

جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



مطبوعة بيداغوجية في مقياس

العقود الخاصة

السنة الثالثة قانون خاص - السداسي الخامس

إعداد الدكتور

الشيخ صالح بشير

السنة الجامعة: 2023/2022م

محاضرة افتتاحية:

يعتبر العقد من أهم مصادر الالتزامات، بل هو مصدرها الأول والأهم نظرا لمكانة العقود في مختلف العصور والمجتمعات، فخصّ المشرع الجزائري العقد بأولوية عند تنظيم أحكامه، وقد تناول الأحكام المتعلقة بالعقد على صنفين، حيث تناول في مرحلة أولى الأحكام العامة التي تسري على جميع العقود التي تندرج ضمن مجال القانون الخاص، وهو ما يطلق عليه بالنظرية العامة للعقد، وتناول في المرحلة الثانية الأحكام الخاصة ببعض العقود منها عقد البيع والإيجار والمقايضة، وسمي هذا الجزء من الأحكام بالعقود الخاصة.

وقد سبق للطلبة التطرق للنظرية العامة للعقد في مقياس القانون المدني ضمن مواد السنة الثانية جذع مشترك، وفي برنامج تكوين طلبة السنة الثالثة ليسانس في تخصص القانون الخاص يعتبر مقياس العقود الخاصة ضمن المواد التي تندرج في الوحدة الأساسية، وهو يعتمد بشكل وثيق على العديد من المدارك والمفاهيم التي ينبغي أن يكون الطالب قد استوعبها في المرحلة السابقة من التكوين، ويتعلق الأمر خصوصا، بالمدخل للعلوم القانونية، وبمصادر الالتزام وأحكام الالتزام.

ويهدف مقياس العقود الخاصة إلى تمكين الطالب من التعرف على أهم العقود المسماة من خلال دراسة أحكام عقد البيع باعتباره من أهم التصرفات القانونية التي تقوم عليها المعاملات المالية.

وقد أورد المشرع الجزائري أحكام عقد البيع في الفصل الأول من الباب السابع بعنوان: العقود التي تقع على الملكية في المواد من 351 إلى 412 من القانون المدني، من خلال حقوق والتزامات البائع والمشتري وأعطى لالتزامات البائع أهمية كبيرة، بهدف ضمان استقرار المعاملات، ومن المعلوم أن عقد البيع لا يعدو أن يكون عقدا من العقود، فهو يخضع أيضا للقواعد العامة التي تحكم العقود جميعا، ومكان دراسة هذه القواعد في النظرية العامة للعقد على أساس أن العقد مصدر من مصادر الالتزامات.

المحاضرة الأولى: مدخل لعقد البيع

من الناحية التاريخية لم يكن عقد البيع معروفا بأحكامه الخاصة الحالية والمقررة في التشريعات المقارنة، فقد عرف الإنسان قبل البيع عقد المقايضة، وهي مبادلة سلعة بسلعة قبل ظهور العملات النقدية، كمبادلة القمح مقابل التمر، ولكن المقايضة لم تكن إلا لجماعة بدائية، فلما توسعت ميادين التعامل بين الناس، كان لا بد من إيجاد سلعة تقوم مقام جميع السلع، لتكون هي الواسطة في التبادل، فتم اللجوء إلى المعادن النفيسة كالذهب والفضة، وأنشأت ديار لسك المعادن، ثم بدأت الدولة تبسط رقابتها على ديار سك المعادن، حتى استأثرت على هذه العملية كلها، فظهرت النقود وسيلة للتعامل، وظهر معها البيع، وأول ما ظهر البيع كان في القانون الروماني ثم القوانين اللاتينية¹.

ويعتبر عقد البيع العقد الأول الذي يتعامل به الناس، وأكثرها شيوعا في مختلف المجتمعات، لكونه الوسيلة الرئيسية لتبادل الأموال بين الأفراد في المجتمع، ولا يكاد تذكر العقود المسماة إلا وكان على رأسها عقد البيع، وقد أجازت الشريعة الإسلامية البيع والشراء مصداقا لقوله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا"، والبيع عند فقهاء الشريعة هو "تمليك مال بمال"، و"إخراج ذات عن الملك بعوض".

وتعد التجارة في الوقت الحالي شريان الحياة الاقتصادية من خلال وجود علاقات تعاقدية تتجسد في عقد البيع، ولا يستغني أحد عن البيع، فجميع الناس تبرم يوميا عددا كبيرا من عقود البيع، سواء مشتريا أو بائعا.

أولا: مفهوم العقد

تنص المادة 54 مدني أن العقد هو "كل اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، ويهدف العقد إلى إحداث آثار قانونية، فيترتب على صحته بعد توافر جميع أركانه حقوقا وواجبات لم يكتسبها

1 - زاهية سي يوسف، الواضح في عقد البيع، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 38.

ولم يتحملها المتعاقدان من قبل، أو ينهي حقوقا وواجبات سابقة، فينتج عن العقد الصحيح تغيير الوضعية القانونية للمتعاقدين، وذلك بتحمل التزامات جديدة واكتساب حقوق جديدة.

وقد تعددت تقسيمات العقود، فهي من حيث وجود تنظيم تشريعي خاص بها، تقسم إلى عقود مسماة، وعقود غير مسماة، والعقود المسماة هي العقود التي ورد تنظيمها في القانون المدني، وعادة ما تكون عقودا كثيرة التداول في الحياة العملية وتحدد معالمها من حيث الشروط والآثار، بينما العقود غير المسماة فهي العقود التي لم يفرد لها المشرع قواعد خاصة بها في القانون وتخضع في أحكامها للقواعد العامة في نظرية الالتزام، ومن أمثلة العقود غير المسماة، العقد الذي يبرم بين المؤلف وصاحب دار النشر، فيحدث الاتفاق على اسم الكتاب، وطباعته ونشره، وبيعه، بمقابل نسبة معينة من الأرباح، ومختلف بنود العقد بين الطرفين¹.

ثانيا: أصناف العقود المسماة

بالرجوع للقانون المدني نجد أن المشرع قد نظم العقود المسماة في عدة مجموعات، وهي:

- العقود الواردة على الملكية: مثل عقد البيع، الشركة، القرض.
- العقود الواردة على الانتفاع بالشيء: مثل عقد الإيجار، العارية.
- العقود الواردة على العمل: مثل عقد الوكالة، المقاولة، الوديعة.
- عقود الغرر: مثل عقد الرهان، القمار.
- عقود التأمينات الشخصية والعينية: مثل عقد الكفالة، التأمين، الرهن الرسمي.

ثالثا: الغاية من وضع تنظيم خاص ببعض العقود

يهدف المشرع من وضع تنظيم خاص ببعض العقود على غرار عقد البيع إلى ما يلي:

1 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2008، ص 8.

- تسهيل مهمة الأفراد في التعاقد بالاتفاق فقط على المسائل الجوهرية تاركا التفاصيل للتنظيم.

- تسهيل مهمة القاضي من خلال تنظيم طريقة القواعد العامة بنص خاص بها.

- الخروج من القواعد العامة بتنظيم خاص لغاية تتفق مع السياسة التشريعية.

رابعاً: خضوع أحكام عقد البيع لنظامين مختلفين

عند الرجوع إلى النصوص القانونية التي تحكم البيع نجده يخضع إلى نظامين مختلفين، وهما:

- النظام الروماني الذي استمد منه القانون الفرنسي أحكامه.

- ومن الشريعة الإسلامية مثل بيع التركة، وبيع مريض مرض الموت.

والمصدر الرئيس لنصوص أحكام البيع هو القانون المصري الذي استمد أحكامه من

القانون الفرنسي وأحكام الشريعة الإسلامية، لذلك فازدواجية النظام القانوني نتج عنه عدة

صعوبات كمشكلة الأخطاء في ترجمة النص القانوني من اللغة الأصلية التي هي اللغة

الفرنسية إلى اللغة العربية وهي لغة النص القانوني الرسمي.

خامساً: موضع قواعد البيع في خريطة القوانين

ينقسم القانون إلى مجموعتين، إحداها تضم القانون العام، والأخرى للقانون الخاص.

- الأولى تضم القوانين التي تحمي المصلحة العامة مثل القانون الإداري، والدولي.

- أما الثانية نحمي المصالح الخاصة كالقانون المدني، والتجاري، والأسرة.

وتجد قواعد البيع موضعها في المجموعة الثانية، وبالضبط في القانون المدني، ويشترط ليكون

البيع في دائرة القانون المدني يجب ألا يكون أحد أطرافه الدولة أو الولاية أو البلدية أو

المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وإلا كانت عقد بيع يخضع لقواعد القانون الإداري

فيكون موضعه في المجموعة الأولى.

سادسا: مدى كفاية قواعد القانون المدني لتنظيم عقد البيع

يفترض أن جميع الإشكالات والنزاعات التي تثور بخصوص عقد البيع يتم الرجوع فيها إلى القانون المدني بشكل حصري، غير أن الواقع التشريعي غير ذلك، فنجد بعض مسائل البيع موجودة في قوانين أخرى مكملة للقانون المدني منها:

- قانون الترقية العقارية رقم 04/11 تناول أحكام البيع في إطار بيع السكن الترقوي.
 - قانون الشهر العقاري 74/75 تناول أحكام نقل الملكية العقارية.
 - قانون التوثيق 02/06 تعرض للشكلية الرسمية.
 - قانون حماية المستهلك 03/09 يتعرض لبيع السلع من قبل المحلات التجارية.
- والإفراط في تنظيم البيع من طرف قوانين خاصة إلى جانب القانون المدني، قد يؤدي إلى إهدار قيمة القواعد العامة التي جاء بها القانون المدني، ويؤدي إلى التضخم التشريعي، والأجدر تنظيم كل ما يتعلق بعقد البيع ضمن القانون المدني لا ضمن القوانين الخاصة.
- وعلى ضوء ما تقدم نقسم دراسة عقد البيع إلى ثلاثة مباحث، نتعرض في الفصل الأول لمقدمات عن عقد البيع من خلال تعريفه وتحديد خصائصه وتمييزه عن باقي العقود الأخرى المشابهة به، وفي الفصل الثاني لأركان عقد البيع، وفي الثالث لآثار عقد البيع.

المحاضرة (02): مفهوم عقد البيع وخصائصه

اختلفت التشريعات في تعريف عقد البيع، فبعضها اكتفى بذكر كلمة الثمن، والبعض أبرز في تعريفه خاصية الثمن النقدي، وذلك لتمييز البيع عن المقايضة، وهو التوجه الذي أخذ به المشرع الجزائري.

أولاً: تعريف عقد البيع

عرفت المادة 351 مدني البيع على أنه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"، والمشرع الأردني يعرف البيع في المادة 465 من التقنين المدني بأنه: "تمليك مال أوح حق مالي لقاء عوض".

دون تمييز بين البيع والمقايضة، لأن العوض قد يكون المقصود منه مقابل نقدي وقد يكون عوضا غير نقدي، ففي الحالة الأولى هو بيع، وفي الثانية فهو مقايضة، ولا يصح القول إن المقابل في البيع قد يكون بالنقد أو السلعة.

وقد تعددت التعريفات الفقهية لعقد البيع، فعرفه الفقيه السنهوري بأنه: "عقد ملزم للجانبين، إذ هو يلزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر، ويلزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمنا نقدياً"¹، ويعرفه أيضا جميل الشرقاوي بأنه: "عقد يتم به الاتفاق على نقل حق -وهو غالبا حق الملكية- من البائع إلى المشتري، نظير مبلغ من النقود يسمى الثمن يؤديه المشتري"².

وبناء على ما سبق نجد أن عقد البيع من الناحية القانونية هو عقد ذو أثر مزدوج، يقتضي نقل ملكية حق في مقابل عوض نقدي، لأن أثر العقد في جميع الأحوال هو إنشاء التزامات تقع على كل من طرفيه البائع والمشتري.

1 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: البيع والمقايضة، ج4، دار إحياء التراث العربي، ص21.

2 - جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية: البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص9.

وفي الشريعة الإسلامية البيع هو: "مبادلة مال بمال"¹، وقد ورد في القرآن الكريم: "وأحلّ الله البيع وحرم الربا". البقرة: 275، وقوله تعالى: "وأشهدوا إذا تباعتم" البقرة: 282، فالبيع مشروع في الإسلام، دون اشتراط أن يكون المقابل ثمنا نقديا، مما يؤدي للخلط بين البيع والمقايضة.

ثانيا: خصائص عقد البيع

بعد عرض مختلف التعاريف عن عقد البيع، نجده يتميز بمجموعة من الخصائص تميّزه عن غيره من العقود، فهو عقد رضائي، وملزم للجانبين، وناقل للملكية أو منشئ للالتزام بنقلها، وبمقابل نقدي، وأنه عقد محدد.

1- البيع عقد رضائي

يعتبر البيع من العقود الرضائية لأنه يتم بمجرد اتفاق الطرفين، فيكفي لانعقاده تطابق إرادة المتعاقدين البائع والمشتري، وذلك باقتران الإيجاب بالقبول دون الحاجة إلى اتخاذ إجراء آخر، سواء كانت طريقة تطابق الإرادتين بالكتابة أو الإشارة أو الكلام، مثل عقد البيع في المنقولات.

بينما يشترط القانون المدني الجزائري أن يرد العقد في شكل خاص عندما يكون محل البيع عقارا، فتعد الكتابة الرسمية ركنا شكليا، لأن عقد بيع العقار عقد شكلي².

ثانيا: البيع عقد ملزم للجانبين

ينتج عن عقد البيع التزام البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر، وبالمقابل يلتزم المشتري أن يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمنا نقديا، لذلك فهو يرتب التزامات متبادلة في ذمة كل من البائع والمشتري، فيكون كل منهما دائنا ومدينا في نفس الوقت، ونصت المادة 160 مدني على أن: "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به"، وفي البيوع اليومية

1 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 21.

2 - حوحو يمينة، عقد البيع في القانون الجزائري، دار بلقيس، ط1، الجزائر، 2016، ص 10.

الشائعة مثل شراء الخضر والفواكه يتزامن فيها نقل الملكية وتسليم المبيع مع دفع الثمن النقدي، أي أن التزام البائع هو المبيع بينما التزام المشتري هو دفع الثمن.

