

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

ماهية عقد البيع في القانون المدني الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: قانون خاص

الشعبة: حقوق.

تحت إشراف الأستاذ(ة):

من إعداد الطالب(ة):

أ / سلام عبد الله

بن بيو فتحي

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)..... حمو فرحات.....رئيسا

الأستاذ(ة)..... أ / سلام عبد الله..... مشرفا مقررا

الأستاذ(ة)..... خالد زواتين.....مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

نوقشت يوم: 2022-06-29

كلمة شكر

أولاً وقبل كل شيء أحمد الله عزّ وجل وأشكره

على توفيقه لي على إنجاز هذا العمل.

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي

" أ / سلايم عبد الله " الذي أشرف على إنجاز

هذا العمل ولم يبخل عليا بتوجيهاته ونصائحه القيمة

فكان بذلك المؤطر الفاضل الذي

بث فيّ روح الاكتشاف و البحث، فله مني كل الامتنان.

أتوجه بالشكر لأعضاء لجنة المناقشة لقبولهم تقييم هذا العمل .

كما أشكر كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية - مستغانم -

والذين كانوا سببا وعونا لنا في الاستزادة من

العلوم والمعارف القانونية.

فتحي

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى من كللها الله بالهبة و الوقار
و علماني العطاء دون إنتظار
أبي أطال الله في عمره
إلى قرة عيني أُمي الغالية التي ضحت و تعبت من أجل وصولينا
إلى أعلى المراتب حفظها الله وراعاها
إلى الإخوة والأخوات

المقدمة

يعد عقد من العقود الشائعة في مختلف المجتمعات إلى أنه لم يكن معروفا في البداية بل سبقته إلى الوجود المقايضة وهي مبادلة سلعة بسلعة أخرى حيث بموجبها يحصل الشخص على سلعة يرغب فيها مقابل سلعة يملكها وهو من أقدم العقود وأكثرها شيوعا حيث كان البيع في القانون الروماني يقوم على مبدأ الشكلية وعليه لم تكن الإرادة كافية وحدها لقيام العقد بل يجب إفراغها في قالب شكلي معين بحيث يتم ترتيب على هذه الشكلية انعقاد العقد وهذا يعني أن عقد البيع كان عقدا مجردا من السبب ويعتبر ملزما إذا استوفى الأشكال اللازمة لانعقاده.

ويضاف إلى ذلك أن البيع في القانون الروماني لم يكن يرتب على البائع التزاما بنقل الملكية بل كان يقتصر التزامه على مجرد الالتزام بنقل الحيازة الهادئة إلى المشتري إلا إذا اشتراها خلاف ذلك.

وجاءت الشريعة الإسلامية بتنظيم دقيق للبيع بحيث جعلت البيوع الجائزة ومنعت البيوع أو المعاملات المحرمة حيث قال الله تعالى: «وأحل البيع وحرم الربا» وهي قاعدة جامعة مانعة وإذا كانت أغلب التشريعات الحديثة تأخذ بالمفهوم الحديث بمبدأ انتقال ملكية المبيع بمجرد عقد فإن الشريعة الإسلامية أرسلت هذه القاعدة الأصلية الأساسية قبل عدة قرون خلت وعليه فإن عقد البيع هو مبادلة المال بالمال فلا يشترط فيه أن يكون المقابل مبلغا من النقود وذلك يشمل مبادلة المال بثمن وهو الأكثر تداولاً وهذا هو البيع في القانون الوضعي وقد تناول المشرع الجزائري في الفصل الأول من البائع السابع من القانون المدني وعرفه في المادة 351 منه بقوله على أنه " البيع عقد يلتزم : البائع أن ينقل للمشتري ملكية الشيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي " .

وبمقتضى عقد البيع يصبح مالك المبيع بائعا ويكون بهذه الصفة ملزما بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمانه من العيوب الخفية ويصبح المتعاقد معه مشتريا وبهذه الصفة يلتزم بدفع الثمن ويتغير في ذمة مالية للمتعاقدين حيث تنتقل ملكية من ذمة البائع إلى ذمة المشتري وينتقل ثمن المبيع من ذمة المشتري إلى ذمة البائع.

وأيا عقد البيع من العقود الرضائية تكفي لانعقاد إرادة البائع مع إرادة المشتري فالقانون لم يشترط لانعقاده أن تفرغ في شكل معين وعلى وجه الخصوص بالنسبة للمنقولات ومن ثم فهو من العقود التي تتعقد بتراضي الطرفين البائع والمشتري بينما بالنسبة للعقارات نرى أن المشرع الجزائري اشترط كتابة عقد البيع وتوثيقه وإلا كان باطلا بكلانا مطلقا.

وعقد البيع ناقل بالملكية بحيث ينقل الملكية من البائع إلى المشتري مقابل ثمن نقدي لكن هذه الخاصية لعقد البية منحصره في حالة ما كان محل عقد البيع منقولا وغير محدد بالذات.

أما إذا كان محل البيع شيئا معيناً بالنوع فقط فإن دور عقد البيع يقتصر على إنشاء التزام في ذمة البائع ببقل ملكية وبالتالي فإن الملكية في هذه الحالة تترتب على عمل مادي هو الإفراز وكذلك الأمر إذا كان عقد البيع عقارا من العقارات أو أحد الحقوق العينية الأصلية أن العقد لا ينقل الملكية وإنما يتأثر هذا الأثر بأن يتم اتخاذ إجراءات التسجيل والقيّد.

وتأسيسا على ما سبق ذكره يمكن طرح الإشكالية التالية:

ماهي الالتزامات التي يتحملها طرفا العقد؟

اعتمدنا في بحثنا ها على المنهج الوصفي من خلال الفصل الأول، والمنهج التحليلي في التعليق على مختلف النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع. قسمنا البحث وفق الخطة الثنائية إلى:

الفصل الأول: ماهية عقد البيع في التشريع الجزائري

الفصل الثاني: التزامات أطراف عقد البيع في التشريع الجزائري

الفصل الأول

تمهيد:

يعتبر عقد البيع من أهم العقود المسماة وأقدمها وأكثرها شيوعا إذ أنه هو الوسيلة الرئيسية لتبادل الأموال بين الأفراد في المجتمع والبيع لا يستغني عن إبرامه أحد من الناس فكل من يبرم يوميا عددا كبيرا من عقود البيع سواء مشتريا أو بائعا فنشتري مل يوم ما يلزمنا من طعام وشراب وملبس كما نشترى الجرائد والكتب وغيرها من الحاجات التي تستلزمها حياتنا ويعقد التاجر كل يوم مئات من عقود البيع¹

البيع له أهمية خاصة لتنظيم العلاقات المالية بين الإنسان و أخيه الإنسان و من معروف أن القيام البيوع و المعاملات أمر ضروري بين البشر إلا أن الإنسان المدني بطبعه لا يستطيع أن يعيش بمفرده يوفر لنفسه جميع ما يحتاجه و لذلك هو مضطر لأن يندمج هي 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 و لهذا يمكن القول بأن تنظيم البيوع ضروري لبقاء الإنسان و تطوره بذلك عنت الإدارة 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.

¹ إبراهيم رفعت الجمال انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة دار الفكر الجامعي الإسكندرية سنة 2007 ص ص 8-9.

المبحث الأول: مفهوم عقد البيع

نتناول في هذا المبحث دراسة عقد البيع الذي يعتبر من أهم العقود المسماة قديما وحديثا وأكثرها شيوعا وهو يعتبر أهم موضوعات القانون المدني فسنحاول إعطاء مفهوم عام لهذا العقد من خلال تعريفه وذكر مميزاته في المطلب الأول ثم نقوم بدراسة مقارنة بين عقد البيع ومختلف العقود الأخرى المشابهة له في المطلب الثاني

المطلب الأول: تعريف عقد البيع

لغة: البيع باع يبيع بيعا و يجمع على بيوع و جمع المصدر هنا على خلاف الأصل لأن الأصل أن المصدر لا يجمع و لكن الجمع هنا ليتنوع البيع و كثرته لأن البيع منه الصحيح غير الصحيح يسمى بيعا من ناحية اللغة و إن كان غير مشروع و هكذا قال أبو عبيد : البيع من حروف الأضداد في كلام العرب يقال باع فلان إذا اشترى وباع من غيره لأن العرب تقول بعت الشيء بمعنى اشتريته والشيء و مبيوع مثل مخيط و مخيوط و يطلق على كل واحد من المتعاقدين انه باع ولكنه إذا أطلق لفظ البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة و الأصل اللغوي للبيع هو مبادلة مال بمال¹.

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

ومن خلال هذا التعريف نرى بأن البيع هو نقل ملكية الشيء في مقابل ثمن نقدي هو الذي يميز البيع عن المقايضة و نلاحظ كذلك بأن 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 و كذلك بيع الحقوق الشخصية عن طريق حوالة الحق لما يشمل أيضا بيع حقوق الملكية الأدبية و الصناعية و كما عرفه الأستاذ إسماعيل غانم بأنه عقد يقصد به طرفاه أن يلتزم أحدهما وهو البائع بأن ينتقل ملكية الشيء أو حقا ماليا آخر في مقابل التزام الطرف الثاني و هو المشتري بثمن نقدي و عرفه

¹ زكريا سرايش، الموجز في شرح قواعد البيع دار بلقيس الدار البيضاء الجزائر سنة 2016 ص 14.

الأستاذ السنهوري كذلك بأنه عقد ملزم البالغ بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر ويلزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمنا نقديا و هذا التعريف يبدو قريبا من تعريف الشارع في المادة 351 مدني الجزائري

غير أن الشارع عرف البيع بأثره مع أن جوهر العقد هو التراضي على ترتب هذه الآثار وتعريف العقد إنما يكون بيان عناصره لا أثاره كما أن الشارع نص على أن البائع يلتزم بأن ينقل للمشتري الملكية أو الحق المالي مع أن البيع قد يتضمن اشتراطا لمصلحة الغير فيلتزم بأن ينقل الملكية إلى شخص ثالث يعينه المشتري ورغم هاتين الملاحظتين فإن تعريف الشارع أورد الخاصتين الأساسيتين لعقد البيع وهما أولا إلزام البائع بنقل الملكية أو حق مالي وثانيا إلزام المشتري بثمن نقدي بالمقابلة¹.

المطلب الثاني: خصائص عقد البيع

هذه أهم خاصية من خصائص عقد العمل 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 إلى المشتري و يعتبر هذا الالتزام من طبيعة البيع بوجه عام و من مستلزماته بحيث لا يكون بيع بدون نشوء هذا الالتزام و الإدارة التشريعية الجزائرية نصت المادة 165 من القانون المدني على أنه (الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني اخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم) ومعنى ذلك أنه قد جعل الأصل فب البيع يقتصر أثره على إنشاء التزام بنقل الملكية من تلقاء نفسه

2 عقد البيع الملزم للجانبين:

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 و ذلك

¹ -محمد حسين عقد البيع في القانون المدني الجزائري الطبعة الثالثة ديوان المطبوعات الجامعة سنة 1990 ص ص 9-

يجب أن يكون لكل من هاتين الإرادتين سبب مشروع ويوجد 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 أمتنع أحدهما باطلا لأي سبب من أسباب البطلان يبطل التزام الآخر و إذا أمتنع أحدهما عن تنفيذ التزامه 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 و لذا يعتبر محلا لعقد البيع أما التزامات المشتري فأهمها دفع الثمن ومن ثم يعتبر الثمن محلا آخر لعقد البيع¹.

3 عقد معاوضة:

يعتبر عقد البيع من عقود المعاوضة لأي كلا من الطرفين يأخذ مقابلا بما يعطي للبائع يأخذ الثمن من مقابل الشيء المبيع ويأخذ المشتري المبيع في مقابل دفع الثمن لذلك كان عقد البيع من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر²، 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 والمشتري بينما بالنسبة للعقارات فسوف نرى أن المشرع الجزائري اشترط كتابة عقد البيع وتوثيقها، إلا كان باطلا مطلقا³.

¹- محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني عقد البيع والمقايضة دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع الجزائري سنة 2012 ص ص 29-30.

²- خليل أحمد حسن قعادة الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري عقد البيع الطبعة الثالثة ديوان المطبوعات الجامعة الساحة المركزية بن عكنون الجزائر سنة 2003 ص 11.

³- محمد صبري السعدي المرجح السابق ص 30.

5 عقد البيع محدد القيمة:

الأصل في عقد البيع أنه عقد محدد القيمة لأن كلا من طرفيه يعلم أو يستطيع أن يعلم وقت العقد قيمة الالتزام الذي يتعهد به و قيمة الحق الذي يعود إليه من العقد غير أن 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 وقوعه مثل جعل الثمن مرتبا لدى الحياة فمدار الثمن يكون في هذه الحالة مرتبط بمدة حياة البائع الأمر الذي لا يمكن تحديده وقت العقد لأن البائع لو طالقت زاد الثمن الذي يدفعه المشتري وتبدو أهمية البيه عقد محدد القيمة أو أنه عقد احتمالي بالنسبة لأحكام الغبن إذ أن هذه الأحكام لا تطبق إلا على العقود المحددة القيمة¹.

6 عقد البيع يرد على الأشياء وعلى الحقوق المالية الأخرى:

وبالتالي يصح أن يكون محله حقا من حقوق العينية الأصلية كحق انتفاع أو حق ارتفاع 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) وكذلك من الحقوق الذهنية (الملكية الأدبية والصناعية)².

7. عقد البيع منجز حال حياة العاقدين:

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

¹ - خليل أحمد حسن قدارة المرجع السابق ص 11-12.

² - محمد صبري السعدي المرجع السابق ص 30.

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 تعتبر العقد مضافا إلى ما بعد الموت ولا يقع باطلا على أنه كان العقد صادر لأحد الورثة أمكن اعتباره وصية متى توافرت شروط المادة 777 مدني جزائري¹.

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 وجعل القانون شروط لهذه الأركان بحيث إذا لم تتوافر تلك الشروط أختل الركن ولا ينعقد العقد مع وجود هذا الاختلال فإذا انعدم ركن من هذه الأركان فإن العقد لا يبرم أصلا و يكون باطلا بطلانا مطلقا فبمجرد توافر هذه الأركان مجتمعة فإن عقد البيع يعتبر صحيحا و مرتبا لأثاره القانونية وبالتالي : يتطلب هذا المبحث تقسيمه إلى مطلبين : المطلب الأول تخصصه إلى أركان المتعلقة بذات المتعاقدين (التراضي) أما المطلب الثاني فسوف ندرس الأركان المتعلقة لموضوع البيع (المحل والسبب)

المطلب الأول: ركن التراضي

يعد عقد البيع من العقود الرضائية وتقضي القواعد العامة بأن " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفا التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرر القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد " المادة 59 من القانون المدني الجزائري ولركن الرضا حكم خاص إذا يجب توافر التمييز لدى العاقدين وتقابل الإيجاب والقبول مع تطابقهما وشرطين لصحته وهما: استكمال كل من العاقدين.....الأداء وهي 19 سنة كاملة ولم يتوافر أحد الشرطين الأول والثاني فلا ينعقد العقد ويكون باطلا بطلانا مطلقا أما تتوافر أحد الشرطين الاخرين فإن العقد يكون باطلا بطلانا نسبيا أو قابلا للإبطال بالنسبة للعاقد وحده .

¹ -زكريا سرايش المرجع السابق ص 23

والبطلان النسبي يحكم به القاضي بناء على طلب العاقد الذي يقرر البطلان لمصلحة ولهذا العاقد أن يتنازل عن طلب البطلان ويجبر العقد وطالما أنه لم يحكم بإبطال العقد الباطل بطلانا نسبيا فالعقد قائم ومنتج لأثاره وتبعاً لذلك ندرس ركن الرضا في فرعين (الفرع الأول ندرس فيه التراضي وصحته والفرع الثاني نخصه لبعض الصور الخاصة للتراضي).

لدراسة التراضي في عقد البيع باعتباره جوهرية ومناطة يجب أولاً أن نعرض لوجود التراضي ثم تبين بعد ذلك صحة هذا التراضي.¹

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 الشرط من هذين الشرطين فإنه لا يحق التراضي وبالتالي يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

لا ينعقد عقد البيع إلا بتطابق إرادة البائع مع المشتري بكل الأشياء التي تدخل ضمن عناصر عقد البيع كطبيعة العقد المراد إبرامه وعلى الشيء المباع والتمن.

فالانفاق على طبيعة العقد من قبل المتعاقدين يعتبر أولى موضوعات أو عناصر أو عناصر عقد البيع الذي يجب أن تتطابق إدارة كل من البائع والمشتري عليه فينعقد عقد البيع إذا قال أحد المتعاقدين للآخر أنا أبيعك هذه السيارة فيجب عليه الطرف الآخر أنا أقبل شراء هذه السيارة ففي هذه الحالة تتوفر تطابق الإيجاب مع القبول لكن إذا قال أحد الأشخاص لآخر خذ هذه الدار وأعطني عشرة آلاف دينار جزائري قاصداً رهن بهذا المبلغ فقبل الآخر هذا الإيجاب معتقداً أن صاحب الدار ينقل إليه ملكيتها لا رهنها ففي هذه الحالة لا يستطيع القول بتوافر تطابق الإيجاب مع القبول.

¹ - خليل أحمد حسن قعادة المرجع السابق ص ص 25-26

وإنما كان قصد الموجب شيء وقصد القابل شيء آخر أحدهما يقصد الرهن والآخر يقصد البيع ومن ثم لا يبرم عقد رهن ولا عقد بيع.

