

جامعة أمحمد بوقرة -بومرداس-



كلية الحقوق والعلوم السياسية- بودواو-

قسم القانون الخاص

آليات ضمان الحماية المدنية للملكية العقارية الخاصة بين القواعد العامة وقانون الترقية العقارية

مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في القانون

تخصص قانون خاص معمق

إشراف الدكتورة:

- حمداوي نورة

من إعداد الطالبتين:

- علال رانية

- عليوات إكرام

لجنة المناقشة:

الاسم و اللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
جبارة نورة	أستاذة	جامعة أمحمد بوقرة بومرداس	رئيسا
حمداوي نورة	أستاذة محاضرة(ب)	جامعة أمحمد بوقرة بومرداس	مشرفا ومقررا
باقي و داد	أستاذة مساعدة(أ)	جامعة أمحمد بوقرة بومرداس	ممتحنا

السنة الجامعية 2024/2023

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

نشكر الله العلي العظيم ونحمده على توفيقه لنا وما توفيقنا الى من الله تعالى.

يطيب لنا أن نتقدم بجزيل الشكر والتقدير الى الأستاذة المشرفة حمداوي نورة

التي تكرمنا بقبول الإشراف على هذه المذكرة، ولما لمسناه فيها

من راحة صدر وسداد رأي وكرم توجيه ونصح، كان لها

بالغ الأثر في إنجاز هذا العمل البحثي وكذلك لأعضاء لجنة المناقشة

الذين قبلوا مناقشة هذه المذكرة،

ولكل الأساتذة الذين قدموا لنا العون وساهموا بمعلوماتهم القيمة،

نتقدم كذلك بجزيل الشكر لكل أفراد عائلتنا الذين شجعونا وساعدونا وإلى كل من أعاننا

وقدم لنا يد المساعدة من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل.

إهداء

في بادئ الأمر أود أن أهدي هذا العمل إلى والدي الكريمين أحوال الله في عمرهما
وأمداهما بالصحة والعافية لقوله تعالى:

﴿واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً﴾

[24، الإسراء]

إلى اخوتي وأخواتي وكل أفراد عائلتي

إلى كل أصدقائي وزملائي ومعارفي

وخاصة إلى أحر صديقاتي رانية، سارة، زينب

إلى أستاذتي المشرفة محمدي نورة وكل الأساتذة الذين درسوني طيلة مشواري
الدراسي.

إليكم جميعاً أهدي ثمرة جهدي

إهداء

"الحمد لله الذي ما تم جهد ولا سعي إلا بفضلہ"

أهدي هذا العمل إلى:

إلى من ربته وسهرته الليلي "جدتي" أطال الله في عمرها

إلى الذي أحمل اسمه بكل فخر "والدي" أطال الله في عمره

إلى روح خالتي التي لطالما تمنيت أن تفر عينها برؤيتي في يوم كهذا "أمي" رحمها الله

إلى روح "جدي" و "زوج خالتي" محمد رحمهما الله وأسكنهم فسيح جناته

إلى سدي ومن كانوا عوناً لي "إخوتي": ريم، شيما، منال، ليلى، وسيلة.

إلى من يسعدهم نجاحي ويحزنهم فشلي "خالتي" و "أخوالي": أمينة، لامية، إيمان، كنزة.

مصطفى، عمر، فؤاد

إلى براعم العائلة وبهجتها: عبد الرحمان، عبد الكريم، حاذية

إلى أعم وأغلى الأصدقاء صديقتي إكرام

إلى من علمونا حرفاً من ذهب، إلى من صاغوا لنا علمهم حروفاً

إلى جميع أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية - بوجدواو

قائمة المختصرات:

1- باللغة العربية:

ق. م. ج	القانون المدني الجزائري
ق. إ. م. إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق. م. م	القانون المدني المصري
ق. م. ف	القانون المدني الفرنسي
ج. ر	الجريدة الرسمية
د. س. ن	دون سنة النشر
د. ط	دون طبعة
ص	صفحة
ف	فقرة

2 - باللغة الفرنسية:

Art	Article
c. c. f	code civile français
p	page

مقدمة

يعتبر حق الملكية العقارية من أهم الحقوق العينية الأساسية وأوسعها نطاقاً، فقد إعتنت بها معظم التشريعات الوضعية، من حيث التنظيم وكيفية الإستعمال وضبط نطاقها وكذا كيفية حمايتها، لذا حرصت مختلف الأنظمة القانونية على الإعتراف بهذا الحق كونه حق دستوري يغلب عليه الطابع الفردي، إذ أولت لها حماية قصوى في المواثيق الدولية والإعلانات والداستاتير، وهذا ما أكدته المادة 674 من القانون المدني الجزائري¹ والتي تنص على مايلي: **"الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا تستعمل إستعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة"**، كما عرفها المشرع الجزائري بموجب نص المادة 27 من القانون رقم 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري² والتي تنص على أن: **"الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري والحقوق العينية من أجل إستعمال الأملاك حسب طبيعتها وغرضها"**، وتنقسم الملكية العقارية بدورها إلى أملاك عامة وأخرى خاصة، كما تجدر الإشارة أن حماية الملكية العقارية قد تكون حماية قضائية أو جنائية أو مدنية، لكن موضوع بحثنا يتعلق بالحماية المدنية للملكية العقارية الخاصة.

تعد الملكية العقارية الخاصة ضمن أبرز عناصر الثروة في المجتمع، نظراً لوظيفتها الإجتماعية والإقتصادية، ومن أهم المواضيع التي إعتنت بها مختلف التشريعات لكونها ذات مكانة كبيرة في الواقع، وأهمية كبرى في تكوين ثروة هائلة، لذا حظيت بإهتمام من مختلف التشريعات القانونية، وهذا لكثرة النزاعات التي تشوب بين الأفراد والتنافس على إمتلاكها، وما كان من الدول سوى وضع مجموعة من القواعد القانونية لتنظيمها وكيفية حمايتها.

فالملكية العقارية الخاصة تمنح صاحبها سلطة مباشرة في إستعمال حقه وإستغلاله والتصرف فيه، في حدود القوانين والأنظمة المعمول بها، فكان من الواجب على الدول

¹ - أمر 58-75 المؤرخ في 1975/12/26 المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 صادر بتاريخ 1975/09/30 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 2007/05/13 ج ر عدد 31، الصادر الصادرة بتاريخ 2007/05/13.

² - قانون رقم 25-90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري، ج ر عدد 49 الصادر بتاريخ 1990/11/18 المعدل والمتمم بالأمر 26-95 المؤرخ في 1995/09/25، ج ر عدد 55 الصادر بتاريخ 1995/11/27.

توفير حماية لمالكها بمنحه سند يثبت ملكيته، ويضمن تملكه وإستغلاله للملكية شرط أن لا يكون إستعمله منافيا للقواعد العامة.

لقد حاول المشرع الجزائري ضبط نظام الملكية العقارية الخاصة، من خلال وضع آليات ضمان لحمايتها، إذ يعد الضمان أحد أهم الإلتزامات المدنية التي يفرضها القانون على المتعاقدين، وتنقسم آليات ضمان حماية الملكية العقارية الخاصة إلى آليات ضمان عامة يحكمها القانون المدني، وأخرى خاصة مستحدثة نظمها قانون الترقية العقارية.

كرس المشرع الجزائري آليات ضمان تحكمها القواعد العامة ضمن عقد البيع، والذي يعتبر من أكثر العقود إنتشارا في المجتمع، وشيوعا من حيث المعاملة اليومية بين الأفراد، كونه يساهم في توسيع نطاق المعاملات، ولقد عرف المشرع الجزائري عقد البيع في المادة 351 من القانون المدني الجزائري بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية الشيء أو الحق أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي".

فعقد البيع من العقود الملزمة لجانبين، يقع على عاتق البائع إلتزام بنقل وتسليم ملكية المبيع، مقابل إلتزام المشتري بدفع الثمن للبائع، مع تفادي قيام البائع بأي عمل مادي أو قانوني من شأنه أن يعرقل حيازة المشتري للمبيع، بالإضافة إلى إلتزامه بضمان العيوب الخفية.

فالهدف من إبرام عقد البيع يكمن في حماية حق المشتري، وتملكه للمبيع مع حيازته حيازة هادئة والإنتفاع به، كما أن الإلتزام بالضمان يدعم الوضعية القانونية للدائن مع المتعاقد معه، ويضمن له الإنتفاع بالشيء محل العقد على نحو كامل غير منقوص، ونظرا لعدم كفاية أو قصور آليات الضمان العامة في توفير حماية للملكية العقارية الخاصة، نظم المشرع في إطار قانون الترقية العقارية مجموعة من الضمانات الخاصة والمستحدثة.

ما أدى المشرع الجزائري إلى بذل مجهودات كبيرة في توفير حماية فعالة وقانونية للملكية العقارية الخاصة، وذلك منذ صدور المرسوم التشريعي 103/93¹، الذي جاء

¹ - المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 يتعلق بالنشاط العقاري، ج ر عدد 14، الصادر بتاريخ 03 مارس 1993 (ملغى).

لتغطية الفراغ والنقائص التي وقع فيها القانون رقم 07/86¹، نظرا لما إكتنفه هذا القانون من غموض وإبهام، غير أن المرسوم التشريعي رقم 03/93 وإن كان قد وفق في توسيع نطاق الترقية العقارية، وفتح مجال أمام الخواص للمبادرة والعمل في ميدان الترقية العقارية، إلا أنه لم يضع ضمانات كافية تكفل حماية اللازمة للملكية.

فالقانون 07/86 جاء خاليا من آليات ضمان حماية الملكية العقارية الخاصة، على خلاف المرسوم التشريعي 03/93 الذي حاول من خلاله المشرع الجزائري إستحداث آليات ضمان حماية خاصة، بإلزام المرقى العقاري بمختلف الضمانات التي تضمن الإنتفاع بالعقار محل العقد، كالضمان العشري، وضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز و ضمان حسن سير عناصر التجهيز بعيدا عن الضمانات الأخرى، كما نص على ضرورة إبرام عقد البيع على التصاميم وفقا لنموذج رقم 58/94² المؤرخ في 1994/03/07 المتعلق بنموذج عقد البيع على التصاميم.

وهذا مادفع المشرع الجزائري لتدخل مرة أخرى بسن قانون جديد ينظم الترقية العقارية، وهو القانون رقم 04/11³ المؤرخ في 17 فيفري 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، حيث نظم فيه أحكام جديدة تتعلق بتنظيم مهنة الترقية العقارية، وتنظيم مختلف عقود الترقية العقارية تنظيما دقيقا، بما فيهم عقد البيع على التصاميم.

من هذا المنطلق بدأ البحث عن آليات ضمان التي تكفل حماية المشتري من المخاطر التي تعيق إنتفاعه بالملكية العقارية الخاصة، نظرا لعجز القواعد العامة المعروفة في عقد البيع العادي عن توفير حماية لمقتني العقار، ولعدم تطابقها تطابق تام مع عقد البيع على التصاميم الذي يتمتع بخصوصيات مختلفة عن عقد البيع العادي.

¹- قانون رقم 07-86 المؤرخ في 04 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية، ج ر عدد 55، الصادر بتاريخ 05 مارس 1986 (ملغى).

²- المرسوم التنفيذي 58-94 المؤرخ في 1994/03/07 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، ج ر عدد 13.

³- قانون رقم 04-11 المؤرخ في 17 فيفري 2011 الذي حدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر عدد 14 الصادر بتاريخ 06 مارس 2011.

وتكمن أهمية دراسة موضوعنا في آليات ضمان حماية الملكية العقارية الخاصة المفروضة على كل من البائع في إطار القواعد العامة، والمركبي العقاري في إطار قانون الترقية العقارية، نظرا للتعرض الذي قد يلحق بالملكية العقارية الخاصة، ويهدد كل من المشتري في عقد البيع العادي، والبيع على التصاميم، بالإضافة إلى القيمة العلمية التي يتمتع بها موضوعنا.

أما أسباب إختيارنا لموضوع آليات ضمان الحماية المدنية للملكية العقارية الخاصة بين القواعد العامة وقانون الترقية العقارية، يرجع إلى أسباب موضوعية وأخرى ذاتية.

فالموضوعية تتمثل في كثرة المنازعات التي تطرح على القضاء بشأن عقد البيع العادي أو البيع على التصاميم، نظرا للقضايا المدنية التي تتعلق بهاذين العقدين، والتي تتعلق في أغلبها بعدم إلتزام كل من البائع والمركبي العقاري بالتزاماته العقدية إتجاه المشتري، وتهربهم من مختلف الضمانات التي وضعها المشرع على عاتقهم.

أما **الذاتية** فتعود إلى مجال دراستنا وتخصصنا هو قانون خاص معمق.

ويهدف موضوعنا إلى دراسة مختلف الضمانات التي أقرها المشرع الجزائري في كل من القواعد العامة، وقانون الترقية العقارية لحماية الملكية العقارية الخاصة، ومن ثم تقييمها من حيث مدى نجاعتها في توفير حماية كاملة للمشتري، والكشف عن الفراغات والنقائص، مع إيجاد الحلول المناسبة.

إنطلاقا مما سبق نطرح الإشكالية التالية: **هل آليات الضمان التي أقرها المشرع الجزائري في القانون المدني وقانون الترقية العقارية كفيلة لتحقيق الحماية المدنية اللازمة للملكية العقارية الخاصة؟**

وللإجابة عن هذه الإشكالية إتبعنا المنهج التحليلي والمقارن لمعالجة الأحكام والقواعد القانونية المنظمة ل ضمانات التي تقع على عاتق البائع لحماية الملكية العقارية الخاصة، بالإعتماد على القانون المدني، وقانون رقم 04/11 المتعلق بالقواعد التي تحدد نشاط الترقية العقارية.

وللإلمام بموضوع بحثنا إعتدنا على تقسيم ثنائي على النحو الآتي:

الفصل الأول: الضمانات العامة كآلية لحماية الملكية العقارية الخاصة.

الفصل الثاني: الضمانات المستحدثة في قانون الترقية العقارية لحماية الملكية العقارية الخاصة.

الفصل الأول

الضمانات العامة كآلية لحماية الملكية العقارية الخاصة

الفصل الاول

الضمانات العامة كآلية لحماية الملكية العقارية الخاصة

كرس المشرع الجزائري بموجب القانون المدني، بإعتباره الشريعة العامة في المعاملات المدنية، مجموعة من الضمانات العامة التي تطبق على كل العقود المدنية، وهذا في إطار حماية الملكية العقارية الخاصة، وضمان التمتع بمحل الحق والإنتفاع به على وجه تام وهادئ.

تتمثل هذه الضمانات في: ضمان التعرض والإستحقاق، وضمان العيوب الخفية.

فالبائع يلتزم بالإمتناع عن كل فعل من شأنه يعيق إنتفاع المشتري بالمبيع كليا أو جزئيا، ويدفع كل تعرض يأتي من جانب الغير، فإذا نجح في دفع تعرض الغير حكم للغير بالإستحقاق، وكان البائع ملزما بتعويض المشتري عما لحقه من ضرر.

ومن ناحية أخرى، ينبغي أن يكون المبيع محققا للفائدة المقصودة من شرائه، مما يستلزم على البائع أن يضمن للمشتري خلو المبيع من العيوب الخفية، صالحا للغرض الذي إبتغاه المشتري من شرائه¹.

وبناء على ماتقدم، سنتطرق إلى ضمان التعرض والإستحقاق(المبحث الاول)، وضمان العيوب الخفية (المبحث الثاني).

¹- عبد السلام سعيد سعيد، الوجيز في عقد البيع القانون المدني المصري طبقا لحدث التعديلات، القاهرة، مطابع الولاء الحديثة، ص255.

المبحث الأول: ضمان التعرض والإستحقاق

لإعتبار البائع منفذا لالتزاماته القانونية، علاوة على نقل وتسليم العين المبيعة، يجب عليه أن يضمن للمشتري بقاء الملكية والإنتفاع بها، وحياسة المبيع حياسة هادئة¹.

وإستنادا لنص المادة 371 من ق.م جمع المشرع الجزائري بين نوعي التعرض الذي يلتزم البائع بضمانهما، كما أجاز للمتعاقدتين تعديل أحكام ضمان التعرض والإستحقاق².

وستتناول فيما يلي: إلتزام البائع بضمان التعرض الشخصي (المطلب الأول)، ثم إلتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير (المطلب الثاني)، وأخيرا مدى إمكانية الإتيافاق على تعديل أحكام ضمان التعرض و الإستحقاق (المطلب الثالث).

المطلب الأول: إلتزام البائع بضمان التعرض الشخصي

يلتزم البائع بضمان عدم التعرض للمشتري بإمتناعه عن كل فعل يحول دون إنتفاع هذا الأخير بالمبيع بصفة كاملة أو هادئة، وفي هذا الشأن سنتناول مفهوم إلتزام البائع بضمان تعرضه الشخصي (الفرع الأول)، ثم تبين خصائصه (الفرع الثاني)، ثم ذكر شروط ضمان التعرض الشخصي (الفرع الثالث)، وأخيرا أثار المترتبة عن التعرض الشخصي (الفرع الرابع).

الفرع الأول: مفهوم إلتزام البائع بضمان التعرض الشخصي

إنطلاقا من القاعدة القانونية: "من وجب عليه الضمان إمتنع عنه التعرض"، فالبائع وإن كان يضمن للمشتري عدم تعرض الغير له، فهو الضامن الأول عن كل تعرض مادي

¹- طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الجزء الثاني، أثار العقد، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2013، ص 34.

²- كنزة مستوي، التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع وفقا للقانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص معمق، جامعة امجد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم الساسية، 2020/11.12.

وقانوني صادر من الغير¹، وسنعرض فيما يلي تعريف ضمان التعرض الشخصي (أولاً)، ثم صورته (ثانياً).

أولاً: تعريف ضمان التعرض الشخصي

لقد تناولت معظم التشريعات تعريف ضمان تعرض البائع شخصياً، لكننا سنتطرق إلى التعريف الوارد في كل من التقنين المدني الفرنسي، والمصري، والجزائري.

لم تعرف المادة 1626 من القانون المدني الفرنسي²، هذا النوع من الضمان بل إشتملت على تعريف عام وكامل، لكن الواضح من مضمون هذه المادة أن المشرع قصد منها ضمان التعرض بنوعيه، على خلاف المادة 1625 من نفس التقنين³، جاءت شاملة ل ضمان إلزام البائع إتجاه الحائز سواء كان التعرض مادي أو قانوني، بالإضافة إلى إلزامه بضمان العيوب الخفية .

كما نص القانون المدني المصري على هذا النوع من الضمان في المادة 439 منه، المقابلة لنص المادة 371 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على مايلي: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع الحق على المبيع يعارض به المشتري يكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع أو آل إليه هذا الحق من البائع نفسه ".

¹ - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 128.

² - art 1626 c c f « quoique lors la venet il n'ait été faire aucun stipulation sur la garantie le vendeur est oblige de droit a garantir l'acquireur de l'eviction qu'il souffre dans la totalite au partie de l'objet vendu ou de charge pretendre sur cet objet et non declare lors de la vent ».

³ - « la garantie de la vendeur doit à l'acquereur a deux obejts le premier est la possession paissible de la chose vendu le second les dèfaut cachè de cette chose ou les vices redhibitoires ».

ومما سبق قوله، فإن التعرض الشخصي يتمثل في كل عمل مادي أو قانوني يصدر من البائع، ومن شأنه أن يعرقل حيازة المشتري للمبيع بصفة كلية أو جزئية، والإنتفاع به بشكل كامل وهادئ¹.

ثانيا: صور ضمان التعرض الشخصي

يشمل ضمان التعرض الصادر من البائع صورتين: إما أن يكون التعرض ماديا، أو أن يكون قانونيا.

1- التعرض المادي: يقصد به كل فعل مادي يصدر عن البائع ويعكر حيازة المشتري في الإنتفاع بالمبيع بصورة كاملة أو ناقصة، يهدد فيه المشتري بنزع ملكية المبيع منه، كونه عملا لا يستند فيه البائع إلى حق يدعيه، ويأخذ التعرض المادي بدوره صورتين إما أن يكون مباشرا، أو غير مباشر².

يعتبر البائع متعرضا عند قيامه بأعمال مادية محضة يترتب عليها حرمان المشتري من الإنتفاع بالعين المبيعة حرمانا كلياً أو جزئياً، كما لو إستمر البائع في حراثة و إستغلال الأرض التي باعها للمشتري، أو حال دون قيام تابعي المشتري من قطف ثمار البستان التي باعها أو قطع الماء عنها، فمثل هذا التصرف يعد مخلا لإلتزامه بضمان عدم التعرض للمشتري³.

ويدخل ضمن أعمال التعرض المادي التي تقتضي على البائع الإمتناع عن القيام بها، حالة ما إذا قام التاجر ببيع محله التجاري، ثم عمد بعد ذلك إلى فتح متجر جديد من نفس النوع إلى جانبه، يكون البائع هنا قد أخل بإلتزامه بالضمان، ذلك أن المنافسة الصادرة منه منافسة غير مشروعة، غير أن مثل هذا التصرف يعد جائزا من غير البائع،

¹ - دليلة معزوز، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، دراسة مقارنة أطروحة لنيل دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص 14.

² - عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة الكتاب الأول عقد البيع، مكتبة دار الأمل لطباعة، الطبعة الثالثة، الرباط، المغرب، 2011، ص 166.

³ - عدنان سرحان، شرح أحكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية، الجزء الأول، عقد البيع مع مقارنته بالفقه الإسلامي و بعض القوانين المدنية، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، الأردن، 2005، ص 205.

وفي حدود المنافسة المشروعة والمألوفة بين التجار بإعتبار أن الطرف الأجنبي غير ملزماً إتجاه المشتري بعدم التعرض¹.

وقد يكون البائع متعرضاً للمشتري بصفة مادية غير مباشرة، عند قيامه بتصرف قانوني لمشتري آخر، فإن مثل هذا التصرف يعد عملاً مادياً كونه ليس طرفاً فيه، ومثال ذلك تصرف البائع في العقار المبيع مرة أخرى لمشتري ثاني الذي قام بدوره بتسجيل عقده قبل المشتري الأول، فإن مثل هذا التصرف يعتبر تعرض قانوني صادر من الغير، ومن جهة أخرى يعتبر تعرض شخصي صادر من البائع نفسه، وأن المشتري الثاني في تعرضه إستمد حقه من البائع الذي بفعله أنشئ حقاً للغير، على المبيع ويعتبر أيضاً من الأعمال المادية القائمة على تصرفات قانونية، قيام البائع ببيع براءة الإختراع مع إستمراره في إستغلالها بصفة مباشرة، إذ يستوي أن يكون الإستغلال على كل الإختراع أو جزء منه، كما يعد تعرضاً مادياً مبني على سبب قانوني متى قام البائع ببيعها مرة أخرى، أما إذا إستخدمها بنفسه إعتبر تعرضاً مادياً محضاً².

2- التعرض القانوني: يكون التعرض الشخصي قانونياً، عندما يدعي البائع حقاً على المبيع، سواء كان حقاً عينياً أو أصلياً، يؤدي إلى نزع المبيع من يد المشتري بشكل كلي أو جزئي، ولا فرق في ذلك إذا كان البائع يستند إلى حق إستمدته من عقد البيع ذاته، أو القانون وسواء كان سابقاً لعقد البيع، أو لاحقاً له.

فقد يستند البائع إلى حق سابق على عقد البيع، كأن يدعي أن له حق إرتفاق على العقار المبيع لمصلحة عقار آخر يملكه، دون أن يكون هذا الإرتفاق ظاهراً مع عدم علم المشتري بذلك عند البيع³، ويكون الإدعاء لاحقاً لعقد البيع إذا باع الشخص ملك غيره، ثم أصبح مالكاً للمبيع بأي سبب من أسباب كسب الملكية، كما لو باع الإبن مالا ورثه عن أبيه

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية، البيع و المقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 2013، ص 627.

² وليد تركي، ضمان التعرض والإستحقاق في عقدي البيع والإيجار طبقاً لأحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، جامعة باجي المختار، عنابة، 2011، ص 43.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني عقد البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، (د.ط)، عين مليلة، 2012، ص 307.

ثم رفع بعد ذلك دعوى على المشتري يطالبه بإستحقاق المبيع، بإعتباره مالكا له فإن دعواه لا تقبل ولا يجوز للبائع التمسك بهذه الملكية في مواجهة المشتري¹.

الفرع الثاني: خصائص إلتزام البائع بضمان تعرضه الشخصي

يتصف إلتزام البائع بضمان التعرض الشخصي بعدة خصائص تميزه عن غيره من الإلتزامات، بإعتباره إلتزاما سلبيا(أولا)، وكذا إلتزام غير قابل لتجزئة(ثانيا)، بالإضافة إلى أنه إلتزام مؤبد(ثالثا).

أولا: إلتزام سلبي

يمتاز إلتزام البائع بموجب هذا الضمان أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يعكر على المشتري صفو حيازته للمبيع والإنتفاع به كليا أو جزئيا، طالما أن محل إلتزام البائع بضمان تعرضه الشخصي هو الإمتناع عن كل عمل مادي أو قانوني يحول دون إنتفاع المشتري بالمبيع إنتفاعا هادئا، ويستوي في ذلك أن يكون الحق المدعى به من البائع حقا شخصيا أو عينيا، كإدعاء البائع بملكيته للعين المباعة بشكل كلي أو جزئي وأن له حق متفرع عن حق الملكية كحق الإرتفاق والإنتفاع، فأى عمل يترتب عليه حرمان المشتري من التمتع بالحق الذي إكتسبه على المبيع يعد تعرضا من طرف البائع ويستوجب ضمانه².

ثانيا: إلتزام غير قابل لتجزئة

إذا كان جوهر إلتزام البائع بضمان تعرضه الشخصي إلتزاما بالإمتناع عن عمل فإنه من غير المتصور قابليته للإنقسام أو التجزئة، وعليه يكون يكون الإلتزام واجب التنفيذ بصورة كاملة وإن كان المبيع قابلا للإنقسام، فالحيازة إما أن تكون هادئة أو غير هادئة، وأي تعرض للمشتري ولو في جزء من المبيع من شأنه أن يجعل حيازته غير هادئة، وبالتالي لا يمكن القول أن الحيازة الهادئة تحققت للمشتري في حالة قيام البائع

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 307.

