

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

عقد البيع دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي
2016

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون القضائي

تحت إشراف الدكتور :

- بن بدرة عفيف

الشعبة: الحقوق

من إعداد الطالب :

- لطرش هشام

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

عبد اللاوي جواد

الأستاذ

مشرفا مقرر

بن بدرة عفيف

الدكتور

مناقشا

بن عبو عفيف

الأستاذ

السنة الجامعية: 2022/2021

نوقشت يوم : 2022/07/03

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

۱۴۳۸

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى أعز ما يملك الإنسان في هذه الدنيا إلى ثمرة نجاحي إلى من أوصى بهما
الله سبحانه وتعالى :
" وبالوالدين إحسانا "

إلى الشمعة التي تحترق من أجل أن تضيء أيامي إلى من ذاقت مرارة الحياة وحلوها، إلى
قرة عيني وسبب نجاحي وتوفيقي في دراستي إلى
" أمي " غنية "

أطال الله في عمرها

إلى الذي أحسن تربيتي وتعليمي وكان مصدر عوني ونور قلبي وجلاء حزني ورمز عطائي
ووجهني نحو الصلاح والفلاح إلى

"أبي محمد "

أطل الله في عمره

إلى أخواتي وجميع أفراد عائلتي الصغيرة زوجي وابني يوسف إسلام

إلى أستاذي " بن بدروة عفيف " و جميع الأساتذة الأجلاء الذين أضاءوا طريقي

بالعلم

وإلى كل أصدقاء الدراسة و العمل ومن كانوا برفقتي أثناء إنجاز هذا البحث إلي كل هؤلاء
وغيرهم ممن تجاوزهم قلبي ولن يتجاوزهم قلبي أهدي ثمرة جهدي المتواضع

شكر وتقدير

- الحمد لله على توفيقه وإحسانه، والحمد لله على فضله وإنعامه، والحمد لله على جوده

وإكرامه، الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده

أشكر الله عز وجل الذي أمدني بعونه ووهبني من فضله ومكنني من إنجاز هذا العمل ولا يسعني إلا أن أتقدم بشكري الجزيل إلى كل من ساهم في تكويني وأخص بالذكر أستاذي

الفاضل " بن بدروة عفيف "

الذي تكرم بإشرافه على هذه المذكرة ولم يبخل علي بنصائحه الموجهة لخدمتي

فكان لي نعم الموجه والمرشد

كما لا يفوتني ان أشكر أعضاء لجنة المناقشة المحترمين الذين تشرفت لمعرفةهم وتقييمهم

لمجهوداتي

كما أشكر كل من قدم لي يد العون والمساعدة ماديا أو معنويا من قريب أو بعيد

إلى كل هؤلاء أتوجه بعظيم الامتنان وجزيل الشكر المشفع بأصدق الدعوات .

مقدمة

مقدمة :

إنّ العقد هو أهم المصادر الإدارية للإلتزام ، ويعرف أيضا على أنه تطابق إرادتين على إنشاء الإلتزام ، و العقد إذا كان يرتب التزامات مالية و كان كلا الطرفين من أشخاص القانون الخاص سمي عقد مدنيا، و يطلق الفقه تسمية العقود المسماة على جميع العقود التي ورد تنظيمها في القانون المدني ، و ذلك تمييزا لها عن العقود الغير المسماة ، و هي العقود التي لم يقع المشرع بإفراد قواعد خاصة بها في القانون المدني التي تخضع في أحكامها للقواعد العامة في نظرية الإلتزام .

فالمشرع الجزائري نص عليه في المادة 54 ق.م.ج بقوله : " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما " إذ يتبين من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد جمع بين تعريف العقد و الإلتزام و بالرجوع الى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع قد نظم العقود المسماة في خمس مجموعات كما يلي :

- العقود الواردة على الملكية و تتمثل في البيع و المقايضة و الشركة و القرض و الصلح.

- العقود الواردة على الانتفاع بالشيء و هي الإيجار و العارية

- العقود الواردة على العمل، و تتمثل في عقد الوكالة و المقاوله و التسيير و الحراسة والوديعة .

- عقود الغرر و تتمثل في القمار و الرهان و المرتب مدى الحياة و عقد التأمين .

- عقود التأمينات الشخصية و العينية، و تشمل الكفالة كعقد تأمين شخصي و عقدي الرهن الرسمي و الرهن الحيازي كعقدين للتأمين العيني إلا أننا في هذه المذكرة نتناول عقد واحد من أبرز العقود الواردة على الملكية و هو عقد البيع لأهميته و لضرورته في الحياة التجارية بصفته خاصة و الاقتصادية بصفة عامة .

يعتبر عقد البيع من أهم العقود المسماة ، و لقد عرف الإنسان قبل البيع المقايضة و هي مبادلة سلعة بأخرى ، غير أنه بعد ظهور النقد ظهر معه البيع بمعنى أخذ شيء في مقابل

دفع مبلغ نقدي (الثمن) ، كما يعتبر عقد البيع من العقود المالية التي لا يستغنى عنها المسلم و تتعلق بشؤونه الحياتية ، لذا أرشد الإسلام الى ضرورة أن يتفقه المسلمون جميعا بما يخص البيع و الشراء ، وذلك لكي يتجنبوا الوقوع في الحرام والمحذور وإن للبيع أنواع من العقود منها ما هو محرم و منها ما هو حائز و منها ما هو مكروه و لقد ثبتت مشروعية البيع في القرآن الكريم، إذ يعتبر في الشريعة الإسلامية البديل لسائر المعاملات الحرام ، وهذا ما جاء في قوله تعالى (و أحل الله البيع و حرم الربا) ، و هي قاعدة شاملة و كلية ، كما أن عقد البيع أيضا هو مبادلة مال بمال و لذلك يتسع ليشمل مبادلة المال بثمن .

و عليه فإن عقد البيع من أكثر العقود تداولاً بين الأفراد في معاملاتهم اليومية، و أكثرهم انتشاراً في المجتمع ، فهو يساهم بشكل كبير في توسع نطاق المعاملات بين الأفراد عبر مختلف مراحل تطور الحضارة ، كما عرفه المشرع الجزائري في المادة 351 من ق.م.ج.ومن خلال هذه المادة فإنّ الهدف المبتغى من إبرام عقد البيع تداول هذا الموضوع بين الناس وبيان أهميته، وتمييزه عن غيره من العقود التي تشابهه وبيان الأركان التي يقوم عليها، و أحكامه و أنواعه و ذلك حتى لا يحدث أي أشكال فيما بين العقود الأخرى المسماة، فكل بحث يجب أن يكون له هدف فلا يمكن تصور بحث ليس له غاية محددة.

و تظهر أهمية عقد البيع في كونه أكثر العقود شيوعاً في التعامل فهو أساس الحياة التجارية و المدنية، وكان عقد البيع هو العقد الرئيسي في مراحل تطور الحضارة قبل أن تتسع ميادين التجارة و تتنوع البيوع التجارية فلا تكاد تذكر العقود المسماة إلا ويكون على رأسها عقد البيع، غير أن اكتشاف التعامل بعقد البيع كان متأخراً عن المقايضة التي كانت الوسيلة الوحيدة للتعامل بين الناس قبل أن يكشفوا أنّ المعادن الثمينة و النقود أفضل لهم في التعامل من تبادل سلعة بسلعة و ذلك لمسايرة تطور الحضارة و تنوع حاجات الناس و من هنا كانت المعادن الثمينة هي السلعة المنشودة للتبادل ظهرت على إثرها النقود كوسيلة للتعامل و معها ظهر عقد البيع و أصبح هو العقد الأول الذي يتعامل به الناس فلقد قمنا باختياره ليكون محل دراسة لأسباب منها ، وجود رغبة في دراسة مواضيع العقود و كذلك

علاقة هذا الموضوع بتخصصنا ألا و هو القانون الخاص الأساسي ، و من المنطلق يمكننا طرح الإشكال التالي : فيما تتمثل ماهية عقد البيع ؟ و ما هي أحكام

وماهي الآليات التي تعتمد عليها المقارنة في العقد البيع في التشريع الجزائري والفرنسي للإجابة على الإشكالية المطروحة اعتمدنا على منهج التحليلي ، من خلال تحليلنا للنصوص القانونية التي تخص موضوع بحثنا ومنها الدراسة المقارنة بين التشريع الفرنسي والجزائري

أما فيما يخص الخطة المعتمدة و تحقيق الأهداف المرجوة ، في البحث و في سبيل الإلمام بجميع عناصر الموضوع ، اعتمدنا على خطة تنقسم إلى فصلين
تم تقسيم الدراسة إلى فصلين :

الفصل الأول بعنوان الإطار المفاهيمي لعقد البيع حيث قسمنا هذا الفصل إلى
مبحثين المبحث الأول بعنوان مفهوم عقد البيع ، وفي المبحث الثاني إلى أركان عقد البيع

أما الفصل الثاني سنتطرق فيه . دراسة مقارنة بين العقد البيع القانون
الفرنسي والجزائري في المبحث الأول سنتطرق الاختلاف من حيث الأحكام الجزئية وفي
المبحث الثاني سنتطرق إلى التمييز بين عقد البيع الفرنسي و القانون الجزائري

الفصل الأول الإطار المفاهيمي لعقد البيع

يعتبر عقد البيع أهم العقود المسماة و أقدمها و أكثرها شيوعا إذ أنه هو الوسيلة الرئيسية لتبادل الأموال بين الأفراد في المجتمع، و البيع لا يستغنى عن إبرامه أحد من الناس فكل من يبرم يوميا عددا كبير من عقود البيع سواء مشتريا أو بائعا، فنشتري كل يوم ما يلزمنا من طعام و شراب و ملابس كما نشترى الجرائد و الكتب و غيرها من الحاجات التي تستلزمها حياتنا و يعقد التاجر كل يوم مئات من عقود البيع.

فقد البيع له أهميته خاصة لتنظيم العلاقات المالية بين الإنسان و أخيه الإنسان و من معروف أن القيام البيوع و المعاملات أمر ضروري بين البشر، إلا أن الإنسان مدني بطبعه لا يستطيع أن يعيش بمفرده يوفر لنفسه جميع ما يحتاجه و لذلك هو مضطر للأن يندمج في مجتمعه ، و أن يتناول معهم السلع و المنافع، ليأخذ ما يحتاجه من أموالهم و مكاسبهم الفائضة عن حاجاتهم مقابل أن يعطيهم ما يحتاجون إليه مما زاد على حاجته ولهذا يمكن القول بأن تنظيم البيوع ضروري لبقاء الإنسان وتطوره .

لذلك عنت الإرادة التشريعية الجزائرية لعقد البيع و جعلته في مقدمة العقود التي نظمتها العقود المسماة فخصت له الفصل الأول من الباب السابع من الكتاب الثاني المواد 351 الى 412 من التقنيين المدني.

قمنا بتقسيم هذا الفصل الى مبحثين ، نخصص المبحث الأول لدراسة ماهية عقد البيع ، أما المبحث الثاني فنخصصه لدراسة أركان عقد البيع.

المبحث الأول : مفهوم عقد البيع:

نتناول في هذا المبحث دراسة عقد البيع الذي يعتبر من أهم العقود المسماة قديما و حديثا و أكثرها شيوعا ، و هو يعتبر أهم موضوعات القانون المدني، فسنحاول إعطاء مفهوم عام لهذا العقد من خلال تعريفه و ذكر مميزاته في المطلب الأول ، ثم نقوم بدراسة مقارنة بين عقد البيع و مختلف العقود الأخرى المشابهة له في المطلب الثاني:

المطلب الأول: تعريف عقد البيع و خصائصه:

عقد البيع من العقود التي يوليها المشرع عناية خاصة، إذ أنه قد عالجه على رأس العقود المسماة، لذلك يعتبر عقد البيع من أهم المصادر الإدارية للإلتزام، ويعرف على أنه تطابق إدارتين على إنشاء الإلتزام، كما أنه يتصف بعدة خصائص، و عليه يمكننا تقسيم هذا المطلب الى فرعين، الفرع الأول نخصه الى تعريف عقد البيع ، و الفرع الثاني نخصه الى ذكر الخصائص أي مميزات التي يميز بها هذا العقد .

الفرع الأول : تعريف عقد البيع :

لغة: البيع مصدر باع يبيع بيعا، و يجمع على بيوع، و جمع المصدر هنا على خلاف الأصل لأن الأصل أن المصدر لا يجمع ، ولكن الجمع هنا ليتنوع البيع، وكثرته، لأن البيع منه الصحيح، غير الصحيح يسمى بيعا من ناحية اللغة و إنّ كان غير مشروع وهكذا قال أبو عبيد : البيع من حروف الأضداد في الكلام العرب ، يقال باع فلان إذا اشترى و باع من غيره ، لأن العرب تقول بعث الشيء بمعنى اشتريته والشيء مبيع و مبيوع مثل مخيط و مخيوط و يطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه باع و لكنه إذا أطلق لفظ البائع فالمبتدأ إلى الذهن باذل السلعة و الأصل اللغوي للبيع هو مبادلة مال بمال¹.

¹- إبراهيم رفعت الجمال، إنعقاد البيع بوسائل الإتصال الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2007، ص، ص 8-

أما إصطلاحا :

عرفته المادة 351 من القانون المدني الجزائري ، بأنه " عقد يلتزم فيه البائع بنقل ملكية شيء أو حقا ماليا في مقابل ثمن نقدي " .

من خلال هذا التعريف نرى بأن البيع هو نقل ملكية الشيء في مقابل ثمن نقدي هو الذي يميز البيع عن المقايضة، ونلاحظ كذلك بأنّ المشرع أورد عبارة " أو حقا ماليا آخر " و هذا معناه أن البيع لا يقتصر فقط على البيع حق الملكية ، بل يشمل أيضا بيع الحقوق الفنية من غير الملكية ، أي بيع حقي الانتفاع و الارتفاق، وكذلك بيع الحقوق الشخصية عن طريق حوالة الحق ،لما يشمل أيضا بيع حقوق الملكية الأدبية و الصناعية².

كما عرفه الأستاذ إسماعيل غانم بأنه عقد يقصد به طرفاه أنّ يلتزم أحدهما و هو البائع بأنّ ينتقل ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل التزام الطرف الثاني و هو المشتري بثمن نقدي، وعرفه الأستاذ السنهوري كذلك بأنه عقد ملزم للجانبين إذ هو يلزم البالغ بأنّ ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر و يلزم المشتري بأنّ يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمنا نقديا، وهذا التعريف يبدو قريبا من تعريف الشارع في المادة 351 مدني جزائري .

غير أنّ الشارع عرف البيع بآثاره مع أنّ جوهر العقد هو التراضي على ترتب هذه الآثار ، وتعريف العقد أنما يكون بيان عناصره لا آثاره، كما أن الشارع نص على أنّ البائع يلتزم بأنّ ينقل للمشتري الملكية أو الحق المالي ، مع أن البيع قد يتضمن اشتراطا لمصلحة الغير فيلتزم البائع بأنّ ينقل الملكية إلى شخص ثالث يعينه المشتري ، ورغم هاتين الملاحظتين فإنّ تعريف الشارع أورد الخاصيتين الأساسيتين لعقد البيع و هما أولا إلزام البائع بنقل ملكية شيء أو حق مالي ، وثانيا إلزام المشتري بثمن نقدي بالمقابلة³.

²- زكريا سرايش، الموجز في شرح قواعد البيع ، دار بلقيس الدار البيضاء، الجزائر، سنة 2016، ص 14.
³ - محمد حسنين ،عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الثالثة ،ديوان المطبوعات الجامعية ،سنة 1990، ص 10،9.

الفرع الثاني :خصائص عقد البيع :

1-عقد البيع ناقل للملكية :

هذه أهم خاصية من خصائص عقد البيع ، و هو أنه عقد ناقل للملكية أو على الأقل ينشأ التزامات بنقل الملكية .و اعتبار نقل الملكية خاصية أساسية لعقد البيع يتضح في القوانين الحديثة من تعريفه في النصوص ،فالتقنين الجزائري يعرفه بأنه عقد ينشئ الالتزام بنقل الملكية من البائع الى المشتري و يعتبر هذا الالتزام من طبيعة البيع بوجه عام و من مستلزماته بحيث لا يكون بيع بدون نشوء هذا الالتزام.و الإرادة التشريعية الجزائرية نصت في المادة 165من القانون المدني على أنه (الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني اخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ...) .و معنى ذلك أنه قد جعل الأصل في البيع الا يقتصر أثره على إنشاء التزام بنقل الملكية بل أن ينقل الملكية من تلقاء نفسه.

2- عقد البيع ملزم لجانبين:

و هو عقد لجانبين لأنه شيء التزامات في ذمة البائع و أخرى في ذمة المشتري بمجرد انعقاده ،لأن إرادة كل من طرفي العقد تتجه إلى إلزام صاحبها بالتزامات معينة ، وذلك يجب أن يكون لكل من هاتين الإرادتين سبب مشروع ، و يوجد ارتباط كل من التزامات البائع و المشتري ،فإذا وقع التزام أحدهما باطلا لأي سبب من الأسباب البطلان يبطل التزام الآخر ، و إذا أمتنع أحدهما باطلا لأي سبب من أسباب البطلان يبطل التزام الآخر ، و إذا امتنع أحدهما عن تنفيذ التزاماته أو طلب فسخ العقد ليتحلل من تلك الالتزامات . و إذا انقضى التزام أحد الطرفين يترتب عليها أن يكون لكل منها محله ،فالتزامات البائع في البيع محلها المبيع ، ولذا يعتبر محلا لعقد البيع ، أما التزامات المشتري فأهمها دفع الثمن، ومن ثم يعتبر الثمن محلا آخر لعقد البيع⁴ .

⁴ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني عقد البيع و المقايضة ،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر ،سنة 2012 ،صص، 29، 30.

3- عقد معاوضة:

يعتبر عقد البيع من عقود المعاوضة لأن كلا من الطرفين يأخذ مقابلا بما يعطي فالبائع يأخذ الثمن من مقابل الشيء المبيع و يأخذ المشتري المبيع في مقابل دفع الثمن لذلك كان عقد البيع من التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر⁵.

حيث يحصل البائع مقابل ما ينقله إلى المشتري ، والمشتري يحصل على مقابل ما دفعه كثمن للمبيع للبائع.

4- عقد البيع عقد رضائي:

حيث تكفي لانعقاده تطابق إرادة مع إرادة المشتري ،فالقانون لم يشترط لانعقاده أن يفرغ بشكل معين ، وعلى وجه الخصوص بالنسبة للمنقولات ، ومن ثم فهو من العقود التي تتعقد بتراضي الطرفين البائع و المشتري ، بينما بالنسبة للعقارات فسوف نرى، أنّ المشرع الجزائري اشترط كتابة عقد البيع و توثيقه و إلا كان باطلا مطلقاً⁶.

5- عقد البيع محدد القيمة:

الأصل في عقد البيع أنه عقد محدد القيمة لأنّ كلا من طرفيه يعلم أو يستطيع أن يعلم وقت العقد قيمة الالتزام الذي يتعهد به و قيمة الحق الذي يعود إليه من العقد غير أنّ هذه الصفة أو الحقيقة ليست من خصائص عقد البيع، فقد يكون البيع عقدا احتماليا كما في حالة ما إذا ربط العاقدان أحد الالتزامات الناشئة عن العقد بحادث غير محدد وقت وقوعه مثل جعل الثمن مرتبا لدى الحياة ،فمدار الثمن يكون في هذه الحالة مرتبط بمدى حياة البائع الأمر الذي لا يمكن تحديده وقت العقد لأنّ البائع لو طالت زاد الثمن الذي يدفعه المشتري،

⁵- جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع ، منشورات زين الحقوقية و الأدبية ، فرنسا، سنة 2013، ص 15.

⁶- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري عقد البيع ، الطبعة الثالثة ،ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون ،الجزائر سنة 2003 ،ص 11

وتبدو أهمية البيع عقد محدد القيمة ، أو أنه عقد احتمالي بالنسبة لأحكام الغبن إذ أن هذه الأحكام لا تطبق إلا على العقود المحددة القيمة⁷.

6- عقد البيع يرد على الأشياء، وعلى الحقوق المالية الأخرى:

و بالتالي يصح أن يكون محله حقا من حقوق العينية الأصلية كحق انتفاع أو حق ارتفاق كما يجوز أن يكون محله حقا من الحقوق المالية الشخصية ، كما في الحوالة (حوالة الحق)، وكذلك من الحقوق المالية الشخصية، كما في الحوالة (حوالة الحق)، و كذلك يجوز أن يكون محله الحقوق الذهنية (الملكية الأدبية و الفنية و الصناعية)⁸.

7- عقد البيع منجز حال حياة العاقدين:

ينتج عقد البيع أثره حال حياة المتبايعين،و إنّ جاز تعليق آثاره كلها أو بعضها على أجل، فإنه لا يجوز إضافتها إلى موت البائع، إذ أن معنى ذلك ورود تصرف البائع على جزء من تركه مستقبلة ، وهذا يخالف ما نصت عليه المادة 92 فقرة ثانية مدني جزائري، غير أنه إذا ثبت في هذه الحالة أن البيع قد تم دون مقابل يمكن اعتباره في بعض الأحوال وصية طبقا لما سيحيي فيما بعد ، و إنما يشترط في ذلك أن يكون انتقال الملكية بجميع عناصرها مضافا إلى ما بعد موت البائع، أما إذا احتفظ البائع لنفسه بحق الانتفاع

مدة حياته و نقل الملكية إلى المشتري فورا طبقا لنص في العقد فإنه في هذه الحالة لا يعتبر العقد مضافا إلى ما بعد الموت و لا يقع باطلا ، على أنه إذا كان العقد صادر لأحد الورثة أمكن اعتباره وصية متى توافرت شروط المادة 777 مدني جزائري⁹.

⁷ - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق،ص30.

⁸ - خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق،ص 11-12.

⁹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق،ص30.

المطلب الثاني : تمييز عقد البيع عن غيره من العقود الأخرى :

رأينا فيما سبق أن البيع يتميز عن غيره من العقود الأخرى بأنه يترتب عليه نقل الملكية من البائع إلى المشتري و أنّ هذا يتم في مقابل ثمن نقدي ، وهذه الخصائص الجوهرية لعقد البيع، تميزه عن غيره من العقود الأخرى، و مع ذلك فإنّ التفرقة بين البيع و بين العقود الأخرى تظهر في بعض الاختلافات ، لدرجة ليعيب فيها تحديد طبيعة العقد ووصفه بأنه بيع أو عقد آخر، فعلى هذا الأساس نتطرق إلى تقسيم إلى فرعين : (الفرع الأول) ندرس فيه تمييز عقد البيع عن عقد الهبة و الإيجار و الوكالة و الوديعة و الوفاء بمقابل أما الفرع الثاني فسنخصه للتمييز بين عقد البيع و عقد المقايضة و العارية و القرض و الوصية و تقديم حصة في شركة.

