

دكتور محمد حسنين

للمزيد من العصريات زورونا على مدونة الكتب العصرية

<http://koutoub-hasria.blogspot.com/>

<https://www.facebook.com/koutoubhasria>

عقد البيع في القانون المدني الجزائري

مدونة الكتب العصرية <https://www.facebook.com/koutoubhasria> <http://koutoub-hasria.blogspot.com/>

ديوان المطبوعات الجامعية

عقد البيع
في
القانون المدني الجزائري

DU CONTRAT DE VENTE
EN DROIT CIVIL ALGERIEN

الدكتور

محمد حـسـن

الأستاذ بجامعة الجزائر سابقاً

الامداد

أستاذي الجليل عبد الرزاق أحمد السنهاوري ، عميد
القاسون المدني ، أمدى قطرة الى فيض علمك
الزاخر تقديرا ووفاء ، فقد تتلمذت على يديك بحقوق
القاهرة ، كما تتلمذت عليك أجيال وأجيال من رجال
القاسون في جميع أنحاء وطننا العربي الكبير .

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

الحمد لله رب العالمين تبارك وتعالى له الكمال وحده ولا شريك له والصلاة والسلام على سيدنا محمد نبيه ورسوله الأمين وعلى سائر الأنبياء والمرسلين .

وبعد ، فأقدم بهذا الوجيز قواعد وأحكام عقدي البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشرعة الإسلامية الغراء والقانون المدني الفرنسي والمصري وغيره من التشريعات العربية ، وقد بحثت فيه أحكام البيع في المنقول وفي العقار وما يتصل بالبيع العقاري من أحكام التوثيق والاشهار . والتزمت في ترتيب البحث المنهج الذي سار عليه المشرع في التقنين المدني الجزائري ، فقسمت موضوع البيع الى قسمين تناولت في أولهما أركان البيع والتزامات البائع والمشتري ، واستعرضت في ثانيهما أنواع البيوع المختلفة التي أفرد لها المشرع أحكاما خاصة ، وألحقت به النصوص التشريعية لعقدي البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري وترجمة المصطلحات الرئيسية باللغة الفرنسية للتيسر على الباحثين في المراجع الأجنبية .

وآمل أن ينفع به أبنائي طلبة الحقوق وزملائي الأفاضل المشتغلين بالقانون في محرابي العلم والعدالة .

وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب .

محمد حسنين

الجزائر في أبريل 1982

البيع من أقدم العقود وأكثرها شيوعاً ، وكان الرومان يسمونه الشراء والبيع emptio - venditio ، وقد تفرع عن المقايضة عند ظهور النقود كمقياس مشترك للقيمة ، فأخذ الناس يفضلون مبادلة شيء بنقد هو الثمن عوضاً عن مبادلته بشيء آخر قد لا يكونون بحاجة إليه في حين أنهم يستطيعون الحصول على ما يحتاجونه من أشياء مختلفة بما يقبضونه من ثمن . وكان البيع في الأصل يتم نقداً أسوة بالمقايضة . وعندما ظهرت الحاجة إلى نقل ملكية المبيع بثمن مؤجل كان لابد من إنشاء عقد يحقق هذا الأثر فيرتب على المتعاقدين التزامات قابلة للتنفيذ في وقت لاحق : هو الالتزام بنقل ملكية المبيع بالنسبة للبائع والالتزام بأداء الثمن بالنسبة للمشتري . (1)

أما البيع في الشريعة الإسلامية فهو مبادلة مال بمال فلا يشترط فيه أن يكون المقابل مبلغاً من النقود وبذلك يتسع ليشمل مبادلة مال بثمن وهو الأكثر تداولاً وهذا هو البيع في القانون الوضعي ، ومبادلة مال بمال وهذه هي المقايضة ، ومبادلة النقود بالنقود وهذا هو الصرف . (2) وشراء مئمن آجل بثمن عاجل وهذا هو عقد السلم . (3)

(1) أنور العمروسي ، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل ، الجزء الثاني ، الاسكندرية 1979 ، بند 11 ص 37 .

(2) أنور العمروسي ، المرجع السابق ، ص 23 .

(3) المعاملات الشرعية المالية ، للأستاذ أحمد إبراهيم ، القاهرة 1936 ، ص 116 و 149 . الوسيط للسهرى ، البيع ، ج 4 مجلد 1 هامش 1 ص 365 .

وعقد البيع هو أول العقود المسماة *contrats nommés* التي تناول
المشرع الجزائري أحكامها بالتفصيل في الباب السابع من التقنين المدني الذي
عنوانه العقود المتعلقة بالملكية ، وقد وردت هذه العقود في القانون المدني
المصري في الباب الأول من الكتاب الثاني المعنون بالعقود المسماة .

ويقصد بالعقود المسماة ، تلك العقود التي عني الشارع ببيان أحكامها
الخاصة نظرا لاستقرار قواعدها ولكثرة تداولها مثل البيع والايجار والتأمين ،
والشركة والمقاولة والعمل والوكالة . فجد أنه لم يترك الأمر في شأنها للقواعد
العامة في نظرية الالتزام بل نظمها تنظيما كاملا خاصا لا يخرج في مجموعه عن
تلك الأصول العامة ، وذلك حتى ييسر على المتعاقدين ويغنيهم عن الدخول
في التفاصيل ولكن ذلك لا يحرم المتعاقدين حق مخالفتها في حدود النظام
العام وحسن الآداب لأنها أحكام مفسرة يؤخذ بها فقط عند مـكـوت
المتعاقدين عن ذكر ما يخالفها .

واذ كان الشارع لا يستطيع أن يحيط علما بكل العقود التي يتراضى
عليها العاقدون تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة فإننا نصادف طائفة كبيرة من
هذه العقود غير المسماة *contrats innommés* التي لم يتناولها الشارع
في تنظيم خاص وإنما ترك الأمر في شأنها للقواعد العامة في نظرية الالتزام
كعقد الشروع والعرض المسرحي وعقد الاعلان وعقد التوريد . وان كنا نجد
بعض النصوص التشريعية المنظمة لهذه العقود في قوانين متفرقة ، كما في قانون
حماية حق المؤلف بالنسبة لعقد النشر لكنها لم تصل بعد الى مرحلة التنظيم
التشريعي الكامل .

والعقود المسماة التي نظمها الشارع في القانون المدني الجزائري
خمس مجموعات هي :

- 1 - العقود التي تقع على الملكية ، وهي البيع والمقايضة والشركة والقرض والصالح ، وقد وردت في المواد من 351 الى 466 مدني جزائري ، وقد أضاف اليها الشارع المصري عقد الهبة .
- 2 - العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء وهي الايجار والعارية ، وقد وردت في المواد من 467 الى 548 مدني جزائري .
- 3 - العقود الواردة على العمل ، وهي المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة وقد وردت في المواد من 549 الى 611 مدني جزائري . ولم يتناول الشارع الجزائري عقد العمل في المجموعة المدنية .
- 4 - عقود الغرر أي العقود الاحتمالية les contrats aléatoires وهي المقامرة والرهان ، ويقتصر تنظيم الشارع لهما على النص على بطلانهما كقاعدة عامة ، اذ نصت المادة 612 مدني جزائري على أنه " يحظر القمار والرهان ، غير أن الأحكام الواردة في الفقرة السابقة لا تطبق على الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري " . وعقود الغرر الأخرى هي المرتب مدى الحياة rente viagère وعقد التأمين assurance وقد نظمها الشارع في المواد من 613 الى 643 مدني جزائري ، والقانون رقم 80 - 7 المؤرخ في 1980/8/9 الذي يتعلق بعقود التأمين .

- 5 - عقود التأمينات الشخصية والعينية les sûretés personnelles & réelles ، وتشمل الكفالة وهي من عقود التأمينات الشخصية . وقد أفرد لها الشارع بابا خاصا من المواد 644 الى 673 ، كما تشمل عقود التأمينات الرهن الرسمي ورهن الحيازة . وقد نص الشارع على أحكامهما في الكتاب الخاص بالحقوق العينية التبعية في المواد من 882 الى 936 ومن 951 الى 981 مدني جزائري .

ما طة اختيار الشارع بعض العقود لينظم قواعد ما بنصوص خاصة ؟

الشارع يختار العقود التي استقرت قواعد ما نتيجة جهد الفقه والقضاء تطبيقا للقواعد العامة فيصوغ تلك القواعد في نصوص تشريعية خاصة ولا يقتصر عمل الشارع في مجال تنظيم العقود المسماة على مجرد تطبيق القواعد العامة، بل انه قد ينشيء قواعد خاصة استثناء من القواعد العامة متى رأى أن من المصلحة ذلك . وبعض هذه القواعد آمرة لا يجوز للعاقدين الاتفاق على ما يخالفها ، مثال ذلك نص المادة 402 مدني جزائري التي تحظر على عمال القضاء والمحامين شراء الحقوق المتنازع عليها اذا كان النضر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها والا كان البيع باطلا وهي تقابل المادة 471 من القانون المدني المصري . ولكن أغلبية القواعد التي يتضمنها التنظيم التشريعي للعقود المسماة قواعد مكملة لارادة العاقدين بحيث يكون لهم الاتفاق على ما يخالفها ولا تكون واجبة التطبيق إلا اذا خلا العقد من النص عليها فتكمل ما لم يرد في العقد .

تحديد الوصف القانوني للعقد محل النزاع

ان تحديد الوصف القانوني la qualification juridique للعقد محل النزاع ضروري لمعرفة القواعد الواجبة التطبيق ، وتسمى هذه العملية بالتكييف القانوني للعقد ، واذا تبين للقاضي أن العقد من العقود المسماة فانه يصفه باسمه ويطبق عليه قواعد الخاصة التي نص عليها الشارع . أما اذا تبين أنه عقد غير مسمى فانه يطبق عليه الأحكام العامة في الالتزامات . وعملية التكييف هذه تستلزم تفسير ارادة العاقدين . واستخلاص ارادة العاقدين مسألة موضوعية question de fait لا يخضع فيها القاضي لرقابة

النقض مادام قد ألتزم القواعد التي نص عليها الشارع في تفسير ارادة
العاقدين (راجع المادتين 111 و 112 من القانون المدني الجزائري ،
وهما تقابلان المادتين 150 و 151 من القانون المدني المصري) ، ومادام
قد استخلص تلك الارادة من وقائع حقيقية مطابقة للثابت في أوراق الدعوى
وتؤدى فعلا الى النتيجة التي استخلصها . أما عملية التكييف القانوني ، وهي
اعطاء الوصف القانوني للوقائع المستخلصة فمن المسائل القانونية التي يخضع
فيها القاضي لرقابة النقض لأنها من صميم تفسير القانون وتطبيقه . (1) ومن
ثم فلا ينتقد فيها القاضي بالوصف الذي أعطاه العاقدان للعقد محل النزاع ،
بل ويتعين عليه أن يصحح هذا الوصف من تلقاء نفسه d'office وليس
على من يدعي بالوصف الصحيح أن يقدم الدليل على ذلك ، فلماذا يصدد
مسألة واقعية يتعين على المدعي تقديم الدليل عليها . وهذا سواء كنا
بصدد تطبيق قواعد قانونية آمرة règles impératives أو مكملّة
règles supplétives . فللقاضي أن يصحح التكييف الخاطيء من تلقاء
نفسه ولو كنا بصدد تطبيق قاعدة قانونية مكملّة ، ذلك أن مسألة التكييف
مسألة قانونية حتى بالنسبة للقواعد المكملّة .

التمييز بين التكييف غير الصحيح والصورية

التكييف غير الصحيح يرجع الى غلط العاقدين في معرفة الطبيعة
القانونية لما إلتفقا عليه ، لكن الصورية la simulation هي أن يعتمد
العاقدان إخفاء حقيقة علاقتهما تحت مظهر كاذب ، فنجد أمامنا تصرفا ظاهرا
يخفي وراءه تصرفا حقيقيا مختلفا عنه له شروط أخرى مستترة ، وهي التي

(1) الوسيط للسنهوري ، ج 1 ص 596 هامش 1 ، أشار الى أحكام محكمة النقض
المصرية في رقابة محكمة النقض للتكييف القانوني للعقد محل النزاع .
والدكتور اسماعيل غانم ، مذكرات في العقود المسماة ، القاهرة 1958 ،
ص 9 وما بعد ما .

اتجهت اليها ارادة العاقدين . تلك هي الصورية وعلى من يدعيها عبء
الاثبات اذ أنه يدعي خلاف الظاهر . كما أن عليه أن يقدم دليلا كتابيا اذا
كان العقد الظاهر ثابتا بالكتابة . وهذا هو الفارق بين مشكلة التكييف
ومشكلة الصورية . فالتكييف مسألة قانونية يتعين على القاضي أن يصححه من
تلقاه نفسه ولا يتطلب دليلا من العاقد الذي يدعيه . أما الصورية فمسألة
موضوعية يتعين على من يدعيها تقديم الدليل عليها والمناسب لها .

التمييز بين التكييف غير الصحيح والتحايل على القانون

الصورية نوع من التحايل على القانون *la fraude à la loi* ، لكن قد
يوجد تحايل على القانون بغير صورية متى كانت شروط العقد ظاهرة غير
مستترة ، كالهبة مع اشتراط أن يبقى الشيء في يد الواهب وأن يتقرر له حق
انتفاع عليه طوال حياته فيقتصر أثر الهبة في هذه الحالة على نقل ملكية الرقبة
للموهوب له طوال حياة الواهب ولا تكتمل له الملكية الا بعد وفاة الواهب .
والتكييف القانوني لهذا التصرف حسب ما يذهب اليه جمهور الفقهاء في مصر
أنه وصية على أساس أن العبرة في تكييف التصرفات القانونية هو بالغرض
العملي المقصود منها ، والغرض العملي الذي قصده العاقدان في المثل
المتقدم هو التملك المضاف الى ما بعد الموت أي الايصاء . غير أن هذا
الرأي — كما يرى بحق الأستاذ اسماعيل غانم — محل نظر ، فالتكييف القانوني
للتصرف يجب أن يقوم على أساس النتيجة القانونية التي ارتضاها الطرفان
أثرا له ولو كانا يقصدان به الى غرض عملي آخر ، فالعبرة اذن في التكييف
القانوني بالنتيجة القانونية التي ارتضاها المتعاقدان في العقد لا بالغرض
العملي الذي يقصدان اليه ، ففي مثال الهبة المتقدم قد ارتضى العاقدان
أن تنتقل ملكية الرقبة حال حياة المتصرف بغير مقابل ، لذلك كان التكييف

الصحيح هو أن التصرف هبة لا وصية . (1) ولكن لا يعني ذلك أن الغرض العملي لا أثر له ، بل إن له أثرا هاما إذا اتضح منه أن المتعاقدين قصدوا التحايل على قاعدة أمرة من قواعد القانون فيجب في هذه الحالة أن يرد عليهم سعيهم . لذلك لا تنفذ تلك الهبة بعد وفاة الواهب فيما زاد على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة . وليس معنى هذا أن التصرف وصية إذ لو كان كذلك لما كان ملزما للمتصرف طوال حياته ولكن له الرجوع فيه بغير قيد ولا شرط لأن الوصية غير ملزمة للموصي .

* * *

(1) الدكتور اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 12 وما بعدها .

الباب الأول

في

خصائص عقد البيع وشروط انعقاده وصحته

الفصل الأول

خصائص عقد البيع

Les Caractères du Contrat de Vente

تعريف البيع

عرّفه الأستاذ اسماعيل غانم بأنه عقد يقصد به طرفاه أن يلتزم أحدهما وهو البائع بأن ينقل ملكية شيء ، أو حقا ماليا آخر في مقابل التزام الطرف الثاني وهو المشتري بثمن نقدي . (1) وعرّفه الأستاذ السدهوري كذلك بأنه عقد ملزم للجانبين إذ هو يلزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء ، أو حقا ماليا آخر ويلزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمنا نقديا . (2) وهذا التعريف يبدو قريبا من تعريف الشارع في المادة 351 مدي جزائري ، التي تقابل المادة 418 مدي مصري ، وهي تنص على أن البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء ، أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي . غير أن الشارع عرّف البيع بآثاره مع أن جوهر العقد هو التراضي على ترتيب هذه الآثار ، وتعريف العقد إنما يكون ببيان عناصره لا آثاره . كما أن الشارع

(1) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 16 .

(2) الوسيط للسدهوري ، ج 4 ، المجلد الأول ، البيع ، ص 21 .

نص على أن البائع يلتزم بأن ينقل للمشتري الملكية أو الحق المالي ، مع أن البيع قد يتضمن اشتراطا لمصلحة الغير فيلتزم البائع بأن ينقل الملكية إلى شخص ثالث يعينه المشتري . ورغم هاتين الملاحظتين فإن تعريف الشارع أورد الخصيصتين الأساسيتين لعقد البيع وهما أولا إلزام البائع بنقل ملكية شيء أو حق مالي ، وثانيا إلزام المشتري بثمن نقدي بالمقابلة . وبلاحظ أن القانون الفرنسي واللبناني قد أغفلا النص على اشتراط الثمن النقدي. (1)

المبحث الأول

الخصيصة الأولى لعقد البيع

اتجاه الارادة الى انشاء التزام بنقل الملكية أو الحق المالي

لا يقتصر البيع على حق الملكية بل يرد كذلك على سائر حقوق الذمة المالية *un droit patrimonial quelconque* العينية والشخصية والذهنية على السواء ، غير أن بعض أحكامه تختلف باختلاف طبيعة الحق المبيع . فيجوز لصاحب حق الانتفاع أن يبيع حقه . وقد يرد البيع كذلك على حق الارتفاق لكنه لا يرد عليه مستقلا عن العقار المرتفق ، وقد يرد البيع على الحقوق الشخصية . صحيح أن نقل الحقوق الشخصية يكون بحالة الحق *la cession de créance* لكن ذلك لا يلغي أن حالة الحق اذا تمت بمقابل ثمن نقدي فانها تكون قد حوت خصائص عقد البيع فتطبق عليها قواعد بالاضافة الى القواعد المنصوص عليها في المواد من 239 الى 250 مدني جزائري التي تحكم حالة الحق سواء كانت بمقابل أو بغير مقابل . (2)

(1) د . أنور سلطان ، عقد البيع ، بيروت 1980 ، ص 113 بند 101 .

(2) مانزو ، دروس في القانون المدني - العقود الرئيسية ، ج 1 ، البيع والمقايضة ، باريس 1979 ، بند 753 ص 9 .

غير أن الصورة الغالبة لعقد البيع هي أنه يرد على الملكية ، ولذلك
فالنا سلفترض أن البيع وارد على الملكية في خلال د راستنا لعقد البيع ، وهذا
يتفق مع اتجاه الشارع ، اذ نص على أحكام البيع في الباب المخصص للعقود
التي ترد على الملكية .

أثر البيع في نقل الملكية

ولو أنه كان من طبيعة عقد البيع في القانون الروماني أن ينقل الملكية
الآ أنه لم يكن يترتب على البيع في القانون المذكور نقل الملكية الآ اذا اتفق
صراحة على ذلك وكان الأصل أن يقتصر التزام البائع على تمكن المشتري من
الحيازة الهادئة للمبيع *la possession paisible de la chose* . أما
نقل الملكية فيطلب اجراء لاحقا مستقلا عن عقد البيع هو الاشهاد (1)
mancipatio أو التسليم *traditio* أو التقادم *usucapio* أو التنازل
القضائي *jure in cessione* .

ولما كان من طبيعة عقد البيع في القانون الروماني أن ينقل الملكية فانه
لم يكن من الجائز اشتراط عدم نقل الملكية الى المشتري اذ أن هذا الشرط
يتنافى مع طبيعة عقد البيع .

وورث القانون الفرنسي القديم حكم القانون الروماني ، فظل البيع
لا ينشئ التزاما بنقل الملكية وظلت الملكية لا تنتقل الا باجراء لاحق هو
التسليم أى قبض المشتري للشيء المبيع . ثم صار يلص في العقد على حصول
التسليم والتسلم *clause de dessaisine-saisine, vest et devest*
ولو أنه لم يتم في الحقيقة الا أنه يعتبر قد تم حكما بادراج هذا النص في العقد
وينتج أثره في نقل الملكية .

(1) الاشهاد هو حضور شهود واحضار ميزان وقيام المشتري بوضع الثمن في كفة
الميزان والتعبير ببعض العبارات الرسمية .
الوسيط للسنهوري ، ج 4 مجلد 1 ، ص 406 بند 229 .

واذ لاحظ واضعو مجموعة نابليون سنة 1804 أن شرط التسليم والتسلم صار من نوع الشروط المألوفة clause de style في عقد البيع فقد نصوا في المادتين 711 و 1188 مدني فرنسي على ما يفيد أن الملكية تنتقل بمجرد العقد solo consensu ، ونصت المادة 1583 منه على أن الملكية تنتقل إلى المشتري منذ اللحظة التي يتم فيها الاتفاق على الشيء والتمن ولو لم يسلم الشيء أو يدفع الثمن .

Art 1583 : " ... la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé".

وهكذا لم يعد البيع في القانون الفرنسي قاصرا على مجرد انشاء التزام يتمكن المشتري من الحيازة الهادئة أو على انشاء التزام ينقل الملكية ولكن أصبح عقد البيع بذاته ناقلا للملكية translatif de droit de propriété فيما عدا بيع الأشياء غير المعينة بالذات فلا تنتقل الملكية إلا بتعيينها ، وبيع الأشياء المستقبلية فلا تنتقل الملكية إلا عند وجودها ، والبيع المعلق فيه انتقال الملكية على شرط واقف والبيع المضاف إلى أجل واقف .

ولذلك نجد ما زو يعرف عقد البيع بأنه العقد الذي ينقل بمقتضاه شخص هو البائع ، حقا إلى شخص آخر هو المشتري الذي يلتزم بأن يدفع له الثمن نقدا .

" La vente est le contrat par lequel une personne, le vendeur, transfère un droit à une autre personne, l'acheteur, qui s'oblige à lui verser un prix en argent. "

والشريعة الإسلامية قررت من أكثر من ثلاثة عشر قرناً أن البيع ناقلاً للملكية بحكم العقد ، بل إن الإمام مالك رضي الله عنه يرى أن للمشتري أن يتصرف في الشيء المباع بمجرد العقد ولو لم يتسلمه ، ففي الفقه اللاتيني العقد ينشئ التزاماً بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الملك ولكن تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد ، بينما في الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد وبذلك يختلف التصوير الفني في الفقه الإسلامي عنه في الفقه اللاتيني . (1)

ويطبق مبدأ انتقال الملكية بمجرد العقد في القانون الفرنسي على بيع المنقول والعقار على السواء . أما في القانون المصري فقد تقرر منذ سنة 1923 أن إجراء التسجيل ضروري لنقل الملكية في البيوع العقارية فيما بين العاقدين أو بالنسبة للغير ، وأكدت هذا الحكم المادة 9 من قانون الشهر العقاري الذي صدر في سنة 1946 وحل محل قانون التسجيل . كذلك الشأن بالنسبة للملكية العقارية في القانون المدني الجزائري ، فقد نصت المادة 793 على أنه " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار إلا إذا روعيتم الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار . " (2)

ومن ثم فالبيع في القانون المدني الجزائري مثله مثل البيع في القانون المدني المصري ليس ناقلاً للملكية بذاته لكنه ينشئ التزاماً بنقل الملكية الأفي حالة بيع المنقول المعين بالذات فإن هذا الالتزام يعتبر منفذاً من تلقاء نفسه بمجرد نشوئه فتنتقل الملكية في هذه الحالة بمجرد العقد .

(1) الوسيط للسنهوري ، ج 4 مجلد 1 ، ص 409 بند 231 .

(2) كذلك نصت المادة 393 من قانون الموجبات اللبناني على أن بيع العقار أو الحقوق العينية المترتبة على عقار لا يكون له مفعول حتى بين العاقدين إلا من تاريخ قيده في السجل العقاري .

التمييز بين البيع وغيره من التصرفات على أساس خصيصته الأولى في أن المقصود به إنشاء التزام بنقل الملكية :

على أساس هذه الخصيصة ، يميز بين البيع وبين العقود التي ترد على الانتفاع بالشيء ، كالايجار والعقود التي ترد على العمل ، كالمقاولة والوكالة ، والعقود التي ترد على الشيء لتخصيصه ضمانا للوفاء ، كالرهن .

أ - البيع والايجار

نبحث التفرقة بين هذين العقدين في الحالتين الآتيتين :

1 - بيع الثمار والحاصلات

أى حالة العقد الذى يتفق فيه المالك على اعطاء الطرف الآخر حق الحصول على ما ينتجه الشيء المملوك له من ثمار أو حاصلات في مقابل مبلغ من النقود . فهل يعتبر العقد بيعا لهذه الثمار والحاصلات أو ايجارا لمنافع الشيء بوصف أنها من منافع الشيء الأصلي ؟

في هذا الصدد نفرق بين الثمار fruits والحاصلات produits ، فالثمار هي ما يتولد عن الشيء في مواعيد دورية دون مساس بجوهر الشيء الأصلي كالعزروعات . أما الحاصلات أو المنتجات فليس لها صفة الدورية ، ويترتب على فصلها اقتطاع من جوهر الشيء الأصلي كأشجار الغابة وأحجار المحجر . واذ كان الايجار يلزم المستأجر بأن يرد الشيء المودع بحالته التي تسلمه بها (المادة 503 مدي جزائري ، وتقابلها المادة 591 مدي مصري) ، فان العقود التي يكون محلها استخراج الحاصلات تعتبر بيعا للثمار الحاصلات لأن اقتطاعها ينقص من أصل الشيء . أما العقود التي يكون محلها الثمار فقد تكون بيعا أو ايجار حسبما يرجحه القاضي ، فاذا كان المقابل النقدي مستحقا بصفة دورية في فترات زمنية محددة ولم تكن نفقات الزراعة على

صاحب الأرض كان العقد ايجارا واذا كان المقابل النقدي مبلغا اجماليا أو كان العقد واردا على بعض ثمار الشيء الأصلي كان العقد بيعا .

2 - البيع الايجارى Location - Vente

هو العقد الذى يريد فيه العاقدان الايجار والبيع معا ، فهو ايجار الى أن يتم الوفاء بالثمن كاملا وبيع حين يتم الوفاء ، وفي هذا العقد يتفق الطرفان على أن يسلم أحدهما للآخر منقولا معينا في مقابل مبلغ دورى متجدد على أن يعتبر هذا المبلغ أجرة عن الانتفاع بالشيء حتى اذا أتم الطرف الآخر الوفاء بها جميعا في نهاية المدة المحددة انتقلت اليه ملكية الشيء محل العقد واذا تخلف عن دفع أى مبلغ منها عند حلول ميعاد استحقاقه فيجب عليه أن يرد الشيء ويعتبر ما دفع أجرة في مقابل الانتفاع به طوال المدة التي بقى فيها تحت يده . والغرض من ذلك هو ضمان عدم التصرف في الشيء قبل الوفاء بكافة الأقساط باعتبار أن الايجار من عقود الأمانة ويعرضه لتوقيع عقوبة خيانة الأمانة *abus de confiance* ان هو تصرف في الشيء قبل الوفاء بكامل الثمن .

ولكن يلاحظ أنه من غير المنطقي أن يوصف عقد واحد في نفس الوقت بأنه بيع وايجار معا ، لأن طبيعة كل من هذين العقدین تختلف عن الأخرى ، واذا اعتبرناه بيعا بالتقسيط *vente à tempérament* معلقا على شرط واقف هو الوفاء بكافة الأقساط فأين هي الأجرة في عقد الايجار ؟ واذا اعتبرناه ايجارا معلقا على شرط فاسخ هو الوفاء بالأجرة فأين هو الثمن في عقد البيع ؟ اذن لا مناص من اعطائه أحد الوصفين فقط ، لذلك نص المشرع الجزائى على اعتبار العقد في هذه الحالة بيعا معلقا على شرط واقف وجعل انتقال الملكية معلقا على دفع الأقساط ، فوجد المادة 363 بعد أن بينت في فقراتها الثلاثة الأولى

حكم البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية نصت في فقرتها الرابعة على أنه " تسرى أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى ولو أعطى المتعاقدان للبيع صفة الايجار " فالبيع الايجارى اذن بيع فحسب . ووجد نفس هذا الحكم في المادة 430 من القانون المدني المصرى والقوانين العربية التي حذت حذوه . وبذلك حسم المشرع الجزائرى والمصرى الخلاف الذى كان سائدا من قبل بسبب عدم وجود نص خاص بهذا العقد في القانون الفرنسى وتضارب القضاء والفقهاء في فرنسا بصدده .

وبلاحظ الفارق بين البيع الايجارى الذى هو عقد واحد والذى اعتبره المشرع بيعا فحسب - كما سلف البيان - وبين الايجار المقترن بالوعد بالبيع من جانب الموجر ، فالاتفاق في هذه الحالة الأخيرة يتضمن عقدين كل منهما مستقل عن الآخر هما عقد الايجار والوعد بالبيع .

ب - البيع والمقاولة

المقاولة *contrat d'entreprise* عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأنه يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر (المادة 549 مدني جزائرى ، وتقابل المادة 646 مدني مصرى) . ولا صعوبة في التفرقة بين البيع والمقاولة اذا اقتصر عمل المقاول على تقديم عمله وقام رب العمل بتقديم المادة التي يستخدمها المقاول ، اما تدق التفرقة بين البيع والمقاولة اذا التزم المقاول بتقديم العمل والمادة معا كصانع الأثاث أو الخياط . ويرى أوبرى ورو أنه عقد مخطط ، غير أن الرأى السائد في الفقه والقضاء الفرنسى هو اعطاء العقد وصفا واحدا فهو إما بيع وإما مقاولة حسب قيمة المادة التي قدمها المقاول ، فاذا قدم صانع الأثاث الأخشاب والأقمشة

اللازمة فالعقد يعد بيعاً لأشياء مستقبلية ، كذلك إذا قَدِّم الخياط القماش
اللازم فالعقد يعد بيعاً لأشياء مستقبلية . أما إذا قَدِّم رب العمل القماش
للخياط وقَدِّم الخياط الخيوط والأزهار أى قَدِّم أشياء ثانوية فالعقد يعد مقاوله .
وتظهر أهمية التفرقة في تطبيق أحكام عقد البيع أو عقد المقاوله على الاتفاق
المطروح ، كما في حالة المسؤولية عن العيب .

وتقضي المحاكم الفرنسية بأن العقد الذى يتعهد فيه المقاول باقامة
بناء على أرض سلمت اليه لهذا الغرض يعتبر عقد مقاوله لا عقد بيع ، وان
استحضر المقاول أدوات البناء لأنها ذات أهمية ثانوية بالنسبة للأرض ، أما
إذا قَدِّم المقاول الأرض كذلك فان العقد يعتبر بيعاً لعقار في حالته
المستقبلية . (1)

ويسمى عقد المقاوله في الفقه الاسلامي بعقد الاستصناع ، وعرفته المادة
556 من مرشد الحيران بأن " الاستصناع هو طلب عمل شيء خاص على وجه
مخصوص مادته من الصانع " . وهو يلحق بعقد اجارة ابتداءً ويصير بيعاً انتهاءً ،
وهذا الرأي شبيه برأى الفقيهين أوبرى ورو .

ج - البيع والوكالة

الوكالة le mandat أو الالاباة هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً
آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه (المادة 571 مدني جزائري ،
تقابل المادة 699 مدني مصري) ، وهذه هي الوكالة النيابية .
وقد يتعهد الوكيل بأن يقوم بالعمل القانوني باسمه هو لحساب الموكل
على أن يقوم بعد ذلك بنقل ما اكتسب من حقوق الى الموكل الذى أبرم العمل
(1) لقن فرنسي 1911/10/18 و 1939/3/14 ، أشار اليهما د . أنور
سلطان ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 30 بند 21 .

القانوني لحسابه ، وهذه هي الوكالة غير اليازية ، اذ أن من شروط اليازية أن يعقد النائب العقد باسم الأصيل (المادتان 73 و 74 من القانون المدني الجزائري ، وتقابلان المادتين 105 و 106 من القانون المدني المصري) .
وبجد لدينا في الحالتين عقد وكالة لا لبس فيه .

