



جامعة الشهيد حمه لخضر
الوادي - الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية

سلسلة
إصدارات
المخبر

02



مخبر التحولات القانونية الدولية وإنعكاساتها على التشريع الجزائري

إصدارات

الوجيز في العقود الخاصة

الجزء الأول
عقد البيع وعقد الكفالة

الوجيز في العقود الخاصة
الجزء الأول
عقد البيع وعقد الكفالة



الوجيز في العقود الخاصة

الجزء الأول
عقد البيع
وعقد الكفالة



ISBN 978-9931-9838-0-4



الدكتور كمال فتحي دريس
أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الوادي

الدكتور كمال فتحي دريس
أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الوادي

2022



الوجيز في العقود الخاصة
الجزء الأول
(عقد البيع وعقد الكفالة)

إصدارات مخبر التحولات القانونية الدولية
وانعكاساتها على التشريع الجزائري

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الشهيد حمه لخضر

الوادي، الجزائر



طبعة 2022



مطبعة منصور

شارع القدس – الأعشاش الوادي

تلفاكس: 032 24 97 45

البريد الإلكتروني: imp_mansour@yahoo.fr



- عنوان الكتاب: الوجيز في العقود الخاصة - الجزء الأول -
(عقد البيع وعقد الكفالة)

- النوع: مؤلف

- المؤلف: د. دريس كمال فتحي

- ردمك (ISBN): 978-9931-9838-0-4

- الإيداع القانوني: جانفي 2022

- الطباعة: مطبعة منصور الوادي

جميع الحقوق محفوظة

1443 هـ / 2022 م

الوجيز في العقود الخاصة
الجزء الأول
(عقد البيع وعقد الكفالة)
دريس كمال فتحي
أستاذ محاضر قسم أ

مقدمة:

عرف المشرع الجزائري العقد في المادة (54) من القانون المدني⁽¹⁾ بأنه إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما، ويتضح من هذا التعريف القانوني وأن العقد هو إتفاق يهدف إلى إحداث آثار قانونية.

وقد وردت عدة تقسيمات للعقد ولعل أهمها التقسيم التشريعي الوطني الذي تأثر بالمشرع الفرنسي ويتضح ذلك من خلال المواد (55) وما يليها من القانون المدني السالف الذكر، والذي قسمها إلى عقود ملزمة لجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد، عقود محددة وعقود احتمالية، عقود معاوضة وعقود تبرع.

أما الفقهاء فقد قسموا العقد من حيث تكوينه إلى عقد رضائي وعقد شكلي، ومن حيث تنفيذه إلى عقد فوري وآخر زمني، وحول مدى المساواة ما بين المتعاقدين فقد قسموه إلى عقد المساومة وعقد الإذعان، وصولاً إلى آخر تقسيم يتعلق بالأحكام التي تدير العقود وهي العقود المسماة والعقود غير المسماة.

وسنسلط الضوء على هذا التقسيم الفقهي الأخير، أين عرف الفقه العقود المسماة بأنها تلك العقود التي تولى المشرع تسميتها وتعريفها وتنظيم أحكامها⁽²⁾، والمذكورة في الكتاب الثاني من القانون المدني، وهي العقود التي تضمنتها الأبواب من السابع إلى الحادي عشر من ذات الكتاب.

أما العقود غير المسماة فهي تلك العقود التي لم يتولى المشرع تنظيمها ولا تسميتها ولا تعريفها، فهي عقود يصيغها المتعاقدين، خاصة وأن إرادتهما مستقلتان وحرتان لا يقيدهما إلا النظام العام والآداب العامة.⁽³⁾

ولهذا التقسيم أهمية تتجلى في التمييز بين العقود المسماة وغير المسماة من حيث التزام الأطراف بالقواعد الآمرة المنظمة للعقود المسماة، بينما يلتزم المتعاقدان في العقود غير المسماة بالقواعد العامة التي

(1) الأمر (58/75) المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانوني المدني، المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30.

(2) Philippe Malinvaud, Droit des obligation, Les mécanismes juridiques des relation économiques, Litec, Paris, 1990, P41.

(3) سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة بإجتهادات قضائية وفقهية، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 09.

تحكم جميع العقود، إضافة إلى أن هذا التقسيم يساعد القاضي في تطبيق الإطار القانوني الخاص بالعقد المسمى أما العقود غير المسماة فيطبق عليها القواعد العامة.

وستتناول دراسة أبرز العقود المسماة التي نظمها المشرع الجزائري في الكتاب الثاني من القانون المدني والواردة في الباب السابع المتعلق بالعقود الناقلة للملكية وعلى رأسها عقد البيع، والباب الحادي عشر الذي تطرق لأحد العقود المرتبطة بالتأمينات الشخصية وهو عقد الكفالة.

تأتي هذه الدراسة من أجل إلقاء الضوء على المنظومة القانونية المتعلقة بأحد أهم العقود انتشارا في الحياة اليومية وهو عقد البيع الذي يعتبره البعض قوام الحياة المدنية والتجارية، وعقد الكفالة الذي غالبا ما يستعان به لضمان الديون خاصة تلك الناتجة على القروض البنكية التي يلجأ إليها الأفراد، وهذا تماشيا والمحاور المحددة للسداسي الأول لمقياس العقود الخاصة في عرض التكوين، والتي من خلالها سنتطرق إلى النظام القانوني لكل منها من حيث تعريفها وخصائصها، أركانها وآثارها، مع الأخذ بعين الاعتبار قدرات استيعاب الطالب، بأسلوب بسيط لبلوغ الغاية من البرنامج المسطر في عرض التكوين.

وذلك إنطلاقا من الإشكالية التي يثيرها موضوع الدراسة ومفادها:

ما هو النظام القانوني الخاص بعقد البيع وعقد الكفالة باعتبارها عقود مسماة؟

وقد قسمنا هذه الدراسة إلى باين بحسب المحاور المحددة في عرض التكوين:

الباب الأول: عقد البيع

الباب الثاني: عقد الكفالة

الباب الأول:

عقد البيع

البيع من أكثر التصرفات القانونية شيوعاً في حياة الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، إلا أنه من الناحية التاريخية فقد سبقه عقد المقايضة (سلعة مقابل سلعة)، لكن مع التطور والزيادة في حاجات الأفراد أصبح هذا العقد لا يفي بالغرض خاصة مع اختلاف السلع وتفاوت القيمة، لذلك ظهرت وسيلة أخرى هي المعادن ومن بينها الذهب والفضة، لكن سرعان ما إمتدت رقابة الدولة على هذه المعادن وأنشأت ديار لصك العملة، والتي أدت بدورها إلى ظهور فكرة النقود وظهر معها عقد البيع.

ويعتبر عقد البيع من أهم العقود المدنية شيوعاً في الحياة اليومية، وتضاعفت أهميته خاصة بعد التطور الهائل الذي حققه الإنتاج الصناعي وتقدم أساليب توزيع المنتجات، لذلك اهتم المشرع الجزائري بتنظيمه وأدرجه في قائمة العقود المسماة متصدراً قائمة العقود الناقلة للملكية ووصفه البعض بأنه "قوام الحياة المدنية والتجارية".

ومن خلال هذا الباب سنتطرق للنظام القانوني الذي وضعه المشرع لعقد البيع من حيث تعريفه وخصائصه وتكوين العقد والآثار المترتبة عنه كل ذلك من خلال الفصول التالية:

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقد البيع

الفصل الثاني: إنعقاد البيع

الفصل الثالث: آثار عقد البيع

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لعقد البيع

اهتم المشرع الجزائري بتنظيم عقد البيع في الباب السابع من الكتاب الثاني من الأمر (58/75) السالف الذكر أين أدرجه ضمن العقود الناقلة للملكية إلى جانب عقد المقايضة، كما أورد له أحكام خاصة قد تختلف عن تلك المنصوص عليها في القواعد العامة ولا سيما المادة (54) وما بعدها من نفس الأمر، لذلك إرتأينا التطرق في هذا الفصل إلى تعريف عقد البيع وبيان خصائصه ثم تمييزه عن العقود المشابهة له.

المبحث الأول:

مفهوم عقد البيع

وسنتعرض في هذا المبحث إلى تعريف عقد البيع وخصائصه العامة المتعلقة بجميع العقود، والخصائص الخاصة التي تميز عقد البيع عن باقي العقود باعتباره عقد مسمى ناقل للملكية.

المطلب الأول : تعريف عقد البيع

عرف المشرع البيع في المادة (351) من القانون المدني بأنه : " عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

كما عرفه المشرع المصري في المادة (418) من القانون المدني المصري بأنه " عقد يلتزم فيه البائع بأن ينقل ملكية شيء أو حقا ماليا في مقابل ثمن نقدي "

ملاحظة هامة : من خلال هذه التعاريف يتضح وأن عقد البيع تم تعريفه بناء على الآثار المترتبة عنه وقد عرفه الفقيه السنهوري بأنه : "عقد ملزم لجانبين، إذ يلتزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء

أو حقا ماليا آخر، ويلزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمننا نقدياً"⁽¹⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج04، "البيع والمقايضة"، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، د ت ن، ص21.

المطلب الثاني: خصائص عقد البيع

هناك خصائص عامة يشترك فيها مع بقية العقود، وأخرى خاصة ينفرد بها عقد البيع.

الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد البيع

وهي خصائص مشتركة ترد في أغلب العقود والمتمثلة في:

- 1- **عقد البيع هو عقد رضائي:** إذ ينعقد بمجرد تطابق الإرادتين دون الحاجة إلى توافر شكل معين، أي يكفي إتفاق الطرفين لانعقاده ومع ذلك إذا كان محل البيع عقارا أو حقا عينيا عقاريا فإن العقد لا يتم صحيحا إلا إذ حرر في شكل رسمي وهذا طبقا لنص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني⁽¹⁾.
- 2- **عقد ملزم لجانبين:** إذ أنه يترتب في ذمة البائع التزاما بنقل الملكية ويرتب في ذمة المشتري التزاما بدفع الثمن النقدي⁽²⁾.
- 3- **عقد معاوضة:** إذ يأخذ البائع مقابلا لما التزم به، أي البائع يأخذ الثمن مقابل نقل الملكية والمشتري يتلقى الملكية مقابل الثمن الذي يدفعه.
- 4- **عقد محدد القيمة:** كل طرف في العقد يعلم وقت العقد قيمة الالتزام الذي يتعهد به، وقدر ما يكسبه، ولكن هذه الصفة ليست مطلقة، إذ يمكن أن يكون البيع احتماليا في بعض الحالات⁽³⁾.

الفرع الثاني: الخصائص الخاصة لعقد البيع

هذه الخصائص تميز عقد البيع عن باقي العقود بما فيها العقود الأخرى الناقلة للملكية وهي:

1- عقد ناقل للملكية أو منشئ للالتزام بنقلها:

وهي أهم خاصية لعقد البيع، بحيث يتضح من نص المادة (351) من القانون المدني أن البائع يلتزم بنقل ملكية شيء أو حقا ماليا آخر، بمعنى البيع لا يقتصر على نقل الملكية فقط بل يرد كذلك

(1) تنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني 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... في شكل رسمي...».

(2) إضافة إلى التزامات أخرى تقع على عاتق الطرفين، كالتزام البائع بتسليم المبيع وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، وفي المقابل يلتزم المشتري بتسليم المبيع ودفع تكاليف البيع ومصاريف المبيع، ومن خلال تعداد هذه الالتزامات نجد وأن المشرع الجزائري قد أثقل البائع بالالتزامات أكثر من تلك التي يتحملها المشتري نظرا لأهمية التصرف القانوني الذي أقدم عليه وما يترتب عنه من آثار.

(3) ويكون البيع احتماليا كما لو إتفق الطرفان أن يكون الثمن إيراد مرتب مدى الحياة يدفعه المشتري للبائع مدة حياته على شكل مرتب شهري، وبالتالي الثمن لا يمكن تحديده مسبقا لأنه مرتبط بواقعه الوفاة التي لا يمكن تحديد زमानها.

على كافة الحقوق ما عدا الحقوق للصيقة بالشخصية إذ لا يمكن على الإطلاق أن تكون محلاً للبيع، ومن آثار هذه الخاصية:

- أنه لا يجوز بيع ملك الغير.

- أن الملكية لا تنتقل بمجرد التعاقد إلا إذا كان المبيع معين بالذات⁽¹⁾، أما إذا كان المبيع معين بنوعه⁽²⁾ فلا تنتقل ملكيته إلا بالفرز⁽³⁾.

- إذا كان البيع وارداً على شيء مستقبلي فلا تنتقل الملكية إلا بوجود ذلك الشيء

- إذا كان المبيع عقاراً فلا تنتقل الملكية إلا بعد التسجيل (القيام بإجراءات الشهر)

2- الثمن مبلغ من النقود (المقابل فيه نقداً)

الثمن النقدي هو من مقومات عقد البيع، لذلك فإن الإرادة تتجه فيه إلى أن يكون نقل الملكية أو الحق في مقابل ثمن نقدي لأنه عقد معاوضة، وهذا الثمن يشترط أن يكون جدياً لا صورياً.

3- عقد منجز حال حياة عاقده:

آثاره تتم في حالة حياة المتعاقدين وليس ضمن التصرفات البعدية (بعد الموت) وللإشارة فإن نص المادة (92) من القانون المدني⁽⁴⁾ تمنع التصرف في تركة شخص على قيد الحياة.

المبحث الثاني:

تمييز البيع عن غيره من العقود

سبق وأن رأينا في المبحث الأول تعريف عقد البيع وخصائصه العامة والخاصة، ومن خلالها سنحاول التمييز بينه وبين بعض العقود التي قد يصعب في بعض الأحيان التفرقة بينها متى تدخل عنصر النقود في تكوين هذه العقود.

(1) الأشياء المعينة بالذات هي تلك الأشياء القيمة التي ليس لها نظير يقوم مقامها ولها ميزات خاصة تفرقها عن الأشياء الأخرى ومثلها العقارات، السيارات...إلخ.

(2) الأشياء المعينة بنوعها هي تلك الأشياء المثلية التي لها نظير من جنسها، تقوم بعضها مقام بعض كالذهب والفضة والقمح...إلخ.

(3) يقصد بعملية الفرز تحديد مقدار الشيء المعين بنوعه محل البيع، والذي يكون بالعدد أو الكيل أو الوزن أو القياس أو بوضع علامة على المبيع.

(4) تنص المادة 92 من القانون المدني على أنه: «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلياً ومحققاً.

غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون»

المطلب الأول: البيع والمقايضة

عرفت المادة (413) من القانون المدني المقايضة بأنها : " عقد يلتزم بموجبه كلا من المتعاقدين بأن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود ".

تشبه المقايضة البيع في كون كلاهما ينشئ التزاما بنقل الملكية، إلا أن المقايضة تختلف عن البيع في نوع المقابل إذ في البيع يشترط أن يكون المقابل نقديا، بينما في المقايضة يكون غير ذلك، فهو مال وليس نقدا.

ورغم هذا التباين بينهما، إلا أنه في بعض الأحيان قد تصعب التفرقة بينهما وذلك في حالة ما إذا كان جزء من المقابل الذي يقدمه أحد المتعاقدين نقديا والجزء الآخر غير نقدي، فالعقد في هذه الحالة يعتبر عقد بيع إذا كان العنصر الغالب هو النقود، ويكون عقد مقايضة إذا كان العنصر الغالب هو من غير النقود⁽¹⁾.

المطلب الثاني: البيع والهبة

عرفت المادة 202 من قانون شؤون الأسرة الهبة بأنها: " تمليك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على انجاز الشرط ".

يتبين من هذا التعريف أن الهبة تشبه البيع في كونها ناقلة للملكية ولكنها تختلف هبه في كون الملكية في البيع يتم بمقابل نقدي، بينما في الهبة يتم نقل الملكية بدون مقابل.

إلا أن صعوبة التمييز بينهما تظهر إذا ما تمت الهبة بمقابل، فهل يعتبر التصرف في هذه الحالة هبة أم بيعا؟ الرأي الغالب عند الفقهاء، أنه إذا كان المقابل يفوق أو يساوي قيمة الشيء، فإن التصرف يعتبر بيعا، أما إذا كان العوض اقل من قيمة الشيء الموهوب بكثير فإن التصرف يعتبر هبة⁽²⁾.

المطلب الثالث: البيع والمقايضة

عرفت المادة 549 من القانون المدني المقايضة بأنها " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " كما نصت المادة 550 من القانون المدني⁽³⁾

(1) جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991، ص 361.

(2) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 23.

(3) تنص المادة (550) من القانون المدني على أنه: «يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله.

على أنه يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا.

من خلال تعريف العقدین، يبدو أن التمييز بينهما سهلا، بحيث يقع البيع على الملكية والمقاولة تقع أو ترد على العمل.

إلا أن التمييز بين هذين العقدین يصعب في حالة ما إذا تعهد المقاول بتقديم المادة والعمل معا، فهل يعتبر العقد في هذه الحالة عقد مقاولة أم عقد بيع لأشياء مستقبلية، والرأي الغالب يذهب إلى أنه إذا كانت قيمة المادة التي قدمها المقاول ثانوية بالنسبة للعمل فالعقد يعتبر مقاولة، أما إذا كانت قيمة المادة تفوق قيمة العمل الذي قام به المقاول فالعقد يعتبر بيعاً⁽¹⁾.

المطلب الرابع: البيع والوكالة

طبقا لنص المادة (571) من القانون المدني هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه.

لكن أحيانا يدعي الموكل ملكيته محل الوكالة ويتصرف فيه، فهل هذا التصرف بيع أو وكالة؟

نذهب إلى نية المتعاقدين وظروفهما ونميز هنا بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا اتفق الطرفان على بيع الشيء بثمن محدد وله قيمة معينة تمثل أتعابه فإننا أمام عقد وكالة.

الحالة الثانية: أما إذا لم يتفقا الطرفان على تحديد الثمن واتفقا فقط على إعطاء الوكيل قيمة محددة لبيع السلعة هنا العقد هو عقد بيع.

كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا .

(1) إذا كانت قيمة العمل مساوية لقيمة المادة فنكون هنا أمام عقد غير مسمى تطبق عليه القواعد العامة.

المطلب الخامس: البيع والإيجار

طبقا للمادة (467) من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم (05/07) ⁽¹⁾ هو عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء اجر محدد.

يتضح أن هناك فرق جوهري يتمثل في أن عقد البيع من العقود الناقلة للملكية بينما عقد الإيجار هو من العقود التي ترد على منفعة الشيء، إلا انه تثار نقطة وهي فيما يخص وصف العقود التي يكون محلها منتجات أو ثمار، فما هو الوصف القانوني للعقود التي ترد عليها؟

يجب قبل كل شيء تحديد المصطلحات أي التفرقة بين المنتجات والثمار، فبالنسبة للمنتج هو ما ينبج عن الشيء ولكن ليس له صفة دورية وهذا الإنتاج يؤدي إلى الإنقاص من قيمة الشيء مثل العقود التي ترد على استغلال الغابات وهنا نكون أمام عقد البيع.

أما ثمار الشيء فهو ما ينبج عن الشيء بصفة دورية ولا يؤدي إلى إنقاص من قيمته، مثاله محصول زراعي معين، هنا من الممكن أن نكون أمام أحد العقدين لذا نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا اتفق الطرفان على أن الدفع يكون في شكل دوري كما أن تكاليف الثمار على حساب المستأجر فنكون أمام عقد الإيجار.

الحالة الثانية: إذا كان الثمن النقدي يدفع دفعة واحدة وتكون مصاريف وتكاليف الثمار على حساب البائع هنا نكون أمام عقد بيع.

المطلب السادس: البيع والبيع الإيجاري

يعرف عقد البيع الإيجاري بأنه اتفاق بين شخصين يؤجر بمقتضاه أحد الطرفين شيء للطرف الثاني الذي يلتزم بدفع أجرة معينة على أن يملك هذا الأخير الشيء المؤجر بعد وفائه بأقساط الأجرة ⁽²⁾.

⁽¹⁾ القانون رقم (05/07) المؤرخ في 2007/05/13 المعدل والمتمم للأمر رقم (58/75) المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانوني المدني، المنشور بالجريدة الرسمية ، العدد 31، الصادرة بتاريخ 2007/05/13.

⁽²⁾ البيع الإيجاري أو عقد البيع بالإيجار تم النص عليه لأول مرة بموجب المرسوم (35/97) المؤرخ في 1997/01/14، المحدد لكيفيات وشروط بيع السكنات بالإيجار، لكن هذا المرسوم لم يكن دقيقا في معالجة البيع بالإيجار لذلك صدر المرسوم التنفيذي (01-105) المؤرخ في 2001/04/23، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم (130/03) المؤرخ في 2004/04/20، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 28، الصادرة بتاريخ 2004/04/28، والمعدل أيضا بموجب المرسوم (340/04) المؤرخ في 2004/11/02، المنشور بالجريدة الرسمية ، عدد 69، الصادرة بتاريخ 2004/11/03.

وهذا التصرف يعتبر بيعاً وليس إيجاراً، وهذا ما نصت عليه المادة (363) من القانون المدني وإذا وفي المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع، ذلك لأنه من غير المعقول إعطاء هذا التصرف في نفس الوقت وصفين مختلفين لذا حسم المشرع الموقف واعتبر التصرف بيعاً، حتى ولو وصفه المتعاقدان بأنه إيجار، بحيث نصت الفقرة الرابعة من المادة (363) السابقة الذكر على ما يلي: "تسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة ولو أعطى المتعاقدان البيع صفة الإيجار."

المطلب السابع: البيع وعقد الوصية

الوصية طبقاً لنص المادة (184) من قانون شؤون الأسرة تملك مضاف إلى بعد الموت بطريق التبرع.

هناك تشابه بين عقد البيع والوصية يكمن في نقل الملكية، ويختلفان في كون البيع ناقل للملكية بمقابل أما الوصية فانتقال الملكية بدون مقابل⁽¹⁾، كذلك تنتقل الملكية في البيع وقت إبرام العقد، أما الوصية فتنتقل الملكية بعد موت الموصي⁽²⁾.

ويمكن أن يقع التباس بين العقدين، في حالة ما إذا حاول الموصي أن يوصي للغير بأكثر من الثلث فنصطدم بقاعدة لا وصية بأكثر من الثلث، فيلجأ إلى إبرام عقد بيع في الظاهر أي وصية على هيئة عقد بيع فلا يمكن للورثة الطعن في الوصية لأن هذا العمل هو عقد بيع لا وصية⁽³⁾.

وحماية للورثة نص المشرع في المادة (777) من القانون المدني بأنه: "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

(1) كما سبق وأن رأينا فإن من أهم الخصائص العامة لعقد البيع وأنه من العقود الملزمة لجانبين وبالتالي فهو من عقود المعاوضة، على عكس الوصية فلا يقع أي إلزام على الموصى له ومن ثم فهو من العقود الملزمة لجانب واحد ومن عقود التبرع.

(2) من أهم الخصائص الخاصة لعقد البيع وأنه عقد منجز حال حياة عاقده بمعنى أنه ليس من التصرفات البعدية ولا يمكن التصرف في تركة شخص على قيد الحياة، هذا على عكس الوصية التي تعتبر من التصرفات البعدية أي بعد وفاة الموصي.

(3) عدنان سرحان، شرح أحكام العقود المسماة، ج1، عقد البيع، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص60.

الفصل الثاني:

انعقاد البيع

البيع عقد يستدعي صدوره من شخص أهل للتعاقد وتختلف هذه الأهلية عن تلك الواجب توفرها في العقود الأخرى بالنظر إلى آثاره ولا سيما تلك المتعلقة بانتقال الملكية.

كما يرد هذا العقد على مال قد يكون مادي أو معنوي، أو على حق الملكية أو الحقوق العينية الأصلية أو التبعية من جهة، ومن جهة أخرى وفي المقابل يقع على عاتق المشتري دفع ثمن في الغالب يكون نقدي.

ولا يقوم هذا العقد إلا إذا كان سببه مشروعاً، ومتى توفرت الشكلية التي يشترطها القانون في بعض العقود.

ولم يكتفي المشرع عن هذا الحد، وإنما أورد أحكاماً خاصة لصحة العقد ولا سيما تلك المتعلقة بالعلم الكافي بالمبيع والغبن وبيع ملك الغير إلى جانب الأحكام المنصوص عليها في القواعد العامة وهي عيوب الإرادة وعوارض الأهلية.

لذلك سندرس في هذا الفصل الأركان الواجب توافرها لإنعقاد البيع وشروط صحة البيع وفناؤه.

المبحث الأول:

أركان البيع

وتعرض فيه للتراضي، المحل، السبب، الشكلية باعتبارها ركناً في بعض البيوع.

المطلب الأول: التراضي

هو الركن الأول للعقد، وتنص المادة (59) من القانون المدني بأنه: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانوني".

ملاحظة: المصطلح الصحيح هو التراضي وليس الرضى، المشرع أخطأ في الترجمة المفردة لمصطلح le consentement التي تفيد توافق أو تطابق إرادتين أما الرضى فيخص شخص واحد دون الثاني⁽¹⁾.

(1) علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موف للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 68.

تعريفه: هو اقتران إرادتين متطابقتين، أي وجود إيجاب معين وقبول مطابق له⁽¹⁾.

ويعرف الإيجاب: بأنه العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به - على وجه الجزم - عن إرادته في إبرام عقد معين، فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول (ويشترط فيه أن يكون التعبير دقيقا ومحددا من جهة وان يكون باتا من جهة أخرى)⁽²⁾.

ويعرف القبول: بأنه الرد الايجابي على الإيجاب من طرف الموجب له⁽³⁾.

ملاحظة هامة: هناك بيع لا يشترط فيها التراضي هي:

- البيع الجبري لأموال المدين

وسندرس في هذا المطلب الصور العامة للتراضي وبعض الصور الخاصة.

الفرع الأول: التراضي في صورته العامة

تعتبر الصور العامة للتراضي في عقد البيع مجرد تطبيق للقواعد العامة، وهذا يعني البيع لا ينعقد إلا بتطابق إرادة البائع مع إرادة المشتري حول ثلاث مسائل جوهرية، بدون الاتفاق عليها لا ينعقد البيع وهذه الأمور هي طبيعة العقد، المبيع والثن.

أولا: التراضي على المسائل الجوهرية

يلزم لانعقاد البيع توافر الرضا بين البائع والمشتري على العناصر الأساسية وهي المبيع، الثمن وطبيعة العقد⁽⁴⁾.

- 1- **التراضي على طبيعة العقد:** ويعني أن إرادة كل من المتعاقدين تتجه إلى إبرام عقد بيع أي نقل الملكية في مقابل نقدي، إذن لا يكون هناك توافق بين الإرادتين على ماهية العقد إذا اتجهت إرادة أحد المتعاقدين إلى البيع واتجهت إرادة المتعاقد الثاني إلى عقد آخر
- 2- **التراضي على المبيع:** يجب أن تتطابق إرادة المشتري مع إرادة البائع على ذات المبيع، وإلا لا ينعقد البيع لعدم تطابق الإرادتين.

(1) Jacques Ghestin, le traité de droit civil, TII, les obligations, le contrat, LGDJ, Paris, 1980, P05.

(2) نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 128.

(3) علي فيلاي، مرجع سابق، ص 96.

(4) محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 70.

3- التراضي على الثمن: وهذا يعني انه يجب أن يتم الاتفاق على ثمن نقدي معين يدفعه المشتري للبائع، أو على الأقل يكون هناك اتفاق على أسس تحديد الثمن⁽¹⁾ وعليه إذا كان المشتري يقصد شراء بأقل من الثمن الذي قصده البائع فالبائع لا ينعقد لعدم تطابق الإيجاب والقبول حول الثمن.

ثانيا: المسائل التفصيلية

تنص المادة (65) من القانون المدني على أنه: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط الأثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

يتضح من نص المادة السالف الذكر، أن مجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية كاف لانعقاد البيع حتى ولو لم يتم الاتفاق على المسائل التفصيلية مثل: زمان ومكان التسليم ونفقاته ونفقات عقد البيع.....الخ

لكن لكي ينعقد البيع في حالة عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية، يجب ألا يشترط بأن عدم الاتفاق عليها يؤدي إلى عدم انعقاد العقد.

الفرع الثاني: الصور الخاصة للتراضي في عقد البيع

قد يتخذ التراضي في عقد البيع صورا مختلفة، تختلف عن التراضي في صورته العامة، فقد يسبق إبرام العقد النهائي مرحلة تمهيدية أو يقتزن بعربون، أو يتوقف إتمام البيع على تجربة المشتري للمبيع أو تذوقه....الخ

أولا: الوعد في البيع

لم يضع المشرع حكما خاصا بالوعد في البيع، وفي هذا الشأن نرجع للقواعد العامة من خلال نص المادة (71) من القانون المدني⁽²⁾.

(1) يمكن أن يكون ثمن المبيع مسمى في العقد نقدا، كما يمكن للأطراف الإتفاق على الأسس التي يحدد بها هذا الثمن بشرط أن تكون محددة وواضحة، ومثالها تحديد الثمن بسعر السوق، أو الثمن الذي سبق التعامل به أو بتحديدته عن طريق شخص ثالث يتم تعيينه برضا الطرفين في عقد البيع أو بموجب إتفاق لاحق.

(2) تنص المادة (71) من القانون المدني على أن: «الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

1- تعريف الوعد في البيع:

هو عقد يلتزم فيه أحد المتعاقدين بيع شيء للمتعاقد الآخر أو شرائه منه، إذا ما أبدى المتعاقد الآخر (الموعد له) رغبته في ذلك، أو يلتزم فيه كلا الطرفين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء إذا ما أبدى المتعاقد معه رغبته في إتمام البيع⁽¹⁾.

ملاحظة: يتضح وأن الوعد في البيع ليس مجرد إيجاب لأنه أقوى منه، كما انه ليس دعوى إلى التفاوض، فالوعد في البيع عقد تام يتم بتلاقي إيجاب وقبول متطابقين وهو عقد متميز عن عقد البيع يدخل في طائفة العقود غير المسماة.

2- صور الوعد في البيع:

قد يكون وعدا بالبيع وقد يكون وعدا بالبيع والشراء أي متبادل وقد يكون وعدا بالتفصيل.

أ- الوعد بالبيع من جانب واحد:

ففي هذا النوع يعد أحد المتعاقدين (الواعد) الطرف الثاني بأن يبيع له مبيع بثمان محدد إذا ما أبدى المتعاقد الآخر (الموعد له) رغبته في الشراء خلال المدة المحددة، هنا الواعد بالبيع وحده هو الذي يلتزم، أما الموعد له فلا يلتزم بشيء، فإذا أبدى رغبته في التعاقد انعقد البيع، وإذا لم يبدي رغبته خلال المدة المحددة يسقط الوعد ويتحلل الواعد في البيع من وعده⁽²⁾.

ب- الوعد بالشراء الملزم لجانب واحد:

وفي هذه الصورة يعد أحد المتعاقدين (وهو الواعد) الطرف الثاني (الموعد له) بأن يشتري منه مبيعا بثمان محدد إذا أبدى الموعد له رغبته في البيع خلال المدة المحددة وهنا الواعد بالشراء هو الذي يلتزم وحده، أما الموعد له فلا يلتزم بالبيع وعليه إذا لم يبد رغبته في المدة المحددة يسقط الوعد بالشراء ويتحلل الواعد بالشراء من التزامه⁽³⁾.

وإذا اشترط القانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الإنفاق المتضمن الوعد بالتعاقد « .
المشرع الجزائري لم يخص الوعد في البيع بنص خاص كما فعل المشرع الفرنسي، بل اكتفى بالنص عليه في النظرية العامة للإلتزامات.

(1) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 41-42.

(2) نفس المرجع، ص 45.

(3) سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1973، ص 52.

ج- الوعد بالشراء والبيع (الوعد التبادلي):

وفيه يصدر وعدان، الأول وعد من البائع بالبيع إذا ما أبدى الموعود له رغبته في الشراء، والثاني وعد من المشتري بالشراء إذا ما أبدى الموعود له رغبته في البيع خلال المدة المحددة، وهذا هو الوعد التبادلي بالبيع والشراء⁽¹⁾.

د- الوعد بالتفضيل:

هو صورة من صور الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد وهو ليس وعدا باتا وإنما معلق على شرط واقف، أي الواعد ليس ملزم بالبيع ولكن يكون ملزما فقط بتفضيل الموعود له في حالة ما إذا أراد التصرف بالبيع في العين الموعود بها⁽²⁾.

ملاحظة:

- في الوعد بالتفضيل يكون شخص الموعود له محل اعتبار في التعاقد.

- حق الموعود له لا ينشئ إلا معلقا على شرط، أي لا يجوز للموعود له استعماله إلا في الوقت الذي يتحقق فيه الشرط أي الوقت الذي يقرر الواعد البيع.

3 — شروط الوعد:

طبقا لنص المادة (71) من القانون المدني: فإن الوعد في البيع لا ينعقد إلا إذا توافرت شروطه وهي:

أ- **الأركان العامة للعقد:** ما دام أن الوعد عقد، لذلك يجب أن تتوفر فيه الأركان العامة للعقد، وهي التراضي، المحل السبب وإذا تخلف أي ركن منها يقع الوعد باطلا.

ملاحظة: بالنسبة للأهلية وغيوب الإرادة، فبالنسبة للواعد يؤخذ بعين الاعتبار وقت التزامه، أي وقت صدور الوعد منه لأنه هذا هو الوقت بالذات الذي يعبر فيه عن إرادته.

أما بالنسبة للموعود له فإنه ينظر إلى إرادته وأهليته وقت إبداء رغبته، لأنه هذا هو الوقت الذي يلتزم فيه ويصبح العقد نهائي بالنسبة له⁽¹⁾.

(1) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 52-53.

(2) زواوي فريدة، موضوع ضرورة شهر الوعد ببيع العقار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، ج 33، رقم 03، 1995، ص 644.

ب- الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية:

يجب أن يتفق المتعاقدان على كافة المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه وهي:

- 1- الاتفاق على طبيعة الوعد: أي تبادل الإيجاب والقبول المتطابقين على أحد الصور للوعد.
- 2- يجب أن يعين المبيع أو أن يكون قابلا للتعين
- 3- يجب أن يحدد الثمن أو أن يتم الاتفاق على الأسس التي سيحدد بمقتضاها⁽²⁾.
- 4- يجب الاتفاق على المدة التي يجب أن تبدى فيها الرغبة، وعدم الاتفاق على المدة يبطل عقد الوعد والحكمة من تحديد المدة هو أنه من غير المعقول أن يبقى الواعد ملتزما بوعدته إلى مالا نهاية، لذا وجب تحديد المدة، حتى إذا لم تبد الرغبة خلالها يتحلل الواعد من وعده⁽³⁾.
- 5- ركن الشككية: يجب أن يتوفر في الوعد بالبيع إذا كان القانون يشترطه في عقد البيع كالوعد ببيع عقار وذلك طبقا للمادة (71) من القانون المدني.

4 - آثار الوعد بالبيع:

إذا تم الوعد صحيحا فإنه يترتب للموعد له حق شخصي في مواجهة الواعد، أي الوعد يترتب التزاما شخصيا فقط في ذمة الواعد، ولدراسة آثار الوعد، نقسمه إلى مرحلتين ما قبل إبداء الرغبة وفي مرحلة ما بعد إبداء الرغبة.

أ- الفترة السابقة على إبداء الرغبة:

في هذه المرحلة يترتب الوعد التزاما في ذمة الواعد (التزام بعمل) وهو الإلتزام بإبرام العقد إذا أبدى الموعد له رغبته في التعاقد خلال المدة المحددة.