² - محمد أحمد هزيم ربحي، ضمان التعرض و الاستحقاق في عقد البيع، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الماجيستر، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2007، ص33.

بتنفيذ الإلتزام في جزء منه دون بقية الأجزاء الأخرى، وأن البائع في إطار الإلتزام بالإمتناع عن عمل إما أن ينفذ إلتزامه كاملاً أو لا ينفذه، فالحيازة لا تتحقق بتعرض البائع للمشتري، كما لو تعلق الإلتزام بذمة أكثر من شخص واحد فإنه يكون غير قابل للإنقسام ويبقى كل واحد منهم ملزماً بعدم التعرض ومديناً بالإلتزام كله، فإذا كان هناك أكثر من بائع للمبيع الواحد لا يجوز لواحد منهم أن يتعرض للمشتري ولو في جزء من المبيع، بل يبقى كل واحد منهم ملزماً بضمان التعرض الشخصي للمبيع كله لا بقدر حصته¹.

مادام أن إلتزام البائع بضمان تعرضه الشخصي لا يقبل التجزئة فإنه إلتزام لا ينتقل إلى الخلف العام والخلف الخاص للبائع²، وإنما يبقى في التركة ولا ينتقل من المورث إلى الوارث، كأن يقوم البائع ببيع عقار إلى شخص ما، بعدها أوصى بنفس العقار إلى شخص آخر غير المشتري، وبإدراك الموصى له بتسجيل الوصية قبل المشتري، في هذه الحالة لا يمكن للمشتري أن يرجع على الموصى له بإعتبار أن هذا الأخير يعد خلفاً خاصاً للبائع، وإنما يرجع على تركة البائع وسيترد قيمة الضمان منها³.

لا ينتقل الإلتزام بالضمان إلى دائنين، كأن يقدم البائع على بيع العقار لمشتري ما، و لم يتم بتسجيل المبيع وسارع دائن البائع بالتنفيذ على العقار وإسترداد دينه من البائع، فلا يجوز للمشتري أن يحتج على الدائن في إسترداده للمبيع⁴.

ثالثاً: إلتزام مؤبد

في الأصل إلتزام البائع بضمان تعرضه الشخصي أنه إلتزام أبدي لا يجوز البائع الإعتراض للمشتري مهما طال الزمن، ولو إنقضت مدة التقادم القانونية بمضي 15 سنة،

¹ - عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص 634.

² - الخلف العام هو كل من يتلقى من السلف ملكية الشيء، أو حق عيني آخر عليه أو حق شخصي كان سلفه دائناً به من قبل، فالمشتري يعد خلفاً للبائع بالنسبة لشيء الذي اشتراه، أما الخلف الخاص فهو كل من يخلف الشخص في حقوقه.

³ - محمد أحمد هزيم ربحي، مرجع سابق، ص 32.

⁴ - سمير عبد السيد تناغو، شرح أحكام عقد البيع على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 263، 264.

فالبائع لايجوز له منازعة المشتري في الحقوق التي إكتسبها بموجب عقد البيع¹.

ولقد إختلف الفقه في هذه المسألة حول مدى إعتبار تملك البائع للمبيع بالتقادم تعرضاً؟ لذا سنتطرق في هذا الشأن إلى موقف كل من القضاء الفرنسي والمصري والجزائري.

ذهب القضاء الفرنسي إلى القول بأن إلتزام البائع بضمان تعرضه الشخصي إلتزام مؤبد، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن: "ضمان البائع للمبيع يعد مانعاً له من إكتساب ملكيته بالتقادم مهما طال مدتة وأن البائع لم يقدّم بتسليم المبيع و يستمر حائزاً له لايجوز له أن يدعي في مواجهة المشتري بتملكه بالتقادم"²، ومنه يبقى البائع ملتزم بالضمان مهما طال مدة وضع اليد على المبيع، ويمتنع عن منازعة المشتري في الحق الذي إستمدّه من عقد البيع وإن إنقضت مدة التقادم القانونية للمبيع .

ولقد إنتقد هذا القرار على أساس أن البائع الذي يحتفظ بحياسة المبيع لا يعد حائزاً لحساب المشتري وبإمكانه حيازة العين المبيعة لنفسه وتملكها³.

ويسير قضاء محكمة النقض المصرية إلى عكس ما قضت به محكمة النقض الفرنسية حيث جاء في قرارها: "متى كان الأساس التشريعي لتملك بالتقادم الطويل هو قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع لتملك لدى وضع اليد كان القول بأن تمسك البائع بإكتساب ملكية العقار يوضع اليد عليه لمدة طويلة بعد بيعه وإنتقال ملكيته إلى المشتري يعتبر من جانبه تعرضاً لايتفق وواجب الضمان عليه قانوناً. كان هذا القول مخالفاً لقانون ولما كان الحكم قد أقام قضاءه على هذا الأساس الخاطئ ولم يتعرض لبحث هل وضع اليد في هذه الحالة إستوفى أو لم يستوف الشروط القانونية التي تجعله سبباً لتملك لما كان ذلك يتعين نقض هذا الحكم"⁴.

¹- محمد حسنين، مرجع سابق، ص 130.

²- رمضان محمد أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني، الدار الجامعية، ص 332.

³- كنزة مستوي، مرجع سابق، ص 17.

⁴- رمضان محمد أبو السعود، مرجع سابق، ص 333.

يتضح من خلال هذا الحكم أن إلزام البائع بضمان التعرض الصادر منه يظل قائماً مهما طال الأمد، ولو بعد مضي 15 سنة من وقت البيع وهي مدة التقادم الطويل، فالمشتري لا يجوز له الرجوع على البائع بضمان التعرض متى إكتسب هذا الأخير ملكية المبيع بالتقادم المكسب¹.

خلافاً للقانون المدني الجزائري فإنه لا وجود لأي نص صريح حول هذه المسألة، لكن بالرجوع إلى القواعد العامة وباستقراءنا نصوص المواد 826.827.828 نجد أن المشرع الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي وجعل التقادم المكسب سبباً من أسباب كسب الملكية لسريان القانون المدني متى توفرت شروط الحيابة القانونية، وتنص المادة 524² ق.إ.م. على أنه: "يجوز رفع دعوى الحيابة فيما عدا دعوى إسترداد الحيابة ممن كان حائزاً بنفسه أو بواسطة غيره لعقار أو حق عيني عقاري وكانت حيازته هادئة وعلنية ومستمرة".

أما فيما يخص مدى إكتساب الحق العيني في العقارات الممسوحة بالتقادم فإن قانون التسجيل العقاري لم ينص عليها³.

الفرع الثالث: شروط إلزام البائع بضمان التعرض الشخصي

لا يعتبر فعل البائع تعرضاً منشأً للإلزامه بالضمان إلا متى توفرت فيه مجموعة من الشروط، لذا وجب عليه أن يقع التعرض فعلاً (أولاً)، أن يؤدي تعرض البائع إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع كلياً أو جزئياً (ثانياً)، وأن يكون التعرض غير مشروع (ثالثاً).

¹- يعتبر التقادم المكسب سبباً من أسباب كسب الملكية، يقترن بالحيابة، يكتسب بموجبه الحائز حقوق عينية لإستمرار حيازته مدة سنة كاملة دون انقطاع.

²- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج.ر العدد 21، الصادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

³- الامر 74-75 المؤرخ في 12/11/1975، المتعلق بمسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

أولاً: أن يقع التعرض فعلاً

لا يكفي مجرد احتمال وقوع الفعل لقيام إلتزام البائع بضمان عدم التعرض، كما لو هدد البائع المشتري بالتعرض له، فإن هذا التهديد غير كافي طالما أن البائع لم يقيم بتنفيذ وعده بالتعرض فعلاً للمشتري بتعكير صفو حيازته للإنتفاع بالمبيع¹.

فإذا أقدم البائع على إبرام عقد بيع عقاره للمرة الثانية وقام مشتري الثاني بتسجيل عقد بيعه قبل المشتري الأول وانتقلت بذلك الملكية إلى المشتري الثاني دون الأول ولم يتخذ المشتري الثاني أي إجراء لنزع ملكية العقار من يد المشتري الأول، فلا يحق لهذا الأخير الإحتجاج على البائع بضمان التعرض الصادر عن فعله الشخصي ببيع العقار مرة أخرى مادام أن المشتري الثاني لم يباشر أي إجراءات ولو قام بتسجيل عقده².

ثانياً: أن يؤدي تعرض البائع إلى حرمان المشتري من الإنتفاع بالمبيع كلياً أو جزئياً

إن التعرض الذي وقع فعلاً من شأنه أن يعيق إنتفاع المشتري بالمبيع بصفة تامة بالضمان أو ناقصة، ويستوي في ذلك أن يكون التعرض الشخصي مبني على سبب مادي أو قانوني، فالأصل في إلتزام البائع هو تمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته، ومنع كل فعل من شأنه أن يحول دون انتفاع المشتري بالمبيع، وكان البائع سبباً في ذلك إعتبر مخلاً لإلتزامه، كأن يستعمل البائع المحل المبيع مستنداً في ذلك إلى عقد إيجار معه قبل تملك المبيع فإن تصرف البائع يعد تعرضاً شخصياً للمشتري في المبيع³.

ثالثاً: أن يكون التعرض غير مشروع

لا يعتبر البائع متعرضاً للمشتري إذا كان يستند إلى الحق الذي إستمدّه من القانون أو بمقتضى العقد، أو أن إستعماله لذلك الحق يعتبر مشروعاً، ولا يلتزم البائع بضمانه، وبالتالي فلا وجود لتعارض بين ضمان البائع لتعرض، ومطالبة المشتري بدفع الثمن

¹ - زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع دراسة مقارنة، دار الامل للطباعة والنشر، تيزي وزو، الجزائر، 2008، ص 180.

² - محمد أحمد هزيم ربحي، مرجع سابق، ص 37.

³ - مرجع نفسه، ص 37.

وكذلك الحال إذا إشتراط البائع في عقد البيع الإحتفاظ لنفسه بحق الإنتفاع بالعقار لمدة معينة، وتم الإتفاق على ذلك فإن مثل هذا الإتفاق لا يعد تعرضاً للمشتري، ولا يوجب البائع ضمانه شرط ألا يتعسف في إستعماله لهذا الحق¹.

الفرع الرابع: الآثار المترتبة عن التعرض الشخصي

إن جزاء إخلال البائع بالتزامه بضمان تعرضه الشخصي للمشتري يخضع للقواعد العامة، بحيث يكون للمشتري الحق في المطالبة في التنفيذ العيني(أولاً)، أو التنفيذ بمقابل(ثانياً)، أو الفسخ(ثالثاً).

أولاً: التنفيذ العيني

ويكون التنفيذ العيني إذا كان تعرض البائع قائم على أعمال مادية محضة بإزالة كل ما وقع منه، فإذا وضع البائع يده على العقار المبيع وطلب طرده منه علاوة على تعويض المشتري عما أحدثه تعرض البائع من ضرر.

ثانياً: التنفيذ بمقابل

إذا كان التعرض قانونياً وقام البائع ببيع العقار مرة أخرى لمشتري ثان وبادر هذا الأخير بتسجيل العقار فلا يحق تقديم المشتري الثاني على المشتري الأول، ويرجع المشتري الثاني في هذه الحالة بالتعويض الصادر منه لأن الغير إستمد حقه من البائع.

ثالثاً: الفسخ

يجوز للمشتري أن يطلب فسخ عقد البيع، والفسخ في هذه الحالة يخضع لسلطة التقديرية للقاضي بالنظر إلى جسامة التعرض².

¹ - دليلة معزوز، مرجع سابق، ص78،79.

² - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 314.

المطلب الثاني: إلتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير

يلتزم البائع إلى جانب إلتزامه بعدم التعرض الشخصي أن يضمن عدم تعرض الغير للمشتري والإلتزام بضمان التعرض الصادر من الغير¹ إلتزام بعمل، بحيث لا يكفي أن يبذل البائع جهده في دفع هذا التعرض، بل ينبغي أن يكون ملزماً بتحقيق نتيجة، كما لا يعد البائع ضامناً لتعرض الصادر من الغير إلا إذا كان التعرض قانونياً².

يستلزم الحديث عن ضمان التعرض الصادر من الغير التطرق الى ما يلي: مفهوم ضمان التعرض الصادر من الغير (الفرع الأول)، ثم ذكر خصائصه (الفرع الثاني)، و كذا شروط تعرض الغير التي يلتزم البائع بضمانها (الفرع الثالث)، و أخيراً الآثار ضمان التعرض الصادر من الغير (الفرع الرابع).

الفرع الأول: مفهوم ضمان التعرض الصادر من الغير

يضمن البائع إتجاه المشتري عدم تعرض الغير له، وذلك بدفع كل تعرض صادر من طرف أجنبي، يستند في إدعائه حق على المبيع، لذا سنقوم بتعريف ضمان التعرض الصادر من الغير.

أولاً: تعريف ضمان التعرض الصادر من الغير

ورد تعريف ضمان التعرض الصادر من الغير، في كل من المادة 1626 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 439 من القانون المدني المصري، المقابلة لنص المادة 371 ق.م.ج، والتي تنص على ما يلي: "....أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد وكل إليه هذا الحق من البائع نفسه". فالبائع لا يلتزم بالإمتناع عن تعرضه الشخصي فقط، بل يكون ملزماً بضمان التعرض الصادر من الغير، فإذا كان مضمون إلتزام البائع بضمانه لتعرضه الشخصي إلتزام بالإمتناع عن عمل، فإن إلتزامه

¹ - الغير هو كل شخص ليس طرفاً في عقد البيع، يدعي حقاً على المبيع الذي وقع في حيازة المشتري .
² - محمد حسن قاسم، العقود المسماة، البيع، التامين الايجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 2013، ص318.

بضمان تعرض الغير هو تحمله للمسؤولية التي تقع على عاتقه أثناء ذلك التعرض، بإعتبار أن محل الإلتزام بهذا الضمان هو دفع تعرض الغير عن المشتري¹.

على خلاف ما هو الحال عليه بالنسبة لتعرض البائع الشخصي، الذي يكون ملزما بضمانه سواء كان مبني على سبب مادي أو قانوني، فإن البائع لا يضمن تعرض الصادر من الغير إلا إذا كان تعرضا قانونيا، سواء أنصب فعل الغير على كل المبيع أو جزء منه².

الفرع الثاني: خصائص إلتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير

يتصف إلتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير، بمجموعة من الخصائص تميزه عن إلتزامه بضمان التعرض الشخصي، فهو إلتزام بتحقيق نتيجة (اولا)، وإلتزام لا يقبل الإنقسام (ثانيا).

أولا: إلتزام بتحقيق نتيجة

إذا كان إلتزام البائع بضمان تعرضه الشخصي إلتزاما بالإمتناع عن كل عمل من شأنه أن يؤدي إلى حرمان المشتري من الإنتفاع بالمبيع كليا أو جزئيا، فإن إلتزامه بضمان تعرض الغير إلتزاما بتحقيق نتيجة، بمنع الغير من التعرض للمشتري مهما كانت الوسائل القانونية التي يحمي بها البائع المشتري.

فإذا تعرض الغير للمشتري، إلتزم البائع برد هذا التعرض، بإعتبار أن إلتزامه بالدفع إلتزاما بتحقيق نتيجة، ومحاولة الجادة في رد تعرض الغير بطريقة مشروعة، وأن إدعاء البائع ببذل جهده في دفع التعرض ولم ينجح غير كاف³.

¹ - وليد تركي، مرجع سابق، ص 96.

² - لحسن بن شيخ اث ملويا، المنتقى في عقد البيع دراسة فقهية، قانونية و قضائية مقارنة بنصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية، دار هومة لنشر، الطبعة الثانية، بوزريعة، الجزائر، 2000، ص 390.

³ - زاهية ربيع، فاعلية الضمان لحماية المشتري في ضوء القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 24/09/2017، ص 43.

ثانيا: التزام لايقبل الانقسام

إن إلتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير غير قابل للإنقسام، ولو كان إلتزاما بتحقيق نتيجة، فالبائع بدفعه لتعرض الغير عن المشتري لا يكون جزئي، فإما أن يجعل الغير يكف عن تعرضه كاملا، ويكون قد نفذ إلتزامه عينيا للمشتري، فإن لم يستطع إعتبر مخلا لإلتزامه بالضمان، وإستحق الغير المبيع جزئيا، فإذا تعدد البائعون للعين المباعة، وإدعى الغير إستحقاقه لجزء من المبيع، كان جميعهم ملزمين برد التعرض عن المبيع كله، ذلك أن إستحقاق جزء من المبيع للغير، يعطي للمشتري الحق في مطالبة البائعين بالضمان¹.

الفرع الثالث: شروط التعرض الصادر من الغير الذي يلتزم البائع بضمانه

لتحقق مسؤولية البائع عن التعرض الصادر من الغير، لابد من توفر شروط معينة، يمكن إستخلاصها من نص المادة 371 ق.م.ج، وهي أن يقع التعرض فعلا(أولا)، وأن يكون التعرض قانونيا(ثانيا)، وأن يكون الحق الذي يدعيه الغير على المبيع ثابتا له وقت البيع أو آل إليه بعد البيع بفعل البائع(ثالثا).

أولا: أن يقع التعرض فعلا

لايضمن البائع تعرض الغير، إلا إذا كان التعرض قد وقع فعلا، بما يخل بحقوق المشتري، فلا يكفي مجرد إحتمال وقوعه مطالبة البائع بالضمان، كما لا يعتبر تعرضا فعليا وجود رهن على العقار المبيع، إذ يكتفى ألا يلجأ الدائن إلى الإستفادة من حقه وطلب التنفيذ على المبيع، ويقوم البائع بشطب الرهن و رد الدين، وبالتالي لا يحق للمشتري في هذه الحالة مطالبة البائع بالضمان.

فالتعرض لا يكون حالا إلا إذا إتخذ المتعرض موقف إيجابي أدى إلى إخلال الحال بالانتفاع بالمبيع².

¹ - محمد أحمد هزيم ربحي، مرجع سابق، ص 50 .

² - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 323،322.

وتختلف الدعوى التي يرفعها الغير باختلاف الحق الذي يدعيه المشتري، فقد تكون دعوى الإستحقاق الكلي، يطالب بموجبها المشتري بكل المبيع، أو دعوى الإستحقاق الجزئي، يطالب فيها بملكية المبيع في جزء منه دون الآخر، أو دعوى رهن يطالب فيها بدين مضمون برهن على المبيع، أو دعوى إرتفاق، أو إيجار، كما قد يكون التعرض في شكل دفع لا دعوى، إذا كان المبيع في يد الغير وطالبه المشتري به بعد البيع، فيدفع الغير دعوى هذا الأخير بالحق الذي إدعاه على المبيع¹.

ثانياً: أن يكون التعرض قانونياً

سبق القول أن البائع يضمن تعرضه الشخصي سواء كان مادي أو قانوني، أما التعرض الصادر من الغير فلا يضمنه البائع إلا إذا كان قانونياً يستند فيه إلى حق يدعيه الغير على المبيع.

لا يضمن البائع للمشتري أي تعرض صادر من الغير متى كان مبني على سبب مادي، كأن ينتزع الغير المبيع من يد المشتري عنوة، أو إغتصابه للعين المبيعة، ومن ثم يقع على المشتري عبئ دفعه بكل الوسائل الحماية المختلفة التي كفلها القانون له، كما لا يضمن البائع التعرض المادي الذي يحصل بعد التسليم، أما إذا كان التعرض المادي صدر من الغير قبل التسليم كان على البائع دفعه بموجب إلتزامه بالتسليم، فإذا لم يتم بدفع هذا التعرض إعتبر مخلاً لإلتزامه بالتسليم².

ويحق للمشتري مواجهة الغير بدعوى إسترداد الحيازة، دعوى منع التعرض، طالما أن الغير لا يستند إلى حق قانوني³.

وقد يكون الحق الذي يدعيه الغير على المبيع حق عيني، أو حق شخصي، كأن يدعي الغير حقاً شخصياً، بأنه صاحب حق الإيجار للعين المبيعة، كما قد يكون حقاً عينياً،

¹- نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، البيع، الجزء الاول، النهضة العربية لطباعة والنشر، الطبعة الاولى، بيروت، لبنان، 1997، ص 356.357.

²- أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، البيع، المقايضة، الهبة، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2002، ص 151.

³- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 320.

بأن يدعي أنه المالك الحقيقي لكل المبيع أو بعضه، وأن له حق إنتفاع أو رهن قضائي، أو حق إرتفاق، إلا أن البائع لا يضمن الإرتفاق الظاهر¹.

ثالثا: أن يكون الحق الذي يدعيه الغير ثابتا وقت البيع أو آل إليه بعد البيع بفعل البائع

حتى يتحقق إلتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير، يجب أن يكون حق الغير ثابتا على المبيع وقت حصول البيع، أو أن يكون قد آل إليه بعد وقوع البيع من البائع نفسه، وهو ما نصت عليه المادة 371ق.م.ج: ".....أو أن يكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق الغير قد ثبت بعد البيع أو آل إليه هذا الحق من البائع نفسه". وتتطلب دراسة هذا الشرط التمييز بين ما إذا كان الحق الذي يدعيه الغير سابقا، أو لاحقا على البيع.

1- إذا كان الحق الذي يدعيه الغير سابقا على عقد البيع

إذا كان الغير يدعي حقا سابقا على المبيع وأثبت إدعائه، إعتبر ذلك تعرضا قانونيا أيا كان سبب الحق ويسأل البائع عنه، سواء كان بفعله أو لادخل له في إنشائه، كما لو وضع الغير يده عليه وإنتهت مدة التقادم المكسب قبل انعقاد البيع²، فالبائع لا يلتزم بالضمان إذا إدعى الغير أنه مستاجرا للعين المبيعة، ولكن صدر الإيجار بعد البيع، فلا يحق للمستاجر أن يحتج بهذا الحق على المشتري³.

2- إذا كان الحق الذي يدعيه الغير لاحقا للبيع

إذا كان المعارض لم يكتسب حقه إلا بعد البيع بفعل البائع نفسه، فاللمشتري الحق في الرجوع على البائع إذا كان هذا الأخير هو من منح هذا الحق للمعارض، فيستوجب عليه الضمان، ومثال ذلك إذا باع العقار مرة ثانية للمشتري ثان، سبق تسجيل عقده قبل المشتري الأول، كان له حق تملك العقار طبقا لمبدأ الأسبقية في التسجيل، ومع ذلك يكون

¹ المادة 2/377 ق.م.ج: "ويفترض في حق الارتفاق ان البائع قد اشترط عدم الضمان، اذا كان هذا الحق ظاهرا و كان البائع قد اعلم به المشتري".

² زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 200.

³ نبيل سعد ابراهيم، مرجع سابق، ص 358.

يكون البائع مسؤولاً عن الضمان إتجاه المشتري الأول بموجب عقد البيع الأول، لا حق المشتري الثاني الذي إستمدّه من البائع نفسه¹.

كذلك في حالة ما إذا إكتسب الغير ملكية العقار بالتقادم، وبعدها إدعى بملكية المبيع في مواجهة المشتري، فالبائع لا يضمن هذا التعرض لأن اكتساب العقار بالتقادم من قبل الغير نشأ بعد البيع، وأن سبب إستكمال هذا التقادم راجع لتهاون وتقصير المشتري، إذ كان ينبغي على هذا الأخير أن يقوم بقطع التقادم، إلا إذ كانت المدة المتبقية غير كافية لقطع التقادم كان للمعترض الحق في الرجوع على البائع في هذه الحالة².

الفرع الرابع: آثار ضمان التعرض الصادر من الغير

متى توفرت شروط التعرض الصادر من الغير، قامت مسؤولية البائع إتجاه المشتري ويصبح مدينا بتنفيذ إلتزامه بوقف تعرض الغير، فإذا نجح في ذلك يكون قد نفذ إلتزامه بضمان التعرض عينيا، أما إذا فشل في تنفيذ إلتزامه عينيا، ونجح الغير فيما يدعيه من حق، إعتبر البائع مخلا لإلتزامه بالضمان، ومن ثم وجب عليه تعويض المشتري عما لحقه من ضرر نتيجة إستحقاق الغير للمبيع، وهو ما يعرف بالتنفيذ بطريق التعويض، يلجأ إليه البائع عند تعذره عن تنفيذ إلتزامه الأصلي³.

لذا سنتناول في هذ الفرع، التنفيذ العيني(أولا)، ثم التنفيذ بطريق التعويض(ضمان الإستحقاق) (ثانيا).

أولا: التنفيذ العيني

إذا كان التعرض الصادر من الغير تعرضا قانونيا، كان البائع مدينا للمشتري بتنفيذ إلتزامه عينيا، بدفع تعرض الغير وجعله يتنازل عن إدعاءه، وللحديث عن تنفيذ البائع لإلتزامه بضمان تعرض الغير تنفيذا عينيا، التطرق إلى حقوق المشتري عند حصول

¹- زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 201.

²- دليلة معزوز، مرجع سابق، ص 103.104

³- وليد تركي، مرجع سابق، ص 124.

التعرض، وإعتراف المشتري بحق الغير وتصالحه معه، وتوقي المشتري إستحقاق المبيع¹.

1-حقوق المشتري عند حصول التعرض

غالبا مايكون التعرض الصادر من الغير في شكل دعوى، يرفعها هذا الأخير ضد المشتري يطالب فيها بحقه على المبيع، أو دعوى يرفعها المشتري على الغير، لذا يجب على المشتري إخطار البائع في كل الحالات، و تختلف حقوق المشتري باختلاف ما إذا أن قد أخطر البائع بالدعوى الغير، أو عدم إخطاره بالدعوى².

أ-حالة إخطار البائع بدعوى الغير

إذا أخطرالمشتري البائع بدعوى الغير، وجب عليه في هذه الحالة التدخل في الدعوى طبقا لنص المادة 372 فقرة 1 ق.م.ج التي جاء في نصها:"إذا رفعت على المشتري دعوى إستحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري وأن يحل محله إذا أعلم بها البائع في الوقت المناسب". وعليه فإن أمر الإخطار يأخذ إحتمالين: تدخل البائع في دعوى الإستحقاق(الفرض الاول)، عدم تدخل البائع في دعوى الإستحقاق رغم إخطار المشتري له (الفرض الثاني).