ثالثا: عقد ناقل للملكية أو منشئ للالتزام بنقلها

من أهم خصائص عقد البيع أنه عقد ناقل للملكية أو منشئ التزام بنقل الملكية¹، وهو ما يميزه عن العقود غير الناقلة للملكية، والبائع يلتزم بنقل ملكية شيء أو حقا ماليا، أي أن البيع لا يقتصر على نقل الملكية فقط، بل يرد أيضا على الحقوق العينية والشخصية، فيجوز للمالك أن يبيع حقه في الملكية إلى شخص آخر، كما يجوز لصاحب حق الانتفاع أن يبيع حقه، كما أن البيع يرد على حق الارتفاق، لكنه غير مستقل غير العقار، أي أن حق الارتفاق لا ينتقل إلى الغير بعقد البيع إذا انتقلت إليه ملكية العقار المرتفق².

وفي القانون الجزائري عقد البيع غير ناقل للملكية بذاته، وإنما يرتب التزاما في ذمة البائع بنقلها للمشتري³، إذ الملكية لا تنتقل بمجرد التعاقد إلا إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات، أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع فلا تنتقل الملكية إلا بالفرز، بينما في بيع العقار لا تنتقل الملكية إلا بإجراء الشهر العقاري⁴.

وإذا أخل البائع بكل ما يتطلبه نقل الملكية من مستلزمات يشترطها القانون، يكون عندها البائع مسؤولاً على أساس المسؤولية العقدية.

رابعا: المقابل فيه نقديا

وهي خاصة جوهرية لعقد البيع، إذ يلتزم المشتري بدفع الثمن النقدي للبائع، مقابل نقل ملكية المبيع الذي التزم بها، فالعوض في عقد البيع هو دائما ثمن نقدي، ويكون تحديده باتفاق الطرفين في العقد.

1 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 31.

2 - سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 27.

3 - المرجع نفسه، ص 27.

4 - سرايش زكرياء، المرجع السابق، ص 14.

ويشترط أن يكون الثمن جديا لا صوريا ولا تافها، حتى يعتبر العقد بيعا، كما ينبغي أن يكون هذا الثمن مقدرا أو قابلا للتحديد، لذا فالمقابل النقدي يعد معيارا أساسيا للتمييز بين البيع والعمليات الناقلة للملكية بدون عوض كعقد الهبة والمقايسة¹.

خامسا: البيع عقد محدد

تكون التزامات البائع والمشتري محددة ومعلومة وقت انعقاد العقد، إذ يعلم كل منهما بما يلتزم تجاه الطرف الآخر عند إبرامهما العقد، لأن المشرع اعتنى بتنظيمها تنظيميا خاصا ودقيقا، فالبائع يعلم مسبقا أنه ملزم بنقل الملكية وتسليم المبيع، والمشتري يعلم أنه ملزم بدفع ثمن نقدي وتسلم المبيع².

المحاضرة (03): تمييز البيع عن غيره من العقود

قد يلتبس عقد البيع مع غيره من العقود الأخرى المشابهة له، خاصة عندما يقع شك في وصف العقد، فينبغي على القاضي تحديد طبيعة العقد القانونية في حالة عدم وضوح عباراته، لأن القانون منحه سلطة تفسير وتأويل العقد بموجب المادة 111 مدني التي تنص على أنه: "إذا كانت عبارات العقد واضحة، فلا يجوز للقاضي الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث على النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

ومن المعلوم أن الإرادة هي أساس العقد لذلك يجب على المتعاقدين التعبير عنها بموجب مبدأ الرضائية، فالفرد حر في التعبير عن إرادته بهدف تسهيل إبرام التصرفات التي يرغب فيها، وسبق القول إن عقد البيع يتميز بصفتين أساسيتين تميزه عن باقي العقود

1 - علي فيلاي، العقود الخاصة: البيع، موفم للنشر، الجزائر، 2018، ص 51.

2 - حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 12.

المشاهدة له، الأولى أنه عقد ناقل للملكية، والثانية هي المقابل النقدي الذي يقدمه المشتري للبائع، وهذه الخصائص كافية لتمييز عقد البيع عن غيره من العقود¹. وبناء على ذلك قد يقع اللبس بين عقد البيع من جهة، والهبة والمقايضة والإيجار من جهة أخرى على التفصيل التالي:

أولاً: البيع والهبة

حسب المادة 202 أسرة فإن: "الهبة تمليك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على انجاز الشرط"، فالهبة عقد ناقل للملكية الشيء محل الهبة من الواهب إلى الموهوب له بلا عوض حال الحياة، بينما البيع يتم فيه نقل الملكية بمقابل ثمن نقدي.

ويصعب التمييز بين عقد البيع وعقد الهبة في الحالة التي تكون فيها الهبة بمقابل، وهناك رأي يذهب في هذه الحالة إلى التفرقة بينهما عند تحديد الوصف القانوني للعقد بناء على نية التبرع لدى العاقد، فيكون العقد هبة إذا كانت النية المشتركة للمتعاقدين هي التبرع دون النظر إلى المقابل النقدي ولو كان كبيراً².

بينما هناك توجه آخر يعتد بالمقابل، فإذا كان هذا الأخير مساوياً لقيمة الشيء المبيع، فهنا نكون بصدد عقد بيع، وإذا كان المقابل أقل من قيمة الشيء المبيع، فالعقد هبة، إما إذا كان المقابل أكبر من قيمة الشيء المبيع فنكون بصدد عقد البيع، وهذا التوجه الموضوعي أكثر انضباطاً مقارنة بمعيار النية التبرعية، لأنه من الصعب استنباطها³.

ثانياً: البيع والمقايضة

العقد قد يكون بيعاً أو مقايضة بحسب المقابل الذي يختاره المتعاقد الآخر، إذ تنص المادة 413 مدني على أن: "المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل

1 - حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 13.

2 - سرايش زكريا، الموجز في شرح قواعد البيع، دار بلقيس، الجزائر، 2017، ص 14.

3 - سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 35.

التبادل ملكية مال غير النقود"، فالفرق بين البيع والمقايضة يظهر أن المقابل في البيع هو الثمن النقدي، أما في المقايضة فهو مال غير نقدي كأن يكون سلعة أو شيئاً، إذ يمكن للشخص أن يتعاقد مع شخص آخر على أن يعطيه شقة سكنية في مقابل مبلغ نقدي، أو في مقابل قطعة أرض معينة، فالعقد يكون بيعاً أو مقايضة بحسب المقابل الذي يتلقاه المتعاقد الآخر.

لكن يصعب التمييز بين البيع والمقايضة، في حالة المقايضة وإضافة معدل نقدي للشيء لكي يتساوى مع قيمة الشيء الآخر، كأن يكون المقابل سيارة ومبلغ نقدي، ففي هذه الحالة ولتحديد طبيعة هذا العقد يؤخذ بالعنصر الغالب، من خلال المقارنة بين قيمة الشيء والمعدل النقدي، فإن كانت قيمة الشيء أكبر من المعدل النقدي كان العقد مقايضة، أما إذا كان أقل كان العقد بيعاً¹.

مثال ذلك استبدال سيارتين قيمة الأولى 200 مليون سنتيم مع إضافة معدل نقدي يقدر بـ 20 مليون سنتيم حتى تساوي قيمة السيارة الأخرى، ففي هذه الحالة يعتبر مقايضة لأن قيمة الشيء المتبادل معه أكبر من قيمة المعدل النقدي بينهما².

كما يصعب التمييز أيضاً بين البيع والمقايضة في حالة تقديم شخص قطعة أرضية في مقابل سبائك من ذهب، فهل يعتبر المقابل في هذه الحالة بمثابة المبلغ النقدي أم لا؟ وجواب ذلك أننا أمام عقد مقايضة لا عقد بيع، رغم سهولة تحويل الذهب إلى مبلغ نقدي، لأن العبرة فيه هي طبيعة المقابل وقت العقد³.

ثالثاً: البيع والوصية

تنص المادة 184 أسرة على أن: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، إذ تختلف الوصية عن عقد البيع، رغم أوجه الشبه الموجودة بينهما، فمن حيث التمليك فهما من

1 - سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 35.

2 - سرايش زكريا، المرجع السابق، ص 19.

3 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج4، ج6، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، لبنان، 2015، ص 29.

التصرفات القانونية الناقلة للملكية، أما الاختلاف بينهما، فالبيع عقد يقوم على توافق إرادة الطرفين، بينما الوصية تصرف بإرادة منفردة للموصي، كما أن البيع تصرف الشخص في المبيع حال الحياة، أم الوصية فتصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت، فضلا عن كون الوصية من التصرفات بدون عوض، بينما البيع من عقود المعاوضة¹.

وقد تلتبس الوصية بعقد البيع، عندما يلجا الأشخاص إلى البيع، مع استبقاء المبيع في حياة البائع إلى حين وفاته، تجنباً للأحكام المقررة في المادة 185 أسرة، المقيدة لمقدار الوصية بثلاث التركة، غير أن المشرع لم يسمح بمثل هذه التصرفات، سواء كان يباع أو هبة²، فنصت المادة 777 مدني: " يعتبر التصرف وصية، وتجري عليها، أحكامها، إذا تصرف شخص لأحد ورثته، واستبقى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به، مدة حياته، ما لم يكن هنالك دليل يخالف ذلك".

رابعا: البيع والإيجار

يتميز البيع بأنه عقد ينقل الملكية بينما عقد الإيجار يقتصر على الانتفاع بالشيء ولا ينقل الملكية من المؤجر للمستأجر، وقد عرفت المادة 467 مدني، الإيجار هو: " عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم، يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر".

ومع ذلك قد يقع غموض بين البيع والإيجار إذا لم يرد العقد على أصل الشيء وإنما على ثماره أو منتجاته، فالأصل في العقد إذا وقع على ثمار العين المؤجرة يكون إيجارا، لأن ثمار الأرض الفلاحية دورية متجددة، أما إذا أدت المنفعة بالمنتجات إلى الإنقاص من الشيء حتى ينفذ يكون يباعا كالمعادن المستخرجة من الأرض مثل الفحم والبتروك.

1 - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات: الهبة والوصية والوقف، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 45.

2 - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 54.

وقد يتصل البيع بالإيجار في صيغة البيع بالإيجار حيث يشكّلان عقدا مركبا يسمى بعقد البيع بالإيجار، وهي صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية ثابتة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة حسب المادة الأولى من الأمر 01-105، فالعلاقة تبدأ إيجار مقابل دفع المستأجر مبالغ محددة في مدة معينة وبعد نهاية دفع المبالغ يبرم عقد البيع محله عقار، فقد يوصف العقد بأنه إيجار حتى إذا واضب المستأجر على دفع الأجرة لمدة معينة انقلب العقد بيعا واعتبرت الأجرة أقساطا للثمن.

المحاضرة (04): الفصل الثاني: أركان عقد البيع

يقوم عقد البيع على ثلاثة أركان وفقا للقواعد العامة، تتمثل في الرضا، والمحل، والسبب، فإذا انعدم ركن من هذه الأركان فلن يقوم العقد، ويكون باطلا بطلانا مطلقا، وقد تتطلب بعض البيوع ركن الشكلية، كما هو الحال في بيع العقار، فإن عدم اتباع الشكل الواجب، يترتب عليه الجزاء الذي نصّ عليه القانون وهو البطلان المطلق لتخلف أحد أركان العقد، وفق ما قرره القانون المدني في القسم الثاني حول شروط العقد، من الفصل الثاني حول العقد، من الكتاب الأول للالتزامات والعقود.

يعد التراضي الركن الأول في عقد البيع، إذ يشترط لانعقاده اقتران إرادتين متطابقتين بين البائع والمشتري، بوجود إيجاب معين وقبول مطابق، كما يقتضي أن يتم الاتفاق بين الطرفين على العناصر الأساسية للبيع،

أولا: مفهوم ركن الرضا في عقد البيع

الركن الأول في عقد البيع هو التراضي، فيعرف الرضا بأنه تلاقي رضا البائع (الإيجاب) برضا المشتري (القبول) وتطابقهما حسب المادة 59 مدني: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية"، وتسري على تبادل الإيجاب والقبول الأحكام العامة، فيجوز التعبير عن كل من الإيجاب والقبول باللفظ

أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يجوز باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة مقصودة، بل يجوز أن يكون التعبير ضمنيا حسب المادة 60 مدني¹. لذلك يعبر للرضا بأنه ظاهرة مركبة تقتضي وجود إرادتين متطابقتين ثم التعبير عنهما وتبادلتهما واندماجهما، فنكون بصدد تطابق إرادتين، بعد أن يتفق البائع والمشتري على طبيعة العقد والشيء المبيع وعلى الثمن النقدي، أما المسائل التفصيلية مثل كيفية تسليم المبيع أو زمن التسليم أو سداد الثمن وغيرها من الشروط، فإنه لا يلزم الاتفاق عليها. وتسري على التراضي، الأحكام العامة التي نصّ عليها المشرع في المواد 59 و60 مدني، إذ يجوز التعبير عن كل من الإيجاب والقبول ضمنيا أو صراحة، سواء باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يمكن أن تكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على المقصود، كما يمكن أن يكون التعبير ضمنيا.

ثانيا: موضوعات التراضي

ينبغي أن ينصبّ التراضي في عقد البيع على مسائله الأساسية، فيلزم لانعقاد البيع أن يتم الاتفاق بين الطرفين على طبيعة العقد وعلى المبيع وعلى الثمن، أما المسائل التفصيلية مثل كيفية تسليم المبيع وزمانه، أو ميعاد دفع الثمن ومكانه، أو مصاريف البيع، وحدود الضمان، فلا يلزم الاتفاق عليها، فهي تخضع للقواعد العامة التي أوردها المشرع الجزائري في أحكام عقد البيع، إلا إذا تعرض الطرفان لهذه المسائل التفصيلية، فإن العقد لا ينعقد، ما لم يتفق الطرفان على إرجاء الاتفاق عليها إلى وقت آخر.

1- الاتفاق على طبيعة العقد:

يجب أن يتم الاتفاق على طبيعة العقد، بأن تتجه إرادة البائع إلى البيع وإرادة المشتري إلى الشراء²، وبالتالي يكون هناك توافق بين الإرادتين على ماهية العقد، بينما إذا

1 - سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 45.

2 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 43.

أُجِّهت إرادة أحد المتعاقدين إلى البيع، بينما تتجه إرادة المتعاقد الآخر إلى عقد الإيجار مثلاً، فإن الإيجاب والقبول لم يتطابقا لا على الإيجار ولا على البيع.

2- الاتفاق على المبيع:

يعدّ الاتفاق على المبيع من المسائل الجوهرية، بأن تتطابق الإرادتين على المبيع نفسه، مثلاً: إذا طلب شخص من وكالة لبيع السيارات أن تبيعه سيارة معينة، بينما تقبل هذه الوكالة أن تبيعه سيارة أخرى، فإن البيع لا ينعقد لا على السيارة المطلوبة، ولا على السيارة الأخرى التي قبلت الوكالة بيعها، ومن القواعد العامة أن القبول المغاير للإيجاب يعتبر إيجاباً جديداً حسب المادة 66 مدني.

