

جامعة محمد خيذر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

محاضرات في مقياس العقود الخاصة

السنة الثالثة تخصص: القانون الخاص

2022-2018

إعداد الدكتور:
نصرالدين عاشور

مدخل للدراسة:

لم تعرف المجتمعات القديمة البيع لأنها لم تكن تتعامل بالنقود، هذه الأخيرة لم تكن موجودة أصلاً، فوسيلة التبادل كانت هي المقايضة التي تقوم على مبادلة سلعة بأخرى، حيث بموجبها يتمكن شخص من الحصول على سلعة لم تكن موجودة لديه أو لا يستطيع إنتاجها أو صناعتها مقابل سلعة يملكها يقدمها للطرف الآخر.

ومع التطور الحاصل في البشرية أصبح من الصعوبة بمكان التمويل والحصول على السلع باعتماد المقايضة وحدها وذلك لاختلاف السلع وتفاوتها في القيمة وتباين رغبات الناس في كل منها.

وعليه كان لابد من إيجاد وسيلة ما تكون هي الواسطة في التبادل وتحدد بها قيمة الأشياء، فظهرت المعادن كالذهب والفضة والتي صارت معياراً يحدد به قيمة الأشياء وبعدها نشأت النقود، فحل البيع محل المقايضة وأصبح أهم أداة للتعامل والاتجار بين الناس غير أن هذا لم يلغي المقايضة والتي بقيت ضمن أهم العقود التي يتعامل بها الناس وهي منظمة في نصوص القانون المدني وتبقى من العقود المسماة.

فأصبح البيع من أهم العقود المدنية شيوعاً في حياتنا اليومية المعاصرة وتضاعفت أهمية هذا العقد خاصة بعد التطور الهائل الذي حققه الإنتاج الصناعي وتقدم أساليب توزيع المنتجات بصورة لم يسبق لها مثيل وفي ذلك يقول الأستاذ كاربونييه في قانون مرن 1983 ص 238 – أن البيع من أكثر العقود التي يشعر الفرد عند ممارسته له بأنه يشبع بواسطته رغبته في التعاقد. وبهذا تصدر عقد البيع قائمة العقود المسماة وأهمها لأنه صار يتعلق ويدرج ضمن عقود الملكية.

درج الفقه على تقسيم العقود إلى عقود مسماة وأخرى غير مسماة، ولم يقصد المشرع بتنظيم هذه العقود المسماة عدم الاعتراف بغيرها. وإذا كان المشرع قد نظم العقود المسماة وترك غيرها فإنما يرجع ذلك إلى كثرة تداول الأولى وما بلغت من أهميته عملية كبيرة وقت وضع التقنين، غير انه يمكن لبعض من العقود غير المسماة والتي لم يدرجها المشرع في التقنين المدني أن تبلغ من الأهمية درجة حيث يلزم المشرع بوضع تنظيم تشريعي لها وإدراجها ضمن الأولى من العقود ومن أمثلة ذلك التعاقد بالعربون المادة 72 مكرر قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ويعتبر عقد البيع من أهم العقود المسماة التي نظمها المشرع وأخذت حيزا كبيرا في نصوص القانون المدني الجزائري والذي جاء ضمن الباب السابع تحت عنوان – العقود المتعلقة بالملكية – الفصل الأول القسم الأول المواد 351 إلى 412 منه.

طبيعة الأحكام التي تنظم العقود المسماة وأهميتها العملية:

متى نظم المشرع عقدا من العقود فانه يقصد بهذا التنظيم أولا تطبيق القواعد العامة على هذا العقد بنصوص صريحة توضح ما قد يكون في هذا التطبيق من خفاء أو تبدد ما قد يثيره من شك وكثيرا ما يقصد المشرع بذلك أيضا وضع أحكام خاصة يخرج بها في شأن هذا العقد على حكم القواعد العامة خروجاً تقتضيه طبيعة هذا العقد الخاصة¹.

مثال ذلك ما جاءت به المادة 375 في فكرة التعويض عن نزع اليد-الاستحقاق الكلي- في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع، للمشتري أن يطلب من البائع :
-قيمة المبيع وقت نزع اليد.

-قيمة الثمار التي ألزم بردها إلى الملاك الذي نزع يد المشتري عن المبيع.

-المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية.

¹-سليمان مرقس،العقود المسماة – عقد البيع- الطبعة الرابعة، عالم الكتب،القااهرة1980ص2.

مقدمة

-جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء م 1 كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو اعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373.

وبوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر و ما فاته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع. فهذه المادة ما هي إلا انعكاسا للمادة 182 ق م ج -... ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

أيضا في مسألة دفع الثمن من خلال نص المادة 1/388 التي تقضي بان: يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك . والأصل أن الوفاء يكون وقت نشوء الالتزام م 281: يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. بمعنى انعقاد العقد.

ونظرا لأهمية التسليم في عقد البيع قرن المشرع الوفاء بالثمن بتسليم المبيع.

تقسيم الدراسة:

نقسم هذه الدراسة إلى محورين:

- الباب الأول يتضمن ماهية عقد البيع وتتضمن التعريف بعقد البيع وبيان خصائصه وأركانه.
- الباب الثاني فيتضمن آثار عقد البيع وهي التزامات البائع والتزامات المشتري.

الباب الأول: ماهية عقد البيع.

الفصل الأول: التعريف بعقد البيع وبيان خصائصه

وتمييزه عن غيره من العقود.

الفصل الثاني: أركان عقد البيع.

الفصل الأول: التعريف بعقد البيع وبيان خصائصه وتمييزه عن غيره من العقود.

ندرس في هذا الفصل مقتضيات عامة تخص التعريف بعقد البيع، فنعرفه أولاً ثم نبين خصائصه وأخيراً نميزه عن غيره من العقود التي قد تتداخل أو تتشابه معه.

المبحث الأول: التعريف بعقد البيع.

اختلفت التشريعات القانونية والآراء الفقهية في تعريف عقد البيع، فمن التشريعات من اعتمدت في تعريفها لهذا العقد على الخاصية النقدية في لفظه حيث اعتبرت انه متى انتفى الثمن النقدي كمقابل لنقل الملكية انتفى عقد البيع صار الأمر مقايضة ومنهم من ركز على فكرة نقل الملكية وعدم الاكتفاء بالالتزام بالتسليم.*

حيث نستعرض تعريف البيع في الشريعة الإسلامية وتعريفه في القانون المدني المقارن.

المطلب الأول: البيع في الشريعة الإسلامية.

بداية نورد تعريف البيع في اللغة ، حيث أن كلمة **باع** - وما تصرف منها معدودة من الأضداد في لسان العرب ولغتهم وكذلك **اشتري** - وما تصرف منها ، فالبيع و الشراء معنيان متضادان متعاوران ، فيقع احدهما في موقع الآخر لدى الاستعمال لذلك كان المعنى في قوله تعالى: **-وشروه بثمن بخس دراهم معدودة وكانوا فيه من الزاهدين- سورة يوسف الآية 20** باعوه بثمن بخس ، ونظرا لكون معناهما واضحا شائعا في السنة العرب إلى اليوم فان أصحاب المعاجم اللغوية لم يزيدوا على تفصيل اشتقاق الكلمتين ، ولا جرم أن المعنى العام المشترك للكلمة **باع** - وضدها هو المبادلة بين شيء وشيء.

* البيع في اللغة مقابلة شيء بشيء على وجه المعاوضة ولفظه في الأصل مصدر ، فلذا مفرد، وان كان تحته أنواع. والبيع من الأضداد، مثل الشراء، فباع وشري بمعنى واحد، وابتاع واشتري كذلك بمعنى واحد قال تعالى: **وشروه بثمن بخس دراهم معدودات. سورة يوسف الآية 20** أي باعوه. ويطلق على كل واحد من المتعاقدين انه بائع، ولكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة ويطلق البيع على المبيع، فيقال بيع جيد ويجمع على بيوع. انظر في ذلك -مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق- باسم محمد سرحان إبراهيم الطبعة الأولى 2010، دار النفائس للنشر والتوزيع عمان 2010 ص 21.

والفعل باع يبيع والمصدر: بيع ومبيع وهذا الأخير مصدر ميمي مخالف للقياس، إذ القياس: مباع كمقال ومقام واسم المفعول مبيوع على القياس ويجري فيه الإعلال والإبدال فيقال: مبيع وهو الشائع¹.

الفرع الأول: البيع في الكتاب والسنة.

كلمة باع واشتق منها مستخدمة في كتاب الله عز وجل وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم بمعناها اللغوي، من إعطاء الشيء بثمن أو عوض كما قال تعالى: واحل الله البيع وحرم الربا-البقرة الآية 275. وقوله تعالى: -واشهدوا إذا تباعتم- البقرة الآية 282. وغير ذلك من الآيات ولقوله ﷺ: -إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والأصنام-². وقوله عليه الصلاة والسلام: -إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة فالقول قول رب السلعة أو يتتاركان³.

الفرع الثاني: البيع في الاصطلاح الفقهي.

البيع عقد من العقود المسماة في الشريعة الإسلامية فأورد فقهاء الشريعة تعاريف لهذا العقد أهمها:

أولاً: البيع نقل ملك بعوض.

فكل شيء يكون مملوكاً لك بحيث تختص به وتتسلط وحدك بالاستيلاء على منفعه، إذا نقلته إلى غيرك أي الملك بعوض يقابل ذلك التنازل ويقع بديلاً عن ذلك النقل فهذا هو الذي نسميه بيعاً في هذا التعريف. وقد وجه نقد إلى هذا التعريف في موضعين:

- أن كلمة ملك كلمة اصطلاحية فهي تحتاج بدورها إلى تعريف وبيان إذ ينبغي للألفاظ المستعملة في نص التعريف أن تكون أوضح لدى المخاطب وأجلى في ذهنه من الكلمة التي نريد تحديدها معناه لديه.
- أن كلمة -عوض توجب الدور لأنها لا تتضح إلا بعد معرفة البيع أو ما هو ملزوم للبيع، وهذا النقد نظير ما يناقش به الأصوليون تعريف القياس بأنه إلحاق فرع بأصل أما الملك

¹ - محمد سكاكالمجاوي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، الطبعة الأولى، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع بيروت 2001 ص 12.
² - أخرجه البخاري في البيوع، باب بيع الميتة والأصنام، ومسلم في المساقات، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام.
³ - أخرجه أصحاب السنن الأربعة، أبو داود في البيوع والإيجارات، باب إذا اختلف البيعان والنسائي في البيوع، باب اختلاف المتبايعان في الثمن، وابن ماجه التجارات، باب البيعان يختلفان.

في هذا التعريف فيعرف بأنه: إباحة شرعية في عين أو منفعة تقتضي تمكن صاحبها من الانتفاع بتلك العين أو المنفعة واخذ العوض عنها من حيث هي كذلك.

ثانياً: البيع هو دفع عوض بعوض. وواضح أن الكلمة في معناها المقابلة والاستبدال.

ويوجه إلى هذا التعريف من النقد ما وجه إلى الذي قبله بالإضافة إلى الإبهام الذي يكتنفه من جراء تردد كلمة –عوض- فيه.

ثالثاً: التعريف وهو تعريف ابن عرفة وهو الذي قسم البيع إلى معنيين كليين: عام وخاص.

● المعنى العام-عقد معاوضة-، على غير منافع ولا متعة لذة-

فكلمة –عقد-جنس في التعريف يتناول جميع أصناف العقود: عقود المعاوضات، عقود التبرع، عقود الأمانة وإضافة كلمة معاوضة، قيد أول يخرج به العقود الأخرى غير المعاوضات. وبمجرد هذا القيد تدخل الإجارة لأنها عقد معاوضة بين المنفعة والأجرة، وكذلك عقد النكاح فان فيه معنى المعاوضة لأن كلا الزوجين يبذل شيئاً في مقابل ما يتلقاه من الزوج الآخر ويتمثل ذلك بالبضع والصداق لان النكاح ليس معاوضة محضة كالبيع والإجارة.

وبإضافة قيد –على غير منافع-تخرج الإجارة من العريف. وإذا أضفنا قيد –ولا متعة لذة- يخرج عقد النكاح. ويدخل في البيع بمعناه العام هذا كل من:

-وهبة الثواب: وهي الهبة التي يقصد من ورائها المكافأة والمكارمة.

-والصرف: وهو مبادلة النقد بالنقد من غير جنسه.

-والمبادلة: وهو بيع النقد بالنقد من نفس جنسه عدداً.

-والمراطة: وهي بيع الذهب بالذهب وزناً وكذلك الفضة بالفضة.

-والسلم: وهو بيع يؤجل فيه البيع الموصوف في ذمة بائعه مع تعجيل الثمن.

- والإقالة: وهي فسخ البيع الناجز بالتراضي.

- و التولية: وهي أن تعيد بيع ما اشتريته إلى شخص آخر بنفس الثمن على وجه المعروف الإحسان إليه.
- و الشركة: وتسمى الإشارك وهي أن تعيد بيع جزء مما اشتريت لشخص آخر بما يقابله من ثمن الشراء على وجه المعروف والإحسان.
- والقسمة: وهي فرز الأموال المشتركة وإزالة الشبوع منها.
- والأخذ بالشفعة: وهو جبر البائع على تسليم حصته التي باعها إلى شخص أجنبي بنفس الثمن وردها إلى شريكه في العقار.
- فهذه كلها بيوع بالمعنى السابق.
- المعنى الخاص: وهو المعنى الذي نحصل عليه عندما نقيّد المعنى العام بإضافة العبارة التالية: -... ذي مكايسة، احد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه.-
- والمكايسة تعني المساومة والنقاش الذي يتبادل المتبايعان قبل إبرام العقد بقصد الاستقصاء بالنسبة للبائع والاسترخاء بالنسبة للمشتري. وبهذا القيد تخرج هبة الثواب، إذ لا مساومة فيها وإنما يقصد الواهب أن يعاوضه الموهوب له بمكافأة تساوي على الأقل قيمة العين الموهوبة وكذلك تخرج البيوع التي لا مساومة في تحديد الثمن فيها.
- ويخرج بموجب قولنا - احد عوضيه غير ذهب ولا فضة- كل من: الصرف والمبادلة والمراطلة، لان كلا العوضين في هذه البيوع إما ذهب من جانب أو فضة من جانب آخر وكذلك بيع النقد المعاصر بفضة ببعض.
- وقولنا -معين غير العين فيه- يعني أن احد العوضين إذا لم يكن معيناً فإن كان معيناً أي ذهب أو فضة أو أي نقد آخر كالدنانير الجزائرية والريالات السعودية فهذا يسمى البيع بالدين، لان الثمن يكون في ذمة المشتري وان كان ليس عيناً كالنقد والحيوانات وغيرها من سائر الأموال العقارية والمنقولة، فالعقد حينئذ يسمى سلماً إذ السلم هو بيع شيء موصوف في ذمة

البائع إلى أجل مسمى ويكون الثمن حالاً ناجزاً، فالسلم إذن خارج عن النطاق بموجب هذا القيد الأخير وهذا الجدول يبين هذا التعريف.¹

عقد	قيد أول لإخراج التصرف غير العقدي
معاوضة	قيد ثان لإخراج عقود غير التبرعات
على غير منافع	قيد ثالث لإخراج المعاوضة على المنافع (الكراء والإجارة)
ولا متعة لذة	قيد رابع لإخراج المعاوضة على متعة اللذة (عقد النكاح)
ذو مكايسة	قيد خامس لإخراج البيوع التي لا مساومة فيها.
احد عوضيه غير ذهب ولا فضة	قيد سادس لإخراج بيع النقد بالنقد (الصرف، المراطلة، المبادلة)
معين غير العين فيه	قيد سابع لإخراج عقد السلم

المطلب الثاني: تعريف البيع في نصوص القانون المدني.

عقد البيع من أهم العقود المسماة التي عنيت بدراستها جل التشريعات المقارنة بإعطائها حيزاً في نصوص القانون المدني نظراً لأهميتها كونها أكثر العقود شيوعاً وتداولاً في حياة الأفراد وذلك لأجل تنظيم العلاقة بين البائع والمشتري ووضع حد لكل منهما حماية لحقوق وواجبات الأفراد، لذا نحاول أن نقدم تعريفات لعقد البيع في التشريعات المقارنة.

الفرع الأول: تعريف البيع في التقنين المدني الفرنسي.

تأثر المشرع الفرنسي في تعريفه للبيع بما كان عليه عند الرومان حيث أن البيع يترتب عليه التزام البائع بتمكين المشتري من حيازة المبيع الحيازة الأصلية التي تثبت عادة للمالك ومن الانتفاع به انتفاعاً هادئاً ولم يكن يترتب عليه انتقال الملكية من البائع إلى المشتري ول حتى مجرد التزام البائع بنقل الملكية.²

وورث القانون الفرنسي القديم حكم القانون الروماني سالف الذكر فظل البيع لا ينشئ التزامات بنقل الملكية بل ظلت هذه الأخيرة لا تنتقل إلا بإجراء لاحق وهو التسليم أي قبض

¹-محمد سكاكحالمجاوي، المرجع السابق، ص ص 12-13-14-15-18..

²-سليمان مرقس، المرجع السابق ص 12.

المشتري للشيء المبيع، وفي ظل القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 أصبح البيع ذاته ناقلا للملكية، بأن رتب في ذمة البائع التزاما لنقل ملكية المبيع إلى المشتري.¹

هذا ما جاءت به المادة 1583 والتي نصت على: أن البيع يكون تاما وان الملكية تنتقل إلى المشتري في مواجهة البائع بقوة القانون من وقت الاتفاق على المبيع والتمن ولو لم يتم تسليم المبيع أو دفع الثمن.

وهكذا لم يعهد البيع في القانون الفرنسي قاصرا على مجرد إنشاء التزام بتمكين المشتري من الحيابة الهادئة أو على إنشاء التزام بنقل الملكية ولكن أصبح عقد البيع بذاته ناقلا للملكية فيما عدا بيع الأشياء غير المعينة بالذات، فلا تنتقل الملكية إلا بتعيينها وبيع الأشياء المستقبلية فلا تنتقل الملكية إلا عند وجودها والبيع المعلق فيه انتقال الملكية على شرط واقف والبيع المضاف إلى أجل واقف.²

الفرع الثاني تعريف البيع في القانون المدني المصري.

تأثر المشرع المصري بما وجه من نقد إلى تعريف البيع في كل من القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية فتفادى النقد الموجه إلى القانون الفرنسي بان جعل الالتزام الرئيسي الذي يميز عقد البيع ليس الالتزام بالتسليم بل الالتزام بنقل الملكية وتفادى النقد الموجه إلى الشريعة الإسلامية فلم يعرف البيع بأنه مبادلة أو تمليك ما دام هذا التعريف لا ينطبق على جميع البيوع بل عرفه في المواد 300/235 من التقنين المدني القديم بأنه: يلتزم به احد المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما.

وقد لوحظ على هذا التعريف أولا انه بقصر محل البيع على ملكية الأشياء فقط في حين انه لا مانع من ورود البيع على أي حق مالياً غير ملكية الأشياء، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حقوق الدائنية أو حق الملكية الأدبية فتدارك المشرع ذلك في التقنين الحالي، حيث عرفه في المادة 418 بأنه: عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي.

¹-سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف الاسكندرية 1973 ص 18.

²-محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 2000 ص 12.

وظاهر أن هذا التعريف يمتاز على سابقه بأنه ينص صراحة على أن البيع يرد على أي حق مالي سواء كان حق ملكية شيء أو غير ذلك من الحقوق المالية وعلى أن الثمن الذي يلتزم به المشتري يجب أن يكون مبلغا من النقود وإلا فإن العقد لا يعتبر بيعا بل مقايضة ولكن يلاحظ على هذا التعريف وسابقه أنهما لا ينبئان على أهم أثر يترتب على البيع في القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد مع أن التقنين الملغى قد نص صراحة على هذا الأثر في المادتين 145/91 و 146/29 كما نصت عليه المادة 204 من التقنين المدني الحالي، حيث قضت بان الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

ولعل ما حدا المشرع إلى ذلك ملاحظته أن بعض البيوع لا يترتب عليه هذا الأثر ورغبته في وضع تعريف شامل لجميع أنواع البيوع غير أن هذين السببين لا يبرران إهمال ذلك التحول العظيم الذي طرأ على آثار البيع في القانون الحديث، فقد صار الأصل أن يقصد بالبيع نقل الملكية فورا إلا في بعض البيوع التي لا تسمح طبيعتها بذلك، بل يمكن القول أن البيع قد صار في القانون الحديث نوعين: أحدهما ينقل بذاته ملكية المبيع إلى المشتري والثاني يقتصر على أن ينشئ في ذمة البائع بنقلها.¹

أولا : تعريف عقد البيع في القانون المدني الجزائري :

يعرف جانب من الفقه البيع بأنه عقد يقصد به طرفان أن يلتزم إحداهما و هو البائع أن ينتقل ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل التزام الطرف الآخر و هو المشتري بثمن نقدي. هذا التعريف تبناه المشرع الجزائري في نص م 351 ق م ج : البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي .

المبحث الثاني: خصائص عقد البيع

يمتاز عقد البيع بعدة خصائص أهمها انه ملزم لجانبيين وانه عقد رضائي ويعتبر من عقود المعاوضة . هذه الخصائص نتناولها في المطالب الآتية.

المطلب الأول: العقد ملزم لجانبيين

منشئ لالتزام بنقل ملكية شيء أو حق مالي آخر، التزام يقع على عاتق البائع، بالمقابل التزام المشتري بدفع الثمن نقدي .

¹ - سليمان مرقس، المرجع السابق ص ص 15-16

البيع كما قلنا عقد منشئ للالتزام بنقل ملكية شيء أو حق مالي آخر هذا الالتزام فنقل الملكية يعتبر أثراً أساسياً مرتبطاً بالعملية القانونية المسماة ببيع¹ كون أن اثر العقد في جميع الأحوال هو إنشاء التزامات فإذا كان انتقال الملكية بمجرد العقد في القانون الفرنسي تنطبق على بيع المنقول و العقار على السواء فان المشرع الجزائري سار خلاف ذلك فميز بين المنقول و العقار . هنا نشير أيضا فيما يخص المنقول التزام البائع ينشأ و ينفذ فوراً بمجرد العقد إذا كان واردا على منقول معين بالذات أما إذا كان محل عقد البيع منقولا محدد بالنوع فان الملكية في هذه الحالة تترتب على عمل مادي هو إفراد الشيء المبيع ، أما إذا كان محل عقد البيع هو عقار أو أحد الحقوق العينية الأصلية فان العقد لا ينقل الملكية و إنما يتأخر هذا الأثر إلى أن يتم اتخاذ إجراءات التسجيل و القيد م 793 ق م

المطلب الثاني: عقد البيع عقد رضائي

فالعقد الرضائي هو العقد الذي لا يتطلب المشرع لانعقاده شكلا خاصا و إنما يكفي تراضي طرفيه عليه لانعقاده بحيث يكفي التعبير عن رغبتهما في انعقاد العقد أيا كان شكل هذا التعبير بالكتابة أو شفاهة أو بالإشارة الدالة. و القول أن عقد البيع رضائي لا يأخذ على مطلقه أي متى توافقت إرادتي البائع و المشتري انعقد العقد كما نجد ذلك في المنقولات على وجه الخصوص أما العقارات فقد اشترط المشرع كتابة عقد البيع و توثيقه و إلا وقع العقد باطلا بطلانا مطلقا .

المطلب الثالث: عقد البيع من عقود المعاوضة.

فكلا الطرفين يأخذ مقابل لما يعطيه فالبائع يحصل على ثمن مقابل المبيع و المشتري يحصل على المبيع في مقابل الثمن .

المطلب الرابع: عقد البيع يرد على الأشياء وعلى الحقوق المالية الأخرى

و بالتالي يصح أن يكون محله حقا من الحقوق العينية الأصلية كحق انتفاع أو حق ارتفاق كما يجوز أن يكون محله حقا من الحقوق المالية الشخصية كما في حوالة الحق كما يجوز أن يكون محله من الحقوق الذهنية الملكية الأدبية و الفنية و الصناعية .

المبحث الثالث : تمييز عقد البيع عن غيره من العقود

¹-رمضان ابو السعود،شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية سنة 2006 ص42.

إن أهم خاصيتين يتميز بهما عقد البيع عن غيره من العقود أنه منشئ للالتزام بنقل ملكية شيء أو حق مالي آخر و الثاني أن انتقال الملكية يتم في مقابل ثمن نقدي إلا أن هذا لا ينفى وجود عقود أخرى قد تشترك مع عقد البيع في خصائص أهمها عقد الإيجار عقد الهبة المقاوله الوديعة المقايضة و عقد الوفاء بمقابل ، هذا ما سنحاول توضيحه تباعا.

المطلب الأول: البيع و الإيجار

عقد البيع سبق و أن قلنا عقد ناقل للملكية بينما عقد الإيجار يقصد به:

التمكين من الانتفاع بالعين المؤجرة لمدة معلومة ، فبموجب عقد نشأ حق شخصي في ذمة المؤجر موضوعه تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، لكن فيما يتعلق بالعين المؤجرة يبدق الإشكال في حالتين هامتين :

أولاً: إذا كانت العين المؤجرة من الثمار أو الحاصلات كذلك في حالة البيع الإيجاري .

أ - الثمار يقصد بالثمار ما ينتج عن الشيء بصفة دورية متجددة الانتفاع لا يؤدي إلى المساس بجوهره أي دون الانتقاص من أصله كالمزروعات.

ب للحاصلات أو المنتجات هي ما ينتج عن الشيء بصفة غير دورية و ينتقص من أصله كالمعادن و الأحجار التي تستخرج من المناجم و المحاجر وذلك عند الانتفاع به.

