الثمن هنا غير مقدر وإنما قابل للتقدير. ومثاله أن يتفق متعاقدان على سوق معين في مكان معين وزمان معين ، كان سعر تلك السوق هو المعتبر. وإذا لم يعينا سوقا معيناً فالأصح أنهما قصداً سعر السوق في مكان وزمان التسليم . وإذا لم يكن سوق في مكان تسليم المبيع، فعلى القاضي أن يفترض أن نية المتعاقدين اتجهت إلى سعر السوق الذي يقضي العرف بوجوب الرجوع إلى أسعاره. (مثال صياد سمك وبائع سمك يتفقان أن يكون الثمن هو السعر في ميناء وهران، إذا كان التسليم في مستغانم، فإن السوق التي يؤخذ بسعرها كأساس هي سوق مستغانم)

## 2- السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما (357)

المبدأ أن عدم ذكر الثمن في عقد البيع يترتب عليه البطلان، إلا إذا اتضح للقاضي خلال ظروف التعاقد أن نية المتعاقدين اتجهت إلى اعتماد السعر المتداول عليه في التجارة من أجل تقدير ثمن البيع. ولا يهم أن يتناسب السعر مع القيمة الحقيقية للمبيع. كما قد تكون نية المتعاقدين قد اتجهت إلى اعتبار أساس تقدير ثمن البيع هو اعتماد السعر الذي سبق لهما وأن تعاملوا به معنى ذلك أن هناك تعامل سابق بين الطرفين.

### ثالثاً- أن يكون الثمن جدياً : Sérieux

الثمن الجدي أو الحقيقي هو الثمن الذي تتجه إرادة المشتري فعلاً بأن يدفعه للبائع باعتباره المقابل الحقيقي للمبيع. ولا يكون الثمن جدياً إذا كان تافهاً (Dératoire) أو كان صورياً (Fictif) لكن جدية الثمن لا تمنعه أن يكون بخساً (Vil) لأنه إذا كان بخساً يترتب عليه الغبن ورغم ذلك يكون جدياً.

### أ- الثمن الصوري

هو الذي لا يطابق حقيقة ما اتفق عليه الطرفان ولا يقصد البائع أن يتقاضاه من المشتري، وإنما فقط لاستكمال المظهر الخارجي لعقد البيع وإذا ثبت أن الثمن صوري فإن العقد لا يكون بيعاً ولكنه يكون هبة مستترة في صورة بيع.

## ب- الثمن التافه

هو الثمن الذي يبلغ حدا من التفاهة تجعل قيمة المبيع لا تتناسب مع قيمة هذا الثمن وتكاد تنعدم تماما. كما إذا بيع عقار بقيمة 20.000 دج، فإن تفاهة الثمن في هذا العقار تحول دون أن يكون ركن الثمن صحيحا في عقد البيع، فلا يكون العقد بيعا.

فالفرق بين صورية الثمن وتفاهته أن الثمن الصوري عادة ما يكون مقدارا من النقود تناسب قيمة المبيع لكن البائع لا يقصد الحصول عليها. أما الثمن التافه فهو ثمن ضئيل جدا يبعث على الاعتقاد أن البائع لم يتعاقد للحصول على مثل هذا المقدار.

أما إذا بيعت سيارة قيمتها 2.5 مليون دج وبيعت بمبلغ 1.8 مليون دج، فإن الثمن هنا يكون بخسا ويكون البيع صحيحا والثمن جدّي وإن كان قليلا.

## ج- الثمن البخس

هو الثمن الذي يقلّ عن قيمة المبيع الحقيقية لكنه لا ينزل إلى مرتبة الثمن التافه الذي لا يعتدّ به. فيبقى الثمن البخس ثمنا جديا قصد البائع فعلا أن يتقاضاه وهو ما دفع إلى الالتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري.

والثمن البخس يعيب البيع ولا يبطله في حالة بيع العقار فهو يلحق بالبائع "غبنا" فإذا زاد التفاوت في الثمن عن خمس قيمة المبيع، فإن القانون يجيز للبائع في هذه الحالة الحق في مطالبة المشتري بتكملة الثمن أو فسخ العقد<sup>1</sup>.

وقد جاء في نص المادة 358 من القانون المدني أنه إذا بيع عقار بغير يزيد عن الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى 4/5 (أربعة أخماس) ثمن المثل، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن 1/5 (الخمس)، أن يقوّم العقار بحسب قيمته وقت البيع.

إلا أن هذا الحق الممنوح للبائع لا يكتمل إلا إذا توفرت شروط معينة:

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 99.

- 1- أن يكون المبيع عقارا
- 2- ألا يتم البيع بطريق المزايمة
- 3- أن يصل الغبن 1/5 (خمس) قيمة العقار فأكثر

#### 1- أن يكون المبيع عقارا

قضت المادة 358 من القانون المدني على أنه حتى تقبل دعوى الغبن لا بد أن يكون المبيع عقارا وإذا كان منقولاً فلا أثر للغبن هنا ولا يجوز أن ترفع بشأنه دعوى غبن ولا فرق أن يكون المبيع عقارا أو حقا عينيا عقاريا طالما كان الموضوع منصبا على عقار.

#### 2- ألا يتم البيع بطريق المزايمة

أكدت المادة 360 من القانون المدني أنه لقبول دعوى الغبن لا بد أن يكون عقد بيع العقار عقدا رضائيا بين البائع والمشتري وألا يكون قد تم هذا البيع في المزاد العلني لأن البيع بالمزاد العني يفسح المجال للحصول على أعلى ثمن ممكن للعقار المبيع. وإذا رسا المزاد بثمن يقل عن قيمة العقار بأكثر من الخمس فهذا يعني أن العقار لن يجد مشتريا بأكثر من هذا الثمن وبالتالي لا محل للطعن في المبيع بالغبن.

#### 3- أن يصل الغبن إلى أكثر من 1/5 (خمس) قيمة العقار

الغبن لا يكون فاحشا إلا إذا زادت قيمة العقار وقت البيع على ثمنه بأكثر من 1/5 القيمة. أما إذا بيع العقار بثمن يساوي 4/5 (أربعة أخماس) قيمته وقت البيع فلا محل للطعن في البيع بدعوى الغبن. وهنا نرى أن معيار الغبن هو معيار موضوعي بخلاف الاستغلال الذي يكون فيه المعيار شخصيا<sup>1</sup>. والعبرة تكون بتقويم العقار وقت البيع لا بوقت الطعن بالغبن، فإذا كانت قيمة العقار 1000 وبيع بـ 700، فإن الغبن هنا يزيد على 1/5 العقار وقت البيع، وبالتالي يجوز الطعن في هذا البيع بالغبن واستكمال المائة التي يقل بها الثمن عن 4/5.

#### الأثار القانونية المترتبة على الغبن:

<sup>1</sup>- السنهاوري ، البيع، المرجع السابق، ص 397.

ملاحظة: يجوز أن ترفع دعوى الغبن من بائع كامل الأهلية ومن بائع ناقص الأهلية أيضا.

والأثر الذي ينتج عن تحقق غبن في عقار، هو أن الغبن لا يعتبر سببا من أسباب إبطال عقد البيع (خلافًا للإستغلال) وإنما يكون سببا إما لتكملة الثمن إلى 4/5 أو فسخ العقد.

### 1- دعوى تكملة الثمن

طبقا للمادة 358 من القانون المدني فإن الغبن في بيع عقار يعطي للبائع كامل الأهلية أو ناقصها، الحق في تكملة الثمن إلى 4/5 القيمة الحقيقية للعقار والمقدرة وقت البيع.

ترفع دعوى تكملة الثمن من البائع المغبون أو خلفه العام. وإذا كان قاصرا جاز لوليه أو وصيه رفعها. وترفع هذه الدعوى ضد المشتري أو خلفه العام باعتبار أن تكملة الثمن من التزامات المشتري.

ترفع دعوى تكملة الثمن أمام محكمة موطن المشتري باعتبار أنها دعوى شخصية.

تسقط دعوى تكملة الثمن بمرور 3 سنوات من انعقاد البيع (المادة 359 ق.م.) بالنسبة لكامل الأهلية أما البائع ناقص الأهلية فإن مدة الثلاث سنوات يبدأ حسابها من يوم انقطاع سبب نقص الأهلية.

لا بدّ من شهر العريضة الافتتاحية لدعوى الغبن.

### 2- دعوى الفسخ

من المحتمل ألا يوفي المشتري بتكملة الثمن بعد الحكم عليه بذلك. في هذه الحالة يجوز للبائع أن يطلب فسخ العقد نتيجة لإخلال المشتري بالتزامه.

إذا تمّ الحكم بفسخ العقد، فإن العقد يزول بأثر رجعي، فيسترد البائع المبيع ويلتزم بردّ الثمن الذي قبضه للمشتري.

تتقادم دعوى الفسخ بمرور 15 سنة من تاريخ إبرام العقد طبقا للقواعد العامة.

ملاحظة:

إذا تصرف المشتري في المبيع (العقار) إلى مشتري آخر حسن النية، أو رتب على العقار حقا عينيا للغير، فإن الغير لا يلحقه ضرر من فسخ العقد (359 ق.م)

وهنا لا يجوز للبائع استرداد العقار وإنما يرجع على المشتري بالتعويض.

أما إذا ثبتت سوء نية المشتري الثاني جاز له استرداد العقار والمطالبة بالتعويض.

### المحور الخامس- أحكام عقد البيع

ينشأ عن عقد البيع إلتزامات سواء في ذمة البائع أو المشتري، فينشأ في ذمة البائع إلتزاما بنقل الملكية، إلتزاما بتسليم المبيع وإلتزاما بالضمان ( ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية)

أما بالنسبة للمشتري فيترتب في ذمته إلتزام بدفع الثمن ودفع المصروفات وإلتزام بتسليم المبيع من البائع.

#### الفرع الأول- إلتزامات البائع

##### أولاً: الإلتزام بنقل الملكية

تنص المادة 361 من ق.م. على أنه " يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل الحق عسيرا أو مستحيلا" مفاد المادة أن عقد البيع ينشئ إلتزاما في ذمة البائع يتمثل في نقل ملكية المبيع إلى المشتري. وهذا الإلتزام من الممكن أن ينفذ بمجرد انعقاد العقد، كما يمكن أن يتطلب إجراءات أخرى لنقل هذه الملكية (بيع المنقول وبيع العقار)

##### أ- في حالة بيع المنقول

المنقول نوعان: إما أن يكون معين بذاته أو معين بنوعه.

إذا كان المبيع المنقول معين بذاته، فإن ملكية المبيع تنتقل للمشتري بمجرد إبرام العقد (التراضي) كما في البيع الجزاف فيصبح المشتري مالكا للمبيع المعين بذاته.

لنفرض أن البائع يبيع المبيع المعين بالذات إلى مشتري ثانٍ ولكن يكون قد سلمه للمشتري الأول. هنا يكون المبيع قد سُلم إلى المشتري أو المالك الحقيقي. ويجوز للمشتري الثاني أن يعود على البائع بالتعويض.

الإفترض الثاني: البائع سلّم المبيع إلى المشتري الثاني ويكون حسن النية، فإن لمشتري الثاني يتملك الشيء على أساس الحيازة في المنقول سند الملكية ويبقى للمشتري الأول أن يعود على البائع بالتعويض.

إذا كان المبيع المنقول معيناً بنوعه: طبقاً للمادة 166 من القانون المدني فإن ملكية الشيء المعين بنوعه لا تنتقل إلى بعد الفرز أي تعيين المبيع وفصله عن سائر الأشياء التي تكون معه.

وعليه فإن وقت انتقال ملكية الشيء المعين بنوعه هو وقت إفرازه.

#### ب- في حالة بيع العقار

في حالة بيع العقار لا بد من التقيد بنصوص المواد 165-792-793 من القانون المدني وبعض المواد الواردة في النصوص التنظيمية المتعلقة بالعقار خاصة الأمر رقم 74/75 المتضمن أعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم والأمر رقم 105/76 المتضمن قانون التسجيل.

يتضح من هذه النصوص أن انتقال الملكية في العقارات والحقوق العينية العقارية الأخرى لا تنتقل إلا بإتباع إجراءات معينة أولها الكتابة الرسمية (عند الموثق) ثم التسجيل بمصلحة الطابع والتسجيل وأخيراً الشهر أمام المحافظة العقارية.

تتلخص أهمية هذه الإجراءات في ضرورة إحاطة المتعامل في هذا العقار علماً بكل التصرفات الواردة عليه، الأمر الذي يعمل على توفير الثقة بين المتعاقدين وتشجيع الإلتزام العقاري.

وعليه، إذا كان المبيع عقاراً، فإن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير إلا بعد إفراغ العقد في قالب رسمي وتسجيله وشهره.

إن انعدام الرسمية في عقد بيع العقار يؤدي إلى بطلانه بطلاناً مطلقاً (المادة 324

مكرر 1)

إنعدام التسجيل والشهر في عقد بيع العقار يبطله بطلانا مطلقا.

يعتبر بيع العقار غير الرسمي أو غير المسجل أو غير المشهر كمحرر عرفي شرط أن يكون موقعا من قبل الأطراف (المادة 326 مكرر 2)

عقد البيع العقاري غير المشهر لا يثنى و لا ينقل ولا يعدل الحق العيني العقاري ولا ينتج أي أثر لا بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير (المادة 16 من الأمر رقم 74/75)

إذا كان بيع العقار رسميا، مسجلا ومشهرا فإنه يظهر العقار من كل العيوب ويكون لهذه الإجراءات حجية كاملة للتصرف.

وإذا كان نقل الملكية في العقار متوقفا على الإجراءات السابقة فإنه لا بد من الإشارة إلى أن العقود الرسمية الموثقة لا بد من أجل صحتها أن تتضمن بيانات متعلقة بأشخاص العقد حيث تشمل أسماء وألقاب ومواطن المتعاقدين (المادة 26 من القانون رقم 02-06 المتضمن مهنة التوثيق) وإسم ولقب وموطن الموثق محرر العقد.

كما يجب أن يتضمن العقد الرسمي بيانات خاصة بموضوع عقد البيع من حيث تحديد التاريخ ومكان الإبرام وطبيعة وموقع ومساحة وحدود العقار وأصل الملكية.

كما تذكر الحصة المفززة من ثمن البيع المدفوعة بين يدي الموثق والتي كانت بقيمة الخمس من ثمن نقل الملكية حسب نص المادة 1/256 من قانون التسجيل المعدلة بموجب قانون المالية لسنة 2014 ولكن تجدر الإشارة أنها قيمة غير ثابتة حيث أصبحت هذه القيمة تصل إلى النصف إلى غاية 2019.

ثم يلتزم الموثق قبل توقيع العقد تلاوة الأحكام التشريعية الخاصة بالضرائب وتلاوة النص الكامل للعقد حتى يكون الأطراف على علم بما سيقع توقيعهم عليه.

وتخلف هذه الشروط يؤدي إلى بطلان التصرف بطلانا مطلقا.



## ثانيا - الإلتزام بالتسليم

تنص المادة 364 من القانون المدني: "يلتزم لبائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في

الحالة التي كان عليها وقت البيع"

الإلتزام بتسليم المبيع هو التزام متفرع عن الإلتزام بنقل ملكية المبيع. وينتج عن هذا الإلتزام الأخير إلتزام بالمحافظة على المبيع والالتزام بتسليمه. والاختلاف بينهما أن الإلتزام بالمحافظة على المبيع هو التزام ببذل عناية (Obligation de moyen)، أما الإلتزام بالتسليم هو التزام بتحقيق غاية (Obligation de résultat).

تظهر أهمية التسليم في أن:

- يصبح المشتري قادرا على الانتفاع الكامل بالشيء المبيع بعد تسلمه مما يؤدي إلى استقرار ملكية المبيع في يده وبالتالي فإنه يقرر في منأى من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا كان البائع قد تصرف بالشيء المبيع إلى مشتر ثانٍ وإذا كان المبيع منقولاً.
- والتسليم حسب ما عرفته المادة 367 من القانون المدني أنه يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري حيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً.
- وقد ربط المشرع الجزائري بين التسليم وتبعية الهلاك، حيث جعل هلاك المبيع قبل تسليمه على البائع وبعد تسليمه على المشتري<sup>1</sup> (المادة 369 من القانون المدني)

## أ - طرق التسليم

المبدأ العام أن التسليم هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري (الحيازة) بالطريقة التي تتفق مع طبيعته.

<sup>1</sup> - محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 104.