الفرع الأول: تمييز عقد البيع عن عقد الهبة و الإيجار و المقولة و الوكالة و الوديعة و الوفاء بمقابل:

1- البيع و الهبة:

الهبة قد تكون بعوض أو بغير عوض ، فإذا كان العوض نقدياً فإن الهبة تلبس بعقد البيع خاصة إذا كان العوض النقدي كبيراً بحيث يقترب من ثمن الشيء، والعبرة من التفرقة بين العقدين هي نية التبرع لدى الواهب، فإذا وجدت هذه النية كان العقد هبة و لو كانت لعوض نقدياً كبيراً، و إذا لم توجد نية التبرع كان العقد بيعاً و لو كان المقابل النقدي أقل قيمة من الشيء المبيع، و الكشف عن نية التبرع مسألة واقع لا تخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض ، و قد يرجح في الكشف عن هذه النية أنّ يكون العوض قد اشترط لمصلحة شخص آخر غير الواهب .

و إذا كانت نية التبرع غير معلنة في العقد، فإنه يكون العقد بيعاً صورياً تخفي هبة مستترة، و تنطبق أحكام الصورية من حيث اعتبار العقد النافذ بين المتعاقدين هو عقد الهبة ولكنها هبة مستترة لا تشترط الشكلية لصحة انعقادها .

وقد جاء في حكم لمحكمة النقض أنه استقر قضاء محكمة النقض في ظل القانون المدني القديم على أنه إذا كان الثمن لم يذكر في عقد البيع إلا بصفة صورية فإنّ العقد يصح بوصفه هبة مستترة في صورة عقد البيع.

أما إذا كانت نية التبرع واضحة في العقد، فإنه يكون عقد هبة مكشوفة و لا ينعقد صحيحا إلا بمراعاة الشروط الشكلية اللازمة لصحة انعقاده و هي الرسمية في العقار وكذلك الرسمية في المنقول، ومن هذا القبيل ما قضت به محكمة النقض من أنّ النص في عقد البيع على أنّ " البائع تبرع لولده المشتري بهذا الثمن و على أنّ المشتري التزام بتجهيز أخته و بالإئفاق عليهما و على أمه بعد وفاة أبيه، و اعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة، فإنها لا تكون قد أخطأت في تكييفه، فإنّ مجرد النص على الوالد تبرع بالثمن يكفي لاعتباره العقد الهبة مكشوفة أماما للالتزام به الموهوب له في هذا العقد فلا يعدون أن يكون مقابلا للهبة و لا تخرج عقدها عن طبيعته".

و سواء اعتبر التصرف بيعا، أو هبة مستترة في صورة بيع ، أو هبة مكشوفة استوفت الشكل القانون، فإنّ التصرف يكون منجزا و تنتقل به الملكية إلى المتصرف إليه حال حياة المتصرف، و لو ترتب على ذلك حرمان بعض الورثة أو التقليل من أنصبتهم في الميراث و لا يأخذ هذا العقد حكم الوصية إلا إذا أحاطت به قرائن من شأنها تجعله تتصرفا مضافا إلى ما بعد الموت¹⁰.

2- البيع و الإيجار :

يتميز عقد البيع عن الإيجار ، كون عقد البيع من العقود الناقلة للملكية ، بينما عقد الإيجار ليس من العقود الناقلة للملكية ، حين لا يؤدي إلى نقل ملكية العين المؤجرة إلى المستأجر و إنما يؤدي إلى تمكين المستأجر من الانتفاع فقط في العين المؤجرة و بعبارة أخرى ، يؤدي إلى إنشاء حق شخصي في ذمة الموجز، موضوعه، تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

¹⁰ - سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الفنية للطباعة و النشر، الإسكندرية، ص ، ص 22-23.

غير أن الأمر ليس سهلا في كل الحالات، وعلى وجه الخصوص، إذا وقع العقد لا على الشيء ذاته، وإنما على ثمرات هذا الشيء أو منتجاته، و ثمرات الشيء، هي المحصولات التي تنتج عن الشيء بصفة دورية كالبرتقال، و منتجات الشيء هي المحصولات التي تنتج عن الشيء بصفة غير دورية و تتناقض كلما، استخدمناها إلى حد النفاذ، كالمعادن المستخرجة من الأرض، كالفحم، البترول و الأحجار، فهنا يدق التمييز بين عقد البيع و عقد الإيجار، يجب ترجيح نية المتعاقدين الحقيقية لا بوصف الذي يصفان به العقد، و الأمل أن العقد يكون بيعا إذا اشترط في نقل ملكية كل أو بعض الشيء، أي الانتفاع به.

بناء على هذه القاعدة، تمكن تمييز عقد البيع عن عقد الإيجار، فإذا كان موضوع العقد القائم بين المتعاقدين استخراج منتجات الشيء كالمعادن و الإيجار اعتبر العقد بيعا، و العلة في ذلك، و ترجع إلى أن عملية استخراج المعادن تؤدي إلى انتقاص، مقدار الشيء و اقتطاع جزء من أصله، و إذا تطلب الأمر إلى استعمال المشتري للأرض المستخرج منها المعادن، فيكون لدينا عقدين، عقد بيع و عقد إيجار لكن إذا كان موضوع العقد الحصول على ثمار الشيء، فإن العقد يكون إيجارا، و العلة في ذلك ترجع إلى أن الثمار تنتج عن الشيء بصفة دورية لا تؤدي إلى نقص في الشيء ذاته أو تغييره، و ذلك كله في حالة ضم الانتفاع الكلي للعقار إلى قبض الثمار، وهذا الشرط ليس ضروريا بالاعتبار العقد أجاره، فقد يقتصر حق المستأجر في الحصول على بعض الثمار كما هو الحال في إجارة حق صيد الطيور أو حق صيد الأسماك، وكثيرا ما تقوم بعض الظروف كمعين لمعرفة نوع العقد، إ، كان بيعا أم إيجارا كمعرفة الطرف الذي يتحمل مصاريف الزراعة فإذا كان هذا الطرف، صاحب الأرض اعتبر موضوع العقد الاستيلاء على شيء مقابل دفع أقساط معينة في مدة معينة، يصبح المشتري في نهايتها مالكا الشيء، فإن هذا العقد يعتبر بيعا، و لو وصف العقد بأنه إيجار لأن العقد في هذه الحالة هو بيع بالتقسيط¹¹.

¹¹ - خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 14-15.

3- البيع و المقاوله:

عقد المقاوله هو " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضيع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " و من هذا يتضح الفرق بين البيع و المقاوله حيث أن البيع يتمثل في نقل الملكية أو الحق المالي مقابل ثمن نقدي في حين أنّ المقاوله تلزم الشخص بإتمام عمل لقاء بدل أو أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

و مع ذلك فإنّ هناك حالات تقترب فيها المقاوله و البيع، مثل ذلكم حالة ما إذا كلف شخص صانعاً أو مقاولاً بتقديم المواد إلى جانب صناعتها، كأن يتفق مع صانع الأثاث على أنّ يقدم الأخشاب اللازمة لصنعها في مثل العمل كانت أهم بكثير من قيمة الشيء الذي قدمه الصانع ، ومن أمثلة ذلك أيضاً حالة ما إذا تعهد مقاول بإقامة بناء ، فإذا قدم صاحب العمل الأرض من عنده و قام المقاول بالعمل كان مقاوله، أما إذا كانت الأرض ملكاً للمقاول، فإنّ هذا يعتبر للأرض بحالتها المستقبلية بعد إقامة البناء عليها، توجد وكالة كذلك إذا كان من مسلم البضاعة قد تسلمها على سبيل العينية حتى يتسنى له إطلاع عملائه عليها لكي يتمكن من البيع لهم و على أية حالة فإنّ العبرة في كل هذا شروط الاتفاق بين الطرفين ، و بطرف كل حالة على حدتها¹².

4- البيع و الوكالة:

الوكالة هي عقد بمقتضاه يعوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء قانوني باسمه هو حساب الموكل على أنّ يقوم بعد ذلك ينقل ما اكتسب من حقوق إلى الموكل الذي أبرم العمل القانوني لحسابه ، ونجد لدينا في الحالتين عقد وكالة لا لبس فيه ، و لكن يثور البحث إذا لم يكن قصد العاقدين واضحاً ، كأنّ يسلم تاجر الحماية البضاعة إلى تاجر التجزئة لبيعها إلى علامة بثمن محدد و يحاسب تاجر الجملة بعد ذلك في مقابل عمولة معينة، فنكون إزاء وكالة بالعمولة، وكان يعرف هذا العقد في القانون الروماني باسم عقد المحاسبة أو التقدير، و قد يتفق الطرفان على بيع السلعة و نقل ملكيتها إلى تاجر التجزئة الذي يكون له الحق في أنّ

¹²- توفيق حسن فرج، عقد البيع و المقايضة ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، سنة 2002 ص 44-45.

يتصرف فيها بعد ذلك لحسابه هو بأي ثمن، فنكون إزاء عقد بيع، ولهذا البحث أهمية خاصة من الناحية الجنائية، فالوكالة عقد من عقود الأمانة ويعاقب الوكيل المبدد بعقوبة جنائية الأمانة وليس كذلك عقد البيع¹³.

5- البيع و الوديعة:

لا يتلبس عقد البيع بعقد الوديعة، وذلك أن الوديعة لا يتضمن نقل ملكية الشيء إلى المودع لديه ، بل يلتزم بالمحافظة عليه لمدة معينة و يرده عينا.

ففي الغرض الذي يقدم فيه شخص أشياء إلى شخص آخر ليقوم ببيعها ، ففي هذه الحالة لا تكون أمام عقد وديعة و إنما نكون أمام احتمال أحد العقدين إما البيع و إما الوكالة مثال ذلك أن يقدم تاجر الحماية سلعة إلى تاجر التجزئة ليقوم هذا الأخير ببيعها، فإذا اتجهت نية المتعاقدين إلى اعتبار أن تاجر التجزئة يتولى بيع السلعة لحساب تاجر الجملة نظير عمولة يتلقها ففي هذه الحالة نكون أمام عقد الوكالة، أما إذا اتجهت نية المتعاقدين إلى اعتبار أنّ تاجر التجزئة قد اشترى السلعة من تاجر الجملة ليقوم هو بإعادة بيعها (والفرق بين ثمن الشراء و ثمن البيع هو مكسبه) فهنا نكون أمام عقد البيع، فالمعيار هو نية المتعاقدين و ما اتجهت إليه، و نستنتج هذه النية من الظروف المحيطة بالعقد ،بالعقد إذ أنها من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة.

6- البيع و الوفاء بمقابل:

الوفاء سبب من أسباب انقضاء الالتزام فهو تصرف مهني للالتزام ، فالوفاء بمقابل هو قبول الدائن في استيفاء حقه مقابلا يستعويض بع عن الشيء المستحق أصلا .

ومع ذلك نقل وفاء بالمقابل يمكن أن يكون تصرفا و ذلك عندما يتم مقابل نقل المدين ملكية شيء إلى الدائن الذي قبل ذلك ، وهو من هذه الناحية يشبه إلى حد كبير البيع، و إنّ كان ليس بيعا ليختلف الثمن، و لهذا فإنّ المشرع نص على سريان أحكام البيع على الوفاء بمقابل على الأخص فيما يتعلق بأهلية المتعاقدين و ضمان الاستحقاق و ضمان العيوب الخفية

¹³ - محمد حسنين ، المرجع السابق، ص، ص 17-18.

فالوفاء بمقابل في هذه الصورة لي بيعا حقيقيا، بما أن التشابه بينهما ليس تاما ففي حالة إفلاس الموفي فإنّ وفاءه يعتبر باطلا عندما يتم في فترة الريبة، لأنه يشكل وفاء غير طبيعي، كما أنّ الوفاء بمقابل لا يعطي للمدين الذي قام به امتياز البائع¹⁴

الفرع الثاني : تمييز عقد البيع عن عقد المقايضة و العارية و القرض و الوصية وتقديم حصة في شركة و الرهن :

1- البيع و المقايضة:

يميز عقد البيع عن عقد المقايضة ن في كون عقد البيع يتم فيه نقل الملكية للشئ المبيع بمقابل ثمن نقدي يدفعه المشتري البائع، بينما في عقد المقايضة يتم فيه نقل الملكية عن طريق مقايضة شئ بشئ ،فإذا تعاقد أحد الأشخاص مع شخص آخر على نقل ملكية أحد العقارات مقابل أحد شيئين يختاره المتعاقد الآخر ، كأن يكون أحدهما مبلغا عن النقود و الآخر عقارا آخر ،فإذا اختار أن يبادل العقار بالعقار كان العقد مقايضة وإذا اختار أن يبادل العقار بالنقود كان العقد بيعا.

و لكن المسألة قد تدق في التمييز عندما ينقل أحد الأشخاص ملكية داره لأخر مقابل أوراق مالية، أو سبائك ذهبية، فهل يعتبر هذا العقد مقايضة أم بيعا؟

إنّ الرأي يتجه إلى اعتباره عقد مقايضة ،لأن أوراق المالية أو السبائك الذهبية رغم معرفة قيمتها نقدا بمجرد عرضها في الأسواق إلا أنّ العبرة ليست بمعرفة سعر أو قيمة هذه الأشياء بمجرد عرضها في الأسواق ، و إنما في طبيعتها وقت إبرام العقد،وهي ليست بنقود ، إذا كان المقابل إيراد مرتب لمدى الحياة ، فإنّ الرأي يذهب إلى اعتباره عقد البيع،لأنّ المقابل فيه ثمن ، وهو عبارة عن مبلغ نقدي يمثل الإيراد المرتب لمدى الحياة ،أما إذا كان المقابل جزء منه نقودا و الجزء الأخر غير نقود ، فالعبرة هنا بالجزء الغالب،فإذا كانت النقود، فإنّ العقد يعتبر بيعا و إذا كانت غير النقود فإنّ العقد لا يعد و أنّ يكون مقايضة¹⁵.

¹⁴ - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة ، عقد البيع، الطبعة الثانية،دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية،سنة 2004،ص 42.

¹⁵ - خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق،ص 16.

2- البيع و العارية:

العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يردّه بعد الاستعمال، وفي هذه الحالة نجد أن المعيار الذي يجب أن نركن إليه للتفرقة بين البيع و العارية هو نقل الملكية ، ففي العارية ليس هناك نقل للملكية و إنما يبقى المعير مالكا للشيء المعار، و على المستعير أن يحافظ عليه و يردّه في نهاية العارية.

لكن قد تختلط العارية بالبيع في الحياة العلمية ، وهو ما جرى عليه العمل في المجال التجاري، و هذه الصورة تعرض عندما يكون المبيع معبأ في أوعية خاصة تسلم الى المشتري مقابل دفعه مبلغ معين يرد له عند قيامه برد هذه الأوعية فهل هذا المشتري لهذه المواد المعبأة مستعير للأوعية و أنّ البائع معير لها ، أم أنه يمتلكها بمقتضى بيع هذه الأوعية له مقترفا برخصة احتمالية بردها إلى البائع مقابل استرداده ما دفعه؟.

تكيف هذا العقد يتوقف على تفسير الإدارة المشتركة للمتعاقدين و اقتصاديات العقد.

في العمل التجاري يجري عادة النص ، في الغالب من الحالات ، في الشروط العامة للعقد على أنّ احتفاظ المشتري لهذه الأوعية يكون على سبيل العارية مع اقترانها بصفة عامة بشرط جزائي يضمن الرد لهذه الأوعية، أو على سبيل الوديعة و في كلتا الحالتين ملكية الأوعية لم تنقل إلى المشتري لكن يمكن أيضا أن يشكل هذا العقد بيعا متضمنا و عدا بإعادة الشراء و بذلك تكون الملكية ، قد انتقلت ، والمحاكم تقرر أنه في هذه الحالة الأمر يتعلق إما بعارية أو بوديعة إذا كان هناك التزام برد الأوعية من جانب المشتري و أن استعمالها كان مجانيا ، وإلا تعتبره بيعا مقترنا برخصة إعادة الشراء¹⁶.

3- البيع و القرض:

و يقع مثل هذا التشابه بين عقد البيع و القرض في الحالة التي يحتاج فيها أحد الأشخاص مبلغا من المال فيلجأ إلى الاقتراض ، فيقوم بشراء سلعة من السلع من المقرض

¹⁶ - نبيل ابراهيم سعد ، المرجع سابق، ص، ص 49-50.

بثمن مؤجل ، ثم يبيعه إلى صاحب السلعة (المقرض) بثمن معجل ، فيصبح مدنيا بالثمن المؤجل ، و يتقاضى في نفس الوقت الثمن المعجل، ثم ترجع السلعة في النهاية إلى صاحبها كما كانت و هذه العملية، في الغالب، ما نستريا محظورة الحصول عليها من المقرض، فيلجأ المقرض و المقرض إلى هذه العملية، هذا إذا علمنا، أن الثمن المؤجل في الغالب ما يكون أكبر منه، السلعة المعجل، الذي حصل عليه المقرض من المقرض و بالتالي تكون مقدره الفائدة، هو الفرق بقيمة السلعة المعجل و قيمتها مؤجلة.

و تحليل هذه العملية المركبة ، تؤدي إلى اعتبار المشتري مقرضا بالثمن المعجل على أن يؤدي بدله عند حلول الأجل الثمن المؤجل، ولمعرفة ما إذا كانت هذه العملية تعتبر عقد قرض أو بيع لابد من التعرف على نية المتعاقدين، وفي الحقيقة، أن هذه النية في الغالب ما تنطوي على قرض بربا فاحش ، استخدام المتعاقدين طريق الاحتيال على القانون الذي يحرم القرض بفائدة ، للوصول إلى القرض بربا فاحش، عن طريق بيعين متعاقدين أحدهما بثمن مؤجل و الآخر بثمن معجل ، وعلى القاضي، الذي تكشف له حقيقة نية المتعاقدان عليه أن يسقط من حسابه البيعتين المعجل و المؤجل، و أن يطبق أحكام القرض، مع إسقاط الفائدة التي يحظرها القانون المدني ، وبهذا تقرر المادة 454 منه (بأن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر و يقع باطلا كل نص يخالف ذلك)¹⁷.

4- البيع و الوصية:

الوصية ليست عقدا و لكنها تصرف بالإدارة المنفردة مضاف إلى ما بعد الوفاة، فالوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت و الوصية من أعمال التبرع.

و على ضوء ذلك نجد أن الوصية و أنّ كانت تصرف قانوني ناقلا للحق المالي إلى الموصي له، إلا أنها تختلف مع ذلك عن البيع في أنّ نقل الحق بتراخي إلى ما بعد الموت الموصي، كما أن نقل المترخي إلى ما بعد الموت يكون بدون عوض أي يكون تبرعا، علاوة على اختلاف كل منهما من حيث التكوين، فالبيع عقد أم الوصية فتصرف بالإدارة المنفردة.

¹⁷ - خليل أحمد حسن قدامة ، المرجع السابق، ص 18-19.

و إذا كان الفرق بين البيع و الوصية واضحة و ظاهرة، ألا أنه في الحياة العلمية كثيرا ما يلجأ الأفراد إلى ستر وصاياهم في صورة بيوع و ذلك تهربا من بعض أحكام الوصية الآمرة والتي أهمها عدم نفاذ الوصية فيما يجاوز ثلث التركة... و الصورة العلمية المألوفة يلجأ المتصرف إلى إظهار تصرفه في صورة بيع مع العمل في نفس الوقت على تحقيق هدفه من الاحتفاظ بمزايا الملكية إلى وقت الوفاة في مقابل عدم الحصول من المشتري على الثمن ، وهكذا يبدو الأمر في الظاهرة على أنه بيع و لكنه في الواقع وصية مقنعة.

و على ذلك يكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالتصرف الحقيقي، الوصية و أن يثبت بكافة طرق الإثبات صورية البيع الذي أضرب به .

و قد وضع القانون المدني المصري قرينة قانونية على قيام الوصية" إذا تصرف شخص لأحد ورثته و احتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها ، و بحقه في الارتفاع لها مدى حياته ، أعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية ما لم يقد دليل يخالف ذلك" .

و لكن هذه القرينة بسيطة و ليست قاطعة ،أي يجوز إثبات عكسها، أي أن المتصرف إليه يثبت أن رغم توافر شروط هذه القرينة إلا أن العقد مع ذلك يعتبر عقد بيع بما يترتب عليه من آثار .

5- البيع وتقديم حصة في شركة:

تقديم الحصة في شركة عقد بمقتضاه ينقل شريك ملكية مال معين إلى شركة معينة مقابل تمتعه بحقوق الشركاء ،فلمقابل هنا ليس ثمن و بالتالي لا يعتبر بيعا و لا يخضع لأحكامه ، ولذلك فإنه لا يمكن أن يطعن فيه بالعين حتى و لو كان محله عقارا معيناً ، كما أنه لا يجوز فيه الشفعة¹⁸ .

¹⁸ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ، ص 42-52-53.

6- البيع و الرهن:

قد يختلط عقد البيع بعقد الرهن عندما يتفق في عقد البيع أن يكون للبائع الحق في استرداد العين المباعة خلال مدة معينة مقابل رد الثمن الذي دفعه المشتري مع ال مصروفات الخاصة بعقد البيع و بالاستيراد و ما قد يكون أنفقه المشتري من النفقات أثناء وجود المبيع تحت يده هذه العملية القانونية تعرف بالبيع الوفائي و قد كان مشروعاً في مرحلة معينة من مراحل القانون المدني المصري القديم

و البيع الوفائي يعد رهناً في حقيقة الأمر فالمشتري بعد هو المقرض أو الدائن المرتهن ، كما يعد البائع هو المقرض أو المدين الراهن، والشئ المبيع يعد بمثابة المال المرهون ، هذا مع ملاحظة أن هناك فارقاً أساسياً في هذه العملية القانونية بين البيع و الرهن، ففي البيع الوفائي يتمتع المشتري والدائن المقرض بضمانة كبرى يتمثل في انتقال ملكي أما في الرهن فإنّ الدائن المرتهن لا يكتسب على الشئ المرهون إلا حقاً عينياً تبعياً

و قد كان بيع الوفاء كما أشرنا سابقاً جائزاً وقت صدور التقنين المدني المصري القديم حتى تم إلغاه (في خصوص بيع الوفاء و الواردة على عقار) ، وذلك لأنّ الوفاء كثيراً ما يخفي قرضاً برهناً فاحشاً مضموناً برهن و تكون الفوائد الربوية هي حصيلة الفارق بين الثمن المبيع و الثمن المسترد بمقتضاه المبيع، كما كان البيع الوفائي يتخذ ذريعة للتخلص من أحكام الرهن و على الأخص الحكم بعدم جواز اشتراط تملك الدائن المرتهن للشئ المرهون عند عدم الوفاء.