3- الاتفاق على الثمن:

ينعقد عقد البيع باتفاق البائع والمشتري على البيع بثمن متفق بينهما، فلا ينعقد البيع إذا عرض أحد المتعاقدين البيع بثمن معين، بينما قبل الطرف الثاني الشراء بثمن أقل¹ منه، وعكس ذلك إذا عرض البائع المبيع بثمن معين، وقبل المشتري الشراء بثمن أعلى من ذلك، ففي هذه الحالة انعقد البيع على الثمن الأقل الذي تقدّم به البائع، باعتبار أن المشتري الذي قبل الشراء بالثمن الأعلى قد تضمّنت إرادته الشراء بالثمن الأقل، ومثال ذلك إذا عرض البائع ثمن الكتاب بـ 200 دج وقبل المشتري الشراء بـ 300 دج، فإن العقد انعقد بثمن قدره 200 دج لهذا الكتاب.

أما إذا كان طالب الشراء هو البادئ، فعرض الشراء بثمن أعلى مما رضي به البائع كانت إجابة البائع إيجاباً جديداً، لا يحتاج إلى قبول لأنه في مصلحة المشتري، مثال ذلك عرض المشتري شراء الساعة بـ 5000 دج، فأجابه البائع بأن أبيع لك بـ 4000 دج، فإن هذه الإجابة تعتبر إيجاباً جديداً لا يحتاج لقبول، لأنه في مصلحة المشتري.

1 - حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 48.

وعليه ما دام البائع والمشتري اتفقا على البيع والمبيع والثلث فقد تمّ البيع بينهما، ولو سكتا عن تحديد المسائل التفصيلية، على غرار مكان التسليم وزمانه، لأن عدم الاتفاق على هذه المسائل يدلّ على انصراف إرادة المتعاقدين إلى تطبيق القواعد المكتملة التي نصّ عليها المشرع في عقد البيع مما يجعل العقد تاما.

ثالثا: التراضي في عقد البيع الإلكتروني

البيع عن طريق وسائل الاتصال الالكترونية هو العقد الذي يتم إبرامه بين البائع والمشتري باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، دون حاجة لتواجدهما في مكان واحد، بل يتم التراضي بينهما عن بعد، إذ يحدث الإيجاب والقبول بينهما عبر الخطابات المسموعة أو المكتوبة أو المصورة، والتي توفرها مختلف تكنولوجيات الاعلام والاتصال، منها الهاتف، والرسائل النصية عبر البريد الإلكتروني، ومنصات التواصل المستحدثة، ومواقع البيع والشراء عن بعد، فقد يكون البائع في دولة والمشتري في دولة أخرى، فتتيح لهما وسائل الاتصال، بأن يتواصلا معا وعن بعد، دون أن يجتمعهما مجلس عقد حضوري، وهي طرق فرضتها التكنولوجيا الحديثة، التي جعلت من العالم قرية واحدة، ومن العالم الافتراضي سوقا واحدة لأشخاص متواجدين عبر مختلف قارات العالم.

إذ يعتبر التعاقد باستخدام وسائل الاتصال والتكنولوجيا الحديثة المباشرة عقد بين حاضرين من حيث الزمان لوجود مجلس عقد حكمي يجمع أطراف العقد، رغم أنه تعاقد بين غائبين بعيدين من حيث المكان، بينما لو تم الاتصال بين المتعاقدين بإرسال رسالة إلكترونية عبر البريد، أو خطاب مكتوب عن بعد، ثم مرت فترة زمنية بين إرسال الرسالة والرد عليها، كان تعاقدًا بين غائبين، بأن يضغط المتعاقد على زر فيعلن عن قبوله، فتظهر له بنود العقد، ويعلن عن قبولها والموافقة عليها، وقد يكون التعاقد بين الطرفين عبر الوسائل الحديثة بالصوت والصورة وعلى المباشر فورًا، دون فاصل زمني، فنكون أمام عقد حكمي زمانا ومكانا.

المحاضرة (05): الأهلية في البيع

لا يمكن للشخص مباشرة التصرفات القانونية من بيع أو إيجار أو هبة وغيرها، ما لم يتمتع بأهليّة الأداء، ويراد بها قدرة أو صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية، ومناطقها التمييز¹، فإذا اكتمل التمييز لدى الشخص وبلغ سنّ الرّشد كانت أهليّته كاملة، ومن نقص تمييزه نقصت أهليّته، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية²، ولا يمكن للشخص مباشرة التصرفات القانونية كالبيع، ما لم يتمتع بأهلية الأداء، ويراد بها صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية ومناطقها التمييز³، وهي على ثلاثة حالات:

فإذا بلغ الشخص سن الرشد وكان خاليا من عوارض الأهلية كان كامل الأهلية وتصرفاته صحيحة، وإن نقص تمييزه كانت أهليّته ناقصة وتصرفاته قابلة للإبطال، ومن كان عديم التمييز كانت تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا لانعدام الأهلية⁴.

1- البيع الصادر من الراشد كامل الأهلية:

بالنظر إلى الحكم الوارد في المادة 78 مدني، الذي أقرّ أن كل شخص كامل الأهلية أهل للتعاقد، فأقرّت أنّ: "كل شخص أهل للتعاقد، ما لم يطرأ على أهليّته عارض، يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون"، إذ يعتبر الشخص كامل الأهلية إذا بلغ سنّ الرّشد وهو 19 سنة كاملة، وهو متمتع بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، حيث تنصّ المادة 40 مدني على أنّ: "كل شخص بلغ سنّ الرّشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسنّ الرشد تسعة عشر سنة (19) كاملة".

وبناء على ذلك فالشخص البالغ الراشد الخالي من عوارض قد تعدم أو تنقص من أهليّته، يكون أهلا لمباشرة كل التصرفات القانونية، منها عقد البيع والشراء، دون قيد أو

1 - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 64.

2 - حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 70.

3 - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 64.

4 - سرايش زكريا، المرجع السابق، ص 23.

شرط، بينما ضعف القدرة الجسدية والأمراض الحسّية، لا تزيل التمييز، ويبقى الشخص كامل التمييز، رغم إصابته بمرض يضعف قدرته الجسدية¹.

2- البيع الصادر ناقص الأهلية:

الصبي المميز هو الشخص الذي بلغ سنّ التمييز ولم يبلغ سنّ الرشد، وسنّ التمييز هو 13 سنة، وفقا للمادة 42 مدني، وقررت المادة 43 مدني أن ناقص الأهلية هو كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، وميزت المادة 83 أسرة لمن بلغ سن التمييز دون سن الرشد، بين التصرفات الضارة له، والتصرفات النافعة له، وتلك المترددة بين النفع والضرر، حيث تنص: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 مدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافذة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت تدور بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

لذلك فإن ناقص الأهلية يمكن لها مباشرة التصرفات القانونية، مع التمييز بين ثلاث حالات²:

- التصرفات النافعة نفعا محضا: عندما تصدر عن المميز تعتبر صحيحة، مثل تلقي الهبة والوصية.

- التصرفات الضارة ضررا محضا: هذه التصرفات تعتبر باطلة بطلانا مطلقا، كأن يكون واهبا.

- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: هذه التصرفات تحتاج لأهلية التصرف لدى كل من البائع والمشتري، لأن عقد البيع من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي³.

1 - يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 25.

2 - المرجع نفسه، ص 26.

3 - حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 71.

3- البيع الصادر من عديم الأهلية:

يكون فاقد الأهلية حسب المادة 42 مدني الصبي غير المميز وحالة الجنون والعتة¹، إذ يكون الشخص عديم الأهلية عندما يكون صبيا غير ممّيز لم يبلغ سنّ التمييز، كما تنعدم الأهلية عندما يبلغ الشخص سنّ الرشد لكن اعترضه أحد عوارض الأهلية التي تعدم أهليّته وهي الجنون والعتة، فمن كان عديم التمييز كانت تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا لانعدام الأهلية.

المحاضرة (06): حماية رضا المتعاقدين في عقد البيع

أقرّ المشرع مجموعة من الوسائل القانونية لحماية رضا الطرفين في عقد البيع، من خلال اشتراط خلوّ إرادة البائع والمشتري من عيوب الرضا، وشرط علم المشتري بالمبيع حماية لرضاه.

أولا: عيوب الرضا في عقد البيع

يشترط أن تكون إرادة كل من المتعاقدين في عقد البيع خالية من عيوب الرضا، والمتمثلة في الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال، إذ أن وجود عيب من هذه العيوب في إرادة أحد المتعاقدين يجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد المعيبة إرادته²، فترفع دعوى إبطال العقد وإثباته أمام المحكمة بجميع وسائل الإثبات في حالة الغلط والإكراه والتدليس، أما في حالة الاستغلال فلا يؤدي حتما إلى إبطال العقد بل إلى الإنقاص من التزامات المتعاقد الذي وقع في الغبن جراء الاستغلال³.

1/ الغلط: هو وهم يقع في الذهن يصور خلاف الحقيقة، يجعل الشخص يبرم عقد البيع دون علمه بالغلط وعن غفلة منه، مثل الغلط في صفة الشيء فيكون المبيع خاتم من نحاس بينما تصور المشتري أنه من ذهب خالص، فيجوز له المطالبة بإبطال عقد البيع، استنادا للمادة 82 مدني التي تنص على أنه: " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، ويعتبر الغلط جوهريا على

1 - سرايش زكريا، المرجع السابق، ص 23.

2 - المرجع نفسه، ص 24.

3 - يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 28.

الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية".

2/ التدليس: هو استعمال الشخص طرق احتيالية غير شريفة في عقد البيع ليظهر المبيع على غير حقيقته كاللجوء للكذب والإيهام، بهدف دفع الشخص للتعاقد بإيهامه بغير الحقيقة¹، وتشير المادة 86 مدني لحالات التدليس بقولها: "يجوز إبطال العقد للتدليس.. ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

3/ الإكراه: تعتبر المادة 88 مدني الإكراه سببا لإبطال العقد في حال إجبار الشخص على التعاقد بالبيع فنصت على أنه: "يجوز إبطال العقد للإكراه.. وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال"، وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أن إلزام طرف عن طريق القضاء بالحضور أمام الموثق للتوقيع على العقد يتعارض ومبدأ سلطان الإرادة ويخالف القانون.

4/ الاستغلال: يعتبر المشرع أن عيب الاستغلال يؤثر على المبيع أكثر من الإرادة، فيؤدي إلى التفاوت في الالتزامات وعدم تعادلها، وقد عالج الغبن المشرع الجزائري بشكل يخالف العيوب الأخرى، فلا يؤدي حتما إلى إبطال العقد، بل يمكن الإنقاص من التزامات المتعاقد الذي وقع في الغبن جراء الاستغلال بسبب طيش بين أو هوى جامع، لأن هذا العيب يؤثر على المبيع أكثر من الإرادة، حسب المادة 90 مدني: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في نسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد، للقاضي بناء على طلب

1 - يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 28.

المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد، ويجب أن ترفع دعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة، ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

ثانيا: العلم الكافي بالمبيع

تنص المادة 352 مدني: "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية، بحيث يمكن التعرف عليه، وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، سقط حق الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به، إلا إذا أثبت غش البائع".

لذلك فالمشرع الجزائري أكد على ضرورة علم المشتري بالمبيع علما كافيا، فاعتبرت

المادة 352 من القانون المدني العلم محققا في الحالات التالية:

- رؤية المبيع أو معاينته.

- اشتمال العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من التعرف عليه وتمييزه عن الأشياء الأخرى، فيكون الوصف بكيفية تقوم مقام الرؤيا الأصلية.

- إقرار المشتري في العقد بأنه عالم بالمبيع، فإقراره يُغني عن الوصف والرؤيا، ويترتب على عدم علم المشتري بالمبيع حقه في طلب الإبطال برفع دعوى عدم العلم، والبطلان هنا نسبي لمصلحته دون البائع.

إذ علم المشتري بالمبيع علما كاملا ودقيقا يتحدد برؤية المبيع، أو بمضمون عقد البيع وتحديد أوصاف المبيع وبياناته الأساسية من أجل تمكين المشتري أن يتعرف عليه ويميزه عن غيره، وفي صورة أخرى يكفي أن يقر المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع علما كافيا، فيكون إقراره حجة عليه¹.

1 - يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 30.

لذلك فالعلم الكافي هو حق خاص يثبت للمشتري، ولم تنتهياً له فرصة العلم بالمبيع، سواء قبل البيع أو أثناءه، ويحلّه هذا الحق متى رأى المبيع بأن يأخذه أو يرده على أساس أن له دراية كاملة بالمبيع، ويسقط هذا الحق إذا توفي المشتري، إذ أن هذا الحق هو شخصي خاص بالمشتري، لا ينتقل بالميراث ولا يحق للورثة استخدامه، وجزاء تخلف العلم الكافي بالمبيع هو حق مطالبة المشتري بإبطال عقد البيع على أساس تخلف العلم الكافي بالمبيع لديه¹.

المحاضرة (07): الصور الخاصة للتراضي في عقد البيع

قد يلجأ المتعاقدان للمرور بمرحلة أولية قبل إبرام العقد النهائي، أو يفوض الأصيل شخصاً آخر يتولى إبرام عقد البيع باسمه وحسابه.

أولاً: الوعد بالبيع

الوعد بالبيع هو عقد يتعهد بمقتضاه الواعد بأن يبيع شيئاً، بثمن محدد، إلى الموعد له، إذا أبدى رغبته في الشراء خلال مدة معينة، مع مراعاة جميع الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، حسب المادة 71 مدني على أن الوعد هو " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها".

شروط الوعد: المقصود بالمسائل الجوهرية الاتفاق على المبيع والثمن، وتحديد مدة الوعد، وأن يكون عقد الوعد في الشكلية الرسمية إذا كان الوعد ينصب على بيع عقار وإلا كان الوعد باطلاً.

آثار الوعد: إذا تم الوعد صحيحاً فإنه يرتب للموعد له حق شخصي في مواجهة الواعد في الفترة السابقة على إبداء الرغبة، فيمتنع الواعد من التصرف بالشيء الموعد به، أما الموعد له فيكون له الحق في قبول أو رفض الشراء خلال المدة المتفق عليها، فإذا أبدى الموعد له رغبته بالشراء خلال المدة المحددة يكون الواعد ملزماً بإبرام العقد، وإذا رفض

1 - يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 31.