(1) الأهلية نوعان أهلية وجوب وأهلية أداء، يقصد بأهلية الوجوب صلاحية الفرد لإكتساب الحقوق وتحمله للإلتزامات، أما أهلية الأداء فيقصد بها قدرة الفرد في التصرف بأمواله وهذه الأخيرة هي المطلوبة في عقد البيع.

(2) زيادة على المسائل الجوهرية التي يقتضيها تطابق الإرادتين في عقد البيع، يشترط في الوعد في البيع بجميع صورته تطابق الإرادتين حول المدة التي يجب خلالها إبداء الرغبة من الموعد له سواء كان البائع أو المشتري أو كلاهما، والتي يتم تحديدها من قبل الطرفين والالكان الوعد باطلا بطلانا مطلقا.

(3) ذلك لأنه من المقرر قانونا أن الإنفاق الذي يعد له كلا من المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون، ولا سيما ما تعلق بالإنفاق على السعر، وهذا ما ذهبت إليه إجتهاادات المحكمة العليا ولا سيما قرارها الصادر بتاريخ 1990/03/26 في الملف رقم (56500) المنشور بالمجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1992، أشار إليه: أحمد لعور، نبيل صقر، القانون المدني نصوص وتطبيقا، طبعا لأحداث التعديلات بالقانون 07-05، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 32-33.

وكذلك حتى يتمكن الواعد من تنفيذ وعده، فإنه يمتنع عليه التصرف في المبيع الموعود ببيعه، وإذا حدث وأن تصرف في المبيع الموعود ببيعه، فإنه يعتبر مخلا بالتزامه في مواجهة الموعود له، ولهذا الأخير الحق في مطالبته بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية العقدية، ويبقى التصرف القائم بين الواعد والمتصرف إليه صحيحا، ولا يمكن للموعود له الاحتجاج بوعده في مواجهة المتصرف إليه، لأن الحق الذي اكتسبه الموعود له هو حق شخصي وليس حق عينيا⁽¹⁾.

حالات خاصة:

- إذا هلك الشيء المبيع بقوة قاهرة وكان الهلاك كلياً، انقضى التزام الواعد لاستحالة الوفاء به⁽²⁾.

- إذا هلك الشيء المبيع بقوة قاهرة وكان جزئياً، لا ينقضي التزام الواعد وجاز للموعود له أن يستعمل حقه في شراء الباقي دون هلاك بالثمن المسمى في الوعد دون نقصان.

- إذا حدثت الزيادة في المبيع نفرق بين الزيادة في القيمة أو في المقدار، ففي حالة الزيادة في القيمة يتم البيع بالسعر المسمى في الوعد بالبيع، أما في حالة الزيادة في المقدار فتكون من حق الواعد.

- إذا نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، فإن ثمن نزع الملكية يكون من حق الواعد ويحكم القضاء في هذه الحالة باستحالة تنفيذ الالتزام، ويرى الفقه بأنه إذا كان التعويض عينياً عن نزع الملكية فينتقل التزام الواعد إلى هذا الأخير.

- أما بالنسبة للموعود له، فإن له حق شخصي ذو قيمة، يجوز له أن يتصرف فيه للغير ويكون ذلك وفقاً لأحكام حوالة الحق، أي قبول الواعد للحوالة، كما يجوز للموعود له القيام بالأعمال اللازمة للمحافظة على حقه، كاستعمال حقوق الواعد عن طريق الدعوى غير المباشرة، ويجوز للموعود له أن يطلب من الواعد أن يرتب له رهناً على عقار آخر تأمينا للوفاء بالوعد.

وفي الأخير فإن الموعود له يكون له الحق في قبول أو رفض الشراء، فإن أبدى رغبته بالقبول انعقد البيع، كما يمكنه أن يرفض التعاقد، بل له الحق في السكوت طيلة المدة المحددة لإبداء الرغبة حتى تنقضي فيتحلل الواعد من وعده.

(1) ذلك أن الوعد لا يعتبر بيعاً، فإنه لا ينقل الملكية، وتظل للبائع سلطات المالك، فيكون له أن يتصرف في الشيء الموعود به بالبيع، كما يكون له أن يقرر عليه حقوقاً للغير، راجع في ذلك عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 85.

(2) تنص المادة (307) من القانون المدني على أنه: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته"، كما أن المادة (369) الفقرة الأولى من نفس القانون تؤكد ذلك في حالة هلاك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه، أين يسقط البيع ويسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع.

ب- الفترة اللاحقة لإبداء الرغبة:

إذا أبدى الموعود له رغبته خلال المدة المحددة، انعقد العقد دون حاجة إلى صدور قبول من الواعد، وإذا رفض هذا الأخير إتمام البيع فانه يجوز للموعود له أن يلجأ إلى القضاء ويطلبه بتنفيذ وعده، ويقوم الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي فيه مقام العقد طبقاً لنص المادة (72) من القانون المدني⁽¹⁾.

ويجب أن يصل إبداء الرغبة إلى علم الواعد قبل انتهاء المدة، فإذا صدرت رغبة الموعود له قبل انتهاء المدة، ولكنها لم تصل إلى الواعد إلا بعد انتهاء المدة فلا يعتد بها وتعتبر كأنها لم تصدر. وليس لإبداء الرغبة أثر رجعي، فالعقد ينعقد منذ إبدائها ولا يعود بأثر رجعي إلى وقت نشوء الوعد.

ملاحظة: هذه الآثار السابق ذكرها بالبيع تنطبق على الوعد بالبيع وكذلك الوعد بالشراء مع تغيير فقط بين الواعد والموعود له.

أما بالنسبة للوعد الملزم لجانبين، كل من طرفيه واعد وموعود له في نفس الوقت، فكل منهما في المرحلة ما قبل إبداء الرغبة حق شخصي في مواجهة الآخر يقع على كل منهما التزام شخصي، وبعد إبداء الرغبة من أي منهما يجب على الطرف الثاني إبرام العقد.

ثانياً: البيع بشرط التجربة

طبقاً لنص المادة (355) من القانون المدني فالبيع بشرط التجربة يقصد منه اعطاء المشتري إمكانية تجربة المبيع قبل شرائه.

فإذا قام المشتري بتجربة المبيع وارتضى النتيجة يبرم البيع، أما إذا لم يرتض نتيجة التجربة فلا يعقد العقد.

ويلجأ المشتري أحياناً إلى تجربة المبيع للتأكد إذا كان المبيع يناسبه شخصياً، أو أنه يحتوي على خصائص معينة يقصد المشتري توافرها في ذلك المبيع أو التأكد من أن المبيع صالح لأداء الغرض الذي

⁽¹⁾ تنص المادة (72) من القانون المدني على أنه: «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد».

وهذا ما ذهبت إليه إجتهاادات المحكمة العليا في العديد من قراراتها ولا سيما القرار الصادر في الملف رقم (154760) المنشور بالجملة القضائية العدد الأول لسنة 1991 ومفاده: «أنه من المقرر أن يخول للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد في حالة ما إذا نكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد» أشار إليه: أحمد لعور، نبيل صقر، مرجع سابق، ص 35.

اعد من اجله. والاتفاق على التجربة قد يكون صريحا عند التعاقد، كما يمكن أن يكون ضمينا ومثاله شراء سيارة مستعملة⁽¹⁾.

1- طبيعة أو تكييف البيع بشرط التجربة:

نستخلص من نص المادة (355) من القانون المدني⁽²⁾ وأن البيع بشرط التجربة في الأصل يكون معلقا على شرط واقف، لكن يمكن اتفاق الأطراف على أن يكون معلقا على شرط فاسخ.

أ- بيع معلق على شرط واقف:

الشرط الواقف في هذا البيع هو قبول المشتري للمبيع بعد تجربته، وعليه طالما أن المشتري لم يجرب المبيع أو قام بتجربته ولم ترضيه فإن الشرط الواقف لم يتحقق ولا يتم البيع.

أما في حالة تجربة المبيع وقبله المشتري، فهنا يتم البيع وبأثر رجعي (لأن للشرط الواقف أثر رجعي) فيعتبر البيع قد انعقد ليس من وقت تحقق الشرط وإنما من وقت الاتفاق على إتمامه بشرط التجربة، والبيع بهذا الشرط يلزم البائع من تمكين المشتري تجربة الشيء المبيع خلال المدة المتفق عليها.

ملاحظة: إذا كان البيع معلقا على شرط واقف، فإنه قبل تحقق الشرط يبقى البائع مالكا للشيء المبيع، وبالتالي إذا هلك المبيع أثناء فترة التجربة تحت يد المشتري فتبعة هلاكه يتحملها البائع، كما انه يمكن لدائي البائع الحجز على المبيع تحت يد المشتري وهو يجربه لأن المبيع ملك لمدينهم (البائع).

ب- بيع معلق على شرط فاسخ:

والشرط الفاسخ في هذه الحالة عدم رضى المشتري بعد تجربته، وجعل البيع معلقا على شرط فاسخ يعني أن هذا العقد انعقد ويرتب كافة آثاره ومصير هذا العقد متوقف على تحقق الشرط الفاسخ، ففي حالة عدم تحقق الشرط الفاسخ يستقر العقد نهائيا، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن العقد يزول بأثر رجعي كأنه لم ينعقد.

ملاحظة: إذا هلك المبيع أثناء التجربة والعقد معلق على شرط فاسخ، فالمشتري هو الذي يتحمل تبعة هلاكه مادام العقد قائم وتسلم المبيع.

(1) علي نجيدة، الوجيز في البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 56.

(2) تنص الفقرة الثانية للمادة (355) من القانون المدني: «...يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ » .

2- مدة التجربة :

طبقا لنص المادة (355) من القانون المدني، يجب أن يقوم المشتري بتجربة المبيع خلال مدة المحددة في الاتفاق، وفي حالة ما إذا لم تحدد هذه المدة من قبل المتعاقدين، فإن البائع عادة هو الذي يحدد مدة التجربة ويجب أن تكون مدة معقولة تسمح للمشتري من تجربة المبيع.

على البائع تمكين المشتري من المبيع للتجربة خلال المدة المتفق عليها، وفي حالة امتناعه فمن حق المشتري إجباره عن طريق القضاء بتنفيذ هذا الالتزام، وفي مقابل هذا الالتزام فهناك التزام على عاتق المشتري هو وجوب قيامه بتلك التجربة وعليه فإذا رفض المشتري تجربة المبيع بعد تمكينه منها، فمن حق البائع إجباره على ذلك⁽¹⁾.

أما إذا تسلم المشتري المبيع لتجربته وسكت حتى انقضاء المدة محتفظا بالمبيع فإن سكوته في هذه الحالة يعتبر قبولا، لهذا يجب على المشتري أن يعلن رغبته خلال المدة المتفق عليها بعد تجربة المبيع، سواء ارتضى نتيجة التجربة أو لم يرتضها وذلك قصد معرفة مصير العقد⁽²⁾.

3- كيفية التجربة:

تجربة المبيع في الأصل تتم حسب طبيعته، إلا أن هذه المسألة متروكة لتقدير المشتري فقد تكون التجربة من طرف المشتري شخصيا وقد يكلف شخصا آخر، كما قد تكون بحضور البائع أو أن يقوم بها بمفرده⁽³⁾.

4- مدى حرية المشتري في الرفض:

طبقا لنص المادة (355) فإن للمشتري مطلق الحرية في قبول المبيع أو رفضه.

ملاحظة: كان يجب أن يقيد المشرع حرية المشتري حتى لا يتعسف في استعمال حقه، لأنه في بعض الأحيان تكون نتائج التجربة مرضية ومع ذلك يرفضها المشتري.

(1) ويتم إجباره على التجربة بعد مطالبته بالتنفيذ العيني، وما دام أنه يلتزم بالقيام بعمل فقد يلجأ البائع إلى القضاء من أجل تسليط غرامة تهديدية عن كل يوم تأخير في تنفيذ الالتزام بالتجربة.

(2) ينفرد البيع بشرط التجربة عن بقية البيوع الموصوفة بهذا الحكم ومفاده أن السكوت يعتبر قبولا بالمبيع ومن ثم هو ملزم باتفاق البيع ودفع الثمن.

(3) علي نجيدة، مرجع سابق، ص 56.

ثالثا: البيع بالمذاق

طبقا لنص المادة (354) من القانون المدني يقصد بالبيع بالمذاق، إعطاء المشتري إمكانية تذوق مبيعات معينة قبل إعلان رغبته في التعاقد، فإذا تذوق المبيع أعلن رغبته بالقبول ينعقد العقد، وإذا رفضه فلا ينعقد العقد.

ويتم تقدير مذاق المبيع وفقا لمعيار شخصي محض، فللمشتري الحق في القبول أو الرفض كيفما شاء على حد تعبير المشرع.

ملاحظة: البيع بالمذاق لا ينعقد إلا من الوقت الذي يتم فيه إعلان المشتري قبول المبيع ويكون صريحا أو ضمنيا، أما السكوت فلا يعتبر قبولا على عكس البيع بشرط التجربة⁽¹⁾.

1- تكييف البيع بشرط المذاق:

من خلال نص المادة (354)⁽²⁾ فإن هذا العقد لا ينعقد إلا من وقت إعلان القبول، وهذا يعني أنه لا يوجد عقد بيع في الفترة السابقة على إعلان القبول، إذ في هذه الفترة توجد إرادة البائع وحدها ولم تطابقها إرادة المشتري.

وعليه فخلال فترة ما قبل القبول كيف هذا التصرف على أنه وعد بالبيع ملزم لجانب واحد، يلتزم بموجبه البائع تمكين المشتري من تذوق المبيع وإذا أبدى قبوله يلتزم البائع بإبرام عقد البيع.

2- زمان ومكان التذوق:

يتم التذوق في الزمان والمكان المتفق عليهما بين البائع والمشتري، وقد يكون الإتفاق على ذلك صراحة أو ضمنيا، وإذا لم يتم الاتفاق على ذلك تطبق أحكام العرف المعمول بها في الجهة وإذا لم يكن هناك عرف، يجب في هذه الحالة أن ينفذ الالتزام (المذاق) في زمان ومكان التسليم.

ملاحظة: في حالة انقضاء المدة المحددة دون إعلان المشتري لقبوله أو رفضه، فيعد ذلك رفضا وينحل البائع من وعده.

(1) جميل الشراوي، مرجع سابق، ص 73.

(2) تقابلها المادة (422) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه: «يتعين على المشتري في البيع بشرط المذاق أن يقبل المبيع كيفما شاء غير أنه يجب أن يعلن قبوله في الأجل المحدد بعقد الإتفاق أو العرف، ولا ينعقد البيع إلا من يوم هذا الإعلان».

رابعاً: البيع بالعربون

يعرف العربون فقهاً بأنه: "مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر وقت التعاقد، فإذا تم التعاقد حسب المبلغ المدفوع من جملة ما هو متفق عليه، وإذا لم يتم التعاقد، خسر من عدل قيمة العربون"⁽¹⁾.

وقد نص عليه المشرع بموجب القانون (10/05) المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر (58/75) المتعلق بالقانون المدني، إذ جاءت به المادة (24) المتممة للمادة (72) منه والتي تنص على الأحكام العامة التي تسري على العربون في سائر العقود وتنص المادة (72) مكرر على أن: "1- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

2- إذا عدل من دفع العربون، خسره أي (فقدته) وإذا عدل من قبضة، رد ضعفه هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر".
وقد اختلف الفقهاء في طبيعة البيع بالعربون:

- هناك من يرى بأنه عقد معلق على شرط واقف (ألا يعدل المتعاقدين عن البيع)⁽²⁾.
 - هناك من يرى بأنه عقد معلق على شرط فاسخ (وهو عدول أحد المتعاقدين)⁽³⁾.
 - ويذهب رأي ثالث إلى تكييف البيع بالعربون، بأنه ينطوي على التزام بدلي أي أن العربون هو البديل في التزام مبدئي، المدين بئناً أو مشترياً بالالتزام الوارد في البيع ودائناً في الوقت ذاته بالحق الذي يقابل الالتزام، ولكن يبرأ الالتزام ويسقط الحق في المقابل تبعا إذا هو أدى العربون⁽⁴⁾.
- (البائع بدلا من نقل الملكية يقدم العربون، والمشتري يمكنه أن يؤدي بدل الثمن العربون)

خامساً: البيع بالعينة

حسب نص المادة (353) من القانون المدني⁽⁵⁾ بدلا من أن يكون تعيين المبيع عن طريق أوصافه أو عن طريق الرؤية قد يلجأ إلى طريقة أخرى هي تقديم العينة.

(1) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 259.

(2) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 57.

(3) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 875.

(4) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 57-58.

(5) تنص المادة (353) من القانون المدني على أنه: «إذا إنعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها وإذا تلفت العينة أو هلك في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا، أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة.»

العينة: هي وحدة مصغرة من الشيء المبيع ويكون على عاتق البائع التزام بأن يسلم للمشتري مبيعاً مطابقاً للعينة التي رآها فإذا لم يتحقق هذا التطابق كان للمشتري رفض تسلم ذلك المبيع، حتى ولو سلم له مبيع أفضل من العينة. فهنا نكون أمام ثلاث حالات:

الحالة 01: إذا كان المبيع مطابقاً للعينة، لا يجوز للمشتري أن يرفضه بدعوى أنه غي ملائم لحاجاته أو أقل جودة

الحالة 02: إذا إدعى المشتري أن المبيع غير مطابق للعينة، (والعينة موجودة لدى البائع أو المشتري) فعلى الإثبات يقع على عاتق البائع، ويستعين بحججه.

الحالة 03: غير مطابقة، يقبل المشتري المبيع مع المطالبة بإقصاص الثمن إذا كانت قيمة الشيء الذي قبله أقل من قيمة العينة.

1- الإثبات في البيع بالعينة:

أ- **النزاع على ذات العينة:** عندما يدعى أحد المتعاقدين أن العينة ليست أصلية، فعلى من يدعي ذلك يقع عليه عبء الإثبات " البينة على من ادعى " لذلك ولتفادي هذا النزاع يجب وضع علامة على العينة.

ب- **نزاع في حالة فقدان أو هلاك العينة:** فإنه من هلك في يده العينة هو من يتحمل المسؤولية ويقع عليه إثبات أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة.

2- جزاء عدم مطابقة الشيء المبيع للعينة:

يكون للمشتري عدة حلول هي:

أ- للمشتري أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني (أي تسليم مبيع مطابق للعينة)، كما يجوز للمشتري الحصول على شيء مطابق للعينة على نفقة البائع بعد استئذان القاضي أو بدون الحصول على إذن في حالة الاستعجال (م 166/ق م)⁽¹⁾.

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

ج- له أن يقبل المبيع غير المطابق للعينة مع المطالبة بإقصاص الثمن إذا كانت قيمة الشيء الذي قبله أقل من قيمة العينة⁽²⁾.

(1) تنص الفقرة الثانية من المادة (166) من القانون المدني على أنه: «إذا لم يقدّم المدين بتنفيذ إلتزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض» .

(2) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 146.

3- التكيف القانوني للبيع بالعينة

البيع بالعينة هو بيع بات، وليست العينة الا وسيلة لتعيين المبيع، ولا يعتبر هذا البيع معلقا على شرط واقف او فاسخ الا اذا قصد المتعاقدين تعليق وجود البيع او زواله على مطابقته للعينة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: المحل

المحل هو محل الالتزام الناشئ عن العقد، والبيع عقد ملزم لجانبين، أحدهما ينقل الملكية والآخر يدفع الثمن، لذلك يكون للبيع محلان رئيسيان هما (المبيع والثمن)⁽²⁾.

لم يضع لها المشرع نصوص خاصة وإنما نرجع إلى نظرية الالتزام من خلال المواد 92 وما يليها من القانون المدني.

الفرع الأول: المبيع

المبيع طبقا لنص المادة (351) من القانون المدني هو الملكية أو أي حق مالي آخر ونعني بهذا الأخير الحقوق الشخصية كحالة الحق أو الحق العيني الأصلي كحق الانتفاع وحق الارتفاق والحق العيني التبعية كالرهن الرسمي والحيازي، حق التخصيص وحق الامتياز، وقد يكون حتى معنوي كحق المؤلف وبراءة الاختراع والعلامة التجارية⁽³⁾.

1- أن يكون المبيع موجودا وقت البيع أو قابلا للوجود في المستقبل:

يشترط لانعقاد البيع أن يكون المبيع موجودا وقت البيع أو قابل للوجود في المستقبل والشيء غير موجود وقت البيع وغير قابل للوجود في المستقبل بطل العقد بطلانا مطلقا، وبالتالي نكون أمام الحالات التالية:

الحالة الأولى: قد يوجد المبيع قبل العقد ويستمر وجوده إلى حين إبرام العقد، هنا ينعقد ويتقضى قائما.

(1) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 58-59.

(2) بعض الفقهاء يرون أن محل العقد هو محل الإلتزام الرئيسي الذي ينشئه العقد، ومنهم من يميز بين ثلاثة أمور وهي:

— محل الحق l'objet du contrat - محل الإلتزام l'objet de l'obligation - محل الأداء، راجع في ذلك علي فيلاي، مرجع سابق، ص 167.

(3) يمينة حوحو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016، ص 120-123.

الحالة الثانية: قد يوجد المبيع قبل العقد ووقت انعقاده وينعدم كله أو بعضه بعد ذلك، هنا العقد صحيحا لكن يفسخ بعد ذلك لاستحالة الوفاء بالالتزام أو يبقى العقد قائما مع إنقاص الثمن في حالة الهلاك الجزئي.

الحالة الثالثة: قد يكون المبيع موجودا، ويهلك قبل التعاقد، فالعقد باطل لانعدام المحل.

الحالة الرابعة: قد يكون غير موجود قبل العقد ولا وقت إبرامه وكان المبيع قابلا للوجود بعد ذلك أي شيئا مستقبليا واتجهت إرادة الطرفين الى التعاقد على هذا الأساس فهنا المبيع محتمل الوجود.

ومثاله: البيع على التصاميم نظمه المشرع في المرسوم رقم (03/93) المتعلق بالنشاط العقاري⁽¹⁾ والمرسوم التنفيذي رقم (58/94) المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم في مجال الترقية العقارية⁽²⁾. والذي تم إلغاؤه بموجب القانون رقم (04/11)⁽³⁾.

أ- هلاك المبيع كله وقت العقد:

- إذا كان الهلاك مجهولا من الطرفين لا يكون لأحدهما مطالبة الآخر بالتعويض.
- إذا كان الهلاك معلوما للبائع دون المشتري، يلزم البائع بتعويض المشتري عن ضرر بطلان البيع.
- إذا كان الهلاك معلوما للمشتري دون البائع، فلا مسؤولية على البائع لأنه حسن النية ولا على المشتري لأنه ليس مكلفا بالإحاطة بحالة المبيع وتنبيه مالكة اليه، لكن يكون المشتري مسؤولا إذا ارتكب خطأ وأراد خداع البائع هنا إذا دفع الثمن فلا يسترده.

ب- هلاك بعض المبيع وقت العقد:

المبيع في هذه الحالة لم يهلك كليا، ويجوز أن ينعقد العقد، ولكن العدالة تقضي في هذه الحالة ألا يلتزم المشتري بالثمن الكلي، بل يخفض الثمن بقدر هلاك المبيع.

⁽¹⁾ المرسوم التشريعي رقم (03/93) المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 03/03/1993.

⁽²⁾ المرسوم التنفيذي رقم (58/94) المؤرخ في 07/03/1994 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم في مجال الترقية العقارية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 13، الصادرة بتاريخ 09/03/1994.

⁽³⁾ القانون رقم (04/11) المؤرخ في 17/02/2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 06/03/2011.

- لا يجبر المشتري على أخذ المبيع إذا كان الباقي لا يصلح للغرض الذي من أجله تعاقد على شراء المبيع، لكن لا يكون للمشتري هذا الخيار إلا إذا كان وقت العقد لم يعلم بوقوع الهلاك الجزئي⁽¹⁾.
- إذ شمل البيع أشياء مختلفة وهلك بعضها دون الأخرى فلا يجوز للمشتري أن يطلب إقالته من الصفقة إلا إذ ثبت أنه روعي فيها عند العقد ارتباط هذه الأشياء بعضها البعض واعتبارها غير قابلة للتجزئة.

ملاحظة هامة: ان شرط الوجود أو القابلية للوجود، هو شرط خاص بالأشياء المعينة بذاتها، أما الأشياء المثلية أو المعينة بنوعها (وهي التي يقوم بعضها مقام البعض في الوفاء) فإنها لا تدخل في نطاق شرط الوجود لأنها موجودة دائماً⁽²⁾.

2- يجب أن يكون المبيع معينا أو قابلا للتعين:

تختلف كيفية أو طريقة تعيين المبيع بحسب ما إذا كان معينا بذاته أو معينا بنوعه.

أ- **تعيين الأشياء القيمة:** هي أشياء معينة بذاتها لا تقوم غيرها مقامها في الوفاء، وتعين في العقد بذكر أوصافها الخاصة بها، ومثالها العقارات فيتم تعيينها بذكر أوصافه وحدوده ومساحته وموقعه.
ب- **تعيين الأشياء المثلية:** هي أشياء معينة بنوعها ولها نضير من جنسها مساو لها مقارب لها في القيمة يقوم مقامها في الوفاء (كالذهب والفضة والقمح...).

وتعين في العقد بذكر جنسها ونوعها ومقدارها سواء كان هذا المقدار محدد وزنا أو عددا أو مقاسا أو كيلا⁽³⁾.

ملاحظة: قد يكون المبيع معينا بنوعه فقط دون مقداره، يكون البيع في هذه الحالة صحيحا إذا تضمن العقد أسس تعيين مقداره ومثاله: بيع كتب بقدر عدد الطلبة فوج معين.

(1) أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، القاهرة، د ت ن، ص 66.

(2) عدم تطبيق شرط الوجود في الأشياء المعينة بنوعها (الأشياء المثلية) أدى بالنتيجة إلى عدم تطبيق قاعدة الهلاك، ما دامت هذه الأشياء لها نظيرها وتقوم بعضها مقام بعض في الوفاء.

(3) إن البيع الوارد على الأشياء المثلية، يطلق عليه البيع بالتقدير.

ويجب كذلك أن تحدد درجة جودة المبيع، مع ذلك إذا لم تحدد هذه الأخيرة ولم يكن من الممكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، فهو من صنف متوسط طبقاً لنص المادة (94/2) من ق م⁽¹⁾.

ج- تعيين المبيع في البيع الجزافي:

البيع الجزافي هو ذلك البيع الذي يتم على مجمل أشياء توجد في مكان معين، وعليه فإن المبيع يحدد بمكان معين، كبيع شخص لصناديق ثمار موجودة في مخزنه⁽²⁾.

د- البيع بالعينة:

وقد سبق دراسته وهو وسيلة لتعيين المبيع دون اللجوء إلى ذكر أوصاف المبيع في عقد البيع.

3- أن يكون المبيع مما يجوز التعامل فيه:

الأصل أن كل الأشياء تصلح أن تكون محلاً للبيع طبقاً للفقرة الأولى من نص المادة (682) من ق م⁽³⁾ ولكن يرد على هذا الأصل استثناء مذكور في الفقرة الثانية من نفس المادة وهي:

أ- الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها:

وهي الأشياء التي لا يستطيع احد أن يستأثر حياتها وهي الأشياء المشتركة كالهواء وأشعة الشمس والبحر... الخ

ب- الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون:

وهي تلك الأشياء التي ورد بشأنها نص خاص يمنع التعامل فيها ومثالها: أموال الوقف طبقاً لنص المادة (23) من القانون رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم⁽¹⁾.

(1) تنص المادة (94) من القانون المدني على أنه: «... وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر إلزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط ».

(2) علي نجيدة، مرجع سابق، ص 64.

(3) تنص المادة (682) من القانون المدني على أن: « كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية... ».

- التركة المستقبلية طبقا لنص المادة (92/2) من القانون المدني.

- الأموال العامة طبقا لنص المادة (689) من القانون المدني.

- وتلك التي يكون التعامل فيها مخالفا للنظام العام والآداب العامة (كأعضاء الإنسان).

ج- شرط المنع من التصرف:

يعني تقييد سلطة شخص من التصرف في شيء معين، ويتم ذلك بصفة إرادية لتحقيق مصلحة خاصة وليس عامة ومثاله أن يشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الشيء محل الهبة.

الفرع الثاني: الثمن

إن محل التزام المشتري هو دفع الثمن، لكي يعتبر الثمن محلا لالتزام المشتري ويصح به البيع، يجب أن تتوافر في هذا الثمن شروط معينة، إذ يجب أن يكون حقيقيا، وأن يكون قابلا للتعيين وأن يكون تقديما.

أولا : أن يكون الثمن مبلغا تقديما

لكي يعتبر العقد بيعا يجب أن يكون مقابل نقل الملكية مبلغا من النقود يلتزم المشتري به، وهذا يعني أن الثمن في البيع يجب أن يكون مبلغ من النقود ولا يقوم بمقابلته مال آخر وإلا كان مقايضة باستثناء الوفاء بالأوراق أو السندات التجارية كالشيك والسفتجة فنكون أمام عقد بيع لأن لها الصفة النقدية وتعتبر أداة وفاء⁽²⁾.

هذا وإذا التزم المشتري بأداء الثمن فإن كيفية تنفيذ هذا الالتزام لا تؤثر على طبيعة العقد، فقد يدفع الثمن جملة واحدة أو على أقساط، كما يمكن أن يكون الثمن معجلا أو مؤجلا وكذلك قد يكون في

(1) القانون رقم (10/91) المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 1991/05/08.

(2) إقتضت متاعب وأخطار نقل النقود من جهة إلى جهة أخرى، التفكير بوسائل تقوم مقامها للوفاء بالالتزامات المالية من غير استعمال النقد، راجع في ذلك: راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999، ص01.

هذا وقد قنن المشرع الجزائري نظام الأوراق التجارية في المواد (389) إلى (543) من الأمر (59/75) المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30.

صورة إيراد مرتب مدى الحياة بشريطة أن يتم في شكل نقدي، كما لا يهيم أن يدفع إلى البائع أو إلى شخص آخر، ولا يهيم كذلك أن يدفع من المشتري أو شخص آخر إذا كان هذا باتفاق المتعاقدين.

ثانياً: أن يكون الثمن حقيقياً (جدياً)

لكي ينعقد البيع يجب أن يكون الثمن الذي قصده المتعاقدان ثمناً جدياً، أي يكون البائع قد قصد دفعه كثمن لما اشتراه، ولا يعتبر الثمن جدياً إذا كان تافهاً أو كان صورياً.

1- **الثمن الجدي:** هو الثمن الذي اتجهت إرادة طرفي العقد إلى إلزام المشتري بأن يدفعه فعلاً باعتباره مقابل حقيقياً للمبيع.

2- **الثمن الصوري:** هو ثمن وهمي تذكر قيمته في العقد لإظهار العقد بمظهر البيع، وفي الحقيقة لا يقصد البائع المطالبة به وكذلك المشتري لا يقصد الوفاء به، وبعبارة أخرى هو الثمن الذي لا يطابق حقيقة ما اتفق عليه الطرفان أو الثمن الذي لم يقصد البائع أن يقتضيه من المشتري⁽¹⁾ وهو نوعان:
أ- **صورية مطلقة:** وتتحقق عندما يتفق الطرفان على ألا يلتزم المشتري بأي شيء من الثمن المسمى في العقد.

ب- **صورية نسبية:** وهو الاتفاق على ثمن غير الثمن الحقيقي، ومثاله التصريح بثمن أقل من الثمن المتفق عليه في عقد بيع العقارات تهرباً من رسوم التسجيل وهنا يمكن لإدارة التسجيل أن تتدخل لصالح الخزينة وتستعمل حق الشفعة طبقاً لنص المادة (118) من قانون التسجيل رقم (105/56).

3- **الثمن التافه:** هو ثمن قليل إلى حد يجعل التناسب بينه وبين قيمة المبيع الحقيقية مفقود تماماً⁽²⁾.

4- **الثمن البخس:** هو الثمن الذي يقل كثيراً عن قيمة المبيع، ولكنه لا يصل إلى حد الثمن التافه ويعتبر ثمن جدي ينعقد به العقد ماعداً في حالة بيع عقار لأننا قد نصطدم بالغبن في بيع العقارات⁽³⁾.

وعليه: فإن الثمن الجدي هو كل ثمن ليس تافه ولا صوري، وعليه فإذا قل الثمن عن قيمة المبيع دون الوصول إلى درجة التفاهة فالبيع يكون صحيحاً طالما ليست هناك أية قاعدة تقضي بأن يكون مساوياً لقيمة المبيع.

(1) أنور سلطان، مرجع سابق، ص 117.

(2) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 90.

(3) نفس المرجع، ص 91.

ثالثا: أن يكون الثمن مقدرا (معينا) أو قابل للتقدير (قابل للتعين)

قد يتم تعيين الثمن في العقد من طرف المتعاقدين مباشرة، وهذا هو الأصل والوضع الغالب كما يمكن أن يتفق المتعاقدان على الأسس التي يتحدد بناء عليها الثمن وفي هذه الحالة يكون الثمن قابلا للتحديد، كما يحدث أحيانا أن يحدد الثمن من طرف القانون.

1- تعيين الثمن بواسطة المتعاقدين:

تعتبر طريقة تحديد الثمن من طرف المتعاقدين مباشرة في العقد أحسن طريقة، لأنها أدري بذلك وقد يتم هذا التعيين صراحة إلا أنه قد يكون ضمنا أحيانا، كأن يستلم المشتري فاتورة البضاعة مقيد عليها الثمن وسكت دون الاعتراض.

2- قابلية الثمن للتحديد (للتعين):

تنص الفقرة الأولى من المادة (356) من القانون المدني على أنه: "يجوز أن يقتصر تقدير ثمن المبيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد".

ولكي يعتد بالأساس المتفق عليه وينعقد البيع، يجب ألا يكون هذا الأساس مبهما أو غامضا، مما ينتج عنه خلاف، كأن يتخذ كأساس "الثمن الذي يساوي القيمة" فهذا يعد من الأسس المبهمة لأن البائع يرى قيمة المبيع بنظرة مختلفة عن المشتري لتعارض المصالح بينهما.

كما أنه يجب أن يحدد الأساس باتفاق الطرفين لأنه لو ترك تحديد الأساس لأحد المتعاقدين لما انعقد لعدم تطابق الإيجاب والقبول.

3- الأسس التي يحدد بها الثمن:

أ- تحديد الثمن بسعر السوق:

وقد نصت عليه المادة (356/2) من القانون المدني⁽¹⁾، واعتماد هذا الأساس ينتج عنه حتما أحد الفرضين:

⁽¹⁾ تنص الفقرة الثانية للمادة (356) من القانون المدني على أنه: «إذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان، والمكان، فإذا لم يكن مكان التسليم سوقا وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية».

- إما أن يحدد المتعاقدان في عقدهما ما هو المقصود بسعر السوق، أي يحدد التاريخ الذي يعتبر سعر السوق فيه أساساً لتحديد الثمن وكذلك مكان السوق، ففي هذه الحالة تكون العبرة باتفاقهما ويجب أعماله.

- وأما أن يقتصر اتفاقهما على عبارة سعر السوق، دون أي تحديد إضافي، وفي مثل هذا الاتفاق يحتمل أن تثور خلافات بينهما حول السوق الذي يجب الاعتداد به لتحديد الثمن، هل هو السعر وقت البيع أم سعر السوق وقت التسليم أو وقت دفع الثمن، وكذلك هل يعتد بالسوق الموجودة في مكان إبرام العقد أم في مكان وجود المبيع أم في مكان تسليمها ؟

وتحسباً لما قد يثار من خلاف، حسم المشرع ذلك بتقريره بأنه في حالة الشك يجب الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه التسليم في الزمان والمكان، وإذا كان التسليم واجباً في مكان لا توجد فيه سوق، يحدد الثمن باعتماد الثمن المتداول في السوق التي يقضي العرف بأن أسعاره المعمول به.