و من قضاء النقض في هذا الشأن ما قضت به المحكمة من أنّ " عقد البيع الذي يخفي رهناً يستطيع البائع فيه استرداد المبيع إذا هو رد الثمن الى المشتري ، إنما هو صورة من بيع الوفاء الذي خطره المشرع بالنص على بطلانه، للمتعاقد أن يثبت بكافة الطرق، و منها البيئية و القرائن و الغير لا ينقد بشرط الكتابة في اثبات ما يخالف العقد المكتوب و الصورية

النسبية التي تقوم على إخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلا على القانون يترتب عليه بطلان البيع¹⁹.

المبحث الثاني: أركان عقد البيع:

لا يختلف عقد البيع عن العقود الأخرى من حيث انعقادها ، فيجب لانعقاده توافر الأركان الثلاثة و هي التراخيص و المحل و السبب، و جعل القانون شروط لهذه الأركان بحيث إذا لم تتوافر تلك الشروط أختل الركن و لا ينعقد العقد مع وجود هذا الاختلال ، فإذا انعدم ركن من هذه الأركان فإنّ العقد لا يبرم أصلا ، ويكون باطلا بطلانا مطلقا فبمجرد توافر هذه الأركان مجتمعة، فإنّ عقد البيع يعتبر صحيحا و مرتبا لآثاره القانونية.

و بالتالي : يتطلب هذا المبحث تقسيمه إلى مطلبين : المطلب الأول تخصصه إلى أركان المتعلقة بذات المتعاقدين (التراضي) ، أما المطلب الثاني فسوف ندرس فيه الأركان المتعلقة لموضوع البيع (المحل و السبب)

المطلب الأول : ركن التراضي:

يعد عقد البيع من العقود الرضائية ، وتقضي القواعد العامة ، بأنّ " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفا التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد " المادة 59 من القانون المدني الجزائري).

و لركن الرضا حكم خاص إذ يجب توافر شرطين لوجوده و هما : توافر التمييز لدى العقادين ، وتقابل الإيجاب و القبول مع تطابقهما ، وشرطين لصحته و هما : استكمال كل من العقادين.....الأداء، وهي 19 سنة كاملة و لم يتوافر أحد الشرطين الأول و الثاني فلا ينعقد العقد و يكون باطلا بطلانا مطلقا، أما يتوافر أحد الشرطين الآخرين فإنّ العقد يكون باطلا بطلانا نسبيا أو قابلا للإبطال بالنسبة للعاقده وحده .

¹⁹- رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع و المقايضة الطبعة الثانية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، سنة 2003، ص، ص 73-74.

و البطلان النسبي يحكم به القاضي بناء على طلب العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحة و لهذا العاقد أن يتنازل عن طلب البطلان و يجبر العقد ، وطالما أنه لم يحكم بإبطال العقد الباطل بطلانا نسبيا فالعقد قائم و منتج لآثاره وتبعاً لذلك ندرس ركن الرضا في فرعين (الفرع الأول ندرس فيه التراضي و صحته، و الفرع الثاني نخصصه لبعض الصور الخاصة للتراضي.

الفرع الأول : وجود التراضي وصحته:

لدراسة التراضي في عقد البيع بإعتباره جوهرية و مناطه يجب أولاً أن نعرض لوجود التراضي ثم تبين بعد ذلك صحة هذا التراضي.

1- وجود التراضي :

لكي يوجد التراضي في عقد البيع يجب أولاً أن يكون صادراً عن إرادة مميزة ،أما اشتراط الثاني فهو مطابقة القبول للإيجاب مطابقة تامة ، وفي هذا الأمر يتم تطبيق القواعد العامة في نظرية العقد، فإذا تخلف شرط من هذين الشرطين فإنه لا يتحقق التراضي، و بالتالي يكون العقد باطلاً بطلانا مطلقاً²⁰.

- تطابق الإيجاب و القبول:

لا ينعقد عقد البيع إلا بتطابق إرادة البائع مع المشتري بكل الأشياء التي تدخل ضمن عناصر عقد البيع كطبيعة العقد المراد إبرامه و على الشيء المبوع و الثمن.

1- التراضي على طبيعة العقد:

فالإتفاق على طبيعة العقد من قبل المتعاقدين يعتبر أولى موضوعات أو عناصر عقد البيع ، الذي يجب أن تتطابق إرادة ،كل من البائع و المشتري عليه ، فينعقد عقد البيع إذا قال أحد المتعاقدين للآخر ، أنا أبيعك هذه السيارة، فيجب عليه الطرف الآخر أن أقبل شراء هذه السيارة ، ففي هذه الحالة تتوفر تطابق الإيجاب مع القبول لكن إذا قال أحد الأشخاص للآخر

²⁰- زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 23.

خذ هذه الدار و أعطني عشرة آلاف دينار جزائري قاصدا رهن بهذا المبلغ ،فقبل الآخر هذا الإيجاب معتقدا أن صاحب الدار ينقل إليه ملكيتها لا رهنها، ففي هذه الحالة لا يستطيع القول بتوافر تطابق الإيجاب مع القبول.

و إنما كان قصد الموجب شيء و قصد القابل شيء آخر ،أحدهما يقصد الرهن،و الآخر يقصد البيع، ومن ثم لا يبرم عقد رهن و لا عقد بيع.

2- التراضي على الشيء المبيع:

و يعتبر الاتفاق على شيء المبيع و الذي يمثل محل عقد البيع، أمرا واجب لانعقاده عقد البيع، ويقع ذلك ،أذا اتجهت إرادة البائع و المشتري ، و جب تطابق إرادة المشتري و البائع على الاتفاق على هذا العقار دول غيره و بتالي ،إذا كان لأحد الأشخاص سيارتين،واحد من نوع (فيات) و الآخر من نوع (بيجو) و ارد أن يبيع سيارة (الفيات)، فعرضها للبيع،فإذا قبل أحد الأشخاص ذلك ، ولكن اتجهت إرادته لسيارة (البيجو) دون الفيات فلا ينعقد عقد البيع، لا بالنسبة لسيارة (الفيات) لعدم توافر تطابق الإيجاب و القبول على هذه السيارة و لا ينعقد كذلك بالنسبة لسيارة (البيجو) أيضا، وذلك لعدم توافر تطابق الإيجاب و القبول عليها.

3- التراضي على الثمن:

و لا يكفي لانعقاد البيع الإنفاق على نوع العقد و الشيء المبيع، و إنما يجب أن يتفق كذلك ،المتعاقدان على الثمن للشيء، المبيع و على مقدراه ، وبتالي ،إذا طلب البائع في الشيء المبيع عشرة آلاف دينار جزائري، فقبل المشتري شراء الشيء بتسعة آلاف ،دينار ،فإنّ عقد البيع لا ينعقد لأنّ الإيجاب و القبول لم يتطابقا²¹.

و خلاصة القول،أنه يجب أن يتم الإنفاق على المبيع و الثمن وطبيعة العقد²².

²¹ - خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق،ص ص 25-26.
²² - سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع ،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،سنة 2012، ص 50.

- حكم الإيجاب:

أن يعرض شخص على آخر أن يبيعه معينة لقاء ثمن معلوم معينة فإنّ هذا العرض في ذاته لا يلزم من صدر إلا بالبقاء على إيجابية مدة معينة حسب ظروف الحال أو حسب طبيعة المعاملة ، والإيجاب قد يوجه إلى شخص معين، فينقصد العقد حين قبول هذا الشخص دون غيره، كما قد يوجه إلى شخص غير معين، كالإيجاب الموجه للجمهور و لهذا الإيجاب صور عملية مألوفة:

- الإعلان عن السلع في الصحف أن الجرائد اليومية أو في نشرات خاصة، إذ قد تعتمد المتاجر إلى عرض سلعها عن طريق النشرات و الإعلانات و الكتالوجات و غيرها من وسائل الداعية، وتضع بيانا تفصيليا لما يتاجر فيه من السلع، و نذكر أمام كل سلعة ثمنها.

و هذه الصور كلها أصبحت الآن مألوفة في التجارة، فمثل هذا الإعلان يعتبر إيجابا صحيحا صالحا يعتبر به القبول.

والسؤال المطروح: ما مدى التزام بإحالة جميع الطلبات التي تقدم إليه بشأن السلع التي أعلن عنها:

من واضح أن من يوجه إعلانا للجمهور، يقصد بذلك التعاقد مع من يتقدم إليه بالقبول أو بأول في حدود مقدار ما عنده من السلع التي أعلن عنها و عدم التقييد بهذا الإعلان بعد نفاذ تلك السلع، لأنّ كل من يطلع على هذا الإعلان يعلم أنه موجه إليه و إلى غيره من الجمهور، و يعلم أن هناك أناسا سيقون في القبول و يستفيدون القدر المفروض وبتالي إذا وصل قبول بعد نفاذ المفروض كان وصوله بعد سقوط الإيجاب لا ينقصد به البيع و لا يلتزم به التاجر.

والأستاذ السنهوري يفرق بين النشرات التي توزع على الجمهور و النشرات التي ترسل إلى أشخاص بأسمائهم و بمعنوياتهم الخاصة ، ويرى أنّ هذه الأخيرة تعتبر إيجابيا صحيحا ، أما النشرات التي توزع على الجمهور فهي مجرد دعوة للتعاقد، بإيجاد للقبول

ولكن في هذه الحالة لا يجوز لصاحب المتجر أن يرفض القبول بعد أن دعا إلى شراء سلعته إلا إذا استند في ذلك إلى أسباب مشروعة.

عرض السلع في واجهات المحلات، إذا جرت العادة أنّ التجار يلعنون عن سلعهم سواء بعرضها في واجهات محادثتهم مع كتابة أثمانها عليها أو بالنشر عنها مع أثمانها في الجرائد و في نشرات خاصة يرسلونها إلى عملائهم أو يوزعونها على الأفراد الجمهور بالنسبة لعرض السلع في المتاجر ، فلا نزاع في أنه يعتبر إيجابيا صريحا، لأن التاجر قصد بيع هذه البضائع بالثمن المكتوب عليها، فهذا الإيجاب غير موجه إلى شخص معين فالبيع ينعقد بين التاجر المذكور و من يتقدم له بالقبول، أي أنّ المشتري لا يكون محل اعتبار في التعاقد و لذا لا يمكن للبائع أن يفرض البيع لمن صدر منه القبول. و البيع وارد على السلعة ذاتها في واجهة المحل دون غيرها من مثيلاتها الموجودة داخله و خاصة إذا كانت الأخيرة غير مكتوبة عليها أثمانا أو غير موضوعة في متناول الجمهور، إذا لا يكون التاجر ملزما أن يبيع إلى من يتقدم لشرائها.

على السلع داخل المتجر، فإذا كانت السلع المعروضة في داخل المتجر في متناول يد الجمهور ومكتوبة عليها أثمانها، جاز لكل شخص أن يطلب شراء ما شيئا منها إلا أن يعقد المعروض كله، إلا إذا كان التاجر قد تحفظ في ذلك و أعلن كتابة في مكان بارز مثلا من متجره أنه لا يبيع إلا قدرا معيناً لكل شخص²³.

تتكفل عقد البيع ، لا يشترط لانعقاد البيع أي شكل خاص ، الأصل أن البيع من العقود الرضائية التي تتم بمجرد تطابق الإدارتين دون حاجة إلى إفراغ الإدارة في أي شكل خاص ، ومع ذلك فقد يشترط القانون شكلا خاص بالنسبة لبعض البيوع على سبيل الاستثناء، من هذا القبيل بيع السفينة الذي يجب أن يتم في الشكل الرسمي ، ومن هذا القبيل أيضا البيع الذي يكون الثمن فيه إيرادا مرتبا مدى الحياة، ومن البيوع الكلية أيضا بيع حق المؤلف ، وتعتبر البيوع الشكلية أيضا البيوع الجبرية التي تتم بإنتاج إجراءات معينة.

²³- سي يوسف زاهية حورية، المرجع سابق، ص، ص 52-53-55.

و فيما عدا هذه الاستثناءات فإنّ البيع لا يشترط لانعقاده أي شكل خاص ، فلا يشترط أن يتم كتابة سواء في ورقة رسمية أو عرفية و مع ذلك فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على أن يتم العقد كتابة و يعتبر هذا الاتفاق على وجه من وجوه ، الآتية بحسب ما اتجهت إليه إرادة أصحاب الشأن.

إذا اتفق الطرفان على البيع و لكنهما اتفقا على أن يتم العقد كتابة سواء كانت هذه الكتابة رسمية أو عرفية، فقد يكون قصدهما من ذلك هو أن ما يتم بينهما هو عقد بيع ولكنه بيع ابتدائي، أما البيع الابتدائي فلا تم ألا باستيفاء شرط الكتابة الرسمية أو العرفية بحسب الاتفاق ، و عقد البيع الابتدائي هو في الحقيقة عقد البيع كامل ، وهو عقد رضائي وهو يلزم كل من طرفين و ورثتهما بإعداد عقد البيع النهائي الشكلي، و إذا فكل أيمن الطرفين في ذلك جاز للطرف الآخر أن سيصدر حكما من القضاء بصحة وثبوت البيع الرضائي منذ إبرامه و يقوم هذا الحكم مقام الورقة المطلوب أعدادها ، ولكن قد يكون قصد الطرفين من اشتراط إبرام عقد مكتوب هو أن ما تم بينهما ليس عقد البيع كامل و لكنه مجرد وعد بالبيع، وقد يكون هذا الوعد من جانب واحد أو من الجانبين، وإذا أخل الواعد بوعدده جاز للطرف الآخر أن يستصدر حكما من القضاء يقوم مقام العقد المطلوب إبرامه.

و في هذا القرض فإنّ عقد البيع يكون عقدا شكليا لأن ما تم بطريق التراضي هو مجرد وعد و ليس بيع كامل و لكن قد يكون قصد الطرفين من اشتراط الكتابة أن ما تم بينهما هو مجرد مشروع لعقد البيع، ومثل هذا المشروع لا يلزم أحدا، و يجوز لأي من الطرفين أن يعدل عن إتمام البيع بدون مسؤولية على عاتقه ، و إذا تم إبرام البيع في الشكل المتفق عليه فإنه يكون عقدا شكليا منذ البداية.

و فيما عدا هذه الحالات الاستثنائية فإنه لا يشترط في عقد البيع أي شكل خاص فهو بحسب الأصل من العقود الرضائية التي تتم بمجرد التراضي و لكن ينبغي ألا يعين عن الذهن أنه إذا كانت الكتابة غير مطلوبة به لإبرام عقد البيع بحسب الأصل فإنها مطلوبة لإثباته إذا زادت قيمة العقد عن عشرين جنيها أو كان غير محدد القيمة، وتحدد قيمة عقد البيع بمقدار الثمن فهو الذي يحدد قيمة التزام المشتري و هو أيضا الذي يحدد قيمة التزام

البائع، ومن الأمثلة التي يكون فيها الثمن غير محدد القيمة حالة البيع مقابل إيراد مرتب مدى الحياة، ومراعاة لقواعد الإثبات فإنه نادرا ما يتم عقد بيع تزيد قيمته عن عشرين جنيها دون إعداد دليل كتابي على تمامه، و لا يغير إعداد هذا الدليل من الطبيعة الرضائية لعقد البيع²⁴.

- طرق الإثبات عقد البيع:

تخضع إثبات البيع للقواعد العامة ، وبتالي ينتج اشتراط الكتابة في القانون الفرنسي في كل البيوع غير التجارية التي يتجاوز الثمن فيها خمسة آلاف فرنكا أو ما يقابله بالأورو و مبلغ ألف دينار (1000دج) في القانون المدني الجزائري، لكن مع مراعاة الحالات العادية لوجود بدء في الإثبات بالكتابة و كذا الاستحالة لا يشترط الكتابة في بعض الأوساط مثل العادات المتداولة في سباقات الخيل.

- و يجب على من يقع عليه عبئ الإثبات، أي الذي يقول بوجود العقد ، كالبائع للحصول على دفع الثمن، أو المشتري للحصول على تسليم المبيع، إقامته الحجة على وجود كل عناصر البيع، ويشمل ذلك عبئ إثبات الثمن المتفق عليه و بخصوص المادة 333 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بإثبات التصرف القانوني الذي تتجاوز قيمته ألف دينار (1000دج) بالكتابة فقط ، ذهبت المحكمة العليا الى كون ذلك النص من النظام العام، خاصة و أنّ نص المادة جاء أمرا و ليس مكملا لإدارة الطرفين ، مادام أنه لم يسمح لهما بالاتفاق على مخالفته ، وتبعاً لذلك جاء قرار للغرفة التجارية و البحرية للمحكمة العليا المؤرخ في 07 يوليو 1992 ما يلي: " حيث أنه بالرجوع إلى القرار المعاد يتبين أن القضاة أسسوا حكمهم على أنّ الإنذار قرينة قاطعة على صحة وجود دين و بالإضافة اعتراف بوجود الدين".

وحيث بالرجوع إلى القرار نفسه ذكر الطاعن القرض المرسوم ، ولم يذكر أنه سدد القرض في شكل تزويد ، بل كان هذا الأخير يدفع له 400 دج عن كل شاحنة من المشروبات ، ولكن لم يعترف الطاعن أبدا بالقرض المرسوم و حيث أن الإنذار الموجه من طرف المحامي الدائن المرسوم لا يكفي للإثبات الدين ، و أنّ عدم الرد على إنذار الدفع لا

²⁴- سمير عبد السيد تناعو، المرجع السابق، ص، ص 41-42-43.

يعني أن المرسل اليه معترف بأنه مدين و أنه لا يمكن لأحد أن يحرر سندا لنفسه و كان على القضاة أن يتحققوا من وجود الالتزام المرسوم بصفة قانونية،و أن يطبقوا المواد 333 و ما بعدها من القانون المدني الجزائري و عندما حكموا كما جاء قرارهم فأذن قضاة المجلس خرقوا القانون ، وعرضوا حكمهم للنقض²⁵.

2- صحة التراضي: بعد وجود التراضي بالشروط السابقة فإنه يشترط أيضا أن يكون التراضي صحيحا ولكي يكون كذلك يجب توفر شرطين :

-أن يكون كلا المتعاقدين قد بالغا سن الرشد و هو 19 سنة حيث أن يختلف هذا الشرط يجعل العقد قابلا باعتبار أن عقد البيع من التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر.

- يجب أن تكون إرادتا المتعاقدين خالية من عيوب الرضا و المتمثلة في الغلط و الإكراه و التدليس و الاستغلال ، إذ أن وجود عيب من هذه العيوب في إدارة أحد المتعاقدين يجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد المعينة إرادته²⁶.

فالحديث عن صحة التراضي سنقسمه إلى قسمين القسم الأول نخصص لدراسة أهلية المتعاقدين، والقسم الثاني ندرس فيه عيوب الرضا في عقد البيع.

القسم الأول ،أهلية المتعاقدين : يجب حتى ينعقد البيع صحيحا أن يكون كل من البائع و المشتري أهلا للبيع و الشراء ، والمقصود بذلك أهلية الأداء و هي القدرة على التعبير عن الإرادة تغييرا منتجا لآثاره القانونية في ذمة الشخص الصادر عن التعبير، و الأهلية بهذا المعنى منطاهما التمييز و هي تختلف عن الولاية على المال و هي صلاحية للتصرف في مال الغير.

و الأهلية منطاهما التمييز و هي توجد أو تنقص أو تتقدم بحسب ما إذا كان التمييز كاملا أو ناقصا أو منعدما ، والأصل أن التمييز مرتبط بالسن و تعني أهلية ، الأداء صلاحية الشخص المباشر ، التصرفات القانونية على وجه الذي يعتد به القانون ،أيا كان نافعا به

²⁵- لحسن بن الشيخ أث ملويا ، المنتقى في عقد البيع، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، سنة 2006، ص، ص 243-244.

²⁶- زكريا سرايش، المرجع السابق، ص، ص 23-24.

منطاهما التمييز أي أن الشخص لا بد و أن يتبين تصرفه و ما إذا كان نافعا به، أم ضار ، وهي تختلف من هذا الجانب عن أهلية الوجوب التي ترتبط بالتمييز.

و أهلية الأداء تختلف من تصرف الآخر ، فهناك التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة و التصرفات الضارة ضرراً محضاً كالنزول عن الدين و التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر فيتحقق فيها الربح و الخسارة كالبيع و الإيجار، ففي هذا النوع من التصرفات يشترط التصرف و أهلية الإدارة.

هذه الأنواع المتقدمة من التصرفات القانونية يستطيع إجرائها أي شخص بلغ سن الرشد أي 19 سنة كاملة، وكان متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجز عليه طبقاً للمادة 40 من القانون المدني الجزائري.

أما من انعدمت أهليته بسبب صغر السن (أقل من 13 سنة) و سبب عوارض الأهلية المعدمة كالجنون و العنة، فإنه لا يستطيع أن يباشر أي من هذه التصرفات.

و هذا ما نصت عليه المادة 42 من ق.م.ج.، و مباشرته لهذه التصرفات تقع باطله مطلقاً، أما من كان ناقص الأهلية كالصبي المميز (أي بلغ 13 سنة ولم يبلغ 19 سنة ، أو كان سيفها أو ذا غفلة) (عوارض الأهلية المتصفة) فإنه طبقاً لما جاء في المادة 43 ق.م.ج له أن يقوم بإجراء التصرفات النافعة نفعاً محضاً دون الضارة ضرراً محضاً، أما الدائرة بين هذا و ذلك فهي موقوفة على إجازة الوالي أو الوصي أو أن يجيزها ناقص الأهلية نفسه بعد اكتمال أهليته²⁷

القسم الثاني: عيوب الرضا في عقد البيع : يجب لكي يكون الرضاء صحيحاً أن يكون خالياً من العيوب ، وأن يكون صادراً عن ذي أهلية و إلا كان العقد قابلاً للإبطال .

الغلط : هو وهم يقوم في الذهن يجعل المتعاقد يتصور المبيع على غير حقيقته و الغلط فيه المتعاقد حال تكوين إدارته، فهو عين يصيب الإدارة فيتوهم أمراً على غير حقيقة فعند أن

²⁷ - خراز ميلودة ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في الحقوق تخصص ،قانون خاص أساسي،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مستغانم سنة2014-2015، ص ،ص -32-33.

