



جامعة أكلي محند اولحاج - البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

أحكام عدم تسليم المبيع

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: عقود ومسؤولية

إشراف الأستاذة:

عرعار الياقوت

إعداد الطالبة:

قاضي كاهينة

لجنة المناقشة

الأستاذ - شيهاني سمير رئيسا
الأستاذة - عرعار الياقوت مشرفا ومقررا
الأستاذة - خالدي فتيحة عضوا ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2017-12-07

كلمة شكر

أتقدم بالشكر لكل من ساعدني في انجاز هذا العمل

وخاص بالذكر الأستاذة المشرفة « السيدة

عمر غارالياقوت » على الجهود التي بذلتها في توجيهي

وكل أساتذة كلية الحقوق ولجنة المناقشة .

إهداء

إلى كل من كرسوا حياتهم لتربيتي وتعليمي، إلى أبي

العزير وأمي الغالية وجدتي أطال الله في عمرهم

إلى اخواني الحبيبين: أيدير ومقران.

دون أن أنسى الكتكوت إسلام وكل العائلة.

قائمة أهم المختصرات

| الإختصار | الدلالة |
|----------|-------------------------|
| ص | الصفحة |
| ق.م.ج | القانون المدني الجزائري |
| ق.م.ع | القانون المدني العراقي |
| ق.م.ف | القانون المدني الفرنسي |
| ق.م.ق | القانون المدني القطري |
| ق.م.ك | القانون المدني الكويتي |
| ق.م.م | القانون المدني المصري |
| د.ط | دون طبعة |
| د.س.ن | دون سنة نشر |
| ص.ص | من الصفحة إلى الصفحة |

مقدمة

يعتبر عقد البيع من العقود الغير المعروفة في البداية بل سبقه إلى الوجود المقايضة أي التفاضل بالسلع حيث بموجبها يحصل الشخص على سلعة يرغب فيها مقابل سلعة يملكها، وهو من أقدم العقود وأكثرها شيوعاً، حيث كان البيع في القانون الروماني يعتمد على مبدأ الشكلية، وعليه لم تكن الإرادة كافية بل يجب إفراغها في شكل معين، ويترتب عليها إنعقاد العقد، فيكون العقد ملزماً إذا استوفى الأشكال اللازمة لإنعقاده.

كما أن عقد البيع في القانون الروماني لم يكن يترتب على البائع التزام بنقل الملكية، بل كان يقتصر على مجرد الإلتزام بنقل الحيازة الهادئة إلى المشتري إلا إذا اشترط خلاف ذلك، بالإضافة إلى أن القانون الفرنسي القديم قد أخذ بأحكام القانون الروماني، فكان البيع لا ينقل الملكية، أما أحكام الشريعة الإسلامية فجعلت الملكية تنتقل بالعقد مباشرة، وترتب على البائع التزام بنقلها للمشتري.

وعليه فإن عقد البيع هو مبادلة مال بمال، فلا يشترط فيه أن يكون المقابل مبلغاً من النقود، وذلك يتسع ليشمل مبادلة المال بثمن وهو الأكثر تداولاً، وهذا هو البيع الذي أخذ به القانون الوضعي.

يعتبر عقد البيع وسيلة لإشباع حاجات الفرد و رغباته فلا يكاد يمر يوم دون أن نبرم عدداً من عقود البيع، ونظراً لأهميته فقد اهتم المشرع به، وأورد له أحكاماً تفصيلية للالتزامات كل من البائع والمشتري، وبالرغم من أهمية تلك الإلتزامات جميعها إلا أن الإلتزام بالتسليم يمثل الإلتزام الرئيسي الذي يفرضه هذا العقد، ويكون ذلك عن طريق وضع المبيع تحت تصرف المشتري من أجل تلبية حاجاته التي تعاقد من أجلها.

فالبائع لا يبرأ من التزامه بالتسليم فقط، وإنما يجب أن يسلم مبيعاً سليماً ومطابقاً لما هو متفق عليه باعتبار العقد شريعة المتعاقدين، لأن المشتري لا يرغب في إكتساب الملكية فقط

وانما يهدف إلى إشباع حاجاته، ولا يتم ذلك إلا إذا كان الشيء المبيع مطابقا من حيث الكمية والمواصفات التي إتفقا عليها في العقد، أو الغرض الذي تعاقدا من أجله وأن يكون خال من أي عيوب، لذا فقد يشترط المشتري أن يتضمن العقد شرط يلزم البائع بتسليم مبيع يكون وفقا لنموذج أو عينة تحقق له الأهداف التي يبتغيها من العقد.

فإذا ما وجد خلل في المبيع فإن البائع يكون ملزم بالضمان، أما إذا سلم مبيع مطابق لما اتفق عليه يتخلص من مسؤوليته لأنه بمجرد تسليم الشيء المبيع في الميعاد والمتفق عليه يبدأ استحقاق الأجرة، فإذا لم يوف أحد الطرفين بالتزامه فيكون للطرف الآخر الدفع بعدم تنفيذ التزامه كما يمكن أن يمتنع البائع عن تنفيذ التزامه بسبب أجنبي.

وبما أن التزام البائع هو التزام بتحقيق نتيجة فإنه في حال عدم تسليم المبيع أو الإخلال به يكفي إثبات ذلك حتى يلجأ المشتري للوسائل القانونية التي تمكنه من الرجوع على البائع، والمتمثلة في الجزاء الأصلي، الجزاء التكميلي، وفقا لأحكام عدم تسليم المبيع الذي هو محل دراستنا.

وعلى هذا الأساس فإن للموضوع أهمية عملية في حياة الإنسان، لأنها تتعلق بالمعاملات التي تحدث بينهم، وعلمية فتشغل بالهم ويسألون رغبة في معرفته، لذا سنبين أحكام عدم تسليم المبيع ونسلط الضوء عليه.

أما الأسباب التي دفعتني إلى إختيار هذا الموضوع هو الميول الذاتي، وإثراء معلوماتي من خلال دراستي لمختلف جوانبه، كما أنه يمس جانبا مهما من جوانب المعاملات بين الأفراد.

ومن خلال عرضنا لما تقدم نتوصل إلى طرح الإشكالية التالية:

ما هو النظام القانوني لإخلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع ؟

واتبعت في دراستي لهذا البحث على المنهج الوصفي والذي من خلاله سيتم التطرق إلى التعاريف والشروط وأحكام عدم تسليم المبيع، وعلى المنهج التحليلي الذي سيتم من خلاله تحليل النصوص القانونية.

وارتأينا أن نقسم هذا البحث إلى فصلين، الأول يتناول إخلال البائع بالإلتزام بتسليم المبيع، ويتكون من مبحثين، المبحث الأول خصص لدراسة حالات إخلال البائع بالإلتزام بتسليم المبيع لسبب مشروع، أما المبحث الثاني خصص لدراسة حالات إخلال البائع بالإلتزام بتسليم المبيع لسبب غير مشروع، أما الفصل الثاني فيتناول الجزاء المترتب عن إخلال البائع بالإلتزام بتسليم المبيع، ويتكون من مبحثين، المبحث الأول خصص لدراسة الجزاء الأصلي، أما المبحث الثاني خصص لدراسة الجزاء التكميلي.

ثم نصل في الأخير إلى خاتمة نعمل فيها خلاصة البحث وأهم النتائج المستنتجة منه ونسرد لأهم الإقتراحات والنتائج.

الفصل الأول

إخلال البائع بالالتزام بتسليم

المبيع

إن عقد البيع عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بتسليم شيء ويلتزم الآخر بدفع الثمن، فعقد البيع من عقود المعاوضة فيأخذ كل طرف مقابلاً لما يعطيه، كما أنه يكون ملزم للجانبين إذ يرتب إلتزامات متقابلة على عاتق الطرفين، فيكون البائع ملزم بتسليم المبيع للمشتري، وعلى هذا الأخير دفع الثمن، وذلك إما باتفاق بين الطرفين، أو وفقاً لما يقرره القانون.

لكن قد يمتنع البائع عن تنفيذ التزامه بسبب عدم تنفيذ المشتري لالتزامه المتمثل في دفع الثمن، ويكون امتناعه مشروعاً، كما قد يرجع امتناع البائع عن تنفيذ التزامه إلى سبب خارج عن إرادته، دون ترتيب أي مسؤولية أو جزاء عليه.

كما قد لا يرجع عدم تسليم المبيع إلى سبب مشروع، وإنما يكون نتيجة لتسليم مبيع غير مطابق للمواصفات أو المقدار الذي اتفقا عليه، أو يكون بسبب وجود عيب خفي في الشيء المبيع ينقص من قيمته، فلو علم المشتري بوجوده لما تعاقد معه، ومن خلال ما تقدم سنعالج هذا الفصل في **مبحثين الأول** سنخصصه لحالات إخلال البائع بالتزام بتسليم المبيع لسبب مشروع، أما **المبحث الثاني** سنخصصه لحالات إخلال البائع بالتزام بتسليم المبيع لسبب غير مشروع.

المبحث الأول

حالات إخلال البائع بالتزام بتسليم المبيع لسبب مشروع

فإذا ما أحل المشتري بالتزامه ولم يدفع الثمن فإن من العدل على البائع أن يقوم بالامتناع عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع عن طريق حبسه، وهو ما سنعالجه في (المطلب الأول)، كما أن امتناع البائع عن التسليم قد يعود إلى سبب أجنبي لا يدا للبائع فيه، كهلاك المبيع بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجيء، فلا يسأل البائع عن إخلاله بالتزامه وهذا ما سنعالجه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حالة حبس البائع للمبيع

إذا أحل المشتري بالتزامه ولم يسلم الثمن نطبق المادة 390 من ق.م.ج التي أجازت للبائع مسك المبيع إلى حين قبض الثمن، بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري قد نظم أحكام الحق في الحبس في المواد من 200 إلى 202 من ق.م.ج، ومن خلال ما تقدم سنعالج التعريف بحق البائع في حبس المبيع (فرع أول)، وآثار حق البائع في حبس المبيع (فرع ثاني)، وإنقضاء حق البائع في حبس المبيع (فرع ثالث).

الفرع الأول: التعريف بحق البائع في حبس المبيع:

سنعالج في هذا الفرع المقصود بحق البائع في حبس المبيع (أولاً) وشروطه (ثانياً).

أولاً: المقصود بحق البائع في حبس المبيع:

سنعالج التعريف اللغوي و التعريف الفقهي.

1-التعريف اللغوي لحق البائع في حبس المبيع

وقبل أن نتطرق إلى تعريفه لا بد من تعريف كل من "الحبس" و "المبيع" و"إستفاء" و "الثمن" لغة و إصطلاحا .

أ-معنى حق الحبس لغة :

أ1-معنى الحبس لغة: حبس: حَبَسَهُ، يَحْبِسُهُ، حَبْسًا، فهو محبوس وحَبِيسٌ، واحتبسه، واحتبس بنفسه⁽¹⁾، وتحبسه على كذا: أي حبس نفسه عليه، واحتبسه: حبسه فاحتبس فهو لازم متعدي احتبس الرجل اتخذه حبيبا⁽²⁾، وقيل احتباسك إياه اختصاصك نفسك به وتقول احبست الشيء إذ اختصاصته لنفسك خاصة⁽³⁾.

أ2-معنى المبيع لغة: السلعة التي تعرض للبيع والشراء⁽⁴⁾.

أ3-معنى الإستفاء لغة: الإستغراق واخذ الحق على التمام⁽⁵⁾.

أ4-معنى الثمن لغة: جمعه أثمان⁽⁶⁾ ما تستحق به الشيء، والثمن ثمن البيع وثمان كل شيء قيمته⁽⁷⁾.

ب-إصطلاحا :معنى حق الحبس إصطلاحا :

ب1-معنى الحبس اصطلاحا: ويقصد به الإمساك في المكان والمنع من الخروج⁽⁸⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب،المجلد3، الطبعة 4، دار صادر، لبنان، 2005،ص14.

(2) فؤاد أفرام البستاني، منجد الطالب، الطبعة 20، دار المشرق، لبنان، 1976، ص104.

(3) ابن منظور،لسان العرب،المجلد3، المرجع السابق، ص14.

(4) ابن منظور ،لسان العرب ،الجزء 2،الطبعة 4،دارصادر ،لبنان ، 2005 ، ص272.

(5) محمد روس قلعة جي، معجم لغة الفقهاء ،الطبعة 1 ،دار النفائس ،لبنان ،1985، ص67.

(6) فؤاد إفرام البستاني، المرجع السابق، ص67.

(7) إبن منظور،لسان العرب،المجلد 3، المرجع السابق، ص43.

(8) محمد روس قلعة جي، المرجع السابق ، ص174.

ب2- معنى المبيع اصطلاحاً: فيقصد به السلعة التي جرى عليها عقد البيع⁽¹⁾، أي هو كل ما يباع ويشترى⁽²⁾.

ب3- معنى الإستفاء اصطلاحاً: طلب الوفاء بالأمر، وإعطاء صاحب الحق حقه وافيًا كاملاً⁽³⁾، دون أن ينقص منه شيء⁽⁴⁾.

ب4- معنى الثمن اصطلاحاً: ويقصد به ما كان عوض المبيع⁽⁵⁾، أو قيمة الشيء وسعره الذي تم التراضي عليه فهو أهم من القيمة التي هي السعر الحقيقي الذي يقوم به المقومين، أو ما يكون بدلاً عن البيع ويتعلق بالذمة⁽⁶⁾.

ب5- معنى حق البائع في حبس المبيع: فيقصد به وسيلة من وسائل الضمان الخاص التي يتمتع بها الدائن الحابس لشيء هو مدين بتسليمه، يستطيع بموجبها أن يتمتع عن تسليم ذلك الشيء لمالكه مادام لم يستوف دينه المترتب في ذمة مدينه والمرتبط بالشيء المحبوس لديه⁽⁷⁾.

2- المعنى الفقهي لحق البائع في حبس المبيع :

فقد عرفه الكناسي بأنه: «للبيع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن إذا كان الثمن حالاً، وليس للمشتري أن يتمتع من تسليم الثمن إلى البائع حتى يقبض المبيع»

(1) محمد روس القلعة جي، المرجع السابق، ص 401.

(2) علي بن هادية وبلحسن البليشي والجيلاني بن الحاج يحي، القاموس المدرسي، الطبعة 7، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 450.

(3) علي بن هادية وآخرون، المرجع السابق، ص 568.

(4) إين منظور، لسان العرب، الجزء 27، الطبعة 4، دار صادر، لبنان، 2005، ص 184.

(5) محمد روس قلعة جي، المرجع السابق، ص 154.

(6) فؤاد إفرام البستاني، المرجع السابق، ص 67.

(7) صالح فواز، «الطبيعة القانونية للحق في الحبس»، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، لسنة 2013، ص 49.

كما عرفه المازري: «من باع سلعة بثمن في ذمة المشتري تعلق له حقان في الثمن: حقه في كونه في ذمة المشتري، وحقه في حبس السلعة حتى يأخذ الثمن»⁽¹⁾.

ثانياً: شروط حق البائع في حبس المبيع.

وهذه الشروط تستخلص من نص المادة 200 من ق.م.ج السالفة الذكر وهي كالآتي:

1- التزام الحابس بأداء شيء معين: فالحابس عليه التزام بأداء شيء معين قد يكون منقول أو عقار أو غير مادي كالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ويكون مصدره العقد أو نص قانوني أو إثراء بلا سبب⁽²⁾، وهذا الالتزام هو المحل الذي يقع عليه الحبس⁽³⁾ إذ يجب أن يكون أحد البدلين عينيا والأخر دينيا⁽⁴⁾، ومن أمثلة الدين في ذمة الحابس أن يكون له دار فيقوم ببيعها وبالتالي يحق له حبسها حتى استفاء الثمن⁽⁵⁾، كما أن القانون المدني أجاز لحائز الشيء أو محوزه أن يحبس الشيء عن صاحبه حتى يستوفي الثمن المستحق له بشرط أن يكون حازه بطريقة مشروعة، فلا يجوز حبسه إذا ما حصل عليه عن طريق السرقة أو استعمال القوة⁽⁶⁾، كما أن الحق في الحبس يرد على شيء قابل للحجز فلا يجوز حجز الأموال العامة، أو حجز ما يلزم المدين من ثياب أو غذاء⁽⁷⁾.

(1) عبد الرحمن حسن المختار، «مشاحنة المتبايعين في الالتزام بالتسليم والأثر المترتب عليه»، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 6، كلية الحقوق، جامعة الزاوية، ليبيا، 2015، ص 29.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، (النظرية العامة للالتزام، أحكام الإلتزام)، ط، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 172.

(3) عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 2، (نظرية الالتزام بوجه عام)، (الإثبات وأثار الإلتزام)، الطبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 1138.

(4) اسماعيل شندي، أحكام حبس المبيع لاستفاء الثمن بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، جامعة القدس المفتوحة، فلسطين، 2007، ص 10.

(5) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 173.

(6) راجع الفقرة 2 من المادة 200 من ق.م.ج .

(7) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء 6، (في الإلتزامات)، المجلد 4، (أحكام الإلتزام)، الطبعة 2، دار الكتب القانونية شتان والمنشورات الحقوقية، مصر 1993، ص 446.

2- أن يكون الحابس دائن بحق مستحق الأداء:

فلا يقوم الحق في الحبس إذا كان دين الحابس لدى مدينه مضاف إلى أجل معلق أو شرط، فيشترط أن يكون حق الحابس محقق الوجود ومستحق الأداء أي لا يكون محل نزاع جدي⁽¹⁾، مثال المستأجر الذي يطالب المؤجر بتعويض بدعوى إخلاله بالقيام بالترميمات الضرورية، فلا يجوز حبس الأجرة عن المؤجر ما دام إخلاله محل نزاع مع المستأجر لم يثبت بعد⁽²⁾، وكذلك الأمر بالنسبة للأجل التبرعي من الدائن للمدين ما لم يثبت بأن الدائن قد تنازل عن حقه في الحبس.

3- وجود ارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء شيء معين:

فانه يتعين وجود ارتباط بين التزامين التزام الحابس تجاه مدينه والتزام المدين اتجاه الحابس فهناك صلة بين حيازة الشيء وحق الحابس والارتباط نوعان: ارتباط مادي وقانوني.

أ- الارتباط القانوني (المعنوي): ويتحقق إذا كان الحابس والتزامه قد نشأ عن تصرف قانوني، ويكون في العقد الملزم للجانبين بحيث يكون كل التزام سبب للالتزام المقابل، فيكون الحق في الحبس في صورة دفع بعدم التنفيذ المنصوص في المادة 123 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما إلتزم به»⁽³⁾، و بالتالي يجوز للبائع حبس المبيع حسب المادة 390 من ق.م.ج ، و كذا للمشتري الحق في حبس الثمن وفقا للمادة 388 من ق.م.ج⁽⁴⁾، كما أن عدم تنفيذ أي التزام

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني(النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص174.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 2، المرجع السابق، ص 1145.

(3) الفقرة 1 من المادة 201 من ق.م.ج تقابلها المادة 247 من ق.م.م.

(4) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني(النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 175.