ويعتبر الاتفاق على شيء المبيع والذي يمثل محل عقد البيع أمرا واجبا لانعقاده عقد البيع ويقع ذلك إذا اتجهت إدارة البائع والمشتري وجب تطابق إدارة المشتري والبائع على الاتفاق على هذا العقار دول غيره وبالتالي إذا كان لأحد الأشخاص سيارتين واحد من نوع (فيات) و الآخر من نوع (بيجو) وارد 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 والقبول على هذه السيارة ولا ينعقد كذلك بالنسبة لسيارة (البيجو) أيضا وذلك لعدم توافر تطابق الإيجاب والقبول عليها.

ولا يكفي لانعقاد البيع الإنفاق على نوع العقد والشئ المبيع وإنما يجب أن يتفق كذلك المتعاقدين على الثمن للشئ المبيع وعلى مقداره وبالتالي إذا طلب البائع في الشئ المبيع عشرة آلاف دينار جزائري فقبل المشتري شراء الشئ بتسعة آلاف دينار جزائري فإن عقد البيع لا ينعقد لأن الإيجاب والقبول لم يتطابقا¹.

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

سمي يوسف زاهية حورية الواضح في عقد البيع دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر سنة 2012 ص 50.

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 أن نص المادة جاء أمرا وليس مكملا لإدارة الطرفين مادام أنه 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 أن الإنذار قرينة قاطعة على صحة وجود دين وبالإضافة 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 400دج عن كل شاحنة من المشروبات ولكن لم يعترف الطاعن أبدا بالقرض المرسوم وحيث أن الإنذار الموجه من طرف المحامي الدائن المرسوم لا يكفي لإثبات الدين و أن عدم الرد على إنذار الدفع لا يعني أم المرسل اليه معترف بأنه مدين وأنه لا يمكن لأحد أن يحرر سنداً لنفسه وكان على القضاة أن يحققوا من وجود الالتزام المرسوم بصفة قانونية وأن يطبقوا المواد 333 وما بعدها من القانون المدني الجزائري وعندما حكموا كما جاء قرارهم فإذن قضاة المجلس خرقوا القانون وعرضو حكمهم للنقض¹.

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

¹ - سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص ص 41-42-43 مرجع سابق

يجب أن تكون إرادتا المتعاقدين خالية من عيوب الرضا والمتمثلة والغلط والإكراه والتدليس والاستغلال إذا أن وجود عيب من هذه العيوب في إدارته أحد المتعاقدين يجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد المعينة إرادته¹.

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 والمشتري أهلا للبيع والشراء والمقصود بذلك أهلية الأداء وهي القدرة على التعبير عن الإدارة تغييرا منتجا لأثاره القانونية في ذمة الشخص الصادر عن التعبير والأهلية بهذا المعنى منناها التمييز وهي تختلف عن الولاية على المال وهي صلاحية للتصرف في مال الغير.

والأهلية منناها التمييز وهي توجد أو تنقص أو تتقدم بحسب ما إذا كان التمييز كاملا أو ناقصا أو منعدما والأصل أن التمييز مرتبط بالسن وتعني أهلية الأداء صلاحية الشخص المباشر التصرفات القانونية على وجه الذي يعتد به القانون أيا كان نافعا به منناها التمييز أي أن الشخص لا بد وأن يتبين تصرفه وما إذا كان نافعا به أم ضار وهي تختلف من هذا الجانب عن أهلية الوجوب التي ترتبط بالتمييز.

وأهلية الأداء تختلف من تصرف الاخر فهناك التصرفات النافعة نفعا محضا كقبول الهبة والتصرفات الضارة ضررا محصنا كالنزول عن الدين والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيحقق فيها الربح والخسارة كالبيع والإيجار ففي هذا النوع من التصرفات يشترط التصرف وأهلية الإدارة.

هذه الأنواع المتقدمة من التصرفات القانونية يستطيع إجرائها أي شخص بلغ سن الرشد أي 19 سنة وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجز عليه طبقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري.

¹ - زكريا سرايش المرجع السابق ص ص 23-24.

أما من انعدمت أهليته بسبب صغر سن (أقل من 13 سنة) وبسبب عوارض أهلية المعدمة كالجنون والعنة فإنه لا يستطيع أن يباشر أيا من هذه التصرفات. وهذا ما نصت عليه المادة 42 من ق. م. ج. ومباشرته لهذه التصرفات تقع باطله مطلقا أما من كان ناقص الأهلية كالصبي المميز (أي بلغ 13 سنة ولم يبلغ 19 سنة أو كان سفيها أو ذا غفلة (عوارض الأهلية المتصفة) فإنه طبقا لما جاء في المادة 43 ق. م. ج. له أن يقوم بإجراء التصرفات النافعة نفعاً محصاً دون الضارة ضرراً محصناً أما دائرة بين هذا وذلك فهي موقوفة على إجازة الوالي أو الوصي أو أن يجيزها ناقصاً الأهلية نفسه بعد اكتمال أهليته¹.

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

الغلط: هو وهم يقوم في ذهن 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 تتطابق إدارته إلى إبرام العقد فمن يشتري تحفة على أنها أثرية ثم يتبين أنها عادية يتعاقد وقد عاب الغلط إدارته فالغلط يقع في صفة جوهرية في المبيع دفعت المشتري إلى التعاقد لأن هذه محل اعتبار من جانب المشتري بغض النظر عن أنها تنتقل بالغرض الذي أعد له الشيء أم لم تتصل فالمعيار في الغلط معيار شخصي أو ذاتي أي يكفي أن تكون الصفة الجوهرية في المبيع دافعة للمشتري بالذات إلى التعاقد ويصرف النظر عن اتصالها بالغرض المعد له الشيء أو عدم اتصالها بذلك كما أن معيار بصدد الغلط أكثر تشدداً إذا يلزم أن يكون الغلط جوهرياً بمعنى أن يصل إلى حد من الجسامه بحيث يتمتع معه المشتري عن إبرام العقد ولو لم يقع في الغلط².

¹ - لحسن بن الشيخ أث ملويا المنتقى في عقد البيع الطبعة الثانية دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر سنة 2006 ص ص 243-244.

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

تستبعد هذه النظرية من نطاق الغلط ما يسمى 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 لأن الغلط لا يتعلق بتكوين العقد بل هو يفترض أن العقد قد استوفى أركانه وأن التطابق بين الإدارتين قد تم ولكن إحدى هاتين الإدارتين 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 الغلط¹.

التدليس: هو إيهام الشخص بغير الحقيقة بالاتجاه إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد ويقترّب التدليس من الغلط فإذا كان الأخير وهما تلقائيا فإن التدليس وهم بفعل شخص آخر ولذا يسمى التغليف أي الإيقاع في الغلط ومثال التدليس أن يقدم شخص لآخر شهادة كاذبة توهم بمثابة منزل بكثرة إيراده ويصل ذلك إلى حملة على شريانه فالتدليس يؤدي إلى الإيقاع المتعاقد في الغلط ولذا فهو يعين الرضا.

¹ -خواز ميلودة عقد البيع في القانون المدني الجزائري مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في حقوق تخصص قانون خاص أساسي كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مستغانم سنة 2014-2015 ص ص -32 - 33 مرجع سابق
 2- نبيل سعد إبراهيم المرجع السابق ص ص 206-307. مرجع سابق
 3-أنور سليمان العقود المسماة شرح عقد البيع والمقايضة دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية سنة 2005 ص ص 66-67. مرجع سابق

وقد نص المشرع الجزائري على أحكام التدليس في المادتين 78/68 ق. م. ج.

شروط التدليس: أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد حتى يشوب الرضا وتقضي المادة 86/1 بقولها " يجوز إبطال العقد التدليس إذا كانت الحيل التي تلجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من جسامة 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 ولذلك الطرف المضلل كان ليرضى العقد وبنفس الشروط حتى ولو لم يضل فلا يكون هنا للتدليس أثر على صحة العقد يلتزم أن تكون الطرق الاحتمالية 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"¹

الإكراه:

هو إجبار شخص يغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه ويكون ماديا أو معنويا ويشترط 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 وأن يغلب على ظن المكره وقوع الإكراه عاجلا إن لم يفعل ما أكره عليه.

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

¹محمد صبري السعدي المرجع السابق ص ص 176-181.

ومن الجدير بالذكر أن تسجيل عقد البيع متى كان شكليا لا يمنع من فسخه بوجود الإكراه فمن باع سيارة و هو تحت تأثير الإكراه يستطيع فسخ هذا العقد ولو سجل في دائرة الترخيص المختصة حسب الأصول ويسري نفس الحكم على عقود البيع العقارية فإذا أبرم من وقع عليه الإكراه عقد بيع لعقار تمت فيه الأعمال التسوية و تم تسجيل هذا البيع تحت تأثير الإكراه جاز له فسخه بالرغم من حصوله أمام مأمور التسجيل ويتم تصحيح السجل بعد اكتساب القرار القضائي الخاص بالفسخ الدرجة القطعية ولقد أكدت محكمة التمييز الأردنية هذا المبدأ أي العديد من قراراتها¹.

الاستغلال:

هو عيب من عيوب الإدارة وهو يقوم أساسا على انتهاز شخص لناحية من نواحي الضعف الإنساني التي يوجد فيها شخص اخر لكي يحصل من على مزايا لا تتعادل النية مع ما يعطيه في مقابلها ولكن هذا الاستغلال وما يحدث عنه من عدم تعادل تام ما بين ما يعطيه العاقد و ما يأخذ بمقتضى العقد قد يختلط بالعين باعتباره مجرد عدم التعادل بين ما يأخذ العاقد وبين ما يعطيه عند إبرام العقد لكن الاستغلال يعتبر في المقام الأول أمرا نفسها و أن عدم التعادل الناشئ عنه ليس إلا نتيجة استغلال الضعف النفسي لدى المتعاقد الآخر وعليه فإن الاستغلال هو انتهاز أحد المتعاقدين ما لدى المتعاقد الآخر من طيش بين وهوى جامع عند إبرام العقد و ذلك 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 كالاستغلال عنصرين هما عنصر مادي أو موضوعي وهو اختلال التعادل أو انعدامه وعنصر نفسي يتمثل في استغلال حالة الضعف النفسي الطيش البين أو الهوى الجامع لدى المتعاقد الآخر².

¹-عباس العبودي سرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني البيع والإيجار الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة 2009 ص 58.

²-مسعد نبيل إبراهيم النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2004، ص ص 191-194.

بعدها 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؟

وصور التراضي هي:

سوف ندرس في هذا الفرع بعض أنواع البيوع الموصوفة أو ما يسمى بالشروط التعاقدية المعتادة في البيع وهي: البيع بالعربون البيع العينة 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 فقده (خسره) وإذا عدل من تلقى العربون رده ومثله وبما أننا نتكلم عن عقد البيع فإن الذي يدفع العربون عادة هو المشتري ولقد نصت المادة (72 مكرر) من القانون المدني على العربون بصفة عامة أي دون أن تخص به البيع وقررت هذه المادة بأن دفع مبلغ العربون عند العقد يفيد بأن لكلا المتعاقدين حتى العدول عنه خلال مدة معينة ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك.

ونتيجة 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 وبالتالي لا يجوز العدول عنه و نرى 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 لملتقي العربون و لذلك يجب أن تكون صياغة المادة مفادها أن سكوت دافع العربون بعد انقضاء المدة يعتبر رفضا للتعاقد.

- تكييف البيع بالعربون:

كيفية بعض الفقهاء بالعربون على أنه بيع معلق على شرط فاسخ حيث ينعقد البيع ويكون منتجا لأثاره فإذا تحقق الشرط الفاسخ (وهو عدول الطرفين عنه في المدة المتفق عليها بفسخ عقد البيع) وكيفية البعض الأخر من الفقهاء على أنه بيع معلق على شرط واقف وهو عدم عدول أحد الطرفين خلال المدة المنتقى عليها فإذا تحقق هذا الشرط انعقد البيع تاما.

بينما ذهب رأي آخر إلى اعتبار البيع بالعربون بيعا تاما مع تضمنه التزاما بدليا بمعنى أنه ليس معلقا على أي شرط كان بحيث يمكن لأي من طرفي البيع أن يبرئ ذمته من الالتزامات التي يربتها عقد البيع عن طريق تحمل الالتزام البديل وهو خسارة مبلغ العربون¹.

2 البيع بالعينة:

نصت المادة 353مدني جزائري على أنه "إذا العقد البيع بالعينة يجب أن يكون مطابقا لها و إذا تلقت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعا أو مشتري أن يثبت أي شيء مطابق "مطابق أو غير مطابق للعينة " وفي المبيع بالعينة يقوم البائع بتقديم عينية للمشتري ويتفق معه على أن يقدم له بضاعة مطابقة لهذه العينية مثال ذلك أن يقدم له قطعة من القماش أو حفدة القمح ويجب أن يكون المبيع مطابقا لهذه العينة فإذا سلم البائع بضاعة من نفس العينة التي جازت رضاء المشتري ثم البيع ويعتبر تعيين العينية تعينا للشيء المبيع من حيث جنسه ونوعه ودرجة جودته فرؤية المشتري للعينية تعني عنه رؤية الشيء المبيع.

¹ زكريا سرايش المرجع السابق ص ص 33-43

2 تكييف هذا البيع:

يمكن القول بأنه عقد بيع بات من وقت الاتفاق على العينية ويلتزم بموجبه بائع بتقديم بضاعة مطابقة لهذه العينية تماما فإذا يلتزم بموجبه البائع بتقديم بضاعة مطابقة لهذه العينية تماما فإذا لم يقم البائع بهذا الالتزام كان للمشتري أن يطلب الفسخ لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه الناشئ من البيع ويكون له فضلا عن ذلك طبقا لأحكام الفسخ أن يطالب بالتعويض أن كان له محل ويمكن القول من ناحية أخرى بأنه عقد بيع معلق على شرط فاسخ هو عدم مطابقة المبيع للعينية ولذلك يدخل تحت البيوع الموصوفة¹.

- طبيعة البيع بالعينية:

البيع بالعينية بيع بات وليست إلا وسيلة لتعيين المبيع ولا يعتبر هذا البيع معلقا على شرط واقف أو فاسخ إلا قصد المتعاقدين تعليق وجود البيع أو زواله وعلى مطابقة العينية فإذا

كان المبيع مطابقا للعينية فلا يستطيع المشتري رفضه ولو اتضح أنه غير ملائم لحاجته أما إذا ثبت أن المبيع مطابق للعينية فلا يجبر المشتري على قبوله أو قبول جزء منه لا يكون مطابقا للعينية وحتى ولو أثبت البائع أن المبيع أعلى صنفا وأجود من العينية ذاتها وفي هذه الحالة تكون للمشتري عدة حلول منها:

_ له أن يطالب بفسخ العقد لعدم تنفيذ البائع للالتزامات مع التعويض عما أصابه من

ضرر

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

¹ - محمد حسنين، مرجع سابق، 41-42.

_ 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 به المشتري بخيار تجزئة المبيع لمعرفة مدى مناسبه 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 والآلات الميكانيكية عموماً أو بعض الحيوانات كالخيول وكلاب الصيد والأبقار المخصصة للإنتاج اللبن وكذلك شراء الملابس للاستعمال الشخصي إذا تجري العادة على تجربتها للتحقيق من قياسها أو غير ذلك فليزم البائع بأن يمكن المشتري من تجربة المبيع بأن يضعه تحت يده مدة المتفق عليها على أن تكون المدة معقولة ومثلاً الملابس تتطلب مدة قصيرة وقد 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 ويجب أن تكون كافية وألا يوجد ما يحول دون إجراء التجزئة وعليه أن يعلن للبائع قبوله أو رفضه للمبيع في تلك المدة بنتيجة التجربة وإلا اعتبر قابلاً للمبيع ويمكن أن يجرب المشتري المبيع بنفسه أو باستعانة بشخص آخر كفني متخصص مثلاً سواء في حضور البائع أو في غيابه.

- طبيعة البيع بشرط التجزئة:

نصت المادة 2/355 ق.م. ج. المقابلة للمادة 4/421 قسم على ما يلي: يعتبر البيع شرط التجزئة بيعاً موفقاً على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ¹.

¹ - محمد حسنين، مرجع سابق، ص43.

البيع بشرط التجزئة هو بيع معلق على شرط واقف هو قبول المبيع وقد يكون بيع معلق على شرط فاسخ.

ألا يكون البيع بشرط التجزئة بيعا على شرط واقف هو قبول المبيع بمعنى أن البيع موجود منذ اتفاق الطرفين البائع والمشتري ولكنه لا يكون بيعا باتا لأنه معلق على شرط قبول المبيع (بعد التجزئة) فهذا شرط واقف يوقف تمام البيع وجعله 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 التجزئة قد يكون معلقا على شرط فاسخ.

رأي المشرع أن البيع بشرط التجزئة يمكن أن يكون بيعا معلقا على شرط فاسخ فالتقنين المدني الملغى لم يكن يعتبر البيع بشرط التجزئة يمكن أن يكن يعتبر البيع شرط واقف لكن المشرع في التقنين المدني الحالي رأى أنه قد يتفق الطرفان على اعتبار البيع بشرط التجزئة هو البيع بات من انعقاده وترتب مباشرة دون انتظار نتيجة التجربة وكل ما في الأمر أنه رفضه المشتري بعد التجزئة يعتبر البيع مطلقا على شرط فاسخ وكذلك قد يكون أو لا يكون هناك اتفاق على اعتباره بيعا مطلقا على شرط فاسخ إنما قد يستفاد ضمنا من الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ وليس واقف هنا يعتبر البيع باتا من لحظة انعقاده وترتب عليه آثاره من تلك اللحظة دون انتظار نتيجة التجزئة.

