



السنة: 2010/2011

كلية الحقوق

قسم: القانون الخاص

مذكرة تخرج

مقدمة لنيل شهادة الماجستير

العنوان

**ضمان التعرض و الاستحقاق
في عقدي البيع و الإيجار
طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري**

الشعبة: عقود مدنية و تجارية

للطالب: تركي وليد

مديرة مذكرة التخرج:

د. عليوش قربوع نعيمة أستاذة التعليم العالي جامعة عنابة -

أمام اللجنة

الرئيس :

جامعة عنابة

أستاذة التعليم العالي

د. سحري فضيلة

الفاحصان :

جامعة عنابة

أستاذ محاضر "أ"

د. فريوي الصادق

جامعة سكيكدة

أستاذ محاضر "أ"

د. مرامية حمة

الإهداء

إلى اللفظ الخالد: أُمِّي

بما صبرت، و بما تحملت

إلى صاحب الجود: أبِي

تلبية لما كان يرجوه، واستجابة لما كان يدعوه

إلى من أشد بهم أُرِي: إخوتي

الذين كانوا عوناً لي و أملاً

إلى كل موظفي مكتبة دار الثقافة محمد بوضياف عنابة

إلى كل من ساعدني على إتمام هذا البحث، من قريب أو من بعيد.

أهدي ثمرة جهدي هذا، راجياً من الله عز و جل أن يتقبله

في ميزان صالح أعمالي.

شكر و تقدير

في مستهل هذا البحث أحمد الله تعالى وأصلي وأسلم على رسوله الكريم،

عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم.

وبعد...

يسعدني ويشرفني أن أتوجه بخالص الشكر والتقدير، والعرفان الجميل

لأستاذتي الفاضلة الدكتورة عليوش قربوع نعيمة.

التي تفضلت وقبلت الإشراف على هذه الرسالة، ولم تدخر جهدا في متابعتها لي بالتوجيه

والإرشاد.

فادعوا الله أن يجزيها عني خير الجزاء، ولها مني جزيل الاحترام والتقدير.

كما أتوجه بخالص الشكر والتقدير، إلى أعضاء لجنة المناقشة،

لقبولهم إثراء هذا العمل و مساهمتهم

في إضاءة سبيل العلم.

وأخيرا فإنني مدين إلى كل زملائي على تشجيعاتهم ومساعداتهم

وإن لم أذكر أسماءهم فلأن القائمة طويلة، فليعتبروا هذا

اعترافا مني على مساعدتهم لي.

والله ولي التوفيق.

المقدمة

المقدمة

يحظى موضوع الالتزام بالضمان بأهمية كبيرة باعتباره أهم الالتزامات التي يفرضها القانون على المتعاقدين.

و تتضاعف هذه الأهمية يوما بعد يوم، فرغم تطور المجتمعات وتقدمها، وتطور العلاقات التعاقدية وتشعبها، إلا أن ذلك التطور صاحبه تدهور على المستوى الأخلاقي، فلا يكاد يمر يوم إلا ونقف فيه على غش تجاري، أو إخلال بالالتزام عقدي، فأصبح الناس يحتاجون أكثر فأكثر إلى ما يدعم حقوقهم ويحميهم في علاقاتهم مع بعضهم البعض، ويحملهم على تنفيذ التزاماتهم بكل حرص وإخلاص وحسن نية.

وبما أن الالتزام بالضمان تتوفر فيه تلك الخصائص، حيث أنه يدعم الوضعية القانونية للدائن في علاقته مع مُعاقده، ويضمن له انتفاعه بالشئ محل العقد على نحو كامل غير منقوص أو مهدد للإخلال به، مما يساعده على نزع الشعور بعدم الثقة والحذر الذي يكون عادة مسيطرا على الأشخاص عند التعاقد، وتجعله يثق في مُعاقده ويطمئن إليه، فمثلا إذا كان موضوع العقد بيعا، فإن المشتري مطمئن أن البائع يبقى ضامنا، حتى ولو نزع من يده جزء من المبيع.

و عليه فقد اهتم المشرع الجزائري بهذا الالتزام - كما هو الحال في جل التشريعات الأخرى - وضمنه بنصوص القانون، على الرغم من توافر القواعد العامة لإنهاء العقد، إلا أنه لم ير ما يمنع من إضافة قواعد تتصف بشدة أكبر، وتمكن من تحقيق الغرض المنشود. حيث أدرج المشرع هذا الالتزام في العديد من العقود، كعقد الإيجار، وعقد العارية، وعقد المقايضة، وكذلك في عقد البيع الذي يعتبر أهم عقد يُثار فيه موضوع ضمان التعرض والاستحقاق، نظرا لكونه أكثر العقود انتشارا وتداولاً في الحياة العملية، فضلا عن كونه الوسيلة الأولى لرواج وانتقال الأموال، مما جعل المشرع ينظم أحكام الضمان في عقد البيع، واعتبرها بمثابة النظرية العامة، واكتفى في العقود الأخرى بالإحالة إليها كلما تعلق الأمر بالقواعد العامة للضمان، مع بيان ما تتميز به تلك العقود من خصوصيات.

و هو ما يلاحظ أيضا في تنظيم المشرع لأحكام الضمان في عقد الإيجار، إذ ميزه ببعض الأحكام الخاصة، باعتباره يقع على الانتفاع دون الملكية.

و تأسيسا لما سبق بيانه فقد اخترنا لبحثنا هذا العنوان:

" ضمان التعرض والاستحقاق في عقدي البيع والإيجار طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري".

إن اختيارنا لكل من عقد البيع وعقد الإيجار دون غيرهما من العقود كان مبنيا على عدة مبررات وهي:

- إن دراسة موضوع الالتزام بالضمان في كل عقود المعاوضة سيجعل البحث مشوبا بالسطحية وعدم الدقة، مما يجعل الفائدة المرجوة من البحث لا تحصل، لا سيما وأن قواعد الضمان في عقد البيع وعقد الإيجار تعتبر كافية.
- إن تناول الالتزام بالضمان في عقد الإيجار، كان بناءا على التعديل الأخير للقانون المدني 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 الذي شمل بعض مواد الضمان.
- يصعب تناول عقد الإيجار بمعزل عن عقد البيع، لأن عقد البيع يعتبر الشريعة العامة للالتزام بالضمان.

وبالرغم من الأهمية البالغة التي يكتسبها موضوع ضمان التعرض والاستحقاق على المستويين النظري والتطبيقي، إلا أن أغلب الكتابات التي تناولته بالدراسة والتحليل لا تزال غير كافية - لاسيما بالنسبة لعقد الإيجار - مقارنة بما هو عليه الحال في بلدان أخرى كمصر مثلاً.

ولهذه الأسباب رأينا أنه من المستحسن اختياره ليكون موضوع بحثنا، الذي سنحاول عبر مختلف مراحل دراسة المسائل المتصلة بهذا الموضوع والبحث عن إجابة لإشكالية رئيسية تتمثل في:

ما هي الاعتبارات التي دعت المشرع الجزائري إلى وضع القواعد الخاصة بالضمان على الرغم من وجود القواعد العامة لإنهاء العقد ؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية إشكاليات فرعية تتمثل في:

- ما هي الإضافة التي تقدمها أحكام الضمان للقواعد العامة للتعويض ؟
- هل القواعد القانونية التي سنّها المشرع في هذا المجال أمره أم أنها قواعد اختيارية؟
- إن كانت اختيارية، ما مدى إمكانية أطراف العقد في تعديل هذه القواعد؟

وللإجابة على هذه التساؤلات سوف نعتمد على المنهج التحليلي، حيث سنقوم بدراسة تحليلية لنصوص القانون المدني الجزائي المتعلقة بضمان التعرض والاستحقاق في كل من عقد البيع وعقد الإيجار، وسنستعين بالمنهج المقارن للمقارنة بين التشريع الجزائري والتشريعات الأخرى، للوقوف على مجالي الاتفاق والاختلاف حول موضوع البحث، وذلك من أجل أن يكون البحث كاملاً في كافة جوانبه.

وقد اقتضت دراسة هذا الموضوع أن تكون خطة البحث مقسمة إلى ثلاثة فصول كما يلي:

الفصل التمهيدي تناولنا فيه مفهوم ضمان التعرض والاستحقاق وأساسه القانوني.

أما الفصل الأول فخصصناه لضمان التعرض الشخصي، وفيه نتطرق لضمان البائع لتعرضه الشخصي، و ضمان المؤجر لتعرضه الشخصي، وجزاء الإخلال بالالتزام والاتفاق على تعديله

أما الفصل الثاني فعنوانه بضمان التعرض الصادر من الغير، و نتناول فيه أربعة مباحث هي: ضمان البائع التعرض الصادر من الغير، و ضمان المؤجر التعرض الصادر من الغير، وجزاء الإخلال بالالتزام بضمان تعرض الغير، و الاتفاق على تعديل أحكام الضمان.

الفصل التمهيدي:

مفهوم ضمان التعرض
و الاستحقاق وأساسه القانوني

الفصل التمهيدي:

مفهوم ضمان التعرض و الاستحقاق وأساسه القانوني

تمهيد:

رغم أن المدين في العقود الناقلة للملكية يلتزم بمجموعة من الالتزامات في مواجهة الدائن، إلا أن هذه الالتزامات لا تكفي لتمكين الدائن من التمتع بكافة السلطات التي يخولها له القانون تمتعا كاملا هادئا بللحق الذي اكتسبه.

فما الفائدة من نقل الحق أو التسليم، إذا تم التعرض للمكتسب في انتفاعه بالحق، أو إذا نزع منه كله أو بعضه، أو إذا تمكن الغير من إدعاء حقوق عليه من شأنها الإنقاص من قيمته؟.

ومن ثم وجب على من ينقل حق لغيره، ألا يكتفي بنقل الحق أو التسليم، بل يلزم عليه فضلا عن ذلك أن يضمن للمكتسب الانتفاع به وحيازته حيازة هادئة ومستمرة، وعدم منازعته فيه بدءاً من حصول التسليم، ولو لم يذكر ذلك في العقد¹.

و يقتضي هذا أن يلتزم المدين بالامتناع عن التعرض للدائن وأن يدافع عن كل تعرض من جانب الغير بإدعاء حق على الشيء محل العقد، فإذا لم ينجح في ذلك، و انتهى هذا التعرض باستحقاق الغير للشيء كلياً أو جزئياً ، ألزم المدين بالتعويض عن هذا الاستحقاق².

ذكرنا هنا فرعاً من فروع الضمان، وهو ضمان التعرض والاستحقاق بوجه عام، أما الفرع الآخر المكمل له فهو ضمان العيب الخفي، أي خلو المبيع من العيوب الخفية التي

1- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص303.

2- أسي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل، الجزائر، 2008، ص174.

تجعله غير قابل لتحقيق الغاية المقصودة منه ¹. إلا أن دراستنا سوف تقتصر على الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق.

وسنحاول في هذا الفصل تعريف ضمان التعرض والاستحقاق في ثلاث مباحث متتالية.

نخصص الأول منها لتحديد مضمون التعرض والاستحقاق، ونخصص الثاني للحديث عن التطور التاريخي للضمان، أما المبحث الثالث فنتناول فيه الأساس القانوني للالتزام بالضمان.

1- خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، ط 2، دار النهضة العربية، مصر، 1984، ص188.

المبحث الأول:

مضمون الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

يتميز ضمان التعرض كقاعدة خاصة عن غيره من القواعد العامة لإنهاء العقد، إذ أن أحكام الضمان تفترض بقاء العقد قائماً وليس إنهائه بشأن ما ترتب من تعويضات للدائن الم تضرر، و لهذا وضع المشرع قواعد الضمان لتحقيق هدف آخر غير إنهاء العلاقة العقدية¹.

من هذا المنطلق يختلف ضمان التعرض والاستحقاق من حيث مضمونه و خصوصيته عن غيره من القواعد العامة، وهو ما سريتم بيانه من خلال مطلبين اثنين:

المطلب الأول: تحديد مدلول الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق.

المطلب الثاني: خصوصية الالتزام بالضمان.

المطلب الأول:

تحديد مدلول الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

نتناول في هذا المطلب تعريف الضمان، والمقصود بكل من التعرض والاستحقاق، و مصادر الالتزام بالضمان.

الفرع الأول: تعريف الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

لقد حاول الفقهاء إعطاء تعريف للضمان².

1- هشام طه محمود سليم، **ضمان الاستحقاق في البيوع**، دار الجامعة الحديثة، مصر، 2010، ص101.
2- يقول الدكتور آلان بينابنت في مفهوم الضمان: " لم يضع القانون المدني صفة على عاتق البائع "ضمانات" بدلاً من "مسؤوليات" في مفهوم الضمان فكرة آلية أجنبية طبيعياً عن فكرة المسؤولية (بخاصة في فترة القانون المدني عندما كانت المسؤولية تركز على الخطاء) و استعمال هذا التعبير يعني أن خطأ البائع هو المعني في أولوية الضمان: أيًا كان حسن نيته أو اعتناؤه يمكن أن يتوجب هذا الضمان (بقسوة أكثر طبعاً عندما يكون هناك سوء نية). وليس أساس الضمان بالفعل تقصيراً شخصياً للبائع في موجباته وإنما بالأحرى تثبت موضوعي. مستمد من طابع البيع الملزم للطرفين، الشاري لا يدفع الثمن إلا من أجل الاستفادة من الشيء، ولا يستوفي البائع الثمن إلا كمقابل لهذا الشيء، ويفقد كل هذا سببه إذا كان الشاري محروماً من الشيء، إما بفعل نزع اليد، أو بفعل عيب يجعل الشيء غير قابل للاستعمال ولا أهمية تذكر لأن يكون البائع مخير أم لا: يجب أن لا يحتفظ البائع بثمن مقابله يبدو غير موجود، إذ الضمان منفصل عن فكرة المسؤولية ".
أنظر: آلان بينابنت، **القانون المدني العقود الخاصة والتجارية**، ترجمة منصور القاضي، ط 1، المؤسسة الجامعية للنشر، لبنان، 2004، ص168.

- فقد ذهب فيرني **vernes** إلى القول "إن الضمان هو أن يؤمن البائع للمشتري بعد تسليمه الشيء المبيع حيازة هادئة ومفيدة لهذا الشيء".¹

"Garantir c'est assurer à la personne à laquelle on a livré une chose la possession paisible et utile de celle -ci".

- واعتبر بوتيه "أن الضمان هو موجب تابع لموجب التسليم، لأن التزام البائع بتمليك الشيء للمشتري هو أيضا التزامه بتمليكه شيئا مفيدا ونافعا".²

"...car s'obliger à faire avoir la chose dans l'intention des parties، est s'obliger à la faire avoir utilement".

ويقول الدكتور محمود عبد الحكم رمضان الخن³: " لم يتطرق القانون الفرنسي أو المصري إلى التعريف بمصطلح الضمان، ومن هنا فقد اجتهد الفقهاء في إيجاد تعريف له⁴، فقد اعتبر البعض أن الضمان هو التعهد الذي يلتزم به أحد المتعاقدين لتنفيذ التزامه، وفي حالة تعذر ذلك، فعليه أن يعرض عن الضرر الناجم عن عدم تنفيذ هذه الالتزامات".

ويقول الدكتور أنور سلطان في تعريف الضمان: " يلتزم البائع بمقتضى عقد البيع بأن يضمن للمشتري ملكية المبيع وحيازته حيازة هادئة، ويتمثل هذا الضمان في وجوب امتناعه عن التعرض للمشتري في وضع يده على المبيع ودفع تعرض الغير، وتعويض المشتري إذا انتهى التعرض بلستحقاق المبيع".⁵

نستخلص من التعريفات السابقة أن ضمان التعرض و الاستحقاق يلقي على عاتق البائع التزامين:

1- مروان الكركبي، العقود المسماة، ط 2، بدون دار نشر، 1993، ص 132
2- نفس المرجع، ص 133.
3- هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص 50.
4 - استخدم الفقهاء مصطلح "الضمان" لأنه التسمية الأدق من الناحية المالية، في حين أن تعبير "مسؤولية" تبرز فيه ناحية محاسبة الشخص من ناحية الجزاء لا من الناحية المالية.
أنظر صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب وتخلف فوات الوصف في عقود البيع ، ط 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، 2008، ص 31.
5- أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقد البيع والمقايضة، دار الجامعة الحديثة للنشر، مصر، 2005، ص 280.

التزام سلبي: حيث يلتزم البائع بضمان تعرضه الناشئ عن فعله، وهو التزام بالامتناع عن عمل؛ بأن يمتنع عن القيام بأي تعرض مادي أو قانوني تجاه المشتري يكون من شأنه أن يؤدي إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع كلياً أو جزئياً، وهذا هو ضمان التعرض الشخصي، أي الناشئ عن أعمال الشخصية¹.

التزام إيجابي: وهو أن يلتزم البائع بضمان تعرض الغير القانوني، ويكون دائماً التزاماً بعمل، بأن يمنع الغير من التعرض للمشتري والدفاع عن الحق الذي آل إليه، بحيث إذا لم يمتنع عن القيام بالتعرض في الحالة الأولى، أو لم يمنع تعرض الغير في الحالة الثانية، وأدى ذلك إلى عدم انتفاع المشتري بالمبيع، أو فقدانه كلياً أو جزئياً، فإنه يلتزم بتعويض المشتري عما أصابه من ضرر بسبب هذا الاستحقاق.

ويُراعى في ذلك أن المدين ليس ملزم أً باللتزامين، التزام بضمان التعرض و آخر بضمان الاستحقاق، وإنما هو التزام واحد وهو ضمان التعرض، فإما أن ينفذه عينياً أو ينفذه بطريق التعويض، فإذا نجح البائع في دفع التعرض على المشتري، فإنه يكون قد وفى بـالتزامه بضمان التعرض تنفيذاً عينياً، أما إذا أخفق البائع في تنفيذ التزامه عينياً، بأن استحق المبيع كله أو بعضه، فقد وجب على البائع تنفيذ التزامه بالضمان بطريق التعويض، وهذا هو ضمان الاستحقاق².

فضم-ان الاستحقاق إذن يعتبر ضماناً احتياطياً بالنسبة لضمان تعرض الغير، إذ لا تبدو الحاجة لإعمال ضمان الاستحقاق إلا إذا لم يجد اللجوء إلى ضمان التعرض.

والالتزام بالضمان وثيق الصلة بالالتزام بالتسليم³، على أساس أن التسليم حتى يكون كاملاً يجب أن يتوفر فيه التمتع الهادئ بالشئ، فما الفائدة من التسليم إذا كان يعقبه ما

1- محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة: شرح عقد البيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص333.

2- سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، مصر، بدون سنة طبع، ص254.

3- أسعد دياب، العقود المسماة، ط 1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2008، ص188.

يؤدي إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع، ولهذا يذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الالتزام بالضمان مجرد امتداد للالتزام بالتسليم¹.

غير أن المشرع الجزائري جعل أحكام ضمان التعرض والاستحقاق مستقلة بذاته عن الالتزام بنقل الملكية، وعن الالتزام بالتسليم، وهو ما أخذ به المشرع اللبناني والمصري أيضاً².

الفرع الثاني: المقصود بالتعرض والاستحقاق

إذا سلمنا بأن المدين يضمن للدائن حيازة هادئة، فإن درجات المساس بهذه الحيازة تختلف باختلاف طبيعة المنازعة، فقد يقتصر الأمر على مجرد التعرض، وقد يصل الأمر إلى الاستحقاق، أي تعويض المشتري.

أولاً: المقصود بالتعرض

يقول الدكتور أنور سلطان "يلتزم البائع بعدم منازعة المشتري في ملكية المبيع، وعدم التعرض له في انتفاعه به سواء كان هذا التعرض قانونياً أو مادياً"³.

ويقول الدكتور سليمان مرقص: "المقصود بالتعرض Trouble هو ما يعكر على المشتري حيازته، سواء كان يهدده بنزع الملكية، أو لا يهدده بذلك"⁴.

ويقول الدكتور محمد عبد المنعم حبشي بشأن المقصود بالتعرض فيما يتعلق بالمنافع "التعرض يقصد به في فقه القانون المدني بالنسبة للمنافع: إحداث الفعل أو التصرف الذي من شأنه الإخلال بها على خلاف مقتضى العقد الوارد فيها، سواء كان ذلك صادرًا عن مالك العين المنتفع بها، أو كان من أجنبي، وسواء كانت الوسيلة التي يسلكها المتعرض تتم بمقتضى القيام بأعمال يطلق عليها فقه القانون أعمالاً مادية، أو بمقتضى إعطاء الغير حقاً

1- وهو ما أخذ به المشرع الأردني حيث عالج أحكام الضمان دون أن يجعله التزاماً مستقلاً كبقية التزامات البائع إنما جعل المشرع هذا الالتزام جزءاً من الالتزام بالتسليم- منذر الفضل، صاحب الفتاوى، شرح القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1986، ص110.

2- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص126.

3- أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقد البيع والمقايضة، دار الجامعة الحديثة، مصر، 2005، ص281.

4- سليمان مرقص، العقود المسماة عقد البيع، عالم الكتاب، مصر، 1980، ص356.

يتعارض مع حق المنتفع في الانتفاع بالشيء المؤجر أو المعار ويطلقون عليه تعرضاً قانونياً، ويبسطون فكرة التعرض حتى تشمل إدعاء الأجنبي على العين - محل المرفعة- حقا يتعارض مع صاحب الحق في استيفائها ، ويعرف ذلك بالتعرض القانوني"¹.

و قد يضاف إلى التعرض لفظ "عدم"، فيقال عدم التعرض، فعندما يقال "ضمان التعرض" يراد به المسؤولية المالية الناتجة عن الاستحقاق، أما إذا قيل "ضمان عدم التعرض"، فالمقصود بالضمان هنا التكفل و التعهد، ولا يأخذ معنى الضمان هنا بالمسؤولية المالية، لأن هذه المسؤولية إنما تقوم حين يقع التعرض للمشتري لا حين عدم التعرض² .

من التعريفات السابقة يمكن القول إن التعرض في فقه القانون " هو كل فعل يؤدي إلى حرمان المشتري من كل أو بعض السلطات التي يخولها الحق المبيع بحسب الحالة التي كان عليها وقت ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين "

والتعرض نوعان مادي وقانوني:

وفي هذا الشأن يختلف ضمان المدين لتعرضه الشخصي، عن ضمان تعرض الغير، فبينما يكون المدين ملزماً بضمان أي فعل صادر عنه، سواء كان مادياً أو قانونياً، فإنه في حالة تعرض الغير لا يكون ضامناً إلا للتعرض القانوني.

فإذا قام المدين بتعرض قانوني أو مادي للمشتري فإنه يعد مخلاً ب التزامه بنقل الحيازة للدائن بشكل يمكنه من الانتفاع بالشيء محل العقد انتفاعاً هادئاً سليماً³.

لما يعد التعرض القانوني الصادر من الغير إخلالاً من المدين بـالتزامه بنقل الحيازة للدائن، لأنه كان يجب عليه نقل هذه الحيازة خالية من أي حق يدعيه الغير⁴.

أما التعرض المادي الصادر من الغير - أي غير مبني على سبب قانوني- فلا شأن للبائع في ذلك، وعلى المشتري أن يدفع هذا التعرض بالوسائل التي وضعها القانون⁵.

1- هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص 62.

2- مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري عقد البيع، ط 6، مطابع فتي العرب، دمشق، 1965، ص 159.

3- عبد القادر محمد أقصاوي، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، رسالة ماجستير، جامعة بابل، 1999، ص 6.

4- سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 174.

5- أنور العمروسي، دعاوي الضمان في القانون المدني، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 10.

ثانياً: المقصود بالاستحقاق

جاءت تعريفات الفقهاء في تحديد مفهوم الاستحقاق بمعانٍ متقاربة:

- يقول الدكتور أنور سلطان في معنى الاستحقاق " قد ينتهي التعرض ب استحقاق المبيع.

و الاستحقاق بحسب الأصل هو نزع ملكية المبيع كله أو بعضه من تحت يد المشتري بحكم قضائي، كما يدل على ذلك الأصل اللغوي لكلمة Eviction ومعناها الهزيمة في منازعة قضائية، ولكن معنى الاستحقاق لا يقف عند هذا الأصل اللغوي، بل يتناول جميع الحالات التي يحرم فيها المشتري فعلاً من المبيع لأي سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه، أو ليس في مقدوره دفعه، فيشمل ما يأتي:

- 1) احتفاظ المشتري بالمبيع لسبب آخر غير عقد البيع، كما لو ورثه عن المالك الحقيقي.
 - 2) وجود المبيع في حيازة أجنبي يتعرض للمشتري في محاولة وضع يده عليه، ويفلح في إثبات ملكية المبيع .
 - 3) إمساك المشتري المبيع بعد تخلصه بدفع الدين من تعرض الدائن المرتهن الذي قاضاه مطالباً بإخلاء العقار.
 - 4) اعتراف المشتري وهو حسن النية للأجنبي بحقه، أو تصالحه معه على هذا الحق، ودون انتظار صدور حكم في الاستحقاق¹.
- ويقول الدكتور علي هادي العبيدي : "يقصد بضمان الاستحقاق التزام البائع بتعويض المشتري عما أصابه من ضرر بسبب استحقاق المبيع"².
- ويقول الدكتور أحمد عبد العال أبو قرين بشأن علاقة التعرض بالاستحقاق "فالتعرض والاستحقاق يردان على الحيازة التي يتمتع بها المشتري، وقد قيل إن الاستحقاق يعني نزع حيازة الشيء المبيع سواء كان انتزاعها كلياً أو جزئياً، وأياً كان القائم بذلك البائع

1- أنور سلطان، المرجع السابق ، ص296.

2- علي هادي العبيدي، ضمان استحقاق المبيع في القانون المدني الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، 4ع ، 2004، ص63.

أم الغير، وإن كان التعرض الصادر من الغير أضيق في مفهومه من التعرض الصادر من البائع¹.

من خلال النظر في التعريفات السابقة والمقاربة بينها، يتبين لنا أن مفهوم الاستحقاق هو "أن ينتهي التعرض القانوني الصادر من الغير إلى ثبوت حق له على المبيع".
ذلك هو المقصود بالاستحقاق، وهو بذلك لا يترتب إلا على التعرض القانوني الصادر من الغير، ولا يتصور ترتيبه على التعرض الصادر من البائع، وذلك لأن من المبادئ القانونية " أن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض"²، فتطبيق هذه القاعدة يحول دون استحقاق البائع للمبيع .

الفرع الثالث: شمولية الالتزام بالضمان

إن الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق لا يقتصر على عقد البيع وحده، بل يوجد في كل عقود المعاوضة³، التي ينشأ منها الالتزام بنقل الملكية، أو بتمكين المتعاقد الآخر من الانتفاع، مع تفاوت بينهما في مدى الضمان وشروطه.
فهو يسري في كل العقود الناقلة للملكية، كالمقايضة⁴، والقرض⁵، والشركة، والوفاء بمقابل⁶.

ويقوم الضمان كذلك في العقود التي يكون الغرض منها تمكين المتعاقد الآخر من الانتفاع كعقد الإيجار⁷، والعارية⁸.

كما ينطبق الضمان على الحقوق الفكرية¹، فيمنع على المؤلف الذي يبيع طبعة من كتابه لناشر، من نشر طبعة أخرى قبل نفاذ الطبعة المباعة².

1- هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص63.

2- تنجم هذه القاعدة التقليدية عن اقتصاد البيع نفسه: ليس في وسع البائع أن يستعيد بطرق ملتوية ما باعه للمشتري، وهي في مادة البيع معادلة للقاعدة الشهيرة "الإعطاء والاحتجاز لا يقومان معا"
- انظر في ذلك آلان بينابنت، المرجع السابق، ص172.

3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، الجزء4، المجلد1، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1986، ص622.

4- المادة 415 ق.م.

5- المادة 452 ق.م.

6- المادة 286 ق.م.

7- المادة 483 ق.م.

8- المادة 541 ق.م.

أم- عقود التبرع فإن الضمان لا ينشأ فيها أصلاً، وذلك لعدم تقديم المتلقي مقابلًا لما أخذه، وقد استثنت أغلب التشريعات حالة ارتكاب المتبرع غشاً أو خطأ جسيماً³، وذلك كأن يخفي الواهب سبب الاستحقاق عن المكتسب وحالة الهبة بعوض، وإن حدد التعويض بمقدار ما أداه من عوض⁴.

ولما كان الالتزام بالضمان لا يقتصر على عقد البيع، بل يوجد في كل عقود المعاوضة، فقد كان من الممكن جعل أحكام الضمان ضمن النظرية العامة للعقد⁵، دون أن يقتصر على عقد البيع. ولكن لما كان منشأ هذا الضمان يرجع الفضل فيه إلى عقد البيع، و أن عقد البيع هو الذي يغلب فيه استعمال الضمان، بحيث يكون تنظيم هذا العقد ناقصاً لو خلا منه⁶، فتأثر المشرع بهذه الفكرة وأبقى على تنظيم الضمان في هذا العقد، و اكتفى في العقود الأخرى بالإحالة إليه، مع بيان ما يتميز به كل عقد من أحكام تختلف عن الأحكام المقررة في عقد البيع.

الفرع الرابع: مصادر الالتزام بالضمان

لضمان مصدران: الاتفاق والقانون، فالالتزام بالضمان كغيره من الالتزامات العقدية لا ينشأ إلا في إطار العقد⁷، ومن ثم تحكمه المبادئ الأساسية التي تحكم العقد، ومنها مبدأ سلطان الإرادة، حيث يمكن للمتعاقدين الاتفاق على تحديد ما يلتزم به كل طرف بمحض إرادته.

ومن جهة أخرى فإن المشرع حرص على بيان أحكام الضمان ولو لم تشترط في العقد، فهو مفترض ضمناً ولا يستطيع البائع التملص منه بحجة أنه لم يجر اتفاقاً على

1- جيروم هوييه، العقود الرئيسية الخاصة، ترجمة منصور القاضي، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، 2003، ص 250.
2- المادة 54 من قانون سنة 1957 التي أصبحت المادة 132-8 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي " على المؤلف أن يضمن للناسر الممارسة الهادئة، والخاصة للحق المتنازل عنه، ماعدا وجود اتفاقية مخالفة ".
3- المادة 494 من القانون المدني المصري، لا يقابلها نص في القانون المدني الجزائري.
4- سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 175.
5- حاول المشرع الألماني الأخذ بهذه الطريقة في مشروعه لكنه عدل عن ذلك عند وضع الصياغة النهائية، - أنظر: أنور سلطان، المرجع السابق، ص 281.
6- رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة: عقد البيع والمقايضة، ط 2، دار الجامعة الحديثة، مصر، 2003، ص 300.
7- جاسم على سالم ناصر، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص 9.

ترتيب الضمان¹، ولهذا جاءت أحكام الضمان مكتملة لإرادة المتعاقدين يجوز الخروج عليها ما عدا في حالات استثنائية².

وهذا ما نصت عليه المادة 377 ق.م صراحة "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيذا في ضمان نزع اليد، أو ينقص منه، أو يسقطاه.."

فقد كان المشرع حريصا على كفالة التوازن العادل في تقريره لأحكام الضمان، فجاءت النصوص بدون تحديد ضيق حتى يسهل تطبيقها على مختلف أنواع العقود .

كما لم يجعل المشرع أحكام الضمان في مجملها قواعد أمرة ، بل ترك حرية واسعة للمتعاقدين للاتفاق على خلافه، فأحاط الدائن بجملة من القواعد التي تجعله في مأمن من تعرض الغير، وتكفل له تعويضا كافيا بحكم القانون، ويسمى الضمان في هذه الحالة بالضمان القانوني Garantie De Droit³ .

كما أعطى للمتعاقدين حق الاتفاق على الزيادة، أو الإنقاص، أو الإعفاء، ويسمى الضمان في هذه الحالة بالضمان الاتفاقي Garantie Conventionnelle.

وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الاتفاق على تعديل أحكام الضمان واضحا فيما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، فلا يصح أن يوضع في عبارات عامة، كأن يذكر في العقد أن البائع يضمن للمشتري جميع أنواع التعرض و الاستحقاق على المبيع، أو غير ذلك من العبارات المشابهة، فمثل هذه العبارات لا تعدل شيئا في أحكام الضمان، إنما هي مجرد ترديد للقواعد العامة.

و بالتالي فإن على من أراد مخالفة ما أقره القانون من ضمان، أن يبين في العقد الشرط الذي يفهم منه صراحة مخالفة ما نص عليه القانون بالزيادة عليه، أو إنقاصه، أو الإعفاء منه.

1- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، منشورا الحلبي الحقوقية، لبنان، ج8، مجلد1، عقد البيع، 1995، ص467.

2- مثال في ما لا يجوز الاتفاق بشأنه، حالة إعفاء البائع من ضمن فعله الشخصي، فهذه المسألة مرتبطة بالنظام العام أنظر نفس المرجع، ص467.

3- خليفة الخروبي، العقود المسماة، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007، ص 215.

المطلب الثاني:

خصوصية الالتزام بالضم - ان

إذا قلنا إن البائع ملزم بنقل الملكية إلى المشتري ملكية خالصة وكاملة، فإنه يتفرع عن ذلك التزامه بضمان التعرض والاستحقاق، فإذا لم يكن البائع مالكا للمبيع، كان البيع بيع ملك الغير، وكان للمشتري رفع دعوى الإبطال، وهذا هو موضع الاستحقاق الكلي. وإذا كان البائع غير مالك لبعض المبيع، أو كان مالكا لكل المبيع، ولكن على المبيع حقوق للغير، فإن الملكية التي تعهد البائع بنقلها، لم تنقل للمشتري كاملة، ومنه جاز للمشتري طلب الفسخ مع التعويض، إذا كان له مقتضى، وهذا هو موضع الاستحقاق الجزئي¹.

ومع ذلك جعل المشرع للدائن إلى جانب الحالتين السابقتين - الإبطال والفسخ - الالتزام بالضمان كوسيلة إضافية لحماية الدائن، بتعويضه عن خطأ أو تقصير المدين. هذه الوسيلة تختلف عن الوسائل الأخرى التي نصت عليها القواعد العامة لإنهاء العقد - الإبطال والفسخ -.

الفرع الأول: تمييز الضمان عن البطلان

يختلف الضمان عن البطلان، وهذا الاختلاف يعتبر نتيجة منطوية نظرا لاختلاف الحكمة المرجوة من كلا النظامين.

- فبينما ينحصر نطاق دعوى الضمان في عقود المعاوضة التي ترد على نقل الحيازة أو نقل الملكية أو الانتفاع، فإن نطاق البطلان يشمل كافة العقود دون تمييز².

- دعوى الضمان أساسها إخلال البائع بتنفيذ التزامه بتمكين المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة، وبالتالي لا يجوز رفعها إلا إذا وقع تعرض بالفعل لهذه الحيازة، أما دعوى

1- خميس خضر، المرجع السابق، ص196.

2- هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص106.

الإبطال فأساسها إخلال البائع بملتزامه بنقل الملكية، وبالتالي يجوز رفعها بمجرد التأكد أن البائع غير مالك للمبيع، ودون انتظار وقوع التعرض¹.

- دعوى الضمان يرجع فيها المشتري على البائع بقية المبيع وغيرها من المصاريف والتعويضات المنصوص عليها في المادة 375 ق.م بشأن الاستحقاق الكلي، أو المادة 376 ق.م بشأن الاستحقاق الجزئي.

أما دعوى الإبطال فيطالب برد الثمن الذي دفعه مع التعويض، إذا كان يجهل أن المبيع ليس ملكا للبائع²، استنادا إلى نص المادة 399 ق.م، التي تنص على أنه "إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم و كان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية".

- دعوى الضمان يتمسك بها الدائن بالضمان، وهو المشتري في عقد البيع، وعلى العكس من ذلك بالنسبة للبطلان، إذ يجب التمييز بين نوعيه - البطلان المطلق والنسبي - فإذا كان البطلان مطلقا، فإن كل ذي مصلحة من حقه التمسك به، وفق ما نص عليه المشرع في المادة 102 ق.م "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة".

أما إذا كان البطلان نسبيا فلا يجوز التمسك به إلا من جانب الطرف الذي تقرر البطلان لمصلحته، و حسب نص المادة 99 ق.م "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

- الحكم الصادر من القاضي بشأن الضمان يعد حكما منشئا، وليس للقاضي سلطة تقديرية بشأن إنشائه مادامت قد توفرت شروط إعماله.

1- سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص176.

2- قرار مؤرخ في 1988/02/17 ملف رقم 51734 بيع ملك الغير-القضاء بصحته مخالفة للقانون "من المقرر قانونا أن بيع ملك الغير لا يكون ناجزا في حق الشيء المبيع ولو أجازته المشتري ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون" - المجلة القضائية، س 1991، ع 2، ص 11

إلا أن سلطة القاضي تبدأ بشأن مدى التعويض المترتب على الضمان، عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب .

وعلى العكس من ذلك بالنسبة للبطلان، فالحكم الصادر به هو حكم كاشف، حيث أن العقد يعد باطلا دون حاجة لحكم القاضي، فليس للقاضي أي سلطة تقديرية مع توفر شروط البطلان، إلا بشأن مدى تقدير التعويض المترتب على البطلان في حالة استحالة إعادة المتعاقدين إلى الوضع الذي كان عليه قبل العقد، إذ يحكم في تلك الحالة وفق نص المادة 103 ق م ج¹، بتعويض عادل.

الفرع الثاني: تمييز الضمان عن الفسخ

- يفترض الفسخ انقضاء العلاقة العقدية، نتيجة لإخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، أما دعوى الضمان فيفترض بقاء العقد قائما.

- دعوى الضمان تنحصر في العقود التي ترد على نقل الملكية أو نقل الحيازة أو الانتفاع، وما ذلك إلا لأن تلك العقود تقتضى التزام المدين بنقل ملكية الشيء ، أو نقل حيازته أو الانتفاع به إلى الدائن، فمن المنطق أن يلتزم هذا المدين بعدم تعكير صفو هذا الالتزام بأي نوع من أنواع التعرض .

أما الفسخ فيختص بجميع أنواع العقود الملزمة لجانبين بلخلاف أنواعها بصفة عامة، مادامت تشتمل على التزامات وحقوق يتحملها ويستوفيها كلا المتعاقدين².

- دعوى الفسخ تتقدم بمرور 15 سنة، وهذه المدة تبدأ من وقت تمام البيع، أما دعوى الضمان لا تسقط بالتقادم³.

1- تنص المادة 103فقرة 1 ق.م "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل".

2- هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص124.

3- نتناول ذلك بالتفصيل في الفصل الأول، أنظر ص50.

- لقد تولت النصوص تقدير التعويض في دعوى الضمان، فلم تتركه لسلطة القاضي ، أما دعوى الفسخ ، فإن النصوص لم تتعرض لتقدير التعويض فيها، وإنما تركته لتقدير القاضي.

نخلص مما تقدم أن دعوى الضمان خاصة ومستقلة عن دعوى القواعد العامة، ويؤكد ذلك نص المادة 375 ق.م، حيث عرض هذا النص لعناصر التعويض عند استحقاق كل المبيع بناء على دعوى الضمان، ثم أشار إلى استقلال هذه الدعوى عن دعوى الإبطال ودعوى الفسخ بقوله في العبارة الأخيرة " ...كل ذلك ما لم يقيم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله"¹.

1- تقابل هذه المادة في ق.م.م المادة 443 ق.م.ج التي تنص " ...كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله"

المبحث الثاني:

التطور التاريخي للالتزام بالضمان

قبل البدء في تناول الموضوع، نود أن نشير إلى أنه من خلال البحث في المؤلفات الفقهية التي تناولت موضوع التطور التاريخي للضمان، نجد أنها تناولت الالتزام بالضمان في عقد البيع في تلك الحقبة الزمنية القديمة دون الإيجار، وربما يكون سبب ذلك أن عقد الإيجار في المجتمعات القديمة كان محدودا للغاية، إلا أن هـ مع مرور الزمن أصبح الناس يحصلون على منافع الأشياء من أشخاص لا تربطهم بهم صلة، و كان ذلك بمقابل، ومن هنا ازدادت أهمية الإيجار، وأصبح من أكثر التصرفات القانونية شيوعا.

و مما تقدم فإن مدار البحث في التطور التاريخي للضمان سوف يخلو من تطبيقات في عقد الإيجار، وبالمقابل فإن لهذا الالتزام تطبيقه في عقد البيع يمكن الاستدلال به. ولقد وجد الضمان منذ القدم متخذا صورا محددة المعالم، لكن مع مرور الزمن وصل به الأمر في الوقت الحالي إلى صورة مختلفة عن تلك الصورة التي نشأ فيها. ولذلك سوف نحاول في هذا المبحث تتبع الضمان في قانون حمورابي، والقانون المصري الفرعوني و القانون الروماني، في ثلاث مطالب متتالية.

المطلب الأول:

ضمان التعرض والاستحقاق في قانون حمورابي

ظهر الالتزام بالضمان قبل صدور قانون حمورابي، حيث كان هذا الالتزام لا ينشأ إلا إذا نص عليه صراحة في العقد، وجزاء الإخلال به كان جزاءً جنائيا، ولكن فيما بعد اهتم قانون حمورابي بضمان الاستحقاق و اعتبره جزاء مدنيا، وأصبح ي نشأ تلقائيا من العقد باعتباره أثرا من آثاره، ودون الحاجة للنص عليه¹.

1- أحمد حسن إبراهيم، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص481.

وقد ذكر الضمان في قانون حمورابي في المواد من 9 إلى 12، حيث تناولت بعض الحالات الخاصة بضمان الاستحقاق .

الحالة الأولى: إذا استطاع الغير الذي رفع دعوى الاستحقاق على المشتري أن يثبت دعواه، واستطاع المشتري في نفس الوقت أن يثبت عقد البيع، أعتبر البائع سارقا، وعوقب بالموت واسترد الغير ماله، والمشتري ما دفعه من ثمن¹، فإذا كان البائع قد توفي، كان للمشتري أن يأخذ خمسة أمثال الثمن من تركة البائع².

الحالة الثانية: إذا تمكن الغير الذي يدعي الملكية أن يثبت دعواه وعجز المشتري عن إقامة البينة على المال الذي اكتسبه، فإنه يعتبر سارقا ويعاقب بالإعدام ويسترد الغير ماله³.

الحالة الثالثة: إذا لم يستطع الغير الذي رفع دعوى الاسترداد إثبات دعواه، عُذ مجرما وعوقب بالموت⁴.

1- تنص المادة 9 "إذا فقد رجل حاجة ما، وقبض على حاجاته المفقودة في يدي رجل آخر، فإذا صرح الرجل الذي قبضت في يده الحاجة المفقودة، إن بائعا قد باعها لي واشتريتها أمام الشهود، وصاحب الحاجة المفقودة قد صرح كذلك، سأجلب الشهود المؤيدين لحاجتي المفقودة. فإذا قدم المشتري البائع الذي باعها له والشهود الذي اشترى الحاجة بحضورهم. وصاحب الحاجة المفقودة قد جلب الشهود المؤيدين لحاجته المفقودة. فعلى الشهود أن ينظروا في كلماتهم، وعلى الشهود الذين تم الشراء بحضورهم وكذلك الشهود المؤيدين للحاجة المفقودة أن يقسموا أمام الإله، (فإذا تم ذلك) يكون البائع هو السارق ويجب أن يعدم وصاحب الحاجة المفقودة يسترجع حاجته والمشتري يستحصل النقود التي دفعها من بيت البائع"

- أنظر عبد المالك سلاطينية، تاريخ النظم في الحضارات القديمة، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2007، ص91.

2- تنص المادة 12 "فإذا كان المشتري قد قضى نحبه، فعلى المشتري أن يأخذ من بيت البائع خمسة أضعاف ثمن الحاجة"

3- تنص المادة 10 "فإذا لم يجلب المشتري البائع الذي باعه ولا الشهود الذين اشترى بحضورهم، (بينما) صاحب الحاجة المفقودة قد قدم الشهود المؤيدين لحاجته المفقودة، فالمشتري هو السارق ويجب أن يعدم وصاحب الحاجة المفقودة يسترجع حاجته"

4- تنص المادة 11 "فإذا لم يقدم صاحب الحاجة المفقودة الشهود المؤيدين لحاجته المفقودة، فهو كاذب ويدعي باطلا، ويجب أن يعدم"

المطلب الثاني :

ضمان التعرض والاستحقاق في القانون المصري الفرعوني

عرف القانون المصري الفرعوني ضمان الاستحقاق، بل إن الشراح قصرُوا التزامات البائع في ذلك العصر بما يطلق في العصر الحديث بضمن الاستحقاق وضمن العيوب الخفية¹، و استدلوا على ذلك بوثيقة خاصة بعقد البيع، يرجع تاريخها إلى عصر الملك خوفو، أحد ملوك الأسرة الرابعة، أي حوالي 2500 ق م، بينما يرجعه البعض الآخر إلى عصر الأسرة السادسة².