تتطابق إدارته إلى إبرام العقد ، فمن يشتري تحفة على أنها أثرية ثم يتبين أنها عادية ، يتعاقد و قد عاب الغلط إدارته ، فالغلط يقع في صفة جوهرية في المبيع دفعت المشتري الى لتقاعد، لأنّ هذه محل اعتبار من جانب المشتري بغض النظر عن أنها تنقل بالغرض الذي أعد له الشيء أم لم تتصل فالمعيار في الغلط معيار شخصي أو ذاتي أي يكفي أن تكون ، ص الصفة الجوهرية في المبيع دافعة للمشتري بالذات إلى التعاقد و يصرف النظر عن اتصالها بالغرض المعد له الشيء أو عدم اتصالها بذلك، كما أنّ المعيار بصدد الغلط أكثر تشددا إذا يلزم أن يكون الغلط جوهريا بمعنى أن يصل إلى حد من الجسامة بحيث يتمتع معه المشتري عن إبرام العقد و لو لم يقع في الغلط²⁸

المبادئ العامة إبرام العقد الغلط: لا محل هنا لبحث النظرية التقليدية في الغلط و الانتقادات التي وجهت إليها ، لان مكان ذلك كتب الالتزامات ، وسنقتصر على دراسة المبادئ العامة الأساسية للغلط وفقا للنظرية الحديثة

تستبعد هذه النظرية من نطاق الغلط ما يسمى بالغلط المانع أو الحائل ، وهو الغلط الذي يقع في ماهية العقد أو في ذاتية الشيء أو في سبب الالتزام ، لأن هذا الغلط يمنع من انعقاد العقد ، وتقتصر النظرية على الغلط المفسد للرضاء، لأنّ هذا الغلط لا يتعلق بتكوين العقد ، بل هو يفترض أن العقد قد استوفى أركانه ، و أنّ التطابق بين الإدارتين قد تم ، ولكن إحدى هاتين الإرادتين عجزت عن تحقيق عرضها بسبب وهم قام في ذهن صاحبها حملة على اعتقاد غير الواقع بالنسبة إلى الدافع الرئيسي ، الذي حفزه على التعاقد ، أما إذا لم يتناول الغلط الدافع الرئيسي التقنين الجديد، يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط²⁹.

التدليس: هو إيهام الشخص بغير الحقيقة ، بالاتجاه إلى الحيلة و الخداع لحمله على التعاقد ويقترّب التدليس من الغلط فإذا كان الأخير وهما تلقائيا فإنّ التدليس وهم بفعل شخص آخر و لذا يسمى التخليط أي الإيقاع في الغلط ، ومثال التدليس ، أنّ يقدم شخص لآخر شهادة كاذبة

²⁸- نبيل سعد إبراهيم ، المرجع السابق،ص ،ص306-307.
²⁹- أنور سليمان، العقود المسماة، شرح عقد البيع والمقايضة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ،سنة 2005،ص ،ص66-67.

توهم بمثابة منزل أ بكثرة إيراده ، ويصل بذلك إلى حمله على شريانه فالتدليس يؤدي إلى الإيقاع المتعاقد في الغلط و لذا فهو يعين الرضا.

وقد نص المشرع الجزائري على أحكام التدليس في المادتين 87/86 ق.م.ج

- **شروط التدليس:** أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد حتى يشوب الرضا ، وتقضي المادة 1/86 بقولها : " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي تلجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة ، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ، فإذا ثبت أن التدليس لم يكن الدافع للتعاقد بأن لم تبلغ الحيل المستعملة فيه من الجسامة إلى حد تضليل المتعاقد أو وصلت إلى ذلك الحد و لذلك الطرف المضلل كان ليرضى العقد و بنفس الشروط حتى ولو لم يضل ، فلا يكون هنا للتدليس أثر على صحة العقد يلتزم أن تكون الطرق الاحتيالية صادرة من المتعاقد أو نائبة أو أن يكون على الأقل عالما بها، أو كان من المفروض حتما أن يكون كذلك ، فتقضي المادة 87 قانون مدني جزائري على أنه: " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس"³⁰.

الإكراه: هو إجبار شخص يغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه و يكون ماديا أو معنويا و يشترط في الإكراه لكي يكون عيبا من عيوب الرضا شرطان، الأول- إجبار شخص يغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه .

الثاني - أن يكون المكره قادر على إيقاع ما هدد به ، و أن يغلب على ظن المكره وقوع الإكراه عاجلا إن لم يفعل ما أكره عليه.

و إذا تم إبرام عقد البيع نتيجة الإكراه ، فإن هذا العقد لا يكون نافذا في حق من وقع عليه الإكراه ، و ينفذ هذا العقد إلا بإجازته (صراحة أو دلالة) من المكره أو ورثة بعد زوال الإكراه .

³⁰ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص، ص 176-181.

و من جدير بالذكر أن تسجيل عقد البيع ، متى كان شكليا لا يمنع من فسخه بوجود الإكراه ، فمن باع سيارة و وهو تحت تأثير الإكراه يستطيع فسخ هذا العقد و لو سجل في دائرة الترخيص المختصة حسب الأصول و يسري نفس الحكم على عقود البيع العقارية ، فإذا أبرم من وقع عليه الإكراه عقد بيع لعقار تمت فيه الأعمال التسوية ، و ثم تسجيل هذا البيع تحت تأثير الإكراه جاز له فسخه بالرغم من حصوله أمام مأمور التسجيل، و يتم تصحيح السجل بعد اكتساب القرار القضائي الخاص بالفسخ الدرجة القطعية ، ولقد أكدت محكمة التمييز الأردنية هذا المبدأ أي العديد من قراراتها³¹.

الاستغلال: هو عيب من عيوب الإدارة وهو يقوم أساسا على انتهاز شخص لناحية من نواحي الضعف الإنساني التي يوجد فيها شخص آخر لكي يحصل من على مزايا لا تتعادل النية مع ما يعطيه في مقابلها ، ولكن هذا الاستغلال و ما يحدث عنه من عدم تعادل تام ما بين يعطيه العاقد و ما يأخذه بمقتضى العقد ، قد يختلط بالعين باعتباره مجرد عدم التعادل بين ما يأخذ العاقد و بين ما يعطيه عند إبرام العقد، لكن الاستغلال يعتبر في المقام الأول أمرا نفسها ، و أنّ عدم التعادل الناشئ عنه ليس إلا نتيجة استغلال الضعف النفسي لدى المتعاقد الآخر ، و عليه فإنّ الاستغلال هو انتهاز أحد المتعاقدين ما لدى المتعاقد الآخر من طيش بين و هوى جامع عند إبرام العقد ، وذلك للحصول منه على مزايا دون مقابل أو على مزايا لا تتناسب النية مع ما يحصل عليه هذا المتعاقد ، وهذا ما نصت عليه المادة 90 ق.م.ج.

عناصر الاستغلال ك للاستغلال عنصرين هما عنصر مادي أو موضوعي وهو اختلال التعادل أو انعدامه، و عنصر نفسي يتمثل في استغلال حالة الضعف النفسي الطيش البين أو الهوى الجامع لدى المتعاقد الآخر³².

بعدما تطرقنا في هذا الفرع إلى وجود التراضي وصحته باعتباره ركنا أساسيا يقوم عليه البيع سنتناول في الفرع الثاني أوصاف البيع أو ما يسمى بصور التراضي ففيما تتمثل صور التراضي؟.

³¹- عباس العبودي ، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني البيع و الإيجار ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2009، ص 58.
³²- سعد نبيل إبراهيم ، النظرية العامة للإلتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، سنة 2004، ص 191-194.

الفرع الثاني : صور التراضي أو أوصاف البيع:

سوف ندرس في هذا الفرع بعض أنواع البيوع الموصوفة ، أو ما يسمى بالشروط التعاقدية المعتادة في البيع و هي : البيع بالعربون ، البيع بالعينة ، البيع بشرط التجزئة ، والبيع بالمذاق.

1- **البيع بالعربون** : هو مبلغ من النقود في العادة بدفعة أحد المتعاقدين ، بحيث يمكن لكل منهما أن يعدل عن العقد ، فإذا عدل من دفع العربون ففده (خسره) و إذا عدل من تلقي العربون رده و مثله ، وبما أننا نتكلم عن عقد البيع فإنّ الذي يدفع العربون عادة هو المشتري ، و لقد نصت المادة (72 مكرر) من القانون المدني على العربون بصفة عامة ، أي دون أن تخص به البيع ، وقررت هذه المادة بأنّ دفع مبلغ العربون عند العقد يفيد بأنّ لكلا المتعاقدين حتى العدول عنه في خلال مدة معينة ، ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك.

و نتيجة هذا الحكم، أن البيع بالعربون كأصل عام يعطي لكلا المتعاقدين حق العدول مفيدا لحق العدول، وذلك في الحالة التي يتفق فيها المتعاقدين على ذلك، حيث يصبح مبلغ العربون مبلغ العربون تنفيذا جزئيا للعقد و بالتالي لا يجوز الدول عنه. ونرى أن نص المادة 72 مكرر يحتاج إلى تعديل ، لكي ينسجم مع الواقع العلمي ، حيث أنه من الناحية العلمية يعتبر دافع العربون رافضا للبيع أو التعاقد ، إذا سكت بعد انقضاء المدة المحددة ، ومن ثم لا يقع عملا أن يؤدي سكوت دافع، العربون إلى تأكيد البيع، أما ممارسة حق العدول خلال المدة فهو ما يلزم لمتلقي العربون و لذلك يجب أن تكون صياغة المادة مفادها أن سكوت دافع العربون بعد انقضاء المدة ، يعتبر رفضا للتعاقد.

- **تكييف البيع بالعربون**: كيف بعض الفقهاء بالعربون على أنه بيع معلق على شرط فاسخ، حيث ينعد البيع و يكون منتجا لأثاره، فإذا تحقق الشرط الفاسخ (و هو عدول الطرفين عنه في المدة المتفق عليها بفسخ عقد البيع.

و كيفية البعض الآخر من الفقهاء على أنه بيع معلق على شرط واقف و هو عدم عدول أحد الطرفين خلال المدة المنتقى عليها، فإذا تحقق هذا الشرط انعقد البيع تاما.

بينما ذهب رأي آخر إلى اعتبار البيع بالعربون بيعاً تاماً مع تضمنه التزاماً بدلياً بمعنى أنه ليس معلقاً على أي شرط كان ، بحيث يمكن لأي من طرفي البيع أن يبرئ ذمته من الالتزامات التي يربتها عقد البيع ، عن طريق تحمل الالتزام البديلي ، وهو خسارة مبلغ العربون³³.

2- البيع بالعينة : نصت المادة 353 مدني جزائري على أنه " إذا العقد البيع بالعينة يجب أن يكون البيع مطابقاً لها و إذا تلقت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين و لو دون خطأ كان على المتعاقد بائعاً أو مشترياً أن يثبت أي شيء " مطابق أو غير مطابق للعينة " وفي المبيع بالعينة يقوم البائع بتقديم عينة للمشتري و يتفق معه على أن يقدم له بضاعة مطابقة لهذه العينة مثال ذلك أن يقدم له قطعة من القماش أو حفدة القمح، و يجب أن يكون المبيع مطابقاً لهذه العينة فإذا سلم البائع بضاعة من نفس العينة التي جازت رضاء المشتري ثم البيع و يعتبر تعيين العينة تعيناً للشيء المبيع من حيث جنسه و نوعه ودرجة جودته فرؤية المشتري للعينة تعني عنه رؤية الشيء المبيع.

- **تكييف هذا البيع :** يمكن القول بأنه عقد بيع بات من وقت الاتفاق على العينة ويلتزم بموجبه البائع بتقديم بضاعة مطابقة لهذه العينة تماماً فإذا يلتزم بموجبه البائع بتقديم بضاعة مطابقة لهذه العينة تماماً فإذا لم يقم البائع بهذا الالتزام كان للمشتري أن يطلب الفسخ لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه الناشئ من البيع، ويكون له فضلاً عن ذلك طبقاً لأحكام الفسخ أن يطالب بالتعويض أن كان له محل و يمكن القول من ناحية أخرى بأنه عقد بيع معلق على شرط فاسخ هو عدم مطابقة المبيع للعينة و لذلك يدخل تحت البيوع الموصوفة³⁴.

- **طبيعية البيع بالعينة :** البيع بالعينة بيع بات ، وليست العينة إلا وسيلة لتعيين المبيع ، و لا يعتبر هذا البيع معلقاً على شرط واقف أو فاسخ إلا قصد المتعاقدين تعليق وجود البيع أو زواله و على مطابقة العينة ، فإذا كان المبيع مطابقاً للعينة ، فلا يستطيع المشتري رفضه و لو اتضح أنه غير ملائم لحاجته أما إذا ثبت أن المبيع مطابق للعينة ، فلا يجبر المشتري

³³ - زكريا سرايشن ، المرجع السابق، ص 33-34.

³⁴ - محمد حسنين ، المرجع السابق، ص 41-42.

على قبوله أو قبول جزء منه لا يكون مطابقاً للعينية و حتى لو أثبت البائع أن المبيع أعلى صنفاً و أجود من العينية ذاتها ، وفي هذه الحالة تكون للمشتري عدة حلول منها:

- له أن يطالب بفسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزاماته، مع التعويض عما أصابه من ضرر.

- له أن طلب البائع بالتنفيذ العيني أو بتسليم مبيع مطابق للعينية له أيضاً أن يحصل على شيء مطابق للعينة على ثقة البائع بعد استئذان القاضي أو بدون استئذانه في حالة الاستعجال (المادة 2/166 ق.م.ج) .

- له أن يقبل المبيع غير المطابق للعينية مع المطالب بإنقاص الثمن إذا كانت قيمة الشيء الذي قبله أقل من قيمة العينية.

3- **البيع بشرط التجزئة:** يعرف البيع بالتجزئة بالبيع الذي يحتفظ فيه المشتري بخيار تجزئة المبيع لمعرفة مدى مناسبته له، أو مدى صلاحيته للغرض الذي أعد له خلال الفترة المتفق عليها لذلك ، ولكن في بعض الأحيان يثبت له هذا الحق دون اشتراطه صراحة عند العقد ، كما هو الحال في السيارات المستعملة و الآلات الميكانيكية عموماً أو بعض الحيوانات كالخيول و كلاب الصيد و الأبقار المخصصة للإنتاج اللين، وكذلك شراء الملابس للاستعمال الشخصي ، إذا تجري العادة على تجربتها للتحقيق من قياسها أو غير ذلك فيلتزم البائع بأن يمكن المشتري من تجربة المبيع، بأن يضعه تحت يده مدة المتفق عليها ، على أن تكون المدة معقولة ، و مثلاً الملابس تتطلب مدة قصيرة و قد تحقق التجزئة في نفس الوقت عند البائع أما بالنسبة لبعض الآلات المعقدة فقد تستلزم وقتاً طويلاً.

كما يلزم المشتري بتجربة المبيع في المدة المتفق عليها و يجب أن تكون كافية وأن لا يوجد ما يحول دون إجراء التجربة ، وعليه أن يعلن للبائع قبوله أو رفضه للمبيع في تلك المدة بنتيجة التجربة و إلا اعتبر قابلاً للمبيع و يمكن أن يجرب المشتري المبيع بنفسه أو باستعانة بشخص آخر كفني متخصص مثلاً ، سواء في حضور البائع أو في غيابه .

- طبيعة البيع بشرط التجربة: نصت المادة 2/355 قمع المقابلة للمادة 2/421 قمع على ما يلي : ط يعتبر البيع شرط التجربة بيعا موقفا على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ³⁵.
 - البيع بشرط التجربة هو بيع معلق على شرط واقف هو قبول المبيع ، وقد يكون بيع معلق على شرط فاسخ.
 - ألا يكون البيع بشرط التجربة بيعا معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع بمعنى أن البيع موجود منذ اتفاق الطرفين البائع و المشتري ، و لكنه لا يكون بيعا باتا لأنه معلق على شرط قبول المبيع (بعد التجربة) فهذا شرط واقف يوقف تمام البيع و جعله باتا.
 - فإذا أعلن المشتري قبوله اعتبر البيع تاما ، ووفقا لفكرة الأثر الرجعي للشرط ، فإنه يعتبر المشتري صاحب الحق المنقول (المبيع هنا) من تاريخ انعقاد العقد.
- هذا هو الأصل ، لكن البيع بشرط التجربة قد يكون معلقا على شرط فاسخ.
- رأي المشرع أن البيع بشرط التجربة يمكن أن يكون بيعا معلقا على شرط فاسخ فالتقنين المدني الملغى لم يكن يعتبر البيع بشرط التجربة يمكن أن يكن يعتبر البيع بشرط التجربة يمكن أن يكون معلقا على شروط فاسخ و إنما كان فقط معلقا على شرط واقف لكن المشرع في التقنين المدني الحالي رأي أنه قد يتفق الطرفان على اعتبار البيع بشرط التجربة هو البيع بات من انعقاده و ترتب مباشرة دون انتظار نتيجة التجربة ، و كل ما في الأمر أنه إذا رفضه المشتري بعد التجربة يعتبر البيع مطلقا على شرط فاسخ و كذلك قد يكون هناك اتفاق على اعتباره بيعا مطلقا على شرط فاسخ إنما قد يستفاد ضمنا من الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ و ليس واقف هنا يعتبر البيع باتا من لحظة انعقاده و ترتب عليه آثاره من تلك اللحظة دون انتظار نتيجة التجربة .

³⁵ - سي يوسف زاهية حورية ، المرجع السابق، ص، ص 79-80-81.

- وفي الحالتين حالة الاتفاق أو حالة ما يستتبق من الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ فإنّ البيع يكون صحيحا و يكون رفض المشتري للمبيع لعد التجربة سببا في زوال العقد منذ البداية ، أما قبول فيؤدي إلى إنتاج الشرط الأثره وهو تأكيد قيام العقد و ثبوتها نهائيا بزوال خطر فسخه وفقا للقواعد المعروفة عن أثره تحقق الشرط أو تحلفه. الخلاصة أن البيع بشرط التجربة هو بيع معلق على شرط واقف، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ³⁶

4- البيع بشرط المذاق : المادة 354 مدني و هو ذلك البيع الذي يشترط فيه المشتري تذوق المبيع قبل الإعلان رغبته ، وشرط المذاق قد يكون شرطا صريحا في العقد كما قد يكون شرطا ضمانيا يرجع إلى طبيعة المبيع في حد ذاته مثل بعض أنواع القوالة و الزيتون الخ حيث يتعين تذوقها للتحقيق من مدى مناسبتها لذوق المشتري ، والمشتري حر بعد تذوق المبيع قفله أن يقبل أو يرفض البيع بعد ذلك.

- و لقد كيف الفقهاء البيع بالمذاق على أنه ليس بيعا تاما بل مجرد وعد بالبيع حيث يعتبر الواعد المشتري هو البائع و الموعود له هو المشتري ، ومنه فإنه لكي يتحقق البيع يجب على المشتري أن يعلن رغبته بالقبول خلال المدة انعقد البيع من يوم ذلك الإعلان³⁷.

طبيعة البيع بالمذاق " البيع بالمذاق وعد بالبيع من جانب واحد ، و لا ينعد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان ، أي إعلان القبول، فالبيع بالمذاق ليس بيعا بالمعنى الصحيح، و إنما هو مجرد وعد بالبيع فالحقيقة أن البائع مرتبط بالبيع و لا يستطيع أن يرجع فيه، ولكن المشتري غير مرتبط بالشراء ، فنحن بصدد وعد بالبيع من جانب البائع وحده ، وهو وعد صحيح لتضمنه كل أركان البيع النهائي و مدة لإظهار المشتري قبوله ، وبمقتضى هذا الوعد يلتزم ببيع الشيء إذا لائم ذوق البيع بالمذاق بيعا معلقا على شرط فاسخ بل و لا على شرط واقف و إنما هو مجرد وعد بالبيع من جانب واحد بعكس البيع بشرط التجربة هو

³⁶- أحمد محمد الرفاعي ، القانون المدني (العقود المدنية ك البيع و الإيجار)، جامعة بنها ، ص، 21-22-23.
³⁷- زكريا سرايش، المرجع السابق، ص، 36-37.

وعد و لا يعتبر بيعا تاما إلا إذا ذاق الطرف الآخر الشيء المبيع وقنبلة و ينعقد البيع من وقت هذا القبول و ليس للقبول أُر رجعي بعكس البيع بالتجربة.

وقد ورد ذلك بالمذكرة الإيضاحية صراحة حيث قالت " يختلف بيع المذاق عن البيع بشرط التجربة ، ولا في أنّ المشتري حر في القبول أو في الرفض في مدة يحددها الاتفاق و العرف ، فالاثان حكمهما واحد في ذلك ، وذلك ، و لكن في أن البيع لا يعتبر معلقا على شرط واقف أو فاسخ ، بل هو لا يتم إلا من وقت إعلان المشتري للقبول بأثر رجعي فيبيع المذاق ، قبل قبول المشتري إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد³⁸.

بناء على ما سبق ذكره في هذا المطلب يتضح لنا أن التراضي ركن أساسي لإبرام عقد البيع، إلا أنه هذا الركن غي كافي لوحده و إنما يجب توافر ركن المحل و السبب، فما هو المقصود بهما ؟ و هذا ما سنجيب عنه في المطلب الثاني .

المطلب الثاني: ركن المحل و السبب

لكي يتم انعقاد عقد البيع يجب أن تتوافر فيه إضافة إلى ركن الرضا ركن المحل و السبب نشأته في ذلك شأن سائر العقود الرضائية الأخرى فإذا انعدم ركن المحل و السبب أو كانا غير مشروعين أي مخالفات للنظام العام و الآداب العامة، فإذا عقد البيع يعتبر عقد باطل بطلانا مطلقا و كأن العقد لم يكن .

و لدراسة هاتين الركنين قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين هما الفرع الأول نخصه لركن المحل وشروطه و الفرع الثاني نتناول فيه ركن السبب و الشروط الواجب توافرها فيه .

³⁸-أحمد محمد الرفاعي ،المرجع السابق،ص 25.

الفرع الأول : ركن المحل :

محل أي عقد من العقود هو العملية القانونية التي يريد المتعاقدان تحقيقها أعني الالتزامات التي يراد إنشاؤها (يفرق مازوبين العملية القانونية المراد تحقيقها والالتزامات المترتبة على العقد و يرى أنّ التزامات وسيلة لتحقيق العملية القانونية) ، و إذا كان العقد ملزماً للجانبين فتكون ثمة التزامات على كل منهما و الالتزامات الراسيان في عقد البيع هما التزام البائع بنقل الملكية و التزام المشتري بدفع الثمن ، فدراسة المحال في عقد البيع هي دراسة المحل في كل من هذين الالتزامين³⁹.

المحل من الأركان الأساسية للعقد و هو الذي يعبر عنه المشرع بقوله " أن يكون القصد من العقد ما لا معيناً يجوز التعاقد عليه:" و لا يختلف الأمر في عقد البيع الذي يشتمل كسائر العقود الملزمة للجانبين على محامين اثنين ، فالمال الذي يقع التعاقد عليه هو من ناحية المبيع و هو محل التزام البائع و هو من ناحية أخرى الثمن و هو محل التزام المشتري⁴⁰.

