

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

قسنطينة في : 14 ماي 2018

جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة

كلية الحقوق

المجلس العلمي

المرجع : 24 / م ع / 2018

مستخرج من محضر اجتماع المجلس العلمي

بتاريخ : 17 افريل 2018

يشهد السيد رئيس المجلس العلمي لكلية الحقوق بجامعة الإخوة منتوري - قسنطينة

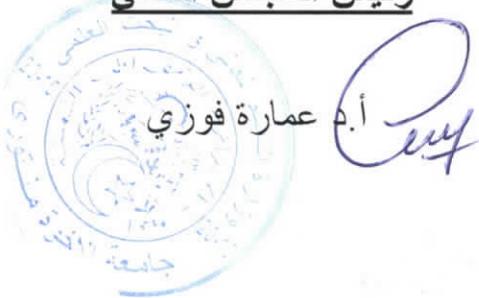
بأن المجلس العلمي في اجتماعه بتاريخ 17 افريل 2018 قد صادق على المطبوعة

البيداغوجية المقدمة من طرف الدكتور عياشي شعبان.

تحت عنوان : محاضرات في مقياس العقود الخاصة (عقد البيع).

سلم هذا المستخرج لاستخدامه فيما يسمح به القانون .

رئيس المجلس العلمي



جامعة الإخوة منتوري قسنطينة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

محاضرات في مادة العقود الخاصة 1.

من إعداد الأستاذ الدكتور: عياشي شعبان

موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس قانون خاص المجموعة أ.

السنة الجامعية: 2021/2020

- البريد الإلكتروني الخاص بأستاذ المادة: avocat.ayachi@gmail.com

- رقم هاتف أساذ المادة: 07.71.51.75.03

ملاحظة:

يمكن لطلبة المجموعة -أ- الإتصال بالأستاذ بكل مايتعلق بمادة العقود الخاصة 1 سواء بواسطة البريد الإلكتروني , أو الهاتف خلال أيام العمل الأسبوعية يومي الإثنين والأربعاء من الساعة :التاسعة 09:00 إلى العاشرة 10:00 صباحا .

مقدمة:

- تقسيم العقود إلى عقود مسماة و عقود غير مسماة.

العقود المسماة هي العقود التي يشيع استعمالها في الحياة العملية، نظرا لما لها من أهمية خاصة ومن ثم يضع المشرع لها تنظيما خاصا تحت أسماء معينة.

ولكن الواقع أن معيار التفرقة بين العقود المسماة و الغير المسماة ليس في شـيوع النوع الأول، بل أن المعيار هو تنظيم القانون لتلك العقود تنظيما مباشرا، ذلك أن من العقود ما هو شائع في الحياة العملية، و استقرت أحكامها في نطاق العلاقات بين الناس، ومع ذلك لا تعتبر عقود مسماة نظرا لعدم تنظيم القانون لأحكامها وهذا هو الشأن بالنسبة لعقد النشر مثلا.

- وضع القواعد المنظمة للعقود الخاصة من القواعد العامة:

تعتبر القواعد المتعلقة بالعقود الخاصة قواعد خاصة، ولهذا فإنه يتعين الالتجاء إليها لتطبيقها على تلك العقود قبل القواعد العامة إذ النص الخاص يقدم على النص العام.

- طبيعة القواعد المنظمة للعقود الخاصة:

الأصل في القواعد التي يضعها المشرع لتنظيم العقود الخاصة أنها قواعد مكملة، وذلك على أساس أن الاتفاقات المتعلقة بالمعاملات المالية تتعلق بتنظيم المصالح الخاصة للأفراد، ولا تمس بالنظام العام، ومن ثم يكون للأفراد أن يتفقوا على خلاف ما أورده المشرع إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة.

ولكن المشرع لاعتبارات معينة، قد يرى من الضروري أن يتدخل في هذا المجال بقواعد أمره تمشيا مع مقتضيات النظام العام، ومثال ذلك نص المادة 402 من القانون المدني التي تقضي بأنه " لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين، ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا".

ولكن بالرغم من تدخل المشرع في بعض الأحيان بقواعد أمرّة، فإن أغلبية القواعد المتعلقة بالعقود الخاصة قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

- تصنيف العقود الخاصة:

بعد أن أرسى القانون المدني القواعد العامة للعقد ضمن الكتاب الثاني تحت عنوان "الالتزامات والعقود" تناول في الباب السابع من هذا الكتاب أحكام العقود الخاصة.

و العقود الخاصة التي عرض لها القانون المدني هي:

1- العقود التي تقع على الملكية وهي: البيع، والمقايضة والشركة، والقرض، والصلح.

2- العقود التي ترد على الانتفاع بالشيء وهي: الإيجار والعارية.

3- العقود الوارد على العمل وهي: المقاولة والوكالة، الوديعة، والحراسة، والتسيير.

4- عقود الغرر وهي: المقامرة والرهن، والمرتب مدى الحياة، وعقد التأمين.

5- عقود التأمينات الشخصية والعينية وهي: عقد الكفالة باعتبارها عقد ضمان شخصي، وقد أفرد لها المشرع بابا خاصا هو الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني، وبذلك فصل بينها وبين عقدي الضمان العيني، وهما العقد المنشئ للرهن الرسمي، والعقد المنشئ للرهن الحيازي حيث عرض لهذين العقدين في الكتاب الرابع من المجموعة المدنية وهو الكتاب الخاص بالتأمينات العينية.

هذه هي العقود التي نظمها المشرع في القانون المدني، ومن الواضح أنه قد أوردتها طبقا

لترتيب منطقي معين راعى فيه الموضوع الذي يرد عليه العقد، وجمع في فصل واحد بين كل طائفة من العقود تتحد في المحل الذي يقع عليه العقد.

و إلى جانب هذه العقود، هناك عقود أخرى نظمها المشرع بموجب تشريعات أخرى، كتشريع العمل بالنسبة لعقد العمل، وقانون الأسرة بالنسبة لعقد الهبة مثلا.

بعد أن عرفنا العقود الخاصة التي نظمها المشرع في القانون المدني، ننتقل إلى دراسة العقود الخاصة التي تدخل ضمن المقرر الخاص بمادة العقود الخاصة الذي يدرس لطلبة السنة الثالثة ليسانس وهي: عقد البيع، عقد الكفالة، عقد الرهن الرسمي، عقد الرهن الحيازي.

حيث ندرس عقد البيع في السداسي الخامس

وندرس عقد الكفالة باعتباره عقد ضمان شخصي، وعقد الرهن بنوعيه الرسمي و الحيازي مع حق الاختصاص و حقوق الامتياز في السداسي السادس.

خطة الدراسة لعقد البيع

يعتبر عقد البيع من أهم العقود في حياتنا العصرية، ولا غنى لأي إنسان عنه في جميع المجالات و التخصصات و سواء بالنسبة للعقارات أو المنقولات التي تكون محلا لهذا العقد، لذلك أولاه المشرع عناية خاصة، إذ أنه نظمه على رأس العقود المسماة .

وقد نظم المشرع أحكام عقد البيع في الفصل الأول من الباب السابع الذي يعرض للعقود التي تقع على الملكية وذلك في المواد من 351 إلى 412 من القانون المدني .

و تقتضي دراستنا لعقد البيع أن نتناول التعريف به، و التمييز بينه و بين التصرفات الأخرى في فصل تمهيدي، ثم نعرض لأحكامه في أبواب ثلاثة، نخصص الباب الأول لانعقاد البيع و نعرض في الباب الثاني لأثار البيع، و نعرض في الباب الثالث لبعض أنواع البيوع.

فصل تمهيدي

التعريف بالبيع و التمييز بينه و بين التصرفات الأخرى.

أولاً: التعريف بالبيع و خصائصه:

1-تعريف البيع:

عرفت المادة 351 مدني عقد البيع بقولها"-البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

2- خصائص البيع:

من التعريف السابق نستخلص خصائص البيع وهي:

1-البيع من العقود الرضائية: إذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلا معيناً، فهو ينعقد بمجرد تبادل الرضا بين الطرفين.

و مع ذلك ، فإنه إذا كان الأصل هو أن البيع عقد رضائي، فإن المشرع قد يخرج على ذلك بنص صريح فيستلزم أن يكون رسمياً كما هو الحال في بيع العقار إذ تقضي المادة 324 مكرر 1 المضافة إلى القانون المدني بموجب القانون رقم:88-14 المؤرخ في: 16 رمضان 1408هـ الموافق ل 3 مايو سنة 1988 المعدل و المتمم للأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني" زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقاراً أو حقوق عقارية...".

2- و عقد البيع من عقود المعاوضات: فالبايع يأخذ الثمن مقابل المبيع و المشتري يأخذ المبيع في مقابل الثمن.

3- و عقد البيع عقد ملزم للجانبين: إذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر، و يلزم للمشتري أن يدفع الثمن للبايع في مقابل حصوله على ملكية المبيع، فكل من البائع و المشتري دائن و مدين في الوقت نفسه.

4- وهو عقد محقق: لأنه في استطاعة كل من طرفيه أن يحدد الفائدة التي تعود عليه من العقد منذ انعقاده، ومع ذلك فإن البيع قد يكون احتماليا كما إذا كان الثمن إيرادا مرتبا لمدى الحياة.

5- و البيع ينشئ التزاما على عاتق البائع بنقل الملكية أو حق مالي آخر: أوضحت المادة 351 مدني أن البائع يلتزم بنقل " ملكية شيء أو حقا ماليا آخر" و معنى ذلك أن البيع لا يقتصر على نقل الملكية، بل يجاوز ذلك إلى نقل أي حق مالي آخر، فقد يقع البيع على حقوق عينية غير الملكية، فيجوز لصاحب حق الانتفاع أن يبيعه، وقد يقع على حقوق شخصية، كما في حوالة الحق إذا تمت بمقابل ثمن نقدي(1).

غير أن الصورة الغالبة للبيع هي أنه يرد على حق الملكية، وإذا كان حق الملكية يختلط بالشيء الذي يرد عليه، مما يجعلنا نتكلم عن بيع شيء أو نقل ملكية شيء ، فإن الواقع أن الأمر يتعلق ببيع حق الملكية الوارد على هذا الشيء، وهو حق مالي.

-أثر البيع في نقل الملكية:

لم يكن من أثر عقد البيع نقل الملكية إلى المشتري في القانون الروماني(2)، كما أنه لم يكن من أثره إلزام البائع بنقلها إليه إلا إذا نص على ذلك صراحة في العقد، فإن البائع لا يكون ملزما إلا بتمكين المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة، أما إذا نص صراحة في العقد على إلزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري، كان لا بد لانتقالها إليه من إتباع أحد الإجراءات الشكلية المعروفة في القانون الروماني وهي الإشهاد أو التنازل القضائي(3).

1- راجع في ذلك أحمد عبد الرزاق السنهوري (الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة)، الجزء الرابع دار إحياء التراث العربي، ص 23.

محمد حسنين، (عقد البيع في القانون المدني الجزائري)، الطبعة الثالثة 1990 ديوان المطبوعات الجامعية ص 11.

2- محمد كمال مرسى باشا، (شرح القانون المدني العقود المسماة عقد البيع وعقد المقايضة)، الجزء السادس، 2005، منشأة المعارف، ص 13.

3- جعفر محمد جواد الفضلي، (الوجيز في عقد البيع)، منشورات زين الحقوقية، سنة 2013 ص 12 -نذير بن عمو، (العقود الخاصة بالبيع والمعاوضة) الطبعة الأولى، 2008 المؤسسة الجامعية للدراسات، ص 38.

أما في القانون الفرنسي، فإن انتقال الملكية لم يكن في البداية من جوهر عقد البيع، كما أن التسليم الفعلي كان شرطاً لإنتقالها، ولما أحس الناس أن الغرض من البيع هو نقل الملكية، وإن إشتراط التسليم الفعلي مناف لحكم العقل، أحلوا التسليم الصوري محل التسليم الفعلي بذكر حصول التسليم في العقد، وعندما وضع التقنين المدني الفرنسي نبذ وضعوه الفكرة الرومانية التي سادت حتى القرن الثامن عشر من أن عقد البيع لا ينقل الملكية، فنصوا في المادة 1583 على أن الملكية تنتقل بمجرد الاتفاق على المبيع و الثمن.

أما في الشريعة الإسلامية، فإن البيع ناقل للملكية بحكم العقد، ويصبح المشتري للعقار أو المنقول مالكا للمبيع بمجرد انعقاد العقد⁽¹⁾ وقد كان مقتضى انتقال الملك إلى المشتري بالبيع في الفقه الإسلامي أن يملك المشتري التصرف في المبيع بمجرد البيع حتى قبل التسليم تبعاً لرأي مالك رضي الله عنه.

أما في القانون الجزائري، فإنه طبقاً للمادة 165 مدني فإن عقد البيع ينشئ إلزاماً بنقل الملكية، ولكن هذا الالتزام ينفذ فور نشوئه إذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وفيما عدا حالة المنقول المعين بالذات، فإن إلتزام البائع يظل قائماً إلى حين القيام بما يفرضه القانون لنقل الملكية أو الحق بصفة عامة، وهذا هو الشأن إذا تعلق الأمر ببيع منقول معين بالنوع، إذ لا تنتقل الملكية إلا بالإفراز، والشهر في بيع العقار.

6- المقابل النقدي:

نقل الملكية أو الحق المالي يجب أن يتم في مقابل ثمن نقدي يلتزم المشتري بأدائه.

فالثمن عنصر أساسي في عقد البيع. وإذا كان هناك التزام بنقل الملكية دون ثمن في مقابل ذلك، لا يكون العقد بيعاً بل هبة و الثمن يجب أن يكون مبلغاً من النقود فإذا ألتزم المشتري بأداء آخر غير النقود لا يكون العقد بيعاً بل مقايضة.

نخلص إلى أن البيع عقد رضائي، وهو عقد معاوضة، و ملزم للجانبين، كما أنه ينشئ التزاماً على عاتق البائع بنقل الملكية أو الحق المالي في مقابل التزام المشتري بدفع ثمن نقدي.

1- د-جعفر محمد جواد الفضلي، (المرجع السابق) ص 13.

ونتبين مما تقدم أن أهم خصائص البيع التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى، عنصران أساسيان هما نقل الملكية و الثمن النقدي، و على ضوء ذلك ، نميز بينه وبين التصرفات الأخرى.

ثانياً: التمييز بين البيع و بين غيره من العقود و التصرفات الأخرى.

بالرغم من أن لعقد البيع مقوماته الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود، فإن هذا العقد قد يشتهر في بعض الحالات بغيره من العقود، بحيث يدق التحقق مما إذا كان بصدد عقد بيع تسري عليه أحكام التنظيم القانوني الخاص بهذا العقد ، أو بصدد عقد آخر تسري عليه أحكام أخرى.

1- اشتباه عقد البيع بعقد الإيجار:

إذا كان الغرض من البيع هو نقل الملكية، فإن الإيجار يهدف إلى تمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة لمدة معينة، مقابل بدل يلتزم بأدائه إلى المؤجر الذي تظل له ملكية الشيء المؤجر.

و مع ذلك ، فقد تدق التفرقة بينهما في بعض الفروض، و نعرض لذلك فيما يلي:

- حالة النزول عن الثمار أو المنتجات.

قد يتفق مالك الأرض مع شخص آخر، إما على أن يكون لهذا الأخير الحق في استخراج ما يوجد في الأرض من حاصلات كالأحجار و المعادن، و الفحم، وإما على أن يكون له الحق في الحصول على ثمار الأرض، وذلك في مقابل نقدي، و هنا يثور التسائل عما إذا كان العقد المبرم بينهما يعتبر بيعاً لهذه المنتجات أو تلك الثمار، أم أنه يعتبر إيجاراً للأرض- و الفرق بين الثمار و المنتجات هو أن الثمار هي ما تغله الأرض بصفة دورية متجددة دون أن تنقص شيئاً من الأصل، كالمزروعات المختلفة أما المنتجات أو الحاصلات فهي ما ينتج من الشيء بصفة غير دورية مع إنتقاص هذه المنتجات من الأصل حتى تنفذ. و للإجابة على ذلك يجب أن نفرق بين ما إذا كان العقد يتعلق بالحصول على حاصلات الأرض أو بالحصول على ثمارها.

- فبالنسبة للحاصلات أو المنتجات Produits

أستقر الفقه و القضاء على إعتبار العقد الذي يتعلق بالحصول على منتجات الأرض بيعاً لهذه المنتجات و لا يمكن أن يكون إيجاراً للعقار، فهو عقد بيع لمنقول بحسب المأل، ذلك أن جوهر عقد الإيجار أن يرد المستأجر العين المؤجرة عند نهاية مدة الإيجار بالحالة التي كانت عليها

وقت الإيجار، في حين أن إستخراج المنتجات ينقص من الأرض، نظرا لأن المنتجات ليست دورية، ولا متجددة وإنما هي جزء من الشيء لا بد وأن ينفذ يوما.

-أما بالنسبة للثمار:

فإن الحصول على ثمار الأرض بمقابل نقدي يمكن أن يكون بمقتضى عقد بيع للثمار فقد يكون من يحصل على ثمار الأرض مستأجرا يحصل على ثمار الأرض التي قام بزراعتها بمقتضى عقد إيجار، وقد يكون من يحصل على ثمار الأرض مشتريا نقل إليه مالك الأرض ملكية ثمارها.

وقد إستقرت أحكام القضاء على أن العقد يعتبر إيجارا في حالة ما إذا ترك المؤجر لمن يحصل على الثمار الإنتفاع الكامل بالأرض مع تحمل عبء زراعتها وصيانتها.

البيع الإيجاري: Location Vente.

وهناك فرض أخريدق فيه التمييز بين البيع والإيجار، فقد يصف المتعاقدان عقدا بأنه إيجار ويتفقان على أن يقوم المستأجر في هذه الحالة بدفع أجرة لمدة معينة ينقلب العقد بعدها بيعا، وتعتبر الأجرة التي دفعت على أقساط ثمننا للبيع، وهذا ما يسمى بالبيع الإيجاري، وكثيرا ما يلجأ إليه في الوقت الحاضر قصد حماية البائع طيلة المدة التي تدفع فيها الأقساط إذ يبقى المشتري مستأجرا ومن ثم لا يستطيع التصرف في الشيء وإلا أعتبر مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة، كما أن الملكية تبقى للبائع إلى حين الوفاء بكل الأقساط.

وترتبا على ذلك فإن الأقساط التي يدفعها المشتري للبائع تعتبر بمثابة أجرة في مقابل إنتفاعه بالشيء، فإذا وفي الأقساط كلها أنقلب العقد بيعا و أنتقلت الملكية إلى المشتري، أما إذا تخلف عن دفع قسط منها في ميعاده، وجب عليه رد الشيء ويحتفظ المتعاقد الآخر بالأقساط التي تسلمها، وقد نصت المادة 363 مدني على إعتبار العقد في هذا الفرض بيعا حتى ولو أعطى المتعاقدان للبيع صفة الإيجار.

2- بإشتباه البيع بعقد المقاوله:

المقاوله عقد " يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" المادة 549 مدني.

و من هذا يتبين الفرق بين البيع و المقاوله، حيث أن البيع يتمثل في نقل الملكية من البائع إلى المشتري في مقابل ثمن نقدي، في حين أن المقاوله تتمثل في أحد المتعاقدين وهو المقاول يقوم بصنع شيء أو يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر و هو رب العمل، مع ذلك قد يشتبه البيع و المقاوله، فإذا أقتصرت المقاول على تقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها في إنجاز عمله، فإن العقد يعتبر مقاوله، أما إذا قدم المقاول المادة والعمل معا (الفقرة الثانية من المادة 550 ق م)، فإن الشك يثور حول طبيعة العقد، هل هو عقد بيع لشيء مستقبل ، أم عقد مقاوله؟ يعتبر العقد في هذه الحالة عقد بيع لشيء مستقبل وذلك إذا كانت قيمة العمل ثانوية بالنسبة لقيمة المواد بينما يعتبر عقد مقاوله إذا كانت قيمة المواد ثانوية بالنسبة لقيمة العمل و مثال ذلك ، إذا تعهد مقاول بإقامة بناء فإذا قدم صاحب العمل الأرض من عنده، و قام المقاول بتشديد مبنى عليها كان العقد مقاوله، أما إذا قام المقاول بالإقامة بناء على أرض مملوكة له، فإن هذا يعتبر بيعا لعقار في حالته المستقبله.

3- اشتباه البيع بعقد الهبة بعوض:

الهبة تملك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشروط (المادة 202 من ق الأسرة).

و إذا كانت الهبة تتم دون عوض، مما يفرق بينها وبين البيع إلا أن الأمر قد يختلط بينهما في حالة الهبة بعوض أو مع تكليف يلتزم الموهوب له القيام به.

والأصل أن العوض أو الإلتزام الذي يلتزم به الموهوب له للواهب لا يزيل عن هذا الأخير نية التبرع على أن هذا الإلتزام المالي قد يبلغ قدرا لا يدع مجالاً لنية التبرع وفي هذه الحالة تقترب الهبة بعوض في مظهرها من البيع، وعليه فإن كان العوض مساويا في القيمة للمال الموهوب أو يفوقه، فإن العقد يعتبر بيعا إذا كان العوض مبلغا من النقود، أما إذا كانت قيمة العوض أقل من الهبة فإن العقد يعتبر عقد هبة بعوض طالما أن نية التبرع قد توافرت، ووجود العوض لا يقلل من أهمية نية التبرع وهذا ما أقره المشرع صراحة في المادة 202 السالفه الذكر، حيث تجبر للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام معين.

4- البيع و الوصية:

البيع عقد يتم بين الأحياء في مقابل ثمن نقدي أما الوصية فإنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع (المادة 184 من قانون الأسرة).

فالوصية تصرف يتم بإرادة الموصي المنفردة و في الوصية يظل للمتصرف مزايا الملكية على المال الذي تصرف فيه، طالما بقي حيا، ولهذا تعتبر الوصية تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وكثيرا ما يلجأ الأفراد من الناحية العملية إلى وصف تصرفاتهم بأنها بيعوع رغم أنها في الحقيقة تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت أي وصايا، وهم يهدفون من وراء ذلك لتفادي ما تقضي به القوانين من منع الشخص من التصرف في أمواله دون مقابل عن طريق الوصية، أو في حدود معينة، وهنا يثور التساؤل عما إذا كان مثل هذا التصرف يعتبر بيعا أم وصية.

الواقع أنه لا يجب التقييد بما يضيفه الأفراد على تصرفاتهم من أوصاف، وإنما يجب الاعتماد بما يثبت من الناحية العملية.

ويتحقق القضاء من أن التصرف وصية وليس بيعا من الظروف الملابسة، فمتى ثبت له أنه لم يترتب على التصرف نقل الملكية في الحال، وأن الشيء ظل تحت يد المتصرف ينتفع به طوال حياته، أو أنه نص على منع المتصرف إليه من التصرف في الموصي به ما دام المتصرف حيا ومتى ثبت من ناحية أخرى أن التصرف قد تم دون مقابل، حتى ولو كان هناك نص في التصرف ذاته يقضي بان الثمن قد دفع، فإننا بصدد وصية خاصة إذا تم التصرف لأحد الورثة وقد وضع المشرع الجزائري في هذا الشأن قرينة على وجود نية الإيحاء فنص في مادة 777 مدني على أنه "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته وأستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والإنتفاع به مدى حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

الباب الأول

إنعقاد البيع

يخضع البيع في إبرامه شأنه في ذلك شأن أي عقد للقواعد العامة في إبرام العقود من حيث ضرورة توافر الأركان وشروط الصحة ولما كان البيع بإعتباره عقدا يخضع للقواعد العامة فإننا نقتصر هنا على عرض القواعد الخاصة به، وسنحاول بقدر المستطاع تلافي تكرار القواعد العامة، وعلى ذلك نقسم دراستنا في هذا الباب إلى أربعة فصول، نعرض في الأول للتراضى في البيع، ونخصص الثاني للمبيع ونبحث في الثالث الثمن، ونكرس الرابع للأوصاف المختلفة للبيع.

الفصل الأول

التراضي في عقد البيع

عقد البيع عقد رضائي في القانون الفرنسي، وكذا في القانون المصري، أما في القانون الجزائري فإنه يعتبر كذلك إذا كان محله منقولا، ومن ثم يكفي لانعقاده مجرد التراضي ويتحقق التراضي بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، هما إرادتا البائع والمشتري.

ويجب حتى يقوم البيع صحيحا أن يكون التراضي خاليا من العيوب، وأن تتوافر الأهلية في طرفيه، فينبغي ألا يكون رضا أحد الطرفين مشوبا بعيب الغلط أو التدليس، أو الإكراه، أو الاستغلال، وتطبق القواعد العامة المقررة في هذا الصدد، على أن العقد قد يمر بمرحلة تمهيدية، وذلك في حالة الوعد بالبيع أو الشراء.

ونعرض أولا لما ينصب عليه الإتفاق بين الطرفين، ثم نعرض ثانيا لشكل عقد البيع في بيع العقار، ثم نعرض ثالثا لحالة الوعد بالبيع أو الشراء ثم نعرض أخيرا للبيوع الموصوفة.

المبحث الأول

موضوع التراضي

يجب أن يتفق المتعاقدان على العناصر الأساسية أو الجوهرية للبيع وهي طبيعة العقد، والمبيع، والثلث، أما العناصر الثانوية فإنها لا تعتبر ضرورية لإبرام البيع إلا إذا حصل خلاف بين الطرفين بشأنها.

أولا: العناصر الأساسية

- طبيعة العقد:

يجب أن يتفق الطرفان على طبيعة العقد الذي يقصدان إبرامه وهو البيع، أي يلزم أن يتم الإنفاق على نقل ملكية شيء أو حق مالي آخر مقابل ثمن نقدي، وعليه إذا انصرفت نية أحد الطرفين إلى البيع وانصرفت نية الطرف الآخر إلى الإيجار لا ينعقد بينهما لا البيع، ولا الإيجار، نظرا لعدم تطابق الإرادتين حول طبيعة العقد.

-المبيع:

و يجب أن يتفق الطرفان على المبيع، و على ذلك لا ينعقد بين الطرفين إذا كان أحدهما يقصد أن يبيع شيئاً معيناً، في حين يقصد الطرف الثاني شراء شيء آخر، كما لو قصد البائع أن يبيع إحدى الدارين يملكهما، ونية المشتري انصرفت إلى الدار الأخرى فإن العقد لا ينعقد لأن المتعاقدين لم يتفقا على المبيع.

- الثمن:

و يجب أخيراً حتى يتم البيع أن يتفقا على الثمن، فلو طلب البائع في المبيع مائة ألف دينار ولم يقبل المشتري إلا بتسعين ألف دينار، فإن البيع لا يتم لعدم تطابق الإيرادتين على الثمن.

ثانياً: العناصر الثانوية:

إذا تم الإتفاق على العناصر الجوهرية، فإن ذلك يكفي لتمام البيع حتى ولو لم يتم الإتفاق على المسائل التفصيلية مثل زمان و مكان التسليم أو الوفاء بالثمن، إذ يفترض أن الطرفين قد أرتضيا حكم القانون أو العرف في هذا الشأن.

لكن إذا عرض المتعاقدان للمسائل التفصيلية وأنصرفت نيتهما إلى إعتبارها عناصر داخلية في الاتفاق ولم يصلا إلى إتفاق بشأنها فإن البيع لا ينعقد⁽¹⁾ حتى ولو تم الاتفاق على العناصر الأساسية الأخرى وكذلك الحكم إذا احتفظ أحد المتعاقدين بمسألة تفصيلية للإتفاق عليها فيما بعد، فاحتفاظ المتعاقد بمسألة دليل على أنه قصد ألا يتم البيع إلا بعد الإتفاق عليها، غير أن المادة 655 مدني قد نصت على أنه " إذا أتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطاً أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها أعتبر العقد مبرماً و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون و العرف و العدالة".

1- علي هادي العبيدي (العقود المسماة البيع والإيجار)، الطبعة الرابعة 2010، دار الثقافة و التوزيع ص 30.

