الجمهوريـــة الجزائريـــة الديمقراطيـــة الشعبيـــة

وزارة التعليـــم العالـــي والبـــحث العلمـــي

جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري

كليـــة الحقـــوق

مصلحة الدراسات العليا

المرجع : 25/ د.ع/2023.

قسنطينة في : 20 DEC. 2023

إشـــهـــاد

يشـــهد السـيد نائـب العميـد المكلـف بمـا بعـد التـدرج و البحـث العلمـي و العلاقـات الخارجيـة بجامعـة قسـنطينة 1 الاخـوة منتـوري بـأن الـدكتور كلـو هشـام أسـتاذ محاضـر - أ ، أنجـز مطبوعـة بيداغوجيـة موسـومة بـ : **محاضـرات فـي العقـود الخاصـة** الموجهـة لطلبـة السـنة الثالثـة ليسـانس ، مصـادق عليهـا مـن قبـل المجلـس العلمـي بتـاريخ 13 جـانفي 2021 و منشـورة بـالموقع الالكـتروني لكليـة الحقـوق:

fac.umc.edu.dz/droit

نائـب العميـد المكلف بالدراسات بما بعد التدرج

و البحـث العلمـي و العلاقـات الخارجيـة

نائب عميد مكلف بما بعد التدرج
والبحث العلمي والعلاقات الخارجية
أ. ربكاني الصديق

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة1 قسنطينة في :.....17 أفريل 2021.....

كلية الحقوق

المجلس العلمي

المرجع : ..17../م. م.ع/2021

مستخرج من محضر اجتماع المجلس العلمي

بتاريخ : 13 جانفي 2021

يشهد السيد رئيس المجلس العلمي لكلية الحقوق بجامعة الإخوة منتوري – قسنطينة1 بأن المجلس العلمي في اجتماعه بتاريخ 13جانفي2021 قد وافق على المصادقة على المطبوعة البيداغوجية تحت عنوان :

محاضرات في العقود الخاصة من طرف د. كلو هشام

سلم هذا المستخرج لاستخدامه فيما يسمح به القانون.

رئيس المجلس العلمي

أ. د عمارة فوزي

أ.د فوزي عمارة
رئيس المجلس العلمي
- كلية الحقوق -

الأستاذ :كلو هشام

أستاذ محاضر - أ-

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

جامعة الإخوة منتوري قسنطينة01

محاضـــرات

في

العـــقود الخـــــــــاصة

2020-2019

مقدمة

تطرقنا فيما مضى إلى نظرية الإلتزام بوجه عام وسنحاول من خلال هذه المحاضرات تطبيق أحكام هذه النظرية وقواعدها المجردة تطبيقا مفصلا على عقود معينة بالذات أطلق عليها أسماء معروفة خاصة.

وقد عنى المشرع بهذه العقود عناية كبيرة فخصص لها أبواب من 7 إلى 11 من الكتاب الثاني الذي كان بعنوان الإلتزامات والعقود.

والمقصود بالعقود الخاصة أو المسماة، عقود كثيرة التداول في الحياة العملية، حتى عرفت بأسمائها الخاصة، وذلك نحو البيع والهبة والإيجار والمقاولة والوكالة... وقد نظمها المشروع تنظيما خاصا مفصلا لما لها من أهمية بالغة في ميادين التعامل بين الناس.

والعقود المسماة تتطور من زمن إلى زمن بحسب ما يألفه الناس في التعامل فالعقود المسماة الآن قد تزيد عن العقود المسماة في السابق، إذ تظهر عقود جديدة أخذ شأنها يتعاظم في مجالات العمل، فيقوم المشرع بتنظيمها ووضع أحكام خاصة بها، وعقود أخرى قد تتزايد ولكن لم تصل بعد إلى المرتبة التي يتكفل المشرع بتنظيمها ووضع أحكام خاصة بها، وعقود أخرى قد تتزايد ولكن لم تصل بعد إلى المرتبة التي يتكفل المشرع بتنظيمها فلا يخصص لها إسما ولا أحكاما.

وهذه هي العقود غير المسماة التي تخضع في أحكامها إلى القواعد العامة في نظرية العقد (النظرية العامة للإلتزام) .

ومثل العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول لحساب الثاني شيئا على أن يعطي الأول للثاني بعد البيع مبلغا معينا، وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه (عقد النزول في الفندق، عقد التوريد، عقد بين مدير المسرح والممثل...) .

وتكييف العقد، هل هو عقد من العقود المسماة أو هو عقد غير مسمى، قد يكون في بعض الحالات مسألة دقيقة، ولا عبرة بالألفاظ التي يستعملها المتعاقدان إذا تبين أنهما اتفقا على عقد غير العقد الذي سمياه، فقد يكونان مخطئين في التكييف (وفي هذه الحالة تقوم

المحكمة بتصحيح، هذا التكييف من تلقاء نفسها دون حاجة إلى إثبات من أحد المتعاقدين)، وقد يتعمدان أن يخفيا العقد الحقيقي تحت إسم العقد الظاهر كما في الوصية يخفيها الموصى تحت ستار البيع وفي هذه الحالة كذلك يقوم القاضي بإعادة التكييف الصحيح لهذا الإتفاق).

ولعل غرض المشرع من تنظيم العقود المسماة هو تيسير معرفة الأحكام التي تسري على العقد مرتبة حسب الأولوية، ففي المرتبة الأولى يجب تطبيق النصوص الخاصة التي أوردها المشرع في هذا العقد المسمى بالذات، فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه عليها، وجب تطبيق النصوص الواردة في النظرية العامة للعقد أي تطبيق القواعد العامة.

التقسيمات المختلفة للعقود المسماة:

لقد رتب المشرع الجزائري العقود المسماة ترتيبا راعى فيه المحل الذي يقع عليه العقد.

- فهناك عقود تنصب على الملكية (الباب السابع) كعقد البيع، عقد المقايضة، الشركة، عقد القرض، وأخيرا عقد الصلح.

- وهناك عقود متعلقة بالإنتفاع بالشيء (الباب الثامن) كعقد الإيجار وعقد العارية.

- وهناك عقود واردة على العمل (الباب التاسع) كعقد المقاولة، عقد التسيير، عقد الوكالة، عقد الوديعة، عقد الحراسة.

- ثم هناك عقود احتمالية (عقود الغرر) (الباب العاشر)، كالقمار والرهان، والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين.

- وينتهي القانون المدني بعقد الكفالة، إذ هو عقد ضمان شخصي فلا يدخل في العقود المتقدمة (ويجب في الوقت ذاته أن ينفصل عن عقدي الضمان العيني وهما عقد الرهن الرسمي وعقد الرهن الحيازي) .

وعليه: سنبحث ومن خلال هذه المحاضرات العقود الخاصة (وحسب الترتيب الذي جاء به المشرع) لنبدأ بالعقود التي ترد على الملكية، فهذه الأخيرة هي موضوع هذا السداسي، وسنبحث العقود الواردة على الملكية: 1- عقد البيع. 2- المقايضة...

فإذا ما أنهينا هذه العقود، نبحث العقود المسماة الأخرى.

بالنسبة إذن للعقود الواردة على الملكية تنتظمها خصائص مشتركة، ففيها جميعا يلتزم أخد المتعاقدين بنقل ملكية شيء إلى المتعاقد الآخر، ويلتزم في الوقت ذاته بتسليم هذا الشيء وبضمان التعرض والإستحقاق والعيوب الخفية، أما المتعاقد الآخر فيلتزم من جهته بدفع المقابل الذي تعهد به في نظير الشيء الذي انتقلت ملكيته إليه إذا كان هناك مقابل.

ثم ينفرد بعد ذلك كل عقد من هذه العقود بخصائصه الذاتية، فعقد الهبة له خصائصه وعقد....

ولما تطرقنا سابقا (سنة أولى) للقواعد العامة لنظرية الإلتزام فلا نطيل القول في صدد العقود المسماة فيما هو مجرد تطبيق لهذه القواعد بل نقتصر على الإشارة إليها، أما الذي نقف عنده في العقد المسمى، فهو ما يتميز به هذا العقد بالذات من قواعد خاصة به تبرز ذاتيته.

وسنبحث العقود الواردة على الملكية، ونبدأ بأهمها على الإطلاق وهو الأكثر شيوعا: عقد البيع.

طبيعة القواعد المنظمة للعقود المسماة:

الأصل في القواعد المنظمة للعقود المسماة أنها قواعد مكملة إذ أن المشرع لما وضع الأحكام النموذجية للعقود المسماة ونظمها لم يكن ليصادر مبدأ سلطان الإرادة ولا حرية المتعاقدين في تنظيم تعاملهما على الوجه الذي يريدانه، فلو أنهما في بعض المسائل التي نظمها المشرع يريدان حلولا أخرى غير تلك التي وضعت فلهما ذلك، لكن بشرط أن لا تكون هذه المسائل من النظام العام، فإذا كانت كذلك تدخل المشرع بنصوص آمرة (مثال الشكلية في العقود الشكلية) .

ذلك أن محل الإلتزام إما أن يكون إعطاء شيئا أونقل حق عيني القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل ، والملتزم بموجب العقد إما أن يأخذ مقابلا لما أعطى أو لا يأخذ.

فإذا كان محل الإلتزام ملكية شيء، ولم يأخذ مقابلا فالعقد هبة، أما إذا أخذ مقابلا فالعقد بيع أو مقايضة، ويكون عقد شركة إذا كان المقابل حصة في شركة.

وإذا كان المحل هو مجرد الإنتفاع بالشيء ولم يأخذ الملتزم مقابلا فالعقد عارية، وإذا أخذ مقابلا فالعقد إيجار ... وهكذا.

فصل تمهيدي:

مـــــاهية عقـــد البيـــــع

المبحث الأول:

التعريف بعقد البيع وخصائصه

لقد أوردت المادة 351 من ق م ج تعريفا لعقد البيع على الوجه الآتي: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

ويستخلص من هذا التعريف مايلي:

1- أن البيع عقد ملزم للجانبين: إذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري الشيء أو الحق المالي آخر ويلزم المشتري في مقابل ذلك أن يدفع ثمن نقدي فكل منهما دائن ومدين في الوقت ذاته.

2- أن البيع من عقود المعاوضة: فالبائع يأخذ الثمن مقابلا للمبيع والمشتري يأخذ المبيع مقابلا للثمن.

3- أن البيع عقد رضائي: إذ لم يشترط القانون لإنعقاده شكلا خاصا فهو ينعقد بمجرد تراضي المتبايعين هذا كقاعدة عامة. فقد يخرج المشرع عن ذلك بنص صريح ليستلزم أن يكون رسميا كما هو الحال في بيع العقار (المادة 324 مكرر من ق م ج).

4- البيع يرتب التزام في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع أو أي حق مالي آخر[1]: وما يلاحظ هنا أن المبيع لا يقتصر على ملكية الشيء، بل يجاوز الملكية إلى غيرها من الحقوق المالية الأخرى، والحقوق المالية هي: حق شخصي، حق عيني وحق معنوي. وعليه يمكن بيع

[1]-أنور جبر،إنتقال الملكية العقارية بالبيع،منشأة المعارف،الإسكندرية، 2011،ص66.

الحق الشخصي عن طريق التنازل عن الحق الشخصي ومثاله حوالة الحق بمقابل نقدي (المادة 239 ق م ج) في باب انتقال الإلتزام [مثاله: شخص (أ) له دين مع (ب) و (ج) يريد شراء شيء من (أ) فيقوم (أ) بحوالة حقه (مقابل نقدي) إلى ج)].

- كما يمكن وفقا للمادة 351 ق م ج بيع الحق العيني خاصة الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية وما يتفرع عنها من حقوق كحق الإنتفاع وحق الإرتفاق في صورة تقرير الحق [مثال لحق الإرتفاق على أرضين صاحب الأرض (أ) يقر حق الإرتفاق لـ(ب) بموجب عقد بيع ومقابل نقدي[2].]

- ودائما وفقا لنص المادة فإن الحق المعنوي يجوز بيعه، كحق المؤلف، حق الفنان، حق الملكية الأدبية والصناعية، فهذه كلها يمكن بيعها.

5- الثمن النقدي: فنقل ملكية الشيء والحق المالي يجب أن يتم مقابل ثمن نقدي يلتزم المشتري بأدائه، فالثمن عنصر أساسي في عقد البيع، فإذا كان هناك التزام بنقل الملكية دون ثمن لا يكون العقد بيع بل هبة، والثمن يجب أن يكون مبلغا من النقود لأن التزام المشتري بأداء آخر غير النقود لا يكون العقد بذلك بيعا بل مقايضة.

ومنه فإن عقد البيع يتضمن

- إلتزام بنقل الملكية.
- إلتزام بدفع الثمن النقدي.

وهما أهم خصائص عقد البيع لأنهما يميزانه عن باقي العقود الأخرى.

- ملاحظة: ما يلاحظ من خلال تعريف عقد البيع أنه ذكر بأن البيع عقد ينشئ التزاما بنقل الملكية.

[2] محمد حسنين،عقد البيع في القانون المدني الجزائري،د.م.ج، 2000،الجزائر ،ص 10.

وهناك من الفقه من عقب حيث قال أن هذا التعريف لا ينبئ عن أهم أثر يترتب على البيع في الوقت الحالي وهو انتقال الملكية بمجرد العقد.

- وغير أن الملاحظة أن انتقال الملكية ليس أثر لعقد البيع ذاته وإنما هو أثر للإلتزام بنقل الملكية الذي ينشئه عقد البيع.

وإذا نظرنا إلى المادة 165 من ق م ج التي تنص على: "الإلتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الإلتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم" .

إذن فجعل الإلتزام ينقل الملكية هو الذي ينقلها أدق من قولنا أو إسناد هذا الأثر إلى عقد البيع.

فلو لم يكن محل الإلتزام شيئا معينا بالذات ويملكه الملتزم فإن العقد سيبقى بيعا، وهو مع ذلك لا ينقل الملكية وإنما ينشئ التزاما بنقلها.

المبحث الثاني

تمييز عقد البيع عن العقود الشبيهة به

رأينا فيما سبق أن أهم خصائص عقد البيع نقله للملكية في مقابل ثمن نقدي، وهذه الخصائص وحدها تكون عادة كافية للتمييز بين البيع وباقي العقود، فكونه معاوضة يميزه عن عقد الهبة الذي هو تبرع وليس معاوضة لكنه ناقل للملكية، وكونه ناقلا للملكية يميزه عن عقد الإيجار الذي لا ينقل الملكية للمستأجر، بل يقتصر على أن يرتب له حقا شخصيا في ذمة المؤجر للإنتفاع بالعين، وكون المقابل في المقايضة ليس من النقود، فهو يتميز عن البيع الذي يكون المقابل نقود.

ومع ذلك فقد يلتبس عقد البيع بهذه العقود ذاتها أو بعقود أخرى فيصعب التمييز بينها، ومثال ذلك:

1- التمييز بين البيع والإيجار.

(أولا نشير أنه يحدث كثيرا في الحياة العملية بسبب الحرية التي منحها القانون للناس في إنشاء ما يريدون من العقود في حدود النظام العام والآداب أن تظهر عقود تشترك بين البيع وغيره من العقود المعروفة فيقوم الشك حول نوع العقد وإن تحديد نوع العقد يجب أن يؤخذ فيه بالمعنى المقصود من العقد الحقيقي وليس بالوصف الذي يطلقه عليه المتعاقدان لأنهما قد يتعمدان ذلك وقد يكونان على جهل والقاضي هنا دوره هو تقصي الوصف الصحيح)

بالنسبة للبيع والإيجار يمكن التمييز بينهما على أساس الغرض، فإذا كان الغرض من الأول هو نقل الملكية أو الحق المالي، فإن الإيجار يهدف إلى تمكين المستأجر من الإنتفاع بالشيء المؤجر لمدة معينة مقابل بدل يلتزم بأدائه إلى المؤجر الذي تظل له ملكية الشيء.

ومع ذلك يمكن تصور فرضين يصعب فيهما التمييز بين البيع والإيجار وهما:

1- حالة النزول عن الثمار أو المنتجات: ومثالها أن يتعاقد مالك العقار (الأرض) أن ينزل عن ثمار أرضه أو منتجاته إلى الغير في مقابل نقدي، فهل هذا العقد بيعا لهذه المنتجات أو إيجار للأرض ذاتها؟.

للإجابة عن هذا التساؤل يقتضي الأمرالتمييز بين المنتجات والثمار:

أ- المنتجات (produits): وهي ما ينتج عن الشيء بصفة غير دورية، مع انتقاص هذه المنتجات، بل إن مصيرها إلى النفاذ ومثالها: المعادن والأحجار، والفحم والبترول التي تستخرج من المحاجر والمناجم. وقد قيل أن العقود التي ترد على المنتجات فهي عقود بيع إذ تقع على المنتجات ذاتها لا على منفعة متجددة.

ب- الثمار (fruits): وهي ما تغله الأرض بصفة دورية متجددة دون أن تنقص شيئا من الأصل. كالمزروعات المختلفة والحاصلات، فهي تعتبر ثمرات لأنها تتجدد في أوقات دورية، وقد قيل هنا كذلك أن العقد الذي يرد على الثمار هو إيجار إذ يقع على منفعة الأرض المتجددة التي لا تنفذ.

لكن هذا في الغالب لأنه لا توجد قاعدة هنا فقد لا يصدق في بعض الحالات، فقد يبيع صاحب الأرض المحصول (الثمار) الناتج منها وهو لا يزال في الأرض، فيكون العقد بيعا لهذا المحصول لا إيجارا للأرض، وفي هذه الحالة الغالب ألا يسلم البائع الأرض للمشتري بل يسلم له المحصول فقط، وتكون مصروفات الزراعة على صاحب الأرض لا على المشتري، أما الحالة الأخرى فهي في الإيجار الذي في الغالب تسلم الأرض للمستأجر للإنتفاع بها، وتكون مصروفات الزراعة على المستأجر لا على صاحب الأرض.

لكن لا يوجد ما يمنع من أن تكون مصروفات الزراعة أو بعضها في الإيجار على صاحب الأرض لا على المستأجر، ولا أن تكون هذه المصروفات على المشتري لا على صاحب الأرض.

فالعبرة إذن بنية المتعاقدين، هلى أرادوا بيعا أو إيجارا، ويمكن أن تتخذ الظروف الخارجية كقرائن على هذه النية (مثالها المصروفات) وقاضي الموضوع هو الذي

يستخلص من هذه القرائن ومن غيرها دلالة نية المتعاقدين. فقد يؤجر صاحب المنجم أو المحجر منجمه أو محجره ليستغله المستأجر في مقابل أجرة دورية فيكون العقد إيجارا لا بيعا وتسري أحكام الإيجار.

هذا ويراعى دائما في التكييف القانوني للعقد أن البيع ينشئ التزامات بنقل الملكية، أما الإيجار فإنه ينشئ إلتزاما بعمل هو تمكين المستأجر من الإنتفاع يالعين المؤجرة.

2- حالة البيع الإيجاري: حيث قد يوصف أنه إيجار حتى إذا واضب المستأجر على دفع الأجرة لمدة معينة إنقلب العقد بيعا واعتبرت الأجرة أقساطا للثمن.

وإذا تخلف المستأجر عن دفع الأقساط في ميعادها وجب عليه رد الشيء ويحتفظ المتعاقد الآخر بالأقساط التي تسلمها، لأنها كانت تعد بدل الإيجار.

والبيع الإيجاري مرتبط بفكرة البيع بالتقسيط. والفرق بينهما أن ملكية الشيء المبيع في البيع بالتقسيط تنتقل إلى المشتري فور الإتفاق، أما البيع الإيجاري ففيه لا تنتقل الملكية إلا بعد تسديد الأقساط المتفق عليها في المهلة المحددة.

وكثيرا ما يلجأ إلى البيع الإيجاري بقصد حماية البائع طيلة المدة التي تدفع فيها الأقساط إذ يظل المشتري أمامه مستأجرا وبالتالي لا يستطيع نقل ملكية الشيء إلى الغير، كما تظل الملكية على إسم البائع إلى حين الوفاء بكل الأقساط.

والفقهاء يعارضون فكرة أن يكون العقد في الأول إيجارا ثم يتحول في النهاية إلى عقد بيع، لأنه لا يمكن تطبيق أحكام كل من عقد البيع وعقد الإيجار على عقد واحد وفي الوقت نفسه[3].

وبناء على ذلك فقد فصل المشرع الجزائري في هذا الخلاف واعتبر العقد في هذه الحالة بيعا لا إيجارا علق فيه إنتقال الملكية على دفع الأقساط وحتى لو أعطوه صفة الإيجار.

[3].علي فيلالي،الإلتزامات ،النظرية العامة للعقد،موفم للنشر،2001،ص7،8،9،10

النص القانوني: المادة 363 ق م ج تنص على ما يلي:

"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.

- فإذا كان الثمن يدفع أقساطا، جاز للمتعاقدين أن يتفقا 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 363 .

- وإذا وفى المشتري جميع الأقساط، يعتبر أنه تملك المبيع من يوم البيع .

- تسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة حتى ولو أعطى المتعاقدان للبيع صفة الإيجار.

البيع بالتقسيط: فحسب هذه المادة فإنه يمكن لشخص ما أن يبيع عينا معنية بثمن مؤجل واجب الدفع في ميعاد معين أو بثمن مقسط أقساطا متساوية، ويشترط البائع فيه أن انتقال الملكية تكون معلقة بشرط واقف هو الوفاء بالثمن المؤجل (بالأقساط) وهذا بغض النظر إذا ما سلم الشيء أو لم يسلمه.

وفي هذه الحالة (البيع بالتقسيط) الملكية تنتقل إلى المشتري معلقة على شرط واقف فإذا تحقق الشرط وهو دفع الأقساط (وهو الأمر العادي) فإن الملكية تكون قد انتقلت للمشتري منذ وقت العقد (تطبيقا للأثر الرجعي للشرط الواقف).

فالمشتري وحتى قبل تحقق الشرط يكون مالكا للمبيع (بالأدق له حيازة المبيع) وبذلك فيمكنه التصرف في هذه الملكية فيجوز له أن يبيعها أو أن يرهنها.

(ملاحظة: إذا تصرف المشتري في المبيع كذلك يكون تحت شرط واقف فالمشتري الذي يبيع المبيع أو يرهنه فإن المشتري الآخر يكون تحت شرط واقف إذا كان يعلم بأن المشتري مالك تحت شرط وبذلك إذا زالت الملكية زالت كذلك للمشتري الثاني) .

- أما إذا تخلف الشرط، وتأخر المشتري عن دفع الثمن فإن ملكية المشتري التي كانت معلقة على شرط واقف تزول بأثر رجعي لعدم تحقق الشرط، وتعود الملكية إلى البائع منذ البداية إذ أن البيع يعتبر كأن لم يكن ولا يحتاج البائع في ذلك إلى حكم بزوال البيع (بفسخه).

(إذا كان المبيع منقولا –كما هو الغالب- وتصرف فيه المشتري تصرفا باتا لمشترٍ حسن النية لا يعلم أن ملكية المشتري معلقة على شرط واقف فقد تملكه المشتري من المشتري يكون تملكا باتا بموجب الحيازة فالحيازة بحسن نية سند المالك) .

- ففي حالة عدم الدفع للأقساط إذن فالملكية تعود للبائع بأثر رجعي (إذا لم تستهلك) كما للبائع أن يطالب المشتري بتعويض (ويغلب أن يكون قد اشترط عليه ذلك في العقد) سواء بكل أو بعض الأقساط التي يكون قد استوفاها وللقاضي أن ينقص من هذا التعويض حسب الحالة.

(إذا أفلس المشتري لم يستطيع البائع أن يسترد الشيء المبيع من التفلسة لأن المشتري أفلس وهو لا يزال يدفع الأقساط للبائع، وبذلك فالمشتري مازال له الملكية للمبيع وكذلك في حالة الحجز الموقع من دائني المشتري على المبيع، فإن للبائع حق امتياز على العين يتقدم على دائني المشتري كذلك فاللبائع أن يفسخ البيع).

في البيع بالتقسيط وقبل تحقق الشرط يكون المشتري مالكا للمبيع تحت شرط واقف، والبائع مالك تحت شرط فاسخ، ولا يمنع من وقف ملكيته أن يكون قد تسلم المبيع، فالذي انتقل إليه بالتسليم هو حيازة المبيع، أما الملكية فانتقلت إليه بالبيع موقوفة ولكن مع ذلك لا يمنع المشتري من أن يتصرف في هذه الملكية الموقوفة، ويكون تصرفه أيضا معلقا على شرط واقف فيجوز له التصرف فيها بالبيع والرهن ويكون المشتري مالكا على شرط واقف، كما يكون للمرتهن رهن معلق على شرط واقف.

(ما يلاحظ أن البيع لو كان باتا غير معلق على شرط واقف وتأخر المشتري عن دفع الثمن جاز للبائع أن يطلب فسخ البيع ولكن هذه الصورة تختلف عن الصورة التي نحن بصددها في أمرين:

1- الملكية في البيع البات تنقل إلى المشتري ملكية باتة، أما في البيع المعلق على شرط واقف فلا تنتقل إلا معلقة على هذا الشرط.

2- أن الملكية الباتة التي انتقلت في البيع البات لا تنفسخ من تلقاء نفسها بمجرد عدم الوفاء بالثمن بل لا بد من حكم بالفسخ والقاضي غير مجبر على الفسخ بل له أن يمهل مهلة للمشتري وفقا لقواعد الفسخ أما البيع المعلق على شرط واقف فمجرد تأخر المشتري في الوفاء بالثمن يعتبر تخلفا للشرط، فيعتبر البيع كأن لم يكن دون حاجة إلى حكم وفقا للقواعد المقررة في الشرط.[4]

للبائع في حالة عدم دفع الأقساط أن يطالب بتعويض ويغلب أن يكون قد اشترطه في العقد وهو احتفاظه بكل أو بعض الأقساط التي يكون قد استوفاها ويعتبر هذا الشرط شرطا جزائيا وأهم أحكام الشرط الجزائي أنه يجوز للقاضي تخفيضه إذا كان مبالغا فيه، ويكون مبالغا فيه إذا كان المشتري قد وفى بعدد كبير من الأقساط بحيث يكون احتفاظ البائع بها يزيد كثيرا عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم استيفائه الباقي من الثمن وفي هذه الحالة يحكم للقاضي بإرجاع بعض هذه الأقساط للمشتري ويحتفظ البائع من الأقساط التي استوفاها مما يكفي لتعويض نفسه.

(- المادة أشارت إلى التخفيض فقط لكن قد يحدث أحيانا أن يكون البائع قد استوفى أكثر الأقساط ثم يفسخ البيع لعدم التسديد (قسط أخير) فيحتفظ بها البائع كلها وبأخذ الشيء المبيع كذلك، فهذا عنت على المشتري كان للقاضي إمكانية دفعه إذا خفض من الشرط الجزائي أن يرد للبائع بعض هذه الأقساط لأنه في هذه الحالة يمكن للبائع بدلا من الفسخ المطالبة بالتنفيذ العيني ليأخذ ما بقي من الأقساط).

- ويبدو أنه ما دام جائز التخفيض تبعا لجسامة الضرر فإن وجود الضرر نفسه يكون شرطا لاستحقاق البائع أي جزء من الأقساط المدفوعة، فإن لم يصبه أي ضرر وجب عليه رد كل الأقساط أو بعضها.

[4].عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء الأول،مصادر الإلتزام،بيروت،1973،ص7.

البيع بالتقسيط شرط واقف بالنسبة للمشتري وهو دفع الأقساط وهو شرط فاسخ بالنسبة للبائع وهو عدم دفع الأقساط.

البيع الإيجاري: حيث يُخفى البيع بالتقسيط تحت ستار الإيجار فيسمى البيع إيجارًا وغرضه من ذلك ألا تنتقل ملكية المبيع بمجرد العقد، حيث يصف المتعاقدان العقد بأنه إيجار، ويصفان أقساط الثمن بأنها هي الأجرة مقسطة، ويتفقان على أنه إذا وفى المشتري بهذه الأقساط انقلب الإيجار بيعا وانتقلت ملكية المبيع باتة إلى المشتري لكن من تاريخ دفع آخر قسط.

وفي هذا فائدة وتحصين للبائع من جهتين:

1- فهو وصف البيع بأنه إيجار، وسلم المبيع للمشتري على اعتباره مستأجرا، فإذا تصرف فيها وهو لا يزال مستأجرا أي قبل الوفاء بكل الأقساط (بالثمن) فقد ارتكب جريمة التبديد أو خيانة الأمانة.

2- فهو كذلك (البائع) قد أمّن نفسه من شر إفلاس المشتري إذ لو أفلس وهو لا يزال مستأجرا فإن المالك (البائع) للمبيع لا يزال مالكا للمبيع ملكية باتة فيستطيع استرداده من المشتري.

(إذا هلك المبيع بسبب أجنبي في يد المشتري فإنه يهلك على مال البائع ويتوجب في ذلك أن يعتبر العقد إيجارا إذ البائع يكون مؤجرا فهو المالك للشيء فيهلك عليه.

- كذلك إذا كان البيع علقت الملكية فيه على شرط واقف فالهلاك يكون على البائع، حتى لو تم تسليم الشيء المبيع فهلك بعد التسليم ويتحقق ذلك في صورتين عمليتين البيع بالتقسيط والبيع بالتجربة)

- لكن بالرغم من تذرع المتعاقدين بعقد الإيجار يستران به البيع، فإن الغرض الذي يرميان إلى تحقيقه واضح، فقد قصدا أن يكون الإيجار عقدا صوريا يستر العقد الحقيقي وهو البيع بالتقسيط والثمن الحقيقي إنما هو الأقساط التي يسميانها أجرة.

ومن ثمة قضت الفقرة الرابعة (4) من المادة 363 ق م ج بأن أحكام البيع بالتقسيط تسري على العقد ولو سمى المتعاقدان البيع إيجارا، ويترتب على ذلك أن الإيجار الساتر للبيع يعتبر بيعا محضا وتسري أحكام البيع بالتقسيط المبينة في المادة 363 وأهمها:

- أن الملكية تنتقل منذ إبرام العقد معلقة على شرط واقف .

- إذا تصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بكل الأقساط لا يعتبر مبددا.[5]

- إذا أفلس المشتري لم يستطع البائع استرداد المبيع من التفلسة .

