

المبحث الثاني: المحل والسبب في عقد البيع.

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

المطلب الأول: المبيع.

طبقاً للمادة 351 من القانون المدني الجزائري لا يقتصر محل التزام البائع على حق الملكية، وإنما ينصب كل حق مالي. ويجب أن يتوافر في المبيع الشروط الواجب توافرها في محل الإلتزام بوجه عام وهي: أن يكون المبيع موجوداً أو قابلاً للوجود، (الفرع الأول)، أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين¹ (الفرع الثاني)، أن يكون صالحاً للتعامل فيه (الفرع الثالث)، بالإضافة إلى شرط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع (الفرع الرابع).

الفرع الأول: وجود المبيع أو قابليته للوجود.

يجب أن يكون المبيع موجوداً وقت انعقاد العقد، فإن كان غير موجود أصلاً أو كان موجوداً وهلك وقت التعاقد كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لانعدام المحل، وقد يوجد المبيع وقت التعاقد ويهلك بعد ذلك هلاكاً كلياً بحيث يزول بكل مقوماته، فيفسخ العقد بقوة القانون لاستحالة التنفيذ، أما إذا كان الهلاك جزئياً فيتضرر المبيع جزئياً، للمشتري أن يختار بين قبول الوفاء الجزئي مع طلب إنقاص الثمن، أو المطالبة بالفسخ، أو المطالبة بالوفاء بمقابل.

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

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

¹ - حذف المشرع الفرنسي بموجب قانون العقود لـ2016 ركني المحل والسبب في العقد وأحل محلها ركناً جديداً أطلق عليه مصطلح: مضمون العقد Le Contenu de contrat. واستحدث بموجب المادة 1163 مصطلحاً آخر لركن المحل وأطلق عليه تسمية الأداء La prestation، فاشتترطت المادة من أجل نفاذ العقد أن تكون الخدمة موجودة أو قابلة للوجود وعلى أن تكون ممكنة في الحاضر أو في المستقبل، مع ضرورة أن تكون الخدمة معينة أو قابلة للتعيين كشرط لصحة العقد، فحافظت بذلك على ركن المحل بشكل ضمني : Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Art. 1163m « -L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.

Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.

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

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

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

⁴ - طارق كاظم عجيل-المرجع السابق-ص215.

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

أولاً: عقد بيع العقارات على التصاميم.

البيع على التصاميم هو تقنية في مجال الترقية العقارية، لجأ إليها المشرع الجزائري لتشجيع الإستثمار العقاري، وقد سمي بهذا الإسم لأن المشتري يعاين مواصفات العقار على مخطط أو تصميم قبل إتمام بناءه. يعرف عقد بيع عقار على التصاميم إذن أنه عقد بيع محله عقار في طور الإنجاز أو التشييد، يلتزم بمقتضاه المرقى (البائع) بأن يتم تشييده في الأجل المتفق عليه وبالمواصفات المطلوبة، وأن ينقل ملكيته للمشتري¹ الذي يلتزم أن يدفع للبائع تسبيقات قبل البدء في عملية التشييد مقابل التصميم المبرمج، ودفعات أثناء التشييد مجزأة على مراحل تقدم الإنجاز² مخصومة من ثمن البيع³، تحدد قيمتها وأجلها وطريقة دفعها بالإتفاق. ولعقد البيع على التصاميم خصائص تتمثل في:

- 1- أنه عقد مسمى، وضع له المشرع تنظيم خاص بموجب المرسوم التشريعي 03-93 لـ1 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، الملغى بموجب القانون 04-11 ؛
- 2- أنه عقد ملزم لجانين، حيث يلتزم البائع ببناء البناية وفق الأجل والمواصفات المتفق عليها في العقد، وبالتسليم والضمان، ويلتزم المشتري بدفع الأقساط وتسلم العقار؛
- 3- هو عقد شكلي تستوجب المادة 25 والمادة 34 من القانون 04-11 تحريره في شكل رسمي تحت طائلة البطلان⁴، وفقاً للنموذج المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي 431-13 مؤرخ في 13 ديسمبر 2013 المحدد لنموذج عقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية⁵، والذي ألغى بموجبه ووفق المادة 8 منه المرسوم التنفيذي رقم 58-94 لـ7 مارس 1994.
- 4- محله عقار غير منجز. فمحل البيع على التصاميم يرد على العقار المعد للانتفاع وهو غير موجود لكنه قابل للوجود مستقبلاً، أو عقار في طور الإنجاز⁶، لكنه بيع مستقبلي للعقار دون الأرض التي تنتقل ملكيتها بمجرد شهر العقد⁷. لذلك يجب أن يكون المرقى العقاري مالكا للأرض طبقاً للمادة 30 من القانون 04-11، إذ يجب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم أصل ملكية الأرض ورقم السند العقاري⁸.

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

²- وهو التعريف الوارد في المادة 28 من القانون 04-11 المؤرخ في 17 فيفري 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية الجريدة الرسمية عدد 14 لـ16 مارس 2011.

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

⁴ - قرار المحكمة العليا الصادر في 19 نوفمبر 2008 مستنداً إلى المادة 18 من المرسوم التشريعي 03-93- مجلة المحكمة العليا عدد2-2008-ص193

⁵ -المرسوم التنفيذي 431/13 المؤرخ في 18/12/2013 يحدد عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود تسعير سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأجيل وأجلها وكيفية دفعها - الجريدة الرسمية عدد 66 لـ25 ديسمبر 2013.

⁶ كتولامية - عقد بيع بناء على التصاميم في إطار القانون 11 /04 المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية- مذكرة ماجستير- جامعة مولود معمري تيزي وزو- السنة الجامعية 2013-ص46.

⁷ -أوجب المشرع الجزائري شهر عقد البيع على التصاميم، رغم عدم وجود البناية وقت التعاقد، وذلك لوجود ضمانات قانونية تجعل من البناية محققة الوجود وتشجع على شراء مساكن بناء على التصاميم: -المادة 34 من قانون 11/04: " يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في شكل رسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخص في نفس الوقت، البناء والأرضية التي شيد عليها البناء. يتم عقد البيع على التصاميم المذكور في الفقرة السابقة بمحضر يعد حضوريا في نفس مكتب التوثيق قصد المعاينة الفعلية من طرف المكتب وتسليم البناية المنجزة من طرف المرقى العقاري طبقاً للالتزامات التعاقدية"

⁸ -قبل صدور القانون 04-11 كان المرقى العقاري يحصل على الأرض المخصصة للبناء بموجب تراخيص إدارية، فهو لا يملك الأرض بصفة قانونية لينقل ملكيتها إلى المستفيد، وقد ينهي البناء دون تسوية الوضع.

