

المركز الجامعي نور الشير البيض



معهد الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مطبوعة بيداغوجية بعنوان: عقد البيع وعقد الإيجار

المقياس: العقود الخاصة 01

المستوى: السنة الثالثة ليسانس

التخصص: قانون خاص

السداسي: الخامس

إعداد الأستاذ: علاوي عبد اللطيف

الرتبة: أستاذ محاضر قسم "أ"

السنة الجامعية: 2024 - 2025

المحور الأول

عقد البيع

مقدمة:

تعد التجارة شريان الحياة الاقتصادية في أي مجتمع وكلما توسع مجال التجارة كلما انتعش الناتج الإجمالي المحلي حيث أن الكثير من الدول تضع التجارة في أولوياتها من خلال إدراجها في الخطط التنموية، كما أن قوة التجارة في أي بلد تعكس القوة الإنتاجية للدولة بحيث أن تبادل السلع والخدمات يكون بين الفئات المنتجة والموزعة والمستهلكة من خلال بيع وشراء السلع والخدمات المعروضة في المحلات والأسواق والتي تمثل في مجملها نتيج من العلاقات التجارية القائمة بينهم.

هذه العلاقات هي علاقات تعاقدية تتجسد في عقد البيع الذي يعد الوسيلة القانونية الفعالة في تنظيم المبادلات التجارية بين الأفراد الذين يسعون إلى إشباع حاجاتهم الشخصية المختلفة والمتعددة أو لتحقيق الربح وتكوين رؤوس أموال، لذلك يعد عقد البيع قوام التجارة اهتمت تشريعات العالم بتنظيمه تنظيماً دقيقاً في جميع مراحله.

لكن ما يمكن قوله هو أن عقد البيع لم يكن معروفاً بأحكامه الخاصة في بداية الأمر وإنما سبقه قبل ذلك عقد المقايضة بالأشياء والذي كان يستبدل بموجبه الأفراد الأشياء بأشياء أخرى يملكونها، لذلك يعد التعاقد بالمقايضة أقدم العقود وأكثرها شيوعاً في الماضي، حيث كان الأفراد يشبعون حاجاتهم من خلال تبادل الأشياء التي هم بحاجة إليها بهدف الاستهلاك أو حتى التجارة.

وأول ما ظهر البيع كان في القانون الروماني والذي كان يسمى "عقد بيع وشراء" وكان من العقود الرضائية لكنه لم يكن ناقلاً للملكية بل كان منتجاً لمجرد التزامات على عاتق المتعاقدين من بينها أن البائع يلتزم بتمكين المشتري من وضع يده على المبيع والانتفاع به وحيازته حيازة هادئة، على أن يلتزم المشتري بدفع الثمن الذي كان

يتمثل في قطع الفضة أو الذهب لأن النقود لم تكن معروفة في ذلك الوقت، ولما كان عقد البيع عند الرومان قاصرا على تسليم الشيء المبيع لذا كان لابد لنقل الملكية إبرام عقد خاص يتضمن نقل الملكية، وإذا كان الشيء المبيع ذو أهمية وجب حضور خمسة (05) شهود لأن الكتابة لم تكن معروفة آنذاك كما كانت تتبع بعض الإجراءات الشكلية منها قراءة بعض الأقوال الدينية.

كما أن الشريعة الإسلامية هي الأخرى اهتمت بعقد البيع حيث أجازته شرعا وهذا لقوله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا". كما حددت ضوابطه وشروطه حيث أن البيع لدى جمهور الفقهاء هو مبادلة مال بمال أي مقايضة شيء بشيء¹.

إذن عقد البيع هو عقد مسمى والعقد المسمى هو عقد كثير التداول في الحياة العملية حتى عرفت بأسمائها الخاصة²، مما يعني أن المشرع وضع له تنظيم تشريعي خاص به يسهل التعرف على أحكامه ومن ثمة تفسيره وتكييفه، إذ يكفي الرجوع إلى أحكام هذا العقد المدرجة في القانون المدني للتعرف على القواعد التي تحكمه، لكن يخضع أيضا للمبادئ العامة في نظرية العقد التي تطبق على جميع العقود من ذلك شروط صحة العقد من أهلية وخلوه من عيوب الإرادة وأيضا المحل والسبب وحالات بطلان العقد وآثاره.

أما القواعد الخاصة فإن العلاقة العقدية بين البائع والمشتري تخضع إلى بعض القوانين نذكر منها القانون المتعلق بالمنافسة والقواعد المتعلقة باستيراد وتصدير البضائع والقانون المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية والقانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

¹ حوحو بيمينه، عقد البيع في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، سنة 2016، دار بلقيس للنشر والتوزيع الجزائر، ص. ص. 03، 04.

² السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2000 ص. 01.

واستنادا على ما تقدم فإن المشرع الجزائري نظم عقد البيع في القانون المدني¹ في الباب السابع منه الذي جاء تحت عنوان العقود المتعلقة بالملكية وبالتحديد في الفصل الأول من هذا الباب وذلك في المواد من 351 حتى 412 منه، بداية بالتطرق للأحكام العامة وصولا إلى أنواع البيع.

الفصل التمهيدي:

ماهية عقد البيع

نظرا للأهمية البالغة التي يحتلها عقد البيع سواء في حياة الأفراد أو حتى المجتمعات وأيضا على المستوى الداخلي وحتى على الصعيد الخارجي، سارعت مختلف التشريعات لتنظيمه على غرار ما قام به المشرع الجزائري، حيث يعتبر من العقود المسماة التي نظمتها الشريعة العامة تنظيما دقيقا، لذلك سيتم الحديث في الفصل التمهيدي مفهوم عقد البيع أين يتم التطرق لتعريفه وخصائصه وكذا تمييزه عن العقود المشابهة له، ليتم الانتقال للكلام على تكوين هذا العقد من شروط للعقد المعروفة دون أن يتم الإغفال على التطرق للعقود التي تسبق عقد البيع أو كما يحلو للبعض تسميتها بالعقود التمهيديّة، إضافة إلى الأوصاف التي تلحق بعقد البيع من عينة وتجربة ومذاق وذلك وفق النقاط التالية:

المبحث الأول:

مفهوم عقد البيع

البيع من أكثر التصرفات القانونية شيوعا في حياة الأشخاص الطبيعيين والمعنويين، كما يعتبر من أه العقود القانونية انتشارا في الحياة اليومية وقد تضاعفت

¹ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 31، الصادرة بتاريخ 13 مايو 2007، ص. 03.

أهميته خاصة بعد التطور الهائل والكبير الذي وصل له الإنتاج الصناعي وتقدم أساليب توزيع المنتجات، لذلك اهتم المشرع الجزائري على غرار بقية التشريعات العالمية بتنظيمه وهو متصدر العقود الناقلة الملكية مما أدى بالبعض لوصفه بأنه قوام الحياة المدنية والتجارية¹.

المطلب الأول: تعريف وتمييز عقد البيع وخصائصه

الفرع الأول: تعريف عقد البيع

البيع في اللغة هو إعطاء شيء في مقابل شيء آخر أي مقابلة شيء بشيء آخر، والبيع لغة مصدر باع يبيع بيعا، إذ أخرجه عن ملكه بعوض، وهو من الأضداد أي يطلق على البيع والشراء معا، وفي الاصطلاح الشرعي البيع هو مقابلة مال بمال قابلين للتصرف بإيجاب وقبول بوجه يفيد الملك، والمراد من المال هنا هو المال المتقوم لأن غير المتقوم لا يجوز التعامل به شرعا فلا يكون مبيعا ولا ثمنا².

أما من الناحية القانونية فقد نصت المادة 351 من القانون المدني على ما يلي: "هو عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". ومنه يتضح أن عقد البيع هو مبادلة مال نقدي بمال غير نقدي حيث يلزم البائع بنقل ملكية شيء للمشتري أو حقا ماليا آخر ويلزم المشتري بأن يدفع مقابل ذلك ثمن نقدي للبائع.

يتضح من خلال هذا التعريف أن لعقد البيع خصائص عامة وأخرى خاصة ندرسها تبعا:

¹ دريس كمال فتحي، الوجيز في العقود الخاصة (عقد البيع وعقد الكفالة)، الجزء الأول، طبعة 2022، مطبعة منصور للنشر والتوزيع، الوادي، جانفي 2022، ص. 04.

² بلحاج العربي، الأركان الشرعية لقيام عقد البيع في الفقه الإسلامي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، المجلد 35، العدد 02 جامعة الجزائر، ص. 108.

الفرع الثاني: خصائص عقد البيع

لعقد البيع جملة من الخصائص منها ما يصنف على أنها عامة تشترك فيها جميع العقود ومنها ما تصنف على أنها خاصة لأن عقد البيع ينفرد ويتفرد بها وذلك ما سيتم التطرق له تبعا في النقطتين الموالتين:

أولا: الخصائص العامة لعقد البيع:

أ . البيع عقد رضائي:

يعد عقد البيع من العقود الرضائية حيث يكفي لانعقاده توافق إرادة المتعاقدين البائع والمشتري وذلك بتطابق الإيجاب مع القبول دون الحاجة لاتخاذ أي إجراء شكلي لكن قد يحدث أن يتفق المتعاقدان على أن يكون البيع مكتوبا في ورقة رسمية أو حتى عرفية وهنا يجب التميز بين حالتين.

الأولى أن يتفق الطرفين على أن تكون الكتابة شرط لانعقاد وعليه فإن البيع لا يقوم إلا إذا تم في الشكل المتفق عليه، أما الثانية إذا كانت الكتابة للإثبات فقط فإن تخلفها لا يؤثر على قيام العقد لأنها ليست ركن لانعقاد، لكن قد لا تكفي الإرادة لانعقاد عقد البيع بل يتوجب أن يفرغ في شكل خاص يحدده القانون حيث تعد الكتابة الرسمية ركنا شكليا في حالة بيع العقار أو الحقوق العينية العقارية.

ب . البيع عقد معاوضة:

أي أنه عقد يسلم بموجبه كل من المتعاقدان للآخر على وجه الملكية شيء منقول أو غير منقول أو حقا مجردا سواء كان ذلك من نوع واحد أو من أنواع مختلفة، بمعنى يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما يعطيه.

ج . البيع ملزم لجانبين:

البيع ينشئ التزامات متبادلة في ذمة البائع والمشتري بحيث يكون كل منهما دائنا ومدينا في نفس الوقت، كما يكون سبب التزامات كل طرف هو التزامات الطرف الآخر، وتبدو أهمية هذه الخاصية في تنفيذ عقد البيع بحيث يجوز لأحد المتعاقدان الامتناع عن تنفيذ التزامه بسبب عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه، كما لهذه الخاصية أيضا أهمية فيما يخص بالمطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ¹.

د . عقد البيع محدد الالتزامات والمدة:

بحيث أن حقوق والتزامات الطرفين البائع والمشتري محددة قانونا إذ يعلم كل منهما ما يلتزم به اتجاه الطرف الآخر عند إبرام العقد، لأن المشرع تكفل بتنظيمها تنظيميا خاصا ومحددا، فالبايع يعلم أنه ملزم بنقل الملكية وتسليم المبيع مع ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، والمشتري يدرك أنه ملزم بدفع ثمن نقدي وتسلم المبيع، مع الإشارة إلى أنه ينبغي تنفيذ البيع في مدة محددة غالبا ما يتفق الطرفان عليها أو يتم تنفيذه فور إبرام العقد طبقا لما هو منصوص عليه في القواعد العامة².

ثانيا: الخصائص الخاصة بعقد البيع:

ينفرد عقد البيع بخصيتين خاصتين مميزتان تميزه عن باقي العقود الأخرى إن لم نقل ينفرد بهما عقد البيع وحده دون سواه وهما

أ . خاصية نقل الملكية:

يرتب عقد البيع الذي انعقد صحيحا على عاتق البائع التزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد إبرام العقد وهو ما تنص عليه صراحة المادة 351 من القانون المدني التي ورد فيها: "يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر".

¹ دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص. 06.

² حوحو يمينه، المرجع السابق، ص. ص. 11، 12.

كما جاء في المادة 107 من نفس القانون: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

ب . خاصية أن المقابل هو دائما ثمن نقدي:

يلتزم المشتري بدفع ثمن نقدي للبائع مقابل نقل ملكية المبيع الذي التزم بها هذا الأخير، ويتمثل الثمن في مبلغ من النقود أو ما يقوم مقامها مثل الشيك، كما ينبغي أن يكون الثمن مقدرا أو قابلا للتحديد وأن يكون جديا لا صوريا ولا تافها¹.

الفرع الثالث: مقارنة عقد البيع بالعقود الأخرى

رغم رسم حدود عقد البيع من قبل القانون إلا أنه يوجد تشابه بين عقد البيع والعقود الأخرى المعروفة في المعاملات والتي نظمها المشرع أيضا بقواعد خاصة، وتظهر أهمية مقارنة عقد البيع بباقي العقود الأخرى عندما يقع شك في وصف العقد حيث ينبغي على القاضي تحديد طبيعة العقد القانونية من خلال منحه وصفا قانونيا سليما (أنظر المادة 111 من القانون المدني)

أولا: البيع والهبة:

تنص المادة 202 من قانون الأسرة: "الهبة تمليك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على انجاز الشرط".

من هنا يتضح أن عقد الهبة ناقل لملكية الشيء محل الهبة من الواهب إلى الموهوب له دون مقابل بينما في عقد البيع يتم نقل الملكية مقابل ثمن نقدي، ومع ذلك قد يقع اللبس بين عقد الهبة وعقد البيع إذا كانت الهبة تمت بمقابل كما جاء في نص المادة السابقة خصوصا إذا كان هذا المقابل مبلغ من النقود عندئذ يثور التساؤل حول طبيعة العقد بين الواهب والموهوب له هل هو عقد بيع أم هبة؟

¹ حوحو يمينه، المرجع السابق، ص. 12.

إن تحديد الوصف القانوني للعقد يعود حتماً إلى النية المشتركة للمتعاقدين، فإذا تبين للقاضي أن نيتهم كانت هبة وتوفر نية التبرع رغم المقابل النقدي فتطبق أحكام الهبة وإلا فالعكس، والبحث عن النية المشتركة يكون من خلال عبارات العقد الواضحة أما في حالة غموضها يتوجب على القاضي الكشف عن نيتهم مستعينا في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدان وفقاً للعرف الجاري في المعاملات¹.

ثانياً: البيع والإيجار:

عرفت المادة 467 من القانون المدني عقد الإيجار على أنه: "عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم، يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقداً أو بتقديم أي عمل آخر".

حيث يكون بدل الإيجار في الغالب ثمن نقدي غير أنه يمكن أن يكون المقابل تقديم عمل، ومنه يتميز عقد البيع بأنه عقد ناقل للملكية بينما عقد الإيجار لا ينقل الملكية حيث لا تنتقل العين المؤجرة إلى المستأجر وإنما يهدف إلى تمكين المستأجر من الانتفاع بها.

ومع ذلك قد يقع اللبس والخلط بين العقدين خاصة إذا وقع العقد لا على الشيء ذاته أي العين المؤجرة بل على ثمار هذه العين أو منتجاتها ويقال عادة أن الفرق بين الثمار والمنتجات أن الأولى متجددة دورية دون انتقاص أما الثانية فتتناقص حتى تنفذ، فالأصل إذا وقع على ثمار العين المؤجرة يكون إيجاراً لأن المنفعة تقع على الثمار خصوصاً إذا كانت دورية متجددة حيث تبقى الأرض قائمة لا تتأثر بتلك المنفعة بالثمار أما إذا أدت المنفعة بالثمار أو بتعبير أدق منتجاتها إلى استئصال العين

¹ السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. 24.

المؤجرة في حد ذاتها إلى حد النفاذ كالمعادن المستخرجة من الأرض مثل البترول والفحم عندها يكون العقد بيعاً¹.

ثالثاً: البيع والمقايضة:

نصت المادة 413 من القانون المدني على أن: "المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود".

يتضح أن المقايضة هي مبادلة مال بمال أي المقابل ليس ثمنًا نقدياً لذلك يسهل التمييز بين العقدين من خلال طبيعة المقابل، فهو في البيع ثمن نقدي وهو في المقايضة مال ليس من النقود، لكن قد يقع الغموض إذا كان المقابل جزءاً من النقود حيث نصت المادة 414 من القانون المدني: "إذا كانت الأشياء المتقايض فيها مختلفة القيم في تقدير المتعاقدين، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود".

ويسمى هذا الفرق بالمعدل حيث إذا غلب على المقابل النقود كان العقد بيعاً أما إذا كان المقابل يغلب عليه المال كان العقد مقايضة، وباستثناء المقابل النقدي الذي يتميز به عقد البيع فإن العقدان متماثلان ولذلك لم يضع القانون أحكاماً خاصة بالمقايضة مكتفياً بتطبيق أحكام البيع عليها وذلك ما نصت عليه المادة 415 من ق. م: "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة"².

المطلب الثاني: تكوين عقد البيع:

عقد البيع كسائر العقود يخضع في شروطه إلى شروط العقد العامة وهي كما نظمها القانون المدني ثلاثة شروط هي شرط الرضا والمحل والسبب يضاف لها شرط شكلي يتمثل في الرسمية في بيع العقار، فبالنسبة لشرط السبب فإنه يخضع للقواعد العامة

¹ السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. ص. 27، 28.

² السنهوري أحمد عبد الرزاق، ص. ص. 34، 35.

حيث ينبغي أن يكون للالتزام سببا وأن يكون قائما عند إبرام عقد البيع وأن يكون مشروعاً، لذلك ستقتصر دراستنا على شروط الرضا والمحل والشكلية.

الفرع الأول: شرط الرضا

يعد التراضي في عقد البيع هو الأساس فهو تلاقي رضا البائع (الإيجاب) برضا المشتري (القبول) وتطابقهما وينبغي أن يكون رضا الطرفين صادرا عن شخص أهلا للتصرف وصحيحا أي خاليا من عيوب الإرادة المعروفة هذا من جانب، ومن جانب آخر قد يفضل المتعاقدان المرور بمرحلة تمهيدية تتمثل في الوعد بالبيع أو البيع بالعربون، لذلك سيتم دراسة هذه النقاط تاليا:

الفرع الثاني: طرفي عقد البيع:

طرفي عقد البيع هما البائع هما المشتري فالعلاقة التي تربطهما هي علاقة يسودها نوع من التوازن العقدي لذلك يستفيد كلا الطرفين من الحماية القانونية التي تخصه طبقا للقواعد العامة، لكن نتيجة للتطور الصناعي والتكنولوجي في مجال إنتاج السلع والخدمات وبيعها أصبح البائع يعد محترفا والذي يطلق عليه القانون اسم المتدخل والمشتري يسميه مستهلكا، حيث تتميز العلاقة العقدية بينهما بعدم التوازي ونتيجة لذلك تطبق عليهما القواعد الخاصة ألا وهي قانون حماية المستهلك والتي وجدت خصيصا لحماية المستهلك¹.

الفرع الثالث: أهلية البائع والمشتري:

ينبغي أن يكون كل من البائع والمشتري طرفي العقد أهلا للتصرف، هذا معناه أن يصدر البيع كتصرف يحدث أثر قانوني من شخص مؤهل لذلك ودون الحاجة لأي ترخيص، والأصل أن كل شخص أهلا لإبرام عقد البيع أي يتمتع بكامل التمييز في

¹ حوحو يمينة، المرجع السابق، من الصفحة 17 إلى غاية الصفحة 24.

مباشرة تصرفاته ما لم يصب بعارض من عوارض الأهلية تجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون.

والشخص يعد كامل الأهلية والتمييز إذا بلغ سن الرشد (19) سنة كاملة متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه (المادة 40 من القانون المدني)، أما القاصر المميز فهو الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وسن التمييز هو (13) سنة حسب المادة 42 من القانون المدني وفي هذه الحالة نميز بين ثلاثة احتمالات: الأعمال النافعة نفعا محضا وتعتبر صحيحة ومنتجة لجميع أثارها القانونية، والأعمال الضارة ضررا محضا وتعتبر باطلة بطلانا مطلقا في حقه، والأعمال الدائرة بين النفع والضرر والتي تحتاج إلى إجازة الولي أو الوصي وكل هذا يسري على عقد البيع أما الراشد عديم أو ناقص التمييز والذي أصيب بعارض من عوارض الأهلية من عته أو جنون أو غفلة أو سفه أو الذي لم يبلغ سن التمييز فتعتبر تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا.

الفرع الرابع: عيوب الرضا:

إذا شاب رضا البائع أو المشتري عيب من عيوب الإرادة جاز له طلب إبطال العقد على أساس هذا العيب، وعيوب الرضا محددة على سبيل الحصر وهي الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال الذي يؤدي إلى الغبن، ويكثر التدليس في عقد البيع حيث يصدر في أغلب الحالات من البائع الذي يتعمد في استعمال طرق احتيالية لإعطاء وصف كاذب للمبيع أو كتمان المعلومات الأساسية الخاصة به بهدف تضليل المشتري ودفعه لشراء المبيع.

أما الاستغلال الذي يؤدي إلى غبن فقد عالجه المشرع بشكل يخالف العيوب الأخرى حيث أن هذا العيب يؤثر على المبيع أكثر من الإرادة، فيؤدي إلى التفاوت في الالتزامات لذلك لا ينتج إبطال العقد دوما بل إنقاص في التزامات المتعاقد الذي وقع في غبن جراء الاستغلال (المادة 90 من القانون المدني) ويجب رفع دعوى الاستغلال خلال سنة من تاريخ العقد.

وما تجدر الإشارة إليه في عقد البيع وحسب نص المادة 352: "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".

يتضح من هذا النص الآليات التي يتحقق بها العلم الكافي وهي:

. أن يرد في عقد البيع أوصاف المبيع وبياناته الأساسية: حيث تذكر هذه البيانات والأوصاف من أجل تمكين المشتري من التعرف عليه، ومنه فإن تعيين المبيع يستلزم تمييزه عن غيره ويجب إفادة المشتري بكل الأوصاف الأساسية وعادة يتحقق العلم بالرؤية.

. أن يقر المشتري في العقد بأنه عالما بالمبيع علما كافيا: وذلك حسب ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 352 من القانون المدني لأنه قد لا يوصف المبيع في العقد لكن المشتري يعترف بأنه عالما بالمبيع علما كافيا فيكون إقراره حجة عليه ويسقط حقه بعد ذلك في إبطال عقد البيع إلا أثبت غش البائع كأن يكون البائع قد أظهر للمشتري مبيعا مخالفا عن المبيع الحقيقي¹.

المبحث الثاني:

العقود التي تسبق البيع أو تصفه:

في بعض الأحيان يفضل المتعاقدان في عقد البيع المرور بمرحلة أولية من أجل إبرام العقد النهائي، وقد أدت كثرة البيوع في المعاملات اليومية خصوصا تلك التي تكون قيمتها مرتفعة كبيع المباني أو الأراضي الزراعية إلى إغفال المسائل الجوهرية للعقد جراء السرعة وسوء نية أحد المتعاقدين وجهلها للأحكام القانونية، لذلك توفر

¹ حوحو يمينية، المرجع السابق، ص. ص. 28، 29، 30.

المرحلة الأولى قدرًا كافيًا من التأمي والتفكير لكلا الطرفين في إبرام العقد النهائي، وهو ما يحمي رضا المتعاقدين حيث يبرم العقد وهما على دراية بكل المسائل الجوهرية والثانوية للعقد.

المطلب الأول: العقود التي تسبق عقد البيع

تعتبر هذه العقود التي تسبق عقد البيع بمثابة مرحلة تمهيدية وإجراء سابق لإبرام عقد البيع النهائي، لأن عقد البيع في هذه المرحلة لم ينشأ بعد لكن مثل هذه العقود تحضر وتمهد لنشأته سواء كان الوعد بالبيع أو حتى البيع بالعربون وهو ما يتم دراسته تبعا.

الفرع الأول: الوعد بالبيع:

تنص المادة 71 من القانون المدني: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها".

