

جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

قسم الحقوق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
المجلس العلمي لكلية
الحقوق والعلوم السياسية
د. محمد ناصر

محاضرات في مادة العقود الخاصة

السداسي الأول (عقد البيع - عقد الكفالة)

أقيت على طلبة السنة الثالثة ليسانس ل م د

تخصص: قانون خاص

إعداد الدكتور:

دريس كمال فتحي

السنة الجامعية (2020-2021)

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.

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 لجانبين 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 وأخر زمني، وحول مدى المساواة ما بين المتعاقدين فقد قسموه إلى عقد المساومة وعقد الإذعان، وصولا 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 أحكامها²، والمذكورة في الكتاب الثاني من القانون المدني، وهي العقود التي تضمنتها الأبواب من السابع إلى الحادي عشر من ذات الكتاب.

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

²Philippe Malinvaud, Droit des obligation, Les mécanismes juridiques des relation économiques, Litec, Paris, 1990, P41.

أما العقود غير المسماة فهي تلك العقود التي لم يتولى المشرع تنظيمها ولا تسميتها ولا تعريفها، فهي عقود يصيغها المتعاقدان، خاصة وأن إرادتهما مستقلتان وحرتان لا يقيدهما إلا النظام العام والآداب العامة.¹

ولهذا التقسيم أهمية تتجلى في التمييز بين العقود المسماة وغير المسماة من حيث التزام الأطراف بالقواعد الآمرة 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، والباب الحادي عشر الذي تطرق لأحد العقود المرتبطة بالتأمينات الشخصية وهو عقد الكفالة.

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

¹ سي يوسف زامية حورية، الوجيز في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة بإجتهادات قضائية وفقهية، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص09.

وذلك إنطلاقاً من الإشكالية التي يثيرها موضوع الدراسة ومفادها:

ما هو النظام القانوني الخاص بعقد البيع وعقد الكفالة باعتبارها عقود مسماة؟

وقد قسمنا هذه الدراسة إلى بابين بحسب المحاور المحددة في عرض التكوين:



الباب الأول: عقد البيع

الباب الثاني: عقد الكفالة



الباب الأول: عقد البيع

البيع من أكثر التصرفات القانونية شيوعا 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 شيوعا في الحياة اليومية، وبضاعفت أهميته خاصة بعد التطور الهائل الذي حققه الإنتاج الصناعي وتقدم أساليب توزيع المنتجات، لذلك اهتم المشرع الجزائري بتنظيمه وأدرجه في قائمة العقود المسماة متصدرا 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 باعتبارها عقد مسمى بأقل 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 نقدياً¹.

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

توافر شكل معين، أي يكفي إتفاق الطرفين لانعقاده ومع ذلك إذا كان محل البيع عقارا أو

حقا عينيا عقاريا فإن العقد لا يتم صحيحا إلا إذ حرر في شكل رسمي وهذا طبقا لنص

المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني².

2- **عقد ملزم لجانبين:** إذ أنه يرتب في ذمة البائع التزاما بنقل الملكية ويرتّب في ذمة

المشتري التزاما بدفع الثمن النقدي³.

3- **عقد معاوضة:** إذ يأخذ البائع مقابلا لما التزم به، أي البائع يأخذ الثمن مقابل نقل

الملكية والمشتري يتلقى الملكية مقابل الثمن الذي يدفعه.

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...» .

³ 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 أنقل البائع بالإلتزامات أكثر من تلك التي يتحملها المشتري نظرا لأهمية التصرف القانوني الذي
أقدا عليه وما يترتب عنه من آثار.

4- **عقد محدد القيمة:** كل طرف في العقد يعلم وقت العقد قيمة الالتزام الذي يتعهد به، وقدر ما يكسبه، ولكن هذه الصفة ليست مطلقة، إذ يمكن أن يكون البيع احتماليا في بعض الحالات¹.

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 يترد كذلك على كافة الحقوق ما عدا الحقوق للصيقة بالشخصية إذ لا يمكن على الإطلاق أن تكون محلا للبيع، ومن آثار هذه الخاصية:

- أنه لا يجوز بيع ملك الغير.
- أن الملكية لا تنتقل بمجرد التعاقد إلا إذا كان المبيع معين بالذات²، أما إذا كان المبيع معين بنوعه³ فلا تنتقل ملكيته إلا بالفرز⁴.
- إذا كان البيع واردا على شيء مستقبلي فلا تنتقل الملكية إلا بوجود ذلك الشيء
- إذا كان المبيع عقارا فلا تنتقل الملكية إلا بعد التسجيل (القيام بإجراءات الشهر)

¹ 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.

² الأشياء المعينة بالذات هي تلك الأشياء القيمة التي ليس لها نظير يقوم مقامها ولها ميزات خاصة تفرقها عن الأشياء الأخرى ومثالها العقارات، السيارات... الخ.

³ الأشياء المعينة بنوعها هي تلك الأشياء المثلية التي لها نظير من جنسها، تقوم بعضها مقام بعض كالذهب والفضة والقمح... الخ.

⁴ يقصد بعملية الفرز تحديد مقدار الشيء المعين بنوعه محل البيع، والذي يكون بالعدد أو الكيل أو الوزن أو القياس أو بوضع علامة على المبيع.

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 صوريا.

3- عقد منجز حال حياة عاقده:

آثاره تتم في حالة حياة المتعاقدين وليس ضمن التصرفات البعدية (بعد الموت) وللاشارة فإن نص المادة (92) من القانون المدني¹ تمنع التصرف في تركة شخص على قيد الحياة.



المبحث الثاني: تمييز البيع عن غيره من العقود والتصرفات الأخرى

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 ".

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.

¹ تنص المادة 92 من القانون المدني على أنه: « يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبليا ومحققا.

غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون »

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 نقدياً 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 النقود¹.

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".

يتبين من هذا التعريف أن الهبة تشبه البيع في كونها ناقلة للملكية ولكنها تختلف به 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 بيعاً؟ الرأي الغالب عند الفقهاء، أنه إذا كان المقابل يفوق أو يساوي قيمة الشيء، فإن التصرف يعتبر بيعاً، أما إذا كان العوض اقل من قيمة الشيء الموهوب بكثير فإن التصرف يعتبر هبة².

المطلب الثالث: البيع والمقاول

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

¹ جميل الشراوي، شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991، ص 361.

² سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 23.

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. كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا » .

عمله 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 العقدین، يبدو أن التمييز بينهما سهلا، بحيث يقع البيع على الملكية والمقابلة تقع أو ترد على العمل.

إلا أن التمييز بين هذين العقدین يصعب في حالة ما إذا تعهد المقاول بتقديم المادة والعمل معا، فهل يعتبر العقد في هذه الحالة عقد مقابلة أم عقد بيع لأشياء مستقبلية، والرأي الغالب يذهب إلى انه إذا كانت قيمة المادة التي قدمها المقاول ثانوية بالنسبة للعمل فالعقد يعتبر مقابلة، أما إذا كانت قيمة المادة تفوق قيمة العمل الذي قام به المقاول فالعقد يعتبر بيعا¹.



المطلب الرابع: البيع والوكالة



طبعا تنص 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.

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

المطلب الخامس: البيع والإيجار

طبقا للمادة (467) من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم (05/07)¹ 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 انه تثار نقطة وهي فيما يخص وصف العقود التي يكون محلها منتجات أو ثمار، فما هو الوصف القانوني للعقود التي ترد عليهما؟

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.

¹ القانون رقم (05/07) المؤرخ في 13/05/2007 المعدل والمتمم للأمر رقم (58/75) المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانوني المدني، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 31، الصادرة بتاريخ 13/05/2007.

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 أجره 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 وفى 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، 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 تملك 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 مقابل²، كذلك تنتقل الملكية في البيع وقت إبرام العقد، أما الوصية فتنقل الملكية بعد موت الموصي¹.

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 (105-01) 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.

² 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.

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 وصية².

وحماية للورثة نص المشرع في المادة (777) من القانون المدني بأنه: " يعتبر التصرف وصبة وتحري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته، وانتهى لنفسه بطريقة ما حيازته الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يثبت ذلك".



¹ 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.

² 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 يختفي 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".

ملاحظة: المصطلح الصحيح هو التراضي وليس الرضى، المشرع أخطأ في الترجمة المفردة لمصطلح le consentement التي تفيد توافق أو تطابق إرادتين أما الرضى فيخص شخص واحد دون الثاني¹.

تعريفه: هو اقتران إرادتين متطابقتين، أي وجود إيجاب معين وقبول مطابق له².

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 دقيقا ومحددا من جهة وان يكون باتا من جهة أخرى)³.



ويعرف القبول: بأنه الرد الايجابي على الإيجاب من طرف الموجب له⁴.

ملاحظة هامة: هناك بيع 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 والثلث.

¹ علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص68.

² Jacques Ghestin, le traité de droit civil, TII, les obligations, le contrat, LGDJ, Paris, 1980, P05.

³ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص128.

⁴ علي فيلاي، مرجع سابق، ص96.

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 الثمن 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 يتفقان 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 بتحديد 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

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.

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.

ملاحظة: يتضح وأن الوعد في البيع ليس مجرد إيجاب لأنه أقوى منه، كما انه 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.

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، هذا الراعد 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) بان 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.

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص45.

² سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1973، ص52.

ج- الوعد بالشراء والبيع (الوعد التبادلي):

وفيه يصدر وعدان، الأول وعد من البائع بالبيع إذا ما أبدى الموعود له رغبته في الشراء، والثاني وعد من المشتري بالشراء إذا ما أبدى الموعود له رغبته في البيع خلال المدة المحددة، وهذا هو الوعد التبادلي بالبيع والشراء¹.

د- الوعد بالفضيل:

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 بفضيل الوعد له في حالة ما إذا أراد التصرف بالبيع في العين الموعود بها².



- في الوعد بالفضيل يكون شخص الموعود له محل اعتبار في التعاقد.

- حق الموعود له لا ينشئ إلا معلقا على شرط، أي لا يجوز للموعود له استعماله إلا في الوقت الذي يتحقق فيه الشرط أي الوقت الذي يقرر الواعد البيع.

3 - شروط الوعد:

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.

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص52-53.

² زواوي فريدة، موضوع ضرورة شهر الوعد ببيع العقار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، ج33، رقم 03، 1995، ص644.

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 يعبر المبيع أو أن يكون قابلا للتعين
- 3- يجب أن يحدد الثمن أو أن يتم الاتفاق على الأسس التي يحدد بمقتضاها
- 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 ما لا نهاية، لذا وجب تحديد المدة، حتى إذا لم تبد الرغبة خلالها يتحلل الواعد من وعده³.

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 نصوص وتطبيقات، طبعا لأحداث التعديلات بالقانون 07-05، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص32-33.

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

4 - آثار الوعد بالبيع:

إذا تم الوعد صحيحاً فإنه يترتب للموعد له حق شخصي في مواجهة الواعد، أي الوعد يترتب التزاماً شخصياً فقط في ذمة الواعد، ولدراسة آثار الوعد، نقسّمه إلى مرحلتين ما قبل إبداء الرغبة وفي مرحلة ما بعد إبداء الرغبة.

أ- الفترة السابقة على إبداء الرغبة:

في هذه المرحلة يترتب الوعد التزاماً في ذمة الواعد (التزام بعمل) وهو الإلتزام بإبرام العقد إذا أبدى الموعد له رغبته في التعاقد خلال المدة المحددة. وكذلك حتى يمكن الواعد من تنفيذ وعده، فإنه يمتنع عليه التصرف في المبيع الموعود ببيعه، وإذا حدث وأن تصرف في المبيع الموعود ببيعه، فإنه يعتبر مخالفاً بالتزامه في مواجهة الموعد له، ولهذا الأخير الحق في مطالبته بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية العقدية، ويبقى التصرف القائم بين الواعد والمتصرف إليه صحيحاً، ولا يمكن للموعد له الاحتجاج بوعده في مواجهة المتصرف إليه، لأن الحق الذي اكتسبه الموعد له هو حق شخصي وليس حق عينياً¹.

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

حالات خاصة:

- إذا هلك الشيء المبيع بقوة قاهرة وكان الهلاك كلياً، انقضى التزام الواعد لاستحالة الوفاء به¹.

- إذا هلك الشيء المبيع بقوة قاهرة وكان جزئياً، لا ينقضي التزام الواعد وجاز للموعد له أن يستعمل حقه في شراء الباقي دون هلاك بالثمن المسمى في الوعد دون نقصان.

- إذا حدثت الزيادة في المبيع نفرق بين الزيادة في القيمة أو في المقدار، ففي حالة الزيادة في القيمة يتم البيع بالسعر المسمى في الوعد بالبيع، أما في حالة الزيادة في المقدار فتكون من حق الواعد.

- إذا نزعت الملكية من أجل المنفعة العامة، فإن ثمن نزع الملكية يكون من حق الواعد ويحكم القضاء في هذه الحالة باستحالة تنفيذ الالتزام، ويرى الفقه بأنه إذا كان التعويض عينياً عن نزع الملكية فينتقل التزام الواعد إلى هذا الأخير.

- أما بالنسبة للموعد له، فإن له حق شخصي ذو قيمة، يجوز له أن يتصرف فيه للغير ويكون ذلك وفقاً 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 يرتب له رهناً على عقار آخر تأميناً 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 تنتقضي فيتحلل الواعد من وعده.

¹ تنص المادة (307) من القانون المدني على أنه: "ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته"، كما أن المادة (369) الفقرة الأولى من نفس القانون تؤكد ذلك في حالة هلاك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه، أين يسقط البيع ويسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع.

ب- الفترة اللاحقة لإبداء الرغبة:

إذا أبدى الموعود له رغبته خلال المدة المحددة، انعقد العقد دون حاجة إلى صدور قبول من الواعد، وإذا رفض هذا الأخير إتمام البيع فإنه يجوز للموعود له أن يلجأ إلى القضاء ويطلبه بتنفيذ وعده، ويقوم الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي فيه مقام العقد طبقاً 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. هذه الأثار السابقة 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، فلكل 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.

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.

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

ويلجأ المشتري أحيانا إلى تجربة المبيع للتأكد إذا كان المبيع يناسبه شخصيا، أو أنه يحتوي على خصائص معينة يقصد المشتري توافرها في ذلك المبيع أو التأكد من أن المبيع صالح لأداء الغرض الذي اعد من اجله. والاتفاق على التجربة قد يكون صريحا عند التعاقد، كما يمكن أن يكون ضمينا ومثاله شراء سيارة مستعملة¹.

1- طبيعة أو تكييف البيع بشرط التجربة:

نستخلص من نص المادة (355) من القانون المدني² وأن البيع بشرط التجربة في الأصل يكون معلقا على شرط واقف، لكن يمكن اتفاق الأطراف على أن يكون معلقا 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 على إتمامه بشرط التجربة، والبيع بهذا الشرط يلزم البائع من تمكين المشتري تجربة الشيء المبيع خلال المدة المتفق عليها.

¹ علي نجيدة، الوجيز في البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص56.

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

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 لدائي 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 عليها بعد تجربة المبيع، سواء ارتضى نتيجة التجربة أو لم يرتضيها وذلك قصد معرفة مصير العقد².

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 شخصاً آخر، كما قد تكون بحضور البائع أو أن يقوم بها بمفرده³.

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.

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

² ينفرد البيع بشرط التجربة عن بقية البيوع الموصوفة بهذا الحكم ومفاده أن السكوت يعتبر قبولا بالمبيع ومن ثم هو ملزم بإتفاق البيع ودفع الثمن.

³ علي نجيدة، مرجع سابق، ص56.

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 التجربة¹

1- كيفية البيع بالتذوق:

من خلال نص المادة (354)² 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.

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 ضمنيا، وإذا لم يتم الإتفاق على ذلك تطبق أحكام العرف المعمول بها

¹ جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص73.

² 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 ». .

في الجهة وإذا لم يكن هناك عرف، يجب في هذه الحالة أن ينفذ الالتزام (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 للإادة (72) منه والتي تنص على الأحكام العامة التي تسري على العربون في مائتة 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 الاتفاق 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.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 259.

² سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 57.

³ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 875.

- ويذهب رأي ثالث إلى تكييف البيع بالعربون، بأنه ينطوي على التزام بدلي أي أن العربون هو البديل في التزام مبدئي، المدين بائعا أو مشتريا بالالتزام الوارد في البيع ودائنا 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 تسلّم 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 إدعى المشتري أن المبيع غير مطابق للعينة، (والعينة موجودة لدى البائع أو المشتري) فعبيء 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 سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص57-58.

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.»

1- الإثبات في البيع بالعينة:

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

ب- نزاع في حالة فقدان أو هلاك العينة: فإنه من هلكت 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 إذن في حالة الاستعجال (م 166/ق م)¹.

ب- أنه إن طالب بفسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه مع التعويض عما أصابه من ضرر.

ج- له أن يقبل المبيع غير المطابق للعينة مع المطالبة بإنقاص الثمن إذا كانت قيمة الشيء الذي قبله أقل 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 للعينة¹.

¹ تنص الفقرة الثانية من المادة (166) من القانون المدني على أنه: «إذا لم يقدّم المدين بتنفيذ إلتزامه، 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.

المطلب الثاني: المحل

المحل هو محل الالتزام الناشئ عن العقد، والبيع عقد ملزم لجانبين، أحدهما ينقل الملكية والآخر بدفع الثمن، لذلك يكون للبيع محلان رئيسيان هما (المبيع والثمن)².
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 صنوي كحق المؤلف وبراءة الاختراع والعلامة التجارية

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:

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

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 58-59.

² 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 فيلاي، مرجع سابق، ص 167.

³ يمينة حوحو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016، ص 120-123.

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

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

الحالة الرابعة: قد يكون غير موجود قبل العقد ولا وقت إبرامه وكان المبيع قابلا للوجود بعد ذلك أي شيئا مستقبليا واتجهت إرادة الطرفين الى التعاقد على هذا الأساس فهنا المبيع محتمل الوجود.