ب- تحديد الثمن على أساس السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى التعامل به بين البائع والمشتري:

حسب نص المادة (357) من القانون المدني⁽¹⁾، إذا لم يحدد الثمن صراحة من قبل المتعاقدين، ولم يعتمد سعر السوق كأساس لتعيين الثمن، فإن البيع يكون صحيحاً متى أمكن استخلاص من الظروف أنها نوي الاعتماد على السعر المتداول في التجارة أو السعر المعمول به بينهما، واعتماد مثل هذا السعر يفترض التعامل السابق بينهما لنفس المبيع.

فالعبرة هنا ليست بقيمة المبيع بحد ذاته بل بالسعر المتداول في السوق، وإذا لم يتضح هذا السعر يعين القاضي خبيراً لتحديد.

ج- تعيين الثمن بواسطة شخص ثالث:

لم ينص عليه المشرع، واستقر الفقه على أن مهمة هذا الأجنبي ليست تحكيمياً ولا خبرة ولا وكالة وإنما هي مهمة مادية لا غير.

ويمكن تعيينه في العقد ذاته أو بموجب عقد لاحق (اتفاق لاحق) وهو لا يخلو من الحالات التالية:

⁽¹⁾ تنص المادة (357) من القانون المدني على أنه: «إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من أن المتعاقدين قد نوي الاعتماد على السعر المتداول في التجارة، أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما» .

الحالة الأولى: إذا قام الشخص الأجنبي بتحديد الثمن، تكتمل أركان العقد وينتج البيع آثاره من يوم تحديد الثمن أما قبل ذلك فكان عبارة عن عقد غير مسمى.

الحالة الثانية: إذا لم يقم الشخص الأجنبي بتحديد الثمن، ينتج عن ذلك الآثار التالية:

إذا امتنع الشخص الأجنبي عن تحديد الثمن أو استحال عليه ذلك أو توفي قبل ذلك أو تعذر عليه ذلك لعدم خبرته فإن الشرط الواقف لم يتحقق (أي تحديد الثمن) ويعتبر البيع كأن لم يكن.

في حالة تعددهم واختلفوا يعتبر البيع كأن لم يكن لعدم توافر أحد أركانه.

ملاحظة: لا يستطيع القاضي إجبار الشخص الأجنبي على تقدير الثمن، أو أن يعينه شخص آخر في مكانه أو يقدر بنفسه، لكن يستطيع المتعاقدين الاتفاق على شخص آخر يحل محل الأول.

- إذا اتفق المتعاقدان على تفويض شخص أجنبي لتحديد الثمن على أن يعينه فيما بعد، ثم تراجع أحدهما عن الاتفاق على الشخص، فيصبح العقد غير محددة فيبطل العقد، ويمكن للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

د- تحديد ثمن البيع بالثمن الذي اشترى به البائع:

ونجد هذا النوع من التحديد في بيوع الأمانة كالمراجعة والتولية الوضيعة⁽¹⁾.

المراجعة: هي البيع بمثل الثمن الذي اشترى به البائع مع زيادة نسبة معينة تمثل الربح.

التولية: هي البيع بمثل الثمن الذي اشترى به البائع دون زيادة.

الوضيعة: هي البيع بمثل الثمن الذي اشترى به البائع مع إنقاص نسبة معينة.

4- تحديد الثمن بواسطة القانون:

إذا كان الأصل هو حرية المتعاقدين في تحديد الثمن إلا أنه في بعض الأحيان يتم تحديد الثمن بواسطة القانون ولا يكون لإرادة المتعاقدين أي دخل ويشمل ذلك بيع السلع الأساسية كالخبز والحليب ويسعى المشرع من وراء ذلك لحماية المستهلك.

(1) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 371.

المطلب الثالث: السبب

يعتبر ركن السبب في عقد البيع مجرد تطبيق للقواعد العامة، وعليه نرجع إلى أحكام النظرية العامة للالتزام من خلال نصي المادتين (98/97) من القانون المدني وتطبيق النصين يعني انه يجب ان يكون السبب موجودا⁽¹⁾، وسبب التزام كل متعاقد هو محل التزام المتعاقد الآخر، فالبائع يجد سبب التزامه نقل الملكية في قبضه للثمن والمشتري يجد سبب التزامه بدفع الثمن في تملكه للمبيع. ويشترط أن يكون السبب مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا كان باطلاً.

المطلب الرابع: ركن الشككية في عقد البيع

العقد الشككي هو العقد الذي يشترط لإنعقاده إضافة إلى ركن التراضي احترام شككية معينة وتعد هذه الشككية ركناً من أركان العقد، بحيث يمنع إغفالها قيام العقد⁽²⁾. ومثالها: تنص المادة (418) من القانون المدني انه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً وتنص المادة (883) من ق م على انه لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي. وتتميز الشككية كركن في العقد عن شككية الإثبات، حيث يترتب على إغفال ركن الشككية بطلان التصرف القانوني بطلان مطلق، أما إغفال شككية الإثبات فلا تؤثر في صحة العقد إذ ينشأ صحيحاً، ولكن عند إنكار أحد المتعاقدين يتعذر على المتعاقد الآخر إثبات وجود العقد. وقد تقرر الشككية كركن في العقد من طرف المتعاقدين كأن يتفقا في مرحلة سابقة أن إبرام العقد يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية وإلا كان باطلاً. كما أوجب القانون المدني لتكوين بعض البيوع أن تحرر في شكل مكتوب سواء كان عرفياً أو رسمياً.

الفرع الأول: المحررات العرفية

هناك بعض البيوع التي يشترط فيها المشرع الكتابة كركن رابع في العقد، وهذه الكتابة تكون بموجب محرر عرفي ومثالها عقود بيع براءات الاختراع بحيث نصت المادة (36) من الأمر رقم

(1) علي فيلاي، مرجع سابق، ص 187.

(2) Malika.AZZEMOU, Le formalisme contractuel en droit civil, mémoire de Magister, université d'Oran, 1983, P4.

(07/03) المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق ببراءة الاختراع⁽¹⁾ على أنه : " تشترط الكتابة في العقود المتضمنة انتقال الملكية أو التنازل عن حق الاستغلال أو توقيف هذا الحق أو رهن أو رفع الرهن المتعلق ببراءة الاختراع".

ويتضح من نص المادة وأن المشرع قد اشترط الكتابة العرفية في عقود البيع التي يكون محلها براءة اختراع وحكم تخلف الكتابة هو بطلان العقد بطلانا مطلقا.

الفرع الثاني: الكتابة الرسمية

حسب نص المادة (324) من القانون المدني: فإن العقد الرسمي هو كل عقد يثبت فيه موظف أو ضابط أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية في حدود سلطته واختصاصه.

وطبقا لنص المادة (324) مكرر 1 من نفس القانون: " فإنه زيادة على التصرفات التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير التصرفات التي تتضمن: - نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية - أو محلات تجارية أو صناعية، أو كل عنصر من عناصرها - التنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها... الخ.

والتي يجب تحريرها في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد ".

ملاحظة: البطلان المنصوص عليه في المادة (324 مكرر 1) هو من النظام العام، إذ يجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه حتى ولو لم يثره الأطراف، وينتج عن ذلك انه ليس بإستطاعته الطرفان التنازل عن الرسمية في العقود المذكورة أعلاه.

أولا: بيع المحل التجاري

نصت المادة (79) من القانون التجاري على وجوب الكتابة الرسمية في عقود البيع التي يكون محلها محل تجاري تحت طائلة البطلان⁽¹⁾، وان يتضمن العقد مجموعة من البيانات أهمها : - اسم البائع

(1) الأمر (07/03) المؤرخ في 19/07/2003، المتعلق ببراءة الاختراع، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة بتاريخ 2003/07/23.

السابق وتاريخ سنده الخاص بالشراء ونوعه وقيمة الشراء بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات – قائمة الامتيازات والرهون المترتبة على المحل التجاري – رقم الأعمال التي حققها خلال كل سنة من الثلاث السنوات الأخيرة أو من تاريخ شراءه إذ لم يقيم بالاستغلال – الأرباح التي حصل عليها خلال نفس المدة – الإيجار ومدته وتاريخه واسم وعنوان المؤجر.

وجزاء عدم ذكر البيانات المذكورة هو البطلان النسبي، الذي وضع لصالح المشتري بشرط أن يطلب خلال سنة من وقوع البيع، وإن مضت مدة سنة دون أن يرفع دعواه فإن البيع يصبح محصنا من أي دعوى⁽²⁾.

ثانيا: بيع العقار

بيع العقار باعتباره عقد رسميا، يمكن تعريفه بأنه عقد يتم تحريره من طرف ضابط عمومي وفقا للأشكال القانونية ويلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية عقار في مقابل ثمن نقدي.

والضابط العمومي هو كل شخص مخول له قانونا صلاحية تحرير العقود الرسمية والوثائق الرسمية.

ويعد الموثق من الأشخاص اللذين منحهم القانون صفة الضابط العمومي، إذ تنص المادة 03 من القانون رقم (02/06) المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة الموثق⁽³⁾ على أنه يعد الموثق ضابطا عموميا يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية.

ملاحظة: نجد بعض العقود يتم تحريرها من قبل الدولة وهي عقود رسمية ناقلة للملكية ومثالها عقود البيع التي تبرمها أملاك الدولة مع المواطنين.

(1) يشترط في عقد بيع المحل التجاري أن يتضمن ذكر العنصر المعنوي الأساسي الذي يجلب العملاء أو الإحتفاظ بهم، وإذا استبعد هذا العنصر الأساسي مما يشمل البيع فلا يكون ثمة بيع للمحل التجاري، راجع في ذلك: مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الأعمال التجارية، الشركات التجارية، الملكية التجارية والصناعية، الدار الجامعية، بيروت، 1991، ص 631.

(2) أحمد بلودين، المختصر في القانون التجاري الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 21011، ص 80.

(3) القانون رقم (02/06) المؤرخ في 2006/02/20، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 2006/03/08.

1- الشروط الواجب توافرها في عقد بيع العقار:

أ- وجوب تحرير العقد من طرف الموثق:

والموثق هو ضابط عمومي مكلف بخدمة عامة يعمل لحسابه الخاص، وتتولى وزارة العدل تعيينه ومراقبته، وله صلاحية تحرير العقود الرسمية، وهذا ما تضمنته المادة (03) من القانون رقم (02/06) السالف الذكر، ولكي يتحقق هذا الشرط يجب أن تكون للقائم بتحريره صفة الموثق وقت تحرير العقد.

ب- يجب أن يكون الموثق مختصا وأهلا لتحرير العقد:

إن اختصاص الموثق يمتد إلى كافة تراب الوطن، أي أنه غير مقيد باختصاص إقليمي معين، لكن تدخل المشرع لتقييد صلاحية الموثق واختصاصه في تحرير العقود في بعض الحالات، أي هناك عقود لا يمكن للموثق تحريرها، وإذا قام بذلك فإنها تكون باطلة وهذا ما نصت عليه المادة (19) من القانون رقم (02/06) وهذه العقود هي:

- العقود التي تتضمن تدابير لفائدة الموثق

- العقود التي تعطي للموثق حقا شخصيا أو يكون فيه وكيلًا أو متصرفًا أو أي صفة أخرى.

- العقود التي يكون أحد أطرافها أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة.

- العقود التي يكون أحد أطرافها يجمعه مع أقاربه وأصهاره قرابة الحواشي ويدخل في ذلك العم وابن الأخ والأخت⁽¹⁾.

ج- وجوب تحرير العقد وفقا للأشكال القانونية

ونعني بها البيانات الخاصة بالأشخاص المتدخلين في تحرير العقد وتلك المتعلقة بشكل العقد وأخيرا البيانات الخاصة بموضوعه.

ج-1- **البيانات المتعلقة بالأشخاص:** ونعني بها البيانات الكاملة المتعلقة بهوية الموثق وأطراف العقد وهما البائع والمشتري أو وكيلهم والشهود، وأحيانا المترجم إذا كان أحد أطراف العقد أو كلاهما لا يفهم اللغة العربية (طبقا للمادة 29) .

⁽¹⁾ كما نصت المادة (21) من القانون (02/06) السالف الذكر على أنه: « لا يجوز للموثق العضو في مجلس شعبي محلي منتخب أن يستلم العقد الذي تكون فيه الجماعة التي هو عضو في مجلسها طرفا فيه » .

ج-2- البيانات المتعلقة بشكل العقد:

- اشترط المشرع في المواد 26 و 27 من القانون (02/06) احتواء العقد على بيانات معينة حتى يكون رسميا وتمثل فيما يلي :
- وجوب تحرير العقد باللغة العربية بطريقة واضحة.
- يجب ألا يستعمل الاختصار بل يجب كتابة الكلمات والأسماء كاملة⁽¹⁾.
- يجب ألا يترك بياض، إذ يجب ملئ البياض بخط مستقيم⁽²⁾.
- يجب أن يكتب الثمن بالأحرف، ولا مانع من كتابته بالأرقام إلى جانب الأحرف⁽³⁾.
- يجب أن يكتب تاريخ تحرير العقد بالأحرف كذلك (السنة، الشهر، اليوم) .
- يجب كتابة الإحالات في حالة وجودها على هامش الصفحة أو في نهايتها، ويجب أن يوقع على ذلك كل من الموثق والأطراف والشهود بالأحرف الأولى من أسمائهم.
- يجب حصر عدد الكلمات المشطوبة إن وجدت في نهاية العقد، ويجب أن يتم المصادقة عليها من طرف الموثق، الأطراف والشهود.

ج-3- البيانات الخاصة بموضوع البيع (طبقا للمادة 29) :

يجب أن يتضمن العقد: بيان طبيعة العقار وحدوده - أصل ملكية البائع للعقار أي ذكر اسم المالك السابق وذكر طريقة اكتساب البائع لهذا العقار - تحديد الثمن الذي يلتزم المشتري بدفعه بين يدي الموثق.

2- جزاء تخلف الرسمية في بيع العقار:

حسب نص المادة (324 مكرر 1) من القانون المدني فإذا لم يحرر عقد بيع العقار في شكل رسمي فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا لتخلف ركن من أركان العقد.

⁽¹⁾ والغرض من استعمال أسلوب الاختصار هو تفادي الوقوع في غموض قد يترتب عليه نزاع حول تنفيذ العقد، خاصة وأن عقد البيع يؤدي إلى نقل ملكية المبيع.

⁽²⁾ عدم ترك البياض وملئه بخط مستقيم من شأنه أن يجنب كل إضافة في العقد لم تتم برضا الطرفين أو أحدهما.

⁽³⁾ اشترط المشرع كتابة الثمن بالأحرف لأن في الغالب الأخطاء المادية تقع في الثمن بالأرقام ويسهل تحريفها على عكس الثمن بالأحرف الذي لا يمكن تحريفه عن طريق الإضافة، كما تقل فيها الأخطاء المادية.

3- التسجيل كشرط ناقل للملكية في بيع العقارات:

فضلا عن تحرير عقد البيع بشكل رسمي لدى الموثق، فإن المشرع استلزم شهر هذا العقد ليحدث أثره الناقل للملكية، إذ يجب تسجيله ليحدث أثره، سواء بالنسبة للغير أو فيما بين المتعاقدين وهذا ما نصت عليه المادة (793) من القانون المدني.

تعريف الشهر: هو تكوين بطاقة عقارية لدى محافظة العقارية في السجل المعد لذلك، وعن طريقه يعلم الغير كل ما يتعلق بذلك العقار، وكذلك الحقوق الواردة عليه⁽¹⁾.

والشهر إما أن يكون بطريقة التسجيل بالنسبة للحقوق العينية الأصلية (حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها) أو يتم بطريق القيد بالنسبة للحقوق العينية التبعية كالرهن، وهناك كذلك التأشير في الهامش بالنسبة لشهر الدعاوى طبقا للمادة (85) من المرسوم رقم (63/76)⁽²⁾.

المبحث الثاني:

شروط صحة ونفاذ عقد البيع

يمكن تقسيم شروط صحة البيع إلى شروط متعلقة بالإرادة وأخرى متعلقة بالأهلية، وهذه العيوب يؤخذ بها في كافة العقود إلا أنه فيما يتعلق بالبيع، فإن المشرع اشترط زيادة عنها ألا يكون البيع مصاب بعدم علم المشتري بالمبيع، كما قرر حكما خاصا بالغبن وآخر بعدم ملكية البائع للمبيع.

المطلب الأول: الشروط العامة

تطبيقا للقواعد العامة فإن أي تصرف قانوني بما فيه العقود يشترط في تكوين العقد توفر الأهلية وخلو الإرادة من العيوب، الأمر الذي ينطبق على عقد البيع باعتباره من أعمال التصرف، لذلك سنتطرق إلى عيوب الإرادة وعوارض الأهلية وأثرها على تكوين العقد.

⁽¹⁾ أوكل المشرع الجزائري مهمة تسيير المحافظة العقارية التي تشرف على عملية الشهر إلى شخص يسمى المحافظ العقاري في حين أن هناك دول أخرى تأخذ بنظام الشهر العيني خولت عملية الإشراف على السلطة الإدارية بعملية الشهر إلى قاضي يطلق عليه قاضي السجل العقاري مثل أستراليا وألمانيا، أما في دولة فرنسا فقد أوكلت هذه المهمة إلى موظف عمومي يسمى محافظ الرهن، راجع في ذلك: خلفوني مجيد، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 80.

⁽²⁾ المرسوم (63/76) المؤرخ في 1976/03/25، المتضمن تأسيس السجل العقاري، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 30، لسنة 1976.

الفرع الأول: عيوب الإرادة

يجب أن تكون إرادة المتعاقدين خالية من أي عيب من عيوب الإرادة وهي: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

1- **التدليس:** نصت عليه المواد (87/86) من القانون المدني وهو حيل يلجأ إليها المتعاقد لإيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه للتعاقد (أي أنه غلط مدبر) ويكون العقد قابل للإبطال ليس بسبب التدليس بحد ذاته وإنما للغط الذي أوقع فيه المتعاقد⁽¹⁾.

شروطه: أن يكون التدليس مؤثرا (أن يكون الغلط الذي وقع فيه المتعاقد هو الدافع الرئيسي للتعاقد)، أن يكون صادرا من المتعاقد، أما إذا كان صادرا من الغير فيجب إثبات أن المتعاقد المستفيد منه عالما به حقيقة أو حكما⁽²⁾.

2- **الإكراه:** هو ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة فيولد في نفسه رهبة أو خوف يدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه⁽³⁾.

تنص المادة (88) من القانون المدني بطلان العقد إذا تم التعاقد تحت سلطان رهبة بينة يبعثها المتعاقد الآخر دون وجه حق.

شروط الرهبة البينة: أن يكون جسميا (محدقا ومعينا) - المهدد بالخطر (يعتد المشرع بالخطر الذي يهدد المتعاقد نفسه أو أحد أقاربه دون الغير).

3- **الاستغلال:** نص عليه المشرع في المادة (90) من القانون المدني، وهو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو بغير عوض⁽⁴⁾.

إذا تحقق الاستغلال على النحو السابق ذكره، يمكن للطرف المغبون طبقا للمادة (90) أن يطلب بطلان العقد أو الإنقاص من التزامه، وذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا رفض طلبه.

(1) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 181.

(2) يجب التفرقة بين التدليس المدني والتدليس الجزائي في التفاوت في درجة الأفعال وليس في طبيعة الأفعال بحد ذاتها، فالتدليس المدني يقتضي مثل التدليس الجزائي حيل ونية الخداع، وكلاهما غير مشروع.

(3) هناك من يستعمل مصطلح الخوف عوض الإكراه كالمشرع اللبناني، لكن الفقه الحديث يفضل مصطلح "الإكراه" إذ هو أكثر دلالة على الضغط الذي يخضع له المتعاقد.

(4) علي فيلاي، مرجع سابق، ص 151.

4- **الغلط:** هو وهم يقوم في ذهن الفرد يجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها (هو تصور خاطئ للأمور والأشياء)⁽¹⁾.

وقد قسمه الفقهاء إلى الغلط المانع والمعيب للرضا، ولم يعتمد المشرع هذا التقسيم واكتفى في المواد (85/81) من القانون المدني بمعالجة الغلط الجوهرى المعيب للرضا فقط، والذي يقع فيه المتعاقد وقت إبرام العقد.

أ- **تعريفه:** والمشرع لم يعرف الغلط الجوهرى وإنما اكتفى بذكر مواصفاته وهي:

- هو الغلط الجسيم (وهو ذلك الذي يبلغ درجة من الخطورة، والأهمية تستدعي تدخل القانون لحماية الضحية).

- هو غلط مؤثر (أي يكون هو الدافع لإبرام العقد وأنه كان وراء تصميم على انجاز العقد).

ب- **صوره:** وللغلط الجوهرى صور، فقد يكون الغلط في صفة الشيء أو في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، وقد يكون الغلط نتيجة طيش أو إهمال فادح).

الفرع الثاني: أهلية التصرف وعوارضها

تقاس قدرة الفرد على القيام بتصرفات قانونية صحيحة بوعيه، أي بدرجة إدراكه وتمييزه بين الأمور المختلفة، إذا الأهلية مناطها التمييز والإرادة لا تصدر إلا عن تمييز، ومن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية⁽²⁾.

وحتى ينعقد البيع صحيحا يجب أن يكون كل من البائع والمشتري أهلا للتصرف الذي هو البيع والشراء.

ويقصد بأهلية التصرف القدرة على التعبير على الإرادة تعبيرا صحيحا منتجا لإثاره القانونية في ذمة الشخص الذي صدر عنه هذا التعبير، ويشترط أهلية التصرف لأن عقد البيع من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

(1) علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدنى الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1993، ص 56.

(2) محمد بشير، عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري-دراسة مقارنة-، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد 02، أكتوبر 2018، ص 76.

وتنص المادة (78) من القانون المدني على أن: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يجد منها بحكم القانون".

1- عوارض الأهلية : يكون الشخص عديم الأهلية إذا انعدمت لديه الإرادة المدركة كالصبي غير المميز (هو الشخص الذي لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة طبقا للمادة (42) المعدلة بالقانون (10/05)⁽¹⁾، والمجنون (وهو الشخص المصاب باضطراب عقلي يعدم إرادته وإدراكه)⁽²⁾، المعتوه (وهو شخص الذي يفهم بعض الأشياء دون غيرها بسبب مرض أو كبر في السن)⁽³⁾، مثل هؤلاء تعتبر تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلق طبقا لنص المادة (42) من القانون المدني.

ويكون للشخص ناقص الأهلية الحق في مباشرة بعض التصرفات لان العقل غير معدوم لديه وتكون تصرفاتهم قابلة للإبطال وهم الصبي المميز، السفیه (وهو الشخص الذي يبذر ماله على غير ما يقتضي العقل) وذو الغفلة (وهو الشخص الذي لا يعرف ما ينفعه وما يضره حيث يمكن غبنه بكل سهولة) طبقا للمادة (43) المعدلة بموجب القانون (10/05) السالف الذكر.

وهناك ظروف قانونية أو مادية أو جسمية تمنع الشخص من مباشرة التصرفات القانونية رغم تمتعه بكامل قواه العقلية وسلامة تديره وهي:

أ- الظروف القانونية: حسب المادة (06) من القانون العقوبات⁽⁴⁾ يتم الحجر القانوني على المحكوم عليه جنائيا وتخضع إدارة أمواله لأحكام الحجر القضائي.

⁽¹⁾ القانون رقم (10/05) المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للأمر (58/75) المتضمن القانون المدني المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 44، الصادر بتاريخ 26/06/2005.

⁽²⁾ وقد نصت المادة (31) من القانون رقم (10/91) المتعلق بالأوقاف والسالف الذكر على ما يلي: « لا يصح وقف المجنون والمعتوه، لكن الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير.

أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقته وتام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية » .

⁽³⁾ تبعا لهذا فalcته هو حالة تعترى عقل الإنسان فتفقده القدرة على التمييز، على الرغم من أنه لا يفقد العقل تماما كالمجنون، ولم يفرق المشرع الجزائري بين المجنون والمعتوه، واعتبر حكم تصرفاتها كالصبي غير المميز ويجبر عليها بحكم من المحكمة وفقا للإجراءات التي يبينها القانون في هذا الصدد كما يرفع الحجر بقرار من المحكمة إذا ما انتهت حالة الجنون أو العته، راجع في ذلك: نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 169.

⁽⁴⁾ الأمر (156/66) المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 49، الصادرة بتاريخ 11/06/1966.

ب- موانع الأهلية لظرف مادي : حالتي المفقود والغائب طبقا لأحكام المواد (109 و 110) من قانون شؤون الأسرة.

ج- موانع الأهلية لظرف جسماني : والمقصود بها العاهات الجسمية أصم أبكم، أعمى أصم، أعمى أبكم تعين المحكمة وصيا قضائيا، ويكون قابل للإبطال كل تصرف تم في غياب الوصي قام به الموصى عليه.

2- حالات المنع من الشراء

هي حالات حد فيها المشرع أهلية بعض الأشخاص، على الرغم من قيام أهليتهم وهي:

أ- منع رجال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها : حسب نص المادة (402) من القانون المدني لا يجوز للقضاة ولا المدافعين القضائيين ولا الموثقين وكتاب 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 فيها أعمالهم ولا كان البيع باطلا.

أ-1- الأشخاص المشمولين بالمنع:

مذكورين على سبيل الحصر في المادة (402) وهم القضاة والمدافعين القضائيين والمحامين والموثقين وكتاب الضبط

أ-2- شروط المنع:

- يجب أن تتوافر في الشخص الصفة وقت الشراء (ولا يهم إذا فقد هذه الصفة بعد البيع) .
- يجب أن يكون الحق متنازع فيه (أن يكون الحق محل دعوى قضائية أو كان محل نزاع جوهري وفي حالة الخلاف حول جدية أو عدم جدية النزاع فتقرير ذلك يرجع لقاضي الموضوع) .
- يجب أن يكون النظر في النزاع من اختصاص المحكمة التي يباشر فيها الشخص عمله.

أ-3- جزاء مخالفة المنع:

في حالة قيام الأشخاص المذكورين في المادة (402) بالشراء، وتوفر الشروط السابق ذكرها، فإن البيع يقع باطلا بطلانا مطلقا وبالتالي فهو من النظام العام، وهو منع يقصد من ورائه المحافظة على قدسية مرفق القضاء وإبعاد رجاله عن الشبهات وتفاديا لاستعمال نفوذهم، ويقع باطلا بطلانا مطلقا سواء اشتروا بأسماهم أو بأسماء مستعارة.

ب- بيع النائب لنفسه:

حسب نص المادة (410) لا يجوز لمن ينوب عن غيره أن يشتري لنفسه الأموال المعهود إليه بيعها سواء باسمه الخاص أو باسم مستعار كاسم زوجته مثلاً وسواء كان البيع بالتراضي أو كان بالمزاد، سواء كانت نيابة اتفاقية (وكيلاً بالبيع)، أو كان نائباً قانونياً (كالوصي والقيم) أو كانت نيابة قضائية (كالمصفي والحارس القضائي). وقصد المشرع من هذا المنع تفادي تغليب النائب لمصلحته على مصلحة من ينوب عنه لتعارضهما.

ملاحظة: المادة (410) هي تطبيق للقواعد العامة المنظمة لتعاقد الشخصي مع نفسه (م77) مدني⁽¹⁾.

وجزاء تعاقد النائب مع نفسه، أي اشترى لنفسه أموال الأصيل التي كلف بيعها فإن هذا البيع لا يكون نافذاً في حق الأصيل إلا إذا أقره هذا الأخير، أي الجزاء ليس البطلان وإنما عدم نفاذ التصرف في مواجهة الأصيل.

3- منع السماسرة والخبراء من شراء الأموال المعهودة إليهم بيعها أو تقدير قيمتها:

حسب نص المادة (411) فلا يجوز للسمسار (فهو شخص يقوم بالبحث عن مشتري للمال المتوسط أو المتوسط في بيعه) والخبير (هو الشخص الذي يقوم بتقدير قيمة الشيء الذي يريد مالكة أن يبيعه) ولو باسم مستعار أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم بيعها أو تقدير قيمتها والحكمة من المنع تكمن في تعارض مصلحة كل من السمسار الذي يريد شراء المبيع لنفسه وكذلك الخبير مع مصلحة البائع.

الجزاء: هو عدم نفاذ التصرف في مواجهة البائع لأن المادة (412) تنص على أنه إذا تم البيع طبقاً للمادة (411) وأقره المالك فإنه يعتبر نافذ في حقه.

⁽¹⁾ تنص المادة (77) من القانون المدني على أنه: « لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يبيز التعاقد، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة ».

المطلب الثاني : الشروط الخاصة لصحة عقد البيع

ونعني الشروط المنظمة بنصوص خاصة و المتعلقة بعقد البيع باعتباره عقد مسمى ناقل للملكية.

الفرع الأول: عدم علم المشتري بالمبيع علما كافيا كما

سبق دراسته تقضي القواعد العامة أن يكون محل الإلتزام (المبيع) معينا أو قابلا للتعين و إلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ، لكن المشرع لم يكتفي بهذا الشرط إذ نص على حكم إضافي يستلزم أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا وذلك طبقا لنص المادة (352) من القانون المدني .

1- الفرق بين تعيين المبيع و العلم الكافي بالمبيع:

العلم الكافي بالمبيع أكثر شمولاً من مجرد المعرفة التي يتحقق بها تعيين المبيع فإذا كان المبيع عقارا؟ مثلا فالعلم الكافي يتحقق عن طريق رؤيته، وإذا كان عن طريق الوصف فإنه يجب ذكر نوع البناء، المساحة، الطوابق، عدد الغرف، وكافة المرافق والملحقات وغيرها من المسائل التي يمكن العلم به علما كافيا.

2- الوسائل التي يتم بها تحقق العلم الكافي بالمبيع:

هناك ثلاث طرق للعلم بالمبيع و هي رؤية المبيع و ذكر أوصافه الأساسية و إقرار المشتري في العقد بعلمه بالمبيع.

أ- رؤية المبيع:

ويكون ذلك بإطلاع المشتري على المبيع و معاينته و التمكن من معرفته معرفة حقيقية و تأخذ الرؤية بمفهومها الواسع بحيث يمكن أن تتم عن طريق الذوق أو الشم... إلخ.

ويعتبر المشتري عالما بالمبيع سواء قام برؤيته هو شخصيا أو قام بها من ينوب عنه.

ب- ذكر الأوصاف الأساسية :

ولا يقصد ببيان الأوصاف الأساسية التعيين و إنما يقصد بها ذكر الأوصاف التي تسمح من معرفة المبيع⁽¹⁾، ذلك لأن المادة (352) قد جاءت بحكم خاص متميز عن أحكام التعيين المذكورة في

⁽¹⁾ تنص الفقرة الأولى من المادة (352) من القانون المدني على أنه: «...يعتبر العلم كافيا إذا إشتمل على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه... » .

القواعد العامة، ضف إلى ذلك أن جزاء تخلف التعيين هو البطلان المطلق بينما جزاء عدم تحقق العلم الكافي هو قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري.

ج- إقرار المشتري بعلمه بالمبيع :

قد لا يعلم المشتري بالمبيع عن طريق الرؤية و لا عن طريق الوصف، و لكنه يقر في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع علما كافية، و في هذه الحالة لا يمكنه طلب الإبطال بدعوى عدم العلم الكافي إلا في حالة إقراره بالعلم نتيجة تدليس من البائع وذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة (352) من القانون المدني⁽¹⁾.

3- الجزاء المترتب على تحقق عدم علم المشتري بالمبيع :

الجزاء المترتب على عدم علم المشتري بالمبيع هو ثبوت حقه في طلب إبطال العقد وهذا يعني أن البيع يترتب كافة آثاره إلى أن يقضى ببطلانه، وطلب الإبطال هو حق مقرر لمصلحة المشتري فقط دون البائع .

4- صلة قابلية البيع للإبطال لعدم العلم الكافي بالمبيع بأحكام الغلط :

إن المادة (352) من القانون المدني قد جاءت بحكم خاص، وعالجت حالة خاصة من حالات القابلية للإبطال ، فهي مستقلة عن أحكام الغلط، و يؤكد هذا الإستقلال كون أحكام العلم الكافي مستمدة من مصدر مستقل هو الشريعة الإسلامية، و أنه وفقا لهذا المصدر فإن ثبوت الخيار ليس هو الوقوع في الغلط و إنما عدم الرؤية و نتيجة لذلك نرى أنه لا يمكن اعتبار الغلط هو أساس طلب الإبطال لعدم العلم الكافي بالمبيع وإنما الأساس لطلب الإبطال هو عدم العلم الكافي عند عدم رؤيته أو ذكر أوصافه أو الإقرار في العقد بالعلم الكافي به طبقا لنص المادة (352) السالفة الذكر.

5- سقوط حق المشتري في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم الكافي بالمبيع:

لم يضع المشرع حكما خاصا في هذا المجال عن البطلان النسبي لذلك نرجع للقواعد العامة و بالتالي يسقط هذا الحق بالتقادم و الإجازة و كذلك بحكم خاص ذكرته المادة (352) و هو إقرار المشتري.

⁽¹⁾ تنص الفقرة الثانية من المادة (352) من القانون المدني على: « وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري علما بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع » .

أ- **التقادم** : حق المشتري في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم الكافي يسقط ب 05 سنوات من وقت العلم بالمبيع و في كل الأحوال فإنه يسقط ب 10 سنة من وقت البيع طبقا لنص المادة (101) من قانون المدني⁽¹⁾.

ب- **الإجازة** : و قد تكون هذه الإجازة صريحة أو ضمنية، و لا تنتج الإجازة أثرها إلا إذا كانت صادرة بعد تحقق العلم بالمبيع ، فإذا رأى المشتري المبيع كان له أن يحيز البيع صراحة أو ضمنا بأي تصرف أو عمل يدل على قبوله بالمبيع، ونطبق في هذا الصدد أحكام المادة (100) من القانون المدني .

ج- **إقرار المشتري في العقد بعلمه بالمبيع** : و قد نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (352) و بإقراره في العقد بعلمه بالمبيع يحرمه من حق إبطال العقد إلا إذا ثبت غش البائع.

الفرع الثاني: الغبن

الغبن هو تلك الحالة التي تنتج عنها خلل إقتصادي في العقد، و لكن ليس بسبب إستغلال ضعف نفسي متوافر لدى أحد المتعاقدين⁽²⁾، ونلاحظ أن المشرع لم يعتد بهذا النوع إلا في حالات محدودة جدا وهي : الغبن في بيع العقار (م 358 - 360 من ق م)، القسمة (م 732 مدني)، الوكالة بأجر (م 581 مدني)، التنازل عن حقوق المؤلف (م 66 من الأمر رقم (05 / 03)⁽³⁾.

وباستثناء هذه الحالات فإن الغبن غير الإستغلالي لا يعيب العقد، وستنصب دراستنا على الغبن في بيع العقار.

1- ميدان الغبن:

ينصب الغبن في القانون الجزائري على العقار، سواء كان على حق الملكية أو حق الإرتفاق أو حقوق في الشيوع أو حق انتفاع وذلك طبقا لنص المادة (684) من القانون المدني⁽⁴⁾. لكن وقع جدال

⁽¹⁾ تنص المادة (101) من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم (10/05) المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للأمر (58/75) المتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 44 الصادرة بتاريخ 26/06/2005، على أنه: « يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد » .

⁽²⁾ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 68 .

⁽³⁾ الأمر (05/03) المؤرخ في 19/07/2003، المتضمن الملكية الفكرية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 44 لسنة 2003.