كما يجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب لا علاقة له بالملكية. معنى ذلك أن التسليم إما أن يكون قانونيا (فعليا) أو حكما (افتراضيا)

### أولا : التسليم القانوني أو الفعلي

ينطوي التسليم القانوني على عنصرين :

العنصر الأول : أن يوضع المبيع تحت تصرف المشتري، معنى ذلك أن يتمكن من حيازته وتمكنه من الانتفاع الفعلي بالمبيع دون اشتراط انتقال الحيازة فعلا إلى المشتري.

فإذا كان المبيع عقارا مثلا، فإن وضعه تحت تصرف المشتري يكون أولا بإخلاء ذلك العقار كما يقتضي الأمر تسليم سندات الملكية للمشتري والمفاتيح إن وجدت.

أما إذا كان المبيع منقولا، فإن عملية وضعه تحت تصرف المشتري يكون عادة بتمكينه منه أو مناولته له يدا بيد، أو أن يتم ذلك بفرز المبيع إذا كان معينا بنوعه.

أما إذا كان المبيع حقا ماليا، كحق المرور أو حق انتفاع، فإنه يوضع تحت تصرف المشتري بتسليمه السند المنشئ لذلك الحق وإذا انعدم السند فبموجب ترخيص من البائع في استعمال ذلك الحق لإزالة أي عائق من شأنه أن يحول دون استعمال حقه.

أما العنصر الثاني: فهو إعلام البائع المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه ولا يتطلب الإعلام شكلا معينا، فقد يكون شفاهة كما قد يكون بموجب إعدان رسمي. وإذا اجتمع العنصران فإن ذلك يعني أن البائع يكون قد أتمّ تنفيذ التزامه بتسليم المبيع.

### ثانيا: التسليم الحكمي

المادة 367/2 ف2 يتم هذا التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين على أن المبيع قد تم تسليمه للمشتري. وللتسليم الحكمي صورتان:

الصورة الأولى:

من المحتمل أن يكون المبيع في حيازة المشتري قبل البيع لسبب غير البيع. كأن يكون مستأجرا لعقار إشتهراه لاحقا. أو تكون هذه الحيازة سببها عقد وديعة وبالتالي فإن المشتري يستبقي المبيع تحت يده بعد عقد البيع. وفي هذه الحالة فإنه لم يقع انتقال فعلي للمبيع من يد البائع إلى يد المشتري ولكن تغيرت نية واضع اليد، حيث أن المشتري كان يضع يده على العقار بصفته مستأجرا أو مستعيرا لكن بعد عقد البيع يصبح واضعا يده على أساس أنه مشتري.

#### الصورة الثانية:

أن يستبقي البائع المبيع في حيازته ليس بنية التملك، بل لسبب آخر كعقد الوديعة أو الإيجار حيث تتحول صفة حيازة البائع، فنكون في هذه الحالة بصدد تسليم حكمي للمبيع وعليه، يتم اتفاق البائع والمشتري على إبقاء حيازة الشيء المبيع للبائع.

#### ب- محل التسليم

محل التسليم هو المبيع المتفق عليه في عقد البيع. ويلتزم البائع بتسليمه إلى المشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع وبالمقدار الذي عيّن له في العقد وبالملحقات التي تتبعه.

#### 1- حالة المبيع

سبقت الإشارة إلى المادة 364 أن البائع يلتزم بتسليم المبيع للمشتري على الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد. وللإشارة فإن هذا الالتزام ليس من النظام العام إذ يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تسليم المبيع في حالة جيدة أو في حالة مطابقة للعينة أو أن يكون العقار مرهونا وقت البيع فيتفق المتعاقدان على أن يسلم البائع العقار للمشتري خاليا من الرهن بعد رفعه.

وإذا كان المبيع منقولاً معيناً بذاته، فإن الالتزام بتسليمه يكون طبقاً للصفة والحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد.

أما إذا كان منقولاً معيناً بنوعه، وجب على البائع تسليم شيء من درجة جودة الصنف المتفق عليه، وإذا لم يكن هناك اتفاق، فإن البائع يسلم الشيء من صنف متوسط (المادة 94 من القانون المدني)

خلاصة لذلك، فإن الأصل أن يلتزم البائع بتسليم المبيع على الحالة التي كان عليها وقت التعاقد أو وفقاً لما اتفق عليه الطرفان.

إذا تسلم المشتري المبيع ولم يعترض وسكت: 1- إما أن المبيع كان على الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد والسكوت هنا يعتبر قبولا. 2- أو أم المبيع لم يكن مطابقاً للحالة التي كان عليها وقت التعاقد، إلا أن المشتري قبل بالفرق وتنازل عن حقه.

إذا اعترض المشتري وقت التسليم على أساس وجود تغيير في المبيع:

1- إذا كان التغيير ضاراً بالمبيع: يقام الدليل على وجود التغيير وإذا ثبت فإن البائع يكون مسؤولاً لأنه أخل بالالتزام بتحقيق غاية والمشتري يكون أمامه حلين:

أ- تنفيذ الإلتزام تنفيذاً عينياً إذا أبدى البائع استعداداً لذلك.

ب- فسخ العقد والمطالبة بالتعويض من طرف المشتري.

2- إذا كان التغيير مفيداً للمبيع: كأن تلحق بالمبيع زيادة (الإلتصاق بأحد الأجزاء مثلاً) الزيادة هنا تكون من نصيب المشتري دون مقابل إذا كانت السبب أجنبياً.

أما إذا كانت الزيادة بفعل البائع (إدخال تعديلات وترميمات)، فإما أن يطلب المشتري إزالة التحسينات أو أن يطلب إبقاءها مقابل دفع قيمتها.

## 2- مقدار المبيع

تعرض المادة 365 من القانون المدني لأحكام مقدار المبيع زيادة أو نقصاناً.

### أ- حالة زيادة المبيع

من الممكن أن يكون المبيع المتفق على تسليمه قد زاد وقت التسليم، الأصل أن يتفق المتعاقدان بخصوص هذه الحالة.

إذا لم يتمكن المتعاقدان من الاتفاق، هناك حالتين:

1- المبيع غير قابل للتقسيم أو التجزئة: مثال الأرض إذا قسمت وجد بها بعض الأمتار زائدة وأنه إذا تمّ تقسيمها تلحق ضرراً بالبائع. على المشتري أن يدفع ثمننا يتناسب مع الزيادة إلا إذا بلغت هذه الزيادة حدًا من الجسامة وهنا يجوز للمشتري فسخ العقد.

2- المبيع قابل للتقسيم والتجزئة: المشتري لا يلتزم إلا بالقدر الذي تمّ الاتفاق عليه في العقد (هنا الثمن مقدر بسعر الوحدة)

إذا كان الثمن مقدرًا بسعر الجملة وتبين وجود زيادة في المبيع، الزيادة تكون من نصيب المشتري دون مقابل.

ب- حالة نقص المبيع

وقت التسليم يكتشف المشتري أن مقدار المبيع نقص على ما سبق الاتفاق عليه، البائع يكون مسؤولاً عن النقص إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك. وبالتالي لا يجوز للمشتري أن يرجع على البائع.

إذا لم يوجد اتفاق على ذلك، يجوز للمشتري إما أن يطالب بإنقاص الثمن أو فسخ العقد ولا يكون الفسخ إلا إذا بلغ النقص حدًا معينًا من الجسامة.

وفي هذه الحالة أي دعوى إنقاص الثمن أو فسخ العقد سواء زاد مقدار المبيع أو نقص فإن المشرع الجزائري حدد مدة سنة كاملة من وقت التسليم لرفع هذه الدعاوى سواء الدعاوى التي يرفعها البائع أو المشتري (المادة 366 من القانون المدني)

دعوى إنقاص الثمن == تثبت للمشتري إذا وجد نقص في المبيع

دعوى فسخ البيع == تثبت للمشتري =

1- في حالة نقص جسيم في المبيع

2- في حالة الزيادة في المبيع إذا كان لا يقبل التجزئة ( الثمن مقدر بالوحدة)

دعوى تكملة الثمن == تثبت للبائع إذا كانت زيادة في المبيع ولا يقبل التجزئة ( الثمن بسعر الوحدة)

3- ملحقات المبيع

هي مجموعة الحقوق والالتزامات التي أعدت بصفة دائمة لتكون تابعة للأصل وملحقة به، فيتمكن صاحب الحق من استعمال حقه إذا اجتمعت هذه الحقوق والالتزامات وبالتالي فإن الملحقات لا تنفك عن الأصل ولا تقوم منفصلة عنه.

أمثلة ( الحديقة ملحقاتها الأشجار، المصنع ملحقاته الآلات، الحيوان ملحقاته صغاره وصوفه ووبره السيارة ملحقاتها وثائقها)

وعليه، فإن تسليم المبيع يشمل أيضا تسليم ملحقاته.

جزاء عدم تسليم الملحقات:

للمشتري الخيار بين:

1- طلب التنفيذ العيني مع التعويض

2- طلب فسخ البيع مع التعويض

ويجوز للقاضي رفض طلب الفسخ إذا كانت الملحقات غير مهمة بحيث تخلفها ما كان يمنع المشتري من إبرام العقد.

## مكان وزمان التسليم:

تنص المادة 394 على أنه إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسليم المبيع، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم.

## مكان التسليم:

القاعدة هي أن تبقى للأطراف الحرية المطلقة في تحديد مكان تسليم المبيع. أما الاستثناء فهو أنه إذا لم يتم تحديد مكان تسليم المبيع نميز بين حالتين:

- 1- إذا كان المبيع معيناً بالذات ← مكان التسليم هو مكان وجود الشيء (1/282)
- 2- إذا كان المبيع معيناً بنوعه ← مكان التسليم هو موطن البائع (2/282)

## زمان التسليم:

الأصل أن يتم التسليم فور إبرام العقد إلا إذا وجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك (1/281).

إذا تعلق الأمر بالبيع المصدرة، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل المبيع للمشتري ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك (368)

إذا كان المبيع المصدر شيئاً منقولاً معيناً بذاته، تنتقل الملكية للمشتري بمجرد البيع وزمان ومكان التسليم عند التفريغ في محطة الوصول، وتبقى تبعه الهلاك على البائع قبل التسليم.

إذا كان المبيع معيناً بنوعه، لا تنتقل الملكية إلا بالإفراز، والإفراز يتم عند التسليم وزمان التسليم يكون عند التفريغ. وتبقى تبعه الهلاك على البائع إلى أن يصل المبيع إلى ميناء التفريغ.

### نفقات التسليم:

طبقا للمادة 283 من القانون المدني فإن نفقات الوفاء تكون على المدين، مالم يوجد اتفاق بخلاف ذلك.

يحمل المشرع البائع دفع نفقات التسليم والمقصود بنفقات التسليم مصروفات الوزن والكيل والمقاس والعدّ أو نفقات الفرز ( المبيع المعين بنوعه) تضاف إليها مصروفات حزم المبيع ونقله + الرسوم الجمركية إذا كان البيع موضوعه التصدير. وقد يكون خلاف ذلك إذا تمّ الاتفاق بين الطرفين.

### حكم هلاك المبيع

سبقت الإشارة إلى أن التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بتحقيق غاية، وإذا أخل البائع بالتزامه بالتسليم حتى ولو كان ذلك راجعا لسبب أجنبي فإنه يعتبر مخلا بالتزامه، الأمر الذي يترتب عليه قيام تبعة الهلاك وقد يكون هلاك المبيع جزئيا أو كليا.

### القاعدة العامة:

تنص المادة 121 من القانون المدني (المعدلة)، في العقود الملزمة لجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة التنفيذ انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بقوة القانون.

### الإستثناء:

المادة 270 من القانون المدني: " إذا تمّ اعدار الدائن، فإنه يتحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه ويصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر"



المقصود بالمدين من خلال المادتين المتقدمتين هو أن الطرف الذي استحاله عليه تنفيذ التزامه أي البائع الذي يكون مدينا بتسليم المبيع وبالنتيجة هو الذي يتحمل تبعه الهلاك حيث يهلك الشيء على عاتقه وينفسخ البيع.

غير أن المشتري يتحمل تبعه الهلاك قبل أن يتسلمه في حالة ما إذا أعذر به البائع وتعتت المشتري في تسليم المبيع (المادة 369 من القانون المدني)

يجوز للبائع أن يستعمل حق حبس المدين في يده إذا تخلف المشتري عن دفع الثمن (خطأ المشتري) فإذا تلف المبيع وهو محبوس في يد البائع، فإن تبعه الهلاك تقع على المشتري (المادة 391 من القانون المدني)

كما يجوز أن يتفق البائع والمشتري على تحمل هذا الأخير تبعه الهلاك سواء من يوم الانعقاد أو من يوم انتقال الملكية.

لا بد من التفرقة بين الهلاك الكلي للمبيع والهلاك الجزئي:

أ- الهلاك الكلي (المادة 369 من القانون المدني)

إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه، سقط البيع واسترد الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع.

1- الهلاك بفعل أحد المتعاقدين

- بفعل البائع = يتحمل البائع تبعه الهلاك أي برد الثمن + التعويض
- بفعل المشتري = يتحمل المشتري تبعه الهلاك أي يفقد الثمن إذا دفعه أو يستوجب عليه دفعه إذا كان مؤجلا، كما يفقد الشيء المبيع.

2- الهلاك بسبب أجنبي

- ينفسخ العقد بقوة القانون ويسقط البيع لاستحالة التنفيذ (المادة 121 من القانون المدني)

- يتحمل البائع تبعة الهلاك ويلتزم بإرجاع الثمن للمشتري.
- لا يجوز للمشتري المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي قد يصيبه ( المادة 127 من القانون المدني)
- ب- الهلاك الجزئي ( المادة 370 من القانون المدني)

إذا انقضت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، وإما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن.

#### 1- إذا كان النقص جسيماً

المشتري يختار بين :

- طلب فسخ العقد + التعويض إذا أثبت أن النقص بسبب البائع
- طلب إنقاص الثمن + التعويض بعد إثبات أن النقص بسبب البائع

#### 2- إذا كان النقص بسيطاً

أي أنه لو علم به المشتري قبل إبرام العقد لما امتنع عن التعاقد .

ويبقى للمشتري :

- طلب إنقاص الثمن
- طلب التعويض إذا أثبت أن البائع هو السبب في التلف.

### ثالثا: الإلتزام بالضمان

يترتب على عقد البيع إلتزام بامتناع البائع عن القيام بأي عمل من شأنه أن يمنع انتقال ملكية المبيع للمشتري أو أن يعيق المشتري من التمتع بحياسة المبيع حيازة هادئة سواء كان هذا التصرف صادرا منه أو من الغير. هذا الإلتزام هو التزم بالضمان.

#### 1- إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع (المادة 379 ق.م)

على البائع أن يضمن للمشتري انتفاعه بالمبيع انتفاعا كاملا. وإذا وجد عيب ينقص من قيمة ومنفعة المبيع، فإن البائع يلتزم بضمان ذلك العيب.

ضمان العيوب الخفية يشمل جميع أنواع المبيعات، لكنه لا يشمل جميع أنواع البيوع:

- البيوع التي لا يجوز فيها للمشتري الدفع بضمان العيوب الخفية هي البيوع الاحتمالية طبقا لقاعدة "الخطر يطرد الضمان"
- تنص المادة 385 من القانون المدني أنه لا ضمان للعيوب الخفية في البيوع القضائية و لا في البيوع الإدارية. البيوع القضائية ( بيع أموال المفلس) - البيوع الإدارية (بيع إدارة الجمارك للسلع المحجوزة)
- ضمان العيوب الخفية ليست من النظام العام حيث يجوز - طبقا للمادة 384 ق.م. - للمتعاقدین الاتفاق على :

1- التعديل من الضمان = كالزيادة في الضمان، كضمان العيب غير الجسيم أو

الزيادة في مدة الضمان (المادة 383 ق.م).

2- الإنقاص من الضمان = كأن يتفق المتعاقدان على عدم ضمان بعض الأمراض

في بيع الحيوانات.

3- إسقاط الضمان = أي ألا يكون البائع مسؤولاً عن أي عيب حتى وإن كان جسيماً شرط عدم تعمد البائع إخفاء العيوب غشاً وإلا اعتبر الاتفاق بالإسقاط باطلاً.