الفرض الأول: تدخل البائع في دعوى الإستحقاق

إذا رفعت دعوى إستحقاق على المشتري وجب عليه إخطار البائع بها، لينفذ إلتزامه بالضمان تنفيذا عينيا، وجعل الغير يكف عن إدعاءه، وللمشتري في دعوى الإستحقاق أن يطلب إدخال البائع في الخصومة بواسطة عريضة التكليف بالحضور، ويكون تدخله جبريا طبقا لنص المادة 199 ق.م.ج، أو أن يبقى في الدعوى ويراقب البائع في دفاعه .

¹- كنزة مستوي، مرجع سابق، ص49.

²- زاهية ربيع، مرجع سابق، ص 97 .

وفي كل الأحوال سواء بقي المشتري إلى جانب البائع في الدعوى أو خرج منها، وجب عليه أن يدفع تعرض الغير له، فإذا نجح في ذلك يكون قد نفذ إلتزامه عينا.

أما إذا فشل في ذلك وإستحق الغير المبيع كان البائع مخلا لإلتزامه بالضمان، ويصبح ضامنا للإستحقاق ويلتزم بتعويض المشتري¹.

الفرض الثاني: عدم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق رغم إخطار المشتري له

إذا أثبت المشتري إخطاره للبائع في الوقت المناسب، ولم يتدخل في الدعوى، كان للمشتري السير في الدعوى وحده، فإذا نجح في دفع تعرض الغير، ثبت حقه على المبيع، وإنتهى التعرض وإنتهى معه إلتزام البائع بالضمان، فإن لم يتدخل رغم إخطاره إستحق الغير المبيع، ويرجع المشتري على البائع بدعوى ضمان الإستحقاق، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر لصالح الغير كان نتيجة خطأ أو تدليس أو خطأ جسيم، وهو مانصت عليه صراحة المادة 372 ق.م.ج: ".....إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري".

غير أن المشرع الجزائري أجاز للمشتري الحق إذا أخطر البائع ولم يتدخل أن يعترف بحق الغير على المبيع ومصالحته، عندئذ يفقد حقه في الضمان ولا يستطيع أن يحتج بحسن النية².

ب- عدم إخطار البائع بدعوى الغير

إذا لم يقم المشتري بإخطار البائع بالدعوى في الوقت المناسب، وسار المشتري وحده في الدعوى فإذا نجح في رد دعوى المتعرض، ففي هذه الحالة ينتهي التعرض وينتهي معه إلتزام البائع بالضمان، ولا يحق للمشتري الرجوع على البائع بشيء، أما إذا فشل في دفع التعرض الصادر من الغير حكم لهذا الأخير بالإستحقاق³، وهذا ما جاء في نص المادة 372 ق.م.ج: ".....إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الإستحقاق في الوقت

¹- وليد تركي، مرجع سابق، ص 127.

²- مرجع نفسه، ص 127، 128.

³- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 329.

المناسب وصدر حكم حائز لقوة الشيء المقضي به فإنه يفقد حقه بالرجوع بالضمان، إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الإستحقاق."

يتضح من نص المادة أنه يشترط لرفض دعوى الاستحقاق مايلي:

- إهمال المشتري لإخطاره البائع في الوقت المناسب بالدعوى المرفوعة ضده من طرف الغير.

- صدور حكم في دعوى الإستحقاق يحوز على قوة الأمر المقضي به، غير قابل لطعن فيه.

- أن يثبت البائع الأدلة التي كانت لديه حول بطلان دعوى الإستحقاق، وأنه لو تدخل في الدعوى لأدى ذلك إلى رفضها.

2- إقرار المشتري بحق الغير و تصالحه معه

قد يرى المشتري عدم جدوى السير في الدعوى، وأن رفض البائع التدخل إلى جانب المشتري لحمايته رغم إخطاره نتيجة على أنه لا يملك الدفع اللازمة لرد إدعاء الغير، بجعل المشتري يتصالح معه ويعترف بحقه على المبيع دون إنتظار صدور حكم نهائي، لكن يمكن للمشتري أن يدفع دعوى الغير إذا أثبت أن هذا الأخير لم يكن على حق في دعواه، وأن البائع ماكان ليحرمه حقه من الضمان لو إنتظر صدور الحكم ضده بالإستحقاق للغير، أما إذا أقر المشتري بحق الغير وتصلح معه كان له الحق في الرجوع على البائع بدعوى الضمان، إلا إذا أثبت أن الغير لم يكن محقا في دعواه وأن المشتري تسرع إلى المصالحة معه ولم يكن حسن النية، وهذا ماورد في نص المادة 373 من القانون المدني الجزائري: "إن الرجوع بالضمان هو حق يتبت للمشتري ولو إترف عن حسن النية بحق الغير أو تصالحه معه دون أن ينتظر حكما قضائيا متى اخطر البائع

بالدعوى في الوقت المناسب ودعاه يحل محله فيها دون جدوى، كل ذلك مالم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه"¹.

3-توقي المشتري إستحقاق المبيع

تنص المادة 374 ق.م.ج على مايلي:"عندما يتجنب المشتري نزع اليد عن الشيء المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر، فعلى البائع ان يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري ما دفعه من النقود أو قيمة ما أداه من شيء آخر مع مصاريف الخصام"، يتضح من خلال نص المادة أن المشرع الجزائي أجاز للمشتري متى ثبت حق الغير أن يتفق معه على التنازل عن حقه نظير مقابل يدفعه المشتري وذلك بدفع مبلغ من النقود، أو أداء شيء آخر يسلمه له حتى يتوقى بذلك صدور حكم الإستحقاق ضده.

ولكي يتخلص البائع من نتائج الضمان، عليه أن يقوم برد كل النقود التي دفعها مع مصاريف الخصام دون الفوائد القانونية، وكل هذا قبل صدور الحكم في دعوى الاستحقاق².

ثانيا: التنفيذ بطريق التعويض

متى نجح الغير في تعرضه للمشتري، وعجز البائع عن تنفيذ إلتزامه بضمان دفع التعرض عينا، وأن الغير إستحق المبيع كله أو بعضه وثبت له ذلك ، كان البائع مسؤولا عن هذا الإستحقاق، ويكون تنفيذ البائع لإلتزامه بالضمان في هذه الحالة عن طريق التعويض³.

¹- سمير العايب، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن، بجاية، 2016.2017، ص 39.

²- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 340.

³- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 331.

فإذا كان ضمان التعرض يقصد به إلزام البائع بصد كل ما من شأنه أن يعيق إنتفاع الهادئ للمشتري بالمبيع، فإن ضمان الإستحقاق¹ يراد به ضمان البائع إنتقال حقه إلى المشتري كاملاً غير منتقضا، خالياً من إدعاء الغير، ومتى ثبت حق الغير على المبيع كان البائع مخلاً لإلتزامه بالضمان، وتعويض المشتري عما لحقه من ضرر بفعله، وعليه سنعرض حالات الإستحقاق².

1- حالة الإستحقاق الكلي للمبيع

يقصد بالإستحقاق الكلي للمبيع حسب نص المادة 375: "نزع المبيع من يد المشتري بمقتضى حكم يلزمه بترك المبيع لمدعي الإستحقاق متى كان الحكم صادراً في مواجهة البائع أو كان البائع قد أخطر المشتري بالدعوى في الوقت الملائم فلم يتدخل فيها مالم يثبت أن المشتري قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً كان هو السبب في الحكم بإستحقاق المبيع للغير"، فإذا كان أصل الإستحقاق الكلي محقق بترك المشتري للمبيع بصدور حكم قضائي للمدعي الإستحقاق، إلا أن هناك حالات لإستحقاق الكلي تثبت دون صدور حكم بالإستحقاق، من الأمثلة على ذلك:

- حالة قيام البائع ببيع عقار لمشتري ثان ثم بيعه مرة أخرى لمشتري ثان سبق تسجيل عقده قبل المشتري الأول.
- حالة إقرار المشتري بحسن نية للمدعي بحقه، أو تصالحه معه، دون إنتظار صدور حكم قضائي وفقاً لما جاء في نص المادة 373 ق.م.ج.³

وطبقاً لأحكام المادة 375 ق.م.ج يرجع المشتري على البائع بعناصر التعويض التالية:

¹ - يطلق على ضمان الإستحقاق (بضمان الدرك) أو (ضمان العهد) والدرك لغة هو اللحاق، أما إصطلاحاً فيراد به ما يلحق المبيع، أي ما يتبع وما يخلق حقوق الغير.

² - عدنان سرحان، مرجع سابق، ص 265.

³ - وليد تركي، مرجع سابق، ص 139.

أ- قيمة المبيع وقت نزع اليد

تنص المادة 1/375 ق.م.ج: "في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فالمشتري أن يطلب من البائع قيمة المبيع وقت نزع اليد....."، إن أول ما يلتزم البائع برده، هو قيمة المبيع وقت الإستحقاق دون الفوائد القانونية ، فالعبرة بالقيمة وقت الإستحقاق سواء كانت هذه القيمة تزيد عن الثمن الذي دفعه المشتري أو تنقص، وبذلك يستفيد المشتري من زيادة قيمة العقار، أما في حالة نقص قيمة العقار، فيكون من مصلحة المشتري طلب فسخ البيع أو إبطاله حتى يسترد الثمن الذي دفعه¹.

ب- قيمة الثمار الواجب ردها الى المستحق

يلتزم البائع بتعويض المشتري عن قيمة الثمار التي إلزم بها هذا الأخير بردها للمستحق وهذا طبقا للفقرة الثانية من المادة 375 ق.م.ج: ".....الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى المالك الذي نزع يد المشتري على المبيع....."، فالثمار التي يحوزها المشتري وهو حسن النية ، الأصل أنه لا يردها وهذا طبقا لنص المادة 837 ق.م.ج التي جاء فيها: " يكسب الحائز مايقبضه من ثمار مادام حسن النية"².

أما الثمار التي يلتزم المشتري بردها للغير، هي الثمار التي حازها من وقت زوال حسن النية، من يوم إعلانه عريضة إفتتاح دعوى الإستحقاق من طرف الغير³.

ج- المصروفات التي أنفقها المشتري على المبيع

المصاريف التي أنفقها المشتري على المبيع قبل إستحقاقه من الغير، ثلاثة أنواع و

هي:

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 346.345.

² - لحسن بن شيخ اث ملويا، مرجع سابق، ص 417.

³ - المادة 2/825 ق.م.ج: "ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته بعريضة إفتتاح دعوى، ويعد سيء النية من إغتصب حيازة الغير بالإكراه".

• المصروفات الضرورية.

وهي المصاريف اللازمة التي أنفقها المشتري بغية المحافظة على المبيع وصيانتها، والتي يحق للمشتري الرجوع بها على المستحق لا البائع، طبقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 839: "على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات اللازمة....."¹.

• المصروفات النافعة

ويقصد بها المصاريف التي ليست ضرورية ، ويترتب على إنفاقها الزيادة في قيمة المبيع، كما لو أقام المشتري طابقا جديدا على المنزل المباع، فالرجوع بالمصروفات على المستحق يختلف فيما إذا كان المشتري حسن النية أو سيء النية وقت إنفاقها.

إذا كان المشتري حسن النية، كان للمستحق الخيار إما بدفع قيمة المصاريف التي أنفقها على المنشآت، أو يدفع قيمة مازاد في المبيع بسببها، وهذا ماتقرره المادة 785 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: "إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 783 يعتقد بحسن النية أن له الحق في إقامتها، فليس لصاحب الأرض أن يطالب بالإزالة، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل ، أو مبلغا يساوي مازاد من قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت".

أما إذا كان المشتري سيء النية، عالما عند إنفاق هذه المصروفات بإستحقاق الغير للمبيع، كان للمستحق أي يطلب من المشتري إزالة هذه المنشآت مع التعويض عن الضرر إذا إقتضى الأمر ذلك، كما يجوز له أن يبقيها مقابل دفع قيمتها أو قيمة إنقاضها، وله أن يختار إما دفع قيمة مايساوي أو ما زاد في ثمن المبيع بسبب إقامته، وهذا طبقا لأحكام المادة 784 ق.م.ج: "إذا أقام الشخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أن ملك لغيره دون رضاء صاحبها فلصاحب الأرض أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة المنشآت وإزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض عن الضرر إذا

¹- خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 164.

إقتضى الحال ذلك، أن يطلب إستبقائها مقابل دفع قيمتها أو قيمتها في حالة الهدم أو دفع مبلغ يساوي مازاد في ثمن الأرض بسبب وجود المنشآت بها"¹.

• المصروفات الكمالية.

وهي المصروفات التي أنفقها المشتري في سبيل تجميل العين المباعة، من زخرفة و زينة، والتي لا يحق للمشتري أن يرجع بها على المستحق، وإنما يحق له أن يزيلها مع إعادة الشيء المباع إلى الحالة التي كان عليها سابقا، إلا إذا إختار إبقائها مع دفع مقابل قيمتها²، وهذا مانصت عليه المادة 839 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري.

د- مصاريف دعوى الإستحقاق ودعوى الضمان

يحق للمشتري أن يرجع على البائع بجميع مصاريف دعوى الضمان التي أنفقها، وله أيضا أن يرجع بمصاريف دعوى الاستحقاق³، وتشمل هذه المصاريف كل مأنفقه المشتري من مصروفات، المصاريف القضائية، رفع الدعوى والإدخال في الخصومة، مصاريف الإستئناف، إلى جانب مصاريف الطعون، فكل هذه المصاريف يرجع بها المشتري على البائع نتيجة خسارته لدعوى في مواجهة المستحق.

غير أنه يستثنى من مصاريف دعوى الإستحقاق حسب المادة 375 ق.م.ج المصاريف التي كان بإمكان المشتري تفاديها لو أنه أخطر البائع بدعوى الإستحقاق في الوقت المناسب، فإذا لم يعلم بها البائع في الوقت المناسب أو لم يخطر إطلاقا، فإن المشتري يتحمل تلك المصاريف نتيجة تقصيره للبائع، وأن يثبت أنه كان بإمكانه أن يدفع الدعوى، لو أنه أخطر في الوقت المناسب⁴.

¹- مرجع نفسه، ص 164.165.

²- رمضان محمد أبو السعود، مرجع سابق، ص 332.

³- دعوى الضمان هي الدعوى التي يرفعها المشتري على البائع عندما يستحق المبيع من يد الغير، و يكون البائع ملزما برد تلك المصاريف للمشتري، كون ان هذا الاخير كسب الدعوى في مواجهة البائع الذي اخل بتنفيذ التزامه بالضمان عينيا.

أما دعوى الاستحقاق هي الدعوى التي يقيمها الغير على المشتري لاثبات حقه على المبيع، باعتبار ان المشتري قد خسر دعواه، وان الغير استحق المبيع، و يتحمل المشتري جميع المصاريف، و من ثم يكون على البائع تعويض المشتري.

⁴- وليد تركي، مرجع سابق، ص 149.

وعليه يكون التعويض الذي إستحقه المشتري تنفيذا بمقابل لإلتزام البائع بضمان الإستحقاق، وأنه تعويض لا يخرج عن أحكام المسؤولية العقدية في هذه الحالة، على أساس أن دعوى ضمان الإستحقاق مبنية على العقد القائم بين البائع والمشتري.

أما في حالة الفسخ يترتب عليه إعادة الطرفين إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد، ويسترد المشتري بذلك المبالغ التي دفعها مع طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت¹.

أما إذا إتضح أن البائع لم يكن مالكا للمبيع وقت إبرام العقد، فالمشتري الحق في طلب إبطال العقد عملا بنص المادة 397 ق.م.ج، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها حيث جاء فيه: " من المقرر قانونا أن بيع ملك الغير لا يكون ناجزا في حق الشيء المبيع، ولو أجازته المشتري، ومن ثم فإن قضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون"².

هـ- مالحق المشتري من خسارة و مافاته من كسب

لم يكتفي المشرع بالعناصر السابقة، وهذا حتى يضمن تعويضا عادلا للمشتري، نص في المادة 375 الفقرة 5 ق.م.ج على مايلي: " بوجه عام تعويضه عما لحقه من خسارة و مافاته من كسب بسبب نزع اليد من المبيع".

وعلى هذا الأساس يكون البائع ملزما بتعويض المشتري عن الأضرار التي لحقت به، ويشمل التعويض المصاريف التي تحملها في سبيل المعاينة، مصاريف تحرير العقد، وتسلم المبيع، والانتقال من العقار الذي إستحقه الغير إلى مكان آخر ليقيم فيه، بالإضافة إلى مطالبته بالفرق بين قيمة المبيع وقت الإستحقاق والثلث الذي دفعه وقت الإستحقاق إذا كانت قيمة المبيع أقل³.

¹- كنزة مستوي، مرجع سابق، ص 62.

²- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 51734 المؤرخ في 1988/02/17، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 02، ص 11.

³- رمضان محمد أبو السعود، مرجع السابق، ص 362.

2- حالة الإستحقاق الجزئي للمبيع

يقصد بالإستحقاق الجزئي ثبوت ملكية جزء من المبيع للغير، سواء كان الجزء مفرزا أو شائعا، أو ثبوت حق آخر للغير، كحق الارتفاق أو حق الإنتفاع أو الرهن أو غير ذلك¹، وهو مائنت عليه المادة 376 ق.م.ج: " في حالة نزع اليد الجزئي على المبيع او حالة وجود تكاليف عينية وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما اتم العقد كان له ان يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه.

فإذا إختار المشتري إستبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة، لم يكن له سوى نزع اليد من المبيع".

ومن خلال نص المادة سنفرق بين الإستحقاق الجزئي الجسيم، والإستحقاق الجزئي اليسير.

أ-حالة الإستحقاق الجزئي الجسيم

وهي الحالة التي يكون فيها الإستحقاق الجزئي بالغا حدا من الجسامة، بحيث لو علم بها المشتري قبل التعاقد لما أقدم على إبرام العقد²، وعليه فإن معيار تقدير الخسارة هو معيار شخصي بالنظر إلى الشخص المشتري ذاته، وليس معيار الرجل العادي، وتقدير الجسامة راجع لسلطة التقديرية للقاضي³.

ب-حالة الإستحقاق الجزئي اليسير

وهي الحالة التي لم يبلغ فيها الاستحقاق الجزئي درجة من الجسامة، بحيث لا يكون للمشتري الحق في إستبقاء المبيع، سوى المطالبة بقيمة التعويض عما صابه من ضرر

¹ علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع و الإيجار و قانون المالكين والمستأجرين، الطبعة 10، دار الثقافة، عمان، 2016، ص121.

² زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 28.

³ نبيل سعد ابراهيم، مرجع سابق، ص 385.

بسبب الإستحقاق أو التكاليف، ويكون تعويض المشتري وفقا للقواعد العامة على أساس مالحق المشتري من خسارة ومافاته من كسب طبقا لأحكام المادة 128 ق.م.ج.¹

المطلب الثالث: مدى إمكانية الإتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض و الاستحقاق

طبقا لنص المادة 1/377 ق.م.ج، أجاز المشرع للمتعاقدین الإتفاق على تعديل أحكام الضمان بموجب إتفاق خاص بينهما، بالزيادة في الضمان أو الإنقاص منه أو إسقاطه، لذا سنتطرق إلى تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع (الفرع الاول)، ثم الإتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع

طبقا لنص المادة 377 فقرة 1 التي تقابلها المادة 446 ق.م.م، فإن أحكام ضمان التعرض الشخصي من النظام العام، إذ لايجوز للبائع أن يشترط عدم ضمان تعرضه، لأن ذلك يؤدي إلى إسقاط الضمان الناشئ عن فعله وبالتالي يبطل الإتفاق، غير أنه قد يكون الإتفاق على عدم الإبطال صحيحا متى كان موضوعه عملا معيناً

ومايمكن إستخلاصه من نص المادتين السابقتين أنه يجوز للأطراف الإتفاق على الزيادة والإنقاص من الضمان دون الإسقاط.²

الفرع الثاني: الإتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير

تنص المادة 3/377 ق.م.ج على أنه: " يكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع اخفاء حق الغير"، فالإتفاق على تعديل أحكام الضمان جائز بين المتعاقدين و يكون إما بالزيادة(اولا)، أو الإنقاص(ثانيا)، أو الإسقاط(ثالثا).

¹- خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 148.

²- كنزة مستوي، مرجع سابق، ص 67.66.

أولاً: الإتفاق على زيادة الضمان

يجوز للمتعاقدین الإتفاق على زيادة الضمان متى كان التعرض الصادر من الغير قانونياً، كأن يشترط المشتري على البائع إمكانية الرجوع عليه في حالة نزع المبيع للمنفعة العامة، وإن كان نزع الملكية لا يدخل في الأعمال التي يضمنها البائع¹.

ثانياً: الإتفاق على إنقاص الضمان

خلافاً على الإتفاق بزيادة الضمان، فإن إنقاصه هو الأكثر شيوعاً في التعامل، فهو يحيل البائع غالباً إلى الحد من نطاق الضمان، ومثال ذلك أن يتفق البائع والمشتري على عدم ضمان البائع لإستحقاق المبيع في حالة الإبطال أو فسخ البيع².

ثالثاً: الإتفاق على إسقاط الضمان

يجوز للبائع حسب أحكام المادة 377 فقرة 1 ق.م.ج أن يشترط إسقاط ضمان الإستحقاق، ومنه لا يكون للمشتري الحق في الرجوع على البائع سواء إستحق المبيع كله أو بعضه، إلا إذا كان الإستحقاق من فعل البائع فلا أثر له، ويبقى مسؤولاً عن الإستحقاق طبقاً لنص المادة 378 ق.م.ج³.

¹ - سمير العايب، مرجع سابق، ص 63.

² - محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 457.

³ - خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 170.

المبحث الثاني: إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية

إن البائع لا يقتصر إلتزامه فقط على ضمان التعرض والإستحقاق، بل يمتد إلى ضمان العيوب الخفية، والتي تضمن في المبيع بعد الشراء، فيجب على البائع أن يضمن للمشتري حيازة نافعة مجدية، أن لا يكون هناك عيب ينقص من قدر الشيء المبيع¹. فضمن العيوب الخفية لا بعقد البيع فقط، وإنما يمتد نطاقه إلى كل عقد آخر ناقل للملكية وإلى كل عقد ينقل الإنتفاع، ذلك أن من ينقل الملكية أو الإنتفاع إلى شخص آخر لابد من أن ينقلها حيازة هادئة تمكنه من الإنتفاع بالشيء المبيع².

ونظرا لأهمية عقد البيع، أعطى المشرع الجزائي إهتماما خاصا لضمان العيوب الخفية بتنظيم أحكامها في القانون المدني الجزائي، وهذا من أجل مواجهة ما يمكن أن يعرقل سير العقد، حيث يمكن أن يؤدي ظهور أي عيب في المبيع إلى إخلال في توازن العلاقة التعاقدية.

وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث بدراسة مفهوم العيوب الخفية (المطلب الأول)، ثم التطرق إلى أحكام العيوب الخفية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم العيوب الخفية

قبل أن يشتري المشتري شيئا لابد أن يكون هذا الشيء خاليا من العيوب، فلو كان هذا الأخير عالما بهذه العيوب لما أقدم على الشراء، أو تعاقد بشروط أفضل³، فظهور أي عيب في المبيع قد يشكل إخلالا بإلتزام البائع، ويجوز للمشتري طبقا للقواعد العامة إبطال العقد لغلط، أو تدليس في المبيع أو طلب الفسخ وذلك حسب توفر شروط كل حالة.

وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب بتعريف العيوب الخفية (الفرع الأول)، ثم شروط العيوب الخفية (الفرع الثاني)، وصولا إلى تمييز العيوب الخفية عن الأنظمة المشابهة لها (الفرع الثالث).

1- رمضان محمد أبو السعود، مرجع السابق، ص346.

2- محمد حسين منصور، مرجع السابق، ص244.

3 - وليد محمد بخية الوزان، إبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، 2011، ص 13.

الفرع الأول: تعريف العيوب الخفية

لم يعرف المشرع الجزائري العيوب الخفية، لكن لم يهمل النص عليها بل أورد شروطها في المادة 379 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على: "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من إنتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو إستعماله فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها"

عرف الفقه المصري العيب بأنه: "شائبة تعتري الشيء على غير المؤلف في حالته العادية، كوهن أساس البناء، الصدع في الجدران، أو خدش في السيارة"¹. أما الفقه الفرنسي فيعرفه أنه: "الآفة الطارئة على الشيء المبيع بشكل عارض والتي لا تكون موجودة بالضرورة في الأشياء المماثلة جميعاً"². أما العيب في الفقه الإسلامي، فلقد أعطى فقهاء الشريعة الإسلامية تعاريف عديدة للعيب كل على حسب فهمه، فقد عرفه الحنفية بأنه: "ما يخلو عنه أصل الفطرة مما يعد بها نقصاً"³.

كما عرفه ابن قدامة على أنه: "النقص الموجب لنقص المالية في عادات التجار، لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد بإعتبار صفته المالية فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف أهل الشأن"⁴. أما عند الشافعية فالعيب هو: "ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرضاً صحيح أن غلب في جنس البيع أو عدمه"⁵.

¹ - زاهية حورية سي يوسف، مرجع السابق، ص 223.

² - عبد الرحمان أحمد الحلالشة، الوجيز في القانون المدني الأردني، عقد البيع، الطبعة الأولى، دار وائل، الأردن، ص 149.

³ - محمد خليل سيد عبد الله، ضمان العيوب الخفية في بيع العقار دراسة مقارنة، جامعة الأزهر، كلية الشريعة الإسلامية والقانون، أسبوط، ص 3127.

⁴ - حسام طلعت أحمد، تطويع ماهية العيب الخفي لحماية المستهلك دراسة مقارنة، مجلة روح القوانين، كلية القانون، ص 349.