الواعد إتمام البيع فإنه يجوز للموعد له أن يلجأ إلى القضاء ويطلب الواعد بتنفيذ وعده، ويقوم المحكم مقام الوعد، حيث تنص المادة 72 مدني على أنه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام المحكم مقام العقد".

ثانيا: النيابة في عقد البيع

تعتبر الوكالة بالبيع من الطرق الشائعة لإبرام عقد البيع عن طريق تفويض شخص بدلا عن أحد الطرفين، لذلك فالنيابة في التعاقد وفقا للقواعد العامة هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني، مع انصراف آثاره إلى شخص الأصيل، وما يهمنا هو نيابة شخص عن البائع في عقد البيع (نيابة في البيع)، أو نيابة شخص عن المشتري (نيابة في الشراء)، وهما حالتان تهدفان إلى إبرام عقد البيع بالنيابة.

شروطها:

- يجوز البيع بطريق النيابة (الوكالة) فيباشر البيع نائب أو وكيل، أو يباشر الشراء نائب عن المشتري، أو يباشر كل من البيع والشراء نائب عن كل من البائع والمشتري، فتحل إرادة النائب عن البائع أو عن المشتري محل إرادة الأصيل، مع انصراف أثر هذه الإرادة إلى شخص الأصيل حسب المادة 571.

- ينبغي على الوكيل أن يلتزم حدود الوكالة (صفة المبيع، الثمن)، فإذا كلف بشراء شاحنة لم يجز له شراء سيارة، وإذا كلف بشراء الشيء في حدود ثمن معين لم يجز له تجاوز حدود ثمن معين لم يجز له تجاوز هذا الحد، وكل مخالفة لحدود الوكالة تكون غير نافذة في حق الأصيل وهو الموكل، ما لم يقر العقد إقرار صريحا أو ضمنيا كأن يبادر لتنفيذ العقد مع علمه لتجاوز النائب الحدود النيابة.

- ينبغي أن تكون الوكالة في الشكل الرسمي إذا كان البيع عقارا حسب المادة 572 مدني "يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

- يشترط في الوكالة أن تكون خاصة لا سيما في أعمال البيع لأن الوكالة العامة لا تسمح إلا بأعمال الإدارة حسب المادة 573 مدني " إن الوكالة الواردة بألفاظ عامة والتي لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل، لا تحول للتوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية". والمادة 574 " ولا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء".

- لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد حسب المادة 77 مدني.

فإذا تمت النيابة بالشروط السابقة فإن عقد البيع الذي يبرمه النائب باسم البائع يكون صحيحا وتنصرف آثاره مباشرة إلى الأصيل، وهو الذي تقع عليه التزامات العقد، ويتمتع بالحقوق التي يرتبها العقد، فيبقى طرفي العقد البائع والمشتري ولو تم إبرام العقد بالنيابة.

المحاضرة (08): البيوع الموصوفة

قد يسبق المرحلة النهائية لإبرام العقد مرحلة أولية تهدف إلى التأيي والتفكير لكلا المتعاقدين قبل إبرام العقد النهائي، حيث تسمح بإبرام العقد بعد الدراية الكاملة بكل المسائل الجوهرية والثانوية لعقد البيع، كالبيع على شرط التجربة، والبيع بالعينة، حسب المادة 355 مدني.

أولاً: البيع بالتجربة

- **المفهوم:** البيع بشرط التجربة هو ذلك البيع الذي يتفق فيه الطرفان على تمكين البائع للمشتري من تجريب المبيع، خلال مدة معينة، ثم يكون بعد ذلك للمشتري إمكانية تجريب المبيع قبل شرائه، وهو ما نصت عليه المادة 355 مدني.

قد يطلب المشتري مدة للتجريب صراحة أو ضمناً، ففي الألبسة الجاهزة والأحذية قد يكون شرط التجربة ضمناً، ويكون صريحاً في الأشياء التي لا تحتاج للتجريب حسب الطبيعة والعرف مثل مواد البناء، ويلجأ للتجربة للتأكد من المبيع صالح لأداء الغرض الذي أعد من أجله، أو ليتحقق المشتري من المبيع يناسبه شخصياً.

- **الأحكام العامة:** ينبغي أن يتم الاتفاق على مدة يتعين إبداء رغبة المشتري خلالها، فإذا لم تكن هناك مدة متفق عليها، ففي خلال مدة معقولة يحددها البائع، وأن يمكن البائع للمشتري من تجربة المبيع خلال مدة معينة، وعند تجربة المبيع يكون للمشتري الحرية المطلقة في قبول المبيع أو رفضه دون تسبيب، فلا يجوز للبائع أن يعترض على رفض المشتري للمبيع. وإذا انقضت مدة التجربة وكان البائع قد مكّن المشتري من تجربة المبيع دون صدور قبول صريح من قبل المشتري، فإن سكوته يعدّ قبولاً، وهذا يعني أن التجربة كانت إيجابية بالنسبة للمشتري مما يعني أن الشرط قد تحقق، فيتأكد به التزام المشتري، مما يجعله مالكا للمبيع ملكية تامة منذ إبرام البيع¹.

1 - يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 48.

- **طبيعة البيع بشرط التجربة:** اعتبرت المادة 355 مدني البيع بشرط التجربة أنه بيع معلق على شرط واقف، وهو شرط قبول المشتري بعد القيام بتجريب المبيع في المدة المحددة، فإذا قبل المشتري المبيع بعد تجربته أو سكت عن ذلك وانقضت المدة، فإن البيع يصبح باتاً، بتحقيق الشرط الواقف، أما إذا رفض المشتري البيع بعد تجربة المبيع فيسقط البيع¹. وقد يتفق الطرفان على اعتبار البيع معلق على شرط فاسخ، ويكون ذلك بطريقة صريحة أو ضمنية تستخلص من ملابسات العقد، وهذا يعني عقد البيع منعقد ومرتب جميع آثاره فتكون نافذة منذ إبرامه، ولكنه مهدد بالزوال بسبب الشرط الفاسخ، فيكون المشتري مالكا للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ، فإذا صرح المشتري للبائع عدم قبوله للمبيع فسخ البيع بأثر رجعي، واعتبر المشتري كأنه لم يمتلك المبيع.

ثانياً: البيع بالعربون

العربون هو مبلغ من النقود يدفعه المشتري للبائع حيث يمكن لكل منهما أن يعدل عن العقد، فإذا عدل من دفع العربون فقد خسر، وإذا عدل من تلقى العربون ردّه ومثله، حسب المادة 72 مكرر مدني، لذلك فدفع العربون يفيد أن لكلا المتعاقدين حق العدول عنه خلال مدة معينة، ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك، ويشترط ما يلي²:

- اعتبار المبلغ المدفوع على سبيل العربون.
 - دفع مبلغ العربون وقت إبرام العقد.
 - الاتفاق على تعيين مدة العدول، فإذا انتهت مدة المحددة ولم يعدل أي منهما عن العقد فإن البيع يصبح نهائياً، ويتحول مبلغ العربون إلى جزء من الثمن.
- وقد وردت أحكام العربون في المادة 72 مكرر مدني فنصت على ما يلي: "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، خلال المدة المتفق

1 - يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 49.

2 - زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 33.

عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك، فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه ردّه ومثله ولم يترتب على العدول أي ضرر".

المحاضرة (09): المحل في عقد البيع

أهم التزامات البائع نقل ملكية المبيع، وأهم التزامات المشتري هو دفع الثمن، لذلك فركن المحل في عقد البيع، يتمثل في كل من المبيع والثمن، فمحل البائع هو المبيع، ومحل المشتري هو الثمن النقدي، ويشترط في المبيع أن يكون موجودا، ومعينا، ومشروعا، ومملوكا للبائع، أما الثمن فيشترط أن يكون نقديا، ومعينا أو قابلا للتعيين، وأن يكون جديا وحقيقا.

أولاً: المبيع

المبيع هو الملكية أو أي حق مالي آخر، حسب المادة 351 مدني، ويجب أن يتوافر في المبيع الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بوجه عام وهي:

- أن يكون المبيع موجوداً أو قابلاً للوجود: قد يوجد المبيع قبل العقد ويستمر وجوده إلى حين إبرام العقد، كما أنه قد يوجد المبيع قبل العقد ووقت انعقاده وينعدم كله أو بعضه بعد ذلك، فيكون العقد صحيحا ولكنه يفسخ بعد ذلك، وقد يبقى قائما مع إنقاص الثمن في حالة الهلاك الجزئي¹.

أما إذا لم يوجد المبيع قبل العقد وكان المبيع قابلا للوجود بعد ذلك، فكان شيئا مستقبليا، واتجهت إرادة الطرفين إلى التعاقد على أساس وجود المبيع مستقبلا، فالعقد صحيح إلا إذا تبين أن المبيع لا يمكن أن يكون موجودا مستقبلا، كان البيع باطلا لانعدام المبيع، وقد نصت المادة 92 مدني على أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبليا". ومثال ذلك عن حالة المبيع القابل للوجود، بيع المنزل قبل بنائه، يبع المؤلف قبل كتابته.

1 - سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 88.

بينما لا يجوز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه، حسب المادة 92 مدني "غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها قانوناً".

- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين: ينبغي أن يكون المبيع معيناً حتى يرد عليه الاتفاق بالبيع، فإن كان غير معين استحال الاتفاق عليه، إلا إذا كان قابلاً للتعين، وتميز في طريقة التعين بين الأشياء القيمة والمثلية.

الأشياء القيمة هي الأشياء المعينة بذاتها، وذلك بذكر صفاتها المميزة لها عن غيرها من الأشياء المشابهة لها، كتعيين السيارة بتحديد علامة صنعها ورقم صنعها، وتعيين المؤلف بتعيين عنوانه ومؤلفه وسنة صدوره.

أما الأشياء المثلية فهي الأشياء التي يقوم بعضها مقام البعض عند الوفاء، والتي تقدر عادة بالعدد والكيل والوزن، مثل المحاصيل الزراعية والأقمشة والمواد الغذائية، فيجب أن تعين في عقد البيع بذكر نوعها وجنسها وبيان مقدارها بالعدد والوزن أو المقاس¹.

أما البيع الجزائي فهو بيع ما يكال أو يوزن أو يقاس جملة بلا وزن ولا وعد ولا قياس، وهو البيع المجمل المختلف عن البيع بالجملة، مثل أن يبيع شخص جميع كمية التمر الموجودة في مخزن معين، فالبيع في هذه الحالة ليس يباعاً بالتقدير، بل يكون جزافاً.

- أن يكون صالحاً للتعامل فيه: الأصل أن جميع الأشياء يجوز التعامل فيها، والاستثناء عدم جواز التعامل في بعض الأشياء لطبيعتها أو لوجود نص قانوني أو لمخالفتها للآداب العامة.

ومثال الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يتأثر بها بجزائها بحسب طبيعتها، الهواء والبحر وأشعة الشمس، أما الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون مثل الأموال

1 - سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 97.

الموقوفة، والتركات المستقبلية، أما عن الأشياء الممنوعة من التعامل فيها لمخالفتها للنظام والآداب العامة مثل المخدرات وبيوت القمار وأعضاء الإنسان

- أن يكون المبيع مملوكاً للبائع: عند بيع الشخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، لأن بيع ملك الغير هو العقد الذي يلتزم بموجبه البائع نقل ملكية مبيع معين بالذات وهو لا يملكه¹.

ثانياً: الثمن

الثمن ركن في عقد البيع ولا ينعقد بدونه، لأن محل التزام المشتري أساساً هو دفع الثمن، فالبيع الذي لا يتضمن ثمناً يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويجب أن يكون نقوداً حسب المادة 351 مدني، ويجب أن يكون الثمن نقدياً ومقدراً أو قابلاً للتقدير، وأن يكون أيضاً جدياً حقيقياً.

- أن يكون الثمن نقدياً: اشتراط الثمن النقدي يميز عقد البيع عن عقد المقايضة، ويترتب على ذلك أن الثمن في البيع يجب ألا يقدم ذهباً أو ما يعادل الذهب لانعدام النقد، وإذا كان الثمن بعضه نقود وبعضه غير نقود، فالعبرة بالعنصر الغالب، ويستوي أن يكون الثمن النقدي معجلاً أو مؤجلاً، أو يدفع دفعة واحدة أو على أقساط.

- أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير: الأصل أن يتم تحديد الثمن من طرف المتعاقدين مباشرة باتفاقهما معاً على تحديد ثمن مقدر مقابل المبيع، سواء كان تحديداً صريحاً أو ضمنياً، فإذا لم يتم الاتفاق على الثمن إطلاقاً فعقد البيع باطل بطلاناً مطلقاً.

بينما هناك حالات معينة نص عليها المشرع تجعل الثمن معلوماً وينعقد به العقد، ولو لم يحدده الطرفان بشرط أن يتفقا على أسس تحديد الثمن، منها سعر السوق في تاريخ

1 - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 141.

معين، أو السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما، أو الثمن الذي اشترى به البائع المبيع، أو حالة البيع بالتسعيرة الجبرية¹.

- أن يكون الثمن جديا: يجب أن يكون الثمن متناسبا مع قيمة المبيع، مقدرة بحسب سعر السوق، فلا يكفي أن يكون الثمن نقديا، ومعينا أو قابلا للتعين، بل يجب أن يكون حقيقيا وإلا كان معدوما، والثمن الحقيقي أو الجدي هو الذي تكون إرادة طرفي العقد قد اتجهت إلى إلزام المشتري بأن يدفعه فعلا باعتباره مقابلا حقيقيا للمبيع، ويعتبر الثمن غير حقيقي إذا كان صوريا أو تافها، وألا يكون ثمنا بخسا والذي يقل كثيرا عن قيمة المبيع، ولكنه لا ينزل إلى حد الثمن التافه الذي لا يعتد به، وعموما ليس من الضروري أن يكون الثمن مساويا لقيمة المبيع تماما، إلا أنه إذا وصل التفاوت بين الثمن وقيمة الشيء المبيع إلى حد اعتبار الثمن بخسا، وكان البيع متعلقا بالعقار، فنكون أمام حالة الغبن الفاحش.

