



المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي

معهد العلوم القانونية والإدارية

قسم القانون الخاص

العنوان



# الغبين في بيع العقار في التشريع الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون عقاري

تحت إشراف الأستاذ:

- بوراس محمد.

إعداد الطالبتين:

إكرام دندان .

فاطمة عيسى .

السنة الجامعية: 2017/2016

# شكر و عرفان

لا يسعنا وقد وفقنا الله في إنجاز هذا العمل وبعد شكره إلا أن نتقدم بأسمى معاني الشكر والامتنان

إلى كل الساعين في طريق العلم والمجد الأستاذ " بوراس محمد " الذي تفضل بالإشراف على هذه

المذكرة والذي كان له الفضل الكبير في إتمامها وخروجها على هذا الوجه حيث تابع جميع مراحل

الدراسة فله منا كل الشكر والتقدير .

ولا ننسى أن نتقدم بوافر الشكر وعظيم الإمتنان إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة على تحمل عناء

قراءة هذه المذكرة ولا يفوتني أيضا ان أتقدم بخالص شكري إلى أساتذة معهد العلوم القانونية والإدارية .

وكل من قدم لنا يد العون في سبيل إنجاز هذا العمل .

ونسأل الله ان يجازي كل من شارك في إعدادة وطباعته وقراءته .

# الإهداء

إلى من دفعني إلى طريق العلم أبي حفظه الله.

إلى نبع الحنان الصافي أُمِّي أطال الله في عمرها.

إلى أعز الناس... إخواني ...

إلى قرّة عيني أخي... سفيان ...

إلى رفقاء الدرب... زملائي زميلاتي ...

إلى كل من ذكره قلبي... وأغفله قلبي...

# إكرام

# الإهداء

أهدي تحية الخالصة إلى روعي أمي الغالية رحمها الله

وأسكنها فسيحها جناته

وإلى والدي العزيز وإلى جميع أخواني زملائي و زميلاتي

وخاصة إلى الدكتورة عيسي حورية وزوجها شنوري أحمد

عميد الجامعة

وأشكر الشكر الموفور زميلتي دندان إكرام

# فاطمة





الفهرس	
الصفحة	إهداء
	شكر
أ-ث	مقدمة
07	الفصل الأول: ماهية الغبن في التشريع الجزائري
07	المبحث الأول: مفهوم الغبن
07	المطلب الأول: تعريف الغبن
08	الفرع الأول: التعريف اللغوي للغبن
09	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي والفقهى للغبن
10	الفرع الثالث: التعريف القانوني
12	الفرع الرابع: علاقة الغبن في بالعقار
13	المطلب الثاني: تطور فكرة الغبن
13	الفرع الأول: التعريف اللغوي للغبن
14	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي والفقهى للغبن
17	الفرع الثالث: في القوانين العربية
18	الفرع الرابع: الغبن في مواجهة حماية المستهلك
19	المبحث الثاني: تمييز الغبن عن بعض النظم المشابهة له
20	المطلب الاول: عيوب الإرادة
21	الفرع الاول : الغلط
23	الفرع الثاني: التدليس
24	الفرع الثالث: الإكراه
27	الفرع الرابع: الاستغلال
29	المطلب الثاني: عن عقود الإذعان والشرط الجزائي ونظرية الظروف الطارئة:
31	الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان
32	الفرع الثاني: حماية الطرف المدعن

35	الفرع الثالث: نظرية الظروف الطارئة
35	الفرع الرابع: نظرية الظروف الطارئة
39	الفصل الثاني: آثار الغبن في بيع عقار
39	المبحث الأول: الشروط الواجب توافرها لتقرير الغبن (دعوى الغبن)
39	المطلب الأول: دعوى الغبن في بيع العقار في التشريع الجزائري:
40	الفرع الأول: ان يكون العقد بيع عقار
44	الفرع الثاني: ألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلني (طريقة رضائية):
46	الفرع الثالث: أن يصل الغبن إلى أكثر من خمس قسمة العقار
51	الفرع الرابع: شهر دعوى الغبن
57	المطلب الثاني: الآثار المترتبة على تحقيق الغبن في العقار التشريعي الجزائري
58	الفرع الأول: دعوى تكملة الثمن
64	الفرع الثاني: دعوى الفسخ في حالة عدم تكملة الثمن
71	الفرع الثالث: الا تلحقها ضرر بحسن النية
71	الفرع الرابع: دعوى الفسخ من قبل الغير
76	المبحث الثاني: اثبات وتقادم دعوى الغبن
77	الفرع الأول: وسائل الاثبات أمام القضاء
78	الفرع الثاني: وسائل الاثبات أمام القضاء
78	المطلب الثاني: تقادم دعوى الغبن بالنسبة لكامل الاهلية
79	الفرع الأول: تقادم دعوى الفسخ
79	الفرع الثاني: تقادم تكملة الثمن
80	الفرع الثالث: تقادم دعوى الغبن بالنسبة لناقص الأهلية
91	خاتمة
97	ملاحق
104	قائمة المراجع

يعتبر عقد البيع من العقود التي تقوم على تطابق الإرادتين بين الناس في الحياة العلمية و تداولها هذا بكثرة ساعد على إرساء لها قواعد قانونية و أحكام مستقرة ، من بين هذه العقود المسماة عقد البيع ، عقد الإيجار ، عقد الهبة.

لما كان عقد البيع من العقود التي تقوم على تطابق الإرادتين ، و ينقل ملكية الشيء إلى الطرف المقدم على شرائه ، خاصة المشرع هذا النوع من العقود بأحكام تشريعية و تنظيمية محددة تحديدا دقيقا بهدف إحداث إستقرار في معاملات المتعاقدين سواء تعلق الأمر بمحل منقول أو بمحل عقاري.<sup>1</sup>

و بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون ، نجد بأن أغلب التشريعات العالم ، أخضعت مختلف العقود إلى إرادة الأطراف المتعاقدة بحيث يعتبر عقدهما شريعة المتعاقدين و يجوز لهم أن ينسخ إتفاقهم في أي قالب تطبيقا في مبدأ الحريات التعاملات و تنفيذها بإرادتهم المتطابقة بشكل يجعل إتفاقهم يعد المصدر الوحيد الذي يرجع إليه في حالة نشوب أي نزاع بينهما، وفي هذا المعنى تنص المادة 106 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ : 1975/09/26 المتضمن التقنين القانون المدني : " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقرها القانون "

غير أن تطبيق نص المادة 106 من القانون المدني، في التشريع الجزائري يرد أساسا على التصرفات الواردة على محل غير عقاري، لأن المشرع الجزائري، أفرد للمعاملات العقارية نصوصا خاصة إعتبرها من النظام العام .مخالفتها يقع تحت قائمة البطلان المطلق، و يجعل التصرف القانوني غير موجود أصلا، و هذه المعاملات تتعلق عموما بالعقود التي تنصب على الملكية العقارية كعقد البيع، وعقد الهبة ... وعلى الحقوق العينية العقارية كحق الإنتفاء الدائم و كذا بعض العقود الأخرى .

<sup>1</sup> - مولود ديدان، القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، جانفي 2016، درا البيضاء، الجزائر.

إن عقد البيع تصرف إرادي يتم بتطابق الإرادتين الإيجاب و القبول يعرفه المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة 351 من القانون المدني " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا بمقابل ثمن نقدي"<sup>1</sup>.

يقابل هذا النص ، المادة 1582 من التقنين المدني الفرنسي

يفهم من هذا النص أن عقد البيع يرتب إلتزامات متبادلة بين الأفراد المتعاقدة بمجرد تمام العقد بين شخص يسمى البائع و شخص آخر يسمى المشتري لقاء أجر نقدي .

عند استقراء محتوى نص المادة 351 من التقنين المدني الجزائري يتضح أن عقد البيع عقد رضائي، يتضمن عقد مبادلة " معاوضة " بين الأطراف المتعاقدة " البائع و المشتري " إذ يقدم الأول شيئا معيناً لهذا الأخير و يدفع الثاني مبلغاً مالياً نقدياً مقابلاً لذلك .

وبما أننا بصدد دراسة الغبن في بيع العقار فإنه بالإضافة إلى الأركان الموضوعية العامة نجد أركان أخرى خاصة تقع تحت قائمة البطلان في حالة تخلفها ، فالأركان العامة تتمثل في التراضي الذي يعد الإرادة عنصراً جوهرياً و الذي يتم عن طريق تبادل الطرفين للتعبير عن إرادتهما المتطابقتين و حتى يعتد بالتراضي لا بد أن يكون صحيحاً غير معيباً بعيب من عيوب الإرادة من الغلط و التدليس ، و إكراه و إستغلال المنظم في التقنين المدني من المادة 81 حتى المادة 91 .

و لقد تناول المشرع الجزائري الركن الثاني و هو المحل من خلال النصوص القانونية الواردة في المواد من 92 إلى 95 من القانون المدني و يشترط فيه أن يكون موجوداً أو ممكناً و معيناً أو قابلاً للتعيين غير مخالف لنظام العام و الأداب العامة إضافة إلى ذلك فإن الركن الثالث المتمثل في السبب و هو الغرض الذي إنصرفت إليه الإرادة الذي يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام و الأداب العامة أما الركن الرابع فهو يتمثل في ركن الشكلية التي نظمها بموجب قانون

<sup>1</sup> - المادة 351 من القانون المدني الجزائري

التوثيق الأمر : 91/70 الصادر في 1970/12/15 الذي فرض بموجبه إفراغ كل التصرفات العرفية في قالب رسمي .

ولم يكتفي المشرع بقاعدة الرسمية فقد تدخل بإصدار العديد من التشريعات تهدف إلى تنظيم و تسيير الشهر العقاري و الذي بدونه لا تنتقل الملكية في العقار و لا تكون حجية في مواجهة الغير و بين الأطراف و هو ما تضمنه الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري .

وإذا راجعنا القانون الجزائري عموما ، فإننا لا نصادف فيه مبدأ عاما يضمن بشكل مباشر توازن العقد ، إلا أن القواعد العامة في القانون المدني تضمنت عددا من التقنيات التي يمكن أن تساهم أعمالها في محاربة عدم التوازن العقدي و التي منها : الغبن و الإستغلال و إتباعا لنهج القانون الفرنسي فإن المشرع الفرنسي إعتنق النظرية المادية في الغبن و الذي يعني في نظرها، عدم التعادل ، أو عدم التوازن بين الأدعاءات المتقابلة في العقد ، و حيث تصل درجة الإحتلال في التعادل إلى رقم معين ، و لكنه لم يأخذ بها على إطلاقها ، و إنما حصر الغبن على عقود معينة

غير أن المشرع الجزائري و على خلاف المشرع الفرنسي و توافقا مع المشرعين الألماني و السويسري و تأسيسا على مبادئ التضامن الاجتماعي و الثقة المشروعة في المعاملات فإنه اسس الغبن من جهة اخرى على النظرية الشخصية و التي جعل منها سببا من اسباب ابطال العقود و هي نظرية لا تعتد عند تقدير الشيء بقيمته المادية بل بقيمته الشخصية بالنظر الى ظروف التعاقد ، فيجب في نظرها عدم الاكتفاء بالاختلال في الادعاءات المتقابلة وحدها و إنما يجب ان يأتي ذلك نتيجة استغلال احد الطرفين لعوز او طيش او عدم خبرة الطرف الاخر

ولا شك ان مشرنا باعتناقه للنظرية الشخصية او النفسية في الغبن قد تلافي القصور التشريعي في فرنسا التي اعتنفت المشرع فيها النظرية المادية في الغبن في حدود ضيقة و لا شك

ان سلطة القاضي عند تقدير الغبن وفقا للنظرية الشخصية هي اكثر اطلاقا منها في النظرية الموضوعية.

وتجدر الإشارة إلى أننا إختارنا دراسة هذا الموضوع إلى أهميته البالغة لكون المشرع الجزائري تضمنه بقواعد خاصة من أجل الحرص على المعاملات الواردة على العقارات .  
ولدراسة قانونية لموضوعنا هذا إعتمدنا على المنهج التحليلي الذي ينصب على مجموعة من المواد القانونية المنظمة في أحكام و نصوص و إرادة في القانون المدني .

و عليه إتبعنا هذا المنهج لدراسة هذه المذكرة على أن تكون وفق الخطة الآتية :

و على ضوء ما سبق نطرح الإشكالية التالية :

- ما هي الأحكام القانونية المنظمة لدعوى الغبن في بيع العقار في إطار التشريع الجزائري ؟

و من خلال هذه الإشكالية يبرز تتساءلين

1- ما مفهوم الغبن في التشريع الجزائري ؟

2- ما هي الآثار المترتبة عن الغبن في التشريع الجزائري ؟

## الفصل الأول: ماهية الغبن في التشريع الجزائري.

لقد تطور الغبن منذ بداية الأنظمة القديمة، وحتى عصرنا هذا بشكل أساسي سواء من حيث مداه أو من حيث أثره لأن كلا من هذه الأنظمة يمثل اتجاه معين نحو النظرة إلى الغبن والجزائر من الدول التي وضعت الغبن ضمن قوانينها الرسمية وأوجبت له مجموعة من المواد في القانون المدني ونعرض في هذا المبحث تعريف الغبن، وكذلك تطور فكرة الغبن.

### المبحث الأول: مفهوم الغبن

هو الضرر المالي الذي يصيب أحد المتعاقدين بسبب عدم تعادل قيمة الأدائن كسواء مبيع بثمن مرتفع جدا أي أنه عدم التوازن بين الأخذ والعطاء، فهو إختلال بالمعادلة الاقتصادية<sup>1</sup>.

و الغبن بهذا المعنى ليس عيبا من عيوب الإرادة وإنما هو عيب يصيب العقد ذاته، ويتمثل بعدم التكافؤ بين إلتزامات كل من المتعاقدين و هو إختلال التوازن الإقتصادي في عقد المعاوضة نتيجة عدم التعادل بينما يأخذه كل عاقد فيه وما يعطيه، فهو الخسارة التي تلحق بأحد طرفي العقد.

### المطلب الأول: تعريف الغبن.

إذا كان الغبن هو عدم التعادل في القيمة بين عضوين في عقود المعاوضات<sup>2</sup>، والذي لا يكون إلا في العقد المحدد القيمة فإن تأثير يختلف باختلاف الاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية فإن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ التضامن الاجتماعي توافقا مع المشرع الألماني والسويسري على عكس المشرع الفرنسي الذي نهج النظرية المادية في الغبن، فإن المشرع الجزائري أسس الغبن من جهة أخرى على النظرية الشخصية والتي جعل منها سببا من أسباب إبطال العقود وهي نظرية لا تعد عند تقدير

<sup>1</sup> - أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني الجزائري، ج1، دار الكتب القانونية، مصر، دون طبعة، 2005

<sup>2</sup> - علي فيلاي، الإلتزامات الفعل المستحق للتعويض، الطلعة الثانية، موفر للنشر، الجزائر، 2007.



الشيء بقيمته المادية بل بقيمته الشخصية بالنظر إلى ظروف التعاقد وسوف نعرض تعريف الغبن لغة وإصطلاحاً وفقها وقانونياً وعلاقته في العقار في الفروع الآتية:<sup>1</sup>

### الفرع الأول: التعريف اللغوي للغبن.

**تعريف الغبن لغة:** غبن ضرر يلحق بالمرء في عقد إلتزام محدد يقال غبنه في البيع والشراء: خدعه غلبه ونقصه ووكسه ونحوه غبنا أي نقصه في الثمن أو غيره والغبن في البيع والشراء ( الوكس ) وغبت رأيك، أي نسيتَه وضيعته، وغبن الشيء وغبن فيها غبنا غبنا: نسبه وأغفله وجهله والغبن هو النسيان غبت كذا من حقي عند فلان، أي نسيتَه وغلطت فيه، وغبن الرجل يغبنه غبنا مر به وهو مائل فلم يره ولم يفطن له.

ويقال الغبن هو ضعف الرأي وغبن رأيه بالكسر غبنا وغبانا ضعف<sup>2</sup>.

والغبن في البيع والشراء ( الوكس )<sup>3</sup>، غبنه، يغبنه غبنا أي يخدعه.

إذا ثبت هذا، فإن الغبن لغة يدل على المعاني الآتية.

( النسيان والضياع، الغفلة والجهل، الغلط، عدم الرؤيا، ضعف الرأي، النقص)<sup>4</sup>.

الغبن في الأصل إخفاء الشيء من غبن إذا غاب ونقص ويطلق على قلة الفطنة ويقال غبنه في البيع خدعه بضرب الاخفاء فهو مغبون والغبين ضعيف الرأي.

<sup>1</sup> - عربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان مطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر 2005، جزء الأول ص 126.

<sup>2</sup> - لسان العرب المنظور، الجزء 06، ص 309\_13.

<sup>3</sup> - الوكس لما ورد على لسان العرب لابن منظور الجزء 06، ص 257، النقص وقد وكس الشيء.

<sup>4</sup> - لعشبة محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 1993، ص 145.

ونقول غبن الثوب أي أنقصه من أطرافه وفي المعاملات ويقصد به خدعه وغلبه في البيع والشراء فهو الغابن والأخر مغبون والغبن هو إنقاص الشخص من حق غيره أو أنه الضرر وغبن الشخص وإيذاؤه ويسيء إليه.

وقد غبن فهو مغبون وغبت في البيع غبنا إذا غفلة عنه يباعا كان أو شراء وغبته في البيع والشراء غبنا من باب ضرب مثل: غلبه إن غبن وغبته أي نقصه والغبن بالباء للمفعول فهو مغبون أي منقوص في الثمن وغيره والغيبنة إسم منه، والتغابن أي يغبن القوم بعضهم بعضا أو يوم التغابن هو يوم القيامة، وفي القرآن الكريم « يَوْمَ يَجْمَعُكُمْ لِيَوْمِ الْجَمْعِ ذَلِكَ يَوْمُ التَّغَابُنِ وَمَنْ يُؤْمِنِ بِاللَّهِ وَيَعْمَلْ صَالِحًا يُكْفِرْ عَنْهُ سَيِّئَاتِهِ وَيُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا أَبَدًا ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ..»<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي والفقهي للغبن.

### أولاً: التعريف الاصطلاحي:

إن الضرر المالي الذي يلحق أحد المتعاقدين في عقد الاستبدال ويعرف الغبن بأنه « عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد، ويرى بعض الفقهاء بأن الغبن يعتبر المظهر المادي للاستغلال وأما الاستغلال فهو الجانب النفسي مضاف إليه الجانب المادي ( أي الغبن)»

فالاستغلال هو الغبن مصحوبا بالجانب النفسي، الذي يؤثر على سلامة التقدير نتيجة العاملين في الطرف المغبون كالطيش والهوى، وعامل في الطرف الغابن وهو قصد إستغلال ذلك الغبن للحصول على مزايا تفوق كثيرا قيمة المبادلة،<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - سورة التغابن الآية 09.

<sup>2</sup> - لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، الطبعة الثالث، ص 145، الاستغلال والغبن راجع الشهوري عبد الرزاق الجزء الأول، ص355.

ثانيا: **التعريف الفقهي**: تختلف المذاهب الفقهية في مدى الاعتداد بالعنصر المادي والشخصي، إذ أن بعضهما تركز على الجانب الذاتي، بمختلف العوامل النفسية الكائنة فيه وتقدير هذا الجانب على أساس من الفقه والشريعة في المعاملات وقد سارت بعض التشريعات على هذه النظرية ومنها القانون المصري 129 مدني، والقانون اللبناني، في المادة (213-214) موجبات وعقود.

والتقنين الجزائري أورد في المادة 90 من القانون المدني الجزائري النص « إذا كان التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أهوى، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد».<sup>1</sup>

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة.

وقد أضافت المادة 90 ق م ج « أنه تجنب مراعاة تطبيق أحكام هذه المادة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود وذلك أن المشرع الجزائري قد راعى أوضاعا خاصة لبعض العقود كحالة بيع العقار إذ نص في المادة 358 من ق م الجزائري « أنه إذ بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فاللبائع حق في تكملة الثمن أربعة أخماس ثمن المثل ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار حسب قيمته وقت البيع.

### الفرع الثالث: التعريف القانوني

وفي القانون يعرفه البعض أنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقل وما يأخذه وبذلك تدور أغلب التعريفات حول هذا المعنى فالغبن اليسير لا تخلو منه المعاملة وقد جرى العرف على التسامح فيه أما الغبن الفاحش فهو الذي يدخل المشرع بتنظيمه بأنه خطر من الناحيتين الإجتماعية و الإقتصادية فالغبن الفاحش هو الذي تنظمه القوانين على أن تتوفر فيه الشروط القانونية في العقود الملزمة للجانبين حيث يوجد محلان وقد لا يتعادل هذان المحلان وهذا هو الغبن *la lésions* مثال ذلك

<sup>1</sup> - مرجع سابق، ص 147.

في القانون المدني الجزائري ما نصت عليه المادة 358 «على أنه إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فاللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل».

في القانون المدني الجزائري هو دعوى تكملة الثمن *action en supplement de prix* لا تؤدي إلى إبطال العقد ولكنها قد تؤدي إلى فسخه إذا لم يقم المشتري بتكملة الثمن إلى المبلغ المحكوم به<sup>1</sup>، والغبن هو نقص في المحل لكن القانون المدني الفرنسي رتب عليه أثر عيوب الإرادة وهو بطلان العقد في بعض الأحوال مثل الغبن في البيع العقار إذا جاوز 12\_07، من ثمن عقار المبيع كتب الفقيه كاربونييه أن الثمن هو الضرر المالي.

وإذا كانت لسبب يعود إلى المتعاقدين - كالجهل، أو الغلط، أو الغش، أو غير ذلك من الأسباب - فهي غبن، وقد تكون يسيرة، وقد تكون فاحشة وأحد العاقدين يكون غابنا والآخر يكون مغبوناً، والخذعة هي جوهر ومناط الغبن.<sup>2</sup>

القيمة الحقيقية للسلعة أو الخدمة هي مجموع تكلفة السلعة، مضافاً إليه هامش الربح وكذلك ثمن المثل، والثمن المسمى هو الذي يسميه العاقدان، سواء أكان مساوياً أو ناقصاً أو زائداً عن القيمة الحقيقية، فإذا زاد أو نقص عن القيمة الحقيقية وكان ذلك لسبب في أحد المتعاقدين، كان غبنا وقد يكون يسيراً وقد يكون فاحشاً والقيمة ما قوم به الشيء - بمتزلة المعيار - من غير زيادة ولا نقصان.<sup>3</sup>

ويعرفه السنهوري بأنه عدم التوازن بين ما يأخذه وما يعطيه العاقد فقد يكون مغبوناً إذا أعطى أكثر مما أخذه وقد لا يكون غابناً إذا أخذ أكثر مما أعطى.

<sup>1</sup> - محمد الحسين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الدكتور محمد حسنين، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1287/85 ص255 وما بعدها.

<sup>2</sup> - أصول السرخسي (346/2)، وحاشية ابن العابدين (363/7)، والشرح الصغير (190/3)، والبيان شرح كتاب المهذب (284/5).

## الفرع الرابع: علاقة الغبن في العقار.

كما هو معلوم أن الغبن يقع على العقارات فقط دون المنقولات وهذا ما تبنته من نص المادة 358 من القانون المدني الجزائري، وهذا الاعتبار أن العقار كان سابقا الثمن شيء يملكه الإنسان وبالتالي فهو ذو أهمية كبيرة حيث جعلت المشرع في العصور الماضية يعيرها اهتماما كبيرا من أي شيء آخر.<sup>1</sup>

لقد ارتبط الغبن بالعقار لكون أنه من الشروط الواجب توافرها لتحقيق الغبن الفاحش هو أن يكون العين المبيعة عقارا ( المحل عقارا ) فبيع المنقولات بأي ثمن جدي مهما قل لا يعيبه الغبن الفاحش ولو كانت هذه المنقولات مملوكة لغير كامل الأهلية، فالمنقولات لا تحميها إذا دعوى الغبن و، إنما تحميها إجراءات أخرى رسمها المشرع كحماية القصر والمحجور عليهم في القانون، والولاية على المال.

