

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع: 05

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

أثر الغبن على عقد بيع العقار في ظل القانون الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون الخاص

الشعبة: الحقوق

تحت إشراف الأستاذ:

من إعداد الطالبة:

الدكتور سليم عبد الله

طبيب حكيمة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة) فرحات حمو رئيسا

الأستاذ سليم عبد الله مشرفا مقررا

الأستاذ(ة) بلينة محمد مناقشا

السنة الجامعية: 2019/2018

نوقشت يوم: 2019/07/10

شكر وتقدير

اللهم لك الحمد حتى ترضى ولك الحمد إذا رضيت ولك الحمد بعد الرضا، الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله ونصلي ونسلم على من أدى الرسالة وبلغ الأمانة محمد صلى الله عليه وسلم

إذا كان الشكر هو بعض العرفان بالجميل لا يسعني تصديرا لهذه المذكرة المتواضعة إلا أن أجزى الشكر موفورا إلى أستاذي الفاضل الدكتور سلام عبد الله على إشرافه وتحمله لي طيلة إنجاز هذا البحث، وعلى توجيهاته القيمة ونصائحه السديدة.

كما أتقدم بالشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة على تكريمهم بالموافقة على مناقشة هذا البحث

فإلى هؤلاء أجدد شكري و خالص تقديري.

الطالبة طبيب حكيمة

الإهداء

إلى والدي الكريمين

إلى إخوتي وأخواتي

إلى أصدقائي و كل أفراد عائلتي

تقديرا لهم على تشجيعاتهم.

طيب حكمة

المقدمة:

العقد أهم تصرف قانوني يقوم به الشخص، وهو تصرف مرتبط ارتباط وثيق بالحياة الاجتماعية للإنسان، إذ عن طريق العقود تتم المعاملات بين الأفراد، وعقود القانون الخاص من كثرها يصعب حصرها بل وأصبح اليوم أمر تسميتها عسير على المشرع نظرا لسرعة تطورها لارتباطها بمتطلبات الحياة الاجتماعية المتقلبة والمتطورة، ويعد عقد البيع أهم وأقدم عقد عرفته المجتمعات عبر العصور بعد عقد المقايضة.

وإن كان عقد البيع عموما أقدم وأهم عقد عرفته المجتمعات فإنه عقد بيع العقار بصفة خاصة من أهم عقود المبيع نظرا لارتباطه بضرورة اجتماعية هي ضرورة اقتناء العقار خاصة منه العقار السكني. وبما أن عقد بيع العقار من عقود المعاوضة التي يحكمها قانون العرض والطلب، فقد يدفع المتعاقد، ثنا يزيد عن قيمة العقار الحقيقية بأضعاف مضاعفة فيغبن المشتري، أو يقل بكثير عن قيمتها الحقيقية وهنا يغبن البائع، ومن هنا يظهر الاختلال بين الأداءات المتقابلة في العقد وهذا هو جوهر الغبن.

يسعى المشرع دائما لدعم مبدأ استقرار المعاملات وفقا للقاعدة الفقهية القانونية "العقد شريعة المتعاقدين" فلا يجوز نقض المعاملات أو تعديلها إلا باتفاق أطرافها، ذلك أن العقد تصرف قانوني قوامه الإرادة وهذه الأخيرة تصير معدومة إذا صدرت ممن لا يملكها، ولا يملك إرادة تعديل العقد إلا المتعاقدان وهذا هو الأصل وهذا ما نادى به أصحاب المذهب الفردي الذين أعطوا أثروا مبدأ سلطان الإرادة في العقد على مبدأ سلطان القانون، حيث ذهبوا إلى أن الأفراد لهم ترتيب ما يشاؤون من آثار على العقود التي يبرمونها، وإذا ما وقع غبن على أحد المتعاقدين فإنه هو التي ارتضاه بإرادته، ومادامت إرادته لم يشبها عيب فعليه احترام العقد الذي أبرمه ، وليس للقانون هما اي وظيفة غير حماية هذا الحق وتمكين أصحابه من التمتع به.

غير تحقيق العدالة والإنصاف بين أطراف العلاقة التعاقدية طالما كانت غاية المشرع الأولى، ومبدأ من أهم المبادئ التي

تضمنها القانون المدني، ونادى بها أصحاب مذهب التضامن الاجتماعي الذي حل محل المذهب الفردي، فسمح القانون للقاضي بالتدخل لتعديل العقد الذي لحق الغبن محله، ذلك أن العدالة تقتضي التعادل بين ما يحصل عليه المتعاقد وبين ما يلتزم به المتعاقد الآخر، وذهبت أغلب القوانين الحرس على حماية حقوق المتعاقد إذا بلغ عدم التعادل في الالتزامات حدا معيناً وهو ما يعرف بالغبن.

وبذلك فإن فكرة العقد لا يجوز المساس به وأن كل مساس به يهدد الأمن القانوني ويمس بالحرية الفردية كلها أفكار تراجعت وذلك لتحقيق جملة من القيم تسعى في مجملها إلى تحقيق العدالة الاجتماعية والمصلحة العامة فأصبح تعديل العقد جائز وفق ما قرره المشرع للقاضي.

غير أنه مع ذلك يعتبر الغبن من المشاكل القانونية المعقدة لأنها كانت ومازالت محل خلاف بين الفقه، ذلك أن المشكلة التي يثيرها الغبن في العقد ليس هو عدم التعادل بين الأداءات المتقابلة، وإنما هي أن الغبن يكون وليد عقد توافرت فيه أركانه الأساسية بما فيها الإرادة الحرة السليمة للمتعاقدين دون أن يشوبها عيب من عيوب الإرادة المعروفة التي تدمغ العقد بالقابلية للإبطال، ومن ثم فلا مكان لحماية الطرف المغبون في العقد ما دامت إرادته حرة عن إبرام التعاقد.

وإذا توصلنا إلى الغبن يمس العقد إذا كان هناك اختلال بين الأداءات المتقابلة فإنه يصبح سبباً للطعن فيه، ومن هنا لا بد من وضع ضوابط وشروط تسبب هذا الاختلال في العقد، ويجوز بعد ذلك الطعن في العقد بسبب الغبن.

أهمية الدراسة:

تظهر أهمية دراسة موضوع أثر الغبن على عقد بيع العقار، في كونه من أكثر المواضيع المعقدة باعتباره يقوم على اعتبارات اجتماعية وأخلاقية واقتصادية غير ثابتة. كما أن المشرع الجزائري انفرد من بين التشريعات العربية بإيراد نصوص خاصة بالغبن المجرد (الغبن المادي) تسري في عقود

معينة وأهمها عقد بيع العقار، ونص عام متعلق بعيب الاستغلال الذي يعتبر فيه الغبن المجرد مظهره المادي.

أهداف الدراسة:

ترمي هذه الدراسة من الوصول إلى الأهداف التالية:

- تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على جميع جوانب الغبن والشروط اللازمة لتحقيقه ومدى أثره على العقد والجزاء المترتب عليه.
- الوقوف على موقف الجزائري من التمييز بين عيب الغبن وعيب الاستغلال، خاصة أنه التشريعات من ربطت بين الغبن والاستغلال.
- تعميق المعارف حول موضوع والغبن وأثره على عقد البيع المنصب على العقار وذلك بالوقوف الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن ، كما تهدف إلى دراسة خصائص سلطة القاضي في تعديل العقد ومضمونها ونطاق هذه السلطة والآثار التي تترتب على ممارستها.
- البحث في مدى كفاية النصوص القانونية ونجاعتها في تحقيق الهدف من منح القاضي سلطة تعديل العقد بسبب الغبن.

نطاق الدراسة:

تناولنا لموضوع الغبن يقتصر على عقد البيع المتعلق بالعقار ، ولا يشمل كل العقود المدنية التي يمكن الطعن فيها بسبب الغبن، وستكون هذه الدراسة وفق أحكام القانون المدني الجزائري كما ستنطوي الدراسة على جانب تطبيقي كلما تقصينا وجود قرار قضائي صادر عن قضاة القانون يتعلق بموضوع الدراسة بغرض تحليله.

إشكالية الدراسة:

يثير موضوع "أثر الغبن على عقد بيع العقار في القانون الجزائري" العديد من المشكلات القانونية الهامة، التي يتعين

التعرض لها بالبحث فما هو دور القاضي في إعادة التوازن العقدي في حالة الغبن في عقد بيع العقار؟ وتتفرع عن هذه الإشكالية عدة أسئلة فرعية فما هي شروط تحقق الغبن في عقد بيع العقار؟ وما هي ضوابط وحدود تعديل العقد بسبب الغبن؟ وماذا عن مبررات هذا التعديل؟ وهل الأحكام القانونية الحالية كافية لتحقيق الغرض الذي شرعت لأجل الوصول إليه؟ وبعبارة أخرى هل وفق المشرع الجزائري في تحقيق حماية كافية للمتعاقد عند تقريره حق الطعن في عقد بيع العقار بسبب الغبن؟

للإجابة على إشكالية الدراسة وما تفرع عنها من أسئلة رأينا تقسيم هذا الموضوع إلى فصلين رئيسيين، خصصنا الفصل الأول لدراسة الأمن التعاقدي وعيب الغبن، فيما خصصنا الفصل الثاني لدراسة الحماية القانونية لمحل العقد من الغبن ثم انتهينا من ذلك بخاتمة لخصنا فيها النتائج العامة المستنبطة من هذه الدراسة.

منهج الدراسة:

لغرض الإحاطة بجوانب موضوع البحث كافة، ولأجل الإجابة على التساؤلات المطروحة فيه، اتبعنا المنهج الوصفي التحليلي الذي يهتم بتحديد الواقع وجمع الحقائق عنه و تحليل بعض جوانبه، بما يساهم في العمل على تطويره.

الفصل الأول: عيب الغبن بين الأمن التعاقدي والعدالة التعاقدية

العقد آلية قانونية لإجراء مختلف التصرفات للأشخاص وترتيب الحقوق والالتزامات فيما بينهم.

ويعتبر الأمن التعاقدي من أهم المبادئ الموجهة لقانون التعاقد إلى جانب كل من الحرية التعاقدية والنزاهة التعاقدية. وتقتضي فعالية العقد الإبقاء عليه سواء في حالة كون العقد محل تأويل، أو في حالة ما يوجد صحته أو تنفيذه، لاسيما إذا كان في إهداره إهدار لمصلحة المتعاقدين، وبالتالي يعتبر استقرار العقد والحفاظ عليه من باب الأمن التعاقدي، وبصفة عامة يتجلى الأمن التعاقدي في عدة مرتكزات أهمها مبدأ القوة الملزمة للعقد وفي وجوب تنفيذ العقد بحسن نية.

وإذا كان الأمن التعاقدي يتعلق بضمان تحقيق القوة الملزمة للعقد، فإنه يمكن التأثير على هذه القوة من خلال مبادئ أخرى تسود ميدان التعاقد لاسيما منها العدالة التعاقدية حيث تهدف العدالة التعاقدية إلى إيجاد عدالة متبادلة وحماية التوازن الذي كان قائما قبل العقد، وهنا ينظر للإنصاف كقيمة من حيث أنه يعتد بالغاية المرغوبة من القانون وهي العدالة والتوازن، غير يتعين علينا الإقرار أن العدالة بهذا التصور قلما توجد في الميدان التعاقدي فالعقد يبقى دائما شريعة المتعاقدين، تبعاً لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، وبذلك لم يبق بيد القضاة سوى إمكانيات قليلة للتخفيف من صرامة العقد ومن بين هذه الإمكانيات إمكانية تعديل العقد بسبب الغبن. وسنتناول في المبحث الأول من هذا الفصل الأمن التعاقدي عائق على أعمال الغبن فيما نخصص المبحث الثاني لدراسة تأثير العدالة العقدية مبرر للإبقاء الغبن في بيع العقار.

المبحث الأول: الأمن التعاقدى عائق على أعمال الغبن

تنوعت المبادئ التي نتجت عن مبدأ سلطان الإرادة بين مبادئ نتجت قبل التعاقد ويتعلق الأمر أساسا بحرية الأفراد في التعاقد وبين مبادئ تمتد لما بعد التعاقد ويتعلق الأمر خاصة باحترام الإرادة التعاقدية وفيما يلي سنتناول بالدراسة الحرية التعاقدية في المطلب الأول فيما نخصص المطلب الثاني لدراسة إلزامية آثار العقد.

المطلب الأول: الحرية التعاقدية

الإرادة الحرة هي أحد أوجه شخصية الإنسان وأحد مظاهر ما له من حرية طبيعية، ويقتصر دور القانون على الاعتراف بالأثر الملزم للعقد كما أراده الطرفان وعلى ضمان تنفيذ الالتزام العقدي بفرض الجزاء على الاخلال به، فما تم بالإرادة لا يمكن أن ينتفي إلا بالإرادة.

الفرع الأول: حرية التعاقد والامتناع عن التعاقد

ترسخ مبدأ سلطان الإرادة فأصبح قاعدة أساسية تبنى عليها النظريات القانونية، فجميع الالتزامات والنظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، وهذه الإرادة لا تقتصر على أن تكون مصدر للالتزام فحسب بل هي المرجع الأساسي له¹.

طبقا للنظرية العامة لمبدأ سلطان الإرادة، فإنه لا يقوم أي التزام على شخص إلا إذا ارتضاه، وأنه في حال فرض أي التزامات لا إرادية على الشخص تحقيقا لمصلحة العامة أو حفاظاً على النظام العام والآداب العامة فإنها يجب أن تكون في أضيق الحدود.

إذ لا يكون الفرد ملزماً بشيء إلا إذا ارتضاه وقبله وكان في ذلك مختاراً، ويعتبر هذا حقاً طبيعياً يتمتع به الإنسان، وتقر به أحكام القانون الطبيعي وقواعد العدالة التي تمثل مصدر النظام

1 حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدى وتطويع العقد، مذكرة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، 2013، ص 17.

الاجتماعي، مما يجعل الشخص يلتزم بإرادته وحدها ولا يلتزم بإرادة غيره².

يتمثل دور سلطان الإرادة في حرية الشخص كقاعدة عامة في أن يتعاقد أو أن يمتنع عن التعاقد، فالأصل أن الشخص حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وهو إلى جانب ذلك حر في اختيار المتعاقد الآخر.

ويراد بمبدأ الحرية التعاقدية إطلاق الحرية للأشخاص في إبرام ما شاءوا من عقود بغير انحصار في تحديد مسبق، اللهم ما خالف النظام العام والأداب العامة مفسرا تفسيرا مضيقا³.

العقد يفترض في الأصل ارادتين حرتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين وبمقتضى ذلك يكون للمتعاقدين الحرية في الدخول في العلاقة التعاقدية فالشخص لا يلزم في الأصل سوى بالعقود التي عقدها برضائه، وبالتالي فهو لا يجبر في الأصل بالتعاقد إلا إذا دعت ضرورة المصلحة العامة إلى ذلك⁴.

كما أن للشخص أيضا أن يرفض التعاقد ذلك لأنه يوازن بين مصالحه المختلفة، فقد يرى مصلحته تكمن في عدم التعاقد فيفضل عدم الدخول في العلاقة التعاقدية.

كذلك فإن للشخص أن يختار الطرف الآخر الذي يريد التعاقد معه وهذا لما للإرادة من دور في تمييز ما يحقق مصلحة صاحبها، وذلك لأن الشخص قد يرى بأن التعاقد مع شخص معين يجعل مصلحته تتحقق معه أكثر من غيره من الأشخاص فيلجأ إلى إبرام العقد مع هذا الشخص⁵.

2 ليني مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية والمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص 28-29.

(P)Maurie ,(L) Aynès,(P)Stoffel-Munck ,Droit civil, Les obligations, 2^{ème} édition, Defrénois, Paris , 2005, P 357 .

3 همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للإلتزام -نظرية العقد-، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2004، ص 17.

4 خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر، 1987، ص 29.

5 خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 29.

باعتبار أن الالتزام كقيد على الحرية الشخصية لا يجد أساس قبوله إلا في الإرادة الحرة للمدين في التحمل به، بما لا محل معه للإجبار القانوني على التعاقد⁶.

كما أن الشخص يوازن بين الفرص المتاحة له ويفضل الصفقة التي تحقق مصلحته أكثر من غيرها، فتكون له بذلك الحرية في اختيار المتعاقد معه. هذه هي القاعدة العامة التي بموجبها يكون للشخص الحرية في التعاقد من عدمه، أو اختيار المتعاقد معه⁷.

ولكن في بعض الأحيان يكون الأشخاص مجبرين على الدخول في العلاقة العقدية ولو لم تكن إرادتهم تريد الارتباط بالعقد.

وقد يمنع الشخص أيضا من التعاقد، إذ لا يمكنه أن يجري العقد ولو اتجهت إرادته إلى ذلك. وقد يجبر المتعاقد على أن يبرم العقد مع من يرغب في التعاقد وأحيانا مع أشخاص معينين أعطى لهم القانون امتيازات عن غيرهم من الأشخاص.