منهما يؤدي إلى فسخ العقد ويرد كل متعاقد للآخر ما أخذه منه، كما أن للمتعاقد رفض ما أخذه حتى يسترد ما أعطاه⁽¹⁾، وقد يقوم ارتباط قانوني دون وجود علاقة تعاقدية مثل الفضالة فيلتزم الفضولي برد الشيء الذي إستولى عليه مقابل التزام رب العمل بتعويضه عما أنفقه⁽²⁾.
ب- الارتباط المادي (الموضوعي): ويقصد به أن حق الحابس نشأ عن واقعة مادية فيجوز لحائز الشيء أن يحبسه حتى يستوفي ما أنفقه من مصروفات على الشيء، كمن يتسلم شيء على سبيل الوديعة فأنفق عليه مصاريف في حفظه فله إمساكه عن مالكه حتى يستوفي ما أنفقه، وهذا ما أكدته فقرة 2 من المادة 200 من ق.م.ج السالفة الذكر⁽³⁾، فالعلاقة بين الحائز والمالك قد نشأت عن حيازة كما في حال التزام مالك المنقول أو سند لحامله إذا ما فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائز له بحسن نية وهذا عملاً بنص المادة 836 من ق.م.ج، أما في حالة إذا لم يوجد ما بني الالتزامين ارتباط فلا يجوز للدائن الحق في الحبس لأنه لا يكفي وجود التزامين متقابلين بين شخصين كل منها دائن ومدين للآخر⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: أحكام حق البائع في حبس المبيع:

فالبائع إذا قام بحبس المبيع فإنه يرتب أثراً، كما أن هذا الحق لا يبقى أبدي وإنما ينقضي، لذلك سنعالج أولاً آثار حق البائع في حبس المبيع، وثانياً إنقضاء حق البائع في حبس المبيع.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 2، المرجع السابق، ص 1149.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 176.

(3) عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، د.ط، دار العلوم، الجزائر، 2004، ص 24.

(4) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 176، 177.

أولاً: آثار حق البائع في حبس المبيع.

يترتب على الحق في الحبس عدة آثار يمكن أن تقسيمها إلى: الآثار التي تترتب في العلاقة بين الطرفين و آثار تترتب بالنسبة للغير.

1: آثار الحق في الحبس بالنسبة لطرفيه:

أ- حقوق الحابس: ومن بينها الامتناع عن تسليم الشيء المبيع حتى يستوفي الثمن كاملاً رغم أن ميعاد التسليم قد حل⁽¹⁾، حتى ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ما لم يمنح له المشتري أجلاً⁽²⁾ ولا يتأثر حق الحابس إذا ما قام المدين بدفع جزء من الدين لأن حق الحبس لا يقبل التجزئة⁽³⁾، لكن هناك استثناء وهذا في حال ما إذا كان المال المحبوس يقبل التجزئة دون ضرر أو يقبل الدائن بالتجزئة، كما يمكن للقاضي أن يحكم بتسليم الشيء إذا كان الجزء الباقي من حقه الذي لم يستوفه قليل جداً بالنسبة للالتزام⁽⁴⁾.

فإذا كان حق الحبس يخول لصاحبه سلطة الامتناع المؤقت عن التنفيذ، فلا يخول له حق امتياز عليه⁽⁵⁾، وهو ما نصت عليه المادة 201 فقرة 1 من ق.م.ج التي تنص على أنه «مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه».

وعليه فالبائع لما ينفذ على العين المحبوسة، ينفذ باعتباره دائن عادي فليس له حق امتياز عليه فإذا ما نفذ على العين جبراً فيزاحمه الدائنين الآخرين ويتقاسمون الثمن قسمة

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4، (العقود التي تقع على الملكية والمقايضة)، الطبعة 3، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2000، ص 807.

(2) رمضان أبو السعود، شرح أحكام القانوني المدني، (العقود المسماة البيع والمقايضة)، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 209.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 181.

(4) صالح فواز، المرجع السابق، ص 56.

(5) عبد الرحمن حسن المختار، المرجع السابق، ص 31.

غرماء، أما إذا بقي حابسا للعين ولم ينفذ عليها فحقه في الحبس يبقى حتى ولو باع المالك العين ويستطيع التمسك بالحبس في مواجهة المشتري⁽¹⁾.

ب- **التزامات الحابس:** ومن أهم هذه الالتزامات نجد:

ب1- **التزام الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس:** يحافظ الحابس على الشيء المحبوس ببذل عناية الرجل العادي وهذا عملا بنص المادة 955 من ق.م.ج، فإذا ما بذل عناية الرجل العادي في المحافظة عليه برئت ذمته، أما إذا هلك المبيع رغم ما بذله من عناية بشرط أن يكون بغير فعل البائع، فالمشتري هو الذي يتحمل تبعه الهلاك، أما إذا هلك بفعل البائع يفسخ العقد، كما أن البائع ليس عليه حفظ الشيء المحبوس إذا كان من الأشياء السريعة التلف أو الهلاك، فعليه الحصول على إذن من القاضي من أجل بيع الشيء المحبوس، وذلك لا يعد تنازل عن حقه في الحبس وإنما ينتقل إلى الثمن وهذا ما أكدته المادة 971 من ق.م.ج⁽²⁾.

ب2- **التزام الحابس بتقديم حساب عن غلة الشيء:** وهذا الالتزام يفترض أن الشيء المحبوس ينتج غلة أو ثمارا، فلا يكون للحابس الاستيلاء عليها وخصمها من مبلغ الدين، وإنما يجب حسابها مع الشيء المبيع حتى يستوفي الثمن⁽³⁾، لكن إذا كان يخشى أن تهلك فله أن يحصل على إذن من القاضي لبيعها فيكون ملزم بتقديم حساب عن غلة الشيء⁽⁴⁾، وفقا لأحكام المادة 201 من ق.م.ج فإذا استوفى حقه يكون ملزم برد العين وغلتها فيعد الحابس

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 181، 182.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 184 وراجع كذلك في هذا الشأن سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 456.

(3) المرجع نفسه، ص 185.

(4) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 456، 457.

بمثابة حارس الشيء فله السيطرة الفعلية ويكون مسؤولاً عما يسببه من ضرر للغير وفقاً للمادتين 138 و 140 من ق.م.ج

ج- رد العين المحبوسة: بعدما ينقضي الحق في الحبس يلتزم الحابس برد العين المحبوسة للمالك، بعدما استوفى حقه، فهو امتناع مؤقت عن تنفيذ التزامه فيزول هذا الالتزام بالتسليم ويكون الحابس مسؤولاً عن الهلاك أو التلف إلا إذا أثبت السبب الأجنبي⁽¹⁾.

2: آثار الحق في الحبس بالنسبة للغير: يمكن للحابس التمسك بالحق في الحبس في مواجهة الغير، إذ انتقلت الملكية إليه أو كسب حق عيني آخر سواء كان هذا الغير:

أ- الدائنون العاديون: فيعتبرون من الغير ويسري في حقهم ما يسري في حق المالك، فإذا ما نفذوا على العين يمكن للحابس أن يمتنع عن تسليمها إلى الذي رست عليه بالمزاد إلا أن يستوفي حقه كاملاً⁽²⁾.

ب- الخلف الخاص: ويقصد به الأشخاص الذين انتقلت إليهم الملكية محل الحبس أو تلقى عليها حق عيني كالرهن، أو حق الانتفاع، لأن الحبس لا يقيد المالك في التصرف في ملكه ومن أمثلة الخلف الخاص المشتري، الدائن المرتهن⁽³⁾، لذا يجب أن نميز بين ما إذا كان سبب الحبس هو انفاق المصروفات على العين أو يكون بسبب آخر:

ب1- إذا كان سبب الحبس انفاق مصروفات على العين: فيسري الحق في الحبس على الخلف الخاص دائماً، سواء كان حق الخلف نشأ قبل أو بعد ثبوت الحق في الحبس، ويعتبر

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 185.

(2) المرجع نفسه، ص 182.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 2، المرجع السابق، ص 1180.

الحابس دائنا بهذه المصروفات في مواجهة الكافة، لأن هذه المصروفات زادت عن قيمة العين ويستفيد منها كل من له حق عليها.

ب2- إذا كان سبب الحبس يعود لسبب آخر غير إنفاق المصروفات: يجب أن نميز إذا كانت العين المحبوسة عقار أو منقول:

- حالة ما إذا كانت العين المحبوسة عقارا: فيكون المشتري أو صاحب حق عيني ملزم بشهر حقوقهم فإذا ما قاموا به قبل ثبوت الحق في الحبس فإن هذا الحق لا يسري في مواجهتهم فيحفظ حقهم بالشهر، أما إذا قام به بعد ثبوت الحق في الحبس فيكون له الحق في ممارسة الحبس في مواجهة المشتري أو أي صاحب حق من الحقوق، أما إذا قلنا بأن الحبس لا يسري فتكون سهلنا الأمر بتهرب من الحبس ببيع العين الذي يرد عليه⁽¹⁾.

- حالة ما إذا كانت العين المحبوسة منقولا: فإن الحابس له التمسك بحقه في الحبس في مواجهة من ترتبت لهم حقوق عينية سواء قبل الحبس أو بعده، لكن إذا ترتبت قبل الحبس يشترط أن يكون الحابس حسن النية⁽²⁾.

ثانيا: انقضاء حق البائع في حبس المبيع:

إن حق البائع في حبس المبيع لا يبقى أبدي وإنما ينقضي وذلك بإحدى الطرق التالي: إما بطريقة أصلية أو بطريقة تبعية.

1: انقضاء حق البائع في الحبس بطريقة أصلية: وذلك من خلال:

أ- تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس: إذا المدين قدم تأمين كاف للوفاء بدين الحابس⁽¹⁾، وفقا للفقرة 1 من المادة 200 من ق.م.ج، فالحابس يلتزم بتسليم الشيء محل

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 2، المرجع السابق، ص 1180.

الحبس ما دام الدائن قد قدم تأمين كاف كرهن أو كفالة للوفاء بالتزامه، فإن هذا يؤدي إلى انقضاء الحق في الحبس، أما في حال ما أثير نزاع حول التأمين المقدم فيكون لقاضي الموضوع تحديد ما إذا كان التأمين كاف أو لا.

ب- هلاك الشيء المحبوس: فقد يهلك الشيء المحبوس بخطأ الحابس ففي هذه الحالة يكون الحابس مسؤولاً عن تعويض المالك الحقيقي ويخصم مقدار التعويض من الدين الحقيقي، أما إذا هلك بسبب أجنبي لا يد للحابس فيه فالحابس لا يتحمل تابعة الهلاك وإنما يتحملها المشتري كون أن بقاء المبيع عند البائع راجع إلى عدم تنفيذ المشتري لالتزامه وهو ما أكدته المادة 391 من ق.م.ج، وأما إذا هلك بفعل الغير فيتحمل هذا الغير التعويض عن الهلاك أما إذا كانت العين المحبوسة مؤمناً عليها ينتقل حق الحبس إلى مبلغ التأمين.

ج- إخلال الحابس بالتزامه بالمحافظة على العين المحبوسة : ويجب على الحابس بذل عناية الرجل العادي من أجل المحافظة عليها فإذا قصر يحق لمالك الشيء الحصول على إذن القاضي يقضي بإسقاط الحق في الحبس وهذا بتعسفه في استعمال حقه.

د- خروج الشيء المبيع من يد الحابس: فينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد الحابس سواء تنازل عنه صراحة أو ضمناً قبل استقاء حقه وهذا عملاً بنص المادة 202 فقرة 1 من ق.م.ج، كما أن الحابس لا يستطيع استرداد الشيء سواء كان عقاراً أو منقولاً⁽²⁾.

(1) نواف حازم خالد، «انقضاء الحق في الحبس لضمان بطريق أصلي»، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد (1- سنة 2010)، العدد 24، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 2005، ص 110.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 187، 188.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد إستثنى من هذه القاعدة في بيع المنقول من خلال مضمون نص المادة 2332 فقرة 4 من ق.م.ف التي تقضي بأنه: «إذ تسمح لبائع المنقول الذي سلمه ولم يحدد الأجل الذي يتم فيه قبض الثمن أي دون قبضه المطالبة باسترداد المبيع في أجل 8 أيام من تاريخ التسليم بحيث يكون المبيع في الحالة التي كان عليها ويعتبر الاسترداد مجرد استعادة لحقه في الحبس أي حيازة له وليس فسخ»⁽¹⁾.

لكن إذا خرج الشيء من يد الحابس بغير علمه كسرقتة أو عن طريق الغصب حسب المادة 202 فقرة 2 من ق.م.ج، فلا ينقضي حقه في الحبس وإنما له أن يسترده ممن هو في حيازته إذا طلب ذلك خلال 30 يوم من الوقت الذي يعلم به بخروجه ما لم تمر سنة على خروجه فإذا ما قام بالإجراءات في هذه المواعيد المحددة يستطيع الحصول على الشيء مرة ثانية⁽²⁾.

2: انقضاء الحق في الحبس بطريقة تبعية: فينقضي هذا الحق بزوال سبب الحبس أي بمجرد أن يوف المشتري الثمن كاملا للبائع أي لا يمكن أن يتجزء كما سبق وأن قلنا⁽³⁾، كما ينقضي دين الحابس في ذمة المدين بأسباب انقضاء الالتزام كالمقايضة، واتحاد الذمتين أو الإبراء، لكن لا ينقضي الحق في الحبس بالتقادم لأن الحبس حالة مادية تمتاز بالاستمرارية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ art : 2332-4 «...si la vent a été faite sans terme le vendeur peut même revendi querces effets tant qu'il sant en la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison et que les effets setrouvent de la même état dans lequel cette livrasion à été faite...»

⁽²⁾ الحسن بن الشيخ أثموليا، المنتقي في عقد البيع، الطبعة 2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص511.

⁽³⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4، المرجع السابق، ص809.

⁽⁴⁾ محمد صيري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني(النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص186، 187.

المطلب الثاني

حالة هلاك المبيع بسبب القوة القاهرة

قد يهلك المبيع قبل تسليمه للمشتري سواء كان المبيع معين بذاته عند انعقاد العقد أو ورد على مبيع معين بالنوع ثم تحددت ذاتيته عن طريق إفرازه، وهلاك المبيع يفرض أنه حدث بعد إبرام العقد لأنه قبل إبرامه يترتب بطلان العقد لانعدام المحل، كما يجب أن يكون هلاك المبيع قد حدث بسبب أجنبي لا يد للمتعاقدين فيه فيثور التساؤل عن يتحمل تبعه الهلاك. وبناء على ما تقدم سنعالج هذا المطلب من خلال تعريف هلاك المبيع بسبب القوة القاهرة (فرع أول) وانتقال تبعه الهلاك (فرع ثاني) سنعالج حالات هلاك المبيع بسبب القوة القاهرة (فرع ثالث).

الفرع الأول: تعريف هلاك المبيع بسبب القوة القاهرة:

سنعالج في هذا الفرع المقصود بهلاك المبيع بسبب القوة القاهرة (أولاً) ثم مجال تحمل تبعه الهلاك بسبب القوة القاهرة (ثانياً).

أولاً : المقصود بهلاك المبيع بسبب القوة القاهرة:

ويقصد به زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية⁽¹⁾، سبب أفة سماوية أو حادث مفاجئ ولا يد لأي أحد فيه⁽²⁾.

ثانياً: مجال تحمل تبعه هلاك المبيع بسبب القوة القاهرة :

قد يهلك المبيع بعد تمام العقد وقبل تسليمه إلى المشتري بفعل قوة القاهرة وتثار مسألة تبعه هلاك المبيع ومن يتحملها⁽¹⁾، وفي هذا الصدد انقسمت التشريعات إلى قسمين منها من جعل تبعه الهلاك على المشتري ومنها من جعلها على البائع⁽²⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4، المرجع السابق، ص 532

(2) عبد الرحمان أحمد جمعة الحلاشة، الوجيز في شرح القانون المدني، عقد البيع، الطبعة الأولى، دار وائل، الأردن، 2005، ص 356.

القسم الأول: جعل تبعة الهلاك على المشتري باعتباره مالك ومن بينهم المشرع الفرنسي والمشرع اللبناني:

1- إن المشرع الفرنسي قد خالف القاعدة العامة التي تقضي بأن استحالة تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه يسقط عن الطرف الآخر التزامه⁽³⁾، بمعنى أنها تحمل المشتري تبعة الهلاك وهذا ما يستفاد من نص المادة 1138 (ملغاة) من القانون المدني الفرنسي التي تعتبر الدائن مالك وتضع تحت تصرفه الشيء منذ إبرام العقد، فإذا ما هلك المبيع يبقى المشتري ملزم بالثمن⁽⁴⁾.

2- كما أن المشرع اللبناني أيضا ربط تبعة الهلاك بانعقاد العقد من خلال نص المادة 396 موجبات وعقود التي تنص على أنه: « يجب على المشتري منذ صيرورة العقد تاما، ما لم يكن نص مخالف، أن يتحمل ... 3 مخاطر العين المباعة »

فمن خلال ما تقدم يتبين بأنه منذ صيرورة العقد تاما فإن الملكية تنتقل إلى المشتري ويتحمل مخاطر العين باعتباره مالكا، لأن الملكية في المبيع المعين بالذات تنتقل فور إبرام العقد أما إذا كان المبيع معين بالنوع فإن الملكية لا تنتقل إلا بعد عملية الفرز ومع هذا يكون المشتري متحمل تبعة الهلاك، أما إذا كان البيع بشرط التجربة والذوق فلا يتحمل

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص294.

(2) bibelio.univ.alger-dz/js.pui.handle/1635/11962.

(3) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص295.

(4) art1138-2 « ...Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier».

المشتري تلك التبعة إلا بعد إعلانه القبول لأنه يكون معلق على شرط ويعتبر بمثابة وعد بالمبيع⁽¹⁾.

3- في حين نجد الفصل 493 من قانون الالتزامات والعقود المغربي ينص على أنه: «يتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع ولو قبل حصول التسليم ، ما لم يتفق على غير ذلك».

ويتضح من خلال هذا النص بأن المشتري هو من يتحمل تبعة الهلاك فور إبرام العقد ولا يعتد بالتسليم انطلاقاً من القاعدة التي تقضي بأن العين تهلك على مالکها بمعنى أنه إذا ما هلكت العين بعد إبرام العقد وقبل التسليم من طرف المشتري أي وهي في حوزة البائع، فإن المشتري هو الذي يتحمل هذه التبعة ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك⁽²⁾.

القسم الثاني: جعل تابعة الهلاك على البائع باعتباره مدين: قد يهلك المبيع قبل التسليم بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ ففي هذه الحالة يكون الهلاك على البائع لا على المشتري حتى ولو أن الملكية قد انتقلت إلى المشتري قبل التسليم، والسبب في عدم تحمل تبعة الهلاك هو أن الملكية لا تنتقل له فعلاً إلا بالتسليم، لأن هذا الأخير عبارة عن إجراء متمم لنقل الملكية، فإذا لم يتم تسليم الشيء المبيع فإن الالتزام بنقل الملكية يكون ناقص مع أن الملكية انتقلت للمشتري⁽³⁾، فإذا ما هلك المبيع قبل التسليم فإن البائع هو الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع عملاً بنص المادة 369 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع».

(1) محمد حسين قاسم، القانون المدني العقود المسماة البيع التأمين (الضمان الايجار)، الطبعة 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص ص 299، 300.

(2) عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 357.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4، المرجع السابق، ص 534.