المبحث الثاني

شكل عقد البيع

البيع عقد رضائي ، و من ثم فإنه يكفي لإبرامه الإتفاق على المبيع و الثمن، هذا إذا تعلق الأمر ببيع منقول، أما إذا تعلق الأمر ببيع عقار فإن العقد يكون شكلياً، و من ثم فإن الرضا وحده لا يكفي لإنعقاده ، فإذا لم يستوف البيع الشكل الذي يستلزمه القانون في هذا الشأن، فإن العقد يقع تحت طائلة البطلان و هذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 المضافة إلى القانون المدني بموجب القانون رقم: 88-14 المؤرخ في 16 رمضان 1408 الموافق ل 3 ماي سنة 1988 و التي تنص على أنه "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان ، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها ، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي. و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد"⁽¹⁾.

أولاً: المقصود بالشكلية:

إن المقصود بالشكلية حسب نص المادة 324 مكرر 1 في التصرف في العقار، بصفة عامة، و في عقد البيع الذي يكون محله عقار هي الرسمية، وهي تعني ضرورة الإفراغ العقد في شكل رسمي، و العقد الرسمي حسب نص المادة 324 من ق م هو " عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقاً للأشكال القانونية و في حدود سلطته و إختصاصه".

1- و التي حلت محل المادة 12 من قانون التوثيق الصادر بالأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/01/1970 و الذي بدأ العمل به ابتداء من 01/01/1971.

و عليه فإن العقد الرسمي يجب أن يحرر من طرف موظف عام مثل مدير أملاك الدولة، أو ضابط عمومي و هو الموثق، مع العلم أن العقود المحررة من طرف الموثقين تشكل أغلب العقود الرسمية، أو شخص مكلف بخدمة عامة، مثل رئيس البلدية، فلا يكفي لإنعقاد البيع الذي يرد على عقار أي عقد بيع آخر حتى و لو قام بتحريره موظف عام طالما أنه ليس مختصا بتحرير العقود.

ثانيا: الحكمة من الرسمية:

تبدو الحكمة من إشتراط الرسمية فيما تحققه من مصلحة للبائع و المشتري على السواء، فهي لصالح البائع حتى يدرك خطورة التصرف المقدم عليه، و هي لصالح المشتري أيضا حتى يتثبت من أصل ملكية البائع و من أهليته للتصرف، كما أن الرسمية توضع بين يدي البائع و المشتري سندا قابلا للتنفيذ و إجراء الشهر بموجبه دون حاجة إلى حكم لتنفيذه.

ثالثا: نطاق الرسمية:

إن الرسمية في بيع العقار ليست مقصورة على إبرامه فقط بل تتعداه إلى التوكيل فيه و الوعد به.

أ- التوكيل في بيع عقار:

يجب أن يكون التوكيل في بيع العقار شكليا كعقد البيع ذاته، إذ نصت على ذلك المادة 572 مدني بقولها " يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص بخلاف ذلك"، ولما كان البيع من أعمال التصرف فإن الوكالة العامة لا تكفي، بل لا بد من وكالة خاصة به (م 574) مدني.

ب- الوعد بالبيع:

إذا كانت الرسمية لازمة لإنشاء البيع فإن ضرورتها في الوعد بالبيع منصوص عليها بالمادة 71 من ق م في فقرتها الثانية "وإذا أشتراط القانون لتمام العقد استفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد.

رابعا: جزاء إغفال الرسمية:

قلنا أن المشرع قد استلزم إفراغ البيع الذي يرد على عقار في عقد رسمي، و تعتبر الرسمية بذلك ركنا في عقد البيع لا يقوم بدونها، فالجزاء على تخلف الرسمية إذا هو البطلان المطلق،

و يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به كما أن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها م/101م، ولا يزول بالإجازة، وقد كرست المحكمة العليا هذا الجزاء في قرارها المشهور الصادر عن الغرف المجتمعة في: 1997/02/20 والذي جاء فيه " حيث أنه إذا كان صحيحا أن العقد العرفي.....يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والمشتري إلا أنه باطل بطلانا مطلقا".

المبحث الثالث

الوعد بالبيع

عرض القانون للوعد بالتعاقد ضمن القواعد العامة للعقد في المادتين 71-72، وتنطبق هذه القواعد على عقد البيع.

وسنعرض لأحكام الوعد بالبيع و الشراء طبقا لما جاءت به القواعد العامة، فنعرض لشروط الوعد، ثم لأثاره.

أولا: تعريف الوعد بالبيع:

- الوعد بالبيع: عقد يلتزم بمقتضاه الواعد ببيع شيء إذ أظهر الموعد له رغبته في الشراء في مدة معينة، وكثيرا ما يلجأ إلى هذا العقد في الحياة العملية خصوصا بعد أن تعقدت المعاملات، فقد يرغب المستأجر مثلا في شراء المنزل الذي يسكنه دون أن يكون لديه المبلغ الكافي، فيحصل من المالك على وعد ببيع العيين له في مدة معينة، غالبا مدة الإيجار نفسه، على أن يدفع الثمن المتفق عليه وقت إبداء رغبته في الشراء، وفي الوعد بالبيع لا يلتزم الموعد له بموجب هذا الوعد ولكن يكون له أن يبدي رغبته بالقبول أو الرفض أي أن عقد الوعد لا يلزم سوى الواعد فقط، ويظل الواعد على وعده إلى أن يبدي الطرف الآخر رغبته، فعندما يصرح هذا الأخير وهو الموعد له بعزمه على الشراء يتحول الوعد إلى بيع دون أن يكون له مفعول رجعي، ويتم إنتقال الملكية من يوم القبول في حالة المنقول المعين بالذات.

وقد يصدر الوعد ممن يرغب في الشراء، وفي هذه الحالة نكون بصدد وعد بالشراء، وفيه يلتزم الواعد وحده حتى إبداء الموعد رغبته في إبرام العقد النهائي، فإذا أبدت الرغبة من الطرف الآخر أن عقد البيع النهائي بين الطرفين من هذا الوقت دون أثر رجعي، على أن يتم إنتقال الملكية من وقت القبول أيضا متى تعلق الأمر بمنقول.

و الوعد المنفرد بالبيع أو بالشراء يختلف عن الوعد المتبادل بالبيع والشراء، ذلك أنه إذا كان الشخص يلتزم في الحالة الأولى قبل شخص آخر يقبل هذا الوعد دون أن يلتزم على سبيل

التبادل وإنما يؤجل ذلك لحين الإعلان عن رغبته، فإنه في حالة الوعد المتبادل يرتبط الطرفان على سبيل التبادل، إذ يعد أحدهما أن يبيع للأخر شيئاً معيناً إذا أظهر هذا الأخير رغبته خلال مدة معينة، كما يعد هذا الأخير أن يشتري الشيء ذاته بالثمن المعين إذا أظهر البائع رغبته خلال هذه المدة.

في هذه الحالة نكون بصدد عقد وعد تبادلي، وهو لا يعتبر في الوقت ذاته بيعاً نهائياً، فهناك فارق بين الوعد التبادلي والعقد ذاته، ففي حالة الوعد إذا كان كل من الطرفين يلتزم قبل الآخر، فإن هذا لا يعني أن العقد صار نهائياً، ذلك أنه إذا لم يبد كل من الطرفين رغبته في إبرام العقد النهائي خلال مدة معينة سقط الوعد.

و صورة الوعد المتبادل و الشراء نادرة الحصول، و الصورة الغالبة في الحياة العملية هي الوعد بالبيع من جانب واحد(1).

ثانياً: إنعقاد الوعد بالبيع:

تنص المادة 7 من القانون المدني في فقرتها الأولى على أن "الإتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما إبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و المدة التي يجب إبرامه فيها" ولما كانت المسائل الجوهرية في عقد البيع هي المبيع و الثمن، فإن إنعقاد الوعد بالبيع يتوقف على تحديد كل من المبيع و الثمن و المدة التي يكون للموعد له أن يبدي رغبته خلالها، فإذا لم تتطابق إرادة الطرفين على ذلك لا ينعقد الوعد بالبيع.

و يرجع في تقدير أهلية الواعد و سلامة إرادته من العيوب إلى وقت صدور الوعد، لأنه هو الوقت الذي يلتزم فيه نهائياً.

أما بالنسبة للموعد له، فإنه ينظر إلى وقت إبداء رغبته وهو الوقت الذي صار في العقد نهائياً، سواء بالنسبة لعيوب إرادته أو بالنسبة لأهليته في إبرام العقد الموعد به.

1- محمد صبري السعدي: (الواضح في شرح القانون المدني عقد البيع و المقايضة)، دراسة مقارنة في القوانين العربية دار الهدى للطباعة و النشر 2008 ص 102.

ثالثا: آثار الوعد بالبيع:

لكي نقف على الآثار التي تترتب على الوعد بالبيع، يتعين أن نفرق بين مرحلتين، قبل إبداء الموعد ورغبته، ثم بعد إبداء هذه الرغبة.

1- المرحلة السابقة على إبداء الموعد له ورغبته:

أ- بالنسبة للواعد: يظل الواعد ملتزما بوعدده، فلا يستطيع الرجوع عنه إلى أن يبدي الموعد ورغبته خلال المدة المعينة لإبدائها، فإذا ما أبدت الرغبة تم العقد النهائي بينهما.

و لا يترتب على الوعد بالبيع إنتقال ملكية المال الموعد ببيعه إلى الموعد له، لأن الوعد لا يعتبر بيعا ، فالملكية تظل للواعد، ومن ثم له سلطات المالك على الشيء الموعد ببيعه، فيكون له أن يتصرف في الشيء بالبيع أو بغيره من التصرفات الناقلة للملكية، أو يرتب عليه حقوقا للغير إلا أنه إذا ما أبدى الموعد ورغبته في إتمام البيع وتعذر على الواعد التنفيذ، طبقا لما أتفق عليه، إلترم بالتعويض للموعد له.

ب- بالنسبة للموعد له: لا يكون له خلال المدة الممنوحة لإبداء ورغبته إلا حق احتمالي ، قبل الشيء ، لأن ملكيته لا تنتقل له، و مع ذلك يكون للموعد له خلال تلك المدة الحق في أن يتنازل عن حقه إلى شخص آخر، ويعتبر هذا التنازل حوالة حق، لا نقلا لحق عيني معلق على شرط، و من ثم فإنه يخضع لأحكام حوالة الحق، كما أن حق الموعد له ينتقل إلى ورثته.

2- المرحلة اللاحقة لإبداء الرغبة:

إذا ما أبدى الموعد له ورغبته فإن البيع الموعد به ينعقد دون استلزام رضی جديد من الواعد، و ينعقد العقد من وقت إبداء الرغبة دون أن يكون لذلك أثر رجعي، و تنتقل ملكية الشيء الموعد ببيعه من ذلك الحين إذا كان معيننا بالذات، أما المعين بالنوع فمن وقت الإفراز و من تاريخ الشهر إذا تعلق الأمر بعقار.

و إذا أمتنع الواعد بعد قبول الموعد له الشراء عن الوفاء بالتزاماته الناشئة عن عقد البيع من تحرير عقد البيع أو إمضائه، جاز للموعد له الالتجاء إلى القضاء الذي لا يحكم على الواعد بتحرير العقد و بإمضائه بل يحكم بإنعقاد العقد ، وهذا ما نصت عليه المادة 72 مدني التي تقضي بأنه " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

المبحث الرابع

البيع الموصوفة

ندرس فيما يلي البيع الموصوفة وهي : البيع بشرط التجربة و البيع بالعينة و البيع بالعربون و نعرض في النهاية باختصار إلى نوع من البيوع منعه المشرع الجزائري و هو بيع الوفاء.

أولاً: البيع بشرط التجربة

البيع بشرط التجربة هو البيع الذي يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة المبيع ليتأكد مما إذا كان صالحاً للغرض المقصود فيه أو ليتأكد أن المبيع هو الشيء الذي يطلب و ذلك قبل الإقدام نهائياً على الشراء.

و غالباً ما يكون الإتفاق على شرط التجربة صريحاً ولكن في بعض الأحوال قد يكون ضمناً، يستخلص من طبيعة المبيع أو من ظروف التعامل، كما هو الحال في شراء الملابس للاستعمال الشخصي ، إذ يجري تجربتها للتحقق من قياسها و كذلك شراء السيارة المستعملة.

فالبيع بشرط التجربة يقع عادة على الأشياء التي لا يمكن الاستيثاق منها إلا بعد إستعمالها كالملابس و الآلات الميكانيكية و السيارات القديمة و كلاب الصيد و خيل السباق(1).

-كيفية إجراء التجربة و وقتها:

تنص الفقرة الأولى من المادة 355 من القانون المدني على أنه " في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع او يرفضه و على البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فإن لم يكن هناك إتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا أنقضت هذه المدة و سكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع أعتبر سكونه قبولاً..."

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري (المرجع السابق) ص131

يتضح من هذا النص أنه أوجب على البائع أن يمكن المشتري من تجربة المبيع، فيكون على البائع أن ييسر للمشتري القيام بهذه التجربة، فيخلى بينه وبين المبيع ليقوم بها طبقاً لما أتفق عليه بينهما من طريقة إجرائها، أو طبقاً لما يقضي به العرف، ويكون ذلك عادة بتسليم المبيع للمشتري لإستعماله بنفسه (1) .

على أنه لا يجوز ترك أمر إجراء التجربة للمشتري إلى أمد غير محدد إذ في ذلك إضرار بالبائع وكثيراً ما يحدد المتعاقدان وقتاً معيناً يجري فيه المشتري التجربة، فإذا لم يتم تحديد وقتاً لذلك، جاز للبائع أن يقوم هو بتحديد مدة معقولة يطلب من المشتري إبداء رأيه بالقبول أو الرفض خلالها، ويخضع في هذا التعيين لرقابة القضاء.

فإذا أنقضت المدة التي يجب على المشتري إجراء التجربة فيها. ولم يعلن البائع برأيه في القبول أو الرفض ولم يكن هناك حائلاً دون قيامه بالتجربة أعتبر في هذه الحالة سكوته قبولا بالمبيع (2).

وإذا مات المشتري قبل إجراء التجربة أنتقل حقه إلى ورثته من بعده .

و القاعدة أن للمشتري مطلق الحرية في القبول أو الرفض، فليس للبائع أن يطلب تعيين خبير ليثبت ملاءمة المبيع للغرض الذي قصده المشتري منه، خاصة إذا كان المبيع من الأشياء التي يتطلب فيها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية كالملابس فهو وحده الذي يستطيع أن يقرر ذلك، ولكن إذا كان المقصود بالتجربة أن يكون المبيع صالحاً للأغراض المقصودة منه، أي الملائمة الموضوعية، فهنا يكون القول الحاسم لأهل الخبرة، ويجوز للبائع إذا رفض المشتري أن يتظلم من الرفض، والمحكمة تستعين بأهل الخبرة لإثبات ملاءمة المبيع للأغراض المقصودة منه (3)، وعليه لا يعتبر بيع التجربة بيعاً معلقاً على شرط إرادي محض متوقف على إرادة المشتري (4).

وإذا ثار الشك في قصد المتعاقدين فإنه طبقاً لعبارة نص المادة 355 ق م يكون المقصود بالتجربة مناسبة المبيع لحاجة المشتري الشخصية.

1- محمد صبري السعدي (المرجع السابق) ص 81- أحمد عبد الرزاق السنهوري (المرجع السابق) ص 133.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري (المرجع السابق) ص 135، محمد صبري السعدي (المرجع السابق) ص 82، محمد حسنين (المرجع السابق) ص 40، محمد كامل مرسى باشا (المرجع السابق) ص 148.

3- محمد صبري السعدي، (المرجع السابق) ص 82.

4- محمد كامل مرسى باشا (المرجع السابق) ص 489.

والأصل أن يكون البيع على شرط التجربة معلق على شرط واقف ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ. فقد يريد المتعاقدان صراحة أو ضمناً، أن ينقذ البيع منذ تمامه على أن يفسخ إذا تبين من التجربة أن المبيع غير صالح فإذا لم يتبين ذلك، وجب الرجوع إلى الأصل ويكون البيع موقوفاً حتى تتبين نتيجة التجربة(1).

وفي الحالة التي يعتبر فيها بيع التجربة معلقاً على شرط واقف لا يعتبر المشتري أنه تملك الشيء المبيع في أي وقت إذا تخلف الشرط، بأن رفضه بعد التجربة أو إذا استحالت التجربة بسبب هلاك الشيء، ولكن إذا تحقق الشرط، بأن أحتفظ المشتري بالشيء بعد التجربة فإن حق ملكيته يرجع إلى يوم العقد. ويترتب على ما تقدم أن المشتري بشرط التجربة إذا قبل المبيع يجوز له أن يحتج بحقه اتجاه دائي البائع الذين يحجزون على الشيء بعد البيع. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 355 ق م على أن " يعتبر البيع على شرط التجربة بيعاً موقوفاً على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

ثانياً: البيع بشرط المذاق

تنص المادة 354 من القانون المدني على أنه " يتعين على المشتري في البيع بشرط المذاق أن يقبل المبيع كيفما شاء غير أنه يجب عليه أن يعلن بقبوله في الأجل المحدد بعقد الإتفاق أو العرف ولا ينعقد البيع إلا من يوم هذا الإعلان".

يتكون البيع عادة باتفاق الطرفين على المبيع والتمن، ويكون رضاؤهما نهائياً، ولكن توجد أشياء يكون رضا المشتري فيها معلقاً على شرط المذاق كما هو الحال بالنسبة إلى بعض المواد الغذائية كالزيوت والعسل والزيتون وبعض المأكولات.

و شرط البيع بالمذاق قد يكون صريحاً يتفق عليه في العقد ، وقد يكون ضمناً يستخلص من الظروف والملابسات وأهم هذه الظروف طبيعة المبيع فمن الأشياء ما لا يدرك كنهه ومعرفة خصائصه إلا بمذاقه(2).

1- محمد كامل مرسى باشا(المرجع السابق)ص147.

2- أحمد عبد الرزاق السهوري(المرجع السابق)ص 139 -محمد صبري السعدي(المرجع السابق)ص 84-

محمد كامل مرسى باشا (المرجع السابق)ص150.

و البيع بشرط المذاق يختلف عن البيع بشرط التجربة، لأن المشتري حر في القبول أو الرفض في مدة يحددها الاتفاق أو العرف، فالاثنان حكمهما واحد في ذلك. ولكن في أن البيع لا يعتبر معلقا على شرط واقف او فاسخ، بل هو لا يتم إلا من وقت إعلان المشتري للقبول دون أترجعي، فبيع المذاق قبل قبول المشتري ليس بيعا أصلا، إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد، فلا يوجد البيع بشرط المذاق إلا من الوقت الذي يعلن فيه المشتري قبوله ، ولا تنتقل الملكية إليه إلا من هذا الوقت.

و أنه و إن كان نص المادة 354 يقول أن البيع لا ينعقد، فليس معنى ذلك أن الاتفاق يتلاشى، بل يوجد قبل قبول المشتري، كما قدمنا عقد هو وعد بالبيع من جانب البائع، فالبائع يلتزم بالبيع و يترتب على ذلك أنه يلتزم بأن يجعل الشيء المبيع تحت تصرف المشتري لكي يتذوقه، فإذا لم يتم بتنفيذ هذا الإلتزام كان للمشتري أن يطالبه بالتعويضات. أما المشتري فلم يرتبط بعد ، وإنما قبل إلتزام البائع و بعد المذاق و القبول يوجد البيع(1).

و قد جرى البحث فيما إذا كان المشتري حرا في الرفض من غير أن يكون للبائع أن يتدخل في تقديره، بأن يثبت مثلا بواسطة خبراء أن الشيء المبيع يحتوي على كل الخصائص و الصفات التي يلزم توافرها فيه و الرأي هو أن للمشتري الحق المطلق في التقدير لأن الأمر خاص بذوقه الشخصي، ولا يهم توافر كل الصفات المرغوب فيها.

و إذا كان البيع بالعينة ، فالمشتري الذي ذاق العينة يستنفد حقه في المذاق، فليس له أن يرفض المبيع المرسل إليه إلا إذا لم يكن مطابقا للعينة.

- الفرق بين بيع المذاق و بيع التجربة:

يمكن استخلاص الفروق بين بيع المذاق و بيع التجربة فيما يلي:

1- المذاق بخلاف التجربة، يراد به فحص التثبت من ملائمة الشيء لذوق المشتري، ولا يمكن أن يقصد به الإستيثاق من صلاحية الشيء في ذاته، فلا يجوز في المذاق أن يترك الأمر لتقدير الخبراء.

2- يكون المذاق عادة قبل أن يتسلم المشتري المبيع، أما التجربة فتكون عادة بعد التسليم.

3- في بيع المذاق لا يكفي سكوت المشتري، بل لابد من إعلان قبوله للمبيع. أما في بيع التجربة فيكفي السكوت، ويكون معنى ذلك قبول المشتري المبيع.

4- إذا أفلس البائع قبل قبول المشتري، ففي بيع المذاق لا يستأثر المشتري بالمبيع، وفي بيع التجربة فإنه يستأثر.

5- إذا قام أحد دائني البائع بتوقيع الحجز على المبيع قبل قبول المشتري، ففي بيع المذاق ينفذ الحجز في حق المشتري لأن الملكية لا تنتقل إليه إلا من وقت القبول التالي للمذاق، أما في البيع بشرط التجربة فإن الحجز لا ينفذ في حق المشتري لأن الملكية تنتقل إليه مستندة إلى وقت البيع.

6- بيع المذاق مجرد وعد بالمبيع، أما بيع التجربة، فبيع كامل معلق أما على شرط واقف، أو شرط فاسخ.

7- إذا هلك الشيء المبيع قبل قبول المشتري، ففي بيع المذاق يكون هلاكه دائماً على البائع، أما في بيع التجربة فيكون الهلاك على البائع إذا كانت التجربة شرطاً واقفاً، وعلى المشتري إذا كانت التجربة شرطاً فاسخاً(1)

ثالثاً: البيع بالعربون

العربون هو مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين وقت إبرام العقد إلى المتعاقد الآخر.

وقد يراد بالعربون أن يكون جزءاً من الثمن لتأكيد انعقاد العقد و ضمان جدية تنفيذه. بحيث يخصم من الثمن عند تنفيذ العقد، وقد يراد به أن يكون وسيلة لتمكين المتعاقد من الرجوع عن التعاقد فيكون العربون بمثابة ثمن العدول فيخسر قيمته من يختار العدول، فإذا كان من عدل عن التعاقد هو دافع العربون فقده، وإن كان من عدل هو من قبض العربون التزم برده ومثله أي يرد ضعفه.

1- أحمد عبد الرزاق السهوري (المرجع السابق) ص 143.
محمد صبري السعدي (المرجع السابق) ص 87.

وقد أعتبر المشرع الجزائري العربون دليلاً لحق العدول، فقد نصت المادة 76 مكرر المضافة إلى القانون المدني بالقانون رقم: 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 على أنه "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 فقدته.

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

و من هذا نص يتضح أن دفع العربون وقت إبرام عقد البيع يدل على حق كل من المتعاقدين في العدول عن العقد خلال مدة معقولة، إلا إذا تم الإتفاق صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون تأكيد للعقد وجعله باتاً.

وعلى ذلك إذا لم يعدل أحد طرفي العقد عنه خلال المدة المحددة أو المعقولة أصبح العقد باتاً ويعتبر العربون تنفيذاً جزئياً له أي أنه جزء من الثمن⁽¹⁾

أما إذا عدل أحد العاقدين عن العقد ألزم بدفع قدر العربون مقابل عدوله، فإذا كان هو دافع العربون فقدته، إما إذا كان هو من قبض العربون فعليه رده ويرد معه مثله، أي يرد ضعفه.

ويعتبر البيع بالعربون إذا كان دالاً على حق العدول بيعاً معلقاً على شرط.

غير أن الخلاف قد ثار في طبيعة هذا الشرط وما إذا كان واقفاً أو فاسخاً.

و الرأي الراجح في الفقه أنه شرط واقف، هو عدم إستعمال حق العدول عن العقد أثناء المدة المحددة، فتوقف كل أثار العقد أثناء المدة المحددة لحق العدول، ثم تترتب الأثار عند انتهاء تلك المدة بغير عدول بأثر رجعي أي منذ إبرام عقد البيع. أما الرأي الآخر فيذهب إلى أنه شرط فاسخ فتترتب أثار العقد منذ إبرامه فإذا تم العدول تحقق الشرط الفاسخ وزالت أثار العقد بأثر رجعي، أما إذا لم يحدث عدول تخلف الشرط الفاسخ وتأييد العقد واستمر ينتج أثاره و حسب العربون من أصل الثمن.

1- محمد صبري السعدي (المرجع السابق) ص 95.

رابعاً: بيع الوفاء

بيع الوفاء هو بيع يحتفظ فيه البائع بحقه في أن يسترد المبيع خلال مدة معينة إذا شاء في مقابل رد الثمن، ومصروفات العقد، ومصروفات الإسترداد، والمصروفات التي يكون قد أنفقها على المبيع(1).

و التكييف القانون لهذا العقد أنه بيع مع خيار العدول في مدة معينة، أي بيع معلق على شرط فاسخ هورد الثمن و المصاريف بمعرفة البائع في الوقت المحدد لذلك.

فإذا تم هذا الرد تحقق الشرط الفاسخ، ويترتب عليه زوال آثار العقد بأثر رجعي، ويعود المبيع إلى البائع، وإلا فإن البيع يثبت نهائياً وتستمر الملكية للمشتري.

وقد نصت المادة 396 من القانون المدني على تحريم هذا البيع بقولها "يكون البيع باطلاً إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق إسترداد الشيء المبيع في أجل معين".

ولعل السبب في تحريم المشرع لهذا النوع من البيع هو حماية المشتري من إمكانية إستغلاله من البائع، كما أن هذا البيع يمثل خطورة بالنسبة للغير الذي قد يتعاقد مع المشتري فيجد نفسه بعد أن يستعمل البائع حق الاسترداد أنه قد تعاقد مع غير مالك.

1- محمد صبري السعدي (المرجع السابق)ص97

الفصل الثاني

المبيع

الشروط الواجب توفرها في المبيع.

تقضي القواعد العامة بأن يكون محل الإلتزام، موجود أو ممكن الوجود، ومعينا أو قابلا للتعين، وأن يكون مما يصح التعامل فيه وهذه هي الشروط التي يجب توافرها في المبيع، يضاف إليها وجوب أن يكون المبيع مملوكا للبائع، ونبحث هذه الشروط على التوالي:

أولا : وجود المبيع

يجب أن يكون المبيع موجودا وقت إبرام العقد، أو أن يكون ممكن الوجود، فإذا كان المبيع غير موجود أصلا ولا يمكن وجوده في المستقبل، فالبيع باطل، وإذا وجد المبيع وهلك قبل البيع، فالبيع يكون باطلا، أما إذا كان المبيع موجودا وقت التعاقد ثم هلك بعد ذلك، فإنه لا يترتب على البيع البطلان، ولكن يترتب عليه الفسخ.

وقد يقصد المتبايعان أن يقع البيع على شيء مستقبل، وهذا البيع جائز طبقا للمادة 1/92 إذا كان المبيع قابلا للوجود في المستقبل حيث نصت على أنه "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا ومحققا" على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة، التعامل في الشيء المستقبلي، كما هو الحال في التعامل في التركة المستقبلة (م/92).

ثانيا: أن يكون المبيع مما يصح التعامل فيه.

يجب أن يكون المبيع من الأشياء التي يجوز التعامل فيها، والأشياء التي لا يجوز التعامل فيها، إما أن تكون كذلك بحكم طبيعتها، أو أن القانون هو الذي يحرم التعامل فيها.

ثالثا أن يكون المبيع معينا أو قابلا للتعين

يستلزم القانون أن يكون محل الإلتزام معينا أو قابلا للتعين وهذا ما تقضي به القواعد العامة، وعليه فإذا لم يكن المبيع معينا أو على الأقل قابلا للتعين، فإن البيع يكون باطلا بطلانا مطلقا.

وقد يتم تعيين المبيع على أساس عينة، يقوم البائع بتقديمها إلى المشتري، وإذا ما تم الإتفاق بينهما على أساس هذه العينة فإن البائع يسلم إلى المشتري المبيع مطابقا للعينة المتفق عليه ومثال ذلك ، أن يقدم بائع القمح كمية منه كعينة أو يقدم صاحب المصنع وحدة من الوحدات التي ينتجها مصنعه، فيتم الإتفاق بين صاحب المصنع والمشتري على هذه الوحدة، على أن يسلم البائع الوحدات المباعة طبقا للوحدة المتفق عليها.

وبهذه الطريقة يستطيع الطرفان الإستغناء عن وصف المبيع وعن رؤيته، إذ يتم تعيين المبيع على أساس العينة التي تقدم بها البائع.