وفي الحالتين حالة الاتفاق أو حالة ما يستتبق من الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ فإن البيع يكون صحيحا ويكون رفض المشتري للمبيع لعدة التجزئة سببا في زوال العقد منذ البداية أما قبول فيؤدي إلى إنتاج الشرط ولأثره وهو تأكيد قيام العقد وثبوتها نهائيا بزوال خطر فسخه وفقا للقواعد المعروفة عن أثره تحقق الشرط أو تخلفه. الخلاصة أن البيع بشرط التجزئة هو بيع معلق على شرط واقف إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ¹.

¹- أحمد الرفاعي، القانون المدني (العقود المدنية ك البيع والإيجار)، جامعة بنها، ص، ص 21-22-23.

4. البيع بشرط المذاق:

المادة 354 من القانون المدني الجزائري وهو ذلك البيع الذي يشترط فيه المشتري تذوق المبيع قبل الإعلان رغبته وشرط المذاق قد يكون شرطا صريحا في العقد كما قد يكون شرطا ضمانا يرجع إلى طبيعة المبيع في حد ذاته مثل بعض أنواع القوالة والزيتون... الخ حيث يتعين تذوقها للتحقيق من مدى مناسبتها لذوق المشتري والمشتري حر بعد تذوق المبيع قفله أن يقبل أو يرفض البيع بعد ذلك.

ولقد كيف الفقهاء البيع بالمذاق على أنه ليس بيعا تاما بل مجرد وعد بالبيع حيث يعتبر الواعد المشتري هو البائع والموعود له المشتري ومنه فإنه لكي يتحقق البيع يجب على المشتري أن يعلن رغبته بالقبول خلال مدة انعقاد البيع من يوم ذلك الإعلان¹.

طبيعة البيع بالمذاق وعد بالبيع من جانب واحد ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان أي إعلان القبول فالبيع بالمذاق ليس بيعا بالمعنى الصحيح وإنما هو مجرد وعد بالبيع فالحقيقة أن البائع مرتبط بالبيع ولا يستطيع أن يرجع فيه ولكن المشتري غير مرتبط بالشراء فنحن بصدده وعد بالبيع من جانب البائع وحده وهو وعد صحيح لتضمنه كل أركان البيع النهائي ومدة لإظهار المشتري قبوله وبمقتضى هذا الوعد يلتزم ببيع الشيء إذا لائم ذوق البيع بالمذاق بيعا معلقا على شرط فاسخ بل ولا على شرط واقف وإنما هو مجرد وعد بالبيع من جانب واحد بعكس البيع بشرط التجزئة هو وعد ولا يعتبر بيعا تاما إذا ذاق الطرف الآخر الشيء المبيع وقنبلة وينعقد البيع من وقت هذا القبول وليس للقبول أثر رجعي بعكس البيع بالتجربة.

¹ -زكريا سرايش، المرجع السابق ص 36-37.

وقد ورد ذلك بالمذكرة الإيضاحية صراحة حيث قالت "يختلف بيع المذاق عن البيع بشرط التجزئة ولا في أن المشتري حر في القبول أو في الرفض في مدة يحددها الاتفاق والعرف فالاثان حكمهما واحد في ذلك وذلك ولكن في أن البيع لا يعتبر معلقا على شرط واقف أو فاسخ بل هو لا يتم من وقت إعلان المشتري للقبول بأثر رجعي فيبيع المذاق قبل قبول المشتري إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد¹.

بناء على ما سبق ذكره في هذا المطلب يتضح لنا أن التراضي ركن أساسي لإبرام عقد البيع إلا أنه هذا الركن غير كافي لوحده وإنما يجب توافر ركني المحل والسبب فما هو المقصود بهما؟ وهذا هذا ما سنجيب عنه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: المحل والسبب والشكلية

لكي يتم انعقاد عقد البيع يجب أن تتوفر فيه إضافة إلى ركن الرضا ركن المحل والسبب نشأته في ذلك شأن سائر العقود الرضائية الأخرى فإذا انعدم ركني المحل والسبب أو كانا غير مشروعين أي مخالفات للنظام العام والآداب العامة فإذا عقد البيع تعتبر عقد باطل بطلانا مطلقا وكأن العقد لم يكن.

ولدراسة هاتين الركنيتين قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين هما الفرع الأول نخصه لركن المحل وشروطه والفرع الثاني نتناول فيه ركن السبب والشروط الواجب توافرها فيه.

أ- ركن المحل:

محل أي عقد من العقود هو العملية القانونية التي يريد المتعاقدان تحقيقها أعنى الالتزامات التي يراد إنشاؤها (يفرق ما بين العملة القانونية المراد تحقيقها والالتزامات المترتبة على العقد ويرى أن الالتزامات وسيلة لتحقيق العملية القانونية) إذا كان العقد ملزما للجانبين فتكون ثمة التزامات على كل منهما والالتزامات الرأسيان في عقد البيع هما التزام البائع بنقل

¹- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، 25.

الملكية والتزام المشتري بدفع الثمن فدراسة المحل في عقد البيع هي دراسة المحل في كل من هذين الالتزامين¹.

المحل من الأركان الأساسية للعقد وهو الذي يعبر عن المشرع بقوله " أن يكون القصد من العقد مالا معيناً يجوز التعاقد عليه" ولا يختلف الأمر في عقد البيع الذي يشمل كسائر العقود الملزمة للجانبين على محامين اثنين فالمال الذي التعاقد عليه هو من ناحية المبيع وهو محل التزام البائع وهو من ناحية أخرى الثمن وهو محل التزام المشتري².

أولاً: المبيع

يقال في لغة العموم إن كل شيء يباع ولكن هذه العبارة التي لا تخلو من التندر القاصرة وفي نفس الوقت متسعة لبيان المدلول الحقيقي للمبيع إذا لا ينحصر في الأشياء بل يمتد إلى حقوق فيكون المبيع شيئاً أو حقاً³.

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

1 وجود المبيع أو قابلية للوجود في المستقبل:

أي أنه يجب أن يكون المبيع موجوداً وقت إبرام العقد أو قابلاً للوجود في المستقبل وإذا لم يكن الشيء المبيع موجوداً أو غير قابل للوجود في المستقبل فلا يصح البيع.

ومع ذلك يجوز بيع الأشياء المستقبلية بشرط أن تكون قابلة للوجود في المستقبل غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه لا في الأحوال التي ينص عليها القانون. فبيع الشيء المستقبل هو أمر كثير الوقوع في العمل كما هو حال في البيع

¹-محمد حسين المرجع، السابق، ص 44.

²-نذير بن عمو، العقود الخاصة، البيع والمعوضة، الطبعة الأولى المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع تونس، سنة 2008، ص 109.

³-نذير بنو عمو، المرجع السابق، 109.

الحاصلات الزراعية قبل تمام نضجها وبيع المؤلفة قبل أن يتمه بل قبل أن يشرع في تأليفه في هذه الحالات يكون البيع صحيحاً¹.

2 تعيين المبيع أو قابلية للتعيين:

التزام البائع في هذا الصدد تحكمه القاعدة العامة الواردة في كتاب الالتزامات في المادة 94 مدني جزائري والتي تنص على أنه " إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاتية وجب أن يكون معيناً بنوعية ومقداره وإلا كان العقد باطلاً ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من طرف آخر التزام المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط"

ويترتب على تخلف شرط التعيين بأن كان المبيع غير معين أو غير قابلاً للتعيين بطلان العقد بطلاناً مطلقاً.

ونشير إلى إحدى الطرق المتبعة عادة بين التجار في تعيين المبيع وهي تعيين المبيع على أساس عينية يتفق على أن يكون المبيع مطابقاً لها وتنص المادة 1/353 مدني الجزائري عللاً "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 وإنما أضاف شرطاً آخر في البيع نص عليه في المادة 352 مدني الجزائري وقد استمدته من أحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية فهي مصدر التاريخي له ألا وهو شرط علم المشتري بالمبيع علماً كافياً ويترتب على تخلف هذا الشرط أن يكون البيع قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري بعكس شرط التعيين فإنه إذا تخلف يترتب عليه بطلان العقد بطلاناً مطلقاً كما سلف البيان².

¹- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، 44.

²- محمد حسنين، السابق، 54-55.

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 الآداب كان العقد باطلاً" وتنص المادة 682 من القانون المدني الجزائري على أن (كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعة أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما 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 والآداب العامة هذا ما بينته المادة 682 من القانون المدني الجزائري وقبل أن نوضح ذلك بالتفصيل نلاحظ أن المادة 682 مدني قد فرقت بين المال والشيء فمال يقصد به الدلالة على الحق ذي القيمة المالية كالحق العيني و الحق الشخصي(حق الدائنة) أو حق الذهني أما الشيء فهو كل ماله وجود مستقبل هم ذات الشخص طبيعياً كان أم معنوياً ويستوي في الشيء أن يكون مادياً كالأرض والبناء والحيوان أو كان معنوياً كالأفكار التي تمثل الحق الذهني للمؤلف والاختراعات والأسماء إلخ وبالتالي يعتبر الشيء مادياً كان أن معنوياً محلاً للحق المالي وهذا المقصود الذي قصدته المادة 682 بقولها (كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعة أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية).

ويعتبر الشيء المبيع مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الفروض الآتية:

1 الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها:

وهي 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 (والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها) وهي كالهواء والشمس وماء البحر وبالتالي لا تصح أن تكون محلاً 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.

وهذي الأشياء هي نوعين النوع الأول أشياء خرجت من دائرة التعامل بحكم القانون تقدير للغرض الذي خصصت له هذه الأشياء كالأموال العامة وهي الأشياء المملوكة للدولة بصفة عامة أو الأشخاص الاعتبارية العامة والغرض 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 والمنقولات 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 وبهذا القرار المادة 689 من القانون المدني الجزائري بأنه (لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم)

والأموال العامة تفقد صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة وذلك بمقتضى قانون أو بالفعل أو بانتهاء الغرض الذي خصصت تلك الأموال من أجل تحقيقه وبالتالي 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 كمخدرات وتجارة الأسلحة المحظورة والسموم وكذلك الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية وحرية العمل ويدخل ضمن هذا النوع من الأموال المحرمة التعامل بوظيفة أحد الموظفين وإذا وقع ذلك كان العقد باطلا بطلانا مطلقا وكذلك لا يجوز أن يكون محلا لعقد البيع الأسماء الشخصية للإنسان إلا أصبح الاسم الشخصي

اسما تجاريا كما يجوز أن يقع البيع على عنصر العملاء في المحل التجاري باعتباره عنصرا جوهريا فيه بعدما كان محظورا التعامل فيه¹.

4 أن يكون المبيع مملوكا للبائع:

لأن 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 له².

لقد نص القانون المدني الجزائري على أنه إذا باع شخص معينا بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع غير مالك وقت عقد البيع استحالة انتقال الملكية منه إلى المشتري بمجرد العقد لذلك قضى المشرع ببطلان البيع في هذه الحالة لأنه ملك الغير واشترط ملكية البائع للمبيع وقت العقد تكون في بيع الأشياء المعينة بالذات وهذا ما اقتضته طبيعة هذا النوع من البيع من حيث هو ناقل للملكية بذاته أما بيع المثيلات فلا أنه ينشئ التزاما بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ولا ينقل فيه هذا الحق إلا بغرز هذا الشيء طبقا للمادة 166 قانون مدني جزائري فهو إذن ليس بيعا ناقلا للملكية بذاتية فلا تتوفر فيه حكمة اشتراط ملكية البائع للمبيع وقت العقد³.

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 التزام المشتري بأدائه فإذا غاب الثمن في عقد انعدم ركن من أركانه فهو إذن شرط لصحت البيع

¹ - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص، ص 83-84-85-86.

² -مصطفى الناير المنزول، العقود المسماة (عقد البيع، عقد الإجارة، عقد الوكالة، عقد المقاوله) الطبعة الأولى، دار الجامعة إفريقيا العالمية للطباعة، سنة 2009، ص 19.

³ -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 بيعاً¹.

- الشروط الواجب توافرها في الثمن:

1. يجب أن يكون الثمن مبلغاً من النقود:

والثمن النقدي كما سبق القول هو الذي يميز عن المقايضة ولا يعني عن الثمن النقدي كون المقابل ذهباً أو فضة حتى ولو تم تقديره بالنقد كما أن الأسهم و السندات لا يمكن اعتبارها قمناً نقدياً غير أنه إذا اتفق المتعاقدان على تحديد ثمن نقدي ثم بعد العقد قرار تحويل الثمن إلى سندات أو أسهم فإن ذلك لا يؤثر في صفة الثمن ما دام أنه الاتفاق في البداية على الثمن قد يكون مؤجلاً أو معجلاً وقد يكون عبارة عن إدارة مرتب مدى حياة البائع حيث يلتزم المشتري بدفع الثمن على شكل راتب شهري إلى مبلغ مدى حياته وفي هذه الحالة يجب أن يكون عقد البيع في شكل مكتوب لأن عقد المرتب الحياة هو عقد شكلي (المادة 615 قانون المدني)².

2 يجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير:

الثمن يعتبر ركن أساسي من أركان عقد البيع مثل الشيء المبيع ولذلك يجب أن يتم الاتفاق عليه فيما بين المتعاقدين فأى خلاف حول خصم أو المصاريف أو حتى حول كيفية الدفع إذا اعتبرها المتعاقدين عنصر أساساً يحول دون انعقاد عقد البيع لكن العكس من ذلك إذا كان هناك غموض أو إيهام في إدارة المتعاقدين فإذا الأمر يتعلق بتفسير العقد طبقاً للقواعد العامة وعلى ذلك يجب أن يحدد المتعاقدين الثمن أو على الأقل أن يتفقا على الأسس التي يحدد بمقتضاها الثمن فيما يحدد المتعاقدين الثمن 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 مستحيلاً في معظم الصفقات الآجلة وذلك يكفي أن يكون

¹-نذير بن عمو، المرجع السابق، ص 132.

²- زكريا سرايش، المرجع السابق، ص، 49.

الثن قابلا للتقدير بمعنى يمكن تحديده طبقا لعناصر موضوعية فلا يكفي الاتفاق على أن يكون الثمن مساويا للثن الذي اشترى به البائع أو مساويا لسعر السوق وكذلك يجوز الاتفاق على الأجنبي لتقدير الثمن.

لكي 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 التقدير الثمن يبطل العقد إذا لم يحدد المتعاقدين ثمنا للمبيع فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من ظروف أن المتعاقدين قد نوبا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي يجري عليه التعامل بينهما¹.

3 أن يكون الثمن جديا (حقيقيا):

يجب إضافة إلى كونه مقدار أن يكون الثمن جديا أي حقيقيا بمعنى إذا كان الثمن تافها؟ أو صوريا عبارة عن دفع صوري فإذا كان كذلك لا يحقق الشرط الثاني ولا ينعقد البيع إلا أنه قد يكون هبة ويحقق ذلك إذا اتفق في عقد البيع على ثمن معين ثم نص 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 رسوم التسجيل التي تكون مرتفعة من الثمن ولذلك يلجأ الأطراف إلى ذكر ثمن أقل من الحقيقي حتى يدفع المشتري رسوم تسجيل ضئيلة فإن الثمن يكون هنا أيضا حقيقيا ويضل العقد بيعا. المهم هو أن الثمن حقيقيا أي أن تتجه إدارة كل البائع والمشتري بالوفاء بالثمن فعلا للبائع.

¹-نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 150.

ويلاحظ أنه يختلف الثمن الحقيقي بالمعنى السابق عن الثمن البخس فالثمن البخس هو عبارة عن مبلغ نقدي كثيرا عن قيمة المبيع ولكنه لا ينزل إلى حد الثمن التافه والثمن البخس هو ثمن جدي كان الحصول عليه هو الباعث الدافع على الالتزام بنقل ملكية المبيع للمشتري وهو لذلك يكفي انعقاد البيع أي يصبح البيع بالرغم من أن الثمن بخس فالثمن البخس يصلح مقابلا للالتزامات ويصبح البيع باعتباره عقد حقيقيا¹.

ب- السبب:

لا محل لدراسة ركن السبب دراسة خاصة في عقد البيع إذا لا يميز ركن السبب في عقد البيع بأية خصوصية بل تنطبق في شأنه القواعد المنصوص عليها في المادتين 97 و98 من القانون المدني الجزائري وتتص المادة 97 على أنه " إذا التزم المتعاقد لسبب غير المشروع أو سبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " وتتص المادة 98 على أن " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً مالم يقيم 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 يكون السبب موجوداً أو مشروعاً.

- الشروط الواجب توافرها في السبب:

1 وجود السبب: يتصرف هذا الشرط إلى السبب القصدي وهو الغاية التي يقصد الملتزم الحصول عليها وفي العقود الملزمة للجانبين يكون سبب التزام كل من العاقدين هو ارتقاب تنفيذ التزام العاقد الآخر وفي عقد البيع يكون سبب التزام البائع ينقل الملكية هو ارتقاب الحصول على الثمن من المشتري وسبب الالتزام المشتري يدفع الثمن هو ارتقاب الحصول على ملكية المبيع من البائع ولذلك فالالتزام كل من البائع و المشتري مرتبط بالأخر بحيث إذا اختلف التزام أحدهما عند الاتفاق فلا ينشأ التزام الآخر وبالتالي لا يوجد عقد بيع وإذا اختلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه بعد انعقاد العقد كان للأخر أن يتمتع عن

¹ - محمد حسنين، المرجع السابق، 76.