أولاً: المبيع :

يقال في اللغة العموم إنّ كل شيء يباع ، ولكن هذي العبارة التي لا تخلو من التندر قاصرة و في نفس الوقت متسعة لبيان المدلول الحقيقي للمبيع إذ لا ينحصر في الأشياء بل يمتد إلى حقوق فيكون المبيع شيئاً أو حقاً⁴¹.

لذا يجب الرجوع إلى شروط المحل في القواعد العامة و هي وجود المبيع أو قابلية للوجود في المستقبل ، والتعيين و المشروعية ، ويضاف إلى ذلك شرط رابع هو أن يكون المبيع ملكاً للبائع و سنتطرق إلى دراسة هذه الشروط بنوع من التفصيل فيما يلي:

³⁹ - محمد حسين، المرجع السابق، ص 44.

⁴⁰ - نذير بن عمو ، العقود الخاصة ، البيع و المعوضة ، الطبعة الأولى المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، تونس ، سنة 2008، ص 109.

⁴¹ - نذير بنو عمو ، المرجع السابق، ص 109.

1- وجود المبيع أو قابلية للوجود في المستقبل: أي أنه يجب أن يكون المبيع موجودا وقت إبرام العقد أو قابلا للوجود في المستقبل، و إذا لم يكن الشيء المبيع موجوداً غير قابل للوجود في المستقبل ، فلا يصح البيع .

و مع ذلك يجوز بيع الأشياء المستقبلية بشرط أن تكون قابلة للوجود في المستقبل غير أنّ التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ن ولو كان برضاه - لا في الأحوال التي ينص عليها القانون.

فبيع الشيء المستقبل هو أمر كثير الوقوع في العمل، كما هو الحال في البيع الحاصلات الزراعية قبل تمام نضجها، وبيع المؤلفلة قبل أنّ يتمه، بل قبل أن يشرع في تأليفه، في هذه الحالات يكون البيع صحيحاً⁴² .

2- تعيين المبيع أو قابليته للتعيين : التزام البائع في هذا الصدد تحكمه القاعدة العامة الواردة في كتاب الالتزامات في المادة 94 مدني جزائري و التي تنص على أنه : " إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاتية و جب أن يكون معيناً بنوعه و مقداره و إلا كان العقد باطلا ، و يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره و إذا لم يتفق المتعاقدين على درجة الشيء من حيث جودته و لم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من طرف آخر التزام المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط".

و يترتب على تخلف شرط التعيين بأن كان المبيع غير معين أو غير قابل للتعيين بطلان العقد بطلاناً مطلقاً .

ونشير إلى إحدى الطرق المتبعة عادة بين التجار في تعيين المبيع و هي تعيين المبيع على أساس عينية يتفق على أن يكون المبيع مطابقاً لها ، و تنص المادة 1/353 مدني الجزائري على : " أنه إذا انعقد البيع بالعينية يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها".

غير أن المشرع لم يكتف بما تقضي به القواعد العامة في شأن تعيين المبيع و إنما أضاف شرطاً آخر في البيع نص عليه في المادة 352 مدني الجزائري، و قد استمدته من

⁴² - أحمد محمد الرفاعي ، المرجع السابق، ص 44.

أحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية فهي مصدر التاريخي له ألا و هو شرط علم المشتري بالمبيع علما كافيا، و يترتب على تخلف هذا الشرط أن يكون البيع قابلا للإبطال لمصلحة المشتري بعكس شرط التعيين فإنه إذا تخلف يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا كما سلف البيان⁴³.

3- أن يكون المبيع مشروعاً أي قابلاً للتعامل فيه: تنص المادة 96 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام و الآداب كان العقد باطلاً" و تنص المادة 682 من القانون المدني الجزائري على أن (كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعة أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية و الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا تستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها و أما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجبر القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية).

يتبين لنا من نص المادة 96 أن المشرع يشترط أن يكون المبيع محل عقد البيع مشروعاً غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة ، هذا ما بينته المادة 682 من القانون المدني الجزائري ، وقبل أن نوضح ذلك بالتفصيل نلاحظ أن المادة 682 مدني قد فرقت بين المال و الشيء ، فالمال يقصد به الدلالة على الحق ذي القيمة المالية كالحق العيني و الحق الشخصي (حق الدائنية) أو الحق الذهني أما الشيء ، فهو كل ماله وجود مستقبلي عن ذات الشخص طبيعياً كان أم معنوياً و يستوي في الشيء ، أن يكون مادياً كالأرض و البناء و الحيوان ، أو كان معنوياً كالأفكار التي تمثل الحق الذهني للمؤلف و الاختراعات و الأسماء إلخ ، و بالتالي يعتبر الشيء مادياً كان أم معنوياً محلاً للحق المالي وهذا المقصود الذي قصدته المادة 682 بقولها (كل شيء غير الخارج عن التعامل بطبيعة أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية).

و يعتبر الشيء المبيع مخالفاً للنظام العام و الآداب العامة في الفروض الآتية :

⁴³ - محمد حسنين ، المرجع السابق، ص 54-55.

1- الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها : و هي الأشياء التي ينتفع بها كل الناس على سواء دون أن يحول انتفاع أحدهم انتفاع البعض الآخر وبعبارة أخرى هي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وهذا ما بينته المادة 682 بقولها (و الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها) ، وهي كالهواء و الشمس و ماء البحر و بتالي لا تصح أن تكون محلا لعقد البيع ، فهي من الأشياء متوقف على بقاء هذه الاستحالة ، فإذا زالت ، أمكن التعامل لها وصحت أن تكون محلا لعقد البيع، كأن يضغط الهواء بأنابيب معينة مخصصة لهذا ، أو إحراز مياه البحر في إناء معين.

2- الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون : و هذي الأشياء هي نوعين النوع الأول أشياء خرجت من دائرة التعامل بحكم القانون تقدير للغرض الذي خصصت له هذه الأشياء كالأموال العامة، و هي الأشياء المملوكة للدولة بصفة عامة أو الأشخاص الاعتبارية العامة و الغرض التي خصصت له هذه الأموال ، هو تحقيق المنفعة العامة وقد حددت المادة 688 من القانون المدني الجزائري ما يدخل ضمن أموال الدولة بقولها (تعتبر أموالا للدولة العقارات و المنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى لنص القانون لمصلحة عامة أو الإدارة أو المؤسسة عمومية أو لهيئة لها طابع إداري ، أو المؤسسة اشتراكية أو الوحدة مسيرة ذاتيا أو التعاونية داخلية في نطاق الثورة الزراعية) هذا النوع من الأشياء لا يجوز أن تكون محلا للتعامل بها بحكم القانون ، وكذلك لا يجوز الحجز عليها أو تملكها بالتقادم و بهذا القرار المادة 689 من القانون المدني الجزائري بأنه (لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم) .

و الأموال العامة، تفقد صفتها، بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، وذلك بمقتضى قانون أو بالفعل أو بانتهاء الغرض الذي خصصت تلك الأموال من أجل تحقيقه ، وبتالي يجوز أن تكون محلا للتعامل بعبارة أخرى ، يجوز أن تكون محلا لعقد البيع.

النوع الثاني : أشياء خرجت من دائرة التعامل بحكم القانون لأنها أشياء محرمة ، حيث يرى المشرع التعامل فيها إخلال بالنظام العام، كالمخدرات و تجارة الأسلحة المحظورة والسموم ، وكذلك الحقوق السياسية و الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية و حرية العمل.

و يدخل ضمن هذا النوع من الأموال المحرمة ، التعامل بوظيفة أحد الموظفين، و إذا وقع ذلك ، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا و كذلك لا يجوز أن يكون محلا لعقد البيع ، الأسماء الشخصية للإنسان، إلا إذا أصبح الاسم الشخصي اسما تجاريا كما يجوز أن يقع البيع على عنصر العملاء في المحل التجاري باعتباره عنصرا جوهريا فيه بعدما كان محظورا التعامل فيه⁴⁴.

4- أن يكون المبيع مملوكا للبائع : لأنّ البيع تمليك فلا ينعقد فيما ليس بمملوك للبائع ، كما باع الكل في أرض مملوكة للغير أو باع صيد لم يوجد في أرض البائع فلا ينعقد بيعه لأنه مال مباح غير مملوك له لانعدام سبب ملكيته له⁴⁵.

لقد نص القانون المدني الجزائري على انه على إذا باع شخص شيئا معينا بالذات و هو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، فإذا كان البائع غير مالك للمبيع وقت عقد البيع، استحال انتقال الملكية منه إلى المشتري بمجرد العقد لذلك قضى المشرع ببطلان البيع في هذه الحالة لأنه بيع ملك الغير ، واشتراط ملكية البائع للمبيع وقت العقد تكون في بيع الأشياء المعينة بالذات و هذا ما اقتضته طبيعة هذا النوع من البيع من حيث هو ناقل للملكية بذاته، أما بيع المثليات فلا أنه ينشئ التزاما بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، ولا ينتقل فيه هذا الحق إلا بغرز هذا الشيء طبقا للمادة 166 قانون مدني جزائري ، فهوا إذن ليس بيعا ناقلا للملكية بذاته فلا تتوفر فيه حكمة اشتراط ملكية البائع للمبيع وقت العقد⁴⁶

ثانيا: الثمن:

هو المقدار من المال الذي يؤديه المشتري إلى البائع مقابل الشيء الذي اشتراه فهو المحل الثاني في عقد البيع، فمثل أن المبيع هو محل التزام البائع يكون فهو محل إلتزام المشتري بأدائه فإذا غاب الثمن في عقد أنعدم ركن من أركانه فهو إذن شرط لصحت البيع ،

⁴⁴- خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص، ص 83-84-85-86

⁴⁵-مصطفى الناير المنزول ، العقود المسماة (عقد البيع ، عقد الإجارة ، ، عقد الوكالة ، عقد المقاوله) الطبعة الأولى ، دار الجامعة إفريقيا العالمية للطباعة ، سنة 2009 ، ص 19 .

⁴⁶- سي يوسف حورية زاهية حورية ، المرجع السابق ، ص 104 .

أما لم يتمثل في مقابل نقدي ما أماكن وصف العقد بالبيع فالثمن هو حينئذ معيار ضروري لتكييف العقد بيعا⁴⁷.

الشروط الواجب توافرها في الثمن :

1- يجب ان يكون الثمن مبلغا من النقود :

و الثمن النقدي كما سبق القول هو الذي يميز البيع عن المقايضة ، و لا يعني عن الثمن النقدي كون المقابل ذهبا أو فضة حتى ولو تم تقديره بالنقد ، كما أن ، الأسهم و السندات لا يمكن اعتبارها ثمنا نقديا ن غير انه إذا أتفق المتعاقدان على تحديد ثمن نقدي ثم بعد العقد قرار تحويل الثمن إلى السندات أو أسهم فإن ذلك لا يؤثر في صفة الثمن ما دام أنه لم الاتفاق في البداية على الثمن نقدي ، والتمن قد يكون مؤجلا أو معجلا ، وقد يكون عبارة و عن إرادة مرتب مدى حياة البائع ، حيث يلتزم المشتري بدفع الثمن على شكل راتب شهري إلى البائع مدى حياته ، وفي هذه الحالة يجب أن يكون عقد البيع في شكل مكتوب لأن عقد المرتب الحياة هو عقد شكلي (المادة 615 قانون المدني)⁴⁸.

2- يجب أن يكون الثمن مقدرا أو قابلا للتقدير : الثمن يعتبر ركن أساسي من أركان عقد البيع، مثل الشيء المبيع ، ولذلك يجب أن يتم الاتفاق عليه فيما بين المتعاقدين،فأي خلاف حول الخصم او المصاريف أو حتى حول كيفية الدفع، إذا اعتبرها المتعاقدان عنصر أساسا، يحول دون إنعقاد عقد البيع، لكن العكس من ذلك إذا كان هناك غموض أو إبهام في إرادة المتعاقدين فإنذ الأمر يتعلق بتفسير العقد طبقا للقواعد العامة و على ذلك يجب أن يحدد المتعاقدين الثمن أو على الأقل أن يتفقا على الأسس التي يحدد بمقتضاها الثمن فيما بعد و يتضح من ذلك أنه ليس من الضروري أن يحدد الثمن في شكل رقم محدد وقت إبرام العقد لأن ذلك يضحى، بسبب عدم الاستقرار الاقتصادي مسحيفا في معظم الصفقات الآجلة ، ولذلك يكفي أن يكون الثمن قابلا للتقدير ، بمعنى يمكن تحديده طبقا لعناصر موضوعية ، فلا

⁴⁷-نذير بن عمو ، المرجع السابق ، ص 132 .
⁴⁸ - زكريا سرايش، المرجع السابق،ص،49.

يكفي الاتفاق على أن يكون الثمن مساويا للثمن الذي اشترى به البائع ، أو مساويا لسعر السوق و كذلك يجوز الاتفاق على الأجنبي لتقدير الثمن .

لكن يقع البيع باطلا إذا ترك تحديد الثمن لمشيئة أحد المتعاقدين فقط البالغ والمشتري ، لأنه لا يجوز أن يترك لمحض مشيئة أحد الأطراف تحديد شريعة العقد بحيث يكون أحد المتعاقدين تحت رحمة الطرف الآخر بكيفية مجرد الامتناع عن تقدير الثمن يبطل العقد.

إذا لم يحدد المتعاقدان ثمنا للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من ظروف أن المتعاقدين قد نوايا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي يجري عليه التعامل بينهما⁴⁹.

3- أن يكون الثمن جديا (حقيقيا) : يجب إضافة إلى كونه مقدار أن يكون الثمن جديا أي حقيقيا بمعنى إذا كان الثمن تافها؟ أو سوريا عبارة عن دفع سوريا عبارة عن دفع صوري ، فإذا كان كذلك لا يتحقق الشرط الثاني و لا ينعقد البيع، إلا أنه قد يكون هبة، و يتحقق ذلك إذا اتفق في عقد البيع على ثمن معين ، ثم نص في العقد نفسه على إبرام البائع المشتري من الثمن، فلا يعتبر العقد بيعا لعدم جدية الثمن، أما إذا كان الهدف من الصورية هنا هو التحايل على أحكام القانون، كما في التحايل للهروب من مرسوم التسجيل التي تكون مرتفعة مع الثمن ، ولذلك يلجأ الأطراف إلى ذكر ثمن أقل من الحقيقي حتى يدفع المشتري رسوم تسجيل ضئيلة، فإن الثمن يكون هنا أيضا حقيقيا و يظل العقد بيعا.

المهم هو أن يكون الثمن حقيقيا أي أن تتجه إرادة كل من البائع و المشتري بالوفاء بالثمن فعلا للبائع.

و يلاحظ أنه يختلف الثمن الحقيقي بالمعنى السابق عن الثمن البخس فالثمن البخس هو عبارة عن مبلغ نقدي كثيرا عن قيمة المبيع و لكنه لا ينزل إلى حد الثمن التافه و الثمن البخس هو ثمن جدي كان الحصول عليه هو الباعث ، الدافع على الإلتزام بنقل ملكية المبيع

⁴⁹ - نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق، ص ص 149-150.

للمشتري ، وهو لذلك يكفي لإنعقاد البيع، أي يصبح البيع بالرغم من أن الثمن بخس، فالثمن البخر يصلح مقابلا للالتزامات ، ويصبح البيع باعتباره عقد حقيقيا⁵⁰.

الفرع الثاني: ركن السبب:

لا محل لدراسة ركن السبب دراسة خاصة في عقد البيع، إذ لا يتميز ركن السبب في عقد البيع بأية خصوصية بل تنطبق في شأنه القواعد المنصوص عليها في المادتين 97 و 98 مكن القانون المدني الجزائري ، و تنص المادة 97 على أنه : " إذا التزم المتعاقد لسبب غير المشروع أو سبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا" و تنص المادة 98 على أن: " كل التزم مفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقد الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه : " فيجب أن فيكون السبب موجوداً أو مشروعاً

الشروط الواجب توافرها في السبب:

1- وجود السبب: يتصرف هذا الشرط إلى السبب القسدي و هو الغاية التي يقصد الملتزم الحصول عليها ، و في العقود الملزمة للجانبين يكون سبب التزم كل من العاقدين هو ارتقاب تنفيذ التزم العاقد الأخر و في عقد البيع يكون سبب التزم البائع ينقل الملكية هو ارتقاب الحصول على الثمن من المشتري و سبب التزم المشتري يدفع الثمن هو ارتقاب الحصول على ملكية المبيع من البائع ، ولذلك فاللتزم كل من البائع و المشتري مرتبط بالأخر بحيث إذا اختلف التزم أحدهما عند الاتفاق فلا ينشأ التزم الأخر و بتالي لا يوجد عقد البيع و إذا اختلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزمه بعد انعقاد العقد كان للأخر أن يتمتع عن تنفيذ التزمه ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ كما أن له ؟ أن يطلب الفسخ ليتخلص من العقد نهائياً، و إذا أصبح تنفيذ التزم أحد الطرفين مستحيلاً فإنّ هذا الاللتزام يقتضي و ينقضي معه الاللتزام المقابل و يفسخ العقد من تلقاء نفسه⁵¹.

⁵⁰ - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص، ص 51-52.

⁵¹ - محمد حسنين ، المرجع السابق، ص 76.

بالنسبة لوجود السبب فإنّ المشرع الجزائري أخذ بالنظرية التقليدية و التي تشترط لانعقاد العقد وجود للالتزام ، والسبب وفقا لهذه النظرية هو اتفاقية القرنية التي يستهدفها المتعاقد من وراء التزامه ، وتطبيقا لهذا يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن ، فإذا كان الثمن تافها فإنّ التزام البائع يكون بدون سبب و من ثم فلا ينعقد البيع⁵² .

2- صحة السبب : يجب أن يكون صحيحا ، فإذا كان السبب موهوما أو سوريا ، فإنه غير صحيح ، فإذا تعهد وارث بوفاء دين على مورثه ثم اتضح أن هذا الدين قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء فهنا نجد صورة السبب الموهوم لأن المتعاقد وقع في غلط في وجود السبب ، ويبطل العقد و من الأمثلة أيضا اتفاق الوارث مع الموصي به دفع مبلغ من النقود تنفيذا لوصية ثم يتضح أن الموصي قد رجع في وصيته ، فالعقد هنا يبطل لعدم صحة السبب⁵³ .

3- مشروعية السبب : يتصرف هذا الشرط إلى السبب الدافع أي الباعث الذي دفع الملتزم الى أن يرتب الالتزام في ذمته فإنّ كان الباعث للمتعاقدين معا باعثا غير مشروع كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، أما إنّ كان الباعث لأحد المتعاقدين غير مشروع فنفرق بين ما إذا كان الطرف الآخر يعلم بعدم مشروعيته الباعث لدى المتعاقد معه فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا ، و بالعكس إذا كان الطرف الآخر يعلم بعدم مشروعية الباعث لدى المتعاقد معه فلا يكون العقد باطلا و يبرر هذا الحكم الحرص على استقرار التعامل ، فلا يبطل عقد البيع إذا كان المشتري دار لتخصيصها للدعاوى كان البيع لا يعلم بهذا الباعث.

و كل ما تقدم هو تطبيق للقواعد العامة في السبب على العقد البيع⁵⁴ أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة بالنسبة لمشروعية السبب ، ومفهوم سبب العقد وفقا لهذه النظرية يتمثل في الدافع (الباعث) إلى التعاقد فتشترط أن يكون دافع المتعاقدين غير متعارض مع النظام العام و الآداب العامة ، فإذا كان دافع مشتري العقار هو تخصيصه لممارسة الدعارة ،

⁵² - زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 53.

⁵³ - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص، ص 221-222.

⁵⁴ - محمد حسنين ، المرجع السابق، ص ، 77.

وكان دافع البائع هو استعمال الثمن في شراء المخدرات، كان سبب العقد في هذه الحالة غير مشروع و من ثم يكون العقد باطلا .

لكن ما هو حكم سبب العقد عندما يكون أمام دافعين أحدهما مشروع و الآخر غير مشروع فهل يعتبر عقد البيع باطلا في هذه الحالة؟

اعتبار لاستقرار المعاملات فإن البيع لا يعتبر باطلا (في هذه الحالة) إلا إذا كان المتعاقد صاحب الدافع مشروع علما بالدافع غير المشروع للمتعاقد الآخر⁵⁵

⁵⁵- زكريا سرايش ، المرجع السابق،ص 54.

الفصل الثاني

دأسة مقارنة بين العقد البيع القانون الفرنسي والجزائري

يعتبر التعديل التشريعي الفرنسي رقم 131-2016 الصادر في 10 شباط 2016 و النافذ في 2016/10/01 الخاص بتعديل القانون المدني و تحديدا فيما يتعلق بمصادر الالتزامات واحدة من الخطوات الجريئة التي أقدم عليها المشرع الفرنسي، لا سيما أنه بهذا التعديل التشريعي قد أورد كثيرا من التعديلات و تغيير العديد من المفاهيم القانونية التي ألفها و درج على استخدامها الفقه القانوني ليس في فرنسا حسب، و إنما في كثير من الدول التي تسير على نهج و تتسج على منوال القانون المدني الفرنسي.

و تعتبر فكرة مضمون العقد Le contenu du contrat واحدة من الأفكار المستحدثة في القانون المدني الفرنسي، حيث لم يألّف التشريع و الفقه المدني الفرنسي هذه الفكرة سابقا، و إن كانت هذه الفكرة مألوفة في قوانين أخرى سواء في الاتحاد الأوروبي أو غيرها من الدول، لا سيما الدول التي تتبع منهج النظام الأنكلوسكسوني وإذا كان المشرع الفرنسي بهذا التعديل التشريعي قد طرح فكرة مضمون العقد، فإنه بالمقابل قد تخلي عن فكرتي المحل و السبب في العقد اللتين مضى أكثر من قرنين من الزمان على استخدامهما و التعمق في بحثهما من قبل الفقه القانوني .

وهذا بدوره قد ولد الحيرة و الإرباك ليس لدى الفقه الفرنسي فحسب، إما في دول أخرى خارج المنظومة التشريعية الفرنسية لاسيما أن قوانينها تأثرت تأثرا كبيرا في التشريع و الفقه الفرنسيين، و اذا كانت فكرة مضمون العقد هي ليست من بنات أفكار التشريع المدني الفرنسي، حيث سبقته أنظمة قانونية عديدة في بحثها و استخدامها باعتبارها أحد العناصر المكونة للعقد و منها النظام القانوني الانكليزي، فإنه ينبغي للبحث بهذه الفكرة المستحدثة الرجوع للقوانين الأخرى التي سبقت المشرع الفرنسي للتعرف على محتواها لكي تكون معينا لنا في هذا الموضوع.