#### أ- شروط ضمان العيوب الخفية

- 1- أن يكون العيب مؤثراً (1/379) ، من شأنه أن ينقص من قيمة المبيع ومنفعته ويجعله غير صالح للغاية التي رُصد لها.
- 2- أن يكون العيب خفياً (2/379) ، معنى ذلك أن لا يكون في وسع المشتري أن يعلم به وقت البيع حتى بعد تفحصه بعناية الرجل العادي.
- 3- أن يكون العيب قديماً، أي أن يكون موجوداً في المبيع قبل إبرام البيع أو على الأقل وقت التسليم، وإذا ثبت اكتشاف العيب بعد التسليم، وجب إثبات سبب نشأته إلى قبل التسليم.
- 4- ألا يكون العيب معلوماً من طرف المشتري، لأن البائع لا يضمن العيب إذا كان المشتري عالماً به وقت التعاقد إلا إذا أخفى البائع العيب غشاً.

#### ب- الإجراءات الواجب اتباعها في حالة وجود عيب خفي

- 1- تنص المادة 381 من القانون المدني على ضرورة إخطار البائع في الوقت الملائم باكتشافه العيب، ومسألة الوقت الملائم تدخل في اختصاص سلطة تقدير القاضي.
- 2- كما تضيف المادة 383 على أن ترفع الدعوى خلال الأجل القانوني، حيث يلتزم المشتري في حالة اكتشافه عيباً في المبيع أن يرفع دعوى الضمان خلال سنة من يوم تسليم المبيع وإلا سقط التزام البائع بالضمان.

وللاستفادة من دعوى الضمان يقع على المشتري:

- 1- أن يثبت وجود العيب
- 2- أن يثبت أن العيب كان موجوداً قبل التسليم

- 3- أن يثبت أن البائع أخفى العيب غشا  
 4- أن يثبت أنه أخطر البائع بوجود العيب  
 وفي المقابل وحتى ينفي البائع مسؤوليته يجوز له :

- 1- إثبات أن العيب كان ظاهرا وقت التسليم  
 2- إثبات أن هناك اتفاق على إسقاط الضمان  
 3- إثبات انقضاء أجل دعوى الضمان  
 4- إثبات عدم إخطاره بالرغم من وجود العيب  
 5- إثبات أن المشتري لاحظ عدم توافر الصفة ورغم ذلك تسلم المبيع.

### ج- الآثار المترتبة على ضمان العيوب الخفية

#### 1- في حالة العيب الجسيم

- يكون العيب جسيما إذا أنقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به بحيث لو علم به المشتري وقت التعاقد لما تعاقد.

- إذا توفر العيب الجسيم في المبيع، للمشتري :

1- إما أن يرفع دعوى الضمان + التعويض ( قيمة المبيع + قيمة الثمار + قيمة مصاريف دعوى الضمان + التعويض عما لحقه من خسارة) مقابل ردّ الشيء المبيع. (375)

2- أو أن يبقى على المبيع ويرفع دعوى إنقاص الثمن مع التنازل عن رفع دعوى الضمان أو المطالبة بالتعويض.

3- رفع دعوى إبطال أو فسخ العقد مقابل ردّ الشيء المبيع واسترداد الثمن.

#### 2- في حالة العيب غير الجسيم

- يكون العيب غير جسيم في حالة ما إذا حتى لو علم به المشتري لما أعرض عن التعاقد.
- في حالة العيب غير الجسيم يكون للمشتري حق الاحتفاظ بالشيء المبيع مع المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي سببه العيب.

## 2- إلزام البائع بضمان عدم التعرض والاستحقاق ( 371-378 ق.م.)

يلتزم البائع بعدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير.

معنى ذلك أن التعرض قد يكون صادرا من البائع كما قد يكون صادرا من الغير.

### أولا : التعرض الصادر من البائع

يتلخص تعرض البائع للمشتري في صورتين: إما أن يكون التعرض ماديا وهو كل عمل مادي من شأنه أن يعيق حرية استغلال واستعمال وحياسة المشتري للمبيع.

أو قد يكون تعرضا قانونيا وهو كل عمل قانوني من شأنه أن يحول دون حياسة المشتري المبيع حياسة هادئة وانتفاعا كاملا يخرج عن الغرض المقصود من المبيع.

التعرض المادي هو الذي لا يستند فيه البائع إلى حق يدعيه كأن يتعدى البائع على حدود أرض باعها أو أن يبيع شخص لشخص محلا تجاريا ثم ينافس بإنشاء محل مجاور بنفس النشاط.

كما قد يدخل ضمن التعرض المادي العمل القانوني الصادر من البائع والذي من شأنه أن ينشئ حقا للغير على العين المباعة كأن يبيع البائع الشيء مرة ثانية لمشتري ثان. هذا التعرض يعدّ تعرضا من الغير وه في نفس الوقت تعرض صادر من البائع نفسه لأن المشتري الثاني عند تعرضه للمشتري الأول يكون قد استمد حقه من البائع.

أما التعرض القانوني يقع إذا ادعى البائع حقا على المبيع في مواجهة المشتري سواء كان الحق المدعى به سابقا أو لاحقا للمبيع.

مثال : ادعاء البائع حقا سابقا للمبيع = كأن يرفع البائع دعوى استحقاق المبيع باعتباره لا يزال مالكا للمبيع وذلك قبل شهر العقار أي قبل انتقال الملكية.

ادعاء البائع حقا لاحقا للمبيع = أن يبيع شخص عينا لا يملكها ثم يصبح مالكا لها بسبب من أسباب اكتساب الملكية، فيرفع دعوى على المشتري يطلب فيها استرداد المبيع بصفتها مالكا.

#### أ- خصائص الالتزام بضمان عدم تعرض البائع

- 1- قاعدة أمره متعلقة بالنظام العام (المادة 1/378 ق.م.) تبطل الاتفاق على عدم الضمان في حالة التعرض الناشئ من البائع = لا يجوز الاتفاق على عدم الضمان.
- 2- هو التزام غير قابل للإنقسام حتى ولو كان المبيع قابلا للتجزئة لأن الأصل أن تكون الحيابة هادئة (المادة 236 ق.م.)
- 3- الإلتزام بعدم التعرض لا يتقادم بينما دعوى الضمان تتقادم بمرور 15 سنة من الانعقاد.

#### ب- آثار ضمان عدم التعرض

للمشتري أن يختار في حالة تعرضه للتعرض من البائع :

- 1- في التعرض المادي =
- يجوز مطالبة البائع بإزالة ما وقع مخالفا للالتزام بالضمان (المادة 133 ق.م.) كطلب نزع سياج أو حائط.
- كما يجوز المطالبة بالتعويض في حالة إثبات الضرر (المادة 175 ق.م.)

- الحصول على ترخيص من القضاء بإزالة ما وقع مخالفا للالتزام بالضمان على نفقة المدين (المادة 173 ق.م.)
- تنفيذ الالتزام بالضمان تنفيذاً عينياً مع التعويض إذا أثبت المشتري الضرر.

## 2- في التعرض القانوني =

- أي أن البائع رفع على المشتري دعوى استرداد المبيع كما في حالة بيع ملك الغير، ثم اكتسب البائع ملكية المبيع لاحقاً، فإن للمشتري أن يدفع هذه الدعوى على أساس أن البائع ملزم بالضمان " لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض " = قاعدة الدفع بالضمان.

### ثانياً: ضمان التعرض الصادر من الغير

هناك فرق بين ضمان التعرض الصادر من البائع و ضمان التعرض الصادر من الغير حيث أن التعرض الأول يترتب عليه الضمان إذا كان مادياً أو قانونياً بينما التعرض الثاني يترتب عليه الضمان إذا كان التعرض قانونياً. ويبقى مجال ضمان عدم التعرض من البائع.

المادة 371 ق.م: " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري. ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغي قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه"



وتعرض الغير إذا توفرت شروطه، واستحق المبيع استحقاقا كلياً أو جزئياً، فإن هذا ما يسمى ضمان الاستحقاق للمبيع من قبل الغير حيث يلتزم البائع بالتعويض عما لحق المشتري من أضرار نتيجة لذلك<sup>1</sup>.

#### أ- شروط ضمان عدم التعرض الصادر من الغير

##### 1- أن يقع التعرض القانوني فعلاً

- حتى ينشأ حق الضمان المقرر للمشتري يجب أن تقوم منازعة قانونية فعلية بين المشتري والغير وتكون المنازعة قائمة على التعرض في الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة.
- إما أن تظهر هذه المنازعة في صورة دعوى يرفعها الغير على المشتري مدعياً أن له حق على المبيع، كأن تكون دعوى استحقاق كلي يطالب فيها الغير بملكية المبيع ملكية كاملة، أو دعوى استحقاق جزئي يطالب فيها الغير بجزء من المبيع أو أن تكون دعوى رهن يطالب فيها الغير بدين مضمون برهن مقرر على المبيع، أو دعوى ارتفاق يطالب فيها الغير بحق ارتفاق على المبيع. أو قد تكون دعوى إيجار ونفاذ هذا الإيجار في مواجهة المشتري.
- كما يمكن أن تقوم المنازعة بمناسبة دعوى يرفعها المشتري نفسه يطالب فيها بالمبيع إذا كان المبيع في حيازة الغير فيحتج هذا الغير بحق على المبيع.

##### 2- أن يكون حق المتعرض ثابتاً وقت البيع أو آل إليه بعد البيع بفعل البائع

- حتى يقوم التزام البائع بالضمان لابد أن يكون حق الغير ثابتاً على المبيع وقت البيع.
- أو أن يكون قد ثبت بعد وقوع البيع، لكن بفعل البائع.
- مثال ذلك: إذا باع "أ" عقاراً مرتين لـ "ب" و "ج" ونفرض أن "ج" سجل البيع وأشهره قبل "ب". المشتري الثاني "ج" هو الذي يتملك المبيع بالشهر ويكون حقه لاحقاً على البيع الأول. ومع ذلك يكون البائع ملزماً بالضمان قبيل المشتري "ب" لأن حق المشتري "ج" وإن آل إليه بعد البيع فهو مستمد من البائع نفسه.

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قنادة، المرجع السابق، ص 151.

## ب- أحكام الالتزام بالضمان

إذا توفرت الشروط المنصوص عليها تحقق التزام البائع بضمان عدم التعرض ووجب عليه تنفيذ هذا الالتزام عينا إذا كان ممكنا، فإذا لم يستطع أن ينفذ عينا ووجب عليه أن يقوم بتنفيذ التزامه عن طريق التعويض، إذا حُكم للغير باستحقاق المبيع.

أما عن طريقة استعمال المشتري لحقه في الضمان إذا نازعه الغير في المبيع، فللمشتري أن يحتج بضمان البائع إما عن طريق " الدفع بالضمان " (الضمان الفرعي) أو له أن يرفع دعوى مستقلة (الضمان الأصلي) طبقا للمواد 372 و373 و374 من القانون المدني.

## 1- الضمان الفرعي (التنفيذ العيني)

ويتمثل في صورتين:

## أ- حالة إخطار البائع بدعوى الاستحقاق

إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق، ووجب على البائع بعد أن يخطر المشتري بالتعرض الصادر له من الغير، أن يتدخل في الخصومة وأن يتولى الدفاع عن المشتري أو أن يحلّ محله.

والإخطار المشار إليه لا يحتاج شكلا رسميا بل يستوي الأمر أن يكون كتابيا أو شفويا.

فإذا تمّ إخطار البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام ووجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدلي أو خطأ جسيم صادر من المشتري.

## ب- إذا لم يقم المشتري بالإخطار

إذا لم يخطر المشتري البائع بالتعرض الذي صدر له من الغير، فإنه يكون قد خاطر بحقه في الضمان، لأنه من المحتمل أن ترفض دعواه.

فإذا تمكن المشتري من الحصول على حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به ناطق بعدم أحقية هذا الغير للمبيع، فإن الأمر يكون قد حُلَّ وبالتالي ينتهي التزام البائع بالضمان .

أما إذا لم يتمكن المشتري من الحصول على حكم نهائي، جاز له الرجوع على البائع بالضمان.

وحتى يتخلص البائع من التزامه بالضمان، عليه أن يثبت أنه حتى لو تدخل في الخصومة لَحُكِمَ برفضها.

## 2- الضمان الأصلي (ضمان الاستحقاق أو التنفيذ بطريق التعويض)

يكون للمشتري الحق في رفع دعوى الاستحقاق في حالة من الحالات التالية:

- إذا أخطر المشتري البائع بدعوى استحقاق تثبت حق الغير على المبيع ولم يتدخل البائع لدفع هذه الدعوى.
- إذا تم إخطار البائع بدعوى الاستحقاق لكنه لم يتمكن من إقامة الدليل على تدليس المشتري أو خطئه الجسيم.
- إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ولم يثبت أن تدخله كان سيؤدي حتما إلى رفضها.
- إذا تحققت حالة من الحالات المذكورة آنفا، جاز للمشتري أن يرجع على البائع إما بدعوى التعويض الكامل ( الاستحقاق الكلي) أو بدعوى التعويض الجزئي ( الاستحقاق الجزئي)

## ج- الآثار المترتبة على الالتزام بالضمان

### 1- الاستحقاق الكلي (المادة 375 ق.م)

- هو نزع المبيع كله من يد المشتري إذا ثبت للغير حق على المبيع، كأن يكون البائع غير مالك للمبيع أو أن يتصرف البائع في المبيع بعد البيع لشخص آخر.
- إذا أصبح المبيع مستحقا كليا للغير، يجوز أن يرجع على البائع بالضمان ويطالبه بالتعويض. وتتمثل قيمة التعويضات في الآتي:

- قيمة المبيع وقت نزع اليد = معنى ذلك ردّ قيمة المبيع وقت الاستحقاق
- قيمة الثمار = التي ألزم المشتري بردها إلى الغير المتعرض
- المصاريف النافعة والمصاريف الكمالية في حالة ثبوت سوء نية البائع
- مصاريف الدعوى (الضمان الفرعي أو الأصلي) التي رفعها المشتري ومصاريف دعوى الاستحقاق.

## 2- الاستحقاق الجزئي (376 ق.م.) وثبوت التكاليف على المبيع

- المقصود بالاستحقاق الجزئي هو ثبوت ملكية الغير لجزء من العين المباعة سواء كان الجزء المستحق مفرزا أو حصة شائعة في العين كلها.
- أما التكاليف، فهو كل حق مقرر للغير يكون من شأنه تقييد انتفاع المشتري بالمبيع سواء كان الحق عينيا كحق الارتفاق أو الانتفاع أو كان شخصا كحق الاستئجار<sup>1</sup>.
- وعليه نجد المادة 376 ق.م. في هذا المقام تنص على حالتين:

أ- إذا ثبت الاستحقاق الجزئي أو ثبت وجود تكليف وكانت خسارة المشتري قد بلغت حدًا من الجسامة بحيث لو علم بها قبل التعاقد لما تعاقد. يجوز للمشتري أن يردّ الجزء المتبقي من المبيع ويطالبه بالتعويض بناء على عدم الالتزام بالوفاء الكامل لالتزامه، كما يجوز للمشتري أن يطالب بفسخ العقد على أساس عدم الالتزام بالتسليم الكامل أيضا + التعويض.

ب- في حالة ما إذا لم تبلغ الخسارة في الاستحقاق الجزئي حدًا جسيميا، يجوز للمشتري الإبقاء على المبيع والمطالبة بقيمة التعويض الناتجة عن نزع اليد الجزئي عن المبيع.

<sup>1</sup> - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 146.

## ثالثاً: الضمان الاتفاقي ( 1/377ق.م.)

إن أحكام ضمان الاستحقاق المقررة قانوناً ليست من النظام العام، إذ يجوز الاتفاق على تعديلها سواء بالزيادة أو الإنقاص منه أو حتى إسقاطه.

## أ- الاتفاق على الزيادة في الضمان

الأصل أن تكون أحكام الضمان المقررة قانوناً كافية للمشتري لكن من الممكن أن يخصص في العقد بند - إضافة إلى الضمان القانوني- يزيد من قيمة الضمان كأن يتم الاتفاق على أن للمشتري الرجوع بالضمان إذا ظهر تكليف على العين حتى ولو لم يحصل تعرض فعلي أو أنه في حالة استحقاق جزئي يجوز للمشتري أن يردّ المبيع دون ثماره.

## ب- الاتفاق على إنقاص الضمان

حيث يكون البائع في هذه الحالة معفياً من ضمان المخاطر التي يمكن أن تظهر على المبيع، كأن يشترط البائع على المشتري عدم ضمانه إذا ما ظهر على المبيع حقوق ارتفاق خفية لا يعلمها البائع.