ومثاله: البيع على التصاميم نظمه المشرع في المرسوم رقم (03/93) المتعلق بالنشاط العقاري 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 مجهولا من الطرفين لا يكون لأحدهما مطالبة الآخر بالتعويض.
- إذا كان الهلاك معلوما للبائع دون المشتري، يلزم البائع بتعويض المشتري عن ضرر بطلان البيع.

- إذا كان الهلاك معلوما للمشتري دون البائع، فلا مسؤولية على البائع لأنه حسن النية ولا على المشتري لأنه ليس مكلفا بالإحاطة بحالة المبيع وتبنيه مالكة اليه، لكن يكون المشتري مسؤولا إذا ارتكب خطأ وأراد خداع البائع هنا إذا دفع الثمن فلا يسترده.

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

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

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

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 الجزئي¹.

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

ملاحظة هامة: أن شرط الوجود أو القابلية للوجود، هو شرط خاص بالأشياء المعينة بذاتها، أما الأشياء المنزلة أو المعينة بنوعها (وهي التي يقوم بعضها مقام البعض في الوفاء) فإنها لا تدخل في نطاق شرط الوجود لأنها موجودة دائماً².

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...).

¹ أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، القاهرة، د ت ن، ص 66.

² 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.

وتعين في العقد بذكر جنسها ونوعها ومقدارها سواء كان هذا المقدار محدد وزنا أو عددا أو مقاسا أو كيلا¹.

ملاحظة: قد يكون المبيع معيناً بنوعه فقط دون مقداره، يكون البيع في هذه الحالة صحيحاً 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 طبقاً لنص المادة (2/94) من ق م².

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 مخزنه³.

د- البيع بالعيبة:

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 محلاً للبيع طبقاً للفقرة الأولى من نص المادة (682) من ق م¹ ولكن يرد على هذا الأصل استثناء مذكور في الفقرة الثانية من نفس المادة وهي:

¹ إن البيع الوارد على الأشياء المثلية، يطلق عليه البيع بالتقدير.

² 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 يلتزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط».

³ علي نجيدة، مرجع سابق، ص 64.

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.



- الشركة المستتابة 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 والسفينة 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 إقتضت متاعب وأخطار نقل النقود من جهة إلى جهة أخرى، التفكير بوسائل تقوم مقامها للوفاء بالالتزامات المالية من غير استعمال 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 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30.

1- **الثلث الجدي**: هو الثلث الذي اتجهت إرادة طرفي العقد إلى إلزام المشتري بأن يدفعه فعلا باعتباره مقابلا حقيقيا للمبيع.

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

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

ب- **صورة نسبية**: وهو الاتفاق على ثمن غير الثلث الحقيقي ومثاله التصريح بثمن أقل من الثلث المتوقع عليه في عقد كبيع العقارات تهريا 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- **الثلث التافه**: هو ثمن قليل إلى حد يجعل التناسب بينه وبين قيمة المبيع الحقيقية مفقود تماما².

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

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

¹ أنور سلطان، مرجع سابق، ص 117.

² سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 90.

³ نفس المرجع، ص 91.

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 مفيد عليها الثمن وسكت دون الاعتراض.

2- قابلية الثمن لتحديد (للتعين):

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

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 (2/356) من القانون المدني¹، واعتماد هذا الأساس ينتج عنه حتماً أحد الفرضين:

- إما أن يحدد المتعاقدان في عقدهما ما هو المقصود بسعر السوق، أي يحدد التاريخ الذي يعتبر سعر السوق فيه أساساً 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 تثار خلافات بينهما حول السوق الذي يجب الاعتراف 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؟ ونحسبها 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 واجباً في مكان لا توجد فيه سوق، يحدد الثمن باعتماد الثمن المتداول في السوق التي يقضي العرف بأن 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 صحيحاً متى

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 سوقاً وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية» .

أمكن 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.

فالعبرة 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 يدخل من الحالات التالية: 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.

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.»

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 كالمراوحة والتولية والوضيعة¹.
المراوحة: هي البيع بمثل الثمن الذي اشترى به البائع مع زيادة نسبة معينة تمثل الربح.
التولية: هي البيع بمثل الثمن الذي اشترى به البائع دون زيادة.
الوضيعة: 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 أنه 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

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص371.

النصين يعني انه يجب ان يكون السبب موجودا¹، 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 العقد.   ومثالها نص 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.

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

¹ علي فيلالي، مرجع سابق، ص 187.

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

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 ذوي 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 ".

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

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.

أولاً: بيع المحل التجاري

نصت المادة (79) من القانون التجاري على وجوب الكتابة الرسمية في عقود البيع التي يكون محلها محل تجاري تحت طائلة البطلان¹، وان يتضمن العقد مجموعة من البيانات أهمها : - اسم البائع السابق وتاريخ سنده الخاص بالشراء ونوعه وقيمة الشراء بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات - قائمة الامتيازات والرهون المنزنية على المحل التجاري - رقم الأعمال التي حققها خلال كل سنة من الثلاث السنوات الأخيرة أو من تاريخ شراءه إذ لم يرقم بالاستغلال - الأرباح التي حصل عليها خلال نفس المدة - الإيجار ومدته وتاريخه واسم وعنوان المؤجر.

وجزاء عدم ذكر البيانات المذكورة هو البطلان النسبي، الذي وضع لصالح المشتري بشرط أن يطلب خلال سنة من وقوع البيع، وإن مضت مدة سنة دون أن يرفع دعواه فإن البيع يصبح محصنا من أي دعوى².

ثانياً: بيع العقار

بيع العقار باعتباره عقد رسمياً، يمكن تعريفه بأنه عقد يتم تحريره من طرف ضابط عمومي وفقاً للأشكال القانونية ويلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية عقار في مقابل ثمن نقدي.

¹ يشترط في عقد بيع المحل التجاري أن يتضمن ذكر العنصر المعنوي الأساسي الذي يجلب العملاء أو الإحتفاظ بهم، وإذا استبعد هذا العنصر الأساسي مما يشمل البيع فلا يكون ثمة بيع للمحل التجاري، راجع في ذلك: مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الأعمال التجارية، الشركات التجارية، الملكية التجارية والصناعية، الدار الجامعية، بيروت، 1991، ص631.

² أحمد بلودنين، المختصر في القانون التجاري الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 21011، ص80.

والضابط العمومي هو كل شخص مخول له قانونا صلاحية تحرير العقود الرسمية والوثائق الرسمية.

ويعد الموثق من الأشخاص اللذين منحهم القانون صفة الضابط العمومي، إذ تنص المادة 03 من القانون رقم (02/06) المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق¹ على أنه يعد الموثق ضابطا عموميا يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية.

ملاحظة: نجد بعض العقود يتم تحريرها من قبل الدولة وهي عقود رسمية نافذة للدلكية ومثالها عقود البيع التي تبرمها أملاك الدولة مع المواطنين.

1- الشروط الواجب توافرها في عقد بيع العقار:

أ- وجوب تحرير العقد من طرف الموثق:

والموثق هو ضابط عمومي مكلف بخدمة عامة يعمل لحسابه الخاص، وتتولى وزارة العدل تعيينه ومراقبته، وله صلاحية تحرير العقود الرسمية، وهذا ما تضمنته المادة (03) من القانون رقم (02/06) السالف الذكر، ولكي يتحقق هذا الشرط يجب أن تكون للقائم بتحريره صفة الموثق وقت تحرير العقد.

ب- يجب أن يكون الموثق مختصا وأهلا لتحرير العقد:

إن اختصاص الموثق يمتد إلى كافة تراب الوطن، أي أنه غير مقيد باختصاص إقليمي معين، لكن تدخل المشرع لتقييد صلاحية الموثق واختصاصه في تحرير العقود في بعض الحالات، أي هناك عقود لا يمكن للموثق تحريرها، وإذا قام بذلك فإنها تكون باطلة وهذا ما نصت عليه المادة (19) من القانون رقم (02/06) وهذه العقود هي:

¹ القانون رقم (02/06) المؤرخ في 20/02/2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 08/03/2006.

-العقود التي تتضمن تدابير لفائدة الموثق

- العقود التي تعطي للموثق حقا شخصيا أو يكون فيه وكيلًا أو متصرفًا أو أي صفة أخرى.

-العقود التي يكون أحد أطرافها أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة.

-العقود التي يكون أحد أطرافها يجمعه مع أقاربه وأصهاره قرابة الحواشي ويدخل في ذلك العم وابن الأخ والأخت¹.

ج- وجوب تحرير العقد وفقا للأشكال القانونية

ونعني بها البيانات الخاصة بالأشخاص المتدخلين في تحرير العقد وتلك المتعلقة بشكل العقد وأخيرًا البيانات الخاصة بموضوعه.

ج-1- **البيانات المتعلقة بالأشخاص:** ونعني بها البيانات الكاملة المتعلقة بهوية الموثق وأطراف العقد وهما البائع والمشتري أو وكيلهم والشهود، وأحيانًا المترجم إذا كان أحد أطراف العقد أو كلاهما لا يفهم اللغة العربية (طبقًا للمادة 29).

ج-2- البيانات المتعلقة بشكل العقد:

-اشتراط المشرع في المواد 26 و 27 من القانون (02/06) احتواء العقد على بيانات معينة حتى يكون رسميًا وتمثل فيما يلي :

-وجوب تحرير العقد باللغة العربية بطريقة واضحة.

-يجب ألا يستعمل الاختصار بل يجب كتابة الكلمات والأسماء كاملة².

-يجب ألا يترك بياض، إذ يجب ملئ البياض بخط مستقيم¹.

¹ كما نصت المادة (21) من القانون (02/06) السالف الذكر على أنه: « لا يجوز للموثق العضو في مجلس شعبي محلي منتخب أن يستلم العقد الذي تكون فيه الجماعة التي هو عضو في مجلسها طرفًا فيه » .

² والغرض من استعمال أسلوب الاختصار هو نقادي الوقوع في غموض قد يترتب عليه نزاع حول تنفيذ العقد، خاصة وأن عقد البيع يؤدي إلى نقل ملكية المبيع.

- يجب أن يكتب الثمن بالأحرف، ولا مانع من كتابته بالأرقام إلى جانب الأحرف².
- يجب أن يكتب تاريخ تحرير العقد بالأحرف كذلك (السنة، الشهر، اليوم) .
- يجب كتابة الإحالات في حالة وجودها على هامش الصفحة أو في نهايتها، ويجب أن يوقع على ذلك كل من الموثق والأطراف والشهود بالأحرف الأولى من أسمائهم.
- يجب حصر عدد الكلمات المشطوبة إن وجدت في نهاية العقد، ويجب أن يتم المصادقة عليها من طرف الموثق، الأطراف والشهود.

ج-3- البيانات الخاصة بموضوع البيع (طبقا للمادة 29) :

يجب أن يتضمن العقد: بيان طبيعة العقار وحدوده - أصل ملكية البائع للعقار أي ذكر اسم المالك السابق وذكر طريقة اكتساب البائع لهذا العقار - تحديد الثمن الذي يلتزم المشتري بدفعه بين يدي الموثق.

2- جزاء تخلف الرسمية في بيع العقار:

حسب نص المادة (324 مكرر 1) من القانون المدني فإذا لم يحرر عقد بيع العقار في شكل رسمي فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا لتخلف ركن من أركان العقد.

3- التسجيل كشرط ناقل للملكية في بيع العقارات:

فضلا عن تحرير عقد البيع بشكل رسمي لدى الموثق، فإن المشرع استلزم شهر هذا العقد ليحدث أثره الناقل للملكية، إذ يجب تسجيله ليحدث أثره، سواء بالنسبة للغير أو فيما بين المتعاقدين وهذا ما نصت عليه المادة (793) من القانون المدني.

¹ عدم ترك البياض وملئه بخط مستقيم من شأنه أن يجنب كل إضافة في العقد لم تتم برضا الطرفين أو أحدهما.

² اشترط المشرع كتابة الثمن بالأحرف لأن في الغالب الأخطاء المادية تقع في الثمن بالأرقام ويسهل تحريفها على عكس الثمن بالأحرف الذي لا يمكن تحريفه عن طريق الإضافة، كما تقل فيها الأخطاء المادية.

تعريف الشهر: هو تكوين بطاقة عقارية لدى محافظة العقارية في السجل المعد لذلك، وعن طريقه يعلم الغير كل ما يتعلق بذلك العقار، وكذلك الحقوق الواردة عليه¹.

والشهر إما أن يكون بطريقة التسجيل بالنسبة للحقوق العينية الأصلية (حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها) أو يتم بطريق القيد بالنسبة للحقوق العينية التبعية كالرهن، وهناك كذلك التأشير في الهامش بالنسبة لشهر الدعاوى طبقا للمادة (85) من المرسوم رقم (63/76)².

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

المطلب الأول شروط صحة البيع المتعلقة بالإرادة والأهلية طبقا للقواعد العامة

الفرع الأول: عيوب الإرادة

يجب أن تكون إرادة المتعاقدين خالية من أي عيب من عيوب الإرادة وهي: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

¹ أوكل المشرع الجزائري مهمة تسيير المحافظة العقارية التي تشرف على عملية الشهر إلى شخص يسمى المحافظ العقاري في حين أن هناك دول أخرى تأخذ بنظام الشهر العيني خولت عملية الإشراف على السلطة الإدارية بعملية الشهر إلى قاضي يطلق عليه قاضي السجل العقاري مثل أستراليا وألمانيا، أما في دولة فرنسا فقد أوكلت هذه المهمة إلى موظف عمومي يسمى محافظ الرهن، راجع في ذلك: خلفوني مجيد، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص80.

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

1- **التدليس** : نصت عليه المواد (87/86) من القانون المدني وهو حيل يلجأ إليها المتعاقد لإيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه للتعاقد (أي أنه غلط مدبر) ويكون العقد قابل للإبطال ليس بسبب التدليس بحد ذاته وإنما للخط الذي أوقع فيه المتعاقد¹.

شروطه: أن يكون التدليس مؤثرا (أن يكون الخط الذي وقع فيه المتعاقد هو الدافع الرئيسي للتعاقد)، أن يكون صادرا من المتعاقد، أما إذا كان صادرا من الغير فيجب إثبات أن المتعاقد المستفيد منه عالما به حقيقة أو حكما².

2- **الإكراه**: هو ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة فيولد في نفسه رهبة أو خوف يدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه³.

تنص المادة (88) من القانون المدني ببطان العقد إذا تم التعاقد تحت سلطان رهبة بينة يبعثها المتعاقد الأجر دون وجه حق.

شروط الرهبة البينة: أن يكون جسما (محدقا ومعينا) - المهدد بالخطر (يعتد المشرع بالخطر الذي يهدد المتعاقد نفسه أو أحد أقاربه دون الغير).

3- **الاستغلال**: نص عليه المشرع في المادة (90) من القانون المدني، وهو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو بغير عوض⁴.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 181.

² يجب التفرقة بين التدليس المدني والتدليس الجزائي في التفاوت في درجة الأفعال وليس في طبيعة الأفعال بحد ذاتها، فالتدليس المدني يقتضي مثل التدليس الجزائي حيل ونية الخداع، وكلاهما غير مشروع.

³ هناك من يستعمل مصطلح الخوف عوض الإكراه كالمشرع اللبناني، لكن الفقه الحديث يفضل مصطلح "الإكراه" إذ هو أكثر دلالة على الضغط الذي يخضع له المتعاقد.

⁴ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 151.

إذا تحقق الاستغلال على النحو السابق ذكره، يمكن للطرف المغبون طبقاً للمادة (90) أن يطلب بطلان العقد أو الإنقاص من التزامه، وذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا رفض طلبه.

4- **الغلط** : هو وهم يقوم في ذهن الفرد يجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها (هو تصور خاطئ للأمور والأشياء)¹.

وقد قسمه الفقهاء إلى الغلط المانع والمعيب للرضا، ولم يعتمد المشرع هذا التقسيم واكتفى في المواد (85/81) من القانون المدني بمعالجة الغلط الجوهرى المعيب للرضا فقط، والذي يقع فيه المتعاقد وقت إبرام العقد.

- أ- **تعريفه** : والمشرع لم يعرف الغلط الجوهرى وإنما اكتفى بذكر مواصفاته وهي:
 - هو الغلط الجسم (وهو ذلك الذي يبلغ درجة من الخطورة، والأهمية عند تدخل القانون لحماية الضحية).
 - هو غلط مؤثر (أي يكون هو الدافع لإبرام العقد وأنه كان وراء تصميم على انجاز العقد).

ب- صورته: وللغلط الجوهرى صور، فقد يكون الغلط في صفة الشيء أو في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، وقد يكون الغلط نتيجة طيش أو إهمال فادح).

الفرع الثاني: أهلية التصرف وعوارضها

نقاس قدرة الفرد على القيام بتصرفات قانونية صحيحة بوعيه، أي بدرجة إدراكه وتمييزه بين الأمور المختلفة، إذا الأهلية مناطها التمييز والإرادة لا تصدر إلا عن تمييز، ومن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية².

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1993، ص56.

² محمد بشير، عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري-دراسة مقارنة-، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد02، أكتوبر 2018، ص76.

وحتى ينقصد البيع صحيحا يجب أن يكون كل من البائع والمشتري أهلا للتصرف الذي هو البيع والشراء.

ويقصد بأهلية التصرف القدرة على التعبير على الإرادة تعبيراً صحيحاً منتجاً لإثارته القانونية في ذمة الشخص الذي صدر عنه هذا التعبير، ويشترط أهلية التصرف لأن عقد البيع من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

وتنص المادة (78) من القانون المدني على أن: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون".

1- عوارض الأهلية : يكون الشخص عديم الأهلية إذا انعدمت لديه الإرادة المدركة كالصبي غير المميز (هو الشخص الذي لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة منبها للمادة (42) المعدلة بالقانون (10/05)¹، والمجنون (وهو الشخص المصاب باضطراب عقلي بعدم إرادته وإدراكه)²، المعتوه (وهو شخص الذي يفهم بعض الأشياء دون غيرها بسبب مرض أو كبر في السن)³، مثل هؤلاء تعتبر تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا طبقا لنص المادة (42) من القانون المدني.