الوثيقة التي تم العثور عليها عبارة عن ملخص لعقد بيع منقوش على نصب من الحجارة، بمقتضى هذا العقد باع الكاتب (تنتي) منزلاً مملوكاً له إلى الكاهن (كمبابو) مقابل 10 شعت ولكن بدلاً من أن يدفعها المشتري بعينها استبدلها ببعض المنقولات، التي قومت في العقد بما يساوي 10 شعت، ويبدأ هذا العقد بعبارة المشتري، **الكاهن كمبابو** حيث يذكر فيها "لقد أخذت هذه الدار من الكاتب تنتي بعوض، وقد أعطيت في مقاب لها 10 شعت، ثم يذكر بعض المنقولات التي تعادل قيمتها 10 شعت وهي عبارة عن ملابس ومنقولات، ثم تأتي بعد ذلك عبارة البائع، حين يقول "قسماً بحياة الملك سأعطي ما هو حق وستكون أنت مستوفياً بذلك كل ما تفيده الدار، وقد أوفيت بجميع ما عليك دفعه وتم ذلك عن طريق الاستبدال" وفي نهاية العقد نجد الختم الرسمي، وأسماء الشهود الذي بلغ عددهم تسعة شهود.

وفسر الشراح العبارة "قسماً بحياة الملك، سأعطي ما هو حق وستكون أنت مستوفياً بذلك كل ما تفيده الدار"، باعتبارها تدل صراحة على التزام البائع بضمن الاستحقاق وضمن العيوب الخفية.

وكان الالتزام بالضمن يقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه في العقد، وما يؤكد ذلك أن عقود البيع التي ترجع إلى عهد الدولة الحديثة، جاءت خالية من النص على التزام البائع بالضمن.

1- محمد عبد الهادي الشنقيري، تاريخ القانون المصري، دار الفكر العربي، مصر، 1977، ص255.

2- فايز محمد حسين، أصول النظم القانونية، ط1، مطابع السعدني، مصر، 2005، ص392.

المطلب الثالث:

ضمان التعرض والاستحقاق في القانون الروماني

لم يكن الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق من الالتزامات المترتبة على عقد البيع في القانون الروماني¹، كما أنه لم يصبح التزاماً من الالتزامات الناشئة عن عقد البيع إلا في عهد متأخر.

ويتحقق الاستحقاق في القانون الروماني، في حالة ما إذا نزع المبيع من يد المشتري بموجب حكم قضائي، أي لابد من دعوى ترفع على المشتري ويصدر فيها حكم عليه حتى يمكن القول إن هناك استحقاقاً.

وهذه الدعوى قد يرفعها المالك الحقيقي للمبيع، إلا إذا كان المشتري قد اشترى الشيء المبيع من غير المالك.

وقد يرفعها الدائن المرتهن في الرهن غير الحيازي، متتبعا العين تحت يد المشتري، وقد يرفعها صاحب حق الانتفاع، ولا يتحقق الاستحقاق فعلاً إلا إذا خرجت العين من تحت يد المشتري، أو اضطر في سبيل الاحتفاظ بها إلى دفع قيمتها بعد رفع الدعوى عليه. إلا أن هناك تطورا تاريخيا قد لحق بالمبدأ السابق في القانون الروماني القديم، ومؤداه إعطاء الحق للمشتري بالرجوع على البائع بالضمان إذا بقيت العين تحت يده بسبب الوصية أو الإرث من المال الحقيقي، كما أجازوا للمشتري الرجوع بالضمان عند استحقاق ملحقات المبيع، باستثناء حق الارتفاق لم يكن من قبيل الاستحقاق عند الرومان، ويرجع ذلك إلى التنظيم الاقتصادي للملكية العقارية عند الرومان، فلذا أراد المشتري أن يضمن له البائع خلو المبيع من هذه الحقوق، كان عليه أن يشترط ذلك صراحة عند البيع².

وقد مر ضمان الاستحقاق في القانون الروماني بثلاث مراحل هي:

1- حلمي بهجت بدوي، بطلان بيع ملك الغير، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى، ع 4، يونيو، 1931، ص 596
2- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء 7، القسم الثاني، في العقود المسماة، ط 1، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة طبع، ص 304.

الفرع الأول: في العصر الروماني القديم

في هذه المرحلة من تاريخ القانون الروماني، لم يكن عقد البيع ناقلاً للملكية، بل كان ينشأ عنه سوى حقوق و التزامات شخصية، أما نقل الملكية فلم يكن يتم إلا ب استخدام طرق معينة، وهي الإشهاد والتسليم، بالإضافة إلى الدعوى الصورية .

كما أن ضمان الاستحقاق لا ينشأ هو الآخر عن عقد البيع ذاته بل كان ينشأ عن الطريقة التي يتم بها انتقال الملكية¹.

أ) الإشهاد: Mancipatio

هو الطريقة اللازمة لانتقال ملكية الأموال النفيسة في العصر القديم ، ولا يترتب عليها أي التزام شخصي في ذمة البائع ، حيث تنتقل الملكية بعد إجراءات معينة، وتقوّه المتصرف ببعض العبارات من بينها عبارات تؤكد ملكيته للأموال المتصرف فيها، ومن ثم كان ضمان الاستحقاق لا ينشأ عن عقد البيع الرضائي، بل عن العبارات التي اقترنت بالإشهاد²، فإذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق، وتم انتزاع الشيء المبيع منه، فإنه يرجع على المشتري بدعوى اسمه دعوى الولاية، وهي مستمدة من واقعة أن عبارات المتصرف غير حقيقية، وتعد هذه الدعوى من الدعاوى الجنائية، فأساسها الجريمة لا العقد، ولذلك كان يحكم على البائع فيها برد ضعف الثمن المسمى على سبيل العقوبة³، وسميت بدعوى الولاية لأن الأصل فيها أن يطلب المتصرف إليه من المتصرف أن يثبت أنه قد كانت له ولاية التصرف، فإذا عجز عن الإثبات لزمته العقوبة، أما إذا بقي المشتري واضعاً يده على العين المبيعة المدة المطلوبة لكسب الملكية بالتقادم، ففي هذه الحالة تكون الملكية قد سلمت له، ولم تعد هناك حاجة لاستعمال هذه الدعوى.

1- حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص593.

2- جاسم على سالم ناصر، المرجع السابق، ص12.

3- السنهوري، المرجع السابق، ص620.

إلا أن هناك طريقة كانت تستخدم لتجنب نتائج الالتزام بالضمان، وذلك بأن يُحدد في الإشهاد، ثمن ضئيل يختلف عن الثمن الحقيقي الذي تم قبضه بالفعل، فإذا استحق محل التصرف للغير، كان الناقل ملزماً بدفع ضعف قيمة هذا الثمن الوهمي فقط¹.

ب) الدعوى الصورية: In Jure Cessio

هي طريقة اختيارية لنقل الملكية على الأموال النفيسة وغير النفيسة، وهي إجراء يراد به تصوير أمر من الأمور باتفاق الطرفين في صورة نزاع خلافاً للواقع، وترفع أمام الحاكم القضائي "البريتو" ليحكم لصالح أحد الطرفين.

وكان هذا الافتراض والتحايل يتم تحت مسمع وعلى مشهد من السلطة القضائية²، وهي أبسط في إجراءاتها من الإشهاد، فلم يكن يترتب عليها ضمان الاستحقاق، فإذا استحق المال من يد المكتسب فإن الناقل لا يسأل عن ذلك.

ج) التسليم: Traditio

أما التسليم كطريقة لنقل الملكية، فكان يستخدم في نقل ملكية الأشياء غير النفيسة، ولا يضمن فيه البائع الاستحقاق، إلا إذا صدر بشأنه تعهد لفظي مستقل عن عملية نقل الملكية³، يتعهد بمقتضاه البائع للمشتري باحتفاظه بالسلطة الفعلية على المشتري، وعدم تعرض أحد له في انتفاعه بالمبيع، ومضمون هذا التعهد إمساك الشيء والاحتفاظ به، بحيث لو استحققت العين المباعة، فإن المشتري يستطيع الرجوع على البائع بدعوى ناشئة عن هذا التعهد، ويحصل المشتري من خلالها على تعويض يساوي الضرر الذي لحقه بسبب الاستحقاق، وعلى ذلك فإن الالتزام بضمان الاستحقاق لم ينشأ عن عقد البيع، بل كان ينشأ عن ال تعهد بإمساك الشيء⁴.

1- أحمد حسن إبراهيم، المرجع السابق، ص167.

2- محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، بدون سنة طبع، ص151.

3- السنهوري، المرجع السابق، ص620.

4- جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص15.

الفرع الثاني: في العصر العلمي

ظل الضمان في هذا العصر ناشئاً عن طريق الإشهاد، أو التسليم، كما كان عليه الحال في العصر الروماني القديم.

إلا أنه ظهر تعهد لفظي آخر، هو التعهد بضعف المبلغ *stipulatio Duplae*، وقد كان يستعمل عادة في البيوع النفيسة، كالثياب الحريرية والأحجار الكريمة¹، وهو يؤدي إلى التزام البائع برد ضعف الثمن وكان للمشتري بموجبه حق رفع دعوى التعهد، وسميت بدعوى المطالبة بمبلغ من النقود، أي التزام البائع برد ضعف الثمن في حالة امتناع ذلك البائع عن التعهد أو إعطاء اشتراط الإمساك بالشيء أو الاحتفاظ به للمشتري.

ولا شك أن هذه الدعوى أفضل للمشتري من دعوى إتاحة الإمساك التي كان التعويض فيها يتحدد بمقدار الضرر الذي لحق المشتري بسبب الاستحقاق².

الفرع الثالث: في عهد جستنيان

بدأت النصوص الخاصة بالضمان تبرز في عقود البيع مع تطور المعاملات وتشعب الحياة الاقتصادية، وبالنظر إلى ما يترتب عليه الالتزام بالتعامل بحسن نية من آثار بالغة الأهمية، مما أجاز للمشتري الحق في رفع دعوى الشراء المتولدة عن عقد البيع إذا امتنع البائع عن إعطاء التعهد، كما أصبح بإمكان المشتري رفع دعوى أيضاً إذا امتنع البائع عن التعهد بضعفي القيمة، وكان يعتبر رفض إجراء هذا التعهد من الأمور المناقضة لمبدأ حسن النية. وأخيراً، أصبح الالتزام بالضمان ينشأ في عقد البيع دون حاجة إلى نص بذلك، بحيث ينتج عن هذا التعهد تلقائياً³، وينشأ في جميع أنواع البيوع، حيث تحميه الدعوى الناشئة عن العقد نفسه.

1- هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص23.

2- عبد القادر محمد أقصاصي، المرجع السابق، ص22.

3- فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص406.

وانتهت مراحل تطور ضمان الاستحقاق عندما اندمج هذا الضمان في عقد البيع، فأصبح من طبيعته ولم يعد هناك حاجة لإجراء تعهد بشأنه، فقد أصبح من الالتزامات المترتبة على عقد البيع ذاته، وتحميه دعوى الشراء لا دعوى التعهد، حيث كانت دعوى الشراء تقضي بالتزام البائع قبل المشتري بدفع مبلغ مساو للضرر الذي لحقه بسبب الاستحقاق، على أن يتم تقدير التعويض على أساس تاريخ يوم صدور الحكم في الدعوى، وليس تاريخ يوم انعقاد العقد¹.

1- جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص17.

المبحث الثالث:

أساس الالتزام بالضم-ان

اختلف الفقهاء في بيان الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بالضمان إلى أربع اتجاهات، هي السبب، الالتزام بالتسليم، نقل الملكية، والمسؤولية العقدية. وسوف نعرض لهذه الاتجاهات بالتفصيل فيما يلي:

المطلب الأول:

السبب كأساس الالتزام بالضم-ان

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن نشأة الالتزام بالضمان، إنما يجد أساسه في فكرة السبب.

وسوف نتناول فيما يلي نظرية السبب كأساس الالتزام بالضمان من خلال عرض مضمون هذه النظرية وحجج القائلين بها، وأوجه النقد الموجه إلى هذه النظرية من جانب الفقه المعارض لها.

الفرع الأول: مضمون وحجج نظرية السبب

يقصد بالسبب هنا السبب القصدي ، وهو بهذا المعنى يعتبر ركناً لا ينعقد العقد بدونه، وهو ملازم للعقد إلى حين الانتهاء من تنفيذه، بحيث إذا زال هذا السبب، فإنه يجوز فسخ العقد، ويرى الفقهاء أن تخلف السبب هو الذي يبرر قيام الضمان، فلذا زال هذا السبب يكون المتعاقد في حالة عدم تنفيذ ما التزم به، ذلك أنه كلما طرح موضوع الضمان نكون بصدد عدم تنفيذ المدين لالتزامه¹، فضمان التعرض ومن بعده ضمان الاستحقاق، لا يقومان إلا إذا تخلف السبب القصدي، الذي هدف إليه المشتري من إبرام عقد البيع، و المتمثل في نقل الملكية وحياسة المبيع حيازة هادئة، وعلى سبيل المثال، فإن التزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع يكون القصد من ورائه الحصول على شيء من البائع، يستطيع أن ينتفع به

1- بلعابد سامي، ضمان المحترف لعيوب منتجاته، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2005، ص25.

انتفاعا هادئا ومستمرًا، فإذا لم يتحقق له هذا القصد بأن استحق المبيع للغير كليًا أو جزئيًا، جاز له أن يطالب بتنفيذ الالتزام بطريق التعويض¹.

وكذلك الأمر في عقد الإيجار، حيث نجد أن سبب التزام المستأجر بدفع الأجرة هو قصده الحصول على الانتفاع بالعين المؤجرة انتفاعا هادئا ومستمرًا، فإذا حصل تعرض للمستأجر في هذا الانتفاع فإن المؤجر مطالب بتنفيذ التزامه بالضمان.

ويضيف أنصار هذا الرأي تأييدا لوجهة نظرهم، أن الالتزام بالضمان يرد فقط على عقود المعاوضة دون عقود التبرع، وهذا يعني أن الالتزام بالضمان هو المقابل، أي السبب في هذه العقود، وإذا لم يتحقق هذا المقابل كنا بصدد انعدام السبب.

كما يضيف أنصار هذا الرأي، أن في إقامة الضمان على أساس ركن السبب ما يبرر إمكان فسخ العقد بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه، ففي عقد البيع بإمكان المشتري المطالبة بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ البائع لالتزامه، وبالتالي يمكن قياس ضمان الاستحقاق على الفسخ، بشأن اعتماده على إخلال البائع بالتزامه، وبناءا عليه فإن ضمان الاستحقاق يعد التزاماً في ذمة البائع، ترتب بسبب فشله في دفع التعرض الصادر من الغير للمشتري في حيازته للمبيع رغم وفاء المشتري بـالتزامه².

الفرع الثاني: النقد الموجه إلى نظرية السبب

تعرض الرأي الذي يقيم الالتزام بالضمان على أساس السبب للنقد من عدة جوانب، نعرض لأهمها في ثلاث نقاط:

- 1- إن نظرية السبب سوّت بين دعوى الضمان ودعوى الفسخ، فكما أن دعوى الفسخ تؤسس على أساس فكرة السبب فكذلك الضمان، إلا أنه في الواقع هناك اختلاف بين دعوى الضمان و دعوى الفسخ، حيث أن دعوى الضمان تقوم على أساس بقاء العقد، بينما دعوى الفسخ يترتب عليها زوال العقد. كما أن التعويض في دعوى

1 -GROSS Bernard . la nation d'obligation dans le droit des contrats. these .paris 1964. p67

2- جاسم على سالم ناصر، المرجع السابق، ص118.

الضمان قد تم تحديده بشكل مفصل من قبل المشرع، في حين أن التعويض في دعوى الفسخ متروك لتقدير القاضي¹، وهذا الاختلاف بين دعوى الضمان ودعوى الفسخ أقرته المادة 375 ق.م، عندما حددت عناصر التعويض التي يرجع بها على الضامن عندما يحصل الاستحقاق، فنصت في الفقرة الأخيرة " ...كل ذلك ما لم يقيم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله ".

2 -هناك تعارض بين دعوى الضمان ودعوى الفسخ القائمة على فكرة السبب، حيث أن دعوى الضمان لا يمكن أن يرفعها متلقي الحق بمجرد علمه بأن المتصرف لم يكن صاحب الحق الذي تعهد بنقله، وأنه سوف يستحيل عليه أن يحقق للمتلقي هذا النقل، وهو لا يستطيع ذلك إلا إذا تعرض له بالفعل وقُضي له بالاستحقاق، في حين يحق له الرجوع بدعوى الفسخ لمجرد أن يتأكد أنه سيكون من المستحيل انتقال الملكية إليه.

المطلب الثاني

التسليم كأساس الالتزام بالضم-ان

الفرع الأول: مضمون النظرية وحججها

يرى أصحاب هذا الرأي أن الالتزام بالضمان يعتبر امتدادا للالتزام بالتسليم، حيث أن التسليم لا يؤدي الفائدة المرجوة منه، بتمكين المستلم من الانتفاع بالشيء إذا ما وقع لهذا الأخير تعرض أو استحق منه الشيء محل العقد ، وبالتالي يصبح الالتزام بالتسليم بغير فائدة، إذا لم يتضمن الالتزام بالضمان، ويستند أنصار هذا الرأي إلى الحجج التالية :

1 -Planiol et Riperte et Hemel ,Traite pratique de droit civil francais, LGDJ,paris,1956, p.95.

1 - يعد الالتزام بالضمان امتداداً لالتزام البائع بالتسليم، إذ لا معنى لالتزام البائع بتسليم المبيع إذا لم يتعلق بهذا الالتزام الأصلي التزام آخر تكميلي هو التزام البائع بالضمان إذا لم يسلم المبيع للمشتري تسليماً هادئاً.

2 - الهدف من الالتزام بضمان الاستحقاق والالتزام بتسليم المبيع، هدف مشترك، يتمثل في تنفيذ بنود عقد البيع على أكمل وجه.

3 - نقل ملكية المبيع هو جوهر عقد البيع، فإذا لم يتمكن المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة تحقيقاً لنقل الملكية، فقد العقد قيمته و توازنه، فتفرض العدالة جزاءً على البائع لعدم تنفيذه لالتزامه، و هذا الجزاء هو ضمان الاستحقاق.

الفرع الثاني: النقد الموجه لهذه النظرية

عارض جانب من الفقهاء هذه النظرية القائلة بأن الالتزام بالضمان أساسه الالتزام بالتسليم، ويستند في ذلك إلى الحجج التالية :

- 1 - إذا كان من خصائص الضمان الاستمرارية، فإن الالتزام بالتسليم ليست له هذه الخاصية، فهو ينقضي بمجرد حصول عملية التسليم، إذن فهما التزامان منفصلان.
- 2 - إن القول بوجود هدف مشترك، بين الالتزام بالضمان والالتزام بالتسليم، متمثل في الانتفاع الهادئ بالشيء المبيع، هو قول غير صحيح، حيث يوجد فارق بين النظامين من حيث المحل يؤدي إلى فارق في طبيعتهما .

فالالتزام بالتسليم ليس إلا وضع الشيء مادياً تحت تصرف المكتسب، ويتم هذا عادة عن طريق نقل حيازة هادئة مستمرة، ومن أجل ذلك فصل المشرع بين الالتزام بالضمان والالتزام بالتسليم.

- 3 - إن الالتزام بالضمان لا يوجد في جميع العقود التي ترتب الالتزام بالتسليم ، مثال ذلك عقد الهبة، حيث يقع الالتزام على الواهب بتنفيذ التزامه بتسليم الموهوب، ولكن

لا يعني ذلك أن الواهب ملزم بالضمان، فالأصل إنه ليس على الواهب التزام بالضمان¹.

المطلب الثالث

نقل الملكية كأساس الالتزام بالضمان

الفرع الأول: مضمون هذه النظرية وحججها

يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن الضمان يجب أن يؤسس على التزام البائع بنقل الملكية بصورة هادئة ومستمرة إلى المشتري، ويعد ذلك هو جوهر عقد البيع، فإذا لم يتمكن المشتري من الحيابة الكاملة للشيء المبيع، فإنه يجوز له الالتجاء إلى إعمال قواعد الضمان.

يقول الدكتور إسماعيل غانم: "وقد كان من المتصور أن يبنى الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق على أساس الالتزام بنقل الملكية، على اعتبار أن هذا الالتزام يتضمن نقل ملكية المبيع كاملة غير مثقلة بحقوق الغير، وفي هذا التصور لا يكون الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق إلا الوجه السلبي لالتزام البائع بنقل الملكية، ولا يكون ضمان استحقاق المبيع للغير، إلا جزء إخلال البائع بذلك الالتزام"².

الفرع الثاني: النقد الموجه لهذه النظرية

انتقد جانب من الفقهاء هذا الرأي، على أساس أن الالتزام بالضمان يختلف عن الالتزام بنقل الملكية، من حيث أساسه و آثاره، فأحكام الالتزام بالضمان ترجع إلى أسباب تاريخية، حيث كان البائع في القانون الروماني ينقل الحيابة ولا ينقل الملكية، ومن ثم كان يضمن للمشتري عدم التعرض له في الحيابة، أي أن الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

1- جاسم علي سالم ناصر، نفس المرجع، ص29.

2- إسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، المطبعة العالمية، مصر، 1993، ص 201.

ليس فرعاً عن التزامه بنقل الملكية، وإلا لكانت النصوص المتعلقة بضمان التعرض والاستحقاق مجرد تطبيق للقواعد العامة¹.

أما من حيث الآثار، فإن الالتزام بالضمان يختلف عن الالتزام بنقل الملكية اختلافاً جوهرياً، فالالتزام بنقل الملكية ينشأ منذ لحظة وجود العقد، وتحميه دعوى البطلان أو دعوى الفسخ، أما الالتزام بالضمان فلا ينشأ إلا في وقت وقوع التعرض فعلاً للمشتري².

المطلب الرابع:

المسؤولية العقدية كأساس الالتزام بالضم-ان

يرى جانب كبير من الفقه أن أساس الضمان، هو المسؤولية العقدية بأركانها التقليدية المستقر عليها من خطأ وضرر وعلاقة سببية، بمعنى أنه لقيام الضمان يجب أن يثبت حدوث خطأ من جانب المدين، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الضرر يقع بطريقتين، فهناك ضرر يكون سببه مخالفة القانون، وهناك ضرر آخر يكون سببه عدم تنفيذ العقد، ولكن هذا التقسيم تعسفي وقد استبعده جميع الشراح³.

بعد ذلك، ثار جدل بين الفقهاء حول تحديد مضمون الخطأ كركن يتعين وجوده لقيام الالتزام، وحتى يكون هناك خط فاصل بين الضمان والمسؤولية يميز فيما بينهما من خلال الخطأ.

❖ فيذهب الرأي الأول إلى أنه عندما يُلزم القانون المتعاقد بالتعويض لضرر دون أن يرتكب خطأ فإننا نكون في نطاق الضمان، وإذا أمكن نسبة الخطأ إلى المدين مع قيام علاقة سببية لهذا الخطأ، فإننا نكون في نطاق المسؤولية العقدية وليس الضمان.

أما الرأي الثاني فيرى أنه إذا ثبت الخطأ في جانب المدين مع وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر، نكون في نطاق المسؤولية التعاقدية، وأنه لا جدوى من البحث عن وجود الخطأ من عدمه، فإذا وجد الضمان فإنه سيطبق في حالة الإخلال بالالتزام.

1- زهدي يكن، المرجع السابق، ص304.

2- خميس خضر، المرجع السابق، ص207.

3- جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص29.

❖ وذهب جانب آخر من الفقه إلى تأسيس الضمان على أساس القوة الملزمة للعقد وليس الخطأ، بل إن الالتزام القانوني الذي وضعه العقد هو أساس الضمان التعاقدي، فهم يرون أن أساس الالتزام بالضمان المترتب على البائع يتمثل في الرابطة القانونية التي نشأت بإرادة المتعاقدين.

في حين يرى جانب آخر أن المشرع أراد تأمين المتعاقد و استقرار المعاملات الاقتصادية، فالالتزام بالضمان أعطى للمتعاقد ثقة وأمان، فجعله يبرم العقود بكل ثقة، بحيث أن المدين - في حالة عدم تنفيذ التزامه - يعرض نفسه للجزاء.

وعلى ذلك يعد الالتزام بالضمان القوة الملزمة للعقد والحماية الفعالة للاتفاقات العقدية، وهو في أغلب عقود المعاوضة يوفر الحماية للمكتسب من استحقاق الحقوق التي نقلت إليه بواسطة الناقل .

و من خلال عرض النظريات السابقة، يظهر أن نظرية المسؤولية العقدية¹ هي الأقرب إلى الصواب لعدة اعتبارات، هي:

1 -إن تأسيس ضمان التعرض والاستحقاق على أساس المسؤولية العقدية يوفر للمتعاقدین الإحساس بالأمان عند إبرام العقود، فبموجب تلك المسؤولية يطمئن الدائن أنه عند إخلال المدين بالتزامه سوف تطبق عليه جزاءات رادعة، ومن أهمها ما يترتب عليه ضمان التعرض والاستحقاق .

2 -ضمان التعرض والاستحقاق المؤسس على فكرة المسؤولية العقدية، يوفر للدائن أيسر السبل للحصول على التعويض بما يفوق في قيمته وسرعة إجراءاته ما كان سيحصل عليه إذا طالب بفسخ العقد .

3 -إن عدم تنفيذ المدين لالتزامه يعد خطأ من جانبه، وهو إخلال لما تعهد به عند التعاقد، وهو ما يستفاد من تعريف الدكتور مازو "إنه لا حاجة لتحليل سلوك المدين

1- وهو ما ذهب إليه أغلب التشريعات العربية، باستثناء المشرع الأردني الذي جعل الالتزام بالضمان فرعاً من الالتزام بنقل الملكية، وإن الالتزام بالضمان مجرد تطبيق للقواعد العامة للضمان، وما يؤكد ذلك أن القانون الأردني نص على أحكام ضمان التعرض والاستحقاق ضمن بيانه لأحكام التزام البائع بتسليم المبيع. أنظر، كامل السعيد، شرح القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر، الأردن، 1995، ص110.

للتيقن عما إذا كان قد ارتكب خطأ، لأن الواقع الفعلي سوف يثبت عدم التنفيذ الذي يشكل الخطأ"¹.

موقف المشرع الجزائري:

ذهب المشرع الجزائري إلى تأسيس الالتزام بالضمان على أساس المسؤولية العقدية، حيث حدد عناصر التعويض التي يلتزم بها البائع في مواجهة المشتري، عند استحقاق المبيع الكلي أو الجزئي، في المادتين (375_376 ق.م).

كما خص الضمان بدعوى تختلف عن دعوى الإبطال و الفسخ، اللذين نظمت أحكامهما القواعد العامة، وهو ما قصده المادة 375 ق.م "...كل ذلك ما لم يرق المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله".

1- نقلا عن جاسم ناصر، المرجع السابق، ص23

الفصل الأول:

ضمان التعرض

الشخصي

الفصل الأول:

ضمان التعرض الشخصي

تمهيد:

يعتبر الضمان من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد (البائع أو المؤجر)، إلى المتعاقد الآخر (المشتري أو المستأجر)، وضمان التعرض الشخصي - خاصة- هو من أهم أنواع التعرض التي يلتزم بها المدين، منعا لزعة التعامل بين طرفي العقد، ولإقامة الثقة بينهما.

ففي عقد البيع، نجد أن البائع يتمتع عليه أن يأتي بأي فعل من شأنه أن يؤدي إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع انتفاعا هادئا كلياً أو جزئياً، أو يحرم المشتري من حيازته حيازة هادئة و مستمرة.

فيكون البائع ضامناً لتعرضه سواء كان تعرضاً مادياً، كقيامه بمنع المشتري من الانتفاع بالمبيع، أو تعرضاً قانونياً كقيام البائع بالإدعاء بأن له حقاً على المبيع يتعارض مع حق المشتري، لأن من يلتزم بالضمان يُمتنع عليه التعرض.

و قد نصت المادة 371 ق.م وبيئت ذلك بقولها " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله، أو من فعل الغير، يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري. ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع، وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

أما في عقد الإيجار - وهو النوع الثاني من العقود محل البحث- فيلتزم المؤجر بضمان انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، انتفاعاً هادئاً طيلة مدة الإيجار، ولذلك كان لزاماً عليه أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أي تغيير يخل بهذا الانتفاع، فيمتنع عليه أي فعل من شأنه ذلك، سواء كان التعرض مادياً أو قانونياً.

كما أن الضمان الملقى على عاتق المؤجر لا يقتصر على أعماله فقط بل يمتد أيضا إلى أعمال تابعيه، وهذا ما نصت عليه المادة 483 ق.م " على المؤجر أن يمتنع عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة. ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع.

ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه، بل يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر عن مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر".

ولما كان مجال الدراسة في هذا الفصل نوعان من العقود، هما عقد البيع وعقد الإيجار، سنتناول التعرض الشخصي في كل منهما على حدة، وذلك كالتالي:

المبحث الأول: ضمان البائع لتعرضه الشخصي.

المبحث الثاني: ضمان المؤجر لتعرضه الشخصي.

المبحث الثالث: جزاء الإخلال بالالتزام والاتفاق على تعديله.

المبحث الأول:

ضمان البائع لتعرضه الشخصي

في ضوء ما سبق ذكره بالفصل 1 لتمهيدي، يتضح لنا أن البائع في عقد البيع يلتزم بضمان انتفاع المشتري بالمبيع انتفاعا هادئا ومستمرا، ويمتنع عليه القيام بأي عمل من شأنه أن يؤدي إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع كليا أو جزئيا،¹ انطلاقا من قاعدة من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض².

و هذا الالتزام يستفاد من المنطق، فإذا كان البائع يضمن عدم التعرض للمشتري من جانب الغير، فمن باب أولى أن يلتزم هو شخصيا بالامتناع عن التعرض له³.

وقد جاء المشرع الجزائري واضح الدلالة في هذا الشأن في المادة 371 ق.م "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله، أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع، وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

كما يعد هذا الالتزام من النظام العام لا يجوز الإعفاء منه أو التنازل عنه⁴ من جانب المشتري ولقد عبرت المادة 378 ق.م عن ذلك بقولها " يبقى البائع مسؤولا عن كل نزاع يد من فعله، ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك".

و سوف نتناول في هذا المبحث ضمان التعرض الشخصي في ثلاثة مطالب، نعرض في أولها أنواع التعرض الذي يقع من البائع، ونتناول في المطلب الثاني شروط ضمان التعرض الشخصي، ونبين أخيرا وفي مطلب ثالث خصائص الالتزام بالضمان.

1- محمد حسن قاسم، عقد البيع، الدار الجامعية، بيروت، 1999، ص 276.

2 - محمد عبد الله أبو هزيم، الضمان في عقد البيع، ط1، دار الفحاء، الأردن، 1986، ص47.

3- أنظر في هذا المعنى ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا قرار مؤرخ في 86/06/25 ملف رقم 36.889 "من المقرر قانونا أن البائع يضمن عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو فعل الغير" المجلة القضائية، س 1992، ع 3، ص 11.

4- محمد عبد الله أبو هزيم، المرجع السابق، ص 48.

المطلب الأول:

مضمون وصور التعرض الشخصي

يقول الدكتور محمد حسين منصور " يلتزم البائع بعدم التعرض إلى المشتري، في ملكيته أو في حيازته للمبيع أو انتفاعه به، أي أن البائع يلتزم بالامتناع عن أي عمل من شأنه أن يعيق إفادة المشتري من المبيع على النحو الذي أُعد له.

يشمل ضمان البائع كل صور التعرض الصادر منه شخصيا المادي والقانوني، الكلي والجزئي، المباشر وغير المباشر¹.

من خلال هذا التعريف يتضح لنا أن التعرض الشخصي يتخذ صورتين، إما أن يكون تعرضا ماديا، بفعل إيجابي يقوم به البائع يخل بحق المشتري في الحيازة الهادئة والانتفاع بالمبيع، وإما أن يكون تعرضا قانونيا، من خلال تصرف قانوني يتخذه البائع بناء على حق ادعاه على المبيع، فيؤدي إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع².

و نعرض فيما يلي مضمون وصور كل من التعرض المادي والقانوني في فرعين مستقلين.

الفرع الأول: مضمون وصور التعرض المادي

يقصد بالتعرض المادي، كل فعل يقوم به البائع يترتب عليه حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع، حرمانا كلياً أو جزئياً، دون أن يستند إلى حق يدعيه على المبيع³.

و من بين أكثر صور التعرض المادي¹ شيوعاً في الحياة العملية، أن يبيع شخص محلاً تجارياً، ثم يقوم هو بفتح محل مجاور يعمل على جذب عملائه السابقين، وكان هناك

1- محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة، ط 1، منشورات الحلبي، لبنان، 2010، ص 115.

2- قرار تعقيبي مدني تونسي ع 40811 مؤرخ في 7 ماي 1996 ج 1 ص 313
" يستنتج من الفصلين 631 و 633 من مجلة الالتزامات والعقود أنه على البائع ضمان الاستحقاق ذلك لأن من يكون ملتزماً بنقل ملكية الشيء أو بنقل حيازة هادئة لا يعكر صفوها تعرض منه أو أي شخص آخر، ولقيام هذا الضمان يجب توفر شرطين وهما وقوع التعرض فعلاً، وإن يحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع المشتري بملكية المبيع على أن التعرض قد يكون سببه مادياً أو قانونياً"

- نقلاً عن صالح الضاوي، مجلة الالتزامات والعقود، شرح و تحيين و تعليق، مجمع الأطرش للكتاب، تونس، 2009، ص 216

3- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 268.

اتفاق يمنع ذلك، فمثل هذا العمل يعتبر منافسة غير شريفة، وإخلال بالتزام البائع بضمان تعرضه الشخصي².

إلا أن مثل هذا التصرف يعتبر جائزا لو قام به شخص أجنبي، إذ له أن ينشئ متجرا مجاورا في ذات المنطقة ما دامت في حدود المنافسة المشروعة والمألوفة بين التجار، لأن الغير ليس ملزما تجاه المشتري بعدم التعرض³.

وإذا باع المالك بئرا موجودة في أرضه، فلا يجوز له أن يحفر بئرا أخرى بالقرب منها، إذا كان ذلك يؤدي إلى نقص ماء البئر المباعة أو تضررها، ولو أن ذلك يجوز لغير المالك، بالقدر الذي لا يعتبر منه إساءة في استعمال حقه.

و من نماذج التعرض المادي في عقد النشر، قيام المؤلف بنشر طبعة جديدة من مؤلفه لدى ناشر آخر، قبل أن تنفذ نسخ الطبعة المنشورة، ففي هذه الحالة يوجد استحقاق جزئي للمبيع يكون المؤلف مسؤولا عنه⁴، كما يعد من قبيل التعرض المادي أن يبيع شخص مصنعا يعتمد في توليد الكهرباء على مجرى مياه بقي في ملك البائع، ثم يغير البائع مجرى المياه بحيث يمنع توليد الكهرباء، أو يقل عن معدله المعتاد.

وكذلك البائع لقطعة أرض للسكن، فإذا قدر في تحديد الثمن أن المشتري سوف يستفيد من موقعها، حيث تقابل منظر معين كنهر أو حديقة، فإنه لا يجوز له أن يقيم بناء يحجب ذلك المنظر⁵.

1- لا يقصد بالتعرض المادي الجرائم التي يرتكبها البائع ضد المشتري سواء صدرت من البائع أو من شخص آخر، ويعاقب البائع عليها إن صدرت منه، ليس باعتباره بائعا، وإنما باعتباره مرتكبا لجريمة

-Planiol et ripert et hamel، op.cit، p 93

2- سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009، ص 257.

3- قضت محكمة النقض المصرية بأن "ضمان البائع المترتب على بيع متجر يلزم البائع بعدم التعرض للمشتري في انتفاعه بالمتجر، وبالامتناع عن كل عمل يكون من شأنه الانتقاص من هذا الانتفاع، مما يتفرع عن الالتزام بعدم المنافسة في شتى صوره ومنها حظر التعامل مع العملاء، وبحيث لا يكون ذلك الحظر باطلا إلا إذا تضمن تحريم الاتجار كلية على البائع لأنه يكون في هذه الحالة مخالفا لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وحماية النظام العام، أما إذا كان الشرط محددا من حيث الموضوع ومن حيث الزمان والمكان، وكان التحديد معقولا وهو ما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع" نقض مدني مصري في 1962/6/7

- نقلا عن السيد خلف محمد، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض، ط2، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2006، ص 498.

4- عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب الرابع، أحكام عقد البيع، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 143

5- لحسين أث ملويا، المنتقى في عقد البيع، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 384.

وقد يكون تعرض البائع للمشتري بأعمال مادية غير مباشرة تقوم على تصرفات قانونية تصدر من البائع إلى مشتري آخر، فمثل هذا التصرف يعتبر بالنسبة للمشتري عملا ماديا لأنه ليس طرفا فيه، ومثاله أن يبيع البائع العقار مرتين ثم سلم المبيع إلى المشتري الثاني الذي قام بتسجيل عقده قبل المشتري الأول، فتنتقل إليه ملكية العقار دون المشتري الأول، فيعد مثل هذا التصرف تعرضا قانونيا صادرا من الغير، وفي نفس الوقت تعرضا ماديا غير مباشر صادر من البائع¹، لأن البائع هو الذي أنشأ بفعله حق للمشتري الثاني على المبيع.

وقد يصدر هذا التصرف القانوني من البائع قبل البيع لا بعده، فإذا باع شخص عقارا إلى مشتري أول بادر بالتسجيل، ثم باعه بعد ذلك إلى مشتري ثاني، فالبيع الثاني يكون بيع ملك الغير، وقد يجيزه المشتري الثاني فيرجع على البائع بضمان التعرض الواقع منه عن طريق تصرف قانوني صدر قبل البيع².

كذلك يعد من قبيل الأعمال المادية التي تقوم على تصرفات قانونية قيام البائع ببيع براءة اختراع، ثم يستمر في استغلالها سواء بصورة مباشرة، أو غير مباشرة، وسواء كان الاستغلال على كل الاختراع أو في جزء منه، ويعتبر تعرض مادي مبني على سبب قانوني قيام البائع ببيعها مرة أخرى ولكن إذا استخدمها بنفسه بعد البيع كان هذا تعرضا ماديا محضا.

1 - محمد حسن قاسم، القانون المدني: العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 306.
2- أنظر قضاء محكمة النقض المصرية بأن "التزام البائع وفقا للمادة 1626 مدني فرنسي بضمان عدم التعرض للمشتري يوجب عليه احترام حيازة المشتري منه فقيامه ببيع المبيع مرة أخرى إلى مشتري آخر رغم تمام عقد البيع الأول يجعله ضامنا لتعرض الغير" نقلا عن: جاسم ناصر، المرجع السابق، ص 71.

الفرع الثاني : مضمون وصور التعرض القانوني

سيراً على نحو ما سبق إقراره فيما يتعلق بالتعرض المادي، فإنه لا يجوز للبائع أيضاً أن يتعرض للمشتري، فيما يتعلق بالمبيع تعرضاً قانونياً، لأن القاعدة " **من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض**".

ويقصد بالتعرض القانوني أن يدعي البائع حقا على البيع يتعارض مع حق المشتري في ملكية المبيع، كأن يدعي أنه صاحب حق عيني عليه كحق ملكية، أو صاحب حق شخصي كمستأجر¹.

هذا يعني أن البائع لا يستطيع أن يسترجع الشيء المبيع من المشتري على أي أساس مهما كان، لأنه بوصفه بائعاً فهو ملزم بالضمان.

والتعرض القانوني الذي يضمنه البائع قد يكون سابقاً على عقد البيع أو لاحقاً له، ومثال الحق السابق على البيع، أن يكون البائع قد سلم المبيع إلى المشتري ثم يرفع عليه بعد ذلك دعوى استحقاق يطالب فيها باسترداد المبيع على أساس أنه لا يزال مالكا له، لأن البيع لم يسجل بعد، إلا أن البائع ملتزم بالضمان، والضمان والاسترداد لا يجتمعان²، ومن ثم يخضع البائع للالتزام بضمان عدم التعرض والاستحقاق حتى ولو لم يتم تسجيل العقد³.

ومن أمثلة التعرض القانوني اللاحق على عقد البيع، إذا تصرف الشركاء على الشيوع في المال الشائع بالبيع، فلا يجوز لأحدهم بعد ذلك التعرض للمشتري إذا تبين أن أحد البائعين لم يكن مالكا وقت البيع⁴، وكذلك أن يبيع شخص عقارا غير مملوك له، ثم يصبح بعد ذلك مالكا له بأي سبب من أسباب كسب الملكية، فيقوم حينئذ بالتعرض للمشتري على أساس الحق الجديد الذي آل إليه بعد البيع.

1- محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص 338.

2- سمير تناغو، المرجع السابق، ص 257.

3- قضت محكمة النقض المصرية بأن عقد البيع سواء كان مسجلاً أو غير مسجل يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع وحيازته حيازة هادئة، أما عدم تسجيل المشتري عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حقه في الضمان لأن التزام البائع هو من الالتزامات الشخصية التي تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده والتي تنتقل من البائع إلى ورثته، فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع، اليد على العين المدة الطويلة المكتسبة للملكية جلسة 1970/4/16.

نقلاً عن سعيد أحمد شعله، قضاء النقض المدني في العقود، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 504.

4- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 203.

وهنا يستطيع المشتري أن يدفع هذا التعرض بالتزام البائع بضمان التعرض الصادر منه¹، وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادة 398 الفقرة 2 ق.م حيث نص بأنه " في حالة بيع ملك الغير، يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع".

هذه أهم صور التعرض القانوني للبائع، وبالتالي يمكن القول إن ضمان التعرض يتم وفقا للمبادئ العامة ولو لم ينص عليه عقد البيع².

إلا أنه يجب ألا يفهم مما سبق أن البائع يحرم عليه المطالبة بأي حق قانوني له، حيث أن هناك نوعا من التعرض القانوني لا يمكن أن يضمنه البائع أو يمتنع عنه، وهو رجوعه على المشتري بدعوى يخوله إياها القانون متى كانت ناشئة عن ذات العقد أو مؤسسة عليه³.

فلا تعارض مثلا بين ضمان التعرض و بين قيام البائع باتخاذ إجراءات التنفيذ على الشيء المبيع لاستيفاء الثمن أو ما تبقى منه، أو أن يرفع البائع ضد المشتري دعوى ببطلان العقد لغلط أو تدليس أو إكراه شاب إرادته⁴.

كما لا يعد تعرضا طلب فسخ البيع لعدم تنفيذ المشتري لالتزامه، أو أن يطلب البائع أخذ العقار المبيع بالشفعة في البيع الجديد (م 795 ق.م) مستندا إلى سبب من أسباب الشفعة، لأن استعمال البائع لحقه في الشفعة لا يتعارض مع التزاماته⁵.

1- السنهوري، المرجع السابق، ص 629.

2- محمد عبد الله أبو هزيم، المرجع السابق، ص 55.

3- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 280.

4- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 306.

5- محمد حسن قاسم، عقد البيع، ص 129.

المطلب الثاني:

شروط الالتزام بضمان التعرض الشخصي

ليس كل عمل يقوم به البائع يعد تعرضا يصح أن يقوم على أساسه الالتزام بالضمان، بل يلزم لكي يكون فعله تعرضا منشئا للالتزام بالضمان توافر ثلاثة شروط .

أولها الوقوع الفعلي للتعرض، وثانيها أن يكون ذلك التعرض الذي حدث مؤثرا على الحقوق المكتسبة للمشتري، وثالثها أن يكون التعرض غير مشروع.

وسوف نتناول تفصيل ذلك، في ثلاثة فروع متتالية:

الفرع الأول: وجوب أن يقع التعرض فعلا

لا بد لقيام تعرض البائع أن يكون تعرضه فعليا وليس وهميا، فمجرد احتمال وقوع التعرض لا يكفي لتحقيق هذا الضمان.

فإذا هدد البائع المشتري بالتعرض له، فلا يكفي هذا التهديد لقيام ضمان التعرض ما دام البائع لم ينفذ وعيده بالتعرض¹، فلا بد من قيام البائع بعمل إيجابي من شأنه تعكير صفو الحيابة الهادئة حتى يتحقق بذلك مخالفة الالتزام الذي أوجبه العقد.

ويثار التساؤل هنا في حالة ما إذا قام البائع ببيع العقار مرة ثانية وبأمر المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول، فانتقلت بذلك الملكية إليه دون المشتري الأول، لكن المشتري الثاني لم يتخذ أي إجراء لنزع ملكية العقار من المشتري الأول.

فهل هذا التصرف يكفي لتحقيق التعرض ؟ أم أنه يشترط مطالبة المشتري الثاني

للمشتري الأول بالعقار حتى يتحقق التعرض؟

لقد انقسم الفقه في هذا الفرض إلى رأيين:

حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن المشتري الثاني حتى ولو قام بتسجيل عقده دون أن يتخذ أي إجراء لنزع ملكية العقار من المشتري الأول، فليس للمشتري الأول أن يحتج على

1- خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري عقد البيع، د.م.ج، الجزائر، 1989، ص 145.