أما إذا كان المبيع عقارا فتحميه دعوى الغبن الفاحش ويستوي أن يكون هذا العقار حق ملكية على عقار كدار أو أرض أو أن يكون حقا عينيا دون حق الملكية ما دام واقعا على عقار كحق الانتفاع بدار أو أرض وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر، ولكن حوالة الحق الشخصي غير العقاري ولو كان هذا الحق مكفولا بتأمين عيني واقع على عقار كرهن أو اختصاص أو امتياز لا يعتبر بيع عقار بل هو بيع منقول لا تحميه دعوى الغبن الفاحش لأن البيع واقع على حق شخصي غير عقاري، فإذا كان الحق الشخصي واقعا على عقار كحوالة حق المشتري القاصر أو المحجور عليه لعقار اشتراه ولم يسجل عقد البيع اعتبار عقارا وجازت حمايته بدعوى الغبن الفاحش.<sup>2</sup>

وإذا كان المبيع عقارا ومنقولا مع بعضهما البعض واحدة بثمن واحد وكانت الصفقة قابلة للتجزئة، جزئت وقسم الثمن على العقار المنقول، وجاز الطعن في العقار دون المنقول وإذا لم تكن

<sup>1</sup> - راجع القانون المدني الجزائري، في ضوء الممارسات القضائية، الطبعة 2012-2013.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الرابعة، بيروت، لبنان، ص392.

الصفقة قابلة للتجزئة، جاز الطعن في البيع كله بالغبن، وعلى ألا يدخل في حساب الغبن إلا قيمة العقار وحده منسوبة إلى حصته في الثمن.

### المطلب الثاني: تطور فكرة الغبن.

لم يكن البيع في القديم يولد التزاما بنقل الملكية فلم يكن عقدا ناقلا للملكية ولكنه تطور بعد ذلك التزاما بنقل الملكية وبهذا الصدد نتطرق إلى التطور التاريخي لفكرة الغبن في البيع.

### الفرع الأول: في القانون الروماني:

لعب الفقه في القانون الروماني دورا هاما كمصدر للقانون حيث كان القضاة يرجعون في الكثير من المسائل إلى الفقهاء ويستندون في آرائهم وفقواهم في القانون الروماني<sup>1</sup>، كانت التزعة الفردية تسيطر على هذا القانون فكان المبدأ العام عدم تأثير الغبن على العقود، غير أنه تدخل - على أساس الاستثناء - لحماية القاصر إذا لحقه غبن ولحماية بائع العقار - إذا لم يحصل على نصف قيمته وكان البيع في القانون الروماني عقدا لا ينقل الملكية بذاته بل الذي كان ينقل الملكية هو وضع من الأوضاع المادية المعروفة في هذا القانون، على أنه إذا كان لا يستلزم نقل الملكية هو وضع من الأوضاع المادية المعروفة في هذا القانون، على أنه إذا كان لا يستلزم نقل الملكية، كان من طبيعته نقلها.<sup>2</sup>

و السبب أن القانون الروماني لم يكن يجعل البيع ناقلا للملكية وأن حق التملك كان مقصودا على المواطن الروماني.

<sup>1</sup> - علي فلاحي، مقدمة في القانون، طبعة جديدة وملقحة، رقم للنشر، الجزائر 2010، ص 281.

<sup>2</sup> - مارتني مارينو، القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الأول، باريس 1962، ص 137.

الفرع الثاني: في الشريعة الإسلامية.

للحكم لدى الأحناف أن الغبن مفسرا للعقد إذا كان فاحشا ومازجه التغرير من العاقد الآخر والغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ويكفي فحش الغبن بدون احتياج إلى ثبوت التغرير إذا تناول العقد مال القاصر والوقف في بيت المال، وكذلك فتصرف الوكيل بالشراء وفي القسمة يكفي في مذاهب أخرى أن يكون الغبن شاذا عن المعتاد وأن يكون المغبون عديم الخبرة. كما تختلف درجة الغبن باختلاف العقود وأنواع المتعاقد عليه ككونه عقار أو حيوان أو منقولا. أما الإمام مالك فإنه لا يرى فسخ المبيوعات بسبب الغبن إلا إذا توافرت ثلاثة شروط وهي:

1\_ أن يكون البائع أو المشتري جاهلا بالأسعار.

2\_ أن يقوم به قبل مضي عام.

3\_ أن ما حصل به الغبن الثلث فأكثر وقد اختصر صاحب العاصمية ما يتعلق بالغبن

في الأسباب الآتية:

ومن الغبن في المبيع قاما فشرطه ألا يجوز العام وأن يكون جاهلا بما صنع، والغبن بالثلث فما

زاد وقع، وعند إذن يفسخ بالأحكام.<sup>1</sup>

فالشريعة الإسلامية نظمت الغبن في التعاقد فأبطلت العقود الربوية، واعتدت، بالغبن حين يقع

من المال من يحتاج إلى الحماية كالمحجور والوقف وبيت المال وفي ذلك يتضح في الفقه اتجاهين:

أ \_ يرى أولهما عدم الاعتداد بالغبن إلا إذا صحبه تغرير ( تدليس ).<sup>2</sup>

ب \_ ويعتد الآخر بالغبن ولو دون تغرير، إذا كان فاحشا وصحبه غلط في القيمة.

<sup>1</sup> - لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 147.

<sup>2</sup> - الموسوعة الفقهية، الكويت، الطبعة الثانية، ج 2، ص 149.

حيث أن الغبن في الفقه الإسلامي تتنازعه للإعتداد به كعيب مؤثر في العقود عدة إتجاهات صنفها إلى اتجاهين:<sup>1</sup>

**الأول:** يرى الغبن المجرد موجب لفسخ العقد عند تحققه.

**الثاني:** يرى ضرورة تراوج الغبن بالتغير حتى يؤثر في صحة العقد. « يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديدا يصلح لكم أعمالكم يغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزا عظيما »

زما تقدم نتطرق إلى:<sup>2</sup>

**أولا:** الغبن المجرد موجب لفسخ العقد.

ذهب ثلث من الفقهاء إلى أن للغبن أثره في إعطاء المتعاقد المغبون حق الخيار لفسخ العقد أو عدم فسخه، وذهب إلى هذا الاجتهاد ظاهر مذهب الإمام مالك وابن حزم الظاهري و الحنفية في قول مرجوح والحنابلة.<sup>3</sup>

**ثانيا:** الغبن المقترن بالتغير موجب لفسخ العقد.

ذهب إلى الاجتهاد رأي راجح عند الحنيفة والشافعية والمالكية في رأي راجح الحنابلة<sup>4</sup> وإستدل هؤلاء الفقهاء بعدم الاعتداء بالغبن إلا إذا كان مقترنا بالتغير بالحديث النبوي الشريف والعقل السليم.

<sup>1</sup> - الخلي: لابن جزم، ج8، ص442.

<sup>2</sup> - مجموعة رسائل ابن عايدين، ج2، ص 66.

<sup>3</sup> - الإنصاف للمرداوي، ج4، ص394.

<sup>4</sup> - مصادر الحق للسنهوري، ج2، ص 136.



أ \_ الحديث النبوي الشريف:

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يخذع في البيوع، فقال: إذا تبايعتم فقل لا خلاية<sup>1</sup>.

ب \_ الأثر:

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: بعث من أمير المؤمنين عثمان بن عفان رضي الله عنه بالوادي بمال له بخير فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يراه في البيع وكانت السنة أن المتابعين بالخيار حتى يتفرقا، قال عبد الله فلما وجب بيعي وبيعه رأيت أني قد غبنته بأني سقته إلى أرض ثمود بثلاث ليال، وساقى إلى المدينة بثلاث ليالي<sup>2</sup>.

وجه الاستدلال يقيده الأثر أن ابن عمر قد غبن عثمان رضي الله عنه ومع ذلك لم يفسخ العقد لما يدل على أن الغبن المحرد ليس له أثر إذا اقترن بالتغيير.

ج \_ المعقول:

1\_ قال ابن عابدين: إذ الرد مطلقا ليس أرفق بالناس بل خلاف الأرفق، لأنه يؤدي إلى كثرة المخاصمة والمنازعة في كثير من البيوع إذ لم تنزل أصحاب التجارة يربحون في بيوعهم الربح الوفير ويجوز بيع القليل بالكثير وعكسه<sup>3</sup>.

2\_ ليس من مهمة المشرع أن يمنع التغابن المحرد عن الغش والخديعة، إنما مهمته أن يقيم المتعاقدين على قدم المساواة في الأهلية والحريية كما أن على كل أن يحمي نفسه من الغبن، وإن قصر في تبعة المهمل أن تكون على حسابه.

<sup>1</sup> - صحيح البخاري شرح الكرمانين كتاب البيوع وصحيح مسلم، كتاب البيوع، ج4/5.

<sup>2</sup> - فتح الباري، ج4/334، مرجع سابق، ص78.

<sup>3</sup> - مجموعة رسائل، ابن عابدين، ج78/2.

الفرع الثالث: في القوانين العربية.

تنوزع هذه القوانين بين اتجاهات ثلاثة:

أ\_ ينظر الاتجاه الأول، يمثل القانون المدني الفرنسي، إلى القيمة المادية لما يعطيه المتعاقد وما يأخذه فإن وجد اختلالاً في التعادل بين البديلين، يقدر بنسبة محددة، فالغبن يؤثر على العقد.

وهذا الاتجاه لا يعتد بالغبن إلا على سبيل الاستثناء، كالتعامل الوارد على أموال القصر، وكما في حالة بائع العقار إذا تجاوز مقدار الغبن 12/07 من ثمنه، أو مشتري السماد والبذور، إذا تجاوز الغبن

ربع الثمن، وأضاف في القضاء حالات أخرى، كأتعاب المحامين والأطباء<sup>1</sup>.

ب\_ وينظر الاتجاه الثاني، ويمثله القانون الألماني والقانون السويسري، إلى القيمة الشخصية للشيء أي باعتبار قيمته لدى من يريد الحصول عليه فلا يقيد بالغبن إلا إذا كان فاحشاً، وكان نتيجة لاستغلال ضعف أحد المتعاقدين

ج\_ وقد جمع الاتجاه الثالث، ويمثله القانون المدني الإيطالي، بين النظرية المادية، والنظرية الشخصية فحدد حالات يعتد فيها بالغبن المجرد، كالتعامل في أموال القصر، والقيمة الاتفاقية، وجعل الغبن من عيوب الإرادة إذا جاء نتيجة استغلال حاجة المتعاقد، وزاد مقدار الغبن عن نصف القيمة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - ربيع، الغبن، موسوعة، دالوز في القانون المدني، المجلد الخامس.

<sup>2</sup> - ميرابلي، نقض العقد، نابولي، مرجع سابق، ص 476.

## الفرع الرابع: الغبن في مواجهة حماية المستهلك

إن مشرعنا لم يتخلف عن ركب قوانين الدولة الأخرى فاعتنق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين حتى في زمن الاشتراكية وهي إحدى نتائج الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة الذي يعد بدوره إحدى ركائز المذهب الفردي، وإن الحرية التعاقدية كثيرا ما أدت إلى مظالم كثيرة، فهي غالبا ما تجعل المتعاقدين الضعفاء تحت رحمة الأقوياء وقد تكررت هذه الصورة بجلاء في العلاقة بين المستهلكين الضعفاء والمحترفين الأقوياء وما دام أنه ثبت أن التوازن لن يتحقق تلقائيا، في ظل انفراد المحترف بتحرير عقد نموذجي يضمنه ما شاء من الشروط التعسفية، كاشتراط تحديد ثمن المبيع من جانبه أو جزئيا من ضمان العيوب الخفية أو عن تأخير التسليم.....

ولا شيء أن هذا التوازن العقدي لا يتحقق إلا بوضع نظام متجانس، فهل يوجد في قانوننا الوضعي ما يحقق هذا التوازن العقدي بين المحترفين والمستهلكين على وجه الخصوص.

إذا راجعنا القانون الجزائري عموما فإننا لا نصادف فيه مبدأ عاما يضمن بشكل مباشر توازن العقد، إلا أن القواعد العامة في القانون المدني تضمنت عددا من التقنيات التي يمكن أن يسهم إعمالها في محاربة عدم التوازن العقدي، ومنها الغبن والاستغلال.

إتباعا لنهج القانون الفرنسي فإن المشرع الجزائري اعتنق النظرية المادية في الغبن والذي يعني في نظرها عدم التعادل، أو عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد بحيث نفس درجة الاختلال في التعامل إلى رقم معين، ولكنه لم يأخذ بما على إطلاقها<sup>1</sup>.

وإنما حصر تأثير الغبن على عقود معينة، وحالات محددة على سبيل الحصر، لا تم في أغلبها أحوال المستهلكين.

غير أن المشرع الجزائري وعلى خلاف المشرع الفرنسي وتوافق مع المشرعين الألماني والسويسري وناسيا من مبدأ التضامن الاجتماعي، فإنه أسس الغبن من جهة أخرى على النظرية

<sup>1</sup> \_ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، الطبعة 207، دار النشر، الجزائر، ص 50، وما يليها.

الشخصية، التي جعل منها سببا من أسباب إبطال العقود... وهي نظرية لا تعند عند تقدير الشيء لقيمته المادية بل بقيمته الشخصية فهي لا تكتفي بالاختلال في الاداءات المتقابلة.

وإنما تجب أن تأتي نتيجة استغلال أحد المتعاقدين للطرف الآخر وهذا الجزاء هو إما إبطال العقد في القانون السويسري أو بطلانه بطلانا مطلق كما في القانون الألماني باعتبار الغبن عملا غير مشروع ومخالف للآداب أو الاعتراف للقاضي بالسلطة التقديرية بين إبطال العقد أو إنقاص إلتزامات المتعاقد المغبون كما في القانون الجزائري والقانون المصري اللذان تأثرا مثل باقي القوانين العربية بالقانون الألماني.

### المبحث الثاني: تمييز الغبن عن بعض النظم المشابهة له.

إن التصرفات القانونية التي تقوم على الإرادة المتبادلية الحرة التي تجمع أكثر من إرادة واحدة تكون سببا للحقوق والالتزامات ويكون إطارها العقود المتبادلية كعقود المعاوضة مثل عقد البيع وعقد الإيجار وعقد العمل وغيرها.

ويترتب على تخلف أي عنصر من هذه العناصر انعدام التصرف أو بطلانه بطلانا مطلقا وكذلك إذا اختل شرط من شروطه ما عدا شروط صحة الرضا وهي ( الرضا وخلوه من عيوب الإرادة ) فإذا اختل شرط منها لا يمنع من انعقاد العقد، ولكن يكون للعاقد ناقص الأهلية أو الذي شاب العيب رضائه أن يطلب إبطال العقد<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 250 وما يابها.

## المطلب الأول: عيوب الإرادة.

أعني اتجاه الإرادة جاءت إلى إحداث الأثر القانوني، فتصرف الهازل منعدم، وإذا كلنا بصدد تصرف صادر من طرف واحد كالوصية والوعد بجائزة فإن الإرادة تصدر من شخص واحد وهو الموصى أو الواعد بالجائزة، أما إذا كنا بصدد تصرف صادر من طرفين أو أكثر أي عقد أو اتفاق، فإن الإرادتين أو الإرادات المتحددة يلزم أن تصدر من الطرفين أو الأطراف معا وهو ما يعبر عنه بتوافق الإرادتين أو الإرادات، في عقد البيع يلزم صدور الإرادة من كل من البائع والمشتري وتطابق إرادة لكل منهما مع إرادة الآخر، ولا يعتبر العقد قائما إلا عندما تتطابق هاتان الإرادتان، فلا بد لتمام العقد أي من المتعاقدين من صدور إيجاب ويعقبه القبول مطابق له من المتعاقد الآخر، ويسمى هذا التطابق بين الإرادتين أو الإيجاب والقبول أو التراضي.

إن الرضا هو التعبير المتبادل والمتطابق لإرادة الأطراف العقد بخصوص محله وشروطه لغرض إحداث أثر قانوني منشئ للحقوق والالتزامات<sup>1</sup>.

ويكون التعبير عن الإرادة باللفظ، وبالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة أي مقصود صاحبه.

أما إذا كان التعبير عن الإرادة من قبل أطراف العقد وهم كاملوا الأهلية ولكن يشوبها أحد

عيوب الرضا فيجوز لهم أن يطلبوا إبطال العقد في حالات محددة<sup>2</sup>، فعيوب الرضا في عقد البيع هي عيوبه في عقد آخر، فعيوب إرادة أي من البائع والمشتري أن تكون منشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال.

<sup>1</sup> - تنص المادة 59 من الأمر 75\_58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26/04/1975، المتضمن القانون المدني على

أنه: « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإحلال بالنصوص القانونية.»

<sup>2</sup> - أحمد سيد علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، الطبعة 2013، دار هومة للطباعة والتوزيع في الجزائر، ص182ن وما يليها.

فإذا شاب الإرادة عيب من عيوب الإرادة كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة من شاب إرادته<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: الغلط

يعرفه الفقهاء على أنه وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على إعتقاد غير الواقع<sup>2</sup>، نصت عليه المادة 81 وما بعدها من القانون المدني الجزائري.

والغلط هو وهم يتولد في ذهن العاقد فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته، فإذا كان هذا الغلط في الصفة جوهرية، وكانت هذه الصفة هي الدافع الرئيسي لإبرام العقد<sup>3</sup>، كان له الحق في طلب إبطاله كأن يشتري من بورصة الأوراق المالية أسهم شركة كان يعتقد أنها شركة ناجحة فظهر أنه قضى بطلانها.

وقد تولت المادة 82 من القانون المدني الجزائري، تعريف الغلط الجوهرية « يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمنع معه المتعاقد على إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط».

والغلط في شخصية المتعاقد في العقود دائماً محل اعتبار ويجعل العقد قابلاً للإبطال فإذا وهب شخص إلى آخر يعتقد أنه "محمد" فإذا هو "أحمد" كان هناك غلط في شخصية الموهوب له يجعل الهبة قابلة للإبطال، وقد يقع الغلط في الصفة الموهوب له فقط، كما إذا وهب له وهو يعتقد أن هناك علاقة قرابة بينهما ثم ظهر أنه لا قرابة بينهما. ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في الصفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 112.

<sup>2</sup> - تنص المادة 81، من ذات الأمر على أنه « يجوز للمتعاقد الذي وقع في الغلط وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله».

<sup>3</sup> - أنور سلطان، مصادر الالتزام، موجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القوانين المصري واللبناني، 1982، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص 71.

ويسعى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعدادة لتنفيذ هذا العقد وقد يقترن بالغلط طرق احتيالية تدفع إلى التعاقد فنكون إذا أمام ما يسمى بعيب التدليس<sup>1</sup>.

\_\_ نتطرق إلى مثال ( اشترى "س" أرضا كان يعتقد أنها تجاوز مسلكين يؤديان إلى الطريق العام فتبين عدم صحة ذلك: يعد غلط).

\_\_ لا يعتد الغلط في تعيين الحدود إذا كانت ذاتية الأرض محددة ومعروفة للمشتري.

\_\_ يعد غلطا أن يقصد المشتري شراء نمرة كاملة في أرض مقسمة وأن يقصد البائع بيع جزء من نمرة وجزء من نمرة أخرى، ولو تساوى الشيطان في المساحة والمنفعة<sup>2</sup>.

ولكن الغلط في المبيع في عقد البيع له شأن خاص، إذ يتصل اتصالا وثيقا بالعلم بالمبيع وبخيار الرؤية وهو الخيار المعروف.

\_\_ ومثال الغلط في صفة المتعاقد في العقود المعاوضة أن يؤجر مالك منزله لشخص يظنه رب أسرة فيتضح أنه أعزب ومنحرف السلوك.

\_\_ الغلط في القانون نصت عليه المادة 83 من القانون المدني الجزائري: الغلط في القانون يجعل العقد قابلا للإبطال كالغلط في الواقع تماما بشرط أن يكون غلط جوهريا، أي بلغ حدا من الجسامه بحيث لولاه ما أبرم المتعاقد العقد<sup>3</sup>.

وقد ينص القانون على أن الغلط في القانون لا يعتد به، مثال ذلك ما نصت عليه المادة 465 من أن العقد الصلح لا يجوز الطعن فيه لغلط في القانون.

<sup>1</sup> - لعشب محفوظ، مرجع سابق، ص142.

<sup>2</sup> - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المادة 08.

<sup>3</sup> - تنص المادة 83 من ق، م، ج على أن « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82، ما لم يقض القانون بغير ذلك».

## الفرع الثاني: التدليس.

نصت عليه المادة 86 وما بعدها من القانون المدني الجزائري، والتدليس هو التأثير على إرادة المتعاقد بالطرق الاحتيالية وإيقاعه بتضليل الحقائق تدفعه إلى إبرام العقد ويستعمل فيها الغش والكذب والكتمان عن الحقيقة الواقعية حتى لا يعلم بما الطرف الآخر<sup>1</sup>، ومثال ذلك أن يعرض البائع على المشتري عقارا للمبيع مقدما نفسه كمالك، وبعد قبض الثمن يتبين أنه مجرد حائز وليس مالك.

— ويعتبر التدليس السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

فالتدليس هو استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه إلى التعاقد، فهو إذن يفترض قيام عنصرين " عنصر مادي " وهو استعمال حيل، وعنصر شخصي وهو أن تكون هذه الحيل من الجسامة بحيث لولاها ما أبرم المدلس عليه العقد.

والحيل وسائل أو مظاهر خداعة، مثل إبراز أوراق مزورة أو التظاهر بالسيارة، أو كتابة منشورات أو إعلانات كاذبة.

أما العنصر الشخصي فينحصر في أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد، أي بحيث لولاها ما أبرم المدلس عليه العقد<sup>2</sup>.

والتدليس هو إظهار السلعة المعيبة بمظهر السليمة، مأخوذ من الدلسة، بمعنى الظلمة، كأن البائع بتدليسه صير المشتري في ظلمة فلم يتم إبصاره للسلعة وهو نوعان:

<sup>1</sup> - تنص المادة 86 من الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26/09/1975، المتضمن القانون المدني على أنه « يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد».

<sup>2</sup> - جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، بند 34، ص 139.



أ\_ كتمان عيب السلعة.

ب\_ أن يزوقها وينمقها بما يزيد به ثمنها.

ومن أمثلة التدليس:

أ\_ تزويق البيوت المعيبة للتغريب بالمشتري والمستأجر.

ب\_ تزويق السيارات حتى تظهر بمظهر غير المستعملة للتغريب بالمشتري.

### التدليس الواقع من غير المتعاقدين:

تنص المادة 97، من ق، م، ج، على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس»<sup>1</sup>، فالمفروض هنا أن شخصا من غير المتعاقدين هو الذي استعمل الحيل التي دفعت المدلس عليه إلى إبرام العقد فلكي يستطيع هذا الأخير أن يبطل العقد للتدليس يجب عليه أن يثبت أن المتعاقد منه كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بقيام الغير بهذا التدليس إذ في هذه الحالة يكون متواطئا مع من استعمل الوسائل الاحتيالية أو على الأقل سوء النية ويلاحظ أن القانون المدني الفرنسي لم يأخذ في ( المادة 1116) بالتدليس الذي يصدر من غير المتعاقدين مع أنه جعل الإكراه الصادر من غير المتعاقدين مبطلا للعقد المادة (1111).

### الفرع الثالث: الإكراه.

تنص المادة 88 القانون المدني الجزائري على أنه: « يجوز أبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينه بعته المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في الشرح لى القانون المدني الجزائري، ج2، ص 174، 148.

ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه، وحالته الاجتماعية والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه»، فالإكراه عيب ثالث في الإرادة يجعل المتعاقد يبرم العقد تحت سلطان خوف حال، فالخوف هو الذي يكون حالا وليس الخطر، بحيث يجعل إرادته غير حرة، فهي موجودة، ولكن تختار 'برام العقد لاتقاء شر تخشاه، أي تختار أهون الضررين.

وإذا وصل الإكراه إلى حد إعدام الإرادة بتاتا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لا بطلانا نسبيا كما يقول بعض الفقهاء الفرنسيين، ومثال ذلك، أن يمسك بيد الشخص ويجعله يوقع بالعنف على عقد، فتكون إرادته منعدمة تماما<sup>1</sup>.