⁽⁴⁾ تنص المادة (684) من القانون المدني على أنه: « يعتبر مالا عقارا لكل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار » .

أو خلاف حول العقار بالتخصيص (وهو منقول موضوع في خدمة العقار كالجرار والمحراث والحيوانات ... الخ التي تستعمل في نقل البذور والأسمدة والمنصوص عليها بالمادة 683 اد مدني) هل يدخل ضمن مفهوم العقار في حساب الغبن ؟ هناك رأيين:

الرأي الأول : يرى بأن العقار بالتخصيص في البيع يطبق عليه الغبن ، ومن بين مؤيدي هذا الرأي الأستاذ / خليل أحمد حسن قدارة .

الرأي الثاني : و يرى أصحاب هذا الإتجاه أنه يجب التفرقة بين حالتين بحسب عملية البيع :

الحالة 01 : إذا تم بيع العقار بما فيه العقار بالتخصيص بعقد واحد و ثمن واحد، هنا يدخل ضمنه في حساب الغبن، لأن العقار بالتخصيص لم يتم فصله عن العقار فهو جزء منه .

الحالة 02: إن بيع العقار دون العقار بالتخصيص، أو كل واحد فيهما تم بيعه لشخص مختلف عن الآخر أو لنفس الشخص بعقدين مختلفين، هنا نزع العقار بالتخصيص عن خدمة الأرض وبيع بمفرده وبالتالي أصبح منقولا عاديا ونزعت عنه صفة العقار بالتخصيص، هنا لا يمكنه الدفع بالغبن وإنما اللجوء لدعوى عيوب الإرادة إن وجدت كعيب الاستغلال .

الاستثناءات: قد نكون أمام بيع عقار ويتحقق الغبن لكن لا تطبق قواعده وذلك في الحالة التالية:

حسب نص المادة (360) من القانون المدني لا يجوز رفع دعوى الغبن إذا تم البيع بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون، أي بسلطة القضاء وتحت إشرافه، ذلك لأن المشرع لا يهيمه أن يباع العقار بالمزاد العلني بغبن فاحش، بل ما يهيمه هو أن يصل ثمن العقار إلى مبلغ يكفي لتسديد الديون والمصاريف المترتبة عن ذلك⁽¹⁾.

2- شروط الغبن

أ- يجب أن يقع البائع ضحية غبن:

يجب أن يزيد الغبن عن خمس ثمن المثل وقت البيع، وهذا ما يسمى بالغبن الفاحش أي يكون الثمن أقل من أربعة أخماس (5/4) القيمة الحقيقية للعقار ومثاله : بيع عقار بثمن قدره 39 مليون سنتيم

⁽¹⁾ عملا بقاعدة أن أموال المدين ضامنة للوفاء بالدين، وضمانا لحقوق الدائنين وكجزاء للمدين المتخلف عن دفع ديونه، فقد أقر المشرع الجزائري هذا الحكم في المادة (360) من القانون المدني التي تنص على أنه: « لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون » .

والقيمة الحقيقية للعقار 50 مليون سنتيم هنا : 50 مليون - 39 مليون = 11 مليون أي غبن يزيد عن الخمس ذلك لأن خمس 50 مليون هو 10 مليون، وأن الغبن هو ما زاد عن ذلك وهو مليون سنتيم⁽¹⁾.

ب- تقييم العقار لحساب الغبن يوم إبرام عقد البيع:

و ذلك لأنه لا يجوز الطعن بالغبن إذا كان الفارق بين قيمة العقار والتمن في حدود الخمس عند انعقاد البيع، ولكنه وصل إلى أكثر من الخمس عند التسليم، وبالعكس إذا كان الفارق بين قيمة العقار وثمنه يقل عن الخمس عند رفع الدعوى ولكنه كان يفوق الخمس عند التعاقد، فإنه يحق للبائع رفع دعوى الغبن⁽²⁾.

ذلك لأن تكملة الثمن على أساس أن البيع وقع في زمن معين وليس أثناء رفع دعوى الغبن ومسألة تقدير ما إذا كانت قيمة العقار تفوق الثمن بأكثر من الخمس أو لا تفوقه، هي مسألة من اختصاص القضاء وللقاضي الاستعانة بخبير في هذا الصدد.

ج- يجب ألا تكون الدعوى قد تقدمت:

حسب نص المادة (359¹) من القانون مدني تسقط دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع.

3- الإجراءات :

عند وقوع الغبن في بيع عقار، فإن للبائع الحق في رفع دعوى تكملة الثمن بنفسه أو بواسطة ممثله القانوني أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار وذلك طبقاً لنص المادة (40¹ و 518) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾، ويجب أن ترفع خلال ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع وإذا تم إشهار عقد البيع بالمحافظة العقارية، فإن دعوى تكملة الثمن وكذا دعوى الفسخ عند الاقتضاء يجب

⁽¹⁾ تنص الفقرة الأولى من المادة (358) من القانون المدني على أنه : « إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل... » ، وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري والمشرع المصري إتفقا على تقدير الغبن بما يزيد عن الخمس، بينما المشرع الفرنسي فقد قدره بـ 12/7.

⁽²⁾ تنص الفقرة الثانية من المادة (358) السالفة الذكر على: «...ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع. » .

⁽³⁾ القانون رقم (09/08) المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 2008/04/23.

إشهارها طبقا لنص المادة (85) من المرسوم (63/76) المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري⁽¹⁾ وكذا نص المادة (17) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- آثار الغبن:

أ- تكلمة الثمن:

للبيع المغبون دعوى أصلية يطالب من خلالها تكلمة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل وفي المثل السابق هو مبلغ 40 مليون سنتيم بمعنى على المشتري أن يضيف مبلغ مليون سنتيم ويصدر حكم بتكلمة الثمن يلجأ البائع إلى إجراءات التنفيذ وله أن يجس العقار إذا كان قد سلمه، كما له أن يحجز على منقولات المشتري وإذا لم توجد فعلى عقارات هذا الأخير بما في ذلك العقار محل البيع إذا كان سلمه للمشتري ولا يزال في يد هذا الأخير، ذلك لأن حق البائع مضمون بحق الامتياز على المبيع طبقا لنص المادة (999) من القانون المدني⁽²⁾.

ملاحظة هامة: إذا تصرف المشتري في العقار بالبيع لشخص حسن النية وانتقلت الملكية بالشهر فليس للبائع الحق في الحجز عليه وذلك طبقا لنص المادة (359) من القانون المدني: " ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير الحسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع".

ب- دعوى الفسخ:

للبيع ان يستعمل دعوى احتياطية وهي دعوى الفسخ التي تخضع للقواعد العامة طبقا لنص المادة (199) من القانون المدني، وإذا حكم بالفسخ نتيجة إخلال المشتري بالتزامه وهو دفع كامل ثمن المبيع، يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، أما إذا استحال ذلك كأن تصرف فيه بالبيع لشخص حسن النية وتم شهره، فلا يكون للبائع إلا المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به، ويجب شهر الدعوى طبقا لنص المواد (85) من المرسوم (63/76) والمادة (17) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتتقدم دعوى الفسخ بمرور 15 سنة من يوم اكتشاف سبب الفسخ طبقا للمادة (308) من القانون المدني.

⁽¹⁾ المرسوم (63/76) المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 30 لسنة 1976 .

⁽²⁾ يتفق القانون الجزائري مع نظيره المصري في الهدف من رفع دعوى الغبن ومدة تقادمها إذ اعتبرا أن الهدف من رفع الدعوى هو تكلمة الثمن إلى 5/4، وإذا لم يتم ذلك جاز للبائع المطالبة بالفسخ، وأن مدة تقادم هذه الدعوى تقدر بثلاث سنوات، في حين يرى المشرع الفرنسي أن الدف من رفع الدعوى هو فسخ العقد، وللمشتري أن يتقي الفسخ لتكلفة الثمن إلى 10/9 وأن مدة التقادم هي سنتين، راجع في ذلك: محمد حسنين، مرجع سابق، ص 69-70 .

5- الغبن عند التنازل عن حقوق المؤلف:

أراد المشرع في هذه الحالة حماية الطرف الضعيف في العقد وهو المؤلف، بحيث نص المشرع على الغبن الواقع في حالة المكافأة الجزافية، غير أنه لم يحدد الحالة التي تشكل فيها المكافأة غبنا فاحشا، بل ترك الأمر في ذلك للقاضي والذي يستطيع الاستعانة بالخبراء.

وهذا طبقا لنص المادة (66) من الأمر رقم (05/03) ⁽¹⁾ والتي تنص على انه " يحق للمؤلف أن يطالب بمراجعة العقد في حالة غبن يضيع حقه وإن لم يحصل اتفاق يحق له أن يرفع دعوى قضائية إذا تبين بوضوح أن المكافأة الجزافية المحصل عليها تقل عن مكافأة عادية قياسا بالربح المكتسب، ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك".

الفرع الثالث: بيع ملك الغير

بيع ملك الغير هو ذلك البيع الذي يكون محله شيء معين بالذات، غير مملوك للبائع.

أولا: شروطه

1- أن يكون القصد منه هو نقل الملكية في الحال مقابل ثمن نقدي :

وعليه إذا تعهد احد طرفي العقد بنقل الملكية للطرف الآخر بمجرد الحصول عليها فان البيع لا يعد بيعا لملك الغير، وكذلك لا يعد بيعا لملك الغير إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى تأجيل انتقال الملكية إلى حين تملك البائع للمبيع.

2- أن يكون محل البيع شيئا معيناً بذاته :

وهذا طبقا لنص المادة (397) في فقرتها الأولى من القانون المدني ⁽²⁾، وعليه إذا كان محل البيع من المثليات، فإنه لا يعد بيعا لملك الغير، لأن المثليات لها نظير وتقوم مقام بعضها عند الوفاء.

⁽¹⁾ الأمر رقم (05/03) المؤرخ في 2003/07/19 المتضمن الملكية الفكرية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 44 لسنة 2003.

⁽²⁾ تنص المادة (397) من القانون المدني على أنه: «إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه. وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازه المشتري".

3- أن يكون المبيع غير مملوك للبائع ولا المشتري:

يجب أن يكون المبيع مملوكا للغير، بحيث إذا كان المبيع ملك للبائع كان العقد صحيحا، أما إذا كان مملوكا للمشتري وأقدم على شرائه وهو يجهل بأنه ملكا له، ففي هذه الحالة لا ينعقد البيع أصلا لاستحالة تحقق الغرض من البيع - وهو نقل الملكية - استحالة مطلقة، لأن المبيع مملوك للمشتري.

ثانيا: نطاق بيع ملك الغير

كل بيع لا تتوفر فيه الشروط السابق ذكرها لا يعد بيعا لملك الغير وبالتالي يخرج عن نطاقه ومن بين البيوع التي تخرج عن نطاق بيع ملك الغير:

1- **بيع الشيء المعين بنوعه:** لأن ملكية الشيء المعين بنوعه لا تنتقل إلا بعد عملية الفرز ويقوم بعضها مقام بعض في الوفاء.

2- **بيع الأشياء المستقبلية:** لا تعتبر بيع ملك الغير ولو لم تكن ملك للبائع، لأنه لا يمكن نقل ملكيتها في الحال طالما هي غير موجودة، لكن إن وجدت مستقبلا وباعها البائع دون أن يكون مالكا لها فيعد بيع ملك الغير لان نقل ملكيتها يصبح ممكنا.

3- **تعليق البيع على شرط التملك:** فإذا باع شخص شيئا معينا بذاته وهو لا يملكه، ولكن علق البيع على شرط تملكه، فالتزام البائع في هذا الوضع التزم معلق على شرط واقف وهو تملكه للمبيع، ولا يعد بيعا لملك الغير لأنه لم يقصد نقل الملكية في الحال، فإذا تحقق الشرط انتقلت للمشتري وأن لم يتحقق الشرط سقط البيع.

4- **البيع المعلق على شرط:** في هذا الوضع، إن البائع يملك المبيع ولكن ملكيته معلقة على شرط قد يكون واقفا أو فاسخا خلافا للحالة السابقة.

فالمالك تحت شرط واقف، تتحقق ملكيته بتحقيق الشرط، والمالك تحت شرط فاسخ تزول ملكيته بتحقيق الشرط، وهذا النوع من البيع لا يعد بيعا لملك الغير إذا انتقلت الملكية للمشتري بنفس الوصف أي معلقة على شرط.

5- بيع الشريك على الشيوع : إن البيع الصادر من أحد الشركاء على الشيوع لا يعد بيعا لملك الغير لأنه يملك حصته (م 714² مدني) ⁽¹⁾، إلا أن مصير هذا البيع يتوقف على نتيجة القسمة، فإذا وقع المبيع من نصيبه كان البيع صحيحا لأنه صادر من مالكة، أما إذا لم يقع من نصيبه اعتبر انه باع مالا يملكه الا انه يجب إعمال قاعدة الحلول العيني المنصوص عليها بالمادة (714) وتطبيقا لهذا النص إذا قام البائع ببيع جزء مفرز من المال الشائع ولكن بعد القسمة لم يقع هذا الجزء من نصيبه فان حق المشتري ينتقل إلى الجزء الذي آل إلى البائع بعد القسمة، هذا ويجب الإشارة إلى انه يحق للمشتري طلب إبطال البيع بدلا من تطبيق قاعدة الحلول العيني إذا كان لا يعلم وقت البيع أن البائع لا يملك العين المبيعة المفرزة.

ثالثا: أحكام بيع ملك الغير⁽²⁾

ويتعلق الأمر بالعلاقة بين البائع والمشتري أي أثر بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين وكذلك بالنسبة للمالك الحقيقي للمبيع.

1- أثر بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين:

حسب نص المادة (397) من القانون مدني هو عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري، وقبل صدور الحكم بالبطلان يعتبر عقد يرتب كافة الالتزامات ما بين طرفيه ماعدا نقل الملكية، لان البائع لا يملك المبيع.

أ- حق المشتري في طلب الإبطال:

بمجرد علم المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع يحق للمشتري طلب الإبطال سواء وقع البيع على المنقول أو العقار أشهر أو لم يشهر، فالشهر لا يصح عقدا باطلا أو قابلا للإبطال⁽³⁾.

⁽¹⁾ كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء.

⁽²⁾ تنص المادة (399) من القانون المدني 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».

⁽³⁾ راجع في ذلك المادة (16) من المرسوم (63/76) المتعلق بتأسيس السجل العقاري السالف الذكر.

ب- أساس بطلان بيع ملك الغير:

هو ليس بطلانا مطلقا ولا نسبي، هو بطلان خاص قرره المشرع بنص خاص، فهذا البطلان لا يدخل ضمن نطاق القواعد العامة وعليه يكون بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري بحكم القانون.

ج- كيفية تمسك المشتري بإبطال البيع:

قد يكون بموجب دعوى أصلية (دعوى بطلان) يرفعها المشتري قبل تملك البائع للمبيع أو إقرار المالك الحقيقي، وكذا كدفع إثر دعوى يرفعها البائع لتنفيذ عقد البيع.

د- أثر الحكم بالإبطال:

عند القضاء ببطلان العقد يعاد الأطراف إلى ما كان عليه قبل العقد، فيكون على المشتري رد المبيع إذا تسلمه، وعلى البائع رد الثمن إذا كان قد قبضه.

وزيادة على ذلك يكون للمشتري الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يكون قد أصابه متى كان غير عالم وقت البيع بأن البائع لا يملك المبيع (أي حسن النية) طبقا لنص المادة (399) من القانون المدني⁽¹⁾.

⁽¹⁾ تنص المادة (399) من القانون المدني على أنه: «إذا أطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية».

الفصل الثالث:

آثار عقد البيع

تترتب على البيع الصحيح القائمة جميع أركانه السالفة الذكر، التزامات على عاتق كل من طرفيه، فيلتزم البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع والضمان، ويلتزم المشتري من جهته بدفع ثمن المبيع وتسلمه ودفع نفقات البيع.

المبحث الأول:

التزامات البائع

يقع على عاتق البائع إثر إبرامه لعقد بيع صحيح ثلاث إلتزامات أساسية مرتبطة ببعضها البعض تشترك في أن محلها المبيع، الذي يلتزم بنقل ملكيته وتسليمه بحالة صالحة للإستعمال ووفقا لما إتفق عليه مع المشتري، وأن يضمن لهذا الأخير عدم تعرضه الشخصي وضمان التعرض القانوني الصادر من الغير.

المطلب الأول: الإلتزام بنقل الملكية

وشرق هنا بين نقل ملكية المنقول ونقل ملكية العقار.

الفرع الأول: التزام البائع بنقل ملكية المنقول

يختلف انتقال الملكية في المنقول بحسب ما إذا كان معين بالذات أم معينا بالنوع، وما إذا كان موجودا وقت العقد أو سيوجد في المستقبل.

أولا: نقل ملكية المنقول المعين بالذات

حسب نص المادة (165) من القانون المدني تنتقل ملكية المنقول المعين بذاته بمجرد العقد⁽¹⁾ دون حاجة إلى أي إجراءات متى توفرت الشروط التالية:

- أن يكون المبيع منقولا معينا بذاته

- أن يكون المبيع مملوكا للبائع

⁽¹⁾ يرد على هذه القاعدة إستثناء بالنسبة للعقود التي يكون محلها عقارا، فلا تنتقل ملكيتها وقت إبرام العقد وإنما بعد شهر العقد الرسمي لدى المحافظة العقارية طبقا لنص المادة (793) من ق إ م و إ.

- أن يكون المبيع موجودا وقت البيع

- ألا يكون نقل الملكية معلقا على حدوث أمر معين بنص القانون أو الاتفاق (ومثاله الاتفاق على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسليم أو دفع الثمن طبقا للمادة 363 من القانون المدني)

ملاحظة هامة: يتضح من الشرط الأخير وأن انتقال الملكية بمجرد التعاقد ليست قاعدة آمرة بل يجوز الاتفاق على خلافها بدليل الفقرة الأولى من نص المادة (363) من القانون المدني.

هناك حالات لا تنتقل فيها الملكية بمجرد العقد رغم أن المبيع معين بالذات وهي:

1/ انتقال ملكية المنقولات المستقبلية:

حسب المادة (92) من القانون المدني يمكن أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبليا، إذا كان هذا الشيء منقولاً مستقبلياً معينا بذاته فالملكية لا تنتقل بمجرد انعقاد البيع لان المبيع غير موجود وقت البيع وهو شرط أساسي لانتقال الملكية وبالتالي في هذه الحالة تنتقل ملكيته وقت وجود المبيع المستقبلي.

2/ الاتفاق على تأجيل انتقال الملكية:

إن فكرة انتقال الملكية بمجرد العقد ليست من النظام العام لذا يجوز الاتفاق على تأجيل انتقال الملكية أو اشتراط البائع ذلك وفي هذا الصدد نصت المادة (363) الفقرة (01) من القانون المدني على انه: «إذا كان ثمن البيع مؤجلا للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع » .

ملاحظة هامة: هذا البيع ليس موصوفا فهو غير معلق على شرط، إذا انعقد ويرتب آثاره ماعدا نقل الملكية، إذا المعلق على شرط في هذه الحالة هو نقل الملكية فقط، ويتحقق هذا الشرط بتملك المشتري المبيع بأثر رجعي أي من وقت العقد.

ثانيا: انتقال الملكية في البيع الجزائي

البيع الجزائي هو البيع الذي يتم على مجمل أشياء في مكان معين، ويتحدد المبيع في هذه الحالة بمكان وجوده، ولقد نصت عليه المادة (362) من القانون المدني⁽¹⁾، وبحسبها تنتقل ملكية المبيع في البيع

⁽¹⁾ تنص المادة (362) من القانون المدني على أنه: « تنتقل الملكية في البيع الجزاف إلى المشتري بنفس الطريق التي تنتقل بها ملكية الشيء المعين » .

الجزافي بنفس طريقة إنتقال ملكية المنقول المعين بذاته أي بمجرد انعقاد العقد دون حاجة إلى أي إجراء آخر.

ثالثا: نقل ملكية المنقول المعين بنوعه:

إذا كان تعيين المبيع فقط كاف لإنعقاد البيع صحيحا، فهو بالنسبة لإنتقال ملكيته غير كاف فالمشتري لا يصبح مالكا للشيء المعين بنوعه إلا بعد فرزه وذلك طبقا للمواد (166¹ و 361) من القانون المدني ويختلف الفرز بحسب طبيعة المبيع، فقد يكون بالعد أو القياس أو الوزن أو الكيل أو عن طريق وضع علامة مميزة للمبيع أو بغير ذلك من الوسائل التي تميز أو تفصل المبيع عن غيره⁽¹⁾. وبالفرز يصبح المبيع معينا بذاته وتنتقل ملكيته حتى ولو لم يتم تسليمه إلى المشتري.

1/ زمان ومكان الفرز:

الأصل أن يتم في الزمان والمكان المتفق عليه، وإذا لم يوجد هناك إتفاق فهو زمان ومكان التسليم، ورغم الخلاف القائم بين الفقهاء حول حضور المشتري من عدمه لعملية الفرز، فإنه في رأينا يجب أن يتم الفراز بحضور المشتري أو من ينوب عنه لمعرفة وقت انتقال الملكية نظرا لما يترتب عليها من آثار⁽²⁾.

2/ آثار الفرز:

- قبل عملية الفرز يبقى البائع مالك للمبيع وإذا أفلس هذا الأخير يدخل المشتري مع جماعة الدائنين.
- بعد الفرز تنتقل الملكية إلى المشتري وبالتالي إذا أفلس البائع له الحق في طلب تسليم المبيع لأنه ملكه.

3/ الجزء المترتب على إمتناع البائع عن القيام بالفرز:

إذا إمتنع البائع عن القيام بعملية الفرز جاز للمشتري:

(1) سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 159.

(2) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 113.

- أ- إجبار البائع على تنفيذ إلتزامه (القيام بالفرز) تنفيذا عينيا إذا كان ذلك ممكنا وذلك بعد إعداره طبقا للمادة (164) من القانون المدني.
- ب- يمكن للمشتري الحصول على المبيع ذاته على نفقة البائع بعد الحصول على إذن من القاضي.
- ج- حق المشتري في التعويض إذا لم يقيم البائع بإلتزامه طبقا للمادة (2/166) من القانون المدني.
- د- حق المشتري في الفسخ والتعويض لإخلال البائع بإلتزامه بعد إعداره، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين (البائع) أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين (البائع) قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات.

الفرع الثاني: انتقال ملكية العقار

حسب نص المادة (793) من القانون المدني لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعي الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري.

وتنص المادة (15) من الأمر (74/75) المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري⁽¹⁾ على أنه: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها" كما تنص المادة (16) من نفس الأمر على أن "العقود الإدارية والاتفاقيات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

وبيع العقار بإعتباره عقد رسمي طبقا للمادة (324 مكرر 01) مدني لا يمكن شهره إلا إذا تم في شكله القانوني وإلا كان باطلا وهذا ما أكدته المادة (61) من المرسوم (63/76) المتعلق بتأسيس السجل العقاري⁽²⁾.

أولا: آثار الإشهار

طبقا لنص المواد (793) مدني و(15-16) من الأمر (74/75) السابقة الذكر، فإتمام الإشهار يترتب عنه انتقال الملكية ويحتج بهذا الانتقال فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير.

(1) الأمر (74/75) المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن إعداد المسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 52 لسنة 1975.

(2) المرسوم (63/76) المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 30 لسنة 1976.

ويفهم كذلك من هذه النصوص أنه ليس للشهر أثر رجعي إذ أن النصوص صريحة في ذلك⁽¹⁾، ومن وقت الشهر يصبح المشتري مالكا للعقار وله أن يتصرف فيه ويشغله ويستعمله.

ثانيا: حجية الشهر

حجية الشهر ليست سوى قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، وقيمة الشهر لها إرتباط وثيقا بقيمة التصرف الذي قام عليه التصرف وتتبعه في الصحة والبطالان أي أن حجية الشهر تكون بقدر حجية التصرف، فإذا كان التصرف صحيحا فتكون للشهر حجية مطلقة أما إذا كان التصرف باطلا أو قابلا للإبطال فإنه يظل كذلك رغم شهره، وإذا حكم بطلانه زالت كل الحقوق التي تترتب عنه⁽²⁾.

وبالتالي فإن حجية الشهر نسبية وبالنتيجة يمكن الطعن في التصرفات التي تم إشهارها والدليل على ذلك النصوص القانونية التي تجيز الطعن في التصرفات المشهورة ومنها نص المادة (24) من الأمر (74/75) التي تجيز الطعن في قرارات المحافظة العقاري أمام الجهات القضائية، والمادة (16) من المرسوم (63/76) التي تجيز الطعن في شهادات التزقيم...الخ⁽³⁾

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على انتقال الملكية

يترتب على انتقال الملكية سواء كان منقولاً معينا بذاته أو منقولاً معينا بنوعه بعد إفرازه أو عقارا بعد شهره الآثار التالية:

- يصبح المشتري مالكا للمبيع ويخوله ذلك التصرف فيه⁽⁴⁾.
- في حالة إفلاس البائع، يكون للمشتري الحق في طلب تسليم المبيع إذا كان لا زال عند البائع ولا يمكن لدائن البائع الحجز عليه أو الاعتراض على تسليمه للمشتري لأنه ملك لهذا الأخير⁽⁵⁾.

(1) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 131.

(2) حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 29.

(3) لبيص ليلي، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2011/2012، ص 279.

(4) حسب نص المادة (674) من القانون المدني فإن الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة.

(5) ذلك لأن نظام الإفلاس يؤدي إلى غل يد المدين المفلس عن التصرف في أمواله أي تلك التي يملكها، وفي البيع إذا إنتقل المال للمشتري بالفرز أو الشهر إذا كنا أمام عقار فهذا يعني أن المشتري أصبح المالك ولا يدخل هذا المال في التفليسة لأنه ملك للغير.

- يحق لدائي المشتري الحجز على المبيع تحت يد البائع لأنه مال مملوك لمدينهم (المشتري) فيمكنهم التنفيذ عليه.

- تكون ثمار المبيع للمشتري من وقت إتمام البيع ويجب أن تسلم له مع المبيع.

- إذا هلك المبيع قبل تسليمه فتبعه الهلاك لا يتحملها المشتري بصفته مالكا وإنما يتحملها البائع بصفته ملزم بالتسليم لأن المشرع ربط تبعة الهلاك بالتسليم وليس بانتقال الملكية.

المطلب الثاني: التزام البائع بتسليم المبيع

حسب نص المواد (167 و 367) من القانون المدني فإن التسليم هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري ليتمكن من قبضه والانتفاع به دون عائق.

الفرع الأول: كيفية التسليم

ويتعلق الأمر بعناصر التسليم وكيفية التسليم وأنواعه إضافة إلى زمانه ومكانه

أولاً: عناصر التسليم

طبقاً لنص المادة (367) من القانون المدني لكي يتم التسليم يجب أن يتوفر فيه عنصران هما:

- وضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري وتمكنه من حيازته والانتفاع به بدون عائق⁽¹⁾.
- وجوب إخطار البائع المشتري بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه (والمشرع لم يذكر طريقة الإخطار وبالتالي تجوز بكل الوسائل ويقع عبئ الإثبات على البائع).

ثانياً: طريقة التسليم

حسب نص المادة (1/367) من القانون المدني، تختلف طريقة التسليم بحسب اختلاف طبيعة الشيء المبيع.

⁽¹⁾ ولا يستلزم ذلك أن تنتقل الحيازة المادية فعلاً إلى المشتري وإنما يكفي أن يوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته مادياً وإن ينتفع به دون عائق، فإذا وجد عائق بين المشتري وبين إنتفاعه بالمبيع، فلا يتوافر العنصر الأول من العناصر المكونة للتسليم، راجع في ذلك : محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 235.

1- تسليم العقار: إذا كان المبيع عقارا على البائع إخلائه وتسليم سندات الملكية والمفاتيح للمشتري، وإذا كان العقار مشغولا من الغير وجب على البائع إخراجه ما لم يكن شاغلا بسند قانوني يسري في مواجهة المشتري.

2- تسليم المنقولات: لم يبين المشرع طريقة معينة للتسليم في هذه الحالة، لكن عادة يتم بالتسليم المادي في اليد⁽¹⁾، أو بنقله من مكان إلى مكان آخر ووضعه تحت تصرف المشتري أو بأي طريقة أخرى معمول بها عرفا ومثالها:

- تسليم المنقول بصور رمزية كما في حالة تسليم مفاتيح المخزن الموجود فيه السلعة.

- تسليم المستندات للبضائع المودعة في مخازن طبقا للمادة (1/813) من القانون المدني.

ملاحظة: في هذا المثال عند تعارض مصلحة شخصين أحدهما استلم البضاعة ماديا والآخر استلم المستندات وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية للشخص الذي استلم البضاعة استلاما ماديا طبقا للفقرة الثانية من المادة (813) من القانون المدني⁽²⁾.

3- الأموال غير المادية: مثل الحقوق كحق الارتفاق والحصص في الشركة والعلامات التجارية أو براءة الاختراع، والتي يتم تسليم المستندات التي تثبت هذا الحق وقد تكون في نفس الوقت مقترنة بالتسليم المادي كحقوق المؤلف التي تكون عن طريق تسليم سند مكتوب (العقد) وتسليم المصنف (الكتاب) بواسطة المناولة.

⁽¹⁾ يرى الأستاذ حسين بن الشيخ أٹاملويا أن تسليم المنقولات يتم بالمناولة (اليد) أي التسليم المادي أو بتوفير وسيلة للدخول إلى مكان تواجد المبيع، راجع في ذلك: حسين بن الشيخ أٹاملويا، المنتقى في عقد البيع، الطبعة الثانية، دار هومة الجزائر، 2006، ص33.

⁽²⁾ تنص المادة (813) من القانون المدني على أن: «تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها.

غير أنه إذا تسلّم شخص آخر البضائع ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلّم البضائع » .

ثالثا: أنواع التسليم

هناك نوعان من التسليم، التسليم القانوني والتسليم الحكمي.

1- التسليم القانوني:

هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستولي عليه إستيلاء ماديا، وبالتالي هو أشمل من التسليم الفعلي بدليل ما نصت عليه المادة (367) من القانون المدني بأنه يعتبر تسليم قانونيا إعدار البائع للمشتري لتسليم المبيع.

2- التسليم الحكمي:

نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (367) من القانون المدني ويتم هذا التسليم بمجرد تراضي الطرفين أي في حالة الاتفاق بين البائع والمشتري على أن البائع سلم المبيع إلى المشتري دون أن يرافق ذلك أي عمل مادي، ويقوم هذا التسليم الحكمي مقام التسليم القانوني في حالتين هما:

الحالة 01: إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع بصفته غير مالك (مستأجر-مودع لديه- او مرتهن رهن حيازي أو مستعير...الخ) ثم اشتراه، ففي هذه الحالة تبقى الحيازة المادية على حالها ولكن تتغير صفة المشتري من حائز إلى مالك.

الحالة 02: إذا كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية، كأن يستأجره أو يرهنه بعد البيع، فيتم التسليم بالاتفاق على أن يبقى المبيع عند البائع ليس بصفته مالكا له، بل كمستأجر أو مرتهن.

ملاحظة: الحالة الثانية فيها خطورة على المشتري، ذلك لأنه إذا كان المبيع منقولاً وقام البائع بالتصرف فيه لشخص آخر وسلمه إياه تسليماً فعلياً كانت الأفضلية لهذا الأخير تطبيقاً لقاعدة "حيازة المنقول سند للملكية".

رابعا: زمان ومكان التسليم ونفقاته

1- زمان التسليم:

لم يضع المشرع حكماً خاصاً ينظم زمان تسليم المبيع وعليه نطبق الأحكام العامة المقررة في المادة (281) من القانون المدني أي أن يتم فور إنشاء عقد البيع، لكن هذه القاعدة ليست من النظام العام،

بحيث يمكن للأطراف الاتفاق على ميعاد معين⁽¹⁾، أو كان هناك عرف يقضي بتسليم المبيع في ميعاد أو اقتضت طبيعة المبيع شيئاً من الوقت في تسليمه أو يهمل القاضي البائع أجلاً لتسليم المبيع، إذا كان الطلب مبرر ولا يضر بالمشتري وألا يتعدى مدة سنة من تاريخ إبرام العقد (م 2/281) من القانون المدني⁽²⁾.

2- مكان التسليم:

لم يرد أحكام خاصة بمكان تسليم المبيع وعليه نطبق القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة (282) من القانون المدني ما لم يتفق الأطراف على مكان معين ونفرق هنا بين المبيع المعين بالذات والمبيع المعين بنوعه⁽³⁾:

أ- مكان تسليم المبيع المعين بذاته:

إذا وجد اتفاق على مكان معين للتسليم فالعبرة بالمكان المتفق عليه، وإذا لم يوجد إتفاق فيجب تسليمه في المكان الذي كان موجود فيه وقت إبرام العقد أو المكان الذي ذكر في العقد أنه موجود فيه ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

ب- مكان تسليم المبيع المعين بنوعه:

يتم إعمال اتفاق الأطراف، في حالة عدم وجود إتفاق يسلم طبقاً للفقرة الثانية من المادة (282) في موطن البائع أو مركزه الرئيسي إذا كان شخص معنوي.

هـ- زمان ومكان تسليم المبيع واجب التصدير:

وقد ورد فيها حكم خاص طبقاً لنص المادة (368) مدني⁽⁴⁾، فإذا كان المبيع واجب التصدير إلى المشتري فالعبرة في مكان وزمان التسليم بالوصول لا التصدير، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك،

(1) جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2013، ص 120.

(2) يجوز للقضاء نظراً لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (281) من القانون المدني.

(3) خليل احمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 139.

(4) تنص المادة (368) على أنه: «إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك».

كأن يتفقا أن التسليم يتم في زمان ومكان التصدير مع تسليم سند الشحن وسند التأمين على البضاعة من مخاطر الطريق.

3- نفقات التسليم:

لم يرد حكم خاص لذلك نرجع للقواعد العامة من خلال نص المادة (283) مدني فالأصل نفقات التسليم تقع على عاتق البائع، مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك أو بموجب نص قانوني، وتتمثل هذه النفقات في مصاريف النقل أو الفرز أو رسوم استخراج الوثائق... إلخ⁽¹⁾.

الفرع الثاني: محل الإلزام بتسليم المبيع

يتعلق الأمر بالمبيع وملحقاته وحالة المبيع بحسب ما إذا كان منقولاً أو عقاراً معينا بالذات أو بنوعه، إضافة إلى المقدار الواجب تسليمه والطبي قد يطرأ عليه الزيادة والنقصان.

أولاً: المبيع وملحقاته

1- المبيع: هو الملكية أو أي حق مالي، سواء كان حق عيني أصلي أو تباعي أو حق معنوي كحقوق المؤلف أو صاحب براءة الاختراع... إلخ.

2- الملحقات: وهي الأشياء المخصصة لاستعمال الشيء بصفة دائمة، لم يحصرها المشرع وإنما وطبقاً للقواعد العامة (المادة 107 مدني) ذكر الملحقات الضرورية لاستعمال المبيع بصورة دائمة، والتي يجب أن تلحق بالمبيع وإلا انعدمت المنفعة الموجودة منه.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يشمل الملحق منقولاً يمكن فصله دون تلف كالمرايا غير المثبتة والثريات المعلقة، وبالتالي فالملحقات هي "الأشياء التي بدونها لا يكمل انتفاع المشتري بالمبيع"⁽²⁾.

وخلاصة القول، أن الأصل إذا وجد اتفاق على اعتبار شيء ما من ملحقات المبيع، وجب إعتباره كذلك مهما كانت طبيعته، وإذا لم يوجد اتفاق وجب الرجوع إلى طبيعة الشيء والعرف الجاري.