تنفيذ التزامه و هذا هو الدفع بعدم التنفيذ كما أن له أن يطلب الفسخ ليتخلص من العقد نهائيا وإذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا فإن الالتزام يقتضي وينقضي معه الالتزام المقابل ويفسخ العقد من تلقاء نفسه¹.

بالنسبة لوجود السبب فإن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية التقليدية والتي تشترط لانعقاد العقد وجود الالتزام 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 فإن التزام البائع يكون بدون سبب ومن تم فلا ينعقد البيع².

2. صحة السبب:

يجب أن يكون صحيحا فإذا كان السبب موهوما أو صوريا 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 ومن 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 السبب³.

3 مشروعية السبب:

يتصرف هذا الشرط إلى السبب الدافع أي الباعث الذي دفع الملتزم الى أن يرتب الالتزام في ذمته فإن كان للباعث للمتعاقدين معا باعثا غير مشروع كان العقد باطلا بطلانا مطلقا أما إن 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 وبالعكس إذا الطرف الآخر يعلم بعدم مشروعية الباعث لدى المتعاقد معه فلا يكون العقد باطلا ويبرر هذا الحكم الحرص على استقرار التعامل فلا يبطل عقد البيع إذا كان المشتري دار

¹: أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق ص 51-52.

²-محمد سرايش، المرجع السابق، ص 53.

³-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص، ص 221-222.

لتخصيصها للدعاوي كان البيع لا يعلم بهذا الباعث وكل ما تقدم هو تطبيق للقواعد العامة في السبب على العقد البيع.¹

أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة بالنسبة لمشروعية السبب ومفهوم سبب العقد وفقا لهذه النظرية يتمثل في الدافع (الباعث) إلى التعاض قد فتشترط أن يكون دافع المتعاقدين غير متعارض مع النظام العام والآداب العامة فإذا كان الدافع مشتري العقار هو تخصيصه لممارسة الدعارة وكان دافع البائع هو استعمال الثمن في شراء المخدرات كان سبب العقد في هذه الحالة غير مشروع ومن ثم يكون العقد باطلا.

لكن ما هو حكم سبب العقد عندما يكون أمام دافعين أحدهما مشروع والآخر غير مشروع ومن ثم يكون العقد 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 الآخر.²

ج- الشكلية:

زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد، طبقا للمادة 324 مكرر 1.³

كما يجب، تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي. وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد. المادة 324 مكرر 2: توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء ويؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد.

¹-محمد حسنين، المرجع السابق، ص 77.

²- زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 55.

³- المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

وإذا كان بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن ويضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر. فضلا عن ذلك، إذا كان الضابط العمومي يجهل الاسم والحالة والسكن والأهلية المدنية للأطراف، يشهد على ذلك شاهدان بالغان تحت مسؤوليتهما. المادة 324 مكرر 3: يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان، العقود الرسمية، بحضور شاهدين. المادة 324 مكرر 4: يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية، طبيعة وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين، وعند الإمكان صفة وتاريخ والتحويلات المتتالية.¹

¹ - المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني الجزائري.

الفصل الثاني

ان عقد البيع من بيع العقود الملزمة للجانبين بحيث يقع على عاتق البائع الالتزام بنقل الملكية أو بتسليم المبيع وضمان العيوب الخفية وبالمقابل يقع على عاتق المشتري الالتزام بتسديد الثمن للبائع.

فالهدف المبتغى من ابرام عقد البيع هو أن يمتلك المشتري المبيع ويتمكن من حيازته والانتفاع به انتفاعا ظاهريا ولا يحدث أي عمل سواء كان مادي أو قانوني من شأنه إعاقة المالك في مباشرة سلطاته على الشيء حرص على تمكين المشتري من اسقاط سلطاته كمالك للشيء من الحيازة الظاهرة الهادئة والانتفاع الكامل بالمبيع سواء كان هذا العمل عملا ماديا أم قانونيا وكذلك فرض على البائع التزاما بأن يمنع الغير من القيام بالأعمال القانونية تؤدي الى عدم الانتفاع بالشيء المبيع.

فيحتل عقد البيع مكانة جد حساسة ومهمة في أوساط المجتمع كون مجمل المعاملات التي يقوم بها الافراد داخل الافراد داخل المجتمع تتمحور في غالبيتها حول عقد البيع وعلى هذا الأساس تدخل المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة ورجال الفقه لتسمية العقود الواردة عليها بيع النائب لنفسه بيع التركة البيع في مرض الموت.

المبحث الأول: التزامات البائع

البيع هو أقدم العقود وأكثرها شيوعا وقد تفرع عن المقايضة عند ظهور النقد ومقياس مشترك للقيمة وكان البيع في الأصل يتم نقد اسوة المقايضة لكن عندما ظهرت الحاجة إلى نقل ملكية البيع بثمن مؤجل كان لا بد من إنشاء عقدين المتعاقدين يرتب التزامات قابلة للتنفيذ في وقت لاحق.

وهكذا نشأ عقد البيع الذي صنف ضمن العقود المسماة التي أولاها المشرع الجزائري وغيره أهمية كبيرة شيوعها وإذا كان من الواضح أن عقد البيع هو من العقود الملزمة للجانبين فما هي الالتزامات الناشئة عنه؟ وماهي تلك التي تقع على عاتق البائع؟ وماهي التي تقع على عاتق المشتري؟ للإجابة عن هذه الأسئلة لابد من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين. المطلب الأول تدرس فيه التزامات البائع والمطلب الثاني نخصه لدراسة التزامات المشتري.

أوجب المشرع على البائع التزامات محددة اتجاه المشتري مثل نقل ملكية المبيع إليه وأن يضمن له سلامة المبيع خاصة إذا استحق المبيع للغير أي ثبتت ملكيته لغير البائع هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أن يضمن البائع للمشتري العيوب القديمة والجديدة أن وجدت في المبيع وعلى ذلك لا بد من تقسيم هذا الطلب إلى فرعين: الفرع الأول ندرس فيه الالتزام بنقل الملكية وتسليم المبيع والفرع الثاني ندرس فيه الالتزام بالضمان.

المطلب الأول: الالتزام بنقل الملكية وتسليم المبيع

أن البائع يلتزم بموجب عقد البيع بالقيام بكل ما هو ضروري لنقل المبيع إلى المشتري كما يلتزم بتسليم المبيع باعتباره من مقتضيات عقد البيع بل هو من أهم التزامات البائع التي تترتب بمجرد العقد.

1. الالتزام بنقل الملكية: يجب قانونا أن يكون للبائع قدرة مالية ومعنوية تمكنه نقل ملكية المبيع إلى المشتري فورا بمجرد تمام عقد إلى البيع إلا إذا قضت قواعد القانون بخلاف ذلك أو هناك اتفاق سابق بين البائع والمشتري يفيد تراضيهما بنقل ملكية المبيع في وقت لاحق إذا كان البيع جزافيا فتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري على النحو الذي يناسب طبيعة كل صنف من المبيع جزافا.

أما إذا كان دفع الثمن مؤجلا أو مقسما فلا يعتبر إخلالا من جانب البائع إذا علق نقل ملكية المبيع على أداء المشتري للثمن الذي عليه كاملا فإذا استوفى البائع ثمن المبيع تكون ملكية المبيع للمشتري سارية منذ انعقاد البيع وليس من تاريخ الوفاء بالثمن¹.

هذا ما نصت عليه المواد التالية: المادة 361: يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم بنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يتمتع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا².

وتطبيقا لذلك ما ذهبت إليه المحكمة العليا في الجزائر في قضية بيع أراضي زراعية بتاريخ 1969/09/19 بتوافر تراض حول المبيع والبيع والثمن وأنه طبقا للمادة 361 المشار إليها أعلاه والتي تلزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل المبيع إلى المشتري وأن يتمتع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا.

فكان يجب على المطعون ضدهما باعتبارها بائعان أن يسعيا في الحصول على الترخيص الولائي الذي تنص عليه المادة 87 من المرسوم المتعلق بحرية التصرف في الأراضي الفلاحية

وبما أنهما امتنعا عن القيام بهذا الاجراء وبما أن قضاة الموضوع لم يؤسسوا قضائهم تأسيسا قانونيا سليما عندما قرروا ابطال عقد البيع محل الخلاف وطرده الطاعين من الأرض المتنازع عليها تعين نقص القرار المتظلم منه³.

2. انتقال الملكية في المنقولات:

المنقول هو المال الذي بالإمكان نقله أو تحويله دون أن يصاب بتلف وفي هذا المجال يجب أن نفرق بين نوعين من المنقول:

المنقول المعين بالنوع المنقول المعين بالذات⁴.

¹-مصطفى الناير المنزول، المرجع السابق، ص 27 28.

²- الامر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ص 58.

³- سي يوسف زاوية حورية، المرجع السابق، ص 135، 136.

⁴-ادم وهيب النداوي، شرح القانون المدني، العقود المسماة البيع والايجار، الطبعة الأولى، دار الثقافة عمان سنة 1999 ص 45.

- المنقول المعين بالنوع:

الأشياء المعينة بالنوع هي الأشياء المثلية التي يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء وهي التي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالوزن أو الوكيل أو العدد أو المقياس ولا تنتقل الملكية في هذه الأشياء بمجرد العقد بل لا بد من افراز المبيع حتى تنتقل ملكيته.¹

تقول المادة 166 من القانون المدني الجزائري أنه (إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء و إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز أن يطالب بقيمة الشيء من غير اخلال بحقة في التعويض ويتضح لنا من هذه المادة أن ملكية الشيء المعين بنوعه فقطلا تنتقل الا بعد اتخاذ اجراء معين وهو الافراز والذي يقصد به تعيين قدر من الأشياء المثلية بذاتها وذلك عن طريق فصله عن سائر الأشياء التي تكون معه نوعا واحدا.²

- المنقول المعين بالذات:

تنص المادة 165 ق. م. ج. وتقابلها المادة 204 ق. م. م. والمادة 394 موجبات لبناني على أن (الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني اخر من شأنه أن ينقل بحكم قانون الملكية أو الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري).

ويتضح من هذا النص أنه يجب توافر الشروط لمي تنتقل ملكية المنقول أو الحق

العيني محل البيع بمجرد العقد وهي:

أ - أن يكون الشيء المعين بالذات: حيث أن الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء لا يتصور أن يكتسب المشتري حقا عينيا على شيء معين بنوعه.³

¹-سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص 159.

²- خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص ص 113، 112.

³-سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص ص 136-137.

ب- أن يكون البائع صاحب الحق المبيع:

وهذا بدهاثة لأن فاقد الشيء لا يعطيه ومع ذلك نلاحظ أثر قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وموداها أن من يشتري المنقول من غير مالكة ويتسلمه معتقدا أنه اشتراه من مالك فإنه يكتسب ملكيته لا باعتبارها إثر ترتب على البيع ذاته ولكن باعتبارها أثر لواقعة مركبة يدخل هذا البيع في عناصرها ويسمى بالسبب الصحيح وذلك بجانب الحيازة وحسن النية.

2. انتقال الملكية في العقارات:

إذا كان المبيع عقارا فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بإجراء يسمى بالشهر العقاري فالعقد ينعقد تاما لكن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد القيام بهذا الإجراء ويجدر التفرقة بين الشكلية كركن في عقد البيع العقاري وبين إجراء الشهر فالشكلية في بيع تعتبر شركا لقيام عقد البيع وتخلفها يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا (الشكلية معناها الكتابة الرسمية بمعنى توثيق العقد) أما إجراء الشهر فليس ركنا في عقد البيع وتخلفه لا يؤثر في وجود عقد البيع العقاري في سجلات موجودة لدى مصلحة معينة بحيث يتمكن الناس من الاطلاع عليها¹.

ويمر نقل الملكية العقارية في القانون الجزائري بثلاثة مراحل: التوثيق والتسجيل لدى مصلحة الضرائب وأخيرا الشهر العقاري.

أولا: التوثيق كشرط لانعقاد البيع:

تنص المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 الذي يتضمن تنظيم التوثيق على أنه (زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عينية عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق)².

¹ زكريا سرايش، المرجع السابق، 59.

² -محمد حسنين، المرجع السابق، ص 102.

ثانيا: ضرورة التسجيل لنقل الملكية:

التسجيل عبارة عن وسيلة لإعلان وشهر التصرفات القانونية المتعلقة بالحقوق العقارية الأصلية كحق الملكية وما يتفرع عنها من حقوق كحق الارتفاق وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق الحكر الخ أما بالنسبة للحقوق العينية فلا تخضع لإجراء التسجيل وإنما إلى إجراءات القيد والإشهار العقاري نظامان نظام الشهر العقاري الشخصي ونظام العقاري العيني.

1. نظام الشهر العقاري:

يقوم نظام الشهر الشخصي للعقارات والحقوق العينية على لإنشاء سجل عام أو سجلات محلية في مختلف الأقاليم الدولية ويتألف هذا السجل من قوائم لأسماء المتصرفين بحيث إذا أراد صاحب الشأن التأكد من خلو العقار يريد شراؤه أن يطلب من المكلف بالسجل أن يقدم له تقرير وافيًا عن كل التصرفات التي قام صاحب العقار واتصلت بالعقار الذي يملكه فإن كان صاحب العقار من بين الأسماء الموجودة في السجل فهذا دليل على أن صاحب العقار قد صدر منه تصرف أو تصرفات على العقار وإن لم يجده المكلف بالسجل فهذا دليل على عدم صدور تصرفات منه.

وعلى هذا ضوء الشهادة المقدمة من المكلف بالسجل يستطيع المشتري أن يقدر المركز المالي الذي يتمتع صاحب العقار وكذلك المركز القانوني للعقار الذي يريد شراءه يتبين لنا أن دور نظام الشهر الشخصي يقوم على أساس إعلان التصرفات القانونية وكذلك انتقال الملكية للعقارات والحقوق العينية الأخرى سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير هذا إذا استندت إلى عقد صحيح خالي من العيوب أما إذا كان عقد الملكية معيبا بالبطلان المطلق أو النسبي فإن الملكية تنتقل ولكن مشوبة بالعيب الذي لحق العقد ويرجع ذلك إلى أن النظام الشهر الشخصي لا يظهر عيوب العقد وبالتالي يستطيع من له المصلحة أن يستصدر من القضاء حكما ببطلان عقد البيع حن يزول كل أثر لهذا التسجيل¹.

¹- خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 114.

ويعيب الفقهاء لهذا النظام كالاتي:

أنه لا يعطي للمتصرف إليه (المشتري) أية ضمانات بثبوت حقه في الحكم أو في أي حق عيني اكتسبه بصفة نهائية فلقد رأينا أنه لا يكفي الحكم ببطان العقد بطلانا مطلقا أو نسبيا حتى يزول هذا الملك وبالتالي لا يعطي هذا الراغبين التعامل مع المتصرف إليه تأكيدا بأنه صاحب الحق ويجوز له التصرف في حقه.

كذلك في حالة ما يطلب المشتري تقريرا عن حالة عقار معين فيجب أن يكون على الإمام باسم صاحبه واسم أبيه وجده بالكامل وكذلك أسماء الأشخاص الذين كانوا مالكين لهذا العقار وهذا يقتضي منه أن يكون قد أطلع على المستندات لملكية من يريد التعامل معه وفحصها والتحقق من سلامتها وكفايتها وهذا صعب التحقيق وربما تقع في جميع هذه المعلومات أخطاء يجعل الكشف في السجلات غير مجدي على الإطلاق.

إضافة إلى ذلك أن هذا النظام سيؤدي في نهاية إلى الوقوع في الخلط وخاصة عندما تتشابه الأسماء فتضاف تصرفات هذا إلى ذلك وذاك إلى هذا إلخ.

2 نظام الشهر العيني: ونظام الشهر العيني أو نظام السجلات العقارية يتميز

بصفتين أساسيتين:

- أن الشهر يتم على أساس العقار ذاته بمعنى أن السجل العقاري يكون مقسما على أساس العقارات أو الوحدات العقارية بحسب موقعها فتكون لكل عقار صفحة أو بطاقة خاصة به تسجل فيها كافة ما يتعلق بالحقوق العينية التي ترد عليه فلا تشهر التصرفات وفقا لأسماء الأشخاص بل وفقا للعقار ذاته ومن هنا كان نظاما عينيا والتصرفات التي تشهر لا يتم شهرها إلا بعد التحري عن صحتها تحريا بالغيا يعبر عن هذا بمبدأ الشرعية فسيقضي عن موقع العقار وحدوده ومساحته وأسماء المتصرفين وأهليتهم وهل صدر التصرف عن مالك وهل هو صحيح فيشهر أو معيب فيتمتع عن شهره.

إن انتقال الملكية أو الحق العيني إنما يتم التسجيل وحده مستقلا عن التصرف الذي أنشأ على عاتق المالك السابق الالتزام بنقل الملكية فيكون لتسجيل التصرف في السجل العقاري حجية كاملة وأثر قاطع في نقل الملكية بحيث لا يؤثر في ذلك أن يكون التصرف باطلا أو العيني عيوب التصرف ويقتصر الأثر إذا ما حكم بإبطال التصرف أو فسخه على الدعاوي الشخصية كدعوى لإثراء بلا سبب يرجع البائع على المشتري أن كان التصرف بيعا وهذا هو ما يعرف بالثقة العامة في السجل العيني¹.