ومتى أتفق الطرفان على العينة صار البيع باتا، فالبيع بالعينة ليس بيعا معلقا على شرط واقف أو فاسخ، فهو بيع بات، ويتعين على البائع أن يقدم المبيع مطابقا للعينة المتفق عليها، مطابقة تامة، ذلك أن البائع يضمن صفات العينة في الشيء المبيع فإذا كان المبيع مطابقا للعينة فإن المشتري لا يجوز له رفضه ولو وجده غير ملائم لحاجته أما إذا لم يكن مطابقا للعينة، فإن للمشتري أن يرفضه حتى ولو أثبت البائع أن المبيع أعلى صنفاً أو أجود من العينة ذاتها، فقد تم الإتفاق على أن يكون المبيع مطابقا فليس للبائع أن يقدم شيئا يخالفها ولو كان أفضل.

وقد يثور الخلاف بين الطرفين حول مطابقة المبيع للعينة وفي هذه الحالة يمكن الإستعانة بأهل الخبرة، وإذا كانت العينة موجودة، فعلى البائع أن يثبت مطابقتها للمبيع.

وتنص المادة 353 مدني على أنه "...وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان المتعاقد بائعا أو مشتريا، أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة".

وعلى ذلك إذا كان التلف أو الهلاك في يد المشتري كما هو الغالب وأدعى أن المبيع غير مطابق للعينة، فعليه أن يثبت ذلك ، سواء كان التلف بخطأ منه أو بقوة قاهرة، ويكون الإثبات بجميع الطرق بما في ذلك البينة، وإذا كانت العينة في يد البائع وتلفت أو هلكت ولو بغير خطأ منه وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق لها، فعلى البائع أن يثبت المطابقة.

تعيين المبيع والعلم به

سبق القول أن القواعد العامة تستلزم أن يكون محل الإلتزام معيننا تعيينا كافيا، فإذا لم يكن معيننا ولا قابلا للتعيين كان العقد باطلا، وهذا الشرط ضروري في كافة العقود ومنها عقد البيع أن يكون محل التزم البائع معيننا أو على الأقل قابلا للتعيين.

غير أن المشرع لم يكتف بما تقضي به القواعد العامة في صدد عقد البيع، فنص في المادة 352 على حكم إضافي، فاشتراط أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً وهو حكم مستمد من أحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية⁽¹⁾، عملاً بالحديث الشريف "من أشتري شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه" ويقرر المشرع البطلان النسبي كجزاء على تخلف هذا الشرط.

تنص المادة 352 على أنه "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه، وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع"

- العلم بالمبيع وتعيينه

قلنا أن المشرع يستلزم أن يكون محل الإلتزام معيناً تعييناً كافياً وإلا كان العقد باطلاً، هذا التعيين يستلزم تمييز المبيع عن غيره ولا يلزم للوصول إلى ذلك أن يعلم المشتري به علماً كافياً، فالعلم أكثر شمولاً من مجرد المعرفة التي يتحقق معها تعيين المبيع طبقاً للقواعد العامة.

فإذا كان المبيع منزلاً، فإنه يكفي لتعيينه بيان موقعه عن طريق ذكر إسم الشارع ورقم المنزل، ولكن هذا لا يكفي لتحقيق العلم بالمبيع، فهذا الأخير لا يتحقق إلا برؤية المشتري له.

- ما يتحقق به العلم.

ويتحقق العلم بالمبيع في الأصل، برؤية المبيع، أي بمعاينته ومن هنا يقترب العلم من خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية ومقتضاه أن من اشتري شيئاً لم يره، فهو بالخيار إذا رآه.

وتكون الرؤية على الإطلاع على المبيع ومعاينته، بحيث يتمكن من معرفة حقيقته، والرؤية لا تقتصر هنا على المعنى الضيق لهذه الكلمة والتي تتم عن طريق الإبصار، ولكنها قد تتحقق عن طريق الشم أو الذوق، طالما كان ذلك هو الوسيلة المؤدية إلى العلم بالمبيع، وتتم الرؤية على هذا النحو سواء بواسطة المشتري نفسه أو بواسطة من ينوب عنه، ولا تكون الرؤية إلا للمشتري، فلا تثبت للبائع.

1- محمد صبري السعدي (المرجع السابق) ص 53.

محمد حسنين: (المرجع السابق)، ص 55.

غير أن القانون لم يجعل الرؤية هي السبيل الوحيد للعلم بالمبيع، ولكنه ذكر إلى جانب ذلك، حالتين أخريين يتحقق بهما العلم.

- فيتحقق العلم بالوصف: وهذا ما تقضي به المادة 352 حيث تنص على أن العلم يعتبر كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه.

ومن هذا النص يتضح لنا أن المشرع لم يكتف بالعلم عن طريق الرؤية أو المعاينة، على ما هو معروف في الشريعة الإسلامية، ولكن جعل من بيان المبيع وأوصافه الأساسية، بيانا يمكن من تعرفه، بحيث يعطي هذا البيان صورة صادقة تمكن المشتري من إدراك حقيقة المبيع وسيلة للعلم به.

- إقرار المشتري بالعلم بالمبيع:

قد لا يتحقق العلم بالمبيع عن طريق الرؤية ، ولا عن طريق الوصف ولكن يقر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع، وقد نصت الفقرة الثانية من 352 على هذا، فذكرت أنه " إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه..."، وعلى ذلك فإن إقرار المشتري بالعلم بالمبيع يقوم مقام الرؤية والوصف، غير أن هذا الإقرار لا يعتد به في حالة تدليس البائع، وهذا ما ورد في العبارة الأخيرة من نص المادة 352.

فإذا أقر المشتري في العقد بعلمه بالمبيع ، لا يجوز له طلب الإبطال بدعوى عدم العلم، ما لم يثبت أن البائع قد دلس عليه كأن يثبت مثلا أن البائع قدم له بيانات غير سليمة عن المبيع جعلته يقدم على مثل هذا الإقرار.

ننتهي إلى أن العلم إذا كان يتحقق بالرؤية، إلا أنه يغني عن الرؤية بيان أوصاف المبيع، أو إقرار المشتري في العقد بأنه يعلم به.

الجزاء على عدم العلم:

إذا تحقق علم المشتري بالمبيع على النحو السابق، لا يكون له طلب الإبطال بدعوى عدم العلم بالمبيع، أما إذا لم يتحقق العلم بالمبيع فإن المشرع يخول له الحق في طلب إبطال البيع.

فالجزاء على عدم العلم بالمبيع هو ثبوت الحق للمشتري في إبطال البيع، معنى ذلك أن العقد يرتب آثاره إلى أن يقضي ببطلانه، والحق في طلب الإبطال مقرر لمصلحة المشتري دون البائع، ذلك أن خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية، وهو المصدر الذي استمدت منه أحكام العلم

بالمبيع، لا يثبت إلا للمشتري فقط، ولكن هذا لا يمنع البائع من الطعن في العقد على أساس الغلط، متى توافرت شروطه طبقاً للقواعد العامة.

أساس البطلان لعدم العلم:

أختلف الفقه في تفسير أساس الإبطال لعدم العلم، فيرى البعض أن عدم العلم بالمبيع يتضمن قرينة بسيطة على وقوع المشتري في غلط، أي أن المشتري الذي لم يعلم بالمبيع يعتبر أنه قد وقع في غلط فمضى تبين له أنه لم يعلم بالمبيع يفترض أن قد وقع في غلط، دون أن يلزم بإثبات هذا الغلط فعلاً، وذهب البعض الآخر إلى أنه يجب النظر إلى إبطال البيع لعدم العلم بالمبيع إستقلاً عن أحكام الغلط، إذ يكفي للإبطال بسبب عدم العلم أن يقوم المشتري بإثبات أنه لم يعلم بالمبيع، لا عن طريق الرؤية، ولا عن طريق الوصف، أو الإقرار في العقد أنه عالم به، فمجرد عدم العلم على هذا النحو، يخول له الحق في طلب الإبطال إستناداً إلى هذا السبب حتى ولو لم يقع في غلط، فيكون له طلب الإبطال دون أن تتوافر شروط الغلط، وعلى العكس من ذلك إذا كان قد علم بالمبيع، بأية صورة من الصور التي يمكن أن يتحقق بها العلم، فإنه لا يكون له الحق في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم، وإن كان من الممكن أن يثبت أنه قد وقع في غلط، فيكون له دعوى الإبطال إستناداً إلى أحكام الغلط متى توافرت شروطه، ويكون عليه أن يثبت توافر تلك الشروط.

وعلى ذلك، فإننا نرى مع البعض أن الحكم الذي أورده المادة 352 حكم خاص يختلف عن أحكام الغلط.

- سقوط حق المشتري في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم بالمبيع.

لما كان العقد قابلاً للإبطال فإنه ينتج آثاره إلى أن يقضي ببطلانه ولم يرد في صدد العلم بالمبيع تنظيم خاص لأحكام البطلان، فيرجع إلى القواعد العامة بشأن البطلان النسبي، ولهذا فإن الحق في طلب الإبطال هنا يسقط بمرور الزمن، كما يسقط بالإجازة.

1- محمد صبري السعدي (المرجع السابق) ص 61.

- يسقط حق المشتري في طلب الإبطال بالتقادم المسقط، كغيره من الحقوق، فطبقاً للقواعد العامة يسقط بمرور عشر سنوات من وقت العقد (م 101). أو بخمس سنوات من يوم العلم (المادة 101 ق م).

- كما يسقط حق المشتري هنا بالإجازة الصريحة أو الضمنية (100 ق م) والإجازة لا تنتج أثرها إلا إذا كانت بعد تحقق العلم بالمبيع فإذا رأى المشتري المبيع كان له أن يجيز البيع صراحة أو ضمناً بكل ما يدل على قبول المبيع كما لو تصرف في العين، أو قام بتنفيذ العقد من جانبه.

رابعاً: أن يكون المبيع مملوكاً للبائع:

لكي يتم البيع صحيحاً، يجب فضلاً عن توافر الشروط التي يستلزمها القانون في المبيع أن يكون مملوكاً للبائع حتى يستطيع أن ينقل ملكيته للمشتري، وإذا كان يلزم أن يكون المبيع مملوكاً للبائع فإنه لا يلزم أن تكون ملكيته له مفرزة وإنما يصح أن تكون شائعة، وفيما يلي نعرض أولاً لأحكام بيع ملك الغير ثم نعرض ثانياً لحكم بيع الملكية الشائعة.

أولاً: بيع ملك الغير:

- النصوص القانونية المتعلقة ببيع ملك الغير.

نظم المشرع أحكام بيع ملك الغير في المواد 397-398-399.

تنص م 397 على أنه "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أشهر العقد أو لم يشهروا في كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري"

وتنص المادة 398 على أنه "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه و صار ناجزاً في حق المشتري وكذلك يعتبر البيع صحيحاً في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد إنعقاد البيع".

وتنص المادة 399 على أنه "إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية".

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

- أن البيع يكون قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري.

- يحق للمشتري التعويض إذا كان حسن النية.

- لا أثر للعقد بالنسبة للمالك الحقيقي.

و نعرض لشروط بيع ملك الغير أولا، ثم نعرض ثانيا لأحكامه.

1- شروط بيع ملك الغير:

لا يعرض بيع ملك الغير إلا إذا كان وارد على شيء معين بالذات لا يملكه البائع، ولا يتوقف إنتقاله إلى المشتري على إكتساب البائع له، لذا نجد أن نطاق هذا البيع لا بد ان تتوافر فيه ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يقصد الطرفان نقل الملكية في الحال: يجب أن يقصد الطرفان نقل الملكية في الحال، فإذا اتجهت الإرادة إلى تأجيل إنتقال الملكية إلى وقت لاحق، إلى حين تملك البائع مثلا، لا نكون بصدد بيع ملك الغير، ذلك أن البيع في هذه الحالة ليس ببيع بات، بل هو معلق على شرط واقف هو اكتساب البائع الملكية⁽¹⁾، وإذا كانت ملكية البائع معلقة على شرط، سواء كان الشرط واقفا أو فاسخا، انتقلت الملكية إلى المشتري معلقة على نفس الشرط، ولذا لا يعتبر البيع الصادر منه بيعا ملك الغير، ولكن إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ، وزالت الملكية من البائع بأثر رجعي، كان للمشتري أن يطلب إبطال البيع باعتبار أن البائع قد تصرف فيما لا يملك.

الشرط الثاني: يجب ألا يكون المبيع مملوكا لأي من البائع أو المشتري فإذا كان المبيع مملوكا للبائع، لا نكون بصدد بيع ملك الغير، بل بصدد بيع عادي، وإذا كان مملوكا للمشتري، فإنه يستحيل على البائع نقل ملكية المبيع إلى المشتري لأنه مملوك أصلا له.

الشرط الثالث: يجب أن ينصب البيع على مال معين بالذات: وهذا ما يتضح من نص المادة 397، فإذا كان المبيع معيناً بالنوع أي من المثليات، كان البيع صحيحاً، فإذا باع شخص مائة قنطار من القمح لا يملك منها شيئاً وقت التعاقد، فإن هذا لا يعتبر بيعاً ملك الغير، وإن كان يعد بيعاً لما لا يملكه البائع، وإذا كان المشرع قد جعل بيع الشخص ملك غيره قابلاً للإبطال، فإنه لم يجعل بيع الشخص لما لا يملكه قابلاً للإبطال ذلك أن البائع في هذه الحالة يلتزم بأن يؤدي للمشتري شيئاً يتوافر فيه الوصف المطلوب، ولا تنتقل الملكية إلى هذا الأخير، حتى ولو كان المبيع مملوكاً للبائع، إلا بالإفراز.

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري (المرجع السابق) ص 273.

و الواقع أن صحة البيع في حالة المال المعين بالنوع ناتجة من طبيعة المبيع ذاته نظرا لأنه ليس من الممكن نقل الملكية في الحال، لأن الشيء غير معين بذاته، كما أنه لا يكون للمشتري طلب الإبطال لأن التنفيذ العيني ممكن في جميع الحالات بالنسبة للأشياء المعينة بالنوع، وهذا بخلاف المعين بالذات، لأن البائع إذا لم يكن مالك له وقت البيع، كان مملوكا للغير.

2- حكم بيع ملك الغير:

2-1- حكم بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين:

أ- حق المشتري في طلب إبطال البيع:

طبقا للمادة 396 فإن للمشتري الحق في طلب إبطال البيع، سواء كان حسن النية يجهل أن المبيع مملوك للغير، أم سيء النية يعلم أن البائع غير مالك، وتصرف فيما لا يملك، وهذا الحكم مستفاد من المادة 399 التي تحرم المشتري سيء النية من الحق في طلب التعويض فقط، كما أن الحق في طلب إبطال البيع يثبت للمشتري حتى ولو كان البائع حسن النية أي أنه يجهل أنه يبيع ملك غيره.

و يكون للمشتري أن يطلب إبطال البيع، حتى ولو أنتقلت إليه حيازة المبيع، وحتى إذا لم يحصل له أي تعرض، طالما ثبت له على وجه يقيني أن البائع قد باع ما لا يملك، كما يستطيع أن يجلس الثمن عن البائع.

ب- حق المشتري في طلب التعويض:

للمشتري - طبقا لنص المادة 399- مطالبة البائع بالتعويض علاوة على المطالبة بالإبطال إذا كان حسن النية وقت البيع ولو كان البائع حسن النية، لأن هذا الأخير بالرغم من حسن نيته قد تسبب بتقصيره في الإضرار بالمشتري، أما إذا كان المشتري سيء النية فيقتصر حقه على طلب البطلان وإسترداد الثمن دون التعويض، والحكمة من ذلك ظاهرة لأن علم المشتري وقت البيع أن المبيع مملوك للغير يمنع كل إدعاء بضرر أصابه من البيع.

و إذا كان لا يجوز للمشتري سيء النية الرجوع على البائع بالتعويض على أنه من الممكن الإتفاق على عكس ذلك، ويأخذ هذا الإتفاق حكم شرط التشديد في أحكام الضمان.

و مسؤولية البائع عن تعويض المشتري في هذه الحالة تتركز على المسؤولية التقصيرية، إذ أن بيع الشخص لشيء لا يملكه يعد خطأ منه، ومن ثم يتعين على المشتري أن يثبت عناصر المسؤولية التقصيرية.

ج- سقوط حق المشتري في طلب الإبطال:

يسقط حق المشتري في طلب الإبطال في الأحوال الآتية:

أ- إقرار المالك الحقيقي للعقد:

تنص المادة 388 في فقرتها الأولى على أنه "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه و صار ناجزا في حق المشتري" ومفاد هذا النص أن إقرار البيع بمعرفة المالك الحقيقي يصحح العقد ويزيل البطلان سواء كان هذا الإقرار صريحا أم ضمنيا، ومثال الإقرار الضمني توقيع المالك الحقيقي على عقد البيع الصادر من الغير بصفته ضامنا، لأن هذا التوقيع لا يمكن تأويله إلا بأنه إقرار لهذا البيع (1).

و الإقرار لا يقتصر أثره على سريان العقد في مواجهة المالك الحقيقي بل يتعدى ذلك إلى تصحيحه بالنسبة للمشتري الذي تنتقل إليه ملكية المبيع بمقتضى هذا الإقرار، و الإقرار الصادر عن المالك الحقيقي لا يترتب علي تصحيح العقد بالنسبة للمشتري إلا إذا صدر قبل رفع دعوى البطلان، فإذا صدر بعد رفعها فلا يحرم المشتري من حقه في الحصول على حكم بإبطال البيع، لأن على المحكمة نظر الدعوى بالحالة التي كانت عليها وقت رفعها (2)، و وقت رفع الدعوى كان للمشتري الحق في إبطال العقد فلا يجوز أن يضار بسبب تأخير الفصل في الدعوة. و يلاحظ أن المبيع ينتقل إلى المشتري إذا أقر المالك الحقيقي العقد محملا بكافة الحقوق التي قررها للغير عليه قبل صدور الإقرار.

ب- إجازة المشتري للعقد:

سبق القول أن بيع ملك الغير يعتبر باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة المشتري، وعلى ذلك، فله النزول عنه صراحة أو ضمنا، ومثال هذا الأخير، قيام المشتري بتنفيذ العقد بعد علمه بعدم ملكية البائع للمبيع كان يتسلم المبيع أو يدفع الثمن.

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري (المرجع السابق) ص 298 هامش (2).

2- محمد حسنين (المرجع السابق) ص 191.

ج- تملك البائع المبيع بعد العقد:

إذا تملك البائع المبيع بعد البيع بأي سبب من أسباب إكتساب الملكية، انقلب البيع صحيحا وامتنع على المشتري طلب البطلان وقد نصت على ذلك المادة 398 في فقرتها الثانية " وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا أكتسب البائع ملكية المبيع بعد إنعقاد البيع".

د- التقادم:

يسقط حق المشتري في طلب الإبطال بالتقادم طبقا للقواعد العامة، إذ لم ينص المشرع على تقادم دعوى بطلان بيع ملك الغير، ولا يوجد ما يحول دون أن تنطبق عليها القواعد العامة، فيسقط حق المشتري في طلب الإبطال إما ب: 10 سنوات من وقت العقد، أو ب: 05 سنوات من وقت علم المشتري بعدم ملكية البائع أو بأيهما أقصر.

2-2- حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي:

المالك الحقيقي يعتبر من الغير⁽¹⁾ بالنسبة لعقد البيع الذي تم بين البائع والمشتري ويترتب على ذلك، أنه لا يستطيع أي من طرفي العقد أن يرتب في ذمته أية حقوق أو يحمله بأية إلتزامات كما يترتب على كون البيع لا ينتج أية آثار بالنسبة للمالك الحقيقي أنه إذا كان المشتري قد وضع يده على المبيع، فإنه يكون للمالك أن يسترده، عن طريق دعوى الاستحقاق، باعتباره مالك، ويرجع بهذه الدعوى على المشتري، ويرجع هذا الأخير على البائع بدعوى ضمان الإستحقاق.

ويلاحظ أن المالك الحقيقي قد يصيبه ضرر إذا كان المبيع منقولاً، وتسلمه المشتري وهو حسن النية مستندا إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية (المادة 835)، في هذه الحالة لا يستطيع المالك إسترداد المبيع من بين يدي الحائز، وإن كان له أن يرجع على البائع بالتعويض بسبب ما لحقه من أضرار.

وإذا تعلق الأمر بالعقار وأشهر البيع مع حسن نية المشتري، فإن هذا الأخير يمتلكه بالتقادم أيضا ومدته 10 سنوات طبقا للمادة 828، فعقد البيع الصادر من غير مالك يعتبر سببا صحيحا يستند إليه لكسب الملكية (م 828 ف 3)، ولا يكون للمالك إلا الرجوع على البائع بالتعويض.

ثانيا: بيع الملكية الشائعة:

إذا كان يشترط في المبيع أن يكون مملوكا للبائع فإنه لا يشترط أن تكون ملكيته له مفرزة، وإنما يصح أن تكون شائعة.

الملكية الشائعة وسط بين الملكية المفرزة والملكية المشتركة إذ أن الحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال وليس في جزء معين منه، وهذا هو ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة، والشيء المملوك على الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصته فيه وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة(1).

وقد عرفت المادة 713 من القانون المدني الملكية الشائعة بقولها "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية ما لم يقر دليل على غير ذلك..."

والشريك في الشيوع إما أن يبيع حصته الشائعة كما هي شائعة، وإما أن يبيع حصته مفرزة موازية لحصته الشائعة، وقد يبيع كل المال المشاع.

1- حكم بيع الشريك لحصته الشائعة:

تنص الفقرة الأولى من المادة 714 على أنه "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق الشركاء".

ويتضح من هذا النص أن الشريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما، ومن ثم له أن يتصرف فيها بجميع أنواع التصرفات الجائزة، فيستطيع أن يبيعها، وأن يرهنها وأن يستعملها وأن يستولي على ثمارها، وليس من حق باقي الشركاء الاعتراض على البيع الصادر منه، وإن كان لهم الحق في الأخذ بالشفعة طبقا للقواعد والشروط والإجراءات المنصوص عليها في هذا الشأن" المادة 794 وما بعدها من ق م"، إذا تعلق الأمر ببيع عقار أو حقهم في الاسترداد إذا انصب البيع على المنقول، طبقا للمادة 721 ق م التي تقضي بأن للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الإستراد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه".

1- محمد حسنين (المرجع السابق) ص 198. 199.

2- حكم بيع الشريك حصة مفرزة من المال الشائع:

قد يحدد الشريك حصته من تلقاء نفسه (أي بدون اتفاق على القسمة بينه وبين شركائه) ثم يبيع هذه الحصة المحددة والمفرزة.

وقد واجهت الفقرة الثانية من المادة 714 هذه الحالة بقولها " وإذا كان المتصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة. وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها".
-مثال: فإذا فرضنا أن شريكا يمتلك حصة شائعة في قطعة أرض و حدد منها جزءا يوازي حصته و باعها إلى شخص آخر فإنه يتعين طبقا لنص المادة السالفة الذكر التفرقة بين حالتين.

الحالة الأولى: حالة علم المشتري بحالة الشيوع:

إذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن البائع لا يملك الجزء المبيع مفرزا وإنما يملك حصة فيه على الشيوع يقع البيع صحيحا بمعنى أنه لا يجوز للمشتري-قبل القسمة-طلب الإبطال ولكنه يعتبر مالكا على الشيوع بنسبة الجزء الذي اشتراه ، كذلك لا يجوز له بعد القسمة طلب إبطال البيع ولو لم تقع الحصة المبيعة في نصيب البائع وإنما ينتقل حقه إلى الحصة التي وقعت في نصيب البائع.

الحالة الثانية: جهل المشتري بحالة الشيوع:

إذا كان المشتري يجهل وقت البيع أن البائع لا يملك الجزء المبيع ملكية مفرزة ، فيحق له إبطال البيع على أساس الغلط في صفة جوهرية من صفات المبيع (1) وهي كونه مملوكا ملكية

1- محمد حسنين (المرجع السابق) ص 200-محمد صبري السعدي ، (المرجع السابق) ص 125 ، أحمد عبد الرزاق السنهوري (المرجع السابق) ص

مفرزة للبائع إذ أن المشرع اعتبر هذا الجهل بمثابة الغلط في صفة جوهرية للمبيع ولذلك يكون للمشتري قبل القسمة أن يطلب بإبطال البيع لأنه قصد شراء حصة مفرزة لا حصة شائعة أما بعد القسمة فنفرق بين أمرين:

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

- الثاني: إذا لم يقع الجزء المبيع في نصيب البائع:

فيجوز للمشتري طلب الإبطال على أساس أن المبيع لم يكن وقت البيع مملوكا للبائع ذلك أن القسمة كاشفة للحق فيعتبر الشريك المتقاسم الذي آلت إليه الحصة المبيعة مالكا لها منذ أن تملك في الشيوع، وهذا ما نصت عليه المادة 730 بقولها "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى". هذا بالنسبة للعلاقة بين الشريك البائع والمشتري.

أما بالنسبة لباقي الشركاء فليس لهم الحق في طلب الإبطال بل لهم فقط طلب الاسترداد لا للحصول على جزء مادي معين من المال الشائع ولكن للاعتراف بحقهم شائعا في المال المشاع.

3- حكم بيع الشريك كل المال الشائع:

إذا باع الشريك كل المال الشائع، فإنه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك، ما يملك حصته الشائعة، وما لا يملك ما يزيد عن حصته الشائعة، أي حصص باقي الشركاء.

وعليه فإذا كان المشتري يعتقد وقت البيع أن المال مملوك للبائع وحده، فإن البيع يكون قابلا للإبطال في حصة الشريك البائع للغلط الجوهرى، ويكون قابلا للإبطال في حصص باقي الشركاء على أساس بيع ملك الغير، لأن بيع الشريك لهذه الحصص هو بيع ملك الغير.

أما إذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء في المال المبيع كان له الحق في طلب فسخ البيع، أو طلب الإبطال فيما يتعلق بحصص باقي الشركاء إذ يعتبر بيع الشريك لها بيع ملك الغير، ويبقى البيع صحيحا في حصته.

الفصل الثالث

الـثـمـن

الـثـمـن هو محل إلـتـزام المشتري ، و يجب أن يتمثل في مبلغ من النقود، ولا يهم بعد ذلك ، أن يكون مؤجلاً أو معجلاً، يدفع جملة واحدة أو على أقساط.

وفيما يلي نعرض لشروطه، ثم نعرض بعد ذلك للغبن في بيع العقار في مبحثين متتاليين.

المبحث الأول: شروط الثمن.

يشترط في الثمن أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير، وأن يكون جدياً.

الشرط الأول: يجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير وذلك تطبيقاً لما يشترط في حل كل إلـتـزام من أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين. والغالب أن يكون الثمن مقدراً في العقد تقديراً صريحاً ثابتاً، وقد يقتصر المتعاقدان على بيان أسس تحديد الثمن فيكون قابلاً للتقدير، وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة 356 بقولها " يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد...".

و من الأسس التي سيتحدد بموجبها الثمن، سعر السوق وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 356 بقولها " وإذا وقع الإتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشراء الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان و المكان، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية".

و كما يكون بيان أسس تقدير الثمن صريحاً، قد يكون هذا البيان ضمناً، وقد أشارت المادة 357 من ق م ق إلى الإتفاق الضمني على أسس تحديد الثمن بقولها " إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من أن المتعاقدين قد نويـا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما".

الشرط الثاني: يجب ان يكون الثمن جديا.

و الثمن لا يكون جديا إذا كان تافها أو كان صوريا (1).

الثمن التافه: هو مبلغ من النقود يصل من التفاهة و القلة في عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى حد يبعث على الإعتقاد بان البائع لم يتعاقد للحصول عليه و إن كان قد حصل عليه فعلا، و مثال ذلك يبيع شخص شيئا قيمته تسعمائة ألف 900.000.00 دج بمائة ألف 100.000.00 دج فهذا الثمن تافه و لا يتم به البيع.

الثمن الصوري:

لا يكون الثمن جديا إذا كان ثمنا صوريا لا يقصد البائع أن يتقاضاه من المشتري ولو تم الإتفاق عليه، و متى ثبت أن الثمن صوري ، فإن العقد لا يكون بيعا، ولكنه قد يكون هبة مستترة في صورة بيع فيصح كهبة.

المبحث الثاني

الغبن في بيع العقار

تنص المادة 358 في فقرتها الأولى على أنه " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل و يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع.