البائع بضمان تعرضه الناشئ من بيعه العقار مرة أخرى، ولكن له أن يرفع دعوى الفسخ لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه في نقل الملكية إليه¹.

في حين يذهب جانب من الفقه إلى أن قيام المشتري الثاني بتسجيل عقده قبل المشتري الأول يجعل التعرض قد وقع فعلا، وذلك لأن قيام المشتري الثاني بتسجيل عقده، يكون قد حرم المشتري الأول من إمكانية اكتساب ملكية المبيع².

إلا أنه يُرى أن الرأي الأخير هو الأرجح، إذ أن قيام البائع ببيع العقار مرة أخرى إلى مشترٍ ثانٍ وقيام هذا الأخير بالتسجيل يجعل التعرض قد وقع فعلا للمشتري الأول، حيث أن عقد البيع - كما قلنا سابقا- يعطي للمشتري حق الانتفاع والتمتع بالحياسة الهادئة بالشيء المبيع، وأن أي تعرض لهذا الحق يؤدي إلى تعكير هذه الحياسة.

وبالتالي فإن حرمان المشتري الأول من التسجيل بعد أن سبقه إلى ذلك المشتري الثاني، يكون سببا كافيا لتعكير الحياسة، خاصة في ظل نظام الشهر العيني المعمول به في الجزائر، و الذي يجعل من التسجيل حجية مطلقة وأثرا قاطعا في نقل الملكية، وهو ما يؤدي إلى نزع الملكية قانونا وفعلا من المشتري الأول، ويشكل بالتالي تعرضا من قبل البائع موجبا للضمان.

أما مجرد تخوف المشتري من وقوع التعرض، فلا يخول له الرجوع بالضمان على البائع، إلا أن القانون قد أعطى له الحق في حبس الثمن، حتى ولو لم يقع التعرض فعلا، بل يكفي مجرد وجود أسباب جدية يخشى منها على المبيع، حتى يزول خطر التعرض³.

1- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط 4، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص 136.

2- جاسم ناصر، المرجع السابق، ص 58.

3- محمد عبد الله أبو هزيم، المرجع السابق، ص 73.

الفرع الثاني : أن يكون العيب مؤثرا

أي أن التعرض الذي وقع فعلا من شأنه أن يحول كليا أو جزئيا دون انتفاع المشتري بالمبيع، ويستوي في ذلك أن يكون هذا العيب مبنيا على سبب مادي أو سبب قانوني¹.

وبمفهوم المخالفة فإن التعرض غير المؤثر لا يستدعي الالتزام بالضمان، كأن يكون الضرر الذي يحدثه البائع لا يمكن تقديره، ومثاله أن يزرع البائع في منزله المجاور للمنزل المبيع شجرا ذي كثافة معتادة في أوراقه، مما يؤدي إلى تساقط شيء من هذه الأوراق في المنزل المبيع، فإن ذلك مما يمكن تحمله ولا يعد تعرضا².

الفرع الثالث: أن يكون التعرض غير مشروع

بمعنى أن لا يستند البائع في تعرضه إلى حق يستمد من القانون أو العقد.

وبمفهوم المخالفة فإن التعرض يعتبر مشروعا، ومن ثم لا يضمنه البائع، إذا كان للبائع حق في إجرائه بمقتضى العقد أو بموجب القانون³.

فلا تعارض مثلا بين ضمان البائع للتعرض وبين مطالبة المشتري بدفع الثمن وقيامه بالتنفيذ على الشيء المبيع لاستيفائه الثمن، وكذلك لا يعد تعرضا مطالبة البائع ببطان العقد بطلانا مطلقا لتخلف أحد شروط انعقاده.

و كذلك الحال لو اشترط البائع في عقد البيع أن يحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بالعقار لمدة معينة، و تم الاتفاق على ذلك، فإن ذلك لا يعد تعرضا منه للمشتري، بشرط أن لا يتعسف البائع في استعمال هذا الحق.

1- خميس خضر، المرجع السابق، ص 201.

2- جاسم ناصر، المرجع السابق، ص 60.

3- يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص 342.

المطلب الثالث :

خصائص الالتزام بالضمان

هناك مجموعة من القواعد القانونية الحاكمة لالتزام البائع بالضمان تميزه عن غيره من الالتزامات.

وسوف نستعرض في هذا المطلب أهم هذه المميزات من مدى قابلية الالتزام بضمان التعرض للانقسام، ومدى اعتبار تملك البائع للمبيع بالتقادم تعرضاً، ومدى قابلية الالتزام بضمان التعرض للانتقال للخلف العام والخاص.

وبما أن خصائص ضمان التعرض لا تختلف بحسب ما إذا كان التعرض شخصياً أو صادراً من الغير، فإننا سندرس خصائص الضمانين معا في هذا المطلب .

الفرع الأول: مدى قابلية الالتزام بضمان التعرض للانقسام

إذا كان الالتزام بضمان التعرض الشخصي في جوهره، التزاماً بالامتناع عن عمل، فإنه لا يكون من المتصور قابليته للتجزئة أو الانقسام¹.

لذلك فإن الالتزام يكون واجب التنفيذ بصورة كاملة حتى ولو كان المبيع قابلاً للتجزئة، ذلك أن الحيابة إما أن تكون هادئة أو غير هادئة، والتعرض للمشتري ولو في جزء من المبيع من شأنه أن يجعل حيازته للمبيع غير هادئة².

ويعود السبب في ذلك أن تحقق الحيابة الهادئة والمستمرة بالنسبة للمشتري لا يمكن أن تتوفر في جزء من المبيع دون بقية أجزائه الأخرى³، أو في مواجهة أحد البائعين دون الآخرين، فالحيابة الهادئة لن تتحقق ما لم يلتزم الجميع بعدم اتخاذ أي تصرف في مواجهة المشتري.

1- محمد عبد الله أبو هزيم، المرجع السابق، ص 57 .

2- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 274.

3- خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 148.

ويترتب عن ذلك أنه إذا تعدد البائعون، كان كل منهم ملزماً بعدم التعرض للمشتري في كل المبيع وليس فقط بنسبة حصته.

وقد أورد الدكتور **السنهوري** مثالا عن ذلك ؛ " لو كان شخصان يملكان دارا على الشيوع وباعاها معا، التزم كل منهما نحو المشتري بضمان التعرض الصادر منه في كل الدار وليس في النصيب الذي باعه فحسب، ولو ظهر بعد ذلك أن أحد الشخصين البائعين هو الذي يملك الدار كلها وأن الشخص الآخر لا يملك فيها شيئا، فإن الشخص الأول يبقى ملتزما بعدم التعرض في كل الدار، ولا يستطيع أن يسترد من المشتري النصيب الشائع الذي لم يبعه، لأن التزامه بعدم التعرض غير قابل للانقسام، ويجوز للمشتري أن يدفع استرداده بأنه ملتزم بعدم التعرض فلا يبقى في هذه الحالة للشخص الأول، إلا أن يرجع على الشخص الآخر الذي ظهر أنه لا يملك شيئا في الدار"¹.

وإذا كان الالتزام بضمان عدم التعرض هو التزام غير قابل للانقسام بالنسبة للشيء المبيع فإنه في حالة تعرض الغير للمشتري، وفشل البائعين في دفع التعرض، واستحق المبيع للغير، ففي هذه الحالة يكون الالتزام قابلا للانقسام بطبيعته،² فلو تعدد البائعون لعقار، واستحق العقار للغير رجع المشتري بضمان الاستحقاق على كل منهم بقدر حصته في البيع، ومنه ينقسم التعويض بينهم.

الفرع الثاني: مدى اعتبار تملك البائع للمبيع بالتقادم تعرضا

اختلف الفقهاء حول ما إذا كان للبائع بعد إبرامه لعقد البيع، أن يتمسك بملكية العقار استنادا إلى التقادم المكسب للملكية، أم أن ذلك يعتبر من قبيل التعرض الذي يجب أن يضمه البائع ؟.

و قبل عرض الآراء الفقهية بهذا الصدد يجب أن نميز بين فرضين:

1- السنهوري، المرجع السابق، ص 634.

2- محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص 208.

الفرض الأول: أن يكون البائع قد باع عينا لا يملكها ولكنه كان حائزا لها ثم ملكها بعد ذلك بالتقادم.

ففي هذا الفرض يكون البيع بيع ملك الغير، إلا أنه أصبح مالكا بعد مضي المدة المكسبة للملكية، الأمر الذي يجعل المادة 398 ق.م¹ تنطبق على هذه الحالة، حيث أن ملكية المبيع قد آلت إلى البائع بعد صدور عقد البيع، فينقلب بيع ملك الغير صحيحا، وتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد تملك البائع للمبيع بالتقادم².

الفرض الثاني: أن يكون البائع قد باع عينا يملكها ثم امتنع عن تسليمها إلى المشتري، ووضع يده عليها باعتباره مالكا سواء انتقلت الملكية إلى المشتري أم لم تنتقل - بأن كان المبيع عقارا ولم يسجل المشتري عقد البيع-³ فإن البائع يظل ملتزما بضمان التعرض، فإذا امتنع عن تسليم العين للمشتري ووضع يده عليها باعتباره مالكا فيعد بذلك مغتصبا للعين ومتعرضا للمشتري منذ أول عمل مادي، ففي هذه الحالة يظل الالتزام بضمان التعرض قائما، وهذا هو المقصود بأن الالتزام بضمان التعرض التزام مؤبد⁴.

إلا أن الفقه انقسم بشأن تملك البائع للمبيع بعد انقضاء فترة التقادم منذ لحظة وقوع التعرض إلى رأيين :

الرأي الأول:

يرى أن البائع يستطيع كسب ملكية العقار بعد مرور مدة التقادم المكسب، رغم موجب الضمان الملقى على عاتق البائع، إذا لم يستلم المشتري العين المبيعة، وظل البائع واضعا يده على العقار المبيع لمدة خمس عشرة سنة، دون أن يطالب المشتري بالمبيع، فمثل هذا التصرف يمكنه من تملك المبيع بالتقادم⁵.

1- نص المادة 398 "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه، وصار ناجزا في حق المشتري وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع".

2- خميس خضر، المرجع السابق، ص 206.

3- فالملكية في القانون المدني الجزائري، تنتقل من وقت التسجيل إلا أن ذلك لا يمنع من الالتزام بالضمان حتى ولو كان المبيع غير مسجل، على عكس القانون الفرنسي فالملكية تنتقل بالعقد.

4- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 273.

5- أسعد دياب، المرجع السابق، ص 196.

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية¹، إذ استقر قضاؤها على أن التزام البائع بضمان المبيع لا يمنعه من اكتساب ملكيته عن طريق التقادم .

ولقد أيد غالبية الفقهاء في مصر ما ذهبت إليه محكمة النقض، إذ يرون أن أعمال التقادم المكسب لا يتعارض مع اعتبار التزام البائع بعدم التعرض التزاما مؤبدا لأن معنى أبدية الالتزام، هو أنه إذا حصل تعرض للمشتري من البائع في أي وقت ولو بعد حصول البيع بأكثر من خمس عشرة سنة، وجب على البائع الضمان، أما إذا سكت المشتري عن هذا التعرض بعد وقوعه، ومضى على وضع يد البائع المدة المكتسبة للملكية (15 سنة) أصبح سببا مشروعاً للتملك.

و الأدلة التي يستند إليها هذا الرأي هي:

- إذا كان الالتزام بضمان التعرض أبدياً، إلا أنه متى وقع التعرض فعلاً، فقد تحقق الضمان، وكان للمشتري دعوى الرجوع به على البائع، وهذه الدعوى تسقط كسائر الدعاوى بمرور الزمن من وقت نشوئها، أي من وقت التعرض فعلاً².
- إن مهلة خمس عشرة سنة كافية للمشتري ليدفع التعرض، ولكن إذا سكت المشتري عن قيام البائع بوضع يده طوال هذه المدة، فإن ذلك يعتبر تقصيراً منه لا ينبغي أن يكافأ عليه بأبدية الالتزام.
- استقرار التعاملات يقتضي تمكين غير المالك، من اكتساب الملكية بالتقادم المكسب، حتى ولو كان بائعاً للشيء³.

1- قضت محكمة النقض المصرية بأن "الأساس التشريعي للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد، فالقول بأن تمسك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشتري يعتبر تعرضاً من جانبه لا يتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانوناً هو قول مخالف للقانون" طين رقم 175 س 17 ق جلسة 1949/12/8.

يقول الدكتور أنور سلطان في التعليق على هذا القرار "ظاهر من هذا الحكم أنه إذا حصل تعرض من البائع للمشتري في أي وقت ولو بعد تمام البيع بأكثر من خمس عشرة سنة وجب على البائع الضمان وهذا هو معنى قول الشراح أن التزام البائع بضمان التعرض الشخصي التزام مؤبد ولكن إذا سكت المشتري عن هذا التعرض بعد وقوعه، ومضى على وضع يد البائع المدة الطويلة انقلب سبب مشروعاً للتملك لا يحول دونه ضمان البائع"

- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 283.

2 Ghazouani noureddine. *Reflexions sur la sanction de la vente de la chose d'autrui*. RTD. 1987. p150

3- لمزيد من التفصيل أنظر: أسعد دياب، المرجع السابق، ص 196.

-أنور سلطان، المرجع السابق، ص 283.

الرأي الثاني:

يرى أنصار هذا الرأي أن الالتزام بالضمان قائم على عائق البائع مهما طال الزمن على انعقاد البيع، ولو انقضت مدة التقادم خمس عشرة سنة، فلا يجوز للبائع أبداً أن ينازع المشتري في حقوقه التي استمدها من عقد البيع¹، وأن الاستناد إلى التقادم لمنازعة المشتري في ملكية المبيع يعتبر تعرضاً.

ويؤيد هذا الاتجاه القضاء الفرنسي، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن ضمان البائع للمبيع مانع له من اكتساب ملكيته بالتقادم مهما طال مدته، وأن البائع الذي لم يسلم المبيع، ويستمر في حيازته مدة مرور الزمن المكسب لا يجوز له أن يدعي في مواجهة المشتري بتملكه بوضع اليد، وللمشتري أن يدفع دائماً بوجه البائع بالضمان الذي يعتبر أبدياً².

وقد تبنى هذا الاتجاه أيضاً الدكتور سليمان مرقص بقوله³ "التزام البائع بالضمان يمنعه من وضع يده على المبيع، رغم إرادة المشتري، ومن باب أولى يمنعه من تملكه عن طريق وضع يده المدة الطويلة، ولا يصح أن يعترض على ذلك، بأن البائع بعد أن سلم المبيع إلى المشتري ينقضي التزامه كبائع ويصبح بالنسبة للمشتري كغيره من الناس، فإذا وضع يده على المبيع من جديد كان شأنه في ذلك شأن أي شخص آخر يستطيع تملكه بالتقادم، لأن هذا الاعتراض مردود بأن البائع، يبقى بعد أن يسلم المبيع ملزماً بالضمان التزاماً أبدياً"⁴.

ويستند هذا الرأي إلى الأدلة التالية:

- إن القول بأبدية الالتزام ما هو إلا تعزيز لالتزام الأطراف بالعقد، ولذلك فإن أثر الضمان يظل قائماً ومستمراً.

1- محمد حسنين، المرجع السابق، ص 130.

2- نقض مدني فرنسي 1981/10/20 مجلة القصر 1982-1-96.

- نقلاً عن: أسعد دياب، المرجع السابق، ص 196.

3- يؤيده في ذلك جانب من الفقه المصري الذي انتقد مسلك محكمة النقض عندما قضت بإمكانية لتمام المبيع بالتقادم المكسب.

أنظر: سمير تناغو، المرجع السابق، ص 260.

4- هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص 411.

- إن القول بأن البائع بعد تسليمه المبيع يصبح في خصوص المبيع من الغير، هو قول مردود لأن البائع بعد تسليم المبيع يبقى ملتزماً التزاماً أبدياً، ويختلف في ذلك عن غيره من الناس، والقول بغير ذلك يهدم نظرية ضمان التعرض والاستحقاق، أي أن البائع لا يسأل حتى عن الأفعال المادية التي تصدر عنه وبسببه بعد التسليم ونقل الملكية.
- ويُرى بأن الرأي الأخير القائل بأن البائع لا يحق له تملك المبيع بالتقادم المكسب، هو الأولى بالإلتباع لعدة مبررات :

1 - قوة حجج هذا الرأي.

- 2 - إن القول بعدم جواز تملك المبيع بالتقادم يتمشى مع أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تعترف بالتقادم المكسب أو المسقط، وتعترف ببقاء الحق لصاحبه مهما طال الزمن.
- 3 - القول بجواز تملك المبيع بالتقادم المكسب فيه تشجيع على التعدي على حق المشتري غصباً، وهذا يتعارض مع قواعد العدالة مما يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، فضلاً عن تجاهل مبدأ حسن النية الثابت قانوناً وقضاً.

موقف المشرع الجزائري:

- لا يوجد في القانون المدني الجزائري نص صريح يقضي بعدم جواز كسب المبيع المسجل في السجل العقاري بالتقادم¹، على خلاف أغلب التشريعات العربية التي نصت على ذلك صراحة، كالمشرع الأردني² والسوري³.
- كما أن القضاء الجزائري بقي متردداً في الأخذ بالتقادم المكسب في مواجهة صاحب الحق المشهر في نظام السجل العيني.

1- هذا نقص في القانون المدني الجزائري، يجب استدراكه لكي يتمشى مع الأمر 74-75 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، فيستحسن إضافة مادة تقضي بمنع اكتساب الحقوق العينية المشهورة في السجل العقاري بالتقادم. أنظر: محمدي فريدة، **الحيازة والتقادم المكسب**، د.م.ج، الجزائر، 2000، ص 88.

2- نصت المادة 05 من القانون المدني الأردني المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة "... لا تسري مدة مرور الزمن على الأموال غير المنقولة التي تمت فيها التسوية"

3- نصت المادة 925 من القانون المدني السوري " لا يسري مرور الزمن على الحقوق المقيدة في السجل العقاري، أو التي هي تحت إدارة أملاك الدولة ".

فذهب البعض إلى ضرورة الإبقاء على التقادم المكسب بحجة سريان القانون المدني¹ وعدم إلغاء المواد الخاصة بالتقادم المكسب².

بينما يذهب اتجاه قضائي آخر إلى عدم الأخذ بالتقادم في عقار مشهر في السجل العيني³، لأن نظام التقادم يتعارض مع القوة الملزمة للسجل العقاري⁴.

وأخذت بهذا الرأي الدكتورة **محمدي فريدة** حيث تقول⁵ " لا يوجد ما يبرر اكتساب الحق المشهر بالتقادم لأنه إهدار لحقوق قائمة وتشجيع لعدم الاستقرار، فالحق المشهر لا يجوز كسبه بالتقادم إلا استثناءا لتدعيم نظام الشهر ذاته، ولوضع حد للاعتراض إذ الملكية والحقوق العينية عدا حق الارتفاق لا تسقط بالتقادم فيمكن الاستعانة بالتقادم المكسب في هذا المجال ويأتي هنا التقادم المكسب متماشيا وموافقا لنظام الشهر".

- 1 - تنص المادة 827 من القانون المدني الجزائري "من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به، صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع"
- 2- قرار رقم 710-199 مؤرخ في 26/07/2000 **مجلة الاجتهاد القضائي**، الغرفة العقارية، ج 2، ص 2004، ص 20 "المادة 827 من ق.م لا تشترط جهل المالك الحقيقي للأرض موضوع التقادم المكسب ويكفي أن حيازة الحائز تدوم المدة المذكورة في المادة 827 وأن المالك الأصلي للأرض لم يقم بأي إجراء من شأنه وقف حيازة الحائز"
- حمدي باشا عمر، **القضاء العقاري**، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 220.
- 3- قرار الغرفة الإدارية رقم 947-129 مؤرخ في 9-03-1998 غير منشور، "لا يخضع العقار المملوك بسند رسمي ومشهر بالمحافظة العقارية إلى التقادم المكسب."
- حمدي باشا عمر، نفس المرجع، ص 220.
- 4- لمزيد من التفصيل أنظر: ميسون زهوية، **اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة**، ماجستير، جامعة قسنطينة، 2009، ص 164 وما يليها
- 5- حمدي فريدة، **التقادم المكسب ونظام التسجيل**، **مجلة الاجتهاد والقضائي للغرفة العقارية**، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، 2004، ص 117.

الفرع الثالث : مدى قابلية الالتزام بضمان التعرض بالانتقال إلى الخلف العام والخاص¹

أولاً: انتقال التزام البائع بالضمان إلى الخلف العام

أثارَ هذا الموضوع جدلاً كبيراً بين الفقهاء، فلو أن شخصاً باع عيناً مملوكة لوارثه، ثم توفي المورث، فهل يجوز للوارث المالك أن يسترد ملكه ؟ أم أنه يعد ملزماً بالضمان في مواجهة المشتري على اعتبار أن هذا الالتزام انتقل من المورث إلى الورثة ؟.

للإجابة عن هذه التساؤلات ينبغي الإشارة إلى موقف المشرع الفرنسي ثم موقف الفقه العربي ومنه موقف المشرع الجزائري.

أ: موقف المشرع الفرنسي

فريق المشرع الفرنسي بين حالة قبول الوارث للتركة بغير تحفظ أو شرط، وبين حالة قبول التركة بشرط الجرد.

ففي حالة قبول التركة دون شرط، فإن الالتزام بالضمان ينتقل إلى الوارث - أي بما لها من حقوق وما عليها من التزامات - ومن ثم لا يستطيع المطالبة بملكه الذي تصرف فيه مورثه، ولو بجزء منه لأنه ملزم بالضمان.

فلو فرض أن الوارث لم يرث من التركة إلا الربع فلا يستطيع أن يطالب بثلاثة أرباع المال المملوك له، و الذي باعه على أساس أنه لا يضمن إلا الربع وهو قيمة حصته في التركة².

أما إذا قبل الوارث التركة بشرط الجرد، فإن الالتزام بالضمان لا ينتقل إلى الوارث، وتبقى ذمة الوارث مستقلة عن ذمة المورث، ولا يكون للمشتري أن يتمسك في مواجهته بالالتزام المورث بعدم التعرض، إذا ادعى الاستحقاق لعين تصرف فيها المورث¹.

1- الخلف العام ayant cause à titre universal هو الذي يخلف الشخص في حقوقه وهو الوارث سواء كان وحيداً أو مع غيره. والخلف الخاص ayant cause à titre particulier هو من يتلقى من سلفه ملكية شيء محدد أو حق عيني آخر عليه أو حق شخصي كان سلفه دائناً به من قبل، فالمشتري يعتبر خلفاً خاصاً، للبائع، بالنسبة للشيء الذي اشتراه.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات، ط 4، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 321.

2- جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص 97.

ب: موقف الفقه العربي

انقسم الفقه العربي إلى عدة اتجاهات في هذا الصدد، وذلك على النحو التالي:

الرأي الأول: يذهب جانب من الفقه إلى تأييد ما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي على أساس أن الالتزام بعدم التعرض هو التزام ينتقل إلى الورثة إذ يتمتع عليهم التعرض للمشتري في تمتعه بالمبيع²، ويرتبون على ذلك أن الوارث لا يمكنه استرداد الشيء المملوك الذي باعه مورثه وهو غير مالك له، فهو لا يستطيع ذلك لا بالنسبة للمبيع كله، ولا بالنسبة لما يزيد عن حصته في التركة³.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن العلة في انتقال الالتزام بالضمان إلى الخلف العام تكمن في أن الالتزام بضمان التعرض لا يعتبر ديناً إلا في حالة ما أخل البائع بهذا الالتزام، فمضمون الالتزام بالضمان، هو امتناع البائع عن التعرض للمشتري، وهو لا ينقلب إلى دعوى تعويض، إلا بعد أن يخفق المشتري في منع البائع من التعرض له.

الرأي الثاني: يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى الأخذ بما جرى عليه الحكم في فرنسا، أي بانتقال الضمان من البائع إلى الخلف العام، مقررًا أنه ليس للوارث أن يطالب المشتري بشيء إذا كان مورثه قد باع الشيء الذي يعود إليه، إلا أنه قيد ذلك بشرط أن يكون الوارث قد استفاد من التركة بقدر قيمة المبيع⁴.

الرأي الثالث: يذهب إلى أن التزام البائع بالضمان لا ينتقل إلى الخلف العام، بل يؤول إلى التركة. ويرى أصحاب هذا الرأي أن الشريعة الإسلامية قد حسمت هذا الموقف عندما اعتبرت أن الورثة لا يسألون شخصياً في أموالهم الخاصة، فذمة الوارث مستقلة عن ذمة المورث.

1- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 313، حاشية 4.

2- محمد حسنين، المرجع السابق، ص 132.

- ويؤيده في هذا الاتجاه لحسين آث ملويا، أنظر المرجع السابق، ص 387. والدكتور خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 149.

3- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 307.

4- جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص 98.

وبالتالي فإذا كان المورث قد باع شيئاً مملوكاً للوارث، فإنه بإمكان الوارث أن يطالب باسترداد هذا الشيء المبيع، ولا يجوز للمشتري أن يدفع بالضمان في مواجهته، لأن الوارث يطالب بحق خاص به، ولا يجوز حرمانه منه، وعلى المشتري أن يرجع على التركة بضمان الاستحقاق، مطالباً بقيمة المبيع والتعويضات المستحقة¹.

وقد أيد غالبية الفقه العربي هذا الرأي لتوافقه مع نظام الإرث في الشريعة الإسلامية² التي تقرر استقلال ذمة الوارث عن مورثه ولا تنتقل التركة إلا بعد سداد الديون.

موقف المشرع الجزائري

أيد المشرع الجزائري ما ذهب إليه جمهور الفقه العربي بأن الالتزام بالضمان لا ينتقل إلى الخلف العام بل يؤول إلى التركة، طبقاً لأحكام الإرث في الشريعة الإسلامية. وقد نصت المادة 108 ق.م على أنه " ينصرف العقد إلى المتعاقدين، والخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

يتضح من نص المادة بأن الخلف العام تنصرف إليه آثار العقد كقاعدة عامة، فلو أبرم شخص عقداً من العقود ثم توفي، فآثار العقد تنصرف إلى ورثته، وإلى من أوصى لهم بحقه من تركته، فتنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إلى ورثته، فلهم المطالبة بالحقوق وعليهم القيام بالالتزامات.

إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة وإنما مقيدة بمبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون³، وهذا ما قضى به المشرع الجزائري عندما نص " ... كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث" فلا خلافة للديون طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وهذا المبدأ يقتضي أن الالتزام يبقى في التركة دون انتقاله إلى الوارث حتى ينقضي هذا الالتزام – سواء كانت ديوناً أم

1- محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص 340.

2- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 310.

3- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء 1، د.م.ج، الجزائر، 2004، ص 206.

وصية - فإذا أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت إلى الورثة كل بقدر نصيبه¹، وإذا لم يبق من التركة شيء فلا يحصل الوارث على شيء.

أما إذا زادت الديون عما تركه المورث من أموال فلا يلتزم الوارث بتسديد هذه الديون من أمواله الشخصية وإنما تسقط عن الوارث لأنه يعد وارثاً للتركة لا لشخص المورث².

ثانياً: انتقال التزام البائع بضمان التعرض إلى الخلف الخاص

أجمع الفقهاء على أن الالتزام بالضمان لا ينتقل إلى الخلف الخاص للبائع³، كالمشتري أو الموصى له، فإذا باع شخص عينا وانتقلت الملكية إلى المشتري، ثم عاد بعد ذلك وباعها إلى مشترٍ ثانٍ فإن البائع هو الذي يلتزم بالضمان اتجاه المشتري الثاني ولا يجوز للمشتري الثاني الرجوع بالضمان على المشتري الأول بوصفه خلفاً خاصاً للبائع، فالالتزام بالضمان لا ينتقل إلى الخلف الخاص⁴.

وقد أورد الدكتور **السنهوري** مثلاً عن ذلك "لو باع شخص عقاراً ثم أوصى به لشخص آخر، وبعد وفاة الموصي بادر الموصى له بتسجيل الوصية قبل أن يسجل المشتري البيع، فإن المشتري لا يستطيع أن يحتج على الموصى له، بأن يلتزم بالضمان ليسترد منه العقار، لأن الالتزام بالضمان لم ينتقل من الموصي إلى الموصى له، بل بقي في التركة وللمشتري أن يرجع بالتعويض على التركة، ويقدم في رجوعه هذا على الموصى له فلا يأخذ هذا الأخير العقار إلا إذا كان الباقي من أموال التركة يفي بالتعويض، ويبقى من التركة ما لا يقل عن ضعف قيمة العقار حتى لا تزيد الوصية عن ثلث التركة بعد استئصال الديون"⁵.

وكذلك لا يتعدى الالتزام بالضمان إلى دائن البائع، فيجوز لدائن البائع، أن يوقع حجزاً على العقار المبيع، قبل أن يبادر المشتري إلى التسجيل، فإذا سجل الدائن تنبيه نزع

1- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 322.

2- عبد القادر محمد أقصاوي، المرجع السابق، ص 45.

3- سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 188.

- أنظر رأي مخالف لحسين آث ملوياً، المرجع السابق، ص 387.

"مثلما ينتقل الالتزام إلى ورثة البائع فإنه ينتقل إلى خلفه الخاص، فإذا أعاد البائع التصرف في المبيع لمشتري آخر، فإن هذا الأخير يلتزم بضمان التعرض في مواجهة المشتري الأول لكون المبيع انتقل إليه محملاً بالتزام البائع بعدم التعرض".

4- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 314.

5- السنهوري، المرجع السابق، ص 633.

الملكية قبل أن يسجل المشتري عقده، فإن المشتري لا يستطيع أن يتمسك بحقه في مواجهة الدائن الحاجز، الذي من حقه أن يستمر في التنفيذ، لأن الالتزام بالضمان لا يتعدى إليه ولا يكون لتسجيله بعد ذلك أثر في مواجهة الدائن الذي سبق إلى تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار. ولكن إذا تنازل دائن البائع عن حقه في التنفيذ على العقار المبيع فإنه يصبح ملتزماً بالضمان في مواجهة المشتري¹.

الفرع الرابع : تحديد الدائن في الالتزام بضمان التعرض

الدائن في الالتزام بضمان التعرض هو المشتري، فهو الذي يقع عليه التعرض عادة، وينتقل هذا الحق إلى الوارث، لأن الحقوق بخلاف الديون تنتقل من المورث إلى الوارث²، فإذا اشترى شخص منزلاً وتركه للوارث وتعرض البائع لهذا الوارث في المنزل، كان للوارث أن يحتج على البائع بالتزامه بضمان التعرض كما كان يحتج به مورثه³.

وكذلك ينتقل الحق في الضمان إلى الخلف الخاص للدائن، وهو ما نصت عليه المادة

109 ق.م: " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف...".

ومثال ذلك لو باع شخص عقاراً وقام المشتري ببيع العقار مرة أخرى، فإن حق المشتري الأول في الضمان ينتقل إلى المشتري الثاني، ويبقى البائع ملتزماً بالضمان بالنسبة للمشتري الثاني كما كان ملتزماً بالنسبة للمشتري الأول، ولكي يعد المشتري خلفاً خاصاً لبائعه بالنسبة للعقار المبيع، فإنه لا بد أن يكون العقد مسجلاً وإلا اعتبر دائناً شخصياً لهذا البائع .

1- سمير تناغو، المرجع السابق، ص 263، هامش 1.

2- محمد عبد الله أبو هزيم، المرجع السابق، ص 90.

3- خميس خضر، المرجع السابق، ص 223.

الفرع الخامس: الرجوع بالضمان في البيوع المتتالية

استقر الفقه والقضاء على أنه في حالة توالي البيوع، فإن للمشتري الأخير إذا تعرض له شخص في المبيع، فله أن يرجع بالضمان على البائع له مباشرة - البائع الأول- لأن الضمان يقع على عاتق المشتري الأول، باعتباره أحد الالتزامات التي ترتبت على عقد البيع بين المشتري الأول والمشتري الثاني¹، وكذلك له أن يرجع على البائع الأصلي - الذي باع لبائعه - ومعنى ذلك جواز رفع دعوى الاستحقاق مباشرة من المشتري الأخير على البائع الأصلي، رغم تعدد عمليات البيع، ودون أن يدفع هذا البائع بعدم أحقية المشتري الأخير².

ويكون الرجوع على البائع الأصلي بإحدى الدعويين:

- إما بدعوى غير مباشرة يرفعها باسم ولحساب المشتري الأول ضد البائع الأصلي، فإذا تعدد البائعون فإن له أن يستمر في الرجوع على البائعين إلى حين العثور على بائع مقتدر يقتضي منه حقه³.
- إلا أن هذه الدعوى قد لا تكون الأفضل بالنسبة للمشتري الأخير، حيث إن ما سيحصل عليه سيدخل في ذمة مدينه، ويلتحق بالضمان العام للدائنين⁴، ولا يختص به وحده وهو ما نصت عليه المادة 190 ق.م.
- ومن ناحية أخرى قد يكون المشتري الثاني قد نزل حقه في الضمان فلا يكون له أي دعوى تجاه البائع له، ولا يكون له حق النيابة على المشتري الأول قبل البائع الأصلي⁵.
- كما أنه يمكن للمشتري الثاني الرجوع على البائع الأصلي بدعوى مباشرة⁶.

1- محمد عبد الله أبو هزيم، المرجع السابق، ص 90.

2- جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص 218.

3- سمير تناغو، المرجع السابق، ص 265.

4- تنص المادة 190 من القانون المدني الجزائري على " يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضامنا لجميع ديونه".

5- جاسم ناصر، المرجع السابق، ص 298.

6- لكي يستطيع المشتري الأخير الرجوع على البائع الأصلي مباشرة، لا بد أن يكون عقده مسجلا، وإلا اعتبر دائنا شخصا لبائعه، وبالتالي لا يستطيع الرجوع على البائع الأصلي إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة.

وأساس هذه الدعوى هو اعتبار دعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول من ملحقات المبيع¹، التي انتقلت إلى المشتري الأخير مع المبيع، وهذه الدعوى تعتبر الأ فضل للمشتري، لأنه يرفعها باسمه الخاص ولا يتعرض لمزاحمة الدائنين لأن ما سيحكم به لا يدخل في ذمة مدينه²، ولكن مع ذلك فالمشتري الأخير لا يكون له من الحقوق قبل البائع الأصلي إلا بقدر ما كان للمشتري الأول تجاهه³.

1- لا يوجد نص في القانون المدني الجزائري ينظم ملحقات المبيع كما فعل المشرع المصري في المادة 432، التي تقرر " يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة، وقصد المتعاقدين" ويعتبر هذا نقصاً في التشريع الجزائري، يجب أن يتلافاه، وذلك لضرورة الحاجة إلى نص صريح يتناول ملحقات المبيع.

أنظر: خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 149.

2- أسعد دياب، المرجع السابق، ص 208.

3- أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 200.

المبحث الثاني:

ضمان المؤجر لتعرضه الشخصي

تنص المادة 483 ق.م: " على المؤجر أن يمتنع عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة

ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع

ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه، بل يمتد إلى

كل ضرر أو تعرض قانوني صادر من مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر".

ويتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري لم يجز للمؤجر التعرض للمستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة¹، سواء كان هذا التعرض ماديا أم قانونيا، ولا يكون المؤجر مسؤولا عن أعماله فقط، بل يسأل أيضا عن أعمال تابعيه على نحو ما ذكرته الفقرة الثانية من المادة 483 ق.م.ج

وفي ضوء ما تقدم سندرس في ثلاثة مطالب موضوع ضمان التعرض الصادر من المؤجر، نعرض فيها المقصود بالتعرض المادي والقانوني الصادر من المؤجر في المطلب الأول، ثم الشروط التي يجب توافرها في الفعل الذي يأتية المؤجر حتى يعتبر متعرضا للمستأجر في المطلب الثاني، ويليه عرض لأهم صور التعرض في المطلب الثالث.

¹ - هذا المبدأ ينص عليه أيضا المرسوم التنفيذي رقم 94-69 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، حيث تنص المادة 7 فقرة 3 المتعلقة بالتزامات المؤجر " الامتناع عن المساس بحقوق المستأجر في التمتع بالأماكن المؤجرة تمتعا ارتياحيا " - بن رقية بن يوسف، أهم النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالإيجار المدني و التجاري، د.أ.ت، الجزائر، 2002، ص31

المطلب الأول:

المقصود بالتعرض المادي والقانوني

التعرض الشخصي في الإيجار - كما هو في عقد البيع - تعرض مادي وتعرض قانوني.

الفرع الأول: التعرض المادي

يقصد بالتعرض المادي الصادر من المؤجر قيامه بأي عمل مادي محض يترتب عليه إخلال بانتفاع المستأجر، أو حرمانه من فائدة تعود عليه من انتفاعه بالعين المؤجرة على الوجه المقصود بمقتضى عقد الإيجار، ودون أن يستند في هذا التعرض إلى أي حق يدعيه¹.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 483 ق.م على صورة من صور التعرض بقوله " ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع".

كان يكفي المشرع هنا أن ينص على معيار عام للتعرض، دون إيراد أي صورة من صور التعرض، كما هو الحال في المادة 371 ق.م الخاصة بعقد البيع، وقد يكون دافع المشرع إلى النص على هذه الصورة من صور التعرض كونها أخطر صور التعرض للمستأجر.

والأمثلة على التعرض للمستأجر كثيرة، كقيام المؤجر بترميمات على العين المؤجرة، من شأنها أن تؤدي إلى تقليص مساحة العين المؤجرة.

وقد قضت المحكمة العليا: " أنه من المقرر قانونا على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بها، أو بملحقاتها أي تغيير يخل بهذا الانتفاع أو ينقص منه، ومن ثم ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن الأشغال المنجزة من قبل المؤجر، تمت دون ترخيص من المستأجر، وأدت إلى

1- هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 117.

تقليص مساحة المحل فإن قضاة الموضوع بمنحهم تعويضات للمستأجر نتيجة الضرر اللاحق به طبقوا صحيح القانون"¹.

وكذلك قيام المؤجر بهدم العين المؤجرة بدون إنذار المستأجر أو إعلامه.

وقد قضت المحكمة العليا: "بأنه من المقرر قانوناً أنه على المؤجر أن يتمتع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير يخل بهذا الانتفاع، ومن ثم فإن قيام رئيس المجلس البلدي بتهديم المبنى المؤجر للمستأنف عليه قد ارتكب اعتداء بتصرفه هذا على المستأجر بدون إنذاره ولا إعلامه وبدون إجراء تحقيق وخاصة بدون أي دعوى قضائية لفسخ عقد الإيجار المبرم، وبذلك يتعين القول إن قضاة الدرجة الأولى قد أصابوا عندما قضوا بإعادة بناء المحل، ودفع تعويض مما يستجوب تأييد قرارهم"².

وكذلك يعد من قبيل التعرض المادي المحض قيام المؤجر بإنشاء حق ارتفاق - كإنشاء ممر - يحول دون انتفاع المستأجر بالعين انتفاعاً هادئاً.

وقد قضت المحكمة العليا³: "بأنه من المقرر قانوناً أن المؤجر، يتمتع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير يخل بهذا الانتفاع، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب رفضه، ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن الممر المزمع إنشاؤه يحول دون انتفاع المستأجر للعقار، انتفاعاً كلياً فإن قضاة الموضوع برفضهم لدعوى الطاعنين الرامية إلى إنشاء حق ارتفاق على المحل المستأجر طبقوا صحيح القانون".

وقد تكون الأعمال التي تقع من المؤجر ليست على العين المؤجرة ذاتها ولكن في عين مجاورة للمأجور، إلا أنها تعد أيضاً من قبيل التعرض متى كان من شأن هذه الأعمال أن تحرم المستأجر من الانتفاع المقرر له، كأن يقيم المؤجر بناء على أرض

1- قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1992/11/22 ملف رقم 97405، المجلة القضائية، س 93، ع 3.

2- قرار المحكمة العليا مؤرخ في 93/04/11، ملف رقم 96237، المجلة القضائية، س 94، ع 1.

3- قرار المحكمة العليا مؤرخ في 89/05/03، ملف رقم 50909، المجلة القضائية، س 93، ع 2.

مجاورة للمأجور يترتب عنها غلق بعض النوافذ، أو حجب الضوء أو الهواء بالنسبة للمأجور¹.

وقد ذهب بعض الفقهاء، وهم بصدد الكلام عن التعرض الشخصي، إلى التمييز بين التعرض المادي المحض - كما رأينا في الأمثلة السابقة- والتعرض المادي الذي يقوم على تصرفات قانونية²، ويكون من شأنها أن تحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، أو تخل بهذا الانتفاع.

وهذا التصرف القانوني الصادر من المؤجر إلى الغير، يعد عملاً مادياً أيضاً بالنسبة للمستأجر، لأنه ليس طرفاً فيه ولا هو ممثل فيه³.

ومثاله أن يعطي المؤجر للغير حق ارتفاق من شأنه أن يحرم المستأجر من الانتفاع بالعين انتفاعاً كاملاً، أو أن يقوم بتأجير العين ذاتها لمستأجر آخر في ذات المدة المتفق عليها مع المستأجر الأول، فيكون للمستأجر الثاني حق شخصي يزاحم به حق المستأجر الأول⁴.

غير أن فريقاً من الفقهاء ذهب إلى أنه لو صح أن تكون مثل تلك الأعمال السابقة الصادرة عن المؤجر تعتبر من قبيل التعرض للمستأجر، لكان طبيعياً أن يكون للمستأجر الرجوع بالضمان على المؤجر بمجرد صدور التصرف منه ولو لم يرق الغير الذي كسب حقه من المؤجر بالتعرض للمستأجر في انتفاعه، وهذه النتيجة غير مقبولة، لأن المستأجر ليس له الرجوع على المؤجر بشيء، ما دام بقي منتفعاً بالعين، دون أن يحدث فعلاً ما يخل بهذا الانتفاع.

1- عبد العزيز الشواربي، أحكام عقد الإيجار، منشأة المعارف، مصر، 2003، ص 170.
2- يرى بعض الفقهاء أنه لا أهمية للتمييز بين التعرض الشخصي القائم على التصرفات القانونية والمحض، مادام المؤجر ضامن لنوع التعرض، ويختلط اختلاطاً تاماً ببعضهما،
- أنظر: مصطفى محمد الجمل، الموجز في أحكام الإيجار، ط1، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص 235
3- رمضان أبو السعود، العقود المسماة: عقد الإيجار، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006، ص 214
4- هلال شعوة، المرجع السابق، ص 118

و لذلك ذهب فريق من أصحاب الرأي الأول إلى أن مجرد نشوء حق للغير جراء تصرف المؤجر لا يعد تعرضاً، إلا إذا وقع التعرض للمستأجر بالفعل من الغير، فيكون للمستأجر الرجوع على المؤجر بضمان التعرض الصادر من الغير.

والأرجح أن مجرد قيام المؤجر بإعطاء حق يتعارض مع حق المستأجر لا يعتبر تعرضاً، لأن المؤجر وباعتباره مالكا فإن له حرية التصرف في ملكه بكافة التصرفات الصحيحة، ولا يمنعه من ذلك عقد الإيجار، إلا أنه يصبح مسؤولاً عن تصرفه هذا إذا صدر فعل من المشتري من شأنه أن يخل بانتفاع المستأجر بالعين أو ينقص من هذا الانتفاع.

و هذا ما يؤيده المشرع الجزائري حيث نص في المادة 483 ق.م بأن الضمان " يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر من مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر".

فالنص واضح الدلالة؛ أن المؤجر لا يلتزم بالضمان إلا إذا حدث التعرض أو الضرر بالفعل.

الفرع الثاني: التعرض القانوني

أما تعرض المؤجر المبني على سبب قانوني فيتحقق إذا ادعى المؤجر حقا على العين المؤجرة في مواجهة المستأجر، ما من شأنه أن يحرم الأخير من الانتفاع، ومثاله إذا أجرة شخص عينا غير مملوكة له ثم أصبح بعد ذلك مالكا لها بأي سبب من أسباب كسب الملكية كالميراث، أو الشراء...، فلا يجوز له أن يحتج على المستأجر بهذا التملك الذي حدث بعد الإيجار ليسترد العين منه، وإذا فعل المؤجر ذلك يستطيع المستأجر أن يدفع دعوى المؤجر بالتزامه بضمان التعرض الشخصي¹.

¹ - سعيد عبد السلام، الوجيز في العقود المسماة عقد الإيجار، ج 2، ط1، مطبعة الحماد الحديثة، مصر، 1992، ص 242.