وقد نص الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 والساري ابتداء من 5 يوليو 1975 على الأخذ بنظام السجل العقاري بالجزائر مع إعداد مسح عام للأراضي يكون أساسا ماديا للسجل العقاري².

3. النظام المعتمد في الجزائر: أخذ المشرع الجزائري بنظام الشهر العيني وذلك بموجب قانون السجل العقاري الأمر 74-75 حيث أن الشهر هو الوسيلة الوحيدة لنقل الملكية العقارية ولقد جاء في مضمون المادة 15 على أنه لا أثر للملكية ولا حقوق العينية الأخرى بالنسبة للغير إلا بتاريخ إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية³.

- الالتزام البائع بتسليم البيع: عقد البيع يولد في ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع وهذا الالتزام يترتب بمجرد العقد ولو ينص عليه فيه فالالتزام بالتسليم من مقتضيات عقد البيع إذا لا خير في التزام البائع نقل ملكية المبيع إلى المشتري إذا لم يتضمن هذا النقل تسليم المبيع حتى يتمكن المشتري من حيازته والانتفاع به⁴

والالتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري بحالة التي كان عليها وقت البيع يدل على أن محل الالتزام البائع بتسليم العين المبيعة إلى المشتري يتحدد بالمبيع المتفق عليه في عقد البيع وهو الشيء المعين بالذات يكون بحسب أوصافه الأساسية المتفق عليها والتي تميزه عن غيره والالتزام بالتسليم يجب تنفيذه من جانب البائع حتى ولو كان محله عقار لم يسجل بعد حيث أن الالتزام بتسليم المبيع يقوم من وقت إبرام العقد وغنى عن البيان الالتزام بتسليم

¹-محمد حسنين، المرجع السابق، ص 89.

²-الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 الساري ابتداء من 5 يوليو 1975، ص 89.

³- زكريا سرايش، المرجع السابق، 90.

⁴-محمد حسن القاسم، عقد البيع دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، سنة

1999، ص 321.

المبيع هو الالتزام بتحقيق نتيجة في حين أن الالتزام بالمحافظة على المبيع لحين تسليمه هو التزام ببذل عناية وسنرى أهمية هذه التفرقة أنه يترتب على أن الالتزام بتسليم المبيع متفرع عن الالتزام بنقل الملكية أن المبيع قبل تسليمه يهلم على البائع أما الالتزام بالمحافظة على الشيء فهو الالتزام ببذل عناية هو التزام بعمل ويكون المدين (البائع) قد وفى بالتزامه إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود.

فإذا هلك المبيع أو تلف بالرغم من ذلك لا يكون البائع مسؤولاً بموجبه التزامه بالمحافظة على المبيع وأن كان يتحمل تبعه الهلاك أو التلف بموجب التزامه بالتسليم أما إذا لم يبذل البائع القدر اللازم من العناية كان مقصراً ويكون مسؤولاً عن تلف المبيع أو هلاكه وفقاً للقواعد العامة المقررة في مسؤولية التعاقدية فيلزم بالتعويض المشتري عن الأضرار التي لحقت من جراء عدم تنفيذ التزامه بالتسليم فضلاً عن تحمل تبعه هلاك المبيع أما إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ المشتري فلا مسؤولية على البائع و يكون على المشتري تسلم المبيع على حالته مع دفع ثمنه كاملاً¹.

ويلتزم البائع في مواجهة المشتري بتسليم المبيع إلى هذا الأخير وبعد التسليم من أهم التزامات البائع حتى يمكن المشتري من حيازة المحل والانتفاع به كما يلتزم بالمحافظة عليه إلى حين تسليمه إلى المشتري وهذا ما تقضي به المادة 364 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي " يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع من المشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع...." ويشمل التسليم الشيء المبيع وملحقاته².

أنواع التسليم:

1- **التسليم الفعلي:** وذلك بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق حتى ولو لم يستولي عليه ويدخله في حيازته طالما أن البائع أعلمه بذلك الأمر الذي ينحصر في عنصرين:

¹ - فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في العقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، الطبعة الثالثة، منشأة توزيع المعارف، الإسكندرية، ص 137.

² - نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الطبعة الحادية عشر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2011، ص 245.

- أن يضع البائع المبيع تحت يد المشتري أو لا يكون هناك عائق يحول دون ذلك لكي يستولي عليه المشتري ويدخله في حيازته¹.

- أن يتوفر العلم لدى المشتري بأن المبيع موضوع تحت تصرفه حتى ولو كان المشتري لم يستولي عليه استيلاء مادي مادام في مكنته ذلك في أي وقت شاء.

2- التسليم الحكمي: وهو يحدث في صورتان:

الأولى: في حالة كون المبيع في حيازة المشتري قبل البيع بسبب أنه مؤجر أو معار أو وديعة ثم يقع البيع فيكون المشتري جائزا فعلا للمبيع فلا يحتاج إلى استيلاء مادي لأن المبيع في حيازته.

الثانية: أن يبقى المبيع في حيازة البائع بعد البيع بصفة أخرى وهي أنه قد استأجر هذا المبيع أو استعاره أو يبقى عنده كمودع لديه أو كدائن مرتهن رهن حيازي.

وقد يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين على البيع وهذا تسليم حكمي ويكون ذلك

بالاتفاق على تغيير صفة الحيازة وقد نصت عليه المادة 2/367 المدني الجزائري (التي تقابل المادة 2/435 مدني مصري) بقولها: " وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع لسبب اخر لا علاقة له بالملكية".

فالتسليم الحكمي اتفاق أو تصرف قانوني وليس بعمل مادي².

- مكان وزمان التسليم:

أولا: مكان التسليم:

وفقا للمادة 282 من القانون المدني فإن مكان التسليم هو مكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع إذا كان المبيع شيئا محددًا بالذات أما إذا كان المبيع شيئا محددًا بالنوع فإن التسليم يكون في موطن البائع³.

¹ - أمير فرج يوسف، العقود التي تقع على الملكية، عقد البيع والشركة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، سنة 2007، ص ص 146، 147.

² - محمد حسنين، المرجع السابق، ص ص 110، 111.

³ - زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 63.

يجب أن يتم التسليم في المكان الذي يتفق عليه فإذا لم يوجد اتفاق ففي المكان الذي يحدده العرف فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف بشأن المكان الواجب التسليم فيه هو المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت انعقاد البيع إذا كان المبيع معيناً بالذات إ
أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع الذي يوجد فيه مراكز أعماله إذا كان المبيع متعلقاً بهذه الأعمال¹.

ثانياً: زمان التسليم

إن زمان التسليم يكون فوراً بمجرد نشوء الالتزام في ذمة المدين وهو البائع فإذا تم العقد صحيحاً وانتقلت الملكية بالشكل القانوني فإن الالتزام بالتسليم ينشأ فور تمام العقد وانتقال الملكية وهذا يجب على المدين بالتسليم وهو البائع المبادرة إلى تنفيذه فوراً فالأصل هو التنفيذ الفوري ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك مثلاً: أن يكون الاتفاق على أنه يتم التنفيذ (تسليم المبيع) بعد شهرين من تمام عقد البيع كما أن القاضي يمكن أن يقضي بتأجيل التسليم فترة من الوقت في حالات استثنائية وذلك بتأخير التسليم إلى أجل معقول إذا استدعت حالة البائع ذلك ولم يلحق المشتري من ذلك أي ضرر فإذا أثبت المشتري أنه قد يلحقه ضرر في هذا التأجيل فإن القاضي يرفض التأجيل كما أن القاضي يرفض التأجيل إذا قدر أنه ليس هناك ضرورة تستدعي التأجيل وتستلزمه.

- **نفقات التسليم:** أن نفقات التسليم تكون على البائع ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك وتتمثل نفقات تسليم المبيع في تحميل المبيع إخراج المبيع من مخازن البائع وتحميل المبيع في وسائل النقل المختلفة أما ما يعقبها من أمور فنكون على المشتري لكن ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق أن تكون على البائع².

¹-محمد حسنين، المرجع السابق، ص 203.

²- أدهم وهيب النداوي، المرجع السابق، 57.

- جزء الإخلال بالالتزام بالتسليم: إما أن يحصل عدم تسليم البائع للمبيع نتيجة لأحجام هذا الأخير عن التسليم أو تأخر في ذلك وأما يكون ذلك راجعا إلى هلاك أو نقص قيمته بسبب التلف وتبعاً لذلك سوف نتناول تلك الحالتين:

أولاً: أحجام البائع عن التسليم أو تأخره في ذلك:

لا يوفي البائع بالتزامه بالتسليم إن أحجم عن وضع المبيع تحت تصرف المشتري وكذلك إن لم يخطر بأن المبيع يوجد تحت تصرفه وكذا الحال إذا لم يتم بالتسليم في الميعاد المتفق عليه أو سلمه في غير الحالة التي كان عليها أثناء إبرام العقد فإذا حصل ذلك في مقدوره المشتري أن يطلب التسليم بواسطة التنفيذ الجبري وهذا باللجوء إلى السلطة العامة بشرط أن يكون التسليم ممكناً وهذا بعد أعذاره للبائع بتسليم المبيع ويتم الأعذار بواسطة إنذار البائع إما رسالة مضمّنة مع الإشعار بالوصول أو بواسطة المحضر القضائي.

غير أنه لا حاجة للأعذار إذا صرح البائع كتابة للمشتري بأنه لا ينوي تسليم المبيع وباستطاعة المشتري اتباع طريقة الحجز لتخضعي على المبيع وإذا فقد الشيء بفعل تصرف لصالح الغير وانتقلت ملكيته إلى هذا الغير إما بواسطة قاعدة الحيازة مع حسن النية في المنقول أو الإشهار العقاري في العقارات فما على المشتري إلا أن يطلب استرداد الثمن إن كان قد دفعه وكذا التعويض عن الأضرار اللاحقة به.

وللمشتري أن يختار طلب فسخ العقد وهذا بتطبيق القاعدة العامة المذكورة في المادة 118 من القانون المدني وللمشتري أن يطلب التعويض زيادة عن ذلك إذا أثبت تعرضه للضرر.

وللقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه وله اتخاذ أحد المواقف التالية:

- إما يمنح للبائع أجلاً حسب الظروف لتنفيذ التزامه بالتسليم وهذا إذا أبدى البائع نيته في التسليم.

- أن يحكم بإنقاص الثمن فقط إذا رأى بأن ما لم يوفي به البائع قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات ومثال ذلك أن يسلم البائع المبيع باستثناء أحد توابعه.

- أن يحكم بالفسخ إذا تبين له بأن البائع مصرفي في عدم تسليمه للمبيع وأنه لا ينوي تسليمه في المستقبل.

ويجب على المشتري قبل أن يطلب الفسخ أن يصدر البائع بالتسليم طبقا لما سبق الإشارة إليه وإذا حكم بفسخ العقد استيراد المشتري الثمن أن كام قد دفعه وله الحق في التعويض كما سلف القول.

وفي المواد التجارية بإمكان ضرورة أن تسمح للمشتري بإعفاء من اللجوء إلى المحاكم عندما يجب عليه التموين بسرعة ويكون باستطاعته التموين من الغير ويجب على البائع الذي أخل بالتزامه الفارق في الثمن ولقد كرس التعامل التجاري الفسخ غير القضائي والمسمى ب «المتروك لحساب» فالمشتري غير الراضي يرفض تسلم البضاعة والتي يعتبرها غير مطابقة ويتركها بحساب البائع.

وبالطبع سوف يحكم عليه إن كان هذا الرفض غير مبرر فالذي يعفي من دعوى سابقة أمام القضاء يتحمل دائما المخاطر والخسائر الناتجة عن تصرفه.

ثانيا: هلاك المبيع أو نقص قيمته نتيجة للتلف

قد يتعذر على البائع: الوفاء بالتزامه بالتسليم كلية إذا كلية المبيع معيناً بذاته وهلك في يده وقد يكون تسليم المبيع على الحالة التي كان عليها وقت التعاقد مستحيلا بسبب نقص في قيمته بفعل التلف وفي كلتا الحالتين يكون البائع مخلا بالتزامه بالتسليم وقد عالجت تلك المسألتين المواد 369-370 و391 من القانون المدني.

1- هلاك المبيع: تناولتها 369 من القانون المدني بقولها " إذا هلك الشيء المبيع قبل التسليم لا ينسب للبائع الفسخ البيع ووجب إرجاع الثمن للمشتري ما لم يكن هذا الأخير قد أعذر قبل الهلاك بتسليم المبيع".

فالقاعدة العامة هي أن مخاطر الهلاك تقع على البائع قبل تسليم المبيع لأنه قبل التسليم يقع عليه واجب المحافظة على المبيع لغاية التسليم بأن يبذل في ذلك كما سلف القول عناية رب الأسرة الحريص فبالرغم من كون الملكية تنتقل بالعقد في المنقولات المعينة بذاتها وبالفرض في الأشياء المعينة بنوعها وبالإشهار في العقارات والحقوق العينية العقارية فإن ذلك لا يجعل مخاطر هلاك المبيع على المالك أي المشتري بل هي على البائع قبل التسليم لكون المشتري قبل التسليم يستطيع السيطرة على المبيع سيطرة مادية فلا يمكن أن يتحمل مخاطر هلاك المبيع مادام أنه ليس في حيازته وبما أن البائع أخل بالتزامه بالمحافظة

على المبيع لغاية تسليمه وكذا بتسليم المبيع على الحالة التي كان عليها يوم التعاقد فإنه هو الذي يتحمل مخاطر الهلاك¹.

والتزام البائع بالتسليم كما سبق القول التزام بنتيجة (بتحقيق غاية) ومن ثم يعتبر البائع مخلا بالتزامه بالتسليم إذا لم يسلم المشتري المبيع حتى لو كان ذلك راجعا إلى سبب أجنبي وهذا ما يطرح مسؤولية البائع عن الهلاك المبيع قبل التسليم حتى ولو كان راجعا إلى قوة قاهرة أو حادث مفاجئ ومسؤولية البائع عن الهلاك المبيع قبل التسليم سنناقشها على الوجه التالي:

أولا: تبعة الهلاك الكلي قبل التسليم

تنص المادة 396 من القانون المدني الجزائري أنه (إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا بد للبائع فيه سقط البيع واستيراد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد أعمار المشتري بتسليم المبيع) يتبين من المادة 369 أن المشرع الجزائري قد اتبع أحكام القواعد العامة فجعل لهلاك يقع على البائع قبل التسليم وذلك وفقا للقاعدة التي تقول أنه في العقود الملزمة لجانبين يتحمل المدين تبعة الهلاك حتى ولو كان ذلك راجعا لسبب لا بد للبائع فيه وهذا خلافا لما عليه الحال في القانون المدني الفرنسي و التي جاءت المادة 1138 محملة تبعة الهلاك على المشتري وذلك بمجرد انعقاد العقد وبالتالي إذا هلك المبيع وهو في حيازة البائع وقبل تسليمه للمشتري هلاكا كليا ترتب على ذلك فسخ عقد البيع بقوة القانون ودون حاجة إلى حكم القاضي بل ويغير حاجة إلى أعمار لكن إذا كان الهلاك الكلي راجعا إلى فعل البائع فإن البائع يظل مسؤولا عن الهلاك ويظل مسؤولا في مواجهة المشتري بالتعويض عما أصابه من الضرر وكذلك رد الثمن إليه أما إذا كان الهلاك يرجع إلى فعل المشتري فإن تبعة الهلاك يتحملها المشتري باعتباره المتسبب بذلك وعليه أن يدفع الثمن كاملا للبائع ولا يجوز استيراد الثمن إذا كان المشتري قد دفعه.

¹ - لحسين بن الشيخ اث ملويا، المرجع السابق، ص، ص 365-366-367-368.

ولكن إذا أعذر البائع المشتري بتسليم المبيع وتعتت المشتري دون مبرر أن يسلم المبيع من البائع ثم هلك المبيع كلياً فإن تبعة الهلاك في هذه الحالة تقع على المشتري. وتقع تبعة الهلاك على المشتري في الحالة التي يكون فيها البائع حساباً المبيع على المشتري لتخلفه عن دفع الثمن لأن عدم تسليم المبيع في هذه الحالة ترجع إلى خطأ المشتري حيث لم يدفع الثمن وهو السبب الذي جعل البائع يحبس المبيع وبهذا تقرر المادة 391 من القانون المدني الجزائري أنه إذا تلفه المبيع في يد البائع وهو ماسكاً له كان تلفه على المشتري ما لم يكن التلف قد وقع من فعل البائع.

ثانياً: تبعة الهلاك الجزئي وحالة نقص قيمة المبيع بسبب التلف

تنص المادة 370 من القانون المدني الجزائري (أنه إذا انقضت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع إما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن).

يتبين من هذه المادة بأنه إذا هلك المبيع هلاكاً كلياً جزئياً وهو في حيازة البائع فإن الهلاك يقع على البائع ويكون للمشتري في هذه الحالة إما أن يطلب بإنقاص الثمن بحيث يتعادل التزام المشتري بالثمن بما تبقى من المبيع وإما أن يطلب فسخ العقد من انقضاء إذا كان الهلاك الجزئي جسيماً بحيث لو كان هذا الهلاك موجوداً قبل إبرام العقد ما تم البيع. يلاحظ أن الأحكام السابقة تتعلق بالمنقول المعين إما في المنقول المعين بالاسم في حالة هلاك المبيع بقوة قاهرة يلتزم البائع بتسليم مثله¹.