## ج- الاتفاق على إسقاط الضمان

يجوز للمتعادين أن يتفقا على إسقاط الضمان على البائع لكن يشترط لصحة ذلك ألا يكون البائع قد تعمد إخفاء حق الغير وإلا يكون نزع اليد ناشئاً بسببه هو.

رغم إمكانية وجود حق إسقاط الضمان في حالة نزع اليد من فعل الغير، يبقى البائع مطالباً قبيل المشتري برد قيمة المبيع وقت نزع اليد ولا يعفى إلا من عناصر التعويض.

## رابعاً: إلزام البائع بضمانات خاصة

إضافة إلى الضمانات السابقة، فإنه يقع على البائع نوعان آخران من الضمان هما: ضمان تخلف الصفة المتفق عليها وضمان صلاحية المبيع.

## 1- ضمان تخلف أو فوات الصفة

والمقصود بذلك خلو المبيع من الصفة التي تعهد بها البائع وقت التسليم (1/379) مفاد هذه المادة أن البائع يكفل للمشتري وجود صفات معينة في المبيع يكون على أساسها ملزما بالضمان إذا لم تتوافر تلك الصفة في المبيع وقت التسليم. والجدير بالملاحظة أن خلو المبيع من الصفة ليس معناه أن المبيع يشوبه عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به، بل قد يكون المبيع سليما من أي عيب لكنه لم يتوافر على الصفة المتفق عليها وهذا يكفي لقيام الضمان (بيع أحصنة سليمة ولكن من سلالة معينة)

## 2- ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة (386 ق.م) + قانون حماية المستهلك

يعتبر هذا الضمان خاصا ببعض أنواع البيوع، كبيع الآلات الكهرومنزلية والإلكترونية وهو يعدّ تشديدا للضمان ويدخل في إطار الاتفاقات على الزيادات في الضمان وأسبابه وهو يجعل الضمان شاملا لأي نوع من الخلل حتى لو لم يكن ذلك عيب، فيكفي أن يكون المبيع غير صالح للعمل ليتحقق الضمان.

يقوم هذا النوع من الضمان بناء على أحكام المادة 386 من ق.م. وأحكام قانون حماية المستهلك رقم 89-02 المؤرخ في 07/02/1989.

### أ- أحكام ضمان صلاحية المبيع طبقا للقانون المدني

- يشمل هذا الضمان كل بيوع المثليات.
- مدة الضمان ترجع لاتفاق المتعاقدين.
- يجوز الاتفاق على إسقاط ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة ما لم يتفق الطرفان على خلافه.
- يجب على المشتري إخطار البائع خلال شهر من يوم ظهور الخلل.
- في حالة عدم الإخطار خلال هذه المدة يسقط حق المشتري في الضمان.
- ترفع دعوى الضمان في ميعاد 6 أشهر يبدأ احتسابها من يوم الإخطار.

أما من حيث آثار هذا الضمان:

1- إذا لم يكون المبيع قابلا للتصليح = معنى ذلك وجود خلل جسيم بالمبيع يكون للمشتري أن يختار:

- ردّ المبيع ورفع دعوى الضمان والمطالبة بالتعويض حسب ما تقتضيه المادة 375 من القانون المدني.

- طلب استبدال المبيع والمطالبة بتعويض ما لحقه من ضرر بسبب الخلل.

2- إذا كان المبيع قابلا للتصليح = أي أن العيب غير جسيم، هنا يجوز للمشتري:

- الإبقاء على المبيع ومطالبة البائع بتصليحه والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه.

- إثبات المشتري أن المبيع رغم تصليحه لن يسترجع صفاته والمطالبة إما:

- إبطال البيع

- فسخ البيع

- رد المبيع ورفع دعوى الضمان والمطالبة بالتعويض (375)

ب- أحكام ضمان صلاحية المبيع طبقا لأحكام قانون حماية المستهلك

- يشمل هذا الضمان البيوع المتعلقة بالأجهزة والأدوات المنزلية وآلات العمل (المادة 06)

- لا يجوز الاتفاق على إسقاط أو إنقاص مدة الضمان لكن يجوز زيادتها.

- تختلف مدة الضمان حسب نوعية المبيع:

• 06 أشهر بالنسبة للعب الكهربائية، لوازم الساعات، الآلات الموسيقية، أجهزة الرياضة

• 12 شهرا بالنسبة لأجهزة التسخين، الأجهزة الكهرومنزلية، أجهزة التنظيف

• 18 شهرا بالنسبة لأجهزة الطبخ، التبريد، التجميد، المكيفات

- لا يجوز الاتفاق على إسقاط ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة (المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15/09/90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات)

- يجوز الزيادة من الضمان (المادة 11 من المرسوم 90-266)

- لا بد من إعدار البائع برسالة مضمونة أو بموجب عقد غير قضائي.

- يجب رفع دعوى الضمان في أجل سنة من يوم الإعدار.

- ينفذ البائع التزامه بالضمان في حالة ظهور عيب بإحدى الطرق التالية:

1- إصلاح المنتج

2- استبدال المنتج إذا كان غير قابل للتصليح

3- رد الثمن للمستهلك إذا تعذر عليه التصليح أو الاستبدال

### الفرع الثاني: إلتزامات المشتري

تتلخص الإلتزامات المشتري في :

1- الإلتزام بدفع الثمن

2- الإلتزام بدفع مصروفات البيع وتكاليف المبيع

3- الإلتزام بتسلم المبيع

أولا- الإلتزام بدفع الثمن

ويشمل هذا الإلتزام كيفية تنفيذه ( زمان ومكان الوفاء)، حق المشتري في حبس الثمن

وجزاء الإلتزام بدفع الثمن.



## أ- كيفية تنفيذ الالتزام بدفع الثمن

يلتزم المشتري بدفع الثمن المحدد في العقد أو الذي حدّد وفقاً لأسس التقدير السابق المتطرق إليها. ويتم دفعه إما بالتقسيط أو دفعة واحدة حسب ما اتفق عليه الأطراف.

- بالنسبة لزمان الوفاء (1/388)

يلتزم المشتري بدفع الثمن = - في الزمان المتفق عليه في العقد

- في الزمان المتعارف عليه

- في حالة عدم الاتفاق على الزمن يعتدّ بزمن تسليم المبيع

- بالنسبة لمكان الوفاء (387)

يلتزم المشتري بدفع الثمن = - في المكان المتفق عليه في العقد

- في المكان المتعارف عليه

- في مكان تسليم المبيع إذا كان الثمن مستحقاً وقت التسليم

- في موطن المشتري وقت استحقاق الثمن

ب- حبس المشتري للثمن (إنحلال المشتري من التزامه بدفع الثمن)

بالرغم من استحقاق الثمن إلا أنه يجوز للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن إذا لم يقم

البائع بتنفيذ إحدى التزاماته المترتبة على عقد البيع = الدفع بعدم التنفيذ.

وأجاز المشرع للمشتري الحق في حبس الثمن في حالة وقوع تعرض فعلي أو خيف على

المبيع أن ينزع من يد المشتري. فاحتمال وقوع التعرض متى كان له ما يبرره كاف لتقرير الحق

في حبس المشتري للثمن أو في حالة اكتشاف المشتري عيباً في المبيع.

وبالتالي يجوز للمشتري حبس الثمن:

1- في حالة تعرض الغير للمشتري أ إذا خاف أن ينزع المبيع من يده، لكن يسقط هذا الانحلال إذا انقطع التعرض أو زال الخطر.

2- في حالة ظهور عيب في المبيع يسقط انحلاله إذا لم يثبت العيب أو قرر الاحتفاظ بالمبيع.

### ج- آثار دفع الثمن

إذا وفي المشتري بالتزامه ودفع ثمن المبيع جاز له مطالبة البائع بالوفاء بالتزامه أيضا أو طلب فسخ البيع إذا لم يقم بالتزامه.

إذا لم يوف المشتري بالثمن يجوز للبائع:

- إستيفاء حقه جبرا بالتنفيذ على أموال المشتري.
- حبس المبيع إلى غاية وفاء المشتري بالثمن (390)
- فسخ عقد البيع لعدم تنفيذ المشتري لالتزاماته.

ثانيا - الإلتزام بدفع نفقات عقد البيع وتكاليف المبيع

طبقا لنص المادة 395 من القانون المدني، تقع نفقات تسلّم المبيع على عاتق المشتري، إلا إذا وجد عرف أو اتفاق بخلاف ذلك.

تقع نفقات التسجيل والشهر والتوثيق على نفقة المشتري إلا إذا اتفق على خلاف ذلك (393 ق.م.).

والمقصود بالنفقات والتكاليف، المصروفات اللازمة لنقل المبيع من مكان تسليمه إلى المكان الذي يريده المشتري و مصروفات الشحن والإرسال ونفقات الصيانة.

ثالثا- الإلتزام بتسلّم المبيع

إذا لم يلتزم المشتري بتسلم المبيع في الزمان والمكان المتفق عليهما، فإنه يكون مغلا بالتزامه وهنا يجوز للبائع:

- أن يطالب القضاء بإجبار المشتري على تنفيذ الالتزام عينا.
- الحكم على المشتري بغرامة تهديدية عن كل يوم تأخير.
- استئذان القاضي ببيع المبيع إذا كان سريع التلف أو كانت تكاليف حفظه باهظة بالمزاد العلني.
- فسخ العقد بعد إعدار المشتري والمطالبة بالتعويض.

### السداسي الثاني - عقد الإيجار المدني

تمهيد:

يعتبر عقد الإيجار مدني من بين العقود المسماة الناقلة لحق الانتفاع وهو عقد لا يترتب عليه نقل الملكية وإنما مجرد الالتزام بوضع الشيء تحت تصرف الغير، وقد تكمن أهميته في تمكين غير القادر على التملك من الانتفاع مما استأجره، فيسد حاجته من سكن أو تنقل أو مزاوله مشاط أو مهنة، وفي المقابل يعتبر الإيجار وسيلة يستثمر الملاك من خلالها أموالهم فيحصلون على عائد يثري ذمتهم المالية.

ويشمل عقد الإيجار الأموال المنقولة والعقارية دون تفرقة بينهما. ويجمع هذا العقد بين طائفتين من الأشخاص هما المؤجر صاحب الملك والمستأجر المنتفع من المكان المؤجر. وأمام تعارض مصالحهما وجد المشرع نفسه مضطرا إلى وضع تنظيم قانوني يحفظ بموجبه التوازن بين الحقوق ، وآخر مراجعة وتعديل وصل إليهما المشرع الجزائري بخصوص هذا العقد هو القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13/05/2007 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني.

### 1- التاصيل القانوني لعقد الإيجار

لم يكثرث المشرع الجزائري لوضع تعريف واضح لعقد الإيجار من خلال الأمر رقم 58/75 ، حيث جاء نص المادة 467 كالتالي: " ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر، وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من من الزوجين يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة"

غير أنه بعد التعديل ( القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13/05/2007 ج.ر. عدد 31 المؤرخة في 13/05/2007) فقد عرف الإيجار من خلال نفس المادة بأن " الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم. يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر"

يمكن أن يستشف من قراءة المادة 467 العناصر المكونة لعقد الإيجار وهي: العين المؤجرة، مدة الإيجار، بدل الإيجار. ويستفاد منها أيضا أن المؤجر يلتزم بتسليم المستأجر العين المؤجرة ويمكنه من الانتفاع منها أيضا انتفاعا هادئا وكاملا.

### 2- خصائص عقد الإيجار

#### أ- عقد الإيجار عقد شكلي

سبق للأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني أن بيّن أن عقد الإيجار من العقود الرضائية التي لا يشترط لانعقادها شكل خاص، غير أنه بعد التعديل القائم بموجب القانون

رقم 05-07 فإنه وبموجب المادة 467 مكرر أصبح عقد الإيجار ينعقد كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلاً. وبالتالي فإن عقد الإيجار هو عقد شكلي وأن تخلف عنصر الكتابة يترتب عليه بطلان العقد وللإشارة فإن أحكام عقد الإيجار المعدلة في القانون رقم 05-07 لا تسري إلا على الوقائع التي نشأت في ظلته وتؤكد المادة 507 مكرر من هذا القانون على أن الإجراءات المبرمة في ظل التشريع السابق تبقى خاضعة لمدة 10 سنوات ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية<sup>1</sup>.

#### ب- عقد الإيجار من العقود الملزمة لجانبين

يترتب على انعقاد عقد الإيجار التزامات متقابلة بين المؤجر والمستأجر، حيث يكون المؤجر دائماً للمستأجر ببدل الإيجار كأصل عام كما يقع عليه إجراء الترميمات إذا استلزم الأمر ذلك ويكون مديناً للمستأجر من حيث تمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة انتفاعاً هادئاً وكاملاً<sup>2</sup>.

كما يقع على عاتق المستأجر التزام الوفاء بالأجرة المتفق عليها في العقد واستعمال العين المؤجرة حسب الاتفاق والاعتناء بها وتسليمها عند نهاية العقد<sup>3</sup>.

#### ج- عقد الإيجار من عقود المعاوضة

حيث أن كل طرف يأخذ مقابل ما يقدمه ويعطيه، حيث يحصل المؤجر على أجرة مقابل انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة حتى وإن كان الانتفاع مؤقتاً كونه سيردها للمؤجر حين انتهاء المدة.

#### د- عقد الإيجار عقد زمني

1- تبوكيوت يوسف، مقياس العقود الخاصة، محاضرات السنة الثالثة، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015، ص 76.

2- هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني وفق أحدث النصوص المعدلة، جسر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010، ص 15.

3- ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2001، ص 43.

إذ يكون عنصر الزمن فيه عنصرا جوهريا وركنا خاصا في العقد خاصة بعد التعديل القانوني 05-07 حيث يكون قيام عقد الإيجار مرتبطا بهذه المدة وأنه في حالة عدم تحديدها يقوم العقد باطلا بطلانا مطلقا وهو ما أكدته المادة 469 مكررا 1 عندما نصت على أنه ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون الحاجة إلى تنبيه بالإخلاء بعدما كان عليه الحال في المادة 509 الملغاة التي كانت تنص على استفادة المستأجر من تجديد ضمني لعقد الإيجار بعد انتهاء مدته وبنفس شروط العقد الأول ولمدة غير محدودة.

#### ملاحظات هامة:

- الإيجار حق شخصي وليس حقا عينيا، حيث أن حق المنتفع وحق صاحب السكن وصاحب حق الاستعمال لهم حق عيني ويبقى للمستأجر حق شخصي يخول له مطالبة المؤجر من تمتيعه من الانتفاع بالعين المؤجرة ولا يعطي لصاحبه حق التصرف في العين ولا يستطيع التنازل عن الإيجار للغير إلا بموافقة المؤجر خلافا على المنتفع يمكنه التصرف في حق الانتفاع وتأجير العين المنتفع بها.
- تغيرت السياسة التشريعية لعقد الإيجار، حيث كان المشرع سابقا يحمي المستأجر بالدرجة الأولى ويوفر له الاستقرار من خلال تمكينه من الحق بالبقاء في العين المؤجرة، لكن بعد صدور المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري أصبحت مصلحة المؤجر مرجحة عن مصلحة المستأجر وذلك بهدف تشجيع الاستثمار العقاري.
- ثم جاء قانون 2007 الذي يعتبر تأكيدا على إرادة المشرع في العمل بالمرسوم رقم 03/93 وقد حدد مدة زمنية تلغى بعدها جميع النصوص السابقة في القانون المدني (المادة 20 من المرسوم رقم 03/93 والمادة 507 من القانون المدني)
- معنى ذلك أن الإيجارات المبرمة في ظل التشريع السابق تبقى خاضعة لهذا القانون لمدة 10 سنوات ابتداء من سنة 2007 (2017) غير أن الأشخاص الطبيعيين البالغين 60 سنة عند نشر هذا القانون والذين لهم حق البقاء في الأمانة المعدة للسكن طبقا

للتشريع السابق يبقون يتمتعون بهذا الحق إلى حين وفاتهم ولا يستفيد من هذا الحق الورثة والأشخاص الذين يعيشون معهم.

### أعمال الإدارة:

- هي الأعمال التي يكون المقصود منها إثراء ذمة مالية عن طريق ما يستخلص من منافع دون أن يكون هناك إلتزام على هذه الذمة مستقبلا.
- وهي أعمال لا تقتضي تغييرا أساسيا في المال أو تعديلا للغرض الذي أعد له.
- وتكون في مسائل الولاية على المال.