فمن خلال نص المادة يتضح بأن البائع هو الذي يتحمل تبعه هلاك المبيع حتى وإن كان هذا الهلاك بسبب أجنبي أو قوة قاهرة أي لا يد له فيه، وينفسخ العقد بقوة القانون ويلتزم البائع برد الثمن إلى المشتري⁽¹⁾، لاستحالة تنفيذ البائع لالتزامه وهذا يؤدي حتما إلى انقضاء التزام الطرف الآخر بأداء الثمن وينفسخ العقد⁽²⁾، وهذا عملا بنص المادة 121 من ق.م.ج التي تنص: « في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام سبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بقوة القانون»⁽³⁾، ولا يمكن للمشتري المطالبة بالتعويض لأن الهلاك لا يمكن نسبه للبائع وهذا عملا بمضمون نص المادة 127 من ق.م.ج «إذا أثبت الشخص بأن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك»

فمن خلال ما تقدم فيتضح بأن البائع هو الذي يتحمل تبعه الهلاك لأنه خسر المبيع وخسر الثمن⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: انتقال تبعه هلاك المبيع بسبب القوة القاهرة:

(1) المادة 369 من ق.م.ج تقابلها المادة 437 من ق.م.م.

(2) نبيل إبراهيم سعد ، العقود المسماة، (عقد البيع)، الطبعة 4، دار الجامعة الجديد، مصر، 2010، ص332.

(3) المادة 121 من قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 44 الصادرة في 2005.

(4) أمر 58/75 مؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل، الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

الأصل أن تبعة هلاك المبيع بسبب القوة القاهرة تقع على عاتق البائع إلى أن يتم التسليم فتنقل إلى المشتري إلا أن هناك حالات تنتقل فيها هذه التبعة من البائع إلى المشتري كاستثناء في الحالات الآتية:

أولاً: بالاتفاق: بما أن العقد شريعة المتعاقدين فإنه يمكن الاتفاق بين البائع والمشتري على أن يتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع قبل التسليم لأن قاعدة تحمل البائع هلاك المبيع ليست من النظام العام وبالتالي هي قاعدة مكملة يمكن الاتفاق على مخالفتها⁽¹⁾.

ثانياً: هلاك المبيع في يد البائع وهو حابس له : فقد يستعمل البائع حقه بالدفع بعدم تنفيذ التزامه فيحبس المبيع في يده لعدم استقائه الثمن، ويهلك المبيع بسبب قوة القاهرة فالمشتري هو الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع، لأن عدم تسليم المبيع تعود إلى خطأ المشتري الذي لم يدفع الثمن لذا حبس البائع المبيع وهو ما أكدته المادة 391 من ق.م.ج التي تنص على أنه «إذا تلف المبيع في يد البائع وهو ماسكا له كان تلفه على المشتري ما لم يكن التلف قد وقع بفعل البائع»⁽²⁾.

ثالثاً: اعدار البائع المشتري بتسليم المبيع: فإذا ما قام البائع بإعذار المشتري بالتسليم فامتنع المشتري عن تسليمه، وهلك المبيع بسبب قوة القاهرة ففي هذه الحالة فإن تبعة الهلاك تقع على المشتري وفقاً لأحكام المادة 369 من ق.م.ج السالفة الذكرى، بشرط أن يكون في الإعدار الأجل المشروط لمصلحة المشتري أي التزام المشتري بالتسليم مستحق الأداء، أما إذا أعذره قبل الأجل المشروط فلا يرتب هذا الإعدار نقل تبعة الهلاك⁽³⁾.

الفرع الثالث : حالات هلاك المبيع بسبب القوة القاهرة

(1) محمد حسين قاسم ، المرجع السابق ، ص 299 .

(2) خليل أحمد حسن قفادة ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الجزء 4 ، (عقد البيع) ، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2000 ، ص 143.

(3) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 336، راجع كذلك محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 299.

ونميز بين الهلاك الكلي للمبيع والهلاك الجزئي:

أولاً: الهلاك الكلي للمبيع بسبب القوة القاهرة:

يقصد به زوال المبيع من الوجود بمقوماته المادية، فإذا ما هلك المبيع كلياً بسبب القوة القاهرة قبل التسليم فإن تبعه الهلاك تكون على البائع، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، غير أن اللجوء إلى القضاء قد يكون ضروري عند حدوث نزاع بين الطرفين حول الفسخ، إلا أن المحكمة يكمن دورها في التأكد من هلاك المبيع حقاً واستحالة البائع تنفيذ التزامه، فإذا تأكدت من ذلك حكم بوقوع الفسخ بقوة القانون فيلزم البائع برد الثمن للمشتري إذ كان هذا الأخير قد دفعه وهذا حسب نص المادة 369 من ق.م.ج السالفة الذكر⁽¹⁾.

إن تبعه الهلاك في المبيع المعين بالذات تنتقل بانتقال الحيابة وليس الملكية، ولو كان المبيع عقاراً، فإذا ما هلك أي تهدم بسبب زلزال قبل التسليم تحمل البائع تبعه الهلاك، حتى ولو كانت الملكية قد انتقلت إلى المشتري أما إذا هلك بعد التسليم فإن تبعه الهلاك تكون على المشتري ولو أن الملكية لم تنتقل إليه بعد⁽²⁾.

ثانياً: الهلاك الجزئي أو نقص قيمة المبيع بسبب القوة القاهرة:

تكون تبعه الهلاك الجزئي أو نقص في القيمة قبل تسليم المبيع على البائع، لأنه ملزم بتسليم المبيع كاملاً دون نقص أو تلف ولو حدث بسبب قوة القاهرة أو حادث مفاجئ، وفي حالة الهلاك الجزئي للمبيع أو نقص في القيمة، فالمشتري يكون بين خيارين إما فسخ العقد،

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ص 296، 297.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 234.

أو المطالبة بإنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من المبيع، دون المطالبة بالتعويض لأن الهلاك الجزئي قد حدث بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ⁽¹⁾.

ولكي يستجاب لطلب فسخ عقد البيع الذي طلبه المشتري يجب أن يكون الهلاك أو التلف بلغ قدر من الجسامة ، بحيث لو حدث قبل إبرام العقد لما اقدم على إبرامه.

أما إذا لم يبلغ النقص أو التلف ذلك القدر من الجسامة فيكون للمشتري طلب انقاص الثمن⁽²⁾، وهذا عملاً بنص المادة 370 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «إذا نقصت قيمته المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جار للمشتري أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع ولما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن»⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4، المرجع السابق، ص 538، 539.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 335، 336.

(3) المادة 370 من ق.م.ج تقابلها المادة 438 من ق.م.م .

المبحث الثاني

حالات إخلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع لسبب غير مشروع

إن هدف المشتري من التعاقد هو تلبية حاجاته التي تعاقد من أجلها فقد يتفق كل من المشتري والبائع على أن يتوافر في المبيع صفات أو شروط سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً، وبالتالي فالبايع لا يلتزم بتسليم المبيع فقط، وإنما يجب أن يسلمه مطابق للشروط وللمواصفات المتفق عليها فإذا لم يتم بذلك فإنه يعد مخالفاً بالتزامه بالتسليم المطابق ، كما يلتزم أيضاً بتسليم مبيع خال من العيوب، ومن خلال ما تقدم سنعالج في هذا المبحث تسليم مبيع غير مطابق (مطلب أول) وتسليم مبيع معيب (مطلب ثاني).

المطلب الأول

حالة تسليم مبيع غير مطابق

على البائع تسليم مبيع يتفق مع ما اتفق عليه مع المشتري من حيث المقدار والمواصفات فإذا سلم مبيع لا يتفق من حيث الكمية أو الوصف فإنه يعد مخالفاً بالتزامه المتمثل في تسليم مبيع غير مطابق، فيجب على المشتري اكتشاف عدم المطابقة وإخطار البائع ومن خلال ما تقدم سنعالج مفهوم عدم المطابقة (فرع أول) والتزامات المشتري في حال عدم المطابقة (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف عدم مطابقة المبيع:

وسنعالج في هذا الفرع المقصود بعدم المطابقة (أولاً) وأنواع عدم مطابقة المبيع (ثانياً)

أولاً : المقصود بعدم المطابقة:

- 1- «يمكن تعريف عدم المطابقة: بأنها تسليم مبيع لا يتفق مع المعقود عليه.
- 2- أو هي الاختلاف بين الشيء المتفق عليه في العقد وبين الشيء المسلم للمشتري.

3-و أيضا بأنها عدم صلاحية المبيع للاستعمال حسب طبيعة المبيع أو العقد أو الغرض المعد له المبيع.

4-أو هي: ألا يتوفر في المبيع الصفات التي تم الاتفاق عليها صراحة أو ضمناً، أو تلك الصفات التي يتوقع المشتري وجودها في المعقود عليه»⁽¹⁾.

ثانياً: أنواع عدم المطابقة :

سنعالج عدم المطابقة الوصفية ثم عدم المطابقة الكمية .

1- عدم المطابقة الوصفية :

فقد يتفق الطرفان على وجود صفات محددة تتوافر في المبيع أثناء العقد ، فيكون البائع ملزم بتسليم مبيع مطابق للوصف⁽²⁾، أو أن يشترط المشتري توافر صفة معينة في المبيع تحقق له رغباته المنشودة كالمشتري الذي يرغب في شراء سيارة بشرط أن تكون صالحة للسير في الأماكن الوحلة أو الصحراوية فإذا ما سلم سيارة لا تصلح لتلك الأغراض فيعد مخالفاً بالتزامه⁽³⁾. وهذا ما أكدته المادة 498 من القانون المدني الكويتي التي تنص على أنه: « إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه، كان

⁽¹⁾ إيمان طارق الشكري وحيدر عبد الهادي، «جزء الإخلال بضمان المطابقة في عقد البيع (دراسة مقارنة)»، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 4 السنة 2016، ص183، نقلاً عن حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، د.ط، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، 1989، ص727، ونقلاً عن:

Le étourneau et loic cadiel, droit de la responsabilité et des contractés, ed.doloz 2000-2003, n 5464. Jean jacque barbieri, contractés civils, contractés commerciaux, ed, Armand calin, 1995, p63. وأيضاً؛

وثروت عبد الحميد، ضمان صلاحية المبيع، لوجه الاستعمال، دار أم القرى للطباعة للنشر، مصر، ص19، وأيضاً؛ وحمدى أحمد سعد، القيمة العقدية للمستندات الاعلامية (دراسة مقارنة)، بدون ذكر طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص127.

⁽²⁾Goéton bachelier, le conrat de vente.

[http : //www.institut-nunerique.org/section-3-deux-obligation-de-délivrance-conforme-et-labligation.De-garantir-les-vices-caches-5097-c69-fe-3489](http://www.institut-nunerique.org/section-3-deux-obligation-de-délivrance-conforme-et-labligation.De-garantir-les-vices-caches-5097-c69-fe-3489).

⁽³⁾ أسيل باقر جاسم، المخالفة الجوهرية للعقد وآثارها، كلية الحقوق، جامعة بابل، د.س.ن، ص13.

للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض، أو أن يستبقي المبيع مع التعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم توافر هذه الصفات»⁽¹⁾.

واشترط هذه الصفة قد يرد صراحة في العقد أو ضمناً كما في المبيع وفق لعينة أو نموذج⁽²⁾، فقد لا يكتفي الطرفان بالاتفاق على صفات معينة يجب أن تتوفر في المبيع وقت التسليم بل يختارن طريق أكثر دقة وذلك عن طريق تعيين المبيع، كأن يقوم بائع القماش بتقديم عينة، ويجب أن يكون المبيع المسلم مطابقاً للعينة وإذا لم يكن كذلك عد غير مطابق للعينة، وذلك طبقاً لنص المادة 353 من ق.م.ج التي تنص على أنه: « 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 »⁽³⁾.

واشترط مطابقة المبيع للعينة هو التأكد من وجود نفس الصفات التي يحتويها المبيع والعينة فإذا لم يكن كذلك، فيعد تقصير من جانب البائع ولو كان البيع المسلم له نفس الصفات تقريباً فالبائع هو الذي يتحمل الخسارة⁽⁴⁾، وهذا ما أكدته المادة 1647 من ق.م.ف التي تنص على أنه: «إذا كان في المبيع عيب عدم صلاحيته راجع إلى سوء النوعية فإن الخسارة تعود على البائع الذي يلتزم تجاه المشتري برد الثمن وبالتعويضات الأخرى »⁽⁵⁾.

(1) المادة 498 من ق.م.ك التي تقابلها المادة 464 من ق.م.ق .

(2) سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، ضمان فوات الصفة المشروطة في المبيع (دراسة مقارنة) كلية الحقوق، جامعة بابل، 2008، ص5.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4، المرجع السابق، ص 235، 237.

(4) لطيفة أماروز، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص335.

(5) art : 1647-1, « si la chose qui avait des vices a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution de prix et aux autres dédommagement expliqués dans les deux articles précédent».

كما أن البائع لا يلتزم بتسليم المبيع فقط و إنما يلتزم بتسليمه في الحالة التي كان عليها، بحسب المادة 364 من ق.م.ج، فإذا ما وجد اتفاق حول حالة المبيع فنقوم بإعماله فإذا لم يوجد ، وكان المبيع معين بالذات فيسلم وفق للوصف والحالة التي كان عليها فمثلا قطعة أرض نعيب الحدود والمساحة، أما إذا كان المبيع معين بالنوع فيلتزم بتسليمه من درجة وجودة الشيء المتفق عليه فإذا لم يوجد اتفاق فيسلم الشيء من الصنف المتوسط، لكن قد يحدث وأن يطرأ تغيير على المبيع قد يكون ضاراً أو نافعا به⁽¹⁾.

أ- التغيير الضار بالمبيع : حسب نص المادة 370 من ق.م.ج التي تنص على أنه : « إذا انقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع ولما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن ».

فمن خلال هذا النص يتضح بأن التزام البائع هو التزام بتحقيق نتيجة ألا وهي تسليم مبيع في نفس الحالة التي كان عليها وقت التعاقد، فإذا ما وجد نقص في قيمة المبيع يعد مخلا بالتزامه بشرط أن يكون هذا النقص جسيما ولا يد للمشتري فيه، وعليه يكون لهذا الأخير طلب الفسخ أو أن يبقى على المبيع مع انقاص الثمن⁽²⁾.

ب- التغيير المفيد بالمبيع : قد تلحق بالمبيع تغييرات تزيد من قيمته سواء حدث بفعل الطبيعة كالإصاق الطبيعي ويقصد بها ارفاق قطعة أرض بأخرى لقربها لنهر أو أن تكون أشجار فأثمرت ، فهذه الزيادة تكون من نصيب المشتري دون دفع مقابل وهذا ما أكدته المادة 389

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4 ، المرجع السابق ، ص 561.

(2) المرجع نفسه، ص 562.

من ق.م.ج التي تنص على أنه: «يستحق المشتري إنتفاع وإيراد الشيء المبيع، كما يتحمل تكاليفه من يوم انعقاد البيع، وهذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك».

أما إذا كان التغيير بفعل البائع كالتحسينات فتعتبر تحسينات في ملك الغير مع علمه بذلك ،وهنا للمشتري المطالبة بإزالة التحسينات واستبقائها مع دفع ثمنها⁽¹⁾.

2-عدم المطابقة الكمية:

ينبغي على البائع أن يسلم المبيع بالقدر الذي اتفق عليه الطرفان⁽²⁾، لذا يجب أن يكون المبيع معين سواء معين بالذات أو النوع لأن عدم تعيين المبيع يؤدي إلى استحالة معرفة المقدار (الكمية) من العقد⁽³⁾، لأنه قد يسلم مبيع يزيد أو ينقص عما هو متفق عليه، وهو أكدته المادة 365 من ق.م.ج ، فالبايع بمجرد تعيين المبيع يصبح ضامنا له ومثال ذلك إذا كان المبيع أرض يجب تحديد مساحتها ، أو يكون الشيء معين ، مما يعد ويوزن أو يقاس فيبيعه بذكر مقداره مثلا 20 رطلا لذا وجب تسليم المبيع على مقداره لأكثر ولا أقل⁽⁴⁾ لأنه يسلم للمشتري مقدار من المبيع يزيد أو ينقص عما هو متفق عليه⁽⁵⁾، وبالتالي يرجع أحد المتعاقدين على الآخر بإحدى الدعاوى التي تنشأ عن الزيادة أو النقصان في المبيع، ومن خلال ما تقدم سنعالج أحكام الزيادة أحكام و النقصان في المبيع و تقادم الدعاوى التي تنشأ عنها.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4، المرجع السابق، ص 563، 564.

(2) محمد كميل، الزيادة والنقصان في المبيع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين 2014، ص 1.

(3) لطيفة أمازوز، المرجع السابق، ص 344.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4، المرجع السابق، ص 571.

(5) صافية بن رجدال، الالتزام بالمطابقة المادية في عقد البيع الدولي للبضائع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2013-2014، ص 14.

أ- أحكام نقص المبيع:

في حالة ما إذا اكتشف المشتري وجود نقص في المبيع عن المقدار المتفق عليه بينهما، يكون البائع مسؤولاً عما نقص إلا إذا وجد اتفاق على التسامح فيه أو جرى العرف على التسامح بهذا النقص، ففي هذه الحالة لا يحق للمشتري الرجوع على البائع، لكن إذا كان مقدار النقص جسيماً بحيث لو علم به المشتري لما أقدم على التعاقد وهذا ما أكدته الفقرة 1 من المادة 365 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «...غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم العقد...»

كما أن للمشتري في حالة وجود نقص جسيم الخيار بين الفسخ أو الاحتفاظ بالمبيع مع انقاص الثمن بالنسبة لما نقص من المبيع⁽¹⁾.

ب- أحكام الزيادة في المبيع:

إذا ما وجد في المبيع زيادة عن المقدار المتفق عليه وكان هناك اتفاق وجب أعماله فإذا لم يوجد فبحسب العرف، لأن أحكام الزيادة ليست من النظام العام⁽²⁾، أما إذا لم يكن هناك لا اتفاق ولا عرف يجب أن نميز بين ما إذا كان الثمن محددًا بحساب الوحدة أو محددًا جملة واحدة.

ب1- الثمن محددًا وفقاً لسعر الوحدة: وهنا يجب أن نميز بين المبيع الذي يضره التبويض عن المبيع الذي لا يضره التبويض:

- إذا كان المبيع مما لا يضره التبويض: كانت الزيادة ملكاً خالصاً للبائع⁽³⁾، فلا يحق للمشتري الاحتفاظ بها كما لا يكون البائع ملزماً بالتنازل له عنها مقابل دفع ثمنها استناداً

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4، المرجع السابق، ص 571، 572.

(2) صافية بن رجدال، المرجع السابق، ص 24.

(3) المرجع نفسه، ص 29.

لسعرها التناسبي، ومثال ذلك أن يقع البيع على 5 أطنان من القمح بسعر 100 دج للكيلوغرام، لكن بعد التسليم يظهر بأن 5 أطنان ونصف في هذه الحالة يكون للمشتري 5 أطنان والزيادة ملك للبائع.

- أما إذا كان المبيع غير قابل للتبويض: فيكون المشتري ملزم بالزيادة مقابل دفع ثمنها أما إذا كانت الزيادة جسيمة فيحق له طلب فسخ العقد وهذا عملاً بالفقرة 2 من نص المادة 365 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «...وكان الثمن مقدراً حسب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمناً زائداً إلا إذا كانت الزيادة فاحشة ففي هذه الحالة يجوز له طلب فسخ العقد...»

ب2- الثمن محددًا وفقاً لسعر مجموع المبيع: سواء كان المبيع يقبل التبويض أو لا يقبل فإن الزيادة تكون للمشتري دون أن يدفع شيئاً للبائع⁽¹⁾، لأن المبيع كان في يد البائع وكان ينبغي عليه معرفة مقداره فإذا ما قصر في ذلك وباعه بحساب المجموع فليس عليه أن يحتج بتقصيره ويعد ذلك قبولاً بالثمن المسمى.