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

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

7- القيد على التصرف: بالرغم من تحرير العقد في شكله الرسمي وتسجيله وشهره، إلا أنه لا تمنح للمشتري سوى صورة من العقد ليتمكن من الإقتراض من البنك بضمان العقار¹. فالمشتري في عقد البيع على التصاميم هو مالك غير عادي، فهو وقت انعقاد العقد لا يملك سوى ملكية الرقبة والتي تشمل الأرض والبناء طور الإنجاز دون أن يكون له حق الانتفاع والتصرف، فإذا تم الإنجاز وتم تسليم شهادة المطابقة² وتسليم كافة الأقساط وتحرير محضر التسليم وشهره، هنا فقط يكون للمشتري حق الانتفاع والتصرف.

8- وجوب الضمان القانوني بالإكتتاب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة³: تستوجب المادة 55 من القانون 04-11 "على المرقي العقاري الانتساب لصندوق ضمان الكفالة"⁴ لتمكين المشتري من استرجاع ما دفعه من ثمن إذا سحب الاعتماد مثلاً من المرقي العقاري أو حكم عليه بالإفلاس، حيث يتمتع المشتري بحق امتياز من الدرجة الأولى ويحصل حقوقه بتدخل صندوق الضمان-المادة 58 من القانون 04-11- كما يتم إتمام البناء التي تم إنجاز أساستها على الأقل وذلك عن طريق تكليف مرقي عقاري آخر بمواصلة الأشغال، على حساب المرقي المخل بالتزامه في حدود دفعات المقتنين، شرط أن تكون مغطاة بضمان إتمام الإنجاز⁵. وبالتالي يسعى هذا الضمان إلى تحقيق هدف مزدوج، يضمن للمشتري حق إسترجاع الثمن، وكذلك استكمال مشروع البناء إلى آخر مرحلة⁶.

كما أن البائع (المرقي) ملزم بالضمان العشري أو مسؤول مسؤولية عشرية طبقاً للمادة 3 من القانون 11-04، فيضمن لمدة عشر (10) سنوات تسري على كل هدم كلي أو جزئي للبناء ناجم عن عيب في البناء، أو المواد المستخدمة، أو في الأرض أو التصميم. وهي مسؤولية من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بإلغائها أو الإنقاص من مدتها⁷.

ثانياً: البيوع الإحتمالية.

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

¹ كثر لامية- المرجع السابق-ص45.

² -شهادة المطابقة هي وثيقة إدارية تثبت انتهاء أشغال البناء طبقاً للتصميم وتبين انسجامه مع ما ورد في رخصة البناء وتسلم من قبل نفس السلطة التي سلمت رخصة البناء، سواء رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي. وهذا طبقاً للمادة 56 والمادة 75 من القانون 90-29 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المعدل بالقانون 05-04 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بالتهيئة والتعمير (ج ر، العدد 51 لسنة 2004)، وهي تؤكد مطابقة البناء لرخصة البناء.

³ -سي يوسف زاوية حورية-النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم-دار الأمل للطباعة والنشر-2014-الجزائر- ص 48.

⁴ -استحدث صندوق الضمان والكفالة التبادلية في الترقية العقارية بموجب المرسوم التنفيذي 97-406 المؤرخ في 3 نوفمبر 1997- ج.ر عدد 73 لـ 5 نوفمبر 1997. والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي 14-180 لـ 5 جوان 2014-ج.ر عدد 37 لـ 19 جوان 2014. وقد بدأ الصندوق عمله بموجب التنصيب الفعلي سنة 2000.

⁵ - المواد من 6 إلى 9 الواردة بالمرسوم التنفيذي 14/181 المؤرخ في، 05-06-2014 يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفية ذلك- ج.ر عدد 37 لـ 19 جوان 2014.

⁶ - سي يوسف زاوية حورية-النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم-المرجع السابق-ص50.

⁷ - المادة 45 من قانون 04/11 تنص "دون الإخلال بالأحكام السارية في القانون المدني وقانون العقوبات والمتعلقة بتطبيق الأحكام المتضمنة في هذا الفصل، يعد باطلاً وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون، وتلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها، سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقي العقاري"

أ- بيع المال الشائع:

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

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

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

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

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

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

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

ب- بيع الحقوق المتنازع فيها:

قيد المشرع بيع الحق المتنازع فيه من خلال النص على حق استرداد المدعى عليه الذي تم التنازل ضده، للشئ المبيع من المشتري جبرا⁵.

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

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

² -قرار المحكمة العليا لـ 2021/09/16-ملف 1314951-مجلة المحكمة العليا- العدد الثاني-2021-ص73:-" يتم قسمة الملكية الشائعة بين الشركاء في الشيوع، عن طريق تحديد الحصص وتوزيعها بناء على قرعة.

-توزيع الحصص مسألة قانونية يفصل فيها القاضي، وليس الخبير.
- يجب عند اختيار الشركاء في الشيوع الطريق القضائي لا الإتفاقي لإنهاء حالة الشيوع، أن تتم القسمة، وفقا لما يقرره القانون وليس وفق ما يختارونه."

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

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

⁵ - وهذا طبقا للمادة 1/400 من القانون المدني:" إذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه، فللمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له والمصاريف الواجبة"

البيع إذن احتمالي، ينتج أثره من تاريخ إبرامه، لا من تاريخ صدور الحكم لصالح المدعي. لذا فهو بيع لا يكون فيه حق البائع على المبيع مؤكداً ولا يضمن البائع للمشتري وجوده. وإنما يحل المشتري محل البائع في الدعوى ويتحمل نتائجها، فهنا إما أن يثبت الحق للبائع فيثبت للمشتري كخلف خاص له وإما ألا يثبت¹. لذلك أجاز القانون للمتنازل ضده أن يسترد من المشتري هذا المبيع. والحكمة من تقرير الاسترداد هي عدم تشجيع المضاربين على شراء الحقوق المتنازع فيها، ووضع حد للمنازعات².

1/ الحالات التي يجوز فيها استرداد الحق المتنازع فيه.