الإيجار المقترن بوعد بالبيع: فقد لا يتحدث المتعاقدان عن البيع أصلا في عقد الإيجار فيصدر العقد على أنه أيجار محض، ولكنه مقترن بوعد بالبيع من المؤجر إذا أبدى المستأجر رغبته في الشراء خلال مدة الإيجار ففي هذا العقد يعقد المتعاقدان إيجارا جديا فيؤجر دارًا أو سيارة لآخر لمدة معينة بأجرة تدفع أقساطًا ويُعد المالك المستأجر بالبيع إذا هو أبدى رغبته في شرائها خلال مدة الإيجار ويكون للعين الموعود ببيعها ثمن جدي مستقل عن أقساط الإيجار، ويتناسب هذا الثمن مع قيمة العين وتكون الأقساط التي يدفعها المستأجر هي أقساط لأجرة حقيقية وليست أقساط الثمن ففي هذا الفرض يكون العقد إيجارا لا بيعا بالتقسيط.[6]

فإذا ما أبدى المستأجر رغبته في شراء العين، انتهى عقد الإيجار، وتم عقد البيع بنقل الملكية إلى المشتري من وقت ظهور الرغبة ولا يستند بأثر رجعي إلى وقت الإيجار وزال بذلك التزام المستأجر بدفع الأقساط الأجرة وحل محله التزام المشتري بدفع ثمن المتفق عليه

- البيع والإيجار البيع والمقايضة البيع والهبة البيع والوصية.

---

[5].علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 34.

[6]عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص9.

التمييز بين عقد البيع وعقد المقايضة

النصوص القانونية

- المادة 413 ق م تنص على ما يلي:"المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل الآخر على سبيل التبادل ملكية مال عين النقود" .

- المادة 414 ق م تنص على ما يلي "إذا كانت الأشياء المتقايض فيها مختلفة القيم في تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود".

- المادة 415 ق م تنص على مايلي: "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح فيه طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايض عليه".

القاعدة أن البيع يتم فيه نقل الملكية بمقابل ثمن نقدي بينهما المقايضة يتم فيه نقل الملكية مقايضة شيء بشيء .

والمقايضة ليست فحسب مبادلة حق للملكية بحق ملكية آخر إنما قد تكون مبادلة حق عيني أو حق شخص بالملكية أو بأي حق عيني أو حق شخصي أو معنوي آخر كمبادلة حق الإنتفاع في منزل بحق انتفاع في أرض أو مبادلة حق ارتفاق بحق شخصي أو معنوي فيجب في المقايضة أن تكون مبادلة حق بحق والقاعدة أن كل ما يمكن بيعه يمكن المقايضة به.

ولا بد أن تكون المقايضة مبادلة حق غير نقدي فلا تدخل النقود في عقد المقايضة وهذا ما يميزها عن عقد البيع.

لكن قد تدخل النقود كمعدلة في عقد المقايضة لأنه إذا كانت الأشياء المتقايض فيها لها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين فإنه يجوز طبق لنص المادة 414 ق م تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلا يكون العقد مقايضة لأنه النقود ما هي إلا معدلة للعقد فنظرا إذا إلى قيمة

النقود والشيء به معا إذا كانت النقود أكبر قيمة من الشيء المقدم معها فالعقد بيع أما إذا كانت النقود أقل قيمة من الشيء المقدم معها فالعقد مقايضة.

أما إذا كان المقابل المقدم هو تبادل نقدي مقابل عيني وكان من غير الممكن معرفة الأكبر قيمة من الآخر وبذلك يصعب التساؤل عن نوع العقد هل هو بيع أو مقايضة.

وفي هذه الحالة يجب الرجوع إلى نية الطرفين ونستخلص هذه النية من وقائع وظروف التعاقد والكلمات المستعملة وعبارات في العقد مثال إذا اتفق الطرفان على أن الأحكام المتعلقة بالتزام المشتري فيما يرجع إلى الثمن مثل التزام الوفاء بالثمن وزمانه ومكانه ومن يتحمل مصاريف التسجيل وكل هذه الأحكام لا محل لسيرانها في المقايضة وعليه إذا نصب اتفاق طرفين عليها كان العقد بيعا لا مقايضة لأن في عقد البيع لا محل لتطبيق هذه الأحكام المتعلقة بالثمن.

تطبيق أحكام البيع على المقايضة بالقدر الذي تسمح به طبيعتها

هذا ما نصت عليه المادة 415 ق م المذكورة أعلاه وما يمكن استخلاصه من هذا النص أن المقايضة في الأصل تسري عليها أحكام البيع فيعتبر كل مقايض بائع للشيء الذي كان مملوكا وقايض به ومشتريا للشيء الذي كان مملوكا للطرف الآخر وقايض هو عليه غير أن طبيعة المقايضة قد تقتضي بعض الإختلافات عن أحكام البيع وعليه سنذكر الموافقات بين البيع والمقايضة قم الإختلاف بينهما.

أولا: الموافقات بين المقايضة والبيع

1- الأركان والآثار:

أركان المقايضة: المقايضة كالبيع عقد رضائي لا يشترط فيه شكل خاص وأركان المقايضة هي التراضي، المحل والسبب وبشرط في جميع هذه الأركان ما بشرط في أركان عقد البيع ففي التراضي يجب أن يكون صحيحا وفي المحل ونعني الشيئان المتقايض فيها بشرط في كل منهما ما بشرط في المبيع إذ يجب أن يكون موجودًا معينا أو قابل للتعيين مما

يصح التعامل فيه وأن يكون مملوكا للمتقايض والمقايضة بملك الغير مثل بيع ملك الغير قابلة للإبطال لمصلحة المتقايض الآخر والركن الثالث هو السبب يطبق عليه الأحكام العامة المقررة في نظرية السبب.

- الآثار المترتبة على المقايضة: الآثار نفسها التي تترتب على البيع من حيث التزامات البائع لا من حيث التزامات المشتري فيلتزم كل من المتقايض بنقل الملكية وبالتسليم وبضمان التعاقد والإستحقاق وبضمان العيوب الخفية.

والملكية تنتقل بمجرد تمام العقد في الشيء المعين بالذات والإفراز في الشيء المعين بالنوع، وبالشهر إذا تعلق بعقار.

ثانيا: الإختلاف بين البيع والمقايضة:

يمكن القول أن أحكام البيع المتعلقة بالثمن لا تسري على المقايضة لتعارضها مع طبيعة المقايضة لأن المقايضة لا يوجد فيها ثمن ومن أهم تطبيقات هذا المبدأ أن الأحكام التي تتعلق بوجوب أن يكون الثمن نقود وأن يكون مقدرًا أو قابل للتقدير وأن يكون جديا وما يتصل ببخس الثمن من أحكام الغبن الفاحش في البيع كل هذه الأحكام لا محل لتطبيقها في عقد المقايضة فالإتفاق على الوفاء بالثمن ودفع الفوائد وزمان الثمن أو مكانه كل هذه الأحكام لا محل لسريانها في محل المقايضة.

الفصل الأول:

أركـــــان عقـــد البيـــــع

إن أركان العقد في نظريته العامة هي التراضي و المحل والسبب . والسبب في عقد البيع لا جديد يقال فيه (إحالة إلى النظرية العامة للعقد) فيبقى إذن للعقد ندرسه هنا التراضي والمحل.

المبحث الأول:

التراضي في عقد البيع

هناك شروط للانعقاد وشروط للصحة وهناك بعض البيوع المشروطة أو الموصوفة.

المطلب الأول: شروط الإنعقاد:

بالنسبة لشروط الإنعقاد في التراضي هي تلاقي الإيجاب والقبول وتطابقها وقد يكون التعاقد بين غائبين فإن القواعد العامة لنظرية العقد تطبق على عقد البيع والذي تقف عنده ونطبق فيه القواعد العامة لنظرية العقد على عقد البيع بالذات.

تطابق الإيجاب والقبول في عناصر العقد الأساسية بطبيعة العقد العيني (المبيع والثمن) ثم ننظر لعقد البيع من حيث الشكل والإثبات والتفسير وأخيرا الوعد بالبيع بالنسبة لشروط الصحة: شروط صحة عقد البيع هي شروط صحة أي عقد وهي توافر الأهلية وسلامة الرضا من العيوب.

بالنسبة للأهلية في عقد البيع هي أهلية التصرف في كل من البائع والمشتري بالنسبة لعيوب الإرادة نطبق القواعد العامة كذلك فعيوب الإرادة: **الغلط، التدليس، الإكراه والغبن مع الإستغلال.**

على العموم نحيل شروط صحة عقد البيع إلى شروط الصحة وفقا للنظرية العامة.

شروط انعقاد عقد البيع (وجود الرضا)

إن كل من الأركان الثلاثة لعقد البيع (الرضا، المبيع والثمن) كافية لانعقاد البيع لأن القانون لم يستلزم شرط آخر لوجود أو انعقاد البيع بل حتى نقص الأهلية لا يمنع من انعقاد البيع وإنما يخول لصاحبه الحق في إبطاله.

ولكي يتحقق وجود الرضاء يجب تطابق الإيجاب والقبول على موضوعات التراضي وهي ماهية العقد (طبيعة العقد، الثمن، المبيع) أما باقي الشروط الأخرى للعقد كميعاد دفع الثمن ومحله وميعاد التسليم ومكانه فهذه كلها وغيرها قد تكفل القانون بحلها ببيانها عند سكوت المتعاقدين عن الكلام فيها.

1/ التراضي على طبيعة العقد:

فيجب أن تتجه إرادة كل من البائع والمشتري إلى عقد البيع دون أي عقد آخر فلو قصد أحد المتعاقدين بيعا وقصد الآخر، هنا فالإيجاب والقبول لم يتطابقا لا على البيع ولا على الرهن لذلك لا يوجد لا بيع ولا رهن.

2/ التراضي على الشيء المبيع

إن البيع لا ينعقد إذا قصد البائع أن يبيع عين معينة وقصد المشتري شراء أخرى التراضي على العين المبيعة يستلزم الكلام في أحكام العلم بالمبيع (سندرسه لاحقا)

3/ التراضي على الثمن:

يجب أن يطابق الإيجاب والقبول على الثمن فإذا كان البائع يرغب في البيع بثمن أكبر من الثمن الذي عرضه المشتري لا ينعقد البيع.

سؤال: هل يكفي الإتفاق على المسائل الجوهرية لانعقاد العقد؟

العناصر الأساسية لعقد البيع ضروري الإتفاق عليها ليتم البيع ولا ضرورة لأن يتفقا على أكثر من ذلك،فالبيع يتم حتى لو سكت المتتابعان عن تحديد وقت تسليم المبيع أو عن تحديد وقت الثمن أو عن نحو من ذلك من المسائل الثانوية.[7]

فما دام المتتابعان قد اتفقا على البيع والمبيع والثمن تم البيع ويكون المبيع واجب التسليم فورًا ويكون الثمن واجب الدفع في الحال إذا لم يتعرض المتتابعان لمن يلزم بدفع مصاريف البيع فالمصاريف على المشتري وقد رأينا أن هذه المسائل التي لم يتعرض لها المتتابعان لقد تكفل القانون بحلها، ولكن إذا عارض المتعاقدان لشيء من هذه المسائل الثانوية ولم يتفقا على مسألة منها فإن البيع لا يتم لعدم الإتفاق عليها أما إذا احتفظا بمسألة يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها انعقد العقد، إذا قام خلاف بينهما طبقتا أحكام القانون (المادة 65 ق م).

شكل عقد البيع:

متى تم الإتفاق على طبيعة العقد الشيء المبيع والثمن فقد تم البيع دون الحاجة إلى ورقة رسمية بل ولا إلى ورقة عرفية فمجرد توافق الإيجاب والقبول يكفي غير أنه ينص القانون في بعض الحالات الإستثنائية على شكل معين لأنواع خاصة من البيوع وذلك كبيع العقار أو الحقوق العقارية أو بيع للمحل التجاري وغيرها (المادة 324 مكرر 1) تحدد العقود التي يجب إخضاعها إلى شكل رسمي.

الشكلية في هذه الحالة تعتبر ركن في العقد فبيع العقار مثلا يصبح له أربعة أركان:تراضي، المحل والسبب والشكلية.

وتجدر الإشارة أنه يجب التفرقة بين الرسمية وإجراءات الشهر، فالشكلية ركن بتوفرها يكون العقد موجودا يرتب الإلتزام بنقل الملكية ولا ينقلها . أما الشهر فإن آثاره هو نقل الملكية بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير.

[7]-توفيق حسن فرج ،عقد البيع و المقايضة،الإسكندرية، 1999،ص51.

وقد يتفق الطرفان أن يكتب بالبيع ورقة (رسمية أو عرفية) وهذا الإتفاق يقصد به أحد الأمرين:

الأمر الأول: أن يقصد منه بيعا كاملا تاما والإتفاق على الشكل أو الورقة إلا كدليل الإثبات، فالإتفاق الأول لا يكون شكليا بل رضائيا أما الإتفاق على البيع النهائي فهو عقد شكلي بموجب الإتفاق إذا امتنع أحدهما على تحرير هذه الورقة أمكن للآخر إجباره أمام القضاء بالحصول على حكم بثبوت البيع منذ الإتفاق الأول.

الأمر الثاني: أن يكون المتعاقدان قصدا باتفاقهما أن البيع لا يتم إلا عند كتابة الورقة الرسمية أو العرفية والبيع هنا يكون شكليا لا يتم إلا بكتابة الورقة المتفق عليها ولا يعتبر موجودًا إلا من تاريخ كتابتها أومن تاريخ صدور الحكم بخلاف الحالة الأولى فقد رأينا أن البيع يكون موجودًا من وقت الإتفاق الأول وإذا ما حصل نزاع حول الإتفاق على الشكلية المتفق عليها فهي من أجل الإثبات وليس من أجل الإنعقاد.

إثبات عقد البيع:

عقد البيع يتم إثباته وفقا للقواعد العامة للإثبات، من ثم كل ما زاد الشيء المبيع عن 100.000 دج فلا يجوز إثباته بالبينة (شهادة الشهود) دائما من دليل كتابي أو ما يقوم مقامه طبقا للقواعد العامة كالإقرار ولقد نص على ذلك المشرع في المادة 333 ق م وعليه إذا كانت قيمة المبيع أقل من 100.000 دج فإنه يجوز إثباته بالبينة كل ذلك ما لم يشترط المتعاقدان بأن يكون الإثبات بالكتابة مهما بلغت قيمة المبيع أو كان عقد البيع شكليا كما العقارات.

بعض الصور الخاصة بتوافق الإرادتين في عقد البيع:

لقد علمنا مما سبق أن المتعاقدين إذا أرادا إبرام عقد البيع و كانت نيتهما تتجه إلى إحداث الأثر القانوني لهذا العقد،أبرما العقد مباشرة و نعني عقد البيع النهائي. ولكن قد يقع أن لا يقصد المتعاقدان تريب هذا الأثر منذ البداية و إنما لسبب أو لآخر يقصدان مجرد وعد بالبيع فقط وقد يصل القصد إلى أكثر من ذلك فيكون عقدا ابتدائيا .

هذا و قد يقترن العقد البيع الإبتدائي بعربون يدفعه أحد المتعاقدين للآخر يجيز هذا العربون للمتعاقدان الرجوع في العقد خلال مدة محددة.

لذلك سنتطرق:

أولا: الوعد بالبيع.

ثانيا: البيع بالعربون.

أولا: الوعد بالبيع:

سنبحث موضوع الوعد بالتعاقد، في صورة الوعد بالبيع على أساس أن البيع هو الصورة العلمية الشائعة في الحياة العملية مع الإشارة أن أي عقد آخر يمكن أن يكون محلا للوعد فهناك وعد بالإيجار ووعد بالهبة ووعد بالمقايضة و... فأحكام المادتين 71 و 72 المتعلقتين بالوعد بالتعاقد تطبق على أي عقد يمكن أن يكون محلا للوعد.[8]

هذا وهناك صور ثلاثة للوعد بالتعاقد (الوعد بالبيع)

الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد الوعد بالشراء الملزم لجانب واحد .

الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد وهذه هي التي تطبق عليها أحكام الوعد بالتعاقد المذكور في المادتين 71 و 72 .

أما المقصودة بالوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانبين فهذا هو العقد الإبتدائي ولا نطبق عليه أحكام الوعد بالتعاقد (المادتين 71 و 72 ق م).

الوعد بالتعاقد(بالبيع)الملزم لجانب واحد:

الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد عقد كثير التداول في الحياة العملية ،فقد يكون الشخص في حاجة إلى أرض بجوار منزله ، أو هو الآن في حاجة إليها ولكن لا يستطيع شراؤها فوراً لأنه لا يملك ثمنها كاملا ، فيكتفي بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يعد هذا

[8] أنور سلطان، مصادر الإلتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية 1989، ص123.

الأخير ببيع الأرض له إذا أبدى رغبته في الشراء في مدة معينة ، فيتقيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر.

– كيف ينعقد الوعد بالتعاقد(بالبيع)الملزم لجانب واحد:

الوعد بالبيع ، عقد أي إيجاب و قبول لا مجرد إيجاب فقط. ولكنه مع ذلك عقد تمهيدي لا عقد نهائي .

و أول ما يستخلص من ذلك أن الوعد بال بيع ، وسط بين الإيجاب الملزم والبيع النهائي . وبيان هذا أن الواعد بال بيع – الوعد ببيع سيارة مثلا – يلتزم بأن يبيع ال سيارة الموعود ببيعها إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء . وهذا أكثر من إيجاب ، لأنه إيجاب قد اقترن به القبول فهو عقد كامل تام. ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد بالبيع ولذلك يكون الوعد بالبيع ،مرحلة دون البيع النهائي .

وهذا ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 71 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها مايلي " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التي يجب إبرامه فيها) " .

تجدر الإشارة أولا أن المقصود من عبارة "كلا المتعاقدين" هو الوعد بالبيع و بالشراء الملزم لجانب واحد.و ليس الوعد بالبيع و بالشراء الملزم لجانبين على أساس أن هذا الأخير هو المقصود بالعقد الإبتدائي الذي لا يمكن أن نطبق عليه أحكام الوعد بالتعاقد (أي المادتين 71و 72).

والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هي أركان هذا الوعد بالتعاقد . فإن كان بيعاً وجب أن يتفق الطرفان على طبيعة العقد والمبيع والثمن . و كذلك المحل و السبب يجب أن تتوفر فيه شروطهما و إلا كان الوعد باطلا.

والمدة تعتبر ركن كذلك في العقد و التي يجب في خلالها إبرام العقد الموعود به لانعقاد الوعد بالتعاقد،وإلا كان الوعد باطلا.

وإن أردنا أن ندقق في هذه المسألة نقول أن أركان الوعد بالتعاقد (في صورة الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد مثلا) يمكن أن نقسمها إلى قسمين :شروط عامة و هي التراضي و

المحل و السبب .و شروط خاصة وهي المدة و الشكلية.و كذلك شروط صحة و هي توفر الأهلية و خلو الإرادة من العيوب.

المقصود بالشكلية في الوعد بالبيع :

إذا كان العقد الموعود به عقداً شكلياً ، كبيع العقار و كالهبة والرهن الرسمي والشركة ، فإن الشكلية تعتبر ركناً أيضاً في الوعد بالتعاقد. وهذا ما تقضي به صراحة الفقرة الثانية من المادة 71 من القانون المدني ، فهي تنص على أنه " و إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد " .

فإذا لم يستوف الوعد بالتعاقد الشكل الرسمي المطلوب قانونا وقع باطلا . فالوعد بالبيع الواقع على العقار إذا لم يفرغ في ورقة رسمية كان باطلا ، ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ الوعد تنفيذاً عينياً لأن هذا يقتضي تدخلا شخصياً من الواعد لإتمام رسمية البيع . ولا يجوز كذلك أن يقوم الحكم مقام تنفيذ البيع لأن الوعد بالبيع باطل لعدم إستفاء الشكل المطلوب ، ولانه لو جاز ذلك لأمكن بطريق ملتو أن يصل الطرفان إلى إبرام بيع عقار دون ورقة رسمية ، إذ يقتصران على وعد بالتعاقد غير رسمي يصلان به إلى حكم يقوم مقام ال بيع الرسمي.

شروط الانعقاد وشروط الصحة الخاصة بالوعد بالبيع الملزم لجانب واحد:

لما كان الوعد هو خطوة نحو العقد النهائي ، فإن شروط هذا العقد من حيث الانعقاد والصحة تكون مطلوبة في عقد الوعد ذاته . ذلك أنه ، كما قدمنا ، لا يحول في الوعد دون الوصول إلى العقد النهائي إلا ظهور رغبة الموعود له إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد .
و من أجل فهم هذه المسألة يجب أن نشير إلى ضرورة فهم الإلتزام الذي يترتب على عقد الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد.فهذا الإلتزام هو إلتزام واحد فقط و ليس إثنان أو ثلاثة،هذا الإلتزام هو إلتزام بالقيام بعمل و هو قبول الرغبة الثانية للموعود له إذا أبداها خلال المدة.و هذا الإلتزام وحيد أي يقع في ذمة شخص الواعد فقط فلا يلتزم الموعود له بأي إلتزام مطلقا.

ويترتب على ذلك أن الوعد إذا كان ملزماً لجانب واحد ، فتقدر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد ، فيجب أن يكون أهلاً للتعاقد النهائي في هذا الوقت حتى لو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائي بأن حجر عليه مثلا لا، الواعد لا يبدي رغبة ثانية في المستقبل و لا نسأله هل سيقبل رغبة الموعود له الثانية أو لا لأنه أصلا إلتزم بقبولها بموجب الوعد . وعيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد تقدر وقت الوعد أيضاً لأنه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك كما قلنا آنفا إذ أن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له الثانية . أما اهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائي لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته ، ذلك لأنه لا يلتزم بشيء وقت الوعد وإنما يلتزم عند التعاقد النهائي . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد – أي التمييز – وقت الوعد لأن الوعد عقد تام كما قدمنا وهو أحد طرفيه . أما عيوب الإرادة فتقدر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معاً ، إذ أنه يصدر منه رضاء في كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاؤه في كل منهما صحيحاً .

الآثار التي تترتب على الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد:

إذا انعقد الوعد صحيحاً على النحو الذي قدمناه ، فإن الأثر الذي يترتب عليه يجب أن نميز فيه بين مرحلتين .فإذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد فإن الذي يفصل بينهما هو ظهور رغبة الموعود له في التعاقد النهائي .

المرحلة قبل ظهور الرغبة أو قبل حلول الميعاد:

ففي المرحلة التي تسبق حلول الميعاد أو ظهور الرغبة لا يكسب الوعد إلا حق ا شخصي ولا يرتب إلا التزاما واحدا وهو قبول رغبة الموعود له الثانية إذا أبداها ، حتى لو كان التعاقد النهائي من شأنه أن ينقل حقاً عينياً كما في البيع .

يتبين ذلك في الوعد الملزم لجانب واحد ، فإن الواعد وحده يترتب في ذمته التزام شخصي أن يقوم بـإبرام العقد عند ظهور رغبة الموعود له الثانية، وهذا التزام بعمل ، أما الموعود له فلا يلتزم بشيء .[9]

[9]-إسماعيل غانم،عقد البيع،القاهرة،1988،ص91.

فإذا كان العقد النهائي المراد إبرامه هو عقد بيع ، وتم وعد ملزم لجانب واحد ، فإن الموعود له بالبيع لا يكسب في هذه المرحلة إلا حقاً شخصياً في ذمة الواعد ، ولا تنتقل إليه ملكية الشيء الموعود ببيعه خلال المدة.

ويترتب على هذه النتيجة أمران :

(أولاً) يبقى الواعد مالكاً للشيء الموعود ببيعه. فله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائي ، ويسرى تصرف الواعد في حق الموعود له متى توافرت الشروط المتعلقة بالشهر بالنسبة إلى العقار . فإذا باع العين و شهر البيع ، فليس للموعود له إلا الرجوع ب التعويض على الواعد لأن التنفيذ أصبح مستحيل و لكن الموعود له يجب أولا المطالبة بتنفيذ الوعد فإذا كان التنفيذ غير ممكن طالب بالتعويض .و هذا ما نصت عليه المادة 72من القانون المدني الجزائري.

(ثانياً) إذا هلك الشيء بسبب أجنبي تحمل الواعد تبعة هلاكه ، لأنه لا يزال مالكا للشيئ .

المرحلة بعد حلول الميعاد أو ظهور الرغبة :

تحل المرحلة الثانية في الوعد الملزم لجانب واحد بظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد الموعود به وذلك في خلال المدة المتفق عليها . فإذا لم تظهر هذه الرغبة خلال المدة سقط الوعد بالتعاقد و تحلل الواعد من وعده . أما إذا ظهرت الرغبة الثانية للموعود له ، صراحة أو ضمناً كأن تصرف الموعود له في الشيء الموعود ببيعه إياه . فإن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد ويعتبر التعاقد النهائي قد تم وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد ،أي بأثر فوري و ليس بأثر رجعي .و في هذا الصدد نقول بأن الوعد بالتعاقد ليس عقد معلق على شرط واقف و لا على شرط فاسخ.

وإذا اقتضى إبرام العقد النهائي تدخلا شخصياً من الواعد ، كما إذا كان هذا العقد بيعاً واقعاً على عقار ولزم توقيع البائع من أجل الشهر ،وإمتنع البائع عن ذلك ، جاز استصدار حكم ضده ، وقام الحكم مقام عقد البيع ، فإذا شهر هذا الحكم انتقلت ملكية العقار إلى المشتري . ويستثنى من هذه القاعدة العقد الشكلي الرسمي إذا لم يكن الوعد به قد استوفى الشكل المطلوب ، فقد قدمنا أن الحكم فيه لا يقوم مقام العقد ، بل يقتصر القاضي على الحكم بالتعويض . أما إذا كان الوعد بعقد شكلي قد استوفى الشكل الواجب ، فإن الحكم في

هذه الحالة يقوم مقام العقد . وهذه الأحكام نص عليها القانون المدني الجزائري صراحة في المادة 72 ، فهي تقضي بأنه " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم مقام العقد " .

ثانيا:البيع بالعربون

قبل صدور القانون رقم 05-10المعدل و المتمم للقانون المدني الجزائري ،و الذي جاء بنص المادة 72مكرر و التي تنص صراحة و تنظم التعاقد بالعربون .كان القضاء يتردد بين إعتبار العربون كحق في العدول أو كتمام للعقد و العربون جزء من الثمن .و في حالة الخلاف يأخذ القاضي و ينظر إلى نية المتعاقدين و التي تفسر في حالة غموضها بحسب العرف الجاري في المنطقة.

و نظرا لكثرة القضايا المعروضة أمام القضاء الخاصة بالتردد في فهم المقصود من العربون تدخل المشرع من خلال القانون رقم 05-10 و من خلال المادة72مكرر حسم الخلاف حيث جعل العربون ك دلالة لجواز العدول . ومن هنا أصبح العقد المقترن بعربون مرحلة إبتدائية قبل التعاقد النهائي ،و بذلك يجوز العدول عنه .

وقد نصت المادة 72مكرر من القانون المدني على ما يلي :

" يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها،إلا إذا قضى الإتفاق بخلاف ذلك.

فإذا عدل من دفع العربون فقده .

وإذا عدل من قبضه ، ردهـ و مثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر " .

و عليه تطبيقا لنص هذه المادة إذا دفع المتعاقد العربون وقت إبرام العقد ، ولم يتفق مع المتعاقد الأخر على أنه إنما دفع العربون لتأكيد التعاقد و تمامه، كان دفع العربون دليلا على أن المتعاقدين لهما العدول عن العقد .

آثار التعاقد بالعربون:

إذا لم يعدل أحد المتعاقدان عن العقد في خلال المدة التي يجوز له فيها العدول ، أصبح العقد باتاً ،وأمكن أن نعتبر العربون بمثابة تنفيذاً جزئياً له ، ووجب عندها استكمال التنفيذ . أما إذا عدل أحد المتعاقدين ع ن إتمام العقد خلال المدة ، وجب على من عدل أن يدفع للطرف الآخر قدر العربون جزاء العدول . فإذا كان من عدل هو الذي دفع العربون فإنه يفقده ، ويصبح العربون حقاً لمن قبضه . أما إذا كان الطرف الذي عدل هو الذي قبض العربون ، فإنه يرده ويرد مثله ، أي يرد ضعفيه ، للطرف الآخر ، حتى يكون بذلك قد دفع قيمة العربون جزاء عدوله عن العقد .

إن نص المادة 72مكرر يرتب التزاماً بدفع قيمة العربون في ذمة الطرف الذي عدل عن العقد ،و هذا لا يعتبر تعويضاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، لأن الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أي ضرر كما هو صريح النص ، فللمشرع جعل للمتعاقدين حق العدول لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قدر العربون.فقيمة العربون مقابلا لحق العدول .

أما إذا اتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد لا لإثبات حق العدول ، وجبت مراعاة ما اتفقا عليه . فلا يجوز لأحد منهما العدول عن العقد ، ولكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه . ويعتبر العربون تنفيذا جزئياً يجب استكماله . وتجري على العقد الذي أبرم القواعد العامة التي تجري على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض ، فليس من الضروري أن يقدر التعويض بقدر العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامة الضرر .

بعض البيوع الموصوفة

أولا: البيع على شرط التجربة

النص القانون المادة 355 ق م تنص 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، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع ،فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولًا.

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

إن التجربة (سواء كان القصد منها صلاحية الشيء في حد ذاته أو مناسبة الشيء للحاجة الشخصية للمشتري) يجربها المشتري بنفسه عادة لكن له أن يستعين بخبير في ذلك، وإذا وقع شك من هذا القصد ووفقا لنص المادة المذكورة أعلاه فإن القصد هو بمناسبة المبيع لحاجة المشتري لذلك يكون القول الحاسم للمشتري في صلاحية المبيع.

وكثيرا ما يحدد المتعاقدان وقتا يعلن المشتري نتيجة، التجربة فإذا لم تجدد هذه المدة جاز للبائع أن يقوم بتحديدها (المدة المعقولة) وإذا سكت المشتري دون إعلانه لنتيجة التجربة مع تمكنه من التجربة خلال المدة فإن السكون يعتبر قبولا.

المقصود بالتجربة شرط واقف

حسب نص المادة 355 ق م فإن البيع بشرط التجربة يعتبر معلق على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الإتفاق أنه معلق على شرط فاسخ.

يكون المشتري في شرط التجربة مالكا تحت شرط واقف ويبقى البائع مالكا كذلك لكن في نفس الوقت هذا الشرط بالنسبة إليه شرط فاسخ .