فيما يخص العقود التي يكون محلها استخراج الحاصلات اتبعه جمهور الفقهاء إلي اعتبارها بيعا لتلك الحاصلات كون اقتطاعها ينقص من أصل الشيء م 503 م ج و هذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي أما العقود التي يكون محلها الثمار فقد تكون بيعا أو إيجارا حسب ما يرجحه القاضي .

ثانياً: البيع بالتقسيط

عقد يصف المتعاقدان اتفاهما بأنه إيجار حتى إذا ما وفي المستأجر بالأجرة المستحقة خلال المدة المتفق عليها انتقلت إليه الملكية و اعتبرت الأجرة أقساطا للثمن أما إذا تخلفت عن الدفع أي مبلغ عند حلول ميعاد استحقاقها التزم برد الشيء إلى مالكة الذي يحتفظ بما سبق ما تلقى من مبالغ بوصفها أجرة تم الوفاء بها مقابل الانتفاع بالشيء عن المدة التي بقي فيها في يد المنتفع وهذا طبقا لنص المادة 363 / 2 ق م ج والتي تنص: فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين على أن يستبقي البائع جزءا منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ

البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط. ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 184 ق م ج. و الغرض من ذلك هو ضمان عدم التصرف في الشيء قبل الوفاء بكافة الأقساط. هنا لا يمكن أن نعطي لعقدين صفة عقد واحد فإذا اعتبرناه بيعا بالتقسيط معلق على شرط واقف هو الوفاء بكافة الأقساط فأين هي الأجرة في عقد الإيجار؟ وإذا اعتبرناه إيجارا معلق على شرط فاسخ هو الوفاء بالأجرة فأين هو الثمن في عقد البيع؟ هنا المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري و الفرنسي أعطاه احد الوصفين واعتبر العقد عقد بيع معلق على شرط واقف و فجعل الملكية انتقالها معلقا على دفع الأقساط م 363 ق م ج .

المطلب الثاني: البيع و الهبة

إذا كان عقد البيع من عقود المعاوضة فان الهبة من عقود التبرع فالهبة كما عرفها قانون الأسرة هي: تملك بلا عوض فإذا كان هناك عوض نقول أنها هبة بعوض نميزها عن عقد البيع بالنظر إلى العوض و الشيء الموهوب ، فإذا كان الشيء العوض اقل من قيمة الهبة نكون بصدد هبة ، أما إذا كان العوض مساوي للهبة أو اكبر منها ففي القيمة نكون بصدد عقد بيع .

المطلب الثالث: البيع و المقابلة

حسب نص المادة 549 ق م ج المقابلة **عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين بان يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل اجر يتعهد به المتعاقد الآخر.**

إذا كان عمل المقابلة يقتصر على تقديمه عمله فقط حيث رب العمل هو الذي يقدم المادة التي يستخدمها المقاول لانجاز العمل فهنا لا يثور الإشكال إنما يثور إذا التزم المقاول بتقديم المادة و العمل .

إذا قدم المقاول المادة و العمل فهناك نكون أمام عقد بيع يرد على أشياء مستقبلية أمام إذا قدم رب العمل الأشياء الضرورية للعمل و المقاول قدم أشياء ثانوية نكون بصدد مقابلة.

المطلب الرابع: البيع و الوديعة

حسب نص المادة 590 "الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه مدة و على أن يرده عينا.

فالوديعة ترد على عمل هو حفظ الشيء المودع ثم رده و ذلك بخلاف البيع الذي يترتب عليه نقل الملكية من البائع إلى المشتري.

هنا التفرقة بين العقدين تصعب في حالة مثلاً إذا أودع المؤلف عدداً من النسخ لمؤلفه لدى مكتبة من المكتبات و ذلك لبيعها من قبل صاحب المكتبة.

أيضاً في حالة ما إذا قدم تاجر جملة للمجوهرات إلى تاجر التجزئة بعض المجوهرات قصد عرضها للبيع فهنا هل نكون بصدد عقد بيع أو وديعة ؟

في هذه ننظر إلى نية المتعاقدين و تخضع لرقابة قاضي الموضوع ، فإذا تبين للقاضي أن الاتفاق قام بين المتعاقدين على رد الشيء المودع لصاحبه كنا أمام عقد وديعة و إذا لم يرد في الاتفاق بما يدل على ذلك كان العقد بيعاً. أما محكمة النقض الفرنسية اعتبرت العقد بيعاً لأن الوديعة تستلزم رد الشيء عينا ولذا فاحتمال رد الثمن أو رد الشيء يجعل من العملية بيعاً معلقاً على شرط .

المطلب الخامس: البيع و المقايضة

تنص المادة 413 ق م ج " المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى

الأجر على سبيل التبادل لملكية مال غير النقود "

من خلال التعريف المقدم لكلا العقدين فإن كل من البيع و المقايضة يرد على الملكية فإن

البيع يتميز بان المقابل فيه دائماً ثمن نقدي ، هنا الأشكال الذي يطرح يكمن في صورتين

- إذا كان أحد المقابلين أوراقاً مالية أو قيماً يسهل تحويلها إلى نقود.

- إذا اقترنت المقايضة بمعدل.

في الحالة الأولى فالرأي الراجح هو اعتبار العقد مقايضة حيث أن طبيعة العقد تتحدد وقت

انعقاده فإذا انتفى المقابل النقدي في هذه الحالة كان العقد مقايضة لا بيعاً

في الحالة الثانية م 414 ق م ج " إذا كانت الأشياء المقايضة فيها مختلفة القيمة في تقدير المتعاقدين جاز تعويض المبلغ بنقود "

هنا الرأي الراجح هو النظر إلى قيمة المعدل بالنسبة إلى قيمة البديلين فإذا تبين أن المعدل النقدي أقل كثيرا من قيمة ما يؤدي عينا كان العقد مقايضة أما في حالة العكسية فإن العقد يعتبر بيعا .

المطلب السادس: البيع و الوفاء بمقابل

الوفاء بمقابل هو احد الطرق التي تؤدي إلى انقضاء الدين و ذلك بتقديم مقابل يستعاض به عن الشيء المستحق للدائن هذا إذا قبل الدائن بذلك 285 ق م ج.

في حالة ما إذا قبل الدائن ذلك نص المشرع على تطبيق أحكام البيع على الوفاء بمقابل وه ما جاء به نص عليه م 286 ق م ج بالقول : تسري أحكام البيع وخصوصا ما يتعلق منها بأهلية الطرفين ، وبضمان الاستحقاق ، وبضمان العيوب الخفية على الوفاء بمقابل إذا كان ينقل ملكية شيء أعطي في مقابله الدين. ، و مع ذلك يختلف عقد البيع عن الوفاء بمقابل و ذلك من حيث أن عقد البيع عقد قائم بذاته على حين أن الوفاء بمقابل يفترض وجود التزام يشغل ذمة ناقل الملكية وهو المدين وعلى ذلك تكون صحة الوفاء بمقابل مرتبط بوجود هذا الالتزام . و عليه نقول أن الوفاء بمقابل لا يتحول إلى عقد بيعا أصلا إنما تسري عليه أحكامه متى ارتبط الوفاء بنقل الملكية.

الفصل الثاني عقد البيع :

البيع كغيره من العقود يقوم على أركان ثلاثة هي: الرضا المحل السبب.

المبحث الأول : التراضي في عقد البيع

حتى ينعقد البيع يجب أن تتوافق إرادة البائع و المشتري حيث لا ينعقد البيع إلا إذا اقترن الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول صادر من المتعاقد الآخر.

يعد عقد البيع عقد رضائي، غير أنه لا يمكن أن نأخذ بهذا المبدأ على مطلقه كون المشرع الجزائري خلافا لأغلب التشريعات الأخرى ميز بين المنقول و العقار حيث اشترط عنصر الشكلية في بيع العقارات ، هذا ما جاءت به المادة 793ق م بقولها : لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار.

أيضا نص المادة 12من قانون التوثيق الصادر بالأمر 70/91التي جاء فيها:

العقود التي تتضمن نقل العقار أو الحقوق العقارية يجب أن تحرر في شكل رسمي مع

دفع الثمن للموثق و إلا وقعت تحت طائلة البطلان .

حيث نتناول موضوع التراضي في عقد البيع في النقاط التالية:

- وجود التراضي
- صحة التراضي
- البيوع الموصوفة

المطلب الأول: وجود التراضي

سبق و أن اشرنا أنه لكي ينعقد العقد لابد من توافر إرادتين حيث لابد أن ينصب هذا التراضي على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه و في عقد البيع العناصر الأساسية هي طبيعة العقد و البيع و الثمن.

الفرع الأول: التراضي على طبيعة العقد

و يكون ذلك بان تتجه إرادة الطرفين إلى إحداث عقد بيع لا عقد آخر مثلا إذا قال احد المتعاقدان إلى شخص آخر هذه السيارة و أعطني مبلغ 100 000د ج قاصدا رهن هذه السيارة فقبل الآخر هذا الإيجاب معتقدا أن صاحب السيارة ينقل له ملكية هذه السيارة لا رهنها فهنا لم

يتم الاتفاق على عقد واحد و بالتالي لا يقوم عقد رهن الذي قصده صاحب السيارة ولا عقد بيع الذي قصده الطرف الثاني ، حيث يعود المتعاقدان إلى الحالة الأولى.

الفرع الثاني: التراضي على الشيء المبيع

فلا ينعقد البيع إلا إذا توافقت إرادة كل من البائع و المشتري على الشيء المبيع حيث لا ينعقد البيع إذا كان أحدهم يقصد أن يبيع شيئاً معيناً و يقصد الثاني شيء آخر كما لو قصد البائع بيع سيارة فيما انصرفت إرادة المشتري إلى شراء السيارة الأخرى .

الفرع الثالث: التراضي على الثمن

حيث يجب أن يتم الاتفاق بين الطرفين على الثمن باعتباره العنصر الأساسي الثاني في عقد البيع فإذا عرض البائع البيع بثمن معين و قبل المشتري بثمن أقل فلا ينعقد العقد بل يعتبر الثمن الذي قدمه المشتري إيجاباً جديداً موجه إلى البائع ، لكن هناك حالة مثلاً إذا عرض المشتري ثمن أكبر من الذي عرضه البائع فان عقد البيع ينعقد بأقل ثمن لان المشتري الذي يقبل الشراء بالثمن الأكبر يكون راضياً بالثمن الأقل و ذلك وفقاً للقاعدة القائلة " بأنه من يستطيع أن يدفع أكثر يستطيع أن يدفع أقل " .

غير انه يمكن أن يضيف احد المتعاقدين شروط يعتبرها جوهرية فلا ينعقد العقد إلا إذا تم تحققها ذلك لأنه يعني انه قصد ألا يتم عقد البيع حتى يتم حصول اتفاق حولها.

الفرع الرابع: بعض الصور الخاصة بالتراضي

أولاً: الوعد بالبيع

قد يسبق عقد البيع وعدا بإبرامه في المستقبل و القواعد العامة تشير إلى أن الوعد بالبيع لم يشرع بمواد خاصة بل تكلم عنه ضمن المادتين 71 / 72 ق م ج المتعلقة بالوعد بالتعاقد حيث تنص م 71 ق م ج : " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت له كل المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و المدة التي يجب إبرامه فيها فإذا اشترط القانون لإتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضاً على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد "

من خلال نص هذه المادة يتبين لنا أن الوعد بالبيع عبارة عن اتفاق غير نهائي لأنه ينصب على مجرد وعد بالبيع و لا ينصب على البيع ذاته و بالتالي يجب لانعقاده أن تتوافر فيه أركان العقد و هي : التراضي ولا بد أن ينصب على العناصر الأساسية لعقد البيع و التي سبق

ذكرها و هي المبيع و الثمن و طبيعة العقد حيث لا بد أن تتطابق إرادة الواعد و الموعد له على عقد الوعد لينشأ التزام الواعد بالمبيع بحيث إذا ما أبدى الموعد له رغبته بالشراء التزم البائع بالمبيع حيث يجب الاتفاق على المدة التي يبدي فيها المشتري رغبته في الشراء إذ يعتبر ركن المدة في عقد الوعد بالمبيع تكون صراحة أو ضمنا بالإضافة إلى الشكل إذا كان الوعد منصبا على عقار أو حق عيني .

آثار الوعد بالمبيع :

- قبل إبداء رغبة الموعد له :

على اعتبار أن الوعد بالمبيع عقد ملزم من جانب واحد فحق الموعد له في هذه المرحلة هو مجرد حق شخصي فقط لا حق عيني و بالتالي الواعد يظل مالكا للشيء الذي وعد ببيعه و كذلك ثماره و حاصلاته و لا يمكن للواعد أن يتصرف في الشيء طوال المهلة المتفق عليها ، لكن هل يستطيع الموعد له أن يطالب ببطلان تصرف الواعد للغير؟

سار القضاء الفرنسي على أنه له أن يطالب ببطلان التصرف للغير إذا كان سيء النية أي كان يعلم أن الشيء الموعد ببيعه على أساس أن التصرف ينطوي على غش، و لكن هذا التحليل غير سديد فالغش إنما يكون سببا للبطلان فيما بين المتعاقدين .

رأي آخر يذهب إلى القول باللجوء إلى الدعوى البولصية في حالة ما تبين نية الواعد و المتصرف إليه و هذا رأي أيضا منتقدا كون رفع الدعوة البولصية يتم اللجوء إليها في حالة ما إذا كان التصرف يترتب عليه إفسار المتصرف أو زيادة إفساره . و عليه لأجل ضمان حماية أكبر للموعد له من تصرفات الواعد أثناء مدة الوعد إنما يتأتى بأن يتضمن الوعد شرط بمنع الواعد من التصرف إذ أن مقتضى شرط المنع من التصرف أن يكون لمن تقرر الشرط المانع لمصلحته حق طلب إبطال ما يجريه المالك من تصرفات على خلاف هذا الشرط.

- آثار الوعد بالمبيع بعد إعلان الرغبة :

إذا أبدى الموعد له رغبته بالشراء انعقد البيع النهائي و ذلك من وقت إظهار الرغبة و ليس من وقت الوعد دون الحاجة إلى رضاء جديد ، حيث في المنقول إذا كان معين بالذات تنتقل الملكية منذ إعلان الرغبة و إذا كان معين بالنوع تنتقل الملكية منذ إفراز الشيء المبيع أما في حالة العقار اتخاذ إجراءات التسجيل.

ثانيا : الوعد بالشراء:

- و فيه يتم وعد شخص لآخر بأن يشتري منه شيئاً مملوكاً له إذا قبل بيعه خلال مدة معينة و هو عقد ملزم لجانب واحد وهو الواعد بالشراء ، أما الموعود له فهو غير ملزم بشيء فهو حر إن شاء أعلن رغبته في البيع فيتم العقد و إن شاء امتنع عن ذلك فلا يتم البيع و يسقط الوعد.

ثالثاً: الوعد المتبادل بالبيع و الشراء :

قد يكون الوعد وعدا بالبيع و الشراء في وقت واحد فيعد أحد المتعاقدين الآخر أن يبيعه شيئاً معيناً إذا أظهر رغبته في ذلك خلال مدة معينة بثمن معين و يعده المتعاقد الآخر بأن يشتري منه هذا الشيء بالثمن المعين إذا أظهر الأول رغبته بالبيع خلال هذه المدة فيكون الوعد في هذه الحالة وعدا متبادلاً بالبيع و الشراء، و عليه يكون الوعد في هذه الحالة ملزم لجانبين فيلتزم الأول بالبيع إذا أظهر الآخر رغبته في الشراء و يلتزم الآخر بالشراء إذا أظهر الأول رغبته بالبيع.

رابعاً: أهم صور الوعد بالبيع :

الوعد بالبيع العقاري:

عقد الوعد بالبيع العقاري يجب أن يكون في الورقة الرسمية شأنه في ذلك شأن عقد البيع العقاري حيث متى تم إفراغ الوعد بالبيع العقاري في ورقة رسمية نشأ في ذمة الواعد التزام بإتمام عقد البيع الرسمي إذا أبدى الموعود له رغبته في الشراء داخل مدة الوعد ، فإذا لم يفعل ذلك استصدر الموعود له حكماً متى حاز قوة الشيء المقضي قام مقام العقد طبقاً للمادة 72 ق م ج " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل قاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، و كانت الشروط اللازمة لإتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد" أما إذا تم الوعد في ورقة عرفية في هذه الحالة عقد الوعد باطل لخلل في الشكل هنا يتحول الوعد إلى تعهد ملزم يمكن بموجبه الحكم بالتعويض على الواعد.

ملاحظة: الوعد بالبيع العقاري المفرغ في ورقة عرفية تصرف قانوني سليم على اعتبار

أن التصرف القانوني هو كل إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني و هو قد يتم بإرادتين و هذا هو العقد . و قد يتم بإرادة واحدة و هذه هي الإرادة المنفردة ، إلا أنه عقد باطل كون الشكلية غير متوفرة .

المطلب الثاني: شروط صحة التراضي:

لصحة التراضي لا بد من توافر شروط تتمثل في أهلية المتعاقدين وكذا خلو الإرادة من العيوب وهي التي نستعرضها في الفروع الآتية:

الفرع الأول: الأهلية:

تنص المادة 40 ق م ج على أنه " كل شخص بلغ سن الرشد ممتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و شن الرشد 19 سنة كاملة".
في عقد البيع حتى يصح الرضا لا بد أن يكون كلا من البائع و المشتري بالغاً سن الرشد.

الفرع الثاني: خلو الإرادة من العيوب

أولاً: - الإكراه: و هو استخدام وسائل ضغط تؤثر في إرادة الشخص فتحدث في نفس المتعاقد رهبة تحمله على التعاقد دون رضاه و عليه يمكن للمتعاقد الذي وقع ضحية إكراه دفعه إلى التعاقد طلب إبطال العقد حيث جاء نص المادة 1/88 ق م ج " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".

ثانياً: التدليس (التغريز): و هو استخدام طرق احتيالية قولية أو فعلية تحمل أحد أطراف العد على التعاقد حيث أنه ما كان ليرضى بالعقد لو تبين حقيقة الأمر .

حيث جاء في نص المادة 86 ق م ج " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ثالثاً: الغلط: هو وهم أي اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد ولا بد أن يتصل هذا الغلط بالمتعاقد الآخر حيث كان يعلمه أو كان يمكن أن يعلمه حتى يكون سبباً لطلب إبطال العقد حيث جاء في نص المادة 81 ق م ج " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله . من استقراء نص المادة فإنه لا بد أن يكون الغلط جوهرياً و يكون كذلك إذا كان هو الدافع الرئيسي للتعاقد حيث جاء في نص المادة 82 فقرة 2 و3 ق م ج " و يعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراه المتعاقدان جوهرياً أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد و لحسن النية .

إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته و كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد". و الغلط في صفة جوهرياً في الشيء وهو الذي يعتد به في عقد البيع

حيث انه لا اعتبار لشخص المتعاقد في عقد البيع والغلط في صفة جوهرية يتصل بحق العلم بالمبيع أو ما يعرف في الشريعة الإسلامية بخيار الرؤية .

- علم المشتري بالمبيع أو خيار الرؤية :

جاء في نص المادة 352 " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه. وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا اثبت غش البائع " .

حيث أراد المشرع بهذا النص حماية أكثر للمشتري و ذلك بإضافة شرط علم المشتري العلم الكافي بالمبيع و إلا كان له حق إبطال العقد . فقد أجاز القانون للمشتري متى اشترى شيئا و لم يره أن يرده إذا رآه و ذلك عن طريق إبطال العقد و هو حق ثابت للمشتري حتى و إن لم يشترطه في العقد ، و يرجع ذلك نتيجة عدم إحاطة المشتري بالشيء المبيع إحاطة تامة و كافية نتيجة عدم رؤيته للمبيع قبل إبرام العقد، و العلم الكافي بالمبيع يختلف عن تعيينه

فتعيين المبيع هو ما يمكن تمييزه عن غيره أما العلم بالمبيع هو معرفة أوصافه الأساسية و يتحقق العلم بالمبيع بحسب الأصل برؤيته أي معاينته وفي هذا يقترب العلم من خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية ، و عليه فمتى ذكر في عقد البيع أن المشتري عالما بالمبيع علما كافيا سقط حقه في الإبطال إلا إذا اثبت عدم تطابق الوصف مع حقيقة الشيء (المبيع) الموصوف من طرف البائع (غش البائع) كما يسقط حق المشتري في الإبطال وفقا للقواعد العامة م 101 ق م ج أو بسبب التنازل الصريح أو الضمني عن دعوى الإبطال

- مقارنة لدعوى الإبطال لعدم العلم الكافي و دعوى الإبطال للغلط

في دعوى الإبطال لعدم العلم الكافي يكفي أن لا يكون المشتري عالما بالمبيع وقت التعاقد بمعنى انه إذا اشتمل العقد على الأوصاف الأساسية للمبيع أو ذكر في العقد أن المشتري عالما بالمبيع فلا يكون إذا له طلب الإبطال على أساس عدم العلم الكافي و لكن له دعوى الإبطال لغلط إذا تحققت شروطه.

المطلب الثالث: البيوع الموصوفة

1 - البيع بالعينة: جاء في نص المادة 353 ق م ج " إذ انعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً للعينة وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد احد المتعاقدين ولو دون خطأ كان عقد المتعاقدان بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق "

ففي البيع بالعينة يمكن للبائع أن يقدم للمشتري عينة من الشيء المبيع كما يمكن للمشتري أن يقدم للبائع عينة عن الشيء الذي يريد شراؤه مثلاً تقديم قطعة من القماش أو من الخشب أو كمية من القمح ، فإذا قدم البائع الشيء المبيع مطابق للعينة التي رضي بها المشتري تم البيع ، و يعتبر هذا البيع عقد بيع بات من وقت الاتفاق على العينة .

و يمكن القول انه عقد بيع معلق على شرط فاسخ و هو عدم مطابقة المبيع بالعينة ، فإذا قدم البائع بضاعة مطابقة للعينة تماماً ألزم المشتري بقبول المبيع وليس له أن يرفضه و إذا كانت غير مطابقة للعينة فالمشتري خيارين:

- أن يطالب بفسخ العقد لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه و له إلى جانب ذلك المطالبة بالتعويض إذا كان له محل (التعويض).
- أن يطالب بإلزام البائع بتقديم بضاعة مطابقة للعينة و للقاضي أن يلزم البائع بذلك أن يشتريها من السوق أو يأذن للمشتري بأن يقوم هو بشراء البضاعة على حساب البائع .
- أما الإثباتات في البيع بالعينة ، إذا هلكت العينة أو تلفت و كانت في يد المشتري فعليه يقع عبء إثبات أن المبيع غير مطابق للعينة التي هلكت و يقع الإثبات بكافة طرق الإثبات.
- إذا هلكت العينة في يد البائع ثم ادعى المشتري عدم مطابقة العينة للمبيع فعلى البائع أن يثبت المطابقة عملاً بنص م 353 ق م ج .

أن تكون العينة في يد المشتري و يدعي أن البضاعة غير مطابقة للعينة فيكون على البائع أن يثبت أن البضاعة مطابقة للعينة و يمكنه أن يستعين بخبير م 54 ق إ م.

2 - البيع بشرط المذاق: نصت المادة 354 ق م ج على ما يلي: " يتعين على المشتري في البيع

بشرط المذاق أن يقبل المبيع كيفما شاء غير انه يجب عليه أن يعلن بقبوله في الأجل المحدد بعقد الاتفاق أو العرف ، ولا ينعقد البيع إلا من يوم هذا الإعلان. " من خلال النص القانوني نجد أن هذا البيع يع د فيه البائع المشتري ببيع الشيء المبيع الذي يغلب عند بيعه

تذوقه، ثم إبداء الرغبة إن وافق ذوقه تم البيع وان لم يكن كذلك لا يتم البيع شرط أن يبدي رغبته في الأجل المحدد بعقد الاتفاق أو العرف، بالنسبة لإبداء الرغبة فان المعيار المعتمد في القبول أو الرفض هو المعيار الشخصي وهو أمر بديهي.

أما التكيف القانوني لهذا البيع فهناك رأيين: الأول يعتبر هذا البيع عبارة عن وعد بالبيع. أما الرأي الثاني فيعتبره بيع معلق على شرط واقف هو إبداء الرغبة وهو الرأي الذي نسانده.

فقط يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية لشرط المذاق هل هو شرط قانوني بمعنى انه حتى ولو لم يثيره المتعاقدان يمكن اللجوء إليه على اعتبار طبيعة البيع أم انه شرط اتفاقي لا بد من الاتفاق عليه وان لم يكن هناك اتفاق يستفاد من ذلك أنهم استبعداه و لا يمكن للمشتري التمسك به.

في هذا نقول أن شرط المذاق شرط اتفاقي لا بد من الاتفاق عليه فان استخلص منهما أنهما أراد الشرط لم يتم البيع إلا بالمذاق وان استخلص منهما لم يثيرانه أصلا ولا يوجد عرف سابق بينهما سقط هذا الشرط. وبهذا فشرط المذاق ليس شرطا قانونيا قائم بذاته.

3- البيع بشرط التجربة م 355 ق م ج :

و هو بيع يتفق فيه البائع و المشتري على احتفاظ هذا الأخير بحق تجربة المبيع للتأكد من ملائمة له شخصيا أو التأكد من خصائصه و صلاحيته للغرض الذي أعد له، و شرط التجربة قد يكون صريحا بأن ينص في العقد على أن البيع معلق على شرط التجربة و قد يكون ضمنيا. حيث نصت المادة 355 ق م ج على ما يلي: " في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة و سكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا.

يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

بالرجوع إلى نص المادة نجد أن المشرع في تجربة المبيع والرفض والقبول بعد التجربة اخذ بالمعيار الشخصي واستبعد المعيار الموضوعي- يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه-

بحيث بعد التجربة حتى وان حقق المبيع الغرض منه يمكن للمشتري أن يرفضه فقط أن يكون الرفض داخل مدة التجربة لأنه بعد انقضاء المدة مع التمكن من التجربة فان سكوت المشتري يعتبر قبولا.

أما التكييف القانوني لهذا البيع فإن المشرع اعتبره في الأصل بيعا معلقا على شرط واقف وهو قبول المشتري ويمكن أن يكون معلقا على شرط فاسخ حسب الاتفاق أو الظروف بحيث يتم البيع وينتج أثره بنقل الملكية ودفع الثمن ويفسخ بعد التجربة. وفي هذا حماية للبائع لا سيما في حالة هلاك المبيع أثناء التجربة فيكون الهلاك في هذه الحالة على عاتق المشتري.

4 - البيع بالعربون: يعد العربون من أهم الصور العملية لأوصاف الرضا في التعاقد باعتباره وعد بالتعاقد، ويعرف لغويا، بأنه القليل من الثمن أو الأجرة يقدمه الرجل إلى الصانع أو التاجر. وقيل أيضا إن العربون هو الاربون، وهي كلمة مشتقة من الإربة أي العدة التي يعني بها انعقاد العقد.¹

أما التعريف الفقهي للعربون، فهو مبلغ من المال يدفعه احد المتعاقدين إلى الآخر وقت التعاقد، فإذا تم التعاقد حسب المبلغ المدفوع من جملة لما هو متفق عليه، وإذا لم يتم التعاقد، خسر من عدل قيمة العربون.

وعرف أيضا بأنه مقدار من المال متفق عليه بين المتعاقدين، يدفعه احدهما إلى الآخر وقت إبرام العقد، وذلك للدلالة على احد الأمرين: أولهما أن يكون لكل منهما الحق في العدول عن البيع ونقض العقد، وثانيهما أن يكون العقد قد تم نهائيا. والمقصود في هذه الحالة هو تأكيد انعقاد العقد و ضمان تنفيذه.²

والبيع بالعربون لم يدرجه المشرع ضمن المواد المنظمة لعقد البيع، بل نص على العربون في التعديل الذي جاء بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 حيث نصت المادة 72 مكرر على ما يلي: " يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك. فإذا عدل من دفع العربون فقده.

وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر."

¹-سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهاادات قضائية وفقهية، دار هومة الجزائر 2012 ص 74.
²- المرجع السابق، ص 75.

من خلال ما جاءت به المادة 72 مكرر في فكرة العربون وخيار العدول، فيمكن أن نشير إلى أن البعض يرى بضرورة البحث في نية المتعاقدين هل العربون يفيد خيار العدول أو البت فان كان ما دفع يعتبر جزءا من الثمن فهنا البيع باتا وغير موصوف أما إذا تبين بان العربون هو خيار العدول فهنا البيع موصوفا وهو ما ذهبت إليه الأستاذة سي يوسف زاهية حورية.

غير انه حسب رأينا وبالرجوع إلى النص نقول أن دفع العربون يفيد دلالة العدول فنقول أن العربون هو المبلغ الذي يشتري به الطرفين إرادتهما فان أراد المشتري العدول سقط حقه في ما دفعه من مبلغ وان عدل من قبضه رده ومثله.

المبحث الثاني : المحل في عقد البيع

إن البيع هو عقد ملزم للجانبين، فهو يتكون من إرادتين تلتزم كل منهما بالتزامات (تمثلان إرادة وإرادة المشتري)

وأهم التزامات البائع، نقل الملكية المبيع و لذلك يعتبر المبيع محلا في عقد البيع و أهم التزامات المشتري هي دفع الثمن و لهذا يعتبر الثمن محلا ثانيا في عقد البيع ولذلك يكون للبيع محلان رئيسان البيع و الثمن .

المطلب الأول : الشروط الواجب توافرها في المبيع

إن المبيع حسب م 351 ق.م.ج والحقوق التي تكون محلا للبيع هي الحقوق المالية وحدها سواء كانت حقوق ملكية عقارية أو منقولة أو حقوقا عينية أخرى أو حقوقا شخصية أو أدبية على الغالب يكون محل عقد البيع هو حق ملكية و الملكية تكون إما عقار أو منقول و لم يرد في القانون المدني الجزائري نص قانوني خاص على الشروط الواجب توافرها في المبيع فيخضع المبيع للقواعد العامة.

الفرع الأول: أن يكون المبيع موجودا و قابلا للوجود .

- قد يكون للمبيع موجودا قبل العقد ويستمر وجوده إلى حين إبرام العقد و لا نزاع في هذا لأن العقد ينعقد فيه و يبقى قائما إلا أنه قد يوجد المبيع قبل العقد ووقت انعقاده أو ينعدم كله أو بعضه

بعد ذلك هنا أن المبيع وجد أثناء الانعقاد فينعقد العقد صحيحا ولكنه يفسخ بعد ذلك ويبقى قائما مع إنقاص الثمن في حالة الهلاك الجزئي مثلا¹

- وقد يكون المبيع موجودا و يهلك قبل التعاقد كما لو كان منزلا و احترق أو قمح في مخزن وتلف فإن العقد يقع باطلا لانعدام المحل .

أ- هلاك المبيع كله قبل العقد

إنه لا محل للبحث في هلاك المبيع إلا إذ كان هذا الأخير قيميا أي معين بالذات لأن المثليان لا تهلك فيحل بعضها بعضا مكان بعض فإذا تعاقد البائع والمشتري على بيع مال معين بذاته كان وجودا ثم تبين بعد ذلك أنه هلك كله قبل التعاقد فهنا لا ينعقد البيع لانعدام المحل.

ب- هلاك بعض المبيع وقت العقد

إذا كان المبيع قد هلك بعضه وقت العقد و بقي البعض الآخر جاز أن ينعقد العقد و لكن العدالة تقتضي في هذه الحالة بأن يحفظ له الثمن بقدر ما هلك المبيع و لا يجبر على أن يأخذ الجزء الباقي عن المبيع إذا لم يصلح للغرض الذي تعاقد من أجله.

والأصل أن المشتري في حالة الهلاك الجزئي لا يلتزم بدفع الثمن كله لأن سبب التزامه يقابله التزام البائع بتسليمه المبيع كله.

- وفي هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا أثبت بأن جزء من الأرض المباعة كان قد سبق صدور مرسوم نزع ملكيته للمنفعة العامة تعين على البائع أن يرد إلى المشتري ما يقابل هذا الجزء من الثمن الذي قبضه¹ وإذا اشتمل المبيع أشياء مختلفة و هلك بعضها دون بعض فلا يجوز للمشتري أن يطلب إقالته من الصفقة إلا إذا أثبت أنه روعي فيها عند العقد ارتباط هذه الأشياء بعضها البعض و اعتبارها غير قابلة للتجزئة .

- أما المشرع الفرنسي فقد عالج هذه المسألة في ف 2 م 1601 فقرر أن للمشتري الخيار في حالة هلاك جزء من المبيع بين طلب إقالته من البيع و بين طلب الجزء الباقي مع دفع ما يناسبه من الثمن و قد اختلف الشراح في تحديد حقوق المشتري بموجب هذا النص هل للمشتري حق إقالته و لو كان الجزء الهالك تافها أم أن للقاضي سلطة التقدير فله أن يرفض طلب البطلان إذ كان الجزء الهالك طفيفا وكان قصد المشتري من طلبه هو التخلل من البيع لأسباب أخرى².

غير أن المشرع الجزائري أعطى إمكانية أن يكون المبيع قابلا للوجود وذلك بالرجوع إلى القواعد العامة وذلك من خلال استقراء نص المادة 92 ق م ج التي تنص على انه: **يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا.**

و الشيء المستقبلي و هو الشيء الذي سيوجد بعد إبرام العقد و قد أجازت المادة السابقة الذكر التعامل بالأشياء المستقبلية و من ثم يجوز بيع المحصولات التي لم تثبت بعد سواء كان

¹ زاهية سي يوسف عقد البيع، ط3، دار الأصل للطباعة و النشر و التوزيع، ص49، 48.

¹ زاهية سي يوسف، نفس المرجع السابق، ص49-50.

² المرجع السابق، ص51.

التمن جزافاً أو بسعر الوحدة و يجوز أيضا بيع دار لم يبدأ البناء فيها بعد فكل من المحصولات و الدار من الأشياء المستقبلية و المحققة في وجودها و يجوز أن يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود و ليس محقق الوجود كما في حالة بيع نتاج المواشي فنتاج المواشي قد يوجد و قد لا يوجد و البيع في هذه الحالة معلق على شرط واقف فهو وجود نتاج الحيوان .

نشير الى ان المشرع الجزائري حين أضاف كلمة محققا كان يهدف إلى تجنب الغرر و هذا خلافا للمشرع الفرنسي والمصري اللذين اكتفيا بكلمة مستقبلا فقط .

حيث يجب أن نميز في خصوص بيع الأشياء المستقبلية بين أن يكون البيع قد ورد على مجرد فرصة قد تتحقق وقد لا تتحقق-الفرنسي،المصري- وبين الشيء المستقبلي المحقق الوجود ، وقد بين حكم محكمة الاستئناف في مصر حكم هذا البيع بنوعين فقد قضى هذا الحكم بان بيع الأشياء المستقبلية نوعان:

* الأول : يجازف فيه المشتري في وجود المبيع نفسه وهو ما يسمى ببيع الغرر كبيع أوراق اليانصيب أو بيع الصياد ضربة شبكته.

*الثاني: يجازف فيه المشتري في قدر المبيع وكميته فقط لا في وجوده

وحكم النوع الأول انه ينعقد منجزا و يجب على المشتري أداء الثمن مهما كانت النتيجة وجد المبيع او لم يوجد. وحكم النوع الثاني ان يكون معلقا على شرط واقف هو وجود المبيع في المستقبل مهما كان مقداره. ويشترط في النوعين ان يكون وجود المبيع او عدم وجوده متروكا رهن ظروف لا دخل لأحد المتعاقدين فيها.¹

وأمكن القول أن المشرع الجزائري سار مثله مثل المشرع الأردني لتغليب فكرة الوجود للمبيع من عدمه بكلمة محققا. والمشرع الأردني نص في المادة 160 من القانون المدني بالقول : ...أن يكون محلا للمعاوضات المالية الشيء المستقبل إذا انتفى الغرر.² والتعامل في الأشياء المستقبلية ورد عليه استثناء لاعتبارات يقدرها كما هو الحال في التعامل في شركة مستقبلية حيث تقرر الفقرة 2م 92 ق.م.ج³ " غير أن التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة باطل و لم تم برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون"

والشركة هي مجموع ما للشخص من أموال و ما عليه من ديون مذكورا إليها وقت الوفاة فإذا جرى أي تعامل ككل أو بجزء منها أثناء حياة الشخص اعتبر هذا التعامل باطلا بطلان مطلقا لمخالفته للأداب العامة و النظام العام.⁴

¹- رضا ابو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة. دار الجامعة الجديدة لاسكندرية 2006 ص 88.

²-عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون الأردني -البيع والإيجار- الطبعة الأولى ،دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، 2009 ص 97.

³-خليل أحمد حسن قدارة، نفس المرجع السابق، ص 80-81.

أما في الشريعة الإسلامية فإن هذا البيع باطل عدا بيع السلم وانتهوا إلى القول بأنه لا يصلح بيع الزرع قبل نباته لأن هذه البيوع مبنية على المجازفة والمخاطرة.

والسلم في الشريعة الإسلامية هي بيع شيء غير موجود ولكنه ممكن الوجود بثمن مقبوض في الحال على أن يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم ويسمى المشتري المسلم والبائع المسلم إليه و المبيع المسلم فيه والثمن رأس المال ويشترط البعض في السلم أن يكون المبيع معلوم الجنس والنوع والصفة.

الفرع الثاني: أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعين

وهذا يعني أن يكون المبيع محددًا تحديداً ينفي جهالته قبل المشتري إذ تنص م.ق.م.ج. بأنه إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه و مقداره و إلا كان العقد باطلاً " فإذا المبيع عبارة عن شيء معين بذاته فإنه يجب أن يوصف المبيع وصفاً نافياً للجهالة فإذا كان عبارة عن دار مثلاً وجب ذكر موقعها و بيان أوصافها الأساسية التي يمكن أن تحصنها عن الدور الأخرى.

و إذا كان المبيع عبارة عن شيء غير معين بذاته وجب أن يعين بجنسه ونوعه و مقداره م 94 ق.م.ج. وفي حالة عدم الاتفاق على الجودة ودرجتها ولم يكن سهلاً للتعرف عليه من خلال العرف التزم البائع بتسليم شيء متوسط الجودة إذ توضح الفقرة 02 م 94 " إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة المبيع من حيث جودته ولم يكن تبين ذلك من العرف أو من أي طرف آخر التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط"

- لكن يحصل أن يبيع شخص لآخر منتجات مصنعة أو محصولات أرضه في مدة معينة دون تحديد لمقدار هذه المنتجات أو هذه محصولات إعتبر البيع في هذه الحالة بيعاً جزافاً لأن المبيع جزافاً يعتبر عبثاً معينة لا تحتاج إلى وزن أو العد أو الكيل لتعيينه و بهذا تقرر م 362 من القانون المدني ج " تنتقل الملكية في البيع الجزاف إلى المشتري بنفس الطريقة التي تنتقل بها الملكية في الشيء المعين و يعتبر البيع جزافاً ولو كان تعيين الثمن موقوفاً على تحديد قدر الشيء المبيع، و يعتبر كذلك من قبيل البيع الجزاف كل القمح الذي يوجد لديه على أساس سعر الطن مثلاً بمائة دينار لأن البيع هنا ورد على كل القمح كله دون تقدير لما يوجد في المخزن.

الفرع الثالث: أن يكون المبيع مشروعاً أي قابلاً للتعامل فيه:

نص المشرع في المادة 96 ق-م ج على أنه " إذا كان محل الإلتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً و تنص م 682 ق.م.ج. أن كل شيء غير خارج عن التعامل في طبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها و أما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية "

يتبين لنا من نص م 96 أن المشرع يشترط أن يكون المبيع محل عقد البيع مشروعاً غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة وهذا ما بينته م 682 ق.م.ج. و نلاحظ أن نفس المادة فرقت بين المال و الشيء فالمال يقصد به الدلالة على الحق ذي القيمة المالية كالحق العيني و الحق

الشخصي (حق الدائنية) أو الحق الذهني أما الشيء فهو كل ماله وجود مستقل عن ذات الشخص طبيعياً كان أم معنوياً ويستوي في الشيء أن يكون مادياً كالأرض و البناء و الحيوان أو كان معنوياً كالأفكار التي تمثل الحق الذهني للمؤلف و الاختراعات و الأسماء و بالتالي يعتبر الشيء مادياً كان أو معنوياً محلاً للحق حسب ما نصت عليه م 682.

ويعتبر الشيء المبيع مخالفاً للنظام و الآداب العامة في الفروض الآتية:

* **الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها** هي الأشياء التي لا يستطيع¹ أحد أن يستأثر أحد أن يستأثر بحيازتها وهي الأشياء المشتركة أي التي يشترك في الانتفاع بها جميع الناس كالماء و الهواء و أشعة الشمس و البحر فعدم الصلاحية هنا يرجع لطبيعة الشيء المادية إلا أنه في بعض الأحيان يمكن و الأغراض علمية، الاستيلاء على مقادير محدودة منها للانتفاع بها في أغراض صناعية أو غيرها (الهواء المضغوط أو حتى ماء البحر غير من المياه التي تستولي عليها البلديات، وشركات المياه و تقنية توزيعه للشرب و هناك فرق بين الأشياء المباحة و الأشياء المشتركة، فالمباحة لا يمكن الانتفاع بها دون تملكها أما المباحة فيمكن الانتفاع بها دون تملكها .

* **الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون :**

وهي الأشياء التي ورد بشأنها نص خاص يمنع التعامل فيها كالأموال الموقوفة و التركات المستقبلية و الحقوق المتنازع فيها و كذلك الأشياء التي يعتبر التعامل فيها مخالفاً للنظام و الآداب العامة مثل أعضاء الإنسان أو بيوت القمار.⁽¹⁾

المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها في الثمن

إن الثمن هو ركن أساسي من أركان عقد البيع يوازي في أهميته الشيء المبيع ولا ينعقد إلا بوجوده و هو عبارة عم مبلغ نقدي يدفعه المشتري مقابل انتقال ملكية أحد الأشياء له أو حق مالي.

ولكي يكون الثمن صحيحاً بحيث يخرج معه في ذلك عقد البيع لا بد من توافر مجموعة من الشروط.

الفرع الأول: أن يكون الثمن مبلغاً من النقود:

وهذا الشرط أقرته المادة 351 ق.م.ج ولقد كان هذا الشرط معروفاً في القانون الروماني و القانون المدني الفرنسي القديم ولكن القانون المدني الفرنسي الحالي لم ينص عليه لا لأنه غير مهم في العقد البيع و إنما لأنه شرط بديهي لا يستدعي أن يذكر في النص أو لا يذكر.

- يعتبر شرط الثمن النقدي في عقد البيع المميز لعقد البيع عن عقد المقايضة كما سبق أن رأينا ذلك عند التمييز بين عقد البيع و عقد المقايضة.

¹- رضا ابو السعود، المرجع السابق، ص 88.

⁽¹⁾ زاهية سي يوسف، نفس المرجع السابق، ص 58.

وقد ينقل المدين لدائنه ملكية أحد الأشياء عقارا أو منقولا كوفاء لدينه وهنا فهذا لا يعد عقد بيع و إن هو وفاء بمقابل و الوفاء بمقابل تتوافر فيه جميع أركان عقد البيع من رضا، مبيع و ثمن لذا تسري عليه أحكام عقد البيع .

وإذا إتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن عبارة عن إيراد مرتب لمدى الحياة أو مؤبد فإن العقد يعتبر عقد بيع و ليس عقد مفايضة كما ذهب إليه بعض الفقهاء.

- والسبب في ذلك يرجع إلى أن الإيراد ليس مبلغا من النقود و بالتالي يصح أن يتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن مقدار بالنقود ثم يتحول هذا المقدار إلى إيراد مؤبد أو إيراد مرتب للبائع مدى الحياة ، كما يصح الاتفاق على أن يكون الثمن عبارة عن إيراد مرتب لمدى الحياة أو بصفة مؤبدة رأسا.

لكن لا يعتبر إيرادا مدى الحياة إذ كان مقابل انتقال ملكية أحد الدور الآخر⁽¹⁾

الفرع الثاني: أن يكون الثمن مقدرا أو قابلا للتقدير

حيث يجب على البائع والمشتري أن يتفقا على الثمن وقت إبرام العقد أو يتركا أمر تقديره مستقبلا على ان لا يتركا مجالا للمنازعة في مقداره مستقبلا و إلا كان عقد البيع باطلا لخلوه من احد أهم أركانه الجوهرية ويرد تعيين الثمن صراحة في عقد البيع في أغلب الأحوال وذلك بتحديد مبلغ محدد لقيمة الشيء المبيع و يجب أن يحدد من قبل المتعاقدين معا لأنه إذا ترك أمره إلى البائع فإنه سيرفعه إلى أعلى و إذا ترك أمر تعيينه إلى المشتري فإنه سيخفضه وفقا لمصلحته فيقع البائع في بخس لقيمة الشيء .

حيث لا يعتبر تقدير الثمن وقت إبرام العقد شرطا لازما لانعقاده طالما تضمن بيان الأسس التي سيقدر الثمن بناء عليها بعد إبرام العقد لذا تقرر م 356 ق.م.ج على أنه يجوز أن يقتصر ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد والتي نوردها على النحو الآتي.

وقد وردت أسس تعيين المبيع كما يلي:

أ- **سعر السوق** حسب نص المادة م 356 ق.م.ج أن إذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان و المكان فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي به العرف أن تكون أسعاره هي السارية

ب- **السعر المتداول** في التجارة أو السعر الذي جرى عليه المتعاقدان و يعني بذلك أن الثمن يتحدد اعتمادا على السعر المتداول في التجارة أو السعر⁽¹⁾

ج- **حسب العرف أو ما جرى التعامل به بين المتعاقدين** على فرض وجود تعامل سابق بينهما إذ تقضي المادة 357 ق.م.ج أنه إذ لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع فلا يترتب على ذلك

(1) د خليل أحمد حسن قداة ، نفس المرجع السابق ، ص 88-89.

(1) د خليل أحمد حسن قداة ، المرجع نفسه ، ص 90-91.

بطلان البيع متى تبين من أن المتعاقدين قد نوي الاعتماد على السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما .

غير أن هناك أساس آخر وهو عرفي غير تشريعي يتمثل في:

تحديد الثمن من طرف أجنبي يتفق عليه البائع والمشتري إذ يحدد هذا الأخير الثمن وهو ملزم للطرفين طالما لم يكن الثمن الذي حدده هذا الأخير مبنيا على غش أو سوء نية و إلا وجب الطعن أمام المحكمة من الطرف المتضرر.

الفرع الثالث: أن يكون الثمن جديا لا تافها حقيقيا لا سوريا

يعد الثمن من العناصر الجوهرية في عقد البيع بحيث اذ تخلف لا ينعقد البيع وذلك لان البيع وصف قانوني يطلق على العقد الذي يكون مقتضاه تملك مال بعوض و اذا ما تخلف هذا العوض تغير الوصف القانوني للعقد من البي ع إلى الهبة التي تطلق على العقد الذي يكزن مقتضاه تملك مال بلا عوض و عليه يجب أن يكون الثمن موجودا و حقيقيا لا سوريا.¹

ولكن هل يشترط أن يتناسب الثمن مع القيمة الحقيقية للشيء المبيع، الحقيقة أن القانون لا يشترط ذلك ولكن لا يجوز أن يكون الثمن تافها بحيث لا يتناسب أصلا مع قيمة الشيء .

1- الثمن حقيقيا لا سوريا: الثمن السوري هو ثمن اعتمده البائع والمشتري لإتمام العقد في مظهره الحقيقي ، على أن يلتزم المشتري بثمن اقل أو أكثر مما ذكر أو على أن لا يلتزم به أصلا ويبرئ من الوفاء به.

ففي الحالة الأولى نكون أمام صورية غير مطلقة ، وإنما يكون للمشتري إثبات أن الثمن المتفق عليه اقل مما ذكر في العقد وبالتالي ينعقد البيع على أساس الثمن الحقيقي لا الثمن المذكور في العقد. و يجوز للبائع أن يثبت أن الثمن المتفق عليه أكثر من الثمن الوارد في العقد ، فإذا نجح له حق مطالبة المشتري بالزيادة. أما الحالة الثانية والتي يتم فيها الإبراء من الثمن فهنا نكون بصدد صورية مطلقة وبالتالي لا ينعقد البيع وان كان بالإمكان اعتبار العقد في هذه الحالة عقد هبة متى اتجهت إرادة الطرفين إلى نقل الملكية.

2- الثمن التافه: وهو الثمن الذي يكون من القلة ما لا يتناسب عقلا مع قيمة المبيع بحيث يكون اقرب منه إلى العدم من الوجود فمثلا من غير المقبول أن يبيع سيارة قيمتها في السوق 1000.000 دج – مئة مليون سنتيم- بمبلغ 100.000 دج – عشرة مليون سنتيم- فهنا الثمن يصير في حكم المعدوم. وبالتالي بطلان عقد البيع بطلانا مطلقا وان كان بالإمكان اعتباره عقد هبة مكشوفة غير مستورة ، يجب ان تتوافر على الشكل الرسمي و إلا كانت باطلة هي الأخرى.

²علي هادي العبيدي العقود المسماة – البيع والإيجار الطبعة الرابعة- دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن 2010 ص70

غير انه يمكن أن لا يتناسب الثمن مع قيمة الشيء إلى حد يتضرر فيه البائع فيلحق به غبنا فاحشا وهو ما يعرف بالثمن البخس ، فهنا ثمن البيع حقيقا قصده البائع لكن الحق به ضرر ممكنه المشرع من جبره .

3- الثمن البخس : وهو الثمن الذي يقل كثيرا عن قيمة المبيع ولكن هذا النقص لا يبلغ إلى الحد الذي يصله مبلغ الثمن التافه ، فهو ثمن جدي انصرف قصد البائع إلى الحصول عليه مقابل التزامه بنقل الملكية إلى المشتري¹. ومن ثم فان عقد البيع انعقد بالثمن البخس بصفة طالما كان التفاوت بين قيمة المبيع والثمن المتفق عليه لا يزيد عن قيمة المبيع الحقيقية وقت البيع فإذا زاد هذا التفاوت عن خمس قيمة المبيع ، فان القانون يعطي البائع الحق في مطالبة المشتري بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس أو فسخ العقد.²

غير أنه لرفع هذه الدعوى والتي تعرف بدعوى الغبن الفاحش شروطا هي:

- أن يكون المبيع عقارا.
- ألا يكون البيع تم في المزاد العلني هذا ما جاءت به المادة 360 ق م ج : لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون.
- أن يصل الغبن إلى أكثر من خمس قيمة العقار.
- ومتى توافرت هذه الشروط كان للبائع أن يرفع دعوى تكملة الثمن وفي حالة لم يكمل المشتري الثمن للبائع طلب فسخ العقد.
- أ - دعوى تكملة الثمن :

حيث تنص المادة 358 ق م ج: إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس ، أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع.