⁵ - نقلاً عن صفاء بليلة، العيب الموجب للضمان بين القانون المدني وقانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق يحيى، جيجل، 2023، ص 10.

إلى جانب هذه التعاريف الفقهية هناك تعاريف قضائية، حيث عرفت محكمة النقض المصرية العيوب الخفية على أنها: "الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع،¹ فالعيب هو آفة تصيب الشيء المبيع فتتقص من قيمته الإقتصادية ومن منفعته، والآفة هي مرض يصيب المبيع كالسوس في الخشب، أو وهن أساس الدار مثلاً..."².

كما عرفت محكمة ليون الفرنسية العيب بأنه: "النقص الذي يصيب الشيء بشكل عارض ولا يوجد حتماً في كل الأشياء المماثلة"³. من خلال التعاريف السابقة نقول أن العيب الخفي هو الآفة التي تصيب الشيء فتتقص من قيمته ومن منفعته.

ويوجد أمثلة عديدة عن العيوب الخفية على سبيل المثال: شراء حيوان فيه مرض غير ظاهر، أو شراء بناء فيه عيوب جراء قلة المواد المستعملة في الأعمدة.

الفرع الثاني: شروط العيوب الخفية

لا يكفي أن يكتشف المشتري عيباً في المبيع للرجوع بالضمان على البائع بل يجب توافر مجموعة من الشروط في الشيء المبيع، وهي كالتالي:

أولاً: أن يكون العيب قديماً

يعتبر العيب قديماً متى كان في أول مراحله وقت التسليم (أو وقت البيع) بحيث يتعذر على المشتري إكتشافه، ثم تطور وازداد في يده⁴، فمثلاً إن إشتري شخص سيارة وكان بها عيب وقت الشراء، ولم يستطع المشتري أن يكتشفه حينها ولكنه إكتشفه فيما بعد، كان العيب مضموناً من البائع⁵.

وفي حالة ما إذا حدث خلاف بين البائع والمشتري عن وقت وجود العيب، فإن الخبرة يمكن أن تحسم هذا الخلاف وتحدد إن كان العيب موجوداً في المبيع قبل التسليم أو حدث أفي يد المشتري، فيقع على المشتري عبئ إثبات أن العيب كان موجوداً في المبيع

1- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 369.

2- خليل أحمد حسن قداة، مرجع سابق، ص 173.

3- نقلاً عن بيمينة الحدي، الإلتزام بضمان العيوب الخفية في عقد البيع، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ص 15.

4- أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص 254.

5- عدنان سرحان، مرجع سابق، ص 274.

قبل البيع، ويمكن له إثبات ذلك بكل طرق الإثبات الجائزة قانوناً، بإعتبار أن مسألة العيب واقعة مادية يمكن إثباتها بكل طرق الإثبات ومنها الشهادة والقرائن¹.

أما إذا نشأ العيب بعد التسليم، فإن البائع لا يكون ضامناً للمشتري، بل يرجع هذا الأخير على من تسبب في إحداث هذا العيب إن وجد، أو يتحمل هو تبعه العيب إذا لم يوجد شخص نشأ بفعله هذا العيب بعد البيع².

ثانياً: أن يكون العيب خفياً

لكي يتحقق ضمان البائع يجب أن يكون العيب خفياً، بمعنى أن يكون غير ظاهر وقت الشراء ولم يكن بإستطاعة المشتري رؤيته، بمعنى يجب على المشتري عند شراء المبيع أن يفحص جيداً الشيء المبيع، فإذا تقاعس ولم يبحث جيداً وظهر عيب بسبب تقصير المشتري فهذا خطأ هذا الأخير في حق نفسه، ولا يمكن للبائع أن يكون ضامناً له. ومن ثم لا يكون البائع ملتزماً بالضمان في الحالتين الآتيتين:

أ- في حالة ما إذا كان العيب ظاهراً وقت التسليم ولم يعترض المشتري فإن هذا الأخير يكون قد أسقط حقه بالضمان³.

ب- لا يضمن البائع المشتري إذا كان بإمكان هذا الأخير أن يتحقق من العيوب بنفسه، بشرط أن يقوم بفحص المبيع بعناية الرجل العادي، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 379 من القانون المدني الجزائري بقولها: "أو كان في إستطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي".

على عكس الحالات السابقة، يكون البائع ضامناً لهذا العيب إذا تعمد إخفاءه عن المشتري، سواءً بعدم الإفصاح عنه أو الإدعاء بعدم وجوده، وذلك لمنع المشتري من رؤيته أو البحث في المبيع، وفي هذه الحالة يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية.

¹- مروان كركبي، العقود المسماة البيع، المقايضة، الإيجار، الوكالة دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، 1993، ص399.

²- سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص293.

³- خليل أحمد حسن قدارة، مرجع سابق، ص174.

ثالثاً: يجب أن يكون العيب مؤثراً

لا يضمن البائع عيب المبيع إلا إذا كان على قدر من الجسامة والأهمية الذي يؤدي إلى نقص في قيمة المبيع أو منفعته، والعيب المؤثر الموجب للضمان هو ذلك العيب الذي يقع في الشيء المبيع¹.

يمكن أن ينقص العيب من قيمة الشيء دون أن ينقص من منفعته، مثلاً سيارة صالحة للإستعمال لكن مقاعدها ممزقة، فهذا يعتبر عيباً.

كما يمكن أن ينقص من منفعة المبيع دون إنتقاص قيمته، مثلاً شراء مطحنة على إعتبار أنها تطحن البن جيداً ثم يتبين أنها لا تقي بهذا الغرض، فهذا يكون العيب في المبيع ولو أن قيمة المطحنة غير متنازع فيه، أما فيما يخص مقدار النقص الذي يعتبر عيباً مؤثراً بالمبيع فإن المشرع الجزائري لم يحدد ذلك، ولقد عرف السنهاوري العيب المؤثر الموجب للضمان على أنه: "العيب الذي يقع في الشيء المبيع، فالعيب يمكن أن ينقص من قيمة المبيع أو من منفعته"، فإذا لم يتوفر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه، وإذا كان العيب خفيفاً لا جسيماً فلا يكون موجب للضمان، وتقدير العيب إذا كان مؤثراً أو خفيفاً هنا يعود للقاضي².

رابعاً: أن يكون العيب غير معلوم من المشتري

علم المشتري بالعيب عند الشراء يمنعه من الرجوع بالضمان على البائع، ويقع عبئ إثبات هذا العلم على عاتق هذا الأخير، فالأصل أن المشتري لا يقدم على الشراء رغم علمه بالعيب، فإذا إدعى البائع ذلك فهو يدعي أمراً على خلاف الأصل ومن ثم يكون عليه الإثبات طبقاً للقواعد العامة³.

أما إذا كان المشتري يعلم بوجود العيب ولو كان خفياً بحيث لا يمكن تبيانه أو فحص المبيع بعناية الرجل العادي فإنه ليس للمشتري الرجوع على البائع.

¹ - رمضان محمد أبو السعود، مرجع سابق، ص 353.

² - يمينة الحدي، مرجع سابق، ص 155.

³ - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 20.

وتنص المادة 379 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري على مايلي: "غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري يعلمها وقت البيع فعلم المشتري بالعيوب والسكوت عليه يعد قبولا منه وتنازلا عن حقه في الرجوع بالضمان"، فإذا كان المشتري على علم بالعيوب وإختار السكوت عليه، فإن ذلك يعتبر قبولا منه وتنازلا عن حقه في الرجوع بالضمان.

الفرع الثالث: تمييز العيوب الخفية عما يشابهها من الأنظمة الأخرى

بما أن المشرع قد خص ضمان العيوب الخفية بقواعد خاصة، فإنه يستلزم أن نميز بينها وبين الأنظمة الأخرى التي قد تتشابه معها، ومن بينها الغلط، التدليس، والفسخ لعدم التنفيذ، والعجز والمقدار، وضمن الإستهقاق الجزئي، وسنتطرق لكل واحد منها على حدى.

أولا: التمييز بين ضمان العيوب الخفية والغلط

الغلط هو عيب يقع فيه المتعاقد حال تكوين إرادته فيتوهم أمرا على غير حقيقته، عندئذ تنطلق إرادته إلى إبرام العقد، والغلط أوسع نطاقا من العيب لأنه قد يتحقق والمبيع سليم خالي من العيوب، كما لو إعتقد المشتري أن جهاز كمبيوتر من ماركة معينة ثم إتضح أنه من ماركة أخرى، ومع ذلك يمكن أن يكون العيب الخفي سببا للغلط ولكن العكس غير متصور إذ يمكن أن يكون هناك غلط دون أن يكون عيب خفي¹.

وفي حالة ما إذا قرّر المشتري الرجوع بدعوى الغلط، يتوجب عليه إثبات أن الغلط يتعلق بصفة جوهرية من العيب وأن هذا الغلط كان السبب الرئيسي وراء التعاقد، وأن البائع كان على علم بوقوع المشتري في هذا الخطأ أو كان هو السبب فيه.

أما إذا رجع المشتري بدعوى ضمان العيب فهو غير مطالب بإثبات أن البائع كان على علم بهذا البيع، فلا أهمية لعلم البائع أو عدم علمه، لأن العيب أمر موضوع وإذا كان يشترط عدم علم المشتري به وقت التسليم فإن ذلك للإستدلال على أن هذا الأخير لم يسقط حقه في الضمان، وعدم علم المشتري بالعيوب ليس شرطا في العيب ذاته وإنما هو شرط

¹ - نبيل سعد إبراهيم، مرجع سابق، ص 405، 406.

لرجوع المشتري بضمان العيب وذلك على خلاف الغلط الذي لا يتصور وجوده بغير الوهم الذي قام في ذهن المتعاقد¹.

ثانياً: التمييز بين العيب والتدليس

يختلف التدليس بإعتباره عيباً من عيوب الإرادة عن ضمان العيب الخفي على النحو الذي بيناه بصدد الغلط، ولذلك نجد أن هناك فروق جوهرية بينهما سواء من حيث طبيعة المعيار أو من حيث الشروط ومن حيث النظام القانوني².

قد يجتمع العيب الخفي مع التدليس كأن يكون بالمبيع عيب تعمد البائع إخفائه عن المشتري مستعملاً أساليب إحتيالية، عندما يتوفر الخداع في كلا الحالتين عندها يخير المشتري بإحدى الدعويين إما الرجوع بضمان العيب، أو الرجوع بدعوى الإبطال للتدليس، ورغم ذلك فإن هنالك فروق جوهرية بينهما سواء من طبيعة المعيار أو من حيث الشروط ومن ثم الفرق بالنظام القانوني³.

فدعوى ضمان العيوب الخفية تقوم حتى وإن كان البائع حسن النية، ولا يمكن رفع الدعوى في مبيع قد تم بالمزاد الإداري أو القضائي، في حين تشترط دعوى الإبطال للتدليس أن يكون البائع سيء النية، كما يجوز رفعها حتى ولو تم البيع بالمزاد القضائي أو الإداري وتعد مدة التقادم دعوى العيب أقصر من مدة تقادم دعوى الإبطال للتدليس⁴. ومن ذلك لا يمكننا إعتبار التدليس كأساس قانوني لنظام العيب، وفي حالة ما إذا اجتمع النظامين معاً وفقاً لما سبق ذكره يكون للمشتري الحق في الخيار بين الدعويين⁵.

ثالثاً: التمييز بين العيب والفسخ لعدم التنفيذ

يعد الفسخ لعدم تنفيذه سبب من أسباب انحلال العقد بإعتباره جزاء لعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين، وذلك بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا أخل الطرف الآخر

1 - سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 312.

2 - نبيل سعد إبراهيم، مرجع سابق، ص 407.

3 - حسام طلعت أحمد، مرجع سابق، ص 379.

4 - صفاء بليلة، مرجع سابق، ص 17.

5 - صبرينة رباب، العيب الموجب للضمان بين القانون المدني وقانون حماية المستهلك، مذكرة لإستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2016/2017، ص 10.

بالتزامه، ويقوم الفسخ على أساس تخلف البائع بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع بالحالة المتفق عليها.¹

أما بالنسبة للعيب الخفي لا يكفي أن يقوم البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري وتمكينه من حيازته حيازة هادئة، وإنما يتلزم أيضا أن يكون المبيع خالي من العيوب الخفية التي تجعله غير صالح لتحقيق الغاية التي قصدتها المشتري.²

دعوى الفسخ تؤدي إلى إلغاء العقد وإعتباره لم يكن، حيث يعود كل من المتعاقدين إلى الوضع الذي كانا عليه قبل توقيع العقد، أما دعوى ضمان العيب الخفي، فهي دعوى تعويضية مستندة إلى العقد نفسه.

وتتقدم دعوى الفسخ بمضي خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه، بينما تتقدم دعوى العيوب الخفية بسنة واحدة من وقت التسليم، ودعوى الفسخ يجوز فيها الرجوع على البيع ولو كان قضائيا أو إداريا بالمزاد العلني وهو ما لا يجوز في دعوى الضمان.³

رابعا: التمييز بين العيب والعجز في مقدار المبيع

العجز في مقدار المبيع يتمثل في نقص في كمية المبيع، أما العيب الخفي في المبيع فينقص من قيمة المبيع أو منفعته بحسب الغاية المقصودة منه، وبالتالي لا شأن له بمقدار المبيع أو كميته، ومنه يتعلق العجز في مقدار المبيع بالنقص في الكم، أما العيب الخفي يتعلق بنقص في القيمة.⁴

لذلك تختلف الدعوتان، فدعوى العجز لا تتطلب أن يكون المشتري حسن النية، ويمكن رفعها حتى إذا تم البيع بالمزاد، ولا يمكن رد المبيع إلا من خلال الفسخ، بينما دعوى ضمان العيب الخفي تنطوي على مسؤولية البائع حتى لو كان حسن النية، ولا يمكن رفع الدعوى في البيع الذي تم بالمزاد العلني.

1- حسام طلعت أحمد، مرجع سابق، ص380 .

2- نبيل سعد إبراهيم، مرجع سابق، ص408.

3- سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص314 .

4- نبيل سعد إبراهيم، مرجع سابق، ص409.

بالرغم من وجود إختلاف بين العيب والعجز في مقدار المبيع فقد تجتمع كلا الدعويين من حيث مدة التقادم ، فكلاهما تكون مدة التقادم سنة من يوم التسليم الفعلي.¹

خامسا: التمييز بين العيب الخفي والاستحقاق الجزئي

لا يشترط عدم علم المشتري للرجوع بدعوى ضمان الإستحقاق الجزئي، في حين يشترط عدم علمه للرجوع بدعوى ضمان العيب الخفي، وكذلك فإن الرجوع بدعوى ضمان الإستحقاق جائز في البيوع القضائية والبيوع الإدارية، على عكس ضمان العيوب الخفية فهو غير جائز في هذه الدعوى.²

كما أن دعوى ضمان الإستحقاق تتقادم بخمس عشرة سنة من وقت الإستحقاق، بينما تتقادم دعوى ضمان العيب في سنة واحدة فقط من وقت التسليم الفعلي. كما قد يتفق كل من ضمان العيب الخفي وضمان الإستحقاق الجزئي بإعتبار أن كلاهما يهدفان إلى ضمان تمتع المشتري بكل منافع الشيء ومزاياه دون إنتقاص قيمته.³

المطلب الثاني: أحكام العيوب الخفية

يجوز للمشتري متى توافرت شروط العيب الخفي السالفة الذكر أن يتخذ الإجراءات التي أقرها القانون فيما يتعلق بالتزام البائع بضمان العيوب الخفية، وحتى يتمكن المشتري من الرجوع على البائع لابد له أن يلتزم بواجباته المقررة قانونا من فحص المبيع والتحقق من حالته وصولا إلى إقامة الدعوى الضمان، وسنقوم في هذا المطلب بدراسة ما يجب على المشتري القيام به من واجبات وما له من حقوق وصولا إلى الآثار التي تترتب على هذا الضمان.

لذا سنتطرق إلى ممارسة دعوى الضمان (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى الآثار المترتبة على ضمان العيوب الخفية (الفرع الثاني)، وأخير تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية (الفرع الثالث).

¹- صيرينة رياب، مرجع سابق، ص10.

²- سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 316.

³- نبيل سعد إبراهيم، مرجع سابق، ص410.

الفرع الأول: ممارسة دعوى الضمان

لابد للمشتري قبل أن يقيم دعوى الضمان الإجراءات القانونية اللازمة للحصول على الضمان وتكون بتحقيقه من المبيع وإخطار البائع بالعين وبعدها إقامة دعوى الضمان.

أولاً: تحقق المشتري من حالة المبيع وإخطار البائع بالعيب

تنص المادة 380 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 449 من القانون المدني المصري على أن: "إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل اعتبر راضياً بالمبيع، غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريقة الإستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك وإلا اعتبر راضياً بالمبيع بما فيه من عيوب"

يفهم من نص المادة أن المشرع الجزائري ألزم المشتري بالتحقق من حالة الشيء المبيع عند إستلامه، فيجب على المشتري فحص والتحقق من المبيع بمجرد تمكنه من ذلك، فإذا وجد المشتري عيب يؤثر في قيمة المبيع وجب عليه إخطار البائع بالعيب.

وإخطار البائع بالعيب لم يحدد له المشرع وسائل معينة، فيمكن للمشتري أن يخطر بورقة رسمية أو عرفية أو شفوية، مع التنبيه إلى ما يرافق هذه الطريقة الأخيرة من صعوبة الإثبات علماً بأن واقعة الإثبات هي واقعة مادية وله في ذلك كافة الطرق¹.

إذا قام المشتري ببذل كل العناية اللازمة وقت التسليم ولكنه لم يتمكن من اكتشاف العيب فهنا يحق له الرجوع على البائع بالضمان خلال المدة المحددة في القانون المدني لرفع دعوى ضمان العيوب الخفية².

أما في حالة ما إذا فحص المشتري المبيع واكتشف العيب وسكت ولم يخطر البائع به، اعتبر قابلاً للمبيع بحالته ويسقط حقه في الرجوع بالضمان³، كما يسقط حق المشتري بالرجوع بالضمان إذا لم يفحص المبيع أو فحصه ولكنه لم يبذل العناية اللازمة.

1- خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 179.

2- عبد الرحمان أحمد الحلالشة، مرجع سابق، ص 170.

3- أنور سلطان، مرجع سابق، ص 260.

ثانياً: إقامة دعوى الضمان

إذا نجح المشتري في إكتشاف العيب الخفي وأخطر البائع بهذا العيب يحق له الرجوع على البائع بدعوى الضمان، فيرفع هذه الدعوى خلال سنة من وقت التسليم، ويقصد هنا التسليم الفعلي وليس الحكمي لأن التسليم الفعلي هو الذي يمكن المشتري من الحفاظ على حقه بالضمان¹، وهذا ما أشارت إليه المادة 383 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 444 من القانون المدني المصري بنصها: "تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول".

يتضح من نص المادة أنه يجب على المشتري أن يرفع دعوى خلال سنة من وقت التسليم الفعلي، وذلك حفاظاً على حقه بضمان العيب الخفي، فإذا لم يرفع هذه الدعوى وإنتهت هذه المدة، في هذه الحالة يسقط حقه في الضمان.

يمكن الخروج على هذه القاعدة فهي ليست أمراً فيجوز مخالفتها، فيستطيع البائع والمشتري أن يتفق على مدة أطول من مدة تقادم دعوى المشتري بضمان العيب، وفي هذا إستثناء للقاعدة التي تقضي بعدم جواز الإتفاق على تعديل مدته².

حسب الفقرة الثانية من المادة 383 التي تنص على: "غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشاً منه"، فإنه لا يجوز للبائع التمسك بسنة التقادم إذا تبين أنه أخفى العيب غشاً منه، ففي هذه الحالة لا تسقط الدعوى إلا بعد مضي 15 سنة من وقت كشف العيب وذلك وفقاً للأحكام العامة³.

ثالثاً: أطراف دعوى الضمان

في حالة الضمان يتفاوت دور البائع والمشتري كمتعاقدين في العقد، يتحول المشتري إلى المدعي بالضمان، كما يعرف الدائن بالضمان، في حين يصبح البائع المدعى عليه، تتوارث هذه الحقوق إلى الورثة والمالكين الجدد، إذا كان هناك شخص

1- خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 180.

2- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 401.

3- يمينه الحدي، مرجع سابق، ص 33.

يمتلك مبيعاً ويستخدمه بصفة غير صفة المشتري، فإنه لا يحق له الحصول على دعوى ضمان العيوب الخفية أو المطالبة بالتعويض بسببها¹.

يمكن أن يكون هناك أكثر من دائن بالضمان، مما يجعل الضمان متاحاً للتجزئة بينهم، ولكن عندما يكون من الضروري على البائع رد المبيع بأكمله، فإن تجزئة الضمان بين الدائنين غير ممكنة بسبب عدم قابلية تجزئة المبيع ذاته أو غير ذلك. لذا، يتعين على الدائنين التوافق على رد المبيع بأكمله، لأنهم متضامنون في الطلب على الرد، ولا يمكن تجزئة حقوقهم بالضمان في ضوء عدم قابلية تجزئة المبيع ذاته².

فيما يتعلق بالمدعى عليه أو المدين بالضمان، فإنه يشكل البائع جزءاً أساسياً من عقد البيع، حيث ينص القانون عموماً على أن الالتزام يقع على عاتق الطرفين فقط، وعند وفاة البائع فإن الدين بالضمان لا ينتقل إلى ورثته، حيث لا يتم تكملة شخصيتهم القانونية وبالتالي، يظل البائع مسؤولاً عن نتائج الضمان حتى إكمال الالتزام، وأي ما تبقى من التركة بعد تنفيذ إلزام الضمان يعود لورثته، ويعتمد هذا على المبدأ القانوني المتعارف عليه: "لا توجد تركة إلا بعد سداد الديون"³.

الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة على العيوب الخفية

في حالة ما إذا تحقق العيب في المبيع وفقاً للشروط المسبقة، وقام المشتري بإخطار البائع بالعييب في الوقت المناسب، فهنا يتمتع المشتري بحقوق ينطوي عليها الضمان، وهذه الحقوق يمكن أن تتمثل في إمكانية إعادة المبيع وإسترداد الثمن، والتي تعرف أيضاً بفسخ العقد، أو يمكن للمشتري أن يختار الإستمرار في المبيع، خاصة إذا لم يكن العيب بشكل كبير، وفي هذه الحالة يكون للمشتري الحق في المطالبة بالتعويض عن الخسائر التي لحقت به والفائدة بسبب العيب.

بالرجوع إلى نص المادة 381 من القانون المدني الجزائري نجد أنها نصت على أنه: "إذا أخبر المشتري البائع بالعين الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة في الضمان وفقاً للمادة 376".

¹ - حسام طلعت أحمد، مرجع سابق، ص 410.

² - مرجع نفسه، ص 410.

³ - مرجع نفسه، ص 410.

يتضح من هذا النص أنه يشير إلى المادة 376 التي تعرض حالة الإستحقاق الجزئي الجسيم والإستحقاق الجزئي غير الجسيم، فالمشرع الجزائري أراد توحيد أحكام الضمان بالنسبة لضمان التعرض والإستحقاق وضمان العيوب الخفية.

إذا نجح المشتري في دعوى الضمان، فهنا لابد من التفرقة بين حالة العيب الجسيم (أولاً) والعيب غير الجسيم (ثانياً).

أولاً: حالة العيب الجسيم

هو العيب الذي يؤثر على قيمة المبيع وينقص من قيمته ومنفعته، فلو علم المشتري بهذا العيب لما أقدم على شراء المبيع.

في حالة ما إذا وجد المشتري عيباً جسيماً يمكنه أن يطالب بالتعويض المستوفي لكل العناصر الموجودة في المادة 375 السالفة الذكر المتعلقة بالإستحقاق الكلي.

أمّا في حالة ما إذا إختار المشتري دعوى والفسخ وأراد فسخ العقد فليس له إلا رد الثمن وليس قيمة المبيع وقت ظهور العيب¹، فإذا رفض البائع هذا الإقتراح للمشتري الحق في التقدم بدعوى إلى المحكمة، وتمتلك المحكمة السلطة التقديرية للنظر في الأدلة المقدمة من المشتري لدعم مطالبته بالعيب، وإذا إقتعت بصحة هذه الأدلة، فقد تصدر قراراً بإرجاع المبيع إلى البائع وإسترداد المشتري للثمن الذي دفعه².

ثانياً: حالة العيب غير الجسيم

العيب غير الجسيم هو العيب الذي لا يؤثر كثيراً على قيمة المبيع، أي لم يبلغ حداً من الجسامة، ففي حالة ما إذا كان العيب غير جسيم لا يحق للمشتري رد المبيع وإنما له أن يطالب بالتعويض عمّا أصابه من ضرر بسبب العيب الذي أنقص من قيمة هذا المبيع، كما لا يحق للمشتري المطالبة أما إذا كان العيب قابل للإصلاح فيطلب المشتري إصلاحه بدلاً من التعويض³.

يعتقد بعض الفقهاء أن دعوى الرد تختلف عن دعوى الفسخ أو الإبطال، حيث تعتمد دعوى الرد على وجود عقد البيع وتعتمد عليه، بينما يفترض زوال عقد البيع في دعوى

1- خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 183.

2- حسام طلعت أحمد، مرجع سابق، ص 410.

3- يمينة الحدي، مرجع سابق، ص 34.

الفسخ أو الإبطال، ويشترط في دعوى الرد أن يكون المبيع في حالته عند التسليم مقررًا لمصلحة البائع، ولذلك يحق للبائع التنازل عنه، ونتيجة لذلك، يمكن للبائع أن يلتزم تمسك المشتري بالمبيع كما هو، أو فسخ العقد¹.

الفرع الثالث: تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية

لقد أعطى المشرع الجزائي الحق للمتعاقدین بالإتفاق على الخروج عن أحكام الضمان العيوب الخفية بما أنها ليست من النظام العام، فيجوز للطرفين إما تشديد الضمان أو الإتفاق على تخفيفه أو الإتفاق على إسقاطه أو الإعفاء منه.