⁽¹⁾ محمد حسين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006، ص112.

⁽²⁾ أنور سلطان، مرجع سابق، ص189.

ثانيا: حالة المبيع

تنص المادة (364) من القانون المدني على أنه: "يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع" وهذه القاعدة ليست من النظام العام، إذا يجوز الاتفاق على تسليم المبيع بالحالة التي يكون عليها وقت التسليم أو بحالة جيدة عما كان عليه وقت البيع.

وإذا تسلم المشتري المبيع دون إبداء أي اعتراض على حالته، فإنه يفترض أن المبيع سلم على حالته، وإذا قام باستعماله مدة طويلة فليس له أن يدعي بعدها عدم مطابقته للحالة التي كان عليها وقت العقد.

إذا يسلم المبيع بالحالة التي اتفق عليها الطرفان وفي حالة عدم وجود اتفاق تفرق بين المبيع المعين بالذات والمبيع المعين بنوعه:

أ- المبيع المعين بذاته (القيمي):

يجب تسليمه بالحالة التي كان عليها وقت البيع، ذلك لأنه مبيع معين بصفاته وحالته التي هو عليها وقت العقد، لذلك يجب على البائع المحافظة عليه إلى حين التسليم ويذلل عناية الرجل العادي وألا يحدث تغييرا على المبيع.

ملاحظة: إذا أحدث البائع تغييرا على المبيع جاز للمشتري مطالبته بإعادة المبيع إلى الحالة التي كان عليها وقت التعاقد، وإذا تعذر ذلك كان له أن يرفض التسليم ويطلب فسخ العقد مع التعويض⁽¹⁾.

ب- المبيع المعين بنوعه (المثلي):

ليس هناك حكم خاص وبالتالي نطبق القواعد العامة ولا سيما نص المادة (94) من القانون المدني⁽²⁾ والتي تفرق بين حالتين:

⁽¹⁾ وهذا ما ذهبت إليه إجتهاادات المحكمة العليا ولا سيما القرار الصادر عنها بتاريخ 1991/09/25 في الملف رقم (74933)، المشهور بالمجلة القضائية، العدد الثالث لسنة 1992، أشار إليه أحمد لعور، نبيل صقر، مرجع سابق، ص 172.

⁽²⁾ تنص المادة (94) من القانون المدني على أنه: «إذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلا.

ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط، إذا تضمن ما يستطيع به تعيين مقداره....."

الحالة الأولى: إذا تم البيع بالعينة، ففي هذه الحالة يتحول المبيع بنوعه إلى مبيع معين بذاته وبالتالي يسلم بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد أي الحالة المطابقة للعينة.

الحالة الثانية: إذا تم البيع دون عينة، ولم يتم الاتفاق على حالة المبيع، فيكون البائع ملزم بتسليم المبيع بالتقدير المتفق عليه من صنف متوسط طبقاً للفقرة الثانية من المادة (94) من القانون المدني.

ثالثاً: مقدار المبيع

من خلال نص المواد (365 و366) من القانون المدني نفرق بين حالتين:

1- حالة النقص في مقدار المبيع:

حسب الفقرة الأولى من المادة (365) مدني فإن البائع ضامن للمشتري الحصول على المقدار المتفق عليه في العقد، وإذا كان بالمبيع نقص كان البائع مسؤولاً عن ذلك، على أنه يجب أن يراعى في ذلك بأنه إذا كان النقص طفيفاً وجرى العرف على التسامح فيه فليس للمشتري التمسك بالمقدار المذكور في العقد، إذ لا يكون البائع مسؤولاً إلا إذا كان النقص معتبراً مما لا يتسامح فيه عرفاً⁽¹⁾.

أ- حكم النقص غير الجسيم: في هذه الحالة ليس للمشتري سوى المطالبة بإقصاص الثمن بقدر ما أصابه من ضرر وليس له في هذه الحالة الحق في طلب الفسخ.

ب- حكم النقص الجسيم: إذا كان النقص في مقدار المبيع جسيماً بحيث لو علم به المشتري قبل المبيع لما أبرك العقد، ففي هذه الحالة إذا أثبت المشتري ذلك فله الخيار إما طلب الفسخ ويحكم له به أو إقصاص الثمن.

ملاحظة: مسألة تقدير النقص الجسيم من عدمه متروكة للسلطة التقديرية للقاضي ويمكن لهذا الأخير الاستعانة بالخبراء، طبقاً في ذلك لأحكام نص المواد (126/125) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁽¹⁾ هناك من يرى بأنه لا يكفي هذا الشرط لوحده بل لا بد ألا يضر هذا النقص التافه بمقصود المشتري من الشراء، ومثاله إذا كان نقص المساحة بأمطار يحول دون تنفيذ التصميم للبناء الذي أعده المشتري مسبقاً بناء على المساحة المتفق عليها وقت البيع، راجع في ذلك: عدنان سرحان، مرجع سابق، ص 234.

2- حالة الزيادة في مقدار المبيع:

حسب نص المادة (365 الفقرة الثانية) من القانون المدني، إذا كانت بالمبيع زيادة عما هو مذكور في العقد، فيجب أن نبحت عما اتفق عليه المتعاقدين وإلا نطبق نص المادة (365) وفيها نفرق بين الحالتين:

أ- حالة الزيادة في المبيع إذا كان الثمن مقدر جملة واحدة: لم ينص عليها المشرع، لكن يرى أغلبية الفقه، أنه في هذه الحالة يبقى البيع قائماً، وليس للبائع أن يطالب المشتري بزيادة أو تكملة الثمن، لأن في هذه الحالة بيان مقدار المبيع المقدر ثمنه جملة واحدة وصفا للمبيع والوصف لا يقابله ثمن⁽¹⁾.

ب- حالة الزيادة إذا كان الثمن مقدراً بحسب الوحدة: في هذه الحالة يجب أن نميز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتقسيم أو غير قابل للتقسيم.

ب-1- الحالة التي يكون فيها المبيع مقدراً بالوحدة وغير قابل للتقسيم:

في هذه الحالة يجب على المشتري أن يكمل الثمن إذا وجد بالمبيع زيادة، وتكون تكملة الثمن بما يتناسب مع الزيادة بثمن الوحدة المتفق عليه، وليس للمشتري طلب إنقاص المبيع لأن التقسيم قد يترتب عليه إتلاف المبيع أو إضرار كبير بالبائع، لكن إذا كانت الزيادة فاحشة وكان المبيع غير قابل للانقسام ففي هذه الحالة يجوز للمشتري طلب الفسخ⁽²⁾.

ب-2- الحالة التي يكون فيها المبيع مقدراً بالوحدة وقابل للتقسيم:

في هذه الحالة لا يجبر المشتري على أخذ الزائد، ويكون على البائع تسليم المبيع بالقدر المتفق عليه لأن تجزئه المبيع في هذه الحالة لا تلحق ضرراً بالبائع.

3- تقادم الدعاوى الناشئة عن أحكام النقصان والزيادة في مقدار المبيع:

ونقصد بها دعوى البائع لتكملة الثمن ودعوى المشتري لإنقاص الثمن ودعواه في الفسخ استناداً لأحكام النقص أو الزيادة في المقدار، والتي يجب أن ترفع خلال سنة من يوم التسليم الفعلي، لأن حصول هذا الأخير أي التسليم الفعلي هو الذي يمكن من كشف الزيادة أو النقصان في المبيع.

(1) سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة "عقد البيع"، الطبعة الرابعة، عالم الكتب بالقاهرة، 1980، ص 354.

(2) تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد معياراً من خلاله يمكن تحديد ما إذا كانت الزيادة فاحشة من عدمها وبالتالي ترجع للسلطة التقديرية للقاضي، وهو نفس الحكم الذي ورد في المادة (433) من القانون المدني المصري، على الرغم من أن هذا الأخير كان ينص قبل التعديل على جواز طلب المشتري الفسخ إذا كانت الزيادة في المبيع أكثر من النصف.

رابعاً: هلاك المبيع قبل التسليم (مسألة تبعة الهلاك).

تطبق أحكام تبعة الهلاك على المبيع المعين بذاته، أما المبيع بنوعه فلا مجال لتطبيق أحكام الهلاك عليه لأن المثليات لا تهلك تقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء.

وكقاعدة عامة إذا حدث الهلاك قبل التسليم فتبعة الهلاك تكون على عاتق البائع، ولكن نرق بين نوعين من الهلاك، الكلي والجزئي.

1- تبعة الهلاك في حالة الهلاك الكلي للمبيع:

حسب نص المادة (369) من القانون المدني فالأصل في تبعة هلاك المبيع قبل التسليم يتحملها البائع، فإذا هلك المبيع قبل تسليمه للمشتري يفسخ العقد ويسترد المشتري الثمن إذا كان قد دفعه مع التعويض إلا إذا كان الهلاك نتيجة قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو بسبب المشتري.

لكن المشرع استثنى من هذه القاعدة (تبعة الهلاك على البائع قبل التسليم) حالات، وجعل فيها تبعة الهلاك على المشتري قبل التسليم وهي:

أ- الاتفاق على تحمل المشتري تبعة الهلاك:

وفي هذه الحالة يجب إعمال اتفاق الطرفين، بحيث حتى ولو كان الهلاك نتيجة قوة قاهرة، يتحمل المشتري تبعة الهلاك ويكون ملزم بدفع الثمن.

ب- إذا أعذر البائع المشتري بأن يستلم المبيع ولم يفعل المشتري ذلك:

وهذا طبقاً لنص المادة (369) مدني، فإذا تم إعذار البائع المشتري بتسليم المبيع أو امتنع هذا الأخير أو تماطل في ذلك، انتقلت تبعة الهلاك إلى هذا الأخير أي المشتري⁽¹⁾.

ج- إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له:

إذا كان البائع حابساً للمبيع ضامناً لاستفاء الثمن وهلك المبيع في هذه الفترة فتبعه الهلاك تكون على المشتري لأنه تسبب بخطئه في عدم التسليم لأنه لم يدفع الثمن، ما لم يكن الهلاك بفعل البائع.

⁽¹⁾ لم ينص المشرع الجزائري على شكل الإعذار أو طريقته، وقرت العادة أن يتم برسالة مع إشعار بالوصول أو عن طريق المحضر القضائي من خلالها يدعو فيها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزامه، وتعتبر دليل إثبات على تأخر المدين في تنفيذ التزامه طبقاً في ذلك لأحكام نص المادة (179) من القانون المدني.

- د- إذا هلك المبيع بفعل المشتري عند وضع يده على المبيع بدون إذن من البائع قبل التسليم⁽¹⁾.
- 2- تبعة الهلاك في حالة الهلاك الجزئي للمبيع:

حسب نص المادة (370) من القانون المدني، إذا نتج هلاك المبيع جزئياً، فإن الهلاك يتحمله البائع، ولكن المشرع راعى في ذلك جسامته الهلاك بحيث نصت المادة (370) على حكيمين مختلفين:

أ- حكم الهلاك الجزئي للجسيم: للمشتري في هذه الحالة طلب الفسخ وإسترداد الثمن إذا كان قد دفعه، كما له طلب إنقاص الثمن مع الإحتفاظ بالمبيع.

ب- حكم الهلاك الجزئي غير الجسيم: في هذه الحالة ليس للمشتري سوى المطالبة بإنقاص الثمن دون الفسخ⁽²⁾.

الفرع الثالث: حق البائع في حبس المبيع

هناك حالات منصوص عليها بالمادة (390) من القانون المدني لا يعد عدم تسليم المبيع فيها إخلال من البائع بالتزامه بل يثبت للبائع حق حبس المبيع.

أولاً: حالات ثبوت حق البائع في حبس المبيع.

حسب نص المادة (390) هي حالتين:

1- إذا كان الثمن مستحق الأداء ولم يدفعه المشتري:

إذا لم يدفع المشتري الثمن ولم يكن البائع قد سلم له المبيع، فله أن يجبسه إلى حين إستيفاء الثمن ويكون للبائع حق حبس المبيع حتى لو قدم له المشتري كفالة أو رهنا ضماناً للوفاء بالثمن، إذ ما يهم البائع هو حصوله على الثمن وطالما لم يتم ذلك فله أن يجبس المبيع.

(1) محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، الإسكندرية- مصر، 1999، ص265.

(2) والمعيار الذي يعتد به للفرقة بين الهلاك الجزئي الجسيم والهلاك الجزئي غير الجسيم، هو أنه لو علم به المشتري وقت التعاقد لما أبرم العقد (هذا الجسيم) وإذا أتم الصفقة رغم علمه بالهلاك فهذا يعني أن هذا الأخير غير جسيم.

2- إذا كان الثمن مؤجلاً وسقط الأجل:

حسب الفقرة الثانية من المادة (390) من القانون المدني إذا كان الثمن مؤجلاً أو كان البائع منح أجلاً للمشتري للوفاء بالثمن فإنه يحق للبائع أن يحبس المبيع إذا سقط الأجل الممنوح وبذلك يكون ملزم بدفع الثمن⁽¹⁾.

وأسباب سقوط الأجل طبقاً لأحكام المادة (211) من القانون المدني هي:

- شهر إفلاس المشتري.
- إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن (البائع) من تأمين خاص.
- إذا لم يقدم المشتري ما وعد به البائع في العقد من تأمينات.

ثانياً: انقضاء أو سقوط حق البائع في حبس المبيع

1- انقضاء حق البائع في حبس المبيع طبقاً للقواعد العامة (المواد 200 إلى 202) من القانون المدني:

إن حق البائع في حبس المبيع يبقى قائماً إلى أن ينقضي طبقاً لما تقتضي به القواعد العامة (المواد 200 إلى 202) وطبقاً لهذه القواعد فالحق في الحبس ينقضي بزوال سببه، وهو في عقد البيع إستيفاء الثمن بالنسبة للبائع، كما يمكن للبائع التنازل عن حقه في حبس المبيع لأنه لا يتعلق بالنظام العام.

2- سقوط حق البائع في حبس المبيع طبقاً للقواعد الخاصة (المادة 390) من القانون المدني:

طبقاً لنص المادة (390) يسقط حق البائع في حبس المبيع إذا منح هذا الأخير أجلاً للمشتري بعد البيع لدفع الثمن، ذلك أن منح الأجل دليل ضمني عن تنازل البائع عن حقه في حبس المبيع.

ثالثاً: الآثار المترتبة على ثبوت الحق في الحبس للبائع

- الحق في الحبس لا يتجزأ أي البائع يبقى حابساً لكل المبيع حتى لو دفع له المشتري جزء من الثمن، وذلك حتى لو كان المبيع جملة أشياء للبائع أن يحبسها جميعاً إلى حين إستيفاء كل الثمن.

⁽¹⁾ تجدر الإشارة بأنه قد وقع خطأ مادي في رقم المادة المحال إليها بموجب الفقرة الثانية من المادة (390) المذكور أعلاه وهي المادة (211) من القانون المدني وليست (212) الأمر الذي يستدعي تداركه من قبل المشرع في التعديلات المستقبلية للأمر رقم (58/75).

- الحق في الحبس يرد على المبيع وثماره ويجب على البائع أن يقدم حسابا عن ثمار المبيع أثناء الحبس لأنها ملك للمشتري.
- يجب على البائع المحافظة على المبيع وفقا للأحكام التي يلتزم على أساسها الدائن المرتين حيازيا (المادة 2/201) من القانون المدني⁽¹⁾.

الفرع الرابع: جزاء إخلال البائع بالتزامه بالتسليم

يعتبر البائع قد نفذ التزامه بتسليم المبيع، إذا وضع الشيء المبيع مع كل ملحقاته تحت تصرف المشتري في الزمان والمكان المحددين في العقد بشرط أن يكون المبيع مطابقا للمواصفات المتفق عليها، وإذا أخل البائع بالتسليم على النحو السابق ذكره فإن للمشتري أن يطالب بالتنفيذ العيني إذا كان ممكنا كما يستطيع أن يطلب فسخ عقد البيع وللقاضي السلطة التقديرية في إجابته إلى طلبه، وللمشتري أن يطلب في الحالتين تعويضا عن الضرر، من جراء إخلال البائع بالتزامه وهذا ما تقضي به القواعد العامة. وفي التنفيذ العيني فرق بين حالتين:

- 1- إذا كان المبيع معينا بالذات، فإن التنفيذ العيني للتسليم يكون بواسطة البائع باعتباره المدين بالتسليم، فيجبر على تنفيذه إن لم ينفذه طوعية أو الفسخ مع التعويض.
- 2- إذا كان المبيع معينا بنوعه، فإنه طبقا لنص المادة (166) من القانون المدني فإن التنفيذ العيني بالتسليم بغير طريق البائع وذلك بأن يحصل المشتري على الشيء المبيع بواسطة الغير ولكن على نفقة البائع الممتنع عن تنفيذ التزامه⁽²⁾.

أما عن جزاء امتناع البائع عن تنفيذ التزامه بتسليم ملحقات المبيع، فللمشتري نفس الحقوق التي له في حالة الإخلال بتسليم المبيع، أي طلب التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين. إلا أنه بالنسبة للفسخ، يجوز للمحكمة أن ترفض الحكم به إذا كانت الملحقات التي لم يسلمها البائع قليلة الأهمية بحيث أن تخلفها ما كان ليمنع المشتري من إتمام البيع.

⁽¹⁾ تنص الفقرة الثانية من المادة (201) من القانون المدني: «وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته».

⁽²⁾ تنص الفقرة الثانية من المادة (166) من القانون المدني على ما يلي: «إذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد إستئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض».

المطلب الثالث: التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق

يجب على البائع زيادة على نقل الملكية والتسليم أن يضمن عدم تعرضه للمشتري في حيازة المبيع والانتفاع به، كما يلتزم بدفع أي تعرض قانوني يصدر من الغير وفي حالة استحقاقهم المبيع وجب على البائع تعويض المشتري.

الفرع الأول: ضمان البائع التعرض الشخصي

يعتبر هذا الالتزام امتداد لالتزام البائع يتكتم المشتري من الانتفاع بالمبيع دون عائق والمرتبط أساسا بالتزامه بالتسليم.

أولاً: أساس الالتزام بضمان التعرض الشخصي

يستند هذا الالتزام في الأصل إلى النصوص القانونية التي أوردها المشرع في هذا الصدد، وهي المادتين (371 و 1/378) من القانون المدني⁽¹⁾، ضف إلى ذلك أن عقد البيع من العقود الملزمة لجانبين ومن عقود المعاوضة وبالتالي باتخاذ كل ما يجب لضمان وضع يد المشتري على المبيع والانتفاع به دون عائق.

وينشأ هذا الالتزام من وقت البيع، حتى لو تعلق الأمر ببيع عقار لم يشهر بعد، إذ الالتزام بالضمان التزم شخصي يترتب على البيع حق قبل شهره.

أما حق المشتري في الضمان فلا ينشئ له إلا إذا حصل له تعرض فعلي من البائع.

ثانياً: نطاق ضمان التعرض الشخصي

يقوم الالتزام بضمان التعرض الشخصي في كل البيوع سواء محلها عقار أو منقول تمت بالمزاد أو بالتراضي.

وإذا صدر من البائع ما يحول دون انتفاع المشتري بالمبيع كلياً أو جزئياً سواء أكان ذلك قائم على سبب مادي أو على سبب قانوني وسواء أكان مباشراً أو غير مباشر، اعتبر البائع متعرضاً للمشتري.

(1) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 127 .

- أ- **التعرض المادي:** وهو التعرض الذي لا يستند فيه البائع إلى حق، ويتحقق ذلك نتيجة أي عمل يقوم به البائع يعرقل حياة المشتري للمبيع، كأن يغتصب البائع المبيع من المشتري، أو قائم على سند قانوني كفتح محل تجاري مشابه للمحل محل البيع في نفس المكان.
- ب- **التعرض القانوني:** وهو التعرض الذي يستند فيه البائع على حق، ويؤدي إلى نزع ملكية المبيع من يد المشتري ومثاله ادعاء البائع بأنه مالك للمبيع سواء استند إلى سبب سابق للبيع (إذا رفع دعوى قبل إتمام الشهر) أو سبب لاحق (اكتساب البائع الملكية بعد البيع)⁽¹⁾.

ثالثاً: خصائص الالتزام بضمان التعرض الشخصي

- 1- **عدم قابلية الالتزام بضمان التعرض للانقسام:**
- ففي حالة تعدد البائعين يكون كل منهم ملزم بالضمان، ذلك لأن الالتزام بالضمان لا يتجزأ ولو كان المبيع ذاته قابلاً للتجزئة⁽²⁾، وعليه في حالة رفع دعوى الضمان على أي واحد من البائعين فلا يكون لهذا الأخير الدفع بالتجزئة وكذلك لا يكون لأي من البائعين التعرض للمشتري في جزء من المبيع.
- ملاحظة:** إذا كان الالتزام بالضمان غير قابل للانقسام إلا أنه إذا ثبت للمشتري حقه في الرجوع بالتعويض أو بالثمن ففي هذه الحالة يصبح التزام البائعين المتعددين قابلاً للانقسام لأن الأمر في هذه الحالة يتعلق بالرجوع بمبالغ نقدية.
- 2- **الالتزام بضمان التعرض الشخصي التزم أبدي:**
- ويقصد بأبدية هذا الالتزام أنه يضل قائماً على عاتق البائع مهما طالت المدة، أي حتى ولو مر على البيع أكثر من 15 سنة ما دام لم يحصل تعرض من قبل البائع⁽³⁾، لكن إذا حصل هذا التعرض وظل المشتري ساكناً عنه ولم يرفع دعوى سقط حقه في الرجوع على البائع، ويكون هذا الأخير قد تملك هذا المبيع بالتقادم المكسب، أما إذا لم يحصل التعرض من البائع ضد المشتري فإن الالتزام بالضمان يبقى قائماً ولو زادت المدة عن 15 سنة⁽⁴⁾.

(1) سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 367.

(2) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 187.

(3) محمد حسين، مرجع سابق، ص 130.

(4) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 633.

3- عدم قابلية انتقال الالتزام بالضمان من البائع إلى خلفه العام والخاص:

ذلك لأن الالتزام لا ينتقل من المورث إلى الورثة بل يبقى في التركة وللمشتري أن يرجع على التركة بالتعويض تماشياً مع قاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الدين " وكذلك الأمر بالنسبة للخلف الخاص الذي سجل تصرفه قبل البيع من قبل المشتري، وفي هذه الحالة لا يجوز للمشتري أن يدفع بالضمان في مواجهة الخلف الخاص.

ملاحظة هامة: وعلى العكس فإن حق الضمان الذي يتمتع به المشتري ينتقل إلى خلفه العام والخاص⁽¹⁾.

رابعاً: شروط ضمان التعرض الشخصي.

لقيام ضمان التعرض يجب أن يتوفر شرطين:

1- أن يقع من البائع تعرضاً فعلياً:

فمجرد التهديد الصادر من البائع لا يعطي الحق للمشتري في الضمان ما دام البائع لم يقيم بتنفيذ تهديده فعلاً، كما أن مجرد احتمال وقوع التعرض لا يعد تعرضاً لقيام الضمان وإنما لكي يعتبر متعرضاً للمشتري لا بد أن يصدر منه عملاً يحول دون انتفاع المشتري بالمبيع انتفاعاً كلياً أو جزئياً، ولا يسري التقادم إلا من وقت التعرض فعلاً ومدته 15 سنة من وقت وقوع التعرض فعلاً.

2- أن يؤدي العمل المعتبر تعرضاً إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع:

سواء كان هذا الحرمان من الانتفاع كلياً أو جزئياً وسواء كان هذا التعرض قائماً على سبب مادي أو قانوني في الغالب يكون هذا العمل مما يتعارض مع التزامات البائع.

خامساً: الجزاء المترتب على إخلال البائع بالتزامه بعدم التعرض للمشتري:

هنا يجب التفرقة بين التعرض القائم على أساس مادي والتعرض القائم على أساس قانوني.

1- إذا كان التعرض قائماً على سبب أو عمل مادي:

في هذه الحالة يجب على البائع عدم التعرض والامتناع عن القيام به، ويكون للمشتري أن يطلب التعويض عن الضرر الذي يكون قد لحقه⁽²⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 635.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 320.

2- إذا كان التعرض قائماً على سبب قانوني:

في هذه الحالة يدفع المشتري في مواجهة البائع بالقاعدة التي تقضي "من وجب عليه الضمان إمتنع عليه التعرض" وبالتالي لا يمكن ولا يحق للبائع الاستناد إلى حق استرداد المبيع من تحت يد المشتري لأنه أصلاً ملزم بضمان ذلك وملزم يتمكن المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة والانتفاع به دون عائق.

سادساً: الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الشخصي.

ويقصد بتعديل أحكام الضمان، الزيادة في الضمان الذي يقع على عاتق البائع أو الإنقاص منه أو إسقاطه تماماً وجعل البائع غير ضامن⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى نص المادة (378) من القانون المدني وبمفهوم المخالفة فإن الزيادة أو النقصان في الضمان جائز أما إسقاط الضمان فهو باطل⁽²⁾.

الفرع الثاني: التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير.

التزام البائع بالضمان التزام مزدوج، فهو التزام سلبي إذا تعلق الأمر بامتناع البائع عن تعرضه الشخصي للمشتري، ويمثل الجانب الإيجابي لهذا الالتزام في ضمان أي تعرض قانوني يصدر من الغير ضد المشتري، ويجب على البائع أن يدفع كل تعرض قانوني يستند فيه هذا الغير إلى حق مستمد من البيع أو آل إليه بعد البيع بسبب البائع.

ويقوم هذا الضمان في كل البيوع متى تمت صحيحة سواء كانت اختيارية أو جبرية، أشهرت أو لم تشهر، سواء كان محلها عقار أو منقول.

(1) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 322.

(2) تنص الفقرة الثانية من المادة (201) من القانون المدني: «وعلى الحائس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته». .

أولاً: خصائصه:

1- ضمان التعرض الصادر من الغير هو التزام بعمل:

أي أنه عكس ضمان التعرض الشخصي الذي هو التزام بالامتناع عن العمل، فهو دائماً التزام بعمل أي منع الغير من التعرض للمشتري في المبيع بمختلف الوسائل، كإقامة الدعوى ضد الغير أو التدخل في الدعوى القائمة من أجل الحصول على حكم يحمي حق المشتري ضد الغير⁽¹⁾.

2- ضمان التعرض الصادر من الغير هو التزام لا يقبل الانقسام:

وعلى الرغم من أنه التزام بعمل إلا أنه غير قابل للانقسام وبالتالي رد البائع لتعرض الغير يجب أن يكون كاملاً وليس رداً جزئياً، وإذا الباعة عدة واستحق الغير حصة معينة في البيع، كان جميعهم ملزمين برد هذا التعرض الصادر من الغير.

ثانياً: شروطه

1- أن يكون التعرض قانونياً:

لا يضمن البائع أي تعرض يستند إلى سبب مادي طالما كان التعرض قد حصل للمشتري بعد التسليم⁽²⁾، أما إذا كان التعرض المادي قبل التسليم فإن البائع ملزم برده ليس على أساس ضمان التعرض وإنما تنفيذاً لالتزامه بالتسليم.

ولا يكون البائع ضامناً إلا إذا كان التعرض قانونياً، ويعتبر كذلك إذا استند الغير إلى حق يدعيه على المبيع، وقد يكون هذا الحق حقاً عينياً كحق انتفاع أو رهن أو حق إرتفاق، كما يمكن أن يكون حقاً شخصياً كحق الإيجار⁽³⁾.

2- أن يكون الحق المدعى به سابقاً على البيع أو لاحقاً له ولكن بفعل البائع:

ويكون حق الغير سابقاً على البيع كما لو كان قد اكتسب ملكية المبيع أو أي حق عليه بالتقادم أو لأي سبب آخر قبل البيع وأراد أن يسترده من تحت يد المشتري.

(1) محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص345.

(2) خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون الجزائري، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن، ص135.

(3) محمد يوسف الزغبى، مرجع سابق، ص338.

ويكون التعرض مستندا إلى سبب لاحق على البيع كما في الحالة التي يقوم فيها ببيع المنقول إلى مشتري أول وقبل التسليم يبيعه إلى مشتري ثان ويسلمه المبيع، ففي هذه الحالة نشأ حق الغير (المشتري الثاني) بعد البيع وبفعل البائع⁽¹⁾.

3- يجب أن يقع التعرض فعلا:

وهذا يعني أن يقوم الغير مباشرة حق يكون نفاذا في مواجهة المشتري وقد يتحقق هذا التعرض في صورة دعوى أو دفع، وبالتالي مجرد الحشية من التعرض لا تحول للمشتري حق الضمان، واحتمال التعرض له لا يسمح له بالرجوع بالضمان طالما هذا التعرض لم يقع فعلا⁽²⁾.

ثالثا: التزام البائع بدفع التعرض

يتضح من نص المادة (372) من القانون المدني أنه إذا قام الغير الذي يدعي حقا على المبيع برفع دعوى على المشتري يطالب فيها بالحق المدعى به على المبيع وجب على المشتري إخطار البائع بذلك ودعوته إلى التدخل في الدعوى المقامة من الغير، ونكون هنا أمام الحالات التالية:

الحالة الأولى: إخطار البائع وتدخله

تدخل البائع إما أن ينتهي برد ادعاء الغير، ويكون بذلك قد نفذ التزامه بالضمان، وقد ينتهي الأمر إلى عدم تمكن البائع من رد ادعاء الغير أي استحقاق المبيع من الغير، ففي هذه الحالة يكون البائع ملزما بتعويض المشتري حسب درجة الاستحقاق (كلي أو جزئي).

الحالة الثانية: إخطار البائع وعدم تدخله.

إذا قام المشتري بإخطار البائع في الوقت المناسب ورغم ذلك لم يتدخل في الخصام فيكون ملزم بتعويض المشتري في حالة استحقاق المبيع إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم من المشتري فهنا يعفى من الضمان⁽³⁾.

(1) علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 113.

(2) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 323.

(3) محمدي سليمان، محاضرات في عقد البيع، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر، 2003/2002، ص 94.

الحالة الثالثة: عدم إخطار المشتري للبائع في الوقت المناسب أو عدم إخطاره أصلاً

إذا لم يقم المشتري بإخطار البائع وصدر حكم ضد المشتري حاز قوة الشيء المقضي به، فإن حقه في الضمان يبقى قائماً ما لم يثبت البائع أنه لو أخطر وتدخل في الدعوى لكان باستطاعته رد ادعاء الغير.

الحالة الرابعة: تصالح المشتري مع الغير دون انتظار حكم

إذا دعا المشتري البائع التدخل في الدعوى لكن دون جدوى، وتصالح مع الغير دون إنتظار صدور الحكم فقد قرر المشرع طبقاً للمادة (373) من القانون المدني أن للمشتري الحق في الضمان في هذه الحالة ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه.

الحالة الخامسة: تجنب المشتري إستحقاق المبيع بأداء مبلغ من المال أو شيء آخر:

طبقاً لنص المادة (374) من القانون المدني إذا كان الغير على حق في دعواه وأن حقه ثابت لا شك في ذلك، فعلى البائع بصفته ضامن التخلص من التزامه بأن يرد للمشتري ما دفعه مع مصاريف الخصام التي يكون قد أنفقها المشتري وإذا امتنع البائع فللمشتري أن يطالبه بالتعويض طبقاً لأحكام نص المادتين (375 و376) بحسب الاستحقاق كلي أو جزئي.

رابعاً: التزام البائع بضمان الاستحقاق الكلي والاستحقاق الجزئي.

إذا توصل الغير إلى استحقاق المبيع ونزع هذا الأخير من المشتري، يكون البائع ملزم بالتعويض بحسب ما إذا كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً.

1- الاستحقاق الكلي:

تنص المادة (375) من القانون المدني على عناصر التعويض التي يرجع بها المشتري على البائع في حالة الاستحقاق الكلي ما لم يكن هناك شرط خاص بالضمان في العقد، وعليه فإن للمشتري الحق في أن يطالب البائع بما يلي:

أ- قيمة المبيع وقت الاستحقاق (وقت نزع اليد): ذلك أن المشتري لا يسترجع الثمن وإنما قيمة المبيع الحقيقية وقت نزع اليد، ذلك لأن قيمة المبيع هي القدر الذي ضاع فعلاً من المشتري بسبب الاستحقاق⁽¹⁾.

ب- قيمة الثار التي إلزم المشتري بردها إلى المالك الذي يد المشتري عن المبيع: يلزم المشتري برد الثار التي قبضها إلى المالك الحقيقي، على أن يرجع بقيمتها على البائع بشرط أن يكون المشتري حسن النية وقت إبرم العقد (أي يجهل استحقاق الغير للمبيع) وفي حالة سوء نيته يلزم برد الثار التي قبضها دون أن يرجع بقيمتها على البائع⁽²⁾.

ج- المصاريف النافعة التي يمكنه أن يستردها من صاحب المبيع والمصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية:

قد يقوم المشتري بعد البيع وقبل الاستحقاق بمصروفات على المبيع فما حكمها في حالة استحقاق المبيع؟

يتضح من الفقرة الثالثة من المادة (375) من القانون المدني أن المشرع فرق بين طبيعة المصروفات المختلفة وبين حسن أو سوء نية البائع، كما أن هذا النص لم يتعرض للمصاريف الضرورية لذلك سنبين حكم المصروفات على مختلف أنواعها (ضرورية-نافعية-كمالية):

ج-1- المصاريف الضرورية: وهي المصاريف اللازمة لحفظ المبيع وصيائه مثل ترميم جدران آيل للسقوط، وهذه المصاريف تحقق منفعة للمالك المبيع ويكون البائع ملزم بردها للمشتري سواء كان هذا الأخير حسن أو سيء النية⁽³⁾، بدليل ما نصت عليه المادة (1/829) من القانون المدني بأنه: "على المالك الذي يرد له ملكه أن يدفع إلى الخائز جميع ما أنفق من المصروفات اللازمة".

⁽¹⁾ يرى الأستاذ خليل أحمد حسن قدامة أن العبرة في احتساب قيمة المبيع وقت نزع اليد ترجع في الوقت الذي يتحقق فيه الضرر للمشتري ووقت إستحقاق المبيع ليس هو صدور الحكم في الدعوى المرفوعة من قبل الغير، وإنما من يوم رفع الدعوى على أساس أن الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى، راجع في ذلك: خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 102.

⁽²⁾ خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 163.

⁽³⁾ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 348.

كما يمكن تفسير الفقرة الأولى من المادة (375) على أنها تشمل المصاريف الضرورية، لأن البائع يلزم برد قيمة المبيع وقت الاستحقاق سواء كانت الزيادة في القيمة يقصد بها الزيادة الطبيعية أو الزيادة بفعل المشتري.

ج-2- المصاريف النافعة: وهي تلك المصاريف التي تهدف إلى الزيادة في قيمة المبيع كالقيام ببناء جديد أو غرس أشجار مثمرة وهنا نفرق بين حالتين:

الحالة 01: إذا كان المشتري حسن النية: أي لم يعلم بسبب الاستحقاق أثناء قيامه بهذه النفقات، فإن له الحق أن يسترد من المالك هذه المصروفات بقدر ما أعاد على المبيع من الزيادة في القيمة طبقاً لمادة (785) مدني، وإذا لم يتحصل عليها المشتري من المالك يرجع بها على البائع باعتباره ملزماً بالضمان.

الحالة 02: إذا كان المشتري سيئ النية أي كان يعلم سبب الاستحقاق وقت الاتفاق، كان حكمه كحكم الباني سيئ النية أي يخضع لخيار المالك إذ يجوز لهذا الأخير أن يطلب إزالة المنشآت التي قام بها المشتري مع التعويض أو يبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة طبقاً لنص المادة (784) مدني⁽¹⁾.