يتضح من خلال هذه المادة أن الوعد بالبيع قد يكون ملزم لجانب واحد أو ملزم لجانبين وعلى المتعاقدان تحديد نوع العقد المراد إبرامه مع تعيين المسائل الجوهرية للعقد مع المدة والثلث، والوعد بالبيع قد يكون ملزم للبائع (الوعد بالبيع) وقد يكون ملزم للمشتري (وعد بالشراء)، وقد يكون ملزم للجانبين البائع والمشتري (وعد بالبيع والشراء).

أولاً: الوعد ملزم للبائع (وعد بالبيع):

قد يكون البيع ملزم للبائع فقط وهو مالك المبيع ويسمى "الواعد" حيث يعد المشتري أن يبيعه الشيء إذا رغب هذا الأخير في شرائه خلال المدة المتفق عليها، أما المشتري الموعود له بالبيع فلا يكون ملزماً بالوعد بالشراء حيث يكون خلال المدة المتفق عليها حراً في إبداء رغبته الشراء أو عدمها، فإذا أبداها يبرم عقد البيع وفق ما تم الاتفاق عليه من مسائل جوهرية للعقد وإذا امتنع يسقط الوعد بالبيع ولا يتم إبرام العقد.

ثانيا: الوعد ملزم للمشتري (الوعد بالشراء):

يكون الوعد بالبيع في هذه الحالة ملزم للمشتري حيث ينبغي عليه إبداء الرغبة في الشراء خلال مدة الوعد المتفق عليها، أما البائع فلا يكون ملزم بإبداء رغبة البيع والأمـر نفسه في الحالة الأولى إذا امتنع المشتري من إبداء الرغبة خلال المدة المتفق عليها فلا يتم إبرام العقد النهائي ويسقط الوعد بالبيع.

ثالثا: الوعد ملزم للبائع والمشتري (وعد بالبيع والشراء):

في هذه الحالة الأخيرة يلتزم كل طرف اتجاه الآخر في إبداء الرغبة المحددة في العقد، حيث يلتزم البائع بإبداء رغبة البيع خلال المدة المتفق عليها في المقابل يلتزم المشتري بإبداء رغبته في الشراء خلال المدة نفسها، فكلاهما ملزم اتجاه الآخر بإبداء الرغبة خلال هذه المدة حيث كل منهما واعد وموعود له في الوقت ذاته، وإذا أعلن أحدهما الرغبة في الشراء أو البيع كان لزاما على الطرف الثاني إبرام عقد البيع النهائي وفقا للمسائل الجوهرية المحددة في الوعد بالبيع خصوصا الثمن الذي عينه الطرفين، أما إذا انتهت المدة دون إعلان أحدهما عن الرغبة في البيع أو الشراء ينقضي الوعد بينهما¹.

رابعا: شروط الوعد بالبيع أو الشراء :

أ . الاتفاق على طبيعة العقد:

يتضح من نص المادة 71 من القانون المدني السابقة أن يتم تحديد طبيعة العقد ويتم ذلك عند تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين، حيث ينبغي تطابق إرادة الواعد والموعود له على بيع شيء معين بالذات عقار أو منقول، ويشترط في صحة كل من الإيجاب والقبول أن يكون صادرا من ذي أهلية وأن يكون خاليا من عيوب الرضا وأن يكون المبيع موجودا أو قابلا للوجود ومشروعا وأن يكون الواعد مالك للشيء المبيع.

¹ السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، الصفحة من 55 حتى 57.

ب . تعيين المبيع:

تقضي القواعد العامة تعيين المحل تعيينا دقيقا حتى يتحقق ركن المحل وإلا كان العقد باطلا.

ج . الثمن:

ينبغي على الطرفين تحديد ثمن المبيع ويخضع تحديد الثمن إلى القواعد الخاصة به، ومن ثم فإن إغفال تحديد الثمن يؤدي إلى بطلان الوعد بالبيع لتخلف ركنه لأنه من الوسائل الجوهرية التي ينبغي تحديدها.

د . المدة:

يجب أن يشمل عقد الوعد بالبيع المدة التي يجب خلالها إبداء رغبة البيع أو الشراء حيث ينبغي على الواعد أو الموعود له إبداء رغبته في البيع أو الشراء صراحة أو ضمنا خلال هذه المدة، كما تعد هذه المدة هي الأخرى شرط في الوعد بالبيع تخلفها يؤدي إلى بطلانه.

هـ . الشكل:

إذا كان عقد البيع النهائي المزمع عقده من العقود الشكلية التي يشترط فيها القانون شكل رسمي عندئذ ينبغي أن يتبع الوعد بالبيع شكل البيع النهائي حيث يتم هو الآخر في شكل رسمي لإعلام الغير¹.

خامسا: آثار الوعد بالبيع:

ينبغي هنا التمييز بين مرحلتين مرحلة ما قبل إبداء الرغبة في البيع أو الشراء ومرحلة ما بعد إبداء الرغبة

¹ حوحو يمينية، المرجع السابق، ص. ص. 37، 38.

أ . مرحلة قبل إبداء الرغبة بالبيع أو الشراء :

لا يعد الوعد بالبيع بيعا لذلك لا يترتب حق عيني بين الطرفين، معناه أنه لا ينقل ملكية المبيع للموعد له وإنما تظل في الذمة المالية للبائع حيث يمتلك جميع سلطات المالك من تصرف واستغلال واستعمال وتكون ثمار المبيع له، وتكون كل التصرفات الصادرة من المالك الواعد إلى الغير صحيحة نافذة في حق الموعد له حيث يجوز له أن يتصرف في المبيع محل الوعد بما فيها التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والهبة أو تلك التي ترد على المنفعة كالإيجار، وإذا هلك المبيع محل الوعد بقوة قاهرة كان هلاكه على المالك الذي يتحمل تبعه الهلاك.

كما لا يلتزم الموعد له بدفع الثمن فالوعد بالبيع لا ينشأ في ذمة الطرفين سوى التزامات شخصية فالالتزام الذي يترتب في ذمة الواعد هو التزام شخصي يتمثل في إعلان رغبته في البيع خلال المدة المتفق عليها على أن يلتزم بعدها بإبرام عقد البيع النهائي، أما الموعد له يلتزم هو أيضا بإعلان رغبته في الشراء خلال المدة المتفق عليها على أن يلتزم فيما بعد بإبرام عقد البيع النهائي.

ب . مرحلة بعد إبداء الرغبة في البيع أو الشراء :

إذ أعلن الواعد أو الموعد له رغبته في البيع أو الشراء حسب الحالة كان عليهما إبرام عقد البيع النهائي، وإعلان الرغبة بالبيع أو الشراء يتم في أي شكل من الأشكال لأن القانون لم يشترط شكل معين لصدورها لأنها تخضع للتعبير عن الإرادة إذ يصح أن يكون صراحة أو ضمنا، هذا وينبغي التنويه إلى أن الوعد بالبيع لا يتحول إلى بيع نهائي وإنما ينبغي إبرام عقد البيع النهائي وفقا للشروط الأساسية التي شملها الوعد بالبيع من تحديد المبيع والثمن على اعتبار إعلان الرغبة من البائع أو المشتري يعد إيجابا جديدا لعقد البيع يليه قبول جديد لكن بنفس الشروط التي شملها الوعد.

لأن القانون المدني لم يعتبر أن الوعد يقوم مقام البيع بقوة القانون كما أن الوعد بالبيع لا يقوم مقام البيع في أي حالة من الحالات، حيث نصت المادة 72 من القانون

المدني:" إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا بتنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

وهذا معناه أن الذي يقوم مقام الوعد هو حكم المحكمة الذي يقضي بقيام الحكم مقام البيع، وهو حكم خاص إذا توافرت شروطه وهي: نكول أحد المتعاقدين . توافر الشروط اللازمة لتمام العقد خاصة الشكل . زفع دعوى قضائية، لكن إذا كان الواعد قد تصرف في المبيع بحيث يكون قد باعه للغير في هذه الحالة تكون استحالة تنفيذ الوعد ويبقى للموعد له حق المطالبة بالتعويض¹.

الفرع الثاني: البيع بالعربون:

الأصل في التعاقد أنه بات لأن العقد شريعة المتعاقدين بمعنى أنه إذا انعقد العقد صحيحا فلا يجوز لأحد المتعاقدين بعد تمامه الرجوع فيه بدون موافقة كلا الطرفين على ذلك، فمن حيث المبدأ لا يجوز الرجوع في العقود بالإرادة المنفردة، ولكن يسوغ في بعض الأحيان أن يتم التعاقد على أن يكون لأحد طرفيه أو كليهما أن يعدل عن العقد بمحض إرادته، ومن أبرز هذه الحالات التعاقد بالعربون.

وهذا الأخير كان يعرف عدة دلالات فلا يتعلق الأمر بدلالة معينة بل كان يعني أحيانا وسيلة ضمان حيث يعتبر بمثابة ضمان يقدم إلى قابض العربون حتى يتأكد أنه لن يفقد الثمن كله، وأحيانا وسيلة للتأكيد على إتمام وقيام العقد حيث يعتبر جزءا من الثمن الواجب على المشتري دفعه، وأحيانا وسيلة عدول مما يخول لكلا المتعاقدين أو أحدهما الحق في الرجوع أو العدول عن العقد².

¹ دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص. ص. 17، 18، 19.

² بوترفاس حفيظة، التعاقد بالعربون . دراسة مقارنة .، مذكرة ماجستير في قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2008. 2009، ص. 09.

لم يتناول القانون المدني التعاقد بالعربون قبل 2005 حيث كان عقدا غير مسمى يخضع للقواعد العامة، لكن بموجب التعديل القانوني رقم 05.10 المتضمن تعديل القانون المدني¹ حيث أضاف المشرع الجزائري المادة 72 مكرر التي تنص: "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 فقهه، وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر". وبذلك يكون القانون قد وضع أحكاما خاصة بالعربون.

أولاً: شروط البيع بالعربون:

أ. اعتبار المبلغ المدفوع على سبيل العربون:

حيث ينبغي على المتعاقدين الاتفاق على أن المبلغ المدفوع هو بمثابة عربون حتى يستطيع بعد ذلك كل طرف العدول عن العقد لأن الهدف منه هو إمكانية تحلل كلا الطرفين من عقدهما، فإذا لم يظهر الطرفان صراحة أو ضمناً أن المبلغ المدفوع هو عربون يهدف إلى العدول عن العقد اعتبر عندئذ تنفيذا لعقد البيع المبرم بينهما بحيث لا يجوز العدول عنه فيكون كل من البائع والمشتري ملزم بتنفيذ العقد ويعد المبلغ المدفوع جزء من الثمن، ويمكن استخلاص أن المبلغ المدفوع هو على سبيل العربون من ظروف الحال ونية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية.

ب. دفع مبلغ العربون وقت إبرام البيع:

إن تحديد مبلغ العربون يعود لاتفاق البائع والمشتري في عقد البيع، وهو مبلغ من النقود قد يكون مرتفع أو ضئيل وينبغي دفعه وقت إبرام العقد حتى يتم تمييزه عن الثمن لأن دفعه في هذا الوقت بالذات دلالة على اعتباره عربونا يستطيع من خلاله

¹ القانون رقم 05.10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن تعديل وتتميم الأمر رقم 75.58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 44، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005، ص. 17.

المتعاقدين العدول عن البيع، فإذا دفع بعد العقد اعتبر ثمن المبيع في البيع النهائي وليس عربونا.

ج . تعيين مدة العدول:

يقتضي في البيع بالعربون تحديد مدة معينة يتم من خلالها العدول عن البيع لأنه لا يمكن أن تظل مدة العدول مفتوحة وغير نهائية، ويتم تحديد المدة وفقا لاتفاق الطرفين أو تستخلص من الظروف والمعاملات والنية المشتركة للمتعاقدین وإذا اختلف الطرفان حول تحديد المدة فإن القاضي يحددها عند توليه النظر في النزاع فإذا انتهت المدة المحددة في عقد البيع ولم يعدل أي منهما عن العقد فإن البيع يصبح باتا ونهائيا ويتحول مبلغ العربون إلى جزء من ثمن المبيع¹.

د . أن يكون العربون مبلغ مالي أو منقولاً قابل للتعامل فيه:

بحيث الغالب أن يكون العربون مبلغ من المال وهذا يرجع لطبيعة هذه الأخيرة حيث تعتبر المال المثلي في التعاملات كما تيسر أحكام الرد في حال العدول، لكن هذا لا يمنع من أن يكون العربون شيئا منقولاً سواء من المثليات وهي الأشياء التي يجوز أن يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء كالذهب والفضة والحبوب إذا كانت من وزن وصنف ونوع معين، وهو ما يسهل عملية الرد بحسب العادل، وإما يكون العربون من المنقولات القيمة وهي التي بينها تفاوت بحيث لا يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، وهنا اختلف الفقه حول هذه المنقولات في أن تكون محل للعربون فمنهم من يرى بإمكانية دفعها كعربون ولا مشكل ومنهم من يرى صعوبة ذلك لصعوبة تثمينها وقيمتها المرتفعة وهذا غير صحيح فكل الأشياء يجوز تثمينها بالنقد².

¹ حوحو يمينه، المرجع السابق، ص. ص. 40، 41 و 42.

² بوترفاس حفيظة، المرجع السابق، ص. ص. 104، 105.

ثانيا: العدول عن البيع وآثاره:

أ . العدول ينقض العقد بالإرادة المنفردة:

إن استخدام أحد الطرفين العدول يؤدي إلى نقض العقد بالإرادة المنفردة لأن الأصل في العقود هو القوة الإلزامية حيث نصت المادة 106 من القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

وهذا معناه أن العقد يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع الالتزامات التي يترتبها على أساس القوة الملزمة للعقد لذلك لا يستطيع أحد أطرافه بإرادته المنفردة أن ينقضه أو يتحلل منه أو يعدله ما لم يسمح له القانون، لكن بفضل العربون يجوز لطرفي العقد العدول عن العقد ونقضه وذلك لأن القانون قرر ذلك في أحكام التعاقد بالعربون.

ب . العدول يكون بمقابل:

رتب القانون عن حق العدول عن العقد مقابل وهو كما نصت المادة 72 من القانون المدني حيث من عدل عن العقد بإرادته المنفردة يفقد مبلغ العربون المدفوع كضمن لحقه في استعمال العدول وليس له الحق في المطالبة باسترداده، أما إذا عدل من قبض العربون عندها يكون ملزما برد العربون لصاحبه مع رد مثله ولا يستطيع الامتناع عن ذلك بغض النظر إن ترتب عن العدول ضرر للطرف الآخر أم لا، لأن العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد فإذا كان المشتري مثلاً في عقد البيع هو الذي عدل فإنه يفقد العربون الذي دفعه، أما إذا كان البائع هو الذي عدل فيرد العربون الذي أخذه ومثله ولو لم يلحق أي منهما أي ضرر¹.

¹ السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. ص. 90، 91 و92.

المطلب الثاني: أوصاف عقد البيع:

يرد على البيع في بعض الحالات أوصاف معينة ذكرها المشرع على سبيل الحصر وهي البيع بالعينة، البيع بالمذاق والبيع بشرط التجربة حيث يكون العقد منعقد لكن موقوفاً على شرط فاسخ أو واقف حسب الحالة، هذه الأوصاف تلحق عقد البيع المنعقد والمرتب لآثاره وليس مرحلة الانعقاد الخاصة برضا المشتري، لأن عقد البيع في هذه الحالة يكون قد انعقد ورتب آثاره فقط يتوقف تنفيذ هذه الآثار إلى حين تحقق الوصف¹.

مع بعض التحفظات حسب الطبيعة القانونية لهذه البيوع الموصوفة والتي سيتم تفصيلها كل على حدى، مع الإشارة في هذا المقام وقبل التطرق لهذه الأوصاف المذكورة على سبيل الحصر لا المثل إلى أن البيع الجزاف نوع من أنواع البيوع وليس وصف من الأوصاف التي تلحق عقد البيع كما يرى البعض، لأن هذا البيع الجزاف الذي يعرف نوعه يجهل مقداره يمكن أن يلحقه أي وصف من الأوصاف السابقة على حسب طبيعة الشيء المبيع.

الفرع الأول: البيع بالعينة:

نصت المادة 353 من القانون المدني: "إذا انعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ، كان على المتعاقد بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة". يتضح من النص أن العقد الذي يتفق عليه الطرفان على أن يكون بالعينة يلتزم فيه البائع بان يسلم مبيع مطابق لهذه العينة، حيث يقع في بعض المعاملات التجارية الخاصة بالاتفاق على البيع بالعينة كقطعة قماش أو حفنة من القمح أو الأرز أو قطع غيار السيارة.... إلخ.

¹ يمينة حوحو، المرجع السابق، ص. 43.

أولاً: حالة هلاك العينة في يد أحد المتعاقدين:

قد يقع خلاف بين البائع والمشتري على عدم مطابقة العينة للمبيع ومن البديهي إذا كانت العينة لازالت موجودة فالأمر يعود للقاضي في التحقق ما إذا كانت العينة مطابقة أم لا من خلال تعيين خبير والذي يقوم بدوره بمقارنة العينة مع المبيع، أما إذا كانت العينة قد هلك في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ في هذه الحالة يقع عبء الإثبات على المتعاقد الذي هلك العينة بيده؟

ثانياً: حالة تسليم مبيع غير مطابق للعينة:

يكون البائع ملزماً بأن يسلم للمشتري مبيعاً مطابقاً للعينة، أما إذا سلم مبيعاً مخالفاً للعينة المتفق عليها كان للمشتري إلزامه على التنفيذ العيني أي تسليم مبيع مطابق للعينة وإذا كان المبيع من المثليات جاز للقاضي أن يأذن للمشتري بشراء الشيء من السوق على حساب البائع، وإذا تعذر تنفيذ العقد كان للمشتري طلب فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض.

الفرع الثاني: البيع بالمذاق:

تقتضي بعض المبيعات كالمأكولات والمشروبات بأن يقوم المشتري بتذوق المبيع حيث نصت المادة 354 من القانون المدني: "يتعين على المشتري في البيع بشرط المذاق أن يقبل المبيع كيفما شاء غير أنه يجب عليه أن يعلن بقبوله في أجل المحدد بعقد الاتفاق أو العرف ولا ينعقد البيع إلا من يوم هذا الإعلان".

يتضح من النص أن البيع بشرط المذاق لا يتم فيه البيع إلا من يوم إعلان القبول وقد يتم الاتفاق على هذا الشرط صراحة أو ضمناً يستخلص من واقع التعامل.

أولاً: الطبيعة القانونية للبيع بشرط المذاق:

إن الرأي الراجح في الفقه هو اعتبار البيع بشرط المذاق وعد بالبيع معلق على شرط المذاق ملزم لجانب واحد هو في هذه الحالة البائع، حيث يترتب التزامات من جانبه تتمثل في البقاء على وعده بعد تمكين المشتري من التذوق أما المشتري فيكون له مطلق الحرية في قبول المبيع أو رفضه بحسب النتيجة، فإذا لاق المبيع ذوق المشتري وأعلن قبوله في المدة المحددة انعقد البيع وأصبح باتاً وإذا لم يلاءم ذوقه حيث لا يصدر عنه أي قبول خلال المدة المحددة فلا يتعقد البيع¹.

ثانياً: انعقاد البيع من يوم إعلان القبول:

قضت المادة 354 السابقة صراحة على أن البيع بشرط المذاق ينعقد من يوم إعلان القبول وعليه لا ينعقد البيع إلا بعد قيام المشتري بتذوق المبيع وإعلان رغبته بالقبول، والإعلان بالقبول يكون صراحة أو ضمناً حسب ما يقتضيه التعبير عن الإرادة ولا يكون العقد قد انعقد من يوم المذاق بل العبرة بتاريخ الإعلان عن القبول، أي لا يكون للإعلان أثر رجعي وإذا أعلن المشتري قبوله انعقد البيع ورتب جميع آثاره القانونية أما إذا لم يعلن قبوله في المدة المحددة فلا ينعقد عقد البيع.

الفرع الثالث: البيع بشرط التجربة:

نصت المادة 355 من القانون المدني: "في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع 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.

¹ السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. ص. 131، 132.

يعتبر البيع على شرط التجربة بيعاً موقوفاً على شرط القبول، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ.

يتضح من النص أن البيع بشرط التجربة هو في جميع الحالات عقد بيع منعقد لكن على شرط إما واقف أو فاسخ، بحيث يتفق فيه الطرفان صراحة أو ضمناً على احتفاظ المشتري بحق التجربة ومنه فهو حق ينشأ باتفاق الطرفين حيث ينبغي على البائع تمكين المشتري من تجربة المبيع خلال مدة معينة ويعد سكوت المشتري قبولاً.

أولاً: عقد البيع بشرط التجربة عقد منعقد في جميع الحالات:

يعد عقد البيع بشرط التجربة عقد منعقد في جميع الحالات عكس البيع بالمذاق، ولما كان العقد منعقد فإنه يجب تنفيذ جميع آثاره عندئذ تنتقل ملكية المبيع للمشتري وينبغي على البائع تسليم الشيء المبيع ويدفع المشتري الثمن على أن يقوم بتجربة المبيع ويكون ذلك على أساس أنه مالك للمبيع.

ثانياً: ينشأ حق التجربة باتفاق الطرفين:

إن حق التجربة لا ينشأ من طبيعة المبيع أو بقوة القانون وإنما يجب الاتفاق عليه صراحة أو ضمناً حيث يستخلص من العرف وظروف المعاملة خصوصاً في بيع بعض الأشياء التي تتطلب بطبيعتها التجربة كالسيارات والآلات الميكانيكية، لأن من خلال التجربة يتحقق المشتري من ملائمة المبيع لحاجاته الشخصية.

ثالثاً: التزام البائع من تمكين المشتري من تجربة المبيع:

يجب على البائع أن يمكن المشتري أو من ينوب عنه من تجربة المبيع خلال مدة معينة تحدد صراحة أو ضمناً تستخلص من الظروف أو العرف الجاري، وإذا امتنع البائع من تمكين المشتري من التجربة كان لهذا الأخير الحق في إجباره على تنفيذ هذا

الالتزام بتنفيذ عينا باعتباره التزام بعمل طبقا للقواعد العامة لأن شرط التجربة واقعة مادية مستقبلية ممكنة الوقوع¹.

رابعاً: سكوت المشتري بعد التجربة يعد قبولا:

عند تجربة المبيع يكون للمشتري الحرية التامة في قبول المبيع أو رفضه دون تسبب، فلا يجوز للبائع أن يعترض على رفض المشتري للمبيع بعد تجربته، أما إذا انقضت مدة التجربة وكان البائع قد مكن المشتري من تجربة المبيع دون صدور قبول صريح من المشتري فإن سكوته يعد قبولا وفق نص المادة 355 السالفة، لأن في الأصل وحسب القاعدة التي تقول لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في هذه الحالة اعتبره القانون قبولا، وذلك معناه أن الشرط قد تحقق، هذا وسكوت المشتري يجعله مالكا للمبيع ملكية تامة منذ يوم إبرام البيع وتزول ملكية البائع بأثر رجعي وتبقى الحقوق التي رتبها المشتري على المبيع صحيحة بينما تزول الحقوق التي رتبها البائع، وإذا هلك المبيع بسبب أجنبي فإن هلاكه يكون على المشتري لأنه وقت الهلاك كان ملك للمشتري.

خامساً: البيع بشرط التجربة معلق على شرط واقف:

يعد البيع بشرط التجربة في الأساس بيع معلق على شرط واقف كما ورد في المادة السابقة وهو قبول المشتري للمبيع في المدة المحددة، فإذا قبل المشتري المبيع بعد تجربته أو سكت عن ذلك وانقضت المدة فإن البيع يصبح باتا بتحقق الشرط الواقف ويعتبر البيع باتا من يوم إبرام البيع وليس من يوم تحقق الشرط، أما إذا رفض المشتري المبيع فإن الشرط الواقف يتخلف ويزول البيع بأثر رجعي، وقد يتفق المتعاقدان على اعتبار البيع معلق على شرط فاسخ ويكون الاتفاق صريحا أو ضمنيا يستخلص من الظروف وملابسات العقد.

¹ حوحو يمينية، المرجع السابق، ص. ص. 46، 47، 48.

