

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات في مادة العقود الخاصة

السداسي الأول (عقد البيع)

أقيت على طلبة السنة الثالثة ليسانس ل م د

تخصص: قانون خاص

إعداد الدكتور:

دريس كمال فتحي

السنة الجامعية (2021-2022)

مقدمة :

عرف المشرع الجزائري العقد في المادة (54) من القانون المدني¹ بأنه إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما، ويتضح من هذا التعريف القانوني وأن العقد هو إتفاق يهدف إلى إحداث آثار قانونية.

¹ الأمر (58/75) المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانوني المدني، المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 30/09/1975.

وقد وردت عدة تقسيمات للعقد ولعل أهمها التقسيم التشريعي الوطني الذي تأثر بالمشرع الفرنسي ويتضح ذلك من خلال المواد (55) وما يليها من القانون المدني السالف الذكر، والذي قسمها إلى عقود ملزمة لجانبيين وعقود ملزمة لجانب واحد، عقود محددة وعقود احتمالية، عقود معاوضة وعقود تبرع.

أما الفقهاء فقد قسموا العقد من حيث تكوينه إلى عقد رضائي وعقد شكلي، ومن حيث تنفيذه إلى عقد فوري وآخر زمني، وحول مدى المساواة ما بين المتعاقدين فقد قسموه إلى عقد المساومة وعقد الإذعان، وصولاً إلى آخر تقسيم يتعلق بالأحكام التي تدير العقود وهي العقود المسماة والعقود غير المسماة.

وسنسلط الضوء على هذا التقسيم الفقهي الأخير، أين عرف الفقه العقود المسماة بأنها تلك العقود التي تولى المشرع تسميتها وتعريفها وتنظيم أحكامها¹، والمذكورة في الكتاب الثاني من القانون المدني، وهي العقود التي تضمنتها الأبواب من السابع إلى الحادي عشر من ذات الكتاب.

أما العقود غير المسماة فهي تلك العقود التي لم يتولى المشرع تنظيمها ولا تسميتها ولا تعريفها، فهي عقود يصيغها المتعاقدين، خاصة وأن إرادتهما مستقلتان وحرتان لا يقيدهما إلا النظام العام والآداب العامة.²

ولهذا التقسيم أهمية تتجلى في التمييز بين العقود المسماة وغير المسماة من حيث التزام الأطراف بالقواعد الأمرة المنظمة للعقود المسماة، بينما يلتزم المتعاقدان في العقود غير المسماة بالقواعد العامة التي تحكم جميع العقود، إضافة إلى أن هذا التقسيم يساعد القاضي في تطبيق الإطار القانوني الخاص بالعقد المسمى أما العقود غير المسماة فيطبق عليها القواعد العامة.

وسنتناول دراسة أبرز العقود المسماة التي نظمها المشرع الجزائري في الكتاب الثاني من القانون المدني والواردة في الباب السابع المتعلق بالعقود الناقلة للملكية وعلى رأسها عقد البيع.

تأتي هذه الدراسة من أجل إلقاء الضوء على المنظومة القانونية المتعلقة بأحد أهم العقود انتشاراً في الحياة اليومية وهو عقد البيع الذي يعتبره البعض قوام الحياة المدنية والتجارية، وعقد الكفالة الذي غالباً ما يستعان به لضمان الديون خاصة تلك الناتجة على القروض البنكية التي يلجأ إليها الأفراد، وهذا تماشياً والمحاور المحددة للسداسي الأول لمقياس العقود الخاصة في عرض التكوين، والتي من خلالها سنتطرق إلى النظام القانوني

¹Philippe Malinvaud, Droit des obligation, Les mécanismes juridiques des relation économiques, Litec, Paris, 1990, P41.

² سي يوسف زاوية حورية، الوجيز في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة بإجتهدات قضائية وفقهية، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص09.

لكل منها من حيث تعريفها وخصائصها، أركانها وآثارها، مع الأخذ بعين الاعتبار قدرات استيعاب الطالب، بأسلوب بسيط لبلوغ الغاية من البرنامج المسطر في عرض التكوين.

وذلك إنطلاقاً من الإشكالية التي يثيرها موضوع الدراسة ومفادها:

ما هو النظام القانوني الخاص بعقد البيع باعتباره من العقود المسماة؟

البيع من أكثر التصرفات القانونية شيوعاً في حياة الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، إلا أنه من الناحية التاريخية فقد سبقه عقد المقايضة (سلعة مقابل سلعة)، لكن مع التطور والزيادة في حاجات الأفراد أصبح هذا العقد لا يفي بالغرض خاصة مع اختلاف السلع وتفاوت القيمة، لذلك ظهرت وسيلة أخرى هي المعادن ومن بينها الذهب والفضة، لكن سرعان ما إمتدت رقابة الدولة على هذه المعادن وأنشأت ديار لصك العملة، والتي أدت بدورها إلى ظهور فكرة النقود وظهر معها عقد البيع.

ويعتبر عقد البيع من أهم العقود المدنية شيوعاً في الحياة اليومية، وتضاعفت أهميته خاصة بعد التطور الهائل الذي حققه الإنتاج الصناعي وتقدم أساليب توزيع المنتجات، لذلك اهتم المشرع الجزائري بتنظيمه وأدرجه في قائمة العقود المسماة متصدراً قائمة العقود الناقلة للملكية ووصفه البعض بأنه "قوام الحياة المدنية والتجارية".

ومن خلال هذا الباب سنتطرق للنظام القانوني الذي وضعه المشرع لعقد البيع من حيث تعريفه وخصائصه وتكوين العقد والآثار المترتبة عنه كل ذلك من خلال الفصول التالية:

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقد البيع

الفصل الثاني: إنعقاد البيع

الفصل الثالث: آثار عقد البيع

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقد البيع

اهتم المشرع الجزائري بتنظيم عقد البيع في الباب السابع من الكتاب الثاني من الأمر (58/75) السالف الذكر أين أدرجه ضمن العقود الناقلة للملكية إلى جانب عقد المقايضة، كما أورد له أحكام خاصة قد تختلف عن تلك المنصوص عليها في القواعد العامة ولا سيما المادة

(54) وما بعدها من نفس الأمر، لذلك إرتأينا التطرق في هذا الفصل إلى تعريف عقد البيع وبيان خصائصه ثم تمييزه عن العقود المشابهة له.

المبحث الأول: مفهوم عقد البيع

وسنتعرض في هذا المبحث إلى تعريف عقد البيع وخصائصه العامة المتعلقة بجميع العقود، والخصائص الخاصة التي تميز عقد البيع عن باقي العقود باعتباره عقد مسمى ناقل للملكية.

المطلب الأول : تعريف عقد البيع

عرف المشرع البيع في المادة (351) من القانون المدني بأنه : " عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

كما عرفه المشرع المصري في المادة (418) من القانون المدني المصري بأنه " عقد يلتزم فيه البائع بأن ينقل ملكية شيء أو حقا ماليا في مقابل ثمن نقدي "

ملاحظة هامة : من خلال هذه التعاريف يتضح وأن عقد البيع تم تعريفه بناء على الآثار المترتبة عنه وقد عرفه الفقيه السنهوري بأنه : "عقد ملزم لجانبين، إذ يلتزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء

أو حقا ماليا آخر، ويلزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمنا نقدياً"¹.

المطلب الثاني: خصائص عقد البيع

هناك خصائص عامة يشترك فيها مع بقية العقود، وأخرى خاصة ينفرد بها عقد البيع.

الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد البيع

وهي خصائص مشتركة ترد في أغلب العقود والمتمثلة في:

1- **عقد البيع هو عقد رضائي:** إذ ينعقد بمجرد تطابق الإرادتين دون الحاجة إلى توافق شكل معين، أي يكفي إتفاق الطرفين لانعقاده ومع ذلك إذا كان محل البيع عقارا او حقا عينيا عقاريا فإن العقد لا يتم صحيحا إلا إذ حرر في شكل رسمي وهذا طبقا لنص المادة 324مكرر 01 من القانون المدني².

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج04، "البيع والمقايضة"، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، د ت ن، ص21.

² تنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني على انه: «زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية.... في شكل رسمي...» .

- 2- **عقد ملزم لجانبين:** إذ أنه يرتب في ذمة البائع التزاما بنقل الملكية ويرتب في ذمة المشتري التزاما بدفع الثمن النقدي¹.
- 3- **عقد معاوضة:** إذ يأخذ البائع مقابلا لما التزم به، أي البائع يأخذ الثمن مقابل نقل الملكية والمشتري يتلقى الملكية مقابل الثمن الذي يدفعه.
- 4- **عقد محدد القيمة:** كل طرف في العقد يعلم وقت العقد قيمة الالتزام الذي يتعهد به، وقد ما يكسبه، ولكن هذه الصفة ليست مطلقة، إذ يمكن أن يكون البيع احتماليا في بعض الحالات².

الفرع الثاني: الخصائص الخاصة لعقد البيع

هذه الخصائص تميز عقد البيع عن باقي العقود بما فيها العقود الأخرى الناقلة للملكية وهي:

1- عقد ناقل للملكية أو منشئ لالتزام بنقلها:

وهي أهم خاصية لعقد البيع، بحيث يتضح من نص المادة (351) من القانون المدني أن البائع يلتزم بنقل ملكية شيء أو حقا ماليا آخر، بمعنى البيع لا يقتصر على نقل الملكية فقط بل يرد كذلك على كافة الحقوق ما عدا الحقوق اللصيقة بالشخصية إذ لا يمكن على الإطلاق أن تكون محلا للبيع.

2- الثمن مبلغ من النقود (المقابل فيه نقدا)

الثمن النقدي هو من مقومات عقد البيع، لذلك فإن الإرادة تتجه فيه إلى أن يكون نقل الملكية أو الحق في مقابل ثمن نقدي لأنه عقد معاوضة، وهذا الثمن يشترط أن يكون جديا لا سوريا.

3- عقد منجز حال حياة عاقده:

آثاره تتم في حالة حياة المتعاقدين وليس ضمن التصرفات البعدية (بعد الموت) وللإشارة فإن نص المادة (92) من القانون المدني³ تمنع التصرف في شركة شخص على قيد الحياة.

المبحث الثاني: تمييز البيع عن غيره من العقود والتصرفات الأخرى

¹ إضافة إلى إلتزامات أخرى تقع على عاتق الطرفين، كإلتزام البائع بتسليم المبيع وضمان التعرض والإستحقاق والعيوب الخفية، وفي المقابل يلتزم المشتري بتسليم المبيع ودفع تكاليف البيع ومصاريف المبيع، ومن خلال تعداد هذه الإلتزامات نجد وأن المشرع الجزائري قد أثقل البائع بالإلتزامات أكثر من تلك التي يتحملها المشتري نظرا لأهمية التصرف القانوني الذي أقدم عليه وما يترتب عنه من آثار.

² ويكون البيع احتماليا كما لو إتفق الطرفان أن يكون الثمن إيراد مرتب مدى الحياة يدفعه المشتري للبائع مدة حياته على شكل مرتب شهري، وبالتالي الثمن لا يمكن تحديده مسبقا لأنه مرتبط بواقعه الوفاة التي لا يمكن تحديد زمانها.

³ تنص المادة 92 من القانون المدني على أنه: «يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبليا ومحققا. غير أن التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون»

سبق وأن رأينا في المبحث الأول تعريف عقد البيع وخصائصه العامة والخاصة، ومن خلالها سنحاول التمييز بينه وبين بعض العقود التي قد يصعب في بعض الأحيان التفرقة بينهما متى تدخل عنصر النقود في تكوين هذه العقود.

المطلب الأول: البيع والمقايضة

عرفت المادة (413) من القانون المدني المقايضة بأنها : " عقد يلتزم بموجه كلا من المتعاقدين بأن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود ".¹

تشبه المقايضة البيع في كون كلاهما ينشئ التزاما بنقل الملكية، إلا أن المقايضة تختلف عن البيع في نوع المقابل إذ في البيع يشترط أن يكون المقابل نقديا، بينما في المقايضة يكون غير ذلك، فهو مال وليس نقدا.

ورغم هذا التباين بينهما، إلا أنه في بعض الأحيان قد تصعب التفرقة بينهما وذلك في حالة ما إذا كان جزء من المقابل الذي يقدمه أحد المتعاقدين نقديا والجزء الآخر غير نقدي، فالعقد في هذه الحالة يعتبر عقد بيع إذا كان العنصر الغالب هو النقود، ويكون عقد مقايضة إذا كان العنصر الغالب هو من غير النقود.¹

المطلب الثاني: البيع والهبة

عرفت المادة 202 من قانون شؤون الأسرة الهبة بأنها: " تملك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على انجاز الشرط".²

يتبين من هذا التعريف أن الهبة تشبه البيع في كونها ناقلة للملكية ولكنها تختلف هبه في كون الملكية في البيع يتم بمقابل نقدي، بينما في الهبة يتم نقل الملكية بدون مقابل.

إلا أن صعوبة التمييز بينهما تظهر إذا ما تمت الهبة بمقابل، فهل يعتبر التصرف في هذه الحالة هبة أم بيعا؟ الرأي الغالب عند الفقهاء، أنه إذا كان المقابل يفوق أو يساوي قيمة الشيء، فإن التصرف يعتبر بيعا، أما إذا كان العوض اقل من قيمة الشيء الموهوب بكثير فإن التصرف يعتبر هبة.²

المطلب الثالث: البيع والمقايضة

عرفت المادة 549 من القانون المدني المقايضة بأنها " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ". كما نصت المادة 550 من القانون المدني³ على أنه يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله

¹ جميل الشرفاوي، شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991، ص361.

² سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص23.

³ تنص المادة (550) من القانون المدني على أنه: «يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله».

فحسب على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا.

من خلال تعريف العقدين، يبدو أن التمييز بينهما سهلا، بحيث يقع البيع على الملكية والمقولة تقع أو ترد على العمل.

إلا أن التمييز بين هذين العقدين يصعب في حالة ما إذا تعهد المقاول بتقديم المادة والعمل معا، فهل يعتبر العقد في هذه الحالة عقد مقولة أم عقد بيع لأشياء مستقبلية، والرأي الغالب يذهب إلى أنه إذا كانت قيمة المادة التي قدمها المقاول ثانوية بالنسبة للعمل فالعقد يعتبر مقولة، أما إذا كانت قيمة المادة تفوق قيمة العمل الذي قام به المقاول فالعقد يعتبر بيعاً¹.

المطلب الرابع: البيع والوكالة

طبقا لنص المادة (571) من القانون المدني هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه.

لكن أحيانا يدعي الموكل ملكيته لمحل الوكالة ويتصرف فيه، فهل هذا التصرف بيع أو وكالة؟

نذهب إلى نية المتعاقدين وظروفهما ونميز هنا بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا اتفق الطرفان على بيع الشيء بثمن محدد وله قيمة معينة تمثل أتعابه فإننا أمام عقد وكالة.

الحالة الثانية: أما إذا لم يتفقا الطرفان على تحديد الثمن واتفقا فقط على إعطاء الوكيل قيمة محددة لبيع السلعة هنا العقد هو عقد بيع.

المطلب الخامس: البيع والإيجار

طبقا للمادة (467) من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم (05/07)² هو عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء اجر محدد.

يتضح أن هناك فرق جوهري يتمثل في أن عقد البيع من العقود الناقلة للملكية بينما عقد الإيجار هو من العقود التي ترد على منفعة الشيء، إلا أنه تثار نقطة وهي فيما يخص وصف العقود التي يكون محلها منتجات أو ثمار، فما هو الوصف القانوني للعقود التي ترد عليهما؟

كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا .

¹ إذا كانت قيمة العمل مساوية لقيمة المادة فنكون هنا أمام عقد غير مسمى تطبق عليه القواعد العامة.

² القانون رقم (05/07) المؤرخ في 2007/05/13 المعدل والمتمم للأمر رقم (58/75) المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانوني المدني، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 31، الصادرة بتاريخ 2007/05/13.

يجب قبل كل شيء تحديد المصطلحات أي التفرقة بين المنتجات والثمار، فبالنسبة للمنتج هو ما ينتج عن الشيء ولكن ليس له صفة دورية وهذا الإنتاج يؤدي إلى الإنقاص من قيمة الشيء مثل العقود التي ترد على استغلال الغابات وهنا نكون أمام عقد البيع.

أما ثمار الشيء فهو ما ينتج عن الشيء بصفة دورية ولا يؤدي إلى إنقاص من قيمته، مثاله محصول زراعي معين، هنا من الممكن أن نكون أمام أحد العقدين لذا نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا اتفق الطرفان على أن الدفع يكون في شكل دوري كما أن تكاليف الثمار على حساب المستأجر فنكون أمام عقد الإيجار.

الحالة الثانية: إذا كان الثمن النقدي يدفع دفعة واحدة وتكون مصاريف وتكاليف الثمار على حساب البائع هنا نكون أمام عقد بيع.

المطلب السادس: البيع والبيع الإيجاري والإيجار السائر للبيع

يعرف عقد البيع الإيجاري بأنه اتفاق بين شخصين يؤجر بمقتضاه أحد الطرفين شيء للطرف الثاني الذي يلتزم بدفع أجرة معينة على أن يملك هذا الأخير الشيء المؤجر بعد وفائه بأقساط الأجرة¹.

وهذا التصرف يعتبر بيعا وليس إيجارا، وهذا ما نصت عليه المادة (363) من القانون المدني وإذا وفي المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع، ذلك لأنه من غير المعقول إعطاء هذا التصرف في نفس الوقت وصفين مختلفين لذا حسم المشرع الموقف واعتبر التصرف بيعا، حتى ولو وصفه المتعاقدان بأنه إيجار، بحيث نصت الفقرة الرابعة من المادة (363) السابقة الذكر على ما يلي: " تسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة ولو أعطى المتعاقدان البيع صفة الإيجار."

المطلب السابع: البيع وعقد الوصية

الوصية طبقا لنص المادة (184) من قانون شؤون الأسرة تمليك مضاف إلى بعد الموت بطريق التبرع.

هناك تشابه بين عقد البيع والوصية يكمن في نقل الملكية، ويختلفان في كون البيع ناقل للملكية بمقابل أما الوصية فاننتقل الملكية بدون مقابل¹، كذلك تنتقل الملكية في البيع وقت إبرام العقد، أما الوصية فتنتقل الملكية بعد موت الموصي².

¹ البيع الإيجاري أو عقد البيع بالإيجار تم النص عليه لأول مرة بموجب المرسوم (35/97) المؤرخ في 14/01/1997، المحدد لكيفيات وشروط بيع السكنات بالإيجار، لكن هذا المرسوم لم يكن دقيقا في معالجة البيع بالإيجار لذلك صدر المرسوم التنفيذي (01-105) المؤرخ في 23/04/2001، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم (130/03) المؤرخ في 20/04/2004، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 28، الصادرة بتاريخ 28/04/2004، والمعدل أيضا بموجب المرسوم (340/04) المؤرخ في 02/11/2004، المنشور بالجريدة الرسمية ، عدد 69، الصادرة بتاريخ 03/11/2004.

ويمكن أن يقع التباس بين العقدين، في حالة ما إذا حاول الموصي أن يوصي للغير بأكثر من الثلث فنصطدم بقاعدة لا وصية بأكثر من الثلث، فيلجأ إلى إبرام عقد بيع في الظاهر أي وصية على هيئة عقد بيع فلا يمكن للورثة الطعن في الوصية لأن هذا العمل هو عقد بيع لا وصية³.

وحماية للورثة نص المشرع في المادة (777) من القانون المدني بأنه: " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ".

¹ كما سبق وأن رأينا فإن من أهم الخصائص العامة لعقد البيع وأنه من العقود الملزمة لجانبين وبالتالي فهو من عقود المعاوضة، على عكس الوصية فلا يقع أي إلتزام على الموصى له ومن ثم فهو من العقود الملزمة لجانب واحد ومن عقود التبرع.

² من أهم الخصائص الخاصة لعقد البيع وأنه عقد منجز حال حياة عاقده بمعنى أنه ليس من التصرفات البعدية ولا يمكن التصرف في تركة شخص على قيد الحياة، هذا على عكس الوصية التي تعتبر من التصرفات البعدية أي بعد وفاة الموصي.

³ عدنان سرحان، شرح أحكام العقود المسماة، ج1، عقد البيع، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص60.

الفصل الثاني: إنعقاد البيع

البيع عقد يستدعي صدوره من شخص أهل للتعاقد وتختلف هذه الأهلية عن تلك الواجب توفرها في العقود الأخرى بالنظر إلى آثاره ولا سيما تلك المتعلقة بانتقال الملكية.

كما يرد هذا العقد على مال قد يكون مادي أو معنوي، أو على حق الملكية أو الحقوق العينية الأصلية أو التبعية من جهة، ومن جهة أخرى وفي المقابل يقع على عاتق المشتري دفع ثمن في الغالب يكون نقدي.

ولا يقوم هذا العقد إلا إذا كان سببه مشروعاً، ومتى توفرت الشكلية التي يشترطها القانون في بعض العقود.

ولم يكتفي المشرع عن هذا الحد، وإنما أورد أحكاماً خاصة لصحة العقد ولا سيما تلك المتعلقة بالعلم الكافي بالمبيع والغبن وبيع ملك الغير إلى جانب الأحكام المنصوص عليها في القواعد العامة وهي عيوب الإرادة وعوارض الأهلية.

لذلك سندرس في هذا الفصل الأركان الواجب توافرها لإنعقاد البيع وشروط صحة البيع ونفاذه.

المبحث الأول: أركان البيع

ونتعرض فيه للتراضي، المحل، السبب، الشكلية باعتبارها ركناً في بعض البيوع.

المطلب الأول: التراضي

هو الركن الأول للعقد، وتنص المادة (59) من القانون المدني بأنه: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

تعريفه: هو اقتران إرادتين متطابقتين، أي وجود إيجاب معين وقبول مطابق له¹.

ويعرف الإيجاب: بأنه العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به – على وجه الجزم – عن إرادته في إبرام عقد معين، فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول (ويشترط فيه أن يكون التعبير دقيقاً ومحددًا من جهة وان يكون باتاً من جهة أخرى)².

ويعرف القبول: بأنه الرد الإيجابي على الإيجاب من طرف الموجب له³.

¹ Jacques Ghestin, le traité de droit civil, TII, les obligations, le contrat, LGDJ, Paris, 1980, P05.

² نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص128.

³ علي فيلاي، مرجع سابق، ص96.

ملاحظة هامة: هناك بيوع لا يشترط فيها التراضي هي:

- البيع الجبري لأموال المدين

وسندرس في هذا المطلب الصور العامة للتراضي وبعض الصور الخاصة.

الفرع الأول: الصور العامة للتراضي في عقد البيع

تعتبر الصور العامة للتراضي في عقد البيع مجرد تطبيق للقواعد العامة، وهذا يعني البيع لا ينعقد إلا بتطابق إرادة البائع مع إرادة المشتري حول ثلاث مسائل جوهرية، بدون الاتفاق عليها لا ينعقد البيع وهذه الأمور هي طبيعة العقد، المبيع والتمن.