ومثال ذلك أن يقع البيع على قطعة أرض مساحتها 1000م² وبسعر إجمالي قدره (50000 دينار)، فيظهر عند التسليم أن مساحتها (1050م²) وهنا الزيادة تكون للمشتري دون دفع ما يقابلها من ثمن⁽²⁾.

ج- تقادم الدعاوى التي تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته: حسب نص المادة 366 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «...فإن من حق المشتري طلب انقاص الثمن، أو فسخ

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4، المرجع السابق، ص 573.

(2) حازم ظاهر عرسان صالح، التبويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011، ص 34.

العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقطان بالتقادم بعد مضي نسبة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا»، فإن مدة التقادم في مثل هذه الدعاوى قد حددت بسنة واحدة تبدأ من تمام عملية التسليم الفعلي للمبيع.

والدعاوى التي تضمها المادة 366 من ق.م.ج هي:

ج1-دعوى فسخ العقد وتثبت للمشتري في حال نقص جسيم، أو زيادة جسيمة في المبيع الذي لا يقبل التبويض وثمنه محددًا بسعر الوحدة.

ج2-دعوى انقاص الثمن : وهي أيضا تثبت للمشتري في حال وجود نقص في المبيع.

ج3-دعوى تكملة الثمن وتثبت للبائع إذا وجد زيادة في المبيع الذي لا يقبل التجزئة وثمنه حدد بسعر الوحدة⁽¹⁾.

الفرع الثاني : التزامات المشتري في حال عدم مطابقة المبيع:

على البائع عند تسلمه المبيع المبادرة إلى فحصه وهو ماسنعلجه أولاً ثم إخطار البائع بعدم المطابقة وهو ما سنعالجه ثانياً.

أولاً : فحص المبيع:

على البائع أن يقوم بتسليم المبيع من النوع المتفق عليه ومطابق لشروط العقد، كما أن على المشتري أن ينفذ التزامه بالتسلم، ويعد البائع منفذ لالتزامه عندما يضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته واستغلاله لإشباع حاجته⁽²⁾.

وهو ما أكدته المادة 367 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق...»⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4، المرجع السابق، ص ص 574، 578.

(2) إيمان طارق الشكري وحيدر عبد الهادي ، المرجع السابق، ص ص 189، 191.

(3) المادة 367 من ق.م.ج التي تقابلها المادة 435 من ق.م.م .

فإذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه المبادرة لفحصه ليتأكد من مطابقتها لما تم الاتفاق عليه، وهذا حسب نص المادة 380 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل التجارية، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير...»⁽¹⁾.

فالمشتري له الحق في التحقق من الصفات التي اشترط وجودها في المبيع أو تلك التي كفل البائع وجودها، وذلك من خلال فحص المبيع وضعه تحت تصرفه، فيقوم بفحص المبيع بعناية الرجل العادي للكشف عن المطابقة في المبيع الذي يسهل عليه معرفة عدم المطابقة، أما إذا كان المبيع معقد أو ذو استعمال جديد فيجب عليه الاستعانة بخبير للتأكد من عدم المطابقة⁽²⁾ وعند تسليم مبيع غير مطابق فإن على المشتري إثبات عدم مطابقته، فإذا ما سكت يعد بمثابة تنازل عن حقه.

غير أنه لا يمكن للمشتري القابل بالتسليم دون تحفظ المطالبة بعدم المطابقة في حالة وجود عيب ظاهر⁽³⁾.

ثانياً : إخطار البائع بعدم مطابقة المبيع:

فحصر المبيع بعد تسليمه لا يكفي لإثارة مسؤولية البائع بل على المشتري إخطاره بعدم المطابقة، هو عبارة عن إجراء ينقل إلى البائع تدمير المشتري كون المبيع يحتوي على خلل يجعله غير مطابق للغرض المرجو منه، كما أن الإخطار يكون في مدة معقولة وتحدد حسب طبيعة المبيع، فالعيب قد يظهر للمشتري بمجرد إجراء الفحص العادي، كمن يشتري قلم

(1) المادة 380 من ق.م.ج التي تقابلها المادة 449 من ق.م.م .

(2) إيمان طارق الشكري وحيدر عبد الهادي، المرجع السابق ، ص190.

(3) <http://www.institut.numerique.org>.

للكتابه ، فيتوجب عليه إجراء الفحص فور تسلمه فإذا لم يبد أي اعتراض عد قبول بالمبيع واعتبر القلم صالح للكتابة، كما أنه يمكن أن يظهر العيب بعد مرور مدة زمنية كمن يشتري غسالة أو ثلاجة، وفي حال ما إذا اكتشف عدم المطابقة عليه المبادرة إلى اخطار البائع بذلك فإذا لم يفعل يعتبر أنه قابل بالمبيع⁽¹⁾.

المطلب الثاني

حالة تسليم مبيع معيب

إن هدف المشتري من التعاقد هو الحصول على منفعة الشيء ولأجل تحقق ذلك يكون البائع ملزم بتوفير الشيء المبيع وضامن للعيوب التي تظهر فيه إذا كانت من شأنها إحداث خلل فيه فإذا ما وجد خلل أو تخلفت إحدى الصفات التي اشترطها المشتري فيكون البائع مغل بالتزامه وتقام مسؤولية ومن خلال ما تقدم سنعالج هذا المطلب من خلال تحديد تعريف الالتزام بضمان العيب الخفي (فرع أول) والجزاء المترتب عن العيب الخفي (فرع ثاني) والقواعد المتعلقة بضمان العيب الخفي (فرع ثالث).

الفرع الأول : تعريف الالتزام بضمان العيب الخفي:

سنعالج في هذا الفرع المقصود بكل من العيب الخفي والضمان (أولاً) وشروط العيب الخفي الموجب لضمان (ثانياً).

أولاً : المقصود بالضمان والعيب الخفي:

1- المقصود بالضمان :

أ- معنى الضمان لغة بالرجوع إلى الفعل الثلاثي ضمن يتضح بأنه يشمل على المعاني التالية: "ضمن الشيء" كفل به "ضامن" و"ضمين"⁽²⁾، وضمنته الشيء تضميناً فتضمنه

(1) إيمان طارق الشكري وحيدر عبد الهادي، المرجع السابق، ص 191، 192.

(2) فؤاد افرام البستاني، المرجع السابق، ص 430.

عني مثل غرمته⁽¹⁾، ويقصد بالضمان المال أي التزامه إياه⁽²⁾، وهو رد مثل الهالك إذا كان مثليا أو قيمته إذا كان قيميا⁽³⁾، كما يقصد بضمان المبيع ما يكون مضمون بالثمن قل أو أكثر⁽⁴⁾.

ب- معنى الضمان اصطلاحا: فقد عرف مصطفى أحمد الرزقا الضمان بأنه: «الالتزام بتعويض مال عن ضرر للغير»، كما عرفه وهبة الزحلي بأنه: «الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال، أو ضياع المنافع، أو الضرر الكلي أو الجزئي الحادث بالنفس الإنسانية»⁽⁵⁾.

2- المقصود بالعيب الخفي:

أ- معنى العيب الخفي لغة: جمع عيوب: العيب والعيبة: الوصمة⁽⁶⁾، وعاب الشيء صار ذا عيب⁽⁷⁾، كما يقصد بالعيب الرداءة أو النقص التي يخلو منها الخلق السليم أو الصنع السليم⁽⁸⁾.

ب- معنى العيب الخفي قانونا: لم يعرف المشرع الجزائري العيب الموجب لضمان من طرف البائع وهذا الأمر نفسه بالنسبة للمشرع المصري والفرنسي⁽⁹⁾، لكن المشرع العراقي عرف

(1) ابن منظور، لسان العرب، المجلد 9، المرجع السابق، ص 64.

(2) محمد روس القلعة جي، المرجع السابق، ص 118، وراجع كذلك لفؤاد إفرام البستاني، المرجع السابق، ص 430.

(3) فؤاد إفرام البستاني، المرجع السابق، ص 430.

(4) محمد روس القلعة جي، المرجع السابق، ص 118.

(5) علي حساني، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتجات (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص 42، نقلا عن مصطفى أحمد الزرقعة، المدخل الفقهي العام، جامعة دمشق، 1378، ص ص 1016-1017، ووهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الاسلامي، دار الفكر المعاصر، سوريا، 1970، ص 15.

(6) ابن منظور، لسان العرب، المجلد 9، المرجع السابق، ص 347.

(7) فؤاد إفرام البستاني، المرجع السابق، ص 508.

(8) محمد روس القلعة جي، المرجع السابق، ص 325.

(9) زاهية سي يوسف، عقد البيع، الطبعة 3، دار الأمل، الجزائر، 2000، ص 170، وراجع كذلك أنور سلطان، العقود

المسماة (عقد البيع والمقايضة)، د. ط. دار الجامعية الجديد، مصر، 2005، ص 324.

العيب الموجب لضمان في الفقرة 2 من المادة 558 من ق.م.ع التي تنص على أنه: «...العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه، ويكون قديم إذا كان موجود في المبيع وقت العقد او حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم».

ج- معنى العيب الخفي قضاء: عرفت محكمة النقص المصرية العيب بأنه: «الآفة الطارئة التي تخلوا على الفطرة السليمة للمبيع»⁽¹⁾.

أما محكمة ليون الفرنسية فعرفته بأنه: «النقص الذي يصيب الشيء بشكل عارض ولا يوجد في كل الأشياء المماثلة»⁽²⁾.

ثانيا: شروط العيب الخفي الموجب للضمان: لكي يكون العيب الخفي موجب لضمان لا بد من توافر شروط وهي:

1- أن يكون العيب قديماً: ويقصد به العيب الذي يكون موجود في المبيع وهو عند البائع سواء حدث قبل تكوين العقد أو بعده⁽³⁾، ويكون البائع ضامناً للعيب الذي يكون في المبيع حتى حصول التسليم، وهناك ثلاث حالات يعتبر فيها العيب قديم وهي:

الحالة 1: وجود العيب قبل البيع : والعيب القديم هو الذي يكون موجود في المبيع قبل إبرام البيع كالأشياء المعينة بالذات، فمثلاً أن يقوم البائع ببيع سيارته التي فيها عيب إلى المشتري دون اخباره بوجود العيب، وعلى الرغم من معاينة المشتري للسيارة واستعانتة بأهل الخبرة إلا أنه صعب عليه إدراكه، ففي هذه الحالة يعتبر العيب خفياً وقديماً قبل البيع، وعبء اثباته يقع على المشتري بأي وسيلة من وسائل الإثبات⁽⁴⁾.

(1) أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء 4، المرجع السابق، ص 175.

(2) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 170.

(3) عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 465.

(4) وليد محمد بخيت الوزان، ابراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 18.

الحالة 2: حدوث العيب بعد البيع وقبل التسليم: أي أن يكون العيب موجود في المبيع قبل تسليمه وفي هذه الحالة نفرض بأن المبيع عند إبرام عقد البيع كان سليماً لكن أصيب بالعيب قبل تسليمه، فالبايع يتحمل تبعه العيب الخفي⁽¹⁾ حتى بالنسبة للمبيع المعين بالنوع، إذا تراخى البائع عن التسليم بعد الفرز، أما إذا تم تسليم المبيع حكماً أو فعلياً فتبعية الهلاك يتحملها المشتري.

الحالة 3: حدوث العيب عند المشتري بسبب قديم موجود في المبيع: أي أن يتبين أن عيب موجود في المبيع قبل أو بعد أو أثناء التعاقد سواء تحقق العيب اللاحق بالمبيع قبل التسليم أو بعده، لكن السبب تحقق وهو في حوزة البائع⁽²⁾، كالحيوان المباع وهو مصاب بجرثومة، ثم يظهر المرض بعد تسليمه للمشتري وعلى هذا الأخير إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، أما إذا وقع بعد تسلّم المشتري المبيع فإن البائع لا يضمن هذا العيب⁽³⁾، لأن تابعة الهلاك يتحملها البائع قبل التسليم والمشتري بعد التسليم، ونلاحظ بأن المشرع الجزائري قد ربط بين ضمان العيب الخفي وتبعية الهلاك⁽⁴⁾، واعتبر أن تسليم المبيع معيار لتحديد قدم العيب كما هو الأمر بالنسبة لتبعية الهلاك حيث أن وقت التسليم هو الذي يحدد من يتحملها⁽⁵⁾.

2- أن يكون العيب مؤثراً: نستخلص هذا الشرط من نص المادة 379 من ق.م.ج. التي تنص على أنه: «...إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر في طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولولم يكن عالماً بوجودها». ونص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي بأنه: «يلتزم البائع بضمان المبيع بسبب وجود عيب خفي في

(1) سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، (شرح أحكام عقد البيع)، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009، ص 293.

(2) عبد الرحمان جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص 466.

(3) محمد يوسف الزعبي، شرح عقد البيع، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2006، ص ص 400، 401.

(4) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 176.

(5) محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص ص 369، 368.

المبيع يجعله غير قابل للاستعمال الموجه له، والذي ينقص من هذا الانتفاع بحيث لا يكون المشتري على علم به أو لا يتم شراؤه إلا بإنقاص الثمن إذا علم بذلك»⁽¹⁾.
فمن خلال هذين النصين يتضح بأن العيب المؤثر هو الذي ينقص من قيمة المبيع أو الانتفاع به بحيث لا يحقق الغاية المرجوة منه، فلو علم المشتري بوجوده لما أقدم على شرائه أو اشتراه بسعر أقل⁽²⁾.

ويجب أن يكون العيب الموجب للضمان على قدر كاف من الجسامة وتقديرها يعود للقاضي الموضوع⁽³⁾، ومن أمثلة العيب المؤثر قيام شخص بشراء سيارة فيها عيب (جسيم) فيكون محركها يستهلك كمية كبيرة من الزيت نتيجة عطل فيها، وهذا العيب كان موجودا فيها وهي عند البائع، فهذا العيب يعد مؤثرا ويكون البائع ضامن له أو أن يضمن أيضا توافر صفة معينة في المبيع كأن يشتري شخص منزل واشترط وجود بئر صالح للشرب فيه لكن بعد تسليمه تبين أن مياه البئر غير صالحة للشرب لمجاورتها مياه الصرف التي تتسرب إلى البئر⁽⁴⁾.

أما إذا كان العيب يسيرا فلا يستوجب الضمان لأن العرف قد جرى على التسامح فيه كوجود أتربة في المبيع⁽⁵⁾.

(1) ART 1641 : « le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la vendeur qui la rendent impropre à l'usage auquel la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus »

(2) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 175.

(3) علي حساني، المرجع السابق، ص 209.

(4) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 391، 392، و راجع كذلك في هذا الشأن محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص 411.

(5) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 392.

3- أن يكون العيب خفياً: وهو ذلك العيب الذي يكون في المبيع عند إبرام العقد ولا يستطيع المشتري إدراكه ولو فحص المبيع بعناية الرجل العادي بل عليه الاستعانة بأهل الخبرة⁽¹⁾، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/01/09 عندما قصت بمايلي « بعد الاطلاع على ملف القضية والحكم المستأنف تبين أن قضاة الموضوع لم يقصروا في تحليل قرارهم وطبقوا المادة 379 من ق.م.ج. تطبيقاً صحيحاً إذ اتضح لهم بأن عيب خفي كان قد شاب المبيع و المتمثل في فساد بذور البطاطا التي باتت فاسدة ومغشوشة بعد غرسها، وأن ذلك العيب الخفي لم يكن ممكن ولا في متناول قدرة الرجل العادي لكشفه والتعرف عليه بل يجب استعانة بخبرة، وكان القانون يوجب على البائع ويحملة التزاماته نحو المشتري المتمثل في دفع 980.000.00 دج»⁽²⁾.

كما أن البائع لا يضمن العيب الظاهر وقت التسليم ومثال ذلك قيام أحد المزارعين بشراء بذور لزراعتها لكن بعضها لم تنبت لكونها أن العيب ظاهر لا يصعب اكتشافه باعتباره من كبار المزارعين وهذا ما أكدته الفقرة 2 من المادة 379 من ق.م.ج، أما إذا ما أكد البائع خلو المبيع من العيوب فيلتزم البائع بالضمان ولا حاجة لفحص المبيع من قبل المشتري⁽³⁾.

4- يجب أن يكون العيب غير معلوم للمشتري: فلو علم المشتري بوجود العيب حتى ولو كان خفياً فالبائع لا يضمنه وهو ما أكدته الفقرة 2 من المادة 379 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «... غير أن البائع لا يكون ضامناً للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع...» فلو علم المشتري بالعيب وسكت يعتبر بمثابة تنازل عن حق في الرجوع بالضمان⁽⁴⁾ فيكون على البائع إذا أراد التخلص من المسؤولية اثبات علم المشتري بالعيب

(1) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 178.

(2) القرار الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2002/01/09، قرار رقم 256659، غير منشور.

(3) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 178، 179.

(4) سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع (شرح أحكام عقد البيع)، المرجع السابق، ص 295.

بكافة طرق الاثبات فإذا لم يستطع يفترض أن المشتري لا يعلم بوجود العيب، كما أن البائع يستطيع التهرب من التزامه عن طريق إدعائه بجهل وجود العيب وهذا ما أكدته الفقرة 1 من المادة 379 من ق.م.ج بنصها: «...فالبائع ضامن لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها»⁽¹⁾.

فإذا ما توافرت الشروط السالفة الذكر يثبت للمشتري حق الرجوع على البائع بدعوى الضمان لكن قبل قيامه برفع دعوى الضمان يجب أن يقوم بفحص المبيع بمجرد تسلمه واخطار البائع بوجود العيب الخفي⁽²⁾، وبما أن فحص المبيع واخطار البائع به قد سبق وعالجناه فلا داعي لتكراره مرة أخرى.

الفرع الثاني: الجزاء المترتب عن ثبوت العيب الخفي:

بالرجوع إلى نص المادة 376 من ق.م.ج نجد أنها تقضي بأنه في حالة ما إذا كان العيب جسيماً بحيث تكون خسارة المشتري كبيرة فلو علم بها لما أقدم على إبرام العقد، فيكون للمشتري الحق في رد المبيع سواء كلياً أو جزئياً وأن يقوم بذلك في أجل محدود لذا سنعالج أولاً: رد المبيع وثانياً: دعوى الضمان.

أولاً: رد المبيع :

يجب أن نميز بين الرد الكلي أو الجزئي للمبيع.

1- الرد الكلي للمبيع : ويكون في حال وجود عيب جسيم في المبيع ويكون للمشتري في هذه الحالة حق رد المبيع إلى البائع واسترداد الثمن⁽³⁾، والثمن يشمل قيمة المبيع وكذا المصروفات

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 398.

(2) أنور سلطان، العقود المسماة (عقد البيع والمقايضة)، المرجع السابق، ص 329.

(3) محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص 413.

الضرورية أو النافعة التي أنفقها على المبيع⁽¹⁾، ومن أمثلة هذه المصروفات نجد نفقات كتابة عقد البيع⁽²⁾ بالإضافة إلى تعويض المشتري عما أصابه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب وجود العيب.

2- الرد الجزئي للمبيع: إذا لم يكن العيب جسيماً يكون للمشتري إما طلب الفسخ أو رد الجزء التالف والاحتفاظ بالباقي وطلب التعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب⁽³⁾.

كما أن للمشتري في كلتا الحالتين الحق في طلب التعويض سواء كان العيب جسيماً أم لا، أو علم البائع بالعيب أم لا، وهذا بالنسبة للمشرع الجزائري والمصري لكن المشرع الفرنسي حسب نص المادة 1645 من ق.م.ف التي تنص على أنه «بالإضافة إلى انقاص الثمن الذي تسلمه يلتزم البائع إذا كان على علم بالعيوب الخفية بجميع التعويضات تجاه المشتري»⁽⁴⁾.