يتضح من النص السابق أنه إذا بيع عقار بثمان بخس فإن البيع ينعقد لأن الثمن البخس هو ثمن ولكن بينه و بين قيمة المبيع تفاوتا كبيرا فإذا زاد هذا التفاوت عن خمس قيمة المبيع فإن البائع يكون له الحق في مطالبة المشتري بتكملة الثمن إذا توافرت الشروط التي يستلزمها القانون لقبول دعوى الغبن.

و فيما يلي نعرض لشروط دعوى الغبن، ثم نعرض ثانياً للأثر الذي يترتب على تحقق الغبن.
أولاً: شروط دعوى الغبن.

الشرط الأول: أن يكون المبيع عقاراً:

يجب لقبول دعوى الغبن أن يكون المبيع عقاراً وهذا الشرط نصت عليه كما رأينا المادة 358 بقولها إذا بيع عقار.

الشرط الثاني: أن يكون البيع قد تم بطريق المزاد العلني:

وهذا ما نصت عليه المادة 360 بقولها "لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون"، وعليه فإنه في الحالات التي يتم فيها بيع عقار بطريق المزاد العلني، عندما يقرر القانون ذلك، كما في حالة بيع عقار المدين فإنه لا يجوز للبائع رفع دعوى الغبن.

الشرط الثالث: أن يكون الغبن على قدر من الجسامة:

يستلزم القانون أن يكون الغبن يزيد عن خمس قيمة العقار المبيع وقت البيع، حيث يكون الثمن المقدر للمبيع أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية له، أما إذا بيع العقار بثمن يساوي أربعة أخماس قيمة المبيع وقت البيع أو أكثر من ذلك فلا محل لدعوى الغبن.

والعبارة بقيمة المبيع وقت البيع بصرف النظر عما قد يحدث من تغيير بعد ذلك، كما أن العبارة بالقيمة الحقيقية للعقار بغض النظر عن قيمته من وجهة نظر الطرفين.

ويلاحظ أن المعيار الذي يعتمد عليه لقياس مدى التفاوت بين الثمن الذي أخذه البائع وقيمة المبيع الحقيقية هو معيار مادي.

ثانياً: الأثر الذي يترتب على تحقق الغبن.

لا يعتبر الغبن الفاحش سبباً من أسباب إبطال البيع كما هو الحال في نظرية الإستغلال وإنما سبباً لتكملة الثمن.

-دعوى تكملة الثمن:

إذا بيع عقار بثمن أقل من أربعة أخماس قيمته الحقيقية فإن البيع لا يكون قابلاً للإبطال، وإنما يكون للبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس القيمة الحقيقية للمبيع مقدرة وقت البيع.

وتسقط دعوى تكملة الثمن بالتقادم وذلك بمرور ثلاث سنوات من يوم إنعقاد البيع إذا كان البائع كامل الأهلية-الفقرة الأولى من المادة 359 وبالنسبة لناقصي الأهلية فمن إنقطاع سبب العجز الفقرة الثانية من المادة 359.

دعوى الفسخ:

إذا لم يقم المشتري بتكملة الثمن إلى القدر الذي يحدده القانون بعد الحكم عليه بذلك، يكون للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع إذا لم يكن هذا التسليم قد تم، كما يكون له أن يطلب فسخ البيع نظراً لأنه لم يستوف الثمن كاملاً.

ويراعى أنه إذا ما لجأ البائع إلى دعوى تكملة الثمن وانتهى الأمر إلى فسخ البيع فإن هذا لا يلحق ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع، وهذا ما نصت عليه المادة 3/359 بقولها "ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير الحسن نية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع".

وتسقط بمرور 15 سنة من تاريخ قيام سبب الفسخ، أي من وقت إمتناع المشتري عن دفع تكملة الثمن.

الباب الثاني

أثار البيع

عقد البيع عقد ملزم للجانبين، وتتمثل الأثار التي تترتب عليه في إلتزامات البائع وإلتزامات المشتري، وعلى ذلك نقسم الدراسة في هذا الباب إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول، إلتزامات البائع، وفي الثاني إلتزامات المشتري.

الفصل الأول

إلتزامات البائع

يلتزم البائع، بنقل الملكية أو الحق المالي إلى المشتري، ويلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري، ويلتزم بالضمان (أي ضمان التعرض والإستحقاق و ضمان العيوب الخفية).

المبحث الأول

إلتزام البائع بنقل الملكية

إلتزام البائع بنقل الملكية، يختلف بحسب ما إذا تعلق الأمر بمبيع معين بالذات أم معين بالنوع، وبحسب ما إذا كان المبيع منقولاً أو عقاراً، فإذا كان منقولاً معيناً بالذات أنتقلت الملكية فور العقد، وإذا كان المبيع منقولاً معيناً بالنوع، فإن الملكية تنتقل بالإفراز، أما في حالة العقار، فإن الملكية لا تنتقل إلا بالشهر.

ويراعى أن الوضع الغالب، فيما يعتبر معيناً بالذات أو بالنوع، هو أن هذا التقسيم ينصرف إلى المنقول فالمنقول قد يكون معيناً بالذات وقد يكون معيناً بنوعه أما العقار فالغالب أنه معين بالذات، ولهذا لا تثار مسألة التعيين بالنوع بالنسبة للعقار، على أساس أن الوضع الغالب بالنسبة له هو أن يكون معيناً بالذات، وفيما يلي نعرض لنقل الملكية في المنقول بنوعيه، ونقل الملكية في العقار.

أولاً: إنتقال الملكية في المنقول المعين بالذات:

تنتقل الملكية في المنقول المعين بالذات فور إبرام البيع، سواء فيما بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير، وذلك دون حاجة إلى أية إجراءات أخرى، وعلى هذا نصت المادة 165 م ج بقولها "الإلتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري".

ويتضح من هذا النص أنه لكي تنتقل الملكية فور العقد، يلزم أن يكون المبيع منقولاً معيناً بالذات، وأن يكون مملوكاً للبائع.

ويترتب على إشتراط ملكية البائع للمبيع وقت البيع لإنتقال الملكية للمشتري، أن الملكية تنتقل إلى المشتري فور العقد حتى ولو لم يتم التسليم فإذا ظل المبيع تحت يد البائع ثم قام ببيعه إلى مشتري ثان اعتبر أنه باع ما لا يملك، ومع ذلك فإنه قد يترتب على هذا البيع آثار، وذلك من حيث إكتساب المشتري الثاني للملكية، إذا تسلم المبيع وكان حسن النية أي يعتقد أنه اشتري من المالك، ولا يكتسب المشتري الثاني الملكية في هذه الحالة على أساس الشراء، ولكنه

يكتسبها على أساس الحيابة، متى توافر السبب الصحيح، وتوافرت شروط إكتساب الملكية على أساس الحيابة، وقد نصت المادة 835 م ج على أنه " من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على المنقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته...."، فإذا لم تتوافر شروط إكتساب الملكية بالحيابة، فإن الملكية تظل للمشتري، الأول الذي يستطيع أن يطلب إسترداد الشيء من بين يدي المشتري الثاني.

و إنتقال الملكية فور العقد إلى المشتري، متى كان المبيع منقولاً معيناً بالذات يملكه البائع، يتحقق حتى ولو كان التسليم أو دفع الثمن مؤجلين، ذلك أن إنتقال الملكية في هذه الحالة لا يرتبط بالتسليم، فهو يتحقق بمجرد إتمام البيع حتى ولو لم يحصل تسليم، كما يتم حتى ولو لم يدفع الثمن عند إبرام العقد، بان كان مؤجلاً، أو مقسطاً.

غير أنه إذا كانت الملكية في المنقول المعين بالذات تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد العقد، فإنه قد يتفق الطرفان على تأجيل إنتقالها، وهذا الإتفاق صحيح، لأن نقل الملكية فور العقد ليس من النظام العام(1).

و من الصور الشائعة في الحياة العملية تعليق نقل الملكية على شرط الوفاء بالثمن كاملاً، ويكثر ذلك في البيع بالتقسيط، فالأصل أن الملكية تنتقل إلى المشتري ولو لم يكن أدى الثمن كاملاً ولكن قد يشترط البائع أن يحتفظ بملكية المبيع رغم تسليمه إلى المشتري حتى يفي هذا الأخير بكامل الثمن، وقد عالج المشرع هذه الحالة في المادة 1/363 م ج التي تقضي بأنه " إذا كان ثمن البيع مؤجلاً جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على دفع الثمن كله و لو تم تسليم الشيء المبيع".

و البيع في هذه الحالة يعتبر بيعاً باتاً، لا موصوفاً، أي غير معلق على شرط، فهو ينعقد و ترتب عليه كافة الإلتزامات عدا نقل الملكية، ولكن المعلق على شرط في هذه الحالة هو نقل الملكية فقط ، هو أثر من آثار البيع هو الذي يكون معلقاً على شرط إستفاء الثمن، فإذا تحقق الشرط، وتم الوفاء بالثمن كاملاً، فإن إنتقال الملكية للمشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع (المادة 1/363).

1- محمد حسنين (المرجع السابق) ص 82.

-تطبيق قاعدة إنتقال الملكية في المنقول المعين بالذات على البيع الجزاف:

البيع الجزاف هو البيع الذي يعين فيه الشيء بذاته بصرف النظر عن مقداره، وهو يعين مقداره عادة بالعد أو الوزن أو الكيل أو القياس، كما إذا باع شخص ما في مخزنه من قمح أو صنادق الفاكهة، إذ في هذه الحالة يتحدد المبيع على أساس ما في المخزن من تلك الأشياء التي توزن أو تعد، وتسري قاعدة إنتقال الملكية في المنقول المعين بالذات على البيع الجزاف بمجرد العقد، حتى ولو لم يحصل وزن أو قياس أو عد أو كيل مما هو لازم لتعيين الثمن، وقد نصت المادة 362 م ج على أنه " تنتقل الملكية في البيع الجزاف إلى المشتري بنفس الطريقة التي تنتقل بها ملكية الشيء المعين، ويعتبر البيع جزافا ولو كان تعيين الثمن موقوفا على تحديد قدر الشيء المبيع".

ثانيا : إنتقال الملكية في المنقول المعين بالنوع:

ضرورة الإفراز لنقل الملكية:تنص المادة 166 م ج على أنه " إذا ورد الإلتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء....".

ويتضح من هذا النص، أنه إذا كان من الجائز التعاقد على مبيع معين بنوعه فقط إلا أن العقد في هذه الحالة لا يمكن أن يرتب نقل الملكية، فلا تثبت ملكية المبيع بمجرد العقد، أي أن المشتري يعتبر صاحب حق شخصي، وليس مالكا، ولا يصير مالكا إلا إذا تم الإفراز، ولهذا يتعين على البائع إتخاذ ما يلزم للإفراز حتى تنتقل الملكية إلى المشتري.

و الإفراز هو عملية لتحديد المبيع لتمييزه عن غيره من الأشياء التي من نوعه، ويترتب على الإفراز تعيين الشيء بذاته بعد أن كان معينا بنوعه، ويتم الإفراز في المكان الذي يتفق على حصوله فيه، وإذا لم يوجد إتفاق، ففي المكان الذي يجب فيه التسليم وفي زمانه.

ويترتب على الإفراز، إنتقال الملكية من تاريخ إجرائه) وليس من تاريخ إبرام البيع.

-جزاء الإمتناع على الإفراز:

وإذا كان البائع يلتزم بإتخاذ ما يلزم لإفراز المبيع، فإنه إذا أمتنع عن ذلك، كان للمشتري- طبقا للفقرة الثانية من المادة 166- أن يلزمه بالقيام به، وإلا كان له أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة البائع بعد إستئذان القاضي كما يجوز له أن يطلب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض في الحالتين.

ثالثا: إنتقال الملكية في العقار:

تنص المادة 798 من القانون المدني على أنه " لا تنقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقار"، وتنص المادة 165 أيضا على أنه " الإلتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الإلتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

فطبقا لهذين النصين، فإن الملكية في العقار لا تنتقل بمجرد العقد، حتى ولو كان العقار محل التصرف (البيع) مملوكا للمتصرف (البائع) وقت التصرف (وقت البيع)، بل يتعين مراعاة الإجراء الذي يقتضيه القانون الذي يدير مصلحة الشهر العقاري، لذا ينبغي الرجوع إلى القانون المتعلق بالشهر العقاري لمعرفة هذا الإجراء.

و بالرجوع إلى القانون المنظم للشهر العقاري وهو القانون الذي تضمنه الأمر رقم 74-75 المؤرخ في : 08 ذي القعدة 1395 الموافق 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، نجد المادة 15 منه تنص على أن " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم شهرهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من وفاة أصحاب الحقوق العينية"، وتنص المادة 16 منه على أن " العقود الإرادية و الإتفاقيات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ شهرها في مجموعة البطاقات العقارية".

ويتضح من هذين النصين أن الملكية في العقار لا تنتقل ،سواء فيما بين المتعاقدين، أم بالنسبة للغير إلا بالشهر، لذا يتعين شهر العقد الوارد على العقار أو الحقوق العينية العقارية الأخرى حتى تنتقل الملكية أو الحق العيني العقاري.

و الشهر هو النظام الذي وضعه المشرع لنفاذ التصرفات القانونية المتعلقة بالحقوق العينية الأصلية، وهو بذلك يختلف عن القيد كنظام لشهر التصرفات المتعلقة بالحقوق العينية التبعية، وبالتالي نفاذها، وشهر الحقوق العينية يكون بإثبات التصرفات القانونية التي هي مصدر لها في سجلات يمكن للناس كافة الإطلاع على ما جاء فيها من البيانات وأخذ شهادات بها.

والهدف من الشهر العقاري هو إعلام الغير بما يرد على العقارات من حقوق عينية لضمان الثقة في المعاملات العقارية فلا يخدع أحد إذا اشترى عقارا أو أقرض نقودا بضمان رهن تأميني.

و الشهر العقاري ينقسم إلى نوعين هما نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني.

نظام الشهر الشخصي، يتم الشهر فيه على أساس أسماء الأشخاص الصادرة منهم التصرفات، لذلك اعتبر نظاما شخصيا، أما نظام الشهر العيني فإن الشهر فيه يتم على أساس العقار ذاته لا بأسماء الأشخاص الصادرة منهم تلك التصرفات، بمعنى أن سجل العقاري يكون مقسما على أساس العقارات، فيأخذ في إعتباره موقع العقار، فتكون لكل عقار بطاقة خاصة تسجل فيها كافة التصرفات التي تتعلق به.

هذا وقد مر نظام الشهر العقاري في الجزائر بمرحلتين مختلفتين.

المرحلة الأولى: مرحلة ما قبل سنة 1975 تاريخ صدور الأمر رقم 74-75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري في هذه المرحلة ساد نظام الشهر الشخصي بإعتباره تركة وإرثا موروثا عن فرنسا.

المرحلة الثانية: المرحلة التالية لتاريخ: 5 جويلية 1975 تاريخ نفاذ الأمر السابق، وفي هذه المرحلة يبدو من خلال الأمر رقم 74-75 السابق، والمرسومين الصادرين بتطبيقه وهما: المرسوم رقم: 62-76 المؤرخ في 1976/03/25 والمتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، والمرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري، أن المشرع أخذ بنظام الشهر العيني، غير أن تطبيق هذا النظام يقتضي أن تكون كافة الأراضي في الدولة ممسوحة، والحال أنه من بين 1541 بلدية موجودة على مستوى التراب الوطني لا نجد إلا

حوالي 800 بلدية فقط مسها المسح العقاري، وفي انتظار إتمام عملية المسح بقي الشهر الشخصي ساريا بالنسبة للأراضي التي لم تشملها عملية المسح كمرحلة إنتقالية ومؤقتة إلى غاية الإنتهاء من مشروع المسح عبر كافة التراب الوطني، وهذا ما يتضح من نص المادة 113 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

ويلاحظ أن الشهر يعتبر شرطا لإنتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير، ولا يعتبر شرط لإبرام العقد، وإذا كان المشرع يستلزم الرسمية في العقد الوارد على العقار (المادة 324 مكرر 1) فإنها لا تغني عن الشهر، وهذا الأخير لا يغني عن الرسمية، فكل منهما له وظيفة تختلف عن وظيفة الآخر⁽¹⁾، فوظيفة الرسمية تكوين العقد، ووظيفة الشهر نفاذه، أي ترتيب الأثر العيني وهو نقل الملكية.

ننتهي إلى أنه لكي تنتقل الملكية في العقار يجب أن يكون العقد الذي هو مصدر لها رسميا (موثقا) ثم يتعين تسجيله، أي دفع رسوم لفائدة الخزينة العمومية وبعد ذلك شهره ومن تاريخ إجراء الشهر تنتقل الملكية، وهذا ما كرسته المحكمة العليا بقولها "لا تنتقل الملكية-في المواد العقارية- ولا الحقوق العينية الأخرى سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا بالشهر، وما لم يحصل هذا الشهر تبقى الملكية على ذمة المتصرف ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة ما بين تاريخ التعاقد إلى وقت الشهر سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها".

-الشهر في البيوع المتتالية:

في حالة توالي البيوع على العقار الواحد لا يستطيع المشتري الأخير شهر عقده إلا إذا كانت عقود المشتريين السابقين مشهورة بدورها.

و القاعدة أنه إذا تعارض عقدان عن عين واحدة من مالك واحد لشخصين مختلفين وجب تفضيل العقد المشهر على غير المشهر، فإن كان مشهريين كانت الأفضلية للأسبق شهرا.

وفي حالة ما إذا أمتنع البائع عن إجراء الشهر فإن المشتري يستطيع الحصول على التنفيذ العيني عن طريق تقديم العقد الموثق الممهور بالصيغة التنفيذية للمحافظة العقارية ويتم الشهر.

المبحث الثالث

إلتزام البائع بالتسليم

إلتزام البائع بالتسليم يقتضي منا أن نبين أولاً كيفية التسليم ثم نبين مكان التسليم وزمانه، ثم، نعرض لحق البائع في حبس المبيع، ونبحث أخيراً الجزاء الذي يترتب على الإخلال بالإلتزام بالتسليم وتبعة الهلاك.

أولاً: كيفية التسليم.

تنص المادة 367 على أنه " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من حيازته و الإنتفاع به دون عائق و لو لم يتسلمه تسليمًا ماديًا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد بتسليمه بذلك ، و يحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

و قد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد أستبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية".

فطبقاً لهذا النص فإن التسليم يتم بتوافر عنصرين هما:

-العنصر الأول: وضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من أن يضع يده عليه و أن ينتفع به دون عائق يحول بينه و بين الانتفاع بالمبيع.

فإذا وجد مانع يحول بين المشتري و بين حيازته للمبيع و الإنتفاع به، أعتبر أن البائع لم يوف بإلتزامه ، سواء كان هذا العائق من جانب البائع نفسه، كما إذا ظل يشغل العين المبيعة بأمتعته أو أستمر في زراعة الأرض المبيعة، أو كان من جانب شخص آخر يعوق دخول المشتري إلى العين المبيعة و الانتفاع بها.

-العنصر الثاني: إعلام البائع المشتري بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه و ذلك منعا لكل لبس حول حقيقة علم المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه، و لا يشترط في الإعلام شكل خاص، فيتم

بكافة الطرق ويقع على عاتق البائع إثبات أنه قام بهذا الواجب ، وأنه أخطر فعلا المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه^{هـ(1)}.

فإذا توافر العنصران فإن البائع يكون قد نفذ إلتزامه بالتسليم، حتى ولو لم يستولي المشتري على المبيع إستلاء مادي، و التسليم هنا يكون قانونيا، لأن المبيع وضع تحت تصرف المشتري بالطريقة التي تتفق مع طبيعة المبيع، فإذا كان المبيع عقارا، فإن تسليم الأرض يقتضي التخلي عن الحيازة وعدم مباشرة أي عمل عليها، وتسليم البناء يستلزم التخلي عنه وتسليم مفاتحه، وتسليم منقول يكون عادة بالتسليم المادي، أي بتسليم المبيع ذاته يدا بيد، كما قد يتم بأية طريقة أخرى مقبولة عرفا، كما يكون التسليم بطريقة رمزية ، كتسليم مستندات الإيداع إذا كان المبيع في إحدى المخازن.

-التسليم الحكمي:

وقد يكون التسليم حكما، أي لا يحدث تسليم من الناحية المادية ولكنه يتم بالإتفاق بين الطرفين، أي بالتراضي على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشتري، وقد نصت المادة 367 في فقرتها الثانية على ذلك ، بقولها " وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على المبيع إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية".

فقد يكون المبيع في حيازة المشتري لسبب آخر، كأن يكون مستأجرا له قبل أن يشتريه، أو مودعا لديه، أو صاحب حق إنتفاع عليه، ثم يبرم البيع فيكون المشتري حائزا فعلا على المبيع وقت البيع دون أن يكون هناك نقل مادي للمبيع، وإنما يستلزم أن يتفق المتعاقدان على أن المبيع في حيازة المشتري بصفته مشتريا ، لا بإعتباره مستأجرا أو مودع لديه أو صاحب حق إنتفاع.

وقد يظل المبيع في حيازة البائع على أساس سند آخر، كأن يستأجره من المشتري، فتتغير صفة حيازته من حائز لحساب نفسه إلى حائز لحساب المشتري وفي كلتا الحالتين يعتبر التسليم قد تم بمجرد الإتفاق على تغيير صفة الحيازة.

و حكم المادة 367 ما هو إلا تطبيق لمبدأ العام في إنتقال الحيازة الذي قرره المادة 812 الوارد في باب الحيازة التي تقضي بأنه " يجوز نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه في الحيازة أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه".

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري (المرجع السابق) ص 590.

ثانيا:مكان وزمان التسليم.

-مكان التسليم: نصت المادة 394 على أنه " إذا لم يعين الإتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير بإستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم".

-وطبقا للقواعد العامة (المادة 282 ق مدني) يجب أن يتم التسليم في المكان المتفق عليه، فإذا لم يوجد إتفاق ففي المكان الذي حدده العرف، فإن لم يوجد إتفاق أو عرف ، فإن المكان الواجب فيه التسليم هو مكان وجود المبيع وقت إنعقاد البيع إذا كان المبيع معيننا بالذات ، أما إذا كان معيننا بالنوع، فإن التسليم يتم في موطن المدين (البائع) أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله إذا كان المبيع متعلقا بهذه الأعمال.

أما إذا كان الشيء المبيع واجب التصدير إلى المشتري، فإن التسليم يتم بوصوله إلى المشتري، فمكان التسليم هو موطن المشتري ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك ، وقد نصت على ذلك المادة 368 م ج " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك".

-زمان التسليم: لم يورد المشرع في صدد عقد البيع أحكاما خاصة تتعلق بزمان التسليم ، اكتفاء بالقواعد العامة التي تحدد وقت الوفاء بصفة عامة المنصوص عليه في المادة 281 الفقرة الأولى التي تقضي بأنه " يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الإلتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

فطبقا لهذا النص أن التسليم يجب أن يتم بمجرد انعقاد البيع إلا إذا وجد إتفاق يقضي بغير ذلك، أو نص قانوني أو عرف.

ثالثا: حق البائع في حبس المبيع.

تنص المادة 398 على أنه " إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال جاز للبائع أن يمسك (يحبس) المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق حتى ولو قدم له المشتري رهنا أو كفالة هذا ما لم يمنحه البائع أجلا بعد إنعقاد البيع.

يجوز كذلك للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الاجل المتفق عليه لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقا لمقتضيات المادة(211)".

يتبين من النص السابق أن البائع يكون له الحق في حبس المبيع في حالتيه.

-الحالة الأولى: للبائع أن يحبس المبيع ما دام المشتري لم يقدّم الثمن طالما كان الثمن مستحق الأداء، فإذا لم يتفق على تأجيل الوفاء بالثمن، فإن الأصل هو أن يتم الوفاء بمجرد إبرام البيع.

و حق البائع في حبس المبيع هو تطبيق للقواعد العامة في حق الحبس المادة 200 ق م ، وفي الدفع بعدم التنفيذ المادة 123 ق م ، غير أن المشرع خالف القواعد العامة في حق الحبس، إذ أعطى للبائع الحق في حبس المبيع حتى ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة.

فإذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الأداء إبتداء أو بعد حلول الأجل ولم يقدّم المشتري بدفع الثمن كله أو الجزء الحال منه جاز للبائع حبس المبيع فلا يسلمه للمشتري تطبيقاً للقواعد العامة في الحبس وفي الدفع بعدم التنفيذ وإذا كانت تلك القواعد تعطي المشتري الحق في إجبار البائع الحابس على تسليم المبيع إذا قام بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه إلا أن المشرع خرج عن هذه القاعدة فنص على أن للبائع أن يحبس المبيع ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة.

-الحالة الثانية: كما يتحقق حق البائع في حبس المبيع حتى ولو كان الثمن مؤجلاً إلى وقت لاحق على التسليم، في الحالات التي يسقط فيها الأجل الممنوح للمشتري للوفاء بالثمن طبقاً لنص المادة 211.

- متى يسقط حق البائع في حبس المبيع.

- يسقط حق البائع في حبس المبيع، طبقاً لما تقضي به المادة 390. في حالة ما إذا منحه البائع للمشتري أجلاً بعد البيع، ففي هذه الحالة يمتنع على البائع حبس المبيع، طالما أن هذا الأجل لم يسقط لسبب من الأسباب التي حددتها المادة 211.

ويلاحظ أن الأجل الذي يمنحه القاضي للوفاء بالثمن، لا يمنح البائع من مباشرة حقه في حبس المبيع لأن الأجل الذي يسقط حق البائع في حبس المبيع هو الأجل الذي يمنحه البائع للمشتري بعد العقد.

كما أن حق البائع في الحبس ينقضي طبقاً للقواعد العامة، بزوال سببه، كإستفاء البائع الثمن، أو بزواله عنه حتى ولو لم يستوف الثمن، ذلك أن الحق في الحبس لا يتعلق بالنظام العام.

ويترتب على ثبوت الحق في الحبس للبائع ، أن هذا الأخير يظل حابساً للمبيع حتى إستفاء الثمن كله، حتى ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة.

و البائع يظل حابسا للمبيع حتى ولو دفع له المشتري جزءا من الثمن إلى أن يستوفي حقه كاملا، لأن الحق في الحبس لا يتجزأ⁽¹⁾.

و إذا هلك المبيع أثناء مدة الحبس بقوة قاهرة يكون هلاكه على المشتري، ويظل ملزما بالوفاء بالثمن.

رابعا: جزء الإخلال بالإلتزام بالتسليم وتبعية الهلاك.

1- جزء الإخلال بالإلتزام بالتسليم.

لا يوجد نص خاص ينظم الجزء الذي يترتب على إخلال البائع بالتزامه بالتسليم، لذلك يخضع للقواعد العامة، فيحق للمشتري إذا أخل البائع بتنفيذ إلتزامه بالتسليم بأن يمتنع عن التسليم أو تأخر فيه أو خالف أحكامه أن يطالبه بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين أن كان له مقتضى وذلك بعد إعداره طبقا للقواعد العامة، فالبيع من العقود الملزمة للجانبين، فيخضع لحكم المادة 119 مدني، فللمشتري بعد إعدار البائع إجباره على تنفيذ إلتزامه عينا (م 164 مدني) وذلك إذا كان المبيع معيناً بذاته وكان التسليم ممكناً، أما إذا كان التسليم غير ممكن كما لو تصرف البائع في المبيع، وفي حالة كون المبيع معيناً بالنوع يحق للمشتري الحصول على شيء من نوع المبيع على نفقة البائع بعد إستئذان القاضي، ويجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع ويكون للمشتري في كلتا الحالتين أن يطلب البائع بالتعويض أن كان له مقتضى.

2- تبعية هلاك المبيع قبل التسليم: هلاك المبيع إما أن يكون هلاكاً كلياً أو هلاكاً جزئياً وفيما يلي نعرض للهلاك الكلي ثم الهلاك الجزئي.

1- الهلاك الكلي: تنص المادة 369 مدني على أنه " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع وإسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع".

يتبين من هذا النص أن المشرع ربط تبعية الهلاك بالتسليم، والمقصود بالتسليم هو التسليم القانوني، فإذا وضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والإنتفاع به دون عائق وأعلمه بذلك، أنتقلت تبعية الهلاك إلى المشتري ولو لم يستول هذا الأخير عليه

1- محمد صبري السعدي (المرجع السابق) ص 288.