أولاً: التراضي على المسائل الجوهرية

يلزم لانعقاد البيع توافر الرضا بين البائع والمشتري على العناصر الأساسية وهي المبيع، الثمن وطبيعة العقد¹.

- 1- التراضي على طبيعة العقد:** ويعني أن إرادة كل من المتعاقدين تتجه إلى إبرام عقد بيع أي نقل الملكية في مقابل نقدي، إذن لا يكون هناك توافق بين الإرادتين على ماهية العقد إذا اتجهت إرادة أحد المتعاقدين إلى البيع واتجهت إرادة المتعاقد الثاني إلى عقد آخر
- 2- التراضي على المبيع:** يجب أن تتطابق إرادة المشتري مع إرادة البائع على ذات المبيع، وإلا لا ينعقد البيع لعدم تطابق الإرادتين.
- 3- التراضي على الثمن:** وهذا يعني أنه يجب أن يتم الاتفاق على ثمن نقدي معين يدفعه المشتري للبائع، أو على الأقل يكون هناك اتفاق على أسس تحديد الثمن² وعليه إذا كان المشتري يقصد شراء بأقل من الثمن الذي قصده البائع فالبيع لا ينعقد لعدم تطابق الإيجاب والقبول حول الثمن.

ثانياً: المسائل التفصيلية

تنص المادة (65) من القانون المدني على أنه: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية ينتفان عليها فيما بعد ولم يشترط الأثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرماً وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

¹ محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 1999، ص70.

² يمكن أن يكون ثمن المبيع مسمى في العقد نقداً، كما يمكن للأطراف الإتفاق على الأسس التي يحدد بها هذا الثمن بشرط أن تكون محددة وواضحة، ومثالها تحديد الثمن بسعر السوق، أو الثمن الذي سبق التعامل به أو بتحديدته عن طريق شخص ثالث يتم تعيينه برضا الطرفين في عقد البيع أو بموجب إتفاق لاحق.

يتضح من نص المادة السالف الذكر، أن مجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية كاف لانعقاد البيع حتى ولو لم يتم الاتفاق على المسائل التفصيلية مثل: زمان ومكان التسليم ونفقاته ونفقات عقد البيع.....الخ

لكن لكي ينعقد البيع في حالة عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية، يجب ألا يشترط بأن عدم الاتفاق عليها يؤدي إلى عدم انعقاد العقد.

الفرع الثاني: الصور الخاصة للتراضي في عقد البيع

قد يتخذ التراضي في عقد البيع صوراً مختلفة، تختلف عن التراضي في صورته العامة، فقد يسبق إبرام العقد النهائي مرحلة تمهيدية أو يقترن بعربون، أو يتوقف إتمام البيع على تجربة المشتري للمبيع أو تذوقه...الخ

أولاً: الوعد في البيع

لم يضع المشرع حكماً خاصاً بالوعد في البيع، وفي هذا الشأن نرجع للقواعد العامة من خلال نص المادة (71) من القانون المدني¹.

1- تعريف الوعد في البيع:

هو عقد يلتزم فيه أحد المتعاقدين ببيع شيء للمتعاقد الآخر أو شرائه منه، إذا ما أبدى المتعاقد الآخر (الموعد له) رغبته في ذلك، أو يلتزم فيه كلا الطرفين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء إذا ما أبدى المتعاقد معه رغبته في إتمام البيع².

ملاحظة: يتضح وأن الوعد في البيع ليس مجرد إيجاب لأنه أقوى منه، كما أنه ليس دعوى إلى التفاوض، فالوعد في البيع عقد تام يتم بتلاقي إيجاب وقبول متطابقين وهو عقد متميز عن عقد البيع يدخل في طائفة العقود غير المسماة.

2- صور الوعد في البيع:

قد يكون وعدا بالبيع وقد يكون وعدا بالبيع والشراء أي متبادل وقد يكون وعدا بالتفصيل.

¹ تنص المادة (71) من القانون المدني على أن: «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. وإذا اشترط القانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضاً على الإتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد». المشرع الجزائري لم يخص الوعد في البيع بنص خاص كما فعل المشرع الفرنسي، بل إكتفى بالنص عليه في النظرية العامة للإلتزامات.

² سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 41-42.

أ- الوعد بالبيع من جانب واحد:

ففي هذا النوع يعد أحد المتعاقدين (الواعد) الطرف الثاني بأن يبيع له مبيع بثمن محدد إذا ما أبدى المتعاقد الآخر (الموعد له) رغبته في الشراء خلال المدة المحددة، هنا الواعد بالبيع وحده هو الذي يلتزم، أما الموعد له فلا يلتزم بشيء، فإذا أبدى رغبته في التعاقد انعقد البيع، وإذا لم يبدي رغبته خلال المدة المحددة يسقط الوعد ويتحلل الواعد في البيع من وعده¹.

ب- الوعد بالشراء الملزم لجانب واحد:

وفي هذه الصورة يعد أحد المتعاقدين (وهو الواعد) الطرف الثاني (الموعد له) بأن يشتري منه مبيعا بثمن محدد إذا أبدى الموعد له رغبته في البيع خلال المدة المحددة وهنا الواعد بالشراء هو الذي يلتزم وحده، أما الموعد له فلا يلتزم بالبيع وعليه إذا لم يبد رغبته في المدة المحددة يسقط الوعد بالشراء ويتحلل الواعد بالشراء من التزامه².

ج- الوعد بالشراء والبيع (الوعد التبادلي):

وفيه يصدر وعدان، الأول وعد من البائع بالبيع إذا ما أبدى الموعد له رغبته في الشراء، والثاني وعد من المشتري بالشراء إذا ما أبدى الموعد له رغبته في البيع خلال المدة المحددة، وهذا هو الوعد التبادلي بالبيع والشراء³.

د- الوعد بالترفضيل:

هو صورة من صور الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد وهو ليس وعدا باتا وإنما معلق على شرط واقف، أي الواعد ليس ملزم بالبيع ولكن يكون ملزما فقط بتفضيل الموعد له في حالة ما إذا أراد التصرف بالبيع في العين الموعد بها⁴.

ملاحظة:

- في الوعد بالترفضيل يكون شخص الموعد له محل اعتبار في التعاقد.
- حق الموعد له لا ينشئ إلا معلقا على شرط، أي لا يجوز للموعد له استعماله إلا في الوقت الذي يتحقق فيه الشرط أي الوقت الذي يقرر الواعد البيع.

3 — شروط الوعد:

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص45.
² سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1973، ص52.
³ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص52-53.
⁴ زواوي فريدة، موضوع ضرورة شهر الوعد ببيع العقار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، ج33، رقم 03، 1995، ص644.

طبقا لنص المادة (71) من القانون المدني: فإن الوعد في البيع لا ينعقد إلا إذا توافرت شروطه وهي:

أ- الأركان العامة للعقد: ما دام أن الوعد عقد، لذلك يجب أن تتوافر فيه الأركان العامة للعقد، وهي التراضي، المحل السبب وإذا تخلف أي ركن منها يقع الوعد باطلا.

ملاحظة: بالنسبة للأهلية وعيوب الإرادة، فبالنسبة للواعد يؤخذ بعين الاعتبار وقت التزامه، أي وقت صدور الوعد منه لأنه هذا هو الوقت بالذات الذي يعبر فيه عن إرادته.

أما بالنسبة للموعد له فإنه ينظر إلى إرادته وأهليته وقت إبداء رغبته، لأنه هذا هو الوقت الذي يلتزم فيه ويصبح العقد نهائي بالنسبة له¹.

ب- الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية:

يجب أن يتفق المتعاقدان على كافة المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه وهي:

1- الاتفاق على طبيعة الوعد: أي تبادل الإيجاب والقبول المتطابقين على أحد الصور للوعد.

2- يجب أن يعين المبيع أو أن يكون قابلا للتعيين

3- يجب أن يحدد الثمن أو أن يتم الاتفاق على الأسس التي سيحدد بمقتضاها².

4- يجب الاتفاق على المدة التي يجب أن تبدى فيها الرغبة، وعدم الاتفاق على المدة

يبطل عقد الوعد والحكمة من تحديد المدة هو أنه من غير المعقول أن يبقى الواعد ملتزما بوعده إلى مالا نهاية، لذا وجب تحديد المدة، حتى إذا لم تبد الرغبة خلالها يتحلل الواعد من وعده³.

5- ركن الشكلية: يجب أن يتوفر في الوعد بالبيع إذا كان القانون يشترطه في عقد البيع كالوعد ببيع عقار وذلك طبقا للمادة (71) من القانون المدني.

4 - آثار الوعد بالبيع:

¹ الأهلية نوعان أهلية وجوب وأهلية أداء، يقصد بأهلية الوجوب صلاحية الفرد لإكتساب الحقوق وتحمله للإلتزامات، أما أهلية الأداء فيقصد بها قدرة الفرد في التصرف بأمواله وهذه الأخيرة هي المطلوبة في عقد البيع.

² زيادة على المسائل الجوهرية التي يقتضيها تطابق الإرادتين في عقد البيع، يشترط في الوعد في البيع بجميع صورته تطابق الإرادتين حول المدة التي يجب خلالها إبداء الرغبة من الموعد له سواء كان البائع أو المشتري أو كلاهما، والتي يتم تحديدها من قبل الطرفين وإلا كان الوعد باطلا بطلانا مطلقا.

³ ذلك لأنه من المقرر قانونا أن الإتفاق الذي يعد له كلا من المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون، ولا سيما ما تعلق بالإتفاق على السعر، وهذا ما ذهبت إليه إجتهاادات المحكمة العليا ولا سيما قرارها الصادر بتاريخ 1990/03/26 في الملف رقم (56500) المنشور بالمجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1992، أشار إليه: أحمد لعور، نبيل صقر، القانون المدني نسا وتطبيقا، طبقا لأحداث التعديلات بالقانون 07-05، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص32-33.

إذا تم الوعد صحيحا فإنه يترتب للموعد له حق شخصي في مواجهة الواعد، أي الوعد يترتب التزاما شخصيا فقط في ذمة الواعد، ولدراسة آثار الوعد، نقسمه إلى مرحلتين ما قبل إبداء الرغبة وفي مرحلة ما بعد إبداء الرغبة.

أ- الفترة السابقة على إبداء الرغبة:

في هذه المرحلة يترتب الوعد التزاما في ذمة الواعد (التزام بعمل) وهو الإلتزام بإبرام العقد إذا أبدى الموعد له رغبته في التعاقد خلال المدة المحددة.

وكذلك حتى يتمكن الواعد من تنفيذ وعده، فإنه يتمتع عليه التصرف في المبيع الموعد ببيعه، وإذا حدث وأن تصرف في المبيع الموعد ببيعه، فإنه يعتبر مخلا بالتزامه في مواجهة الموعد له، ولهذا الأخير الحق في مطالبته بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية العقدية، ويبقى التصرف القائم بين الواعد والمتصرف إليه صحيحا، ولا يمكن للموعد له الاحتجاج بوعده في مواجهة المتصرف إليه، لأن الحق الذي اكتسبه الموعد له هو حق شخصي وليس حق عينيا¹.

أما بالنسبة للموعد له، فإن له حق شخصي ذو قيمة، يجوز له أن يتصرف فيه للغير ويكون ذلك وفقا لأحكام حوالة الحق، أي قبول الواعد للحوالة، كما يجوز للموعد له القيام بالأعمال اللازمة للمحافظة على حقه، كاستعمال حقوق الواعد عن طريق الدعوى غير المباشرة، ويجوز للموعد له أن يطلب من الواعد أن يترتب له رهنا على عقار آخر تأمينا للوفاء بالوعد.

وفي الأخير فإن الموعد له يكون له الحق في قبول أو رفض الشراء، فإن أبدى رغبته بالقبول انعقد البيع، كما يمكنه أن يرفض التعاقد، بل له الحق في السكوت طيلة المدة المحددة لإبداء الرغبة حتى تنقضي فيتحلل الواعد من وعده.

ب- الفترة اللاحقة لإبداء الرغبة:

إذا أبدى الموعد له رغبته خلال المدة المحددة، انعقد العقد دون حاجة إلى صدور قبول من الواعد، وإذا رفض هذا الأخير إتمام البيع فإنه يجوز للموعد له أن يلجأ إلى القضاء ويطلبه بتنفيذ وعده، ويقوم الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي فيه مقام العقد طبقا

¹ ذلك أن الوعد لا يعتبر بيعا، فإنه لا ينقل الملكية، وتظل للبائع سلطات المالك، فيكون له أن يتصرف في الشيء الموعد به بالبيع، كما يكون له أن يقرر عليه حقوقا للغير، راجع في ذلك عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 85.

لنص المادة (72) من القانون المدني¹.

ويجب أن يصل إبداء الرغبة إلى علم الواعد قبل انتهاء المدة، فإذا صدرت رغبة الموعود له قبل انتهاء المدة، ولكنها لم تصل إلى الواعد إلا بعد انتهاء المدة فلا يعتد بها وتعتبر كأنها لم تصدر.

وليس لإبداء الرغبة أثر رجعي، فالعقد ينعقد منذ إبدائها ولا يعود بأثر رجعي إلى وقت نشوء الوعد.

ملاحظة: هذه الآثار السابق ذكرها بالبيع تنطبق على الوعد بالبيع وكذلك الوعد بالشراء مع تغيير فقط بين الواعد والموعود له.

أما بالنسبة للوعد الملزم لجانبين، كل من طرفيه واعد وموعود له في نفس الوقت، فكل منهما في المرحلة ما قبل إبداء الرغبة حق شخصي في مواجهة الآخر يقع على كل منهما التزام شخصي، وبعد إبداء الرغبة من أي منهما يجب على الطرف الثاني إبرام العقد.

ثانياً: البيع بشرط التجربة

طبقاً لنص المادة (355) من القانون المدني فالبيع بشرط التجربة يقصد منه اعطاء المشتري إمكانية تجربة المبيع قبل شرائه.

فإذا قام المشتري بتجربة المبيع وارتضى النتيجة يبرم البيع، أما إذا لم يرتض نتيجة التجربة فلا يعقد العقد.

1- طبيعة أو تكييف البيع بشرط التجربة:

نستخلص من نص المادة (355) من القانون المدني² وأن البيع بشرط التجربة في الأصل يكون معلقاً على شرط واقف، لكن يمكن اتفاق الأطراف على أن يكون معلقاً على شرط فاسخ.

أ- بيع معلق على شرط واقف:

الشرط الواقف في هذا البيع هو قبول المشتري للمبيع بعد تجربته، وعليه طالما أن المشتري لم يجرب المبيع أو قام بتجربته ولم ترضيه فإن الشرط الواقف لم يتحقق ولا يتم البيع.

أما في حالة تجربة المبيع وقبله المشتري، فهنا يتم البيع وبأثر رجعي (لأن للشرط الواقف أثر رجعي) فيعتبر البيع قد انعقد ليس من وقت تحقق الشرط وإنما من وقت الاتفاق

¹ تنص المادة (72) من القانون المدني على أنه: «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد». وهذا ما ذهبت إليه إجتهاادات المحكمة العليا في العديد من قراراتها ولا سيما القرار الصادر في الملف رقم (154760) المنشور بالمجلة القضائية العدد الأول لسنة 1991 ومفاده: «أنه من المقرر أن يخول للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد في حالة ما إذا نكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد» أشار إليه: أحمد لعور، نبيل صقر، مرجع سابق، ص35.

² تنص الفقرة الثانية للمادة (355) من القانون المدني: «...يعتبر البيع على شرط التجربة بيعاً موقوفاً على شرط القبول إلا إذا تبين من الإتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ».

على إتمامه بشرط التجربة، والبيع بهذا الشرط يلزم البائع من تمكين المشتري تجربة الشيء المبيع خلال المدة المتفق عليها.

ملاحظة: إذا كان البيع معلقا على شرط واقف، فإنه قبل تحقق الشرط يبقى البائع مالكا للشيء المبيع، وبالتالي إذا هلك المبيع أثناء فترة التجربة تحت يد المشتري فتبعة هلاكه يتحملها البائع، كما انه يمكن لدائني البائع الحجز على المبيع تحت يد المشتري وهو يجربه لأن المبيع ملك لمدينهم (البائع).

ب- بيع معلق على شرط فاسخ:

والشرط الفاسخ في هذه الحالة عدم رضى المشتري بعد تجربته، وجعل البيع معلقا على شرط فاسخ يعني أن هذا العقد انعقد ويرتب كافة آثاره ومصير هذا العقد متوقف على تحقق الشرط الفاسخ، ففي حالة عدم تحقق الشرط الفاسخ يستقر العقد نهائيا، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن العقد يزول بأثر رجعي كأنه لم ينعقد.

ملاحظة: إذا هلك المبيع أثناء التجربة والعقد معلق على شرط فاسخ، فالمشتري هو الذي يتحمل تبعة هلاكه مادام العقد قائم وتسلم المبيع.

2- مدة التجربة :

طبقا لنص المادة (355) من القانون المدني، يجب أن يقوم المشتري بتجربة المبيع خلال مدة المحددة في الاتفاق، وفي حالة ما إذا لم تحدد هذه المدة من قبل المتعاقدين، فإن البائع عادة هو الذي يحدد مدة التجربة ويجب أن تكون مدة معقولة تسمح للمشتري من تجربة المبيع.

على البائع تمكين المشتري من المبيع للتجربة خلال المدة المتفق عليها، وفي حالة امتناعه فمن حق المشتري إجباره عن طريق القضاء بتنفيذ هذا الالتزام، وفي مقابل هذا الالتزام فهناك التزام على عاتق المشتري هو وجوب قيامه بتلك التجربة وعليه فإذا رفض المشتري تجربة المبيع بعد تمكينه منها، فمن حق البائع إجباره على ذلك¹.

أما إذا تسلم المشتري المبيع لتجربته وسكت حتى انقضاء المدة محتفظا بالمبيع فإن سكوته في هذه الحالة يعتبر قبولا، لهذا يجب على المشتري أن يعلن رغبته خلال المدة المتفق

¹ ويتم إجباره على التجربة بعد مطالبته بالتنفيذ العيني، وما دام أنه إلتزام بالقيام بعمل فقد يلجأ البائع إلى القضاء من أجل تسليط غرامة تهديدية عن كل يوم تأخير في تنفيذ الإلتزام بالتجربة.

عليها بعد تجربة المبيع، سواء ارتضى نتيجة التجربة أو لم يرتضيها وذلك قصد معرفة مصير العقد¹.

3- كيفية التجربة:

تجربة المبيع في الأصل تتم حسب طبيعته، إلا أن هذه المسألة متروكة لتقدير المشتري فقد تكون التجربة من طرف المشتري شخصيا وقد يكلف شخصا آخر، كما قد تكون بحضور البائع أو أن يقوم بها بمفرده².

4- مدى حرية المشتري في الرفض:

طبقا لنص المادة (355) فإن للمشتري مطلق الحرية في قبول المبيع أو رفضه.

ملاحظة: كان يجب أن يقيد المشرع حرية المشتري حتى لا يتعسف في استعمال حقه، لأنه في بعض الأحيان تكون نتائج التجربة مرضية ومع ذلك يرفضها المشتري.

ثالثا: البيع بالمذاق

طبقا لنص المادة (354) من القانون المدني يقصد بالبيع بالمذاق، إعطاء المشتري إمكانية تذوق مبيعات معينة قبل إعلان رغبته في التعاقد، فإذا تذوق المبيع أعلن رغبته بالقبول ينعقد العقد، وإذا رفضه فلا ينعقد العقد.

ويتم تقدير مذاق المبيع وفقا لمعيار شخصي محض، فللمشتري الحق في القبول أو الرفض كيفما شاء على حد تعبير المشرع.

ملاحظة: البيع بالمذاق لا ينعقد إلا من الوقت الذي يتم فيه إعلان المشتري قبول المبيع ويكون صريحا أو ضمنيا، أما السكوت فلا يعتبر قبولا على عكس البيع بشرط التجربة³.

1- تكييف البيع بشرط المذاق:

من خلال نص المادة (354)⁴ فإن هذا العقد لا ينعقد إلا من وقت إعلان القبول، وهذا يعني أنه لا يوجد عقد بيع في الفترة السابقة على إعلان القبول، إذ في هذه الفترة توجد إرادة البائع وحدها ولم تطابقها إرادة المشتري.

¹ ينفرد البيع بشرط التجربة عن بقية البيوع الموصوفة بهذا الحكم ومفاده أن السكوت يعتبر قبولا بالمبيع ومن ثم هو ملزم باتفاق البيع ودفع الثمن.

² علي نجيدة، مرجع سابق، ص56.

³ جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص73.

⁴ تقابلها المادة (422) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه: «يتعين على المشتري في البيع بشرط المذاق أن يقبل المبيع كيفما شاء غير أنه يجب أن يعلن قبوله في الأجل المحدد بعقد الإتفاق أو العرف، ولا ينعقد البيع إلا من يوم هذا الإعلان» .

وعليه فخلال فترة ما قبل القبول وكيف هذا التصرف على أنه وعد بالبيع ملزم لجانب واحد، يلتزم بموجبه البائع تمكين المشتري من تذوق المبيع وإذا أبدى قبوله يلتزم البائع بإبرام عقد البيع.

2- زمان ومكان التذوق:

يتم التذوق في الزمان والمكان المتفق عليهما بين البائع والمشتري، وقد يكون الإتفاق على ذلك صراحة أو ضمناً، وإذا لم يتم الإتفاق على ذلك تطبق أحكام العرف المعمول بها في الجهة وإذا لم يكن هناك عرف، يجب في هذه الحالة أن ينفذ الإلتزام (المذاق) في زمان ومكان التسليم.

ملاحظة: في حالة انقضاء المدة المحددة دون إعلان المشتري لقبوله أو رفضه، فيعد ذلك رفضاً وينحل البائع من وعده.

رابعاً: البيع بالعربون

يعرف العربون فقهاً بأنه: "مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر وقت التعاقد، فإذا تم التعاقد حسب المبلغ المدفوع من جملة ما هو متفق عليه، وإذا لم يتم التعاقد، خسر من عدل قيمة العربون"¹.

وقد نص عليه المشرع بموجب القانون (10/05) المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر (58/75) المتعلق بالقانون المدني، إذ جاءت به المادة (24) المتممة للمادة (72) منه والتي تنص على الأحكام العامة التي تسري على العربون في سائر العقود وتنص المادة (72) مكرر على أن:

1- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الإتفاق بغير ذلك.

2- إذا عدل من دفع العربون، خسره أي (فقدته) وإذا عدل من قبضة، رد ضعفه هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر".

وقد اختلف الفقهاء في طبيعة البيع بالعربون:

- هناك من يرى بأنه عقد معلق على شرط واقف (ألا يعدل المتعاقدين عن البيع)².
- هناك من يرى بأنه عقد معلق على شرط فاسخ (وهو عدول أحد المتعاقدين)³.
- ويذهب رأي ثالث إلى تكيف البيع بالعربون، بأنه ينطوي على التزام بدلي أي أن العربون هو البديل في التزام مبدئي، المدين بائعاً أو مشترياً بالإلتزام الوارد في البيع ودائماً

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص259.

² سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص57.

³ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص875.