هذا الشرط الواقف هو قبول المشتري المبيع بعد تجربته ويتحقق هذا الشرط بقبول المبيع ومتى تحقق أصبحت ملكية المشتري للمبيع بأثر رجعي تسند إلى وقت البيع وليس وقت القبول، وتزول في نفس الوقت ملكية البائع بأثر رجعي كذلك ويستند زوالها إلى وقت البيع.

وفي هذه الحالة إذا تحقق الشرط الواقف زالت معه كل الحقوق العينية التي ترتب على المبيع من جهة البائع وتبقى تلك الحقوق التي تترتب من جهة المشتري.

- ويتخلف الشرط الواقف برفض المشتري المبيع وإعلانه هذا الرفض في المدة المحدد ومتى تخلف الشرط زال البيع بأثر رجعي، واعتبر كأن لم يكن وزالت مع البيع بأثر رجعي ملكية المشتري التي كانت معلقة على شرط واقف، وأصبحت ملكية البائع التي كانت معلقة على شرط فاسخ ملكية باتة منذ البداية .وفي هذه الحالة تتأكد الحقوق العينية التي ترتبت على المبيع من جهة البائع خلال مدة التجربة وتزول تلك الحقوق التي تترتب من جهة المشتري.

أما إذا سكت المشتري على إعلان القبول أوالرفض مع تمكنه من التجربة فإن هذا السكون يعتبر قبولا وتطبق بذلك أحكام التي قدمناه في حالة تحقق الشرط.

إذا كان الشرط واقف وهلك المبيع بسبب أجنبي وهو لا يزال تحت التجربة هلك على البائع لأن عند الهلاك المالك هو البائع تحت شرط فاسخ ولأن الشرط الواقف لم يتحقق بعد أن هلك الشيء. وعليه يهلك الشيء على مالكه وهو البائع.

- إذا كان القصد من التجربة شرط فاسخ عند ذلك ينفذ البيع منذ البداية ويصبح المشتري مالك للمبيع ولكن تحت شرط فاسخ بينما يكون البائع مالكا ولكن تحت شرط واقف.

والشرط الفاسخ هو التجربة وإعلان الرفض. وهذا هو الشرط الفاسخ بالنسبة للمشتري وهو في ذاته الشرط الواقف بالنسبة للبائع.

إذا تحقق الشرط الفاسخ وأعلن المشتري رفضه انفسخ البيع بأقر رجعي واعتبر كأن لم يكن بالنسبة للمشتري والبائع هو المالك منذ البداية .في هذه الحالة تزول الحقوق من جهة المشتري و تبقى الحقوق التي تترتب من جهة البائع .

أما إذا تخلف الشرط الفاسخ وصار في حكم المتخلف بأن سكت المشتري خلال المدة عن إعلان القبول أو الرفض بأن البيع يصبح تاما منذ البداية وعليه تبقى الحقوق التي تترتب من جهة المشتري على المبيع بينما تزول الحقوق التي تترتب من جهة البائع .

- وإذا هلك الشيء بسبب أجنبي هلك على المشتري وليس على البائع.

ثانيا: البيع بالعينة

تنص المادة 353 ق م على أنه "إذا انعقد بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها، وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على هذا المتعاقد بائعا أو مشتريا، أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة".

إن العينة تغني عن تعيين المبيع فقد يختار المتعاقدان طريق آخر لتعيين المبيع ويكون التعيين دقيقا عن طريق العينة فالعينة هي جزء من الشيء المبيع (العينة هي المبيع مصغرا) وإذا ما قورن الشيء المبيع بالعينة يتبين إذا ما نفذ البائع التزامه تنفيذا سليما فيما يتعلق بجنس المبيع وصنفه وجودته وغيرها من الأوصاف المميزة له كما أن العينة تغني كذلك عن رؤية المبيع فمن رأى العينة كأنه رأى المبيع.

ضرورة مطابقة العينة للمبيع:

يجب أن يجيء المبيع مطابقا للعينة مطابقة تامة وللمشتري رفض المبيع أو جزء منه لا يكون مطابقا لها حتى لو أثبت أن المبيع أجود من العينة أو أعلى صنفا منها وذلك لأن الإتفاق كان بين الطرفين على أن يكون المبيع مطابقا للعينة وليس للبائع أن يقدم شيئا يخالفها.

كذلك إذا جاء المبيع مطابقا للعينة لا يستطيع، المشتري رفضه ولو وجده بعد ذلك غير ملائم لحاجته بل المشتري ليس له في الأشياء والتي تجرب ما دام المبيع مطابق للعينة.

- إذا وقع نزاع مع وجود العينة فيما إذا كان المبيع مطابقا لها أم لا فإن البائع هو الذي يتحمل عبئ إثبات أن المبيع مطابق للعينة.

الجزاء الذي يترتب على عدم مطابقة المبيع للعينة.

ذكرنا سابقا أن المبيع إذا لم يكن مطابقا للعينة لا يجبر المشتري على قبوله، بل ينفتح أمامه جراء عدم المطابقة ثلاثة أشياء:

أولا: له أن يطالب بالتنفيذ العيني فيجبر بذلك البائع على تسليمه شيئا آخر يكون مطابق للعينة بل يستطيع أن يحصل على شيء مطابق للعينة على نفقة البائع في حالة الإستعجال وذلك بعد استئذان القاضي (المادة 164 ق م).

ثانيا: يستطيع المشتري بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني أن يطلب الفسخ لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه وله كذلك أن يطلب تعويضا عما أصابه عما أصابه من ضرر لعدم تنفيذ البائع لالتزامه طبقا للقواعد العامة .

ثالثا: يمكن للمشتري بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني أو المطالبة بالفسخ أن يطالب بإنقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل من الشيء المطابق للعينة والمشتري غير مجبر على قبول هذه الحالة.

إثبات العينة

إذا كان المطلوب إثباته هو ذات العينة وكانت هذه العينة عند البائع أو عند المشتري والطرف الآخر يدعي بأنها ليست العينة ذاتها، في هذه الحالة نطبق القواعد العامة فعلى الطرف الذي يدعي إثبات أن الشيء الذي في يد الأول ليس هو ذات العينة المتفق عليها.

- أما إذا كانت العينة قد فقدت وهي في يدي أحدهما أو تلفت أو هلكت ولو دون خطأ من أحد فإن كان كذلك وهي في يد المشتري وادعى هو أن المبيع غير مطابق للعينة فعليه هو أن يثبت ذلك لأن البائع على دعواه من أن المبيع مطابق للعينة ولأن العينة تلفت وهي في يد المشتري.

وإن كانت العينة في يد البائع وادعى المشتري أن المبيع مطابق للعينة فعلى البائع أن يثبت مسألة المطابقة ويكون الإثبات بشتى وسائل الإثبات بما في ذلك البينة.

ثالثا: البيع بشرط المذاق

تنص المادة 354 ق م "يتعين على المشتري في البيع بشرط المذاق أن يقبل المبيع كيف ما شاء غير أنه يجب أن يعلن قبوله في الأجل المحدد في عقد الإتفاق أو العرف ولا ينعقد البيع إلا من يوم هذا الإعلان"

يكون البيع بشرط المذاق بأن يشترط المشتري على البائع على أن يتم البيع إلا من تاريخ تذوق الشيء المبيع وقبوله وهذا الشرط قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا والمفروض إذا لم يتم استبعاد شرط التذوق فإن القصد أن يكون القصد أن يكون البيع بشرط المذاق ولا يتم إلا بعد التذوق (على أنه يمكن استبعاد شرط التذوق حتى في الأشياء التي يفترض فيها التذوق"

كيفية تمام المذاق من حيث المكان والزمان

يتم المذاق في المكان والزمان المتفق عليهما فإن لم يكن هناك اتفاق على الزمان والمكان اتبع عرف المنطقة فإن لم يكن هناك عرف فإن المذاق يتقدم على تسليم المشتري للمبيع ويتم في المكان الذي يكون فيه التسليم ويصدق التسليم فورًا بحيث إذا تسلم المشتري المبيع اعتبر تسلمه إياه قبولا بعد تذوقه.

- الأصل أن الذي يتذوق المبيع هو المشتري شخصيا (ولكن لا يمنع ذلك من الإستعانة بخبير وللمشتري الحرية الكاملة في قبول المبيع حسب ذوقه والبائع لا يستطيع إجبار المشتري اختيار سصنف آخر وكذلك المشتري لا يستطيع إجبار البائع أن يسلمه شيء يطابق ذوقه.

ولابد للمشتري أن يعلن قبوله بعد تذوقه للشيء وسكوته لا يكفي.

تكييف البيع بشرط المذاق:

البيع بالمذاق ليس معلق لا على شرط واقف ولا على شرط فاسخ وفي هذا يختلف عن البيع بشرط التجربة ذلك أن البيع بالمذاق ليس بيعا تاما منذ البداية وإنما هو مجرد وعد بالبيع هذا الوعد صادر من المالك وهو البائع ولقد قبل الطرف الأخر هذا الوعد ولكنه لم يقبل البيع في

حد ذاته فإذا ذاق المبيع وقبل فقد تم البيع ويتم البيع من وقت هذا القبول بأثر فوري من تاريخ إعلانه للقبول وليس للقبول أثر رجعي كما كان لهذا الأثر في البيع في شرط التجربة.

قضية حول شرط التذوق:

قضية:

قدم أ وهو بائع بالجملة عينة عبارة عن غذاء فاصولياء إلى ب هو بائع بالتجزئة وذلك قصد إبرام صفقة بيع قبل (ب) هذه الصفقة واتفقا على جميع المسائل الجوهرية للعقد وقد طلب من (أ) أن يرسل له 200 قنطار وقد دفع له نصف الثمن على أن يكمل له النصف الآخر بعد أن يبيع (ب) جزء من هذه الفاصولياء

أرسل (أ) الكمية المتفق عليها من الفاصولياء إلى (ب) لكنه فوجئ برفض استلامها ويطلب رد ما قبض من الثمن لأن الفاصولياء التي أخذها العينة بعد تجربتها وجدها غير ملائمة إذ أنها صعبة الطهي (لا تطهى بسرعة).

غير أن (أ) لم يلبي طلبه فترك له الفاصولياء وسارع برفع دعوى أمام القضاء يطالب فيها بتكملة الثمن وبقبول (ب) للفاصولياء لأنها جاءت مطابقة للعينة وحكم القاضي بإعادة الثمن ورد الفاصولياء لأنها غير صالحة بعد تجربتها

ما رأيك في حكم القاضي (صائب أم غير صائب)؟

لو كنت محامي لـ(ب) واستشارك بماذا تشير عليه؟

- في البيع بالعينة يجب أن يجيء المبيع مطابقا للعينة مطابقة تامة ولا يستطيع الرفض ولو وجده غير ملائم لحاجته، بل ليس للمشتري في الأشياء التي تجرب عادة أو تذاق أن يرد المبيع المطابق للعينة ولو وجده بعد التجربة غير صالح أو بعد المذاق غير ملائم فما دام المبيع مطابق للعينة وجب قبوله.

(لكن مع ذلك لا يمنع للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع فالبيع بالعينة يتم، ويرجع على البائع بالعيوب الخفية).

المطلب الثاني :شروط الصحة لعقد البيع

إن شروط صحة البيع هي شروط صحة أي عقد توافر الأهلية الواجبة وسلامة الرضا من العيوب.

الفرع الأول: النظرية العامة في الأهلية

الإهلية باعتبارها شرط من شروط صحة العقد

أهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا لأن تكون عليه واجبات وله حقوق وتثبت له هذه الأهلية منذ ولادته حيا لأنه إذا انعدمت أهلية الوجوب إنعدمت الشخصية معها، وذلك كالجنين يولى ميتا وكالميت بعد سداد ديونه، وكجماعة من الناس ليس لهم شخصية معنوية وكالشركة بعد أن تصفى.

أهلية الآداء: هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق ويمكن أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الآداء كمن يستمتع بالحق وهذه هي أهلية الوجوب، دون أن يستطيع استعماله بنفسه وهذه هي أهلية الآداء.

ويمكن تقسيم العقود من حيث الأهلية إلى أربعة عقود:

1- عقود الإغتناء: وهي عقود يغتني منها مباشرة دون أن يدفع عوضا لذلك كالهبة بالنسبة للموهوب له.

2- عقدو إدارة: وهي ترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر.

3- عقود تصرف: وترد على الشيء للتصرف فيه بعوَض كالبيع للبائع والمشتري.

4- عقود تبرع: وترد على الشيء للتصرف بغير عوض كالهبة بالنسبة للواهب

فمن توافرت في الأهلية كاملة كان صالحا لمباشرة هذه الأقسام الأربعة، ومن كان ناقص الأهلية فلا يباشر إلا بعض هذه الأقسام كالصبي المميز يصلح لمباشرة عقود الإتناء وعقود

الإدارة ولا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرف ولا يصلح أصلا لمباشرة عقود التبرع وقد تكون الأهلية معدومة كالصبي غير المميز فهو لا يصلح لمباشرة أي من هذه العقود الأربعة

- الأهلية من مناطها التمييز لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ومن كان ناقص التمييز كان الناقص الأهلية ومن كان عديم التمييز عديم الأهلية.

- والمفروض في الشخص هو كمال الأهلية ما لم يسلب القانون أهليته أو يحد منها وهذا ما قضت به المادة 40 إذ نصت (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن ارشد 19 سنة كاملة)

وعبئ إثبات عدم الأهلية يقع على من يدعيه، فإذا نجح في إثبات عدم أهليته كان له أن يبطل العقد الذي صدر منه ولا يجوز للطرف الآخر أن يحتج بأنه كان يعتقد أن المتعاقد معه ذو أهلية أما إذا ألجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية ليغطي نقص أهليته فمع أن له أن يطلب إبطال العقد لنقص أهليته إلا أنه يكون مسؤولا عن التعويض للغش الذي صدر منه.

أحكام الأهلية:

العوامل التي تتأثر بها الأهلية :

لما كانت الأهلية مناطها التمييز، فهي تتأثر بالسن دائما وقد تتأثر بعوارض تقع أو لا تقع من شأنها أن تؤثر في التمييز كالجنون والعته والغفلة.

تأثر الأهلية بالسن:

الأدوار الطبيعية في حياة الإنسان من وقت ميلاده إلى موته ثلاثة أدوار

1- الصبي غي المميز: سن التمييز 13 سنة وكل من لم يبلغ 13 سنة يعتبر فاقد التمييز معدوم الأهلية (المادة 42) وجميع تصرفاته باطلة ولا يباشر أي عقد حتى ولو كان عقد الهبة (عقد اغتناء).

2- الصبي المميز: من سن التمييز إلى سن الرشد أي من 13 سنة إلى 19 سنة

المادة 43 ق م ج: كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون

- إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا.

- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغ سن الرشد وإذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة وفقا للقانون.

3- البالغ سن الرشد: المادة 40 ق م ج كل من بلغ الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة

على أنه قد يصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد علرض من عوارض الأهلية وهي التي سنتكلم عليها فيما يلي:

حصر عوارض الأهلية: فقد يبلغ الشخص سن الرشد، ولكن أهليته تتأثر بعد ذلك بعارض يرجع إلى التمييز، والعوارض أربعة: الجنون، والعته والغفلة والسفه.

وسنرى أنه من يغيب غيبة متقضة يقام عنه وكيل، ومن حكم عليه يعقوبة جنائية ينصب قيم عليه، ومن أصيب بعاهات معينة يعين له مساعد قضائي وهذا كله لا يدخل في الأهلية لأنه لا يرجع إلى التمييز.

المجنون: إن المجنون والمعتوه والسفيه وذا الغفلة تحجر عليهم المحكمة، وترفع عنهم الحجر وفقا لحكم فالمجنون تحجر عليه المحكمة وتنصب له قيما

وأهلية المجنون معدومة لأنه فاقد التمييز وتصرفاته باطلة مطلقا لانعدام الإرادة

فتصرف المجنون والمعوه إذا صدر بعد تسجيل قرار الحجر باطلة أما قبل صدور وتسجيل قرار الحجر فهي صحيحة ما دامت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر فإذا شاعت أو عرفها الطرف الآخر كان التصرف باطلا

المعتوه: مثل المجنون يحجر عليه وينصب له قيم إذا لم يكون له ولي أو وصي.

ذو الغفلة والسفيه: إذا صدر التصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام.

ويتضح من هذا أن ذا الغفلة والسفيه يحجر عليهما ويتنصب لهما قيم، وتكون أهليتها بعد تسجيل قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبي المميز.

الفرع الثاني :سلامة الرضا من عيوب الإرادة :

عيوب الرضا في عقد البيع :

لقد فرضنا سابقا كي يكون عقد البيع صحيحا، يجب أن تكون إرادة المتعاقدين سليمة خالية من العيوب، وعيوب الإرادة طبقا للقانون أربعة هي: الغلط، التدليس، الإكراه والغبن الإستغلالي.

وعليه سندرس عيوب الإرادة وفقا لما يلي:

أولا: الغـــــلط:

الغلط هو إعتقاد خاطئ يقوم فى ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته، فيحمله ذلك على إبرام العقد ، ولولاه لما أقدم على التعاقد.

ومثاله : أن يعتقد المشتري أن الخاتم الذي يقدم على شرائه مصنوع من الذهب فى حين أنه من النحاس أو من معـــدن آخر، أو أن يهب شخص مالاً لآخر على أساس أنه قريب له والواقع غيـــر ذلك .. إلخ.

و يمكن أيضا أن نعرف الغلط بأنه حالة تقوم بنفس المتعاقد تحمله على توهم غير الواقع. والمعلوم أن الواقع قد يكون واقعة صحيحة يتوهمها المتعاقد غير صحيحة والعكس .

وتجدر الإشارة بادئ ذي بدء أن الغلط المانع نستبعده من الغلط المقصود هنا .فالغلط الذي يصيب العقد في ماهيته أو في السبب أو في المحل فهذا الغلط يعدم الإرادة لذلك يعتبر التراضي غير موجود فهو متصل بوجود التراضي وليس بصحته.

فالغلط الذي يعيب الإرادة، هو غلط يصيب الإرادة حقيقة ولكن لا يعدمها، يصيب تكوين الإرادة لكن لا يعدمها كما في الغلط المانع.

ولكن فوق ذلك يجب أن يكون الغلط جوهريا حتى يعيب الإرادة.

كما أن الغلط هو أمر نفسي يجب أن يتصل به المتعاقد الآخر حتى لا يستقل به المتعاقد الذي وقع في غلط لوحده، وهذا استقرارا للمعاملات.

وعليه كخلاصة أن الغلط الذي يعيب الإرادة يجب أن يكون:

1- غلط جوهري لا يقع على أركان العقد.

2- غلط لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به المتعاقد الآخر.

1- الغلط الجوهري (متى يكون الغلط جوهريا) :

طبقا للمادتين 81 و 82 من ق م ج المعيار في اعتبار الغلط جوهريا هو معيار ذاتي، فقد نصت المادة 81 على: "إذا وقع المتعاقدان في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد"، ثم نصت المادة 82 على: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث لولاه لما تم العقد".

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص:

إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين

إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته وتكون هذه الذات أو هذه الصفة هي السبب الرئيسي في التعاقد.

ويتبين من هذان النصان أن المشرع أخذ بالمعيار الذاتي .فالغلط يكون جوهريا عندما يبلغ الغلط في نظر المتعاقد الواقع في غلط حدا من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع في غلط. والغلط يقع في صفة الشيء وفي ذات المتعاقد أوفي صفة من صفاته .

2-إتصال المتعاقد الآخر بالغلط (الغلط المشترك):

إن الغلط الفردي لا يكفي، بل يجب أن يكون مشتركا بين المتعاقدين.

ومثال ذلك: إذا اشترى شخص لوحة فنية على أنها لفنان مشهور، وجب أن يكون كل من البائع والمشتري يعتقد ذلك، حتى يجوز المشتري طلب الإبطال للغلط إذا تبين أن اللوحة ليست لهذا الفنان المشهور. أما إذا كان المشتري لوحده يعتقد أنها لهذا الفنان دون علم البائع بذلك فلا يكون هذا غلطا مشتركا، ولا يجعل العقد قابل للإبطال حتى لا يفاجئ البائع بدعوى الإبطال وهو لا يعلم شيئا عن الغلط الذي وقع فيه المشتري وهذه هي نظرية الغلط المشترك.

هذا و يكفي أن يكون الغلط فرديا ولكن إذا كان المتعاقد الآخر لم يشترك في هذا الغلط وجب حتى تمتنع مفاجأته بدعوى الغلط أن يكون على علم به أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه .[10]

الغلط في الواقع والغلط في القانون:

هذا ما تنص عليه المادة 83 ق م ج صراحة حتى تنص على ما يلي: " يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون، إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و 82 ما لم يقض القانون بغير ذلك".

إن مبدأ الغلط في القانون يطبق على جميع أنواع الغلط.

[10].عبد الحي حجازي، نظرية الإلتزامات، النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي مطبوعات جامعة الكويت، 1998، ج1-ص325.

فالغلط في القانون الواقع في صفة جوهرية في الشيء ومثله أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مدنيا فيجوز له في هذه الحالة طلب إبطال التعهد للغلط.

والغلط في القانون الواقع في شخص المتعاقد أن يهب رجل لمطلقته مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلا أن الطلاق الرجعي ينقلب بائنا بانتهاء العدة فهي لا ترجع إلى عصمته إلا بعقد جديد.

التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية:

لقد اشتمل القانون المدني على نص (وهو نص المادة 85 ق م ج) من شأنه أن يخفف من حدة الطابع الذاتي للغلط على اعتبار أن أي تمسك بالغلط إذا تعارض مع حسن النية، يكون غير جائز .فإذا اشترى شخص أرضا وهو يعتقد أن لها منفذ إلى الطريق العام، ثم يتضح أنها محصورة، فيعرض عليه البائع النفقات التي يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام مما يحقق له كل الأغراض التي قصد إليها، فيأبى المشتري مع ذلك إلا الإبطال، جاز أن يكون التمسك بالغلط في هذه الحالة متعارض مع ما يقضي به حسن النية، فلا يجاب المشتري إلى طلبه. ويعتبر هذا الحكم تطبيقا من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق.

ثانيا :التدلـــــيس:

هو حيل يلجأ إليها المتعاقد لإيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه إلى التعاقد.

شروط التدليس(عناصره):للتدليس شرطان أو عنصران:

الشرط الأول: إستعمال طرق احتيالية لتضليل المتعاقد:

فالطرق الإحتيالية تحتوي على جانبين:

1- الجانب المادي : وهو الطرق المادية التي تستعمل للتأثير على إرادة الغير.

المعيار في هذه الأعمال المادية هو معيار داني ويجب أن تكون هذه الأعمال كافية للتضليل حسب حالة كل متعاقد.

ولا يكفي مجرد المبالغة في القول ولو وصلت المبالغة إلى حد الكذب ما دام أن ذلك مألوف في التعامل كالتاجر يروج لبضاعته فينتحل لها أحسن الأوصاف، هذا من جهته

ومن جهة أخرى في بعض الأحوال يكفي الكذب ذاته طريقا إحتياليا في التدليس، فمن تصدر منه تأكيدات غير صحيحة ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذي يحمله على التعاقد (القبول) من شأنها أن تجعل العقد قابل للإبطال متى ثبت أن لولا هذه التأكيدات لما حصل الرضاء.

على أن الأصل هو مجرد الكذب وحده لا يكفي للتدليس ما لم يتبين بوضوح أن العاقد المخدوع لم يكن يستطيع استجلاء (تبين) الحقيقة بالرغم من هذا الكذب، فإذا كان يستطيع ذلك فلا تدليس.

الجانب المعنوي: وهو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع

فإذا انعدمت نية التضليل لا يكون هناك تدليس، كالتاجر يبرز ما يعرضه في أحسن صورة وهو لا يقصد التضليل بل يريد إستهواء الناس فقط (في هذه الحالة يمكن للطرف الآخر رفع دعوى غلط لأنه وقع غلط نظرا لهذا الإستهواء وليس للتدليس لأنه لا توجد نية التضليل) .

وقد توجد نية التضليل ولكن يقصد بها الوصول إلى عرض مشروع، استعمل المودع طرق احتيالية للحصول من المودع عنده على إقرار بالوديعة فقط.

الشرط الثاني: الطرق الإحتيالية هي التي تحمل على التعاقد (هي الدافع إلى التعاقد):

فيجب أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد .وقاضي الموضوع هو الذي يبث في ذلك. فيقدر القاضي وفق سلطته التقديرية أثر التدليس في نفس المتعاقد المخدوع ليقرر بعدها إذا

كان التدليس دفعه إلى التعاقد أم لا ،وسيرشد في ذلك بما تواضع الناس عليه في معاملاتهم وبحالة المتعاقد الشخصية من بين وذكاء وجنس وعلم وتجارب...

التدليس الصادر من الغير: (المادة 87 من ق م ج)

فالتدليس الصادر من الغير يعيب الإرادة متى كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بالتدليس. وعليه ،يبقى الفرض الذي يكون فيه المتعاقد الآخر غير عالم بالتدليس ولا يستطيع العلم به، فهنا لا يمكن إبطاله للتدليس. لكن يجوز إبطاله للغلط إذا أثبت المتعاقد المخدوع أن العاقد الآخر كان مشتركا معه في الغلط الذي وقع فيه من جراء هذا التدليس أو أن هذا المتعاقد الآخر كان يعلم أو من السهل عليه أن يعلم بهذا الغلط. فإذا لم يثبت شيئا من ذلك، فإن العقد لا يبطل لا للتدليس ولا للغلط. وهذا عدل لأننا إذا أبطلنا العقد في هذه الحالة (3 أطراف) فللمتعاقد الآخر وهو حسن النية أنه يطلب تعويض وخير تعويض له هو بقاء العقد صحيحا.

ثالثا: الإكـــــراه:

إن الإكراه هو ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى إبرام عقد لا يرغب فيه [11].

شروط الإكراه:

لقد نصت المادتان 88 و 89 من ق م ج على عناصر الإكراه.

فالمادة 88 تنص على ما يلي: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كان ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.

ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الإجتماعية والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه".

[11]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص56.

وتنص المادة 89 على ما يلي: " إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه".

ومن خلال هذه النصوص يستخلص أن للإكراه عنصران هما:

- إستعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق (مادي) . ورهبة في النفس يبعثها على الإكراه فتحمل على التعاقد (نفسي) .

العنصر الأول: إستعمال وسائل الإكراه تهدد بخطر جسيم محدق:

فلا بد من استعمال وسائل للإكراه تقع على الجسم أو على النفس، فتهدد المتعاقد المكره، أو أحد أقاربه، بخطر جسيم محدق بالنفس أو المال[12].

فالخطر يجب أن يكون جسيما، والعبرة بالجسامة هي حالة المكره النفسية .و كذلك يجب أن يكون الخطر محدقا أو وشيك الوقوع، فلو كان هذا التهديد بالخطر يتراخى وقوعه إلى أجل يتمكن معه المتعاقد من اتخاذ الحيطة لنفسه، فإن هذا التهديد ليس من شأنه عادة أن يوقع في النفس الرهبة التي تفسد الرضاء.

والخطر يصيب المتعاقد في جسمه ونفسه، وما يقع على شرفه وقيمته بين الناس وسمعته وما يقع على ماله كما إذا هدد مزروعاته بالإتلاف أو داره بالحرق.

و قد يهدد الخطر شخص المتعاقد أو أحد أقاربه .وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة 88 فالشرط أن يكون هذا الشخص أحد أقارب المتعاقد المكره.

هذا وإن استعمال النفوذ الأدبي والشوكة أمر مشروع ما دام القصد من ذلك الوصول إلى غرض مشروع .

أما إذا قصد الوصول إلى غرض غير مشروع، فلا يوجد في هذه الحالة ما يمنع من الطعن في العقد بالإكراه فلا شك إذن مثلا في موقف الزوجة من زوجها، والإبن من والده

[12]- جميل الشرقاوي النظرية العامة للإلتزام الجزء الأول، القاهرة 1981، ص69.
- أنظر أيضا: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص340.

وهو منخفض له جناح الذل من الرحمة وغيرها من العلاقات التي فيها الشوكة والنفوذ، فكل هذه المواقف قد تتأثر فيها إرادة الشخص إلى حد كبير، لأنه لا يتعاقد مختارا فيها، فإذا أريد الوصول إلى غرض غير مشروع كعقد التزام باهظ يثقل كاهل الملتزم ما كان يرضاه لولا موقفه ممن يتعاقد معه فإن العقد يجوز إبطاله للإكراه.

العنصر الثاني من عناصر الإكراه: الرهبة التي تحمل على التعاقد:

سبق القول بأن المادة 88 من ق م ج، أوجبت الأخذ بالمعيار الذاتي فيراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الإجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه .

فالخطر الجسيم المحدق ليس في ذاته المقصود، بل النتيجة التي تؤدي إليها من وقوع الرهبة في النفس، وأن تكون هذه الرهبة هي التي دفعت إلى التعاقد، مراعي في ذلك الحالة الشخصية للمتعاقد المكره، وهذا هو المقصود من الأخذ بالمعيار الذاتي[13].

الإكراه الصادر من الغير:

المهم في الإكراه باعتباره عيبا للإرادة ويجعل العقد قابل للإبطال ولا يهم إذا صدر من المتعاقد الآخر أو من الغير.

غير أنه لا يجعل العقد قابل للإبطال إلا إذا أثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه. لأنه إذا صدر من الغير ولم يعلم به المتعاقد الآخر أو يفرض حتما أنه يعلم به، واختار المتعاقد المكره الإبطال، فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض، وخير تعويض هو استبقاء العقد صحيحا. (ويكون للمتعاقد قد المكره أن يطالب الغير الذي صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر).

الإكراه الصادر من ظروف تهيأت مصادفة (حالة الضرورة)

[13]- محمد حسنين، مرجع سابق، 163.
أنظر أيضا: علي فيلالي، مرجع سابق، ص144.

فقد يصدر الإكراه لا من أحد المتعاقدين ولا من الغير، ولكن من ظروف تهيأت مصادفة لا يد لأحد فيها واقتصر المتعاقد على الإفادة منها واستغلالها لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد، كما إذا تقدم شخص لإنقاذ آخر من الغرق أو من الحريق أو من القتل وحصل منه قبل إنقاذه على تعهد بإعطائه مقدارا جسيما من المال ثمنا لإنقاذه أو يتعهد له بإبرام عقد باهظ الإلتزام.

رابعا: الغبن الإستغلالي كعيب من عيوب الإرادة.