فالغبن الفاحش لا يؤدي إلى بطلان البيع وإنما يمنح البائع حق تكملة الثمن وإذا لم يستجى ب المشتري فله طلب فسخ البيع ، ودعوى طلب تكملة الثمن ترفع خلال ثلاث سنوات من انعقاد العقد. حيث تنص المادة 359 ق م ج على: تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع ، وبالنسبة لناقصي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز، ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير الحسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع.

وهذه الدعوى يرفعها في الأصل البائع المغبون بأكثر من الخمس، وللخلف العام له، وإذا كان البائع قاصرا يجوز للولي أو الوصي رفع الدعوى أو يرفعها بعد بلوغه سن الرشد ، ودعوى

¹- المرجع السابق ص 117.

-عقد البيع، ديوان المطبوعات

²-خليل احمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري الجزء الرابع الجزائرية، الجزائر 1996 ص99.

تكلمة الثمن ترفع على المشتري وخلفه العام على أساس اعتبار تكلمة الثمن التزاما في ذمة المشتري، وترفع أمام محكمة موطن المشتري لأنها دعوى شخصية.¹

ب دعوى الفسخ:

يكون للبائع طلب الفسخ إذا تخلف المشتري عن الوفاء بذلك المقدار، لان المحكوم به هو جزء من الثمن وليس مجرد تعويض، ولا تسقط هذه الدعوى إلا بمضي التقادم الطويل.² غير أن هذه الدعوى لا تلحق ضررا بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع. فإذا كان المشتري قد تصرف في العقار المبيع إلى مشتر ثان سواء بالبيع أو اكتسبه حقا عينيا على هذا العقار وكان هذا الأخير حسن النية فانه يبقى يتمتع بالحق الذي اكتسبه وما على البائع إلا الرجوع على المشتري بالتعويض.

المطلب الثالث : السبب في عقد البيع

إن السبب في عقد البيع هو نفسه السبب في الالتزام، فه و ركن لا غنى عنه لنشوء الالتزام العقدي، وتظهر أهمية نظرية السبب و نص عليها في قانون عند الاتفاق على إنتاج أثر قانوني مخالف للقانون و النظام العام و الآداب العامة.

فلا محل لدراسة السبب كركن في عقد البيع دراسة خاصة فنطبق عليه القواعد المنصوص عليها لركن السبب وهي القواعد العامة التي جاءت بها نظرية الالتزام والمتعلقة بوجوده ومشروعيته وهذا تطبيق للمادة 97 ق م و التي تنص على ما يلي: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا و المادة 98 ق م " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا إما لم يقم الدليل على غير ذلك ..."

¹- المرجع السابق ص 102

² - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2000 ص73.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

الفصل الأول: التزامات البائع

الفصل الثاني: التزامات المشتري

الفصل الأول: التزامات البائع

تعد التزامات البائع من أهم الالتزامات التي يترتبها عقد البيع نظرا لكونها تحقق أهداف المشتري من تملك للمبيع وجعله تحت يده يتصرف فيه تصر المالك وأيضا متى ظهر ما يعيق انتفاعه به جاز له مراجعة البائع للوفاء بالتزاماته، تتمثل هذه الالتزامات في التزامه بنقل ملكية المبيع وكذا تسليمه المبيع إلى المشتري وأخيرا التزامه بالضمان هذه الالتزامات نتناولها تباعا في ثلاثة مباحث.

المبحث الأول: التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع

يعد التزام البائع بنقل حق المبيع إلى المشتري من أهم الالتزامات التي يترتبها عقد البيع حيث يجب عليه أن يقوم بالإعمال التي يترتبها القانون حيث تنص المادة 361 ق م ج على: يلتزم البائع بأن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وان يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا.

من استقراء نص المادة نجد أن المشتري يلتزم به القيام بنوعين من الأعمال وهي التي تعرف بالأعمال الايجابية والإعمال السلبية.

من الأعمال الايجابية أن يقوم البائع بتقديم جميع الوثائق التي من شأنها أن تنقل الملكية بها كالبيع العقاري وما يتطلبه من وثائق تقدم إلى الموثق وهي المثبتة لنوع الملكية، وفي الأشياء المنقولة المعينة بالنوع والتي تتطلب لنقل الملكية فيها أن يقوم البائع بعملية الفرز .

أما الأعمال السلبية التي يجب على البائع أن لا يأتيها وهي مثلا التصرف في العقار لمشتري ثان أو عدم الانتقال إلى الموثق لتوقيع العقد وفي المنقول بان يمتنع عن الفرز أو تسليم المبيع إلى مشتري آخر أو عدم تسليم المفاتيح إلى المشتري ... الخ.

وانتقال الملكية يختلف بين المنقول والعقار.

المطلب الأول: نقل ملكية المنقول

لقد نص القانون المدني الفرنسي الحالي في نص المادة 1582 متأثرا بالقانون القديم حيث عرف عقد البيع بأنه: اتفاق يلزم بموجبه احد المتعاقدين بتسليم المبيع ويلتزم المتعاقد الآخر بدفع الثمن. لقد جاءت المادة 1583 قاطعة الدلالة أن عقد البيع بذاته يعتبر ناقلا للملكية حيث نصت على أن: الملكية تنتقل إلى المشتري بحكم القانون في مواجهة البائع بمجرد الاتفاق على الشيء ولو لم يكن الشيء قد سلم فعلا أو لم يكن الثمن قد دفع فعلا.¹

¹ - خليل احمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني، عقد البيع، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001، ص 106 .

الباب الثاني: آثار عقد البيع

أما في الشريعة الإسلامية جعل الملك ينتقل بالعقد مباشرة، ويصبح المشتري للعقار أو المنقول مالكا لمجرد العقد وقد كان مقتضى انتقال الملك إلى المشتري بالبيع في الفقه الإسلامي أن يملك المشتري التصرف في المبيع لمجرد البيع حتى قبل القبض وهذا مذهب مالك.¹

والمنقول ينقسم بدوره إلى منقول معين بالنوع وآخر معين بالذات حيث تختلف انتقال الملكية في نوع عن الآخر وذلك يعود إلى طبيعة الشيء.

الفرع الأول: انتقال الملكية في المنقولات المعينة بالذات

تنص المادة 165 ق م ج على: الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري.

باستقراء نص المادة نجد أن عقد البيع بمجرد انعقاده ينشئ التزام بنقل الملكية في ذمة البائع، فتنقل الملكية في الأشياء المعينة بالذات إلى المشتري فوراً وبمجرد تمام العقد باستثناء ما قد تتطلبه بعض الإجراءات لا سيما في العقار.

بالرجوع إلى نص المادة السالفة الذكر نجد المادة تنطوي على قاعدة هامة وهي انتقال الملكية في الأشياء المعينة بالذات بمجرد العقد غير أن ذلك مرتبط بشروط تتضمنها القاعدة غير انه لهذه القاعدة استثناءات و آثار تترتب عنها نوردتها في النقاط الآتية.

أولاً: شروط القاعدة

أ - أن يكون الشيء المبيع معيناً بالذات

حيث أن الحق العيني وهو سلطة مباشرة على شيء لا يتصور إلا على شيء معين بالذات، فلا يتصور أن يكتسب المشتري حقا عينيا على شيء معين بنوعه، ومن أمثلة عدم التعيين بالذات أن يتم البيع مع خيار التعيين وفيه يكون التزام البائع تخييرياً يشمل محله أشياء متعددة وتبرأ ذمته إذا أدى واحدا منها، وهنا يكون المشتري مالكا للمنقول الذي وقع عليه الخيار من وقت التعاقد لا من وقت استعمال الخيار ما دام أن ذلك المنقول كان معيناً بالذات وقت التعاقد.²

ب- أن يكون الشيء مملوكاً للبائع.

ان يكون البائع صاحب الحق المبيع وهذا بداهة لان فاقد الشيء لا يعطيه، ومع ذلك فنلاحظ اثر قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وموداها ان من يشتري المنقول من غير مالكة ويستلمه معتقدا انه اشتراه من مالكة فانه يكتسب ملكيته لا باعتبارها اثرا ترتب على البيع بذاته ولكن باعتبارها اثر لواقعة مركبة يدخل هذا البيع في عناصرها ويسمى بالسبب الصحيح وذلك بجانب الحيازة وحسن النية.³

¹- احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في البيع، الجزء الرابع، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 2004، ص 352 وما بعدها.

²- سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دار هومه، الجزائر 2012، ص 137.

³- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، سنة 2000، ص 81.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على القاعدة.

أ - انتقال الملكية في العقار.

وفي نشير إلى ما يتطلبه القانون لنقل الملكية في العقار والذي جاءت به المادة 793 ق م ج التي تنص على : لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار.

ب- بيع الأشياء المستقبلية

أجاز المشرع التصرف في الأشياء المستقبلية باستثناء التركة ،ومن أمثلة الشيء المستقبلي بيع المحصولات التي لم تكتمل نموها أو بيع مؤلف قبل تمام انجازه أو بيع دار في طور البناء ،إلا أن الملكية في مثل هذه الحالات لا تنتقل إلا بعد تحقق شرط الوجود.

ج- البيع المعلق على شرط .

وهذا الاستثناء نسوق له ابرز مثال وهو البيع بالقسيط وهو الذي يكون الثمن فيه مؤجلا ويشترط البائع عدم انتقال الملكية إلا بعد الوفاء بالثمن.

حيث تنص المادة 1/363 ق م ج على : إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع.

ثالثا: آثار القاعدة

متى كان المبيع مملوكا للبائع معيننا بالذات فانه بمجرد إبرام العقد تنتقل الملكية للمشتري فور التعاقد بغض هل تم التسليم أم لا سواء تم الوفاء بالثمن أم لا ، فانه يترتب على ذلك آثار يمكن أن نوردتها تباعا:

أ- للمشتري حق التصرف في المبيع ولو لم يتسلمه ،حيث له مثلا أن يعيره أو يؤجره.

ب- للمشتري ثمر المبيع ونماؤه كما يتحمل تكاليفه من يوم العقد م 389 ق م ج.

ج- للمشتري أن يسترد المبيع عينا من بين موجودات تغطية البائع ويستأثر به دون جماعة الدائنين باعتباره مالكا له.

د- تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري لا في حق المتبايعين وهدما بل أيضا في حق ورثة ودائني كل منهما، فلا يصبح لورثة البائع أو دائنيه أي حق على الشيء المبيع ، بينما يؤول الشيء إلى ورثة المشتري ويجوز لدائنيه التنفيذ عليه سواء في يد البائع أو في يد ورثته.¹

ملاحظة: نشير إلى أن هناك بيع آخر يأخذ حكم بيع الأشياء المستقبلية وهو البيع الجزاف .

¹سي يوسف زاوية حورية، المرجع السابق ، ص 140.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

والبيع الجراف* هو ذلك البيع الذي يرد على مجموعة أشياء دون أن يحدد مقدارها بالوسائل المعتادة وإنما يحدد بالمكان الذي توجد فيه كما لو باع شخص جميع أكياس الأرز الموجودة في المخزن أو جميع صناديق التفاح الموجودة في محله ، هنا البيع لم يحدد بالكيل أو العد أو الوزن إنما حدد بالمكان الذي يوجد فيه المبيع. ، وهي طريقة تنفي الجهالة الفاحشة عن المبيع وعليه يمكن القول بان البيع الجراف يغني عن ذكر مقدار المبيع ولكنه لا يغني عن ذكر أوصافه.¹

ويذهب اغلب الشراح إلى القول أن البيع الجراف يرد على الأشياء المثلية فهي وحدها التي يطلب لأجل تعيينها بيان مقدارها. أما انتقال الملكية فيها فإنها تنتقل بمجرد إبرام العقد ، حتى وان كان لتقدير ثمن البيع متوقفا عن العد أو الوزن إذا كان البيع تم على أساس مجمل الشيء والتمن قدر بحساب الوحدة حيث تنص المادة 362 ق م ج على : **تنتقل الملكية في البيع الجراف إلى المشتري بنفس الطريق التي تنتقل بها ملكية الشيء المعين.** ويعتبر البيع جرافا ولو كان تعيين الثمن موقوفا على تحديد قدر الشيء المبيع.

الفرع الثاني: المنقولات المعنية بنوعها:

الأشياء المعنية بالنوع أو ما يعرف بالمثليات وهي التي يختلف أحادها اختلافا لا يعتد به ويحل بعضها محل بعض في الوفاء وهنا نقول انه إذا كان عقد البيع يرد على هذه الأشياء فلا يمكن تصور استحالة وجود المبيع فهنا الاستحالة نسبية بمعنى إمكانية الوفاء تبقى قائمة، وهي الأشياء التي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالوزن أو العد أو الكيل وذلك حسب طبيعة الشيء. خلافا للمبيع المعين بالذات الذي تنتقل فيه الملكية بمجرد إبرام العقد، فلا بد من الإفراز حتى تنتقل الملكية في المبيع المعين بالنوع.

وهذا طبقا للمادة 166 ق.م.ج: "إذا ورد الالتزام بنقل الحق العيني على شيء لم

يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذه الشيء" و الإفراز هو الوسيلة الوحيدة التي

يستطيع البائع تنفيذ التزامه. ويتم الإفراز عن طريق العد أو الكيل أو القياس يجب أن يتم بطريقة

جدية ونهائية وقد يكون الإفراز مرفقا للتسليم وقد يسبقه.

* والجراف في الأصل الأخذ بكثرة فيقال جراف له في الكيل إذا أكثر ومرجعه إلى المساهلة، ونصت المادة 141 من مجلة الأحكام العدلية على أن: - الجراف والمجازفة بيع مجموع بلا تقدير- انظر في ذلك علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والإيجار ص 50 .
-1 علي هادي العبيدي ، المرجع السابق ، ص ص 50 ، 51.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

ويعرف الإفراز بأنه تجنيبالبائع شيئاً من نفس النوع الذي التزم ببيعه وبالإفراز يصبح المبيع معيناً بالذات ولا يشترط أن يتم الإفراز في حضور المشتري ولكن لا يترتب عليه أثره في نقل الملكية إلا إذا علم به المشتري.¹

وما دام لم تتم عملية الإفراز فإن الملكية تبقى للبائع فإذا هلك المبيع يكون هلاكه على البائع وإذا أفلس البائع، فالمشتري يدخل في التفليسة كغيره من الدائنين العاديين لأن حقه العيني لا يوجد إلا من وقت تعيين المبيع بإفرازه.²

لكن ماذا لو امتنع البائع عن إفراز المبيع؟

في هذه الحالة يكون للمشتري الاعتماد على نص المادة 2/166 ق م ج التي تنص على:

فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له ان يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض .

المطلب الثاني: إنتقال الملكية في العقار

هي الحقوق العينية التي ترد على عقار ولا تنقل حق العيني العقاري إلى المشتري لمجرد انعقاد العقد ولو كان العقار معيناً بالذات بل يجب شهرها، وليس للتصرفات غير المشهورة أي اثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين، وتنص المادة 793 ق.م.ج على: لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري. القانون الجزائري استلزم توثيق عقد البيع العقاري، فللتوثيق وظيفة هي انعقاد العقد، وللشهر وظيفة أخرى هي إحداث للعقد أثره العيني ولا يغني أحدهما عن الآخر.

¹ محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعية الجديدة للطباعة والنشر الاسكندرية، 1999، ص 197.

² سي يوسف زاوية حورية، المرجع السابق، ص 145.

الفرع الأول: الشهر العقاري La publicit fonci re

إن الغرض الأساسي من الشهر العقاري هي إعلام الغير لما يرد على العقارات من حقوق عينية لضمان الثقة في المعاملات العقارية ، لأن ه بواسطة به يتم إعلان التصرفات التي ترد على العقارات حتى لا يخدع احد إذا اشترى عقارا أو اق رض نقود بضمان رهن تأميني فيتعامل مع غير المالك ويتعرض لضياع الثمن الذي دفعه أو المال الذي اقرضه في رجوعه على البائع أو المدين الراهن الذي يكون في الغالب شخصا معسرا . ولذا كان هذا النظام من أهم النظم التي يعنى بها المشرع. وشهر التصرفات العقارية يحقق استفزاز الملكية العقارية و تدعيم الائتمان العقاري وينقسم نظام الشهر العقاري إلى قسمين نظام الشهر العيني أو نظام السجل العقاري ونظام الشهر الشخصي.¹

إن الوقوف على حقيقة المقصود الملكية العقارية تقتضي من أن نتطرق إلى تعريف العقار وأنواعه ثم بتبيان أصنافه وساهم في تحديد هذا المفهوم أيضا معرفة طرق نقله واكتسابه وقد عرف المشرع الجزائري الملكية العقارية في المادة 27 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري .

الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع و التصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو لصاحب العقار الذي يستطيع بموجبها أن يستعمله ويتصرف فيه ضمن حدود القوانين والأنظمة المعمول بها.

ومن هنا يتجلى معنى أن تنتقل الملكية العقارية ومعناه انتقال تلك السلطة من الشخص لآخر وفقا للقانون.

العقار عرفه المشرع الجزائري في المادة 683 ق.م "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول". فالعقار إذا هو الشيء الثابت غير القابل للتنقل من مكانه إلى مكان آخر بدون تلف وهذا خلافا للمنقول الذي بعد الحكم الطبيعية قابل للتنقل والحركة لذا نجد أن المشرع الجزائري قد ميز في قانون الإجراءات المدنية بين المنقول والعقار في الباب الخاص بالاختصاص القضائي. فأرجع ولاية النظر في القضايا المتعلقة بالعقارات والحقوق العينية العقارية إلى محكمة موطن العقار لان هذا

¹ - محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 87 .

الباب الثاني: آثار عقد البيع

الأخير يتميز بموقع قار وثابت أما في المواد المنقولة فالمحكمة الذي تؤول إليها الاختصاص هي محكمة موطن المدعي عليه لان المنقول ليس له موقع ثابت بحكم طبيعة التي تسمح بنقله من مكان إلى آخر المادة 08 من القانون.

حيث أن المشرع الجزائري اعتمد نظام الشهر العيني الذي يقوم على العقار في حد ذاته.

لقد نص الأمر رقم : 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 والساري ابتداء من 05 جويلية 1975 على الأخذ بنظام السجل العقاري بالجزائر مع إعداد مسح عام للأراضي يكون أساسا ماديا للسجل العقاري ويتميز نظام الشهر العيني أو السجلات العقارية بصفتين أساسيتين:

1 - يتم الشهر على أساس العقار ذاته أي أن السجل العقاري يكون مقسما على أساس العقارات أو الوحدات العقارية بحسب موقعها ، فيكون 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 ولذلك كان نظاما عينيا.

شهر التصرفات بعد القيام بالتحريات عن صحتها ويسمى هذا بمبدأ الشرعية PRINCIPE DE LEGALITE ويستقصى عن موقع العقار وحدوده ومساحته و أسماء المتصرفين فيه وأهليتهم وهل التصرف عن مالك وإذا كان صحيحا وان كان معيبا فيمتنع عن الشهر.

2 - يتم انتقال الملكية أو الحق العيني بالتسجيل فقط ولا دخل للتصرف الذي انشئ على عاتق المالك السابق.

فللشهر التعرف في السجل العقاري حجية واثر قاطع في نقل الملكية ، فالشهر يصح عيوب التصرف إن كان باطلا أو محكوم بإبطاله أو فسخه.

ومن هنا نستطيع القول بان هذا النظام أي نظام الشهر العيني يضمن حماية الغير ، إذ يكفي لم يريد أن يتعاقد على عقار معين أن يرجع إلى الصفحة المخصصة له في السجل العقاري. ويستطيع أن يتعامل بعد ذلك مع من اثبت في السجل انه آخر مالك للعقار.¹

¹ - مليكة بغاشي، قانون التوثيق الاجراءات التوثيقية الرسمية لعقد البيع، دار النعمان للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2012 ، ص ص 34-35 .

الفرع الثاني: التسجيل في الشهر العقاري

إذا كان البيع عقارا فإن الملكية سواء حق الغير وفيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بالتسجيل لعقد البيع وقد أشارت إليه 792-793 من ق.م.ج. كذلك المادة 165 من ق.م.ج.: الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري..حيث يقوم كل من البائع والمشتري بتسجيل المبيع في الشهر العقاري إذا كان العقد غير مسجل حيث أن القانون الجزائري استلزم توثيق عقد البيع بالتوثيق ووظيفة هي انعقاد العقد وللشهر العقاري وظيفة أخرى إحداث العقد أثره العيني ولا يستغني أحدهما على الآخر.

الفرع الثالث: اثر عدم التسجيل في بيع العقار في القانون المدني الجزائري:

لا يترتب على البيع الغير مسجل سوى التزامات شخصية بين البائع والمشتري ولو أن العقد موثق ذلك لا يعني عن التسجيل.

فالتوثيق ركن في العقد ويتكون به عقد البيع لكنه لا ينتج أثره الناقل للملكية سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالشهر عملا بالمادتين 15 و16 من قانون السجل العقاري و تنص الأولى على أن: كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية.

وتنص المادة 16 على أن: العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى نقل الملكية أو إنشاء أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها اثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات.

فيلزم البائع بان ينقل الملكية إلى المشتري ويلزم بالتسليم وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية كما يلتزم المشتري بدفع الثمن إن لم يكن قد دفعه إلى الموثق عملا بالمادة 12 من قانون التوثيق.

و كل هذه الالتزامات تنشأ فور توثيق العقد وليس التسجيل شرطا لنشئها.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

- شرط التوثيق لانعقاد البيع العقاري في القانون الجزائري تنص المادة 324 من القانون المدني مكرر 1 على انه: زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية...في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد.

ومغزى هذه المادة أن التصرفات التي ترد على عقار يجب توثيقها و إلا كانت باطلة. و البطلان هنا بطلان مطلق لان عقد بيع العقار هو عقد شكلي يتطلب التوثيق لانعقاده.

حيث يمر البيع العقاري بإجراءات حتى تنتقل الملكية و هي :

- تحرير العقد لدى الموثق وتوقيعه من قبل الأطراف حيث تنص المادة 18 من قانون التوثيق رقم 88/27 على: يتجسد التعبير عن الإرادة في العقود الرسمية بالتوقيع على العقد بالحروف من قبل كل الأطراف والشهود ويثبت ذلك الموثق بتوقيعه وختمه وفي حالة عجز المتعاقد عن التوقيع بالحروف يمكنه وضع بصمة إبهام يده اليسرى ويشير إلى ذلك الموثق في العقد.

- تسجيل العقد ونصت على ذلك المادة 28 من قانون التوثيق : يحصل الموثق الحقوق والرسوم بمختلف أنواعها لحساب الدولة من الأطراف الملزمين بتسديدها، ويدفع مباشرة بقبضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بصدد الضريبة وفضلا عن ذلك يتعين عليه فتح حسابا خاصا لدى الخزينة ليودع فيه المبالغ التي يحوزها. حيث يلزم الموثق بتسجيل العقد في اجل لا يتجاوز شهرا ويوم وفي حالة التأخير في التسجيل هناك عقوبات جنائية يتعرض لها الموثق نص عليها قانون التسجيل في المادة 93 منه.

- شهر العقد بعد تسجيل العقد الذي اشترط له القانون له الشهر ، يقوم الموثق بإعداد نسخة مطابقة له مع إضافة المعلومات الخاصة بتسجيله ويحرر محتوى العقد أيضا على نماذج خاصة بإدارة الشهر ثم مع وثائق المتعاقدين يقوم الموثق بتوجيه العقد إلى المحافظة العقارية التي يتواجد العقار بدائرة اختصاصه ليقوم بشهره .

الباب الثاني: آثار عقد البيع

و فيما يتعلق بأجال الشهر ألزمت المادة 90 من المرسوم 63-76 الموثق بإيداع العقود لدى المحافظة العقارية في الأجل التي حددتها المادة 99 من نفس المرسوم وهذه المدة هي عموما شهران يبدأ سريانها من تاريخ إبرام العقد.

تتم عملية شهر هذا العقد في المحافظة العقارية المختصة ، حيث يطلب من فرع وكالة المسح المحلي ملخص المسح وهو نموذج إداري -*Extrait cadastral PR4 bis*- ويشمل على ملخص مختصر للعقد نموذج لدى الإدارة ويحرر في نسخة واحدة ويتم ملئ هذا النموذج من قبل الموثق بالإضافة إلى إجراء الإشهار لعقد البيع والنسخة المعدة لنيل تأشيرة الشهر العقاري ، التي تسلم بعد ذلك إلى المشتري.

المبحث الثاني : التزام البائع بتسليم المبيع :

يعتبر التزام البائع بالتسليم من اهم الالتزامات التي يجب على البائع القيام بها كون تسليم المبيع الى المشتري يجعل من هذا الاخير يجسد المظهر الحقيقي للملكية التي تعتبر الهدف من الشراء حيث نجد ان المشرع في نصوص القانون المدني نص على التزام البائع بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع وذلك في نص المادة 364 ق م ج : **يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع . بل انه نص على ضرورة التزام البائع بالمحافظة على المبيع من الفترة التي يتم فيها البيع إلى غاية زمن تسليمه وهو ما ن صر عليه المادة 167 ق.م.ج :الالتزام بنقل حق عيني تتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم.**

حيث نتطرق إلى مضمون هذا الالتزام وما هي الجزاءات المترتبة عن إخلال البائع بالتزامه.

المطلب الأول:مضمون الالتزام بالتسليم:

التسليم في اللغة معناه المناولة وإعطاء الشيء لمن له الحق في ذلك، أما في الاصطلاح القانوني يفيد وضع الشيء المبيع رهن إشارة المشتري بعد تمام البيع حتى يتمكن من الاستفادة منه ولا يتم ذلك إلا بتخلي البائع عن حيازة المبيع بوضعه تحت تصرف المشتري.¹ و هو ما نصت المادة 367 ق.م.ج " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من

¹ عبد القادر العرعاوي ،الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة،الكتاب الاول عقد البيع،الطبعةالثانية،دار الأمان الرباط ،المغرب سنة 2010،ص147.