في الوقت ذاته بالحق الذي يقابل الالتزام، ولكن يبرأ الالتزام ويسقط الحق في المقابل تبعا إذا هو أدى العربون¹.

(البائع بدلا من نقل الملكية يقدم العربون، والمشتري يمكنه أن يؤدي بدل الثمن العربون)

خامسا: البيع بالعينة

حسب نص المادة(353) من القانون المدني² بدلا من أن يكون تعيين المبيع عن طريق أوصافه أو عن طريق الرؤية قد يلجأ إلى طريقة أخرى هي تقديم العينة.

العينة: هي وحدة مصغرة من الشيء المبيع

ويكون على عاتق البائع التزام بأن يسلم للمشتري مبيعا مطابقا للعينة التي رآها فإذا لم يتحقق هذا التطابق كان للمشتري رفض تسلم ذلك المبيع، حتى ولو سلم له مبيع أفضل من العينة.

فهنا نكون أمام ثلاث حالات:

الحالة 01: إذا كان المبيع مطابق للعينة، لا يجوز للمشتري أن يرفضه بدعوى أنه غي ملائم لحاجاته أو اقل جودة

الحالة 02: إذا ادعى المشتري أن المبيع غير مطابق للعينة، (والعينة موجودة لدى البائع أو المشتري) فعلى الإثبات يقع على عاتق البائع، ويستعين بخبير.

الحالة 03: غير مطابقة، يقبل المشتري المبيع مع المطالبة بإنقاص الثمن إذا كانت قيمة الشيء الذي قبله أقل من قيمة العينة.

1- الإثبات في البيع بالعينة:

أ- **النزاع على ذات العينة:** عندما يدعى أحد المتعاقدين أن العينة ليست أصلية، فعلى من يدعي ذلك يقع عليه عبئ الإثبات " البينة على من ادعى " لذلك ولتفادي هذا النزاع يجب وضع علامة على العينة.

ب- **نزاع في حالة فقدان أو هلاك العينة:** فإنه من هلك في يده العينة هو من يتحمل المسؤولية ويقع عليه إثبات أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة.

2- جزاء عدم مطابقة الشيء المبيع للعينة:

يكون للمشتري عدة حلول هي:

أ- للمشتري أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني (أي تسليم مبيع مطابق للعينة)، كما يجوز للمشتري الحصول على شيء مطابق للعينة على نفقة البائع بعد استئذان القاضي أو بدون الحصول على اذن في حالة الاستعجال (م 166/ق م)¹.

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 57-58.

² تنص المادة (353) من القانون المدني على أنه: «إذا إنعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا، أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة.»

ب- له ان يطالب بفسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه مع التعويض عما اصابه من ضرر.

ج- له أن يقبل المبيع غير المطابق للعينة مع المطالبة بإنقاص الثمن إذا كانت قيمة الشيء الذي قبله اقل من قيمة العينة².

3- التكييف القانوني للبيع بالعينة

البيع بالعينة هو بيع بات، وليست العينة الا وسيلة لتعيين المبيع، ولا يعتبر هذا البيع معلقا على شرط واقف او فاسخ الا إذا قصد المتعاقدين تعليق وجود البيع او زواله على مطابقته للعينة³.

المطلب الثاني: المحل

المحل هو محل الالتزام الناشئ عن العقد، والبيع عقد ملزم لجانبين، أحدهما ينقل الملكية والآخر يدفع الثمن، لذلك يكون للبيع محلان رئيسيان هما (المبيع والثمن)⁴.

لم يضع لها المشرع نصوص خاصة وإنما نرجع إلى نظرية الالتزام من خلال المواد 92 وما يليها من القانون المدني.

الفرع الأول: المبيع

المبيع طبقا لنص المادة (351) من القانون المدني هو الملكية أو أي حق مالي آخر ونعني بهذا الأخير الحقوق الشخصية كحوالة الحق أو الحق العيني الأصلي كحق الانتفاع وحق الارتفاق والحق العيني التبعية كالرهن الرسمي والحيازي، حق التخصيص وحق الامتياز، وقد يكون حتى معنوي كحق المؤلف وبراءة الاختراع والعلامة التجارية⁵.

1- أن يكون المبيع موجودا وقت البيع أو قابلا للوجود في المستقبل:

يشترط لانعقاد البيع أن يكون المبيع موجودا وقت البيع أو قابل للوجود في المستقبل والشيء غير موجود وقت البيع وغير قابل للوجود في المستقبل بطل العقد بطلانا مطلقا، وبالتالي نكون أمام الحالات التالية:

¹ تنص الفقرة الثانية من المادة (166) من القانون المدني على أنه: «إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض».

² محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص146.

³ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص58-59.

⁴ بعض الفقهاء يرون أن محل العقد هو محل الإلتزام الرئيسي الذي ينشئه العقد، ومنهم من يميز بين ثلاثة أمور وهي:
- محل الحق l'objet du contrat - محل الإلتزام l'objet de l'obligation - محل الأداء، راجع في ذلك علي فيلالي، مرجع سابق، ص167.

⁵ يمينة حوجو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016، ص120-

الحالة الأولى: قد يوجد المبيع قبل العقد ويستمر وجوده إلى حين إبرام العقد، هنا ينعقد ويبقى قائماً.

الحالة الثانية: قد يوجد المبيع قبل العقد ووقت انعقاده وينعدم كله أو بعضه بعد ذلك، هنا العقد صحيحاً لكن يفسخ بعد ذلك لاستحالة الوفاء بالالتزام أو يبقى العقد قائماً مع إنقاص الثمن في حالة الهلاك الجزئي.

الحالة الثالثة: قد يكون المبيع موجوداً، ويهلك قبل التعاقد، فالعقد باطل لانعدام المحل.

الحالة الرابعة: قد يكون غير موجود قبل العقد ولا وقت إبرامه وكان المبيع قابلاً للوجود بعد ذلك أي شيئاً مستقبلياً واتجهت إرادة الطرفين إلى التعاقد على هذا الأساس فهنا المبيع محتمل الوجود.

ومثاله: البيع على التصاميم نظمه المشرع في المرسوم رقم (03/93) المتعلق بالنشاط العقاري¹ والمرسوم التنفيذي رقم (58/94) المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم في مجال الترقية العقارية². والذي تم إلغاؤه بموجب القانون رقم (04/11)³.

أ- هلاك المبيع كله وقت العقد:

- إذا كان الهلاك مجهولاً من الطرفين لا يكون لأحدهما مطالبة الآخر بالتعويض.
- إذا كان الهلاك معلوماً للبائع دون المشتري، يلزم البائع بتعويض المشتري عن ضرر بطلان البيع.

- إذا كان الهلاك معلوماً للمشتري دون البائع، فلا مسؤولية على البائع لأنه حسن النية ولا على المشتري لأنه ليس مكلفاً بالإحاطة بحالة المبيع وتنبه مالكة إليه، لكن يكون المشتري مسؤولاً إذا ارتكب خطأ وأراد خداع البائع هنا إذا دفع الثمن فلا يسترده.

ب- هلاك بعض المبيع وقت العقد:

المبيع في هذه الحالة لم يهلك كلياً، ويجوز أن ينعقد العقد، ولكن العدالة تقضي في هذه الحالة ألا يلتزم المشتري بالثمن الكلي، بل يخفض الثمن بقدر هلاك المبيع.
- لا يجبر المشتري على أخذ المبيع إذا كان الباقي لا يصلح للغرض الذي من أجله تعاقد على شراء المبيع، لكن لا يكون للمشتري هذا الخيار إلا إذا كان وقت العقد لم يعلم بوقوع الهلاك الجزئي⁴.

¹ المرسوم التشريعي رقم (03/93) المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 1993/03/03.

² المرسوم التنفيذي رقم (58/94) المؤرخ في 1994/03/07 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم في مجال الترقية العقارية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 13، الصادرة بتاريخ 1994/03/09.

³ القانون رقم (04/11) المؤرخ في 2011/02/17، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 2011/03/06.

⁴ أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، القاهرة، د ت ن، ص 66.

- إذ شمل البيع أشياء مختلفة وهلك بعضها دون الأخرى فلا يجوز للمشتري أن يطلب إقالته من الصفقة إلا إذ ثبت أنه روعي فيها عند العقد ارتباط هذه الأشياء بعضها البعض واعتبارها غير قابلة للتجزئة.

ملاحظة هامة: ان شرط الوجود أو القابلية للوجود، هو شرط خاص بالأشياء المعينة بذاتها، أما الأشياء المثلية أو المعينة بنوعها (وهي التي يقوم بعضها مقام البعض في الوفاء) فإنها لا تدخل في نطاق شرط الوجود لأنها موجودة دائما¹.

2- يجب أن يكون المبيع معينا أو قابلا للتعين:

تختلف كيفية أو طريقة تعيين المبيع بحسب ما إذا كان معينا بذاته أو معينا بنوعه.

أ- **تعيين الأشياء القيمة:** هي أشياء معينة بذاتها لا تقوم غيرها مقامها في الوفاء، وتعين في العقد بذكر أوصافها الخاصة بها، ومثالها العقارات فيتم تعيينها بذكر أوصافه وحدوده ومساحته وموقعه.

ب- **تعيين الأشياء المثلية:** هي أشياء معينة بنوعها ولها نظير من جنسها مساو لها مقارب لها في القيمة يقوم مقامها في الوفاء (كالذهب والفضة والقمح...).

وتعين في العقد بذكر جنسها ونوعها ومقدارها سواء كان هذا المقدار محدد وزنا أو عددا أو مقاسا أو كيلا².

ملاحظة: قد يكون المبيع معينا بنوعه فقط دون مقداره، يكون البيع في هذه الحالة صحيحا إذا تضمن العقد أسس تعيين مقداره ومثاله: بيع كتب بقدر عدد الطلبة فوج معين.

ويجب كذلك أن تحدد درجة جودة المبيع، مع ذلك إذا لم تحدد هذه الأخيرة ولم يكن من الممكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، فهو من صنف متوسط طبقا لنص المادة (94/2) من ق م³.

ج- تعيين المبيع في البيع الجزافي:

البيع الجزافي هو ذلك البيع الذي يتم على مجمل أشياء توجد في مكان معين، وعليه فإن المبيع يحدد بمكان معين، كبيع شخص لصناديق ثمار موجودة في مخزنه⁴.

د- البيع بالعينة:

1 عدم تطبيق شرط الوجود في الأشياء المعينة بنوعها (الأشياء المثلية) أدى بالنتيجة إلى عدم تطبيق قاعدة الهلاك، ما دامت هذه الأشياء لها نظيرها وتقوم بعضها مقام بعض في الوفاء.

2 إن البيع الوارد على الأشياء المثلية، يطلق عليه البيع بالتقدير.

3 تنص المادة (94) من القانون المدني على أنه: «... وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر إلترزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط.»

4 علي نجيدة، مرجع سابق، ص64.

وقد سبق دراسته وهو وسيلة لتعيين المبيع دون اللجوء إلى ذكر أوصاف المبيع في عقد البيع.

3- أن يكون المبيع مما يجوز التعامل فيه:

الأصل أن كل الأشياء تصلح أن تكون محلا للبيع طبقا للفقرة الأولى من نص المادة (682) من ق م¹ ولكن يرد على هذا الأصل استثناء مذكور في الفقرة الثانية من نفس المادة وهي:

أ- الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها:

وهي الأشياء التي لا يستطيع احد أن يستأثر حيازتها وهي الأشياء المشتركة كالهواء وأشعة الشمس والبحر... الخ

ب- الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون:

وهي تلك الأشياء التي ورد بشأنها نص خاص يمنع التعامل فيها ومثالها:

-أموال الوقف طبقا لنص المادة (23) من القانون رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم².

- التركة المستقبلية طبقا لنص المادة (2/92) من القانون المدني.

- الأموال العامة طبقا لنص المادة (689) من القانون المدني.

- وتلك التي يكون التعامل فيها مخالفا للنظام العام والآداب العامة (كأعضاء الإنسان).

ج- شرط المنع من التصرف:

يعني تقييد سلطة شخص من التصرف في شيء معين، ويتم ذلك بصفة إرادية لتحقيق مصلحة خاصة وليس عامة ومثاله أن يشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الشيء محل الهبة.

¹ تنص المادة (682) من القانون المدني على أن: «كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية...» .

² القانون رقم (10/91) المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 1991/05/08.

الفرع الثاني: الثمن

إن محل التزام المشتري هو دفع الثمن، لكي يعتبر الثمن محلا لالتزام المشتري ويصح به البيع، يجب أن تتوافر في هذا الثمن شروط معينة، إذ يجب أن يكون حقيقيا، وأن يكون قابلا للتعيين وأن يكون نقديا.

أولا : أن يكون الثمن مبلغا نقديا

لكي يعتبر العقد بيعا يجب أن يكون مقابل نقل الملكية مبلغا من النقود يلتزم المشتري به، وهذا يعني أن الثمن في البيع يجب أن يكون مبلغ من النقود ولا يقوم بمقابلته مال آخر وإلا كان مقايضة باستثناء الوفاء بالأوراق أو السندات التجارية كالشيك والسفحة فنكون أمام عقد بيع لأن لها الصفة النقدية وتعتبر أداة وفاء¹.

هذا وإذا التزم المشتري بأداء الثمن فإن كيفية تنفيذ هذا الالتزام لا تؤثر على طبيعة العقد، فقد يدفع الثمن جملة واحدة أو على أقساط، كما يمكن أن يكون الثمن معجلا أو مؤجلا وكذلك قد يكون في صورة إيراد مرتب مدى الحياة بشرط أن يتم في شكل نقدي، كما لا يهم أن يدفع إلى البائع أو إلى شخص آخر، ولا يهم كذلك أن يدفع من المشتري أو شخص آخر إذا كان هذا باتفاق المتعاقدين.

ثانيا: أن يكون الثمن حقيقيا (جديا)

لكي ينعقد البيع يجب أن يكون الثمن الذي قصده المتعاقدان ثمنا جديا، أي يكون البائع قد قصد دفعه كثمن لما اشتراه، ولا يعتبر الثمن جديا إذا كان تافها أو كان صوريا.

- 1- **الثمن الجدي:** هو الثمن الذي اتجهت إرادة طرفي العقد إلى إلزام المشتري بأن يدفعه فعلا باعتباره مقابلا حقيقيا للمبيع.
- 2- **الثمن الصوري:** هو ثمن وهمي تذكر قيمته في العقد لإظهار العقد بمظهر البيع، وفي الحقيقة لا يقصد البائع المطالبة به وكذلك المشتري لا يقصد الوفاء به، وبعبارة أخرى

¹ إقتضت متاعب وأخطار نقل النقود من جهة إلى جهة أخرى، التفكير بوسائل تقوم مقامها للوفاء بالالتزامات المالية من غير إستعمال النقد، راجع في ذلك: راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999، ص01. هذا وقد قنن المشرع الجزائري نظام الأوراق التجارية في المواد (389) إلى (543) من الأمر (59/75) المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة بتاريخ 30/09/1975.

هو الثمن الذي لا يطابق حقيقة ما اتفق عليه الطرفان أو الثمن الذي لم يقصد البائع أن يقتضيه من المشتري¹ وهو نوعان:

أ- **صورىة مطلقة:** وتتحقق عندما يتفق الطرفان على ألا يلتزم المشتري بأي شيء من الثمن المسمى في العقد.

ب- **صورىة نسبية:** وهو الاتفاق على ثمن غير الثمن الحقيقي، ومثاله التصريح بثمن أقل من الثمن المتفق عليه في عقد كبيع العقارات تهربا من رسوم التسجيل وهنا يمكن لإدارة التسجيل أن تتدخل لصالح الخزينة وتستعمل حق الشفعة طبقا لنص المادة (118) من قانون التسجيل رقم (105/56).

3- **الثمن التافه:** هو ثمن قليل إلى حد يجعل التناسب بينه وبين قيمة المبيع الحقيقية مفقود تماما².

4- **الثمن البخس:** هو الثمن الذي يقل كثيرا عن قيمة المبيع، ولكنه لا يصل إلى حد الثمن التافه ويعتبر ثمن جدي ينعقد به العقد ماعدا في حالة بيع عقار لأننا قد نصطدم بالغبن في بيع العقارات³.

وعليه: فإن الثمن الجدي هو كل ثمن ليس تافه ولا صوري، وعليه فإذا قل الثمن عن قيمة المبيع دون الوصول إلى درجة التفاهة فالبيع يكون صحيحا طالما ليست هناك أية قاعدة تقضي بأن يكون مساوي لقيمة المبيع.

ثالثا: أن يكون الثمن مقدرا (معينا) أو قابل للتقدير (قابل للتعين)

قد يتم تعيين الثمن في العقد من طرف المتعاقدين مباشرة، وهذا هو الأصل والوضع الغالب كما يمكن أن يتفق المتعاقدان على الأسس التي يتحدد بناء عليها الثمن وفي هذه الحالة يكون الثمن قابلا للتحديد، كما يحدث أحيانا أن يحدد الثمن من طرف القانون.

1- تعيين الثمن بواسطة المتعاقدين:

تعتبر طريقة تحديد الثمن من طرف المتعاقدين مباشرة في العقد أحسن طريقة، لأنهما أدري بذلك وقد يتم هذا التعيين صراحة إلا انه قد يكون ضمنيا أحيانا، كأن يستلم المشتري فاتورة البضاعة مقيد عليها الثمن وسكت دون الاعتراض.

2- قابلية الثمن للتحديد (للتعين):

تنص الفقرة الأولى من المادة (356) من القانون المدني على أنه: " يجوز أن يقتصر تقدير ثمن المبيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد".

¹ أنور سلطان، مرجع سابق، ص117.

² سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص90.

³ نفس المرجع، ص91.

ولكي يعتد بالأساس المتفق عليه وينعقد البيع، يجب ألا يكون هذا الأساس مبهما أو غامضا، مما ينتج عنه خلاف، كأن يتخذ كأساس " الثمن الذي يساوي القيمة " فهذا يعد من الأسس المبهمة لأن البائع يرى قيمة المبيع بنظرة مختلفة عن المشتري لتعارض المصالح بينهما.

كما أنه يجب أن يحدد الأساس باتفاق الطرفين لأنه لو ترك تحديد الأساس لأحد المتعاقدين لما انعقد لعدم تطابق الإيجاب والقبول.

3- الأسس التي يحدد بها الثمن:

أ- تحديد الثمن بسعر السوق:

وقد نصت عليه المادة (356/2) من القانون المدني¹، واعتماد هذا الأساس ينتج عنه حتما أحد الفرضين:

- إما أن يحدد المتعاقدين في عقدهما ما هو المقصود بسعر السوق، أي يحدد التاريخ الذي يعتبر سعر السوق فيه أساسا لتحديد الثمن وكذلك مكان السوق، ففي هذه الحالة تكون العبرة باتفاقهما ويجب أعماله.

- وإما أن يقتصر اتفاقهما على عبارة سعر السوق، دون أي تحديد إضافي، وفي مثل هذا الاتفاق يحتمل أن تثور خلافات بينهما حول السوق الذي يجب الاعتماد به لتحديد الثمن، هل هو السعر وقت البيع أم سعر السوق وقت التسليم أو وقت دفع الثمن، وكذلك هل يعتد بالسوق الموجودة في مكان إبرام العقد أم في مكان وجود المبيع أم في مكان تسليمها؟

وتحسبا لما قد يثار من خلاف، حسم المشرع ذلك بتقريره بأنه في حالة الشك يجب الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه التسليم في الزمان والمكان، وإذا كان التسليم واجبا في مكان لا توجد فيه سوق، يحدد الثمن باعتماد الثمن المتداول في السوق التي يقضي العرف بان أسعاره المعمول به.

ب- تحديد الثمن على أساس السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى التعامل به بين البائع والمشتري:

حسب نص المادة (357) من القانون المدني¹، إذا لم يحدد الثمن صراحة من قبل المتعاقدين، ولم يعتمدا سعر السوق كأساس لتعيين الثمن، فإن البيع يكون صحيحا متى أمكن

¹ تنص الفقرة الثانية للمادة (356) من القانون المدني على أنه: « إذا وقع الإتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان، والمكان، فإذا لم يكن مكان التسليم سوقا وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية » .

استخلاص من الظروف أنهما نويًا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة أو السعر المعمول به بينهما، واعتماد مثل هذا السعر يفترض التعامل السابق بينهما لنفس المبيع.

فالعبارة هنا ليست بقيمة المبيع بحد ذاته بل بالسعر المتداول في السوق، وإذا لم يتضح هذا السعر يعين القاضي خبيرًا لتحديده.

ج- تعيين الثمن بواسطة شخص ثالث:

لم ينص عليه المشرع، واستقر الفقه على أن مهمة هذا الأجنبي ليست تحكيما ولا خبرة ولا وكالة وإنما هي مهمة مادية لا غير.

ويمكن تعيينه في العقد ذاته أو بموجب عقد لاحق (اتفاق لاحق) وهو لا يخلو من الحالات التالية:

الحالة الأولى: إذا قام الشخص الأجنبي بتحديد الثمن، تكتمل أركان العقد وينتج البيع آثاره من يوم تحديد الثمن أما قبل ذلك فكان عبارة عن عقد غير مسمى.

الحالة الثانية: إذا لم يقم الشخص الأجنبي بتحديد الثمن، ينتج عن ذلك الآثار التالية:

- إذا امتنع الشخص الأجنبي عن تحديد الثمن أو استحال عليه ذلك أو توفي قبل ذلك أو تعذر عليه ذلك لعدم خبرته فإن الشرط الواقف لم يتحقق (أي تحديد الثمن) ويعتبر البيع كأن لم يكن.

في حالة تعددهم واختلفوا يعتبر البيع كأن لم يكن لعدم توافر أحد أركانه.

ملاحظة: لا يستطيع القاضي إجبار الشخص الأجنبي على تقدير الثمن، أو أن يعينه شخص آخر في مكانه أو يقدر بنفسه، لكن يستطيع المتعاقدين الاتفاق على شخص آخر يحل محل الأول.

- إذا اتفق المتعاقدان على تفويض شخص أجنبي لتحديد الثمن على أن يعينه فيما بعد، ثم تراجع أحدهما عن الاتفاق على الشخص، فيصبح العقد غير محددة فيبطل العقد، ويمكن للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

د- تحديد ثمن البيع بالثمن الذي اشترى به البائع:

ونجد هذا النوع من التحديد في بيوع الأمانة كالمرابحة والتولية الوضيعة².

المرابحة: هي البيع بمثل الثمن الذي اشترى به البائع مع زيادة نسبة معينة تمثل الربح.

¹ تنص المادة (357) من القانون المدني على أنه: «إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من أن المتعاقدين قد نويًا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة، أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما.»

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 371.

التولية: هي البيع بمثل الثمن الذي اشترى به البائع دون زيادة.

الوضعية: هي البيع بمثل الثمن الذي اشترى به البائع مع إنقاص نسبة معينة.

4-تحديد الثمن بواسطة القانون:

إذا كان الأصل هو حرية المتعاقدين في تحديد الثمن إلا انه في بعض الأحيان يتم تحديد الثمن بواسطة القانون ولا يكون لإرادة المتعاقدين أي دخل ويشمل ذلك بيع السلع الأساسية كالخبز والحليب ويسعى المشرع من وراء ذلك لحماية المستهلك.