ففي مثل هذه الأحوال فإن الإرادة لا تكون حرة، بل تتقيد وهذا لمقتضيات المصلحة العامة.

الفرع الثاني: حرية المتعاقدين في تحديد آثار العقد

عندما يتدخل طرفان في رابطة عقدية فإنه يكون لهما مطلق الحرية في تحديد آثار هذه الرابطة، فلا التزام على كل منهما إلا بما أراد الالتزام به فالفرد حر في أن يتعاقد وفقا لما يريد وبالشروط التي يريد⁸.

فالأصل في العلاقات التعاقدية هو أن يحدد أطرافها وحرية تامة مضمونها، فبإمكان المتعاقدين الاتفاق على الأمور الجوهرية في العقد وترك المسائل التفصيلية مثلا ليتفقا عليها فيما بعد، كما يجوز للمتعاقدين وضع الاشتراطات التي تحقق مصالحهم كما هو الشأن عليه مثلا في عقد البيع، حيث أجاز المشرع

6 همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 17.

7 خليفاتي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 29.

8 حدي لالة أحمد، مرجع سابق، ص 18.

للمتعاقدين إذا كان البيع مؤجلاً أن يشترطاً دفع الثمن كله من طرف المشتري حتى تنتقل إليه الملكية ولو تم تسليم الشيء المبيع وفي عقد الإيجار مثلاً لإرادة الأطراف الحرية في تحديد مدة العقد وكذلك في تحديد الأجرة التي يلزم بها المستأجر وهكذا الشأن في سائر العقود⁹.

ولما كان العقد نتاج إرادة المتعاقدين جاز لهما أيضاً بحكم القانون الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية شريطة أن يكون ذلك في نطاق النظام العام والآداب العامة، وهذا ما تقرر بنص المادة 178 من القانون المدني.

وبذلك ترك المشرع الحرية للأفراد في تحديد مضمون العقد بما يتضمن من حقوق والتزامات مع وجوب اعتبار العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله من جانب القاضي إلا إذا اتفق أطرافه على تعديله ذلك لأن " من قال عقد قال عدل"¹⁰ ذلك أن كل ما ارتضته إرادة الانسان بإرادة حرة سليمة خالية من العيوب يحقق العدل لأنه تم عن رضا واختيار من جانب أطراف متساوون أمام القانون في الحقوق والواجبات، وهو ما يورث الثقة في تحقيق العدل التبادلي بين الأفراد من خلال معاملاتهم الحرة من دون تدخل الدولة.

علماً أنه وإذا كان المشرع قد نظم طائفة من العقود فإن تدخله في هذا التنظيم يكون عادة عن طريق القواعد المكلمة لإرادة الطرفين، وللإرادة مطلق الحرية في الأخذ بهذا التنظيم النموذجي الذي وضعته تلك الإرادة، ولهم أن يضعوا تنظيمات أخرى فلذا كانت الأحكام المنظمة للعقود المسماة أحكاماً مكلمة لا تطبق إلا إذا لم يتفق أطراف العقد على خلافها، وإن كانت هناك قواعد أمرة في هذه العقود فهي قليلة¹¹.

ومع ذلك فإذا كان مبدأ سلطان الإرادة يجعل من الرضاء ركناً أساسياً في إنشاء العقد، وأنه إذا كان للأشخاص كامل

9 مربي حنان، النظام العام الإقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية، مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2004، ص 75.

10 همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 17.

11 حدي لالة أحمد، مرجع سابق، ص 19.

الحرية في التعاقد أو الامتناع عن التعاقد، فإن هذه الحرية تخضع لقيود النظام العام والآداب العامة، وبالتالي إذا اصطدم العقد بالنظام العام أو الآداب العامة كان جزائه البطلان المطلق، ولا يمكنه أن يلزم الأطراف المتعاقدة بأي حال من الأحوال وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا¹².

المطلب الثاني: إلزامية آثار العقد

للمتعاقدين كامل الحرية في التعاقد أو في الامتناع عن التعاقد وكذلك في تحديد مضمون العقد شريطة أن لا يخالف النظام العام والآداب العامة، غير أنه وبمجرد تطابق الإرادتين ينشأ العقد ويتعين على المتعاقدين الالتزام بتنفيذ مضمونه وفقاً لما تقضي به قاعدة العقد شرعية المتعاقدين وقاعدة الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية.

الفرع الأول: العقد شرعية المتعاقدين:

يراد بقاعدة العقد شرعية المتعاقدين، أن الالتزامات التعاقدية المنعقدة على الوجه الصحيح تقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين، بمعنى أن الإرادة هي قانونهما¹³، وقد وضعت هذه القاعدة من قبل الفقيه دوما Domat والتي تم تجسيدها في القانون المدني الفرنسي¹⁴.

لهذه القاعدة مبادئ ذات جذور تاريخية و أخلاقية، تتمثل في واجب الوفاء بالعهد الذي يقطعه المرء على نفسه مهما كلفه الأمر، واعتبارات اقتصادية تقتضي توفير الاستقرار في المعاملات، واعتبارات اجتماعية تقتضي ضرورة توفير الثقة

12 طيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مستغانم، 2019، ص 14.

13 لبني مختار، المرجع السابق، ص 29.

14 " Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" (H) Mazeaud, (L) Mazeaud, (J) Mazeaud, (F) Chabas, Leçons de droit Civil, Tome 2, Premier volume, Obligations, Théorie générale, 9^{ème} édition, Montchrestien, DELTA, 2000, P 845.

والاطمئنان والائتمان بين الناس، ذلك أنه إذا سمح للمدين بنقض العقد الذي تعهد به، وعدم تنفيذ ما التزم به، زالت بذلك الثقة والاطمئنان بين الناس وأثر ذلك سلبا على استقرار معاملاتهم، فالتزام المتعاقد بالعقد أمر تقتضيه المصلحة الاجتماعية¹⁵.

تعتبر هذه القاعدة نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة¹⁶ ومقتضاه أن إرادة الإنسان الحرة هي المصدر الوحيد للحقوق والواجبات¹⁷، ذلك الإرادة قوية تلزم الشخص مثلما يلزمه القانون، حيث لا المشرع ولا القاضي باستطاعته أن يحرر المتعاقدين من التزاماتهما التعاقدية¹⁸ وذلك تطبيقا لنص المادة 106 من القانون المدني أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

تقتضي هذه القاعدة أن يعادل الالتزام الناشئ من العقد في قوته الالتزام الناشئ من القانون، فيكون للعقد قوة ملزمة بحيث لا يجوز لأحد المتعاقدين أن ينفرد بنقضه أو تعديله، فيتعين على المتعاقدين أن يخضعا لما اشترعاه كخضوعهما لما شرعه القانون، كما يتعين على القاضي رعاية تلك العقود وحمايتها كرعايته للنصوص القانونية، بمعنى أنه إذا طُرح عليه نزاع بشأنها، فإنه يجب عليه تطبيق ذلك الحكم الخاص الذي وضعه المتعاقدان فيما بينهم، وهو يلتزم بذلك حتى ولو كان العقد يتضمن بنودا تخالف نصوصا تشريعية، ما لم تكن قواعد أمره¹⁹.

15 طيب فايزة، مرجع سابق، ص 12.

16 محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع S N E D، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 112.

17 علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2010، ص 48.

(P) Malinvaud, Droit des obligations, Litec, 7^{ème} édition, Paris, 2001, P.149 .

18 (H) [Mazeaud](#), (L) [Mazeaud](#), (J) [Mazeaud](#), (F) [Chabas](#) , Leçons de droit Civil, Tome 2, Premier volume, Obligations, Théorie générale, op.cit , P 845 .

19 نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 285.

تترتب على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين نتائج تتمثل أساسا في عدم جواز نقض أو تعديل العقد بإرادة منفردة إذ لا يجوز للمتعاقد أن يستقل بنقض العقد أو تعديله بل ولا يجوز ذلك للقاضي، مهما كان نوع التعديل أو أهميته ، فلا يمكن النقض أو التعديل إلا باتفاق المتعاقدين ، بل وبنفس أشكال الإبرام تطبيقا لقاعدة توازي الأشكال²⁰، وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا²¹.

غير أنه قد تقتضي طبيعة بعض العقود أن يبيح القانون لأحد طرفي العقد أن ينقض العقد بإرادة منفردة²² كما هو الحال في عقد الوكالة²³، وعقد الشركة غير محدّد المدّة²⁴، وعقد العمل غير محدّد المدّة وذلك حتى لا يتحول عقد العمل إلى عقد أبدي يقيد من حرية الشخص، التي تعد حرية مكرسة دستوريا، وهي من النظام العام.

وفي بعض العقود أجاز القانون لأحد العاقدين دون الآخر أن يستقل بنقض العقد مثلما هو الأمر بالنسبة لعقد الهبة²⁵ إذ يحق للواهب الرجوع في الهبة، وكذلك في عقد العارية في حال توافر

20 طيب فايزة، مرجع سابق، ص 16.

21 قضى المجلس الأعلى بموجب قرار له صادر بتاريخ 15/01/1990 في الملف رقم: 52061 أنه "من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين، ينفذ طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أن قضاة الموضوع خالفوا إرادة المتعاقدين عندما قبلوا الدعوى المقدمة من المطعون ضده بعد فوات الأجل المتفق عليه بين المتعاقدين = بخمسة أشهر، يكونوا قد خالفوا القانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون ضده" قرار منشور بالمجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الأول لسنة 1993، ص 113(قرار مرفق بالملحق تحت رقم: 01).

22 (P)Malinvaud, Droit des obligations, op.cit , P 150 .

23 المادة 587 من القانون المدني "يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك..."

24 المادة 440 من القانون المدني "تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة، على شرط أن يعلن الشريك سلفا عن إرادته في الانسحاب قبل حصوله، إلى جميع الشركاء وأن لا يكون صادرا عن غش أو في وقت غير لائق..."

25 تنص المادة 211 من قانون الأسرة "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنة إلا في الحالات التالية:..."

حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 547 من القانون المدني وحق المؤمن له في إنهاء التأمين.

الفرع الثاني: تنفيذ العقد بحسن نية

المقصود بالزامية تنفيذ العقد هي أن كل طرف في العلاقة العقدية مجبر على الوفاء بتعهداته كاملة وبحسن نية²⁶. كما يلزم هذا المبدأ كافة أطراف التعاقد بتوافر حسن النية في عملية ما قبل التعاقد وأثناءها و في فترة سريان العقد. وقد نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ ضمن أحكام تنص المادة 107 من القانون المدني " يجب تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه وبحسن نية."

فإذا تعلق الأمر بعقد بيع، فإن البائع يلتزم بتسليم الشيء المبيع مقابل حصوله على ثمن المبيع، أما المشتري فإنه يلتزم بدفع الثمن مقابل استلام الشيء المبيع، ليكون كلاهما دائن ومدين في نفس الوقت .

كما أن وجوب تطبيق بنود العقد بطريقة تتفق مع ما يقتضيه شرف التعامل و الأمانة و الإخلاص والتعاون فلا يجوز لأحد المتعاقدين ان يتمسك بتنفيذ العقد بطريقة تلحق ضررا بالعاقد الآخر، لان يتفق الراكب مع سائق سيارة أجرة بالعداد لغرض إيصاله إلى مكان معين، فيسلك السائق أطول طريق لذلك أو يعتمد إطالة المسافة حتى يزيد على الراكب أجرة الركوب و كذلك يجب على المستأجر إخطار المؤجر بالإصلاحات التي ينبغي القيام بها للحفاظ على العين المؤجرة، لذلك فان تنفيذ العقد بسوء نية يرتب المسؤولية على المتعاقد سيء النية ، و يلزمه بالتعويض عن الضرر الذي لحق المتعاقد الآخر .

وتطبيقا لنص المادة 107 من القانون المدني فإنه لا ينبغي أن نقف عند ما ورد في العقد للوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ذلك أن العقد يلزم طرفيه ليس فحسب في حدود ما اتفقا عليه، بل وأيضا في حدود أخرى إذ قد لا يتم الاتفاق عليها بصورة مباشرة و صريحة، إما سهوا أو عمدا، مادام أنه ليس من اللازم أن يتوليا تفصيل كل الأمور، ولكنهما يلتزمان في

26 علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها -دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، 2008، ص 15.

حدود مضمون العقد الذي يحددانه صراحة أو الذي يتحدد من ظروف العقد باعتباره من مستلزماته²⁷ .

وعليه ونتيجة لمبدأ حسن النية، فإنه يجب أن ينفذ العقد بمستلزماته، وليس بما ورد فيه من عبارات فحسب، وهذا وفقا للقانون والعرف والعدالة، فحسن النية يستلزم تنفيذ العقد بما تتحقق به مصلحة طرفيه، ومستلزمات العقد تزيد من قيمة محل هذا العقد، بل قد تكون ضرورية في تنفيذ العقد مثلما هو الحال بالنسبة لتسليم وثائق السيارة للمشتري، وهو التزام يقع على البائع، ولو لم يتضمنه عقد البيع، لأنه من مستلزماته، مما يجعلها ملزمة للمتعاقدين كما لو اتجهت إرادتهما لأول مرة إليها، لأنه ليس في وسع المتعاقدين الإلمام بكل المسائل الجوهرية والتفصيلية الخاصة بالعقد²⁸.

وعليه فإن مناط الالزامية في تنفيذ العلاقة العقدية هو الوفاء بالالتزام الذي يتمثل في تنفيذ ما اشتمل عليه العقد وما هو من متطلباته من جهة ، والتقييد بحسن النية من جهة.

27 توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد-، الدار الجامعية، مصر، 1993، ص 229.

28 طيب فايزة، مرجع سابق، ص 43.

المبحث الثاني: العدالة العقدية مبرر للإبقاء الغبن في بيع العقار

إذا كان لابد من تقديس الحرية التعاقدية فإنه كان لابد من الانتقال من ذلك إلى تقديس العدالة التعاقدية وهو ما أدى بالمشرع إلى التخفيف من مبدأ سلطان الإرادة وذلك بالسماح للقضاء بالتدخل لتعديل العقد متى دعت ضرورة العدالة التعاقدية ذلك، ومن بين أهم حالات تدخل القاضي لتعديل العقد لتحقيق العدالة التعاقدية وجود حالة الغبن في العقد.

سنحاول من خلال هذا المبحث بيان ماهية الغبن بتعريفه وبيان أساسه القانوني وذلك في المطلب الأول تحت مسمى مفهوم الغبن فيما نخصص المطلب الثاني لدراسة شروط الطعن في عقد بيع العقار بسبب الغبن.

المطلب الأول: مفهوم الغبن:

يذهب الفقه الغالب إلى ضرورة التخلص من مبدأ سلطان الإرادة، فيجب أن يسعى العقد إلى تحقيق العدالة، ويرى أن العدالة، في عقود المعاوضة تقضي بأن يكون لكل طرف مقابل أو معادل مقارب لما يؤديه، ولأجل ذلك جعل من الغبن سبب للطعن في العقد وذلك في حالة انتفاء التوازن بين الأداءات. وعلى ذلك سنخصص هذا المطلب لتحديد مفهوم الغبن من حيث تعريفه وبيان الأساس الذي يقوم عليه.

الفرع الأول: تعريف الغبن

سنتطرق إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي للغبن فيما يلي:

أولاً: تعريف الغبن في اللغة:

ورد تعريف الغبن في معاجم اللغة أكثر من معنى فيقال غبن: الغين والباء والنون كلمة تدل على ضعف واهتضام، فيقال غبن الرجل في بيعه، فهو يغبن غبنا، وذلك إذا اهتضم فيه، وغبن في رأيه، وذلك إذا ضعف رأيه²⁹.

ثانياً: تعريف الغبن اصطلاحاً:

اختلف تعريف الفقهاء للغبن باختلاف نظرتهم إليه، منهم من عرفه من جانبه الشخصي فهو "الضرر الذي يلحق بالمتعاقد المغبون" أو هو "الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين في عقود المعاوضات إذا كانت قيمة ما أخذ أقل من قيمة ما أعطى بموجب العقد لحظة تكوين العقد"³⁰ ومنهم من تعرض له من جانبه الموضوعي فهو عدم التعادل بين الالتزامات المتبادلة في العقود " عرف " عدم التعادل بين الالتزامات التي يوجبها العقد على أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر، وفي هذه الحالة لا ينظر إلا إلى الجانب المادي فقط من حيث اختلال التوازن بين قيمة ما يلتزم به كل من المتعاقدين"³¹ كما عرف " بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه. فقد يكون مغبونا إذا أعطى أكثر مما أخذ، وقد يكون غابنا إذا أخذ أكثر مما أعطى"³²، وعرفه رأي آخر إلى القول بأن ينصرف اصطلاح الغبن إلى مجرد

29 عبد الناصر محمد عبد عابدين، الغبن وأثره على العقد في مجلة الأحكام العدلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر غزة، 2013، ص 8.