وهذا معناه أن عقد البيع منعقد ومرتب لجميع آثاره إذ تكون نافذة منذ إبرامه ولكنه مهدد بالزوال بسبب الشرط الفاسخ، فيكون المشتري مالك للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ بينما البائع مالكا له على أساس شرط واقف والشرط هنا يصبح عدم قبول المشتري للمبيع، فالشرط فاسخ بالنسبة للمشتري وهو في نفس الوقت واقف للبائع، فإذا صرح المشتري عدم قبوله فسخ البيع بأثر رجعي واعتبر المشتري كأنه لم يملك المبيع وتعود الملكية للبائع بأثر رجعي وكأنه المالك منذ البداية كما تزول الحقوق التي رتبها المشتري على المبيع¹.

¹ السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. ص. 134، 135، 136.

الفصل الأول:

أركان عقد البيع

تبعا لخصوصية عقد البيع في بعض النقاط تم تخصيص هذا الفصل للحديث عن المحل في عقد البيع من جانب البائع وهو الشيء المبيع سواء العقارات أو المنقولات أو السلع وحتى الخدمات زكدا نتاج العمل الذهني، إضافة للمحل بالنسبة للمشتري وهو الثمن وكيف يحدد والأسس التي على أساسها يبين وبعض الأحكام الخاصة بالغبن في ثمن بعض الأشياء كالعقارات، ثم الحديث عن الشكلية في بيع العقار ونظم الشهر المعروفة

المبحث الأول:

المحل في عقد البيع:

من المعلوم أن العقد لا ينشأ إلا إذا توافر فيه ركن المحل وطبقا للقواعد العامة يجب أن يكون المحل موجودا أو قابلا للوجود وأن يكون ممكنا غير مستحيل كما يكون معيناً إما بذاته أو بجنسه أو مقداره أو نوعه حتى ينعقد العقد، والمحل في عقد البيع هو المبيع أي العين محل البيع وحسب المادة 351 السابقة البائع ملزم بنقل ملكية شيء أو حق مالي والمشتري ملزم بدفع الثمن، هذا ويتنوع المبيع إذا كان يرد على ملكية الشيء أو الحقوق المالية.

المطلب الأول: الأشياء:

إن الشيء هو ما تدركه الحواس الخمس ويقصد به الشيء المادي إذا كان قابلا للتعامل به والتصرف فيه ليصبح محل حق مالي وينقسم الشيء المادي إلى شيء ثابت هو العقار وغير ثابت ومتنقل هو المنقول.

الفرع الأول: العقار:

يعد الشيء الثابت بأنه كل شيء راسخ في مكانه ويأخذ حكم الشيء الثابت في مكانه حكم العقار إذا تعذر نقله دون تلف كالأراضي والمباني وينقسم العقار إلى نوعين العقار بطبيعته (المادة 683 القانون المدني)، أما العقار بالتخصيص فهو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا لخدمة هذا العقار أو استغلاله (المادة 683 فقرة 2)¹.

الفرع الثاني: المنقول:

يعرف المنقول بأنه كل شيء غير ثابت في مكانه إذ يمكن نقله وتحريكه دون تلف، وينقسم المنقول إلى منقول بطبيعته وهي الأشياء المتنقلة بطبيعتها والمنقول حسب المآل وهو العقار الذي آل إلى منقول عند فصله عن العقار كالأشجار بعد القطع².

الفرع الثالث: الأموال:

المقصود بها هي الحقوق المالية وهي التي تقوم بالنقود وتدخل في دائرة التعامل وتنتقل من صاحبها إلى غيره ويمكن أن تكتسب أو تسقط بالتقادم ويمكن الحجز عليها وتنقسم إلى:

أولاً: حقوق عينية:

هي سلطة مباشرة يقررها القانون لصاحب الحق على عين الشيء المحدد بذاته، فيستطيع أن يمارس سلطته عليه باستعماله واستغلاله والتصرف فيه ويجب أن يكون الشيء معين بالذات، وتنقسم إلى حق عيني أصلي وهو الحق الذي لا يستند في وجوده

¹ بوضياف عمار، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر 2014، ص. ص. 119، 120، 121، 122.

² بوضياف عمار، المرجع السابق، ص. ص. 123، 124.

إلى حق آخر فيستطيع صاحبه مباشرة سلطته على ذلك الشيء المعين بالذات كحق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق من استعمال واستغلال وسكن، أما الحق العيني التبعية فهو الحق الذي لا يوجد بصورة مستقلة وإنما يستند إلى حق شخصي يكون تابعا له فينشأ للوفاء بحق من الحقوق الشخصية فهو عيني لأنه يحقق لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء وتبعي لأنه تابع لحق شخصي يضمن الوفاء به يوجد بوجوده وينقضي بانقضائه والهدف منها هو ضمان وتأمين الدين لذلك سميت أيضا بالتأمينات العينية كالرهن الرسمي والحيازي¹.

ثانيا: حقوق شخصية:

وتسمى أيضا بالحقوق الدائنية وهي تلك السلطة التي يقرها القانون لشخص يسمى الدائن اتجاه شخص آخر يسمى المدين تمكنه من إلزامه بأداء عمل أو الامتناع عنه لصالحه ويمثل قيمة مالية معينة².

ثالثا: حقوق ذهنية:

وتسمى أيضا بالحقوق الفنية أو الأدبية إذ هي حقوق معنوية تمنح السلطة لشخص على شيء غير مادي يتمثل في ثمرة فكره أو نشاطه الذهني مثل حق المؤلف وحق المخترع وحق التاجر في الاسم والعلامة التجارية.

الفرع الثالث: المنتج:

تغير مفهوم المبيع ضمن قواعد المستهلك الأمر الذي أدى إلى تغيير في مصطلحاته حيث أصبح يستعمل مصطلح المنتج الذي يشمل السلع والخدمات بدلا من الأشياء والحقوق المالية، وتعد هذه المصطلحات اقتصادية وتجارية اقتحمت لغة القانون مما استوجب تحديد مدلولها القانوني.

¹ بوضياف عمار، المرجع السابق، من الصفحة 152 حتى الصفحة 159.

² بوضياف عمار، المرجع السابق، ص. ص. 149، 150، 151، 152.

أولاً: السلع:

ورد في نص المادة 03 من قانون حماية المستهلك 09.03 المؤرخ في 25 فبراير 2009¹، أن السلعة هي كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا ومنه يلاحظ أن السلع تعد أشياء مادية بمعنى ملموسة يتحصل عليها المستهلك بمقابل أو بالمجان.

ثانياً: الخدمة:

عرفت المادة السابقة الخدمة على أنها كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى ولو كان هذا التسليم تابعا ومدعما للخدمة المقدمة، وعليه تعد الخدمة في الأساس عملا وجهدا يقدمه المحترف للمستهلك فهي أشياء غير ملموسة ضرورية للمستهلك.

المطلب الثاني: الثمن في عقد البيع

يقصد بالثمن في عقد البيع هو مبلغ من النقود أو ما يقوم مقام النقود مثل الشيك والسفتجة والتحويل الإلكتروني، يلتزم المشتري بدفعه للبائع وكما سبق القول يجب أن يكون المقابل الذي يدفعه المشتري نقودا وإلا اعتبر عقدا آخر وليس عقد بيع، ويعد الثمن محل التزام المشتري الذي تعهد به في عقد البيع ويجب تعيينه في العقد طبقا للقواعد العامة وإلا كان العقد باطلا لتخلف ركن المحل بالنسبة للمشتري فهو من المسائل الجوهرية التي يتعين على الطرفين الاتفاق بشأنها في عقد البيع.

فإذا لم يريدا الاتفاق على الثمن وفضلا المتعاقدان تعيينه لاحقا فإن عقد البيع لا ينعقد، فيكفي تعيين الثمن لانعقاد البيع حتى ولو لم يتم تحديده تحديدا دقيقا لأن التعيين لا يفيد تحديد الثمن حيث نصت المادة 357 من القانون المدني: "إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن المبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من أن المتعاقدين

¹ القانون رقم 09.03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 15، الصادرة بتاريخ 08 مارس 2009، ص. 12.

قد نوبيا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى به التعامل بينهما".

الفرع الأول: كيفية تحديد الثمن ودفعه في عقد البيع:

نصت المادة 356 من القانون المدني: "يجوز أن يقتصر تقدير ثمن المبيع 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 سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية".

أولاً: سعر السوق:

قد يتفق البائع والمشتري على الاعتماد على سعر السوق لتقدير ثمن المبيع والسوق هو منطقة جغرافية تجمع البائعين بالمشتريين حيث تربطهما علاقة العرض والطلب لمختلف السلع، والسوق الذي يعتد به هو السوق الذي اتفق عليه المتعاقدان فقد يكون سوق الجملة أو التجزئة أو سوق تواجد البائع أو المشتري.

ثانياً: سعر السوق الذي يقع فيه التسليم:

إذا وقع خلاف في تحديد السوق أو أغفل الطرفان تحديده في هذه الحالة يجب الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه التسليم، ولم يحدد القانون زمن التسليم لكن يقع غالباً فور إبرام عقد البيع كما هو مقرر في القواعد العامة.

ثالثاً: السعر المتداول في التجارة:

يتضح من نص المادة 357 السالفة الذكر أنه إذا تعذر تحديد الثمن وفقاً للأسس السابقة، أي تبعاً لسعر السوق وسعر السوق مكان التسليم، ينبغي الرجوع إلى السعر

المتداول في التجارة حيث يتعين على المشتري دفع مبلغ ثمن المبيع وفقا للأسعار المعمول بها في الأسواق التجارية المتداول عليها.

رابعاً: السعر الذي جرى عليه التعامل:

وفي حالة الخلاف قد يعمل بالسعر الذي جرى عليه التعامل بين البائع والمشتري في المعاملات التجارية أي مما يفترض معه وجود تعامل سابق بين الطرفين، وهنا يتم الاستناد والاستئناس لهذا التعامل السابق بين الطرفين من أجل تحديد السعر خاصة إذا كانت نفس السلعة أو من جنسها¹.

الفرع الثاني: تحديد الثمن في العقار:

يعد العقار من أهم الأموال التي تتداول بين الأفراد وإذا كان الثمن يحدد وفقاً للأسس التي سبق التطرق إليها سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً إلا أن القانون وضع للعقار حكم خاص نصت عليه المادة 358 من القانون المدني بقولها: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس للبائع الحق في تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل". ومنه يمكن استخلاص شروط دعوى تكملة الثمن:

أولاً: أن يكون المبيع عقاراً:

يشترط القانون في رفع دعوى تكملة الثمن أن يكون المبيع عقاراً أو حق من الحقوق العقارية كالأراضي والمساكن أو حق الانتفاع و الارتفاق، كما يدخل العقار بالتخصيص في مفهوم العقار أما إذا كان المبيع منقولاً فلا يجوز للبائع التمسك بهذا الحق حتى ولو باع المنقول مع العقار لكن منفصلاً عنه، وفي هذه الحالة على بائع المنقول أن يتمسك بالقواعد العامة المتعلقة بالاستغلال الذي يترتب عنه غبن (المادة 90 من القانون المدني)، وبهذا الصدد ينبغي عدم الخلط بين دعوى الاستغلال الذي

¹ حوحو يمينية، المرجع السابق، ص. ص. 65، 66.

يترتب عنه غبن مادي والتي تخص العقار والمنقول على حد سواء، وبين دعوى الغبن المادي في العقار والتي تخص العقار فقط.

ثانيا: لا يكون البيع بالمزاد العلني:

حتى تكون دعوى تكملة الثمن مقبولة يجب ألا يكون البيع قد تم بواسطة البيع في المزاد العلني حيث نصت المادة 360 من القانون المدني: "لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون". حيث يشترط لقبول هذه الدعوى أن يكون العقار قد بيع بصفة رضائية وعادية بين البائع والمشتري.

ثالثا: أن يتجاوز الغبن الخمس ثمن العقار:

يشترط القانون على أن يزيد الغبن عن الخمس ثمن العقار بمعنى أنه لا يجوز رفع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن في بيع العقار إلا إذا بيع بغبن يزيد عن الخمس ثمن العقار أي بأقل أربعة أخماس من قيمته الحقيقية، والعبرة في تقدير الثمن تكون بالنظر إلى قيمة العقار وقت البيع وليست العبرة بقيمته وقت التسليم أو وقت رفع الدعوى¹.

رابعا: رفع دعوى الغبن خلال ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع:

نصت المادة 359 من القانون المدني: "تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع، وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز، ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينا على العقار المبيع".

يتضح أن دعوى تكملة الثمن تسقط بمرور ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع حيث ينبغي على البائع رفع دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس (5/4) ثمن المثل وذلك خلال ثلاث سنوات من يوم إبرام عقد البيع، وقد استثنى القانون ناقصي الأهلية إلى غاية انقطاع سبب نقص الأهلية كما نص القانون على عدم إلحاق ضرر من جراء

¹ السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. ص. 392، 393، 394، 395، 396، 397.

رفع دعوى تكملة الثمن بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار في حال تصرف المشتري في العقار محل الغبن، مع التنويه هنا إلى أن الهدف من هذه الدعوى هو رفع الغبن وليس تكملة الثمن بمعنى يكفي إضافة ثلاث أخماس إلى الخمس حتى تصبح أربعة أخماس وبذلك يرفع الغبن¹.

المبحث الثاني:

الشكلية في بيع العقار

أوجب القانون توفر ركن الرسمية لإبرام عقد بيع العقار وهو أمر من النظام العام لا يجوز مخالفته، وعليه لا يجوز لأطراف العقد الاتفاق عل أن يتم العقد بدون الشكل الذي يستلزمه القانون، أو الاتفاق على إتمامه لاحقا لأنه في كل الحالات لا ينعقد عقد البيع، وأول ما اشترط القانون ركن الرسمية في بيع العقار كان بموجب المادة 12 من الأمر رقم 70. 91 المتضمن قانون التوثيق المعدل حيث نقل مضمون هذه المادة إلى المادة 324 مكرر من القانون المدني التي جاء فيها: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية... في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

كما أكدت نصوص أخرى على الرسمية في التصرف الوارد على العقار حيث جاء في نص المادة 61 من المرسوم التطبيقي 76. 63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري: "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي"².

¹ دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص. ص. 48، 49، 50.

² حشود نسيم، الشكلية في البيع العقاري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص. ص. 03 و 04.

المطلب الأول: دور الرسمية في عقد بيع العقار

يتضح من هذه النصوص السابقة أن القانون فرض الرسمية في كل التصرفات الواردة على العقار فلا يكفي توافر الأهلية والرضا والمحل والسبب لإبرام عقد بيع العقار وإنما ينبغي توافر شكل معين يتمثل في الرسمية التي هي ركن لانعقاد وليس للإثبات فقط، لذلك تظهر الأدوار التي تضطلع بها الرسمية في بيع العقارات في النقاط التالية:

الفرع الأول: الرسمية لانعقاد عقد بيع العقار:

يمر عقد بيع العقار بالمرحلة الأولى وهي مرحلة تكوينه حيث لقيام العقد يجب أن يتم أمام الموثق، وقد اهتم القانون بهذه المرحلة حيث نظم مهنة الموثق واختصاصاته وصلاحياته ومسؤولياته في تلقي العقود من الأطراف وإضفاء الرسمية عليها، وقد نظم القانون هذه المهنة بموجب القانون رقم 03.06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، والموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة.

ويكون الموثق ملزم بأداء مهام التوثيق إذا قدم له طلب من المتعاقدين ولا يجوز له الامتناع عن تحرير أي عقد يطلب منه إلا إذا كان العقد المطلوب تحريره مخالف للقوانين والأنظمة المعمول بها، كما يتعين على الموثق عند تلقي تصرفات المتعاقدين في مرحلة توثيق العقد أن يتأكد بداية من صحة العقود والتصرفات التي يتلقاها من البائع والمشتري ويقدم نصائحه لهم حتى ينسجم اتفاقهم مع القوانين التي تسري عليها وتضمن تنفيذها¹.

¹ مراهي ريم، الشكلية في البيع العقاري في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 15، جامعة المسيلة، من الصفحة 88 حتى الصفحة 93.

الفرع الثاني: الرسمية لإثبات بيع العقار:

إن وظيفة الرسمية هي أيضا لإثبات عقد بيع العقار حيث لا يثبت عقد البيع الوارد على عقار إلا بوثيقة رسمية صادرة عن الموثق مستوفية لأشكالها القانونية حددها القانون تحديدا دقيقا وإلا تعرضت الوثيقة إلى البطلان، فالموثق ملزم في حدود سلطته واختصاصاته بتحرير بيانات العقد مع مراعاة الأوضاع القانونية في تدوين المحرر كما ينبغي عليه أن يحتفظ بأصل العقد.

وهنا ينبغي التمييز بين التصرف القانوني وأداة إثباته فالعقد الرسمي يشمل التصرف القانوني الذي يتم من خلال تطابق الإرادتين من أجل نقل ملكية العقار، أما وسيلة إثباته فهي الورقة التي تضمنت هذا العقد أو الاتفاق وتسمى ورقة أو محرر أو سند، ولا يعني صحة العقد صحة الورقة فقد يكون العقد صحيح والورقة باطلة لعدم استيفائها الأوضاع القانونية، كما لا يعني صحة الورقة صحة العقد فقد تكون الورقة صحيحة لكن يكون التصرف باطلا، والكتابة الرسمية في بيع العقار كما سبق الإشارة هي ركن للانعقاد لذلك لا وجود للبيع إلا بوجود هذه الكتابة لأنها تحمل في الوقت نفسه التصرف القانوني الذي هو بيع العقار والوسيلة لإثباته، حيث هي وسيلة قاطعة لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير.

الفرع الثالث: الرسمية لنفاذ عقد بيع العقار:

يقصد بنفاذ العقد الرسمي فعاليته فيما بين الطرفين وفي مواجهة الغير حيث أنه حجة على الغير فيما يتعلق بالبيانات الصادرة فيه، كما يقصد بالنفاذ أيضا نفاذ العقد الذي ينبغي تنفيذه بكل ما اشتمله من التزامات.

أولا: فيما بين المتعاقدين:

متى انعقد البيع أمام الموثق وفقا للأوضاع القانونية فإن الرسمية تعتبر حجة فيما بين المتعاقدين، ويكون حجة فيما بينهما كل البيانات الصادرة عنهما والتي قام الموثق

بتدوينها في المحرر الرسمي تبعا لإقراراتهم دون أن يكون ملزم بالتحقق فيها، لذلك يكون كل من البائع والمشتري ملزم بتنفيذ ما ورد في العقد من التزامات، حيث يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وذلك بإتمام شهر البيع، وأن يقوم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه حيث تنصرف آثار عقد البيع الرسمي مباشرة إلى طرفيه فترتب حقوق والتزامات على عاتقهما.

مع الإشارة إلى أن عقد البيع لا يكون نافذا بين المتعاقدين فيما يتعلق بنقل الملكية إلا من يوم شهر البيع في المحافظة العقارية كما نصت على ذلك صراحة المادة 793 من القانون المدني: "الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص تلك التي تدير مصلحة الشهر العقاري".

ثانيا: في مواجهة الغير:

إذا كان عقد البيع يلزم البائع والمشتري دون غيرهما فإنه يسري أيضا في حق الغير والمقصود هو أن هذا الغير لا يستطيع تجاهل التصرفات القانونية التي تتم بين المتعاقدين بل على الغير أن يحترم العقد كواقعة مادية بالنسبة إليه، كما يتوجب عليه ألا يعرقل تنفيذ العقد، وحتى يكون بيع العقار نافذا في حق الغير يجب أن يكون مشهرا في المحافظة العقارية وإلا كان العقد غير موجود بالنسبة إليه، فإلى جانب الرسمية لتوثيق عقد بيع العقار فرض القانون إجراء شكلي إلزامي لنفاذ العقد وهو الشهر في المحافظة العقارية.

المطلب الثاني: جزاء تخلف الرسمية:

إن الرسمية ركن من أركان العقد وهذا العقد لا ينعقد إلا إذا تم أمام الموثق ولا يكون نافذا إلا من يوم شهره في المحافظة العقارية وقد رتب القانون على تخلف الرسمية بطلان عقد البيع بطلانا مطلقا، وذلك ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب

تحت طائلة تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية... في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

الفصل الثاني:

آثار عقد البيع

يرتب عقد البيع جملة من الالتزامات على عاتق الطرفين سواء البائع أو المشتري نظمها القانون تنظيمًا خاصًا، فبمجرد انعقاد عقد البيع يترتب مجموعة التزامات تتمثل في التزامات تلقى على عاتق البائع والتزامات يتحملها المشتري لأن عقد البيع كما سبق الذكر من العقود الملزمة لجانبين.

المبحث الأول:

التزامات البائع

تتخصر التزامات البائع في أنه ملزم بنقل حق ملكية المبيع إلى المشتري كما يلتزم بتسليم الشيء المبيع ويلتزم بضمان التعرض والاستحقاق كذا ضمان العيوب الخفية.

المطلب الأول: التزام البائع بنقل حق ملكية المبيع للمشتري:

في أغلب الحالات يلتزم البائع بنقل حق ملكية المبيع إلى المشتري كاملاً لكن قد يلتزم بنقل حق عيني متفرع عن الملكية كحق الانتفاع أو الارتفاق أو حق شخصي كحوالة الحق أو حق معنوي كحق المؤلف، وينبغي على البائع نقل الحق كما اتفق عليه بكل عناصره ومقوماته.

الفرع الأول: نقل حق الملكية في المنقول:

وتختلف نقل الملكية في المنقول المعين بالذات عنه في المنقول العيني بالنوع، حيث في المنقول المعين بالذات وهو ذلك الشيء القائم بذاته والذي يكون محدد العناصر والمقومات والخصائص ويمكن تمييزه عن غيره كالسيارة، فإن حق الملكية ينتقل إلى المشتري فوراً بمجرد انعقاد العقد فعقد البيع هو الذي ينقل حق الملكية وهذا ما نصت عليه المادة 165 من القانون المدني: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من

شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو أي حق عيني إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

وعليه شروط انتقال الملكية في المنقول العين بالذات هي:

✓ أن يكون الشيء معيناً بالذات: لا يمكن أن يكتسب المشتري حق عيني على شيء إلا إذا كان معيناً بالذات ويترتب على ذلك أن المشتري يصبح مالك المنقول الذي وقع عليه الخيار من وقت التعاقد لا من وقت استعمال الخيار ما دام أن ذلك المنقول كان معين بالذات وقت التعاقد.

✓ أن يكون البائع مالك للمبيع: يستخلص هذا الشرط من المادة 165 السابقة فالملتزم الذي هو البائع يجب أن يكون مالكا للشيء محل الالتزام لأنه لا يمكن غير المالك بنقل حق الملكية.

✓ ألا يكون نقل الملكية معلقاً على شرط أو أجل: يجب أن يكون التزام البائع بات وغير معلق على شرط أو أجل مستقبلي يجعل تنفيذ الالتزام قائم على تحقق الشرط أو الأجل كما في حالة انتقال الملكية إلى المشتري إلا من تاريخ الوفاء بكامل الثمن كما هو الحال عليه في البيع المؤجل، ذلك أن نقل الملكية بمجرد العقد ليس من النظام العام لذلك يجوز مخالفته بتأجيل انتقال الملكية.

✓ البيع الجراف: هو البيع الذي يعين فيه الشيء بذاته بصرف النظر عن مقداره ويحصل تعيينه بتقديره بالعد أو الوزن أو المقياس أو الكيل، مثل بيع القمح الموجود في مخزن معين أو بيع القماش الموجود في كيس، ويعتبر البيع جرافاً ما دام لا يلزم تقدير المبيع لتعيينه ولو لزم تحديد ثمنه ومنه إن البيع الجراف معين بالذات تنطبق عليه قاعدة انتقال ملكية المنقول المعين بالذات لذا تنتقل ملكيته بمجرد انعقاد العقد، وهو ما نصت عليه المادة 362 من القانون

المدني: "تنتقل الملكية في البيع الجراف إلى المشتري بنفس الطريقة التي تنتقل بها ملكية الشيء المعين"¹.