المطلب الثالث: السبب

يعتبر ركن السبب في عقد البيع مجرد تطبيق للقواعد العامة، وعليه نرجع إلى أحكام النظرية العامة للالتزام من خلال نصي المادتين (98/97) من القانون المدني وتطبيق النصين يعني انه يجب ان يكون السبب موجوداً¹، وسبب التزام كل متعاقد هو محل التزام المتعاقد الآخر، فالبائع يجد سبب التزامه نقل الملكية في قبضه للثمن والمشتري يجد سبب التزامه بدفع الثمن في تملكه للمبيع.

ويشترط أن يكون السبب مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا كان باطلاً.

المطلب الرابع: الشكلية كركن في عقد البيع

العقد الشكلي هو العقد الذي يشترط لإنعقاده إضافة إلى ركن التراضي احترام شكلية معينة وتعد هذه الشكلية ركناً من أركان العقد، بحيث يمنع إغفالها قيام العقد².

ومثالها: تنص المادة (418) من القانون المدني انه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً وتنص المادة (883) من ق م على انه لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي.

وتتميز الشكلية كركن في العقد عن شكلية الإثبات، حيث يترتب على إغفال ركن الشكلية بطلان التصرف القانوني بطلان مطلق، أما إغفال شكلية الإثبات فلا تؤثر في صحة العقد إذ ينشأ صحيحاً، ولكن عند إنكار أحد المتعاقدين يتعذر على المتعاقد الآخر إثبات وجود العقد.

وقد تقرر الشكلية كركن في العقد من طرف المتعاقدين كأن يتفقا في مرحلة سابقة أن إبرام العقد يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية وإلا كان باطلاً.

¹ علي فيلالي، مرجع سابق، ص187.

² Malika.AZZEMOU, Le formalisme contractuel en droit civil, mémoire deMagister,université d'Oran, 1983, P4.

كما أوجب القانون المدني لتكوين بعض البيوع أن تحرر في شكل مكتوب سواء كان عرفيا أو رسميا.

الفرع الأول: إفراغ العقد في محرر عرفي

هناك بعض البيوع التي يشترط فيها المشرع الكتابة كركن رابع في العقد، وهذه الكتابة تكون بموجب محرر عرفي ومثالها عقود بيع براءات الاختراع بحيث نصت المادة (36) من الأمر رقم (07/03) المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق ببراءة الاختراع¹ على أنه: " تشترط الكتابة في العقود المتضمنة انتقال الملكية أو التنازل عن حق الاستغلال أو توقيف هذا الحق أو رهن أو رفع الرهن المتعلق ببراءة الاختراع".

ويتضح من نص المادة وأن المشرع قد اشترط الكتابة العرفية في عقود البيع التي يكون محلها براءة اختراع وحكم تخلف الكتابة هو بطلان العقد بطلانا مطلقا.

الفرع الثاني: إفراغ العقد في شكل رسمي

حسب نص المادة (324) من القانون المدني: فإن العقد الرسمي هو كل عقد يثبت فيه موظف أو ضابط أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من نوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية في حدود سلطته واختصاصه.

وطبقا لنص المادة (324) مكرر 1 من نفس القانون: " فإنه زيادة على التصرفات التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير التصرفات التي تتضمن: - نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية - أو محلات تجارية أو صناعية، أو كل عنصر من عناصرها - التنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها... الخ.

والتي يجب تحريرها في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

ملاحظة: البطلان المنصوص عليه في المادة (324 مكرر 1) هو من النظام العام، إذ يجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه حتى ولو لم يثره الأطراف، وينتج عن ذلك انه ليس باستطاعته الطرفان التنازل عن الرسمية في العقود المذكورة أعلاه.

المبحث الثاني: شروط صحة البيع ونفاذه

يمكن تقسيم شروط صحة البيع إلى شروط متعلقة بالإرادة وأخرى متعلقة بالأهلية، وهذه العيوب يؤخذ بها في كافة العقود إلا انه فيما يتعلق بالبيع، فإن المشرع اشترط زيادة

¹ الأمر (07/03) المؤرخ في 19/07/2003، المتعلق ببراءة الاختراع، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة بتاريخ 2003/07/23.

عنها ألا يكون البيع مصاب بعدم علم المشتري بالمبيع، كما قرر حكما خاصا بالغبن وآخر بعدم ملكية البائع للمبيع.

المطلب الأول : عدم علم المشتري بالمبيع علما كافيا كما

سبق دراسته تقضي القواعد العامة أن يكون محل الإلتزام (المبيع) معينا أو قابلا للتعين و إلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ، لكن المشرع لم يكتفي بهذا الشرط إذ نص على حكم إضافي يستلزم أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا وذلك طبقا لنص المادة (352) من القانون المدني .

1- الفرق بين تعيين المبيع و العلم الكافي بالمبيع:

العلم الكافي بالمبيع أكثر شمولاً من مجرد المعرفة التي يتحقق بها تعيين المبيع فإذا كان المبيع عقارا؟ مثلا فالعلم الكافي يتحقق عن طريق رؤيته، و إذا كان عن طريق الوصف فإنه يجب ذكر نوع البناء، المساحة، الطوابق، عدد الغرف، وكافة المرافق والملحقات و غيرها من المسائل التي يمكن العلم به علما كافيا.

2- الوسائل التي يتم بها تحقق العلم الكافي بالمبيع:

هناك ثلاث طرق للعلم بالمبيع و هي رؤية المبيع و ذكر أوصافه الأساسية و إقرار المشتري في العقد بعلمه بالمبيع.

أ- رؤية المبيع:

ويكون ذلك بإطلاع المشتري على المبيع و معاينته و التمكن من معرفته معرفة حقيقية و تأخذ الرؤية بمفهومها الواسع بحيث يمكن أن تتم عن طريق الذوق أو الشم... إلخ. ويعتبر المشتري عالما بالمبيع سواء قام برؤيته هو شخصيا أو قام بها من ينوب عنه.

ب- ذكر الأوصاف الأساسية :

ولا يقصد ببيان الأوصاف الأساسية التعيين و إنما يقصد بها ذكر الأوصاف التي تسمح من معرفة المبيع¹، ذلك لأن المادة (352) قد جاءت بحكم خاص متميز عن أحكام التعيين المذكورة في القواعد العامة ، ضف إلى ذلك أن جزاء تخلف التعيين هو البطلان المطلق بينما جزاء عدم تحقق العلم الكافي هو قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري .

ج- إقرار المشتري بعلمه بالمبيع :

قد لا يعلم المشتري بالمبيع عن طريق الرؤية و لا عن طريق الوصف ، و لكنه يقر في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع علما كافية، و في هذه الحالة لا يمكنه طلب الإبطال بدعوى

¹ تنص الفقرة الأولى من المادة (352) من القانون المدني على أنه: «...يعتبر العلم كافيا إذا اشتمل على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه... » .

عدم العلم الكافي إلا في حالة إقراره بالعلم نتيجة تدليس من البائع وذلك طبقاً للفقرة الثانية من المادة (352) من القانون المدني¹.

3- الجزء المترتب على تحقق عدم علم المشتري بالمبيع :

الجزء المترتب على عدم علم المشتري بالمبيع هو ثبوت حقه في طلب إبطال العقد وهذا يعني أن البيع يترتب كافة آثاره إلى أن يقضى ببطلانه ، وطلب الإبطال هو حق مقرر لمصلحة المشتري فقط دون البائع .

4- صلة قابلية البيع للإبطال لعدم العلم الكافي بالمبيع بأحكام الغلط :

إن المادة (352) من القانون المدني قد جاءت بحكم خاص، وعالجت حالة خاصة من حالات القابلية للإبطال ، فهي مستقلة عن أحكام الغلط، و يؤكد هذا الإستقلال كون أحكام العلم الكافي مستمدة من مصدر مستقل هو الشريعة الإسلامية، و أنه وفقاً لهذا المصدر فإن ثبوت الخيار ليس هو الوقوع في الغلط و إنما عدم الرؤية و نتيجة لذلك نرى أنه لا يمكن اعتبار الغلط هو أساس طلب الإبطال لعدم العلم الكافي بالمبيع وإنما الأساس لطلب الإبطال هو عدم العلم الكافي عند عدم رؤيته أو ذكر أوصافه أو الإقرار في العقد بالعلم الكافي به طبقاً لنص المادة (352) السالفة الذكر.

5- سقوط حق المشتري في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم الكافي بالمبيع:

لم يضع المشرع حكماً خاصاً في هذا المجال عن البطلان النسبي لذلك نرجع للقواعد العامة و بالتالي يسقط هذا الحق بالتقادم و الإجازة و كذلك بحكم خاص ذكرته المادة (352) و هو إقرار المشتري.

أ- التقادم : حق المشتري في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم الكافي يسقط ب 05 سنوات من وقت العلم بالمبيع و في كل الأحوال فإنه يسقط ب 10 سنة من وقت البيع طبقاً لنص المادة (101) من قانون المدني².

ب- الإجازة : و قد تكون هذه الإجازة صريحة أو ضمنية، و لا تنتج الإجازة أثرها إلا إذا كانت صادرة بعد تحقق العلم بالمبيع ، فإذا رأى المشتري المبيع كان له أن يجيز البيع صراحة أو ضمناً بأي تصرف أو عمل يدل على قبوله بالمبيع، و يطبق في هذا الصدد أحكام المادة (100) من القانون المدني .

¹ تنص الفقرة الثانية من المادة (352) من القانون المدني على: «وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالماً بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع » .

² تنص المادة (101) من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم (10/05) المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للأمر (58/75) المتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 44 بتاريخ 26/06/2005، على أنه: «يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا إنقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد » .

ج- إقرار المشتري في العقد بعلمه بالمبيع : و قد نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (352) و بإقراره في العقد بعلمه بالمبيع يحرمه من حق إبطال العقد إلا إذا ثبت غش البائع.

المطلب الثاني: الغبن

الغبن هو تلك الحالة التي تنتج عنها خلل إقتصادي في العقد، و لكن ليس بسبب إستغلال ضعف نفسي متوافر لدى أحد المتعاقدين¹، ونلاحظ أن المشرع لم يعتد بهذا النوع إلا في حالات محدودة جدا وهي : الغبن في بيع العقار (م 358 - 360 من ق م)، القسمة (م 732 مدني)، الوكالة بأجر (م 581 مدني)، التنازل عن حقوق المؤلف (م 66 من الأمر رقم 05 / 03)².

وبإستثناء هذه الحالات فإن الغبن غير الإستغلالي لا يعيب العقد ، وستنصب دراستنا على الغبن في بيع العقار .

1- ميدان الغبن:

ينصب الغبن في القانون الجزائري على العقار، سواء كان على حق الملكية أو حق الارتفاق أو حقوق في الشيوخ أو حق انتفاع وذلك طبقا لنص المادة (684) من القانون المدني³. لكن وقع جدال أو خلاف حول العقار بالتخصيص (وهو منقول موضوع في خدمة العقار كالجرار والمحراث والحيوانات ... الخ التي تستعمل في نقل البذور والأسمدة والمنصوص عليها بالمادة 683 اد مدني) هل يدخل ضمن مفهوم العقار في حساب الغبن؟ هناك رأيين:

الرأي الأول : يرى بأن العقار بالتخصيص في البيع يطبق عليه الغبن ، ومن بين مؤيدي هذا الرأي الأستاذ / خليل أحمد حسن قدارة .

الرأي الثاني : و يرى أصحاب هذا الإتجاه أنه يجب التفرقة بين حالتين بحسب عملية البيع :

الحالة 01 : إذا تم بيع العقار بما فيه العقار بالتخصيص بعقد واحد و ثمن واحد، هنا يدخل ضمنه في حساب الغبن، لأن العقار بالتخصيص لم يتم فصله عن العقار فهو جزء منه .

الحالة 02: إن بيع العقار دون العقار بالتخصيص، أو كل واحد فيهما تم بيعه لشخص مختلف عن الآخر أو لنفس الشخص بعقدين مختلفين، هنا نزع العقار بالتخصيص عن خدمة

¹ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 68 .

² الأمر (05/03) المؤرخ في 2003/07/19، المتضمن الملكية الفكرية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 44 لسنة 2003.

³ تنص المادة (684) من القانون المدني على أنه: «يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار» .

الأرض وبيع بمفرده وبالتالي أصبح منقولاً عادياً ونزعت عنه صفة العقار بالتخصيص، هنا لا يمكنه الدفع بالغبن وإنما اللجوء لدعوى عيوب الإرادة إن وجدت كعيب الاستغلال .

الاستثناءات: قد نكون أمام بيع عقار ويتحقق الغبن لكن لا تطبق قواعده وذلك في الحالة التالية:

حسب نص المادة (360) من القانون المدني لا يجوز رفع دعوى الغبن إذا تم البيع بطريقة المزاد العلني بمقتضى القانون، أي بسلطة القضاء وتحت إشرافه، ذلك لأن المشرع لا يهمله أن يباع العقار بالمزاد العلني بغبن فاحش، بل ما يهمله هو أن يصل ثمن العقار إلى مبلغ يكفي لتسديد الديون والمصاريف المترتبة عن ذلك¹.

2- شروط الغبن

أ- يجب أن يقع البائع ضحية غبن:

يجب أن يزيد الغبن عن خمس ثمن المثل وقت البيع، وهذا ما يسمى بالغبن الفاحش أي يكون الثمن أقل من أربعة أخماس (5/4) القيمة الحقيقية للعقار ومثاله: بيع عقار بثمن قدره 39 مليون سنتيم والقيمة الحقيقية للعقار 50 مليون سنتيم هنا: 50 مليون - 39 مليون = 11 مليون أي غبن يزيد عن الخمس ذلك لأن خمس 50 مليون هو 10 مليون، وأن الغبن هو ما زاد عن ذلك وهو مليون سنتيم².

ب- تقييم العقار لحساب الغبن يوم إبرام عقد البيع:

و ذلك لأنه لا يجوز الطعن بالغبن إذا كان الفارق بين قيمة العقار والثمن في حدود الخمس عند انعقاد البيع، ولكنه وصل إلى أكثر من الخمس عند التسليم، وبالعكس إذا كان الفارق بين قيمة العقار وثمنه يقل عن الخمس عند رفع الدعوى ولكنه كان يفوق الخمس عند التعاقد، فإنه يحق للبائع رفع دعوى الغبن³.

ذلك لأن تكملة الثمن على أساس أن البيع وقع في زمن معين وليس أثناء رفع دعوى الغبن ومسألة تقدير ما إذا كانت قيمة العقار تفوق الثمن بأكثر من الخمس أولاً تفوقه، هي مسألة من اختصاص القضاء وللقاضي الاستعانة بخبير في هذا الصدد.

ج- يجب ألا تكون الدعوى قد تقدمت:

¹ عملاً بقاعدة أن أموال المدين ضامنة للوفاء بالدين، وضماناً لحقوق الدائنين وكجزاء للمدين المتخلف عن دفع ديونه، فقد أقر المشرع الجزائري هذا الحكم في المادة (360) من القانون المدني التي تنص على أنه: « لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريقة المزاد العلني بمقتضى القانون » .

² تنص الفقرة الأولى من المادة (358) من القانون المدني على أنه: « إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل... » ، وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري والمشرع المصري إتفقا على تقدير الغبن بما يزيد عن الخمس، بينما المشرع الفرنسي فقد قدره بـ 12/7.

³ تنص الفقرة الثانية من المادة (358) السالفة الذكر على: «... ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع. » .

حسب نص المادة (1/359) من القانون مدني تسقط دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع.

3- الإجراءات :

عند وقوع الغبن في بيع عقار، فإن للبائع الحق في رفع دعوى تكملة الثمن بنفسه أو بواسطة ممثله القانوني أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار وذلك طبقاً لنص المادة (1/40 و 518) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، ويجب أن ترفع خلال ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع وإذا تم إشهار عقد البيع بالمحافظة العقارية، فإن دعوى تكملة الثمن وكذا دعوى الفسخ عند الاقتضاء يجب إشهارها طبقاً لنص المادة (85) من المرسوم (63/76) المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري² وكذا نص المادة (17) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- آثار الغبن:

أ- تكملة الثمن:

للبيع المغبون دعوى أصلية يطالب من خلالها تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل وفي المثل السابق هو مبلغ 40 مليون سنتيم بمعنى على المشتري أن يضيف مبلغ مليون سنتيم وبصدور حكم بتكملة الثمن يلجأ البائع إلى إجراءات التنفيذ وله أن يحبس العقار إذ كان قد سلمه، كما له أن يحجز على منقولات المشتري وإذا لم توجد فعلى عقارات هذا الأخير بما في ذلك العقار محل البيع إذا كان سلمه للمشتري ولا يزال في يد هذا الأخير، ذلك لأن حق البائع مضمون بحق الامتياز على المبيع طبقاً لنص المادة (999) من القانون المدني³.

ملاحظة هامة: إذا تصرف المشتري في العقار بالبيع لشخص حسن النية وانتقلت الملكية بالشهر فليس للبائع الحق في الحجز عليه وذلك طبقاً لنص المادة (359) من القانون المدني: " ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير الحسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع".

ب- دعوى الفسخ:

¹ القانون رقم (09/08) المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 2008/04/23.

² المرسوم (63/76) المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 30 لسنة 1976.

³ يتفق القانون الجزائري مع نظيره المصري في الهدف من رفع دعوى الغبن ومدة تقادمها إذ اعتباراً أن الهدف من رفع الدعوى هو تكملة الثمن إلى 5/4، وإذا لم يتم ذلك جاز للبائع المطالبة بالفسخ، وأن مدة تقادم هذه الدعوى تقدر بثلاث سنوات، في حين يرى المشرع الفرنسي أن الدف من رفع الدعوى هو فسخ العقد، وللمشتري أن يتقي الفسخ لتكلفة الثمن إلى 10/9 وأن مدة التقادم هي سنتين، راجع في ذلك: محمد حسنين، مرجع سابق، ص 69-70.

للبيع ان يستعمل دعوى احتياطية وهي دعوى الفسخ التي تخضع للقواعد العامة طبقاً لنص المادة (199) من القانون المدني، وإذا حكم بالفسخ نتيجة إخلال المشتري بالتزامه وهو دفع كامل ثمن المبيع، يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، أما إذا استحال ذلك كأن تصرف فيه بالمبيع لشخص حسن النية وتم شهره، فلا يكون للبايع إلا المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به، ويجب شهر الدعوى طبقاً لنص المواد (85) من المرسوم (63/76) والمادة (17) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتتقدم دعوى الفسخ بمرور 15 سنة من يوم اكتشاف سبب الفسخ طبقاً للمادة (308) من القانون المدني.

5- الغبن عند التنازل عن حقوق المؤلف:

أراد المشرع في هذه الحالة حماية الطرف الضعيف في العقد وهو المؤلف، بحيث نص المشرع على الغبن الواقع في حالة المكافأة الجزافية، غير أنه لم يحدد الحالة التي تشكل فيها المكافأة غبناً فاحشاً، بل ترك الأمر في ذلك للقاضي والذي يستطيع الاستعانة بالخبراء.

وهذا طبقاً لنص المادة (66) من الأمر رقم (05/03)¹ والتي تنص على أنه " يحق للمؤلف أن يطالب بمراجعة العقد في حالة غبن يضيع حقه وإن لم يحصل اتفاق يحق له أن يرفع دعوى قضائية إذا تبين بوضوح أن المكافأة الجزافية المحصل عليها تقل عن مكافأة عادية قياساً بالربح المكتسب، ويعد باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك".

المطلب الثالث: بيع ملك الغير

بيع ملك الغير هو ذلك البيع الذي يكون محله شيء معين بالذات، غير مملوك للبايع.

أولاً : شروطه

1- أن يكون القصد منه هو نقل الملكية في الحال مقابل ثمن نقدي :

وعليه إذا تعهد احد طرفي العقد بنقل الملكية للطرف الآخر بمجرد الحصول عليها فان البيع لا يعد بيعاً لملك الغير، وكذلك لا يعد بيعاً لملك الغير إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى تأجيل انتقال الملكية إلى حين تملك البايع للمبيع .

2- أن يكون محل البيع شيئاً معيناً بذاته :

¹ الأمر رقم (05/03) المؤرخ في 2003/07/19 المتضمن الملكية الفكرية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 44 لسنة 2003.

وهذا طبقا لنص المادة (397) في فقرتها الأولى من القانون المدني¹، وعليه إذا كان محل البيع من المثليات، فإنه لا يعد بيعا لملك الغير، لأن المثليات لها نظير وتقوم مقام بعضها عند الوفاء.

3- أن يكون المبيع غير مملوك للبائع ولا المشتري:

يجب أن يكون المبيع مملوكا للغير، بحيث إذا كان المبيع ملك للبائع كان العقد صحيحا، أما إذا كان مملوكا للمشتري وأقدم على شرائه وهو يجهل بأنه ملكا له، ففي هذه الحالة لا ينعقد البيع أصلا لاستحالة تحقق الغرض من البيع - وهو نقل الملكية - استحالة مطلقة، لأن المبيع مملوك للمشتري.

ثانيا : نطاق بيع ملك الغير

كل بيع لا تتوفر فيه الشروط السابق ذكرها لا يعد بيعا لملك الغير وبالتالي يخرج عن نطاقه ومن بين البيوع التي تخرج عن نطاق بيع ملك الغير:

1- **بيع الشيء المعين بنوعه:** لأن ملكية الشيء المعين بنوعه لا تنتقل إلا بعد عملية الفرز ويقوم بعضها مقام بعض في الوفاء.

2- **بيع الأشياء المستقبلية:** لا تعتبر بيع لملك الغير ولو لم تكن ملك للبائع، لأنه لا يمكن نقل ملكيتها في الحال طالما هي غير موجودة، لكن إن وجدت مستقبلا وباعها البائع دون أن يكون مالكا لها فيعد بيع لملك الغير لان نقل ملكيتها يصبح ممكنا.

3- **تعليق البيع على شرط التملك:** فإذا باع شخص شيئا معينا بذاته وهو لا يملكه، ولكن علق البيع على شرط تملكه، فالتزام البائع في هذا الوضع التزام معلق على شرط واقف وهو تملكه للمبيع، ولا يعد بيعا لملك الغير لأنه لم يقصد نقل الملكية في الحال، فإذا تحقق الشرط انتقلت للمشتري وأن لم يتحقق الشرط سقط البيع.

4- **البيع المعلق على شرط:** في هذا الوضع، إن البائع يملك المبيع ولكن ملكيته معلقة على شرط قد يكون واقفا أو فاسخا خلافا للحالة السابقة.

فالمالك تحت شرط واقف، تتحقق ملكيته بتحقق الشرط، والمالك تحت شرط فاسخ تزول ملكيته بتحقق الشرط، وهذا النوع من البيع لا يعد بيعا لملك الغير إذا انتقلت الملكية للمشتري بنفس الوصف أي معلقة على شرط.

¹ تنص المادة (397) من القانون المدني على أنه: «إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه. وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري".