ومثاله أيضا أن يؤجر شخص أرضا لآخر، ثم يظهر بعد ذلك أن على الأرض حق ارتفاق لأي أرض مجاورة كحق المرور، ثم تؤول هذه الأرض إلى المورث بالميراث فلا يجوز له أن يتمسك بحق المرور الثابت على هذه الأرض التي أجرها، ولو كان هذا الحق قد استمده من مورثه لأنه ضامن لأفعاله الشخصية، حتى وإن كانت هذه الأفعال مستندة إلى سبب قانوني، فهو ضامن لحق المستأجر في الانتفاع، إلا أنه عمليا يندر وقوع التعرض القانوني من المؤجر.

المطلب الثاني:

شروط ضمان المؤجر لتعرضه الشخصي

لا يعتبر كل تدخل من المؤجر بمثابة تعرض للمستأجر وإنما هناك جملة من الشروط لا بد من توافرها في فعل المؤجر لكي يجعله تعرضا موجبا للضمان ويسأل عنه باعتباره إخلال بالتزام ناشئ عن العقد المبرم بينه وبين المستأجر.

وهذه الشروط هي أن يقع التعرض بالفعل، وأن يترتب على هذا التعرض إخلال بانتفاع المستأجر بالمأجور، وأن يحدث التعرض أثناء مدة الانتفاع، وأخيرا يجب أن لا يكون المؤجر مستندا في الأعمال التي يقوم بها، إلى حق ثابت له.

و سنتناول هذه الشروط في هذا المطلب تباعا.

الفرع الأول: أن يقع التعرض بالفعل

يقصد بهذا الشرط أن التعرض الشخصي الصادر من المؤجر أو من أحد أتباعه - سواء كان ماديا أم قانونيا- لا بد أن يقع فعلا، حتى يمكن القول أن المؤجر قد أخل بالتزامه، فلا يكفي مجرد احتمال وقوع التعرض أو التهديد به¹.

1- هلال شعوة، المرجع السابق، ص 119.

فإذا كان التعرض مادياً، فلا بد أن يصدر من المؤجر أعمال مادية تحول دون انتفاع المستأجر، أو تخل بهذا الانتفاع، أما مجرد التهديد بهذه الأعمال فليس سبباً لتحقيق الضمان. فإذا قام المؤجر ببيع العين المؤجرة، وكان الإيجار غير نافذ في حق المشتري، فإن التعرض لا يتحقق، إلا إذا تعرض المشتري فعلاً للمستأجر وذلك بأن يطالبه بإخلاء العين المؤجرة¹، وكذلك الأمر إذا كان التعرض مبنياً على سبب قانوني كأن يصبح المؤجر مالكا للعين المؤجرة، فلا يتحقق الضمان إلا إذا طالب المؤجر المستأجر باسترداد العين المؤجرة².

وبناء على ما سبق، فإنه لا يعتبر تعرضاً إذا قام المؤجر بعمل لا يمس على الإطلاق بانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، مثل وضع سياج لحماية الحديقة الملحقة بالعين المؤجرة من دخول الحيوانات إليها أو وضع شبابيك لمنع دخول اللصوص إلى العين المؤجرة³.

الفرع الثاني: أن يترتب على التعرض إخلال بانتفاع المستأجر

ويعني هذا أن يؤدي التعرض الصادر من المؤجر أو أحد أتباعه إلى حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، أو الانتقاص من هذا الانتفاع وقد يكون الإخلال بالانتفاع مادياً أو معنوياً.

فإذا قام المؤجر بتهديم العين المؤجرة، فإن هذا الفعل يعتبر تعرضاً منه، موجباً للضمان⁴ لأنه بفعله هذا يكون قد حال دون انتفاع المستأجر بالعين، ويعتبر الأمر كذلك فيما لو قام بهدم جزء من العين، أو قيامه بهدم بعض ملحقات العين المؤجرة، أو منع المستأجر من الانتفاع ببعض أجزاء المبنى أو ملحقاته، أو قيامه بإطلاق ماشيته لترعى في الأرض المؤجرة⁵.

1- عبد الحميد الشواربي، أحكام عقد الإيجار، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 172.
2- الأمثلة على ذلك كثيرة لا يمكن حصرها، وللمزيد من الأمثلة أنظر: رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 215.
3- هلال شعوة، المرجع السابق، ص 119.
4- قرار رقم 96237، بتاريخ 1993/04/11، المجلة القضائية، س1994، ع 1.
5- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، الجزء 6، المجلد 1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1986، ص 306.

ويعد تعرضاً أيضاً منع المستأجر من أي فائدة تعود عليه من الانتفاع المقصود من العين المؤجرة، حتى ولو كانت الفائدة معنوية، و مثلها إذا قام المؤجر بتأجير الشقة المقابلة لشقة المستأجر بحيث يكون وجه استعمالها ملهى ليلي يصدر أصوات صاخبة، أو مطبوعة تصدر ضجيج يزعج المؤجر¹.

وإذا كان الأصل أنه يشترط لوجود التعرض قيام المؤجر بأعمال من شأنها حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين ومع ذلك فإن التعرض قد يتحقق بمجرد امتناع المؤجر عن أداء الخدمات التي يلزمه العقد بتقديمها، كأن يمتنع عن توصيل بعض الخدمات اللازمة للعين المؤجرة للسكن مثل المياه أو الكهرباء.

أما إذا كان العمل الذي قام به المؤجر لا يترتب عليه أي إخلال بانتفاع المستأجر بالعين، فإن هذا العمل لا يعد تعرضاً منه موجبا للضمان، كقيام المؤجر مثلاً برهن العين المؤجرة رهناً رسمياً، أو بيعها بعقد لا حق.

الفرع الثالث: انعدام الحق أو السبب المشروع لتعرض المؤجر

يشترط أيضاً لقيام التزام المؤجر بضمان التعرض أن لا يستند المؤجر أو أحد أتباعه في تعرضه المادي أو القانوني إلى سبب مشروع، أما إذا كان الفعل مشروعاً، فلا تترتب عليه مسؤولية المؤجر بالضمان.

و يعتبر الفعل مشروعاً - وبالتالي لا يعتبر تعرضاً- إذا كان المؤجر استمد حقه بمقتضى القانون أو عقد الإيجار أو حكم قضائي.

ومثال الحق المستمد من القانون ما أقره المشرع الجزائي بموجب المادة 482 ق.م، على أنه للمؤجر حق القيام بالترميمات المستعجلة والضرورية لحفظ العين المؤجرة من الهلاك، فلا يعتبر ذلك تعرضاً موجبا للمسؤولية ولا يجوز للمستأجر أن يمنعه من ذلك.

1- زهدي يكن، المرجع السابق، ص 258.

كما أنه لا يعتبر تعرضاً أيضاً زيارة المؤجر للعين المؤجرة للتأكد من أن المستأجر قام بالتزامه باستعمال العين المؤجرة، حسب ما وقع الاتفاق عليه ، أو حسب ما أعدت له العين المؤجرة، وهو ما أقرت المادة 491 فقرة 2 ق.م.

ومثال الحق الذي يستمده المؤجر من العقد الاتفاق على حق المؤجر في تعلية البناء أو تعديله أو حق التنزه في الحديقة أو حق الرعي في الأرض المؤجرة إلى غير ذلك، كما يمكن أن يكون الحق الذي يدعيه المؤجر مقدراً له بحكم من القضاء بناء على حكم صدر بتعيينه حارساً على العين المؤجرة¹.

الفرع الرابع: وقوع التعرض أثناء مدة الإيجار

لا يكفي توافر شروط التعرض الثلاثة السابقة، حتى نكون بصدد التزام المؤجر بالضمان، بل لا بد أن يكون هذا كله خلال مدة سريان الانتفاع بعقد الإيجار، لا قبله ولا بعده، ويكون حق المستأجر في الانتفاع بالعين قائماً منذ بداية الإيجار إلى أن ينتهي، فلا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر، حتى لو امتد عقد الإيجار بعد انقضاء مدته الأصلية - سواء امتد عقد الإيجار امتداداً اتفاقياً أو ضمناً² - أو خلال المدة التي أمهل فيها القاضي المستأجر بإخلاء العين المؤجرة، فإن المؤجر يبقى ملتزماً أثناء هذه المدة بعدم التعرض للمستأجر³، وكذلك لو انتهى عقد الإيجار، وصدر حكم بإخلاء المستأجر للعين المؤجرة، فإن المؤجر لا يستطيع أن ينفذ هذا الحكم بنفسه، ويقتحم العين المؤجرة، وإلا عد متعرضاً بالرغم من انتهاء مدة الإيجار، لأنه في هذه الحالة يجب عليه أن يلجأ إلى الطرق القانونية عند تنفيذ الحكم بالإخلاء.

إلا أن هذا الشرط يعتبر بديهياً في عقد الإيجار، على أساس أنه من العقود المؤقتة التي يقوم عنصر الزمن فيها بدور أساسي، وبالتالي فإن التعرض الذي يسأل عنه المؤجر هو التعرض الصادر خلال فترة انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، فإذا قام المؤجر بفعل قبل

1- لمزيد من التفصيل، أنظر: رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 216.

2- أنظر السنيهوري، المرجع السابق، ص 305.

3- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 854.

انعقاد الإيجار أو بعد انتهائه¹، فلا يعد ذلك تعرضاً ولا يسأل عنه المؤجر، على خلاف عقد البيع الذي يبقى فيه البائع ملتزماً بضمان التعرض التزاماً أبدياً لا ينقضي بمرور الزمن.

المطلب الثالث:

دراسة بعض صور التعرض التي يكثر فيها النزاع

يتخذ تعرض المؤجر للمستأجر في الانتفاع بالعين أشكالاً عديدة، لا يمكن حصرها، كما أن مدى توافر التعرض من عدمه، إنما يخضع لظروف كل حالة على حدة ويقرر القاضي وجود التعرض من عدمه من خلال الغرض من العقد، وقصد المتعاقدين وكذلك ما جرى عليه العرف.

و قد ذكرت نصوص القانون المدني الجزائري بعض الصور التي تعتبر بمثابة تعرض موجب للضمان، فنص في المادة 483 فقرة 1 ق.م على أن المؤجر " لا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع".

كما نص القانون في الفقرة الثانية على أنه " ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه، بل يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر من مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر".

إن ما ذكره المشرع من صور التعرض قد جاء على سبيل المثال لا الحصر، وقد يكون السبب في ذلك أهميتهما العملية، و كثرة وقوعها بالنسبة لتعرض المؤجر الشخصي. وقبل البدء في دراسة صور التعرض الشخصي فإننا نرى أنه من الضروري الوقوف على الملاحظات التالية:

(1) أورد المشرع معياراً عاماً للتعرض يتمثل في التعرض الذي يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، وبالتالي فإن كل فعل ينطبق عليه هذا المعيار يشكل صورة من صور التعرض.

1- جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص 86.

2) تناول غالبية الفقهاء موضوع التعرض الصادر من أتباع المؤجر، على أنه صورة من صور التعرض، إلا أنه يُرى أن القول بذلك غير سليم، فأتباع المؤجر ينتجون العديد من صور التعرض وهم ليسوا صورة من صور التعرض، فهم كالمؤجر الأصلي، قد يغيرون في العين المستأجرة وقد يمنعون المستأجر من استعمالها إلى غير ذلك من صور التعرض.

و بالتالي، فإنه ليس من المنطق أن نعتبر من ينتج صور التعرض أن يكون صورة. ويقول غالبية الفقهاء في تناولهم لموضوع أتباع المؤجر، بأنه لا يقصد بهم التابعين الذين يسأل عنهم وفقا للمسؤولية التقصيرية، طبقا لنص المادة 136 ق.م المتعلقة بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، حيث يجب أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه¹.

وإنما يقصد بأتباع المؤجر في المادة 483 ق.م كل شخص تقوم بينه وبين المؤجر صلة هي التي تمكنه من التعرض للمستأجر وتنفي عنه صفة الغير، وهذا يأخذ معنى أوسع حيث يشمل هذا المصطلح كل شخص لا يكون أجنبيا عن المؤجر في تنفيذ عقد الإيجار، ويكون التعرض قد ساقه إليه صلته بالمؤجر، وقد عرفهم البعض الآخر بأنه كل شخص قد عهد إليه بعمل يتصل بالعين المؤجرة، أو كان وجوده في العين المؤجرة بناء على حق قرره له المؤجر².

وبناء على ذلك يدخل في مفهوم الأتباع الأشخاص الذين ينوبون على المؤجر كالولي والوصي والوكيل³.

وكذلك الأشخاص الذين يستعين بهم في مباشرة حقوقه، وتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الإيجار، سواء كانوا بدلاء، كالمقاول والمهندس في حالة قيامهم بترميم العين المؤجرة

1- نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة الإيجار، منشأة المعارف، مصر، 2003، ص 400.

2- السنهوري، المرجع السابق، ص 324.

3- يُرى أنه لا ينبغي التوسع كثيرا في مفهوم الأتباع، لأن هذا التوسع لا يجد له سندا في القانون، كما أن هذا التوسع يفرض التزاما على المؤجر بضمان التعرض المادي من أشخاص لا حصر لهم، وقد لا يعرفهم.

بدلاً من المؤجر، وذلك لأن دخولهم إلى المنزل وقيامهم بالترميمات إنما تم بناء على إذن من المؤجر، أم كانوا مساعدين للمؤجر في مباشرة حقوقه كعمال المؤجر وأهله وخدمه¹.
و يعد من أتباع المؤجر أيضاً الخلف العام والخلف الخاص، وكل من تلقى حقا من المؤجر، أو التزموا نحوه بتعهد لمصلحتهم الشخصية، أو لحسابهم الخاص.

إلا أنه لا يسأل المؤجر عن أعمال تابعيه، إلا إذا توافرت الشروط التالية:

أولاً: بالإضافة إلى وجوب وقوع التعرض من شخص يعتبر من أتباع المؤجر، فإن هذا التعرض يجب أن يقع أثناء تأدية عمله كتابع أو بسبب تأديته لهذا العمل، ومثاله كأن يقوم التابع بمنع المستأجر من استعمال المصعد، إلا أنه لا يضمن المؤجر فعل تابعه إذا كان الفعل الذي أتاه التابع لا يدخل في مهامه كتابع.

ثانياً: ويشترط أيضاً أن لا يكون فعل التابع نتيجة تقصير من المستأجر حيث لا تقوم مسؤولية المؤجر، إذا ثبت اشتراك تقصير المستأجر مع تقصير التابع، كما لو اعتاد المستأجر أن يدخل التابع إلى بيته فسرقة².

الفرع الأول: التغيير في العين المؤجرة أو عين مجاورة لها

يحدث هذا التغيير في العين المؤجرة، أو في عين مجاورة لها، من المؤجر أو أحد أتباعه، وللتغيير في العين المؤجرة تأثير ثابت على انتفاع المستأجر بها، أما التغيير الذي يحدث في العين المجاورة للعين المؤجرة فإنه يجعل التأثير ينتقل منها إلى العين المؤجرة، وبالتالي يخل بانتفاع المستأجر بها.

1- جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص 190.

2- رمضان أبو السعود، نفس المرجع، ص 225.

أولاً: التغيير في العين المؤجرة أو ملحقاتها

تنص المادة 483 ق.م " على المؤجر أن يمتنع عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بها، أو ملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع".

كما ذكرنا سابقاً، فإن هذه الصورة من صور التعرض أشار إليها المشرع، وذلك لأهميتها وكثرة حدوثها في الحياة العملية، ومن ناحية أخرى فقد ذكر المشرع الملحقات بشكل صريح، خشية أن يُظن أن التعرض على الملحقات لا أهمية له، وبالتالي فلا ضمان عليه².

وعليه يجب على المؤجر أن يترك العين وملحقاتها بذات الحالة التي كانت عليها وقت الإيجار، فيمتنع عليه إجراء أي تغيير مهما كان نوعه.

فإذا كانت العين المؤجرة منزلاً فلا يجوز له إحداث أي تعديل في هذا البناء - باستثناء التعديل المسموح به بموجب الاتفاق أو القانون أو القضاء- فيمتنع على المؤجر أن يضيف إلى المنزل بعض التوسعات دون رضا المستأجر أو غلق نوافذ كانت مفتوحة³، أو إنشاء ممر يحول دون انتفاع المستأجر بالعين⁴.

أما بالنسبة لجواز البناء من عدمه فقد ميز الدكتور السنهوري بين ما إذا كانت العين المؤجرة فيلا أجرت بأكملها فإنه لا يجوز للمؤجر أن يبني فوق الفيلا، إلا بموافقة المستأجر، أما إذا كانت العين المؤجرة شقة أو طابق في عمارة مكونة من عدة طوابق، فإنه لا مانع من أن يبني طابقاً جديداً فوق الطوابق الموجودة، على أن يعرض مستأجري الطبقات الأخرى عما يصيبهم من أضرار⁵.

1- ذكر المشرع الملحقات، ونص عليها أيضاً في التسليم، إلا أنه لا يوجد نص يحدد المقصود بالملحقات وهو نفس النقص الموجود في عقد البيع، يجب على المشرع الجزائري تلافيه كما هو الحال في أغلب التشريعات العربية حيث توجد نصوص تحدد المقصود بالملحقات.

2- السنهوري، المرجع السابق، ص 311.

3- مورييس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء 6، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 189.

4- قرار في 1989/05/03، ملف ع 50909، المجلة القضائية، 1993، ع 2.

5- السنهوري، المرجع السابق، ص 311.

وكذلك يشمل ضمان التعرض الشخصي للمؤجر - بالإضافة إلى العين المؤجرة - ملحقاتها أيضاً، فيمتنع على المؤجر مثلاً أن يحدث تغييراً في حديقة المنزل المؤجر كأن يعدل عليها أو يهمل الاعتناء بها¹، أو يحاول أن يستأثر بالحديقة لنفسه دون المستأجرين الآخرين، أو أن يستغل مدخل العمارة بأن يضع فيه أغراضاً تؤدي إلى تعكير الحيازة². إلا أنه إذا قلنا إنه يمنع على المؤجر - حسب القواعد العامة - القيام بأي إجراء في البناء المؤجر يخل بالانتفاع به، فإن ذلك لا يمنعه من القيام بالترميمات اللازمة لحفظ العين، فذلك لا يعد منه تعديلاً في العين أو ملحقاتها³.

و رغم ذلك يُثار التساؤل في هذا الموضوع حول ما إذا كان التزام المؤجر بعدم إحداث تغيير في العين المؤجرة التزاماً مطلقاً؟

أي أن المؤجر يمنع عليه إجراء أي تغيير، حتى ولو لم يترتب على هذا التغيير ضرر للمستأجر، أم أنه مقيد بشرط أن يكون في هذا التغيير ضرر للمستأجر؟. يذهب رأي من الفقهاء - ومنه الفقه الفرنسي - إلى منع المؤجر من القيام بالتغيير بالعين المؤجرة بخلاف الترميمات الضرورية، ولو لم يترتب على هذه التغييرات، أدنى ضرر بالمستأجر، حتى ولو كان الضرر ضئيلاً ومصلحة المؤجر منه كبيرة⁴، ويستند هذا الرأي إلى نص المادة 1723 ق.م.ف " لا يجوز للمؤجر أثناء مدة الإيجار أن يغير شكل العين المؤجرة".

غير أن الرأي الأرجح - ومنه رأي المشرع الجزائري - أن التزام المؤجر بعدم إحداث تغيير مرتبط بإخلاله بانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، أي يجوز له إحداث التغيير الذي لا يخل بهذا الانتفاع⁵، فالمؤجر باعتباره مالكا يجوز له القيام بما يشاء من التغييرات، التغييرات، وإذا منعه القانون من ذلك، فإنه يكون لتحقيق حكمة معينة، وهي وجوب عدم

1- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 89.
2- علي إبراهيم الجاسم، التزام المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1999، ص 93.
3- المادة 482 قانون مدني جزائري " لا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة الضرورية لحفظ العين المؤجرة...".
4- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 218.
5- أنظر: السنهاوري، المرجع السابق، ص 313.

الإخلال بالانتفاع بالعين أو الإنقاص منه، و قد نصت المادة 482 ق.م.:" لا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة الضرورية لحفظ العين المؤجرة. غير أنه إذا ترتب على إجراء هذه الترميمات إخلال كلي أو جزئي في الانتفاع بالعين المؤجرة، جاز للمستأجر حسب الحالة طلب فسخ العقد، أو إنقاص بدل الإيجار..." فإذا كان التغيير لا يخل بهذا الانتفاع، فإن المسؤولية لا تقوم على المؤجر¹.

بل ويرى بعض الفقهاء السماح للمؤجر بإجراء أي تغيير في العين المؤجرة أو في ملحقاتها، ولو كان من شأنه أن يخل بانتفاع المستأجر إذا كان هذا الإخلال تافهاً، أو مما جرى العرف على التسامح فيه، شريطة أن تكون هناك مصلحة جدية للمؤجر في إجرائه، كأن يقوم بتغيير المصعد القديم بمصعد آخر جديد يكون أكثر فائدة، ولم تكن الصيانة تحتاج إلى وقت طويل.

ثانياً: التغيير في عين مجاورة

كما قلنا سابقاً فإن القاعدة العامة تقضي بأنه لا يجوز للمؤجر أو أتباعه إجراء تغيير في العين المؤجرة أو ملحقاتها، إذا كان من شأن هذا التغيير أن يخل بانتفاع المستأجر. إلا أنه يُثار التساؤل في هذا الصدد حول مدى أحقية المؤجر في أن يجري تغييراً في عين أخرى مملوكة له مجاورة للعين المؤجرة، وكان من شأن هذه التغييرات الإخلال بانتفاع المستأجر؟

الأصل أنه يجوز للمؤجر إجراء ما يشاء من أعمال أو تعديلات في العقار المجاور، لأنه يعمل هنا بصفته مالكا لا مؤجراً، إلا أن هذا الأمر مقيد بأن لا يترتب على هذه التغييرات إخلال بانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة له²، ولو نشأ عن هذا التغيير الذي يجريه المؤجر في العين المجاورة إخلال بالانتفاع، فإنه يعتبر مسؤولاً عنه.

1- علي إبراهيم الجاسم، المرجع السابق، ص 96.

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 220.

ويستوي في ذلك أن يكون هذا التغيير في الأرض المجاورة ماديا، أو معنويا¹، فإذا كانت العين المؤجرة مسكنا، واشترط في عقد الإيجار أن يكون السكن هادئا فعلى المؤجر مراعاة ذلك، في كل مساكن المبنى المملوكة له، المجاورة للمسكن المؤجر.

فلا يجوز للمؤجر في هذا الفرض أن يقيم في المبنى المؤجر أعمالاً مقلقة للراحة، أو مسببة للإزعاج، كما لا يجوز له مثل ذلك في عقار مجاور للعين المؤجرة يملكه المؤجر، ولا يقال إن للمؤجر حرية الاستعمال باعتباره مالكا لأن المؤجر ملتزم بعدم التعرض له في انتفاعه.

ورغم ذلك نجد من يرى أن المالك بصفته مؤجرا لمكان مجاور لا يحرمه ذلك من الحقوق التي يتمتع بها بوصفه مالكا، وبالتالي فإن له أن يتصرف في ملكه حتى ولو أساء إلى المستأجر، طالما أنه التزم بالمسافة التي تقدرها القواعد العامة من ناحية، ولا توجد في ملكه حقوق ارتفاق لمصلحة المؤجر من ناحية أخرى، كل ذلك بشرط أن لا يوجد اتفاق مخالف.

إلا أن الرأي الأرجح هو ما قال به الدكتور **السنهوري**، بأن المسألة مقيدة بطبيعة الحي أو المنطقة التي تؤجر فيها العين،² فإذا أجرة شخص في مكان به محلات عامة، كالمقاهي والنوادي الليلية، فإنه لا يعتبر تغييرا من المؤجر في العين المؤجرة، إذا أجرة بجواره لمقهى أو ملهى ليلي، لأن المؤجر على علم بما يكون في هذه المنطقة من عدم الراحة والقلق.

و يعتمد تحديد ما إذا كان التغيير في عين مجاورة يعتبر تعرضا للمستأجر أم لا، على مدى الانتفاع الذي قصدته الإرادة المشتركة للمتعاقدین.

إلا أنه لا يعتبر تعرضا إذا باع المؤجر العين المجاورة، وقام المشتري بأعمال تخل بانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، فلا ضمان في هذه الحالة، لأنه من غير المعقول أن تُغل

1- مثال التغيير المادي أن يعلي المؤجر، الدار المجاورة لتحجب الضوء والهواء والنظر عن الدار المؤجرة. ومثال التغيير المعنوي، في العين المجاورة، كما إذا استأجر شخص شقة في منطقة معدة للسكن الهادئ، ثم يقوم المؤجر بتأجير الشقة المجاورة لتكون مقهى، أو محلا مقلقا للراحة.

1- السنهوري، المرجع السابق، ص 322.

يد المؤجر عن التصرف في ملكه بدعوى احتمال تعرض المشتري الجديد، كذلك فإن المؤجر لم يلتزم بتخصيص العقارات الأخرى المجاورة لمنفعة العين المؤجرة، ولم يُحمل عقاراته بحق ارتفاق ينتفع به مستأجرو هذا العقار¹، ولا يضمن المؤجر التصرفات الصادرة من المشتري إلا في حدود التعرض الصادر من الغير.

الفرع الثاني: دخول العين المؤجرة واستعمالها والإخلال بوجوه الانتفاع

أولاً: دخول العين المؤجرة واستعمالها

لا يجوز للمؤجر أن يدخل العين المؤجرة أو يستعملها دون إذن من المستأجر طوال مدة الإيجار وإلا عُـد متعزّضاً، ما لم يكن ذلك مقرراً بمقتضى القانون أو العرف أو الاتفاق²، حتى ولو كان المستأجر قد ترك العين المؤجرة بصفة مؤقتة قبل نهاية الإيجار، ولم يكن في نيته التنازل عن المدة المتبقية، كما لو أخلّى المستأجر البيت المؤجر وظل محتفظاً بمفاتيحه إلى نهاية الإيجار، فلو فتح المؤجر الشقة أو دخلها، فإن ذلك يعتبر اعتداء على حق المستأجر ومؤذياً لشعوره، أما إذا كان الترك بنية النزول عن المدة الباقية من الإيجار، فإن الإيجار ينقضي وبالتالي لا يعتبر تعزّضاً³.

وقد تكون العين المؤجرة عبارة عن منزل مع حديقته، فلا يجوز للمؤجر أن يستخدم هذه الحديقة للتنزه فيها، كذلك إذا أجرة الطابق الأخير مع السطح فلا يجوز له بعد ذلك أن يستعمل هذا السطح بأي وجه من وجوه الاستعمال⁴، وكذلك إذا أجرة أرضاً زراعية فليس له أن يقوم بقطع أشجارها أو الاصطياد فيها، أو العبور منها إلى أرض مجاورة. وإذا كان الأصل أنه لا يجوز للمؤجر أن يدخل العين المؤجرة، إلا أنه يرد على هذا الأصل حالات استثنائية يكون مصدرها القانون أو العقد أو الاتفاق.

1- جاسم ناصر، المرجع السابق، ص 176.

2- جعفر الفضلي، *الوجيز في العقود المدنية: البيع والإيجار والمقاوله*، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 106.

3- علي إبراهيم الجاسم، المرجع السابق، ص 88.

4- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 236.

ومن الحالات التي أجاز فيها القانون دخول العين المؤجرة ما نصت عليه المادة 482 ق.م التي أجازت للمؤجر، دخول العين المؤجرة لمباشرة حقه في إجراء الترميمات الضرورية للمحافظة على العين المؤجرة.

و كذلك يجوز الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على دخول العين المؤجرة، كما إذا اشترط في عقد الإيجار، على حق استبقاه المؤجر لنفسه، كالاتفاق على حق المؤجر في استعمال الحديقة.

ومن ناحية العرف فإن للمؤجر قبل انتهاء مدة الإيجار، بمدة وجيزة أن يصطحب من يريد معاينة العين المؤجرة، لاستئجارها، أو شرائها، بعد المستأجر¹.

ثانيا: الإخلال بوجوه الانتفاع

طبقا لأحكام المادة 483 ق.م فإنه لا يجوز للمؤجر أن يقوم بأي عمل من شأنه الإخلال بوجوه الانتفاع التي خصصت لها العين المؤجرة أو ملحقاتها.

وعلى ذلك لا يجوز للمؤجر أن يقطع عن المستأجر المياه أو الكهرباء إذا كان قد التزم بذلك، أو الامتناع عن تشغيل المصعد الكهربائي بعدما كان مستعملا عند دخول المستأجر العين المؤجرة.

وإذا كانت العين المؤجرة في منطقة مخصصة للسكن الهادئ فعلى المؤجر أن يحافظ على هذا الهدوء، فلا يجوز له أن يفتح بجوار هذا السكن مقهى أو مطعمًا أو أي نشاط فيه ضجيج قد لا يتلاءم مع الهدوء المطلوب في ذلك الحي².

ويمتد هذا الامتناع المفروض على المؤجر إلى ملحقات العين المؤجرة أيضا فلا يجوز للمؤجر أن يمنع المستأجر من وضع سيارته في المستودع أو منعه من استعمال المصعد، ويعتبر إخلالا بانتفاع المستأجر حرمانه من ميزة كانت له وقت إبرام عقد الإيجار، ولو تعلقت بكيفية الوصول إلى العين المؤجرة أو المنظر الذي كان يطل عليه.

1- جاسم ناصر، المرجع السابق، ص 173.
2- السنهوري، المرجع السابق، ص 315

يقول الدكتور **السنهوري**: "وفي كل الأحوال فإن تقدير ما إذا كان فعل المؤجر من شأنه الإخلال بوجود الانتفاع المخصصة لها العين المؤجرة أو ملحقاتها من مسائل الواقع التي يختص بالفعل فيها قاضي الموضوع، أخذا بعين الاعتبار طبيعة البلد أو الحي أو طبيعة المنفعة المخصصة لها العين"¹.

الفرع الثالث: منافسة المستأجر في ما يمارسه من عمل في العين المؤجرة

وتتمثل هذه الصورة من صور التعرض في أن يكون للمؤجر في ذات العين التي يقوم بالإيجار فيها أكثر من مكان يصلح لمباشرة تجارة معينة، أو يكون له عين أخرى مجاورة تصلح لهذا الغرض، ورغب المؤجر في مباشرة نوع من أنواع التجارة، وذلك بعد أن قام بتأجير بعض الأماكن في العين لمستأجر آخر يمارس نفس التجارة التي يرغب هو في ممارستها.

فهل يجوز له أن يمارس نفس التجارة التي يمارسها المستأجر في مبنى مجاور؟ وهل له أن يؤجر فيها لمستأجر آخر يمارس فيها نفس تجارة المستأجر الأول؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات تحكمها عدة اعتبارات منها ما يتصل بمبدأ حرية التجارة وبحق الملكية، فالاعتراف بمبدأ حرية التجارة وبحق الملكية وما يخوله من سلطات يؤديان إلى القول بجواز قيام المؤجر بممارسة ذات النشاط، أو بتأجير عين أخرى في العقار المؤجر، أو في العقار المجاور لمزاولة ذات النشاط الذي يزاوله المستأجر الأول².

وثاني هذه الاعتبارات هو تحديد مضمون ومدى التزام المؤجر بضمان تعرضه الشخصي للمستأجر، فإذا كان هذا الالتزام يتحدد في تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر دون ضمان ما تدره عليه التجارة من أرباح، فيكون للمؤجر أن يباشر ذات النشاط في عين مجاورة أو تأجيرها لمن يباشر هذه التجارة، وإن منع المؤجر في ممارسة تجارة مستأجره، يعتبر تضيقاً للسلطات التي يخولها له حق الملكية، واعتداء على حرية التجارة.

1- السنهوري، نفس المرجع، ص 316.

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 220.

إلا أن بعض الفقهاء يرون أنه لا يجوز للمؤجر أن يزاحم المستأجر بنفسه أو أن يؤجر إلى مستأجر آخر يمارس نفس نشاط المستأجر الأول، وذلك إذا كان المحلان في ذات المبنى¹.

إلا أن الرأي الذي يُرى أنه أقرب إلى الصواب هو ما ذهب إليه غالبية الفقهاء، الذي يرى جواز مزاولة المؤجر للنشاط الذي يمارسه المستأجر كما أن له أن يؤجر العقار المجاور لمستأجر آخر لممارسة نفس النشاط، وذلك للأسباب التالية:

1 -إن تقرير ضمان المؤجر بعدم المنافسة أو مزاحمة المستأجر فيه تعد على حرية التجارة وخاصة أنه جرى العرف في بعض الدول على إقامة الأسواق المتشابهة في سلعها أو حرفتها، مثل تجارة الحلي أو الأقمشة، والآلات والمعدات وغيرها من صنوف التجارة.

2 -إن تقرير ضمان المؤجر بعدم المنافسة أو مزاحمة المستأجر في نشاطه يتجاوز مدى ومضمون الالتزام بعدم التعرض، حيث يجب أن يقف هذا المدى عند حد معين لا يتجاوزه، وهو التمكين من الانتفاع دون مضايقة².

1- علي إبراهيم الجاسم، المرجع السابق، ص 99.
2- جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص 179.

المبحث الثالث:

جزاء الإخلال بالالتزام بالضمان والاتفاق على تعديله

سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول جزاء الإخلال بالالتزام بضمان التعرض الشخصي للمتعاقد، ونتناول في المطلب الثاني الاتفاق على تحديد أحكام الضمان من تشديد وتخفيف واشتراط عدم الضمان.

المطلب الأول:

جزاء الإخلال بالالتزام بضمان التعرض الشخصي

إذا وقع التعرض الشخصي فعلا، فإن ذلك يؤدي إلى تحريك قيام الضمان الذي يعطي لمستحقه (المشتري أو المستأجر) الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني ووقف أعمال التعرض، فإذا لم يكن ذلك ممكنا، أو لم يطلبه المستحق حكم بالتنفيذ بمقابل، كما له المطالبة بالفسخ لعدم التنفيذ أو حبس الثمن¹ - أو الأجرة في عقد الإيجار - .

الفرع الأول: التنفيذ العيني

قد يتوجه المكتسب² (المشتري أو المستأجر) بداية إلى مطالبة ناقل الحق³ (البائع أو المؤجر) بالتنفيذ العيني، أي المطالبة بوقف التعرض وإزالة آثاره، وإعادة الحال لما كان عليه قبل التعرض.

إذ وبالرجوع إلى نص المادة 119 فقرة 1 ق.م، يجوز للدائن إذا لم يوفي المدين بالتزامه بعد إعداره أن يطالبه بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض، و هو ما يفهم أيضا من المادة 164 ق.م "يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 ، 181 على تنفيذ التزامه تنفيذًا عينيا، متى كان ذلك ممكنا".

1- أشرف محمد مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، مصر، 2009، ص339
2- استعملنا مصطلح "المكتسب" للدلالة على كل من المشتري و المستأجر
3- كما استعملنا مصطلح "ناقل الحق" للدلالة على كل من البائع و المؤجر

وقد يصاحب هذا الإجراء - التنفيذ العيني- إجراء آخر من جانب المكتسب كحبس الثمن، أو أن يحصل على حكم بإلزام المدين بغرامة تهديدية تجبره على تنفيذ التزامه¹.
وسنعرض فيما يلي تطبيقات لبعض صور التنفيذ العيني في عقد البيع وعقد الإيجار:

أولاً: صور التنفيذ العيني في عقد البيع

سبق أن ذكرنا أن تعرض البائع قد يكون مادياً أو قانونياً، فإذا كان التعرض مادياً، كمنافسة المشتري في تجارته، كان للمشتري - طبقاً للقواعد العامة- أن يطالب بالتنفيذ العيني، بوقف استمرار هذا التعرض عن طريق غلق المحل التجاري المنافس، فضلاً عن التعويض، كما يجوز للمحكمة أن تأمر بغرامة مالية يدفعها البائع لمنعه من التماذي في تعرضه المادي للمشتري².

أما إذا كان تعرض البائع قانونياً، كأن يدعي البائع حقاً على المبيع يتعارض مع حقوق المشتري، كما في حالة بيع ملك الغير وقت البيع، ثم آلت الملكية بعد ذلك للبائع بأي سبب من أسباب كسب الملكية، فإذا رفع دعوى يطالب فيها باسترداد العين المباعة بوصفه مالكا، كان للمشتري في هذه الحالة رد هذه الدعوى عن طريق الدفع بالضمان، عملاً بقاعدة من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض.

ثم إن أيلولة الملكية للبائع حولت البيع من بيع ملك الغير إلى بيع صحيح، فأصبح البائع مالكا وكذلك المشتري مالكا نتيجة الملكية التي آلت للبائع³.

ثانياً: صور التنفيذ العيني في عقد الإيجار

إذا قام المؤجر بإجراء أي تغيير في العين المؤجرة أو ملحقاتها، كان للمستأجر الحق في المطالبة بإنهاء هذه الأعمال التي يقوم بها المؤجر وإزالة هذه المنشآت.

1- BERGAL Jean Luis, **Les ventes d'immeubles existant**, Litec, Paris, 1983, P 370.

2- جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 108.

3- محمد المنجي، المرجع السابق، ص 200.

فإذا قام هذا الأخير ببناء حائط يسد المدخل الذي كان يستعمله المستأجر، كان له المطالبة بإزالته وإعادته إلى الحالة التي كان عليها قبل البناء¹.

وإذا قام المؤجر بمزاحمة المستأجر في صناعته أو نشاطه وكان هناك اتفاق يمنع ذلك، كان للمستأجر أن يطالبه بوقف المنافسة وغلق المحل المنافس، فإذا كانت صادرة من المؤجر نفسه ألزمته المحكمة بغلق المحل الذي أقامه لمزاحمة المستأجر، وإذا كانت المزاحمة صادرة من مستأجر آخر جاز للمستأجر أن يطالب بفسخ عقد المستأجر الثاني، وإلا كان له أن يطلب فسخ عقد إيجاره هو أو إنقاص الأجرة مع التعويض.

أما إذا كان التعرض الصادر من المؤجر مبنيا على سبب قانوني كأن يؤجر عينا غير مملوكة له، ثم تملكها بأي طريقة من طرق كسب الملكية، فأراد أن يستردها، فإن للمستأجر هنا أن يدفع دعوى المؤجر التي يطالب فيها باسترداد العين، لقيام الضمان في ذمته².

إضافة إلى أن المشرع قد رخص للمستأجر في أن يقوم هو شخصيا بالتنفيذ العيني، إذا امتنع المؤجر عن القيام بالترميمات الضرورية الملقة عليه، بأن يطلب من المحكمة القيام بذلك على نفقة المؤجر³، وذلك طبقا لنص المادة 170 ق.م التي تنص: " في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، إذا كان هذا التنفيذ ممكنا".

الفرع الثاني: حبس الثمن (أو الأجرة)

أجاز القانون للمتعاقد أيضا في حالة وقوع التعرض أو الشروع فيه أن يحبس الثمن كله أو ما بقي منه حتى يزول التعرض أو يتوقف عن الشروع فيه، وذلك وفقا لنص المادة

1- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 861.

2- السنهوري، المرجع السابق، ص 331.

3- ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، ط1، د.أ.ب، الجزائر، 2001، ص53

388 ق.م، حيث أجاز القانون للمشتري الحق في حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدي يخشى معه نزع المبيع، من يده إلى أن ينقطع هذا التعرض أو يزول هذا الخطر.

وكذلك الأمر بالنسبة لعقد الإيجار فللمستأجر حبس الأجرة كلها أو جزء منها عن المؤجر ليجبره على وقف تعرضه، وليس ذلك إلا تطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ¹، بشرط أن يكون التعرض جدياً والمستأجر يخضع في مباشرة هذا الدفع لرقابة القاضي عند النزاع، فلا يحبس المستأجر الأجرة، مستنداً إلى حجية واهية، وإلا التزم بدفع الأجرة مع التعويض عن الضرر الذي أصاب المؤجر من جراء حبس الأجرة².

الفرع الثالث: الفسخ

للمكتسب عوضاً من المطالبة بالتنفيذ العيني أن يطالب بالفسخ، إلا أن هذا الطلب يخضع للسلطة التقديرية للقاضي بموجب القواعد العامة، في الحكم بالفسخ أو رفضه تبعاً لجسامة التعرض (م 119 فقرة 2 ق.م)، ولا يشترط للحكم بالفسخ سبق إعدار المدين بالالتزام، ذلك أن الالتزام هنا هو التزام بالامتناع عن عمل، وقد تحقق الإخلال به بمجرد صدور فعل التعرض، وقد يتفق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد وقوع التعرض، ودون حاجة إلى حكم قضائي، وفي هذه الحالة على القاضي أن يستجيب لطلب الفسخ (م 120 ق.م).

ومتى تم الفسخ بالنسبة لعقد البيع جاز للمشتري أن يطلب الحكم على البائع بالتعويض عما لحقه من جراء هذا الفسخ لكون البائع متسبباً فيه بتعرضه³.

وهو ما ينطبق أيضاً على عقد الإيجار، فإذا كان التعرض للمستأجر جسيماً من شأنه حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين، ولم ير هذا الأخير بُدّاً للتنفيذ العيني فإن للمستأجر المطالبة بفسخ عقد الإيجار، إلا أن القاضي غير ملزم بالاستجابة إلى طلب المستأجر بل له سلطة تقديرية في هذا الشأن، فقد يرى إعطاء مهلة للمؤجر لتنفيذ التزامه عينا والكف عن

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 227.

2- السنهوري، المرجع السابق، ص 331.

3- جاسم ناصر، المرجع السابق، ص 228.

التعرض، كما يمكن أن يقتصر على الحكم للمستأجر بتعويض مع بقاءه في العين المؤجرة إلى نهاية عقد الإيجار، خاصة إذا انقطعت أعمال التعرض¹.

وللمستأجر إذا فضل البقاء في العين المؤجرة - مع وجود التعرض - أن يطالب بإنقاص الأجرة بقدر ما نقص من منفعة العين بسبب التعرض الحاصل لأن الأجرة تقابل انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، فإذا نقص هذا الانتفاع بفعل المؤجر فإن الأجرة تنقص بقدر ما نقص منه ومن وقت حصول هذا النقص.

الفرع الرابع: التعويض

للدائن (المستأجر أو المشتري) الحق في طلب التعويض عما أصابه من ضرر بسبب إخلال المدين (البائع أو المؤجر) بالتزامه، سواء كان الجزاء المترتب هنا هو التنفيذ العيني أو الفسخ.

ويكون تقدير هذا التعويض وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، ولا يستحق الدائن التعويض إلا بعد الإعذار حسب أحكام المادة 119 ق.م، وذلك ما لم يكن تنفيذ التزام المؤجر بعدم التعرض قد أصبح غير ممكن أو غير مجدي بفعله، ويغلب أن يكون التنفيذ قد أصبح غير ممكن بفعل المدين،² إذ المفروض أن التعرض صادر منه (م 181 ق م ج)، وإذا وقع على البائع الجزاء المتمثل في التنفيذ العيني - كأن يكون البائع قد شرع في وضع يده على الأرض المبيعة، فيطالب بمنعه من ذلك، أو إذا كان قد وضع يده فعلاً، طلب طرده منها - فإن ذلك يكون إلى جانب تعويض المشتري سواء عن الثمار إذا كانت الأرض تنتج ثماراً، وكذلك تعويضه عن الخسارة التي لحقته بسبب ذلك من مصروفات والدعاوى والرسوم وغيرها³.

وكذلك الأمر إذا كان التعرض قانونياً، فإذا قام البائع ببيع العقار مرة أخرى لـ مشتري ثانٍ، وسبق المشتري الأخير المشتري الأول إلى تسجيل العقار، فلا مناص من تقديم

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 228.

2- السنهوري، أحكام الإيجار، ص 334.

3- جاسم ناصر، المرجع السابق، ص 218.

المشتري الثاني على المشتري الأول، ويرجع المشتري الأول في هذه الحالة بالتعويض على البائع، إما بموجب استحقاق الغير للمبيع، وإما بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر منه، لأن الغير استمد حقه من البائع نفسه¹.

وكذلك الأمر بالنسبة لعقد الإيجار، فإنه يجوز للمستأجر أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء إخلال المؤجر بالتزامه، وذلك إلى جانب التنفيذ العيني أو الفسخ أو إنقاص الأجرة، ويكون تقدير هذا التعويض كذلك - كما في عقد البيع - وفقا لقواعد المسؤولية العقدية، لأن هذا التعرض يعتبر إخلالا بالتزام عقدي²، ملقى على عاتقه، وهو التزام بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر أو أن ينقص من هذا الانتفاع.

وبناء على ذلك يكون للمستأجر الحق في طلب التعويض إلى جانب التنفيذ العيني، كما لو أجز المؤجر عينا مجاورة إلى مستأجر آخر يمارس نفس النشاط الذي يمارسه المستأجر الأول، على الرغم من وجود شرط عدم المزاومة، فإذا نجح المؤجر في إيقاف هذه المزاومة، إما بجعل المستأجر المزام يتوقف عن هذه المزاومة، أو بفسخ الإيجار الثاني، فإنه و مع ذلك، قد يكون هناك ضرر لحق المستأجر من جراء هذه المزاومة، وبالتالي يكون من حق المستأجر أن يطالب بتعويض عن هذا الضرر ويكون مقتصرًا على الضرر المتوقع³ (المادة 185 ق م ج).