و يكون للشخص ناقص الأهلية الحق في مباشرة بعض التصرفات لان العقل غير معدوم لديه وتكون تصرفاتهم قابلة للإبطال وهم الصبي المميز، السفية (وهو الشخص الذي

¹ القانون رقم (10/05) المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للأمر (58/75) المتضمن القانون المدني المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 44، الصادر بتاريخ 26/06/2005.

² وقد نصت المادة (31) من القانون رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف والسالف الذكر على ما يلي: « لا يصح وقف المجنون والمعتوه، لكن الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير.

أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقته وتام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية » .

³ تبعا لهذا فالعته هو حالة تعتري عقل الإنسان فتفقده القدرة على التمييز، على الرغم من أنه لا يفقد العقل تماما كالمجنون، ولم يفرق المشرع الجزائري بين المجنون والمعتوه، واعتبر حكم تصرفاتهما كالصبي غير المميز ويحجر عليهما بحكم من المحكمة وفقا للإجراءات التي يبينها القانون في هذا الصدد كما يرفع الحجر بقرار من المحكمة إذا ما انتهت حالة الجنون أو العته، راجع في ذلك: نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص169.

يبدر ماله على غير ما يقتضي العقل) وذو الغفلة (وهو الشخص الذي لا يعرف ما ينفعه وما يضره حيث يمكن غبنه بكل سهولة) طبقا للمادة (43) المعدلة بموجب القانون (10/05) السالف الذكر.

وهناك ظروف قانونية أو مادية أو جسمانية تمنع الشخص من مباشرة التصرفات القانونية رغم تمتعه بكامل قواه العقلية وسلامة تدبيره وهي:

أ- **الظروف القانونية:** حسب المادة (06) من القانون العقوبات¹ يتم الحجر القانوني على المحكوم عليه جنائيا وتخضع إدارة أمواله لأحكام الحجر القضائي.

ب- **موانع الأهلية لظرف مادي :** حالتي المفقود والغائب طبقا لأحكام المواد (109 و110) من قانون شؤون الأسرة.

ج- **موانع الأهلية لظرف جسماني :** والمقصود بها العاهات الجسمانية أصم أبكم، أعمى أصم، أعمى أبكم تعين المحكمة وصيا قضائيا، ويكون قابل للإبطال كل تصرف تم في غياب الوصي قام به الموصى عليه.

2- حالات المنع من الشراء

هي حالات حد فيها المشرع أهلية بعض الأشخاص، على الرغم من قيام أهليتهم وهي:

أ- **منع رجال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها :** حسب نص المادة (402) من القانون المدني لا يجوز للقضاة ولا المدافعين القضائيين ولا الموثقين وكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون فيها أعمالهم وإلا كان البيع باطلا.

¹ الأمر (156/66) المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 49، الصادرة بتاريخ 11/06/1966.

أ-1- الأشخاص المشمولين بالمنع:

مذكورين على سبيل الحصر في المادة (402) وهم القضاة والمدافعون القضائيين والمحامين والموثقين وكتاب الضبط

أ-2- شروط المنع:

- يجب أن تتوافر في الشخص الصفة وقت الشراء (ولا يهم إذا فقد هذه الصفة بعد البيع) .

- يجب أن يكون الحق متنازع فيه (أن يكون الحق محل دعوى قضائية أو كان محل نزاع جوهري وفي حالة الخلاف حول جدية أو عدم جدية النزاع فتقرر ذلك يرجع لفاضي الموضوع)

- يجب أن يكون النظر في النزاع من اختصاص المحكمة التي يباشر فيها الشخص عمله.

أ-3- جزاء مخالفة المنع:

في حالة قيام الأشخاص المذكورين في المادة (402) بالشراء، وتوفر الشروط السابق ذكرها، فإن البيع يقع باطلا بطلانا مطلقا وبالتالي فهو من النظام العام، وهو منع يقصد من ورائه المحافظة على قدسية مرفق القضاء وإبعاد رجاله عن الشبهات وتفاديا لاستعمال نفوذهم، ويقع باطلا بطلانا مطلقا سواء اشترى بأسمائهم أو بأسماء مستعارة.

ب- بيع النائب لنفسه:

حسب نص المادة (410) لا يجوز لمن ينوب عن غيره أن يشتري لنفسه الأموال المعهود إليه بيعها سواء باسمه الخاص أو باسم مستعار كاسم زوجته مثلا وسواء كان البيع بالتراضي أو كان بالمزاد، سواء كانت نيابة اتفاقية (وكيلا بالبيع)، أو كان نائبا قانونيا

(كالوصي والقيم) أو كانت نيابة قضائية (كالمصفي والحارس القضائي). وقصد المشرع من هذا المنع تقادي تغليب النائب لمصلحته على مصلحة من ينوب عنه لتعارضهما.

ملاحظة: المادة (410) هي تطبيق للقواعد العامة المنظمة لتعاقد الشخصي مع نفسه (م77) مدني¹.

وجزاء تعاقد النائب مع نفسه، أي اشترى لنفسه أموال الأصيل التي كلف ببيعها فإن هذا البيع لا يكون نافذا في حق الأصيل إلا إذا اقره هذا الأخير، أي الجزاء ليس البطلان وإنما عدم نفاذ التصرف في مواجهة الأصيل.

3- منع السماسرة والخبراء من شراء الأموال المعهودة إليهم بيدها أو تقدير قيمتها:

حسب نص المادة (411) فلا يجوز للسمسار (فهو شخص يقوم بالبحث عن مشتري للمال المتوسط أو المتوسط في بيعه) والخبير (هو الشخص الذي يقوم بتقدير قيمة الشيء الذي يريد مالكه أن يبيعه) ولو باسم مستعار أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها والحكمة من المنع تكمن في تعارض مصلحة كل من السمسار الذي يريد شراء المبيع لنفسه وكذلك الخبير مع مصلحة البائع.

الجزاء: هو عدم نفاذ التصرف في مواجهة البائع لأن المادة (412) تنص على انه إذا تم البيع طبقا للمادة (411) وأقره المالك فإنه يعتبر نافذ في حقه.

¹ تنص المادة (77) من القانون المدني على أنه: « لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة ». .

المطلب الثاني : شروط صحة البيع و نفاذه المتعلقة بالقواعد الخاصة

و نعني الشروط المنظمة بنصوص خاصة و المتعلقة بعقد البيع باعتباره عقد مسمى ناقل للملكية .

الفرع الأول : عدم علم المشتري بالمبيع علما كافيا كما

سبق دراسته تقضي القواعد العامة أن يكون محل الإلتزام (المبيع) معيناً أو قابلاً للتعيين و إلا كان العقد باطلاً بطلانا مطلقاً ، لكن المشرع لم يكتفي بهذا الشرط إذ نص على حكم إضافي يستلزم أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً وذلك طبقاً 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 عقاراً؟ مثلاً 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 علماً كافياً.

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 عالماً بالمبيع سواء قام برؤيته هو شخصياً 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 عدم العلم الكافي إلا في حالة إقراره بالعلم نتيجة تدليس من البائع وذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة (352) من القانون المدني².

3- الجزاء المترتب على تحقق عدم علم المشتري بالمبيع :

الجزاء المترتب على عدم علم المشتري بالمبيع هو ثبوت حقه في طلب إبطال العقد وهذا يعني أن البيع يرتب 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 وفقا لهذا المصدر فإن ثبوت الخيار ليس هو الوقوع في الغلط و إنما عدم الرؤية و نتيجة لذلك نرى أنه لا يمكن

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

² تنص الفقرة الثانية من المادة (352) من القانون المدني على: «وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالما بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع » .

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 المدني¹.

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 بالبيع، و ينطبق في هذا الصدد أحكام المادة (100) من القانون المدني .

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.

¹ 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 الصادرة 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 » .

الفرع 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 (03 / 05)².

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

1- ميدان الغبن:

ينص القانون الجزائري على العقار، سواء كان على حق الملكية أو حق الارتفاق أو حقوق في الشيوع 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 قداد .

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 » .

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 الأرض وبيع بمفرده وبالتالي أصبح منقولا عاديا ونزعت به صفة العقار بالتخصيص، هنا لا يمكنه الدفع بالغبن وإنما اللجوء لدعوى عيوب الإرادة إن وجدت كعيوب الاستغلال.

الاستثناءات: قد تكون 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 بطريق 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.

¹ عملا بقاعدة أن أموال المدين ضامنة للوفاء بالدين، وضمانا 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 بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون » .

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 سنتيم¹.

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 النسيب، 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 الغبن².

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 تقادمت:

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

¹ 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.

² 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. » .

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 طبقا لنص المادة (40¹ 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 طبقا 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 :



للبيع المغبون دعوى أصلية يطالب من خلالها تكملة الثمن إلى أربعة أثمان³ من المثل وفي المثال السابق هو مبلغ 40 مليون سنتيم بمعنى على المشتري أن يضيق 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 طبقا لنص المادة (999) من القانون المدني³.

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 اعتبارا 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

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:

للبائع 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 بالبيع لشخص حسن النية وتم شهوره، فلا يكون للبائع إلا المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به، ويجب شهر الدعوى طبقاً لنص المادة (85) من المرسوم (63/76) والمادة (17) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتقدم 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 غنبا 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

سنوات، في حين يرى المشرع الفرنسي أن الدف من رفع الدعوى هو فسخ العقد، وللمشتري أن يتقي الفسخ لتكفلة الثمن إلى 10/9 وأن مدة التقادم هي سنتين، راجع في ذلك: محمد حسنين، مرجع سابق، ص 69-70 .

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

يرفع دعوى قضائية إذا تبين بوضوح أن المكافأة الجزافية المحصل عليها تقل عن مكافأة عادية قياسا بالربح المكتسب، ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك".

الفرع الثالث: بيع ملك الغير

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

أولا : 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 بيعا لملك الغير، وكذلك لا يعد بيعا لملك الغير إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى تأجيل انتقال الملكية إلى حين تملك البائع للمبيع .

2- أن يكون محل ابيع شيئا معيناً بذاته :

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.

¹ تنص المادة (397) من القانون المدني على أنه: «إذا باع شخص شيئا معيناً 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».

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 به كذا

3- **تعلق البيع على شرط التملك:** فإذا باع شخص شيئا معبئا بذاته وهو لا يملكه، ولكن تعلق البيع على شرط تملكه، فالتزام البائع في هذا الوضع التزام معلق على شرط واقف وهو تملك المبيع، 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.

5- **بيع الشريك على الشيوخ:** إن البيع الصادر من أحد الشركاء على الشيوخ لا يعد بيعا لملك الغير لأنه يملك حصته (م^{2/714} مدني)¹، إلا أن مصير هذا البيع يتوقف على

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

نتيجة القسمة، فإذا وقع المبيع من نصيبه كان البيع صحيحا لأنه صادر من مالكة، 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 المباعة المفروزة.

ثالثا: أحكام بيع ملك الغير¹

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 للإبطال².

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».

² راجع في ذلك المادة (16) من المرسوم (63/76) المتعلق بتأسيس السجل العقاري السالف الذكر.

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:

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 تسلّمه، 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 بان البائع لا يملك المبيع (أي حسن النية) طبقا لنص المادة (399) من القانون المدني¹.

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».

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 ووفقا لما إتفق عليه مع المشتري، وأن يضمن لهذا الأخير عدم تعرضه الشخصي وضمان العرض 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

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

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 إ.

- أن يكون المبيع مملوكا للبائع

- أن يكون المبيع موجودا وقت البيع

- ألا يكون نقل الملكية معلقا على حدوث أمر معين بنص القانون أو الاتفاق (ومثاله

الاتفاق على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسليم أو دفع الثمن طبقا للمادة 363 من القانون المدني)

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



هناك - إلا أن لا تنتقل فيها الملكية بمجرد العقد رغم أن المبيع، عين بالذات وهي:

1/ انتقال ملكية الموقوفات المستقبلية:

حسب المادة (92) من القانون المدني يمكن أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبليا، إذا
كان هذا الشيء منقولاً مستقبلياً معيناً بذاته فالملكية لا تنتقل بمجرد انعقاد البيع لان 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 مؤجلا للبائع أن يشترط أن يكون نقل
الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع » .

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 الجزافي

البيع الجزافي 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 الجزافي بنفس طريقة إنتقال ملكية المنقول المعين بذاته أي بمجرد انعقاد العقد دون حاجة إلى أي إجراء آخر.

ثالثا: نقل ملكية المنقول المعين بنوعه:

إن كان تعيين المبيع فقط كاف لإنعقاد البيع صحيحا، فهو بالنسبة لإنقال ملكيته غير كاف فالمشتري لا يصبح مالكا للشيء المعين بنوعه إلا بعد فرز ذلك طبقا للمواد (361¹ و 166) 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

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

² سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 159.

الفرز، فإنه في رأينا يجب أن يتم الفرز بحضور المشتري أو من ينوب عنه لمعرفة وقت انتقال الملكية نظرا لما يترتب عليها من آثار¹.

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:

إذا امتنع البائع عن القيام بعملية الفرز جاز للمشتري:

أ- إجبار البائع على تنفيذ إلتزامه (القيام بالفرز) تنفيذا عبثا إذا كان ذلك ممكنا وذلك بعد إعداره طبقا 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 طبقا للمادة (2/166) من القانون المدني.

د- حق المشتري في الفسخ والتعويض لإخلال البائع بإلتزامه بعد إعداره، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين (البائع) أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين (البائع) قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات.

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص113.

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 طبقا 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.

أولا: آثار الإشهار

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

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.

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 والبطلان 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 بطلانه زالت كل الحقوق التي تترتب عنه².

وبالتالي فإن حجية الشهر نسبية وبالنتيجة يمكن الطعن في التصرفات التي تم إنشاؤها 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 التقييم... 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:

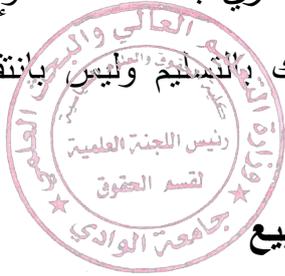
¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 131.

² حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 29.

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، ص 279.

- يصبح المشتري مالكا للمبيع ويخوله ذلك التصرف فيه¹.
- 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 الأخير².
- 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 تبعة الهلاك بالتسليم وليس بانتقال الملكية.



المطلب الثاني: التزام البائع بتسليم المبيع

- حسب نص المادة (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

عصران هما:

¹ حسب نص المادة (674) من القانون المدني فإن الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة.

² 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.

- 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).

ثانيا: طريقة التسليم

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

1- تسليم العقار: إذا كان المبيع عقارا على البائع إخلائه وتسليم مستندات الملكية والمفاتيح للمشتري، وإذا كان العقار مشغولا من الغير وجب على البائع إخراجه ما لم يكن شاغلا 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 عرفا ومثالها:

- تسليم المنقول بصور رمزية كما في حالة تسليم مفاتيح المخزن الموجود فيه السلعة.

- تسليم المستندات للبضائع المودعة في مخازن طبقا للمادة (1/813) من القانون المدني.

¹ ولا يستلزم ذلك أن تنتقل الحيازة المادية فعلا إلى المشتري وإنما يكفي أن يوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته ماديا وان ينتفع به دون عائق، فإذا وجد عائق بين المشتري وبين إنتقاعه 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 أثاملوي أن تسليم المنقولات يتم بالمناولة (اليد) أي التسليم المادي أو بتوفير وسيلة للدخول إلى مكان تواجد المبيع، راجع في ذلك: لحسين بن الشيخ أثاملوي، المنتقى في عقد البيع، الطبعة الثانية، دار هومة الجزائر، 2006، ص33.

ملاحظة: في هذا المثال عند تعارض مصلحة شخصين أحدهما استلم البضاعة ماديا والآخر استلم المستندات وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية للشخص الذي استلم البضاعة استلاما ماديا طبقا 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.

ثالثا: أنواع التسليم

هناك نوعان من التسليم، التسليم القانوني والتسليم الحكمي.



هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستولي عليه إستيلاء ماديا، وبالتالي هو أشمل من التسليم الفعلي بديل ما نصت عليه المادة (367) من القانون المدني بأنه يعتبر تسليم قانونيا إحدان 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:

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 تسلم شخص آخر البضائع ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضائع». «

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

الحالة 02: إذا كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية، كأن يستأجره أو يرتنه 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 البائع منقولا وقام البائع بالتصرف فيه لشخص آخر وسلمه إياه تسليما فعليا كانت الأفضلية لهذا الأخير تطبيقا لقاعدة "حيازة المنقول سند للملكية".

ربعا: زمان ومكان التسليم ونفقاته

1- زمان التسليم.

لم يضع المشرع حكما خاصا 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 شيئا من الوقت في تسليمه أو يمهل القاضي البائع أجلا لتسليم المبيع، إذا كان الطلب مبرر ولا يضر بالمشتري وألا يتعدى مدة سنة من تاريخ إبرام العقد (م 2/281) من القانون المدني².

¹ جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2013، ص120.

² يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الإقتصادية أن يمنحوا آجالا 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.

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 ونفرد هنا بين المبيع المعين بالذات والمبيع المعين بنوعه:¹

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:

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

هـ- زمان ومكان تسليم المبيع واجب التصدير:

وقد ورد فيها حكم خاص طبقاً لنص المادة (368) مدني²، 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.

¹ خليل احمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 139.

² تنص المادة (368) على أنه: « إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » .

3- نفقات التسليم:

لم يرد حكم خاص لذلك نرجع للقواعد العامة من خلال نص المادة (283) مدني فالأصل نفقات التسليم تقع على عاتق البائع، مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك أو بموجب نص قانوني، وتتمثل هذه النفقات في مصاريف النقل أو الفرز أو رسوم استخراج الوثائق... إلخ¹.

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 وطبقاً للقواعد العامة (المادة 107 مدني) ذكر الملحقات الضرورية لاستعمال المبيع بصورة دائمة، والتي يجب أن تلحق بالمبيع وإلا انعدمت المنفعة الموجودة منه.

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"².

¹ محمد حسين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006، ص112.

² أنور سلطان، مرجع سابق، ص189.

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

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

إذا سلم 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 وبيد
عناية الرجل العادي وألا يحدث تغييرا على المبيع.