ولكن يثور البحث اذا لم يكن قصد العاقلين واضحا ، كأن يسلم تاجر الجملة البضاعة الى تاجر التجزئة ليبيعها الى عملائه بثمن محدد ويحاسب تاجر الجملة بعد ذلك في مقابل عمولة معينة ، فنكون ازاء وكالة بالعمولة ، وكان يعرف هذا العقد في القانون الروماني باسم عقد المحاسبة أو التقدير aestimatum . وقد يتفق الطرفان على بيع السلعة ونقل ملكيتها الى تاجر التجزئة الذي يكون له الحق في أن يتصرف فيها بعد ذلك لحسابه هو بأى ثمن ، فنكون ازاء عقد بيع . ولهذا البحث أهمية خاصة من الناحية الجنائية ، فالوكالة عقد من عقود الأمانة ويعاقب الوكيل المبدد بعقوبة خيانة الأمانة وليس كذلك عقد البيع .

د - البيع والرهن

عقد الرهن تأمين عيني لضمان حق الدائن بتخصيص الشيء المرهون للوفاء بحقه (المادة 882 مدني جزائري في الرهن الرسمي l'hypothèque والمادة 948 في الرهن الحيازي le nantissement ، وتقابلان المادتين 1030 و 1096 من القانون المدني المصري) .

ولا يختلط الرهن بالبيع العادي ، غير أنه قد يشق في البيع أن يكون للبائع في خلال مدة معينة حق استرداد retrait conventionnel العين المباعة في مقابل رد الثمن الذي دفعه المشتري مضافا اليه المصروفات (مصروفات عقد البيع والمصروفات التي أنفقها المشتري على المبيع أثناء وجوده)

في حياته) ويسمى هذا العقد ببيع الوفاء أو البيع الوفاي *vente à reméré* وفي البيع الوفاي تنتقل الملكية إلى المشتري معلّقة على شرط فاسخ هو استعمال البائع لحقه في الاسترداد ورد الثمن والنفقات في خلال المدة المعينة المتفق عليها فإذا استعمل البائع حقه في الاسترداد اعتبر البيع كأن لم يكن وأن المبيع لم يخرج أبداً من ملك البائع ولم يدخل أبداً في ملك المشتري وإذا لم يستعمل البائع حقه في الاسترداد سقط خياره وتأيد البيع نهائياً وتأيدت الملكية للمشتري في مقابل الثمن الذي دفعه (1).

وقد نظم القانون الفرنسي في المواد من 1659 إلى 1673 وكذلك نظمه قانون الموجبات اللبناني في المواد 473 وما بعدها واعتبراه صحيحاً إنما قصرنا مدة التعليق التي يستتبع فيها البائع أن يستعمل حقه في الاسترداد *la faculté de reméré* على مدة معينة هي خمس سنوات في القانون الفرنسي وثلاث سنوات في القانون اللبناني فلا يجوز للأقدين الاتفاق على إطالتها كما لا يجوز للمقاضي أن يحكم بإطالتها وهي فترة سقوط لا تقبل الوقف ولا الانقطاع.

أما الرهن ففيه يحتفظ الرهن بملكية الشيء المرهون ، ويقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن حق تملك الشيء المرهون عند عدم استيفاء حقه وقت حلول أجل الاستحقاق أو أن يبيعه دون اتباع الإجراءات التي فرضها القانون (المادتان 903 و 960 مدني جزائري ، وتقابلان المادتين 1052 و 1108 مدني مصري).

وقد يلجأ المتعاقدان إلى بيع الوفاء تحايلاً على تلك النصوص ، لذلك نصّ المشرع الجزائري في المادة 396 وكذلك فعل المشرع المصري في المادة 465 مدني على أن يكون البيع باطلاً إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد

(1) د . أنور سلطان ، عقد البيع ، المرجع السابق ، بند 286 ص 308.

الشيء المبيع في أجل معين . وهذا نص عام يحرم بيع الوفاء في كافة صورته سواء كان محل العقد عقارا أو منقولا وسواء كان البيع حقيقيا أو صوريا ودون حاجة لأن يثبت أنه قصد به التحايل على القانون لا خفاء الرهن باعتبار أن من يعمد الى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع بل يحصل عادة على ما يحتاج اليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة ويعتمد غالبا على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد لكنه قل أن يحسن التقدير فإذا أخلف المستقبل ظله وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ضاع عليه المبيع دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته وتحمل غبنا يدعي أن يدراه القانون . (1) يضاف الى هذا أن بيع الوفاء قد يستعمل لستر الاقتران بالربا ويتمثل هذا الربا في الفرق بين الثمن المرتفع المذكور في العقد والثمن البخس المدفوع فعلا ، فضلا عن خطورة بيع الوفاء بالنسبة للخير الذي قد يتعاقد مع المشتري فيصبح بعد أن يستعمل البائع حق الاسترداد وقد تعاقد مع غير مالك .

أما التقنين المدني العراقي فقد جعل بيع الوفاء رهنا حيازيا (المادة 1333 مدني) وجرى في ذلك على تقاليد الفقه الاسلامي . (2)

هـ - البيع والوديعة

من اليسر عادة التفرقة بين الوديعة le dépôt والبيع ، لأن الوديعة كما تقول المادة 590 مدني جزائري ، وتقابل المادة 718 مدني مصري :

" الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا الى المودع لديه على أن يحافظ

(1) د . اسماعيل غالم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 37 وما بعد ها . ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 4 ص 178 - 179 .

(2) الوسيط للسبوري ، ج 4 مجلد 1 هامش ص 145 .

عليه لمدة وعلى أن يردّه عينا " . غير أنه قد تصعب التفرقة بين العقدين في بعض الحالات ، مثال ذلك ما يحدث في تجارة المجوهرات عند ما يسلم تاجر الجملة بعض المجوهرات الى تاجر التجزئة لعرضها وبيعها فان العقد كما قضت محكمة النقض الفرنسية يعتبر عقد بيع لأن الوديعة تستلزم رد الشيء عينا ولذا فاحتمال رد الثمن أو رد الشيء يجعل من العملية بيعا معلقا على شرط . (1)

و — البيع والوفاء بمقابل

يلتبس البيع بالوفاء بمقابل . la dation en paiement . في حالة نقل ملكية شيء أعطي في مقابل الدين . وقد استقر القضاء على تطبيق أحكام البيع على الوفاء بمقابل في هذه الحالة ، كما نص على ذلك أيضا المشرع في المادة 286 مدي جزائري بقوله " تسرى أحكام البيع وخصوصا ما يتعلق منها بأهلية الطرفين وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية على الوفاء بمقابل فيما اذا كان ينقل ملكية شيء أعطي في مقابلة الدين . وبمضى عليه من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما يتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات . "

ومع ذلك يختلف البيع عن الوفاء بمقابل من حيث أن البيع عقد قائم بذاته على حين أن الوفاء بمقابل يفترض وجود التزام سابق ، ولذا تكون صحة الوفاء بمقابل مرتبطة بوجود هذا الالتزام . (2)

(1) نقض فرنسي 1860/6/22 ، أشار اليه د . أنور سلطان ، عقد البيع ، المرجع السابق ، بند 22 ص 30 .

(2) د . أنور سلطان ، عقد البيع ، المرجع السابق ، بند 24 ص 31 .

قد ترد الهبة مستورة في صورة بيع ، وفي هذه الحالة يكون العقد الظاهر هو البيع وهو ما لم يقصده الطرفان . أما العقد المستتر وهو المقصود من الطرفين فهو الهبة . وتسرى على هذا التصرف أحكام الصورية سواء بالنسبة للعاقدين أو بالنسبة للغير .

ولكي تصح الهبة المستورة يلزم أن تتوافر شروط الهبة ذاتها من حيث الوجود والصحة ماعدا شرط الشكل ، فلا يشترط أن تتم الهبة في الشكل الذي يستلزمه القانون ، كما يلزم فضلا عن ذلك أن تتوافر شروط العقد الساتر لها ، وهو البيع ماعدا السبب إذ العبرة في الهبة المستورة بسبب الهبة ذاتها كما يلزم أن يكون للعقد الظاهر مظهر البيع فعلا بحيث لا يكشف عن العقد المستتر ولهذا يجب ذكر الثمن . فاذا ذكر الثمن ثم ذكر في الوقت ذاته أن البائع قد وهبه للمشتري فلا يكون للعقد مظهر البيع لأنه قد كشف عن العقد المستتر وتكون الهبة مكشوفة وتسرى عليها أحكام الهبة من حيث الشكل والموضوع معا . وهذا بخلاف ما اذا ذكر أن البائع (أى الواهب) قد قبض الثمن فيأخذ العقد مظهر البيع ومتى كان عقد البيع الساتر كامل المظهر فلا يلزم في الهبة المستورة الا توافر شروطها الموضوعية دون استلزام الشكل الذى قد يلص عليه القانون . (1)



(1) د . توفيق حسن فرج ، عقد البيع ، الاسكندرية سنة 1979 ، بلد 29

المبحث الثالثي
الخصيصة الثانية لعقد البيع
المقابل النقدي

أي اتجاه ارادة الطرفين الى أن يكون نقل الحق في مقابل ثمن نقدي يلتزم به المشتري . فالبيع من عقود المعاوضة لا بد فيه من مقابل وبذلك يختلف عن الهبة ، ويجب أن يكون هذا المقابل مبلغا من النقود *une somme d'argent* ويسمى الثمن *le prix* وبذلك يختلف عن المقايضة ، كذلك يجب أن يكون الثمن جديا *sérieux, réel* لا صوريا ولا تافها ولا بخسا . (1)

جديّة الثمن

La Réalité du Prix

أ - الثمن الصوري *Simulé , Fictif*

في القانون الفرنسي اذا ثبت أن الثمن المحدد في العقد هو في الحقيقة صوري فليس العقد بيعا بل هو هبة صحيحة وتطبق عليه أحكام الهبة الموضوعية . وكذلك في القانون المصري ، تنعقد هبة صحيحة ولو لم تكن بورقة رسمية اذا كانت مستترة في عقد بيع اذ تقضي المادة 1/488 من القانون المدني المصري بأن تكون الهبة بورقة رسمية *acte authentique* والا وقعت باطلّة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر أي أن تكون هبة مستترة *donation déguisée* وتتبع في اثبات صورية الثمن القواعد العامة ، فاذا كان الثمن مكتوبا فتثبت الصورية فيما بين العاقدين بالكتابة أو ما يسمى بورقة الضد *la contre lettre*

(1) مازو ، دروس في القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 134 بند 871 وما بعدهما .

الا اذا كان ثمة مانع من الحصول على دليل كتابي أو فقد الدليل الكتابي بسبب أجدي أو كان ثمة مبدأ ثبوت بالكتابة فيكمل بالقرائن أو بالبينة أو في حالة التحايل على القانون . بيد أن للغير les tiers اثبات الصورية بكافة طرق الاثبات ولهم طبقا لمصلحتهم إما التمسك بالعقد الظاهر وإما بالعقد الحقيقي عملا بالقواعد العامة في الصورية .

ب - الثن التافه والبخس

الثن التافه dérisoire هو الذي لا يتناسب بتاتا مع قيمة المبيع كبيع سيارة جديدة بمبلغ مائة دينار ، والثن البخس vil هو الذي يقل كثيرا عن قيمة المبيع . والثن التافه كالثن المعدوم لا يتحقق به المبيع ويكون العقد باطلا بطلانا مطلقا كبيع وقد يتحول الى هبة ، وبما أنها هبة غير مستترة ولم تكن بورقة رسمية فهي باطلة في القانون المدني المصري والفرنسي مادام لم يتحقق ركن الرسمية ، وتصح كهبة في القانون الجزائري لأن الهبة في القانون الجزائري تحكمها الشريعة الاسلامية وهي لا تشترط الرسمية .

أما الثن البخس فلا ينفى عن العقد أنه بيع ، لأن القانون لا يشترط كقاعدة عامة أن يتعادل الثمن مع المبيع إلا اذا بلغ حد الغبن prix lésionnaire فتطبق أحكام الغبن .

التمييز بين البيع وغيره من التصرفات

على أساس الخصيصة الثانية

أ - البيع والهبة

تعرف الهبة في الفقه الاسلامي بأنها تملك المال في الحال مجانا ويخرج بهذه القيود تملك المنفعة مطلقا والتملك بعوض والوصية . وركن

الهيئة الايجاب من الواهب والقبول من الموهوب له ، لكن لا ينتقل ملك الشيء الموهوب الى الموهوب له الا اذا قبضه قبضا مستوفيا لجميع الشروط. (1)

ولم ينظم القانون المدني الجزائى عقد الهبة ، ولكن القانون المدني المصرى عرف الهبة في المادة 486 اذ نص على أنها " عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض وأنه يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نيته التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين . " ونية التبرع هي المميز الاساسي للهبة .

والهبة التي يفرض فيها الواهب على الموهوب له القيام بالتزام معين تسمى هبة بعوض ، فاذا كان العوض مساويا في القيمة للمال الموهوب فهذا عقد بيع لا لتفاد نية التبرع *l'intention libérale* . واذا كان العوض أقل من المال الموهوب في القيمة فهذا عقد هبة بعوض لأنه ليس في اشتراط عوض يقل عن قيمة المال الموهوب ما ينفي نية التبرع .

وفي حالة الثمن البخس ، العقد بيع لا هبة ، الا اذا ثبت وجود نية التبرع ، فالعقد هبة جزئية فيما زاد من قيمة المبيع على الثمن .

ب - البيع والمقايضة

تنص المادة 413 من القانون المدني الجزائى على أن المقايضة *l'échange* عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل الى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود وهي تقابل المادة 482 مدني مصرى . والفرق الجوهرى بين البيع والمقايضة ينحصر في طبيعة المقابل فهو في البيع ثمن نقدي ، وهو في المقايضة مال ليس من النقود . واذا كان بعض المقابل

(1) المعاملات المالية الشرعية للأستاذ أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 258 .

نقوداً والبعض الآخر مالا ليس من النقود فإن العقد قد يكون بيعاً وقد يكون مقايضة بمعدل على حسب العصر الغالب . ونصت المادة 414 على أنه إذا كانت الأشياء المتقايض فيها مختلفة القيم في تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود ، وهي تقابل المادة 483 مدني مصرى . ويسمى هذا الفرق بالمعدل *une soulte en argent* .

وفيما عدا المقابل النقدي الذي يتميز به البيع فإن العقد بين متعاضلن ولذلك لم يضع المشرع أحكاماً مفصلة مكتفياً بالنص في المادة 415 على أنه تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذي أعطاه ومشترياً للشيء الذي تلقاه ، وهي تقابل المادة 485 مدني مصرى . وعلى ذلك تنطبق كافة أحكام البيع فيما عدا ما كان منها متعلقاً بالثمن وشروطه .

كذلك فإن أحكام الخبن التي نص عليها الشارع في بيع العقار لا تنطبق على المقايضة . .

ونظراً لأن كلا من المتقايضين يعتبر بائعاً ومشترياً فإن مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات يتحملها المتقايضان مناصفة ما لم يوجد اتفاق بخير ذلك (المادة 484 مدني مصرى ، وليس لها مقابل في القانون المدني الجزائري) .

جـ - البيع والوصية

البيع عقد يتم بين الأحياء في مقابل ثمن نقدي ، أما الوصية فإنها تصرف بالارادة المنفردة مضاف إلى ما بعد الموت يتم دون مقابل أي أنها من أعمال التبرع .

وفي الوصية تظل للموصي مزايا الملكية ما دام حياً . وكثيراً ما يلجأ الأفراد إلى وصف وصاياهم بأنها بيعوع لتفادي ما يقضي به القانون من منع

الشخص من التصرف في أمواله عن طريق الوصية إلا في حدود معينة فيسترون الوصية في صورة بيع ، أزاء ذلك يجب الاعتداد بما يثبت من الناحية الواقعية وليس بما يصفونه من أوصاف على تصرفاتهم . ويتحقق القضاء من أن التصرف وصية وليس بيعا من الظروف الملائمة فإن ثبت أنه لم يترتب على التصرف نقل الملكية في الحال وأن الشيء ظل تحت يد المتصرف ينتفع به طوال حياته ، أو أنه نص على منع المتصرف إليه من التصرف في الشيء الموصى به مادام المتصرف حيا . ومتى ثبت من الناحية الأخرى أن التصرف قد تم بدون مقابل حتى ولو كان هناك نص في التصرف ذاته يقول بأن الثمن قد دفع فإلنا نكون بصدد وصية ولا سيما إذا تم التصرف لأحد الورثة . وقد وضع المشرع الجزائى في هذا الشأن قرينة على وجود نية الإيضاء ، فنص في المادة 777 مدني (وهي تقابل المادة 917 مدني مصري) على أنه " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حمالة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدى حياته ما لم يكن هناك دليل محالف ذلك . " (1)

* * *

(1) د . توفيق حسن فرج ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 55 بند 31 .

الفصل الثاني

في انعقاد البيع وشروط صحته

تمهيد

للعقد طبقا للقواعد العامة ثلاثة أركان هي الرضا والمحل والسبب وإذا اعدم أحدها لا ينعقد العقد ويكون باطلا بطلانا مطلقا . ويعتبر الشكل ركنا في العقود الشكلية وجزءا تخلفه البطلان المطلق . وجعل القاسم شروطا للرضا والمحل والسبب بحيث إذا لم تتوافر تلك الشروط اختل الركن ولا ينعقد العقد مع وجود هذا الاختلال .

ولركن الرضا حكم خاص إذ يجب توافر شرطين لوجوده وهما : (1) توافر التمييز لدى العاقدين ، (2) وتقابل الإيجاب والقبول مع تطابقهما ، وشرطين لصحته وهما : (1) استكمال كل من العاقدين لأهلية الأداء ، وهي 19 سنة كاملة ولم يحجر عليه لعارض من عوارض الأهلية ، (2) وخلو إرادة كل منهما من عيوب الرضا وهي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال .

وإذا لم يتوافر أحد الشرطين الأول والثاني فلا ينعقد العقد ويكون باطلا بطلانا مطلقا . أما إذا لم يتوافر أحد الشرطين الآخرين فإن العقد يكون باطلا بطلانا نسبيا أو قابلا للإبطال بالنسبة للعاقد ناقص الأهلية أو من شاب رضاه عيب من العيوب السالف ذكرها حماية لهذا العاقد وحده . والبطلان النسبي يحكم به القاضي بناء على طلب العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته ولهذا العاقد أن يتنازل عن طلب البطلان ويجوز العقد . وطالما أنه لم يحكم بإبطال العقد الباطل بطلانا نسبيا فالعقد قائم وممتنع لأثاره .

تلك هي القواعد العامة التي نعرفها في النظرية العامة للالتزام ، وتطبق جميعها على عقد البيع ، فضلا عن توافر الأهلية فانه يلزم أن يكون البائع أهلا للتصرف في المبيع أو للتنازل عن الحق الذي يعقد عليه البيع ولا يوجد في هذا الصدد جديد يضاف للقواعد العامة ، وكنتفي بالاحالة اليها مع ملاحظة أن البيع يعتبر من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر . (1)

غير أن ثمة قواعد خاصة بعقد البيع بالاضافة الى تلك القواعد العامة لكي تكتمل لعقد البيع أسباب صحته وستكون هذه القواعد الخاصة محـللـ د راستنا مع أركان عقد البيع .

المبحث الأول

صور خاصة للتراضي في عقد البيع

البيع عقد رضائي *consensuel* في القانون المصري والفرنسي يستم بمجرد التراضي دون حاجة الى اتباع شكلية ما سواه كان محله منقولا أو عقارا . أما في القانون الجزائري فهو أيضا عقد رضائي اذا كان محله منقولا ، ولكنه عقد شكلي *solennel* اذا كان محله عقارا استنادا الى ما يأتي :

أولا : المادة 12 من قانون التوثيق الصادر بالأمر رقم 70 — 91 والمعمول به ابتداء من أول يناير سنة 1971 والتي تنص على أن العقود التي تتضمن نقل العقار أو الحقوق العقارية يجب أن تحرر في شكل رسمي مع دفع الثمن الى الموثق والا وقعت تحت طائلة البطلان . والبطلان هنا بطلان مطلق لتخلف أحد أركان العقد وهو الشكل .

(1) د . توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص 73
فقرة 47 .

ثانيا : المادة 14 من قانون السجل العقارى الصادر بالأمر رقم 75 - 74 المعمول به ابتداءً من 5 يوليو سنة 1975 والتي تقضي بوجوب الإشارة الى جميع العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة للملكية وكذلك العقود والقرارات القضائية اللاحقة للأجراء الأول الذى كان موضوع تأسيس مجموعة البطاقات العقارية ومحاضر مصلحة المساحة وكل التعديلات الخاصة بوضعية العقار القانونية وذلك من أجل اشاء مجموعة البطاقات العقارية .

ثالثا : المادة 61 من المرسوم رقم 76 - 63 المؤرخ 25/3/1976 الخاص بتأسيس السجل العقارى، ونصها " كل عقد يكون موضوع اشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي " .

ويقال كذلك في مجال تأكيد شكلية عقد البيع العقارى في التشريع الجزائرى أن المادتين 15 و 16 من قانون السجل العقارى السالف ذكره تقضيان بأن العقود المتعلقة بحق الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأخرى لا وجود لها بالنسبة للغير ولا أثر لها حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية . غير أن المقصود بعبارة لا أثر لها فيما بين الطرفين هو الأثر العيني أى نقل الملكية أو الحق العيني . فعقد البيع العقارى يجب أن يكون موثقا حتى يستوفي أركان العقادة واذ ذاك ينتج آثاره من التزامات على الطرفين ماعدا أثره العيني وهو نقل الملكية فلا ينتج الا الاشهار ومن يوم حصول هذا الاشهار فمهمة التسجيل في نظام الشهر العيني هي نقل الحق العيني . (1)

(1) الوسيط للسنهورى ، ج 4 ، مجلد 1 ص 438 .

ف عقد بيع العقار في التشريع الجزائري عقد شكلي أو رسمي أو عقد موثق acte notarié يلزم لصحته تدخل موثق العقود le notaire والّا كان باطلا بطلانا مطلقا . وقد تقررت رسمية بيع العقار لصالح البائع والمشتري معا فهي لصالح البائع حتى يحاط علما بأثار البيع ويدرك أهمية تصرفه ، وهي أيضا لصالح المشتري حتى يتثبت من أصل ملكية البائع ومن أهليته للتصرف .

كما أن الرسمية تضح بين يدي البائع والمشتري سنداً قابلاً للتنفيذ ولا جراه الشهر بموجبه دون حاجة الى حكم لتنفيذه .

ولما كانت الرسمية قد تقررت لصالح الطرفين فان رضا البائع والمشتري يجب أن يكون في محدد رسمي واذا لم يستطع أحدهما الحضور أمام موثق العقود فان التوكيل الذي يعطيه لوكيله يجب أن يكون موثقاً كذلك . ولما كان البيع من أعمال التصرف فانه لا تكفي الوكالة العامة لاجرائه بطريق النيابة بل يجب أن يكون الوكيل موكلاً باجرائه وكالة خاصة .

وبجدشبيه هذا الحكم في القانون العراقي ، فتص المادة 508 مدني عراقي على أن بيع العقار لا يعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة فأصبح البيع عقدا شكليا لا يتم الا بالتسجيل . أما التعهد السابق على البيع فهو عقد غير مسمى ولكنه عقد ملزم اذا أخل به المدين التزم بالتعويض على أساس هذا التعهد الملزم .

وفي القانون المدني السوري نجد أن بيع العقار غير المسجل يئشي التزاما بنقل الملكية يجوز تنفيذه عنها ولا يكتفى بالتعويض .

وفي القانونين الألماني والسويسري وكلاهما أخذ أيضا بنظام السجل

العيني ولكنهما جعللا التعهد السابق على عقد البيع ملزما بنقل الملكية
عينا . (1)

وندرس فيما يلي بعض صور التراضي في عقد البيع وهي الوعد بالبيع
والشراء ، ثم البيوع الموصوفة الأخرى وهي البيع بالعربون والبيع مع الاحتفاظ
بحق العدول والبيع بشرط التجربة والبيع بالعينة .

المطلب الأول

الوعد بالبيع والشراء

Promesse de Vendre & d'Acheter

نصّ المشرع على أحكام الوعد بالعقد بصفة عامة في المادتين 71 و 72
من القانون المدني الجزائري (وتقابلان المادتين 101 و 102 من القانون
المدني المصري) وتنطبق هذه القواعد بخير خلافاً على عقد البيع ، فلا يعد عقد
الوعد الا اذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للبيع المراد ابرامه بأن يكون الشيء
الموعود ببيعه معيناً أو قابلاً للتعين وأن يحدد الثمن أو يتفق على أساس
تحديد ، وأن يتضمن الوعد تحديداً للمدة التي يراد ابرام البيع فيها والتي
يتعين على الموعود له أن يبدي رغبته في خلالها . ولا يعد عقد البيع الا عند
إبداء الموعود له رغبته في ابرامه وليس لإظهار الرغبة أثر رجعي اذ لسنا
بمحدد بيع معلق على شرط واقف وإنما الوعد بالبيع عقد مستقل سابق
على البيع avant contrat .

وهجب أن تتوافر في البائع أهلية البيع ان كان قد وعد بالبيع أو أهلية
الشراء ان كان قد وعد بالشراء ، وذلك وقت انعقاد الوعد . واذا أبدى

(1) الوسيط للسنهوري ، ج 4 مجلد 1 هامش صفحتي 438 و 439 .

الموعد له رغبته انعقد البيع دون حاجة الى تعبير جديد عن الارادة من جانب الواعد .

وقد يكون الوعد من جانب واحد كالوعد بالبيع فقط * promesse unilatérale de vente أو الوعد بالشراء فقط promesse unilatérale d'achat ، فيلتزم به طرف واحد وهذا يكون الوعد عقدا ملزما لجانب واحد .

عقد البيع الابتدائي

كذلك قد يكون الوعد عقدا ملزما للجانبين يلتزم فيه كل من الطرفين بإبرام البيع والشراء فكل منهما واعد وموعد له ويطلق على هذا الاتفاق لفظ العقد الابتدائي أو البيع الابتدائي وحقيقته أنه وعد بالبيع والشراء .
. promesse synallagmatique de vente et d'achat

وجرت العمل في مصر على أن لفظ البيع الابتدائي قد يطلق أيضا على عقد تم انعقاده فعلا ببيع عقار وبقي اتخاذ اجراءات الشهر ، وهذا في الحقيقة بيع نهائي يرتب كافة التزاماته ، وان توقف أثره العيني على اجراء الشهر طبقا للقانون المصري .

حكم الوعد بالبيع

ويتضمن الوعد بالبيع التزاما على الواعد بالامتناع عن التصرف في الشيء طوال فترة المهلة التي يحق للموعد له ابداء رغبته فيها فاذا تصرف في الشيء في تلك الفترة كان مسؤولا عن تعويض الموعد له عما أصابه من ضرر .
لكن هل يستطيع الموعد له أن يطالب ببطالان تصرف الواعد للغير ؟
سار القضاء الفرنسي على أن له أن يطالب ببطالان التصرف للغير اذا كان هذا الغير سيء النية ، أي كان يعلم بأن الشيء موعد ببيعه على أساس

أن التصرف يندطوى على غش . ولكن هذا التحليل غير سديد فالغش إنما يكون سببا للبطلان فيما بين العاقدين .

كذلك قيل بأن للموعد له أن يطالب بالبطلان على أساس آخر هو الدعوى البولصية فيرفعها بوصفه دائئا للموعد له طالبا عدم نفاذ تصرفه في حقه متى كان تصرفه بسوء نية وكان الخمرسي * الدية أيضا أى كان كل منهما يعلم بأن هذا التصرف سوف يترتب عليه اعسار المتصرف أو زيادة إعساره . ولما كانت الدعوى البولصية مشروطة باعسار المدين اذ هي سبيل للطعن في التصرفات التي تسبب اعسار المدين أى تسبب زيادة ديونه على حقوقه فانه لا يصح الالتجاء اليها الا في حالة ما اذا كان التصرف يترتب عليه اعسار المتصرف أو زيادة إعساره .

اذن فانه لا يكفي مجرد الوعد بالبيع لحماية الموعد له من تصرفات الواعد في أثناء مدة الوعد في جميع الأحوال ، لذلك يرى البعض أن السبيل الى كفالة هذه الحماية هو أن يتضمن الوعد شرطا بمنع الواعد من التصرف اذ أن مقتضى شرط المنع من التصرف أن يكون لمن تقرر الشرط المانع لمصلحته حق غلب ابطال ما يجريه المالك من تصرفات على خلاف هذا الشرط . (1)

الوعد بالتفضيل Pacte de Préférence

هو صورة خاصة من صور الوعد بالبيع وفيه يتعهد الواعد بتفضيل الموعد له على غيره اذا ما عرض الشيء للبيع في خلال مدة معينة وهذا وعد معلق على شرط واقف هو أن يعرض الواعد الشيء للبيع . وتقرير عرض الشيء

(1) الدكتور اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 91 .

للبيع ليس محض مشيئة لأن ارادة الواعد ليست مطلقة بل هي مقيدة بظروفها .
وثمة فارق آخر بين الوعد بالتفضيل والوعد العادي بالبيع هو أنه لا يعتبر
الواعد في الوعد بالتفضيل مخلا بالتزامه الا اذا باع لشخص آخر فيكون له أن
يهرم مع الغير ما شاء من تصرفات فيما عدا البيع ، اذ أن الوعد بالتفضيل يقتصر
على إلزام الواعد بتفضيل الموعود له بالبيع فحسب .

بيع المذاق Vente à la dégustation

نصت المادة 354 من القانون المدني الجزائري (تقابل المادة 422
من القانون المدني المصري) على أنه يتعين على المشتري في البيع بشـرط
المذاق أن يقبل المبيع كيفما شاء ، غير أنه يجب عليه أن يعلن قبوله في
الأجل المحدد بعقد الاتفاق أو العرف ولا يحق للبيـع إلا من يوم هذا
الاعلان . ويتضح من هذا النص أن العقد الذي يوصف بأنه بيع بشـرط
المذاق ليس بيعا في الحقيقة وإنما هو مجرد وعد ببيع (1) . فالواعد يعد
الطرف الآخر بأن يبيع اذا ما ذاق الموعود له الشيء ثم أبدى رغبته في شرائه
وعلى الواعد تمكين الموعود له من المذاق . وللموعود له في سبيل ذلك
الالتجاء الى الغرامة التـهـديـدية .

وقد يكون الوعد ملزما للجانبين أى أن الوعد في هذه الحالة يكون
متضمنا بجانب الوعد بالبيع وعدا بالشراء على أن هذا الوعد الأخير يكون
معلقا على شرط واقف هو ملامة الشيء للغرض المقصود منه .

(1) الدكتور اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 93 . قارن السنيهورى ،

الوسيط ، ج 3 ص 19 هامش 2 .

عقد الوعد بالبيع العقاري يجب أن يكون هو أيضا في ورقة رسمية شأنه في ذلك شأن عقد البيع العقاري ، وإذا تم الوعد في الشكل الرسمي أمام الموثق نشأ في ذمة الواعد التزام باتمام عقد البيع الرسمي فإذا لم يفعل استحصل الموعود له على حكم ويقوم هذا الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي مقام العقد ، اذ تنص المادة 72 مدي جزائري على أنه "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد . وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم مقام العقد".

أما عقد الوعد الباطل لخلل في الشكل كأن يتم في ورقة عرفية مثلا فانه لا يكون وعدا صحيحا بالبيع بمعنى أن تحكم المحكمة بناء عليه بصحة البيع ويكون باطلا كوعد بالبيع العقاري ولكنه يتحول الى تعهد ملزم يمكن بموجبه الحكم بتعويض على الواعد .

وهذا الحكم قياسا على الوعد بالرهن التأميني غير المفرغ في ورقة رسمية ، فمن رأى الفقيه السنبهري أنه يجوز أن يعتبر هذا الوعد عقدا غير معين ورتب التزاما شخصيا في ذمة الواعد ولما كان قد تعذر تنفيذ هذا الالتزام عينا فلا يبقى الا التعويض يحكم به على الواعد . (1)

المطلب الثاني

أوصاف البيع

يعتدنا بوجه خاص من البيوع الموصوفة البيع بالعربون والبيع مع الاحتفاظ بحق العدول والبيع بشرط التجربة والبيع بالعينة .

(1) الوسيط للسنبهري ، ج 1 فقرة 135 .

والبيع مع الاحتفاظ بحق العدول *vente avec dédit* ، لم ينص عليهما القانون المدني الجزائري . في البيع مع الاحتفاظ بحق العدول *la faculté de dédit* يتفق المتعاقدان على ادراج شرط في العقد يجعل لأحدهما أو لكليهما الحق في العدول بحيث يصبح العقد كأن لم يكن ، أى أن استعمال حق العدول لا يترتب عليه فقط وقف تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد ولا انهاء العقد بالنسبة الى المستقبل فحسب بل يعقد أثره الى العاضي فينهار العقد بأثر رجعي . ولخاتمة هذا الوضع فان حق العدول لا يعطى الا لمدة قصيرة تنتهي قبل البدء في تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد . وعلى ذلك فان عقد البيع المقتن بهذا الشرط يعتد ويظل قائما حتى يستعمل هذا الحق أو تنتهي المدة المحددة لاستعماله فيصبح العقد نهائيا .