أولاً: الإتفاق على زيادة الضمان

يأخذ الإتفاق على زيادة الضمان صوراً متعددة فقد يشترط في عقد البيع على ضمان البائع للعيوب حتى ولو كانت ظاهرة أو يمكن الكشف عنها إذا تفحصها المشتري²، ويكون من أثر هذا الإتفاق أنه إذا تسلم المشتري المبيع دون معارضة فلا يعد ذلك نزولاً ضمنياً أو قبولا للمبيع بحالته³، ويكون الإتفاق أيضاً إذا إتفق البائع على أن يضمن جميع ما في المبيع من عيوب ولو كان العرف قد جرى على التسامح بها، وكذلك الإتفاق على ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة محددة⁴.

1- حسام طلعت أحمد، مرجع سابق، ص 411.

2- مرجع نفسه، ص 413.

3- رمضان محمد أبو السعود، مرجع سابق، ص 365.

4- أنور سلطان، مرجع سابق، ص 277.

ثانياً: الإتفاق على تخفيف الضمان

كما يجوز زيادة الضمان، يجوز أيضا التخفيف منه، فللطرفان الحق في إنقاص الضمان كأن يتفقا على عدم ضمان البائع إستحقاق المبيع في حالة إبطال البيع أو فسخه¹، أو إذا اشترط البائع على المشتري ألا يضمن له عيبا معينا يذكره بالذات²، أو أن لا يضمن العيوب التي لا تظهر إلا بالفحص الفني³، أو الإتفاق مثلا على إختصار المطالبة بنقصان الثمن دون رد المبيع حتى وإن كان للمشتري حق رد المبيع قانونا⁴، وحتى يكون الإتفاق على الإنقاص إتفاقا صحيحا يشترط أن لا يكون البائع متعمدا إخفاء العيب أو تعذر على المشتري الاطلاع على العيب، فإذا تعدد البائع إخفاء العيب فهنا يبقى ضامنا للعيب وكان شرط التحقيق كأن لم يكن، ويقع إثبات تعدد البائع إخفاء العيب على عاتق المشتري⁵.

ثالثاً: الإتفاق على إسقاط الضمان

كما للبائع الإتفاق على الزيادة والإنقاص في الضمان، فيمكن للطرفان الإتفاق على إسقاطه، فقد يتفق البائع على ألا يضمن أي عيب في المبيع، وهذا الشرط جائز حتى لو كان البائع عالم بوجود عيوب معينة في المبيع، ولكن لم يتعمد إخفائها عن المشتري، ويكون المشتري في هذه الحالة بمثابة من إشتراط ساقط الخيار، وهذا يؤخذ في الإعتبار عند تقدير الثمن⁶.

1- محمد يوسف الزغبى، مرجع سابق، ص458.

2- رمضان محمد أبو السعود، مرجع سابق، ص365.

3- أنور سلطان، مرجع سابق، ص277.

4- حسام طلعت أحمد، مرجع سابق، ص414.

5- مروان كركبي، مرجع سابق، ص44.

6- نبيل سعد إبراهيم، مرجع سابق، ص23، 24.

الفصل الثاني

الضمانات المستحدثة في قانون الترقية العقارية لحماية
الملكية العقارية الخاصة

الفصل الثاني

الضمانات المستحدثة في قانون الترقية العقارية لحماية الملكية العقارية الخاصة

بالإضافة الى الضمانات العامة المقررة لعقد البيع والتي كرسها المشرع الجزائري بموجب القانون المدني، والمتمثلة في ضمان التعرض والاستحقاق وضمن العيوب الخفية، فلقد أضاف المشرع الجزائري مجموعة من الضمانات الخاصة المتعلقة بنشاط الترقية العقارية نظرا لعدم كفاية الضمانات العامة في تحقيق الحماية الكاملة المشتري في عقد البيع على التصاميم.

ويتميز عقد البيع على التصاميم بنوع من المجازفة، تتمثل في غياب المحل عند التعاقد¹، وهذا ما جعل المشرع الجزائري يفكر في ضمانات خاصة جديدة والتي تتمثل في الضمان العشري وضمن الأضرار والذي يعرف بضمن الإنهاء الكامل لأشغال البناء وضمن حسن سير عناصر التجهيز، وهذا ما سنتطرق اليه في هذا الفصل.

ولقد قسمنا هذا الفصل الى مبحثين، فسنتطرق الى الضمان العشري (المبحث الأول)، ثم نتطرق إلى ضمان الأضرار (المبحث الثاني).

¹ - سلاف عزوز، آليات الحماية المدنية والملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص48.

المبحث الأول: الضمان العشري

لم يكتفي المشرع في الجزائري بالضمانات المقررة في القواعد العامة لحماية الملكية العقارية، بل فرض أيضا الضمان العشري على عاتق المرقى العقاري لتشديد مسؤوليته، نظرا لخطورة العيوب التي قد تؤثر على البناء، وهناك من أطلق عليه مصطلح الضمان المعماري لأنه يرتبط بالبنائية نفسها¹.

في هذا المبحث سنقوم بدراسة الضمان العشري بالتطرق الى مفهومه (المطلب الأول)، ثم الى احكام ضمان العشري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الضمان العشري

نظم المشرع الجزائري الضمان العشري في القانون المدني، وبالتحديد في المواد 554، 555، 556، بالإضافة الى القانون المدني فقد أضفى المشرع الجزائري للضمان العشري بعض الخصوصية بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، وكذلك الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات، وذلك من أجل حماية مقتني العقار والزيادة من مسؤولية المرقى العقاري في ضمان جودة البناء وسلامته.

في هذا المطلب سنتناول تعريف الضمان العشري (الفرع الأول)، ثم طبيعة الضمان العشري في (الفرع الثاني)، وصولا إلى نطاق الضمان العشري (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الضمان العشري

يعتبر الضمان العشري في عقود مقاولات إنشاء المباني إستثناء عن القاعدة التي تقضي بأن التسليم دون تحفظ ينهي العقد، فهو ضمان مقرر لصالح صاحب العمل في

¹- أمينة ترياقي، آثار عقد البيع على التصاميم بالنسبة للمرقى العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2013/2022، ص 47.

حالة تنفيذ معيب لأعمال البناء¹، ونظرا لكثرة الحوادث المتكررة بسبب رداءة البناء وعدم كفاءة المهندسين والمقاولين، فلقد نظم المشرع الجزائري الضمان العشري في المادة 554 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على: "أن يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الارض ويشمل الضمان المنصوص عليها في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل نهائيا".

من خلال نص هذه المادة يمكن القول بأن الضمان العشري هو عبارة عن التزام قانوني يقع على عاتق المهندس المعماري والمقاول وكل متدخل يربطه بصاحب العمل مشروع، فيضمن كل هؤلاء ما يحدث لما شيدوه أو صمموه من تهدم جزئي أو كلي للبناء خلال 10 سنوات ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للمشروع.

بمعنى أن المشرع الجزائري وضع قرينة تجعل بعض الأضرار التي تحدث بعد الإستلام النهائي للمشروع تعود الى أسباب سابقة للتسليم بإعتبارها عيوب خفية في البناء حدثت خلال مرحلة تنفيذ المشروع العقاري، مثل عمليات تهيئة الأراضي المخصصة لإستقبال المباني، ومشاريع البناء المختلفة، وأعمال إصلاح وترميم البناء، وعمليات التجديد العمراني واعادة تأهيله، بالإضافة الى كل عملية تدعيم للبناء المخصص للبيع أو الإيجار، وقد أكدت هذا المادة 3 من القانون رقم 04/11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية².

كانت أحكام الضمان العشري تسري على عقود المقاوله فقط، ولكن فيما بعد إمتدت لتشمل عقود البيع على التصاميم أيضاً، وأصبحت هذه الأحكام تلزم المرقى العقاري بالضمان العشري بشكل صريح، مما يعني أنه مسؤول عن أي عيوب تظهر في البناء

¹ - مرجع نفسه، ص 47.

² - سلاف عزوز، مرجع سابق، ص 48.

خلال فترة الضمان، وفقا للقانون رقم 04/11 من خلال المادة 3/26 والتي نصت على أن "غير أن الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية التي قد يتعرض اليها المرقى العقاري".

وكذلك في المادة 178 من قانون التأمينات رقم 07/95، يُلزم كل متدخل في عملية البناء بالإكتتاب في تأمين يغطي مسؤوليتهم العشرية، والتي نصت على أنه "يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين وكذا المراقبين التقنيين إكتتاب عقد التأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني، على أن يبدأ سريان هذا العقد من الإستلام النهائي للمشروع، ويستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع أو مالكيه المتتاليين إلى غاية إنقضاء أجل الضمان".

بناء على هذا يعتبر الضمان العشري ضمانا لسلامة المباني التي تمت إقامتها وفقا للمواصفات المتفق عليها في العقد حتى تكون قادرة على مواجهة تأثيرات الزمن، ويهدف هذا الضمان أن يكون البناء قابل للإستخدام لفترة معينة مما يتيح فرصة لإكتشاف العيوب الموجودة فيها، ويهدف هذا الضمان إلى حماية الطرف الضعيف وهو صاحب العمل وخلفه، وحماية المباني والمنشآت بإعتبارها ثروة وطنية¹.

الفرع الثاني: طبيعة الضمان العشري

إختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لهذا الضمان فمنهم من يرى أنها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار بإعتبار أن دعواها لا تستند إلى الإخلال بالتزام عقدي، ومنهم من يرى أنها مسؤولية عقدية، وهناك من إعتبرها مسؤولية خاصة.

أولا: الضمان العشري ذو طبيعة تقصيرية

إعتبر الفقه الفرنسي بداية أن الضمان العشري ذو طبيعة تقصيرية، لأنها لا تستند إلى الإخلال بالتزام ناشئ عن عقد المقاوله الذي ينتهي بتسليم البناء، وانما تستند إلى

¹ - عقيلة نوي، التنظيم القانوني لمسؤولية المرقى العقاري في التشريع الجزائري، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، 2017-2018، ص 327.

الإخلال بالواجب العام المتمثل في عدم إلحاق الضرر بالآخرين، ولقد إنتقد هذا الموقف بعض من الفقهاء على أساس أنه طبقاً للقواعد العامة لابد لقيام المسؤولية من إثبات الخطأ في جانب المسؤول، في حين تقام المسؤولية العشرية على أساس خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس، فهي توجد ولو لم يكن خطأ، بالإضافة إلى ذلك تتحقق المسؤولية التقصيرية عندما يرتكب شخص خطأ يسبب به ضرراً للغير حيث يكون المتضرر غير متعاقد مع مرتكب الخطأ، بينما ينطبق على المسؤولية العشرية أن الضرر يكون نتيجة عدم تنفيذ العقد¹.

ثانياً: الضمان العشري ذو طبيعة عقدية

ذهب بعض الفقه إلى اعتبار أن مسؤولية المقاول و المهندس الناشئة عن عقد المقولة ما هي إلا مسؤولية عقدية، وهي تضع على عاتق الضامن سلامة البناء من المخاطر التي يتعرض لها خلال فترة الضمان، وهو إلزام بتأمين المخاطر وهو مستقل عن الإلتزام بإقامة أو تشييد البناء، كما أن مضمون الإلتزامات العقدية يفرض واجبين هما الوفاء به بمجرد تسليم الأعمال التي تعهد بالقيام بها، والواجب الثاني هو أن يكون هذا التنفيذ محققاً للغرض منه، فلا يمكن للتأكد من سلامة الأعمال المسلمة وخلوها من العيوب، بالإضافة إلى أنه في عقد البيع مثلاً لا تنتهي إلتزامات البائع بمجرد تسليمه المبيع إلى المشتري وإنما يظل ملتزماً بعد ذلك بضمان العيوب الخفية وأن هذا الإلتزام ينشأ من العقد ذاته².

1 - عقيلة نوي، مرجع سابق، ص 328.

2- سمير عبد السميع الأودن، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشيدي البناء والمقاولين والمهندسين، مكتبة الإشعاع، 2000، ص21.

ثالثا: الضمان العشري ذو طبيعة خاصة

هذا الإتجاه يرى أن الضمان العشري له طبيعة خاصة وإستثنائية، لأن القانون قرّره سواء إتفق عليه الأطراف في العقد صراحة أو لا، فالقانون على الرغم من أنه جعل العقد مصدر هذا الضمان، إلا أنه يتدخل لتنظيم أحكامه بقواعد خاصة.¹

الفرع الثالث: نطاق الضمان العشري

سنقوم بدراسة نطاق المسؤولية العشرية من ناحيتين، فسننطلق إلى النطاق الشخصي بمعرفة أشخاص الضمان الشخصي من مسؤولين ومستفيدين، ثم نتطرق إلى النطاق الموضوعي والذي نتناول فيه موضوع الضمان العشري ومجال تطبيقه.

أولاً: النطاق الشخصي

يتضمن النطاق الشخصي للضمان العشري الأشخاص المسؤولين أو الملتزمين والأشخاص المستفيدين.

1-الأشخاص الملزمين بالضمان العشري

1-1-المركبي العقاري : لقد ألزم المشرع الجزائري المركبي العقاري بالضمان العشري في القانون 04/11 المتعلق بنشاط المتعلق بنشاط الترقية العقارية في المادة 3/26، ولقد عرّفت المادة 3 من نفس القانون على أنه "يعد مرقيا عقاريا في مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات أو تهيئة أو تأهيل شبكات قصد بيعها أو تأجيرها".

1-2-المقاول : المقاول هو الشخص الذي يتولى عملية البناء والتشييد، ودوره يتمثل في تنفيذ مضمون العقد بالرجوع إلى التصميمات والرسومات والنماذج المقدمة له، كما يقوم بإدارة جميع الأعمال اللازمة لتنفيذ إلتزامه، بما في ذلك إدارة العمليات وحراسة

¹ - أمينة ترياقي، مرجع سابق، ص49.

مواد البناء التي تقدم له، من واجبه أيضًا إبلاغ رب العمل والمهندس المشرف على المشروع بجميع الأخطاء التي قد تظهر في التصميمات والرسومات والنماذج، سواء كان على علم بها مسبقًا أم لا، كما يجب عليه إبلاغهم بجميع العيوب التي قد تظهر في التربة التي سيتم بناء المشروع عليها في الوقت المناسب.¹

أما بالنسبة للمقاولين من الباطن فهم المقاولين الفرعيين الذي وكل هم المقاول الأصلي بعمل أو جزء منه فهم مستثنون من الضمان العشري طبقا للمادة 554 ف 3، ولكن خلافا لذلك نرى أن قانون رقم 04/11 جعل المقاولين الثانويين متضامنين مع المرقى العقاري وذلك من خلال المادة 45 منه.²

1-3-المهندس المعماري: حسب نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري يعتبر المهندس المعماري أيضا من الملتزمين بالضمان العشري، فيكون المهندس المعماري واضح التصاميم مسؤولا عن تهدم البناء إذا لم يراعي فيها قواعد وأصول الفن المعماري والقيود والشروط التي تفرضها عليه القوانين، ولا يعفى المهندس المعماري من المسؤولية إذا كانت هذه الرسومات قد وقّع عليها من جانب رب العمل، أو اعتمدتها الجهة الإدارية المختصة حتى ولو كان المهندس في وضعه التصاميم الذي يثبت بعد ذلك عيبه يستجيب لرغبة العمل في خفض تكاليف البناء، ولكن إستثناءا يعفى المهندس المعماري من هذه المسؤولية في حالة ما إذا كان رب العمل قد إستبعد المشروعات التي أعدها هذا المهندس دون أن يستشير أو إستبدل تلك التصميمات بتصميمات مختلفة.³

1-4-المراقبون التقنيون : لقد أدخل المشرع الجزائري المراقب التقني ضمن طائفة الأشخاص الملزمين بأحكام الضمان العشري، وذلك بموجب المادة 178 من قانون التأمينات رقم 07/95، ويقصد بالرقابة التقنية العملية الفنية التي يكلف

1 - ريمة عباس، الأشخاص المسؤولون في الضمان العشري للمشيدين في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أولحاج بويرة، 2013، ص35.

2- أمينة ترياقي، مرجع سابق، ص 51

3 - ريمة عباس، مرجع سابق، ص 30.

بمقتضاها شخص، سواء طبيعيا أو معنويا، والذي تؤهله قدراته الفنية في المجال لذلك، بناء على طلب رب العمل، بفحص تدقيق المسائل الفنية التي يحددها رب العمل.¹

1-5- أشخاص آخرون: إن مصطلح "أي متدخل" الذي أشار إليه المشرع الجزائري بموجب المادة 46 من القانون رقم 04/11 بنصه "تقع المسؤولية العشرية على عاتق...المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع" خلف غموضا في تحديد ما المقصود بأي متدخل، فلم يحدّد المشرع الجزائري الأشخاص الذين يندرجون ضمن هذه الفئة، وبذلك يكون قد وسّع من طائفة الأشخاص المتدخلين.²

2-الأشخاص المستفيدين من الضمان العشري

يستفيد كل من رب العمل وخلفه العام من الضمان العشري، طالما لم يكن المقاول الرئيسي قد تعاقد من الباطن مع مقاولين فرعيين، ويشمل الضمان أيضًا المقتنين الذين آلت إليهم ملكية العقار بصفتهم مستفيدين شرعيين، أمّا في مجال الترقية العقارية فالمرقي العقاري هو الملزم بالضمان العشري.³

فإن المستفيدين من الضمان العشري هم المالكون المتوالون على البناية، ويعد مشتري العقار في عقد البيع على التصاميم هو المستفيد الأول من الضمان العشري فهو الشخص الأول الذي تنتقل إليه ملكية البناية من المرقي العقاري بموجب عقد البيع على التصاميم، ومن ثم يمكن إعتباره خلفا خاصا للمرقي العقاري الذي يعتبر بائع للبناية.⁴

فالخلف الخاص هو كل من إنتقلت إليه ملكية العقار على التصاميم عن طريق التنازل سواء كان بمقابل أو بدون مقابل، وهو ما جاء في القواعد العامة من خلال المادة 109 من القانون المدني الجزائري.⁵

1- فضيلة ميسوم، النظام القانوني لهيئة المراقبة التقنية للبناء، مجلة تشريعات البناء، العدد2، جوان 2017، ص125

2 - عائشة طيب، الحماية القانونية لمالك البناء في عقد البيع بناء على التصاميم، أطروحة دكتوراة، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، 2012، ص200.

3 - سلاف عزوز، مرجع سابق، ص50.

4 - أمينة ترياقي، مرجع سابق، ص53.

5 - مرجع نفسه، ص 53

أمّا بالنسبة للخلف العام نجد المادة 108 من القانون المدني الجزائري تنص على: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام..."، ويقصد بالخلف العام من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو جزء منها بإعتبارها مجموعة من المال كالوارث والموصي له بجزء من التركة في مجموعها¹.

ثانيا: النطاق الموضوعي

يقصد بالنطاق الموضوعي للضمان العشري الأضرار والعيوب الموجبة لقيامها، ولقد حدّد القانون المدني وبالأخص المادة 554 هذه الأضرار، بالإضافة إلى قانون التأمينات من خلال نص المادة 181، أما بصدور قانون 04/11 فلقد حدّدت المادة 46 منه على غرار المادة 554 من القانون المدني نطاق الضمان العشري من حيث الأضرار الموجبة لها وذلك في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضيه الأساس².

1- تهدم البناء

يقصد بالبناء حسب المادة 2 ف1 من القانون رقم 08/15 الذي يحدد قواعد مطابقة البنايات واتمام انجازها هو: "كل بناية أو منشأة يوجه إستعمالها للسكن أو التجهيز أو النشاط التجاري أو الإنتاج الصناعي والتقليدي أو الإنتاج الفلاحي أو الخدمات"، كما عرفه أيضا القانون رقم 04/11 المحدد لنشاط الترقية العقارية³.

في حالة تهدم البناء الذي شيّده المرقى العقاري تقوم مسؤوليته الكاملة، ويقصد بالتهدم هو تفكك وانفصال البناء عن الأرض⁴، ويمكن أن يكون هذا التهدم كلياً أو جزئياً ويمكن أن يكون هذا التهدم عبارة عن سقوط حائط أو تصدعه أو سقوط سقف أو إنهاء المنزل كلياً أو سقوط السلم فقط، وكل هذا يعود إمّا لرداءة نوعية المواد المستعملة في

1 - مرجع نفسه، ص 53.

2 - عقيلة نوي، مرجع سابق، ص 305.

3 - عرّفه القانون رقم 04/11 على أنه: "كل عملية تشييد بناية و/أو مجموعة بنايات ذات الإستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني".

4 - محمد حسين منصور، مرجع سابق، 123.

البناء، أو وجود عيب سابق في الأرض، وهذا ما نصّت عليه المادة 554 من القانون المدني: "...ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض"، والتهدم المقصود به هو التهدم الغير الإرادي الراجع إلى سوء الصنعة أو سوء المواد المستعملة، وتفترض مسؤوليته بمجرد حدوث التهدم دون البحث في السبب الناجم عنه، إلا أنه يستطيع دفع المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي كالحريق.¹

نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالمفهوم الضيق للعيب الذي يؤدي للهدم والذي يقتصر على العيب المادي دون العيب القانوني، وهذا ما ذهب إليه البعض من الفقه الفرنسي حيث يرى أن الأسباب القانونية للتهدم لا تدخل في إطار الضمان العشري حتى لو أدت إلى الهدم وإدانة مالك البناء²، وعليه كل تهدم لا يرتبط بعملية التشييد بالمعنى المادي لا يمكن إخضاعه لأحكام الضمان العشري³ طبقاً لنص المادة 554 من القانون المدني.

2-وجود عيب في البناء

لم ينص القانون 04/11 على العيوب التي تهدد سلامة البناء، بل اقتصر فقط على تهدم البناء، لكن بالرجوع إلى القانون المدني في المادة 554 منه التي جاء فيها "...ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانه البناء وسلامته"، فكل عيب يهدد سلامة البناء يدخل ضمن الضمان العشري.

ويقصد بالعيوب حسب المادة 3/23 في القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 1988/5/15 على أنه: "يقصد بالعيوب كل عيب في المواد أو المنتوجات أو عمل غير متقن من شأنه أن يهدد فوراً أو بعد مدة إستقرار المشروع وعمله في ظروف طبيعية"، بناءً على ذلك، يمكن أن تتنوع العيوب التي قد تظهر في البناء وتكون محل عقد البيع على التصاميم، قد تكون هذه العيوب عبارة عن مشاكل في عملية التشييد، مثل الأخطاء في

¹ - عقيلة نوي، مرجع سابق، ص309.

² - أمينة ترياقي، مرجع سابق، ص54.

التنفيذ، أو عيوب في الأرض التي تم بناء المبنى عليها، أو عيوب ناجمة عن المواد المستخدمة في البناء¹.

ولقد قيّد المشرع الجزائري العيب الموجب للضمان العشري بشرطين فيجب أن يكون هذا العيب خفياً كما يجب أن يكون جسيماً.

أ- أن يكون العيب جسيماً

يجب أن يكون العيب على درجة من الخطورة فيهدد سلامة البناء، ولقد نصّت المادة 554 من القانون المدني الجزائري على أن الضمان العشري يغطي الأضرار التي تصل إلى درجة التهدم الكلي أو الجزئي للبناء، بالإضافة إلى ضمان العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته، حتى لو كانت ترجع لعيوب في الأرض²، ووسّعت المادة 181 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات، مجال الضمان العشري ليشمل العيوب التي تؤثر على صلابة عناصر تجهيزات البناء، طالما كانت تلك العناصر من الأجزاء الرئيسية للمنشأة العقارية، فالضمان العشري يضمن فقط الأضرار والعيوب الكبيرة التي تتعلق بتهدم البناء و المساس بسلامته، دون العيوب الصغيرة التي تتعلق بالخدوش الصغيرة في البناء أو الطلاء...

ب- أن يكون العيب خفياً

يقصد بالعيب الخفي كل خلل يؤثر على البناء ويتطلب تدخلاً لإصلاحه، و يكون هذا غير مدرك لصاحب العمل عند تسلم المشروع³

ويرجع إشتراط خفاء العيب لأعمال المسؤولية العشرية إلى طبيعة عملية التسليم، إذ تعتبر بمثابة براءة ذمة المشيدين إتجاه رب العمل، متى إستلم المشروع دون تحفظات، وهو ما يؤكد موافقته على الأشغال بالوضعية التي سلمت بها، وهذا القبول يغطي العيوب

1 - مرجع نفسه، ص56.

2 - سلاف عزوز، مرجع سابق، ص52.

3 - عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة للمهندس المعماري ومقاول البناء، الطبعة 1، دار الفكر العربي، مصر، 1987، ص315.

الظاهرة وعيوب التصميم، ويبقى العيب الخفي وحده مبررا لتطبيق الضمان العشري للمشيدّين وتحديد صفة الظهور أو الخفاء في عيب البناء أو التصميم هي مسألة واقع تخضع لتقدير القاضي لاسيما أن المشرع لم يحدد المعيار المعتمد في تقدير خفاء العيب، إلا أنه قياسا على الأحكام العامة في نظرية العيوب الخفية يؤخذ بمعيار الرجل العادي.¹

ثالثا: النطاق الزمني

إن أهم ما يميز الضمان العشري ويجعله يخرج عن نطاق القواعد العامة هو إرتباطه بجانب زمن محدد، والذي يكتسي أهمية بالغة بالنسبة لتطبيق قواعد هذه المسؤولية الخاصة حيث لابد لتطبيقها أن يحدث تدهم البناء أو يظهر عيب يهدد متانه البناء وسلامته عناصر التجهيز فيه خلال مدة 10 سنوات.²

لم يتضمن القانون 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية السابق ذكره أي إشارة لمدة الضمان العشري، لكن بالرجوع إلى القواعد العامة، فقط حدّد المشرع الجزائري في المادة 540 من القانون المدني الجزائري مدة الضمان العشري بنصّه "وتبدأ مدة السنوات العشر(10) من وقت تسلم العمل نهائيا"، كما نجد في المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 12/85 المتضمن دفتر الشروط المحدد للإلتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري قد نصت "...يتحمل المرقي العقاري خلال مدة عشر سنوات مسؤوليته التضامنية مع مكاتب دراسات والمقاولين والشركاء والمقاولين الفرعيين وأي متدخل اخر..."