### الأشخاص الذين لهم حق القيام بأعمال الإدارة:

- خول المشرع بموجب المادة 573 من القانون المدني للوكيل باعتباره قائم بأعمال الإدارة إبرام عقد الإيجار لمدة لا تتجاوز 3 سنوات وهو ما أكدته المادة 1/468 من القانون المدني حيث منعت من لا يملك إلا حق الإدارة أن يبرم عقد إيجار تزيد مدته عن 3 سنوات (وكالة عامة)
- أوجب القانون على الولي أن يتصرف في أموال أبنائه القصر وبعد الحصول على إذن من القاضي لإبرام تصرفات معينة على غرار الإيجار إذا تجاوز 3 سنوات. عكس ذلك أي أقل من 3 سنوات يجوز للولي الإيجار دون إذن من القاضي ( المادة 87 من قانون الأسرة)
- طبقا للمادة 95 من قانون الأسرة، فإن الوصي تكون له نفس سلطة الولي في التصرف في أموال من هم تحت وصايتهم. وهو ما نصت عليه المادة 100 من قانون الأسرة بالنسبة للمقدم والمادة 121 من نفس القانون بالنسبة للكافل. فما يطبق من أحكام على الولي تطبق أيضا على هؤلاء.

### أعمال التصرف:

- هو العمل الذي يتضمن نقل حق عيني للغير على شيء أو تقرير حق عيني عليه.

### المحور الأول- أركان عقد الإيجار

كأي عقد من العقود، فإنه من الواجب حتى يكون العقد نافذا في حق المتعاقدين أن ينعقد بتراضي طرفيه حيث يصدر إيجاب باتّ من أحدهما ويقابله قبول الطرف الآخر ورجوعا إلى القواعد العامة فإن المشرع قد اقتضى الأهلية الكاملة غير المعيبة في طرفي العقد.



على أن يكون للعقد موضوع يقوم عليه يأخذ صفة المحل على أن يكون مشتملا على خصائص المحل العامة وشروطه، إلا أن المحل في عقد الإيجار له وجهان حيث يتمثل محل عقد الإيجار في الشيء المؤجر من جهة وفي بدل الإيجار أو الأجرة من جهة أخرى . وتضاف إلى هذين العنصرين شرط المدة.

وكركن أخير، تجاوزا لركن السبب الكلاسيكي فإن عقد الإيجار يفرض شكلية معينة للإثبات ونفاذ هذا العقد.

### الفرع الأول : التراضي

استنادا للمبادئ العامة، فإن عقد الإيجار ينعقد بتراضي طرفيه وتطابق إرادتهما واتجاه هذه الإرادة إلى إبرام عقد إيجار لا غيره وعلى أن تكون إرادتهما سليمة وخالية من العيوب. وهو ما تتطلبه القواعد العامة في نظرية الالتزام.

لكن ما قد يكون استثناء، يمكن أن ينحصر في مسائل أخرى.

### أولا- من له الحق في الإيجار؟

أ- يثبت حق الإيجار إذا كان صادرا من المالك، باعتبار أن مالك الشيء يستطيع أن يستعمل الشيء ويستغله ويتصرف فيه ( 674) وأن من يملك الأكثر يملك الأقل وبالتالي فإن استعمال المالك حقه في الإيجار لا يسبب إشكالا.

- لكن واستثناء، فإن ملكية المالك قد يلحقها وصف قانوني يجعل الأمر أكثر تعقيدا حيث قد يصدر الإيجار من مالك الشيء تحت شرط فاسخ أو قد يتم الإيجار من البائع أو المشتري قبل شهر عقدهما.

ب- المالك تحت شرط فاسخ يعتبر مالكا للشيء فيجوز له استغلاله واستعماله والتصرف فيه طالما لم يتحقق الشرط الفاسخ. فإذا لم يتحقق الشرط كانت ملكيته تامة ومؤكدة ونهائية. لكن إذا تحقق الشرط زالت ملكيته بأثر رجعي وأصبح كأنه لم يملك<sup>1</sup>. مثال

1- هلال شعوة، المرجع السابق، ص 32.

ذلك المالك الذي فسخ عقد ملكيته لعدم وفائه بالثمن، والموهوب له بعد رجوع الواهب في هبته والمالك تحت شرط فاسخ إذا تمّ الشراء بشرط التجربة وتبين من الاتفاق أن العقد قائم على شرط فاسخ.

فإذا أجر المالك ما يملك لمدة تنتهي قبل تحقق الشرط الفاسخ فإن العقد لا إشكال فيه.

لكن إذا أجر المالك ما يملك وتحقق الشرط الفاسخ قبل انتهاء الإيجار، فإن إيجاره يبقى ساريا وصحيحا إلى انقضاء مدته لأنه صادر من مالك حتى لو فسخت ملكيته بعد ذلك ولا يفسخ الإيجار بفسخ الملكية لأنه من المقرر أن أعمال الإدارة التي تصدر من المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي تبقى نافذة في حق المالك الجديد ( المادة 2/207)<sup>1</sup>.

أما إذا أجر ملكه بعد تحقق الشرط فإن إيجاره يبقى صادرا من غير مالك.

#### ج- الإيجار الصادر من البائع أو المشتري قبل شهر العقد

من المحتمل أن يشتري شخص عقارا ويؤجره قبل شهر عقد البيع، فهل يعتبر الإيجار الصادر منه صحيحا؟

الأصل في عملية بيع العقار أن لا انتقال للملكية إلا بعد إجراء الشهر طبقا للمادة 793 من القانون المدني وبالتالي فإن المشتري للعقار قبل شهره لم يصبح مالكا للعقار بعد ويعتبر تصرفه بالإيجار صادر من غير مالك وهذا لا يمنع من أن يكون إيجار صحيحا نافذا في حق البائع (المالك) لأن عقد البيع غير المشهر هو عقد تام ويجوز للمشتري هنا أن يطالب البائع بتسليم العين والبائع لا يجوز له أن يستردها منه إذا كان قد سلمها له (ضمان عدم التعرض) لا يعتبر المشتري مالكا إلا بعد شهر العقد، أما قبل الشهر فلا تكون له سوى حقوق شخصية ويبقى البائع مالكا للعين وأي عمل يقوم به خلال تلك المدة يعتبر صحيحا لأنه يتصرف في ملكه. ولا يبقى أمام المشتري سوى المطالبة بالتسليم.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ص 43.

كما يستطيع المشتري إذا أبرم عقد إيجار أن يسلم العين للمستأجر، كما يستطيع المستأجر عن طريق دعوى غير مباشرة أن يطالب البائع بالتسليم.

لنفرض أن المستأجر من المشتري يكون قد تسلم العين، فالبائع هنا لا يجوز له رفع دعوى بطلان أو المطالبة بالاسترداد لأن من التزامات البائع ضمان عدم تعرضه بمجرد البيع.

لنفرض أن البائع أبرم عقد إيجار مع "أ"، وقام المشتري بإبرام عقد إيجار نفس العين مع "ب" وثار نزاع بين المستأجرين "أ" و"ب"، فإن الأولوية تكون للمستأجر من البائع أي "أ" لأن الإيجار هنا صادر من المالك (المادة 485 من القانون المدني)

#### د- الإيجار الصادر من المالك على الشيوع

سبق تعريف الملكية الشائعة (المادة 713 من القانون المدني) على أنه إذا تملك شخصان فما أكثر شيئاً وتكون حصة كل واحد منهم غير مفرزة، فإنهم شركاء على الشيوع، والقانون يعتبر أن حصصهم متساوية إلى غاية قيام الدليل على عكس ذلك.

الأصل أن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين أي لا يجوز أن ينفرد أحد الشركاء بإيجار كل المال أو جزء منه.<sup>٩</sup>

لكن إذا اتفق أغلب الشركاء على إيجار المال الشائع، فإن عقد الإيجار صحيح بشرط أن يتولى أحد الشركاء إدارة هذا المال فيصبح وكيلا عنهم.

وطالما أن الشريك الوكيل يتولى إدارة هذا المال فإن مدة الإيجار لا يجب أن تتجاوز 3 سنوات (المادة 468 من القانون المدني)

إذا قام أحد الشركاء بإبرام عقد إيجار كل المال الشائع أو جزء منه دون موافقة الشركاء فإن إيجاره صحيح في مواجهة المستأجر دون الشركاء.

أما إذا أجر الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع، فإن الحل لا يخلو من افتراضين، إذا تمت القسمة ووقع الجزء المفرز المؤجر في نصيب الشريك المؤجر فإن العقد نافذ في مواجهة المستأجر وفي مواجهة الشركاء.

أما إذا لم يقع الجزء المفرز المؤجر في نصيب الشريك المؤجر طبقت نظرية الحلول العيني.

#### هـ- إيجار صاحب حق الانتفاع ( 469 )

الانتفاع يخول حق أو سلطة الاستعمال والاستغلال، لأن حق الانتفاع يعطي المنتفع حقا عينيا متفرعا عن حق الملكية<sup>1</sup>.

فيجوز لمن له حق الانتفاع أن يؤجر العين بحكم أن الإيجار هو الوسيلة الطبيعية للاستغلال فينتهي الإيجار بانقضاء مدة الانتفاع أو بوفاة المنتفع حيث ينتهي بقوة القانون الإيجار الصادر من المنتفع بانقضاء الانتفاع.

#### و- إيجار صاحب حق الاستعمال وحق السكن

كلا الحقين عينيين وإنما هما حقان مقيدان على عكس حق الانتفاع حيث يتحدد حق الاستعمال وحق السكن بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته الخاصة دون الإخلال بالسند المنشئ للحق ( 855 ) وبالتالي فإنه إذا ورد في المحرر المنشئ للحق بند صريح يرخص له بذلك جاز لصاحب حق الاستعمال والسكن أن يبرم عقد إيجار. وينقضي الإيجار المبرم من طرف صاحب حق الاستعمال والسكن بانقضاء حق الاستعمال وحق السكن وبقوة القانون ( المادة 469 مكرر من القانون المدني)

#### ن- إيجار ملك الغير

قد لا يكون الشخص مالكا للعين المؤجرة ولا يملك عليها حق انتفاع ولا أعمال إدارة.

فعلا أن القانون حصر أحكام بيع ملك الغير لكنه لم يضع أحكاما لإيجار ملك الغير. وبالتالي فإن الإيجار في هذه الحالة يكون صحيحا.

<sup>1</sup> - تبوكيوت يوسف ، المرجع السابق ، ص 78.

ففي العلاقة بين المؤجر والمستأجر، الإيجار صحيح يرتب جميع آثاره القانونية، لكن يجوز للمستأجر طلب إبطال العقد لغلط في صفة المؤجر أو طلب الفسخ في حالة عدم تسليم العين للانتفاع بها أو إذا تعرض له المالك الحقيقي لاسترداد العين المؤجرة منه.

أما العلاقة بين المؤجر والمالك الحقيقي فإنه إذا أقر هذا الأخير الإيجار، نفذ في حقه وحل محل المؤجر في الحقوق والالتزامات. وإذا لم يقر الإيجار فله الرجوع عليه بالتعويض على أساس منعه من الانتفاع من ملكيته أو بدعوى الإثراء بلا سبب.

أما بالنسبة لأهلية المستأجر، فعملية الاستئجار أيضا على غرار الإيجار من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر. فالأصل أن يكون المستأجر ذا أهلية كاملة (19 سنة) أما إذا كان المستأجر مميزا غير بالغ سن الرشد فإن عقد الإيجار الذي أبرمه يكون نافذا إذا كان نافعا له وباطلا إذا أضر به.

ويكون عقد الإيجار متوقفا على إجازة الولي أو الوصي أو المقدم أو الكافل إذا كانت دائرة بين النفع والضرر وحينها يكون التصرف صحيحا.

### الفرع الثاني: المحل في عقد الإيجار

المقصود بمحل عقد الإيجار هو العملية القانونية المرجو تحقيقها من خلال العقد. والعملية القانونية المراد تحقيقها من عقد الإيجار هي تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة لقاء أجر أو بدل إيجار. معنى ذلك أن المحل في عقد الإيجار ذو طابع مزدوج: المنفعة وبدل الإيجار.

وطالما أن عقد الإيجار يلعب فيها عنصر المدة دورا هاما لأنه من العقود الزمنية فإن المدة هي العنصر الثالث لمحل عقد الإيجار.

من المتعارف عليه أن القانون يقتضي في أي محل من محال العقود الشروط العامة المتمثلة في الإمكان و الوجود والقابلية للوجود والتعيين والقابلية للتعيين والمشروعية. لذلك لا داعي للتطرق إلى جانب آخر من هذه الشروط وهي المنفعة أو الانتفاع.

## 1- المنفعة أو الانتفاع

يقوم عقد الإيجار على أساس الانتفاع بالعين المؤجرة . ويتحقق ذلك الانتفاع بتسليم المحل للمستأجر. حيث قد يرد حق الإيجار على شيء مادي أو معنوي، منقول أو عقار. ومن شروط المنفعة:

أ- أن تكون المنفعة ممكنة وقت إبرام العقد

معنى ذلك أنه حتى ينعقد عقد الإيجار صحيحا يجب أن تكون المنفعة مقدورة الاستيفاء وقت العقد<sup>1</sup>.

فإذا هلك الشيء محل المنفعة بعد العقد لكن قبل التسليم، فإن العقد يكون صحيحا لكنه يفسخ بقوة القانون لاستحالة المنفعة.

وإذا هلكت العين المؤجرة هلاكا كلياً خلال مدة الإيجار، فإن العقد يفسخ بحكم القانون تبعاً لذلك.

أما إذا كان هلاك العين هلاكا جزئياً، ولم تصبح صالحة للاستعمال للغرض الذي أعدت له، أو كان النقص معتبراً ولم يكن للمستأجر يد فيه، يجوز له أن يطلب من المؤجر إما إنقاص بدل الإيجار أو فسخ العقد، إذا لم يتمكن المؤجر من رد العين إلى الحالة التي كانت عليها (481 معدلة)

كما يجوز أن يرد الإيجار على عين ممكنة الوجود في المستقبل ولكن سريان العقد يبدأ من تاريخ إتمام

ب- أن تكون المنفعة معلومة علماً كافياً

<sup>1</sup> - علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين وفق آخر التعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015، ص 236.

والعلم الكافي شرط من شروط تعيين المحل، حيث تكون المنفعة معلومة من خلال تعيين محلها تعيينا دقيقا شاملا نافيا للجهاالة وعلى أساس ذلك حيد المشرع أن تتم المعاينة الواجهية بالنسبة لإيجار الأماكن بناء على محضر أو بيان وصفي يلحق بعقد الإيجار. كما يلتزم بتسليم العين المؤجرة في حالة صالحة للاستعمال المقصود من العقد.

إذا تم تسليم العين المؤجرة دون محضر أو بيان وصفي، فالافتراض قائم أن المستأجر تسلم العين في حالة حسنة (476 معدلة)

### ج- أن ترد المنفعة على محل يجوز التعامل فيه

معنى ذلك ألا يرد عقد الإيجار على محال لا تكون صالحة للاستعمال أو التي تخرج عن دائرة التعامل بطبيعتها كأشعة الشمس ومياه البحر أو بحكم القانون كالأشياء المسروقة والأموال العامة.

### الفرع الثالث: بدل الإيجار

بدل الإيجار ضروري لتمييز عقد الإيجار عن عقود التبرع كعقد هبة الانتفاع الذي لا يلتزم فيه الموهوب له بتقديم مقابل لما ينتفع به. وحكم تخلف بدل الإيجار في عقد الإيجار يتخلف عنه بطلان العقد بطلان مطلقا، لأن هذا العقد من عقود المعاوضة والأجرة ضرورية كونها تقابل انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة.

وإذا نصت المادة 467 أن بدل الإيجار يجوز أن يحدد نقدا أو بتقديم أي عمل آخر معنى ذلك أن المشرع قد استبعد أن يكون بدل الإيجار نقدا فقط. بل يكفي فيه الجديدة.

فبدل الإيجار قد يكون عينا كما لو استأجر شخص مسكنا مقابل نقل ملكية سيارته إلى المؤجر.

أو أن يستأجر أرضا زراعية مقابل مقدار معين من المحصول الذي يقدم للمؤجر .

كما قد يكون بدل الإيجار دينا كما لو استأجر تاجر من تاجر آخر مستودعا مقابل الدين الذي له في ذمة المؤجر.

ويجوز أن يكون بدل الإيجار منفعة كما لو استأجر شخص مسكنا مقابل السماح للمؤجر الانتفاع بأرض مملوكة للمستأجر.