يشترط حتى يجوز الاسترداد ما يلي:

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

2- أن يكون الحق المسترد، متنازعا فيه، حسب تعريفه في الفقرة 2 من المادة 400 قانون مدني، رفعت بشأنه دعوى أمام المحكمة المختصة، مع وجوب قيام النزاع في موضوع الحق، أي متعلقاً بوجوده أو انقضائه. أما إذا مس النزاع إجراءات شكلية كعدم توافر الصفة، الدفع بعدم الاختصاص، فلا يعتبر الحق متنازع فيه. كما يتحقق شرط وجود النزاع الجدي حتى في حالة عدم رفع الدعوى أمام القضاء، ويعدّ تقدير جدية النزاع من عدمه، مسألة متروكة لقاضي الموضوع³.

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

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

إذا توافرت الشروط، تم الإسترداد ب:

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

- أن يرد المتنازل ضده الثمن الحقيقي الذي دفعه المشتري لشراء الحق المتنازع فيه. وقد نص المشرع عن الثمن الحقيقي في المادة 400 من القانون المدني تحريزاً من الثمن الصوري الوارد في عقد البيع، الذي قد يكون مبالغاً فيه، منعا للمدعى عليه من الاسترداد أو لتحقيق منفعة للمتنازل له المشتري. وللمسترد أن يثبت بجميع الطرق صورية الثمن⁴. كما عليه أن يرد مصروفات العقد المتنازل فيه، كرسوم التوثيق، الدمغة والطابع، ومصروفات دعوى المطالبة بالحق.

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

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

¹ - غني حسون طه-المرجع السابق-ص 368.

² -المرجع السابق- ص 371.

³ -أحمد السعيد الزقرد- الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي- المرجع السابق- ص 277.

⁴ -مصطفى عبد الجواد-عقد البيع في القانون المدني المصري-دار الثقافة العربية-2007-ص 132.

1- إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة من الأموال بيعت جزافاً، كبيع شركة وكان ضمنها حق متنازع فيه. والحكمة من منع الاسترداد أن الحق المتنازع فيه فقد ذاتيته إذ اشتراه المتنازل له باعتباره عنصراً ضمن مجموعة أموال ورد عليها البيع ولم يشتريه لذاته، فتتعدم فكرة المضاربة لدى المشتري في الحق المتنازع فيه بالذات¹.

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

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

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

3/ الآثار المترتبة على الاسترداد.

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

- في العلاقة بين المتنازل ضده والمتنازل له.

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

- العلاقة بين المتنازل والمتنازل له.

لا أثر للاسترداد على هذه العلاقة، إذ يبقى عقد البيع قائماً بينهما، وهذا بعكس الشفعة والحلول الشخصي بصفة عامة، حيث أن استحقاق الحق المتنازع فيه يوجه ضد المشتري دون البائع فلا يؤثر الإستراد على حق المشتري بالبائع⁵.

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

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

² - المرجع السابق- ص 167

³ - غني حسون طه-المرجع السابق-ص 383 .

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

ص 205

⁵ - مصطفى عبد الجواد-المرجع السابق-ص 135

- العلاقة بين المتنازل والمتنازل ضده.

في العلاقة بين البائع المتنازل والمتنازل ضده المسترد ينهي الاسترداد النزاع ولا يكون للبائع مطالبة المسترد بشيء من الحق المتنازع فيه، فيكون للاسترداد الأثر الذي يرتبه الصلح في حسم النزاع. فإذا كان ديناً يدعيه البائع في ذمة المسترد، اعتبر كأنه لم يكن في ذمته¹.

بالتالي لا ينشئ الإستراد علاقة مباشرة بين المتنازل والمسترد، فلا يعد خلفاً للمتنازل، لذلك فللمتنازل مطالبة المتنازل ضده بدفع الثمن عن طريق الدعوى غير المباشرة مادام المتنازل دائناً بئمن البيع للمتنازل له، والمتنازل ضده مدين بئمن الاسترداد في مواجهة المتنازل له².

ج- بيع التركة:

يقصد ببيع التركة، بيع الحقوق التي آلت إلى البائع من التركة عن طرق الميراث، كلها أو جزء منها، فيكون بيعاً جزافاً دون تفصيل محتوى تلك الحقوق، في مقابل ثمن مقدر جزافياً أيضاً³. فلا يبيع الوارث أشياء محددة وإنما يبيع حصته في التركة بعد افتتاحها، ليرد تعيين المبيع على الحق المورث وليس على مال معين بالذات⁴. وهذا ما يجعله بيعاً احتمالياً جزافياً ويبرر أحكامه الخاصة⁵.

يعد بيع التركة بيعاً صحيحاً، يحتمل الربح والخسارة، فلا يعلم المشتري ما سوف يؤول إليه، بعد تفصيل مشتملات التركة، كمقابل للثمن الذي يدفعه لذلك قصر المشرع التزام البائع على ضمان صفته كوارث وأن نصيبه في التركة ونفسه محل البيع المذكور في العقد، وهو ما تقرر بموجب المادة 404 من القانون المدني الجزائري. فإذا ثبت أن البائع غير وارث، كان للمشتري الرجوع عليه بالضمان ومطالبته بالتعويض، أو المطالبة بإبطال بيع ملك الغير⁶.

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

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

الفرع الثاني: تعيين المبيع.

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

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

¹ - المرجع السابق - نفس الموضوع.

² - سعيد مبارك، طه الملاحوش، صاحب عبيد القتلاوي - المرجع السابق - ص 165.

³ - علي فيلاي - العقود الخاصة - البيع - المرجع السابق - ص 148.

⁴ - يمينة ححو - عقد البيع في القانون الجزائري - المرجع السابق - ص 217

⁵ - فإن حدد الوارث المال الذي يبيعه فلا يعد العقد بيعاً للتركة، ولو كان المال هو كل ما آل إلى الوارث بالميراث: سمير عبد السيد

تناغو - عقد البيع - المرجع السابق - ص 372، 373.

⁶ - يمينة ححو - عقد البيع في القانون الجزائري - المرجع السابق - ص 217

في حين أن الأشياء المعينة بالنوع، هي التي يوجد لها مثل من جنسها مساوي أو مقارب لها في القيمة بحيث تقوم مقام بعضها بالوفاء، كالحبوب والأقمشة. فإذا ورد البيع على شيء معين بالنوع، وجب أن يعين بجنسه ونوعه ومقداره ودرجة جودته، وبالتالي يتم تعيين المبيع بالتقدير وينعقد العقد تبعاً لذلك. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الجودة ولم يكن من السهل التعرف عليه من خلال العرف يلتزم البائع بتسليم شيء من درجة متوسطة¹.