والإكراه الذي يعيب الإرادة يقوم على عنصرين: عنصر مادي وهو استعمال وسائل ضاغطة على حرية الإرادة سواء كانت وسائل مادية كالضرب والعنف الذين لا يعدمان الإرادة، أو وسائل نفسية كالتهديد بالأذى.

وهو الذي يعنيه النص حين يتكلم عن الرهبة البنية التي تصور للمكره أن خطرا جسيما (محدقا) أي وشيك الوقوع يهدده هو شخصيا أو يهدد أحد أقاربه سواء بإلحاق أذى مادي يجسمه أو بإلحاق ألم بنفسه، أو بما يمس شرفه أو بما يصيب ماله بخسارة، ويستوى أن يكون التهديد بإلحاق الأذى حالا

أو في المستقبل مادام التهديد يخيف المكره ويجعله يبرم العقد تحت سلطان هذا الخوف، أي أن الخوف هو الذي يجب أن يكون حالا، وليس الخطر.

كما يستوي أن يكون التهديد بإلحاق الأذى بأحد أقاربه، وفي تقييد الحكم بالأقارب يختلف القانون الجزائري الذي حذا حذو القانون المدني الفرنسي في المادة (1113)، عن القوانين العربية الأخرى التي تنص على المتعاقد أو غيره ليشمل الغير الأقارب وغير الأقارب من الأشخاص العزيزين

<sup>1</sup> - علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) في القانون المدني الجزائري، (ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة 2005، ن ص 64.

على المتعاقد، مثل زوجته التي ليس من أقاربه، ومثل صديقه الذي قد يكون أعز عليه من أقاربه ومثل الخاطب بالنسبة إلى المخطوب وقد يكون التهديد بإلحاق الأذى بشخص المكره، كإبن يهدد والده بالانتحار لحمله على إتيان تصرف ما.

أما عنصر الثاني و هو عنصر شخصي وهو أن يكون من شأن التهديد أن يبعث رهبتا و خوفا في نفس المتعاقد، ويراعي في تقدير هذا العنصر الذاتي جنس من وقع عليه التهديد، فمن وسائل التهديد بالخطر ما يؤثر على المرأة ولا يؤثر على الرجل، كما تراعي سن من وقع عليه الإكراه.

### الإكراه الصادر من غير أحد المتعاقدين:

تنص المادة 89 من القانون المدني الجزائري على أنه: «إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه»<sup>1</sup>

وهكذا ساوى القانون بين الإكراه والتدليس، فالإكراه الذي يرتكبه شخص ثالث من غير المتعاقدين لا يبطل العقد إلا إذا أثبت من وقع عليه الإكراه أن المتعاقد معه كان بهذا الإكراه فيكون متواطئا مع هذا الغير، أو كان من المفروض حتما أن يعلم به، كما لو كان من إرتكب الإكراه ضيف أو قريبا للمتعاقد الآخر<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - المادة 89 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - على سليمان، النظرية العامة للالتزام ( مصادر الالتزام ) في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 67.

## الفرع الرابع: الاستغلال.

إن استغلال طيش أو هواه الجامح، أو عجزه بسبب حالته يؤدي به إلى التصرف القانوني يجعله في غبن يستفيد منه الشخص المتعاقد معه بحيث يكون هذا الاستغلال هو الباعث إلى التعاقد،<sup>1</sup>

و مثال ذلك: أن تستغل زوجة دلالها على زوجها وهواه الجامح إليها بحبه لها فتحمله بذلك على أن يهبها كل أمواله بإبرام عقد هبة.

فالعيب الرابع في الرضا هو الاستغلال، وهو عيب عرفته التشريعات الحديثة مثل القانون الألماني والقانون السويسري، ولم يعرفه القانون الفرنسي، وإن كان القضاء هناك يأخذ بإبطال العقد للاستهواء.

أو الإيحاء وهو يختلف عن الغبن في أن معياره شخصي بينما معيار الغبن موضوعي مادي وهو أن يقل عن أربعة أخماس ثمن المثل.

أما معيار الاستغلال فهو أن تكون إرادة المغبون قد عيبت بالطيش أو الهوى فاستغلال المتعاقد معه هذا الضعف وحصل منه على التزامات لا تتعادل مطلقا مع ما التزم هو به، فالغبن إذن عيب في العقد بينما الاستغلال عيب في الشخص، ويقوم الاستغلال، كما يظهر من النص القانوني على عنصرين:

– **عنصر مادي:** وهو عدم تعادل التزامات الطرفين مطلقا، ولا يكفي أن يكون عدم التعادل ضئيلا، فهذا يحدث يوميا في البيع والشراء فيكون الثمن أكثر بعض الشيء من قيمة الشيء المبيع، بل يجب أن يكون عدم التعادل فادحا أو كما يقول النص الفرنسي *hars de toute proportion* ويستوي أن يكون عدم التعادل قد وقع في مقدار الفائدة التي حصل عليها الطرف المغبون بالنسبة إلى ما تحمل

<sup>1</sup> – تنص المادة 90 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري على أنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر.

عليه من التزامات مرهقة، كالبيع بثمان زهيد أو أن يكون ما تحمل به من التزامات غير متعادل مع التزامات الطرف المستغل.

**عنصر الشخصي:** وهو استغلال الطيش بين أو هوى جامع أي متسلط على الإدارة مثل تعاطي الخمر أو لعب القمار فالطيش البين يتمثل في شخص ورث مالا كثيرا وأخذ ينفق منه بسفه، فيستغل أحد المرابين فيه هذا الطيش ويبيعه شيئا بأضعاف ثمنه، أو يشتري منه شيئا بأقل كثيرا من ثمنه والهوى الجامح مثل إدمان الخمر أو التماذي في الدعارة، ويقع عبء الطيش أو الهوى على عاتق الطرف المغبون، واستغلال قد يقع في عقود التبرع كما يقع في عقود المعاوضة، وفي حالة المعاوضات يلزم ركنان ليتوفر الاستغلال وهما الركن المادي المتمثل في عدم التعادل والركن الثاني: ركن النفسي وهو الاستغلال الطيش البين أو الهوى الجامح وقد وصل القضاء الفرنسي إلى هذا الحكم عن طريق تطبيق نظرية في الاستهواء والتسلط على الإرادة.

وكذلك على القضاء المصري في ظل القانون المدني العربي القديم<sup>1</sup>.

يركز المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري في بناءه بنظرية عيوب الإرادة على المعيار النفسي خاصة فيما يتعلق بالغلط والإكراه، بحيث يشترط جسامه العيب إلا أن للإستغلال معيار آخر هو عدم التعادل التعاقدية ولكن الضابط هو ضابط شخصي أيضا يتمثل في الإستفادة من الضعف النفسي للطرف الآخر ، مظهر ثاني يتمثل في إستغلال المتعاقد معه لهذا الضعف أي أن يكون للمستغل النسبة الخبيثة في الإستفادة من الضعف الذي في الطرف المستغل سواء كان طيشا بينا أو هوى جامع.

وبذلك يمكن القول بأن الإستغلال يختلف عن الغبن في أمرين أساسيين، حيث أن الإستغلال يقع في جميع التصرفات، في حين أن الغبن لا يقع إلا في المعاوضات ولا يكون في التبرعات، كما أن

<sup>1</sup> - محمد حسنين، الوجيز في النظرية الحق بوجه عام، مرجع سابق، ص255.

للمعيار فيه معيار شخصي و ليس مادي.<sup>1</sup>

فالغبن الذي لا يكون نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو إستغلال لا يكون له أثر على العقد. بمعنى أن التعاقد الذي يعتد به قانون ما لم يكن ضمن الحالات الواردة أعلاه و إذا كانت الدولة أو الأشخاص الإعتبارية العامة أو عديموا الأهلية أو ناقصوها الطرف المغبون في التعاقد جاز الطلب تعديل العقد بما يكفل رفع الغبن و يجوز للطرف الآخر في التعاقد طلب فسخ العقد مع المغبون بدل تعديله إلا إذا كان المغبون هو الدولة أو أي شخصية إعتبارية عامة و العقود التي تتم بالمزايدة أو المناقصة، حسب ما يقتضيه القانون لا يخلوا الطعن فيها على أساس الغبن و تسقط دعوى الغبن بعد مرور خمسة عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد.

### المطلب الثاني: عن عقود الإذعان والشرط الجزائي ونظرية الظروف الطارئة.

الأصل في التعاقد حرية كل طرف في المناقشة والمساومة ولكن هناك نرى من العقود يضع فيه أحد الطرفين شروط العقد وللطرف الثاني إما أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة، وهنا يكون قبوله أقرب إلى التسليم والاذعان منه إلى الرضاء السليم كما نصت عليه المادة 110. من القانون المدني الجزائري، على « أنه إذا تم العقد بطرق الإذعان جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن بعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.»

وقد سبق أن تكلمنا في العقود الإذعان من جميع نواحيها<sup>2</sup>، غير أننا تشيرها هنا، إلى السلطة الواسعة التي منحت للقاضي، على خلاف المبادئ العامة في أثر القوة الملزمة للعقد و للقاضي أن يعفي الطرف المدعن من الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان، وله تقدير ما إذا كان البند تعسفيا فيعد له أو يلغيه و هذا وفقا لما تقتضيه قواعد العدالة، ومن ضرورة حماية الطرف المدعن بوسائل شتى في ظل المبادئ العامة.

<sup>1</sup> - خليل أحمد قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة

الرابعة، 2005.

<sup>2</sup> - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 281.

ولقد اعتبر المشرع الجزائري عقود الإذعان عقوداً حقيقية ( المادة 70 ق، م، ج ) وراعى في تطبيقها قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين أو أن كان قد حقق في حدود القواعد العامة، الحماية التشريعية الفعالة للطرف المدعى من تعسف الطرف الآخر ( المادة 110 و 2/112 ق، م، ج)<sup>1</sup>.

ولقد مال القضاء في فرنسا<sup>2</sup>، ومصر<sup>3</sup>، للانتصاف للطرف المدعى في حدود معينة وعلى الأخص في قواعد تفسير العقد والمتمثلة في التخفيف من صرامة القوة الملزمة للعقد وتفسير الشك لمصلحة الطرف الضعيف وعليه فإن التفاوت في مركز الطرفين هو في الحقيقة تفاوت اقتصادي لا قانوني، لا أثر له في قيام التراضي وبالتالي في وجود العقد، والغاية ما هنالك أن الطرف المدعى يكون جديراً بالحماية من الشروط التعسفية أو الجائرة أو التي تخالف القانون<sup>4</sup>، وقد أجاز القانون المدني الجزائري للقاضي في رقابة عقود الإذعان، وذلك بتعديل الشروط التعسفية بما يتفق مع العدالة والقانون ( المادة 110 ق، م، ج) كما نص على تفسير العبارات الغامضة وفي هذه عقود يجب أن يكون لمصلحة الطرف المدعى ( المادة 1/112)، كما نجد أن بعض الكتاب تحدثوا عن عقد الإذعان بأنه وعلى غرار العقود الأخرى فإن في عقد الإذعان أحد الطرفين يكون من القوة من الناحية الاقتصادية بحيث يفرض إرادته على الطرف الآخر، فيعرض عليه شروطاً يتعين عليه قبولاً أو رفضها دون مناقشة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص 152.

<sup>2</sup> - نقض مدني فرنسي، 9 ديسمبر 1907، دالور، 1907، 1، 420، 11 فبراير 1908، يسرى 1909، 1، 486، 7 مارس 1911، 1، 225، 9 فبراير 1923، دالور، 1925، 129.

<sup>3</sup> - استئناف مختلط، 21 ماي 1901، م، ت، ق، م، 13، ص 317، 28 ماي 1941، نفس المجموعة، 3، 204، نقض جنائي المصري، 8 ديسمبر 1941، م، ر، 43، 68، 38.

<sup>4</sup> - choley ; la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion. Des consommateurs. G. P. 1973.2. doct. 715.

<sup>5</sup> - أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015، ص 61.

## الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان.

عقد الإذعان هو الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروطه بحيث لا يكون للمتعاقد الآخر أن يقبل هذه الشروط كلها أو يرفضها كلها.

ومن أمثلة عقود الإذعان: عقود الاشتراك في الكهرباء والغاز والمياه والهاتف، وعقود النقل والتأمين والعمل في المشروعات الكبرى وغيرها، والقبول في كل هذه العقود يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها (المادة 70، ق، م، ج).

وهذه العقود وليدة التطور في الحياة الاقتصادية الحديثة، وذلك بسبب ما يتمتع به الموجب في هذه العقود من احتكار قانوني أو فعلي<sup>1</sup>، فأصبح الموجب يقدم لمن يريد التعاقد معه شروط العقد ككل يأخذ جملة أو يدعه، ولا بد لهذا الأخير من أن من أن يتعاقد، لأن المسألة تتعلق بسلعه أو خدمة لا غنى عنها وهو بذلك يرضخ ويدعن لمشيئة الطرف القوي<sup>2</sup>.

ومن هنا أطلق على هذه العقود "عقود الإذعان"، لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول<sup>3</sup>.

وقد اختلف الفقه في طبيعة هذه العقود، فأنكر البعض على صفتها العقدية، واعتبرها قانون يفرضه الطرف الأقوى اقتصاديا على جماعة المتعاملين معه<sup>4</sup>، ورأى البعض الآخر أنها عقود حقيقية تتم بتطابق إرادتين ويخضع للقواعد تنظيم بقية العقود.

<sup>1</sup> - عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، القاهرة 1946، فقرات 45، وما بعدها، لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، الجزائر، 1990، ص 13، وما بعدها.

<sup>2</sup> - Voir berlioz. Le contrat d'adhésion. Thèse. Paris 2.1973.

<sup>3</sup> - صاحب هذه التسمية و دكتور السنهوري ( الوسيط، ج 1، فقرة 116، وهي أصح من التسمية الفرنسية التي قال لها الاستاذ سالي وهي إعلان الإرادة أو عقد الانضمام.

<sup>4</sup> - وأنصار هذا الرأي على رأسهم الاستاذ سالي، وفريق من الفقهاء القانون العام كديجي وهوريو.



ويتميز عقد الإذعان بصفة أساسية وهي: أن يتعلق العقد سلعة أو خدمة ضرورية للجمهور بحيث لا يستطيع الناس الاستغناء عنها كما هو الحال في تزويد المياه والكهرباء، والاتصال أن يكون أحد المتعاقدين محتكر للسلعة أو خدمة سواء كان احتكاره قانونيا أو فعليا، أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة يعرضها على الجمهور وفق الشروط مقررة سلفا، ولا يقبل نقاشا فيها والغالب أن يكون الشروط مطبوعة.<sup>1</sup>

ويعرف عقد الإذعان بأنه « العقد الذي يضطر فيه أحد طرفي العقد إلى قبوله جملة دون مفاوضة أو تغيير من جانبه في الشروط العقد » فهو عقد ينفرد بصياغة شروطه وبنوده أحد المتعاقدين ولا يملك الطرف الآخر إلا القبول جملة أو رفضه جملة دون مناقشة أو مفاوضة، وهو في الغالب لا يستطيع عدم القبول هذه الشروط، نظرا لحاجته الملحة والضرورية لهذه السلع والخدمات التي لا يمكنه الاستغناء عنها وخير مثال على ذلك عقود توريد الكهرباء والماء والتليفون وعقود النقل والمرافق العامة.

الجدير بالذكر أن سلطة القاضي هنا ليست مطلقة بل هي مقيدة بمراعاة روح العدالة والانصاف.

### الفرع الثاني: حماية الطرف المدعن.

وفقا للقواعد العامة فأن دور القاضي يقتصر بالنسبة إلى العقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها.

إلا أنه وخروجا على هذه القاعدة، وبمجة توفير الحماية للطرف المدعن في عقود الإذعان اعترف القانون بسلطة استثنائية للقاضي بموجب المادة ( 110 ق، م، ج)، تتيح له تجاوز الدور السابق إلى إهدار الشروط الواردة في العقد وتعديلها، إذا تبين له أنها تعسفية، بغية إعادة التوازن بين

<sup>1</sup> - محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، الطبعة الرابعة، 2007-2008، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ص 123.

المتعاقدين حيث نصت المادة السابقة الذكر على أنه إذا تم العقد بطرق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

وهو نص ورد في العديد من القوانين العربية الحديثة، غير موروثة عن القانون المدني الفرنسي فإذا سلمنا بعدم وجود تكافؤ في القوة بين المحترفين والمستهلكين من جهة، وعدم وجود نصوص خاصة تعالج عدم التوازن السابق، فإنه من خلال النص المذكور يمكننا استخلاص جملة من الوسائل القانونية الكفيلة بحماية المستهلك بوصفه المتعاقد المدعى وبمحت مدى كفايتها<sup>1</sup>.

نظرا لأن هذه العقود غالبا ما تتضمن شروطا تضر بمصلحة الطرف المدعى الذي لا يستطيع تعديل هذه الشروط، فقد قررت التقنيات ومنها التقنين المدني الجزائري في بعض نصوصها حماية الطرف المدعى الضعيف بوسيلتين:

**الأولى:** تتعلق بسلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد الإذعان

**الثانية:** خاصة بتفسير هذا العقد.

1\_ ففيما يتعلق بالشروط التي قد يتضمنها العقد، نص التشريع الجزائري في المادة 110، على جواز تعديل القاضي لهذه الشروط بما يؤدي إلى مصلحة الطرف المدعى، أو يعفيه منها كلية إذا تقرر إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المدعى منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك<sup>2</sup>.

2\_ وفي ما يتعلق بتفسير العقد، فالقاعدة العامة أن الشك يفسر لمصلحة المدعى، غير أن حماية للطرف المدعى خرج التشريع الجزائري عن هذا الأصل، فبعد أن نص في الفقرة الأولى من المادة

<sup>1</sup> - بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 166..

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في الشرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، مرجع سابق، ص 125.

212، م، ج على الشك يؤول في مصلحة المدعن قرر في الفقرة الثانية من نفس المادة ( غير أنه يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن)<sup>1</sup>.

فالقاضي طبقا لهذا النص يفسر الشروط والعبارات الغامضة دائما لمصلحة الطرق الضعيف المدغن حتى ولو كان دائما.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث: الشرط الجزائري.

أجاز القانون المدني الجزائري بموجب المادة 183 من ق، م، ج مبدئيان للمتعاقدان أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق.... والذي أصطلح على سميته بالشرط الجزائري، ويتميز بأنه التزام تابع لا التزام أصلي.

ويعرف بأنه ذلك الشرط الوارد في العقد والذي يقدر بموجبه المتعاقدان -مسبقا وبطريقة جزافية- التعويض المستحق في الحالة إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه التعاقدية، فهو بمثابة اتفاقي للتعويض، ويكون القصد منه غالبا استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض، والتخلص من عبء إثبات الضرر الذي يتوقف عليه استحقاق التعويض<sup>3</sup>، ولا شك أن المادة السابقة تضع بين يدي المتعاقد القوي وسيلة تسمح له باستغلال قوته الاقتصادية، من أجل اشتراط مبالغ مفرطة كجزاء لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه وتماشيا مع المنطق السابق، وكنتيجة لطابعه الجزائي، فإن الشرط الجزائري يستحق ولو لم يتناسب مع حجم الضرر الذي أصاب المتعاقد، بل حتى ولو يترتب عن عدم التنفيذ الضرر.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - ذلك لأن المتعاقد الآخر، وهو الطرف القوي، وضع شروط العقد وعباراته وكان في إمكان أن يفرض على الطرف المدغن.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق ص 126.

<sup>3</sup> - بودالي، مرجع سابق، ص 64.

<sup>4</sup> - إبراهيم دسوقي أبو الليل، الجزائري في العقود والتصرفات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

— ونتيجة للتسليم بمبدأ سلطان الإدارة وما يترتب عن الأخذ به من التزام الأطراف بالقوة الملزمة للعقد، فإنه ليس تحقق الضرر هو الذي يجعل الشرط الجزائي مستحقاً، وإنما عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه أو تأخره في التنفيذ.

وعلى ذلك فإن شروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعويض وهي: الخطاء والضرر والأعذار<sup>1</sup>، حيث نصت المادة 1/184، القانون الجزائري، صراحة على وجوب وقوع الضرر، فإن الدائن يعفى من إثباته، ويقع على المدين إذا ادعى أن الدائن لم يلحقه أي ضرر أن يثبت ذلك خلافاً للقواعد العامة<sup>2</sup>.

#### الفرع الرابع: نظرية الظروف الطارئة.

فتجد التشريعات الحديثة كالتشريع الايطالي والبولوني تحد من هذا المبدأ على أساس العدالة في حالة الظروف الطارئة، كما نجد أن المادة 3/107، من القانون المدني الجزائري والمادة 2/149 من القانون المدني المصري قد قررتا أنه إذا وقع حادث جعل الالتزام ( مرهقا في التنفيذ ) بحيث أنه يهدد المدين (بخسارة فادحة) جاز للقاضي أن يعدل الالتزام، وهذه هي نظرية الحوادث الطارئة أخذ بها المشرع الجزائري والمصري على أساس العدالة فجاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

Reduire dans une mesure raisonnable l'obligation devenue excessive.

ونلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 17/06/1986، رفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة لأن المشرع الفرنسي لم يأخذ بها كقاعدة عامة وإن كان قد طبقها في بعض الأحوال الاستثنائية، مثال ذلك تأجيله الديون عقب الحربين العالميتين الماضيتين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أحالت المادة 183 إلى المادتين: 176، وهي تتعلق بالتنفيذ عن طريق التعويض والمادة 181ن وهي تتعلق بالإعذار.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، أثار الالتزام الإثبات، ج4، مرجع سابق، ص858.

<sup>3</sup> - الوجيز للدكتور السنهوري، ص242 بند 270، وما بعدها.

ومجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة إنما يكون في العقود الملزمة للجانبين حيث يستطيع فيها كل من العاقدين أن يحدد في وقت التعاقد ما يعطيه.

وما يأخذه حتى يمكن أن يقال بأن التنفيذ قد أصبح مرهقا، إذن لا محل لتطبيق هذه النظرية في العقد الاحتمالي أو عقد الغرر الذي لا يمكن لأي من طرفيه أن يحدد وقت التعاقد ما سيعود عليه من غنم أو عزم كعقد التأمين.

\_\_ كذلك لا محل لتطبيقها في العقود الفورية إلا إذا كان تنفيذ العقد مؤجلا لأجل متتابعة أما في العقود الزمنية أي التي يتدخل الزمن في تحديد الالتزام الناشئ عنها كما في العقد الإيجار وعقد التوريد فإن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يكون ممكنا دائما لأن تنفيذ هذه العقود يمتد في الزمن مما يمكن معه أن تطرا ظروف لم تكن متوقعة<sup>1</sup>.

\_\_ وكتب الدكتور حسن كيره « إن المتعاقد الذي يصر على التمسك بوجوب تنفيذ العقد بشروطه الأصلية المحددة فيه رغم أن هذا التنفيذ قد صار مرهقا للعاقدين الآخر نتيجة طروء حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد، بحيث يهدد هذا العاقدين بخسارة فادحة، يعتبر متعسفا في استعمال الحق ويرد هذا التعسف إلى فكرة الضرر الفاحش في الفقه الإسلامي وبذلك تستوي نظرية الظروف الطارئة التي أقرها المشرع المصري صراحة في المعاملات المدنية على أساس سليم<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - جلال علي العدوي، أصول المعاملات في العقود المحددة والعقود الاحتمالية والعقود الفورية والعقود الزمنية، طبعة 1967 ص88 وما بعدها.

<sup>2</sup> - حسين كيره، الوجيز في شرح الأحكام القانون الحقوق العينية العقارية الأصلية، أحامها ومصدرها، سنة 1974، ص780.

المبحث الأول: الشروط الواجب توافرها لتقرير الغبن (دعوى الغبن).