- الغبن في بيع العقار: نصت مواد 358، 359 و360 مدني على حكم خاص بعقد البيع وهو حالة الغبن الفاحش في بيع العقار بما يزيد عن الخمس (5/1)، وقررت المادة 1/358 مدني: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في تكملة الثمن إلى أربعة (5/4) أخماس ثمن المثل"، وحالة الغبن هي عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه²، أو الضرر الناتج عن التفاوت بين قيمة الأداءات المتبادلة، والغبن حسب المادة الآنفة الذكر فهو النقص المسجل بشأن ثمن بيع العقار المتفق عليه مقارنة بثمانه الحقيقي والذي يزيد عن الخمس، وهو حالة استثنائية ينصرف بالأساس إلى بيع العقار³، وعليه يشترط للطعن بالغبن الفاحش ما يلي:

1 - سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 109.

2 - السنهوري، المرجع السابق، ص 355.

3 - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 166.

1- أن تكون العين المبيعة عقاراً، فيقتصر الغبن على الأموال العقارية في حالة بيعها، فدعوى الغبن الفاحش هنا تنصب على العقار، ويخرج من مجال الغبن بيع المنقولات.

2- ألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلني، لأن البيع الحاصل بالمزاد العلني يحاط بإجراءات وضعها القانون تكفل الحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار المبيع، وتنص المادة 360 مدني على عدم جواز رفع دعوى الغبن إذا تم البيع بالمزاد العلني.

3- أن يكون طبيعة التصرف البيع في العقار، فتستبعد جميع العقود الناقلة للملكية ما لم تكن بيعاً.

4- أن يزيد الغبن عن خمس ثمن المثل (الغبن الفاحش)، فيتحقق الغبن المشار إليه في المادة 358 مدني إذا زاد مقداره عن خمس ثمن المثل، على أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع، بغض النظر عن قيمته الحالية، ويقوم ثمن العقار من طرف خبراء معينون من الجهات القضائية المختصة.

5- الحق في الطعن بالغبن يكون في أي غبن عقاري سواء كان البائع كامل الأهلية أو ناقص الأهلية، وبالتالي الغبن المقصود هنا أساسه معيار موضوعي لا على عيوب الإرادة (الذي يتطلب توافر العنصر النفسي و هو استغلال الطيش و الهوى لدى المتعاقد المغبون)، و هو اختلال التناسب بين التزامات الطرفين، فالعيب هنا هو عيب في العقد، وبالتالي فإن البائع في دعوى الغبن ليس مطالباً بإثبات أنه وقع في غش أو غلط أو استغلال أو كان ناقص الأهلية، بل يكفي إثبات توافر شروط الغبن وبالتالي فإن الغبن في بيع العقار يرجع إلى فكرة التعادل ما بين المبيع و الثمن، لغرض من دعوى تكملة الثمن و إجراءاتها.

6- حق البائع في تكملة الثمن: الغبن ليس عيباً في الرضا بل هو عيب في العقد¹، ومن ثم لا يترتب على تحققه إبطال العقد، بل ينشأ حقاً للبائع في تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل طبقاً للمادة 358 مدني، ويتعين على البائع بموجب المادة 359 مدني، أن يقوم

1 - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 170.

برفع دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس (5/4) ثمن المثل، أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها، وهنا يلتزم البائع بإثبات أن الغبن محتمل فتقوم المحكمة بتعيين خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع، فإذا ثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد عن الثمن بأكثر من خمس (5/1) القيمة حكم القاضي على المشتري بتكملة الثمن إلى أن يبلغ أربعة أخماس (5/4) قيمة العقار وقت البيع.

إذا صدر حكم لصالح البائع بالزام المشتري بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس (5/4) وصار الحكم نهائياً فإن للبائع أن يجس العقار في سبيل التنفيذ كما يكون حق البائع بفرق الثمن مضموناً بامتياز البائع على العقار المبيع طبقاً للمادة 999 من القانون المدني. أما بالنسبة لمدة التقادم لدعوى تكملة الثمن 3 سنوات تبدأ من يوم انعقاد البيع بالنسبة لكامل الأهلية، أما بالنسبة لناقصي الأهلية فتبدأ ب3 سنوات من يوم انقطاع العجز (المادة 359 قانون مدني).

وفي حالة امتناع المشتري عن تكملة الثمن فللبائع أن يطلب الفسخ لأنه لم يستوف الثمن بكامله، وإذا حكم بالفسخ عاد المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا كان المشتري قد تصرف في العقار فإن المتصرف إليه حسن النية طبقاً للمادة 359 ف3 قانون مدني لا يصيبه ضرر، إذ لا يستطيع البائع أن يسترد منه العقار وليس له إلا الرجوع بالتعويض على المشتري.

المحاضرة (10): الشكلية في بيع العقار

كرّس المشرع الجزائري في المادتين 59 و60 مدني مبدأ الرضائية في العقود، غير أنه استثنى بعض الحالات على وجه الخصوص عقد بيع العقار استنادا للمادة 324 مكرر 1 مدني.

أولاً: تعريف العقد الرسمي

العقد الرسمي هو المحرر الذي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأشكال القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه، حسب المادة 324 مدني، لذلك فعقد بيع العقار هو عقد رسمي يتم تحريره من طرف الموثق أو من له الصفة في تحرير العقود الرسمية، وفقاً للأشكال القانونية، ويلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية عقار مقابل ثمن نقدي.

ثانياً: وجوب تحرير العقد من طرف الموثق

يشترط لصحة عقد بيع العقار أن يقوم بتحريره الموثق، وهو ضابط عمومي مكلف بخدمة عامة، يعمل لحسابه الخاص، له صلاحية تحرير العقود والوثائق الرسمية، ويخضع الموثق للقانون 02/06 المنظم لمهنة التوثيق.

ثالثاً: وجوب تحرير العقد وفقاً للأشكال القانونية

ليكون بيع العقار صحيحاً يجب أن تحريره وفقاً للأشكال القانونية وإلزامية توفر البيانات الرسمية التالية:

- البيانات المتعلقة بالموثق وعنوانه، وهوية البائع، وهوية المشتري، وتحديد الثمن، وتعيين المبيع، وتاريخ العقد، وتوقيع الأطراف، ومصادقة الموثق على العقد بعد تلاوته على الأطراف.

- يجب أن يكتب العقد باللغة العربية حسب المادة 26 من قانون التوثيق.

رابعاً: جزاء تخلف الرسمية في عقد بيع العقار

إذا لم عدم تحترم الشكلية الرسمية عند تحرير عقد البيع المتعلق بعقار يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لتخلف ركن من أركان العقد وهو ركن الشكلية، وفقاً للمادة 324 مكرر 1 والتي نصت على أنه: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي، يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية... في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

وأول ما اشترط القانون ركن الرسمية في بيع العقار كان بموجب المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتعلق بقانون التوثيق، والذي دخل حيز التنفيذ في: 1971/01/01، وتم نقل مضمون المادة 12 إلى القانون المدني في المادة 324 مكرر 1، وهذا ما أكدته الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا في القرار رقم 156/136 المؤرخ في 1997/12/18، وجاء فيه "من المقرر أيضاً أنه زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار... يجب أن تحرر على الشكل الرسمي، ومنه أيضاً أن يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله".

يتضح من هذه النصوص أنه إذا لم يحرر عقد بيع العقار في شكل رسمي يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لتخلف ركن من أركان العقد، فلا يكفي توافر الأهلية والرضا والمحل والسبب لإبرام عقد بيع العقار، ولا تنتقل الملكية في بيع العقار من البائع إلى المشتري إلا بإجراء الشهر العقاري، وذلك بتسجيل تصرف البيع العقاري في السجل العقاري بالمحافظة العقارية، بهدف إعلام الغير بالحقوق التي ترد على العقارات، وهو ما نصت عليه المادة 793 مدني.

المحاضرة (11): التزام البائع بنقل حق ملكية المبيع (المنقول)

يترتب على البيع الصحيح التزامات في ذمة كل من البائع والمشتري، فيلتزم البائع بنقل حق الملكية، وتسليم المبيع، وبضمان التعرض، وبضمان العيوب الخفية، وبالمقابل يلتزم المشتري من جهته بدفع الثمن، وتسلم المبيع، وبدفع نفقات البيع، ويخضع عقد البيع في ذلك للقواعد العامة المنظمة لآثار العقد، إلا ما استثناه القانون بحكم خاص.

عند إبرام عقد البيع ينشأ في ذمة البائع التزاما بنقل حق الملكية للمبيع، فيكون البائع عندئذ ملزما بتنفيذ التزامه فور إبرام العقد بحكم القانون، وقد نصت المادة 165 مدني على ما يلي: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري"، وتختلف طريقة تنفيذ الالتزام بنقل حق الملكية في المنقول عنه في العقار، ويعيننا في هذه المحاضرة نقل ملكية المبيع في حالة كونه منقولاً سواء معيناً بذاته أو نوعه.

يعرّف المنقول بأنه الشيء الذي لم يكن ثابتاً في الأرض، وهو عكس العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص، حيث أن المنقول بطبيعته هو كل شيء يمكن نقله من مكان إلى آخر دون أن تلف، وتأخذ بعض الأشياء حكم المنقول كالمياه والكهرباء والغاز وغيرها من الطاقات التي يمكن احرازها في أنابيب وأسلاك ثابتة على الأرض، أما المنقول بحسب المآل هو بطبيعته عقار، لكنه يؤول إلى منقول بسبب التغيير الذي يطرأ عليه مثل أنقاض البناء وثمار الأشجار، وهناك المنقول المعنوي وهي الأشياء التي يمكن تصورها كالأفكار والمخترعات حيث اعتبرها المشرع منقولات معنوية¹.

وعموماً عند نقل حق الملكية في المنقول نميز بين المنقول المعين بالذات، والمنقول المعين بالنوع، والبيع الجزاف.

1- ميمنة حوحو، المرجع السابق، ص 91.

أولاً: المنقول المعين بالذات

المنقول المعين بالذات هو ذلك الشيء القائم بذاته، حيث يكون محدد العناصر والمقومات والخصائص، فيمكن تمييزه عن غيره مثل السيارة، والخبز، وعلبة الحليب، والهاتف والثلاجة، فإذا كان المنقول معيناً بذاته فإن حق الملكية ينتقل إلى المشتري فوراً بمجرد انعقاد العقد، مما يعني أن عقد البيع في هذه الحالة هو الذي ينقل حق الملكية وفقاً لنص المادة 165 مدني المذكورة أعلاه.

وعليه يشترط لانتقال ملكية المنقول المعين بذاته ما يلي: أن يكون الشيء معيناً بذاته، أن يكون البائع مالك المنقول المعين بالذات، وألا يكون نقل الملكية معلقاً على حدوث أمر معين بنص القانون أو الاتفاق.

لذلك في الأصل أن ملكية المنقول بالذات تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد، ولا يحتاج إلى عمل آخر، إلا في حالتين، إذا اتفق الطرفان على تأجيل نقل الملكية كأن يكون الثمن مؤجلاً¹، وهو ما نصت عليه المادة 363 مدني، وفي حالة كون محل البيع منقولاً من الأشياء المستقبلية وقابلًا للوجود في المستقبل، لأن الشيء قبل وجوده لا يكون بدهاً معيناً بذاته.

ثانياً: البيع الجزاف

البيع الجزاف هو البيع الذي يعين فيه الشيء بذاته بصرف النظر عن مقداره، ويحصل تعيينه بتقديره بالعدد أو الوزن أو المقياس أو الكيل، أي أنه يتم على مجمل الأشياء في مكان معين²، مثال ذلك بيع القمح الموجود في مخزن معين، أو القماش الموجود في كيس معين، ويعتبر البيع جزافاً مادام لا يلزم تقدير المبيع لتعيينه ولو لزم تحديد ثمنه، فالعبرة بطريقة تعيين المبيع بصرف النظر عن مقدار المبيع.

1 - سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 67.

2 - سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 68.

وتنطبق على المبيع في بيع الجزاف عند انتقال الملكية قاعدة المنقول المعين بالذات، فتنتقل ملكية المبيع الجزاف إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد، وهو ما نصت عليه المادة 262 مدني، فنصت: " تنتقل الملكية في البيع بالجزاف إلى المشتري بنفس الطريقة التي تنتقل بها ملكية الشيء المعين".

وبناء على انتقال ملكية الشيء المعين والبيع بالجزاف بمجرد العقد، فيكون للمشتري حق التصرف في المبيع من يوم انعقاد البيع ولو لم يتسلم المبيع، حيث يصبح للمشتري الحق في الانتفاع بالشيء والحق في ثماره بمجرد التعاقد ولو لم يتسلم المبيع، كما أن المشتري يتحمل مصروفات حفظ المبيع وصيانته والتكاليف المفروضة على المنقول من وقت انتقال الملكية إليه، وهو ما نصت عليه المادة 389 مدني: " يستحق المشتري انتفاع وإيراد الشيء المبيع، كما يتحمل تكاليفه".

ثالثاً: المنقول المعين بالنوع

الأشياء المعينة بالنوع هي الأشياء التي تقوم بعضها مقام بعض، وتكون مقدرة بالوزن والعدد وبالكيل وبالقياس، ولا تنتقل الملكية في هذه الأشياء إلا بقيام البائع بإفراز المبيع عن باقي المنقولات الأخرى، فنصت المادة 166 مدني على أنه: " إذا ورد الالتزام بنقل حقي عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء".

والإفراز والفرز هو عملية عزل الشيء عن باقي المنقولات الأخرى حتى تتحد ذاتيه، بحيث يتميز عن غيره من الأشياء التي هي من نفس النوع، ولا يشترط حضور المشتري أثناء عملية الإفراز، لكن يشترط أن يعلم المشتري بحدوث الإفراز¹.

وفي حالة امتناع البائع عن تنفيذ التزامه بفرز المبيع حتى تنتقل ملكيته للمشتري، يمكن للمشتري إعدار البائع ليقوم بتنفيذ التزامه حسب المادة 164 مدني، كما يجوز

1 - زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 59.

للمشتري بعد أخذ إذن القاضي أن يقوم بأخذ شيء من نفس النوع على نفقة البائع نفسه حسب المادة 166 مدني.

المحاضرة (12): انتقال الملكية في العقار

إذا كان المبيع عقارا فإن الملكية لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بإجراء الشهر العقاري، وذلك بتسجيل تصرف البيع العقاري في سجلات موجودة لدى مصلحة معينة تسمى بالمحافظة العقارية، بهدف إعلام الأشخاص بالحقوق التي ترد على العقارات.

أولاً: الأساس القانوني

تنص المادة 793 على ما يلي: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين، أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري".