المطلب الثاني: ملحقات المبيع

يشمل التسليم ملحقات الشيء وكل ما أعد بصفة الاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين. لم يكتف المشرع بالزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع وإنما أوجب تسليم ملحقات المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة للاستعمال هذا الشيء تعرف الملحقات بأنها كل ما أعد بصفة دائمة للاستعمال هذا الشيء طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين فهي ما يتبع الأصل ويعد بصفة دائمة لخدمته.

¹ - خليل أحمد قداد، المرجع السابق، ص، ص 141-142-143.

ولم يورد التقنين المدني الحالي أمثلة للملحقات الشيء بخلاف التقنين المدني السابق الذي يورد أمثلة للمخلفات وكذلك ورد في المشروع التمهيدي للقانون الحالي أمثلة لهذه الملحقات¹.

إن الأصل في تحديد ملحقات المبيع هو اتفاق المتعاقدين فإن لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين وجب الرجوع إلى العرف وعند عدم وجود اتفاق أو عرف وجب الاعتداء في تحديد الملحقات بطبيعة البيع وجنسه.

وهكذا يمكن تعرف الملحقات بأنها الأشياء التي لا يكمل انتفاع المشتري بالمبيع إلا بها تشمل كل ما أعد بصفة دائمة الاستعمال المبيع كما تشمل جميع الدعاوي والحقوق المكملة أو المرتبطة به.

- **ملحقات العقار:** إذا كان المبيع عقارا فيعتبر من ملحقاته مفتاحية ومستندات تملكية وعقود التأمين إن وجدت لزمانه وكذلك الدعاوي التي تربط به كدعوى المقاول والمهندس المعماري عن خلل أو تهدم يصيب البناء خلال عشر سنوات من تسليمه ويعتبر حقوق الارتفاق المقرر للعقار من الملحقات كما تعتبر توابعه المتصلة المستقرة التي لا تقبل الانفكاك بدون ضرر يصيبه وهذه تشمل المفاصل المتبينة من الجدران والتأسيسات الكهربائية وهكذا فإن بيع المصنع يشمل الآلة وجميع مهماته اللازمة ليشغله.

إذا كان المبيع أرضا زراعية دخل في ملحقاته الأشجار المغروسة على سبيل الاستقرار والثمار التي لم تنضج ولكنه لا يشمل ما نضج من محصول أو ثمرات ولا الشجرات المزروعة في سنادين.

- **ملحقات المنقول:** أما ملحقات المنقولات فيشمل في البيع البقرة الحلوب لأجل لبنها ولجها الرضع وبيع السيارة يشمل سند ملكيتها وأدواتها الاحتياطية وبيع المؤلفات أو التماثيل أو الرسوم يشمل الحق في طبعها أو نقل صورها غير أن الأشياء الثمينة التي قد توجد مع المنقول كسلسلة ذهبية لساعة يدوية فلا يعتبر من ملحقات المبيع إلا إذا اتفق المتعاقدان على ذلك.

¹ - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، 139.

نلخص مما تقدم إلى أن المرجح في تحديد ملحقات المنقول إلى عقد البيع ذاته وعرف الجهة وطبعة المبيع.

كما أن المشرع العرقي اعتبر الزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمرة والنتاج حقا للمشتري وجعل عليه مقابل ذلك تكاليف المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

وهذا يعني أن ثمار المبيع سواء كانت طبيعة كنتاج الماشية أو صناعية كالمحصولات أو مدنية كالأجرة تكون جميعها من حق المشتري بمجرد تمام عقد البيع ويجب تسليمها مع المبيع مقابل التزام المشتري من وقت تمام البيع بتكاليف المبيع كمصاريف حفظه واستغلاله والضرائب¹.

يترتب عقد البيع في ذمة البائع التزاما بضمان المبيع للمشتري وحيازته حيازة هادئة وهذا يعني على البائع أن يتمتع من قيام عن عمل من شأنه أن يعرقل أو يعيق حيازة المشتري سواء كان لهذا العمل من البائع شخصيا أو من غير أن يتضمن البائع للمشتري بقاء ملكية المبيع إذا استحق الغير استحقاقا كليا أو جزئيا وذلك عن طريق تعويضه.

والتزام البائع بالضمان لا يقتصر فقط في عقد البيع وإنما يشمل كل العقود الناقلة للملكية بالمقايضة والشركة وقد نظم المشرع الجزائري هذا الالتزام ضمن عقد البيع على أساس أن عقد البيع يعتبر منشأة.

وقد جعل المشرع الجزائري والمصري من ضمان التعويض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية التزامات مستقلة بذاتها الالتزام بنقل الملكية وعن الالتزام بالتسليم تماشيا مع اتجاهات القانون الفرنسي والقانون الروماني.

1. ضمان التعرض والاستحقاق:

إذا كانت الغاية من إبرام عقد البيع هي أن يمتلك المشتري المبيع ويتمكن من حيازته والانتفاع به انتفاعا هادئا ظاهرا لا يعكر صفوة أي عمل من شأنه إعاقة مباشرة المالك سلطاته على المبيع كالأستعمال والاستغلال والتصرف فإن المشرع حرص على تمكين المشتري من استعمال سلطاته كمالك للشيء والانتفاع به دون مشاكل ولذلك فرض المشرع

¹ - جعفر محمد جواد القضيلي، الوجيز في عقد البيع ن المكتبة زين الحقوقية، والأدبية، بيروت، سنة، 2013، ص ص

على عاتق البائع التزاما بأن يتمتع من جانبه عن أي عمل يحول دون الحياة الظاهرة الهادئة والانتفاع الكامل بالمبيع وسواء كان هذا العمل عملا ماديا أم قانونيا وكذلك فرض على بائع التزام بأن يمنع الغير من الأعمال القانونية التي تحول هذا الانتفاع ويطلق على الأعمال التي تحول دون انتفاع المشتري بالمبيع انتفاعا كاملا هادئا بأنها أعمال التعرض للمشتري وهو ما يسمى بالالتزام بعد التعرض سواء المادي أم القانوني ولكن يختلف نطاق التزام البائع بعدم التعرض الصادر منه شخصيا عن التعرض الصادر من الغير فالبايع يلتزم بعدم التعرض بنوعه المادي والقانوني الصادر منه شخصيا أما التعرض الصادر من الغير بالبايع بالتزام بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير أي دون التعرض المادي من الغير.

أما ضمان الاستحقاق: فإن البائع يلتزم بضمان الاستحقاق أي بأن يعرض المشتري إذا استحق المبيع للغير نتيجة لعدم استطاعته البائع وقف تعرض الغير وذلك كما لو كان البائع غير مالك لما بيع فاستحقاق المبيع كلية للغير وهذا هو الاستحقاق الكلي.

وكذلك يضمن البائع الاستحقاق الجزئي وذلك كما لو كان البائع غير مالك لكل المبيع أو كان مالكا ولكن كان للغير حقوقا على المبيع فإذا لم يستطع منع أو وقف التعرض الجزئي واستحق جزء من المبيع للغير التزم البائع بتعويضه وهذا هو ضمان الاستحقاق الجزئي.

ويلاحظ أنه يرتب على وقوع عمل من أعمال التعرض قيام التزام البائع بضمان التعرض عن طريق ما يسمى بدعوى الضمان وهي دعوى تختلف عن دعوى الإبطال ودعوى الفسخ أي هي مستقلة عن كل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ أما إذا استحق المبيع للغير ولم تفلح البائع في وقف أو منع تعرض الغير ينشأ للمشتري دعوى الاستحقاق كذلك فإن أحكام ضمان لتعرض للمشتري هي أحكام مكملة ولذلك يجوز الاتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام الضمان وهو جائز¹.

¹ - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص، ص 172-173-174.

- **ضمان التعرض الشخصي:** يلزم البائع بعدم التعرض شخصياً للمشتري وبعدم منازعته في ملكيته المبيع وعدم التعرض له في انتفاعه به سواء كان هذا التعرض قانونياً أو مادياً.

والتعرض القانوني هو الذي يستند فيه البائع إلى حق قانوني يدعيه على المبيع في مواجهة المشتري ومن مثله ومن أمثلة أن البيع شخص شيئاً لا يملكه لأخر ثم يصبح مالكة بأي طريق قانوني كالميراث أو الشراء من المالك الحقيقي فإنه ليس باستطاعته استيراد المبيع لأنه ضامن والقاعد أن من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض.

التزام البائع الضمان غير قابل للقسمة حتى ولو كان المبيع ذاته قابلاً كل منهما نحو قانون كان شخصياً يملك دار في الشيوخ وبيعها معا التزم كل منهما نحو المشتري بضمان التعرض الصادر منه في كل الدار وليس في النصيب الذي باعه فحسب أما التعرض المادي فيكون بقيام البائع بأي فعل مادي يعكر حيازة المشتري للمبيع دون أن يستند في القيام به إلى الحق القانوني يدعيه على الجميع.

ومن أمثلة إذا باع التاجر متجره فلا يجوز له أن يفتح متاجر ممتلا له بالقرب منه وإن كان ذلك يجوز لغيره لأنه بالبيع قد التزم ألا يفوت على المشتري منفعة المبيع ولأن فتح المتجر الجديد من شأنه أن يحلو عليه عملاءه السابقين وأن يفوت بذلك على المشتري منفعة المتجر الذي اشتراه¹.

- **أثار الضمان عن التعرض الشخصي:**

يعتبر كما سلف القول التزم الضمان بالتزامات بالامتناع عن عمل وتبعاً لذلك نصت المادة 173 من القانون المدني على أنه " إذا خالف المدين التزامات بالامتناع عن عمل باستطاعته الدائن المطالبة بإزالة ما وقع مخالف للالتزام ويستطيع أن يحصل من القضاء على ترخيص ليقوم بنفسه بهذه الإزالة على نفقة المدين".

¹ - جعفر محمد جواد الفصلي، المرجع السابق، ص 136-137.

وتبعاً لذلك فإن المشتري يختار بين طريقتين لتنفيذ الالتزام بالضمان تنفيذاً عينياً مع التعويض عن ضرر الحاصل له وعند الاستحالة باستطاعته المطالبة بالتعويض.

1- المطالبة بإزالة ما وقع مخالفة للالتزام بالضمان:

ويكون هذا عادة في التعرض المادي ومثاله أن يقوم البائع لعقار بوضع سياج داخل الأرض المباعة للمشتري أو يقوم بتفريع مواد للبناء أو غيرها من المواد كالمخلفات الحيوانية وقد يتمثل العمل المادي في اختلال البائع لذلك العقار.

فهنا باستطاعة المشتري المطالبة بإزالة ما وقع مخالفة للالتزام بالضمان وفي الأمثلة السابقة يطلب المشتري بنزع السياج أو برفع مواد البناء أو الأخشاب وإخراجها من أرضه وكذا المخلفات الحيوانية أو بطرد البائع من الأرض المباعة فضلاً عن التعويض.

ولا يحق للمشتري المطالبة بالغرامة التهديدية لأن إزالة تلك الأعمال بالإمكان القيام بها باللجوء إلى القوة العمومية دون أن تتعلق بشخص المدين أي البائع فرفع السياج أو المواد الموضوعية في الأرض بالإمكان القيام دون وجوب تدخل المدين أو البائع وكذا طرد هذا الأخير من الأرض إنما يتم باللجوء إلى القوى العمومية عند رفضه مغادرة العقار. وإضافة إلى الإزالة بالإمكان للمشتري المطالبة بالتعويض عن الخسائر اللاحقة به بفعل التعرض له في التمتع بالمبيع لفترة معينة.

2. أن يقوم المشتري بالإزالة بنفسه بعد الحصول على ترخيص من القضاء:

ويكون هذا عادة في حالة الاستعجال ففي الأمثلة السابقة في حالة وضع السياج أو مواد البناء في الأرض المبنية أو وضع أثاث في المنزل المبيع فإنه باستطاعته المشتري أن يطلب من القضاء الترخيص له بأنه يقوم بنفسه بإزالة السياج أو مواد البناء من الأرض أو إزالة أثاث من المنزل ويقوم ذلك المشتري بحضور المحضر القضائي وتوضع الأشياء المزالة في حضيرة البلدية على نفقة البائع والذي يتحمل مصاريف الإزالة من الأرض وكذا الحمل والشحن والنقل وكذا مصاريف الإيداع في الحضيرة البلدية إضافة إلى مصاريف المحضر القضائي.

وإضافة إلى ذلك باستطاعته المشتري المطالبة بالتعويض عن الفترة التي حرم فيها من التمتع بالمبيع وبحيازته وحيازته هادئة.

وفي حالة تعلق الأمر بتعرض قانوني بأن رفع البائع دعوى على المشتري يطلب فيها استيراد العين المبيعة فإن المشتري يدفع تلك الدعوى بالتزام البائع بالضمان ويصدر الحكم برفض الدعوى.

2- التنفيذ بمقابل: التعويض:

إذا كان من المستحيل تنفيذ التزام البائع تنفيذا فإنه لا يبقى أما المشتري إلا المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به سواء كان التعويض كلياً أو جزئياً ويفترض في ضمان التعرض الشخصي أن يكون المبيع قد تم تسليمه للمشتري وعلى ذلك لا ينشأ الالتزام بالضمان إلا عند التسليم فلا يتصور أن يتعرض البائع للمشتري في تمتعه بالمبيع إلا إذا كان قد تسلم له المبيع¹.

جزء الإخلال بالالتزام بضمان التعرض الشخصي: ويتمثل جزء الإخلال بالالتزام بعدم التعرض إذا كان مادياً أن يطلب المشتري التنفيذ العيني وذلك عن طريق إزالة ما وقع من تعرض كأن يطلب المشتري طرد البائع من العقار فضلاً عن التعويض للضرر ويجوز للمشتري المطالبة بالغرامة التهديدية عن كل عمل يقوم به البائع من أعمال التعرض وإذا كان قانونياً على سبيل دعوى استيراد رفعها البائع على المشتري كان المشتري في حالة تملكه للعين المبيعة بعد البيع كان للمشتري أن يدفع هذه الدعوى بالتزام البائع بالضمان لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض .

وإذا باع البائع العقار مرة؟ أخرى وسجله المشتري الثاني قبل الأول يكون للمشتري في هذه الحالة أن يرجع على البائع بالتعويض أما على أساس استحقاق المبيع للغير وأما بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر منه لأن الغير استمد حقه من البائع لنفسه.

ولا يجوز للبائع اشتراط إعفاءه من الضمان للتعرض الذي يصدر منه للمشتري بحيث يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك وبهذا اقتضت المادة 378 من القانون المدني الجزائري

¹ - لحسن بن الشيخ اث ملويا، المرجع السابق، ص، ص 387-388-389.

أنه (يبقى البائع مسؤولاً عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلاً كل اتفاق يقتضي بغير ذلك) وأن كان يجوز زيادة الضمان أو إنقاصه¹.

ضمان التعرض الصادر من الغير: لقد تم الإشارة إلى ضمان التعرض الصادر من الغير خلال نص المادة 371 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع على المبيع يعارض به المشتري ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع قد أُل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

والتعرض الصادر من الغير هو ذلك التعرض القانوني الذي يدعي فيه الغير حقا على المبيع كحق ملكية أي حق من حقوق المنقرعة عنها أو حق وهن مثلا فيكون المشتري مهدد بنزع ملكيته على الشيء المبيع فيكون البائع ملزماً بالضمان لكن إذا كان التعرض مادياً مثلا كتعرض المغتصب فهذا البائع غير مسؤول فيقوم المشتري بدفع هذا التعرض بنفسه بكافة الوسائل التي تكفل بها القانون حق الملكية وحياسة الأموال.

-شروط ضمان التعرض الصادر من الغير: لضمان التعرض الصادر من الغير يجب أن تتوفر حماية من شروط فليس كل تعرض صادر من الغير ضامناً من طرف البائع وإنما لا تتحقق هذه الميزة إلا بتوافر جملة من الشروط لا تتعلق بعقد البيع ذاته وإنما بالتعرض الصادر من الغير وهذه الشروط تتمثل في:

أولاً: أن يكون التعرض قانوني:

قلنا سلفاً بأن البائع ملزماً بضمان التعرض سواء كان مادياً أو قانونياً وهو ما يطلق عليه بالتعرض الشخصي على خلاف التعرض الصادر من الغير الذي يكون فيه البائع ملزماً فقط بضمان التعرض القانوني.

فالمقصود بالتعرض القانوني الذي يدعي فيه الغير حقا على المبيع الذي يكون موجوداً وقت البيع ويحتج به على المشتري ويكون ذلك البائع ما ولو نشأ هذت الحق بعد البيع إذا كان هذا الحق قد أُل إلى الغير بواسطة البائع ومن أمثلة التعرض القانوني الصادر من الغير نجد:

¹-أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 59.

-الحقوق العينية التي يدعيها الغير كادعائه بملكية العين المبيعة كلها أو بملكية جزء مفرز منها أو شائع فيها أو الأداء بحق الارتفاق والانتفاع أو الحكر عليها أو الادعاء بحق رهن أو اختصاص أو امتياز رافع عليها.

- الحقوق الشخصية التي قد يدعيها الغير كأن يدعي وهو مستأجر للعين المبيعة أنه دفع أجرتها مقدما لمدة تزيد عن ثلاثة سنوات إذا كانت الخالصة غير مسجلة أو أقل من ثلاثة إذا كانت المخالصة غير مسجلة وفي هذه الحالة يكون البائع ضمانا للمشتري.