ويبدو لأول وهلة أن حق العدول شرط فاسخ لأن العقد المعلق على شرط فاسخ يظل قائما ومنتجا لكل آثاره حتى يتحقق الشرط فينهار العقد بأثر رجعي . ولكننا لو دققنا النظر لوجدنا أن هذا التكييف يصطدم باعتراضين الأول ، هو أن الشرط وصف خارجي يلحق الالتزام وليس عنصرا أساسيا في العقد على حين أن استعمال حق العدول يترتب عليه سحب الرضا ، والرضا ركن جوهري في العقد . والثاني هو أنه لو اعتبر حق العدول شرطا لكان شرطا اراديا بحتا *condition purement potestative* إذ أن من له حق العدول يستطيع أن يستعمله بمحض ارادته ، والقاعدة هي أن الالتزام المعلق على شرط ارادى محض باطل . لذلك فان بعض الفقهاء يكيف هذا الحق بأنه نوع من حق الندم *droit de repentir* فكأن من يستعمل هذا

الحق يندم على سبق رضائه بال انعقاد العقد . ولذلك ففي أغلب الأحيان يقتن حق العدول بالعربون ليكون ثمنا لهذا الندم .

والعربون هو مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين عند التعاقد فاذا لم ينفذ العقد فقد مبلغ العربون واذا كان عدم التنفيذ من الطرف الآخر رد العربون ومثله لمن دفعه ، وقد ورد في القانون المدني الفرنسي (المادة 1590) أن في البيع المقتن بعربون يجوز لكل من المتعاقدين أن يعدل عنه فمن دفع العربون يفقده اذا عدل ومن قبضه يرد الضعف اذا كان العدول من ناحيته .

هل العربون يفيد بنفسه أن العقد قابل للعدول عنه ولو لم يقتن بذلك
رخصة العدول ؟

لقد قطع القانون المصري (المادة 103 مدني مصري) بأن دفع العربون عند ابرام العقد يفيد أن لكل من العاقدين الحق في العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك . أما المادة 1590 مدني فرنسي فلم تقطع بذلك . وعلى هذا فقد يعتبر دفع مبلغ من المال عند ابرام العقد دون ذكر رخصة العدول جزءا من الثمن يدفعه المشتري مقدما *acompte* وحيث يعتبر العقد باتا لا يجوز الرجوع فيه ويخصم هذا المبلغ من الثمن ولا يجوز لأحد من العاقدين الامتناع عن تنفيذ التزاماته المترتبة على هذا العقد والا طبقت القواعد العامة لعدم التنفيذ ، وقد يعتبر العربون حيثنذ كشرط جزائي *clause pénale* (1) .

ويرى فريق من الفقهاء الفرنسيين أنه اذا دفع مبلغ من المال عند ابرام العقد دون أن يقتن برخصة العدول فان على القاضي أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وقد يستخلص من القرائن أنهما أرادا بدفع هذا المبلغ

(1) دكتور علي سليمان ، محاضرات غير مطبوعة في عقد البيع ، جامعة الجزائر 1975 - 1976 .

اعطاء حق الرجوع في العقد لأحد المتعاقدين أو لكليهما وقد يستخلص منها أن العقد قابل لفسخه وأن هذا المبلغ قد دفع كشرط جزائي للفسخ ، وقد ينتهي من هذه القرائن إلى أن المبلغ قد دفع على أنه جزء من الثمن دفعه المشتري مقدما .

تكييف البيع المقترن بعربون وبرخصة العدول

وقد كيّف بعض الفقهاء المصريين والفرنسيين عقد البيع المقترن بعربون وبرخصة العدول بأنه بيع معلق على شرط فاسخ فيظل العقد قائما ومتجا لكل آثاره حتى يفسخه أحد العاقدين فيخسر العربون أو يردّه ومثله معه . بينما ذهب البعض الآخر إلى أن مثل هذا البيع عقد معلق على شرط واقف فلا ينعقد إلا بعد مضي المدة المحددة لاستعمال حق الرجوع فإذا مضت المدة دون استعمال هذا الحق نفذ العقد بأثر رجعي تطبقا لأحكام الشرط الواقف .

ويعيب هذين الرأيين أنهما يقتصران على بيان حكم العقد الأصلي دون تحديد طبيعة التزام الطرف الذي يستعمل الحق في العدول . لذلك فالأفضل في تكييف العقد بالعربون الأخذ بالرأي القائل بأنه يتضمن التزامات بدلية ، ففي البيع بالعربون يلتزم كل من البائع والمشتري بالتزامات التي يربتها البيع وذلك بصفة أصلية ولكن كل منهما أن يهرب ذمته بأن يؤدي العربون بدلا من المحل الأصلي لالتزاماته . (1)

(1) أنظر في هذا الرأي ، السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ص 264 هامش 1 .
واسماعيل غانم في عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 95 .

هو البيع الذي يتفق فيه على أن للمشتري حق تجربة المبيع ولا يشترط أن يكون هذا الاتفاق صريحا بل قد يكون ضميا من ذلك ما جرت العادة فيه على التجربة بالنسبة لبعض الأشياء كالملابس الجاهزة فيكون مفهوما ضمنا أن ارادة العاقلين قد انصرفت لتباعد هذه العادة . وقد بيئت المادة 1/355 مدني جزائري (وهي تقابل المادة 1/421 مدني مصري) أحكام البيع بشرط التجربة فلصت على أنه " في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا . " .

وإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة للبائع أن يحدد للمشتري مدة معقولة يتعين عليه فيها أن يبين موقفه فإن انقضت هذه المدة دون أن يعلن المشتري قبوله أو رفضه اعتبر سكوته قبولا . وعند المنازعة يكون المرجع في تقدير ملائمة هذه المدة للقضاء .

وللمشتري حرية الرفض دون ابداء أسباب ، وأبانت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري في هذا الخصوص أن هذه الحرية مطلقة بقولها ان "المشتري وحده هو الذي يتحكم في نتيجة التجربة . . . فان المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التي يتطلب فيها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية فهو وحده الذي يستلزم أن يقرر ذلك . " (1)

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 4 ص 26 .

ونصت الفقرة الثانية من المادة 355 على أن يعتبر البيع على شرط التجربة بيعاً موقوفاً على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ (تقابل المادة 2/322 مدني مصري) ومقتضى ذلك أنه إذا أبدى المشتري قبوله فإن البيع يعتبر قد أنتج كافة آثاره من وقت الاتفاق .

وبلاحظ ما سبق في حكم بيع المذاق وفيه لا يعدد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه إعلان المشتري قبول البيع . ولا محل لهذا الخلاف في الحكم بين المذاق والبيع بشرط التجربة ، وكان الأولى اعتبار بيع التجربة كبيع المذاق مجرد وعد بالبيع . كما أنه من غير المقبول أن يكيف بيع التجربة بأنه بيع معلق على شرط واقف ، إذ مادام للمشتري حرية القبول والرفض فإن معنى ذلك أن يكون البيع معلقاً على محض إرادته ، والقاعدة هي أن الالتزام المعلق على شرط إرادى بحت باطل .

ثالثاً - البيع بالعيينة

Vente sur échantillon

نصت المادة 353 مدني جزائري على أنه "إذا انعقد البيع بالعيينة يجب أن يكون البيع مطابقاً لها وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعيينة " وفي المبيع بالعيينة يقوم البائع بتقديم عينة للمشتري ويتفق معه على أن يقدم له بضاعة مطابقة لهذه العينة . مثال ذلك أن يقدم له قطعة من القماش أو حفنة من القمح ، ويجب أن يكون المبيع مطابقاً لهذه العينة فإذا سلم البائع بضاعة من نفس العينة التي حازت رضا

المشتري تم البيع ويعتبر تعيين العينة تعييناً للشيء المبيع من حيث جنسه ونوعه ودرجة جودته ، فرفض المشتري للعينة تغني عن رفضه للشيء المبيع . (1)

تكييف هذا البيع

يمكن القول بأنه عقد بيع بات من وقت الاتفاق على العينة ، ويلتزم بموجبه البائع بتقديم بضاعة مطابقة لهذه العينة تماماً فإذا لم يقدّم البائع بهذا الالتزام كان للمشتري أن يطلب الفسخ لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه الناشئ من البيع . ويكون له فضلاً عن ذلك طبقاً لأحكام الفسخ أن يطالب بالتعويض إن كان له محل .

ويمكن القول من ناحية أخرى بأنه عقد بيع معلق على شرط فاسخ هو عدم مطابقة المبيع للعينة ولذلك يدخل تحت البيوع الموصوفة .

حكم هذا البيع

يلتزم بموجبه البائع بأن يقوم بتسليم بضاعة مطابقة للعينة تماماً لا أقل ولا أكثر فإذا قام بذلك التزم المشتري بقبول المبيع وليس له أن يرفضه بحجة أنه غير مطابق لرغبته الشخصية طالما أنه مطابق للعينة ولو كان المبيع مما يجرب أو يذاق . أما إذا كانت البضاعة غير مطابقة للعينة تماماً فلا يلزم المشتري بتنفيذ العقد ولو كانت من نوع أكثر جودة من العينة ، ومن باب أولى لا يلزم المشتري بتنفيذ العقد إذا كانت البضاعة من نوع أقل جودة من العينة .

(1) الدكتور علي سليمان ، محاضرات غير مطبوعة في عقد البيع ، المرجع السابق .

وإذا كانت البضاعة المقدمة من البائع غير مطابقة للعيادة فللمشتري

الخيار بين ثلاثة أمور هي :

أ - أن يطالب بفسخ العقد لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه وله إلى جانب طلب الفسخ المطالبة بالتعويض كما سبق القول .

ب - أن يطالب بالزام البائع بتقديم بضاعة مطابقة للعيادة وللقاضي أن يلزم البائع بذلك وإذا اقتضى الأمر يلزمه بأن يشتريها من السوق . وللقاضي أيضا أن يأذن للمشتري بأن يقوم هو بشراء البضاعة من السوق على حساب البائع بمعنى أن يلتزم البائع بدفع الخرق في الثمن إذا كان سعر السوق قد ارتفع بعد الاتفاق على الثمن .

وتفريق بعض المحاكم بين البيع على أساس عينة وبين البيع على أساس نموذج *vente sur type* وفيه يتعهد البائع بتسليم آلة شبيهة بهذا النموذج ففي حالة البيع بالعيادة يلتزم البائع بتسليم بضاعة مطابقة تماما للعيادة . أما في حالة البيع على أساس النموذج فيلتزم البائع بأن يقدم آلة مشتملة على كل العناصر الأساسية التي يقوم عليها النموذج وان لم تكن مطابقة له تمام المطابقة ما دامت صالحة لتحقيق الغرض منها .

الاثبات في البيع بالعيادة

إذا قام نزاع حول مطابقة البضاعة للعيادة فلا يخرج الأمر عن ثلاثة فروض :

الفرض الأول

أن يقع النزاع على ذاتية العينة فتكون في يد أحد المتعاقدين ويدعي الآخر أنها ليست العينة المتفق عليها فعلى من يدعي أنها ليست هي العينة المتفق عليها أن يقدم الدليل على ذلك ، وهذا تطبيق للقواعد العامة ، وقد أخذ قانون الالتزامات السويسري بهذا الحل (المادة 222) .

الفرض الثاني

أن تفقد العينة أو تتلف في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ فاله يكون على المتعاقد بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة . وفي كلتا الحالتين لكل منهما الاثبات بجميع الطرق بما في ذلك البينة والقرائن .

الفرض الثالث

أن تكون العينة موجودة بيد المشتري ويدعي أن البضاعة المسلمة غير مطابقة لها فيكون على البائع أن يثبت أن البضاعة مطابقة للعينة ، وللمحكمة أن تستعين في ذلك بخبير .

* * *

المبحث الثاني

المحل في عقد البيع

محل أى عقد من العقود هو العملية القابلية التي يريد المتعاقدان تحقيقها ، أعني الالتزامات التي يراد إشاؤها (يفرق مازو بين العملية القابلية المراد تحقيقها والالتزامات المترتبة على العقد ، ويرى أن الالتزامات وسيلة لتحقيق العملية القابلية) . وإذا كان العقد ملزما للجانبين فتكون ثمة التزامات على كل منهما . والالتزامان الرئيسيان في عقد البيع هما التزام البائع بنقل الملكية والتزام المشتري بدفع الثمن . فدراسة المحل في عقد البيع هي دراسة المحل في كل من هذين الالتزامين .

المطلب الأول

شروط محل التزام البائع : الشيء المبيع

La Chose Vendue

شروط المحل بصفة عامة هي أن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب ، وأن يكون ممكناً غير مستحيل استحالة مطلقة ، وأن يكون معيناً بذاته أو معيناً بنوعه ومقداره أو قابلاً للتعيين .

ومحل التزام البائع هو نقل ملكية الشيء المبيع ، أى القيام بعمل ، والمبيع هو الحق العالى الذى تعهد البائع بنقله وليس الشيء ولو أنه جرى على الألسنة أن الشيء هو المبيع وأن الشيء هو محل التزام البائع إلا أن هذا القول غير دقيق لأنه يخلط بين حق الملكية وبين الشيء محل هذا الحق (1) . وشروط محل التزام البائع هي مشروعية المحل وامكانه وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وأن يعلم المشتري بالمبيع علماً كافياً .

أولاً - شرط مشروعية المحل

يجب أن يكون محل التزام البائع مشروعاً وجائز التعامل فيه dans le commerce . وتنص المادة 96 مدني جزائري ، وتقابل المادة 135 مدني مصري على أنه إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً ، فحيث يكون التعامل في الشيء غير مشروع كالمواد المخدرة فإن التزام البائع بنقل ملكيته يكون التزاماً بعمل غير مشروع ويكون المحل غير جائز التعامل فيه .

(1) د . اسماعيل غانم ، محاضرات النظرية العامة للحق ، القاهرة 1957 ، ص 76 - 77 .

وقد يكون الشيء محملا بشرط عدم التصرف فيه لمدة معينة ولغرض مشروع وهو شرط جائز ويسمى بشرط المنع من التصرف clause d'inaliénabilité وقد ترك القانون المدني الجزائري النص عليه مع أنه منصوص عليه في غالبية القوانين المدنية . (1)

ثانيا - شرط الامكان

تطبيقا للمادة 93 مدني جزائري ، وتقابل المادة 132 مدني مصري التي تنص على أنه اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ، يكون البيع باطلا اذا كان من المستحيل استحالة مطلقة أن ينقل البائع الحق المباع والاستحالة المطلقة هي أن يكون محل الالتزام مستحيلا بالنسبة للكافة لا بالنسبة لبعض الأشخاص دون بعض . ولا يكفي لتوافر شرط الامكان أن يكون الشيء موجودا أو قابلا للوجود اذ أن هناك أحوالا يكون فيها نقل الحق الى المشتري مستحيلا استحالة مطلقة رغم أن الشيء موجود فعلا ، مثال ذلك أن يبيع شخص شيئا ويتضح أن هذا الشيء في الواقع مملوك للمشتري نفسه فالعقد باطل بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحالة مطلقة . كذلك أيضا حالات انتقاص أهلية الوجوب فحيث يكون المشتري غير أهل لاكتساب الحق الذي تعاقد على شرائه فإن التزام البائع بنقله اليه يكون مستحيلا وبالتالي يكون العقد باطلا ، مثال ذلك منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها (المادتان 402 و 403 من القانون المدني الجزائري) .

(1) د . علي سليمان ، محاضرات في عقد البيع في المنقول ، غير مطبوعة ، المرجع السابق .

ونتكلم في وجود الشيء محل الحق أو قابليته للوجود ثم في منع عمال
القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها .

أ - وجود الشيء أو قابليته للوجود

يختلف هذا الشرط باختلاف قصد العاقدين :

1. فقد يقصد العاقدان نقل ملكية الشيء على أنه موجود فعلا وقت
التعاقد ، ولا يكون هذا إلا إذا كان الشيء معينا بذاته ، فإذا تبين
أنه لم يكن موجودا وقت التعاقد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا حتى
ولو أمكن وجوده في المستقبل ، لأن قصد العاقدين هو وجوده وقت
التعاقد . وإذا تحقق وجود الشيء وقت التعاقد ثم هلك بعد ذلك
فهنا استحالة طارئة لا يترتب عليها البطلان لأن الالتزام قد نشأ ممكنا
ولكن يترتب عليها الفسخ .

2. وقد يقصد العاقدان التعاقد على شيء مستقبل ويكون التزام البائع في
هذه الحالة هو نقل ملكية الشيء عند وجوده ومادام هذا الشيء قابلا
للوجود فإن التزام البائع يكون ممكنا فيعقد العقد ولذلك نصت المادة
1/92 مدني جزائري ، وتقابل المادة 1/131 مدني مصري ، على أنه
يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا . فيجوز بيع
المحصولات المستقبلية . (1)

وبلاحظ من ناحية أن القانون الوضعي يختلف في هذا الصدد عن
الشريعة الإسلامية إذ جرى غالبية فقهاء الشريعة على أن بيع الشيء المستقبل
باطل لأنه بيع شيء معدوم ولم يستثنوا من هذا الأصل إلا استثناءات قليلة .

(1) الفقيه السنيوري ، في الوسيط ، ج 1 ص 378 .

ومن ناحية أخرى ، يلاحظ أن قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلية في القانون الوضعي قد ورد عليها استثناء في المادة 2/92 مدني جزائري ، وتقابل المادة 2/131 مدني مصري ، إذ تنص على أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه الا في الأحوال المنصوص عليها في القانون . وتطبيقا لذلك يكون البيع الذي يقع على تركة مستقبلية في مجموعها أو في جزء من هذا المجموع باطلا .

Art92 : " Les choses futures et certaines peuvent être l'objet d'une obligation.

Cependant toute convention sur la succession d'une personne vivante est nulle, même si elle est faite de son consentement, sauf dans les cas prévus par la loi".

ب - شرط ألا يكون المشتري مملوفا من اكتساب الحق المبيع - انتقاص أهلية الوجوب

ان انتقاص أهلية الوجوب la/capacité de jouissance هو انتقاص صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له أو عليه ، ومناطها هو الشخصية القانونية (1) ، والأصل أن القانون يعترف بالشخصية القانونية لكل انسان بمجرد ولادته . غير أن هناك قيودا تحد من أهلية الوجوب على سبيل الاستثناء بالنسبة لبعض الأفراد وفي بعض الأحوال . وبعيننا أن لفصل أحكام المادة 402 مدني جزائري (التي تقابل المادة 471 مدني مصري) وهي تمنع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها والمادة 403 مدني جزائري (التي تقابل المادة 472 مدني مصري) وهي تمنع المحامين من التعامل مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها .

(1) أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص للتعبير عن ارادته تعبيرا يعتد به القانون ، ومناط أهلية الأداء هو التمييز .

1 - منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها

تنص المادة 402 مدني جزائري ، وهي تقابل المادة 471 مدني مصري (1) والمادة 378 موجبات لبناني ، على أنه " لا يجوز للقضاة les magistrats ولا للمدافعين القضائيين défenseurs de justice ولا للمحامين avocats ولا للموثقين notaires ولا لكتاب الضبط secrétaires-greffiers أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار par personnes interposées الحق المتنازع فيه كله أو بعضه اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها والا كان البيع باطلا " . وهذا المنع من النظام العام فيتمسك به كل ذي مصلحة والمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وهذا الحكم سواء في القانون الجزائري والمصري واللبناني . أما في القانون الفرنسي فنظرا لسكوت المادة 1597 العاقلة عن تحديد طبيعة هذا البطلان فقد ذهب بعض الفقهاء الى القول بأنه بطلان نسبي لمصلحة البائع الذي شرع هذا البطلان لحمايته ، وذهب البعض الى أنه بطلان مطلق متعلق بالنظام العام .

والحكمة واضحة من هذا المنع ، وهي إبعاد رجال القضاء والمحاماة عن مواطن الشبهات وخشية ظنون الناس في نزاهتهم ، لذلك نص المشرع على عدم صلاحيتهم لاكتساب الحقوق المتنازع فيها بطريق الشراء فيكون البيع اليهم باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية استحالة مطلقة .

(1) تنص المادة 471 مدني مصري على أنه " لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها والا كان البيع باطلا " .

ونصت المادة 403 مدني جزائري على تعداد الأشخاص الممنوعين من الشراء . والرأى السائد أن هذا التعداد وارد على سبيل الحصر لأن هذا المنع استثناء من القواعد العامة ، فلا ينصرف الى غيرهم بطريق القياس ، فلا يسرى المنع على الخبراء والمترجمين ولا على وكلاء المحامين وكتبتهم . غير أن الشراح في مصريةون انطباق النص على مفوضي مجلس الدولة وهم ليسوا قضاة لتحقيق الحكمة في المنع . (1) وبلا حظ أن المشرع الجزائري أورد الموثقين والمدافعين القضائيين ضمن عمال القضاء الممنوعين من شراء الحقوق المتنازع عليها .

ويشترط لمنع القضاة والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها أن تثبت لهم هذه الصفة وقت الشراء ، فإذا اشترى قبل تعيينه في القضاء أو بعد اعتزاله ، فشراؤه صحيح ويشترط في الحق الذي يمتنع عليه شراؤه أن يكون حقا متنازعا فيه ومن اختصاص المحكمة التي يباشر فيها عمله ، ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي . وتلص المادة 2/400 مدني جزائري ، وهي تقابل المادة 2/469 مدني مصري على أنه يعتبر الحق متنازعا فيه إذا رفعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع جوهرى *contestation sérieuse sur son fond* وجدية المنازعة مسألة موضوعية متروكة لتقدير المحكمة عند ما يطعن في عقد البيع بالبطلان ، ويجب أن يكون الحق متنازعا فيه وقت الشراء . أما النزاع السابق الذي تم حسمه قبل الشراء ، أو النزاع اللاحق الذي ثار بعد الشراء فلا يبطلان البيع الى عامل

(1) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 61 . د . أنور سلطان ، عقد البيع سنة 1980 ، بند 343 ص 353 . توفيق حسن فرج ، عقدا البيع سنة 1979 ، ص 86 بند 57 .

القضاء ، حتى ولو كان النزاع اللاحق محتملا ، اذ يجب أن يكون النزاع متحققا بالفعل وقت الشراء . (1)

ويجب أن يكون النزاع من اختصاص المحكمة التي يباشر فيها عامل القضاء عمله فاذا كان مستشارا بالمجلس الأعلى امتنع عليه شراء أى حق من الحقوق المتنازع عليها في جميع أنحاء الجمهورية الجزائرية نظرا لامتداد اختصاصه الى جميع أنحاء الدولة . ومستشار المجلس القضائي بالعاصمة يمتنع عليه شراء الحقوق التي يكون نظر النزاع فيها من اختصاص المجلس القضائي بالعاصمة حتى ولو كان النزاع مما لا يجوز استئنافه لكن يجوز له شراء الحقوق التي يكون نظر النزاع فيها من اختصاص أى مجلس قضائي آخر. وينطبق نفس القول على عمال سائر الجهات القضائية والمحاكم ، وقضت محكمة استئناف مصر بأنه لا فرق في ذلك بين عمال القضاء في المحاكم الجزئية وعمال القضاء في المحاكم الابتدائية فهم جميعا تابعون لمحكمة واحدة هي المحكمة الابتدائية . (2)

والعبرة هي بالاختصاص عند الشراء ، فاذا اشترى القاضي حقا تختص بنظر النزاع فيه محكمة أخرى غير تلك التي يعمل بها كان الشراء صحيحا ولو نقل بعد ذلك الى المحكمة المختصة به واذا اشترى حقا تختص بنظر النزاع فيـه المحكمة التي يعمل بها كان الشراء باطلا ولو نقل بعد ذلك الى محكمة أخرى .

أما عن المحامين فما المقصود بعبارة " المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها " ؟ ان المحامي لا يرتبط بمحكمة معينة ، بل يجوز له المرافعة أمام جميع المحاكم حسب الدرجة المقبول أمامها من درجات التقاضي . ومقتضى ذلك

(1) محكمة النقض المصرية ، 16/4/1934 منشور بمجلة المحاماة سنة 14 ،

ص 409 رقم 170 .

(2) استئناف مصر ، 13/6/1933 ، المحاماة ، سنة 14 ، ص 241 رقم 130 .

أنه يمتنع على المحامين كافة شراء أى حق من الحقوق المتنازع عليها في جميع أنحاء الدولة ، وهذا تضيق على المحامين ليس له مبرر، لذلك يرى بعض الشراح أن المقصود بالنسبة للمحامي هو المحكمة التي يباشر عمله في دائرتها عادة ، وحجتهم في ذلك أن هذا التفسير هو الذى يتفق مع الحكمة من المنع . ومن هذا الرأي الأستاذ اسماعيل غانم . (1) غير أن الأستاذ أنور سلطان يرد على هذا الرأي بأنه وإن كان المقصود منه تخفيف حدة الحظر عن المحامين ، إلا أنه يحوزه السند القانوني . (2)

والمنع من الشراء ينطبق على القاضي والمحامي سواء تم الشراء باسمه صراحة أو باسم مستعار بأن يتعاقد شخص ثالث مع البائع وسواء كان البائع يعلم الحقيقة أو يجهلها .

وتطبق المادة 402 على حالة المقايضة والوفاء بمقابل حيث نص المشرع على تطبيق أحكام البيع عليهما ، إذ تنص المادة 415 مدي جزائري على أنه تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة . ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذى قايس عليه ، وتقابل المادة 485 مدي مصرى ، كما تنص المادة 286 مدي جزائري على أنه تسرى أحكام البيع وخصوصا ما يتعلق فيها بأهلية الطرفين وبضمان الاستحقاق وبضمنان العيوب الخفية على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطي في مقابله الدين ، وهي تماثل المادة 351 مدي مصرى .

ويضيف القضاء شرطا آخر هو علم الشخص الذى يلتزم الى طائفة من الطوائف السابقة بقيام النزاع في الحق الذى اشتراه . (3)

(1) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 63 .

(2) د . أنور سلطان ، عقد البيع سنة 1980 ، ص 352 بند 341 .

(3) استئناف مصر ، 1924/6/25 ، المحاماة ، ص 5 رقم 2/26 .

نصت المادة 403 مدني جزائري وتقابل المادة 472 مدني مصري على أنه " لا يجوز للمحامين ولا للمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة *ni par personnes interposées* إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها والا كانت المعاملة باطلة " . ويلاحظ على هذا النص أنه من ناحية غير قاصر على البيع فهو أوسع نطاقا من المادة 402 ، وأنه من الناحية الأخرى قاصر على التعامل مع موكله في الحق المتنازع فيه *pacte de quota litis* والذي يتولى الدفاع عنه ، فهو أضيق نطاقا من المادة 402 . وهناك حالات يطبق فيها النقصان معا ، وهناك حالات أخرى يطبق فيها نص المادة 403 دون المادة 402 ، من ذلك اتفاق المحامي مع موكله على أن يقوم المحامي برفع الدعوى وأن يقوم بنفقاتها في مقابل الحصول على حصة معينة مما يحكم به لموكله فيها ، فيكون هذا الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا بمقتضى المادة 403 (وتقابل المادة 472 مدني مصري) ولم يكن لهذا النص مقابل في التقنين المدني المصري السابق ، فهو نص مستحدث ليشمل الحالات التي تخرج من حكم المادة 402 . وقد أخذ المشرع المصري عن المادة 333 / 3 من المشروع الفرنسي الإيطالي . وليس ثمة نص مماثل في القانون الفرنسي ، لكن القواعد العامة تقضي بأنه اتفاق باطل بطلانا مطلقا لقيامه على سبب غير مشروع .

والعبرة في تطبيق المادة 403 هو بوقت الاتفاق كما هو الحال في تطبيق المادة 402 .

التزام البائع في هذا الصدد تحكمه القاعدة العامة الواردة في كتاب الالتزامات في المادة 94 مدني جزائري (التي تقابل المادة 133 مدني مصري) والتي تنص على أنه " اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بدوئه ومقداره والا كان العقد باطلا . ويكفي أن يكون المحل معينا بدوئه اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط . " .

وبترتب على تخلف شرط التعيين بأن كان المبيع غير معين أو غير قابل للتعيين بطلان العقد بطلانا مطلقا .

ونشير الى احدى الطرق المتبعة عادة بين التجار في تعيين المبيع وهي تعيين المبيع على أساس عينة يتفق على أن المبيع مطابقا لها . وتنص المادة 1/353 مدني جزائري على " أنه اذا انعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها "؛ وهي تقابل المادة 1/420 مدني مصري .

غير أن المشرع لم يكتف بما تقتضي به القواعد العامة في شأن تعيين المبيع وانما أضاف شرطا آخر في البيع نص عليه في المادة 352 مدني جزائري ، وتقابل المادة 419 مدني مصري ، وقد استعده من أحكام خيار الرهبة فسي الشريعة الاسلامية⁽¹⁾ فهي المصدر التاريخي له ألا وهو شرط علم المشتري

(1) عملا بالحديث الشريف " من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه " وحكمه في الشريعة الخراء فسخ البيع . (كتاب المعاملات الشرعية للأستاذ أحمد ابراهيم ، القاهرة 1936 ، ص 110 ، خيار الرهبة) .

بالمبيع علما كافيا ، ويترتب على تخلف هذا الشرط أن يكون البيع قابلا للإبطال
لمصلحة المشتري بعكس شرط التعيين فانه اذا تخلف يترتب عليه بطلان العقد
بطلانا مطلقا كما سلف البيان .

رابعاً - شرط علم المشتري بالمبيع علما كافيا

تنص المادة 352 مدني جزائري وتقابل المادة 419 مدني مصري على أنه
يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا l'acheteur doit avoir une
connaissance suffisante de bien vendu ، ويعتبر العلم كافيا اذا
اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه ، واذا
ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب ابطال البيع
بدعوى عدم علمه به الا اذا أثبت غش البائع . وهذا الحكم مستمد بصفة عامة من
أحكام خيار الرهبة في الشريعة الاسلامية عملا بالحديث الشريف " من اشترى
شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه " .

الفرق بين العلم الكافي بالمبيع وبين تعيين المبيع أو قابليته للتعيين

ان نص المادة 352 يضيف جديدا الى القواعد العامة ، سواء في مضمونه
أو الجزاء المترتب عليه .

فمن حيث المضمون : العلم بالمبيع هو معرفة أوصافه الأساسية . وقد يكون
المبيع معينا دون أن يعلم به المشتري علما كافيا ، مثال ذلك أن يبيع شخص الى
آخر منزلا مع تعيينه بموقعه وبذلك يتحقق شرط التعيين فيعقد به العقد ولكن
المشتري قد لا يعلم أوصاف هذا المنزل الأساسية كمساحته وعدد طوابقه فيكون
له حق ابطال العقد .

ومن حيث الجزاء فإنه يترتب على تخلف شرط التعيين بطلان العقد بطلانا مطلقا . أما عدم علم المشتري علما كافيا فلا يترتب عليه سوى حقه في طلب ابطال العقد ويبقى العقد منتجا لآثاره حتى يحكم في طلب الابطال . وحكم خيار الرهبة في الشريعة الاسلامية أن البيع يكون صحيحا ولكنه غير لازم ويكون للمشتري الخيار بفسخ العقد أو امضائه . (1)

أحكام العلم الكافي

ان المادة 352 لا تتطلب هذا العلم الا لدى المشتري ، فاذا كان البائع لم يعلم بالمبيع علما كافيا كأن ورثه ثم باعه دون أن يراه فلا يكون له الحق في طلب ابطال البيع . والمقصود بعلم المشتري هو العلم السابق أو المعاصر لانعقاد العقد وسواء في ذلك أن يعلم المشتري بنفسه أو بوساطة نائبه طبقا لقواعد النيابة . ويتحقق العلم بالمعاينة التي تكفي لعلم الشخص العادي ولولم توجد هذه المعاينة الى علم المشتري فعلا . وتنص المادة 1/352 على أنه " يعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه " فلا يكون للمشتري حق الابطال بعد ذلك . وهذا الحكم مخالف لأحكام خيار الرهبة في الشريعة الاسلامية ، إذ أن للمشتري خيار الرهبة في الشريعة الاسلامية ولو كان قد تم وصف المبيع عند التعاقد ، ولا يصح في الشريعة التنازل عن خيار الرهبة الا بعد الرهبة فعلا .