حيازته الانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة المبيع".

الفرع الأول: كيفية التسليم

بالرجوع إلى نص المادة نجد أن التسليم إما أن يكون تسليما ماديا أو يكون حكما .

أولا: التسليم الفعلي

ويتحقق هذا التسليم بتوافر عنصرين:

وضع المبيع تحت تصرف المشتري لكي يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق فإذا كان المبيع دار فإن ذلك يتم بإخلاء البائع للدار بحيث يمكن للمشتري وضع يده عليها والدخول لها لشغلها دون عائق . أما إذا كان المبيع منقولاً فيتم تسليمه بالمناولة وإذا كان منقولاً معيناً بالنوع فيتم التسليم بالإفراز بحضور المشتري .

فالتسليم لا بد أن يتفق مع طبيعة الشيء كما نصت عليه المادة 1/367 ق م ج.

- إعلام البائع المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه ولا يكفي مجرد علم المشتري بأن

المبيع قد أصبح تحت تصرفه يجب أن يكون البائع قد أخبره.

ثانياً: التسليم الحكمي يتم بمجرد تراضي المتعاقدين على البيع، ويكون بالاتفاق على تغيير صفة الحيازة.¹ وهذا ما نصت عليه المادة 2/367 ق.م.ج: وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بع البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية. وهذا تطبيقاً للقاعدة العامة التي نصت عليها المادة 812 ق م ج: تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق ولو دون تسليم مادي للشيء موضوع هذا الحق.

الحكمي صورتان هما:

- إذا كان المشتري يحوز على المبيع قبل البيع بصفته مستأجراً أو مودعاً لديه ذلك الشيء

¹-مجد حسنين المرجع السابق، ص 110.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

فبمجرد إبرام عقد البيع تتغير صفة المشتري من حائز لحساب الغير لحائز لحساب نفسه أو، و ليس له حاجة لإستلام الشيء المبيع و ذلك بإتقان كليهما على إبقاء المبيع في حيازته فيصبح المشتري مالكا عن طريق الشراء.

- حيث نجد أنها عكس الصورة الأولى حيث يظل البائع حائزا للمبيع بعد البيع مثلا على سبيل العارية، أو الإيجار أو الوديعة فيتغير صفة حيازته من حائزا لحساب نفسه إلى حائز لحساب المشتري

الفرع الثاني: مكان التسليم

بالنسبة لمكان التسليم نعود للقواعد العامة حيث تنص المادة 282 ق.م " إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك.

أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة" بالرجوع إلى نص المادة نجد أنها ميزت بين شيئين :

- إذا المبيع المعين بالذات يكون التسليم في مكان وجوده زمن إبرام عقد البيع ، هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي خلاف ذلك.

- إذا كان المبيع شيئا غير معين بالذات مثلا معين بالنوع فقط أو كان حقا مجرد

كالحق الشخصي أو حوالة الدائن، فمكان التسليم هو موطن البائع أو مركز وجود أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال .

غير أن المشرع الجزائري أضاف حكما آخر في عملية التسليم في عقد البيع وهي تتعلق ب الشيء المبيع واجب التصدير إلى المشتري فإن التسليم لا يتم إلا في حالة وصوله للمشتري إلا أن وجد اتفاق يخالف ذلك و هذا ما جاء في المادة 368 ق.م ج " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك".

الفرع الثالث: زمان التسليم

إن الأحكام العامة لعقد البيع لم تحدد زمان التسليم وبالتالي فإننا نستند إلى أحكام النظرية العامة للالتزام المتعلقة بالوفاء بالالتزام حيث نصت 281 ق.م " يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام النهائي في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك " واستنادا إلى نص المادة فإن زمن التسليم يكون فورا بمجرد انعقاد البيع.

حيث أن التزام البائع بتسليم المبيع لاحق للالتزام المشتري بدفع الثمن، فإن زمن تسليم المبيع هو زمن دفع الثمن من قبل المشتري، فإذا امتنع المشتري عن دفع الثمن جاز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع هذا ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك .

الفرع الرابع: نفقات التسليم

بالرجوع إلى القواعد العامة تنص المادة 283 ق م ج على: تكون نفقات الوفاء على المدين ما لم يوجد نص أو إتقان يقضي بغير ذلك،

فالبائع يعد المدين بالتسليم و الذي يتحمل مصاريف التسليم وتشمل هذه المصاريف مصروفات الوزن والمقاس والكيل والعد إذا كان المبيع يحتاج إلى الفرز بإحدى هذه الطرق باعتباره انه لن يتمكن من تسليم المبيع والوفاء بالتزامه إذا لم يقم بهذه الأعمال.

وتدخل أيضا مصروفات حزم المبيع ونقله من مكان وجوده إلى مكان التسليم، كما تدخل أيضا مصروفات معينة إذا كان المبيع بضاعة مستوردة من رسوم جمركية، أما ما يلزم بعد ذلك من مصروفات نقل المبيع من مكان التسليم إلى حيازة المشتري يعتبر من نفقات التسليم ويلتزم بها المشتري.¹

¹ - سي يوسف زاوية حورية، المرجع السابق ص 208.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

المطلب الثاني: التغييرات التي قد تصيب المبيع بين البيع والتسليم

تنص المادة 364 ق م ج على : يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع . بمعنى أن البائع يسلم للمشتري المبيع بالحالة التي تراضى عليها وقت إبرام العقد.

فإذا كان المبيع يكون معين بالذات أي قيمي و ينطوي عن هذا التعيين وصف حالة المبيع وقت البيع، ويتضمن هذا الالتزام المحافظة على المبيع من طرف البائع من حيث حالته و أوصافه التي كان عليها أثناء العقد حتى يتسلمه المشتري فإذا هلك المبيع يفسخ العقد ويسترد المشتري الثمن أما إذا عذر المشتري بضرورة تسلم المبيع وامتنع عن ذلك فيكون الهلاك على عاتق المشتري متى حاول البائع المحافظة على المبيع أيضا. وهذا ما نصت عليه المادة 369 ق م ج إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع و استرد المشتري ثمن البيع إلا إذا وقع الهلاك بعد اعذار المشتري بتسليم المبيع.

و إن كان عين بنوعه وكميته و جودته إن تغيرت الأوصاف المتفق عليها أثناء التسليم فإن البائع يتحمل مسؤولية ذلك.

فالتغييرات التي قد تصيب المبيع في الفترة التي تلي البيع وتسبق التسليم تكون إما في مقداره أو تكون في قيمته وهذا ما سنتطرق إليه في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: التغيير في مقدار المبيع

تنص المادة 365 ق م ج " إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع.

وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر في العقد ، و كان الثمن مقدار بحسب الوحدة و جب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمن الزائد إلا إذا كانت الزيادة فاحشة ففي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه. " يتبين من هذا النص أنه إذا كان قد حدد مقدار المبيع في العقد، كأن يكون

الباب الثاني: آثار عقد البيع

أرض وقد حددت مساحتها أو منزل وقد حدد بطوابقه و عدد غرفهأو كمية من القمح و ذكر عدد الأطنان أو عدد القناطير فان البائع يلتزم في مواجهة المشتريوفقا للمقدار الذي حدد في العقد، بأن نفذ البائع بما التزم به، فليس المشتري أن يرجع عليهشيء.

لكن قد يقع أن يكون مقدار المبيع المسلم للمشتري أقل مما حدد أن يكون أكثر مما نقى عليه فيكون لكل من البائع و المشتري حينئذ الحق في الرجوع على بعضهما، فمأمضون هذا الحق في حالة اكتشاف نقص أو عجز في المبيع أو حالة الزيادة في المبيع عن المقدار المتفق عليه?¹

أولاً: - حالة نقص في مقدار المبيع: إذا ظهر في المبيع نقص عما حدد في عقد البيع فان البائع يكونمسؤولا عن هذا النقص وقد منح المشرع المشتري حقا في سلوك إحدى الطرفين لتحميلالبائع نتيجة هذه المسؤولية وذلك كمايلي:

أ - أن يقبل المشتري المبيع على ما طرأ عليه من نقص إذا كان غير جسيم أي غير مؤثر يخفض من الثمن ما يوجبالعرف إسقاطه مقابل ذلك وهذا حق ثابت للمشتري مطلقا و متى ذكر للمبيع مقدار في العقدو ظهر نقص إذا كان مما يستوجب العرف التسامح فإنالبائع لا يكون مسؤولا عن هذا النقص.

ب- لهيطلب فسخ العقد إذا كان النقص جسيما بمعنى مؤثرا بحيث لو كان يعلمه المشتري قبل العقد لما أتم البيع.

ثانياً :- حالة الزيادة في مقدار المبيع: عرضت الحالة الفقرة 02 من المادة 365 ق.م.ج بقولها

" وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر في العقد، و كان الثمن مقدار بحسب الوحدة و جب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أنيدفع ثمن ا زائدا إلا إذا كانت الزيادة فاحشة ففي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد كلهذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه."

و يؤخذ من النص أن المشرع الجزائري تكلم عن الحالة التي يكون الثمن فيها مقدرا بحساب الوحدة ولم يشير إلى الثمن المجمل عكس المصري اعتبار الزيادة لمصلحة المشتري دون دفع مقابل لهذه الزيادة.

¹- خليل احمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 130.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

غير انه يمكن القول أن الزيادة لمصلحة المشتري دون دفع ثمن لهذه الزيادة لان البيع تم على أساس الوصف والوصف لا يقابله ثمن.

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 365 ق م ج نميز بين حالة المبيع قابل للتقسيم وحالة المبيع غير قابل للتقسيم.

أ - المبيع غير قابل للتقسيم: إذا كان الشيء المبيع غير قابل للتقسيم أو كان تقسيمه يترتب عليه ضرراً للبائع، كبيع قطعة أرض مساحتها ثلاث هكتارات وبسعر الهكتار الواحد مثلاً خمسين ألف دينار، ثم تبين بعد قياس الأرض أن مساحتها ثلاث هكتارات وبعض الأمتار، فلو أصر المشتري في هذه الحالة الحصول على المقدار المتفق عليه فإن الأرض المتبقية للبائع وهي عدة أمتار، وبالتالي إذا قسمت الأرض فإن ذلك سيؤدي إلى ضرر بالبائع، في هذه الحالة على المشتري أن يدفع ثمناً يتناسب مع الزيادة إلا إذا تبين أن الزيادة في المبيع بلغت حداً من الجسامة بحيث لو كان يعلم بها المشتري وقت العقد لما أبرم العقد، ومن ثم يجوز له أن يطلب فسخ العقد.¹

ب للمبيع قابل للتقسيم: في هذه الحالة تكون الزيادة للبائع فلا يمكن إلزام المشتري بهذه الزيادة ودفع ثمن لذلك، كما لا يمكن للمشتري أخذ هذه الزيادة ودفع ثمنها للبائع .

الفرع الثاني: حالة نقص في قيمة المبيع :

تنص المادة 370 ق م ج " إذا انقضت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد كما أتم البيع وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن".

و يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري يشير إلى نقص في قيمة المبيع

—Diminue de Valeur وهذا نتيجة لتلف قبل التسليم فتكون تبعة هذا النقص على البائع ،

فلمشتري متى كان النقص جسيماً أن يطلب فسخ العقد أو أن يستبقي المبيع مقابل إنقاص الثمن مع ما يتناسب مع هذا النقص ، أما إذا كان النقص غير جسيم فليس له إلا استبقاء المبيع مع تعويض قيمة النقص.

¹- المرجع السابق ، ص 131.

الفرع الثالث: الدعاوى الناشئة عن أحكام الزيادة والنقصان في مقدار المبيع

تنص المادة 366 ق م ج : إذا وجد في قدر المبيع نقص أو زيادة فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقطان بالتقادم بعد مضي سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا.

من خلال هذه المادة نجد هناك ثلاث دعاوى تنشأ عن النقص أو الزيادة في المبيع وهي:

أ - حالة نقص في المبيع تثبت للمشتري :

- دعوى فسخ العقد إذا كان النقص جسيماً- مؤثراً.-

- دعوى إنقاص الثمن إذا كان النقص غير جسيم – غير مؤثر.-

ب-حالة الزيادة الثمن قدر بحساب الوحدة:

-المبيع غير قابل للتقسيم تثبت للبائع دعوى تكملة الثمن.

هذه الدعاوى الثلاث تخضع للتقادم القصير وهو سنة من التسليم الفعلي حيث أن المشرع الجزائري راعى جانب استقرار المعاملات فجعل مدة التقادم سنة.

أيضاً نجده ركز عن فكرة التسليم الفعلي وهو الذي من شأنه أن يمكن المشتري من الاطلاع على المبيع بصورة صحيحة.

المطلب الثالث: جزاء إخلال البائع بالتسليم

إن القواعد العامة التي يخضع لها جزاء الإخلال بالتسليم يكمن في أن البائع إذا أخل بالتزامه بالامتناع أو التأخير ، تغيير الزمان و المكان للتسليم المتفق عليه مع المشتري بعد إعدار البائع له¹.

وبخصوص الجزاء القانوني المترتب على إخلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة في نظرية الحقوق الشخصية-الالتزام- وذلك لعدم تطرق القواعد القانونية الخاصة بعقد البيع لهذا الجزاء. وبالرجوع إلى القواعد العامة يتبين لنا بان هناك عدة وسائل قانونية

¹- أديب وهيب الندوي، شرح القانون المدني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1999ص 60.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

يستطيع المشتري اللجوء إليها لمواجهة إخلال البائع بالتزامه وهي: الدفع بعد التنفيذ ، طلب فسخ العقد، طلب التنفيذ العيني.¹

الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ

في حالة امتناع البائع عن التسليم يجوز للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن وهذا تطبيقاً لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ. وهو ما نصت عليه المادة 123 ق م ج والتي جاء فيها: في العقود الملزمة لجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه.

الفرع الثاني: طلب فسخ العقد

يجوز أيضاً للمشتري طلب فسخ العقد وذلك بعد إعدار البائع بضرورة تنفيذ التزامه وهو ما جاءت به المادة 1/119 ق م ج القول: في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك .

الفرع الثالث: طلب التنفيذ العيني

للمشتري مطالبة البائع بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً جبرياً وذلك بعد اعداره وهذا طبقاً لنص المادة 164 ق م ج: يجبر المدين بعد اعداره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً.

أيضاً يمكن في حالة تنفيذ البائع لالتزامه وكان المبيع معيناً بالنوع اللجوء إلى نص المادة 166 فقرة 2 التي تنص على: فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض.

أما إذا استحال على البائع تنفيذ الالتزام عينياً جاز للمشتري المطالبة بتعويض الضرر الناجم عن ذلك وهو ما جاءت به المادة 176 ق م ج : إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عينياً حكم عليه

¹ - علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 108.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

المبحث الثالث: التزام البائع بالضمان:

إن هدف المشتري من إبرام عقد البيع هو انتقال ملكية الشيء المبيع له والانتفاع من المبيع سواء تسلمه تسلماً فعلياً أو حكماً هذين الالتزامين يتعلقان بعمل يتعين على البائع أن يأتيه لكن لا بد أن يتبعه ما يحقق الانتفاع الكامل والسليم بالمبيع من البيع حيث يضمن له ذلك .

و عليه فإن الضمان الواجب على البائع للمشتري يشمل أمرين:

أولهما: التزامه بضمان التعرض و الاستحقاق بمعنى أن لا يتعرض البائع إلى المشتري بعد البيع وان يرد ذلك إن صدر من الغير.

ثانيهما: عيوب الشيء المبيع -ضمان العيوب- والمقصود هنا العيوب الخفية بغض النظر عن حسن نية البائع.

المطلب الأول: ضمان التعرض و الاستحقاق

لا تتحقق الغاية من إبرام عقد البيع إلا إذا تمكن المشتري من الاستفادة بالشيء المبيع على النحو المخصص لذلك، و لتحقيق هذه النتيجة فإن البائع يتعين عليه أن يفي بالتزامين أساسيين الأول ذو طابع سلبي يتمثل في امتناعه عن كل فعل أو إجراء من شأنه التشويش على المشتري بعد انتقال ملكية المبيع إليه لا فرق بين صدور هذا التشويش عن البائع أو الغير متى كان ذلك مرتبطاً بمرحلة ما قبل التعاقد، أما الالتزام الثاني ذو طابع إيجابي يتمثل في ضمان الاستحقاق عندما تتحول التعرضات من مجرد التشويش على المشتري إلى نزع الملكية منه كلياً أو جزئياً الأمر الذي يستوجب تدخل البائع لضمان هذا الاستحقاق وفقاً لما يقضي به القانون .¹ وهو ما نصت عليه المادة 371 ق.م " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع

كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على

المبيع يعارض به المشتري. و يكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت

بعد البيع و قد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه." ونجد أن هناك التعرض الصادر من البائع

أي التعرض الشخصي و التعرض الصادر من الغير.!

¹ - عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 165.

حيث نتناول هذا الالتزام في ثلاث فروع :

الفرع الأول: ضمان التعرض الشخصي

الفرع الثاني: ضمان التعرض الصادر من الغير

الفرع الثالث: جواز تعديل أحكام الضمان

الفرع الأول: ضمان التعرض الشخصي:

سبق القول أن يلتزم البائع بضمان التعرض الصادر عنه أو عن غيره ، فالتعرض الذي قد يصدر عنه إما أن يكون ماديا أو قانونيا فهو ملزم بعد التعرض نهائيا للمشتري وينطلق في هذا المنع من المبدأ القائل من وجب عليه الضمان امتنع عن التعرض أو من سعى في نقض ما تم من جهته ، فسعيه مردود عليه .

● التعرض القانوني فهو الذي يستند إلى حق مدعي به يترتب عليه حرمان

المشتري من المبيع كله أو بعضه أو بعض من مزاياه فمثله أن يكون البائع غير مالك في وقت البيع ثم يصير مالكا لسبب طرأ من أسباب كسب ملكية كالميراث.

● التعرض المادي وهو ذلك التعرض الذي يأتيه البائع دون أن يستند إلى سند قانوني وابرز صورته الغصب والخطف أو هو كل فعل يقوم به البائع ويترتب عليه حرمان المشتري من الاستفادة من المبيع أو يعكر هذه الاستفادة، ومن أعمال التعرض المادي التي يمتنع على البائع القيام بها كذلك حالة ما إذا باع شخص محال تجاريا وقيامه بعد ذلك بفتح متجر مجاور يتاجر في السلع ذاتها ويعمل على جذب عملائه السابقين إلى محله الجديد وهذا المثال يبين الفرق بين التزام البائع التعرض الواجب العام المفروض على الكافة باحترام حق المشتري فالبائع يحضر عليه هنا القيام بأعمال يباح بغير القيام بها.

أولاً: شروط التعرض الشخصي:

1- أن يقع التعرض فعلاً من البائع للمشتري و لذلك فإن احتمال وقوع التعرض لا يكفي وحده لقيام الضمان، م ا دام البائع لم يتعرض له بالفعل . كتهديد البائع للمشتري بالتعرض له فلا يكفي هذا التهديد لقيام الضمان مادام البائع لم ينفذ تهديده ومثالا على ذلك إذا قام البائع ببيع العقار مرة ثانية وبادر المشتري الثاني بالتسجيل قبل المشتري الأول فانتهى بها الملكية دون المشتري الأول لكن المشتري الثاني لم يتخذ أي إجراء لنزع العقار من يد المشتري الأول ،فليس لهذا الأخير أن يحتج على البائع بضمان التعرض الناشئ من بيعه العقار مرة ثانية وليس له أن يحتج عليه ويطلب إبطال ملك الغير لان البيع صدر من البائع إلى المشتري الثاني قد صدر من مالك ولكن له الحق فيرفع دعوى فسخ البيع لعدم التزام البائع بتنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع إليه.¹

2- أن يكون التعرض الذي وقع فعال عمال من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع البائع بملكية المبيع.

ثانياً: خصائص الالتزام بضمان التعرض الشخصي.

لهذا الالتزام ثلاث خصائص:

1 -عدم قابليته للتجزئة : التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي ،سواء كان مادياً او قانونياً التوام بالامتناع عن التعرض بنفسه للمشتري في حيازة المبيع وفي الانتفاع به فهو التزام غير قابل للتجزئة. فهو التزام بالامتناع عن عمل ولذلك فهو بطبيعته لا يقبل التجزئة أو الانقسام إذ لا يتصور أن ينفذ منه جزء دون آخر وإذا تعدد البائعون فلا يصح لأي منهم أن يتعرض للمشتري في أي جزء من المبيع ،سواء كان التعرض مادياً أو قانونياً،فإذا باع اثنان مناصفة مالا مملوكا للغير ثم اكتسب احدهما ملكية هذا المال جميعه بسبب من السباب اكتساب الملكية كالميراث فليس له أن يرفع دعوى استرداد نصف المبيع بحجة انه ملتزم بالضمان بقدر النصف فقط.²

¹ - سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 228.

² -مجد حسنين، المرجع السابق، ص 130.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

- 2- انه التزام أبدي: معنى ذلك انه لا يجوز للبائع أن يتعرض للمشتري بمضي سنوات التقادم المنصوص عليها قانونا ويدعي التقادم سواء المكسب أو المسقط ولو كان ذلك بدعوى أن البائع قد وضع يده على المبيع لمدة التقادم المكسب وهو ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية ويسان ذلك هذا جانب من الفقه الفرنسي من أمثال أوبري ورو، بيدان و تولان وكابيتان و دي لامورانديير وجانب من الفقه المصري- إلى القول بان البائع الذي يحتفظ بحيازة المبيع لا يمكنه التعرض للمشتري بالاستناد إلى التقادم المكسب، لان الالتزام بالضمان التزام مؤبد، فيكون الاستناد إلى التقادم المكسب من قبيل التعرض.¹
- 3 - مدى انتقال هذا الالتزام إلى الخلف العام والخلف الخاص:
- المدين في هذا الالتزام هو البائع وهو الذي يقع منه التعرض الموجب للضمان ولا ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف العام، لان الالتزام في القانون المصري والجزائري لا ينتقل من المورث إلى الوارث بل يبقى في الترك.
- مثلا: إذا باع شخصا عينا مملوكة لوارثه ثم مات فان الوارث يستطيع أن يسترد العين المباعة من المشتري ولا يجوز لهذا الأخير أن يحتج عليه بان الالتزام بالضمان قد انتقل من مورثه إليه، لأن هذا الالتزام لا ينتقل من المورث إلى الوارث بل يبقى في التركة وللمشتري أن يرجع على التركة بالتعويض، وهذا هو متفق عليه فقها، وفي هذا المعنى يقول أيضا الأستاذ الدكتور عبد المنعم البدر اوي أن الالتزام بضمان التعرض لا ينتقل إلى الورثة بل يبقى في التركة. و كذلك لا ينتقل الالتزام بضمان التعرض الشخصي إلى الخلف الخاص. فمثلا: لو باع شخص عقارا و أوصى به لشخص آخر وبعد موته بادر الموصى له إلى تسجيل الوصية قبل أن يسجل المشتري المبيع فان المشتري لا يستطيع ان يحتج على الموصى له بأنه ملتزم بالضمان ليسترد منه العقار لان الالتزام بالضمان لا ينتقل من الموصى إلى الموصى له بل بقي في التركة ويتقدم في رجوعه بهذا الحق على الموصى له.
- الدائن في الالتزام بضمان التعرض الشخصي: الدائن هو المشتري فهو الذي يقع عليه التعرض عادة، وان هذا الحق ينتقل إلى الخلف العام عكس الديون، فمثلا: لو أن شخصا اشترى دارا وتركها لوارث، وتعرض البائع لهذا الوارث في الدار كان للوارث أن يحتج عليه بالتزامه بضمانه التعرض كما كان يحتج مورثه.

¹ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ص 369-370.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

كما ينتقل هذا الحق أيضا إلى الخلف الخاص في العين المبيعة مثلا لو أن شخصا باع دارا وباع المشتري الأول الدار لمشتري ثان، كان البائع ملزما بعدم التعرض لا للمشتري الأول فقط بل للمشتري أيضا وهو الخلف الخاص للمشتري الثاني أن يرجع على البائع بدعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول...

ينتقل هذا الحق إلى دائن المشتري، فمثلا، لو باع شخص عينا مملوكة له ثم ملكها المشتري فإنه لا يستطيع البائع أن يستردها منه لالتزامه بعدم التعرض وكذلك لا يستطيع أن يمنع دائن المشتري من التنفيذ عليها، لان الدائن يستفيد من هذا الالتزام.¹

ثالثا: الجزاء المترتب على الإخلال بضمان عدم التعرض الشخصي:

التعرض الصادر من البائع قد يكون ماديا أو قانونيا، فإذا كان ماديا كما قلنا في صورة غصب أو خطف كان للمشتري إن كان التعرض في صورة اعتداء على وشغلها أن يطلب بطرد البائع منها ومطالبته بالتعويض عن ما قام به ولحقه من ضرر، وقد يكون في صورة المنافسة عند بيع متجر والبقاء بجانبه لممارسة نفس النشاط فهذا تعرضا ماديا له ان يطالب بالتعويض عن ذلك والتوقف عن هذا النشاط.