30 هائل حزام ميهوب العامري، النظرية العامة للاستغلال - الغبن الناتج عن الاستغلال - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، المكتب الجامعي الحديث، بدون بلد النشر، 2009، ص 52.

31 توفيق فرج، مرجع سابق، ص 127.

32 عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات - نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر، ص 446.

عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه وقت إبرام العقد، محسوبا على أساس قيمة الشيء المادية طبقا للقوانين الاقتصادية، وأهمها قانون العرض والطلب، بغض النظر عن قيمته الشخصية لدى المتعاقد³³.

عرف أيضا أنه " عدم التعادل الاقتصادي بين قيمة ما يحصل عليه المتعاقد وبين ما يعطيه أو يلزم به في مقابل ذلك المتعاقد الآخر وبالتالي الضرر الذي يقع على الشخص من جراء ذلك³⁴.

علما أن المشرع الجزائري لم يعرف الغبن، إلا أنه يظهر من أحكام القانون المدني أنه أخذ بالنظرية المادية للغبن ولأجل ذلك يعتبر من أحسن التعريفات التي أطلقت على الغبن والتي تتوافق مع أحكام هذا القانون فهذا التعريف واضح وشامل ودقيق لحقيقة الغبن " عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه في عقد المعاوضة وقت تمام العقد " بمعنى أن يكون أحد البديلين في عقد المعاوضة غير مكافئ للآخر وقت انعقاد العقد³⁵.

الفرع الثاني: الأساس القانوني للغبن:

اختلف الفقه في مسألة تحديد الطبيعة القانونية للغبن وتضاربت آرائه بين من قال بتعلق الغبن بقيمة الشيء محل الالتزام الذي يقع على المتعاقد المغبون، وهم أصحاب النظرية المادية وبين رأى بأنه يتعلق بقيمة الرضا الصادر عند إبرام العقد وهم أصحاب النظرية الشخصية، وفيما يلي عرض للنظريتين المادية و الشخصية.

أولا: النظرية المادية:

يولي أصحاب هذه النظرية الاهتمام بالقيمة المادية لما أعطاه المتعاقد ولما أخذه، ومتى اختل التعادل بين القيمتين كان هناك

33 محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود ودورهما في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية-دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص 12.

34 دكار فايزة، الغبن في العقود المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 8.

35 عبد الناصر محمد عبد عابدين، مرجع سابق، ص 14.

غبن³⁶، دون تولي هذه النظرية أي اهتمام لرضا المتعاقدين، فأساس الغبن في ظل هذه النظرية يكون في أمران هما قيمة الشيء، ودرجة الاختلال في التعادل.

أ. قيمة الشيء:

حسب هذه النظرية العبرة بقيمة الشيء في حد ذاته، فهي تنظر إلى هذه القيمة نظرة مادية بحتة وتتوقف عندها، دون أن تتجاوزها إلى القيمة الشخصية، أي قيمة الشيء في نظر المتعاقد، علما أن القيمة المادية للشيء في حد ذاته، تتحدد تبعا للقوانين الاقتصادية وظروف العرض والطلب، أما القيمة الشخصية وهي قيمة الشيء في نظر المتعاقد، وليس وفقا لقوانين السوق، فقد يكون الشيء تافها في ذاته، ولكنه يمثل قيمة كبيرة نظر من يرد الحصول عليه، وذلك لاعتبارات شخصية بحتة، ومن ثم يشتره بثمن أكبر من قيمته المادية وهو يعلم ذلك، غير واهم، أو مخدوع أو مضطر، أي أنه لم يكن ضحية غلط أو تدليس، أو إكراه، وينتج تبعا للنظرة المادية لقيمة الشيء، أنه إذا اختل التعادل في العقد بالنظر إلى هذه القيمة، فإن الغبن يتحقق، حتى ولو لم يختل التعادل بالنسبة للقيمة الشخصية للشيء، فالغبن إذن حسب هذه النظرية هو عيب مستقل، قائم بذاته، وهو عيب يقع في العقد لا في الرضاء³⁷.

ب. درجة الاختلال في التعادل:

هذه أيضا ينظر إليها بمعيار مادي، فهي درجة محدودة إذا وصلها التفاوت اعتبر غبنا يعتد به، ويستوجب الجزاء أما إذا لم يبلغ القدر المحدود من الناحية المادية فلا يعتد به، ولا يؤثر في صحة العقد، ولو كان الناحية الشخصية فاحشا، بالنظر للظروف الخاصة للمتعاقد³⁸.

وتمتاز هذه النظرية بميزة التحديد، وفي هذا ضمان لاستقرار المعاملات، ذلك أنه يمكن بمجرد الإطلاع على العقد، معرفة إن كان به غبن أو لا يوجد، وذلك بمجرد عملية حسابية، إلا أنه من ناحية ثانية يعاب عليها عدم مرونتها، بحيث لا تصلح حلا عادلا

36 عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات- نظرية العقد، المرجع السابق، ص 449.

37 عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات- نظرية العقد، المرجع السابق، ص 449-450.

38 دكار فايزة، المرجع السابق، ص 14.

لمسائل اجتماعية، يطبعها ويتغلب عليها العنصر النفسي، وقاعدة واحدة جامدة، تطبق تطبيقا حساسيا على جميع المسائل، على الرغم من اختلافها، تكون قاعدة ظالمة، والأولى هو تطبيق معيار مرن يتسع لحل كل مسألة حلا عادلا، يتفق وظروفها الخاصة³⁹.

ثانيا: النظرية الشخصية:

على خلاف سابقتها النظرية المادية، فإن النظرية الشخصية تنظر إلى الغبن بمعيار مرن، وتقوم على أساسين هما قيمة الشيء في نظر المتعاقد، وتعتمد معيارا مرنا في حساب درجة الغبن.

أ. قيمة الشيء:

على خلاف النظرية المادية ينظر في ظل النظرية الشخصية، لقيمة الشيء في نظر المتعاقد، أي قيمته في اعتبار الشخص الذي يريد الحصول عليه، فقد يكون غاوبا يبذل الكثير من المال في سبيل تحفة لا تصل قيمتها إلى ذلك القدر إلا في نظره هو، وببذل هذا المال طائعا مختارا وهو على بينة من الأمر، فلا يقال أنه غبن، لأن قيمة الشيء في نظره الشخصية معادلة لما دفعه، فالعبرة بالقيمة الشخصية لا بالقيمة المادية⁴⁰.

ومنه لا مجال للطعن في العقد بالغبن في مفهوم النظرية الشخصية، إلا ارتبط الغبن بغيب من عيوب الرضاء، بمعنى أنه يمكن الطعن بالغبن إذا رضى المتعاقد أن يدفع ثمنا أكبر من قيمة الشيء، على أن يكون غير متمتع بكامل حرته، أي لا يقوم بالتعاقد إلا إذا وقع في غلط، أو تدليس، أو إكراه⁴¹، فهذه النظرية لا تقيم الغبن كغيب قائم مستقل بذاته ومتعلق بالعقد، بل تعتبره مظهرا من مظاهر عيوب الرضاء.

39 عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات- نظرية العقد، المرجع السابق، ص 451.

40 عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات- نظرية العقد، المرجع السابق، ص 451.

41 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 23

ب. اعتماد معيار مرن عند تحديد درجة الغبن:

تتخذ النظرية الشخصية عند تحديد درجة الغبن معيارا مرنا، حيث لا تحدد درجة أو رقما معيناً لذلك، بل تترك ذلك لظروف كل حالة، ويكفي أن يصل عدم التعادل بين القيمتين إلى حد باهض⁴².

المطلب الثاني: شروط الطعن في عقد بيع العقار بسبب الغبن:

إن الاختلال في التعادل بين القيمة المادية للشيء وما دفع فيه من مقابل لا يؤثر في العقد إلا إذا بلغ حداً من الجسامة من مثل الخمس، وإلا فلا يعتد به، ذلك أن عدم التعادل بين أداءات الطرفين في عقود المعاوضة أمر مألوف في التعامل، ويعد من المستحيل أن تتكافأ جميع المنافع في تلك العقود، ولو جاز ذلك لكان أي اختلال مهما كان شأنه في العقد يحل بأحد المتعاقدين يجر العقد إلى دائرة الغبن، لتعرضت جميع العقود أو معظمها لهذه النتيجة، وفي ذلك إضرار بالمعاملات المدنية، ومنه كان لا بد من توافر شروط معينة في العقد، حتى يمكن القول أن هناك غبن لحق هذا العقد وفيما يلي تفصيل لهذه الشروط:

الفرع الأول: شروط تتعلق بالغبن عامة:

قد يرد الغبن على بعض العقود الخاصة من مثل عقد القسمة وعقد الشركة وعقد استغلال حق المؤلف ويتطلب الأمر هنا شروطاً عامة تخص كل أنواع العقود التي يمسها الغبن وبالاستناد إلى نصوص القانون المدني الجزائري، يلزم لاعتبار العقد قد لحق به الغبن، أن يكون العقد من عقود المعاوضة، وأن يكون محدد القيمة، وأن يكون من العقود الملزمة للجانبين:

أولاً: أن يكون العقد من عقود المعاوضة:

عرف المشرع الجزائري عقد المعاوضة في نص المادة 58 من القانون المدني "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من

42 عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات- نظرية العقد، المرجع السابق، ص 451.

الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما" إلا أنه أهمل تعريف عقد التبرع.

تنصرف جميع العقود إلى ترتيب أثر قانوني معين، والذي يعتبر غاية العقد، فمتى كان العقد يقوم على المبادلة، أي أن المتعاقد يأخذ عوضا مقابل ما يعطي⁴³، فيحصل كل من العاقدين على مقابل ما يقدمه، فهو عقد معاوضة، أما إذا كان العقد لا يقوم على المبادلة، فلا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه، ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه، فهو عقد تبرع⁴⁴ على أن يكون ذلك بنية التبرع إذ بدون هذا القصد قد نكون بصدد إثراء بلا سبب أو غبن⁴⁵.

لا خلاف بين الفقهاء في كون الغبن لا يوجد إلا في عقود المعاوضة، ولا يتصور وجوده إطلاقا في عقود التبرع⁴⁶، ذلك أن عقود المعاوضة هي وحدها العقود التي يعطي فيها المتعاقد وبأخذ، بحيث يمكن أن يختل التعادل بين الأداءات، أي بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه، وعلى ضوء ذلك يتضح بيان الغبن، وتحدد أوجه جسامته، أما عقود التبرع فيعطي فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ مقابلا لما يعطيه، وبالتالي لا يمكن الكلام إطلاقا عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى، ومنه لا يمكن بالنتيجة الكلام عن الغبن ذلك أن هذا الأخير يعتمد على التفاوت بين الالتزامات المتقابلة للمتعاقدين، وهو التفاوت الذي يغيب في عقود التبرع.

وفي هذا أيضا يتميز الغبن عن الاستغلال فمن الممكن أن يطعن في العقد بسبب الاستغلال سواء أكان من عقود المعاوضة، أم من عقود التبرع، والسبب في ذلك أن الغبن عيب في العقد بينما الاستغلال عيب في الإرادة.

ثانيا: أن يكون العقد محدد القيمة:

43 حميد بن شنيطي، نظرية الإلتزامات-نظرية العقد-، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة حسناوي موراد، الجزائر، 2014، ص 39.

44 عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات-نظرية العقد، المرجع السابق، ص 137.

45 حميد بن شنيطي، نظرية الإلتزامات-نظرية العقد-، المرجع السابق ص 39.

46 محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص 38.

لا يكفي في العقد أن يكون بعوض، حتى يصلح أن يكون محلا للغبن، بل لابد أن يكون محدد القيمة، ومنه لا يمكن تصور الغبن في عقود المعاوضة الاحتمالية⁴⁷.

يكون العقد محدد القيمة إذا كان كل من المتعاقدين يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى، حتى ولو كان القدران غير متعادلين⁴⁸، ومنه يعد بيع شيء معين بثمن معين عقدا محددًا، سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادله، متى كانت قيمة المبيع أمكن تقديرها وقت البيع.

عرف المشرع الجزائري العقد المحدد بموجب نص المادة 57/1 من القانون المدني، إلا أنه أخلط بينه وبين العقد التبادلي، الذي سبق وأن نص عليه في المادة 55 من القانون المدني⁴⁹، ذلك أن العبرة في العقد المحدد هي بعلم كل متعاقد بالمقدار الذي يعطيه، والمقدار الذي يأخذه وقت التعاقد، ولا يشترط كما يظهر من خلال نص المادة 57/1 من القانون المدني⁵⁰ أن يكون المقدار الذي يعطيه معادلا للمقدار الذي يأخذه، ذلك أن العبرة هي بالعدالة التبادلية، وليس بالتعادل المادي للالتزامات، بل يكفي أن يكون مقدار الالتزامات متعادلا⁵¹.

ويكون العقد الاحتمالي إذا كان كل من المتعاقدين لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى، ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل، تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول أي غير معروف وقت حصوله⁵²، بمعنى أنه ذلك العقد الذي لا تتحدد فيه التزامات الطرفين بموجب العقد أو مقدارها وقت التعاقد، وإنما تتوقف على عوامل مستقبلية غير محققة الوقوع، علما الاحتمال أو الغرر الذي يتمثل في حظ

47 محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 12.

48 عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات- نظرية العقد، المرجع السابق، ص 139.

49 المادة 55 من القانون المدني " يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الإلتزام بعضهما بعضاً".

50 المادة 57/1 من القانون المدني " يكون العقد تبادلياً متى التزم أحد الطرفين بمنح، أو فعل شيء، يعتبر معادلاً لما يمنح، يفعل له".

51 علي فيلالي، الإلتزامات، المرجع السابق، ص 61.

52 عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات- نظرية العقد، المرجع السابق، ص 140.

الربح أو الخسارة هو عنصر من عناصر العقد الاحتمالي الذي يعني حتما ودائما كلا المتعاقدين⁵³.

نص المشرع الجزائري على العقد الاحتمالي وعرفه في المادة 57/2 من القانون المدني⁵⁴ فيما اصطلح عليه بعقد الغرر، علما عقود الغرر نص المشرع في الباب العاشر من الكتاب الثاني من القانون المدني وهي القمار، والرهان، والمرتب مدى الحياة، وعقد التأمين.

وعليه لا يوجد الغبن إلا في عقود المعاوضة المحددة القيمة، أما عقود المعاوضة الاحتمالية، من مثل عقد البيع في مقابل إيراد مرتب مدى الحياة، أو عقد التأمين، أو القمار، أو الرهان، فإن طبيعتها تقضي بإمكان وقوع غبن فيها على أحد المتعاقدين، لأن محل هذه العقود هو احتمال الكسب أو الخسارة لكل من الطرفين، والتي لا يمكن التنبأ بها، لتعلقها بأمر غير محقق الوقوع، وبالتالي لا يمكن بأي حال للمتعاقدين تحديد مقدار التزاماتهما وقت التعاقد، ولا يمكن القول إذا كانت هذه الالتزامات المتقابلة متعادلة أم لا، وبالنتيجة لا يمكن الوصول إلى تحديد مقدار الغبن، وهذا ما يبرر عدم جواز أن يطعن في صحتها على أساس الغبن.

إذا اتفق المتعاقدين في عقد على أنه احتمالي، وهو في الحقيقة غير ذلك، فإذا نازع أحدهما الآخر أمام القضاء، لنقض العقد بسبب الغبن على أساس الصفة الاحتمالية، فعلى القاضي بحث حقيقة العقد وتكييفه بالوصف الصحيح ويكون للقاضي سلطة في ذلك، ومنه متى تبين له أن العقد ليس له من الاحتمال إلا المظهر، وأن التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مع التزامات المتعاقد الآخر، فلا مجال للتردد في أعمال أحكام الغبن وآثاره⁵⁵.

كما لا تفوتنا الإشارة إلى أنه هناك جانب من الفقه من يرى بجواز الطعن في العقود الاحتمالية، بسبب الغبن متى كان فاحشا، مبررين طرحهم هذا بكون هذه العقود يسعى كل طرف

53 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 62.

54 المادة 57/2 من القانون المدني " إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح، أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر".

55 عبد الناصر محمد، عبد عابدين، مرجع سابق، ص 32. محمود علي الرشدان، مرجع سابق، ص 40.

فيها إلى تحقيق فائدة من وراء تعاقدته، وكل ما هنالك أن التبادل بدلا من أن يتم بين أديان محددة ومعروفة فإنها تقع بين احتمالات الربح والخسارة⁵⁶، حيث ينظر إلى احتمال الكسب والخسارة الذي كان قائما وقت انعقاد العقد فإذا كان هناك اختلاف في التعادل بين احتمال الكسب واحتمال الخسارة في هذا الوقت فإن الغبن يتحقق.