إستلاء ماديا، وبالتالي فإن تبعة الهلاك تظل على البائع حتى يقوم بتنفيذ إلتزامه بالتسليم حتى ولو أنتقلت الملكية إلى المشتري والعكس صحيح ، فإن المشتري يتحمل تبعة الهلاك إذا سلمه البائع المبيع ولو لم تنتقل إليه الملكية.

ويترتب على هلاك المبيع هلاكا كلياً وهو في يد البائع إنفساخ البيع بقوة القانون ودون حاجة إلى حكم القاضي ويكون للمشتري أن يسترد الثمن، إذا كان الهلاك بسبب لا يد للبائع فيه، أما إذا هلك المبيع بفعل البائع ، فإن البائع يظل مسؤولاً عن الهلاك، ويحق للمشتري طلب الفسخ مع عدم الإخلال بحقه في التعويض.

2-الهلاك الجزئي:

نصت المادة 378 مدني على أنه " إذا انقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع وأما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن" ويتضح من هذا النص أنه في حالة تلف المبيع قبل التسليم يكون للمشتري الخيار بين أمرين: الفسخ أو إنقاص الثمن على أنه لا يستطيع الفسخ إلا إذا كان التلف جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تعاقد ، وفي هذه الحالة يسترد الثمن إذا كان قد دفعه ، أو يتحمل من إلتزامه بدفعه إن لم يكن قد دفعه بعد.

ويراعى أن تقدير جسامته الهلاك الجزئي أو التلف يخضع لتقدير المحكمة، وعليه فإن الفسخ بسبب التلف يستلزم حكم القضاء⁽¹⁾، هذا ولا يجوز للمشتري طلب إلتزام البائع بإصلاح التلف لأن حدوثه بسبب أجنبي لا بفعل البائع.

-إستثناءات على قاعدة ربط التبعة بالتسليم.

القاعدة أن تبعة الهلاك تقع على البائع قبل التسليم، غير أنه توجد حالات إستثنائية تكون تبعة الهلاك فيها على المشتري قبل التسليم وهي:

(1)-إذا أوفق البائع والمشتري على أن يتحمل هذا الأخير تبعة الهلاك فقاعدة تحمل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الإتفاق على تحمل المشتري تبعة الهلاك قبل التسليم .

1- محمد صبري السعدي (المرجع السابق) ص 300 .

2- إذا كان عدم قيام البائع بتسليم المبيع يستند إلى حقه في حبسه بسبب عدم قيام المشتري بالوفاء بالثمن المستحق وهذا ما نصت عليه المادة 391 التي نصت على أنه " إذا تلف المبيع في يد البائع وهو حابس له كان تلفه على المشتري ما لم يكن التلف قد وقع بفعل البائع".

3- طبقا لنص المادة 369 مدني تكون تبعه الهلاك على المشتري إذا أعذره البائع لتسليم المبيع فامتنع عن تسلمه، ويشترط في هذه الحالة أن يكون المشتري قد رفض تسلم المبيع عندما كان إلتزامه بالتسليم حالاً، فإذا أعذر البائع المشتري لتسلم المبيع قبل حلول الأجل المشتري لمصلحة المشتري فلا يترتب على هذا الإعذار نقل تبعه الهلاك.

وشروط الإعذار منصوص عليها في المادة 269 قانون مدني التي تنص على أنه إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء إلا بها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء، أعتبر أنه قد تم إعذاره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي. وتنص المادة 270 ق مدني على أنه إذا تم إعذار الدائن فإنه يتحمل تبعه هلاك الشيء أو تلفه.

المبحث الثالث

إلتزام البائع بضمان التعرض

وإستحقاق المبيع والعيوب

سبق القول أن البائع يجب عليه أن يقوم بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري ولكن يتعين عليه فضلاً على ذلك أن يضمن إستمرار بقاء المبيع تحت يد المشتري، دون أن يتعرض له أحد، حتى يتسنى له الإفادة منه على النحو الذي أعده له، فالمشتري إذا كان قد دفع ثمننا في مقابل الحصول على المبيع، فإنه يقصد تملك هذا المبيع والإنتفاع به على الوجه المطلوب، فإذا حصل له تعرض أو إستحقاق هذا المبيع من تحت يده، تعين على البائع أن يضمن له ما حصل من تعرض، فيدفع هذا التعرض إذا أمكن، أو يعرضه عما لحق به من أضرار نتيجة لذلك ، وإذا ظهر بالمبيع عيب من شأنه الإنقاص من الفائدة المرجوة من المبيع أو التقليل منها إلى حد يجعل إنتقال الملكية إلى المشتري عديم الجدوى أو قليلها فإن البائع يكون كذلك ملزماً قبل المشتري، وعليه فإن الضمان أما أن يتعلق بالتعرض وإستحقاق المبيع، وإما أن يتعلق بالعيوب الخفية ، ونعرض فيما يلي لضمان التعرض وإستحقاق و ضمان العيوب.

المطلب الأول

ضمان التعرض والاستحقاق

أولاً: ضمان التعرض

إن إلزام البائع بضمان التعرض ، إما أن يتعلق بضمان التعرض الشخصي، وإما أن يتعلق بضمان تعرض الغير.

أولاً: ضمان التعرض الشخصي:

تنص المادة 37 من القانون المدني الجزائي على أنه " يضمّن 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 مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

فطبقاً للنص السابق على البائع عدم التعرض للمشتري، سواء كان التعرض مادياً أو قانونياً(1).

-و التعرض المادي: هو الذي لا يستند فيه البائع إلى حق، ويكون ذلك بأي عمل يقوم به البائع من شأنه حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع حرماناً كلياً أو جزئياً ومثال ذلك ، أن يغتصب البائع الأرض المبيعة من المشتري، ومن ذلك أيضاً حالة ما إذا باع شخص محل تجاري، وقام بفتح متجر مجاور للمحل الذي باعه، يتاجر في السلع ذاتها، ويحاول إجتذاب العملاء السابقين مما ينقص من قيمة المتجر المبيع.

-و التعرض القانوني: هو الذي يستند فيه البائع إلى حق، كما إذا ادعى أنه مالك للمبيع، ومثال ذلك ، أن يكون المبيع غير مملوك له وقت البيع، ثم يمتلك البائع ما باعه بسبب من أسباب اكتساب الملكية كالميراث أو بأي سبب آخر، ويرفع البائع دعوى على المشتري يطلب فيها إستحقاق البيع بإعتباره أنه مالك له، أعتبر ذلك تعرضاً منه يستند إلى سبب قانوني وهو غير جائز، ويكون للمشتري أن يدفع دعوى البائع عن طريق الدفع بالضمان ، لأنه ضامن، فلا يصح منه التعرض.

1- محمد صبري السعدي، (المرجع السابق) ص 306 محمد حسنين. (المرجع السابق) ص 128.

- خصائص الإلتزام بضمان التعرض الشخصي:

(1)- عدم القابلية للإنقسام:

الإلتزام بضمان التعرض الشخصي ، إلتزام بالإمتناع عن عمل ولذا فهو لا يقبل الإنقسام بطبيعته ، وتبدو أهمية هذا الموضوع في حالة ما إذا تعدد البائعون، ففي هذه الحالة يكون كل منهم ملتزماً بعدم التعرض الشخصي بالنسبة لكل المبيع لا بنسبة حصته، فإذا باع شخصان ملكاً غيرهما ثم اشترى أحدهما المبيع من مالكة الحقيقي فلا يجوز أن يطالب المشتري باستحقاق نصف المبيع على أساس أنه المالك وأنه لا يضمن إلا النصف.

(2)- إنتقال الإلتزام بالضمان إلى الورثة:

القاعدة في القانون المدني الجزائري أن الديون تنتقل إلى الورثة مع تحديد مسؤوليتهم عنها بأموال التركة ذاتها، وعلى ذلك ينتقل إلتزام البائع بالضمان إلى الورثة باعتبارهم كذلك في حدود أموال التركة.

- جزاء الإخلال بالإلتزام:

-يخضع جزاء إخلال البائع بإلتزامه بعدم التعرض الشخصي للمشتري للقواعد العامة، فللمشتري الحق في طلب التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل أو الفسخ، ويكون التنفيذ العيني إذا كان التعرض مادياً أن يمنع البائع من القيام بالفعل الذي شرع فيه أو يمنعه 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 تعرض البائع له من ضرر، وإذا كان التعرض قانونياً كما إذا رفع البائع دعوى على المشتري فإن التنفيذ العيني يتخذ صورة دفع يدفع به المشتري دعوى البائع ودعوى المشتري مؤسسه على إلتزام البائع بالضمان فإذا لم يكن التنفيذ العيني ممكناً أو لم يطلبه المشتري حكم بالتنفيذ بمقابل أي بالتعويض ويجوز للمشتري طلب فسخ البيع لإخلال البائع بإلتزامه بالضمان مع التعويض إن كان له محل.

ولا يجوز إشتراط عدم ضمان البائع للتعرض الصادر منه للمشتري وقد نصت على ذلك المادة 378 بقولها " يبقى البائع مسؤولاً عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الإلتفاق على عدم الضمان ويقع باطلاً كل إلتفاق يقضي بغير ذلك".

ثانياً: ضمان تعرض الغير:

طبقاً للمادة 371 فإن إلتزام البائع بضمان التعرض لا يقتصر فقط على إلتزامه بعدم تعرضه الشخصي، وإنما يلتزم بضمان التعرض الصادر من الغير إذا كان تعرضاً قانونياً، وإلتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير إلتزام بتحقيق غاية لا بوسيلة لذا يجب عليه أن يصل في بذل جهده إلى دفع التعرض فإذا نجح في ذلك كان تنفيذاً عينياً لإلتزامه، أما إذا فشل واستحق المبيع كلياً أو جزئياً من تحت يد المشتري ألتزم البائع أن يعرض المشتري عما أصابه من ضرر عن هذا الإستحقاق وهذا ما يسمى بضمان الإستحقاق.

وفيما يلي نعرض أولاً لشروط الضمان، ثم نعرض ثانياً لحقوق المشتري عند حصول التعرض.

1- شروط ضمان التعرض الصادر من الغير:

الشرط الأول: أن يكون التعرض قانونياً:

رأينا أنه إذا كان التعرض صادراً من البائع نفسه فإنه يسأل عن التعرض المادي والتعرض القانوني، لكن الأمر يختلف بالنسبة للتعرض الصادر من الغير، إذ لا يسأل البائع إلا على عن التعرض القانوني فقط، أي أن الغير يستند إلى حق يدعيه على المبيع، وقد يكون الحق الذي يدعيه الغير حقاً عينياً كان يدعي الغير أنه المالك الحقيقي للمبيع كله أو بعضه، أو يدعي أنه صاحب حق إنتفاع، أو حق إرتفاق، أو يدعي أن له على المبيع حق رهن أو اختصاص أو إمتياز.

وقد يكون الحق الذي يدعيه الغير حقاً شخصياً، كأن يدعي الغير بأنه صاحب حق إيجار على المبيع.

ويلاحظ بالنسبة لحقوق الإرتفاق أن المشرع قد وضع حكماً خاصاً بشأنها في المادة 377 الفقرة الثانية إذ تقضي بأنه " ويفترض في حق الإرتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان حقاً ظاهراً 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 ظاهراً، فيضمنه البائع إلا إذا كان قد أعلم به المشتري ومثال ذلك، الإرتفاق بعدم البناء أو عدم العلو فيه.

الشرط الثاني: أن يكون الحق الذي يستند إليه الغير ثابتاً له وقت البيع أو آيلاً إليه بعد البيع بفعل البائع نفسه.

إذا كان التعرض الصادر من الغير والذي يستند فيه إلى حق موجودا وقت البيع، فالبايع يسأل عنه أيا كان سبب كسب الحق، أي سواء كان راجعا للبايع نفسه كما لو قرر حق أرتفاق مثلا على العقار قبل البيع أو كان لا دخل للبايع في إنشائه كما لو كان الغير واضعا يده على المبيع و أكتملت مدة التقادم المكسب قبل إنعقاد البيع. ويترتب على هذا أنه إذا كان سبب التعرض لاحقا على البيع فلا يسأل عنه البائع، إلا إذا كان هذا الأخير هو الذي أعطى المتعرض هذا الحق، كما لو باع منقول ولم يسلمه للمشتري، ثم قام البائع ببيعه ثانية إلى مشتري ثان حسن النية، وسلمه له، في هذه الحالة رغم أن حق المشتري الثاني نشأ بعد البيع، إلا أنه يفضل على المشتري الأول الذي يكون له أن يرجع على البائع بالضمان.

و الخلاصة أن البائع يضمن كل حق يدعيه الغير وكان موجودا وقت البيع، أولا حق عليه وكان بفعله.

-الشرط الثالث: أن يكون التعرض حالا:

لكي يكون للمشتري الرجوع على البائع بالضمان يلزم أن يقع تعرض فعلا للمشتري، بمعنى أنه يلزم أن يقوم الغير بمباشرة حق يكون ساريا في مواجهة المشتري، كما إذا كان باشر على المبيع أعمال مادية إستنادا إلى الحق الذي يدعيه أو رفع دعوى يطالب فيها بتقرير حقه، ولذا لا يكفي مجرد الخشية من وقوع التعرض فحق الضمان المقرر للمشتري لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير في إنتفاعه بالمبيع و حيازته حيازة هادئة وهذا هو في الأصل معنى وقوع التعرض فعلا(1). إذ لا يكفي أن يتضح للمشتري أن المبيع مملوك للغير، وإن كان له الحق في طلب إبطال البيع في حالة بيع ملك الغير عملا بالمادة 397 من القانون المدني (2)

الضمان في البيع الجبري:

إلتزام البائع بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير لا يقتصر على البيوع الإختيارية، وإنما يشمل البيوع الجبرية وعليه فإنه إذا توافرت الشروط السابقة ألتزم البائع بضمان تعرض الغير ولو كان البيع جبريا، كما لو بيعت العين لسداد ديون البائع بطلب من الدائنين، إذ أن البيع جبرا على المالك لا يمنع من اعتبار العقد بيعا.

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، (المرجع السابق) ص 641-محمد صبري السعدي، (المرجع السابق) ص 323

-الرجوع بالضمان عند توالي البيوع:

إذا توالى البيوع بأن باع المشتري إلى مشتري ثاني فإن للمشتري الأخير إذا ما تعرض له أجنبي تعرضاً موجباً للضمان أن يرجع على من باع له ، وكذلك على من باع لبائعه، ويكون رجوع المشتري الأخير على البائع إليه في الرجوع على البائع الأصلي وللمشتري الأخير أيضاً دعوى مباشرة يرجع بها على البائع الأصلي و أساس هذه الدعوى هو إعتبار دعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول من ملحقات المبيع.

2-حقوق المشتري عند حصول التعرض:

إذا رفع الغير دعوى على المشتري يطلب فيها إستحقاق المبيع، فإنه يتعين على المشتري إخطار البائع بالدعوى التي رفعت ضده ليتولى البائع الدفاع عنه، ويكون الإخطار في وقت ملائم ، ولا يشترط فيه شكل خاص فقد يكون بخطاب أو شفاهة و على المشتري إثبات حصوله. و تختلف حقوق المشتري قبل البائع تبعا لما إذا كان قد قام بواجب إخطار البائع بهذا التعرض أم 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 البائع وأدى تدخله إلى رفض دعوى التعرض يكون قد نفذ إلتزامه بدفع تعرض الغير تنفيذا عينيا، وإذا حكم للمتعرض بإستحقاق المبيع كان البائع مخلا بإلتزامه لأنه لم يحقق النتيجة فيكون ضامنا للاستحقاق أي ملتزما بالتعويض(1).

ب-و إذا لم يتدخل البائع في الدعوى رغم إخطاره وتولى المشتري الدفاع وحده و حكم بإستحقاق المبيع وجب الضمان على البائع إلا إذا اثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه وهذا ما نصت عليه المادة 372 من ق م في فقرتها الثانية بقولها " ... إذا أعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس، أو خطأ جسيم صادر من المشتري".

1- محمد صبري السعدي(المرجع السابق) ص 335.

وقد أجاز القانون للمشتري إذا رأى أن الغير الذي يدعي حقا على المبيع محق في دعواه أن السير في الدعوى غير مجد أن يعترف للغير بحقه أو يتصالح معه فنص في المادة 373 على أنه " أن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو اعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون أن ينتظر حكما قضائيا متى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب و دعاه يحل محله فيها دون جدوى، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه".

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

2- حالة عدم إخطار البائع:

نصت الفقرة الثالثة من المادة 372 من ق م على أنه " فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الإستحقاق في الوقت المناسب و صدر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي به فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا اثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الإستحقاق".

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

-توقي المشتري إستحقاق المبيع بأداء شيء من عنده: نصت المادة 374 من ق م على أنه " عندما يتجنب المشتري نزع اليد عن الشيء المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر، فعلى البائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري ما دفعه من النقود أو قيمة ما أداه من شيء آخر مع مصاريف الخصام".

ويلاحظ أن هذه الرخصة التي خولها القانون للبائع تقتصر على حالة ما إذا توقي المشتري الحكم بالاستحقاق بإتفاقه مع المتعرض، أما إذا أتفق المشتري مع المتعرض بعد الحكم الصادر بإستحقاق الغير للعين المبيعة فللمشتري الرجوع بضمان الإستحقاق على البائع وليس للبائع أن يتخلص من الضمان برد المبلغ الذي دفعه للمشتري، فقد تحقق الإستحقاق، والمشتري أحفظ بالمبيع لسبب آخر غير البيع.

ثانيا: ضمان الإستحقاق

يقصد بضمن الاستحقاق التزام البائع بتعويض المشتري عما أصابه من ضرر بسبب إستحقاق المبيع ويعد الإلتزام بضمن الاستحقاق إلتزاما إحتياطيا، وذلك لأنه بعدم ما تعذر على البائع تنفيذ إلتزامه بضمن التعرض تنفيذا عينيا تم التحول إلى تنفيذ الإلتزام بطريق التعويض، وهذا هو المعنى الدقيق لضمن الاستحقاق⁽¹⁾ ويلتزم البائع بأن يؤدي إلى المشتري ما يقضي به القانون في هذا الصدد بحسب ما إذا كان الإستحقاق كليا أو جزئيا.

أولا: التعويض في حالة الإستحقاق الكلي:

المقصود بالإستحقاق الكلي حرمان المشتري من المبيع كله كما لو تبين أن البائع قد باع ما لا يملك، فحكم للمالك بإستحقاق المبيع، أو باع البائع مرة ثانية المبيع لمشتري ثاني أكتسب ملكية المبيع بسبب حيازته بحسن نية إذا كان منقولا، وقد بينت المادة 375 عناصر التعويض في حالة الإستحقاق الكلي بقولها " في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع:

- 1- قيمة المبيع وقت نزع اليد.

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

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

- 4- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق بإستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373.

- 5- وبوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر وما فاتته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع.

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

1- د/علي هادي العبيدي (المرجع السابق) ص 114.

ويتضح من هذا النص أن القانون يفرق بين الرجوع على أساس الضمان وبين الرجوع على أساس الفسخ و البطلان، ذلك أن المشتري في رجوعه بالضمان على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع، ولما كان المبيع قد أستحق واستحال بذلك تنفيذ الإلتزام عينيا فلم يبق أمام المشتري إلا أن يطلب بتنفيذ الإلتزام بطريقة التعويض، فالتنفيذ بطريق التعويض ليس إلا تنفيذا للعقد، بعد تعذر تنفيذه عينيا، نظرا لأن العقد يظل قائما وذلك على خلاف حالتي البطلان و الفسخ ، وعليه فإذا رجع المشتري على البائع بضمان الإستحقاق، فإن تعويضه يكون طبقا للعناصر التي حددتها المادة 375، أما إذا رجع المشتري على البائع على أساس دعوى الفسخ أو البطلان، فليس له حق الرجوع بعناصر التعويض طبقا للمادة 375، وإنما له عناصر التعويض التي تقضي به القواعد العامة.

ونعرض فيما يلي لعناصر التعويض المستحقة في حالة الإستحقاق الكلي.

1- قيمة المبيع وقت الإستحقاق:

يتعين على البائع الملتزم بالضمان أن يرد قيمة المبيع وقت الإستحقاق الذي عبر عنه النص بعبارة (نزع اليد) وهو الوقت الذي رفعت فيه دعوى الإستحقاق، لأن الإستحقاق يستند إلى يوم رفع الدعوى⁽¹⁾، فالمشتري يرجع بقيمة المبيع لا بالثمن، لأننا بصدد دعوى ضمان الإستحقاق لا بصدد دعوى فسخ أو إبطال، وعلى ذلك يستفيد المشتري إذا كانت قيمة المبيع وقت الإستحقاق أكبر من الثمن الذي دفعه أما إذا كانت القيمة أقل فمن مصلحته أن يطلب فسخ البيع أو إبطاله حتى يتمكن من إسترداد الثمن الذي دفعه.

2- قيمة الثمار التي ألتمز المشتري بردها لمن أستحق المبيع:

وهي كافة الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها وهو سيء النية، أي يعلم بحق الغير على المبيع المادة (838 ق م)، أما إذا كان المشتري حسن النية أي لا يعلم بحق الغير على المبيع فإن الثمار تكون له ولا يجبر على ردها إلى المالك المستحق (المادة 837 ق م).

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

1- أحمد عبد الرزاق السهوري (المرجع السابق) ص 677.
محمد صبري السعدي، (المرجع السابق) ص 345.

لقد عرض المشرع في المادة 3/37 ق م للمصروفات النافعة و المصروفات الكمالية، دون أن يعرض للمصروفات الضرورية، فما هو حكم هذه الأنواع الثلاثة من المصاريف التي يقوم بها المشتري.

-المصروفات الضرورية:

هي المصروفات الازمة لحفظ المبيع و صيانتته، مثل المصروفات التي ينفقها المشتري في سبيل ترميم حائط في المنزل، أو إعادة بناء هذا الحائط بحيث لو لا ذلك لتهدم المنزل بأكمله وهذه المصروفات يستطيع المشتري أن يرجع بها على المستحق لأنه هو الذي يستفيد من هذه المصروفات الضرورية، وكان يتعين عليه أن يقوم بها لو كان المبيع بين يديه، ولا يرجع على البائع بها يستوي في ذلك أن يكون حسن النية أو سيء النية.

وقد نصت المادة 839 في فقرتها الأولى على أن " على المالك الذي يرد ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما انفق من مصروفات لازمة".

-المصروفات النافعة:

هي المصروفات التي يترتب عليها زيادة في قيمة المبيع، كإقامة بناء جديد أو غرس أشجار في العين المباعة أو قيام المشتري بإصلاح الأرض بحيث تصبح صالحة للزراعة بعد أن كانت غير كذلك عند شرائها، ولما كان المشتري لا يستطيع أن يحصل على حقه كاملا من المستحق فيرجع بالفارق على البائع.

-المصروفات الكمالية:

هي التي تنفق بقصد الزينة و الزخرفة، ولهذا لا يكون للمشتري أن يرجع بها على المالك المستحق لأنها لا تزيد في قيمة المبيع كما لا يستطيع الرجوع بها على البائع حسن النية، وإنما يتحملها هو لأنه لا يقصد بها سوى مزاجه الشخصي. أما إذا كان البائع سيء النية يعلم وقت البيع سبب إستحقاق المبيع، فإن القانون يوجب عليه دفع المصروفات الكمالية للمشتري.

4-مصروفات دعوى الضمان و دعوى الإستحقاق:

فلمشتري الرجوع على البائع بمصاريف دعوى الضمان التي يرفعها عليه وكذلك مصاريف دعوى الإستحقاق التي رفعت عليه من المستحق، بإستثناء المصاريف التي كان في

وسع المشتري ان يتجنبها لو أنه أخطر البائع بدعوى الإستحقاق في الوقت المناسب وذلك طبقا للمادة 372 من القانون المدني.

5-التعويض عما لحق المشتري من خسارة وما فاته من كسب:

و القصد من هذه العبارة هو تقرير حق المشتري في طلب التعويض عن كل خسارة لحقت به أو كسب فاته، مما لا يدخل في عناصر التعويض التي حددتها المادة 375، وعليه فإنه يجوز للمشتري أن يرجع على البائع زيادة على العناصر الأربعة السابقة بمصاريف عقد البيع، كمصاريف تحرير العقد التسجيل، الشهر والمصاريف التي أنفقتها في إنتقاله من بعيد لمعاينه المبيع، أو بما فاته من كسب بسبب إستحقاق المبيع كما لو ضاعت على المشتري صفقة رابحة بسبب شرائه المبيع(1).

ثانيا:التعويض في حالة الإستحقاق الجزئي و ثبوت تكاليف على المبيع:

يتحقق الإستحقاق الجزئي بثبوت ملكية الغير لجزء من المبيع، أو بنزع ملكية بعض المبيع استيفاء للحق المضمون بالرهن.

أما التكاليف فيقصد بها كل حق مقرر للغير يكون من شأنه تقييد إنتفاع المشتري بالمبيع سواء كان حقا عينيا كحق ارتفاق غير ظاهر ولم يعلن البائع عنه للمشتري أو حق انتفاع أو حقا شخصا كحق المستأجر.

وقد نصت المادة 376 ق م على حقوق المشتري في حالة الإستحقاق الجزئي أو ثبوت تكاليف على المبيع بقولها " في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع، أو في حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد كان له أن، يطلب البائع بالمبالغ المبينة في المادة 375 مقابل رد المبيع مع الإنتفاع الذي حصل عليه منه.

وإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقت له لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع".

ويتضح من النص أنه يجب التفرقة بين ما إذا كانت خسارة المشتري جسيمة و حالة ما إذا كانت غير جسيمة، والمعيار هنا شخصي فتعتبر الخسارة جسيمة إذا بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أقدم على التعاقد وهذا يختلف باختلاف الأحوال وبإختلاف غرض المشتري من العقد وتقدير الجسامة متروك لقاضي الموضوع. فمثلا إذا اشترى منزلا لسكناه، وأتضح أنه مؤجرا بعقد نافذ في حقه كانت الخسارة جسيمة، أما لو كان قصده من الشراء هو الاستغلال وكانت الأجرة مناسبة فالخسارة لا تعتبر جسيمة وفي حالة الخسارة الجسيمة كان للمشتري الخيار بين رد المبيع وما أفاده منه إلى البائع ومطالبته بالتعويض كما لو كان الإستحقاق كليا، وبين أن يستبقى المبيع على أن يعوضه البائع عما أصابه بسبب الإستحقاق أو تكاليف ، وهذا الخيار الأخير هو الذي يطبق إذا لم تكن الخسارة جسيمة.

-الإتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير (الضمان الإتفاقي).

تنص المادة 375 من ق م على أنه " يجوز للمتعاقدين بمقتضى إتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد، أو ينقصا منه أو يسقطاه".

ويظهر من هذا النص أن المشرع أجاز للمتعاقدين الإتفاق على مخالفة أحكام الضمان السابقة ، وذلك بالإتفاق على زيادة الضمان أو انقصه أو اسقاطه، ونعالج هذه المسائل الثلاث للإتفاق فيما يلي:

1- الإتفاق على زيادة الضمان:

ومثل هذا الإتفاق لا يقع كثيرا في العمل لأن عناصر التعويض التي عدتها المادة 375 تكفل حماية المشتري حماية كافية، وإذا أراد المتعاقدان زيادة الضمان لا بد من ذكر عبارات محددة وليست عامة، ومثال ذلك أن ينص على أن يكون للمشتري في الإستحقاق الجزئي التعويض كاملا وفقا لأحكام الاستحقاق الكلي حتى ولو لم يكن الإستحقاق الجزئي قد بلغ حدا من الجسامة، أو يتم الإتفاق على أن للمشتري الحق في الرجوع على البائع بالمصروفات الكمالية حتى ولو كان هذا الأخير حسن النية.

2- الإتفاق على إنقاص الضمان:

وهو الأكثر شيوعا من الاتفاق على زيادة الضمان ويكون ذلك بإعفاء البائع من الضمان لسبب معين من أسباب الإستحقاق ، كما إذا أبطل سند تملك البائع أو فسخ عقد البيع،

فاستحق المبيع لمن تلقى عنه البائع الملكية أو الاتفاق على أنه في حالة الاستحقاق الكلي، يرجع المشتري على البائع بالثمن فقط.