أما إذا كان تعرض قانوني في صورة دعوى استرداد رفعها البائع على المشتري كما في حالة بيع ملك الغير للمشتري أن يدفع هذه الدعوى على أساس التزام البائع بالضمان المادة 371 م ج والمبدأ القائل من وجب عليه الضمان امتنع عن التعرض

الفرع الثاني: ضمان التعرض الصادر من الغير

يلتزم البائع برد كل تعرض صادر عن الغير من شأنه أن يعكر انتفاع المشتري بالشيء المبيع حيث متى كان تعرض الغير قانونيا حيث يستند الغير إلى حق يدعيه على أن يكون هذا الحق مستمدا من البائع وبهذا يستبعد التعرض المادي الذي قد يأتيه الغير هذا ما جاءت به المادة 371 م ج " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبييععارض به المشتري . ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من

¹ - سي يوسف زاوية حورية، المرجع السابق، ص 236، 237، 238.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

البائع نفسه. " ونفهم من هذا النص أن التزام البائع بدفع التعرض الغير مستند إالحق ثابت وقت البيع, أو إلى الغير بعد البيع و التي تمثل تعرضا للمشتري في حيازته،

و التزام البائع بضمان أفعال التعرض الصادر من الغير وهو التزام بقيام بعمل وهو عكس التعرض الشخصي أي الأفعال الصادرة من البائع نفسه التي تلزمه بالامتناع عن تعرضه الشخصي سواء كان التعرض قانونيا أو ماديا.

أولا: شروط ضمان التعرض الصادر من الغير:

من خلال ما جاء في نص المادة 371 من ق، م السالفة الذكر نجد ثلاثة شروط لقيام هذا التعرض:

- 1- وقوع التعرض فع لا: القول أن يكون التعرض وقع فعلا أو حالا معناه لا بد أن يكون في الغالب في صورة دعوى قضائية أو منازعة يرفعها الغير على المشتري والغير هنا طرف أجنبي عن العقد المبرم بين البائع والمشتري. حيث متى اخطر البائع بهذه الدعوى كان عليه التدخل في الخصومة إلى جانب المشتري- إدخال الغير خارج عن الخصومة- أو متى علم بذلك دون إخطار كان له أيضا التدخل في الخصومة إلى جانب المشتري -تدخل الغير خارج عن الخصومة -وهنا تدخله إراديا من تلقاء نفسه. وعليه فمجرد التهديد بالتعرض لا يقوم معه هذا الالتزام.
- 2- يكون التعرض قانونيا: لا يضمن البائع للمشتري سوى التعرض القانوني الصادر عن الغير وهنا يختلف ضمان البائع لتعرض الغير عن ضمان تعرضه الشخصي حيث يشمل الضمان الأخير أفعال التعرض المبنية على سبب مادي.

فإذا تعرض أجنبي للمشتري في حيازته للمبيع دون أن يدعي هذا الأجنبي حقا على المبيع كان تعرضه مبنيا على أسباب مادية لا يضمنها البائع. ومثالها انتزاع الأجنبي للمبيع من المشتري عنوة أو كسرقة المبيع أو اغتصابه وإنما للمشتري في مثل تلك الحالات أن يستخدم الوسائل التي منحها له القانون لحماية حقه كدعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة أو أي وسيلة

الباب الثاني: آثار عقد البيع

قانونية أخرى يدفع به اعتداء الغير على ملكه وليس للبائع شأن في كل ذلك فيجب لتحقيق ضمان البائع لتعرض الغير أن يكون هذا التعرض مبنيا على سبب قانوني.¹

3- أن يكون الحق المدعى به سابقا على البيع أو لاحقا له ولكنه مستمد من البائع.

يضمن البائع أي تعرض صادر عن الغير يستند فيه إلى سبب سابق على البيع، كما لو باع الدار على أنها شاغرة واتضح فيهما بعد انه كان قد أجرها قبل البيع، فلو تعرض المستأجر للمشتري يكون تعرضه مستندا إلى سبب سابق على البيع، كذلك لو اكتسب الغير ملكية المبيع أو أي حق عيني عليه قبل البيع بالتقادم مثلا فإن تعرض للمشتري يكون تعرضه مستندا إلى سبب سابق على البيع، أما إذا كان التعرض يستند إلى سبب لاحق للبيع فالأصل أن البائع لا يضمنه إلا إذا كان هذا السبب ناشئا عن فعله، كما لو باع منقولا لأحد الأشخاص دون أن يسلمه إليه ثم باعه لآخر حسن النية وسلمه إليه فاكسب المشتري الثاني الملكية بموجب قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز بعد البيع بسبب البائع وعليه فالبائع لا يضمن التعرض المستند إلى سبب لاحق للبيع الذي لا يد له فيه كما لو أهمل المشتري في قطع التقادم الذي اكتمل بعد البيع أو نزعت منه الملكية للمصلحة العامة.²

ثانيا: خصائص الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير

نتير في هذا مدى انتقال هذا الالتزام والحق من طرفي العقد إلى الخلف العام والخاص لكل منهما.

-المدين في هذا الالتزام هو البائع فيضمن التعرض سواء كان تعرضه الشخصي أو تعرض صادر عن الغير متى توافرت فيه شروط الضمان.

* فلا ينتقل التزامه بضمان التعرض الصادر عن الغير إلى الخلف العام، فلا ينتقل من المورث إلى الوارث بل يبقى دينا في التركة فلا يسال الوارث في ذمته المالية الخاصة وهنا قاعدة مهمة مفادها: " لا تركة إلا بعد سداد الديون."³

مثال ذلك: لو باع شخصا شيئا مملوك للغير ثم مات، فالمشتري لا يمكنه الرجوع على الورثة بالتعويض إلا في حدود تركة مورثهم فقط متى استرد المالك الحقيقي المبيع منه. اما اذا تملك

¹ - رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 314.

² - علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 113.

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق بند 343، ص 653.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

المشتري المبيع بالحيازة في المنقول مع حسن النية فالمالك الحقيقي يعود على تركة البائع ولا يمكنه مسائلة الورثة في ذمتهم المالية الخاصة.

*كذلك لا ينتقل التزام البائع بضمان تعرض الغير إلى الخلف الخاص فمثلا لو باع شخص عينا لمشتري أول وانتقلت إليه ثم باع نفس الشيء لمشتري ثان فإن البائع يكون مسؤولا عن الضمان نحو المشتري الثاني ولا يكون المشتري الأول كخاف خاص للبائع مسؤولا عن الضمان.¹

-أما الدائن في هذا الالتزام فهو المشتري.

*ينتقل هذا الحق إلى الخلف العام مثال ذلك انه لو ان شخصا اشترى شيئا ثم مات وقد تعرض الغير لوارث المشتري فان لهذا الأخير الرجوع على البائع بالضمان.

*ينتقل هذا الحق إلى الخلف الخاص مثال ذلك لو باع شخص منزلا وقام المشتري ببيعه لمشتري ثان، فان البائع يكون ملزما بالضمان الصادر من الغير لا نحو المشتري الأول فحسب بل أيضا نحو المشتري الثاني باعتباره الخلف الخاص للمشتري الأول.

ثالثا: آثار قيام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير

يترتب على هذا الالتزام منع الغير من التعرض من قبل البائع و هذا هو التنفيذ العيني و هناكتنفيذ عن طريق التعويض إذا استحق الغير الشيء المبيع وهو ضمان الاستحقاق..

أولاً:- **التنفيذ العيني:** إن التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير، لا ينشأ إلا إذا كان

التعرض قانونيا و يكون هذا التعرض في صورة دعوى الاستحقاق يرفعها الغير الحائز على المبيعفقد تكون هذه الدعوى ملكية الغير للمبيع كله أو بعضه مثل حق الرهن، الانتفاع والإرتفاق، بان يجعل الغير الذي تعرض للمشتري مدعيا بحق على المبيع يعرض عن تعرضه وينزل عن دعواه، فان عجز عن التنفيذ العيني وواصل الغير دعواه و صدر له حكم حاز قوة الشيء المقضي فيه و جب على البائع التعويض عن طريق ضمان الاستحقاق.

و هذا ما نصت عليه المادة 372 ق م " إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع كان

على البائع حسب الأحوال و وفقا لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب

¹ - سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 255.

المشتري أو يحل محله إذا أعلم البائع في الوقت المناسب و لم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تلبس أو خطأ جسيم حاصل من المشتري.¹

فالتزام البائع بدفع تعرض الغير التزام بتحقيق نتيجة وإذا فشل في رد هذا التعرض ولو انه قام ببذل كل العناية اعتبر مخلا بالتزامه واستوجب الجزاء.¹

فالبائع ملزما بالتنفيذ العيني وحين يفشل يلزم بالتعويض، هذا لا يعني انه ملتزم بالتزامين بل هو التزام واحد وهو ضمان التعرض، فإما أن ينفذه عينا أو بطريق التعويض.²

فالبائع من خلال النص القانوني متى وقع تعرض ضد المشتري كان عليه أن يتدخل لرده إما أن يقف إلى جانب المشتري في الدعوى أو أن يحل فيها محله، أيضا إذا علم ولم يتدخل أو لم يعلم بالتعرض كان للمشتري أن يخطره في الوقت المناسب للقيام بالتزامه بالضمان.

حيث أن المشرع لم يستوجب أي شكل للإخطار فقد يكون كتابيا أو شفويا غير أن عبء الإثبات في الإخطار يقع على المشتري حسب رأي اغلب الشراح.

و بالرجوع إلى نص المادة 372 و 373 ق م ج نجد أن البائع قد يتدخل في دعوى الاستحقاق وقد لا يتدخل رغم إخطاره وأيضا نجد أن المشتري قد لا يخطر البائع ويباشر الخصام بنفسه.

1 -حالة إخطار البائع : في هذه الحالة وجب على البائع التدخل في الدعوى ليقوم بالرد على ادعاءات المتعرض وثمة فرضان في هذه الحالة:

الأول: إن هو تدخل ورد التعرض فيكون قد وفى بالتزامه، وان فشل في ذلك واستحق الغير الشيء المبيع فانه يلتزم بتعويض المشتري عن نزع اليد حسب نوعه كليا أو جزئيا.

نشير انه في هذه الحالة سواء تدخل البائع من تلقاء نفسه أو بطلب من المشتري فان لهذا الأخير خيارين أثناء سير الخصومة، إما أن يطلب إخراجه منها ويترك البائع لوحده وينتظر إلى غاية الفصل فيها فإذا فشل البائع فوحده يتحمل مصاريف الخصام ويعود عليه المشتري بالتعويض

¹- المرجع السابق، ص 258.

²- منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني (العقود المسماة البيع والمقايضة والإيجار) دون دار نشر، دون تاريخ نشر، ص 158.

عن الاستحقاق، وان نجح في رد التعرض فيكون قد وفى بالتزامه ويمكن المشتري من أن يحتفظ بالمبيع.

أما الخيار الثاني فهو البقاء في الدعوى لمعاونة البائع ومراقبته في نفس الوقت، وهذا الخيار أفضل حتى لا يتواطأ البائع مع المتعرض، ولأن بقاءه يمكن القاضي من الفصل في حكم واحد في دعوى الاستحقاق المرفوعة من المتعرض وفي دعوى ضمان الاستحقاق التي يرفعها المشتري على البائع في نفس الدعوى الأولى إذا ثبت الاستحقاق.¹

الثاني: في هذه الحالة أن البائع لا يتدخل رغم إخطاره، فهنا المشتري لا بد عليه أن يباشر الخصام بنفسه ويسعى لرد التعرض، فان هو ربح الدعوى وحافظ على المبيع يكون له الرجوع على البائع بالمصاريف التي يكون قد تحملها أثناء الدعوى، أما إذا فشل في ذلك واستحق الغير المبيع فيكون البائع ضامنا ويلتزم بتعويض المشتري إلا إذا اثبت تدليس المشتري أو ارتكابه خطأ جسيم أثناء التقاضي وفي ذلك تنص المادة 1/372 ق م ج على: ... إذا اعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان، إلا إذا اثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس، أو خطأ جسيم صادر من المشتري.

نشير أيضا انه إذا اخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت المناسب ودعوته ليحل محله فيها ولم يستجيب وقام البائع بالإقرار بحق الغير أو تصالح معه بحسن نية دون انتظار الفصل في الدعوى، فإن حقه بالرجوع على البائع بالضمان ومطالبته بالتعويض يبقى قائما، ما لم يثبت البائع أن الغير ليس على حق في دعواه، هذا ما جاءت به المادة 373 ق م ج التي تنص على: إن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو اعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون أن ينتظر حكما قضائيا متى اخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب ودعاه يحل محله فيها دون جدوى، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه.

2- حالة عدم إخطار البائع: إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب، فإذا نجح في الحصول على حكم نهائي بعدم أحقية الغير بالحق الذي يدعيه على المبيع انتهى الأمر وبالتالي انتهى التزام البائع بالضمان، وإذا فشل المشتري في الحصول على حكم نهائي فإنه يستطيع الرجوع على البائع بالضمان، ولكن البائع في هذه الحالة لكي يتخلص من التزامه

¹-أنور سلطان، عقد البيع، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة في القانونين المصري واللبناني، بيروت 1980، بند 209، ص 230.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

بالضمان أن يثبت انه لو تدخل في الدعوى ،فإن ذلك يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق ،ولا يطلب منه أن يثبت حصول تدليس من المشتري أو غش أو خطأ جسيم والسبب في ذلك أن المشتري ارتكب تقصيرا، وهو عدم إخطار البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة من الغير .¹ وهو ما جاءت به المادة 372 ق م ج الفقرة الثانية التي تنص على: فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق من الوقت المناسب و صدر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي به فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا اثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق.

ثانيا : التنفيذ بطريق التعويض (ضمان الاستحقاق) : إذا استحق الغير المبيع وقام التزام البائع بضمان الاستحقاق كان للمشتري الرجوع على البائع بذلك حسب الأحوال التالية:

- إخطار البائع بالدعوى وفشل في رد التعرض - استحق الغير المبيع.-
- إخطار البائع ولم يتدخل وفشل المشتري في رد التعرض-استحق الغير المبيع- ولم يستطيع البائع إثبات تدليس أو خطأ جسيم من قبل المشتري.
- إخطار البائع ولم يتدخل وافر المشتري بحق الغير أو تصالح معه دون انتظار حكم قضائي، ولم يستطيع البائع أن يثبت أن الغير لم يكن على حق في دعواه.
- عدم إخطار البائع أصلا ، باشر المشتري النزاع بنفسه وفشل - استحق الغير المبيع-، ولم يستطيع البائع أن يثبت أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها.

إن الحالات السابقة متى توافرت فإن استحقاق الغير للمبيع إما أن يكون كلياً وفيه نكون بصدد نزع يد كلي للمشتري عن المبيع و يقابلها الاستحقاق الكلي المادة 375 ق م ج -وإما أن يكون نزع يد جزئي و يقابلها استحقاق جزئي المادة 376 ق م ج -.

1 - التعويض في حالة الاستحقاق الكلي: إذا وقع استحقاق كلي للمبيع كان للمشتري أن يرجع بالتعويض على البائع وفقا لمقتضيات المادة 375 ق م ج التي تنص على:

في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع:

*** قيمة المبيع وقت نزع اليد.**

¹ - خليل احمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 159.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

*قيمة الثمار التي ألزم بردها إلى الملاك الذي نزع يد المشتري عن المبيع

*المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية، إذا كان البائع سريئ النية.

*جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع ان يتقيه منها لو اعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373.

*و بوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر و ما فاته من كسب بسبب نزع اليد عن

المبيع.

كل ذلك ما لم يقيم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله.

بالرجوع إلى نص المادة سالفة الذكر نجد أنها بينت عناصر التعويض متى سلك المشتري دعوى الاستحقاق التي تؤسس على العقد القائم بين الطرفين حيث يعتبر هذا التعويض تنفيذا بمقابل لالتزام البائع بضمان الاستحقاق كأساس التعويض في هذه الحالة هو أحكام المسؤولية التعاقدية، أما إذا سلك دعوى الفسخ فليس للمشتري إلا عناصر التعويض التي تقضي به القواعد العامة للفسخ أو البطلان، فالمشتري يوازن بين مصلحته في تأسيس دعواه إما على الفسخ وفيه يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد وهذه الحالة تكون في حالة نقص في قيمة المبيع فهنا على الأقل المشتري يحصل المبلغ الذي دفعه للبائع، أو يؤسس الدعوى على ضمان الاستحقاق في حالة ما إذا زادت قيمة المبيع وقت رفع الدعوى .

2 - التعويض عن الاستحقاق الجزئي: المقصود بالاستحقاق الجزئي هو ثبوت ملكية الغير

لجزء من العين المبيعة سواء كان الجزء المستحق مفرزا أو حصة شائعة في العين كلها.

و ثبوت تكليف على العين فيقصد به كل حق مقرر للغير من شأنه تقييد انتفاع المشتري بالمبيع سواء كان ذلك الحق عينيا كحق الانتفاع أو ارتفاق غير ظاهر أو الانتفاع أو السكنى أو كان حقا شخصيا كحق المستأجر.

حيث نصت المادة 376 من ق م على: " في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع أو في حالة

وجود تكاليف عنه و كانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا هو علمه المشتري لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه. و إذا اختار المشتري است بقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفترة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع." من خلال نص هذه المادة نجدها تشير إلى حالتين :

الحالة الأولى: وفيها يكون نزع اليد الجزئي جسيم بحيث لو علمه المشتري قبل البيع لما أقدم على إبرام العقد ، فاعتبر المشرع ذلك من قبيل نزع اليد الكلي لان التعويض في هذه الحالة يستند فيه إلى نص المادة 375 ق م ج مقابل رد الجزء المتبقي من المبيع مع ما حصل عليه المشتري من الانتفاع، أو يطلب فسخ العقد . أيضا يمكن للمشتري متى أراد استبقاء المبيع رغم هذا فله المطالبة بالتعويض عن نزع اليد الجزئي رغم جسامته.

الحالة الثانية: وفيها يكون نزع اليد الجزئي غير جسيم ، فيكون للمشتري استبقاء المبيع مع تعويضه عما أصابه من ضرر بسبب نزع اليد .

الفرع الثالث: جواز تعديل أحكام الضمان

تنص المادة 377 ق م ج: يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص أن يزيذا في ضمان نزع اليد أو ينقصا منه، أو يسقطاه.

ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقا ظاهرا أو كان البائع قد اعلم به المشتري.

ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير.

باستقراء نص المادة نجدها أنها أشارت إلى جواز تعديل أحكام الضمان إما بالزيادة أو الإنقاص أو الإسقاط.

أولا: الاتفاق على زيادة الضمان

إن هذه الصورة من صور الاتفاقات المعدلة للضمان القانوني نادرة الوقوع في العمل و أن أحكام الضمان التي وضعها المشرع تكفل للمشتري الحصول على ما يعوضه عن استحقاق المبيع أو جزء منه لذلك يندر أن يقبل البائع زيادة ضمانه عما هو مقرر قانونا.¹

¹ - محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 300.

وان قبل البائع الزيادة في أحكام الضمان، فيجب أن يرد هذا الاتفاق في عبارات دقيقة مفهومة، لان القول بان: "البائع ضامن لجميع ما يقع للمشتري من تعرض أو منازعة في الانتفاع بالعين المباعة". تعتبر عبارات غامضة لا تضيق في الواقع شيء إلى الضمان القانوني، لذا يجب أن ترد في عبارات دقيقة ومن أمثلة ذلك:

- كان يتفق المشتري مع البائع أن يرجع الأول على الثاني في حالة الاستحقاق بجميع المصروفات وحتى الكمالية ولو كان البائع حسن النية.

- أن يتفق على التزام البائع بالضمان في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة.¹

ثانياً: الاتفاق على إنقاص الضمان وفيه يتم إعفاء البائع من بعض أوجه الضمان وما يستحقه المشتري من تعويضات، غير أن هذا الاتفاق يقع باطلا متى تعمد البائع إخفاء سبب الاستحقاق كون ذلك يعتبر غشا منه فكان جزاء غشه إسقاط الاتفاق.

ثالثاً: الاتفاق على إسقاط الضمان يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان من البائع بشرط عام لا يتقيد بسبب معين من أسباب الاستحقاق إنما يبطل هذا الشرط إذا كان البائع قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو حق الغير وحكمه في ذلك حكم شرط إنقاص الثمن عملاً بنص المادة 3/377 ق م ج " ويكون باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير". ولا يترتب على الشرط العام بعدم الضمان إسقاط الضمان كلية بل قيده المشرع بقيدتين:

1- هو ما نصت عليه المادة 1/378 ق م ج: " يبقى البائع مسؤولاً عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك."

كما إذا كان المتعرض قد تلقى حقه من البائع.

2- نصت عليه المادة 2/378 ق م ج: " وإذا كان نزع اليد عن المبيع من فعل الغير فإن البائع يبقى مطالباً قبل المشتري برد قيمة المبيع وقت نزع اليد إلا إذا اثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نزع اليد، أو أنه اشترى تحت مسؤوليته."

¹ - سي يوسف زاوية حورية، المرجع السابق، ص ص 274، 275.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

- فإذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير فإن البائع يكون مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، وعلى هذا النحو يظل البائع ملتزماً بأن يدفع للمشتري قيمة المبيع وقت الاستحقاق ويقتصر اثر الشرط على إعفاء البائع من عناصر التعويض الأخرى.
- غير أن هناك حالتين أوردتهما المادة يعفى فيهما البائع من الضمان كلية بموجب شرط عدم الضمان فلا يلزم برد قيمة المبيع وهما:
- أن يكون المشتري عالماً بسبب الاستحقاق وقت التعاقد وارتضى مع ذلك شرط عدم الضمان فاقتراهما يعني انه أَعفى البائع من المسؤولية عن هذا السبب. وعلى البائع عبء إثبات علم المشتري بسبب الاستحقاق وقت البيع.
 - أن يكون المشتري قد اشترى تحت مسؤوليته أي مخاطراً ومضارباً أو حسب عبارة القانون المدني المصري قد "اشترى ساقط الخيار" فإذا تضمن العقد بنداً بهذا المعنى مع وجود شرط عدم الضمان كان هذا العقد من عقود الغرر التي تحتمل الربح والخسارة، فالمشتري مضارب، إذ انه يتفق على ثمن أقل من قيمة المبيع ويكون معرضاً لخسارة ما دفعه كما انه يأمل في ربح يعادل الفرق بين الثمن الذي دفعه وقيمة المبيع الحقيقية.¹

المطلب الثاني: التزام البائع ضمان العيوب الخفية

المادة 379 ق. م " يكون البائع ملتزماً بلضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفقات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعة أو استعماله فيكون ضماناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها." و هذا الالتزام تفرضه طبيعة بيع الأشياء فالمشتري عندما يشتري شيئاً يفترض انه خال من العيوب و لو علم المشتري أن في المبيع عيباً لما اشتراه أو على الأقل طلب تخفيض ثمنه، و العيب يؤثر على حق المشتري بالمبيع أو يؤدي إلى جعل المبيع غير صالح للغرض الذي تم الشراء

¹ - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 151، 150.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

من أجله فوجود العيب ينقص من انتفاع المبيع و يكون المبيع قد استحق جزئيا من حيث استعماله.¹ و بالتالي إذا وجد عيب ينقص من قيمته و منفعته التزم البائع بضمان هذا العيب و ذلك عن طريق التعويض.²

حيث نستعرض في هذه الدراسة تعريف العيب الخفي و ما هي الشروط الواجب توافرها في العيب الخفي حتى يكون موجبا للضمان وكذلك الجزاءات المترتبة عليه ومدى جواز الاتفاق على تعديل أحكام هذا الضمان وأخير نضيف التزام البائع لضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة .

الفرع الأول: تعريف العيب الخفي والشروط الواجب توافرها فيه.

أولاً: تعريفه

العيب لغة هو الوصمة والنفيسة، أو هو : ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة ³.

اصطلاحاً يعرفه ابن عابدين بأنه: " ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة من الآفات العارضة لها".⁴ أما في الفقه الإسلامي فقد جاء في فتح الغدير للكمال بن همام انه كل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب.⁵ والعيب في الفقه الإسلامي أمر مرفوض حيث نهى الرسول صلى الله عليه وسلم وذلك ما ورد في الحديث حيث قال (ص) : " لا يحل لمسلم أن يبيع سلعة من السلع وهو يعلم أن عيباً فيها قل أو كثر حتى يبين ذلك لمبتاعه".

إضافة إلى التعاريف الفقهية نشير إلى بعض التعاريف القضائية على اعتبار أن اغلب التشريعات القانونية لم تورد له تعريف.

حيث قررت محكمة النقض المصرية في احد الأحكام الصادرة عنها بتاريخ 08-افريل 1948 بأن العيب " هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع". و الظاهر أن محكمة النقض المصرية تأثرت بتعريف العلامة ابن عابدين للعيب السابق ذكره. والمشرع الفرنسي بدوره لم يعرف العيب إلا من خلال شروط و اثار هذا الضمان وذلك في المواد (1614 إلى 1649) إلا

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 355.

² - خليل احمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 172

³ - لسان العرب ، القاموس المحيط ، مادة (عاب) وأحكام القرآن للقرطبي 11 / 34.

⁴ - ابن عابدين، حاشية رد المختار، الطبعة الثانية، الجزء الرابع 1966، ص 78.