أولاً: الآثار المترتبة على انتقال الملكية بمجرد العقد:

إذا توافرت الشروط المذكورة أعلاه فإن القانون رتب النتائج التالية:

أ- تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري حيث يكون له حق التصرف في المبيع من يوم انعقاد البيع ولو لم يتسلم المبيع حيث يصبح للمشتري الحق في الانتفاع بالشيء والحق في ثماره بمجرد التعاقد، وهذا ما نصت عليه المادة 389 من القانون المدني: "يستحق المشتري انتفاع وإيراد الشيء المبيع...". وللمشتري أن يتسلم المبيع عينا من بين أموال البائع الذي أفلس دون جماعة الدائنين باعتباره مالكا له.

ب- على المشتري تحمل مصروفات حفظ المبيع وصيانته والتكاليف المفروضة على المنقول من وقت انتقال الملكية إليه وهو ما نصت عليه المادة 389 من القانون المدني.

ثانياً: انتقال الملكية في الشيء المعين بالنوع:

الأشياء المعينة بالنوع هي الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض وهي التي تقدر بالوزن وبالعدد وبالكيل وبالقياس ولا تنتقل الملكية في هذه الأشياء إلا بفرزها.

أ- انتقال الملكية بالفرز: نصت المادة 166 من القانون المدني: "إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء".

يتضح أن نقل الملكية في الشيء المعين بالنوع لا يتم إلا من خلال فرزه عن باقي المنقولات الأخرى، والفرز أو الإفراز هو عزله عن باقي المنقولات حتى

¹ حوحو يمينية، المرجع السابق، ص. ص. 91، 92، 93.

تحدد ذاتيته بحيث يتميز عن غيره من الأشياء التي هي من نفس النوع وهو بذلك عملية يترتب عنها تعيين الشيء بذاته بعد أن كان معينا بالنوع، ويشترط في الفرز:

. أن يتم تحديده تحديدا ذاتيا سواء بالوزن أو الكيل أو المقياس أو العد، فمثلا وضع المبيع على جانب أو وضع علامة عليه تجعله متميزا عن باقي المقدار .
يجب أن يتم الفرز في المكان الذي تم الاتفاق عليه وإذا لم يوجد اتفاق على تحديد المكان فيكون في مكان التسليم لأن الفرز هو تهيئة المبيع من أجل تسليمه.

. يجب أن يتم في الوقت المتفق عليه فإن لم يوجد اتفاق يكون الفرز واجبا وقت التسليم باعتبار هذا الوضع الغالب.

ب- الجزء المترتب على امتناع البائع عن القيام بالفرز: في حال امتناع البائع عن تنفيذ التزامه بفرز المبيع حتى تنتقل ملكيته للمشتري كان على هذا الأخير إعداره ليقوم بتنفيذ التزامه طبقا للقواعد العامة متى كان ذلك ممكنا، كما يستطيع المشتري أن يحصل على الشيء من النوع ذاته على نفقة البائع بعد استئذان القاضي¹.

الفرع الثاني: انتقال الملكية في العقار:

كقاعدة عامة لا تنتقل ملكية العقار إلى المالك الجديد إلا بشهر التصرف الناقل للملكية في المحافظة العقارية ويعد الشهر المرحلة الأخيرة من مراحل الشكالية الرسمية بعد التوثيق وتسجيل العقد لتحصيل المبلغ الجبائي، حيث من خلالها يصبح العقد نافذا فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير، وقبل الشهر لا يترتب عقد البيع إلا آثارا شخصية بين البائع والمشتري حيث يستطيع المشتري مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار إليه، ويقوم الموثق نيابة عن البائع ببيع العقار في المحافظة

¹ دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص. 57، 58.

العقارية حيث نصت المادة 10 من قانون التوثيق: "يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها و أو يسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا".

كما قرر القانون الشهر في عدة نصوص أخرى حيث نص على ذلك في المادة 793 من القانون المدني السابق ذكرها، وأيضا في المادة 15 من الأمر 74.75 المؤرخ في 12.11.1975 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري التي جاء فيها: "كل حق للملكية وكل حق عيني عقاري آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

في حين نصت المادة 16 من الأمر نفسه: "إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون له أثر بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

ومنه يعد الشهر نظام قانوني خاص يشمل على مجموعة من الإجراءات والأشكال نظمها القانون تنظيما خاصا يسمى النظام العيني، إلى جانب ذلك يوجد النظام الشخصي¹.

أولا: نظام الشهر العيني:

يسمى أيضا بنظام السجل العيني أو العقاري حيث لا يقوم بشهر العقود الناقلة للملكية على أساس أسماء الأشخاص الصادرة منهم التصرفات وإنما على أساس العقار ذاته محل التصرف، حيث تمسك مصلحة الشهر سجلا خاصا يعد بمثابة بطاقة تعريف للعقار في شكل بطاقة عقارية لكل عقار يثبت فيها كل التصرفات التي ترد عليه مع تحديد موقعه ومساحته ورقمه وحدوده ومميزاته مع أسماء الملاك الصادرة

¹ حوحو يمينية، المرجع السابق، ص. ص. 95، 96.

عنهم التصرفات وتحديد نوع التصرف الناقل للملكية، حيث هذه البطاقة العقارية تمكن من معرفة تاريخ ملكية هذا العقار والملاك الذين تعاقبوا عليه منذ إنشاء السجل والتصرفات التي صدرت من كل واحد منهم ومن المالك الأخير مع تبيان إن كان هذا العقار مثقل برهن أو حقوق عينية كحق الارتفاق، بعد ذلك يسلم للمالك دفتر عقاري نتيجة لمسح الأراضي والذي يبرز هو الآخر الوضعية القانونية من حقوق المالك على العقار والأعباء التي تنقله ويعتبر بمثابة سند ملكية¹.

ثانيا: نظام الشهر الشخصي:

عرفت الجزائر أثناء فترة الاحتلال نظام الشهر الشخصي واستمر في ذلك بعد الاستقلال حيث كانت العقود الموجودة بالمحافظة العقارية تخص أصحابها ولا تهتم بالوضعية القانونية للعقار لأن نظام الشهر الشخصي يقوم على أساس أسماء المتصرفين حيث يتم شهر التصرفات العقارية طبقا لأسماء الأشخاص في سجلات شخصية وليس طبقا لمواقع العقارات، ففي هذا النظام ينشأ سجل عام أو سجلات يرصد بها كل تصرف ينشئ حقا عينيا عقاريا.

فصاحب المصلحة لا يعرف في سجلاته إلا الشخص الذي تصرف في العقار غير أن هذه المعرفة لا تفيد حتما كل ما وقع على العقار من تصرفات، والتصرفات التي تشهر في هذا النظام لا يتحقق من صحتها بل تشهر كما هي فإن كانت صحيحة تظل كذلك وإن كانت معيبة لسبب ما ظلت كذلك لأن الشهر الشخصي لا يظهر عيوب العقد وإنما يبقى مهددا بالبطلان، فالموظف المكلف بالشهر يلعب دورا سلبيا وليس له صلاحيات تفحص عيوب التصرف، لأن الشهر طريقة للإعلام بالتصرف وليس لنقل الملكية².

¹ حشود نسيمية، المرجع السابق، ص. ص. 113، 114، 115، 117.

² حشود نسيمية، المرجع السابق، ص. ص. 110، 111، 112، 113.

الفرع الثالث: انتقال الملكية في البيع المؤجل:

إن التزام نقل ملكية المبيع مرتبط بالالتزام بدفع الثمن لكن قد يؤجل تنفيذ التزام نقل الملكية بسبب عدم دفع الثمن من قبل المشتري وهذا ما يسمى بالبيع المؤجل كما ورد في المادة 363 من القانون المدني أو البيع بالتقسيط كما يسمى في لغة التجارة، وقد عرفت هذه المادة بنصها: "إذا كان ثمن البيع مؤجلاً جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع.

فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقد أن يتفقاً على أن يستبقي البائع جزءاً منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة 224.

وإذا وفي المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء من يوم البيع.

تسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى ولو أعطى المتعاقدان للبيع صفة الإيجار". يمكن استخلاص من النص:

أولاً: دفع الثمن يكون على أقساط:

الهدف من البيع المؤجل هو تمكين المشتري من تسديد الثمن مؤجلاً بعد إبرام العقد، لأن القاعدة العامة أن التزامات المتعاقدين تنفذ فور إبرام العقد أما في البيع المؤجل ينبغي أن يتفق المتعاقدان على تأجيل دفع الثمن إلى أجل معين، وقد يؤجل كل الثمن عندها يلتزم المشتري بدفعه كله في الأجل المحدد كما قد يجزأ الثمن على أقساط فيلتزم عندئذ المشتري بتسديد كل قسط في الزمان والمكان المتفق عليه وقد يجزأ إلى أقساط متساوية أو على نسب معينة.

ثانيا: البيع المؤجل بيع معلق على شرط واقف:

يمنح البيع المؤجل ضمانا للبائع يتمثل في احتفاظه بملكية الشيء المبيع إلى غاية استيفاء الثمن كله حيث لا تنتقل ملكية المبيع للمشتري حتى يقوم بالوفاء بجميع الأقساط، وهذا معناه أن البيع المؤجل بيع معلق على شرط واقف ذلك أن ملكية المشتري موقوفة على شرط دفعه الثمن كله، وكون العقد منعقد ومرتب لجميع آثاره باستثناء نقل الملكية فإنه لا مانع أن يقوم البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم حيث يصبح حائزا للمبيع بموجب عقد البيع الموقوف، ورغم أن ملكية المشتري متوقفة على دفع الثمن كله فإن ذلك لا يمنع من أن يتصرف في المبيع حيث تكون تصرفاته صحيحة لكن هي الأخرى موقوفة على شرط واقف.

هذا ويعد البيع المؤجل بيعا تحكمه القواعد العامة للبيع حتى ولو اعتبره الطرفان إيجارا متى تبين أن الطرفان تستروا وراء الإيجار لإخفاء البيع لسبب ما كالتهرب من التزاماتهما أو أن يتفقا في عقد الإيجار أن المشتري يصبح مالك بعد دفع مبالغ الإيجار، لكن في جميع الحالات يتوجب على القاضي أن يتقيد بعبارات العقد الواضحة ولا يجوز له الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين (المادة 111 من القانون المدني)¹.

ثالثا: تملك المشتري للمبيع بأثر رجعي عند الوفاء بجميع الأقساط:

إذا وفى المشتري بجميع الأقساط صار مالكا للمبيع ملكية تامة بأثر رجعي أي من يوم انعقاد العقد كما له أن يملك كذلك ثماره، وتزول أيضا ملكية البائع هي الأخرى بأثر رجعي.

¹ الوردي بلفردى، محمد بلبية، أثر تعليق العقد على شرط في عقد البيع بالنقسيط، مجلة الشهاب، المجلد العاشر، العدد الثالث 2024، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، من الصفحة 364 حتى الصفحة 366.

رابعاً: فسخ البيع بسبب عدم الوفاء بجميع الأقساط وتعويض البائع:

إذا حصل أن المشتري لم ينفذ التزامه بدفع الثمن كله سواء أجل الثمن كله أو جزءاً إلى أقساط، في هذه الحالة يجوز للبائع طلب فسخ العقد طبقاً للقواعد العامة ويعد المشتري مخلاً بالتزامه سواء كان عدم دفع الثمن كلياً أو جزئياً ذلك أن امتناع المشتري عن دفع الأقساط المتبقية هو أيضاً إخلال بالتزامه، وعند تقرير الفسخ سواء بحكم قضائي أو اتفاقي يزول عقد البيع بأثر رجعي وتزول معه الآثار التي رتبها ويقتضي ذلك أن يرد المشتري المبيع إذا كان قد تسلمه كما يجب على البائع أن يرد الأقساط التي قبضها لكن يجوز له استبقاء جزء منها على سبيل التعويض ويعد هذا شرطاً جزائياً يخضع للقواعد العامة، لكن يستطيع القاضي تخفيض التعويض إذا كان مبالغاً فيه خصوصاً عندما يكون المشتري دفع جزء كبير من الثمن وذلك طبقاً لنص المادة 184 من القانون المدني.

المطلب الثاني: تسليم المبيع:

عرفت المادة 367 من القانون المدني الالتزام بالتسليم حيث جاء فيها: "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع، وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على المبيع إذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية".

من خلال النص تتضح النقاط التالية:

الفرع الأول: عناصر الالتزام بالتسليم:

يشمل الالتزام بالتسليم كثنائي التزام يقع على عاتق البائع على عنصرين هما:

أولاً: وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق:

يجب على البائع أن يضع المبيع تحت تصرف المشتري حتى ولو لم يضع هذا الأخير يده مادياً على المبيع، وهذا معناه أن البائع يقوم بكل الأعمال الضرورية التي تجعل المبيع تحت سيطرة المشتري حتى ينتفع به كمالك، أم إذا وجد عائق يحول دون تمكين المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به سواء كان العائق بفعل البائع أو الغير كأن يكون المبيع موجوداً في حيازة الغير أو عدم إخلاء البائع للعين المبيعة في هذه الحالة لا يكون البائع قد نفذ التزامه بالتسليم.

ثانياً: إعلام البائع المشتري بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه:

يجب على البائع إخطار المشتري بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه ويكون الإخطار والإعلام بجميع الوسائل، فقد يكون كتابياً أو شفوياً بواسطة مكالمات هاتفية أو رسالة عادية أو إلكترونية حيث لم يشترط القانون شكل خاص لكن يشترط في كل الحالات أن يعلم المشتري بأن المبيع أصبح تحت تصرفه¹.

الفرع الثاني: طرق التسليم:

للتسليم طريقتان فعلياً كان أو حكماً كل منهما تختلف عن الأخرى سواء في شكلها أو حتى في مضمونها.

أولاً: التسليم الفعلي:

يتحقق التسليم الفعلي حسب نص المادة 367 السالفة بكل وسيلة من الوسائل التي تمكن من وضع المبيع تحت تصرف المشتري، وتمكنه من حيازته المادية للانتفاع به دون وجود عائق حتى ولو لم يتسلمه المشتري ما دام البائع قام بإخطاره بأن المبيع وضع تحت تصرفه.

¹ دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص. 60، 61.

فإذا كان المبيع عقارا فإن تسليمه يقتضي تخلية البائع للعقار حتى يتمكن المشتري من حيازته بما في ذلك تقديم الوثائق التي تثبت ملكية المشتري للعقار، أما إذا كان المبيع منقول معين بالذات فإن تسليمه يتم في الغالب بالمناولة اليدوية أما إذا كان منقولا معينا بالنوع فإن نقل ملكيته وتسليمه يتزامن مع عملية الفرز وذلك بحضور المشتري كما جرى عليه العرف، أما إذا كان يجب تصدير المبيع إلى المشتري فإن التسليم لا يتم إلا إذا وصل المبيع إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك وهذا ما نصت عليه المادة 368 من القانون المدني.

ثانيا: التسليم الحكمي:

يتم التسليم الحكمي بمجرد تراضي المتعاقدين على البيع لأن المشتري يكون حائزا للمبيع من قبل بموجب حق بخر غير البيع، لكن يتميز التسليم الحكمي عن التسليم القانوني في أنه يتم بتراضي بين البائع والمشتري يكون ناتجا عن تصرف قانوني آخر يجعل التسليم قائما، وللتسليم الحكمي صورتان: الأولى إذا كان المشتري يحوز المبيع قبل البيع حيازة عرضية باعتباره مستأجرا أو مستعيرا أو مودعا لديه أو مرتهن رهن حيازي فبمجرد الاتفاق على البيع تتغير صفة حيازته فيتحول إلى حائز بصفته مالكا عن طريق الشراء وتقوم هذه الحيازة مقام التسليم.

أما الثانية وهي عكس الأولى وفيها يظل البائع حائزا للمبيع بعد البيع على سبيل الإيجار أو العارية أو الانتفاع أو الرهن أو الوديعة، فتتغير صفة حيازته من حائز على أساس الملكية إلى حائز على أساس مستأجر أو مستعير أو مودع لديه¹.

الفرع الثالث: نفقات التسليم:

يتطلب تنفيذ الالتزام بالتسليم مصاريف تتفق على عملية التسليم ويجب التمييز بين نفقات التسليم ونفقات المحافظة على المبيع إلى غاية التسليم التي يتحملها البائع كما

¹ حوحو يمينية، المرجع السابق، ص. ص. 124، 125، 126.

نصت على ذلك المادة 167 من القانون المدني، كما يجب التمييز بين نفقات التسليم ونفقات التسلم التي تقع على المشتري، هذا ولم ينظم القانون نفقات التسليم تنظيماً دقيقاً تاركاً ذلك للقواعد العامة.

أولاً: نفقات التسليم يتحملها البائع:

تنص المادة 283 من القانون المدني: "تكون نفقات الوفاء على المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك". وعليه تكون نفقات التسليم على البائع كما يتحمل النفقات الضرورية للمحافظة على المبيع وأيضاً النفقات التي من خلالها يضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري بغية حيازته والانتفاع به، فنفقات الفرز من كيل ووزن والحزم يتحملها البائع.

ثانياً: نفقات التسلم يتحملها المشتري:

والمقصود بها هي تلك النفقات التي تلي نفقات التسليم وتكون ضرورية لتكملة عملية تسلم المبيع، ذلك أنه إذا كان البائع ملزم بالتسليم فيقابل هذا الالتزام التزام المشتري بتسلم المبيع وقد نصت المادة 395 من القانون المدني: "إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك".

فالمشتري بموجب هذا النص ملزم بمصاريف التسلم وذلك بعد أن يكون البائع قد نفذ التزامه بالتسليم ومثل هذه النفقات تلك المبالغ التي تنفق في نقل المبيع من مكان التسليم إلى موطن المشتري، وفي حالة تصدير المبيع فإن نفقات الشحن وإرسال البضاعة ومصاريف العبور والرسوم الجبائية يتحملها المشتري لأنها تدخل في مفهوم التسلم¹.

¹ حوحو يمينية، المرجع السابق، ص. ص. 132، 133، 134.

الفرع الرابع: مضمون الالتزام بالتسليم:

يجب على البائع أن يسلم محل الالتزام بالتسليم في المكان والزمان المتفق عليه ويجب أن يسلم المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع وذلك وفق ما نصت عليه المادة 364 من القانون المدني: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع".

ومن البديهي أن يرد اتفاق بينهما يتضمن مميزات المبيع وأوصافه وبياناته ومقداره، وإن لم يرد اتفاق وهذا نادر الوقوع في هذه الحالة وجب على البائع تسليم المبيع إذا كان منقولاً معيناً بذاته وفقاً لمميزاته وصفاته وحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد، أما إذا كان منقولاً معيناً بنوعه فقط فإن البائع يلتزم بتسليم شيء من درجة جودة الشيء المتفق عليه وإن لم يرد هناك اتفاق كان من واجبه تسليم شيء من صنف متوسط.

كما يجب على البائع أن يحافظ على المبيع إلى غاية تسليمه حتى يتمكن من تسليمه في الحالة التي كان عليها وقت العقد، لأن البائع يكون مسؤولاً عن التغيير الضار الذي يحصل للمبيع سواء بفعله أو بفعل الغير لأنه بذلك يخل بالتزامه بالتسليم وفي هذه الحالة يلتزم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً بإزالة التغيير الضار، أما في حالة استحالة إزالته فالمشتري المطالبة بالتعويض أو فسخ العقد، لكن إذا طرأ تغيير على المبيع من شأنه أن يفيد المشتري فهنا نفرق بين ما إذا كانت هذه الزيادة بفعل الغير فإنها تكون من نصيب المشتري دون أن يكون للبائع الحق في المطالبة بها، أما إذا كان الفعل النافع بفعل البائع كالتحسينات في هذه الحالة للمشتري المطالبة بإزالتها أو استبقائها مع دفع قيمتها¹.

¹ حوحو يمينية، المرجع السابق، ص. ص. 134، 135، 136.

أولاً: التزام البائع بتسليم المبيع حسب المقدار المتفق عليه:

تنص المادة 365 من القانون المدني: "إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا ثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع".

يتضح أنه إذا كان قد حدد مقدار البيع في العقد كالمساحة أو العدد أو الكمية أو الوزن فإنه يجب على البائع تسليم المبيع وفقاً للمقدار دون زيادة أو نقصان.

أ- حالة نقص المبيع:

حيث إذا سلم البائع مبيع فيه نقص في المقدار المتفق عليه يكون مسؤولاً عنه وقد منح القانون للمشتري الخيار في حالة نقص في المقدار إما بإنقاص الثمن أو فسخ العقد لكن شرط أن يكون النقص لا يتسامح به في العرف، لكن إذا كان هذا النقص بالغ الأهمية حيث لو كان يعلمه المشتري قبل العقد لما أتم إبرامه فهنا يطلب الفسخ حتماً.

ب- حالة زيادة المبيع:

تنص الفقرة الثانية من المادة 365 القانون المدني: "وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد وكان الثمن مقدراً بحسب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمناً زائداً إلا إذا كانت الزيادة فاحشة، ففي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه".

ومن هنا يتضح أنه قد يسلم البائع لمبيع يحتوي على زيادة عن المقدار المتفق عليه في العقد وهنا يجب الرجوع إلى الاتفاق القائم بين البائع والمشتري أما إذا لم يوجد اتفاق فيجب التمييز بين أمرين:

1- إذا كان الشيء المبيع غير قابل للتقسيم أو كان تقسيمه يترتب ضررا بالمبيع هنا على المشتري أن يدفع ثمنا يعادل الزيادة، إلا إذا تبين أن الزيادة بلغت قدرا من الجسامة لو كان يعلمها قبل العقد لما أبرمه وهنا يجوز له فسخ العقد.

2- إذا كان المبيع قابلا للتقسيم هنا يكون المشتري ملزما بالمقدار المتفق عليه في العقد ولا يجوز لأحد الطرفين إجبار الآخر على قبول الزيادة في المبيع أو الزيادة في الثمن ما دام المبيع قابل للتقسيم.

ثانيا: تقادم الدعاوى الناشئة عن نقص المبيع أو زيادته:

تنص المادة 366 من القانون المدني: "إذا وجد في قدر المبيع نقص أو زيادة فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقطان بالتقادم بعد مضي سنة واحدة من من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا". ومنه يتضح أن الدعاوى المتعلقة بنقص أو زيادة المبيع تخضع للتقادم قصير المدة وهو سنة كاملة تبدأ منذ إتمام عملية التسليم الفعلي للمبيع¹.

الفرع الخامس: تحمل تبعه الهلاك (آثار الالتزام بالتسليم):

أولاً: تبعه الهلاك قبل التسليم تقع على البائع:

تنص المادة 369 من القانون المدني: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع".

ومن هنا إذا هلك المبيع وهو في حيازة البائع وقبل تسليمه للمشتري ترتب على ذلك انفساخ عقد البيع بقوة القانون، لكن إذا كان الهلاك راجع إلى فعل البائع هنا يكون

¹ دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص. 65، 66، 67.

مسؤولاً عن الهلاك اتجاه المشتري حيث يلزم برد الثمن والتعويض الذي أصاب المشتري.

ثانياً: تبعة الهلاك بعد التسليم تقع على المشتري:

طبقاً للمادة السابقة إذا تم تسليم المبيع للمشتري وهلك هذا الشيء سواء هلكاً كلياً أو جزئياً فإن هلاكه يكون على المشتري وإذا كان ثمن المبيع لم يدفع بعد يكون المشتري هنا ملزماً بدفعه كاملاً للبائع، وإذا كان قد دفعه فلا يجوز له استرداده، وإذا قام البائع بإعذار المشتري بتسليم المبيع وتعتت هذا الأخير دون مبرر في تسلم المبيع ثم هلك فإن المشتري هو من يتحمل تبعة هذا الهلاك، أيضاً إذا كان البائع حاسباً للمبيع بسبب عدم دفع المشتري للثمن لأن عدم التسليم في هذه الحالة يرجع إلى خطأ المشتري وهو امتناعه عن دفع الثمن، إلا إذا تسبب البائع بخطئه في هلاك الشيء المبيع¹.

ثالثاً: حالة تبعة الهلاك الجزئي (نقص قيمة المبيع بسبب الهلاك):

تنص المادة 370 من القانون المدني: "إذا نقصت 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 يبقى البيع مع إنقاص الثمن". فإذا هلك المبيع هلكاً جزئياً وهو في حيازة البائع فإن تحمل تبعة الهلاك تقع عليه وللمشتري الخيار في إنقاص الثمن لجعله يتعادل مع المبيع الذي أصابه نقص وإما طلب فسخ العقد إذا كان الهلاك الجزئي جسيماً.