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

الفرع الثالث: مشروعية وصلاحيه الشيء المبيع للتعامل فيه.

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

عليه، يجب أن يكون المبيع -كمحل للإلتزام- صالحاً للتعامل فيه. وتطبيقاً للمادة 682 من القانون المدني: يعد المبيع غير صالح للتعامل فيه إذا كان من الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بطبيعتها وهي الأشياء التي ينتفع بها كل الناس ولا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، فلا تصح كمحل لعقد البيع، على غرار الهواء وأشعة الشمس وماء البحر. إلا أنه يمكن الاستثناء بجزء منها، عندها يمكن لمالكها التعامل فيها. مثل تحويل الطاقة الشمسية إلى طاقة كهربائية، أو تعبئة الهواء المضغوط أو أيضاً تحلية كمية من مياه البحر³. وقد تكون من الأشياء المرتبطة بالإنسان مادياً والمقصود بذلك أعضاء جسم الإنسان التي لا يجوز منح قيمة مالية لها فهي مجردة منها، لذا لا يمكن أن تكون محل بيع وإلا كان باطلاً، فالكرامة الإنسانية تأتي أن يتحول جسم الإنسان لشيء قابل للتملك مقابل الثمن المادي⁴. وإنما يمكن التعامل في الأعضاء تبرعاً⁵ لغرض العلاج فإن تم نزع الأعضاء من شخص متوفى، يشترط عدم معارضته في حياته طبقاً لقانون الصحة الجزائري⁶.

وقد تكون الأشياء خارجة عن التعامل بحكم القانون، لارتباطها قانوناً بالشخص، فتخرج الحقوق اللصيقة بالشخصية عن دائرة التعامل. كما يتوافر هذا الارتباط القانوني بالنسبة لعنصر الإتصال بعملاء المهن الحرة كزبائن الأطباء والمحامين باعتبار العلاقة قائمة على روابط الشخصية وقدرات مهنية. وإن كان القضاء الفرنسي أصبح يسمح أن يكون هؤلاء العملاء محلاً لعقد بيع في حدود- كحالة امتناع الطبيب البائع عن ممارسة الطب أو الهجرة للخارج- ودون المساس بحرية الأفراد في اختيار الطبيب أو المحامي وإلا كان العقد باطلاً⁷. في حين يصح البيع الذي يرد على عنصر العملاء عند بيع محل تجاري، كإحدى مقوماته، نظراً لطابعه المالي القابل للتنازل، فلا يباع مستقلاً عنه.

¹ - أنور سلطان-المرجع السابق-ص 103.

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

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

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

⁵ - القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 جويلية 2018 المتعلق بالصحة، ج.ر عدد 46- 29 /07/ 2018 المعدل بأمر رقم 20-02 مؤرخ في 30 أوت 2020- ج.ر عدد 50- 30 /08/ 2020-المادة 358:" لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية"

⁶ -القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة-السابق الذكر- المادة 362:"لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقاً لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة. وفي هذه الحالة، يمكن القيام بالزرع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته."

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

بالمقابل قد يكون محلاً لعقد البيع، الإعتقاد أو الرخصة الإدارية التي تتطلبها بعض النشاطات والمهن الحرة، كالتنازل عن رخص سيارات الأجرة الممنوحة للمجاهدين¹.

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

الفرع الرابع: ملكية البائع للمبيع.

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

أولاً: مفهوم بيع ملك الغير وتحديد نطاقه.

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

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

- أن يكون التصرف المبرم بين الطرفين بيعاً: فيخرج عن نطاق بيع ملك الغير، حالة ما إذا تعهد شخص بأن يحصل على رضا المالك للبيع، فلا يعد بائعاً لملك الغير وإنما متعهداً في عقد التعهد عن الغير، يلتزم بحمل المالك على البيع، وإلا عدّ مسؤولاً في مواجهة المتعهد له، مسؤولية ناتجة عن عقد التعهد²، ولا يلتزم بنقل ملكية الشيء المرغوب شراءه.

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

- أن يكون المبيع موجوداً ومعيناً بالذات يوم إبرام البيع: فإذا باع شخص شيئاً مستقبلياً لا يعد بيعاً لملك الغير لأن المبيع لم يعين بذاته؛ كما أنه إذا انصب البيع على شيء معين بالنوع، فلا يستطيع المشتري المطالبة بإبطال البيع على أساس بيع ملك الغير، تطبيقاً للمادة 686 قانون مدني والتي تقرر أن المثليات تعوض بعضها بعضاً في الوفاء؛ فضلاً عن أن ملكية الأشياء المعينة بالنوع تنتقل من وقت إفرادها، وليس من تاريخ إبرام العقد. فإذا تم فرزها حددت بذاتها، وكان التصرف فيها بعد ذلك من غير المالك بيعاً لملك الغير³.

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

¹ - علي فيلالي العقود الخاصة-عقد البيع- المرجع السابق-ص126.

² - المادة 114 من القانون المدني الجزائري: "إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بان يقوم هو بنفسه بالالتزام به، أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثره إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يسند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد."

³ - هشام طه محمد سليم-المرجع السابق-ص 108.

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

وبخصوص أساس بيع ملك الغير في القانون الجزائري فقد أفردته المشرع بنص خاص، هو المادة 397 قانون مدني، واعتبره باطلاً بطلاناً نسبي مقرر لمصلحة المشتري دون البائع، فيكون بذلك قد خرج عن القواعد العامة. وهو ما يذهب إليه القانون المدني الفرنسي بمقتضى المادة 1599¹.

ثانياً: أحكام بيع ملك الغير.

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

أ- آثار بيع ملك الغير بين المتعاقدين.

1- حق المشتري في طلب إبطال بيع ملك الغير: بالرجوع إلى المادة 397 قانون مدني فإنه رغم انعقاد بيع ملك الغير صحيحاً بين أطرافه، إلا أن عدم تملك البائع للمبيع، يمكن للمشتري من طلب إبطال البيع حتى ولو لم يتعرض له المالك الأصلي، سواء كان المشتري عالماً أو جاهلاً بعدم امتلاك البائع للمبيع كما يكون له الحق في طلب الإبطال سواء كان البائع حسن النية أو سيئ النية، وسواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً، شهر العقد أو لم يشهر². إذ يأخذ المشرع في حالة الشهر، البيوع المبنية على الغش والتزوير.