أما التعرض المادي الذي قد يتعرض له المشتري من الغير كقيام الشخص بإتلاف المبيع أو قيام شخص بسرقة المبيع ففي هذه الحالة البائع غير ملزم بالضمان لأن البائع لا سلطات له على كافة الناس من أجل منعهم من التعرض الفعلي أو المادي في ممارسة المشتري في حقه حتى ولو تم نزع الحيازة من المشتري فالبائع لا يلتزم بهذا الأمر فلا يمكن أن توجه له أي دعوى تقصير من طرف المشتري.

فمن صور التعرض المادي الصادر من الغير التي يكون فيها البائع ضمنا لها كمنافسة الغير المشتري منافسة غير المشروعة كحالة قيام أحد الأشخاص بدخول مزرعة وإطلاق ماشيته عليها فتأكل كل أو بعض ما يوجد في هذه المزرعة ففي هذه الحالة البائع فهنا المشتري يلجأ إلى وسائل الحماية القانونية جزاء اعتداء الغير والمتمثلة في دعوى استيراد الحيازة؟ أو رفع شكوى أمام الجهة الإدارية (النيابة العامة) لمنع الاعتداء أو وقفه¹.

ثانيا: أن يكون حق الغير ثابت له وقت البيع أو أل إليه بعد البيع بفعل البائع نفسه:

يجب أن يكون حق الغير قد ثبت له وقت البيع أو قبله فالفائدة أن البائع مسؤول عن ضمان تعرض الغير إذا كانت حقوق هذا الغير قد نشأت قبل البيع أو في وقت البيع باعتبار البائع مسؤولا على المبيع في هذه المرحلة ومثال ذلك أن يصدر قرار ينزع الملكية قبل البيع أو أن يكون أحد الأشخاص قد وضع يده على المبيع قبل البيع واكتملت له مدة

¹-العايب سمير، حميطوش زكريا، 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، ص ص 23-24-26-27-28.

التقادم المكسب أثناء البيع فهذه الحقوق كلها نشأت قبل البيع وبالتالي يكون البائع مسؤولاً عن ضمان التعرض الذي يتأس عليها.

ويسأل البائع عن ضمان في حالة تعرض الغير حتى ولو كانت حقوق هذا الغير قد نشأت بعد البيع وذلك في حالة التي يكون فيها متسبباً في نشوئها مثل قيام بائع العقار بعد البيع الأول بإعادة بيع العقار إلى مشتري ثان فيبأدر هذا الأخير إلى شهر هذا البيع وبالتالي تنتقل إليه الملكية على حساب المشتري الأول ففي هذه الحالة يكون البائع ملتزماً بالضمان لصالح المشتري الأول بالرغم من أن حق الغير قد نشأ بعد البيع وذلك لأن البائع هو المتسبب في نشوء هذا الحق.

ثالثاً: أن يكون التعرض قد حدث فعلاً:

لكي يلتزم البائع بضمان تعرض الغير يشترط أن يكون التعرض موجوداً بالفعل لا مجرد تهديد فلا يكفي مسؤولية البائع بالضمان مجرد علم المشتري بأن المبيع غير المملوك للبائع¹.

ذلك أن مجرد الخشية من الحصول التعرض لا يعتبر تعرضاً وأن التعرض لا يوجد إلا من وقت منازعة الغير للمشتري في المبيع ويترتب على هذا أن تقادم الحق في التمسك على البائع بالضمان يبدأ من وقت حصول التعرض فعلاً لا من وقت ظهور سببه أو خشية وقوعه².

جزاء التزام البائع بضمان تعرض الغير: يترتب على قيام البائع بضمان تعرض الغير التزامه يمنع الغير من التعرض وهذا عن طريق التنفيذ العيني للالتزام البائع والذي ترتب عليه آثار هامة.

¹ - زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 72.

² - أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني (البيع المقايضة، الهبة، الشركة، القرض، والدخل الدائم، الصلح) دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2002، ص 152.

1. التزام البائع بالتنفيذ العيني:

-إذا رفعت على المشتري الدعوى استحقاق المبيع وأخطر بها كان على البائع بحسب الأحوال ووفقا لقانون المرافعات أت يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله.

-فإذا تم إخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى وجب عليه الضمان إلا أن أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى نتيجة لتدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه.

-وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه الحكم حاز قوة الأمر المقضي فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبتت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق¹.

- الآثار المترتبة على التزام البائع بضمان تعرض الغير: لتحديد مسؤولية البائع وجب التمييز بين الحالات التالية:

أ- حالة أخطار المشتري البائع:

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

1- حالة تدخل البائع في الخصومة إلى جانب المشتري أو الحلول محله فيها:

إذا تدخل البائع في الخصومة إلى جانب المشتري وانتهى الأمر برفض ادعاء الغير فإن البائع يكون قد نفذ التزامه أما إذا صدر حكم لصالح الغير باستحقاق المبيع ففي هذه يلتزم البائع بالضمان.

2- حالة عدم التدخل البائع:

إذا لم يتدخل البائع في الخصومة بالرغم من أخطار المشتري له انتهت الخصومة بصدور حكم لصالح الغير وجب على البائع الضمان (التعويض المشتري) إلا إذا أثبت البائع أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس أو خطأ جسيم من المشتري.

¹ - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 197.

ب- حالة عدم قيام المشتري بإخطار البائع:

إذا لم يقم المشتري بإخطار البائع وانتهت الخصومة بصدور حكم لصالح الغير فإن البائع يبقى ملتزماً بالضمان للمشتري غير أنه يمكنه دفع الضمان بإثبات أن تدخله في الخصومة كان سيؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق المرفوعة من قبل الغير.

ج- حالة تصالح المشتري مع الغير:

إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ولكنه لم يتدخل فإن المشتري يجوز له التصالح مع الغير أو الاعتراف له بحقه وفي هذه الحالة يستطيع المشتري أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع مادام المشتري حسن النية (المادة 373 مدني) ويستطيع البائع التخلص من الضمان إذا أثبت بأن الغير لم يكن على حق في دعواه.

وإذا كان تصالح المشتري مع الغير قد تضمن التزام المشتري بأداء شيء لهذا الغير فإن البائع يتخلص من الضمان برد ما دفعه المشتري مع مصاريف الخصام (المادة 374 مدني)¹.

- ضمان الاستحقاق:

هو حرمان المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به كلياً أو جزئياً الغير منازعته للمشتري وكسبه على المبيع أي حق من حقوق التي تعتبر أدائها تعرضها وبالتالي يلتزم البائع بدفع للمشتري جزاء الأضرار التي لحقت نتيجة فشل عن دفع التعرض الصادر من الغير².

وهو التزام البائع بدفع التعويض فن الأضرار التي لحقت المشتري من جراء نجاح الغير في استحقاق المبيع³.

¹ - زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 73-74.

² - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 156.

³ - محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، عمان 2006، ص 350.

- أنواع الاستحقاق:

حسب نص المادة 373 من القانون المدني الجزائري فالمشتري له حق الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق أي بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب استحقاقه للمبيع.

1. الاستحقاق الكلي:

هو نزع المبيع من المشتري لثبوت حق الغير المتعرض سواء بحكم قضائي أو بدونه¹.

كما يمكن أن يتم نزع المبيع من طرف المالك الحقيقي بإرادته فيقوم باستيراد المبيع ومن أمثلة الاستحقاق الكلي نجد:

إذا قام البائع مالا يملك فحكم للمالك باستحقاق فالبائع في هذه الحالة يكون يبيعا لمالك الغير، إذا باع البائع مرة ثانية لمشتري ثان أكتسب ملكيته المبيع بسبب لتسجيله إذا كان عقار أو سبب حيازة بحسن نية إذا كان منقولاً.

-يقع الاستحقاق الكلي أيضا لو كان المبيع أو لم يسجل البيع فنفذ دائنو البائع على المبيع وكان مشتملا برهن الدائن المرتهن حقه وانتهى التنفيذ بيع العقار في المزاد².

2- الاستحقاق الجزئي:

هو كل ما من شأنه أنه الأنقاض من سلطات المشتري على الشيء المبيع أيا كانت صورة هذا الأنقاض فقد يتمثل في استحقاق جزء من مبيع شائع أو مفرز ونكون أيضا في حالة استحقاق جزئي إذا تبين أن المبيع موهون أو مثقل بحق اختصاص أو حق امتياز أو يثبت أن حق ارتفاق المبيع المقرر لمصلحة ليس موجودا أو إذا نزع بعض المبيع اقتضاء لحق مرتهن وقد يكون المبيع مثقلا بتكليف كحق ارتفاق عليه ليس ظاهر ولم يذكره البائع للمشتري أو مثقلا بحق انتفاع أو حكر ففي جميع الأحوال التي تستحق فيها بعض المبيع يتحقق فيها الاستحقاق الجزئي للمبيع³.

¹ - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 160.

² - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 240.

³ - العايب سمير حميطوش زكريا، ضمان التعرض والاستحقاق في العقد البيع، المرجع السابق، ص 50.

1- ضمان العيوب الخفية:

يضمن البائع للمشتري فضلا عن التعرض والاستحقاق خلو المؤسسة المبيعة من العيوب الخفية التي تنقض من قيمتها أو من نفعها نقصا محسوسا ومثال العيوب الخفية في حالة بيع المؤسسة التجارية أن يكون الرخصة اللازمة للاستثمار المؤسسة قد سحبت أو أن تتضمن المؤسسة براءة اختراع قد انقضت، وإذا وجد عيب خفي بالمؤسسة المبيعة كان للمشتري وفقا للقواعد العامة أن يطلب فسخ البيع ورد الثمن وكذلك التعويض عما لحقه من خسارة وفاته من كسب أو أن يقتصر على مطالبة بتعويض الضرر المترتب على وجود العيب¹.

كذلك يلتزم بضمان العيوب الخفية التي قد تظهر في محل التجاري بعد تسليمه للمشتري ويدخل في عداد العيوب الخفية صدور وحكم أو قرار إدارة بإغلاق المحل أو سحب الرخصة اللازمة للاستغلال المحل قبل إبرام عقد البيع فإذا أثبت المشتري وجود مثل هذا العيب كان له مطالبة البائع بفسخ البيع والتعويض أو الاكتفاء بتعويض ما لحقه من ضرر ناجم وجود العيب².

- شروط ضمان العيوب الخفية:

- يجب أن يكون العيب خفيا: يكون العيب خفيا إذا لم يكن بمقدور المشتري أنه يكشفه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي حيث أن العيب الذي يمكن اكتشافه بعناية الرجل العادي لا يمكن للمشتري أن يتمسك بضمان البائع له إذا أهمل المشتري فحص المبيع كما قد يكون نيته اتجهت إلى التنازل عما يحول به المبيع من عيوب (المادة 02/379 مدني).
غير أن البائع يبقى ملتزما بالضمان بالرغم عدم فحص المشتري للمبيع وذلك في الحالة التي يؤكد فيها البائع للمشتري خلو المبيع من العيوب وكذلك في الحالة التي يخفي فيها البائع العيب غشا منه.

¹ - 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، ص 221.

² - محمد السيد الفقي، القانون التجاري (نظرية العمل التجاري، نظرية الحرفة التجارية، الملكية التجارية والصناعية) دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2011، ص 307.

- ألا يكون المشتري عالما بالعيب وقت المبيع:

وهذا شرط بديهي فعلم المشتري بالعيب وقت البيع يسقط حقه في الرجوع على البائع فيما بعد لأن سكوت المشتري وقت البيع بالرغم من علمه بوجود العيب يعتبر بمثابة تنازل عن حقه في الرجوع.

- يجب أن يكون العيب مؤثرا : إذا كان ينقص من قيمة المبيع أو ينقص من الانتفاع به إذ أن العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها لا تعطي للمشتري حق الرجوع بدعوى ضمان العيب الخفي ومثال العيب الذي يتقضى من قيمة المبيع أن يكون المبيع سيارة ويكتشف المشتري أنها انقرضت لحادث من قبل فتعرض السيارة للحادث وإن كان لا ينقص من الانتفاع بها إلا أنه ينقص من قيمتها ومثال العيب الذي ينقص من الانتفاع بالمبيع أن يكتشف مشتري الأرض الزراعية أنه غير صالحة لزراعة أنواع من البذور فهذا عيب ينقص من الانتفاع بالأرض ولكن لا ينقص من قيمته ومثال العيب الذي جرى العرف على التسامح فيه أن يكشف مشتري السيارة أن بطاقتها ضعيفة¹.

- يجب أن يكون العيب قديما: تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري بوجودها بأنه (يكون البائع ملزما بالضمان إذا يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به).

ينترتب على ذلك أن العيب إذا لم يكن قديما أي حدث بعد أن تسلم المشتري المبيع فإن البائع لا يضمن للمشتري هذا العيب².

المبحث الثاني: التزامات المشتري

يعتبر عقد البيع من المبادلات التي تتم بين الطرفين لنقل ملكية مالية من شخص أو أشخاص إلى شخص أو أشخاص آخرين وبما أن عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين ومن تم فهو ينشئ التزامات في ذمة المشتري تقابل التزامات البائع وتتمثل التزامات المشتري في الالتزام بدفع الثمن والالتزام بتسليم المبيع ولأهميته الحديث عن كل التزام من هذه الالتزامات رأينا أنه من المفيد تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في كل فرع التزام من التزامات المشتري.

¹ - زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 79.

² خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص، ص 176-177.

المطلب الأول: الالتزام بدفع الثمن ودفع مصاريف البيع

1. الالتزام بدافع الثمن: الثمن هو مبلغ من النقود يتفق عليه المتعاقدين وقد تقدم الكلام عنه إذا قد يتفق المتعاقدان على أن يدفع الثمن جملة واحدة أو على شكل أقساط وتدفع في مواعيد معينة وقد يتطلب الوفاء بالثمن بعض المصاريف كأجور البريد أو مصاريف الرسوب الذي تحمل الثمن إلى البائع فإن المشتري هو الذي يدفع هذه النفقات لأنه هو المدين بالوفاء بالثمن¹.

- يلتزم المشتري بدفع الثمن المحدد في العقد أو الذي حدد بعد ذلك وفقا لأسس التقدير التي تم الاتفاق عليها ويعتبر جزءا من الالتزام بدفع الثمن فتسرى عليه قواعده ما يلزم المشتري بدفعه بحكم المحكمة تكملة للثمن الأصلي كما في حالة استغلال المشتري للبائع (المادة 90 مدني الجزائري).

ويتم الوفاء بالثمن بالطريقة المتفق عليها سواء بالتقسيط أو جملة واحدة على حسب الاتفاق ويتحمل المشتري نفقات الوفاء بالثمن طبقا للمادة 233 مدني الجزائري (التي تقابل المادة 348 مدني مصري) وتنص على أن تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ومن ثم يتحمل المشتري نفقات إرسال الثمن إلى مكان الوفاء به.

-**زمان الوفاء بالثمن:** يرجع ذلك إلى الاتفاق أولا إلى العرف فإن لم يوجد اتفاق أو عرف كان الثمن مستحقا في الوقت الذي يسلم فيه المبيع (المادة 1/388 مدني الجزائري التي تقابل المادة 1/457 مدني مصري) وفي هذا الحكم خروج على القواعد العامة إذا الأصل أنه إذا لم يتفق على تأجيل الوفاء بالالتزام فإنه يكون مستحق الأداء بمجرد نشوئه وذلك حتى لو كان الالتزام ناشئا عن عقد ملزم للجانبين ولو كان الالتزام المقابل مؤجلا بالربط بين وقت الوفاء بدفع الثمن ووقت الوفاء بتسليم المبيع خروج على القاعدة العامة فلا تصح مطالبة بدفع الثمن إلا بعد حصول التسليم لكن ليس للبائع أن يتمتع عن التسليم إلى حين حلول أجل الوفاء بالثمن إذا كان الثمن مؤجلا.

¹ - جعفر محمد الفضلي، المرجع السابق، ص 190.

- مكان الوفاء بالثمن: إذا لم يوجد اتفاق أو عرف بشأن مكان دفع الثمن فرق المشرع في المادة 387 مدني الجزائري (التي تقابل المادة 456 مدني المصري) بين حالتين: إذا لم يكن الثمن مستحقا وقت التسليم فيه المبيع وهذا خروج على القاعدة العامة التي نقضي بأن يكون الوفاء في موطن المدين وقت الوفاء (المادة 2/282 مدني جزائري التي تقابل المادة 2/347 مدني مصري).

- إذا لم يكن الثمن مستحقا وقت التسليم فقد نص المشرع في المادة 2/387 مدني الجزائري (التي تقابل المادة 2/456 مدني مصري).

على الرجوع إلى القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 2/292 مدني جزائري فيجب أن يكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن لأن المشتري هو المدين بالثمن والقاعدة العامة أن الدين يطلب ولا يحمل، أي أن الدائن هو الذي يسعى إلى المدين مطالبا بالوفاء.

3 حق المشتري في حسب الثمن: تنص المادة 2/388 مدني جزائري (التي تقابل المادة 2/456 مدني مصري) على أنه " إذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق أو أل من بائع أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري جاز له أن لم يمنعه شرط في العقد أن يمسك الثمن إلى أن ينقطع التعرض أو يزول الخطر وله أن يمسك الثمن أيضا إذا ظهر له عيب في الشيء المبيع وأضافت المادة 457 مدني مصري أنه مع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا.