المبحث الأول : الاختلاف من حيث الأحكام الجزئية

قام التعديل في جل الأحيان بإعادة صياغة أحكام القانون المدني المتعلقة بنظرية العقد دون هدمها وتقويضها؛ إذ شمل هذا التعديل فصولا ثلاثة في القانون المدني الفرنسي هي الأحكام التمهيدية فقد أدخل التعديل أحكاما تمهيدية تنطبق على كافة العقود تتعلق بتعزيز المبادئ الحاكمة لنظرية العقد.

فقد نصت المادة 1105 من القانون المدني المعدل على أعمال تلك المبادئ على كافة العقود سواء كانت مسماة أو غير مسماة ما لم تكن تلك العقود تخضع لأحكام خاصة تنافي تلك المبادئ¹.

وفي هذا الصدد تم الإبقاء على مبدأ الحرية التعاقدية ضمن المادة 1102 ؛ إذ لم يتم تعديل المادة بحيث تأخذ بعين الاعتبار ما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية من مراقبة التناسب بين التزامات الطرفين (Proportionnalité) ومن جعل احترام الحريات والحقوق الأساسية محددًا إضافيًا للحرية التعاقدية بين الأطراف².

فقد جعلت المادة 1102 آفة الذكر، بعد تعديل 2016 ، رقابة القضاء على العقود مقيدة باحترام النظام العام والنصوص القانونية المتعلقة بالأداب العامة³. كما لم يورد التعديل التعديل الرضائية في العقود ضمن المبادئ العامة للعقود، رغم اعتراض الفقه على ذلك⁴.

وهو ما لم يخرج عنه القانون المدني القطري لما أورد في الباب الأول المادة 64 منه التي نصت على الرضائية في العقود ضمن فرع عنوانه⁵ "أركان العقد"، ولما أوردت المادة 76

¹ - M. Mekki: La réforme au milieu du gué, Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats-aspects substantiels, Revue de Droit Comparé 2015, pp. 651.

² - L'article 1105 nouveau du code civil français dispose que « Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières »

³ - N. Balat, Réforme du droit des contrats et les conflits entre droit commun et droit spécial, D. 2015. P 699).

⁴ - خلافاً لما ورد في مشروع الفقيه (F. Terre) ، رغم أن هذا المشروع قيد سلطة القضاء في الرقابة على هذه الحقوق والحريات، وجعلها مقصورة على الاعتداءات التي تقع على الحريات والحقوق الأساسية المعترف بها في نص قابل للتطبيق على العلاقات بين أفراد القانون الخاص

⁵ - F. Terré: Projet de loi portant réforme du droit des contrats. Loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. JO n° 40 du 17 février 2015

76 منه الأآء بمبءأ الحرفة التعاآدفة؁ ولم آعفل له كمآءء مرقبة آناسب الالآزاماآ بفرن الطرففر أو اآآرام الحررفاآ والآقوق الأساسية كما أبقى القانون المءنفر الفرنسفر المعدل على مباء القوة الملزمة للعآء من آلال المآءة 1103 الآفر أورءب أن "العقوء الآفر أبرمآ بصفة قانونفة آعء بمآابة القانون بفرن طرففر العآء"¹ وهو ما اقآربب منه كذلآ الفقرة الأولى من المآءة 172 من القانون المءنفر القطرف الآفر أوجبب "آنففء العآء طبقاً لما اشآمل علفره وبطرفة آآفق مع ما فوجبفر آسن النفة".

وففر المآابل لم فآآء القانون المءنفر القطرف؁ أسوء ببقة القوانفر المءنفة العربفة 88؁ بما اقآضآه الفقرة الأولى من المآءة 1104 من القانون المءنفر الفرنسفر المعدل من آوسفع لمباء آسن النفة لفرشمل كل مراحل التعاآء 89 عن طرفق إلزام الأطراف بآسن النفة عنء الآفاوض على العآء؁ وعنء إبرام العآء آم عنء آنففذه²؁ ولم فآآء كذلآ بما ذهبت إلفره الفقرة الآنففة من المآءة 1104 من القانون المءنفر الفرنسفر من آعل هذا المباء ففهم النظام العام 91 . رآم أن آوسفع الأآء بآسن النفة لفرآاوز آنففء العآء الآفر فسآآء إلى صرفآ الفقرة الأولى من المآءة 172³ . ولفرشمل كافة مراحل آكوفرن وآنففء العآء؁ وآعل آسن النفة ففهم النظام العام بآفب لا فآوز للطرففر الالآفاق على ما فآالفه وفآاح للمآكمة إآارآه من آلقاء نفسفر مهمفر كانت مرقلة الآفاضفر؁ من شأنه أن فضفر مرفء الآقة على الآعاملاآ العآدفة⁴.

ولكن هنالآ آأآفرآاآ أهم أءآلها الآعءفل على القانون المءنفر الفرنسفر آآعلق آاصة بآكوفرن العآء) المآلب الأول) من آهة؁ وبآآار العآء) المآلب الآنفر) من آهة آخرفر.

¹ - Article 1103 du code civil français « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »

² - Mattar Mohamed Y., Integrating the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts as a Source of Contract Law in Arab Civil Codes, Uniform Law Review, Volume 22, Issue 1, March 2017, Oxford Academic, pp. 94 and 95.

³ - آمزة؁ مرجع سابق؁ ص

⁴ - Article 1104 alinéa 1 du code civil français: « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi »

المطلب الأول: الاختلاف من حيث تكوين العقد

أدخل التعديل الجديد على القانون المدني الفرنسي أحكاماً جزئية جديدة تتعلق بتكوين العقد خرج بها القانون المدني الفرنسي المعدل عن القانون المدني القطري، وهي تشمل كلا من المرحلة السابقة للتعاقد، والعقود التمهيديّة، وصحة العقد.

الفرع الأول : المرحلة السابقة للتعاقد:

تشمل هذه المرحلة المفاوضات، والالتزام بالتبصير، والإيجاب.

أولاً: المفاوضات

أدت طبيعة وتشعب العلاقات الاقتصادية إلى أخذ القضاء الفرنسي بتصوّر واسع للتعسف في قطع المفاوضات¹.

وبالتالي تغليب مبدأ حسن النية حتى في المرحلة السابقة على التعاقد على الحرية في التفاوض على الرغم من أنّ هذه المرحلة تخلو من البعد التعاقدى بالمفهوم القانوني الملزم للعقد².

وهو ما يحسن بالمشّرع القطري الأخذ به دعماً للثقة في المعاملات. كما يحسن بالمشّرع النسيج على منوال الفقرة الأولى من المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي المعدل من تأكيد على حرية الطرفين عند التفاوض على العقد مع إلزامهما بمقتضيات حسن النية الذي أصبح مبدأ يهيم النظام العام³.

¹ - Article 1104 alinéa 2 du code civil français: « Cette disposition est d'ordre public ».

² -Ph. Stoffel-Munck, Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale: le pouvoir du juge face aux abus, In La résiliation unilatérale du contrat, dir. Ph. Delebecque, Colloque du DEA de droit des contrats et des biens. Paris I, 26 janvier 2004.

³ -Article 1112 Al. 1: « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. » ; M. Mekki: Le volet Droit des contrats: l'art de refaire sans

وكذلك فحسن بالمشرع القطرف الأآء بما ذهبت إلفه الفقرة الثانية من المادة 1112 من القانون المدني الفرنسفة

المعدّل من أنه عند قطع المفاوضات ننتفة آطأ أحد الطرففن "لا فمكن أن ففعلق فعوفض الضرر النآجم عن ذلك القطع بالفعوفض عن آسارة المنافع المتوقعفة من العآء الذي لم ففم إبرامه¹ آآذا بما استقر علفه القضاء الفرنسفة².

آف ف لا فضلّ أمر فعوفض الضرر النآجم عن قطع التفافوض فف القانون القطرف مفروكا لمطلق آآفهاد القضاء دون أفة ضوابط. فضلا عن آوب النسآ على منوال صفاغة المادة 1112³.

من القانون المدني الفرنسفة المعدّل من آعل أفة طرف فف المفاوضات مسؤؤلّ عن إفشاء أفة معلومة سرفة تم الآصول علفها طبقا للآلتزام بالتبصفر آلال مرآلة المفاوضات .98

ثانفاً: الآلتزام بالتبصفر

لفوففر الآمافة الفعالة للطرف الضعفف⁴ آف آلال مرآلة التفافوض، تم نقل الآلتزام بالتبصفر من القسم الآص بصفة العآء إلف القسم الآص بإبرام العآء، فوسّع بذلك القانون

défaire, Article précité, pp.6, no. 11 Article 1112 Al. 2: « En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages du contrat non conclu Com. 26 nov. 2003, n° 00-10. 243.»

¹ -RTD civ. 2004. 80, et 85, obs. J. Mestre et 8. Fages ; et Civ. 3 », 28 juin 2006, n° 04-20.040D. 2006. 2963, note

² -Article 1112-1 Al. 1: « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.»

³ -Pereira-Engel Evane, « Réforme du droit des contrats: qu'est-ce qui va changer ? », Le petit Juriste, <http://www.lepetitjuriste.fr/droit-civil/reforme-droit-contrats-regime-general-de-preuve-obligations-quest-va-changer> consulté le 8 Octobre 2019, pp.1/8100

⁴ -Article 1112-2: « Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun.»

المدني الفرنسي المعدّل في نطاق مبدأ حسن النية عند التعاقد وأصبح التبصير التزاما سابقا للتعاقد يخرج عن كونه أحد صور التدليس المعيب للرضى من خلال التدليس بالكتمان

. وهو ما يبرّر ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي المعدّل من إشارة إلى الأطراف وليس إلى المتعاقدين 100 ، باعتبار هذا الالتزام ينفذ قبل إبرام العقد. وقد اقتضت الفقرة 4 من هذه المادة أنّه "يحمل على عاتق كل طرف يدّعي أن من حقه الحصول على معلومة أن يثبت أنّ الطرف الآخر مدين له

الفرع الثاني : العقود التمهيدية:

قسّم الفقه العقود التمهيدية أو عقود التفاوض التي "تهدف بوجه عام إلى تنظيم العلاقات بين راغبين في التعاقد أثناء فترة التفاوض"¹. إلى فئتين هما عقود ملزمة بالتفاوض وعقود منظمة للتفاوض. وقد عرّف الفقه العقد الملزم بالتفاوض بكونه كل "اتفاق بين طرفي عقد نهائي محتمل يلتزم بموجبه الطرفان أو أحدهما لفائدة الآخر ببدء تفاوض يهدف إلى إبرام عقد بينهما أو إلى مراجعة أو تجديد عقد سابق"، على غرار اتفاق التفضيل Pacte de préférence الذي يلتزم بموجبه طرف بأن يعطي الأولوية في التعاقد للطرف الآخر فيما يتعلق بموضوع معين إذا قرر يوما التعاقد في شأنه².

وقد أخذ القانون المدني الفرنسي المعدّل بمقتضيات حسن النية في اتفاق التفضيل؛ إذ تشترط المادة 1123 لإبطال العقد الذي أبرم خرقا لما ورد فيه، أو لحلول المستفيد من هذا الاتفاق في العقد الذي لم يحترم ما ورد في اتفاق التفضيل، إثبات سوء نية الغير الذي تعاقد مع الملتزم بالتفضيل. وهو سوء نية مضاعف 117 يقتضي إثبات معرفته بوجود اتفاق

¹ -M. Mekki: Le volet Droit des contrats: l'art de refaire sans défaire, Article précité, pp.7, no. 14.

² -Article 1123 « Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter.

Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.

L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat ».

تفضيل يتعلق بموضوع العقد وعدم مخاطبة المستفيد من اتفاق التفضيل كتابة ليطلب منه، خلال أجل معقول، تأكيد وجود اتفاق التفضيل والتعبير عن الرغبة في التمسك بالاتفاق 118 وقد كان لهذه الأحكام تأثير على الفقرة 2 من المادة 1198 من القانون المدني الفرنسي المعدل التي تنص على أنه "لو انجر حق مشتريين متتاليين لنفس العقار من نفس الشخص، يفضل من بادر بشهر عقد شرائه، في السجل العقاري، حتى ولو كان حقه لاحقا لمن لم يقم بإجراءات الشهر العقاري، بشرط أن يكون حسن النية" 119 . بحيث لا يمكن للمشتري الثاني ساء النية أن يتمسك بأحكام الشهر العقاري.

أما القانون المدني القطري، فيحسن به النسج على منوال القانون المدني الفرنسي المعدل فيما يتعلق بتنظيم اتفاق التفضيل، وعدم ترك أمر تحديد جزاء الإخلال به إلى اجتهاد القضاء تحريا لوضوح الأحكام التي تشجع الاستثمار الأجنبي، رغم أن القانون المدني تطرق إلى العقد المنظم للتفاوض الذي يهدف إلى "تهيئة ظروف النجاح

للمفاوضات الطويلة المعقدة" ومن قبيل ذلك الوعد بالتعاقد، والتواعد بالتعاقد 120 . إذ أجازت المادة 99 من القانون المدني القطري للموعد له الحصول على حكم قضائي يقوم مقام إبرام العقد النهائي لو امتنع الواعد عن إبرام العقد النهائي، وهو ما يقترب مما اقتضته الفقرة 2 من المادة 1124 من القانون المدني الفرنسي المعدل من جعل "الرجوع في الوعد بالتعاقد خلال المدة التي يمكن أن يختار خلالها المتعاقد إبرام العقد النهائي، لا يحول دون إبرام العقد موضوع الوعد بالتعاقد" ¹ .

وهو أخذ بحسن النية امتد ليشمل أحكام شهر بيع العقار إذ أصبحت الفقرة 2 من المادة 1198 من القانون المدني الفرنسي المعدل تنص على أنه "لو انجر حق مشتريين متتاليين لنفس العقار من نفس الشخص، يفضل من بادر بشهر عقد شرائه، في السجل العقاري، حتى ولو كان حقه لاحقا لمن لم يقم بإجراءات الشهر العقاري، بشرط أن يكون حسن النية" ² .

¹ -Article 1124 Al. 2: « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis

² -Article 1198 Al. 2: « Lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier

. بحيث لا يمكن للمشتري الثاني سيء النية أن يتمسك بأحكام الشهر العقاري، خروجاً عما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية منذ سنة 2010 من أنه يفضل مشتري العقار الذي كان أول من قام بتسجيل عقده بالسجل العقاري، حتى ولو كان سيء النية، عند التزام بين مشتريين متلاحقين لذات العقار¹.

ويبدو أن أحكام الفقرة الثانية من المادة 99 من القانون المدني القطري أقرب إلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية حينما أوجبت عدم الإخلال بما تقتضيه قواعد شهر العقد دون تمييز بين المتعاقد حسن النية والمتعاقد سيء النية كما فعل القانون المدني الفرنسي المعدل وفي ذلك ترجيح محمود من المشرع القطري لكفة استقرار الوضعية القانونية للعقار المسجل وتعزيز للثقة المطلوبة لتسهيل التعامل عليه. وإن كان ذلك لا يمنع المتضرر من سوء نية المشتري الذي قام ببيع شرائه من القيام عليه بدعوى التعويض.

1- - صحة العقد:

أورد التعديل الجديد أحكاماً جديدة تتعلق بشروط صحة العقد من جهة وبجزاء الإخلال بشروط صحة العقد

من جهة ثانية أولاً: شروط صحة العقد تتعلق خاصة بالأحكام الجديدة للقانون المدني الفرنسي المتعلقة بشروط صحة العقد والواردة في تعديل سنة 2016 بكل من عيوب الرضاء، ومضمون العقد، فضلاً عن تعيين محل الالتزام².

2- عيوب الرضاء:

لم ينظم القانون المدني المعدل الغبن ضمن عيوب الرضاء، وحتى وإن كانت المادة 1118 من القانون المدني قبل التعديل تجعل إبطال العقود للغبن لا يكون إلا في صور خاصة، فإن ورودها ضمن فقرة مخصصة لعيوب الرضاء كان يبدو غير موفّق 124 ؛ إذ لا وجه لإبطال

immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi ».

¹ -Civ. 3ème, 10 févr. 2010, n° 08-21.656, Bull. civ. III, n° 41; 15 déc. 2010, n° 09-15.891, RTD civ. 2011. 369, obs. T. Revet; 12 janv. 2011, n° 10-10.667, Bull. civ. III, n° 5; D. 2011. 851, note L. Aynès ; 19 juin 2012, n° 11-17.105, D. 2013. 391, obs. S. Amrani-Mekki

² -Mathias Latina, et Gaël Chantepie: Le blog Dalloz dédié à la réforme du droit des obligations, <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/03/31/la-lesion/> visité le 14 octobre 2019.

العقد بدعوى أن هناك غبنا لحق أحد المتعاقدين، ما دام قد ارتضى هذا الغبن ولم يكن رضاه معيبا بتغريير¹ ، باعتبار "الغبن عيب في العقد يتحقق بمجرد التفاوت المادي المقدر له حتى ولو كانت إرادة المتعاقد المغبون سليمة².

بحيث لا يوجب الغبن إبطال العقد، وإنما يحتم إعادة التوازن إليه³ وهو ما يبرر كذلك ما أورده المادة 1136 من القانون المدني الفرنسي المعدل من أن "الغلط في القيمة ليس سببا للبطان، لو كان يتمثل في خطأ المتعاقد في تقدير القيمة الاقتصادية للالتزام العقدي دون أن يتعلق الخطأ بالخصائص الجوهرية للالتزام"⁴.

أما القانون المدني ، وإن كان لم يورد ما يماثل المادة 1136 من القانون المدني الفرنسي، فقد نظم الغبن ضمن الفقرة المتعلقة بعيوب الرضاء كما نسجت المادة 143

القانون المدني الفرنسي قبل التعديل 129 لتتنص على أن "الغبن الذي لا يكون نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال لا يكون له تأثير على العقد إلا في الأحوال الخاصة التي يحددها القانون"، بحيث يحسن بالمشرع القطري النسخ على منوال القانون المدني الفرنسي المعدل في عدم إيراد الغبن ضمن عيوب الرضاء والاكتفاء بإيراد الغبن في الصور الخاصة التي يؤثر فيها على صحة العقد.

كما تم توسيع كل من الغلط المعيب للرضى في الصياغة الجديدة للمادة 1132 والفقرة الأولى من المادة 1133 ، والتدليس بالكتمان ضمن الصياغة الجديدة للفقرة 2 من المادة 1137 ليشمل الغلط المعيب للرضى "الغلط الذي يتعلق بالخصائص الجوهرية للالتزام المستحق أو للطرفين..." 130 التي كانت محل اعتبار الطرفين عند التعاقد سواء كانت تلك الخصائص

¹ - عبد المنعم فرج الصدة، الاستغلال كسبب لإبطال العقد، جامعة بيروت العربية، 1974 ، ص.6

² -L'article 1132 du code civil français dispose que « L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité ».

³ -L'article 1118 du code civil français avant la réforme de 2016 disposait que « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section ».

⁴ -L'article 1132 du code civil français dispose que « L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant ».

"متفقا عليها صراحة أو ضمنا"¹ ، ويشمل التدليس بالكتمان كل إخفاء متعمّد لمعلومة يعرف المتعاقد صبغتها المؤثرة على رضى من تعاقد معه 132 .

ب- مضمون العقد:

قام تعديل 2016 بتقليص عدد أركان العقد. فبعد أن كانت المادة 1108 من القانون المدني قبل التعديل تنص على أربعة أركان للعقد هي الأهلية، الرضا، والمحل والسبب 136 ، أصبحت المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي

يمكن لما التزم به الطرفان أن يكون معيّنًا في العقد أو قابلاً للتعيين بعد ذلك. وقد أوضحت الفقرة 3 من المادة 1163 من القانون المدني الفرنسي المعدّل أن "محل العقد يكون قابلاً للتعيين حينما يمكن استنتاجه من العقد أو بالرجوع إلى العادة أو من العلاقات السابقة بين الطرفين، ودون أن يكون من الضروري عقد اتفاق جديد بين الطرفين"².

ومع ذلك لا يبدو أن هنالك حاجة لتعديل القانون المدني للأخذ بأحكام الفقرة الثالثة من المادة 1163 من القانون المدني الفرنسي المعدّل؛ إذ يجوز للقاضي القطري الوصول إلى حكم مشابه لما ورد فيها من خلال الرجوع إلى ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 150 من القانون المدني القطري "يلزم أن يكون محل الالتزام معيّنًا تعيينًا نافيًا للجهالة الفاحشة، وإلا وقع العقد باطلًا".

ولكن الأهم من ذلك هو ما ورد في الفقرة 1 من المادة 1164 من القانون المدني الفرنسي المعدّل من أنّه "يجوز الاتفاق، ضمن العقود الإطار Contrats-cadre ، على أن يعي الثمن من قبل أحد الطرفين، على أن يكون مطالبًا بتبرير مبلغ الثمن، عند المنازعة في التعيين". كما تم السماح بتعيين المقابل من طرف الدائن به كذلك ضمن الاتفاق الإطار فيما يتعلق بعقود الخدمات ضمن المادة 1165

¹ -L'article 1133 alinéa 1 dispose que « Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté »

² -Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr> ; Aurélien Bamde-La licéité du contenu du contrat ou la conformité de ses stipulations et de son but à l'ordre public-2017. Available on the website <https://aurelienbamde.com> ».

كما اقتضت الفقرة 2 من المادة 1164 أنه "عند التعسف في تعيين الثمن، يجوز القيام بدعوى على المتعاقد المتعسف للمطالبة بالتعويض، أو بالفسخ". وهو ما لا يسمح للقاضي بتعديل التعيين الذي قام به أحد أطراف العقد، حتى ولو كان متعسفًا. وهو ما أخذ به آخر المادة 1165 بالنسبة لتعيين المقابل ضمن عقود الخدمات بحيث يختفي أي دور للقاضي في تعديل الثمن الذي عينه الأطراف حتى ولو كان يحتوي على تعسف¹..

المطلب الثاني: البنود الضمنية IMPLIED TERMS

إذا كانت القاعدة العامة أن أطراف العقد هم الذين يحددون مضمون عقدهم، وأن القاضي لا يستطيع أن ينشئ مضمونا جديدا للعقد، إلا أنه أحيانا من الناحية العملية تحصل مشكلة ناشئة عن عدم تحديد الأطراف بدقة لمضمون العقد من خلال بنود صريحة .