ج-3- المصروفات الكمالية: وهي تلك المصاريف التي ينفقها المشتري على المبيع لمجرد مزاجه الشخصي وهواه.

ولهذا لا يكون للمشتري الرجوع بهذه المصاريف على المالك ولا على البائع حسن النية، أما إذا كان هذا الأخير سيئ النية أي على علم وقت البيع بسبب الاستحقاق فإن للمشتري أن يطالبه حتى بالمصاريف الكمالية⁽²⁾.

د- مصاريف الدعاوى:

وتنص عليها الفقرة الرابعة من المادة (375) وتعلق بمصاريف دعوى الضمان والاستحقاق دون المصاريف التي كان بإمكانه تفاديه إذا ما أخطر البائع في الوقت المناسب.

(1) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 269.

(2) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 349.

هـ- الرجوع بما فاتته من كسب وما لحقه من خسائر:

ويشمل ذلك كل خسارة لحقت المشتري ومثالها مصاريف تحرير العقد عند الموثق، السمسرة ورسوم التسجيل وكذلك كل كسب فاتته ومثاله فوات صفقة مربحة إثر شرائه للمبيع محل الاستحقاق⁽¹⁾.

2- الاستحقاق الجزئي:

وقد نصت عليه المواد (376 و 377) من القانون المدني، ويكون الاستحقاق جزئياً إذا انتزع من المشتري جزء مفرز أو شائع من المبيع أو الحكم للغير بحق منفرع عن حق ملكية المبيع كحق إرتفاق أو استعمال أو بمال من ملحقات المبيع⁽²⁾.

ولكن المشرع يفرق في الاستحقاق الجزئي بين حالتين:

أ- الاستحقاق الجزئي الجسيم (م 1/376):

بحيث لو علم به المشتري قبل التعاقد لما أبرم العقد، وترجع تقدير مدى جسامته إلى القاضي، وفي هذه الحالة يكون للمشتري الحق في أن يطالب البائع بالتعويضات المنصوص عليها المبينة بالمادة (375) والمتعلقة بالاستحقاق الكلي مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه.

ب- الاستحقاق الجزئي غير الجسيم (م 2/376):

لا يكون للمشتري في هذه الحالة أن يرد الباقي من المبيع للبائع وإنما يحتفظ به ويطلب البائع بالتعويض عن الجزء الذي استحق.

رابعا: الاتفاق على تعديل أحكام الضمان (377 و 378) مدني:

إن الاتفاق بشأن تعديل أحكام الضمان إما أن يؤدي إلى الزيادة في مسؤولية البائع الضامن أو ينقص منها أو يعني البائع نهائياً من الضمان⁽³⁾.

(1) خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 166-167.

(2) محمد حسين، مرجع سابق، ص 146.

(3) أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 318.

1- الاتفاق على الزيادة في الضمان كأن يرد البائع للمشتري المصروفات الكمالية ولو كان البائع حسن النية:

وما دام الأمر يتعلق بالتزامات جديدة تلقى على عاتق البائع، لذا يجب تحديد نطاقها والزمن الذي تطبق فيه حتى يعلم البائع مدى التزامه بصفة محددة ودقيقة.

2- الاتفاق على انقاص الضمان:

كأن يتفقا على أنه في حالة الاستحقاق لا يرجع المشتري على البائع إلا بقيمة المبيع دون المصاريف، ويجب أن يكون الاتفاق على انقاص الضمان صريحا، إلا أن الإتفاق على إنقاص الضمان لا يكون صحيحا إذا كان البائع قد أخفى عن عمد سبب الإستحقاق⁽¹⁾.

3- الاتفاق على إسقاط الضمان:

هذا الاتفاق يعفي البائع من التزامه بالتعويضات التي يستحقها المشتري من جزاء التعرض القانوني الصادر من الغير، لكن لا يعفيه هذا الاتفاق من دفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق إلا إذا أثبت البائع أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار. ومعنى ذلك أن الاتفاق على إسقاط ضمان البائع يؤدي إلى الإعفاء حتى من رد قيمة المبيع وذلك في حالتين منصوص عليهما بالفقرة الثانية من المادة (378) وهي:

الحالة 1: إذا كان المشتري يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق ويقع عبئ الإثبات على البائع ذلك لأنه علم المشتري بالاستحقاق وإدراجه شرط عدم الضمان يستفاد منه أن المشتري قد قبل إعفاء البائع من كل مسؤولية.

الحالة 2: أن يكون المشتري قد اشترى المبيع ساقط الخيار⁽²⁾، أي أن يكون المشتري قد عقد العقد وأخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر، أي اشترى على مسؤوليته إذ يصرح بالتنازل عن كل حق له في الرجوع على البائع.

(1) أنور سلطان، مرجع سابق، ص 319.

(2) محمد حسين، مرجع سابق، ص 151.

4- بطلان شرط الإعفاء من الضمان أو إنقاصه:

يكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير طبقا للفقرة الثالثة من المادة (377)، وعلى المشتري إثبات تعمد البائع إخفاء حق الغير وينتج عنه بطلان شرط الإنقاص أو الإعفاء من الضمان ويبقى البائع ملتزما بالضمان في مواجهة المشتري.

المطلب الرابع: التزام البائع بضمان العيوب الخفية

إن ضمان العيوب الخفية في كل البيوع بصرف النظر عن موضوعها، باستثناء البيوع القضائية والإدارية، إذا كانت بالمزاد العلني والسبب في ذلك هو أن البيوع التي يقوم بها القضاء والإدارة لا تتم إلا بعد النشر والإعلان عنها، مما يسمح للمشتري وغيره فخص المبيع واكتشاف العيب إلى جانب هذا فإن إلغاء مثل هذه العقود يثير صعوبات لإعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد إضافة إلى بعض البيوع التي يكون موضوعها مخالفا للنظام العام كبيع بعض الدواجين المصابة بأمراض.

ويعرف العيب الخفي بأنه: "النقص الموجود في المبيع والذي لا يظهر عند فحصه والكشف عليه والذي يمنع المشتري من استعماله والانتفاع به ويؤدي إلى الإنقاص من منفعة".

الفرع الأول: شروط العيب الخفي

لا يقوم ضمان البائع إلا إذا توفرت في العيب شروطا معينة هي:

أولاً: أن يكون العيب جسيماً أو مؤثراً

حسب نص المادة (379) من القانون المدني لكي يتحقق ضمان البائع يجب أن يكون العيب الذي يشوب المبيع ينقص من قيمته أو من الانتفاع به حسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور في العقد أو حسب ما يظهر من طبيعته أو استعماله، وبعبارة أخرى هو العيب الذي يجعل المبيع غير صالح للاستعمال الذي اعد له والذي ينقص هذا الاستعمال إلى حد أن المشتري ما كان ليشتره لو علم به.

ومن ثم يعتبر العين ناقصا إذا لم يصل إلى هذه الدرجة، وبالتالي لا يستوجب الضمان العيب الذي جرى العرف التسامح فيه، كوجود ت الأتربة في القمح أو أن تنخفض قيمة المبيع عن مقدار الثمن⁽¹⁾.

ثانيا: أن يكون العيب قديما

أي موجودا وقت البيع إذا كان المبيع شيئا معيناً بالذات، ووقت الفرز إذا كان المبيع معيناً بنوعه، ويقع عبئ إثبات وجود العيب على المشتري⁽²⁾.

ثالثا: أن يكون العيب خفيا

وهو العيب الذي يكون موجودا وقت البيع ولكن ليس بوسع المشتري اكتشافه ولو فحص المبيع بعناية الرجل العادي⁽³⁾، لكن كاستثناء اعتبر البائع ضامن للعيب الظاهر في حالتين هما:
الحالة الأولى: حالة ما إذا اثبت المشتري أن البائع كان قد أكد له خلو المبيع من العيب.
الحالة الثانية: عندما يثبت المشتري بأن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه⁽⁴⁾.

رابعا: ألا يكون العيب معلوما للمشتري

علم المشتري بالمبيع يأخذ حكم العيب الظاهر، ولا يرتب ضمان البائع، ويقع عبئ إثبات علم المشتري بالعيب على عاتق البائع.

ويجب أن يكون علم المشتري المسقط للضمان وقت البيع إذا كان مبيعا معيناً بالذات ووقت الفرز إذا كان معيناً بنوعه، ويرى البعض من الفقهاء أن العلم وحده لا يكفي بل يجب العلم بمدى تأثيره على منافع أو قيمة المبيع، وهذا ما ساءه البعض بالعلم الحقيقي لا المفترض⁽⁵⁾.

ملاحظة: علم البائع بالعيب أو عدم علمه لا يغير شيئا من التزامه، فهو ضامن للعيوب الخفية الموجودة في المبيع ولو لم يكن عالما بوجودها طبقا للمادة (379).

(1) خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 176.

(2) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 374.

(3) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 290-292.

(4) نفس المرجع، ص 295.

(5) سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 296.

الفرع الثاني: إخطار البائع بالعيب الخفي

نلاحظ أن المادة (380) من القانون المدني تميز بين حالتين:

أولاً: في حالة إكتشاف العيب بالفحص العادي للمبيع

يجب على المشتري أن يقوم بفحص المبيع والتحقق من حالته، وإذا أكتشف عيباً وجب عليه إخطار البائع بذلك في أجل مقبول (يقدره القاضي)، وإذا سكت اعتبر قابلاً للمبيع ويسقط حقه في الرجوع على البائع.

ثانياً: في حالة العيوب التي لا تكتشف بالفحص العادي (380/2)

في هذه الحالة إذا أكتشفه المشتري، يجب عليه إخطار البائع فوراً وإلا اعتبر راضياً بالمبيع وإذا لم يكتشف العيب إلا بعد مرور سنة من يوم التسليم فإن حقه في رفع دعوى الضمان يسقط إلا إذا كان البائع سيئ النية وأخفى العيب غشاً منه فإن حق المشتري لا يسقط بمرور سنة وإنما يخضع للقواعد العامة (م 101 مدني).

الفرع الثالث: الجزاء المترتب على ثبوت العيب الخفي

إذا توفرت شروط العيب الخفي وقام المشتري بإخطار البائع بذلك في الوقت الملائم فإنه يحق للمشتري الرجوع على البائع بالضمان طبقاً لنص المادة (381) التي تحيلنا على نص المادة (376) وهنا نكون أمام حالتين، إما رد المبيع كله في حالة العيب الخفي الجسيم⁽¹⁾، وإما المطالبة بالتعويض إذا كان العيب غير مؤثراً بقدر كبير على المبيع أو اختار المشتري الإبقاء على المبيع.

أولاً: الرد الكلي (في حالة العيب الخفي الجسيم)

إذا توافرت الشروط السابق ذكرها لقيام الضمان فللمشتري أن يطلب رد المبيع للبائع تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة (376) من القانون المدني.

⁽¹⁾ معيار العيب الجسيم هو العيب الذي لو علم به المشتري وقت البيع لما أقدم على الشراء، ومتى كان الأمر كذلك رد المشتري المبيع وهذا ما يسمى بالرد الكلي، راجع في ذلك: سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 305.

ولكي يكون للمشتري هذا الحق يجب أن يكون العيب جسيماً، وأن يكون العقد وارداً على مبيع واحد غير قابل للانقسام ويجب على المشتري أن يرد المبيع ذاته، فإذا لم يستطع رد المبيع ذاته فقد حقه ومثاله هلاك المبيع في يد المشتري أو إذا تصرف فيه هذا الأخير.

كما أنه يجب على المشتري أن يرد المبيع بالحالة التي يكون قد استلمه عليها، ويجب عليه أن يرد معه تابعه وملحقاته، بحيث إذا تغيرت حالة المبيع امتنع على المشتري الرد كما أنه إذا كان المشتري قد رتب حقوقاً للغير على المبيع قبل اكتشاف العيب، ولم يستطع تخليص المبيع منها قبل الرد يمتنع عليه الرد، وفي كل هذه الأحوال لا يكون له سوى المطالبة بالتعويض، أما بالنسبة لرد الثمار مع المبيع، فيجب على المشتري رد ما أفاده من المبيع بصفة عامة، ويكون ذلك من يوم رد المبيع بالتراضي أو من يوم صدور الحكم بالرد ويراعى في هذا تطبيق المواد (837 838) من القانون المدني بشأن الثمار⁽¹⁾.

وفي هذه الحالة يكون البائع ملزم طبقاً للمادة (375) بأن يدفع للمشتري ما يلي:

أ- **قيمة المبيع:** تقدر قيمة المبيع التي يدفعها البائع للمشتري بقيمة المبيع غير المعيب وقت ظهور العيب.

ب- **المصاريف:** يلتزم البائع برد المصاريف التي دفعها المشتري على المبيع، وهي المصاريف الضرورية التي أنفقها للمحافظة على المبيع وصيانته، كما يرجع بالمصاريف النافعة التي أنفقها وهي تؤدي عادة إلى الزيادة في قيمة المبيع، أما المصاريف الكمالية فلا يرجع بها إلا إذا كان البائع سيء النية يعلم بوجود العيب.

ج- **مصاريف دعوى الضمان:** يرجع المشتري بجميع مصاريف دعوى الضمان إذا كان أخطر البائع بالعيب ولم يستجب له هذا الأخير.

د- **التعويض عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة.**

ثانياً: التعويض عن العيب غير الجسيم

ويقصد بعدم جسامته العيب، هو أنه لم يصل إلى القدر الذي يمتنع معه التعاقد، فإذا استبقى المشتري المبيع أو كان العيب غير مؤثراً إلى حد يمتنع معه التعاقد ففي هذه الحالة ليس للمشتري طلب

(1) محمد سليمان، مرجع سابق، ص 110.

الرد وإنما له فقط طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد طبقا لنص المادة (376) الفقرة الثانية من القانون المدني⁽¹⁾.

ثالثا: المطالبة بالتنفيذ العيني

لم ينص عليه المشرع بموجب أحكام خاصة، لكن وتطبيقا للقواعد العامة يمكن ذلك متى كان التنفيذ العيني ممكنا، وليس هناك ما يمنع المشتري من طلب إصلاح المبيع أو استبداله متى كان ذلك ممكنا، ولا يكلف البائع نفقات باهظة بشرط أن يتم ذلك في مدة معقولة.

الفرع الرابع: هلاك المبيع وأثره على دعوى الضمان

حسب نص المادة (382) من القانون المدني، تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشيء المبيع وبأي سبب كان، لكن حق المشتري في الضمان يختلف باختلاف سبب الهلاك.

أولا: الهلاك الذي لا يرجع إلى البائع

إذا هلك المبيع المعيب بفعل قوة قاهرة أو خطأ الغير أو بفعل المشتري أو بفعل ممن هم تحت مسؤوليته ففي هذه الحالة لا يكون للمشتري سوى المطالبة بالتعويض إذ لا يمكنه رد المبيع إلى البائع ومطالبته بالضمان لاستحالة رده على حالته⁽²⁾.

ثانيا: الهلاك الذي يرجع إلى البائع

إذا هلك بسبب العيب الذي كان مصابا به أو بسبب تقصير ينسب إلى البائع، ففي مثل هذه الحالة البائع هو الذي يتحمل تبعه الهلاك حتى لو كان المبيع في حيازة المشتري إذ العبرة بسبب الهلاك هنا، ويجب على المشتري أن يثبت علاقة السببية بين العيب والهلاك، أي يثبت أن الهلاك كان نتيجة العيب وبالتالي يكون له الرجوع على البائع بقيمة المبيع والمبالغ الأخرى المذكورة في المادة (375).

(1) معيار العيب غير الجسمي هو متى لم يبلغ حدا من الجسامة بحيث لو علمه المشتري لأقدم على الشراء، لكن بئس أقل فإن المشتري في هذه الحالة ليس له رد المبيع، وإنما له أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب، أي يطالبه بالفرق بين قيمة المبيع سلما وقيمه معيبا، راجع في ذلك: سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 306.

(2) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 308.

الفرع الخامس: سقوط دعوى الضمان.

يسقط حق المشتري في رفع دعوى الضمان أو الاستمرار فيها بأحد الأسباب التالية:

أولاً: انقضاء المدة التي يجب أن ترفع فيها الدعوى

تسقط دعوى الضمان بمرور سنة من يوم التسليم طبقاً للمادة (383) مدني ما لم يتفق الطرفان على إطالتها، لكن هذه المدة هي مدة تقادم وليس سقوط وعليه يرد عليها الانقضاء، ولا تسري هذه المدة في مواجهة المشتري إذا كان البائع قد أخفى العيب غشاً منه، وحق المشتري في هذه الحالة لا يسقط إلا بانقضاء المدة الطويلة المقررة في القواعد العامة⁽¹⁾.

ثانياً: تنازل المشتري عن حقه في طلب الضمان

إن الرجوع بالضمان حق مقرر لمصلحة المشتري ويحقق له مصلحة خاصة، ولهذا يمكنه التنازل عنه لأنه ليس من النظام العام، وقد يتم التنازل صراحة كما إذا كان يعلم المشتري بالعيب ولم يباشر دعواه.

كما يكون ضمناً إذا تصرف المشتري في المبيع بعد علمه وكذلك في حالة استمراره في استعمال المبيع بعد علمه بالعيب⁽²⁾.

ثالثاً: زوال العيب

تسقط دعوى الضمان بزوال العيب قبل رفع الدعوى أو أثناءها، ولإسقاط الدعوى في هذه الحالة يجب أن يكون العيب الذي زال غير قابل للظهور من جديد، بحيث لو كان زوال العيب زوالاً نهائياً فلا مبرر لرفع الدعوى أو الاستمرار فيها إذا كانت قد رفعت.

(1) وهذا ما ذهبت إليه إحتهادات المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 1998/05/20، المجلة القضائية، العدد 56 لسنة 1999، ص 98، وفي هذه الحالة لا يجوز التمسك بالتقادم القصير الذي حددته المادة (383)، وإنما بالتقادم الطويل وهو خمسة عشرة عاماً من تاريخ إبرام العقد وذلك وفقاً للأحكام العامة، راجع في ذلك: خليل أحمد حسن ققادة، مرجع سابق، ص 180.

(2) محمد يوسف الزغبى، مرجع سابق، ص 433.

الفرع السادس: الاتفاق على تعديل أحكام الضمان

حسب نص المادة (384) من القانون المدني فإن الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية جائز طالما المسألة ليست من النظام العام، وقد نص المشرع صراحة على جواز الزيادة في الضمان أو الإنقاص منه أو إسقاطه.

غير أنه إذا كان اشترط الإنقاص أو الإعفاء مقترنا بإخفاء البائع للعيوب غشا منه فهذا الاتفاق يقع باطلا.

الفرع السابع: ضمان صلاحية المبيع للعمل خلال مدة معينة

حسب نص المادة (386) فإنه يقصد بهذا الضمان⁽¹⁾، أن البائع ملتزم في مواجهة المشتري بأن المبيع صالح للعمل لمدة معينة، ويبقى البائع ملتزم طوال هذه المدة ووفقا للشروط المتفق عليها إذا أصاب المبيع خلل وجب على المشتري للمحافظة على حقه في الضمان إخطار البائع بذلك في أجل شهر من يوم ظهور الخلل، وعليه أن يرفع دعواه خلال ستة أشهر من يوم الإخطار وإلا سقط حقه في الرجوع على البائع ما لم يتفقا على مدة أطول.

وللرجوع بالضمان على هذا الأساس يجب ألا يكون الخلل في المبيع راجع الى المشتري بحيث إذا كان المشتري هو المتسبب في الخلل فلا رجوع له على البائع، ويمكن للبائع التخلص من الضمان إذا أثبت أن الخلل كان بفعل المشتري.

وفي حال قيام مسؤولية البائع بضمان صلاحية المبيع فإنه يجب عليه أن ينفذ التزامه إما تنفيذا عينيا وذلك بإصلاح المبيع أو استبداله، وإلا فللمشتري الحق في طلب الفسخ.

المبحث الثاني:

التزامات المشتري

تقع على عاتق المشتري باعتباره طرفا في عقد ملزم لجانبين، ثلاثة التزامات أساسية هي: دفع ثمن المبيع، تسليم المبيع وأخيرا تحمل نفقات المبيع.

⁽¹⁾ تنص المادة (386) من القانون المدني على أنه: «إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فيها فعلى المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من يوم ظهوره وأن يرفع دعواه في مدة ستة أشهر من يوم الإعلام، كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه » .

المطلب الأول: الالتزام بدفع الثمن

يعتبر الالتزام الأساسي الملقى على عاتق المشتري⁽¹⁾، وبدونه يفقد البيع وصفه ولتحديد هذا الالتزام يقتضي الأمر أن نبين أولاً كيفية تنفيذه وجزاء الإخلال بهذا الالتزام.

الفرع الأول: تنفيذ الالتزام بدفع الثمن

أولاً: ما يلتزم به المشتري

يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه في العقد، ما لم يحصل تغيير في قيمته أثر نقص أو زيادة في المبيع طبقاً للمادة (365) أو في حالة الغبن المنصوص عليها بالمادة (358) من القانون المدني⁽²⁾.

مع الإشارة إلى أن ارتفاع وانخفاض قيمة النقود لا يؤثر على ثمن المبيع المتفق عليه في العقد وهذا طبقاً للقواعد العامة من خلال نص المادة (95) من القانون المدني التي تنص على أنه: "إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير".

كما يمكن أن يقوم شخص آخر غير المشتري بأداء الثمن، وليس للبائع رفض الوفاء إلا إذا كان جزئياً، ومع ذلك يكون هذا الأخير محبر على قبول الوفاء الجزئي إذ تعدد المشترون وكانوا غير متضامين فيما بينهم.

ثانياً: زمان الوفاء بالثمن

تنص المادة (388) من القانون المدني على أنه: "يكون ثمن المبيع مستحقاً في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك".

يتضح من خلال نص المادة السالفة الذكر وأن القاعدة العامة في دفع الثمن هو إعمال اتفاق المتعاقدين لتحديد زمان الوفاء بالثمن وفي حالة عدم الاتفاق على زمن معين، وعدم وجود عرف يحدد ذلك، تطبق في هذه الحالة أحكام المادة (88) وبالتالي يدفع الثمن وقت التسليم⁽³⁾.

(1) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 271.

(2) خليل أحمد حسن قدارة، مرجع سابق، ص 187، أنظر كذلك: سعيد سليمان جبر، العقود المسماة البيع والإيجار، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 205.

(3) نذير بن عمو، العقود الخاصة (البيع والمقايضة)، الطبعة الأولى، مجد للنشر والتوزيع، 2008، ص 260.

ملاحظة 1: إذا لم يتم الاتفاق على ميعاد دفع الثمن، ولم يتم الاتفاق على ميعاد تسليم المبيع، كان كل من الالتزامين مستحقين الأداء فور تمام العقد وفقا للقواعد العامة، وإذا كان المبيع متعددًا واتفق على تسليمه على أجزاء، يلتزم المشتري عند تسليم كل جزء أن يدفع من الثمن ما يناسبه، أما إذا كان المبيع المتعدد واجب التسليم دفعة واحدة فلا يجوز للبائع تجزئة المبيع والمطالبة بجزء من الثمن، لأن المشتري لا يلتزم بدفع الثمن إلا بعد تسليم المبيع كاملاً ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك "كأن يتم الاتفاق على دفع الثمن قبل التسليم".

ملاحظة 2: للمشتري الحق في حبس الثمن، إذا وقع التعرض من الغير في العين المبيعة بناء على حق سابق أو لاحق للبيع بفعل البائع أو إذا اكتشف في المبيع عيباً خفياً وذلك طبقاً للمادة (2/388) من القانون المدني⁽¹⁾.

ثالثاً: مكان الوفاء بالثمن

تنص المادة (387) من القانون المدني على أنه: "يدفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

إذا كقاعدة عامة مكان دفع الثمن هو المكان المتفق عليه بين المتعاقدين، وفي حالة عدم وجود اتفاق يجب أن يتم الدفع وفقاً للعرف الجاري، مع الإشارة إلى أن المادة (387) تفرق بين حالتين:

الحالة 01: إذا كان الثمن مستحق الدفع وقت التسليم: في حالة عدم وجود اتفاق أو عرف ساري يحدد مكان دفع الثمن فهو مكان التسليم.

الحالة 02: إذا كان الثمن غير مستحق الوفاء عند تسليم المبيع: في هذه الحالة لا يرتبط الوفاء بالتسليم، بل يدفع الثمن في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة في الوفاء بالالتزام.

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالوفاء بالثمن

بالرجوع للقواعد العامة في العقود الملزمة لجانبين، إذا أحل المشتري بالتزامه بالوفاء بالثمن، فللبائع الحق في التنفيذ الجبري ومباشرة الحق في الامتياز كما له أن يحبس المبيع إلى غاية يعد استيفاء كامل الثمن، ويكون له أيضاً أن يطلب فسخ عقد البيع⁽¹⁾.

(1) خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 191.

أولاً: التنفيذ الجبري

إذا لم يدفع المشتري ثمن البيع يعد مخلاً بالتزامه، وفي هذه الحالة يكون للبائع بعد اذاره للمشتري للوفاء بدون جدوى أن يحجز على أموال هذا الأخير بما فيها المبيع وبيعها بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المواد من (687 إلى 799) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لإستيفاء دينه من الثمن الذي يرسو به المزاد.

ثانياً: حق الامتياز المخول للبائع⁽²⁾

التنفيذ على أموال المشتري يعتبر من الضمانات العامة التي قد لا تكفي حفظ حق البائع في حصوله على ثمن المبيع، لذلك فإن هذا الأخير له حق امتياز على المبيع يخوله الأولوية في استيفاء حقه من قيمته على غيره من الدائنين، ذلك لأن البائع هو من نقل ملكية المبيع للمشتري وبالتالي تكون له الأولوية في استيفاء الدين حسب مرتبة في أصحاب الديون الممتازة والمنصوص عليها بأحكام المواد (997) (999) من القانون المدني.

ثالثاً: حبس المبيع

للبيع إذا لم يتلقى ثمن المبيع من المشتري أن يحبس المبيع طبقاً لأحكام نص المادة (390) من القانون المدني وقد سبق دراسته.

رابعاً: فسخ عقد البيع

طبقاً للقواعد العامة ولا سيما نص المادة (119) من القانون المدني، إذا لم يدفع المشتري ثمن المبيع كان للبائع الحق في فسخ عقد البيع، والفسخ أنواع:

أ- **الفسخ الاتفاقي:** ويتحقق في حالة ما إذا تضمن العقد بنداً صريحاً على فسخ البيع نتيجة عدم الوفاء بالثمن وفي هذه الحالة لا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في دعوى الفسخ ويكون حكمه كاشفاً وليس منشئاً لحق الفسخ⁽³⁾.

(1) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 278.

(2) الإمتياز أولوية يقر بها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته، ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني، أنظر في ذلك المادة (982) من القانون المدني.

(3) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 280.

ب-الفسخ القضائي: وهو الفسخ الذي لا يتم إلا بناء على حكم قضائي منشئ بعد اصدار البائع للمشتري بدفع الثمن، وفيه السلطة التقديرية للقاضي واسعة بحيث يجوز لهذا الأخير منح المشتري أجلاً للوفاء بالثمن،⁽¹⁾ ويمكن للبائع العدول عن طلب الفسخ قبل صدور الحكم والمطالبة بالتنفيذ العيني، كما أن للمشتري الحق في أن يدفع الثمن قبل صدور حكم نهائي بفسخ العقد وفي هذه الحالة الأخيرة يجوز للقاضي أن يحكم عليه بالتعويض.

ج-الفسخ القانوني: وهو الفسخ بقوة القانون دون حاجة إلى حكم كاشف كما هو الحال في الفسخ الاتفاقي، ولا يحتاج إلى اصدار مسبق لدفع الثمن ونجده في بيع العروض والمنقولات بحيث تنص المادة (392) من القانون المدني بأنه: "في بيع العروض وغيره من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع يكون العقد مفسوخاً دون حاجة إلى اصدار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره".

وهذا النص يتماشى وطبيعة التعامل في المنقولات والبضائع وما تتميز به من سرعة تقلب الاسعار، لذلك يفسخ العقد تلقائياً حفاظاً على حقوق البائع، ويتضح من النص السالف الذكر وأن حالة الفسخ القانوني تستدعي توفر شروط هي:

- أن يكون المبيع منقولاً سواء كان معين بذاته أو بنوعه، وسواء كان منقولاً بطبيعته أم بحسب المال كالثمار التي حان قطفها، لكن لا تطبق هذه الحالة على المنقول المعنوي ولا العقارات.
- أن يكون هناك اتفاق على ميعاد واحد لدفع الثمن وتسليم المبيع أي يكون البيع مؤجلاً.
- أن يتأخر المشتري عن الوفاء بالثمن في الموعد المحدد، لكن بشرط ألا يكون تخلف المشتري عن الدفع قد جاء استعمالاً لحقه في الحبس نتيجة تقصير البائع في الوفاء بالتزاماته.
- أن يتمسك البائع بالفسخ، لأنه أمر مقرر لمصلحته.

⁽¹⁾ عبد الحميد الشواربي، فسخ البيع في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، د ت ن، ص 66.

المطلب الثاني: التزام المشتري بتسليم المبيع

ويقصد به أن المشتري ملزم بوضع يده فعلا على المبيع وأن يحوز حيازة حقيقية.

الفرع الأول: زمان ومكان تسليم المبيع

تنص المادة (394) من القانون المدني على أنه: "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه بدون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم". يتضح من نص المادة السالفة الذكر أن زمان ومكان تسليم المبيع هما عادة زمان ومكان تسليم المبيع وهذا يعني أن التسليم يكون عقب التسليم فورا إلا إذا كان يقتضي تسليم المبيع شيئا من الوقت. وقد يختلف زمان التسليم عن زمان التسليم في حالة ما إذا اتفق المتعاقدان على زمان للتسليم يلي الزمان الذي يتم فيه التسليم ومثالها وضع بضاعة في مخزن وتسليم المفاتيح للمشتري⁽¹⁾.

الفرع الثاني: نفقات التسليم

تنص المادة (395) من القانون المدني على أن: "نفقات تسليم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك".

وهذا تطبيقا للقواعد العامة التي تقرر بأن نفقات تنفيذ الالتزام يتحملها المدين بالالتزام، وفي هذه الحالة فإن المشتري هو المدين بالالتزام بتسليم المبيع وبالتالي يتحمل نفقاته.

إلا أن هذا الحكم ليس من النظام العام إذ يمكن لطرفي العقد الاتفاق على خلافه كأن يتحمل البائع كامل نفقات التسليم أو جزء منها أو أن يتقاسمها، كما يجوز للعرف أن يقضي بغير ذلك.

وتتمثل نفقات تسليم المبيع، في مصاريف انتقال المشتري إلى مكان التسليم ونفقات نقل المبيع إلى مكان آخر وأجر مكان إيداع المبيع.

الفرع الثالث: جزاء إخلال المشتري بالتزامه بالتسليم

إذا لم يتم المشتري بتسليم المبيع جاز للبائع وفقا للقواعد العامة بعد أن يقوم بإعذار المشتري بتسليم المبيع أن يلجأ للقضاء من أجل التنفيذ العيني وذلك بأن يطلب تسليط غرامة تهديدية عن كل يوم تأخير في تسليم المبيع.

(1) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 286.

كما للبائع أن يحصل على إذن من القضاء بإيداع المبيع إذا كان منقولاً على نفقة المشتري في أحد المخازن، أما إذا كان المبيع عقاراً فللبائع اللجوء إلى القضاء وطلب تعيين حارس قضائي يتولى مهمة حفظ المبيع على نفقة المشتري.

ملاحظة: إذا كان المبيع من الأشياء القابلة للتلف أو التي تكلف نفقات باهضة في إيداعها أو حراستها، فللبائع الحق في الحصول على إذن من القضاء لبيعها إذا كان سعرها غير معروف، أما إذا كان سعرها محدد في السوق فله التصرف فيه بالبيع دون اللجوء للقضاء على أن يتم إيداع الثمن لدى خزانة المحكمة.

كما أن للبائع بدلاً من اللجوء إلى التنفيذ العيني أن يطلب فسخ العقد وفي الحالتين يجوز له المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إخلال المشتري بالتزامه بتسلم المبيع.

المطلب الثالث: التزام المشتري بدفع نفقات البيع وتكاليفه

يلتزم المشتري بدفع نفقات البيع وتكاليفه.

الفرع الأول: مصاريف البيع

تنص المادة (393) من القانون المدني على أن: "نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك"⁽¹⁾.

وعليه فإنه لمعرفة الطرف الذي يتحمل مصاريف البيع، يجب الرجوع إلى عقد البيع فقد يتفق الطرفان على أن يتحملها البائع أو تكون مناصفة، وإذا لم يوجد اتفاق يتعين الرجوع إلى العرف الساري (كأتعاب السمسار التي يتحملها الطرفان مناصفة)، وإلا فتطبق أحكام نص المادة (393) المذكورة أعلاه وإذا دفعها البائع يرجع بقيمتها على المشتري وتمثل مصاريف البيع في تلك النفقات اللازمة لإتمام البيع ومثالها مصاريف تحرير العقد واستخراج الشهادات العقارية ورسوم الدفعة والتسجيل إذا كان المبيع عقاراً وكذا مصاريف الموثق.

ملاحظة: إن مصاريف تنفيذ البائع لالتزامه كمصاريف النقل لغرض التسليم ومصاريف تحضير المستندات التي تثبت ملكية البائع للمبيع، يتحملها البائع ما لم يتم الاتفاق على خلافه⁽²⁾، كذلك الأمر

⁽¹⁾ وهو ما نصت عليه كذلك المادة (1593) من القانون المدني الفرنسي وكذا المادة (462) من القانون المدني المصري.

⁽²⁾ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 369.

بالنسبة للمصاريف اللازمة لتطهير العقار من الرهون وفك الرهن لأن البائع ضامن للمشتري الانتفاع بالمبيع⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تكاليف المبيع

حسب نص المادة (389) من القانون المدني يتحمل المشتري تكاليف المبيع والمتمثلة في الضرائب المفروضة عليه ومصاريف صيانته واستغلاله، ذلك لأنه ما دام المشتري يستحق ثمار المبيع من وقت البيع فهو مقابل ذلك يلتزم بتكاليف المبيع من ذلك الوقت.

مع ورود إستثناء في ذات المادة في حالة وجود إتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك كإتفاق الأطراف على أن تكون التكاليف مناصفة او يتحملها البائع كاملة.

(1) محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 1999، ص373.

الباب الثاني:

عقد الكفالة

ظهرت الكفالة كتأمين شخصي في القانون الروماني القديم، حيث كان الكفيل الذي يضمن الوفاء بالدين هو أحد أفراد عائلة المدين أو أحد أصدقائه، وكان الكفيل ملزماً باعتباره مديناً أصلياً بكل الدين، لذلك يحق للدائن أن يختار بين المدين الأصلي أو الكفيل للمطالبة بالدين عند تاريخ الوفاء، وبالتالي كانت الكفالة في تلك الفترة مختلطة بالتضامن، ذلك وإن كان له الخيار بين أن يمارس دعواه في مواجهة المدين الأصلي أو الكفيل، إلا أنه إذا مارس تلك الدعوى قبل أحدهما يفقد حقه في ذلك إتجاه الآخر.

وأمام هذا الوضع ظهر ما يسمى بنظام "Fidjewisse"، أين يلزم الدائن بالرجوع أولاً على المدين قبل رجوعه على الكفيل، وفي عهد "جستينيان" نشأ ما يسمى بالدفع بالتجريد والذي مفاده أن الكفيل يحق له أن يدفع دعوى الدائن بالوفاء بوجوب الرجوع على المدين وتجريده من أمواله، وإلى جانب هذا الدفع أقر دفعا آخر وهو الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء.