رابعاً: حالة تبعة الهلاك الكلي للمبيع:

إذا حدث أن هلك المبيع كلياً قبل تسليمه للمشتري بسبب قوة قاهرة أو حدث مفاجئ أي أن البائع لا يد له في ذلك مثل الزلزال والفيضان فيندم المبيع بعد إبرام العقد وقبل

¹ حوحو يمينية، المرجع السابق، ص. ص. 140، 141، 142.

تسليمه هنا يتحمل البائع تبعة الهلاك لأن التسليم لم ينفذ وكان المبيع في حيازته كما يترتب على الهلاك الكلي فسخ العقد لأن فيه استحالة تنفيذ الالتزام¹.

المطلب الثالث: التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق:

لا تبرأ ذمة البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري وإنما يظل ملتزماً اتجاهه بعد ذلك بحق المشتري في ملكية الشيء المبيع ملكية هادئة ودائمة حتى يتمكن من الانتفاع به انتفاعاً كاملاً أبدياً، وهذا يستدعي حتماً أن يمتنع البائع عن أي فعل يصدر منه يعيق انتفاع المشتري بالمبيع سواء كله أو بعضه من جهة، وأن يدفع أي تعرض محتمل من فعل الغير يدعي من خلاله بحق من حقوق الملكية من شأنه أن يعرقل انتفاع المشتري بالمبيع، هذا مع الإشارة أن كل عقد بيع مهما كان وصفه موجب لضمان عدم التعرض الشخصي للمشتري سواء كان بيعاً غير مشهر أو رضائياً أو إدارياً أو قضائياً أو تم بالمزاد العلني.

الفرع الأول: ضمان عدم التعرض الشخصي:

يلتزم البائع بأن يضمن عدم تعرضه شخصياً للمشتري سواء كان تعرض مادي أو قانوني وهذا ما نصت عليه المادة 371 من القانون المدني: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

هذا ويعد التزام البائع بعدم التعرض بنوعيه المادي والقانوني التزاماً بالامتناع عن عمل الذي يتمثل في عدم تعرض البائع للمشتري في ملكيته وانتفاعه بالمبيع، هذا وتعد أعمال التخريب والتعطيل من قبيل التعرض المادي لأنها أعمال مادية تضر المشتري

¹ دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص. 69.

دون أي وجه حق، أما التعرض القانوني يتمثل عادة في ادعائه حقا على المبيع سواء كان الحق سابقا للبيع أو لاحقا له قد يؤدي إلى نزع المبيع من يد المشتري كأن يدعي البائع حق ارتفاق على عقار باعه للمشتري.

والالتزام بضمان التعرض هو التزام قائم بقوة القانون إذ لا حاجة لذكره في العقد لكن القانون أجاز للمتعاقدین الاتفاق على تعديله سواء بالزيادة أو النقصان أو حتى الإسقاط حيث نصت المادة 377 من القانون المدني: "يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص أن يزيذا في ضمان نزع اليد أو ينقصا منه أو يسقطاه".

إذن هو ليس من النظام العام كما اعتبر القانون أن البائع غير ملزم بضمان التعرض عند وجود حق ارتفاق على العقار إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أعلم المشتري بوجود هذا الحق، فوجود حق الارتفاق قرينة على سقوط حق الضمان لكن هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بأن حق الارتفاق غير ظاهر أو أن البائع لم يعلم المشتري بوجوده (المادة 377 فقرة 02 من القانون المدني)¹.

الفرع الثاني: ضمان عدم التعرض الصادر من الغير:

يكون البائع مسؤولا عن ضمان التعرض الصادر بفعل الغير إذا توفرت شروط تضمنتها المادة 371 من ق.م.

أولا: أن يكون التعرض صادر من الغير:

حيث يجب أن يكون التعرض صادرا بفعل الغير والغير هو أجنبي على العلاقة العقدية بين البائع والمشتري.

¹ أقصاصي عبد القادر، مضمون التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي . دراسة تحليلية في ضوء القانون المدني الجزائري، مجلة الحقيقة، المجلد 11، العدد الثاني، جامعة أدرار، من الصفحة 309 حتى الصفحة 317.

ثانيا: وقوع التعرض القانوني:

يجب أن يكون التعرض قانوني بمعنى أن يكون في شكل ادعاء حق من حقوق الملكية على المبيع سواء كان كليا أو جزئيا، كما يجوز أن يكون هذا الحق الذي يدعيه الغير هو حق عيني تبعي.

ثالثا: وقوع التعرض فعلا:

ينبغي أن يقع التعرض فعلا من الغير لأن مجرد احتمال وقوعه لا يوجب الضمان من قبل البائع، وأغلب صور التعرض هو قيام الغير برفع دعوى قضائية ضد المشتري يطالب فيها باستحقاق المبيع أي بملكيته كليا أو جزئيا وهي ما يعرف بدعوى الاستحقاق.

رابعا: حق الغير سابق لعقد البيع أو لاحق له لكن مستمد من البائع:

يجب حتى يكون البائع ملزم بالضمان إذا صدر تعرض من الغير أن يكون الحق الذي يستند إليه الغير قد ثبت له وقت البيع أو استمده من البائع، فإذا أقر الغير أنه استمد حقه من شخص أجنبي لا يكون البائع ملزم بالضمان كما يكون البائع ملزم بالضمان حتى ولو كسب الغير حقه بعد عقد البيع لكن دوما استمده من البائع نفسه.

هذا ويبقى البائع ملزم بالضمان الصادر بفعل الغير اتجاه المشتري في حال استحق المبيع حتى ولو وقع اتفاق بين المتعاقدين على إسقاط الضمان إذا كان سبب نزع اليد هو البائع نفسه، وكل شرط يخالف ذلك يكون باطلا وهذا ما نصت عليه المادة 378 من القانون المدني: "يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك".

الفرع الثالث: تنفيذ الالتزام بضمان التعرض:

إذا صدر تعرض قانوني بفعل الغير بالشروط المذكورة أعلاه فإن البائع يكون ملزماً بتنفيذ التزامه بضمان التعرض ويكون ذلك من خلال:

أولاً: التزام البائع بالتدخل في الدعوى المرفوعة ضد المشتري:

نصت المادة 372 من القانون المدني: "إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقاً لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله إذا أعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري.

فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب وصدر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي به، فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق".

يتضح من النص أنه ينبغي التمييز بين ثلاث حالات:

أ- حالة تدخل البائع في دعوى الاستحقاق:

يقتضي الأمر هنا أن يتدخل البائع في الخصومة وذلك عندما يقوم الغير برفع دعوى ضد المشتري يدعي فيها بحق على المبيع ويجب على المشتري إعلام البائع في الوقت المناسب بالدعوى المرفوعة ضده حتى يتمكن من تنفيذ التزامه بضمان التعرض من خلال تدخله في الدعوى وذلك عن طريق تدخله في الخصومة القائمة بين المشتري والغير، وليس للإعلام شكل خاص بل يتم بكل الوسائل الممكنة المهم في حال النزاع عبء الإثبات يقع على المشتري.

هذا ويستطيع البائع التدخل من تلقاء نفسه حتى بدون إخطار قام يجوز للغير المتعرض هو من أدخل البائع في الخصومة، ومنه إذا تدخل البائع

كطرف ملزم بضمان التعرض أو أدخل فيها من قبل المشتري أو الغير يصبح طرفا في الدعوى إلى جانب المشتري كما يستطيع المشتري الخروج من الخصومة ويحل محله البائع ليصبح طرف أصلي فيها ليصير النزاع بينه وبين الغير، حيث يقوم بدحض إدعاءات الغير فإذا نجح يكون بذلك قد نفذ التزامه بضمان التعرض الصادر من الغير تنفيذا عينيا، أما إذا فشل في دحض الإدعاءات واستحق الغير المبيع فإن التزامه بضمان التعرض يتحول إلى تعويض استحقاق¹.

ب- حالة رفض البائع التدخل في الخصومة رغم إعلامه:

تقتضي هذه الحالة أن المشتري يقوم بإعلام البائع بالدعوى المرفوعة ضده من قبل الغير لكن البائع يرفض التدخل في الدعوى فيبقى المشتري وحده في الخصومة ضد الغير المعترض، وهنا علينا التمييز بين ثلاثة أمور:

الأول أن يقوم المشتري بالدفاع عن نفسه ضد الغير فيتمكن من إثبات أن هذا الغير ليس على حق في دعواه هنا لا يستطيع المشتري العودة على البائع لأنه استحق أصلا المبيع لكن لا مانع أن يعود عليه بالمصروفات القضائية.

الأمر الثاني أن يعترف المشتري بالحق الذي يدعيه الغير أو يجري تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر صدور حكم قضائي لكن بشرط أن يكون هذا الإقرار أو التصالح قد تم بحسن نية، عندئذ يستطيع المشتري الرجوع على البائع بدعوى التعويض الاستحقاق إذا كانت نتيجة الإقرار أو التصالح هو استحقاق الغير للمبيع وهو ما نصت عليه المادة 373 من القانون المدني: "إن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو اعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون أن ينتظر حكما قضائيا متى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب ودعاه ليحل محله فيها دون جدوى، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه".

¹ حوحو يمينية، المرجع السابق، ص. ص. 153، 154.

لكن إذا كان هذا الإقرار أو التصالح قد تم بسوء نية عندئذ لا يكون البائع ملزم بالضمان، حيث يفقد المشتري الرجوع على البائع بدعوى التعويض الاستحقاقى.¹ أما الأمر الثالث يستطيع البائع أن يتخلص من التزامه بالضمان اتجاه المشتري إذا أثبت أن الغير المعترض لم يكن على حق في دعواه وأن المشتري قد تسرع في الإقرار أو التصالح، لكن إذا لم يقم المشتري بالإقرار أو التصالح مع الغير المعترض ولكنه خسر الدعوى في هذه الحالة يعود المشتري على البائع بموجب دعوى الضمان الاستحقاقى¹.

ج- حالة عدم تدخل البائع بسبب عدم إخطاره من قبل المشتري:

قد لا يتدخل البائع في دعوى الاستحقاق لأن المشتري لم يخطره في الوقت المناسب هنا يمكن أن ينجح المشتري في دفع دعوى المتعرض حيث تقضى المحكمة بحق المشتري على المبيع فيزول التعرض، أما إذا أقر المشتري بحق الغير على المبيع أو تصالح معه أو حتى أنه خسر الدعوى حيث تقضى المحكمة باستحقاق الغير كلياً أو جزئياً على المبيع، كما يثبت البائع أنه لو تدخل في دعوى الاستحقاق لرفضت دعوى المعترض على خلاف ما اعتقده المشتري، في هذه الحالة لا يحق للمشتري الرجوع على البائع بالتعويض الاستحقاقى لأن المشتري قصر في إخطار البائع في الوقت الملائم وأن البائع أثبت أنه لو تدخل لما نجح الغير في دعواه.

لكن قد يتجنب المشتري نزع اليد عن الشيء المبيع كله أو بعضه فيقوم بدفع مبلغ من النقود للغير المعترض أو أن يقوم بإعطائه شيء آخر مقابل المبيع في هذه الحالة يكون البائع ملزم بأن يرد مبلغ النقود المدفوع للمشتري أو يدفع له قيمة ما أداه من شيء آخر كما يلتزم البائع إلى جانب ذلك أن يدفع له المصاريف القضائية، وهو ما نصت عليه المادة 374 من القانون المدنى: "عندما يتجنب المشتري نزع اليد عن الشيء المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من

¹ حوحو يمينية، المرجع السابق، ص. ص. 155، 156.

النقود أو بأداء شيء آخر، فعلى البائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري ما دفعه من النقود أو قيمة ما أداه من شيء آخر مع مصاريف الخصام¹.

ثانيا: التعويض الاستحقاقى:

ينشأ للمشتري حق في التعويض الاستحقاقى إذا عجز البائع في تنفيذ التزامه بضمان التعرض تنفيذا عينيا وذلك وفقا لما ذكر أعلاه، حيث يفشل في دفع التعرض الصادر من فعل الغير أمام القضاء فيستحق الغير المبيع فيصدر جراء ذلك حكم بنزع يد المشتري عن المبيع لذلك وجب على البائع تنفيذ التزامه عن طريق التعويض لكن المشتري له الحق أيضا في أن يطالب بفسخ العقد أو إبطاله كما هو مقرر في الفقرة الأخيرة من المادة 375 من القانون المدني " ... كل ذلك ما لم يقيم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله".

أ- التعويض في حالة نزع اليد الكلي:

يستحق المشتري التعويض عن نزع يده كليا عن المبيع كما في حالة مثلا تعرض الدائن المرتهن للمشتري فينتهي الأمر ببيع العقار المرهون في المزاد العلني، أو أن يكون سند ملكية البائع باطلا أو قابل للإبطال حيث يترتب عن ذلك فقدان المشتري لملكيته بأثر رجعي، وقد نصت المادة 375 من القانون المدني على المبالغ الموجب دفعها من طرف البائع عن نزع يد المشتري كليا عن المبيع حيث يكون لهذا الأخير المطالبة بها، وطبقا لنص هذه المادة فإن التعويض الاستحقاقى عن النزع اليد الكلي يبلغ مبالغ محددة تكون جميعها المبلغ الإجمالي للتعويض، والقانون ألزم البائع بدفع جزء منها كما ألزم المالك الجديد دفع البعض منها وهي كالتالي:

¹ حوحو يمينية، المرجع السابق، ص. ص. 156، 157.

1- قيمة المبيع وقت نزع اليد:

وهنا يحصل المشتري على قيمة المبيع وقت نزع اليد وليس وقت العقد حيث تخضع قيمة المبيع إلى تغير السوق بالزيادة أو النقصان.

2- قيمة الثمار التي التزم المشتري بردها:

لأن الغير يستحق المبيع وثماره والمادة ألزمت البائع بأن يدفع ضمن التعويض الاستحقاقى ثمار المبيع التي قبضها المشتري وأجبر على ردها، لكن إذا لم يكن المشتري غير ملزم بردها فلا يحق له مطالبة البائع بها.

3- المصروفات التي أنفقها المشتري على المبيع لحفظه وصيانتة:

حيث يحق للمشتري كحائز للمبيع مطالبة المالك الجديد بها، هذه المصروفات هي ضرورية حتى يحافظ على الشيء المبيع لأنه بحوزته وتجدر الإشارة أنه يجوز للمشتري مطالبة هذه المصاريف من المعارض الذي استحق المبيع وليس من البائع (المادة 839 من القانون المدني).

4- المصروفات النافعة:

والتي تمثل المصاريف التي دفعها المشتري على المبيع من أجل الزيادة في قيمته مثل الأشجار المغروسة أو تحسين البناية، وهنا يفرق القانون بين حسن وسوء النية فإذا كان حسن النية فله الرجوع على المالك الجديد للمطالبة بها أو يطالبه بقيمة الشيء بسبب الزيادة (المادة 785 من القانون المدني)، أما إذا كان المشتري سيء النية هنا يستطيع الغير المطالبة بإزالة هذه المنشآت أو يبقيا مقابل دفع قيمتها أو إزالتها مع دفع تعويض إذا سبب ذلك ضرر أو يدفع ثمن يساوي ما زاد في قيمة الأرض (المادة 784 من القانون المدني).

5- مصروفات دعوى الضمان والاستحقاق:

يستطيع المشتري الذي نزعت يده عن المبيع أن يعود على البائع بجميع المصاريف القضائية التي أنفقها بسبب الدعاوى المرفوعة ضده من قبل الغير أو التي رفعها هو للمطالبة بالتعويض الاستحقاقى مثل أتعاب المحامي

والرسوم القضائية، لكن القانون يستثني منها المصاريف التي كان بإمكان المشتري تفاديها لو أخطر البائع في الوقت المناسب.

6- التعويض عما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب:

حيث يمكن للمشتري الرجوع على البائع بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، ويعتبرها الفقه كل المصاريف التي أنفقت في إبرام العقد كأتعاب الموثق ورسوم التسجيل والخبرة إلى غير ذلك أو فقدانه صفقة مربحة بسبب شرائه المبيع¹.

ب- التعويض في حال نزع اليد الجزئي:

تنص المادة 376 من القانون المدني: "في حالة نزع اليد الجزئي أو في حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه.

وإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة، لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع".

من خلال النص يتضح أنه يجب التفرقة بين أمرين الأول إذا بلغت خسارة المشتري قدرا من الجسامة لو علم بها قبل إبرام العقد لما أتمه هنا له الحق في المطالبة برد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه في مقابل حصوله على التعويض الاستحقاقي المنصوص عليه في المادة 375 من القانون المدني، أما الثاني فهو إذا اختار المشتري استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقته لم تكن جسيمة فهنا ليس له إلا بالمطالبة بالتعويض الجزئي عن الضرر الذي لحقه².

¹ حوحو يمينية، المرجع السابق، ص. ص. 157، 158، 159 و 160.

² حوحو يمينية، المرجع السابق، ص. ص. 161، 162.

المطلب الرابع: التزام البائع بضمان العيوب الخفية:

إن التزام البائع بضمان العيوب الخفية أمر تقتضيه طبيعة عقد البيع في حد ذاته وهذا لا يتحقق إلا بخلو المبيع من العيوب التي تحول دون انتفاع المشتري انتفاعا كاملا ومفيدا بالمبيع، وهذا ما تضمنته المادة 379 من القانون المدني: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها.

غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا عنه".

يتضح من نص المادة أن القانون ذكر العيب الذي يكون محلا للضمان وهو أن يكون عيبا خفيا أو تخلف الصفة في المبيع.

الفرع الأول: مفهوم العيب الخفي:

لم يعرف القانون العيب الخفي لذلك اهتم الفقه بتعريفه معتمدين بذلك على ما جاء به فقهاء الشريعة خاصة ومن هذه التعريفات ما قرره محكمة النقض المصرية بأنه: "العيب الذي تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع". وقد نقلت هذا التعريف من حاشية ابن عابدين في الفقه الحنفي¹. ومن هنا يمكن القول على أن كل هذه التعاريف أجمعت على

¹ درماش بن عزوز، تطوير آلية العيب الخفي في مجال حماية المستهلك دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية المجلد الأول، العدد 25، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ص. 55.

أنه هشاشة تعتري الشيء على غير المألوف في حالته العادية كالصدع في الجدار أو خدش في السيارة، كما عرفه البعض الآخر أنه النقائص الموجودة في المبيع والتي لا تظهر عند فحصها والكشف عنها والتي تمنع المشتري من استعماله وفقا للغاية المعدة له، ومنه يمكن القول أن العيب الموجب للضمان هو آفة تكون في المبيع ولا تظهر عند فحصه وهي تنقص من قيمته ومن الانتفاع به، وما تجب الإشارة له أن المادة السابقة قد اعتبرت تخلف الصفة في المبيع تعتبر عيبا في المبيع مع أنها تختلف عنه، هذا ويجب توافر شروط في العيب الخفي:

أولاً: أن يكون العيب قديماً:

يجب أن يكون العيب موجوداً في المبيع وقت تسليمه للمشتري لأن البائع ملزم بتسليم مبيع خالي من العيوب، ذلك أن العيب الموجب للضمان هو ذلك الذي يكون موجود وقت البيع ويظل موجوداً إلى حين التسليم فلو ظهر العيب بعد البيع وقبل التسليم اعتبر عيباً طارئاً موجب للضمان وإذا كان المبيع معيباً بالذات وجب توفر العيب وقت البيع لأن العيب يلحق بالمبيع عندما تتحقق ذاتيته، أما إذا كان معيباً بنوعه فيعتد بوجود البيع وقت الإفراز ويقع عبء إثبات العيب على المشتري الذي يدعي بوجوده.

ثانياً: أن يكون العيب خفياً:

لا يضمن البائع العيب إذا كان ظاهراً وإنما ينبغي أن يكون خفياً لأن المشتري ملزم بتفحص المبيع بعناية الرجل العادي، فلو تسلم المبيع به عيب ظاهر دون اعتراض يكون المشتري في هذه الحالة قد تنازل عن حقه في الضمان، ويظل العيب خفياً إذا فحصه المشتري لكن لم يظهر له لنقص خبرته عن مستوى الرجل العادي، لذلك يلتزم البائع بالضمان حتى ولو قام المشتري بتفحصه لكنه تعذر عليه إدراك العيب لأنه يفتقد لخبرة الرجل العادي.

ثالثا: أن يكون العيب مؤثرا:

وهذا معناه أن يكون من شأنه أن ينقص من قيمة المبيع أو من منفعته التي قصدها المشتري، فيؤثر العيب في قيمة الشيء المبيع أو منفعته أو حسبما يظهر من طبيعته، لكن جرى العرف بألا ضمان في العيب المتسامح به¹.

رابعا: ألا يكون العيب معلوم للمشتري وقت البيع:

يجب أن يكون العيب غير معلوم بالنسبة للمشتري فعلمه بالعيب عند عقد البيع أو عند التسلم دون إبداء أي موقف فإنه يمنع عليه الرجوع على البائع بالضمان لأنه بذلك قد تنازل عن حقه وهو ما قرره الفقرة الثانية من المادة 379 المذكورة أعلاه، ويجب أن يكون علم المشتري بالعيب علما حقيقيا وليس احتماليا ويقع عبء إثبات هذا العلم على عاتق البائع لأن الأصل هو عدم رضا المشتري بالمبيع المعيب، وعلم المشتري بالعيب واقعة مادية يجوز إثباتها بمختلف وسائل الإثبات، كما يكون البائع ملزم بالضمان حتى ولو كان هو شخصا يجهل بوجود العيب لأنه لا عبرة بجهل البائع للعيب، لكن قد يترتب على علمه بالعيب وإخفائه على المشتري افتراض غشه وتدليسه مما ينجم عنه تشديد مسؤوليته².

الفرع الثاني: تخلف الصفة في المبيع:

لقد ألحق القانون تخلف الصفة بالعيب الخفي وأخضعهما لحكم واحد، حيث أن انعدام الصفة المشروطة في المبيع تمنح الحق للمشتري في الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب الخفي، كما لا يخضع فوات الصفة إلى شروط العيب الخفي المذكورة حيث أن تخلف الصفة يوجب الضمان حتى ولو كان المبيع غير معيب.

¹ درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص. 57.

² درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص. 58.

هذا ولا يشترط أن تكون الصفة المتخلفة جوهرية أو يكون لتخلفها أثر على منفعة المشتري بالمبيع أو بالهدف المنشود منه إنما يكفي عدم وجودها في المبيع رغم اشتراطها من قبل المشتري، فمعيار العيب الخفي هو معيار موضوعي في حين تخلف الصفة هو معيار شخصي، هذا ويعد تخلف الصفة في المبيع بمثابة التزام بالمطابقة في المبيع الذي يتعين على البائع تنفيذه ولو أن القانون لم يتناول الالتزام بالمطابقة كالالتزام مسمى قائم بذاته¹.

ومنه ويمكن القول أن الالتزام بالمطابقة يختلف عن تخلف الصفة من حيث أن الالتزام بالمطابقة يشمل على العديد من العناصر التي ينبغي على البائع تنفيذها عند تسليم الشيء المبيع فيلتزم بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع دون زيادة أو نقصان كما يتوجب عليه تسليم الشيء بالصفات المتفق عليها وكل هذا نص عليه المشرع في المواد 364، 365، 366 و379 من القانون المدني عندئذ يمكن استنتاج أن الالتزام بالمطابقة وإن لم يتناوله القانون كالالتزام قائم بذاته إلا أنه موجود ضمن هذه المواد.