(1) أحمد ابراهيم ، المعاملات الشرعية المالية ، المرجع السابق ، ص 120 .

ويجب عدم الخلط بين شرط العلم الكافي وشرط التعيين ، فشرط العلم الكافي يستلزم ذكر الأوصاف الأساسية للمبيع ، بينما شرط التعيين يكفي فيه ما يميز المبيع عن غيره . (1)

حق المشتري في طلب الابطال ومسقطاته

حق المشتري في طلب الابطال هو الجزاء الذي رتبته القانون على عدم علمه بالمبيع . وتنص المادة 2 / 352 مدني جزائري على اسقاط حق المشتري في طلب ابطال البيع في حالة ما اذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع الا أنه توجد حالات أخرى لاسقاط هذا الحق بعضها من القواعد العامة في القانون الوضعي ، وبعضها الآخر من أحكام خيار الرؤية في الشريعة الاسلامية .

السبب الأول : وهو ما نصت عليه المادة 2 / 352 ، أعني اذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به ، الا اذا أثبت غش البائع . ذلك أن اقرار المشتري في العقد بالعلم اذا كان متفقا مع الواقع كان العلم متحققا واذا كان غير متفق مع الواقع فيدل على أن المشتري لا يعلق أهمية كبيرة على معاينة المبيع . ويعتبر متنازلا عن حقه في طلب الابطال .

أما اذا كان اقرار المشتري في العقد بأنه عالم بالمبيع راجعا الى غش البائع فانه لا يؤدي الى اسقاط حق المشتري في طلب الابطال بشرط أن يثبت المشتري حصول هذا الغش .

(1) د . عبد المنعم البدراوي ، المرجع السابق ، فقرة 80 ص 122 . د . منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، فقرة 41 ص 70 . د . اسماعيل غاسم ، المرجع السابق ، ص 70 .

وليس الغش المقصود بهذه المادة هو التدليس الذي نصت عليه المادة 86 مدني جزائري الذي يشترط أن يكون قد ولد في ذهن المشتري غلطا يدفعه الى التعاقد بل يكفي أن يكون الغش قد أدى الى الحصول على الاقرار بالعلم فيكون للمشتري أن يطلب الابطال بدعوى عدم العلم الكافي بالمبيع وان كان لا يجوز له في هذه الحالة طلب الابطال بدعوى التدليس الدافع الى التعاقد .

السبب الثاني : هو تنازل المشتري عن حقه في طلب الابطال ، والتنازل قد يكون صريحا وقد يكون ضميا بالانتفاع بالمبيع أو بيعه للغير أو عرضه للبيع . والتنازل في القانون المدني جائز قبل العلم أو بعده . أما في الشريعة الاسلامية فلا يجوز التنازل قبل العلم والمعاينة . والتنازل بعد العلم يعد بمثابة اجازة للعقد وتسرى عليه القواعد العامة في الاجازة . وهي ما نصت عليه المادة 100 من القانون المدني الجزائري من أنه يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيه العقد دون اخلال بحقوق الغير .

السبب الثالث : هو التقادم المسقط ، فيسقط حق المشتري في طلب الابطال كغيره من الحقوق بالتقادم المسقط ، عملا بالمادة 101 مدني جزائري . ومدة التقادم هي أقصر المديتين : فلما عشر سنوات من يوم العلم ، ولما خمس عشرة سنة من وقت التعاقد (ويلاحظ أن المدة في القانون المصري ثلاث سنوات من يوم العلم أو خمس عشرة سنة من وقت التعاقد تطبيقا للمادة 140 مدني مصري) .

السبب الرابع : سقوط حق طلب الابطال في حالة تعيب المبيع في يده بسبب لا يرجع للبائع وكذلك في حالة زيادته ، وهذا الحكم مستمد من الشريعة

الاسلامية في خيار الرهية وليس فيه ما يتعارض مع القواعد العامة في القانون الوضعي فيجب الأخذ به عملاً بالمادة الأولى فقرة ثانية من القانون المدني التي تنص على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي فيحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية .

هل يسقط خيار الرهية بموت المشتري ؟

خيار الرهية هو ارادة ورغبة التعاقد ، ولذلك يرى فقهاء الحنفية أن الوارث لا يرث مورثه في رغبته وبالتالي يسقط خيار الرهية بموت المشتري . (1) ومن الناحية الأخرى ، نجد الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وابن حنبل رضي الله عنهم يرون أن الخيارات حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجرى الأصل فلا يسقط بوفاة المشتري حق طلب ابطال البيع لعدم العلم الكافي بل ينتقل الى ورثته شأنه في ذلك شأن الحق في طلب الابطال أيا كان سببه . وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي (2) .

مقارنة بين دعوى الابطال لعدم العلم الكافي ودعوى الابطال للغلط

في دعوى الابطال لعدم العلم يكفي ألا يكون المشتري عالماً بالمبيع وقت التعاقد . أما في دعوى الابطال للغلط فعلى المشتري أن يثبت أنه قد وقع في غلط دفعه الى التعاقد .

ومن ناحية أخرى ، اذا اشتمل العقد على الأوصاف الأساسية للمبيع أو ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع (المادة 352 مدني جزائري) فلا يكون

(1) أحمد إبراهيم ، المعاملات الشرعية ، المرجع السابق ، ص 121 .

(2) نقض مدني ، 1939/6/8 ، مجموعة عمر ، ج 2 ص 575 رقم 189 . ونقض مدني ، 1946/1/31 ، مجموعة عمر ، ج 5 ص 80 رقم 33 .

للمشتري دعوى الإبطال لعدم العلم ولكن له دعوى الإبطال للغلط إذا تحققت شروطه المنصوص عليها في المادتين 81 و 82 من القانون المدني الجزائري .

هل يجوز للبائع لكي يتغذى الحكم بالإبطال لعدم العلم أن يثبت أن

المشتري لم يقع في غلط دفعه إلى التعاقد ؟

حكم خيار الرهبة في الشريعة الإسلامية هو أن للمشتري هذا الخيار لمجرد عدم رهبته للمبيع ولو لم يكن قد وقع في غلط بل ولو كان المبيع مطابقا لما تصوره المشتري ، ويتعين الأخذ بهذا الحكم في القانون المدني لأنه هو الذي يتفق مع قصد المشرع من إلغائه أحكام الشريعة الإسلامية . وهذا هو الرأي السائد في مصر .

وثمة رأي آخر في الفقه المصري يرى بأن المادة 419 مدني مصري (التي تقابل المادة 352 مدني جزائري) لا تتضمن سوى قرينة قانونية على غلط المشتري وأنها قرينة بسيطة يجوز للبائع أن يثبت عكسها أي يثبت أن المشتري رغم عدم علمه بالأوصاف الأساسية للمبيع فإنه لم يقع في غلط بل كان المبيع على الصورة التي كان يريد ها المشتري (1) . غير أن الأخذ بهذا الرأي الثاني من شأنه أن يضيق من نطاق تطبيق المادة 419 مدني مصري تضيقا يكاد يعدم الفائدة التي قصد ها المشرع . (2)

* * *

(1) د . أنور سلطان ، شرح البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، فقرة 57 .

(2) د . اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 74 .

المطلب الثاني

شروط محل التزام المشتري : الثمن النقدي

Le Prix

محل الالتزام الرئيسي للمشتري هو دفع الثمن ، وقد سبق القول أن الثمن يجب أن يكون نقودا فحسب le prix consiste nécessairement et uniquement dans une somme d'argent مقسطا أو إيرادا مؤبدا rente perpétuelle أو لمدى حياة البائع rente viagère مادام هذا الإيراد نقودا ويلاحظ في هذه الحالة أن الحق قد يكون بيعا احتماليا aléatoire (1) ولا يصح أن يكون الثمن أوراقا مالية أي أسهم وسندات والا كان الحق مقايضة . ويجب أن يكون الثمن جديدا فلا ينعقد البيع بثمن صوري أو تافه ، إنما ليس من الضروري أن يكون الثمن مساويا لقيمة المبيع تماما .

ومتى حدد الثمن نقدا فلا شيء يمنع بعد تحديده من أن يتفق العاقدان على تحويله إلى عين معينة أو إلى أسهم أو سندات . ويجوز أن تحصل الأوراق التجارية (وهي السفتجة والسند لأمر والشيك) محل النقود في الوفاء بالثمن (2) . وشروط المحل ، بصفة عامة ، هي أن يكون مشروعاً وممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين . وعن المشروعية والامكان فيما يتعلق بالثمن فمتحققان دائما لأن دفع النقود ممكن ومشروع . أما شرط التعيين فهو تقدير الثمن وتحديده . وسنبين القواعد الواجبة الاتباع في هذا التقدير ، كما ندرس حالة الغبن في بيع العقار .

(1) الوسيط للسهروري ، ج 4 مجلد 1 ، بند 204 و 205 .

(2) علي سليمان ، محاضرات غير مطبوعة في عقد البيع ، المرجع السابق .

1 - تقدير الثمن

حرية المتعاقدين في تقدير الثمن

الأصل هو حرية المتعاقدين في تقدير الثمن سواء فيما يتعلق بسووع النقود ومقدارها الا ما استثنى فيما يلي :

1 - السعر الالزامي للنقود Le Cours Forcé

بما أن القانون قد فرض السعر الالزامي للنقود الورقية فان الثمن يجب أن يكون بالعملة المحلية في البيوع الداخلية les ventes internes وبيطل الاتفاق على تحديد الثمن بالذهب أو على أساس الذهب سواء في المعاملات الداخلية أو الخارجية . ولا يبطل البيع كله نتيجة لبطلان شرط الذهب la clause - or الا اذا كان هذا الشرط هو الدافع للمتعاقد .

ولا يوجد نص في القانون المدني يقيد من حرية المتعاقدين في تحديد الثمن نقوداً أجنبية en une monnaie étrangère . انما يقتضي الأمر أن نفرق بين المعاملات الداخلية فيبطل فيها هذا الشرط بسبب السعر الالزامي للنقود ، وبين المعاملات الخارجية les ventes internationales حيث يعبر الثمن والشيء المبيع الحدود في الاتجاهين المتقابلين en sense inverse ، ويكون هذا الشرط صحيحاً مع مراعاة أحكام تشريعات الرقابة على الصرف الأجنبي . (1)

2 - التسعير الجبري لبعض السلع

تفرض التشريعات الخاصة بالتسعير الجبري قيوداً على حرية المتعاقدين

(1) د . اسماعيل غالم ، المرجع السابق ، ص 75 - 76 . مازو ، عقد البيع ، سنة 1979 ، المرجع السابق ، بند 860 ص 125 .

في تقدير الثمن . والجزاء المترتب على الاتفاق على ثمن أعلى من التسعير الجبري هو تخفيض الثمن الى السعر المحدد ورد ما دفع زيادة على هذا السعر بصرف النظر عن ارادة البائع . وهذا الحل يتفق مع قصد الشارع من التسعير الجبري . وثمة رأى آخر يقول ببطلان البيع كله اذا تبين أن البائع ما كان ليقبل أن يبيع بالسعر المحدد .

طريقة تقدير الثمن

يجب أن يكون الثمن مقدرا أو قابلا للتقدير ، ولا صعوبة في الأمر اذا كان الثمن محددا في العقد برقم معين انما قد يقتصر العقد على بيان أسس تقدير الثمن . وقد نصت المادة 1/356 مدني جزائري على أنه يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد (وهي تقابل المادة 1/423 مدني مصري) .

بيان أسس تحديد الثمن

قد يكون هذا البيان صريحا أو ضميا . وقد أشارت المادة 357 مدني جزائري (وتقابل المادة 424 مدني مصري) الى الاتفاق الضمني على أسس تحديد الثمن بقولها " اذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نوبا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما " .

" Les prix pratiqués généralement dans le commerce ou dans leurs rapports réciproques. " .

وهذا هو ما يحدث عادة في العقود بين التجار .

أما أسس تحديد الثمن التي تذكر صراحة في العقد فمختلفة ، إذ قد يتفق على البيع بسعر السوق عند الاستلام أو عند التعاقد أو بثمن التكلفة مضافا إليه نسبة معينة أو بالثمن الذي يحدده شخص مفوض بذلك . وبموجب شروط أسس تحديد الثمن التي يتفق عليها المتعاقدان ، ثم بمقتضى حكم البيع بسعر السوق وحكم ترك تحديد الثمن بواسطة أجلي عن العقد . (1)

شروط أسس تحديد الثمن

أولا - يشترط ألا يكون تحديد الثمن متوقفا على محض إرادة أحد العاقدين condition purement potestative سواء كان هو المشتري أو البائع ، فإذا ترك تحديد الثمن لمحض إرادة المشتري كان الالتزام متوقفا على محض إرادة المدين فلا يكون الالتزام فائما ، المادة 205 مدني جزائري (تقابل المادة 1/267 مدني مصري) . وإذا ترك تحديد الثمن لمحض إرادة البائع ، فمعنى ذلك أنه لم يتفق على أى أساس لتحديد الثمن .

أما إذا اشترط أن يقوم البائع بتحديد الثمن على أساس نفقة الإنتاج أو أن يقوم المشتري بتحديد الثمن على أساس ثمن المثل فإن البيع ينعقد لأن تحديد الثمن في هاتين الحالتين لم يعلق على محض إرادة أحد العاقدين .

ثانيا - يشترط ألا يكون أساس تحديد الثمن مبهما ، فلا ينعقد البيع إذا اتفق على أن يكون الثمن هو الثمن العادل أو ما يساويه المبيع (2) .

(1) د . اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 77 .

(2) د . أنور سلطان ، المرجع السابق ، سنة 1952 ، ص 172 .

ثالثا - يشترط ألا يكون الأساس هو ما يعرضه شخص ثالث غير المشتري

لأن هذا الاتفاق يؤدي إلى تواطؤ العاقد مع شخص ثالث لعرض ثمن يتفق مع مصلحة هذا العاقد فلا ينعقد البيع في هذه الحالة وإنما هو وعد بالتفضيل (1).

تحديد الثمن بسعر السوق

نصت المادة 2/356 مدني جزائري وتقابل المادة 2/423 مدني مصري 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 في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية " . وهذه الفقرة تعتبر مكملة لارادة المتعاقدين في حالة الاتفاق على البيع بسعر السوق إذا كان اتفاقهما ناقصا لا يبين المكان أو الزمان الذي يتعين الرجوع إليه .

تحديد الثمن بواسطة أجنبي عن العقد

نصت عليه المادة 1592 مدني فرلسي ولا يوجد نص في القانون الجزائري أو المصري خاص بهذا الموضوع ، ولكن جرى به العمل ، فيجوز للمتعاقدين أن يتركا تحديد الثمن لشخص أجنبي عن العقد يفوضا له ذلك . ويشترط لانعقاد هذا البيع أن يتم الاتفاق على تعيين الشخص المفوض بتحديد الثمن أو أن يتفقا على أن يقوم القاضي بتعيينه .

وإذا اتفق الطرفان على أن تعيين المفوض يكون في اتفاق لاحق فلا ينعقد البيع إلا عند حصول هذا الاتفاق اللاحق ولا يجوز للقاضي في هذه الحالة تعيين المفوض بدلا عنهما . وإذا تمت أحد الطرفين ورفض اتام هذا الاتفاق

(1) أنظر الوعد بالتفضيل ، ص 34 - 35 من هذا الكتاب .

اللاحق كان مسئولاً عن تعويض الطرف الآخر على أساس مسئولية عقدية
نتجت عن الإخلال بعقد غير مسمى التزم فيه الطرفان بالوصول إلى اتفاق
لتعيين المفوض . (1)

وإذا عين الطرفان المفوض بتحديد الثمن وقبل هذا الأخير القيام
بمهمة تحديد الثمن فإن هذا الاتفاق بين المتعاقدين والمفوض هو عقد غير
مسمى (2) ، فهو ليس وكيلاً عنهما mandataire ولا محكماً arbitre
ولا خبيراً expert لأن الوكالة لا تكون إلا في الأعمال القانونية (المادة
571 مدني جزائري وتقابل المادة 699 مدني مصري) بينما تحديد الثمن
عمل مادي ولأن التحكيم يفترض وجود نزاع ولأن رأي الخبير استشاري لا يلزم
الطرفين بينما تحديد الثمن بواسطة المفوض ملزم لكل من البائع والمشتري
طالما أن المفوض لم يخرج عن حدود المهمة المرسومة له ولم يقع في غلط
جسيم ولم يدّلس عليه من أحد الطرفين ، بل ولا يجوز للقاضي أن يعدل في
الثمن الذي حدده المفوض إذ ليس للقاضي سلطة أصيلة في تحديد الثمن .
ففي جميع الحالات يكون تقدير المفوض ملزماً للطرفين باعتبار أنهما
ارتضيا سلفاً ما يحدده من ثمن ولا يجوز تعديل هذا التقدير إلا استناداً
إلى أحكام الغلط أو التدليس أو الإكراه طبقاً للقواعد العامة ، وفي هذه
الحالة يجوز الالتجاء إلى خبير يعينه القضاء ليحدد من جديد ثمن المبيع (3) .

(1) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 79 .

(2) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 80 .

(3) نقض فرنسي ، الدائرة التجارية ، 1952/11/3 ، Bull. Cass. ، 251 . 3 . 1952 ، أشار إليه د . توفيق حسن فرج ، عقد البيع 1979
بند 88 ص 143 .

وإذا عيّن الطرفان المتفاوض بتحديد الثمن انعقد البيع معلقا على شرط واقف هو قيام هذا المتفاوض بتحديد الثمن فعلا ويترتب على ذلك أنه إذا تخلف هذا الشرط كما إذا استحال عليه تحديد الثمن أو لم يقبل القيام بتلك المهمة اعتبر البيع كأن لم يكن .

الغن في بيع العقار La Lésion dans les ventes d'Immeubles

تنص المادة 358 مدني جزائري ، وتقابل المادة 425 مدني مصري (1) على أنه " إذا بيع عقار بغير *lésion* يزيد عن الخمس ، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ويجب لتقدير ما إذا كان الغن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع . " .
وتنص المادة 359 بقولها " تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع . وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز . ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالخير الحسن النية إذا كسب حقا عييا على العقار المبيع . " .
وتضيف المادة 360 أنه لا يجوز الطعن بالغن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون . " .

(1) مع ملاحظة أن ثمة خلاف بين النصين المصري والجزائري ، إذ تنص المادة 425/1 مدني مصري على أنه " إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غن يزيد عن الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل . " .

تتضمن هذه النصوص الثلاثة حكما خاصا يتميز به البيع ، فليس من مقتضى القواعد العامة في الاستغلال l'exploitation 1 أن يخول الطرف المخبون الطعن في العقد لمجرد عدم تعادل الالتزامات فيه ولكن يجب توافر ركن نفسي الى جانب هذا الركن المادى ، والركن النفسي الذى يعنيه هو استغلال الطيش أو الهوى لدى العاقد المخبون .

فالقاعدة العامة قد أوردتها المشرع في المادة 90 مدني جزائرى (وتقابل المادة 129 مدني مصرى) ثم خرج المشرع على هذه القاعدة العامة في أحوال قليلة عنى بالاشارة اليها في المادة 91 مدني جزائرى (وتقابل المادة 130 مدني مصرى) بقوله " يراى في تطبيق المادة السابقة عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود " ، ومن هذه العقود حالة الغبن في بيع العقار التي نحن بصدد ها .

وسلف القول بأنه ليس من الضروري أن يكون الثمن مساويا لقيمة المبيع تماما ولقد هجر القانون الحديث تلك الفكرة التي سادت في القرون الوسطى بتأثير الكنيسة وهي فكرة الثمن العادل le juste prix وأصبح الاتفاق على الثمن موكولا لارادة المتعاقدين ، وقد يتفقان على أن يكون الثمن أكثر أو أقل من قيمة الشيء المبيع لظروف خاصة . غير أنه اذا وصل التفاوت بين الثمن وقيمة الشيء المبيع الى حد اعتبار الثمن بخسا وكان البيع متعلقا بعقار ، ونظرا الى أن العقار كان قديما يعتبر هو وحده الثروة الحقيقية فقد سارت القوانين منذ عهد بعيد على قبول الطعن بالغبن في بيع العقار .

وبلاحظ أن القانون الجزائرى قد اختطف عن القانون المصرى والقوانين العربية التي حذت حذوه ، وجارى القانون الفرنسى في اطلاق حق الطعن

بالخبن في كل بيع عقارى (1) سواء كان البائع كامل الأهلية أو ناقصها ، بينما القانون المصرى يقصر الطعن بالخبن على بيع عقار مملوك لشخص غير كامل الأهلية بصرف النظر عن قام بإبرام عقد البيع فقد يكون ناقص الأهلية نفسه وقد يكون نائبه القانوني . وتنص المادة 1/425 مدني مصرى على أنه " اذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل . " .

وقد اتفق القانون الجزائرى مع القانون المصرى وخالف القانون الفرنسى في تقدير الغبن بما يزيد عن الخمس فقد قدّرا أن الخمس ليس الا غبنا يسيرا يتسامح فيه في المعاملات ، بينما القانون الفرنسى يقدر الغبن بمقدار $\frac{7}{12}$ أى بما يزيد عن النصف . وكذلك اتفق القانون الجزائرى مع القانون المصرى في الهدف من رفع دعوى الغبن . ففي القانون الفرنسى الهدف الأول من رفع دعوى الغبن هو الفسخ rescision ، وللمشتري أن يتقي الفسخ بتكملة الثمن الى $\frac{9}{10}$ من قيمة العقار .

L'acheteur peut ainsi rester acquéreur pour un prix inférieur d'un dixième à la valeur de l'immeuble.

أى أن المشتري يستطيع أن يحتفظ بالعقار مقابل ثمن يعادل تسعة أعشار قيمته . (1) أما في القانون الجزائرى كما في القانون المصرى فالهدف الأول من دعوى الغبن هو تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل واذا لم يكمل المشتري الثمن الى هذا القدر فللبائع المطالبة بالفسخ .

(1) مازو ، د روس في القانون المدني 1979 ، عقد البيع والمقايضة ، بند 889 ص 156 .

وأخيرا يتفق القانون الجزائري مع القانون المصري ويختلف عن القانون الفرنسي في مدة سقوط الدعوى ، فالقانون الفرنسي يجعل مدة السقوط سنتين ، بينما القانون المصري يجعلها ثلاث سنوات ، وقد أخذ القانون الجزائري بمدة ثلاث السنوات .

أساس الخبن

يرجع أكثر الفقهاء الفرنسيين أساس الطعن بالخبن الى عيب في الرضا *vici du consentement* سواء كان العيب غلطا أو تدليسا أو اكراها ، أى أن معيار الخبن عندهم شخصي . ويصف مازو الجزاء في حالة الخبن بأنه بطلان نسبي *nullité relative* لمصلحة البائع . (1)

بينما يعتبر الفقه المصري أن معيار الخبن مادي هو أن يقل الثمن عن أربعة أخماس قيمة الشيء المبيع . أما الاستغلال فمعياره شخصي وهو أن يستغل المشتري في البائع هوى أو غيضا ، والاستغلال غير وارد في القانون الفرنسي . ومع ذلك فإن طائفة من الفقهاء الفردي الحديثين فرقت بين الخبن واعتبرت أساسه ماديا ، وبين الاستغلال رت أساسه شخصيا . على أن القائلين في الفقه الفرنسي بارجاع الخبن الى عيب في الرضا ، يقولون ان البائع ليس مطالبا في دعوى الخبن باثبات أنه وقع في غلط أو كان ضحية غش أو اكراه بل يكفي أن يثبت توافر شروط الخبن فتقبل دعواه . ويقول مازو ان ثمة قرينة قانونية قاطعة على وجود عيب في الرضا متى وصل عدم التناسب بين ثمن العقار وقيمته الى الحد المنصوص عليه في القانون . (2)

(1) مازو ، عقد البيع ، سلة 1979 ، بند 888 ص 155 .

(2) مازو ، عقد البيع ، المرجع السابق ، بند 879 ص 148 .

يشترط لقبول دعوى الغبن توافر الشروط الآتية :

- أولا : أن يكون العقد بيعا ويلحق بالبيع تقديم شريك حصة في الشركة .
- ثانيا : أن يكون البيع قد تم بالتراضي بين المتعاقدين فلا طعن في بيع يتم بالمزاد العلني بمقتضى القانون . فتتضمن المادة 360 على أنه لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزااد العلني بمقتضى القانون، وتقابل المادة 427 مدني مصرى ، والحكمة في ذلك أن البيع الذى يفرس أو يحتم القانون أن يتم بالمزاد تتخذ فيه اجراءات رسمية كفيلة بالحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار ، فلا مبرر للطعن فيه بالغبن بعد ذلك .
- ثالثا : يشترط أن يكون المبيع عقارا سواء كان عقارا ماديا أو حقا عينيا على عقار ، ويلاحظ أن العقار بالتخصيص منقول في الأصل ، فاذا بيع مستقلا عن العقار بطبيعته فلا طعن بالغبن في بيعه ولكن بيع العقار بطبيعته يشمل العقار بالتخصيص الملحق به . ويلاحظ كذلك أن بيع البناء بقصد حصول المشتري على أنقاضه بعد هدمه وبيع الثمار المتصلة بالأرض والمزروعات القائمة فيها وقت البيع بقصد حصول المشتري عليها بعد فصلها عن الأرض لا يجوز الطعن فيه بالغبن اذ البيع في هذه الحالات قد ورد على منقول طبقا للنظرية المنقولات بحسب المآل (1) . ويلاحظ أخيرا أن الحق الشخصي لا يعتبر مالا عقاريا وان تعلق بعقار ، فحق مستأجر العقار يعتبر مالا منقولا فاذا تنازل عنه المستأجر للغير في مقابل مبلغ من نقود فإنه لا يجوز له الطعن في هذا التنازل بالغبن على أساس المادة 358 ولو تحقق عدم التعادل بين المبلغ وقيمة حق المستأجر .

(1) د . اسماعيل غانم ، النظرية العامة للحق ، 1957 ، ص 93 وما بعد ما .

رابعاً : الطعن بالغبن مقصور على البائع وخلفه العام ، فلا يجوز للمشتري أن يطعن بالغبن .

خامساً : كان القضاء في فرنسا يقصر الطعن بالغبن على البيع المحدد بالالتزامات *vente commutative* ويرفض الطعن بالغبن كلما كان البيع احتمالياً *vente aléatoire* بحجة أن البائع فيه يعلم أنه معرض للكسب والخسارة فليس له أن يشكو من الغبن ولكن الاتجاه في القضاء الحديث أخذ يقبل الطعن بالغبن في البيع بثمن بمرتب لمدى الحياة *rente viagère* يقل عن دخل العقار ويستطاع حسابه بحيث يمكن الوصول الى معرفة أن فيه غيباً (1) .

سادساً : يشترط أن يزيد الغبن — في القانون الجزائري — على خمس قيمة الشيء المبيع واذن فإذا بلغ الثمن أربعة أخماس قيمة المبيع أو تجاوزها فلا يقبل الطعن بالغبن ؛ وتقدر قيمة العقار يوم البيع . وإذا كان البيع معلقاً على شرط واقف فتقدر قيمة العقار كذلك يوم البيع لأن للشرط الواقف أثراً رجعياً يستند الى يوم العقد . ويلاحظ أن القانون الفرنسي يجعل الغبن كما سلف القول $\frac{7}{12}$ ، أى أكثر من النصف ، وكذلك كان القانون الفرنسي القديم والقانون الروماني يقدّران الغبن بأكثر من النصف .

سابعاً : يجب أن ترفع دعوى الغبن في خلال ثلاث سنين من يوم انعقاد البيع (المادة 1/359 مدني جزائري) وهي مدة تقادم بنص القانون ، لا مدة سقوط ، واذن يرد عليها الوقف والانقطاع . وإذا كان البائع ناقص

(1) د . توفيق حسن فرج ، الاستغلال في القانون المدني المصري ، الاسكندرية 1957 ، ص 260 — 272 .

الأهلية أيا كان سبب عدم اكتمال أهليته ، سواء كان قاصرا أو محجورا عليه فتبدأ المدة من يوم زوال سبب نقص الأهلية (المادة 2 / 359 مدني جزائري) . أما في القانون الفرنسي فهي مدة سقوط لا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع .

ثامنا : أن يحصل شهر هذه الدعوى ، عملا بالمادة 85 من المرسوم رقم 76—63 الصادر في 25 مارس سنة 1976 الذي يتعلق بتأسيس السجل العقاري اذ تلزم على أن دعاوى القضاء الرامية الى الدطق بفسخ أو ابطال أو الغاء أو نقص حقوق ناتجة عن وثائق تم اشهارها لا يمكن قبولها الا اذا تم اشهارها مسبقا .

موضوع الدعوى في القانون الجزائري والمصري

هو تكملة الثمن ، وتهدف الدعوى أساسا في القانون الجزائري ، كما في القانون المصري الى حمل المشتري على تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل فان فعل زال عيب الخبن وتسمى دعوى تكملة الثمن *action en supplement de prix* ويعتبر المبلغ المحكوم به جزءا من الثمن فتطبق عليه كافة القواعد الخاصة بالالتزام بدفع الثمن فيكون مضمونا بامتياز البائع على العقار المبيع ، وللربائع أن يحبس المبيع ان لم يكن المشتري قد تسلمه الى أن يتم الوفاء بالثمن كله بما في ذلك القدر المحكوم به . ويكون للربائع طلب الفسخ اذا تخلف المشتري عن الوفاء بذلك القدر⁽¹⁾ لأن المحكوم به هو جزء من الثمن وليس مجرد تعويض . ولا تسقط دعوى الفسخ الا بعضي مدة التقادم الطويل (15 سنة) .

(1) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 87 . د . أنور سلطان ، عقدا البيع والمقايضة ، سنة 1980 ، بيروت ، ص 61 .

وهذا يختلف القانون الجزائري والقانون المصري عن القانون الفرنسي

الذى يندرج على سقوط دعوى الغبن — وتسمى دعوى الفسخ *action en rescission* وتهدف أساسا الى الفسخ بمضي سنتين من يوم العقد وبأن للمشتري أن يتقي الفسخ اذا اكمل الثمن الى تسعة أعشار قيمة المبيع واذا حكم بفسخ البيع طبقت قواعد الفسخ العادية وأعيد الطرفان الى ما كانا عليه قبل التعاقد .

عدم الاحتجاج بالفسخ على الغير اذا كان حسن النية

عني المشرع الجزائري والمصري بالنص على قاعدة يراد بها حماية الغير حسن النية فنصت المادة 359 / 3 مدني جزائري (تقابل المادة 2426 / 2 مدني مصري) على أنه لا تلحق هذه الدعوى (أى دعوى تكملة الثمن) ضرا بالغير حسن النية اذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع . فاذا كان المشتري قد رتب حقوقا عينية على العقار في المدة التي مضت بين يوم الشراء ويوم الفسخ وكان من كسب الحق العيني حسن النية أى لا يعلم بوجود غبن في المبيع فان العقار يعود الى البائع محملا بحقه العيني ان كان تبعا كالرهن ، واذا كان الحق العيني أصليا كالبيع مثلا فليس للبائع أن يسترد العقار من يد المشتري الثاني ولا يكون له الا أن يرجع على المشتري الأول بالتعويض وفوق ذلك فللبائع طبقا لقواعد الفسخ أن يطالب المشتري بتعويض ما أصابه من ضرر كتفويت فرصة ارتفاع ثمن العقار عليه بعد بيعه لهذا المشتري . ونلاحظ أن هذه القاعدة ما هي الا تطبيق للمادة 17 من قانون تنظيم الشهر العقاري في مصر. (1)

ونلاحظ أن القانون الفرنسي يختلف هذا أيضا عن القانونين الجزائري والمصري اذ يترتب على فسخ البيع للغبن زوال العقد بأثر رجعي الأمر الذى يستلزم رد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها وقت التعاقد وما يترتب على

(1) د . اسماعيل فاهم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 87 .

ذلك من زوال كل أثر للعقد سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير فتزول كل الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار في أثناء وجوده في يده . ولكن المشتري لا يرد للبائع ثمار الشيء المبيع حتى يوم رفع الدعوى اذ أن البائع يكون بدوره قد حصل على فوائد الثمن في خلال هذه المدة ولكن اذا كان العقار المبيع لم ينتج ثمارا فان للمشتري الحق في مطالبة البائع بفوائد الثمن من يوم الدفع .