تنص المادة 90 (من القانون رقم 05-10) على ما يلي: إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين ..." وقد نصت كذلك المادة 91 على ما يلي: "يراعي في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود."

أولا: عناصر الغبن الإستغلالي:

هناك عنصران للإستغلال نفسي وموضوعي .

إختلال التعادل اختلالا فادحا (موضوعي)واستغلال ضعف في نفس المتعاقد (نفسي) .

العنصر الموضوعي: إختلال التعادل اختلالا فادحا

وهذا المقصود من الفقرة الأولى من المادة 90 ... متفاوتة كثيرا في النسبة...

فالمشرع اشترط أن يكون التفاوت فادحا، والفداحة في اختلال التعادل معيارها مادي، لكن هذا المعيار ليس رقما ثابتا، بل هو معيار متغير تبعا للظروف في كل حالة، والقاضي هو الذي يقدر بأي مبلغ يتحقق بحسب ظروف كل من البائع والمشتري.

وعبء الإثبات يقع على عاتق المتعاقد المغبون، فهو الذي عليه أن يثبت الفداحة

العنصر النفسي: إستغلال الضعف (طيش بين أو هوى جامح) في نفس المتعاقد ويكون هو دافعا:

وهذا ما نصت عليه المادة 90 المذكورة أعلاه "وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا" .

ولقد اشترط المشرع في الإستغلال (عنصر نفسي) أن أحد المتعاقدين يستغل في الآخر طيشا بينا أو هوى جامحا.

وأمثلتها: رجل طاعن في السن تزوج إمرأة صغيرة جدا، فتستغل ما تلقاه من هوى زوجها وتستكتبه من العقود لنفسها ولأولادها ما تشاء (والعكس امرأة عجوز والزوج شاب وسيم) .كما قد يلقي الطيش بشاب ورث مالا كثيرا في أيدي أصحابه المستعلين والمرابين، فيستكتبونه من العقود ما يجرده من الكثير من ماله، وهم يستغلون في ذلك طيشه البين .

و يلاحظ أن العنصر النفسي يقتضي أن يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بين أو هوى جامح فالاستغلال يجب أن يقع من المتعاقد الآخر وأن يكون الإستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد.[14]

والمتعاقد المغبون هو الذي يقع عليه عبء الإثبات لهذا العنصر النفسي، إذ هو عنصر مستقل على العنصر المادي، وليس مستخلص منه والنص صريح بقوله: "وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا ... "قد استغل فيه..." .

الجزاء الذي يترتب على الإستغلال:

يترتب على توفر عناصر الإستغلال طبقا للمادة 90 المذكورة أعلاه دعويين دعوى الإبطال ودعوى الإنقاص. اللتان يجب أن ترفع في مدة سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة (م 90 فقرة 2) .

[14]- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص356 وما يليها.

دعوى الإبطال: إذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال، جاز للقاضي أن يجيبه إلى طلبه إذا رأى أن الإستغلال عاب الرضاء وأن المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد أصلا لولا هذا الإستغلال.

أما إذا رأى القاضي خلاف ذلك، رفض الإبطال، واقتصر على إنقاص إلتزامات المتعاقد المغبون .

و دعوى الإبطال الخاصة بالإستغلال تتميز بأن الطرف المستغل يجوز له أن يتوقى الحكم بالإبطال في عقود المعاوضات إذا هو عرض على الطرف المغبون ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن (المادة 90 فقرة 3) مثال ذلك: عقد البيع (معاوضة) وطلب البائع المغبون إبطاله للاستغلال جاز للمشتري أن يعرض زيادة في الثمن ترفع الغبن على البائع فإذا رأى القاضي أن هذه الزيادة المعروضة من المشتري تكفي لرفع الغبن اكتفى بها وامتنع عن الإبطال (المهم هذه الزيادة ترفع الغبن وليس بالضرورة المساواة) .

دعوى الإنقاص: إذا اختار المتعاقد المغبون إنقاص التزاماته الباهظة ورفع من بادئ الأمر دعوى الإنقاص، أو رفع دعوى الإبطال ورأى القاضي الإنقاص لالتزاماته، قضى القاضي بإنقاص هذه الإلتزامات إلى الحد الذي لا يجعلها باهظة.

وهذا أيضا راجع لتقدير القاضي حسب ظروف كل قضية وملابساتها، كما هو الشأن في الزيادة التي يعرضها الطرف المستغل لرفع الغبن كما قلنا سابقا.

فمثلا في البيع المشوب بالإستغلال إذا رفع البائع المغبون دعوى الإنقاص، أو رفع الإبطال ولكن رأى القاضي الإقتصار على الإنقاص، جاز للقاضي أن ينقص من المبيع القدر الذي يراه كافيا لرفع الغبن الفاحش عن البائع، وهنا لا يجوز للقاضي أن يعدل عن الإنقاص في التزامات البائع إلى الزيادة في التزامات المشتري بأن يزيد في الثمن بدلا من تخفيض مقدار المبيع. فالمشرع لا يجيز ذلك وإنما الزيادة تكون إذا رغب فيها المشتري نفسه حتى يدفع عنه دعوى الإبطال التي رفعت عليه.

وفي الأخير نشير إلى أن الغبن المجرد من الإستغلال ليس له حماية من الناحية القانونية.فكل شيئ بيع مثلا و كان هذا البيع فيه غبن فاحش لكن ليس هناك إستغلال مطلقا أو كان هناك إستغلال واقع على عدم الخبرة أو لصغر في السن ففي هذه الأحوال لا يمكن رفع دعوى الإبطال للإستغلال .لأن القانون لا يحمي الغبن المجرد من الإستغلال.

لكن هناك استثناء من هذه القاعدة (المادة 91) . ومن هذه الحالات التي يعتد فيها بالغبن المجرد من الإستغلال، ما نص عليه المشرع في المادة 358 ق م ج المتعلقة بدعوى تكملة الثمن .حيث يجب أن يقع البيع على عقار فقط (المنقولات لا تطبق عليها) ،و يجب أن يكون الغبن أكبر من الخمس ،و أن لا يقع البيع بالمزاد العلني.فإذا توفرت هذه الشروط و حتى لو لم يكن هناك إستغلال مطلقا ،امكن للبائع رفع دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

تطبيق القواعد العامة: عيوب الرضا في عقد البيع هي عيوبه في أي عقد آخر فيعيب إرادة أي من البائع والمشتري أن تكون تشويه بغلط أو تدليس وإكراه أو استغلال مع الغبن فإذا شاب الإرادة عيب منها كان البيع قابلا للإبطال لمصلحة من شاب إرادته العيب.

- ففي الإستغلال يكون البيع قابلا للإبطال أو قابل للإنقاص وللغبن أحكام خاصة في عقد البيع، نتناولها خاصة عند الكلام في الثمن (دعوى الغبن الفاحش عند ما يزيد على 1/5 ثمن المثل)

- والغلط في المبيع في عقد البيع له شأن خاص، إذ أنه يتصل اتصالا وثيقا بالعلم بالمبيع وغياب الرؤية

- التدليس في عقد البيع حيث له أن يطلب إبطال البيع م 86 ق م ج.

- الإكراه كذلك 88 م ج .

- من صور التدليس في البيع: صورة تسمى باحتكار البيع حيث يعمد منتج السلعة إلى التفاق مع تاجر يبيع له سلعة بيعا باتا، ليقوم التاجر بعد ذلك ببيعها للعملاء لحسابه ويؤثر له أنها

رائجة كل الرواج فيحمله بذلك على أن يقبل شراء كميات كبيرة منها على أن يحتكر بيعا وحده ثم تبيين التاجر لتأثيرات المنتج فتصيبه خسارة جسيمة.

- بعض القضاء فيعيوب الرضا في البيع

- التقدم في السن والأمراض المستعصية من شأنها أن تجعل الإرادة معيبة.

- كتمان البائع عن المشتري أن المحل التجاري لمبيع قد حكم بإغلاقه لعدم الرخصة يعتبر تدليسا ولو كان المشتري يعلم بأن المحل غير مرخص لأنه كان يرجو الحصول على الرخصة

- يعد غلطا أن يقصد المشتري شراء شيء أثري فإذا هو مقلد ولو كان المشتري ذا خبرة بالآثار .

المبحث الثالث:

المحل في عقد البيع

عقد البيع ملزم لجانبين فهو ينشأ إلتزامات بالنسبة للبائع ومحلها الرئيسي المبيع ونشأ إلتزامات مقابلة في جانب المشتري محلها الرئيسي الثمن لذلك يكون لعقد البيع محلان هما المبيع والثمن.

المطلب الأول:

المبيع

يشترط في المبيع الشروط الواجب توفرها في محل الإلتزام بوجه عام هذه الشروط هي أن يكون المبيع موجودا، أن يكون المبيع معينا أو قابلا للتعيين (نضيف في عقد البيع شرط العلم الكافي بالمبيع) أن يكون المبيع صالحا للتعامل فيه وأخيرا أن يكون المبيع مملوكا للبائع.

الفرع الأول :شروط المبيع

الشرط الأول: يجب أن يكون المبيع موجودًا

فالمبيع يجب أن يكون موجودا وقت انعقاد البيع أو أن يكون قابلا للوجود بعد ذلك لأنه إذا لم يكن المبيع موجودا أو لا يمكن وجوده في المستقبل كان البيع باطلا

وعليه إذا لم يقصد المتعاقدان شيئا موجودا فعلا في وقت البيع جاز أن يقع البيع على شيء مستقبلي وقد نصت الفقرة 1 من المادة 92 ق م على ذلك "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا ومحققا" مثال ذلك بيع منزل لم يبدأ بعد في قيادة أو بيع محصول قبل أن يثبت على أن القانون لا يجيز للاعتبارات خاصة بيع أشي اء مستقبلية ومثال ذلك التعامل في ال تركة المستقبلية (الفقرة 2 من المادة 92) .

الشرط الثاني: يجب أن يكون المبيع معينا أو قابل للتعيين

وفي هذه الحالة يجب أن نميز بين الشيء المعين بالذات و الشيء المعين بالنوع، فإذا وقع البيع على شيء معين بالذات وجب أن يوصف الشيء وصفا مانعا من الجهالة مثلا إذا باع البائع آلة ميكانيكية وجب أن يعين نوعها وأوصافها الأساسية المميز لها.

أما إذا كان المبيع غير معين بالذات فإنه يجب أن يكون معينا بنوعه فوجب في هذه الحالة تحديد هذا الشيء تحديدا كافيا من خلال العد أو الوزن أو الكيل أو القياس بحيث يكون تراضي المتعاقدين المبني على هذا الشيء صحيحا من خلال هذه العملية.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن المبيع إذا لم يكن معينا بالذات فإنه يكون بالتقدير كما قد يكون جزافا.[15]

[15] -عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء الثالث،عقد البيع،بيروت،1973،ص155.

كيف يكون البيع بالتقدير؟

القاعدة هي إذا احتجنا في تعيين المبيع إلى تقدير من خلال الوزن أو الكيل أو العد أو القياس كان البيع بالتقدير. مثال ذلك إذا باع البائع 10 صاعات من القمح فهذا البيع بالتقدير من خلال الكيل، أو إذا باع البائع 200 بيضة فهذا البيع بالتقدير عن طريق العدد وهكذا... إلخ.

كيف يكون البيع جزافا؟

تنص المادة 362 ق م ج على أنه "تنتقل الملكية في البيع الجزاف إلى المشتري بنفس الطريقة التي تنتقل بها ملكية الشيء المعين بذاته ويعتبر البيع جزافا ولو كان تعيين الثمن موقوفا على تحديد قدر الشيء المبيع"

إذن الأمر نفسه فإذا لم نحتج في تعيين الشيء المبيع إلى تقدير وكان هذا الشيء مما يعد أو يوزن أو يكال أو يقاس فإن البيع يعتبر جزافا .مثال ذلك إذا باع البائع كل الكمية الموجودة في المخزن من القمح أو نصفها كان بيعا جزافا ويبقى البيع جزافا حتى لو احتاج الثمن إلى تقدير، فلو باع البائع كل الكمية من السكر الموجودة بالمخزن واتفقا على أن يكون الثمن للكيلوغرام الواحد 80 دينار مثلا فإن البيع يكون جزافا وهذا ما نصت عليه المادة في الفقرة 2 من المادة 362 ق م المذكورة أعلاه.

وعليه في البيع الجزاف تنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع (الإتفاق) أما في البيع بالتقدير فلا تنتقل الملكية بمجرد انعقاد البيع ولكن تنتقل بإفراز المبيع وزنا أو كيلا أو عدًا أو قياسا، فالإفراز وليس البيع هو الذي ينقل الملكية، لأن الملكية لا يتصور نقلها إلا في الشيء المعين بالذات ولا يتعين الشيء المعين بالنوع في البيع بالتقدير إلا بعملية الفرز.

الشرط الثالث: أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا

تنص المادة 352 ق م من القانون على أنه "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف

عليه وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالما بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال عقد البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع"

إن شرط التعيين بالمبيع شرطا ضروريا في كافة العقود ومنها عقد البيع فإذا لم يكن معينا أو قابل للتعيين كان العقد باطلا بطلانا مطلقا أما بالنسبة لعقد البيع فالمشرع نص على حكم إضافي بصدد عقد البيع وبترتيب على تخلفه البطلان النسبي.

يتحقق العلم الكافي في الشيء المبيع برؤية المبيع .وإلى جانب هذا الطريق هناك طريقين آخرين هما:

أولا: أن يشتمل عقد البيع على بيان الأوصاف الأساسية للمبيع بيانا يمكن من التعرف بالمبيع وهذا الطريق أبعد من تعيين المبيع لأنه يجعل صورة الشيء المبيع مرسومة رسما واضحا في ذهن المشتري وهذا الوصف الدقيق يقوم مقام الرؤيا على خلاف التعيين

ثانيا: إقرار المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع: لأنه قد لا يوصف المبيع للمشتري ولم يرى المشتري الشيء المبيع من قبل ولكن المشتري يذكر في عقد البيع أنه يعرف المبيع فيكون هذا الإقرار حجة عليه ولا يستطيع بعد ذلك طلب الإبطال لعدم العلم الكافي بالمبيع إلا إذا أثبت أن البائع قد غشه في ذلك.

الجزاء المترتب على عدم العلم بالمبيع

إن الجزاء المترتب على عدم العلم بالمبيع هو ثبوت الحق للمشتري في طلب الإبطال والحق في طلب الإبطال مقرر للمشتري فقط معنى ذلك أن البائع لا يجوز له إبطال البيع ولو لم يكن عالما به وأساس البطلان هو نص المادة 352 ق م المذكورة سابقا فالحكم هنا حكم خاص فمتى أثبت المشتري عدم علمه بالمبيع وطالب بالإبطال حكم له القاضي بذلك.

الشرط الرابع: صلاحية المبيع في التعامل فيه

يكون الشيء صالحا للتعامل فيه إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له يسمح بذلك إذا كان الشيء غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة.

الشرط الخامس: ملكية البائع للشيء المبيع

يجب أن يكون المبيع مملوكا للبائع حتى يمكنه نقل الملكية فإذا لم يكن مالكا لم يستطع ذلك وفاقد الشيء لا يعطيه، فإذا ما صدر البيع من غير المالك فهذا هو بيع ملك الغير.

الفرع الثاني :بيع ملك الغير (la vente de la chose d'autre)

لكي يكون البيع صحيحا يجب فضلا عن توافر الشروط السابقة –وجود المبيع أو إمكانية وجوده- مما يصح التعامل فيه –معينا أو قابلا للتعيين- أن يكون المبيع مملوكا للبائع حتى يستطيع أن ينقل ملكيته إلى المشتري، لأنه إذا لم يكن مالكا له لم يستطع نقل الملكية فالبيع إذا صدر من غير المالك فهذا هو بيع ملك الغير، وهو بيع قابل للإبطال

النصوص القانونيةالمادة 397 ق م "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أشهر العقد أو لم يشهر وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازه المشتري"

المادة 398 ق م "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع"

المادة 399 ق م "إذا أبطل البيع لصالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية"

يتضح من هذه النصوص أن أحكام بيع ملك الغير تتلخص فيما يلي:

- أن البيع يكون قابل للإبطال لمصلحة المشتري.

- يحق للمشتري التعويض إذا كان حسن النية.

- لا أثر للعقد بالنسبة للمالك الحقيقي

ونعرض أولا شروط بيع ملك الغير ثم نعرض ثانيا لأحكامه .

أولا: شروط بيع ملك الغير

شرط 1: أن يقصد الطرفان نقل الملكية في الحال:

- فإذا اتجهت الإرادة إلى تأجيل انتقال الملكية إلى وقت لاحق إلى حين اكتساب البائع الملكية فإننا لا نكون بصدد بيع ملك الغير، لأن العقد في هذه الحالة لا ينعقد إلا إذا امتلك البائع المبيع.

- وإذا كانت ملكية البائع معلقة تحت شرط، سواء كان شرط واقف أو فاسخ، فالملكية تنتقل إلى المشتري معلقة تحت نفس الشرط. فالبائع هنا لم يبع ملك غيره، بل باع ملك نفسه وإن كان هذا الملك غير بات، فهو ملك معلق على شرط واقف فيتوقف وجوده على تحقق الشرط، وإما ملك معلق على شرط فاسخ فيزول إذا تحقق الشرط. لكن إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ وزالت ملكية البائع بأثر رجعي فإن البيع هنا يكون وارد على ملك الغير.

شرط 2: يجب أن لا يكون المبيع مملوكا لا للبائع ولا للمشتري:

فالمبيع إذا كان مملوكا للبائع فسنكون أمام بيع عادي.

شرط 3: يجب أن ينصب البيع على شيء معين بالذات:

- فإذا كان المبيع معينا بالنوع أي من المثليات كان البيع صحيحا، فإذا باع شخص مائة قنطار من القمح لا يملك منها شيئا وقت التعاقد، لم يكن هذا بيعا لملك الغير، وإن كان يعد بيعا لا يملكه البائع. وإذا كان المشرع قد جعل بيع الشخص لملك غيره قابل للإبطال فإنه لم يجعل بيع الشخص لما لا يملكه قابلا للإبطال ذلك أن المبيع لم يعين بذاته، فلا يمكن أن يقال أن البائع مالك له أو غير مالك، ولا يقال ذلك إلا عندما يتعين بالذات.

فالبائع في هذه الحالة يلتزم بأن يؤدي للمشتري شيئا يتوافر فيه الوصف المطلوب، ولا تنتقل الملكية إلى هذا الأخير إلا بالإفراز (تمييز الشيء المبيع عن غيره)

وبيع ملك الغير على هذا التحديد (يقع كثيرا في الحياة العملية فالزوج قد يبيع ملك زوجته والوارث قد يبيع عينا ليست في التركة أو في التركة ولكنها لم تقع في حصته، والشريك في الشرع قد يبيع كل العين الشائعة وهو لا يملك إلا حصته فيها وقد يبيع الناس أموال من هم غائبين، أو أموال الدولة الخاصة، فهذه كلها تعتبر بيوعا لملك الغير.

أساس بطلان بيع ملك الغير

هناك عدّة آراء في هذا المجال

- فمنهم من يرى أن أساس البطلان يرجع إلى القواعد العامة للفسخ ورأي يرجع ذلك إلى نظرية التعويض ورأي ثالث يرجعها إلى نظرية البطلان وقد انقسموا إلى فئتين: - فئة ترجعه إلى البطلان المطلق – وفئة ترجعه إلى البطلان النسبي

وطالما كان لكل رأي من هاته الآراء إنتقادات عدّى (أنظر الوجيز في شرح ق م ج لجليل أحمد حسن قدادة (عقد البيع) (ص219-222) والوسيط في شرح ق م للسنهوري (عقد البيع والمقايضة) (ص 276-287) لذلك نقول بأن أساس البطلان في بيع ملك الغير هو بطلان مقرر بنص خاص في القانون م (397-398-399) وهي مواد منشئة لا مقررة للبطلان بحيث لو كانت غير موجودة لما جاز القول ببطلان بيع ملك الغير حتى مع وجود علة البطلان الموجودة ضمن الآراء السابقة .

أحكام بيع ملك الغير

حكم بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك الحقيقي

أولا:فيما بين المتعاقدين

حق المشتري وحده في طلب إبطال البيع:

- طبقا للمادة 397 فإن المشتري وحده هو الذي يجوز له طلب إبطال البيع وللمشتري التمسك بالإبطال سواء أكان حسن النية يجهل أن المبيع مملوكا للغير أو كان سيء النية يعلم

أن البائع غير مالك وتصرف في ملك غيره، وهذا الحكم مشتق من المادة 399 التي تَحرِم المشتري سيئ النية من الحق في طلب التعويض فقط وليس من طلب الإبطال (فهذا المشتري الذي يعلم بأن البائع يبيع ملك غيره فهو إنما قبل البيع لاعتقاده أن البائع يستطيع أن يحصل على ملكية الشيء المبيع فينقلها له، وإذا ما تبين له أن البائع لا يستطيع ذلك، فليس له الإنتظار إلى أن يتعرض له المالك الحقيقي بل له المبادرة بطلب الإبطال وهي المزية الجوهرية في جعل البيع (ملك الغير) قابل للإبطال لمصلحة المشتري سواء حسن لأو سيء النية – فللمشتري إذن التمسك بالإبطال حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي

- يكون للمشتري أن يطلب إبطال البيع حتى لو انتقلت إليه حيازة المبيع فطالما ثبت له على وجه اليقين أن البائع قد باع ملك غيره.

- وحق الإبطال مقرر لمصلحة المشتري فقط فلا يمكن للبائع طلب إبطال البيع حتى لو كان حسن النية وقت إبرام العقد يعتقد أنه المالك للمبيع غير أن للبائع طلب الإبطال بناءً على أحكام الغلط، إذا كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له.

- وحق طلب إبطال البيع ينشأ للمشتري لو كان المبيع عقارًا، وسواء أشهر هذا العقد أو لم يشهد، وهذا ما تنص عليه المادة 397 فحتى لو كان محل العقد عقار وأشهر هذا العقد (أي كدليل على اتقال الملكية) فهذا لا يمنع المشتري من طلب إبطال البيع.

- وإذا رفع المشتري دعوى الإبطال، فقد ثبت حقة في إبطال البيع، ويتحتم على القاضي أن يحكم له ذلك، حتى لو أقرّ المالك الحقيقي البيع أو أصبح البائع مالكا قبلصدور الحكم، ما دام المشتري قد رفع دعوى الإبطال قبل إقرار المالك الحقيقي أو قبل صدوره البائع مالكا ذلك أن القاضي إنما يرجع في حكمه إلى وقت رفع الدعوى، وفي هذا الوقت كان البيع قابلا للإبطال ولم يكن المالك الحقيقي قد أقره أو أصبح البائع مالكا للمبيع.

- وطلب إبطال العقد من قبل المشتري قد يقع على صورة دعوى يرفعها أمام القضاء مطالبا فيها إبطال العقد لعدم ملكية البائع للمبيع، وذلك ليسترد الثمن إذا كان قد دفعه للبائع و؟؟؟؟ في صورة دفع يرفع به دعوى البائع إذا طالب بهذا الثمن .

حق المشتري في طلب التعويض:

للمشتري طبقا للمادة 399 مطالبة البائع بالتعويض علاوة على المطالبة بالإبطال وهذا لما يكون قد أصابه من ضرر، من خسارة لحقت به أو كسب فإنه بسبب هذا الإبطال ولكن يشترط هذا وللمطالبة بالتعويض أن يكون المشتري حسن النية، أي لا يعلم وقت البيع أن البائع لا يملك الشيء المبيع، فإذا كان يعلم بذلك (سيء النية) فإنه لا يستطيع طلب التعويض ولكنه يطالب بالإبطال فقط مع استرداد الثمن إن كان قد دفعه للبائع (يسترد الثمن فقط بل حتى المصروفات التي يكون قد أنفقها بصدد البيع لا يستردها وهذا لأنه كان على علم بأن البائع لا يملك المبيع، وبذلك يتحمل هو تبعة ذلك المشتري) .

- نظيف المادة 399 يقولها "ولو كان البائع حسن النية" وبذلك لا يشترط في المطالبة بالتعويض أن يكون البائع سيء النية، أي يعلم وقت البيع أن المبيع غير مملوك له، بل حتى لو كان البائع حسن النية، يعتقد أنه مالك للمبيع، فلا يمنع ذلك من جواز المطالبة بالتعويض من طرف المشتري (ومصدر التعويض، في هذه الحالة بعد إبطال البيع، لا يمكن أن يكون عقد البيع نفسه فقد زال بالإبطال، وإنما يكون التعويض في حالة سوء نية البائع على أساس الخطأ التقصيري، وفي حالة حسن نيته إلى نظرية الخطأ في تكون العقد).

ملاحظة:

إذا كان لا يجوز للمشتري سيء النية الرجوع على البائع بالتعويض لاسترداد الثمن غير أنه من الممكن الإتفاق على عكس ذلك، ويأخذ هذا الإتفاق حكم شرط التشديد في أحكام الضمان حيث يمكن للمشتري الإتفاق مع البائع، على أن هذا الأخير ملزم بتعويضه ولو كان المشتري يعلم بذلك (سيء النية) وهذا ما يسمى بالتشديد في الضمان لأن القاعدة أن المشتري ليس له العودة على البائع بدعوى التعويض إذا كان سيء النية، إلا إذا كان هناك بند في العقد ينص على ذلك، وبذلك تحكم المحكمة بالتعويض للمشتري لأن هذا الإتفاق هو صورة بين صور أحكام الضمان.

(وعلى عكس ذلك لا يستطيع البائع إخلاء نفسه من المسؤولية عن التعويض إذا كان أساس هذه المسؤولية هو الخطأ التقصيري (البائع سيء النية) إذ لا يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيري.)

سقوط حق المشتري في طلب الإبطال:

يسقط حق المشتري في طلب الإبطال في الأحوال الآتية:

1- إقرار المالك الحقيقي للعقد:

تنص المادة 1/398 على: إذا أقر المالك الحقيقي البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري."

ومفاد هذا النص أن إقرار البيع بمعرفة المالك الحقيقي يصحح العقد ويزيل البطلان، وبذلك من شأن هذا الإقرار أن ينقل الملكية من المالك الحقيقي إلى المشتري إذ أن العائق الذي كان يحول على نقل الملكية برضاء المالك الحقيقي قد زال بإقراره، والإقرار قد يكون صريحا أو ضمنيا (الصريح كالتوقيع على العقد والضمني كقبض المالك الحقيقي للثمن مع علمه أن هذا الثمن هو ثمن المبيع)

- والإقرار أبعد أثر من الإجازة، إذ هو لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين (وهذا أثر لإجازة المشتري) بل يجعل العقد فوق ذلك ساريا في حق المالك الحقيقي وينقل الملكية للمشتري.

- والعقد يُصحح بالنسبة للمشتري من وقت صدور الإقرار بأثر رجعي.

- ويسري العقد في حق المالك الحقيقي من وقت الإقرار، فلا تنتقل الملكية من المالك الحقيقي إلى المشتري إلا من وقت الإقرار وهذا فيما يتعلق بحقوق الغير ويترتب على ذلك أنه إذا كان المالك الحقيقي قد رتب حقوقا قبل إقراره للبيع، إنتقلت ملكية المبيع إلى المشتري محمّلة بهذه الحقوق. (يمكن للمشتري في هذه الحالة الرجوع على البائع بضمان الإستحقاق الجزئي)

- الإقرار الصادر من المالك الحقيقي لا يترتب عليه تصحيح العقد بالنسبة للمشتري إلا إذا صدر قبل رفع دعوى البطلان من طرفه، فإذا صدر بعدها لا يحرم المشتري من حقه في الحصول على حكم بإبطال البيع.

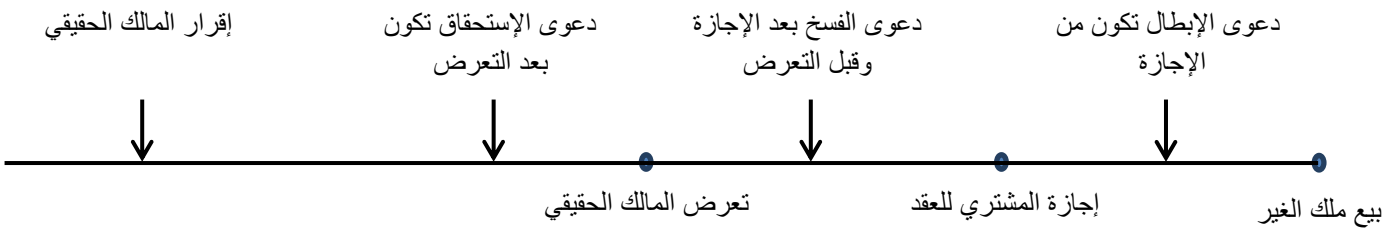
2- إجازة المشتري للعقد:

سبق القول أن بيع ملك الغير يعتبر باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة المشتري، وعلى ذلك فله النزول عنه صراحة أو ضمنا (ومثاله تنفيذ العقد بعد علمه بعدم ملكية البائع للمبيع كأن يستلم المبيع أو يدفع الثمن) وبذلك يجيز المشتري العقد، فينقلب البيع صحيحا ولكن البيع على هذا النحو لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري لأن الملكية لا تنتقل إلا برضاء المالك الحقيقي (وهو يعتبر أجنبي هنا عن العقد، فالإجازة تكون بين البائع والمشتري، ولا دخل للمالك الحقيقي بها)

وهذا ما نصت عليه المادة 2/397: "وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازه المشتري"

- وهذه الإجازة تزيل القابلية في إبطال المشتري للبيع، وتجعله صحيحا فيما بين المتعاقدين. فيبقى العقد منشأ للإلتزامات في عاتق البائع بنقل الملكية وبتسليمه وبضمان الإستحقاق والعيوب الخفية... وفي عاتق المشتري بدفع الثمن والمصروفات وبتسليم المبيع

- ولكن ولما كان البائع لا يستطيع تنفيذ إلتزامه بنقل الملكية لأنه ليس مالكا للمبيع، فإن المشتري يجوز له في هذه الحالة المطالبة وبفسخ البيع ويجوز له كذلك إذا تعرض له المالك الحقيقي أن يرجع على البائع بضمان الإستحقاق



[والفرق بين الرجوع بضمان الإستحقاق بعد إجازة البيع والرجوع بدعوى الإبطال دون إجازة البيع، أن دعوى الإستحقاق لا يرفعها المشتري إلا إذا تعرض لهع المالك الحقيقي فعلا وطالبه برد المبيع

- أما دعوى الإبطال فيرفعها المشتري حتى قبل تعرض المالك الحقيقي له

- على أن المشتري بعد إجازة البيع وقبل تعرض المالك الحقيقي يستطيع رفع دعوى الفسخ]

3- تملك البائع المبيع بعد العقد:

تنص على ذلك المادة 2/398: وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب للبائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع"

- وبذلك ينقلب البيع صحيحا، ويمتنع على المشتري طلب البطلان أو وُهِب له فإذا آلت ملكية المبيع إلى البائع – كأن اشترى المبيع من المالك الحقيقي – أو أورثه فإن التزام البائع بنقل الملكية للمشتري ينفذ فورا ما دام أن العائق الذي كان يحول دون تنفيذه وهو انعدام ملكيته قد زال بأيلولة الملكية إليه وبذلك يصبح المشتري مالكا فتنتقل الملكية إليه (في العقار يعد الشهر) بمجرد أيلولتها للبائع فيصبح البيع صحيحا وهذا بحكم القانون لا بحكم الإجازة، ويكون البائع بعد أن انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري ملتزما بتسليم الشيء المبيع وبضمان الإستحقاق والعيوب الخفية، ويكون المشتري ملتزما ما بدفع الثمن والمصروفات وبتسليم المبيع (ويدخل المبيع ذمة المشتري محملا بكافة الحقوق التي رتبها المالك الحقيقي قبل أن تنتقل الملكية إلى البائع) .