ملاحظة: إذا أحدث البائع تغييرا 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 التعويض¹.

ب- المبيع المعين بنوعه (المثلي):

ليس هناك حكم خاص وبالتالي نطبق القواعد العامة ولا سيما نص المادة (94) من القانون المدني² والتي تفرق بين حالتين:

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 بالتقدير المتفق عليه من صنف متوسط طبقا للفقرة الثانية من المادة (94) من القانون المدني.

ثالثا: 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 مسؤولا عن ذلك، على أنه يجب أن يراعي في ذلك بأنه إذا كان النقص طفيفا وجرى العرف على التسامح فيه فليس

¹ وهذا ما ذهبت 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.

² تنص المادة (94) من القانون المدني على أنه: «إذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلا.

ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط، إذا تضمن ما يستطاع به تعيين مقداره.....»

للمشتري التمسك بالمقدار المذكور في العقد، إذ لا يكون البائع مسؤولاً إلا إذا كان النقص معتبراً مما لا يتسامح فيه عرفاً¹.

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 وبحكم له به أو إنقاص الثمن.

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

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 ثمن².

¹ 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 بأمتار يحول دون تنفيذ التصميم للبناء الذي أعده المشتري مسبقاً بناء على المساحة المتفق عليها وقت البيع، راجع في ذلك: عدنان سرحان، مرجع سابق، ص234.

² سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة "عقد البيع"، الطبعة الرابعة، عالم الكتب بالقاهرة، 1980، ص354.

ب- حالة الزيادة إذا كان الثمن مقدارا بحسب الوحدة: في هذه الحالة يجب أن نميز بين ما إذا كان المبيع قابلا 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 الفسخ¹.

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 ضررا بالبائع.

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

ونقصد بها دعوى البائع لتكملة الثمن ودعوى المشتري لإنقاص الثمن ودعواه في الفسخ استنادا 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.

رابعا: 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.

¹ تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد معيارا 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.

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:

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 أعذر البائع المشتري بأن يستلم المبيع ولم يفعل المشتري ذلك:

وهذا طبقا 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 حابسا للمبيع ضمانا لاستقاء 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.

¹ لم ينص المشرع الجزائري على شكل الإعدار أو طريقته، وجزت 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 إلتزامه طبقا في ذلك لأحكام نص المادة (179) من القانون المدني.

د- إذا هلك المبيع بفعل المشتري عند وضع يده على المبيع بدون إذن من البائع قبل التسليم¹.

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 الفسخ².

الفرع الثالث: حق البائع في حبس المبيع

هناك حالات منصوص عليها بالمادة (390) من القانون المدني لا يعد عدم تسليم المبيع فيها إخلال من البائع بإلتزامه 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

¹ محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، الإسكندرية. مصر، 1999، ص265.
² 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.

للوفاء بالثمن، إذ ما يهم البائع هو حصوله على الثمن وطالما لم يتم ذلك فله أن يحبس المبيع.

2- إذا كان الثمن مؤجلاً وسقط الأجل:

حسب الفقرة الثانية من المادة (390) من القانون المدني إذا كان الثمن مؤجلاً أو كان البائع منح أجلاً 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 انقضى 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.

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).

2- سقوط حق البائع في حبس المبيع طبقا للقواعد الخاصة (المادة 390) من

القانون المدني:

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

ثالثا: الآثار المترتبة على ثبوت الحق في الحبس للبائع

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

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

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

الفرع الرابع: جزاء 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 مطابقا للمواصفات المتفق عليها، وإذا أخل البائع بالتسليم على النحو السابق ذكره فإن للمشتري أن يطالب بالتنفيذ العيني إذا كان ممكنا كما يستطيع أن يطلب فسخ عقد البيع وللقاضي السلطة التقديرية في إجابته إلى طلبه، وللمشتري أن يطلب في الحالتين تعويضا عن الضرر، من جزاء إخلال البائع بالتزامه وهذا ما تقضي به القواعد العامة.

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

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 التزامه¹.

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 امتداداً لإلتزام البائع بتكتم المشتري من الانتفاع بالمبيع دون عائق والمرتبط أساساً بالإلتزامه بالتسليم.

¹ تنص الفقرة الثانية من المادة (166) من القانون المدني على ما يلي: « فإذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه، 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 ». »

أولاً: أساس الالتزام بضمان التعرض الشخصي

يستند هذا الالتزام في الأصل إلى النصوص القانونية التي أوردها المشرع في هذا الصدد، وهي المادتين (371 و 1/378) من القانون المدني¹، ضف 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 الالتزام من وقت البيع، حتى لو تعلق الأمر ببيع عقار لم يشهر بعد، إذ الالتزام بالضمان التزام شخصي يترتب على البيع حق قبل شهره.

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

ثانياً: نطاق ضمان التعرض الشخصي

يقوم الالتزام بضمان التعرض الشخصي في كل البيوع سواء محلها عقار أو منقول تمت بالمزاد أو بالبراضي.

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.

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

¹ محمد حسنين، مرجع سابق، ص 127 .

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- الإلتزام بضمان التعرض الشخصي التزام أبدي:

ويقصد بأبدية هذا الإلتزام أنه يظل 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.

¹ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 367.

² سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 187.

³ محمد حسين، مرجع سابق، ص 130.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 633.

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 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.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 635.

خامسا: 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 قائما 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 لحقه¹.

2- إذا كان التعرض قائما على سبب قانوني:

في هذه الحالة يدفع المشتري في مواجهة البائع بالقاعدة التي نفخني² من وجب عليه

الضمان امتنع عليه التعرض" وبالتالي لا يمكن ولا يحق للبائع الاستناد إلى حق استرداد

المبيع من نذرت يد المشتري لأنه أصلا ملزم بضمان ذلك وملزم بتمكين المشتري من حيازة

المبيع حيازة هادئة والانتفاع به دون عائق.

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 ضامن².

وبالرجوع إلى نص المادة (378) من القانون المدني وبمفهوم المخالفة فإن الزيادة أو

النقصان في الضمان جائز أما إسقاط الضمان فهو باطل³.

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص320.

² نفس المرجع، ص322.

³ 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 ». .

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.

أولاً: خصائصه:

1- ضمان التعرض الصادر من الغير هو التزام بعمل:

أي أنه عكس ضمان التعرض الشخصي الذي هو التزام بالامتناع عن العمل، فهو دائماً التزام بعمل أي يمنع 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 الغير¹.

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 كاملاً وليس رداً جزئياً، وإذا الباعة عدة وإستحق الغير لحصة معينة في البيع، كان جميعهم ملزمين برد هذا التعرض الصادر من الغير.

¹ محمد يوسف الرغبى، 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 تنفيذاً لإلتزامه بالتسليم.

ولا يكون البائع ضامنا إلا إذا كان التعرض قانونيا، ويعتبر كذلك إذا استند الغير إلى حق يدعيه 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 بالتفادم 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

¹ خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون الجزائري، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن، ص135.

² محمد يوسف الزغبي، مرجع سابق، ص338.

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

حق الضمان، واحتمال التعرض له لا يسمح له بالرجوع بالضمان طالما هذا التعرض لم يقع فعلا¹.

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

تدخل البائع إما أن ينتهي برد ادعاء الغير، ويكون بذلك قد نذرت التزامه بالضمان، وقد ينتهي الأمر إلى عدم تمكن البائع من رد ادعاء الغير أي استحقاق المبيع من الغير، ففي هذه الحالة يكون البائع ملزما 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 الضمان².

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

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

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص323.

² محمدي سليمان، محاضرات في عقد البيع، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر، 2003/2002، ص94.

الحالة الرابعة: تصالح المشتري مع الغير دون انتظار حكم

إذا دعا المشتري البائع التدخل في الدعوى لكن دون جدوى، وتصلح مع الغير دون إنتظار صدور الحكم فقد قرر المشرع طبقا 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:

طبقا 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 للمشتري أن يطالبه بالتعويض طبقاً لأحكام نص المادتين (375 و 376) بحسب الإستحقاق 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:

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 إلتمز 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 يرى الأستاذ خليل أحمد حسن قداد 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 قداد، مرجع سابق، ص102.

² نفس المرجع، ص163.

³ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص348.

(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 بتقدير ما أعاد على البائع من الزيادة في القيمة طبقاً لمادة (785) مدني، وإذا لم يتحصل عليها المشتري، ومن 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 وهواه.

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 269.

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 الكمالية¹.

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 فاته من كسب وما لحقه من خسائر:

وينبثق من ذلك كل خسارة لحقت للمشتري ومثالها مصاريف تحرير العقد عند الموثق، السمسرة ورسوم التسجيل وكذلك كل كسب فاته ومثاله فوات صفقة مريحة إثر شرائه للمبيع محل الاستحقاق².

2- الاستحقاق الجزئي:

وقد نصت عليه المواد (376 و 377) 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 المبيع³.

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 محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 349.

² خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 166-167.

³ محمد حسين، مرجع سابق، ص 146.

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 و 378) 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 المالية ولو كان البائع حسن النية

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

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 اسقاط 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

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.

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.

4، بطلان شرط الإعفاء من الضمان أو إنقاصه:

يكون باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير طبقاً للفقرة الثالثة من المادة (377)، وعلى المشتري إثبات تعمد البائع إخفاء حق الغير وينتج عنه بطلان شرط الإنقاص أو الإعفاء من الضمان ويبقى البائع ملتزماً 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

¹ محمد حسين، مرجع سابق، ص151.

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 جسيماً أو مؤثراً

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 ناقصاً 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 الثمن¹.

ثانياً: أن يكون العيب قديماً

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

¹ خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص176.

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 عبء 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).

1 محمد صديري السعدي، مرجع سابق، ص 374.

2 سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 290-292.

3 نفس المرجع، ص 295.

4 سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 296.

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

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

أولاً: في حالة إكتشاف 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.

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

في هذه الحالة إذا اكتشف المشتري، يجب عليه إخطار البائع فوراً وإلا اعتبر نادماً 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.

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.

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 اكتناف العيب، ولم ينقطع تخليص المبيع منها قبل الرد يمتنع عليه الرد، وفي كل هذه الأحوال لا يكون له سوى المطالبة بالتخويض، أما بالنسبة لرد الثمار مع المبيع، فيجب على المشتري رد ما أفاده من المبيع بصفة عامه، ويكون ذلك من يوم رد المبيع بالتراضي أو من يوم صدور الحكم بالرد ويراعى في هذا تطبيق المواد (837 838) من القانون المدني بشأن الثمار¹.

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 تؤدي عادة إلى الزيادة في قيمة المبيع، أما المصاريف الكمالية فلا يرجع بها إلا إذا كان البائع سيء النية يعلم بوجود العيب.

¹ محمدي سليمان، مرجع سابق، ص 110.

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.

ثانيا: التعويض عن العيب غير الجسيم

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

ثالثا: المطالبة بالتنفيذ العيني

لم ينص عليه المشرع بموجب أحكام خاصة، لكن وتطبيقا للتواعد العامة يمكن ذلك متى كان التنفيذ العيني ممكنا، وليس هناك ما يمنع المشتري من طلب إصلاح المبيع أو استبداله متى كان ذلك ممكنا، 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.

¹ معيار العيب غير الجسيم هو متى لم يبلغ حدا من الجسامة 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 سليما وقيمه معيوبا، راجع في ذلك: سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص306.

أولاً: الهلاك الذي لا يرجع إلى البائع

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 بنزاهة 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 غشا منه، وحق المشتري في هذه الحالة لا يسقط إلا بانقضاء المدة الطويلة المقررة في القواعد العامة².

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص308.

² وهذا ما ذهبت إليه إحتهادات 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.

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 بالعيب¹.

ثالثاً: زوال العيب: تسقط دعوى الضمان بزوال العيب قبل رفع الدعوى أو أثناءها، وإسقاط 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.



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 مقترناً بإخفاء البائع للعيب غشا منه فهذا الاتفاق يقع باطلاً.

الفرع السابع: ضمان صلاحية المبيع للعمل خلال مدة معينة

حسب نص المادة (386) فإنه يقصد بهذا الضمان²، أن البائع ملتزم في مواجهة المشتري بأن المبيع صالح للعمل لمدة معينة، ويبقى البائع ملتزم طوال هذه المدة ووفقاً

¹ محمد يوسف الزغبى، مرجع سابق، ص433.

² 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» .

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 إلى 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 تنفيذًا عينياً وذلك بإصلاح المبيع أو استبداله، وإلا فللمشتري الحق في طلب الفسخ

المبحث الثاني: التزامات المشتري

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

المطلب الأول: الالتزام بدفع الثمن

يعتبر الالتزام الأساسي الملقى على عاتق المشتري¹، وبدونه يفقد البيع وصفه ولتحديد هذا الالتزام يقتضي الأمر أن نبين أولاً كيفية تنفيذه وجزاء الإخلال بهذا الالتزام.

الفرع الأول: كيفية تنفيذ الالتزام بدفع الثمن

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.

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 271.

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 يقتضي بخلاف ذلك".

ينبثق 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".

¹ خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 187، أنظر كذلك: سعيد سليمان جبر، العقود المسماة البيع والإيجار، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 205.

² نذير بن عمو، العقود الخاصة (البيع والمقايضة)، الطبعة الأولى، مجد للنشر والتوزيع، 2008، ص 260.

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 عيبا خفيا وذلك طبقا للمادة (2/388) من القانون المدني¹.

ثالثا: 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 وفقا للعرف الجاري، مع الاشارة إلى أن المادة (387) تفرق بين حالتين:

الحالة 01: إذا كان الثمن مستحق الدفع وقت التسليم: في حالة عدم وجود اتفاق أو عرف ساري الجود 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 تطبيقا 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 أيضا أن يطلب فسخ عقد البيع².

أولا: التنفيذ الجبري: إذا لم يدفع المشتري ثمن البيع يعد مخلا بالتزامه، وفي هذه الحالة يكون للبائع بعد اعداره للمشتري للوفاء بدون جدوى أن يحجز على أموال هذا الاخير

¹ خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 191.

² سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 278.

بما فيها المبيع وبيعها بالمزاد العلني وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المواد من (687 إلى 799) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لإستيفاء دينه من الثمن الذي يرسو به المزاد.

ثانيا: حق الامتياز المخول للبائع¹: 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.

ثالثا: حبس المبيع: البائع إذا لم يتلقى ثمن المبيع من المشتري أن يحبس المبيع طبقا لأحكام نص المادة (390) من القانون المدني وقد سبق دراسته.

رابعا: فسخ عقد البيع: طبقا 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 صريحا على فسخ البيع نتيجة عدم الوفاء بالثمن وفي هذه الحالة لا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في دعوى الفسخ ويكون حكمه كاشفا وليس منشئا لحق الفسخ.²

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 أجلا للوفاء بالثمن،³ ويمكن للبائع العدول عن طلب الفسخ قبل صدور

¹ 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.

² سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 280.

³ عبد الحميد الشواربي، فسخ البيع في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، د ت ن، ص 66.

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 مفسوخا 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 الامتار، لذلك يفسخ العقد تلقائيا حفاظا على حقوق البائع، ويوضح من النص السالف الذكر أن حالة الفسخ القانوني تستدعي توفر شروط هي:

- أن يكون المبيع منقولا سواء كان معين بذاته أو بنوعه، وسواء كان منقولا بطبيعته أم بحسب المآل كالثمار التي حان قطفها، لكن لا تطبق هذه الحالة على المنقول المعنوي ولا العقارات.

- أن يكون هناك اتفاق على ميعاد واحد لدفع الثمن وتسلم المبيع أي يكون البيع مؤجلا.

- أن يتأخر المشتري عن الوفاء بالثمن في الموعد المحدد، لكن بشرط ألا يكون تخلف المشتري عن الدفع قد جاء استعمالا لحقه في الحبس نتيجة تقصير البائع في الوفاء بالتزاماته.

- أن يتمسك البائع بالفسخ، لأنه أمر مقرر لمصلحته.

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.

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص286.

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 تسلم 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 وفقاً للقواعد العامة بعد أن يقوم بإعداد المشتري بتسلم المبيع أن يلجأ للقضاء من أجل التنفيذ العيني وذلك بأن يطلب تسليط غرامة تهديدية عن كل يوم تأخير في تسلم المبيع.

دعماً 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 خزانة 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 عرف البعاري (كألعاب الأسهم 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 عقارا وكذا مصاريف الموثق.

ملاحظة: ان مصاريف تنفيذ البائع لالتزامه كمصاريف النقل لغرض التسليم ومصاريف تحضير المستندات التي تثبت ملكية البائع للمبيع، يتحملها البائع ما لم يتم الإتفاق على خلافه²، كذلك الأمر بالنسبة للمصاريف اللازمة لتطهير العقار من الرهون وفك الرهن لأن البائع ضامن للمشتري الانتفاع بالمبيع³.

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

² سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 369.

³ محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 373.

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 استثناء في ذات المادة في حالة وجود إتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك كإتفاق الأطراف على أن تكبرن التكاليف مناصفة أو يتحملها البائع كاملة.



الباب الثاني: عقد الكفالة

ظهرت الكفالة كتأمين شخصي في القانون الروماني القديم، حيث كان الكفيل الذي يضمن الوفاء بالدين هو أحد أفراد عائلة المدين أو أحد أصدقائه، وكان الكفيل ملزماً باعتباره مديناً أصلياً بكل الدين، لذلك يحق للدائن أن يختار بين المدين الأصلي أو الكفيل للمطالبة بالدين عند تاريخ الوفاء، وبالتالي كانت الكفالة في تلك الفترة مختلطة بالتضامن، ذلك وإن كان له الخيار بين أن يمارس دعواه في مواجهة المدين الأصلي أو الكفيل، إلا أنه إذا مارس تلك الدعوى قبل أحدهما يفقد حقه في ذلك إتجاه الآخر.

وأمام هذا الوضع ظهر ما يسمى بنظام "Fidjevisse"، أين يلزم الدائن بالرجوع أولاً على المدين قبل رجوعه على الكفيل، وفي عهد "جستينيان" نشأ ما يسمى بالدفع بالتجريد والذي يفاده أن الكفيل يحق له أن يدفع دعوى الدائن بالوفاء بوجوب الرجوع على المدين وتجريده من أمواله، وإلى جانب هذا الدفع أقر دفعا آخر وهو الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء.