ويعد الشهر العقاري المرحلة الأخيرة من مراحل الشكلية الرسمية بعد التوثيق، وتسجيل العقد لتحصيل المبلغ الجبائي، وبعد الشهر تنتقل الملكية ويصبح العقد نافذا فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير، وقبل الشهر لا يرتب عقد البيع إلا آثارا شخصية بين البائع والمشتري، حيث يستطيع المشتري مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار إليه، ويقوم الموثق نيابة عن البائع بشهر بيع العقار في المحافظة العقارية¹.

لذلك فالعقد ينعقد تماما بتمام أركانه، لكن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد القيام بالشهر، ومن المهم التفرقة بين الشكلية كركن في عقد البيع العقاري، وبين إجراء الشهر، حيث أن الشكلية في بيع العقار ركن لقيام عقد البيع وعند تخلفها يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، بينما إجراء الشهر فليس ركنا في عقد البيع، وتخلفه لا يؤثر على وجود

1 - تنص المادة 10 من قانون التوثيق رقم 02-06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق على ما يلي: "يتولى الموثق حفظ العقود التي يجرها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا، لا سيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا".

عقد البيع، والشهر لازم لانتقال الملكية فقط، ذلك أن الشكلية تعني الكتابة الرسمية، وأن الشهر يعني تسجيل تصرف البيع العقاري في سجلات موجودة بالمحافظة العقارية¹.

ثانيا: أنظمة الشهر العقاري

يعتبر الشهر نظام قانوني خاص يشمل مجموعة من الإجراءات والأشكال نظمها القانون تنظيما خاصا، وينقسم إلى نوعين، شهر شخصي، وشهر عيني.

1/ نظام الشهر الشخصي:

وظيفة نظام الشهر الشخصي تحقيق العلانية، وليس له قوة ثبوتية، حيث يتم فيه شهر التصرف بأسماء الأشخاص دون التحقق من صحة الحق الذي يرمي إلى إنشائه، فلا يتم التحقق من صحة البيانات المدونة في الوثائق التي يقدمها الأطراف، فقد تكون هذه الوثائق مزورة، والنتيجة أن يشهر التصرف بناء عليها، وفي هذا النظام فإن الذي ينقل الملكية هو التصرف ذاته لا إجراء الشهر لوحده، لكن إذا ثبت بعد الشهر أن التصرف باطل أو تم فسخه فإن الشهر يزول تبعا لذلك².

2/ نظام الشهر العيني:

يسمى بنظام السجل العيني أو العقاري، حيث يتم فيه شهر التصرف على أساس العقار لا على أساس الأشخاص³، حيث تمسك مصلحة الشهر سجلا خاصا يعد بمثابة بطاقة تعريف للعقار في شكل بطاقة عقارية، يثبت فيها كل التصرفات التي ترد عليه مع تحديد موقعه ومساحته وحدوده ورقمه، ويكون ذلك بعد التحري الدقيق من صحة

1 - زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 59.

2 - المرجع نفسه، ص 60.

3- بدأ النظام العيني في الظهور في الجزائر بموجب المادتين 15 و16 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري

المعلومات، وكذا التحري من هوية الأطراف والتأكد من صحة التصرف، فإذا كان التصرف معييا امتنع عن شهره¹.

وتمكن هذه البطاقات العقارية من معرفة تاريخ ملكية العقار والملاك الذين تعاقبوا عليه منذ إنشاء السجل والتصرفات التي صدرت من كل منهم، ومن المالك الأخير مع تبيان إن كان العقار مثقل برهن أو حقوق عينية كحق الارتفاق، بعد ذلك يسلم للمالك دفتر عقاري نتيجة لعملية مسح الأراضي، والذي يبرز هو الآخر الوضعية القانونية تبين حقوق المالك على عقار معين كما تبين الأعباء التي تثقله².

وقد أخذ المشرع الجزائري بنظام الشهر العيني، وذلك بموجب قانون السجل العقاري في الأمر 74/75 وأقر أن الشهر هو الوسيلة الوحيدة لنقل الملكية العقارية، وجاء في مضمون المادة 15 منه، أنه لا أثر للملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية.

ثانيا: نقل ملكية السيارات

يخضع عقد بيع السيارات إلى إجراء التصريح بالبيع وهو ما نصت عليه المادة 52 من القانون 14/01 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق³، لذلك ملكية السيارة من البائع إلى المشتري بموجب التصريح بالبيع أمام مصالح البلدية، والبيع المفتقد لهذا التصريح لا يمكن الاحتجاج به، وغير نافذ بالنسبة للغير والإدارة.

1 - زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 60.

2 - تنص المادة 18 من الأمر 74/75: "يقدم إلى المالك العقار بمناسبة الإجراء الأول دفتر عقاري تنسخ فيه البيانات الموجودة في مجموعة البطاقات العقارية"

3 - تنص المادة 52 من قانون المرور: "يخضع تحويل ملكية المركبة أو اتلافها للتصريح. تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

بينما باقي الوثائق الأخرى مثل البطاقة الرمادية والمراقبة التقنية وشهادة التأمين، فهي ليست شروطا لقيام بيع السيارة، وإنما هي شرط لاستعمال السيارة، ومراقبة الإدارة للسيارات¹.

أخيرا لا يمكن الخلط بين نقل الملكية وتسليم المبيع، لأن نقل الملكية هو عملية قانونية غير مرئية تحدث على مستوى ذمتين، تنتقل الملكية من الذمة المالية للبائع نحو الذمة المالية للمشتري، فتخرج الملكية كحق عيني أصلي من أصول ذمة البائع لتستقر في أصول ذمة المشتري، أما التسليم فهو عملية مرئية محسوسة، تتمثل في انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشتري².

المحاضرة (13): التزام البائع بالتسليم

يتضمن الالتزام بتسليم المبيع أهمية بالغة حتى يتمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع انتفاعا كاملا كمالك من لحظة التسليم، ولا يقتصر التزام البائع بتسليم الشيء المبيع فحسب، بل يتطلب هذا الالتزام المحافظة بالمبيع إلى غاية نقل حيازته للمشتري، فتنص المادة 167 مدني: "الالتزامات بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم"، ويكون البائع ملزما بالامتناع عن كل عمل من شأنه أن يعرقل الالتزام بالتسليم، وأن يسلم المبيع على الحالة التي كان عليها وقت العقد وفي الزمان والمكان المتفق عليهما، وإلا كان مسؤولا عن كل تأخير في تسليم المبيع، أو التغيير فيه، أو عدم مطابقته للأوصاف المتفق عليها في العقد.

1 - زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 15.

2 - المرجع نفسه، ص 16.

أولاً: مفهوم الالتزام بتسليم المبيع

تنص المادة 1/367 على أنه: " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه مادياً، مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك".

بمعنى أن التسليم يتضمن عنصرين هما: وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به دون عائق حتى ولو لم يتسلمه تسليمًا مادياً، وإعلام البائع للمشتري بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه.

1- وضع المبيع تحت تصرف المشتري:

ينبغي على البائع أن يضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق حسب المادة 397 مدني، فيقوم البائع بالأعمال الضرورية التي تجعل المبيع تحت سيطرة المشتري لينتفع به كمالك، فيتحقق التسليم ولو امتنع المشتري عن التسلم، أما إذا وجد عائق يحول دون تمكين المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به فلا يتحقق التسليم، ولا يعد البائع قد نفذ التزامه بالتسليم ويبقى هذا الالتزام معلقاً على ذمته، كأن يكون المبيع في يد الغير، أو عدم إخلاء البائع العين المبيعة¹.

2- إعلام المشتري بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه:

يجب أن يخطر البائع المشتري بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه، ويكون الإخطار بكل الوسائل، ولم يشترط القانون شكلاً معيناً² (شفوي، مكتوب، مكالمة، رسالة الكترونية، محضر قضائي)، مع علم المشتري بأن المبيع قد أصبح تحت تصرفه نتيجة إخطار البائع له.

1 - يمينه حوحو، المرجع السابق، ص 123.

2 - المرجع نفسه، ص 124.

وبوجود هذين العنصرين يكون البائع قد نفذ التزامه بتسليم المبيع، ولو يكن المشتري قد حاز المبيع حيازة مادية لأنه يكفي توافر عنصري وضع المبيع تحت تصرف المشتري، وإخطاره بذلك.

ثانيا: طرق تسليم المبيع

عملا بالمادة 367 مدني يمكن أن يكون تسليم المبيع فعليا أو حكما على التفصيل التالي:

1- التسليم الفعلي:

يتحقق التسليم الفعلي بكل الوسائل التي تمكن من وضع المبيع تحت تصرف المشتري، وتمكنه من حيازته والانتفاع به دون عائق، وبأن يعلم البائع المشتري بأن المبيع صار تحت حيازته، ولو لم يتسلم المشتري المبيع بشكل مادي مادام البائع قد أخطره بذلك. ويكون تسليم العقار بإخلائه من المنقولات الموجودة بداخله وتسليم مفاتيحه، وتسليم الأرض الفلاحية تكون بإخراج المواشي والمعدات الزراعية الموجودة بها، أما تسليم المنقول يكون بالمناولة اليدوية أي يسلم مباشرة إلى المشتري أو من ينوبه.

2- التسليم الحكمي:

يتم التسليم الحكمي بمجرد تراضي المتعاقدين على البيع، ويكون في حالة الاتفاق بين البائع والمشتري على تغيير صفة الحيازة، لأن المشتري يكون حائزا للمبيع من قبل بموجب حق آخر غير البيع، حسب المادة 2/367 التي تنص: "وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية"، ويحدث ذلك في صورتين:

الصورة الأولى: إذا كان المشتري يحوز المبيع قبل البيع حيازة عرضية باعتباره مستأجرا أو مستعيرا أو مودعا لديه، فبمجرد الاتفاق على البيع تتغير صفة حيازته، فيتحول المشتري إلى حائز بصفته مالكا عن طريق الشراء، وتقوم هذه الحياة مقام التسليم¹.

1 - مينة حوحو، المرجع السابق، ص 126.

الصورة الثانية: إذا كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية، كأن يستأجره بعد البيع، فيتم التسليم بالاتفاق على أن يبقى المبيع عند البائع ليس بصفته مالكا بل بصفته مستأجرا¹.

3- التسليم في حالة تصدير المبيع:

يقصد بالتصدير إرسال البائع للمبيع عن طريق وسيلة معينة إلى المشتري، مثل أن يرسله عبر الطائرة أو الباخرة أو الشاحنة، فحسب المادة 368 مدني فإن التسليم في حالة تصدير المبيع لا يتم إلا بوصول المبيع إلى المشتري، ونتيجة ذلك أنه إذا هلك المبيع قبل وصوله إلى المشتري، فإن الهلاك يكون على عاتق البائع.

المحاضرة (14): مضمون الالتزام بالتسليم

يجب على البائع أن يسلم المبيع في المكان والزمان المتفق عليه، كما يجب عليه أن يسلمه على الحالة التي كان عليها وقت العقد، وبالمقدار المتفق عليه، دون زيادة ولا نقصان، فتنص المادة 364 مدني: "يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع".

أولاً: حالة تغير المبيع بالضرر والنفع

يلتزم البائع بتسليم المبيع المتفق عليه على الحالة التي كان عليها وقت العقد، فإن لم يكن بينهما اتفاق، كان على البائع تسليم الشيء المبيع من صنف متوسط، كما يجب على البائع أن يحافظ على المبيع لغاية تسليمه.

إذا تغير المبيع عما كان عليه وقت البيع بفعل من البائع، أو تعيب المبيع بخطأ أو إهمال من البائع، أو بفعل الغير لعدم بذل العناية اللازمة في المحافظة على المبيع، كان للمشتري أن يلزمه بإرجاع المبيع إلى الحالة التي كان عليها بإزالة الضرر الذي غير في المبيع متى كان ذلك ممكناً، وإلا يحق للمشتري أن يرجع عليه بالتعويض، ويطلبه بفسخ العقد على أساس

1 - سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 76.

اخلال البائع بالتزامه¹، بينما لو طرأ تغيير في المبيع إلى ما هو أفضل عما كان عليها وقت البيع، فتكون الزيادة من نصيب المشتري دون مقابل، متى كانت الزيادة بفعل الطبيعة ولا دخل للبائع فيها².

بمعنى أن الزيادة النافعة بفعل الطبيعة تكون من نصيب المشتري، دون المطالبة بها، مثل تحسن نوعية الأرض بفعل تسرب أتربة الأودية، بينما إن كان الفعل النافع بفعل الفاعل كالتحسينات يستطيع المشتري المطالبة بإزالتها على عاتق البائع، والمطالبة بتعويض الضرر، أو استبقائها دون مقابل.

ثانياً: أحكام الزيادة والنقص في مقدار المبيع

قد يحدث أن يقوم البائع بتسليم المبيع ويكون مقداره منقوصاً عن المقدار المتفق عليه، كما قد يكون مقداره أكبر من المقدار المتفق عليه، وفق الحالات التالية:

1/ إذا سلم البائع المبيع فيه نقص في المقدار المتفق عليه في العقد، يكون في هذه الحالة مسؤولاً عن هذا النقص، فللمشتري الخيار بين إنقاص الثمن أو فسخ العقد، شرط أن يكون النقص مما لا يتسامح فيه العرف حسب القواعد العرفية السائدة في هذا النوع من المعاملات، ومسألة اعتبار النقص جسيماً أو غير جسيم متروكة للقاضي، أي أن في النقص غير الجسيم يحق للمشتري طلب إنقاص الثمن، بينما الجسيم لو علمه أتم البيع فله المطالبة بفسخ العقد، فتنص المادة 365 مدني "إذا عيّن في عقد البيع مقدار المبيع، كان البائع مسؤولاً عما نقص منه بحسب العرف، غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع، إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها لما أتم البيع".

2/ أما إذا وجد المشتري زيادة في مقدار المبيع، ففي هذه الحالة نميز بين حالتين³:

1 - سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 78.

2 - يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 135.

3 - زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 66.

الحالة الأولى: عندما يكون ثمن المبيع مقدراً بالوحدة، نميز بين احتمالين، فإذا كان المبيع قابلاً للانقسام فإن المشتري لا يلزم بدفع ثمن الزيادة، لأنه يمكن التخلص من الزيادة لكون المبيع قابل للانقسام والبائع لا يتضرر من المساحة الزائدة فيمكن له استغلالها، مثل ثمن قطعة الأرض بالمتراً المربع، أما الاحتمال الثاني إن كانت الزيادة لا يمكن استغلالها وترتب ضرر بالمبيع أو أن المبيع لا يقبل الانقسام، فهنا وجب على المشتري دفع ثمن إضافي يعادل هذه الزيادة.