5- **بيع الشريك على الشيوع** : إن البيع الصادر من أحد الشركاء على الشيوع لا يعد بيعا لملك الغير لأنه يملك حصته (م²/714 مدني)¹، إلا أن مصير هذا البيع يتوقف على نتيجة القسمة، فإذا وقع المبيع من نصيبه كان البيع صحيحا لأنه صادر من مالكه، أما إذا لم يقع من نصيبه اعتبر انه باع مالا يملكه الا انه يجب إعمال قاعدة الحلول العيني المنصوص عليها بالمادة (714) وتطبيقا لهذا النص إذا قام البائع ببيع جزء مفرز من المال الشائع ولكن بعد القسمة لم يقع هذا الجزء من نصيبه فان حق المشتري ينتقل إلى الجزء الذي آل إلى البائع بعد القسمة، هذا ويجب الإشارة إلى انه يحق للمشتري طلب إبطال البيع بدلا من تطبيق قاعدة الحلول العيني إذا كان لا يعلم وقت البيع أن البائع لا يملك العين المبيعة المفرزة.

ثالثا: أحكام بيع ملك الغير²

ويتعلق الأمر بالعلاقة بين البائع والمشتري أي أثر بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين وكذلك بالنسبة للمالك الحقيقي للمبيع.

1- أثر بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين:

حسب نص المادة (397) من القانون مدني هو عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري، وقبل صدور الحكم بالبطلان يعتبر عقد يرتب كافة الالتزامات ما بين طرفيه ماعدا نقل الملكية، لان البائع لا يملك المبيع.

أ- حق المشتري في طلب الإبطال:

بمجرد علم المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع يحق للمشتري طلب الإبطال سواء وقع البيع على المنقول أو العقار أشهر أو لم يشهر، فالشهر لا يصح عقدا باطلا أو قابلا للإبطال³.

ب- أساس بطلان بيع ملك الغير:

هو ليس بطلانا مطلقا ولا نسبي، هو بطلان خاص قرره المشرع بنص خاص، فهذا البطلان لا يدخل ضمن نطاق القواعد العامة وعليه يكون بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري بحكم القانون.

ج- كيفية تمسك المشتري بإبطال البيع:

¹ كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء.

² تنص المادة (399) من القانون المدني على أنه: «إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية».

³ راجع في ذلك المادة (16) من المرسوم (63/76) المتعلق بتأسيس السجل العقاري السالف الذكر.

قد يكون بموجب دعوى أصلية (دعوى بطلان) يرفعها المشتري قبل تملك البائع للمبيع أو إقرار المالك الحقيقي، وكذا كدفع إثر دعوى يرفعها البائع لتنفيذ عقد البيع.

د- أثر الحكم بالإبطال:

عند القضاء ببطلان العقد يعاد الأطراف إلى ما كان عليه قبل العقد، فيكون على المشتري رد المبيع إذا تسلمه، وعلى البائع رد الثمن إذا كان قد قبضه.

وزيادة على ذلك يكون للمشتري الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يكون قد أصابه متى كان غير عالم وقت البيع بأن البائع لا يملك المبيع (أي حسن النية) طبقاً لنص المادة (399) من القانون المدني¹.

الفصل الثالث: آثار عقد البيع

تترتب على البيع الصحيح القائمة جميع أركانه السالفة الذكر، التزامات على عاتق كل من طرفيه، فيلتزم البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع والضمان، ويلتزم المشتري من جهته بدفع ثمن المبيع وتسلمه ودفع نفقات البيع.

المبحث الأول: التزامات البائع

يقع على عاتق البائع إثر إبرامه لعقد بيع صحيح ثلاث إلتزامات أساسية مرتبطة ببعضها البعض تشترك في أن محلها المبيع، الذي يلتزم بنقل ملكيته وتسليمه بحالة صالحة للإستعمال ووفقاً لما إتفق عليه مع المشتري، وأن يضمن لهذا الأخير عدم تعرضه الشخصي وضمان التعرض القانوني الصادر من الغير.

المطلب الأول: الإلتزام بنقل الملكية

ونفرق هنا بين نقل ملكية المنقول ونقل ملكية العقار.

الفرع الأول: التزام البائع بنقل ملكية المنقول

¹ تنص المادة (399) من القانون المدني على أنه: «إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية».

يختلف انتقال الملكية في المنقول بحسب ما إذا كان معين بالذات أم معيناً بالنوع، وما إذا كان موجوداً وقت العقد أو سيوجد في المستقبل.

أولاً : نقل ملكية المنقول المعين بالذات

حسب نص المادة (165) من القانون المدني تنتقل ملكية المنقول المعين بذاته بمجرد العقد¹ دون حاجة إلى أي إجراءات متى توفرت الشروط التالية:

- أن يكون المبيع منقولاً معيناً بذاته
- أن يكون المبيع مملوكاً للبائع
- أن يكون المبيع موجوداً وقت البيع
- ألا يكون نقل الملكية معلقاً على حدوث أمر معين بنص القانون أو الاتفاق (ومثاله الاتفاق على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسليم أو دفع الثمن طبقاً للمادة 363 من القانون المدني)

ملاحظة هامة: يتضح من الشرط الأخير وأن انتقال الملكية بمجرد التعاقد ليست قاعدة أمرية بل يجوز الاتفاق على خلافها بدليل الفقرة الأولى من نص المادة (363) من القانون المدني.

هناك حالات لا تنتقل فيها الملكية بمجرد العقد رغم أن المبيع معين بالذات وهي:

1/ انتقال ملكية المنقولات المستقبلية:

حسب المادة (92) من القانون المدني يمكن أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلياً، إذا كان هذا الشيء منقولاً مستقبلياً معيناً بذاته فالملكية لا تنتقل بمجرد انعقاد البيع لأن المبيع غير موجود وقت البيع وهو شرط أساسي لانتقال الملكية وبالتالي في هذه الحالة تنتقل ملكيته وقت وجود المبيع المستقبلي.

2/ الاتفاق على تأجيل انتقال الملكية:

إن فكرة انتقال الملكية بمجرد العقد ليست من النظام العام لذا يجوز الاتفاق على تأجيل انتقال الملكية أو اشتراط البائع ذلك وفي هذا الصدد نصت المادة (363 الفقرة 01) من القانون المدني على انه: «إذا كان ثمن البيع مؤجلاً للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع». .

¹ يرد على هذه القاعدة إستثناء بالنسبة للعقود التي يكون محلها عقاراً، فلا تنتقل ملكيتها وقت إبرام العقد وإنما بعد شهر العقد الرسمي لدى المحافظة العقارية طبقاً لنص المادة (793) من ق إ م و .!

ملاحظة هامة: هذا البيع ليس موصوفا فهو غير معلق على شرط، إذا انعقد ويرتب آثاره ماعدا نقل الملكية، إذا المعلق على شرط في هذه الحالة هو نقل الملكية فقط، ويتحقق هذا الشرط بتملك المشتري المبيع بأثر رجعي أي من وقت العقد.

ثانيا: انتقال الملكية في البيع الجرافي

البيع الجرافي هو البيع الذي يتم على مجمل أشياء في مكان معين، ويتحدد المبيع في هذه الحالة بمكان وجوده، ولقد نصت عليه المادة (362) من القانون المدني¹، وبحسبها تنتقل ملكية المبيع في البيع الجرافي بنفس طريقة إنتقال ملكية المنقول المعين بذاته أي بمجرد انعقاد العقد دون حاجة إلى أي إجراء آخر.

ثالثا: نقل ملكية المنقول المعين بنوعه:

إذا كان تعيين المبيع فقط كاف لإنعقاد البيع صحيحا، فهو بالنسبة لإنتقال ملكيته غير كاف فالمشتري لا يصبح مالكا للشيء المعين بنوعه إلا بعد فرز ذلك طبقا للمواد (166¹ و361) من القانون المدني ويختلف الفرز بحسب طبيعة المبيع، فقد يكون بالعد أو القياس أو الوزن أو الكيل أو عن طريق وضع علامة مميزة للمبيع أو بغير ذلك من الوسائل التي تميز أو تفصل المبيع عن غيره².

وبالفرز يصبح المبيع معينا بذاته وتنتقل ملكيته حتى ولو لم يتم تسليمه إلى المشتري.

1/ زمان ومكان الفرز:

الأصل أن يتم في الزمان والمكان المتفق عليه، وإذا لم يوجد هناك إتفاق فهو زمان ومكان التسليم، ورغم الخلاف القائم بين الفقهاء حول حضور المشتري من عدمه لعملية الفرز، فإنه في رأينا يجب أن يتم الفرز بحضور المشتري أو من ينوب عنه لمعرفة وقت انتقال الملكية نظرا لما يترتب عليها من آثار³.

2/ آثار الفرز:

- قبل عملية الفرز يبقى البائع مالك للمبيع وإذا أفلس هذا الأخير يدخل المشتري مع جماعة الدائنين.

- بعد الفرز تنتقل الملكية إلى المشتري وبالتالي إذا أفلس البائع له الحق في طلب تسليم المبيع لأنه ملكه.

3/ الجزاء المترتب على إمتناع البائع عن القيام بالفرز:

¹ تنص المادة (362) من القانون المدني على أنه: « تنتقل الملكية في البيع الجراف إلى المشتري بنفس الطريق التي تنتقل بها ملكية الشيء المعين » .

² سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص159.

³ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص113.

إذا إمتنع البائع عن القيام بعملية الفرز جاز للمشتري:

- أ- إجبار البائع على تنفيذ إلتزامه (القيام بالفرز) تنفيذاً عينياً إذا كان ذلك ممكناً وذلك بعد إعداره طبقاً للمادة (164) من القانون المدني.
- ب- يمكن للمشتري الحصول على المبيع ذاته على نفقة البائع بعد الحصول على إذن من القاضي.
- ج- حق المشتري في التعويض إذا لم يقم البائع بإلتزامه طبقاً للمادة (2/166) من القانون المدني.
- د- حق المشتري في الفسخ والتعويض لإخلال البائع بإلتزامه بعد إعداره، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين (البائع) أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين (البائع) قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات.

الفرع الثاني: إنتقال ملكية العقار

حسب نص المادة (793) من القانون المدني لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعي الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري.

وتنص المادة (15) من الأمر (74/75) المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري¹ على أنه: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما" كما تنص المادة (16) من نفس الأمر على أن "العقود الإدارية والاتفاقيات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

وبيع العقار بإعتباره عقد رسمي طبقاً للمادة (324 مكرر 01) مدني لا يمكن شهره إلا إذا تم في شكله القانوني وإلا كان باطلا وهذا ما أكدته المادة (61) من المرسوم (63/76) المتعلق بتأسيس السجل العقاري².

أولاً: آثار الإشهار

¹ الأمر (74/75) المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن إعداد المسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 52 لسنة 1975.

² المرسوم (63/76) المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 30 لسنة 1976.

طبقا لنص المواد (793) مدني و(15-16) من الأمر (74/75) السابقة الذكر، فإتمام الإشهار يترتب عنه انتقال الملكية ويحتج بهذا الانتقال فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير.

ويفهم كذلك من هذه النصوص أنه ليس للشهر أثر رجعي إذ أن النصوص صريحة في ذلك¹، ومن وقت الشهر يصبح المشتري مالكا للعقار وله أن يتصرف فيه ويشغله ويستعمله.

ثانيا: حجية الشهر

حجية الشهر ليست سوى قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، وقيمة الشهر لها إرتباطا وثيقا بقيمة التصرف الذي قام عليه التصرف وتتبعه في الصحة والبطالان أي أن حجية الشهر تكون بقدر حجية التصرف، فإذا كان التصرف صحيحا فتكون للشهر حجية مطلقة أما إذا كان التصرف باطلا أو قابلا للإبطال فإنه يظل كذلك رغم شهره، وإذا حكم ببطلانه زالت كل الحقوق التي تترتب عنه².

وبالتالي فإن حجية الشهر نسبية وبالنتيجة يمكن الطعن في التصرفات التي تم إشهارها والدليل على ذلك النصوص القانونية التي تجيز الطعن في التصرفات المشهورة ومنها نص المادة (24) من الأمر (74/75) التي تجيز الطعن في قرارات المحافظة العقارية أمام الجهات القضائية، والمادة (16) من المرسوم (63/76) التي تجيز الطعن في شهادات الترقيم... الخ³

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على انتقال الملكية

يترتب على انتقال الملكية سواء كان منقولاً معيناً بذاته أو منقولاً معيناً بنوعه بعد إفرازه أو عقارا بعد شهره الآثار التالية:

- يصبح المشتري مالكا للمبيع ويخوله ذلك التصرف فيه⁴.
- في حالة إفلاس البائع، يكون للمشتري الحق في طلب تسليم المبيع إذا كان لا زال عند البائع ولا يمكن لدائن البائع الحجز عليه أو الاعتراض على تسليمه للمشتري لأنه ملك لهذا الأخير⁵.

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص131.

² حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2003، ص29.

³ لبيض ليلي، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2011/2012، ص279.

⁴ حسب نص المادة (674) من القانون المدني فإن الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة.

⁵ ذلك لأن نظام الإفلاس يؤدي إلى غل يد المدين المفلس عن التصرف في أمواله أي تلك التي يملكها، وفي البيع إذا إنتقل المال للمشتري بالفرز أو الشهر إذا كنا أمام عقار فهذا يعني أن المشتري أصبح المالك ولا يدخل هذا المال في التفليسة لأنه ملك للغير.

- يحق لدائني المشتري الحجز على المبيع تحت يد البائع لأنه مال مملوك لمدينهم (المشتري) فيمكنهم التنفيذ عليه.
- تكون ثمار المبيع للمشتري من وقت إتمام البيع ويجب أن تسلم له مع المبيع.
- إذا هلك المبيع قبل تسليمه فتبعه الهلاك لا يتحملها المشتري بصفته مالكا وإنما يتحملها البائع بصفته ملزم بالتسليم لأن المشرع ربط تبعه الهلاك بالتسليم وليس بانتقال الملكية.

المطلب الثاني: التزام البائع بتسليم المبيع

حسب نص المواد (167 و 367) من القانون المدني فإن التسليم هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري ليتمكن من قبضه والانتفاع به دون عائق.

الفرع الأول: الأحكام المتعلقة بكيفية التسليم

ويتعلق الأمر بعناصر التسليم وكيفية التسليم وأنواعه إضافة إلى زمانه ومكانه

أولاً: عناصر التسليم

طبقاً لنص المادة (367) من القانون المدني لكي يتم التسليم يجب أن يتوفر فيه عنصران هما:

- وضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري وتمكنه من حيازته والانتفاع به بدون عائق¹.
- وجوب إخطار البائع المشتري بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه (والمشرع لم يذكر طريقة الإخطار وبالتالي تجوز بكل الوسائل ويقع عبئ الإثبات على البائع).

ثانياً: طريقة التسليم

حسب نص المادة (1/367) من القانون المدني، تختلف طريقة التسليم بحسب اختلاف طبيعة الشيء المبيع.

- 1- **تسليم العقار:** إذا كان المبيع عقاراً على البائع إخلائه وتسليم سندات الملكية والمفاتيح للمشتري، وإذا كان العقار مشغولاً من الغير وجب على البائع إخراجه ما لم يكن شاغلاً بسند قانوني يسري في مواجهة المشتري.
- 2- **تسليم المنقولات:** لم يبين المشرع طريقة معينة للتسليم في هذه الحالة، لكن عادة يتم بالتسليم المادي في اليد²، أو بنقله من مكان إلى مكان آخر ووضعه تحت تصرف المشتري أو بأي طريقة أخرى معمول بها عرفاً ومثالها:

¹ ولا يستلزم ذلك أن تنتقل الحيازة المادية فعلاً إلى المشتري وإنما يكفي أن يوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته مادياً وإن ينتفع به دون عائق، فإذا وجد عائق بين المشتري وبين إنتفاعه بالمبيع، فلا يتوافر العنصر الأول من العناصر المكونة للتسليم، راجع في ذلك: محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 235.

² يرى الأستاذ لحسين بن الشيخ أثاموليا أن تسليم المنقولات يتم بالمناولة (اليد) أي التسليم المادي أو بتوفير وسيلة للدخول إلى مكان تواجد المبيع، راجع في ذلك: لحسين بن الشيخ أثاموليا، المنتقى في عقد البيع، الطبعة الثانية، دار هومة الجزائر، 2006، ص33.

- تسليم المنقول بصور رمزية كما في حالة تسليم مفاتيح المخزن الموجود فيه السلعة.
- تسليم المستندات للبضائع المودعة في مخازن طبقاً للمادة (1/813) من القانون المدني.

ملاحظة: في هذا المثال عند تعارض مصلحة شخصين أحدهما استلم البضاعة مادياً والآخر استلم المستندات وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية للشخص الذي استلم البضاعة استلاماً مادياً طبقاً للفقرة الثانية من المادة (813) من القانون المدني¹.

3- **الأموال غير المادية:** مثل الحقوق كحق الارتفاق والحصص في الشركة والعلامات التجارية أو براءة الاختراع، والتي يتم تسليم المستندات التي تثبت هذا الحق وقد تكون في نفس الوقت مقترنة بالتسليم المادي كحقوق المؤلف التي تكون عن طريق تسليم سند مكتوب (العقد) وتسليم المصنف (الكتاب) بواسطة المناولة.

ثالثاً: أنواع التسليم

هناك نوعان من التسليم، التسليم القانوني والتسليم الحكمي.

1- التسليم القانوني:

هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستولي عليه إستيلاء مادياً، وبالتالي هو أشمل من التسليم الفعلي بدليل ما نصت عليه المادة (367) من القانون المدني بأنه يعتبر تسليم قانونياً إعدار البائع للمشتري لتسليم المبيع.

2- التسليم الحكمي:

نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (367) من القانون المدني ويتم هذا التسليم بمجرد تراضي الطرفين أي في حالة الاتفاق بين البائع والمشتري على أن البائع سلم المبيع إلى المشتري دون أن يرافق ذلك أي عمل مادي، ويقوم هذا التسليم الحكمي مقام التسليم القانوني في حالتين هما:

الحالة 01: إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع بصفته غير مالك (مستأجر- مودع لديه- او مرتهن رهن حيازي أو مستعير... الخ) ثم اشتراه، ففي هذه الحالة تبقى الحيازة المادية على حالها ولكن تتغير صفة المشتري من حائز إلى مالك.

¹ تنص المادة (813) من القانون المدني على أن: «تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها. غير أنه إذا تسلّم شخص آخر البضائع ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلّم البضائع» .

الحالة 02: إذا كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية، كأن يستأجره أو يرهنه بعد البيع، فيتم التسليم بالاتفاق على أن يبقى المبيع عند البائع ليس بصفته مالكا له، بل كمستأجر أو مرتهن.

ملاحظة: الحالة الثانية فيها خطورة على المشتري، ذلك لأنه إذا كان المبيع منقولا وقام البائع بالتصرف فيه لشخص آخر وسلمه إياه تسليما فعليا كانت الأفضلية لهذا الأخير تطبيقا لقاعدة "حيازة المنقول سند للملكية".

رابعاً: زمان ومكان التسليم ونفقاته

1- زمان التسليم:

لم يضع المشرع حكماً خاصاً ينظم زمان تسليم المبيع وعليه نطبق الأحكام العامة المقررة في المادة (281) من القانون المدني أي أن يتم فور إنشاء عقد البيع، لكن هذه القاعدة ليست من النظام العام، بحيث يمكن للأطراف الاتفاق على ميعاد معين¹، أو كان هناك عرف يقضي بتسليم المبيع في ميعاد أو اقتضت طبيعة المبيع شيئاً من الوقت في تسليمه أو يمهل القاضي البائع أجلاً لتسليم المبيع، إذا كان الطلب مبرر ولا يضر بالمشتري وألا يتعدى مدة سنة من تاريخ إبرام العقد (م 2/281) من القانون المدني².

2- مكان التسليم:

لم يرد أحكام خاصة بمكان تسليم المبيع وعليه نطبق القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة (282) من القانون المدني ما لم يتفق الأطراف على مكان معين ونفرض هنا بين المبيع المعين بالذات والمبيع المعين بنوعه³:

أ- مكان تسليم المبيع المعين بذاته:

إذا وجد اتفاق على مكان معين للتسليم فالعبرة بالمكان المتفق عليه، وإذا لم يوجد اتفاق فيجب تسليمه في المكان الذي كان موجود فيه وقت إبرام العقد أو المكان الذي ذكر في العقد أنه موجود فيه ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

ب- مكان تسليم المبيع المعين بنوعه:

¹ جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2013، ص120.
² يجوز للقضاء نظراً لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (281) من القانون المدني.
³ خليل احمد حسن قداد، مرجع سابق، ص139.

يتم إعمال اتفاق الأطراف، في حالة عدم وجود إتفاق يسلم طبقا للفقرة الثانية من المادة (282) في موطن البائع أو مركزه الرئيسي إذا كان شخص معنوي.

ه- زمان ومكان تسليم المبيع واجب التصدير:

وقد ورد فيها حكم خاص طبقا لنص المادة (368) مدني¹، فإذا كان المبيع واجب التصدير إلى المشتري فالعبرة في مكان وزمان التسليم بالوصول لا التصدير، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، كأن يتفقا أن التسليم يتم في زمان ومكان التصدير مع تسليم سند الشحن وسند التأمين على البضاعة من مخاطر الطريق.

3- نفقات التسليم:

لم يرد حكم خاص لذلك نرجع للقواعد العامة من خلال نص المادة (283) مدني فالأصل نفقات التسليم تقع على عاتق البائع، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك أو بموجب نص قانوني، وتتمثل هذه النفقات في مصاريف النقل أو الفرز أو رسوم استخراج الوثائق... إلخ².

الفرع الثاني: ما يشمل التسليم (محل الإلتزام بتسليم المبيع)

يتعلق الأمر بالمبيع وملحقاته وحالة المبيع بحسب ما إذا كان منقولاً أو عقاراً معيناً بالذات أو بنوعه، إضافة إلى المقدار الواجب تسليمه والطي قد يطرأ عليه الزيادة والنقصان.

أولاً: المبيع وملحقاته

- 1- المبيع: هو الملكية أو أي حق مالي، سواء كان حق عيني أصلي أو تباعي أو حق معنوي كحقوق المؤلف أو صاحب براءة الاختراع... إلخ.
- 2- الملحقات: وهي الأشياء المخصصة لاستعمال الشيء بصفة دائمة، لم يحصرها المشرع وإنما طبقاً للقواعد العامة (المادة 107 مدني) ذكر الملحقات الضرورية لاستعمال المبيع بصورة دائمة، والتي يجب أن تلحق بالمبيع وإلا انعدمت المنفعة الموجودة منه.

¹ تنص المادة (368) على أنه: «إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك».

² محمد حسين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006، ص112.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يشمل الملحق منقولاً يمكن فصله دون تلف كالمرايا غير المثبتة والثريات الملصقة، وبالتالي فالملحقات هي "الأشياء التي بدونها لا يكمل انتفاع المشتري بالمبيع"¹.