كما يكون للمستأجر الحق في طلب التعويض إلى جانب الفسخ، ويتحقق ذلك كما في المثال السابق في حالة فشل المؤجر في منع المستأجر من المزاومة، وطلب المستأجر الأول فسخ عقد الإيجار، أو استجابة المحكمة لطلبه، فيجوز له أن يطالب في هذه الحالة تعويضا عن الضرر الذي أصابه جراء فسخ الإيجار قبل انقضاء مدته⁴.

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 314.

2- سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص 406.

3- السنهوري، المرجع السابق، ص 334.

4- يقتصر التعويض هنا عن الأضرار المتوقعة، إلا أنه قد يمتد التعويض إلى الأضرار غير المتوقعة في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، أنظر (المادة 185 قانون مدني جزائري).

المطلب الثاني:

الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الشخصي.

إن الأحكام التي تعرضنا لها في خصوص ضمان التعرض الشخصي ليست من النظام العام، بل هي قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين، ولا يوجد ما يحول دون الاتفاق على تعديلها بما يتفق و ظروف المتعاقدين ، وهو ما يعرف بالضمان الاتفاقي Garantie Conventionnelle .

وهذا التعديل في أحكام الضمان قد يكون في صورة إنقاص أو زيادة أو حتى إسقاطه في بعض الأحيان، وهذا بمقتضى المادة 377 ق.م "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيذا في ضمان نزع اليد أو ينقصا منه أو يسقطاه".

إلا أن هذه الحرية في التعديل ليست مطلقة، بل إن القانون قد حد منها في بعض الحالات إما حفاظا على النظام العام، أو حماية للطرف الضعيف في العقد كما هو الشأن بالنسبة لمنع الاتفاق على إسقاط الضمان أو إنقاظه إذا كان يخفي حقاً للغير، وكذلك في عقد الإيجار حيث يمنع الاتفاق على إسقاط الضمان، أو إنقصائه إذا كان التعرض قانونيا. وسنبحث فيما يلي كل حالة من هذه الحالات .

الفرع الأول: الاتفاق على زيادة الضمان

يجيز القانون للمتعاقدين الاتفاق على الزيادة في الضمان ¹، إلا أن هذا الاتفاق قليل الوقوع في الحياة العملية وكذلك نادرا ما يرتضي البائع أو المؤجر زيادة الضمان، كما أن

¹- يجب أن يراعى أن شرط زيادة الضمان باعتباره خروجاً عن القواعد العامة في الضمان، يجب أن يفسر عند الشك لمصلحة البائع باعتباره الطرف المدين، وذلك وفقاً لما تقتضي به القواعد العامة في تفسير العقود، فالشرط الذي يرد في عبارة غامضة تثير الشك حول ما إذا كان المقصود به مجرد ترديد القواعد العامة أم زيادة ضمان البائع، يجب تفسيره على أنه ترديد للقواعد العامة دون زيادة في التزام البائع بالضمان كما حدده القانون.

أحكام الضمان التي وضعها المشرع تكفل حماية كافية (للمشتري أو المستأجر) ويحصل بمقتضاها على تعويض كاف يزيد في أغلب الأحيان على التعويض الذي تخوله إياه دعوى الفسخ أو دعوى الإبطال.

على أنه إذا أراد المتعاقدان زيادة الضمان، فيجب أن يذكر في العقد على وجه الدقة وبعبارات محددة وواضحة، إذ أن استعمال عبارات عامة و مبهمه لا يغير في زيادة الضمان، بمعنى أنه يبقى الناقل ملتزما نحو معاقده في حدود ما تنص عليه أحكام الضمان القانوني¹.

فلا بد إذن حتى يكون الاتفاق على الزيادة في الضمان صحيحا ومنتجا لآثاره، من أن يستعمل المتعاقدان عبارات دقيقة وواضحة، تعكس بوضوح نيتهم في مخالفة القواعد القانونية التي نص عليها المشرع في هذا المجال، كأن يتفق المشتري مع البائع بأن لا يقوم هذا الأخير بأعمال تتعارض مع الانتفاع الخاص الذي أراده المشتري، مثال ذلك أن يشترط مشتري المتجر على البائع أن يمتنع عن منافسته ليس فقط بالنسبة للسلع التي تباع في هذا المتجر، بل بالنسبة لسلع أخرى ينوي المشتري إضافتها إلى نشاط المتجر الذي اشتراه.

وكذلك في عقد الإيجار يجوز للمؤجر والمستأجر الاتفاق على الزيادة في أحكام ضمان التعرض الشخصي كاشتراط المستأجر على المؤجر أن يكون له الحق في فسخ الإيجار، بصرف النظر عن درجة الإخلال بمنفعة العين المؤجرة، أو أن يشترط المستأجر على المؤجر عدم مزاحمته في تجارته أو صناعته أو الاتفاق على عناصر التعويض في حالة حدوث التعرض².

الفرع الثاني: الاتفاق على إنقاص الضمان

هذا النوع من الضمان كثير الوقوع في الحياة العملية، وقد يكون مرد ذلك إلى كثرة استعمال عقود الإذعان، وانفراد البائع بوضع شروط العقد دون مناقشة الطرف الآخر، ومن

- أنظر محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 345.

¹ - سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 129.

² - السنهاوري، المرجع السابق، ص 261.

دون شك فإن البائع عند وضعه لهذه الشروط فهو يسعى لتحقيق مصلحته على حساب مصلحة المشتري في الغالب، فيضمن في العقد شروطاً تحد من مسؤوليته تجاه المشتري. و يخضع هذا الاتفاق - كما هو الحال في الاتفاق على الزيادة في الضمان- للقواعد العامة في تفسير العقود، فالشك يجب أن يفسر لمصلحة المشتري، باعتباره الطرف المتضرر من هذا الشرط¹.

وقد يرد الاتفاق على إنقاص الضمان على الأعمال الموجبة للضمان، ومثاله أن يتفق الطرفان على عدم ضمان البائع لما عسى أن يظهر على المبيع من حقوق ارتفاق لا يعلمها البائع.

كما قد يرد الاتفاق على إنقاص الضمان على مقدار التعويض الذي يستحقه المشتري، ومثاله أن يتم الاتفاق في حالة الاستحقاق الكلي أن يلتزم البائع برد الثمن الذي قبضه دون قيمة الثمار أو المصروفات.

و لا يعتد بالاتفاق على إنقاص الضمان، ولا يكون له أي أثر، إذا كان البائع يعلم وقت البيع بوجود حق للغير وتعتمد إخفاء هذا الحق على المشتري.

فقد نصت المادة 377 فقرة 3 ق.م "يكون باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير"، لأن البائع هنا يعتبر قد ارتكب غشاً، وبالتالي لا يجوز له طبقاً للقواعد العامة أن يستفيد من غشه لتحديد مسؤوليته، فيقع هذا الشرط باطلاً، ويبقى البائع ضامناً رغم هذا الشرط².

وقد وضعت الفقرة الثانية من المادة 377 ق.م حكماً خاصاً بحقوق الارتفاق إذ تقول " ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقاً ظاهراً، أو كان البائع قد أعلم به المشتري ". ذلك أن البائع غير ضامن لحقوق الارتفاق إما لاشتراطه عدم الضمان، وإما لأن حق الارتفاق ظاهر، أو غير ظاهر ولكن البائع قد أظهره للمشتري³.

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 362.

2- محمد حسنين، المرجع السابق، ص 149.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 362.

أما بالنسبة لعقد الإيجار، فقد نص المشرع صراحة على بطلان الاتفاق حول الإنقاص من ضمان التعرض القانوني، حيث تنص المادة 490 ق.م على أنه " يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني "، أما إذا كان التعرض ماديا فإنه يجوز الاتفاق حول الإنقاص منه، وفقا للمفهوم المخالف لنص المادة السابقة، كأن يتم الاتفاق على السماح للمؤجر القيام ببعض الأعمال التي تعد من قبيل التعرض المادي في حد ذاته¹، كالاتفاق على تعلية البناء في العين المجاورة، وقد نتج عن ذلك حجب النور والهواء، أو الاتفاق على السماح للمؤجر بدخول العين المؤجرة والاستفادة ببعض أجزائها، كالتنزه في الحديقة.

الفرع الثالث: الاتفاق على إسقاط الضمان

إذا كان الاتفاق على زيادة الضمان أو إنقاصه جائزا، فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال الاتفاق على إسقاط ضمان التعرض الشخصي كلية²، فقد نصت المادة 378 فقرة 1 ق.م " يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك ".

وفقا لهذا النص، فإنه إذا اتفق البائع مع المشتري على إعفائه من الضمان، فإن هذا الاتفاق يقع باطلا ويبقى البائع مسؤولا عن فعله.

وكذلك يكون باطلا الاتفاق على عدم الضمان، إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير على المبيع، تأسيسا على قاعدة أن الإعفاء من المسؤولية لا يشمل الغش، وقد نصت المادة 377 فقرة 3 ق.م على ذلك بأنه " يكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير ".

يفهم من هذا أن المشرع عندما منع الاتفاق على إسقاط الضمان لم يكن صدفة، وإنما كان ذلك مقصودا، حيث أراد تحقيق غاية أساسية، وهي حماية المشتري كطرف ضعيف

1- هلال شعوة، المرجع السابق، ص 122
2- هلال شعوة، المرجع السابق، ص 122.

في عقد البيع، وذلك بغلق الباب أمام البائع حتى لا يتعرض له في انتفاعه بالمبيع، فالبائع ضامن والذي يضمن لا يتعرض، وعليه لو سمح المشرع بالاتفاق على إسقاط الضمان، فإن ذلك يفتح المجال واسعا أمام البائع للتعرض للمشتري وتعكير حيازته وانتفاعه بالمبيع، لذلك منع المشرع هذا الاتفاق وقضى ببطلانه .

أما في عقد الإيجار فلا يوجد نص صريح ينص على بطلان الاتفاق على إسقاط الضمان كما هو الشأن في عقد البيع.

إلا أنه بمفهوم المخالفة لنص المادة 490 ق.م التي تنص على أنه "يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني".

بمعنى أنه لا يجوز الاتفاق حول إعفاء المؤجر من ضمان التعرض القانوني، ويجوز ذلك في ما يتعلق بالتعرض المادي¹.

إلا أنه يُرى أن الصواب هو عدم جواز الاتفاق على إسقاط ضمان التعرض الشخصي للمؤجر كما هو الحال في عقد البيع، وذلك لوجود العلة ذاتها في كلا العقدين - البيع والإيجار - حيث أن الاتفاق على إسقاط الضمان يهدر نظام الضمان، لأن مثل هذا الاتفاق يمكن المؤجر من حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في الوقت الذي يلتزم بدفع الأجرة²، كما أن التسليم بذلك يجعل أمر الالتزام بيد المؤجر إن شاء نفذه وإن شاء لم ينفذه، وهذا مناقض لجوهر عقد الإيجار.

¹ - هلال شعوة، المرجع السابق، ص 132.

² - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 239.

الفصل الثاني:

ضمان التعرض
الصادر من الغير

الفصل الثاني:

ضمان التعرض الصادر من الغير

تمهيد:

إذا كنا قد تطرقنا في الفصل الأول لضمن التعرض الشخصي لناقل الحق، و رأينا أنه يلتزم بضمن التعرض الصادر عنه سواء كان ماديا أو قانونيا، إلا أن الالتزام بالضمن لا يقتصر على الفعل الشخصي، بل إن المشرع رغبة منه في حماية المكتسب ، وضمن حيازته للشيء محل العقد حيازة هادئة و مستقرة لا يعكر صفوها شيء، فقد مد نطاق الضمان لكي يشمل كذلك التعرض الصادر من الغير.

إلا أنه إذا كان الناقل يضمن تعرضه الشخصي المادي والقانوني، فإنه يقتصر ضمانه بالنسبة لتعرض الغير على القانوني دون المادي.

و الالتزام بضمن التعرض الصادر من الغير، هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، ولا يستطيع الناقل التخلص منه بأن يدعي أنه بذل العناية اللازمة لدفع تعرض الغير، فإذا نجح في دفع تعرض الغير يكون قد نفذ التزامه تنفيذا عينيا، أما إذا فشل في ذلك واستحق الشيء محل العقد كليا أو جزئيا، وجب عليه الضمان نتيجة لما لحق المكتسب من ضرر نتيجة ذلك التعرض.

و على هذا الأساس سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث :

المبحث الأول: ضمان البائع التعرض الصادر من الغير.

المبحث الثاني: ضمان المؤجر التعرض الصادر من الغير.

المبحث الثالث: جزاء الإخلال بالالتزام بضمن تعرض الغير.

المبحث الرابع: الاتفاق على تعديل أحكام الضمان.

المبحث الأول:

ضمان البائع التعرض الصادر من الغير

تنص المادة 371 ق.م " ... أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري"

يتبين لنا من هذه الفقرة من المادة 371، أن البائع لا يلتزم فقط بالامتناع عن تعرضه الشخصي للمشتري، بل يضمن له أيضا التعرض الصادر من الغير.

ويتمثل مضمون الالتزام بضمان تعرض الغير في إلقاء عبء مسؤولية تحمل آثار ذلك التعرض - التنفيذ العيني أو تعويض- على عاتق البائع، بأن يسعى هذا الأخير إلى الالتزام بتحقيق نتيجة، أي الالتزام بعمل يقع على عاتقه، ويتلخص هذا الالتزام في وجوب قيامه - أي البائع- بدفع التعرض القانوني للغير على المشتري، فإذا نجح البائع في دفع التعرض، فإنه يعتبر بمثابة تنفيذ عيني لالتزامه بنقل الملكية الهادئة والحيازة المستمرة. أما إذا فشل في ذلك ونجح الغير في ادعائه، فإنه يلتزم بتعويض المشتري عما لحقه من أضرار بسبب استحقاق المبيع للغير، وهو ما يعبر عنه قانونا بضمان الاستحقاق¹، ومن هنا فإن البحث الدقيق حول ضمان التعرض الصادر من الغير يستلزم تحديد مضمون الالتزام بضمان تعرض الغير بالإضافة إلى بيان شروطه.

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 316

المطلب الأول :

مضمون الالتزام بضمان تعرض الغير

يستلزم الحديث في ضمان التعرض الصادر من الغير أن نتناول نوع الضمان الذي يضمه البائع، كما سوف نحاول إجراء مقارنة بين التعرض الشخصي وتعرض الغير.

الفرع الأول: ضمان البائع تعرض الغير القانوني دون المادي

إن التعرض الصادر من الغير، أي عن شخص أجنبي عن العقد لا يضمه البائع إلا إذا كان مبنيا على سبب قانوني، أما إذا كان التعرض ماديا فلا ضمان عليه، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري بقوله "... أو من فعل الغير، يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري..."

ما نفهمه من هذه الفقرة هو أن التزام البائع بضمان فعل الغير لا يقوم إلا إذا ادعى هذا الأخير عند تعرضه للمشتري بأن له حقا على المبيع، بمعنى أن يكون تعرضه قانونيا، فلا مجال إذن لمطالبة البائع بضمان تعرض الغير إذا كان التعرض الصادر عن الغير ماديا، ولم يكن للبائع دخل فيه، ويكون للمشتري أن يدافع عن نفسه بما قرره له القانون¹.

أما إذا كان التعرض قانونيا كأن يدعي الغير حقا عينيا أصليا أو تبعياً على المبيع، مستندا في ما يدعيه إلى تصرف صدر له من البائع، فإن البائع في هذه الحالة يكون ملتزما بضمان تعرض الغير القانوني، ولا يمكنه التخلص منه بحجة أنه قد صدر من الغير، طالما كان صدوره من الغير بسببه هو²، ويكفي لتحقيق ذلك أن يدعي الغير حقا على المبيع، حتى ولو لم يكن محقا في هذا الادعاء أو كان حقه ليس محققا.

إلا أنه يجب التنويه أن التشريع الجزائري- كغيره من التشريعات المقارنة- لم يورد إشارة واضحة وصريحة للتمييز بين التعرض المادي والقانوني في المواد المنظمة لضمان التعرض في عقد البيع (المواد من 371 إلى 378 ق.م) في حين نجد أن النصوص المنظمة

1 - عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، المرجع السابق، ص149
2- جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 343.

لضمان التعرض والاستحقاق في عقد الإيجار قد نصت صراحة على هذه التفرقة، بين التعرض المادي والتعرض القانوني¹، وقد أكد الفقهاء في مناسبات عديدة على أنه يجب الأخذ بهذا التمييز في عقد البيع استناداً إلى ذات البواعث التي اقتضت النص عليها في عقد الإيجار.

وقد برر الفقهاء التمييز بين التعرض المادي والقانوني بأن البائع يكون في حالة ادعاء الغير حق على المبيع - التعرض القانوني - أدرك الناس به وبما يتعلق به من حقوق، وبالتالي يكون أقدر من أي شخص آخر على دفع ادعاءات الغير .

في حين لا يكون البائع في حالة التعرض المادي في وضعية أفضل من المشتري، وبالتالي فليس هناك ما يبرر دعوته للتدخل لحماية المشتري، إضافة إلى أن المشتري يجد حمايته عند التعرض المادي من الغير في ما اعترف له به القانون من حقوق لإزالة هذا التعرض كالجوء إلى القضاء، كما أنه ليس من العدل مطالبة البائع بضمان أفعال صادرة عن شخص أجنبي عن العقد، ليست له أية مسؤولية فيها .

الفرع الثاني: مقارنة بين ضمان التعرض الشخصي وتعرض الغير

هناك تفرقة أساسية فضلنا إجراءها فيما بين مصدر التعرض الذي يتم في مواجهة المشتري، وذلك تبعاً لما إذا كان هذا التعرض صادراً من البائع نفسه أم عن الغير.

ذلك أن التعرض الشخصي الصادر من البائع يجب كفالاته وضمانه في كافة صورته وحالاته سواء كان تعرضاً مادياً أم قانونياً، بالإضافة إلى عدم جواز إسقاط هذا الالتزام أو التنازل عنه، (المواد 377، 378 ق.م).

في حين نجد أن الالتزام بضمان تعرض الغير، لا يسري بشأن ما يصدر عن ذلك الغير من أفعال مادية، إذ أن نطاقه بالنسبة إلى البائع يقتصر على أعمال التعرض القانوني الصادر من الغير.

1- أنظر المواد، 483-487 من القانون المدني.

كما أن البائع عندما يبرم عقد بيع، فإنه يجب عليه أن يكفل للمشتري عدم تعكير صفو ملكيته أو انتفاعه بالشيء المبيع، من خلال ما قد يدعيه الغير من حقوق عينية أو شخصية على كامل المبيع أو جزء منه.

غير أن البائع لا يكون ملزماً بالضمان في مواجهة المشتري إذا كان المشتري ضحية لأفعال مادية صادرة من الغير، إنما يصبح المشتري في هذه الحالة هو المسؤول والمكلف بدفع هذا التعرض المادي، بالوسائل القانونية التي يقررها القانون لحماية حق الملكية.

نستخلص مما سبق بيانه في مجال المقارنة، فيما بين كل من الالتزام بضمان التعرض الشخصي والتعرض الصادر من الغير اختلاف أحكامهما القانونية ومبادئهما القضائية من خلال النقاط الأساسية التالية:

أولاً: شمول التزام البائع للضمان في حالة التعرض الشخصي لكل من صورتي التعرض المادي والقانوني، في حين يقتصر التعرض الصادر من الغير على الالتزام بضمان التعرض القانوني من جانب هذا الأخير.

ثانياً: الالتزام بضمان التعرض الشخصي هو التزام بالامتناع عن عمل من شأنه الإخلال بحق المشتري في التمتع بملكية المبيع والانتفاع به في حين نجد أن ضمان التعرض الصادر من الغير هو التزام بعمل إيجابي، الغرض منه منع ذلك الغير من القيام بأي تصرف قانوني من شأنه الإخلال بملكية المبيع أو الانتفاع به.

ثالثاً: اختلاف شروط تحقق مسؤولية البائع والتزامه بضمان التعرض الشخصي عنه فيما يتعلق بثبوت مسؤوليته والتزامه بضمان التعرض الصادر من الغير.

ذلك أن هذا التباين بين النوعين من الضمان إنما يحكمه مبدأ التشدد في أحكام التعرض الشخصي والذي يلزم البائع على تحمل عبء الالتزام بالضمان سواء كان ذلك من خلال القواعد القانونية المقررة في القانون المدني، أو من خلال الرخصة التي منحها القانون لطرفي العقد في تعديل أحكام ضمان التعرض الشخصي.

أما فيما يتعلق بالالتزام بضمان تعرض الغير فإن ما يمكن أن نلمسه هو عدم التشدد بشأن تقرير مسؤولية البائع.

رابعاً: الاختلاف الجذري فيما بين كل من ضمان التعرض الشخصي والصادر من الغير فيما يتعلق بالإعفاء من الضمان، فذلك أمر غير مسموح به بالنسبة للالتزام بضمان التعرض الشخصي، في حين يمكن الإعفاء من الضمان بالنسبة للتعرض الصادر من الغير (المواد 377، 378 ق.م)

المطلب الثاني:

شروط ضمان البائع التعرض الصادر من الغير

لتحريك التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير لا بد من توافر شروط معينة لتحقيق مسؤولية البائع عن ذلك التعرض.

والتعرض كما يعرفه البعض " كل فعل يؤدي إلى حرمان المشتري من كل أو بعض السلطات التي يخولها حق المبيع بحسب الحالة التي كان عليها وقت البيع وما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين"¹.

ومن خلال المادة 371 ق.م، يفهم أن الشروط الواجب توافرها في تعرض الغير، هي أن يستند التعرض إلى حق يدعيه الغير على المبيع، أي يكون التعرض قانونياً. و أن يكون الحق الذي يستند إليه الغير ثابتاً له وقت البيع أو آل إليه بعد البيع من البائع نفسه، وأن يقع التعرض حالاً.

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 316.

الفرع الأول: أن يستند المتعرض إلى سبب قانوني في تعرضه

تجدر الإشارة أولاً إلى أنه لا ضمان على البائع إذا كان تعرض الغير مبنياً على سبب مادي محض أو في صورة أعمال مادية مبنية على تصرفات قانونية.

ويلزم حتى يكون البائع ضامناً لتعرض الغير، أن يكون مبنياً على سبب قانوني¹، أي أن يدعي حقا على العين المبيعة، يحتج به الغير في شكل دعوى يرفعها على المشتري، وهو ما نصت عليه المادة 371 ق.م، أما إذا رفع الغير الدعوى على البائع، ولم يدخل فيها المشتري، فإن الحكم الصادر في هذه الدعوى، لا يكون حجة على المشتري في هذه الحالة، وإنما هو حجة على البائع مباشرة².

ولا يلزم لتحقيق الضمان أن يرفع الغير دعوى على المشتري، بل قد يقع التعرض بدون رفع دعوى، حيث يكفي مجرد الادعاء، حتى ولو كان ظاهر هذا الادعاء البطلان³.

كما لا يشترط في الحق الذي يدعيه الغير أن يكون حقا عينياً، بل يستوي أن يكون حقا عينياً أو حقا شخصياً.

ومثال الحق العيني الذي يدعيه الغير، حق الملكية على المبيع كلياً أو جزئياً وكذلك حق الرهن أو الامتياز.

ومثال الحق الشخصي الذي يدعيه الغير، حق المستأجر، فإذا كان الغير يدعي أنه استأجر من البائع العين المبيعة، بموجب عقد إيجار ثابت التاريخ وسابق على البيع، وأنه دفع الأجرة مقدماً إلى البائع بموجب وصل واحتج على المشتري، كان هذا الادعاء من جانب الغير مبنياً على سبب قانوني يضمنه البائع، إذا كان المشتري لا يعلم بوجود هذا الحق⁴.

1- يجب أن يراعى أنه إذا وقع تعرض الغير قبل تسلم المشتري للمبيع حتى ولو كان دون سند قانوني فيجب على البائع دفعه، غير أن دفع البائع لتعرض الغير في تلك المرحلة يؤسس على التزامه بتسليم المبيع وليس على التزامه بالضمان.

2- محمد المنجي، المرجع السابق، ص 202.

3- الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 482.

4- سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 197.

أما بالنسبة لحقوق الارتفاق فقد وضع لها المشرع حكماً خاصاً في المادة 377 فقرة 2 ق.م "يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان، إذا كان هذا الحق ظاهراً، أو كان البائع قد أعلم به المشتري".

ومعنى هذا أن البائع لا يضمن التعرض المبني على حق الارتفاق الظاهر¹، لأن المشتري يفترض فيه أنه قد علم بها وارتضاها، أو وفقاً لاتفاق ضمني، ولهذا السبب يسقط الضمان في هذه الحالة، سواء علم المشتري بهذا الارتفاق أو لم يعلم طالما كان ظاهراً.

الفرع الثاني: أن يقع التعرض فعلاً²

من الشروط اللازمة لضمان التعرض القانوني الصادر من الغير، ضرورة وقوع التعرض فعلاً للمشتري من قبل الغير، فلا يكفي مجرد الخشية من وقوع التعرض، كما هو الشأن بالنسبة لضمان التعرض الشخصي، بل لا بد أن يبادر الغير بتصرفات قانونية ينتج فيها تعكير حيافة المشتري في انتفاعه بالمبيع.

فلا مجال إذن لرجوع البائع على أساس ضمان الاستحقاق، بمجرد ظهور حق للغير على المبيع، ولم يحصل للمشتري تعرض فعلي، فلو ظهر رهن على العين المبيعة، فلا يجوز للمشتري الرجوع بالضمان، إلا إذا تعرض له الدائن المرتهن فعلاً، إذ من المحتمل أن يقوم البائع بسداد الدين فلا يكون هناك مجال للتعرض من قبل الغير³.

إلا أن التعرض يعتبر قد وقع فعلاً إذا أُنذر الدائن المرتهن المشتري مطالباً بإخلاء المبيع أو الدفع⁴، وكذلك الأمر إذا رفع الغير دعوى يطالب فيها بملكية المبيع، على أنه يلاحظ أن القانون قد أعطى للمشتري وسائل أخرى لحمايته إذ مكنه من حبس الثمن حتى قبل وقوع التعرض فعلاً إذا تبين له وجود أسباب جدية يخشى معها أن ينزع المبيع من تحت يده (م 388 ق م)، كما يجوز للمشتري فسخ العقد طبقاً للقواعد العامة أو يطعن في

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 319

2- اشتراط وقوع التعرض فعلاً يبرز لنا استقلال الالتزام بنقل الملكية، إذ لو كان كذلك لكان للمشتري الرجوع بالضمان على البائع بمجرد اكتشاف أن المبيع مملوك للغير وإنما هو التزام مستقل قائم بذاته، كما سبق تفصيل ذلك في الفصل الأول.

3- سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 199.

4- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 478.

المبيع على اعتبار أنه بيع ملك الغير، إذا ظهر أن المبيع مملوك للغير، ولو لم يتعرض له المالك الحقيقي (م 397 ق م)¹.

هذا ومن الملاحظ أن التعرض القانوني الصادر من الغير يختلف باختلاف الحق المدعى به، فقد يكون في صورة دعوى يرفعها الغير يطالب فيها باستحقاق المبيع كله أو بعضه، وقد تكون دعوى ارتفاق يطالب فيها بحق ارتفاق على المبيع كله أو بعضه، أو دعوى إيجار يتمسك فيها الغير تجاه المشتري بعقد إيجار نظمه البائع لمصلحته.

كما أنه من الممكن أن يقع تعرض من الغير دون أن ترفع به دعوى ويحدث ذلك متى كان الادعاء القانوني الذي يدعيه الغير من الوضوح الذي لا يدع مجالاً للشك في أحقيته بالمبيع ومثال ذلك إذا كانت العين المبيعة غير مملوكة للبائع، ثم انتقلت ملكيتها بعد ذلك إلى المشتري بسبب آخر غير البيع، كالهبة أو الميراث، إذ يجب على البائع ضمان هذا الاستحقاق وكذلك الحال لو كان المبيع مرهوناً، فيدفع المشتري الدين المضمون برهن على المبيع، وفي هذه الحالة يكون للمشتري الرجوع على البائع بالضمان.

الفرع الثالث: أن يكون سبب التعرض موجوداً قبل البيع أو إذا نشأ بعده فيشترط أن يكون مصدره البائع.

هذا الشرط نص عليه المشرع الجزائري أيضاً في المادة 371 ق.م. "... يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالباً بالضمان، ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع، وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه"

وترجع العلة إلى وجود هذا الشرط إلى أن البائع لا يسأل إلا عما تسبب فيه بفعله، وهذا الشرط لن يتحقق إلا إذا كان الحق الذي يطالب به الغير والذي يعتبر تعرضاً بالنسبة للمشتري موجوداً قبل البيع أو وقت انعقاده، ويلحق بهذه الحالة أيضاً حالة التعرض الصادر من الغير اللاحق على تاريخ عقد البيع، إذا كان التعرض بفعل البائع نفسه، ففي هذه الحالة يمكن تحريك التزام ضمان تعرض الغير في مواجهة البائع².

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 325.

2- وقد قضت محكمة النقض الفرنسية "إذا كان بائع العقار قد أكد عن كذب في عقد البيع أنه لم يتقرر على هذا العقار أي ارتفاق وأنه لا يوجد بعلمه قبل هذا الوقت أي ارتفاق، فإنه يكون قد ارتكب خطأ تعاقدياً يلزم بمقتضاه بتعويض الطرف المتضرر وليس

المبحث الثاني:

ضمان المؤجر التعرض الصادر من الغير

رأينا سابقا أن المؤجر يلتزم بضمان التعرض المادي والتعرض القانوني الصادر منه، أو من أتباعه، إلا أن الأمر مختلف فيما يتعلق بالتعرض الصادر من الغير.

فلا يضمن المؤجر في هذه الحالة إلا التعرض القانوني دون المادي، وهو ما يفهم من نص المادة 483 فقرة 2 ق.م، حيث تنص على أنه " لا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه، بل يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر من مستأجر آخر، أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر".

وسوف يتم التطرق في هذا المبحث إلى التعرض الصادر من الغير سواء كان ماديا أو قانونيا، والشروط الواجب توافرها لكي يكون المؤجر مسؤولا عنه، ويلى ذلك عرض أهم صور التعرض الصادر من الغير.

المطلب الأول:

التعرض القانوني الصادر من الغير

تنص المادة 483 فقرة 2 ق.م على أن الضمان " يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر عن مستأجر آخر، أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر".

و تنص المادة 484 ق.م " يتعين على المستأجر، إخطار المؤجر بالدعوى المرفوعة من الغير الذي يدعي حقا على العين المؤجرة، يتعارض مع حق المستأجر ومطالبته بالضمان، وفي هذه الحالة يمكن للمستأجر طلب إخراجه من الخصام، إذا ترتب

بذي شأن أن يستند إلى العناصر الظاهرة التي قد بينت وجود هذا الارتفاق بالنسبة للمشتري، حتى وإن كان صاحب حق الارتفاق، لم يعلم به منذ سنين طويلة وبقي دون مطالبته) نقض مدني فرنسي في 3 فبراير 1974 نقلا عن الدكتور جاسم ناصر، المرجع السابق، ص 269.

على هذه الدعوى حرمان المستأجر من الانتفاع بالشيء المستأجر كلياً أو جزئياً، جاز له طلب فسخ الإيجار، أو إنقاص بدل الإيجار، دون الإخلال بحقه في التعويض".

وفق هذه النصوص فإن المؤجر لا يضمن إلا التعرض القانوني الصادر من الغير وذلك بإدعائه حقاً على العين المؤجرة يتعارض مع مصلحة المستأجر¹.

كما لو وضع الغير يده على العين المؤجرة، أو قام بزراعتها مدعياً أنه مالك أو أنه اشترى العين المؤجرة، وأن الإيجار غير نافذ في حقه، أما إذا كان الحق الذي يدعيه الغير لا يتعارض مع مصلحة المستأجر، فلا يعتبر تمسكه تعرضاً، كما لو تمسك المشتري بأنه اشترى العين المؤجرة ولكنه أقر بأن الإيجار نافذ في حقه.

بعد أن حددنا المقصود، بالتعرض القانوني الصادر من الغير لا بد لنا من تحديد الشروط الواجب توافرها في هذا التعرض حتى يكون المؤجر مسؤولاً عنه.

الفرع الأول: أن يقع التعرض من الغير

يجب لتحقيق التعرض المبني على سبب قانوني أن يكون صادراً من الغير أي من شخص أجنبي عن عقد الإيجار، ولذلك لا نكون بصدد تعرض من الغير إذا حصل التعرض من المؤجر أو أحد أتباعه، فالتعرض الأخير يضمنه المؤجر سواء كان مادياً أو قانونياً، أما تعرض الغير فلا يضمنه المؤجر إلا إذا كان قانونياً².

ويقصد بالغير كل شخص له مصلحة تتعارض مع حق المستأجر ويكون أجنبياً عن تنفيذ عقد الإيجار.

الفرع الثاني: أن يكون التعرض مبني على سبب قانوني

وذلك بأن يدعي الغير حقاً يتعلق بالشيء المؤجر، ويتعارض مع حق المستأجر في استيفاء المنفعة المقصودة.

1- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 246.

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 231.

فهو أولاً: يدعي حقا على العين المؤجرة، وهو ما يفهم من نص المادة 484 ق.م حيث يكفي مجرد الادعاء بوجود الحق، فلا يلزم بالتالي أن يكون الحق الذي يدعيه الغير ثابتاً في الحقيقة والواقع، والمؤجر هو الذي يتحمل بيان بطلان هذا الادعاء، فأبي ادعاء من قبل الغير يكفي لاعتباره تعرضاً قائماً على سبب قانوني ما دام أنه يتعارض مع حق المستأجر، أما إذا كان تعرض الغير ليس مقترناً بادعاء حق فإنه يدخل في نطاق التعرض المادي¹.

و ثانياً: يدعى حقا يتعارض مع حق المستأجر، ويستوي في الحق الذي يدعيه أن يكون حقا عينيا كحق الملكية، أو حقا شخصيا كحق الإيجار.

أما إذا كان الحق الذي يدعيه الغير لا يتعارض مع مصلحة المستأجر فلا يعتبر تمسكه تعرضاً، كأن يتمسك المشتري بأنه اشترى الأرض ولكنه أقر بأن الإيجار نافذ في حقه.

ويعد في حكم التعرض حالة صدور الإيجار من غير المالك واضطر المستأجر إلى الاتفاق مع المالك الحقيقي ليحصل منه على ملكية العين المؤجرة أو حق المنفعة فيها، أو مجرد الانتفاع بها، الذي يخوله إياه عقد إيجار جديد يعقده مع المالك، وكذلك الأمر إذا آلت ملكية العين المؤجرة إلى المستأجر لأي سبب من الأسباب، حيث يصح له الانتفاع بصفته مالكا، فيجوز له أن يرجع بصفته مستأجراً على المؤجر له باعتباره ضامناً للتعرض².

الفرع الثالث: وقوع التعرض فعلاً أثناء مدة الإيجار

لا يكفي للغير أن يدعي التعرض قولاً أو يهدد به، بل لا بد من اتخاذ خطوات عملية لإظهار هذا الادعاء وتحقيقه، وكذلك لا يكفي خشية المستأجر من أن يتعرض له الغير بعدما ظهر حقه على العين المؤجرة.

1- هلال شعوة، المرجع السابق، ص 124.

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 232.

و تعرض الغير القانوني قد يأخذ إحدى الوسيلتين، فقد يلجأ إلى وسائل مادية لتحقيق ادعائه، كدخول العين المؤجرة مدعياً أن له حق ارتفاق بالمرور، أو أن يقوم بتسييجها أو بزراعتها.

كما قد يكون التعرض في صورة دعوى يرفعها الغير مطالباً بثبوت حق له على العين المؤجرة ومتعارض مع المستأجر من انتفاع عليها، كرفعه لدعوى استرداد يدعي فيها أنه المالك الحقيقي للشيء المؤجر، أو يرفع دعوى يطالب فيها بحقه كمستأجر يفضل على المستأجر الأول.

ويراعى في هذا الصدد أنه لا بد من وقوع التعرض أثناء مدة الإيجار، أي في الوقت الذي يكون فيه للمستأجر حق الانتفاع بالعين المؤجرة، سواء المدة الأصلية في العقد أم المدة التي جدد فيها العقد تجديداً صريحاً، أو ضمناً أو بحكم القانون¹.

المطلب الثاني:

التعرض المادي الصادر من الغير

تنص المادة 487 ق.م على أنه " لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي الصادر من الغير الذي لا يدعي حقاً على العين المؤجرة، وللمستأجر أن يطالب شخصياً المتعرض بالتعويض عن الضرر الذي لحقه، وله أن يمارس ضده كل دعاوى الحيازة".

يتبين من نص المادة أن المؤجر لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير، والمقصود بالتعرض المادي هو أن يقوم هذا الغير بعمل يؤدي إلى حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وهذا دون أن يكون له حق يجيز له ما قام به من عمل، وإنما يستند إلى أعمال التعدي والغصب.

مثال ذلك قيام الغير بقلع مزروعات المستأجر، أو سرقة محله التجاري، أو تشييد بناء من شأنه حجب الضوء والهواء عن العين المؤجرة، فمثل هذه الأعمال لا يضمنها

1- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 409.

المؤجر لعدم نسبة أي خطأ إليه، كما أن الغير هنا لا يدعي حقاً ولم يصحب تعرضه المادي بادعاء حق على العين المؤجرة، فلا يوجد إذن ما يبرر تحمل المؤجر له، بل قد يكون المؤجر نفسه ضحية لهذا التعرض، كأن تتضرر العين المؤجرة، أو يؤدي هذا التعرض إلى عزوف المستأجرين عن استئجار هذه العين¹.

وما دام المشرع قد قرر عدم ضمان المؤجر لمثل هذا التعرض، فليس هناك أقل من تخويل الحق للمستأجر في دفع التعرض بنفسه وهو ما أقرته المادة السابقة ، حيث أجازت للمستأجر مطالبة المتعرض بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب هذا التعرض، كما أنه يجوز للمستأجر رفع دعوى الحيازة باسمه على المتعرض، رغم أن المستأجر ليس حائزاً بالمفهوم القانوني للحيازة، لأن المستأجر ليس له، لاحق ملكية على العين المؤجرة، ولا أي حق عيني آخر بل له مجرد حق شخصي، إلا أن ذلك لا ينفي مصلحته في دفع التعرض الحاصل له من الغير².

الفرع الأول: شروط إعفاء المؤجر من ضمان التعرض المادي الصادر من الغير

بالإضافة إلى شرط وقوع التعرض فعلاً، وصدور التعرض من الغير وأن يقع خلال مدة الإيجار³، فإنه يشترط توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون التعرض مادياً لا يستند فيه المتعرض إلى الادعاء بأي حق

يقصد بهذا الشرط ألا يستند المتعرض إلى أي حق يدعيه.

كما لو قام شخص بترك مواشيه ترعى في الأرض المستأجرة دون ادعاء ما يبرر ذلك، أو أن تتعرض العين المؤجرة للسرقة من قبل لصوص دون أن يكون ذلك نتيجة تقصير من المؤجر أو أحد أتباعه⁴.

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 243.

2- هلال شعوة، المرجع السابق، ص 127.

3- راجع في ذلك شروط التعرض القانوني الصادر من الغير.

4- للمزيد من الأمثلة، أنظر: السنهاوي، المرجع السابق، ص 367.

الشرط الثاني: ألا يتضمن العقد شرطاً يقضي بالتزام المؤجر بضمان التعرض المادي

حيث أن القاعدة القانونية التي تعفي المؤجر من ضمان التعرض المادي هي قاعدة مفسرة لإرادة المتعاقدين، يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

وإذا ما تم الاتفاق على ذلك، فإن المؤجر يصبح ملزماً بضمان التعرض المادي الصادر من الغير¹.

الشرط الثالث: أن يحدث التعرض بعد تسليم العين المؤجرة

يجب أن يحصل التعرض المادي بعد تسليم العين المؤجرة أو على الأقل بعد الوقت الذي يعتبر فيه المؤجر أوفى بالتزامه بتسليم العين أي من الوقت الذي يضع فيه المؤجر العين المؤجرة بحالة صالحة للانتفاع المقصود تحت تصرف المستأجر. فإذا حدث تعرض قبل التسليم، فإن المؤجر ملزم بدفعه، لأنه ملزم بتسليم العين المؤجرة، فإذا حال التعرض دون ذلك فيعتبر مخلاً بالتزامه بتسليم العين².

الفرع الثاني: الآثار التي تترتب على قيام التعرض المادي من الغير

سبق القول إن المؤجر لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير إذا تحققت الشروط السالفة الذكر، وإنه لا يجوز للمستأجر الرجوع على المؤجر بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التعرض، وأنه يقع على المستأجر في هذه الحالة الدفاع عن مصالحه.

كذلك يستطيع المؤجر الرجوع على الغير الذي قام بالتعرض المادي له، كما يستطيع المستأجر الرجوع على الغير الذي قام بالتعرض المادي.

ولهذا سنبحث فيما يلي العلاقة بين المستأجر والمتعرض، ثم العلاقة بين المؤجر والمتعرض، وبعد ذلك العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 232.

2- نفس المرجع، ص 242.

أولاً: العلاقة بين المتعرض والمستأجر

تنص المادة 487 ق.م " لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي من الغير الذي لا يدعي حقاً على العين المؤجرة، وللمستأجر أن يطالب شخصياً المتعرض بالتعويض عن الضرر الذي لحقه، وله أن يمارس ضده كل دعاوى الحيازة".

هذا النص يفيد أنه يجوز للمستأجر أن يحمي حيازته، وعلى ذلك يجوز للمستأجر أن يرفع على المتعرض تعرضاً مادياً دعوى استرداد الحيازة، أو دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة¹، متى توافرت الشروط المذكورة سابقاً، وذلك على الرغم من أن المستأجر لا يعد حائزاً بالمعنى القانوني، وذلك لتخلف العنصر المادي والمعنوي في الحيازة لديه.

إلا أن هذه الدعاوى وحدها ليست كافية لحماية المستأجر، فيما لو أُلّف المتعرض ملحقات تابعة للعين المؤجرة أو حرّمه من الانتفاع بالعين المؤجرة ففي هذه الحالة لا جدوى من الحيازة، لذلك منح المشرع للمستأجر فضلاً عن دعاوى الحيازة، الحق في أن يطالب المتعرض بالكف عن التعرض بجميع الوسائل التي يخوله إياها القانون كما له أن يرجع على المتعرض بالتعويض كما ورد في نص المادة 487 ق.م، وذلك بناءً على أحكام المسؤولية التقصيرية وليس العقدية، لعدم وجود الرابطة العقدية بين المستأجر والمتعرض. فيطالب المستأجر المتعرض له بالتعويض عن الضرر الذي أحدثه له كأن يتلف أثاث المنزل أو زرع الحقل أو أن يرتكب سرقة في العين المؤجرة أو يحرمه من الانتفاع بالعين المؤجرة².

1- قضت محكمة الاستئناف المصرية بأنه " إذا انتهت مدة الإجارة أثناء نظر دعوى استرداد الحيازة، لم يكن ثمة محل للحكم برد الحيازة للمستأجر، ويقتصر على إثبات الاعتداء على حيازة المستأجر وإلزام المتعرض بالتعويض"، (استئناف مختلط 4 نوفمبر س 1937 م 50 ص 6).

والحكم في نظر الدكتور السنهوري صحيح لأن دعوى استرداد الحيازة يقتصر الحكم فيها على رد الحيازة للمستأجر إذا كان حقه في الحيازة لا يزال قائماً.

أما إذا انتهى الإيجار فحقه في الحيازة يكون قد انقضى، ولا حجة في القول بأن المستأجر ملتزم برد العين إلى المؤجر، إذ يكفي في ذلك أن يخطر المؤجر بالتعرض .

- السنهوري، المرجع السابق، ص 372

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 233.

ثانياً: العلاقة بين المتعرض والمؤجر

يقع فعل التعرض عادة على العين المؤجرة أو أحد ملحقاتها، مما قد يؤثر على حقوق المستأجر والمؤجر على حد سواء، إلا أنه إذا اقتصر أثر التعرض على الإخلال بانتفاع المستأجر، فلا يكون للمؤجر الرجوع على المتعرض، إذ الحق في ذلك يكون للمستأجر. إلا أنه إذا ترتب عن تعرض الغير ضرر أصاب العين ذاتها بأن لحق بها تلف أو هلاك كلي أو جزئي، فله أن يرجع على المتعرض بتعويض عما لحق العين المؤجرة من أضرار، وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية وذلك بصفته مالكا للعين المؤجرة¹، كما للمؤجر الرجوع على المتعرض إذا ترتب عن التعرض المادي حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين، مما أدى إلى رجوع المستأجر على المؤجر بفسخ عقد الإيجار أو إنقاص الأجرة، فإن للمؤجر الرجوع على المتعرض بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، نتيجة فسخ عقد الإيجار، أو نقصان الأجرة.