3- الإتفاق على إسقاط الضمان:

يجوز طبقا للفقرة الأولى من المادة 378 الإتفاق على إسقاط الضمان بشرط عام لا يتقيد بسبب معين، ولكن هذا الشرط يعتبر كشرط إنقاص الضمان باطلا إذا كان البائع قد تعمّد إخفاء حق الغير طبقا لنص الفقرة الثالثة من نفس المادة، ويلاحظ أنه مع اشتراط إسقاط الضمان من البائع إلا أنه يجب التفرقة بين حالتين.

-الحالة الأولى: إذا كان الإستحقاق من فعل البائع فلا أثر للشرط/ ويبقى البائع مسؤولا عن الإستحقاق وقد نصت على ذلك المادة 378 في فقرتها الأولى بقولها "يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الإتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل إتفاق يقضي بغير ذلك" ويعتبر الإستحقاق ناشئا من فعل البائع إذا كان الغير المتعرض قد تلقى حقه من البائع سواء قبل البيع أو بعده كما لو كان قد باع المبيع مرة ثانية لمشتري ثان وسلمه وكان حسن النية وكان المبيع منقولاً معيناً بالذات.

-الحالة الثانية: أما إذا كان الاستحقاق قد نشأ من فعل الغير، فلا يترتب على شرط إسقاط الضمان إلا إنقاص ما يدفعه البائع للمشتري من تعويض وقد نصت على ذلك المادة 378 في فقرتها الثانية بقولها "وإذا كان نزع اليد عن المبيع من فعل الغير فإن البائع يبقى مطالبا قبل المشتري برد قيمة المبيع وقت نزع اليد..." ومعنى ذلك إعفاء البائع من عناصر التعويض الأخرى المنصوص عليها في المادة 375، غير أن هناك حالتين أوردتهما المادة 378 يعفى فيهما البائع من الضمان كلية بموجب شرط عدم الضمان.

الأولى: أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق ورضى بشرط إسقاط الضمان.

الثانية: أن العقد يتضمن ما يدل على أن المشتري قد اشترى مخاطرا أو أنه يتحمل وحده نتائج إستحقاق المبيع للغير وفي ذلك تقضي الفقرة الثانية من المادة 378 بقولها "إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نزع اليد أو أنه اشترى تحت مسؤوليته".

المطلب الثاني

ضمان العيوب الخفية

لا يقتصر ضمان البائع على التعرض والاستحقاق ، بل يضمن للمشتري العيوب الخفية التي تجعل المبيع غير صالح لتحقيق الغرض الذي قصده المشتري.

وقد نظم الشرع ضمان العيوب الخفية في المادتين 379 و ما بعدها ، ووضع له أحكاما خاصة مستقلة عن القواعد العامة في البطلان والفسخ.

-تعريف العيب الخفي الموجب للضمان:

لم تعرف القوانين العيب الخفي غير أن محكمة النقض المصرية في قرارها عرفت العيب الخفي الذي تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية " هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع(1)، والمحكمة المذكورة أخذت هذا التعريف من حاشية ابن عابدين في الفقه الحنفي فقد ورد فيه ان العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة عن الآفات العارضة لها"(2).

والبائع لا يلتزم بضمان العيوب الخفية طبقا للتعريف السابق فقط، بل يضمن وجود الصفات التي كفل وجودها في المبيع، وفيما يلي نتكلم عن الشروط اللازمة لقيام الضمان ثم نتكلم ثانيا عن أحكام الضمان وتتناول ثالثا الاتفاق على تعديل أحكام الضمان وأخيرا نعرض لضمان البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة.

أولا: الشروط الواجب توافرها في العيب:

نصت المادة 379 على إنه " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها.

1- نقض مدني مصري في 1948/04/08 أورده الدكتور محمد صبري السعدي، (المرجع السابق) ص 369 هامش 406.

2-د/جعفر محمد جواد الفضلي، (المرجع السابق)، ص 157.

غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا عنه".

ويتضح من نص المادة 379 أن البائع يلتزم بالضمان إذا وجد بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه، و البائع لا يكون ملتزما بضمان العيب بمعناه الدقيق إلا إذا توفرت شروطه وهي أن يكون العيب قديما و خفيا و مؤثرا و غير معلوم للمشتري.

أولا : أن يكون العيب قديما:

لقد أثير الخلاف في الفقه المصري حول المقصود بقدم العيب ،ومعرفة ما إذا كان يلزم لتوافر هذا الشرط أن يكون موجودا وقت البيع، أم يكفي أن يوجد فقط عند التسليم بصرف النظر عما إذا كان موجودا وقت العقد أم لا ، طالما تحقق وجوده وقت التسليم.

يرى جانب من الفقه أنه يكفي أن يكون العيب موجودا وقت التسليم سواء أكان موجودا وقت البيع و بقي إلى وقت التسليم أو حدث بعد البيع و بقي إلى وقت التسليم ويستند هذا الرأي إلى عبارة " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفقات التي تعهد بوجودها وقت التسليم" الواردة في المادة 379 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها المادة 447 مدني مصري و أن هذه العبارة تنطبق أيضا على العيب بمعناه الدقيق و لا يقتصر على صفات المبيع التي تعهد البائع بوجودها في البيع.

يرى البعض الآخر أن شرط القدم يعني أن يكون العيب موجودا وقت العقد، ويستند هذا الرأي إلى أن عبارة ،وقت التسليم" وردت بخصوص حالة تخلف الصفة التي تعهد البائع بوجودها في المبيع و إلى أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري حيث جاء بها أنه يشترط أن يكون هذا العيب موجودا وقت البيع و هذا ما يعبر عنه بالعيب القديم".

1- أحمد عبد الرزاق السنهوري، (المرجع السابق) ص 722-محمد كمال مرسي باشرا (المرجع السابق) ص 324-محمد حسني (المرجع السابق)ص153.

2- محمد صبري السعدي (المرجع السابق)، ص 374 والفقهاء الذي أشار إليهم في الهامش رقم:410 الصفحة 173.

ونرى بأن الرأي الأول هو السليم، ويجب عدم الفصل بين العيب بالمعنى الدقيق وتخلف الصفات التي كفلها البائع فحتى يتحقق الضمان يجب أن يكون العيب بمعنى الآفة الطارئة موجود وقت التسليم فإذا تعيب المبيع بعد ذلك فلا ضمان على البائع، ويكفي لكي يكون العيب موجودا وقت التسليم أن توجد جرثومته أي أصله أو نقطة بدايته في هذا الوقت فلا يلزم اكتمال ظهوره، فلو باع شخص مثلا حيوانا ولم يكن قد ظهر عليه وقت التسليم أي عارض من عوارض المرض ولكنه كان يحمل جرثومة ثم ظهر المرض بعد ذلك، فالعيب يكون قديما، وكذلك بالنسبة لتسوس الغلال أو الأخشاب.

ثانيا: أن يكون العيب خفيا:

ويكون العيب خفيا، إذا كان ليس في إستطاعة المشتري أن يكتشفه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي فإذا كان بإمكان المشتري كشفه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، فلا يضمه البائع ومع ذلك فقد نص المشرع في المادة 2/379 على حالتين يضمن فيهما البائع العيب الذي كان يستطيع المشتري أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع وقت التسليم بعناية الرجل العادي وهما:

الحالة الأولى: إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب.

الحالة الثانية: إذا أثبت المشتري أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه، ومثال ذلك أن يكون بمحرك السيارة كسر ملحوم أخفاه البائع بالطلاء ففي هذه الحالة يكون ضامنا إذا لم يتبين المشتري العيب حتى ولو كان رجل الخبرة العادي يستطيع أن يتبينه.

ثالثا: أن يكون العيب مؤثرا:

وقد عبر عن ذلك المشرع في المادة 379 ق م بأنه العيب الذي ينقص من قيمة المبيع أو الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور في عقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله وعلى ذلك لا يضمن البائع العيب إلا إذا كان مؤثرا أي على قدر من الجسامة وتقدير جسامة العيب متروك لقاضي الموضوع يفصل فيه بحسب المعايير الموضوعية السابقة(1).

1- محمد صبري السعدي (المرجع السابق) ص 376، 377.

ويلاحظ أن تأثير العيب من عدمه يدخل في الغاية المقصودة من الشيء المباع، فقد يوجد عيب في المباع، يعتبر عيب في غرض معين، ولا يعتبر كذلك في غرض آخر، لذا فتقدير جسامه العيب لدى الأشخاص يختلف بحسب إختلاف أغراضهم من هذا الشيء، فمثلا من يشتري خشب به سوس، فإذا كان الغرض من الشراء هو استخدامه في الصناعة فإنه يعتبر عيبا مؤثرا، أما إذا كان الغرض من الشراء هو استخدامه كوقود للتدفئة فلا يعتبر عيبا مؤثرا.

رابعاً: عدم علم المشتري بالعيب:

لا يكفي أن يكون العيب خفياً، بل يجب ألا يكون المشتري يعلم بالعيب وقت العقد، فإذا أثبت البائع علم المشتري بالعيب بأية وسيلة، كما إذا كان المشتري قد لجأ إلى خبير وكشف له عن العيب أو كان البائع قد أخبره بوجود العيب لا يكون البائع ضامناً.

ويلاحظ أن البائع يضمن العيب حتى ولو لم يكن عالماً به طبقاً لنص المادة 379.

ثانياً: أحكام ضمان العيوب الخفية:

واجب المشتري في المبادرة بفحص المباع وإخطار البائع بالعيب:

تنص المادة 380 على أنه "إذا تسلم المشتري المباع عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل اعتبر راضياً بالمبيع.

غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الإستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك وإلا اعتبر راضياً بالمبيع بما فيه من عيوب"

يتبين من هذا النص أن المشرع يفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان العيب مما يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد: ففي هذه الحالة يجب على المشتري بعد تسلم المباع أن يقوم بفحصه فحص الرجل العادي المعتاد، ويكون أكثر دقة من الفحص الذي يجب على المشتري أن يقوم به وقت العقد، فإذا وجد عيباً في المباع عليه إخطار البائع خلال مدة معقولة وهذه يقررها قاضي الموضوع، وبهذا الإخطار يحتفظ المشتري بحقه في الرجوع بالضمان أما إذا لم يقم بالإخطار أو قام به بعد فوات المدة المعقولة، فلا يجوز له الرجوع بضمان العيب الخفي على البائع إذ يعتبر راضياً بالمبيع.

الحالة الثانية: إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد: في هذه الحالة يبقى حق المشتري في الرجوع بالضمان إذا لم يكشف العيب إلى أن يسقط بالتقادم و من أمثلة العيوب التي لا يمكن الكشف عنها بالفحص المعتاد كثرة الأملاح الموجودة في الأرض لأنها تحتاج في كشفها إلى تحليل كيميائي، والمقصود بالتسليم الذي يمكن المشتري من الفحص هو التسليم الفعلي.

- حقوق المشتري في دعوى الضمان:

تنص المادة 88 ق م على أنه " إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376".

ويتبين من هذا النص أن المشرع جعل أحكام دعوى ضمان العيب الخفي هي أحكام دعوى ضمان الاستحقاق الجزئي لأن في كليهما لم تبلغ خسارة المشتري أن يضيع المبيع كله بل ضاع جزء منه أو من قيمته، ويجب ملاحظة أن المشتري يمكنه طبقا للقواعد العامة طلب التنفيذ العيني إذا كان ممكنا ويكون ذلك في صورة إصلاح العيب أو الحصول على شيء سليم على نفقة البائع كما أن له طلب فسخ العقد لذا يجب لمعرفة حقوق المشتري في دعوى ضمان العيب الخفي التفرقة بين فرضين:

الأول: أن يكون العيب جسيما: بمعنى أن تكون خسارة المشتري قد بلغت حدا من الجسامة لو علمه لما أتم العقد لذا فله مطالبة البائع بالتعويض كما في حالة الاستحقاق الكلي بشرط أي يرد المشتري المبيع وما يكون قد أفاده منه أو أن يبقى المبيع مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب.

الثاني: ألا يكون العيب جسيما: فإذا لم يكن العيب جسيما أي لم يبلغ الحد الذي كان يجعل المشتري لا يتم العقد لو علم به فإن للمشتري أن يبقى المبيع مع المطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب العيب .

أثر هلاك المبيع في الرجوع بالضمان:

تنص المادة 382 على أنه " تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشيء المبيع وبأي سبب

كان".

فالهلاك طبقا لهذا النص لا يؤثر في بقاء دعوى الضمان وتختلف حقوق المشتري باختلاف سبب الهلاك ، فإذا كان الهلاك قد نتج عن العيب ذاته كما لو كان المبيع بناء ضعيف الأساس وتهدم، أو حيوانا مريضا فمات فيرجع المشتري على البائع بالتعويض الكامل ويرد له ما قد تبقى من المبيع

كالأرض والأنقاض في حالة تهمدم البناء وكذلك الحال إذا كان الهلاك بفعل البائع، وإذا كان الهلاك بقوة قاهرة تحت يد المشتري فيستطيع الرجوع بالضمان على البائع كما لو كان المبيع لا يزال قائما، فيرجع المشتري بالتعويض إذا كان العيب بسيط ويرجع بقيمة المبيع والتعويض إذا كان العيب جسيما، أما إذا هلك المبيع بخطأ من المشتري فإن هذا لا يحرمه من الرجوع بالضمان ولكن لا يجوز له مطالبة البائع إلا بالتعويض عما كان بالمبيع من نقص بسبب العيب سواء أكان النقص جسيما أم أو لا.

سقوط دعوى الضمان بالتقادم:

تنص المادة 383 على أنه " تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول

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

ومن هذا النص يتضح أن مدة التقادم تبدأ من وقت التسليم الفعلي، ويجوز للبائع والمشتري أن يتفقا على مدة أطول من مدة السنة لتقادم دعوى المشتري بضمان العيب على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسقوط دعوى المشتري بمضي سنة من وقت التسليم إذا كان قد عمد إخفاء العيب غشا منه، وفي هذه الحالة تسقط الدعوى طبقا للقواعد العامة في التقادم المسقط بمرور 10 سنوات من وقت اكتشاف العيب .

ثالثا:الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية

جواز الاتفاق على تعديل الأحكام:

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

ويظهر من هذا النص أن أحكام ضمان العيوب الخفية كأحكام الضمان الأخرى ليست من النظام العام، فللمتعاقدين وضع تنظيمها خاصا لها بدلا من القواعد العامة التي نظمها المشرع، وهذا التنظيم الاتفاقي قد يهدف إلى تشديد أحكام الضمان على البائع أو إلى تخفيفها أو حتى الإعفاء منها.

و من أمثلة تشديد الضمان على البائع اشتراط المشتري عليه ضمان كل العيوب حتى ما كان منها ظاهرا، و من أمثلة إنقاص الضمان الاتفاق على التزام المشتري بإجراء ما تطلبه للكشف عن العيب من فحص غير عادي بمجرد تسلمه المبيع. وإلا سقط حقه في طلب الضمان وإسقاط الضمان يكون باشتراط البائع على المشتري عدم ضمانه إي عيب ، ويلاحظ أنه في حالتي إنقاص الضمان وإسقاطه يكون الشرط باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه، أما إذا ظهر عيب آخر لم يتعمد البائع إخفاءه فإن الشرط يكون صحيحا.

رابعاً: ضمان البائع صلاحية المبيع مدة معينة:

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

واشتراط صلاحية المبيع للعمل يكثر في بيع الآلات والأدوات الحديثة كالساعات والثلاجات وجهاز التلفزيون والسيارات وأجهزة الإعلام الآلي.

ويتضح من نص المادة 386 أنه لا يجب على المشتري فحص المبيع عند تسلمه للتحقق مما إذا كان صالحاً للعمل المدة المتفق عليها (1) ولكن عندما يظهر خلل في المبيع خلال المدة المتفق عليها فعلى المشتري إخطار البائع به خلال شهر من يوم ظهور العيب، والغالب أن يقوم البائع بالإصلاح على نفقته أو إبدال المبيع أو بعض أجزائه ودعوى الضمان تسقط بمضي ستة أشهر من وقت الإخطار لا بمضي سنة من وقت التسليم.

ويجوز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان سواء بالزيادة أو بالنقصان كأن يتفق على أن يكون للمشتري رد المبيع والحصول على التعويض الكامل ولو كانت الخسارة غير جسيمة أو حرمان المشتري من الحق في رد المبيع ولو كانت خسارته جسيمة وقصر حقه على التعويض مع الاحتفاظ بالمبيع وذلك ما نصت عليه العبارة الواردة في ذيل المادة 386 بقولها " كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه".

1- محمد حسنين (المرجع السابق) ص 166.

البيوع التي لا ضمان فيها:

يلتزم البائع بضمان التعرض والاستحقاق في جميع البيوع اختيارية أو جبرية، أما بالنسبة للعيوب الخفية فقد نصت المادة 385 على أنه " لا ضمان للعيوب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد" والحكمة من هذا النص هي أن البيع بالمزاد قد أعلن عنه وكان أمام المزايدين فترة لفحص الشيء المبيع قبل إقدامهم على المزايدة.

والمقصود بالبيوع القضائية تلك التي يستلزم القانون أن تتم تحت إشراف القضاء كبيع أموال المدين جبرا لسداد ديونه وبيع أموال المفلس وبيع أموال القاصر أما البيوع التي لا يستلزم القانون حصولها بواسطة القضاء فلا يسري عليها هذا النص ولو تم البيع فعلا أمام القضاء كما إذا تم بيع العقار الشائع الذي تعذرت قسمته عينا أمام محكمة القسمة طبقا للمادة 782 مدني.

الفصل الثاني

التزامات المشتري

ينشئ عقد البيع باعتباره من العقود الملزمة للجانبين التزامات في ذمة المشتري تقابل التزامات البائع، والتزامات المشتري هي: الالتزام بدفع الثمن والالتزام بدفع مصاريف و نفقات عقد البيع، والالتزام بتسليم المبيع، وعلى ذلك نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتناول في كل مبحث التزام من التزامات المشتري.

المبحث الأول

الالتزام بدفع الثمن

الالتزام بالوفاء بالثمن يعد من أهم الإلتزامات التي يلتزم بها المشتري⁽¹⁾ وذلك لأن الثمن يشكل احد العناصر الجوهرية في عقد البيع و الذي بدونه لا يوجد البيع.

و الكلام في الإلتزام بدفع الثمن يقتضي منا أن نتكلم أولا عن زمان و مكان دفعه، ونعرض ثانيا لحق المشتري في حبس المبيع و أخيرا جزاء عدم دفعه.

و يلتزم المشتري بدفع الثمن المحدد في العقد أو الذي حدد بعد ذلك وفقا لأسس تحديد الثمن التي سبق أن بينها.

و يعتبر في حكم الثمن فتسري عليه قواعده ما يلتزم به المشتري بتكملة الثمن الأصلي كما في حالة استغلال المشتري للبائع (المادة 90 مدني) وكذلك في حالة الغبن في بيع العقار، حيث يلزم المشتري تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل (المادة 358 مدني).

و يعتبر كذلك في حكم الثمن ، ما يلتزم به المشتري من تكملة الثمن في حالة ظهور زيادة في مقدار المبيع إذا كان الثمن مقدرا بحساب الوحدة، وكان المبيع غير قابل للتبعيض (للتقسيم) (المادة 2/365).

و يعتبر في حكم الثمن ما يلتزم به البائع في حالة استغلال المشتري (المادة 90 مدني) وفي حالة وجود عجز في مقدار المبيع (المادة 1/365).

أولا: زمان ومكان الوفاء بالثمن:

1- زمان الوفاء بالثمن:

تنص المادة 388 مدني على أنه: يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك".

يتضح من النص السابق أنه يتعين أولا للبحث عن زمان الوفاء بالثمن الرجوع إلى الاتفاق فإذا وجد اتفاق على تحديد زمان الوفاء بالثمن، يجب إعمال هذا الاتفاق فإذا لم يوجد اتفاق فيرجع إلى العرف فإن لم يوجد لا اتفاق ولا عرف كان الثمن مستحقا في الوقت الذي يسلم فيه المبيع، ويعد دفع الثمن فور انعقاد العقد طبقا للقواعد العامة التي تقضي بتنفيذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد.

2- مكان الوفاء بالثمن:

تنص المادة 387 على أنه " يدفع ثمن البيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

فإذا لم يكن ثمن المبيع مستحقا وقت تسلم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه المشتري وقت استحقاقه الثمن".

يتبين لنا من النص أنه إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد مكان دفع الثمن، فإن المشرع يفرق بين حالتين:

الأولى: أن يكون الثمن مستحقا وقت التسليم، في هذه الحالة يتعين دفع الثمن في المكان الذي يسلم فيه المبيع، ويعد هذا الحكم خروجاً على القواعد العامة التي تقضي بأن يكون الوفاء في موطن المدين وقت الوفاء (م2/282).

الثانية: إذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت التسليم، فإن الوفاء بالثمن يكون في المكان الذي يوجد فيه المشتري وقت استحقاق الثمن، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة (م2/282).

ذلك أن المشتري هو المدين والقاعدة أن الدين مطلوب وليس محمول أي أن الدائن هو الذي يسعى وراء المدين مطالب إياه بالوفاء.

ثانياً: حق المشتري في حبس الثمن:

تنص المادة 388 في فقرتها الثانية على أنه " فإذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق أو آل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري جازله أن لم يمنعه شرط في العقد أن يمسك الثمن إلى أن ينقطع التعرض أو يزول الخطر وله أن يمسك الثمن أيضاً إذ ظهر له عيب في الشيء المبيع".

يتبين من هذا النص أن المشتري يحق له أن يحبس الثمن على البائع ولو كان مستحق الأداء إذا وقع له تعرض في المبيع أو وجدت عنده أسباب جدية تجعله يخشى وقوع التعرض أو وجد بالمبيع عيباً يوجب الضمان فووقوع تعرض بالفعل للمشتري في المبيع، يترتب عليه قيام التزام البائع بالضمان (ضمان التعرض والاستحقاق).

ويكون للمشتري إذا لم يكن دفع الثمن للبائع أن يحبسه حتى ولو كان مستحق الدفع. وإذا كان يشترط لقيام التزام البائع بالضمان أن يتحقق التعرض، أي أن يقع التعرض بالفعل للمشتري فإن حق المشتري في حبس الثمن يتحقق حتى ولو لم يقع تعرض فعلي، فيكفي أن يكون عند المشتري أسباب جدية يخشى معها من وقوع هذا التعرض، ومثال ذلك أن يكشف المشتري أن ملكية البائع معلقة على شرط واقف، ولم يتحقق الشرط. أو أن البائع اشترى المبيع ولم يدفع الثمن، فأصبح البيع الصارم مهتداً بالفسخ أو أن المبيع مثقل بحق رهن، أو حق اختصاص، ففي كل هذه الأحوال تقوم عند المشتري أسباب جدية يخشى معها نزع المبيع من يده،

والمشتري لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق لعدم وقوع تعرض بالفعل، ولكن مع ذلك يستطيع أن يحبس عنه الثمن.

وكذلك يجوز للمشتري أن يحبس الثمن على البائع لو كشف عيبا في المبيع وكان من العيوب التي توجب الضمان.

و حق المشتري في حبس الثمن وإن ورد فيه نص خاص، ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة في الدفع بعدم التنفيذ والحبس بوجه عام ، فالتزام المشتري بدفع الثمن يقابله التزام البائع بنقل ملكية هادئة نافعة للمشتري فإذا وجدت أسباب جدية يخشى معها ألا يقوم بتنفيذ التزامه، كان للمشتري أن يوقف تنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه.

ويلاحظ أن حق المشتري في الحبس ليس من النظام العام ، فهو تقرر لمصلحته، وعلى ذلك لا يجوز له أن يحبس الثمن على البائع إذا وجد اتفاق بين البائع والمشتري يقضي بأنه لا يحق للمشتري حبس الثمن لأي سبب من الأسباب التي يكون فيها المشتري الحق في الحبس.

فإذا لم يوجد اتفاق على نزول المشتري عن حقه في الحبس، فإن هذا الحق يبقى قائما ولا يسقط إلا بأحد أمرين:

الأول: إذا زال سببه ، فانقطع التعرض بنزول المتعرض عما يدعيه أو زال الخطر بان دفع البائع مثلا لمن له رهن على المبيع الدين المضمنون بالرهن أو أصلح البائع العيب الذي كشفه المشتري في المبيع.

الثاني: إذا قدم البائع للمشتري كفالة شخصية أو عينية تضمن له ما عسى أن يترتب على ضمان التعرض والاستحقاق أو على ضمان العيب من تعويض، وذلك تطبيقا للقاعدة العامة الواردة (في المادة 200).

ثالثا: جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالثمن:

لا يوجد نص خاص ينظم الجزاء الذي يترتب على إخلال المشتري بالتزامه بدفع الثمن، لذلك يخضع للقواعد العامة، فيحق للبائع إذا أخل المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن تطبيقا لقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد المقررة في العقود الملزمة للجانبين.

كما أن له أن يلزم المشتري بالتنفيذ فينفد جبرا على أمواله وله طلب فسخ العقد (1).

أ-التنفيذ العيني:

يكون للبائع عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن، باعتباره دائئا له به، الحجـز على أموال المشتري بصفته مدينا بالثمن، و التنفيذ عليها جبرا عن طريق بيعها بالمزاد العلني و استيفاء حقه من الثمن الذي يرسوبه المزداد، و ذلك طبقا للإجراءات التي ينص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما أن للبائع ضمان خاص على المبيع، فقد قرر له المشرع حق امتياز خاص على الشيء المبيع بموجبه يستطيع أن يستوفي حقه من قيمته بالأفضلية على سائر الدائنين سواء كان المبيع منقولاً (المادة 997 ق م) أو عقارا(المادة 999 ق م).

ويلاحظ أن البائع مقيد في التنفيذ على أموال المشتري مع وجود هذا الضمان الخاص، بحيث يتعين عليه التنفيذ أولا على المبيع، فإذا اتضح أن الثمن الذي رسا به المزداد لا يكفي للوفاء بكل الثمن، جازله مباشرة إجراءات التنفيذ على مال آخر من أموال المشتري.

ب-فسخ العقد:

بالإضافة إلى حق البائع في طلب التنفيذ العيني له الحق في طلب الفسخ نتيجة لإخلال المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن وذلك عملا بالقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين (المادة ق م119).

و القاعدة أن الفسخ باعتباره جزاء يترتب على إخلال أحد الطرفين بالتزامه، لا يقع بقوة القانون، بل يستلزم صدور حكم قضائي به(2) ، و للقاضي سلطة تقديرية في إجابة طلب المشتري، فالقاضي لا يقضي بإيقاع الفسخ إلا إذا كان إخلال المشتري بالتزاماته بدفع الثمن قد بلغ حدا من الجسامة كأن يكون المشتري معسرا و أن البائع مهدد بضيق المبيع و الثمن معا، هذا إذا تعلق الأمر ببيع العقار.

1 H.Letj -Mazeud :OP CIT.P.340

2 H.Letj -Mazeud :OP CIT.P.340

أما بالنسبة للمنقول، فقد نص المشرع على حكم خاص في بيع المنقول خرج فيه على القواعد العامة في الفسخ، حيث نصت المادة 392 ق م على أنه " في بيع العررض وغيرها من المنقولات إذا عين أجل لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا وجوبا في صالح البائع و دون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل وهذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك".

و يتضح من هذا النص أنه يشترط لتطبيقه توافر الشروط الآتية (1):

- 1- أن يكون المبيع من عروض التجارة أو المنقولات الأخرى، فلا ينطبق حكمه في بيع العقار..
- 2- أن يكون هناك اتفاق على ميعاد واحد لدفع الثمن وتسليم المبيع ويلاحظ أنه إذا اتفق على ميعاد معين لتسليم المبيع ولم يتفق على شيء بالنسبة لدفع الثمن، فإن الثمن يكون مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع طبقا للمادة 1/388 ق م.
- 3- أن يتأخر المشتري عن دفع الثمن في الميعاد.

فإذا توافرت هذه الشروط يطبق نص المادة 392 ويجوز للبائع أن يعتبر البيع مفسوخا بمجرد تأخر المشتري عن دفع الثمن في الميعاد المحدد وهذا عكس القواعد العامة، والحكمة من هذا الحكم تكمن في أن عروض التجارة والمنقولات بصفة عامة تتغير أسعارها وتتعرض للتلف مع مرور الزمن فأعطى القانون للبائع الحق في أن يعتبر البيع مفسوخا دون حاجة إلى أذار أو حكم قضائي حتى يتمكن من التصرف في المبيع بمجرد أن يتخلف المشتري عن دفع الثمن(2)، وأغفاه من إجراءات الفسخ القضائي.