وخلاصة القول، أن الأصل إذا وجد اتفاق على اعتبار شيء ما من ملحقات المبيع، وجب إعتباره كذلك مهما كانت طبيعته، وإذا لم يوجد إتفاق وجب الرجوع إلى طبيعة الشيء والعرف الجاري.

ثانياً: حالة المبيع

تنص المادة (364) من القانون المدني على أنه: "يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع" وهذه القاعدة ليست من النظام العام، إذا يجوز الاتفاق على تسليم المبيع بالحالة التي يكون عليها وقت التسليم أو بحالة جيدة عما كان عليه وقت البيع.

وإذا تسلم المشتري المبيع دون إبداء أي اعتراض على حالته، فإنه يفترض أن المبيع سلم على حالته، وإذا قام باستعماله مدة طويلة فليس له أن يدعي بعدها عدم مطابقته للحالة التي كان عليها وقت العقد.

إذا يسلم المبيع بالحالة التي اتفق عليها الطرفان وفي حالة عدم وجود اتفاق نفرق بين المبيع المعين بالذات والمبيع المعين بنوعه:

أ- المبيع المعين بذاته (القيمي):

يجب تسليمه بالحالة التي كان عليها وقت البيع، ذلك لأنه مبيع معين بصفاته وحالته التي هو عليها وقت العقد، لذلك يجب على البائع المحافظة عليه إلى حين التسليم وبيدلاً عناية الرجل العادي وألا يحدث تغييراً على المبيع.

ملاحظة: إذا أحدث البائع تغييراً على المبيع جاز للمشتري مطالبته بإعادة المبيع إلى الحالة التي كان عليها وقت التعاقد، وإذا تعذر ذلك كان له أن يرفض التسليم ويطلب فسخ العقد مع التعويض².

ب- المبيع المعين بنوعه (المثلي):

ليس هناك حكم خاص وبالتالي نطبق القواعد العامة ولا سيما نص المادة (94) من القانون المدني¹ والتي تفرق بين حالتين:

¹ أنور سلطان، مرجع سابق، ص189.

² وهذا ما ذهب إليه إجتهاادات المحكمة العليا ولا سيما القرار الصادر عنها بتاريخ 1991/09/25 في الملف رقم (74933)، المنشور بالمجلة القضائية، العدد الثالث لسنة 1992، أشار إليه أحمد لعور، نبيل صقر، مرجع سابق، ص172.

الحالة الأولى: إذا تم البيع بالعينة، ففي هذه الحالة يتحول المبيع بنوعه إلى مبيع معين بذاته وبالتالي يسلم بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد أي الحالة المطابقة للعينة.

الحالة الثانية: إذا تم البيع دون عينة، ولم يتم الاتفاق على حالة المبيع، فيكون البائع ملزم بتسليم المبيع بالقدر المتفق عليه من صنف متوسط طبقاً للفقرة الثانية من المادة (94) من القانون المدني.

ثالثاً: مقدار المبيع

من خلال نص المواد (365 و366) من القانون المدني نفرق بين حالتين:

1- حالة النقص في مقدار المبيع:

حسب الفقرة الأولى من المادة (365) مدني فإن البائع ضامن للمشتري الحصول على المقدار المتفق عليه في العقد، وإذا كان بالمبيع نقص كان البائع مسؤولاً عن ذلك، على أنه يجب أن يراعي في ذلك بأنه إذا كان النقص طفيفاً وجرى العرف على التسامح فيه فليس للمشتري التمسك بالمقدار المذكور في العقد، إذ لا يكون البائع مسؤولاً إلا إذا كان النقص معتبراً مما لا يتسامح فيه عرفاً².

أ- **حكم النقص غير الجسيم:** في هذه الحالة ليس للمشتري سوى المطالبة بإنقاص الثمن بقدر ما أصابه من ضرر وليس له في هذه الحالة الحق في طلب الفسخ.

ب- **حكم النقص الجسيم:** إذا كان النقص في مقدار المبيع جسيماً بحيث لو علم به المشتري قبل المبيع لما أبرك العقد، ففي هذه الحالة إذا أثبت المشتري ذلك فله الخيار إما طلب الفسخ ويحكم له به أو إنقاص الثمن.

ملاحظة: مسألة تقدير النقص الجسيم من عدمه متروكة للسلطة التقديرية للقاضي ويمكن لهذا الأخير الاستعانة بالخبراء، طبقاً في ذلك لأحكام نص المواد (126/125) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- حالة الزيادة في مقدار المبيع:

حسب نص المادة (365 الفقرة الثانية) من القانون المدني، إذا كانت بالمبيع زيادة عما هو مذكور في العقد، فيجب أن نبحت عما اتفق عليه المتعاقدين وإلا نطبق نص المادة (365) وفيها نفرق بين الحالتين:

¹ تنص المادة (94) من القانون المدني على أنه: «إذا لم يكن محل الإلتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلاً.

ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط، إذا تضمن ما يستطيع به تعيين مقداره....."² هناك من يرى بأنه لا يكفي هذا الشرط لوحده بل لا بد ألا يضر هذا النقص التافه بمقصود المشتري من الشراء، ومثاله إذا كان نقص المساحة بآثار يحول دون تنفيذ التصميم للبناء الذي أعده المشتري مسبقاً بناء على المساحة المتفق عليها وقت البيع، راجع في ذلك: عدنان سرحان، مرجع سابق، ص234.

أ- حالة الزيادة في المبيع إذا كان الثمن مقدر جملة واحدة: لم ينص عليها المشرع، لكن يرى أغلبية الفقه، أنه في هذه الحالة يبقى البيع قائماً، وليس للبائع أن يطالب المشتري بزيادة أو تكملة الثمن، لأن في هذه الحالة بيان مقدار المبيع المقدر ثمنه جملة واحدة وصفا للمبيع والوصف لا يقابله ثمن¹.

ب- حالة الزيادة إذا كان الثمن مقدرا بحسب الوحدة: في هذه الحالة يجب أن نميز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتقسيم أو غير قابل للتقسيم.

ب-1- الحالة التي يكون فيها المبيع مقدرا بالوحدة وغير قابل للتقسيم:

في هذه الحالة يجب على المشتري أن يكمل الثمن إذا وجد بالمبيع زيادة، وتكون تكملة الثمن بما يتناسب مع الزيادة بثمن الوحدة المتفق عليه، وليس للمشتري طلب إنقاص المبيع لأن التقسيم قد يترتب عليه إتلاف المبيع أو إضرار كبير بالبائع، لكن إذا كانت الزيادة فاحشة وكان المبيع غير قابل للانقسام ففي هذه الحالة يجوز للمشتري طلب الفسخ².

ب-2- الحالة التي يكون فيها المبيع مقدرا بالوحدة وقابل للتقسيم:

في هذه الحالة لا يجبر المشتري على أخذ الزائد، ويكون على البائع تسليم المبيع بالقدر المتفق عليه لأن تجزئه المبيع في هذه الحالة لا تلحق ضرراً بالبائع.

3- تقادم الدعاوى الناشئة عن أحكام النقصان والزيادة في مقدار المبيع:

ونقصد بها دعوى البائع لتكملة الثمن ودعوى المشتري لإنقاص الثمن ودعواه في الفسخ استناداً لأحكام النقص أو الزيادة في المقدار، والتي يجب أن ترفع خلال سنة من يوم التسليم الفعلي، لأن حصول هذا الأخير أي التسليم الفعلي هو الذي يمكن من كشف الزيادة أو النقصان في المبيع.

رابعاً: هلاك المبيع قبل التسليم (مسألة تبعة الهلاك).

تطبق أحكام تبعة الهلاك على المبيع المعين بذاته، أما المبيع بنوعه فلا مجال لتطبيق أحكام الهلاك عليه لأن المثليات لا تهلك تقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء.

وكقاعدة عامة إذا حدث الهلاك قبل التسليم فتبعة الهلاك تكون على عاتق البائع، ولكن نفرق بين نوعين من الهلاك، الكلي والجزئي.

1- تبعة الهلاك في حالة الهلاك الكلي للمبيع:

¹ سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة "عقد البيع"، الطبعة الرابعة، عالم الكتب بالقاهرة، 1980، ص354.

² تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد معياراً من خلاله يمكن تحديد ما إذا كانت الزيادة فاحشة من عدمها وبالتالي ترجع للسلطة التقديرية للقاضي، وهو نفس الحكم الذي ورد في المادة (433) من القانون المدني المصري، على الرغم من أن هذا الأخير كان ينص قبل التعديل على جواز طلب المشتري الفسخ إذا كانت الزيادة في المبيع أكثر من النصف.

حسب نص المادة (369) من القانون المدني فالأصل في تبعة هلاك المبيع قبل التسليم يتحملها البائع، فإذا هلك المبيع قبل تسليمه للمشتري يفسخ العقد ويسترد المشتري الثمن إذا كان قد دفعه مع التعويض إلا إذا كان الهلاك نتيجة قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو بسبب المشتري.

لكن المشرع استثنى من هذه القاعدة (تبعة الهلاك على البائع قبل التسليم) حالات، وجعل فيها تبعة الهلاك على المشتري قبل التسليم وهي:

أ- الاتفاق على تحمل المشتري تبعة الهلاك:

وفي هذه الحالة يجب إعمال اتفاق الطرفين، بحيث حتى ولو كان الهلاك نتيجة قوة قاهرة، يتحمل المشتري تبعة الهلاك ويكون ملزم بدفع الثمن.

ب- إذا أَعذر البائع المشتري بأن يستلم المبيع ولم يفعل المشتري ذلك:

وهذا طبقاً لنص المادة (369) مدني، فإذا تم إعدار البائع المشتري بتسليم المبيع أو امتنع هذا الأخير أو تماطل في ذلك، انتقلت تبعة الهلاك إلى هذا الأخير أي المشتري¹.

ج- إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له:

إذا كان البائع حابساً للمبيع ضماناً لاستفاء الثمن وهلك المبيع في هذه الفترة فتبعه الهلاك تكون على المشتري لأنه تسبب بخطئه في عدم التسليم لأنه لم يدفع الثمن، ما لم يكن الهلاك بفعل البائع.

د- إذا هلك المبيع بفعل المشتري عند وضع يده على المبيع بدون إذن من البائع قبل التسليم².

2- تبعة الهلاك في حالة الهلاك الجزئي للمبيع:

حسب نص المادة (370) من القانون المدني، إذا نتج هلاك المبيع جزئياً، فإن الهلاك يتحملة البائع، ولكن المشرع راعى في ذلك جسامة الهلاك بحيث نصت المادة (370) على حكمين مختلفين:

أ- **حكم الهلاك الجزئي الجسيم:** للمشتري في هذه الحالة طلب الفسخ وإسترداد الثمن إذا كان قد دفعه، كما له طلب إنقاص الثمن مع الإحتفاظ بالمبيع.

ب- **حكم الهلاك الجزئي غير الجسيم:** في هذه الحالة ليس للمشتري سوى المطالبة بإنقاص الثمن دون الفسخ³.

الفرع الثالث: حق البائع في حبس المبيع

¹ لم ينص المشرع الجزائري على شكل الإعدار أو طريقته، وجرت العادة أن يتم برسالة مع إشعار بالوصول أو عن طريق المحضر القضائي من خلالها يدعو فيها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزامه، وتعتبر دليل إثبات على تأخر المدين في تنفيذ التزامه طبقاً في ذلك لأحكام نص المادة (179) من القانون المدني.

² محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، الإسكندرية- مصر، 1999، ص265.

³ والمعيار الذي يعتد به للفرقة بين الهلاك الجزئي الجسيم والهلاك الجزئي غير الجسيم، هو أنه لو علم به المشتري وقت التعاقد لما أبرم العقد (هذا الجسيم) وإذا أتم الصفقة رغم علمه بالهلاك فهذا يعني أن هذا الأخير غير جسيم.

هناك حالات منصوص عليها بالمادة (390) من القانون المدني لا يعد عدم تسليم المبيع فيها إخلال من البائع بالتزامه بل يثبت للبائع حق حبس المبيع.

أولاً: حالات ثبوت حق البائع في حبس المبيع.

حسب نص المادة (390) هي حالتين:

1- إذا كان الثمن مستحق الأداء ولم يدفعه المشتري:

إذا لم يدفع المشتري الثمن ولم يكن البائع قد سلم له المبيع، فله أن يحبسه إلى حين إستيفاء الثمن ويكون للبائع حق حبس المبيع حتى لو قدم له المشتري كفالة أو رهنا ضمانا للوفاء بالثمن، إذ ما يهم البائع هو حصوله على الثمن وطالما لم يتم ذلك فله أن يحبس المبيع.

2- إذا كان الثمن مؤجلا وسقط الأجل:

حسب الفقرة الثانية من المادة (390) من القانون المدني إذا كان الثمن مؤجلا أو كان البائع منح أجلا للمشتري للوفاء بالثمن فإنه يحق للبائع أن يحبس المبيع إذا سقط الأجل الممنوح وبذلك يكون ملزم بدفع الثمن¹.

وأسباب سقوط الأجل طبقاً لأحكام المادة (211) من القانون المدني هي:

- شهر إفلاس المشتري.
- إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن (البائع) من تأمين خاص.
- إذا لم يقدم المشتري ما وعد به البائع في العقد من تأمينات.

ثانياً: إنقضاء أو سقوط حق البائع في حبس المبيع

1- إنقضاء حق البائع في حبس المبيع طبقاً للقواعد العامة (المواد 200 إلى 202) من القانون المدني:

إن حق البائع في حبس المبيع يبقى قائماً إلى أن ينقضي طبقاً لما تقضي به القواعد العامة (المواد 200 إلى 202) وطبقاً لهذه القواعد فالحق في الحبس ينقضي بزوال سببه، وهو في عقد البيع إستيفاء الثمن بالنسبة للبائع، كما يمكن للبائع التنازل عن حقه في حبس المبيع لأنه لا يتعلق بالنظام العام.

2- سقوط حق البائع في حبس المبيع طبقاً للقواعد الخاصة (المادة 390) من القانون المدني:

¹ تجدر الإشارة بأنه قد وقع خطأ مادي في رقم المادة المحال إليها بموجب الفقرة الثانية من المادة (390) المذكور أعلاه وهي المادة (211) من القانون المدني وليست (212) الأمر الذي يستدعي تداركه من قبل المشرع في التعديلات المستقبلية للأمر رقم (58/75).

طبقاً لنص المادة (390) يسقط حق البائع في حبس المبيع إذا منح هذا الأخير أجلاً للمشتري بعد البيع لدفع الثمن، ذلك أن منح الأجل دليل ضمني عن تنازل البائع عن حقه في حبس المبيع.

ثالثاً: الآثار المترتبة على ثبوت الحق في الحبس للبائع

- الحق في الحبس لا يتجزأ أي البائع يبقى حابساً لكل المبيع حتى لو دفع له المشتري جزء من الثمن، وذلك حتى لو كان المبيع جملة أشياء فللبائع أن يحبسها جميعاً إلى حين إستيفاء كل الثمن.

- الحق في الحبس يرد على المبيع وثماره ويجب على البائع أن يقدم حساباً عن ثمار المبيع أثناء الحبس لأنها ملك للمشتري.

- يجب على البائع المحافظة على المبيع وفقاً للأحكام التي يلتزم على أساسها الدائن المرتهن حيازياً (المادة 2/201) من القانون المدني¹.

الفرع الرابع: جزم إخلال البائع بالتزامه بالتسليم

يعتبر البائع قد نفذ التزامه بتسليم المبيع، إذا وضع الشيء المبيع مع كل ملحقاته تحت تصرف المشتري في الزمان والمكان المحددين في العقد بشرط أن يكون المبيع مطابقاً للمواصفات المتفق عليها، وإذا أخل البائع بالتسليم على النحو السابق ذكره فإن للمشتري أن يطالب بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً كما يستطيع أن يطلب فسخ عقد البيع وللقاضي السلطة التقديرية في إجابته إلى طلبه، وللمشتري أن يطلب في الحالتين تعويضاً عن الضرر، من جزم إخلال البائع بالتزامه وهذا ما تقضي به القواعد العامة.

وفي التنفيذ العيني نفرق بين حالتين:

- 1- إذا كان المبيع معيناً بالذات، فإن التنفيذ العيني للتسليم يكون بواسطة البائع باعتباره المدين بالتسليم، فيجبر على تنفيذه إن لم ينفذه طواعية أو الفسخ مع التعويض.
- 2- إذا كان المبيع معيناً بنوعه، فإنه طبقاً لنص المادة (166) من القانون المدني فإن التنفيذ العيني بالتسليم بغير طريق البائع وذلك بأن يحصل المشتري على الشيء المبيع بواسطة الغير ولكن على نفقة البائع الممتنع عن تنفيذ التزامه².

¹ تنص الفقرة الثانية من المادة (201) من القانون المدني: «وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته» .

² تنص الفقرة الثانية من المادة (166) من القانون المدني على ما يلي: «إذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد إستئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض» .

أما عن جزاء امتناع البائع عن تنفيذ التزامه بتسليم ملحقات المبيع، فللمشتري نفس الحقوق التي له في حالة الإخلال بتسليم المبيع، أي طلب التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين.

إلا أنه بالنسبة للفسخ، يجوز للمحكمة أن ترفض الحكم به إذا كانت الملحقات التي لم يسلمها البائع قليلة الأهمية بحيث أن تخلفها ما كان ليمنع المشتري من إتمام البيع.

المطلب الثالث: إلتزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق

يجب على البائع زيادة على نقل الملكية والتسليم أن يضمن عدم تعرضه للمشتري في حيازة المبيع والانتفاع به، كما يلتزم بدفع أي تعرض قانوني يصدر من الغير وفي حالة إستحقاقهم المبيع وجب على البائع تعويض المشتري.

الفرع الأول: ضمان البائع التعرض الشخصي

يعتبر هذا الإلتزام امتداد لإلتزام البائع بتكريم المشتري من الانتفاع بالمبيع دون عائق والمرتبط أساسا بإلتزامه بالتسليم.

أولاً: أساس الإلتزام بضمان التعرض الشخصي

يستند هذا الإلتزام في الأصل إلى النصوص القانونية التي أوردها المشرع في هذا الصدد، وهي المادتين (371 و 1/378) من القانون المدني¹، صنف إلى ذلك أن عقد البيع من العقود الملزمة لجانبين ومن عقود المعاوضة وبالتالي باتخاذ كل ما يجب لضمان وضع يد المشتري على المبيع والانتفاع به دون عائق.

وينشأ هذا الإلتزام من وقت البيع، حتى لو تعلق الأمر ببيع عقار لم يشهر بعد، إذ الإلتزام بالضمان التزم شخصي يترتب على البيع حق قبل شهره.

أما حق المشتري في الضمان فلا ينشئ له إلا إذا حصل له تعرض فعلي من البائع.

ثانياً: نطاق ضمان التعرض الشخصي

يقوم الإلتزام بضمان التعرض الشخصي في كل البيوع سواء محلها عقار أو منقول تمت بالمزاد أو بالتراضي.

وإذا صدر من البائع ما يحول دون انتفاع المشتري بالمبيع كلياً أو جزئياً سواء أكان ذلك قائم على سبب مادي أو على سبب قانوني وسواء أكان مباشراً أو غير مباشر، اعتبر البائع متعرضاً للمشتري.

¹ محمد حسنين، مرجع سابق، ص 127 .

أ- **التعرض المادي:** وهو التعرض الذي لا يستند فيه البائع إلى حق، ويتحقق ذلك نتيجة أي عمل يقوم به البائع يعرقل حيازة المشتري للمبيع، كأن يغتصب البائع المبيع من المشتري، أو قائم على سند قانوني كفتح محل تجاري مشابه للمحل محل البيع في نفس المكان.

ب- **التعرض القانوني:** وهو التعرض الذي يستند فيه البائع على حق، ويؤدي إلى نزع ملكية المبيع من يد المشتري ومثاله ادعاء البائع بأنه مالك للمبيع سواء استند إلى سبب سابق للبيع (إذا رفع دعوى قبل إتمام الشهر) أو سبب لاحق (اكتساب البائع الملكية بعد البيع)¹.

ثالثاً: خصائص الالتزام بضمان التعرض الشخصي

1- عدم قابلية الالتزام بضمان التعرض للانقسام:

ففي حالة تعدد البائعين يكون كل منهم ملزم بالضمان، ذلك لأن الالتزام بالضمان لا يتجزأ ولو كان المبيع ذاته قابلاً للتجزئة²، وعليه في حالة رفع دعوى الضمان على أي واحد من البائعين فلا يكون لهذا الأخير الدفع بالتجزئة وكذلك لا يكون لأي من البائعين التعرض للمشتري في جزء من المبيع.

ملاحظة: إذا كان الإلتزام بالضمان غير قابل للانقسام إلا أنه إذا ثبت للمشتري حقه في الرجوع بالتعويض أو بالثمن ففي هذه الحالة يصبح التزام البائعين المتعددين قابلاً للانقسام لأن الأمر في هذه الحالة يتعلق بالرجوع بمبالغ نقدية.

2- الالتزام بضمان التعرض الشخصي التزم أدي:

ويقصد بأبديية هذا الإلتزام أنه يضل قائماً على عاتق البائع مهما طالّت المدة، أي حتى ولو مر على البيع أكثر من 15 سنة ما دام لم يحصل تعرض من قبل البائع³، لكن إذا حصل هذا التعرض وظل المشتري ساكناً عنه ولم يرفع دعوى سقط حقه في الرجوع على البائع، ويكون هذا الأخير قد تملك هذا المبيع بالتقادم المكسب، أما إذا لم يحصل التعرض من البائع ضد المشتري فإن الإلتزام بالضمان يبقى قائماً ولو زادت المدة عن 15 سنة⁴.

3- عدم قابلية إنتقال الإلتزام بالضمان من البائع إلى خلفه العام والخاص:

ذلك لأن الإلتزام لا ينتقل من المورث إلى الورثة بل يبقى في التركة وللمشتري أن يرجع على التركة بالتعويض تماشياً مع قاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الدين" وكذلك الأمر

¹ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص367.

² سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص187.

³ محمد حسين، مرجع سابق، ص130.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص633.

بالنسبة للخلف الخاص الذي سجل تصرفه قبل البيع من قبل المشتري، وفي هذه الحالة لا يجوز للمشتري أن يدفع بالضمان في مواجهة الخلف الخاص.

ملاحظة هامة: وعلى العكس فإن حق الضمان الذي يتمتع به المشتري ينتقل إلى خلفه العام والخاص¹.

رابعاً: شروط ضمان التعرض الشخصي.

لقيام ضمان التعرض يجب أن يتوفر شرطين:

1- أن يقع من البائع تعرضاً فعلياً:

فمجرد التهديد الصادر من البائع لا يعطي الحق للمشتري في الضمان ما دام البائع لم يتم بتنفيذ تهديده فعلاً، كما أن مجرد احتمال وقوع التعرض لا يعد تعرضاً لقيام الضمان وإنما لكي يعتبر متعرضاً للمشتري لا بد أن يصدر منه عملاً يحول دون انتفاع المشتري بالمبيع انتفاعاً كلياً أو جزئياً، ولا يسري التقادم إلا من وقت التعرض فعلاً ومدته 15 سنة من وقت وقوع التعرض فعلاً.