ينشأ العقد صحيحا لازما متى توافرت فيه أركانها التي يقوم عليها من تراض و محل و سبب و من جهة أخرى تقترب صحته بأهلية المتعاقدين و سلامة إرادتهما من العيوب التي تعترى الإرادة فالإلتزامات التي ينشأها العقد قد تكون متعادلة بين المتعاقدين و قد لا تكون كذلك و في الحالتين ما يتدخل القانون ليعدل من إلتزامات الطرفين طالما أن إرادتهما قد توافقت على إنشائها إذ يتعين على كل عاقد أن يحمي نفسه من الغبن في معترك المعاملات، وهو يستطيع باليقظة المعتاد ولقد أوجب المشرع الجزائري بوضع نصوص قانونية يسمح فيها للطرف المغبون أن يثبت جور العقد وعند إذن يتعين له اللجوء إلى القضاء لحماية حقه في العقد محل الغبن، ونصت عليه المادة 358 من القانون المدني الجزائري " إذا بيع عقر بغبن يزيد عن الخمس فلل بائع الحق في طلب تكميلة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، ويجب لا قدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع"<sup>1</sup> ولتوضيح ذلك أكثر سنتحدث في المطلب الأول إلى دعوى الغبن في بيع العقار في التشريع الجزائري، أما المطلب الثاني سوف نتناول الآثار المترتبة على تحقيق الغبن في العقار في التشريع الجزائري المتمثلة في الدعوى القضائية التي ترمي إلى حماية الطرف الضعيف.

المطلب الأول: دعوى الغبن في بيع العقار في التشريع الجزائري.

إذا كانت الترتامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد مع الإلتزامات المتعاقدة لأخر و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعقد الأخر قد استغل فيه طيشا بين أو هوى جامع جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون.

و لكي تتحقق دعوى الغبن في بيع عقار اشترط المشرع الجزائري شروط حددت على سبيل الحصر تمكن في :أولا أن يكون العقد بيع عقار، ألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلني، ثالثا أن يعمل الغبن إلى أكثر من خمس الثمن، ورابعا سوف نتحدث عن شهر دعوى الغبن في بيع العقار وسوف نتطرق إلى هاته الشروط من خلال الفروع التالية .

<sup>1</sup> - عليه المادة PRU من القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: ان يكون العقد بيع عقار :

لقد عرف المشرع الجزائري الملكية العقارية في المادة 27 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري<sup>1</sup>، الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع و التصرف في المال العقاري/أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها. وبذلك فالملكية العقارية إذ لا تعدو سوى أن تكون سلطة مباشرة لصاحب العقار الذي يستطيع بموجبها ان يستعمله و يستغله و يتصرف فيه ضمن حدود القوانين و الأنظمة المعمول بها.

و باعتبار أن المعاملات العقارية تقع على عقد البيع و نحن بهذا الصدد نتحدث عن دعوى الغبن في البيع العقاري فإن الغبن يرد على عقد البيع دون المعاملات الأخرى، كعقد المقايضة مثلا وباعتباره أن عقد البيع هو عقد ملزم لجانين فالعقد الملزم لجانين هو ذلك العقد الذي يرتب على عاتق المتعاقدين متقابلة و مرتبطة بعضها البعض بحيث يكون كل متعاقد-في نفس الوقت- و دائما نحو المتعاقد الآخر فالبايع يكون مدينا بنقل ملكية المبيع و في المقابل يكون المشتري مدينا بثمن المبيع.

وباعتباره أن الغبن هو تفاوت في الالتزامات التي تقع على طرفي العقد وفي المعاملات وهو عدم التعادل بين ما يعطيه العقد و ما يأخذه فقد يكون مغبونا إذا اعطى أكثر مما أخذ وقد يكون غائبا إذا أخذ أكثر مما أعطى.

و عليه فغن الغبن بما أنه إخلال في الالتزام فإنه حتما يقع على عقد البيع باعتباره ملزم لجانين.

كذلك يرد على الوعد بالبيع حسب المادة 82 القانون المدني الجزائري و فرق الفقهاء بين ما إذا كان الغبن واقع على الواعد، ففي هذه الحالة يقدر الغبن وقت الوعد أم في حالة الوقوع يكون بالنسبة للموعد له فيتعذر وقت الإعلان عن الرغبة كما يجب أن يكون المبيع عقارا، ومن الأشياء التي يرغب الإنسان في تملكها الأموال بكل أنواعها، وبالأخص العقارات و الحقوق العينية.

<sup>1</sup>- وهو نفس التعريف الذي جاءت به المادة 674 من القانون المدني، الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة.

لقد عرفت المادة 683 من القانون المدني الجزائري على انه: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف فهو عقار... "

فالعقار إذا هو الشيء الثابت الغير القابل للنقل من مكانه إلى آخر بدون تلف وهذا خلاف للمنقول الذي يعد بحكم طبيعته قابلا للنقل و الحركة لذا نجد المشرع الجزائري قد ميز بين المنقول و العقار في باب الاختصاص فأرجع ولاية النظر في القضايا المتعلقة بالعقارات و الحقوق العينية العقارية إلى محكمة موطن العقار لكون هذا الأخير يتميز بموقع قار و ثابت و بهذا الشكل نستطيع القول بان العقارات تنقسم على نوعين:

### أ- العقارات بطبيعتها: **immeuble par nature** :

و يعتبر عقار بطبيعته كل شيء مستقر وثابت فيه، لا يمكن نقله من دون تلف كالأراضي والمباني<sup>1</sup> وهي بذلك كل الأشياء المادية التي يكون لها بالنظر إلى كايانها موقع ثابت غير منتقل فتشمل بذلك الأرض وما يتصل بها على وجه الاستقرار من مباني ونباتات و أشجار و لا فرق في الأرض أن تكون قد أعدت للزراعة أو للبناء وتعتبر من العقارات بطبيعتها الأبنية المشيدة فوق الأرض على سبيل الثبات، كما تعتبر النباتات المتصلة في الأرض عقارا بشرط أن تمتد جذور هاب الأرض وتتصل بها اتصالا يحول دون تمكن نقلها<sup>2</sup>.

### ب- العقارات بحسب موضوعها: **immeuble par objet**

عرفتها المادة 684 من القانون المدني " يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني على عقار بما في ذلك دعوى تتعلق بحق عيني على عقار".

<sup>1</sup> - محمدي فريدة زواوي، المدخل إلى القانونية، نظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرعاية، الجزائر، ص125.

<sup>2</sup> - محمدي باشا عمر، نقل الملكية، منقحة و مزيدة في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام، دار الطباعة و النشر و التوزيع الجزائر، ص6.



فالحقوق العينية الأصلية كحق الملكية و حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن و الحقوق العينية العينية كالرهن الرسمي و الرهن الحيازي وحق التخصيص و حقوق الامتياز تعتبر عقارا إذا كان موضوعها عقارا غير أنها تعتبر منقولا إذا كان موضوعها منقولا.

### ج- العقارات بالتخصيص: **immeuble par destination**

أما العقارات بالتخصيص هي منقولات منحت على سبيل المجاز صفة العقار لأنها معدة لخدمة العقار أو استغلاله أو المخصصة له. كالمواشي و الآلات و المفروشات و المنقولات التي تخصص لخدمة عقار.

ولهذا جاء في الفقرة الثانية من المادة 683 من القانون المدني تعريفا لها (غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدم و هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص).

وفكرة العقار بالتخصيص هي فكرة وردت في القانون عن طريق الإفتراض أو الحيلة

### **fonction juridique**

توصلا إلى شمول أحكام العقار على المنقولات التي أعدت لخدمته أو استغلاله لتأمين الإستمرار بخدمته أو باستغلاله، ومنعا لما يترتب على بقاء طبيعتها المنقولة من أحكام وفصلها عن العقار المرصدة لخدمته، وهذا يعرقل أو يعطل منفعة العقار و إستغلاله<sup>1</sup>.

و يضع القانون شروط صيرورة المنقول عقارا بالتخصيص وهي أربعة شروط هي:

1- أن يكون مالك العقار هو مالك المنقولات في الوقت نفسه.

2- أن يكون مالك العقار هو مالك المنقولات في الوقت نفسه.

3- أن ترصد هذه المنقولات لخدمة العقار.

<sup>1</sup> - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 08

4- توفر رغبة مالك العقار في أن يخلق رابطة بين المنقول و العقار.

و شروط اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص، يشترط لا اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص ما

يلي:

أ- يجب أن يكون المنقول و العقار مملوكين لشخص واحد وعلى ذلك لا يعتبر عقارا بالتخصيص كآلات الزراعة المملوكة للمستأجر ولقد اشترط في المادة 683 ف 2 صراحة إذ تنص على مايلي: "... غير المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة العقار أو استغلاله يعتبر عقار بالتخصيص<sup>1</sup>.

ب- يجب أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار واستغلاله، ولا يشترط أن يكون تخصيص المنقول لخدمة العقار ضروريا، بل يكفي أن يكون مؤقت لفترة من الزمن.

ويهدف المشرع من اعتبار بعض المنقولات عقارات بالتخصيص إلى ضمان استغلال العقارات استغلالا جيدا، فلا يجوز الحجز على هذه المنقولات بصفة مستقلة عن عقار ويلحق العقار بالتخصيص، العقار الطبيعي من حيث التصرف فيه ورهنه.

وتجدر الملاحظة أن اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص، حكم لا يتعلق بالنظام العقار، إذا هو مقرر لمصلحة مالك العقار ويجوز له التنازل عن الحماية التي قررها له القانون كما يجوز له أن يترك لدائنيه إجراء الحجز على المنقولات منفصلة عن العقار التي تكون ملحقة بها كما يستطيع المالك بإرادته إزالة صفة العقار بالتخصيص عن المنقول ذلك بإنهاء هذا التخصص.

ويلاحظ أن تبعية العقار للمنقول لا يجيزه للمنقول لا يجيزه فالرهن الرسمي الضامن للدين لا يجعل الرهن منقولا، بل يبقى الرهن الرسمي معتبر ثابتا رغم تبعيته للدين الذي هو حق منقول

<sup>1</sup> - المادة 683 من القانون المدني الجزائري.

وهذا من الأسباب التي حدثت بالشرح إلى انتقاد نظرية العقار بالتخصيص فقالوا أنه لم يكن لوجودها داعٍ بدليل توجد ضرورة لتقرير نوع من المنقول يقابل العقار بالتخصيص<sup>1</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن الفرق بين العقار بالتخصيص و العقار الطبيعي يمكن في كون أن يجوز للمالك أن يجعل المنقولات عقارات بطبيعتها، فالأبنية و البنائيات ثابتة بطبيعتها كيفما كان الشخص الذي ينشئها سواء أكان مالك الأرض ام كان غيره، كصاحب حق الإنتفاع أو حق المستأجر، ولكن يجوز لغير المالك أن يجعل المنقولات عقارات بالتخصيص بائع المنقولات التي يشتريها المشتري كآلة التي تباع و تخصص لخدمة معمل معين.

يكون له عليها حق الامتياز للوفاء بثنمها، لأنها مازالت حافظة كيانها الأصلي ولكن غذا صارت عقارا بطبيعته كما غذا استعملت الأدوات المبيعة في البناء أو النباتات في غراس فإن الشيء المبيع يفقد ذاتيته ولا يبقى للبائع حق الامتياز عليه.

### الفرع الثاني: ألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلني (طريقة رضائية).

فلقبول دعوى الغبن يشترط أن يكون قد بيع بطريقة رضائية وهذا ما جاء في نص المادة 360 من القانون المدني الجزائري " لا يجوز الطعن في الغبن في بيع تم بطري المزاد العلني بمقتضى القانون " فالبيوع التي تمت بواسطة المزاد العلني القاضي لا يمكن الطعن فيها وهذا ما جاء في نصوص قوانين مقارنة وخير مثال ما تضمنته نص المادة 1984 من القانون المدني الجزائري بقولها " لا يجوز لدعوى الغبن في كل البيوع التي حسباً لنية لا يمكن إلا بسطة "

و يجب أن يكون هذا الشكل من البيع إلزامياً، ومثال ذلك بالنسبة لأموال أو للوصول إلى قسمة في حالة عدم الإتفاق وليس إذا تم ذلك الشكل إرادياً مثل حالة إجراءات الإفلاس و البيوع التي تتم بواسطة القضاء تعتبر أنها تمت بثنم عادل أن الأستاذ "كولار وديليك" لا يريان ذلك بقولهما:

<sup>1</sup> - محمدي فريدة زواوي، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة رعاية، الجزائر ص125.

و لقد أعطى القضاء لنص السابق تفسيراً أكثر تردداً بحيث قضى بأن بيع المال المحجوز و المفروض أن يباع بسلطة قضاء، قد تم تحويله إلى بيع بالتراضي بترخيص من القاضي، فإن دعوى الإبطال لغبن ليست مقبولة، وفي الفرضية التي يتم فيها البيع ليس بالمزاد العلني و ليس أمام القضاء لكن بترخيص من القاضي قبل رفع دعوى الإبطال<sup>1</sup>.

و بالرجوع للقانون المصري نجد نص بعدم جواز الطعن بالغبن على بيع عقار تم البيع فيه بطريق المزاد العلني، فقد نصت المادة 427 من التقنين المدني على أنه " لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلني " و ترجع استثناء هذا من جواز الطعن عليه بالغبن إلى أن البيع في هذه الحالة يحاط بإجراءات وضعها القانون تكفل الحصول على أعلى ثمن ممكن و بالتالي لا توجد فرصة لتحقيق غبن البائع.

وباعتبار أن هذا النص استثناء على جواز الطعن بالغبن في بيع عقار غير كامل الأهلية لذل إهماله يقتصر على البيع بالمزاد العلني الذي يحكم القانون أن يتم بهذا الطريق، وبهذا على ذلك تمنع الطعن بالغبن إذا بيع عقار كامل الأهلية بالمزاد العلني تنفيذاً لدين عليه، وكذلك إذا بيع العقار المملوك لغير كامل الأهلية لعدم إمكان القسمة عينا، أيضاً يمتنع الطعن بالغبن إذا بيع عقار لغير كامل الأهلية بالمزاد العلني تنفيذاً لم المحكمة التي أدت بالبيع ففي هذه الحالات يتم البيع بالمزاد العلني بناءً على نص القانون، أما إذا بيع العقار بالمزاد العلني دون أن يتم القانون ذلك فلا يمنع الطعن بالغبن وذلك لتختلف الضمانات التي وضعها المشرع في البيع بالمزاد العلني عندما يجري البيع بناء على نص القانون<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، بيع النظامين، الإيجار دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2005، ص 113، 114.

<sup>2</sup> - حسين بن شيخ أث ملويا، المنتقى في عقد البيع دراسة تفعية قانونية، الطبعة الرابعة، دار الهومة، الجزائر، 2010، ص 94.

الفرع الثالث: أن يصل الغبن إلى أكثر من خمس قسمة العقار.

يشترط القانون في بيع العقار أن يكون الغبن زائد عن خمس أي لا يتجاوز خمس قيمة العقار بحيث يكون الثمن المتفق عليه في العقد يقل على أربعة أخماس القيمة الحقيقية له و سوف نناقش هذا الفرع في النقاط التالية:

### أولاً: الثمن

للثمن في البيع محتوى أكثر دقة من الذي نجده في التعبير الجاري أو العقود الأخرى أيضاً، فلا يتعلق الأمر بأية معاوضة، بل فقط في تلك التي تتمثل في دفع مبلغ نقدي<sup>1</sup>.

و يلاحظ ان المادة 1591 من القانون الفرنسي لم ينص صراحة على الطابع النقدي للثمن بقولها " يجب أن يكون ثمن البيع مقدراً أو معينا من الطرفين ".

إلا أن تلك الطبيعة تستمد من طابع البيع و من القواعد العامة المذكورة في الفقه الروماني و كذلك الفقه الفرنسي القديم و على رأسه الفقيه بوتيه Pothier ، و على خلاف ذلك أشارت المادة 351 من القانون المدني على المقابل النقدي صراحة بقولها " البيع عقد يلزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي "<sup>2</sup>.

و لهذا نجد البيع يرتبط بالنقود برباط لا يمكن حله، ويتميز بذلك عن غيره من العقود مثل المقايضة أو تقويم حصة في شركة ولا تكون بصدد بيع عند التنازل عن الشيء مقابل التزام بعمل و الذي يتعاقد بشأنه المستفيد حتى ولو كانت محكمة النقض الفرنسية صرحت بالعكس في أحد قراراتها، ويظهر الثمن في العقد، ثم يحول بعدئذ إلى إلتزام مختلف، ولا نكون بصدد بيع عندما يكون العقد غير قابل للانقسام ولكن يوجد حقيقيا وجديا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص346.

<sup>2</sup> - النص العربي للمادة 351 من القانون المدني الجزائري أشارت إلى الثمن النقدي، و النص الفرنسي أشار إلى الثمن فقط.

<sup>3</sup> - حسن بن شيخ آت ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة نفعية قانونية، دار هوما، الطبعة الرابعة، الجزائر 2010، ص76.

يعتبر الثمن القيمة التي يتفق عليها المتعاقدان أن للبيع و من ثم وجب أن يتفق هذا الثمن مع القيمة الحقيقية للمبيع مقدرة و سعر السوق و يعتبر الثمن جديا و حقيقيا // لم يكن تافها أو صوريا و إلا كان هو العدم سواء أو هو الذي تتجه إرادة الطرفين إلى إلزام المشتري أن يدفعه فعلا باعتباره مقابل حقيقي لا رمزي<sup>1</sup>.

### ثانيا: الثمن الصوري.

قد يتفق المتعاقدان على ثمن لا على أساس أن يلتزم به المشتري، وإنما ليكتمل مظهر عقد البيع العقد الخارجي، أو ليلتزم بأقل من الثمن الذي ذكر في عقد البيع، في هاتين الحالتين يعبر الثمن فيها ثمنا صوريا لا حقيقيا و الصورية قد تكون مطلقة، حيث يكون الإنفاق على ألا يلتزم المشتري بأن جزء من الثمن المذكور، في هذه الحالة ينعدم ركن الثمن وبالتالي لا ينعقد عقد البيع و إن كان فيه بإمكانه في هذه الحالة عقد هبة إذا اتجهت إدارة المتعاقدين إلى نقل الملكية المعقود عليه من أحدهما للآخر و الصورية فقد تكون غير مطلقة، في هذه الحالة الثمن المتفق عليه مخالف الثمن بينه وبين البائع<sup>2</sup>، أقل من الثمن المذكور، و بالتالي ينعقد العقد أساس الثمن الحقيقي المذكور عن العقد ويجوز للبائع أن يثبت أن الثمن المتفق عليه أكثر من الثمن المذكور في العقد فإذا نجح في ذلك له الحق في أن يطلب المشتري بالزيادة<sup>3</sup>.

و إثبات صورية الثمن تخضع للأحكام العامة في الإثبات، فإن كان الثمن ثابتا في عقد مكتوبا تعين على المتعاقد الذي يتمسك بالصورية أن يثبت ذلك كتابة أما بالنسبة لغير المتعاقدين كالتحالف الخاص من أداء الدائنين فجزوز لهم إثبات الصورية كافة من طرف الإثبات<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - سليمان مرقص، العقود المسماة، عقد البيع، دار الكتب، المنشورات الحقوقية، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة ص 180.

<sup>2</sup> - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 86.

<sup>3</sup> - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 86.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 98.

### ثالثا: الثمن التافه

والثمن التافه هو مبلغ من النقود يتفق عليه المتعاقدان أكثر من الشيء المبيع يصل إلى حد التفاهة من عدم تناسبه وقيمة المبيع إلى الحد الذي يقوم الاعتقاد اتجاهه بأنه غير جدي و أن البائع لم يتعاقد للحصول على مثل هذا المقدار من الثمن على الرغم من أنه قد حصل عليه من المشتري كأن تكون قيمة المبيع الحقيقية خمسين ألف ديناراً جزائرياً، فيتفق المتعاقدان على أن تكون قيمته (ثمنه) ألف دينار جزائري على سبيل المثال، في هذه الحالة يعتبر ركن الثمن منعدماً و بالتالي بطلان العقد.

والثمن التافه مبدئياً تسمح حرية التعاقد للطرفين باشتراط الثمن الذي يناسبها وليس للقاضي سلطة ممارسة الرقابة على التوازن الاقتصادي للعقد ما عدا الحالات الاستثنائية للغبن، وبالرغم من ذلك ودون الاستناد إلى درجة عدم تناسبه وقيمة البيع وصولاً إلى الاعتقاد بأن الثمن غير جدي والبائع لم يتعاقد للحصول على هذا المقدار من الثمن<sup>1</sup>.

### رابعا: الثمن البخس

والثمن البخس وهو ثمن جدي ولكن بينه وبين المبيع تفاوتاً كبيراً وهو بالتالي غير الثمن التافه أو الثمن الصوري حيث أن الحصول على الثمن البخس، كأن الدافع للبائع على الالتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري و من ثم فإن عقد البيع ينعقد بالثمن البخس بصفة لطالما كان التفاوت بين قيمة البيع و الثمن المتفق عليه لا يزيد عن خمس قيمة المبيع الحقيقية وقت البيع، فإذا زاد هذا التفاوت عن خمس قيمة المبيع، فإن القانون يعطي البائع في هذه الحالة الحق في مطالبة المشتري بتكملة الثمن<sup>2</sup>، ونصت عليه المادة 358 من القانون المدني على أنه "إذا بيع عقار غبن يزيد عن الخمس، فللبائع الحق

<sup>1</sup> - محمد أرمضيني، البيع العقاري، مذكرة التحرج لنيل الشهادة العليا للقضاء، جامعة سعد دحلب البليدة، دفعة 16 السنة

الدراسية 2008/2007، ص12

<sup>2</sup> - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص99.

في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ويجب التقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن تقوم العقار بحسب قيمة وقت البيع<sup>1</sup>.

ويمكن تحيدي الثمن من طرف الغير حيث لم ينص المشرع الجزائري على هذه الطريقة في القانون المدني ولكن لا يوجد ما يمنع من الأخذ بها من طرف المتعاقدين لأن المشرع لم يحصر طرف تحديد الثمن بل نص على بعضها على سبيل المثال فقط<sup>2</sup>.

### كيف يمكن تحديد معيار تقدير خمس الثمن ؟

لقد اختلف الفقهاء حول الأساس الذي يقوم عليه الغبن و تقدير خمس الثمن حيث ظهرت هناك نظريتان -أولاً: النظريات: وجدت نظريتين لتحديد الغبن.

أ- النظرية الشخصية: اعتمدت هذه النظرية على معيار المرونة وذلك على أساس.

1- قيمة الشيء: أي يكون الاختلال بين القيمتين كبيراً حيث يصل حدها إلى ثمن باهض وفاحش.

لكن هذه النظرية انتقدت لأنها تعتبر الغبن عيباً مستقلاً و إنما هو مظهر من مظاهر عيوب الرضا.

ب- النظرية المادية: وينظرون أصحاب هذا النظرية إلى قيمة ما أعطى المتعاقد مقابل مأخذه فإذا وصل التفاوت إلى حدود معينة يكون قد تحقق الغبن وكذلك اعتمدوا عنصرين.

1- قيمة الشيء:

تحدد هذه القيمة من خلال المعاملات في السوق كالعرض و الطلب فهي قيمة مادية دون النظر إلى نفسية المتعاقد يمكن للتعاقد أن يدفع ثمناً أكبر بكثير من قيمة الشيء المادية مع عمله بذلك

<sup>1</sup> - المادة 358 من القانون المدني.

<sup>2</sup> - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 86.



وهذا لقيمة الشيء في نفسية التعاقد (المشتري) لكن بالنسبة لهذه النظرية فإنه يعتبر مغبونا كما أن هذه النظرية تعتبر الغبن مستقلا عن عيوب الرضا وهو يقع في العقد و ليس فر الرضا.

## 2- مقدار التفاوت:

وترى هذه النظرية بأن المقدار مجرد برقم تناسبي وهذا يسهل لنا الوصول إلى معرفة ما إذا كان في العقد غبنا أم لا و الملاحظ أن المشرع الجزائري يأخذ بهذه النظرية.

### مقدار الغبن و كيفية حسابه

إذا راجعنا للقانون المدني المصري نجد أنه في المشروع التمهيدي لنص المادة 745 مدني اشترط في الغبن أن يزيد على الربع لا على الخمس، وذلك أسوة بمقدار الغبن في القانون الفرنسي ولكن لجنة المراجعة عدلت مقدار الغبن إلى الخمس أسوة بالغبن في بيع القاصر لأن الخمس هو المقدار المألوف في الغبن في الشريعة الإسلامية.