كما تجب الإشارة إلى أن القانون أضاف إلى العيب الخفي وتخلف الصفة ضمان صلاحية المبيع لمدة معينة حيث يضمن البائع فيها صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة وهو ما يعد تشديدا للالتزام بضمان العيوب الخفية، حيث يشترط

¹ الالتزام بالمطابقة هو التزام البائع لأن يكون المبيع وقت التسليم سواء كان منتجا أو خدمة مطابقا للمواصفات والشروط والرغبات المشروعة للمستهلكين سواء الواردة في القوانين واللوائح والمقاييس والعادات المهنية أو الواردة في أحكام العقد بما يضمن الصلاحية لوجه الاستعمال، أو هو تعهد البائع بأن يكون المبيع وقت التسليم موافقا للشروط المتفق عليها في العقد صراحة أو ضمنا ومحتويا على المواصفات التي تجعله صالحا للاستعمال بحسب طبيعته وعلى وفق غرض المشتري بما يضمن حسن الانتفاع به وتوقي أضراره، أنظر في ذلك سليمان براك دايع الجميلي ومحمد مهدي نزال المساري، الإطار القانوني لضمان المطابقة عند تسليم المبيع (دراسة تحليلية مقارنة)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 17 العدد الثاني لسنة 2022، جامعة تيزي وزو، ص. 164.

المشتري على البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة كسنة أشهر مثلا أو سنة كما جرت عليه العادة في بعض المبيعات كالألات الكهرومنزلية¹.

الفرع الثالث: حالة فقدان المشتري الحق في الضمان:

يفقد المشتري حقه في الضمان بموجب القانون أو بموجب الاتفاق

أولا: فقدان المشتري الحق في الضمان بموجب القانون:

يسقط حق المشتري في الضمان في الحالات التالية:

أ- فقدان المشتري الحق في الضمان في البيوع الإدارية والقضائية:

يفقد المشتري الحق في الرجوع على البائع بالضمان للعيوب الخفية في البيوع القضائية والإدارية وهذا ما نصت عليه المادة 385 من القانون المدني: "لا ضمان للعيوب في البيوع القضائية والبيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد العلني".

ب- سقوط حق المشتري في الضمان في حالة تقادم الحق بسنة:

أخضع القانون الحق في الضمان إلى التقادم المسقط قصير المدى أي بمرور سنة من تسليم المبيع وهذا حسب نص المادة 383 من القانون المدني: "تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع، حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل، ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول".

غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم، متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه".

والمقصود بالتسليم هو التسليم الفعلي لا الحكمي، إلا أن غش البائع الذي يعتمد إخفاء العيب يترتب عنه سقوط الدعوى بالتقادم الطويل المدى وهو 15 سنة.

¹ حوحو يمينية، المرجع السابق، ص. ص. 167، 168 و169.

ج- إهمال المشتري فحص المبيع في الوقت الملائم وإخطار البائع بالعيب في الأجل المقبول:

ينبغي على المشتري أن يتفحص المبيع عند تسلمه، حيث يتضح من خلال المادة 380 من القانون المدني أن المشتري ملزم بإخطار البائع بالعيب فور اكتشافه حتى يتمكن من مطالبة البائع بالضمان من خلال رفع دعوى الضمان أو أن يفضل البائع إصلاح العيب، ويتم الإخطار بكل الوسائل المعروفة ويقع عبء إثبات الإخطار على المشتري، وبالنسبة لأجل الإخطار يتضح من نص المادة 381 ق. م أنها لم تحدد أجلا لذلك، وإذا كشف المشتري عن العيب ولم يخطر البائع بذلك العيب في أجل معقول أو إذا لم يتم بفحص المبيع فور تسلمه اعتبر راضيا بالمبيع بما في ذلك العيب (المادة 380 فقرة 02 من القانون المدني).

د- زوال العيب الموجب للضمان:

يفقد المشتري الحق في الرجوع بالضمان على البائع إذا زال العيب نهائيا أي أن العيب كان عرضي ومؤقت وزال تلقائيا، أما إذا كان العيب متقطع وليس نهائيا فللمشتري الحق في الرجوع بالضمان على البائع.

هـ - تصرف المشتري في المبيع بعد كشف العيب:

إذا تصرف المشتري في المبيع رغم علمه بالعيب فهذا يترتب عنه سقوط حقه في الرجوع على البائع بالضمان لأن المشتري يكون قد تنازل عن حق الضمان صراحة أو ضمنا¹.

¹ حوحو يمينية، المرجع السابق، ص. ص. 169، 170، 171.

ثانيا: فقدان المشتري الحق في الضمان بموجب الاتفاق:

إن ضمان العيوب الخفية أو تخلف الصفة ليس من النظام العام وإنما يجوز للمتعاقدین الاتفاق على خلاف ذلك، حيث يمكن لهما الزيادة في الضمان فيتم تشديد الضمان على البائع إذ ينبغي أن يكون هذا التشديد محددا ودقيقا كأن يكون الضمان لمدة أطول أو كأن يشمل الضمان على كل العيوب الجسيمة منها والتافهة.

كما يجوز الاتفاق على إنقاص الضمان حيث يتم التقليل من التزامات البائع بحيث يتفق مع المشتري على ألا يتحمل ضمان كل العيوب الجسيمة وإنما يضمن بعضها فقط أو كأن يرد الاتفاق على تقصير مدة تقادم الضمان.

وقد يتفقا على إسقاط الضمان حيث لا يكون البائع ضامنا للعيوب الخفية أو تخلف الصفة المتفق عليها في المبيع إلا إذا شمل العقد على شرط صريح يقضي بالضمان، ويجب في كل الأحوال سواء الإنقاص أو الإسقاط أن يكون البائع حسن النية أي لم يكن عالما بوجود العيب أو لم يخفه غشا وإلا كان الاتفاق باطلا ويبقى البائع ملزما بالضمان¹.

الفرع الرابع: دعوى ضمان العيب الخفي وتعويض المشتري:

حتى يتحصل المشتري على الضمان يجب أن يكون قد تفحص المبيع بعناية الرجل العادي بعد تسلمه المبيع تسلما فعليا لا حكما وإذا اكتشف العيب يجب إخطار البائع في مدة معقولة وعلى البائع تنفيذ التزامه بتنفيذا عينيا من خلال إصلاح العيب وإلا قام المشتري برفع دعوى الضمان للحصول على التعويض خلال مدة سنة، هذا وقد تكون مدة رفع الدعوى أطول من سنة إذا حصل اتفاق على ذلك أو أقل من سنة غير أنه لا يجوز للبائع التمسك بسنة التقادم إذا أخفى العيب غشا منه، ويترتب على دعوى ضمان العيوب الخفية أن يتم تعويض المشتري على أساس المبالغ المستحقة في

¹ دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص. 88، 89.

التعويض الاستحقاقى حيث أخضع القانون التعويض فى دعوى ضمان العيب الخفى إلى التعويض الموجب فى دعوى ضمان الاستحقاق، لذلك يجب التمييز بين حالتين:

أولاً: حالة العيب الجسيم:

إن معيار العيب الجسيم هو معيار شخصى خاص بالمشتري حيث لو علم به قبل البيع لما أبرم العقد ومتى كان الأمر كذلك كان للمشتري الحق فى رد المبيع مع ثماره إلى البائع مقابل حصوله على تعويض يشمل المبالغ المذكورة فى التعويض الاستحقاقى الكلى المنصوص عليه فى المادة 375 من القانون المدنى كما يستطيع استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب.

ثانياً: حالة العيب غير الجسيم:

كذلك يعد معيار العيب غير الجسيم معيار شخصى بحيث فى هذه الحالة لو علم به المشتري قبل العقد لدفع ثمن أقل فى المبيع، هنا لا يرد المشتري المبيع وإنما يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب كما يستطيع مطالبة بإصلاح العيب أو يقوم هو بإصلاحه على نفقة البائع أو أن يطالبه بالفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمه معيماً، هذا ويستطيع المشتري أن يختار دعوى فسخ العقد على أساس عدم قيام البائع بتنفيذ التزامه أو على أساس الغلط كعيب من عيوب الرضا وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 375 من القانون المدنى.

كما نصت المادة 382 من القانون المدنى على أن دعوى الضمان تبقى قائمة ومستمرة حتى ولو هلك المبيع المعيب فى يد المشتري بأي سبب من الأسباب لكن شريطة ألا يكون الهلاك بسبب المشتري لأن فى هذه الحالة يكون هو المتسبب فى الهلاك ويفقد بذلك الحق فى الرجوع بالضمان¹.

¹ حوحو يمينه، المرجع السابق، ص. ص. 171، 172، 173.

المبحث الثاني: التزامات المشتري:

في حقيقة الأمر أن التزامات المشتري لا يظهر فيها شيء جديد لأنها تحصيل حاصل لالتزامات البائع، فهو يقوم بدفع الثمن وهذا هو أهم التزام يلتزم به وينفرد به وقد سبق التطرق لعنصر الثمن وكيفية تحديده في المحل في عقد البيع، كما يلتزم بالتسليم بعد أن يقوم البائع بالتسليم ويدفع نفقات التسليم بعد أن تدفع نفقات التسليم من قبل البائع، هذا ويتحمل تبعه الهلاك بعد التسليم بعد أن كان يتحملها البائع قبل التسليم، هذا كله دون نسيان حقه في حبس الثمن إذا لم يقم البائع بأي من الالتزامات الملقاة على عاتقه.

المطلب الأول: الالتزام بدفع الثمن:

الثمن هو مبلغ من النقود أو ما يقوم مقامها يتفق عليه المتعاقدين وقد تم التطرق له سابقا، أما بخصوص زمن الوفاء بالثمن فتتص المادة 388 من القانون المدني: "يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك".

يتبين من النص أن المشرع ربط زمن دفع الثمن بوقت تسليم المبيع، إلا أن هذه الأحكام لا تتعلق بالنظام العام ومن ثم يجوز للمتعاقدين مخالفتها كأن يتفقا على أن يدفع الثمن قبل التسليم أو بعده أو يتم دفع الثمن مرة واحدة أو بالتقسيط، أما عن مكان الوفاء بالثمن فتتص المادة 387 من القانون المدني: "يدفع ثمن المبيع من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، فإذا لم يكن ثمن المبيع مستحقا وقت تسلم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاقه الثمن". يتضح أن الثمن يكون مستحقا في مكان التسليم إلا إذا وجد اتفاق

مخالف، غير أنه في حال عدم وجود اتفاق وكان الثمن غير مستحق يوم التسليم وجب الوفاء به في مكان تواجد المشتري وقت استحقاق الثمن¹.

الفرع الأول: حق المشتري في حبس الثمن:

تنص المادة 388 فقرة 02 من القانون المدني: "... فإذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق أو آل من البائع أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري جاز له إن لم يمنعه شرط في العقد أن يمسك الثمن إلى أن ينقطع التعرض أو يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن إذا ظهر للمشتري عيب في الشيء المبيع". يتبين أن للمشتري حق حبس الثمن في الحالات التالية:

- إذا تعرض أحد للمشتري استنادا إلى حق سابق على المبيع أو آل إليه من البائع وهي ما يعرف بحالة التعرض القانوني ويشترط في هذه الحالة أن يكون البائع ضامنا.
- إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري وهنا لا يشترط القانون التعرض فعلا وإنما اكتفى بوجود أسباب تدعو المشتري أن يخاف من نزع المبيع من يده وبهذا يكون المشرع قد خرج عن أحكام التعرض التي تقتضي وقوعه فعلا لا مجرد احتمال، ولعل الحكمة من ذلك هو أن المشتري لو أرغم على دفع الثمن ووقع التعرض فعلا فإنه يفقد جدية رجوعه على البائع خاصة إذا أشهر إفلاسه.

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بدفع الثمن:

إذا لم يقيم المشتري بدفع الثمن وفقا للاتفاق يكون بذلك مخلا بتنفيذ التزامه ومن ثم كان للبائع وفقا للقواعد العامة أن يطالبه بالتنفيذ العيني أو فسخ العقد مع التعويض، كما له أن يحبس المبيع حتى يقوم المشتري بدفع الثمن حيث تنص المادة 390 من

¹ دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص. ص. 90، 91، 92.

ق. م: "إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال، جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق ولو قدم له المشتري رهنا أو كفالة، هذا ما لم يمنحه البائع أجلا بعد انعقاد البيع.

يجوز كذلك للبائع أن يمسك المبيع ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقا لمقتضيات المادة 212". هذا وينشأ الحق في الحبس في حالتين:

أولاً: حالة ما يستحق الثمن قبل تسليم المبيع إلى المشتري:

فيكون للبائع أن يحبس المبيع عن المشتري إذا تخلف المشتري عن دفع الثمن حتى يوفي بالتزامه.

ثانياً: حالة ما إذا كان الثمن مؤجلاً:

إلى وقت لاحق لميعاد التسليم ثم سقط الأجل الممنوح للمشتري لقيام سبب يسقط الأجل فيصبح دفع الثمن مستحق الدفع، وسقوط الأجل يسقط وفقاً لأحد الأسباب التي جاءت بها المادة 212 من القانون المدني في حال شهر الإفلاس وفق القانون أو إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى من تأمين خاص.

المطلب الثاني: التزام المشتري بدفع نفقات وتكاليف المبيع:

تنص المادة 393 من القانون المدني: "إن نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك". وتشمل نفقات المبيع مصاريف تحرير العقد ومصاريف استخراج الشهادات العقارية ورسوم التصديق على التوقيعات والطابع ورسوم تسجيل العقار... إلخ، أما عن تكاليف المبيع وفقاً لنص المادة 389 من القانون المدني والتي تشمل الضرائب ومصروفات حفظ المبيع وصيانته ومصروفات استغلاله.

المطلب الثالث: التزام المشتري بتسلم المبيع:

تنص المادة 394 من القانون المدني: "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسلم". مع الإشارة إلى أن نفقات التسلم يتحملها المشتري وذلك حسب ما تم دراسته آنفا (المادة 395 من القانون المدني)¹.

¹ دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص. ص. 94، 95، 96.

المحور الثاني:

عقد الإيجار

يعتبر عقد الإيجار من أهم العقود المسماة وأكثرها انتشارا بين الأشخاص، فهو الإطار القانوني الذي يجمع بين طائفتين من الناس هما المؤجرين والمستأجرين بالرغم من تعارض مصالحهما، هذه المصالح المتعارضة هي ما جعلت المشرع وهو بصدد تنظيمه لهذا العقد يحاول إيجاد توافق إلى أبعد الحدود بين هذه المصالح¹، ومن أجل دراسة عقد الإيجار من كل الجوانب والنواحي سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى قسمين نخصص القسم الأول منها لانعقاد عقد الإيجار وذلك طبعاً بعد تعريفه وذكر أهم خصائصه وتمييزه عن باقي العقود، أما القسم الثاني فيتم التطرق فيه لآثار عقد الإيجار ونتطرق فيها للالتزامات المؤجر والمستأجر.

الفصل الأول:

ماهية عقد الإيجار

عقد الإيجار من أهم العقود التي ترد على المنفعة وهو يجمع بين طائفتين مختلفتين في التوجهات والمصالح المتضاربة، وهم المؤجرين الذين يسعون لاستثمار عقاراتهم ومنقولاتهم باختلافها عن طريق التنازل عن حق المنفعة، أما المستأجرين فهم الباحثين عن العقارات والمنقولات والأشياء لاستغلالها لتلبية لحاجياتهم الشخصية وحتى الوظيفية، لذلك كان لزاماً على المشرع محاولة التوفيق بين الفئتين بتنظيمه لهذا العقد خاصة من حيث انعقاده وشروط صحته وأطرافه وكذا شكله، وهو ما سنحاول التطرق إليه بشكل من التفصيل في المبحث الأول.

¹ هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني وفق أحدث النصوص المعدلة (القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007) الطبعة الأولى، جانفي 2010، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، ص. 11.

المبحث الأول:

انعقاد عقد الإيجار

المطلب الأول: تعريف وخصائص عقد الإيجار

الإيجار عقد يتم بين شخصين الأول يأخذ مركز قانوني يدعى المؤجر والثاني يأخذ مركز قانوني يسمى المستأجر، بحيث لم يعرف الأمر رقم 58.75 المتضمن القانون المدني الجزائري الإيجار وإنما فقط أشار إلى أنه ينعقد بموجب اتفاق يتم بين المؤجر والمستأجر ولم يحدد له شكلا معينا، بحيث ينقد بمجرد تطابق إرادتي المتعاقدين¹.

الفرع الأول: تعريف عقد الإيجار

عرفت المادة 467 من القانون رقم 05.07 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن تعديل القانون المدني الأخير²، الإيجار بأنه عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم، كما أضافت أن بدل الإيجار يكون نقدا أو بتقديم أي عمل آخر.

الفرع الثاني: خصائص عقد الإيجار

من أهم خصائص عقد الإيجار وفق الأحكام المنظمة له في القانون المدني ما يلي:

¹ خلفوني مجيد، الإيجار المدني في القانون الجزائري، طبعة مزيعة آخر تعديل القانون رقم 17.11 المؤرخ في 27 ديسمبر 2017 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، بدون طبعة، دار هومة للنشر والتوزيع، جوان 2018، الجزائر، ص. 127.

² القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، المتضمن تعديل القانون رقم 58.75 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 31، الصادرة بتاريخ 13 مايو 2007، ص. 03.

أولاً: عقد الإيجار ملزم لجانبين:

بمعنى أنه يترتب التزامات متبادلة على عاتق طرفيه، فيرتب على المؤجر التزام بتسليم العين المؤجرة والمستأجر ملزم بدفع بدل الإيجار، فبسبب التزامات أحد الأطراف هو التزام الطرف الآخر.

ثانياً: عقد الإيجار عقد معاوضة:

ذلك أن كل طرف يأخذ مقابل لما يعطيه وبذلك هو ما يميزه عن عقد العارية الذي يكون فيه استعمال المستعير للشيء المعار دون مقابل.

ثالثاً: عقد الإيجار من عقود المدة أو العقود الزمنية:

عقود المدة هي العقود المستمرة في الزمان إذ للوقت فيها دورا مهما حيث تقاس الالتزامات فيها بالوحدات الزمنية كالشهر والسنة واليوم، ومدة انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة تجعل المؤجر مستحقاً للأجرة، وهذا ما يميز أيضاً عقد البيع عن الإيجار ذلك أن التزامات البائع والمشتري فورية ولو أخذت مدة من الزمن، أما التزامات المؤجر والمستأجر فهي دورية متجددة التنفيذ.

رابعاً: عقد الإيجار يرد عادة على الأشياء غير قابلة للاستهلاك:

ذلك أن هذا العقد يمنح للمستأجر حق الانتفاع بالعين المؤجرة مدة زمنية معينة على أن يعيدها عند انتهاء تلك المدة، وهذا ما يجعل الأشياء القابلة للاستهلاك والزوال لا تصلح أن تكون محلاً له كالمأكولات والنقود لأن هذه الأخيرة يختص بها القرض، لكن لا مانع من أن تكون الأشياء المؤجرة قابلة للاستهلاك بطبيعتها شرط ألا تكون مؤجرة لهذا الغرض (الاستهلاك)¹.

¹ هلال شعوة، المرجع السابق، ص. ص. 15، 16، 17.

خامسا: عقد الإيجار عقد شكلي:

اتجه القانون المدني إلى جعل عقد الإيجار من العقود الشكلية بعد ما كان عقدا رضائي لا يشترط لانعقاده شكلا معيناً وذلك ما يفهم من استقراء أحكام الأمر رقم 75.58، حيث بدأ المشرع بذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم 93.03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري حيث أوجب على أن تجسد العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين وجوبا في عقد إيجار طبقا للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم ويحرر كتابيا بتاريخ مسمى، لكن سرعان ما ألغي هذا المرسوم بموجب القانون رقم 11.04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المتضمن القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية¹، ويكون بذلك قد انفرد القانون المدني لسنة 2007 بتنظيم عقد الإيجار حيث نص على الشكلية في المادة 467 مكرر منه والتي جاء فيها: "ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا".

المطلب الثاني: تمييز عقد الإيجار عن باقي العقود

قد يختلط الأمر على المتعاقدين بسبب عدم علمهم بحقيقة العقد المراد إبرامه أو حتى يتعمدا ذلك بقصد إخفاء عقد آخر، لذا يجب على القاضي إعطاء تكييف صحيح للعقد محل النزاع، لأنه التكييف الصحيح يمكن من تطبيق النصوص القانونية السليمة كما أنه مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا.

الفرع الأول: الإيجار والبيع

سبق التطرق لهذا التمييز في عقد البيع.

الفرع الثاني: الإيجار والمقاول

بالرغم من أن عقد المقاول من العقود الواردة على العمل بعكس عقد الإيجار الذي يرد على المنفعة، وهو عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي

¹ خلفوني مجيد، المرجع السابق، ص. ص. 264، 265.

عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، لكن قد يحدث اللبس في ما إذا كان العقد إيجارا أم مقاوله في الحالة التي تضع فيها شركات الهاتف والكهرباء والماء والغاز معدات كالعدادات أو أجهزة الهاتف في خدمة الزبون فهل نكون أمام إيجار أو مقاوله.

وهنا ذهب الرأي الراجح لاعتبار هذه العقود مقاوله وما وضعت هذه المعدات إلا لتسهيل الخدمة أو الخدمة التي تقدمها تلك الشركات، وكذلك العقد بين الزبون وشركة النقل حينما يبرما عقد يرد على سيارة لإجراء تنقلاته فهل نكون أمام استئجار للسيارة أم عقد مقاوله بينهما، وهنا قد وظف الفقهاء معيار السيطرة والتحكم في وسيلة النقل فإن كان الزبون هو المتحكم والمسيطر ويتحكم في السيارة كان العقد إيجارا، وإن تولت الشركة السيطرة والقيادة كان العقد مقاوله¹.

الفرع الثالث: الإيجار والوديعة

عقد الوديعة . بعكس الإيجار الذي يرد على المنفعة . هو الآخر من العقود الواردة على العمل وهو عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه مدة ويرده عينا، ورغم أن محل الوديعة هو حفظ الشيء محل الوديعة من طرف المودع لديه ولا ينتفع به كما هو الحال في عقد الإيجار وللمودع أن يطلب الوديعة بمجرد طلبه، لكن قد يحدث الخلط بين العقدين في حال إيداع شخص أشياء قيمة في خزانة البنك فهل يكون عقد إيجار للخزينة أم عقد وديعة يلتزم فيها البنك بحفظ الأشياء المودعة في الخزنة.

لقد استقر الرأي الراجح على أن العقد وديعة لأن التزام البنك يتمثل في المحافظة على الخزينة ويكون مسؤولاً في حال تلف الأشياء والاحتمال الآخر هو إبرام صاحب السيارة عقد مع صاحب مرآب فهل نكون أمام عقد إيجار أم وديعة، وهنا يتدخل الغرض الذي من أجله أبرم العقد فمتى كان الغرض هو إيواء السيارة فقط والمحافظة

¹ هلال شعوة، المرجع السابق، ص. 21، 22.

عليها تكون على مالکها فالعقد هنا إيجار للمرآب، أما إذا كان الغرض هو محافظة صاحب المرآب على السيارة فالعقد يكون وديعة¹.

المبحث الثاني: أركان عقد الإيجار

لكي ينعقد الإيجار صحيحا مرتبا لأثاره القانونية يجب أن تتوفر كل أركانه من رضا ومحل وسبب إضافة إلى الشكل اللازم لينعقد العقد، وعليه يجب أن يصدر رضا متبادل من الطرفين ويكون بتطابق الإرادتين حول المسائل الجوهرية في عقد الإيجار ألا وهي نوع العقد والعين المنتفع بها، بدل الإيجار والمدة كما يتوجب أن تكون إرادة الطرفين حرة سليمة لم يلحقها عيب من عيوب الإرادة التي تجعلها معيبة، بالإضافة إلى وجوب توفر الأهلية اللازمة لإبرام الإيجار سواء بالنسبة للمؤجر أو المستأجر أما بالنسبة للمحل فهو مزدوج يشمل منفعة العين المؤجرة ودفع الأجرة وكلاهما يقاس بمدة زمنية محددة، أما السبب في عقد الإيجار فلا جديد يضاف على ما ذكرته القواعد العامة، كل هذا إضافة على ركن الشكل الذي يعد من الأركان الأساسية.