نلاحظ أن المشرع الجزائري إتخذ تاريخ التسليم النهائي للعمل تاريخا صريحا لبدء سريان مدة عشر سنوات وبما أن التسليم النهائي للبناء في عقد البيع وفقا للمادة 2/34 من قانون 04/11 بتحرير محضر التسليم لدى الموثق الذي حرّر العقد، أي أن مدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ تحرير محضر التسليم.³

1 - عقيلة نوي، مرجع سابق، ص317.

2- مرجع نفسه، ص 319

3 - أمينة ترياق، مرجع سابق، ص58.

وتعد مدة الضمان العشري من النظام العام، فلا يجوز الإتفاق على تعديلها، فنجد أن المادة 556 من القانون المدني نصت على أنه " يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو الحد منه"، كما جاء في نص المادة 45 من القانون 04/11 "يعد باطلا وغير مكتوب كل بند في العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمان المنصوص عليه في أحكام هذا القانون"، وبناء على هذا نجد أن المشرع كان صريحا في الشرط بشأن بطلان شرط الإعفاء أو الحد من مدة الضمان العشري، وأصبح بذلك متعلقا بالنظام العام ولا يصححهم الاتفاق.¹

المطلب الثاني: آثار الضمان العشري

يحق للمستفيد الحق في الرجوع على المدين بدعوى الضمان العشري، وذلك في حال وقوع الضرر خلال مدة الضمان المقدرة بعشر سنوات من التسليم النهائي.

وستنطبق في هذا المطلب أطراف دعوى الضمان العشري ومدة تقادمها (الفرع الأول)، ثم مضمون دعوى الضمان العشري (الفرع الثاني)، وصولا إلى وسائل دفع المسؤولية العشرية.

الفرع الأول: أطراف دعوى الضمان العشري ومدة تقادمها

ترفع دعوى الضمان العشري كأى دعوى من الدعاوى القضائية بين طرفين، وهما المدعي والمدعي عليه، ويجب أن ترفع هذه الدعوى في الآجال المحددة في القانون.

أولا: أطراف دعوى الضمان العشري

تنشأ دعوى الضمان العشري بين المدعي والمدعى عليه، حيث يكون المدعي هو المستفيد من هذا الضمان، وهو الشخص الذي إشتري العقار في عقد البيع على التصاميم أو الشخص الذي تؤول إليه ملكية البناء، ويعتبر المدعى عليه في هذه الدعوى هو الملتزم

¹ - عقيلة نوي، مرجع سابق، ص319.

بالضمان العشري، والذي يكون عادة المقاول أو المهندس المعماري الذي قام بإنشاء العقار.

1 -المدعي: كأصل عام فإن صاحب الحق في رفع دعوى الضمان العشري هو رب العمل في عقد المقاول أو المقتني في عقد البيع فهو صاحب الصفة في ممارسة دعوى الضمان العشري ضد الملتزمين متضامين فيما بينهم، أو من آلت إليهم ملكية العقار كالخلف العام أو الخلف الخاص، لذلك يحق لمقتني العقار رفع دعوى ضد المتعاقدين في عملية البناء الذين عزموا هذه المسؤولية، ويمكنه متابعتهم بموجب الضمان العشري لتعويض الأضرار أو العيوب التي تظهر خلال فترة الضمان المقررة¹.

2-المدعى عليه: يعد المدعى عليه هو الملتزم والمسؤول بالضمان العشري، وبالرجوع إلى القانون رقم 04/11² فإنه يعد كل من والمقاول ومكاتب الدراسات المتدخلين الآخرين مسؤولين بالضمان العشري، وكذلك بالرجوع إلى المادة 554 من القانون المدني فإنه يعد كل من المهندس المعماري والمقاول مسؤولين متضامين فيما بينهم على كل ما يمكن ان يحدث من تهدم البناء كلياً او جزئياً.

كما يُفضّل الدائن دائماً الرجوع إلى المرقى العقاري لأنه الطرف المباشر في العلاقة بينهما، وفي حالات نادرة قد لا يرفع المقتني دعواه ضد المرقى العقاري، سواء بسبب غيابه أو عدم ملاءة ذمته، في هذه الحالة، يمكنه رفع الدعوى ضد بقية الملتزمين بالضمان مثل المقاولين وغيرهم، وذلك للتعويض عن الأضرار أو العيوب التي تظهر خلال فترة الضمان³.

¹- عقيلة نوي، مرجع سابق، ص 339.

²- تنص المادة 46 القانون رقم 04/11 على أنه: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات و المقاول و المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد....".

³ - عقيلة نوي، مرجع سابق، ص339.

ثانياً: تقادم دعوى الضمان العشري

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى مدة رفع دعوى المسؤولية العشرية في القانون رقم 04/11 ولكن بالرجوع الى القواعد العامة نجد أن المشرع الجزائري حدّد مدة رفع هذه الدعوى في المادة 557 من القانون المدني والتي تنص على "أنه تسقط دعوى الضمان بإنقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهم أو اكتشاف العيب"، فتعتبر هذه المدة المحددة بثلاث سنوات مدة تقادم وليست مدة سقوط، فهي تقبل الوقف والإنقطاع بالطرق المعروفة، مثل إقرار المسؤول بحق المشتري في الدعوى أو بالمطالبة القضائية عن طريق دعوى موضوعية بالنسبة للإنقطاع، أمّا بالنسبة للوقف فلإن التقادم لا يسري كلما وجد مانع يمنع الدائن من المطالبة القضائية.¹

بخلاف المشرع الفرنسي، يفرّق المشرع الجزائري والمصري بين مدة الضمان ومدة دعوى الضمان، فقد جعلوا مدة الضمان عشر سنوات ومدة دعوى الضمان ثلاث سنوات تبدأ من يوم حصول التهم أو إكتشاف العيب، أمّا المشرع الفرنسي، فقد وحد بين مدة الضمان ومدة دعوى الضمان بعشر سنوات، مما أدّى إلى الإلتباس بشأن قابلية مدة الضمان للإنقطاع في حالة رفع الدعوى.²

ويبدأ سريان مدة 3 سنوات من وقت إكتشاف العيب أو حدوث التهم، فإذا تم إكتشاف العيب في السنة العاشرة يكون للمشتري الحق في رفع دعوى الضمان خلال ثلاث سنوات يبدأ سريانها من وقت إكتشافه للعيب.³

كما تتعلق مدة الضمان بالنظام العام، فلا يمكن التنازل عن حقوق الضمان مسبقاً، ومع ذلك، يمكن التنازل عن هذه الحقوق بعد تحديد سبب الضمان، سواء كان تهديماً أو عيباً، لأن الضمان في هذه الحالة يتحول إلى حق شخصي و هذا الأخير يمكن التنازل عنه، ويعتبر القضاء المهندس والمقاول مسؤولين عن النتائج والمضاعفات التي تحدث

¹ - مرجع نفسه، ص 340.

² - عايدة مصطفاوي، الضمان العشري والضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، دفتر السياسة والقانون، جامعة سعد دحلب البليدة، عدد 6، جانفي 2016، ص 272.

³ - أمينة ترياقي، مرجع سابق، ص 61.

خارج مدة الضمان إذا كان سببها قائما خلال هذه المدة كما، لا يلزم المستفيد من الضمان بمدة الضمان إذا كان التهدم أو العيب الذي أصاب البناء راجعا إلى غش الملتزم بالضمان بصفة عامة¹، إذ يجوز عندئذ الرجوع عليه بدعوى المسؤولية التقصيرية التي لا تتقدم إلا بمرور 15 سنة من وقت وقوع الغش طبقا للمادة 133 من القانون المدني².

الفرع الثاني: مضمون دعوى الضمان العشري

متى تحققت أسباب الضمان العشري المتمثلة في التهدم الكلي أو الجزئي للبناء، أو حدوث عيب يهدد سلامته، كان لمالك البناء الحق في رفع دعوى ضد المرقى العقاري، وإن الهدف من الدعوى يكمن في إعادة إصلاح أو بناء ما تهدم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليها سابقا متى كان ذلك، فإن إستحال ذلك حكم لمقتني العقار بالتعويض جبرا عن الضرر الذي لحق به³.

يخضع التعويض للقواعد العامة طبقا لنص المادتين 164 و 176 من القانون المدني الجزائري ويكون في صورتين تعويض عيني وتعويض بمقابل (أولا)، كما يخضع تقدير التعويض للقواعد العامة (ثانيا).

أولا: صور التعويض

إن تعويض مقتني العقار عن الأضرار التي لحقت به يخضع للقواعد العامة التي تقتضي إلزام المدين (المرقى العقاري) بتنفيذ إلتزامه عينا متى كان ذلك ممكنا، أما إذا إستحال عليه تنفيذ إلتزامه عينا حكم عليه بالتعويض.

1- التعويض العيني

إن تنفيذ الإلتزام عينا هو الأصل لأنه يؤدي إلى إزالة الضرر ومحوه، ويقصد به إعادة الحالة إلى ما كانت عليه إذا كان ذلك ممكنا، وهو التعويض للمضرور الذي يلجأ

1 - عابدة مصطفىوي، مرجع سابق، ص 273.

2 - أنظر المادة 133 من القانون المدني الجزائري.

3 - عائشة طيب، عائشة، مرجع سابق، ص 236.

إليه القاضي طبقا لنص المادة 132 فقرة 1 ق.م.ج¹، فالأصل العام في جميع الإلتزامات أيا كان مصدرها هو التعويض العيني².

متى أثبت المقتني العيب أو التهدم كان له أن يقوم بإعذار المرقى العقاري أو المتدخلين في عملية البناء ومطالبتهم بتنفيذ إلتزامهم عينا إذا كان ذلك ممكنا، ولمقتني العقار أن يطلب ترخيص من القاضي لتنفيذ الإلتزام عينا على نفقة المرقى العقاري متى كان ذلك ممكنا، غير أن نص المادة 57 من القانون رقم 04/11 منع مقتني من ذلك في حالة واحدة حيث جاء في نص المادة: "...يمنع على كل مقتني من مواصلة إنجاز البناء بدلا من المرقى العقاري الذي كان موضوع إعتماده"، يتضح من نص المادة أنه لمقتني العقاري الحق في طلب ترخيص من القاضي من مقتني أخذ على نفقة مرقى عقاري أصلي لتنفيذ الإلتزام، أما في حالة اذا تعذر ذلك يتحصل مقتني العقار على حكم يجبر المرقى العقاري على تنفيذ الإلتزامه على دفع غرامة تهديدية³.

وإمكانية الحكم بالتعويض العيني هي مسألة تقديرية تخضع لسلطة قاضي الموضوع، فالقاضي غير ملزم للحكم به إلا إذا كان ممكنا أو طلبه الدائن أو عرضه عليه المدين⁴.

2- التعويض بمقابل

يعتبر التعويض بمقابل أو التنفيذ عن طريق التعويض طريق من طرق جبر التعويض بدلا عن التنفيذ العيني، يحكم به القاضي في الحالة التي يتعذر فيها التعويض العيني أو تأخر المدين عن تنفيذ الإلتزامه، فطبقا لنص المادة 176 من القانون المدني الجزائري على القاضي الحكم بالتنفيذ بمقابل كما يجب أن يكون الضرر مباشرا أو حقيقيا لا احتماليا، ويشمل التعويض تهدم أو عيب في البناء وما يرتبط بذلك من نتائج طبقا لقاعدة ما لحق المقتني من خسارة وما فاتته من كسب، فمثلا تصدع الجدار يتطلب نفقات

1 - أنظر المادة 123 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري.

2 - سيد علي معيوف، المسؤولية العشرية لمشيدي البناء والمنشآت الثابتة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أولحاج، بويرة، 2012-2013، ص99.

3 - أمينة ترياقي، مرجع سابق، ص 62.

4 - سيد علي معيوف، مرجع سابق، ص102.

الإصلاح أو إعادة بناء أو ترميمه، كذلك النفقات التي تخص لصق ورق الحائط الطلاء، كلها تدخل في نطاق التعويض¹.

ثانياً: تقدير التعويض

يشمل التعويض في مجال المسؤولية العشرية فضلاً عن الضرر المترتب عن التهدم أو ظهور عيب مؤثر في البناء الضرر الذي يعد نتيجة مباشرة عن ذلك التهدم أو العيب المؤثر كالضرر الذي يلحق المالك في شخصه بعد تسلمه للبناء من جراء تهدد هذا الأخير بسبب عيوب فيه²، فطبقاً لنص المادة 182 من القانون المدني الجزائري: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدّره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خساره وما فاتته من كسب بالشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعته الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"، فإن التعويض المستحق لرب العمل يشمل كل ما لحق مقتني العقار من خسارة ومن فاتته من كسب كما ذكرنا الأضرار التي تلحق المالك في شخصه وأمواله بسبب تهدم البناء، وما يترتب عن ذلك من ضياع للكسب والمنفعة التي كانت تعود عليه من الاستفادة من تهدم البناء³.

الفرع الثالث: دفع المسؤولية العشرية

في حالة ما إذا أثبت الملتزم بالضمان العشري أن تهدم البناء كان ناتجاً عن سبب أجنبي سواء بسبب قوه قاهرة أو خطأ رب العمل أو خطأ الغير، فإنه يعفى من المسؤولية العشرية، فالمسؤولية العشرية تقوم على أساس إقراض المسؤولية بمعنى أنها تقوم دون الحاجة إلى إثبات خطأ المسؤول المتسبب في الضرر فيكفي ظهور العيب وقيام الضرر من هذه المسؤولية مع مراعاة الأسباب التي تعفي من هذه المسؤولية وهي كالاتي:

1 - أمينة ترياقي، مرجع سابق، ص 63، 62.

2 - سيد علي معيوف، مرجع سابق، ص 103.

3 - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 151، 150.

أولاً: القوة القاهرة

تعتبر القوة القاهرة من الأسباب التي تعفي المسؤولين بالضمان العشري من المسؤولية العشرية، والقوة لقاهرة في الضمان العشري هي ما لم يمكن توقعه حسب نص المادة 107 ف3 من القانون المدني الجزائري و التي تنص: "غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها..."، ومالم يمكن دفعه كالزلازل مثلاً، ويجب أن تتوفر علاقة سببية بين القوة القاهرة وظهور العيب، فلا يمكن أن تقوم المسؤولية في حالة إنعدام هذه العلاقة، وتعود للقاضي سلطة تقدير ما إذا كان الحادث يمثل قوة قاهرة تعفي الملتزم من المسؤولية العشرية وفقاً لظروف الزمان والمكان الذي وقع فيه، فيجب على المقاتل مثلاً أن يعتمد على المعايير الحديثة لمقاومة الزلازل، وبالتالي لا يمكن التمسك بها للتخلص من المسؤولية العشرية وأيضاً يعد المرقى العقاري مسؤول عن تدهم البناء إذا كان راجعاً إلى النوعية الرديئة لأرضية الأساس، كما هو مسؤول عن حسن تنفيذ المشروع وينبغي عليه مراقبة المواد المستعملة في البناء والتحكم من صلاحيته ومطابقة هذه المواد للمواصفات.¹

ثانياً: خطأ رب العمل

يعتبر خطأ رب العمل من الأخطاء التي تعفي المشيدين من المسؤولية العشرية، ويترتب خطأ رب العمل في غالب الأحيان من خلال ما يقوم به من تصرف أو فعل يتسبب في خلق الضرر أو يؤدي إلى تفاقمه، فيمكن أن يكون خطأ في الحراسة أو خطأ في الصيانة، كما يمكن أن يكون خطأ في التعديلات التي يجريها الملاك، وقد يحدث خطأ رب العمل قبل البدء في تلقي الأعمال فمثلاً إذا أعطى تعليمات خاطئة أو توريد مواد معيبة أو وضعه تصميمًا معيبًا، كما قد يحدث خطأ رب العمل بد إنجاز الأعمال وتسليمها وذلك بسبب المراقبة السيئة للبناء أو الإستعمال الخاطيء له.²

¹ - عقيلة نوي، مرجع سابق، ص347.

² - سيد علي معيوف، مرجع سابق، ص116.

ثالثاً: خطأ الغير

قد يرجع التهدم أو ظهور العيب في البناء الى خطأ الغير، ويقصد بالغير هنا الشخص الأجنبي عن عملية التشييد، ويمكن أن يكون هذا الشخص له صلة بعملية البناء، مثلاً كسقوط بناية بسبب تدخل مرقى عقاري آخر قام بعملية حفر بجوار هذا البناء، كما يمكن أن يكون هذا الغير ممن له صلة بعملية التشييد، فقد يكون مهندس سابق أو مراقب فني سابق، أو مرقى عقاري سابق قام بإنجاز البناء بسبب عدم تنفيذ مرقى عقاري سابق لإلتزامه بإتمام الإنجاز، فغالبا ما يكون هذا الخطأ الذي يرتكبه الغير سبب في الإعفاء من المسؤولية العشرية.¹

1 - عقيلة نوي، مرجع سابق، ص350.

المبحث الثاني: ضمان الأضرار

لم يكتفي المشرع الجزائري بإلزام المرقى العقاري بالضمان العشري، وإنما ألقى على عاتقه ضمانات خاصة لا وجود لها في القواعد العامة، تحقيقاً لحماية فعالة وكاملة لمقتني العقار، حيث أقر ضمان الأضرار المتمثل في ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، وضمان حسن سير عناصر التجهيز، وهذين الضمانين نص عليهما المشرع بموجب المرسوم التشريعي 03/93 الملغى بموجب القانون 04/11¹.

ولدراسة هذا الضمان يتعين علينا التطرق إلى: ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز (المطلب الأول)، وضمان حسن سير عناصر التجهيز (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

إعتمد المشرع الجزائري هذا الضمان الخاص في نص المادة 3/26 من القانون 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، وسنتطرق في هذا المطلب إلى: مفهوم ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز (الفرع الأول)، ثم تحديد نطاقه (الفرع الثاني)، الآثار المترتبة عنه (الفرع الثالث)، دعوى ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز (الفرع الرابع)، دفع ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز (الفرع الخامس).

الفرع الأول: مفهوم ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

بعد تسلم المقتني للعقار محل عقد البيع على التصاميم، وفقاً لشروط المتفق عليها، وجب عليه التأكد من أن العقار الذي إستلمه صالحاً للإستعمال، وإن لاحظ وجود أي خلل أو عيب فيه يحول دون الإنتفاع به لغرض الذي أعد لأجله يقوم بإخطار المرقى العقاري لإصلاح ذلك العيب.

¹- علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 04/11، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق و العلوم السياسية بـودواو، جامعة محمد بوقرة بومرداس، 2015-2016، ص 120.

أولاً: تعريف ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

يعد هذا الضمان حديث النشأة، بحيث لا وجود له في القواعد العامة إنما نجد بواده في المرسوم التشريعي 03/93 الملغى، حيث جاء في نص المادة 14 منه بقولها: ".... غير أنه ليس لحيازة الملكية و شهادة المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية المدنية المستحقة و لا من ضمان حسن إنجاز المنشأة التي يلتزم بها المتعامل في الترقية العقارية خلال أجل سنة واحدة"، كما نص عليه القانون رقم 04/11 في المادة 26 فقرة 3 كما يلي: "غير أن حيازة وشهادة المطابقة لاتعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض لها المرقى العقاري، و لا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى العقاري طيلة سنة واحدة". وتجدر الإشارة أن الإختلاف الوحيد بين هاتين المادتين يكمن في التسمية، إذ كان يطلق عليه بموجب المرسوم التشريعي 03/93 بضمان حسن الإنجاز، بينما أطلق عليه بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز في إطار القانون رقم 04/11، والواضح أن عبارة ضمان إنهاء الأشغال سقطت سهواً بموجب المرسوم التشريعي السالف الذكر، وأن إنهاء الأشغال من قبل المرقى العقاري يعتبر جزءاً من عناصر حسن الإنجاز¹.

إضافة إلى ذلك أن المشرع الجزائري لم يعرف هذا الضمان، بخلاف المشرع الفرنسي الذي سماه "بضمان إنجاز الأعمال على الوجه الأكمل"، *garantie de parfait achèvement*².

تنص المادة 6-1792 من القانون المدني الفرنسي³ بأنه: "يلتزم مقاول البناء على ضمان حسن الإنجاز خلال مدة سنة من يوم تسليم الأعمال، بإصلاح جميع العيوب المشار إليها من قبل رب العمل سواء عن التحفظات المذكورة في محضر التسليم أو عن طريق الإخطار الكتابي بالنسبة للعيوب اللاحقة عن التسليم".

¹ - علي بن علي، مرجع سابق، ص 120.

² - أمينة ترياقي، مرجع سابق، ص 64.

³ - Art :1792-6 «...la garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu un an à compter de la réception, s'étend à la réception de tous désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception ».

إن أصل هذا الضمان هو عقد المقاوله، وبالتالي إلتراما قانونيا يلتزم بموجبه المرقى العقارى بإصلاح كل خلل أو عيب يظهر فى البناء، ويحول دون إنتفاع مقتنى العقار به عن إستلامه ، وأن يخطر المتعامل بالترقية إذا لاحظ وجود عيب لإصلاحه، مع الإشارة إلى ذلك فى محضر التسليم¹.

بالإضافة إلى ذلك فإن ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز شأنه شأن الضمان العشري، وهذا طبقا للمادة 45 من القانون 04/11²، والتي تعتبر كل إتفاق باطل يهدف إلى الإقصاء أو الحد من المسؤولية والضمانات المنصوص عليها فى القانون المنظم لنشاط الترقية العقارية وتلك المنصوص عليها فى جميع القوانين والتنظيمات السارية المفعول³.

ويتضح أن المشرع تبنى حماية فعالة وكاملة لمقتنى العقار بموجب قانون الترقية العقارية، بنص على عدم إمكانية إعفاء المرقى العقارى من الضمانات أو الإنقاص منها، طالما أنه يستفيد منها بشكل كلى، وهذا من أجل تحقيق الإنتفاع بالعقار محل العقد إنتفاعا هادئا وكاملا، ومن ناحية أخرى لو تم فتح مجال إمكانية التقليل أو الإعفاء من الضمانات لسعى المرقى جاهدا لتهرب من كل المسؤولية المدنية التي تترتب عن هذه الضمانات، وتجريد المشتري من الحماية الممنوحة له قانونا⁴.

الفرع الثانى: نطاق ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

إن تطبيق نطاق أحكام ضمان الإنهاء الكامل لإشغال الإنجاز، يستدعى تحديد أشخاص معينين يشكلون نطاق تطبيقه الشخصى(أولا)، كما يستلزم تحديد العيوب والأعمال محل الضمان، والتعرف على الأسباب التي تستوجب تطبيقه، مما يشكل النطاق الموضوعى لهذا الضمان (ثانيا)، وأخيرا تحديد نطاقه الزمنى(ثالثا).

¹-نسبية أعمار،الأليات القانونية لحماية المشتري فى عقد البيع على التصاميم، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم الساسية، جامعة أدرار، 2018-2019،ص 210.

²- مرجع نفسه، ص222،223.

³- أنظر المادة 45 من القانون 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

⁴- نسبية أعمار، مرجع سابق، ص 223.

أولاً: النطاق الشخصي

تقتضي دراسة النطاق الشخصي لهذا الضمان التطرق: إلى الأشخاص الملزمين بضمان الإنهاء الكامل لإشغال الإنجاز، والمستفيدون منه.

1-الأشخاص الملزمين بالضمان

حسب نص المادة 3/26 من القانون 04/11، فإن الملتزم الوحيد بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز هو المرقى العقاري.

فالمشرع الجزائري ألزم المرقى العقاري بهذا الضمان دون باقي المتدخلين في عملية البناء من مقاولين ومهندسين ومعماريين، وباقي المتدخلين في البناء بموجب عقد الذين يلتزمون بالضمان العشري كما سبق الإشارة إليه¹، والحكمة من إلزام المرقى العقاري وحده بهذا الضمان هو حماية مقتني العقار، نظراً للعلاقة التعاقدية التي تربطهما، مما يسهل على المشتري الاستفادة من هذا الضمان، على خلاف المشرع الفرنسي الذي إلزم المقاول فقط بهذا الضمان، طبقاً لأحكام المادة 1792-6 من ق.م.ف².

2-الأشخاص المستفيدين من الضمان

يعتبر مقتني العقار المستفيد الوحيد من أحكام هذا الضمان، بإعتباره طرفاً في العقد، وهو ما يتضح من نص المادة 03/26 السالفة الذكر.

لكن مع ذلك منح المشرع الجزائري للمتعامل في الترقية ضمان آخر بموجب المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 1991/11/04 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والمعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 301/03 المؤرخ في 2003/09/11 وهو ما يسمى بضمان كفالة حسن التنفيذ، طبقاً لنص المادة 84 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 التي جاء في نصها: "يتعين على المتعامل المتعاقد أن

¹ - لكن هذا لا يعني أن كل من المقاولين و المهندسين المعماريين لا يلتزمون بهذا الضمان، وإنما يلتزمون به إتجاه المرقى العقاري في إطار عقد المقولة الذي يربطهم، ذلك أن أصل هذا النوع من الضمان هو عقد المقولة.

² - عائشة طيب، مرجع سابق، ص24

يقدر كفالة حسن التنفيذ الصفة زيادة على كفالة رد التنسيقات المنصوص عليها في المادة 63 أعلاه...".

وتقدر هذه الكفالة أثناء القيام بأول وضعية أشغال من 5 % إلى 10 % من مبلغ هذه الصفة.

بالإضافة إلى ذلك فإن هذا الضمان ينتقل إلى الخلف العام للمشتري طبقا للقواعد العامة بموجب المادة 108 ق.م.ج، بإعتباره حقا ماليا، كما ينتقل حق الضمان إلى الخلف الخاص حسب نص المادة 109 ق.م.ج¹.

ثانيا: النطاق الموضوعي

لدراسة النطاق الموضوعي لضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، ينبغي لتطرق إلى الأعمال والعيوب التي تشكل محل تطبيق هذا الضمان، ثم الأسباب الموجبة لتطبيقه.