مقارنة بين دعوى تكملة الثمن ودعوى الاستغلال

تتضح من مقارنة المادة 359 والمادة 90 مدني جزائري (تقابلان المادتين 452 و 129 مدني مصري) الفروق الآتية :

1 - دعوى الاستغلال دعوى ابطال على أن للقاضي ألا يحكم بالابطال مكتفيا بانقاص التزامات التعاقد الذي وقع عليه الاستغلال كما يجوز للطرف الآخر أن يتقي الابطال اذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن .

2 - أما دعوى تكملة الثمن فهي ليست دعوى ابطال وليس للقاضي سلطة انقاص التزامات البائع ، فليس له أن ينقص من القدر المبيع لكي يعيد التعادل بين قيمة المبيع والثمن ، وإنما يتعين على القاضي أن يحكم للبائع بمبلغ يعادل الفرق بين أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع وبين الثمن الذي اتفق عليه في العقد . ودعوى تكملة الثمن لا تؤدي الى ابطال العقد بأي حال ولكنها قد تؤدي الى فسخ العقد اذا لم يتم المشتري بالوفاء بالمبلغ المحكوم به .

* * *

لا محل لدراسة ركن السبب دراسة خاصة في عقد البيع ، اذ لا يتميز ركن السبب في عقد البيع بأية خصوصية بل تنطبق في شأنه القواعد المنصوص عليها في المادتين 97 و 98 من القانون المدني الجزائري . وتلص المادة 97 على أنه " اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " ، وتلص المادة 98 على أن " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك . ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فاذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه . " فيجب أن يكون السبب موجوداً ومشروعاً :

1 - وجود السبب

ينصرف هذا الشرط الى السبب القصدى وهو الغاية التي يقصد الملتزم الحصول عليها . وفي العقود الملزمة للجانبين يكون سبب التزام كل من العاقدين هو ارتقاب تنفيذ التزام العاقد الآخر ، ففي عقد البيع يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو ارتقاب الحصول على الثمن من المشتري وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو ارتقاب الحصول على ملكية المبيع من البائع ، ولذلك فالالتزام كل من البائع والمشتري مرتبط بالآخر بحيث اذا تخلف التزام أحدهما عند الاتفاق فلا يندب التزام الآخر وبالتالي لا يوجد عقد بيع واذا تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه بعد انعقاد العقد كان للآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ كما أن له أن يطلب الفسخ

ليتخلص من العقد نهائيا . وإذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا فان هذا الالتزام ينقضي وينقضي معه الالتزام المقابل وينفسخ العقد من تلقاء نفسه .

2 - مشروعية السبب

ينصرف هذا الشرط الى السبب الدافع أى الباعث الذى دفع الملتزم الى أن يرتب الالتزام في ذمته فان كان الباعث للمتعاقدين معا باعثا غير مشروع كان العقد باطلا بطلانا مطلقا . أما ان كان الباعث لأحد المتعاقدين غير مشروع فلنفرق بين ما اذا كان الطرف الآخر يعلم بعدم مشروعية هذا الباعث أو لا يعلم به . فاذا كان الطرف الآخر يعلم بعدم مشروعية الباعث لدى المتعاقد معه فان العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا . وبالعكس اذا كان الطرف الآخر لا يعلم بعدم مشروعية الباعث لدى المتعاقد معه فلا يكون العقد باطلا ويبرر هذا الحكم الحرص على استقرار التعامل . فلا يبطل عقد البيع اذا كان المشتري يشتري دارا لتخصيصها للدعارة وكان البائع لا يعلم بهذا الباعث . وكل ما تقدم هو تطبيق للقواعد العامة في السبب على عقد البيع . (1)

(1) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 53 .

الباب الثاني في أحكام البيع

ندرس في هذا الباب آثار عقد البيع ببيان الالتزامات الناشئة عنه على عاتق كل من البائع والمشتري .

الفصل الأول التزامات البائع Les Obligation du Vendeur

التزامات البائع ثلاثة هي الالتزام بنقل الحق المبيع والالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان .

المبحث الأول الالتزام بنقل الحق المبيع Transfert du Bien Vendu

انتقال الحق من شخص إلى آخر إنما هو أثر يترتب عليه القانون على وقائع معينة ، ولذلك فإن التزام البائع بنقل الحق المبيع هو التزامه بأن يقوم بالأعمال التي يترتب عليها القانون نقل الحق إلى المشتري . وتنص المادة 361 مدني جزائري (تقابل المادة 428 مدني مصري) على أن يلتزم البائع بأن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا .

وفي بعض الأحوال لا يقتضي الأمر أن يقوم البائع بأى عمل وذلك اذا كان المبيع حقا عينا على منقول معين بالذات مملوك للبائع ، فالقاعدة في هذه الحالة أن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر يعتبر مفذا بمجرد نشوئه بحيث يترتب نقل الحق على التصرف ذاته الذى أنشأ الالتزام . لهذا يتعين أن نفرق بين الحقوق المنقولة والحقوق العقارية . والقاعدة أن الحقوق الشخصية جميعا منقولة ولو تعلقت بعقار كحق مستأجر العقار . أما الحقوق العينية فهي منقولة اذا كان محلها منقولا وعقارية اذا كان محلها عقارا .

المطلب الأول

نقل الحقوق " المنقولة "

Transfert des Biens Mobiliers

ينم نقل الحقوق الشخصية بطريق الحوالة وينتقل الحق في العلاقة بين المحيل والمحال له بمجرد العقد . أما بالنسبة للمدين فالحوالة غير نافذة الا من وقت قبوله للحوالة أو اعلانه بها ، وكذلك بالنسبة للغير لا ينتقل الحق الا من الوقت الذى تصير فيه الحوالة نافذة في حق المدين بشرط أن يكون قبوله ثابت التاريخ ، أما الاعلان في القانون المصرى فهو ثابت التاريخ دائما لأنه يتم على يد محضر . وتنص المادة 241 مدي جزائرى على أنه لا يحتج بالحوالة قبل المدين أو قبل الغير الا اذا رضى بها المدين أو أخبر بها بعقد غير قضائي *par acte extra-judiciaire* . غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير الا اذا كان هذا القبول ثابت التاريخ . ومحل دراسة الحوالة هو النظرية العامة للالتزامات .

وأما في الحقوق العينية فنفرق بين المنقولات المعينة بالذات والمنقولات المعينة بنوعها فحسب ، وندرسها في فرعين على الترتيب .

الفرع الأول
المنقولات المعينة بالذات
Corps Certain

تنص المادة 165 مدني جزائري وتقابلها المادة 204 مدني مصري على أن الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القاسم الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالاشهار العقاري . وقد وردت هذه المادة في الباب المخصص لآثار الالتزام عامة .

ويتضح من هذه النصوص أنه يجب توافر شرطين لكي تنتقل ملكية المنقول أو الحق العيني محل البيع بمجرد العقد .

الشرط الأول

أن يكون الشيء معيناً بالذات ، ذلك أن الحق العيني وهو سلطة مباشرة على شيء لا يتصور إلا على شيء معين بالذات . فلا يتصور أن يكتسب المشتري حقاً عينياً على شيء معين بدوئه فقط . ومن أمثلة عدم التعيين بالذات أن يتم البيع مع خيار التعيين وفيه يكون التزام البائع تخييرياً يشمل محله أشياء متعددة وتبرأ ذمته إذا أدى واحداً منها كأن يلتزم البائع بأن ينقل ملكية منقول معين بالذات أو منقول آخر معين بالذات ، إذ رغم أن الشئين معينان بالذات إلا أن محل الالتزام لا يتحدد في أي منهما إلا باستعمال خيار التعيين . ويكون لاستعمال هذا الخيار أثر رجعي ويترتب على ذلك أن المشتري يصبح مالكا للمنقول الذي وقع عليه الخيار من وقت

التعاقد لا من وقت استعمال الخيار مادام أن ذلك المنقول كان معينا بالذات وقت العقد . (1)

الشرط الثاني

أن يكون البائع صاحب الحق المبيع وهذا بداهة ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه . ومع ذلك فلاحظ أثر قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وموداها أن من يشتري المنقول من غير مالكه ويتسلمه معتقدا أنه اشتراه من مالك فانه يكتسب ملكيته لا باعتبارها أثرا ترتب على البيع بذاته ولكن باعتبارها أثرا لواقعة مركبة يدخل هذا البيع في عناصرها ويسمى بالسبب الصحيح وذلك بجانب الحيازة وحسن النية .

ويخلص من ذلك أنه متى كان المبيع منقولا معينا بالذات ومملوكا للبائع فانه يترتب على عقد البيع التزام البائع بنقل الملكية ثم ينقضي هذا الالتزام تلقائيا فور التعاقد . ويترتب على نقل الملكية بمجرد التعاقد النتائج الآتية:

- 1 - يكون للمشتري حق التصرف في المبيع بمجرد التعاقد ولو لم يتسلم المبيع .

- 2 - يكون للمشتري الحق في ثمار المبيع ونمائه بمجرد التعاقد ولو لم يتسلم المبيع .

- 3 - يكون للمشتري أن يسترد المبيع عينا من بين موجودات تغطية البائع .

- 4 - وثمة أثر رابع في القانون المدني الفرنسي وهو أن تهمة هلاك المبيع تكون على المشتري بعد العقد وقبل التسليم . (وهذا الأثر الرابع مخالف للقانون المدني الجزائري والمصري كما سيجي *) .

(1) المسهورى ، الوسيط ، ج 3 فقرة 97 .

هل يمكن الاتفاق على أرجاء انتقال الملكية الى المشتري ؟
ان قاعدة انتقال الملكية أو الحق العيني بمجرد العقد ليست قاعدة
أمرة فيجوز الاتفاق على خلافها فيمكن الاتفاق على تأخير انتقال الملكية باضافته
الى أجل واقف أو بتعليقه على شرط واقف كتعليق انتقال الملكية على الوفاء
بكامل الثمن ومتى قام المشتري بالوفاء بكامل الثمن اعتبرت الملكية كأنها انتقلت
اليه من وقت العقد وذلك نتيجة للأثر الرجعي لتحقيق الشرط .

وقد نصت المادة 1/363 مدني جزائري وهي مقابلة للمادة 430 مدني
مصري على أنه " اذا كان ثمن البيع موجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل
الملكية الى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع " .
كما نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه اذا وفى المشتري جميع الأقساط
يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع .

أما اذا تخلف المشتري عن الوفاء بكامل الثمن فيكون للبائع حق الفسخ
طبقا للقواعد العامة ويسترد المبيع من المشتري ان كان قد تسلمه كما يسترد
المشتري ما دفعه من أقساط الثمن . وفضلا عن ذلك فللبائع الحق في التعويض
تطبيقا للمادة 1/119 مدني جزائري (المقابلة للمادة 1/157 مدني
مصري) والتي تنص على أنه في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد
المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب
بتفويض العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال ذلك .
وقد يتفق على أنه اذا ما تخلف المشتري عن الوفاء بكامل الثمن كان للبائع
الاحتفاظ بما دفع من أقساط أو بعضها على سبيل التعويض عن الفسخ . وقد
أجازت المادة 2/363 هذا الاتفاق . ومع ذلك يجوز للقاضي أن يخفف
التعويض المطبق عليه وهذا تطبيق لأحكام الشرط الجزائي .

هل شرط احتفاظ البائع بالملكية لحين الوفاء بكامل الثمن يحمي البائع من تصرفات المشتري الى الخمر قبل الوفاء ؟

هذا تعترضنا قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية فان توافرت أركانها ثبتت الملكية خالصة للمتصرف اليه .

أما اذا لم تتوافر أركانها فله أن يسترد المنقول بوصف أنه لا زال مالكا له لأنه احتفظ بملكه لحين الوفاء بكامل الثمن ، وحتى اذا لم يحتفظ بملكه له لحين الوفاء بكامل الثمن فان له أن يطلب الحكم بفسخ البيع فتفسخ ملكية المشتري وبالتالي ملكية من تصرف اليه هذا المشتري ، بما للفسخ من أثر رجعي ، ويكون للبائع الأصلي اذن أن يسترد المبيع بوصفه مالكا . ومن ناحية أخرى فان للبائع حق امتياز على المبيع يخول له أن يستوفي الثمن من قيمته بالأولوية على سائر الدائنين . ويلاحظ أن هذا الامتياز تسقطه قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية متى توافرت أركانها . (1)

البيع الجزاف La Vente en Bloc

تنص المادة 1/362 مدني جزائري ، وتقابل المادة 1/429 مدني مصري ، على أن تنتقل الملكية في البيع الجزاف الى المشتري بنفس الطريق التي تنتقل بها ملكية الشيء المعين . فالبيع الجزاف هو بيع أشياء معينة بذاتها بصرف النظر عن مقدارها رغم أنها من الأشياء التي يحصل تعيينها عادة بتقديرها سواء بالعدد أو الوزن أو المقاس أو الكيل ، ومادام أن المبيع في البيع الجزاف معين بذاته فان ملكيته تنتقل الى المشتري بمجرد العقد دون انتظار تحديد مقداره . ويعتبر البيع جزافا تنتقل به الملكية بمجرد

(1) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 109 .

العقد مادام لا يلزم تقدير المبيع لتعيينه ولو لزم التقدير لتحديد ثمنه ، وقد نصت على ذلك المادة 2 / 362 (تقابل المادة 2 / 429 مدني مصري) بقولها " ويكون البيع جزافا ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع " .
ولا يمنع من اعتبار البيع جزافا أن يذكر في العقد مقدار المبيع ، كذلك لا يمنع من اعتبار البيع جزافا أن يرد على حصة شائعة في الشيء المعين بالذات كبيع نصف القمح الموجود في المخزن فينتقل بمجرد العقد ملكية النصف شائعا الى المشتري ، اما اذا ورد البيع على حصة مفرزة فلا تنتقل الملكية الا بعد افرازها .

بيع المنقولات المستقبلية

يصح بيع الشيء المستقبلي كما سلف القول ، ولكن يقتصر أثر البيع على إنشاء التزامات شخصية بين العاقدين حتى يوجد الشيء المبيع فلا يترتب على العقد نقل الملكية بمجرد انعقاده ذلك أن حق الملكية والحقوق العينية بصفة عامة اما ترد مباشرة على شيء فلا يتصور أن تنشأ قبل أن يوجد ذلك الشيء ، فضلا عن أن الشيء قبل وجوده لا يكون بداة معينة بذاته فلا تنتقل ملكيته بمجرد العقد .

الفرع الثاني

المنقولات المعينة بنوعها فحسب

Choses de Genre

يكفي لصحة البيع أن يكون المبيع قابلا للتعيين ولكن ذلك لا يكفي لانتقال الملكية الى المشتري بل يقتصر أثر البيع على إنشاء التزامات شخصية ويلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الملكية طبقا للمادة 361 مدني جزائري

(التي تقابل المادة 428 مدني مصرى) وبصها " يلتزم البائع بأن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع الى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا " . والقاعدة طبقا للمادة 1/166 مدني جزائري أنه اذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بلوعسه فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشيء (تقابلها المادة 1/205 مدني مصرى) .

Art 166/1: " Si l'obligation de transférer un droit réel a pour objet une chose déterminée seulement quant à son genre, le droit n'est transféré que si la chose est individualisée".

فيكون على البائع أن يقوم بالافراز اذا هو عمل ضروري لكي ينتقل الحق الى المشتري .

L'Individualisation

افراز المبيع

هو تحديده وتجليبه لجعله معينا بالذات ، وقد يقتضي ذلك تقديره التقدير المتناسب مع طبيعته كالوزن أو العدد أو الكيل أو القياس . ولا يشترط أن يتم الافراز في حضور المشتري لكن لا يترتب عليه أثره في نقل الملكية الا اذا علم به المشتري والافراز عمل مادي وارادي معا باتجاه ارادة البائع الى أن يكون الشيء المجتب هو المبيع . ويجب أن يتم الافراز في الوقت المتفق عليه أو على الأكثر عند التسليم وأن يتم في المكان المتفق عليه واذا لم يكن هناك اتفاق على ذلك فلا يلزم أن يتم في مكان معين .

واذا امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بافراز المبيع فانه تطبق عليه المادة 1/166 مدني جزائري (تقابل المادة 2/205 مدني مصرى) وبصها أنه " اذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة

الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض . "

" Il peut également exiger la valeur de la chose, sans préjudice de son droit à réparation."

نقل الملكية والتسليم

تنتقل الملكية في المنقول المعين بالذات بمجرد العقد كما تنتقل في المنقول المعين بالنوع بالافراز ، اذن ليس للتسليم la délivrance أثر على نقل الملكية اما يجوز الاتفاق على تأجيل انتقال الملكية لحين التسليم أو تعليقها على شرط حصول التسليم فعلا .

كذلك نلاحظ أثر تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، فاذا فرضنا أن ملكية الشيء المبيع انتقلت للمشتري سواء بمجرد العقد أو بالافراز لكن لم يحصل تسليمه اليه فانه يكون معرضا لأن يكتسب الغير ملكيته اذا تصرف فيه البائع وسلمه الى المتصرف اليه وكان هذا الأخير حسن النية وقت التسليم .

المطلب الثاني

نقل الأموال أو الحقوق العقارية Transfert des Biens Immobiliers

هي الحقوق العينية التي ترد على عقار ولا ينتقل الحق العيني العقاري المبيع الى المشتري بمجرد انعقاد العقد ولو كان العقار معينا بالذات ومملوكا للبائع ، كذلك لا ينتقل الحق العقاري الى المشتري بافرازه وتعيينه بالذات ان كان العقار معينا بالنوع لأن التصرفات التي يراد بها اشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله يجب شهرها وليس للتصرفا غير المشهرة من أثر سوى الالتزامات الشخصية بمن ذوى الشأن .

وتنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري (وتقابل المادة 934 من القانون المدني المصري) على أنه " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الاجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار. " ولا يغير من هذا الحكم أن القانون الجزائري استلزم توثيق عقد البيع العقاري ، فالتوثيق وظيفة هي انعقاد العقد ، وللشهر وظيفة أخرى هي احداث العقد لأثره العيني ولا يغني أحدهما عن الآخر .

الفرع الأول

الشهر العقاري

La Publicité Foncière

ان الغرض الأساسي من الشهر العقاري هو إعلام الغير بما يرد على العقارات من حقوق عينية لضمان الثقة في المعاملات العقارية لأن به يتم إعلان التصرفات التي ترد على العقارات فلا يخدع أحد اذا اشترى عقارا أو أقرض نقودا بضمان رهن تأميني فيتعامل مع غير المالك ويتعرض لضياغ الثمن الذي دفعه أو المال الذي أقرضه في رجوعه على البائع أو المدين الرهن الذي يكون في الغالب شخصا معسرا ولذا كان هذا النظام من أهم النظم التي يعنى بها المشرع . (1)

وشهر التصرفات العقارية يحقق استقرار الملكية العقارية وتدعيم الائتمان العقاري . (2)

-
- (1) د . أنور سلطان ، عقدا البيع والهبة ، المرجع السابق ، ص 142 بند 133 .
(2) د . ابراهيم أبو الدجا ، السجل العيني في التشريع المصري ، الاسكندرية ، 1978 ، ص 15 .

ويمكن تقسيم نظم الشهر العقارى في البلاد المختلفة الى نوعين رئيسيين هما نظام الشهر العيني أو نظام السجل العقارى *livres fonciers* ونظام الشهر الشخصي ، وقد رسهما فيما يلي على الترتيب :

أ - نظام الشهر العيني

Système de la publicité réelle ou système des livres fonciers

(1) ونظام الشهر العيني أو نظام السجلات العقارية يتميز بصفتين أساسيتين : الأولى : أن الشهر يتم على أساس العقار ذاته بمعنى أن السجل العقارى يكون مقسما على أساس العقارات أو الوحدات العقارية بحسب موقعها فتكون لكل عقار صفحة أو بطاقة خاصة به تسجل فيها كافة ما يتعلق بالحقوق العينية التي ترد عليه ، فلا تشهر التصرفات وفقا لأسماء الأشخاص بل وفقا للعقار ذاته ، ومن هنا كان نظاما عينيا . (2) والتصرفات التي تشهر لا يتم شهرها الا بعد التحرى عن صحتها تحريا بالغاً ويعبر عن هذا بمبدأ الشرعية *principe de légalité* فيستقص عن موقع العقار وحدوده ومساحته وأسماء المتصرفين وأهليتهم وهل صدر التصرف عن مالك وهل هو صحيح فيشهر أو معيب فيمتنع عن شهره .

الثانية : ان انتقال الملكية أو الحق العيني انما يتم بالتسجيل وحده مستقلا عن التصرف الذى أنشأ على عاتق المالك السابق الالتزام بنقل الملكية . فيكون لتسجيل التصرف في السجل العقارى حجية كاملة *force*

probante absolue وأثر قاطع في نقل الملكية بحيث لا يؤثر في ذلك

(1) د . اسماعيل غالم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 117 .

(2) الوسيط للسهنورى ، ج 4 مجلد 1 ص 437 .

أن يكون التصرف باطلا أو يحكم بإبطاله أو فسخه بعد ذلك ، فالشهر لا التصرف هو الذى ينقل الحق بل ويصح الشهر العيني عيوب التصرف . ويقتصر الأثر إذا ما حكم بإبطال التصرف أو فسخه على الدعاوى الشخصية كدعوى الأثر بلا سبب يرجع بها البائع على المشتري إن كان التصرف بيعا ، وهذا هو ما يعرف بالثقة العامة في السجل العيني *la foi publique du registre foncier* .

ولاشك أن هذا النظام يكفل حماية الغير وهو عنوان للحقيقة بالنسبة للكافة ، إذ يكفي لمن يريد أن يتعاقد على عقار معين أن يرجع إلى الصفحة المخصصة له في السجل العقاري ، ويستطيع بعد ذلك أن يتعامل مع من أثبت في السجل أنه آخر مالك للعقار دون أن يخش أن يفاجأ فيما بعد بشخص آخر يثبت أنه هو المالك الحقيقي أو يفاجأ بالغاء التصرف الذى تلقى به ملكيته ، فنظام الشهر العيني نظام محكم سواء من ناحية الترتيب أو من ناحية الحجية وهو متبع في تونس والعراق وسورية ولبنان وألمانيا وسويسرا وأستراليا وهي أول دولة طبقت هذا النظام في سنة 1858 .

ولكن نظام الشهر العيني يقتضي أن تسمح كافة الأراضي والعقارات الأخرى في إقليم الدولة وأن تحدد ملكياتها تحديدا دقيقا وهذه عملية شاقة تكبد نفقات طائلة ، لذلك لا نجد هذا النظام ، رغم مزاياه ، مطبقا إلا في بعض الدول ولا زالت غالبية الدول تتبع نظام الشهر الشخصي .

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

وجاء في المادة الثالثة منه أن السجل العقاري يعد الوضعية القانونية للعقارات ويبين تداول الحقوق العينية . وتكلمت المواد من 4 الى 10 على اجراء مسح عام للأراضي في كل اقليم الدولة . ونصت المادة 11 على أن يقوم موظف مكلف بمسك السجل العقاري بتحديد حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى التي يجب أن تكون موضوع اشهار في السجل العقاري . ونصت المادة 12 على أن لكل بلدية سجلا عقاريا ونصت المادة 20 على انشاء محافظات عقارية مكلفة بمسك السجل العقاري واتمام الاجراءات المتعلقة بالاشهار العقاري من أجل الشروع في تنفيذ نظام الاشهار الجديد . ونصت المادة 27 على حكم انتقالي هو أنه في حالة البلديات التي لم يعد فيها بعد مسح الأراضي ، تفهرس بصفة انتقالية العقود والقرارات القضائية المطلوب شهرها وتدوّن في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي الى أن يتم اعداد مسح عام للأراضي في اقليم كل بلدية . أي استبقاء نظام الشهر الشخصي بصفة انتقالية ومؤقتة، وأعادت المادة 113 من المرسوم رقم 76 - 63 ذكر هذا الحكم .

المبادئ الأساسية في نظام الشهر العيني

يتميز نظام الشهر العيني بأنه يتخذ من العقار أو الوحدة العقارية أساسا للقيد في الصحائف العينية ، وهذا هو مبدأ التخصيم *principe de spécialité* . وأنه يعطي للقيد قوة ثبوت مطلقة أو ما يعرف بالثقة العامة في السجل العيني . كما يتميز بأن القيد لا يتم إلا بعد مراجعة دقيقة وهذا هو مبدأ الشرعية *principe de légalité* ومقتضاه وجوب التحقق والرقابة والمراجعة الدقيقة السابقة على اجراء القيد في السجل العيني

حتى لا يقيد أى حق عيني عقارى الا بعد تلقيته من كل شائبة ، فطالما أن الحق العيني يتحصن بقيد ه في السجل العيني ضد كل الطعون فانه يجب ألا يتم القيد الا بعد التأكد التام من أن الحق مطابق للحقيقة وعدوان لها وأن التصرف العقارى المؤدى للقيد صحيح ويستند الى أساس قانوني سليم بحيث يصبح قيد الحق العيني في السجل العيني دليلا أكيدا على شرعية هذا الحق . ويتميز نظام السجل العيني كذلك بأن الحقوق العينية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول الا بالقيد ، ويعرف هذا بمبدأ القيد المطلق . le principe de l'inscription absolue

وعلى هذا النحو يكون للقيد في السجل العيني أثر منشيء للحقوق العينية بحيث اذا لم يتم القيد لا ينشأ الحق فليس لأحد أن يدعي حقا عينيا على العقار غير مقيد في السجل العيني اذ بالقيد وحده تنشأ أو تنتقل أو تزول الحقوق العينية ومن ثم يصبح القيد هو مصدر الحق . ولهذه الثقة العامة مظهران أولهما سلبي *force négative* وهو أنه لا يحتج على الغير بأى حق عيني عقارى غير مقيد في السجل ، والثاني ايجابي *force positive* وهو أنه يحتج على الغير بأى حق عيني عقارى مقيد في السجل . وبسبب مبدأ القيد المطلق نجد أن الأفراد يبادرون بقيد تصرفاتهم العقارية في السجل العيني حتى يعتد بها مما يجعل السجل العيني مرآة صادقة لحالة الملكية العقارية على الدوام . ويتميز السجل العيني بعدم سرية التقادم في مواجهة صاحب الحق المقيد وهذا هو مبدأ حظر التقادم حيث لا يعرف نظام السجل العيني مالكا أو صاحبا للحق العيني خلاف المالك أو صاحب الحق المقيد ولا يجوز لأى شخص أن يدعي حقوقا عينية ليست مقيدة في السجل العيني مهما طالّت مدة حيازته لها . فالاعتداد بالتقادم كطريق

لكسب الملكية والحقوق العينية تتعارض مع قوة الثبوت المطلقة التي لنظام السجل العيني التي تعني أن كل ما هو مقيد في السجل العيني حقيقة لا جدال فيها كما يتعارض مع ما يرتبه نظام السجل العيني على القيد من أثر منشيء مما يعني أن القيد وحده هو مصدر الحق العيني ذلك أن التقادم المكسب من شأنه أن يجعل بيانات السجل العيني غير مطابقة للحقيقة فيهدر الثقة العامة الواجب توافرها للسجل العيني . (1)

وفي بعض الدول يشرف على التحرى عن التصرفات قبل شهرها قاض هو الذى يأمر بعد الفحص الدقيق باجراء التسجيل والنتيجة المترتبة على هذا التحرى أن التصرف الذى يشهر في السجل العقارى تكون له حجية كاملة فينتقل الحق العيني الى المتصرف له بناء على شهر الحق وليس بناء على التصرف الصادر فالشهر لا التصرف هو الذى ينقل الحق ، ومهمة التسجيل في نظام الشهر العيني هي نقل الحق العيني لا مجرد اعلان التصرف . وقد يكون التصرف معيبا في الحالات القليلة التي لا يكشف فيها هذا العيب بعد التحرى الدقيق الذى سلف ذكره ، ومع ذلك اذا شهر هذا التصرف المعيب انتقل الحق بالشهر لا بالتصرف وصحح الشهر عيوب التصرف ، وهذه هي أهم ميزة لنظام الشهر العيني . ويواجه هذا النظام التصرفات المعيبة التي يصححها الشهر وما يستتبع ذلك من الاضرار بأصحاب الحقوق الثابتة ، عن طريق تعويض أصحاب هذه الحقوق ، ويقتضي هذا التعويض من رسوم الشهر ذاتها ، فكان في هذه الرسوم جزءا هو بمثابة تأمين للمتضمن بالسجل العقارى . (2)

(1) د . ابراهيم أبو النجا ، السجل العيني في التشريع المصرى ، المرجع السابق ، ص 41 بند 15 وما بعدهما .

(2) الوسيط للسنهورى ، ج 4 ، المجلد الأول ، البيح والمقايسة ، ص 437 .

التدابير التي نَصَّ عليها المشرع الجزائري لضبط دقة السجل العقاري

نصت المادة 22 من قانون السجل العقاري الصادر بالأمر رقم 75-74 على أن يحقق المحافظ العقاري في هوية وأهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات ، وكذلك في صحة الأوراق المطلوبة من أجل الإشهار .

وبيّنت المادة 24 طريق الطعن في قرارات المحافظ ، فنصت على أن تكون هذه القرارات قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة إقليمياً .

فجعل المشرع قرارات الشهر تحت إشراف القضاء لتكون لها حجية كاملة .

وتكلمت المادة 23 عن مسؤولية الدولة مدنيا عن الأضرار التي تصيب أصحاب الحقوق الثابتة من جراء الأخطاء التي تقع من المحافظ العقاري فنصت على أن " تكون الدولة مسؤولة بسبب الأخطاء المضرّة بالغير والتي يرتكبها المحافظ أثناء ممارسة مهامه . ودعوى المسؤولية المحركة ضد الدولة يجب أن ترفع في أجل عام واحد ابتداء من اكتشاف فعل الضرر والا سقطت الدعوى .

وتتقادم الدعوى بمرور خمسة عشر عاما ابتداء من ارتكاب الخطأ ، وللدولة الحق في رفع دعوى الرجوع ضد المحافظ في حالة الخطأ الجسمي لهذا الأخير . "

ب- نظام الشهر الشخصي *Système de la publicité personnelle*

نظام الشهر الشخصي وظيفته العلانية فقط وليس له أية قوة ثبوت إذ يشهر التصرف كما هو دون الاهتمام بصحة الحق الذي يرمي إلى إنشائه أو نقله ويتم الشهر على أساس أسماء الأشخاص الصادرة منهم التصرفات ولذلك لا يكفي ليطلع من يريد شراء عقار من شخص معين أن يجد اسم هذا الشخص مذكورا في السجلات كمصرف اليه من آخر فقد يكون المالك الحقيقي

شخصاً غير المتصرف . ولا يكفي اثبات التصرف في السجل لحرمان المالك الحقيقي من استرداد ملكه ، ذلك أن شهر التصرف لا ينقل الملكية نقلاً باتاً إلا إذا كان التصرف ذاته باتاً غير مهدد بالزوال . أما إذا كان التصرف باطلاً أو قابلاً للإبطال وحكم بإبطاله أو بفسخه بعد الشهر فإن أثر الشهر ينزول بنزول التصرف. ويظل مصير التسجيل مرتبطاً بمصير التصرف ، فالشهر وحده لا ينقل الملكية ولكن سبب نقل الملكية هو التصرف المشهر بشرط أن يكون التصرف صحيحاً ، وأن شهر الشخص لا يصح التصرف الباطل ، فهذا النظام لا يحقق استقرار الملكية العقارية ، ويتم التيد الشخصي في نوع من معاً من السجلات أحدها حسب الترتيب الزمني لتقديم المحررات للشهر والآخر حسب الترتيب الأبجدي لأسماء الأشخاص . (1)

نظام الشهر الشخصي في فرنسا

نظام الشهر الشخصي هو المتبع في فرنسا وما زال مطبقاً في مصر كمرحلة انتقالية إلى نظام الشهر العيني الوارد في القانون رقم 142 لسنة 1964 ، على أن هناك farkاً جوهرياً بين التشريعين المصري والفرنسي فيما يتعلق بعدى أثر التسجيل في التصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية . ففي فرنسا ينتقل الحق العيني العقاري بين المتعاقدين بمجرد العقد دون حاجة إلى تسجيل ولكن لا يحتج به على الغير إلا بعد التسجيل وقد تقرر هذا الحكم في فرنسا منذ سنة 1855 حين أدخل نظام الشهر العقاري لأول مرة وظل قائماً في القوانين المتعاقبة حتى قانون التسجيل الذي صدر في سنة 1955 .

(1) د . إبراهيم أبو النجا ، المرجع السابق ، ص 27 .