المطلب الأول: الرضا في عقد الإيجار

ينعقد الإيجار بتراضي طرفيه وتطابق إرادتهما على هذا العقد لا غير، حيث يصدر إيجاب بات من أحدهما يقابله قبول من الآخر، ويجب أن تكون إرادتهما سليمة خالية من كل العيوب وعلى العموم لا يوجد ما يميز عقد الإيجار بصفة عامة وبالتالي تطبق القواعد العامة إلا في بعض المسائل كالحق في الإيجار والاستئجار وأهلية كل من المؤجر والمستأجر نذكرها في شكل نقاط:

¹ سي يوسف/ كجار زهية حورية، الموجز في عقد الإيجار في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة مدعمة باجتهادات فقهية وقضائية، بيت الأفكار للنشر والتوزيع، الجزائر، ص. 21.

الفرع الأول: الإيجار الصادر من مالك العين المؤجرة

غني عن البيان أن مالك الشيء يملك الحق في كل التصرفات بما فيها تأجيله، لكن قد تثير بعض الإشكالات حول الملكية مما يؤثر على عقد الإيجار المبرم

أولاً: إيجار المالك تحت شرط فاسخ:

يعتبر المالك تحت شرط فاسخ مالكا بآتم معنى الكلمة يجوز له استغلال والتصرف فيه ما دام الشرط الفاسخ لم يتحقق لأن ملكيته تتحقق نهائيا غير أنه إذا تحقق الشرط زالت ملكيته بأثر رجعي، وهنا لا تثار أي مشكلة إذا قام المالك بتأجيل ما يملك لمدة تنتهي قبل تحقق الشرط الفاسخ، لكن المشكلة تثار عند تحقق الشرط وعقد الإيجار لم ينتهي وبذلك تزول الملكية بأثر رجعي وتكون كل التصرفات التي أبرمها كأن لم تكن أي تزول هي الأخرى بأثر رجعي، غير أنه من المقرر أن أعمال الإدارة التي تصدر من المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي تبقى نافذة في حق المالك الجديد (المادة 207 فقرة 2 من القانون المدني) وهو ما ينطبق على الإيجار إذا كانت مدته لا تزيد عن ثلاث سنوات.

ثانياً: الإيجار الصادر من البائع أو المشتري قبل شهر العقد:

كما سبق ورأينا لا تنتقل الملكية في بيع العقار إلا بعد عملية الشهر، لذلك فإن الإيجار الصادر من البائع قبل شهر البيع لمصلحة المشتري يعتبر صحيحا وبالتالي يكون البائع ملزما بتسليم العقار إلى شخصين مختلفين هما مشتري العقار والمستأجر لهذا العقار، هنا للمشتري أن يطالب البائع بالتسليم لأن البيع غير المسجل يرتب التزامات شخصية على عاتق أصحابه.

ومنه إذا تسلم المشتري العقار لم يكن للمستأجر أن يسترده لأن لا علاقة بينهما، وإذا لجأ المستأجر للبائع ليسترده فلا يمكنه لأنه ضامن للمشتري بعدم التعرض حتى ولو لم يكن عقده مشهرا، فلا يكون للمستأجر إلا طلب الفسخ والتعويض، هذا وعند

تسليم البائع العقار للمستأجر لم يكن للمشتري أن يسترد العقار لأنه لا علاقة بينهما وإذا لجأ المشتري إلى البائع فليس لهذا الأخير استرداد العقار لأنه لا علاقة بينهما.

كما أن البائع يقع عليه ضمان انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ولا يكون للمشتري إلا المطالبة بالفسخ والتعويض أو قبول بقاء المستأجر في العين المؤجرة، ويترتب على كون كل من المشتري والمستأجر له حق شخصي على العقار وبالتالي ليس لأحدهما أولوية على الآخر بالنسبة للعقد وإنما الأولوية في وضع اليد عليه¹.

ثالثا: الإيجار الصادر من الدائن المرتهن رهنا حيازيا والمالك على الشيوع:

يعطي القانون للدائن المرتهن الحق في إدارة المال المرهون وتأجيره، وهنا يرى الرأي الراجح فقها يرى عدم جواز إيجار الدائن المرتهن المال المرهون لمدة تزيد عن ثلاث سنوات لأن له الحق في إدارة المال المرهون فقط مع إمكانية تجديد الإيجار إذا لم ينقضي الرهن بعد.

أما بالنسبة للمال الشائع فقد كرس القانون حق إدارته لكل الشركاء مجتمعين فلا يمكن لأحدهم التفرد بإيجار كل المال أو جزء منه، غير أنه إذا أقدم أغلبية الشركاء على عقد إيجار فإن العقد يكون صحيحا ملزما لأقليتهم، كما يمكن يمكن للأغلبية أن تختار مديرا يكون وكيلا عنهم وكذا الأمر إذا لم يعترض الباقيين على تصرف أحدهم هنا وفي كل الأحوال لا يجوز أن تفوق مدة الإيجار ثلاث سنوات باعتباره من أعمال الإدارة.

أما إذا قام أحد الشركاء بتأجير بعض أو كل المال الشائع دون موافقة باقي الشركاء فيكون إيجاره صحيحا فيما بينه وبين المستأجر غير أنه لا ينفذ في حق البقية، أما إذا أجر جزءا مفرزا يساوي حصته الشائعة يعلق إيجاره على نتيجة القسمة فإذا وقعت تلك الحصة المفردة في نصيبه يكون الإيجار صحيحا نافذا في حق البقية،

¹ هلال شعوة، المرجع السابق، ص. 32، 33، 34.

أما إذا وقع الجزء المؤجر في غير نصيبه انتقل هذا الإيجار إلى نصيبه بعد القسمة تطبيقاً لنظرية الحلول العيني¹.

رابعاً: الإيجار الصادر ممن له حق انتفاع أو حق استعمال أو سكن:

يجوز لمن يملك حق الانتفاع تأجير الشيء محل الحق لأن الإيجار يعد وجهاً من أوجه استغلال الشيء، غير أنه لا يكون نافذاً في مواجهة مالك الرقبة إذا تجاوزت مدة الإيجار مدة بقاء حق الانتفاع، كما ينتهي الإيجار بموت المنتفع وهذا حسب نص المادة 469 من القانون المدني.

أما بالنسبة لصاحب حق الاستعمال أو السكن فلم يجز له المشرع أن يتنازل عن هذا الحق إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي، وبالنسبة لإبرام أحدهما عقد إيجار فإن المشرع لم يجزه من حيث المبدأ ما لم ينص العقد المنشئ لحقهما صراحة على إمكانية ذلك، وعلى أية حال ينتهي الإيجار المبرم من قبل صاحب حق الاستعمال وحق السكن بانقضاء هذا الحق وبقوة القانون وهذا ما قرره المادة 469 مكرر من القانون المدني.

خامساً: الإيجار الصادر من النائب وإيجار ملك الغير:

بالنسبة للوكالة العامة فلا تجيز لصاحبها إلا القيام بأعمال الإدارة ومن أعمال الإدارة أن يعقد إيجار لا تفوق مدته ثلاث سنوات، وبالتالي لا بد من وكالة خاصة إذا أراد النائب أن يبرم إيجاراً تزيد مدته عن ثلاث سنوات، ويدخل في حكم النائب الوكيل الولي الوصي الكافل... إلخ.

أما بالنسبة لإيجار ملك الغير فهو الذي يبرم من غير ذي صفة، فلا يكون مالكا أو له حق انتفاع أو نائباً أو وكيلاً في إدارته، وقد رجح الرأي الغالب صحة هذا العقد غير أنه يمكن للمستأجر طلب إبطال العقد مع التعويض، للغلط إذا كان جوهرياً كأن

¹ هلال شعوة، المرجع السابق، ص. 34، 35، 36.

يجهل بأنه يتعامل مع غير ذي مصلحة أو إذا لم يتمكن المؤجر من تسليمه العين المؤجرة أو حصل له تعرض من المالك يطالبه باسترداد ملكه.

وفي العلاقة مع المالك فإن العقد لا ينفذ في حقه إلا إذا أقره فإذا حدث يصبح نافذاً في حقه ويحل محل المؤجر في حقوقه والتزاماته اتجاه المستأجر، أما إذا لم يقره فله أن يرجع على المؤجر بدعوى الإثراء بلا سبب وله أن يطالبه بالتعويض جراء عمله غير المشروع جراء حرمانه من ملكه، وفي علاقته مع المستأجر فإن لم يقره فلا ينفذ العقد في حقه ويمكنه أن يؤجر العين لمستأجر آخر وتكون الأولوية للمستأجر من المالك على المستأجر من غيره حتى ولو تسلم هذا الأخير العين المؤجرة¹.

الفرع الثاني: أهلية كل من المؤجر والمستأجر

إن عقد الإيجار يعد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر لأنه يقتضي خروج العين المؤجرة من يد المؤجر وانتقالها للمستأجر، وبالرغم من الفائدة المتبادلة ولفترة محدودة إلا أنه ما يمكن قوله هو وجوب توفر الأهلية الكاملة في كل من المؤجر والمستأجر أي بلوغهما سن 19 سنة كاملة متمتعان بقواهم العقلية وإلا كان عقدهما قبلاً للإبطال لمصلحة من كان مميز غير راشد أو حتى يلحقه البطلان في حال لم يكن بالغاً سن التمييز أو كان مصاباً بعارض من عوارض الأهلية.

المطلب الثاني: المحل في عقد الإيجار

المحل في عقد الإيجار يأخذ طابعاً مزدوجاً هو العين المؤجرة بالنسبة للمؤجر وبديل الإيجار بالنسبة للمستأجر وكلاهما تقاس بمدة زمنية.

الفرع الأول: العين المؤجرة

من الضروري أن تتوفر في العين المؤجرة نفس الشروط المطلوبة في محال العقود الأخرى والتي نصت عليها القواعد العامة، وعليه يجب أن تكون العين المؤجرة موجودة

¹ هلال شعوة، المرجع السابق، من الصفحة 37 حتى الصفحة 44.

وقت العقد فإن كانت غير موجودة يقع باطلا لانعدام المحل ونفس الشيء يقال إذا كانت العين موجودة وهلك قبل العقد، أو حتى تكون قابلة للوجود بمعنى يجوز التعاقد على عين مؤجرة غير موجودة وقت العقد لكنها ستوجد حتما في المستقبل شرط أن يكون وجودها محققا لا احتماليا مثل التعاقد على بيت في طور الإنجاز.

كما يشترط في العين أن تكون معينة وهنا قد يكون الشيء المؤجر معين بالذات أو النوع، فإن كان معيناً بالذات وكان عقارا فيتم تعيينه بوصفه وصفا دقيقا، أما إذا كانت شيئا مثليا فيتعين بجنسه ونوعه ومقداره... إلخ، هذا وفي كل الأحوال يجب أن تكون العين المؤجرة مما يشرع التعامل فيه مما يستوجب معه ألا تكون شيئا مستحيلا أو مما يخالف به النظام العام والآداب العامة، مع الإشارة هنا إلى كون هذه العين يمكن أن تكون منقولا أو عقارا أو شيئا معنويا.

الفرع الثاني: الأجرة

على العموم تخضع الأجرة للقواعد العامة التي تحكم المحل وهي نفسها المطبقة على العين المؤجرة وعليه يجب أن تكون موجودة أو على الأقل محققة الوجود مستقبلا، وعينة تعيينا نافيا للجهالة أو قابلة لذلك إضافة إلى أن تكون مشروعة لا مخالفة للنظام العام والآداب العامة كما تكون جدية لا تافهة، والأجرة حسب المادة 467 من القانون المدني السابقة تكون عبارة عن مبلغ نقدي يدفعها المؤجر دوريا حسب الوحدة الزمنية المحددة، كما يمكن أن تكون عمل آخر (تقدمة) أي غير النقود كدفع جزء من المحصول أو القيام بعمل مهما كان بحسب اتفاق الطرفين، مع التنويه إلى تحديد مقدارها بكل حرية من قبل الأطراف ولا يتدخل أي شخص في تقديرها ولا حتى القاضي كما كان عليه الوضع سابقا¹.

¹ خلوفي مجيد، المرجع السابق، ص. ص. 132، 133، 134، 135.

الفرع الثالث: مدة الإيجار

بالرجوع إلى نص المادة 467 مكرر 1 من القانون المدني: "ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء.

غير أنه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني ويجب عليه إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعاراً لمدة شهرين".

يتضح أن عقد الإيجار يجب أن يحدد فيه الأجرة والعين المؤجرة إضافة إلى المدة غير أن المشرع ترك الحرية التامة للأطراف لتحديد في العقد المبرم بينهما، سواء الحد الأدنى منها أو الأقصى بشرط ألا تكون أبدية لأن ذلك يتنافى مع حق الملكية، مع الإشارة هنا إلى تخلي المشرع على بعض الأحكام في القانون القديم والتي كان يعتبرها في النظام العام وهي ما تعلق بحق البقاء في الأمكنة والتجديد الصريح والضمني إلى غير ذلك من الأحكام.

الفرع الرابع: الشكل في عقد الإيجار

بموجب نص المادة 467 مكرر من القانون المدني فإن عقد الإيجار أصبح من العقود الشكلية إذ لا يكفي اتفاق طرفيه على العين المؤجرة وبذل الإيجار والمدة، بل يجب أن يفرغاه في شكل معين هو الكتابة هذه الشكلية ركن من أركان عقد الإيجار يترتب على تخلفها البطلان غير أن المشرع لم يشترط أن تكون الكتابة رسمية بل يكفي أن تدون في ورقة عرفية شريطة أن تكون ثابتة التاريخ¹.

مع الإشارة في هذا المقام إلى أن الورقة العرفية حتى ولو كانت ثابتة التاريخ إلا أنها لا تكون حجة على الغير إلا من يوم تسجيلها أو من يوم ثبوت مضمونها في عقد

¹ خلفوني مجيد، المرجع السابق، ص. 265.

آخر حرره موظف عام أو من يوم التأشير عليه من ضابط مختص أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على الورقة خط وإمضاء (المادة 328 من ق. م.¹).

مع الإشارة هنا إلى أنه لا تسري أحكام القانون الجديد على الأشخاص الطبيعيين البالغين 60 سنة عند نشر هذا القانون والذين أبرموا عقودهم في ظل القانون الملغى وذلك حيث يبقون يتمتعون بحق البقاء في الأمكنة إلى غاية وفاتهم، هذا ولا ينتقل هذا الحق إلى الورثة أو إلى الأشخاص الذين يعيشون معهم.

¹ تنص المادة 328 من القانون المدني المعدل والمتمم: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا عند أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء

- من يوم تسجيله،
 - من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام،
 - من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص،
 - من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء.
- غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة".

الفصل الثاني:

آثار عقد الإيجار

يقصد بالآثار تلك الالتزامات التي يربتها عقد الإيجار عند انعقاده صحيحا وفق كل الشروط والمتطلبات التي فرضها المشرع الجزائري، وهي توزع . هذه الالتزامات . على عاتق كل من المؤجر والمستأجر .

المبحث الأول:

التزامات المؤجر

يتمثل الالتزام الرئيسي الذي يتحمله المؤجر هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة لمدة معلومة ولتحقيق هذه الغاية عليه أن يتحمل مجموعة من الالتزامات الفرعية تختلف وتتدرج منذ انعقاد العقد صحيحا

المطلب الأول: التزام المؤجر من تمكين المستأجر من العين المؤجرة

بحيث يقع على عاتق المؤجر أول التزام أساسي وهو أن يمكن المستأجر من العين المؤجرة حتى ينتفع بها ويستعملها في حدود عقد الإيجار، لذلك يكون المؤجر أول شيء ملزم بتسليم العين المستأجرة في حالة تسمح للانتفاع بها، ليس هذا وحسب بل ويقوم بالالتزام بصيانتها والمحافظة عليها لأنه في الأول والأخير تبقى ملكا له ولا تنتقل ملكيتها للمستأجر .

الفرع الأول: التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة

إن أول التزامات المؤجر اتجاه المستأجر هو تسليمه العين المؤجرة وهذا ما جاء به المادة 476 ف 1 من القانون المدني: " يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح للاستعمال المعد لها تبعا لاتفاق الطرفين .

تتم معاينة الأماكن وجاهايا بموجب محضر أو بيان وصفي يلحق بعقد الإيجار .

غير أنه إذا تم تسليم العين المؤجرة دون محضر أو بيان وصفي، يفترض في المستأجر أنه تسلمها في حالة حسنة ما لم يثبت العكس".

يتضح من النص أن المؤجر عليه أن يسلم العين المؤجرة مع ملحقاتها في حالة تصلح لأن ينتفع بها المستأجر وفق ما اتفق عليه الطرفان، كاتفاقهما في العقد على أن البناية تؤجر لاستعمالها مستودعا فلا يجوز في هذه الحالة أن تستعمل البناية للسكن لكن إذا أغفلا الطرفان ذكر الغرض من الإيجار فهنا يستعملها المستأجر وفق الغرض الذي أعدت له، فما أعد للسكن لا يصح أن يستعمل كمقهى.

هذا ويقوم المؤجر أو المستأجر بالقيام بتحرير محضر بالتسليم أو بيان وصفي للعين المؤجرة يتضمن أوصافها وملحقاتها ومشتملاتها، وفي حال تسليم العين بدون تحرير محضر أو بيان وصفي فذلك يعتبر قرينة قانونية بسيطة يمكن إثبات عكسها على أن المستأجر قد تسلمها في حالة حسنة، وبالرجوع إلى نص المادة 478 من القانون المدني نجدها تحيلنا إلى تطبيق أحكام تسليم الشيء المبيع على تسليم العين المؤجرة خاصة ما تعلق منها بمكان وزمان التسليم.

كما تنص المادة 477 من القانون المدني: "إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للاستعمال الذي أجرت من أجله أو طرأ على هذا الاستعمال نقص معتبر، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار بقدر ما نقص من الاستعمال مع التعويض عن الضرر في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك". ومنه فإن تنفيذ الالتزام بالتسليم تنفيذا معيبا وذلك كلما كان تسليم العين على غير الوجه الذي يمكن المستأجر من الانتفاع بها انتقاعا كاملا، فلهذا الأخير أن يطالب بفسخ العقد أو بإنقاص الأجرة مع المطالبة بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك¹.

¹ خلوفي مجيد، المرجع السابق، ص. ص. 193، 194.

الفرع الثاني: التزام المؤجر بصيانة العين المؤجرة

إن انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة لا يتم دفعة واحدة ولكن يستمر طيلة مدة العقد لذلك لا يتوقف التزام المؤجر بمجرد تسليم العين للمستأجر في الحالة التي يصلح معها لاستعماله والانتفاع به وفق ما أعد له، وإنما يقع عليه أيضا الالتزام بصيانة هذه العين كي تبقى صالحة للانتفاع بها وهذا ما جاءت به المادة 479 من القانون المدني: "يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم.

ويجب عليه أن يقوم بالترميمات الضرورية أثناء مدة الإيجار، دون الترميمات الخاصة بالمستأجر.

ويتعين عليه أن يقوم لاسيما بالأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص وأعمال تنظيف الآبار وكما يتعين عليه صيانة وتفريغ المراحيض وقنوات تصريف المياه.

يتحمل المؤجر الرسوم والضرائب وغيرها من التكاليف المثقلة للعين المؤجرة".

يتضح من نص المادة أن المشرع قد ألزم المؤجر القيام بالترميمات الضرورية دون تلك التي يقوم بها المستأجر وأعطى بعض الأمثلة على سبيل المثال، لكن رغم ذلك لم يفصلها تفصيلا دقيقا لذلك حاول الفقهاء إعطاء تفصيل أكثر دقة وقسموها لثلاثة أنواع:

أولا: الترميمات الضرورية لحفظ العين المؤجرة:

وهي ترميمات عاجلة لحفظ العين المؤجرة من الهلاك والتلف، وهي على العموم كل الترميمات التي يقوم بها المالك للحفاظ على ملكه وهي ترميمات لا يقوم بها المؤجر إذا لم تكن لازمة لانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ومن أمثلتها إصلاح الجدران المشققة والمهددة بالسقوط، ترميم الأرضيات... إلخ.

ثانيا: الترميمات الضرورية لانتفاع المستأجر بالعين:

وهي تلك التي تعد ضرورية ولازمة لانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة انتفاعا كاملا وهي قد تكون مستعجلة أو لا، فإذا لم يقم بها المؤجر نقص انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، وقد أورد المشرع أمثلة عنها مثل تجصيص الأسطح وتنظيف الآبار وتفرغ المراحيض وقنوات صرف المياه.

ثالثا: الترميمات التأجيلية:

وهي تلك الترميمات والإصلاحات البسيطة التي تحتاجها العين المؤجرة نتيجة استعمال العين استعمالا عاديا، ونظرا لبساطتها جرى العرف على أن يقوم بها المستأجر ومن أمثلتها لإصلاح أقفال الأبواب وزجاج النوافذ وصنابير المياه¹.

هذا وإذا أخل المؤجر بالقيام بالأعمال الواجبة لصيانة العين المؤجرة بعد إعداره بموجب محرر غير قضائي هنا يستطيع المستأجر المطالبة بفسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار دون الإخلال بحقه في التعويض، وهذا ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة، أما إذا كانت الترميمات مستعجلة لا تحتتمل التأخير جاز للمستأجر أن يقوم بها على نفقة المؤجر (المادة 480 من القانون المدني)، هذا ولا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من القيام بالترميمات الضرورية المستعجلة لحفظ العين المؤجرة، لكن إذا كان القيام بهذه الترميمات فيه إخلال كلي أو جزئي في الانتفاع بالعين المؤجرة جاز للمستأجر بحسب الحالة إما طلب فسخ العقد إلا إذا بقي في العين بعد إجراء الترميمات، أو إنقاص بدل الإيجار (المادتي 480 و482 من القانون المدني).

المطلب الثاني: التزام المؤجر بالضمان

لا ينتهي التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة عن طريق تسليمه العين محل الإيجار في حالة تسمح باستعمالها وفق ما أعد لها، بل يمتد التزامه

¹ هلال شعوة، المرجع السابق، ص. ص. من 107 حتى 110.

لضمان التعرض الصادر منه هو شخصيا ومن الغير على حد سواء، بل الأكثر من ذلك يقوم أيضا بضمان العيوب الخفية التي قد تنقص وتؤثر على انتفاع المستأجر من العين المؤجرة.

الفرع الأول: التزام المؤجر بضمان التعرض

تنص المادة 483 من القانون المدني: "على المؤجر أن يمتنع عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها ينقص من هذا الانتفاع.

ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه، بل يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر من مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر".

يتضح من نص المادة أن المؤجر ملزم بضمان التعرض الشخصي سواء المادي أو القانوني، وعند إخلاله بضمان التعرض للمستأجر طلب التنفيذ العيني (ضمان التعرض) كما له طلب فسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار بقدر ما نقص من المنفعة مع طلب التعويض.

كما يكون المؤجر ضامن للتعرض القانوني الصادر من الغير وهنا على المستأجر إخطار المؤجر بالدعوى المرفوعة ضده حتى يتدخل في الدعوى إلى جانبه، ففي حال فشله في دحض التعرض بأن حرم المستأجر من انتفاع العين كلياً أو جزئياً فله أن يطالبه بفسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار مع المطالبة بالتعويض (المادة 484 من القانون المدني).

أما في حال التعرض المادي الصادر من الغير فله أن يطالب هذا الغير بالتعويض عن الضرر الذي لحقه كما يجوز له استعمال كل دعاوى الحيازة (المادة

487 من القانون المدني)، هذا وفي كل الأحوال يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني (المادة 490 فقرة 1 من القانون المدني)¹. مع الإشارة إلى أن المشرع أورد مثالين عن التعرض القانوني الصادر من الغير:

أولاً: حالة تعدد المستأجرين لعين واحدة:

وهنا تكون الأولوية لمن كان عقده سابقا في ثبوت التاريخ على العقود الأخرى، وإذا كان للعقود نفس التاريخ تكون الأولوية لمن حاز الأمكنة أولاً، وهنا لا يبقى للبقية حسني النية سوى الرجوع على المؤجر بالتعويض (المادة 485 من القانون المدني).

ثانياً: التعرض الصادر من السلطات الإدارية:

في هذه الحالة إذا ترتب على فعل السلطة الإدارية نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة هنا يجوز للمستأجر بحسب الظروف أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار مع المطالبة بالتعويض إذا كان عمل السلطة كان سببه المؤجر، هذا ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك لأن هذا الأمر ليس من النظام العام (المادة 486 من القانون المدني)².