وهي نفس المراحل التي مر بها القانون الفرنسي، حيث إختلطت في أول عهود هذا القانون الكفالة بالتضامن في المديونية، لكن شيئاً فشيئاً بدأت الكفالة تتميز عن التضامن، وأصبح الكفيل يضمن ديناً في ذمة الغير، وبذلك يحق له الدفع بالتجريد ما لم يكن هناك تضامناً بينهما، والحق بالتقسيم بينه وبين الكفلاء في حالة تعددهم، إذا كانوا غير متضامين.⁽¹⁾

وفياً يخص المشرع الجزائري فقد نظم أحكام الكفالة في القانون المدني من خلال الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود، وذلك بالمواد من (644) إلى المادة (673) منه، والتي سنحاول تحليلها ودراستها من خلال ثلاث فصول:

الفصل الأول يتعلق بالإطار المفاهيمي للكفالة.

أما الفصل الثاني فيتعلق بآثار الكفالة.

والفصل الثالث نخصه لانتقضاء الكفالة.

(1) حسين محمد عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 45-47.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للكفالة

الكفالة تأمين شخصي كفله المشرع للدائن كضمان للحصول على حقه في حالة اعسار مدينه، ومن خلال نصوص المواد (644) وما يليها من القانون المدني تطرق الى تعريفها وأركانها من خلال الفصلين الأول والثاني من الباب الحادي عسر منه، الأمر الذي يستدعي التطرق إلى مفهوم الكفالة من خلال تلك النصوص ولا سيما تعريفها، خصائصها وكذا أنواعها، وإلى شروطها وأركانها وتمييزها عن بعض النظم المشابهة لها.

المبحث الأول:

مفهوم الكفالة

تطرق المشرع الجزائري الى تعريف الكفالة في المادة (644) من القانون المدني، ومن خلال هذا التعريف يمكن إستنتاج عدة خصائص لهذا التأمين، كما يمكن تقسيمها إلى عدة صور بحسب اختلافها سواء من حيث مصدرها أو طبيعتها أو من حيث حدود إلزام الكفيل.

المطلب الأول: تعريف الكفالة وخصائصها.

سنتناول من خلال هذا المطلب تعريف الكفالة ثم خصائصها.

الفرع الأول: تعريف الكفالة

عرف المشرع الجزائري الكفالة في المادة (644) من القانون المدني التي تنص على أنه: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يفي به المدين نفسه".

أما بالنسبة للمدين الأصلي فهو ليس طرفا في عقد الكفالة بل يظل أجنبيا عنه،⁽¹⁾ كما يمكن أن يتم بغير علمه بل حتى رغم معارضته، وهذا ما نصت عليه المادة (647) من القانون المدني: "تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجاوز أيضا رغم معارضته"، لكن في الغالب فإن المدين يلعب دورا من خلال دعوة الكفيل للتعاقد مع الدائن.

⁽¹⁾Dominique legeais, le Cautionnement, Economica, Paris, 1995, P10.

والتزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي، وهو ما يجعل التزامه يكون في الدرجة الثانية، بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب المدين الأصلي أولاً، وأن يبدأ بالتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل.⁽¹⁾

الفرع الثاني: خصائص الكفالة

طبقاً لما ورد من أحكام في المادة (644) من القانون المدني التي عرفت عقد الكفالة، يمكن من خلالها أن نستخرج خصائصها والمتمثلة في:

أولاً: الكفالة عقد ضمان شخصي

الكفالة هي تأمين لصالح الدائن في حالة إمتناع المدين عن الوفاء بالتزامه، ذلك أن التزام الكفيل بالوفاء بالدين يزيد من ثقة الدائن في حصوله على حقه فيتحقق به الضمان⁽²⁾، والطابع الشخصي لا يقصد به التنفيذ على شخص الكفيل بحد ذاته، وإنما التنفيذ على أمواله إضافة ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في الوفاء بالدين أي الكفيل يضم ضمانه العام إلى الضمان العام للمدين.

ثانياً: الكفالة عقد رضائي

يتم عقد الكفالة بمجرد تراضي أو تطابق إرادة طرفيها -الكفيل والدائن- ولا يشترط فيه أي شكل للإنعقاد، أما الشكل الذي تتطلبه المادة (645) من القانون المدني فهو للإثبات وليس للإنعقاد.⁽³⁾

ثالثاً: الكفالة عقد تبرعي

كأصل عام الكفالة من عقود التبرع بالنظر إلى أطراف العقد (الدائن والكفيل)، لأن الكفيل يلتزم بالوفاء للدائن بدون مقابل.

(1) محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية عقد الكفالة)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 13-14.

(2) حسين محمد عبد الباقي، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 45-47.

(3) محمد علي عبده، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 70-71.

لكن إذا تلقى الكفيل مقابلاً عن كفالته للمدين من الدائن نفسه هنا يتحول عقد الكفالة إلى عقد معاوضة وليس تبرعاً.

رابعاً: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد

الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، لأنه لا ينشأ إلزامات إلا في ذمة الكفيل، الذي يلتزم بالوفاء بدین المدين إذا لم يقيم هذا الأخير بتنفيذه.⁽¹⁾

لكن من جهة أخرى يمكن أن يكون عقد الكفالة ملزماً لجانبين إذا ما قدم الدائن مقابلاً للكفيل نظير كفالته، غير أنه إذا قدم المدين مقابلاً للكفيل فإن الكفالة تبقى عقداً ملزماً لجانب واحد لأن المدين ليس طرفاً في العقد.

خامساً: الكفالة عقد تبعي

لقيام عقد الكفالة لا بد من وجود التزام أصلي بين الدائن والمدين، ولهذا فعقد الكفالة يتبع الالتزام الأصلي من حيث الصحة والانقضاء.

وعقد الكفالة بهذه الصورة لا يتمتع بكيان مستقل عن نطاق العقد الأصلي، بل هو تابع له.⁽²⁾

وفكرة التبعية يترتب عنها أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده قبل أن يرجع على المدين الأصلي، ويترتب أيضاً على صفة التبعية أن التزام الكفيل يكون في حدود التزام المكفول، وإذا كان الالتزام الأصلي باطلاً يكون التزام الكفيل باطلاً بالتبعية.⁽³⁾

ملاحظة: لهذه الخاصية (أي خاصية التبعية) إستثناءات وهي:

— من حيث الإثبات فإن العقد الأصلي يخضع للقواعد العامة في الإثبات، في حين عقد الكفالة لإثباته يشترط الشكلية.

⁽¹⁾ تنص المادة (645) من القانون المدني على أنه: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة"، هذا على خلاف المشرع اليمني الذي لا يشترط شكلاً معيناً للإثبات، حيث يجوز طبقاً للقانون اليمني إثبات الكفالة بالشهود والكتابة وغيرها من طرق الإثبات.

⁽²⁾ محمد علي عبده، مرجع سابق، ص 74.

⁽³⁾ محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية - عقد الكفالة)، مرجع سابق، ص 16-17.

– من حيث سقوط الأجل فإن سقوط أجل الدين الأصلي بسبب إعسار أو إفلاس المدين مثلاً لا يؤدي إلى سقوط الأجل في مواجهة الكفيل.

– صحة التزام الكفيل بالرغم من أن التزام المدين قابلاً للإبطال بسبب نقص الأهلية متى كانت هذه الأخيرة هي السبب الذي دفع الكفيل لكفالة المدين، ففي هذه الحالة لا يمكن له الإحتجاج بسقوط التزامه بسبب قابلية الالتزام الأصلي للبطلان، متمسكاً بذلك بقاعدة التبعية.⁽¹⁾

المطلب الثاني: أنواع الكفالة

يمكن تقسيم الكفالة من حيث مصدرها إلى اتفاقية، قانونية وقضائية، ومن حيث طبيعتها إلى كفالة مدنية وأخرى تجارية، ومن حيث حدود التزام الكفيل تنقسم إلى كفالة كلية وأخرى جزئية.

الفرع الأول: أنواع الكفالة من حيث مصدرها

تنقسم الكفالة من حيث مصدرها إلى ثلاث أنواع: الكفالة الإتفاقية، الكفالة القانونية والكفالة القضائية.

أولاً: الكفالة الإتفاقية

الكفالة الإتفاقية هي الكفالة التي تنشأ بموجب إتفاق بين الدائن والمدين، على أن يقدم هذا الأخير كفيلًا مقابل أن يمنحه الدائن أجلاً أو قرضاً، ويكون هذا الاتفاق هو مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة، ويمكن الاتفاق عليها قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد ذلك، ويعد أيضاً من قبيل الكفالة الإتفاقية تقديم الكفيل من تلقاء نفسه، بأن يؤدي خدمة للمدين أو للدائن.⁽²⁾

(1) سرايش زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي، طبعة أولى، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص15.

(2) محمد محمود معطي، الكفالة في ضوء الفقه والإجتihad، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص47.

ثانياً: الكفالة القانونية

الكفالة القانونية هي تلك التي ينص القانون على وجوبها، ومثالها ما نصت عليه المادة (851) من القانون المدني التي تلزم صاحب حق الانتفاع من منقول بتقديم كفيل لضمان الوفاء بالتزامه برد المنقول عند نهاية الانتفاع.⁽¹⁾

ثالثاً: الكفالة القضائية

الكفالة القضائية هي الكفالة التي يلتزم المدين بتقديمها بناء على حكم من القاضي، ويكون بذلك حكم القاضي هو مصدر إلزام المدين بتقديم كفيل إستناداً الى السلطة التقديرية الممنوحة له بموجب القانون.

ملاحظة:

للتفرقة ما بين الكفالة الاتفاقية والأنواع الأخرى لها من حيث مصدرها أهمية بالغة من الناحية العملية لأن المادة (667) من القانون المدني نصت صراحة على أن الكفلاء في الكفالة القضائية والقانونية دائماً متضامين، لكن إذا تعدد الكفلاء في الكفالة الاتفاقية، يكونون غير متضامين، إلا إذا تم الاتفاق على ذلك في عقد الكفالة.⁽²⁾

الفرع الثاني: أنواع الكفالة بحسب طبيعتها

يمكن أن نقسم الكفالة من حيث طبيعتها إلى كفالة شخصية وكفالة عينية، كذلك إلى كفالة مدنية وأخرى تجارية.

أولاً: الكفالة الشخصية

الكفالة الشخصية هي عقد يلتزم بمقتضاه الكفيل أن يوفي بالتزام للدائن إذا لم يوف به المدين، بمعنى ضم ذمة الى ذمة أخرى، وبالتالي فالدائن تصبح له ذمتان، ذمة المدين الأصلي وذمة الكفيل.

(1) محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة)، مرجع سابق، ص 21-22.

(2) محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة)، مرجع سابق، ص 22.

ثانيا: الكفالة العينية

يقصد بالكفالة العينية تقديم الكفيل عينا ما (عقار أو منقول) فتطبق عليه أحكام التأمينات العينية (الرهن الرسمي أو الحيازي).

ثالثا: الكفالة المدنية

الأصل أن الكفالة تعتبر عملا مدنيا دائما بالنسبة للكفيل لأنها من عقود التبرع، حتى ولو كان الكفيل يقوم بممارسة نشاط تجاري، وكان الدين الذي يكلفه تجاريا أو ناتج عن علاقة تجارية بين الدائن والمدين، لأن الهدف منها هو أداء الكفيل خدمة للمدين.⁽¹⁾

وهذا ما نصت عليه المادة (651) من القانون المدني: "تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجراً".

ويترتب على اعتبار الكفالة مدنية أهمية من حيث الإثبات، ومن حيث الإختصاص القضائي، فتثبت على إعتبار الإثبات المعروف في القانون المدني بالكتابة أو ما يقوم مقامها، أما في ما يخص الاختصاص، فالمحكمة المدنية هي المختصة إذا كان الكفيل هو المدعى عليه.⁽²⁾

رابعا: الكفالة التجارية

نكون أمام كفالة تجارية إذا كان الكفيل تاجرا ويحترف الكفالة بمقابل، ككفالة بنك لدين أحد عملائها نظير مقابل أو ما يسمى بالعمولة.

وتعتبر عملا تجاريا أيضا إذا تعلق بدين في ورقة وقع عليها الكفيل بصفته ضامنا إحتياطيا أو مظهراً، وهذا ما ورد في المادة (651) الفقرة الثانية من القانون المدني.

الفرع الثالث: أنواع الكفالة بحسب التزام الكفيل

يمكن تقسيم أنواع الكفالة بحسب إلتزام الكفيل إلى كلية، جزئية ومحددة.

(1) قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة، التضامن والنظام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص30.

(2) سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، طبعة رابعة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص33.

أولاً: الكفالة الكلية

تكون الكفالة كلية أو كاملة إذا ضمن الكفيل الدين الأصلي كله، مثلاً إذا كان الدين الأصلي عشرة آلاف دينار، والتزام الكفيل بضمان الوفاء به كاملاً.

ثانياً: الكفالة الجزئية

تكون الكفالة جزئية في حالة ما إذا إلزم الكفيل بضمان جزء من الدين، وهذا ما نصت عليه المادة (652) في فقرتها الثانية من القانون المدني "... ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشرط أهون".

ثالثاً: الكفالة المحددة

الكفالة المحددة هي تلك الكفالة التي يضمن فيها الكفيل نسبة معينة من الدين، حيث يبقى الكفيل ملزماً اتجاه الدائن بالنسبة المكفولة إلى غاية استفاء الدائن دينه كاملاً.

المبحث الثاني:

شروط وأركان الكفالة وتمييزها عن النظم المشابهة لها

نص المشرع في المواد (644) وما يليها على شروط الكفالة، كما أنه واعتباراً على أن الكفالة عقد فيتوجب الأمر التطرق إلى أركانها، وذلك حتى تتمكن من التمييز بينها وبين النظم المشابهة لها.

المطلب الأول: شروط وأركان الكفالة

ميز المشرع الجزائري بين شروط الكفالة كتأمين شخصي لضمان الوفاء بالدين للدائن وأركانها على اعتبار أنها عقد.

الفرع الأول: شروط الكفالة

إن الغرض من تقديم الكفيل هو تأمين الدائن ضد مخاطر إعسار مدينه وذلك بضم ذمة مالية إلى ذمة هذا الأخير، ويجب أن تتوفر شروط معينة في الكفيل في جميع الأحوال التي يلتزم فيها المدين بتقديم الكفيل، وقد وردت هذه الشروط في المادة (646) من القانون المدني التي تقضي بأنه: "إذا إلزم المدين بتقديم كفيل يجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً بالجزائر، وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل، تأميناً عينياً كافياً".

وبالتالي الشروط المنصوص عليها في المادة (646) السالفة الذكر تتعلق بالكفيل الذي يقدمه المدين وهي:

أولاً: يسار الكفيل

يجب أن يكون الكفيل موسراً أي قادراً على الوفاء بالدين الذي كفله، والمدين الذي قدم الكفيل هو الذي يتحمل عبئ إثبات يساره، فيثبت أن للكفيل مالا ولو شائعاً عقاراً أو منقولاً.

وللدائن أن يثبت أن هذا المال أو بعضه متنازع فيه، أو يصعب التنفيذ عليه لبعده أو لسهولة تهريبه أو سهولة إخفائه أو لأي سبب آخر فيستبعد هذا المال كضمان، والتقنين المدني الفرنسي يشترط أن يكون مال الكفيل الذي يثبت يساره عقاراً لا منقولاً.⁽¹⁾

ثانياً: إقامة الكفيل بالجزائر

الغرض من هذا الشرط هو تمكين الدائن من الرجوع على الكفيل بأسهل الطرق، وذلك إذا لم يفي المدين بالتزامه، ولا يشترط أن يكون الكفيل مقيماً في موطن المدين، ولا يشترط كذلك أن يكون الكفيل جزائري الجنسية بل يصح أن يكون أجنبي ما دام مقيماً بالجزائر لأن النص جاء عاماً.⁽²⁾

وفي حالة تخلف أحد هذين الشرطين يلتزم المدين بتقديم تأمين عيني كاف ويستوي أن يكون هذا التأمين العيني رهن رسمي أو حيازي، والمشرع لم يذكر تقديم كفيل آخر عكس المشرع الفرنسي الذي نص على أنه في حال تخلف هذين الشرطين وجب على المدين تقديم كفيل آخر، إلا إذا كان الدائن قد إختار كفيلاً بذاته فإنه يتحمل نتيجة إعساره.

الفرع الثاني: أركان الكفالة

الكفالة عقد وبالتالي لا بد أن تتوفر فيه أركان وهي التراضي، المحل والسبب

(1) قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة (التضامن والتضام)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 41.

(2) سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 39.

أولاً: التراضي

ما دام الكفالة عقد وجب توافر الرضا لدى طرفيه، الكفيل والمكفول له (الدائن)، أما عن المكفول عنه (المدين) فلا حاجة لرضائه،⁽¹⁾ إذ تجوز الكفالة دون علم هذا الأخير، ورغم معارضته، وهذا وفقاً للمادة (647) من القانون المدني.

1- وجود التراضي:

التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبير عن إرادتي طرفي العقد، وهذا ما نصت عليه المادة (59) من القانون المدني.

وحسب نص المادة (60) من نفس القانون يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً.

2- صحة التراضي:

الأمر يستدعي التطرق لأهلية الطرفين في العقد (الكفيل والدائن) إضافة إلى وجوب أن يكون رضاها خالياً من عيوب الإرادة.

أ- الأهلية:

— يجب أن نميز بين أهلية الكفيل وأهلية الدائن:

— يجب أن يكون الكفيل كامل الأهلية أي بالغاً سن 19 سنة، وإذا كان عديم الأهلية فتصرفه باطل بطلان مطلق، أما إذا كان ناقص الأهلية فهو قابل للإبطال.

— أما بالنسبة لأهلية الدائن، فيمكن أن تتوفر فيه أهلية التمييز إذا كانت الكفالة تبرعية أما إذا كانت بمقابل يجب أن يكون كامل الأهلية لكي تكون الكفالة صحيحة، وإلا فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحته.⁽²⁾

ب- خلو الإرادة من العيوب:

تخضع الكفالة على اعتبار أنها عقد للقواعد العامة، ولا سيما ما تعلق بعيوب الإرادة، لذلك يجب أن تكون إرادة الدائن والكفيل خالية من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط، التدليس، الإكراه والإستغلال، وإلا كان العقد قابلاً للإبطال.

(1) العمروسي أنور، التضامن والتضام والكفالة في القانون المدني، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص 238.

(2) سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 17.

ثانيا: المحل

المحل في عقد الكفالة هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي من طرف الكفيل، والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه، فالالتزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي المكفول، لذلك يشترط في هذا الأخير مجموعة من الشروط لكي يكون التزام الكفيل ممكنا وصحيحا تبعا له، وتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- أن يكون الإلتزام الأصلي موجودا أو ممكن الوجود:

يجب أن يكون الالتزام الأصلي موجودا ممكنا لأن مصدره لأن عقد الكفالة عقد تابع، وفي حالة عدم وجوده لا تنعقد الكفالة لعدم محلها أو موضوعها، ولكن هذا لا يمنع أن يكون الإلتزام الأصلي مستقبلي أو شرطي.

وهذا ما نصت عليه المادة (650) من القانون المدني: "تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط.

غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبلي لم يعين مدة الكفالة، كان له أن يتراجع فيها في أي وقت، ما دام الدين المكفول لم ينشأ".

وبالتالي يمكن كفالة الإلتزام المستقبلي، لذلك يجب أن يحدد مقدار الدين المستقبلي المكفول بدقة، فإذا تعذر ذلك وجب أن يحدد الحد الأقصى الواجب كفالته من طرف الكفيل.

وإذا لم يعين الكفيل مدة الكفالة في الإلتزام المستقبلي فله الرجوع فيها في أي وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ بعد.

كما يجوز كفالة الدين الشرطي سواء كان الدين الأصلي معلقا على شرط واقف أو معلقا على شرط فاسخ⁽¹⁾، ويترتب على صفة التبعية للإلتزام الكفيل أن يكون إلتزامه أيضا معلقا على نفس الشرط المعلق عليه الإلتزام الأصلي.

2- أن يكون الإلتزام المكفول صحيحا:

يشترط أن يكون الإلتزام المكفول صحيحا، لأن التزام الكفيل تابع للإلتزام الأصلي في صحته أو بطلانه وجودا أو عدما.

⁽¹⁾ سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 47-50.

وهذا طبقا لنص المادة (648) من القانون المدني التي نصت على أنه: "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الإلتزام المكفول صحيحا".

كإستثناء فقد خص المشرع الجزائري الحالة التي يكون فيها المدين ناقص الأهلية وهذا طبقا لنص المادة (649) من القانون المدني ومفادها أن الشخص الذي يكفل إلتزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الإلتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول.

كما أضافت المادة (654) في فقرتها الثانية بأنه لا يمكن للكفيل أن يحتج بنقص أهلية المدين الأصلي متى كان عالما بنقص اهليته وقت التعاقد.

3- أن يكون الإلتزام المكفول معينا أو قابلا للتعين:

بما أن الكفالة عقد فإنه يستوجب أن يكون التزام المكفول معينا تعينا نافيا للجهالة، أو قابلا للتعين بحسب ما إذا كان مبلغا من النقود أو بضاعة يحدد نوعها ومقدارها. كما يجوز أن يكون الإلتزام قابلا للتعين ومثاله أن يكفل للدائن حقه في التعويض عن فعل ضار وقع من شخص ما، والوفاء بهذا التعويض يكون عند إتمام تقديره.⁽¹⁾

4- أن يكون إلتزام الكفيل في حدود الإلتزام المكفول

تبعية الكفالة للإلتزام الأصلي تفرض أن لا يكون أكثر من هذا الأخير من حيث القيمة أو المقدار، ولا بشروط أشد من شروطه، وهذا ما قضت به المادة (652) من القانون المدني والتي نصت على أنه "لا يجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفولة".

وعلى العكس تجوز الكفالة في مبلغ أقل من الدين الأصلي وبشروط أهون وهناك من يرى بأنه يمكن تخفيض إلتزام الكفيل إذا كان يفوق مقدار الإلتزام الأصلي الى حدود التزم المدين.⁽²⁾

(1) سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص58.

(2) سرايش زكريا، مرجع سابق، ص19-20.

ثالثا: السبب

سبب الكفالة هو الباعث أو الدافع للتعاقد، فإذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وبمقابل، فإن سبب إلزام الكفيل يكون المصلحة التي سيحصل عليها، أما إذا تمت الكفالة تبرعيا، فيكون سبب الإلزام هو نية التبرع.

أما إذا إنعقدت الكفالة لمصلحة المدين، فقد يكون هذا الأخير تعهد بشيء للكفيل، ففي هذه الحالة يكون هذا المقابل هو سبب إلزام الكفيل، وفي كل الحالات يجب أن يكون ممكنا غير مستحيل، ومشروعا وغير مخالفا للنظام العام ولا كان باطلا طبقا للقواعد العامة ولا سيما نص المادة (97) من القانون المدني.

المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها

بعد تعرضنا لتعريف الكفالة وتبيان خصائصها ثم شروطها وأركانها، الأمر يستدعي الآن التمييز بينها وبين بعض الأنظمة القانونية المشابهة لها.

الفرع الأول: الكفالة والتضامن

يختلف إلزام الكفيل عن التزام المتضامن من حيث أن:

- الدائن في الكفالة لا يستطيع مطالبة الكفيل بالدين الا بعد مطالبة المدين، أما في التضامن فيمكنه الرجوع على المدينين المتضامين دون مراعاة ترتيبهم.
- التزام المدين المتضامن يكون دائما مساويا لإلزام المدين الأصلي، أما التزام الكفيل قد يكون أقل من الإلزام الأصلي.
- التزام الكفيل مرتبط بالالتزام الأصلي وجودا وعدما، وفي حالة إبراء الدائن لزمة المدين تبرأ تلقائيا ذمة الكفيل وهو ما لا يطبق في التضامن إذ تنص المادة (227) من القانون المدني على أنه: "إذا أبرأ الدائن أحد مدينه المتضامين فلا تبرأ ذمة الباقيين إلا إذا صرح الدائن بذلك".

الفرع الثاني: الكفالة والإجابة الناقصة

الإجابة تفترض وجود مدين ودائن وأجنبي، بحيث يتفق الدائن مع المدين على أجنبي ليلتزم بالوفاء بالدين للدائن مكان المدين الأصلي⁽¹⁾، وهذا طبقا لنص المادة (294) من القانون المدني.

والإجابة نوعان الإجابة الكاملة والإجابة الناقصة هذه الأخيرة يلتزم المناب قبل الدائن (المناب إليه) بجانب التزام المنيب (المدين)، أي إنضمام المناب إلى جانب المدين الأصلي ويلتزمان بنفس الدين، وهنا يبقى الدين في ذمة المدين الأصلي.

لذلك يتشابه المناب مع الكفيل، في أن إلزام المناب اتجاه المناب لديه (الدائن) يكون بجانب إلزام المنيب (المدين)، ويختلفان من حيث:

— أن التزام المناب هو إلزام أصلي بجانب إلزام المدين في مواجهة الدائن وبالتالي هو ليس كفيل للمدين.

— لا يستطيع المناب أن يدفع بقاعدة التجريد أو الرجوع على المدين أولا، عكس الكفيل الذي يحق له ذلك.

الفرع الثالث: الكفالة وعقد التأمين

عقد التأمين طبقا لنص المادة (619) من القانون المدني وإن كان مثله مثل الكفالة يتعلق بالضمان إلا أنه يختلف عنها من حيث:

— أن عقد التأمين عقد أصلي قائم بذاته، في حين إلزام الكفيل هو تبعية يرتكز في وجوده على الإلتزام الأصلي.

— عقد التأمين عقد ملزم لجانبيين، في حين الكفالة في الغالب هو عقد ملزم لجانب واحد.

ملاحظة:

طبقا لنص المادة (645) من القانون المدني فلا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة.

(1) دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص96.

وبالتالي فإن الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل لكنها ليست شرطا للإنعقاد، وقد إشتراط المشرع الجزائري الكتابة للإثبات دون تحديد نوعها عرفية كانت أو رسمية، كما لم يشترط أن تكون الكتابة بتاريخ ثابت وبالتالي نطبق القواعد العامة في مسألة حجية الوثائق العرفية في مواجهة الغير.⁽¹⁾

الفصل الثاني:

آثار الكفالة

نجد وأن عقد الكفالة وإن كان طرفاه الكفيل والدائن إلا أن أثره يتعدى ذلك الى المدين على الرغم من أنه طرف أجنبي عن العقد، وبالتالي تتلخص آثار الكفالة في ثلاث علاقات، الأولى بين الكفيل والدائن، والثانية بين الكفيل والمدين الأصلي، أما الثالثة فهي بين الكفيل والكفلاء في حالة تعددهم والتزامهم بالوفاء بنفس الدين ولنفس المدين.

المبحث الأول:

العلاقة بين الدائن والكفيل

طرفي عقد الكفالة هما الدائن والكفيل، لذا يفترض نشوء علاقة بينهما والهدف منها هو تحقيق الضمان، ويكون الكفيل ضامن إحتياطي يتعين عليه الوفاء بالتزامه إذا لم يوفي المدين نفسه بما إلتزم به، وبهذا يكون من حق الدائن مطالبة الكفيل بالوفاء والتنفيذ على أمواله.

وفي المقابل فقد كفل المشرع للكفيل الحق في الدفاع عن نفسه، بإستعمال دفعوع تتعلق بعقد الكفالة أو العقد الأصلي.

المطلب الأول: حقوق الدائن

للدائن الحق في مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين الأصلي الذي لم يوفي به المدين الأصلي كما يمكنه التنفيذ على الزمة المالية للكفيل وذلك وفقا للشروط المحددة قانونا.

الفرع الأول: حق الدائن في مطالبة الكفيل بالدين

نظم المشرع الجزائري حق الدائن في مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين المكفول وذلك وفقا لشروط ونطاق محدد.

(1) دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 96.

أولا / شروط المطالبة بالدين:

يترتب على عقد الكفالة كآثر حق الدائن في مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين الذي كان في ذمة المدين الأصلي وذلك متى توفرت الشروط التالية:

1. حلول أجل الدين:

لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بدينه الناشئ عن عقد الكفالة إلا بعد حلول أجل الدين، وإذا لم يكن هناك إتفاق على تحديد أجل دين الكفيل فإنه يحل بحلول أجل المدين، أما إذا تم الاتفاق على أجل خاص لدين الكفيل، فلا يجوز مطالبته إلا بعد حلول هذا الأجل، ولو كان دين المدين قد حل أجله.

● ملاحظة:

وفقا للرأي الغالب فإن سقوط أجل دين المدين الأصلي بسبب الإفلاس مثلا لا يؤدي إلى سقوط أجل الدين للكفيل لأنه لا يجوز أن يكون إلتزام هذا الأخير أشد من إلتزام المدين.

2. الرجوع على المدين أولا:

طبقا لنص المادة (660) الفقرة الأولى من القانون المدني فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين، أو مطالبتها معا بموجب دعوى قضائية.⁽¹⁾

ثانيا/ المطالبة بالدين في حالة تعدد الكفلاء:

عاج المشرع حالة تعدد الكفلاء وكيفية مطالبتهم بالدين من قبل الدائن في المادة (664) من القانون المدني وقسمها إلى حالات هي:

الحالة الأولى: إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامين، يقسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.

الحالة الثانية: إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا متضامين، فيمكن للدائن الرجوع على أحدهم بكامل الدين ولا يمكن للكفيل الدفع بالتقسيم.

الحالة الثالثة: إذا إلتزم الكفلاء بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله، إلا إذا كان قد إحتفظ لنفسه في عقد الكفالة بحق التقسيم.

⁽¹⁾ محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة)، مرجع سابق، ص58.

الفرع الثاني: التنفيذ

للدائن الحق في التنفيذ على أموال الكفيل وفقاً للأوضاع والشروط المقررة قانوناً، ويختلف الأمر حسب الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين، فيمكن للدائن التنفيذ على من يشاء.

الحالة الثانية: إذا كان الكفيل غير متضامناً مع المدين، فلا يمكن التنفيذ على الكفيل إلا بعد التنفيذ على المدين الأصلي.

المطلب الثاني: الدفع التي يتمسك بها الكفيل

أقر المشرع الجزائي للكفيل بعض الدفع التي يمكنه التمسك بها في مواجهة الدائن عن مطالبته بالدين المكفول، منها ما يتعلق بالعقد الأصلي وأخرى مرتبطة بعقد الكفالة.

الفرع الأول: الدفع المرتبطة بالعقد أو الإلتزام الأصلي

للكفيل الحق بالتمسك في مواجهة الدائن بنفس الدفع التي يمكن للمدين التمسك بها في مواجهة دائئه، لأن التزام الكفيل هو إلتزام تبعية، وتمثل هذه الدفع في:

أولاً/الدفع ببطالان الإلتزام الأصلي:

يحق للكفيل المطالبة أو الدفع ببطالان الكفالة على أساس أن الإلتزام الأصلي باطلاً، بسبب مثلاً تخلف أحد أركان العقد الأصلي، لأن التزام الكفيل هو إلتزام تبعية للإلتزام الأصلي في صحته وبطلانه.

ثانياً/الدفع باقتضاء الإلتزام الأصلي:

إذا إنقضى إلتزام المدين إما بالوفاء أو الوفاء بمقابل أو المقاصة أو التجديد والإنابة أو إتحاد الزمة أو غيرها، ينقضي بالتبعية التزام الكفيل.

وإذا إتفق الدائن مع مدينه على قبول شيء آخر من المدين في مقابل الدين، فيقوم هذا الأخير بنقل ملكية الشيء إلى دائئه فتبرأ ذمة الكفيل بالتبعية.⁽¹⁾

(1) رمضان محمد أبو السعود، هام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 99.

ثالثا/الدفع بإبطال الإلتزام الأصلي:

ونعني به البطلان النسبي لنقصان في الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والإستغلال، لكن قيد المشرع كما سبق ذكره تمسك الكفيل ببطلان العقد الأصلي بسبب نقص أهلية المدين بعدم علمه بهذا النقصان وقت إبرام عقد الكفالة.

الفرع الثاني: الدفع المرتبطة بعقد الكفالة

وتمثل هذه الدفع بالرجوع على المدين أولا والدفع بالتجريد والدفع بعدم إتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين والدفع بإضاعة الدائن للتأمينات.

أولا/الدفع بالرجوع:

ويقصد به أن يدفع الكفيل في مواجهة مطالبة الدائن له بالدين على ضرورة الرجوع أولا على المدين الأصلي وهذا ما نصت عليه المادة (660) الفقرة الأولى من القانون المدني.⁽¹⁾ وحتى يكون للكفيل الحق في التمسك بالدفع بالرجوع يجب أن تتوفر الشروط التالية:

1. شرط عدم تنازل الكفيل عن حقه في الدفع بالرجوع: لأن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، ويمكن التنازل عليه صراحة أو ضمنا، وقت إنعقاد الكفالة أو بعدها.
2. أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين: لأن التضامن يفقده حقه في الدفع بالرجوع.
3. شرط وجود مصلحة للكفيل في التمسك بالدفع بالرجوع: إذا ثبت إعسار المدين وليس له أموال يمكن التنفيذ عليها فهو دليل على عدم وجود مصلحة للكفيل للتمسك بالدفع بالرجوع.⁽²⁾

ثانيا/الدفع بالتجريد:

يتخذ هذا الدفع صورتين إحداها عامة والأخرى خاصة لأنها مرتبطة بتأمين عيني

⁽¹⁾ تنص الفقرة الأولى من المادة (660) من القانون المدني على أنه: "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين..."

⁽²⁾ همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، د.ب.ن، 2004، ص 101، 102.

1. الصورة العامة للدفع بالتجريد:

ومفادها أن الدائن لا يستطيع أن ينفذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين، وهو دفع مقرر فقط للكفيل الشخصي دون الكفيل العيني، ولاستعمال حق الدفع بالتجريد في صورته العامة يتوجب توفر الشروط التالية:

- أن يتمسك الكفيل بالتجريد
- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين
- أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في الدفع بالتجريد
- إرشاد الكفيل الدائن إلى أموال المدين التي يمكن التنفيذ عليها وذلك على نفقته، بشرط أن تكون هذه الأموال غير متنازع فيها وتقع في الجزائر وكافية لسداد الدين كله وذلك طبقا لنص المادة (661) من القانون المدني.

2. الصورة الخاصة للدفع بالتجريد:

أساس هذا الدفع وجود تأمين عيني على مال المدين يضمن نفس الدين، وبالتالي يجوز للكفيل المطالبة بالتنفيذ على التأمين العيني قبل التنفيذ عليه.⁽¹⁾ وطبقا لنص المادة (663) من القانون المدني حتى يتمكن الكفيل من الدفع بالتجريد بهذه الصورة الخاصة-وجود تأمين عيني-يتعين توفر الشروط التالية:

- وجود تأمين عيني خصص لضمان المدين
- أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين
- تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد
- أن تكون الكفالة لاحقة للتأمين العيني أو تقررت معه
- أن يكون التأمين العيني مقررًا على مال مملوك للمدين.

(1) قدري عبد الفتاح الشهوي، أحكام عقد الكفالة، التضامن والتضام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 140.

ثالثا /الدفع بعدم إتخاذ الدائن إجراءات ضد المدين:

إذا قام الكفيل بإنذار الدائن بإتخاذ الإجراءات ضد المدين (كرفع دعوى أو التنفيذ بسند تنفيذي مثلاً)، وانقضت ستة أشهر من وقت الإنذار دون أن يقوم الدائن بإتخاذ هذه الإجراءات برئت ذمة الكفيل، إلا إذا قدم المدين للكفيل ضماناً كافياً يضمن به الكفيل الرجوع على المدين إذا ما إضطر للوفاء للدائن.⁽¹⁾

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية للمادة (657) من القانون المدني.