ويكون رجوع المؤجر أيضاً فيما لو تم الاتفاق على ضمان المؤجر للتعرض المادي الصادر من الغير، ففي هذه الحالة يرجع المؤجر على المتعرض بقيمة ما دفعه للمستأجر نتيجة ذلك التعرض².

ثانياً: العلاقة بين المستأجر والمؤجر

إذا كان الأصل أن المؤجر لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير، فإن هناك حالات استثنائية على هذه القاعدة، يجوز فيها رجوع المستأجر على المؤجر متى وقع له تعرض مادي من قبل الغير.

من هذه الحالات الاستثنائية:

أ - وجود اتفاق بين طرفي العقد على ضمان المؤجر للتعرض المادي.

1- السنهوري، المرجع السابق، ص 374.

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 234.

بم استحالة تنفيذ عقد الإيجار بسبب تلف العين كلها أو جزء منها مما يترتب عليه حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين كلياً أو جزئياً.

الحالة الأولى: على الرغم من أن المادة 487 ق.م نصت على أن المؤجر لا يضمن التعرض المادي من الغير، فإنه إذا وجد اتفاق بينهما يقضي بضمان المؤجر للتعرض المادي الصادر من الغير، فإنه يمكن الرجوع عليه، لأن أحكام الضمان ليست من النظام العام مما يجوز الاتفاق على خلافها¹.

الحالة الثانية: إذا ترتب على التعرض المادي حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين بسبب هلاكها كلياً أو جزئياً، وجب إعمال نص المادة 481 ق.م حيث تنص "إذا هلكت العين المؤجرة، أثناء مدة الإيجار هلاكاً كلياً يفسخ الإيجار بحكم القانون.

إذا كان هلاك العين المؤجرة جزئياً، أو إذا أصبحت في حالة لا تصلح للاستعمال الذي أعدت من أجله، أو نقص هذا الاستعمال نقصاً معتبراً، ولم يكن ذلك بفعل المستأجر يجوز لهذا الأخير، إذا لم يقدّم المؤجر في الوقت المناسب برد العين المؤجرة إلى الحالة التي كانت عليها، أن يطلب حسب الحالة، إما إنقاص بدل الإيجار، أو فسخ الإيجار".

إلا أن هذا الحق الذي منحه ال قانون للمستأجر في فسخ العقد أو إنقاص الأجرة لا يؤسس على فكرة الضمان، لأن المؤجر ليس مسؤولاً عن التعرض المادي إنما يؤسس ذلك على أساس حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، بسبب هلاك المنفعة المقصودة من التعاقد، ويتحمل المؤجر تبعاً هلاك العين دون أن يكون للمستأجر الحق في طلب التعويض، لأن التعويض جزاء المسؤولية عن الضمان ولا محل للضمان في هذه الحالة².

1- على هادي العبيدي، العقود المسماة: البيع والإيجار، دار الثقافة، الأردن، 2006، ص 291.

2- نفس المرجع، ص 292.

المطلب الثالث:

بعض الصور الرئيسية للإخلال بانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة بسبب تعرض الغير

هناك بعض الصور لتعرض الغير تكتسب أهمية أكثر من غيرها، وذلك لكثرة وقوعها في الواقع العملي وكثرة نشوء النزاعات فيها، وقد أورد المشرع بعض هذه الصور كما جرى الفقه عادة على بيان أحكامها، وسنتطرق فيما يلي إلى بعض هذه الصور.

الفرع الأول: التعرض الصادر من مستأجر آخر لذات العين

مما يعتبر تعرضا قانونيا صادرا من الغير، ويكون المؤجر ضامنا له، حالة تعدد المستأجرين لعين واحدة، ولقد أورد المشرع الجزائي حكمه في هذه المسألة في المادة 485 ق.م كما يأتي: "إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة تكون الأولوية لمن كان عقده سابقا في ثبوت التاريخ على العقود الأخرى وإذا كان للعقود نفس التاريخ، تكون الأولوية لمن حاز الأماكن.

يجوز للمستأجر حسن النية إذا حرم من هذه الأولوية مطالبة المؤجر بالتعويض".

و سوف يتم في دراسة هذه الصورة من صور التعرض بيان شروط التزام بين المستأجرين لذات العين، ثم بيان أساس المفاضلة بين المستأجرين المتزامين.

أولا: شروط التزام:

حتى يمكن القول بوجود التزام بين المستأجرين، فإنه لا بد من توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: يفترض أن يكون كل مستأجر يدعي الأولوية أو الأفضلية، على العين المؤجرة، قد أبرم عقد إيجار صحيح، وصادر على من له الحق في الإيجار ومستوفيا لشروطه القانونية، فإذا كان أحد العقود صحيحا والآخر باطلا فلا مجال للحديث عن وجود التزام بين المستأجرين، وإذا تعاقد شخص مع من يملك حق الإيجار، وتعاقد الآخر مع من

لا يملك هذا الحق، فالأفضلية تكون للمستأجر الذي تعاقد مع من له حق التأجير بغض النظر عن سبق التسجيل¹.

فالتزام إذن لا يقوم إلا إذا كان كل من العقدين صادرين من شخص يملك حق التأجير.

الشرط الثاني: أن تكون عقود الإيجار الصادرة لمستأجرين متعددين متعلقة بنفس العين ولنفس المدة أو لمدة متداخلة مع بعضها البعض، كما لو قام شخص بتأجير أرض فلاحية، لشخصين عن نفس السنة، أو أن يقوم بتأجيرها لأحدهم لسنة 2010، ويستأجرها للآخر لعام يبدأ من منتصف 2010.

أما إذا كانت مُدد العقود منفصلة عن بعضها البعض ولا تتلاقى فلا تترامح بين هذه العقود².

ثانياً: أسس التفضيل

إذا توافرت الشروط السالفة الذكر، فإن الأولوية تكون لمن كان عقده سابقاً من حيث ثبوت التاريخ على العقود الأخرى.

فمن كان من المستأجرين عقده أسبق في تاريخ إبرامه كان هو الذي يفضل على غيره، أما إذا كانت عقود المستأجرين غير ثابتة أو ثابتة في نفس التاريخ فإن الأفضلية تكون للمستأجر الذي حاز الأماكن قبل غيره، أي لمن وضع يده على العين المؤجرة قبل الآخرين، دون تمييز في ذلك بين ما إذا كانت العين المؤجرة عقاراً أو منقولاً.

أما بالنسبة للمستأجرين الذين حرموا من الأولوية، فلا يبقى لهم سوى الرجوع على المؤجر ومطالبته بالتعويض اللازم، شريطة توافر حسن النية، وهو ما نصت عليه المادة 485 ق.م بعد تعديلها بالقانون رقم 05-07، " إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة تكون

1- هلال شعوة، المرجع السابق، ص 130.

2- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 416.

الأولوية لمن كان عقده سابقا في ثبوت التاريخ على العقود الأخرى وإذا كان للعقود نفس التاريخ تكون الأولوية لمن حاز الأماكن".

بينما كانت المادة 485 ق.م قبل تعديلها¹، تنص على منح الأولوية لمن سبق إلى وضع يده على العين المؤجرة².

ويُرى أن ذلك يرجع إلى أن المشرع لم يكن ينص صراحة على الشكلية في عقد الإيجار، أما في ظل التعديل الأخير المؤرخ في 13 ماي 2007 فالمشرع اتجه إلى جعل عقد الإيجار شكليا³، وهذا ما نلمسه في المادة 467 ق.م مكرر (مضافة بالقانون 05-07) "ينعقد الإيجار كتابة، ويكون له تاريخ ثابت، وإلا كان باطلا"⁴.

وفي هذا الصدد فقد أخذ المشرع الجزائري في التعديل الأخير بعين الصواب فيما يتعلق بالأخذ بأسبقية التسجيل في المفاضلة بين المستأجرين، لما في ذلك من حماية للمستأجر، حيث كثيراً ما يلجأ المؤجر إلى إبرام عقد إيجار ثان على ذات العين – بما يتعارض مع العقد الأول- بسبب تقاضيه أجرة أكبر، يمكن أن تسع ما يطالب به المستأجر الأول من تعويض، ولذلك فحماية للمستأجر الأول ومعاقبة للمؤجر، فإن الأمر يقتضي الأخذ بالأسبقية في تاريخ التسجيل، واعتبار العقود اللاحقة باطلة.

كما قد يتواطأ المؤجر مع المستأجر الثاني لحرمان المستأجر الأول من الانتفاع بالعين المؤجرة، وبالتالي فحماية المستأجر تقتضي اعتبار العقود اللاحقة باطلة.

1- كانت المادة 485 ق.م قبل تعديلها تنص "إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة، أعطيت الأولوية لمن سبق منهم إلى وضع يده عليها دون غش..."

2- أنظر: قرار المحكمة العليا المؤرخ في 10/03/1991، ملف رقم 78539.

وكذلك القرار المؤرخ في 13/11/1988، ملف رقم 52630.

نقلا عن: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 297.

3- أنظر أيضا: المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03، مؤرخ في 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري "تجسد العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين وجوبا في عقد إيجار طبقا للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم ويحرر كتابيا بتاريخ مسمى"- بن رقية بن يوسف، المرجع السابق، ص 30

4- لمزيد من التفصيل أنظر: هلال شعوة، المرجع السابق، ص 81.

الفرع الثاني: التعرض الصادر من جيران مستأجرين من مستأجر واحد

يقصد هنا أن يتعرض للمستأجر، مستأجر آخر في انتفاعه بالعين، كتعرض مستأجر إحدى الشقق لمستأجر آخر لشقة أخرى.

ويجب لتحقيق هذه الحالة من حالات التعرض، أن يكون كل من المستأجرين قد استأجروا من مؤجر واحد، ويستوي في ذلك أن الشقق المؤجرة واقعة في مبنى واحد أو في أبنية متجاورة، فالعبرة بوحدة المؤجر، لا بوحدة العقار¹.

ولتحديد مسؤولية المؤجر عن التعرض الصادر من أحد المستأجرين في مواجهة مستأجر آخر، يجب أن نميز بين ما إذا كان التعرض ماديا أو قانونيا.

فإذا كان التعرض الصادر من أحد المستأجرين قانونيا، يستند فيه إلى حق يدعيه ويكون في الغالب مستمدا من عقد الإيجار، كأن يمنع المستأجر الثاني من الانتفاع ببعض الأجزاء المشتركة في المنزل - كالفناء أو السطح - بحجة أن المؤجر أجاز له وحده دون غيره الانتفاع بهذه الأجزاء، فمثل هذا التعرض يضمنه المؤجر، فيلتزم بمنع التعرض وبتعويض المستأجر عما أصابه من ضرر، لأن هذا الأخير لا يعتبر أجنيا بمعنى القانون لوجود عقد يربطه بالمؤجر².

أما إذا كان التعرض ماديا، فإن الأمر محل خلاف بين الفقهاء .

حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن المؤجر ملزم بضمان التعرض المادي الصادر من المستأجر، ويستندون في ذلك إلى الحجج التالية:

- إن المستأجر المتعرض يعتبر بالنسبة إلى المؤجر في حكم التابع ويستندون في ذلك إلى ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بأنه " إذا تعرض مستأجر لمستأجرين آخرين من نفس المؤجر، فإن المستأجر المتعرض لا يعتبر من الغير في حكم المادة

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 254.

2- ذيب عبد السلام، المرجع السابق، ص 52

1725، ولذلك يجوز للمستأجرين الذين حصل لهم التعرض الرجوع بالضمان على المؤجر، ويكون للأخير حق إدخال المستأجر المتعرض في الدعوى"¹.

وكذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية في حول المادة 571 ق.م.م إذ تقول " يلاحظ أن المؤجر لا يكون مسؤولاً عن التعرض المادي الصادر من الجيران، إلا إذا كان هو الذي أجر لهم فيكونون في حكم أتباعه".

• لا يمكن اعتبار التعرض الصادر من المستأجر في حكم التعرض الصادر من الغير لأن المؤجر هو الذي أجر له، وهو الذي منحه بتعاقد الفرصة في التعرض المادي للمستأجر الآخر.

• لا يمكن نفي الخطأ عن المؤجر لمجرد أن المستأجر لا يستند في تعرضه إلى حق مستمد من عقد الإيجار، فقد يكمن خطأه في التأجير لشخص معروف بالسرقة، أو منحرف، فيتعين هنا إتباعاً لسياسة توقي الخطأ التزامه بضمان مستأجريه.

ويذهب جانب آخر من الفقهاء إلى عدم مسؤولية المؤجر عن التعرض المادي الصادر من أحد المستأجرين وذلك لأن المستأجر لا يستند فيما يدعيه إلى عقد الإيجار فهو في مركز الأجنبي، وبالتالي يأخذ حكم التعرض المادي الصادر من الغير، والقاعدة أن هذا النوع من الضمان لا يمكن نسبته إلى المؤجر، وبالتالي لا يجوز أن يضمنه أو يسأل عنه، وإنما يقع على المستأجر في مثل هذه الحالات أن يدفعه بنفسه².

بينما يذهب اتجاه آخر إلى أنه يجب التمييز فيما يتعلق بالتعرض المادي الصادر من المستأجر من نفس المؤجر بين فرضين:

1- التعرض المادي الذي لا يستند فيه المستأجر المتعرض إلى حق مستمد من عقد الإيجار، ولا علاقة لهذا التعرض بصفته كمستأجر، كما لو تشاجر الجيران، أو أهان أحدهما الآخر،

1- Cass.civ, 20 juillet 1932, D1932, P 507 .

نقلا عن علي إبراهيم الجاسم، المرجع السابق ، ص245

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 255.

فهذا النوع من الضمان لا يضمنه المؤجر، وللمستأجر المتعرض له أن يرجع مباشرة على المستأجر المتعرض¹.

2- التعرض المادي غير مستند إلى ادعاء حق وله علاقة بصفة المستأجر كما لو ترك المياه تتسرب من شقته إلى الطبقة التي تحتها، مما أدى إلى إتلاف منقولات المستأجر الذي يسكن في الطبقة التي تحته فهذا النوع من التعرض المادي يضمنه المؤجر، وذلك على أساس أن المستأجر المتعرض يعتبر بالنسبة إلى المؤجر في حكم أتباعه².

الرأي الراجح

بعد استعراض الآراء الفقهية، فإن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه بعض الفقهاء إلى عدم مسؤولية المؤجر عن التعرض المادي الصادر من أحد المستأجرين، حيث يقتصر ضمان المؤجر على التعرض القانوني على اعتبار أن المستأجر المتعرض ليس من أتباع المؤجر، بل يعتبر من الغير.

و يُستند في ترجيح هذا الرأي إلى نص المادة 483 ق.م حيث تنص " على المؤجر أن يمتنع عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع.

ولا يقتصر ضمان المؤجر، على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه، بل يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر من مستأجر آخر، أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر"

حيث جاء النص واضحاً، بإلزام المؤجر بضمان التعرض الصادر منه ومن أتباعه بشكل مطلق - حيث يشمل التعرض المادي والقانوني- بينما ينص في الفقرة الثانية على ضمان المؤجر التعرض القانوني الصادر من مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر، ولم يشر إلى ضمان التعرض المادي الصادر من المستأجر الآخر، وبذلك يكون

1- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 426.

2- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 884.

المشرع قد قيد حالة التعرض الصادر من مستأجر آخر حيث اقتضت على التعرض القانوني، وأمام صراحة النص فإنه لا يوجد حاجة للاجتهاد.

الفرع الثالث: التعرض الصادر من السلطة الإدارية

قد تصدر في كثير من الأحيان أعمال عن السلطة الإدارية من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة أو تحرمه من الانتفاع بها.

فهل يلتزم المؤجر بضمان مثل هذه الأعمال أم لا ؟

يفترض هنا وفق ما نص عليه القانون، أن السلطة الإدارية قد تعرضت للمستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة، وكان لهذا التعرض أثر على انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة. وتعرض السلطة الإدارية يعتبر من قبيل التعرض الصادر من الغير، ويمكن القول في ذلك بأنه قد يصدر عن السلطة الإدارية تعرض قانوني إذا استندت في فعلها إلى حق من الحقوق الخاصة على العين المؤجرة، كأن تدعى السلطة الإدارية ملكيتها فيكون تعرض السلطة تعرضاً قانونياً يضمنه المؤجر.

كما قد يصدر عنها تعرض مادي، وذلك إذا لم تستند السلطة في عملها إلى حق خاص تدعيه متعلق بالعين المؤجرة، كأن تقطع أشجار مثمرة في المزرعة، أو اقتضت على الاستناد إلى مالها من حقوق وامتيازات السلطة العامة، كأن تنزع السلطة الإدارية ملكية العين المؤجرة أو أن تستولي عليها، أو تصدر قراراً يمنع زراعة معينة فيتضرر المستأجر، رغم أن عقده قد ورد فيه تلك الزراعة¹.

ففي مثل هذه الصور لا تعتبر القرارات والأعمال الصادرة عن السلطة الإدارية تعرضاً مبنياً على سبب قانوني، إذ أن السلطة الإدارية لا تستند في عملها إلى حق خاص متعلق بالعين المؤجرة، وإنما تستند إلى مالها من حقوق السلطة العامة، وفي هذه الحالات لا يكون المؤجر ملتزماً بالضمان.

1- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 886.

ويرى بعض الفقهاء أنه يجب عدم البحث في أعمال السلطة الإدارية من حيث كونها تعرضاً مبنياً على سبب قانوني أو تعرضاً مادياً، بل يجب اعتبارها في الحالتين من قبيل القوة القاهرة، التي يترتب عليها حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين، أو الإخلال بها¹، إلا أن ذلك لا يمنع المستأجر من الرجوع على المؤجر أو على السلطة الإدارية في بعض الحالات.

أولاً: إذا تترتب على العمل الصادر من السلطة الإدارية نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة، فإن للمستأجر أن يطلب إما فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، وهذا ما تقضي به المادة 486 ق.م حيث تنص على أنه " إذا تترتب على عمل قامت به السلطة الإدارية بمقتضى القانون نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة، جاز للمستأجر حسب الظروف، أن يطلب فسخ الإيجار، أو إنقاص ثمنه".

وبناء على ذلك يكون للمستأجر إذا كان الحرمان من الانتفاع جسيماً أن يطلب الفسخ، أما إذا كان النقص أو الحرمان يسيراً فيكون للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة، ولكن يشترط لذلك أن يكون هذا النقص مؤثراً أو على درجة معينة تبرر هذا الإنقاص، أما إذا كان النقص في الانتفاع يسيراً، فإنه لا يكون هناك مبرر لهذا الفسخ أو إنقاص الأجرة ويعود تقدير ذلك للمحكمة².

إلا أن بعض الفقهاء ذهب إلى خلاف ذلك، حيث يرى أن عدم جسامة الإخلال بالانتفاع لا يمنع من المطالبة بإنقاص الأجرة ما دام له تأثير على مقدار الانتفاع³.
وكما قيل فإذا كان للمستأجر حسب الظروف طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة، فإنه لا يجوز مطالبة المؤجر بذلك، إذا كان تعرض السلطة الإدارية لا دخل للمؤجر فيه.

1- لقد أكدت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي هذا المعنى حيث ورد فيها ما يلي: " التعرض المادي من الغير الذي يحول دون

الانتفاع، ويعتبر قوة القاهرة تعرض جهة الإدارة الصادر في حدود القانون، كنزع ملكية العين المؤجرة أو الاستيلاء عليها" مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 4، ص 513. نقلاً عن: السنهوري، المرجع السابق، ص 409.

2- السنهوري، المرجع السابق، ص 411.

3- جاسم ناصر، المرجع السابق، ص 351.

الاستثناءات على عدم ضمان المؤجر لتعرض السلطة الإدارية:

إذا كنا قد توصلنا إلى أن المؤجر لا يلتزم بضمان تعرض السلطة الإدارية فإن المادة 486 ق.م، أوردت استثناءات يكون فيها للمستأجر الحق في الرجوع على المؤجر بطلب التعويض، إذا كان المؤجر هو الذي تسبب فيه أو إذا تم الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على ضمان المؤجر لتعرض السلطة الإدارية.

(أ) التعرض الناتج عن السلطة الإدارية الذي يكون للمؤجر دخل فيه، حيث جاء في المادة 486 ق.م"وله (أي المستأجر) أن يطالب بتعويضه إذا كان عمل السلطة الإدارية قد صدر بسبب يكون المؤجر مسؤولاً عنه" يفهم من خلال النص أنه يجوز للمستأجر أن يرجع على المؤجر بالتعويض، إذا كان لهذا الأخير دخل في تعرض السلطة، أو كان مسؤولاً عنه.

حيث يعتبر في هذه الحالة تعرض السلطة الإدارية بمثابة تعرض شخصي صادر من المؤجر، فلا يكون المؤجر مسؤولاً فقط عن الفسخ أو إنقاص الأجرة، وإنما عن تعويض المستأجر أيضاً.

ونفس الحكم يتم تطبيقه في حال قيام المؤجر بتحريض السلطة على القيام بالتعرض، أو أن يكون التعرض بسبب تقصير من المؤجر، كإهماله إجراء الترميمات الضرورية للمحافظة على العين المؤجرة، مما عرض العين المؤجرة إلى أضرار كبيرة، جعلت الإدارة تصدر قراراً بالهدم¹.

(ب) إذا اتفق المستأجر مع المؤجر على أن يكون الأخير ضامناً لتعرض السلطة الإدارية، حيث أن أحكام الضمان ليست من النظام العام ويجوز الاتفاق على مخالفتها²، ويتضح ذلك من خلال المادة 486 ق.م " وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك " ومثال ذلك أن يشترط المستأجر على المؤجر عند إبرام عقد الإيجار، أن يكون ضامناً لأي عمل يصدر عن السلطة الإدارية يتعارض مع انتفاعه

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 260.

2- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 887.

بالعين المؤجرة، فإذا وقع هذا التعرض، رجع عليه بفسخ الإيجار أو بإنقاص الأجرة مع التعويض في الحالتين، كما يجوز الاتفاق في حالة صدور التعرض من السلطة الإدارية على عدم مسؤولية المؤجر إلا عن الفسخ أو العكس، أو الاتفاق على إعفاء المؤجر من المسؤولية أصلاً.

ويمكن أن يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً، ولكن لا يجوز أن يستخلص من مجرد أن المستأجر كان يتوقع تعرض الإدارة له¹.

ثانياً : كما يجوز للمستأجر الرجوع مباشرة على السلطة الإدارية²، في حال تعرضها المادي له، حيث يعتبر تعرضها في حكم التعرض المادي، إذا استندت فيه إلى ما لها من سلطة عامة، ويعتبر تعرضها تعرضاً مادياً محضاً، إذ لم تستند فيه إلى هذه السلطة³.

فإذا صدر تعرض من الإدارة مستندة في ذلك إلى سلطة القيام به، كأن تنزع السلطة المختصة العين المؤجرة للمنفعة، ففي هذه الحالة يكون للمستأجر أن يرجع على السلطة الإدارية بالتعويض عما أصابه من ضرر، من جراء تعرضها إلى جانب رجوعه بالفسخ أو إنقاص الأجرة على مؤجره، إلى جانب ذلك فإنها تعوض المؤجر عن حرمانه من ملكه. أما إذا كان التعرض الصادر من السلطة الإدارية، مما يعد مخالفاً للقانون كأن لم تتبع السلطة الإدارية، أثناء قيامها بالتعرض للإجراءات التي أوجبها القانون، أو تعسفت في استعمال سلطتها ففي هذه الحالة يستطيع المستأجر الرجوع على جهة الإدارة، إما بطلب إلغاء القرار الإداري الذي أصدرته مخالفاً للقانون، وإما بالتعويض أو بالأمرين معاً،

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 261.

2- سواء كان عمل الحكومة مشروعاً أو غير مشروع، وذلك عكس ما يوحي به نص المادة 486 ق.م والذي يتحدث عن عمل من جهة الحكومة في حدود القانون، " ذلك لأنه إذا كان المؤجر لا يضمن عمل الحكومة الصادر في حدود القانون، فهو لا يضمن من باب أولى عملها الخارج عن القانون، فلا فرق في الحالتين من حيث علاقة المؤجر بالمستأجر".

أنظر: محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 887.

3- يجب أن نلاحظ هنا أن تعرض السلطة الإدارية للمستأجر في عمل أخل بانتفاع لم تكن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد قصدها فإنه لا شأن للمؤجر به ولا يضمنه ولا يتحمل تبعته، إذ لا يجوز للمستأجر في هذه الحالة الرجوع بالضمان أو الفسخ أو إنقاص الأجرة على المؤجر، كذلك الحال لو قامت السلطة الإدارية بأعمال لا تقع على العين المؤجرة على طريقة الانتفاع بها وإنما من شأنها أن تجعل استغلال العين أقل فائدة من ذي قبل، كأن تفتح السلطة طريقاً جديداً ينصرف إليه الناس دون القديم مما يتأثر بذلك مستأجر محل في الطريق القديم ففي هذه الحالة لا يجوز أن يرجع على المؤجر بدعوى أن فتح الطريق الجديد، قد انقص ربحه.

بالإضافة إلى حقه في الرجوع على المؤجر بالفسخ أو إنقاص الأجرة ، ويستطيع المؤجر الرجوع على السلطة الإدارية بطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه في ملكه، وعن رجوع المستأجر عليه، إذا كان عمل تلك الجهة غير مشروع¹.

1- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 888.

المبحث الثالث:

جزاء الإخلال بالالتزام بضمان تعرض الغير

إذا توفرت شروط التعرض القانوني الصادر من الغير، قام ضمان ناقل الحق لهذا التعرض، ويكفي لتحقيق هذا الضمان أن يحرم المكتسب - المشتري أو المستأجر - فعلا من ذلك الحق في أي جزء منه، ومتى كان ذلك فإن ناقل الحق يصبح مدينا للمكتسب.

ولما كان الناقل مدينا بهذا الالتزام، فهو ملتزم بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، ويكون ذلك بوقف تعرض الغير، والدفاع عن المكتسب حتى يتمكن من حيازة الشيء محل العقد حيازة هادئة، وذلك عن طريق تدخل الناقل في الدعوى القائمة بين المكتسب والغير، أو أن يحل محله في الدعوى إذا ما فضل المكتسب الخروج منها.

فإذا نجح ناقل الحق في تنفيذ التزامه بدفع ادعاء الغير بالحق الذي يدعيه، فإنه يكون قد نفذ التزامه بضمان التعرض تنفيذا عينيا.

أما إذا لم يتمكن من تنفيذ التزامه عينيا بأن نجح الغير المتعرض فيما يدعيه من حق فإن الناقل يكون قد أخل بالتزامه بالضمان، ومن ثم يصبح من حق المكتسب أن يرجع على الناقل بالتنفيذ بطريق التعويض، أي التنفيذ بمقابل، وهو ما يسمى بضمان الاستحقاق. ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين: أحدهما في التنفيذ العيني، والثاني في ضمان الاستحقاق.

المطلب الأول:

التنفيذ العيني (التنفيذ بطريق التدخل)

بما أن دراستنا منصبة على أحكام كل من عقد البيع وعقد الإيجار، فقد رأينا أنه يفضل تقسيم المطلب إلى فرعين، نبحث في الأول التنفيذ العيني في عقد البيع باعتباره الشريعة العامة في الضمان.

ونتناول في الفرع الثاني التنفيذ العيني في عقد الإيجار مع بيان بعض ما يختص به.

الفرع الأول: التنفيذ العيني في عقد البيع

إذا حصل تعرض للمشتري من الغير بادعاء حق من الحقوق على المبيع وتحققت شروط التزام البائع بضمانه، فإن البائع يصبح مدينا للمشتري بتنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا. وقد بينت المادة 372 ق.م طريقة التنفيذ العيني حيث نصت على أنه: " إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقا لقانون الإجراءات المدنية، أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله إذا أعلم البائع في الوقت المناسب، ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان. إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب، وصدر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي به، فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق".

بينت المادة أن تنفيذ البائع لالتزامه يقتضي من المشتري أن يخطر¹، البائع بالتعرض حتى يقوم بجميع وسائل الدفاع التي يستطيع من خلالها و بها مواجهة الغير الصادر منه التعرض، وذلك عن طريق التدخل في الدعوى أو الحلول فيها محل المشتري².

1- يقصد بالإخطار، ما يقوم به المشتري من إجراء من أجل إعلام البائع بوقوع التعرض من الغير، وذلك تمهيدا لإلزام البائع بما عليه من ضمان سواء عن طريق دفع تعرض الغير، أو عن طريق ضمان الاستحقاق في حال فشل البائع في دعوى التعرض.
2- خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 156.

ويلاحظ أن المشرع لم يحدد أسلوباً معيناً لإخطار البائع، أي لم يشترط شكلاً خاصاً للإخطار، وبالتالي يجوز الإخطار بأي شكل من الأشكال، ولو بخطاب غير مسجل أو حتى شفاهة، وللمشتري أن يختار الطريقة المناسبة، إلا أنه من الأفضل له أن يختار الطريقة التي تمكنه من إثبات الإخطار، لأنه سيقع عليه عبء إثبات حصول الإخطار¹، كما لم يحدد المدة التي يجب على المشتري خلالها أن يخطر البائع بدعوى الاستحقاق، فقد اكتفى في هذا الشأن في المادة 372 ق.م بعبارة "في الوقت المناسب". غير أنه في جميع الأحوال لا بد أن يكون الإخطار قد صدر في وقت يستطيع فيه البائع أن يرد ادعاءات المدعي².

هذا وإن التزام البائع بالضمان يتأثر بمدى قيام المشتري بإخطاره بدعوى الاستحقاق من عدمه.

أولاً: قيام المشتري بإخطار البائع بدعوى الاستحقاق:

إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الغير، فإنه يجب على البائع في هذه الحالة، أن يتدخل في الدعوى أو أن يحل فيها محل البائع، وفقاً لما نصت عليه المادة 372 فقرة 1 ق.م.

"إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع، كان على البائع حسب الأحوال ووفقاً بقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله، إذا أعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان. إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري".

فإذا قام المشتري بالإخطار في الوقت المناسب، فإن موقف البائع يأخذ أحد الاحتمالين:

1- محمد شتا أبو سعد، عقد البيع، ط1، دار الفكر العربي، مصر، 2000، ص291
2- جاسم ناصر، المرجع السابق، ص 387.

أ - أن يتدخل البائع في الدعوى المرفوعة على المشتري:

ويكون للمشتري في هذه الحالة أن يبقى إلى جانب البائع في الدعوى، أو أن يخرج منها، حتى يتفادى بذلك مصاريف الدعوى مع البائع، إذا حكم لمصلحة خصمه في الدعوى الأصلية.

ومع ذلك فإنه من الأفضل للمشتري، أن يبقى في الدعوى وذلك حتى يتمكن من مراقبة البائع في دفاعه، ويضمن عدم تواطئه مع رافع الدعوى¹، وأيضاً لأن بقاءه في الدعوى يمكنه من توجيه طلب فرعي بالضمان إلى البائع في حالة ثبوت الاستحقاق، فيفصل القاضي في الدعوى الأصلية، والطلب الفرعي²، الموجه منه للبائع بالتعويض عند استحقاق المبيع بحكم واحد.

وفي جميع الأحوال سواء بقي المشتري إلى جانب البائع في الدعوى أو خرج منها، فإنه يقع على البائع أن يدفع التعرض عن المشتري، فإن هو نجح في ذلك، فإنه يكون قد نفذ التزامه بالضمان تنفيذاً عينياً.

أما إذا فشل في دفع إدعاءات الغير وصدر حكم بالاستحقاق لصالح الأخير، يكون البائع قد أخل بتنفيذ التزامه عينياً، ويصبح ضامناً للاستحقاق.

وإذا كان المشتري قد بقي في الدعوى، وتقدم بطلب الضمان الفرعي، فإنه يفصل في طلب الضمان مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك، أما إذا كان المشتري قد خرج من الدعوى فلا يكون له الرجوع على البائع، إلا بمقتضى دعوى ضمان استحقاق أصلية.

يلاحظ هنا أن المشتري وإن كان له إمكانية الخيار بين الدعوى الأصلية والفرعية، فإنه من مصلحته اختيار الضمان الفرعي الذي يوفر حماية أكثر لحقوقه. فاختيار الضمان الفرعي أفضل من حيث أن حق المشتري يبقى قائماً حتى في صورة الفشل في التصدي لما يدعيه الغير على المبيع، كما أن الضمان الفرعي فيه تبسيط واختصاراً للإجراءات، زيادة على ربح الوقت، فعوضاً عن رفع دعويين متتاليتين في

1- محمد حسنين، المرجع السابق، ص 139.

2- الدعوى الفرعية هي تلك التي لا يباشر فيها المشتري الدعوى بنفسه، وإنما بواسطة معاقده، أي عن طريق تدخل البائع في الدعوى. أما الدعوى الأصلية هي التي ينتصب فيها المشتري بنفسه في الخصومة ضد الغير دون إدخال معاقده.

حالة اختيار الضمان الأصلي، الأولى ضد الغير، والثانية ضد البائع لمطالبته بالضمان في حالة الحكم لصالح الغير، ترفع دعوى واحدة تنظر فيها المحكمة في حق المدعى به على المبيع، وكذلك فيما يجب على البائع دفعه إلى المشتري في صورة صدور حكم لفائدة الغير.

ب - ألا يتدخل البائع في الدعوى رغم إخطاره بها في الوقت الملائم:

وفي هذه الحالة ليس أمام المشتري سوى مواجهة الغير وحده بما لديه من دُفوع بعد تخلي البائع عن مساندته.

فإذا نجح المشتري في دفع تعرض الغير، ثبت حقه على المبيع، وبالتالي ينتهي التعرض، وينتهي معه التزام البائع بضمانه، إلا أن البائع يبقى مسؤولاً عن تعويض المشتري عما تكبده من نفقات، وما أصابه من ضرر في سبيل دفع تعرض الغير¹.

أما إذا لم يفلح المشتري في دفع التعرض، وانتهى الأمر باستحقاق المبيع للغير، عندئذ يكون للمشتري أن يرجع على البائع بكافة التعويضات المنصوص عليها في المواد المنظمة لأحكام الضمان.

ولا يقبل من البائع أن يثبت أنه لو تدخل في الدعوى لأمكنه التوصل إلى رفض دعوى الاستحقاق، أو أن المشتري لم يحسن الدفاع عن حقوقه في مواجهة الغير، لأن المشتري قام بإخطاره بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم، وبالتالي كان بإمكان البائع التدخل في الدعوى لرفع تعرض الغير بما لديه من أدلة إثبات لكنه لم يفعل، وبالتالي فعليه تحمل نتيجة تقصيره.

إلا إذا استطاع أن يثبت أن الحكم الصادر لصالح الغير، كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم من المشتري.² وذلك بموجب نص المادة 372 ق.م. " ... إذا أعلم البائع في الوقت

1- سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 210.

2- راعى المشرع هنا حق البائع حيث خشي عليه من تواطؤ المشتري مع الغير فيتساهل معه، أو يقصر في دفع دعواه اعتماداً على أحقيته في الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق فيما بعد، فمنحه الحق في أن يدفع عن نفسه دعوى ضمان الاستحقاق المرفوعة ضده من المشتري على الرغم من تقاعسه.

المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري".

كما أجاز المشرع للمشتري الحق إذا أخطر البائع ولم يتدخل أن يعترف بحق الغير على المبيع، أو يتصالح معه عليه، إذا كان المشتري يعتقد بحسن نية، أنه لا جدوى من الاستمرار في إجراءات التقاضي، ويكون للمشتري بعد ذلك أن يرجع على البائع بالضمان¹ وفقا لما تنبئ المادة 373 ق.م.

" إن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو اعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه، دون أن ينتظر حكما قضائيا متى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب، ودعاه أن يحل محله فيها دون جدوى كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه".

وما يفهم من نص المادة أيضا أن المشرع أعطى للبائع الحق في أن يدفع الرجوع بالضمان إذا أثبت أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه، وأن المشتري قد تسرع في الإقرار أو المصالحة.

كما يستطيع البائع أن يثبت أن المشتري لم يكن حسن النية في إقراره أو مصالحته، فعندها يفقد المشتري حقه في الضمان ولا يستطيع أن يحتج بعد ذلك بحسن نيته².

هذا وقد أضافت المادة 374 ق.م حكما خاصا، وهي حالة توقي المشتري استحقاق المبيع، بأداء مبلغ من المال إذ تنص المادة على أنه " عندما يتجنب المشتري نزع اليد عن الشيء المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر فعلى البائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري ما دفعه من النقود أو قيمة ما أداه من شيء آخر مع مصاريف الخصام".

1- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 329.

2- خليل أحمد قدامة، المرجع السابق، ص 158.

بمقتضى هذا النص يستطيع المشتري إذا تبين له أن الغير على حق في دعواه الاتفاق معه على التنازل عن حقه نظير مقابل يدفعه إلى المشتري، وقد يكون ذلك مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر يسلمه إياه ليتوقى المشتري صدور حكم ضده بالاستحقاق. ويستطيع البائع أن يتخلص من نتائج الضمان، بأن يرد للمشتري المبلغ الذي أداه وما تحمله من مصاريف.

و لكن يشترط لكي يستفيد البائع من هذه الرخصة أن يكون المشتري قد توقى الحكم بالاستحقاق بالاتفاق مع المتعرض.

أما إذا كان الحكم قد صدر باستحقاق المبيع للغير المتعرض ثم تم الاتفاق بينهما على أن يترك المبيع للمشتري في مقابل مبلغ معين، فللمشتري أن يرجع على البائع بالضمان، وليس للبائع أن يتخلص من الضمان برد المبلغ الذي دفعه للمشتري¹.

ثانياً: حالة عدم قيام المشتري بإخطار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم:

إذا لم يقم المشتري بإخطار البائع بقيام دعوى الغير في الوقت الملائم أو لم يقم بإخطاره بصفة مطلقة، واستمر المشتري لوحده في الدعوى في مواجهة الغير المتعرض، فلن يخرج الحكم الصادر فيها عن أحد الفرضين.

الفرض الأول: أن ينجح المشتري في دفع تعرض الغير:

ففي هذه الحالة ينتهي التعرض، وينتهي معه التزام البائع بالضمان، ولا يستطيع المشتري الرجوع على البائع بشيء، لأن الملكية قد خلصت له.

إلا أن بعض الفقهاء يرى بأنه يحق للمشتري الرجوع على البائع بكافة ما تكبده من نفقات، وما لحقه من ضرر بسبب دفع الغير المتعرض، حتى وإن صدر الحكم لصالح المشتري بثبوت استحقاق المبيع له، فذلك ليس معناه أن يتحمل المشتري وحده نفقات إضافية لم تكن في حسبانها عندما أقدم على شراء المبيع، وبالتالي يحق له المطالبة بتلك

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 340.

النفقات باعتبار أن البائع ملزم بتسليم المبيع ونقل الملكية إلى المشتري دون أي منغصات تتعارض مع ذلك¹.

الفرض الثاني: أن يفشل المشتري في دفع تعرض الغير:

و يصدر الحكم لصالح الغير بالاستحقاق، ففي هذه الحالة لن يكون أمام البائع فيما يتعلق بالتزامه نحو المشتري بضمان التعرض والاستحقاق سوى أحد الاحتمالين وقد بينتهما المادة 372 فقرة 2 ق.م.

الاحتمال الأول: أن يتمكن البائع من إثبات أن تدخله في الدعوى كان سيؤدي إلى رفضها لو أن المشتري أخطره بالدعوى في الوقت المناسب، فلا يلزم في هذه الحالة إثبات تدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه، وإنما يكفي في هذه الحالة أن يثبت أن تدخله في الدعوى كان سيؤدي إلى رفضها لما لديه من وسائل وأدلة، وقد نصت المادة 372 فقرة 2 ق.م على ذلك بأنه " إذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب، وصدر حكم حاز قوة الشيء المقضي به، فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان، إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق".

ويتبين من هذا النص أن المشرع قد راعى حالة التقصير من جانب المشتري بعدم الإخطار أو الإخطار بعد فوات الوقت، مما أدى إلى صدور الحكم ضده، وبالتالي عليه تحمل جزء من عواقب تقصيره، فاكتمل المشرع في هذه الحالة أن يثبت أن تدخله في الدعوى كان سيؤدي إلى رفضها، فيدفع البائع بذلك عن نفسه رجوع المشتري عليه بالضمان².

إلا أنه يستثنى من هذه الحالة، حالة إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى بسبب غياب البائع مدة يستحيل فيها إعلامه بالدعوى، ففي هذه الحالة لا يفقد المشتري حقه في الضمان إذا تصدى شخصياً للدعوى ضد الغير، وحكم بالاستحقاق لصالح الغير.

1- هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص 486.
2- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 329.

و يمكن تبرير هذا بأن المشتري عندما باشر في الدعوى بمفرده، لم تكن عن إرادة واختيار منه، وإنما هو قد اضطر إلى ذلك بحكم غياب البائع. وبناء عليه يتحمل البائع واجب الضمان¹.

الاحتمال الثاني: ألا يتمكن البائع من إثبات أن تدخله في الدعوى كان سيؤدي إلى رفضها، ففي هذه الحالة يلتزم البائع بضمان الاستحقاق على الرغم من عدم إخطار المشتري له في الوقت الملائم، وهو ما يستفاد من مفهوم المخالفة لعبارة نص المادة 372 فقرة 2 ق.م.

الفرع الثاني: التنفيذ العيني في عقد الإيجار

تنص المادة 484 ق.م على أنه " يتعين على المستأجر إخطار المؤجر بالدعوى المرفوعة من الغير الذي يدعي حقا على العين المؤجرة يتعارض مع حق المستأجر ومطالبته بالضمان.

و في هذه الحالة يمكن للمستأجر طلب إخراجه من الخصام، إذا ترتب على هذه الدعوى حرمان المستأجر من الانتفاع بالشيء المستأجر كليا أو جزئيا، جاز له طلب فسخ الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار، دون الإخلال بحقه في التعويض".

و تنص المادة 497 ق.م: "يجب على المستأجر أن يخبر فورا، المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كأن تحتاج العين المؤجرة إلى ترميمات مستعجلة، أو يظهر عيب فيها، أو يقع اغتصاب عليها، أو يتعدى الغير بالتعرض أو الإضرار بها".

وفق ما نصت عليه المادتان فإنه يقع على المستأجر واجب إخطار المؤجر بوقوع التعرض، ويعتبر هذا الإخطار رد فعل طبيعي في مثل هذه الظروف، وذلك حتى يتكفل

1- أغفل المشرع الجزائري النص على هذه الحالة، بخلاف بعض التشريعات العربية مثل المشرع المغربي حيث ينص الفصل 548 من قانون الالتزامات والعقود على أن المشتري لا يفقد حقه في الرجوع بالضمان على البائع " إذا لم يتمكن بسبب غيابه من إخطاره في وقت مفيد، واضطر نتيجة ذلك أن يدافع عن نفسه وحده ضد المستحق".
- وهو ما ينص عليه أيضا المشرع التونسي في الفصل 646 من مجلة الالتزامات والعقود "إذا كان البائع غائبا غيبة ثابتة بحيث يتعذر إعلامه والتجأ المشتري إلى الخصام لدفع القائم عليه بالاستحقاق فله الرجوع على البائع إذا خاصم و استحق منه المبيع"

بوقف هذا التعرض والتصدي له، كما أن المؤجر هو صاحب الشأن في هذا الإدعاء وهو الأقدر على مواجهته، لذلك ألقى المشرع واجب الإخطار على المستأجر¹.

ولم يشترط المشرع - كما هو الشأن في عقد البيع - أن يتخذ الإخطار شكلا معينا، إذ يجوز أن يكون بإعلان على يد محضر قضائي أو برسالة موصى عليها أو حتى شفويا، وقد لا يستوجب عليه الإخطار إذا كان المؤجر يعلم بوقوع التعرض بنفسه أو حتى عن طريق شخص آخر، وفي جميع الحالات سيقع عبء الإثبات على المستأجر².

و قد يقوم مقام الإخطار إدخال المؤجر خصما في الدعوى في حالة ما إذا رفع المتعرض دعوى على المستأجر فقام هذا الأخير بإدخال المؤجر ضامنا في الدعوى، أو أن يرفع المستأجر دعوى على المتعرض لمنع تعرضه، ثم يدخل المؤجر ضامنا.

كما لم يحدد المشرع مدة يتم خلالها إخطار المؤجر إلا أنه اشترط مبادرة المستأجر بإخطار المؤجر، حتى يتمكن المؤجر من تحديد موقفه وإعداد ما لديه من دفوع لمواجهة إدعاء الغير³.

فإذا لم يقيم المستأجر بإخطار المؤجر في الوقت المناسب، أو لم يخطره أصلا وكان ذلك سببا رئيسيا في نجاح المدعي في تعرضه، وأثبت المؤجر أنه كان في إمكانه دفع التعرض لو تم إخطاره في الوقت المناسب، كما لو قدم أدلة تدحض إدعاء المتعرض فإن حق المؤجر في الضمان يسقط.