1-الأعمال والعيوب التي تشكل محل تطبيق أحكام هذا الضمان

حسب المرسوم التشريعي 03/93 الملغى و القانون 04/11، فإن المشرع الجزائري لم يحدد العيوب والأعمال التي تشكل محل تطبيق موضوع هذا الضمان، وإكتفى بتحديد كالتزام يقع على عاتق لمركبي العقاري، هذا يعني أن المشرع قصد بذلك شمولية الضمان لكل العقار، دون التفريق بين عناصره التكوينية والتجهيزية².

ولعل مرد سكوت المشرع عن الأعمال التي يرد عليها الضمان، هو توسيع مجال ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، وأن كل مايخرج عن نطاق المسؤولية العقدية والضمان العشري، يكون محلا لضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، فقد يشمل العيوب

¹ - عائشة طيب، مرجع سابق، ص164.

² - عبد الحفيظ بحورة، النظام القانوني لترقية العقارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال(إستثمار)، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالم، 2016-2017، ص194.

الظاهرة والعيوب المطابقة وعيوب التشطيب...، وهي مسألة موضوع ترجع لسلطة التقديرية للقاضي¹.

2- الأسباب الموجبة لتطبيق ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

جاء في نص المادة 44 من القانون 04/11 مايلى: "تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية صلاح العيوب...."، يتضح من نص المادة أن الأسباب الداعية لإعمال ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، إما في ظهور عيوب بالبناء أو خلل يشوب العقار.

إلا أن المشرع في المرسوم 03/93 كان أكثر دقة في تحديد العيوب التي يستلزم إصلاحها من طرف المتعامل في الترقية العقارية، إذ كان ينص صراحة في المادة 15 منه، أن العيوب التي كانت محل تطبيق هذا الضمان هي العيوب الظاهرة، بإعتبار أن العيوب الخفية يشملها الضمان العشري كما بيناه سابقا، في حين أنه إكتفى بذكر مصطلح العيوب في نص المادة 44 من القانون 04/11 دون تحديد لصفاتها².

ثالثا: النطاق الزمني

إن تحديد الاشخاص الملزمين بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، والمستفيدين منه و العيوب التي تشكل محل تطبيق هذا الضمان غير كافي، دون تحديد الإطار الزمني الذي يمنح للمستفيدين الحق في إستعمال هذا الضمان³.

يقصد بالنطاق الزمني، المدة الزمنية التي يبقى فيها المرقى العقاري ملزما بهذا الضمان، فالبرجوع إلى نص المادة 26فقرة 3 قانون 04/11 نجدها تنص صراحة على أن مدة ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز هي سنة وحدة.

لكن مايعاب على نص هذه المادة أنها لم تحدد الوقت الذي يبدأ فيه سريان هذا الضمان¹، وهذا مارتب إختلاف بين رجال القانون، فهناك من يرى أنها تخضع لإرادة

¹ - عائدة مصطفىوي، مرجع سابق، ص 262.

² - عقيلة نوي، مرجع سابق، ص 400، 401.

³ - لامية كتو، عقد البيع على التصاميم في إطار القانون رقم 04/11 المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، ص 181.

الأطراف المتعاقدة، إذ يقع عليهما تحديد مدة بدأ سريان هذا الضمان، طبقا لما جاء في نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم 58/94 الملغى الذي يلزم الطرفين على تحديد آجال تدارك العيوب، وإلا سقط حق المشتري في إصلاح هذه العيوب، بينما ذهب الرأي الغالب إلى أن مدة سريان هذا الضمان تبدأ من تاريخ تسليم البناية².

في حين أن نموذج عقد البيع على التصاميم الصادر بموجب المرسوم 431/13 تدارك الموقف و نص أن مدة الضمان تسري من تاريخ حيازة البناية، بموجب محضر التسليم الذي يحرره الموثق وهذا بنصه صراحة تحت عنوان ضمان حسن التنفيذ على: "إن هذا الضمان صالح لمدة سنة ابتداء من تاريخ الحيازة.....".

ومنه إذا كان هذا النموذج لم ينص على مدة سنة المخصصة لهذا الضمان، فإنه ماجاء في المادة 26 السالفة لذكر هو الواجب الأخذ به، فالقانون 04/11 هو الأقوى من حيث الإلزامية، والدرجة العليا في هرم القوانين وأن مرسوم 431/13 جاء لتطبيق القانون 04/11³.

وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها 1007602⁴ الصادر بتاريخ 2005/11/19 ومفاد هذا المبدأ: "عدم تحرير المرقى العقاري محضر معاينة حضوري يمضى من كلا الطرفين، يفيد عدم وجود عيوب أو نقائص في الشقة المسلمة، يبقيه ملتزما بالضمان .

المرقى ضامن حسن إنجاز المنشآت خلال سنه من تاريخ التسليم". و جاء في حيثيات هذا القرار: "...حيث أن المقرر قانونا يجب أن يشتمل عقد البيع على بيان المبيع و أوصافه الأساسية وأنه يستوجب على البائع تسليم المبيع بالصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم.

¹ -سمية بولحية، عقود بيع الأملاك العقارية وفقا للقانون 04/11، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة قسنطينة1، المجلد الرابع، العدد الثاني، 2018، ص72.

² - يقصد بتاريخ تسليم البناية هو التسليم الذي يحصل بين مقتني العقار والمرقى العقاري، وليس الذي يتم بين الماقل ورب العمل.

³ - نسبية أعر، مرجع سابق، ص219.

⁴ - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 1007602، بتاريخ 2015/11/19، قضية بين (ت،ف) ضد الوكالة الولائية لتسيير والتنظيم العقاريين لولاية الطارف، مجلة المحكمة العليا، العدد2، سنة2015، ص31.

حيث أن المقرر قانونا وعملا بالمادة 14 من المرسوم التشريعي 063/93 المؤرخ في 1993/03/01 ليس لحيازة الملكية... أثر إعفائي من المسؤولية المدنية المستحقة ولا من ضمان حسن الإنجاز المنشأة التي يلتزم بها المتعامل في الترقية العقارية خلال أجل سنة واحدة.

حيث أن المقرر وعملا بالمادة 18 كل بند في العقد يكون الغرض منه إلغاء أو تحديد المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في المادتين 11 و 14 وتحديد مداها عن طريق إبعاد تضامن المقاولين من الباطن، المرقى أو تحديده يعد باطلا....

حيث يتبين من القرار المطعون فيه أن الطاعن إشتري شقة من نوع تساهمي إجتماعي بموجب عقد البيع على التصاميم محرر في 2007/11/12 مشهر في المحافظة العقارية في 2001/08/10 حجم 235 تربية 84.

حيث الظاهر أن الطاعن أنذر المطعون ضدها لتدارك النقائص في الشقة، إلا أنها لم تعير لطلبه أي إهتمام مما إضطره للجوء إلى مطالبة خبرة قضائية كشفت أن النقائص تتمثل في غياب النوافذ و البلاط و الطلاء.

حيث إستخلص قضاة المجلس تأسيسا على المادة الرابعة و السادسة من عقد البيع أن كل من البائع و المشتري صرح بعدم وجود اي عيب من العيوب الظاهرة.... وهذا يقيد قيام المشتري بمعاينة الشقة و عدم ملاحظة لأي عيب من العيوب و أضافو أن حسب المادة السادسة لا يسوغ للمشتري مطالبة البائعة بإصلاح أي عيب ظاهر ناجم عن فعل البائعة...و بذلك يكون المستأنف عليه قد تنازل عن حقه في الرجوع ضد المستأنفة البائعة بخصوص أي عيب ظاهر...

لكن خلافا للإستنساخ الذي توصل إليه قضاة المجلس فإن المرقى العقاري لم يدعم المركز الذي إستمدته من المادة الرابعة من عقد البيع بمبادرة تحرير محضر معاينة حضوري يمضى من كلا الطرفين يفيد عدم وجود عيوب أو نقائص في الشقة المسلمة و لما لم يلتزم بما جاء في البند الرابع فإنه غير قابل لتمسك بما يخالف ذلك هذا من جهة ،

حيث من جهة أخرى يبقى المرقى ضامن حسن إنجاز المنشأة خلال مدة سنة من التسليم...".

وتعد مدة ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز مدة سقوط لا تقادم، شأنه شأن الضمان العشري¹.

الفرع الثالث: آثار ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

بالرجوع للقواعد العامة في عقد البيع العادي، إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، كان للمتعاقد الثاني أن يطلب التنفيذ العيني متى كان ذلك ممكناً، فإذا استحال تنفيذ التزامه عينا فالدائن أن يطلب من المدين التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض كما أجاز المشرع للمتعاقدين فسخ العقد، بإرجاع المتعاقدين للحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد².

جاء في المرسوم التنفيذي 431/13 في بند حسن التنفيذ مايلي: " يضمن البائع التنفيذ الجيد للأشغال و يلتزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد إصلاح عيوب البناء....في أجل..(1)يوما ابتداء من تاريخ إخطاره من مكتب العقار". ألزم المشرع المرقى العقاري بإصلاح عيوب البناء عينا من تاريخ إخطاره من طرف المكتب، ويكون الإصلاح خلال المدة التي إتفقا الأطراف على تحديدها، وتسمى هذه المدة بآجال تدارك العيوب أو آجال تنفيذ أشغال إصلاح العيوب، كما ربطها بالأيام لكي لا يتماطل المرقى العقاري في إصلاح عيوب البناء.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري، لم يبين مايجب عمله في حالة إمتناع المرقى العقاري عن إصلاح هذه العيوب عينا رغم إخطار المشتري له³. يمكن لهذا الأخير وطبقا للقواعد العامة القيام بعملية الإصلاح على نفقة المرقى القعاري بدلا منه، وهذا حسب نص المادة 107 ق.م.ج، التي تشترط الحصول على إذن قضائي في التنفيذ على

¹- نسبية أعمار، مرجع سابق، ص 220 .

²- عائشة طيب، مرجع سابق، ص 170.

³- فتحي ويس، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز دراسة تحليلية و مقارنة في التشريعين الجزائري و الفرنسي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون عقاري وزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة، ص 139.

نفقة المحكمة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية في قرارها رقم 152934 المؤرخ في 1988/03/11 حيث جاء فيه: " من المقرر قانونا الإلتزام بعمل، إذا لم يقيم المدين بتنفيذ إلتزامه جاز لدائن أن يطلب تريخيصا من القاضي في تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا.

ولما كان الثابت في قضية الحال أن الطاعنة لجأت لمقاول آخر الذي قام بتنفيذ ما إلتزم به المطعون ضدها المتمثل في تشييد مجموعة من المساكن المتعاقد عليها، دون أن تلجأ الطاعنة إلى القاضي لتكلب تريخيصا لتنفيذ الإلتزام حسب ما يقتضيه القانون ومن ثم فإن النفي على القار المطعون قد يتجاوز السلطة و مخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض".

كما يجوز لمقتني العقار إذا إمتنع المرقى القاري عن إصلاح العيوب عينا، أو كان ذلك غير ممكنا، أن يطلب التنفيذ بمقابل للحصول على تعويض نقدي من قبل المرقى العقاري عن كل مالحقه من خسارة ومافاته من كسب، طبقا للمادة 182، مع طلب فسخ العقد وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 119 وما يليها من القانون المدني الجزائري¹.

الفرع الرابع: دعوى ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

للمشتري أو خلفه الخاص بإعتبارهم المستفيدين من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، رفع دعوى ضد المرقى العقاري، في حالة إمتناعه عن اصلاح العيب أو الخلل الذي يدخل في مجال تغطية هذا الضمان متى توفرت الشروط السالفة الذكر وترفع الدعوى وفقا لإجراءات العادية.

وتجدر الإشارة أن المشرع لم يحدد ميعاد رفع دعوى هذا الضمان، بخلاف دعوى الضمان العشري التي حدد ميعادها بثلاث سنوات².

¹-نسيبة أعمر، مرجع سابق، ص 222، 223.

²- مرجع نفسه، ص 244.

هذا ما يقودنا إلى الإعتقاد بأن مدة دعوى الضمان هي نفس مدة رفع الدعوى، وفي حالة ما إذا تم إكتشاف عيب أو خلل من طرف مقتني العقار في اليوم الاخير من سريان مدة الضمان، فإنه لايجوز له رفع الدعوى في اليوم الموالي بإعتباره مستفيد من الضمان على أساس أن حقه في رفع الدعوى سقط بسقوط المدة و إنتهائها¹.

هذا يعني أن المشرع قد وحد بين دعوى ضمان ومدة دعوى الضمان.

الفرع الخامس: دفع ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

يعتبر ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز ضمانا قانونيا، يستمد أساسه من نص المادة 26 القانون رقم 04/11، وأن مسؤولية المرقى العقاري مسؤولية مفترضة، و وقوع الخطأ من طرفه مفترض، وما على مقتني العقار سوى إثبات وجود عيب أو خلل موجب لهذا الضمان، ومجرد وقوع عيب أو خلل في البناية قرينة على خطأ من المرقى العقاري².

وبالرجوع للقانون رقم 04/11 فإن المشرع لم ينص على طرق خاصة لدفع هذا الضمان من طرف المرقى العقاري، و إنما يخضع للقواعد العامة بحيث يمكن للمتعاقل في الترقية العقارية إثبات العكس لتخلص من مسؤوليته متى إستطاع أن يثبت أن الخلل الذي لحق البناية كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، بإثبات أحد صور السبب الأجنبي (قوة قاهرة، حادث مفاجئ، خطأ الغير، و خطأ المضرور "مقتني العقار").

غير أنه لايمكن للمرقى العقاري أن ينفي المسؤولية عنه بإدعاء خطأ الغير المتمثل في مشيدي البناء أو المقاول، فالعقد المبرم في إطار الترقية العقارية يكون بين المرقى العقاري ومقتني العقار الذي يلزمه بالضمان، وإن كانت الأضرار التي لحقت بالبناية ترجع للمقاول أو المهندس المعماري³.

¹- سهام مسكر، مرجع سابق، ص 15.

²- نسيبة أعر، مرجع سابق، ص 225.

³- عائشة طيب، مرجع سابق، ص 172، 173.

المطلب الثاني: ضمان حسن سير عناصر التجهيز

يلتزم المرقى العقاري إلى جانب إلتزامه بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز بضمان حسن سير عناصر التجهيز والذي يعتبر من الضمانات الخاصة والمستحدثة في إطار قانون الترقية العقارية، كما يمتاز هذا الضمان بالغموض فالمشرع الجزائري أشار إليه فقط دون التدقيق في أحكامه

وسوف نتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم ضمان حسن سير عناصر التجهيز (الفرع الأول)، نطاق تطبيق أحكامه (الفرع الثاني)، آثاره (الفرع الثالث)، وأخيرا دفع ضمان حسن سير عناصر التجهيز (الفرع الرابع).

الفرع الأول: مفهوم ضمان حسن سير عناصر التجهيز

طبقا لنص المادة 44 من القانون رقم 04/11، يلتزم المرقى العقاري بضمان حسن سير عناصر التجهيز في إطار تحقيق الحماية لمقتني العقار.

أولا: تعريف ضمان حسن سير عناصر التجهيز

لم يعرف المشرع الجزائري ضمان حسن سير عناصر التجهيز حيث جاء في نص المادة 44 من القانون 04/11 بقولها: "تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/ أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه"، حتى بالرجوع للمادة 26 السالفة الذكر فنجدها تتضمن تعريف عقد البيع التام، و هو ماورد في المرسوم التنفيذي رقم 431/13 في بند ضمان حسن التنفيذ: "يضمن البائع التنفيذ الجيد للأشغال، و يلتزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد إصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية"¹.

¹ - إيمان بوسنة، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2016-2017، ص420.

كما يلتزم المرقى العقاري بضمان حسن سير عناصر التجهيز التي تقبل الانفكاك و الانفصال عن البناية دون تلف كالأبواب والشبابيك والعداد الكهربائي وكل الأجهزة الكهربائية والكهرومنزلية التي يركبها البائع أو المقاول¹.

ويختلف هذا الضمان عن الضمان الأخرى، لأنه يقتصر على عناصر التجهيز الموجودة بالبناء، عكس الضمان العشري وضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز الذين يرتبطان بالبناء ذاته².

يعد هذا الضمان من نتائج الإصلاح الذي جاء به القانون 1978، حيث ألغى معيار التفرقة بين الأعمال الكبيرة والصغيرة المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي، وإستبدالها بمعيار آخر يعتمد على التفرقة بين العناصر التكوينية لعقار والتجهيزية في المادة 1792-2³، كما يطلق عليه بضمان جودة التشغيل، وتنص المادة 1792 فقرة 3 ق.م.ف: "إن عناصر التجهيز الأخرى في البناء تكون محلا لضمان حسن أدائها لوظائفها لمدة سنتين كحد أدنى إبتداء من تاريخ إستلام البناء"

ويفهم من مضمون هذه المادة أن ضمان حسن سير عناصر التجهيز هو عبارة عن إلتزام يقع على عاتق المرقى العقاري يلتزم بموجبه بضمان السير الحسن لتجهيزات البناية محل العقد في أجل معين من تاريخ تسليم البناية⁴.

كما هو الحال في ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز يقع باطلا كل إتفاق بين الطرفين مخالف لأحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز، سواء كان بالإعفاء أو الإنقاص من المسؤولية المدنية للمرقى العقاري.

لذا جعل المشرع ضمان حسن سير عناصر التجهيز من النظام العام ليشكل حصانة قانونية تحمي مقتني العقار من تعسف المرقى العقاري من اللجوء إلى بنود تعفيه أو تنقص من أحكام هذا الضمان.

¹ - عائدة مصطفىوي، مرجع سابق، ص 264.

² - عائشة طيب، مرجع سابق، ص 25.

³ - Rémy Raffi, Elément d'équipement et garantie décennale, petits affiches, N°67, 1993

⁴ - نسيبة أعر، مرجع سابق، ص 227.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز

قبل التطرق إلى تحديد النطاق الشخصي والموضوعي والزماني لضمان حسن سير عناصر التجهيز، نشير إلى أن هذا الضمان يختلف عن الضمان العشري و ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، كونه يقتصر على عناصر التجهيز الموجود في البناء، بخلاف الضمانين الآخرين يرتبطان بالبناء ذاته من ضمان التهدم والأضرار.

وسنتناول في هذا الفرع النطاق الشخصي (أولاً)، ثم النطاق الموضوعي (ثانياً)، و أخيراً النطاق الزماني لضمان حسن سير عناصر التجهيز (ثالثاً).

أولاً: النطاق الشخصي

لتحديد النطاق الشخصي لضمان حسن سير عناصر التجهيز، لابد من تحديد الأشخاص الملزمون به و المستفيدون منه.

1-الأشخاص الملزمون بضمان حسن سير عناصر التجهيز: إن الأشخاص الملزمون بضمان حسن سير عناصر التجهيز هو المرقى العقاري وحده دون سواه، فالمشرع إستبعد من نطاق تطبيق أحكام هذا الضمان كل من المقاول والمهندس المعماري، وهذا طبقاً لنص المادة 3/26 قانون 04/11، كما أن خطأ المرقى العقاري يظهر في تهاونه في إقتناء الأشياء ذات الجودة المتفق عليها في عناصر التجهيز بما يكفل تحقيق الغرض المقصود من البناء¹.

إن إستبعاد المشرع لكل من المقاول والمهندس المعماري من نطاق تطبيق أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز، لايعني إعفائهم من المسؤولية وإنما يحق للمرقى العقاري الرجوع على المسؤول الحقيقي بإعتباره هو الآخر مشتري لهذه العناصر من طرف آخر، فيرجع عليه المرقى العقاري طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية عن طريق

¹-إيناس مريم مرجان، إلتزامات البائع و المشتري على عقد بيع عقار على التصاميم، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، ميدان الحقوق و العلوم السياسية، قسم الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2019-2020، ص 112.

دعوى العيوب الخفية ووفقا للقواعد العامة¹. كما يجوز للمشتري الحق في الرجوع عليه لإصلاح وإستبدال عناصر التجهيز الذي أثبت عدم كفاءتها².

2-المستفيدون من ضمان حسن سير عناصر التجهيز: إن المستفيد من ضمان حسن سير عناصر التجهيز بطبيعة الحال هو مقتني العقار كونه طرفا في العقد ومالكا للبنائية، بالإضافة إلى خلفه العام والخاص وكل من آلت إليه ملكية العقار³.

غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 44 السالفة الذكر، نجدها لم تنص صراحة على إنتقال ملكية العقار إلى الغير الخلف الخاص لمقتني العقار، لكن حسب ما تم إدراجه في ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز يمكن إسقاطه أيضا في هذا المجال، بإعتبار أن ضمان حسن سير عناصر التجهيز وجد من أجل الإنتفاع بالبنائية بشكل هادئ وكامل و أنه مرتبط بالمالك أكثر من البنائية، لذا فمن العدل إنتقال هذا الضمان إلى خلف المشتري، ولغلق باب التساؤلات ووضع حد لمنازعات يجب على المشرع التدخل ونص صراحة على إستفادة كل شخص إنتقلت إليه الملكية، للإستفادة من ضمان حسن سير عناصر التجهيز⁴.

ثانيا: النطاق الموضوعي

وسنتعرض في هذه النقطة الأعمال والعيوب التي تشكل النطاق الموضوعي لضمان حسن سير عناصر التجهيز، بالإضافة إلى الأسباب الموجبة له.

1-الأعمال و العيوب التي تشكل نطاق تطبيق ضمان حسن سير عناصر التجهيز: لم تحدد المادة 44 من قانون 04/11 العيوب والأعمال التي تشكل نطاق الموضوعي لتطبيق ضمان حسن سير عناصر التجهيز، إلا أنه وبالرجوع للقانون الجزائري تحديدا نص المادة 181 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم، فإنها لم تنص صراحة

¹- سامية بلجراف، مرجع سابق ، ص 579.

²- نسيم بوجنان، عقد البيع بناء على التصاميم مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2008-2009، ص129.

³- عائشة طيب، مرجع سابق، ص175.

⁴- نسيم أعمر، مرجع سابق، ص227.

على عناصر التجهيز القابلة للإنفصال والفك بدون تلف، إلا أنها تضمنت الأضرار الخاصة بعناصر التجهيز التي يغطيها الضمان العشري حيث جاء في نصها: "يغطي الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه أيضا، الأضرار المخلّة بصلاية عناصر الخاصة بتجهيز بناية ما، عندما تكون هذه العناصر جزء لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس و الهيكل و الإحاطة و التغطية.

يعتبر جزء لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو إستبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد الإنجاز"، هذا يعني أن العيوب التي يشملها ضمان حسن سير عناصر التجهيز تخرج عن نطاق الضمان العشري، فـضمان حسن سير عناصر التجهيز لا يغطي عيوب وأضرار العقار بأكمله ، وإنما يقتصر على تغطية الأضرار التي تصيب عناصر التجهيز قابلة للفك والإنفصال عن البناية، والتي تعد جزء لا يتجأ من البناية ، وهذا حسب ماورد في نص المادة 181 السالفة الذكر، أنه متى كانت عناصر التجهيز منفصلة تخضع لضمان حسن سير عناصر التجهيز، بينما إذا كانت تشكل جسما واحد غير منفصلة أو قابلة للإنفصال تكون خاضعة لضمان العشري.

وعليه فإن مجال تطبيق نطاق ضمان حسن سير عناصر التجهيز ضيق مقارنة بالضمانين الآخرين¹، وعلى هذا الأساس يمكن حصر الشروط الموجبة لهذا الضمان:

أ-أن يكون عنصر تجهيزي لا تكويني أو مجرد عمل إنشائي: و يقصد بهذا الشرط أن يكون العنصر التجهيزي مصنوعا مسبقا ولا يتطلب من المقاول سوى تركيبه على الحالة التي كان عليها وقت التسليم، كما هو الحال بالنسبة لأجهزة التدفئة، والتسخين المركزية، والكهربائية ...

ب-أن يوجد هذا العنصر في البناية لا في جزء آخر من العقار: فـضمان حسن سيرعناصر التجهيز يقتصر على عناصر التجهيز في البناية دون أن يمتد إلى منشآت عقارية أخرى.

¹ - نسيمة بوجنان، مرجع سابق، ص129،128.

ج- أن تكون عناصر التجهيز قابلة للفك أو الغزل دون تلف: ويعد هذا الشرط أساسيا يخرج عن مجال أحكام الضمان العشري، وتدمج ضمن أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز.

بالإضافة إلى عدم صلاحية العنصر التجهيزي للفرض الذي أعد من أجله لخدمة البناء¹.

2- الأسباب الموجبة لهذا الضمان: إن عدم كفاءة الأداء كاف لقيام ضمان حسن سير عناصر التجهيز، ولو بقيت عناصر التجهيز متماسكة وصلبة، في حين أن عدم كفاءة العنصر تؤدي إلى تهديد سلامة المبنى، وهذا مايقودنا إلى تطبيق الضمان العشري لأن سبب ضمان حسن سير عناصر التجهيز هو عدم صلاحية العنصر التجهيزي لأداء وظيفته بالكفاءة المطلوبة².

ثالثا: النطاق الزمني

أغفل المشرع الجزائي تحديد مدة ضمان حسن سير عناصر التجهيز، حيث أنه لم ينظم أي نص بخصوص هذه المدة، الأمر الذي يجعله مثار للتساؤل والجدل، غير أنه إكتفى بإلزام المرقى العقاري بإصلاح العيب أو الخلل الذي يصيب عناصر التجهيز خلال الأجل المتفق عليه في العقد، دون تحديد مدة الضمان.

لكن بإستقراءنا لنص المادة 44 من القانون رقم 04/11 يمكن أن نلتمس إرادة المشرع في توحيد مدة ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز و ضمان حسن سير عناصر التجهيز، فتحدد مدة حسن سير عناصر التجهيز بسنة واحدة طبقا لنص المادة 3/26 من القانون رقم 04/11 (من يوم تسليم العقار للمشتري)³.

كما أنه وطبقا للقواعد العامة فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية 379 و 378⁴ ق.م.ج، يحق لمقتني العقار المطالبة بالضمان في حالة ظهور عيب خلال سنة من تاريخ

¹ - عبد الحفيظ بحورة، مرجع سابق، ص 196، 197.

² - نسيمة بوجنان، مرجع سابق، ص 128، 129.