و المعرفة ما غذا كان قد وقع غبن في بيع العقار تقدير العقار محل البيع، و تقدر قيمة العقار البيع بواسطة الغير عند الإلتضاء و لا يعتد بالتقدير في عقد البيع وتمكن العبرة في تقدير قيمة العقار بوقت البيع، وفي حال بالبيع فالعبرة بقيمة العقار وقت الإبرام الموجود له رغبته في الشراء وليس في وقت صدور الوعد<sup>1</sup>.

ولما كان القول بوجود الغبن يتوقف على معرفة الثمن المتفق عليه وقيمة المبيع وقت البيع، فقد كانت القاعدة العامة التي استقر عليها الرأي زمتا طويلا هي عدم جواز الطعن في البيوع الاحتمالية التي تبنت مبدأ الاحتمال مثل البيع الذي يكون الثمن فيه لمدى الحياة و السبب في ذلك أن المقابل يدفعه المشتري ليس قابلا للتقدير أثناء العقد لكونه لا يوجد تناسب دقيق طارئ مثل وفاة البائع فليس من الممكن إثبات أي غبن لكونه يوجد تناسب دقيق ومرقم ما بين التزام المشتري و القيمة

<sup>1</sup> - محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع النظامين، الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2005، ص 215.

الحقيقية للعقار، ما هو معروف أن الغبن ينصب على البيوع العقارية وهذا كما كان معمول به في القوانين فمثلا وفي ما هو في القانون الروماني وفي اواخر العصر الجمهوري وجد نظام قريب من فكرة الغبن وضعه الريتور تكملة لقانون بليتوريا الذي نصب على عقاب من يخذع القاصر دون الخامسة و العشرين فقرر أن للقاصر دون خمس وعشرين سنة إذا لحقه غبن من تصرف ما إن يطلب فسخه.

وفي عهد الامبراطور ديوكليسان نتيجة لاشتهار تعاليم الكنيسة عملت بفكرة الغبن في البيع واشترط بالنسبة للبيع أن يكون المبيع عقار و أن يزيد على الغبن على نصف قيمة هذا العقار التعاقد<sup>1</sup>.

### الفرع الرابع: شهر دعوى الغبن

عقد البيع عقد القواعد العامة المقررة في القانون المدني من حيث أنه مصدر من مصادر

الإلتزام

ويخضع في تكوينه إلى نظرية العقد من حيث أركانه و شروطه صحته. ولقواعد الرضا و الأهلية

.....إلخ<sup>2</sup>.

إن المشرع الجزائري وبوجوب مراعاة الشكلية في التصرفات العقارية، ويعتبر تدخلا نفعا محضا لكلا المتعاقدين ويتجلى ا النفع بتنبية كلا الطرفين بخطورة التصرف القانوني الذي هو مقدم على إبرامه في حالة وجود أي ضرر لكليهما في حالة لجوءهما إلى القضاء المدني خاصة باعتبار أن موضوعنا عقاري يتمحور حول دعوى الغبن في بيع العقار في التشريع الجزائري.

<sup>1</sup> - أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقد البيع و المقايضة ، مرجع سابق،ص771.

<sup>2</sup> - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هوما للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2008، ص29 وما

بعدها

إن الدعاوى العقارية من المور اللازمة لقيام المنازعات الخاصة بالعقار لذلك نُخصص لها جانبين يتمحور أن حولاً أولاً : تعريف الدعوى العقارية و الجانب الثاني إجراءات شهر الدعوى العقارية.

### أولاً- تعريف الدعوى العقارية:

إن المشرع الجزائري لم يعرف الدعوى العقارية لكن اشار في المادة<sup>3</sup> من قانون الإجراءات المدنية و العقارية" أنه يجوز لكل شخص يدعى حقاً رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته وهي وسيلة مشروعة يلجأ بها المتقاضي إلى السلطة القضائية للحصول على حق أو حمايته<sup>1</sup>"

ومنه يمكن القول أن الدعوى العقارية هي الدعوى التي تكون محل و موضوع الحق المتعلق بالدعوى عقار<sup>2</sup>، الهدف منها حماية هذا الحق أو الحصول عليه وتثبيته فكل الدعاوي التي توصى إلى الحصول أو حماية أو تثبيت حق مدني عقاري تعتبر دعوى عقارية، فالعقار واحد في وصفه فإنه إذا كان الأصل أن ترفع الدعوى لحماية الحق موضوعي فإن الدعاوي العينية العقارية يصعب حصرها إلا أنه يمكن تقسيمها من حيث موضوعها إلى قسمين:

### أولاً: دعاوي الحق

يتمسك بها المدعي بأنه مالك لعقار أو صاحب حق غبن عليه و يطلب تقرير حقه في مواجهة من ينازعه أو يتعدى عليه و مثالها دعوى و مثالها دعوى تثبيت ملكية ودعوى تقرير حق الارتفاق. وثانياً: وهناك دعاوي أخرى يتمسك بها المدعي بأنه صاحب مركز واقعي على العقار وهو سيطرته الفعلية عليه ويسمى هذا النوع من الدعاوي الحيازة وهي تنفرد بقواعد خاصة تتميز بها عن دعاوي الحق وبالتالي فالدعوى العقارية هي المطالبة باستعادة حق عقاري أو حمايته وهي وسيلة مشروعة لتعبير في الدفاع عن هذا الحق كالدفاع عن حق ملكية لقطعة أرض أو حمايتها من تعرض

<sup>1</sup> - المادة 3 من قانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

<sup>2</sup> - المادة 683 من القانون المدني الجزائري.

الغير كارتفاق دون إذن أو استعمال أو استغلال لأي طريقة كانت كلها تودع إلى رفع الدعوى العقارية<sup>1</sup>.

و للدعوى العقارية خصائص تمكن في أنها وليست واجب فاستعماله هو أمر اختياري، وحق الدعوى العقارية يجوز التنازل عنه أو تقييد ولكن لا يجوز الحرمان منه وهي كذلك يقبل الانتقال و ينقص بالتقادم.

لقبول الدعوى العقارية يجب توفر شروط، ميز المشرع من خلال نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الشروط الشكلية و الموضوعية لقبولها بحيث أبقى على الشروط الشكلية وهي الصفة، المصلحة، الإذن بينما أجل شرط الأهلية بوصفها شرطاً موضوعياً إلى نص المادة 64 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

وباستقراء نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية نجد أن المشرع الجزائري قيد مجال تدخل تلقائياً وحصره في انعدام الصفة والإذن دون المصلحة غداً للقاضي أن يثير انعداماً أما يكفي مراقبة مدى جدية الدفع فيها لو أثاره المدعى عليه.

### ثانياً: إجراءات شهر الدعوى العقارية:

يتعين على المدعي إشهار الدعوى أي العريضة الافتتاحية للدعوى وهذا لتقديمها في أول جلسة تنظر فيها القضية و إلا لن تقبل العريضة في جانبها العريضة في جانبها الشكل غير أنه يمكن تفادي هذا الإجراء أي عدم القبول إذا ما ثبت المدعي أن العريضة مودعة لدى المحافظة العقارية التي يقع في نطاق دائرة اختصاصها العقار.

وهو ما يعني المدعي أقدم على القيام بما طلب إجرائياً غير أن المحافظة العقارية هي من تراخت عن القيام بواجبتها، حيث هذا الإجراء بموجب المادة 85 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ، في 1976/09/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري وكان الغرض من هذا الشهر دعم

<sup>1</sup> - عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الغدارية الجديدة، منشورات بغدادية، الطبعة الأولى، 2009، ص32.

نظام الشهر الغبن الذي يعتمد أساسا على المسح للأراضي مما دول امتداد أثر الالتزام على السندات المتعلقة بعقارات أو حقوق عقارية بالنسبة للأراضي غير المسوحة التي تخضع في بعض المناطق للنظام الشهر الشخصي طبقا للمادة 27 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في: 12-11-1975 المتعلقة بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و المادة 133 من المرسوم 76-63 وفقا للمادة 85 من المرسوم 63/76، يلاحظ أن المشرع خص بعض أنواع الدعاوي العقارية الواجب شهرها و هذا بشهر العريضة الافتتاحية في مجموعة البطاقات العقارية مع تقديم إثبات ذلك إما بشهادة تسلم من قبل المحافظ الكائن بدائرة العقار المتنازع عليه أو بالتأثير عليه في أسفل العريضة

تقييد العريضة الافتتاحية في سجل خاص، يسمى بسجل قيد الدعاوي: تبعا لترتيب وردها مع بيان أسماء و ألقاب الخصوم: و كذا رقم القضية و التاريخ المحدد للجلسة: ثم يقوم أمين الضبط بالتأشير على العريضة بنسخها و ذلك بتسجيل الرقم المعطى لها كما هو وارد في السجل و كذا تاريخ أول جلسة يسلمها أثر المدعى الذي يتولى القيام بإجراءات تبليغها للخصوم<sup>1</sup>.

أما الفقرة الثالثة من نص المادة 16 قانون الاجراءات المدنية افتتحت عن ضرورة احترام أجل تسليم التكليف بالحضور والتي هي (20) يوما على القل يبدأ احتسابها من تاريخ تسليم التكليف بالحضور إلى التاريخ المحدد لول جلسة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

أما إذا كان التبليغ سيتم خارج الوطن بغض النظر عن مكان تواجد المدعى عليه فإن تلك المدة تمدد إلى 3 أشهر أن هذه الآجال تشمل جميع الجهات القضائية على مختلف درجاتها.

و هكذا تسجل العريضة الافتتاحية للدعوى العقارية بعد دفع الرسوم و حقوق الدولة المحددة قانونا (عموما تكون الدعوى العقارية ) 1000 دينار جزائري و هذه الرسوم هي عبارة عن حقوق تعود للخرينة العمومية مع أن المدعي مطلب بدفع بعض المال قبل السير في الدعوة فإن ذلك

<sup>1</sup> - المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

لا يتعارض مع حق التقاضي الذي يكلفه الدستور فالمبلغ الذي يدفعه كرسوم هو عبارة عن مساهمة و ليس ثمنا نظير الخدمة العمومية.

وباستقراء الفقرة الثانية من المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نستنتج أنها تعطي صلاحية فض النزاع المتعلق بدفع رسوم الدعوى العقارية إلى السيد رئيس الجهة القضائية (رئيس المحكمة -رئيس المجلس القضائي -أو المحكمة العليا ) و ذلك بأمر نهائي أي غير قابل لأي طعن كي لا يسبب في زيادة تعب المدعي<sup>1</sup>.

و الجدير بالذكر هنا أن الدعاوي القضائية المنصوص عليها من المادة 85 من المرسوم 63-76 المذكورة على سبيل المثال لا الحصر و التي تتمثل في:<sup>2</sup>

### 1-دعوى الفسخ: هي الدعوى التي يرفعها أحد الطراف في العقود

الملزمة بدائنين على الطرف الآخر عند إخلاله بأحد التزاماته بعد أعذاره<sup>3</sup>.

2-دعوى الإبطال: ترفع في حالة وجود عيب في الإدارة كالإكراهة التديليس، الغلط "الغبن" أو اعترى العقد شرط من شروط الصحة كانهدام الأهلية.

3-دعوى الإلغاء: ترفع للمطالبة بإلغاء عقد إداري و كذا قرار إداري ناقل للملكية العقارية باعتبار أن هذين الخيرين يعدان من طرف نقل الملكية في التقنين الجزائري.

4- دعوى النقص: ترفع في حالة المطالبة بنقض القسمة الودية الحاصلة بالتراضي فإذا اثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس على أن تكون العبرة في تقدير قيمة الشيء وقت القسمة وهذا ما جاء في نص المادة 732 من القانون المدني

<sup>1</sup> - أسايح صقوقة، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 61.

<sup>2</sup> - المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

<sup>3</sup> - المادة 119 من قانون المدني الجزائري.

لقد جاء مضمون المادة 3/17 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بانه يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلق بعقار أو حق غير عقاري مشهر طبقاً للقانون وذلك لتفادي لأي إجحاف في حق المدعي وتعرضه لرفضه عرضيته بسبب تقصير قد يكون نتيجة تصرف الغير، فجعل المشرع من هذا الاجراء قيذا وشرطا لقبول الدعوى العقارية في نفس الوقت.

وقد أشار القرار رقم 194.437 المؤرخ في: 2000/04/26 المجلة القضائية العدد 01 لسنة 2000 صفحة 156 من المقرر قانونا أن دعاوي القضاة الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو بنقض حقوق ناتجة عن وثائق تم اشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم شهرها مسبقا. إن المادة 17 السالفة الذكر تشترط إشهار العريضة الافتتاحية للدعوى في حالة ما إذا رفعت للمطالبة بموضوع إلغاء أو فسخ أو تعديل<sup>1</sup>.

### الآثار المترتبة عن شهر دعوى الغبن في المحافظة العقارية و عدم شهر دعوى الغبن

إذا كانت الحقوق العينية الأصلية العقارية تشهر بالمحافظة العقارية بالتسجيل على البطاقة العقارية للعقار، والحقوق العينية التبعية العقارية تشهر بالقيود ، فإن الدعاوى القضائية تشهر بالتأشير الهامشي<sup>2</sup>، على البطاقة العقارية للعقار بالمحافظة العقارية، نصت عليها المادة 85 من المرسوم 63/76: " إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقاً طبقاً للمادة 14/ف4 من الأمر 76/75 وإذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه التأشير."

ونصت المادة 515 قانون 09/08 على أن: " ينظر القسم العقاري في الدعاوى المتعلقة بإبطال أو فسخ أو تعديل أو نقض الحقوق المترتبة على عقود تم شهرها"، وأكدت على ضرورة الشهر الدعوى العقارية حسب المادة 519 من قانون 09/08: " ترفع الدعوى أمام القسم العقاري

<sup>1</sup> - عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد ، منشورات بغداددي، ط1، 2009، ص58.

<sup>2</sup> - جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، طبعة 2006، ص111.

وينظر فيها حسب الإجراءات الواردة في هذا القانون ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بشهر دعاوى الفسخ أو الإبطال أو التعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها.<sup>1</sup>

نستنتج مما سبق أن الدعاوى القضائية محل الشهر العقاري هي تلك المرتبطة بالتراعات حول الملكية العقارية أو الحقوق العينية الأصلية الأخرى ذلك أن كل من الإبطال أو الفسخ أو التعديل أو النقض أو الإلغاء تنصب على التصرفات القانونية التي هي في الغالب الأعم اتفاقات تعاقدية بين الأفراد في إطار العقود المدنية أو قرارات استفادة أو تنازل عن أملاك عقارية في إطار العقود الإدارية بموجب قرارات إدارية عن مختلف الهيئات العمومية الإدارية خاصة البلدية أو الولاية أو مديرية أملاك الدولة....إلخ.

وطالما أن النزاع منصب على أصل الملكية العقارية وجب شهر الدعاوى القضائية حتى تجعل المتعامل في العقار على علم بحالته القانونية<sup>1</sup>.

وتبعا لتعدد الدعوى القضائية المتعلقة بالحقوق العينية العقارية-حق ملكية ، انتفاع، ارتفاق وغيرها- نحاول دراسة الموضوع من خلال التركيز على أنواع الدعاوى القضائية التي يجب شهرها وندرس مصير الدعاوى القضائية المتعلقة بالتراعات العقارية التي لا تشهر قبل مباشرة الدعوى القضائية.

### المطلب الثاني: الآثار المترتبة على تحقيق الغبن في العقار التشريعي الجزائري.

عند تحقق الغبن يتوافر جميع شروطه المتضمنة في المطلب الأول فإن القانون المدني أقر بأن هناك طرف ضعيف وهو البائع الذي قبض الثمن الذي لا يكون حقيقي ولا يتوافق مع قيمة العقار فأوجب المشرع حماية لهذا المغبون وتمثل في دعوى تكملة الثمن والهدف منها إزالة الضرر اللاحق بهذا البائع فهي دعوى أصلية التي نص عليها القانون أي إضافة الى ذلك اوجب دعوى أخرى وهي دعوى فسخ وهي دعوى فرعية ويعود اليها البائع في حالة اذا لم تتحقق الدعوى الأصلية الأولى فكلا

<sup>1</sup> - مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، دار هومة، الجزائر ، طبعة أولى، ص41.



الدعوتين تتناولهما في الموضوع في الفرعين الأول والثاني بالإضافة الى أن المشرع لم يغفل أطراف أخرى وهو الغير فإذا كان حسن النية أوجب له كذلك حماية تتمثل في دعوى الفسخ وهو ما نتناوله في الفرع الثالث.

### الفرع الأول: دعوى تكملة الثمن

ليس الغبن سببا من أسباب إبطال البيع<sup>1</sup>، إنما هو سبب لتكملة الثمن ذلك أن المشرع لا يسمح بأن يباع عقار بأقل من أربعة أخماس قيمته من ذلك لم يبطل البيع لكن يستكمل الثمن ويزال الضرر.

لذلك نتناول ذلك في جانبين إزالة الضرر فتتناول الإختصاص واطراف الخصومة كتوضيح أكثر لدعوى تكملة الثمن.

#### أولا: الإختصاص وأطراف الخصومة.

إن دعوى تكملة الثمن ترفع امام المحكمة وأطرافها محددين قانونا

**1-الإختصاص:** لا بد لتحديد المحكمة مكانيا من تحديد طبيعة دعوى تكملة الثمن هل هي دعوى شخصية أم عقارية أو مختلطة.

- الدعوى الشخصية: هي تلك الدعوى التي ترمي لحماية حق شخصي، او تستند لحق شخصي ومجالها الإلتزامات أو ما يسمى بحق الدائنية، على هذا فكل دعوى تتعلق بالعقود أو الإلتزامات العقدية ، وكل دعاوي التعويض على أساس المسؤولية المدنية عقدية أم تقصيرية وكل دعاوي حماية حق من الحقوق الشخصية تعد دعوى شخصية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>-أيمن أبو العين، والدكتور حاتم البيات، القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي، الإلتزامات والإرادة المنفردة ، جامعة دمشق، سوريا نص 213.

<sup>2</sup>- محمد واصل، شرح أصول المحاكمات المدنية الكتاب الأول، ج1، جامعة دمشق، سوريا، 2006/2005، فقرة 2778 ص328 وفقرة 330 وفقرة 281، ص 331.

-أما الدعوى العينية منقولة أو عقارية فهي تهدف لحماية هذا الحق بوجه من ينازعه فيه

-أما الدعوى المختلطة : فهي تلك التي تستند إلى حق شخصي وحق عيني ناشئين عن مصدر واحد أو رابطة قانونية واحدة، كما لو كانت تستهدف تنفيذ عد يتعلق بحق عيني على عقار أو منقول فإذا وردت على العقار سميت دعوى شخصية عقارية<sup>1</sup>.

فالدعوى الشخصية العقارية التي تستند إلى حق شخصي بحت ويطلب فيها تقرير حق عيني على عقار أو اكتساب هذا الحق وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي.

وفي ضوء الحالات السابقة علينا تحديد طبيعة دعوى تكملة الثمن دون تحديد المحكمة المختصة إقليميا

إن دعوى تكملة الثمن هي دعوى شخصية إذ هي دعوى مطالبة بحق شخصي للبائع على مدينه هو تكملة الثمن فلا يطالب فيها المدعي بتقرير حق عيني ما أما بالنسبة لنوع المحكمة المختصة فإن تحديدها يرتبط بأمرين هما الإختصاص الإقليمي<sup>2</sup>.

والإختصاص الإقليمي هو موضوع موسع والقواعد التي تنص عليها المشرع في هذا المجال تطبق على كل الجهات القضائية ماعدا المحكمة العليا التي لا تخضع لقواعد الإختصاص المحلي كونها تمارس صلاحياتها على القرارات الصادرة من المحاكم والمجالس القضائية بحيث توجد قواعد عامة للإختصاص المحلي وقواعد خاصة للإختصاص الإقليمي، فالإختصاص الإقليمي هو تحديد نوع المحكمة المختصة في ضوء قيمة الطلبات في الدعوى المرفوعة.

والمعيار الثاني لتحديد نوع المحكمة المختصة يعد الإختصاص النوعي الذي إذا حاولنا تحديده فيمكن القول بأن السلطة جهة قضائية معينة للفصل دون سواها في دعاوي معينة، أي تحديد الإختصاص النوعي بالنظر إلى موضوع الدعوى وطبيعة النزاع ، والمبدأ العام القواعد الإختصاص

<sup>1</sup> - عمار بلغيث، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة ، 2009، ص52.

<sup>2</sup> - فضيل العيش شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، منشورات أمين الجزائر، 2009، ص 93.

النوعي متعلقة بالنظام العام أي يجوز الإتفاق على مخالفتها ويثيرها القاضي من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى<sup>1</sup>.

والإختصاص النوعي الذي يستند إلى نوع الدعوى والذي يتحدد بنص قانوني يعين المحكمة ذات الإختصاص للنظر في نوع المعين من الدعاوي ، وعلى هذا الأساس فإن قيمة التكملة التي البائع بها هي التي تحدد المحكمة المختصة، و يكون الإختصاص المكاني في هذه الدعوى الشخصية لمحكمة مواطن المدعى عليه.

### 2-أطراف الخصومة

#### المدعي:

إن التمسك بطلب إكمال الثمن حتى  $5/4$  قسمة ثمن أمثل العقار من حق البائع والمدعي من البيانات التي تتضمنها عريضة افتتاح دعوى<sup>2</sup>، ويرفع البائع دعوى تكملة الثمن بنفسه او بواسطة ممثله القانوني أمام المحكمة التي يقع عقار اختصاصها طبقا للمادة 40 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

حيث أنه إذا كان البائع كامل الأهلية ففي هذه الحالة يباشر دعواه بنفسه أو بواسطة ممثله القانوني اما اذا كام المدعي هو ذات الشخص الذي لم تكن تتوفر فيه الأهلية بعد اكتمال أهلية أما قبل ذلك فلا يستطيع رفع دعواه والتمسك بالحماية.

فالحجور عليه أو القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد لا يمكن له رفع دعوى بل يمثله ممثله القانوني (الولي، الوصي، القيم) فالأب والأم يمثلان الأبناء دون الحاجة لأي إجراءات وتثبت الصفة بإبراز ما يثبت الحالة العائلية وتكون الصفة في التمثيل للوصي الذي يعينه القاضي عند عدم وجود الولي أو الوصي.

<sup>1</sup> - فريجة حسين، المبادئ الأساسية في القانون الإجراءات القانونية و الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 35.

<sup>2</sup> - فريجة حسين، المرجع نفسه ، ص19.

وتبقى الصفة الى حين بلوغ سن الرشد او رفع الحجر عن المجنون أو المعتوه حيث تزول الصفة من ذلك التاريخ ما لم تكن الدعوى حجزت للحكم حيث تستمر الصفة الى حين صدور الحكم<sup>1</sup>.  
فإذا توفى البائع فإن الحق في طلب تكملة الثمن ينتقل الى الورثة ويكون لهم أو من يمثلهم قانونا طلب التكملة ضمن المدة.

### المدعى عليه:

هو الطرف الثاني في دعوى الغبن (أي المشتري الغابن وفي حالة وفاته يخلفه الورثة في تركته بما فيها التزاماته وذلك في حدود ما آل إليهم)، أما الغير الذي كس حقا عينيا مع العقار فلا يمكن مطالبته بتكملة الثمن تبعا لمبدأ نسبية العقود (شبه العقود).

المادة 153 من القانون المدني الجزائري يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك.

ويكون للبائع استيفاء رصيد الثمن من الغير بدعوى مباشرة يمارس فيها حقوق مدينه

(المشتري) على الغير الذي بقي مدينا للمشتري بجزء من الثمن<sup>2</sup>.

### ثانيا: إزالة الضرر

جعل المشرع حق البائع المغبون على طلب تكملة الثمن حتى أربعة أخماس القيمة والحكم هو بمثابة إزالة الضرر اللاحق بالطرف المغبون، بخلاف القانون الفرنسي الذي جعل للبائع حق طلب إبطال البيع قسوة بأحكام الغبن الإستغلالي ما لم يعرض المشتري رد المبيع الى البائع مقابل استرداد الثمن الذي سدده البائع أو تكملة الثمن الى الحد الأدنى للغبن 12/7 في القانون الفرنسي.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 229.