و يجوز للمؤجر طبقا للقواعد العامة أن يرجع بالتعويض على المستأجر وذلك عن كل ما لحقه من أضرار نتيجة عدم قيام المستأجر بإخطاره في الوقت المناسب.

إلا أنه ومع ذلك يجوز للمستأجر أن يرجع بالضمان على المؤجر رغم عدم إخطاره بالتعرض إذا أثبت أن المتعرض كان لا بد من أن ينجح في تعرضه، حتى لو أخطر المؤجر بهذا التعرض، وتدخل هذا الأخير في الدعوى، أو أن المؤجر كان يعلم بالتعرض بالرغم من عدم إخطاره.

1- هلال شعوة، المرجع السابق، ص 125.

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 233.

3- نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 410.

أما إذا قام المستأجر بإخطار المؤجر بوقوع التعرض في الوقت المناسب تحتم على المؤجر أن يدفع هذا التعرض حتى يكون قد نفذ التزامه بالضمان تنفيذا عينيا.

ودفع التعرض هنا يختلف بحسب الطريقة التي يقع بها، فإذا كان التعرض قد وقع في صورة أعمال مادية مقترنة بإدعاء حق وجب على المؤجر أن يتخذ كافة الإجراءات القانونية لدفع هذا التعرض، كرفع دعوى على المتعرض يطلب فيها الكف عن تعرضه للمستأجر.

وللمؤجر كذلك اللجوء إلى دعاوى الحيازة متى توافرت شروطها، فإذا نجح المتعرض في وضع يده على العين المؤجرة مدعيا بأن له الحق في ذلك، كان للمؤجر رفع دعوى استرداد حيازة، وإذا تمثل تعرض الغير في إقامة منشآت تعطل انتفاع المستأجر، كان للمؤجر في هذه الحالة رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة¹.

أما إذا تمثل تعرض الغير في صورة دعوى مرفوعة على المستأجر، فإن المؤجر يلتزم بأن يتدخل في هذه الدعوى بمجرد علمه أو إخطاره بذلك من قبل المستأجر، بل يجب عليه أن يتدخل بمجرد علمه بالتعرض حتى لو لم يخطره بذلك المستأجر².

فإذا تدخل في الدعوى - وفقا للأوضاع المبينة في قانون المرافعات - كان للمستأجر الخيار بين أن يبقى في الدعوى إلى جانب المؤجر حتى يتمكن من مراقبة المؤجر في دفاعه، أو أن يطلب إخراجه من الدعوى ليتجنب تحمل مصاريف الدعوى فيما لو خسر الدعوى، وقضي للمتعرض بالحق الذي يدعيه³.

فإذا نجح المؤجر في دفع تعرض الغير، فذلك هو التنفيذ العيني لالتزامه بالضمان وبالتالي لا مسؤولية عليه اتجاه المستأجر، ولكن يحق للمستأجر أن يرجع على المتعرض بالتعويض، عما سيكون قد أصابه من ضرر لأن المتعرض لم يكن محقا في دعواه.

1- أنور طلبية، عقد الإيجار، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 1999، ص 299.

2- Planiol et Ribert, OP.Cit.p523.

3- جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 244.

وكذلك في حالة حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين مما جعله يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة، فإن للمؤجر أن يرجع على المتعرض بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة تعرضه¹.

أما إذا فشل في دفع تعرض الغير، فإنه لا يجوز القول أنه بذل كل ما يقدر على فعله بدفع هذا التعرض، وذلك لأن التزامه هنا هو التزام بتحقيق غاية وليس التزاماً بوسيلة، إذ يجب عليه أن يمكن المستأجر من الانتفاع المقصود في العقد، وإلا كان ضامناً، ولذلك يجوز للمستأجر أن يرجع عليه وفقاً لقواعد الاستحقاق بإنقاص الأجرة أو الفسخ مع التعويض في الحالتين إن كان له مبرر².

ولكن هل يجوز للمستأجر دفع التعرض بنفسه دون اللجوء إلى المؤجر؟

في الواقع ليس للمستأجر طبقاً لعقد الإيجار سوى حق شخصي في الانتفاع بالعين المؤجرة، وليس حقاً عينياً، فإذا ادعى المتعرض حقاً عينياً مثل حق الملكية أو الارتفاق، فإن الخصم الحقيقي في الدعوى هو المؤجر وليس المستأجر، وبالتالي لا يستطيع أن يطالب المتعرض باحترام حق ليس في ذمته، وكل ما يستطيع فعله هو إخطار المؤجر بالتعرض كما له - باعتباره دائماً للمؤجر - طبقاً للقواعد العامة أن يرفع دعوى غير مباشرة نيابة عن المؤجر، ويجب عليه إدخاله خصماً فيها.

ومع ذلك يجوز للمستأجر أن يدفع التعرض بنفسه، وذلك في الأحوال التي يكون خصماً حقيقياً للمتعرض، وذلك في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان تعرض الغير قد اتخذ شكل الأعمال المادية المخلة بانتفاع

المستأجر بالعين المؤجرة فإن له في هذه الحالة الحق في مباشرة كافة دعاوى الحيابة باسمه، وقد نص المشرع على ذلك صراحة في المادة 487 ق.م " لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي الصادر من الغير الذي لا يدعي حقاً على العين المؤجرة

1- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 411.

2- جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 245.

وللمستأجر أن يطالب شخصيا المتعرض بالتعويض عن الضرر الذي لحقه، وله أن يمارس ضده كل دعوى الحيازة".

ويكون للمستأجر هذا الحق سواء كان التعرض ماديا أو كان تعرضا قانونيا مصحوبا بعمل مادي، وبما أن حيازة المستأجر لا تتغير طبيعتها لمجرد استناد المتعرض له في تعرضه إلى حق يدعيه، فلا بد من القول في ظل القانون المدني بأن للمستأجر في كلتا الحالتين رفع جميع دعاوى الحيازة أو دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة، ولا يجوز للمتعرض أن يدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة المستأجر في رفعها، فليس هناك مبرر منطقي لحماية حيازة المستأجر، إذا وقع عليها اعتداء من شخص يدعي حقا ويحرمه من هذه الحماية إذا ادعى المتعرض حقا لم يثبت بعد¹.

إلا أنه يجب أن نلاحظ أن دعاوى الحيازة ليست إلا حماية مؤقتة للمستأجر فهي لا ترد إدعاء الغير من حيث الموضوع.

" فلو ادعى الغير ملكية العين مثلا، كان له أن يرفع دعوى استرداد الملك على المؤجر، ويدخل المستأجر في الدعوى حتى يحكم عليه بالتسليم، فإذا أثبت المتعرض ملكيته للعين، وقضى على المؤجر بتثبيت ملكية المتعرض وعلى المستأجر بتسليم العين إلى المتعرض، لم يسع المستأجر إلا تنفيذ الحكم وتسليم العين، ولا يجديه أن يكون قد كسب دعوى من دعاوى الحيازة يحمي بها حيازته، وكل ما يستطيع فعله بعد أن حكم عليه بتسليم العين للمعترض، هو أن ترجع بضمان الاستحقاق على المؤجر.

وله أن يطلب في نفس دعوى الملك المرفوعة من المعترض أن يقضي بالضمان على المؤجر في حالة الحكم بتثبيت ملكية المتعرض"².

الحالة الثانية: الدعاوى التي يكون فيها للمستأجر صفة في أن يكون خصما للمتعرض، لأن يدعي الغير أنه مستأجر للعين ومفضل على المستأجر المدعى عليه، فمن الواضح هنا أن المستأجر صفة في هذه الطلبات الموجهة إليه³، فيستطيع أن يدفعها بأن

1- علي إبراهيم الجاسم، المرجع السابق، ص 257.

2- السنهوري، المرجع السابق، ص 356.

3- جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 356.

إجارته تفضل على إجارة المتعرض إما بتاريخ التسجيل أو بوضع اليد، طبقاً لنص المادة 485 ق.م " إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة، تكون الأولوية لمن كان عقده سابقاً في ثبوت التاريخ على العقود الأخرى. وإذا كان للعقود نفس التاريخ تكون الأولوية لمن حاز الأماكن

يجوز للمستأجر حسن النية، إذا حرم من هذه الأولوية مطالبة المؤجر بالتعويض¹.

المطلب الثاني :

التنفيذ بمقابل (ضمان الاستحقاق)

إذا استحق الشيء محل العقد من تحت يد المكتسب- المشتري أو المستأجر- سواء كان ذلك الاستحقاق كلياً أو جزئياً، فإن الناقل - البائع أو المؤجر- يكون قد فشل في منع تعرض الغير، وأصبح التنفيذ العيني مستحيلاً، ومن ثم فإنه يجب على الناقل أن يعرض المكتسب عما لحقه من ضرر بسبب هذا الاستحقاق، ويعتبر هذا التعويض بمثابة جزاء ينشأ نتيجة لإخلال الناقل بالتزامه الأصلي بدفع تعرض الغير.

فالناقل إذن يلتزم بالتزام واحد، و هو ضمان التعرض فإذا استطاع تنفيذه عينياً بأن نجح في دفع تعرض الغير، فإنه يكون قد أوفى بالتزامه كاملاً، أما إذا كان لم يتمكن من ذلك بأن استحق محل العقد كلياً أو جزئياً فإن الناقل يلتزم بالتعويض عن إخلاله بالتزامه، و هو ما يعرف بضمان الاستحقاق.

و من هنا فقد اعتبر ضمان الاستحقاق ضماناً احتياطياً بالنسبة لضمان التعرض بحيث لا يتم اللجوء لتحريك ضمان الاستحقاق، إلا إذا لم يتمكن المكتسب من الالتجاء لضمان التعرض².

1- كانت المادة 485 ق.م قبل تعديلها تعطي الأولوية لواضع اليد، حيث تنص: " إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة أعطيت الأولوية لمن سبق منهم إلى وضع يده عليها دون غش...".
2- خميس خضر، المرجع السابق، ص 253.

و سوف نتناول ضمان الاستحقاق في كل من عقد البيع و عقد الإيجار على النحو التالي :

الفرع الأول : التنفيذ بمقابل لالتزام البائع بضمان تعرض الغير

إذا عجز البائع على تنفيذ التزامه بوضع حد للتعرض الصادر من الغير و انتهى التعرض باستحقاق المبيع من يد المشتري، فإن البائع يكون من واجبه تنفيذ التزامه بطريق التعويض (ضمان الاستحقاق) و ذلك بتمكين المشتري من مختلف الحقوق التي أقرتها المادتان (375، 376 ق.م) وعلى ذلك فإن ضمان الاستحقاق يعتبر جزاء عدم تنفيذ الالتزام بضمان التعرض.

و هذا الحق في الضمان يثبت للمشتري إذا توافرت حالة من الحالات الآتية:

- 1- إذا تدخل البائع في دعوى الاستحقاق المرفوعة على المشتري و صدر الحكم لصالح الغير المتعرض باستحقاق المبيع.
- 2- إذا أخطر المشتري بدعوى الاستحقاق و لم يتدخل في الدعوى، و حكم لصالح المتعرض، و لم يستطع المشتري أن يثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطئه الجسيم.
- 3- إذا لم يتدخل البائع رغم أخطاره، و اعترف المشتري بحق الغير، أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم نهائي، و لم يستطع البائع أن يثبت سوء نية المشتري أو أن الغير لم يكن على حق في دعواه.
- 4- إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى، و حكم للمتعرض دون أن يثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان سيؤدي إلى رفضها.
- 5- إذا سلم المشتري للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض و لم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه¹.

1- محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 296

فإذا تحققت حالة من الحالات السابقة يحق للمشتري الرجوع على بائعه بضمان الاستحقاق، إلا أن عناصر التعويض تختلف بحسب ما إذا كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً.

أولاً : التعويضات التي يلتزم بها البائع في حالة الاستحقاق الكلي للشيء المبيع (المادة 375 ق.م)

أ) المقصود بالاستحقاق الكلي :

يقصد بالاستحقاق الكلي للمبيع " نزع المبيع من يد المشتري بمقتضى حكم يلزمه بترك المبيع لمدعي الاستحقاق، متى كان هذا الحكم صادراً في مواجهة البائع.

أو كان البائع قد أخطر بالدعوى في الوقت الملائم فلم يتدخل فيها ما لم يثبت هذا أن المشتري قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً كان هو السبب في الحكم باستحقاق المبيع للغير"¹، غير أنه و إن كان الأصل أن الاستحقاق الكلي يتحقق بترك المشتري للمبيع بموجب حكم قضائي لمدعي الاستحقاق، فإنه يوجد حالات أخرى للاستحقاق الكلي الموجب للضمان تثبت دون صدور حكم بالاستحقاق، و الأمثلة على ذلك كثيرة منها:

- حالة قيام البائع ببيع عقار لمشتري ثم يبيعه مرة أخرى لمشتري ثان سبق إلى تسجيله قبل الأول.

- حالة عدم تسجيل المشتري عقد البيع للعقار، و بالتالي لم تنتقل إليه ملكيته بعد، ثم أفلس البائع فيقوم دائرته بالتنفيذ على أمواله ومن بينها الشيء المبيع استيفاءً لديونهم.

- حالة إذا كان العقار المبيع محملاً برهن فنفذ الدائن المرتهن بحقه، و انتهى التنفيذ ببيع العقار في المزاد العلني².

- حالة اعتراف المشتري بحسن نية للمدعي بحقه، أو تصالحه معه دون انتظار صدور حكم قضائي وفقاً لما جاء في نص المادة 373 ق.م.

1- سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 383.
2- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 298.

(ب) حقوق المشتري عند الاستحقاق الكلي للمبيع :

أعطى المشرع في حالة استحقاق المبيع حق الاختيار، في أن يؤسس دعواه في رجوعه على بائعه، إما على القواعد العامة المتعلقة بالفسخ أو الإبطال، و إما على أساس قواعد ضمان الاستحقاق التي حدد عناصر التعويض فيها المشرع في المادة 375 ق.م. و هذه القواعد (عناصر التعويض) لا يمكن تطبيقها إذا أقام المشتري دعواه على أساس الفسخ أو الإبطال.

و قد أقر المشرع بذلك صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة 375 ق.م " كل ذلك ما لم يقيم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله "

و قد أراد المشرع بذلك أن يبين أن عناصر التعويض التي وردت في النص مقصورة على تطبيق قواعد التنفيذ بطريق التعويض، دون أن يخل ذلك بحق المشتري في الفسخ أو الإبطال.

هذا و تعتبر قواعد التنفيذ بطريق التعويض أكثر فائدة للمشتري الذي نزعته يده من المبيع، مما لو اختار طريق القواعد العامة حيث اختصت المادة 375 ق.م بتغطية أغلب الاحتمالات التي قد تصاحب حالة الاستحقاق.

فقد يكون المشتري قد تسلم العقار فعلا و قام بإجراء العديد من الترميمات الضرورية و أضاف بعض التحسينات على العقار، كإعادة طلاء الجدران أو إنشاء حديقة أو تزويد العقار بخط كهرباء أو غاز... إلى غير ذلك من الترميمات التي من دون شك ترفع من قيمة العقار، ثم بعد ذلك يتم التعرض للمشتري من خلال دعوى الاستحقاق، فإذا صدر الحكم لصالح الغير في الدعوى، يكون المشتري قد تكبد خسائر كبيرة، فضلا عن المصروفات التي أنفقها في سبيل دفع تعرض الغير القانوني، و خاصة إذا كان المشتري قد أخطر البائع في الوقت الملائم ودعاه إلى التدخل و لم يفعل إلى أن حكم باستحقاق المبيع.

فيحق للمشتري طبقاً لنص المادة 375 ق.م، أن يرجع على البائع بتنفيذ التزامه بمقابل من خلال قيمة المبيع من ناحية، و التعويضات الفرعية من ناحية أخرى و يتم تفصيل ما يحق للمشتري بموجب نص المادة 375 ق.م على النحو التالي :

1- قيمة المبيع وقت نزاع اليد :

إن أول ما يتعين على البائع الملتزم بالضمان القيام به هو أن يرد للمشتري قيمة المبيع وقت نزاع اليد، إلا أن الفقه اختلف في تحديد وقت نزاع اليد.

حيث ذهب جانب من الفقهاء إلى اعتبار وقت نزاع اليد، هو يوم صدور حكم نهائي بنزع اليد، على أساس أنه لا يكون بصدد نزاع يد إلا عندما يصدر حكم يقضي بذلك ويصبح نهائياً، كما أنه يمثل الوقت الذي تأكد فيه نجاح المتعرض في دعواه¹.

و ذهب جانب آخر من الفقهاء - و هو الأرجح - إلى اعتبار وقت نزاع اليد هو وقت رفع دعوى الاستحقاق، و ليس يوم صدور الحكم على أساس أن الحكم بالاستحقاق يستند إلى يوم رفع الدعوى²، ولو سلمنا بيوم صدور الحكم، فإنه توجد حالات عديدة للاستحقاق تثبت بدون صدور حكم³.

كما أن المشتري عند المطالبة بالتعويض، ليس ذلك إلا نتيجة الضرر الذي أصابه بسبب عدم تنفيذ البائع لالتزامه الناشئ عن عقد البيع، و وقت حدوث الضرر هو وقت رفع دعوى الاستحقاق وعليه فتقدر قيمة المبيع من هذا الوقت⁴.

و أساس التزام البائع برد قيمة المبيع وقت الاستحقاق و ليس الثمن الذي دفعه أثناء البيع هو أن المشتري مطالب بالتعويض عن الإخلال بالتزام عن عقد قائم، تعويض أساسه المسؤولية العقدية و من ثم وجب أن يكون التعويض بقدر الضرر الناشئ عن حرمان المشتري من المبيع⁵ وقت حدوث الضرر بغض النظر عن الثمن الذي أداه، و هو ما يعد

1- أنظر لحسين آث ملوياً، المرجع السابق، ص 415.

2- خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 162.

3- راجع في ذلك ما سبق تفصيله في تحديد المقصود بالاستحقاق الكلي.

4- محمد المنجي، المرجع السابق، ص 226.

5- محمد المنجي، نفس المرجع، ص 227.

أكثر تحقيقاً للعدالة، ذلك أن المشرع لم يرد حرمان المشتري من فائدة كان من الممكن أن يجنيها من المبيع، لو لم يستحق من يده¹.

و بناء على ما سبق فإن قيمة المبيع لن تخرج عن احد الاحتمالين :

***- نقصان قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن ثمنه :**

كما لو هبطت قيمة المبيع في السوق لأسباب اقتصادية، أو هبوط قيمته نتيجة استعماله كالتجهيزات الكهربائية مثلاً، فتقل قيمتها كلما طال استعمالها فإذا استحققت من يد المشتري بعد أن انتفع بها فترة طويلة من الزمن، فمن الطبيعي أن تنقص قيمتها وقت الاستحقاق عما كانت عليه وقت البيع، و في جميع الحالات يكون المشتري قد استفاد من المبيع قبل هبوط قيمته²، و بالتالي فإن المشرع عندما أقر للمشتري عند رجوعه على البائع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق فقط، يكون قد راعى جانب البائع حتى لا يضار من التعويض للمشتري.

إلا أن المشتري - كما سبق و قلنا - ليس مقيداً بقواعد التنفيذ بمقابل التي نصت عليها المادة 375 ق.م، و إنما يستطيع أن يعدل عن ذلك إلى القواعد العامة المتعلقة بالفسخ والإبطال، و تكون مصلحة المشتري في ذلك عندما تكون قيمة المبيع وقت نزع اليد قد نقصت عما كانت عليه وقت إبرام البيع.

لأن الفسخ يخول له الحق في استرداد كامل الثمن الذي دفعه، و في المقابل فإن التعويض المنصوص عليه في المادة 375 ق.م، لا يخول له إلا قيمة المبيع وقت نزع اليد³. كما أنه باستطاعة المشتري أن يطالب بإبطال البيع، إذا تبين بأن البائع لم يكن مالكا للمبيع عندما تعاقد معه، و أن المالك الحقيقي رفع عليه دعوى الاستحقاق، و صدر حكم بنزع يد المشتري من المبيع.

1- جاك غستان، المرجع السابق، ص 880.

2- أنو سلطان، المرجع السابق، ص 310.

3- محمد المنجي، المرجع السابق، ص 226.

و إذا حكم بالإبطال فإن المشتري يسترد ما دفعه من ثمن وقت البيع، لأن الطرفين يعادان إلى الحالة التي كانا عليها قبل الإبطال¹.

*- زيادة قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن ثمنه :

كما في حالة ارتفاع سعر المبيع في السوق لأي سبب كارتفاع أسعار العقارات مثلاً، أو نتيجة لتغير الظروف المحيطة بالمبيع، كأن تقوم السلطات المختصة بفتح سوق تجاري ضخم بجوار المبيع، أو تحسين ظروف المواصلات المؤدية إلى مكان المبيع، ففي كل هذه الحالات يحق للمشتري الاستفادة من هذه الزيادة في قيمة المبيع.

حيث أنه في ذلك الوقت تحديداً، تحقق التعرض للمشتري²، و من ثم فقد راعى المشرع جانب المشتري في حالة زيادة قيمة المبيع وقت الاستحقاق حتى لا يضر من استيفاء حقه من البائع، و لا يحرم من الفوائد التي كان سيحققها لولا التعرض له.

2- قيمة الثمار :

الأصل أن المشتري يكون له الحق في قبض ثمار المبيع من وقت البيع، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، و لكن إذا استحق المبيع للغير، فإن المشتري في هذه الحالة يصبح حائزاً له دون أن يملكه، إلا أنه يبقى له الحق في قبض الثمار إذا كان حسن النية³، و بهذا تقرر المادة 837 ق.م " يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية.

تعتبر الثمار الطبيعية أو الصناعية مقبوضة من يوم فصلها، أما الثمار الم دنية فتعتبر مقبوضة يوم فيوما⁴.

1- لحسين آث ملويا، المرجع السابق، ص 424.

2- محمد عبد الله أبو هزيم، المرجع السابق، ص 107.

3- خليل احمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 162.

4- قرار المحكمة العليا " من المقرر قانوناً أن الحائز يكسب ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية و من ثم فإن النعي على القرار المظنون بمخالفة القانون غير سديد، و يستوجب الرفض.

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المشتري حسن النية في استغلال الثمار مادام انه اشترى النخيل بعقدين موثقين فإن قضاة الموضوع برفضهم الحكم بمقابل الاستغلال طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً. و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن "

و بناءا عليه فإن ما قبضه المشتري من ثمار و هو حسن النية، أي دون علم باستحقاق الغير لها، فإنه لا يلتزم برده أو رد قيمته إلى المستحق، و تؤسس أحقية المشتري في كسب ثمار المبيع على اعتبار تملك الثمار يعتبر مقابلا لانتفاع البائع بالثمن في ذلك الوقت، كما أن المشتري يعتبر حائزا للمبيع، و القواعد العامة للحيازة تقضي بتملك الحائز حسن النية للثمار بمجرد قبضة.

و يفترض في المشتري باعتباره حائزا أنه حسن النية إلى أن يثبت العكس، إلا أنه بمجرد رفع الدعوى عليه من المستحق يعتبر حائزا سيء النية¹، لأنه منذ ذلك الوقت أصبح عالما بوجود حق للغير على المبيع، و بالتالي يلتزم برد الثمار التي قبضها منذ ذلك الوقت.

أما إذا كان المشتري يعلم بسبب الاستحقاق قبل رفع المستحق دعواه فإنه يكون ملزما برد الثمار إلى المستحق من وقت علمه بحقه سواء الثمار التي قبضها أو التي قصر في قبضها².

و يكون للمشتري أن يرجع على البائع بقيمة هذه الثمار باعتبارها من الخسائر التي لحقت به نتيجة الاستحقاق، و كذلك باعتباره حسن النية وقت البيع.

إلا أنه يلاحظ أن المشتري لا يرجع على البائع إلا بما رده من ثمار قبل رفع الدعوى، أما ما قبضه بعد ذلك فلا يرجع به على البائع³.

3- المصروفات التي أنفقها المشتري على المبيع :

تنقسم المصروفات التي من المحتمل أن يكون المشتري قد أنفقها على المبيع قبل ثبوت استحقاقه للغير إلى ثلاثة أنواع من المصروفات، فقد تكون ضرورية أو نافعة أو كمالية.

* المصروفات الضرورية :

هي المصروفات اللازمة لحفظ الشيء و صيانتته، كإعادة بناء جدار مهدد بالسقوط،

قرار رقم 38340، بتاريخ 1987/05/20، المجلة القضائية، ع 3، س 1993.
1- تنص المادة 825م.م " لا تزول صفة حسن النية من الحائز إلا من الوقت الذي يعلم فيه أن حيازته اعتداء على حق الغير....."
2- جاسم ناصر، المرجع السابق، ص 438.
3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 347.

و من خلال نص المادة 375 ق.م نلاحظ أن هذا النوع من المصاريف قد أستهبعده المشرع من دائرة المصاريف التي يحق للمشتري الرجوع بها على البائع عند استحقاق المبيع، و السبب في ذلك أن المشتري يمكنه استرداد ما أنفقه من مصروفات ضرورية من المستحق مباشرة بناء على الأحكام العامة التي تنظم حق الحائز في استرداد المصروفات¹، و هذا طبقاً للمادة 839 ق.م التي صرحت " على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة ".

و عليه فهذه المصروفات يستطيع المشتري الرجوع بها على المستحق، و له أيضا أن يحبس المبيع عن مستحقه حتى يقوم بالوفاء بتلك المصروفات، و ذلك لأن المبيع حتى لو بقي في حيازة المستحق فإنه سيضطر إلى إنفاق تلك المصاريف لأنها لازمة لصيانة المبيع، و بالتالي فلا داعي من زيادة أعباء البائع بتحميله واجب رد تلك المصاريف دون مبرر.

و لا يهم هنا أن يكون المشتري عالماً بسبب الاستحقاق أم لا، سواء أنفق هذه المصاريف قبل رفع دعوى الاستحقاق عليه أم بعدها، أي لا اعتبار في ذلك لحسن أو سوء نية المشتري².

* المصروفات النافعة :

هي النفقات التي يصرفها المشتري على المبيع دون أن تكون ضرورية لحفظ الشيء المبيع، ولكنها تؤدي إلى زيادة قيمة المبيع الاقتصادية من خلال إضافة بعض التحسينات، و مثالها بناء طابق جديد فوق البناء المبيع أو استصلاح الأراضي الزراعية³.

ورجوع المشتري على المستحق هنا يختلف بحسب ما إذا كان المشتري حسن النية أو سيء النية وقت إنفاقها.

- في حالة حسن نية المشتري لدى إنفاقه المصروفات النافعة، أي لا يعلم بأن العين مملوكة للغير، فإن المستحق يكون مخيراً عند مطالبة المشتري إياه بالمصروفات

1- هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص 501.

2- لحسين آث ملويا، المرجع السابق، ص 418.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 348.

النافعة، بين قيمة المواد و أجره العمل، أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك المنشآت¹.

ومن البدهة أن المستحق سيدفع الأقل من هاتين القيمتين، وبالتالي لن يستطيع المشتري أن يسترد منه كل المصروفات ، فيكون للمشتري في هذه الحالة أن يرجع بالفرق بين هذه القيمة والمصاريف التي أنفقها على بائه.

ويلاحظ أن حكم المادة 785 فقرة 2 ق.م تجيز للمستحق إذا كان أداء ما هو مستحق عن البناء يرهقه، فله أن يطلب تملك الأرض لمن أقام البناء نظير تعويض عادل.

- في حالة سوء نية المشتري لدى إنفاقه المصروفات النافعة، أي يعلم وقت أن أقام المنشآت بسبب الاستحقاق، كان للمستحق أن يطلب إزالة المنشآت في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت، أو أن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد عن ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

وإذا كان ما حصل عليه من المستحق لا يصل إلى قيمة ما أنفقه فعلا كان له الحق في الرجوع على البائع بالفرق بين ما أنفقه من مصروفات وبين ما استطاع استرداده من المستحق.

إلا أن المشتري لا يسترد من البائع هذا الفرق إلا إذا كان قد أنفق المصروفات قبل دعوى الاستحقاق، أما إذا أنفقها بعد رفع هذه الدعوى فليس له أن يرجع بها على البائع².

1- تنص المادة 785 ق.م" إذا كان من أقام المنشأة المشار إليها في المادة 784 ق.م يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجره العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت ما لم يطلب صاحب المنشأة نزاعها".

= قرار المحكمة العليا " من المقرر قانونا من أقام منشآت على أرض مملوكة للغير يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها، فلصاحب الأرض الخيار بين أن يدفع قيمة المواد وأجره العمل مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت، من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا، "

ملف رقم 48167، تاريخ 88/10/26. أنظر أيضا قرار رقم: 26244، بتاريخ 27 أبريل 1983. المجلة القضائية، ع 3، س 1990
2- هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص 505.

* المصروفات الكمالية:

وهي التي تنفق بقصد الزخرفة والزينة ولا تكون لازمة لحفظ المبيع وصيانتها، كما لا يترتب عليها زيادة في قيمته¹.

و بالنسبة لهذا النوع من المصاريف فإن المشرع لم يجز للمشتري أن يرجع بها على المستحق، كما أنه ليس له الرجوع بها على البائع إذا كان هذا الأخير حسن النية ، لأن المدين حسن النية لا يلزم إلا بتعويض الضرر المتوقع، وقيام المشتري بمصاريف كمالية، يعتبر ضرراً غير متوقع لا يسأل عنه المدين إلا إذا وقع منه غش²، حيث تنص المادة 182 فقرة 2 ق.م "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

وبالتالي فإن مفهوم المخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة يفيد بإلزام البائع بالمصروفات الكمالية غير المتوقعة إذا كان البائع سيء النية وقت العقد بارتكابه غشاً أو خطأ جسيماً، ولا يتحمل المالك تلك المصاريف حيث أنه لا ذنب له في ذلك. أما إذا كان البائع حسن النية، أي غير عالم بسبب استحقاق المبيع للغير وقت العقد، ففي تلك الحالة لا يحق للمشتري الرجوع عليه بالمصروفات الكمالية، بالإضافة إلى أنه لا يحق له الرجوع على المالك إلا في إطار³ نص المادة 839 ق.م التي تفيد أن المشتري ليس أمامه في تلك الحالة سوى أحد الخيارين:

الخيار الأول: أن يزيل ما أحدثه من منشآت بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى إحداث ضرر بالمبيع حيث يتعين إعادته إلى حالته الأولى.

الخيار الثاني: إذا اختار المالك أن يستبقي المنشآت المستحدثة، ففي تلك الحالة يمكن للمشتري استيفاء قيمة تلك المنشآت مستحقة الإزالة.

1- محمد المنجي، المرجع السابق، ص 229.

2- لحسين آث ملويا، المرجع السابق، ص 420.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 349.

4- مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق:

للمشتري الرجوع على البائع بمصاريف دعوى الضمان التي رفعها على البائع وبمصاريف دعوى الاستحقاق التي أقيمت من المدعي الأصلي، لأن المشتري خسر الدعوى في مواجهة المستحق¹.

وتشمل هذه المصاريف القضائية، مصاريف رفع الدعوى والإدخال في الخصومة، وكذلك مصاريف الطعون المختلفة².

غير أنه بالنسبة لدعوى الاستحقاق فإن المادة 375 ق.م تستثني من المصاريف التي يتحملها البائع، تلك المصاريف التي كان في مقدور المشتري أن يتوقاها لو أخطر البائع بالدعوى في الوقت المناسب.

فإذا قصر المشتري في إخطار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب أو لم يخطره إطلاقاً، فإن المشتري يتحمل تلك المصاريف بسبب تقصيره، ويقع على البائع في هذه الحالة إثبات أنه كان في إمكانه دفع دعوى الاستحقاق بما لديه من مستندات لو تم إخطاره في الوقت المناسب³.

وهذا أمر مفهوم فالمشتري ملزم قانوناً بإخطار البائع للتدخل في الدعوى، فإن لم يفعل فإنه يعتبر مقصراً، ويتحمل حينئذ نتيجة تقصيره⁴.

5- ما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب:

نصت عن ذلك الفقرة 5 من المادة 375 ق.م " بوجه عام تعويضه عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب نزع اليد من المبيع ".

ويعد نص المادة ترديداً للقواعد العامة¹، التي تقضي بأن التعويض المؤسس على أحكام المسؤولية العقدية يشمل كل ما لحق الدائن من خسارة، و ما فاتته من كسب، ما لم يرتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً².

1- أسعد دياب، المرجع السابق، ص 210.

2- لحسين آث ملويا، المرجع السابق، ص 241.

3- سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 389.

4- سبق تفصيل ذلك في الحديث عن التنفيذ بطريق التدخل.

ومن أمثلة ما لحق المشتري من خسارة ما يكون قد تكبده من نفقات لكتابة العقد، ورسوم التسجيل، ومعاينة المبيع، ومصاريف تسليم المبيع إذا كان قد تسلم المبيع.

ومن أمثلة ما فات المشتري من كسب، أن يكون قد أعد المبلغ الذي دفعه ثمنًا للمبيع لاستثماره في مشروع يدر عليه ربحًا كبيرًا، ثم ترك هذا المشروع واشترى العين المبيعة، والبائع كان على علم بذلك، فإذا استحققت العين بعد ذلك، فإن الربح الذي فات المشتري من المشروع المذكور يعتبر ضررًا يستحق عليه التعويض من البائع³.... إلى غير ذلك من المصروفات التي تخرج عن إطار ما سبق بيانه في نص المادة 375 ق.م.

و بناء على ذلك رأى المشرع أنه لا بد من النص على الفقرة 5 حتى تشمل ما أغفلته الفقرات السابقة من تعويضات.

وقد اختتم المشرع نص المادة 375 ق.م بعبارة " كل ذلك ما لم يقيم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله " ليبرز النطاق المختلف لأحكام الضمان الذي يميزها عن دعوى الفسخ والإبطال المتعلقين بإنهاء الرابطة العقدية، وليؤكد على عدم جواز تعدي نطاق دعوى إلى أخرى⁴.

ثانياً: التعويضات التي يلتزم بها البائع في حالة الاستحقاق الجزئي للشيء المبيع (المادة 376 ق.م)

إن دراسة الاستحقاق الجزئي للمبيع تقتضي منا تحديد ما المقصود به؟، كذلك ماذا يترتب عنه من آثار عند تحققه.

أ) المقصود بالاستحقاق الجزئي:

تنص المادة 376 ق.م " في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع، أو في حالة وجود تكاليف عنه، وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدراً لو علمه المشتري لما أتم العقد، كان

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 351.
2- تنص المادة 182 ق.م " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً، أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان من الممكن توقعه عادة وقت التعاقد".
3- خميس خضر، المرجع السابق، ص 215.
4- هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص 509.

له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه.

وإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم تكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد من المبيع".

حسب ما يفهم من نص المادة فإن المقصود بالاستحقاق الجزئي " هو ثبوت ملكية الغير لجزء من العين المبيعة سواء كان الجزء المستحق مفرزاً أم حصة شائعة في العين كلها، أو تبين أن المبيع مثقل بتكليف، سواء كان ذلك حقا عينيا كحق الارتفاق أو الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى، أو حقا شخصيا كحق المستأجر"¹.

و قد أسس المشرع أحقية المشتري في الرجوع بالضمان، في حالة الاستحقاق الجزئي، على مدى الخسارة التي لحقت به - جسيمة أو غير جسيمة - وكذلك على ما إذا كان المشتري سيختار استبقاء المبيع - رغم ما لحقه من خسارة - من عدمه.

و المعيار المعول عليه في تقدير ما إذا كانت الخسارة جسيمة أو غير جسيمة هو معيار شخصي يراعى فيه جانب المشتري، وكذلك الغرض الذي تم من أجله الشراء، فما يعد جسيما في نظر شخص قد لا يعد كذلك في نظر شخص آخر.

وقد ترك المشرع مسألة تقدير الجسامة لقاضي الموضوع باعتبارها من المسائل الموضوعية، وله الاستعانة في ذلك بأهل الخبرة².

ب) حقوق المشتري عند الاستحقاق الجزئي للمبيع:

ميزت المادة 376 ق.م بين حالتين بالنسبة للاستحقاق الجزئي، وأعطت لكل من هاتين الحالتين حكما يختلف عن الآخر.

1- محمد حسنين، المرجع السابق، ص 146.

2- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 319.

الحالة الأولى: أن تكون الخسارة التي لحقت بالمشتري خسارة جسيمة:

انطلاقاً من المادة 376 ق.م تعتبر الخسارة جسيمة متى بلغت قدراً لو علمه المشتري لما أتم العقد بمعنى أن يكون لها تأثير سلبي على ما تبقى من البيع، بحيث لو علم به المشتري لرفض الشراء، لأنه غير كاف للغرض الذي كان يهدف إليه المشتري من البيع¹.

ويعني ذلك أن تحديد ما إذا كان الجزء المستحق مهما أم لا، يكون بالرجوع إلى مخلفات ذلك الجزء على باقي المبيع وكذلك أثره على إرادة المشتري.

فإذا تبين أن استحقاق ذلك الجزء لم يكن مؤثراً وأن المشتري كان سيوافق على البيع حتى لو علم به من قبل، اعتبر ذلك الجزء فاقداً للأهمية، أما إذا أثبت خلاف ذلك، بأن كان الجزء المستحق على درجة من الأهمية لا يمكن الاستغناء عنه في الغرض الذي من أجله تم شراء المبيع فإن الخسارة تعتبر جسيمة.

ومتى كان ذلك فإن للمشتري أحد الخيارين:

الخيار الأول: رد المبيع وما أفاده منه إلى البائع، وذلك إذا كان حجم الخسارة لا يتفق مع الهدف الذي اشترى المبيع من أجله².

ومثاله: إذا اشترى شخص قطعة أرض بهدف تشييد مسكن، لكن جزء منها انتزع من يده بعد ثبوت استحقاقه لغيره، وكنتيجه لذلك يصبح من المستحيل عليه إقامة البناء المقصود باعتبار أن الجزء المتبقي من الأرض لا يكفي للبناء.

وكذلك الأمر لو ثبت تكليف على المبيع، كوجود حق ارتفاق على الأرض كان المشتري سيقم عليها حظيرة لتربية الدجاج، فلا شك أن الخسارة جسيمة لأنه لن يتمكن من بناء الحظيرة، و مثله من يشتري منزلاً ليسكنه ثم يجده مؤجراً بعقد نافذ في حقه لمدة طويلة.

1- سمير تناعو، المرجع السابق، ص 300.

2- هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص 513.

ففي كل هذه الحالات يعتبر المبيع فاقدًا للقيمة في نظر المشتري، وبالتالي فإن له أن يرد ما بقي لديه من المبيع إلى البائع، وفي مقابل ذلك يمكنه المطالبة بالتعويضات التي تضمنتها المادة 375 ق.م المتعلّقة بالاستحقاق الكلي، حيث أصبح الاستحقاق الجزئي - نظرا لجسامته- في حكم الاستحقاق الكلي¹.

الخيار الثاني: أن يستبقي المشتري المبيع على ما به من خسارة جسيمة بالرغم من كون نزع اليد جسيمًا، فقد يرى المشتري أن مصلحته في استبقاء المبيع، وعندها لا يكون من حقه المطالبة بالتعويض المذكور في المادة 375 ق.م، و هكذا لا يبقى له إلا المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق، وخسارته حينئذ تؤسس على أحكام المسؤولية العقدية.

من هنا، فإن التزام البائع بالتعويض في هذا الحال يجب أن لا يتجاوز الضرر المتوقع فقط، إلا إذا كان الاستحقاق الجزئي قد وقع نتيجة غش أو خطأ جسيم فيكون للمشتري التعويض في هذه الحالة عن الضرر غير المتوقع أيضا².

الحالة الثانية: أن تكون الخسارة التي لحقت بالمشتري غير جسيمة

يقصد بالخسارة غير الجسيمة، تلك التي لا ترقى إلى القدر الذي لو علمه المشتري لما أتم إبرام العقد، وبالتالي لا تكون مؤثرة على قبوله للمبيع لو علم بالاستحقاق الجزئي³.

ويتعين على المشتري في هذه الحالة أن يستبقي المبيع، ويطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق، ويراعي أن التعويض المستحق، في هذه الحالة يقدر طبقا للقواعد العامة على أساس ما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب - كما هو الحال في الخيار الثاني عند تحقق الخسارة الجسيمة - وليس بقيمة الجزء المستحق⁴.

ويمكن تبرير هذا الموقف الذي اتخذه المشرع، بحرصه على استقرار المعاملات مع المحافظة على مصلحة المشتري، فهو قد رأى بأن الاعتراف للمشتري بالحق في المطالبة

1- لحسين آث ملويا، المرجع السابق، ص 246.

2- سمير تنافو، المرجع السابق، ص 299.

3- محمد المنجي، المرجع السابق، ص 223.

4- محمد حسنين، المرجع السابق، ص 148.

بعناصر التعويض في المادة 375 ق.م، مهما كانت قيمة الجزء المنتزع، سوف يؤدي إلى زعزعة العلاقات والمعاملات ولذلك منع المشتري من هذا الحق عندما يكون الاستحقاق قد وقع في جزء لا يؤدي إلى خسارة جسيمة، ولا يؤثر على الغرض الذي من أجله تم شراء المبيع، وفي مقابل ذلك لم يغفل مصلحة المشتري بل حماها، وذلك بتأكيد حقه في طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب ذلك الاستحقاق، وهو من الحقوق التي يجوز للمشتري أن يطالب بها بغض النظر عن قيمة الجزء المستحق.

الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل لالتزام المؤجر بضمان تعرض الغير

إذا لم ينجح المؤجر في دفع التعرض الصادر من الغير، وحكم للغير بما ادعى به، وترتب على ذلك حرمان المستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة يكون للمستأجر أن يرجع على المؤجر بضمان الاستحقاق.

ويلزم لرجوع المستأجر بضمان الاستحقاق توافر عدة شروط نوجزها في ما يلي:

أولاً: ثبوت الاستحقاق للغير أي أن يتقرر للمتعرض حقا يتنافى مع أي وجه من وجوه الانتفاع المقصود بالعين المؤجرة، ويستوي في هذا الحق أن يكون حقا عينيا كحق ملكية أو ارتفاق، أو حقا شخصيا كثبوت حق المستأجر الثاني، وأولويته على المستأجر الأول.

ثانياً: يجب أن يترتب على هذا الاستحقاق الفعلي بالانتفاع المقصود بالعين المؤجرة، بأن يكون المستأجر قد حرم فعلا من الانتفاع الذي له بموجب عقد الإيجار، أي أنه إذا ثبت الاستحقاق ولكن لم يحمق المستحق بمضايقه المستأجر في انتفاعه بالعين، فلا رجوع بالضمان في هذه الحالة.

ثالثاً: أن يثبت عدم تقصير المستأجر في إخطار المؤجر بالتعرض في الوقت المناسب، فإن لم يخطره حال بينه وبين منع التعرض وثبت الاستحقاق فلا رجوع للمستأجر عليه¹.

1- عكاكة فاطمة الزهراء، التزامات المؤجر، ماجستير، جامعة الجزائر، 2002، ص 114.

متى تحققت هذه الشروط يصبح المؤجر ضامنا للاستحقاق، غير أن المشرع لم يحدد عناصر التعويض التي تترتب على الاستحقاق في عقد الإيجار، واكتفى في المادة 484 فقرة 2 ق.م بإقرار الحق للمستأجر في الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض.

إلا أنه لا يوجد مانع من تطبيق ما ورد من أحكام الضمان المتعلقة بعقد البيع في المواد (375. 376 ق.م) على عقد الإيجار، وذلك للمبررات التالية:

أولاً: إن أحكام الضمان في عقد البيع تشكل النظرية العامة للضمان في كل عقود المعاوضات - التي من بينها عقد الإيجار - ما لم يوجد نص صريح فيه قواعد خاصة بعقد الإيجار.

ثانياً: إن عناصر التعويض التي حددتها المواد (375.376 ق.م) من القانون المدني لا تخرج عن أحكام القواعد العامة للتنفيذ بمقابل.

ثالثاً: يعتبر الفسخ آخر وسيلة من الوسائل التي يلجأ إليها المتعاقد أي آخر اختيار، وبالتالي كلما توفرت خيارات أخرى فيمكن تقديمها على الفسخ إذا فضل المستأجر ذلك.

وبالتالي فيمكن للمستأجر الرجوع على المؤجر، إما على أساس عناصر التعويض، وإما الرجوع بالفسخ أو إنقاص من الأجرة مع التعويض.

أولاً: الاستحقاق الكلي:

إذا استحققت العين المؤجرة كلياً، فإن للمستأجر أن يرجع على المؤجر.

أ - يدفع المؤجر للمستأجر تعويضاً يعادل أجرة العين في الوقت الذي رفعت فيه دعوى المتعرض، سواء زادت الأجرة أم نقصت عن القيمة المدفوعة وقت العقد. وغالباً ما يختار المستأجر الفسخ إذا نقصت قيمة المبيع.