1- محمد صبري السعدي (المرجع السابق) ص 444.

2- محمد حسنين (المرجع السابق) ص 178، محمد كامل مرسي باشا (المرجع السابق)، ص 385..

المبحث الثاني

الإلتزام بدفع مصاريف البيع

قد يتطلب إبرام عقد البيع بعض المصروفات وقد لا تكون هناك أية مصروفات ، فإذا تطلب إبرام عقد البيع بعض المصروفات (1)، فإن المادة 393 ق م قد بينت على من تقع هذه المصروفات من المتعاقدين حيث نصت على أنه " إن نفقات التسجيل ، والطابع ورسوم الإعلان العقاري، و التوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك".

ويتضح من هذا النص أن مصاريف عقد البيع يتحملها المشتري، وهذا هو الأصل ولكن هذا الأصل لا يعمل به عند وجود نص قانوني يقضي بتحمل البائع بالمصروفات ، أو توزع عليهما مناصفة أو بأية نسبة أخرى، وبالرغم من أن المادة 393 لم تنص على جواز إتفاق المتعاقدين على خلاف الأصل، ومع ذلك فإنه لهما الإتفاق على أن يتحمل البائع بالمصروفات أو أن توزع مناصفة بين البائع والمشتري لأن نص المادة 393 لا يتعلق بالنظام العام.

ويشمل التزام المشتري بالمصروفات حسب نص المادة 393 ق م المصروفات الضرورية لإبرام العقد ، أي توثيقه وكذا حقوق التسجيل، ومصاريف شهر العقد ، ويتحمل المشتري كذلك أية مصاريف أخرى عدا المصاريف التي يقتضيها تنفيذ البائع لإلتزاماته كمصاريف تطهير الرهون المقيدة على العقار المبيع (2) لأن الرهن الذي يطهره المشتري آت من جهة البائع (3) و مصاريف إثبات ملكية البائع للمبيع، و مصاريف تسليم المبيع ، فإن البائع هو الذي يتحملها (4) لأنه ملتزم بنقل الملكية خالصة إلى المشتري وتسليمه المبيع ما لم يتفق على أن يتحملها المشتري.

1 - جعفر محمد جواد الفضلي (المرجع السابق) ص 204

H.Letj MAZEUD ,op ci t ,OP.341

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، (المرجع السابق) ص 844-جعفر محمد جواد الفضلي، (المرجع السابق) ص

3- محمد عبد الرزاق السنهوري.(المرجع السابق) ص 844.

4-محمد حسنين،(المرجع السابق) ص 180-محمد صبري السعدي،(المرجع السابق) ،ص 447.

وإذا دفع البائع مصروفات البيع أو بعضها فإنه يرجع على المشتري بما دفعه من هذه المصروفات ما لم يتفق على خلاف ذلك ، وللبائع في رجوعه على المشتري كل الضمانات التي له في الرجوع عليه بالثمن، فيستطيع أن يحبس المبيع، وأن يطلب فسخ البيع، إذا لم يسترد هذه المصروفات من المشتري، وله حق إمتياز على المبيع يكفل له إسترداد هذه المصروفات(1)

المبحث الثالث

الالتزام بتسليم المبيع

لا يلتزم المشتري بدفع الثمن و مصاريف البيع فقط ، بل يلتزم كذلك بتسليم المبيع فالمشروع كما ألزم البائع بتسليم المبيع فإنه في المقابل ألزم المشتري في الوقت نفسه بتسلمه(2).

و تنفيذ البائع لإلتزامه بالتسليم يكون-كما سبق و أن بينا من قبل -بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الإنتفاع به دون عائق و لو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك.

أما تنفيذ المشتري لإلتزامه بتسليم المبيع فهو يستلزم أن يستولي المشتري على المبيع إستيلاء ماديا(3) و ذلك بالإستيلاء عليه فعلا.

1 - أحمد عبد الرزاق السنهوري،(المرجع السابق)،ص844

2- جعفر محمد جواد الفضلي (المرجع السابق) ص 204

3-محمد حسنين (المرجع السابق) ص 182-محمد صبري السعدي،(المرجع السابق) ص451

-أحمد عبد الرزاق السنهوري،(المرجع السابق) ص 847

فالإلتزام بالتسليم و الإلتزام بالتسليم إلتزام مترافقان و مترابطان فالمشتري لا يستطيع أن يتسلم المبيع ما لم يقم البائع بالتسليم(1) على النحو السابق.

وتظهر الأهمية العملية لإلتزام المشتري بتسلم المبيع بالإستيلاء الفعلي عليه إذا كان المبيع منقولاً بالنسبة للبائع الذي يكون راغباً في التخلص من عبء حفظ المنقول المبيع، أو أن يريد الإستفادة من المكان الذي يشغله المبيع(2).

و الإلتزام بالتسليم يقتضي أن نبين مكان التسلم وزمانه، ومن يتحمل نفقاته، و الجزاء الذي يترتب على الإخلال به.
أولاً: زمان التسلم و مكانه.

تنص المادة 394 ق م على أنه " إذا لم يعين الإتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع و أن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم".

يتضح من هذا النص أن تحديد زمان ومكان التسلم غالباً يحددهما الإتفاق أو العرف فيجب أن يتم تسليم المبيع في الوقت المتفق عليه بين المتعاقدين أو في الوقت الذي يحدده العرف، وعند عدم وجود إتفاق أو عرف وجب على المشتري بمجرد قيام البائع بوضع المبيع تحت تصرفه أن يتسلمه دون تأخير بإستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم.

أما فيما يتعلق بمكان التسلم فإنه هو مكان وجود المبيع وقت البيع و هو مكان التسليم لذا يجب على المشتري أن يتسلمه في هذا المكان.

-1 H.Letj MAZEAUD .op cit.p.356

-2 -محمد صبري السعدي، (المرجع السابق) ص847- أحمد عبـد الرزاق السنهـوري، (المرجع السابق) ص 452

ثانيا: نفقات تسلم المبيع.

يقصد بنفقات تسلم المبيع مصاريف وضع اليد على المبيع وقبضه فهي تشمل مصاريف نقله من مكان التسلم إلى المكان الذي يعينه المشتري، كما تشمل مصاريف التفريغ والرسوم الجمركية والجمالين، وهذه المصاريف يتحملها المشتري ما لم يوجد عرف أو إتفاق يقضي بأن تكون على البائع أو مناصفة بين البائع والمشتري⁽¹⁾، وقد نصت على ذلك المادة 396 ق م بقولها " إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو إتفاق يقضي بغير ذلك."

ثالثا: جزاء إخلال المشتري بالتزامه بالتسلم.

إذا لم يقيم المشتري بتسلم المبيع في الزمان والمكان الذين يجب عليه فيهما ذلك، عد مخلا بالتزامه وكان للبائع طبقا للقواعد العامة أن يطالب بعد إعدار المشتري بتنفيذ إلتزامه بالتسلم أن يطلب من القضاء تنفيذ إلتزام المشتري جبرا عليه وقد يتم ذلك عن طريق الحكم عليه بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه عن التسلم⁽²⁾. كما قد يتم ذلك عن طريق إيداع المبيع في مكان آخر غير مكان البائع في ذمة المشتري بمصروفات يتحملها الأخير إذا كان المبيع منقولاً أو أن يطلب وضعه تحت الحراسة إن كان عقارا (المادة 271 ق م). وإذا كان المبيع من الأشياء التي يسرع إليها التلف أو التي تكلف نفقات باهضة في إيداعها أو حراستها جاز للبائع أن يستأذن المحكمة للقيام ببيع المبيع بالمزاد العلني وأن يودع الثمن بالخزينة العمومية (المادة 272/ق مدني).

وإذا كان المبيع له سعر معروف في السوق فلا يجوز بيعه بالمزاد العلني إلا إذا تعذر البيع بالتراضي وبالسعر المتداول عرفا (المادة 2/272 ق م).

1- جعفر محمد جواد الفضلي (المرجع السابق) ص 205

2- محمد صبري السعدي، (المرجع السابق)، ص 205، جعفر محمد جواد الفضلي، (المرجع السابق) ص 453.

وكذلك يجوز للبائع أن يطالب فسخ البيع طبقاً للقواعد العامة، و المحكمة لها سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ فإذا رأت مسوغاً للفسخ قضت به، وإلا منحت المشتري مهلة لتسلم المبيع. وسواء طلب البائع التنفيذ العيني أو الفسخ فإن له في الحالتين المطالبة بالتعويض مما أصابه من ضرر بسبب إخلال المشتري بإلتزامه بتسلم المبيع. كأن يطلب أجره المكان الذي بقي مشغولاً بالمبيع منذ حلول وقت تسلمه(1).

الباب الثالث

أحكام خاصة ببعض أنواع البيوع

بعد أن فرغنا من دراسة الاحكام العامة لعقد البيع أو البيع بوجه عام التي تناولها المشرع في القسم الأول من الفصل الأول الذي هو بعنوان عقد البيع ننتقل الآن لدراسة بعض أنواع البيوع التي تكلم عنها المشرع في القسم الثاني من عقد البيع تحت عنوان أنواع البيوع وأفراد لكل منها أحكاماً خاصة وهي:

1- بيع ملك الغير.

2- بيع الحقوق المتنازع عليها.

3- بيع التركة.

4- البيع في مرض الموت

5- بيع النائب لنفسه.

ويلاحظ بالنسبة لبيع ملك الغير، أنه سبق وأن درسنا أحكامه عند دراستنا لشروط المبيع، لذا سنقصر دراستنا على بيع الحقوق المتنازع عليها، و بيع التركة، و البيع في مرض الموت، و بيع النائب لنفسه و نخصص لكل منها فصلاً،

1- محمد صبري السعدي (المرجع السابق) ص 454

الفصل الأول

بيع الحقوق المتنازع عليها

الحق المالي يمكن أن يكون خاليا من أي نزاع أي مسلما به، كما يمكن أن يكون حقا متنازعا عليه وقد يعمد من يدعي بحق متنازع عليه إلى بيع هذا الحق لشخص ثالث يكون عادة من المضارين ليتخلص هو من إجراءات رفع الدعوى وما تتطلبه من جهود ونفقات في سبيل إقرار الحق المدعي به.

وإذا أراد شخص أن يشتري حقا متنازعا عليه فإنه يشتري بأقل من قيمته لأنه يراعي في تحديد قيمة هذا الحق احتمال خسارته وما يتكبده من جهود ونفقات من أجل إقراره.

وقد عالج المشرع الحقوق المتنازع عليها في المواد من 400 إلى 403، وقد ميزت هذه المواد بين

حالتين:

الحالة الأولى: بيع الحقوق المتنازع عليها لغير عمال القضاء إذ خول المشرع للمتنازل ضده أن يسترد الحق المتنازع عليه من المشتري.

الحالة الثانية: منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها.

وفيما يلي نقوم بدراسة كل حالة من الحالتين في مبحثين.

المبحث الأول

بيع الحقوق المتنازع عليها لغير عمال القضاء حق الاسترداد

لما كان بيع الحقوق المتنازع فيها نوعاً من المضاربة لأن من يشتري حقاً متنازعا عليه يغلب أن يكون مضارباً على احتمال كسب الدعوى، فأراد المشرع أن يفوت عليه قصده وتضييق الخناق على المضاربين⁽¹⁾، وذلك بتمكين الطرف الآخر في النزاع من إسترداد الحق المتنازع عليه، فنص في الفقرة الأولى من 400 ق م على أنه " إذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه فللمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له و المصاريف الواجبة..."

و دراسة إسترداد الحقوق المتنازع فيها تقتضي بحث ما يلي:

- شروط الإسترداد

- كيفية الإسترداد

- آثار الاسترداد

- حالات لا يجوز فيها الإسترداد.

أولاً : شروط حق الإسترداد

تنص المادة 400 ق م على أنه " إذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه فللمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له و المصاريف الواجبة.

و يعتبر الحق متنازعا فيه إذا رفعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع جوهري".

يتبين من هذا النص أنه يشترط لثبوت حق الإسترداد شرطان:

- أن يكون الحق متنازعا فيه

- أن يكون صاحب الحق قد تنازل عنه بمقابل.

1- جعفر محمد جواد الفضلي، (المرجع السابق) ص 112. محمد حسنين، (المرجع السابق)، ص 203.

الشرط الأول: أن يكون الحق موضوع الإسترداد متنازعا فيه.

يجوز الإسترداد ما دام الحق متنازعا فيه. ويشمل نص المادة 406 جميع الحقوق المتنازع فيها سواء أكان هذا الحق شخصا أو عينيا، فقد جاء لفظ الحق مطلقا.

ويجب أن يكون المتنازل له عالما بالنزاع الواقع على الحق، أما لو كان يجهل أن الحق الذي تلقاه محل نزاع فلا يجوز الاسترداد لانتقاء قصد المضاربة لدى المتنازل له (1).

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 400 على أن "يعتبر الحق متنازعا فيه إذا رفعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع جوهري".

ويتضح من هذا النص أن الحق يعتبر متنازعا فيه في حالتين:

الحالة الأولى: إذ رفعت من أجله دعوى.

و المقصود بذلك هو أن تكون هناك منازعة أمام القضاء في موضوع الحق واصله كإنكار وجوده أصلا أو إدعاء انقضائه لأي سبب من أسباب الانقضاء كالوفاء أو مضي المدة، فلا يكفي مجرد رفع الدعوى لاعتبار الحق متنازعا فيه إذا كان النزاع في الدعوى لا يمس موضوع الحق، كالدفاع بعدم إختصاص المحكمة (2)، أو ببطلان عريضة الدعوى لإغفالها بعض البيانات الجوهرية، أو إنعدام صفة المدعي في الدعوى.

و يبقى الحق متنازعا فيه حتى بعد صدور الحكم في الدعوى طالما أن هذا الحكم غير نهائي، بجواز الطعن فيه بطرق الطعن العادية (المعارضة والاستئناف) كذلك يبقى الحق متنازعا فيه ولو صدر فيه حكم نهائي إذا كان قد حصل الطعن فيه فعلا بالنقض أو إلتماس إعادة النظر.

1- محمد حسنين (المرجع السابق) ص 204-محمد صبري السعدي (المرجع السابق). ص 460 و 461.

2- محمد حسنين (المرجع السابق) ص 205، محمد صبري السعدي (المرجع السابق) ص 461، جعفر محمد جواد الفضلي (المرجع السابق) ص 219.

الحالة الثانية: إذا قام بشأن الحق نزاع جدي:

ويعتبر الحق متنازعا فيه كذلك إذا قام بشأنه نزاع جدي أو جوهري على وجود الحق كله أو بعضه. أما مجرد مماطلة المدين في الدفع دون أن ينكر مديونيته فلا تعتبر نزاعا جديا.

الشرط الثاني: أن يكون النزول عن الحق بمقابل فيه المضاربة:

لا يجوز الإسترداد إلا إذا كان التنازل عن الحق المتنازع فيه قد تم بمقابل ، فإذا تبرع به فلا يجوز الاسترداد(1)، ونص المادة 1/400 صريح في ذلك إذ يقول " ... فللمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له...".

والحكمة من الاسترداد هي منع المضاربة إذ أن المضاربة لا تتحقق في التبرعات، فالمتبرع إليه لا يعد مضاربا، ولكن المضاربة تصح في التصرفات بمقابل ، فالمتصرف إليه بمقابل قد يعد مضاربا، فإذا كان التصرف معاوضه فيه المضاربة جاز الاسترداد.

ثانيا: كيفية الاسترداد:

يتم الاسترداد بأن يعلن المتنازل ضده رغبته في الاسترداد دون حاجة إلى شكل خاص، بل يجوز أن يكون ذلك بأي وسيلة تفصح عن الرغبة في الاسترداد، ويجب إعلان الرغبة في الاسترداد قبل أن ينتهي النزاع بصدور حكم نهائي في موضوع الحق.

فإذا كانت الدعوى مرفوعة أمام القضاء بأن يكون الدائن قد رفع الدعوى يطلب فيها المدين بالحق و دخل فيها المشتري خصما أو رفعها المشتري إبتداء على المدين يطالبه بالحق الذي أشتراه، فعلى المدين إذا أراد إسترداد الحق أن يعلن رغبته عن طريق طلب يوجه إلى المشتري أمام المحكمة بالشكل العادي الذي تبدي به الطلبات في الدعاوى المنظورة أمام المحاكم.

1- محمد صبري السعدي (المرجع السابق) ص 462

وإذا لم ترفع دعوى بالحق وإنما قام في موضوعه نزاع جدي فيكون طلب الاسترداد بإعلان المدين عن رغبته لمشتري الحق المتنازل فيه بالطرق العادية، فإذا لم يسلم المشتري بحق المدين في الاسترداد كان لهذا الأخير أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بحصول الاسترداد وصحته(1).

و طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة 400 ق م فإنه يجب على المسترد (المتنازل ضده) الذي يريد الاسترداد أن يؤدي إلى المشتري الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصاريف الواجبة.

فبالنسبة للثمن لا يلتزم المدين (المتنازل ضده) إلا بدفع الثمن الحقيقي لا الثمن المسمى في العقد، وللمتنازل ضده أن يثبت بكل طرق الإثبات أن الثمن المبين في العقد ليس الثمن الحقيقي (2). وبالنسبة للمصروفات الواجبة ، التي يلتزم المتنازل ضده بتعويض المتنازل له عنها، فيقصد بها جميع المصاريف التي أنفقها المتنازل له حتى وقت الاسترداد. كمصروفات تحرير العقد والسمة و أتعاب المحامي.

ثالثاً: آثار الاسترداد

لا يترتب على الاسترداد فسخ عقد البيع الصادر من المتنازل إلى المتنازل له ، بل يبقى العقد، ويحل المسترد محل المتنازل له ، ويكون لهذا الحلول أثر رجعي، فيعتبر أن المسترد تلقى الحق من المتنازل وأن المتنازل له لم يملك هذا الحق(3) ، في أي وقت من الأوقات و يترتب على ذلك النتائج الآتية:

1- ففي العلاقة بين المسترد و المسترد منه يحل الأول محل الثاني من غير أن يعتبر خلفاً له، فإذا كان المسترد منه قد رتب على الحق المتنازل عنه حقوقاً للغير فلا يحتج بها على المسترد.

1- جعفر محمد جواد الفضلي (المرجع السابق) ص 223

2- محمد كمال مرسي باشا (المرجع السابق) ص 436

3- محمد كامل مرسي باشا (المرجع السابق) ص 440

2- وفي العلاقة بين المسترد والمتنازل لا يكون لهذا الأخير أن يطالب المسترد مباشرة بالثمن إذ لم يكن المتنازل له (المسترد منه) قد وفاه، وإنما يرجع عليه باستعمال دعوى مديئنه المشتري أي الدعوى غير المباشرة، وفي ذلك يتعرض لمزاحمة دائني المشتري الآخرين، أن المسترد لا يعتبر أنه تلقى حقا من المشتري وكل ما حدث بالإسترداد أن هذا النزاع قد أنحسم ولم يعد محققا في مطالبة المسترد بشيء من الحق المتنازع فيه، ويكون للإسترداد الأثر الذي للصلح في حسم النزاع(1).

3- وفي العلاقة ما بين المتنازل والمسترد منه (المشتري) يبقى البيع قائما، إذ يظل المشتري ملزما بأداء الثمن فلا يحل المسترد محل المشتري في هذا الالتزام لأن المتنازل (البائع) لم يتعامل معه فلا يجبر على معاملته، ولا يرجع المشتري على البائع بالضممان بسبب الاسترداد ما لم يكن المشتري يجهل أنه أشتري حقا متنازعا فيه فإن جهل ذلك رجوع على البائع بالضممان(2).

رابعا : الحالات التي لا يجوز فيها الاسترداد

لما كانت الحكمة من الإسترداد القضاء على المضاربة في الحقوق المتنازعة فيها ولمنع إستغلال الخصومات (3) فقد نصت المادة 401 ق م على حالات أربع لا يجوز فيها الإسترداد لانتفاء فكرة المضاربة وهذه الحالات الأربع المذكورة على سبيل الحصر فيجوز الإسترداد في غيرها(4).

1- إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد. وتتحقق هذه الحالة في بيع التركات فإذا باع الوارث حقوقه في الميراث بعد موت المورث وكان من بين هذه الحقوق حق متنازع فيه. فلا يستطيع المدين أن يسترده منه، والسبب في ذلك هو أن الحق المتنازع فيه بفقد ذاتيته في هذه الحالة وتنعدم بشأنه فكرة المضاربة .

1- جعفر محمد جواد الفضلي (المرجع السابق)ص224

2- المرجع السابق السابـق.

3- جعفر محمد جواد الفضلي(المرجع السابق)ص225.

4- محمد حسنين(المرجع السابق) ص206، جعفر محمد جواد الفضلي (المرجع السابق)ص225-محمد صبري السعدي(المرجع

السابق)ص470.محمد كامل مرسى باشا(المرجع السابق)429.

2- إذا كان الحق المتنازع فيه مشاعا بين ورثة أو شركاء و باع أحدهم نصيبه لشريك آخر. إذ يغلب في هذه الحالة أن يكون دافع المشتري إلى الشراء اضطراره إلى ذلك بحكم اشتراكه في الميراث أو في الشيوع حتى يمنع دخول شريك جديد، وبذلك تنعدم فكرة المضاربة.

3- إذا تنازل المدين لدائنه عن حق متنازع فيه وفاء للدين الثابت في ذمته. وهذا وفاء بمقابل وقد رأى المشرع أن الدائن الذي يقبل تنازل مدينه عن حق متنازع فيه إنما يقصد إستيفاء حقه لا المضاربة.

4- إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقارا وبيع الحق لحائز هذا العقار. وقد رأى المشرع أن حائز العقار إنما يقصد بالشراء أن يخلص عقاره من الحـق الذي يثقله لا المضاربة مثال ذلك. إذا كان (أ) مالكا لعقار مرهون لضمان دين متنازع فيه لـ (ب) على (ج) فإنه إذا اشترى (أ) الدين من (ب) فإنه لا يجوز للمدين (ج) إسترداده لأن غرض (أ) الحائز من هذا الشراء هو تخلص عقاره من الرهن وليس بقصد المضاربة في الدين.

المبحث الثاني

منع عمال القضاء والمحامون من شراء الحقوق المتنازع فيها

إذا كان الأصل كما رأينا هو جواز بيع الحقوق المتنازع فيها فإن المشرع رأى الخروج على الأصل فقضى بمنع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها وذلك لاعتبارات تتعلق بمهمة القضاء ألا وهي توزيع العدالة بين الناس و حماية الحقوق، و دفعا للشبهات و الشكوك التي تساور الناس في حياد القضاء، ولهذا نص المشرع في المادة 402 ق م على بطلان بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء بقولها " لا يجوز للقضاة، ولا للمدافعين القضائيين، ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة إسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في إختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا".

-المنع مقصور على أشخاص معينين على سبيل الحصر:

وقد عدد نص المادة 40 ق م الأشخاص الذين يمتنع عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها على سبيل الحصر، لأن المنع إستثناء من الأصل في إباحة التعاقد، وهم من يخشى من نفوذه في النزاع الذي يحتمل أن يرفع إلى القضاء في شأن الحق المبيع. ولذلك لا يشمل المنع غير المذكورين في النص ممن يباشرون العمل في المحاكم كالخبراء و المترجمين و كتاب المحامين ورجال الضبطية القضائية.

ويشترط لمنع الأشخاص الممنوعين من الشراء الذين عددهم المادة 40 أن تكون صفتهم قائمة وقت الشراء، فإذا أشتري شخص حقا متنازعا فيه قبل تعيينه في إحدى الوظائف أو المهن المذكورة أو بعد عزله. فشراؤه صحيح.

وقد حرص المشرع على أن ينص صراحة على المنع يستوي في ذلك أن يكون شراؤهم بأسمائهم أو باسم مستعار، وهذا تفرضه علة التحريم إذ أنه لو أمكن الشراء باسم آخر لأصبح المنع لا قيمة له.

- الحقوق التي يمتنع شراؤها:

ويشترط في الحق الذي يمتنع شراؤه على الأشخاص الممنوعين من الشراء-1 أن يكون حقا متنازعا فيه كله أو بعضه 2- وأن يكون نظر النزاع داخلا في إختصاص المحكمة التي يباشر الأشخاص الممنوعين أعمالهم في دائرتها و على هذا الأساس يجوز لقاضي محكمة قسنطينة مثلا أن يشتري الحق المتنازع فيه إذا كان النظر فيه من إختصاص محكمة الخروب. وينتقد البعض هذا الشرط و يطلب بأن يشمل المنع سواء كان النظر في النزاع من إختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم فيها أم لا و ذلك محاربة لروح المضاربة و إبعاد عمال القضاء عن المواطن الشبهة و إستغلال النفوذ(1).

1- جعفر محمد جواد الفضلي(المرجع السابق)ص228.

و العبرة هي بالإختصاص عند الشراء، فإذا أشتري القاضي حقا متنازعا فيه تختص بنظر النزاع فيه محكمة أخرى غير تلك التي يعمل بها كان الشراء صحيحا ولو نقل بعد ذلك إلى المحكمة المختصة به وإذا أشتري حقا تختص بنظر النزاع فيه المحكمة التي يعمل بها كان الشراء باطلا ولو نقل بعد ذلك إلى محكمة أخرى (1).

أما المحامون فإن نص المادة 402 ق م صريح في منعهم من شراء الحق المتنازع فيه إذا كان النظر في النزاع يدخل في إختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، ولما كان عمل أو نشاط المحامي لا يرتبط بمحكمة معينة بل يجوز له الترافع أمام جميع الجهات القضائية المقبول أمامها، فإنه يمتنع عليه شراء أي حق متنازع فيه في جميع أنحاء الدولة بالنسبة لجميع الجهات القضائية التي من نفس الدرجة التي للمحامي الحق في الترافع أمامها (2).

غير أن في ذلك تضيق على المحامين ليس له ما يبرره، لذلك نرى أن المنع على المحامي يجب أن يكون مقصورا على الجهات القضائية التي يباشر عمله في دائرتها عادة، أي الجهات القضائية التي يوجد فيها مقر مكتبه.

- جزاء مخالفة المنع:

جزاء مخالفة المنع هو بطلان البيع بطلانا مطلقا، فنص المادة 402 ق م صريح في هذا المعنى. ويترتب على البطلان أثره، بحيث يعتبر العقد كأنه لم يكن فلا يكون له أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير ويستطيع أن يتمسك بهذا البطلان كل ذي مصلحة، كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وفقا للقواعد المقررة في البطلان (3).

1- محمد حسنين (المرجع السابق) ص 51

2- المرجع السابق.

3- أحمد عبد الرزاق السنهوري (المرجع السابق) ص 217، 218.

و من ثم لا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترده في هذا البيع، كما سبق القول. و بناء عليه فإن المشتري يسترد ثمن الحق الذي دفعه، و يبقى الحق ملكا لصاحبه الأصلي.

-منع المحامي من التعامل مع موكله في الحقوق المتنازع فيه:

سبق و أن رأينا أن المحامي من الأشخاص الذي يمتنع عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها طبقا لنص المادة 402 ق م. غير أن المشرع لم يكتف بهذا النص بالنسبة للمحامين، و أورد بشأنهم نص صريح بمنع تعامل المحامين مع موكلهم ، في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها، فقد نصت المادة 403 على ذلك بقولها " لا يجوز للمحامين و لا للمدافعيين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها و إلا كانت المعاملة باطلة".

و يتضح من هذا النص أن المشرع قد حرم على المحامين جميع ضروب التعامل التي يمكن أن ترد على حق متنازع فيه بما في ذلك شراء هذه الحقوق، و على ذلك لا يجوز للمحامي الذي يتولى الدفاع عن الحق المتنازع فيه أن يشتري هذا الحق و لا أن يقايض و لا يوهب له و لا يجوز أن تكون أتعابه حصة معينة مما يحكم به لموكله(1).

و كل صور التعامل المذكورة أعلاه تقع باطلة بطلانا مطلقا، سواء تمت باسم المحامي أو باسم مستعار أي عن طريق زوجته أو أقاربه أو من أي شخص آخر إذا ثبت أنها صدرت لفائدة المحامي، و العلة من بطلان تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه تقوم على إعتبارات تتصل بالنظام العام، إذ يخشى لو أبيع هذا التعامل أن يستغل المحامي مركزه و خبرته و درايته، فيوهم موكله بضعف مركزه في الدعوى فيتوصل بذلك إلى إبرام إتفاق يكون الموكل فيه مغبونا.