### المنازعة في بدل الإيجار وأجال مراجعته

- هل يجوز للمؤجر والمستأجر أن ينازعا في بدل الإيجار؟
- لا بد من التمييز بين الإيجار السابق لصدور المرسوم التشريعي 03/93 والإيجار اللاحق لصدور هذا المرسوم.

### أ- الإيجارات السابقة لصدور المرسوم 03-93

كانت المادة 472 ق.م. تجيز للطرفين أن ينازعا في الثمن المتفق عليه إذا كان الإيجار جديدا وأن يعينا ثمنا جديدا عن طريق المحكمة خلال أجل 6 أشهر من تاريخ انعقاد العقد.

ويتم ذلك عن طريق إخطار أحد الطرفين الطرف الآخر بتلك المنازعة بمقتضى عقد غير قضائي أو برسالة مضمونة الوصول.

إذا لم يتم الاتفاق بعد مرور شهرين من الاعلان عن المنازعة (5/471) ، فإنه كان يجوز للطرف المستعجل أن يرفع دعوى أمام المحكمة من أجل المطالبة بتعيين بدل إيجار جديد وبعد الحكم بذلك يصبح الثمن الجديد ساريا من يوم رفع الدعوى.

أما فيما يتعلق بمراجعة بدل الإيجار فإن المادة 473 كانت تجيز للطرفين طلب مراجعة بدل الإيجار إما من يوم الدخول إلى السكن أو من يوم سريان مفعول بدل الإيجار الجديد ويرفع الطلب بعقد غير قضائي أو برسالة مضمونة.



إذا لم يتم الاتفاق على المراجعة خلال شهرين من يوم الطلب يعين بدل إيجار جديد وإلى أن يفصل في القضية نهائيا فإن ثمن الإيجار السابق هو الذي يدفع. وإذا لم يوجد ثمن سابق يعتمد إليه فالقاضي يعين ثمنا يدفعه المستأجر وقتيا.

مع الملاحظة أن طلب المراجعة لم يكن مقبولا إذا لم يزد مقياس المعاش الرسمي عن 10 % من يوم تحديد سعر الإيجار ( بالتراضي أو عن طريق المحكمة).

### ب- الإيجارات اللاحقة لصدور المرسوم 03-93

بناء على ما أدخله المشرع من تعديلات على القانون المدني ( المرسوم 03-93 والقانون 05-07) فإن إرادة طرفي العقد هي وحدها الكفيلة بتحديد الأجرة غير أن هذا لا ينطبق على الأجرة فيما يتعلق بإيجارات ديوان الترقية والتسيير العقاري وعلى أملاك الدولة لأنه في هذه الحالة تحدد الأجرة من طرف الجهة المؤجرة وحدها وتكون نقودا دائما.

لا يمكن للقاضي أن يتدخل في تحديد الأجرة بعد صدور هذه التعديلات بعد أن كان النص السابق يخول للقاضي سلطة تحديد بدل الإيجار، إذا أغفل أحد المتعاقدين عن ذكره أو في حالة المنازعة فيه. وإذا لم يتم تحديد الأجرة فإن مصير العقد البطلان وهو ما نصت عليه المادة 1/3 من نموذج عقد الإيجار (المرسوم التنفيذي 69-94) " اتفق على هذا التأجير مقابل إيجار ثمنه" (يحدد الثمن بالأرقام والحروف)

إلا أنه ما قد يؤخذ عن هذه النصوص المعدلة، أن المشرع رغم تطبيقه مبدأ سلطان الإرادة وتمكين المتعاقدين من تحديد بدل الإيجار، فإن هذا المبدأ في أصله يقتضي التكافؤ في مركز المتعاقدين الأمر الذي يكون غائبا في الأوضاع الحالية خاصة من أزمات السكن التي يعاني منها المواطن الجزائري بمعنى آخر أن المستأجر في هذه العلاقة يكون طرفا ضعيفا وترجمة ذلك أن عقد الإيجار يصبح عقد إذعان يسمو فيه المؤجر بشروطه ويرضخ لها الطرف الضعيف المتمثل في المستأجر دون أن يكون لهذا الأخير حق مناقشة بنود العقد. ومن الممكن - وهو الواقع- أن المؤجر أصبح يرهق المستأجر بل أكثر من ذلك فهو يدفعه إلى

إمكانية فسخ عقد الإيجار من طرف المؤجر طبقا لما فرضته احكام المادة 9 من نموذج عقد الإيجار والتي جاء نصها: " يحتفظ المؤجر بحق فسخ هذا العقد بسبب ما يأتي:

- عدم دفع كذا شهر من الإيجار

- عدم دفع الأعباء الواجبة على المستأجر

- عدم احترام المستأجر أي التزام فرضه عليه هذا العقد

- أسباب أخرى يحتمل أن يتفق الطرفان عليها"

أمام هذه النصوص نجد أن المشرع وفر كامل الحماية والصلاحية للمؤجر بينما أهمل وضع أسس لتحديد الأجرة حتى لا يهضم حق المستأجر.

#### الفرع الرابع: مدة الإيجار

المدة من بين العناصر الجوهرية التي يقوم عليها عقد الإيجار حيث يسري هذا العقد من التاريخ المتفق عليه وإذا لم يحدد هذا التاريخ فمن تاريخ إبرام العقد. علما أن القانون رقم 05-07 قد ألغى نظام التجديد الضمني لعقد الإيجار الذي كان منصوصا عليه في المادة 509 الملغاة.

فقط ما يمكن التنبيه إليه أن الإجراءات المبرمة في ظل التشريع السابق تبقى خاضعة له لمدة 10 سنوات ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون.

#### أ- الإجراءات المبرمة قبل صدور قانون 05-07 (13 ماي 2007)

قبل صدور القانون رقم 05-07 ، إضافة إلى أحكام القانون المدني كان المرسوم التشريعي رقم 03-93 (01 مارس 93) المتعلق بالنشاط العقاري ينص على موضوع المدة ، حيث نص على أن تجديد عقود الإيجار المبرمة قبل صدور المرسوم يبقى خاضعا للتشريع السابق (المادة 509) المطبق على هذه العقود.

وهذا التجديد كانت له صورتان ، صريح وضمني.

التجديد الصريح لعقد الإيجار كان متوقفا على الاتفاق الصريح على إبرام عقد جديد بعد انتهاء العقد السابق، على أن تتوفر الأركان العامة في هذا العقد، فقط أن الشكلية قبل صدور القانون رقم 05-07 لم تكن شرطا أو ركنا في عقد الإيجار.

بينما التجديد الضمني فمفهومه أنه إذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة مع علم المؤجر، اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى ولكن لمدة غير محددة. وبالتالي فإن هذا التجديد يعتبر مجرد امتداد للإيجار الأصلي.

#### ب- الإيجارات المبرمة بعد صدور قانون 05-07

اتضح من خلال القانون رقم 05-07 ضرورة وجود عنصرين أساسيين في عقد الإيجار فيما يتعلق بمدته : أولهما يتمثل في ضرورة تحديد المدة في العقد والنص عليها أما الثاني ضرورة وضع حد أدنى وحد أقصى لمدة عقد الإيجار.

بالنسبة لضرورة النص على المدة في العقد، فإن مواد عدة تنص على ذلك. حيث تربط المادة 467 مكرر ق.م. صحة عقد الإيجار بضرورة وجود تاريخ ثابت به وإلا كان باطلا.

المرسوم التشريعي رقم 03-93 في المادة 02 يؤكد أيضا على ضرورة تحديد تاريخ بداية وانتهاء مدة الإيجار وأن غياب هذه البيانات تجعل من العقد عقدا باطلا بطلانا مطلقا.

على أن تفرغ هذه البيانات والأركان طبعا في قالب شكلي.

أما من حيث تحديد هذه المدة، فإن المشرع ترك حرية الحد الأدنى والأقصى للمدة لحرية الأطراف المتعاقدة، غير أنه منع من أن يكون الإيجار مؤبدا وقد يرى الفقهاء سبب مآخذ هذا المنع في أن تأبید الإيجار يفصل بين حق الملكية وحق الانتفاع ويجعلها مقسمة بين شخصين، الأمر الذي ينعكس سلبا على العين المؤجرة فيهمل كل منهما المحافظة عليها والأمر الثاني أن تأبید الإيجار يضع على مالك العين قييدا يقيد إرادته في استرجاع ما يملك.

#### الفرع الخامس: الشكلية في عقد الإيجار

اشترط المشرع الجزائري في المادة 467 مكرر من تعديل 2007 الكتابة في عقد الإيجار حيث جاء نص المادة: "ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا"

ولم يشترط القانون المدني قبل التعديل شكلا خاصا لعقد الإيجار، إذ كان ينعقد بمجرد تراضي الطرفين أيا كانت الوسيلة التي اختارها، إلا أن المرسوم التشريعي رقم 93-03 (المؤرخ في 01 مارس 993 المتعلق بالنشاط العقاري) قد نص في المادة 1/21 على ما يلي "تتجسد العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين وجوبا في عقد إيجار طبقا للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم ويحدد كتابيا بتاريخ مسمى"

للإشارة فقط فإن المشرع لم يشترط الكتابة الرسمية بل يمكن أن تكون عرفية، فقط يجب أن تتم وفق النموذج الذي تم النص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 94-69 (مؤرخ في 01 مارس 1994 يتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التنفيذي 93-03)

ولم يرتب المشرع- آنذاك- على تخلف الشكلية جزاء البطلان وإنما رتب عليه معاقبة المؤجر حيث نصت المادة 2/21 من المرسوم 93-03 على أنه "يعاقب المؤجر إذا خالف هذا الواجب طبقا للأحكام التشريعية المعمول بها"

لكن نص المادة 467 أصبح ينص صراحة الآن على بطلان عقد الإيجار إذا لم يكن مكتوبا حيث صارت الشكلية ركنا في عقد الإيجار<sup>1</sup>.

معنى ذلك أن شكل عقد الإيجار مرّ بعدة مراحل تبعا للنصوص القانونية المعدلة بشأنه فإذا تمّ النظر إلى شكل عقد الإيجار وفق أحكام الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني فإن المشرع لم يشترط شكلا معيناً لعقد الإيجار في نصوص القانون المدني بل كان الإيجار الشفوي صحيحا وكان يكفي لإثباته وصل من وصول الإيجار. أي أن الرضائية كانت كافية لإبرامه.

<sup>1</sup> - د. محمدي، عقد الإيجار وفقا للقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13.05.2007 المتضمن تعديل القانون المدني، المكتبة القانونية جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2008، ص 4.

وعندما كان يتعلق الأمر بتجديد عقد الإيجار، فإنه كان إما صراحة أو ضمنا حيث يكون التجديد الصريح باتفاق طرفي العقد صراحة على إبرام عقد جديد بعد انتهاء الإيجار السابق.

والتعبير الصريح بمفهوم القانون المدني في المادة 60 من القانون المدني إما أن يكون بالكتابة أو اللفظ أو الإشارة المتداول عليها أو باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك.

كما كان التعبير عن الإرادة في التجديد ضمنا إذا لم يتفق الأطراف على ذلك صراحة.

ولم يكن التجديد ( الصريح ) يشترط أن يتخذ شكلا خاصا. والتجديد الضمني كان محكوما بنص المادة 509 الملغاة<sup>1</sup>.

وبعد صدور المرسوم التشريعي رقم 03-93، كما سبقت الإشارة في مقدمة هذه الفقرة فإن المادة 21 من هذا المرسوم تنص على أن الكتابة التي أوجبهها المشرع لا تشترط أن تكون رسمية، كما أنها ليست شرطا لانعقاد العقد طالما أن تخلفها لا يترتب عليه البطلان وأن تخلف الكتابة المنصوص عليها في هذا النص التنظيمي لا يمنع من وجود علاقة إيجارية طالما يمكن إثباتها عن طريق وصل يحوزه شاغل الأمكنة، ويعطي بموجبه للمستأجر الحق في الانتفاع بالعين لسنة كاملة ابتداء من تاريخ معاينة المخالفة.

وقد أصدر المشرع المرسوم التنفيذي 69-94 يتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم 03-93 وأوجب أن يتضمن لزوما البيانات التالية: تعيين طرفي العقد - مدة العقد - ثمن بدل الإيجار- الأعباء- الضمانات- إلتزامات المؤجر- إلتزامات المستأجر- طرق انقضاء العلاقة العقدية الإيجارية- تاريخ ومكان إبرام العقد- توقيع كل من المؤجر والمستأجر. وأكد على ضرورة توفر هذه البيانات وإلا كان العقد باطلا.

وبالتالي فإن شأن الكتابة المقصودة من ذلك ليست للإثبات ولا للإنعقاد وإنما هي حسب المشرع - عقوبة للمؤجر الذي تهرب من دفع ضريبة تسجيل العقد بسبب عدم كتابته<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - هلال شعوة، المرجع السابق، ص 76.

أما شكل عقد الإيجار المنصوص عليه في تعديل القانون المدني ( القانون رقم 07-05)، فإن عقد الإيجار أصبح شكليا بموجب المادة 476 مكرر لا يتم فيه الاكتفاء برضائية الطرفين وتفاقيهما على العين المؤجرة وبدل الإيجار ومدته بل لا بد من إفراغ هذه الأركان في شكل رسمي وهذا الشكل يعتبر ركنا من أركان عقد الإيجار وأن تخلفه يترتب عليه البطلان.

لكن المشرع لم يشترط أن تكون الكتابة رسمية بالمعنى المقصود في المادة 324 من القانون المدني أي باعتبار العقد الرسمي هو العقد الذي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، بل اكتفى بتدوين ورقة عرفية لكن بالنسبة لعقود الإيجار الزراعية يجب أن تحرر في عقد رسمي وإلا كانت باطلة طبقا لنص المادة 324 مكرر 1.

لكن هذا لا يمنع المتعاقدين إذا أرادوا أفراغ عقد الإيجار بالطابع الرسمي أن يلجؤوا إلى الموثق باعتباره ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العامة يتولى تحرير العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها الصيغة الرسمية<sup>2</sup>. هذا ما يمكن المتعاقدين من الحصول على نسخة تنفيذية ويبقى ذلك الاختيار للمتعاقدين وأن ما اشترطه المشرع في عقد الإيجار هو ثبوت التاريخ من أجل معالجة مسألة نفاذ العقد وتخلف تاريخ العقد يترتب عليه بطلان العقد (غالبا ما يتطلب المشرع تسجيل عقد الإيجار في مصلحة الضرائب وهذا التسجيل ذاته يعطي للعقد تاريخا ثابتا)<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة (عقد الإيجار - ملاحظات تطبيقية حول العقود التوثيقية - نظرات حول

دعم استقرار المحكمة العليا بخصوص بعض القضايا)، دار هومة، الجزائر، ص 49.

<sup>2</sup> - المادة 03 من القانون رقم 06-02 من قانون التوثيق.

<sup>3</sup> - المادة 11 من نموذج عقد الإيجار.

### المحور الثاني- إثبات عقد الإيجار

عقد الإيجار من بين العقود التي تثار بشأنها منازعات عديدة. ولإقامة الدليل في المنازعة واجب على المؤجر والمستأجر أن يثبت ما يدعيه بخصوص المنازعة المتعلقة بعقد الإيجار .  
ورغم أهمية إثبات هذا العقد، إلا أن المشرع الجزائري لم يضع أحكاما خاصة وقواعد لإثباته وبالتالي ترك مسألة الإثبات للقواعد العامة التي تسري على كافة العقود إلا ما ورد استثناء في القانون رقم 05-07 المعدل للأمر رقم 58-75. لذلك من الواجب بيان قواعد الإثبات التي سنهما المشرع في ظل القواعد العامة ثم بيان القواعد الخاصة التي أوردها في القانون رقم 05-07.

#### أولا- إثبات عقد الإيجار في ظل القانون المدني قبل تعديل 2007

طالما أن المشرع الجزائري لم يرسم شروطا خاصة لإثبات عقد الإيجار في قواعد القانون المدني و لا حتى في المرسوم التشريعي رقم 03-93، فإن الأصل هو الرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات حيث كان الإثبات خلال تلك المرحلة إما كتابة أو شفاهة.