لذلك يتم اللجوء إلى تحديد مضمون العقد من خلال استنباط النية الحقيقية للطرفين المتعاقدين بواسطة ما يسمى الشروط الضمنية، وهذه الشروط الضمنية يمكن استنتاجها بواسطة العرف، التشريع، فضلا عن أن القاضي يمكن أن يستنتج ذلك والوصول إلى الهدف الذي يرمي الأطراف إلى تحقيقه حيث تنص على أنه (الأداء يكون قابلا للتحديد عندما يكون من الممكن استخلاصه من العقد أو بالرجوع الى العادات أو العلاقات السابقة للأطراف دون الضرورة إلى اتفاق جديد بين الطرفين)

الفرع الاول : سلطة القاضي التقديرية في التشريع المدني الفرنسي

أما بالنسبة للموقف التشريعي الفرنسي، فقد منح القاضي سلطة واسعة في تحديد مضمون العقد في حالة وجود نزاع بين الطرفين حول تحديد هذا المضمون، أو تعسف الطرف الآخر في تحديد هذا المضمون إذا أنيطت به سلطة تحديده، و أكثر من ذلك فقد

¹ -M. Mekki: Le volet Droit des contrats: l'art de refaire sans défaire, Article précité, pp.10, no. 18.
».

منح المشرع الفرنسي القاضي سلطة إنهاء العقد و الحكم بالتعويض للطرف الذي وقع ضحية لهذا التعسف، و بهذا الصدد نشير إلى الفقرة الثانية من المادة (1164)

على قيام أحد الطرفين بتحديد الثمن لاحقاً، حيث نصت الخاصة بتحديد الثمن في عقد الإطار عند الاتفاق المادة المذكورة على أنه (في حالة التعسف بتحديد الثمن فإن القاضي يستطيع أن يحكم بالتعويض أو الفائدة و في حالة الضرورة يستطيع إنهاء العقد).

كما أن المشرع الفرنسي قد منح القاضي سلطات واسعة لامثيل لها سابقاً في التشريع الفرنسي، وذلك في العقود المستمرة التنفيذ حيث يمكن للقاضي في حال استجدت ظرف قاهرة تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً بالنسبة للمدين، أن يفتح باب المفاوضات العقدية من جديد بين الطرفين لإعادة التوازن العقدي، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (1195) على أنه (إذا كان هناك تغيير في ظروف غير متوقعة عند إبرام العقد مما يجعل تنفيذ (العقد) مرهقاً بشكل مفرط للطرف الذي لم يوافق على تحمل المخاطر، يجوز له أن يطلب إعادة التفاوض بشأن العقد مع الطرف المتعاقد الآخر معه على أن يبقى تنفيذ التزاماته خلال مدة التفاوض)

و إذا لم يتفق الطرفان على مضمون جديد للعقد خلال فترة زمنية معقولة، فقد أجاز المشرع للقاضي أن يتدخل بناء على طلب أحد الطرفين في العقد و يعدل مضمونه أو فسخ العقد، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 1195 على أنه (في حالة رفض أو فشل التفاوض، يجوز للأطراف أن يتفقا على إنهاء العقد، في الوقت والظروف التي يحددها، أو يطلب كلاهما من القاضي القيام بتكليفه و في حالة عدم الاتفاق في غضون فترة زمنية معقولة، يجوز للقاضي، بناء على طلب أحد الطرفين، إعادة النظر في العقد أو فسخه بالتاريخ والشروط التي يحددها).

الفرع الثاني: موقف المشرع الفرنسي من تحقق وجود البند التعاقدى

الموقف بالنسبة للقانون الفرنسي و النظام اللاتيني بصورة عامة، أن مضمون العقد يتحدد من خلال الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد متى كانت هذه العبارات واضحة، إلا أن هذه العبارات قد لا تكون واضحة، و بحسب رأي البعض فإذا اختلفت الأهداف و النوايا عما تضمنه التعبير من معنى، فيثار النزاع بصدد تحديد المقصود منه، فيتساءل هؤلاء حول المعول بحسب هذا النزاع، هل يؤخذ بمضمون العبارات العقدية على أساس استقرار المعاملات و صعوبة الإثبات، أم يؤخذ بقصد المتعاقدين و إن كان مغايراً لما تضمنه التعبير من معنى ظاهرة¹

بعبارة أخرى هل نأخذ بالعبارات الواردة في بنود العقد، أم نأخذ بالنية الحقيقية للطرفين المتعاقدين؟²

يطرح البعض معياريين لتحديد مضمون العقد في حال تناقض العبارات الواردة في العقد مع النية الحقيقية للمتعاقدين، و هما المعيار الشخصي و المعيار الموضوعي و سنتناول هذين المعيارين على النحو الآتي: المعيار الشخصي: - يرى البعض أن نظرية الإرادة التي سادت الفقه اللاتيني بوجه عام و في الفقه الفرنسي بوجه خاص، تعتبر أن الإرادة الباطنة المشتركة للمتعاقدين هي قوام تحديد مضمون العقد و يتم تغليبها على التعبير المادي .³

¹- مشار إليها في المرجع السابق ص 283

²- د.إيمان طارق، د.منصور حاتم، معيار الغموض في تحديد مضمون العقد - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية التربية - بابل ن العدد الأول - المجلد الأول، العلوم الانسانية، 2009، ص 81.

³ - ALLEN V.PINK 18384 M.W,140,HUTTON V.WATING 1948,CH398

على أن الإرادة الفردية إذا كانت وفقا للمبادئ العامة طليقة في تحديد مضمون العقد، فإن هذه الحرية تكون مقيدة إلى حد كبير في تحديد مضمون العقد بمجموعة من القواعد الآمرة.

لذلك وفقا لهذا الرأي، فإنه في حالة عدم التوافق بين الألفاظ و بين الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فإن المعول عليه في هذه الحالة هو الإرادة.

حيث أن الإرادة الظاهرة لا يؤخذ بها إلا على افتراض مطابقتها للنية الحقيقية الداخلية، و إذا لم يحصل هذا التطابق على القاضي أن يستخرج النية الحقيقية للطرفين المتعاقدين، و أن يتقيد بها عند التنفيذ و تحديد الالتزامات الناشئة عنها.

و لكن لكي يتم اللجوء إلى¹ الإرادة الباطنة للمتعاقدين، بالرغم من وجود البنود التعاقدية الصريحة فإنه ينبغي للعقد أن يكون غامضا من حيث المضمون، و يطرح البعض عددا من الحالات التي يمكن من خلالها اعتبار العقد غامضا، ومن ثم يمكن اللجوء للنية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين للوصول إلى المضمون الحقيقي و هذه الحالات هي:

1- غموض عبارات العقد ذاتها.

2- تنافر المعنى الحرفي للعبارات مع الإرادة المشتركة للمتعاقدين

3- التعارض بين عبارات العقد و شروطه. المعيار الموضوعي:

- لقد طرح الفقه الجرمانى نظرية التعبير عن الإرادة، و أساس هذه النظرية هو التعبير عن الإرادة في ذاتها و ليس الإرادة في نفسها، وذلك لأن الإرادة تعتبر عنصرا نفسيا

¹- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 613، فقرة 183

صعب الوصول إليه، ولكن يستدل عليها من خلال العبارات التي تشير إليها باعتبارها عنصرا ماديا محسوسا يمكن التعامل معه¹

و على هذا الأساس و بحسب رأي البعض، فإن دور القاضي لا يتمثل بالكشف عن إرادة المتعاقدين الباطنة وقت العقد، بل يتمثل بصياغة الإرادة عن طريق تفسير التعبير وفق ما تقتضيه المعايير الموضوعية وقت التفسير من ثقة متبادلة بين المتعاقدين و حسن النية و العرف .

intention، فإذا استطاع المدعى عليه أن يقنع المحكمة بأنه فهم الاتفاق على نحو ما دون تماما في الورقة المكتوبة، فإن ما مكتوب هو الذي يعول عليه في الحكم.

ولم يكتف المشرع الفرنسي بما ورد أعلاه لكن قد أكد هذا النهج في الفقرة الثالثة من المادة (1163) المتعلقة بقابلية تحديد الأداء المطلوب في العقد، حيث أكدت على أن الأداء المطلوب يتم تحديده من خلال بنود العقد، و إذا لم يتيسر ذلك فإنه يتم الرجوع إلى العادات أو العلاقات السابقة بين الطرفين على تحديد الأداء المطلوب²

و باعتبارنا أن المادة المذكورة آنفا تشكل انعطافة في موقف المشرع الفرنسي بعد التعديل الأخير للقانون المدني للتوجه نحو المعيار الموضوعي في تفسير بنود العقد، إذ أنه و إن جعل الأصل في العقد هو الإرادة الباطنة إلا أنه قيد من هذه الإرادة و لم يطلق لها العنان و جعل معايير أخرى تساعد القاضي للوصول إلى هذه الإرادة، و يمكن تحديد هذه المعايير على النحو الآتي:

¹ - د. ايمان طارق، د. منصور حاتم ، المرجع السابق، 82-83.

² - شيشر، فيفوت، فيرمستون، احكام الغلط و نسبية العقد في القانون الانكليزي، ترجمة هنري رياض، دار الجليل - بيروت، مكتبة خليفة عطية - الخرطوم، 1981، ص 45

La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire

- 1- ما يتوقعه الشخص المعتاد من العقد في الظروف نفسها. 2
- 2- الرجوع للعادات أو العلاقات السابقة بين الطرفين.
- 3- الرجوع إلى مضمون العقد نفسه و إيجاد بند يوضح البند الغامض.
- 4- لا حاجة إلى إبرام اتفاق جديد لتحديد تفسير للعقد.

المبحث الثاني: التمييز بين عقد البيع الفرنسي و القانون الجزائري

من خلال هذا المبحث ندرس نقاط التشابه ونقاط الاختلاف بين عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري وعقد الإيجار المؤدي إلى الملكية العقارية في القانون الفرنسي حتى نعرف ما يميز كل نظام قانوني عن الآخر.

المطلب الأول: أوجه التشابه بين عقد البيع الفرنسي و القانون الجزائري

ونظيره في القانون الفرنسي بعد الخوض في مفهوم كل من العقدين والتعرض إلى تعريف كل منهما، يمكن إدراج أهم النقاط التي يلتقي فيها كل من نظام عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري والإيجار المؤدي إلى الملكية العقارية في القانون الفرنسي.

الفرع الأول: من حيث الفكرة التي يقوم عليها العقد

إن كل من عقدي البيع بالإيجار في القانون الجزائري والإيجار المؤدي إلى الملكية العقارية في القانون الفرنسي يقوم على نفس المبدأ المتمثل في وجود إيجار سابق وبيع لاحق، بحيث أن كل من العقدين ينطوي على مرحلة من الانتفاع بالمسكن بعنوان الإيجار تسبق مرحلة البيع وانتقال الملكية إلى المستأجر وهو ما نستشفه من نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 01-105 الذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار المعدل والمتمم، ونص المادة 01 من القانون رقم 84-595 المتعلق بالإيجار المؤدي إلى الملكية العقارية، ومن هنا فان كل من العقدين يعتمد على الإيجار كآلية لنقل الملكية.

الفرع الثاني: من حيث أطراف العقد

إن العلاقة في كل من عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري وعقد الإيجار المؤدي إلى الملكية العقارية في القانون الفرنسي ثنائية، تقوم على طرفين هما المالك و المستأجر الذي ستؤول إليه الملكية في المستقبل، حيث يتمثل المالك في عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري في المتعهد بالترقية العقارية، أما المستأجر فعبر عنه المشرع بالمستفيد وهو ما نصت عليه المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 01-105: " يترتب على تسديد المستفيد الدفعة الأولى والتزامه بشروط تسديد ثمن المسكن كما هي محددة في رزنامة استحقاق الأقساط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه، إعداد عقد البيع بالإيجار بين الهيئة المتعده بالترقية العقارية وبين المستفيد"، أما طرفا عقد الإيجار المؤدي إلى الملكية العقارية في القانون الفرنسي هما البائع و الشاغل كما ورد في نص المادة 01 من القانون رقم 84-595

الفرع الثالث: من حيث انتقال الملكية إن الملكية

في عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري لا تنتقل إلى المستأجر المستفيد إلا بعد الوفاء بالتزامه بتسديد ثمن المسكن كاملا، وهو ما قضت به المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 01-105: " تنقل ملكية السكن المعني وفقا للقواعد المعمول بها بعد تسديد ثمن المسكن بكامله"، كما أنه بالرجوع إلى القرار المؤرخ في 04 يوليو 2004 المعدل للقرار المؤرخ في 23 يوليو 2001 المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار وتحديد المادة 16 التي نصت على: "إن العقد يكتسي على طابع موقف لا يقر انتقال ملكية المسكن موضوع البيع بالإيجار للمستأجر المستفيد"

وهو نفس الأمر بالنسبة لانتقال ملكية المسكن محل عقد الإيجار المؤدي إلى الملكية العقارية في القانون الفرنسي، حيث لا تنتقل الملكية إلى الشاغل إلا إذا أبدى رغبته في ذلك بعد مدة من الانتفاع بالمسكن الذي يشغله إن هو مارس حق خيار الشراء الممنوح له وهو ما عبرت عنه المادة 01 من القانون رقم 84-595 السالفة الذكر.

المطلب الثاني: أوجه الاختلاف بين عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري

ونظفره في القانون الفرنسفر باستقراء النصوص القانونية المنظمة لكل من عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري وعقد الإيجار المؤءى إلى الملكية العقارية في القانون الفرنسفر فمكن آءفء أهم النقاط التي اآآلف فيها المشرففن

الفرع الأول: من آفآ طبفة العآء

إن عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري عبارة على عقد مركب ذو طبفة آاصة ومستقل بذاته عن العقود المكونة له، فهو بالنظر إلى الغافة منه فمكن آكففه على انه عقد بفع تام لأن المسآآر المسآفء عندما أبرم هذا العآء فانه لا فرفء الانتفاع فقط من المسكن عن طرفق الإيجار وإنما هءفه الأول والأففر هو الآصول على ملكفة المسكن بعد آنففء الآآزامات المتعلقة بسءاء آمفع الأقساط، وهو نفس الشفء بالنسبة للمتعهء بالآرففة العقارية الذي فسعى من آلال هذا العآء إلى آملكف الوءءاء السكنفة لكل مسآفء من هذه الصفة السكنفة فوفرت ففه الشروط المآءءة قانونا

وفظهر ذلك من آفآ الشروط التي ضمناها المشرف للعآء التي لا نجد لها مثفلا في عقد الإيجار المؤءى إلى الملكية العقارية في القانون الفرنسفر، التي آآآآل في شرط الآآفاظ بالملكفة الذي سبقت الإشارة إليه عند الآعرض إلى نص المادة 16 أعلاه، والشروط المانع من الآصرف المنصوص

عليه في المادة 21 من المرسوم الآنففءف رقم 105-01 المعدل والمآآم: "لا فمكن للمسآفء من البيع بالإيجار أن فآآازل عن مسكنه قبل نقل الملكية بصفة شرفة لفائفه"

إلى آانب هذه الضمانات التي أءرآها المشرف الجزائري ضمن عقد البيع بالإيجار والتي آلعب ءورا هاما في آآقق الآآآمان بالنسبة للمتعهء بالآرففة العقارية، فوءء شروط أخرى تم وضعها بمآابة آراءات فآم فوففعا على المسآآر المسآفء من آآل ضمان آسءفء الأقساط الشهرفة الشرط الآزائف الذي فآء مآاله في نص المادة 12 من المرسوم الآنففءف رقم 105-01 المعدلة بموجب المادة

06/1 من المرسوم التنفيذي رقم 35-03 المؤرخ في 13 جانفي 2003 التي نصت على أنه: " يترتب على عدم تسديد كل قسط شهري بعد إعفاء شهر من حلوله تطبيق زيادة 2% في مبلغ القسط الشهري..."، وهو ما قضت به كذلك المادة 07 من القرار المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار.

إضافة إلى الشرط الجزائي، ضمن المشرع الجزائري عقد البيع بالإيجار كذلك بالشرط الصريح الفاسخ وتجديدا في نص المادة 06/2: ". وفي حالة عدم تسديد 03 أقساط شهرية مجمعة يفسخ عقد البيع بالإيجار على حساب المستفيد دون سواه..".

وما يؤكد وجهة نظرنا كذلك هو تحميل المشرع الجزائري للمستأجر المستفيد في عقد البيع بالإيجار لكافة نفقات الإصلاح الخاصة بالمسكن دون أن يميز بين الإصلاحات الضرورية التي تقع من حيث الأصل على عاتق المالكه والترميمات التأجيرية التي تقع على عاتق المستأجر التي لا تعدو أن تكون أعمالا بسيطة لإصلاح ما قد يحدث في العين المؤجرة وملحقاتها من تلف بسبب الاستعمال العادي 14 وهو ما نستشفه من نص المادة 13 من القرار المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار، في حين نجد أن المشرع الفرنسي قد حمل المستأجر نفقات الترميمات التأجيرية فقط فيما يخص عقد الإيجار المؤدي إلى الملكية العقارية وهو ما قضت به المادة 29 من القانون رقم 84-595

أما بالنسبة للطبيعة القانونية لعقد الإيجار المؤدي إلى الملكية العقارية فهو عبارة على إيجار مقترن بوعد أحادي بالبيع وهو ما نستنتجه من قراءة نص المادة 01 من القانون رقم 84-595 أعلاه، وهو أن يعد صاحب الشيء المتعاقد الآخر أن يبيعه هذا الشيء إذا رغب الآخر في شرائه خلال مدة معينة، فيكون صاحب الشيء هو الملزم وحده بالبيع إذا اظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء خلال تلك المدة، أما الموعد له فلا يكون ملزما بل حرا بين إعلان رغبته في الشراء خلال المدة المتفق عليها فيتم البيع النهائي وان امتنع فلا يتم البيع بل يسقط الوعد بالبيع

الفرع الثاني: من حيث طبيعة الأقساط

إن الأقساط التي يلتزم المستأجر المستفيد بدفعها في عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري تمثل في نفس الوقت بدل إيجار عن انتفاعه بالمسكن وأجزاء من الثمن، ففي حالة فسخ العقد فإن المستأجر المستفيد لا يسترد الأقساط المدفوعة وهو ما نصت عليه المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المعدل والمتمم: " بعد اتخاذ قرار الطرد تقوم الهيئة المتعهددة بالترقية العقارية برد الدفعة الأولى بعد خصم الأقساط التي لم يسدها شاغل المسكن وكذلك مبلغ نفقات إصلاح الاتلافات التي يحتمل أن تكون قد ألحقت بالمسكن" وكذا المادة 09/3 من القرار المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار.

أما المشرع الفرنسي فقد خالف المشرع الجزائري إذ قسم الإتاوة أو القسط إلى جزأين، جزء يمثل أجرة الانتفاع والجزء الثاني يمثل جزء من الثمن، ففي حالة عدم انتقال ملكية المسكن إلى الشاغل يسترجع هذا الأخير الأجزاء التي تنسب إلى الثمن وهو ما نصت عليه المادة 10 17 من القانون رقم 84-595

الفرع الثالث : من حيث طريقة انتقال الملكية

تنتقل ملكية المسكن محل عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري تلقائيا بمجرد سداد القسط الأخير من مجموع الأقساط المكونة لثمن المسكن وهو ما نصت عليه المادة 19 من المرسوم رقم 01-105: " تنتقل ملكية السكن المعني وفقا للقواعد المعمول بها بعد تسديد ثمن المسكن بكامله"

أما بالنسبة لانتقال الملكية في عقد الإيجار المؤدي إلى الملكية العقارية في القانون الفرنسي فلا تنتقل تلقائيا وإنما بعد ممارسة المستفيد لحقه في خيار الشراء وذلك خلال ثلاثة أشهر قبل تاريخ انتهاء مدة العقد المتفق عليها، حيث يقوم البائع بإخطار الشاغل بممارسة خيار الشراء ويتم ذلك طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالوصول وهو ما نصت عليه المادة 26/181 من القانون رقم 84-595

الفرع الرابع : من آفء آءفء مءة الانآفاع

لآء قام المشرع الآزائرفة بآءفء مءة الانآفاع بالمسكن محل عآء البفع بالإفآار ب20 سنة وهو ما نصآ علفه المآءة 08 من المرسوم الآنففءف رقم 01-105:" فآب أن فسءء المسآفء مبلآ آمن المسكن فف كل الآلآل بعء آصم مبلآ الءفعة الأولى علف مءى مءة لا آآآاوز 20 سنة..".

أما بالنسبة للمشرع الفرنسفة فف عآء الإفآار المؤءف إلى الملكية العقارفة فلم فآء مءة الانآفاع الآف آسبآ عملفة انآقال الملكية وإنما آرك الآرفة للأطراف فف آءفءفها، وبانآهاآها فآعفن انآقال الملكية من عءمه بناء علف ممارسة المسآفء لآقه فف آفار الشراء من عءمه وهو ما ففهم من نص المآءة 01 من القانون رقم 84-595.

خاتمة

انطلاقاً مما أوردنا في بحثنا هذا نستخلص أن الإنسان في تعامله مع المجتمع يدخل في علاقات من أجل سد حاجاته وقضاء مآربه ومن أهم هذه العلاقات هي البيع ، حيث أن الإنسان مجبر على التعامل مع الأفراد المجتمع عن طريقة البيع والشراء ولهذا البيع من أهم المعاملات التي يلجأ إليها الفرد من أجل قضاء حوائجه وفي بعض الأحيان يضطر الإنسان إلى البحث عن مستلزماته خارج الحدود اليومية فيلجأ إلى الأسواق أو التجمعات الكبرى من أجل الحصول على حاجياته ، فيقوم بمبادلات تجارية سواء بيع البضائع أو شراء البضائع ، فإن عقد البيع أضحى الوسيلة العملية التي تحصل بها شخص على معظم حاجياته وأصبح درجة من الأهمية في ميادين التعامل والنشاط الاقتصادي بل أن البيع أصبح يحتل من حيث الأهمية الاقتصادية المكانة الأولى العقود المدنية وعلى هذا الأساس أصبح البيع اليوم عماد التجارة الداخلية والخارجية بل هو المتنافس الطبيعي لقضاء حاجيات الناس على المستويين الفردي والجماعي على ضوء دارستي لعقد البيع لماهية وعلاقته مع باقي العقود الأخرى تبين أنه قدما كانت المقايضة هي السائدة لكن فيما بعد ظهرت عيوب بها بسبب التطور الحضاري في مجال المعاملات والتصرفات ، ولعل أهم ما نستخلصه من هذا البحث ان عقد البيع يتمثل بخصائص كثيرة منها عقد ناقل الملكية بمقابل ومن العقود الرضائية والمحددة وانه لا يتم إلا بتوفير (أركانه التراضي المحل والسبب) لهذا لجاء المتعاملين إلى إنشاء عقد بين المتعاقدين أي البائع والمشتري في جميع المجالات المالية والمدنية ... الخ

فيعد عقد البيع من أهم العقود المسماة وأكثرها شيوعاً في المعاملات المالية فلا يكاد يمر يوم إلا بعقد الشخص أكثر من عقد البيع لهذا نص المشرع الجزائري على أنواع كثيرة البيوع وبواسطتها يعتبر البيع وسيلة هامة تجعل الفرد يتصرف في ما يحتاج إليه فهو يحتل مكانة جد حساسة في أوساط المجتمع كون مجمل المعاملات التي يقوم بها الأفراد داخل المجتمع تتمحور في غايتها حول البيع وفي ختام هذا البحث أرجو أن أكون قد وفقت و لو بالقدر القليل بتنصيب على بعض المفاهيم ويبقى هذا البحث محكوم بنقصان بالإجادة وتبقى المحاولة متواضعة في معالجة هذا الموضوع.