4- التقادم:

يسقط حق المشتري في طلب الإبطال بالتقادم طبقا للقواعد العامة إذ لم ينص الشرع على تقادم دعوى بطلان ملك الغير ولا يوجد ما يحول دون تطبيق القواعد العامة عليها، فيسقط حق المشتري في طلب إبطال البيع إما بمرور 10 سنوات عليها من وقت العقد أو بمرور 5 سنوات من وقت علم المشتري بعدم ملكية البائع – أو بأيهما أقصر.

ثانيا: بالنسبة للمالك الحقيقي:

1- إذا لم يقر المالك الحقيقي البيع:

يعتبر المالك الحقيقي أجنبي عن هذا البيع، فلا يسري في حقه، حتى لو أجازه المشتري، وبذلك يبقى المالك الحقيقي مالكا للمبيع ولا تنتقل منه الملكية إلى المشتري ويترتب على ذلك، في حالة تسليم البائع المبيع إلى المشتري، وللمالك الحقيقي الرجوع على المشتري بدعوى الإستحقاق، وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض

فيرجع على المشتري بدعوى الإستحقاق، ذلك أنه لا يزال مالكا للمبيع، فيسترده من تحت يده، بل و علاوة على ذلك له أن يطالب بالتعويض إذا كان هذا المشتري سيء النية فإن كان حسن النية فلا مجال للمطالبة بالتعويض فقد تملك المبيع بالحيازة (والحيازة في حالة حسن النية هي سند الملكية)

- والمشتري من جانبه يرجع على البائع بضمان الإستحقاق.

- غير أن المشتري قد يتملك المبيع بسبب آخر من أسباب كسب الملكية غير عقد البيع [الإستيلاء والتركة، والوصية، الإلتصاق بالعقار، عقد الملكية، الشفعة، الحيازة].

- فالمشتري إذا كان حسن النية يكسب المنقول بالحيازة، ويكسب العقار بالتقادم القصير (10 سنوات أنظر المادة 1/828).

- وإذا كان المشتري سيء النية، فإنه لكسب المنقول والعقار بالتقادم الطويل وهو 15 سنة (أنظر المادة 827 ق م) فالمشتري إذا ما كسب ملكية المبع بالحيازة أو بالتقادم، لم يستطع المالك الحقيقي أن يسترده منه.

وبذلك يتقرر للمالك الحقيقي الرجوع على البائع بالتعويض (إذا ملك المشتري المبيع بالتقادم أو الحيازة)، فيتقاضى منه ما أصابه من ضرر بسبب فقدانه للمبيع.

بل حتى لو لم يملك الشمتري المبيع ولا ثماره فللمالك الحقيقي الرجوع تعويض ما أصابه من ضرر بسبب خروج المبيع من يده. ويجوز الرجوع على البائع بالتعويض حتى لو كان حسن

النية، فحسن النية لا ينفي وجود خطأ من جانبه لعدم التحقق من بيع ما لا يملكه (إلا إذا أثبت البائع حسن نيته وعدم ارتكابه أي خطأ كأن وجد المبيع مثلا في تركه مورثه، واعتقد بحسن نية أنه قد ورثه فباعه، فهناك مجال للرجوع عليه بالتعويض) .

2- إذا أقر المالك الحقيقي البيع :وقد سبق ذكرها عند التحدث على أسباب سقوط حق المشتري في طلب إبطال بيع ملك الغير.

تابع لأثر إقرار المالك الحقيقي

نص المشرع أنه: إذا أقر المالك الحقيقي البيع سرى مفعوله عليه وصار

ما معنى سريان العقد في حق المالك الحقيقي؟

الواقع أن هذا الإقرار لا يجعل المالك الحقيقي طرقا في عقد البيع الحاصل من البائع إلى المشتري، وإنما يجعله مستفيدا من هذا العقد أو بعبارة أدق مستفيدا من مركز البائع في هذا العقد، وهذا هو مفهوم السريان في حق المالك الحقيقي، فيستطيع أن يطالب المشتري بالثمن وسائل حقوق البائع الأخرى وذلك بعد أن نقل هذا الإقرار ملكية المبيع إلى المشتري.

معناها: دعوى الإستحقاق، دعوى الإسترداد، دعوى ضمان الإستحقاق.

قضية 1: باع (أ) أدوات منزلية (تلفاز ثلاجة براد...) لـ (ب) واتفقا على دفع نصف الثمن على تأجيل النصف المتبقي إلى السنة القادمة.

عند حلول الأجل، إكتشف (ب) عدم ملكية (أ) للأدوات المنزلية والتي كانت ملكا لأبيه فامتنع عن دفع الجزء المتبقي من الثمن. وسارع باللجوء إلى محامي يستشيره وقد نصحه هذا الأخير بإجازة البيع للحفاظ على حقوقه اتجاه المالك الحقيقي.

لكن (ب) تريث في تنفيذ ذلك بعد 15 يوما وهب الآن الأدوات المنزلية لابنه (أ) فاستعان (ب) بمحامي آخر الذي نصحه برفع دعوى إبطال البيع، فنفذ نصيحته وباشر برفعها.

1- حدد الموضوع النظري الذي تثيره القضية بالقدر اللازم لحلها.

2- ما حكم البيع الواقع بين (أ) و (ب)؟

3- علق على استشارة كل من المحامين الأول والثاني.

4- أفصل بصفتك قاضيا في دعوى (ب)

5- ما مصير حق (ب) في التعويض.

قضية 2:

إشترى (ب) من عند (أ) سيارة بمبلغ 70 مليون سنتيم يوم 1-2-2013 وفي 3-5-2013 تبين أن السيارة لم تكن مملوكة لـ(أ) وإنما هي لزوجته، وحينما علمت هذه الأخيرة بهذا البيع رفعت دعوى أمام القضاء تطالب فيها إبطال هذا البيع الصادر من زوجها على أساس أنه قد باع ملكها.

دفع (ب) بأنه كان حسن النية أثناء العقد حيث أنه لم يكن يعلم أن السيارة كانت مملوكة لزوجة (أ)، ولكن رغم ذلك فإنه يجيز العقد طبقا للقانون الذي خوله هذا الحق.

حينها دفع (أ) بأن زوجته قد تنازلت له عن هذه السيارة يوم 5-5-2013.

1- ما رأيك في تصرف الزوجة ولماذا؟

2- ما رأيك في دفع كل من (ب) و (أ)؟

3- لو كنت قاضيا بما تحكم في دعوى الزوجة؟ الرفض لعدم التأسيس.

قضية 3: بيع ملك الغير دعوى البطلان يرفعها المشتري وليس المالك الحقيقي أو البائع بل ترفع دعوى الإستحقاق والتعويض.

إشترى (ب) من عند (أ) سيارة بمبلغ 70 مليون سنتيم يوم 2012/02/01 وفي 2013/05/03 تبين أن السيارة لم تكن مملوكة لـ(أ) وإنما هي لزوجته وحينما علمت هذه الأخيرة بهذا البيع رفعت دعوى أمام القضاء تطالب فيها إبطال هذا البيع الصادر من زوجها على أساس أنه قد باع ملكها.

دفع (ب) بأنه كان حسن النية أثناء العقد حيث أنه لم يكن يعلم أن السيارة كانت مملوكة لزوجة (أ)، ولكن رغم ذلك فإنه يجيز العقد طبقا للقانون الذي خوله هذا الحق.

حين دفع (أ) بأن زوجته قد تنازلت له عن هذه السيارة يوك: 2013/03/05

1- ما رأيك في تصرف الزوجة لماذا؟

2- ما رأيك في دفع كل من (ب) و (أ)؟

3- لو كنت قاضا بما تحكم في دعوى الزوجة؟

قضية 4: البيع بالعينة وجوب مطابقة المبيع للعينة فقط

قدم (أ) (وهو بائع بالجملة) عينة عبارة عن حذاء رياضي لصالح (ب) (بائع بالتجزئة) قصد إبرام صفقة بيع قبل (ب) بهذه الصفقة واتفقا على جميع المسائل الجوهرية للعقد كما طلب من (أ) أن يرسل له 300 حذاء وقد دفع له نصف الثمن على أن يكمل له النصف الآخر بعد أن يبيع (ب) جزء من هذا الحذاء.

أرسل (أ) العدد المتفق عليه من الأحذية الرياضية إلى (ب) لكنه فوجأ برفض استلامها، وبطلب رد الثمن، لأن الحذاء الذي أخذه كعينة وبعد تجربتها وجده غير ملائم إذ أن نعله سهل التمزق.

غير أن (أ) لم يلبي طلبه، فترك له الأحذية وسارع برفع دعوى إلى القضاء يطالب فيها بتكملة الثمن، وبقبول (ب) للأحذية لأنها جاءت مطابقة للعينة.

- فحكم القاضي بإعادة الثمن، وردّ الأحذية

- ما رأيك في حكم القاضي (صائب أم لا)؟ (غير صائب الشرط هو المطابقة فقط)

- لو كنت محامي (ب) بما تشير عليه؟ يرفع دعوى على أساس العيوب الخفية).

II- بيع الملكية الشائعة

إذا اشترط في المبيع أن يكون مملوكا للبائع فإنه لا يشترط أن تكون ملكية له مفرزة وإنما يصح أن تكون شائعة .

فما هي الملكية الشائعة؟

عرفتها المادة 713 بقولها:

"إذا ملك إثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك؟

وقد نصت المادة 1/714 على أنه:

"كل شريك في شيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"

ويتضح من هذا النص أن الشريك يملك حصته ملكا تاما وتثبت له سلطة التصرف فيها وعليه فإن البيع الصادر منه لا يعد صادر من غير المالك

والبيع إما أن يصدر على حصة الشريك الشائعة وإما يرد على جزء مفرز مساوي لحصته الشائعة، وإما يرد على المال المملوك على الشيوع ولهذا لا بد أن نفرق بين حكم بيع الشريك لحصته الشائعة أو جزء مفرز معادل لها وبيعه لكل المال المشاع.

أولا: حق الشريك في التصرف في حصته الشائعة:

للمالك على الشيوع التصرف في حصته الشائعة بكل التصرفات من بيع وهبة ورهن وهذه الصورة لا تثير إشكالا وهي الصورة الغالبة في التصرف في المال المشاع فيصبح المشتري هنا مالك على الشيوع مع باقي الشركاء وهذا البيع يكون نافذا في مواجهة الشركاء الآخرين ولا يتوقف على إجازته، وإن كان لهم الحق فقط في استرداد الحصة المبيعة سينفعه إذا كان المبيع عقارًا والمشتري يخلف البائع حصته الشائعة وتصبح له الحقوق التي للبائع، ويدخل في ذلك الحق في طلب القسمة وما يترتب على الأثر الكاشف.

ثانيا: حكم بيع الشريك حصته مفرزة من المال الشائع:

قد يحدد الشريك حصته من لقاء نفسه (أي دون اتفاق على القسمة بينه وبين شركائه) ثم يبيع هذه الحصة المفرزة، وقد واجهت الفقرة الثانية من المادة 2/714 هذه الحالة بقولها: "وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في النصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطرق القسمة وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة"

فإذا فرضنا أن شخصا يمتلك حصة شائعة لقطعة أرض وحدد منها جزءً يوازي حصته وباعها إلى شخص آخر فإنه طبقا للنص السابق يتعين علينا أن يفرق بين حالتين:

حالة جهل المشتري لحالة الشيوع وحالة العلم بها .

1- حالة علم المشتري بحالة الشيوع:

إذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن البائع لا يملك الجزء المبيع مفرزا يقع البيع صحيحا، بمعنى أنه لا يجوز للمشتري قبل القسمة طلب إبطال البيع، أما إذا تمت القسمة وخرج في نصيب شريك بائع الجزء الذي باعه فإن حق المشتري يستقر نهائيًا على هذا الجزء، وإن

تمت القسمة وخرج في نصيب الشريك البائع جزءً آخر على الجزء الذي تم بيعه فإن حق المشتري ينتقل إلى هذا الجزء على أساس الحلول العيني.

2- حالة جهل المشتري بحالة الشيوع:

إذا كان المشتري يجهل وقت البيع أن البائع لا يملك الجزء المبيع كما حدده فيحق له إبطال البيع على أساس الغلط في صفة جوهرية من صفات المبيع وهي كونه مملوكا ملكية مفرزة للبائع إذ أن المشرع إعتبر هذا الجهل بمثابة الغلط في صفة جوهرية للمبيع ولذلك يكون للمشتري قبل القسمة أن يطالب بإبطال البيع لأنه قصد شراء حصة مفرزة ولا حصة شائعة أما بعد القسمة فنفرق بين أمرين:[16]

1- إذا وقع الجزء المبيع في نصيب البائع فإنه يمتنع عليه طلب الإبطال .

2- إذا لم يقع الجزء المبيع في نصيب البائع فإنه من حقه المطالبة بالإبطال.

ثالثا: بيع الشريك كل المال الشائع:

إذا باع الشريك كل المال الشائع في فإنه يكون قد باع حصته وحصص باقي الشركاء، ومن ثم فإن البيع يعتبر بيعا في ملك الغير مما يزيد من حصته ويأخذا حكم بيع ملك الغير.

[16].خليل أحمد حسن قدادة، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، نظرية الإلتزام، ص33.

المطلب الثاني:

الثـــــمن

الفرع الأول :الشروط الواجب توافرها في الثمن :

الشرط 1: يجب أن يكون الثمن نقودًا.

الشرط 2: يجب أن يكون الثمن مقدرًا أو قابل للتقدير

إن تقدير الثمن أو قابليته في التقدير يجب أن يكون باتفاق المتعاقدين، فلا يستغل به أحدهما دون الآخر حتى لا يغبن كلاهما الآخر فلا بد أن يكون التقدير باتفاقهما ولكن ليس من الضروري أن تكون القيمة مقدرة فعلا باتفاق المتعاقدين بل يكفي أن تكون قابلة للتقدير باتفاقهما.

قابلية الثمن للتقدير:

الأسس التي يقوم عليها التقدير:

ليس من الضروري أن الثمن مقدرًا بل يكفي أن يكون قابلا للتقدير ما دامت الأسس التي يقوم عليها تقديره متفق عليها بين المتعاقدين.

1/ أساس التقدير بسعر السوق:

إذا اتفق المتعاقدان على أن سعره هو سعر السوق كان الثمن إن لم يكن مقدرًا قابلا للتقدير وذلك من خلال الرجوع إلى سعر السوق، فإذا كان المتعاقدان اتفقا على سوق في مكان معين وفي زمن معين كان سعر هذا السوق هو المعتبر.

أما إذا اقتصر على ذكر سعر السوق دون أن يبينا أية سوق فقد افترضت الفقرة 20 في القمادة 356 ق م أنهما إذا قصدا سعر السوق في المكان والزمان الذي يجب فيه تسليم المبيع للمشتري .

2/ أساس التقدير السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتعاقدين: الثمن في هذه الحالة كون قابل للتقدير بالنظر إلى سعر الشيء المبيع المتداول بين التجار والعبرة هنا ليست بقيمة المبيع في حد ذاته بل سعره المتداول في الأسواق بين التجار وإذا لم يبين القاضي بوضوح السع المتداول في الأسواق كان له أن يلجأ إلى خبير ليتبين هذا السعر.

هذا وقد ظهر من الظروف والملابسات أن المتعاقدان قد اتفقا ضمنيا على أن يكون ثمن هذا السعر الذي جرى عليه التعاقد بينهما التعاقد بينهما فيرجع إلى هذا السعر في تحديد الثمن كمن يورد سلعة لآخر اعتاد على توريدها له بسعر معين فهما متفقان ضمنيا على أن يكون الثمن هو هذا السعر الذي يرى عليه التعامل بينهما وقد نصت المادة 357 ق م: "إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن المبيع فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من أن المتعاقدان قدو نوَيا الإعتماد على السعر المتداول في التجارة، أو السعر جرى عليه التعامل بينهما".

3/ أساس تقدير الثمن من خلال أجنبي يتفق عليه المتعاقدان:

إن الثمن إن لم يكن مقدرًا إلا أنه بالاتفاق على هذا الأجنبي كان قبلا للتقدير، وما يقدره هذا الأجنبي ثمنا للبيع ملزم للبائع والمشتري لأن الأجنبي مفوض من المتعاقدين بتحديد الثمن يعتبر تقدير مفوض الثمن بمثابة شرط واقف لانعقاد البيع إذا تحقق بأن قدر المفوض الثمن اعتبر البيع قد تم من وقت العقد بأثر رجعي إذا لم يقم المفوض لسبب أو لآخر في تقدير الثمن فإن الشرط الواقف لا يتحقق ويعتبر كأن لم يكن .

وفي حالة تعيين المفوض، فإن عزله لا يكون إلا من الطرفين فلا يمكن أن يستقل أحدهما بعزله وإذا ما تم عزل المفوض أو لم يقم المفوض بتقدير الثمن يجوز للمتعاقدين إما أن يتفقا مباشرة على ثمن معين أو يقوما بتعيين مفوض آخر ولكن البيع لا يتم إلا من وقت تقديرهما للثمن أو من وقت تقدير المفوض الثاني للثمن بأثر رجعي من تاريخ تعيين المفوض الثاني.

الشرط 3: أن يكون الثمن جديا

يجب أن يكون الثمن جديا ولا يكون كذلك إذا كان تافها، أو كان صوريا، وليس من الضروري ليكون الثمن جديا ألا كون ثمنا بخسا فقد يكون الثمن بخسا يدخله الغبن الفاحش ومع ذلك يكون جديا.

1/ الثمن الصوري:

لا يكون الثمن جديا إذا كان صوريا لا يقصد البائع أن يتقاضاه من المشتري وإنما ذكر مبلغ من النقود ليكون ثمنا حتى يسلم للبيع مظهرًا خارجيا، ومتى ثبت أن الثمن صوري فإن العقد لا يكون بيعا ولكنه قد يكون هبة مستترة في صورة بيع، ومما يرجع صورية الثمن أن يقوم البائع في عقد البيع نفسه بإبراء ذمة المشتري من الثمن المذكور في العقد أو يهبه إياه في هذه الحالة نرى أن البائع ليس في نيته أن يتقاضى الثمن وإنما يريد أن يصبغ على العقد صورة البيع وهو في هذه الحالة ليس عقد البيع وإذا اعتبرناه هبة فهي مكشوفة يجب لانعقادها أن تكون في ورقة رسمية لكن إذا تم عقد البيع بثمن جدي ثم بعد ذلك أبرأ البائع المشتري من الثمن أو وهبه إياه فإن البيع يبقى صحي لأنه تم بثمن جدي.

2/ الثمن التافه:

هو مبلغ من النقود يصل من التفاهة في عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى حد يبعث على الإعتقاد بأن البائع لم يتعاقد للحصول على مثل هذا المقدار التافه وإن كان قد حصل عليه فعلا مثال ذلك: بيع منزل قيمته 100 مليون بـ 1مليون أو 5 مليون ... كان الثمن تافها واعتبر البيع كأن لم يكن ويمكن اعتبار هذا العقد هبة.

الفرع الثاني :الثمن البخس(دعوى الغبن الفاحش)

الثمن البخس هو الذي تقل عن قيمته المبيع كثيرا ولكنه ثمن جدي قصد البائع أن يتقاضاه، فإذا باع البائع عقارًا قيمته 100 مليون بقيمة 60 مليون فهذا البيع صحيح لأن الثمن وإن كان بخسا إلا أنه يعتبر جدي.

على أن الثمن البخس المقصود يعيب البيع في حالة واحدة وهي حالة بيع العقار وبتوفر شروط معينة.

الشروط الواجب توافرها لتحقق الغبن الفاحش

شرط1: أن تكون العينة المبيعة عقارًا لأن بيع المنقولات بأي ثمن جدي مهما قل لا يعيبه الغبن الفاحش فالمنقولات لا تحميها هذه الدعوى وإنما نظرية الإستغلال وفقًا للقواعد العامة إذن الشرط أن يكون عقارًا (حق الملكية وارد على عقار) أو أن يكون حق عيني آخر وارد على عقار مثل حق الإرتفاق حق الإنتفاع الوارد على عقار.

شرط2: يجب أن لا يكون المبيع قد تم وفق للمزاد العلني طبقا للقانون، فالمزاد يفسح المجال للحصول على أكبر ثمن للعقار فإذا ؟؟؟ المزاد بثمن تقل عن قيمته العقار بأكثر من الخمس فهذا دليل على أن العقار لا يجد مشتري بأكثر من هذا الثمن وعليه لا مجال للطعن في المبيع بالغبن.

شرط3: يجب أن يكون الثمن يقل عن قمة العقار المبيع وقت البيع بأكثر من الخمس وعليه المعيار مادي موضوعي وهو رقم محدود لا يتعداه وهو أن يكون الغبن يزيد عن الخمس فإذا بيع العقار بثمن هو أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع أو بثمن أكبر من ذلك فلا مجال للطعن في البيع بدعوى الغبن والعبرة في تقديم العقار لحساب مقدار الغبن يكون وقت البيع لا وقت الطعن بالغبن.

الغبن=القيمة الحقيقية للعقار – القيمة التي بيع بها العقار

الشرط: الغبن أكبر من الخمس إذن إذا كان الغبن أقل أو يساوي الخمس في هذه الحالة لا يوجد الغبن ولكنه الغبن المتسامح فيه

مثال: قيمة العقار الحقيقية 1000.000.00 دج

القيمة التي بيع بها: 810.000.00 دج

الأثر الذي يترتب على تحقق الغبن الفاحش

يترتب على الغبن دعويان: دعوى تكملة الثمن ودعوى الفسخ

أولا: دعوى تكملة الثمن:

إن الغبن لا تعتبر سبب من أسباب إبطال البيع وإنما هو سبب لتكملة الثمن فالإبطال لا يكون بسبب الغبن الفاحش إلا إذا كانت نتيجة الغلط أو التدليس.

الذي يرفع دعوى تكملة الثمن هو صاحب العقار أو الورثة وترفع على المشتري كذلك أو ورثته لأن تكملة الثمن إلتزام في ذمة المشتري.

يجب على المدعي أن يثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد على الثمن بأكثر من الخمس فإذا أثبت ذلك حكم القاضي على المشتري بتكملة الثمن إلى أن يبلغ أربعة أخماس 5/4 قيمة العقار وقت البيع مدة تقادم دعوى الغبن الفاحش 3 سنوات طبقا للمادة 359 ق م فإذا كان البائع قاصرا فله أن يرفع الدعوى بعد بلوغه سن الرشد بثلاث (03) سنوات فإن مات قبل انقضاء 03 سنوات كان لورثته رفع الدعوى في المدة المتبقية فإن مات قبل بلوغه سن الرشد فلورثته رفع الدعوى في خلال 03 سنوات من وقت موته.

ثانيا: دعوى الفسخ

للبائع صاحب العقار إذا لم يدفع المشتري له تكملة الثمن بعد الحكم به عليه أن يطلب فسخ البيع شأنه في ذلك شأن من يستوفي الثمن بأكمله.

إذا فسخ البيع استرد البائع العقار ورد ما قبض من الثمن وله فوق ذلك المطالبة بالتعويض (التعويض عن الفارق بين أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع وقيمة النزول) .

يسترد البائع العقار من عند المشتري فإذا كان قد تصرف فيه بالبيع أو التبرع مثلا فإن المتصرف إليه حسن النية لا يلحقه ضرر من دعوى الفسخ .

ولكنه سيعتبر سيء النية من وقت تسجيل البائع لعريضة دعوى الفسخ فإذا لم يكن المتصرف إليه قد شهر حقه العيني تسجيل عريضة الفسخ يري الفسخ في حقه، أما إذا كان قد شهر حقه قبل تسجيل عريضة دعوى الفسخ فلا يسري في حقه، ذلك أن دعوى تكملة الثمن و ما ينتج عنها من دعوى الفسخ لا تلحق ضررا بالغير حسن النية، إذا كسب حق عيني على العقار المبيع (المادة 359 فقرة 3) ومن ثم لا يستطيع البائع أن يسترد العقار من تحت يد الغير حسن النية ولم يبقى له إلا الرجوع بالتعويض على المشتري فإذا استطاع البائع أن يثبت سوء نية الغير (تسجيل دعوى عريضة الفسخ قرينة على ذلك) أي يثبت أن الغيركان يعلم وقت تعامله مع المشتري بقيام دعوى تكملة الثمن جاز له بعد الفسخ أن يسترد العقار من تحت يد الغير سيء النية.

كيفية حل قضية:

أولا: تحديد الوقائع

يجب أن يكون هذا التحديد مجردًا (كما جاء في القضية دون تغيير اللفظ أو المعنى وبالترتيب الزمني الذي كان في القضية.)

ثانيا: الإجراءات

وهو ما يقوم به الأفراد أمام القضاء

ثالثا: طرح الإشكالية

الذي عادة ما يكون على شكل تساؤل والإشكالية قد تكون على موضوع نظري أو عنصر فيه

الفصل الثاني

آثار عقد البيع

البيع عقد ملزم لجانبين فهو يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من البائع والمشتري، إلتزامات البائع هي الإلتزام بنقل الملكية والإلتزام بالتسليم الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق والإلتزام بضمان العيوب الخفية.أما إلتزامات المشتري فهي الإلتزام بتسلم الشيء المبيع والإلتزام بدفع الثمن.

المبحث الأول:

إلتزامات البائع

المطلب الأول: الإلتزام بنقل الملكية

المقصود بالمبيع قد يكون حق الملكية وهو الغالب أو الشائع وقد يكون حق عيني آخر متفرع عن حق الملكية كحق الإنتفاع أو حق الإرتفاق كما قد يكون حق شخصي ويسمى بحوالة حق الشخص بل قد يكون حق معنوي كحق المؤلف وفي جميع هذه الأحوال ينقل البيع الحق كما هو بمقوماته وخصائصه من البائع إلى المشتي فبيع حق الإنتفاع يترتب عليه نقل ملكية حق الإنتفاع، وبيع الحق الشخصي يترتب عليه نقل ملكية الحق الشخصي ...إلخ وهذا هو الذي نعنيه بنقل ملكية المبيع .

معنى نقل الملكية

يجب التمييز بين ترتيب البيع للإلتزام بنقل الملكية وبين تنفيذ هذا الإلتزام فعلا وإن كان الالتزام بنقل الملكية ثم تنفيذه كقاعدة عامة فورًا بمجرد نشوئه ولكن يسبق تنفيذ الإلتزام بنقل الملكية أعمال تمهيدية (إيجابية وسلبية) يلتزم بها البائع ولا بد كذلك من توافر شروط معينة حتى تم نقل الملكية فعلا وبحكم القانون فإذا قام البائع بهذه الأعمال التمهيدية بنقل الملكية وتوافرت الشروط الواجبة لنقلها يقول انتقلت الملكية فعلا بحكم القانون من البائع إلى المشتري.

1/ إلتزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية:

تنص المادة 361 ق م "يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرًا أو مستحلا"

ومن أمثلة هذه الأعمال التي من شأنها أن تجعل نقل الملكية بسير تقديم الشهادات والمستندات اللازمة المتعلة بالشهر وحضور البائع للقيام بعملية الفرز في الشيء المعين بنوعه

- إمتناع البائع عن الأعمال التي تؤدي إلى الإضرار بالشيء المبيع.

- إخفاء البائع بعض المستندات الضرورية وإن كان يجوز للمشتري الحصول عليها ولكن بمشقة (مثل شهادة الضريبة) فإخفاؤها يجعل نقل الملكية عسيرًا لذلك يلتزم البائع بالكف عنها.

2/ الشروط الواجب توافرها لانتقال الملكية إلى المشتري:

إذا قام البائع بالأعمال التمهيدية لنقل الملكية انتقلت الملكية فعلا إلى المشتري بحكم القانون وذلك إذا توافرت الشروط التي نص عليها المشرع في المادة 165 ق م وهذه الشروط هي:

1/ أن كون المبيع معين بالذات.

2/ أن يكون مملوكا للبائع.

3/ أن لا يتعلق القانون أو الإتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين.

الشرط1: أن يكون المبيع معين بالذات

لأنه لا يمكن أن نتصور انتقال الملكية في الشيء المعين بذاته فالشيء المعين بنوعه يجب فيه الفرز، ولا يعتبر المبيع معين بذاته في حالتين:

حالة1: بيع الشيء المستقبلي الذي يكون الشيء فيه لم يضع بعد فهنا الشيء معين بالذات لا يتصور نقل الملكية إلا بعد صنعه.

حالة2: بيع محله تخييري: فلا يتعين المبيع في هذه الحالة إلا عندما يعمل صاحب الخيار خياره ولا تنتقل الملكية إلا عندما يتم الإختيار بأثر رجعي من وقت البيع.

الشرط2: يجب أن يكون المبيع مملوكا للبائع

فالملكية لا تنتقل إلا من مالكها

الشرط3: ألا يعلق القانون أو الإتفاق انتقال الملكية على عمل معين

فالقانون يعلق انتقال الملكية على الفرز في الشيء المعين بالنوع، يعلقها على الشهر في العقار وقد يتفق المتعاقدان على أن لا تنتقل الملكية إلا بتحقيق أمر معين مثلا لا تنتقل الملكية إلا بعد التسليم.