وقد أخذت بعض التشريعات بجواز الطعن في العقود الاحتمالية، من مثل قانون الموجبات اللبناني في نص المادة 214 حيث أجازت الطعن في العقود الاحتمالية بسبب الغبن، إلا أن تطبيق هذا المبدأ يفترض أن يكون بإمكان المحكمة تقدير بصورة ما قيمة الموجبات المتبادلة مقارنة بقيمتها الحقيقية وأن يكون هنالك فارق غير مألوف بينها، ومثال ذلك أن يقوم شيخ مسن تسوء صحته تدريجيا ببيع ملك له لقاء نفقة شهرية لا تتعدى مصروف إعاشته وتطبيبه، ففي مثل هذا الوضع، يمكن أن تجد المحكمة تفاوتاً كبيراً بين ثمن المبيع وما يجنيه المسن من النفقة، فتبطل العقد للغبن الحاصل إذا تحققت شروطه الأخرى⁵⁷.

علما أن المشرع الجزائري يجيز تطبيق نظرية الاستغلال في العقود المحددة والعقود الاحتمالية طبقاً لنص المادة 90 من القانون المدني في حين لا يجيز الأخذ بالغبن في العقود الاحتمالية.

ثالثاً: أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين:

يشترط أيضاً للطعن في العقد بطريق الغبن، أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين⁵⁸.

تكون العقود ملزمة للجانبين أو ما تعرف بالعقود التبادلية متى رتبت على عاتق المتعاقدين التزامات متقابلة ومرتبطة بعضها ببعض، بحيث يكون كل متعاقد-وفي نفس الوقت- دائماً

56 عبد الناصر محمد، عبد عابدين، مرجع سابق، ص 33.

57 مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 431.

58 محمد علي الرشدان، المرجع السابق، ص 42.

ومدينا نحو المتعاقد الآخر⁵⁹، وقد عرف المشرع الجزائري هذا النوع من العقود بموجب نص المادة 55 من القانون المدني⁶⁰.

أما العقود الملزمة لجانب واحد هي العقود التي ترتب التزامات على أحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر، بحيث يكون أحدهما دائنا والآخر مدينا⁶¹، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 56 من القانون المدني⁶².

سبق تبيان أن الغبن يتمثل في اختلال الأداءات المتقابلة بين طرفي العقد، ومنه لا يمكن تصويره إلا في العقد الملزم للجانبين، أما إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد، فلا يمكن أن نتصور أن يرد اختلال بين الأداءات، حيث أن مثل هذا العقد لا يرتب الإلتزامات إلا في ذمة طرف واحد من طرفيها دون الآخر وبالتالي لا يتصور قيام الغبن في مثل هذا النوع من العقود⁶³.

رابعاً: شرط معاصرة الغبن تكوين العقد:

يقدر الغبن وقت وقت التعاقد⁶⁴، أي أنه حتى يؤثر الغبن على العقد يجب أن يقوم وقت التعاقد، بمعنى أن ينظر إلى التعادل بين قيمة ما يعطيه العاقد وقيمة ما يأخذه وقت تمام العقد، فمتى كانت القيمتان متعادلتين في وقت تمام العقد فلا وجود للغبن، وبالنتيجة كذلك إذا كانت القيمتان متعادلتين وقت تمام العقد ثم تغيرت واختل التعادل بعد ذلك فلا يعتد بأيّ تغيير يطرأ عليها بعد ذلك⁶⁵.

الفرع الثاني: شروط تتعلق بالغبن الوارد على عقد بيع العقار:

أولاً: أن يكون العقد بيعاً:

59 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 57.
60 نص المادة 55 من القانون المدني " يكون العقد ملزماً للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الإلتزام بعضهما بعضاً".

61 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 59.
62 المادة 56 من القانون المدني " يكون العقد ملزماً لشخص أو لعدة أشخاص إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص، أو عدة أشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الآخرين".

63 محمد علي الرشدان، المرجع السابق، ص 44.
64 عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات- نظرية العقد، المرجع السابق، ص 446.

65 دكار فايزة، المرجع السابق، ص 8. هائل حزام مهيب العامري، مرجع سابق، ص 48.

يشترط أن يكون العقد بيعا ويعتبر عقد البيع من أقدم وأهم العقود المسماة، ولكثرة تداوله في الحياة اليومية، أولاه المشرع الجزائري أهمية بالغة، وذلك بتفصيل أحكامه، ولعل من أهم الأحكام التي أحاطت عقد البيع هي جواز الطعن فيه عن طريق الغبن.

نص المشرع الجزائري على أحكام عقد البيع في الفصل الأول من الباب السابع المتضمن العقود المتعلقة بالملكية من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود، أي من المادة 351 إلى 412 من القانون المدني.

عرفت المادة 351 من القانون المدني عقد البيع بنصها أن " البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"، ويتضح من هذا التعريف أن المشرع ركز على الخاصية النقدية للثمن- الثمن النقدي-، إذ لم يكتفي بالنص أن يكون المقابل ثمنا، تفاديا منه للخلط بين عقد البيع وعقد المقايضة⁶⁶.

عرف الأستاذ السنهوري البيع بأنه "عقد ملزم للجانبين، إذ هو يلزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر ويلزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمنا نقديا"⁶⁷.

جدير بالبيان أنه ليس كل عقد بيع قابل للطعن فيه بالغبن بل يتعين أن تتوافر جملة من الشروط تضمنتها أحكام المواد من 358 إلى 360 من القانون المدني.

يتضح من خلال تعريف عقد البيع أنه يشتمل على مواصفات العقد الذي يجوز الطعن فيه بواسطة الغبن على اعتبار أنه عقد رضائي، وهو عقد معاوضة، ملزم للجانبين، كما أنه ينشئ التزاما على عاتق البائع بنقل الملكية أو الحق المالي بصفة عامة، وأن يتم ذلك مقابل التزام المشتري بأداء ثمن نقدي

66 سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 21.

67 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 21.

ولابد أن يكون التعبير عن الإرادة في شكل رسمي طبقا لنص 324 من القانون المدني " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه."، وبذلك إذا تم التعاقد في الرضائي دون أن يفرغ في شكل رسمي وكان المحل عقار أو حق عيني عقاري، يعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا، طبقا لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني " 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 إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد.

كما يجب، تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي، وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد".

ومتى كان العقد المنصب على العقار أو الحق العيني العقاري غير رسمي ، يصير العقد باطلا، ولا يترتب عنه أي أثر، وهو في حكم العدم، ومنه لا ينقل الملكية العقارية، فمن باب أولى لا يجوز الطعن في هذا العقد بالغبن، وللمتعاقدين أن يطعنا فيه بالبطلان ويشير هذا البطلان القاضي من تلقاء نفسه لتعلق الأمر بالنظام العام.

غير أنه يمكن الطعن في عقد المبيع المبرم وفقا للأشكال القانونية المقررة له بسبب الغبن ولو دفع أحد الأطراف بصورة العقد وهذا ما جاء به قضاء المحكمة العليا "لا يعد عقد المبيع المحرر أمام موثق عقدا صوريا، لمجرد حصول بيع بالغبن"⁶⁸.

68 قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ: 09/05/2013 تحت رقم الملف: 0771640 ، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2013، ص 307. قرار مرفق بالملحقات: الملحق رقم: 02.

وبذلك يخرج عن دائرة الطعن في العقد بسبب الغبن إذا كان العقد إيجارا أو عارية، ولو كان العقد ناقلا للملكية بأن كان عقد هبة وذلك لانعدام العوض.

ثانيا: أن يكون المبيع عقارا:

يشترط أن يكون المبيع عقارا كما عرفته المادة 683 من القانون المدني العقار " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول."

و يلحق الغبن عقد بيع العقار سواء كان عقارا ماديا ويستوي أن يكون عقار بطبيعته و هو " الشيء الثابت المستقر بحيزه، بحيث لا يمكن نقله من مكان لآخر إلا إذا هدم أو اقتلع، وتعتبر الأرض خير مثل للعقار كونها ثابتة ملتصقة بحيزها، وإذا جاز نقل أجزاء منها فإنما يكون بتفتيت سطحها وانتزاع الأتربة والصخور، ونفس الشيء بالنسبة للمباني فهي عقار ثابت مستقر بحيزه، ولا يمكن نقله من مكان لآخر دون هدمه، أو هدم أجزاء منه" ⁶⁹ أو عقار بالتخصيص وهو "منقول بطبيعته، رصده مالكة لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته هو أيضا مملوك له" ⁷⁰.

كما يلحق الغبن الحق العيني على عقار وقد عرفت المادة 684 من القانون المدني الحق العيني الواقع على العقار بأنه " يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار"، وتنقسم الحقوق العينية إلى قسمين، الحقوق العينية الأصلية الواقعة على العقار حيث تعتبر حقوقا عقارية، وأول الحقوق العينية العقارية الأصلية حق الملكية، علما أن هذا الأخير حق معنوي، إلا أنه يكون حقا عقاريا إذا وقع على عقار، وتكون الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية وهي حق

69 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1967. ص 14.

70 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 29.

الارتفاق-الذي لا يقع إلا على العقارات-، و حق الانتفاع وحق الاستعمال- يقع على المنقول والعقار- حقوقا عقارية متى وقعت على عقار، و الحقوق العينية التبعية الواقعة على العقار تعتبر حقوقا عقارية إذا وقعت على عقار، ومن هذه الحقوق أيضا ما يقع إلا على العقار فيكون حتما حقا عقاريا، ويتعلق الأمر بحق الرهن الرسمي، وحق التخصيص، ومنها ما يقع على المنقول والعقار-حق الرهن الحيازي، وحق الامتياز- فإذا وقع على عقار كان حقا عقاريا⁷¹.

يستخلص من نص المادة 358 من القانون المدني أن المشرع قد جعل الغبن استثناء في بيع العقار، ويشمل هذا بيع العقار وكل حق عيني يقع على عقار⁷²، وهذا ما يستدعي البحث عن القصد الذي يريده المشرع والفلسفة التي كانت وراء هذا الوضع؟ ردا على هذا يرى البعض أن التبرير في هذه المسألة تاريخي حيث ذهب نابوليون إلى أن الدولة ينبغي أن تهتم على وجه الخصوص بالبيع العقارية لأن هذه البيوع تقع على أرض الوطن، وكان واضعوا القانون الفرنسي الذي استلهم منه المشرع الجزائري جل أحكامه يرون أن الأرض هي الأساس الأول لكل نظام اجتماعي فحماية المصالح الخاصة التي تمس هذا النظام إنما هي في صورة ما حماية للمصالح العامة⁷³، كما يرجع إلى سبب أن تقدير القيمة في حالة العقارات تمتاز بسهولة إذ توجد عناصر تساعد على إتمام هذا التقدير والتي عن طريقها تتم معرفة ما يساويه عقار من العقارات في وقت ما وفي ظروف معينة أو مكان معين، كما أن قيمة العقار ليست سريعة التغيير كما هو الحال بالنسبة للمنقول.

71 طيب فايزة، مرجع سابق، ص 204.

72 توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 2006، ص 162.

73 عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 88.

وبمفهوم المخالفة لنص المادة 358 من القانون المدني فقد استبعدت المنقولات، من دائرة الطعن بالغبن، ومنه فيبيع المنقولات من مثل المحلات التجارية والأسهم والسندات، بأي ثمن، مهما قل، لا يعيبه الغبن، و لا يؤثر في سلامة البيع نظرا لسرعة تقلب أسعار المنقولات بين الصعود والهبوط وسهولة نقلها من مكان تكون قيمتها فيه ضئيلة إلى مكان آخر تعد قيمتها فيه كبيرة فعد الاستقرار هذا هو الذي جعل المشرع لا يسري عليها أحكام الغبن⁷⁴.

و إذا كان المبيع عقارا و منقولا، قد يباع صفقة واحدة بثمن واحد ، و لم يكن بالإمكان تجزئتهما و فصل العقار عن المنقول ، جاز الطّعن فيه بالغبن ، على أن لا يدخل في حساب الغبن إلاّ قيمة العقار وحده. أمّا إذا كانت الصفقة قابلة للتّجزئة ، جزئت و قسّم الثّمّن على العقار و المنقول، و يجوز الطّعن بالغبن في العقار دون المنقول.⁷⁵

غير أن الأوضاع الحالية اختلفت عما كانت عليه في العصر الروماني، ثم أن المنقولات أصبحت جديرة بالحماية خاصة تلك التي ترتفع قيمتها من مثل السفن، والمحلات التجارية الضخمة والعلامات التجارية المشهورة التي تفوق قيمتها بكثير قيمة العقارات من جهة، والتي تدر عائداتها ربعا و فيرا للاقتصاد الوطني من جهة أخرى وهو الأمر الذي يستدعي بنصوص خاصة تقرر الحماية لهذه المنقولات، وفي هذه الحالة يعمل حكم النص الخاص⁷⁶.

74 دكار فايزة، مرجع سابق، ص 64.
75 عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الرابع ، العقود التي تقع على الملكية ، البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 393.
سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009، ص 117.

76 طيب فايزة، مرجع سابق، ص 205.

ومع ذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري وفق عندما وضع حدا للغبن في العقود التي لها أهمية خاصة، ولم يجعله في جميع العقود، لأن ذلك يؤدي إلى استقرار المعاملات والتي من شأنها تعزيز مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وتحقيق الأمن التعاقدية.

ثالثا: أن يبلغ الغبن حدا معيناً:

إن طبيعة المعاملات المدنية تقتضي بأنه من النادر أن يكون ما يأخذه أحد المتعاقدين مساوياً تماماً لما يعطيه، وعلى هذا يصعب الاحتراز من الغبن في عقود المعاوضة، وهو الأمر الذي دفع فهاء الشريعة الإسلامية يقسمون الغبن إلى يسير يجوز التسامح فيه لكثرة وقوعه، وفاحش لا يتسامح فيه⁷⁷.

وهذا ما أخذت به أغلبية التشريعات حيث اشترطت لتحقيق الغبن أن يكون جسيماً ولم يترك تقدير الغبن للقضاء وإنما حددته معظم القوانين بنسب معينة بغية تحقيق استقرار في المعاملات⁷⁸.

أما المعيار الذي يتحدد به الغبن فهو معيار موضوعي، إذ أن عدم التعادل الذي يتحقق به الغبن يتم بالنظر إلى قيمة الأشياء المادية أي قيمتها في حد ذاتها، بغض النظر عن قيمتها في نظر الراغبين فيها⁷⁹.

و يستوي عدم التعادل أن يتعلق بأداءات نقدية أو أداءات غير نقدية ، إذ في كلا الحالتين تختل قواعد العدالة التعاقدية اختلالاً فاحشاً يقتضي تدخل القاضي من أجل إقامة التوازن في الأداءات المتبادلة للمتعاقدين.

77 عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات- نظرية العقد، المرجع السابق، ص 447.

78 دكار فايزة، المرجع السابق، ص 9.

79 عزيز كاظم جبور الخفاشي، الغبن عيب في الرضا أم في ذات العقد، مقال منشور بمجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العدد الأول، 2009، ص 35.

لذلك يرى الفقهاء أن الغبن ليس عيباً في الإرادة بل هو عيب في العقد وسبب خاص لإبطاله لأنه يتحقق بمجرد التفاوت المادي المقدّر له حتى ولو كانت إرادة المغبون سليمة.

و الغبن لا يكون عيباً في العقد إلا إذا زادت قيمة العقار المبيع وقت البيع على ثمنه بأكثر من خمس القيمة ، فإذا بيع العقار بثمن يقدر بأربعة أخماس قيمته وقت البيع أو بثمن أكثر من ذلك، فلا محل للطعن في البيع بدعوى الغبن.

وقد نصّ الشرع الجزائري في المادة 358 من القانون المدني على أنه يتحقق الغبن إذا كانت قيمة العقار المباع وقت البيع تزيد عن ثمنه بأكثر من خمس القيمة، بحيث يكون الثمن المعين للمبيع أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية له.

لحساب مقدار الغبن تحسب قيمة العقار وقت البيع و ليس وقت رفع دعوى تكملة الثمن أو يوم الحكم فيها، على أن يحسب الثمن الأصلي للعقار دون غيره من المصروفات المتعلقة برسوم التسجيل وأتعاب التوثيق، ذلك أنها لا تعود على البائع بأي فائدة فما دامت لا تدخل في ذمته المالية فهي لا تدخل في حساب الثمن الذي قبضه كقيمة للعقار المبيع.