#### أ- إثبات عقد الإيجار بالكتابة

قبل التعديل كان عقد الإيجار عقدا رضائيا، ينعقد بمجرد توافر أركانه واجتماعها دون اشتراط شكل خاص لانعقاده. أمام ذلك فإنه لإثباته بالكتابة وجب أن تبلغ قيمة الإيجار حدًا معينًا أو تزيد عليه وهو ما حدده المشرع في نص المادة 1/333 من القانون المدني: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دج أو كان غير

محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص بغير ذلك"

ولكن من أجل تطبيق هذا النص يتعين تقدير قيمة الإيجار أولاً، لمعرفة ما إذا كانت تدخل تحت نصاب ما يجوز إثباته بالكتابة، أم أنه مما يمكن ألا يشملها الإثبات بالكتابة<sup>1</sup>.  
والدليل المكتوب قد يكون على ثلاثة أشكال: أوراق رسمية، أوراق عرفية أو كتابات غير معدة مسبقاً للإثبات.

فالورقة الرسمية تكون دليلاً قاطعاً على ما ورد فيها ويعدّ تاريخها ثابتاً ولا يجوز الطعن فيها إلا عن طريق التزوير طبقاً لما نصت عليه المادة 324 مكرر 5. وغير خافٍ أن الورقة الرسمية التي يحررها موظف عام أو ضابط عمومي أو مكلف بخدمة عامة تعتبر سنداً تنفيذياً وإذا كان ممهوراً بالصيغة التنفيذية، فإنها تمكن صاحبها من التنفيذ مباشرة دون استصدار حكم بذلك.

أما الورقة العرفية التي يحررها الأفراد دون اللجوء إلى الموظف العام أو الضابط العمومي أو المكلف بخدمة عامة فإنها تستلزم توقيعها من ذوي الشأن. ولا يكون لهذه الورقة حجية قاطعة في الإثبات حيث يمكن لأي طرف أن ينكر ما تضمنته أو أن يدعي أنه لم يوقعها.

ومن جهة أخرى توجد محررات أو أوراق عرفية غير معدة للإثبات وهي الرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية والدفاتر وأوراق الرسمية والتأشيريات ببراءة الذمة وهذه الأوراق تحكمها المواد 329-330-331 و332 من القانون المدني<sup>2</sup>.

#### ب- إثبات عقد الإيجار الشفوي

كيف يمكن إثبات عقد الإيجار إذا كان شفويًا وكانت قيمته لا تزيد عن 100.000 دج؟

<sup>1</sup> - شهباني سمير، محاضرات في عقد الإيجار، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2014-2015، ص 105.

<sup>2</sup> - د. محمدي، المرجع السابق، ص 47.



قبل أن يشترط المشرع إفراغ عقد الإيجار في قالب كتابي أي قبل صدور المرسوم التشريعي رقم 93-03 كانت المحكمة العليا وبناء على عدة قرارات قد أصدرتها- ترفض أن يتم إثبات عقد الإيجار الشفوي بشهادة الشهود وتمّ اشتراط اثباته بوصولات بدل الإيجار المقدمة للمستأجر من طرف المؤجر<sup>1</sup>.

بينما المادة 3/21 من المرسوم رقم 93-03 فرضت استمرار عقد الإيجار الشفوي لمدة سنة إذا كان شاغل المكان حائزا على أي وصل. والمقصود بالوصل ليس بمعناه الضيق وإنما يكفي للمستأجر أن يستظهر أي وصل يبين أنه يشغل تلك الصفة سواء وصل الكهرباء أو الماء أو الغاز<sup>2</sup>.

ولا تثبت الإيجارات المتعلقة بالسكنات التابعة لديوان الترقية والتسيير العقاري إلا بموجب العقد المبرم بين الديوان والمستأجر طبقا لنموذج معين بناء على نص المادة 02 من المرسوم رقم 76-147 المتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معدّ للسكن وتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري، ولا تقبل فيه وصولات الإيجار كدليل للإثبات<sup>3</sup>.

#### ثانيا- إثبات عقد الإيجار بعد تعديل 2007

تنص المادة 467 مكرر صراحة على أن " الإيجار ينعقد كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا"

معنى ذلك أن الكتابة واجبة لانعقاد الإيجار الذي يبرم من تاريخ سريان القانون رقم 07-05. وإذا كانت الكتابة هنا ركن للإنعقاد فإن الكتابة أيضا وسيلة للإثبات، معنى ذلك أن العقود التي أبرمت قبل هذا التعديل يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

وإذا حرّر عقد الإيجار في شكل رسمي، فإنه يكون حجة حتى يثبت تزويره طبقا لنص المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني.

<sup>1</sup> - قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 02/01/1984، ملف رقم 34131، المجلة القضائية العدد الأول، سنة 1990، ص 31.

<sup>2</sup> - محمدي فريدة، عقد الإيجار، مطبوعة لطلبة الليسانس، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، دون سنة، ص 36.

<sup>3</sup> - شهباني سمير، المرجع السابق، ص 108.

وتجب الإشارة إلى أن المادة 467 مكرر لم توضح طبيعة الكتابة إذا كانت رسمية أو غيرها معنى ذلك أنه يمكن أن يعتدّ بالكتابة العرفية في مواجهة المتعاقدين ( المؤجر والمستأجر) حتى ولو كان تاريخ العقد غير ثابت.

وحتى يكون نافذا في مواجهة الغير يجب أن يكون التاريخ في العقد ثابتا حسب ما جاء في نص المادة 328 التي تنص على أنه: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من :

- من يوم تسجيله ( التسجيل يعطي للعقد تاريخا ثابتا حسب ما اشترطته المادة 11 من نموذج عقد الإيجار)
  - من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام
  - من يوم التأشير عليه على يد ضابط عمومي
  - من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء"
- وإذا كانت مدة العقد تزيد عن 12 سنة، فإن هذا العقد لا بد أن يكون مشهرا طبقا لنص المادة 17 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

### المحور الثالث: آثار عقد الإيجار

المقصود بآثار عقد الإيجار هو مجموع الالتزامات والحقوق التي ينشؤها هذا العقد في ذمة كل من المؤجر والمستأجر. حيث يقع على المؤجر تمكين المستأجر من الانتفاع من العين المؤجرة عن طريق تسليمها إياه في حالة صالحة للاستعمال وأن يحرص على صيانتها لتكون قابلة للانتفاع وأن يكون ضامنا لعدم تعرضه وعدم تعرض الغير للمستأجر وأن يضمن أي عيب خفي.

وفي المقابل يلتزم المستأجر بالوفاء بالأجرة المتفق عليها وأن ينتفع بالعين ويستعملها للغرض الذي أعدت له وإذا انتهت مدة العقد بأن يرد العين المؤجرة.

ولكن تجب الإشارة إلى أن هذه الالتزامات ليست من النظام العام، معنى ذلك أن أي إضافة أو إنقاص منها لن يؤثر على العقد أو طبيعته إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على ذلك.

#### الفرع الأول: التزامات المؤجر

##### أولاً: إلتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة

حسب ما ورد في المادة 1/476، فإن المؤجر ملزم بتسليم العين المتفق عليها في العقد ولا يجوز تسليم عين أخرى بدلها. كما يلتزم بتسليم ملحقاتها أيضا.

ونصت المادة 16 من المرسوم رقم 76-147 على ضرورة تسليم العين المؤجرة في حالة صالحة للسكن وذلك يتطابق ونص المادة 22 من نموذج عقد الإيجار.

أيضا، نصت المادة 7 من نموذج عقد الإيجار المصادق عليه بموجب المرسوم رقم 94-69 على وجوب تسليم العين المؤجرة وملحقاتها إن وجدت.

وأضاف نص المادة 5 من النموذج الملحق بالمرسوم رقم 142-08 على إلزامية تسليم السكن المؤجر في حالة حسنة مع الملحقات إن وجدت.

وتحقيقاً لغرض التسليم وتحقيق المنفعة المرجوة، يلتزم المؤجر قبل التسليم بإجراء جميع الإصلاحات والترميمات الضرورية مما يفرض عليه إزالة العيوب والعوائق التي تحول دون التمكن من الانتفاع بالعين<sup>1</sup>.

والمقصود بالتسليم هو أن توضع العين المؤجرة تحت تصرف العين المستأجر لتمكينه من حيازتها والانتفاع بها دون عائق، حيث تنص المادة 478 من القانون المدني على أنه يسري على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسري على الالتزام بتسليم العين المبيعة.

والتسليم قد يكون رمزياً أي أن يسلم المؤجر للمستأجر مفاتيح العين، كما قد يكون مادياً أو حكماً وهو نفس ما سبق التطرق إليه في عقد البيع- معنى ذلك أن المستأجر يكون مالكا سابقاً للعين وتصرف فيها فبقيت في حيازته.

أما من حيث ما يشمل التسليم، فإن المادة 1/476 من القانون رقم 05-07 تنص على أنه " يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح للإستعمال المعد لها تبعاً لاتفاق الطرفين "

مفاد المادة أنّ التسليم يكون متوافقاً مع المقدار المتفق عليه ( مساحة معينة لأرض مؤجرة، عدد معين من الغرف إذا تعلق الأمر بسكنات) فإذا وجد نقص جاز للمستأجر المطالبة بإنقاص الأجرة أو فسخ العقد أو المطالبة بالتعويض.

كما يشمل نص المادة ضرورة تسليم ملحقات العين المؤجرة. والملحقات هي أشياء ليست من أصل الشيء بل هي مستقلة عنه لكنها أعدت لتخدمه وتكون تابعة له (مستودع، مخزن، مصعد، حديقة...)

<sup>1</sup> - سمير شهباني، المرجع السابق، ص 118.

وإذا لم تسلّم المملحقات، فإنها تأخذ حكم تسليم الأصل ويجوز للمستأجر هنا طلب إنقاص الأجرة أو طلب الفسخ مع التعويض.

أما من حيث زمان ومكان التسليم (478) فإن التسليم يكون في الوقت الذي اتفق عليه المتعاقدان وإذا لم يوجد اتفاق فإن التسليم يكون فور دفع الأجرة.

وإذا كان الشيء المؤجر شيئاً معيناً بذاته فإن مكان التسليم يكون في المكان الذي توجد فيه العين .

أما نفقات التسليم يتحملها المستأجر إلا إذا وجد نص يقضي بخلاف ذلك (283) وإذا أخل المؤجر بالتزامه بالتسليم جاز للمستأجر حق طلب التنفيذ العيني أو الفسخ، كما له الحق في طلب إنقاص الأجرة مع المطالبة بالتعويض (119)

#### ثانياً: التزام المؤجر بضمان عدم التعرض والاستحقاق

واجب على المؤجر أن يلتزم بامتناعه عن تعرضه للمستأجر طيلة مدة الإيجار حتى يتمكن المستأجر من الانتفاع من العين التي أجزها انتفاعاً تاماً وكاملاً. وعلى المؤجر أن يضمن عدم تعرض الغير للمستأجر في عينه المؤجرة.

ويشمل هذا الضمان عدم التعرض المادي والمعنوي على حدّ سواء.

التعرض المادي، كأن يدخل المؤجر إلى العين المؤجرة دون إذن المستأجر فضلاً عن أنه انتهاك حرمة المسكن. أو كأن يحدث المؤجر بالعين المؤجرة أي تغيير من شأنه تعطيل انتفاع المستأجر أو الإنقاص من انتفاعه.

أما التعرض القانوني فإن معناه لا يختلف عن التعرض القانوني السابق التعرض إليه في عقد البيع وهو أن يدعي المؤجر حقاً يتعارض مع حق المستأجر في الانتفاع، فإذا أجز ملك غيره وصار مالكا للعين فيما بعد، فلا يمكنه مطالبة المستأجر بإخلاء العين، كما لا يمكنه

التصرف في العين بما يتعارض مع حق المستأجر كتأجير العين لشخص آخر لنفس المدة أو لمدة متداخلة مع مدة سريان العقد الأول<sup>1</sup>.

وإذا أخل المؤجر بالتزامه بالضمان جاز للمستأجر طلب التنفيذ العيني (وقف التعرض) كما له المطالبة بالفسخ إذا كان التعرض جسيماً، كما له الحق في طلب إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من انتفاعه بالعين مقابل المطالبة بالتعويض.

وعلى المؤجر ضمان عدم التعرض القانوني الصادر من الغير الذي يدعي حقا على العين المؤجرة (487) وفي حالة التعرض الصادر من الغير يمكن للمستأجر أن يرفع دعوى حيازة (دعوى منع التعرض 820)

لا يجوز الاتفاق على إسقاط أو التخفيف من ضمان المؤجر للتعرض القانوني الصادر منه أو من الغير.

ولاعتبار العمل الصادر من المؤجر تعرضاً للمستأجر لا بد أن تتوفر فيه شروط معينة، معنى ذلك أن يكون التعرض فعلياً وليس مجرد تهديد أو احتمال وقوع على أن يكون ذلك التعرض الفعلي يعرقل المستأجر من انتفاعه بالعين المؤجرة. فإذا كانت أعمالاً مادية يقوم بها المؤجر دون التأثير في حق الانتفاع ولا الإنقاص منه فلا يشكل ذلك العمل تعرضاً.

كما يجب أن يكون التعرض غير مشروع، إذ لا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة الضرورية لحفظ العين المؤجرة. وإذا ترتب على إجراء هذه الترميمات إخلال كلي أو جزئي في الانتفاع بالعين المؤجرة، جاز للمستأجر، حسب الحالة، طلب فسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار (482 من قانون 2007)

كما لا يقع تعرضاً إلا إذا تم ذلك أثناء مدة الإيجار أما إذا قام المؤجر بأعمال تسبق تسليم العين للمستأجر فإن الأمر لا يتعلق بالالتزام بالضمان.

### ثالثاً: ضمان العيوب الخفية

<sup>1</sup> - د. محمدي، المرجع السابق، ص 54.

العيب هو ظاهرة مدمومة لم تكن موجودة في الشيء من قبل لكن من المحتمل أن تطراً عليه لاحقاً. ونصت المادة 1/488 من القانون المدني على أن المؤجر يضمن جميع ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها أو تنقص من هذا الانتفاع نقصاً محسوساً.

وعلى خلاف عقد البيع، فإن المؤجر يكون ضامناً للعيوب التي تطراً بعد التسليم كون أن الإيجار عقد يلتزم به المؤجر بأن يضمن للمستأجر استمرارية الانتفاع بالعين طيلة مدة الإيجار، معنى ذلك أنه ضامن للعيوب التي يطرأ أثناء مدة الإيجار.

ولكي يلتزم المؤجر بضمان العيب الخفي يجب أن يكون هذا العيب خفياً ومؤثراً وغير معلوم للمستأجر (نفس ما تقدم في شروط العيوب الخفية في عقد البيع)

فإذا توفرت هذه الشروط، فإن المادة 489 ق.م تحدد الجزاء المترتب على ثبوت العيب الخفي الموجب للضمان فهو قد يأخذ صورة من الصور التالية:

1- التنفيذ العيني: ومعناه إصلاح العيب، فإذا تم ذلك يكون المؤجر قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً.

2- إنقاص الأجرة: وهنا لا يمكن للقاضي إلا إقرار ذلك بقدر يتناسب مع ما نقص من الانتفاع.

3- الفسخ: إذا استحال التنفيذ العيني أو رفض المؤجر القيام به (النفقات مكلفة) جاز للمستأجر طلب الفسخ.

4- التعويض: إذا لحق المستأجر ضرر من العيب إلتمزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت أنه كان يجهل وجود العيب (2/489)

ويجوز الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب الخفي بشرط ألا يكون المؤجر على علم بالعيب وأخفاه غشاً (490)

معنى ذلك إذا كان المؤجر غير عالم بالعيب، جاز له الاتفاق مع المستأجر على إعفائه من الضمان. أمّا إذا أثبت المستأجر أن المؤجر أخفى العيب غشاً وكان قد تمّ الاتفاق على

إسقاط الضمان أو الإنقاص منه، فإن الشرط وحده هو الذي يبطل ويبقى العقد قائماً ويلزم المؤجر بالتعويض.

### الفرع الثاني: إلتزامات المستأجر

أولاً: الوفاء بالأجرة

ثانياً: استعمال العين المؤجرة والانتفاع بها

ثالثاً: رد العين المؤجرة بعد انتهاء المدة وانقضائها

أولاً: الوفاء بالأجرة

يلتزم المستأجر بالوفاء ببديل الإيجار في الآجال المتفق عليها، ويكون مكان دفع بدل الإيجار في موطن المستأجر (مدين) ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك (498) (2/282ق.م)(القواعد العامة)

أما عن ميعاد الوفاء بالأجرة في حالة عدم الاتفاق على أجل محدد، فإنها تحدد وفقاً لعرف المنطقة.