<sup>2</sup> - جاك يوس الحكيم، العقود الشائعة أو المسماة عقد البيع والمقايضة، جامعة دمشق سوريا، 1997-1998.

فحكم المادة 358. بمثابة إلزام المشتري بالشراء بثمان قانوني معين دون أن يكون له الخيار حتى بقبول الشراء بالثمان المذكور أو رفضه جملة<sup>1</sup>.

يلاحظ أن المشتري في هذه الحالة لا يلزم بتكملة الثمن حتى الحد القانوني الأدنى للغبن أي 5/4 قيمة المبيع لا كامل ثمنه.

ويلاحظ أن معيار الغبن هنا هو معيار مادي أما الغبن في العقود بصفة عامة وهو الإستغلال المنصوص عليه في الالتزامات بوجه عام فمعيار نفسي ولا يشترط فيه الوقوف رقم معلوم.

غير أنه في دعوى تكملة الثمن اشترط أن يزيد الغبن عن خمس من ثمن المبيع وهو المقدار الي يتغابن فيه الناس عادة والذي يرفع الدعوى هو صاحب العقار المبيع بنفسه او ورثته من بعده أو بواسطة وليه أو يرفعها بنفسه عند بلوغه سن الرشد و اجازته للمبيع اذا كان هو الذي باشره، فإذا مات قبل بلوغ سن الرشد او بعد بلوغه بعد السن وقبل تقادم دعوى الغبن رفعها الورثة من بعده.

يجب أن يتفقوا جميعا على رفعها عند تعدد الورثة لأن الدعوى لا تتجزأ، ويرفعها وليه نيابة عنه اذا كان هو لا يزال قاصرا، سواءا باشر القاصر البيع بنفسه أو باشره عنه الولي بعد إذن المحكمة وترفع الدعوى على المشتري أو ورثته لأن تكملة الثمن التزام في ذمة المشتري وترفع أمام المحكمة التي يوجد ضمن الإختصاص، وعلى المدعي -أي صاحب العقار المبيع- ان يثبت حقه في تكملة الثمن يثبت ان قيمة العقار وقت البيع تزيد على الثمن بأكثر من خمس القيمة<sup>2</sup>، وله ان يطلب تعيين خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع، فإذا أثبت ذلك حكم القاضي على المشتري بتكملة الثمن الى أن يبلغ أربعة اخماس قيمة العقار وقت البيع<sup>3</sup>.

ولصاحب العقار أن ينفذ بها الحكم على جميع أموال المشتري ويدخل في ذلك العقار المبيع ذاته لان الحق الشخصي في ذمة المشتري فجميع امواله ضامنة الوفاء به، بل إن تكملة الثمن -وهي جزء

<sup>1</sup> - جاك يوس الحكيم، المرجع السابق، ص 163.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 776.

<sup>3</sup> - محمود صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 958.

من الثمن- تكون مكفولة ايضا بحق امتياز البائع على العقار المبيع ، ويجب شهر حق الامتياز عن طريق قيد تكميلي يأخذ مرتبته من وقت القيد، فإذا بقى العقار في ملك المشتري، فإن البائع بحالة تمكنه من حق امتياز يتقدم فيه على سائر دائني المشتري ويستوفي حقه قبلهم من ثمن هذا العقار.

اما اذا تصرف فيه المشتري ، معاوضة او تبرعا، فللبائع أن يتبعه في يد الغير بحق امتيازته إذا كان قد قيده قبل شهر التصرف الصادر من المشتري.

اما إذا كان صاحب العقار محجوزا عليه فإنه يكون للقيم أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال مدة الحجز، فإذا مات ساحل العقار وهو لا يزال محجوزا عليه فلورثته رفع الدعوى في خلال ثلاث سنوات من موته، فإذا رفع الحجز كان لصاحب العقار نفسه أو ولورثته من بعده رفع الدعوى في خلال الثلاث سنوات التي تلي رفع الحجز.

ولصاحب العقار المبيع إذا لم يدفع له المشتري تكملة الثمن بعد الحكم بها عليه يطلب أيضا فسخ البيع الذي نبينه في حينه.

وتجد الإشارة هنا الى أن المشرع الجزائري خصص الغبن في بيع العقار فحدد الضرر بأن يزيد الغبن عن الخمس<sup>1</sup>، وهذا ما نجده في نص المادة 358 التي تنص: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فالبايع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ويجب تقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقدم العقار بحج قيمته وقت البيع"، والغبن في عقد البيع هي مسألة واقع تستقل المحكمة بتقديره، فليس هناك ما يمنع المكمة من التحقق أولا من وجود العنصر المعنوي للغبن الذي هو المفسد للإدارة قبل التحقق من وجود الضرر (العنصر المادي له)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص43.

<sup>2</sup> - نعيم شلالا، دعاوي البيوعات العقارية ، منشورات حلب الحقوقية، بلبنان، ط الأولى، 9776، ص888.

الفرع الثاني: دعوى الفسخ في حالة عدم تكملة الثمن:

هذه الدعوى من الضمانات التي منحها القانون للبائع المغبون، وتتناول هذا الفرع من خلال اساسية لدعوى الفسخ والمتمثلة أولا في شروط الواجب توافرها للفسخ والثاني أو الفسخ القضائي والثالث آثار الفسخ.

أولا: شروط الواجب توافرها لدعوى للفسخ

1-أساس الفسخ:

لم يكن الفسخ مقررا في القانون الروماني كمبدأ عام<sup>1</sup>، وذلك لان العقد الملزم للجانبين لم يكن ينشئ وفقا للقانون الروماني إلا التزامات مستقل بعضها عن بعض، لا تقابل بينهما ولا ترابط فلم يكن

أمام المتعاقد إلا طريق واحد هو المطالبة بالتنفيذ<sup>2</sup>.

ولما تطور القانون الروماني وأصبح عقد البيع رضائيا إعتاد البائعون أن يدرجوا في عقودهم شرطا كان يسمى "les commissorie" من مقتضاه ان يفسخ العقد عند عدم دفع الثمن ثم لم يلبث أن أصبح هذا الشرط مألوفا ولكن في عقود البيع فقط ولمصلحة البائعين فحسب فلم يكن يجوز للمشتري أن يلجأ إليه عند عدم قيام البائع بتنفيذ التزاميه أي تسليم البيع.

أما بالنسبة للعقود الأخرى غير البيع فكان الرومان يلجؤون الى نظرية الدعاوى وعلى الأخص دعوى تسمى *conditio causa data* وهي دعاوى استيراد أداء نفذ رجال الحصول على أداء مقابل لم ينفذ، ولكن كل هذه كانت وسائل غير مباشرة، الواقع أنه لم تكن في القانون الروماني نظرية عامة للفسخ

<sup>1</sup> - بلحاج العربي ، نظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 9771، ص878.

<sup>2</sup> - أستاذ عبد الحميد شواربي، فسخ العقد، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ص780.

ان رجال الكنيسة هم الذين عملوا على انشاء نظرية الفسخ باعتبارها امتداد لنظرية الدفع بعدم التنفيذ التي خلقوها برمتها، واستعملوا في تبرير نظرية الفسخ نفس المعنى الذي استعملوه في تبرير نظرية الدفع بعدم التنفيذ: لا يراعى عهد من لا يراعى عهده فكان للدائن الحق في إلا ينفذ التزامه إذا وجد أن مدينه لم ينفذ التزامه وله الحق في أن يسترد ما نفذه<sup>1</sup>.

انتقلت نظرية الفسخ الى القانون المدني الفرنسي المادة 8817 بالرغم من معارضة الكثير من الفقهاء الفرنسيين الذين كانوا في معاضتهم للقانون الروماني لم يكن فيه نظرية عامة الفسخ ولقد قرب بعض الفقهاء نظرية الفسخ من نظرية السبب<sup>2</sup>.

## 2- شروط حصول الفسخ:

يشترط لتطبيق الفسخ الشروط التالية:

عدم تنفيذ الإلتزام الناشئ عن عقد البيع (عدم تكملة لثمن) ، فالبائع إذا لم يدفع المشتري له تكملة الثمن بعد الحكم عليه بذلك له ان يطلب فسخ عقد البيع وذلك كنتيجة لإخلال المشتري بإلتزامه تكملة الثمن فإذا حكم بفسخ عقد البيع فإن العقد يبيع العقار.

لكن إذا كان المشتري قد تصرف بالمبيع (العقار) إلى مشتري آخر حسن النية أو رتب عليه حقا عيني للغير، فإن هذا الغير لا يلحقه ضررا من فسخ العقد وبهذا تقرر الفقرة الثالثة من المادة 426 من القانون المدني الجزائري بانه "لا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير الحسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع" ، وبالتالي غذا كان المشتري قد باعه لمشتري آخر سن النية، فلا يجوز للبائع استرداد العقار وانما يكون له الحق في الرجوع على المشتري بالتعويض و يجوز له أن يسترد العقار إذا أثبت سوء النية للمشتري الثاني وذلك على طريق إقامة الدليل على أن هذا المشتري يعلم بقيام دعوى تكملة الثمن وقت تعامله مع المشتري الأول.

<sup>1</sup> - أنور عمروسي، دعاوي مسماه، في القانون المدني الجزائري، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، مصر ، 2002، ص 676

وما بعدها.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، المرجع السابق، ص 877.



إعذار المشتري (المدين): حيث بمجرد رفع الدعوى بالفسخ يعتبر في ذاته، ومع ذلك فقد يكون لإعذار البائع (المشتري) قبل رفع دعوى بالفسخ أهمية عملية وهذا من ناحيتين :

- أنه يجعل القاضي أسرع في الإستجابة لطلب البائع بالفسخ

- أنه يجعل القاضي أقرب الى الحكم على المشتري بالتعويضات.

### 3- صدور حكم بالفسخ:

يحكم القاضي بالفسخ بناء على طلب البائع بالفسخ بسبب عدم دفع المشتري تكملة الثمن ولكن يحدث أن تكون الأسعار قد انخفضت وقت الحكم بالفسخ عنها وقت إبرام العقد عندئذ سيصيب البائع خسارة وهي مقدار الفرق بين السعرين، ولذلك يحكم القاضي ليس له القاضي فرق الفسخ بمبلغ يساوي بين السعرين لإصلاح ذلك الضرر والتعويض الذي يحكم به القاضي ليس أساسه العقد أو أن هذا العقد قد زال بأثر رجعي وإنما أساسه هو خطأ المدين أي أن المسؤولية هنا تقصيرية وليس تعاقدية

### ثانيا: الفسخ القضائي

في ضوء أحكام المادة 119 من القانون المدني التي تنص "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الإلتزامات

يظهر أن الفسخ هو جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه غير أن هذا الجزاء لا يقع تلقائيا وإنما لا بد من اللجوء الى القضاء واستصدار حكم بذلك ولذلك سنتطرق لتعريف الفسخ القضائي وشروطه وإجراءاته.

ويعرف الفسخ القضائي بأنه ضرورة اللجوء الى القضاء المختص من طرف الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ للمطالبة بحل العلاقة التعاقدية، لكي يحق له بعد ذلك التحلل من التزاماته نحو المتعاقد الاخر الذي لم يتم بتنفيذ ما رتبته العقد من التزامات على عاتقه<sup>1</sup>.

وعلى ذلك فان حل الرابطة التعاقدية لا يقع من تلقاء نفسه كقاعدة عتمة نظرا لخطورة هذا الإجراء على العقد لذلك ينبغي تدخل القاضي واستصدار حكم بذلك حتى وان كانت المادة 119 من قانون مدني جزائري لم تستلزم تدخل القضاء للحكم بالفسخ، غير أننا إذا نظرنا الى مضمون النص وعبارته نجدها تفيد الفسخ القضائي، فعبارة "يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه فالمطالبة تكون أمام القضاء ثم إن عبارة "ويجوز للقاضي أن يمنح المدين آجلا حسب الظروف، كما يجوز له ان يرفض الفسخ لا تدع مجالاً للشك بأن حل الرابطة التعاقدية في العقود الملزمة للجانبين يكون بحكم القاضي، ويخضع حق المتعاقد في طلب فسخ العقد الى ثلاثة شروط فصلها فيما يلي:

ان يكون العقد ملزم للجانبين هو شرط عام في جميع أنواع الفسخ، سواء كان العقد محل الفسخ ملزم للجانبين، أو كان الفسخ بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون، ذلك أن الفسخ بأنواعه الثلاثة مبني على فكرة الارتباط ما بين الإلتزامات المتقابلة، إذ لا فائدة للدائن في العقد الملزم لجانب واحد من فسخ العقد بل على العكس تقتضي مصلحته ابقاء العقد والمطالبة بتنفيذه أما مصلحت في العقد الملزم للجانبين فقد تقتضي فسخ العقد لأنه دائن ومدين في نفس الوقت وطالما بقيت العلاقة العقدية قائمة نحو مطالب بتنفيذ ما تحمل من التزامات بموجب العقد، ويستطيع الدائن عن طريق الفسخ أن يتخلص من هذه الإلتزامات ما لم ينفذ المتعاقد الآخر ما التزم به، وقد اشارت المادة 119 قانون مدني جزائري، صراحة الى هذا الشرط في عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه " اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته" فالفسخ جزاء يتقرر لصالح الدائن (البائع) عند عدم وفاء وبالتالي لا يحق للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد إلا إذا إحل المتعاقد الآخر بالتزاماته..

<sup>1</sup> - عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد، المرجع السابق، ص 87.

أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعدا لتنفيذ التزاماته هذا ما لم يرد في نص المادة 881 من القانون المدني الجزائري، غير أن المعقول أن يتمسك المتعاقد بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته إذا لم يبادر هو بتنفيذ ما عليه من التزامات، فيجب إذن ان لا يكون طالب الفسخ مقصرا في تنفيذ التزامه وهذا يقتضي أن يكون وفي بما تعهد به ، أو أن يكون مستعدا للوفاء به<sup>1</sup>.

### ثالثا: آثار الفسخ

تناول المشرع الجزائري آثار الفسخ في المادة 122 من القانون المدني الجزائري التي تنص:

"إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاو للمحكمة أن تحكم بالتعويض"، يظهر من هذا النص أن الفسخ يرتب آثار بالنسبة للمتعاقدين تتمثل في إعادة الأطراف الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد كقاعدة عامة وأثر هو على استحالة إعادة الحال الى ما كان عليه كاستثناء

### أولا: إعادة الحال الى ما كان عليه:

**القاعدة العامة:** بعد تقرير الفسخ يصبح العقد (بيع العقار) منعدم الوجود كأن لم يكن وبالتالي يجب ازالته ومحو كل الآثار التي رتبها من يوم انعقاده، ويقتضي هذا الامر أن يرد كل متعاقد ما تلقى من المتعاقد الآخر تنفيذا للعقد المفسوخ وهو يعرف بقاعدة الأثر الرجعي، والفسخ يرتب أثره إذا كان نظام الشهر الشخصي.

**تعريف نظام الشهر الشخصي:** إن نظام الشهر الشخصي هو ذلك النظام الذي يعتمد في اعلان التصرفات العقارية على أسماء القائمين بها<sup>2</sup>، وليس طبقا للعقار ومن هنا جاءت تسمية هذا النظام بنظام الشهر الشخصي والتي تفيد بأن الشخص محل اعتبار في التصرفات العقارية، اذا هذا النظام يتخذ من اسم الشخص أساسا لشهر التصرفات العقارية التي تصدر عنه، وتتم عملية الشهر في نوعين

<sup>1</sup> - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، رجع سابق ص 876 وما بعدها.

<sup>2</sup> - ياسين غانم، القضاء العقاري، الطبعة الثانية، مطبعة كرم، سوريا، 8117، ص98.

من السجلات، سجل يمسك حسب الترتيب الزمني بتقديم العقود المتضمنة المعاملات العقارية لإجراء الشهر وسجل يمسك حسب الترتيب الأبجدي لأسماء كل الأشخاص القائمين بمختلف التصرفات العقارية<sup>1</sup>، ولنظام الشهر الشخصي مبادئ:

1- إن الأساس والمحور الذي يركز عليه نظام الشهر الشخصي هو أسماء الأشخاص الذين تصدر عنهم التصرفات العقارية واجبة الشهر وليس على أساس العقارات كما هو الحال في نظام الشهر العيني<sup>2</sup>.

2- ليس لنظام الشهر الشخصي أية قوة ثبوتن ذلك ان التصرفات التي يتم شهرها في هذا النظام لا تخضع للتدقيق والحث على مدى صحتها بل تشهر كما هي فإذا كانت باطلة او قابلة للإبطال أو الفسخ ظلت كذلك حتى بعد شهرها، مما يعطي الحق لكل ذي مصلحة الطعن فيها بالفسخ<sup>3</sup> رغم شهرها.

إذ ليس من شأن عملية الشهر في هذا النظام تطهير عيوب التصرف وبالتالي يبقى حق المتصرف إليه مهددا بدعوى الفسخ والصورية على الرغم من شهر التصرف الصادر إليه وهذا ما يجعل من عملية الشهر في ظل نظام الشهر الخصي مجرد وسيلة للإشهار والعلانية وليس سببا لنشوء الحقوق العينية وانتقالها<sup>4</sup>.

فنظام الشهر الشخصي عاجز عن تحقيق الغرض الذي من أجله تأسس الشهر العقاري، فقد ظهر هذا الأخير من أجل إعلان كل التصرفات العقارية وذلك حتى يكون كل الناس على دراية وبينة منها من جهة ومن جهة ثانية حتى يكون المتصرف اليهم في مأمن من رفع دعاوى عليهم

<sup>1</sup> - جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص86

<sup>2</sup> - ابراهيم او النجا، السجل العيني في التشريع المصري، دون طبعة، دار الفكر العربي، مصر، 8101

<sup>3</sup> - جمال بوشنافة، المرجع نفسه، ص89.

<sup>4</sup> - اسعد دياب والقاضي طارق، أبحاث في التحديد والتحرير والسجل العقاري، الطبعة التاسعة، المؤسسة الحديثة لكتاب طرابلس لبنان 8117، ص99.

من شأنها استحقاق أو استرداد العقار<sup>1</sup>، فهنا قابلية التصرفات المسجلة للطعن، نظام الشهر الشخصي لا يظهر فيه الشهر عيوب السند المشهر، وبالتالي تكون كل التصرفات المشهرة في ظل هذا النظام قابلة للطعن، فاذا كانت هذه التصرفات قابلة للإبطال أو الفسخ تبقى كذلك مهددة بالزوال على أن تزول برفع دعوى إبطالاً و تصحيح بالإجازة، أو التقدم المسقط لهذه الدعاوى ولئن كان هذا المبدأ يستجيب لدعاوى العدالة ووجوب حماية المالك الحقيقي أو أصحاب الحق الذي شاب رضاه بعيب، إلا انه يتنافر مع ما يجب أن يتوفر للشهر بعد تمامه من حجية مطلقة ويؤدي إلى عدم استقرار الملكية العقارية، لأن السماح بالطعن في التصرفات المشهرة امر خطير لا يطمئن اليه الناس لذا يجب تجنبه<sup>2</sup>.

ثانياً- استحالة إعادة الحال الى ما كان عليه:

قد يتحقق الفسخ ويزول العقد بأثر رجعي إلا أن إعادة المتعاقدين الى الوضع الذي كان عليه قبل التعاقد يستحيل تحقيقها من الناحية العملية وهذا يظهر جليا -بكل وضوح- في نظام الشهر العيني الذي يركز في شهر التصرفات العقار وعلى أساس العقار محل التصرف وليس وفقاً لأسماء مالكيها أو أصحاب الحقوق العينية عليها<sup>3</sup>.

وظهر نظام الشهر العيني بفضل جهود (روبير ريشار تورنتي) الذي وضع أسس وقواعد هذا النظام في أستراليا وذلك في بداية النصف الثاني من القرن التاسع عشر وقد اصبح يسمى هذا النظام فيما بعد نظام تورنس أو قواعد تورنس<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - جمال بوشنافة، المرجع سابق، ص88.

<sup>2</sup> - حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري، دون طبعة، الدار الجامعية للطبع والنشر، بيروت، لبنان، بدون سنة الطبع ص88.

<sup>3</sup> - عبد الحميد الشواربي، اجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقہ، مرجع سابق، ص 9

<sup>4</sup> - جمال بوشنافة، المرجع سابق، ص96-99.

### الفرع الثالث: الا تلحقها ضرر بحسن النية

ويسترد البائع العقار من تحت المشتري، فإذا كان المشتري قد تصرف في العقار معاوضة او تبرعا فإن المتصرف اليه اذا كان حسن النية مفروض فيه لا يصيب ضررا من دعوى الفسخ ذلك ان دعوى تكملة الثمن وما ينتج عنها من دعوى الفسخ لا تلحق ضررا بالغير حسن النية اذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع ومن ثم لا يستطيع البائع أن يسترد العقار من تحت يد حسن النية ولا يبقى له إلا الرجوع بالتعويض على المشتري، فإذا استطاع البائع أن يثبت سوء نية الغير أي أن يثبت أن الغير كان يعلم وقت تعامله مع المشتري بقيام دعوى تكملة الثمن. جاز له بعد فسخ البيع أن يسترد العقار من تحت يد الغير سيئ النية<sup>1</sup>.

### الفرع الرابع: دعوى الفسخ من قبل الغير:

إن الغبن يؤثر على عقد البيع العقار الذي يكون طرفيه البائع المغبون والمشتري الغابن حيث أن هذا الأخير ينصرف في العقار ببيعه بحكم التجارة لشخص آخر وهو الغير، فالغير وفرت له حماية استثنائية له ذكرها المشرع في نص المادة 119 القانون المدني الجزائري. وللتوضيح اكثر نتناول في الفرع الرابع تعريف الغير واكتساب صفة الغير وحماية الغير في دعوى الفسخ.

### أولا: تعريف الغير وشروط اكتساب صفة الغير.

نصت المادة 199 قانون مدني جزائري المذكورة سابقا على دعوى تكملة الثمن في حالة الغبن أنها لا تلحق ضررا بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 402.

أ-تعريف الغير:

هو الشخص الذي لا يكون في دعوى الغبن مدعيا أو مدعى عليه كما هو معروف كمبدأ عام ان العقد لا ينفذ ولا يضر غير عاقديه وخلفائهم وهذا ما أكدته المادة 113 قانون مدني جزائري<sup>1</sup> وهذا الحكم نصت: "لا يترتب التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا" فالقاعدة ان أثر العقد لا ينصرف الى الغير وبما أننا في دعوى عقارية فإن أثر الدعوى لا ينصرف الى الغير بحيث لا يجوز لطرفي الدعوى أن يحتجوا في الدعوى لمطالبة الغير بتنفيذ الالتزام والغير في صدد الفسخ هو من تلقى حقا عينيا على المبيع، فمشتري العقار يعتبر من طبقة الغير من وقت تسجيل عقد البيع<sup>2</sup>.

وبالرجوع للمبادئ العامة للقانون التي تعتبر من الغير جميع الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافا في دعوى الغبن وقد تحققت لهم مصلحة استبعاده بالاستناد الى حق عيني مترتب لهم على العقار أو إلى أي سبب آخر مشروع، وبالتالي يعد من الغير الذين لا تسري عليهم الحقوق غير المشهورة في السجل العيني الخلفاء الخصومين الذين اكتسبوا حقوقا على العقار وكذلك الدائنون العاديون، وأيضا جماعة الدائنين في حالة افلاس صاحب الحق في العقار، ذلك أن الدائن العادي يستطيع التمسك بعدم نفاذ التصرف الجاري على عقار المدين وغير المشهر في السجل العقاري.

وذلك من أجل ابقاء هذا العقار في ذمة مدينه والتنفيذ عليه بطريق الحجز العقاري حتى إذا جرى توقيع الحجز العقاري وشهره في البطاقة العقارية اكتسب الدائن الحاجز حقا عينيا عليه ولا ينفذ في حقه بعد ذلك الشهر الذي يجري لاحقا للتصرف المذكور، اما الورثة أو الموصى لهم بوجه عام فلا يعتبرون في الأصل من الغير إذ أنهم يحلون محل مورثهم في التصرفات التي أجزاها هذا الأخير ويلزمون بالتالي بتنفيذ جميع التصرفات الصادرة عنه، كما لا يتجاوز قيمة الحصة التي آلت

<sup>1</sup> - المادة 113 من القانون المدني الجزائري

<sup>2</sup> - انور طلبة، اخلال العقد، دار الهناء، للتجليد الفني، الشيماء، الإسكندرية، مصر، ص 11.