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

-إجازة المشتري للبيع: الإجازة تصرف قانوني من جانب صاحب الحق في طلب إبطال العقد، يترتب عليه أن يصبح العقد صحيحاً، بحيث لا يجوز طلب إبطاله بعد ذلك، فتتم بتعبير صريح عن التنازل على حق الإبطال أو تعبير ضمني³. للمشتري إذن أن يجيز بيع ملك الغير ما دام الإبطال مقررراً لمصلحته طبقاً للقاعدة العامة بمقتضى المادة 100 من القانون المدني، شرط أن يتمتع المشتري بالأهلية القانونية، وأن تكون إرادته سليمة من عيوب الرضا، فإذا أجاز المشتري البيع انقلب العقد صحيحاً ورتب التزامات على كل من المتعاقدين، حينئذ يمكن للمشتري المطالبة بالفسخ لعدم التزام البائع بالتزامه نقل الملكية، كما يمكن له كذلك رفع دعوى ضمان استحقاق على البائع، إذا تعرض له المالك الحقيقي واستحق منه المبيع.

-إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع: فيكتسب حق ملكية على المبيع بعد البيع، . كأن يشتري البائع المبيع من مالكة أو يكتسبه بالتقادم، حينئذ ينقلب العقد صحيحاً وناظداً، فتنتقل الملكية إلى المشتري⁴.

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

¹-Article 1599 du Code civil français-16/03/1804: « La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. » : - Cass. civ. 3e, 8 décembre 1999, Bull. civ. III, n° 241, pourvoi n° 98-12922: Dans cet arrêt la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel qui avait annulé la vente de la chose d'autrui à la demande du vendeur en affirmant que : « [...] en prononçant ainsi la nullité de la vente [...] à la demande (du vendeur) alors que seul l'acheteur [...] avait qualité pour invoquer cette nullité, la cour d'appel a violé l'article 1599 du Code civil ».

²-قرار مجلس الدولة لـ2002/04/08-مجلة مجلس الدولة-العدد2-2002-ص 202 : " من المسلمات القانونية أن شهر العقد لا يحول دون فسخه، إذا ثبت أن البائع ليس مالكا للأرض المتنازع عليها. التذرع بشهر العقد وبالتالي فهو بهذه الصفة محصن ولا يمكن الطعن فيه قول مخالف للقانون مادام أن البائع باع ملك الغير."

³ - سمير عبد السيد تناغو - مصادر الالتزام-المرجع السابق-ص 104.

⁴ - مورييس نخلة-المرجع السابق-ص79.

إقرار المالك إذن، يمكن من الإحتجاج بالعقد في مواجهة المالك، والإحتجاج بالعقد في مواجهة شخص ما، لا يعني أن يتمتع بالحقوق الناشئة عنه، ولا أن يلتزم بالإلتزامات التي يولدها. ومن ثم لا يحل المالك محل البائع بموجب الإقرار¹.

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

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

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

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

ب- آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي.

إذا أقر المالك الأصلي البيع أمكن الإحتجاج بالعقد في مواجهة المالك الحقيقي، فتنتقل الملكية من وقت الإقرار. كما أن للمالك الحقيقي ألا يقر البيع فيتجاهله ويتصرف في المبيع كيفما شاء، فلا يكون نافذاً في مواجهته² حتى ولو لم يحكم بإبطاله، إذ سيكون التصرف موجوداً، غير أنه لا يمكن أن يحتج به في مواجهة المالك. وحينها لهذا الأخير أن يرفع دعوى استحقاق لاسترداد المبيع من يد المشتري ومطالبته أيضاً بالتعويض إذا كان سيء النية.

إلا أن المشتري قد يملك المبيع ليس بعقد البيع وإنما بالحيازة، إذا كان حسن النية³ وكان المبيع منقولاً - المادة 835 قانون مدني- ويكتسب العقار بافتراض حسن نيته، بالتقادم القصير ومدته عشر (10) سنوات طبقاً للمادة 828 قانون مدني. أما الحيازة بسوء نية، فتكون سبباً في كسب ملكية المنقول والعقار بالتقادم الطويل خمسة عشر (15) سنة، حسب المادة 827 قانون مدني⁴. فإذا ما اكتسب المشتري المبيع بالحيازة أو التقادم فليس للمالك الأصلي إلا أن يرجع على البائع بدعوى المسؤولية التقصيرية إذا كان البائع سيء النية، أو بدعوى الإثراء بلا سبب، إن كان حسن النية.

المطلب الثاني: الثمن.

الثمن هو محل التزام المشتري وسبب التزام البائع، فالبيع الذي لا يتضمن ثمناً ولم يستنبطه القاضي من ظروف العقد هو بيع باطلاً بطلاناً مطلقاً ويستطيع القاضي أن يثير ذلك من تلقاء نفسه طبقاً للمادة 102 قانون مدني. لذا وجب توافر شروطه المقررة قانوناً (الفرع الأول)، وإذا كان المبيع عقاراً، تدخل القاضي في حالة الغبن المرتبط بالثمن متى تحققت شروطه، لوجود خلل في الإلتزامات المتقابلة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: شروط الثمن.

¹ - محمد حسنين-المرجع السابق-ص196
² - قرار المحكمة العليا لـ 2021/07/15-الغرفة المدنية-العدد الثاني-2021-ص 23 :-" لا يعد نافذاً في حق المالك عقد البيع المشهور المتضمن التصرف في نصف منابه-المقدر بالنصف- بالبيع للغير، بناء على وكالة ملغاة..."
³ - مفاد حسن النية أن الحائز كان على يقين أنه يتعامل مع المالك الحقيقي، وتنص المادة 824 فقرة 3 من القانون المدني صراحة أن حسن النية مفترض إلى أن يثبت العكس، فيقع على من يتمسك بسوء نية الحائز أن يثبت ذلك.
⁴ -سوء النية لا يمنع الحائز من أن يصبح مالكا للعقار بالتقادم، إذا انقضى أجل 15 سنة، فالقانون لا يشترط شرطاً آخر غير الحيازة الصحيحة المستوفية لشروطها الواردة ضمن المادة 524 ق من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لـ 2008:هادنة، علنية، مستمرة غير منقطعة، لا يشوبها انقطاع ولا يشوبها لبس:- محمد ابراهيمي- التقادم في القانون الجزائري-برتي للنشر-الجزائر- 2020- ص

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

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

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

2- الثمن مقدر أو قابل للتقدير:

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

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

* **الثمن القابل للتقدير:** قد لا يحدد الثمن بالأرقام وبالرغم من ذلك يعتبر موجوداً، إذ يكفي أن يكون قابلاً للتقدير وذلك بالاستناد إلى أسس معينة، وهو استناد شرعي ما دامت هذه العناصر واضحة تسمح بالتحديد الرقمي للثمن عند التنفيذ دون الحاجة إلى اتفاق جديد، فلا تكون متوقفة على إرادة أحد المتعاقدين، بل يجب أن تكون أساساً مادية معينة تعييناً من شأنه منع أي خلاف بين المتعاقدين³.