³ - عبد الحفيظ بحورة، مرجع سابق، ص 197.

⁴ - أنظر المادتين 379، 378 من القانون المدني الجزائري.

التسليم، أو في حالة إمتناع أو تأخر المرقى العقاري في إصلاح العناصر التجهيزية، ومنه تكون مدة سنة هي مدة إعمال ضمان سير عناصر التجهيز، بالإضافة إلى إمكانية إتفاق الأطراف على تحديد مدة الضمان طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

الفرع الثالث: آثار ضمان حسن سير عناصر التجهيز

متى لاحظ مقتني العقار وجود أي خلل في العنصر التجهيزي للبناء، قام بإخطار المرقى العقاري بذلك، ومطالبته بإصلاح العناصر التجهيزية لعدم كفاءتها لأداء وظيفتها وسوء تشغيلها، ويتم ذلك خلال المدة المقرر للإصلاح، مع العلم أن المشرع لم يحدد مدة معينة لإصلاح العناصر التجهيزية للبناء من طرف المرقى العقاري¹.

مما يتضح أن المدة تخضع لإرادة الطرفين اللذين يتفقان على وضع مدة يتم فيها إصلاح الخلل أو العيب الذي لحق بالبنية².

لكن الإشكال يطرح في حالة ما إذا أمتنع المرقى العقاري عن إصلاح الخلل الذي أصاب البناء فكيف يكون التصرف في هذه الحالة؟

في حالة إمتناع المرقى العقاري عن إصلاح عناصر التجهيز يمكن لمقتني العقار عندئذ وطبقاً للقواعد العامة إلزامه بواسطة القضاء، إما بتنفيذ الإلتزام عينياً متى كان ذلك ممكناً، أو التعويض، أو الفسخ طبقاً للمادة 170 ق.م.ج.

الفرع الرابع: دفع ضمان حسن سير عناصر التجهيز

إن إلتزام المرقى العقاري بضمان حسن سير عناصر التجهيز وفقاً لتشريع الجزائري، قائم على قرينة قانونية قاطعة، لا يمكنه التخلص من هذا الضمان إلا بإثباته أن السبب في عدم السر الحسن لعناصر التجهيز وعزم كفاءتها راجع إلى السبب الأجنبي في أحد أنواعه الثلاثة: القوة القاهرة، خطأ مقتني العقار في حد ذاته، خطأ الغير، فمتى أثبت

¹ - لامية كتو، مرجع سابق، ص 185.

² - نسيم بوجنان، مرجع سابق، ص 131.

شيئاً من ذلك إستطاع التخلص من ضمان حسن سير عناصر التجهيز، أما إذا لم يستطع كان ملزماً بهذا الضمان¹.

غير أنه لا يكفي مجرد نفي المرقى العقاري الخطأ عن نفسه لدفع هذا الضمان، فمسؤوليته ثابتة تقوم بمجرد أن يثبت مقتني العقار العيب أو الخلل في العناصر التجهيزية للمبنى، لأن المشرع وضع قرينة قانونية قاطعة على قيام مسؤولية المرقى العقاري لقيام دليل على عدم حسن سير عناصر التجهيز، وما على المرقى العقاري سوى إثبات السبب الأجنبي بأحد أنواعه الثلاثة لتخلص من هذا الضمان².

ولهذه الأسباب أوجد المشرع الجزائري ضمان حسن سير عناصر التجهيز بموجب المادة 44 من القانون رقم 04/11، بالإضافة إلى أن هذه الحماية لم تقتصر على مجرد توسيع نطاق الضمان إلى الأضرار غير الجسيمة، وإنما تتعدى إلى نوعية العيوب، فمثلاً هو مقرر في القواعد العامة لحماية المشتري بضمان العيوب الخفية، أقر المشرع في المرسوم التشريعي رقم 03/93 الملغى حماية خاصة لمقتني العقار بالزام المرقى العقاري بضمان العيوب الظاهرة³.

¹ - لامية كتو، مرجع سابق، ص 185.

² - عائشة طيب، مرجع سابق، ص 180.

³ - يقصد بالعيوب الظاهرة تلك العيوب التي بإستطاعة الرجل العادي إكتشافها بالفحص العادي.

خاتمة

بعد دراستنا لموضوع آليات ضمان الحماية المدنية للملكية العقارية الخاصة بين القواعد العامة وقانون الترقية العقارية، يتضح لنا أن المشرع الجزائري وضع مجموعة من آليات الضمان العامة والخاصة تسعى لتوفير حماية فعالة وكاملة للملكية العقارية الخاصة نظر للأهمية البالغة التي حظيت بها هذه الأخير في المجتمع.

والغاية من هذه الضمانات ترجع لتوفير حماية واسعة للمشتري، والمحافظة على حقوقه، وتحقيق الأمن العقاري.

فآليات الضمان العام التي أقرها المشرع الجزائري في عقد البيع العادي، والتي تقع على عاتق البائع تلزمه بضمان عدم التعرض للمشتري، سواء كان التعرض صادر منه شخصيا أو صادر من الغير، كما أنه ملزم بالإمتناع عن كل عمل من شأنه أن يعيق إنتفاع المشتري بالشيء محل العقد، ويستوي في ذلك أن يكون هذا التعرض مادي أو قانوني.

كما يلتزم البائع بأن يضمن للمشتري خلو المبيع من أي عيب يطرأ على الشيء المبيع، ويؤدي إلى الإخلال بالإنتفاع بالمبيع إثر وجود ذلك العيب الذي يقلل من قيمة الشيء.

كما نظم المشرع الجزائري آليات ضمان خاصة لحماية الملكية العقارية الخاصة، بإستحداث عقد البيع على التصاميم، والذي حظي بأهمية كبيرة من طرف المشرع الجزائري، إذ ينفرد بنوع من خصوصية تجعله يتميز عن عقد البيع العادي من حيث الضمانات المقررة، التي تقع على عاتق المرقى العقاري والتي تمنح مقتني العقار حماية من أي خطورة ناجمة قد تلحق بهذا الأخير.

فقد جاء القانون رقم 04/11 متداركا الثغرات والغموض الذي ساد المرسوم التشريعي 03/93(الملغى)، لكن هذا لايعني خلوه من بعض النقائص.

و عليه توصلنا مما سبق إلى الملاحظات التالية:

- قصور وعدم كفاية الضمانات العامة في توفير الحماية اللازمة للملكية العقارية الخاصة، جعلت المشرع الجزائري يبذل مجهود في إحداث ضمانات خاصة في الترقية العقارية.

- إلتزام البائع بالضمان في القواعد العامة لايتوقف على ضمان تعرضه الشخصي، وإنما يتعدى إلى ضمان التعرض الصادر من الغير.

- منح المشرع الجزائري المشتري عند إخلال البائع بإلتزامه بالضمان، حرية الخيار بين دعوى الإبطال والمطالبة بالفسخ أو إبطال العقد.

- كما تظهر فعالية هذا الضمان في منع كل إتفاق يقضي بإعفاء البائع من ضمان التعرض الشخصي أو الصادر من الغير، الذي من شأنه تعكير صفو حياة المشتري للمبيع. وعالية فقد حاول المشرع الجزائري توفير حماية للمشتري في نصوص القانون المدني.

- إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية ، والتي تؤثر وتنقص من قيمة المبيع، مع منح المشتري في حالة وجود أي عيب اللجوء إلى فسخ العقد متى توفرت شروط الدعوى، مع حقة في رفع دعوى ضمان العيب الخفي.

- ألزم المشرع المرقى العقاري بالضمان العشري، بالرغم من أن أصل هذا الضمان هو عقد المقاولة، يتحمله كل من المقاول والمهندس المعماري، لتوفير حماية أكثر فعالية لمقتني العقار.

- ألقى المشرع الجزائري على عاتق المرقى العقاري ضمان يعرف بضمان الأضرار، والذي من شأنه إنتفاع المشتري بالبنية إنتفاعا هادئا وكاملا وفقا للغرض الذي أعدت له، ومحصنة من كافة العيوب التي تلحق بالبنية، والتي من شأنها أن تعرقل إنتفاع مقتني العقار بالبنية، كضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز وضمان حسن سير عناصر التجهيز.

- جعل المشرع الجزائري كل الضمانات المستحدثة التي يلتزم بها المرقى العقاري من النظام العام، إذ لايجوز الإتفاق على إعفاء المرقى العقاري أو الإنقاص من مسؤولياته، كونها توفر للمشتري حماية من تعسف المرقى العقاري في اللجوء إلى إستبعاد أو الإنقاص من شروط العقد.

- تختلف آليات ضمان حماية المدنية للملكية العقارية الخاصة بين القواعد العامة وقانون الترقية العقارية من حيث المسؤولية، فالبائع يكون وحده مسؤولا في القواعد العامة، على خلاف ما هو مقرر في القواعد الخاصة التي يكون فيها المرقى العقاري مسؤولا إلى جانب كل من المقاولين والمهندسين المعماريين.

- لم يحدد المشرع الجزائري صراحة تاريخ بدأ سريان مدة ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، ولم يتطرق إلى تحديد أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز.

وفي آخر هذه الدراسة نقترح مجموعة من التوصيات والمتمثلة فيما يلي:

- إكتفى المشرع الجزائري في المادة 371 بذكر نوعي التعرض الذي يلتزم البائع بضمانهما، دون إعطاء تعريف لهذا الضمان، لذا نقترح إضافة فقرة لنفس المادة يبين فيها مفهوم ضمان التعرض و الإستحقاق.

- دعوة المشرع الجزائري لإعادة النظر في نص المادة 44 من القانون رقم 04/11.

- دعوة المشرع الجزائري إلى تحديد مدة ضمان حسن سير عناصر التجهيز، فترك تحديدها لإرادة المتعاقدين يؤدي إلى إنفراد المرقى العقاري بتحديدتها، كونه الطرف القوي في العقد، مما يؤدي إلى تعسفه في إستعمال هذا الحق.

- دعوة المشرع الجزائري إلى تنظيم مختلف الضمانات كالضمان العشري، وضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز وضمان حسن سير عناصر التجهيز تنظيما دقيقا، مفصلا، من حيث التعريف، نطاق تطبيق أحكامه، آثاره، وهذا للقضاء على الفراغات التي تخللت أحكامها، والتي أدت إلى ظهور تفسيرات و تأويل متضاربة ومختلفة، تأثر سلبا على حقوق المشتري.

قائمة المراجع

1-الكتب العامة:

- أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكة في القانون المدني، البيع، المقايضة، الهيئة، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002.
- أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1983.
- خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016.
- رمضان محمد أبو السعود شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني الدار الجامعية.
- زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، دار الأمل للطباعة والنشر، تيزي وزو، الجزائر، 2008.
- سمير عبد السيد تناغو، شرح احكام عقد البيع على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء مكتبة الوفاء القانونية الطبعة الاولى الإسكندرية، مصر، 2009.
- طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الجزء الثاني، آثار العقد، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2013.
- عبد الرحمان أحمد الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، عقد البيع، الطبعة الأولى، دار وائل، الأردن، 2005.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني لدولة الامارات العربية، الجزء الرابع، العقود الواردة على الملكية، البيع، المقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، 2013 .

- عبد السلام سعيد سعيد، الوجيز في عقد البيع المدني المصري، طبقا لأحدث التعديلات، مطابع الولاء الحديثة، القاهرة.
- عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، مكتبة دار الامل، الطبعة الثالثة، المغرب، 2011.
- عدنان سرحان، شرح أحكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية، الجزء الأول، عقد البيع مع مقارنة بالفقه الاسلامي وبعض القوانين المدنية، دار وائل للنشر الطبعة الأولى، الأردن، 2005.
- علي الهادي العبدى، العقود المسماة، البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين، الطبعة 10، دار الثقافة، عمان، 2016.
- لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع دراسة فقهية، قانونية وقضائية مقارنة بنصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية، دار هومة للنشر، الطبعة الثانية، بوزريعة، الجزائر، 2000.
- محمد حسن قاسم، العقود المسماة، البيع، التأمين، الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 2013.
- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دار الهدى، (د.ط)، عين مليلة، الجزائر، 2012.
- مروان كركبي، العقود المسماة البيع، المقايضة، الإيجار، الوكالة، (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، 1993.
- محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

- نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، البيع، الجزء الاول، النهضة العربية لطباعة والنشر، الطبعة الاولى، بيروت، لبنان، 2004.

2- الكتب المتخصصة:

- سمير عبد السميع الأودن، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشيدي البناء المقاولين والمهندسين، مكتبة الإشباع للطباعة والتوزيع، مصر، 2000.

- عبد الرازق حسن يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، ط 1، دار الفكر العربي، مصر، 1987.

- محمد حسن منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997.

ثانيا: الأطروحات والمذكرات الجامعية

1- الأطروحات:

- إيمان بوسنة، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016-2017.

- دليلة معزوز، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، دراسة مقارنة اطروحة لنيل دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014.

- زاهية ربيع، فاعلية الضمان لحماية المشتري في ضوء القانون المدني، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017/09/24.

- سهام مسكر، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة في القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، 2016.
- عائشة طيب، الحماية القانونية لمالك البناء في عقد البيع بناء على التصاميم، أطروحة دكتوراة، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2012.
- عقيلة نوي، التنظيم القانوني لمسؤولية المرقى العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراة علوم، علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2017.
- نسبية أعمر ، الآليات القانونية لحماية المشتري في عقد البيع على التصاميم، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، 2018-2019.

2- المذكرات:

أ-مذكرات الماجستير:

- علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 04-11 مذكرة لنيل لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2015-2016 ,
- لامية كتو، عقد البيع على التصاميم في إطار القانون رقم 04-11 المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

- محمد أحمد هزيم ربحي، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007.

- نسيمة بوجنان، عقد البيع بناء على التصاميم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009.

- وليد تركي، ضمان التعرض والاستحقاق في عقدي البيع والإيجار طبقاً لأحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون خاص، جامعة باجي المختار، عنابة، 2011.

- وليد محمد بخية الوزان، إبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، 2011.

- ويس فتحي، المسؤولية المدنية و الضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز، دراسة تحليلية و مقارنة في التشريعين الجزائري و الفرنسي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون عقاري وزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة.

ب- مذكرات الماستر

- أمينة ترياق، آثار عقد البيع على التصاميم بالنسبة للمرقي العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2022-2023.

- إيناس مريم مرجان، إلزامات البائع والمشتري على عقد بيع عقار على التصاميم، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، القسم الخاص، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019-2020.

- ريمة عباس، الأشخاص المسؤولون في الضمان العشري للمشيدين في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، بويرة، 2013.
- صبرينة رباب، العيب الموجب للضمان بين القانون المدني وقانون حماية المستهلك، مذكرة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2016-2017.
- صفاء بليلة، العيب الموجب للضمان بين القانون المدني وقانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق يحي، جيجل، 2022-2023.
- سلاف عزوز، أليات الحماية المدنية والملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة مكملّة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015-2016.
- سمير العايب، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان، بجاية، 2016-2017.
- سيد علي معيوف، المسؤولية العشرية لمشيدي البناء والمنشآت الثابتة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، بويرة، 2012
- عبد الحفيظ بحورة ، النظام القانوني للترقية العقارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8ماي 1945قائمة.

- كنزة مستوي، التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع وفقا للقانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2020.
- يمينه الحدي، الالتزام بضمان العيوب الخفية في عقد البيع، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة.

ثالثا : المقالات

- حسام طلعت أحمد، تطويع ماهية العيب الخفي لحماية المستهلك (دراسة مقارنة)، مجلة روح القوانين، كلية القانون.
- سميرة بولحية، عقود بيع الأملاك العقارية وفقا للقانون 11-04، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة قسنطينة 1، المجلد الرابع، العدد الثاني، 2018.
- فضيلة ميسوم، النظام القانوني لهيئة المراقبة التقنية للبناء، مجلة تشريعات التعمير والبناء، جامعة تيارت، الجزائر، العدد الثاني، جوان 2017.
- عايدة مصطفى، الضمان العشري والضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري والقانون المقارن، مجلة الدفاتر السياسية والقانون، جامعة سعد دحلب، البليدة، العدد 6، جانفي 2012.

رابعاً: النصوص القانونية الوطنية

1 – النصوص التشريعية:

- المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 والذي يتعلق بالنشاط العقاري، ج ر عدد 14، الصادر بتاريخ 03 مارس 1993 (ملغى).
- قانون رقم 11-04 مؤرخ في 17 فيفري 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر عدد 14، الصادرة بتاريخ 06 مارس 2011.

- قانون رقم 86-07 مؤرخ في 04 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية، ج ر عدد، 10 الصادرة بتاريخ 05 مارس 1986 (ملغى).
- قانون رقم 15-08 مؤرخ في 20 جويلية 2008 المحدد لقواعد مطابقة البناءات و اتمام إنجازها، ج ر عدد 44 الصادرة بتاريخ 03 أوت.
- القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري، ج ر عدد 49 الصادر بتاريخ 18/11/1990، المعدل والمتمم بالأمر 95-26 المؤرخ في 25/09/1995 ج ر عدد 55 الصادر بتاريخ 27/11/1995.
- الأمر 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل التجاري.
- أمر 66-154 مؤرخ في 08 جواف 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 47 الصادرة بتاريخ 09 جوان، 1966 حسب آخر تعديل له بموجب قانون 08-09 مؤرخ في 25 فيفري، 2008 ج ر عدد 12، الصادرة بتاريخ 05 مارس.
- أمر 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 13 الصادرة بتاريخ 08 مارس، 1995 معدل ومتمم بموجب قانون 04-06 مؤرخ في 20 فيفري، 2006 ج ر عدد 15، الصادرة في 12 مارس، 2006 وبموجب قانون 06-24 مؤرخ في 26 ديسمبر 2006، ج ر عدد 85 الصادرة بتاريخ 27 ديسمبر.
- الأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 الصادرة بتاريخ 30/09/1975 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/05/2007 ج ر عدد 31، الصادر بتاريخ 13/05/2007.

2- النصوص التنظيمية

- المرسوم التنفيذي 94-58 المؤرخ في 07/03/1994 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، ج ر عدد 13، الصادرة بتاريخ 09 مارس 1994.

- مرسوم تنفيذي 12-85 مؤرخ في 20 فيفري 2012 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، ج ر عدد، 11 الصادرة بتاريخ 26 فيفري.

3- قرارات وزارية:

- قرار وزاري مشترك بين وزارة التهيئة العمرانية والتعمير والبناء، وزارة المالية ووزارة التجارة المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن كفايات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، ج ر عدد، 43 الصادرة بتاريخ 26 أكتوبر، 1988 معدل ومتمم بموجب قرار وزاري مشترك المؤرخ في 04 جويلية، 2001 ج ر عدد، 45 الصادرة بتاريخ 12 أوت.

خامسا: الإجتهاادات القضائية:

- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2015/11/19، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2015.

- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1988/02/17، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1991.

سادسا: المراجع باللغة الفرنسية:

1-Articles :

- Rémy raffi, élément d'équipement et garantie décennale, petits affiches, N°67, 1993.

1- text juridique

-Le Droit civil Français, Dernière modification le 01 janvier 2017.

فهرس المحتويات

فهرس

.....	شكر وتقدير	1
.....	إهداء	1
.....	قائمة المختصرات	1
.....	مقدمة	1
7.....	الفصل الأول: الضمانات العامة كآلية لحماية الملكية العقارية الخاصة	7
8.....	المبحث الأول: ضمان التعرض والإستحقاق	8
8.....	المطلب الأول: إلتزام البائع بضمان التعرض الشخصي	8
8.....	الفرع الأول: مفهوم إلتزام البائع بضمان التعرض الشخصي	8
9.....	أولاً: تعريف ضمان التعرض الشخصي	9
10.....	ثانياً: صور ضمان التعرض الشخصي	10
12.....	الفرع الثاني: خصائص إلتزام البائع بضمان تعرضه الشخصي	12
12.....	أولاً: إلتزام سلبي	12
12.....	ثانياً: إلتزام غير قابل لتجزئة	12
13.....	ثالثاً: إلتزام مؤبد	13
15.....	الفرع الثالث: شروط إلتزام البائع بضمان التعرض الشخصي	15
16.....	أولاً: أن يقع التعرض فعلاً	16
16.....	ثانياً: أن يؤدي تعرض البائع على حرمان المشتري من الإنتفاع بالمبيع كلياً أو جزئياً	16
16.....	ثالثاً: أن يكون التعرض غير مشروع	16
17.....	الفرع الرابع: الآثار المترتبة عن التعرض الشخصي	17
17.....	أولاً: التنفيذ العيني	17
17.....	ثانياً: التنفيذ بمقابل	17

17.....	ثالثا: الفسخ.
18.....	المطلب الثاني: إلتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير
18.....	الفرع الأول: مفهوم ضمان التعرض الصادر من الغير
18.....	أولا: تعريف ضمان التعرض الصادر من الغير
19.....	الفرع الثاني: خصائص إلتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير
19.....	أولا: إلتزام بتحقيق نتيجة
20.....	ثانيا: إلتزام لايقبل الإنقسام
20.....	الفرع الثالث: شروط التعرض الصادر من الغير الذي يلتزم البائع بضمانه
20.....	أولا: أن يقع التعرض فعلا
21.....	ثانيا: أن يكون التعرض قانونيا
22.....	ثالثا: أن يكون الحق الذي يدعيه الغير ثابتا وقت البيع أو آل إليه بعد البيع بفعل البائع
23.....	الفرع لرابع: آثار ضمان التعرض الصادر من الغير
23.....	أولا: التنفيذ العيني
27.....	ثانيا: التنفيذ بطريق التعويض
34.....	المطلب الثالث: مدى إمكانية الإلتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض والإستحقاق
34.....	الفرع الأول: الإلتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع
34.....	الفرع الثاني: الإلتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير
35.....	أولا: الإلتفاق على زيادة الضمان
35.....	ثانيا: الإلتفاق على إنقاص الضمان
35.....	ثالثا: الإلتفاق على إسقاط الضمان
36.....	المبحث الثاني: إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية
36.....	المطلب الأول: مفهوم العيوب الخفية

37	الفرع الأول: تعريف العيوب الخفية
38	الفرع الثاني: شروط العيوب الخفية
38	أولاً: أن يكون العيب قديماً
39	ثانياً: أن يكون العيب خفياً
40	ثالثاً: أن يكون العيب مؤثراً
40	رابعاً: أن يكون العيب غير معلوم للمشتري
41	الفرع الثالث: تمييز العيوب الخفية عما يشابهها من الأنظمة الأخرى
41	أولاً: التمييز بين ضمان العيوب الخفية و الغلط
42	ثانياً: التمييز بين العيب و التدليس
42	ثالثاً: التمييز بين العيب و الفسخ لعدم التنفيذ
43	رابعاً: التمييز بين العيب و العجز في مقدار المبيع
44	خامساً: التمييز بين العيب الخفي الإستحقاق الجزئي
44	المطلب الثاني: أحكام العيوب الخفية
45	الفرع الثاني: ممارسة دعوى الضمان
45	أولاً: تحقق المشتري من حالة المبيع وإخطار البائع بالعيب
46	ثانياً: إقامة دعوى الضمان
46	ثالثاً: أطراف دعوى الضمان
47	الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة على العيوب الخفية
48	أولاً: حالة العيب الجسيم
48	ثانياً: حالة العيب غير الجسيم
49	الفرع الثالث: تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية
49	أولاً: الإتفاق على زيادة الضمان

50	ثانيا: الإتفاق على تخفيف الضمان
50	ثالثا: الإتفاق على إسقاط الضمان
52	الفصل الثاني: الضمانات المستحدثة في قانون الترقية العقارية لحماية الملكية العقارية الخاصة
53	المبحث الأول: الضمان العشري
53	المطلب الأول: مفهوم الضمان العشري
53	الفرع الأول: تعريف الضمان العشري
55	الفرع الثاني: الطبيعة الضمان العشري
55	أولا: الضمان العشري ذو طبيعة تقصيرية
56	ثانيا: الضمان العشري ذو طبيعة عقدية
57	ثالثا: الضمان العشري ذو طبيعة خاصة
57	الفرع الثالث: نطاق الضمان العشري
57	أولا: النطاق الشخصي
60	ثانيا: النطاق الموضوعي
63	ثالثا: النطاق الزمني
64	المطلب الثاني: آثار الضمان العشري
64	الفرع الأول: أطراف دعوى الضمان العشري ومدة تقادمها
64	أولا: أطراف دعوى الضمان العشري
66	ثانيا: تقادم دعوى الضمان العشري
67	الفرع الثاني: مضمون دعوى الضمان العشري
67	أولا: صور التعويض
69	ثانيا: تقدير التعويض
69	الفرع الثالث: دفع المسؤولية العشرية

70	أولاً: القوة القاهرة.....
70	ثانياً: خطأ رب العمل.....
71	ثالثاً: خطأ الغير.....
72	المبحث لثاني: ضمان الأضرار.....
72	المطلب الأول: ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز.....
72	الفرع الأول: مفهوم ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز.....
73	أولاً: تعريف ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز.....
74	الفرع الثاني: نطاق ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز.....
75	أولاً: النطاق الشخصي.....
76	ثانياً: النطاق الموضوعي.....
77	ثالثاً: النطاق الزمني.....
80	الفرع الثالث: أثار ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز.....
81	الفرع الرابع: دعوى ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز.....
82	الفرع الخامس: دفع ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز.....
83	المطلب الثاني: ضمان حسن سير عناصر التجهيز.....
83	الفرع الأول: مفهوم ضمان حسن سير عناصر التجهيز.....
83	أولاً: تعريف ضمان حسن سير عناصر التجهيز.....
85	الفرع الثاني: نطاق تطبيق أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز.....
85	أولاً: النطاق الشخصي.....
86	ثانياً: النطاق الموضوعي.....
88	ثالثاً: النطاق الزمني.....
89	الفرع الثالث: أثار ضمان حسن سير عناصر التجهيز.....

89	الفرع الرابع: دفع ضمان حسن سير عناصر التجهيز.....
92	خاتمة.....
96	قائمة المراجع.....
106	فهرس المحتويات.....