2- أن يؤدي العمل المعتبر تعرضاً إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع:

سواء كان هذا الحرمان من الانتفاع كلياً أو جزئياً وسواء كان هذا التعرض قائماً على سبب مادي أو قانوني في الغالب يكون هذا العمل مما يتعارض مع التزامات البائع.

خامساً: الجزاء المترتب على إخلال البائع بالتزامه بعدم التعرض للمشتري:

هنا يجب التفرقة بين التعرض القائم على أساس مادي والتعرض القائم على أساس قانوني.

1- إذا كان التعرض قائماً على سبب أو عمل مادي:

في هذه الحالة يجب على البائع عدم التعرض والامتناع عن القيام به، ويكون للمشتري أن يطلب التعويض عن الضرر الذي يكون قد لحقه².

2- إذا كان التعرض قائماً على سبب قانوني:

في هذه الحالة يدفع المشتري في مواجهة البائع بالقاعدة التي تقضي "من وجب عليه الضمان إمتنع عليه التعرض" وبالتالي لا يمكن ولا يحق للبائع الاستناد إلى حق استرداد المبيع من تحت يد المشتري لأنه أصلاً ملزم بضمان ذلك وملزم بتمكين المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة والانتفاع به دون عائق.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص635.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص320.

سادسا: الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الشخصي.

ويقصد بتعديل أحكام الضمان، الزيادة في الضمان الذي يقع على عاتق البائع أو الإنقاص منه أو إسقاطه تماما وجعل البائع غير ضامن¹.

وبالرجوع إلى نص المادة (378) من القانون المدني وبمفهوم المخالفة فإن الزيادة أو النقصان في الضمان جائز أما إسقاط الضمان فهو باطل².

الفرع الثاني: التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير.

التزام البائع بالضمان التزام مزدوج، فهو التزام سلبي إذا تعلق الأمر بامتناع البائع عن تعرضه الشخصي للمشتري، ويتمثل الجانب الإيجابي لهذا الالتزام في ضمان أي تعرض قانوني يصدر من الغير ضد المشتري، ويجب على البائع أن يدفع كل تعرض قانوني يستند فيه هذا الغير إلى حق مستمد من البيع أو آل إليه بعد البيع بسبب البائع.

ويقوم هذا الضمان في كل البيوع متى تمت صحيحة سواء كانت اختيارية أو جبرية، أشهرت أو لم تشهر، سواء كان محلها عقار أو منقول.

أولا: خصائصه:

1- ضمان التعرض الصادر من الغير هو التزام بعمل:

أي أنه عكس ضمان التعرض الشخصي الذي هو التزام بالامتناع عن العمل، فهو دائما التزام بعمل أي منع الغير من التعرض للمشتري في المبيع بمختلف الوسائل، كإقامة الدعوى ضد الغير أو التدخل في الدعوى القائمة من أجل الحصول على حكم يحمي حق المشتري ضد الغير³.

2- ضمان التعرض الصادر من الغير هو التزام لا يقبل الانقسام:

وعلى الرغم من أنه التزام بعمل إلا أنه غير قابل للانقسام وبالتالي رد البائع لتعرض الغير يجب أن يكون كاملا وليس ردا جزئيا، وإذا الباعة عدة وإستحق الغير لحصّة معينة في البيع، كان جميعهم ملزمين برد هذا التعرض الصادر من الغير.

¹ نفس المرجع، ص322.

² تنص الفقرة الثانية من المادة(201) من القانون المدني: « وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته » .

³ محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص345.

ثانيا: شروطه

1- أن يكون التعرض قانونيا:

لا يضمن البائع أي تعرض يستند إلى سبب مادي طالما كان التعرض قد حصل للمشتري بعد التسليم¹، أما إذا كان التعرض المادي قبل التسليم فإن البائع ملزم برده ليس على أساس ضمان التعرض وإنما تنفيذا لإلزامه بالتسليم.

ولا يكون البائع ضامنا إلا إذا كان التعرض قانونيا، ويعتبر كذلك إذا استند الغير إلى حق يذعيه على المبيع، وقد يكون هذا الحق حقا عينيا كحق انتفاع أو رهن أو حق إرتفاق، كما يمكن أن يكون حقا شخصيا كحق الإيجار².

2- أن يكون الحق المدعى به سابقا على البيع أو لاحقا له ولكن بفعل البائع:

ويكون حق الغير سابقا على البيع كما لو كان قد اكتسب ملكية المبيع أو أي حق عليه بالتقادم أو لأي سبب آخر قبل البيع وأراد أن يسترده من تحت يد المشتري. ويكون التعرض مستندا إلى سبب لاحق على البيع كما في الحالة التي يقوم فيها ببيع المنقول إلى مشتري أول وقبل التسليم يبيعه إلى مشتري ثان ويسلمه المبيع، ففي هذه الحالة نشأ حق الغير (المشتري الثاني) بعد البيع وبفعل البائع³.

3- يجب أن يقع التعرض فعلا:

وهذا يعني أن يقوم الغير بمباشرة حق يكون نفاذا في مواجهة المشتري وقد يتحقق هذا التعرض في صورة دعوى أو دفع، وبالتالي مجرد الخشية من التعرض لا تخول للمشتري حق الضمان، واحتمال التعرض له لا يسمح له بالرجوع بالضمان طالما هذا التعرض لم يقع فعلا⁴.

ثالثا: التزام البائع بدفع التعرض

يتضح من نص المادة (372) من القانون المدني أنه إذا قام الغير الذي يدعي حقا على المبيع برفع دعوى على المشتري يطالب فيها بالحق المدعى به على المبيع وجب على المشتري إخطار البائع بذلك ودعوته إلى التدخل في الدعوى المقامة من الغير، ونكون هنا أمام الحالات التالية:

الحالة الأولى: إخطار البائع وتدخله

¹ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون الجزائري، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دس ن، ص135.

² محمد يوسف الزغبى، مرجع سابق، ص338.

³ علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص113.

⁴ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص323.

تدخل البائع إما أن ينتهي برد ادعاء الغير، ويكون بذلك قد نفذ التزامه بالضمان، وقد ينتهي الأمر إلى عدم تمكن البائع من رد ادعاء الغير أي استحقاق المبيع من الغير، ففي هذه الحالة يكون البائع ملزماً بتعويض المشتري حسب درجة الاستحقاق (كلي أو جزئي).

الحالة الثانية: إخطار البائع وعدم تدخله.

إذا قام المشتري بإخطار البائع في الوقت المناسب ورغم ذلك لم يتدخل في الخصام فيكون ملزم بتعويض المشتري في حالة استحقاق المبيع إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم من المشتري فهنا يعفى من الضمان¹.

الحالة الثالثة: عدم إخطار المشتري للبائع في الوقت المناسب أو عدم إخطاره أصلاً

إذا لم يتم المشتري بإخطار البائع وصدر حكم ضد المشتري حاز قوة الشيء المقضي به، فإن حقه في الضمان يبقى قائماً ما لم يثبت البائع أنه لو أخطر وتدخل في الدعوى لكان باستطاعته رد ادعاء الغير.

الحالة الرابعة: تصالح المشتري مع الغير دون انتظار حكم

إذا دعا المشتري البائع التدخل في الدعوى لكن دون جدوى، وتصالح مع الغير دون انتظار صدور الحكم فقد قرر المشرع طبقاً للمادة (373) من القانون المدني أن للمشتري الحق في الضمان في هذه الحالة ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه.

الحالة الخامسة: تجنب المشتري إستحقاق المبيع بأداء مبلغ من المال أو شيء آخر:

طبقاً لنص المادة (374) من القانون المدني إذا كان الغير على حق في دعواه وأن حقه ثابت لا شك في ذلك، فعلى البائع بصفته ضامن التخلص من التزامه بأن يرد للمشتري ما دفعه مع مصاريف الخصام التي يكون قد أنفقها المشتري وإذا امتنع البائع فللمشتري أن يطالبه بالتعويض طبقاً لأحكام نص المادتين (375 و376) بحسب الاستحقاق كلي أو جزئي.

رابعاً: التزام البائع بضمان الاستحقاق الكلي والاستحقاق الجزئي.

إذا توصل الغير إلى استحقاق المبيع ونزع هذا الأخير من المشتري، يكون البائع ملزم بالتعويض بحسب ما إذا كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً.

1- الاستحقاق الكلي:

تنص المادة (375) من القانون المدني على عناصر التعويض التي يرجع بها المشتري على البائع في حالة الاستحقاق الكلي ما لم يكن هناك شرط خاص بالضمان في العقد، وعليه فإن للمشتري الحق في أن يطالب البائع بما يلي:

¹ محمدي سليمان، محاضرات في عقد البيع، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر، 2003/2002، ص94.

أ- **قيمة المبيع وقت الاستحقاق (وقت نزع اليد):** ذلك أن المشتري لا يسترجع الثمن وإنما قيمة المبيع الحقيقية وقت نزع اليد، ذلك لأن قيمة المبيع هي القدر الذي ضاع فعلا من المشتري بسبب الاستحقاق¹.

ب- **قيمة الثمار التي يلتزم المشتري بردها إلى المالك الذي نزع يد المشتري عن المبيع:** يلزم المشتري برد الثمار التي قبضها إلى المالك الحقيقي، على أن يرجع بقيمتها على البائع بشرط أن يكون المشتري حسن النية وقت إبرام العقد (أي جهل استحقاق الغير للمبيع) وفي حالة سوء نيته يلزم برد الثمار التي قبضها دون أن يرجع بقيمتها على البائع².

ج- **المصاريف النافعة التي يمكنه أن يستردها من صاحب المبيع والمصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية:**

قد يقوم المشتري بعد البيع وقبل الاستحقاق بمصرفات على المبيع فما حكمها في حالة استحقاق المبيع؟

يتضح من الفقرة الثالثة من المادة (375) من القانون المدني أن المشرع فرق بين طبيعة المصروفات المختلفة وبين حسن أو سوء نية البائع، كما أن هذا النص لم يتعرض للمصاريف الضرورية لذلك سنبين حكم المصروفات على مختلف أنواعها (ضرورية-نافعية-كمالية):

ج-1- **المصاريف الضرورية:** وهي المصاريف اللازمة لحفظ المبيع وصيانته مثل ترميم جدران آيل للسقوط، وهذه المصاريف تحقق منفعة لمالك المبيع ويكون البائع ملزم بردها للمشتري سواء كان هذا الأخير حسن أو سيء النية³، بدليل ما نصت عليه المادة (1/829) من القانون المدني بأنه: "على المالك الذي يرد له ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة".

كما يمكن تفسير الفقرة الأولى من المادة (375) على أنها تشمل المصاريف الضرورية، لأن البائع يلزم برد قيمة المبيع وقت الاستحقاق سواء كانت الزيادة في القيمة يقصد بها الزيادة الطبيعية أو الزيادة بفعل المشتري.

ج-2- **المصاريف النافعة:** وهي تلك المصاريف التي تهدف إلى الزيادة في قيمة المبيع كالقيام ببناء جديد أو غرس أشجار مثمرة وهنا نفرق بين حالتين:

الحالة 01: إذا كان المشتري حسن النية: أي لم يعلم بسبب الاستحقاق أثناء قيامه بهذه النفقات، فإن له الحق أن يسترد من المالك هذه المصروفات بقدر ما أعاد على المبيع من

¹ يرى الأستاذ خليل أحمد حسن قداة أن العبرة في إحتساب قيمة المبيع وقت نزع اليد ترجع في الوقت الذي يتحقق فيه الضرر للمشتري ووقت إستحقاق المبيع ليس هو صدور الحكم في الدعوى المرفوعة من قبل الغير، وإنما من يوم رفع الدعوى على أساس أن الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى، راجع في ذلك: خليل أحمد حسن قداة، مرجع سابق، ص102.

² نفس المرجع، ص163.

³ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص348.

الزيادة في القيمة طبقاً لمادة (785) مدني، وإذا لم يتحصل عليها المشتري من المالك يرجع بها على البائع باعتباره ملزماً بالضمان.

الحالة 02: إذا كان المشتري سيء النية أي كان يعلم سبب الاستحقاق وقت الاتفاق، كان حكمه كحكم الباني سيء النية أي يخضع لخيار المالك إذ يجوز لهذا الأخير أن يطلب إزالة المنشآت التي قام بها المشتري مع التعويض أو ببقائها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة طبقاً لنص المادة (784) مدني¹.

ج-3- المصروفات الكمالية: وهي تلك المصاريف التي ينفقها المشتري على المبيع لمجرد مزاجه الشخصي وهوأه.

ولهذا لا يكون للمشتري الرجوع بهذه المصاريف على المالك ولا على البائع حسن النية، أما إذا كان هذا الأخير سيء النية أي على علم وقت البيع بسبب الاستحقاق فإن للمشتري أن يطالبه حتى بالمصاريف الكمالية².

د- مصاريف الدعاوى:

وتنص عليها الفقرة الرابعة من المادة (375) وتتعلق بمصاريف دعوى الضمان والاستحقاق دون المصاريف التي كان بإمكانه تفاديه إذا ما أخطر البائع في الوقت المناسب.

هـ- الرجوع بما فاتته من كسب وما لحقه من خسائر:

ويشمل ذلك كل خسارة لحقت للمشتري ومثالها مصاريف تحرير العقد عند الموثق، السمسرة ورسوم التسجيل وكذلك كل كسب فاتته ومثاله فوات صفقة مربحة إثر شرائه للمبيع محل الاستحقاق³.

2- الاستحقاق الجزئي:

وقد نصت عليه المواد (376 و377) من القانون المدني، ويكون الاستحقاق جزئياً إذا انتزع من المشتري جزء مفرز أو شائع من المبيع أو الحكم للغير بحق متفرع عن حق ملكية المبيع كحق إرتفاق أو استعمال أو بمال من ملحقات المبيع⁴.
ولكن المشرع يفرق في الاستحقاق الجزئي بين حالتين:

أ- الاستحقاق الجزئي الجسيم (م 1/376):

بحيث لو علم به المشتري قبل التعاقد لما أبرم العقد، وترجع تقدير مدى جسامته إلى القاضي، وفي هذه الحالة يكون للمشتري الحق في أن يطالب البائع بالتعويضات المنصوص

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص269.

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص349.

³ خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص166-167.

⁴ محمد حسين، مرجع سابق، ص146.

عليها المبينة بالمادة (375) والمتعلقة بالاستحقاق الكلي مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه.

ب- الاستحقاق الجزئي غير الجسيم (م 2/376):

لا يكون للمشتري في هذه الحالة أن يرد الباقي من المبيع للبائع وإنما يحتفظ به ويطالب البائع بالتعويض عن الجزء الذي استحق.

رابعاً: الاتفاق على تعديل أحكام الضمان (377 و378) مدني:

إن الاتفاق بشأن تعديل أحكام الضمان إما أن يؤدي إلى الزيادة في مسؤولية البائع الضامن أو ينقص منها أو يعفي البائع نهائياً من الضمان¹.

1- الاتفاق على الزيادة في الضمان كأن يرد البائع للمشتري المصروفات الكمالية ولو كان البائع حسن النية:

وما دام الأمر يتعلق بالتزامات جديدة تلقى على عاتق البائع، لذا يجب تحديد نطاقها والزمن الذي تطبق فيه حتى يعلم البائع مدى التزامه بصفة محددة ودقيقة.

2- الاتفاق على انقاص الضمان:

كأن يتفقا على أنه في حالة الاستحقاق لا يرجع المشتري على البائع إلا بقيمة المبيع دون المصاريف، ويجب أن يكون الاتفاق على انقاص الضمان صريحاً، إلا أن الإتفاق على إنقاص الضمان لا يكون صحيحاً إذا كان البائع قد أخفى عن عمد سبب الإستحقاق².

3- الاتفاق على إسقاط الضمان:

هذا الاتفاق يعفي البائع من التزامه بالتعويضات التي يستحقها المشتري من جراء التعرض القانوني الصادر من الغير، لكن لا يعفيه هذا الاتفاق من دفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق إلا إذا أثبت البائع أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار.

ومعنى ذلك أن الاتفاق على إسقاط ضمان البائع يؤدي إلى الإعفاء حتى من رد قيمة المبيع وذلك في حالتين منصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة (378) وهي:

الحالة 1: إذا كان المشتري يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق ويقع عبئ الإثبات على البائع ذلك لأنه علم المشتري بالاستحقاق وإدراجه شرط عدم الضمان يستفاد منه أن المشتري قد قبل إعفاء البائع من كل مسؤولية.

الحالة 2: أن يكون المشتري قد اشترى المبيع ساقط الخيار¹، أي أن يكون المشتري قد عقد العقد وأخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر، أي اشترى على مسؤوليته إذ يصرح بالتنازل عن كل حق له في الرجوع على البائع.

¹ أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص318.

² أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص319.

4- بطلان شرط الإعفاء من الضمان أو إنقاصه:

يكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير طبقا للفقرة الثالثة من المادة (377)، وعلى المشتري إثبات تعمد البائع إخفاء حق الغير وينتج عنه بطلان شرط الإنقاص أو الإعفاء من الضمان ويبقى البائع ملتزما بالضمان في مواجهة المشتري.

المطلب الرابع: التزام البائع بضمان العيوب الخفية

إن ضمان العيوب الخفية في كل البيوع بصرف النظر عن موضوعها، باستثناء البيوع القضائية والإدارية، إذا كانت بالمزاد العلني والسبب في ذلك هو أن البيوع التي يقوم بها القضاء والإدارة لا تتم إلا بعد النشر والإعلان عنها، مما يسمح للمشتري وغيره فحص المبيع واكتشاف العيب إلى جانب هذا فإن إلغاء مثل هذه العقود يثير صعوبات لإعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد إضافة إلى بعض البيوع التي يكون موضوعها مخالفا للنظام العام كبيع بعض الدواجين المصابة بأمراض.

ويعرف العيب الخفي بأنه: "النقص الموجود في المبيع والذي لا يظهر عند فحصه والكشف عليه والذي يمنع المشتري من استعماله والانتفاع به ويؤدي إلى الإنقاص من منفعته".

الفرع الأول: شروط العيب الخفي

لا يقوم ضمان البائع إلا إذا توفرت في العيب شروطا معينة هي:

أولاً: أن يكون العيب جسيما أو مؤثرا

حسب نص المادة (379) من القانون المدني لكي يتحقق ضمان البائع يجب أن يكون العيب الذي يشوب المبيع ينقص من قيمته أو من الانتفاع به حسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور في العقد أو حسب ما يظهر من طبيعته أو استعماله، وبعبارة أخرى هو العيب الذي يجعل المبيع غير صالح للاستعمال الذي اعد له والذي ينقص هذا الاستعمال إلى حد أن المشتري ما كان ليشتريه لو علم به.

ومن ثم يعتبر العين ناقصا إذا لم يصل إلى هذه الدرجة، وبالتالي لا يستوجب الضمان العيب الذي جرى العرف التسامح فيه، كوجود ت الأتربة في القمح أو أن تنخفض قيمة المبيع عن مقدار الثمن².

ثانياً: أن يكون العيب قديما

¹ محمد حسين، مرجع سابق، ص151.

² خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص176.

أي موجودا وقت البيع إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات، ووقت الفرز إذا كان المبيع معيناً بنوعه، ويقع عبئ إثبات وجود العيب على المشتري¹.

ثالثاً: أن يكون العيب خفياً

وهو العيب الذي يكون موجوداً وقت البيع ولكن ليس بوسع المشتري اكتشافه ولو فحص المبيع بعناية الرجل العادي²، لكن كاستثناء اعتبر البائع ضامناً للعيب الظاهر في حالتين هما:

الحالة الأولى: حالة ما إذا اثبت المشتري أن البائع كان قد أكد له خلو المبيع من العيب.

الحالة الثانية: عندما يثبت المشتري بأن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه³.

رابعاً: ألا يكون العيب معلوماً للمشتري

علم المشتري بالمبيع يأخذ حكم العيب الظاهر، ولا يرتب ضمان البائع، ويقع عبئ إثبات علم المشتري بالعيب على عاتق البائع.

ويجب أن يكون علم المشتري المسقط للضمان وقت البيع إذا كان مبيعاً معيناً بالذات ووقت الفرز إذا كان معيناً بنوعه، ويرى البعض من الفقهاء أن العلم وحده لا يكفي بل يجب العلم بمدى تأثيره على منافع أو قيمة المبيع، وهذا ما سماه البعض بالعلم الحقيقي لا المفترض⁴.

ملاحظة: علم البائع بالعيب أو عدم علمه لا يغير شيئاً من التزامه، فهو ضامن للعيوب الخفية الموجودة في المبيع ولو لم يكن عالماً بوجودها طبقاً للمادة (379).

الفرع الثاني: ما يجب على المشتري القيام به للحصول على الضمان

نلاحظ أن المادة (380) من القانون المدني تميز بين حالتين:

أولاً: في حالة اكتشاف العيب بالفحص العادي للمبيع

يجب على المشتري أن يقوم بفحص المبيع والتحقق من حالته، وإذا اكتشف عيباً وجب عليه إخبار البائع بذلك في أجل مقبول (يقدره القاضي)، وإذا سكت اعتبر قابلاً للمبيع ويسقط حقه في الرجوع على البائع.

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص374.

² سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص290-292.

³ نفس المرجع، ص295.

⁴ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص296.

ثانياً: في حالة العيوب التي لا تكتشف بالفحص العادي (2/380)

في هذه الحالة إذا اكتشفه المشتري، يجب عليه إخطار البائع فوراً وإلا اعتبر راضياً بالمبيع وإذا لم يكتشف العيب إلا بعد مرور سنة من يوم التسليم فإن حقه في رفع دعوى الضمان يسقط إلا إذا كان البائع سيء النية وأخفى العيب غشاً منه فإن حق المشتري لا يسقط بمرور سنة وإنما يخضع للقواعد العامة (م 101 مدني).

الفرع الثالث: الجزاء المترتب على ثبوت العيب الخفي

إذا توفرت شروط العيب الخفي وقام المشتري بإخطار البائع بذلك في الوقت الملائم فإنه يحق للمشتري الرجوع على البائع بالضمان طبقاً لنص المادة (381) التي تحيلنا على نص المادة (376) وهنا نكون أمام حالتين، إما رد المبيع كله في حالة العيب الخفي الجسيم¹، وإما المطالبة بالتعويض إذا كان العيب غير مؤثراً بقدر كبير على المبيع أو اختار المشتري الإبقاء على المبيع.

أولاً: الرد الكلي (في حالة العيب الخفي الجسيم)

إذا توافرت الشروط السابق ذكرها لقيام الضمان فللمشتري أن يطلب رد المبيع للبائع تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة (376) من القانون المدني.

ولكي يكون للمشتري هذا الحق يجب أن يكون العيب جسيماً، وأن يكون العقد وارداً على مبيع واحد غير قابل للانقسام ويجب على المشتري أن يرد المبيع ذاته، فإذا لم يستطع رد المبيع ذاته فقد حقه ومثاله هلاك المبيع في يد المشتري أو إذا تصرف فيه هذا الأخير.