إليهم، فإذا مات مورثهم صاحب العقار، ولم يشهر هذا البيع في السجل العيني فإنهم ملزمون بإجراء هذا الشهر بعد أن حلوا محل مورثهم في ملكية العقار المبيع لذلك اعتبر الورثة هنا من الغير<sup>1</sup>.

### ثانيا: شروط اكتساب صفة الغير

من التعريف المقدم يتبين أن تمنح صفة الغير للأشخاص الذين لم ينتموا إلى الخلف العام أو إلى الخلف الخاص

أ- الخلف العام: ويعرف الخلف العام بأنه من يخلف الشخص في ذمته المالية، من حقوق والتزامات أو في جزء منها باعتبارها مجموعة من المال، كالوارث والموصي له بجزء من التركة في مجموعها والخلافة عامة تكون بعد الموت وتتحقق عن طريق الوصية أو الميراث<sup>2</sup>.

### ب- الخلف الخاص:

وهو الذي يتلقى من الغير حقا معيناً كان قائماً في ذمته، سواء أكان هذا الحق عينياً أم شخصياً أم يرد على شيء غير مادي فالمشتري يخلف البائع في المبيع، والموصي له بعين التركة يخلف فيها الموصى والمنفعة يخلف المالك في حق الانتفاع والموهوب له بمال معين، يخلق الواهب في هذا المال<sup>3</sup>.

فالخلف الخاص يتأثر بالعقود التي أبرمها (سلف) أي أن وصف الطرف ينتقل إليه إذا توافرت

الشروط

### ثالثا: حماية الغير من دعوى الفسخ

إذا كانت القاعدة العامة أن الفسخ يترتب عليه زوال العقد بأثر رجعي إلا أن إرادة الشريعة قد تحمي الغير حسن النية في المادة 119 فقرة الثانية المذكورة سابقا.

<sup>1</sup> - جمال بوشنافة، مرجع سابق، ص96981 وما بعدها.

<sup>2</sup> - العربي بلحاج، مرجع نفسه، ص976.

<sup>3</sup> - العربي بلحاج، مرجع سابق، ص971.



فإذا حكم بفسخ البيع لتخلف المشتري عن الوفاء بتكملة الثمن وكان المشتري قد تصرف في العقار المشتري حسن النية في المادة التي مضت بين يوم الشراء وليوم الفسخ، وكسب هذا الأخير حقا عينيا بمقتضى هذا التصرف فإن العقار يعود محملا إلى البائع بالحق العيني إن كان عينيا تبعا كالرهن، أو حق عيني آخر غير الملكية كحق الإرتقاء، أما إذا كان التصرف قد اكتسب الغير حسن النية حق الملكية فإن البائع لا يستطيع استرداد العقار ولا يبقى له إلا الرجوع بالتعويض على المشتري<sup>1</sup>.

وما هو ملاحظ هو تبني المقتن الجزائري نظام الشهر العيني الذي يبيّن أحكامه فيما سبق وتطبيق بجانبه نظام الشهر الشخصي فجعلت فهارس مؤقتة على مستوى البلديات التي تسمح ذلك والى غاية تعميم مسح عام للأراضي الجزائرية.

على هذا فإن حماية الغير تختلف بين نظامين هما:

### نظام شهر شخصي:<sup>2</sup>

القاعدة العامة التي تقضي بها النظرية العامة للفسخ هي الأثر الرجعي الذي يترتب فسخ العقد حيث أنه لا يقتصر على زوال عقد بيع العقار وما أنشأه من التزامات بالنسبة لأطرافه بل يتعدى خطره إلى الكافة و يترتب على ذلك ان الغير الذي تلقى حقا من أحد المتعاقدين وكان هذا الحق متعلقا بالشيء الذي كان محل العقد المفسوخ يزول تبعا لزوال الحقوق والتزامات المتعاقد الذي تعامل معه نتيجة فسخ عقد البيع العقار و يترتب على ذلك أنه لا يجوز للغير أن يحتج على الدائن بما رتبته عقد بيع العقار من التزامات التعاقدية من قبل الآخر لأنه كما لا يجوز للغير وفق للقواعد القانونية انكار ميلاد العقد (بيع العقار) لأول مرة، فإنه من جهة اخرى لا يجوز له إنكار انحلاله إذا تم وفقا بما يتطلبه القانون، بل يجب التسليم بهذا الانحلال وبالتالي يكون الفسخ حجة على الكافة.

<sup>1</sup> - محمد السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 61.

<sup>2</sup> - جمال بوشنافة، المرجع سابق، 89 وما بعدها.

وبناء على هذه القاعدة العامة التي ترتبها فسخ العقد فإن الحقوق التي تكون على المبيع مثلاً لصالح الغير سواء كانت حقوق ارتفاق، أو انتفاع أو أي حق الآخر يزول بعد فسخ العقد ببيع العقار بين المتعاقدين (البائع المغبون) والمدين (المشتري) ومن ثم فإن الغبن المبيعة تعود خالية من كل الحقوق التي ترتبها المدين (المشتري) عليها.

### نظام الشهر العيني:<sup>1</sup>

إذا كان الأصل أن الآثار التي تترتب على دعوى الفسخ في عقد بيع العقار على النحو السابق هي زوال عقد بيع العقار باثر رجعي سواء في مواجهة المتعاقدين أو بالنسبة للغير فإن هذه لهذه القاعدة استثناء أنه قد يكون من بين الغير من هو جدير بالحماية من أثر الدعوى والخاصة عندما يكون من التعامل مع المتعاقد الذي حكمت المحكمة فسخ العقد (بيع العقار) هذه حسن النية ولا يعلم ما يهدد العقد من أسباب الزوال، وبناءً على ذلك فإن الحكم بفسخ عقد بيع العقار بين المتعاقدين ليس دائماً مؤشراً في حقوق الغير وحتى ينجو الغير من اثر الدعوة فسخ يجب أن يكون فعلاً حسن النية، وقضت المادتان 89 و 86 من قانون إعداد مسح الأراضي العام و التأسيس للسجل العقاري بأن الشهر يعتبر وسيلة احتجاج بكل ما يتعلق بحق الغير الذي تقرر له الحق العيني على عقار ولحسن النية وشهر هذا الحق وفقاً لقواعد الشهر لا يؤثر الحكم بفسخ العقد سلفه على حقوقه بأن الغير في مثل هذه الحالة يعتبر حسن النية بمجرد قيامه بالشهر.

غير أن هذه القرينة المتمثلة في الشهر والتي بموجبها تحب حماية الغير من أثر الدعوى فسخ قابلة لإثبات العكس، ومن ثمة يمكن اثبات سوء نية الغير الذي قام بشهر حقه وعليه فإن الغير الذي يقوم بشهر حقه وهو يعلم أن العقد يهدد الفسخ أو قام بالشهر بعد التسجيل دعوى الفسخ بما على هامش العقد ولا ينجو من اثر الفسخ لأن حسن يكون قد أنتقى بجانبه

<sup>1</sup> - مجيد مخلوفي، مرجع سابق، ص 81 وما بعدها

### المبحث الثاني: اثبات وتقادم دعوى الغبن:

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري خصص الغبن في بيع العقار فحدد الضرر بأن يزيد عن الخمس وهذا ما نجده في نص المادة 358 من القانون المدني الجزائري، وعلى صاحب العقار المبيع أن يثبت حقه في تكملة ثمن، وان يثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد عن الثمن بأكثر من خمس القيمة، وبذلك فإنه على كل متعاقد أن يحمي نفسه من الغبن في جميع المعاملات والتصرفات القانونية.

وأن القانون يسمح في هذه المعاملات إن وجد الطرف المتضرر (المغبون) أن يثبت تعسف العقد في حقه والعقد إذن يتعين عليه اتباع طرق القضاء بدعوتين محددتين وهما: دعوى تكملة الثمن ودعوى الفسخ، ويقع على الطرف المتضرر عبء الإثبات بتقديمه لجميع الحجج والوسائل لإثبات غبنه.

وليس الغبن سببا من أسباب ابطال البيع<sup>1</sup>، وبذلك القانون يسمح للطرف المغبون أن يتقدم الى القضاء بدعوى تكملة الثمن وفسخ العقد. ومن هنا نتطرق الى هذين الفرعين التاليين:

### المطلب الأول: اثبات الغبن

أن الاثبات من الموضوعات الهامة جدا التي لا يستطيع أي قاضي مدني أو جنائي أو اداري الإستغناء عنه لأنه هم المفرق بين الحق والباطل والحاجز الحقيقي والمانع لاستمرار الدعوى الكيدية الكاذبة وعلى هذا قال الفقهاء منذ القديم "أن الحق مجردا من اثبات يصبح هو وعدم سواء" والاثباتات من الناحية القانونية يعني اقامة الدليل أمام القضاء بطرق يحددها القانون على وجود واقعة قانونية، ولقد قال فيه محمد السعيد رشدي بأن الإثبات يعني اقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة في القانون على صحة الواقعة القانونية، يترتب على ثبوتها ضرورة اعتراف بالحق الناشئ عنها وقد عرفه الفرنسي بانه اقامة دليل أمام القضاء على حقيقة الواقعة المعينة و يؤكد لها أحد الأطراف في الخصومة وينكرها الطرف الآخر.

<sup>1</sup> - أيمن أبو العيان، قانون المدني المقارن بالفقه الاسلامي، التزامات الادارة المنفردة، جامعة دمشق سوريا، ص213.

هذا التعريف يتعلق بالإثبات القانوني بصورة خاصة لأنها تقتصر بإثبات على المنازعات أمام الجهات القضائية، وكواقعة قانونية ومن ثم ما خرج عن الإثبات في مجال المنازعات القضائية في اثبات الواقعة التاريخية، والحقائق العلمية فإنه لا يدخل ضمن هذا التعريف وسوف نتحدث عن الإثبات في فرعين أولهما عبء الأثبات ، أما الفرع الثاني فنتناول فيه وسائل الإثبات<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: عبء الإثبات

في ظل المنازعات الناشئة على العقود التبادلية، يمكن اجازته في الالتزام لكل متعاقد بإثبات قيامه بالالتزام الملقى على عاتقه وذلك بصفة النظر الى مركزه في الدعوى.

وعقد البيع هو أحد العقود المسماة التي نظمها القانون المدني وهو عقد ملزم لجانبين يلتزم البائع فيه بالتزامات عدة هي ضمان التسليم والتعرض والاستحقاق و ضمان العيوب الخفية. ويلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات، والمنازعات الناشئة عن عقد البيع تتشعب وتختلف من عقد لآخر في العمل بصورة كبيرة فتتطرق الى الصورة ومدى صدور التصرف في مرض الموت والغبن و عيوب الارادة وأحكام التسجيل الواردة بقانون الشهر العقاري وعبء الإثبات في صدد هذه المنازعات تطبق بشأن القاعدة العامة فمن يدعي من المتعاقدين توافر مرر لدعواه.

ولا يكفي القضاء لشخص بالحق في المطالبة به صدق القول إن مجرد الادعاء بل يجب عليه أن يقيم الدليل على ذلك حتى يقنع القاضي بما يطلبه، ومن ثم وصف الإثبات بأنه عبء ثقيل على من يكلف به والمتعارف عليه فقها وشرعا أن العبء اثبات على عاتق المدعي والطرف المعفى من الإثبات ويعتبر ذا امتياز لأنه يكفيه الكسب الدعوى وعجز المدعي عن تقديم الدليل، والمدعي الذي تعنيه ليس هو المتقدم برفع الدعوى وأن كان هو في الغالب كذلك، وإنما المدعي من يدعي خلاف الاصل أو الظاهر فهو قد يكون المدعي أو المدعى عليه وهو ما يسمى في إطار القانون بصاحب الطلبات المقابلة المادة 04 من قانون الإجراءات المدنية ولقد عرف المشرع في المادة 323 أن الدائن اثبات الالتزام، وعلى المدين اثبات التخلص منه.

<sup>1</sup> - فرج محمد على، عبء الإثبات ونقله ، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الثانية، 2009، ص405 وما يليها.

### الفرع الثاني: وسائل الاثبات أمام القضاء

ومن نظام الاثبات الى الاتيان بالحجة على واقعة ينفيها الخصم، وقاعدة الاثبات تطبق على الوقائع ذلك أن القانون يدركه القاضي الذي يطبقه.

وينبغي الملاحظة أن وسائل الاثبات موزعة بين القانون المدني وبين قانون الإجراءات المدنية وهذا التوزيع الذي ورثناه من القانون الفرنسي مرده في هذا القانون الى كون القواعد الموضوعية للإثبات هي من الاختصاص الدستوري للمشرع بينهما القواعد الاجرائية فتدخل في اختصاص السلطة التنفيذية وعلى هذا الاساس فقانون الاجراءات المدنية من اختصاص السلطة التنفيذية في أغلب قواعده ومع هذا فإن القانون المدني الفرنسي لم ينظم لا خبرة ولا انتقال الى الاماكن في القانون المدني مع انها قواعد موضوعية<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: تقادم دعوى الغبن بالنسبة لكامل الأهلية

ولصاحب العقار المسح إذا لم يكمل له المشتري الثمن بعد الحكم بذلك له أن يطلب فسخ البيع شأنه كل بائع لم يستوف الثمن بكامله ومن آثاره ان يرد البائع الثمن الذي حصل عليه من المشتري ويسترد العقار<sup>2</sup>.

غير أن دعوى الفسخ تخضع للتقادم الثلاثي فهي لا تتقادم الا بخمس عشر سنة (15) وطالما يكون للدائن (البائع) أن يرفع هذه الدعوى فإنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن<sup>3</sup>، واعادة الملكية للبائع هذا في نظام الشهر الشخصي المطبق في المناطق غير المسموحة التي توجد في البلديات التي بها ترقيمات مؤقتة.

غير أن في نظام الشهر العيني ومن خلال مبدأ القيد المطلق الذي يظهر التصرفات من كل العيوب مهما كان مصدرها فالحق الذي يعتبر موجودا بشهره يكون غير قابل للطعن.

<sup>1</sup> - عبد السلام ديب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد الموافق للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر، 2011، ص 141.

<sup>2</sup> - زاهية حورية يوسف، عقد البيع، الطبعة الثانية، دار الأمل، الجزائر، ص 08.

<sup>3</sup> - أنور، طلبة انحلال العقد، دار هناء، للتجليد الفني الشيماء، الاسكندرية، مصر، ص 98.

### الفرع الأول: تقادم دعوى الفسخ

لصاحب العقار المبيع الذي تقدم للقضاء وحكم له لتكملة الثمن ولم يكمل له المشتري الثمن بعد صدور هذا الحكم، له الحق أن يطلب فسخ البيع بحجة أنه لم يستوف الثمن بكامله ومن آثاره أن يرد البائع الثمن الذي حصل عليه وإلى المشتري ويسترد العقار<sup>1</sup>، غير أن دعوى الفسخ تخضع للتقادم الثلاثي فهي لا تتقادم إلا 15 عشر سنة، لصاحب العقار المبيع إذا لم يكمل المشتري الثمن بعد الحكم لذاك أن يطلب فسخ البيع، شأنه و شأن البائع الذي لم يشتري الثمن بكامله.

ومن آثاره أن يرد البائع الثمن الذي حصل عليه من المشتري ويسترد الضار غير أن دعوى الفسخ تخضع للتقادم الثلاثي، فهي لتتقادم وطالما لدائن (البائع) و له الحق أن يدفع دعوى يطالب بآثاره المترتبة على الفسخ و منها رد الثمن إعادة الملكية للبائع.

### الفرع الثاني: تقادم دعوى تكملة الثمن:

نصت عليه المادة 426 من القانون المدني الجزائري ، بسبب الغبن إذا إنقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع ، ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية كما نصت عليه (م394 من القانون المدني الجزائري) إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع.

-يسقط بالتقادم بانقضاء (سنة واحدة) حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو طلب فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن إذا وجد في المبيع عجزا أو زيادة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا. (م402 من القانون المدني الجزائري).

-تسقط بالتقادم بانقضاء (سنة واحدة) دعوى الضمان وذلك من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول - على أنه لا يجوز للبائع

<sup>1</sup> - نراهية حورية يوسف، عقد البيع، الطبعة الثانية، دار الأمل ، الجزائر، ص 73.

أن يتمسك بالسنة لتتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد أخفاء العيب غشا منه. (م420 من القانون المدني الجزائري).

-تسقط بالتقادم بانقضاء (سنة واحدة) الدعاوى الناشئة عن عقد العمل تبدأ من وقت انتهاء العقد إلا فيما يتعلق بالعمالة والمشاركة في الأرباح والنسب المتووية في جملة الإيراد فإن المدة لا تبدأ إلا من الوقت الذي يسلم فيه رب العمل إلى العامل بياناً بما يستحقه بحسب آخر جرد - ولا يسري هذا التقادم الخاص على الدعاوى المتعلقة بانتهاك حرمة الأسرار التجارية أو بتنفيذ نصوص عقد العمل التي ترمي إلى ضمان احترام هذه الأسرار. (م664 من قانون المدني الجزائري)<sup>1</sup>.

تسقط بالتقادم بانقضاء (سنة واحدة) الحقوق الآتية:

- 1- حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم.
- 2- حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات.
- 3- ويجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على انه أدى الدين فعلاً وهذه اليمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه وتوجه على ورثة المدين أو أوصيائهم أن كانوا قصرأ بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء. (م375 من القانون المدني الجزائري) و يبدأ سريان التقادم في الحقوق من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقديماتهم ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء 15 سنة

### الفرع الثالث: تقادم دعوى الغبن بالنسبة لناقص الأهلية:

إن دعوى تكملة الثمن تسقط بالتقادم حيث قضت الفقرة الأولى من المادة 891 من القانون المدني الجزائري بأنه : " تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع " هذا بالنسبة للبائع كامل الأهلية أما بالنسبة للبائع ناقص الأهلية

<sup>1</sup> - المادة 664 من القانون المدني الجزائري

فان مدة ثلاث سنوات يبدأ حسابها من يوم انقطاع سبب نقص لناقص الأهلية و بهذا تقرر الفقرة الثانية من المادة 891 من نفس القانون بأنه " و بالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز " ولكن يلاحظ أن عبارة " عديمي الأهلية عبارة غير صحيحة و إنما يجب أن تستبدل بعبارة " ناقص الأهلية " لأن عديم الأهلية لا يجوز له أن يبرم عقد البيع و إلا كان باطلا بطلانا مطلقا<sup>1</sup>.

و يحسب التقادم بالأيام حسب التقويم الميلادي المادة 8 قانون مدني جزائري لا بالساعات ولا يدخل في حساب التقادم أول يوم منه و لا آخر يوم و على هذا الأساس لو كان التقادم هو ثلاث سنوات ابتداء من 96 ديسمبر ، فإن التقادم ينقضي بتمام يوم 90 من ديسمبر من السنة الثالثة، وتدخل أيام الأعياد المختلفة في حساب التقادم و يكتمل التقادم و لو صادف آخر يوم منه يوم عيد<sup>2</sup>.

حيث أنه على البائع أن لا ينتظر لرفع دعواه إلى آخر يوم من أيام انقضاء الدعوى بالتقادم أي يوم قبل انقضاء ثلاث سنوات من يوم البيع بل عليه المباشرة برفع دعواه في الأيام الأولى من انعقاد البيع<sup>3</sup>.

و يجب أن يثبت البائع جدية دعواه و ليس الغبن، فهذا الأخير محتمل و لا بد للمحكمة أن تلجأ إلى تعيين خبير مختص أو عدة خبراء ، لتقييم العقار المبيع، وبهذا حكم تحضيري لا يقبل الطعن فيه .

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قداد ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ذكره، ص 879.

<sup>2</sup> - بد الرزاق دربال، الوجيز من أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، طبعة مزيدة منقحة 9777 ، ص 880 .

<sup>3</sup> - لحسن بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في عقد البيع ، دراسة نفعية قانونية، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2010 ص 871.



### خاتمة:

لقد تطور الغبن منذ بداية الأنظمة القانونية و حتى عصرنا هذا بشكل أساسي من حيث آثاره، لأن كل من هذه الأنظمة يمثل اتجاهها معيناً نحوي النظرية إلى الغبن، والجزائر من ضمن الدول التي وضعت الغبن ضمن قوانينها الرسمية .فإذا كان الغبن يتمثل في عدم التعادل بين الأداءات التي توضع لمصلحة فريق و الأداءات التي تفرض على الفريق الآخر في عقود المعاوضات، فإن تأثيره يختلف باختلاف الاعتبارات الاقتصادية و الإجتماعية، و من العقود الذي يقع فيها الغبن العقود الملزمة للجانبين، و من هذه العقود عقد بيع العقار، إذ تطرقنا في إستعراض أحكام الغبن في بيع العقار أن الغبن ما يؤثر في صحة العقد ما لم يقترن بهوا جامع أو طيش بين، بحيث يصبح مظهر من مظاهر التي تعيب ارادة المتعاقد مما يؤثر على صحة العقد فيجعله غير لازم لمصلحة المتعاقد الذي عيبت إرادته بهذا العيب .فالغبن إذا هو النقص اطلاقاً و في القانون هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد و ما يأخذه في المعاوضات المالية، فالغبن بهذا المعنى يتضمن مفهوما ماديا ، حيث ينظر إلى التفاوت الإقتصادي بين الإلتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين دون الإلتفات إلى الظروف الشخصية التي تكتنف إرادة الطرفين، فالغبن المادي يتمثل في إختلال التعادل بين الإلتزامات المتقابلة وهذا الإختلال، يتراوح بين الغبن اليسير أو المعتاد أو المتعارف عليه بين الناس و بين الغبن الفاحش الذي لا يتسم عادة في المعاوضات المالية و العبرة في تقدير ما بين الأداءات من تفاوت للقيمة بحسب سعر السوق فهذا المعيار لا يعتاد بالظروف الشخصية للمتعاقدين و يختلف بهذا الشكل عن الغبن الإستغلالي من حيث النطاق و المعيار و المحل، فالغبن المجرد المادي لا يحقق إلا في عقود المعاوضات المحددة والتي تحدد مسبقاً فيها مقدار العوض و لا يتحقق في العقود الإحتماالية أو غير المحددة، أما الغبن الإستغلالي فيقع في جميع التصرفات و معياره شخصي يعتد بحالة الضعف التي إعترت المتعاقد المغبون، و بذلك نقول أن الغبن هو عيب في العقد أما الإستغلال فهو عيب فؤ الإرادة .إن الغبن المادي كثير الوقوع في التصرفات المادية فهو يتمثل في التصرفات خسارة لأحد المتعاقدين ( مغبون ) و ربحاً للمتعاقد الآخر، فهو لا يؤثر في صحة هذه التصرفات، لأن المشرع لا يهمله التدخل في معاملات الأفراد ليحقق

توازنا إقتصاديا بين المتعاقدين، بل إنه يتدخل لحماية إرادتهما و ضمان سلامتها من كل عيب كي تنتج أثرها في هذا التعاقد.