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

أ- **إعتماد سعر السوق:** حسب المادة 365 فقرة 2 من القانون المدني، فيتم تقدير الثمن على أساس ما يقضي به سعر السوق مع الإلتفاق على تسمية هذا السوق، فإذا اقتصر اتفاقهما على ذكر السوق دون تحديده كان الثمن هو ثمن السوق الموجود في المكان والزمان الذي يتم فيه تسليم المبيع، وإذا لم يوجد سوق في مكان التسليم وجب افتراض أن النية اتجهت إلى سعر السوق الذي يقضي العرف بأن أسعاره هي المطبقة⁴؛

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

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

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

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

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

³ - طارق كاظم عجيل- المرجع السابق-ص 271

⁴ - أنور سلطان-المرجع السابق-ص 123.

ب-تقدير الثمن بواسطة السعر المتداول في التجارة: فيستنتب القاضي في حالة سكوت المتعاقدين من نص العقد أو من ظروفه وملايساته بأن الطرفين اتجهت إرادتهما إلى تبني الأسعار المتداولة في التجارة، لجواز تعيين الثمن ضمناً وهو ما يستنتج من عبارة المادة 357 قانون مدني جزائري: "إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن المبيع"¹؛

ج-اعتبار الثمن هو السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتعاقدين: على أساس وجود تعاملات بينهما، كالتعامل في تجارة بالجملة أو بالتجزئة، فهنا عدم تحديد الثمن لا يبطل العقد²، كون أن التعامل السابق قرينة بسيطة على أن الثمن هو نفسه المقرر في البيوع السابقة، حينئذ يجوز للبائع إثبات عكس هذه القرينة بأن يثبت بأن الأسعار ارتفعت؛

د-تحديد الشخص الأجنبي عن العقد للثمن: على خلاف المشرع الجزائري الذي لم ينص على هذه الطريقة، سمح القانون المدني الفرنسي بموجب المادة 1592 أن يقدر الثمن من قبل الغير، فيكون قابلاً للتقدير، فإذا لم يرد أو لم يستطع الغير القيام بالتقدير، فليس هناك بيع، إلا إذا قام شخص آخر بتقديره³. مع التزام البائع والمشتري بهذا الثمن⁴، إلا إذا ثبت بأن الأجنبي قد ارتكب غشاً أو وقع في غلط أو تجاوز حدود مأموريته.

وقد أثارت مسألة تكييف تحديد الثمن من طرف الغير اختلافات، فقد رفض القضاء الفرنسي اعتبارها تحكيماً باعتبار أن مهمة المحكم تكمن في الفصل في نزاع قائم⁵. كما رفض الفقه تكييف الخبرة، على أساس أن رأي الخبير استشاري غير إلزامي، في حين أن تحديد الأجنبي للثمن نهائي وملزم للطرفين⁶. لذا اعتبر الأجنبي وكلاً مشتركاً عن الطرفين، البائع والمشتري في تحديد الثمن⁷. إلا أنه أخذ أيضاً على هذا الرأي أن الوكالة تقتضي نصاً خاصاً، كما أنه يجوز للموكل عزل الوكيل وهذا غير وارد بالنسبة لمن يتولى تحديد الثمن، ناهيك عن أن الوكيل يقوم بتصرفات قانونية في حين أن عمل الأجنبي هنا مادي⁸. وإن كان عمل المفوض هذا لا يقتصر على مجرد عمل مادي، لأن مضمون سلطته هو تكميل إرادة الطرفين، فهو إذن ملزم لهما والحال أن الأصيل لتزم بتنفيذ تصرفات الوكيل طالما كانت في حدود الوكالة، مما يمكن من الأخذ

¹ - وضعت اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع المعتمدة بتاريخ 10/01/1980، والتي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 01/01/1988، قرينة مفادها إحالة أطراف العقد إلى الثمن السائد وقت إبرامه لنفس النوع من التجارة والبضائع وفي ظروف مماثلة، فلم تقر بطلان البيع الدولي عند إغفال النص عن الثمن. وهذا بموجب نص المادة 55 منها: "إذا انعقد العقد على نحو صحيح دون أن يتضمن صراحة أو ضمناً، تحديداً لثمن البضائع أو بيانات يمكن بموجبها تحديده يعتبر أن الطرفين قد أحالا ضمناً في حالة عدم وجود ما يخالف ذلك، إلى السعر الاعتيادي الموجود وقت انعقاد العقد بالنسبة لنفس البضائع المبيعة في ظروف مماثلة في نفس النوع من التجارة".

² - يمينة حوحو- عقد البيع في القانون الجزائري-المرجع السابق-ص74.

³ - Article 1592 du code civil français modifié par la loi n°2019-744 du 19 juillet 2019 :

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

⁴ - مورييس نخلة-المرجع السابق-ص90

⁵ - Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 16 février 2010, 09-11.586- Légifrance : « Alors qu'il résultait de ses constatations que le tiers désigné par les parties avait reçu de celles-ci mission, non d'exercer un pouvoir juridictionnel mais de procéder sur des éléments de fait à un constat s'imposant aux parties, lesquelles en avaient préalablement tiré les conséquences juridiques », (évaluation du prix de cession de droits sociaux) : <https://bit.ly/3Z68f07>

و كان المشرع الفرنسي قد ألغى عبارة تحكيم الغير l'arbitrage d'un tiers من المادة 592 واستبدلها بعبارة تقدير الغير l'estimation d'un tiers بموجب تعديل للمادة صادر بتاريخ 20 نوفمبر 2016 : Légifrance :

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

⁶ - Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier- -op.cité-§ n° 204-p 155.