4 حالات الحبس في المادة 383 مدني جزائري: عانى المشرع في هذه المادة بأن ينص على حق المشتري في حسب الثمن في حالات ثلاث هي حالة تعرض الغير وحالة ظهور عيب في المبيع وحالة إذا وحالة إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده¹.

- إذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق على البيع أو أل من البائع هذه نفس الحالة التي أشرنا إليها سابقا والتي تجيز للمشتري الرجوع على البائع بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير لو أنه كان قد دفع الثمن أمام إذا لم يكن قد وفى الثمن كان الأجدر له من الرجوع بالضمان أن يتمتع عن وفائه بعج استحقاقه ولكن إذا كان التعرض

¹ - محمد حسن، المرجع السابق، ص، ص 168-171.

وارد على جزء من المبيع فقط فإن المشتري لا يستطيع أن يحبس كل الثمن وإنما ما يوازي الجزء الذي فيه التعرض فقط.

- إذا وجد أسباب يخشى معها المشتري أن ينزع المبيع من تحت يده يجوز للمشتري أن يحبس الثمن عن البائع إذا وجدت أسباب يخشى معها على المبيع أن يستحق وينزع من تحت يده ولكن يشترط لتطبيق هذا الحكم أن يكون هنالك أسباب جدية كما لو ظهر أن المبيع غير مملوك أو ظهر أنه مثقل برهن وعلى كل حال فإن تقدير جدية الأسباب يرجع إلى قاضي الموضوع وظروف الحال.

- إذا كشف المشتري في المبيع عيبا خفيا موجبا للضمان وطلب الفسخ أو نقصان الثمن ولم يكن قد دفع الثمن جاز له أن يحسه.

كما أن لا بد لكي يستطيع المشتري حبس الثمن في الأحوال التي يجوز فيها ذلك أن يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على خلاف ذلك فالقواعد المتعلقة بحسب الثمن لا مساس لها بالنظام العام.

5. سقوط حق المشتري في حبس الثمن:

يسقط حق المشتري في حبس الثمن بأحد أمرين:

- إذا زال سببه فانقطع التعرض بنزول المتعرض عما يدعيه أو زوال الخطر بأن دفع البائع مثلا لمن رهن على المبيع الدين المضمون بالرهن أو أصلح البائع العيب الذي كشفه المشتري في المبيع.

- إذا قدم البائع للمشتري كفيلا يضمن له ما عسى أن يرجع به على البائع¹.

6. جزاء الإخلال بالتزام الثمن:

إذا أخل المشتري بتنفيذ التزامه المتعلق بدفع الثمن بحق للبائع اللجوء إلى الوسائل

التالية:

¹ - جعفر محمد جواد القضي، المرجع السابق، ص 196-197.

1. **التنفيذ العيني:** يستطيع البائع أن يلجأ إلى المحكمة المختصة ويستصدر أمر بالحجز على أموال المشتري وذلك بغية التنفيذ عليها عن طريق بيعها في المزاد العلني واستيفاء الثمن من المتحصل عليه.

2. **حبس المبيع:** تطبيقا للمادة 200 ق مدني فإن البائع يستطيع أن يحبس المبيع إلى حين قيام المشتري بتنفيذ التزامه وقد خرجت المادة 390 ق. مدني عن القواعد العامة في الحق في الحبس وذلك بنصها على أن البائع له حق حبس المبيع عدم دفع المشتري للثمن بحلول الأجل وبأن الحق في الحبس لا يسقط حتى ولو قام المشتري بتقديم لرهن أو كفالة.

- حق البيع في فسخ البيع:

طبقا للقواعد العامة في الفسخ فإنه يجوز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه وهذا بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين إذا لا مجال للفسخ بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد ومنه جاز للبائع بعد أضرار المشتري أن يلجأ للمحكمة المختصة ويطلب فيخ العقد والقاضي له سلطة تقديرية فيمكن له أن يحكم بالفسخ كما يمكن له أن يرفض الفسخ إذا كان ما تخلف تنفيذه قليلا بالمقارنة ما تم تنفيذه ويجوز له في هذه الحالة أن يعطي مهلة للمشتري يقوم خلالها بتنفيذ التزامه وقد جاءت المادة "392ق. مدني" بحكم خاص يتعلق ببيع المنقولات حينما يكون أجل دفع الثمن هو نفس أجل التسليم حيث يفسخ العقد وجوبا عند تخلف المشتري عن دفع الثمن في الأجل المحدد والفسخ وفقا لنص المادة السابقة مقرر لصالح البائع¹.

-الالتزام بدفع مصاريف البيع:

جعلت المادة 393 من القانون المدني مصاريف البيع على عاتق المشتري بقولها: " باستثناء مقتضي تشريعي مخالف تكون نفقات التسجيل والطابع والرسم الإشهار العقاري ورسم التوثيق وغيرها من المصاريف على عاتق المشتري"².

¹ - زكريا سرايش، المرجع السابق، ص، ص 85-86.

² - لحسين بن الشيخ، اث ملويا، المرجع السابق، ص 524.

- معنى ذلك أن المشروع قد حمل المشتري مصروفات نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل فيدخل في نفقات العقد تحرير كأتعاب المحامي سواء كتب العقد في ورقة رسمية أو عرفية فيتحمل المشتري الدمغة ورسوم الورقة الرسمية ورسوم الكشف على التسجيل للعقد التي تفرضها القوانين والقرارات الصادرة بشأن الرسم القضائيين ورسم التوثيق في المواد المدنية ومصاريف تطهير الرهون المقيدة على العقار لا يعتبر من النفقات العقد ولذلك لا يتحملها المشتري وإنما يتحملها البائع ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.

ويتغير الأحكام الخاصة بتحمل المشتري لنفقات ومصاريف عقد البيع أحكاما مكملة فهذه الأحكام تسري ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك أو عرف يقضي بخلاف ذلك فمثلا قد يتم الاتفاق على تحمل البائع بعض هذه المصروفات أو كلها.

المطلب الثاني: الالتزام بتسليم المبيع

يشترط القانون على البائع أن يقوم بتسليم المبيع للمشتري خاليا من أي حق آخر للغير عليه بل يجب أن يقوم بكل ما هو ضروري لتسليم المبيع عادة عند المجتمع وأن يكون المبيع وقت تسليمه بذات الحالة التي كان عليها وقت انعقاد البيع بالإضافة إلى تسليم كل ما يعتبر من ملحقات المبيع وكل ما يجري به العرف أنه من توابع المبيع ولو لم يذكر في العقد¹.

وتعني بالالتزام المشتري بتسليم المبيع بالاستيلاء الفعلي على المبيع من قبل المشتري وهذا الاستيلاء يختلف باختلاف طبيعة المبيع.

فإذا كان المبيع عبارة عن عقار فإن الاستيلاء الفعلي له يتم عن طريق دخول المشتري في العقار وحيازته له حيازة تمكنه من القيام بجميع الأعمال القانونية والمادية التي يقوم بها عادة المالك وإذا كان المبيع عبارة عن منقول من المنقولات فيتم الاستيلاء عليه الفعلي عن طريق قبضة أو بمجرد حيازته ولو كان ذلك عن طريق تسلم مفاتيح المخزن أو المنزل أما إذا كان المبيع قد تم تسليمه تسليما حكيما فإذا استمر المشتري في المبيع بعد إبرام البيع مع تغيير النية في الحيازة فإن المشتري يكون قد استولى عليه حكيما يقوم مقام

¹ - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 271.

التسليم الفعلي وكذلك إذا استمر البائع في حيازة المبيع مع تغير نيته فإن ذلك يعتبر تسليماً حكيماً للمبيع¹.

- مكان وزمان تسليم المبيع:

إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يفصل في عملية تسلّم المشتري للمبيع فإن على هذا الأخير أن يتسلم المبيع في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع فإن كان المبيع موجوداً في موطن البائع فإنه يجب على المشتري التنقل إليه وإن كان موجوداً في مخزن أو مستودع وجب على المشتري أيضاً التنقل إليه أما بخصوص زمان التسليم فهو زمان التسليم من طرف البائع للمبيع.

فالمشتري يسلم المبيع في الوقت الذي يضعه البائع تحت تصرفه بحيث يتمكن من حيازته والتمتع به دون أي عائق.

وقد يتم التسليم بطريقة حكيمة وهذا استبقى البائع المبيع تحت يده لسبب آخر غير البيع كأن يكون مستأجر للشيء المبيع أو مستعيراً له وكذا الحال إذا كان المبيع قبل البيع تحت يد المشتري لسبب آخر كأن يكون مستأجر له فعندئذ يكون قد استلم المبيع بمجرد إبرام العقد وتغير صفته من صفة مستأجر إلى صفة مالك وإذا وضع البائع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري أو دعاه لتسلمه فإن على المشتري سحب المبيع دون تأخير باستثناء الوقت الضروري للقيام بالتسلم مثل أن يكون المبيع بصناعة موجودة في مستودع فإن عملية التسليم تستغرق وقتاً معيناً مثل الوقت اللازم لحساب البضاعة أو جردها وكذا حملها وشحنها وكذا إحضار العمال والحاملين وكذا وسيلة النقل تسهيلاً لعملية تسليم المبيع أو تحضير وسائل تعبئة المبيع في أكياس أو عملية ربطه وتغليفه².

- نفقات تسليم المبيع:

المقصود تسليم المبيع نفقات انتقال المشتري إلى مكان التسليم ونفقات نقل المبيع من مكان التسليم إلى مكان التسليم إذا اختلفت المكانات ونفقات نقل المبيع من مكان التسليم إلى

¹ - مصطفى الناير المنزول، المرجع السابق، ص 28.

² - سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص 346.

الجهة التي يريد المشتري أن يضع بها المبيع ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً للقواعد العامة التي تقرر أن نفقات الوفاء على المدين والمشتري مدين بالتسليم فتكون نفقاته عليه. والتزام المشتري يتحمل نفقات تسلم المبيع ليس من النظام العام فيجوز الإنفاق على أن البائع هو الذي يتحمل هذه النفقات أو أن يتقاسمها مع المشتري ويجوز أن يقضي العرف بأي حكم من هذا القبيل فإذا وجد اتفاق أو عرف عمل بأي منهما وإذا لم يوجد اتفاق أو عرف طبق نص القانون الذي يجعل المشتري هو الذي يتحمل نفقات تسلم المبيع¹.

- جزاء الإخلال بالتزام بتسليم المبيع:

إن المشتري إذا لم يستلم المبيع ترتب عليه لمصلحة البائع ما يلي: أي إرغام المدين على التسلم أو اعتباره مستلماً فيكون أولاً بإكراه المالي ثم إيداع المبيع لحسابه أو بيعه إذا كان من أموال سريعة التلف.

1 فسخ العقد:

إذا لم يستلم المشتري المبيع يكون مخلاً بالتزامه ويمكن في مثل هذه الحالة أن يعذر أن يندر بتسليم المبيع خلال مدة محددة وإن لم يستجب فإنه ترفع عليه دعوى الفسخ.

2 التنفيذ العيني:

إذا رفض المشتري تسلم المبيع ولم يترتب البائع بفسخ العقد فيمكن أن يكون التسلم بطريق التنفيذ العيني أي إرغام المدين على تسلم أو اعتباره مستلماً فيكون أولاً بالإكراه المالي ثم إيداع المبيع لحسابه أو بيعه إذا كان من أموال سريعة التلف.

¹ - آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 81.

الختمة

- يمكن القول عن النظام القانوني الإداري لحماية البيئة في التشريع الجزائري أنه قد وفق في كثير من الجوانب التي تناولها، أهمها القيود المفروضة على الحرية الاقتصادية للأفراد، من اشتراط الترخيص إلى الحظر والإلزام، حتى إلى سحب الترخيص وتوقيف النشاط، ولكن ذلك لا يمنع من توجيه بعض الملاحظات :
- يمكن للإدارة المكلفة بحماية البيئة في الجزائر، سواء على المستوى المركزي أو على المستوى المحلي، أن يكون لها الدور الفعال أكثر من ما هي عليه الآن، وأن تخطو خطوات كبيرة في هذا المجال، وتقضي على جملة من المشاكل التي يعاني منها القطاع ، فقط إذا صبت اهتمامها أكثر على ترقية الجانب البشري وتأهيل كوادر القطاع للتعامل مع مختلف التحديات التي تطرأ في المجال، حيث أنه وباستقراءنا لجملة النصوص القانونية المتضمنة لتنظيم الهيئات المركزية والمحلية الفاعلة في القطاع ، نجدها أغفلت دائما الحديث عن الجانب التكويني للأفراد المنفذين لسياسة الدولة في هذا المجال.
- في ظل الغياب الشبه التام للتنسيق بين القطاعات وضعف التعاون في مجال حماية البيئة، بالإضافة إلى بعض التعقيد الذي تمتاز به الإجراءات، الذي يجعل المتعامل دائما يبحث عن سبل أخرى للالتفاف عليها، بالإضافة إلى ضعف آليات الإدارة الرقابية و عدم ممارستها بالشكل الذي يكفل الحماية القانونية للبيئة.
- - بالإضافة إلى ضعف دور الإدارة في الإعلام والتقرب من المتعاملين الاقتصاديين، وحتى من جمهور المواطنين، للتوعية والتحسيس بمخاطر بعض التصرفات الممارسة من قبلهم، وأثرها على الإنسان والبيئة، حيث يبقى المواطن يعاني دائما من الفجوة بينه وبين الإدارة.
- - إقرار المشرع الجزائري جزاء جنائي من شأنه تحقيق الردع العام.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: النصوص القانونية:

1. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
2. الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 الساري ابتداء من 5 يوليو 1975.

ثانياً: الكتب

1. أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني (البيع المقايضة، الهبة، الشركة، القرض، والدخل الدائم، الصلح) دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2002.
2. محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، عمان 2006.
3. 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.

أ - الكتب العامة :

1. سعد نبيل إبراهيم النظرية العامة للالتزام دار الجامعة الجديدة الإسكندرية سنة 2004.
2. أحمد الرفاعي، القانون المدني (العقود المدنية ك البيع والإيجار)، جامعة بنها
3. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني البيع والإيجار، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2009.

4.نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الطبعة الحادية عشر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2011.

5.نذير بن عمو، العقود الخاصة، البيع والمعوضة، الطبعة الأولى المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع تونس، سنة 2008.

ب- الكتب الخاصة:

1.أمير فرج يوسف، العقود التي تقع على الملكية، عقد البيع والشركة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، سنة 2007.

2.جعفر محمد جواد القضيلى، الوجيز في عقد البيع ن المكتبة زين الحقوقية، والأدبية، بيروت، سنة،2013.

3.فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في العقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، الطبعة الثالثة، منشأة توزيع المعارف، الإسكندرية.

4.محمد حسن القاسم، عقد البيع دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، سنة 1999.

ثالثا: المجالات القانونية

1. ادم وهيب النداوي، شرح القانون المدني، العقود المسماة البيع والايجار، الطبعة الأولى، دار الثقافة عمان سنة 199.

رابعا: أطروحات الدكتوراه ورسائل الماجستير

1. العايب سمير، حميطوش زكريا، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية.

الفهرس

| | |
|-------|------------|
| | الواجهة |
| | شكر وتقدير |
| | الإهداء |
| | مقدمة |

الفصل الأول: الإطار العام لعقد البيع في التشريع الجزائري

| | |
|--|--|
| 6..... | تمهيد |
| 7..... | الفصل الأول: ماهية عقد البيع في التشريع الجزائري |
| 7..... | المبحث الأول: مفهوم عقد البيع |
| 8..... | المطلب الأول: تعريف عقد البيع |
| 11..... | الفرع الثاني: خصائص عقد البيع |
| 11..... | المبحث الثاني: أركان عقد البيع في التشريع الجزائري |
| 26..... | المطلب الثاني: ركن التراضي |
| 28..... | المطلب الثاني: المحل والسبب والشكلية |
| الفصل الثاني: التزامات أطراف عقد البيع في التشريع الجزائري | |
| 46..... | المبحث الأول: التزامات البائع |
| 47..... | المطلب الأول: الالتزام بنقل الملكية وتسليم المبيع |
| 60..... | المطلب الثاني: ملحقات المبيع |

| | |
|---------|---|
| 74..... | المبحث الثاني: التزامات المشتري |
| 75..... | المطلب الأول: الالتزام بدفع الثمن ودفع مصاريف البيع |
| 79..... | المطلب الثاني: الالتزام بتسليم المبيع |
| 84..... | الخاتمة |
| | قائمة المصادر والمراجع |
| | الفهرس |
| | الملخص |

ملخص مذكرة الماستر

إن عقد البيع من أكثر العقود تداولاً بين الأفراد في معاملاتهم اليومية، وأكثرهم انتشاراً في المجتمع، فهو يساهم بشكل كبير في توسع نطاق المعاملات بين الأفراد عبر مختلف مراحل تطور الحضارة، له خصائصه وأركانه، كما أنه يرتب التزامات على الطرفين البائع والمشتري).

الكلمات المفتاحية:

1/ عقد البيع 2/ البائع 3/ المشتري 4/ القانون المدني 5/ المشرع الجزائري.

Abstract of The master thesis

The sales contract is one of the most widely traded contracts between individuals in their daily transactions, and the most widespread in society. It contributes greatly to the expansion of the scope of transactions between individuals through the various stages of the development of civilization

keywords:

1/ The contract of sale 2/ the seller 3/ Buyer 4/ civil law 5/ Algerian legislator.