أما في مصر فقد نقل المشرع في التقنين المدني السابق نظام الشهر عن قانون سنة 1855 الفرنسي كما هو الى أن صدر قانون التسجيل المصري في سنة 1923 الذي قضى بأن التسجيل لازم لنقل الحق سواء بالنسبة للخير أو فيما بين المتعاقدين فخالف بذلك القانون الفرنسي في كونه يشترط التسجيل للاحتجاج بالعقد فيما بين المتعاقدين أيضا حتى يحث المتعاقدين على المبادرة بالتسجيل ، وهذا أدعى الى جعل الملكية العقارية مستقرة بقدر الامكان في ظل نظام الشهر الشخصي .

وقد احتفظ المشرع المصري بهذه القاعدة في قانون تنظيم الشهر العقاري الذي صدر في سنة 1946 تمهيدا لادخال نظام السجلات العقارية في مصر عن طريق اصلاح العيوب التي ظهرت في قانون التسجيل السابق ، وقد وحد هذا القانون جهة الشهر فجعلها في يد هيئة واحدة بعد أن كانت موزعة على جهات القضاء .

ولصت المادة 9 من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن " جميع التصرفات التي من شأنها اشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تنقضي ولا تنزل لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن . " .

فالنظام المصري أخذ ببعض آثار السجل العيني وان كان التسجيل لا يزال على أساس شخصي فهو يمر بمرحلة انتقالية نحو نظام السجل العيني .

في القانون المدني الجزائري لا يتم نقل الملكية سواء
فيما بين العاقدين أو بالنسبة للغير إلا بعد اتخاذ اجراءات
التسجيل أو الشهر العقاري .

وقد نصت المادة 792 مدني جزائري على ما يلي " تنتقل
الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء
مملوكا للمتصرف طبقا لنص المادة 164 (وصحتها المادة
165) (1) ، وذلك بعد مراعاة النصوص التالية :

المادة 793 تنص على أنه " لا تنتقل الملكية والحقوق
العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين
أو في حق الغير إلا اذا روعيت الاجراءات التي ينص
عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر
العقاري . " .

(1) اذ تنص المادة 164 مدني جزائري على أنه يجبر العدين
بعد اعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ
التزاماته تنفيذا عينيا متى كان ذلك
ممكنا .

والمادة 165 المحال عليها تنص على ما يلي " الالتزام بنقل الملكية

أو أى حق عيني آخر من شأنه أن ينقل الملكية بحكم القانون أو الحق العيني
إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام
المتعلقة بالأشهار العقارى " .

الفرع الثاني

التسجيل فى بيع العقار

La transcription de la vente immobilière

أ - أثر عدم التسجيل فى بيع العقار فى القانون المصرى

لا يترتب على البيع غير المسجل سوى التزامات شخصية بين البائع
والمشتري ، فملكية العقار لازالت للبائع رغم انعقاد البيع ما دام البيع لم
يسجل . ولكن البيع قد انعقد صحيحاً فالتسجيل ليس شرطاً لانعقاد البيع
بل لازال البيع من العقود الرضائية التي تتم بمجرد تطابق الإيجاب والقبول .
ولكن هذا البيع غير المسجل لا يترتب أى أثر عيني بل تقتصر آثاره على
الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين فيلتزم البائع بأن ينقل الملكية إلى
المشتري ، ويلتزم بالتسليم وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ، كما
يلتزم المشتري بدفع الثمن . وكل هذه الالتزامات تنشأ فور انعقاد العقد
وليس التسجيل شرطاً لنشئها . (1)

(1) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 129 .

مضمون التزام البائع بنقل الملكية

والالتزام البائع بمقتضى العقد بأن يقوم بنقل الملكية الى المشتري ، يتضمن التزامه بالقيام بما يلزم من جانبه لاجراء التسجيل كتقديم مستندات الملكية وتحرير العقد على النموذج المعد للتسجيل والذهاب مع المشتري الى مكتب الشهر العقارى للتصديق على الامضاءات في العقد وهذه كلها اجراءات لازمة لكي يكون المحرر صالحا للتسجيل .

دعوى صحة التعاقد

وسبيل المشتري الى الحصول على التنفيذ العيني لالتزام البائع هو رفع دعوى صحة التعاقد ، أى دعوى صحة البيع ونفاذه ، فاذا ما صدر الحكم لصالح المشتري قام بتسجيله ويصير المشتري مالكا من وقت تسجيل الحكم . وتقضي محكمة النقض المصرية بأن تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا ينقل الملكية (1) .

ودعوى صحة التعاقد دعوى شخصية عقارية ، هي شخصية لأن رافعها - أى المشتري - يستند الى حق شخصي هو التزام البائع بنقل الملكية اليه . وهي عقارية لأن الغرض منها هو اكتساب حق على عقار . موضوع هذه الدعوى هو المطالبة بتنفيذ التزام البائع تنفيذا عينيا بنقل الملكية الى المشتري . لذلك فلا يجاب المشتري الى طلبه الا اذا كان من الممكن نقل الملكية اليه . أما اذا كان البائع قد تصرف في العقار مرة ثانية لمشتري ثان بادر بتسجيل عقد . قبل أن يرفع المشتري الأول دعواه بطلب صحة التعاقد فانه يتعين الحكم

(1) مجموعة أحكام النقض المصرية - نقض 8 يناير سنة 1953 ، سنة 4
ص 309 رقم 44 .

يرفض دعوى المشتري الأول ، إذ أن الحكم فيها لصالحه لن يكون مجدياً ، وكذلك الحال إذا تبين أن البائع لم يكن مالكا للعقار المبيع بأن تدخل المالك الحقيقي في الدعوى وأثبت ملكيته .

ولكي تحكم المحكمة بصحة التعاقد يجب أن تتحقق من صحة العقد والا رفضت الدعوى وأن تتحقق من أن التزام البائع بنقل الملكية ليس موجلا ولا معلقا على شرط واقف والا كانت الدعوى سابقة لأوانها .

دعوى صحة التوقيع

وتجب التفريق بين دعوى صحة التعاقد وبين دعوى صحة التوقيع . ففي هذه الدعوى الأخيرة يقتصر المشتري على طلب الحكم بأن التوقيع المدون في العقد هو توقيع البائع ويقوم هذا الحكم مقام التصديق على الامضاء دون أن تتطرق المحكمة الى صحة التعاقد . ولذلك فلا يكفي تسجيل الحكم بصحة التوقيع لنقل الملكية الى المشتري بل يجب أن يسجل معه عقد البيع ذاته .

انتقال الملكية بالعقد المسجل في التشريع المصري

التسجيل وحده لا ينقل الملكية طبقا لنظام الشهر الشخصي ، بل يجب أن يكون عقد البيع صحيحا وصادرا من مالك العقار المبيع . ولا تنتقل الملكية الا من وقت حصول تسجيل العقد أو الحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد لصالح المشتري ، فليس التسجيل أثر رجعي . وقضت محكمة النقض المصرية برفض نظرية الأثر الرجعي للتسجيل⁽¹⁾ . فالقانون لا المتعاقدان هو الذي يتطلب التسجيل لانتقال الملكية .

(1) مجموعة أحكام النقض المصرية — نقض 22 ديسمبر سنة 1949 ، السلسلة الأولى ، ص 118 رقم 35 .

في حالة توالي البيوع على العقار الواحد لا يستطيع المشتري الأخير تسجيل عقده الا اذا كانت عقود المشتريين السابقين مسجلة بدورها .
هل يجوز للمشتري من المشتري أن يطالب البائع الأصلي مباشرة بتيسير اجراءات التسجيل ؟

أى أن يرفع دعوى صحة التعاقد بالنسبة للمبيع الأول .
الجواب بالايجاب ، اذ بوصفه خلفا خاصا للمشتري الأول تكون قد انتقلت اليه حقوقه . (1)

واذا تراحم المشترون ، فالقاعدة هي التفضيل بينهم على أساس الأسبقية في التسجيل لا على أساس تاريخ انعقاد البيع .

ب- أثر عدم التسجيل في بيع العقار في القانون الجزائري

لا يترتب على البيع غير المسجل سوى التزامات شخصية بين البائع والمشتري ولو أن العقد موثق ذلك أن التوثيق لا يغني عن التسجيل ، فالتوثيق ركن في العقد ويتكون به عقد البيع لكنه لا ينتج أثره الناقل للملكية سواء فيما بين العاقدين أو بالنسبة للغير الا بالشهر عملا بالمادتين 15 و 16 من قانون السجل العقاري وتنص الأولى عن أن كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير الا من تاريخ يوم اشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية *fichier immobilier* غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسرى مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية . وتنص الأخرى على أن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي الى

(1) الوسيط للمستهوري ، ج 2 ص 987 هامش 2 .

أنشاء 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 .

فيلتزم البائع بأن ينقل الملكية الى المشتري ويلتزم بالتسليم وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية كما يلتزم المشتري بدفع الثمن ان لم يكن قد دفعه الى الموثق عملا بالمادة 12 من قانون التوثيق . وكل هذه الالتزامات تنشأ فور توثيق العقد وليس التسجيل شرطا لنشئها .

وبلاحظ الفارق بين القانونين المصري والجزائري ، فعقد البيع العقاري عقد رضائي في القانون المصري لا يلزم توثيقه فيعقد بالايجاب والقبول وبشئ هذه الالتزامات فور انعقاده ، أما في القانون الجزائري فهو عقد شكلي يلزم توثيقه لبشئ هذه الالتزامات .

والتزام البائع بمقتضى العقد بأن يقوم بنقل الملكية الى المشتري يتضمن التزامه بالقيام بما يلزم من جانبه لاجراء التسجيل ، وسبيل المشتري للحصول على التنفيذ العيني لالتزام البائع هو اعلانه بالعقد الرسمي وتقديمه مباشرة للتنفيذ لأن عقد البيع الموثق ممهور بالصيغة التنفيذية ، فهو سند تنفيذي يغنيه عن دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع اللتين قد يضطر لرفعهما المشتري في القانون المصري .

انتقال الملكية بالعقد المسجل في التشريع الجزائري

التسجيل وحده ينقل الملكية طبقا للنظام الشهر العيني المطبق في الجزائر ، وللتسجيل حجيته المطلقة وأثره القاطع في نقل الملكية سواء بالنسبة للعاقدين أو بالنسبة للغير ولو كان التصرف باطلا فهو يصح عيوب التصرف ، وهذه هي أهم ميزة للتسجيل العقاري اذ يواجه التصرفات المعيبة فيصححها ويؤدي بذلك الى استقرار الملكية العقارية .

ولا تنتقل الملكية أو الحقوق العينية العقارية الأخرى الا وقت حصول الشهر ، فليس للشهر أثر رجعي وذلك بصريح نص المادتين 15 و 16 من قانون السجل العقارى .

التسجيل في البيوع المتتالية في التشريع الجزائرى

في حالة توالي البيوع على العقار الواحد لا يستطيع المشتري الأخير تسجيل عقده الا اذا كانت عقود المشترين السابقين مسجلة بدورها ، وهذا يصدق في نظامي الشهر الشخصي والعيني على السواء .
وللمشتري من المشتري أن يطالب البائع الأصلي مباشرة بتيسير اجراءات التسجيل اذ بوصفه خلفا خاصا للمشتري الأول تكون قد انتقلت اليه حقوق واذا تراحم المشترين فالقاعدة هي التفضيل بينهم على أساس الأسبقية في التسجيل لا على أساس تاريخ انعقاد العقد أو توثيقه .

شرط التوثيق لانعقاد البيع العقارى في القانون الجزائرى

تنص المادة 12 من الأمر رقم 70 — 91 المؤرخ في 15/12/1970 الذى يتضمن تنظيم التوثيق على أنه "زيادة على العقود التي يأمر القانون باخضاعها الى شكل رسمي فان العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عينية عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها أو عقود ايجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية ، يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن الى الموثق . "

ومؤدى هذه المادة أن التصرفات التي ترد على عقار يجب توثيقها والا كانت باطلة ، والتصرفات تشمل البيع والمقايضة والهبة والرهن وتقرير حق

الانتفاع على العقار سواء كان بمقابل أو بدون مقابل يجب أن تحرر بمعرفة موثق العقود المختص والا كانت باطلة ، والبطالان هنا بطلان مطلق لتعلقه بركن من أركان العقد وهو الشكل لأن المشرع استلزم الشكلية كركن في هذه التصرفات ، فعقد بيع العقار عقد شكلي يتطلب التوثيق لاعتقاده .

شرط التسجيل لأحداث أثره الناقل للملكية

وفضلاً عن التوثيق لتكوينه فإن المشرع استلزم شهره ليحدث أثره الناقل للملكية عملاً بالمادتين 15 و 16 من قانون تأسيس السجل العقاري الصادر بالأمر رقم 75 - 74 المؤرخ في 12/11/1975 . فيجب تسجيله لكي يحدث أثره سواء بالنسبة للخير أو فيما بين المتعاقدين .

فبدون التوثيق يكون العقد باطلا بوصفه عقد بيع وباطلا كذلك كوعده بالبيع ولكنه يتحول إلى عقد غير مسمى يحتوى على تعهد ملزم وإن كان لا يمكن تنفيذه عينا فقد ينفذ بطريق التعويض وإذا وثق انعقد البيع انعقاداً صحيحاً بالتوثيق لكنه لا ينتج سوى الالتزامات الشخصية بين العاقدين ، أما الأثر العيني فينأخى إلى تاريخ الشهر .

ولا تعارض بين اشتراط التوثيق مع اشتراط الشهر ، فكما أسلفنا للتوثيق وظيفة هي تكوين العقد ، وللشهر وظيفة أخرى هي أحداث العقد لأثره العيني ، وهذه هي وظيفة التسجيل في نظام السجل العيني المتبع في الجزائر . وبالتوثيق والشهر معا تكتمل للبيع العقاري وللتصرف العقاري بصفة عامة آثارهما القانونية وهي الالتزامات الشخصية وترتيب الحقوق العينية معا .

* * *

لقد ربط المشرع الجزائري بين تبعة الهلاك والتسليم ، فجعل هلاك المبيع قبل تسليمه على البائع ، وبعد تسليمه على المشتري ، وقد حذا في ذلك حذو القانون المصري والقوانين العربية التي تربط تبعة الهلاك بالحيازة . فقد نصت المادة 369 مدني جزائري (التي تقابل المادة 437 مدني مصري) على أنه اذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن الا اذا وقع الهلاك بعد إغذار المشتري بتسلم المبيع . والحكمة في جعل تبعة الهلاك على البائع هي أنه ملزم بتسليم المبيع الى المشتري بحالته التي كان عليها يوم العقد . وقد أخذ القانون الموحد لبيع العقود الملقولات المادية دوليا الصادر في أول يوليو سنة 1964 مع اتفاقية لاهاي بوجهة النظر هذه (1) . ويلاحظ أن القانون المدني الفرنسي يقضي بأن تبعة هلاك المبيع بعد العقد وقبل التسليم تقع على عاتق المشتري باعتباره مالكا *res perit domino* . وكما أن له الحق في ثمار المبيع ونعائه من يوم العقد فان عليه في مقابل ذلك أن يتحمل تبعة هلاكه .

* * *

(1) الدكتور علي سليمان ، محاضرات غير مطبوعة في عقد البيع في الملقول ، المرجع السابق .

المطلب الأول

أحكام الالتزام بالتسليم

(المواد 364 — 367 مدني جزائري)

أولا — مضمون الالتزام بالتسليم وكيفية تنفيذه

تسليم المبيع وملحقاته بما في ذلك الثمار :

تنص المادة 167 مدني جزائري (التي تقابل المادة 206 مدني مصري) على أن " الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم " ، فإذا كان المبيع عينا أو حقا عينيا فإن على البائع أن يحافظ عليه حتى يقوم بتسليمه للمشتري ، فالالتزام بالمحافظة على المبيع ناشي عن التزام البائع بنقل الملكية إذ هو لا يستطيع أن ينقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري إذا لم يحافظ على المبيع حتى يوم تسليمه . والالتزام بالمحافظة على المبيع حتى يوم تسليمه مترتب أيضا على التزام البائع بالتسليم فإذا هو لم يحافظ على المبيع حتى يسلمه فانه لا يستطيع القيام بالتزامه في التسليم ، ولذلك تنص المادة 364 مدني جزائري (التي تقابل المادة 431 مدني مصري) على أنه يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع . وبما أن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية فإن البائع لا يكون قد قام بتنفيذه ما لم يسلم المبيع بالحالة التي كان عليها يوم انعقاد البيع وهو لا يستطيع تسليمه بهذه الحالة ما لم يكن قد حافظ عليه طوال المدة التي تفصل بين يوم التعاقد ويوم التسليم فإذا أصاب المبيع تلف أو هلك في خلال هذه المدة ولو بدون خطأ من البائع فالتبعة عليه . وتنفي المادة 369 (التي تقابل

المادة 437 مدني مصرى) كما سلف القول بأنه " اذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن . . . " " la vente est resolue et le prix doit être restitué à l'acheteur "

وهكذا تقع تبعه هلاك المبيع قبل التسليم على عاتق البائع خلافا لما يقضي به القانون المدني الفرنسي الذى يضع تبعه الهلاك على عاتق المشتري . والتزام البائع بالمحافظة على المبيع حتى يقوم بتسليمه التزام ببذل عناية فيعتبر أنه قد قام بأدائه اذا بذل في المحافظة على المبيع عناية الرجل العادى ولو كان يبذل في العناية بشئونه الخاصة أكثر من ذلك أو أقل . وفي ذلك تلح المادة 172 مدني جزائري (التي تقابل المادة 211 مدني مصرى) على أنه " في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء . . . فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود . . . " .

أما اذا كان الشيء المبيع قد زاد عما كان عليه يوم التعاقد زيادة طبيعية بدون تدخل من البائع بأن أثمر أو نما فان الزيادة تكون من حق المشتري لأنه مالك من يوم العقد وليس للبائع أن يطالبه بمقابل في نظير هذه الزيادة . فتلص المادة 2/458 على أن للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره . كما تلح المادة 389 مدني جزائري على أنه يستحق المشتري انتفاع وايــــراد الشيء المبيع ، كما يتحمل تكاليفه من يوم انعقاد المبيع ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك .

واذا كانت الزيادة في المبيع قد حدثت بفعل البائع وكان المبيع أرضا وأقام عليها البائع منشآت فان أحكام المادة 784 مدني جزائري (التي تقابل

المادة 924 مدني مصري) تطبق في هذه الحالة فيكون المشتري بالخيار بين حلول ثلاثة هي : إما أن يطلب من البائع في خلال سنة من علمه باقامة هذه المنشآت ، ازالتها من الأرض على نفقة البائع مع مطالبته بالتعويض ان كان قد أصابه ضرر . وإما أن يطلب استبقاء هذه المنشآت بقيمتها لو كانت أنقاضا . وإما أن يدفع للبائع ما زاد في قيمة الأرض بسبب اقامة هذه المنشآت . ومشي أحكام البناء في ملك الغير بسوء نية ، وقد طبقتها محكمة النقض المصرية على البائع بطريق القياس ، اذ يجب عليه أن يسلم العقار المبيع بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد ، فعليه ألا يحدث أى تغيير به واذا أخل بالتزامه هذا بأن أقام بناء أو غراسا في الأرض المبيعة وجب أن تنطبق عليه بطريق القياس الأحكام التي وضعها المشرع للبناء أو الغراس في ملك الغير بسوء نية . (1)

ولكن اذا كان البائع قد أنفق على المبيع في خلال المدة التي تفصل بين العقد والتسليم مصاريف كمالية أو مصاريف ضرورية للمحافظة عليه من التلف أو الهلاك فليس له أن يرجع بهذه المصاريف على المشتري لأنه ملتزم بالمحافظة على المبيع حتى يسلمه بالحالة التي كان عليها عند التعاقد ، وتبعية هلاك المبيع أو تلفه في خلال هذه المدة تقع على عاتقه .

كيف يتم تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع ؟

ان تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم لا يقتضي أن يتسلم المشتري المبيع فعلا بأن تنتقل اليه حيازته ، بل ان المادة 1/367 مدني جزائري (التي تقابل المادة 1/435 مدني مصري) تنص على أن " يتم التسليم بوضع المبيع تحسب

(1) مجموعة أحكام النقض المصرية ، نقض 1949/12/22 ، السنة الأولى ، ص 118 رقم 85 د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 134 ، 147 .

تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسلماً مادياً مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك . ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع " .

Art 367/1 : " La délivrance consiste dans la mise de l'objet vendu à la disposition de l'acheteur de façon à ce qu'il puisse en prendre possession et en jouir sans obstacle alors même qu'il n'en a pris livraison effective, pourvu que le vendeur lui ait fait connaître que l'objet est à sa disposition. Elle s'opère de la manière à laquelle se prête la nature de l'objet vendu."

ويتضح من هذا النص أن تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم يقتضي توافر
عصرين :

الأول ، وضع المبيع تحت تصرف المشتري ، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق . فإذا وجد عائق يحول بين المشتري وحيازة المبيع والانتفاع به فإن البائع لا يكون قد نفذ التزامه بالتسليم ، سواء كان العائق راجعاً إلى فعل البائع أو إلى فعل الغير . مع ملاحظة أن وجود مستأجر في العين المبيعة لا يعتبر عائقاً متى كان عقد الإيجار نافذاً في حق المشتري ، وكان البائع قد أعلمه به إذ يصبح المستأجر حائزاً لحساب المشتري لا لحساب البائع . ويسرى مثل هذا الحكم في حالة ما إذا كانت العين المبيعة محملة بحق انتفاع l'usufruit واقتصر البائع على بيع ملكية الرقبة . la nue - propriété

الثاني ، اعلام البائع للمشتري بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه ولا يلزم لهذا الاعلام شكل خاص ولا يلزم فيه اعلان رسمي بل هو يتم بكافة الطرق لكن لا يكفي مجرد علم المشتري بأن المبيع قد أصبح تحت تصرفه بل يجب أن يكون هذا العلم ناتجا عن اخطار البائع له . (1)

وإذا توافر هذان العنصران فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم ولو لم يكن المشتري قد حاز المبيع حيازة مادية أو فعلية . فتنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم يتم بالتسليم القانوني .

وتختلف طريقة وضع المبيع تحت تصرف المشتري باختلاف الشيء المبيع ، فتسليم الأرض يكون باختصاصها وبالتخلي عن حيازتها وعدم مباشرة أى عمل عليها وتمكين المشتري من الاستيلاء عليها ، وتسليم البناء يقتضي فوق ذلك تسليم مفاتيحه حتى يتمكن من دخوله مستندات الملكية وعقود الايجار وثيقة التأمين ان وجدت ، وتسليم المنقول يكون عادة بمناولته للمشتري يدا بيد . وإذا كان المنقول مودعا في مخزن عام فينبغ تسليمه بتسليم مستندات الايداع أو التخزين وهذا تسليم رمزي . وقضت محكمة النقض المصرية بأن تسليم مفتاح الخزانة هو حيازة رمزية للمنقول وليست بذاتها دليلا قاطعا على حيازة ما هو في الخزانة (2) وأن تقدير ذلك متروك لقاضي الموضوع في كل دعوى بما يتوافر فيها من دلائل . وإذا كان قد اتفق على أن يتولى البائع إرسال المبيع الى المشتري ، فالأصل أن التسليم لا يعتد به قد تم بمجرد تسليم المشتري لمستندات الشحن ،

(1) الأعمال التشريعية للقانون المدني المصري ، ج 4 ص 70 .

(2) نقض مدني ، 30 / 1 / 1947 ، مجموعة عمر 5 رقم 117 ص 327 ، أشار اليه السنيهوري في الوسيط ، ج 4 المجلد الأول هامش ص 592 .

فقد نصت المادة 368 مدني جزائري (المقابلة للمادة 436 مدني مصري) على أنه إذا وجب تصدير المبيع للمشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك . فقد يتفق على أن البائع يبرأ من التزامه بالتسليم بمجرد تسليم البضاعة إلى أمين النقل وإرسال مستندات الشحن إلى المشتري .

ويلاحظ في صدد التسليم الرمزي الذي يتم عن طريق تسليم المستندات *la remise des titres* ما نصت عليه المادة 2/313 مدني جزائري (التي تقابل المادة 2/954 مدني مصري) وهي تنضي بأنه إذا تسلم شخص المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة .

التسليم الحكمي

وقد يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين على البيع ، وهذا تسليم حكمي ، وتسميه المذكرة الإيضاحية للقانون المصري بالتسليم المعنوي . (1)

ويكون ذلك بالاتفاق على تغيير صفة الحياة ، وقد نصت عليه المادة 2/367 مدني جزائري (التي تقابل المادة 2/435 مدني مصري) بقولها : " وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية " . فالتسليم الحكمي اتفاق أو تصرف قانوني وليس بحمل مادي . (2)

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 4 ص 69 .

(2) الوسيط للمسنهوري ، ج 4 المجلد الأول بند 308 ص 593 .

وهذا النص تطبيق للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 812 مدني جزائري (التي تقابل المادة 953 مدني مصري) وهي تلص على أنه يجوز نقل الحيازة دون تسليم مادي *sans remise matérielle* إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه في الحيازة أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه . فالتسليم الحكمي صورتان هما :

الصورة الأولى ، إذا كان المشتري يحوز المبيع قبل البيع حيازة عرضية باعتباره مستأجرا أو مستعيرا أو مودعا لديه أو مرتهنا رهن حيازة ، فبمجرد الاتفاق على البيع تتغير صفة حيازته فيصير حائزا بصفته مالكا عن طريق الشراء . ويسمى هذا التسليم *tradition brevi manu*

والصورة الأخرى العكسية هي صورة البائع الذي يظل حائزا للمبيع بعد البيع على سبيل الإيجار أو العارية أو الانتفاع أو الرهن أو الوديعة فتتغير صفة حيازته من حائز لحساب نفسه إلى حائز لحساب المشتري ، ويسمى هذا *constitut possessoire* .

وفي الحالتين يعتبر التسليم قد تم للمشتري بمجرد العقد .
وأورد التقنين المدني العراقي صورة ثالثة للتسليم الحكمي يمكن الأخذ بها في الجزائر ومصر لأنها تطبيق للقواعد العامة ، فقضت المادة 2 / 540 مدني عراقي بأنه إذا أجر المشتري المبيع ، قبل أن يتسلمه ، لشخص آخر غير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أي تصرف آخر يستلزم التسليم وتسلمه هذا العاقد الآخر فعلا قام هذا التسليم مقام استلام المشتري . فهنا يكون المشتري قد استلم المبيع حكما .

مكان التسليم وزمانه ونفقاته

1 - المكان : طبقا للقواعد العامة مكان التسليم هو المكان الذي يوجد

فيه المبيع وقت العقد إذا كان المبيع معينا بذاته . أما إذا كان المبيع معينا

بنوعه فيتم التسليم في موطن البائع الا اذا وجد اتفاق أو عرف يقضي بخير ذلك ،
اذ تنص المادة 282 مدني جزائري (التي تقابل المادة 347 مدني مصري)
على أنه " اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان
الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخير
ذلك . أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن
المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته اذا كان الالتزام
متعلقاً بهذه المؤسسة . " .

وقد سبقت الإشارة الى المادة 368 مدني جزائري ، التي جاء فيها
أن مكان التسليم في حالة الاتفاق على أن يقوم البائع بتصدير المبيع إلى
المشتري إنما هو المكان الذي اتفق على إرسال المبيع إليه ، فاذا اتفق
المشتري مع البائع على أن يقوم هذا الأخير بتصدير الشيء المبيع إلى وهران
فتكون وهران هي مكان التسليم .

2 - الزمان : اذا لم يتفق على تأجيل التسليم ، فالأصل أن على
البائع تنفيذ التزامه فور نشوئه والتي تنص على أنه يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب
الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخير ذلك
(المادة 1/281 مدني جزائري ، التي تقابل المادة 1/346 مدني مصري)
أي يجب أن يكون فور انعقاد البيع ولو كان هناك اتفاق على تأجيل التزام
المشتري بدفع الثمن . وبإلا حتماً قد يقضي به العرف بمنح البائع مهلة للتسليم
بعد انعقاد العقد .

3 - النفقات : تقضي القواعد العامة بأن نفقات تنفيذ الالتزام تقع على
عاتق المدين به الا اذا اتفق على غير ذلك (المادة 283 مدني جزائري ، التي
تقابل المادة 348 مدني مصري) والتي تنص على أن تكون نفقات الوفاء على

المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ، وتشمل هذه النفقات كل ما يلزم لوضع المبيع تحت تصرف المشتري وإعلامه بذلك .

أما نفقات تسلّم المبيع فهي على عاتق المشتري (المادة 395 مدني جزائري ، التي تقابل المادة 464 مدني مصري) والتي تنص على أن نفقات تسلّم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك . ومن ثم فلا يلزم البائع بالمصاريف اللازمة لنقل المبيع من مكان التسليم إلى أي مكان آخر ، مع ملاحظة حكم المادة 363 مدني جزائري (التي تقابل المادة 436 مدني مصري) والتي تنص على أنه إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك . فبالنسبة للعنقول واجب التصدير ، التسليم في هذه الحالة لا يتم إلا بوصول المبيع إلى المشتري ومعنى ذلك أن نفقات الشحن على البائع إذ أنها من نفقات التسليم .

ثانيا - مقدار المبيع

أنحكام العجز والزيادة في المبيع المعين بالذات

إذا كان المبيع معينا بنوعه فانه يجب أن يرد في العقد ما يمكن به تعيين مقداره (المادة 2/94 مدني جزائري ، تقابل المادة 2/133 مدني مصري) وفي هذه الحالة يجب على البائع أن يسلم القدر المتفق عليه .

وإذا كان المبيع معينا بالذات ، فان تحديد مقداره ليس لازما لاعتقاد العقد ، ومع ذلك فقد يذكر في العقد مقدار المبيع ، مثال ذلك أن تباع قطعة من القماش ككل على أن طولها عشرين مترا ، أو يباع كل القمح الموجود في مخزن معين ويذكر في العقد أن وزنه مائة قنطار ، أو أن تباع قطعة أرض معينة بالذات ويذكر في العقد أن مساحتها ألف متر مربع . (1)

(1) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 152 .

فاذا تبين بعد ذلك أن مقدار المبيع يختلف عن الحقيقة فلفرق حيثئذ في الحكم بين حالي العجز والزيادة .
أ - حالة العجز في مقدار المبيع

تنص المادة 1/365 مدني جزائري (التي تقابل المادة 1/433 مدني مصري) على أنه " اذا عيّن في العقد مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص فيه بحسب ما يقضي به الحرف غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد للنقص في المبيع الا اذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع " .

فالبائع يضمن القدر المذكور في العقد الا اذا اتفق على غير ذلك صراحة أو ضمنا كما اذا ورد في العقد أن مقدار المبيع قد ذكر على وجه تقريبي . وقد يقضي الحرف بالتجاوز عن قدر معين من العجز كما في بعض البيوع التجارية . فاذا تحققت مسؤولية البائع عن العجز حسبما ورد في العادة السالف ذكرها كان المشتري بالخيار بين طلب فسخ العقد أو انقاص الثمن بالقدر المناسب .

ومن الناحية الأخرى ليس للمشتري أن يطلب تكملة المبيع المعين بالذات الى القدر المذكور في العقد لكن له طلب الفسخ أو انقاص الثمن فحسب .

ب - حالة الزيادة في مقدار المبيع

تنص المادة 2/365 مدني جزائري (التي تقابل المادة 2/433 مدني مصري) على أنه اذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد وكان الثمن مقدرا بحسب الوحدة وجب على المشتري اذا كان المبيع غير قابل للتقسيم

أن يدفع ثمنًا زائدًا إلا إذا كانت الزيادة فاحشة ، ففي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد (1) ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه .

ويتضح من هذا النص أنه يجب التفريق بين حالة ما إذا كان الثمن مقدرا جملة وبين حالة ما إذا كان الثمن مقدرا على أساس سعر الوحدة من المبيع .

فإذا كان الثمن مقدرا جملة فلا رجوع للبائع على المشتري ، إذ يغلب أن يكون المتعاقدان قد قصدا أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد عن القدر المذكور في العقد .

وإذا كان الثمن مقدرا على أساس سعر الوحدة كالمتر فنفترق بين ما إذا كان المبيع قابلا للتجزئة بخير ضرر على البائع فلا يلزم المشتري بأخذ القدر الزائد ودفع ما يقابله من الثمن كما لا يلزم البائع بتسليم القدر الزائد في مقابل ثمنه . أما إذا كان المبيع غير قابل للتجزئة أو كان من شأن تجزئته الإضرار بالبائع فلا يصح للمشتري أن يلزم البائع بتجزئة المبيع بل عليه أن يأخذه كله في مقابل تكلمة الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة من الجسامة بحيث لو كان قد علم بها عند الشراء لما أتم العقد فإن له أن يطلب الفسخ في هذه الحالة .