⁷ -Ibid

⁸ - سي يوسف زاوية حورية -الوجيز في عقد البيع-المرجع السابق- ص 86

بفكرة النيابة. و يترتب على تحديد الغير للثمن انعقاد البيع من تاريخ هذا التحديد لاكتمال أركانه بوجود الثمن.¹

3- الثمن جدي وحقيقي.

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

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

أما الثمن التافه فهو ما لا يتناسب إطلاقاً مع قيمة الشيء المبيع، لذا هو كالثمن الصوري، يعدم ركنا في البيع، فيبطل العقد. أما إذا ثبت للبائع نية التبرع اعتبر العقد هبة. و لأن الثمن التافه لا يعتد به أصلاً فإن ذكره في العقد لا يكفي حتى لإعطاء العقد صورة البيع الذي يستر الهبة، فتكون هبة ظاهرة ومكتوفة لا مستترة⁴. وقد يقل الثمن كثيراً عن قيمة المبيع، لكنه لا يصل إلى حد يجعل التناسب بينهما مفقوداً تماماً، فيكون ثمناً بخساً لا يمنع من انعقاد عقد البيع، إذ لا يمس بجدية الثمن وإنما يصلح مقابلاً للالتزامات البائع⁵.

الفرع الثاني: الغبن في بيع العقار.

لا يمكن أن تترك حرية الأطراف في تحديد الثمن تصل لحد التعسف، لذلك سمح المشرع للقاضي بمراقبة مقدار الثمن في بيع العقارات، حتى لا يكون هناك غبن، فنصت المواد 358، 359 و360 من القانون المدني على حكم خاص بعقد البيع وهو حالة الغبن الفاحش في بيع العقار.

أولاً: شروط الطعن بالغبن العقاري.

ولكن يشترط للطعن بالغبن الفاحش ما يلي:

1- أن يكون المبيع عقاراً، فالغبن هنا ينصب على العقار دون سواه بالمفهوم الوارد في المادة 683 من القانون المدني⁶، والحقوق العينية العقارية. أما العقار بالتخصيص⁷ فلا طعن فيه بالغبن إلا إذا بيع مع العقار بثمن واحد⁸؛

2- ألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلني، إذ تنص المادة 360 قانون مدني على استثناء يتمثل في عدم جواز رفع دعوى الغبن العقاري إذا تم البيع بالمزاد العلني، لما تحاط به هذه البيوع من إجراءات قانونية تكفل الحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار⁹، بهدف تسديد الديون؛

¹ - المرجع السابق- ص 87

² - عزيز كاظم جبر الخفاجي- المرجع السابق-ص 475.

³ -المرجع السابق-ص 478.

⁴ -سي يوسف زاوية حورية-الوجيز في عقد البيع-المرجع السابق-ص 90.

⁵ -أحمد السعيد الزفرد- الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي- المرجع السابق- ص 122.

⁶ -المادة 683 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه يوم تلف، فهو عقار، وكل ما عدا ذلك فهو منقول".

⁷ -العقار بالتخصيص طبقاً للفقرة 2 من المادة 683 قانون مدني هو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله.

⁸ -لحسين بن الشيخ آث ملويا- المنتقى في عقد البيع -المرجع السابق-ص 102.

⁹ - سي يوسف زاوية حورية -الوجيز في عقد البيع-المرجع السابق- ص 94.

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

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

و الحق في الطعن بالغبن يكون في أي عُبن عقاري سواء كان البائع كامل الأهلية أو ناقص الأهلية، وبالتالي الغبن المقصود هنا أساسه معيار موضوعي وليس شخصي، وهو اختلال التناسب بين التزامات الطرفين¹، فهو ليس عيباً في الرضا يتطلب توافر العنصر النفسي وهو استغلال الطيش والهوى لدى المتعاقد المغبون، وإنما هو عيب في العقد، وبالتالي فإن البائع في دعوى الغبن ليس مطالباً بإثبات أنه وقع في غش أو غلط أو استغلال أو كان ناقص الأهلية، بل يكفي إثبات توافر شروط الغبن وبالتالي فإن الغبن في بيع العقار يرجع إلى فكرة التعادل ما بين المبيع والثمن². لذلك أوجب المشرع الجزائري في المادة 358 من القانون المدني لتقدير الغبن الزائد عن الخمس أن يقيم العقار بحسب قيمته وقت البيع.

ثانياً: الغرض من دعوى الغبن العقاري وإجراءاتها.

يحق للبائع ضحية الغبن أو ورثته³ رفع دعوى الغرض منها تكملة الثمن إلى أربعة أخماس (5/4) ثمن المثل أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار طبقاً للمادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴. ويلتزم البائع بإثبات أن الغبن محتمل فتقوم المحكمة بتعيين خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع، فإذا ثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد عن الثمن بأكثر من خمس (5/1) القيمة، لم يبطل العقد وإنما يحكم القاضي على المشتري بتكملة الثمن إلى أن يبلغ أربعة أخماس (5/4) قيمة العقار وقت البيع⁵.

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

بالنسبة لمدة التقادم لدعوى تكملة الثمن، فهي 3 سنوات تبدأ من يوم انعقاد البيع بالنسبة لكامل الأهلية، أما بالنسبة لناقصي الأهلية فتبدأ بـ3 سنوات من يوم انقطاع العجز طبقاً للمادة 359 قانون مدني.

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

1 - لحسين بن الشيخ آث ملويا- المنتقى في عقد البيع - المرجع السابق-ص 106
2 -قرار المحكمة العليا بتاريخ 20/06/2001-الغرفة المدنية-المجلة القضائية عدد 1 -2002-ص 157: "المستفاد من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع لما رفضوا دعوى الطاعنين الرامية إلى تكملة ثمن بيع العقار لعدم إثبات الغبن فإنهم يكونون قد وقعوا في خلط بين دعوى الغبن ودعوى الاستغلال، فدعوى الغبن تقوم على أساس مادي لا يكلف فيها البائع بإثبات أنه وقع في غلط أو ضحية غش بل أن يثبت فقط توافر شروط الغبن، لأنها ترجع في طبيعتها إلى فكرة التعادل بين المبيع والثمن، عكس دعوى الاستغلال القائمة على الأساس الشخصي. وبقضائهم كما فعلوا، فإن قضاة الموضوع يكونون قد شوهوا قرارهم بالخطأ في تطبيق القانون."
3 - قرار المحكمة العليا بتاريخ 22/07/2010-مجلة المحكمة العليا عدد 1-2011-105: "تنتقل بوفاة البائع، إلى الخلف العام دعوى الغبن، باعتبارها دعوى مالية.