إن المشرع الجزائري وفر حماية للبائع عن طريقين من الدعاوى فكانت الأولى أصلية و هي دعوى تكملة الثمن 1 ثمن المثل، ويجب تقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يكون العقار يحسب قيمته وقت البيع ، لأن السوق العقارية في إرتفاع و عدم الثبات أو أن يكون عقد البيع العقار محل للفسخ، وإستثناءا تدخل القانون إعتبارا لحماية الطرف الضعيف ( من لا تتوافر فيه الاهلية) و هذا التدخل إستثنائي مقيد بمهلة قانونية لما لهذا التدخل من تهديد لإستقرار التعامل و لقوة العقل الملزمة، تجدر الإثارة الى أن الجزائر تنتهج نظام الشهر العيني و إستثناءا نظام الشهر الشخصي في البلديات التي لم يمسهامسح العام للأراضي ، ففي نظام الشهر العيني يستحيل إعادة المتعاقدين إلى ما كان عليه سابقا إرجاع العقار للبائع و إعادة الثمن للمشتري هذا في دعوى أي فسخ كون أن هذا النظام يثبت المعاملات العقارية عن طريق وضع الدفتر العقاري لكل وحدة عقارية، فبمجرد الشهر يظهر العقار فثائيا من كل العيوب و هنا يحق له طلب التعويض كونه خسر أي عقار، لذلك السعر الذي يقدر بأقل من قيمته الفعلية، أما الشهر الشخصي فهو نظام يعتد بأسماء الأشخاص دون وحدة عقارية ، فإنه من الممكن إعادة الحالة الى ما كان عليه قبل التعاقد ، و هذا ما يعيب عليه هذا النظام، أما بالنسبة لدعوى تكملة الثمن فهي دعوى تسقط على غرار دعوى الفسخ التي تسقط بمرور مدة 15 سنة من يوم إبرام العقد ، و في بعض الأحيان قد يتصرف المشتري في العقار ببيعه لمشتري آخر ( الغير ) و هنا لا تنصرف آثار الغبن إلى الغير بشرط أن يكون حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع لأن حسن النية هو الأمر المشترط في العقود، وكوجهة أن المشرع الجزائري وفر حماية للطرف المغبون التي جاءت في القواعد العامة بحيث تجده لم يشير إلى أهلية الشخص أو الطرف المغبون و هذا أمر حسن على عكس بعض القوانين الأخرى مثل القانون المصري الذي خصص الحماية للطرف المغبون ناقص الأهلية فقط، و ترجع ذلك إلى إعتبرات تاريخية للشعب الجزائري نتيجة من دراسة الويلات لإسترجاع الأرض و البقاء عليها، و إجمالاً لما تم البحث فيه مسبقا نولد بعض الملاحظات التالية : لقد رأينا في أحكام الغبن في بيع العقار أن الحماية تقتصر على

نطاق محدد لا تطبيق خارجه و هي تقتصر على تصرف معين و هو البيع و هذا التصرف في هذا البيع يحضر العقار ، و بإعتقادنا هذا تطبيق في الحماية لا ينسجم و الغاية التشريعية من النصوص ، فلا ندري الهدف من إقتصار الحماية على التصرف في البيع فقط دون سائر المعاوزات التي شأنها شأن البيع في إمكان و قوع الغبن كالمقايضة مثلا، و سائر المعاوزات المحددة و الإحتمالية .

فإن كان الإعتبار في هذه الحماية لذات التصرف فيقتصر على البيع ، فما هو هذا الإعتبار؟ أم أن العبرة في الحك لحماية التصرفات التي يقع فيها غبن يزيد عن الخمس قيمة العقار بالإضافة إلى الحماية لناقص الأهلية بائعا فعلا تشمله حماية إن مشتريا بغبن فاحش، و العبرة في الحماية . كما ذكرنا هي للغبن الفاحش و هذا أيضا تحضير في النص و من جهة أخرى إقتصر الغبن على العقار دون المنقول تأثيرا بالأصل التاريخي للنص الذي وضع في وقت كانت تعد فيه العقارات الجانب الأهم في الثروة . مما جعلها أجدر بالحماية ، هذا الإقتصار لا ينسجم اليوم مع الواقع حيث أن المنقولات أصبحت لا تقل أهميته على العقارات في القيمة بل إنها قد تفوق العقارات قيمته كالسيارات و الجواهر و الأسهم ..... الخ . فلا نجد هنا مبررا لإستبعادها عن نطاق الحماية في حال كان يبيعها ثم يغبن فاحش و تعتقد الآن بعد هذه الملاحظات أن الفقه الإسلامي كان أوفر حظا في توفير الحماية لكونها شملت العقار و المنقول ، كما شملت أن التصرفات التي يمكن أن يقع فيها الغبن في الأموال بعبا أو شراء و مقايضة و كل أنواع المقايضات، و تقترح أن يعاد النظر في وضع حماية أشمل لجميع المعاملات و التصرفات بين جميع الأفراد

الملحق رقم 01

كيفية حساب الغبن :

بيع مسكن ب 140 مليون سنتيم قيمته وقت البيع 200 مليون سنتيم

مقدار الغبن = القيمة الحقيقية - الثمن

$$\text{مقدار الغبن} = 200 - 140$$

$$\text{مقدار الغبن} = 60 \text{ مليون سنتيم}$$

مثال 2:

قيمة مسكن 2.5 مليون تم بيعه ب 1.97 مليون

هل يحق للبائع رفع دعوى الغبن

1- تقدير مقدار الخمس 5/1

$$\text{القيمة} * 5/1 = \text{مقدار الخمس}$$

$$0.5 = 1/5 * 2.5 \text{ مليون}$$

2- القيمة الحقيقية - الثمن = مقدار الغبن

$$0.53 = 2.5 - 1.97$$

\*نقارن بين قيمة الخمس

$$0.5 < 0.53$$

مقدار الغبن اكبر من قيمة الخمس فيحق للبائع رفع دعوى الغبن

\_ ما هو المبلغ الواجب تكملته من طرف المشتري

1- تقدير مقدار أربعة أخماس 5/4

$$\text{القيمة} * 5/4 = \text{قيمة أربعة أخماس}$$

$$2 = 4/5 * 2.5 \text{ مليون}$$

\_ 2 تعيين الثمن الواجب تكملته من طرف المشتري

قيمة أربعة أخماس - الثمن = المبلغ الواجب تكملته

$$0.03 = 2 - 1.97 \text{ مليون}$$

الملاحق رقم 02

قرار رقم 245195 بتاريخ 2000/09/12

قضية (أ-ع) ضد (ش-ح)

الموضوع : غبن - تقديره وقت البيع - عدم التقيد بذلك - خرق القانون- المبدأ.  
يجب لتقديره ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع .  
و لما استبان من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قاموا بتقدير قيمة العقار بعد تاريخ  
البيع فإنهم خالفوا أحكام المادة 358 فقرة ثانية من القانون المدني مما يستوجب نقض القرار المطعون  
فيه .

قرار في القضية المنشورة

بين : (أ-ع) تاجر ، الساكن 33 شارع عبد الكريم صغير المرادية الجزائر ، مدعي في الطعن  
بالنقض و الوكيل عنه الأستاذ عباس عبد السلام محامي معتمد لدى المحكمة العليا و الكائن مقر مكتبه  
بنهج علي خوجة رقم 93 الأبيار الجزائر .

من جهة

و بين : (ش-ح) الساكن بنهج حمدين رقم 12 حيدرة ، الجزائر مدعي عليه في الطعن بالنقض غير  
ممثل .

من جهة أخرى

المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بها بشارع 11 ديسمبر 1960 بين عكنون الأبيار الجزائر العاصمة .  
بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي بيانه:

و بناء على المواد (257-244-239-235-233-231) وما يليها من قانون الإجراءات المدنية

بعد الاطلاع على مجموعة أوراق ومستندات ملف القضية وعلى

وبعد الاستماع إلى السيد طالب احمد المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد  
لعروسي محمد المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة .

حيث أن المسمى (أ-ع) طعن بطريق النقض في القرار الصادر من مجلس قضاء الجزائر  
الغرفة المدنية بتاريخ 08 نوفمبر (رقم الجدول 786 - 98) القاضي بما يلي "

في الشكل



بقبول الاستئناف

وفي الموضوع

إلغاء الحكم المستأنف الصادر في 11 أكتوبر 1997 والفصل من جديد المصادقة على تقريره  
الخبرة المحدد من طرف الخبير في 07 جويلية 1996 وإلزام المستأنف\_ وهو في الحكم الأول  
بعد تنفيذ هذه الأمورية أصدرت محكمة بئر مراد راييس حكما في 16 ديسمبر 1995 أبطلت  
بموجبه تقريره الخبير عزوز وعينت الخبير عباشي بلقاسم للقيام بذات المهمة  
بعد إنجاز الخبير عباشي العمل المستند إليه وإعادة السير الدعوى أصدرت محكمة بئر  
مراد راييس حكما في 11 أكتوبر 1997 عينت بمقتضاه الغير (ب-ع) من أجل إجراء خبرة مفادة  
الخبيرتين على التوالي من قبل الخبير عباشي بلقاسم والخبير غرناوط سفيان 'والمحددة  
وعقب استئناف النظر في هذا الحكم (11\_10\_1997) من قبل الطالب الأصلي القرار  
المطعون فيه  
حيث أن الطاعن بالنقض وقع الأجل القانوني واستوفى الأشكال المنصوص عليها قانونا لذا  
فهو مقبول شكلا

حيث أن الطاعن (أ\_س) استند في طلبه النقض إلى وجهين وهما على التوالي

الوجه الأول " مأخوذ من خرق القانون ' وهو متكون من شقين

1\_ الشق الأول ممثل في خرق نص المادة 106 من قانون الإجراءات المدنية

وهذا كون أن مجلس الجزائر قرر قبول الاستئناف المرفوع في الحكم المعاد المؤرخ في 11  
أكتوبر 1997 بينما أن هذا الحكم هو حكم تمهيدي وبالتالي فهو غير قابل للاستئناف تطبيقا لمقتضيات  
المادة 106 من قانون الإجراءات المدنية والتي تفيد أن استئناف الحكم التمهيدي لا يجوز رفعه إلا مع  
الحكم النهائي

2\_ الشق الثاني مستدل من خرق أحكام المادة 358 من القانون

حاصلة أن مجلس الجزائر لم يذكر ما هي القاعدة القانونية التي تسمح بتأسيس الغبن ، هذا  
من ناحية أولى .

ومن ناحية ثانية ' فإن هذا المجلس حرق أحكام المادة 358 من القانون المدني التي تقضي  
بأن تقسيم المال المبيع يجب يكون حسب قيمة هذا المال في خلال السنة التي تم فيها البيع ، إذ أن  
المجلس صادق على تقرير الخبير غرناوط الذي كان قد حدد قيمة الشقة المبيعة بـ 513.797 دج على  
أساس تقييم لسنوات 1991-1993 ، و الذي كان أيضا قد توصل إلى تقييم الشقة المذكورة إلى  
3.192.552.10 دج على أساس ارتفاع قيمة الأملاك العقارية في سنة 1997 ، مع العلم أن البيع كان  
قد وقع في 20 مارس 1993 ، و أضاف الطاعن أن المبلغ المحكوم 2.807.552 دج هو خيالي.

الوجه الثاني: مأخوذ من انعدام الأساس القانوني و انعدام الأسباب.

و في بيان ذلك يقول المسمى (اسس) أن مجلس الجزائر لم يذكر النصوص القانونية التي أسس عليها قراره بحيث انه خرق أحكام المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية هذا من جهة أولى .

و من جهة ثانية فان الخبير غرناوط الذي اعتمد المجلس على تقريره - حدد قيمة الشقة المتنازع من اجلها ب 3.192.522 دج على أساس تقييم لسنة 1997 و ليس على أساس تقييم سنة إبرام البيع الموافق لعام 1993.

و قد ألزم المجلس العارض بدفعه إلى المطعون ضده مبلغ 2.807.522 دج و هو مبلغ خيالي غير مذكور في تقرير الخبير غرناوط ، كما انه حكم بأكثر مما طلب الخصم (ش) ، و كرس طريقة الحساب التي استعملها الخبير و هي طريقة الأسعار المعمول بها في الأسواق العقارية و التي تتميز بالمضاربة غير المشروعة.

و من جهة ثالثة ، فان المجلس لم يسبب قراره - مثلما تفرضه أحكام المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية لا سيما بخصوص الدفع الذي كان قد تمسك به العارض أمامه ، و المتمثل في أن الحكم المعاد المؤرخ في 11 أكتوبر هو حكم تمهيدي غير قابل للاستئناف عملاً بنص المادة 106 من قانون الإجراءات المدنية .

و عليه :

#### عن الشق الأول من الوجه الأول :

حيث عكس ما يدعي به الطاعن فان الحكم المستأنف فيه المؤرخ في 11 أكتوبر 1997 ما كان تحضيرياً بل كان تمهيدياً ، و بالتالي فانه كان قابلاً للاستئناف لأنه قرر إجراء خبرة مضادة من اجل الحسم بين خبرتين كانت قد أجريتا في وقت سابق ، و ذلك ليتسنى لقاضي أول درجة معرفة المبلغ الذي يجب أن يتحمله المشتري من اجل تكملة الثمن المتنازع من اجله و رفع الغبن محل الخلاف على اثر عملية بيع الشقة .

فيتضح من ذلك أن الشق الأول من الوجه الأول هو غير سديد و يجب إبعاده.

#### عن الشق الثاني من الوجه الأول و كذا الشق الثاني من الوجه الثاني :

حيث بمراجعة أوراق الملف - لا سيما منها تقرير الخبير غرناوط سفيان و القرار المطعون فيه يتبين أن مجلس الجزائر خالف أحكام المادة 358 من القانون المدني ، و خاصة الفترة الثانية منها ، إذ أن هذه الجهة القضائية ألزمت المشتري(اسس) بدفعه إلى البائع (ش) مبلغ 2.807.522 دج التي يمثل الفارق بين قيمة الشقة المباعة في سنة 1987 و بين المقدار الذي كان قد سدده المشتري المذكور عند إبرام العقد و هو 385.000 دج ، و ذلك على أساس قيمة الشقة المباعة في خلال سنة 1993 و هي 2.513.797 دج . و بتحيين هذه القيمة باعتبار حالتها تدهور قيمة العملة الوطنية للدینار و التضخم ، و ذلك بضرب قيمة السكن في عام 1993 المشار إليه آنفا - و هي 2.513.797 دج بمعامل 1.27 حسبما ورد كل ذلك في تقرير الخبير غرناوط سفيان و الذي تبناه قضاة الاستئناف.

حيث انه كان من الواجب على هؤلاء القضاة التقيد بما تنص الفقرة الثانية من المادة 358 مدني- المسجلة أعلاه- و ذلك بتقدير ما إذا كان الغين يزيد عن الخمس بناء على تقييم العقار بحسب قيمته وقت البيع .

و على هذا الأساس ، كان ينبغي على قضاة الدرجة الثانية العمل على تقييم العقار المبيع بحسب قيمته في خلال سنة 1993 و هي سنة البيع المتنازع من اجله و أن يمتنعوا عن تحيين هذه القيمة بعد هذا التاريخ .

و من ثمة يتجلى أن الشق الثاني من الوجه الأول و كذا الشق الثاني من الوجه الثاني هما سديان فعلا ، و كافيان لإبطال القرار المتظلم منه ، و هذا بصرف النظر عن التطرف إلى الشق الأول من الوجه الثاني .

#### لهذه الأسباب

#### تقضي المحكمة العليا :

قبول الطعن شكلا و موضوعا و نقض و إبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء الجزائر الغرفة المدنية بتاريخ 08 نوفمبر 1998 و بإعادة القضية و الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدوره و بإحالة الدعوى إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفص فيها من جديد طبقا للقانون تحميل المطعون ضده المصاريف القضائية.

بدا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثاني عشر من شهر سبتمبر سنة ألفين وواحد من قبل المحكمة العليا الغرفة المدنية المترتبة من السادة :

الرئيس	بظاهر تواتي
المستشار المقرر	طالب احمد
المستشار	بلعيز الطيب
المستشار	بودماغ رابح
المستشارة	سرايدي أنيسة
المحامي العام	و بحضور السيد لعروبي محمد
أمين ضبط	و بمساعدة السيد بإرة كمال

أمين ضبط

المستشار المقرر

الرئيس



# مقدمة

خاتمة

# قائمة المراجع

# الفهرس

# الفصل الأول:

## ماهية الغبن في التشريع

### الجزائري

# الفصل الثاني:

آثار الغبن في بيع عقار

الملاحق

### قائمة المصادر و المراجع:

#### أ/ الكتب باللغة العربية:

- إبراهيم او النجا، السجل العيني في التشريع المصري، دون طبعة ، دار الفكر العربي، مصر، 8101
- إبراهيم دسوقي أبو الليل، الجزائري في العقود والتصرفات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- أحالت المادة183 إلى المادتين: 176، وهي تتعلق بالتنفيذ عن طريق التعويض والمادة 181 وهي تتعلق
- أحمد سيد علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية الطبعة2013، دار هومة للطباعة والتوزيع في الجزائر.
- أسايح صقوقة، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، 2011.
- أستاذ عبد الحميد شواربي، فسخ العقد، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ص780.
- أسعد دياب والقاضي طارق ، أبحاث في التحديد والتحرير والسجل العقاري ، الطبعة التاسعة، المؤسسة الحديثة لكتاب طرابلس لبنان 8117.
- أصول السرخسي ( 346/2)، وحاشية ابن العابدين ( 363/7)، والشرح الصغير ( 190/3)، والبيان شرح كتاب المهذب (284/5).
- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2015.
- أنور سلطان، مصادر الالتزام، موجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القوانين المصري واللبناني. 1982، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت.
- أنور طلبة، انحلال العقد، دار الهناء، لتجليد الفني، الشيماء، الإسكندرية، مصر.
- أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني الجزائري، ج1، دار الكتب القانونية، مصر، دون طبعة، 2005
- أنور عمروسي، دعاوي مسماه، في القانون المدني الجزائري، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، مصر 2002.
- أنور، طلبة انحلال العقد، دار هناء، لتجليد الفني الشيماء، الاسكندرية ،مصر.
- أيمن أبو العيان، قانون المدني المقارن بالفقه الاسلامي، التزامات الادارة المنفردة، جامعة دمشق سوريا



## قائمة المصادر والمراجع:

- أيمن أبو العين، والدكتور حاتم البيات، القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي، الإلتزامات والإرادة المنفردة، جامعة دمشق، سوريا نص 213.
- بلحاج العربي، نظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 9771.
- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، الطبعة 207، دار النشر، الجزائر.
- جاك يوس الحكيم، العقود الشائعة أو المسماة عقد البيع والمقايضة، جامعة دمشق سوريا، 1997-1998.
- جلال علي العدوى، أصول المعاملات في العقود المحددة والعقود الاحتمالية والعقود الفورية والعقود الزمنية طبعة 1967.
- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، بند 34.
- حسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة نفعية قانونية، دار هوما، الطبعة الرابعة، الجزائر 2010.
- حسين كيره، الوجيز في شرح الأحكام القانون الحقوق العينية العقارية الأصلية، أحامها ومصدرها سنة 1974.
- حمدي باشا عمر، نقل الملكية، منقحة و مزيدة في ضوء آخر التعديلات وآحدث الأحكام، دار الطباعة والنشر و التوزيع الجزائر.
- خليل أحمد قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2005.
- الرزاق دربال، الوجيز من أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر و التوزيع، عناية طبعة مزيدة منقحة 9777.
- سليمان مرقص، العقود المسماة، عقد البيع، دار الكتب، المنشورات الحقوقية، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة.
- صحيح البخاري شرح الكرمانيين كتاب البيوع وصحيح مسلم، كتاب البيوع، ج4/5.
- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الغدارية الجديدة، منشورات بغدادي، الطبعة الأولى 2009.

- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد ، منشورات بغداددي، ط1، 2009
- جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، طبعة 2006
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الرابعة، بيروت، لبنان
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في الشرح لى القانون المدني الجزائري، ج2.
- عبد السلام ديب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد الموافق للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر 2011.
- زاهية حورية يوسف، عقد البيع، الطبعة الثانية، دار الأمل، الجزائر.
- عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإدغان في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، القاهرة 1946، فقرات
- 45
- وما بعدها، لعشب محفوظ، عقد الإدغان في القانون المدني الجزائري، الجزائر، 1990. بعدها.
- عربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان مطبوعات الجامعة، بن عكنون  
الجزائر 2005، جزء الأول.
- علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام ( مصادر الإلتزام ) في القانون المدني الجزائري، ( ديوان المطبوعات  
الجامعة، الطبعة السادسة 2005.
- علي فلالي، مقدمة في القانون، طبعة جديدة وملقحة، رقم للنشر، الجزائر 2010.
- علي فيلالي، الإلتزامات الفعل المستحق للتعويض، الطلعة الثانية، موفر للنشر، الجزائر، 2007.
- عمار بلغيث، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة ، 2009.
- فرج محمد على، عبء الاثبات ونقله ، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الثانية، 2009 .
- فريجة حسين، المبادئ الأساسية في القانون الإجراءات القانونية و الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعة  
الجزائر
- فضيل العيش نشرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، منشورات أمين الجزائر، 2009.
- لحسن بن شيخ آث ملويا ، المنتقي في عقد البيع ، دراسة نفعية قانونية، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر
- 2010
- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقي في عقد البيع دراسة نفعية قانونية، الطبعة الرابعة، دار الهومة، الجزائر
- 2010.

## قائمة المصادر والمراجع:

- لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، الطبعة الثالث، ص 145، الاستغلال والغبن راجع الشهوري عبد الرزاق الجزء الأول.
- لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 1993.
- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، طبعة أولى.
- مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هوما للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2008.
- محمد أورمضي، البيع العقاري، مذكرة التخرج لنيل الشهادة العليا للقضاء، جامعة سعد دحلب البليدة دفعة 16 السنة الدراسية 2008/2007.
- محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع النظامين، الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2005.
- محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، بيع النظامين، الإيجار دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2005.
- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1987، 1985.
- محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، الطبعة الرابعة، 2007-2008، دار الهدى عين مليلة، الجزائر.
- محمد واصل، شرح أصول المحاكمات المدنية الكتاب الأول، ج1، جامعة دمشق، سوريا 2006/2005، فقرة 2778 و فقرة 330 و فقرة 281.
- محمدي الحسين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الدكتور محمد حسنين، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1987/1985.
- محمدي فريدة زواوي، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة رعاية، الجزائر.
- محمدي فريدة زواوي، المدخل إلى القانونية، نظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرعاية، الجزائر.
- نزاوية حورية يوسف، عقد البيع، الطبعة الثانية، دار الأمل، الجزائر، ص 73. خليل أحمد حسن قداد
- نعيم شلالا، دعاوي البيوعات العقارية، منشورات حلب الحقوقية، لبنان، ط الأولى، 9776

## قائمة المصادر والمراجع:

- الوجيز للدكتور السنهوري، ص242 بند 270، وما بعدها.
- ياسين غانم، القضاء العقاري، الطبعة الثانية، مطبعة كرم، سوريا، 8117.
- القوانين و المراسيم :**
- تنص المادة 59 من الأمر 58\_75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 1975/04/26 المتضمن القانون المدني على أنه: « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية.»
- تنص المادة 81، من ذات الأمر على أنه « يجوز للمتعاقد الذي وقع في الغلط وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله.»
- تنص المادة 83 من ق، م، ج على أن « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82، ما لم يقض القانون بغير ذلك.»
- تنص المادة 86 من الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 1975/09/26، المتضمن القانون المدني على أنه « يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.»
- تنص المادة 90 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري على أنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر.
- عليه المادة 358 من القانون المدني الجزائري.
- القانون المدني الجزائري، في ضوء الممارسات القضائية، الطبعة 2012-2013.
- القانون المدني الجزائري، في ضوء الممارسات القضائية، الطبعة الرابعة، 2012-2013 .
- المادة 113 من القانون المدني الجزائري
- المادة 119 من قانون المدني الجزائري
- المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- المادة 358 من القانون المدني.
- المادة 3 من قانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

## قائمة المصادر والمراجع:

- المادة 59 من الأمر 75\_58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26/04/1975، المتضمن القانون المدني على أنه: « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية ». ».

- المادة 683 من القانون المدني الجزائري.

- المادة 683 من القانون المدني الجزائري.

- المادة 89 من القانون المدني الجزائري.

- المادة 90 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26/09/1975، المتضمن القانون المدني الجزائري على أنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر.

- المادة 183 إلى المادتين: 176، وهي تتعلق بالتنفيذ عن طريق التعويض والمادة 181ن وهي تتعلق بالإعذار.

- المادة 351 من القانون المدني الجزائري أشارت إلى الثمن النقدي، و النص الفرنسي أشار إلى الثمن فقط.

- المادة 664 من القانون المدني الجزائري

- النص العربي للمادة 351 من القانون المدني الجزائري أشارت إلى الثمن النقدي، و النص الفرنسي أشار إلى الثمن فقط.

- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المادة 08.

المراجع باللغة الفرنسية :

-choley ; la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion. Des consommateurs. G. P .1973.2. doct. 715.

-Voir berlioz. Le contrat d'adhésion. Thèse. Paris 2.1973