أما في حالة عدم علمه بالعيب حسب المادة 1646 من ق.م.ف التي تنص على أنه: « إذا لم يكن البائع على علم بوجود العيب الخفي فإنه لا يلتزم إلا بإنقاص الثمن وتعويض المشتري عن كافة المصاريف المترتبة عن العقد »⁽⁵⁾.

ثانياً : دعوى ضمان العيب الخفي : قد يلجأ المشتري إذا لم يحصل على تعويضاته الناشئة عن العقد بطريقة رضائية إلى القضاء لكن بعد إعدار البائع.

(1) علي حساني، المرجع السابق، ص112.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء4، المرجع السابق، ص714.

(3) علي حساني، المرجع السابق، ص113.

(4) art : 1645 « si le vendeur connaissait les vices de la chose, hi est tenu outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers, acheteur ».

(5) art : 1646 « si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu,à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente».

أما في حال هلاك المبيع لأي سبب كان تبقى دعوى الضمان، ونفترض بأن المبيع قد هلك بعد تسلمه من طرف المشتري لأن قبل التسليم لا مجال للكلام عن دعوى الضمان.

و إذا لم يكن هلاك المبيع بسبب فعل المشتري فيحق له استبقاء المبيع والمطالبة بالتعويض أما إذا كان العيب جسيماً فله رد المبيع مع التعويض، أما إذا هلك بفعله فلا يحق له المطالبة بالتعويض⁽¹⁾، أما إذا تصرف في المبيع فلا يسقط حقه بالضمان فيكون له الحق في الرجوع على البائع لكن إذا ما كان العيب جسيماً فلا يحق له المطالبة بالتعويضات المقررة في دعوى الاستحقاق الكلي لأنه لا يستطيع رد المبيع لأنه تصرف فيه⁽²⁾ إلا أنه يجوز للمشتري الثاني الرجوع على البائع كما أن حق المشتري في الضمان ينتقل إلى الخلف العام والخاص، كالورثة في حال وفاة المشتري فبإمكانهم الرجوع على البائع بالضمان والعكس غير صحيح⁽³⁾.

بالإضافة إلى أن دعوى الضمان تتقادم ولا تبقى أبدية وهذا ما أكدته القانون المدني المادة 383 من ق.م.ج التي تنص على أنه: « تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول.

على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتتمام التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشاً منه»

فمن خلال النص يتضح بأن للمشتري ومن أجل الحفاظ على حقه المبادرة إلى رفع الدعوى خلال سنة واحدة تبدأ من التسليم الفعلي.

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص361.

(2) سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع (شرح أحكام عقد البيع)، المرجع السابق، ص304.

(3) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص362.

أما إذا كشف العيب بعد انقضاء هذه المدة فيسقط الحق في المطالبة بالضمان إلا إذا أخفى البائع العيب غشا منه فيعتد بالتقادم الطويل (15 سنة) (1).

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد جعل التقادم سنتين من تاريخ اكتشاف العيب وهذا عملاً بنص المادة 1648 من ق.م.ف التي تنص على أنه: «يجب أن تتم إقامة الدعوى الناتجة عن العيوب الموجبة للفسخ من طرف المشتري في أجل عامين من تاريخ اكتشاف العيب ويجب رفع الدعوى عند سقوط الحق في الحالة المحددة 1-1642» (2).

الفرع الثالث: القواعد المتعلقة بضمان العيب الخفي:

بالرجوع إلى نص المادة 384 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا من الضمان أو أن ينقصا منه وأن يسقط هذا الضمان غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه» (3).

فمن خلال النص يتضح بأن أحكام ضمان العيب الخفي ليست من النظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على التخفيف منها أو الزيادة فيها أو الاعفاء منها.

(1) أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء 4، المرجع السابق، ص 180.

(2) Art : 1648 : «l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'ocquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte des vice dans la cas prévu par l'article 1642-1, l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur peut être déchargé des vices ou des défauts de conformité apparents le vendeur peut être déchargé des vices ou des défauts de conformité apparents »

(3) أنظر المادة 384 من ق.م.ج التي تقابلها المادة 453 من ق.م.م وكذا المادة 1627 من ق.م.ف.

أولاً : الاتفاق على زيادة ضمان العيب الخفي : فيمكن للطرفين الاتفاق على التشديد على البائع كأن يلتزم بالضمان لمدة أطول⁽¹⁾ أو يضمن كل ما يظهر في المبيع من عيوب حتى التي جرى العرف على التسامح فيها⁽²⁾.

ثانياً : الاتفاق على الانقاص من ضمان العيب الخفي:

يمكن للطرفين الاتفاق على تخفيف الضمان المقرر للبائع كاشتراط البائع على اقتصار المطالبة بالانقاص دون رد المبيع في حالة العيب الجسيم ، أو اشتراط الضمان على العيوب التي تظهر بالفحص التقني⁽³⁾، أو اشتراط أقل من سنة لرفع دعوى الضمان لكن إذا اخفى العيب غشا منه يبطل هذا الشرط⁽⁴⁾.

ثالثاً : الاتفاق على الاعفاء من ضمان العيوب الخفية:

فقد يتفق الطرفان بأن لا يضمن البائع عيب يظهر في المبيع حتى ولو كان البائع على علم به لكن لم يتعمد إخفاءه ، ففي هذه الحالة لا يحق للمشتري الرجوع على البائع بأي عيب⁽⁵⁾، وغالبا ما يكون في العقد نص صريح على عدم الضمان، كما يمكن أن يستنتج من ظروف الحال كبيع شيء بثمن تافه لا يتلاءم مع قيمة الشيء⁽⁶⁾.

(1) محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص 441.

(2) خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني ، الجزء 4، المرجع السابق، ص 181.

(3) أنور سلطان، العقود المسماة (عقد البيع والمقايضة)، المرجع السابق، ص 339.

(4) علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، الطبعة 11، دار الثقافة، الأردن، 2014، ص ص 180، 181.

(5) أنور سلطان، العقود المسماة (عقد البيع والمقايضة)، المرجع السابق، ص 340.

(6) رمضان أبو سعود، المرجع السابق، ص 367.

وكخاتمة لهذا الفصل نتوصل إلى أن للبائع يمتنع عن تنفيذ إلتزامه دون ترتيب أي جزاء عليه إذا كان إمتناعه مبرراً، كممارسة حقه في الحبس الذي خول له القانون، فبمجرد ممارسته يرتب عليه القانون آثار، بالإضافة إلى أن هذا الحق لا يبقى أبدي، وإنما ينقضي كما قد يهلك المبيع بسبب خارج عن إرادته، فيكون البائع هو الذي يتحمل تبعه الهلاك في حالات معينة، ويمكن أن تنتقل إلى المشتري تبعه الهلاك سواء كان الهلاك كلياً أو جزئياً. أما إذا كان إمتناعه غير مبرر فتقام مسؤوليته في حال تسليم مبيع معيب أو غير مطابق، فيكون على المشتري بمجرد تسلمه المبيع المبادرة إلى فحصه، وإخطار البائع بوجود خلل فيه حتى تترتب الجزاءات المقررة له.

الفصل الثاني

الجزاء المترتب عن إخلال

البائع بالتزامه بتسليم

المبيع

في حال قيام طرفي العقد بتنفيذ التزاماتهما على الوجه الذي يحدده العقد سار العقد مساره الطبيعي لأن هذا هو الوجه السليم الذي اتجهت إليه إرادة الطرفين، لكن أحيانا بعد إبرام العقد قد يحدث أن تختلف وجهات النظر أو فهم شروط العقد مما يؤدي الى إخلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع كأن يمتنع عن التسليم أو يتأخر فيه أو يسلم مبيع غير الحالة التي كان عليها وقت البيع، فإن القواعد العامة تطبق في كل هذه الحالات، ويجوز للمشتري مطالبة البائع بالجزاء الأصلي المتمثل في التنفيذ العيني للعقد أو فسخه مع المطالبة بالجزاء التكميلي المتمثل في المطالبة بالتعويض في الحالتين إن كان له مقتضى، وهذا ما أكدته المادة 119 من ق.م.ج التي تنص على أنه: « في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه حاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك .

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا ، حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات «⁽¹⁾. وبناءا على ما تقدم من سنعالج في هذا الفصل الجزء الأصلي للإخلال بالالتزام بالتسليم (مبحث أول)، والجزء التكميلي لهذا الإخلال (مبحث ثاني).

(1) أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، السالف الذكر .

المبحث الأول

الجزاء الأصلي للإخلال بالتزام بالتسليم

إن الأثر المترتب عن عدم تنفيذ البائع بالتزامه العقدي هو ثبوت حق المشتري في طلب أحد الجزاءات الناتجة عن إخلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع كأن يمتنع عن التسليم ، أو يتأخر فيه أو يسلم مبيع في غير الحالة التي كان عليها وقت البيع ، فيكون بعد إعداره للبائع المطالبة بالتنفيذ العيني، وهو ما سنعالجه (المطلب الأول) أو المطالبة بالفسخ وهو ما سنعالجه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم التنفيذ العيني

إن المدين ملزم بأن يوفي لدائن بعين ما التزم به، كما أن لدائن الحق في مطالبة المدين به، إذا ما توافرت الشروط، فإذا لم يوف فإنه له الحق في إجباره لكن إذا كان البيع مثليا يمكن له الحصول عليه على نفقة البائع، لذا سنعالج شروط التنفيذ العيني (فرع أول) التنفيذ على نفقة البائع (فرع ثاني)

الفرع الأول: شروط التنفيذ العيني.

ولكي يتم التنفيذ العيني على البائع لا بد من توافر شروط:

أولاً: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً: يجوز لدائن المطالبة بالتنفيذ العيني وللمحكمة أن تقضي به طالما كان ممكناً فإذا استحال التنفيذ وهذه الاستحالة تعود لخطأ المدين يجوز الرجوع بالتنفيذ عن طريق التعويض أما إذا كانت الاستحالة تعود بسبب أجنبي لا دخل للمدين فيه فإن الالتزام ينقضي ولا يرجع المدين بالتعويض وهذا ما أكدته المادة 307 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين بأن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته». »

ومثال استحالة التنفيذ بخطأ المدين كأن يقوم شخص ببيع منزل ثم يقوم ببيعه لمشتري ثاني وينقل ملكيته له، لذا يشترط للحكم بالتنفيذ العيني أن يكون مازال ممكن ما لم يثبت بأن استحالة نشأت عن سبب لا يد له فيه.

ثانياً: ألا يكون التنفيذ العيني مرهقاً: أي لا يترتب على تنفيذه خسارة كبيرة تلحق المدين لأنه إذا كان مرهقاً له فيجوز له العدول عنه واستبداله بالتنفيذ عن طريق التعويض بشرط أن لا يصيب الدائن من جزاء العدول ضرراً جسيماً وهذا ما أكدته الفقرة 2 من المادة 203 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه: «على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً».

ومن أمثلة التنفيذ المرهق، أن يلتزم مشتري (أرض) بألا يتجاوز في البناء مساحة معينة منها لكن تجاوزها تجاوزاً يسيراً، ففي هذه الحالة لا يجوز لدائن المطالبة (بالتنفيذ العيني) بإزالة البناء، لأن إزالة البناء يرهق المدين وبالتالي لا يلحق في بقاء البناء ضرراً جسيماً بالدائن، لذا يقتصر على التعويض النقدي⁽¹⁾.

ثالثاً: إعدار المدين: فهو إجراء واجب في التنفيذ العيني، فيوجهه الدائن للمدين معبراً به عن إرادته في اقتضاء التنفيذ العيني لالتزامه⁽²⁾.

رابعاً: أن يطالب الدائن بالتنفيذ العيني أو يتقدم به المدين: فإذا طلب الدائن التنفيذ العيني فلا يجوز للمدين أن يعرض عليه التنفيذ بمقابل، كما أنه إذا ما عرض المدين التنفيذ العيني فلا يجوز لدائن أن يطالب التنفيذ بمقابل، لكن إذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني بل طلب التنفيذ بمقابل، ولا يعارض المدين التنفيذ العيني بل رضى بالتنفيذ بمقابل فهذا يعد بمثابة استبدال التنفيذ العيني بالتنفيذ النقدي على أساس الاتفاق الضمني بينهما كما أنه إذا ما طلب الدائن

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 22، 25.

(2) سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، د. ط. منشأة المعارف، مصر، 2005، ص 232.

التنفيذ العيني وتبين للمحكمة تعذر ذلك فلها من تلقاء نفسها أن تقضي بالتعويض ولو لم يطلبه الدائن⁽¹⁾.

خامساً: ألا يكون التنفيذ في العيني مساس بحرية المدين الشخصية: فقد يستدعي هذا التنفيذ تدخل المدين ليتم التنفيذ العيني وفي هذه الحالة يكون المساس بحرية المدين الشخصية لذا يمتنع عن التنفيذ العيني، ويحكم للدائن بالتعويض غير أنه إذا كان في هذه الحالة عدم جواز قهر المدين بطريقة مباشرة على التنفيذ العيني فإنه يمكن استخدام الغرامة التهديدية (طريقة غير مباشرة) فيحكم القاضي على المدين بدفع مبلغ معين كل مدة يتأخر فيها فإذا لم يمنح ذلك فيكتفي بالحكم بالتعويض⁽²⁾.

فإذا ما توافرت الشروط السالفة الذكر ولم يقم البائع بتسليم المبيع فإن للمشتري اجبار البائع على التنفيذ العيني إذا كان المبيع معين بالذات، أما إذا كان المبيع معين بالنوع فيكون بإمكانه الحصول عليه على نفقة البائع بعد استئذان القاضي لذا يجب أن نميز بين المبيع المعين بالذات والمبيع بالنوع:

1- ففي المبيع المعين بالذات حسب نص المادة 165 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: «الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري»

فيتضح من خلال هذا النص أن الشيء الذي يقع عليه الالتزام إذا كان معين بالذات ويمكله الدائن فإن الملكية تنتقل بحكم القانون، لكن إذا ما كان الشيء المبيع عقاراً فيجب أن يخضع لأحكام الشهر العقاري لذا يجب أن نميز ما بين إذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام منقول أم عقار⁽³⁾.

(1) أنور طلبة، دعوى التعويض، الطبعة 1، المكتب الجامعي الجديد، مصر، 2005، ص ص 463، 464.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 25.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 2، المرجع السابق، ص ص 769، 770.

أ- الشيء الذي يقع عليه الالتزام منقول: إذا ورد الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني على منقول معين بالذات مملوك للمدين، فإن تنفيذ هذا الالتزام يتم بقوة القانون ولا حاجة لتنفيذه جبرا على المدين وانتقال الملكية أو حق عيني في هذه الحالة لا يشترط أي شرط خاص⁽¹⁾، فإذا باع شخص سيارة معينة بالذات أو رهنها رهن حيازيا لضمان دين في ذمته، كان ملزم بنقل ملكية السيارة للمشتري أو يرتب حق رهن حيازي عليها لمصلحة الدائن المرتهن، فمتى نشأ هذا الالتزام في ذمة المدين يتم تنفيذه بمجرد نشوئه، فتنتقل الملكية للمشتري أو يترتب حق الرهن دون حاجة إلى أي إجراء آخر⁽²⁾.

ب- أما إذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام عقار معين بالذات ومملوك للمدين كدار أو أرض محددة فإن الالتزام بنقل حق عيني على هذا العقار لا يتم تنفيذه بمجرد نشوئه بل لا بد من مراعاة قواعد الشهر العقاري بالنسبة للحقوق العينية الأصلية (الانتفاع، الارتفاق، الملكية)، وقواعد القيد بالنسبة للحقوق العينية التبعية (كالرهن الرسمي)، إلا أن عدم التسجيل لا يمنع من نشوء الالتزام لأن الالتزام ينشأ بالعقد والتسجيل ما هو إلا تنفيذ للالتزام فإذا باع صاحب منزل منزله فإن ملكية المنزل لا تنتقل للمشتري، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير إلا بتسجيل عقد البيع، وقبل التسجيل يبقى الالتزام بنقل الملكية دين في ذمة البائع يتراخى تنفيذه إلى وقت التسجيل، كما أن البائع في الوقت ذاته ملزم بالقيام بالأعمال اللازمة للتسجيل (التصديق على الإمضاء)⁽³⁾ فإذا لم يتم بذلك فبإمكان المشتري اللجوء إلى القضاء ويطلب تنفيذ الالتزام جبرا على المدين (البائع) بدعوى صحة التعاقد أو نفاذ عقد البيع ويعتبر صدور الحكم بمثابة تسجيل العقد في التقنينات التي لا تشترط العقد الرسمي (مثل مصر)، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فالعقد الوارد على العقار عقد رسمي يشترط أن يتم أمام الموثق وهذا حسب الفقرة 1 من المادة 324

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 26، .27

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 2، المرجع السابق، ص 771.

(3) المرجع نفسه، ص 772.

مكرر 1 التي تنص على أنه: «زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية أو صناعية، أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود ايجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد»⁽¹⁾.

2- أما فيما يخص المبيع المعين بالنوع فإن الملكية لا تنتقل بحكم القانون كما رأينا في المبيع المعين بالذات والسبب في ذلك أن الشيء قبل تعيينه غير معروف لذلك لا بد من القيام بفرزه فمثال ذلك إذ باع شخص 100 قنطار من القمح فلا تنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد البيع لأنه لم يتعين فيجب أن يقوم تحديد الكمية عن طريق وزنها بقصد تسليمها وبالتالي يصبح المبيع معين بالذات، أو بيع كذا متر من الأراضي دون تعيين فإن ملكية الأراضي المباعة لا تنتقل إلى المشتري بالتعيين فقط بل لا بد من التسجيل أيضا فيصبح المشتري مالكا للأرض المباعة بتسجيل عقد البيع ولو قبل التسليم⁽²⁾.

أما إذا ما امتنع المدين عن الإفراز فيمكن للمشتري التنفيذ العيني وذلك من خلال الشراء على نفقة البائع، وهذا ما سنعالجه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: وسائل التنفيذ العيني:

ويكون ذلك إما عن طريق الشراء على نفقة البائع وهو ما سنعالجه (أولا) وطلب إصلاح المبيع (ثانيا).

أولا: الشراء على نفقة البائع: بالرجوع إلى نص المادة 170 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «في الالتزام بعمل، إذا لم يقدّم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا». كما تنص المادة 166 من

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 28، 29.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 2، المرجع السابق، ص 776، 777.

ق.م.ج والتي تنص على أنه: «إذا ورد الالتزام في حق عيني على الشيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء».

فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه، جاز لدائن أن يحصل على الشيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد إستئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض»

يتضح من خلال نص المادتين المذكورتين سابقا أن الشراء على نفقة البائع عبارة عن رخصة يمنحها القاضي للمشتري (الدائن) لتمكينه من الحصول على الشيء المبيع الذي امتنع البائع عن تسليمه من السوق على نفقة البائع⁽¹⁾، ومثال ذلك كمن يشتري 50 قنطار من القمح فالملكية لا تنتقل إلا بالفرض فإذا امتنع المدين عن القيام بذلك فيكون للمشتري في هذه الحالة الحصول على الكمية التي تعاقد عليها من السوق وهذا كله بعد الحصول على إذن من القاضي من أجل شراء القمح على نفقة البائع، كما أن بإمكان الدائن الحصول على الشيء المبيع والذي يكون على نفقة البائع دون الحصول على إذن من القاضي في حالة الاستعجال⁽²⁾.