رابعا/الدفع بإضاعة الدائن للتأمينات:

تنص المادة (656) من القانون المدني على أنه: "تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات.

ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون".

وبالتالي على الدائن المحافظة على التأمينات الضامنة للإلتزام الأصلي سواء كانت عينية أو شخصية، لأن ضياع هذه التأمينات من شأنه الإضرار بمركز الكفيل، ويزيد من احتمالية الرجوع عليه. لذلك في حالة ضياع هذه التأمينات بخطأ الدائن تبرأ ذمة الكفيل.

المبحث الثاني:

العلاقة بين الكفيل والمدين

المدين طرف أجنبي عن عقد الكفالة الذي يربط الكفيل بالدائن، لكن إذا قام الكفيل بالوفاء بالدين للدائن تنشأ علاقة بينه وبين المدين هي علاقة مدبونية أين يحق للكفيل الرجوع على المدين من أجل الحصول على ما وفى به، إما عن طريق الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول.

المطلب الأول: الدعوى الشخصية

للكفيل الحق في الرجوع على المدين بما وفى به للدائن من دين، وذلك من خلال رفعه لدعوى شخصية، الأمر الذي يستدعي التطرق لشروط هذه الدعوى وموضوعها.

(1) محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة)، مرجع سابق، ص71.

الفرع الأول: شروط الدعوى الشخصية

والأمر يتعلق بالشروط الموضوعية لإستعمال حق رفع الدعوى الشخصية وهي:

أولاً/ حلول أجل الدين:

لا يمكن للكفيل الرجوع على المدين إلا عند حلول أجل الدين، وهو الأجل الأصلي للمدين المكفول، وبالتالي إذا إستفاد المدين من أجل إضافي لتسديد الدين من قبل الدائن فإن هذا التمديد لا يحتاج به في مواجهة الكفيل، أما إذا تنازل المدين عن الأجل الأصلي الممنوح له، يستفيد الكفيل من هذا التنازل ويحملة الرجوع على المدين عند حلول الأجل الجديد.⁽¹⁾

ثانياً/ أن يكون الكفيل قد وفى بكامل الدين أو جزء منه:

ويؤخذ بالوفاء بمفهومه الواسع سواء كان بالوفاء بالتزام، أو الوفاء بالمقاصة، أو الوفاء بمقابل، أو إتحاد الذمة.

ثالثاً/ الإخطار:

يجب على الكفيل طبقاً لنص المادة (670) من القانون المدني أن يخطر المدين قبل قيامه بالوفاء، وإلا فقد حقه في الرجوع على المدين وتبرأ ذمة هذا الأخير، إذا كان قد وفى أصلاً بالدين أو كانت عنده وقت الإستحقاق أسباب تقضي ببطالان الدين أو بإفترائه.

رابعاً/ أن تكون الكفالة عقدت لمصلحة المدين ودون إعتراضه:

للرجوع بالدعوى الشخصية يجب أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين، وأن تتم دون معارضته.⁽²⁾

الفرع الثاني: موضوع الدعوى الشخصية

طبقاً للفقرة الثانية للمادة (672) من القانون المدني فإن للكفيل الحق في الرجوع على المدين بأصل الدين (مبلغ الدين مضافاً إليه ملحقاته كالفوائد ومصاريف مطالبة الدائن للمدين)، والمصروفات

(1) سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية والشخصية، طبعة أولى، منشأة المعارف، مصر، 2008، ص 114.

(2) محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية- عقد الكفالة)، مرجع سابق، ص 93-94.

غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بتلك المصاريف التي دفعها من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي إتخذت ضده.

ملاحظة:

فيما يتعلق بمدى إمكانية مطالبة الكفيل بالتعويض، فإن المشرع الجزائري لم ينص على ذلك في المادة (672) السالفة الذكر، هذا على عكس المشرع الفرنسي الذي نص في المادة (2028) من القانون المدني صراحة على حق الكفيل في الرجوع بالتعويض على المدين ولم يشترط سوء نية هذا الأخير.*

المطلب الثاني: دعوى الحلول

إضافة إلى الدعوى الشخصية السالفة الذكر، فإن للكفيل الحق في رفع دعوى الحلول ضد المدين وذلك وفقا لشروط معينة حددها القانون، كما حدد مضمون هذه الدعوى.

الفرع الأول: شروط دعوى الحلول

لا يمكن للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الحلول إلا إذا توفرت الشروط التالية:

أولا/ حصول الدائن على كامل دينه:

لا يستطيع الكفيل الرجوع على المدين إلا بعد أن يستوفي الدائن كامل دينه وذلك طبقا لنص المادة (671) من القانون المدني، ذلك لأن وفاء الكفيل قد يكون جزئي وبالتالي لا يمكنه الرجوع على المدين إلا بعد حصول الدائن على كامل الدين (أي ما تبقى منه وقد يكون من المدين الأصلي أو من كفيل آخر).

ثانيا/الرجوع عند حلول أجل الدين الأصلي:

وهذا في حالة إذا قام الكفيل بالوفاء للدائن قبل حلول أجل الدين الأصلي، فلا يمكنه الرجوع على المدين على الرغم من الوفاء إلا عند حلول أجل الدين الأصلي.

ملاحظة:

إذا تم تمديد أجل الوفاء بالدين الأصلي إتفاقا أو قضاء فإن الكفيل يحترم هذا الأجل لأن دعوى الحلول مرتبطة بحق الدائن والدائن هنا حقه مؤجل.⁽¹⁾

(1) هام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 170، 171.

الفرع الثاني: موضوع دعوى الحلول

طبقا لنص المادة (671) من القانون المدني إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يجل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، وطبقا لنص المادة (264) من القانون المدني فإن موضوع دعوى الحلول يتمثل في:

أولا/ حلول الكفيل محل الدائن في الحق الذي كان له قبل المدين:

يرجع الكفيل على المدين بذات حق الدائن، ولا يجوز للكفيل الرجوع على المدين بهذا الحق إذا كان قد إنتضى، في هذه الحالة يجوز له الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية متى توفرت شروطها.⁽¹⁾

ثانيا/ رجوع الكفيل بنفس خصائص حق الدائن:

ينتقل حق الدائن للكفيل بنفس الخصائص، فلو كان مثلاً ديناً تجارياً، فتنقل للكفيل بنفس الصفة وإذا إقترن بأجل ينتقل بنفس الأجل ولا يمكن للكفيل المطالبة قبل حلول هذا الأجل.⁽²⁾

ثالثا/ رجوع الكفيل بحق الدائن وتوابعه:

يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدين الأصلي وفوائده باعتبارها من توابع الحق.

رابعا/ حلول الكفيل محل الدائن في حقه وما يتضمنه من ضمانات:

ينتقل الحق من الدائن الى الكفيل بعد الوفاء بما يحمله من ضمانات سواء كانت تأمينات عينية أو شخصية، سواء كانت موجودة قبل إبرام الكفالة أو بعدها، وسواء قدمت من المدين أو من غيره.

خامسا/ إنتقال الحق للكفيل بما يتضمنه من دفع:

ومفاده أن المدين يمكنه التمسك في مواجهة الكفيل عند رجوعه عليه بنفس الدفع التي كان يستطيع الدفع بها في مواجهة الدائن.

المطلب الثالث: حالة تعدد المدينين

قد يحدث أن يتعدد المدينون في نفس الدين وقد يكفلهم الكفيل جميعاً أو بعضهم، كما يمكن أن يكون المدينون متضامنين أو غير متضامنين.

(1) سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 121.

(2) سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 121.

الفرع الأول: حالة تعدد المدينين غير المتضامين

نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان المدينون غير متضامين وضمنهم الكفيل جميعا وقام بالوفاء بالدين هنا يرجع على كل واحد منهم بقدر نصيبه في الدين بموجب الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول.

الحالة الثانية: كفالة بعض المدينين غير المتضامين، يكون للكفيل الحق في الرجوع على المدينين الذين كفلهم كل حسب نصيبه في الدين بدعوى الكفالة (الدعوى الشخصية) أو دعوى الحلول.

أما المدينين الذين لم يكفلهم فيرجع عليهم طبقا للقواعد العامة بدعوى الإثراء بلا سبب أو دعوى الحلول.⁽¹⁾

الفرع الثاني: حالة تعدد المدينين المتضامين

نفرق ما بين حالتين:

الحالة الأولى: منصوص عليها بالمادة (673) من القانون المدني وهي حالة كفالة جميع المدينين المتضامين، هنا للكفيل الحق في الرجوع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين إما بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول.

الحالة الثانية: والتي لم ينص عليها المشرع وهي حالة كفالة بعض المدينين المتضامين، هنا للكفيل الرجوع على أي من المدينين المتضامين الذين كفلهم، أما المدينين الذين لم يكفلهم فيرجع عليهم بالدعوى غير المباشرة أو دعوى الإثراء بلا سبب أو دعوى الحلول، لكن لا يمكن أن يرجع عليهم بالدعوى الشخصية لأنه لم يكفلهم.⁽²⁾

المبحث الثالث:

العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء

يحق للكفيل إذا وفي بالدين الرجوع على الكفلاء الآخرين في حالة تعددهم، والأمر يختلف بحسب ما إذا كانوا متضامين من عدمه.

⁽¹⁾ نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الرهن الرسمي، حق الإختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز، الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 402.

⁽²⁾ سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 33.

المطلب الأول: الرجوع على الكفلاء غير المتضامين

إذا تعدد الكفلاء وكفلوا الدين بعقد واحد أو بعقود متوالية مع الإحتفاظ بحق التقسيم، فإن الأصل أن يقسم الدين فيما بينهم كل بحسب نصيبه، وإعسار أحدهم لا يتحمله غيره من الكفلاء، وإذا دفع أحدهم الجزء الخاص به فلا يستطيع الرجوع على باقي الكفلاء بشيء.⁽¹⁾

● ملاحظة:

إذا وفي الكفيل بالدين كله وهو غير ملزم بذلك، فلا يكون له الرجوع على باقي الكفلاء إلا بدعوى الإثراء بلا سبب أو دعوى الحلول وكل بحسب نصيبه.

المطلب الثاني: الرجوع على الكفلاء المتضامين

إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا متضامين أو تعددهم لدين واحد وبعقود متوالية مع عدم احتفاظهم بحق التقسيم، فيكون كل منهم مسؤول عن الدين كله. وقد نصت على هذه الحالة المادة (668) من القانون المدني: "إذا كان الكفلاء متضامين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم".

وبالتالي كل واحد من الكفلاء المتضامين يكون مسؤولاً عن الدين كله، وللكفيل الذي وفي بالدين الحق في الرجوع على أي واحد منهم بكامل الدين لأنهم متضامين في دفع الدين وفي إعسار أحدهم.⁽²⁾

⁽¹⁾ نفس المرجع، ص 34.

⁽²⁾ سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 124، 125.

الفصل الثالث:

انقضاء الكفالة

انقضاء الكفالة قد يكون مرتبط بانقضاء الالتزام الأصلي لأنه تابع له، أو قد تنقضي بصورة أصلية باعتباره عقد قائم بذاته ما بين الكفيل والدائن.

المبحث الأول:

انقضاء الكفالة بسبب انقضاء الالتزام الأصلي

قد تنقضي الكفالة بانقضاء الالتزام الأصلي لأن الكفالة يرتبط وجوده بوجود الالتزام الأصلي والأمر كذلك في مسألة انقضائه، وأسباب انقضاء الالتزام الأصلي هي:

المطلب الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء

وفاء المدين بالدين يؤدي إلى انقضاء التزامه وبالتبعية انقضاء التزام الكفيل، لكن إذا كان الوفاء جزئي يؤدي إلى براءة ذمة الكفيل في حدود هذا الجزء، ويبقى للدائن الحق في الرجوع على المدين والكفيل بالباقي.

وإذا تم الوفاء من الغير، فإن هذا الأخير يحل محل الدائن لمطالبة المدين والكفيل، وهي نفس الحالة التي يقوم فيها الدائن بإحالة حقه إلى دائن آخر.

أما إذا تعلق الأمر بتحويل المدين التزامه إلى شخص آخر، فإن الدين يظل قائماً، إلا أنه بتغيير الشخص المدين فإن التزام الكفيل ينقضي، إلا إذا قبل بضمان المدين الجديد.⁽¹⁾

المطلب الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء

ينقضي الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء إما عن طريق الوفاء بمقابل، التجديد والإنابة، المقاصة أو اتحاد الذمة.

الفرع الأول: الوفاء بمقابل

يتم اللجوء إلى هذه الوسيلة في الحالة التي يتراضى فيها طرفي الحق على استبدال الحق الجديد المتفق عليه بالحق الأصلي.⁽²⁾

(1) سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 132، 133.

(2) إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقها في القوانين الجزائرية، طبعة عاشر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 355.

وتنص المادة (285) من القانون المدني على أنه: "إذا قبل الدائن في استفتاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء"، ويترتب على الوفاء بمقابل انقضاء الدين الأصلي بجميع ضماناته ومنها الكفالة.

الفرع الثاني: التجديد والإنابة

ينقضي الدين المكفول بالتجديد ويقصد بتجديد الدين إما تغيير المدين أو تغيير الدين في محله أو مصدره أو تغيير الدائن، وهذا طبقاً لنص المادة (287) من القانون المدني. وبانقضاء الدين المكفول تنقضي الكفالة ما لم يقبل الكفيل ضمان الدين الجديد كما ينقضي الالتزام الأصلي بالإنابة الكاملة ويقصد بها تجديد الالتزام بتغيير الشخص المدين، وبالتالي تسري عليه أحكام التجديد من حيث انقضاء الدين الأصلي وتنقضي تبعاً له الكفالة.

الفرع الثالث: المقاصة

يمكن للكفيل إذا ثبت في ذمة الدائن دين للمدين يصلح للمقاصة أن يدفع بها حتى وإن لم يتمسك بها المدين أو الدائن ويجوز ذلك حتى في حالة تنازل الدائن والمدين عنها.⁽¹⁾ ولكن لا يجوز للمدين الأصلي التمسك بالمقاصة بما يجب للكفيل على الدائن، لأن علاقة الكفيل مع الدائن مستقلة عن علاقة الكفيل مع المدين الأصلي.

الفرع الرابع: اتحاد الذمة

ويقصد بها أن تجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين، ومثال ذلك إذا ورث المدين دائنه، وبالتالي ينقضي الالتزام الأصلي والكفالة بالتبعية. كما تنقضي الكفالة في حالة وفاة الدائن وورثه الكفيل واتحدت بذلك ذمتهم، وهنا تنتهي الكفالة كما لو أن الكفيل وفي بالدين، وبالتالي يكون للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية أو بدعوى الكفالة.

(1) محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية عقد الكفالة)، مرجع سابق، ص 114.

المطلب الثالث: انقضاء الدين الأصلي دون الوفاء

ينقضي الدين الأصلي دون الوفاء في حالة الإبراء أو استحالة التنفيذ والتقادم

الفرع الأول: الإبراء

يقصد بالإبراء تنازل الدائن مختاراً بلا مقابل عماله من حق في مواجهة المدين، وبالتالي إبراء الدائن المدين يؤدي إلى انقضاء الدين الأصلي وبالتبعية انقضاء الكفالة.⁽¹⁾

الفرع الثاني: استحالة التنفيذ

إذا استحال تنفيذ التزام المدين بسبب لا يده فيه، فإن التزام المدين ينقضي وينقضي تبعاً له التزام الكفيل.⁽²⁾

وإذا كان سبب الاستحالة يرجع للمدين فيتحول إلى تعويض ولا تبرأ ذمة المدين ومن ثم لا تنقضي الكفالة لأن تحول الالتزام أو الدين الأصلي إلى تعويض لا يعتبر التزاماً جديداً.⁽³⁾ وفي حالة استحالة التنفيذ بسبب الكفيل تبرأ ذمة المدين، لأن فعل الكفيل يعتبر سبباً أجنبياً على المدين، وبالتالي يصبح الكفيل مديناً أصلياً.

الفرع الثالث: التقادم

إذا تقادم الدين المكفول يؤدي ذلك إلى انقضاء الالتزام الأصلي وبالتبعية إلى انقضاء الكفالة. ويجوز للكفيل التمسك بتقادم الالتزام الأصلي ولو لم يتمسك به المدين وذلك طبقاً لنص المادة (321) من القانون المدني.

المبحث الثاني:

انقضاء الكفالة بصفة أصلية

نتحدث هنا عن أسباب انقضاء الكفالة على اعتبار أنها عقد قائم بذاته وليس على صفة التبعية للالتزام الأصلي، وقد ينقضي لأسباب عامة التي ينقضي بها كل التزام أو لأسباب خاصة متعلقة بالكفالة.

(1) أنظر المادة (305) من القانون المدني.

(2) سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 145.

(3) محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية عقد الكفالة)، مرجع سابق، ص 116.

المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة

الأسباب العامة لانقضاء أي التزام بما فيه الكفالة هي:

الفرع الأول: انقضاء التزام الكفيل باتحاد الذمة

ينقضي التزام الكفيل باتحاد الذمة، ويكون ذلك في حالة وفاة أحد أطراف عقد الكفالة أي الدائن أو الكفيل ويرث واحد فيها الآخر فتتحد بذلك ذمتها وتنقضي الكفالة.

الفرع الثاني: انقضاء التزام الكفيل بالإبراء

يمكن للدائن إبراء الكفيل من الكفالة وبالتالي تنقضي هذه الأخيرة، دون انقضاء الدين الأصلي الذي في ذمة المدين.

الفرع الثالث: انقضاء التزام الكفيل بالتقادم

ينقضي التزام الكفيل بالتقادم دون أن ينقضي الدين المكفول، وبالتالي تبرأ ذمة الكفيل بصفة أصلية، مع بقاء المدين الأصلي ملتزماً بالدين.

المطلب الثاني: الأسباب الخاصة

قد تنقضي الكفالة لأسباب خاصة هي:

الفرع الأول: براءة ذمة الكفيل لإضاعة الدائن الضمانات بخطئه

قد يضمن الدين تأمينات أخرى بجانب الكفالة، لكن الدائن بخطئه يضيع هذه التأمينات، فتبرأ ذمة الكفيل إذا كان حلوله محل الدائن أصبح غير ممكن بسبب فعل الدائن. ويحق للكفيل التمسك ببراءة ذمته لهذا السبب، سواء كان كفيلاً شخصياً أو عينياً عادياً أو متضامناً طبقاً لنص المادة (784) من القانون المدني. وللتمسك ببراءة الذمة في هذه الحالة يتوجب توفر شروط هي:

- إضاعة تأمين خاص
- تسبب الدائن في إضاعة التأمين الخاص
- تضرر الكفيل من إضاعة التأمينات

– تمسك الكفيل به وعدم تنازله عنه.

الفرع الثاني: براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له

إذا قام الكفيل بإنذار الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ على المدين، ولم يقم الدائن باتخاذها خلال 06 أشهر من الإنذار، تبرأ ذمة الكفيل متى توفرت الشروط التالية:

– حلول أجل الدين الأصلي

– أن يتمسك الكفيل به

– أن يوجه الكفيل إنذارا للدائن لاتخاذ إجراءات التنفيذ على المدين

– التمسك بإبراء الذمة بعد 06 أشهر من الإنذار

– أن لا يكون المدين قد قدم للكفيل ضمانا كافيا

الفرع الثالث: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

يقع على الدائن واجب التقدم في تفليسة المدين، ليحصل على ما يمكن أن تسفر عليه التفليسة، ثم يرجع بالباقي على الكفيل.

وعدم تدخل الدائن في التفليسة بالدين المكفول، يعتبر تقصيرا من الدائن ما يؤدي إلى إبراء ذمة الكفيل بالقدر الذي كان يستطيع الدائن أن يحصل عليه في التفليسة.⁽¹⁾

وهو ما نصت عليه المادة (658) من القانون المدني: "إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن".

⁽¹⁾ سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 162.

الخلاصة:

حاولنا من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على بعض العقود التي يتم إبرامها من الأفراد والأكثر تداولاً عملياً، والتي عني المشرع بتسميتها، أين عرفها ووضع لها أحكام خاصة تميزها عن العقود المشابهة لها.

ومن بين أهم هذه العقود المسماة عقد البيع، الذي جعله على رأس العقود الناقلة للملكية والذي يكون المقابل فيه نقدياً وهذا ما يميزه على العقود الأخرى المشابهة له ولا سيما عقد المقايضة.

ولدى تطرقنا لتكوين عقد البيع توصلنا إلى أن المشرع الجزائي وإن كان قد أفرد أحكام خاصة بعقد البيع، إلا أنه لم ينظم هذه المرحلة على الرغم من خصوصية هذا العقد لذا تطبق عليه القواعد العامة المطبقة على جميع العقود.

ومن بين أهم الأحكام الخاصة المتعلقة بعقد البيع تلك المرتبطة بشروط صحة البيع وفناؤه كأحكام العلم الكافي بالمبيع والغبن وبيع ملك الغير، إضافة إلى حالات المنع من الشراء.

وقد كفل من جهة أخرى المشرع حماية خاصة للمشتري من خلال الالتزامات التي فرضها على البائع خاصة ما تعلق بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية.

هذا وقد درسنا عقد الكفالة باعتباره تأمينا خاصا نظمته المشرع بالمواد من (644) إلى (673) من القانون المدني، وخصوصية هذا العقد أنه يستدعي تدخل طرفا ثالثا لضمان الوفاء بالالتزام إذا لم يف به المدين نفسه.

وأهم ما يميزه عن عقود التأمين الأخرى أنه ضمان شخصي، تبعي وملزم لجانب واحد، تستدعي إلى جانب أركان العقد توفر شروط أهمها يسر الكفيل وأن يكون مقيماً بالجزائر، وما دام طرفي عقد الكفالة هما الدائن والكفيل، لذا يفترض نشوء علاقة بينهما هدفها تحقيق الضمان، ويكون الكفيل ضامن احتياطي له أن يدفع بالرجوع على المدين أولاً والدفع بالتجريد.

كما يمتد أثر هذا العقد للمدين الأصلي على الرغم من أنه طرف أجنبي عن عقد الكفالة، لأن الكفيل متى وفى بالتزام المدين يحل محل الدائن في حقه وما يتضمنه من ضمانات.

وتنقضي الكفالة باعتباره ضمان تبعي بانقضاء الالتزام الأصلي، كما قد تنقضي بصفة أصلية بالإبراء واتحاد الذمة والتقادم وهذا ما يعبر عنه بالأسباب العامة، أما الأسباب الخاصة فيتعلق الأمر

إضاعة الدائن الضمانات بخطئه، أو عدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إعداره، أو عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين.

قائمة المصادر والمراجع

I- المصادر:

أولاً: القوانين

1. القانون رقم (10/91) المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 1991/05/08.
2. القانون رقم (10/05) المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم للأمر (58/75) المتضمن القانون المدني المنشور بالجريدة الرسمية العدد 44، الصادرة بتاريخ 2005/06/26.
3. القانون رقم (02/06) المؤرخ في 2006/02/20، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 2006/03/08.
4. القانون رقم (05/07) المؤرخ في 2007/05/13 المعدل والمتمم للأمر رقم (58/75) المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 31، الصادرة بتاريخ 2007/05/13.
5. القانون رقم (09/08) المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 2008/04/23.
6. القانون رقم (04/11) المؤرخ في 2011/02/17، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 2011/03/06.

ثانياً: الأوامر

7. الأمر (156/66) المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 49، الصادرة بتاريخ 1966/06/11.
8. الأمر (58/75) المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30.
9. الأمر (59/75) المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30.
10. الأمر (74/75) المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن إعداد المسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 52 لسنة 1975.

11. الأمر رقم (05/03) المؤرخ في 2003/07/19 المتضمن الملكية الفكرية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 44 لسنة 2003.

12. الأمر (07/03) المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق ببراءة الاختراع، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة بتاريخ 2003/07/23.

ثالثا: المراسيم

13. المرسوم (63/76) المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 30، لسنة 1976.

14. المرسوم التشريعي رقم (03/93) المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 1993/03/03.

15. المرسوم التنفيذي رقم (58/94) المؤرخ في 1993/03/07 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم في مجال الترقية العقارية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 13، الصادرة بتاريخ 1994/03/09.

16. المرسوم التنفيذي (105/01) المؤرخ في 2001/04/23، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم (130/03) المؤرخ في 2004/04/20، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 28، الصادرة بتاريخ 2004/04/28، والمعدل أيضا بموجب المرسوم (340/04) المؤرخ في 2004/11/02، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 69، الصادرة بتاريخ 2004/11/03.

II- المراجع:

أولا/ المراجع باللغة العربية:

أ- الكتب:

17. أحمد بلودين، المختصر في القانون التجاري الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 21011.

18. أحمد لعور، نبيل صقر، القانون المدني نصوص وتطبيقا، طبقا لأحداث التعديلات بالقانون 05-07، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.

19. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقها في القوانين الجزائرية، الطبعة العاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

20. أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.

21. أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، القاهرة، د ت ن.
22. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2013.
23. جميل الشرفاوي، شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991.
24. حسين محمد عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009.
25. حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2003.
26. خلفوني مجيد، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011.
27. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الرابع، الجزائر، د س ن.
28. دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
29. رمضان محمد أبو السعود، همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998.
30. سرايش زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي، طبعة أولى، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2010.
31. سعيد سليمان جبر، العقود المسماة البيع والإيجار، طبعة أولى، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
32. سليمان مرقس، شرح القانون المدني العقود المسماة "عقد البيع"، ط4، عالم الكتب بالقاهرة، مصر، 1980.
33. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية والشخصية، طبعة أولى، منشأة المعارف، مصر، 2008.
34. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1973.
35. سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة بإجتهادات قضائية وفقهية، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
36. سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، طبعة رابعة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
37. عبد الحميد الشواربي، فسخ البيع في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، د ت ن.

38. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 04، "البيع والمقايضة"، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، د ت ن.
39. عدنان سرحان، شرح أحكام العقود المسماة، ج 1، عقد البيع، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
40. علي علي سلمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1993.
41. علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
42. علي نجيدة، الوجيز في البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
43. علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د م ن، 2009.
44. العمروسي أنور، التضامن والتضام والكفالة في القانون المدني، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999.
45. قدري عبد الفتاح الشهلاوي، أحكام عقد الكفالة (التضامن والتضام)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
46. الحسين بن الشيخ أثاملوي، المنتقى في عقد البيع، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006.
47. محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 1999.
48. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
49. محمد حسين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006.
50. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، الجزائر- 2012.
51. محمد صبري السعدي، الوجيز في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
52. محمد علي عبده، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
53. محمد محمود معطي، الكفالة في ضوء الفقه والإجتihad، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

54. محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

55. محمدي سليمان، محاضرات في عقد البيع، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر، 2002/2003.

56. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الأعمال التجارية، الشركات التجارية، الملكية التجارية والصناعية، الدار الجامعية، بيروت، 1991.

57. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الرهن الرسمي، حق الإختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز، الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.

58. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001.

59. نذير بن عمو، العقود الخاصة (البيع والمقايضة)، الطبعة الأولى، مجد للنشر والتوزيع، د م ن، 2008.

60. نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

61. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، د م ن، 2004.

62. يمينه حوحو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016.

ب- الأطروحات الجامعية:

63. لبيض ليلي، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2011/2012.

ج- المقالات العلمية:

64. زواوي فريدة، موضوع ضرورة شهر الوعد ببيع العقار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج33، رقم 03، 1995.

65. محمد بشير، عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري-دراسة مقارنة-، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد 02، أكتوبر 2018.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

a. Ouvrages :

67. Dominique legeais, le Cautionnement, Economica, Paris, 1995.
68. Jacques Ghestin, le traité de droit civil, tll, les obligations, le contrat, LGDJ, Paris, 1980.
69. Philippe Malinvaud, Droit des obligation, Les mécanismes juridiques des relations économiques, Litec, Paris, 1990.

b. Thèses :

70. Malika AZZEMOU, Le formalisme contractuel en droit civil, mémoire de Magister, université d' Oran, 1983.

الفهرس

الصفحة	العنوان
02	مقدمة
04	الباب الأول: عقد البيع
05	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقد البيع
05	المبحث الأول: مفهوم عقد البيع
05	المطلب الأول: تعريف عقد البيع
06	المطلب الثاني: خصائص عقد البيع
06	الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد البيع
06	الفرع الثاني: الخصائص الخاصة لعقد البيع
07	المبحث الثاني: تمييز البيع عن غيره من العقود
08	المطلب الأول: البيع والمقايضة
08	المطلب الثاني: البيع والهبة
08	المطلب الثالث: البيع والمقاولة
09	المطلب الرابع: البيع والوكالة
10	المطلب الخامس: البيع والإيجار
10	المطلب السادس: البيع والبيع الإيجاري
11	المطلب السابع: البيع وعقد الوصية
12	الفصل الثاني: انعقاد البيع
12	المبحث الأول: أركان البيع
12	المطلب الأول: التراضي
13	الفرع الأول: التراضي في صورته العامة

14	الفرع الثاني: الصور الخاصة للتراضي في عقد البيع
25	المطلب الثاني: المحل
25	الفرع الأول: المبيع
29	الفرع الثاني: الثمن
34	المطلب الثالث: السبب
34	المطلب الرابع: ركن الشككية في عقد البيع
34	الفرع الأول: المحررات العرفية
35	الفرع الثاني: الكتابة الرسمية
39	المبحث الثاني: شروط صحة و نفاذ عقد البيع
39	المطلب الأول: الشروط العامة
40	الفرع الأول: عيوب الإرادة
41	الفرع الثاني: أهلية التصرف وعوارضها
45	المطلب الثاني: الشروط الخاصة لصحة عقد البيع
45	الفرع الأول: عدم علم المشتري بالمبيع علما كافيا كما
47	الفرع الثاني: الغبن
51	الفرع الثالث: بيع ملك الغير
55	الفصل الثالث: آثار عقد البيع
55	المبحث الأول: التزامات البائع
55	المطلب الأول: الالتزام بنقل الملكية
55	الفرع الأول: التزام البائع بنقل ملكية المنقول
58	الفرع الثاني: انتقال ملكية العقار
59	الفرع الثالث: الآثار المترتبة على انتقال الملكية
60	المطلب الثاني: التزام البائع بتسليم المبيع

60	الفرع الأول: كيفية التسليم
64	الفرع الثاني: محل الإلتزام بتسليم المبيع
69	الفرع الثالث: حق البائع في حبس المبيع
71	الفرع الرابع: جزاء إخلال البائع بالتزامه بالتسليم
72	المطلب الثالث: التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق
72	الفرع الأول: ضمان البائع التعرض الشخصي
75	الفرع الثاني: التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير.
83	المطلب الرابع: التزام البائع بضمان العيوب الخفية
83	الفرع الأول: شروط العيب الخفي
84	الفرع الثاني: إخطار البائع بالعيب الخفي
85	الفرع الثالث: الجزاء المترتب على ثبوت العيب الخفي
87	الفرع الرابع: هلاك المبيع وأثره على دعوى الضمان
87	الفرع الخامس: سقوط دعوى الضمان.
88	الفرع السادس: الاتفاق على تعديل أحكام الضمان
89	الفرع السابع: ضمان صلاحية المبيع للعمل خلال مدة معينة
89	المبحث الثاني: التزامات المشتري
89	المطلب الأول: الإلتزام بدفع الثمن
90	الفرع الأول: تنفيذ الإلتزام بدفع الثمن
91	الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالإلتزام بالوفاء بالثمن
94	المطلب الثاني: التزام المشتري بتسلم المبيع
94	الفرع الأول: زمان ومكان تسليم المبيع
94	الفرع الثاني: فترات التسلم

94	الفرع الثالث: جزاء إخلال المشتري بالتزامه بالتسليم
95	المطلب الثالث: التزام المشتري بدفع ثقات البيع وتكاليفه
96	الفرع الأول: مصاريف البيع
95	الفرع الثاني: تكاليف المبيع
97	الباب الثاني: عقد الكفالة
98	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للكفالة
98	المبحث الأول: مفهوم الكفالة
98	المطلب الأول: تعريف الكفالة وخصائصها.
98	الفرع الأول: تعريف الكفالة
99	الفرع الثاني: خصائص الكفالة
101	المطلب الثاني: أنواع الكفالة
101	الفرع الأول: أنواع الكفالة من حيث مصدرها
102	الفرع الثاني: أنواع الكفالة بحسب طبيعتها
103	الفرع الثالث: أنواع الكفالة بحسب التزام الكفيل
104	المبحث الثاني: شروط وأركان الكفالة وتمييزها عن النظم المشابهة لها
104	المطلب الأول: شروط وأركان الكفالة
104	الفرع الأول: شروط الكفالة
105	الفرع الثاني: أركان الكفالة
109	المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها
109	الفرع الأول: الكفالة والتضامن
109	الفرع الثاني: الكفالة والإنابة الناقصة
110	الفرع الثالث: الكفالة وعقد التأمين
111	الفصل الثاني: آثار الكفالة

111	المبحث الأول: العلاقة بين الدائن والكفيل
111	المطلب الأول: حقوق الدائن
111	الفرع الأول: حق الدائن في مطالبة الكفيل بالدين
112	الفرع الثاني: التنفيذ
113	المطلب الثاني: الدفع التي يتمسك بها الكفيل
113	الفرع الأول: الدفع المرتبطة بالعقد أو الإلتزام الأصلي
114	الفرع الثاني: الدفع المرتبطة بعقد الكفالة
116	المبحث الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين
116	المطلب الأول: الدعوى الشخصية
116	الفرع الأول: شروط الدعوى الشخصية
117	الفرع الثاني: موضوع الدعوى الشخصية
117	المطلب الثاني: دعوى الحلول
118	الفرع الأول: شروط دعوى الحلول
118	الفرع الثاني: موضوع دعوى الحلول
119	المطلب الثالث: حالة تعدد المدينين
119	الفرع الأول: حالة تعدد المدينين غير المتضامين
120	الفرع الثاني: حالة تعدد المدينين المتضامين
120	المبحث الثالث: العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء
120	المطلب الأول: الرجوع على الكفلاء غير المتضامين
121	المطلب الثاني: الرجوع على الكفلاء المتضامين
122	الفصل الثالث: انقضاء الكفالة
122	المبحث الأول: انقضاء الكفالة بسبب انقضاء الإلتزام الأصلي

122	المطلب الأول: انقضاء الإلتزام الأصلي بالوفاء
12	المطلب الثاني: انقضاء الإلتزام الأصلي بما يعادل الوفاء
122	الفرع الأول: الوفاء بمقابل
123	الفرع الثاني: التجديد والإنابة
123	الفرع الثالث: المقاصة
123	الفرع الرابع: إتحاد الذمة
124	المطلب الثالث: انقضاء الدين الأصلي دون الوفاء
124	الفرع الأول: الإبراء
124	الفرع الثاني: إستحالة التنفيذ
124	الفرع الثالث: التقادم
124	المبحث الثاني: انقضاء الكفالة بصفة أصلية
125	المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة
125	الفرع الأول: انقضاء التزام الكفيل بإتحاد الذمة
125	الفرع الثاني: انقضاء التزام الكفيل بالإبراء
125	الفرع الثالث: انقضاء إلتزام الكفيل بالتقادم
125	المطلب الثاني: الأسباب الخاصة
125	الفرع الأول: براءة ذمة الكفيل لإضاعة الدائن الضمانات بخطئه
126	الفرع الثاني: براءة ذمة الكفيل لعدم إلتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له
126	الفرع الثالث: براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين
127	الخاتمة
129	قائمة المصادر والمراجع
135	الفهرس