وهي نفس المراحل التي مر بها القانون الفرنسي، حيث إختلطت في أول عهود هذا القانون الكفالة بالتضامن في المديونية، لكن شيئاً فشيئاً بدأت الكفالة تتميز عن التضامن، وأصبح الكفيل يضمن ديناً في ذمة الغير، وبذلك يحق له الدفع بالتجريد ما لم يكن هناك تضامناً بينهما، والحق بالتقسيم بينه وبين الكفلاء في حالة تعددهم، إذا كانوا غير متضامنين.¹

وفيما يخص المشرع الجزائري فقد نظم أحكام الكفالة في القانون المدني من خلال الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود، وذلك بالمواد من (644) إلى المادة (673) منه، والتي سنحاول تحليلها ودراستها من خلال ثلاث فصول:

¹ حسين محمد عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 45-47.



الفصل الأول يتعلق بالإطار المفاهيمي للكفالة

أما الفصل الثاني فيتعلق بآثار الكفالة

والفصل الثالث يخصصه لإنقضاء الكفالة



الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة

الكفالة تأمين شخصي كفله المشرع للدائن كضمان للحصول على حقه في حالة اعسار مدينه، ومن خلال نصوص المواد (644) وما يليها من القانون المدني تطرق الى تعريفها وأركانها من خلال الفصلين الأول والثاني من الباب الحادي عسر منه، الأمر الذي يستدعي التطرق إلى مفهوم الكفالة من خلال تلك النصوص ولا سيما تعريفها، خصائصها وكذا أنواعها، وإلى شروطها وأركانها وتمييزها عن بعض النظم المشابهة لها.

المبحث الأول: مفهوم الكفالة

تطرق المشرع الجزائري الى تعريف الكفالة في المادة (644) من القانون المدني، ومن خلال هذا التعريف يمكن إستنتاج عدة خصائص لهذا التأمين، كما يمكن تقسيمها إلى عدة صور بحسب اختلافها سواء من حيث مصدرها أو طبيعتها أو من حيث حدود التزام الكفيل.

المطلب الأول: تعريف الكفالة وخصائصها.

سنتناول من خلال هذا المطلب تعريف الكفالة ثم خصائصها.

الفرع الأول: تعريف الكفالة

عرف المشرع الجزائري الكفالة في المادة (644) من القانون المدني التي تنص على أنه: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

أما بالنسبة للمدين الأصلي فهو ليس طرفا في عقد الكفالة بل يظل أجنبيا عنه،¹ كما يمكن أن يتم بغير علمه بل حتى رغم معارضته، وهذا ما نصت عليه المادة (647) من القانون المدني: "تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجاوز أيضا رغم معارضته"، لكن في الغالب فإن المدين يلعب دورا من خلال دعوة الكفيل للتعاقد مع الدائن.

¹Dominique legeais, le Cautionnement, Economica, Paris, 1995, P10.

والتزام الكفيل تابع لإلتزام المدين الأصلي، وهو ما يجعل التزامه يكون في الدرجة الثانية، بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب المدين الأصلي أولاً، وأن يبدأ بالتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل.¹

الفرع الثاني: خصائص الكفالة

طبقاً لما ورد من أحكام في المادة (644) من القانون المدني التي عرفت عقد الكفالة، يمكن من خلالها أن نستخرج خصائصها والمتمثلة في:

أولاً: الكفالة عقد ضمان شخصي

الكفالة هي تأمين لصالح الدائن في حالة إمتناع المدين عن الوفاء بالتزامه، ذلك أن التزام الكفيل بالوفاء بالدائن يزيد من ثقة الدائن في حصوله على حقه ويتحقق به الضمان²، والطابع الشخصي لا يفرضه به التنفيذ على شخص الكفيل بحد ذاته، وإنما التنفيذ على أمواله- إضافة ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في الوفاء بالدائن-أي الكفيل يضم ضمانه العام إلى الضمان العام للمدين.

ثانياً: الكفالة عقد رضائي

يتم عقد الكفالة بمجرد تراضي أو تطابق إرادة طرفيها -الكفيل والدائن- ولا يشترط فيه أي شكل للإنعقاد، أما الشكل الذي تتطلبه المادة (645) من القانون المدني فهو للإثبات وليس للإنعقاد.³

¹ محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص13-14.

² حسين محمد عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص45-47.

³ محمد علي عبده، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص70-71.

ثالثا: الكفالة عقد تبرعي

كأصل عام الكفالة من عقود التبرع بالنظر إلى أطراف العقد (الدائن والكفيل)، لأن الكفيل يلتزم بالوفاء للدائن بدون مقابل.

لكن إذا تلقى الكفيل مقابلا عن كفاله للمدين من الدائن نفسه هنا يتحول عقد الكفالة إلى عقد معاوضة وليس تبرعا.

رابعا: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد

الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، لأنه لا ينشأ بالتزامات إلا في ذمة الكفيل، الذي يلتزم بالوفاء بدين المدين إذا لم يتم هذا الأخير بتنفيذه.¹

لكن من جهة أخرى، يمكن أن يكون عقد الكفالة ملزما لجانبين إذا ما قدم الدائن مقابلا للكفيل نظير كفاله، غير أنه إذا قدم المدين مقابلا للكفيل فإن الكفالة تبقى عقدا ملزما لجانب واحد لأن المدين ليس طرفا في العقد.

خامسا: الكفالة عقد تبعي

لقيام عقد الكفالة لا بد من وجود التزام أصلي بين الدائن والمدين، ولهذا فعقد الكفالة يتبع الالتزام الأصلي من حيث الصحة والانقضاء.

وعقد الكفالة بهذه الصورة لا يتمتع بكيان مستقل عن نطاق العقد الأصلي، بل هو تابع

له.²

¹ تنص المادة (645) من القانون المدني على أنه: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة"، هذا على خلاف المشرع اليمني الذي لا يشترط شكلا معيناً للإثبات، حيث يجوز طبقاً للقانون اليمني إثبات الكفالة بالشهود والكتابة وغيرها من طرق الإثبات.

² محمد علي عبده، مرجع سابق، ص 74.

وفكرة التبعية يترتب عنها أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده قبل أن يرجع على المدين الأصلي، ويترتب أيضا على صفة التبعية أن التزام الكفيل يكون في حدود التزام المكفول، وإذا كان الإلتزام الأصلي باطلا يكون التزام الكفيل باطل بالتبعية.¹

ملاحظة: لهذه الخاصية (أي خاصية التبعية) إستثناءات وهي:

- من حيث الإثبات فإن العقد الأصلي يخضع للقواعد العامة في الإثبات، في حين عقد الكفالة لإثباته يشترط الشكلية.

- من حيث سقوط الأجل فإن سقوط أجل الدين الأصلي بسبب إفسار أو إفلاس المدين مثلا لا يؤدي إلى سقوط الأجل في مواجهة الكفيل.

- صحة التزام الكفيل بالرغم من أن التزام المدين قابلا للإبطال بسبب نقص الأهلية متى كانت هذه الأخيرة هي السبب الذي دفع الكفيل لكفالة المدين. ففي هذه الحالة لا يمكن له الإحتجاج بسقوط التزامه بسبب قابلية الإلتزام الأصلي للبطالن، منمسا بذلك بقاعدة التبعية.

المطلب الثاني: أنواع الكفالة

يمكن تقسيم الكفالة من حيث مصدرها إلى اتفاقية، قانونية وقضائية، ومن حيث طبيعتها إلى كفالة مدنية وأخرى تجارية، ومن حيث حدود التزام الكفيل تنقسم إلى كفالة كلية وأخرى جزئية.

الفرع الأول: أنواع الكفالة من حيث مصدرها

تنقسم الكفالة من حيث مصدرها إلى ثلاث أنواع: الكفالة الإتفاقية، الكفالة القانونية والكفالة القضائية.

¹ محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة)، مرجع سابق، ص16-17.

² سرايش زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي، طبعة أولى، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص15.

أولاً: الكفالة الإتفاقية

الكفالة الإتفاقية هي الكفالة التي تنشأ بموجب إتفاق بين الدائن والمدين، على أن يقدم هذا الأخير كفيلاً مقابل أن يمنحه الدائن أجلاً أو قرضاً، ويكون هذا الاتفاق هو مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة، ويمكن الاتفاق عليها قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد ذلك، ويعد أيضاً من قبيل الكفالة الإتفاقية تقديم الكفيل من تلقاء نفسه، بأن يؤدي خدمة للمدين أو للدائن.¹

ثانياً: الكفالة القانونية

الكفالة القانونية هي تلك التي ينص القانون على وجوبها، ومثالها ما نصت عليه المادة (851) من القانون اللبناني التي تلزم صاحب حق الانتفاع من منقول بتقديم كفيل لضمان الوفاء بالتزامه برد المنقول عند نهاية الانتفاع.²

ثالثاً: الكفالة القضائية

الكفالة القضائية هي الكفالة التي يلتزم المدين بتقديمها بناء على حكم من القاضي، ويكون بذلك حكم القاضي هو مصدر التزام المدين بتقديم كفيل إستناداً الى السلطة التقديرية الممنوحة له بموجب القانون.

ملاحظة:

للتفرقة ما بين الكفالة الإتفاقية والأنواع الأخرى لها من حيث مصدرها أهمية بالغة من الناحية العملية لأن المادة (667) من القانون المدني نصت صراحة على أن الكفلاء في

¹ محمد محمود معطي، الكفالة في ضوء الفقه والإجتهد، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص47.

² محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية- عقد الكفالة)، مرجع سابق، ص21-22.

الكفالة القضائية والقانونية دائما متضامنين، لكن إذا تعدد الكفلاء في الكفالة الاتفاقية، يكونون غير متضامنين، إلا إذا تم الاتفاق على ذلك في عقد الكفالة.¹

الفرع الثاني: أنواع الكفالة بحسب طبيعتها

يمكن أن نقسم الكفالة من حيث طبيعتها إلى كفالة شخصية وكفالة عينية، كذلك إلى كفالة مدنية وأخرى تجارية.

أولاً: الكفالة الشخصية

الكفالة الشخصية هي عقد يلتزم بمقتضاه الكفيل أن يوفي بالتزام للدائن إذا لم يوف به المدين، بمعنى ضم ذمة الى ذمة أخرى، وبالتالي فالدائن تصبح له ذمتان، ذمة المدين الأصلي وذمة الكفيل.

ثانياً: الكفالة العينية

يقصد بالكفالة العينية تقديم الكفيل عينا ما (عقار أو منقول) فتطبق عليه أحكام التأمينات العينية (الرهن الرسمي أو الحيازي).

ثالثاً: الكفالة المدنية

الأصل أن الكفالة تعتبر عملاً مدنياً دائماً بالنسبة للكفيل لأنها من عقود التبرع، حتى ولو كان الكفيل يقوم بممارسة نشاط تجاري، وكان الدين الذي يكلفه تجارياً أو ناتج عن علاقة تجارية بين الدائن والمدين، لأن الهدف منها هو أداء الكفيل خدمة للمدين.²

وهذا ما نصت عليه المادة (651) من القانون المدني: "تعتبر كفالة الدين التجاري عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً".

¹ محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة)، مرجع سابق، ص22.

² قنري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة، التضامن والتضام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص30.

ويترتب على اعتبار الكفالة مدنية أهمية من حيث الإثبات، ومن حيث الإختصاص القضائي، فتثبت على إعتبار الإثبات المعروف في القانون المدني بالكتابة أو ما يقوم مقامها، أما في ما يخص الإختصاص، فالمحكمة المدنية هي المختصة إذا كان الكفيل هو المدعى عليه.¹

رابعاً: الكفالة التجارية

تكون أمام كفالة تجارية إذا كان الكفيل تاجراً ويحترف الكفالة بمقابل، كفالة بنك لدين أحد عملائها نظير مقابل أو ما يسمى بالعمولة.

وتعتبر عملاً تجارياً أيضاً إذا تعلقت بدين في ورقة وقع عليها الكفيل بصفته ضامناً إحتياطياً أو مظهراً، وهذا ما ورد في المادة (651) الفقرة الثانية من القانون المدني:

الفروع الثالث: أنواع الكفالة بحسب التزام الكفيل

يمكن تقسيم أنواع الكفالة بحسب إلتزام الكفيل إلى كلية، جزئية ومحددة.

أولاً: الكفالة الكلية

تكون الكفالة كلية أو كاملة إذا ضمن الكفيل الدين الأصلي كله، مثلاً إذا كان الدين الأصلي عشرة الاف دينار، وإلتزام الكفيل بضمان الوفاء به كاملاً.

ثانياً: الكفالة الجزئية

تكون الكفالة جزئية في حالة ما إذا إلتزم الكفيل بضمان جزء من الدين، وهذا ما نصت عليه المادة (652) في فقرتها الثانية من القانون المدني "... ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون".

¹ سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، طبعة رابعة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص33.

ثالثا: الكفالة المحددة

الكفالة المحددة هي تلك الكفالة التي يضمن فيها الكفيل نسبة معينة من الدين، حيث يبقى الكفيل ملزما اتجاه الدائن بالنسبة المكفولة الى غاية استفاء الدائن دينه كاملا.

المبحث الثاني: شروط وأركان الكفالة وتمييزها عن النظم المشابهة لها

نص المشرع في المواد (644) وما يليها على شروط الكفالة، كما أنه واعتبارا على أن الكفالة عقد فيتوجب الأمر التطرق إلى أركانها، وذلك حتى نتمكن من التمييز بينها وبين النظم المشابهة لها.

المطلب الأول: شروط وأركان الكفالة

بين شروط الكفالة كتأمين شخصي لضمان الوفاء بالدين للدائن وأركانها على اعتبار أنها عقد.

الفرع الأول: شروط الكفالة

إن الغرض من تقديم الكفيل هو تأمين الدائن ضد مخاطر إفسار مدينه وذلك بضم نمة مالية إلى ذمة هذا الأخير، ويجب أن تتوفر شروط معينة في الكفيل في جميع الأحوال التي يلتزم فيها المدين بتقديم الكفيل، وقد وردت هذه الشروط في المادة (646) من القانون المدني التي تقضي بأنه: "إذا التزم المدين بتقديم كفيل يجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل، تأمينا عينيا كافيا".

وبالتالي الشروط المنصوص عليها في المادة (646) السالفة الذكر تتعلق بالكفيل

الذي يقدمه المدين وهي:

أولا: يسار الكفيل

يجب أن يكون الكفيل موسرا أي قادرا على الوفاء بالدين الذي كفه، والمدين الذي قدم الكفيل هو الذي يتحمل عبئ إثبات يساره، فيثبت أن للكفيل مالا ولو شائعا عقارا أو منقولا.

وللدائن أن يثبت أن هذا المال أو بعضه متنازع فيه، أو يصعب التنفيذ عليه لبعده أو سهولة تهريبه أو سهولة إخفائه أو لأي سبب آخر فيستبعد هذا المال كضمان، والتقنين المدني الفرنسي يشترط أن يكون مال الكفيل الذي يثبت يساره عقارا لا منقولاً.¹

ثانيا: إقامة الكفيل بالجزائر

الغرض من هذا الشرط هو تمكين الدائن من الرجوع على الكفيل بأسهل الطرق، وذلك إذا لم يفي المدين بالتزامه، ولا يشترط أن يكون الكفيل مقيما في موطن المدين، ولا يشترط كذلك أن يكون الكفيل جزائري الجنسية بل يصح أن يكون أجنبي ما دام مقيما بالجزائر لأن النص جاء عاما.²

وفي حالة تخلف أحد هذين الشرطين يلتزم المدين بتقديم تأمين عيني كاف ويساوي أن يكون هذا التأمين العيني رهن رسمي أو حيازي، والمشرع لم يذكر تقديم كفيل آخر عكس المشرع الفرنسي الذي نص على أنه في حال تخلف هذين الشرطين وجب على المدين تقديم كفيل آخر، إلا إذا كان الدائن قد إختار كفيلا بذاته فإنه يتحمل نتيجة إعساره.

الفرع الثاني: أركان الكفالة

الكفالة عقد وبالتالي لا بد أن تتوفر فيه أركان وهي التراضي، المحل والسبب

أولا: التراضي

ما دام الكفالة عقد وجب توافر الرضا لدى طرفيه، الكفيل والمكفول له (الدائن)، أما عن المكفول عنه (المدين) فلا حاجة لرضائه،³ إذ تجوز الكفالة دون علم هذا الأخير، ورغم معارضته، وهذا وفقا للمادة (647) من القانون المدني.

¹ قديري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة (التضامن والتضامم)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص41.

² سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص39.

³ العمروسي أنور، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص238.

1- وجود التراضي:

التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبير عن إرادتي طرفي العقد، وهذا ما نصت عليه المادة (59) من القانون المدني.

وحسب نص المادة (60) من نفس القانون يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

2- صحة التراضي:

الأمر يستدعي التطرق لأهلية الطرفين في العقد (الكفيل والدائن) إضافة إلى وجوب أن يكون رضاها خاليا من عيوب الإرادة.

أ- الأهلية:

- يجب أن يتميز بين أهلية الكفيل وأهلية الدائن:

- يجب أن يكون الكفيل كامل الأهلية أي بالغا سن 19 سنة، وإذ كان رعييم الأهلية فتصرفه باطل بطلان مطلق، أما إذا كان ناقص الأهلية فهو قابل للإبطال.

- أما بالنسبة لأهلية الدائن، فيمكن أن تتوفر فيه أهلية التمييز إذا كانت الكفالة تبرعية أما إذا كانت بمقابل يجب أن يكون كامل الأهلية لكي تكون الكفالة صحيحة، وإلا فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحته.¹

ب- خلو الإرادة من العيوب:

تخضع الكفالة على اعتبار أنها عقد للقواعد العامة، ولا سيما ما تعلق بعيوب الإرادة، لذلك يجب أن تكون إرادة الدائن والكفيل خالية من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط، التدليس، الإكراه والإستغلال، وإلا كان العقد قابلا للإبطال

ثانيا: المحل

المحل في عقد الكفالة هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي من طرف الكفيل، والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه، فالإلتزام الكفيل تابع للإلتزام الأصلي المكفول، لذلك يشترط في هذا

¹ سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 17.