التقادم المسقط للحقوق الناشئة عن العجز والزيادة

في حالة المبيع المعين بالذات : تنص المادة 366 مدني جزائري (التي تقابل المادة 434 مدني مصري) على أنه " إذا وجد في قدر المبيع نقص أو زيادة فإن حق المشتري في طلب انقاص الثمن أو فسخ العقد وحق البائع في طلب تكلمة الثمن يسقطان بالتقادم بعد مضي سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا . "

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 4 ص 61 .

ويلاحظ على هذا النص أن مدة السنة تبدأ من وقت التسليم الفعلي
أى وقت دخول المبيع في حيازة المشتري لا من وقت وضع المبيع تحت تصرف
المشتري ، لأن التسليم الفعلي وحده هو الذى يهيئ للمشتري والبائع كشف
حقيقة النقص أو الزيادة في المبيع .

كما يلاحظ أن التقادم المنصوص عليه في هذه المادة إنما يقتصر على
الحقوق الناتجة عن العجز أو الزيادة ، أى على الحالات التي يسلم فيها
البائع المعين بذاته كما هو ثم يتضح أن في هذا المبيع عجزاً أو زيادة عن
المقدار المذكور في العقد .

وإذا كان المبيع معيناً بالذات ولم يسلمه البائع بأكمله فلا يسقط حق
المشتري في مطالبة البائع بالجزء الباقي إلا بعد خمس عشرة سنة طبقاً
للقواعد العامة .

في حالة المبيع المعين بالنوع : ولا تنطبق المادة 366 على المبيع
المعين بالنوع *chose de genre* فإذا سلم البائع مقدارا أقل أو أكثر من
المقدار المتفق عليه فإن دعوى المشتري الذى يطالب بالمقدار الناقص أو
الباقي لا تسقط إلا بعد مدة 15 سنة طبقاً للقواعد العامة . أما دعوى
البائع الذى يطالب برد القدر الزائد فهي دعوى استرداد ما دفع بغير حق
فتسقط بالتقادم المنصوص عليه في المادة 149 مدني جزائري (تقابل المادة
187 مدني مصري) أى بعد أقل المدتين : عشر سنوات من اليوم الذى
يعلم فيه البائع بأنه قد سلم المشتري قدراً يزيد على المقدار المتفق عليه أو
بعد 15 سنة من يوم التسليم . (1)

(1) يلاحظ أن المدتين في القانون المدني المصري هما ثلاث سنوات وخمس
عشرة سنة .

ثالثا - حق البائع في حبس المبيع

للبيع أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بالتسليم رغم حلوله فيحبس المبيع إذا كان المشتري لم يدفع ما هو مستحق عليه من الثمن ، وهذا تطبيق للقاعدة العامة في حق الحبس *droit à la rétention* (المادة 200 مدني جزائري وتقابل المادة 246 مدني مصري) والدفع بعدم التنفيذ *ex p. 10 non adimpleti contractus* (المادة 121 مدني جزائري وتقابل المادة 161 مدني مصري) .

فالمادة 1/200 تنص على أنه لكل من التزم بأداء شيء ما أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين أو مادام الدائن لم يقدم بتأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .

والمادة 121 تنص على أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه *par suite d'impossibilité d'exécution* انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون .

وقد سبق دراستهما في النظرية العامة للالتزام ، فدحيل القارئ عليها .
غير أن المشرع قد عني بأن يلص على حق الحبس بوجه خاص في البيع ، فنصت المادة 390 مدني جزائري (وتقابل المادة 459 مدني مصري) على أنه " إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق ولو قدم له المشتري رهنا أو كفالة ، هذا ما لم يمنحه البائع أجلا بعد انعقاد البيع . ويجوز كذلك للبائع أن يمسك المبيع ولو لم يحل أجل المتفق عليه لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في أجل طبقا لمقتضيات المادة 212 . " .

وتنص المادة 212 مدي جزائري (وتقابل المادة 273 مدي مصري) على أنه " إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف فانه لا يكون نافذا الا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل ، على أنه يجوز للدائن حتى قبل انقضاء الأجل أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه ، وله بوجه خاص أن يطالب ب تأمين اذا خشى افلاس المدين أو عسره واستند في ذلك الى سبب معقول . ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي . "

وقد طبقت هذه القواعد العامة الواردة في حق الحبس والدفع بعدم التنفيذ مع اختلاف يسير هو أنه افترض تنازل البائع عن حقه في الحبس اذا ما ملح المشتري بعد البيع أجلا لدفع الثمن غير أنها قريبة بسيطة يكون للبائع أن يفيها اذا أثبت أنه رغم امهاله المشتري في دفع الثمن فانه لم يقصد أن يتنازل عن حقه في حبس المبيع .

المطلب الثاني

تبعة هلاك المبيع وتلفه

Des risques dans la vente

Risques de Perte et de Détérioration

تحديد نطاق مسألة تبعة الهلاك

البحث في تبعة الهلاك يفترض أن الهلاك قد حدث بعد انعقاد البيع أما اذا كان الهلاك سابقا على البيع فان البيع يكون باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة محل الالتزام .

كذلك فإن البحث في تبعة الهلاك لا يثور إلا حيث يكون المبيع معيناً بالذات، سواء كان قد عين بذاته عند انعقاد البيع أو كان معيناً بنوعه ثم حصل انفرازه *l'individualisation* وعينت بذلك ذاته . أما إذا كان المبيع معيناً بنوعه فحسب ولم يحصل انفرازه فلا تثار مسألة تبعة الهلاك إذ أن ذاتيته لم تحدد حتى يقال بأنه قد هلك وبالتالي لا يكون التزام البائع مستحيل التنفيذ مادام هناك مثيل له في السوق يستطيع البائع أن يوفي منه التزامه ويحبر عن ذلك بأن " المثلثات لا تهلك " .

وأخيراً لا يثور بحث تبعة الهلاك إلا إذا كان الهلاك لسبب أجنبي لا يد للبائع أو المشتري فيه ، لأنه إذا هلك المبيع بفعل البائع بقي البائع مسؤولاً عن أخلاقه بالتزامه ويكون للمشتري أن يسترد الثمن وفوق ذلك يلتزم البائع بالتعويض . وإذا هلك المبيع بفعل المشتري بقي المشتري ملتزماً بالثمن . وإذا هلك المبيع بفعل شخص أجنبي كان هذا الغير هو المسؤول بطبيعة الحال . فيحصر إذن البحث في تبعة الهلاك في حالة ما إذا كان المبيع معيناً بالذات ثم هلك بعد البيع بقوة قاهرة *force majeure* .

الفرقة بين تبعة الملك وتبعة العقد

الصعوبة في مسألة تبعة الهلاك في عقد البيع هي أن تبعة الملك وتبعة العقد تخططان في البيع مع اختلاف الحكم فيهما ، والمقصود بتبعة الملك أو تبعة الشيء هو الخسارة التي تتعرض في ضياع قيمة الشيء بهلاكه . أما تبعة العقد فهي تبعة استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي . والأصل في تبعة الشيء أنها تقع على مالكه *res perit domino* فإذا هلك الشيء بقوة قاهرة تحمل المالك الخسارة التي تتعرض في ضياع قيمته بهلاكه . أما تبعة

العقد فتفتح في العقد الملزم للجانبين كعقد البيع على عاتق المدين —
res perit debitori الذي استحال تنفيذ التزامه بهلاك الشيء المطلوب
تسليمه وهو البائع ، اذ سينقضي الالتزام المقابل وهو دفع الثمن ويبرأ منه
المدين وهو المشتري ويلفسخ العقد .

واذا طبقنا قاعدة تبعة العقد في حالة عقد البيع فان البائع يتحمل
التبعة اذا هلك المبيع وهو في يده بسبب اجنبي ولو ان الملكية انتقلت الى
المشتري اذ قد حدث هلاك المبيع وما زال على البائع التزام التسليم وقد أصبح
تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا فلا يكون للبائع أن يطالب بالثمن بل ويتعين
عليه رده ان كان قد قبضه .

ومن الناحية الأخرى اذا طبقنا قاعدة تبعة الملك أو الشيء ، فان
الهلاك يكون على المشتري لانتقال ملكية المبيع اليه بالعقد solo consensu
ولو كان المبيع لم يزل في يد البائع ولم يسلمه بعد للمشتري لأن تبعة الشيء
تقع على مالكه فيكون للبائع أن يطالب بالثمن ولا يجوز للمشتري استرداد الثمن
ان كان قد دفعه .

فمقتضى قاعدة تبعة العقد أن يكون الهلاك على البائع بوصفه مدينا
بالسليم بهلما تقضي قاعدة تبعة الشيء بأن يكون الهلاك على المشتري بوصفه
مالكا . ويتعين على المشرع أن يغلب احدى القاعدتين على الأخرى ، وقد
اختلف موقف المشرع الجزائري والمصري عن موقف المشرع الفرنسي في هذا الصدد .
فقد غلب المشرع الفرنسي قاعدة تبعة الملك ، ونصت على ذلك المادة 1138/2
مدني فرنسي كما طبقها المادة 100 من القانون التجاري الفرنسي ، فقضت
بأن البضاعة المباعة تهلك في أثناء النقل على مالكيها ، أي جعل المشرع
الفرنسي تبعة هلاك المبيع على مالكه وهو المشتري . ويقول مازوان كثيرا من

التشريعات الأجنبية قد هجرت قاعدة انتقال المالك للمشتري فور تبادل الإيجاب والقبول وجعلته مترتها على التسليم la livraison لنقل تبعه الهلاك على البائع بوصفه مالكا حتى تمام تسليم المبيع إلى المشتري. (1) ولقد جعل المشرع الفرنسي تبعه الهلاك على المبرر بمجرد انتقال الملكية إليه متى كان المبيع مضمنا بالذات وسواء كان منقولاً أم منقولاً. (2) التسجيل في القانون الفرنسي شرط لانتقال ملكية العقار باسمه للمشتري فحسب. ويبرر الفقه الفرنسي تخطيط قاعدة تبعه الشيء بأن الالتزام بالتسليم ليس إلا التزاما ثانويا وأن الالتزام الرئيسي هو الالتزام بنقل الملكية. ويقول مازوان هذا، نظرية متقدمة في قانون الملكية إذ تفرق بين حق الملكية وبين الشيء محل هذا الحق وأن حق الملكية ينتقل مستقلا عن الشيء بمجرد التراضي بينما التسليم التزام يقع على البائع. (3)

الربط بين تبعه الهلاك وبين التسليم في القانون الجزائري والمصري

وعلى العكس فقد غلب المشرع الجزائري والمصري قاعدة تبعه العقد فجعل الهلاك قبل التسليم على البائع بوصفه مدينا بالتسليم، وإذا استحصال تنفيذ هذا الالتزام فإن الالتزام المقابل له ينقضي وهو التزام المشتري بدفع الثمن وينفسخ البيع، فنصت المادة 369 مدني جزائري (التي تقابل المادة 437 مدني مصري) على أنه "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يسبب للبائع فيه سقط البيع (أي انفسخ البيع) واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد اعدار المشتري بتسلم المبيع".

(1) مازو، دروس في القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، طبعة 1979، بند 901 ص 173.

(2) مازو، المرجع السابق، بند 399 ص 172.

Art 369 : " Si l'objet vendu perit avant la délivrance par suite d'une cause non imputable au vendeur, la vente est résolue et le Prix doit être restitué à l'acheteur, à moins que celui-ci n'ait été, avant la perte, mis en demeure de prendre livraison de l'objet vendu".

ويبرر موقف المشرعين الجزائري والمصري في هذا الصدد بأن الالتزام بالتسليم ولو أنه التزام تبحي للالتزام بنقل الملكية إلا أنه ليس التزاما ثانويا إذ لا تخلص الملكية فعلا للمشتري إلا بالتسليم .

لا تلازم بين انتقال الملكية وتبعية الهلاك في القانون الجزائري والمصري

وبلاحظ أنه لا تلازم بين انتقال الملكية وتبعية الهلاك في القانون الجزائري والمصري ، فالهلاك فيهما على البائع قبل التسليم وعلى المشتري بعد التسليم ، وذلك بصرف النظر عن انتقال الملكية أو عدم انتقالها إلى المشتري ، فإذا كان المبيع عقارا وتسلمه المشتري دون أن يسجل البيع ثم هلك وهو في يده فإنه يتحمل تبعية الهلاك ولو أن الملكية لم تنتقل إليه .

وعلى العكس من ذلك لو تم تسجيل بيع العقار وانتقلت بالتسجيل ملكيته إلى المشتري لكنه ظل في حيازة البائع فإن تبعية هلاكه تقع على كاهل البائع إذ يجب عليه أن يقوم بتسليمه إلى المشتري بحالته التي كان عليها يوم البيع .

كما يلاحظ أن المشرعين الجزائري والمصري إنما يعتدان بالتسليم الفعلي في انتقال تبعية الهلاك إلى المشتري ، فلا يكفي أن يضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري وإعلامه بذلك إلا إذا كان البائع قد أعذره لتسلم المبيع

والاعذار انما يكون باعلان رسمي par une sommation signifiée en
la forme légale كما تقضي بذلك المادة 269 مدني جزائري (الستي
تقابل المادة 334 مدني مصري) .

الربط أيضا بمن تبعة الهلاك والتسليم في حالة الهلاك الجزئي والتلف

تنص المادة 370 مدني جزائري (التي تقابل المادة 438 مدني مصري)
على أنه " اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن
يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع
وإما أن يبقي البيع مع إلتزام الثمن . "

Art 370 : " Si l'objet vendu diminue de valeur par détérioration
avant la délivrance l'acheteur a la faculté soit de demander
la résolution de la vente au cas où la diminution de valeur
serait d'une importance telle qu'elle aurait empêché la con-
clusion de la vente, si cette diminution était survenue avant
le contrat, soit de maintenir la vente avec réduction du prix".

ويتضح من هذا النص أنه اذا نتج عن السبب الأجنبي هلاك جزئي للمبيع
أو تلفه فان قاعدة الربط بمن تبعة الهلاك والتسليم تكون واجبة التطبيق فتكون
التبعة على البائع ، غير أن كىثية تحميل البائع لتبعة الهلاك الجزئي تخطف
حسب جسامته ، وتقدير الجسامة انما يكون للقاضي اذ أن الفسخ في حالة
الهلاك الجزئي يقع بحكم قضائي على عكس الانفساخ في حالة الهلاك الكلي فانه
يقع بقوة القانون .

وإذا كان التلف جسيما بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما وافق المشتري على التعاقد فإنه يكون بالخيار بين أن يطلب الفسخ ويبرأ من التزامه بدفع الثمن ويسترده إن كان قد دفعه ، وبين أن يكتفي بطلب انقاص الثمن مع الإبقاء على البيع . ولكن ليس له أن يلزم البائع بإصلاح التلف لأن الفرن هو أن التلف لم ينص بخطر البائع ولأن إصلاح التلف هو بمثابة تعويض عيني والتعويض لا يكون إلا بسبب الخطأ .

وإذا لم يكن التلف جسيما انحصر حق المشتري في طلب انقاص الثمن دون أن يكون له طلب الفسخ .

من يجوز أن يكون الهلاك على المشتري قبل التسليم :

الجواب أنه يجوز ذلك في أحوال استثنائية هي :

أولاً - الاتفاق : فتاعدة تحمل البائع تبعه الهلاك قبل التسليم ليست من النظام العام ، ومن ثم يجوز الاتفاق على تحمل المشتري تبعه الهلاك بمجرد العقد أو بمجرد انتقال الملكية .

ثانياً - حالة الاعتذار للتسليم : فقد نص المشرع على أن تبعه الهلاك تكون على المشتري إذا كان البائع قد أعذره للتسليم ولو لم يكن المشتري قد تسلم المبيع فعلا (المادة 369 مدني جزائري) وشروط الاعتذار منصوص عليها في المادة 269 مدني جزائري (تنال المادة 334 مدني مصري) التي تنص على أنه إذا رفض الدائن دون مهر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء إلا بها أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء اعتبر أنه قد تم اعتذاره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي . وتنص المادة 270 مدني جزائري (تنال المادة 335 مدني مصري) على أنه " إذا تم اعتذار الدائن فإنه يتحمل تبعه هلاك الشيء أو تلفه " .

ويصبح للمدين الحق في ايداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر .

ويبين مما تقدم أنه يشترط أن يكون المشتري قد رفض تسلم المبيع بعد حلول الأجل المتفق عليه لتسلمه ، إذ أن امتناعه عن تسلم المبيع قبل حلول هذا الأجل له ما يبرره وهو الاتفاق على ميعاد التسليم والتسليم . لكن يلاحظ أن الأجل قد يكون مشروطا لمصلحة البائع وحده فيكون له أن يتنازل عنه بحيث إذا دعا المشتري الى تسلم المبيع ورفض المشتري الاستلام فإن هذا الرفض يكون بغیر مهر في هذه الحالة .

ثالثا - تنص المادة 391 مدني جزائري على أنه إذا تلف المبيع في يد البائع وهو ماسك له (أي حابس له) pendant que celui-ci exerçait son droit de rétention كان تلفه على المشتري ما لم يكن التلف قد وقع من فعل البائع . وتنص المادة 460 مدني مصري على أنه إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع .

ويجب لتطبيق هذه المادة أن يكون البائع قد تمسك بحقه في الحبس فلا يكفي أن يكون كل من التزام البائع بالتسليم والتزام المشتري بدفع الثمن حالين غير موجلين وسكت كل منهما عن مطالبة الآخر بتنفيذ التزامه ، بل يجب أن يظهر ما يدل على أن البائع قد امتنع عن التسليم لأن المشتري لم يدفع الثمن . غير أنه لا يشترط أن يكون البائع قد أعذر المشتري لدفع الثمن فتكفي المطالبة وعلان التمسك بالحبس بأي طريق إذ أن الا عذار ليس شرطاً للتمسك بالحق في الحبس . (1)

(1) د . أسماعيل غانم ، المرجح السابق ص 164 . قانن منصور مصطفى منصور ، مذكرات في العقود المسعاة ، الاسكندرية 1956/57 ، فقرة 75 مكرر .

رابعاً - جاء في القانون التجارى المصرى استثناء من قاعدة أن الهلاك على البائع قبل التسليم ، اذ نصت المادة 94 تجارى مصرى ، وهي مطابقة للمادة 100 تجارى فرنسي السالف ذكرها ، على أن البضائع التي تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرهما في الطريق على من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك . وقد كان مقتضى المادة 436 مدني مصرى كما سلف البيان أن هلاك البضاعة في الطريق يكون على عاتق البائع بصرف النظر عن انتقال الملكية ، اذ تنص على أنه اذا وجب تصدير المبيع للمشتري فلا يتم التسليم الا اذا وصل اليه . وليس في القانون التجارى الجزائرى مقابل للمادة 94 تجارى مصرى ، ومن ثم فيتبع حكم المادة 363 مدني جزائرى التي تقابل المادة 436 مدني مصرى ويكون هلاك البضاعة في الطريق على البائع .

المبحث الثالث

الالتزام البائع بالضمان

L'Obligation de Garantie

يلتزم البائع بأن يضمن للمشتري ملكية المبيع والانتفاع به انتفاعاً دائماً كاملاً . وصور التزام الضمان هي الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق والالتزام بضمان العيوب الخفية ويشمل ضمان التعرض : التعرض الشخصي ، أى امتناع البائع عن التعرض للمشتري ، كما يشمل التزام البائع بدفع تعرض الغير للمشتري واذا انتهى هذا التعرض باستحقاق الغير للمبيع كله أو بعضه كان البائع ملتزماً بتعويض المشتري .

وقد جعل المشرع الجزائرى والمصرى من ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية التزامات مستقلة بذاتها عن الالتزام بنقل الملكية وعن الالتزام بالتسليم تشبهاً مع اتجاهات القانون الفرنسى والقانون الرومانى .

ولنّ المشرع على أحكام الضمان القانونية التي تنطبق بقوة القانون عند عدم وجود اتفاقات مخالفة ، وتسمى أحكام الضمان القانونية بالضمان القانوني la garantie dite de droit المعدلة لهذه الأحكام أو ما يسمى بالضمان الاتفاقي la garantie dite de fait (1) .

المطلب الأول

ضمان التعرض والاستحقاق

La Garantie contre l'Eviction

جمع المشرع ضمان التعرض الشخصي وضمان تعرض الخير في نص واحد هو المادة 371 مدني جزائري (التي تقابل المادة 439 مدني مصري) وتلحظ على أن يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الخير أي من فعل شخص أجنبي عن العقد يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري . ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الخير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه . ولنص المادة المقابلة في القانون المصري أكثر وضوحاً ، اذ تقول ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه .

والنص الفرنسي للمادة 371 مدني جزائري مطابق للمادة المصرية ، اذ

يقول : Le vendeur est tenu de la garantie encore que le droit : du tiers soit postérieur à la vente pourvu qu'il procède du vendeur lui-même.

(1) مازو ، القانون المدني ، ج 3 بند 953 .

ويتضح من هذا النص أن ضمان التعرض الشخصي لا يشترط فيه أن يكون تعرضاً قانونياً أى مستنداً إلى الادعاء بحق على المبيع إذا أن البائع بمقتضى عقد البيع ملتزم بالامتناع عن التعرض للمشتري ولو كان تعرضاً مادياً . أما تعرض الغير فلا يضمنه البائع إلا إذا كان تعرضاً قانونياً أى مستنداً إلى الادعاء بحق على المبيع .

* * *

الفرع الأول

ضمان التعرض الشخصي

Garantie du Fait Personnel

أولاً - مضمون الالتزام وجزاؤه

يستند التزام البائع بالضمان إلى عقد بيع صحيح فلا التزام بالضمان إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو قضي بإبطاله في حالة البطلان النسبي وفحوى الالتزام بالضمان أن يمتنع البائع عن القيام بأى عمل مادي أو قانوني مباشر أو غير مباشر يكون من شأنه حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع كلياً أو جزئياً ، عملاً بقاعدة من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض .
qui doit garantie ne peut evincer

والتعرض المادي trouble de fait هو الذى لا يستند فيه البائع إلى حق يده ، وقد يكون مباشراً كإغصاب البائع العين المبيعة من المشتري ، وقد يكون غير مباشر ، كما إذا تسبب البائع في أن تصدر جهة الإدارة قراراً يحد من الانتفاع بالأرض المبيعة وقد ينتج التعرض المادي عن عمل قانوني ، كما لو أعاد البائع بيع الشيء مرة أخرى لمشتري آخر ، فهذا تعرض مادي لأن البائع لا يستند إلى حق وهو تعرض غير مباشر لأن البائع قد تسبب بفعله في إنشاء حق للغير على العين المبيعة .

أما التعرض القانوني أو الذي يستند إلى حق مدعى به *trouble de droit, atteinte fondée sur un droit prétendu* ، فمثله أن يكون البائع غير مالك وقت البيع ثم يصير مالكا لسبب طرأ من أسباب كسب الملكية كالميراث ، فاذا رفع البائع دعوى على المشتري منه يطلب استرداد المبيع بوصفه مالكا كان هذا تعرضا قانونيا غير جائز .

غير أن استناد البائع إلى حق مستند له من عقد البيع ذاته لا يعتبر تعرضا كقيامه بالتنفيذ الجبري على المبيع استيفاء للثمن ، كذلك لا يتعارض مع التزام البائع بالضمان أن يطلب الفسخ لعدم دفع الثمن .

كما لا يعتبر تعرضا استناد البائع إلى حق مخول له من القانون كحق الشفعة ومثله أن يبيع المشتري العقار المبيع فيطلب البائع الأصلي الشفعة في هذا البيع الجديد مستندا إلى سبب من أسباب الشفعة ككونه شريكا في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي (المادة 795 مدني جزائري) لأن استعمال حق الشفعة لا يتضمن أي إنكار لحقوق المشتري الأصلي على المبيع .

جزء ٢ - الإخلال بالالتزام بعدم التعرض

إذا كان تعرض البائع ماديًا كان للمشتري طلب التنفيذ العيني بإزالة ما وقع من تعرض كأن يطلب طرده من الأرض المبيعة ، فضلا عن التعويض ، وقد يطلب الحكم بغرامة تهديدية عن كل عمل من أعمال التعرض يأتية البائع .

وإذا كان التعرض قانونيا في صورة دعوى استرداد رفعها البائع على المشتري كما في حالة بيع ملك الغير ثم اكتساب البائع للملكية المبيع بعد ذلك بسبب من أسباب كسب الملكية كالميراث ، فإن للمشتري أن يدفع هذه الدعوى على أساس التزام البائع بالضمان لأن " من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض " وهذا هو الدفع بالضمان *l'exception civile de garantie* .

لهذا الالتزام أربع خصائص هي :

1 - عدم قابليته للتجزئة : هو التزام بالامتناع عن عمل ولذلك فهو بطبيعته لا يقبل الانقسام أو التجزئة *indivisible* إذ لا يتصور أن ينفذ منه جزء دون آخر . وإذا تعدد البائعون فلا يصح لأي منهم أن يتعرض للمشتري في أي جزء من المبيع ، سواء كان تعرضه ماديا أو قانونيا . فإذا باع اثنان مناصفة مالا مملوكا للخير ثم انتسب أحدهما ملكية هذا المال جميعه بسبب من أسباب اكتساب الملكية كالمراث فليس له أن يرفع دعوى استرداد نصف المبيع بحجة أنه ملتزم بالضمان بقدر النصف فقط .

2 - كونه التزاما مؤبدا : فلا يجوز للبائع أن يتحضر للمشتري مهما طال الزمن على انعقاد البيع ولو انقضت مدة التقادم القانونية أي ولو بعد مضي خمسة عشر سنة فلا يجوز للبائع أبدا أن ينازع المشتري في حقوقه التي استند بها من عقد البيع . فالالتزام بالضمان من شأنه إذن أن يمنع البائع من التمسك بالتقادم المكسب والتقادم المسقط على السواء وهذا هو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية إذ قضت بأن دعوى الضمان لا تسقط بالتقادم وأن المشتري أن يرفع هذه الدعوى ولو كان البائع قد وضع يده على المبيع لمدة التقادم المكسب (1) . وهذا قضاء منطقي يتفق مع القول بأبدية الالتزام بالضمان .

أما محكمة النقض المصرية فتفرق بين حالتي التقادم المكسب والمسقط إذ تقضي في حالة التقادم المكسب بأنه إذا توافرت الشروط القانونية في البائع لاكتساب الملكية بالتقادم الطويل فإنه يكتسب الملكية في مواجهة

(1) لقض فرنسي ، 13/5/1912 منشور في دالوز - 1 - 143 .

الكافة بما فيهم المشتري ، فإذا كان المشتري قد سكت عن تعرض البائع ، بعد وقوعه ومضى على وضع يد البائع المدة الطويلة المكسبة للملكية انقلب وضع اليد مع مضي المدة الطويلة سببا مشروعاً للملك لا يحول دونه ضمان البائع . (1)

أما في حالة التقادم المسقط لدعوى الضمان فيمكن أن نفرق بين فرضين : أولهما ، إذا كانت الملكية قد انتقلت إلى المشتري ، والفرض الثاني إذا كانت الملكية لم تنتقل بعد إلى المشتري ، كما في حالة عدم تسجيل البيع العقاري في القانونين المصري والجزائري .

ففي الفرض الأول ، نجد أن الملكية لا تسقط بالتقادم لأنها حق دائم وكذلك الحكم بالنسبة لدعوى الاستحقاق الحينية التي تحمي الملكية فأنها أيضاً لا تسقط بالتقادم . (2)

أما الفرض الثاني ، وهو إذا كانت الملكية لم تنتقل بعد إلى المشتري فإن دعوى المشتري تكون دعوى شخصية لا دعوى ملكية عينية ، والدعوى الشخصية تسقط بالتقادم . (3)

غير أن محكمة النقض المصرية قضت في هذه الحالة بأن التزام البائع بالضمان يحول دون تمسكه بالتقادم المسقط لدعوى صحة وإنفاذ البيع وتسليم المبيع ، (4) دون أن تفرق بين هذين الفرضين .

(1) مجموعة أحكام النقض المصرية ، نقض 8 / 12 / 1949 سنة 1 ص 69 رقم 19 .

(2) وأن كان يجوز لغير المالك أن يكتسب الملكية بالتقادم وقد يكون غير المالك هو البائع نفسه كما ورد في الفقرة السابقة .

(3) ومن هذا الرأي الدكتور اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ص 171 .

(4) مجموعة أحكام النقض المصرية نقض 4 مارس 1954 سنة 5 ص 569 رقم 90 .

والخلاصة أن محكمة النقض المصرية ذهبت الى أن الالتزام بالضمان لا يحول دون اكتساب البائع للملكية بالتقادم المكسب وان كان يحول دون سقوط دعوى صحة ونفاذ عقد البيع بالتقادم .

3 - انتقال الالتزام بالضمان الى الورثة : القاعدة في القانون المدني الجزائري والمصري أن الديون تنتقل الى الورثة مع تحديد مسؤوليتهم عنها تحديدا ماديا بأموال التركة ذاتها دون أموال الوارث الخاصة . أما القانون الفرنسي فيقول بانتقال الدين الى الورثة في حالة قبولهم التركة دون تحفظ .

ويرى الفقهاء في مصر أن الالتزام بالضمان يعتبر دينا في ذمة البائع المالية فاذا مات فلا ينتقل الى ورثته اذ لا تركة الا بعد سداد الدين ولا يكون للمشتري الحق في مطالبة الورثة بالضمان ولكن له أن يتتبع تركة البائع مطالبا بالتعويض قبل أن تهول الى الورثة .
أما محكمة النقض المصرية فتري أن الالتزام بضمان عدم التعرض هو أن يمتنع البائع عن التعرض أبدا الى المشتري وينتقل هذا الالتزام الى ورثته فيمتنع عليهم كذلك والى الأبد التعرض للمشتري فيما كسب من حقوق بموجب العقد . (1)

ورأى محكمة النقض المصرية في هذا الصدد هو الأصح في نظرنا لأنه لا يسوغ القول بأن الالتزام بضمان التعرض ينقلب الى دين الا اذا انتهى الى المطالبة بالتعويض ذلك أن الالتزام بضمان عدم التعرض يهدف أولا الى أن يمتنع البائع عن كل ما من شأنه أن يحرم المشتري من الحياة الهادئة ومن ملكية الشيء المبيع ، وهو لا ينقلب الى دعوى تعويض الا بعد أن يخفق المشتري في منع البائع من ازعاجه .

(1) مجموعة أحكام النقض المصرية ، الحكم السابق ذكره الصادر بجلسة 4 مارس سنة 1954 ، السنة الخامسة ، ص 569 رقم 90 .

والدليل على التمييز بين دعوى الضمان ودعوى التعويض عنه أن الأولى لا تنقسم بين ورثة البائع فإذا تعدد الورثة فللمشتري أن يطالب أيًا منهم بكل الضمان ، أما دعوى التعويض فتتقسم بين الورثة فإذا انتهت الدعوى إلى الحكم فيها بالتعويض فليس للمشتري أن يطالب كلا منهم إلا بنصيبه فقط . (1) ولا يعترض بأن هذا الدليل يستند إلى القانون الفرنسي الذي يتول بانتقال الدين إلى الورثة في حالة قبولهم التركة دون تحفظ ، فإنما لا تأخذ من هذا التمييز إلا الناحية الخاصة بالفرقة بين الدعويين .

ومن الناحية الأخرى فإن الدائن في الالتزام بالضمان هو المشتري وابتث الحق منه إلى خلفه العام وإلى خلفه الخاص على الشيء المبيع . وبترتب الالتزام بضمان التعرض على كل بيع ولو كان قضائياً أو إدارياً بخلاف الالتزام بضمان العيوب الخفية كما سيأتي فهو لا يترتب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد (المادة 385 مدني جزائري وتقابل المادة 454 مدني مصري) .

4 — بطلان شرط عدم الضمان بالنسبة للتعرض الشخصي : فتتضمن المادة 1/378 مدني جزائري (التي تقابل المادة 1/446 مدني مصري) على أنه " يبقى البائع مسؤولاً عن كل نزاع *toute eviation* ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك " . وحكم هذا النص ينصرف إلى الأعمال التي يأتى بها البائع ويكون من شأنها تمكين الغير من التعرض للمشتري ، كما لو كان البائع قد تصرف

(1) د . علي سليمان ، محاضرات غير مطبوعة في عقد البيع ، المرجع السابق . ومازو ، د روس في القانون المدني ، ج 3 فقرة 957 ص 228 .