وعلى هذا النحو إذا بيع العقار بخمسين ألف دينار وكان الفرق ما بين ثمن البيع و قيمة العقار المبيع وقت البيع يفوق الخمس (يفوق عشرين ألف دينار من الثمن الحقيقي وهو مئة ألف دينار) فيكون الغبن قد تحقق، حتى ولو انخفضت قيمة الشيء بعد ذلك فأصبحت مساوية للثمن الذي بيع به أو أقل منه وللبائع إذن الحق في رفع دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس (أي ثمانين ألف دينار) ويجب على المشتري لرفع الغبن عن البيع دفع الفرق ما بين ثمن الشراء وأربعة أخماس الثمن الحقيقي أي 80.000 - 50,000 = 30.000 دج، أما إذا بيع العقار بثمن يعادل

أربعة أخماس قيمته أو بأكثر من ذلك وقت البيع فلا مجال للطعن في البيع بدعوى الغبن⁸⁰.

و تجدر الإشارة هنا أنّ هذا الخمس أو هذا المقدار لم يكن وليد الصدفة لمدّي مشرعنا ، بل قد تبناه و اعتنقه من الفقه الإسلامي، حيث أنّ المذاهب الأربعة قد اختلفت بالنسبة لهذا الحد و المعيار، إلى أن استقر الغبن الفاحش على ما يزيد عن الخمس، و من هنا كان معيار الغبن موضوعيا بخلاف الاستغلال الذي معياره هو ذاتي.⁸¹

رابعاً: أن لا يكون البيع قد تم عن طريق المزاد العلني:

حتى يمكن الطعن في العقد عن طريق الغبن، لا بد أن يكون العقد قد أبرم بالتراضي بين المتعاقدين، أي أنه في حالة البيوع الاختيارية يجوز لمن وقع في غبن أن يطالب بإزالة هذا الغبن، غير أنه لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم عن طريق المزاد العلني⁸² طبقاً لنص المادة 360 من القانون المدني " لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون".

وحرص المشرع على عدم جواز الطعن في البيوع التي تتم عن طرق المزاد العلني يفسر على أنه من ناحية ضمان لعملية البيع بالمزاد ذلك أن جعل البيع بالمزاد العلني بدعوى الغبن، أو العيوب، قد يكون سبباً في إحجام الكثيرين من دخول المزاد، فلا

80 طيب فايزة، مرجع سابق، ص 208.

81 محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه ، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية ، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012، ص 127 .

82 خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2010، ص 70.

تتهياً الأسباب كاملة للوصول بثمنه، إلى أعلى مقدار ممكن، ومنه تنقلب الحماية الرامية إلى تحقيق النفع إلى ضرر.

ومن ناحية ثانية فهذا النوع من البيوع يتم وفق ضمانات إجرائية صارمة قبل وأثناء عملية التعاقد، بل وحتى بعدها من شأنها ضمان بيع العقار بأكثر ثمن ممكن، وتجنب أن يباع بثمن زهيد، ومنه متى لم يتقدم أحد بشراء العقار بأكثر من ثمن معين، أي الثمن الذي بيع به، فهذا في حد ذاته دليل على أن قيمة العقار لا تزيد عن هذا الثمن.

ذلك أن البيع بالمزاد العلني في الحالات التي يوجب فيها القانون البيع بهذا الإجراء من مثل بيع أموال المدين جبراً عنه وفاء لديونه محاط بجملة من الإجراءات والتي جعلها المشرع خاضعة لرقابة القاضي فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها⁸³ منها النشر الإعلان والتي تكفل سلامة البيع من جهة، وتضمن حصول البائع على أعلى ثمن ممكن من جهة ثانية⁸⁴ وبالتالي فلا مبرر للطعن فيه بواسطة الغبن.

ومن الإجراءات الكفيلة بضمان الحصول على أكبر قدر من المزايد وبالتالي على أعلى ثمن ضبط المشرع لمسألة تحديد الثمن الأساسي للبيع⁸⁵ إذ خص المشرع الثمن الأساسي الذي يبدأ به البيع في المزاد العلني، بأحكام خاصة تتمثل في ضرورة تعيين ثمن أساسي للعقار المحجوز تبتدئ منه عملية بيع العقار في المزايدة، تجنباً منه لمبالغة المباشرة في التنفيذ في تقييم العقار المراد بيعه عن طريق المزاد العلني، كما أن عدم تحديده قد يدفع المزايد إلى الإحجام عن التقدم للمزاد، ويكون تحديد الثمن عن طريق خبرة مأمور بها من قبل رئيس المحكمة، على أن تكون مهمة الخبير متمثلة في تحديد قيمة تقريبية لثمن العقار.

وكذلك تمثل الإجراءات التحضيرية لعملية البيع حماية لمحل البيع خاصة منها تلك المتعلقة بتعليق ونشر الإعلان عن المبيع

83 بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، كليك للنشر، الجزائر، 2012، ص 148.

84 عزيز كاظم جبر الخفاشي، الغبن عيب في الرضا أم في ذات العقد، مقال منشور بمجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العدد الأول، بدون سنة طبع- ص 35-36.

85 طيب فايزة، مرجع سابق، ص 206.

بالمزاد العلني، ذلك أنه بعد أن يتم إخبار ذوي الشأن بيوم البيع ومكانه يجب أن يتم الإعلان عن البيع للجمهور في جريدة وطنية أو أكثر حسب أهمية العقار ليزيد من عدد المشاركين في المزايدة ويقع التنافس بغرض الحصول على أعلى سعر للبيع⁸⁶.

كما يعتبر تقرير المشرع لمسألة إعادة البيع لمن يعرض زيادة بالسدس ضمانا للحصول على أعلى سعر للعقار، ففي الحالة التي يباع فيها العقار بثمن أقل من الثمن الأساسي المحدد في قائمة شروط البيع، حيث يجوز لأي شخص تتوفر فيه شروط الشراء وغير ممنوع عليه دخول المزايدات، أن يتقدم بعريضة موقعة منه أمام أمانة ضبط المحكمة، يطلب فيها إعادة البيع بالمزاد العلني على أن يتعهد بزيادة لا تقل عن السدس 1/6 من الثمن الراسي به المزاد، وأن يكون ذلك في أجل ثمانية (08) أيام من تاريخ صدور حكم رسو المزاد، ويودع بأمانة ضبط المحكمة المبلغ كاملا مع المصاريف القضائية والرسوم المستحقة، مقابل وصل، ويتم الإعلان عن البيع الجديد بنفس القواعد والإجراءات التي تم بها البيع الأول، وتجري المزايدة بنفس الإجراءات التي جرت بها المزايدة الأولى طبقا لنص المادة 760 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خامسا: الطعن بالغبن حق مقرر للبائع:

طبقا لنص المادة 358 من القانون المدني فإن المشرع يفرق المتعاقدين من حيث الحماية أي أنه يفرق بين البائع والمشتري، فهو لا يعترف بالغبن إلا إذا وقع على البائع فالطعن في العقد بسبب الغبن مقصور على البائع وخلفه العام.

أما المشتري فلا يتمتع بهذه الحماية رغم أنه مهدد هو الآخر بالوقوع بغبن من البائع إذا دفع ثمن يفوق بكثير قيمة العقار المبيع، فليس من حقه رفع دعوى تكملة الثمن، وقد برر الفقه موقف المشرع في حصر حق الطعن بسبب الغبن على البائع دون المشتري لسبب تاريخي يعتبر أساس تقرير الغبن في

86 طيب فايزة، مرجع سابق، 207.

القانون الروماني، حيث أقر هذا الأخير أحكام الغبن حماية للبائعين من فقراء وصغار الملاك، في مواجهة الأغنياء الذين استغلوا ظروف المعيشة آنذاك، فالبائع كان مجبرا على البيع بسبب الظروف الاقتصادية وحاجته الماسة للنقود لأجل مواجهتها، فيبيع مضطرا، قابلا بسعر أقل بكثير من القيمة الحقيقية للمبيع، وذلك بعكس المشتري، خاصة مشتري العقار، إذ لا يكون مجبرا ولا مضطرا للشراء، بحيث يكون في وضع أفضل من البائع، ولديه من الوقت والحرية ما يكفي للمساومة حول الثمن، ذلك أن الإنسان دائما يضطر للبيع وليس للشراء⁸⁷.

إلا أننا نرى أن الوضع الحالي تغير عما كان عليه وأصبح المشتري جدير بالحماية، خاصة أنه أصبح يشتري العقار بقيمة تساوي أضعاف قيمته الحقيقية.

الفصل الثاني: الحماية القانونية لمحل العقد من الغبن

إذا نشأ العقد صحيحا فإنه يرتب آثاره بإنشاء التزامات على عاتق كل من طرفيه باعتباره شريعة لهما، فلا يمكن التحلل منه بالإرادة المنفردة إلا في الحالات والأوضاع التي ينظمها القانون، وهذا يلزم طرفيه بما يوجبه، كما لو كان ناشئا عن مصدر تشريعي.

87 عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات- نظرية العقد، المرجع السابق، ص 455. أحمد ابراهيم حسن، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 139-140. دكار فايزة، مرجع سابق، ص 65-66.

وترتبيا لما سبق، يتبين أنه يتوجب تنفيذ هذه الالتزامات الملقاة على عاتق كلا الطرفين، وفقا لمضمون العقد، مع مراعاة حسن النية، و ذلك بالتعاون المستمر بين الطرفين. لكن هذا الامتياز الممنوح للحرية الفردية رغم صلابته وقوته، إلا أنه لم يعد يتلاءم و التصور الجديد للقانون، و ذلك لأن الحرية التعاقدية و إن كانت تعد الحافز الفردي من أجل الرقي و التقدم الاقتصادي، إلا أنها لا تحقق العدل تماما و حتما.

ولضمان استقرار العلاقة التعاقدية منح المشرع القاضي سلطة التدخل القاضي لتعديل العقد و ممارسة سلطته حينما يكون هناك تفاوت فادح بين التزامات طرفي العقد، فكيف يمارس القاضي هذه السلطة؟ نحاول الإجابة على هذا السؤال في في مبحثين نخصص الأول منهما لدعوى تكملة الثمن فيما نخصص الثاني لدعوى الفسخ بعد عدم تكملة الثمن.

المبحث الأول: دعوى تكملة الثمن

لقد أوضحنا فيما سبق أنه إذا توافرت شروط الغبن التي أسلفنا ذكرها، كيف أعطى المشرع للمتعاقد المغبون حق طلب أو رفع دعوى تكملة الثمن.

وأنه للحصول على ذلك لابد من اللجوء إلى القضاء من خلال شروط و إجراءات و قواعد حددها القانون وقد خصصنا المطلب الأول لدراسة الشروط الشكلية لدعوى تكملة الثمن فيما خصصنا المطلب الثاني لدراسة شروطها الموضوعية.

المطلب الأول: شروط الدعوى الشكلية

لرفع دعوى تكملة الثمن لابد من توافر شروط شكلية تتمثل أساسا في الصفة، وآجال الدعوى وشهر العريضة الافتتاحية، وهذا ما سنفصله ضمن هذا المطلب في فروع ثلاثة.

الفرع الأول: وجوب توافر صفة البائع في المدعي:

تنص المادة 03/1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته "ذلك أن حق اللجوء إلى القضاء سواء للحصول على الحق أو لحمايته هو حق دستوري مقرر لكل شخص يدعي حقا، غير أنه قد يقصره القانون أحيانا وفقا لشروط معينة على شخص دون الآخر.

إذا توافرت شروط الطعن في عقد بيع العقار بالغبن، فللبائع الحق في رفع دعوى تكملة الثمن على المشتري، علما أن هذه الدعوى ليست دعوى إبطال، فالغبن لا يعد سببا من أسباب إبطال العقد إنما يعد سببا مبررا لاستكمال الثمن⁸⁸، وهذا خلافا للمشرع الفرنسي الذي يمنح طبقا للمادة 1674 من القانون المدني الحق للبائع في رفع إبطال العقد الذي تخلله الغبن.

وقد قصر المشرع هذا الحق على البائع دون المشتري، وقد نص المشرع على ذلك صراحة بموجب نص المادة 358 /1 من القانون المدني " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع

88 رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2000، ص 137.

الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل " فإن صاحب الصفة في رفع دعوى تكملة الثمن هو البائع.

وهذا يتفق ما ما ذهب إليه المشرع الفرنسي الذي ينص في مادته 1683 من القانون المدني على عدم تقرير الحق في رفع الغبن لصالح مشتري العقار⁸⁹.

وهذه الدعوى مقررة للبائع، فترفع من قبل الولي أو الوصي إذا كان مالك العقار المباع لا يزال دون سن الرشد، و ترفع من المالك ذاته بعد بلوغه سن الرشد، فإذا كان العقار قد بيع من قبل القاصر ذاته، فهنا البيع يكون قابلا للإبطال لمصلحته، فلوليّه أو وصيّه حق الخيار بين دعوى الإبطال و دعوى تكملة الثمن، و نفس الخيار يعود له بعد بلوغه سن الرشد.⁹⁰

من المقرر قانونا طبقا لنص المادة 13⁹¹ لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وأن الصفة من النظام العام يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، سواء تعلق الأمر بالصفة في المدعي أو في المدعى عليه، ومنه يتعين على القاضي أثناء نظره الدعوى أن يتأكد من توافر الصفة في كل من المدعي إذ لا بد أن تكون له صفة البائع أو الخلف العام للبائع، والصفة في المدعى عليه بأن تكون له صفة المشتري أو خلفه العام أو الشفيع متى تنقل إليه العقار بالشفعة، وعليه يحل الشفيع محل المشتري في الالتزام بتكملة الثمن، ذلك أنه لا يجوز أن يترتب على الشفعة وحلول الشفيع محل المشتري انتقاصا للبائع من حقوق⁹².

وعليه أن يثير انعدام الصفة في أحد طرفي الدعوى تلقائيا، أي أن تقام الدعوى من ذي صفة على ذي صفة، أي حتى ولو لم

89 دكار فايزة، مرجع سابق، ص 77.

90 أنطوان قيس ، ملحق لا مالي ، القانون المدني لطلاب الصف الثالث ، عقد البيع ، جامعة حلب ، كلية الحقوق ، 1964 ، 1965 ، ص 155.

91 طبقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه.

كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".

92 طيب فايزة، مرجع سابق، ص 240.

يثر انعدامها الخصوم، ويقضي بعدم قبول الدعوى شكلا لانعدام الصفة.

ودعوى الغبن هي دعوى مالية، تنتقل إلى الخلف العام، وليست من الدعاوى التي يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار، وبالنتيجة لا تنتقل إلى الورثة، وبذلك ففي حالة وفاة البائع ينتقل هذا الحق إلى ورثته بوصفهم خلفا عاما له وهذا تطبيقا للقواعد العامة التي تجعل آثار العقد تنصرف إلى الخلف العام بشرط أن تسمح بذلك طبيعة التعامل وانعدام نص قانوني يمنع ذلك حسب ما نصت عليه المادة 108 من القانون القانوني " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة قواعد الميراث".

وإذا توفي البائع فإن خلفه العام له أن يباشر دعوى تكملة الثمن، ولا يشترط أن يباشروا دعوى تكملة الثمن مجتمعين إذ يكفي أن يباشر الدعوى أي شريك في الشيوخ فذلك من شأنه اتخاذه جميع الوسائل التي من شأنها حفظ المال المشاع دون أن يحتاج في ذلك لموافقة باقي الشركاء وذلك من مثل رفع دعوى تكملة الثمن قبل انقضاء أجلها تطبيقا لنص المادة 718 من القانون المدني " لكل شريك في الشيوخ الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة الشركاء" وللمدعي من الخلف العام أن يرجع على باقي الشركاء في الشيوخ بما تكبده من مصاريف.

وقد قضت المحكمة العليا بتاريخ 22/07/2010 بنقض وإبطال⁹³ القرار الصادر عن مجلس قضاء معسكر في 07/02/2006 بناء على الوجه الوحيد المأخوذ من انعدام الأساس القانوني لكون القرار محل النقض انتهى إلى رفض دعوى الورثة الرامية إلى طلب تكملة الثمن وقد برر قضاة الموضوع قضائهم بأن الورثة ليس لهم الحق في رفع هذه

93 قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 22/07/2010 ملف رقم: 584684، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2011، ص 105-108، قرار مرفق بالملحق، ملحق رقم 03.

المدعوى، وإنما يعود هذا الحق للبائع نفسه فقط وهو الأمر المخالف لنص المادة 358 من القانون المدني ويعرض القرار للنقض والإبطال.

وقد برر قضاة القانون قضائهم بكون الورثة يحلون محل المورث في جميع حقوقه، وما كان للسلف من حق ينتقل إلى الخلف العام، معتبرين أن دعوى الغبن ليست من الدعاوى المرتبطة بشخصية الخصم والتي تنقضي بمجرد الوفاة، بل هي من الدعاوى المالية التي لا تنقضي بوفاة الشخص بل تنتقل إلى الخلف العام، خاصة أنه لا يوجد ما يمنع انتقال هذه الدعوى إلى الخلف العام بعد وفاة المورث في نص المادة 358 من القانون المدني.