الأخير مجموعة من الشروط لكي يكون التزام الكفيل ممكنا وصحيا تبعا له، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- أن يكون الإلتزام الأصلي موجودا أو ممكن الوجود:

يجب أن يكون الإلتزام الأصلي موجودا مهما كان مصدره لأن عقد الكفالة عقد تابع، وفي حالة عدم وجوده لا تتعد الكفالة لعدم محلها أو موضوعها، ولكن هذا لا يمنع أن يكون الإلتزام الأصلي مستقبلي أو شرطي.

وهذا ما نصت عليه المادة (650) من القانون المدني: "تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط.

غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبلي لم يعين مدة الكفالة، كان له أن يتراجع فيها في أي وقت، ما دام الدين المكفول لم ينشأ".

وبالتالي يمكن كفالة الإلتزام المستقبلي، لذلك يجب أن يحدد مقدار الدين المستقبلي المكفول بدقة، فإذا تعذر ذلك وجب أن يحدد الحد الأقصى الواجب كفالته من طرف الكفيل. وإذا لم يعين الكفيل مدة الكفالة في الإلتزام المستقبلي فله الرجوع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ بعد.

كما يجوز كفالة الدين الشرطي سواء كان الدين الأصلي معلقا على شرط واقف أو معلقا على شرط فاسخ¹، ويترتب على صفة التبعية لإلتزام الكفيل أن يكون إلتزامه أيضا معلقا على نفس الشرط المعلق عليه الإلتزام الأصلي.

2- أن يكون الإلتزام المكفول صحيحا:

يشترط أن يكون الإلتزام المكفول صحيحا، لأن التزام الكفيل تابع للإلتزام الأصلي في صحته أو بطلانه وجودا أو عدما.

وهذا طبقا لنص المادة (648) من القانون المدني التي نصت على أنه: "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الإلتزام المكفول صحيحا".

¹ سي يوسف زاوية حورية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 47-50.

كإستثناء فقد خص المشرع الجزائري الحالة التي يكون فيها المدين ناقص الأهلية وهذا طبقا لنص المادة (649) من القانون المدني ومفادها أن الشخص الذي يكفل إلتزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الإلتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول.

كما أضافت المادة (654) في فقرتها الثانية بأنه لا يمكن للكفيل أن يحتج بنقص أهلية المدين الأصلي متى كان عالما بنقص اهليته وقت التعاقد.

3- أن يكون الإلتزام المكفول معينا أو قابلا للتعيين:

بما أن الكفالة عقد فإنه يستوجب أن يكون التزام المكفول معينا تعيينا قابلا للجهاالة، أو قابلا للتعيين بحسب ما إذا كان مبلغا من النقود أو بضاعة يحدد نوعها ومقدارها. كما يجوز أن يكون الإلتزام قابلا للتعيين ومثاله أن يكفل للدائن حقه في التعويض عن فعل ضار وقع من شخص ما، والوفاء بهذا التعويض يكون عند إتمام تقديره.

4- أن يكون إلتزام الكفيل في حدود الإلتزام المكفول

تبعية الكفالة للإلتزام الأصلي تفرض أن لا يكون أكثر من هذا الأخير من حيث القيمة أو المقدار، ولا بشروط أشد من شروطه، وهذا ما قضت به المادة (652) من القانون المدني والتي نصت على أنه "لا يجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفولة".

وعلى العكس تجوز الكفالة في مبلغ أقل من الدين الأصلي وبشروط أهون وهناك من يرى بأنه يمكن تخفيف إلتزام الكفيل إذا كان يفوق مقدار الإلتزام الأصلي الى حدود التزام المدين.²

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

² سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 19-20.

ثالثاً: السبب

سبب الكفالة هو الباعث أو الدافع للتعاقد، فإذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وبمقابل، فإن سبب إلتزام الكفيل يكون المصلحة التي سيحصل عليها، أما إذا تمت الكفالة تبرعياً، فيكون سبب الإلتزام هو نية التبرع.

أما إذا إنعقدت الكفالة لمصلحة المدين، فقد يكون هذا الأخير تعهد بشيء للكفيل، ففي هذه الحالة يكون هذا المقابل هو سبب إلتزام الكفيل، وفي كل الحالات يجب أن يكون ممكناً غير مستحيل، ومشروعاً وغير مخالف للنظام العام وإلا كان باطلاً طبقاً للقواعد العامة ولا سيما نص المادة (97) من القانون المدني.

المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها

بعد تعريف الكفالة وتبيان خصائصها ثم شروطها وأركانها، الأمر يستدعي الآن التمييز بينها وبين بعض الأنظمة القانونية المشابهة لها.

الفرع الأول: الكفالة والتضامن

يختلف إلتزام الكفيل عن التزّام المتضامن من حيث أن:

- الدائن في الكفالة لا يستطيع مطالبة الكفيل بالدين إلا بعد مطالبة المدين، أما في التضامن فيمكنه الرجوع على المدينين المتضامين دون مراعاة ترتيبهم.
- التزّام المدين المتضامن يكون دائماً مساوياً لإلتزام المدين الأصلي، أما التزّام الكفيل قد يكون أقل من الإلتزام الأصلي.
- التزّام الكفيل مرتبط بالإلتزام الأصلي وجوداً وعدماً، وفي حالة إبراء الدائن لذمة المدين تبرأ تلقائياً ذمة الكفيل وهو ما لا يطبق في التضامن إذ تنص المادة (227) من القانون المدني على أنه: "إذا أبرأ الدائن أحد مدينه المتضامين فلا تبرأ ذمة الباقيين إلا إذا صرح الدائن بذلك".

الفرع الثاني: الكفالة والإجابة الناقصة

الإجابة تفترض وجود مدين ودائن وأجنبي، بحيث يتفق الدائن مع المدين على أجنبي ليلتزم بالوفاء بالدين للدائن مكان المدين الأصلي¹، وهذا طبقا لنص المادة (294) من القانون المدني.

والإجابة نوعان الإجابة الكاملة والإجابة الناقصة هذه الأخيرة يلتزم المناب قبل الدائن (المناب إليه) بجانب التزام المنيب (المدين)، أي إنضمام المناب إلى جانب المدين الأصلي ويلتزمان بنفس الدين، وهنا يبقى الدين في ذمة المدين الأصلي.

لذلك يتشابه المناب مع الكفيل، في أن يلتزم المناب اتجاه المناب لديه (الدائن) يكون بجانب التزام المنيب (المدين)، ويختلفان من حيث:

- أن التزام المناب هو إلتزام أصلي بجانب إلتزام المدين في مواجهة الدائن وبالتالي هو ليس كفيل للمدين.
- لا يستطيع المناب أن يدفع بقاعدة التجريد أو الرجوع على المدين أولا، عكس الكفيل الذي يحق له ذلك.

الفرع الثالث: الكفالة وعقد التأمين

عقد التأمين طبقا لنص المادة (619) من القانون المدني وإن كان مثله مثل الكفالة يتعلق بالضمان إلا أنه يختلف عنها من حيث:

- أن عقد التأمين عقد أصلي قائم بذاته، في حين إلتزام الكفيل هو تباعي يركز في وجوده على الإلتزام الأصلي.
- عقد التأمين عقد ملزم لجانبين، في حين الكفالة في الغالب هو عقد ملزم لجانب واحد.

¹ دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص96.

ملاحظة:

طبقا لنص المادة (645) من القانون المدني فلا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة.

وبالتالي فإن الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل لكنها ليست شرطا للإعقاد، وقد إشتراط المشرع الجزائري الكتابة للإثبات دون تحديد نوعها عرفية كانت أو رسمية، كما لم يشترط أن تكون الكتابة بتاريخ ثابت وبالتالي نطبق القواعد العامة في مسألة حجية الوثائق العرفية في مواجهة الغير



¹ دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص96.

الفصل الثاني: آثار الكفالة

نجد وأن عقد الكفالة وإن كان طرفاه الكفيل والدائن إلا أن أثره يتعدى ذلك الى المدين على الرغم من أنه طرف أجنبي عن العقد، وبالتالي تتلخص آثار الكفالة في ثلاث علاقات، الأولى بين الكفيل والدائن، والثانية بين الكفيل والمدين الأصلي، أما الثالثة فهي بين الكفيل والكفلاء في حالة تعددهم والتزامهم بالوفاء بنفس الدين ولنفس المدين.

المبحث الأول: العلاقة بين الدائن والكفيل

طرفي عقد الكفالة هما الدائن والكفيل، لذا يفترض نشوء علاقة بينهما والهدف منها هو تحقيق الضمان، ويكون الكفيل ضامن إحتياطي يتعين عليه الوفاء بالتزامه إذا لم يوفي المدين نفسه بهذا الالتزام به، وبهذا يكون من حق الدائن مطالبة الكفيل بالوفاء والتنفيذ على أمواله. وفي المقابل فقد كفل المشرع للكفيل الحق في الدفاع عن نفسه، بإستعمال دفعات تتعلق بعقد الكفالة أو العقد الأصلي.

المطلب الأول: حقوق الدائن

للدائن الحق في مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين الأصلي الذي لم يوفي به المدين الأصلي كما يمكنه التنفيذ على الذمة المالية للكفيل وذلك وفقا للشروط المحددة قانونا.

الفرع الأول: حق الدائن في مطالبة الكفيل بالدين

نظم المشرع الجزائري حق الدائن في مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين المكفول وذلك وفقا لشروط ونطاق محدد.

أولا / شروط المطالبة بالدين:

يترتب على عقد الكفالة كأثر حق الدائن في مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين الذي كان في ذمة المدين الأصلي وذلك متى توفرت الشروط التالية:

1. حلول أجل الدين:

لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بدينه الناشئ عن عقد الكفالة إلا بعد حلول أجل الدين، وإذا لم يكن هناك إتفاق على تحديد أجل دين الكفيل فإنه يحل بحلول أجل المدين، أما إذا تم الاتفاق على أجل خاص لدين الكفيل، فلا يجوز مطالبته إلا بعد حلول هذا الأجل، ولو كان دين المدين قد حل أجله.

• ملاحظة:

وفقا للرأي الغالب فإن سقوط أجل دين المدين الأصلي بسبب الإفلاس مثلا لا يؤدي إلى سقوط أجل الدين للكفيل لأنه لا يجوز أن يكون إلتزام هذا الأخير أشد من الإلتزام المدين.

2. الرجوع على المدين أولا:

طبقا لنص المادة (660) الفقرة الأولى من القانون المدني فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين، أو مطالبتها معا بموجب دعوى قضائية¹.

ثانياً، المطالبة بالدين في حالة تعدد الكفلاء:

عالج المشرع حالة تعدد الكفلاء وكيفية مطالبتهم بالدين من قبل الدائن في المادة (664) من القانون المدني وقسمها إلى حالات هي:

الحالة الأولى: إذا تعدد الكفلاء لدين واحد ويعقد واحد وكانوا غير متضامنين، يقسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.

الحالة الثانية: إذا تعدد الكفلاء لدين واحد ويعقد واحد وكانوا متضامنين، فيمكن للدائن الرجوع على أحدهم بكامل الدين ولا يمكن للكفيل الدفع بالتقسيم.

الحالة الثالثة: إذا إلتزم الكفلاء بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله، إلا إذا كان قد إحتفظ لنفسه في عقد الكفالة بحق التقسيم.

¹ محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة) ، مرجع سابق، ص58.

الفرع الثاني: التنفيذ

للدائن الحق في التنفيذ على أموال الكفيل وفقا للأوضاع والشروط المقررة قانونا، ويختلف الأمر حسب الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: إذا كان الكفيل متضامن مع المدين، فيمكن للدائن التنفيذ على من يشاء.

الحالة الثانية: إذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين، فلا يمكن التنفيذ على الكفيل إلا بعد التنفيذ على المدين الأصلي.

المطلب الثاني: الدفع التي يتمسك بها الكفيل

أقر المشرع الجزائري للكفيل بعض الدفع التي يمكنه التمسك بها في مواجهة الدائن عن مطالبته بالدين المكفول، منها ما تتعلق بالعقد الأصلي وأخرى مرتبطة بعقد الكفالة

الفرع الأول: الدفع المرتبطة بالعقد أو الإلتزام الأصلي

للكفيل الحق بالتمسك في مواجهة الدائن بنفس الدفع التي يمكن للمدين التمسك بها في مواجهة دائنه، لأن التزام الكفيل هو إلتزام تبعي، وتتمثل هذه الدفع في:

أولا/الدفع ببطان الإلتزام الأصلي:

يحق للكفيل المطالبة أو الدفع ببطان الكفالة على أساس أن الإلتزام الأصلي باطلا، بسبب مثلا تخلف أحد أركان العقد الأصلي، لأن التزام الكفيل هو إلتزام تبعي للإلتزام الأصلي في صحته وبطلانه.

ثانيا/الدفع بإنقضاء الإلتزام الأصلي:

إذا إنقضى إلتزام المدين إما بالوفاء أو الوفاء بمقابل أو المقاصة أو التجديد والإنابة أو إتحاد الذمة أو غيرها، ينقضي بالتبعية التزام الكفيل.

وإذا إتفق الدائن مع مدينه على قبول شيء آخر من المدين في مقابل الدين، فيقوم هذا الأخير بنقل ملكية الشيء إلى دائنه فتبرأ ذمة الكفيل بالتبعية.¹

ثالثا/الدفع بإبطال الإلتزام الأصلي:

ونعني به البطلان النسبي لنقصان في الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والإستغلال، لكن قيد المشرع كما سبق ذكره تمسك الكفيل ببطلان العقد الأصلي بسبب نقص أهلية المدين بعدم علمه بهذا النقصان وقت إبرام عقد الكفالة.

الفرع الثاني: الدفع المرتبطة بعقد الكفالة

وتتمثل هذه الدفع بالرجوع على المدين أولا والدفع بالتجريد والدفع بعدم إتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين والدفع بإضاعة الدائن للتأمينات.



أولا/الدفع بالرجوع:

ويقتضيه أن يدفع الكفيل في مواجهة مطالبة الدائن له بالدين على ضرورة الرجوع أولا على المدين الأصلي وهذا ما نصت عليه المادة (660) الفقرة الأولى من القانون المدني.² وحتى يكون للكفيل الحق في التمسك بالدفع بالرجوع يجب أن تتوفر الشروط التالية:

1. شرط عدم تنازل الكفيل عن حقه في الدفع بالرجوع: لأن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، ويمكن التنازل عليه صراحة أو ضمنيا، وقت إنعقاد الكفالة أو بعدها.
2. أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين: لأن التضامن يفقده حقه في الدفع بالرجوع.

¹ رمضان محمد أبو السعود، هام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص99.

² تنص الفقرة الأولى من المادة (660) من القانون المدني على أنه: "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين..."

3. شرط وجود مصلحة للكفيل في التمسك بالدفع بالرجوع: إذا ثبت إفسار المدين وليس له أموال يمكن التنفيذ عليها فهو دليل على عدم وجود مصلحة للكفيل للتمسك بالدفع بالرجوع.¹

ثانيا/الدفع بالتجريد:

يتخذ هذا الدفع صورتين إحداهما عامة والأخرى خاصة لأنها مرتبطة بتأمين عيني

1. الصورة العامة للدفع بالتجريد:

ومفادها أن الدائن لا يستطيع أن ينفذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين، وهو دفع مقرر فقط للكفيل الشخصي دون الكفيل العيني، ولإستعمال حق الدفع بالتجريد في صورته العامة يتوجب توفر الشروط التالية:

- أن يتمسك الكفيل بالتجريد
- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين
- أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في الدفع بالتجريد

- إرشاد الكفيل الدائن إلى أموال المدين التي يمكن التنفيذ عليها وذلك على نفقته، بشرط أن تكون هذه الأموال غير متنازع فيها وتقع في الجزائر وكافية لسداد الدين كله وذلك طبقا لنص المادة (661) من القانون المدني.

2. الصورة الخاصة للدفع بالتجريد:

أساس هذا الدفع وجود تأمين عيني على مال المدين يضمن نفس الدين، وبالتالي يجوز للكفيل المطالبة بالتنفيذ على التأمين العيني قبل التنفيذ عليه.² وطبقا لنص المادة (663) من القانون المدني حتى يتمكن الكفيل من الدفع بالتجريد بهذه الصورة الخاصة-وجود تأمين عيني-يتعين توفر الشروط التالية:

¹ همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، د.ب.ن، 2004، ص101، 102.
² قصري عبد الفتاح الشهوي، أحكام عقد الكفالة، التضامن والتضام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص140.

- وجود تأمين عيني خصص لضمان المدين
- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين
- تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد
- أن تكون الكفالة لاحقة للتأمين العيني أو تقررت معه
- أن يكون التأمين العيني مقررا على مال مملوك للمدين.

ثالثا /الدفع بعدم إتخاذ الدائن إجراءات ضد المدين:

إذا قام الكفيل بإنذار الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين (كرفع دعوى أو التنفيذ بسند تنفيذي مثلا)، وانقضت ستة أشهر من وقت الإنذار دون أن يقوم الدائن بإتخاذ هذه الإجراءات برئت ذمة الكفيل، إلا إذا قدم المدين للكفيل ضمانا كافيا يضمن به الكفيل الرجوع على المدين إذا ما اضطرت للوفاء للدائن.¹

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية للمادة (657) من القانون المدني.

رابعا/الدفع بإضاعة الدائن للتأمينات:

تنص المادة (656) من القانون المدني على أنه: "تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات.

ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون".

وبالتالي على الدائن المحافظة على التأمينات الضامنة للإلتزام الأصلي سواء كانت عينية أو شخصية، لأن ضياع هذه التأمينات من شأنه الإضرار بمركز الكفيل، ويزيد من احتمالية الرجوع عليه.

لذلك في حالة ضياع هذه التأمينات بخطأ الدائن تبرأ ذمة الكفيل.

¹ محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة)، مرجع سابق، ص71.