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

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

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

قيد المشرع دعوى فسخ البيع العقاري بإجراء شكلي كشرط لقبولها يكمن في شهرها بالمحافظة العقارية عن طريق التأشير بالدعوى على هامش المحرر المشهر، وهو ما يسمى بالتأشير الهامشي، وتقديم العريضة الإفتتاحية مؤشراً عليها بالشهر في أول جلسة تحت طائلة عدم قبولها شكلاً وذلك إعمالاً لنص المادة 85 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري¹، نص المواد 17 فقرة 3²، 3515³ و4519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وهي نصوص تقضي بأن الدعوى القضائية العقارية التي ترمي إلى الطعن في التصرف الذي تضمنه المحرر المشهر المتعلقة بإبطال أو فسخ أو إلغاء أو نقض أو تعديل التصرف العقاري لا تكون مقبولة ولا يمكن الاحتجاج بالحكم الصادر فيها قبل شهرها⁵.

فيؤدي شهر الدعوى القضائية يؤدي وظيفة الإعلام بهدف حفظ حق البائع المدعي واحتجابه بالحكم الصادر لمصلحته بأثر رجعي ضد الغير الذي اكتسب حقل عينيا على العقار، وذلك دون إيقاف إمكانية التصرف في العقار والحق العيني العقاري، مع شهر الحكم القضائي النهائي الصادر في الدعوى المشهورة⁶. فكان الهدف الأساسي من شهر الدعوى علم الغير-المتصرف إليه بأن العقار محل نزاع، ويحتمل إعادته إلى من صدر الحكم لصالحه، وبالتالي الاحتجاج بالحكم على الخلف الخاص الذي ثبتت سوء نيته لقبوله اكتساب حق عقاري متنازع فيه⁷.

لذلك اشترطت المادة 359 فقرة 3 في حالة بيع المشتري المدعى عليه في دعوى فسخ البيع العقاري أن يكون المتصرف إليه حسن النية حتى لا يصيبه ضرر، فلا يستطيع البائع الذي صدر حكم الفسخ لصالحه أن يسترد منه العقار وليس له إلا الرجوع بالتعويض على المشتري.

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

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

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

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

5 - إضافة إلى دعوى فسخ البيع العقاري، دعوى إبطال البيع العقاري نتيجة عيب الإرادة، إلغاء عقد إداري ناقل للملكية العقارية، تعديل دفتر العقار بحذف إحدى البيانات، دعوى الأخذ بالشفعة لما يتم من تعديل من حيث الأشخاص ودعوى القسمة والخروج من الشبوع لما تتضمنه من تعديل من حيث الحق العيني العقاري: حمدي باشا عمر-زروقي ليلي-المنازعات العقارية - طبعة 2019، 2020-دار هوم-الجزائر -ص 241-244

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

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

المطلب الثالث: السبب في عقد البيع.

السبب في العقد هو الغرض الذي من أجله التزم المتعاقد سواء كان البائع أو المشتري، وقد يكون هذا الغرض مباشراً، يرمي إليه المتعاقد من وراء التزامه (الفرع الأول)، أو يكون غرضاً غير مباشر أي السبب الدافع للتعاقد، فهو الباعث النفسي الذي يحمل الأفراد على البيع والشراء¹(الفرع الثاني).

الفرع الأول: وجود السبب.

وهو سبب العقد أو الغاية التي يقصد الملتزم الحصول عليها في عقد البيع، فيكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن، فيكون القصد المباشر للبائع في جميع الأحوال هو الحصول على الثمن، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو الحصول على ملكية الشيء المبيع من البائع². ومادام البيع هو عقد ملزم لجانبين، فإن فكرة الارتباط بين الإلتزامات المتقابلة هي من طبيعته ولا يتصور قيام البيع إلا على أساسها، فيكون السبب المباشر هو سبب الإلتزام في العقد، فيجب أن يكون موجوداً وقت إنشاء العقد وتنفيذه، وإذا تخلف السبب في أي وقت من الأوقات بعد نشوء الإلتزام، انقضى الإلتزام.

وقد أدمج المشرع الفرنسي بموجب المرسوم 2016-131 المتعلق بقانون العقود والنظرية العامة للإلتزامات والإثبات، السبب بالمحل ضمن ركن مضمون العقد، حيث نصت المادة 1128 على أنه يعتبر ضروريا لصحة العقد، موافقة الأطراف، أهليتهم للتعاقد والمضمون المشروع والمؤكد للعقد³، واستبدل السبب بمصطلح هدف العقد في المادة 1162.

الفرع الثاني: مشروعية السبب.

تتصرف هذه المشروعية إلى السبب الدافع أي الباعث على التعاقد، أي السبب الذي دفع البائع إلى ترتيب الإلتزام في ذمته فإذا كان الباعث غير مشروع كان العقد باطلاً بطلاً مطلقاً⁴.

وتفترض المادة 98 من القانون المدني الجزائري في كل التزام أن له سبباً حقيقياً ومشروعاً فإذا ثبت أن السبب المذكور غير حقيقي أو غير مشروع كان على من يدعي أن للإلتزام سبباً آخر مشروعاً أن يقيم الدليل عليه.

¹ - نبيل إبراهيم سعد - محمد حسين منصور- مبادئ القانون: المدخل إلى القانون، نظرية الإلتزام- المرجع السابق-ص 254.

² - سمير عبد السيد تناعو - مصادر الإلتزام- المرجع السابق-ص 78.

³ - Ordonnance n° 2016-131 précitée- Art 1128 : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

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

⁴ - طبقاً للمادة 97 من القانون المدني الجزائري. وبموجب المرسوم 2016-131 الفرنسي المتعلق بقانون العقود والنظرية العامة للإلتزامات والإثبات، اشترطت المادة 1162 ضرورة أن يكون هدف العقد مطابقاً لقواعد النظام العام؛ أي مشروعاً وهذا ما كان ينص عليه ركن السبب سابقاً. إذ قام المشرع بمقتضى التعديل بإبطال العقد بسبب هدفه غير المشروع سواء علم به الطرف حسن النية أم لا:

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