1- السنهوري (المرجع السابق) ص 219، جعفر محمد جواد الفضلي المرجع السابق) ص 229، محمد صبري السعدي المرجع السابق ص 75

و يلاحظ أنه إذا وقع إتفاق المحامي مع موكله باطلا بسبب هذا التحريم، فإن ذلك لا يمنع المحامي من أن يطلب أتعابه من موكله وما يكون قد أنفقه من مصروفات على التقاضي. وإذا أنتهى النزاع في الحق، فإنه لا يوجد كذلك ما يمنع المحامي من أن يتعامل فيه مع موكله السابق بعد أن أصبح الحق غير متنازع فيه.

الفصل الثاني

بيع التركة

نظم المشرع أحكام بيع التركة في المواد 404 إلى 407 من القانون المدني. ويقصد به أن يبيع الوارث نصيبه في التركة كله أو بعضه بيعا جزافا أي بثمن مقدر جملة واحدة دون أن يحدد ثمن كل مال من الأموال التي يشتمل عليها، والذي يميز بيع التركة عن غيره من البيوع هو طريقة تعيين المبيع، إذ هو حصة الوارث كلها أو بعضها، فهو بيع لمجموعة لا يقع فيها المبيع على عين معينة بالذات(1). وهو أهم من التخارج المعروف في الشريعة الإسلامية فإن التخارج مقصور على بيع الوارث نصيبه لباقي الورثة، أما بيع التركة فقد يكون لوارث أو لغير وراث(2). ويقصد بالتخارج أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم، سواء أكان هذا الشيء من التركة أم من غيرها(3).

ولكي يعتبر بيع التركة صحيحا يجب أن يتم بعد وفاة المورث لأن بيع تركة إنسان على قيد الحياة، (أي بيع حصة الوارث المستقبل) باطل (بطلان مطلق) ولو كان برضا المورث وقد نصت على ذلك المادة 2/92 من القانون المدني بقولها "التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون".

1- محمد حسنين (المرجع السابق) ص 211.

2- محمد كامل مرسى باشا (المرجع السابق) ص 446.

3- (المرجع السابق) ص 453.

وإيراد أحكام خاصة لبيع الشركة سببه أن هذا البيع من العقود الاحتمالية، ففيه يستولي المشتري على حقوق الوارث بعد خصم جميع ما يخصه من ديون الشركة مهما بلغت (1).

وبيع الشركة ينعقد كسائر البيوع بالتراضي، فإذا قام العقد صحيحاً، فإنه ينشئ التزامات على عاتق طرفيه (2) وهي بوجه عام الإلتزامات التي تترتب في كل بيع.

فإلتزامات الوارث البائع هي نقل ملكية حصته في الشركة إلى المشتري وتسليمها إياه، و ضمان ثبوت وراثته، وإلتزامات المشتري هي دفع الثمن، ورد ما عسى أن يكون الوارث البائع قد وفاه من ديون الشركة، وحساب ما عسى أن يكون هذا الوارث البائع دائناً به للشركة.

المبحث الأول: إلتزامات البائع:

أ-نقل الحصة المباعة للمشتري.

يلتزم الوارث البائع بنقل ملكية حصته في الشركة أو جزء منها للمشتري، والمنقول ملكيته هنا هو مجموع من المال لا مال معين بالذات، ومن ثم تنتقل الملكية بمجرد البيع ويحل المشتري محل البائع في حصته. وإذا أشتملت الشركة المباعة على أموال تتطلب القواعد العامة لإنتقالها فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إتباع إجراءات معينة، وجب مراعاة هذه الإجراءات، ولا يعفى من إتباعها أن البيع لم يرد على ذلك الحق بمفرده وإنما باعتباره عنصراً من العناصر التي تشتمل عليها الشركة (3)

لذلك نصت المادة 405 ق م على أنه " إذا بيعت شركة فلا يسري البيع في حق الغير إلا إذا قام المشتري بالإجراءات الواجبة لنقل كل حق أشتملت عليه الشركة فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحقوق المذكورة بين المتعاقدين وجب أيضاً أن تتم هذه الإجراءات". فطبقاً لهذا النص فإنه بالنسبة للعقار يجب الشهر سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

1- محمد كامل مرسى باشا (المرجع السابق) ص 449.

2- محمد صبري السعدي (المرجع السابق) ص 473

3- محمد حسنين (المرجع السابق) ص 213.

ب-تسليم البائع مشتملات حصته للمشتري:

يجب على الوارث (البائع) تسليم مشتملات حصته في الشركة من أموال (عقارات و منقولات و حقوق شخصية) إلى المشتري بالحالة التي كانت عليها وقت البيع لا وقت موت المورث، لأن تقدير الثمن كان على أساس حالة أعيان الشركة وقت البيع⁽¹⁾ ويدخل في ذلك بالتالي كل ما آل إليه ولو كان قد تصرف فيه أو أستهلكه من قبل، وفي هذا نصت المادة 406 ق م على أنه " إذا كان البائع قد أستوفى ما للشركة من ديون أو باع شيئاً منها وجب أن يرد للمشتري ما قبضه، ما لم يكن قد اشترط صراحة عدم الرد وقت البيع"⁽¹⁾.

و من المتفق عليه⁽²⁾ أنه يجب على البائع أيضاً أن يرد للمشتري ما استولى عليه من ثمار أموال الشركة من وقت وفاة المورث و أن يدفع له قيمة ما أستهلكه من هذه الثمار أو تبرع به للغير. وإذا كان بعض هذه الثمار قد هلك فاستحق في مقابل هلاكه تعويض أو تأمين وجب على البائع أيضاً رد التعويض أو التأمين.

و إذا قام الوارث بأعمال من شأنها زيادة قيمة أعيان الشركة، كالترميم و الإصلاح، فإن المشتري يستفيد من هذه الزيادة التي طرأت على الشركة و لا يلزم بدفع ما أنفقه البائع.

و إذا أصاب الحصة المباعة تلف أو هلك بعضها ولو بخطأ من الوارث ، فيتحمل المشتري هذا التلف أو الهلاك إذ أن ذلك يكون قد أدخله المشتري في الحساب عند تقدير الثمن⁽³⁾.

1- محمد صبري السعدي(المرجع السابق)ص478

2- محمد حسنين (المرجع السابق)ص212.

3- أحمد عبد الرزاق السنهوري (المرجع السابق) ص246.

ج-الالتزام بالضمان:

تنص المادة 404 من القانون المدني على أن " من باع شركة دون أن يفصل مشتملاتها ، لا يضمن إلا صفته كوارث ما لم يقع إتفاق يخالف ذلك".

فطبقا لهذا النص فإن هذا البيع ينطوي على شيء من الاحتمال و المغامرة، فإن البائع لا يضمن للمشتري إلا شيئا واحدا، هو أنه وارث، أي ثبوت وراثته في الشركة. فيضمن أولا أن الشركة قد فتحت فعلا، لأنه إذا تبين أن الوارث قد باع شركة مستقبله فالبيع باطل كما قدمنا، ويضمن بعد ذلك أنه يرث في هذه الشركة ، فإذا تبين أنه ليس من الورثة فإنه يكون قد باع ملك الغير ويكون قابلا للإبطال طبقا للقواعد المقررة في بيع ملك الغير.

و عليه فإن ما يشتمل عليه نصيب البائع في الميراث من حقوق و ديون فلا يضمن منها شيئا فإذا استحققت عين من أعيان الشركة للغير فلا يضمن الوارث هذا الإستحقاق، وإذا اشتملت حصة البائع على دين فلا يضمن الوارث ملاءة المدين و ذلك لأن الوارث لم يبع عينا معينة بذاتها وإنما حصل البيع في جزاف.

و يجوز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالتشديد أو التخفيف طبقا للقواعد العامة في الضمان التي سبق دراستها.

المبحث الثاني: إلتزامات المشتري:

إلتزامات المشتري في بيع الشركة هي نفس إلتزاماته في البيوع الأخرى فيلزم بدفع الثمن المتفق عليه للبائع و مصروفات العقد و تكاليف البيع.

و لما كان نصيب الوارث في الشركة يتحدد بالصافي من الحقوق بعد خصم الديون، فيلزم المشتري علاوة على دفع الثمن بأن يرد للبائع ما يكون قد وفاه من ديون على الشركة و يتحمل المشتري أيضا نصيب الحصة المباعة من الدين إذا كان البائع دائنا للمورث فيحسب للبائع كل

دينه على المورث ، ويتحمل المشتري نصيبه باعتباره مالكا للحصة المبيعة⁽¹⁾. وذلك عملا بالمادة 407 ق م التي تنص على أن " يرد المشتري للبائع وقت انعقاد البيع ما قد وفاه هذا الأخير من ديون الشركة ويحسب للبائع كل ما يكون دائنا به للشركة ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك".

الفصل الثالث

البيع في مرض الموت

نظم المشرع البيع في مرض الموت بالمادتين 408 و409 من القانون المدني.

تنص المادة 408 على أنه " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون جائزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

إما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال".

وتنص المادة 409 على أن " لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب حقا عينيا على الشيء المبيع.

و دراسة البيع في مرض الموت تقتضي أولا التعريف به، ثم بيان أحكامه ثانيا

1- محمد صبري السعدي (المرجع السابق) ص 479.

المبحث الأول

تعريف مرض الموت

لم يعرف المشرع الجزائري مرض الموت، ونظرا لعدم إتيان المشرع لتعريف لمرض الموت وجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية التي أستمدها أحكامها.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف مرض الموت (1)، و التعريف الراجح هو أن المرض الذي يجب إعتباره مرض الموت هو الذي يجتمع فيه وصفان، أولهما أن يغلب فيه الهلاك عادة ، ويرجع في هذا إلى الأطباء في طبيعة الأمراض، وثانيهما أن يعقبه الموت مباشرة. سواء كان الموت بسببه أو بسبب آخر خارجي، كقتل أو غرق أو حريق أو تصادم.

وليس من الضروري أن يكون المريض طريح الفراش طول مدة مرضه أو أنه ينقطع إنقطاعا تاما عن الخروج من منزله، أو أن يعجز عجزا تاما عن مباشرة أي عمل من أعماله العادية ، فكثير ما يكون الإنسان مريضا بمرض ذاهبا بحياته عاجلا، ومع ذلك لا يلزم الفراش باستمرار ولا ينقطع إنقطاعا تاما عن الخروج من منزله. وعلى العكس فكثيرا ما يصاب الإنسان بمرض يلزمه الفراش باستمرار ويحول بينه وبين مباشرة أي عمل من أعماله العادية ولا يكون مريضا مرض الموت، فالعبرة بمرض الموت هي بغلبة الهلاك (2).

وقد جاء في المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية أن (مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ويموت عن ذلك الحال قبل مرور سنة، وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح. وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله. ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة يعد حاله إعتبارا وقت التغيير إلى الوفاة مرض الموت).

1-محمد كمال مرسى باشا (المرجع السابق) ص 458..

2-محمد كمال مرسى باشا (المرجع السابق) ص 459

ويلاحظ أن تصرفات المريض مرض الموت تكون صحيحة و معتدا بها حال حياته، ولا يحق للورثة أن يعترضوا على التصرفات طوال حياة المريض.

فإذا انتهى المرض بالموت، أتضح عندئذ أن التصرف قد وقع في مرض الموت و يجوز الطعن فيه على هذا الأساس.

وإذا تم شفاء المريض، فإن التصرف لا يكون قد وقع في مرض الموت، وعليه لا يجوز الطعن فيه بذلك من الورثة.

المبحث الثاني

حكم بيع مرض الموت

يتضح من نص المادة 408 أن حكم بيع المريض مرض الموت يختلف تبعا لما إذا كان البيع تم لأحد الورثة أم للغير.

1- حكم البيع لأحد الورثة:

تنص الفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني على أنه " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة".

فطبقا لهذا النص فإنه إذا باع المريض مرض الموت لوارث له، فإن هذا البيع لا يعتد به في مواجهة باقي الورثة إلا إذا أقروه ، و معنى ذلك أنه لا ينفذ في حقهم، ويعتبر المال المبـيع لوارث ضمن مشتملات التركة.

وتبدو الحكمة من هذا الحكم، هي الخشية أن يكون تصرف المريض مرض الموت في حقيقته تبرعا مستورا بعقد بيع و في ذلك تفضيل لأحد الورثة عن باقيهم، ولذلك جعل النص إقرار البيع لباقي الورثة حتى يكون هذا البيع نافذا في حقهم. فإذا لم يقرروا البيع الصادر من مورثهم المريض مرض الموت، فإن المال المبـيع يعتبر عنصرا من عناصر التركة ، وأنه لم يخرج من ذمة مورثهم،

ويقسم المال المبيع مع أموال التركة على الورثة جميعا ومنهم الوارث المشتري بنسبة حصصهم في التركة، وفي هذه الحالة يجب أن يرد للوارث المشتري الثمن الذي تم إثبات دفعه للمورث البائع (1).

2- حكم البيع لغير وارث:

تنص الفقرة الثانية من 408 على انه " أما إذا كان تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال".

فطبقا لهذا النص، فإذا تم بيع المريض مرض الموت للغير، فإن البيع يكون قابلا للإبطال.

ويترتب على البطلان أن يرد للمشتري الثمن الذي ثبت دفعه للبائع وأن يرد المشتري المبيع.

ولما كان حق الإبطال مقرر لمن شرع لمصلحته وحده، وفي حالتنا هذه ورثة المريض مرض الموت.

ولما كان من المعروف أن من له حق الإبطال له أيضا إجازة التصرف، أو يتنازل عن حقه في

الإبطال، فإن تصرف المريض مرض الموت يكون معلقا على إجازة الورثة، وعلى ذلك يستوي أن

يكون التصرف لوارث أو للغير، ومن ثم فإنه لا يوجد فرق في الحكم من الناحية العملية بين حالة

البيع لأحد الورثة وحالة البيع للغير.

ويلاحظ أنه إذا لم يقرب باقي الورثة البيع في مرض الموت لأحد الورثة أو طلبهم بإبطال البيع

إذ تم للغير، وتم إسترداد المال المبيع، فإن ذلك يجب ألا يلحق ضرر بالغير الحسن النية إذا كان

هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع في الفترة ما بين البيع والوفاء، كما إذا

كان قد أشتري الشيء المبيع أو تقرر له عليه رهن أو حق إختصاص أو حق إمتياز، فيبقى الشيء

المبيع محمل بحق الغير بشرط أن يكون الغير قد كسب الحق العيني بعوض وإلا فإن الورثة

يكونون أولى منه، وأن يكون حسن النية، أي جهل وقت تصرفه مع المشتري ما يهدد حق هذا

الأخير بالزوال، وفي هذا تقضي المادة 409 ق م على أن " لا تسري أحكام المادة 408 على الغير

الحسن النية إذا كان الغير قد كسب حقا عينيا على الشيء المبيع".

1- محمد صبري السعدي (المرجع السابق) ص 488. محمد حسنين (المرجع السابق) ص 219

الفصل الرابع

بيع النائب لنفسه

يأخذ بيع النائب لنفسه إحدى صورتين، الأولى إذا كان النائب نائبا عن غيره في البيع وأصيلا عن نفسه في الشراء. كما لو اشترى الوكيل الشيء الموكل ببيعه.

والثانية إذا كان الشخص نائبا عن طرفي العقد معا كما لو كان وكيفا عن أحدهما بالبيع وعن الآخر بالشراء.

وفي الصورتين معا يتحكم النائب بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين، والتعارض في صورة ما إذا كان النائب ينوب عن المتعاقدين معا، يستعصى عليه حماية مصلحة أحد موكليه دون تفريط في مصلحة موكله الآخر. فيكون مغلا بواجبات نيابته بالنسبة لموكله الآخر وإذا عمل على التوفيق بين المصلحتين المتعارضتين فيكون هذا العمل أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة⁽¹⁾. وهو في صورة ما إذا كان النائب ينوب عن أحد المتعاقدين مع أصالته عن نفسه، تعارض مع مصلحة الشخصية ذاتها⁽²⁾. فلا تيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل. ذلك أن وظيفة النائب هي أن يعمل على حماية مصلحة الأصيل والدفاع عنها.

وقد نص المشرع على أحكام بيع النائب لنفسه في المواد من 410 إلى 412 من القانون المدني.

فنصت المادة 410 ق م على أنه " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى".

1- محمد حسنين (المرجع السابق) ص 226.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري. (المرجع السابق) ص 99.

ونصت المادة 411 ق م على أنه " لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها، سواء بأنفسهم مباشرة أو بإسم مستعار".

ونصت المادة 411 من القانون المدني على أنه " يصح البيع في الأحوال المشار إليها في المادتين 410 و411 إذا أجازته من تم البيع لحسابه".

ويعتبر بيع النائب لنفسه الذي أورده المشرع في عقد البيع تطبيق خاص للقاعدة العامة الواردة في المادة 77 قانون مدني التي تنص على أنه " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة".

-الممنوعون من البيع لأنفسهم:

يستخلص من النصوص السابقة الذكر أن منع بيع الشخص لنفسه يشمل طائفتين هما: طائفة النواب و طائفة السماسرة والخبراء.

-الطائفة الأولى: من ينوبون عن غيرهم في بيع الأموال التي يكلفون ببيعها:

فبمقتضى المادة 410 ق م لا يجوز للنائب عن غيره سواء أكانت نيابته إتفاقية كالوكيل، أم كانت قانونية، كالولي و الوصي و القيم، أو بأمر من السلطة المختصة كالحارس القضائي، و المصفي والسنديك، و الموظف العام الذي قد يعهد إليه بأمر السلطة الإدارية ببيع أموال الدولة، أن يشتري لنفسه مال الأصل المعهود إليه في بيعه. وذلك لتعارض مصالحته مع مصلحة الأصل، سواء كان الشراء باسمه مباشرة أم باسم مستعار، ولو كان الشراء في مزاد علني.

الطائفة الثانية: السماسرة و الخـبراء:

لقد أضاف القانون المدني الجزائري إلى طائفة النواب عن غيرهم السماسرة و الخـبراء في الأموال المعهود إليهم بيعها أو تقدير قيمتها مع أنهم ليسوا نوابا لأن حكمة المنع فيهم (1) متوافرة، فالسمسار قد يوهم المالك بأن ثمننا بخسا هو الثمن الملائم للمبيع حتى ينتفع هو من بخس الثمن، و الخبير قد يقدر الشيء بأقل من قيمته ، حتى يستفيد هو من القيمة التي تقل عن قيمته الحقيقية. و السمسار و الخبير ممنوعان من شراء المال سواء كان الشراء باسمهما أو باسم مستعار.

الجزاء على المنع من الشراء:

يرى البعض أن الجزاء الذي يترتب على شراء الأشخاص الممنوعين من الشراء السابق ذكرهم هو بطلان البيع بطلانا نسبيا لمصلحة البائع (2)، الذي يستطيع أن يجيزه، غير أن الرأي الراجح يرى أن تحريم بيع النائب لنفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الأصل عندما أناب النائب في بيع ماله لم يدخل في هذه الإنابة أن يكون المناب هو المشتري سواء بنفسه أو بالنيابة عن غيره، وإلا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى إنابة في البيع، فإذا ما باع النائب المال لنفسه، سواء باعتباره أصيلا في الشراء أو باعتباره نائبا عن غيره فيه، يكون قد جاوز حدود نيابته، فلا ينفذ تصرفه في حق الأصل إلا إذا أجاز هذا الأخير (3). لذلك وجب البحث عن تعليل جزاء المنع في القواعد الخاصة بالنيابة، ولما كان مقتضى هذه القواعد أن عمل النائب لا ينفذ في حق الأصل إلا إذا تم في حدود نيابته فإنه إذا منع القانون النائب من مباشرة عمل ما ورغم ذلك المنع تعاقد النائب فإن تعاقدته يكون خارج نطاق نيابته ولذلك لا ينفذ في حق الأصل إلا إذا أقره (4). وقد نصت المادة 412 مدني على أن يصح البيع في الأحوال المشار إليها في المادتين 410 و 411 إذا أجازته من تم البيع لحسابه.

1- محمد كامل مرسى باشا(المرجع السابق)ص 489

2- محمد كامل مرسى باشا(المرجع السابق)ص 489..

3-أحمد عبد الرزاق السنهوري(المرجع السابق) ص106

4-محمد حسنين(المرجع السابق) ص229.

قائمة أهم المراجع:

- 1- أحمد عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع و المقايضة، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي.
- 2- محمد حسنين: عقد البيع في القانون المدني الجزائري الطبعة الثالثة 1990، ديوان المطبوعات الجامعية.
- 3- محمد كمال مرسى باشا: شرح القانون المدني العقود المسماة عقد البيع و عقد المقايضة، الجزء السادس 2005 منشأة المعارف..
- 4- جعفر محمد جواد الفضلي: الوجيز في عقد البيع، 2013 منشورات زين الحقوقية.
- 5- نذير بن عمو: العقود الخاصة البيع و المعاوضه الطبعة الأولى، 2008 المؤسسة الجامعية للدراسات.
- 6- علي هادي العبيدي: العقود المسماة البيع والإيجار الطبعة الرابعة 2010 دار الثقافة و التوزيع.
- 7- محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني عقد البيع و المقايضة دراسة مقارنة في القوانين العربية، 2008 دار الهدى للطباعة و النشر.

8-H. Letj Mazeaud .François chabas :Leçons de droit civil principaux contrats vente et échange ,tome3 .2volume 7e Edition

1987 par Michel de juglart .édition Montchrestien ;

فهرس الموضوعات

الموضوع

1.....مقدمة

فصل تمهيدى

التعريف بالبيع و التمييز بينه وبين

3.....التصرفات الأخرى

3.....أولا: التعريف بالبيع و خصائصه

7.....ثانيا: التمييز بين البيع و بين غيره من التصرفات الأخرى

الباب الأول

10.....إنعقاد البيع

11.....الفصل الأول: التراضي في عقد البيع

11.....المبحث الأول: موضوع التراضي

11.....أولا: العناصر الأساسية

12.....ثانيا: العناصر الثانوية

13.....المبحث الثاني: شكل عقد البيع

13.....أولا: المقصود بالشكلية

14.....ثانيا: الحكمة من الرسمية

14.....ثالثا: نطاق الرسمية

- 14.....رابعاً:جزاء إغفال الرسمية.
- 15.....المبحث الثالث:الوعد بالبيع.
- 15.....أولاً:تعريف الوعد بالبيع.
- 16.....ثانياً:إنعقاد الوعد بالبيع.
- 17.....ثالثاً:آثار الوعد بالبيع.
- 18.....المبحث الرابع:البيوع الموصوفة.
- 18.....أولاً:البيع بشرط التجربة.
- 20.....ثانياً:البيع بشرط المذاق.
- 22.....ثالثاً:البيع بالعربون.
- 24.....رابعاً:بيع الوفاء.
- 25.....الفصل الثاني:المبيع.
- 25.....الشروط الواجب توافرها في المبيع.
- 25.....أولاً:وجود المبيع.
- 25.....ثانياً:أن يكون المبيع مما يصح التعامل فيه.
- 25.....ثالثاً:أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعيين.
- 26.....- تعيين المبيع و العلم به.
- 27.....- ما يتحقق به العلم.
- 28.....- الجزاء على عدم العلم.
- 30.....رابعاً:أن يكون المبيع مملوكاً للبائع.

- أولاً: بيع ملك الغير.....30
- 1- شروط بيع ملك الغير.....31
- 2- حكم بيع ملك الغير.....32
- 1-2 - حكم بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين.....32
- 2-2 - حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي.....34
- ثانياً: بيع الملكية الشائعة.....35
- 1- حكم بيع الشريك لحصته الشائعة.....35
- 2- حكم بيع الشريك حصة مفرزة من المال الشائع.....36
- 3- حكم بيع الشريك كل المال الشائع.....37
- الفصل الثالث: الثمن.....38
- المبحث الأول: شروط الثمن.....38
- الشرط الأول: يجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير.....38
- الشرط الثاني: يجب أن يكون الثمن جديداً.....39
- المبحث الثاني: الغبن في بيع العقار.....39
- أولاً: شروط دعوى الغبن.....40
- ثانياً: الأثر الذي يترتب على تحقق الغبن.....40

الباب الثاني

- أثار البيع.....41

41.....	الفصل الأول:التزامات البائع.....
42.....	المبحث الأول:التزام البائع بنقل الملكية.....
42.....	أولاً:إنتقال الملكية في المنقول المعين بالذات.....
44.....	ثانياً:إنتقال الملكية في المنقول المعين بالتنوع.....
45.....	ثالثاً:إنتقال الملكية في العقار.....
48.....	المبحث الثاني:التزام البائع بالتسليم.....
48.....	أولاً:كيفية التسليم.....
50.....	ثانياً:مكان وزمان التسليم.....
50.....	ثالثاً:حق البائع في حبس المبيع.....
52.....	رابعاً:جزاء الإخلال بالإلتزام بالتسليم وتبعة الهلاك.....
52.....	1-جزاء الإخلال بالإلتزام بالتسليم.....
52.....	2-تبعة هلاك المبيع قبل التسليم.....
54.....	المبحث الثالث:التزام البائع بالضمان.....
55.....	المطلب الأول:ضمان التعرض و الإستحقاق.....
55.....	أولاً:ضمان التعرض.....
55.....	1-ضمان التعرض الشخصي.....
57.....	2-ضمان تعرض الغير.....
57.....	-شروط ضمان التعرض الصادر من الغير.....
59.....	-حقوق المشتري عند حصول التعرض.....

61.....	ثانيا:ضمان الإستحقاق.....
61.....	أولا:التعويض في حالة الإستحقاق الكلي.....
64.....	ثانيا:التعويض في حالة الإستحقاق الجزئي.....
67.....	المطلب الثاني:ضمان العيوب الخفية.....
67.....	أولا:الشروط الواجب توافرها في العيب.....
70.....	ثانيا:أحكام ضمان العيوب الخفية.....
72.....	ثالثا:الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية.....
73.....	رابعا:ضمان البائع صلاحية المبيع مدة معينة.....
74.....	الفصل الثاني:إلتزامات المشتري.....
74.....	المبحث الأول:الإلتزام بدفع الثمن.....
75.....	أولا:زمان و مكان الوفاء بالثمن.....
75.....	1-زمان الوفاء بالثمن.....
75.....	2-مكان الوفاء بالثمن.....
76.....	ثانيا:حق المشتري في حبس الثمن.....
77.....	ثالثا:جزاء الإخلال بإلتزام الوفاء بالثمن.....
80.....	المبحث الثاني:الإلتزام بدفع مصاريف البيع.....
81.....	المبحث الثالث:الإلتزام بتسليم المبيع.....
82.....	أولا:زمان التسلم و مكانه.....
83.....	ثانيا:نفقات تسلم المبيع.....

الباب الثالث

- 84..... أحكام خاصة ببعض أنواع البيوع.
- 85..... الفصل الأول: بيع الحقوق المتنازع عليه.....
- 86..... المبحث الأول: بيع الحقوق المتنازع عليها لغير عمال القضاء.....
- 86..... أولا: شروط حق الاسترداد.....
- 88..... ثانيا: كيفية الاسترداد.....
- 89..... ثالثا: آثار الاسترداد.....
- 90..... رابعا: الحالات التي لا يجوز فيها الاسترداد.....
- 91..... المبحث الثاني: منع عمال القضاء و المحامون من شراء الحقوق المتنازع عليها.....
- 92..... أولا: الحقوق التي يمتنع شراؤها.....
- 93..... ثانيا: جزاء مخالفة المنع.....
- 95..... الفصل الثاني: بيع التركة.....
- 96..... المبحث الأول: إلتزامات البائع.....
- 98..... المبحث الثاني: إلتزامات المشتري.....
- 99..... الفصل الثالث: البيع في مرض الموت.....
- 100..... المبحث الأول: تعريف مرض الموت.....
- 101..... المبحث الثاني: حكم بيع مرض الموت.....
- 101..... 1- حكم البيع لأحد الورثة.....
- 102..... 2- حكم البيع لغير الورثة.....

- 103.....الفصل الرابع:بيع النائب لنفسه
- 104.....أولاً:الممنوعون من البيع لأنفسهم
- 105.....ثانياً:الجزاء على المنع من الشراء
- 106.....قائمة المراجع
- 107.....فهرس الموضوعات