⁵ - الكمال بن همام ، فتح الغدير، ج 5، ص 274.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

أن القضاء الفرنسي عرف العيب في عدة مناسبات بأنه كل ما يصيب الشيء المبيع بطريق عارض ولا يوجد حتما في كل الأشياء المماثلة.¹

والمشرع الجزائري لم يأتي بتعريف للعيب الخفي متأثرا بالمشرع الفرنسي حيث أشار له من خلال شروطه وما يترتب عنه من آثار فقط وذلك ضمن المواد (379 إلى 384) فالعيب من خلال ما سبق ذكره هو أفهعارضة تصيب الشيء المبيع بحيث يخلو منها في صورته الأصلية أو على فطرته، حيث تؤدي إلى نقص في قيمة الشيء أو نقص في الانتفاع به. وبالرجوع إلى نص المادة 379 ق م ج نجد أن المشرع الجزائري نص على العيب الخفي بمعناه الواسع حيث بالإضافة إلى نقص في القيمة والانتفاع أدرج أيضا تخلف الصفة وجعلها عيبا تعاقديا متى تعهد بها البائع ألزم بضمانها.

ثانيا: شروط ضمان العيب الخفي

1- أن يكون العيب خفيا: يكون العيب خفي إذا كان المشتري لا يعلم به وقت ان تسلم المبيع او انه لم يستطع تبينه وقت البيع لو أنه فحص المبيع بعناية ومن ثم إذا كان العيب ظاهرا في المبيع أو كان المشتري يعلم به فلا يلتزم البائع بالضمان بل يجوز تفسير ذلك أن المشتري قد قبل البيع بما فيه من عيب.

و من ثم لا يكون البائع ملتزما بالضمان في حالتين الآتيتين:

*** الحالة الأولى:** إذا كان العيب ظاهرا في المبيع وقت أن تسلمه المشتري فقبل المبيع و لمييدي أي اعتراض فإن المشتري قد اسقط حقه بالضمان

*** الحالة الثانية:** أن لا يكون العيب ظاهرا ولكن البائع استطاع أن يثبت أن المشتري كان يستطيع أن يتبين العيب بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي وهو ما جاءت به

المادة 379 ق م ج: " أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية

الرجل العادي." لأنه في هذه الحالة يتوجب على المشتري فحص المبيع قبل الشراء و من ثم

سقوط حقه في الضمان و هذه القرينة لا تقابل إثبات العكس إلا في حالتين:

¹- عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 190.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

أ - أن يثبت المشتري أن العيب غير ظاهر في المبيع وقت تسلمه، و أنه لا يمكنه أن يثبته حتى لو فحص المبيع بعناية الرجل العادي، كما لو كان العيب يحتاج في اكتشافه إلى مختصين و خبراء أو اقتضى تحليلاً كيميائياً.

ب - أن يثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من العيوب، و بهذا يكون بمثابة اتفاق

ضمني بين البائع و المشتري على الضمان إذا ظهر العيب بالمبيع أو أن يثبت أن البائع قد

أخفى عنه العيب غشاً منه وبهذا تقرر المادة 379 ق م ج " إلا إذا اثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو انه أخفاها غشاً منه."¹

2- أن يكون العيب مؤثراً: لا يضمن البائع عيب المبيع إلا إذا كان هذا العيب يؤدي إلى نقص في قيمة المبيع أو نفعه ويرجع في التحقق من حدوث النقص في قيمة المبيع أو في نفعه أو عدم حدوثه إلى معيار مادي لا إلى المعيار الشخصي كما هو مبين في العقد أي إلى الإرادة الظاهرة لا إلى الإرادة الحقيقية لكل من العاقدين، وإلى طبيعة الشيء وإلى الغرض الذي اعد له بوجه عام لا إلى الغرض الخاص الذي كان ينوي المشتري أن يستعمله فيه ما لم يكن قد اعلم البائع بهذا الغرض. ويعتبر أن بالمبيع عيباً مؤثراً إذا خلا المبيع من صفة كفل البائع للمشتري وجودها فيه سواء كانت تلك الصفة جوهرية أو لم تكن كذلك.²

و يشترط في هذا النقص أن يكون على درجة من الأهمية، بحيث لو علم به المشتري قبل

التعاقد لامتنع عن الشراء أو لدفع ثمن أقل، أما إذا كان النقص المترتب على العيب تافها فإنه

في الغالب أن العرف يجري على التسامح فيه و لا يضمنه البائع. و تقدير مدى جسامته العيب من المسائل الموضوعية التي تستقل على محكمة الموضوع في الفصل فيها.

3- أن يكون العيب قديماً: أي أن يكون هذا العيب موجوداً في المبيع وقت تسليمه المشتري، فالبائع يضمن خلو المبيع من العيوب إلى حين تسليمه للمشتري. من البائع و مقتضى ذلك أن العيب أما أن يكون موجوداً وقت التسليم فيكون أيضاً موجوداً وقت التسلم و يكون البائع كذلك مسؤولاً عن ضمانه و العيب الخفي يجب أن يكون موجوداً وقت التسليم و لو كان المبيع معيناً بالذات لأن الوقت الذي يعقد به في وجود العيب الخفي وقت التسليم و قد يكون بالمبيع عيب قبل التسليم و لم

¹- خليل احمد حسن قداة، المرجع السابق، ص ص 175، 174.

²- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ص 401، 400.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

يظهر إلا بعد التسليم، كان يكون الخشب بدأ بالتسوس قبل التسليم ثم انتشر بعد التسليم فهذا العيب قديم يضمنه البائع إذا أثبت المشتري ذلك.¹

4- أن يكون العيب غير معلوم للمشتري: تنفي المادة 379 ق م على " غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع " و يتضح من نص المادة أنها إذا كان المشتري عالما بالعيوب عند الشراء فيحظر عليه رجوعه بالضمان على البائع و هذا الأخير هو الذي يقع على عاتقه إثبات العلم لان من المنطق و الأصل أن المشتري لا يشتري شيئا يعلم بأنه معيب، و إن ادعى البائع بطلان ذلك الأصل عليه إثبات ذلك و هذا ما تقضي به القواعد العامة في الإثبات أما إذا أخبر البائع بالعيوب و لم يبد المشتري في ه رأيا اعتبر سكوته قبولا بعيوب المبيع. و إذا كان العيب موجودا في المبيع وقت البيع، فيكفي البائع التخلص من الضمان أن يثبت أن المشتري كان يعلم بالعيوب سواء وقت البيع أو وقت التسليم.

و لا يشترط في هذا العلم أن يكون ناتجا من أخبار البائع للمشتري بالعيوب فقد يعلم به المشتري عن طريق آخر.²

ويرى بعض الفقهاء أن مجرد علم المشتري بالعيوب لا يكفي في حد ذاته لحرمانه من ضمان العيوب في المبيع إذ قد يجهل - رغم علمه بالعيوب - مدى تأثيره على صلاحية المبيع و منافعه المقصودة.³ و عليه يمكن للمشتري الرجوع على البائع بالضمان متى استطاع إثبات أنه رغم علمه بالعيوب فهو جاهل لمدى تأثيره على المنفعة المقصودة من المبيع أو النقصان الذي يلحق بقيمة المبيع نتيجة هذا الجهل متى تفحص المبيع بعناية الرجل المعتاد.⁴

غير أن المشرع استثنى بيوعا من ضمان العيب الخفي حتى وإن ظهرت عيوبها في المبيع بعد تسليم المبيع هذه البيوع جاءت بها المادة 385 ق م ج التي نصت على ما يلي: " لا ضمان في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد."

¹ - احمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 851.

² - محمد حسنين، المرجع اللبق، ص 155.

³ - سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 295.

⁴ - علي نجيدة، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة 2003، ص 248.

الفرع الثاني: آثار قيام التزام البائع بضمان العيب الخفي

حتى يقوم التزام البائع بالضمان ويمكن للمشتري مطالبته بذلك كان لزاما على هذا الأخير حين يتسلم المبيع أن يتفحصه بعناية الرجل المعتاد وحين اكتشافه لعيب عليه أن يخطر البائع بذلك في مدة معقولة فإن سكت عن ذلك ولم يخطر البائع فسر ذلك بأنه راضيا بذلك العيب وبالتالي سقط حقه في الضمان ولو لم تنقضي مدة التقادم، غير انه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المشتري فور ظهور العيب إخطار البائع بذلك وهذا ما جاءت به المادة 380 ق م ج التي تنص على: " إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا اكتشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل اعتبر راضيا بالمبيع.

غير انه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك و إلا اعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب."

و إخطار المشتري للبائع يكون بجميع الطرق الممكنة حيث لم يشترط المشرع لذلك لا المدة ولا الطريقة فقد يكون عن طريق المحضر القضائي أو الهاتف أو يتم مشافهة وكذا المدة فهنا أشار المشرع إلى مدة معقولة، فقط يقع عبء إثبات الإخطار على عاتق المشتري.

وعليه فمتى تمكن المشتري من تفحص المبيع واكتشاف العيب ومن ثم إخطار البائع في أجل مقبول فانه على البائع القيام بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا فان لم يستجيب كان للمشتري رفع دعوى الضمان لحصوله على التعويض.

هذه الدعوى تسقط بالتقادم بعد مرور سنة من التسليم الفعلي وهو التسليم الذي يتمكن المشتري به تفحص المبيع جيدا ما لم يكن هناك اتفاق على مدة أطول للضمان أو كان هناك غش من البائع فان هذه المدة لا يعتد بها وهو ما جاءت به المادة 383 ق م ج: " تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول.

غير انه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين انه أخفى العيب غشا منه."

الباب الثاني: آثار عقد البيع

إن رفع دعوى الضمان يهدف من ورائها المشتري تعويضه عن الضرر الذي سببه العيب الموجود في المبيع مستندا لنص المادة 381 ق م ج التي جاء فيها: " إذا اخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقاً للمادة 376 ق م ج " من خلال هذه المادة نجد أن المشرع اعتبر العيب الخفي من قبيل نزع اليد، حيث أن المادة 376 ق م ج تشير إلى نزع اليد الجزئي وهنا في العيب الخفي يعتبر عيب غير جسيم، أيضاً بالإحالة الموجودة في نفس المادة إلى المادة 375 ق م ج والتي تعالج حالة نزع اليد الكلي فهنا في العيب الخفي يكون إسقاطها على العيب الجسيم.

أولاً- حالة العيب الجسيم : وهو العيب الذي يؤدي إلى نقص قيمة المبيع ومنفعتيها تبلغ قدراً من الجسامة لو علمه لما أتم العقد، كان المشتري مخيراً بين رد المبيع بالعيب وما أفاده منه إلى البائع والمطالبة بالمبالغ التي كان يطالب بها في الاستحقاق الكلي وبين استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار بسبب هذا العيب.

ثانياً- حالة العيب غير الجسيم إذا كان العيب لم يبلغ قدراً من الجسامة، فل يجوز للمشتري رد المبيع وإنما له المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب، كما لا يجوز له المطالبة بفسخ العقد، أيضاً يمكن له المطالبة بإصلاح هذا العيب.

ثالثاً- مصير دعوى الضمان في حالة هلاك المبيع: تنص المادة 382 ق م ج : " تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشيء المبيع، و بأي سبب كان "

إن دعوى الضمان تبقى قائمة ولا تسقط بهلاك المبيع فالمشتري له الرجوع على البائع بالضمان، فقط نبحت في مقدار الضمان الذي يرجع به المشتري على البائع وفي ذلك نبحت في سبب الهلاك:

- إذا كان الهلاك بسبب البائع (العيب) هنا المشتري يطالب بالتعويض الكامل وفقاً لمقتضيات المادة 375 ق م ج.
- إذا الهلاك لا يد للبائع فيه فيكون التعويض على أساس قيمة المنعة أو النقص الذي سببه العيب فقط.

الفرع الثالث: تعديل أحكام الضمان

تنص المادة 384 ق م ج على: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه، وان يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه".

بالرجوع إلى نص المادة نجد أن أحكام ضمان العيب الخفي ليست من النظام العام إذ يجوز الاتفاق على تعديل هذه الأحكام إما بالزيادة والتي يطلبها المشتري مثلا زيادة مدة الضمان أو قيمة التعويض، أو بالإنقاص أو الإسقاط بطلب من البائع ما لم يكن طلب البائع مبنيا على غش فهنا الاتفاق يقع باطلا.

الفرع الرابع: ضمان الصفة وصلاحيه المبيع للعمل لمدة معلومة

أولا: ضمان وجود الصفة التي تعهد بها البائع.

تعتبر الصفة عيبا تعاقديا فمتى تعهد البائع بوجود صفة معينة في المبيع وتخلف وجودها عند تسليم المبيع قام التزامه بالضمان.

فالصفة ليست عيبا بالمعنى الدقيق للعيب الخفي السابق ذكره لأنه في حالة تخلفها لا مجال للبحث في نقص المنفعة أو القيمة التي يسببها تخلفها. فالمشرع الحق تخلف الصفة بالعيب الخفي فيكون رجوع المشتري على البائع بدعوى الضمان التي وردت في العيب الخفي.

ثانيا: ضمان صلاحيه المبيع للعمل لمدة معينة

تنص المادة 386 ق م ج على ما يلي: "إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة ثم ظهر خلل فيها فعلى المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من يوم ظهوره وأن يرفع دعواه في مدة ستة أشهر من يوم الإعلام، كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه".

من صور زيادة الضمان بالاتفاق، هو اشتراط المشتري على البائع ضمان صلاحية المبيع لأداء الغرض المقصود منه مدة معينة، بحيث يكون البائع ملتزما إذا أصاب المبيع أي خلل خلال الفترة المتفق عليها وهي سنة أو سنتين في الغالب حتى ولو لم تتوافر في هذا الخلل شروط العيب الخفي

الباب الثاني: آثار عقد البيع

،ويكثر مثل هذا الاشتراط في الأشياء الدقيقة الصنع والسريعة الخلل كالسيارات والأجهزة الكهرومنزلية .

وهذا الشرط يضمن للمشتري صلاحية المبيع طوال المدة المتفق عليها من أي خلل بشرط أن لا يكون المشتري متسببا له بفعله ومن ثم لا يكون البائع ضامنا للخلل الذي يحدثه المشتري بالمبيع بفعله الشخصي ،وعلى البائع يقع عبء إثبات أن الخلل قد احدث المشتري لكي يتخلص من الضمان.

وعلى المشتري أن يبلغ البائع إذا ظهر الخلل في المبيع خلال المدة المتفق عليها في اجل شهر من يوم ظهوره و إلا سقط حق المشتري في الضمان ،ويجوز للمتعاقدين أن يتفقا على إطالة هذه المدة أو تقصيرها ،فأحكام المادة 386 ق م ج لا تتعلق بالنظام العام.

وعلى المشتري أن يرفع دعوى الضمان خلال ستة أشهر من يوم وقوع إخبار المشتري بحصول الخلل، ويجوز للمتعاقدين أن يتفقا على مدة أطول أو اقصر لرفع الدعوى.

وإذا ثبتت مسؤولية البائع ،فان حقوق المشتري يحددها العقد أو في شهادة الضمان لكن في لغالب أن يقتصر التزام البائع في هذه الحالة على إصلاح المبيع إذا كان ممكنا أو استبداله بغيره على نفقته ،دون أن يكون للمشتري حق فسخ العقد أو المطالبة بتعويض عما أصابه من أضرار.¹

¹ - خليل احمد حسن قدامة، المرجع السابق،ص ص 184،185.

الفصل الثاني: التزامات المشتري

عقد البيع من العقود الملزمة لجانبين متى قام صحيحا رتب التزامات متقابلة بين طرفيه فإذا كانت التزامات البائع هي التزامه بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه للمشتري وكذا التزامه بالضمان، فإنه مقابل ذلك تقع التزامات هامة على عاتق المشتري وهي التزامه بدفع ثمن الشيء المبيع وكذا التزام المشتري بدفع نفقات وتكاليف المبيع والتزامه بتسلم المبيع حيث سنتناول بالدراسة هذه الالتزامات بشيء من التفصيل ضمن ثلاث مباحث.

المبحث الأول: التزام البائع بدفع الثمن

المبحث الثاني: التزام المشتري بدفع نفقات وتكاليف المبيع.

المبحث الثالث: التزام المشتري بتسلم المبيع.

المبحث الأول : الالتزام بدفع الثمن

إن عقد البيع ملزم لجانبين يرتب آثاراً على جانبيه ففي مقابل التزام البائع بنقل الملكية فإنه يقابله أهم التزام على عاتق المشتري وهو التزامه بدفع الثمن هو الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتقه.

إذ يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه في العقد أو الذي تم تحديده فيما بعد ، وفقاً للأسس التقدير الموضوعية، ويلتزم بدفعه وفقاً للطريقة و الشروط المتفق عليها في العقد فقد يتفق على أن يدفع الثمن على عدة أقساط أو جملة واحدة، ويتم الوفاء به من المشتري أو نائبه، ويجب أن يتم الوفاء للبائع أو نائبه، وإذا تعدد المشترون وكانوا متضامنين فيما بينهم جاز للبائع مطالبة كل منهم بالثمن بأكمله، فإذا لم يكن بينهم تضامن ، فلا يلتزم كل منهم إلا بجزء من الثمن يقابل نصيبه في المبيع⁽¹⁾، وهو يلتزم أيضاً بنفقات تسليم المبيع (الثمن) للبائع طبقاً لنص المادة (283) من ق.م.ج التي تنص: " تكون نفقات الوفاء على المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

ومن هذا القبيل نفقات الإرسال بالبريد أو عن طريق آخر كإيداعه في البنوك⁽²⁾، ولكن تثور حينئذ مشكلة أداء أو دفع الثمن.

فكيف يمكن للمشتري إثبات أنه قد قام بدفع الثمن للبائع؟

باستقراء النصوص التشريعية، فإنه لا توجد نصوص خاصة في إثبات دفع الثمن في عقد المبيع، ولذا يخضع ذلك للإثبات للقواعد العامة، إلا أنه يجب التمييز بين البيوع المدنية و البيوع التجارية.

***الإثبات بدفع الثمن في البيوع المدنية:** فالإثبات في مثل هذه البيوع فقيد بنص القانون ، إذ لا يجوز إثبات أداء الثمن إذا كان المبلغ يفوق **100.000 دج** إلا بالكتابة طبقاً لنص المادة (333) من ق.م.ج.

فالغاية من هذا التقييد بالطبع هو ضمان استقرار المجتمع و تنظيم العلاقات التعاقدية بين الأطراف لكن إلى جانب هذه الغاية تنبئ المشرع في بنص الحالات الشاذة التي يستعصى فيها الإثبات بالكتابة فأجاز إثباتها بواسطة الشهادة.⁽¹⁾

*** إثبات دفع الثمن في البيوع التجارية:** يخضع إثبات دفع الثمن في هذه البيوع لمبدأ حرية الإثبات و لذا يجوز للمشتري أن يثبت دفع الثمن بكل حرية و مهما بلغت قيمته، لأن الأعمال التجارية تقوم على مبدأ حرية الإثبات و على مبدأ الثقة الذي يحتاج إليه التاجر الذي يريد اقتناء السلع دون أن يتمكن من الوفاء بثمنها، بل هو يحتاج إلى الائتمان إذا اقترض لشؤون تتعلق بتجارته.⁽²⁾

(1) محمد حسن قاسم، الموجز في عقد المبيع، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1999، ص350.

(2) سمير عبد السيد تناغو، عقد المبيع، منشأة المعارف الإسكندرية، 1973، صفحة 342.

(1) محمد عبد الله أبو هزيم، أحكام الثمن في عقد البيع وفق أحكام التشريع (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن 2006، ص125-126.

(2) المرجع نفسه، ص127.

المطلب الأول: كيفية تنفيذ الالتزام بدفع الثمن

نستعرض فيكيفية تنفيذ هذا الالتزام إلى زمان الوفاء بالثمن ثم مكان الوفاء بالثمن وأخيرا نفقات الوفاء وذلك في فروع ثلاثة.

الفرع الأول: زمان الوفاء بالثمن

تنص المادة (1/388) ق.م.ج على ما يلي : " يكون ثمن البيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك ""

بالرجوع الى نص المادة 1/388 يتضح ان زمان الوفاء يخضع في الأصل إلى اتفاق الطرفين او العرف السائد بينهما ان كان هناك تعامل سابق . أما إذا لم يوجد اتفاق حول زمان الوفاء بالثمن فيعمل بالنص السابق ذكره، وهو الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع وهذا النص يعتبر خروجاً عن القواعد العامة المقررة في المادة (1/281) من ق.م.ج و نصها : "" يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك "" أي أنه طبقاً للقواعد العامة أن زمن الوفاء بالثمن هو وقت إبرام العقد، وهذا في حالة عدم وجود اتفاق على ميعاد التسليم ، ويجوز أن يتفق الطرفان على أن يتم دفع الثمن قبل التسليم أو أن يتم التسليم قبل دفع الثمن و إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن فلم يتفق على ميعاد التسليم ، فإن دفع الثمن يجب في الوقت المتفق عليه . بين التسليم يتم بمجرد إبرام العقد. و لكن على العكس إذا اتفق على ميعاد التسليم، و لو يتفق على ميعاد لدفع الثمن، فإن ميعاد دفع الثمن هو ميعاد التسليم.

أما إذا لم يتم الإتفاق على ميعاد دفع الثمن و لم يتم الإتفاق على ميعاد التسليم، كان كل من الالتزامين مستحق الأداء فور تمام العقد وفقاً للقواعد العامة.⁽¹⁾

وإذا كان المبيع متعدد و اتفق على تسليمه على أجزاء، التزم المشتري عن تسليم كل جزء أن يدفع من الثمن ما يناسبه، أما إذا كان المبيع المتعدد واجب التسليم دفعه واحدة، فلا يجوز للبائع تجزئة المبيع و المطالبة بجزء من الثمن مقابل لكل جزء من المبيع، إذ لا يلتزم المشتري بأداء الثمن كلية إلا بعد تسليم المبيع كاملاً.

غير أن المادة 2/388 ق م ج أعطت المشتري إمكانية عدم دفع الثمن حتى وان كان مستحق الدفع متى كان هناك تعرض للمشتري من الغير مع توافر شروطه أو خوف من نزع اليد للمبيع عن المشتري أو وجود عيب خفي في المبيع ، فهنا المشرع أعطى هذا الحق للمشتري بدل إلزامه بدفع الثمن مهما كانت الظروف ثم مطالبة البائع بالضمان.

(1) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 355.

الفرع الثاني: مكان الوفاء بالثمن

تنص المادة (387) من ق.م.ج على ما يلي: "" يدفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك "".

- فإذا لم يكن ثمن المبيع مستحقا وقت تسليم المبيع، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاقه للثمن "".

ويتضح من هذا النص أن الأصل في تحديد مكان الوفاء بالثمن هو الاتفاق فإذا لم يوجد اتفاق في هذا الشأن وجب الرجوع إلى العرف، فإذا لم يوجد إتفاق أو عرف، يحدد مكان الوفاء بالثمن فإن المشرع يحدد هذا المكان مفرقا بين ما إذا كان الثمن مستحق الوفاء عند تسليم المبيع، أو إذا كان الثمن غير مستحق الوفاء وقت تسليم المبيع.

الحالة الأولى: إذا كان الثمن مستحق الوفاء عند تسليم المبيع فإن دفع الثمن هو نفس مكان تسليم المبيع.

وهذا خروج عن القواعد المادة (2/282) ق.م.ج التي تقرر أنه إذا كان محل الالتزام شيئا غير معين بالذات وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد به موطن المدين أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين، إذ كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال .

الحالة الثانية: إذا كان الثمن غير مستحق الوفاء عند تسليم المبيع كما لو اتفق على دفعه قبل التسليم أو بعده أو على أقساط ففي هذه الحالة لا يرتبط الوفاء بالتسليم بل يدفع الثمن في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري (المدين بالثمن) وقت استحقاق الثمن ، وهذا تطبيقا للقواعد العامة في الوفاء بالالتزام.

الفرع الثالث: وسيلة أداء الثمن

- **أداء الثمن بالنقود الناحية:** الأصل أن الثمن في عقد البيع يكون من النقود الناحية، فالصفة النقدية للثمن هي التي تميز عقد البيع عن سائر العقود الأخرى فالمشتري يدفع الثمن بالنقود الوطنية المتداولة أو بالعملة الأجنبية مادام أن هناك تشجيع للاستثمار.

- **أداء الثمن بموجب الأوراق التجارية:** نتيجة للتقدم العلمي و التكنولوجي، أصبح من غير المستساغ أن يحمل المشتري في حالة كونه تاجر كمية كبيرة من النقود ليدفع للبائع ثمن المبيع، ثمن غير المنقول أن يحمل التاجر الذي يشتري كميات كبيرة من المواد الغذائية نقوده و يذهب البائع ليدفع له الثمن، وعليه نتيجة للتطور الاقتصادي أصبح عليه أن يدفع الثمن بواسطة الأوراق التجارية، كتحرير شيك بقيمة البضاعة المشتري، وهذه الوسيلة تجنبه عناء عمل النقود معه، وتجنبه السرقة، كما أنها وسيلة إثبات في حالة نزاع، لأن الشيك في حالة صرفه من البنك المسحوب عليه يكون بمثابة إيصال و أداة إثبات في نفس الوقت.

المطلب الثاني: جزاء إخلال المشتري بالوفاء بالثمن

" الضمانات القانونية لأداء الثمن "

قد يمتنع المشتري عن الوفاء بالثمن لسبب أو لآخر باستثناء الحالات التي سبق ذكرها وهي الواردة في نص المادة 2/388 ق م ج ، فللبائع مطالبته بالوفاء وان لم يستجى بطلقت عليه القواعد العامة التي تكفل حقوق المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين ، وتطبيقا لهذه القواعد فإن البائع يستطيع أن يجبر المشتري على الوفاء بالثمن عن طريق التنفيذ على أمواله بما فيها المبيع ذاته، بعد أن أصبح مملوكا للمشتري، وهو صاحب حق امتياز على المبيع يجعله مفضلا على غيره من دائني المشتري - حق امتياز بائع المنقول م 997 ق م ج - إذا كان المبيع عقارا له - حق امتياز بائع العقار م 999 ق م ج -، إذا كان المبيع منقولا، ويكون للبائع بجانب الحق في التنفيذ الجبري مع مباشرة الحق في الامتياز، أن يحبس المبيع تحت يده، فلا يسلمه للمشتري حتى يوفى منه كامل الثمن، ويكون له أن يطلب أيضا فسخ المبيع لإخلال المشتري بالوفاء بالثمن.