ما يترتب من أثر على انتقال الملكية فعلا للمشتري

إذا توافرت الشروط الواجبة لانتقال الملكية المذكورة سابقا أصبح المشتري مالكا للمبيع وترتبت على ذلك النتائج التالية:

1/ يكون للمشتري حق التصرف في المبيع باعتباره مالكا له ولو قبل تسليمه من البائع.

2/ يكون للمشتري ثمار المبيع باعتباره مالكا ويتحمل بذلك تكاليفه من نفقات للحفظ والصيانة والضرائب وغر ذلك من الأعباء (مالم يوجد اتفاق يقضي بذلك)

3/ تنتقل الملكية في حق البائع وفي حق الورثة والدائنين فوارث البائع يرث المبيع ووارث المشتري يرث المبيع، ودائن البائع لا يستطيع التنفيذ على المبيع والعكس بالنسبة للمشتري

4/ كان من المقبول أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم على المشتري باعتباره مالكا لكن المشرع راع طبقا للمادة 167 ق م أن الإلتزام بالتسليم التزام تبعي فإذا هلك المبيع بسبب أجنبي قبل التسليم انفخ البيع وتحمل البائع الهلاك للصفة التبعية أهمية في تحمل تبعة الهلاك قبل التسليم إذ لا يخلص المبيع للمشتري إلا إذا تسلمه وعليه إذا هلك قبل التسليم هلك على البائع.

إنتقال الملكية في المنقول المعين بالذات

تنتقل الملكية فورًا بمجرد تمام العقد وعقد البيع هو الذي ينقل الملكة بعد أن ينشأ التزاما بنتقلها يتم تنفيذه بمجرد نشوئه.

تنتقل الملكية فورا بمجرد تمام العقد في المنقول المعين بالذات سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير .

1/ إنتقال الملكية فيما بين المتعاقدين:

إذا باع شخص (أ) سيارة معينة بالذات مملوكة له إلى شخص آخر (ب) فإن ملكية السيارة تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد تمام عقد البيع ويترتب على ذلك أن المشتري وقد أصبح مالكا يستطيع التصرف فيه حتى قبل تسلمه من البائع فإذا باعه إلى شخص آخر انتقلت ملكيته من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بمجرد تمام البيع اثاني ولو كانت السيارة لا تزال في حوزة البائع الأول ولا يعتبر المشتري الثاني من الغير لأنه تلقى الملكية من المشتري الأول الذي يعتبر مالكا ولم يتلقاها من البائع الأول الذي لا يعتبر مالكا.

2/ إنتقال الملكية بالنسبة للغير

تنتقل ملكية المنقول كذلك بالنسبة إلى الغير فلو أن البائع الأول للسيارة في المثال السابق باع السيارة مرة أخرى لمشتري آخر فإنه يكون قد باع مالا يملك لأن الملكية انتقلت منه إلى المشتري الأول بالبيع الأول ليس فيما بينهما فقط بل أيضا بالنسبة للغير ونعني به المشتري الآخر الذي تصرف له بالبيع في المرة الثانية، فإذا بقيت السيارة في يد البائع الأول فإن الذي يستردها منه هو المشتري الأول لأنه هو المالك ويرجع المشتري الآخر بالتعويض على البائع الأول إذ أن هذا قد باع مالا يملك. وإذ سلم البائع الأول السيارة إلى المشتري الأول فإنه يكون قد سلمها إلى مالكها وليس للمشتري الآخر الرجوع على المشتري الأول بشيء وإنما يكون رجوعه على البائع الأول.

ولكن إذا سلم البائع الأول السيارة إلى المشتري الآخر وكان هذا المشتري الآخر حسن النية لا يعلم أن السيارة بيعت قبل ذلك للمشتري الأول فإنه يملك السيارة من خلال الحيازة بحسن النية وليس بموجب العقد لأنه بيع لملك الغير، أما إذا كان المشتري الآخر سيء النية فإنه لا يملك السيارة بالحيازة وتبقى السيارة مملوكة للمشتري الأول وإذا تسلمها المشتري الآخر من البائع له أن يستردها بدعوى الملكية ويرجع في هذه الحالة المشتري الآخر على البائع الأول.

إنتقال الملكية في الشيء المعين بالنوع

- لا تنتقل الملكية في الشيء المعين بنوعه إلا بالإفراز ذلك أن الشيء قبل إفرازه لا يعتبر معين بذاته لذلك لا يتصور انتقال الملكة إلى المشتري قبل الإفراز.

- إن الإفراز ولي البيع من ينقل الملكية وحتى لو تم الإفراز والتسليم معًا فإن الإفراز هو الذي ينقل الملكية وليس التسليم فإذا ما تأخر التسليم عن الإفراز قلنا بأن الملكية تنتقل بمجرد الإفراز وقبل التسليم مثال ذلك إذا باع شخص 10 قناطير من القمح الموجود في المخزن فإن ملكية هذا الكمية من القمح لا تنتقل إلى المشتري إلا عند الإفراز لهذا المقدار وإعداده للتسليم سواء سلم للمشتري أو لو يسلم كما أن ثمرات المبيع وما يطرأ عليه من زيادة لا تكون للمشتري إلا بعد الإفراز لأن المشتري لا يملك المبيع قبل ذلك الأمر نفسه بالنسبة للبيع بالتقدير.

إذا امتنع البائع عن الإفراز ولم ينفذ التزامه هذا جاز للمشتري أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة (البائع) فيقوم بشرائه ويرجع بالثمن والمصارقف على البائع بل يرجع أيضا بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب البائع في تنفيذ التزامه، والأصل أن يستأذن المشتري القاضي في ذلك فإذا كانت الظروف مستعجلة كان له دون استئذان أن يقوم هو بالشراء ولكن بعد إعذار البائع، أن البيع في المنقول المعين بالنوع وفي البيع بالتقدير حتى قبل الفرز هو بع تام ينشئ جميع الإلتزامات التي ينشؤها عقد البيع إضافة إلى الإلتزام بحضور الفرز والتسليم ويتم الفرز في المكان والزمان المتفق عليهما فإذا لم يكن هناك اتفاق يتعين على البائع أن يقوم به في مكان تسليمه وزمانه والملكية تنتقل إلى المشتر من يوم الإفراز وليس من تاريخ البيع.

إنتقال الملكية في البيع الجزاف

تنتقل الملكية في البيع الجزاف كما تنتقل في البيع فيه الشيء معين بذاته.

إنتقال الملكية في العقار

إن الملكية في العقار لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا من تاريخ الشهر وقد أشارت إلى ذلك نصوص قانونية عديدة منها المادة 793 ق م "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري" وكذلك المادة 165 ق م "الإلتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني ... وذلك مع مراعاة الأحكام المختلفة المتعلقة بالشهر العقاري" وكذلك القانون 75-74 الصادر سنة 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العامة وتأسيس السجل التجاري نجد المادة 15 من هذا القانون تنص "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة إلى الغير إلا من يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية"

ما يتضح من هذه النصوص أن الملكية العقارية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير لا تنتقل إلا من تاريخ إجراء الشهر، والشهر هو نظام وضعه المشرع لنفاذ التصرفات المتعلقة بالحقوق العينية الواردة على عقار ويكون هذا الشهر بإثبات هذه التصرفات في السجل أو الدفتر العقاري حيث يمكن للناس كافة الإطلاع على ما جاء فيها من البيانات وتبدو أهمية هذا النظام بالنسبة لمن يريد التعامل في هذا العقار حيث يمكنه أن يتعرف على ما ينقل هذا العقار من حقوق حتى يكون مع نصيرة من أمره وهل يستمر في هذا العقد أم لا، وعلى ذلك فإن نظام الشهر (ونعني به نظام الشهر العيني) هو نظام محكم فالتصرفات لا يتم شهرها وفقا للأسماء بل وفقا للعقار ذاته فهو نظام عيني ولكل عقار سجل أو دفتر عقاري يبين في هذا السجل ما يقع مع هذا العقار من التصرفات ينقل من الحقوق فيتمكن كل من أراد التعامل فيه بالرجوع لهذا الدفتر معرفة حالة العقار فيقدم على هذا التصرف وهو مطمئن كما أن لنظام الشهر الحجية فالتصرفات التي تشهر لا يتم شهرها إلا بعد التحري عن صحتها فيتم البحث

عن موقع العقار وحدوده ومساحته ثم عن أسماء من وقع منهم التصرف عن أهليتهم وهل صدر هذا التصرف من المالك فيشهر أو يكون هذا التصرف معين فيمتنع عن شهره فإذا ما أشهر انتقلت الملكية من خلال الشهر وليس بناءً على التصرف (عقد البيع) فالشهر وليس البيع من ينقل الملكية لأن وظيفة العقد الشكلي يعتبر بمثابة ركن في عقد البيع يكون هذا الأخير باطلا بطلانا مطلق ف حالة تخلفه فالعقد الشكلي يرتب إلتزاما بنقل الملكية التي لا تنتقل إلا بعد إجراء الشهر .

قضية1:

وعد (أ) أن يبيع سيارته (ب) إذا ما أظهر رغبته في شرائها خلال مدة شهرين، ولقد اتفقا على جميع المسائل الجوهرية بما فيها الثمن على أن يكون 40 مليون، بعد مضي شهر تقدم (ج) وعرض على (أ) أن يبيعه السيارة بمبلغ 50 مليون على شرط تجربتها قبل (أ) بهذا العرض وأعطاه مهلة 7 أيام لتجربتها بعد مرور 15 يوم أحضر (ب) المبلغ المتفق عليه وأبدى رغبته في شراء السيارة وإتمام البيع النهائي فأخبره (أ) أنه باعها.

رفع دعوى إلى القضاء يطالب فيها ما يلي:

1/ استصدار حكم يقوم مقام تنفيذ العقد لأن الوعد ملزم لـ(أ) وبذلك فإنه لا يمكنه التصرف في الشيء الموعود ببيعه خلال مدة الوعد ولما قام بذلك فقد باع ملك الغير.

2/ وأن (ج) لم يبدي قبوله خلال مدة التجربة مما يجعل تحقق الشرط مستحيل ولذلك فإن ملكية السيارة لم تنتقل لـ(ج).

3/ وأن عقد الوعد بالبيع الصادر من (أ) سابق على صدور البيع بشرط التجربة مما يجعل الملكية تنتقل له أولا قبل انتقالها لـ(ج).

فحكم القاضي بتنفيذ الوعد الصادر من (أ) وأتم البيع النهائي.

السؤال: - مارأيك في طلب (ب).

- هل أصاب القاضي في حكمه - لو كنت محامي لـ(ب) بما تنصحه.

قضية 2:

أراد (أ) تغيير أثاث منزله فوجد (ب) وهو صديق له الذي أبدى نيته في شرائه فحصل منه على وعد بالشراء إذا ما وجد (أ) الأثاث المناسب لمنزله وقد تم الإتفاق على مدة شهرين لإبداء رغبته في البيع وعلى أن يكون الثمن 20 مليون سنتيم هذا وقد اتفقا على أن يتم البيع النهائي في ورقة رسمية.

بعد شهر اقتنى (أ) الأثاث الذي كان يبحث عنه فأبدى رغبته في بيع الأثاث الأول لـ(ب) غير أنه فوجئ برفض هذا الأخير في إبرام البيع وفي إتمام الورقة المتفق عليها لأنه قد اشترى أثاث آخر من (ج) عن طريق البيع بالتقسيط، رفع (أ) دعوى يطالب فيها باستصدار حكم يقوم مقام العقد (دعوى صحة، التعاقد) فما كان لـ(ب) إلا أن دفع ببطلان الوعد الصادر منه على أساس أنه لم يكن شكليا إذ أن البيع النهائي اتفق عليه أن يكون شكلي وبالتالي لا يمكن تنفيذ عقد لو يستوفي كامل شروطه فحكم القاضي لـ(ب) بما دفع

السؤال: ما رأيك في حكم القاضي وعلى أي أساس.

المطلب الثاني:

الإلتزام بتسليم المبيع

يتفرع الإلتزام بالتسليم عن الإلتزام بنقل الملكية إلتزامان هما الإلتزام بالمحافظة على المبيع حتى التسليم والإلتزام بالتسليم.[17]

الإلتزام بالمحافظة على المبيع هو الإلتزام ببذل عناية لذلك يكون التزاما بعمل فنطبق عليه أحكام المادة 172 ق م فإذا بذل البائع في المحافظة على المبيع إلى وقت تسليمه للمشتري عناية الشخص العادي فإنه يكون قد وفى بالتزامه فإذا ما هلك المبيع بالرغم من ذلك من المحافظة لم يكن مسؤولا بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع (إن كان يمكن أن يتحمل تبعة الهلاك بموجب الإلتزام بالتسليم) والإلتزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة لذلك كان له من الأهمية خاصة في حالة تبعة الهلاك لأن الإلتزام الأصلي لا يكون كاملا إلا إذا تم تنفيذ الإلتزام بالتسليم وعليه سنتناول الإلتزام بالتسليم من خلال تحديد كيفية التسليم والجزاء المترتب على الإخلال بتنفيذ الإلتزام بالتسليم ومكان التسليم وزمانه.

أولا: كيفية التسليم

لقد نص المشرع في المادة 367 ق م على ما يلي "يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والإنتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه ماديا، ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسلمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع. وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجودًا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى في حيازته بعد البيع بسبب آخر لا علاقة له بالملكية" يتبين من هذا النص أن التسليم إما يكون قانون (فعلي) أو تسليم حكمي.

-14 عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص86. - أنظر في ذلك أيضا: علي فيلالي، مرجع سابق، ص183.

1/ التسليم القانوني:

يكون التسليم قانونيا كما جاء في الفقرة 1 من المادة 367 ق م بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وينطوي التسليم القانوني على عنصرين:

العنصر الأول: وضع المبيع تحت تصرف المشتري:

يشترط في ذلك أن يكون ممكنا من حيازته حازة يستطيع معها أن ينتفق به الإنتفاع المرجو من المبيع من غير أن يحول حائل دون ذلك ولكن لا يشترط أن تنتقل الحيازة فعلا إلى المشتري بمعنى استيلاء المشتري على المبيع استيلاءً ماديًا وما دام المشتري متمكنا من هذا الإستيلاء فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم حتى قبل حيازته للمبيع بل وحتى لو لم يحزه أبدًا.

العنصر الثاني: أن يعلم البائع المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه:

لقد اشترط المشرع ضرورة إخباه (إعلامه) المشتري من طرف البائع نفسه ومتى اجتمعا لعنصران معا فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بتسليم المبيع من الناحية القانونية (يكون التسليم من يوم الإعلام) .

2/ التسليم الحكمي:

يتم التسليم الحكمي (الذي يقوم مقام التسليم القانوني) طبقا للفقرة الثانية من المادة 367 ق م المذكورة أعلاه بمجرد تراضي الطرفين ويكون التراضي على المبيع قد تم تنفيذه من البائع إلى المشتري وللتسليم الحكمي صورتان.

الصورة الأولى: أن يكون المبيع في حيازة المشتري قبل البيع

من خلال عقد وديعة أو رهن وحيازة أو عقد إعارة ...إلخ ثم يقع البيع فيكون المشتري حائزًا فعلا للمبيع وقت صدور البيع ولا يحتاج إلى استيلاء مادي جديد حتى تم التسليم وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع في حيازته ولكن ليس كمستأجر أو مودع عنده كمالك له من خلال الشراء.

الصورة الثانية: أن يبقى المبيع في حيازة البائع بعد البيع

ولكن ليس كمالك فقد خرج المبيع عن ملكه بعقد البيع بل كمستأجر أو كمستعير...إلخ ويكون ذلك بعد أن يتفق الطرفان على ذلك (يتم التسليم من وقت الإتفاق) .

ثانيا: زمان التسليم ومكانه:

أولا: زمان التسليم

الأصل أن يتم التسليم بمجرد (فورًا) انعقاد البيع هذا إذا لم يكن هناك اتفاق على ميعاد التسليم أو كان هناك عرف يقضي بتسليم المبيع في ميعاد معين وهذا طبقا للقاعدة العامة الموجودة في المادة 281 فقر 1 "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الإلتزام نهائيا في ذمة المدين مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

ثانيا: مكان التسليم

طبقا للمادة 282 ق م الأصل إذا كان المبيع معين بالذات أن يكون التسليم في المكان الذي يكون هذا الشيء موجود في وقت البيع، وإذا كان الشيء المعين بالذات منقولا لم يكن معين مكان وجوده وقت البيع فالمفروض عندئذ أن المنقول يصحب البائع حيث يقيم فيكون مكان التسليم هو موطن البائع.

أما إذا كان الشيء المعين بنوعه أو كان حقا مجردًا فإن التسليم يكون في موطن البائع أو مركز أعماله إذا كان المبيع فيعلق بهذه الأعمال، هذا كله إذا لم يتفق الطرفان على مكان آخر للتسليم.

تبعة الهلاك أو من يتحمل تبعة الهلاك

في القانون الجزائري ربط المشرع تبعة الهلاك بالتسليم المبيع إذا كان معين بالذات الملكية فيه تنتقل متى تم البيع أما تبعة الهلاك لا يكون مع انتقال الملكية وإنما بانتقال الحيازة

- إذا كان المبيع شيء معين بالنوع ثم عين بعد ذلك فإنه يبقى في ضمان البائع حتى وقت التسليم فإذا هلك قبل ذلك فإنه يهلك على البائع بالرغم من أنه تم تعينه قبل الهلاك وبالرغم من أن ملكية المبيع قد انتقلت إلى المشتري بهذا التعيين.

أما إذا هلك بعد التسليم فهلاكه على المشتري ليس لأنه تم تعيينه بالتسليم فانتقلت الملكية إلى المشتري بل لأنه قد سلم إلى المشتري فانتقلت حيازته إليه فأصبحت تبعة الهلاك عليه بموجب انتقال الحيازة (التسليم القانوني تم) وليس بموجب انتقال الملكية.

- إذا كان البيع معلقا على شرط واقف فالهلاك قبل التليم على البائع ولو تحقق الشرط ونفذ البيع والهلاك بعد التسليم على البائع أيضا ولو تحقق الشرط بعد الهلاك، إ لا يكون لتحقق الشرط في هذه الحالة أثر رجعي، أما إذا تحقق الشرط قبل الهلاك ففقد البيع فالهلاك بعد التسليم على المشتري.

الهلاك قد يكون كليا وقد يكون جزئيا.

الهلاك الكلي:

نصت عليه المادة 369 ق م "إذا هلك المبيع قبل تسلمه بسبب لا يد للبائع فيه يسقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا وقع الهلاك بعد إعذار المشتري بتسليم المبيع"

تبين من هذا النص أن المشرع ربط تبعة الهلاك بالتسليم (المقصود هو التسليم القانوني) بترتيب على الهلاك الكلي وهو في يد البائع انفاخ البيع بقوة القانون يكون للمشتري أن يسترد الثمن إذا كان الهلاك بسبب أجنبي لا يد للبائع فيه أما إذا هلك بفعل البائع فإن البائع يضل مسؤولا عن الهلاك ويحق للمشتري طلب الفسخ مع التعويض .

الهلاك الجزئي:

نصت المادة 370 ق م على مايلي "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم كتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطالب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن"

للمشتري الخيار بين أمرين الفسخ أو إنقاص الثمن على أنه لا يمكن له الفخ إلا إذا كان التلف جسيما بحيث لو طرأ التلف قبل العقد لمات أبرم العقد (تقدير حسامة التلف يرجع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع) معنى ذلك إذا لم يكن التلف جسيما أمكن للمشتري إنقاص الثمن.

الإستثناءات على قاعدة ربط تبعة الهلاك بالتسليم

القاعدة هي ارتباط تبعة الهلاك بالتسليم تكون على البائع الحالة الإستثنائية تعني أن تكون تبعة الهلاك على المشتري قبل التسليم:

01- إتفاق الطرفين

02- إذا كان عدم قيام البائع بالتسليم يستند إلى حقه في حسب المبيع بسبب عدم قيام المشتري بالوفاء بالثمن المستحق (المادة 391 ق م فقرة 02)

03- تكون تبعة الهلاك على المشتري إذا أعذره البائع لتسليم المبيع فامتنع على تسليمه

المطلب الثالث:

إلتزام البائع بضمان التعرض واستحقاق المبيع

سبق القول أن البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري فبالإضافة إلى ذلك يجب عليه أن يضمن بقاء المبيع بين يدي المشتري حتى يتسنى لهذا الأخير الإنتفاع به وفقا للغرض الذي وجد من أجله، فالمشتري إذا دفع ثمنا في مقابل حصوله على المبيع فإنه يهدف من وراء ذلك الإنتفاع بالمبيع على الوجه المطلوب فإذا حصل له تعرض فيجب على البائع أن يضمن هذا التعرض فإذا نجح في ذلك يكون قد قام بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا وإذا فشل في ذلك فإنه يلتزم بتعويض المشتري عن الذرر الذي لحق به بسبب ذلك وإذا ظهر في المبيع عيب من شأنه أن ينقص من قيمة المبيع أو يجعله عديم الجدوى فإن البائع يتعين عليه أن يضمن ذلك وعليه فإن التزام البائع بالضمان إما أن يتعلق بضمان التعرض والإستحقاق وإما أن يتعلق بضمان العيوب الخفية في المبيع وفي ما يلي نتناول ذلك بالتفصيل:

1- ضمان التعرض واستحقاق المبيع:

إن التزام البائع بالضمان إما أن يتعلق بضمان التعرض الشخصي وإما أن يتعلق بضمان تعرض الغير.

1- ضمان التعرض الشخصي:

تنص المادة 371 على أنه:

"يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير، يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه"

فطبقا لهذا النص فعلى البائع عدم التعرض، سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا.

- أما عن التعرض المادي فهو التعرض الذي لا يستند فيه البائع على حق يدعيه على المبيع، ويكون ذلك بأي عمل مادي يقوم به البائع ويترتب عليه حرمان المشتري من الإنتفاع بالمبيع حرمانا كليا أو جزئيا. (يقوم بطلب أي بدعدوى عدم التعرض)

- أما التعرض القانوني فهو التعرض الذي يستند فيه البائع إلى حق يدعيه على المبيع، كأن يكون البائع مثلا غير مالك للمبيع وقت البيع ثم يتملك المبيع بعد ذلك عن طريق الميراث أو بأي سبب آخر من أسباب إنتقال الملكية، ويرفع دعوى على المشتري يطالب فيها باستحقاق المبيع على أساس أنه المالك له.

ويتميز التزام البائع بضمان التعرض الشخصي بعدم القابلية للإنقسام فالتزام البائع بضمان التعرض الشخصي هو التزام بالإمتناع عن عمل ومن ثم فهو غير قابل للإنقاسم بطبيعته بالإضافة إلى ذلك فإن هذا الإلتزام ينتقل إلى الورثة أي: **إنتقال التزام البائع بالضمان إلى الورثة.**

- **جزاء الإخلال بالإلتزام:** يخضع جزاء إخلال البائع إلتزام البائع بالتعرض إلى القواعد العامة فللمشتري المطالبة إما بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو المطالبة بالفسخ دائما مع التعويض.

ويكون التنفيذ العيني إذا كان التعرض ماديًا أن يمنع البائع من القام بالفعل الذي شرع فيه أو يمنع من الإستمرار فيما بدأ فيه أو بإزالة ما تم منه. وإذا وضع البائع يده على الأرض المبيعة طلب طرده منها علاوة على تعويض المشتري عما أحدثه البائع من ضرر.

وإذا كان التعرض قانونيا كما إذا رفع البائع دعوى على المشتري فإن التنفيذ العيني يتخذ صورة دفع يدفع به المشتري دعوى البائع، ودعوى المشتري مؤسسة على التزام البائع بالضمان فإذا لم يكن التنفيذ العيني ممكنا أو لم يطلبه المشتري حكم بالتنفيذ بمقابل أي بالتعويض ويجوز للمشتري طلب فسخ البيع لإخلال البائع بالتزامه بالضمان مع التعويض إن كان له محل، ولا يجوز اشتراط عدم ضمان البائع للتعرض الصادر منه للمشتري وقد نصت

على ذلك صراحة المادة 378 بقولها: "يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع اتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك" .

2- ضمان تعرض الغير:

طبقا لنص المادة 371 فإن البائع لا يلتزم بضمان عدم تعرضه الشخصي فقط بل يلتزم أيضا بضمان التعرض الصادر من الغير إذا كان تعرضا قانونيا والتزام البائع بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام بوسيلة، وبالتالي يتعين على البائع أن يجتهد كثيرا ويبذل جهدا لتنفيذ البائع بالتزامه فيقوم بدفع اتجاه البائع فإذا نجح في ذلك يكون قد قام بتنفيذ التزامه تنفيذًا عينيا، أما إذا فشل في ذلك فيلتزم بالتعويض وهذا ما يسمى بضمان الإستحقاق.

شروط ضمان التعرض الصادر من الغير:

1- أن يكون التعرض قانونيا: رأينا معا أن التعرض إذا كان صادرًا من البائع نفسه فإنه يسأل عن التعرض الماد والقانوني أما إذا كان التعرض صادرا من الغير فإن الأمر يختلف فالبائع لا يكون مسؤولا إلا عن التعرض القانوني فقط. أي التعرض الذي يستند فيه الغير إلى حق يدعيه على المبيع والحق الذي يدعيه الغير على المبيع إما أن يكون حقا عينيا كأن يدعي الغير بأنه هو المالك للعين المبيعة أو صاحب حق ارتفاق أو صاحب حق انتفاع و صاحب حق اختصاص أو امتياز فكلها حقوق عينية وقد يكون الحق الذي يدعيه الغير حقا شخصيا كأن يدعي أنه صاحب حق إيجار على الشيء المبيع.

ويلاحظ بالنسبة إلى حقوق الإتفاق أن المشرع قد وضع حكما خاصا في المادة 2/377 إذ تقضي بأنه: "ويفترض في حق الإرتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقًا ظاهرًا أو كان البائع قد أعلم به المشتري"

ومعنى هذا أن البائع لا يضمن التعرض الذي يدعيه الغير المبني على حق الإرتفاق الظاهر وهو الذي تدل عليه علامة مادية ظاهرة كوجود طريق للمرور أو مجرى لصالح

أرض مجاورة وإذا لم يكن ظاهرا فيضمنه البائع إلا إذا كان قد أعلم به المشتري ومثال ذلك، الإرتفاق بعدم البناء أو بعدم العلو فيه .

2- أن يكون الحق الذي يستند إله الغير ثابتا له وقت البيع أو آيلًا أيه بعد البيع بفعل البائع نفسه:

إذا كان التعرض الصادر من الغير والذي يستند فيه إلى حق موجود وقت البيع، فالبائع يسأل عنه أيا كان سبب كسب الحق، أي راجعا للبائع نفه كما لوقرر حق ارتفاق مثلا قبل البيع، أو كان لا دخل للبائع في إنشائه كما لو كان الغير واضعا يده على المبيع واكتملت مدة التقادم المكسب قبل انعقاد البيع، ويترتب على ذلك أنه إذا كان الحق الذي يدعيه الغير على المبيع قد نشأ بعد البيع، فإن البائع لا يكون مسؤولا عنه إلا إذا كان هو الذي أعطى هذا الحق للمتعرض.

3- أن يكون التعرض حالًا: لكي يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان يلزم تعرضا فعلا للمشتري بمعنى أنه يلزم أن يقوم الغير بمباشرة حق يكون ساريا في مواجهة المشتري، كما إذا باشر على المبيع أعمالا مادية استنادًا إلى الحق الذي يدعيه أو رفع دعوى يطالب فيها بتقرير حقه ولذا لا يكفي وجود الخشية من وجود التعرض، فحق الضمان المقرر للمشتري لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير فعلا في انتفاعه بالمبيع، وحيازته حيازة هادئة.

الضمان في البيع الجبري: إلتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير لا يقتصر على البيوع الإختيارية ولإنما يشما البيوع الإجبارية، وعليه فإذا توافرت الشروط السابقة فإن البائع يكون ملزما بالضمان حتى ولو كان البيع جبريا كبيع أموال المدين لسداد ديونه يطلب من الدائنين إذ أن البيع جيرًا لا يمنع من اعتبار العقد بيعًا.

الرجوع بالضمان عند توالي البيوع: إذا توالت البيوع بأن باع مشتري إلى مشتري ثاني، فإن للمشتري الأخير إذا ما تعرض له أجنبي تعرضا موجبا للضمان أن يرجع على من باع له وعلى من باع لبائعه بدعوى مباشرة، وأساس هذه الدعوى هو اعتبار دعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول قبل البائع من ملحقات المبيع التي تنتقل إلى المشتري مع المبيع.

حقوق المشتري عند حصول التعرض:

تختلف حقوق المشتري قبل البائع، تبعا لما إذا كان قد قام بواجب إخطار البائع لهذا التعرض أو لم يقم به.

1- حالة إخطار البائع:

إذا أخطر المشتري البائع بالدعوى التي رفعت ضده فإن البائع إما أن يتدخل في الدعوى أو لا يتدخل

أ- فإذا تدخل في الدعوى أو أدى تدخله إلى رفض المتعرض يكون قد نفذ التزامه بدفع تعرض الغير تنفيذا عينيا، وإذا حكم للمتعرض باستحقاق المبيع، كان البائع مخلا للاتزامه لأنه لم يحقق النتيجة فيكون ضامنا أي ملتزما بالتعويض.

ب- وإذا لم يتدخل البائع في الدعوى رغم إخطاره، وتولى المشتري الدفاع وحده، وحكم باستحقاق المبيع وجب الضمان على البائع، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر من الدعوى كان صادرا نتيجة تدليس المشتري أو خطأ جسيم وهذا ما نصت عليه المادة 2/372 بقولها "... إذا أعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان إلا إذا ثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري"

وقد أجاز القانون للمشتري، إذا رأى أن الغير الذي يدعي حقا على المبيع محق في دعواه، أو أن السير في الدعوى، أو أن السير في الدعوى غير مجدي أن يعترف للغير أو بتصالح معه. فنص في المادة 373 على: "إن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري، ولو اعترف على حسن نية لحق الغير، أو تصالح معه دون أن ينتظر حكما، حتى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب ودعاه يحل محله فيها دون جدوى، كل ذلك ما لم يثبت البائع بأن الغير لم يكن على حق في دعواه".

فإذا لم يتدخل في الدعوى رغم إخطاره بها من قبل المشتري، فلهذا الأخير أن يعترف بحق الغير المتعرض أو أن يتصالح معه على هذا الحق دون انتظار حكم القضاء، ويكفي لمنع الرجوع بالضمان على البائع أن يثبت أن هذا الغير لم يكن على حق في دعواه.