الفرع الثاني: التزام المؤجر بضمان العيوب الخفية

تنص المادة 488 من القانون المدني: "يضمن المؤجر للمستأجر، باستثناء العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، كل ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون استعمالها أو تنقص من هذا الاستعمال نقصاً محسوساً، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

¹ سيار عز الدين، التزام المؤجر بالضمان وفقاً للقانون رقم 07.05 المعدل والمتمم للقانون المدني، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الثالث، العدد الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البشير الإبراهيمي، برج بوعرييج من الصفحة حتى 24 الصفحة 30.

² سيار عز الدين، المرجع السابق، ص. 30، 31.

ويكون كذلك مسؤولاً عن الصفات التي تعهد بها صراحة.

غير أن المؤجر لا يضمن العيوب التي أعلم بها المستأجر أو كان يعلم بها هذا الأخير وقت التعاقد.

يتضح من النص أن المؤجر يضمن العيوب الخفية الموجودة بالعين المؤجرة والتي تنقص من انتفاع المستأجر بها كلياً أو جزئياً هذا ويشترط في العيب الموجب للضمان:

أولاً: أن يكون العيب مؤثراً:

ومعناه يشترط في هذا العيب الخفي الموجب للضمان أن يحول من انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة أو حتى ينقص من هذا الانتفاع نقصاً محسوساً، فإذا كان العيب غير ذلك أو كان مما جرى العرف على التسامح فيه فإن المؤجر لا يضمنه، لكن في مقابل ذلك يكون المؤجر ضامناً لتخلف الصفة التي تعهد بها صراحة حتى ولو لم تكن العين المؤجرة معيبة.

ثانياً: أن يكون العيب غير معلوم للمستأجر:

فالمؤجر لا يكون ضامناً للعيوب التي أعلم بها المستأجر أو التي كان يعلمها هذا الأخير، والعلم بالعيوب قد يتحقق بعدة طرق كإخطار المؤجر للمستأجر أو يأتي من مصدر آخر المهم عبء الإثبات يقع على المؤجر، مع الإشارة إلى عدم التزام المؤجر بتعويض المستأجر عن الأضرار التي كانت نتيجة العيب الخفي الذي كان يجهله حتى المؤجر ذات نفسه، لكن يكون ضامناً للعيوب التي يخفيها عن المستأجر غشاً منه.

ثالثاً: أن يكون العيب قديماً:

بمعنى موجود في العين المؤجرة قبل تسليمها لكن المؤجر يضمن حتى العيوب التي ظهرت بعد التسليم وأثناء فترة الإيجار.

مع الإشارة إلى أن المشرع قد منح المستأجر عدة خيارات في حال وجود عيب خفي موجب للضمان، إذ يجوز له بحسب الأحوال طلب فسخ الإيجار أو الإنقاص من بدل الإيجار، كما له أن يطالب بإصلاح العيب أو يقوم هو بنفسه بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان هذا الإصلاح لا يمثل نفقة باهظة على عاتق المؤجر، مع ثبوت حقه في التعويض دوماً إذا سبب هذا العيب ضرراً له شريطة ألا يثبت المؤجر عدم علمه بوجود العيب¹.

المبحث الثاني:

التزامات المستأجر وحقه في التنازل عن الإيجار

في الحقيقة إن عقد الإيجار يرتب التزامات متبادلة على عاتق طرفيه وهما المؤجر والمستأجر، وبعد التطرق للالتزامات المؤجر حاء الدور على التزامات المستأجر المختلفة لكن هذا لا يغنينا عن التطرق لنقطة ذات أهمية بالغة وهي حق هذا الأخير في التنازل عن حقه في الإيجار بطرق قانونية ومشروعة - سواء بالتنازل عن الإيجار أو حتى الإيجار من الباطن - يتم التطرق لها تفصيلاً بعد دراسة الالتزامات الملقة على عاتق المستأجر.

المطلب الأول: التزامات المستأجر

لما كان عقد الإيجار من العقود الملزمة لجانبين فإن المؤجر مقابل انتفاعه بالعين المؤجرة انتفاعاً هادئاً وتاماً عليه أن يوفي بدوره بمجموعة من الالتزامات، هذه الأخيرة حسب نص المشرع هي استعمال العين وفق ما أعدت له والامتناع عن إحداث تغييرات فيها والالتزام بالمحافظة على العين ودفع بدل الإيجار ورد العين عند انتهاء مدة الإيجار.

¹ سيار عز الدين، المرجع السابق، من الصفحة 32 حتى الصفحة 35.

الفرع الأول: التزام المستأجر باستعمال العين المؤجرة حسب ما أعدت له والامتناع عن إحداث تغييرات فيها

تنص المادة 491 من القانون المدني: "يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة حسبما وقع الاتفاق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة بحسب ما أعدت له".

من خلال النص يتضح أن المستأجر يستعمل العين المؤجرة وفق ما اتفق عليه كأن يتفقا المتعاقدان على استعمال العين في غرض معين دون سواه كأن يذكر أنها ستؤجر للسكن، فإذا وضح وجه الاستعمال صراحة لم يجز للمستأجر أن يحيد عنه لوجه آخر، غير أنه لا يصح التشدد في الغرض المخصوص إذا كان العرف يجيز للمستأجر إضافة حرفة أو تجارة إلى النشاط الممارس أو إذا كان العمل قريب من العمل المتفق عليه أو مكمل له.

لكن إذا لم يحدد المتعاقدان في العقد الغرض الذي ستستعمل فيها العين المؤجرة فإن المستأجر هنا يلتزم باستعمالها فيما أعدت له وطبيعة العين هي التي تدل على الوجه الذي يجب أن تستعمل فيه، فالأرض الزراعية تستعمل في الزراعة وليس لإقامة معرض تجاري، فإذا كانت العين متعددة الاستعمال فقاضي الموضوع هو الذي يحدد طبيعة الاستعمال مستعينا بالقرائن المناسبة كطريقة إعداد العين وموقعها والعرف السائد في المنطقة ووجه الاستعمال السابق ومهنة المستأجر السابق إلى غير ذلك.

هذا والأصل لا ينبغي للمستأجر أن يدخل أي تغيير على العين المؤجرة يجعل حالتها تختلف عن حالها وقت التسليم، لكن المشرع أجاز له استثناء أن يحدث بعض التغيرات حيث تنص المادة 492 من القانون المدني: "لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة أي تغيير بدون إذن مكتوب من المؤجر".

إذا أحدث المستأجر تغييرا في العين المؤجرة، يلزم بإرجاعها إلى الحالة التي كانت عليها ويعوض الضرر عند الاقتضاء.

وإذا أحدث المستأجر، بإذن المؤجر، تغييرات في العين المؤجرة زادت في قيمتها، وجب على المؤجر عند انتهاء الإيجار، أن يرد للمستأجر المصاريف التي أنفقها أو قيمة ما زاد في العين المؤجرة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك".

يتضح من النص أن إحداث أي تغيير يحتاج إلى إذن مكتوب من المؤجر، وإذا أحدث هذه التغييرات دون الإذن المكتوب يلتزم بإرجاعها إلى الحالة التي كانت عليها قبل إحداث هذه التغييرات هذا وإذا تسبب التغيير في العين أو إزالته ضررا يلتزم بتعويض المؤجر عن ذلك الضرر¹.

لكن ما يجب الإشارة إليه هو جواز إحداث بعض التغييرات وفق ما يحدده القانون وذلك حسب ما نصت عليه المادة 493 من القانون المدني: "يجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والكهرباء والغاز والتلفون وما يشبه ذلك، على شرط أن لا تخالف طريقة وضع هذه الأجهزة القواعد المعمول بها، إلا إذا أثبت المؤجر أن وضع هذه الأجهزة يهدد سلامة العقار.

فإذا كان تدخل المؤجر لازما لذلك، جاز للمستأجر أن يطلب منه هذا التدخل، على أن يتكفل المستأجر برد ما ينفقه المؤجر من مصاريف".

يتضح من النص أنه أعطى بعض الأمثلة للتغير المسموح بها مثل وضع أجهزة توصيل الكهرباء والغاز والمياه والتلفون... إلخ، ويشترط لإحداث هذه التغييرات أنها لا تهدد بسلامة العقار ولا تخالف طريقة وضع هذه الأجهزة القواعد المعمول بها، كما يقوم المستأجر برد ما أنفقه المؤجر في سبيل تركيب هذه الأجهزة.

¹ هلال شعوة، المرجع السابق، ص. ص. 146، 147، 148، 149، 150، 151.

الفرع الثاني: التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة

حتى يكون المؤجر قد وفى بواجب المحافظة على العين المؤجرة عليه القيام بعدة أعمال أهمها العناية بالعين المؤجرة حيث نصت المادة 495 من القانون المدني: "يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة وأن يحافظ عليها مثلما يبذله الرجل العادي. وهو مسؤول عما يلحق العين أثناء انتقاعه بها من فساد أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً عادياً".

وهذا الالتزام لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة فالمستأجر مدين بهذا الالتزام وعليه أن يبذل في سبيل ذلك عناية الرجل العادي، كما عليه أن يستعملها استعمالاً عادياً مألوفاً وإلا سئل عما يصيب العين من فساد أو هلاك في حال مخالفة هذا الاستعمال، مع الإشارة في هذا الصدد إلى التزام المستأجر بتحمل المصاريف التأجيرية (المادة 494 من القانون المدني) والتي تدخل ضمن المحافظة على العين المؤجرة.

هذا ويجب على المستأجر إخطار المؤجر عندما يتوجب الأمر تدخله حيث نصت المادة 497 من القانون المدني: "يجب على المستأجر أن يخبر فوراً المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله كأن تحتاج العين المؤجرة إلى ترميمات مستعجلة أو يظهر عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها أو يتعدى الغير بالتعرض أو الإضرار بها".

كما يقتضي التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة بأن يكون مسؤولاً عما يلحقها من تلف أو هلاك ينسب إليه مثلاً في حالة الحريق، إذ تنص المادة 496 من القانون المدني: "المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة، إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب ليس من فعله".

فإذا تعدد المستأجرون لعقار واحد، كان كل واحد منهم مسؤولاً عن الحريق بالنسبة للجزء الذي يشغله بما فيهم المؤجر إن كان يسكن العقار، إلا إذا ثبت أن الحريق بدأ نشوبه في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسؤولاً عن الحريق".

يتضح من النص أن المستأجر يكون مسؤولاً عن حريق العين المؤجرة إذا كان هو المتسبب فيه، لكن إذا تعدد المستأجرين فيكونون مسؤولين بنسبة الجزء الذي يشغله كل واحد منهم بما فيهم المؤجر إن يسكن معهم، إلا إذا ثبت أن الحريق سببه أحد المستأجرين وبدأ من عنده فيكون هنا مسؤولاً عن الضرر وحده.¹

الفرع الثالث: التزام المستأجر بدفع بدل الإيجار

الالتزام بالوفاء بالأجرة يتطلب التعرّيج على بعض النقاط، فبالنسبة لزمّن الوفاء ببذل الإيجار تنص المادة 498 من القانون المدني: "يجب على المستأجر أن يقوم بدفع بدل الإيجار في المواعيد المتفق عليها، فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب الوفاء ببذل الإيجار في المواعيد المعمول بها في الجهة".

ومنه يتضح أن زمان دفع الإيجار يكون وفقاً لاتفاق الطرفين فإن لم يكن هناك اتفاق يتم الرجوع إلى ما يقتضيه العرف في تلك المنطقة، أما بالنسبة لمكان الوفاء ببذل الإيجار فيكون في موطن المؤجر ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك وهذا ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 498 السالفة مع الإشارة هنا إلى أن المادة ذكرت موطن المستأجر وفيه خطأ من الناشر، كما أن دفع قسط من الإيجار يعتبر قرينة قانونية بسيطة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يثبت عكسها (المادة 499 من القانون المدني)، وهذا ويجوز أن يتفق المستأجر مع المؤجر على أن يقدم كفالة لضمان الوفاء ببذل الإيجار ومختلف التكاليف (المادة 500 من القانون المدني).

في الأخير ما يجب الإشارة إليه هو حق المؤجر في حبس المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة لاستيفاء بدل الإيجار إذ تنص المادة 501 من القانون المدني: "يحق للمؤجر ضماناً لحقوقه الناشئة عن الإيجار، أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة ما دامت مثقلة بامتياز المؤجر، ولو لم تكن مملوكة للمستأجر".

¹ خلوفي مجيد، المرجع السابق، ص. 136، 137.

يجوز للمؤجر أن يعترض على نقلها، وإذا نقلت رغم اعتراضه أو دون علمه، جاز له استردادها من الحائز ولو كان حسن النية، ولهذا الأخير المطالبة بحقوقه.

ولا يجوز للمؤجر استعمال حقه في الحبس أو في الاسترداد إذا كان نقل هذه المنقولات تقتضيه حرفة المستأجر، أو تقتضيه شؤون الحياة العادية، أو كانت المنقولات التي أقيمت في العين المؤجرة أو التي طلب استردادها بقي ببدل الإيجار".

يتضح من النص أن للمؤجر أن يباشر حجزا تحفظيا على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة التي له عليها حق امتياز سواء كانت مملوكة للمستأجر أو لغيره، وفي حال خروجها من العين دون رضاه أو دون علمه جاز له استردادها من الحائز ولو كان حسن النية دون الإخلال بحق هذا الأخير في المطالبة بحقوقه، لكن لا يجوز للمؤجر استعمال حقه حقوقه في الحبس أو الاسترداد إذا كان نقل هذه المنقولات تقتضيه حرفة المستأجر أو شؤون حياته العادية أو إذا كانت المنقولات الباقية في العين أو التي طلب استردادها سابقا تكفي لدفع بدل الإيجار¹.

الفرع الرابع: التزام المستأجر برد العين المؤجرة

عقد الإيجار كما هو معلوم من العقود التي ترد على الانتفاع بالشيء والانتفاع بالشيء بطبيعته مؤقت، وجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة للمؤجر بطريقة صحيحة حيث نصت المادة 502 من القانون المدني: "يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة عند انتهاء مدة الإيجار، فإذا أبقاها تحت يده دون حق، وجب عليه أن يدفع للمؤجر تعويضا، باعتبار القيمة الإيجارية للعين وباعتبار ما لحق المؤجر من ضرر".

يتضح من النص أن المستأجر ملزم برد العين المؤجرة فور انتهاء عقد الإيجار لأنه يكون مسؤولا عن أي تأخير في ردها دون مسوغ قانوني، وعلى كل حال

¹ هلال شعوة، المرجع السابق، من الصفحة 170 حتى الصفحة 186.

فالمستأجر ملزم بدفع التعويض عما لحق المؤجر من ضرر بالإضافة إلى القيمة الإيجارية عن التأخير في الرد دون وجه حق.

هذا وعلى المستأجر أن يرد العين المؤجرة في الحالة التي كانت عليها وقت التسليم بما في ذلك ملحقاتها ويتم تحرير محضر وجاهي أو بيان وصفي مرافق، وفي حال تخلف المحضر أو البيان الوصفي يعتبر تصريح ضمني من المؤجر في أنه تسلم العين في حالة حسنة ما لم يثبت العكس، وفي كل الأحوال يكون المستأجر مسؤول عن أي نقص يلحق العين المؤجرة أو هلاك أو تلف ما لم يثبت أنه ليس بسببه (المادة 503 من القانون المدني)¹.

المطلب الثاني: التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن

حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة هو حق شخصي ومالي لذلك يجوز التنازل عنه بمقابل أو دون مقابل وهو ما يعرف بالتنازل عن الإيجار، كما يجوز تأجير هذا الحق وهو ما يعرف بالتأجير من الباطن أو التأجير الفرعي هذا ولا يجوز إبرام هاذين العقدين إلا بالموافقة الصريحة من المؤجر كتابة²، حيث تنص المادة 505 من القانون المدني: "لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك".

الفرع الأول: التنازل عن الإيجار

يعرف التنازل عن الإيجار بأنه نقل المستأجر لجميع حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد الإيجار إلى شخص آخر يحل محله يسمى المتنازل له، والتنازل قد يكون بعوض فنكون أمام بيع أو مقايضة، كما قد يكون دون مقابل فنكون أمام هبة، والتنازل قد

¹ هلال شعوة، المرجع السابق، الصفحات من 187 حتى 200.

² خلفوني مجيد، المرجع السابق، ص. 137.

يكون كلياً أو جزئياً لكامل مدة الإيجار أو بعضها ولا يعدو أن يكون عقد رضائي لا يشترط فيه القانون شكلاً معيناً.

هذا ويرتب التنازل عن الإيجار تتمثل في العلاقات التي يربتها بين الأطراف:

أولاً: علاقة المستأجر بالمتنازل له:

يرتبط كل منهما بعقد والذي يبين حقوق والتزامات كل طرف، فهو الذي يحدد مقدار ما يتنازل عنه المستأجر من العين المؤجرة وما إذا كان يشملها كلها أو بعضها، وما إذا كان التنازل يستغرق كل مدة الإيجار الأصلية أو فترة منها وأيضاً ما إذا كان التنازل بمقابل أو بدونه هذا من جانب، ومن جانب آخر ولما كان التنازل عبارة عن حوالة حق ودين بين الطرفين فإن العلاقة بينهما ينظمها عقد الحوالة ومعناه أن هذا الحق في الإيجار ينتقل بكل حقوقه والتزاماته، زيادة على ذلك يبقى المستأجر ضامناً للمتنازل له في تنفيذ التزاماته (المادة 506 من القانون المدني) وفي هذا خروجاً عن القواعد العامة.

ثانياً: علاقة المستأجر بالمؤجر:

إذا تم التنازل عن الإيجار فيعتبر ذلك حوالة حق ودين وبالتالي لا تنفذ في حق المؤجر إلا إذا قبلها أو تم إعلامه بها أو حتى أقرها بحسب الأحوال.

ثالثاً: علاقة المؤجر بالمتنازل له:

إذا قبل المؤجر الحوالة أو أعلم بها أو حتى أقرها فإنها تكون نافذة في حقه وتتشأ علاقة مباشرة بين المؤجر والمتنازل له، وبالتالي يحق له أن يطالبه بتسليم العين المؤجرة وصيانتها وضمان التعرض والعيوب الخفية ويكون للمؤجر مطالبة المتنازل له ببذل الإيجار والمحافظة على العين واستعمالها فيما أعدت له¹.

¹ هلال شعوة، المرجع السابق، ص. ص. 214، 215، 216.

الفرع الثاني: الإيجار من الباطن

يسمى أيضا بالإيجار الفرعي وهو قيام المستأجر بتأجير العين المؤجرة إلى شخص آخر يسمى المستأجر الفرعي أو من الباطن لمدة معينة لا تخرج عن مدة الإيجار الأصلي عادة مقابل أجر معلوم، وعليه فإن الإيجار الفرعي يقتضي وجود عقدين عقد إيجار أصلي بين المؤجر والمستأجر، وعقد إيجار فرعي جديد بين المستأجر الذي يصبح في الإيجار الفرعي هو المؤجر وشخص آخر من الغير يصطلح عليه المستأجر الفرعي تميزا له عن المستأجر الأصلي.

ومما سبق فإن الإيجار الفرعي يشترك مع التنازل عن الإيجار في انتقال منفعة العين المؤجرة من المستأجر لشخص آخر سواء كان المستأجر الفرعي أو المتنازل له غير أنه يختلف عنه من حيث العلاقات التي يربتها كل عقد، حيث أن الإيجار الفرعي لا ينشأ علاقة مباشرة بين المؤجر الأصلي والمستأجر الفرعي وإنما يربط علاقته مستقلة عن بعضهما البعض، الأولى علاقة المؤجر الأصلي والمستأجر الأصلي وتخضع لأحكام عقد الإيجار الأصلي، والثانية هي علاقة المستأجر الأصلي والمستأجر الفرعي والتي يحكمها عقد الإيجار الفرعي، أما التنازل عن الإيجار فهو ينشأ علاقة مباشرة بين المؤجر والمتنازل له حيث يحل هذا الأخير محل المستأجر الذي تنازل عن حقوقه والتزاماته المستمدة من عقد الإيجار.

أما بالنسبة لآثار الإيجار من الباطن أو ما يصطلح عليه بالإيجار الفرعي فهي تتمثل في العلاقات التالية:

أولا: علاقة المستأجر الأصلي بالمستأجر الفرعي:

العلاقة بينهما هي علاقة مؤجر بمستأجر ينظمها عقد الإيجار المبرم بينهما، وهو عقد الإيجار من الباطن أي الفرعي وليس الأصلي لأنهما قد يختلفان في عدة وجوه كالمدة والأجرة وشروط العقد، ومما يجب الإشارة إليه هو عدم جواز أن تزيد مدة

الإيجار من الباطن عن مدة الإيجار الأصلي وإذا زادت لا تكون نافذة في حق المؤجر إلا إذا أقرها.

ثانيا: العلاقة بين المستأجر الأصلي والمؤجر:

تبقى العلاقة بينهما يحكمها عقد الإيجار الأصلي وما يترتب من حقوق والتزامات.

ثالثا: علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن:

تنص المادة 507 من القانون المدني: "يكون المستأجر الفرعي ملتزما مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بذمته للمستأجر الأصلي وذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر".

ولا يجوز للمستأجر الفرعي أن يحتج تجاه المؤجر بما سبقه من بدل الإيجار إلى المستأجر الأصلي، إلا إذا تم ذلك قبل الإنذار، طبقا للعرف أو للاتفاق الثابت والمبرم وقت انعقاد الإيجار الفرعي".

يتضح من النص أنه ولتحديد العلاقة بين المؤجر والمستأجر من الباطن وجب التفريق بين مرحلتين، الأولى قبل توجيه إنذار من المؤجر إلى المستأجر الفرعي وهنا لا توجد أي علاقة بينهما وهنا لا يمكن لأي منهما الرجوع على الطرف الثاني بدعوى مباشرة يلزمه فيها بتنفيذ التزاماته أو استيفاء حقوقه، غير أنه يمكن لهما الرجوع على بعضهما بالدعوى غير المباشرة تطبيقا للقواعد العامة.

أما المرحلة الثانية فهي بعد إنذار المؤجر للمستأجر الفرعي فهنا تنشأ علاقة مباشرة بينهما وكان لكل منهما الرجوع على الآخر بدعوى مباشرة، وعليه يكون للمؤجر أن يطالب المستأجر الفرعي بما في ذمته اتجاه المستأجر الأصلي، أما في حال قيام المستأجر الفرعي بتسبيق الأجرة للمستأجر الأصلي فلا يحتج بهذا التعجيل ولا تبرأ

ذمته إلا إذا كان قد تم قبل توجيه الإنذار من قبل المؤجر وأن يكون هذا التعجيل قد تم وفق العرف الساري أو تبعاً لاتفاق ثابت التاريخ وقت إبرام الإيجار من الباطن¹.

في الأخير ما يجب التنويه إليه هو أن عقد الإيجار ينتهي بانتهاء مدته كما يجوز إنهاؤه قبل انتهاء مدته لسبب عائلي أو مهني بعد إخطار المستأجر للمؤجر بمحرر غير قضائي قبل شهرين (المادة 469 مكرر 1 من القانون المدني)، كما ينتهي الإيجار بانقضاء حق الاستعمال وحق السكن (المادة 469 مكرر فقرة 2 من القانون المدني)، كما ينتهي الإيجار بموت أحد طرفيه غير أنه في حال موت المستأجر يستمر العقد إلى انتهاء مدته وهنا يجوز للورثة الذين كانوا يعيشون معه منذ ستة أشهر إنهاء العقد إذا أصبحت تكاليفه باهظة أو أصبح الإيجار يزيد عن حاجاتهم وذلك خلال مدة ستة أشهر من وفاة المستأجر بعد إخطار المؤجر بمحرر غير قضائي خلال شهرين، هذا كله ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك (المادة 469 مكرر 2 من القانون المدني)².

¹ هلال شعوة، المرجع السابق، ص. ص. 217، 218، 219، 220.

² خلوفي مجيد، المرجع السابق، من الصفحة 274 حتى الصفحة 281.