نستخلص مما سبق أن كل من عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري و نظيره في القانون الفرنسي هما عبارة على صيغ سكنية وجدت من أجل توفير سكن لائق للمواطن متوسط الدخل الذي لا تمكنه موارده من اقتناء مسكن بدفع ثمنه مرة واحدة، حيث تسمح هذه الصيغ بالحصول على سكن ودفع ثمنه في شكل أقساط تحت غطاء مدة من الإيجار ورغم تشابه الفكرة التي يقوم عليها العقدين عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري وعقد الإيجار المؤدي إلى الملكية العقارية في القانون الفرنسي. إلا أنه وجدنا العديد من الاختلافات بينهما كالطبيعة القانونية لكل منهما والطريقة التي يتم بموجبها انتقال الملكية إلى المستفيد من الصيغة وغيرها من المسائل الأخرى خاصة ما تعلق منها بطبيعة الأقساط التي يتم تسديدها والمدة الخاصة بالانتفاع بالمسكن في شكل إيجار

ندرج في أدناه أهم النتائج التي تم التوصل إليها بعد الانتهاء من البحث:

1. يمكن تعريف البند التعاقدى بأنه اتفاق على المسائل الجوهرية كافة والثانوية في العقد وصياغتها بعبارات يفهمها الطرفان ويقبلان بها، وتصبح دستورا لهذا العقد يلتزم بها أطرافه، في هذا العقد أو العقود المستقبلية التي تنشأ عن هذا العقد .
3. إذا كانت العبارة بندا تعاقديا ولم يتم الالتزام والإيفاء به، فللطرف حسن النية مقاضاة الطرف الآخر و مطالبته بالتنفيذ أو التعويض الإخلاله بتنفيذ مضمون العقد.
4. إذا كانت العبارات مجرد دافع للتعاقد ثم تحولت لتكون غير حقيقة، فللطرف حسن النية رفع دعوى بناء على استغلال عدم معرفته أو خبرته وجهله ويحدد القضاء ما إذا كانت العبارة شرطا أو دافعا للتعاقد، مع الأخذ بنظر الاعتبار نية الطرفين و الخبرة في التعاقد و أهمية العبارات و الوقت .
5. لا نتفق مع الاتجاه الذي يرى بأن فكرة السبب لا تزال ضمنا موجودة بالقانون المدني الفرنسي، وذلك لأن المشرع الفرنسي يتكلم عن مشروعية البند التعاقدى والهدف من العقد، وليس الكلام في معرض السبب الدافع إلى التعاقد والذي هو مسألة ذاتية شخصية تكمن في نية الشخص وإرادته الباطنة، بينما المشروعية التي تحدث عنها المشرع الفرنسي هي تلك

التي تتعلق بالبنود التعاقدية التي يتفق عليها الطرفان، وهي التي تكون من خلال مشروعية البند التعاقدية والغرض من العقد هي مسألة موضوعية تتعلق بالأثر الذي ينتج عن العقد، وليس مسألة ذاتية شخصية تتعلق بالدافع الى ابرام العقد .

6. إن المضمون يمثل مصالح كلا الطرفين التي اتفقا على صياغتها بشكل بنود عقدية تمثل مضمون عقدهما ما دام لم تخالف بنود العقد النظام العام، من حيث مشروعية هدفه وشروطه، و العقد لا يكون باطلا ما دام مشروعاً، و يكون العقد باطلا إذا كان هدفه غير مشروع حتى لو كان الطرف الآخر يعلم بعد هذه المشروعية .

7. إن، فكرة المشروعية التي يتم تحديدها من خلال فكرة النظام العام لا تعتبر فكرة أخلاقية إنما هي فكرة قانونية بحتة، حيث أنها من الأفكار القانونية التي يتم الوصول إليها بواسطة عوامل عدة، أما اعتبار مضمون العقد يمثل بعداً أخلاقياً، فهذا أمر قد يجانب الصواب و من ثم ربط فكرة مشروعية العقد بالأخلاق، و من ثم سوف نخرج من دائرة القانون و ندخل في نطاق الأخلاق، و لقد سبق و منذ زمن طويل بوضع حد فاصل ما بين القانون و الأخلاق .

8. إن المشرع الفرنسي قد تخطى عن مفهوم السبب لغموض فكرته و كونها مسألة نفسية ذاتية يصعب تحديدها، فإنه استعاض بفكرة مضمون العقد، و التي هي مسألة موضوعية مادية بحتة يتم تحديدها بالرجوع إلى مضمون البنود التي اتفق عليها طرفا العقد

9. يمكن تعريف الشروط بانها احد البنود العقدية التي تحدد مضمون العقد، و التي تمثل الأداء الرئيسي فيه، و التي تعتبر الالتزام الجوهري الذي يلتزم به أطراف العقد في الحاضر أو المستقبل.

10. إن المشرع الفرنسي قدم ضمان للمتعاقدين في حال عدم تحديد الجودة في الأداء المطلوب من الطرف الآخر، أن يتم تحديد هذا الأداء بالرجوع إلى العقد و البحث عن مؤشر فيه يحدد الدرجة المطلوبة، و إن لم يوجد فإنه يتم التحديد وفق مؤشرات أخرى، عليه جعل

المشعر الفرنسي من درجة الجودة في العقد بندا ثانويا، حيث لم يجعل الأثر المترتب على عدم تحديد هذه الجودة بطلان العقد.

11. عقود المعاوضة تسمح بإبطال العقد إذا كان أحد المتعاقدين قد التزم دون مقابل، أو كان المقابل تافها إلى حد اعتباره غير موجود، و أن هذا الموقف من المشعر الفرنسي نعتقد بأنه تكريس لفكرة مقابل العقد في النظام القانوني الانكليزي consideration ، التي تعتبر العقد باطلا إذا كان المقابل تافها أو كان وهميا، وهذا يشير إلى مدى تأثير المشعر الفرنسي بالنظام القانوني الانكليزي.

12. الأصل العام في التشريع الفرنسي بأن عدم التوازن في الأداءات لا يخل بمفهوم العدالة التعاقدية، لكنه أورد استثناءات على ذلك تجعل من المتعاقد الذي يعفي نفسه من بعض الالتزامات التعاقدية قد أخل بهذا المفهوم، و في أدناه ندرج هذه الاستثناءات و على النحو الآتي:

أ- التزام أحد المتعاقدين في عقود المعاوضة بدون مقابل، أو كان المقابل تافها. بوجود بند يعيق تنفيذ الالتزام الجوهري في العقد، أو يفرغه من محتواه.

ج- وجود شرط في عقد الإذعان يولد عدم التوازن بين حقوق و التزامات أطراف العقد .

13. الوسائل التي تعالج اختلال التوازن العقدي المتوقع في المستقبل من قبل طرفيه تعتبر تكريسا لمبدأ الحرية التعاقدية الذي تبناه المشعر الفرنسي، و لكنه لم يطلق العنان لطرفي العقد في وضع ما يشاؤون من هذه الوسائل، حيث أنه قيد طرفي العقد في تحديد مفهوم الاختلال العقدي الموجب للتدخل، لغرض إعادة هذا التوازن العقدي حيث وضع المشعر الفرنسي معياريين لتقدير اختلال التوازن العقدي و على النحو الآتي:

أ- أن يؤخذ بنظر الاعتبار عند تقدير الاختلال الهدف الرئيسي من العقد.

بملاءمة السعر مع الأداء المطلوب تنفيذه من الطرف الآخر

أن هناك في موقف المشعر الفرنسي بعد التعديل التشريعي رقم 131-2016 للقانون المدني، و هو ما يؤشر لنا تحوله عن الموقف السابق و اتجاهه إلى الأخذ بالمعيار

الموضوعي فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد في حال التعارض بين المضمون الباطن للعقد و المضمون الظاهر في العقد، وأن هذا التحول يشكل انعطافة في موقف المشرع الفرنسي للتوجه نحو المعيار الموضوعي في تفسير بنود العقد، حيث و إن جعل الأصل في العقد هي الارادة الباطنة، إلا أنه قيد من هذه الإرادة و لم يطلق لها العنان و جعل معايير أخرى تساعد القاضي للوصول إلى هذه الارادة، و يمكن تحديد هذه المعايير على النحو الآتي:

- الرجوع للعادات أو العلاقات السابق بين الطرفين.
- ما يتوقعه الشخص المعتاد من العقد في الظروف نفسها .
- الرجوع إلى مضمون العقد نفسه و إيجاد بند يوضح البند الغامض.
- لا حاجة إلى إبرام اتفاق جديد لتحديد تفسير للعقد .
- المشرع الفرنسي وضع مبدأ عاما في التعديل الجديد للقانون المدني، حيث لم يتطرق إلى التفاصيل الجزئية و لم يعالج الحالات الانفرادية، وقد وضع مبدأ تشريعيًا عاما يمكن من خلاله التوصل إلى مضمون العقد بالرجوع إلى العناصر الأخرى في العقد، باعتبار أن بنود العقد بعضها يكمل البعض الآخر، في حال وجود نقص بأحد هذه البنود فيمكن الاستعانة بالبنود الأخرى للوصول إلى البند الغامض أو غير واضح المعالم، و هذا يشكل خطوة جريئة من المشرع الفرنسي في هذا الاتجاه .
- إن المشرع الفرنسي قد منح القاضي سلطات واسعة لامثيل لها سابقا في التشريع الفرنسي، وذلك في العقود المستمرة التنفيذ حيث يمكن للقاضي في حال استجدت ظرف قاهرة تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين، أن يفتح باب المفاوضات العقدية من جديد بين الطرفين لإعادة التوازن العقدي.

قائمة المراجع

قائمة المراجع :

1- الكتب :

أ- كتب عامة

- 1- أحمد محمد الرفاعي القانون المدني (العقود المدنية ، البيع والإيجار) ، جامعة بنها الطبعة الأولى دار الثقافة عمان ، سنة 1999.
- 2- ادم وهيب النداوي ،شرح القانون المدني ،العقود المسماة البيع و الإيجار ، الطبعة الاولى،دار الثقافة عمان سنة 1999 .
- 3- أمير فرج يوسف ،العقود التي تقع على الملكية ،عقد البيع و الشركة ،المكتب العربي الحديث ،الإسكندرية ،سنة 2007 .
- 4- أنور العمروسي ، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني (البيع ، المقايضة، الهبة ، الشركة ، القرض، والدخل الدائم ، الصلح) دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،سنة 2002.
- 5- أنور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع و المقايضة ، الطبعة الثانية ، دار الجامعة الجديدة ، للنشر ، الإسكندرية ، سنة 2009 .
- 6- توفيق حسن فرج، عقد البيع و المقايضة ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية،سنة 2002.
- 7- رمضان أبوا السعود ، شرح العقود المسماة في عقدي البيع و المقايضة ، الطبعة الثانية دار الجامعة الجديدة ، للنشر ، الإسكندرية ، سنة 2003 .
- 8- عباس العبودي ، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني البيع و الإيجار ، الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر و التوزيع، سنة 2009.
- 9- محمد السيد الفقي ، القانون التجاري (نظرية العمل التجاري ، نظرية الحرفة التجارية الملكية التجارية و الصناعية) دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،سنة 2011.
- 10- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني عقد البيع و المقايضة ،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر ،سنة 2012.

- 11- مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة) الأعمال التجارية التجار، المؤسسة التجارية الشركات التجارية ، الملكية الصناعية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، سنة 2006.
 - 12- مصطفى الناير المنزول ، العقود المسماة (عقد البيع ، عقد الإجارة ، ، عقد الوكالة عقد المقاوله) الطبعة الأولى ، دار الجامعة إفريقيا العالمية للطباعة ، سنة 2009 .
 - 13- نذير بن عمو ، العقود الخاصة ، البيع و المعوضة ، الطبعة الأولى المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، تونس ، سنة 2008.
- ب- كتب خاصة :**
- 1- إبراهيم رفعت الجمال، إنعقاد البيع بوسائل الإتصال الحديثة ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، سنة 2007.
 - 2- إسماعيل عبد النبي شاهين ، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي و القانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، سنة 2005 .
 - 3- جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع ، منشورات زين الحقوقية و الأدبية فرنسا، سنة 2013.
 - 4- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري عقد البيع ، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون ، الجزائر سنة 2003 .
 - 5- رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع و المقايضة الطبعة الثانية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية، سنة 2003.
 - 6- زكريا سرايش، الموجز في شرح قواعد البيع ، دار بلقيس الدار البيضاء، الجزائر، سنة 2016.
 - 7- سعد نبيل إبراهيم ، النظرية العامة للإلتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، سنة 2004.
 - 8- سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الفنية للطباعة و النشر، الإسكندرية .
 - 9- سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر، سنة 2012.

- 10- فتحي عبد الله ، الوجيز في العقود المسماة ، الكتاب الأول ، عقد البيع ، الطبعة الثالثة منشأة توزيع المعارف، الاسكندرية .
- 11- محمد حسن القاسم ،عقد البيع دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ،سنة 1994 .
- 12- محمد حسنين ،عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الثالثة ،ديوان المطبوعات الجامعية ،سنة 1990.
- 13- محمد يوسف الزغبى ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع في القانون المدني ، عمان 2006.
- 14- لحسن بن الشيخ أث ملويا ، المنتقى في عقد البيع، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع ، الجزائر،سنة 2006.
- 15- نادية فضيل ، القانون التجاري الجزائري ، الطبعة الحادية عشر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 2011.
- 16- نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة ، عقد البيع، الطبعة الثانية،دار الجامعة الجديدة الإسكندرية،سنة 2004.
- شيشر، فيفوت، فيرمستون، احكام الغلط و نسبية العقد في القانون الانكليزي، ترجمة هنري رياض، دار الجليل - بيروت، مكتبة خليفة عطية - الخرطوم، 1981

المذكرات :

- 1- العايب سمير ، حميطوش زكرياء ، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بجاية ،سنة 2016-2017 .
- 2- خراز ميلودة ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص القانون الخاص الأساسي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مستغانم ، سنة 2014/2015.

3- رحمانى يوسف ، بيع ملك الغير بين القانون الوضعى و الفقه الإسلامى مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص قانون المقارن ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تلمسان سنة 2012/2011 .

د.ايمان طارق، د.منصور حاتم، معيار الغموض في تحديد مضمون العقد - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية التربية - بابل ن العدد الأول - المجلد الأول، العلوم الانسانية ،2009،

النصوص القانونية :

1- الامر رقم 58\75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدنى المعدل و المتمم .

2- الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 الساري ابتداءا من 5 يوليو 1975

المراجع باللغة الأجنبية :

2-M. Mekki: La reforme au milieu du gué, Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats- aspects substantiels, Revue de Droit Comparé 2015, pp. 651.

3-N. Balat, Réforme du droit des contrats et les conflits entre droit commun et droit spécial, D. 2015. P 699).

4-F. Terré: Projet de loi portant réforme du droit des contrats. Loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. JO n° 40 du 17 février 2015

5-Article 1103 du code civil français « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »

- 6–Mattar Mohamed Y., Integrating the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts as a Source of Contract
- 7–Law in Arab Civil Codes, Uniform Law Review, Volume 22, Issue 1, March 2017, Oxford Academic, pp. 94 and 95.
- 8–Article 1104 alinéa 1 du code civil français: « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi
- 9–Article 1104 alinéa 2 du code civil français: « Cette disposition est d’ordre public
- 10– Ph. Stoffel–Munck, Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale: le pouvoir du juge face aux abus, In La résiliation unilatérale du contrat, dir.
- 11– Ph. Delebecque, Colloque du DEA de droit des contrats et des biens. Paris I, 26 janvier 2004.
- 12– Article 1112 Al. 1: « L’initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. »
- 13– ; M. Mekki: Le volet Droit des contrats: l’art de refaire sans défaire, Article précité, pp.6, no. 11 Article 1112 Al. 2: « En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages du contrat non conclu Com. 26 nov. 2003, n° 00–10. 243.»
- 14– RTD civ. 2004. 80, et 85, obs. J. Mestre et 8. Fages ; et Civ. 3 », 28 juin 2006, n° 04 ,20.040–D. 2006. 2963, note
- 15–

- 16- Pereira-Engel Evane, « Réforme du droit des contrats: qu'est-ce qui va changer ? », Le petit Juriste, <http://www.lepetitjuriste.fr/droit-civil/reforme-droit-contrats-regime-general-de-preuve-obligations-quest-va-changer> consulté le 8 Octobre 2019, pp.1/8100
- 17- M. Mekki: Le volet Droit des contrats: l'art de refaire sans défaire, Article précité, pp.7, no. 14.
- 18- Civ. 3ème, 10 févr. 2010, n° 08-21.656, Bull. civ. III, n° 41; 15 déc. 2010, n° 09-15.891, RTD civ. 2011. 369, obs.
- 19- T. Revet; 12 janv. 2011, n° 10-10.667, Bull. civ. III, n° 5; D. 2011. 851, note L. Aynès ; 19 juin 2012, n° 11-17.105, D. 2013. 391, obs. S. Amrani-Mekki
- 20- Mathias Latina, et Gaël Chantepie: Le blog Dalloz dédié à la réforme du droit des obligations, <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/03/31/la-lesion/> visité le 14 octobre 2019.
- 21- L'article 1132 du code civil français dispose que « L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité ».
- 22- L'article 1118 du code civil français avant la réforme de 2016 disposait que « La lésion ne vicie les conventions que dans

- 23– Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr> ; Aurélien Bamdé–La licéité du contenu du contrat ou la conformité de ses stipulations et de son but à l’ordre public–2017. Available on the website <https://aurelienbamde.com>.
- 24– M. Mekki: Le volet Droit des contrats: l’art de refaire sans défaire, Article précité, pp.10, no. 18.
- 25– ALLEN V.PINK 18384 M.W,140,HUTTON V.WATING 1948,C

الفهرس

إهداء

الشكر

01	المقدمة
06	الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لعقد البيع
07	المبحث الأول : مفهوم عقد البيع:
07	المطلب الأول: تعريف عقد البيع و خصائصه:
07	الفرع الأول : تعريف عقد البيع :
09	الفرع الثاني :خصائص عقد البيع :
12	المطلب الثاني : تمييز عقد البيع عن غيره من العقود الأخرى :
	الفرع الأول: تمييز عقد البيع عن عقد الهبة و الإيجار و المقولة و الوكالة و الوديعة و الوفاء
12	بمقابل:
	الفرع الثاني : تمييز عقد البيع عن عقد المقايضة و العارية و القرض و الوصية وتقديم
17	حصة في شركة و الرهن.
22	المبحث الثاني: أركان عقد البيع:
22	المطلب الأول : ركن التراضي:
23	الفرع الأول : وجود التراضي وصحته:
34	الفرع الثاني : صور التراضي أو أوصاف البيع:
39	المطلب الثاني: ركن المحل و السبب
40	الفرع الأول : ركن المحل :

- 47 الفرع الثاني : ركن السبب:
- 51 الفصل الثاني دراسة مقارنة بين العقد البيع القانون الفرنسي والجزائري .
- 52 المبحث الأول : الاختلاف من حيث الأحكام الجزئية
- 54 المطلب الأول: الاختلاف من حيث تكوين العقد
- 54 الفرع الاول : المرحلة السابقة للتعاقد:
- 56 الفرع الثاني : العقود التمهيدية:
- 61 المطلب الثاني: البنود الضمنية.
- 61 الفرع الاول : سلطة القاضي التقديرية في التشريع المدني الفرنسي
- 63 الفرع الثاني: موقف المشرع الفرنسي من تحقق وجود البند التعاقدية
- 63 المبحث الثاني: التمييز بين عقد البيع الفرنسي و القانون الجزائري
- 67 المطلب الأول: أوجه التشابه بين عقد البيع الفرنسي و القانون الجزائري
- 67 الفرع الأول: من حيث الفكرة التي يقوم عليها العقد
- 68 الفرع الثاني: من حيث أطراف العقد
- 68 الفرع الثالث: من حيث انتقال الملكية إن الملكية
- 69 المطلب الثاني: أوجه الاختلاف بين عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري
- 69 الفرع الأول: من حيث طبيعة العقد
- 71 الفرع الثاني: من حيث طبيعة الأقساط
- 71 الفرع الثالث : من حيث طريقة انتقال الملكية

72 الفرع الرابع : من حيث تحديد مدة الانتفاع

74 خاتمة

80 قائمة المراجع

ملخص مذكرة الماستر

نستنتج مما سبق أن كل من عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري و نظيره في القانون الفرنسي هما عبارة على صيغ سكنية وجدت من أجل توفير سكن لائق للمواطن متوسط الدخل الذي لا تمكنه موارده من اقتناء مسكن بدفع ثمنه مرة واحدة، حيث تسمح هذه الصيغ بالحصول على سكن ودفع ثمنه في شكل أقساط تحت غطاء مدة من الإيجار ورغم تشابه الفكرة التي يقوم عليها العقدين عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري وعقد الإيجار المؤدي إلى الملكية العقارية في القانون الفرنسي. إلا أنه وجدنا العديد من الاختلافات بينهما كالطبيعة القانونية لكل منهما والطريقة التي يتم بموجبها انتقال الملكية إلى المستفيد من الصيغة وغيرها من المسائل الأخرى خاصة ما تعلق منها بطبيعة الأقساط التي يتم تسديدها والمدة الخاصة بالانتفاع

الكلمات المفتاحية:

1/. عقد البيع /2 أركان عقد البيع /3 التمييز /4.. القانون الجزائري /5 عقد البيع الفرنسي

Abstract of The master thesis

We conclude from the foregoing that both the lease-sale contract in Algerian law and its counterpart in French law are housing formulas that were found in order to provide decent housing for the average-income citizen whose resources do not enable him to acquire a home by paying its price once, as these formulas allow obtaining housing And he paid its price in the form of installments under the cover of a period of rent, despite the similarity of the idea on which the two contracts are based, the lease-sale contract in Algerian law, and the lease contract leading to real estate ownership in French law. However, we found many differences between them, such as the legal nature of each of them, the manner in which the ownership is transferred to the beneficiary of the formula, and other issues, especially those related to the nature of the installments that are paid and the period of use.

key words:

1/. Sale contract 2/ Elements of sales contract 3/ Discrimination 4/.. Algerian law 5/ French sales contract