الفرع الأول: التنفيذ الجبري

إذا أخل المشتري بالتزامه بالوفاء بالثمن أي لم يقم بوفائه اختياريا عند استحقاقه، كان للبائع أن يقوم بعد إعداره وذلك بالحجز على أمواله والتي هي ضامنة لديونه وذلك وفقا لنص المادة 188 ق م ج : **أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه** ، بما فيها المبيع وبيعها جبرا بالمزاد العلني وفقا للإجراءات التي ينص عليها قانون إ.م.و.د في باب التنفيذ الجبري، و استيفاء دينه من الثمن الذي تم به البيع في المزاد.

ومن أهم الضمانات التي يتمتع بها البائع للوصول على الثمن و ملحقاته ما قرره المشرع من حق امتياز على المبيع يخوله استيفاء حقه من قيمته بالأولوية على غيره من الدائنين.

و الحكمة من ذلك أن البائع هو صاحب الفضل في دخول المبيع في ذمة المشتري، ولذلك يكون من العدل منحه الأولوية في استيفاء حقه من قيمة المبيع، وللبيع هذا الامتياز سواء كان المبيع منقولا أم عقارا.

الفرع الثاني: ححبس المبيع

تقضي القواعد العامة بأنه يجوز لكل من المتعاقدين، في العقود الملزمة لجانبين ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما لتزم به، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ الذي يعد تطبيق للحق في الحبس وفي هذا تنص المادة 200 ق م ج : **لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين. أو ما دام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا** ، وفي هذا الصدد تنص المادة (390) من ق.م.ج. على ما يل: " إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال، جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة هذا ما لم يمنحه البائع أجلا بعد انعقاد المبيع.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

- يجوز للبائع كذلك أن يمسك المبيع و لو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن، إذ سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لمقتضيات المادة (211) من ق.م.ج.

وطبقاً لهذه النصوص فإن حق البائع في حبس المبيع يثور في الحالات التالية :

- * إذا كان دفع الثمن واجبا وقت تسليم المبيع و لم يوف المشتري به و كان هذا المبيع في يد البائع فله أن يمتنع عن تسليمه أي حبسه .
- * أو كان دفع الثمن واجبا قبل تسليم المبيع.

* أما إذا كان دفع الثمن واجبا بعد تسليم المبيع فلا يحق للبائع أن يحبس المبيع ، إلا إذا سقط حق المشتري في الأجل لسبب من الأسباب المذكورة في المادة (211): "" كشهر إفلاس المشتري أو إفساره أو إذا أضعف المشتري بفعله ما أعطى للبائع من تأمين خاص، أو إذا لم يقدم المشتري للبائع ما وعد به بتقديمه من التأمينات "".

ويلاحظ أن حق البائع في حبس المبيع هو تطبيق محض للقواعد العامة في الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين و هو لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق في عقد البيع على حرمان البائع من الحق في الحبس.

و أحكام حبس المبيع هي ذاتها أحكام الحق في الحبس في القواعد العامة.

إن الحق في الحبس لا يتجزأ أو لو كان المبيع قابلاً للتجزئة، إذ لا يجبر البائع على تسليم بعض المبيع للمشتري مقابل الوفاء بجزء من الثمن، ومادام المشتري يستحق المبيع و ثمراته إذ كان منتجاً للثمرات، فإن البائع يستحق الثمن و فوائده و على البائع أن يحافظ على المبيع أثناء حبسه و التزامه بالمحافظة عليه هو التزام ببذل عناية حبس نص المادة (201) من ق.م.ج فإذا بذل البائع في المحافظة على المبيع عناية الرجل العادي، و هلك المبيع رغم ذلك، فإنه يهلك على المشتري ما لم يكن تلفه قد وقع بسبب البائع و هذا حسب نص المادة (391) من ق.م.ج "" إذا تلف المبيع في يد البائع وهو ماسك له ، كان تلفه على المشتري، ما لم يكن أتلفه قد وقع من فعل البائع "".

ويسقط حق البائع في الحبس في الحالات التالية:

- إذا زال سببه.
- إذا قام المشتري بوفاء الثمن.
- إذا تنازل عنه البائع صراحة أو ضمناً.

الفرع الثالث: فسخ البيع

إذا لم يتم المشتري بدفع الثمن كان للبائع طلب فسخ البيع بتطبيق للقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين و التي نصت عليها المادة (2/119) من ق.م.ج و للفسخ أنواع هي:

الفسخ الإتفاقي: وقد يتضمن عقد البيع اتفاقا صريحا على فسخ البيع عند عدم الوفاء بالثمن و هذا الاتفاق يجرّد القاضي من سلطته التقديرية فالفسخ في هذه الحالة يكون إتفاقيا، ويكون حكم القاضي في هذه الحالة مقررا و ليس منشئا المادة (120) من ق.م.ج.

مثلا ينص في العقد على أنه في حالة التأخر في سداد القسط الأول، يحق للبائع فسخ العقد و يكون ما دفعه المشتري حقا للبائع وهنا يعتبر البيع مفسوخا من تلقاء نفسه إذا لم يوف المشتري بالثمن عند استحقاقه- دون حاجته لحكم قضائي - فقط يشترط القانون اعذرا المشتري .

الفسخ القضائي: إن هذا الفسخ لا يتم إلا بناء على حكم قضائي يصدر بناء على طلب البائع بعد قيامه بإعذار المشتري بالوفاء بشرط أن يكون البائع قد قام بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد البيع أو مستعدا لتنفيذها، ويكفي لطلب الفسخ أن يتخلف المشتري عن دفع الثمن كله أو بعضه سواء كان ذلك في بيع العقار أو المنقول.

فقد يقضي القاضي بالفسخ إذا رأى مبررا لذلك، أي إذا كانت الظروف تبرر أن البائع مهددا بضياح حقه سواء في المبيع أو الثمن وقد لا يرى القاضي مبررا للفسخ إذا كان المشتري قد دفع أكثر الثمن و لم يبق إلا القليل، أو كان في ظروف سيئة منعتة من دفع الثمن، ويتوقع تحسن هذه الظروف سريعا تم الوفاء بالتزامه ففي هذه الأحوال يرفض القاضي طلب الفسخ و يمنح المشتري مهلة لدفع الثمن كله أم الباقي منه، وهذه المهلة يقدرها القاضي حسب الظروف⁽¹⁾.

الفسخ القانوني: وهو فسخ من نوع خاص جاء به المشرع في عقد البيع وفيه متى تم تعيين أجل لدفع الثمن وتسلم المبيع وتأخر المشتري عن الوفاء فهنا البيع يعتبر مفسوخا وجوبا لمصلحة البائع دون اعذار أو حكم قضائي أو أي إجراء آخر هي حالة بيع العروض و المنقولات.

هذا الحكم جاءت به المادة (392) من ق.م.ج "" في بيع العروض و غيرها من المنقولات إذا عين أجل لدفع الثمن و تسلم المبيع، يكون العقد فسخا وجوبا في صالح البائع ودون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل و هذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك ""

و الحكمة من النص المشار إليه سلفا هي تسهيل التعامل في المنقولات و البضائع بسبب تقليص أسعارها أضف إلى ذلك أن هذه البضائع و المنقولات معرضة للتلف بمرور الوقت وأيضا حتى لا يترك البائع مرتبطا بالبيع مدة طويلة لإتمام إجراءات الحكم بالفسخ فيما لو تأخر المشتري عن الوفاء بالثمن.

ومن خلال هذه المادة نستنتج شروط معينة لتطبيق هذه الحالة:

(1) عبد الحميد الشواربي ، فسخ البيع في ضوء الفقه و الفضاء ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص 66.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

- أن يكون المبيع من المنقولات أيا كان نوعها، كالسلع و البضائع و الأسهم و السندات ويستوي أن يكون المنقول معينا بذاته أو بنوعه، وسواء كان المنقول بطبيعته أو بحبس المال كالثمار التي حان قطفها ، ولا ينصرف إلى المنقول المعنوي، لا ينصرف كذلك إلى العقارات.
- أن يكون هناك اتفاق على ميعاد واحد لدفع الثمن و تسلم المبيع أي أن يكون المبيع مؤجل
- أن يتأخر المشتري عن الوفاء بالثمن في الموعد المحدد، لكن بشرط ألا يكون تخلفه عن الدفع قد جاء استعمالا لحقه في الحبس نتيجة تقصير البائع في الوفاء بالتزاماته.⁽¹⁾
- أن يتمسك البائع بالفسخ لأنه أمر مقر إقامته، أما المشتري فلا يجوز له التمسك بذلك ، باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه.
- و أخيرا أن الحكم الوارد هنا ليس من النظام العام أي يجوز مخالفته بالاتفاق على خلافه.

⁽¹⁾ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص433.

المبحث الثاني: التزام المشتري بدفع نفقات وتكاليف المبيع.

إن المشرع الجزائي بالإضافة إلى التزام المشتري بالوفاء بالثمن جعل من عقد البيع يرتب آثاراً أخرى وهي إلزامه بتحمل نفقات البيع وذلك طبقاً لنص المادة 393 ق م ج وأيضاً التزامه بتحمل تكاليف المبيع من يوم انعقاد البيع وهذا ما جاءت به المادة 389 ق م ج ، حيث نستعرض ذلك في مطلبين .

المطلب الأول: التزام المشتري بتحمل نفقات البيع

تنص المادة 393 ق م ج على : إن نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك.

يتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشتري يتحمل لوحده نفقات البيع ما لم توجد نصوص تقضي بغير ذلك وبذلك يستبعد الاتفاق الذي قد يقع بين الطرفين لتقاسم الأعباء الخاصة بعقد البيع.

و النفقات هنا أشار المشرع إلى أهمها وهي نفقات التسجيل – تسجيل العقد- والطابع ورسوم الإعلان العقاري وحقوق التوثيق.

حيث أن هذا الالتزام الذي يتحمله المشتري يشكل خروجاً عن القواعد العامة والتي من شأنها أن تلزم البائع بهذه النفقات على أساس أنها تابعة للالتزامه بنقل الملكية.

وهنا لا يجب أن نميز بين نفقات العقد السالفة الذكر وبين مصروفات تنفيذ البائع للالتزامه كتطهير العقار من الرهون المقيدة عليه ، وكذا مصروفات تحضير المستندات المثبتة للملكية ، فهذه يتحملها البائع ما لم يتفق على غير ذلك . ومرد تحميل المشتري نفقات البيع يعود إلى كونه صاحب المصلحة في إتمام العقد وانتقال الملكية له وذلك وفقاً لقاعدة الغرم بالغنم حسب رأي بعض الشراح.¹

المطلب الثاني: تكاليف المبيع.

تنص المادة 389 ق م ج على : يستحق المشتري انتفاع وإيراد الشيء المبيع ، كما يتحمل تكاليفه من يوم انعقاد البيع هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك.

يتضح من هذا النص أن المشتري إذا كان له الانتفاع من إيراد الشيء المبيع وثماره ونماؤه من يوم البيع فإنه في المقابل يتحمل تكاليف المبيع التي تنفق عليه من مصاريف الصيانة والمحافظة عليه وكذا الضرائب التي تفرض عليه بعد انعقاد البيع فإذا كان البائع قد دفعها وكانت مستحقة بعد انعقاد عقد البيع فله أن يعود على المشتري لمطالبته بها ، هذا ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف سابق بين الطرفين .

¹ عدنان سرحان، شرح احكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي، ج1 – عقد البيع- دار وائل للنشر والتوزيع عمان الاردن 2005 ص

حيث نجد أن المشرع في ما تعلق بتكاليف المبيع ترك فيها الأمر لإرادة الطرفين بحيث يعمل الاتفاق أو العرف فان لم يوجد هنا نعود إلى نص المادة 389 ق م ج أما في ما تعلق بنفقات العقد فانه غل إرادة الطرفين بحيث استبعد العرف أو الاتفاق وجعلها تقع على عاتق المشتري.

المبحث الثالث: التزام المشتري بتسلم المبيع

إذا كان البائع ملزم بتسليم المبيع للمشتري والمحافظة عليه حتى التسليم، فان المشتري ملزم بتسلم المبيع دون تأخير خاصة وان ذلك ينقص على البائع عبء المحافظة على المبيع حيث انه بمجرد إخطار البائع للمشتري أن المبيع تحت تصرفه هنا يثور التزام المشتري بضرورة تسلم المبيع. فما المقصود بتسلم المبيع وما هو زمان ومكان ونفقات تسلم المبيع وما هي الجزاءات المترتبة عن إخلال المشتري بتسلم المبيع.

هذه النقاط نتناولها في مطالب ثلاثة :

المطلب الأول: مضمون هذا الالتزام

ونعني بالالتزام المشتري بتسلم المبيع بالاستيلاء الفعلي على المبيع من قبل المشتري وهذا الاستيلاء يختلف باختلاف طبيعة المبيع.

فذا كان المبيع عبارة عن عقار فان الاستيلاء الفعلي له يتم عن طريق دخول المشتري في العقار وحيازته له وتمكنه من القيام بجميع الأعمال القانونية والمادية التي يقوم بها عادة المالك، وإذا كان المبيع عبارة عن منقول من المنقولات فيتم الاستيلاء عليه عن طريق قبضه أو بمجرد حيازته ولو كان ذلك عن طريق تسلم المفاتيح، أما إذا كان المبيع قد تم تسليمه تسليمًا حكميًا فإذا استمر المشتري في المبيع بعد إبرام البيع مع تغير صفة الحيازة فان المشتري يكون قد استولى عليه حكميًا ويقوم ذلك مقام التسلم الفعلي، وكذلك إذا استمر البائع في حيازة المبيع مع تغير نيته فان ذلك يعتبر تسلمًا حكميًا للمبيع.¹

¹ خليل احمد حسن قداة المرجع السابق ص ص 204-205 .

المطلب الثاني: زمان ومكان ونفقات تسلم المبيع

نتناول في هذا المطلب زمان ومكان تسلم المبيع في فرع أول وفي الفرع الثاني نفقات تسلم المبيع

الفرع الأول: زمان ومكان تسلم المبيع.

تنص المادة 394 ق م ج على: إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وان يتسلمه بدون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم.

من خلال نص هذه المادة يتضح لنا أن المشرع أعطى الأولوية للاتفاق أو العرف فيما تعلق بزمان ومكان التسلم، حيث انه إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع تحدد ذلك بمكان وزمان التسليم فيكون على المشتري استلام المبيع في مكان تسليمه إليه أي موطن البائع إن كان معيناً بالنوع فيخضع للفرز وهنا كما سبق القول يكون في موطن البائع أو مكان مؤسسته إذا تعلق المبيع بذلك وإذا معيناً بالنوع فمكان وجوده وقت إبرام العقد.

الفرع الثاني: نفقات تسلم المبيع.

تنص المادة 395 ق م ج على: إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك.

يعتبر هذا الحكم تطبيقاً للقواعد العامة التي تقرر بان نفقات تنفيذ الالتزام يتحملها المدين بالالتزام بالتسليم فعليه تحمل نفقاته.

والمقصود بنفقات تسلم المبيع، نفقات انتقال المشتري إلى مكان التسلم، نفقات نقل المبيع من مكان التسليم إلى مكان التسلم ونفقات نقل المبيع من مكان التسليم إلى الجهة التي يريد المشتري أن يضع فيها المبيع.

المطلب الثالث: جزاء إخلال المشتري بتسلم المبيع.

إذا لم يقيم المشتري بتنفيذ التزامه جاز للبائع وفقاً للقواعد العامة وبعد اعدار المشتري بالتسليم أن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداع المبيع على ذمة المشتري ونفقاته إن كان منقولاً وإن كان عقاراً وضعه تحت الحراسة هذا ما جاءت به المادة 271 ق م ج التي تنص على:

إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات جاز للمدين أن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداعه، فإذا كان هذا الشيء عقاراً أو ما هو معد للبقاء حيث وجد جاز للمدين ان يطلب وضعه تحت الحراسة.

وإذا كان المبيع من الأشياء التي يسرع إليها التلف أو التي تكلف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها جاز للبائع أن يستأذن المحكمة للقيام ببيع المبيع في المزاد العلني على ان يودع الثمن بالخزينة العمومية. هذا ما جاءت به المادة 1/272 ق م ج .

¹أراهية سي يوسف المرجع السابق ص 354.

الباب الثاني: آثار عقد البيع

وإذا كان للمبيع سعر معروف في السوق فلا يباع في المزاد العلني إلا إذا تعذر بيعه بالتراضي وبالسعر المتداول عرفاً وهو ما نصت عليه المادة 2/272 ق م ج.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع والمصادر:

-القرءان الكريم

-السنة النبوية الشريفة.

القوانين

-القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يوليو 2005 يعدل ويتم الأمر رقم 85/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن التقنين المدني معدل ومتمم الجريدة الرسمية العدد 44 الصادرة في 26 جوان 2005 .

-القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة في 23 أفريل 2008 .

الكتب:

01- أبو هزيم محمد عبد الله ، أحكام الثمن في عقد البيع وفق أحكام التشريع (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن 2006.

02- ابن عابدين، حاشية رد المختار، الطبعة الثانية، الجزء الرابع 1966.

03- عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون الأردني – البيع والإيجار- الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن ، 2009.

04- لسان العرب ، القاموس المحيط ، مادة (عاب) وأحكام القرآن للقرطبي 11 / 34 .

05- محمد سكااللمجالي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، الطبعة الأولى، دار ابن حزم

06- منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني (العقود المسماة البيع والمقايضة والإيجار) دون دار نشر، دون تاريخ نشر.

07- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في البيع، الجزء الرابع، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 2004.

08- أديب وهيب النداوي، شرح القانون المدني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1999.

09- الكمال بن همام ،فتحالغدير، ج 5.

10- أنور سلطان ، عقد البيع، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة في القانونين المصري واللبناني، بيروت 1980.

قائمة المصادر والمراجع

- 11- خليل احمد حسن قعادة ، الوجيز شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001
- 12- رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية سنة 2006.
- 13- سليمان مرقس، العقود المسماة – عقد البيع- الطبعة الرابعة، عالم الكتب، القاهرة 1980
- 14- سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف الاسكندرية 1973.
- 15- سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهاادات قضائية وفقهية، دار هومة الجزائر 2012.
- 16- عبد الحميد الشواربي ، فسخ البيع في ضوء الفقه و القضاء ، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- 17- عدنان سرحان، شرح احكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي، ج 1 – عقد البيع- دار وائل للنشر والتوزيع عمان الاردن 2005 .
- 18- علي نجيدة، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة 2003.
- 19- علي هادي العبيدي العقود المسماة – البيع والإيجار الطبعة الرابعة- دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن 2010 .
- 20- محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر الإسكندرية ، 1999.
- 21- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر سنة 2000.
- 22- مليكة بغاشي، قانون التوثيق الإجراءات التوثيقية الرسمية لعقد البيع، دار النعمان للطباعة والنشر ، الجزائر، سنة 2012.

الفهرس

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	العنوان
أ-ب-ج	مقدمة
	الباب الأول: ماهية عقد البيع
08	الفصل الأول : التعريف بعقد البيع وبيان خصائصه وتمييزه عن غيره من العقود.
08	المبحث الأول: المبحث الأول: التعريف بعقد البيع.
08	المطلب الأول : البيع في الشريعة الإسلامية.
09	الفرع الأول: البيع في الكتاب والسنة.
10	الفرع الثاني : البيع في الاصطلاح الفقهي.
14	المطلب الثاني: تعريف البيع في نصوص القانون المدني.
14	الفرع الأول: تعريف البيع في التقنين المدني الفرنسي.
15	الفرع الثاني : تعريف البيع في القانون المدني المصري.
17	المبحث الثاني : خصائص عقد البيع
17	المطلب الأول : العقد ملزم لجانبيين
18	المطلب الثاني: عقد البيع عقد رضائي
18	المطلب الثالث: عقد البيع من عقود المعاوضة.
18	المطلب الرابع: عقد البيع يرد على الأشياء و على الحقوق المالية الأخرى
19	المبحث الثالث : تمييز عقد البيع عن غيره من العقود
19	المطلب الأول: البيع و الإيجار
21	المطلب الثاني: البيع و الهبة
21	المطلب الثالث: البيع و المقاوله
22	المطلب الرابع: البيع و الوديعة

فهرس الموضوعات

23	المطلب الخامس :البيع و المقايضة
23	المطلب السادس :البيع و الوفاء بمقابل
25	الفصل الثانيأركان عقد البيع
25	المبحث الأول : التراضي في عقد البيع
26	المطلب الأول: وجود التراضي
26	الفرع الأول: التراضي على طبيعة العقد
26	الفرع الثاني :التراضي على الشيء المبيع
26	الفرع الثالث:التراضي على الثمن
27	الفرع الرابع: بعض الصور الخاصة بالتراضي
31	المطلب الثاني :شروط صحة التراضي
31	الفرع الأول :الأهلية
31	الفرع الثاني: خلو الإرادة من العيوب
33	المطلب الثالث :البيع الموصوفة
39	المبحث الثاني : المحل في عقد البيع
39	المطلب الأول : الشروط الواجب توافرها في المبيع
39	الفرع الأول: أن يكون المبيع موجودا و قابلا للوجود

فهرس الموضوعات

43	الفرع الثاني: أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعين
44	الفرع الثالث: أن يكون المبيع مشروعاً أي قابلاً للتعامل فيه
45	المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها في الثمن
45	الفرع الأول: أن يكون الثمن مبلغاً من النقود:
46	الفرع الثاني: أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير
47	الفرع الثالث: أن يكون الثمن جدياً لا تافهاً حقيقياً لا صورياً
50	المطلب الثالث : السبب في عقد البيع
53	الباب الثاني: آثار عقد البيع
53	الفصل الأول: التزامات البائع
53	المبحث الأول: التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع
54	المطلب الأول: نقل ملكية المنقول
54	الفرع الأول: انتقال الملكية في المنقولات المعينة بالذات
57	الفرع الثاني: المنقولات المعينة بنوعها
59	المطلب الثاني: انتقال الملكية في العقار
59	الفرع الأول : الشهر العقاري La publicité foncière
62	الفرع الثاني: التسجيل في الشهر العقاري
63	الفرع الثالث: اثر عدم التسجيل في بيع العقار في القانون المدني الجزائري
66	المبحث الثاني : التزام البائع بتسليم المبيع
66	المطلب الأول: مضمون الالتزام بالتسليم
67	الفرع الأول: كيفية التسليم
69	الفرع الثاني: مكان التسليم

فهرس الموضوعات

70	الفرع الثالث: زمان التسليم
70	الفرع الرابع: نفقات التسليم
71	المطلب الثاني: التغيرات التي قد تصيب المبيع بين البيع والتسليم
72	الفرع الأول: التغير في مقدار المبيع
75	الفرع الثاني: حالة نقص في قيمة المبيع .
75	الفرع الثالث: الدعاوى الناشئة عن أحكام الزيادة والنقصان في مقدار المبيع
76	المطلب الثالث: جزاء إخلال البائع بالتسليم
77	الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ
77	الفرع الثاني: طلب فسخ العقد
78	الفرع الثالث: طلب التنفيذ العيني
79	المبحث الثالث: التزام البائع بالضمان
79	المطلب الأول: ضمان التعرض و الاستحقاق
80	الفرع الأول: ضمان التعرض الشخصي
85	الفرع الثاني: ضمان التعرض الصادر من الغير
97	الفرع الثالث: جواز تعديل أحكام الضمان
100	المطلب الثاني: التزام البائع بضمان العيوب الخفية
101	الفرع الأول: تعريف العيب الخفي والشروط الواجب توافرها فيه
106	الفرع الثاني: آثار قيام التزام البائع بضمان العيب الخفي
109	الفرع الثالث: تعديل أحكام الضمان
110	الفرع الرابع: ضمان الصفة وصلاحيه المبيع للعمل لمدة معلومة
112	الفصل الثاني: التزامات المشتري
113	المبحث الأول: الالتزام بدفع الثمن
114	المطلب الأول: كيفية تنفيذ الالتزام بدفع الثمن
114	الفرع الأول: زمان الوفاء بالثمن
115	الفرع الثاني: مكان الوفاء بالثمن
116	الفرع الثالث: وسيلة أداء الثمن
117	المطلب الثاني: جزاء إخلال المشتري بالوفاء بالثمن
117	الفرع الأول: التنفيذ الجبري
118	الفرع الثاني: حق حبس المبيع

فهرس الموضوعات

119	الفرع الثالث: فسخ البيع
122	المبحث الثاني: التزام المشتري بدفع نفقات وتكاليف المبيع
122	المطلب الأول: التزام المشتري بتحمل نفقات البيع
123	المطلب الثاني: تكاليف المبيع
124	المبحث الثالث: التزام المشتري بتسلم المبيع
124	المطلب الأول: مضمون هذا الالتزام
125	المطلب الثاني: زمان ومكان ونفقات تسلّم المبيع
125	الفرع الأول: زمان ومكان تسلّم المبيع
125	الفرع الثاني: نفقات تسلّم المبيع
126	المطلب الثالث: جزاء إخلال المشتري بتسلم المبيع .
127	قائمة المراجع والمصادر
130	فهرس الموضوعات