وهذا عملا بالفقرة 3 من المادة 209 من ق.م.ج ولا يوجد ما يقابلها في ق.م.ج التي تنص على أنه: « ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء».

ولكي يطالب المشتري بالتنفيذ العيني على نفقة البائع لا بد من:

- أن يكون المبيع معين بالنوع فقط.
- أن يحصل الدائن على إذن من القاضي⁽³⁾.
- يجب على الدائن اعدار البائع بالتنفيذ العيني⁽⁴⁾.

(1) نص المادة 170 تقابلها الفقرة 1 من ق.م.ج. أما المادة 166 تقابلها المادة 205 من ق.م.ج والمادة 144 من ق.م.ف.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 28.

(3) أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام (أحكام الإلتزام)، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997، ص 125.

(4) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 28.

ثانياً: طلب اصلاح العيب: فعندما يسلم الشيء مخالف لأوصافه أو غير صالح للاستعمال الموجه له فيمكن للمشتري أن يطلب من البائع اصلاح عيب المطابقة ما لم يكن هذا الاصلاح عبء على البائع ويجب أن يطلب منه ذلك وقت الإخطار أو في وقت معقول من الاخطار. كما أنه بإمكان البائع إذا أراد استمرار العقد وأن يتدارك الخلل المبادرة إلى إعلام المشتري برغبته في اصلاح الخلل ولا يشترط أن يكون في المبيع مخالفة جوهرية للمطالبة بإصلاحه⁽¹⁾. ومن أمثلة النفقات التي يتحملها البائع هي نقل المبيع من منزل المشتري إلى ورشة الصيانة وإعادتها بالإضافة إلى نفقات اصلاحها بشرط أن لا تكون النفقات باهظة على البائع، وذلك عندما تزيد عن المبلغ المدفوع كتمن للمبيع⁽²⁾.

المطلب الثاني

مفهوم فسخ عقد البيع

في العقد الملزم للجانبين إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين إلتزامه فإنه يجوز للطرف الآخر المطالبة بالفسخ، فإذا ما تم ذلك يعاد المتعاقدان إلى ما كان عليهما قبل التعاقد، وبناء على ما تقدم سنعالج في هذا المطلب تعريف الفسخ (فرع أول) وآثار الفسخ (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف الفسخ.

سنعالج في هذا الفرع المقصود بالفسخ أولاً و أنواعه ثانياً.

أولاً: المقصود بالفسخ: يقصد به حل الرابطة العقدية بسبب إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه،

(1) جودت هندي، «التزام البائع بتسليم المبيع وفقاً لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي لعام 1980»، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2012، ص 96، 98.

(2) إيمان طارق الشكري وحيدر عبد الهادي، المرجع السابق، ص 195.

فيطالب الطرف الآخر به لحل الرابطة العقدية والتحرر نهائياً من التزاماته الناشئة عن العقد⁽¹⁾ كما يعتبر بمثابة جزاء عن امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه⁽²⁾.

ولكي يتحقق الفسخ لا بد من توافر ثلاث شروط.

1- **وجود عقد ملزم للجانبين:** لا يتصور فسخ العقد إلا إذا كان العقد ملزم للجانبين فهو شرط عام يرد على جميع أنواع الفسخ⁽³⁾، فلا فائدة من المطالبة بالفسخ في العقد الملزم لجانب واحد، أما في العقد الملزم للجانبين فإن التزام كل متعاقد هو سبب لالتزام المتعاقد الآخر، فإذا امتنع المتعاقد عن تنفيذ التزامه فإن للمتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه عن طريق الفسخ⁽⁴⁾.

2- **أن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه:** فلا يتصور طلب فسخ العقد إلا إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه، ويكون عدم التنفيذ راجع إليه وليس لسبب أجنبي⁽⁵⁾، وذلك إما عن طريق امتناعه عن تنفيذ التزامه رغم قدرته على ذلك⁽⁶⁾، والمدين يعتبر مخلاً بالتزامه إذ لم ينفذ التزامه في الوقت المحدد، أو يصرح قبل انتهاء مدة العقد عن نيته في عدم تنفيذ التزامه الكلي أو الجزئي (جسيم) لأنه يشترط في التزام المدين أن يكون قائم ومحقق الوقوع وحالاً⁽⁷⁾.

3- **أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعد لتنفيذه وقادر على إعادة الحال إلى ما كان عليه:** ليس من المعقول أن يبادر أحد المتعاقدين إلى طلب فسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه إذا لم يبادر هو إلى تنفيذ التزامه فيكون بذلك قد وفى ما عليه أو على

(1) محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، (العقد والإرادة المنفردة)، د.ط، دار الجامعة، لبنان، 2000، ص402.

(2) علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، الطبعة 3، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص457.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 1، (نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام)، د.ط، دار احياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن، ص699.

(4) علي فيلاي، المرجع السابق، ص458، وراجع كذلك في هذا الشأن خليل أحمد حسن قداد، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء 1، (مصادر الالتزام)، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص168.

(5) ضحى مثنى داود، فسخ العقد في القانون المدني، كلية الراقدين، ص4. تم تحميله من موقع: <https://iosj.func : fulltext &aid= 35324:Net/jasj ?>

(6) خليل أحمد حسن قداد، الواضح في شرح القانون المدني، الجزء 1، المرجع السابق، ص168.

(7) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ص405، 406.

الأقل مستعد للوفاء، أما في حالة عدم تنفيذ التزامه فيصبح مثل المتعاقد الآخر، فلا ضرورة لحماية مصلحته عن طريق الحق في الفسخ⁽¹⁾، كما يجب أيضا أن يكون طالب الفسخ قادرا على إعادة الحال لما كان عليه قبل العقد فإذا كان غير قادرا فلا يجوز له طلب الفسخ، ومثال ذلك إذا تسلم المشتري كمية من البضاعة كجزء من المبيع فإنه ملزم بردها، أما إذا باعها فإنه لا يستطيع طلب فسخ العقد إذا لم يسلم البائع باقي البضاعة لأنه لا يستطيع إعادة ما تسلمه من البائع لأنه تصرف فيه، فلا يمكن أن يرده من المشتري، أما إذا لم يستطع رد الحال إلى ما هو عليه فلا يمنع من الحكم بالفسخ لكن عليه بالتعويض⁽²⁾، «فإذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض»⁽³⁾.

الفرع الثاني : أنواع الفسخ:

إذا ما توفرت الشروط السالفة الذكر لا يؤدي إلى فسخ العقد من تلقاء نفسه، بل حسب نص المادة 119 فإن للقاضي سلطة تقديرية في تقرير الفسخ وهذا ما يسمى بالفسخ القضائي وهذا سنتناوله أولا، كما أن بإمكان المتعاقدان طبقا للمادة 120 من ق.م.ج الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا في حالة عدم الوفاء وهذا هو الفسخ الاتفاقي ثانيا، كما يمكن أن يرجع عدم التنفيذ إلى سبب أجنبي وهو ما تناولته المادة 121 من ق.م.ج وهو ما يسمى بانفساخ العقد بقوة القانون ثالثا.

أولا: الفسخ القضائي:

الأصل في الفسخ أنه يقرر بحكم القاضي⁽⁴⁾ بناء على طلب الدائن (بائع أو مشتري)⁽⁵⁾، هذا حسب الفقرة 1 من المادة 119 من ق.م.ج فلا يستطيع القاضي أن يحكم بالفسخ إذا لم يطلب منه ذلك، سواء صراحة أو ضمنا، ومثال ذلك طلب المشتري الحكم له

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 460.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإدارة المنفردة)، دراسة مقارنة، د.ط، دار الهدى، الجزائر، د. س. ن ، ص 352.

(3) راجع المادة 122 من ق.م.ج.

(4) محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 433.

(5) إبراهيم بشير عبد الله ادريس، أحكام التسليم والقبض وأثارهما في العقود، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الخرطوم، 2009، ص ص 219، 220.

باسترداد ما عجله من ثمن وبراءة ذمته من السند المحرر بالباقي من هذا الثمن بسبب وجود عيب خفي في المبيع، ويكفي توفر المصلحة القانونية لرفع الدعوى وتحقق المصلحة بمجرد الإخلال بالتزام⁽¹⁾.

ويكون للدائن الخيار بين المطالبة بالفسخ أو التنفيذ لكن قبل صدور الحكم في الدعوى فإذا طلب فيها التنفيذ فيجب أن يعدل عن طلب الفسخ أو العكس لأنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ في طلب واحد، ويكون للمدين أيضا خيار تنفيذ العقد وتجنب الفسخ أو يتمسك بعدم التنفيذ وبالتالي يحكم القاضي بالفسخ⁽²⁾، كما أن القاضي ليس محتما بالحكم بالفسخ بل له سلطة تقديرية فله أن يحكم بالفسخ إذا رأى بأن المدين متعمد في عدم تنفيذ التزامه رغم اعدار المدين له، وقد لا يحكم به إذا ما كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للتزام الرئيسي كما أن بإمكانه أيضا أن يمنح المدين مهلة من أجل تنفيذ التزامه وهذا حسب ما نصت عليه المادة 119 فقرة 2⁽³⁾.

فإذا ما منح المدين أجلا وجب تنفيذ التزامه خلالها ولا يتعدها كما أنه ليس للقاضي منحه مهلة أخرى ويعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه حتى ولو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك، مع أن تقادم دعوى الفسخ تكون بمضي 15 سنة من وقت ثبوت الحق في الفسخ⁽⁴⁾.

ثانيا: الفسخ الاتفاقي:

تنص المادة 120 من ق. م. ج على أنه: «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي وهذا الشرط لا يعفي من الإعدار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين».

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 408.

(2) خليل أحمد حسن قداد، الواضح في شرح القانون المدني، الجزء 1، المرجع السابق، ص 169، 170.

(3) المرجع نفسه، ص 170.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 1، المرجع السابق، ص 707، 708.

يتضح من خلال نص المادة أنه يمكن للمتعاقدان أن يتفقا عند إبرام العقد على فسخه في حال عدم قيام أي منهما بتنفيذ التزامه ، وإعذار المدين⁽¹⁾، وقد يزيد المتعاقدان فيتفقا على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه⁽²⁾.

كما قد يتفق المتعاقدان على أن يرد في العقد شرط صريح يعفي الدائن من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالفسخ، وهذا الشرط لا يعفي الدائن من إعذار المدين وذلك من أجل لفت نظره إلى ضرورة تنفيذ التزامه، وإلا حكم عليه بالفسخ وإذا ما وقع نزاع حول قيام الشرط الفاسخ أو توافر شروط إعماله يتوجب اللجوء إلى القضاء للتحقق من ذلك، فيقوم القاضي من التحقق من تنفيذ الالتزام أو مدى مشروعيته، وامتناع المدين عن تنفيذ التزامه أو توفر شروط إعمال الفسخ فإذا تبين من ذلك حكم بالفسخ وليس له السلطة التقديرية⁽³⁾.

وقد يتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم وبدون إعذار، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه عند حلول الأجل تحقق الفسخ دون حاجة للإعذار أو رفع دعوى لفسخ العقد⁽⁴⁾.

فإذا ما حدث نزاع حول تطبيق الشروط فإنها تكون لمجرد الكشف عن الفسخ ويكون الحكم الصادر مقرر للفسخ وليس منشأ، كما لا يتم إعمال الشرط الصريح الفاسخ إلا إذا كانت صيغته صريحة ودالة على وجوب الفسخ دون حاجة إلى حكم أو إعذار مهما كانت صيغته والفسخ حق مقرر لحماية الدائن⁽⁵⁾.

(1) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، (مصادر الالتزام)، الطبعة 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 107.

(2) ضحى مثى داود، المرجع السابق، ص 6.

(3) حسينة حمو، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 113.

(4) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الطبعة 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 156.

(5) حسينة حمو، المرجع السابق، ص 114.

ثالثاً: الفسخ بحكم القانون (الانفساخ):

ويقصد به أنه متى صار تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً بسبب خارج عن إرادته كقوة قاهرة أو فعل الغير فإن التزام الطرف الآخر ينقضي فيفسخ العقد من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء⁽¹⁾، وهذا ما أكدته المادة 121 من ق. م. ج التي تنص على أنه: «في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون»، كما نصت المادة 307 من ق. م. ج على أنه: «ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه بسبب أجنبي عن إرادته»، والمادة 176 من ق. م. ج تقضي بأنه: «إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه».

ويجب أن تكون الاستحالة مطلقة لا جزئية لأن في الاستحالة الجزئية يكون الدائن مخير بين الفسخ والتنفيذ العيني وهذه الاستحالة يجب أن تكون ناشئة في تاريخ لاحق عن العقد لأنه أثناء العقد لا ينعقد العقد أصلاً⁽²⁾، فمثلاً إذا اشترى شخص منزلاً ثم هدمه زلزال فيستحيل على البائع أن يسلمه للمشتري فينقضي التزامه وينقضي معه التزام المشتري بدفع الثمن فالعقد ينقضي بحكم القانون⁽³⁾، دون حاجة إلى إعدار أو حكم قضائي، فإذا ما اقتضى الأمر اللجوء إلى القضاء للتأكد من توفر شروط السبب الأجنبي فإن دور القاضي هو التأكد من ذلك فقط، لأن حكم القاضي لا يكون إلا مقررًا وليس كاشفاً⁽⁴⁾. أما إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه بسبب خطئه فإن ذمته لا تبرأ فيحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، فالعقد في هذه الحالة لم يفسخ وبالتالي تتحقق المسؤولية العقدية و يستطيع الدائن المطالبة بالفسخ بدلاً من

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام)، المرجع السابق، ص 360.

(2) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 469، 467.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام)، المرجع السابق، ص 360.

(4) خليل أحمد حسن قحادة، الواضح في شرح القانون المدني، الجزء 1، المرجع السابق، ص 172.

التعويض. فعلى القاضي في هذه الحالة الحكم بالفسخ لأن التنفيذ العيني أصبح غير ممكن، فلا يكون على المدين إذا أراد التخلص من التزامه إلا إثبات السبب الأجنبي الذي لا دخل له فيه⁽¹⁾.

إذا انفسخ العقد بحكم القانون، كانت تبعة الهلاك على المدين الذي استحال عليه تنفيذ التزامه في العقود الملزمة للجانبين وأساس ذلك فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة أما في العقود الملزمة لجانب واحد فيتحملها الدائن وحده⁽²⁾.

الفرع الثالث: آثار الفسخ:

تنص المادة 122 من ق.م.ج على أنه: «إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض»، يتضح أن هذا النص جاء عاما يشمل جميع حالات الفسخ سواء كان بحكم القانون أو الاتفاق أو بحكم قضائي ، فإذا ما وقع الفسخ بإحدى هذه الحالات يترتب عليها زوال العقد بأثر رجعي يستند إلى يوم العقد، فيعتبر العقد كأنه لم يكن و الحكم بالفسخ له أثر رجعي بين المتعاقدين وبالنسبة للغير⁽³⁾.

أولا : آثار الفسخ فيما بين المتعاقدين:

ويترتب على الفسخ إعادة المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل الفسخ، وبالتالي يرجع كل طرف ما تسلمه من الطرف الآخر، فإذا ما كان العقد بيعا وفسخ فيكون على البائع رد الثمن

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء1، المرجع السابق، ص ص 724 ، 725.

(2) عبد الرزاق دريال، المرجع السابق، ص 70.

(3) خليل أحمد حسن ق دادة، الواضح في شرح القانون المدني، الجزء1، ص 170. وكذلك راجع في هذا الشأن علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 108.

الذي قبضه من المشتري، كما يكون على المشتري رد الشيء المبيع إلى البائع وحتى الثمار والتي تعتبر من حق البائع⁽¹⁾.

وفي العقود الزمنية كالإيجار فلا يمكن إعادة الحال لما كانت عليها قبل العقد لأن المنفعة التي حصل عليها المستأجر لا يمكن ردها، فلا يكون للفسخ أثر رجعي، وإنما يكون له أثر من تاريخ الفسخ فيكون على المستأجر رد العين المؤجرة بالحالة التي كان عليها⁽²⁾ فإذا استحال على المتعاقدان رد ما حصل عليه فيحكم عليه بتعويض عادل يجب رده وفق أحكام الدفع الغير المستحق.⁽³⁾

ثانيا : آثار الفسخ بالنسبة للغير :

إذا رتب العقد حق للغير من جهة المشتري فإن هذا الحق لا يزول بأثر رجعي لكن يجب أن نميز بين المنقول والعقار.

ففي المنقول فإن الحيازة سند الملكية فمثلا إذا كان المبيع منقولا باعه المشتري إلى مشتري ثاني وسلمه فإذا ما فسخ العقد فإن البائع لا يستطيع استرداد المبيع من تحت يد المشتري الثاني فيرجع البائع على المشتري بالتعويض إذا كان حسن النية.

أما إذا كان المبيع عقارا وفسخ العقد فإن الفسخ لا يضر بالحقوق التي كسبها الغير إلا إذا سجلت دعوى الفسخ قبل التسجيل في الشهر العقاري⁽⁴⁾.

(1) عبد الرزاق دريال، المرجع السابق، ص 68، وكذلك راجع في هذا الشأن علي فيلالي، المرجع السابق، ص 463.

(2) الرشيد بن الشويخ، دروس في النظرية العامة للالتزام، د. ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2012، ص 146.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 1، المرجع السابق، ص 709.

(4) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 146.

المبحث الثاني

الجزء التكميلي للإخلال بالتزام بالتسليم

سواء طلب المشتري التنفيذ العيني أو الفسخ فإن له في جميع الأحوال المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة إخلال البائع بالتزامه، وهذا التعويض هو عبارة عن مبلغ من المال أو أية ترضية، فقد يتفق المتعاقدان على تحديدها (التعويض الاتفاقي) وهذا ما سنعالجه في (المطلب الأول) فإذا لم يوجد اتفاق على ذلك فقد يلجأ الدائن إلى القضاء للمطالبة به (التعويض القضائي) وهذا ما سنعالجه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم التعويض الاتفاقي

قد يلجأ طرفي العقد إلى الاتفاق بينهما على مقدار التعويض في حال عدم تنفيذ المدين لالتزامه لذا سنعالج في هذا المطلب تعريف التعويض الاتفاقي (كفرع الأول) وآثاره (كفرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف التعويض الاتفاقي:

سنعالج في هذا الفرع المقصود بالتعويض الاتفاقي أولاً وخصائصه ثانياً وشروطه ثالثاً أولاً المقصود بالتعويض الاتفاقي:

فقد عرف الدكتور أنور سلطان التعويض الاتفاقي بأنه: «اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه»⁽¹⁾.

كما عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه: «الاتفاق الذي يقوم به المتعاقدان مقدماً لتقدير التعويض بدلاً من تركه للدائن إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه»⁽²⁾.

(1) أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام، (أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 171.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 2، المرجع السابق، ص 851.

وعرفه الدكتور سمير عبد السيد تناغو بأنه: « اتفاق مسبق بين المتعاقدين على تقدير قيمة التعويض في حالة إخلال المدين بالتزامه العقدي وهذا الالتزام قد يحدد في العقد أو يتم إقراره لاحقا فهو لا ينشأ التزام جديد وإنما هو وسيلة لتقدير التعويض الذي يكون من حق الدائن بمجرد إخلال المدين بالتزامه»⁽¹⁾.