2- حالة عدم إخطار البائع:

تنص الفقرة 3 م 372 على أنه: "فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الإستحقاق في الوقت المناسب وصدر عليه حكم جاز قوة الشيء المقضي به، فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الإستحقاق".

ومن هذا النص يتضح أنه رغم إخطار البائع بالدعوى فله الرجوع بالضمان إلا إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كأن يؤدي إلى رفضها.

توقي المشتري استحقاق المبيع بأداء الشيء من عنده:

نصت المادة 371 على أنه: "عندما يتجنب المشتري نزع اليد على الشيء المبيع كله أو بعضه يدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر فعلى البائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري ما دفعه من النقود أو قيمة ما مع مصاريف الخصام".

ولاحظ أن هذه الرخصة التي خولها المشرع للبائع تقتصر على حالة ما إذا توقى المشتري الحكم بالإستحقاق باتفاقه مع المتعرض، أما إذا اتفق المشتري مع المتعرض بعد الحكم الصادر باتحقاق الغير العين المبيعة فللمشتري الرجوع بضمان الإستحقاق على البائع، وليس للبائع أن يتخلص من الضمان.

الإلتزام بضمان الإستحقاق

يقصد بضمان الإستحقاق التزام البائع بتعويض المشتري عمّا أصابه من ضرر بسبب استحقاق المبيع، ويلتزم البائع بأن يؤدي للمشتري ما يقضي به القانون في هذا الصدد ما إذا كان الإستحقاق كليا أو جزئيا.

1- التعويض في حالة الإستحقاق الكلي:

المقصود بالإستحقاق الكلي حرمان المشتري من المبيع كله كما لوتبين أن البائع باع ما لا يملك فحكم المالك باستحقاق المبيع وقد بينت المادة 375 عناصر التعويض في حالة التعويض الإستحقاق الكلي بقولها: "في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع: 1- قيمة المبع وقت نزع اليد.

2- قيمة الثمار الذي ألزم المشتري يردها إلى المالك الذي نزع يده.

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

4- جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الإستحقاق باستثناء ما كان المشتري أن يتقي منها لو أخبر البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373.

5- ويوجه عام، تعويضه عما لحقه من خسائر وما فاته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع.

المطلب الرابع

الإلتزام بضمان العيوب الخفية

العيب لغة : هو الوصمة أي النقيصة ومايخلو منه اصل الفطرة السليمة للشيئ

ويعرف العيب فيه بأنه ماتخلو منه الفطرة السليمة وينقص القيمة والمقصودة بالفطرة السليمة بالحالة الاصلية للشيئ .يمكننا القول ان العيب الموجب للضمان هو آفة عارضة يخلو عنها الشيئ المبيع في اصله ولا تظهر عند البيع بفحص المبيع وان وجدت وهي تنق من قيمته ومن الانتفاع به اذا كان العيب هو الآفة.

لم يرد تعريف خاص للعيب الخفي في القانون المدني الجزائري الا انه لم يحمل النص عليه بل أورد شروطه في المادة 379 ق م ج

ثانيا : الحكمة من تقرير ضمان العيوب الخفية

ان ضمان العيوب الخفية يساعد على زرع الثقة في تبادل التجاري وتحقيق الاستقرار في المعاملات ولذلك فالمشرع لم يلزم البائع بضمان عدم التعرض للمشتري في وضع يده على المبيع فقط بل الزمه كذلك بان نقل للمشتري حيازة نافعة لان المشتري عنده دفعه الثمن كان

يصبو الى الفائدة المرجوة في المبيع فان وجدت به عيوب من شانها ان تحول دون الانتفاع بالمبيع فاساس عقد البيع ان يقوم البئع بتسليم المبيع خاليا من العيوب فان سلمه وبه شيئ قامت مسؤوليته وهي ضمانه للآثار المترتبة عليه.

ان ضمان العيوب الخفية كضمان التعرض والاستحقاق يتجاوز نطاقه الى كل عقد ناقل للملكية والى كل عقد ينقل الانتفاع وذلك ان من ينقل الملكية والانتفاع الى شخص آخر يجب عليه ان ينقل حياة مفيدة حتى يتمكن من انتقلت اليه الملكية ان ينتفع يها.

الفرع الثاني: شروط ضمان العيب الخفي :

أن يكون العيب قديما : ان يكون موجودا في المبيع وقت تسليمه للمشتري فلبائع يضمن خلو المبيع من العيوب الى حين تمام تسليمه للمشتري بحيث ان وقت انعقاد البيع هو الذي يجب ان يراعى بالنسبة لوجود العيب وهو الذي يتحقق من شروط الضمان بحيث لو ظهر العيب بعد البيع وقبل التسليم اعتبر عيبا طارئا واذا كان المبيع معينا بذاته وجب توافر العيب وقت البيع اما اذا كلن معينا بنوعه فقط فيعتد بوجود العيب وقت الافراز ويقع عبئ اثبات وجود العيب على عاتق المشتري

يجب ان يكون العيب خفيا: لاضمان على البائع اذا اهمل المشتري فحص المبيع بعناية الرجل العادي فحصه ولكن لم يتبينه لنقص خبرته عن مستوى الرجل العادي كما نصت المادة 2/379 حيث أن العيب الظاهر وقت البيع لايضمنه البائع .

يجب ان يكون العيب مؤثرا : حسب تعريف المادة 339 ق م ج التي تقابل المادة 447 ق م الذي ينقص من قيمة المبيع او من الانتفاع به حسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور من قيمة المبيع او من الانتفاع به حسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقود البيع او حسبما يظهر من طبيعة او استعماله فالغاية الخاصة التي قصد المشتري ان يخصص المبيع لها دون ان تدل عليها طبيعة المبيع او طريقة اعداده ودون ان يعلنها المشتري للبائع لاتدخل في الاعتبار عند تحديد ما اذا كان العيب مؤثرا او غير مؤثرا وقد حذا القانون الجزائري حذوا القانون المصري فاعتبر البائع ملزما بضمان العيوب الخفية ولو لم يكن عالما بها م 379 ق م

-ان لايكون العيب معلوم للمشتري وقت البيع : علم امشتري بالعيب عند الشراء يمنع من

رجوعه بالضمان على البائع ويقع عبئ اثبات هذا العلم على عاتق البائع لان الاصل الا يقدم المشتري على الشراء رغم علمه بالعيب او من ثم يكون عليه عبئ الاثبات طبقا للقواعد العامة

الأحكام والإجراءات الواجب اتخاذها للحصول على الضمان:

اولا : حالة العيب الجسيم :معيار العيب الجسيم هو العيب الذي لو علمه المشتري وقت المبيع لما اقدم عبى الشراء ومتى كان الامر كذلك رد المشتري المبيع وما افاد منه من ثمار الى البائع وفي مقابل ذلك يطلب تعويضا شاملا لكافة العناصر التي تتضمنها المادة 375 ق م ج وهذا في حالة مااذا اختار دعوى الضمان اما اذا اختار المشتري دعوى الفسخ فله ان يسترد الثمن الذي دفعه الى البائع وليس قيمة المبيع عند ظهورالعيب وله ان يطاله بالتعويض اذا كان له محل

ثانيا : حالة العيب الغير جسيم : معيار العيب غير الجسيم هو مى لم يبلغ حدا من الجسامة بحيث لو علمه المشتري لاقدم على الشراء ولكن بثمن اقل فان المشتري في هذه الحالة ليس له رد المبيع وانما ان يطالب البائع بتعويض عما اصابه من ضرر بسبب العيب فان امكن اصلاح العيب طالب المشتري البائع باصلاحه بدلا من التويض المادة 376 ق مج الا ان بعض الفقه يرى ان هذا التعويض اذا اثبت المشتري فانه قد يزيد او ينقص تبعا لما اذا كلن البائع سيئ النية او حسن النية أي عالما بالعب او غير عالم به فان كان عالما به فانه يسأل عن كل الضرر المباشر والضرر غير المتوقع اما اذا كان حسن النية فانه لايسال الا عن الضر المباشر المتوقع فقط.

الاجراءات الواجب اتخاذها للحصول على الضمان:

لكي يحصل المشتري على الضمان يجب اولا ان يكون قد تفحص المبيع بعناية الرجل العادي اثناء التسليم واذا اكتشف العيب يجب اخطار المشتري بذلك في مدة معقولة وعلى البائع ان ينفذ التزامه تنفيذا عينيا واذا لم يقم بذلك كان على المشتري رفع الدعوى الضمان وهي اجراءات واجبة للحصول على التعويض.

أولا :فحص المبيع واخطار البائع

حيث يتضح من خلال المادة 380 ق مج ان المشتري عليه المبادرة باخطار البائع بالعيب

فور كشفه لان السياسة التشريعية في ضمان العيب تقتضي عدم التراخي في اتخاذ الاجراءات اللازمة لاثبات العيب والمبادرة الى رفع دعوى الضمان .وحتى يتمكن المشتري من رجوعه على البائع بضمان العيب عليه ان يخطر البائع بهذا العيب من وقت كشفه له حتى يتمكن البائع من تغيير المبيع او اصلاح العيب

الاخطار .هو عمل اجرائي ينقل به البائع تذمر المشتري من كون المبيع يحتوي على عيب معين يجعله غير مطابق للمنفعة المرجوة منه وغالبا مايكون مقدمة لدعوى قضائية.

بالنسبة لشكل الاخطار فالقانون الجزائري لم يشترط فيه شكلا معينا بل يكون بأي شكل يمكن ان يتم كتابة على يد محضر او بخطاب مسجل او عاي ويمكن ان يتم شفاهة او محادثة ويقع على المشتري عبئ اثبات قيامه بهذا الاخطار اما بالنسبة لمدة الاخطار فالمشرع لم يحدد مهلة معينة بل جاء بالصيغة التالية في المادة 381 أن يكون الاخبار بالعيب في المبيع في الوقت الملائم او في اجل مقبول .

ثانيا : رفع دعوى ضمان العيوب الخفية

بعد فحص المبيع واخطار البائع باعيب في الفترة معقولة ولم يجد الاخطار كان على المشتري رفع دعوى الضمان خلال سنة من وقت تسلم المبيع فعليا لا حكميالان التسليم الفعلي تنتقل حيازة المبيع الى المشتري حتى يتمكن من فحص المبيع والاطلاع عليه واما المشرع الفرنسي لم يحدد مدة لرفع الدعوى بل الزم المشتري يرفعها في خلال مدة معقولة وهذا من تاريخ اكتشاف العيب وليس من البيع او من يوم التسليم المادة 1648 ق م.

وتجيز المادة 1/383 ق م ج الاتفاق على مدة اطول من السنة اذا نصت ... مالم يلتزم البائع بالضمان لمدة اطول ن غير انه لايجوز للبائع ان يتمسك بسنة التقادم متى تبين انه اخفى العيب غشا منه

ومعناه ان مدة سنة لايمكن تقصيرها لان تحديدها بهذا القدر مسألة تتعلق بالنظام العام ومع ذلك اجاز المشرع ان تكون هذه المدة اطول من سنة اذا قبل البائع ان يمدد فترة الضمان ، كما لايجوز للبائع ان يتمسك بمدة سنة اذا تبين اخفاءه للعيب بغش منه.

آثـــــــــــــار الدعوى

كما ذكرنا سالفا ان المشتري بعد اخطار ه للبائع يجب عليه ان يرفع دعوى الضمان وهذه

الدعوى تتمثل اما في حق الفسخ في كل المبيع او في جزء منه او في المطالبة بالتنفيذ العيني لكن هذا التنفيذ العيني لايخل بحق المشتري في طلب تعويض عن الضرر الذي اصابه بسبب وجود العيب

ان الانتقاص في حالة الاستحقاق الجزئي يرجع الى سبب خارج عن المبيع وهو الحق الذي يدعيه الغير على المبيع.اما الانقاص في حالة العيب الخفي يرجع الى الشيئ ذاته.

سقوط حق المشتري في الرجوع يالضمان

يسقط حق المشتري في الضمان في احدي الحالات التالية

أ- بالتقادم أي بمرور سنة من تسليم المبيع المادة 383 ق.م.ج لا تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من تسليم المبيع حتى ولو لم يكشف لمشتري العيب الا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة اطول غير انه لا يجوز البائع ان يتمسك بسنة التقدم متى تبين انه احقي العيب غشا منة او المقصود بالتسليم هو التسليم الفعلي لا الحكمي الا ان دعوى الضمان لا تسقط بمرور سنة بل بمرور 15 سنة من يوم اكتشاف العيب اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب بغش منه المادة 383 ق.م.ج

ب- اهمال المشتري فحص المبيع في الوقت المناسب او عدم المبادرة الى اخطار البائع لدى كشفه العيب المادة 380\1 ق.م.ج

ج – بعض البيوع يسقط فيها حق الضمان : وهي البيوع القضائية والادارية التى تتم بالمزاد أي نزول المشتري عن حق الضمان صراحة او د – التصرف في المبيع بعد كشف العيب ضمنا وقبولا للمبيع.

هـ : زوال العيب : وعناه انه اذا كان زوال العيب ليس نهائيا فالمشتري لا يفقد حقه في الضمان

و : حدوث عيب جديد في المبيع لدى المشتري : حيث اذا حدث جديد في المبيع لدى المشتري فليس له ان يستعمل دعوى ارجوع بضمان العيب وانما له الحق في الاحتفاظ بحقه في المطالبة بانقاص الثمن في حدود العيب القديم.

المبحث الثاني :

إلتزامات المشتري

المطلب الثاني : التزام المشتري بدفع الثمن

الثمن هو المبلغ من النقود يتفق عليه المتعاقدان في العقد أو وفقا لأسس تحديد الثمن والثمن يجب أن يكون مبلغا من النقود وأن يكون مقدرا أو قابلا للتحديد وأن يكون جديا لا صوريا ولا تافها.

زمان الوفاء بالثمن :

تنص المادة 388 ق .م . ج على أن يكون ثمن البيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع مالم يوجد او عرف يقضى بخلاف ذلك.

يتبين لنا من نص المادة 388 أن المشرع الجزائري ربط زمن دفع الثمن بوقت تسليم المبيع للمشتري، وذلك رغبة في تنفيذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد ويعتبر هذا الحكم خروجا على أحكام القواعد العامة والتي تقضي بأن يتم دفع الثمن فور انعقاد العقد.

مكان الوفاء بالثمن:

تنص المادة 387 من ق.م.ج " يدفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك، فإذا لم يكن ثمن البيع مستحقا في وقت تسليم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاقه الثمن."

تملك المشتري لثمار المبيع ونمائه وتحمله نفقاته :

حسب المادة 389 ق. م . ج أن المشتري نتيجة لتملكه المبيع فإنه يتملك ثماره ونماءه على أن يتحمل تكاليف ذلك من وقت انتقال ملكية المبيع له وبالتالي في الأشياء المعنية بذاتها إذا كان منقولا فإن المشتري يمتلك ثماره ونمائه من وقت إبرام العقد.

أما إذا كان عقارا فيمتلك الثمار والنماء من وقت انتقال الملكية.

والثمار تشمل المحصولات الطبيعية للمبيع كالمحصولات والثمار المدنية كالأجرة ويدخل

ضمن الثمار المنتجات، وهي التي لا تتجدد كالمناجم والمحاجز ونماء المبيع ككبر الحيوان وسمنه ونتاجه.

حق المشتري بحس الثمن:

فإذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق أو آل من البائع، أو 2 /نصت المادة 388 "إذا خيف على البيع أن ينزع من يد المشتري، جاز له إن لم يمنعه شرط في العقد أن يمسك الثمن إلى أن ينقطع التعرض أو يزول الخطر وله أن يمسك الثمن أيضا إذا ظهر له عيب في الشيء المبيع."

سقوط حق المشتري بالحبس:

يسقط حق المشتري بالحبس في الحالات التالية:

إذا زال سبب هذا الحق ، كأن يزول الخطر أو التعرض الذي كان المشتري يخشى من وقوعها نزع يده عن المبيع.

إذا نزل المشتري عن حقه في الحبس سواء بطريقة صريحة أو ضمنية ولكن يجب أن لا يعتبر علم المشتري بسبب الحبس وقت الشراء وإقباله على التعاقد دليلا على نزوله ضمنا عن حقه في حبس الثمن.

إذا أقدم البائع للمشتري كفالة شخصية أو عينية تضمن له ما عسى أن يترتب على ضمان التعرض والاستحقاق، أو على ضمان العيب من تعويض ذلك وفقا للفقرة الأولى من المادة 200 ق.م.ج.

<u>جزاء الإخلال بالتزام بدفع الثمن:</u>

إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن، وفقا للاتفاق يكون مخلا بتنفيذ التزامه ومن ثم كان للبائع وفقا للقواعد العامة أن يطالبه بالتنفيذ العيني أو فسخ للعقد مع المطالبة بالتعويض إن كان له سبب أو أن يحبس المبيع حتى يقوم المشتري بدفع الثمن.

<u>أولا : التنفيذ العيني</u>

يكون للبائع عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن الحجز على أموال المشتري وفي مقدمتها

المبيع، والتنفيذ عليها جبرا ، وذلك وفقا لإجراءات قانون الإجراءات المدنية واستيفاء الثمن من الذي يرسو به المزاد له الحق الامتياز على سائر المدنين في المبيع ذاته عقار كان أو منقولا.

ثانيا : فسخ عقد البيع بإرادة البائع المنفردة وحده

ويكون للبائع إضافة إلى حقه في طلب التنفيذ العيني الحق في طلب فسخ العقد وذلك نتيجة لإخلال المشتري بدفع الثمن وفقا للقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين ولكن نميز بين العقار والمنقول.

بالنسبة للعقار : الفسخ يقع بحكم قضائي، أي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي لا يجيب طلب البائع إلا بلغ الإخلال حدا من الجسامة : كأن لا يكون المشتري دفع شيئا من الثمن.

ثالثا: حق حبس المبيع

نص المادة 390

يتبين لنا من نص المادة أن المشرع أعطى البائع الحق في أن يحبس المبيع عن المشتري وذلك ضمانه له في اقتضاء الثمن إذا تخلف المشتري عن دفعه حتى ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة لأن البائع يطلب حقا واجب الوفاء في الحال فيرجع الخيار له.

يسقط حق البائع بحبس المبيع بأحد الأسباب التالية:

زوال سبب الحبس بتنفيذ الالتزام ودفع الثمن ولا يتجزأ حق الحبس.

إذا نزل البائع عن حقه بالحبس مد الأجل (الإستمرار .

إذا خرج المبيع من حيازة البائع بإرادته بأن يسلم البائع الشيء المبيع إلى المشتري بإرادته التزام المشتري بدفع نفقات وتكاليف المبيع .

النص القانوني:

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

أولا : نفقات البيع:

وتشمل نفقات البيع مصاريف تحرير العقد في حالة كتابته عند موثق على سبيل المثال ومصاريف استخراج الشهادات العقارية التي طلبها المشتري من مصلحة الشهر العقاري

لتحديد المركز القانوني للعقار. وكذلك المصاريف التي أنفقها المشتري إلى مكان التوقيع على العقد وخاصة إذا كان يحتاج إلى الانتقال من مكان لأخر كذلك تشمل نفقات التصديق ، ورسوم تسجيل العقار إذا كان المبيع عقارا ورسوم الدمغة والطابع.

ثانيا : تكاليف المبيع

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

يتبين من هذا النص أن المشتري مقابل أن يمتلك الثمار ومنفعة المبيع من يوم انعقاد البيع أن يتحمل تكاليف المبيع التي تنفق عليه، وتشمل هذه التكاليف الضرائب ومصروفات حفظ المبيع وصيانته ومصروفات استغلاله وبالتالي يكون للبائع أن يرجع بهذه التكاليف على المشتري ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

الفصل الثالث:

إنتهاء عقد البيع (إنحلاله)

هو زوال الرابطة القانونية ولكن بشكل ناقص غير كامل أي قبل أن يتم الطرفان الإلتزامات الموجودة فيه.

- عندما يتعلق الأمر بالعقود الزمنية (إيجار...) الإنحلال يسمى إلغاء.

- في عقد الزواج فإن انحلاله يتم طبيعيا بالموت

- في عقد الهبة فإن الإنحلال يسمى الرجوع في الهبة.

المبحث الأول:الفسخ كأهم صورة من الإنحلال: 119...123 م ج

- عندما يكون هناك عقد ملزم لجانبين واحدهما أخل بالتزماته فإن للطرف الآخر طلب فخ العقد بعد طلب تنفيذه.

- في عقد الهبة الواهب هو الملتزم فإذا أخل به، فإنه ليس للموهوب له طلب فسخ العقد، بل له أن يطلب بالتنفيذ العيني أو طلب التعويض.

- في الوديعة دون أجر، صاحب المال هو الدائن أو المودع لديه هو المدين فإذا أخل المدين بالتزاماته فليس من مصلحة الدائن فسخ العقد وهذا لمصلحته لكي يقوم باسترجاعها منه.

- عندما يتعلق الأمر بالوديعة فكلاهما ملتزمان، وإذا أخل أحدهما فهذا لا يعني أن الآخر غير ملتزم، بل هو مجبر بالوفاء به، ولذلك فإنه ولإمكانيته أن يطالب الطرف الأول المقصر من فسخ العقد.

- عندما يتعلق الأمر بالتعويض وبناءً على...

فإنه يلتقي الفسخ مع المسؤولية العقدية حيث أن المسؤولية العقدية نتيجتها هو التعويض غير أن الأمر يختلف في المؤولية العقدية عن الفسخ.

في المسؤولية العقدية الفسخ

لا بد من إثبات أن التقصير كان بخطأ من (المدين) التعويض ويختلفان في أنه يمكن لهذا المتعاقد أن يطلب الفسخ مهما كان سبب الإخلال ات خطأ

الفسخ أنواع ثلاثة:

- الفسخ القضائي حكم قضائي
- الفسخ القانوني نص القانون
- الفسخ الإتفاقي باتفاق الطرفين

عندما تذكر كلمة فسخ فإنه عادة يعني بها الفسخ القضائي فهناك:

الفسخ الإنفساخ و التفاسخ

قضائي قانوني رضائي

الفسخ القضائي:

وهو الأهم على الإطلاق والسبب أنه كما قلنا عندما يقوم أحد الطرفين بالفسخ فإن الطرف الآخر يتضرر وبذلك أنه يذهب للقضاء.

هذا الفسخ القضائي غير ملزم للدائن ولا للمدين ولا للقاضي.

غير ملزم للدائن: فالدائن غير ملزم بالذهاب للفسخ مباشرة بل له أن يطلب من القضاء بالتنفيذ العيني كما يمكنه أن يطلب (التنفيذ بمقابل) وهذا بناءً على المسؤولية العقدية.

وإن هو اختار الفسخ فعليه كقاعدة عامة إنذار المدن (ينذره بمدة معينة) إذا لم يلقى أي اهتمام فله أن يطلب الفسخ

- إن الدائن بإمكانه أن يعدل على هذه الدعوى (الفسخ) أو له أن يسحبها في كل الأوقات وهذا قبل صدور الحكم النهائي.

غير ملزم للمدين: فالمدين وحتى بعد أن رفع الدائن دعوى الفسخ فهذا المدين يمكنه أن يظهر للمحكمة استعداده لتنفيذ التزاماته فالقاضي يمكن أن لا يفسخ العقد وهذا الإستعداد المدين على تنفيذ التزاماته.

وكل هذا قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى

غير ملزم للقاضي : ذلك أن القاضي غير ملزم بأن يستجيب لكل من أراد الفسخ فالقاضي له أن يعطي للمدين مهلة (مهلة الميسرة) يستفيد منها المدين إذا كان حسن النية.

- يمكن للقاضي أن يرفض هذه الدعوى (الفسخ) إذا رأى أن هنا الإخلال في العقد الذي قام به المدين كلن في جزء فقط من العقد والجزء الآخر نفذه، فهو غير ملزم للقاضي.

الفسخ القانوني: معناه أن العقد يفسخ بقوة القانون وهذا عندما يستحيل تنفيذ التزام المدين، مهما كانت سبب الإستحالة (قوة قاهرة،...)

الفسخ الإتفاقي: إنحلال الرابطة التعاقدية باتفاق وهذا الفسخ الإتفاقي يمكن أن يكون له أثر فوري مباشر يمكن للطرفين الإتفاق على أن يجعلا لهذا الفسخ أثر رجعي في المستقبل، ولهما أن يجعلا له هذا الأثر بشرط عدم المساس بحقوق الغير حسن النية التي نتجت عن ذلك العقد المفسوخ.

مثال: عقد بيع والمشتر يتسلم هذه الأرض ويحوزها مدة 6 شهور ولكن ف شهر ما يقوم برهنها وبعد شهرين يتفق الطرفان الأولان على فسخ العقد وبتأثر رجعي فتعود لصاحبها فلهذا المرتهن أن يتابعه دائما، فهو حسن النية.

شروط الفسخ:

1) أن يكون العقد ملزن للجانبين.

إن في العقود الملزمة لجانب واحد لا مصلحة للدائن بطلب الفسخ عندما يخل المدين بتنفيذ التزامه.

2) عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه أو إخلاله به.

3) أن يكون طلب الفسخ قد أوفى بالتزاماته أو مستعد لذلك أي مركزه القانوني سليم فهو ليس مخل لالتزامات أو مستعد لتنفيذها.

4) أن يكون طلب الفسخ قادرًا على إعادة الحال إلى ماكانت عليه قبل التعاقد.

أثر الفسخ: 122 م ج

فيما بين المتعاقدين أهم أثر هو ضرورة إعادة الحال إلى ماكان عليه (كل من تسلم شيء يعده) ولكن في بعض الأحوال يكون مستحيل (حسب طبيعة العقد (كالإستفادة من الشيء)...) فهنا تكون إعادة الحال عن طريق دفع مقابل له (وليس تعويض)

- الأثر الثاني هو التعويض لصالح الدائن، ويكون أساس المطالبة بالتعويض هو المسؤولية التقصيرية (لأن العقد المفسوخ لم يصبح مؤسس) .

أثر الفسخ بالنسبة للغير:

فالمفروض كأصل أن اعتبار العقد مفسوخًا يسري على الغير، فيسقط الحقوق التي اكتسبها من أحد العاقدين إلا إذا كان هذا الغير حسن النية فإنه يبقى محافظا على حقوقه في حالة الفسخ،

- عندما يتعلق الأمر بالمنقول فالمفروض فيها الحيازة كدليل على ملكها فهو سند كافي في إثبات الملك.

المادة 123 م ج: **فكرة الدفع بعدم التنفيذ**

"في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة جاز لكل المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التازماته إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به"

- يجب أن يكون مستحقا ينفذ حالًا لا مؤجلا (الإلتزام)

- جاز للطرفين الإمتناع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه.

- المشرع يبيح عدم تنفيذ التزام المتعاقد وهو يحميه فهذه مسألة خطيرة.

- في هذه المسألة تفقد الثقة بين هذين الطرفين المتعاقدين فكل منهما يخشى إذا نفذ العقد الطرف الآخر لا ينفذ العقد (إلتزامه) فهو يخاب أن يكلفه.

المحكمة....

يرد المبلغ الذي دفعه المشتري فقد تحقق الإستحقاق والمشتري احتفظ بالمبيع لسبب آخر غير البيع .

المبحث الثاني :نظرية البطلان:

ضرورة تمييز البطلان عن عدم السريان وعن الفسخ:

فقد يكون العقد صحيحا ينتج أثره فيما بين المتعاقدين، ولكنه لا يسري في حق الغير، فبيع ملك الغير قابل للإبطال بين لبائع والمشتري، ثم هو لا يسري في حق المالك الحقيقي، وقد يجيزه المشتري فيزول الإبطال ويبقى عدم السريان.

والفرق بين البطلان والفسخ أن البطلان يعود إلى عيب في ركن من أركان العقد، أما الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها، فينشأ العقد صحيحا، ثم لا ينفذ أحد المتعاقدين إلتزامه فيسقط إلتزام المتعاقد الآخر، ولذلك لا يكون الفسخ إلا في العقد الملزم كجانبين.

أنواع البطلان:

ينقسم البطلان إلى قسمين، بطلان مطلق وبطلان نسبي.

- **البطلان المطلق:** يمر بمرحلتين

المرحلة الأول: قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو الإبطال، ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل، فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحا.

المرحلة الثانية: يلقى فيها العقد أحد المصيرين فإما أن تلحقه الإجازة أو يتم في شأنه التقادم فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحا منشأ لجميع آثاره، فلا يقوم هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح، وإما أن يتقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني إنعداما تاما وتزول جميع الآثار القانونية التي أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعي، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلانا مطلقا.

فالعقد الباطل نسبيا إذا لا يعدو في مآله أن يكون عقدا صحيحا إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم، أو عقد باطلا مطلقا إذا تقرر بطلانه فهو إما عقد صحيح على الدوام، وإما عقد باطل مطلقا منذ البداية.

الآثار التي تترتب على العقد الباطل والعقد القابل للإبطال.

الآثار العرضية والآثار الأصلية: العقد الباطل ليس عملا قانونيا إذ هو كعقد لا وجود له، ولكنه عمل مادي أو واقعة قانونية. وهو بهذه المثابة قد ينتج أثرا قانونيا، ليس هو الأثر الأصلي الذي يترتب على العمل القانوني باعتباره عقدا، بل هو أثر عرضي يترتب على العمل المادي باعتباره واقعة قانونية. على أن العقد الباطل قد ينتج في حالات استثنائية أثره الأصلي باعتباره عقدا (يقتضيه الأمر هنا تارة ضرورة استقرار التعامل، وطورا وجوب حماية حسن النية)

والعقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه إنعدم منذ البداية، وصار هو والعقد الباطل بمنزلة سواء، فإذا قلنا العقد الباطل، كان المقصود أن يدخل في مجموعة العقد القابل للإبطال بعد أن تقرر إبطاله

الآثار العرضية للعقد الباطل:

فقد ينتج العقد الباطل آثارا باعتباره واقعة مادية كما قدمنا من ذلك الزواج غير الصحيح، فهو في الشريعة لا ينتج آثاره الأصلية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث ما بين الزوجين، ولكنه ينتج آثارا عرضية كوجوب العدة ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت النسب احتياطا... وهذه الآثار لا تترتب على الزواج باعتباره عقدا، فهو بهذا الإعتبار باطل لا ينتج أثرا ولكنها تترتب على الزواج باعتباره واقعة مادية.