ويلاحظ أن قضاة المحكمة العليا أصابوا في قضائهم وتبريرهم من باب أن دعوى الغبن هي فعلا دعوى مالية، تنتقل إلى الخلف العام، وليست من الدعاوى التي يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار، وبالنتيجة لا تنتقل إلى الورثة.

وترفع هذه الدعوى أمام المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها موطن المشتري، أو الخلف العام، أو الشفيع، لأنها دعوى ترمي إلى المطالبة بحق شخصي، وهو تكملة الثمن، على الرغم من أنها منصبة على عقار فلا تعتبر دعوى عقارية.

الفرع الثاني: ميعاد رفع الدعوى:

إن رفع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن لا بد أن يتم خلال مدة معينة، وقد حدد المشرع الجزائي هذه المدة في نص المادة 359 من القانون المدني " تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاثة سنوات من يوم انعقاد البيع. وبالنسبة لعديمي الأهلية من يوم انقطاع سبب العجز"، ومنه يجب أن ترفع دعوى تكملة الثمن خلال ثلاث سنوات من يوم إبرام عقد البيع بالنسبة لمن أبرم العقد وهو كامل الأهلية، وقد خص المشرع من أبرم العقد وهو غير كامل الأهلية بميعاد خاص هو بداية احتساب التقادم لمدة ثلاث سنوات من يوم انقطاع سبب العجز.

اعتبر المشرع هذه المدة هي مدة تقادم، لا مدة سقوط، وبالتالي يرد عليها الوقف والانقطاع⁹⁴.

وفي هذا السياق ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر⁹⁵ بتاريخ 12/05/1999 إلى القضاء بنقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة والقاضي بسقوط الدعوى بالتقادم، حيث أسس قضاة الموضوع قرارهم على أن عقد البيع أبرم بتاريخ 22/03/1993 وأن الدعوى الرامية إلى الطعن بالغبن كانت قيدت بتاريخ 16/03/1996 وهي الدعوى الثانية بعد عدم قبول الدعوى الأولى المقيدة بتاريخ 17/10/1995 لعدم شهر العريضة الافتتاحية مما يجعل الدعوى ساقطة بالتقادم لكون عقد البيع أبرم بتاريخ 22/03/1993 معتمدا في حساب التقادم من الدعوى الثانية، وعلى هذا الأساس نقضت المحكمة العليا القرار مبررة قضائها على قضاة الموضوع خرقوا أحكام المادة 359 من القانون المدني بحيث كان عليهم احتساب التقادم من تاريخ رفع الدعوى الأولى بتاريخ 17/10/1995 والتي تعتبر إجراء قضائيا يوقف بدأ سريان التقادم المحدد بثلاث سنوات من تاريخ انعقاد البيع، ويبدأ احتسابها من جديد، ومنه القول يتعين أن الدعوى رفعت ضمن الآجال القانونية، وأن كل إجراء يقوم به صاحب الحق أمام القضاء يمكن أن يرتب آثاره من حيث احتساب مدة التقادم، وبهذا فقد أصاب قضاة القانون في تطبيق القانون.

وإذا انقضت المدة المقررة لرفع دعوى الغبن سواء بالنسبة لناقص أو كامل الأهلية، دون أن يوجه المدعي أي دعوى ضد المشتري أو خلفه ولو كانت خاطئة، فيسقط الحق في رفعها، ويصبح العقد سليما غير قابل للطعن فيه بالغبن سواء في شكل دعوى، أو حتى في شكل دفع بالغبن، أي يصبح في شكل العقد الصحيح من يوم إنعاقده⁹⁶.

94 محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 72.

95 قرار الغرفة المدنية بتاريخ 12/05/1999 ملف رقم 188918 المجلة القضائية، لسنة 2000، عدد 1، ص 85-88 قرار مرفق بالملحقات، ملحق رقم 04.

96 طيب فايزة، مرجع سابق، ص 242.

علما أن المشرع الفرنسي قد حدد مدة رفع دعوى الغبن بسنتين طبقا لنص المادة 1676/1 التي تنص على أن لا تقبل دعوى إبطال عقد البيع بعد مضي سنتين من يوم البيع ويعتبر هذا الميعاد ميعاد اسقاط وليس ميعاد تقادم⁹⁷.

الفرع الثالث: شهر العريضة الافتتاحية لدعوى تكلمة الثمن:

طبقا لنص المادة 85 من المرسوم رقم 76/63 يتم الإشهار أمام المحافظة العقارية ويثبت الإشهار أمام القضاء بوسيلتين وهما إما بموجب شهادة تسلم من قبل المحافظ العقاري الكائن بدائرة اختصاصه العقار المتنازع عليه. أو بالتأشير في أسفل العريضة الافتتاحية على قيام الإشهار.

إذ يؤدي شهر الدعوى العقارية ووظيفة إعلام الغير بأن العقار موضوع نزاع القضاء، وبالتالي إدخاله في مفهوم الحق المتنازع عليه قضاء وما يترتب عليه من آثار أي إمكانية المدعي في حال صدور الحكم لصالحه من الاحتجاج به في مواجهة كل من قبل التعامل في العقار محل النزاع⁹⁸.

ويهدف شهر العريضة الافتتاحية أساسا إلى الحفاظ على حقوق المدعي في حالة صدور حكم لصالحه⁹⁹، إذ لا يمكن للمدعي أن يحتج بالحكم الصادر لفائدته ضد الغير الذي كسب حقا عينيا على العقار موضوع النزاع تم شهره قبل شهر الدعوى وهذا طبقا لنص المادة 86 من المرسوم 76/63 " إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر . إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض قد تم إشهاره مسبقا أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض، بحكم القانون . تطبيقا للقانون."

97 دكار فايضة، مرجع سابق، ص 79.

98 طيب فايضة، مرجع سابق، ص 246.

99 عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص 262.

وعلى هذا الأساس فإننا المشرع لا يوجب شهر العريضة الافتتاحية لدعوى تكملة الثمن.

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية:

ترمي دعوى تكملة الثمن إلى رفع الغبن عن العقد وقد أحاطها المشرع الجزائري بجملة من الضمانات لضمان تحقيق الهدف من وراء تقرير الغبن في عقد بيع العقار.

الفرع الأول: موضوع الدعوى

و موضوع هذه الدّعى هو المطالبة بحق شخصي، إذ لا يكون للبائع في دعوى تكملة الثمن، إلا طلب التكملة إلى الحد الذي يرفع عن المبيع ما لحقه من غبن، وهو ما يكمل أربعة أخماس ثمن المثل، دون أن يطلب تكملة الثمن إلى ثمن المثل، ذلك أن رفع الغبن يتحقق عند بلوغ الثمن أربعة أخماس ثمن المثل¹⁰⁰ ويقع على المدعي أي صاحب العقار المبيع أن يثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد على الثمن بأكثر من (1/5) خمس القيمة¹⁰¹.

100 توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، 165.

101 سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 95.

فمن يدعي حقا عليه أن يثبت، ذلك أن مجرد الإدعاء من قبل المدعي بالوقوع في الغبن لا يكفي، بل لابد من إثباته، وذلك وفقا لقاعدة الإثبات المنصوص عليها في المادة 323 من القانون المدني " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " .

ومحل الإثبات في الغبن يتمثل في الواقعة المادية التي نتج عنها الحق، وليس الذي يترتب على وجودها، فمن يدعي وجود حق له في ذمة الآخر، عليه إثبات الواقعة القانونية مصدر هذا الحق، أي أن يثبت أنه تعاقد عن طريق البيع¹⁰².

كذلك المدعي في دعوى تكملة الثمن، يدعي أنه وقع في غبن عند بيعه العقار، فعليه إثبات ما يدعيه، وذلك بإثبات أن قيمة العقار وقت البيع كانت تزيد عن الثمن بأكثر من خمس القيمة، وله أن يطلب في سبيل إثبات ذلك تعيين خبير بغرض تحديد قيمة العقار وقت البيع على أن يكون تقديره خاضعا لرقابة قاضي الموضوع.

وهذا ما ذهبته إليه المحكمة العليا حيث لا يلزم المدعي إلا بإثبات أنه وقع في غبن يزيد عن الخمس وقت البيع، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 20/06/2001¹⁰³ "المستفاد من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع لما رفضوا دعوى الطاعنين الرامية إلى تكملة ثمن بيع العقار لعدم إثبات الغبن فإنهم يكونون قد وقعوا في خلط بين دعوى الغبن ودعوى الاستغلال، فدعوى الغبن تقوم على أساس مادي لا يكلف فيها البائع بإثبات أنه وقع في غلط أو ضحية غش بل أن يثبت فقط توافر شروط الغبن لأنها ترجع في طبيعتها إلى فكرة التعادل بين المبيع والثمن عكس دعوى الاستغلال القائمة على الأساس الشخصي. وبقضائهم كما فعلوا، فإن قضاة الموضوع يكونون قد شوهوا قرارهم بالخطأ في تطبيق القانون".

102 طيب فايزة، مرجع سابق، ص 243. عبد الناصر محمد عبد عابدين، مرجع سابق ، ص 142.

103 قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 20/06/2001، تحت رقم الملف 249694، منشور بالمجلة القضائية، العدد الأول، 2002، ص 157، قرار مرفق بالملحق رقم: 05.

وتعتبر الخبرة من أهم وسائل الإثبات التي يلجأ إليها القاضي متى تعلق الأمر بالطعن في العقد بسبب الغبن.

و بذلك فللمدعي أن يطلب تعيين خبير لتقدير العقار وقت البيع، فإذا ثبت ذلك حكم القاضي على المشتري بتكملة الثمن، إلى أن يبلغ أربعة أخماس (4/5) قيمة العقار وقت البيع.

ولنا أن نتصور دعوى تكملة الثمن بقيام المدعي برفع دعوى، مدعيا فيها أنه وقع في غبن، ملتصقا فيها بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، وفي سبيل إثبات ذلك يطلب تعيين خبير من أجل تحديد القيمة الحقيقية للعقار وقت البيع، ويكون حكم القاضي قبل الفصل الفصل في الموضوع والقضاء بوجود الغبن من عدمه، ومادام الأمر يتعلق بمسألة تقنية حسابية، لا بد أن يعهد بها إلى خبير مختص في العقارات، على أن لا يتخلى القاضي عن النزاع بتعيين الخبير، بل تبقى له عليه سلطة الرقابة، كذلك لا بد من الإشارة إلى أنه وبعد استئناف السير في الدعوى بعد إنجاز الخبرة فإن القاضي غير ملزم بما توصل إليه الخبير، بل له أن يستبعد الخبرة ويقضي بتعيين خبير آخر للقيام بنفس المهام، كما له أن يبني ويؤسس حكمه على ما نتائج الخبرة¹⁰⁴.

إذا ثبت أن العقار بيع بغبن يزيد عن الخمس، حكمت المحكمة بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس القيمة الحقيقية للعقار وقت البيع، إذ لا يحكم بتكملة الثمن إلى القيمة الحقيقية للعقار وقت البيع، بل يكفي لرفع الغبن تكملة هذا الثمن إلى أربعة أخماس هذه القيمة حيث يرفع معها فحش الغبن، حتى وإن بقي بعض الغبن قائما لم يرفع¹⁰⁵.

الفرع الثاني: ضمانات وحقوق البائع في دعوى تكملة الثمن

أولا : التنفيذ الجبري على أموال المدين وتمكين المدعي من حق امتياز البائع:

104 طيب فايزة، مرجع سابق، ص 243.

105 سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، المرجع السابق، ص 122-123.

يعتبر المشتري مدينا للبائع بالجزء الباقي من الثمن، فكل أمواله ضامنة لديونه طبقا لنص المادتين 160 و 188 من القانون المدني.

لابد من البيان أن الحكم الصادر في الموضوع والقاضي بتكملة الثمن وحتى يتمكن المحكوم له من تنفيذه في مواجهة المشتري ومن في مقامه، لابد أن يعتبر سندا تنفيذا، وعليه لا يجوز التنفيذ الجبري إلا إذا كان الدائن أو من يرغب في التنفيذ حائزا على أحد السندات التنفيذية المحصورة في نص المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹⁰⁶ والتي يهمنها في هذا المقام أحكام المحاكم التي استنفذت طرق الطعن العادية وقرارات المجالس القضائية والمحكمة العليا المتضمنة إلزاما بالتنفيذ، وكذا محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من قبل القضاة والمودعة بأمانة الضبط وذلك في الحالة التي ينقضي فيها النزاع بالصلح.

حيث لصاحب العقار أن ينفذ بهذا الحكم على جميع أموال المشتري، و يدخل في ذلك العقار المبيع ذاته، لأن حق صاحب العقار حق شخصي، وأموال المشتري كلها ضامنة للوفاء طبقا لنص المادة 188 من القانون المدني على أنه " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه و في حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا

106 تنص المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي.

والسندات التنفيذية هي:

1- أحكام المحاكم التي استنفذت طرق الطعن العادية والأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل.

6- قرارات المجالس القضائية وقرارات المحكمة العليا المتضمنة إلزاما بالتنفيذ.

8- محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من قبل القضاة والمودعة بأمانة الضبط".

الضمان."، بل أيضا تكملة الثمن تكون مكفولة بحق امتياز البائع على العقار المبيع.

فهذه من أهم الضمانات التي يتمتع بها البائع للحصول على الثمن و ملحقاته، إذ خوله حق امتياز على المبيع و الذي بموجبه يخوله استيفاء حقه من قيمته بالأولوية على غيره من الدائنين¹⁰⁷.

و الحكمة من ذلك أن البائع هو صاحب الفضل في دخول المبيع إلى ذمة المشتري، و لذلك يكون من العدل منحه الأولوية في استيفاء حقه من قيمة المبيع، و للبائع هذا الامتياز سواء كان المبيع منقولاً أم عقاراً، فإن البائع لما له من حق امتياز فإنه يتقدم به على سائر دائني المشتري و يستوفي حقه قبلهم من ثمن هذا العقار ، أما إذا تصرف فيه المشتري معاوضة أو تبرعاً ، فللبائع أن يتبعه في يد الغير بحق امتيازِهِ إذا كان قد قيده قبل شهر التصرف الصادر من المشتري¹⁰⁸.

حيث يعتبر المبلغ المحكوم به جزء من لثمن يلتزم المشتري بدفعه للبائع فالحكم على المشتري بتكملة الثمن ينشئ التزاماً في ذمته عليه تنفيذه، فإذا قام بدفع المبلغ المحكوم به للبائع يكون بذلك قد نفذ التزامه ، و يترتب على ذلك

107 شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية - الفرنسي و المصري ، دار هومة، 2009، ص 18.

108 سي يوسف زاهية حورية ، مرجع سابق ، ص 278.

زوال الغبن عن العقد كما سبق البيان، وإذا كان المبلغ المحكوم به جزء من الثمن، فمن الطبيعي أن تطبق عليه كافة القواعد الخاصة بهذا الالتزام ومن جملتها الضمانات المخولة للبائع لاستيفاء حقه¹⁰⁹ وهذا تطبيقاً لنص المادة 999 من القانون المدني ذلك أن ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع وذلك لكون المبلغ المحكوم به هو جزء من الثمن فيكون للبائع عليه حق امتياز بنص القانون.

ثانياً: حق البائع في حبس المبيع:

تنص المادة 200 من القانون المدني "لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام المدائن لم يعرض الوفاء بالالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالالتزام المدين. أو مادام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بإلزامه هذا.

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء ومحرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع".

فطبقاً لهذا المبدأ إذا لم يدفع المشتري الثمن المحكوم به للبائع جاز لهذا الأخير حبس المبيع لحين استيفاء حقه، إذا ثبت له هذا الحق ويتحقق ذلك متى كان الثمن مستحق الدفع ولم يكن البائع قد سلم المبيع للمشتري، أو إذا كان الثمن مؤجلاً إلى وقت متأخر عن وقت تسليم المبيع، فحان وقت تسليم المبيع قبل حلول أجل دفع الثمن، فيثبت للبائع حق حبس المبيع، فإذا ثبت للبائع حق حبس المبيع، امتنع عن تسليم المبيع للمشتري حتى يستوفى حقه في الثمن كاملاً كذلك يكون له أن يحبس ثمرات المبيع¹¹⁰.

وقد منح المشرع للبائع هذه الضمانات لاستيفاء حقه في الثمن فإذا لم ينفذ المشتري التزاماته بتكملة المبلغ المحكوم به جاز لهذا الأخير اللجوء لهذه الضمانات لاعتبار المبلغ الواجب

109 دكار فايزة، المرجع السابق، ص 80.

110 دكار فايزة، مرجع سابق، ص 81.

الدفع هو جزء من الثمن، وأخيرا فإذا لم يتحصل البائع على حقه منح له المشرع الحق في طلب فسخ العقد كجزاء للمشتري الذي يخل بالتزاماته.