المبحث الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين

المدين طرف أجنبي عن عقد الكفالة الذي يربط الكفيل بالدائن، لكن إذا قام الكفيل بالوفاء بالدين للدائن تنشأ علاقة بينه وبين المدين هي علاقة مديونية أين يحق للكفيل الرجوع على المدين من أجل الحصول على ما وفى به، إما عن طريق الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول.

المطلب الأول: الدعوى الشخصية

للكفيل الحق في الرجوع على المدين بما وفى به للدائن من دين، وذلك من خلال رفعه لدعوى شخصية، الأمر الذي يستدعي التطرق لشروط هذه الدعوى وموضوعها.

الفرع الأول: شروط الدعوى الشخصية

والأمر يتعلق بالشروط الموضوعية لإستعمال حق رفع الدعوى الشخصية وهي:

أولاً/حلول أجل الدين.

لا يمكن للكفيل الرجوع على المدين إلا عند حلول أجل الدين، وهو الأجل الأصلي للدين المكفول، وبالتالي إذا إستفاد المدين من أجل إضافي لتسديد الدين من قبل الدائن فإن هذا التمديد لا يحتج به في مواجهة الكفيل، أما إذا تنازل المدين عن الأجل الأصلي الممنوح له، يستفيد الكفيل من هذا التنازل ويحمله الرجوع على المدين عند حلول الأجل الجديد.¹

ثانياً/أن يكون الكفيل قد وفى بكامل الدين أو جزء منه:

ويؤخذ بالوفاء بمفهومه الواسع سواء كان بالوفاء بالتزام، أو الوفاء بالمقاصة، أو الوفاء بمقابل، أو إتحاد الذمة.

¹ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية والشخصية، طبعة أولى، منشأة المعارف، مصر، 2008، ص114.

ثالثاً/الإخطار:

يجب على الكفيل طبقاً لنص المادة (670) من القانون المدني أن يخطر المدين قبل قيامه بالوفاء، وإلا فقد حقه في الرجوع على المدين وتبرأ ذمة هذا الأخير، إذا كان قد وفى أصلاً بالدين أو كانت عنده وقت الإستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بإنقضائه.

رابعاً/أن تكون الكفالة عقدت لمصلحة المدين ودون إعتراضه:

للرجوع بالدعوى الشخصية يجب أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين، وأن تتم دون معارضته.¹

الفرع الثاني: موضوع الدعوى الشخصية

طبقاً للفقرة الثانية للمادة (672) من القانون المدني فإن للكفيل الحق في الرجوع على المدين بأصل الدين (مبلغ الدين مضافاً إليه ملحقاته كالفوائد ومصاريفه) ومصاريفه الدائنة للمدين، والمصرفات غير أنه فيما يخص المصرفات لا يرجع الكفيل إلا بتلك المصاريف التي دفعها من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي إتخذت ضده.

ملاحظة:

فيما يتعلق بمدى إمكانية مطالبة الكفيل بالتعويض، فإن المشرع الجزائري لم ينص على ذلك في المادة (672) السالفة الذكر، هذا على عكس المشرع الفرنسي الذي نص في المادة (2028) من القانون المدني صراحة على حق الكفيل في الرجوع بالتعويض على المدين ولم يشترط سوء نية هذا الأخير.*

¹ محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة)، مرجع سابق، ص93-94.

المطلب الثاني: دعوى الحلول

إضافة إلى الدعوى الشخصية السالفة الذكر، فإن للكفيل الحق في رفع دعوى الحلول ضد المدين وذلك وفقا لشروط معينة حددها القانون، كما حدد مضمون هذه الدعوى.

الفرع الأول: شروط دعوى الحلول

لا يمكن للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الحلول إلا إذا توفرت الشروط التالية:

أولا/ حصول الدائن على كامل دينه:

لا يستطيع الكفيل الرجوع على المدين إلا بعد أن يستوفي الدائن كامل دينه وذلك طبقا لنص المادة (671) من القانون المدني، ذلك لأن وفاء الكفيل قد يكون جزئي وبالتالي لا يمكنه الرجوع على المدين إلا بعد حصول الدائن على كامل الدين (أي ما تبقى منه وقد يكون من المدين الأصلي أو من كفيل آخر).

ثانيا/الرجوع عند حلول أجل الدين الأصلي:

وهذا في حالة إذا قام الكفيل بالوفاء للدائن قبل حلول أجل الدين الأصلي، فلا يمكنه الرجوع على المدين على الرغم من الوفاء إلا عند حلول أجل الدين الأصلي.

ملاحظة:

إذا تم تمديد أجل الوفاء بالدين الأصلي إتفاقا أو قضاء فإن الكفيل يحترم هذا الأجل لأن دعوى الحلول مرتبطة بحق الدائن والدائن هنا حقه مؤجل.¹

الفرع الثاني: موضوع دعوى الحلول

طبقا لنص المادة (671) من القانون المدني إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، وطبقا لنص المادة (264) من القانون المدني فإن موضوع دعوى الحلول يتمثل في:

¹ همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص170، 171.

أولاً/ حلول الكفيل محل الدائن في الحق الذي كان له قبل المدين:

يرجع الكفيل على المدين بذات حق الدائن، ولا يجوز للكفيل الرجوع على المدين بهذا الحق إذا كان قد إنقضى، في هذه الحالة يجوز له الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية متى توفرت شروطها.¹

ثانياً/ رجوع الكفيل بنفس خصائص حق الدائن:

ينتقل حق الدائن للكفيل بنفس الخصائص، فلو كان مثلاً ديناً تجارياً، فنتقل للكفيل بنفس الصفة وإذا اقترن بأجل ينتقل بنفس الأجل ولا يمكن للكفيل المطالبة قبل حلول هذا الأجل.²



ثالثاً/ رجوع الكفيل بحق الدائن وتوابعه:

يجب للكفيل الرجوع على المدين بالدين الأصلي وفوائده باعتبارها من توابع الحق.



رابعاً/ حلول الكفيل محل الدائن في حقه وما يتضمنه من ضمانات:

ينتقل الحق من الدائن الى الكفيل بعد الوفاء بما يحمله من ضمانات سواء كانت تأمينات عينية أو شخصية، سواء كانت موجودة قبل إبرام الكفالة أو بعدها، وسواء قدمت من المدين أو من غيره.

خامساً/ إنتقال الحق للكفيل بما يتضمنه من دفع:

ومفاده أن المدين يمكنه التمسك في مواجهة الكفيل عند رجوعه عليه بنفس الدفع التي كان يستطيع الدفع بها في مواجهة الدائن.

¹ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية والشخصية ، مرجع سابق، ص121.

² نفس المرجع ، ص121.

المطلب الثالث: حالة تعدد المدينين

قد يحدث أن يتعدد المدينون في نفس الدين وقد يكفلهم الكفيل جميعا أو بعضهم، كما يمكن أن يكون المدينون متضامنين أو غير متضامنين.

الفرع الأول: حالة تعدد المدينين غير المتضامنين

نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان المدينون غير متضامنين وضمنهم الكفيل جميعا وقام بالوفاء بالدين هنا يرجع على كل واحد منهم بقدر نصيبه في الدين بموجب الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول.

الحالة الثانية: كفالة بعض المدينين غير المتضامنين، يكون الكفيل الحق في الرجوع على المدينين الذين كفلهم كل حسب نصيبه في الدين بدعوى الكفالة (الدعوى الشخصية) أو دعوى الحلول، **جلس العلمي** أما المدينين الذين لم يكفلهم فيرجع عليهم طبقا للقواعد العامة بدعوى الإثراء بلا سبب أو دعوى الحلول.¹

الفرع الثاني: حالة تعدد المدينين المتضامنين

نفرق ما بين حالتين:

الحالة الأولى: منصوص عليها بالمادة (673) من القانون المدني وهي حالة كفالة جميع المدينين المتضامنين، هنا للكفيل الحق في الرجوع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين إما بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول.

الحالة الثانية: والتي لم ينص عليها المشرع وهي حالة كفالة بعض المدينين المتضامنين، هنا للكفيل الرجوع على أي من المدينين المتضامنين الذين كفلهم، أما المدينين

¹ نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الرهن الرسمي، حق الإختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز، الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص402.

الذين لم يكفلهم فيرجع عليهم بالدعوى غير المباشرة او دعوى الإثراء بلا سبب أو دعوى الحلول، لكن لا يمكن أن يرجع عليهم بالدعوى الشخصية لأنه لم يكفلهم.¹

المبحث الثالث: العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء

يحق للكفيل إذا وفى بالدين الرجوع على الكفلاء الآخرين في حالة تعددهم، والأمر يختلف بحسب ما إذا كانوا متضامنين من عدمه.

المطلب الأول: الرجوع على الكفلاء غير المتضامنين

إذا تعدد الكفلاء وكفلوا الدين بعقد واحد أو بعقود متوالية مع الاحتفاظ بحق التقسيم، فإن الأصل أن يقسم الدين فيما بينهم كل بحسب نصيبه، وإعسار أحدهم لا يتحملة غيره من الكفلاء، وإذا دفع أحدهم الجزء الخاص به فلا يستطيع الرجوع على باقي الكفلاء بئسب.²

● ملاحظة: إذا وفى الكفيل بالدين كله وهو غير ملزم بذلك، فلا يكون له الرجوع على باقي الكفلاء إلا بدعوى الإثراء بلا سبب أو دعوى الحلول وكل بحسب نصيبه.

المطلب الثاني: الرجوع على الكفلاء المتضامنين

إذا تعدد الكفلاء لدين واحد ويعقد واحد وكانوا متضامنين أو تعددهم لدين واحد ويعقود متوالية مع عدم احتفاظهم بحق التقسيم، فيكون كل منهم مسؤول عن الدين كله. وقد نصت على هذه الحالة المادة (668) من القانون المدني: "إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم".

وبالتالي كل واحد من الكفلاء المتضامنين يكون مسؤولاً عن الدين كله، وللكفيل الذي وفى بالدين الحق في الرجوع على أي واحد منهم بكامل الدين لأنهم متضامنين في دفع الدين وفي إعسار أحدهم.³

¹ سرايش زكريا، مرجع سابق، ص33.

² نفس المرجع، ص34.

³ سي يوسف زاوية حورية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص124، 125.

الفصل الثالث: إنقضاء الكفالة

إنقضاء الكفالة قد يكون مرتبطاً بانقضاء الإلتزام الأصلي لأنه تابع له، أو قد تنقضي بصورة أصلية باعتباره عقد قائم بذاته ما بين الكفيل والدائن.

المبحث الأول: إنقضاء الكفالة بسبب إنقضاء الإلتزام الأصلي

قد تنقضي الكفالة بانقضاء الإلتزام الأصلي لأن الكفالة يرتبط وجوده بوجود الإلتزام الأصلي والأمر كذلك في مسألة إنقضائه، وأسباب إنقضاء الإلتزام الأصلي هي:

المطلب الأول: إنقضاء الإلتزام الأصلي بالوفاء

وفاء المدين بالدين يؤدي إلى إنقضاء إلتزامه و بالتبعية إنقضاء التزم الكفيل، لكن إذا كان الوفاء جزئي يؤدي إلى براءة ذمة الكفيل في حدود هذا الجزء، ويبقى للدائن الحق في الرجوع على المدين والكفيل بالباقي.

وإن لم يوفى من الدين، فإن هذا الأخير يحل محل الدائن لمطالبته المدين والكفيل، وهي نفس الحالة التي يقوم فيها الدائن بإحالة حقه إلى دائن آخر.

أما إذا تعلق الأمر بتحويل المدين إلتزامه الى شخص آخر، فإن الدين يظل قائماً، إلا أنه بتغيير الشخص المدين فإن إلتزام الكفيل ينقضي، إلا إذا قبل بضمان المدين الجديد.¹

المطلب الثاني: إنقضاء الإلتزام الأصلي بما يعادل الوفاء

ينقضي الإلتزام الأصلي بما يعادل الوفاء إما عن طريق الوفاء بمقابل، التجديد والإنابة، المقاصة أو إتحاد الذمة.

الفرع الأول: الوفاء بمقابل

يتم اللجوء الى هذه الوسيلة في الحالة التي يتراضى فيها طرفي الحق على استبدال الحق الجديد المتفق عليه بالحق الأصلي.²

¹ سي يوسف زاوية حورية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 132، 133.

² إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقها في القوانين الجزائرية، طبعة عاشر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 355.

وتنص المادة (285) من القانون المدني على أنه: "إذا قبل الدائن في استثناء حقه مقابلاً إستعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء"، ويترتب على الوفاء بمقابل إنقضاء الدين الأصلي بجميع ضماناته ومنها الكفالة.

الفرع الثاني: التجديد والإنابة

ينقضي الدين المكفول بالتجديد ويقصد بتجديد الدين إما تغيير المدين أو تغيير الدين في محله أو مصدره أو تغيير الدائن، وهذا طبقاً لنص المادة (287) من القانون المدني. وبإنقضاء الدين المكفول تنقضي الكفالة ما لم يقبل الكفيل ضمان الدين الجديد كما ينقضي الالتزام الأصلي بالإنابة الكاملة ويقصد بها تجديد الإلتزام بتغيير الشخص المدين، وبالتالي تسري عليه أحكام التجديد من حيث إنقضاء الدين الأصلي وينقضي تبعاً له الكفالة.

الفرع الثالث: المقاصة

يمكن الكفيل إذا ثبتت في ذمة الدائن دين للمدين يصلح للمقاصة أن يدفع بها حتى وإن لم يتمسك بها المدين أو الدائن ويجوز ذلك حتى في حالة تنازل الدائن والمدين عنها.¹ ولكن لا يجوز للمدين الأصلي التمسك بالمقاصة بما يجب للكفيل على الدائن، لأن علاقة الكفيل مع الدائن مستقلة عن علاقة الكفيل مع المدين الأصلي.

الفرع الرابع: إتحاد الذمة

ويقصد بها أن تجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين، ومثال ذلك إذا ورث المدين دائنه، وبالتالي ينقضي الإلتزام الأصلي والكفالة بالتبعية. كما تنقضي الكفالة في حالة وفاة الدائن وورثه الكفيل وإتحدت بذلك ذمتهم، وهنا تنتهي الكفالة كما لو أن الكفيل وفي بالدين، وبالتالي يكون للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية أو بدعوى الكفالة.

¹محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة)، مرجع سابق، ص114.

المطلب الثالث: إنقضاء الدين الأصلي دون الوفاء

ينقضي الدين الأصلي دون الوفاء في حالة الإبراء أو إستحالة التنفيذ والتقادم

الفرع الأول: الإبراء

يقصد بالإبراء تنازل الدائن مختاراً بلا مقابل عماله من حق في مواجهة المدين،

وبالتالي إبراء الدائن المدين يؤدي الى إنقضاء الدين الأصلي وبالتبعية إنقضاء الكفالة.¹

الفرع الثاني: إستحالة التنفيذ

إذا إستحال تنفيذ التزام المدين بسبب لا يدلّه فيه، فإن إلتزام المدين ينقضي وينقضي

تبعاً له إلتزام الكفيل.²

وإذا كان سبب الإستحالة يرجع للمدين فيتحول إلى تعويض ولا تبرأ ذمة المدين ومن ثم

لا تنقضي الكفالة لأنّ تحول الإلتزام أو الدين الأصلي إلى تعويض لا يعتبر إلتزاماً جديداً.³

وفي حالة إستحالة التنفيذ بسبب الكفيل تبرأ ذمة المدين، لأنّ فاء الكفيل يعتبر سبباً

أجنبياً على المدين، وبالتالي يصبح الكفيل مديناً أصلياً.

الفرع الثالث: التقادم

إذا تقادم الدين المكفول يؤدي ذلك إلى إنقضاء الإلتزام الأصلي وبالتبعية إلى إنقضاء

الكفالة.

ويجوز للكفيل التمسك بتقادم الإلتزام الأصلي ولو لم يتمسك به المدين وذلك طبقاً

لنص المادة (321) من القانون المدني.

¹ أنظر المادة (305) من القانون المدني.

² سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 145.

³ محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة)، مرجع سابق،

ص 116.

المبحث الثاني: إنقضاء الكفالة بصفة أصلية

نتحدث هنا عن أسباب إنقضاء الكفالة على اعتبار أنها عقد قائم بذاته وليس على صفة التبعية للإلتزام الأصلي، وقد ينقضي لأسباب عامة التي ينقضي بها كل إلتزام أو لأسباب خاصة متعلقة بالكفالة.

المطلب الأول: الأسباب العامة لإنقضاء الكفالة

الأسباب العامة لإنقضاء أي التزام بما فيه الكفالة هي:

الفرع الأول: إنقضاء التزام الكفيل بإتحاد الذمة

ينقضي إلتزام الكفيل بإتحاد الذمة، ويكون ذلك في حالة وفاة أحد أطراف عقد الكفالة أي الدائن أو الكفيل ويرث واحد فيهما الآخر فتتحد بذلك ذمتها وتنقضي الكفالة.

الفرع الثاني: إنقضاء التزام الكفيل بالإبراء

يمكن الدائن إبراء الكفيل من الكفالة وبالتالي تنقضي هذه الأخيرة، دون إنقضاء الدين الأصلي الذي في ذمة المدين.

الفرع الثالث: إنقضاء إلتزام الكفيل بالتقادم

ينقضي إلتزام الكفيل بالتقادم دون أن ينقضي الدين المكفول، وبالتالي تبرأ ذمة الكفيل بصفة أصلية، مع بقاء المدين الأصلي ملتزماً بالدين.

المطلب الثاني: الأسباب الخاصة

قد تنقضي الكفالة لأسباب خاصة هي:

الفرع الأول: براءة ذمة الكفيل لإضاعة الدائن الضمانات بخطئه

قد يضمن الدين تأمينات أخرى بجانب الكفالة، لكن الدائن بخطئه يضيع هذه التأمينات، فتبرأ ذمة الكفيل إذا كان حلوله محل الدائن أصبح غير ممكن بسبب فعل الدائن. ويحق للكفيل التمسك ببراءة ذمته لهذا السبب، سواء كان كفيلا شخصيا أو عينيا عاديا أو متضامنا طبقا لنص المادة (784) من القانون المدني.