ب - الثمار: إذا كان المستأجر يعلم بسبب الاستحقاق قبل رفع دعوى المتعرض، فإنه يكون

ملزماً برد الثمار التي قبضها من العين المؤجرة من اليوم الذي علم فيه بسبب

الاستحقاق، فيرجع عند ذلك على المؤجر بما رده للمستحق من ثمار العين المؤجرة،

أما الثمار التي قبضها وهو حسن النية، أي لا يعلم وقت قبضها بحق المتعرض، فإنه يكسب هذه الثمار ولا يلزم بردها قيمتها إلى المستحق¹.

ج- المصروفات التي أنفقها على العين المؤجرة ومنها:

المصروفات الضرورية: إذا أنفق المستأجر على العين المؤجرة مصروفات ضرورية، فإنه يستردها من المالك الذي حكم له بالاستحقاق

المصروفات الكمالية: لا يجوز للمستأجر أن يرجع بها على المالك المستحق إلا إذا فضل المالك استبقاءها مقابل دفع قيمتها².

كما لا يجوز له أن يرجع بها على المؤجر، إلا إذا كان المؤجر سيء النية.

المصروفات النافعة: إذا أحدث المستأجر في الأرض المؤجرة بناءً أو غرساً زادت من قيمة العين المؤجرة، ففي هذه الحالة يفرق بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية، حسب المواد (784.785 ق.م).

فإذا كان المستأجر حسن النية، وقد أقام منشآت وهو لا يعلم بأن العين المؤجرة مملوكة للغير فإن المالك المستحق للعين المؤجرة، يخير بين أن يدفع للمستأجر قيمة المواد وأجرة العمل، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض المؤجرة، ويكون للمستأجر أن يرجع على المؤجر بالفرق بين هذه القيمة والمصاريف التي أنفقها.

أما إذا كان المستأجر سيء النية بأن كان يعلم وقت إقامة المنشآت بسبب الاستحقاق، فإن للمالك المستحق أن يطلب إزالة هذه المنشآت أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة العين المؤجرة، وللمستأجر أن يرجع على المؤجر بالفرق بين ما استرده من المالك المستحق وما أنفقه فعلاً.

د- مصروفات الدعوى:

إذا خسر المستأجر الدعوى، التي يكون هو قد التزم بمصاريفها، فيكون له أن يرجع بها على المؤجر، كما له أن يطالبه بمصروفات إدخاله في الدعوى ومصاريف الدعوى التي يرجع بها عليه مطالباً بتعويضه عن الاستحقاق، يستثنى من ذلك ما كان يستطيع المستأجر

1- أنظر المادة 837 ق.م.

2- أنظر المادة 839 ق.م.

أن يتفاداه لو أخطر المؤجر بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب، ويقع عبء الإثبات على المؤجر أنه كان ممكناً رد إدعاءات المتعرض لو أخطر في الوقت الملائم.

هـ - ما لحق المستأجر من خسارة وما فاتته من كسب:

وهو ما تقتضيه القواعد العامة، فإذا كانت العين المؤجرة محلاً تجارياً وأنفق عليه المستأجر مبالغ كبيرة من أجل تجهيزه وإعداده للتجارة، ثم استحققت العين بعد مدة، مما اضطر المستأجر إلى إخلاء العين.

يلتزم المؤجر هنا بتعويض المستأجر عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة¹.

ثانياً: الاستحقاق الجزئي:

هو الذي يؤدي إلى حرمان المستأجر من الانتفاع في جزء من العين كما لو وجد حق ارتفاق على العقار المؤجر.

وفق نص المادة 376 ق.م فإنه يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الحرمان من الانتفاع المترتب على الاستحقاق من الجسامة، بحيث لو علمه المستأجر وقت العقد لما أبرم العقد كما لو أجر شخص عمارة من عدة طوابق لتحويلها إلى مستشفى، ثم تبين له أن عدداً من طوابق العمارة مستحقة للغير، وبالتالي تصبح الأجزاء المتبقية من العمارة غير كافية لإنشاء الغرض المقصود من العقد.

ففي مثل هذه الحالة وما شابهها، يكون المستأجر مخيراً ما بين أن يرد ما بقي من العين المؤجرة، ومطالبته بالتعويضات التي يستحقها في حالة الاستحقاق الكلي، أو أن يستبقى العين المؤجرة إذ رأى المستأجر أن مصلحته في استبقائها، ويطالب بالتعويض في حدود الضرر المتوقع.

الحالة الثانية: أن يكون حرمان المستأجر من الانتفاع غير جسيم أي لا يرقى إلى القدر الذي لو علمه المستأجر لما أتم عقد الإيجار، فلا يكون له هنا إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر.

1- أنظر المادة 182 ق.م.

ثالثاً: الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض:

تنص المادة 484 فقرة 2 ق.م" إذا ترتب على هذه الدعوى حرمان المستأجر من الانتفاع بالشيء المستأجر كلياً أو جزئياً، جاز له طلب فسخ الإيجار، أو إنقاص بدل الإيجار دون الإخلال بحقه في التعويض".

يتضح من هذا النص أنه لا يخرج عما تقضي به القواعد العامة، حيث يجوز للمستأجر إذا أخل المؤجر بالتزامه وترتب على ذلك حرمان المستأجر من الانتفاع فعلاً، أن يختار المستأجر طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض.

أ - فسخ الإيجار:

يجوز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار إذا ترتب على التعرض إخلال جسيم بالانتفاع المقصود من العقد، بحيث لو كان يعلم به وقت إبرام عقد الإيجار، لما أقدم على التعاقد، على أن للقاضي السلطة التقديرية في الاستجابة لطلب الفسخ أو عدم إجابته، وذلك وفقاً لجسامة التعرض الحاصل له¹.

ب - إنقاص الأجرة:

إذا كان الإخلال بالانتفاع يسيراً مما لا يتعذر معه استبقاء المنفعة المقصودة من عقد الإيجار، كان للقاضي أن لا يستجيب لطلب الفسخ، ويحكم بتعديل العقد عن طريق إنقاص الأجرة وليس الفسخ.

كما أنه يمكن للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة من البداية، وذلك إذا رأى أن الجزء المتبقي من الممكن أن يؤدي الغرض المقصود من العقد².

وقد تُثار الصعوبة حول النسبة التي تتبع في إنقاص الأجرة، فيما لو أن قيمة الإيجار قد انخفضت أو زادت في الفترة بين الإيجار وحصول الاستحقاق.

1- جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 246.

2- السنهوري، المرجع السابق، ص 359.

إلا أن المبدأ السائد و هو إنقاص الأجرة يكون بنسبة النقص في الانتفاع، ويسري الإنقاص من وقت حصول الإخلال بالانتفاع¹.

ج - التعويض:

سواء طلب المستأجر الفسخ أو إنقاص الأجرة، فإنه يجوز له في كلتا الحالتين أن يطلب تعويضاً على أساس إخلال المؤجر بالتزامه، والذي أدى إلى عدم انتفاعه بالعين انتفاعاً هادئاً.

ويكون تقدير التعويض وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، لأن إخلال المؤجر بالتزامه بالضمان هو إخلال بالتزام عقدي مُلقى على عاتقه.

وقد بينت المادة 182 الفقرة 1 ق.م حدود التعويض في المسؤولية العقدية، فيشمل ما فات المستأجر من كسب وما لحقه من خسارة بسبب التعرض.

كما بينت الفقرة الثانية، من المادة 182 ق.م، أن التعويض يكون عن الضرر المتوقع فقط، إلا أنه في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، فإن المدين ملزم بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع².

ومعيار التمييز بين الضرر المباشر وغير المباشر هو وجود علاقة سببية بين فعل المتعاقد المسؤول والضرر الناجم عنه للمتعاقد المضروب، فكلما وجدت هذه العلاقة كنا بصدد ضرر مباشر، وإذا تخلفت نكون بصدد ضرر غير مباشر.

وبتطبيق القواعد العامة فإن للمستأجر الرجوع على المؤجر في جميع الحالات سواء أكان هذا الأخير حسن النية أم سيء النية.

وكل ما في الأمر أن المؤجر إذا كان حسن النية فإنه لا يلتزم إلا بتعويض الضرر المباشر المتوقع، وإذا كان سيء النية التزم بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع³.

1- نفس المرجع، ص 360.

2- تنص المادة 182 ق.م " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. "

3- السنهوري، المرجع السابق، ص 360.

المبحث الرابع:

الاتفاق على تعديل أحكام الضمان

كما هو الشأن بالنسبة لضمان التعرض الشخصي، فإنه يجوز للمتعاقدين تعديل أحكام ضمان تعرض الغير. وذلك بإبرام اتفاقات معدلة لهذا الضمان.

و هذا الاتفاق الذي يجوز لطرفي العقد القيام به بخصوص تعرض الغير، له بعض الخصوصيات التي تميزه عن تعديل ضمان التعرض الشخصي، وهي أن نطاقه أوسع، إذ يتمتع المتعاقدان بحرية أكبر في هذا المجال.

كما أن الاتفاق على تعديل أحكام ضمان تعرض الغير قد يكون في صورة زيادة في أحكام الضمان، وقد يكون في صورة إنقاص هذا الضمان كما يمكن أن يصل في بعض الأحيان إلى حد الإعفاء، وهو ما سوف نتناوله في ثلاثة مطالب متتالية:

المطلب الأول:

الاتفاق على الزيادة في الضمان

لا يختلف الأمر عما ذكرناه سابقا عند دراستنا لضمان التعرض الشخصي، إذ تعتبر هذه الاتفاقات مشروعة، حيث يجوز قانونا الاتفاق على الزيادة في ضمان فعل الغير أيضا. وذلك بتحميل الناقل - البائع أو المؤجر - كطرف مدين بالضمان بالتزامات جديدة بالإضافة إلى تلك التي أنشأها القانون .

والاتفاق على الزيادة في الضمان قد يتعلق بمحل الالتزام، وذلك بأن يضمن ناقل الحق بعض الأعمال أو بعض الحقوق التي لا تدخل في نطاق ما ألزمه به القانون¹، كالاتفاق على أن يضمن البائع استحقاق المبيع عند انتزاع ملكيته للمنفعة العامة.

1- خميس خضر، المرجع السابق، ص 250.

أو أن يضمن التعرض المادي الصادر من الغير، والواقع أن القانون قد حمّله فقط الالتزام بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير طبقاً للمادة 371 ق.م.

كما يمكن أن تتعلق الزيادة بآثار الضمان، أي بالشرط على الزيادة في مقدار التعويض الواجب دفعه في حالة الاستحقاق، كأن يتفق المشتري مع البائع على أن يرجع عليه في حالة الاستحقاق بجميع المصروفات حتى ولو كانت كمالية، وحتى لو كان البائع حسن النية.

أو أن يتفق المشتري مع البائع على تخيير المشتري عند استحقاق المبيع للغير بين استرداد قيمة المبيع أو ثمنه وفقاً لمصلحته¹، وذلك بخلاف نص المادة 375 ق.م التي أعطت للمشتري حق الرجوع على البائع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق.

وكأن يتفق على أن للمستأجر الحق في فسخ الإيجار متى وقع له تعرض من الغير، ولو كان التعرض مادياً أو يكون له الحق في الفسخ، ولو كان الإخلال في الانتفاع يسيراً².

وينبغي في الأخير أن يراعى بالنسبة للزيادة في الضمان، سواء كانت الزيادة متعلقة بموضوع الالتزام أو بآثاره، يجب النص عليه بصفة واضحة ودقيقة لا تترك مجالاً للشك حول توفر نية حقيقية وفعالية من جانب طرفي العقد تنصرف نحو الزيادة في الضمان³.

لأن الغموض وغياب الإرادة الجادة يفقد الضمان الاتفاقي قيمته ويبقى الناقل ملتزماً تجاه المكتسب في حدود ما نص عليه القانون.

1- هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص 568.

2- جاسم ناصر، المرجع السابق، ص 546.

3- نفس المرجع، ص 547.

المطلب الثاني:**الاتفاق على إنقاص الضمان**

مثلاً يجوز للمتعاقدين الزيادة في ضمان فعل الغير، فإنه بإمكانهم أيضاً الاتفاق على الإنقاص منه بمقتضى اتفاقات خاصة.

والإنقاص من ضمان ناقل الحق قد يتعلق بموضوع الضمان بإعفاء الناقل من بعض الأعمال التي توجب الضمان بنص القانون كالاتفاق على إعفاء البائع من ضمان حقوق الارتفاق الخفية التي قد تظهر فيما بعد ولا يكون عالماً بها، كأن لا يكون للمستأجر حق الفسخ في حالة التعرض المادي الصادر من الغير، ولو كان الإخلال بالانتفاع جسيماً، أو أن له في هذه الحالة المطالبة بإنقاص الأجرة فقط دون الفسخ.

أما بالنسبة للتعرض القانوني الصادر من الغير، فلا يجوز الإنقاص فيه بصريح نص المادة 490 فقرة 1 ق.م " يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني".

كما يمكن أن يتعلق الإنقاص بما يرجع به الدائن بالضمان من تعويضات، مثال ذلك، الاتفاق على إلزام البائع برد ثمن المبيع فقط في حالة زيادة قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن الثمن، أو أن لا يلتزم البائع برد قيمة الثمن التي قد يلتزم المشتري بردها لمن يثبت له استحقاق المبيع فيما بعد.

أو الاتفاق على عدم أحقية المشتري في رد المبيع في حالة الاستحقاق الجزئي والاكتفاء بالتعويض فقط عما أصابه من ضرر، ولو كانت الخسارة التي لحقت به خسارة جسيمة، إلا أنه مهما كانت صورة الإنقاص من الضمان، فإنه يجب توافر حسن النية من جانب الطرف المستفيد - البائع أو المؤجر - أي أن الاتفاقات التي تنطوي على غش أو سوء نية من ناقل الحق تقع باطلة ولا يعتد بها، إذ لا يجوز لأحد أن يستفيد من غشه.

فإذا اتفق المتعاقدان مثلاً على إعفاء البائع من ضمان حق مسلط على المبيع، ثم اتضح فيما بعد أن البائع كان يعلم بوجود هذا الحق مسبقاً، ولم يفصح عنه للمشتري فإنه

يعتبر بذلك سيء النية¹، باعتباره قد تعمد إخفاء هذا الحق ، ولا يمكنه بالتالي التخلص من المسؤولية على أساس أنه قد تم الاتفاق على إسقاط الضمان، بل يبقى ملتزماً تجاه المشتري بما نص عليه القانون.

وبذلك نصت المادة 377 فقرة 3 ق.م، " يكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير".

وكذلك في عقد الإيجار إذا كان المؤجر يعلم بأن للغير حقاً على العين المؤجرة يتعارض مع حق المستأجر، وأخفى هذا الحق عن المستأجر عمداً، ثم اشترط إعفاءه من الضمان أو إنقصه، فإن هذا الاتفاق يقع باطلاً²، وما هذا إلا تطبيقاً للقواعد العامة في عدم جواز اشتراط الإعفاء من الغش أو الخطأ الجسيم في المسؤولية العقدية، (م 178 ف2 ق.م)³ لأن جواز اشتراط المدين عدم مسؤوليته عن خطئه الفاحش أو المتعمد، يعني في الواقع جعل التزامه معلقاً على محض إرادته، وهو أمر غير مقبول لأنه ينتج عنه عدم اكتراث في الوفاء وبالتالي الإضرار بالطرف المقابل.

المطلب الثالث:

الاتفاق على إسقاط الضمان

إذا كان المشرع قد منع الاتفاق على إسقاط ضمان الفعل الشخصي ، فإنه أجاز ذلك بالنسبة لفعل الغير، بحيث يعتبر الاتفاق على إسقاط ضمان فعل الغير مشروعاً من الناحية القانونية، إذا لم يكن الناقل قد تعمد إخفاء سببه.

وفي ذلك تنص المادة 378 ق.م "يبقى البائع مسؤولاً عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك.

1- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 303.

2- السنهوري، المرجع السابق، ص 362.

3- تنص المادة 178 ف 2 ق.م.

"كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم..."

وإذا كان نزع اليد عن المبيع من فعل الغير، فإن البائع يبقى مطالباً قبل المشتري برد قيمة المبيع وقت نزع اليد، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نزع اليد، أو أنه اشترى تحت مسؤوليته".

من خلال النص القانوني نلاحظ أن آثار إعفاء البائع من المسؤولية، ليست مطلقة في كل الحالات إذ يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يتفق الطرفان على إسقاط الضمان – ويفترض أن المكتسب لا يعلم عند العقد بسبب الاستحقاق الذي أدى فيما بعد إلى نزع حيازته عن الشيء محل العقد – فلا يترتب عن هذا الاتفاق سوى إعفاء البائع من التعويضات، أما واجب إرجاع الثمن وقت الاستحقاق فإنه يبقى مسؤولاً عنه¹.

أي أنه في صورة استحقاق المبيع من يد المشتري ورجوعه بالضمان على البائع، لا يكون من حق هذا الأخير أن يمتنع عن رد الثمن كله أو بعضه بحجة أنه يوجد اتفاق بعدم الضمان، وإنما له فقط أن يرفض التعويضات طالما لم يكن ذلك الاستحقاق نتيجة إخفاء الناقل لسببه.

وكذلك إذا جاء الاتفاق على إسقاط ضمان التعرض المادي في عقد الإيجار²، فإن ذلك لا يترتب إلا إسقاط الحق في التعويض، أما الحق في الفسخ، أو إنقاص الأجرة فإنه يبقى، لأن الفسخ نتيجة حتمية للحرمان من الانتفاع، وكذلك الإنقاص في الأجرة، فهو نتيجة للإخلال بالانتفاع.

الحالة الثانية: أن يتم الاتفاق على إسقاط الضمان كلية، فيعفى ناقل الحق من كل مسؤولية حتى فيما يتعلق برد قيمة المبيع، ويتحقق ذلك إذا صاحب شرط عدم الضمان أحد الأمرين:

1- أن يكون المكتسب عالماً وقت العقد بسبب الاستحقاق (م 378 ف2 ق.م) ففي هذه الحالة يعفى البائع من رد قيمة المبيع، إلى جانب التعويضات الأخرى، لأن المشتري

1- خميس خضر، المرجع السابق، ص 265.

2- أما الاتفاق على إسقاط ضمان التعرض القانوني، فيقع باطل بصريح المادة 490 التي تنص "يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني"

في هذه الحالة وبقبوله شرط إسقاط الضمان مع علمه بسبب الاستحقاق، لا بد أن يكون قد أدخل في حسابه هذه المخاطرة في تقدير الثمن¹.

2 - أن يكون المشتري قد اشترى المبيع على مسؤوليته، أي يذكر صراحة في العقد تحمله لتلك المخاطر، وبذلك يكتسب المبيع طابعا احتماليا، إذ أن المشتري يعلم بأن حق البائع بالنسبة للشيء المبيع ضعيف، ومع ذلك فإنه يقوم بالشراء ويكون ذلك في العادة بمقابل زهيد أقل مما لو لم يكن العقد بهذا الوصف، (م 378 ف 2 ق.م)².

فإذا تحقق أحد هذين الفرضين و استحق المبيع، لم يكن للمشتري الرجوع على البائع بأي شيء.

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 363.
2- نفس المرجع، ص 364.

الختمة

الخاتمة

بعد هذه الدراسة التحليلية للالتزام بضمان التعرض والاستحقاق في كل من عقدي البيع والإيجار، وعلاقته بغيره من قواعد إنهاء الرابطة العقدية كالبطلان والفسخ .

و من خلال دراسة صور الالتزام بالضمان، و شروطه و الجزاء المترتب عليه سواء كان هذا التعرض شخصيا أو صادرا من الغير، فإنه يجدر بنا في خاتمة هذا البحث أن نسجل أهم النتائج و الاقتراحات التي تم التوصل إليها :

النتائج

• تبين من خلال البحث أن أهم الاعتبارات التي دعت المشرع إلى وضع قواعد ضمان التعرض و الاستحقاق، هي عدم كفاية القواعد العامة لإنهاء العقد – الفسخ و الإبطال- لتحقيق التوازن العقدي بين طرفي العلاقة العقدية هذا من جهة ، ومن جهة أخرى إن أساس أحكام ضمان التعرض و الاستحقاق هو الإبقاء على العقد مرتبا لأثاره بين طرفيه ، و من ثم ترتيب التعويضات استنادا إلى أحكام المسؤولية العقدية .

أما أساس القواعد العامة لإنهاء العقد، هو انقضاء العقد و من ثم ترتيب التعويضات استنادا إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، و هو ما يتعارض مع إرادة المشرع و غايته في تشريع أحكام الضمان، حيث رأى المشرع أن ما يحقق مصالح المجتمع هو الإبقاء على العلاقة العقدية مادام ذلك ممكنا.

• تختلف أحكام ضمان التعرض و الاستحقاق عن القواعد العامة لإنهاء العقد، فبينما شرعت الأولى للتعامل مع إبقاء العقد عن طريق إيجاد حل في تنفيذ الالتزام عينا، أو التنفيذ

بمقابل إذا كان التنفيذ العيني مستحيلا بعد ثبوت الاستحقاق للغير، أما الثانية فقد شرعت للتعامل مع إنهاء العقد ، لعيب أصاب شروط تكوينه، أو شروط صحته بما يستحيل معه بقاء العقد.

• تبين أيضا عبر مختلف مراحل البحث أن ضمان التعرض والاستحقاق يعتبر من أهم الالتزامات القانونية التي يربتها القانون على ناقل الحق - البائع أو المؤجر- و هو التزام أراد المشرع من ورائه تعزيز الحماية القانونية للطرف الضعيف في العقد، و ذلك بالاعتراف له بعدة حقوق كالحق في رفع دعوى الضمان، أو رفع دعوى استحقاق يطالب فيها بما يستحقه من تعويضات عند استحقاق محل العقد للغير.

و تظهر هذه الحماية القانونية للمكتسب كذلك من خلال منع المشرع لكل اتفاق بين طرفي العقد يقضي بإعفاء البائع من ضمان تعرضه الشخصي، باعتبار أن ذلك سيفتح المجال للتعرض للمكتسب و تعكير حيازته، وبالتالي حرمانه من الانتفاع الهادئ و المستمر للشيء محل العقد.

و تبدو هذه الحماية أيضا واضحة من خلال تحديد القانون لأثار الاتفاق على الإعفاء من ضمان تعرض الغير، و جعلها مقتصرة على إعفاء ناقل الحق من دفع الخسارة فحسب، مما يمكن المكتسب دائما من الحصول في أسوأ الأحوال على الثمن الذي دفعه عند التعاقد.

الإقتراحات

أولاً: في حالة ما إذا وقع التعرض فعلا من البائع، و بقي البائع حائزا للعقار لمدة مكسبة للملكية، و كان المبيع مسجلا في السجل العقاري، ففي هذه الحالة لا يوجد في القانون المدني الجزائري ما ينص على عدم جواز تملك المبيع المسجل، على خلاف أغلب التشريعات العربية، و اقتصررت المادة 827 من القانون المدني الجزائري على أن " من حاز منقولا أو عقارا، أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع"، ولم تفرق المادة بين ما إذا كانت العين مسجلة أو غير مسجلة، و هذا يتعارض مع القوة الملزمة للسجل العقاري، التي لا تعترف بغير المالك المسجل في السجل العقاري، وكان على المشرع الجزائري استدراك هذا النقص، بالنص على عدم جواز كسب المبيع المسجل في السجل العقاري مهما كانت مدة الحيازة، وهو ما يتماشى مع الأمر 74-75 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

ثانيا : نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 372 من القانون المدني، أنه إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق أو أخطره بعد فوات الوقت و صدر حكم ضده، فإنه يفقد حقه في الرجوع بالضمان، إلا أن المشرع أغفل حالة مهمة، و هي حالة إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى بسبب غياب هذا الأخير مدة طويلة يستحيل فيها إعلامه و قام المشتري شخصا بالتصدي للدعوى ضد الغير، فالأولى بالمشرع أن يأتي بنص ينظم هذه الحالة لأهميتها ، و خاصة أن المشتري عندما باشر في الدعوى بمفرده لم يكن عن إرادة و اختيار منه، و إنما لأنه اضطر لذلك بسبب غياب البائع .

ثالثا : ذكر المشرع الجزائري الملحقات في المادة 483 من القانون المدني، إلا أنه لا يوجد نص يحدد المقصود بالملحقات، و ما هي الأشياء التي تدخل ضمن الملحقات، و هو نفس

النقص الموجود في عقد البيع، الأولى بالمشروع الجزائري تداركه، و ذلك لضرورة الحاجة إلى وجود نص يحدد المقصود بالملحقات، كما هو الحال في أغلب التشريعات الأخرى .

رابعاً : من خلال استقراء المادة 483 فقرة 2 نجد أنها ضيقت مفهوم تعرض الغير فحصرته في الأشخاص الذين تلقوا الحق عن المؤجر، و هذا قد يخرج أشخاص آخرين يستندون في تعرضهم لأسباب قانونية، و قد لا يكونوا تلقوا الحق عن المؤجر ، كما لو تلقى شخص ملكية العين المؤجرة من مورث المؤجر مثلاً، أو كان موصى له بها.

و عليه نقترح إعادة صياغة الفقرة الثانية من المادة ليصبح النص على النحو التالي:
"ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه بل يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر من مستأجر آخر، أو من الغير".

خامساً : تنص المادة 490 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري **"يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني"**.

وبمفهوم المخالفة لنص المادة فإنه يجوز الاتفاق حول الإعفاء أو التحديد من مسؤولية المؤجر في ما يتعلق بالتعرض المادي.

إلا أنه يُرى أن الصواب هو عدم جواز الاتفاق على إسقاط ضمان التعرض الشخصي للمؤجر كما هو الحال في عقد البيع، وذلك لوجود العلة ذاتها في كلا العقدين - البيع أو الإيجار - حيث أن الاتفاق على إسقاط ضمان المؤجر لتعرضه الشخصي يهدر نظام الضمان، لأن مثل هذا الاتفاق يُمكن المؤجر من حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في الوقت الذي يلتزم هذا الأخير بدفع الأجرة، كما أن التسليم بذلك يجعل أمر الالتزام بيد المؤجر إن شاء نفذه وإن شاء لم ينفذه، وهذا مناقض لجوهر عقد الإيجار.

سادسا : تناول غالبية الفقهاء موضوع التعرض الصادر من أتباع المؤجر، على أنه صورة من صور التعرض، إلا أنه يُرى أن القول بذلك غير سليم، لأن أتباع المؤجر يقومون بالعديد من صور التعرض، و هم ليسوا صورة من صور التعرض، فهم كالمؤجر الأصلي قد يغيرون في العين المؤجرة، و قد يمنعون المستأجر من استعمالها إلى غير ذلك من صور التعرض، و بالتالي ليس من المنطق أن نعتبر من يقوم بصور التعرض أن يكون صورة من صور التعرض .

الفهرس

الفهرس

1.....	مقدمة
5.....	الفصل التمهيدي : مفهوم ضمان التعرض والاستحقاق وأساسه القانوني
6.....	تمهيد
8.....	المبحث الأول: مضمون الالتزام بضمان التعرض و الاستحقاق
8.....	المطلب الأول: تحديد مدلول الالتزام بضمان التعرض و الاستحقاق
8.....	الفرع الأول: تعريف الالتزام بضمان التعرض و الاستحقاق
11.....	الفرع الثاني: المقصود بالتعرض و الاستحقاق
14.....	الفرع الثالث: شمولية الالتزام بالضمان
16.....	الفرع الرابع: مصادر الالتزام بالضمان
17.....	المطلب الثاني: خصوصية الالتزام بالضمان
18.....	الفرع الأول: تمييز الضمان عن البطلان
19.....	الفرع الثاني : تمييز الضمان عن الفسخ
21.....	المبحث الثاني: التطور التاريخي للالتزام بالضمان
21.....	المطلب الأول: ضمان التعرض والاستحقاق في قانون حمورابي
23.....	المطلب الثاني : ضمان التعرض والاستحقاق في القانون المصري الفرعوني
24.....	المطلب الثالث: ضمان التعرض والاستحقاق في القانون الروماني
25.....	الفرع الأول: في العصر الروماني القديم
27.....	الفرع الثاني: في العصر العلمي
27.....	الفرع الثالث: في عهد جستنيان
29.....	المبحث الثالث: أساس الالتزام بالضمـان
29.....	المطلب الأول: السبب كأساس الالتزام بالضمـان
29.....	الفرع الأول: مضمون وحجج نظرية السبب
30.....	الفرع الثاني: النقد الموجه إلى نظرية السبب
32.....	المطلب الثاني: التسليم كأساس الالتزام بالضمـان
32.....	الفرع الأول: مضمون النظرية و حججها

32.....	الفرع الثاني: النقد الموجه لهذه النظرية
33.....	المطلب الثالث: نقل الملكية كأساس للالتزام بالضمـان
33.....	الفرع الأول: مضمون هذه النظرية و حججها
34.....	الفرع الثاني: النقد الموجه لهذه النظرية
34.....	المطلب الرابع: المسؤولية العقدية كأساس للالتزام بالضمـان
37.....	الفصل الأول: ضمان التعرض الشخصي
38.....	تمهيد
40.....	المبحث الأول: ضمـان البائع لتعرضه الشخصي
41.....	المطلب الأول: مضمون وصور التعرض الشخصي
41.....	الفرع الأول: مضمون وصور التعرض المادي
44.....	الفرع الثاني : مضمون وصور التعرض القانوني
46.....	المطلب الثاني: شروط الالتزام بضمان التعرض الشخصي
46.....	الفرع الأول: وجوب أن يقع التعرض فعلا
48.....	الفرع الثاني : أن يكون العيب مؤثرا
48.....	الفرع الثالث: أن يكون التعرض غير مشروع
49.....	المطلب الثالث : خصائص الالتزام بالضمـان
49.....	الفرع الأول: مدى قابلية الالتزام بضمان التعرض للانقسام
50.....	الفرع الثاني: مدى اعتبار تملك البائع للمبيع بالتقادم تعرضا
56.....	الفرع الثالث : مدى قابلية الالتزام بضمان التعرض بالانتقال إلى الخلف العام والخاص
60.....	الفرع الرابع : تحديد الدائن في الالتزام بضمان التعرض
61.....	الفرع الخامس: الرجوع بالضمان في البيوع المتتالية
63.....	المبحث الثاني: ضمـان المؤجر لتعرضه الشخصي
64.....	المطلب الأول: المقصود بالتعرض المادي و القانوني
64.....	الفرع الأول: التعرض المادي
67.....	الفرع الثاني: التعرض القانوني
68.....	المطلب الثاني: شروط ضمان المؤجر لتعرضه الشخصي
68.....	الفرع الأول: أن يقع التعرض بالفعل

69.....	الفرع الثاني: أن يترتب على التعرض إخلال بانتفاع المستأجر بالمأجور
70.....	الفرع الثالث: انعدام الحق أو السبب المشروع لتعرض المؤجر
71.....	الفرع الرابع: وقوع التعرض أثناء مدة الإيجار
72.....	المطلب الثالث: دراسة لبعض صور التعرض التي يكثر فيها التنازع
74.....	الفرع الأول: التغيير في العين المؤجرة أو عين مجاورة لها
79.....	الفرع الثاني: دخول العين المؤجرة واستعمالها والإخلال بوجوه الانتفاع
81.....	الفرع الثالث: منافسة المستأجر في ما يمارسه من عمل في العين المؤجرة
84.....	المبحث الثالث: جزاء الإخلال بالالتزام بالضمان والاتفاق على تعديله
83.....	المطلب الأول: جزاء الإخلال بالالتزام بضم-ان التعرض الشخصي
83.....	الفرع الأول: التنفيذ العيني
85.....	الفرع الثاني: حبس الثمن (أو الأجرة)
86.....	الفرع الثالث: الفسخ
87.....	الفرع الرابع: التعويض
89.....	المطلب الثاني: الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الشخصي
89.....	الفرع الأول: الاتفاق على زيادة الضمان
90.....	الفرع الثاني: الاتفاق على إنقاص الضمان
92.....	الفرع الثالث: الاتفاق على إسقاط الضمان
94.....	الفصل الثاني: ضم-ان التعرض الصادر من الغير
95.....	تمهيد
96.....	المبحث الأول: ضم-ان البائع التعرض الصادر من الغير
97.....	المطلب الأول: مضمون الالتزام بضم-ان تعرض الغير
97.....	الفرع الأول: ضمان البائع التعرض القانوني دون المادي
98.....	الفرع الثاني: المقارنة بين ضمان التعرض الشخصي وتعرض الغير
100.....	المطلب الثاني: شروط ضم-ان البائع التعرض الصادر من الغير
101.....	الفرع الأول: أن يستند المتعرض إلى سبب قانوني في تعرضه
102.....	الفرع الثاني: أن يقع التعرض فعلا

الفرع الثالث: أن يكون سبب التعرض موجودا قبل البيع أو إذا نشأ بعده فيشترط أن يكون مصدره	
البائع.....	103.
المبحث الثاني: ضمان المؤجر التعرض الصادر من الغير	104.
المطلب الأول: التعرض القانوني الصادر من الغير	104.
الفرع الأول: أن يقع التعرض من الغير	105.
الفرع الثاني: أن يكون التعرض مبنيا على سبب قانوني	105.
الفرع الثالث: وقوع التعرض فعلا أثناء مدة الإيجار	106.
المطلب الثاني: التعرض المادي الصادر من الغير	107.
الفرع الأول: شروط إعفاء المؤجر من ضمان التعرض المادي الصادر من الغير	108.
الفرع الثاني: الآثار التي تترتب على قيام التعرض المادي من الغير	109.
المطلب الثالث: بعض الصور الرئيسية للإخلال بانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة بسبب	
تعرض الغير.....	113.
الفرع الأول: التعرض الصادر من مستأجر آخر لذات العين	113.
الفرع الثاني: التعرض الصادر من جيران مستأجرين من مستأجر واحد	116.
الفرع الثالث: التعرض من السلطة الإدارية	119.
المبحث الثالث: جزاء الإخلال بالالتزام بضمان تعرض الغير	124.
المطلب الأول: التنفيذ العيني (التنفيذ بطريق التدخل)	125.
الفرع الأول: التنفيذ العيني في عقد البيع	125.
الفرع الثاني: التنفيذ العيني في عقد الإيجار	132.
المطلب الثاني: التنفيذ بمقابل (ضمان الاستحقاق)	137.
الفرع الأول: التنفيذ بمقابل لالتزام البائع بضمان تعرض الغير	138.
الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل لالتزام المؤجر بضمان التعرض الصادر من الغير	153.
المبحث الرابع: الاتفاق على تعديل أحكام الضمان	159.
المطلب الأول: الاتفاق على الزيادة في الضمان	159.
المطلب الثاني: الاتفاق على انقاص الضمان	161.
المطلب الثالث: الاتفاق على إسقاط الضمان	162.
الخاتمة.....	166.

172.....	قائمة المراجع
180.....	الفهرس

قائمة أهم المختصرات

1- باللغة العربية

-ص: الصفحة

-ق.م.: قانون مدني

-ق.م.م: قانون مدني مصري

-ق.م.ف: قانون مدني فرنسي

-ط: طبعة

-ع: عدد

-س: سنة

-د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية

-د.و.أ.ت: الديوان الوطني للأشغال التربوية

2- باللغة الفرنسية

-**Cass.civ**: Cour de cassation.chambre civile

- **Op.cit**: ouvrage précité

-**P**: Page

-**RTD**: Revue tunisienne de droit

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1- المؤلفات العامة و الخاصة:

1. أحمد حسن إبراهيم، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 1999.
2. أسعد دياب، العقود المسماة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2008.
3. إسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، المطبعة العالمية، مصر، سنة 1993.
4. أشرف محمد مصطفى أبو حسين ، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، مصر، سنة 2009.
5. آلان بينابنت، القانون المدني العقود الخاصة والتجارية، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للنشر، لبنان، سنة 2004.
6. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الثامن، المجلد الأول، عقد البيع، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 1995.
7. أنور العمروسي، دعاوي الضمان في القانون المدني، منشأة المعارف، مصر، سنة 2004.
8. أنور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع والمقايضة، دار الجامعة الحديثة، مصر، سنة 2005.
9. بن رقية بن يوسف ، أهم النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالإيجار المدني و التجاري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2002.
10. جاسم على سالم ناصر ، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1999.
11. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية: البيع والإيجار والمقايضة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 1997.
12. جيروم هوبيه ، العقود الرئيسية الخاصة، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، سنة 2003.
13. حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر، سنة 2009.
14. خليفة الخروبي، العقود المسماة، مركز النشر الجامعي، تونس، سنة 2007.

15. **خليل أحمد حسن قداد** ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1989.
16. **خميس خضر**، العقود المدنية الكبيرة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1984.
17. **رمضان أبو السعود**، العقود المسماة: عقد الإيجار، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 2006.
18. **رمضان أبو السعود** ، شرح العقود المسماة: عقد البيع والمقايضة، الطبعة الثانية، دار الجامعة الحديثة، مصر، سنة 2003.
19. **زهدي يكن** ، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء السابع، القسم الثاني، في العقود المسماة، الطبعة الأولى، دار المعرفة، لبنان، بدون سنة طبع.
20. **سعيد أحمد شعله** ، قضاء النقص المدني في العقود ، الجزء الأول، منشأة المعارف، مصر، سنة 1999.
21. **سعيد عبد السلام**، الوجيز في العقود المسماة، الجزء الثاني، عقد الإيجار، الطبعة الأولى، مطبعة الحماد الحديثة، مصر، سنة 1992.
22. **سليمان مرقس**، العقود المسماة عقد البيع، عالم الكتاب، مصر، سنة 1980.
23. **سمير عبد السيد تناغو**، عقد البيع، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، سنة 2009.
24. **سي يوسف زاهية حورية**، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل، الجزائر، سنة 2008.
25. **صاحب عبيد الفتلاوي** ، ضمان العيوب وتخلف فروات الوصف في عقود البيع، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2008.
26. **صالح الضاوي** ، مجلة الالتزامات والعقود، شرح و تحيين و تعليق، مجمع الأطرش للكتاب، تونس، سنة 2009.
27. **عبد الحميد الشواربي**، أحكام عقد الإيجار، منشأة المعارف، مصر، سنة 2004.
28. **عبد الحميد الشواربي**، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب الرابع، أحكام عقد البيع، منشأة المعارف، مصر، سنة 2003.
29. **عبد الرزاق السنهوري** ، الوسيط في شرح القانون المدني: العقود الواردة على الانتفاع بالشيء: الإيجار والعارية، الجزء السادس، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، سنة 1986.
30. **عبد الرزاق السنهوري** ، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، الجزء الرابع، المجلد الأول، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، سنة 1986.

31. عبد السلام ذيب، عقد الإيجار المدني، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2001.
32. عبد العزيز الشواربي، أحكام عقد الإيجار، منشأة المعارف، مصر، سنة 2003.
33. عبد المالك سلاطنية، تاريخ النظم في الحضارات القديمة، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2007.
34. العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2004.
35. على هادي العبيدي، العقود المسماة: البيع والإيجار، دار الثقافة، الأردن، سنة 2006.
36. على هادي العبيدي ، ضمان استحقاق المبيع في القانون المدني الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، عدد4، سنة 2004.
37. فايز محمد حسين، أصول النظم القانونية، الطبعة الأولى، مطابع السعدني، مصر، سنة 2005.
38. كامل السعيد، شرح القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر، الأردن، سنة 1995،
39. لحسين آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، سنة 2006.
40. محمد السيد خلف ، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض، الطبعة الثانية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، سنة 2006.
41. محمد حسن قاسم، القانون المدني: العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بدون سنة طبع.
42. محمد حسن قاسم، عقد البيع، الدار الجامعية، لبنان، سنة 1999.
43. محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005.
44. محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، لبنان، سنة 2010.
45. محمد شتا أبو سعد، عقد البيع، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، سنة 2000.
46. محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، سنة 2008.
47. محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني:عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، الجزائر، سنة 2008 .
48. محمد عبد الله أبو هزيم، الضمان في عقد البيع، الطبعة الأولى، دار الفيحاء، الأردن، سنة 1986 .

49. محمد عبد الهادي الشقنقيري، تاريخ القانون المصري، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1977.
50. محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة: شرح عقد البيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2006.
51. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، مصر، سنة 1987.
52. محمدي فريدة، الحيازة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2000.
53. محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، بدون سنة طبع.
54. مروان الكركبي، العقود المسماة، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، سنة 1993.
55. مصطفى أحمد الزرقاء ، شرح القانون المدني السوري عقد البيع، الطبعة السادسة، مطابع فتي العرب، سوريا، سنة 1965.
56. مصطفى محمد الجمال ، الموجز في أحكام الإيجار ، الطبعة الأولى ، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 2002.
57. منذر الفضل، صاحب الفتاوي ، شرح القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة، الأردن، سنة 1986.
58. مورييس نخلة ، الكامل في شرح القانون المدني، الجزء السادس، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بدون سنة طبع.
59. نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة الإيجار، منشأة المعارف، مصر، سنة 2003.
60. هشام طه محمود سليم، ضمان الاستحقاق في البيوع، دار الجامعة الحديثة، مصر، سنة 2010.
61. هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2009.

2-الرسائل و المذكرات:

62. سامي بلعابد، ضمان المحترف لعيوب منتجاته، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة، سنة 2005 .
63. عبد القادر محمد أقصاوي ، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، رسالة ماجستير، جامعة بابل "العراق"، سنة 1999.
64. علي ابراهيم الجاسم ، التزام المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس "مصر"، سنة 1999.
65. فاطمة الزهراء عكاكة، التزامات المؤجر، ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 2002.

66. ميسون زهوية ، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة ، رسالة ماجستير ، جامعة قسنطينة ، سنة 2009.

3-المقالات:

67. حلمي بهجت بدوي ، بطلان بيع ملك الغير ، مجلة القانون والاقتصاد ، مصر ، السنة الأولى ، العدد الرابع ، سنة 1931.

68. على هادي العبيدي ، ضمان استحقاق المبيع في القانون المدني الأردني ، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، الأردن ، العدد الرابع ، سنة 2004.

69. محمدي فريدة ، التقادم المكسب ونظام التسجيل مجلة الاجتهاد والقضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثاني ، دار المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 2004.

4-النصوص التشريعية و التنظيمية:

70. القانون رقم 01-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني ، الجريدة الرسمية ، العدد 44 ، الصادرة بتاريخ 2005/6/26.

71. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني (الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 1975/09/30). المعدل والمتمم لقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

72. الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 ، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية ، العدد 92 ، الصادرة بتاريخ 1975/11/18.

73. المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 1 مارس ، سنة 1993 ، المتعلق بالنشاط العقاري ، الجريدة الرسمية ، العدد 14 ، الصادرة بتاريخ 1993/03/03

74. المرسوم التنفيذي رقم 94-96 المؤرخ في 7 شوال عام 1414 الموافق ل 19 مارس سنة 1994 يتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المرسوم التشريعي رقم 93-03.

5-القرارات القضائية:

75. قرار المجلس الأعلى ، رقم 26244 ، بتاريخ 04/07/1983 ، المجلة القضائية ، العدد 3 ، 1990.

76. قرار المحكمة العليا ، رقم 48167 ، تاريخ 26/10/1988 ، المجلة القضائية ، العدد 3 ، 1990.

77. قرار المحكمة العليا، رقم 51734، بتاريخ 1988/02/17، المجلة القضائية، العدد 2، 1991.
78. قرار المحكمة العليا، رقم 36889، بتاريخ 1986/06/25، المجلة القضائية، العدد 3، 1992.
79. قرار المحكمة العليا، رقم 50909، بتاريخ 1989/05/03، المجلة القضائية، العدد 2، 1993.
80. قرار المحكمة العليا، رقم 38340، بتاريخ 1987/05/20، المجلة القضائية، العدد 3، 1993.
81. قرار المحكمة العليا، رقم 97405، بتاريخ 1992/11/22، المجلة القضائية، العدد 3، 1993.
82. قرار المحكمة العليا، رقم 96237، بتاريخ 1993/04/11، المجلة القضائية، العدد 1، 1994.
83. قرار المحكمة العليا، رقم 199 710، بتاريخ 2000/07/26، مجلة الاجتهاد القضائي، الجزء 2، 2004.
84. قرار المحكمة العليا، رقم 129 947، مؤرخ في 1998/03/9، غير منشور، حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر، 2009.

- 85.**Ghazouani Noureddine:** Réflexions sur la sanction de la vente de la chose d'autrui. Tunis. RTD. 1987.
- 86.**GROSS Bernard:** La notion d'obligation dans le droit des contrats. Thèse.Paris 1964.
- 87.**Jean Luis BERGAL:** Les ventes d'immeubles existant,litec, Paris, 1983.
- 88.**Planiol et Ripert et Hemel:** Traité pratique de droit civil français, LGDJ,Paris,1956.