الحالة الثانية: عندما يكون الثمن مقدراً جملة واحدة وليس بسعر الوحدة، فالزيادة من نصيب المشتري دون أن يكون ملزماً بدفع مقابل للزيادة لأن المقدار ورد على سبيل الوصف، والبائع هو الذي حدد الثمن جملة، مثل بيع المنازل الفخمة يكون تحديد الثمن على أساس المنزل إجمالاً.

أخيراً تنص المادة 366 مدني أن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن، أو فسخ العقد، وحق البائع في طلب زيادة الثمن، يسقط بمرور سنة واحدة كاملة من يوم التسليم الفعلي.

المحاضرة (15): تحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم

تنص المادة 369 مدني على أنه: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه، سقط البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بالتسليم"، كما تنص المادة 370 مدني على ما يلي: "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن".

لتطبيق أحكام الهلاك يجب أن يكون المبيع معيناً بذاته، أما المعين بنوعه فلا تملك لأنها تقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وأن يكون الهلاك قد حدث بفعل قوة قاهرة أو حادث فجائي بسبب أجنبي، لأنه إذا كان بفعل البائع كان مسؤولاً في مواجهة المشتري لإخلاله بالتزامه، وإذا كان الهلاك بفعل المشتري، فيتحمل نتائج فعله، ويبقى ملتزماً بدفع الثمن

وتسلّمه معيبا، إذن القاعدة العامة أن البائع يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم، ولو كان ذلك راجعا لسبب لا يد للبائع فيه.

أولا: الهلاك الكلي للمبيع قبل التسليم

قد يهلك المبيع بعد العقد وقبل التسليم، فحسب المادة 369 مدني يتحمل البائع الهلاك الكلي للمبيع، فإذا هلك المبيع قبل تسليمه للمشتري يفسخ العقد، ويطالبه بالتعويض ويسترد المشتري الثمن إذا كان قد دفعه.

وعلى سبيل الاستثناء قد يكون الهلاك على المشتري قبل التسليم، في حالة الاتفاق على تحمل المشتري تبعة الهلاك، وفي حالة اعذار البائع للمشتري بأن يتسلم المبيع ولم يفعل المشتري ذلك، وفي حالة هلاك المبيع في يد البائع وهو حابس له ضمانا لاستيفاء الثمن.

ثانيا: الهلاك الجزئي للمبيع قبل التسليم

إذا نتج هلاك المبيع جزئيا بسبب أجنبي فإن الهلاك يتحملة البائع مع مراعاة جسامه الهلاك، فإن كان الهلاك الجزئي جسيما، للمشتري طلب فسخ العقد واسترداد الثمن إذا كان قد دفعه أو عدم دفعه إن لم يكن قد تم، كما له الحق في الاحتفاظ بالمبيع والمطالبة بإنقاص الثمن، أما إن كان الهلاك الجزئي غير جسيم فليس للمشتري في هذه الحالة سوى المطالبة بإنقاص الثمن دون طلب الفسخ¹.

المحاضرة (16): الالتزام بضمان عدم التعرض

إذا كان البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع، وتسليمه إلى المشتري، فإن هذا لا يحقق الفائدة المقصودة من البيع، إذا أمكن التعرض بعد ذلك للمشتري في الانتفاع بالمبيع، فلا يكفي أن يقوم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، بل يجب عليه أن يلتزم بضمان حق المشتري في ملكية الشيء المبيع ملكية دائمة وهادئة، حتى يتمكن من الانتفاع به انتفاعا

1 - سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 80.

كاملا ودائما، فلا معنى لانتقال الملكية إذا كان هناك من ينازع المشتري فيها، أو يحد من انتفاعه بالمبيع.

أولاً: أساس الالتزام بضمان التعرض

التعرض هو كل فعل يؤدي إلى الحد من انتفاع المشتري بالمبيع، سواء بصفة كلية أو جزئية¹، مما يستدعي أن يمتنع البائع عن أي فعل يصدر منه يعيق انتفاع المشتري بالمبيع، ومن جهة أخرى أن يدفع أي تعرض محتمل من فعل الغير يدعي من خلاله بحق من حقوق الملكية، وفقدان المشتري للملكية المبيع.

تطرق المشرع الجزائري لتنظيم أحكام ضمان التعرض ضمن المواد 371 إلى 378 مدني، فنصت المادة 371 مدني على أنه: "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 مان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع، وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه"، وتنص المادة 1/378 على أن: "يبقى البائع مسؤولاً عن كل نزع يد ينشأ عن فعله، ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك".

ومن المعلوم أن عقد البيع من عقود المعاوضة، فإن الضمان يقوم استناداً إلى التقابل بين الالتزامات، فالبايع يلتزم باتخاذ كل ما يجب لضمان وضع اليد على المبيع والانتفاع به، حتى يتمكن المشتري من الانتفاع به دون عائق.

والتزام البائع بالضمان ينشأ من وقت البيع، حتى لو تعلق الأمر ببيع عقار لم يشهر بعد، إذ الالتزام بالضمان التزام شخصي يترتب على البيع حتى قبل شهر²، كما حق

1 - زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 68.

2 - سييمان محمدي، المرجع السابق، ص 88.

المشتري في الضمان لا ينشأ إلا إذا حصل له التعرض فعلا في المبيع، أما مجرد تخوف المشتري من التعرض لا يسمح له بالرجوع بالضمان على البائع.

لذلك هناك نوعين من التعرض، هما التعرض الشخصي الصادر من فعل البائع، والتعرض الصادر من فعل الغير، نتطرق في هذه المحاضرة للحالة الأولى من التعرض، وهو التعرض الصادر من البائع نفسه.

ثانيا: مفهوم عدم التعرض الشخصي

التعرض هو كل ما يصدر من البائع تجاه المشتري، يترتب عنه عرقلة انتفاع المشتري بالمبيع كله أو جزء منه، وعدم تمكنه من حيازته للمبيع حيازة هادئة، سواء كان التعرض مبينا على سبب مادي أو قانوني، ويجب أن يقع التعرض فعلا¹، وهذا ما نصت عليه المادة 371 مدني، ويعد التزام البائع بعدم التعرض بنوعيه المادي والقانوني التزام بالامتناع عن العمل الذي يتمثل في عدم تعرض البائع للمشتري في ملكيته وانتفاعه بالمبيع².

ثالثا: أنواع عدم التعرض

التعرض المادي هو التعرض الذي لا يستند فيه البائع إلى حق يحميه القانون، ويتحقق نتيجة عمل مادي يقوم به البائع يؤدي للحد من الانتفاع بالمبيع، ويعرقل حيازته للمبيع، مثل قيام البائع باغتصاب المبيع، وبأعمال التخريب والتحطيم للمبيع³.

أما التعرض القانوني الصادر من البائع هو التعرض الذي يستند فيه البائع إلى حق، ويكون في صورة دعوى يرفعها البائع ضد المشتري⁴، بادعاء البائع حقا على المبيع، سواء كان الحق الذي يدعي به سابقا على البيع أو لاحقا له، كأن يدعي البائع حق الملكية على

1 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 667.

2 - يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 146.

3 - سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 69.

4 - زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 69.

المبيع بعد أن أصبح مالكا له، وذلك عندما يبيع شيء غير مملوك له يصبح لسبب من الأسباب الملكية مالكا له كالإرث والوصية والقسمة¹.

رابعاً: الجزاء المترتب على إخلال البائع بالتزامه بعدم التعرض للمشتري

يمكن التمييز بين حالتين، عندما يكون التعرض مبنياً على سبب مادي أو قانوني.

حالة التعرض القائم على سبب مادي: يحق للمشتري المطالبة بالتنفيذ العيني مثل أن يطالب بطرد البائع من العين المبيعة، وأن يتوقف البائع عن التعرض والامتناع عنه، وللمشتري أيضاً أن يطلب التعويض عن الضرر الذي يكون قد لحقه.

أما إذا كان التعرض قانونياً فإن للمشتري دفع دعوى البائع على أساس من وجب عليه الضمان امتنع عن التعرض²، فلا يحق للبائع الاستناد إلى حق استرداد المبيع من تحت يد المشتري لأنه أصلاً ملزم بضمان ذلك، وملزم بتمكين المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة ولا الانتفاع به دون عائق³.

خامساً: خصائص الالتزام بضمان عدم التعرض الشخصي

- الالتزام بضمان عدم التعرض الشخصي هو التزام لا يقبل التجزئة: فلو باع شخصين عقاراً للمشتري، يظل كل واحد منهما ملزم بالضمان كله، ولا يجوز أن يقسم عليهما هذا الالتزام بدعوى أن كل واحد ملزم بضمان عدم التعرض في حدود النصف فقط.

- التزام أبدي ودائم: فالبائع ملزم بالامتناع عن التعرض بنوعيه طوال حياته حتى ولو انقضى على عقد البيع أكثر من 15 سنة، لكن الراجح لو وقع التعرض يحق للمشتري الحصول على التعويض من جراء وقوع التعرض من البائع، فإذا لم يطالب به المشتري خلال 15 سنة من وقوع التعرض سقط حقه بالتقادم المسقط⁴.

1 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 635..

2 - المرجع نفسه، ص 637.

3 - سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 91.

4 - يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 145.

- التزام قائم بقوة القانون: فلا حاجة لذكره في العقد، ويبطل شرط عدم التعرض، فلا يجوز للبائع أن يشترط في العقد أنه لا ضمان لتعرضه الشخصي، وإذا حدث ذلك، فإن هذا الشرط يكون باطلا، أما الاتفاق على تعديل الضمان الشخصي بالزيادة والنقصان فجائز، حسب المادة 378 مدني.

- التزام ينتقل للخلف العام: الالتزام بضمان عدم التعرض هو التزام شخصي يتعلق بشخص المدين، لذلك لا ينتقل إلى الورثة، ولكن يبقى متعلق بتركة المدين الذي هو البائع، وللمشتري أن يرجع على التركة بالتعويض، فمثلا إذا اشترى شخص عقارا ثم توفي بعد ذلك، وتعرض البائع لورثة المشتري سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا، فإن لورثة المشتري بصفتهم دائنون في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع المطالبة بعدم التعرض¹.

1 - يمينه حوحو، المرجع السابق، ص 148.

المحاضرة (17): الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير (1)

التزام البائع بالضمان التزام مزدوج، فهو التزام سلبي إذا تعلق الأمر بامتناع البائع عن تعرضه الشخصي للمشتري، والتزام إيجابي يتمثل في ضمان أي تعرض قانوني يصدر من الغير ضد المشتري، فيجب على البائع أن يدفع كل تعرض قانوني يستند فيه هذا الغير لحق.

لذلك فلا يستطيع البائع ضمان عدم تعرض الغير للمشتري، وإنما هو ملزم بضمان التعرض إذا تعرض الغير للمشتري، ويلتزم البائع بضمان عدم التعرض القانوني الصادر من الغير، عندما يدعي الغير بحق على المبيع كحق الملكية أو أي حق من الحقوق المتفرعة عليه أو حق الرهن، حيث يكون المشتري مهددا بنزع يده عن المبيع إذا استحق الغير العين المبيعة، وهو ما نصت عليه المادة 731 مدني.

بينما لا يضمن البائع التعرض المادي الواقع بفعل الغير، مثل سرقة المبيع أو تعرضه للتخطيط والاتلاف، ويظل البائع ملزما بالضمان ولو وقع اتفاق على اسقاط الضمان، وهو ما نصت عليه المادة 378 مدني " يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله، ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك".

أولاً: شروط قيام ضمان التعرض الصادر من الغير

يكون البائع مسؤولاً عن ضمان التعرض الصادر بفعل الغير، إذا توفرت شروط نصت عليها، المادة 371 مدني، وهي كما يلي:

1- أن يكون التعرض قانونياً:

لا يضمن البائع أي تعرض يستند إلى سبب مادي من طرف الغير، مثل سرقة المبيع واغتصابه، ففي هذه الحالة على المشتري الرجوع على الغير مباشرة بالحماية الخاصة التي يقرها القانون، ولا يكون البائع ضامناً إلا إذا كان التعرض قانونياً بأن يستند الغير إلى حق يدعيه على المبيع في صورة دعوى يرفعها الغير ضد المشتري، مثل ادعاء الغير ملكية المبيع، ويجوز أن يكون حقاً عينياً كحق الملكية سواء كان كلياً أو جزئياً، حيث يتقدم الغير إلى

المشتري باعتباره المالك الحقيقي للمبيع كله أو جزء منه، ويطالبه باستحقاقه واسترداده، كما يجوز أن يكون الحق العيني الذي يدعيه الغير هو حق عيني تبعي كحق رهن، أو حق شخصي كحق الإيجار.

2- أن يكون حق الغير سابقا على البيع أو لاحقا له وكان بفعل البائع

يشترط القانون أن يكون الحق الذي يدعيه المشتري سابقا على البيع أو بعده لكن مستمد من البائع، وهو ما نصت عليه المادة 371 مدني " 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 إليه هذا الحق من البائع نفسه".

الوضع الغالب هو أن يكون هذا الحق ناشئا قبل البيع باعتبار أن البائع مسؤولا عن المبيع في هذه المرحلة، مثل أن يصدر قرار بنزع الملكية قبل البيع، أو أن يكون أحد الأشخاص قد وضع يده على المبيع قبل البيع، واكتملت له مدة التقادم المكسب أثناء البيع، فهذه الحقوق نشأت قبل البيع، وبالتالي يكون البائع مسؤولا عن ضمان التعرض الذي يتأسس عليها.

ويسأل البائع أيضا عن الضمان في حالة تعرض الغير حتى ولو كانت حقوق الغير قد نشأت بعد البيع وكان متسببا فيها البائع نفسه، مثل قيام بائع العقار بعد البيع الأول بإعادة بيع نفس العقار إلى مشتري ثاني، فيبادر هذا الأخير إلى شهر هذا البيع، فتنتقل إليه الملكية على حساب المشتري الأول، ففي هذه الحالة يكون البائع ملتزما بالضمان لصالح المشتري الأول، بالرغم أن حق الغير قد نشأ إليه بعد البيع، وذلك لأن البائع هو المتسبب في نشوء هذا الحق.

3- أن يكون التعرض قد حدث فعلا

ينبغي أن يقع التعرض فعلا من الغير لا مجرد لتهديد، فلا يكفي لقيام مسؤولية البائع بالضمان مجرد خشية من التعرض أو احتمال وقوعه، وأغلب صور التعرض هو قيام الغير برفع دعوى قضائية ضد المشتري، ويطالب فيها باستحقاق المبيع أي بملكيته كليا أو جزئيا، وهو ما يسمى بدعوى الاستحقاق، أو ترفع ضده دعوى التمسك بالإيجار على أساس أن الغير له حق الإيجار على المبيع فيكون الإيجار نافذا في مواجهة المشتري.