وللتمسك ببراءة الذمة في هذه الحالة يتوجب توفر شروط هي:

- إضاعة تأمين خاص
- تسبب الدائن في إضاعة التأمين الخاص
- تضرر الكفيل من إضاعة التأمينات
- تمسك الكفيل به وعدم تنازله عنه.

الفرع الثاني: براءة ذمة الكفيل لعدم إتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد

إنذار الكفيل له

إذا قام الكفيل بإنذار الدائن بإتخاذ إجراءات التنفيذ على المدين، ولم يقم الدائن بإتخاذها خلال 06 أشهر من الإنذار، تبرأ ذمة الكفيل متى توفرت الشروط التالية:



- حارون الدين الأصلي

- أن يتمسك الكفيل به

- أن يوجه الكفيل إنذارا للدائن لإتخاذ إجراءات التنفيذ على المدين

- التمسك ببراءة الذمة بعد 06 أشهر من الإنذار

- أن لا يكون المدين قد قدم للكفيل ضمانا كافيا

الفرع الثالث: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

يقع على الدائن واجب التقدم في تفليسة المدين، ليحصل على ما يمكن أن تسفر عليه التفليسة، ثم يرجع بالباقي على الكفيل.

وعدم تدخل الدائن في التفليسة بالدين المكفول، يعتبر تقصيرا من الدائن ما يؤدي إلى

إبراء ذمة الكفيل بالقدر الذي كان يستطيع الدائن أن يحصل عليه في التفليسة.¹

¹ سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص162.

وهو ما نصت عليه المادة (658) من القانون المدني: "إذا أخلت المدعى عليه بواجبها على الدائن أن يقدم بدينه في النفيسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن".

الخاتمة:

حاولنا من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على بعض العقود التي يتم إبرامها من الأفراد والأكثر تداولاً عملياً، والتي عني المشرع بتسميتها، أين عرفها ووضع لها أحكام خاصة تميزها عن العقود المشابهة لها.

ومن بين أهم هذه العقود المسماة عقد البيع، الذي جعله على رأس العقود الناقلة للملكية والذي يكون المقابل فيه نقدياً وهذا ما يميزه على العقود الأخرى المشابهة له ولا سيما عقد المقايضة.

ولدى تطرقنا لتكوين عقد البيع توصلنا إلى أن المشرع الجزائري وإن كان قد أقر أحكام خاصة بعقد البيع إلا أنه لم ينظم هذه المرحلة على الرغم من خصوصية هذا العقد لذا تطبق عليه القواعد العامة المطبقة على جميع العقود.

ومن بين أهم الأحكام الخاصة المتعلقة بعقد البيع تلك المرتبطة بشروط صحة البيع ونفاذه كأحكام العلم الكافي بالمبيع والغبن وبيع ملك الغير، إضافة إلى حالات المنع من الشراء.

وقد كفل من جهة أخرى المشرع حماية خاصة للمشتري من خلال الإلتزامات التي فرضها على البائع خاصة ما تعلق بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية.

هذا وقد درسنا عقد الكفالة باعتباره تأميناً خاصاً نظمته المشرع بالمواد من (644) إلى (673) من القانون المدني، وخصوصية هذا العقد أنه يستدعي تدخل طرفاً ثالثاً لضمان الوفاء بالإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه.

وأهم ما يميزه عن عقود التأمين الأخرى أنه ضمان شخصي، تبعي وملزم لجانب واحد، تستدعي إلى جانب أركان العقد توفر شروط أهمها يسر الكفيل وأن يكون مقيماً بالجزائر، وما دام طرفي عقد الكفالة هما الدائن والكفيل، لذا يفترض نشوء علاقة بينهما هدفها تحقيق

الضمان، ويكون الكفيل ضامن إحتياطي له أن يدفع بالرجوع على المدين أولاً والدفع بالتجريد.

كما يمتد أثر هذا العقد للمدين الأصلي على الرغم من أنه طرف أجنبي عن عقد الكفالة، لأن الكفيل متى وفى بالتزام المدين يحل محل الدائن في حقه وما يتضمنه من ضمانات.

وتتقضي الكفالة باعتباره ضمان تبعي بإنقضاء الإلتزام الأصلي، كما قد تتقضي بصفة أصلية بالإبراء اتحاد الذمة والتقادم وهذا ما يعبر عنه بالأسباب العامة، أما الأسباب الخاصة فيتعلق الأمر بإصاعة الدائن الضمانات بخطئه، أو عدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إعداره، أو عدم تقدم الدائن في تغطية المدين.

قائمة المصادر والمراجع

1- المصادر:

أولاً: القوانين

1. القانون رقم (10/91) المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 1991/05/08.
2. القانون رقم (10/05) المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم للأمر (58/75) المتضمن القانون المدني المنشور بالجريدة الرسمية العدد 44، الصادرة بتاريخ 2005/06/26.
3. القانون رقم (02/06) المؤرخ في 2006/02/20، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 2006/03/08.
4. 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.
5. القانون رقم (09/08) المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 2008/04/23.
6. 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.

ثانياً: الأوامر

7. الأمر (156/66) المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 49، الصادرة بتاريخ 1966/06/11.
8. الأمر (58/75) المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانوني المدني، المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30.

9. الأمر (59/75) المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 30/09/1975.
10. الأمر (74/75) المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن إعداد المسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 52 لسنة 1975.
11. الأمر رقم (05/03) المؤرخ في 19/07/2003 المتضمن الملكية الفكرية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 44 لسنة 2003.
12. الأمر (07/03) المؤرخ في 19/07/2003، المتعلق ببراءة الاختراع، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة بتاريخ 23/07/2003.
- ثالثا: المراسيم العالي والبحث العلمي
13. المرسوم (63/76) المؤرخ في 25/03/1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 30، لسنة 1976.
14. المرسوم التشريحي رقم (03/93) المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 03/03/1993.
15. المرسوم التنفيذي رقم (58/94) المؤرخ في 07/03/1993 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم في مجال الترقية العقارية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 13، الصادرة بتاريخ 09/03/1994.
16. المرسوم التنفيذي (105/01) المؤرخ في 23/04/2001، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم (130/03) المؤرخ في 20/04/2004، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 28، الصادرة بتاريخ 28/04/2004، والمعدل أيضا بموجب المرسوم (340/04) المؤرخ في 02/11/2004، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 69، الصادرة بتاريخ 03/11/2004.

II- المراجع:

أولا/ المراجع باللغة العربية:

أ- الكتب:

17. أحمد بلودنين، المختصر في القانون التجاري الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 21011.
18. أحمد لعور، نبيل صقر، القانون المدني نسا وتطبيقا، طبقا لأحداث التعديلات بالقانون 05-07، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
19. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقها في القوانين الجزائرية، الطبعة العشرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
20. أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
21. أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، القاهرة، د ت ن.
22. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2013.
23. جميل الشراقوي، شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991.
24. حسين محمد عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009.
25. حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2003.
26. خلفوني مجيد، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011.

27. خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الرابع، الجزائر، د س ن.
28. دريال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
29. رمضان محمد أبو السعود، هام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998.
30. سرايش زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي، طبعة أولى، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010.
31. سعيد سليمان جبر، العقود المسماة البيع والإيجار، طبعة أولى، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
32. سليمان مديس، شرح القانون المدني العقود المسماة "عقد البيع"، ط4، عالم الكتب بالقاهرة، مصر، 1980.
33. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية والشخصية، طبعة أولى، منشأة المعارف، مصر، 2008.
34. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1973.
35. سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة بإجتهادات قضائية وفقهية، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
36. سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، طبعة رابعة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
37. عبد الحميد الشواربي، فسخ البيع في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، د ت ن.
38. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج04، "البيع والمقايضة"، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، د ت ن.

39. عدنان سرحان، شرح أحكام العقود المسماة، ج1، عقد البيع، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
40. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1993.
41. علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
42. علي نجيدة، الوجيز في البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
43. علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دم ن، 2009.
44. العمر، سبي انور، التضامن والتضام والكفالة في القانون المدني، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، مسرد، 1999.
45. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة (التضامن والتضام)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
46. لحسين بن الشيخ أثالوبا، المنتقى في عقد البيع، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006.
47. محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 1999.
48. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
49. محمد حسين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006.
50. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، الجزائر، 2012.

51. محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية- عقد الكفالة)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
52. محمد علي عبده، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
53. محمد محمود معطي، الكفالة في ضوء الفقه والإجتihad، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
54. محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
55. محمدي سليمان، محاضرات في عقد البيع، كلية الحقوق بين عكاون، جامعة الجزائر، 2003/2002.
56. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الأعمال التجارية، الشركات التجارية، الملكية التجارية والصناعية، الدار الجامعية، بيروت، 1991.
57. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الرهن الرسمي، حق الإختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز، الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
58. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001.
59. نذير بن عمو، العقود الخاصة (البيع والمقايضة)، الطبعة الأولى، مجد للنشر والتوزيع، د م ن، 2008.
60. نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
61. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، د م ن، 2004.

62. يمينة حوحو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016.

ب- الأطروحات الجامعية:

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

ج- المقالات العلمية:

64. زاوي فريدة، موضوع ضرورة شهر الوعد ببيع العقار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، ج33، رقم 03، 1995.

65. محمد بشير، عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد 02، أكتوبر 2018.  

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

a. Ouvrages :

67. Dominique legeais, le Cautionnement, Economica, Paris, 1995.
68. Jacques Ghestin, le traité de droit civil, tll, les obligations, le contrat, LGDJ, Paris, 1980.
69. Philippe Malinvaud, Droit des obligation, Les mécanismes juridiques des relations économiques, Litec, Paris, 1990.

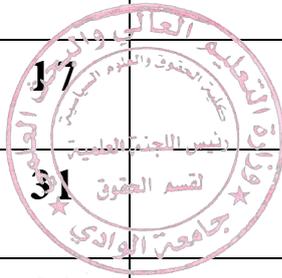
b. Thésés :

70. Malika AZZEMOU, Le formalisme contractuel en droit civil, mémoire de Magister, université d' Oran, 1983.

الفهرس

الصفحة	العنوان
01	مقدمة
04	الباب الأول: عقد البيع
05	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقد البيع
05	المبحث الأول: مفهوم عقد البيع
05	المطلب الأول: تعريف عقد البيع
06	المطلب الثاني: خصائص عقد البيع
06	الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد البيع
07	الفرع الثاني: الخصائص الخاصة لعقد البيع
08	المبحث الثاني: تمييز البيع عن غيره من العقود والتصرفات الأخرى
08	المطلب الأول: البيع والمقايضة
09	المطلب الثاني: البيع والهبة
09	المطلب الثالث: البيع والمقاولة
10	المطلب الرابع: البيع والوكالة
10	المطلب الخامس: البيع والإيجار

12	المطلب السادس: البيع والبيع الايجاري والإيجار الساتر للبيع
12	المطلب السابع: البيع وعقد الوصية
14	الفصل الثاني: إنعقاد البيع
14	المبحث الأول: أركان البيع
14	المطلب الأول: التراضي
15	الفرع الأول: الصور العامة للتراضي في عقد البيع
17	الفرع الثاني: الصور الخاصة للتراضي في عقد البيع
31	المطلب الثاني: المحل
31	الفرع الأول: المبيع
36	الفرع الثاني: الثمن
41	المطلب الثالث: السبب
42	المطلب الرابع: الشكلية كركن في عقد البيع
43	الفرع الأول: إفراغ العقد في محرر عرفي
43	الفرع الثاني: إفراغ العقد في شكل رسمي
48	المبحث الثاني: شروط صحة البيع ونفاذه
48	المطلب الأول: شروط صحة البيع المتعلقة بالإرادة والأهلية طبقاً للقواعد العامة



48	الفرع الأول: عيوب الإرادة
50	الفرع الثاني: أهلية التصرف وعوارضها
55	المطلب الثاني: شروط صحة البيع و نفاذه المتعلقة بالقواعد الخاصة
55	الفرع الأول: عدم علم المشتري بالمبيع علما كافيا كما
58	الفرع الثاني: الغبن
63	الفرع الثالث: بيع ملك الغير
67	الفصل الثالث: آثار عقد البيع
67	المبحث الأول: التزامات البائع
67	المطلب الأول: الالتزام بنقل الملكية
67	الفرع الأول: التزام البائع بنقل ملكية المنقول
71	الفرع الثاني: إنتقال ملكية العقار
72	الفرع الثالث: الآثار المترتبة على انتقال الملكية
73	المطلب الثاني: التزام البائع بتسليم المبيع
73	الفرع الأول: الأحكام المتعلقة بكيفية التسليم
78	الفرع الثاني: ما يشمل التسليم (محل الإلتزام بتسليم المبيع)
84	الفرع الثالث: حق البائع في حبس المبيع
86	الفرع الرابع: جزاء إخلال البائع بالتزامه بالتسليم

87	المطلب الثالث: إلتزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق
87	الفرع الأول: ضمان البائع التعرض الشخصي
92	الفرع الثاني: التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير.
100	المطلب الرابع: التزام البائع بضمان العيوب الخفية
101	الفرع الأول: شروط العيب الخفي
103	الفرع الثاني: ما يجب على المشتري القيام به للحصول على الضمان
103	الفرع الثالث: الجزاء المترتب على ثبوت العيب الخفي
105	الفرع الرابع: هلاك المبيع وأثره على دعوى الضمان
106	الفرع الخامس: سقوط دعوى الضمان.
107	الفرع السادس: الاتفاق على تعديل أحكام الضمان
107	الفرع السابع: ضمان صلاحية المبيع للعمل خلال مدة معينة
108	المبحث الثاني: التزامات المشتري
108	المطلب الأول: الالتزام بدفع الثمن
108	الفرع الأول: كيفية تنفيذ الالتزام بدفع الثمن
110	الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالوفاء بالثمن
113	المطلب الثاني: التزام المشتري بتسلم المبيع
113	الفرع الأول: زمان ومكان تسليم المبيع

113	الفرع الثاني: نفقات التسلم
114	الفرع الثالث: جزاء إخلال المشتري بالتزامه بالتسلم
115	المطلب الثالث: التزام المشتري بدفع نفقات البيع وتكاليفه
115	الفرع الأول: مصاريف البيع
116	الفرع الثاني: تكاليف المبيع
117	الباب الثاني: عقد الكفالة
119	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة
119	المبحث الأول: مفهوم الكفالة
119	المطلب الأول: تعريف الكفالة وخصائصها.
119	الفرع الأول: تعريف الكفالة
120	الفرع الثاني: خصائص الكفالة
122	المطلب الثاني: أنواع الكفالة
122	الفرع الأول: أنواع الكفالة من حيث مصدرها
124	الفرع الثاني: أنواع الكفالة بحسب طبيعتها
125	الفرع الثالث: أنواع الكفالة بحسب التزام الكفيل
126	المبحث الثاني: شروط وأركان الكفالة وتمييزها عن النظم المشابهة لها
126	المطلب الأول: شروط وأركان الكفالة
126	الفرع الأول: شروط الكفالة
127	الفرع الثاني: أركان الكفالة
131	المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها
131	الفرع الأول: الكفالة والتضامن

132	الفرع الثاني: الكفالة والإثابة الناقصة
132	الفرع الثالث: الكفالة وعقد التأمين
134	الفصل الثاني: آثار الكفالة
134	المبحث الأول: العلاقة بين الدائن والكفيل
134	المطلب الأول: حقوق الدائن
134	الفرع الأول: حق الدائن في مطالبة الكفيل بالدين
136	الفرع الثاني: التنفيذ
136	المطلب الثاني: الدفع التي يتمسك بها الكفيل
136	الفرع الأول: الدفع المرتبطة بالعقد أو الإلتزام الأصلي
137	الفرع الثاني: الدفع المرتبطة بعقد الكفالة
140	المبحث الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين
140	المطلب الأول: الدعوى الشخصية
140	الفرع الأول: شروط الدعوى الشخصية
141	الفرع الثاني: موضوع الدعوى الشخصية
142	المطلب الثاني: دعوى الحلول
142	الفرع الأول: شروط دعوى الحلول
142	الفرع الثاني: موضوع دعوى الحلول
144	المطلب الثالث: حالة تعدد المدينين
144	الفرع الأول: حالة تعدد المدينين غير المتضامنين
144	الفرع الثاني: حالة تعدد المدينين المتضامنين
145	المبحث الثالث: العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء
145	المطلب الأول: الرجوع على الكفلاء غير المتضامنين
145	المطلب الثاني: الرجوع على الكفلاء المتضامنين

146	الفصل الثالث: إنقضاء الكفالة
146	المبحث الأول: إنقضاء الكفالة بسبب إنقضاء الإلتزام الأصلي
146	المطلب الأول: إنقضاء الإلتزام الأصلي بالوفاء
146	المطلب الثاني: إنقضاء الإلتزام الأصلي بما يعادل الوفاء
146	الفرع الأول: الوفاء بمقابل
147	الفرع الثاني: التجديد والإتابة
147	الفرع الثالث: المقاصة
147	الفرع الرابع: إتحاد الذمة
148	المطلب الثالث: إنقضاء الدين الأصلي دون الوفاء
148	الفرع الأول: الإبراء
148	الفرع الثاني: إستحالة التنفيذ
148	الفرع الثالث: التقادم
149	المبحث الثاني: إنقضاء الكفالة بصفة أصلية
149	المطلب الأول: الأسباب العامة لإنقضاء الكفالة
149	الفرع الأول: إنقضاء التزام الكفيل بإتحاد الذمة
149	الفرع الثاني: إنقضاء التزام الكفيل بالإبراء
149	الفرع الثالث: إنقضاء إلتزام الكفيل بالتقادم
149	المطلب الثاني: الأسباب الخاصة
149	الفرع الأول: براءة ذمة الكفيل لإضاعة الدائن الضمانات بخطئه
150	الفرع الثاني: براءة ذمة الكفيل لعدم إلتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له
150	الفرع الثالث: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين
152	الخاتمة

154	قائمة المصادر والمراجع
161	الفهرس