المبحث الثاني: دعوى فسخ العقد نتيجة لعدم تكملة الثمن

الفسخ أنواع قضائي، قانوني، واتفاقي، وأن الذي يطبق فيما يتعلق بعدم تكملة الثمن هو الفسخ القضائي والذي يدخل في مجال دراستنا حيث تنص المادة 119 من القانون المدني " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك. ويجوز للقاضي أن يمنح للمدني أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات".

وفيما يلي سنفصل في المطلب الأول شروط دعوى الفسخ، بينما نخصص المطلب الثاني آثار دعوى الفسخ.

المطلب الأول: شروط دعوى الفسخ:

تتطلب دعوى الفسخ إلى جانب الشروط الشكلية شروط موضوعية سنفصلها فيما يلي.

الفرع الأول: الشروط الشكلية

تتمثل الشروط الشكلية في وجوب الإعدار، وشهر عريضة الدعوى واحترام أجل رفع الدعوى.

أولاً: وجوب إعدار المدين:

أ. مفهوم الإعدار:

عرف الدكتور السنهوري الإعدار على أنه " إعدار المدين هو وضعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه"¹¹¹.

نصت المادة 180 من القانون المدني " يكون إعدار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

فالأصل في إعدار المدين أن يكون بإنذاره، على أن الإنذار هو عبارة عن ورقة ورسمية من أوراق المحضرين القضائيين، يبين فيها الدائن بوضوح أنه يطلب تنفيذ الإلتزام، وتسلم إلى المدين، على أن يثبت التسليم بتوقيع من تسلمها، أو ذكر سبب امتناعه عن التوقيع¹¹²، ليكون ذلك دليلاً على حصول الإنذار.

وليس الإنذار هو الطريق الوحيد لإعدار المدين حيث نصت المادة 180 من القانون المدني على أن يكون الإعدار أيضاً بما يقوم مقام الإنذار، أي برفع دعوى قضائية، أو محضر الحجز، أو أية ورقة رسمية تعلن للمدين، ويتضح من خلالها بجلاء أن الدائن يطلب التنفيذ¹¹³.

111 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الإلتزام، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون سنة طبع، ص 830.

112 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الإلتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 832.

113 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، ص 2010، ص 54.

كما نصت المادة 180 على جواز الإعذار عن طريق البريد، غير أن الغريب في نص هذه المادة أنه يقضي أن " يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون " في حين أنه ولدى استقراء نصوص القانون المدني لا نجد منها ما يتعرض لشكل الإعذار عن طريق البريد¹¹⁴ ومنه قد يكون على شكل برقية، أو رسالة مع إشعار بالاستلام على أن تقدير صحة الإعذار خاضعا لرقابة القاضي.

علما أن المشرع المصري قد أحال على قانون المرافعات وهو المختص ببيان أوجه الإنذار¹¹⁵.

كذلك لا بد من الإشارة إلا أنه أجازت المادة 180 من القانون المدني الاتفاق على أن يعتبر المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر وهذه الحالة لا يمكن تصورها في الفسخ نتيجة عدم تكملة الثمن، لأننا نكون بصدد المطالبة بتنفيذ حكم وليس عقد، ومنه عدم تصور اتفاق الطرفين.

ب. أهمية الإعذار:

تكمن أهمية الإعذار من الناحية القانونية والعملية معا من حيث أنه :

- يدل دلالة قاطعة على إخلال المدين بالتزاماته، وعدم وفائه بها بعد أن يوجه له الإعذار من طرف الدائن¹¹⁶.

- يجعل القاضي أسرع استجابة لطلب الفسخ حيث يظهر تعنت المدين وإخلاله في تنفيذ إلتزامه العقدي¹¹⁷.

114 علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 105.

115 علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع نفسه، ص 105.

116 بلمعيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص 174.

117 خليل أحمد حسن قدارة، مرجع سابق، ص 169.

- يحث القاضي على الحكم بالتعويض على المدين لمصلحة الدائن، زيادة على الحكم بالفسخ¹¹⁸.

ت. آثار الإعدار:

يترتب على الإعدار النتائج التالية:

- يترتب على الإعدار أيضا مطالبة الدائن بفسخ العقد الملزم للجانبين بسبب عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه طبقا لنص المادة 119 من القانون المدني¹¹⁹.
- يصبح المدين مسؤولا عن التعويض لتأخره في تنفيذ الالتزام، وذلك من وقت الإعدار¹²⁰، بينما في الفترة التي سبقت الإعدار، فلا يجوز إلزام المدين بتعويض الدائن فيها عن التأخر في التنفيذ، ذلك أنه متى سكت الدائن عن إعدار المدين، يعتبر متسامحا ويستنتج أنه لم يصبه أي ضرر من تأخر المدين في تنفيذ التزامه.
- انتقال تبعة الهلاك من الدائن إلى المدين¹²¹ وهذا تطبيقا لنص المادة 168/1 من القانون المدني¹²².

ث. الحالات التي يستغني فيها عن الإعدار:

وقد ورد النص صراحة على وجوب الإعدار في المادة 119 من القانون المدني "... جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه..." ومنه نستنتج أن الإعدار أمر وجوبي لا غني عنه في دعوى الفسخ.

118 عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، لبنان، 1974، ص 588.

119 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 57.

120 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الإلتزام، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 840.

121 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الإلتزام، مرجع سابق، ص 57.

122 تنص المادة 168/1 من القانون المدني " إذا كان المدين الملزم بالقيام بعمل يقتضي تسليم شيء ولم يسلمه بعد الإعدار فإن الأخطار تكون على حسابه ولو كانت قبل الإعدار على حساب الدائن".

غير أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا الإجراء، أن المدعى التي يرفعها الدائن لفسخ العقد، دون أن يكون قد سبقها إعدار، مرفوضة، فهذا غير صحيح، ولا يجوز قانونا، لأن الدعوى في حد ذاتها تعتبر إعدارا للمدين، بوجوب تنفيذ التزامه¹²³.

إلا أن هناك حالات يستغني فيها عن الإعدار، ويعتبر مجرد حلول أجل الدين إشعارا كافيا للمدين بوجوب تنفيذ التزامه، وإلا كان مسؤولا عن التعويض، وقد نصت على هذه الحالات المادة 180 من القانون المدني¹²⁴ والمادة 181 من القانون المدني¹²⁵ وسنكتفي بتبيان آخر حالة نصت عليها المادة 180 من القانون المدني باعتبارها الوحيدة التي تتعلق بحالة الفسخ نتيجة عدم تكملة الثمن، على اعتبار أن محل الالتزام في دعوى تكملة الثمن هو مبلغ محدد من النقود.

المادة 181 / 4 من القانون المدني " إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه " ذلك أن المدين في هذه الحالة يكون قد أعرب عن نيته بل وبالكتابة في عدم تنفيذ التزامه مسبقا¹²⁶، ومنه فلا جدوى في إعداره ذلك أن الغاية من الإعدار وهي دعوته للتنفيذ تنتفي في هذه الحالة، ومتى انتفت الغاية، انتفت معها بنتيجة الوسيلة .

وبمقتضى المادة 119 يجوز ان يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوفى به قليل الاهمية ومنه نتساءل اذا كان المدين وفى بمعظم الثمن ولم يبقى إلا القليل؟ هنا نميز بين اذا كان ما وفى

123 بلمعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 174.
124 نص المادة 180 من القانون المدني "... ويجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".
125 نص المادة 181 من القانون المدني " لا ضرورة لإعدار المدين في الحالات التالية:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجدي بفعل المدين،
- إذا كان محل الالتزام تعويضا قد ترتب عن عمل مضر،
- إذا كان محل الإلتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق ، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ إلتزامه."

126 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الإلتزام، مرجع سابق، ص 56.

به يرفع الغبن أم لا؟ ونميز بين الغبن والمصاريف القضائية؟ ونقول ان للقاضي حق غض النظر عن جزء من المصاريف لكن ليس له ان يتسامح في مقدار الذي به يرفع الغبن ذلك انه بهذا الحكم يهدم احكام الغبن.

ثانيا: شهر عريضة افتتاح الدعوى:

أ. مضمون عملية الشهر:

لا تقتصر عملية الشهر متى تعلقت بالعقارات على التصرفات القانونية الواقعة عليها، بل تمتد لتشمل أيضا المدعاوى القضائية، متى تعلق موضوعها بفسخ، أو إبطال، أو إلغاء أو نقض حقوق عينية ناتجة عن عقود تم شهرها بالمحافظة العقارية، حيث نصت المادة 85 من المرسوم رقم 76/63 المتعلق بالسجل العقاري على أنه " إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 14/4 من الأمر رقم 75/74 المؤرخ في 08 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر 1975 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وإذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار"¹²⁷.

وعليه نستخلص أن المرسوم رقم 76/63 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم أوجب شهر المدعاوى العينية العقارية على مستوى المحافظة العقارية في نص المادة 85 منه، وأن هذا النص حدد الدعاوى العقارية الواجبة الشهر على سبيل الحصر، وما يهمنا في هذه الدراسة هو شهر عريضة دعوى الفسخ.

لا بد من البيان في هذا المجال أنه قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية انقسم موقف القضاء بشأن وجوب

127 قدوج بشير، النظام القانوني للملكية العقارية من خلال النصوص الصادرة من سنة 1962 إلى 1999، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2004، ص 81.

شهر الدعاوى العقارية المنصبة على فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، إلى اتجاهين الاتجاه الأول ذهب إلى أن شهر الدعاوى العقارية يعد قيда على رفع الدعاوى المتضمنة الطعن في صحة المحررات المشهورة مستنديين في ذلك على أن أحكام المادة 85 من المرسوم رقم 76/63 نصت وجوب الإشهار تحت طائلة عدم القبول¹²⁸، في حين قال الاتجاه الثاني بأن عدم شهر الدعاوى في المحافظة العقارية لا يعد قيда على رفع الدعوى واستند أصحاب هذا الاتجاه على أن المادة 85 من المرسوم 76/63 تتعارض والقواعد العامة المتعلقة بإجراءات رفع الدعوى وشروط قبولها المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية (الملغى) أي التي لا تشترط الإشهار تحت طائلة عدم القبول، من جهة وأن إجراء شهر الدعوى إنما شرع لمصلحة رافعها، إذ تعتبر حماية مقررة لصالحه وصونا لغيره كي يعلم الغير أن العقار في حالة نزاع أمام القضاء، وأن إجراء الشهر ليس مفروضا عليه، وأن هذا الإجراء لا يصح أن يعود بضرر عليه ولا يعود بنفع على المدعى عليه، ومنه ليس للمدعى عليه ولا للمحكمة إثارة عدم قبول الدعوى لعدم إشهار العريضة الافتتاحية¹²⁹.

غير أن صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية فصل في نقاش بين اتجاهين قضائيين اختلفا طويلا حول مدى وجوب شهر عريضة افتتاح الدعوى، حيث نصت المادة 17/2 من هذا القانون على أنه " يجب إشهار عريضة افتتاح الدعوى لدى المحافظة العقارية، إذا تعلق بعقار و/أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبولها شكلا ما لم يثبت إيداعها للإشهار".

ومنه يستنتج أن عريضة افتتاح دعوى الفسخ لعدم تكملة الثمن يتعين إشهارها لدى المحافظة العقارية مادامت منصبة على عقد البيع العقاري، وذلك تحت طائلة عدم قبولها شكلا.

128 عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 234.

129 طيب فايزة، مرجع سابق، ص 251.

وقد أكدت المحكمة العليا هذه المسألة في العديد من قراراتها مؤكدة على الدعاوى الواجبة الشهر هي الدعاوى التي يتعلق موضوعها بالفسخ، أو الإبطال، أو التعديل أو نقض حقوق عينية قائمة على عقود تم شهرها¹³⁰.

كذلك المادة 85 من المرسوم 76/63 والمادة 17/2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فصلتا في موضوع غاية في الأهمية وهو وجوب شهر الدعاوى المنصبة على عقارات و/أو حقوق عينية عقارية مشهورة، ومنه لا يمكن تطبيق نصي المادتين متى كان الحق موضوع الدعوى (العقار و/أو الحق العيني العقاري) غير المشهر، ولأن المحافظة العقارية لا تحتوي سجلاتها إلا العقارات المشهورة فلا يمكن تصور شهر العريضة في سجل لا يوجد به العقار أصلا لأن النظام المتبع هو نظام الشهر العيني وليس الشخصي¹³¹.

يتم الشهر على مستوى المحافظة العقارية، بعد دفع المصاريف والتي يحددها قانون المالية والتي تقدر حاليا في سنة 2019 ب 2000 دج.

ب. آثار شهر دعوى الفسخ: يترتب على شهر دعوى الفسخ:
1. حفظ حقوق المدعي:

130 قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة العقارية، ملف رقم 659801 بتاريخ 14/07/2011 " لا تنشر العريضة المرفوعة أمام القسم العقاري، في حالة عدم تعلق موضوعها ب: (دعاوى الفسخ أو الإبطال، أو التعديل، أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها"، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2012، ص 179-183 ، قرار مرفق بالملحق، ملحق رقم: 06.

131 بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، 2012، ص 51.

يهدف شهر العريضة الافتتاحية للدعوى بالمحافظة العقارية أساساً إلى الحفاظ على حقوق المدعي في حالة صدور حكم لصالحه.

2. عدم إيقاف إجراءات الشهر مكنة التصرف في العقار:

لا يمنع شهر عريضة افتتاح الدعوى من تصرف المدعي عليه في العقار محل النزاع سواء بالبيع أو الهبة أو أي تصرف آخر ناقل للملكية العقارية¹³².

تجب الإشارة أن الأمر التيسر على بعض المحافظين العقاريين، حيث وبمجرد شهر العريضة الافتتاحية بالمحافظة العقارية، يقومون بتجميد جميع التصرفات اللاحقة على الشهر، أي أنهم يمتنعون عن شهر أي تصرف واقع على العقار محل النزاع، مما جعل المديرية العامة لأملاك الدولة تتدخل بموجب المذكرة الصادرة بتاريخ 22/03/1993 تحت رقم: 3875 لتوضح لمديريات الحفظ العقاري أن الدعاوى القضائية التي تشهر بالمحافظة العقارية شرعت من أجل المحافظة على حقوق المدعي في حالة صدور حكم لصالحه ولكنها لا توقف إجراء إشهار أي تصرف لاحق، وأنه على المدعي إذا أراد أن يوقف أي تصرف آخر وارد على العقار، بعد أن يكون قد قام بشهر دعواه، أن يرفع دعوى قضائية أخرى أمام القضاء الاستعجالي للمطالبة بوقف التصرف على العقار المتنازع عليه إلى حين الفصل في دعوى الموضوع المرفوعة أمام القضاء، مع إمكانية شهر الأمر الاستعجالي¹³³.

ومنه فعلى المدعي في دعوى الفسخ متى أراد الحفاظ على العقار محل البيع، أن يقوم برفع دعوى استعجالية من أجل منع التصرف في هذا العقار من قبل المدعي عليه (المشتري) إلى حين الفصل في دعوى الموضوع نهائياً، خاصة وأنه قد ينتج

132 عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، مرجع سابق، ص 238.

133 عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، مرجع سابق، ص 238.

عنها فسخ العقد وبترتب على نقل الملكية للغير عدم إمكانية إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد.

تجب الإشارة إلى أن الأستاذ حمدي باشا عمر يرى بأن إجراء وقف التصرف في العقار محل النزاع هو إجراء غير صائب، لأن حق التصرف في العقار هو دستوري، وأن الحالة الوحيدة التي يمكن أن توقف تنفيذ العقد الرسمي في القانون الجزائي هي حالة الطعن فيه بالتزوير المنصوص عليها في المادة 124 مكرر 6 من القانون المدني، وأجاز بناءً عليها أن يلجأ إلى القضاء الإستعجالي لاستصدار أمر بوقف التصرف في العقار المتنازع من أجله، مع شهره بالمحافظة العقارية، على أن يكون الإيقاف لأجل محدود، ومنه إمكانية تحديد المدة من قبل القاضي، ولو إلى غاية الفصل النهائي في دعوى التزوير¹³⁴.

غير أننا نرى أنه إن كان الرأي الذي يذهب إليه الأستاذ حمدي باشا عمر صائب إلى حد ما، إلا أنه من ناحية أخرى نرى بعدم قصر أمر رفع دعوى منع التصرف على حالة الطعن بالتزوير فقط، بل حتى حالة رفع دعوى الفسخ نتيجة لعدم تكملة المشتري الثمن يجوز للبائع (المدعي في دعوى الفسخ) رفع دعوى منع التصرف، خاصة أن تصرف المشتري في العقار سواء عن طريق البيع أو التبرع يعتبر احتمالاً وارداً ذلك أنه تهرب من تكملة الثمن، وبالتالي فإمكانية تصرفه في العقار يعتبر أمراً غير مستبعد.