أما الدكتور محمد صبري السعدي فقد عرفه بأنه: «اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين مستقبلا بالتزامه سواء كان هذا الإخلال بسبب عدم التنفيذ أو التأخر فيه ، أما إذا تم الاتفاق بعد حدوث الضرر فإننا لا نكون أمام تعويض اتفاقي وإنما تصالح»⁽²⁾.

نص المشرع الجزائري على التعويض الاتفاقي صراحة من خلال نص المادة 183 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها بالعقد أو باتفاق لاحق ، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181».

فمن هذا التعريف يمكن أن نستنتج ما يلي:

1- يجب أن يكون التعويض الاتفاقي قد تم وضعه قبل إبرام العقد أو مع إبرام العقد الأصلي كما أنه ليس هناك ما يمنع أن يتضمنه اتفاق لاحق شرط أن يكون الاتفاق قد حدث قبل الإخلال بالالتزام أو التأخر فيه⁽³⁾.

2- ومحل التعويض الاتفاقي غالبا ما يكون دفع مبلغ من النقود غير أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون محله هو قيام بعمل أو امتناع عن عمل⁽⁴⁾.

(1) سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، المرجع السابق، ص 249.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 79.

(3) أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام، (أحكام الإلتزام) المرجع السابق، ص 172.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 2، المرجع السابق، ص 852.

والأمثلة على التعويض الاتفاقي كثيرة ومتنوعة منها: عقد المقاول قد يتضمن شرط جزائي (تعويض اتفاقي) يلتزم المقاول بدفع مبلغ من النقود عن كل أسبوع أو شهر يتأخر فيه عن تنفيذ التزامه المتمثل في تسليم العمل المتعهد إليه بإنجازه، أو يتضمن عقد العمل شرط جزائي يقضي بخصم مبلغ من النقود من أجره العامل إذا ما أخل بالتزامه⁽¹⁾.

ثانيا : خصائص التعويض الاتفاقي:

يتميز التعويض الاتفاقي بخاصيتين وهما خاصية الاتفاقية وخاصية التبعية.

1- خاصية الاتفاقية: إن التعويض المتفق عليه هو اتفاق عقدي والتعويض فيه راجع لإرادة الطرفين فهما اللذان يحددانه دون الرجوع للقضاء، أو القانون لذا يجب أن تتوافر في المتعاقدان الأهلية اللازمة لصحة العقد الأصلي⁽²⁾.

2- خاصية التبعية: لا يوجد تعويض اتفاقي مستقل بنفسه بل يكون تابع للالتزام الأصلي سواء كان مصدر هذا الالتزام هو العقد أو غيره، ولا يترتب على الشرط الجزائي أن يصبح الالتزام الأصلي التزم شرطي بل الالتزام الشرطي هو التعويض الاتفاقي الذي يتم القيام به حين لا ينفذ المدين التزامه أو يتأخر فيه، لأن الدائن ليس له الاختيار، بل عليه المطالبة بالالتزام الأصلي إلا إذا استحال تنفيذه بخطأ المدين فيطالب بالتعويض الاتفاقي⁽³⁾.

كما يترتب على بطلان الالتزام الأصلي بطلان الشرط الجزائي فمثلا لو تعهد شخص بتوريد أسرة لمحل الدعارة وإلا التزم بدفع مبلغ معين على سبيل التعويض، فهنا يبطل الشرط الجزائي إذا بطل الالتزام الأصلي لأنه مخالف للنظام العام والآداب العامة لكن بطلان الشرط الجزائي لا يتبعه بطلان الالتزام الأصلي، كأن يلتزم مقاول بإقامة بناء وتسليمه في ميعاد معين

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 80.

(2) www.droit.dz.com/fourm/threadr/90

(3) أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام، (أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 175، 176.

والا انتحر فهنا الشرط يبطل لمخالفة النظام العام والآداب العامة لكن يبقى الالتزام الأصلي صحيحاً⁽¹⁾.

ثالثاً : شروط استحقاق التعويض الاتفاقي:

وتتمثل في خطأ وضرر وعلاقة سببية بالإضافة إلى الاعذار.

1-الخطأ:

فلا يستحق التعويض الاتفاقي إلا إذا وقع خطأ من المدين وغالبا ما يكون عقديا ويكون على الدائن إثباته بكافة طرف الاثبات.

أما إذا كان الالتزام الذي قصد المدين الوفاء به التزام بتحقيق نتيجة فإن في هذه الحالة يكفي على الدائن اثبات عدم تحققها وبالتالي يكون الخطأ مفترض في جانب المدين ولا يستطيع التخلص من مسؤوليته إلا إذا استطاع إثبات السبب الأجنبي⁽²⁾.

2-الضرر:

فلكي يستحق التعويض الاتفاقي لا بد من وقوع ضرر للدائن فإذا لم يوجد ضرر فلا وجود لتعويض⁽³⁾، وهذا ما أكدته المادة 184 فقرة 1 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: «لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر...»⁽⁴⁾ غير أن المشرع قد خرج عن القواعد العامة⁽⁵⁾، فقلب عبء الإثبات إذ جعله المدين حتى لا يلتزم بدفع التعويض⁽⁶⁾.

(1) منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، (أنواع المسؤولية الأحكام العامة إثبات ونفي المسؤولية)، د. ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005، ص 86.

(2) أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام (أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 174.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 85.

(4) راجع الفقرة 1 من المادة 184 من ق.م.ج التي تقابلها الفقرة 1 من المادة 224 من ق.م.م.

(5) أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام (أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 175.

(6) سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، المرجع السابق، ص 250.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نص في المادة 1152 من ق.م.ف على أنه: «إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذ التزامه يدفع مبلغ معيناً من النقود وعلى سبيل التعويض، فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل»⁽¹⁾، فيذهب القضاء الفرنسي إلى أن التعويض الاتفاقي يكون من حق الدائن حتى ولو لم يصبه أي ضرر، فبمجرد اتفاق الطرفين عليه وتقديره معناه أنهما بمجرد إخلال المدين بالتزامه يحدث ضرراً وقد اتفقا على مقدار التعويض اللازم⁽²⁾.

ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:

فلا يستحق الشرط الجزائي إذا كان خطأ المدين (عدم تنفيذ التزامه) وحده، ولا يكفي أن يصيب الدائن ضرراً، بل لا بد من أن يكون الضرر الذي لحق الدائن ناتج عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه، سواء كان الالتزام بتحقيق نتيجة أو بذل عناية ولكي يطالب الدائن بقيمة التعويض عليه أن يثبت بأن الضرر الذي لحقه كان نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه فلا يكون أمام المدين لكي يتخلص من المسؤولية إلا نفي العلاقة السببية أو اثبات السبب الأجنبي أو فعل الغير فإذا ما أثبت ذلك لا يكون ملزم بالتعويض.

رابعاً : الاعذار:

لا يستحق الشرط الجزائي بمجرد حلول أجل الالتزام وإنما يجب أولاً على الدائن تنبيه المدين⁽³⁾، وهذا ما أكدته المادة 179 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك» فإعدار المدين يكون إما بالقيام بانذاره أو يمكن أن يكون عن طريق البريد أو بوضع اتفاق على أن يكون معذر بمجرد حلول الأجل، فإذا امتنع المدين بعد الاعذار الذي يعد بمثابة تنبيه له فإنه يعد مقصراً يجب جبره على دفع مقدار

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 2، المرجع السابق، ص 856.

(2) المرجع نفسه، ص 857.

(3) طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص ص 42، 43.

التعويض الاتفاقي⁽¹⁾، فالعقد الذي يتضمن تعويضا اتفاقيا لا يعفي من الاعذار إلا إذا تعلق بإحدى الحالات الواردة في المادة 181 من ق.م.ج حيث يكون دون اعدار⁽²⁾.

الفرع الثاني: آثار التعويض الاتفاقي:

مع أن القانون أعطى طرفي العقد الحرية في تحديد مقدار التعويض لكن لم يجعله محضا وبعيد عن سلطة القاضي في تعديله، فالأصل أنه إذا ما تحقق الشرط الجزائي تعين على القاضي الحكم به دون زيادة أو نقصان وهذا ما أكدته المادة 1152 من ق.م.ف السالفة الذكر التي ترى بأنه لا يجوز الحكم لدائن بمبلغ أكثر أو أقل من قيمة الشرط لكن المادة 1231 من ق.م.ف قد أجازت للقاضي تخفيف الشرط الجزائي إذا نفذ المدين التزامه جزئيا.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري والمصري فقد أعطى للقاضي سلطة في تخفيف الشرط الجزائي سواء بالنقصان أو الزيادة⁽³⁾.

أولا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي:

حسب نص المادة 184 من ق.م.ج السالفة الذكر فإن التخفيض يكون في حالتين:

1- إذا أثبت المدين أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه: لأنه إذا كان الشرط الجزائي يستحق في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه كليا، فإنه من العدل أنه إذا ما نفذ جزء من التزامه لا يلزم بدفع كامل المبلغ المتفق عليه، وإنما يخفض إلى ما نفذ من التزامه بمعنى أن القاضي ينقص المبلغ إلى الحد الذي يتناسب مع الجزء الباقي دون تنفيذه⁽⁴⁾.

2- إذا كان تقدير التعويض مبالغ فيه إلى درجة كبيرة: المبدأ أن التعويض الاتفاقي في حالة عدم التنفيذ يخفض بقوة القانون فإذا ما كان مقدار التعويض مجحفا بحق المدين يقع عليه

(1) طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 43.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 86.

(3) المرجع نفسه، ص 87.

(4) أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام (أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 178.

اثبات ذلك، فإذا ما أثبت ذلك يقوم القاضي بتخفيف التعويض إلى الحد المعقول⁽¹⁾ فإذا كان محل الالتزام الأصلي مبلغ من النقود فيكون المقصود بالشرط الجزائي المبالغ فيه هو إخفاء فوائد ربوية يتعين تخفيضها إلى الحد القانوني⁽²⁾، أما إذا كانت المبالغ مبالغاً فيها مع الرغم من علم الطرفين بذلك وقصدهما إلى جعل الشرط الجزائي شرطاً تهديدياً لحمل المدين على عدم الإخلال بالتزامه، فالشرط الجزائي المبالغ فيه ينطوي في الواقع على عقوبة فرضها الدائن على المدين فيكون باطلاً، ويقوم القاضي بتقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة، فيمكن تخفيض الشرط الجزائي وفقاً لما يتناسب مع الضرر، أما إذا كان في تقدير التعويض زيادة دون مبالغة فلا يجوز تخفيضه لأن على القاضي أن يحكم بما اتفق عليه الطرفان⁽³⁾

ثانياً : زيادة الشرط الجزائي:

فيجوز للدائن المطالبة بأكثر من قيمة التعويض إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً جسيماً⁽⁴⁾، وهذا ما أكدته المادة 185 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً».

فإذا كان الضرر أكبر من التعويض الاتفاقي فإن الشرط الجزائي يعتبر بمثابة تخفيف غير أنه إذا ما ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً فإن شرط التخفيف من المسؤولية يعد باطلاً⁽⁵⁾ وهذا ما أكدته المادة 178 فقرة 2 من ق.م.ج التي تقضي بأنه: «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو

(1) طارق محمد مطلق أبو ليلى، المرجع السابق، ص76.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص88.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 2، المرجع السابق، ص 874، 876.

(4) سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، المرجع السابق، ص252.

(5) المرجع نفسه، ص252.

خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .»

ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية التقصيرية وهذا حسب نص المادة 178 فقرة 3 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي».

المطلب الثاني

التعويض القضائي

إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه أو أخل بتنفيذه يعود في تقدير مبلغ التعويض إلى اتفاق الطرفين فإذا لم يوجد اتفاق على مقداره، فيلجأ إلى القضاء من أجل المطالبة بالتعويض حيث يقوم القاضي بحديد مقداره وهو ما يسمى بالتعويض القضائي لذا سنعالج تعريف التعويض القضائي (فرع أول) وطريقة التعويض القضائي (فرع ثاني) وحدود التعويض القضائي (فرع ثالث).

الفرع الأول : تعريف التعويض القضائي:

سنعالج المقصود بالتعويض القضائي أولاً ، عناصره ثانياً، وطرقه ثالثاً.

أولاً : المقصود بالتعويض القضائي:

يقصد بالتعويض القضائي تلك الحرية أو الرخصة التي يمنحها المشرع للقاضي من أجل تحديد التعويض في حال عدم وجود اتفاق بين الطرفين على تحديده، أو في حال عدم وجود نص قانوني يحدده، ولقد أكدته المادة 182 فقرة 2 من ق.م.ج التي تقضي بأنه: «إذا لم يكن التعويض مقداراً في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره...»⁽¹⁾.

وشروط استحقاق التعويض القضائي نصت عليه المادة 176 من ق.م.ج التي تقضي بأنه: «إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عيناً، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن

(1) أقشوط كهيبة و بعوش سليم، السلطة التقديرية للقاضي في تحديد التعويض عن الأضرار الجسدية في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ،تخصص القانون الخاص الشامل ، كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، الجزائر، 2013، ص16.

عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه»⁽¹⁾.

فيتضح من النص بأن شروط استحقاق التعويض القضائي ما هي إلا أركان المسؤولية المدنية المتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بالإضافة إلى الإعذار وهذه الشروط، أو الأركان سبق أن عالجناها في التعويض الاتفاقي⁽²⁾.

ثانياً: عناصر التعويض القضائي:

ويتمثل في عنصرين وهما ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب وهذا عملاً بنص المادة 182 فقرة 1 من ق.م.ج فمثلاً إذا لم يقم الشخص (البائع) بتسليم التاجر (المشتري) البضاعة التي طلبها ودفع ثمنها، استحق التاجر (المشتري) تعويض يشمل ما لحقه من خسارة والمتمثلة في قيمة البضاعة وما فاتته من كسب وهو الربح الذي كان سيحصل عليه لو قام ببيعها مرة أخرى، كما يدخل في الخسارة الانتفاع الذي سيحصل عليه المشتري من الانتفاع بالشيء فإذا تأخر بائع سيارة عن تسليمها في الوقت المحدد و يكون للمشتري الحق في المطالبة بالتعويض عن حرمانه طيلة تلك المدة⁽³⁾، فإذا ما تعاقد شخص مع ممثل لإحياء ليلة تمثيلية لكن الممثل لم يقم بتنفيذ التزامه فيكون ملزم بدفع تعويض للدائن عما أصابه من خسارة بسبب ما أنفقه على الحفلة ، وما ضاع عليه من ربح كان يجنيه لو أن الممثل قام بالتزامه⁽⁴⁾.

أما إذا لم يصب الدائن ضرر فلم تلحقه خسارة ولم يفته كسب من جراء عدم قيام المدين بالتزامه أو تأخر في ذلك ، فلا يكون هناك محل للتعويض، فإذا ما تعهد محامي باستئناف حكم ثم أخل بالتزامه واتضح بأنه حكم من الأحكام التي لا تقبل الاستئناف فلا يكون ملزماً

(1) أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 يتضمن ق.م.ج المعدل والمتمم، السالف الذكر.

(2) أفتوح كهيبة وبعوش سليم، المرجع السابق، ص 19.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 59، 60.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 2، المرجع السابق، ص 844.

بالتعويض، وعبء اثبات مقدار ما أصاب الدائن من ضرر وما فاتته من كسب يقع على الدائن⁽¹⁾.

كما أن القانون لم يترك القاضي يحدد التعويض حسب ميوله وأهوائه، بل وضع له معيار يسير عليه، فأوجب أن يقدر التعويض بمدى ما أصاب المضرور من ضرر جراء ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب⁽²⁾.

كما يقدر التعويض كذلك على أساس الضرر الذي لحق بالدائن سواء كان الضرر مادياً وهو الذي يصيب الدائن في جسمه وماله أو ضرر معنوي⁽³⁾، وهو ما نصت عليه المادة 182 مكرر من ق.م.ج التي تقضي بأنه: «يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة»⁽⁴⁾.

يتضح من النص أن الضرر المعنوي يصيب الإنسان في شعوره وأحاسيسه أي في مصالح غير مالية فهو لا يؤدي إلى إنقاض الذمة المالية

ثالثاً: طريقة التعويض القضائي:

لقد نصت المادة 131 من ق.م.ج على أنه: «يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير».

والمادة 132 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأميناً».

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 60.

(2) أقشوط كهينة وبعوش سليم، المرجع السابق، ص 17.

(3) المرجع نفسه، ص 18.

(4) المادة 131 من القانون 10/05 السالف الذكر

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير مشروع».

فمن خلال هتين المادتين يتضح بأن التعويض إما يكون عينياً أو يكون نقدياً⁽¹⁾.

1: التعويض العيني: وهو إعادة الحال لما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار ويحدث كثيراً في الالتزامات العقدية⁽²⁾، كما يمكن أن يحدث أيضاً في المسؤولية التقصيرية⁽³⁾، كما أن القاضي غير ملزم بالحكم بالتنفيذ العيني فله أن يقضي به إذا كان ذلك ممكناً أو طلبه الدائن لكن في الكثير من الحالات يتعذر فيها التعويض كالضرر الأدبي أو المعنوي لذا يجب⁽⁴⁾. اللجوء إلى التعويض النقدي.

2: التعويض النقدي: وهو التعويض الذي يغلب الحكم به في دعاوى المسؤولية التقصيرية أو في جميع الأحوال التي يتعذر فيها التعويض العيني، إذ يحكم القاضي بالتعويض النقدي، وهو عبارة عن مبلغ معين يدفع دفعة واحدة أو مقسط أو بإيراد مرتب مدى الحياة⁽⁵⁾ وذلك لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور ويكون للقاضي السلطة التقديرية في تحديده على قدر الضرر الذي لحق الدائن نتيجة خطأ المدين بشرط أن لا يتجاوز مقدار التعويض قيمة الضرر أما إذا ما تفاقم الضرر له المطالبة بالتعويض عن ذلك التفاقم كما يمكن أن يحكم بتعويض غير نقدي كأن يحكم القاضي في دعاوى السب والقذف والشتم بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف، فالنشر هنا يعتبر تعويض غير نقدي⁽⁶⁾.

(1) راجع المادتين 132 و 131 من ق.م.ج..

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 61.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 1، المرجع السابق، ص 966.

(4) بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء 2، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص ص 265، 266.

(5) عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 1، المرجع السابق، ص ص 967، 968.

(6) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 266، 267.

الفرع الثاني: حدود التعويض القضائي:

يجب أن يكون التعويض جابراً بقدر الإمكان للضرر الذي أصاب الدائن لكن هذا المبدأ يرد عليها قيود:

أولاً : القيد الأول: التعويض عن الضرر المباشر فقط دون الضرر غير المباشر:

فالضرر غير المباشر لا يعرض عنه في كلتا المسئوليتين، أما الضرر المباشر فهو الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء، بالالتزام أو التأخر في الوفاء ويكون نتيجة طبيعية للضرر إذا لم يكن بمقدور الدائن أن يتوقاه، ويعرض عنه في المسؤولية التقصيرية سواء كان هذا الضرر متوقع أم غير متوقع أما بالنسبة للمسؤولية العقدية فتعويض عن الضرر المباشر المتوقع فقط في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم وهذا ما أكدته الفقرة 2 من المادة 182 ق.م.ج التي تنص على أنه...«غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد»⁽¹⁾.