كما أنه يجب على المشتري أن يرد المبيع بالحالة التي يكون قد استلمه عليها، ويجب عليه أن يرد معه توابعه وملحقاته، بحيث إذا تغيرت حالة المبيع امتنع على المشتري الرد كما أنه إذا كان المشتري قد رتب حقوقاً للغير على المبيع قبل اكتشاف العيب، ولم يستطع تخليص المبيع منها قبل الرد يمتنع عليه الرد، وفي كل هذه الأحوال لا يكون له سوى المطالبة بالتعويض، أما بالنسبة لرد الثمار مع المبيع، فيجب على المشتري رد ما أفاده من المبيع بصفة عامة، ويكون ذلك من يوم رد المبيع بالتراضي أو من يوم صدور الحكم بالرد ويراعى في هذا تطبيق المواد (837 838) من القانون المدني بشأن الثمار².

¹ معيار العيب الجسيم هو العيب الذي لو علم به المشتري وقت البيع لما أقدم على الشراء، ومتى كان الأمر كذلك رد المشتري المبيع وهذا ما يسمى بالرد الكلي، راجع في ذلك: سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 305.

² محمدي سليمان، مرجع سابق، ص 110.

وفي هذه الحالة يكون البائع ملزم طبقاً للمادة (375) بأن يدفع للمشتري ما يلي:

أ- **قيمة المبيع**: تقدر قيمة المبيع التي يدفعها البائع للمشتري بقيمة المبيع غير المعيب وقت ظهور العيب.

ب- **المصاريف**: يلتزم البائع برد المصاريف التي دفعها المشتري على المبيع، وهي المصاريف الضرورية التي أنفقها للمحافظة على المبيع وصيانته، كما يرجع بالمصاريف النافعة التي أنفقها وهي عادة إلى الزيادة في قيمة المبيع، أما المصاريف الكمالية فلا يرجع بها إلا إذا كان البائع سيء النية يعلم بوجود العيب.

ج- **مصاريف دعوى الضمان**: يرجع المشتري بجميع مصاريف دعوى الضمان إذا كان أخطر البائع بالعيب ولم يستجب له هذا الأخير.

د- **التعويض عما فاته من كسب وما لحقه من خسارة**.

ثانياً: التعويض عن العيب غير الجسيم

ويقصد بعدم جسامته العيب، هو أنه لم يصل إلى القدر الذي يمتنع معه التعاقد، فإذا استبقى المشتري المبيع أو كان العيب غير مؤثراً إلى حد يمتنع معه التعاقد ففي هذه الحالة ليس للمشتري طلب الرد وإنما له فقط طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد طبقاً لنص المادة (376) الفقرة الثانية من القانون المدني¹.

ثالثاً: المطالبة بالتنفيذ العيني

لم ينص عليه المشرع بموجب أحكام خاصة، لكن وتطبيقاً للقواعد العامة يمكن ذلك متى كان التنفيذ العيني ممكناً، وليس هناك ما يمنع المشتري من طلب إصلاح المبيع أو استبداله متى كان ذلك ممكناً، ولا يكلف البائع نفقات باهظة بشرط أن يتم ذلك في مدة معقولة.

الفرع الرابع: هلاك المبيع وأثره على دعوى الضمان

حسب نص المادة (382) من القانون المدني، تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشيء المبيع وبأي سبب كان، لكن حق المشتري في الضمان يختلف باختلاف سبب الهلاك.

أولاً: الهلاك الذي لا يرجع إلى البائع

¹ معيار العيب غير الجسيم هو متى لم يبلغ حداً من الجسامته بحيث لو علمه المشتري لأقدم على الشراء، لكن بثمن أقل فإن المشتري في هذه الحالة ليس له رد المبيع، وإنما له أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب، أي يطالبه بالفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمته معيباً، راجع في ذلك: سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص306.

إذا هلك المبيع المعيب بفعل قوة قاهرة أو خطأ الغير أو بفعل المشتري أو بفعل ممن هم تحت مسؤوليته ففي هذه الحالة لا يكون للمشتري سوى المطالبة بالتعويض إذ لا يمكنه رد المبيع إلى البائع ومطالبته بالضمان لاستحالة رده على حالته¹.

ثانياً: الهلاك الذي يرجع إلى البائع

إذا هلك بسبب العيب الذي كان مصاباً به أو بسبب تقصير ينسب إلى البائع، ففي مثل هذه الحالة البائع هو الذي يتحمل تبعه الهلاك حتى لو كان المبيع في حيازة المشتري إذ العبرة بسبب الهلاك هنا، ويجب على المشتري أن يثبت علاقة السببية بين العيب والهلاك، أي يثبت أن الهلاك كان نتيجة العيب وبالتالي يكون له الرجوع على البائع بقيمة المبيع والمبالغ الأخرى المذكورة في المادة (375).

الفرع الخامس: سقوط دعوى الضمان.

يسقط حق المشتري في رفع دعوى الضمان أو الاستمرار فيها بأحد الأسباب التالية:

أولاً: انقضاء المدة التي يجب أن ترفع فيها الدعوى: تسقط دعوى الضمان بمرور سنة من يوم التسليم طبقاً للمادة (383) مدني ما لم يتفق الطرفان على إطالتها، لكن هذه المدة هي مدة تقادم وليس سقوط وعليه يرد عليها الانقطاع، ولا تسري هذه المدة في مواجهة المشتري إذا كان البائع قد أخفى العيب غشاً منه، وحق المشتري في هذه الحالة لا يسقط إلا بانقضاء المدة الطويلة المقررة في القواعد العامة².

ثانياً: تنازل المشتري عن حقه في طلب الضمان: إن الرجوع بالضمان حق مقرر لمصلحة المشتري ويحقق له مصلحة خاصة، ولهذا يمكنه التنازل عنه لأنه ليس من النظام العام، وقد يتم التنازل صراحة كما إذا كان يعلم المشتري بالعيب ولم يباشر دعواه.

كما يكون ضمناً إذا تصرف المشتري في المبيع بعد علمه وكذلك في حالة استمراره في استعمال المبيع بعد علمه بالعيب³.

ثالثاً: زوال العيب: تسقط دعوى الضمان بزوال العيب قبل رفع الدعوى أو أثناءها، ولإسقاط الدعوى في هذه الحالة يجب أن يكون العيب الذي زال غير قابل للظهور من جديد، بحيث لو كان زوال العيب زوالاً نهائياً فلا مبرر لرفع الدعوى أو الاستمرار فيها إذا كانت قد رفعت.

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص308.

² وهذا ما ذهبت إليه إجتهاادات المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 1998/05/20، المجلة القضائية، العدد 56 لسنة 1999، ص98، وفي هذه الحالة لا يجوز التمسك بالتقادم القصير الذي حددته المادة (383)، وإنما بالتقادم الطويل وهو خمسة عشرة عاماً من تاريخ إبرام العقد وذلك وفقاً للأحكام العامة، راجع في ذلك: خليل أحمد حسن قداة، مرجع سابق، ص180.

³ محمد يوسف الزغبى، مرجع سابق، ص433.

الفرع السادس: الاتفاق على تعديل أحكام الضمان

حسب نص المادة (384) من القانون المدني فإن الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية جائز طالما المسألة ليست من النظام العام، وقد نص المشرع صراحة على جواز الزيادة في الضمان أو الإنقاص منه أو إسقاطه.

غير أنه إذا كان اشترط الإنقاص أو الإعفاء مقترنا بإخفاء البائع للعيوب غشا منه فهذا الاتفاق يقع باطلا.

الفرع السابع: ضمان صلاحية المبيع للعمل خلال مدة معينة

حسب نص المادة (386) فإنه يقصد بهذا الضمان¹، أن البائع ملتزم في مواجهة المشتري بأن المبيع صالح للعمل لمدة معينة، ويبقى البائع ملتزم طوال هذه المدة ووفقا للشروط المتفق عليها إذا أصاب المبيع خلل وجب على المشتري للمحافظة على حقه في الضمان إخطار البائع بذلك في أجل شهر من يوم ظهور الخلل، وعليه أن يرفع دعواه خلال ستة أشهر من يوم الإخطار وإلا سقط حقه في الرجوع على البائع ما لم يتفقا على مدة أطول.

وللرجوع بالضمان على هذا الأساس يجب ألا يكون الخلل في المبيع راجع الى المشتري بحيث إذا كان المشتري هو المتسبب في الخلل فلا رجوع له على البائع، ويمكن للبائع التخلص من الضمان إذا أثبت أن الخلل كان بفعل المشتري.

وفي حال قيام مسؤولية البائع بضمان صلاحية المبيع فإنه يجب عليه أن ينفذ التزامه إما تنفيذا عينيا وذلك بإصلاح المبيع أو استبداله، وإلا فللمشتري الحق في طلب الفسخ.

المبحث الثاني: التزامات المشتري

تقع على عاتق المشتري باعتباره طرفا في عقد ملزم لجانبين، ثلاثة التزامات أساسية هي: دفع ثمن المبيع، تسليم المبيع وأخيرا تحمل نفقات المبيع.

المطلب الأول: الالتزام بدفع الثمن

يعتبر الالتزام الأساسي الملقى على عاتق المشتري²، وبدونه يفقد البيع وصفه ولتحديد هذا الالتزام يقتضي الأمر أن نبين أولا كيفية تنفيذه وجزاء الإخلال بهذا الالتزام.

الفرع الأول: كيفية تنفيذ الالتزام بدفع الثمن

¹ تنص المادة (386) من القانون المدني على أنه: «إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فيها فعلى المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من يوم ظهوره وأن يرفع دعواه في مدة ستة أشهر من يوم الإعلام، كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه» .

² سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 271.

أولاً: ما يلتزم به المشتري: يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه في العقد، ما لم يحصل تغيير في قيمته أثر نقص أو زيادة في المبيع طبقاً للمادة (365) أو في حالة الغبن المنصوص عليها بالمادة (358) من القانون المدني¹.

مع الإشارة إلى أن ارتفاع وانخفاض قيمة النقود لا يؤثر على ثمن المبيع المتفق عليه في العقد وهذا طبقاً للقواعد العامة من خلال نص المادة (95) من القانون المدني التي تنص على أنه: "إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير".

كما يمكن أن يقوم شخص آخر غير المشتري بأداء الثمن، وليس للبائع رفض الوفاء إلا إذا كان جزئياً، ومع ذلك يكون هذا الأخير محبر على قبول الوفاء الجزئي إذ تعدد المشترون وكانوا غير متضامين فيما بينهم.

ثانياً: زمان الوفاء بالثمن: تنص المادة (388) من القانون المدني على أنه: "يكون ثمن المبيع مستحقاً في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك".

يتضح من خلال نص المادة السالفة الذكر وأن القاعدة العامة في دفع الثمن هو إعمال اتفاق المتعاقدين لتحديد زمان الوفاء بالثمن وفي حالة عدم الاتفاق على زمن معين، وعدم وجود عرف يحدد ذلك، نطبق في هذه الحالة أحكام المادة (88) وبالتالي يدفع الثمن وقت التسليم².

ملاحظة 1: إذا لم يتم الاتفاق على ميعاد دفع الثمن، ولم يتم الاتفاق على ميعاد تسليم المبيع، كان كل من الالتزامين مستحقين الأداء فور تمام العقد وفقاً للقواعد العامة، وإذا كان المبيع متعددًا واتفق على تسليمه على أجزاء، يلتزم المشتري عند تسليم كل جزء أن يدفع من الثمن ما يناسبه، أما إذا كان المبيع المتعدد واجب التسليم دفعة واحدة فلا يجوز للبائع تجزئة المبيع والمطالبة بجزء من الثمن، لأن المشتري لا يلتزم بدفع الثمن إلا بعد تسليم المبيع كاملاً ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك " كأن يتم الاتفاق على دفع الثمن قبل التسليم".

ملاحظة 2: للمشتري الحق في حبس الثمن، إذا وقع التعرض من الغير في العين المبيعة بناء على حق سابق أو لاحق للبيع بفعل البائع أو إذا اكتشف في المبيع عيباً خفياً وذلك طبقاً للمادة (2/388) من القانون المدني³.

¹ خليل أحمد حسن ققادة، مرجع سابق، ص187، أنظر كذلك: سعيد سليمان جبر، العقود المسماة البيع والإيجار، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص205.

² نذير بن عمو، العقود الخاصة (البيع والمقايضة)، الطبعة الأولى، مجد للنشر والتوزيع، 2008، ص260.

³ خليل أحمد حسن ققادة، مرجع سابق، ص191.

ثالثاً: مكان الوفاء بالثمن: تنص المادة (387) من القانون المدني على أنه: "يدفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

إذا كقاعدة عامة مكان دفع الثمن هو المكان المتفق عليه بين المتعاقدين، وفي حالة عدم وجود اتفاق يجب أن يتم الدفع وفقاً للعرف الجاري، مع الإشارة إلى أن المادة (387) تفرق بين حالتين:

الحالة 01: إذا كان الثمن مستحق الدفع وقت التسليم: في حالة عدم وجود اتفاق أو عرف ساري يحدد مكان دفع الثمن فهو مكان التسليم.

الحالة 02: إذا كان الثمن غير مستحق الوفاء عند تسليم المبيع: في هذه الحالة لا يرتبط الوفاء بالتسليم، بل يدفع الثمن في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة في الوفاء بالالتزام.

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالوفاء بالثمن

بالرجوع للقواعد العامة في العقود الملزمة لجانبين، إذا أخل المشتري بالتزامه بالوفاء بالثمن، فللبائع الحق في التنفيذ الجبري ومباشرة الحق في الامتياز كما له أن يحبس المبيع إلى غاية يعد استيفاء كامل الثمن، ويكون له أيضاً أن يطلب فسخ عقد البيع¹.

أولاً: التنفيذ الجبري: إذا لم يدفع المشتري ثمن البيع يعد مخللاً بالتزامه، وفي هذه الحالة يكون للبائع بعد اعداره للمشتري للوفاء بدون جدوى أن يحجز على أموال هذا الأخير بما فيها المبيع وبيعها بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المواد من (687) إلى (799) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لإستيفاء دينه من الثمن الذي يرسو به المزاد.

ثانياً: حق الامتياز المخول للبائع²: التنفيذ على أموال المشتري يعتبر من الضمانات العامة التي قد لا تكفي حفظ حق البائع في حصوله على ثمن المبيع، لذلك فإن هذا الأخير له حق امتياز على المبيع يخوله الأولوية في استيفاء حقه من قيمته على غيره من الدائنين، ذلك لأن البائع هو من نقل ملكية المبيع للمشتري وبالتالي تكون له الأولوية في استيفاء الدين حسب مرتبة في أصحاب الديون الممتازة والمنصوص عليها بأحكام المواد (997) (999) من القانون المدني.

ثالثاً: حبس المبيع: للبائع إذا لم يتلقى ثمن المبيع من المشتري أن يحبس المبيع طبقاً لأحكام نص المادة (390) من القانون المدني وقد سبق دراسته.

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص278.

² الإمتياز أولوية يقر بها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته، ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني، أنظر في ذلك المادة (982) من القانون المدني.

رابعاً: فسخ عقد البيع: طبقاً للقواعد العامة ولا سيما نص المادة (119) من القانون المدني، إذا لم يدفع المشتري ثمن المبيع كان للبائع الحق في فسخ عقد البيع، والفسخ أنواع:

أ- **الفسخ الاتفاقي:** ويتحقق في حالة ما إذا تضمن العقد بندا صريحاً على فسخ البيع نتيجة عدم الوفاء بالثمن وفي هذه الحالة لا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في دعوى الفسخ ويكون حكمه كاشفاً وليس منشئاً لحق الفسخ¹.

ب- **الفسخ القضائي:** وهو الفسخ الذي لا يتم إلا بناء على حكم قضائي منشئ بعد اعدار البائع للمشتري بدفع الثمن، وفيه السلطة التقديرية للقاضي واسعة بحيث يجوز لهذا الأخير منح المشتري أجلاً للوفاء بالثمن²، ويمكن للبائع العدول عن طلب الفسخ قبل صدور الحكم والمطالبة بالتنفيذ العيني، كما أن للمشتري الحق في أن يدفع الثمن قبل صدور حكم نهائي بفسخ العقد وفي هذه الحالة الأخيرة يجوز للقاضي أن يحكم عليه بالتعويض.

ج- **الفسخ القانوني:** وهو الفسخ بقوة القانون دون حاجة إلى حكم كاشف كما هو الحال في الفسخ الاتفاقي، ولا يحتاج إلى اعدار مسبق لدفع الثمن ونجده في بيع العروض والمنقولات بحيث تنص المادة (392) من القانون المدني بأنه: "في بيع العروض وغيره من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع يكون العقد مفسوخاً دون حاجة إلى اعدار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره".

وهذا النص يتماشى وطبيعة التعامل في المنقولات والبضائع وما تتميز به من سرعة تقلب الاسعار، لذلك يفسخ العقد تلقائياً حفاظاً على حقوق البائع، ويتضح من النص السالف الذكر وأن حالة الفسخ القانوني تستدعي توفر شروط هي:

- أن يكون المبيع منقولاً سواء كان معين بذاته أو بنوعه، وسواء كان منقولاً بطبيعته أم بحسب المال كالثمار التي حان قطفها، لكن لا تطبق هذه الحالة على المنقول المعنوي ولا العقارات.
- أن يكون هناك اتفاق على ميعاد واحد لدفع الثمن وتسليم المبيع أي يكون البيع مؤجلاً.
- أن يتأخر المشتري عن الوفاء بالثمن في الموعد المحدد، لكن بشرط ألا يكون تخلف المشتري عن الدفع قد جاء استعمالاً لحقه في الحبس نتيجة تقصير البائع في الوفاء بالتزاماته.
- أن يتمسك البائع بالفسخ، لأنه أمر مقرر لمصلحته.

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 280.

² عبد الحميد الشواربي، فسخ البيع في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، د ت ن، ص 66.

المطلب الثاني: التزام المشتري بتسلم المبيع

ويقصد به أن المشتري ملزم بوضع يده فعلا على المبيع وأن يحوزه حيازة حقيقية.

الفرع الأول: زمان ومكان تسلّم المبيع

تنص المادة (394) من القانون المدني على أنه: "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه بدون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم".

يتضح من نص المادة السالفة الذكر أن زمان ومكان تسلّم المبيع هما عادة زمان ومكان تسليم المبيع وهذا يعني أن التسلم يكون عقب التسليم فورا إلا إذا كان يقتضي تسلّم المبيع شيئا من الوقت.

وقد يختلف زمان التسليم عن زمان التسلم في حالة ما إذا اتفق المتعاقدان على زمان للتسلم يلي الزمان الذي يتم فيه التسليم ومثالها وضع بضاعة في مخزن وتسليم المفاتيح للمشتري¹.

الفرع الثاني: نفقات التسلم

تنص المادة (395) من القانون المدني على أن: "نفقات تسلّم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك".

وهذا تطبيقا للقواعد العامة التي تقرر بان نفقات تنفيذ الالتزام يتحملها المدين بالالتزام، وفي هذه الحالة فإن المشتري هو المدين بالالتزام بتسلم المبيع وبالتالي يتحمل نفقاته.

إلا أن هذا الحكم ليس من النظام العام إذ يمكن لطرفي العقد الاتفاق على خلافه كأن يتحمل البائع كامل نفقات التسلم أو جزء منها أو أن يتقاسماها، كما يجوز للعرف أن يقضي بغير ذلك.

وتتمثل نفقات تسلّم المبيع، في مصاريف انتقال المشتري إلى مكان التسلم ونفقات نقل المبيع إلى مكان آخر وأجر مكان إيداع المبيع.

الفرع الثالث: جزاء إخلال المشتري بالتزامه بالتسلم

إذا لم يقم المشتري بتسلم المبيع جاز للبائع وفقا للقواعد العامة بعد أن يقوم بإعذار المشتري بتسلم المبيع أن يلجأ للقضاء من أجل التنفيذ العيني وذلك بأن يطلب تسليط غرامة تهديدية عن كل يوم تأخير في تسلّم المبيع.

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص286.

كما للبائع أن يحصل على إذن من القضاء بإيداع المبيع إذا كان منقولاً على نفقة المشتري في أحد المخازن، أما إذا كان المبيع عقاراً فللبائع اللجوء إلى القضاء وطلب تعيين حارس قضائي يتولى مهمة حفظ المبيع على نفقة المشتري.

ملاحظة: إذا كان المبيع من الأشياء القابلة للتلف أو التي تكلف نفقات باهضة في إيداعها أو حراستها، فللبائع الحق في الحصول على إذن من القضاء لبيعها إذا كان سعرها غير معروف، أما إذا كان سعرها محدد في السوق فله التصرف فيه بالبيع دون اللجوء للقضاء على أن يتم إيداع الثمن لدى خزينة المحكمة.

كما أن للبائع بدلاً من اللجوء إلى التنفيذ العيني أن يطلب فسخ العقد وفي الحالتين يجوز له المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إخلال المشتري بالتزامه بتسلم المبيع.

المطلب الثالث: التزام المشتري بدفع نفقات البيع وتكاليفه

يلتزم المشتري بدفع نفقات البيع وتكاليفه

الفرع الأول: مصاريف البيع

تنص المادة (393) من القانون المدني على أن: "نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك"¹.

وعليه فإنه لمعرفة الطرف الذي يتحمل مصاريف البيع، يجب الرجوع إلى عقد البيع فقد يتفق الطرفان على أن يتحملها البائع أو تكون مناصفة، وإذا لم يوجد اتفاق يتعين الرجوع إلى العرف الساري (كأتعاب السمسار التي يتحملها الطرفان مناصفة)، وإلا فتطبق أحكام نص المادة (393) المذكورة أعلاه وإذا دفعها البائع يرجع بقيمتها على المشتري وتتمثل مصاريف البيع في تلك النفقات اللازمة لإتمام البيع ومثالها مصاريف تحرير العقد واستخراج الشهادات العقارية ورسوم الدمغة والتسجيل إذا كان المبيع عقاراً وكذا مصاريف الموثق.

ملاحظة: إن مصاريف تنفيذ البائع لالتزامه كمصاريف النقل لغرض التسليم ومصاريف تحضير المستندات التي تثبت ملكية البائع للمبيع، يتحملها البائع ما لم يتم الاتفاق

¹ وهو ما نصت عليه كذلك المادة (1593) من القانون المدني الفرنسي وكذا المادة (462) من القانون المدني المصري.

على خلافه¹، كذلك الأمر بالنسبة للمصاريف اللازمة لتطهير العقار من الرهون وفك الرهن لأن البائع ضامن للمشتري الانتفاع بالمبيع².

الفرع الثاني: تكاليف المبيع

حسب نص المادة (389) من القانون المدني يتحمل المشتري تكاليف المبيع والمتمثلة في الضرائب المفروضة عليه ومصاريف صيانتة واستغلاله، ذلك لأنه ما دام المشتري يستحق ثمار المبيع من وقت البيع فهو مقابل ذلك يلتزم بتكاليف المبيع من ذلك الوقت.

مع ورود إستثناء في ذات المادة في حالة وجود إتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك كإتفاق الأطراف على أن تكون التكاليف مناصفة او يتحملها البائع كاملة.

¹ سمير عبد السيد تناعو، مرجع سابق، ص369.
² محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 1999، ص373.