وهناك من الإجراءات ما يكون باطلا، ولكنه ينتج بعض الآثار من ذلك العطاء اللاحق في المزايدة يسقط العطاء السابق حتى لو كان العطاء اللاحق باطل.

ومن أهم الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل أثران يستخلصان من تطبيق نظريتين معروفتين، إحداهما نظرية تحول العقد والأخرى نظرية الخطأ في تكوين العقد.

نظرية تحول العقد:

النص القانوني: المادة 105 ق م ج: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد" .

- كيف يتحول التصرف الباطل إلى تصرف صحيح آخر:

تتلخص هذه النظرية في أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر، فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل، إلى التصرف الذي توافرت عناصره وهو التصرف الصحيح وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثرا قانونيا عرضيا لا أصليا.

ومثال ذلك: أن يتعهد شخص تعهد لا رجوع فيه أن يجعل آخر وارثا له، فيكون التعهد باطلا لأنه لا وجود في الشريعة عقد إقامة الوارث، ولكنه يتحول إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها...

شروط تحول العقد:

هناك شرط ثلاثة لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح.

1- بطلان التصرف الأصلي.

2- تضمنه لعناصر تصرف آخر.

3- إنصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا التصرف الآخر.

فيجب أولا: أن يوجد تصرف أصلي باطل

وتترتب على هذا الشرط نتيجتان:

1- لو أن التصرف الأصلي كان صحيحا، فلا يتحول إلى تصرف آخر كان المتعاقدان يؤثرانه على التصرف الأول، حتى لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف الآخر. مثل ذلك هبة صحيحة تتضمن عناصر الوصية ويتبين أن كلا من الواهب والموهوب له كانا يفضل الوصية على الهبة فلا تتحول الهبة إلى وصية في هذه الحالة، لأن الهبة وقعت صحيحة ولا يتحول إلا التصرف الباطل.

2- يجب أن يكون التصرف الأصلي باطلا بأكمله أما إذا كان جزء منه باطلا وكان التصرف قابلا للإنقسام فلا يكون هناك محل لتحول التصرف، بل لانتقاصه (نظرية انتقاص العقد)، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح. وقد نصت المادة 104 ق م ج صراحة على هذا الحكم فقضت بأنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله."

مثلا لو أن هبة اقترنت بشرط غير مشروع، أو أنّ بيعا ورد على أشياء وقع العاقد في غلط جوهري بشأن شيء منها، ففي كلتا الحالتين لا يصيب البطلان المطلق أو التسيب من العقد إلا الشق الذي قام به بسببه، وعلى ذلك يبطل الشرط المقترن بالهبة بطلانا مطلقا، ويبطل البيع فيما يتعلق بالشيء الذي وقع الغلط فيه بطلانا نسبيا، ويظل ما بقي من العقد صحيحا باعتباره عقدا مستقلا، ما لم يقم من يدعي البطلان الدليل على الشق الذي بطل بطلانا نسبيا لا ينفصل عن حملة التعاقد، ففي هذه الحالة يبطل العقد بأكمله لأنه غير قابل للتجزئة.

ويجب ثانيا: أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه دون أن يضاف إلى هذا التصرف الآخر عنصر جديد

فإذا اختل هذا الشرط لم يجز التحول، مثل ذلك شخص باع أرض لآخر وتبين أن الأرض غير مملوكة للبائع، فلا يتحول العقد إلى بيع على منزل مملوك للبائع، حتى لو ثبت أن التعاقدين كانا يقبلان ذلك لو علما بأن البائع لا يملك الآرض.

فتحول العقد إلى استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أي عنصر جديد بل تبقى عناصر العقد القديم كما هي، وإنما تكيف تكيفا قانونيا غير التكييف الأول، فيقه بذلك استبدال العقد الجديد بالعقد القديم، وعدم إدخال أي عنصر جديد هو الذي يميز تحول العقد من تصحيحه.

فتصميم العقد يكون بإدخال عنصر جديد يؤدي إلى جعله صحيحا، مثل عرض البائع على المشتري أن يعطيه شيء أثري الذي قصد شراءه أولا (لأنه وجده في العقد الأول غير أثري وهو كان يقصده أثري)، فإدخال هذا العنصر الجديد -الشيء الأثري- على العقد قد أدى قانون إلى جعل العقد صحيحا.

ويجب ثالثا وأخيرا: أن تنصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف الأصلي

وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أراد التصرف الآخر إرادة حقيقية، بل معناه أنهما كانا يريدانه لو أنهما علما بأن التصرف الأصلي باطل، فإرادتهما الواقعية إنصرف إلى التصرف الأصلي، وانصرفت إرادتهما المحتملة إلى التصرف الآخر، ومن هنا نرى أن القاضي قد استخلص من التصرف الباطل – باعتباره واقعة مادية – عناصر تصرف انصرفت إليه الإرادة المتحتملة للمتعاقدين، فأقام هذا التصرف الصحيح مقام التصرف الباطل وجعل ذلك أثرا عرضيا لهذا.

نظرية الخطأ عند تكوين العقد

كيف يكون هناك خطأ عند تكوين العقد وما هو جزاء هذا الخطأ:

قد يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال، ويكون سبب البطلان آتيا من جهة أحد المتعاقدين، أما المتعاقد الآخر فيعتقد صحة العقد، وطمئن إلى ذلك، ويبني تعامله على هذا الإعتقاد فإذا تقرر بطلان العقد، ناله من وراء ذلك ضرر لم يكن في حسابه. فهل يرجع بالتعويض على من كان سبب البطلان آتيا من جهته، وعلى أي أساس قانوني يكون هذا الرجوع؟

هذا هو وضع مسألة نظرية الخطأ عند تكوين العقد. ووجه الصعوبة فيها أن العقد باطل، فليس هناك إذن عقد تؤسس عليه مسؤولية المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته، فكيف إذن يمكن الرجوع عليه؟

وهذه أمثلة توضح ما أسلفناه. قد يكون العقد باطلا وسبب البطلان يرجع للمحل أو السبب، كان يبيع شخص شيء غير موجود أو لم تتوفر فيه شروط المحل، وكأن يلتزم الشخص بسبب غير مشروع، لكن المشتري لا يعلم سبب البطلان ويطمئن إلى قيام العقد.

ومن هذه الأمثلة ما عالجه القانون بنصوص خاصة، فلا يعتد بعد مشروعية السبب إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بذلك، وإذا شاب التعاقد غلط لم شترك فيه الطرف الآخر ولم يعلم به فالغلط لا يؤثر في صحة العقد.

ولكن في غير الأمثلة التي ورد فيها نص خاص كيف يستطيع المتعاقد الذي اطمأن إلى صحة العقد أن يرجع على المتعاقد الذي أتى بسبب البطلان من جهته؟ يمكن القول منذ الآن إن العقد الباطل يعتبر واقعة مادية إذا توافرت فيها شروط الخطأ التقصيري، رجع المتعاقد الذي اطمأن إلى صحة العقد بالتعويض عن هذا الخطأ على المتعاقد الذي أتى من جهته سبب البطلان. ومن ثم يكون العقد الباطل قد أنتج أثرا قانونيا عرضيا لا على أساس أنه عقد، بل على أساس أنه واقعة مادية.

هذا وقد يرد على العقد الباطل للإبطال الإجازة أو التقادم فينقلب صحيحا

الإجازة والتقادم:

- مقارنة بين العقد الباطل والعقد القابل للإبطال من حيث الإجازة والتقادم:

العقد الباطل لا وجود له منذ البداية، فلا يتصور أن تلحقه الإجازة أو أن يتقادم الدفع ببطلانه أما العقد القابل للإبطال فهو في مرحلته الأولى يرتب جميع آثاره كالعقد الصحيح، وإنما يكون لأحد المتعاقدين الحق في طلب إبطاله، ويزول هذا الحق بالنزول عنه، وهذه هي

الإجازة، أو بانقضاء مدة معينة دون أن يستعمل، وهذا هو التقادم فهذا العقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة ويرد عليه التقادم.

الإجازة (comfirmation):

1- العقد الباطل:

- العقد الباطل لا تلحقه الإجازة:

نصت المادة 102 من ق م ج: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة، وتسقط دعوى بمعنى 15 سنة من وقت إبرام العقد".

العقد القابل للإبطال:

- العقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة: تنص المادة 100 من ق م ج: "يزول حق الإبطال بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستن\د الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير"

- والإجازة عمل قانوني صادر من جانب واحد، فلا حلجة لاقتران قبول بها، ولا يمكن الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر.

- والذي يجيز العقد هو الذي يثبت له الحق في التمسك بالبطلان فناقص الأهلية ومن شاب عيب إرادته، هما اللذان تصدر منهما الإجازة. لأن الإجازة نزول عن التمسك بالبطلان ولا ينزل عن الحق إلا من يملكه ويجب أن يكون الحق كامل الأهلية بالنسبة للعقد الذي يجيزه وألا تتوب الإجازة ومن عمل قانوني – عيب من عيوب الإدارة – من أجل ذلك لا تصح الإجازة إلا إذا زال السبب الذي قرر القانون من أجله البطلان فناقص الأهلية لا يستطيع الإجازة ما دام ناقص الأهلية فإذا اشتمل أهليته جاز له ذلك. وكذلك بالنسبة لمن أصابه عيب من عيوب الإرادة.

- وتكون الإجازة صريحة أو ضمنية فكل عبارة تصح ويفهم منها الإجازة تصح شرط أن تكون نية المجيز واضحة والإجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق في التمسك بالبطلان أو بتصرف يتصرفه يفهم منه بوضوح أنه أجاز العقد (كان يتصرف فيه بعد بلوغه سن الرشد).

- وعبئ إثبات الإجازة يقع على الطرف الآخر غير المجز، ولما كانت الإجازة غير صادرة منه فله أن يثبتها بجميع الطرق ولو بالبينة والقرائن.

- أثر الإجازة هو زوال الحق في التمسك بالبطلان، فيصبح العقد نهائيا، صحيحا من وقت صدوره لا من وقت الإجازة (أثر رجعي) وهذا الأثر لا يكون إلا بين المتعاقدين لا بالنسبة للغر ممن كسب حق عيني على الشيء موضوع العقد مثلا: القاصر باع عينا، وبعد بلوغه سن الرشد وصل الإجازة رهن العين، فإن إجازته للبيع بعد ذلك لا تعد الدائن المرتهن، وتنتقل العين إلى المشتري مثقلة بحق الرهن

- والإجازة لا تتناول إلا العيب المقصود بهذه الإجازة فإن كانت هناك عيوب أخرى بقي باب الطعن مفتوحا من أجلها، ومن ثم إذا تعاقد قاصر وكان واقعا في غلط، وأجاز العقد بعد بلوغ سن الرشد فيما يتعلق بنقص الأهلية، بقي له الحق في إبطال العقد للغلط.

التقادم:

العقد الباطل:

- دعوى البطلات تسقط بالتقادم: نصت المادة 102 /2 على "وتسقط دعوى البطلان 15 سنة من وقت العقد"

وعليه فإذا مضى على صدور العقد الباطل مضى 15 سنة، ثم وقع ذو المصلحة دعوى البطلان، أمكن دفعها بالتقادم ذلك أن أوصى عاقد استقرت منذ صدور العقد الباطل، ونفيت دهرا طويلا، فوجب احترامها عن طريق إسقاط دعوى البطلان، لكن هذا لا يعني أن العقد

الباطل ذاته انقلب صحيحا، فهو لا يزال باطلا، لكن الدعوى ببطلانه لا تسمع لسقوطها بالتقادم.

- ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم:

ولأن العقد الباطل لا ينقلب صحيحا بالتقادم، بل يبقى معدوما، فالدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالت المدة، فإذا باع شخص أرض وكان البيع باطلا، ولم يسلم الأرض للمشتري، ومضى على صدور البيع 15 نة، فهو لا يستطيع رفع دعوى البطلان لسقوطها بالتقادم ولكن ما دامت الأرض في يده ولم يسلمها للشمتري، فهو في غير حاجة لرفع دعوى البطلان، وإذا رفع المشتري دعوى البطلان يطالبه بتسليم الأرض، إستطاع البائع أن يدفع الدعوى ببطلان البيع حتى بعد انقضاء 15 سنة، لأن الدفع بالبطلان لا يسقط.

وحتى إذا سلم الأرض للمشتري، ومضى 15 سنة فإن البائع يستطيع أن يسترد الأرض من المشتري، لا بدعوى بطلان البيع فقد سقطت بالتقادم، ولكن بدعوى الإستحقاق وهي لا تسقط أبدا، فإذا تمسك المشتري بدعوى الإستحقاق بالبيع الباطل، دفع البائع ببطلان البيع والدفع بالبطلان لا يسقط، فيتمكن البائع عن طريق دعوى الإستحقاق أن يترد الأرض، ما لم يكن المشتري قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب وهذا شيء آخر لا علاقة له بالتقادم المسقط لدعوى البطلان.

- وكذلك المشتري إذا كان قد رفع الثمن في بيع باطل، وأراد استرداده بعد 15 سنة، جاز له لا بدعوى البطلان، ولكن بدعوى استرداد ما دفع دون حق، فإن تمسك البائع في دعوى الإسترداد بالبيع الباطل دفع المشتري ببطلانه وهو دفع لا يسقط فيتمكن المشتري عن طريق دعوى استرداد ما دفع دون حق أن يسترد الثمن ما لم تسقط دعوى الإسترداد ذاتها بانقضاء 15 سنة من تاريخ دفع الثمن لا من وقت صدور العقد.

العقد القابل للإبطال

- **الدعوى والدفع يسقطان بالتقادم**: نصت المادة 101 على ما يل:

- يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات

- ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية ..."

من هذا النص يتضح أن الحق في الإبطال يسقط بـ 5 أو 10 حسب الأحوال فإذا انقضت هذه المدة إنقلب العقد صحيحا ولا يجوز بعدها إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع، فيستقر وجود العقد القانوني ويصبح العقد في حكم المجاز إذ للتقادم أثر رجع كما للإجازة ولكن هناك فرق بينهما من حيث حقوق الغير، فقد قدمنا أن الإجازة لا تضر بحقوق الغير، أما عن زوال البطلان بالتقادم فحقوق الغير تتأثر مثل ذلك لو أن ؟؟؟ باع عينا ولا يتمسك بعد بلوغه سن الرشد بإبطال العقد، فيتقادم البطلان ويزول و يعتبر البيع صحيحًا منذ صدوره فلو أن البائع بعد أن بلغ سن الرشد قبل تقادم البطلان رتب على العين رهنا، ثن تم التقادم فإن ملكية العين تخلص للمشتري غير مثقلة بحق الرهن وهذا عكس ما قررناه في حالة الإجازة.

ويلاحظ أن الفرق جوهري بين تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل وتقادمها في العقد القابل للإبطال، حيث في العقد الباطل تقادم الدعوى لا يقلب العقد صحيحا، بل يبقى باطلا، ولكن دعوى البطلان هي التي لا يجوز سماعها لتقادمها أما تقادم البطلان في العقد القابل للإبطال فيقلب العقد صحيحا كما رأينا، ويبقى العقد مرتبا لجميع آثاره بوجه بات.

مدة التقادم:

كانت المدة في العقد القابل للإبطال قبل التعديل (02-10) الأخير تقدر بـ 10سنوات لكنها أصبحت 05 سنوات فقط لأنه رأى أن هذه المدة طويلة يبقى خلالها العقد غير مستقر.

يبدأ سريان هذه المدة من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليته أو من وقت انكشاف الغلط أوالتدليس، أو من وقت انقطاع الإكراه بحسب الأحوال.

فإذا تعطل بدء سريان التقادم مدة طويلة، بأن لم ينكشف الغلط مثلا لا بعد 09 سنوات، فإن الحق في إبطال العقد يتقادم في هذه الحالة بانقضاء 10 سنوات من تاريخ العقد، لا بانقضاء 05 سنوات من يوم انكشاف الغلط. لأن المدة الأولى هي الأقصر، فالتقادم يكون إذن بأقصر الأجلين 05 سنوات من تاريخ زوال العيب أو 10 سنوات من تاريخ العقد، ولا تكون المدة الثانية أقصر من المدة الأولى إلا في حالات استثنائية كما في المثال المذكور أعلاه وأيًا كانت مدة التقادم، فإنها توقف وتنقطع وفقا للقواعد المقررة في التقادم.

تقرير البطلان: (دعوى البطلان)

مسائل ثلاث: يعنينا هنا أن نبحث

1- من الذي يتمسك بالبطلان 2- كيف يتقدر البطلان 3- الأثر الذي يترتب على تقريره

من الذي يتمسك بالبطلان:

العقد الباطل و العقد القابل للإبطال:

العقد الباطل: نصت المادة 102 على: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة"

- يتمسك بالبطلان كل ذي مصلحة وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي به:

فالعقد الباطل لا وجود له، وهو يتقرر بطلانه عادة عن طريق الدفع، وتقضي الضرورة أحيانا أن يتقرر عن طريق الدعوى، والمهم أنه يمكن التمسك به من كل من له مصلحة والمصلحة يراد بها حق يؤثر في صحة العقد أو بطلانه، ويترتب على ذلك أن مجرد المصلحة، دون قيام هذا الحق لا يكفي فلا يجوز للجار التمسك بالبطلان لبيع صدر من جاره لآخر بحجة أن له مصلحة التخلص من جوار المشتري الجديد ولا يجوز لتاجر تقرر بطلان شركة للتخلص من منافستها له.

ولكن إذا كان لصاحب المصلحة حق يؤثر فيه بطلان العقد جاز له التمسك بالبطلان مثل البائع والمشتري حتى يسترد الثمن ولدائني البائع و المشتري أيضا التمسك بالبطلان ليستردوا حقوقهم والورثة كذلك وكل شخص رتب له البائع أو المشتري حقا حنيا أو شخصيا بالنسبة للعين المبيعة يجوز له التمسك بالبطلان.

فالذين يجوز لهم التمسك بالبطلان هم المتعاقدان والدائنون والخلف العام والخلف الخاص.

بل وللمحكمة أيضا أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها.

متى يجوز التمسك بالبطلان؟

إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدعوى، فلا يمكن رفعها في خلال 15 سنة من وقت صدور العقد، وإلا سقطت بالتقادم، أما إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع، فيجوز ذلك في أي وقت ويجوز إبداء الدفع في أة حالة كانت عليها الدعوى. كما جوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الإستئناف.

العقد القابل للإبطال:

نصت المادة 99 على أنه: "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق"

- لا يتمسك بالبطلان إلا المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته:

فهذا المتعاقد وحده دون المتعاقد الآخر فقط هو الذي يمكنه ذلك فإذا كان السبب نقص الأهلية، أوعيب في الإرادة فإنه لا يمكن إلا لناقص الأهلية أو من أصاب إرادته عيب أن يرفع أو يتمسك بالبطلان.

ولا يستطيع أن يطلب إبطال العقد لا الدائن ولا الخلف العام ولا الخلف الخاص بمقتضى حق مباشر لهم، ولكن يستطيعون ذلك باعتبارهم دائنين للمتعاقد، فيستعملون حقه في طلب إبطال

العقد عن الدعوى غير المباشرة (الدعوى البوليصية) (الدعوى الصورية) (الدعوى الغير مباشرة). كما لا تستطيع المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها.

- **متى يجوز التمسك بالبطلان؟** يجوز ذلك دعوى أو دفعا، ما دام البطلان لم يسقط بالتقادم بانقضاء المدة المقررة 05 سنوات أو 10 سنوات ويجوز إبرام الدفع في أي حالة كانت عليها الدعوى .

كيف يتقرر البطلان:

العقد الباطل

- **لا حاجة إلى حكم لتقرير البطلان:** فلا ضرورة للحكم بالعدم على المعدوم فلا يحتاج لمن له مصلحة في تقرير البطلان أن يرفع بذلك وما عليه إلا أن يعتبر العقد الباطل معدوما فلو كان العقد الباطل بيعا كان للبائع دون أن يحصل على حكم ببطلان البيع أن يتصرف في المبيع، فهو لا يزال في ملكه ويكون بيعا صحيحا. فإذا رفع المشتري دعوى يطالب بالمبيع، يدفع البائع ببطلان البيع.

فالذي يتمسك بالبطلان في العقد الباطل فعل ذلك في أكثر الأحوال عن طريق الدفع لا عن طريق الدعوى.

- ولكن قد تقضي الضرورة العملية بالحصول على حكم:

ويتحقق ذلك إذا قضت على المتمسك بالبطلان أن يبادر هو إلى رفع دعوى البطلان، مثلا لو سلم البائع المبيع للمشتري وأراد أن يسترده، فهو بين أن يرفع دعوى بطلا في مدة 15 سنة أو يرفع دعوى الإستحقاق في أي وقت فإذا رفع دعوى البطلان حصل على حكم ببطلان العقد، وهذا الحكم يقتصر فقط على الكشف عن بطلانه وليس تقريره فهو باطل أصلا

.

العقد القابل للإبطال:

- **لا يتقرر البطلان إلا بالاتفاق أو بالقضاء:** لأن هذا العقد له وجود قانوني إلى أن يتقرر بطلانه. ومن ثم لا بد من تقرير البطلان من التراضي أو التقاضي.

أما التراضي فيتم بين المتعاقدين بشرط توافر الأهلية في كل منهما، فإذا لم يتم الإتفاق على الإبطال، فالعقد لا يبطل حتى يرفع ذو المصلحة من المتعاقدين دعوى البطلان ويحصل على حكم بذلك، وحكم القاضي هو الذي يبطل العقد أي ينشئ البطلان ولا يقتصر على الكشف عنه كما في العقد الباطل.

فإذا رفعت الدعوى ووجد القاضي سببها قائما، فالقاضي لا يملك إلا أن يبطل العقد، وليس له حق التقدير الذي سنؤاه في حالة الفسخ.

أثر تقرير البطلان:

نصت المادة 103 من ق م ج على ما يلي: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله..."

يتبين من ذلك أن العقد الباطل أو القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه يعتبر كأن لم يكن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير.

- فيما بين المتعاقدين:

- **زوال كل أثر للعقد:** إذا تقرر بطلان العقد زال كل أثر له (فيما عدا الآثار العرضية أو الأصلية التي تترتب على العقد الباطل) وأرجع كل شيء إلى أصله وجاز الحكم بتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية.

فإذا كان العقد بيعا وتقرر بطلانه رد البائع الثمن ورد المشتري المبيع ويرد المشتري المبيع بثمراته من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية وفي مقابل ذلك يرد البائع الثمن ولا يلتزم بالفوائد عن الثمن إلا من وقت المطالبة القضائية كذلك، وهكذا يعاد المتعاقدان إلى

الحالة التي كانا عليها قبل العقد، واسترداد كا متعاقد لما أعطاه إنما يكون على أساس استراداد ما دفع دون حق بعد أن تقرر بطلان العقد.

- أما إذا أصبح الإسترداد مستحيلا بأن هلك المبيع مثلا في يد المشتري وبخطأ منه، حكم القاضي بتعويض معادل، فألزم المشتري برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقا للمسؤولية التقصيرية لا على أساس العقد الذي تقرر بطلانه، وألزم البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق.

- وإذا كان العقد زمنيا كالإيجار وتقرر بطلانه، فالمنفعة التي استوفاها المستأجر قبل تقرير البطلان يجب أن يعوض عنها، وقد يقدر التعويض بمقدار الأجرة ولكنه لا يكون أجرة فلا يكفله حق امتياز

بقي أن نشير إلى حالتين خاصتين هما:

1- حالة عدم المشروعية: (ف 3 من ق 103)

فإذا كان هناك ضرر أحدثه الطرف الذي يرد الإسترداد بالطرف الآخر مثل ذلك: شخص إتصل بامرأة إتصالا غير مشروع في مقابل إعطائها مالا وهو يريد الآن إسترداد المال فلا يمكنه ذلك ويبقى المال للمرأة لا بمقتضى العقد فهو باطل لا ينتج أثرا بل على سبيل التعويض عن الضرر الذي أصاب المرأة من هذا الإتصال عليه المشروع.

2- حالة نقص الأهلية: (ق 2/ م 103)

فإذا كان العقد قابل للإبطال لنقص الأهلية، فإن هذا الأخير يسترد ما دفع تطبيقا للقواعد التي قدمناها، أما التعاقد الآخر فلا يسترد من ناقص الأهلية إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

بالنسبة إلى الغير:

- **تأثر حق الغير بالبطلان:** ولا يقتصر أثر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين، بل يتجاوزها إلى الغير، فإذا رتب المشتري على العين التي اشتراها بعقد باطل أو قبال للإبطال حقا عينيا، رهن أو حق ارتفاق مثلا، ثم تقرر بطلان البيع، فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري، كذلك لو باع المشتري العين من آخر، فإن البائع بعد تقرير البطلان يستردها من المشتري الثاني.

- **وجوب تسجيل دعوى البطلان:** على أن البائع في المثل المتقدم حتى يستوثق من الوصول إلى هذه النتيجة، يجب عليه أن يسجل دعوى البطلان أو يؤثر بها على هامش تسجيل العقد الباطل، وقد نصت إجراءات الشهر العقاري على مثل هذا الإجراء فالمحررات الواجبة الشهر بما يقدم ضده من الدعاوى والتي يكون الغرض منها الطعن في المحرر وجود أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء، فإذا كان المحرر لم يشهر بعد تسجيل تلك الدعاوى.

يتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حق عينيا بعد تسجيل دعوى البطلان، فإن حقه يزول بتقرير بطلان العقد، سواء كان سيء أو حسن النية، أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى البطلان، فحقه يزول إذا كان سيء النية، ويبقى إذا كان حسن النية.

الخاتمة

لقد تناول المشرع الجزائري في القانون المدني مجموعة من العقود و سماها و نظمها وفقا لأحكام و نصوص قانونية خاصة .لذلك سميت بالعقود المسماة و العقود الخاصة .و أهم هذه العقود على الإطلاق هي عقد البيع .

ولقد تبين لنا من خلال ماتناولناه في هذه المحاضرات أن عقد البيع من العقود المسماة الملزمة للجانبين ،وهو بإعتباره عقد يخضع للقواعد العامة في النظرية العامة للعقود .سواء من حيث التعريف أو الأركان او الآثار .

و قد عرفنا أن البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع بنقل ملكية شيئ أو حق مالي مقابل ثمن نقدي.

والمهم في هذا التعريف أن البيع يرتب إلتزام بنقل الملكية ÷ذا الأخير هو الذي من شأنه نقل الملكية إذا تحققت مجموعة من الشروط.

كما أن البيع لا يقتصر على نقل ملكية الأشياء فقط بل يتعداها إلى الحقوق المالية و الحقوق المالية ثلاثة أقسام :حقوق عينية و حقوق شخصية و حقوق معنوية.

كما أن أهم ما جاء في التعريف هو ضرورة أن أن يكون الثمن من النقود .

فيما يتعلق بالأركان فعقد البيع له نفس أركان العقد العادي مع وجود بعض الإضافات ترجع إلى طبيعة عقد البيع .وعلى العموم أركان البيع هي التراضي و المحل و السبب و الشكلية في العقود الشكلية.إضافة إلى أن المشرع إشترط شرط العلم الكافي بالمبيع ،فيجب أن يكون المشتري عالما علما كافيا بالمبيع .و بالنسبة لشروط الصحة يشترط الأهلية الكاملة و خلو الإرادة من العيوب.

قائمة المراجع

- أنور جبر،إنتقال الملكية العقارية بالبيع،منشأة المعارف،الإسكندرية،2011.

-أنور سلطان، مصادر الإلتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية 1989.

-إسماعيل غانم،عقد البيع،القاهرة،1988.

-توفيق حسن فرج ،عقد البيع و المقايضة،الإسكندرية،1999.

-جميل الشرقاوي النظرية العامة للإلتزام الجزء الأول، القاهرة2000.

-خليل أحمد حسن قدادة، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، نظرية الإلتزام 2009

-علي فيلالي،الإلتزامات ،النظرية العامة للعقد،موفم للنشر،2001.

-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء الأول،مصادر الإلتزام،بيروت،1973.

-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء الثالث،عقد البيع،بيروت،1973.

-عبد الحي حجازي، نظرية الإلتزامات، النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي مطبوعات جامعة الكويت، 1998، ج1-

-محمد حسنين،عقد البيع في القانون المدني الجزائري،د.م.ج،2000،الجزائر.

الفهرس

مقدمة.....03

فصل تمهيدي: ماهية عقد البيع 07

المبحث الأول: التعريف بعقد البيع وخصائصه 07

المبحث الثاني: تمييز عقد البيع عن العقود الشبيهة به. 10

الفصل الأول: أركان عقد البيع 21

المبحث الأول: ركن التراضي في عقد البيع 21

المطلب الأول: شروط الإنعقاد 21

بعض الصور الخاصة بتوافق الإرادتين في عقد البيع.....24

أولا: الوعد بالبيع 25

– البيع بالعربون..... 30

ثانيا: بعض البيوع الموصوفة 32

-البيع بشرط التجربة.....32

-البيع بالعينة.....34

-البيع بشرط المذاق.....36

المطلب الثاني: شروط الصحة لعقد البيع.....38

الفرع الأول: النظرية العامة في الأهلية.....38

الفرع الثاني :سلامة الرضا من عيوب الإرادة.....41

المبحث الثاني: ركن المحل في عقد البيع.....53

المطلب الأول: المبيع.....53

الفرع الأول: شروط المبيع 54

الفرع الثاني: بيع ملك الغير (ملكية البائع للمبيع) 57

المطلب الثاني: الثمن.....72

الفرع الأول :الشروط الواجب توافرها في الثمن.....72

الفرع الثاني :الثمن البخس(دعوى الغبن الفاحش).....75

الفصل الثاني: آثار عقد البيع 78

المبحث الأول: إلتزامات البائع.....78

المطلب الأول: الإلتزام بنقل الملكية.....78

المطلب الثاني: الإلتزام بتسليم المبيع..... 86

المطلب الثالث: الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق..... 91

المطلب الرابع: الإلتزام بضمان العيوب الخفية.....97

المبحث الثاني: إلتزامات المشتري..... 102

المطلب الأول: الإلتزام بدفع الثمن.....102

المطلب الثاني: الإلتزام بتسلم المبيع..... 104

الفصل الثالث: إنتهاء عقد البيع (إنحلاله) 106

المبحث الأول:الفسخ كأهم صورة من صور الإنحلال.....106

المبحث الثاني :نظرية البطلان.....111

الخاتمة.....127

قائمة المراجع.....128

الفهرس.....129