ومثال على ذلك المثال المشهور الذي نقل عن الفقيه الفرنسي "بوتيه" في تعاقب الأضرار حيث أن شخص اشترى بقرة مريضة، ووضعها مع أبقاره ثم انتقلت إليها العدوى فماتت جميعاً، فكثرت عليه الديون ولم يستطع الوفاء بها، فحجزوا على أرضه وباعوها بثمن بخس ثم مرض ابنه ولم يستطع معالجته فمات فهل يسأل بائع البقرة المريضة عن كل هذه الأضرار أم لا؟

فلقد أجاب بوتيه بأن بائع البقرة المريضة يسأل فقط عن الضرر المباشر المتوقع والمتمثل في موت البقرة الموبوءة وموت باقي الأبقار الأخرى، أما مرض ابنه وموته فلا يسأل عنهما باعتبار أنها أضرار مباشرة غير متوقعة يستطيع الدائن أن يتوقعها لو بذل جهداً معقولاً⁽²⁾.

أما في المسؤولية التقصيرية يكون فيها التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع ومثال ذلك إذا ما أصيب راكب في حادث وتحقق مسؤولية أمين النقل العقدية، لم يكن أمين النقل مسؤولاً قبل الراكب وورثته من بعده إلا عن الضرر المتوقع عن هذا الحادث، أما إذا طالب الورثة

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 2، المرجع السابق، ص 846.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 63.

تعويضاً باسمهم الشخصي لا باعتبارهم ورثة فتكون المطالبة على أساس المسؤولية التقصيرية ويستطيعون الحصول على تعويض ما أصابهم هم، وليس ما أصاب مورثهم من ضرر متوقع أو غير متوقع⁽¹⁾.

ثانياً: القيد الثاني: التعويض عن الضرر المتوقع :

فالضرر المتوقع هو محتمل الحصول ويمكن توقعه إذ يمكن القول القول بأن كل ضرر متوقع يكون ضرر مباشر لكن العكس غير صحيح، كما أن هناك أضرار مباشرة لا يمكن توقعها، ومثال على ذلك أن شركة طيران أثناء نقلها لأمتعة المسافرين تتوقع بأن تلك الأمتعة بها ملابس، لكن بعد أن ضاعت تلك الحقبة اتضح بأن بها مجوهرات وأموال فإن شركة الطيران لا تكون مسؤولة عن قيمة ما كان موجود في الحقبة

فمعيار الضرر المتوقع موضوعي و يأخذ بمعيار الرجل العادي أثناء ضياع الحقبة الذي توقع بأن تكون بها ملابس لا مجوهرات وأموال، فيقتصر التعويض في هذه الحالة على الضرر المتوقع فالمتعاقدين عند إبرام العقد قد يحددان الالتزام ومقدار التعويض أيضاً⁽²⁾.

لكن هناك حالتين يسأل فيها المدين عن الأضرار غير المتوقعة في المسؤولية العقدية وهما ارتكاب غش أو تعمد عدم الوفاء أو ارتكاب خطأ جسيم فجسامته تجعل المدين مسؤولاً عن الأضرار غير المتوقعة، وغالباً ما يكون دليل على سوء نيته ما لم يثبت أنه حسن النية كما لا يعفى من المسؤولية حتى ولو تضمن العقد شرط يقضي بالإعفاء منها عملاً بنص المادة 178 من ق.م.ج⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 1، المرجع السابق، ص 685.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام)، المرجع السابق، ص 65، 66 .

(3) المرجع نفسه، ص ص 66، 67.

كخلاصة للفصل الثاني نصل إلى أنه إذا أخل البائع بالتزامه يكون من حق المشتري التمسك بتطبيق الجزاءات التي أقرها القانون سواء كانت أصلية، فيطالب بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً، من خلال وسائله المتمثلة في الشراء على نفقة البائع أو إصلاح العيب، أما إذا تعذر عليه ذلك فيطالب بفسخ العقد، وإعادة المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل العقد، إذا كان إخلال البائع بالتزامه يشكل مخالفة جوهرية أو توافرت شروط الفسخ الصريح.

كما أن للمشتري في كلتا الحالتين المطالبة بالجزاء التكميلي، المتمثل في التعويض سواء كان إتفاقي أو قضائي.

كما أن هناك التعويض الذي يكون محددًا من قبل القانون ويكون مقداره ثابت لا يتغير رغم أن الضرر يختلف من حادثة إلى أخرى.

الختامة

إن حبس المبيع فيعتبر بمثابة ضمان للبائع في حال امتناع المشتري عن تنفيذ التزامه، ولا يسقط حق الحبس بالتقادم.

أما فيما يخص هلاك المبيع بسبب لا يد للبائع فيه، فإن هذا الأخير هو الذي يتحمل تبعه الهلاك التي تصيب المبيع قبل التسليم، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون الحاجة لإعذار أو حكم لأن المشرع الجزائري ربط تبعه الهلاك بالتسليم.

فإذا كان البائع لا يسأل في حال ما إذا كان امتناعه عن التسليم يعود لسبب مشروع، إلا أنه في حال امتناعه غير المشروع عن التسليم أو تسليم مبيع غير مطابق فتقام مسؤوليته، ولو كان العيب غير جسيم فالمشتري بمجرد تسلمه المبيع عليه الإسراع إلى فحصه، والتحقق من حالته فإذا ما وجد غير مطابق لما اتفق عليه يبادر إلى إخطار البائع، لأن تسلم مبيع غير مطابق يترتب المسؤولية العقدية مما يتيح للمشتري إما قبول المبيع أو رفع دعوى الفسخ لكن بعد إعذار المدين.

فإذا ما توافرت شروط العيب الخفي فيمكن للمشتري الرجوع على البائع خلال سنة من وقت التسليم على خلاف المشرع الفرنسي الذي جعله من يوم اكتشاف العيب.

وبما أن أحكام الضمان ليست من النظام العام فيمكن لطرفين الاتفاق على الزيادة أو الانتقاص أو الإعفاء منه.

ففي حال إخلال البائع بنطبق القواعد العامة حيث يكون للطرف غير المخل الحق في رفع دعوى مطالباً، إما بالتنفيذ العيني أو الفسخ مع الحق في التعويض، إذا كان له مقتضى، ويشترط لرفع أي دعوى إعذار الدائن للمدين، بعد أن يكون قد نفذ التزامه أو مستعد لتنفيذه.

فالمشرع الجزائري ومن أجل الحفاظ على إستمرارية العقد جعل التنفيذ العيني هو الأصل، وذلك من خلال إجبار البائع على تنفيذ التزامه عينا إذا ما كان ممكنا وغير مستحيل ولا يكون مرهقا للمدين.

والتنفيذ العيني يكون إما بإصلاح المبيع المعيب أو شراء المبيع على نفقة البائع، فهو عبارة عن وسيلة لحماية حق المشتري.

أما الفسخ فلا يقع إلا إستثناء عندما لا يكون هناك جدوى من التنفيذ العيني، كما لا يجوز المطالبة بالفسخ إلا حين ارتكاب المدين مخالفة جوهرية ويكون للقاضي سلطة تقديرية في إعتبار المخالفة جوهرية أم لا.

أما إذا وجد اتفاق بين الطرفين على الفسخ (الشرط الفاسخ) يفسخ العقد دون الحاجة إلى الحكم وبعاد المتعاقدان لما كانا عليه.

إذا ما طلب المشتري التنفيذ العيني أو الفسخ، فإن له في كلتا الحالتين المطالبة بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون الضرر متوقعا ومباشرا، وتقدير التعويض ليس من النظام العام، فيمكن للمتعاقدين الإتفاق على تحديده كما يمكن أن يحدد من قبل القاضي أو يقوم القانون بتحديدده، وذلك في حالات نادرة إلا أن مقدار التعويض فيه لا يتغير رغم أن الضرر يتفاوت، فقد يكون الضرر الذي يصيب المضرور كبيرا فلا يغطيه هذا التعويض، أو قليلا فلا سبب لإستحقاقه، وهنا يكون للقاضي السلطة التقديرية، في حال وجود زيادة فاحشة أو كان مقدار التعويض تافه القيام بتعديله بما يتناسب مع الضرر.

ونصل إلى مجموعة من الاقتراحات والتوصيات يمكن اجمالها كالآتي:

- إعادة النظر في مدة التقادم فيما يخص العيب الخفي فأتمنى أن يحذو المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي وجعل مدة الضمان تسري من تاريخ إكتشاف العيب.

-
- والمشرع الجزائري لم ينص على حالة الإرهاق كما فعل المشرع المصري لذا أتمنى أن يتطرق إليها بإضافتها.
 - والمشرع لم يتطرق إلى مسألة الشراء على نفقة البائع في حالة الإستعجال لذا أتمنى أن ينص عليها.
 - وترك السلطة التقديرية للقاضي من أجل تحديد مقدار التعويض.

قائمة المصادر

والمراجع

I. المصادر:

- 1- إبن منظور، لسان العرب، المجلد 3، الطبعة 4، دار صادر، لبنان، 2005.
- 2- إبن منظور، لسان العرب، الجزء 2، الطبعة 4، دار صادر، لبنان، 2005.
- 3- إبن منظور، لسان العرب، الجزء 27، الطبعة 4، دار صادر، لبنان، 2005.
- 4- إبن منظور، لسان العرب، المجلد 9، الطبعة 4، دار صادر، لبنان، 2005.
- 5- علي بن هادية وبلحسن البليشي والجيلاني بن الحاج يحي، القاموس المدرسي، الطبعة 7، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1990.
- 6- محمد روس قلعة جي، معجم لغة الفقهاء، الطبعة 1، دار النفائس، لبنان، 1985.

II. المراجع:

أولاً: الكتب.

- 1- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء 2، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 2- الرشيد بن الشويخ، دروس في النظرية العامة للالتزام، د.ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2012.
- 3- أنور سلطان، العقود المسماة، (عقد البيع والمقايضة)، د.ط، دار الجامعية الجديد، مصر، 2005.
- 4- _____، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر 1997.
- 5- أنور طلبية، دعوى التعويض، الطبعة 1، المكتب الجامعي الجديد، مصر، 2005.
- 6- خليل أحمد حسن قداد، الواضح في شرح القانون المدني، الجزء 1، (مصادر الالتزام)، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 7- _____، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء 4، (عقد البيع)، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000.

- 8- رمضان أبو السعود، شرح أحكام القانون المدني، (العقود المسماة البيع والمقايضة)، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- 9- زاهية سي يوسف، عقد البيع، الطبعة 3، دار الأمل، الجزائر 2000.
- 10- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء 6، (في الالتزامات)، المجلد 4، (أحكام الالتزام)، الطبعة 2، دار الكتب القانونية شتان ومنشورات الحلبي الحقوقية، مصر 1993.
- 11- سمير عبد السيد تتاغو، أحكام الالتزام والاثبات، د.ط. منشأة المعارف، مصر، 2005.
- 12- _____، عقد البيع، (شرح أحكام عقد البيع على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء)، الطبعة 1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009.
- 13- عبد الرحمن أحمد جمعة الحلاشة، الوجيز في شرح القانون المدني، (عقد البيع)، الطبعة 1، دار وائل، 2005.
- 14- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 1، (نظرية الالتزام بوجه عام)، (مصادر الالتزام)، د.ط.، دار احياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن.
- 15- _____، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 2، (نظرية الالتزام)، الطبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 16- _____، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4، (العقود التي تقع على الملكية)، (البيع والمقايضة)، د.ط.، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن.
- 17- عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، د.ط.، دار العلوم، الجزائر، 2004.
- 18- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، (مصادر الالتزام)، الطبعة 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 19- علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، الطبعة 3، موفم لنشر، الجزائر، د.س.ن.
- 20- علي هادية العبيدي، الحقوق العينية، الطبعة 11، دار الثقافة، الأردن، 2014.
- 21- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الطبعة 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.

- 22- فؤاد إفرايم البستاني، منجد الطالب، الطبعة 20، دار المشرق، لبنان، 1976.
- 23- لحسن بن الشيخ أئاموليا، المنتقى في عقد البيع، الطبعة 2، دار هومة، الجزائر، 2006.
- 24- محمد حسن قاسم، القانون المدني، (العقود المسماة، البيع التأمين الضمان والإيجار)، الطبعة 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
- 25- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، (العقد والإدارة المنفردة)، د.ط، دار الجامعة، لبنان، 2000.
- 26- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، (النظرية العامة للالتزام)، (أحكام الالتزام)، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 27- _____، الواضح في شرح القانون المدني، (مصادر الالتزام) (العقد والإدارة المنفردة)، د.ط، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن.
- 28- محمد يوسف، الزعبي، شرح عقد البيع، الطبعة 1، دار الثقافة، الأردن، 2006.
- 29- منير قزمان، التعويض المدني على ضوء الفقه والقضاء، د.ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005.
- 30- نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، (عقد البيع)، الطبعة 4، دار الجامعة الجديد، مصر، 2010.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية:

(1) الرسائل:

- 1- إبراهيم بشير عبد الله إدريس، أحكام التسليم والقبض وأثرهما في العقود، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الخرطوم، ليبيا، 2009.
- 2- علي حساني، الاطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011-2012.

3-لطيفة أمازوز، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011.

(2) المذكرات:

أ- الماجستير:

- 1-حازم طاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011.
- 2- حسينة حمو، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2001.
- 3- صافية بن رجدال، الإلتزام بالمطابقة المادية في عقد البيع الدولي للبضائع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، قانون الأعمال، كلية الحقوق، يوسف بن خدة، الجزائر، 2013-2014.
- 4-طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون لمديني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.
- 5-محمد كميل، الزيادة والنقصان في المبيع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2014.
- 6-وليد محمد بخيت الوزان، إبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

ب- الماستر

- أقسوط كهينة ويعوش سليم، السلطة التقديرية للقاضي في تعويض عن الأضرار الجسدية في القانون، مذكرة لنيل شهادة ماستر الحقوق، القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2013.

ثالثا: المطبوعات الجامعية

- 1-اسماعيل شندي، أحكام حبس المبيع لإستفاء الثمن بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، جامعة، القدس، المفتوحة، فلسطين، 2007.
<http://www.qou.edu/home/sciResearch/researchersPages/ismailShindi>
- 2-أسيل باقر جاسم، المخالفة الجوهرية للعقد وأثارها، كلية الحقوق جامعة بابل، بدون ذكر السنة. <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=36882>.
- 3-سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، ضمان فوات الصفة المشروطة في المبيع، كلية الحقوق، جامعة بابل، 2008. <http://www.uobabylon.edu.iq/uobColeges/filesshare/articles>.
- 4-ضحى مثنى داود، فسخ العقد في القانون، كلية الرافدين: : <https://iosj ? func = fullext> : 35324

رابعا: المقالات

- 1-جودت هندي، «التزام البائع بتسليم المبيع وفقا لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي لعام 1980»، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، لسنة 2012.
- 2-صالح فواز، «الطبيعة القانونية للحق في الحبس»، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، لسنة 2013.
- 3-عبد الرحمان حسن المختار، «مشاحنة المتابعين في الالتزام بالتسليم والأثر المترتب عليه»، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 6 كلية الحقوق، جامعة الزاوية، ليبيا، لسنة 2015.
- 4-نواف حازم خالد، «انقضاء الحق في الحبس لضمان بطريق أصلي»، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 1، لسنة 10، العدد 24، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، سنة 2005.

5-إيمان طارق الشكري وحيدر عبد الهادي،«جزاء الاخلال بضمان المطابقة في عقد البيع دراسة مقارنة»،مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية،العدد4،سنة2016.
http://mouhakiq.com/papers/Lawj_paper_2016_3217501.pdf

خامسا: النصوص القانونية:

1-أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني،الجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة 30 سبتمبر 1975،المعدل والمتمم.

2-قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم،الجريدة الرسمية العدد 44 الصادرة في 2005.

3-القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

4-القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980.

5-القانون المدني العراقي، رقم 40 لسنة 1951.

5-القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004.

6-القانون المدني الفرنسي

www.cjaiut.com.doc/17/1/GAgisq6VBVm.coodcivil2017.pdf

سادسا: الاجتهاد القضائي:

-قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 226659 ، بتاريخ 09/01/2002، غير منشور.

سابعا: المواقع الالكترونية:

1-Bibelio- univ-alger-dz/js pui-hand le/ 1635/11962.

2-<http://www.institut-numerique-org>.

3-www.droit.dz.com/fourm/theadr/90.

4-<http://www.institut-numerique-age/section-deux-abligation-de-debicrance-conforme.et> labligation .de garantir les vois- caches-5097c 69 f e 3489.

الفهرس

| الصفحة | الموضوع |
|---|---|
| | الشكر |
| | الإهداء |
| | قائمة المختصرات |
| 02 | مقدمة |
| الفصل الأول: إخلال البائع بالإلتزام بتسليم المبيع. | |
| 07 | المبحث الأول: حالات إخلال البائع بالإلتزام بتسليم المبيع لسبب مشروع. |
| 07 | المطلب الأول: حالة حبس البائع للمبيع. |
| 07 | الفرع الأول: التعريف بحق البائع في حبس المبيع. |
| 12 | الفرع الثاني: أحكام حق البائع في حبس المبيع. |
| 19 | المطلب الثاني: حالة هلاك المبيع بسبب القوة القاهرة. |
| 19 | الفرع الأول: تعريف هلاك المبيع بسبب القوة القاهرة. |
| 22 | الفرع الثاني: إنتقال تبعة هلاك المبيع بسبب القوة القاهرة. |
| 23 | الفرع الثالث: حالات هلاك المبيع بسبب القوة القاهرة. |
| 26 | المبحث الثاني: حالات إخلال البائع بالإلتزام بتسليم المبيع لسبب غير مشروع. |
| 26 | المطلب الأول: حالة تسليم مبيع غير مطابق. |
| 26 | الفرع الأول: تعريف عدم مطابقة المبيع. |
| 33 | الفرع الثاني: إلتزامات المشتري في حال عدم مطابقة المبيع. |
| 35 | المطلب الثاني: حالة تسليم مبيع معيب . |
| 35 | الفرع الأول: تعريف الإلتزام بضمان العيب الخفي . |
| 41 | الفرع الثاني: الجزاء المترتب عن ثبوت العيب الخفي. |

| | |
|--|---|
| 44 | الفرع الثالث : القواعد المتعلقة بضمان العيب الخفي. |
| الفصل الثاني : الجزاء المترتب عن إخلال البائع بالإلتزام بالتسليم المبيع. | |
| 49 | المبحث الأول : الجزاء الأصلي للإخلال بالإلتزام بالتسليم. |
| 49 | المطلب الأول : مفهوم التنفيذ العيني . |
| 49 | الفرع الأول : شروط التنفيذ العيني. |
| 53 | الفرع الثاني : وسائل التنفيذ العيني. |
| 55 | المطلب الثاني : مفهوم فسخ عقد البيع. |
| 55 | الفرع الأول : تعريف الفسخ. |
| 57 | الفرع الثاني : أنواع الفسخ |
| 61 | الفرع الثالث:آثار الفسخ. |
| 63 | المبحث الثاني : الجزاء التكميلي للإخلال بالإلتزام بالتسليم. |
| 63 | المطلب الأول : مفهوم التعويض الإتفاقي. |
| 63 | الفرع الأول : تعريف التعويض الإتفاقي. |
| 68 | الفرع الثاني : آثار التعويض الإتفاقي. |
| 70 | المطلب الثاني : مفهوم التعويض القضائي. |
| 70 | الفرع الأول : تعريف التعويض القضائي. |
| 74 | الفرع الثاني : حدود التعويض القضائي. |
| 78 | الخاتمة. |
| 82 | قائمة المصادر والمراجع. |
| 89 | الفهرس. |