غير أن المادة 467 من ق.م. التي تؤكد على شكلية عقد الإيجار تحت طائلة البطلان والمرسوم التشريعي 03-93 والمرسوم التنفيذي 69-94 فقد أكدوا على ضرورة الاتفاق على ذلك كتابة.

وإذا كان الأمر غير ذلك، فإن العرف يقتضي أن تدفع الأجرة أول كل شهر. وإذا تخلف المستأجر عن دفع بدل الإيجار المتفق عليه، جاز للمؤجر المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ.



مع طلب التعويض في الحالتين وتعتبر الأشياء الموجودة بالعين المؤجرة ضمانا لحقوق المؤجر الناشئة عن عقد الإيجار وتعتبر مثقلة بامتياز المؤجر (995) ولولم تكن مملوكة للمستأجر، حيث يجوز حبس المنقولات القابلة للحجز.

وإذا تخلف المستأجر عن دفع بدل الإيجار لمدة شهرين في عقود ديوان الترقية والتسيير العقاري، فإنه طبقا للمادة 14 من المرسوم 97-506، ترفع مبالغ الإيجار بنسبة 5% عن كل شهرين من التأخير، أما إذا تماطل المستأجر عن أداء التزامه لمدة 6 أشهر مع سبق توجيه 3 إنذارات، انفسخ العقد بقوة القانون.

ويقع عبء إثبات الوفاء ببديل الإيجار على عاتق المستأجر طبقا لما تقتضيه القواعد العامة، حيث لا يجوز الإثبات بغير الكتابة إذا كان بدل الإيجار يزيد عن 100 ألف دج، وإذا كان يدفع على أقساط فإن الوفاء بقسط من بدل الإيجار يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

وبما أن الأجرة هو حق دوري متجدد وطبقا لنص المادة 309 من القانون المدني فإن كل حق دوري متجدد يتقدم 5 سنوات ولو أقر به المدين ويكون ذلك من تاريخ وجوب أدائها على المستأجر.

#### ثانيا: استعمال العين المؤجرة والانتفاع بها

يلزم عقد الإيجار المستأجر على استعمال العين المؤجرة والأى يتركها دون استعمال حيث بينت المادة 491 كيفية استعمال العين ونصت على أن المستأجر ملزم باستعمال العين المؤجرة حسبما وقع الاتفاق عليه. فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب على المستأجر استعمال العين بحسب ما أعدت له.

ويتحدّد نطاق هذا الالتزام بما تم الاتفاق عليه، فإذا تمّ الاتفاق على ترك العين دون استعمالها لمدة معينة، فلا يترتب على المستأجر أية مسؤولية، كما إذا تم الاتفاق على زراعة أرض بمحصولات معينة وتركها دون زراعة في الفترة التي تفصل بين مواسم زراعتها. فإذا تمّ

استعمال العين المؤجرة أصلا للسكن واستعمالها مقهى أو غير ذلك جاز للمؤجر فسخ العقد إذا أثبت أن استعمال العين جاء مخالفا لما تمّ الاتفاق عليه.

### ثالثا: ردّ العين المؤجرة بعد انقضاء المدة

أوجب نص المادة 502 المستأجر أن يرّد العين المؤجرة عند انتهاء مدة الإيجار، أما إذا أبقاها تحت يده دون وجه حق، وجب عليه أن يدفع للمؤجر تعويضا باعتبار القيمة الإيجارية للعين المؤجرة وباعتبار ما لحق المؤجر من ضرر.

وتضيف المادة 503 (المعدلة) أن المستأجر ملزم برّد العين المؤجرة بالحالة التي كانت عليها وقت استلمها محررا بذلك محضر حالة بشأن ذلك. أما إذا انعدم المحضر معنى ذلك أن المؤجر قد استلم العين على الحالة التي كان قد سلمها للمستأجر.

لكن يجوز للمستأجر أن يستأجر العين وفقا للقواعد للحبس بقصد استيفاء حقوقه من قبل المؤجر كحقه في التعويض عن إخلال المؤجر بالتزامه بالصيانة أو حقه في التعويض عن التحسينات التي قام بها في العين المؤجرة<sup>1</sup>.

ويعفى المستأجر من الإلتزام برّد العين المؤجرة إذا هلكت بقوة قاهرة أو بسبب قدم البناء أو عيب فيه.

ويتحقق الإخلال بالإلتزام برّد العين المؤجرة في ثلاثة افتراضات: عدم رد العين فور انتهاء الإيجار، التأخر في ردها بدون حق، أو ردها بحالة غير الحالة التي يتعين ردها بها.

- إذا انتهت مدة الإيجار ولم يرّد المستأجر العين إلى المؤجر، جاز للمؤجر إجبار المستأجر على الرّد مت كان ممكنا ( التنفيذ العيني) وفي حالة عدم الإمكان يرجع عليه بحقه في التعويض دون الإخلال بحقه في تسلّم العين(3/503)

- إذا كان الإخلال بالإلتزام راجع إلى التأخر في ردّ العين دون حق (502) لا بدّ من تعويض المؤجر عن هذا التأخير.

<sup>1</sup> - د. محمدي، المرجع السابق، ص 80.

- في حالة ما إذا ردّ المستأجر العين لكن في غير الحالة التي يتعين عليه ردّها كأن تكون ناقصة أو تالفة، يجوز للمؤجر إجبار المستأجر على الإصلاح (التنفيذ العيني)، كما يجوز للمؤجر إصلاح العين على نفقة المستأجر، أو يجوز للمؤجر المطالبة بالتعويض عما أصاب العين من تلف بدلا من التنفيذ العيني (3/503)

### قائمة المراجع:

- 1- أحمد إبراهيم، المعاملات الشرعية المالية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1976.
- 2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الرابع، البيع، دار إحياء التراث العربي، الإسكندرية، 1964.
- 3- حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة (عقد الإيجار- ملاحظات تطبيقية حول العقود التوثيقية - نظرات حول دعم استقرار المحكمة العليا بخصوص بعض القضايا)، دار هومة، الجزائر.
- 4- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء 4، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 94.
- 5- د. محمدي، عقد الإيجار وفقا للقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13.05.2007 المتضمن تعديل القانون المدني، المكتبة القانونية جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2008.
- 6- ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2001.
- 7- سليمان مرقس، العقود المسماة (عقد البيع)، مطبوعات نادي القضاة، القاهرة، 1980.

- 8- السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
- 9- سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، دار هومة، بدون سنة وبدون طبعة.
- 10- عبد المنعم البدر اوي، عقد البيع، القاهرة، دون سنة نشر، دون دار نشر.
- 11- علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين وفق آخر التعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015.
- 12- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية، قانونية وقضائية مقارنة، نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية، دار هومة، الطبعة الرابعة، 2010.
- 13- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.
- 14- هلال شعوة ، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني وفق أحدث النصوص المعدلة، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.

#### Ouvrages en français :

- 1- M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2e éd. 1963, Paris.
- 2- Planiol, refondu et complété par Georges Ripert,... et Jean Boulanger, Traité élémentaire de droit civil,... 4e édition. Tome 2e. Obligations, contrats, sûretés réelles, 1 janvier 1952.

المحاضرات :

1- تبوكيوت يوسف، مقياس العقود الخاصة، محاضرات السنة الثالثة، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015.

2- شيهاني سمير، محاضرات في عقد الإيجار، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2014-2015.

الفهرس:

السداسي الأول: عقد البيع

تمهيد:

أولا- التأصيل القانوني لعقد البيع ..... 2

ثانيا- عقد البيع وخصائصه ..... 3

المحور الأول - المرحلة السابقة عن التعاقد ..... 4

1- الوعد بالتعاقد ..... 4

2- الوعد بالترفضيل ..... 5

3- البيع بشرط المذاق ..... 5

4- البيع بشرط التجربة ..... 7

- 5- البيع بالعربون ..... 9
- المحور الثاني: عناصر انعقاد عقد البيع ..... 11
- الفرع الأول: التراضي ..... 11
- أولاً: حدود حرية المتعاقدين في عقد البيع ..... 11
- 1- القيود من حيث المضمون ..... 11
- أ- بالنسبة للبائع ..... 11
- ب- بالنسبة للمشتري ..... 15
- 2- القيود المنصبة على الحرية في اختيار المتعاقد الآخر ..... 18
- أ- الحلول محل المشتري- حق الشفعة ..... 18
- ب- إجراءات الشفعة ..... 23
- الفرع الثاني: محل البيع ..... 25
- أولاً: أن يكون المبيع ممكناً ..... 25
- ثانياً: أن يكون المبيع موجوداً أو قابلاً للوجود ..... 26
- ثالثاً: أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعين ..... 26
- 1- البيع بالتقدير ..... 27
- 2- البيع الجزاف ..... 27
- 3- البيع بالعينة ..... 27
- رابعاً: مشروعية المحل ..... 29

- خامسا: أن يعلم المشتري بالمبيع علما كافيا ..... 29
- المحور الثالث: البيوع الخاصة ..... 32
- الفرع الأول: بيع ملك الغير..... 32
- أولا: الأساس القانوني لبيع ملك الغير..... 32
- ثانيا: حكم بيع ملك الغير..... 33
- 1- حق المشتري في طلب الإبطال ..... 33
- 2- متى يسقط حق المشتري في طلب الإبطال ..... 34
- أ- التقادم ..... 34
- ب- الإجازة ..... 34
- ت- إقرار المالك الحقيقي ..... 34
- ث- تملك البائع المبيع ..... 33
- 3- حق المشتري في طلب التعويض ..... 35
- ثالثا: آثار بيع ملك الغير ..... 35
- الفرع الثاني: بيع المال المشاع ..... 36
- أولا: تصرف الشريك في حصته المشاعة ..... 36
- ثانيا: تصرف الشريك في جزء مفرز من المال ..... 37
- ثالثا: ما حكم بيع الشريك على الشيوع ..... 40
- الفرع الثالث: بيع الحق المتنازع فيه ..... 41

- أولاً: ما المقصود بالحقوق المتنازع عليها ..... 41
- ثانياً: كيف يتم الاسترداد ..... 43
- ثالثاً: آثار الاسترداد ..... 44
- 1- أثره بين المشتري والمتنازل ضده ..... 44
- 2- أثره بين المشتري والبائع ..... 44
- 3- أثره بين البائع والمسترد ..... 44
- رابعاً: حالات استثنائية لا يجوز فيها الاسترداد ..... 45
- المحور الرابع: الثمن في عقد البيع ..... 46
- أولاً: أن يكون الثمن مبلغاً نقدياً ..... 46
- ثانياً: أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير ..... 47
- ثالثاً: أن يكون الثمن جدياً ..... 48
- المحور الخامس: أحكام عقد البيع ..... 53
- الفرع الأول: إلتزامات البائع ..... 53
- أولاً: الإلتزام بنقل الملكية ..... 53
- أ- في حالة بيع المنقول ..... 53
- ب- في حالة بيع العقار ..... 54
- ثانياً: الإلتزام بالتسليم ..... 56
- أ- طرق التسليم ..... 56



- ب- محل التسليم ..... 58
- 1- حالة المبيع ..... 58
- 2- مقدار المبيع ..... 59
- 3- ملحقات البيع ..... 61
- ج- مكان وزمان التسليم ..... 62
- د- نفقات التسليم ..... 63
- هـ- حكم هلاك المبيع ..... 63
- ثالثا: الالتزام بالضمان ..... 66
- 1- إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية ..... 66
- أ- شروط ضمان العيوب الخفية ..... 67
- ب- الإجراءات الواجب اتباعها في حالة وجود عيب خفي ..... 67
- ج- الآثار المترتبة على ضمان العيوب الخفية ..... 68
- 2- إلتزام البائع بضمان عدم التعرض والاستحقاق ..... 69
- أولاً: التعرض الصادر من البائع ..... 69
- أ- خصائص الإلتزام بضمان عدم تعرض البائع ..... 70
- ب- آثار ضمان عدم التعرض ..... 70
- ثانياً: ضمان التعرض الصادر من الغير ..... 71
- أ- شروط ضمان عدم التعرض الصادر من الغير ..... 71

- ب- أحكام الالتزام بالضمان ..... 72
- 1- الضمان الفرعي ..... 73
- 2- الضمان الأصلي ..... 74
- ج- الآثار المترتبة على الالتزام بالضمان ..... 74
- 1- الاستحقاق الكلي ..... 74
- 2- الاستحقاق الجزئي وثبوت التكاليف على المبيع ..... 75
- ثالثا: الضمان الاتفاقي ..... 75
- أ- الاتفاق على الزيادة في الضمان ..... 76
- ب- الاتفاق على إنقاص الضمان ..... 76
- ج- الاتفاق على إسقاط الضمان ..... 76
- رابعا: إلتزام البائع بضمانات خاصة ..... 76
- 1- ضمان تخلف الصفة أو فواتها ..... 76
- 2- ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة ..... 77
- أ- أحكام ضمان صلاحية المبيع طبقا للقانون المدني ..... 77
- ب- ضمان صلاحية المبيع طبقا لأحكام قانون حماية المستهلك ..... 77
- الفرع الثاني: إلتزامات المشتري ..... 80
- أولا: الإلتزام بدفع الثمن ..... 80
- أ- كيفية تنفيذ الإلتزام بدفع الثمن ..... 80

- ب- حبس المشتري للثمن ..... 81
- ج- آثار دفع الثمن ..... 81
- ثانيا: الإلتزام بدفع نفقات عقد البيع وتكاليف المبيع ..... 81
- ثالثا: الإلتزام بتسليم المبيع ..... 82
- السداسي الثاني - عقد الإيجار المدني ..... 82
- تمهيد ..... 82
- 1- التأصيل القانوني لعقد الإيجار ..... 82
- 2- خصائص عقد الإيجار ..... 83
- أ- عقد الإيجار عقد شكلي ..... 83
- ب- عقد الإيجار من العقود الملزمة لجانبين ..... 83
- ج- عقد الإيجار من عقود المعاوضة ..... 84
- د- عقد الإيجار عقد زمني ..... 84
- المحور الأول: أركان عقد الإيجار ..... 87
- الفرع الأول: التراضي ..... 87
- أولاً: من له الحق في الإيجار؟ ..... 87
- أ- يثبت عقد الإيجار إذا كان صادرا من المالك ..... 87
- ب- المالك تحت شرط فاسخ ..... 88
- ج- الإيجار الصادر من البائع أو المشتري قبل شهر العقد ..... 88

- د-الإيجار الصادر من المالك على الشيوع ..... 89
- هـ-إيجار صاحب حق الانتفاع ..... 90
- و-إيجار صاحب حق الاستعمال وحق السكن ..... 90
- ن-إيجار ملك الغير ..... 91
- الفرع الثاني: المحل في عقد الإيجار ..... 91
- أ- أن تكون المنفعة ممكنة وقت إبرام العقد ..... 92
- ب- أن تكون المنفعة معلومة علما كافيا ..... 93
- ج-أن ترد المنفعة على محل يجوز التعامل فيه ..... 93
- الفرع الثالث: بدل الإيجار ..... 93
- أولا: المنازعة في عقد الإيجار ..... 94
- أ- الإيجارات السابقة لصدور المرسوم 03-93 ..... 94
- ب- الإيجارات اللاحقة لصدور المرسوم 03-93 ..... 95
- الفرع الرابع: مدة الإيجار ..... 96
- أ- الإيجارات المبرمة قبل صدور قانون 05-07 ..... 97
- ب- الإيجارات المبرمة بعد صدور قانون 05-07 ..... 97
- الفرع الخامس: الشكلية في عقد الإيجار ..... 98
- المحور الثاني: إثبات عقد الإيجار ..... 102
- أولا: إثبات عقد الإيجار في ظل القانون المدني قبل التعديل ..... 102

- أ- إثبات عقد الإيجار بالكتابة ..... 102
- ب- إثبات عقد الإيجار الشفوي ..... 103
- ثانيا: إثبات عقد الإيجار بعد تعديل 2007 ..... 104
- المحور الثالث: آثار عقد الإيجار ..... 106
- الفرع الأول: إلتزامات المؤجر ..... 106
- أولاً: إلتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة ..... 106
- ثانيا: إلتزام المؤجر بضمان عدم التعرض والاستحقاق ..... 108
- ثالثاً: ضمان العيوب الخفية ..... 110
- الفرع الثاني: إلتزامات المستأجر ..... 111
- أولاً: الوفاء بالأجرة ..... 111
- ثانيا: استعمال العين المؤجرة والانتفاع بها ..... 112
- ثالثاً: رد العين المؤجرة بعد انقضاء المدة ..... 113