3. الشهر لا يحصن العقد:

غير أن الشهر وإن كان يضمن حقوق المدعي اتجاه الغير، إلا أنه لا يحصن العقد من الطعن فيه بالبطلان أو الإبطال أو الغبن.

الفرع الثاني: موضوع دعوى الفسخ

دعوى الفسخ هذه هي دعوى مستقلة عن دعوى تكملة

الثمن وإن كانت ناشئة عنها. إذ يكون لصاحب العقار المبيع إذا

134 عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، مرجع سابق، ص 238-239.

لم يكمل له المشتري الثمن بعد الحكم عليه بوجوب تكملته في الدّعى الأولى، إذا بيع العقار المملوك له بأقل من أربعة أخماس (4/5) قيمته و بعد مطالبته بذلك أمام القضاء و امتناع المشتري عن ذلك، فله أن يطلب فسخ البيع شأنه في ذلك شأن كل بائع لم يستوف الثمن بكامله.

فيظهر من هذا أنّ الفسخ هو جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما التزم به، فهو حق صاحب العقار المبيع في حل الرّابطة العقدية مادام المشتري لم يوفّ بالتزامه المتمثّل في تكملة ثمن المبيع، و هذا كلّه حتّى يتحرّر من الالتزامات التي تحملها بموجب عقد البيع محل الفسخ.¹³⁵ فالفسخ هو حل الرابطة العقدية إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه، فهو جزاء إخلال العاقد بالتزامه ليتحرّر العاقد نهائياً من الالتزامات المفروضة عليه بموجب هذا البيع.¹³⁶

و مادام أنّ الفسخ لا يتقرّر إلا بحكم القضاء، " و قد يكون بقوة القانون إذا تم الاتفاق عليه، و هذا يخرج عن مجال دراستنا " - فلا بد من إعداز المشتري. فهذا الفسخ لا يتقرر بالإرادة

135 : علي فيلاي ، الالتزامات، النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص 249.
136 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 348.

المنفردة ، بل يجب استصدار الحكم بالفسخ من القضاء و هنا يبرز دور القاضي في إعادته التوازن العقدي للعقد و الموازنة بين الطرفين، و لكن هنا يجب على البائع أن يقوم بإعذار المشتري بوجوب الوفاء بالتزامه المقرر في الدعوى الأولى و هو التزام بوجوب تكملة ثمن المبيع. القاضي له سلطة تقديرية في تقرير الفسخ. فله أن يحكم بالفسخ إذا رأى أن الظروف تبرره و أن المشتري مازال مقصرا في الوفاء بالتزامه بتكملة الثمن. و للقاضي أن يحكم بالتعويض فوق الحكم بالفسخ.¹³⁷

على أنه يتعين لقبول دعوى الفسخ وجوب استيفاء جملة من الشروط وهي¹³⁸:

- أن يحوز البائع على سند تنفيذي يقضي بتكملة الثمن.
- أن يمتنع المحكوم عليه بتكملة الثمن عن تنفيذ ما التزم به.
- أن يكون طالب الفسخ قادرا على إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد.

- أن يطالب الدائن بالفسخ.

المطلب الثاني: آثار دعوى الفسخ:

137 : محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، المرجع السابق ، ص 353 ، 354، سي يوسف زاهية حورية ، المرجع السابق ، ص 279.

138 طيب فايزة، مرجع سابق، ص 247-249.

يرتب الفسخ آثار سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير مع وجوب شهر الحكم بالفسخ.

الفرع الأول: بالنسبة للمتعاقدين

من الآثار التي يقرّها الفسخ هي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد ، و هذا يعني أنّ الفسخ يزيل العقد بأثر رجعي ، فبعد تقرير الفسخ يصبح العقد منعدم الوجود كأنّه لم يكن، و

بالتالي يجب إزالة جميع الآثار التي رتبها من يوم انعقاده.¹³⁹ و يقتضي هذا الأمر أن يردّ كل متعاقد ما تلقى من المتعاقد الآخر تنفيذا للعقد المفسوخ. و على ذلك يستلزم أن يرد البائع المدعي الثمن الذي حصل عليه من المشتري المدعى عليه، و يسترد العقار من يد المشتري.

الفرع الثاني: بالنسبة للغير

غير أنّ القانون قد حمى الغير الذي ترتبت له حقوق، إذا كان حسن النية.¹⁴⁰ فإنّ المتصرف إليه إذا كان حسن النية فلن يصيبه ضرر من دعوى الفسخ هذه طبقا للمادة 359 من التقنين المدني الجزائري،¹⁴¹ و هذا ما يعني أنّ البائع لا يستطيع أن

139 : علي فيلالي ، مرجع سابق ، ص 437.

140 محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، المرجع السابق ، ص 357.

141 تنص المادة 359 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم على أنّه : " تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع.

وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز. ولا تلحق هذه المدعوى ضررا بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع ."

يسترد العقار من تحت يد الغير حسن النية و لا يبق له إلا حق الرجوع بالتعويض على المشتري.

إلا أنه تطبيقا لقواعد الشهر العقاري، فمن قام بقيد الحقوق العينية التبعية فإنه يستطيع الاحتجاج بها اتجاه الغير¹⁴²، فالقيد هو إجراء قانوني تابع لعملية الشهر العقاري بحيث يتم فيه قيد التصرفات القانونية لدى المحافظة العقارية.¹⁴³

و هذا كله ما لم يكن البائع قد سجّل عريضة دعوى الفسخ فإنه يستطيع الاحتجاج بها أي الاحتجاج بالفسخ على كل شخص

اكتسب ملكية العقار المبيع أو أي حق و لو كان حسن النية.¹⁴⁴

الفرع الثالث: شهر الحكم القاضي بالفسخ:

الأحكام القضائية التي تكرر البيع الجبري أو الاتفاقية أو واقعة مادية ترتب نقل ملكية عقارية أو تعديلها أو أي حق عيني آخر يجب أن تشهر حتى تكون حجة على الغير¹⁴⁵.

على أن هذه الأحكام المراد إشهارها لتكريس حقوق عينية أثبتتها أو كشفت عنها فإنه في الحالة التي لا تتضمن على كل المعلومات التقنية المتعلقة بالعقار فإنه المحافظ العقاري مخول قانونا برفض إشهارها، وقد صدرت تعليمة عن وزارة المالية سنة 1995 موجهة لإدارة المسح تفيد بأن الأحكام القضائية التي لا تحتوي على المعلومات المتعلقة بالحقوق العقارية التي تكرسها

142 محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، التأمينات العينية ، الرهن الرسمي و حق الاختصاص و الرهن الحيازي و حقوق الامتياز طبقا لأحدث التعديلات و مزيدة بأحكام القضاء ، دار الهدى ، 2010 ، ص 114.

143 دوة آسيا و رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة ، 2008، ص 24 ، 25.

144 سي يوسف زاوية حورية ، مرجع سابق ، ص 97.

145 طيب فايزة، مرجع سابق، ص 254.

تعامل معاملة العقد العرفي الصحيح ، أما التعليلة رقم 16 المؤرخة في 24 ماي 1998 المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي والترقيم العقاري الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية ووزارة المالية فقد أكدت أنه في حالة عدم دقة المعلومات المذكورة في السند المثبت للملكية يتعين اللجوء للتحري، علما أنه في ممثل هذه الحالات يفرض المحافظ العقاري على صاحب السند التنفيذي إفراغه في عقد توثيقي قبل شهره وكان الأمر يتعلق بعقد عرفي اكتسب تاريخا ثابتا قبل جانفي 1971 وفي هذا الأمر ترى الأستاذة ليلي زروقي أنه تقليل من شأن الأحكام القضائية، وأن القاضي مسؤول عنه¹⁴⁶.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة يمكن القول أنه مازال للإرادة المشتركة المقام الأول في تحديد الالتزامات الملقاة على عاتق طرفي العلاقة العقدية وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، ذلك أن التعاقد يتم نتيجة التقاء إرادتين مستقلتين، فمن الإرادة ينبثق

146 عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، مرجع سابق، ص 58.

الالتزام و بها تتحدد معالمه و موضوعه و شروطه و آجاله و طرق تنفيذه و سبل تعديله.

و قد قامت نظرية العقد في مضمونها على أساس مبدأ سلطان الإرادة الذي يشير إلى حرية أطراف العلاقة العقدية في تحديد الحقوق و الالتزامات المترتبة على اتفاهما، و تؤسس هذه النظرية على قدرة كل طرف على تحديد احتياجاته و التزاماته بعيدا عن تدخل المشرع الذي يأتي دوره لسد أي نقص قد يعتري هذا التنظيم التعاقدى.

و بهذا صارت الإرادة الحرة المستقلة مصدرا للالتزامات الناشئة عن العلاقات التعاقدية، ومنه وجب احترام و تقديس حرية التعاقد و القوة الإلزامية الناتجة عنها، و هذا ما يعرف بمبدأ القوة الملزمة للعقد، و هو من المبادئ المستنتجة من مبدأ سلطان الإرادة ، و هو بذلك من الآثار المترتبة عن التعاقد، فمتى نشأ العقد صحيحا بأركانه و شروطه ترتبت عنه التزامات و أصبحت واجبة التقديس والتنفيذ، لا يمكن التنصل منها أو المساس بها سواء بالنسبة لأطرافه أو الغير.

وحتى يلتزم بها القاضي و يحترمها وضع له المشرع الجزائري مجموعة من الضوابط، يتعين عليه السير وفقها، و أن

الخروج عنها يعد مخالفة للقانون، فعلى القاضي إذن أن يجتهد في حدود سلطاته دون خروجه عن أحكام القانون في سبيل تحقيق العدالة العقدية.

و ما دام العقد متوازنا، فإن السلطة في تعديله تعود في المبدأ لمن له السلطة في إنشائه، فعقود القانون الخاص تخضع في الأساس لإرادة الأطراف وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله بالزيادة أو النقصان إلا برضاء الطرف الآخر أو وفقا لما ينص عليه القانون، و لم يسمح لا للتشريع و لا للقضاء بالتدخل في هذه العلاقات التعاقدية و المساس بحرماتها.

و يشير الواقع العملي إلى خروج العديد من العلاقات التعاقدية عن هذا الأساس من خلال اختلاف المركز الاقتصادي أو القانوني لطرفي العلاقة العقدية، على نحو يستطيع فيه أحدهما فرض إرادته التعاقدية على الطرف الآخر، و من ثمة تنشأ حالة من اختلال التوازن العقدي.

و في هذا المنحى، سعى المشرع الجزائري إلى تحقيق العدالة العقدية من خلال إيجاد نوع من التوازن بين أداءات

أطراف العقد، و قد بادر في سبيل ذلك إلى وضع نصوص قانونية يحمي بها المصلحة المشتركة للمتعاقدين.

و بذلك لم يعد مبدأ سلطان الإرادة خير أساس للقوة الملزمة للعقد، ذلك أن العقد لا يكون ملزماً إلا إذا كان مفيداً وعادلاً، و هذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى وضع استثناءات على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، يعيد من خلالها الاعتبار لمبدأ العدالة العقدية.

و بالإضافة إلى ذلك ، فإنه رغم تأكيد الاجتهاد القضائي على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و حرمة المساس به، إلا أن القضاء ذاته أصبح يتدخل في العلاقات التعاقدية بدافع العدل والإنصاف بين أطراف العقد، و ذلك بسبب عدم التوقع و الظروف التي تبرر تعديل العقد ، و هذا كله لأجل حماية إرادة الطرف الضعيف. فتدخل القاضي قد أمثته مبررات و ضرورات، كان الهدف منها رفع الغبن.

و أن هذه الضرورات و المبررات الملحة التي حتمت على القاضي التدخل في تعديل العقد زادت من تفعيل دوره الإيجابي في مجال العقود، ما أصبح في إمكانه رفع الغبن و التعسف بصفة عامة سواء وقت إبرام العقد أو حتى عند تنفيذه، و هذا

يدخل في إطار السلطات و الصلاحيات الممنوحة للقاضي، و التي تهدف إلى تحقيق التوازن العقدي.

و توصلنا إلى أن سلطة القاضي في تعديل العقد لا تكون في جميع الحالات ، بل قصرها المشرع على حالات معينة، و في حدود ضيقة جدا، لا تتوافق مع تحقيق قواعد العدالة و الإنصاف و التوازن العقدي، لذلك نرى ضرورة تدخل المشرع من أجل إعادة النظر في نظرية الغبن خاصة في منح حق الطعن في العقد لكلا المتعاقدين وفقا لما يقضي به مبدأ المساواة العقدية.

كما أن المشرع الجزائري لم يعمم نظرية الغبن و قصرها على بيع العقار دون نوع آخر من العقود، بمعنى أنه قصره على بيع العقار دون المنقول بما في ذلك المنقولات ذات القيمة الكبيرة كالسفن و الطائرات و الأسهم و السندات أو غيرها والواقع يثبت أن هذه المنقولات تحقق اقتصاد الدول المتطورة وليس العقارات.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية:

أ. المراجع العامة:

1. أنطوان قيس ، ملحق لا مالي ، القانون المدني لطلاب الصف الثالث ، عقد البيع ، جامعة حلب ، كلية الحقوق ، 1964 ، 1965 .
2. بلمعيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.
3. بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، كليك للنشر، الجزائر، 2012.
4. بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، 2012.
5. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 2006.
6. توفيق فرج، القسم الثاني، النظرية العامة للالتزام، -نظرية العقد- ، الدار الجامعية، مصر، 1993.
7. حميد بن شنيطي، نظرية الإلتزامات-نظرية العقد-، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة حسناوي موراد، الجزائر، 2014.

8. خليل أحمد حسن قعادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2010.
9. دوة آسيا و رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة ، 2008.
10. رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي المبيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2000.
11. سمير عبد السيد تناغو، عقد المبيع، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009.
12. سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد المبيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، دار هومة، الجزائر، 2012.
13. شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية - الفرنسي و المصري ، دار هومة، 2009.
14. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، المبيع والمقايضة، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
15. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1967.
16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون سنة طبع.
17. عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر.
18. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، لبنان، 1974.

19. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
 20. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2010.
 21. عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2007.
 22. قدوج بشير، النظام القانوني للملكية العقارية من خلال النصوص الصادرة من سنة 1962 إلى 1999، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2004.
 23. لبني مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية والمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.
 24. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع S N E D، الجزائر، بدون سنة نشر.
 25. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، الرهن الرسمي وحق الاختصاص و الرهن الحيازي و حقوق الامتياز طبقا لأحدث التعديلات و مزيدة بأحكام القضاء، دار الهدى، 2010.
 26. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2010.
 27. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
 28. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
 29. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للإلتزام -نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
- ب. المراجع الخاصة:**
1. أحمد ابراهيم حسن، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.

2. محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود ودورهما في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية-دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، مصر، 1995.
3. محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2010.
4. هائل حزام ميهوب العامري، النظرية العامة للاستغلال - الغبن الناتج عن الاستغلال- دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، المكتب الجامعي الحديث، بدون بلد النشر، 2009.

ت. الرسائل والمذكرات: - الرسائل:

1. طيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مستغانم، 2019.
2. عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.
3. محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، أطروحة دكتوراه ، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية ، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012.

- المذكرات:

1. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدية وتطوير العقد، مذكرة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، 2013.
2. خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر، 1987.
3. دكار فايزة، الغبن في العقود المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

4. عبد الناصر محمد عبد عابدين، الغبن وأثره على العقد في مجلة الأحكام العدلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر غزة، 2013.
5. علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها - دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، 2008.
6. مريني حنان، النظام العام الإقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية، مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2004.

ث. المقالات:

1. عزيز كاظم جبور الخفاشي، الغبن عيب في الرضا أم في ذات العقد، مقال منشور بمجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العدد الأول، 2009.

ج. المجلات القضائية:

1. المجلة القضائية للمحكمة العليا 1993 العدد الأول.
2. المجلة القضائية، لسنة 2000.
3. المجلة القضائية، العدد الأول، 2002.
4. مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2011.
5. مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2012.
6. مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2013.

ح. النصوص القانونية:

1. الأمر رقم 75/58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 المعدل والمتمم.
2. المرسوم 76/63 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

1. (P)Malaurie ,(L) Aynès,(P)Stoffel-Munck ,Droit civil, Les obligations, 2^{ème} édition, Defrénois, Paris , 2005.
2. (H) Mazeaud, (L) Mazeaud,(J) Mazeaud, (F)Chabas , Leçons de droit Civil, Tome 2, Premier volume, Obligations, Théorie générale, 9^{ème} édition, Montchrestien, DELTA, 2000.

3. (P) Malinvaud, Droit des obligations, Litec, 7^{ème} édition, Paris, 2001.