المحاضرة (18): الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق (2)

إذا قام الغير الذي يدعي حقا على المبيع برفع دعوى على المشتري (دعوى استحقاق)، وجب على المشتري إخطار البائع ودعوته إلى التدخل في الدعوى المقامة عليه من الغير، فيكون للمشتري الخيار بين البقاء فيها إلى جانب البائع أو الانسحاب وترك البائع وحده فيها، ولتحديد مسؤولية البائع وجب التمييز بين حالتين¹:

1/ حالة إخطار المشتري للبائع من أجل تدخله:

إذا قام المشتري بإخطار البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة من قبل الغير فإنه يجب أن نميز بين حالتين هما:

الحالة الأولى تتمثل في تدخل البائع في الخصومة إلى جانب المشتري أو الحلول محله فيها وانتهى الأمر برفض ادعاء الغير فإن البائع يكون قد نفذ التزامه، أما إذا صدر حكم لصالح الغير باستحقاق المبيع، ففي هذه الحالة يلتزم البائع بالضمان.

أما الحالة الثانية فهي عدم تدخل البائع في الخصومة بالرغم من إخطار المشتري له، وانتهت الخصومة بصدور حكم لصالح الغير، وجب على البائع الضمان وتعويض المشتري، إلا إذا أثبت البائع أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم من المشتري فهنا يعفى من الضمان.

1 - زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 74.

2/ حالة عدم قيام المشتري بإخطار البائع:

إذا لم يتم المشتري بإخطار البائع وانتهت الخصومة بصدور حكم لصالح الغير، فإن البائع يبقى ملتزماً بالضمان للمشتري، غير أنه يمكن للبائع دفع دعوى الضمان بإثبات أن تدخله في الخصومة كان سيؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق المرفوعة من قبل الغير، وأنه يملك أدلة كافية لرفض دعوى الاستحقاق، فهنا يسقط حق المشتري في العودة على البائع بالضمان لعدم إخطاره.

- حالة تصالح المشتري مع الغير: إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ولكنه لم يتدخل، فإن المشتري يجوز له التصالح مع الغير أو الاعتراف له بحقه، وفي هذه الحالة يستطيع المشتري أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع مادام المشتري حسن النية حسب المادة 373 مدني، أي يعتقد فعلاً أن الغير على حق في طلباته، كما يستطيع البائع التخلص من الضمان إذا أثبت بأن الغير لم يكن على حق في دعواه.

وإذا كان تصالح المشتري مع الغير قد تضمن التزام المشتري بأداء شيء لهذا الغير، فإن البائع يتخلص من الضمان برد ما دفعه المشتري من مصاريف الخصام حسب المادة 374 مدني.

وبناء على ما سبق إذا تدخل البائع في الدعوى أو أدخل فيها سواء انضم للمشتري أو حل محله، أو لم يتدخل، فإنه إذا نجح في رد ادعاء الغير يكون قد نفذ التزامه بالضمان وتستقر الملكية للمشتري، أما إذا نجح الغير فإن البائع يعتبر غير مؤدٍ لالتزامه فيتحمل ما يرجع به المشتري عليه من تعويض استحقاق.

ثانياً: تعويض المشتري عن طريق دعوى الاستحقاق

إذا انتهت الخصومة باستحقاق الغير للمبيع بأن عجز البائع عن تنفيذ التزامه بضمان التعرض، فيصدر حكم بنزع يد المشتري عن المبيع، ففي هذه الحالة وجب البائع تنفيذ

التزامه عن طريق تعويض المشتري عن قيمة المبيع والأضرار التي تكبدها نتيجة هذا الاستحقاق، وتختلف قيمة التعويض بحسب ما إذا كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً.

الحالة الأولى: التعويض في حالة الاستحقاق الكلي حسب بنص المادة 375 مدني، يمكن للمشتري مطالبة البائع في حالة ما إذا نزع الحكم الصادر ضد المشتري المبيع كلياً منه، أن يطالب بالاستحقاق الكلي من خلال ما يلي: دفع قيمة المبيع وقت نزع اليد، وقيمة الثمار التي التزم المشتري بردها إلى المالك، والمصاريف النافعة والضرورية التي يمكن أن يطلبها من صاحب المبيع، وكذلك المصاريف الكمالية حين يكون البائع سيء النية، جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق، وبوجه عام المطالبة بتعويض بما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة بسبب نزع اليد عن المبيع، كل هذا ما لم يقوم المشتري بدعواه على طلب فسخ عقد البيع.

الحالة الثانية: التعويض في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع حسب نص المادة 376 مدني، حيث أن الاستحقاق الجزئي يعني ثبوت ملكية الغير لجزء من المبيع فقط، أو ثبوت تكليف المبيع بوجود حق يقيد المبيع كحق الانتفاع، ففي حالة بلوغ الاستحقاق قدراً من الجسامة لو علم بها المشتري قبل العقد لما أبرمه، فإن المشتري على الخيار أن رد المبيع إلى البائع والمطالبة بالتعويضات المنصوص عليها في المادة 375 مدني مثل الاستحقاق الكلي، أو المطالبة بقيمة جزء المبيع والمصاريف التي انفقها والتعويض عما لحقه، أما في حالة عدم بلوغ الخسارة قدر من الجسامة وكان نزع اليد الجزئي غير جسيم، أو اختار المشتري استبقاء المبيع عنده، فيقتصر حقه في مطالبة البائع بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء هذا الاستحقاق.

المحاضرة (19): التزام البائع بالضمان في حالة العيب الخفي

لا يكفي أن ينقل البائع إلى المشتري ملكية المبيع وتسليمه، ويدفع عنه ما قد يقع من تعرّض حتى يحوز المبيع بصفة هادئة خالية من التعرّض، بل يلزم إلى جانب ذلك، بضمان الانتفاع المفيد الذي يحقق هدف المشتري من الشراء حسب طبيعته المبيع واستعماله، وهذا لا يتحقق إلا بخلوّ المبيع من العيوب التي تحول دون انتفاع المشتري انتفاعا كاملا ومفيدا بالمبيع حسب المادة 379 مدني، وإذا وجد مثل هذا العيب بالمبيع كان البائع مسؤولا عنه، وهذا ما يطلق عليه بضمان العيوب الخفية¹.

وعليه نتطرق إلى المقصود بالعيب الخفي، وشروطه، والإجراءات الواجب اتخاذها للحصول على الضمان.

أولا: المقصود بالعيب الخفي

العيب هو النقيصة، والصفة القبيحة وغير المعتادة في الشيء، حيث يعرف العيب الخفي أنه النقص الموجود في المبيع، والذي لا يظهر عند فحصه، والذي تمنع المشتري من استعماله وفق الغاية المعدة له².

وضمان العيب الخفي يساعد على زرع الثقة في التبادل التجاري وتحقيق الاستقرار في المعاملات بين الناس، لذلك فالمشرع لم يلزم البائع بضمان عدم التعرّض للمشتري في وضع يده على المبيع فقط، بل ألزمه كذلك بأن ينقل للمشتري حيازة نافعة، أي عليه أن يضمن كل العيوب الخفية، لأن المشتري عند دفعه الثمن، كأن يصبو إلى الفائدة المرجوة من المبيع، وعليه فالأساس في عقد البيع أن يقوم البائع بتسليم المبيع خاليا من العيوب، فإذا سلّمه وبه عيب قامت مسؤوليته، وهي ضمانته لهذا العيب والآثار المترتبة عليه³.

1 - سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 277.

2 - حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 264.

3 - زاهية، المرجع السابق، ص 283.

ثانيا: شروط قيام التزام البائع بضمان العيوب الخفية

1/ أن يكون العيب قديما:

أن يكون العيب موجودا في المبيع وقت التسليم، في المرحلة السابقة عن التسليم، ويبقى موجودا في المبيع إلى حين التسليم، فإذا لم يكن فيه وظهر بعد تسليم المبيع، فالبائع لا يلزم بضمانه، فإذا اشترى شخص حيوان سليما، ثم بعد التسليم أهمل تلقيحه فمرض وهلك، فإنه لا يمكنه الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب الخفي، لأن العيب ظهر بعد التسليم، ومنه يكون عيبا جديدا لا ضمان فيه.

ويمكن ضمان العيب الجديد إذا كان البائع هو المتسبب في ظهور العيب مثل عدم تلقيح الحيوان، لأن سبب ظهوره قديم، أما ظهوره فهو جديد، وكذا حالة السيارة لم تغير فيها آلة ثم تعطلت.

2/ أن يكون العيب خفيا:

ويكون العيب خفيا إذا لم يكن بمقدور المشتري أن يكشفه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، فلا يعدّ عيب خفيا ما يمكن اكتشافه، ولا يمكن التمسك بالضمان إذا أهمل المشتري فحص المبيع، لأن ذلك تنازل ضمني عما يوجد في المبيع من عيوب. ويبقى البائع ملتزما بالضمان بالرغم من عدم فحص المشتري للمبيع في الحالة التي يؤكد فيها البائع للمشتري خلوّ المبيع من العيوب، وكذلك في الحالة التي يخفي فيها البائع العيب غشّا عنه.

3/ ألا يكوم المشتري عالما بالعيب وقت البيع:

إن علم المشتري بالعيب وقت البيع يسقط حقه في الرجوع على البائع فيما بعد، لأن سكوت المشتري وقت البيع بالرغم من علمه بوجود العيب، يعتبر بمثابة تنازل عن حقه في الرجوع.

4/ يجب ان يكون العيب مؤثرا:

ويكون العيب مؤثرا إذا كان ينقص من قيمة المبيع، أو ينقص من الانتفاع به، أو حسبما يظهر من طبيعته حسب الغاية الخاصة التي قصدتها المشتري من المبيع، بينما العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها لا تعطي للمشتري حق رجوع بدعوى الضمان العيب الخفي.

ومثال العيب الذي ينقص من قيمة المبيع، أن يكتشف المشتري أن السيارة التي اشتراها تعرّضت لحادث مرور من قبل، وهو ما ينقص من قيمتها دون أن ينقص من الانتفاع بها، أو أن تباع قطعة أرض ثم يكتشف المشتري أن الأرض الزراعية غير صالحة لزراعة أنواع من البذور، فهنا عيب ينقص من الانتفاع بالأرض دون أن ينقص من قيمتها.

ومثال العيب الذي جرى العرف على التسامح فيه أن يكشف مشتري السيارة أن بطاريتها ضعيفة، أو أن يوجد بعض الأتربة في الخضر والفواكه، فمثل هذه العيوب لا تمنح حق الضمان.

ثالثا: واجبات المشتري للحصول على الضمان

يجب على المشتري القيام بفحص المبيع وإعلام البائع، فبعد تسلّم المشتري للمبيع ينبغي أن يقوم بفحصه بعناية الرجل العادي، فإن اكتشف عيبا خفيا وتوافرت شروطه فعليه أن يخبر البائع في مدّة مقبولة وإلا سقط حقه في الرجوع عليه.

كما يجب على المشتري أن يرفع دعوى الضمان خلال سنة من تاريخ التسليم حسب المادة 383 مدني، وبعد أن يقوم المشتري بإخبار البائع بالعيب المكتشف، يحقّ له بعدها أن يرفع دعوى الضمان، وذلك خلال سنة من تاريخ التسليم، ويمكن الاتفاق على تمديدتها إلى مدة أكثر كان تكون سنتين مثلا.

رابعاً: أحكام الضمان

وهي حقوق المشتري في مواجهة البائع بعد اكتشاف العيب الخفي، والتي تتمثل في: حالة العيب الجسيم: والعيب الذي لو علم به المشتري لما أتمّ البيع، فيحق له ردّ المبيع إلى البائع، والمطالبة بالتعويضات المنصوص عليها في المادة 375 مدني، أو إصلاح العيب أو استبدال السلعة حسب قانون حماية المستهلك بالنسبة للسلع.

أما حالة العيب غير الجسيم: ففي حالة العيب غير الجسم فيحقّ للمشتري مطالبة البائع بالتعويض عن الأضرار المترتبة نتيجة وجود العيب الخفي.

المصادر والمراجع

- الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية: البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات: الهبة والوصية والوقف، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009.
- زكريا سرايش، الموجز في شرح قواعد البيع، دار بلقيس، الجزائر، 2017.
- سايس جمال، قضايا البيع في العقار، منشورات كليك، ط1، الجزائر، 2019.
- سمير شيهاني، الوجيز في عقد الإيجار المدني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- زاهية سي يوسف، الواضح في عقد البيع، دار هومة، الجزائر، 2012.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، ج4، ج6، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، لبنان، 2015.
- علي فيلاي، العقود الخاصة: البيع، موفم للنشر، الجزائر، 2018.
- لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دار هومة، ط4، الجزائر، 2010.
- محمد صبري السعدي، الواضع في شرح القانون المدني: عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، عين مليلة، 2008.
- يمينة حوحو، عقد البيع في القانون الجزائري، دار بلقيس، ط1، الجزائر، 2016.

فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
02	المحاضرة (01): مدخل للعقود الخاصة
05	المحاضرة (02): مفهوم عقد البيع وخصائصه
09	المحاضرة (03): تمييز البيع عن غيره من العقود
12	المحاضرة (04): الفصل الثاني: أركان عقد البيع
16	المحاضرة (05): الأهلية في البيع
18	المحاضرة (06): حماية رضا المتعاقدين في عقد البيع
21	المحاضرة (07): الصور الخاصة للتراضي في عقد البيع
23	المحاضرة (08): البيوع الموصوفة
25	المحاضرة (09): المحل في عقد البيع
31	المحاضرة (10): الشكلية في بيع العقار
32	المحاضرة (11): التزام البائع بنقل حق ملكية المبيع (المنقول)
35	المحاضرة (12): انتقال الملكية في العقار
39	المحاضرة (13): التزام البائع بالتسليم
42	المحاضرة (14): مضمون الالتزام بالتسليم
44	المحاضرة (15): تحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم
45	المحاضرة (16): الالتزام بضمان عدم التعرض
49	المحاضرة (17): الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير (1)
51	المحاضرة (18): الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق (2)
53	المحاضرة (19): التزام البائع بالضمان في حالة العيب الخفي
62	المصادر والمراجع
63	الفهرس