في المبيع قبل البيع أو تصرف فيه بعد البيع ، وكان التصرف نافذا في مواجهة المشتري ، وترتب على ذلك استحقاق الخير للمبيع استحقاقا كلياً أو جزئياً . كما أن حكم هذا النص يصرف من باب أولى الى كل فعل يتعرض به البائع مباشرة للمشتري .

* * *

الفرع الثاني

ضمان تعرض الغير

Garantie du Fait des Tiers

يلتزم البائع بأن يدفع عن المشتري تعرض الغير متى كان هذا التعرض مستنداً الى حق ثابت للغير وقت البيع أو آل الى الخير بعد البيع من البائع نفسه . ولا يلتزم البائع بأن يدفع تعرض الغير الا اذا كان ذلك التعرض قابلياً pour trouble de droit . بينما نجد أن ضمان التعرض الشخصي يلزم البائع بالامتناع عن تعرضه الشخصي سواء كان التعرض قابلياً أو مادياً . ويشمل ضمان تعرض الغير التزامين على عاتق البائع الأول هو التزامه بدفع تعرض الغير ، والثاني هو التزامه بتعويض المشتري اذا ما أثبت الغير ما يدعيه من حق وهذا هو ما يسمى بضمان الاستحقاق .

وقد نظم المشرع اجراءات تنفيذ هذين الالتزامين ففصل على واجب المشتري بأن يخطر البائع بالدعوى المرفوعة عليه من الغير حتى يتدخل البائع فيها ليمتولى الرد على ادعاء الغير فان نجح في ذلك كان هذا تنفيذاً عملياً لالتزامه وان أخفق وحكم للغير باستحقاق المبيع كله أو بعضه أو بثبوت حق عيني أو شخصي له على المبيع كان البائع ملزماً بضمان الاستحقاق (المادة 371 مدني جزائري التي تقابل المادة 439 مدني مصري) .

الالتزام الأول : دفع تعرض الغير

وببحث فيما يلي شروط تعرض الغير الذي يضمنه البائع وأحكامه كما نص عليها القانون ، ثم الاتفاقات المعدلة لأحكام الضمان القانوني .

أ - شروط تعرض الغير الذي يضمنه البائع

لا يضمن البائع تعرض الغير إلا إذا توافرت الشروط الآتية :

1- أن يكون التعرض قانونيا : أي أن يستند المتعرض إلى حق قانوني يدعيه أما تعرض الغير تعرضا ماديا للمشتري فلا يضمنه البائع وإنما يكون على المشتري عبء دفعه بالوسائل التي نص عليها القانون كدعوى الحيازة .
والحق الذي يدعيه الغير قد يكون حق ملكية كما إذا فسخ أو أبطل سند تمليك البائع وقد يكون حقا عيبيا كالنقاع أو ارتفاع وقد يكون حقا شخصيا كحق المستأجر عملا بالمادة 511 مدني جزائري التي تنص على أنه إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر فيكون عقد الإيجار نافذا في حق هذا الشخص .

2- أن يكون حق المتعرض ثابتا له وقت البيع أو آل إليه بعد البيع بفعل البائع :

الحالة الأولى : إذا كان حق المتعرض ثابتا له وقت البيع ، فإن البائع يكون ضامنا سواء كان سبب كسب المتعرض لهذا الحق راجعا للبائع أو لا دخل للبائع في انشائه ، مثال ذلك أن يكون قد صدر قرار نزع ملكية العقار قبل بيعه أو كان الغير واضعا يده عليه واكتملت له مدة التقادم المكسب قبل انعقاد البيع .

الحالة الثانية : إذا كان المتعرض قد كسب حقه بعد البيع بفعل البائع نفسه ، فإن للمشتري الرجوع بالضمان على البائع . مثال ذلك أن يكون

البائع قد باع العقار مرة ثانية الى مشتر ثان وبادر هذا الأخير بتسجيل عقده قبل المشتري الأول فصارت له الأفضلية طبقاً لمبدأ الأسبقية فسي التسجيل . مثال آخر أن يقوم أحد دائمي البائع بالتنفيذ على العقار المبيع قبل تسجيل البيع ذلك أن قيام دائن البائع بالتنفيذ إنما يرجع الى عدم وفاة البائع بما عليه من دين .

لكن لا يضمن البائع تعرض الغير اذا كان سبب التعرض لاحقاً للبيع وغبر راجع الى البائع كما اذا نزع ملكية العقار للمنفعة العامة بعد بيعه أو اذا اكتسب الغير ملكية العقار باعتقاد ولو كان التقادم قد بدء قبل البيع اذا كان على المشتري أن يقوم بقطع التقادم الا اذا كانت المدة الباقية لا تكفي لاتخاذ اجراءات قطع التقادم فيكون للمشتري في هذه الحالة الرجوع بالضمان على البائع .

3 - أن يقع التعرض فعلاً ، فحق الضمان المقرر للمشتري لا ينشأ الا من وقت منازعة الغير فعلاً في الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة ولا يكفي أن يتضح للمشتري أن المبيع مملوك للغير (1) بل يلزم تعرض الغير فعلاً للمشتري في الانتفاع بالمبيع وحيازته الهادئة . والالتزام بالضمان التزام مستقل عن الالتزام بنقل الملكية ويرجع أصله التاريخي الى القانون الروماني حيث لم يكن البائع يلتزم الا بنقل الحيازة الهادئة للمشتري . ومع أن البيع في القوانين الحديثة يلتزم فيه البائع بنقل الملكية الا أن قاعدة التزام البائع بالضمان ما زالت باقية .

(1) للمشتري الحق في طلب ابطال البيع في حالة بيع ملك الغير ، عملاً بالمادة 397 مدني جزائري التي تقابل المادة 466 مدني مصري ، كما سيجي في ص 185 من هذا الكتاب .

٤ - ان كان التعرض مستندا الى حق ارتفاق فيشترط أن يكون الارتفاق غير ظاهر وأن كان مستندا الى تكليف أيا كان فيشترط ألا يكون البائع قد أعلم به المشتري . اذ أنه اذا كان الارتفاق ظاهرا أى تدل عليه علامة خارجية أو كان البائع قد أعلم به المشتري ثم أقدم المشتري مع ذلك على الشراء فهذا دليل على انصراف ارادتهما الى اشتراط عدم الضمان . وقد نصت على ذلك المادة 2 / 445 مدني مصرى بقولها يفترض في الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان اذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري ولا توجد هذه الفقرة في المادة 384 مدني جزائرى المقابلة . ويقيس غالبية الفقهاء في مصر سائر التكاليف على حق الارتفاق كوجود حق انتفاع للغير على العين المبيعة أو أن تكون محملة برهن ، ولكن مجرد تسجيل الارتفاق أو التكليف أو قيده لا يكفي لا عفاء البائع من ضمان الارتفاق غير الظاهر اذا لم يكن قد أفصح عنه للمشتري . (1) وكذلك نجد أن المادة 2 / 445 مدني مصرى تقابل

المادة 2 / 337 مدني جزائرى وتنص على أنه يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان اذا كان الارتفاق ظاهرا أو كان البائع قد أعلم به المشتري . ويرى أيضا قياس سائر التكاليف على حق الارتفاق في الحكم لا تحاد العلة .

ضمان تعرض الغير في البيوع القضائية والادارية الجبرية

اذا توافرت الشروط المتقدمة التزم البائع بضمان تعرض الغير ولو كان البيع من البيوع القضائية أو من البيوع الادارية ، وتم بطريق المزاد . ولا يمنع من التزام

(1) د . اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 177 . مرقس وامام ، المرجع السابق ص 374 . أنور سلطان ، المرجع السابق ، سنة 1952 ، ص 303 . البدراوى ، المرجع السابق ، ص 453 . عكس ذلك منصور مصطفى منصور ، مذكرات فسي القانون المدني ، ص 188 .

البائع بالضمان أن يكون البيع قد تم جبراً عليه نتيجة لقيام دائيه بالتنفيذ على العين وبيعها بالمزاد ، والبائع هو المدين والمشتري هو الراسي عليه المزاد .
انما للراسي عليه المزاد أن يرجع على الدائن بطلب رد ما قبضه على أساس دعوى الاثراء بلا سبب وإذا كان الدائن يعلم بأن المال غير مملوك للمدين فيكون الرجوع بدعوى المسئولية التفضيرية .

وذلك الحكم على عكس الحال في ضمان الحيوب الخفية إذ تنص المادة 385 مدني جزائري التي تقابل المادة 454 مدني مصري على أنه لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الادارية اذا كانت بالمزاد .

الرجوع بالضمان في البيوع المتتالية

إذا تعاقبت البيوع فان للمشتري الأخير أن يرجع على البائع له كما يجوز له أن يرجع الى البائع الأصلي مباشرة على أساس انتقال دعوى الضمان من المشتري الأول السابق الى المشتري الثاني أو الناحن بوصفها من ملحقات البيع .

وليست هذه الحالة من حالات الدعوى المباشرة كدعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن أو المستأجر الفرعي لأن الدعوى المباشرة *l'action directe* لا تكون الا بصل تشريعي فهي بمثابة حق امتياز ، ولأن دعوى الضمان قائمة ولو انقضت بالوناء علاقة الالتزام بين البائع الأصلي والمشتري الأول ، بعكس الدعوى المباشرة التي يرفعها الدائن على مدين مديده اذ يشترط أن يكون رافعها دائناً لدائن المدعى عليه . ويترتب على كون دعوى الضمان من ملحقات المبيع أنه ليس للمشتري الأول بعد أن باع العين أن يرجع بدعوى الضمان على البائع اذ أن هذه الدعوى قد خرجت من يده وانتقلت الى

الى خلفه ، مع انتقال المبيع الى هذا الخلف (1) . قارن ما زو حيث يصفها
بأنها دعوى مباشرة . (2)

ب - أحكام ضمان التعرض والاستحقاق

إذا ادعى الخير حقا على المبيع ، فهذا تعرض قانوني وقد يقع هذا
التعرض في صورة دعوى مرفوعة من الخير بحق على المبيع أو في صورة دفع في دعوى
مرفوعة من المشتري على الخير . وفي جميع الأحوال يجب على المشتري أن يخطر
البائع ، وتختلف حقوق المشتري قبل البائع تبعا لما إذا كان قد قام بواجب
إخطار البائع بهذا التعرض أو لم يقم به ، لذلك نببحثها في الحالتين :

1 - في حالة إخطار البائع

في هذه الحالة يجب على البائع أن يتدخل في الدعوى ليقوم بالرد على
ادعاءات المتعرض وثمة فرضان في هذه الحالة :

الأول : إن هو تدخل وقام بالرد وانتهى الأمر برفض ادعاء المتعرض
يكون قد نفذ التزامه تنفيذا عينيا وإن انتهى الأمر باستحقاق العمن فانه يكون
ضامنا ويلتزم بتعويض المشتري ، وتسمى هذه الطريقة بالضمان الفرعي

• *garantie incidente*

للمشتري إذا تدخل البائع في دعوى الاستحقاق سواء من تلقاء نفسه أو
بعد إخطاره أحد أمرين : إما أن يطلب الخروج من الدعوى وترك البائع
يتحمل عبء الدفاع وحده وإما البقاء في الدعوى لمعاونة البائع ومراقبته في نفس

(1) السلهورى في الوسيط ، ج 2 فقرة 560 .

(2) ما زو ، د روس في القانون المدني ، ج 3 ، الطبعة الثانية ، بند 955
ص 787 وبند 966 ص 792 .

الوقت ، والأمر الثاني أفضل حتى لا يتواطأ البائع مع المتعرض ، ولأن بقاءه يمكن القاضي من الفصل في حكم واحد في دعوى الاستحقاق المرفوعة من المتعرض ، وفي دعوى ضمان الاستحقاق التي يرفعها المشتري على البائع في نفس الدعوى الأولى إذا ثبت الاستحقاق . (1)

الثاني : أن هو لم يتدخل رغم إخطاره وترك المشتري وحده في دعوى التعرض وانتهى الأمر باستحقاق العين فانه يكون ضامنا وتسمى هذه الطريقة بالضمان الأصلي *garantie principale* ويلتزم بتعويض المشتري إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في دعوى التعرض كان نتيجة لتدليس المشتري أو لخطأ جسيم منه . فلا يكفي أن يثبت أن المدعي لم يكن على حق في دعواه وأنه كان في استطاعته أن يدفع دعوى التعرض بما يؤدي إلى رفضها ، فالفرض أن المشتري قد أخطره بالدعوى وكان يجب عليه أن يتدخل فيها وأنه لم يتدخل فيها رغم إخطاره في الوقت الملائم ، وذلك عملاً بالمادة 372 مدني جزائري (التي تقابل المادة 440 مدني مصري) والتي تنص على أنه " إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقاً لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله . وإذا أعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري " .

أما إذا كان المشتري — عندما رأى أن البائع لم يتدخل في الدعوى رغم إخطاره بها ودعوته إياه ليحل محله فيها — قد أقر للخير بالحق أو تصالح معه

(1) د . أنور سلطان ، عقد البيع ، سنة 1980 ، بند 209 من 230 .

بحسن نية دون انتظار الفصل في الدعوى فإنه يكفي حينئذ لملح رجوعه بالضمان على البائع أن يثبت البائع أن الخير لم يكن على حق في دعواه وذلك عملاً بالمادة 373 مدي جزائري (التي تقابل المادة 441 مدي مصري) والتي تنص على " ان الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو اعترف عن حسن نية بحق الخير أو تصالح معه دون أن ينتظر حكماً قضائياً متى أخبر البائع بالمدعى في الوقت المناسب ودعاه ليحل محله فيها دون جدوى ، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الخير لم يكن على حق في دعواه " .

2 - في حالة عدم اخطار البائع

إذا صدر الحكم للمتعرض مدعي الاستحقاق للمشتري حق الرجوع بالضمان على البائع ولو أن المشتري لم يقم بواجب اخطار البائع ، وتسمى هذه الطريقة أيضاً بالضمان الأصلي . غير أنه في هذه الحالة يستطيع البائع أن يدفع دعوى الضمان بأن يثبت أنه لو كان قد تدخل في دعوى التعرض لما صدر الحكم للمتعرض وهذه خطوة جسيمة يتعرض لها المشتري هي احتمال رفض دعواه . ولكن يشترط لرفض دعوى ضمان الاستحقاق عملاً بالمادة 372 مدي جزائري أن يهمل المشتري اخطار البائع في وقت ملائم بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الخير ، وأن يصدر حكم في دعوى الاستحقاق حائز لقوة الأمر المقضي ، أي حكم نهائي غير قابل للطعن وأن يثبت البائع أنه كانت لديه أدلة على بطلان دعوى الاستحقاق وأنه لو تدخل في الدعوى لحكم برفضها . (1)

(1) د . أنور سلطان ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 231 بند 210 .

3 - توقي المشتري استحقاق المبيع بأداء شيء من عنده

إذا كان المشتري قد تولى الحكم باستحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه وجميع مصاريف الخصومة عملاً بالمادة 374 مدني جزائري (تقابل المادة 442 مدني مصري) وذلك سواء أخطأ المشتري البائع بدعوى الاستحقاق أو لم يخطئه وسواء تدخل البائع أو لم يتدخل . وهذه رخصة خولها القانون للبائع وهي قاصرة على هذه الحالة ، أى حالة توقي المشتري الحكم بالاستحقاق بانقائه مع المتعذر .

أما إذا كان الحكم بالاستحقاق قد صدر فعلاً للمتعذر فيكون للمشتري أن يرجع بالضمان على البائع ولو كان المشتري قد توصل بعد الحكم إلى الاتفاق مع المتعذر على أن يترك له العين المبيعة في مقابل مبلغ معين وليس للبائع أن يتخلص من الضمان برد المبلغ الذى دفعه المشتري فقد تحقق الاستحقاق في هذه الحالة ؛ أما احتفاظ المشتري بالمبيع فيرجع إلى سبب آخر غير السبب (1)

الالتزام الثاني : تعويض المشتري إذا ثبت الخير ما يدعيه من حق

الالتزام بالتعويض ، ضمان الاستحقاق

إذا ثبت الضمان على البائع التزم البائع بالتعويض الذى يختلف مداه في حالة الاستحقاق الكلي عنه في حالتي الاستحقاق الجزئي أو ثبوت تكليف المشتري العين المبيعة :

(1) د . اسماعيل غالم ، المرجع السابق ، ص 181 .

— التعويض في حالة الاستحقاق الكلي :

كما في حالة بيع ملك الغير ثم صدور حكم بالملكية للمالك الحقيقي أو حالة البيع لمشتري ثان اكتسب الملكية بالتسجيل في العقار أو بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية أو كان العقار مثقلا برهن وفقد الدائن المرتهن بحقه وانتهى التنفيذ العقاري بالبيع في المزاد .

وقد بيئت المادة 375 مدني جزائري (التي تقابل المادة 443 مدني مصري) عناصر التعويض التي يحق للمشتري أن يطالب بها البائع اذا ما استحق المبيع كله . وتطبق هذه المادة في حالة رجوع المشتري على البائع بضمنان الاستحقاق الذي هو التزام ناشئ عن عقد البيع . فالفرض اذن هو أن البيع قائم لم يبطل ولم يفسخ .

غير أن للمشتري أن يطلب أيضا ابطال البيع في حالة بيع ملك الغير . كما أن له أن يطلب الفسخ على أساس أن البائع قد أخل بالتزامه بنقل الملكية . ويجوز للمشتري أن يسترد الثمن الذي دفعه كما يستحق التعويض على أساس أحكام بيع ملك الغير الآتي ذكرها . أو على أساس القواعد العامة في الفسخ ولكن ليس على أساس المادة 375 وقد نص المشرع صراحة في فقرتها الأخيرة على استبعاد هذه المادة في حالتي طلب فسخ البيع وابطاله .

أما التعويض عملا بالمادة 375 مدني جزائري على أساس الرجوع بالضمان في حالة الاستحقاق الكلي فيشمل العناصر الآتية :

1. قيمة المبيع وقت الاستحقاق (أو نزع اليد حسب عبارة النص) :

فالمشتري يرجع بقيمة المبيع لا بالثمن الذي دفعه ، والعبرة بالقيمة وقت الاستحقاق وبذلك يستفيد المشتري من زيادة قيمة العقار . أما في حالة نقص قيمة العقار فيكون من مصلحة المشتري أن يطلب فسخ البيع أو ابطاله لكي يسترد الثمن الذي دفعه .

2. قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها الى المالك الذي استحق المبيع: والمشتري يلزم بأن يرد الى المستحق الثمار التي قبضها وهو سي * النية ويعتبر سي * النية من وقت رفع الدوى عليه من المستحق (المادة 2 / 325 مدني جزائري وتقابل المادة 2 / 966 مدني مصري) . وفي هذه الحالة يلزم البائع بأن يرد له قيمة هذه الثمار . أما ما قبضه المشتري من الثمار وهو حسن النية فلا يلزم بردها الى المستحق وبالتالي لا يلزم البائع بدفع قيمتها الى المشتري (المادتان 837 و 838 مدني جزائري في تلك الثمار بالحيازة وتقابلا المادتين 978 و 979 مدني مصري) .

3. المصروفات النافعة والكمالية التي أنفقها المشتري على المبيع والتي لا يستطيع أن يلزم بها المستحق فيرجع بها على البائع بدوى الضمان : وعلى ذلك نفرق بين المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية . فالمصروفات الضرورية يلتزم بها المستحق فلا يرجع بها المشتري على البائع . أما المصروفات النافعة فلن يستطيع المشتري الرجوع بها جميعا على المستحق ، فهو ان كان قد أنفق هذه المصروفات وهو سي * النية فان المستحق مخير بين دفع قيمة ما أحدثه المشتري من منشآت مستحقة الازالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت . وان كان المشتري قد أنفق المصروفات وهو حسن النية كان المستحق مخيرا بين رد تلك المصروفات للمشتري أو أن يدفع ما يقابل الزيادة في قيمة المبيع (839 ، 840 ، 841 مدني الجزائري التي تقابل المواد 980 ، 981 ، 982 مدني مصري) وبديهي أن المستحق سيختار أقل القيمتين أي أن المشتري لن يستطيع أن يسترد من المستحق كل ما أنفقه فيرجع بالفرق على البائع . (1) فالمصاريف النافعة لا يلتزم بها المستحق الا في حدود المواد

(1) د . اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 184 .

السالف ذكرها ، وتبعاً لحسن نيته أو سوءها وقت الاتفاق ، وفي الحالين فإن المشتري لا يستطيع أن يلزم المستحق برد كل ما أنفقه من مصاريف نافعة ، ولذلك فإن للمشتري أن يرجع بالفرق على البائع بدعى الضمان . أما المصروفات الكمالية فلا يلزم بها المستحق عملاً بالمادة 389 / 3 مدني جزائري وبالتالي يكون للمشتري أن يرجع بها على البائع بدعى الضمان ، بشرط سوء نية البائع (المادة 375 / 3 مدني جزائري وتقابل المادة 443 / 3 مدني مصري) .

4 . مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ماعدا ما كان في استطاعة المشتري اتقاؤه لو أنه أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة 373 مدني جزائري (التي تقابل المادة 440 مدني مصري) .

5 . ولم يكتف المشرع بالعناصر التفصيلية السابقة ، بل أضاف في الفقرة الخامسة من المادة 375 عبارة عامة تحيط بكافة عناصر التعويض أراد بها التذكرة بالقواعد العامة ⁽¹⁾ وهي "وبوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر وما فاتته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع " . فيعوض المشتري مثلاً عما فاتته من كسب نتيجة لفوات صفقة رابحة ويكون له الرجوع على البائع بمصاريف عقد البيع كالمسرة ورسوم التسجيل .

هل لدية المشتري أثر في رجوعه بضمان الاستحقاق ؟ أو بعبارة أخرى ما أثر هم المشتري وقت العقد بسبب الاستحقاق ؟ ليس في المادة 375 أية إشارة لشرط حسن نية المشتري فنرجع للقواعد العامة في التنفيذ بمقابل بطريقة التعويض وطبقاً لهذه القواعد نجد أن مدى التعويض لا يختلف باختلاف نية الدائن .

وثمة رأى آخر اعتنقته محكمة النقض المصرية ⁽²⁾ يستند الى المادة 468 مدني مصري في بيع ملك الغير (التي تقابل المادة 399 مدني جزائري)

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 4 ص 97 .

(2) مجموعة أحكام النقض المصرية ، 1951/2/1 ، سلة 2 ص 281 رقم 54 .

وَمَـي لا تقرر للمشتري عند ابطال العقد الحق في التمييز الا اذا كان يجهل
أن المبيع مملوك للغير .

ودافع الأستاذ عبد المنعم البدراوى⁽¹⁾ عن تطبيق المادة 468 عند رجوع
المشتري بضمان الاستحقاق بمقولة أن الواقعة التي أدت الى ابطال البيع أو
الى الضمان هي في النهاية واحدة وهي صدور البيع من غير مالك وأنه لما كانت
دعوى ابطال بيع ملك الغير ليست في الواقع سوى دعوى ضمان أجزى رفعها قبل
أوانها أى قبل حصول التعرض الفعلي فانه يجب ألا يتخير مدى حق المشتري
تبعاً للدعوى التي يختارها .

ونرى مع الأستاذ اسماعيل غانم⁽²⁾ أن دعوى ضمان الاستحقاق مستقلة عن
دعوى ابطال بيع ملك الغير وأنه اذا اختار المشتري أن يلجأ الى احدهما
فيجب تطبيق أحكامها دون خلط بأحكام الدعوى الأخرى . ونضيف تأييداً لهذا
القول أن تطبيق القواعد العامة أولى من القياس على حكم المادة 468 المخالف
القواعد العامة وهذا هو ما تقضي به قواعد التفسير لأن ما ورد على خلاف
القياس لا يقاس عليه .

ب - التعويض في حالة الاستحقاق الجزئي وفي حالة ثبوت تكليف على المبيع :

والمقصود بالاستحقاق الجزئي هو ثبوت ملكية الغير لجزء من العين المباعة
سواء كان الجزء المستحق مفزاً أو حصة شائعة في العين كلها .
أما التكليف فيقصد به كل حق مقرر للغير يكون من شأنه تقييد انتفاع
المشتري بالمبيع سواء كان ذلك الحق عينياً كحق الارتفاق أو الانتفاع أو الاستعمال
أو السكنى أو كان حقاً شخصياً كحق المستأجر .

(1) د . عبد المنعم البدراوى ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 479 فقرة 315 .

(2) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 185 .

وفي هذا الشأن تنص المادة 376 مدني جزائري (التي تقابل المادة 444 مدني مصري) على ما يأتي :

1 - إذا استحق بعض المبيع أو وجد مثقلا بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد كان له أن يطالب البائع بالتعويض الكامل أي بالمبالغ المبينة في المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

2 - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا الاستحقاق .

غير أن حق المشتري في الرجوع بالضمان على البائع في حالة ثبوت التكليف لا يتقرر إلا إذا كان البائع لم يخطر المشتري بوجود التكليف . (1)

وإذا وجب الضمان على البائع فنفرق بين ما إذا كانت الخسارة الناتجة عن الاستحقاق الجزئي أو ثبوت التكليف جسيمة أو غير جسيمة ومعيار الجسامة شخصي إذ تعتبر جسيمة إذا بلغت قدرا لو كان المشتري قد علم به عند التعاقد لما أتم الشراء ، وهذه المسألة موضوعية متروكة لتقدير قاضي الموضوع ولا تخضع للنقض أمام المجلس الأعلى .

وإذا كانت الخسارة جسيمة كان للمشتري الخيار بين أن يرد المبيع وما أفاده منه من ثمار للبائع ويطلبه بالتعويض الكامل كما لو كان الاستحقاق كلياً ، وبين أن يستبقي المبيع ويطلب البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق . وإذا لم تكن الخسارة جسيمة فإنه يتعين على المشتري أن يستبقي المبيع ويطلب البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق .

(1) د . اسماعيل غالم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 177 و 186 .

وإذا استبقى المشتري المبيع فلا يقتصر التعويض في كافة الأحوال على قيمة الجزء المستحق أو قيمة التكاليف بل يدخل فيه ما فاته من كسب باعتباره عنصرا من عناصر الضرر تطبيقا للقواعد العامة .

مدى قابلية الالتزام بضمان تعرض الغير للانقسام

ان ضمان تعرض الغير يشمل التزامين : الأول ، هو دفع التعرض ، والثاني ، هو التعويض عند ثبوت حق المتعرض . والالتزام بدفع تعرض الغير لا يقبل الانقسام شأنه كشأن الالتزام بعدم التعرض الشخصي فإذا تعدد البائعون وجب على كل منهم أن يدفع تعرض الغير بالنسبة لأي جزء من المبيع . أما الالتزام بالتعويض فهو التزام بدفع مبلغ نقدي ولذلك يقبل الانقسام ، فإذا تعدد البائعون انقسم عليهم كل بقدر نصيبه الا اذا كان ثمة اتفاق على تضامن الباعين فيكون للمشتري في هذه الحالة أن يطالب كلا منهم بالتعويض كاملا طبقا للقواعد العامة في تضامن المدينين .

ج - الضمان الاتفاقي

La Garantie dite de Fait OU Conventionnelle

أحكام الضمان القانوني *garantie dite de droit* السالف بيانها هي الواجبة التطبيق بقوة القانون *de plein droit* ما لم يكن ثمة اتفاق خاص يعدل منها وهذا التعديل الاتفاقي قد يكون بالزيادة في الضمان أو الانقاص منه أو اسقاطه عملا بالمادة 1/377 مدني جزائري التي تقابل المادة 1/445 مدني مصري .

أولا - الاتفاق على زيادة الضمان

الاتفاق على زيادة الضمان *Conventions d'augmenter la garantie* أقل شيوعا في العمل من الاتفاق على انقاصه ، لأن في أحكام الضمان القانوني

حماية كافية للمشتري وقلما يرتضي البائع زيادتها .

ولا يعترف زيادة في أحكام الضمان ما يرد عادة في عقود البيع من عبارات عامة مثل عبارة أن البائع ضامن لكافة ما يقع من تعرض أو مازعة للمشتري ، فهذه العبارة لا تضيف شيئا لأحكام الضمان التي نص عليها القانون . (1)

أما يجب أن يخصص العقد وجه الزيادة في أحكام الضمان القانوني كما إذا اتفق على أن للمشتري الرجوع بالضمان إذا ظهر تكليف على العين ولو لم يحصل تعرض فعلي أو أن يكون للمشتري في حالة الاستحقاق الجزئي أن يرد المبيع فقط دون الثمار أو أن يقتضي تعويضا كاملا في حالة الاستحقاق الجزئي دون بحث ما إذا كانت الخسارة جسيمة أو غير جسيمة .

ثانيا - الاتفاق على انقاص الضمان

Conventions de diminuer la garantie

قد يكون ذلك باعفاء البائع من ضمان سبب محين من أسباب الاستحقاق كالاتفاق على أنه لا ضمان على البائع في حالة ثبوت ارتفاعات على العقار المبيع . أو الاتفاق على انقاص ما يستحق للمشتري من تعويضات أو على حرمان المشتري في حالة الاستحقاق الجزئي من أن يرد المبيع ولو كانت الخسارة جسيمة ، وأن يقتصر حقه على طلب تعويض ما أصابه من ضرر . ويقع باطلا الشرط المنقصر للضمان إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الشر (المادة 3/377 مدني جزائري وتقابل المادة 3/445 مدني مصري) فإذا كان البائع قد تعمد إخفاء ما يثقل العقار من ارتفاع ثم اشترط على المشتري عدم الرجوع بالضمان إذا ظهر ارتفاع فانه بالرغم من هذا الشرط يكون مسئولاً عن الضمان .

(1) مجموعة أحكام النقض المصرية ، أول فبراير 1951 ، السنة الثانية ، من 281 رقم 54 .

ثالثا - الاتفاق على اسقاط الضمان

La clause de non garantie Ou de supprimer la garantie
يجوز الاتفاق على اسقاط الضمان عن البائع بشرط عام لا يتقيد بسبب معين
من أسباب الاستحقاق اما يبطل هذا الشرط اذا كان البائع قد تعدد اخفاء
سبب الاستحقاق أو حق الخير وحكمه في ذلك حكم شرط انقاص الضمان ، عملا
بالمادة 3/377 مدني جزائري (التي تقابل المادة 3/445 مدني مصري)
ونصها " يكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه اذا تعدد البائع اخفاء
حق الخير. " ولا يترتب على الشرط العام بعدم الضمان اسقاط الضمان كلية
بل قيده المشرع بقيدتين :

الأول : هو ما نصت عليه المادة 1/378 مدني جزائري التي تقابل المادة
1/446 مدني مصري من أن يبقى البائع مسئولاً عن كل نزاع يد (أى
استحقاق) قد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ، ويقع
باطلا كل اتفاق يقضي بخير ذلك .

" Nonobstant toute clause de non-garantie le vendeur
demeure responsable de toute éviction provenant de son
fait. Toute convention contraire est nulle " .

كما اذا كان المتعرض قد تلقى حقه من البائع .

الثاني : نصت عليه المادة 2/378 مدني جزائري (وتقابل المادة 2/446
مدني مصري وتقتضي بأنه اذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل
الغير فان البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق . وعلى
هذا الدحو يظل البائع ملتزماً بأن يدفع للمشتري قيمة المبيع وقت
الاستحقاق ويقتصر أثر الشرط على اغفاء البائع من عناصر التعويض
الأخرى .

غير أن هناك حالتين أوردتهما هذه المادة يعفى فيهما البائع من الضمان
كلية بموجب شرط عدم الضمان فلا يلزم برد قيمة المبيع وهما :

الأولى : أن يكون المشتري عالما بسبب الاستحقاق وقت التعاقد وارتضى مع ذلك شرط عدم الضمان فاقترانهما يعني أنه أغى البائع من المسؤولية عن هذا السبب . وعلى البائع عبء اثبات علم المشتري بسبب الاستحقاق وقت البيع .

الثانية : أن يكون المشتري قد اشترى تحت مسؤولية — à ses risques et périls أى مخاطرا ومضاربا أو حسب عبارة القانون المدني المصري قد " اشترى ساقط الخيار " فإذا تضمن العقد بندا بهذا المعنى مع وجود شرط عدم الضمان كان هذا العقد من عقود الخلل contrat aléatoire التي تحتل الربح والخسارة ، فالمشتري مضارب ، إذ أنه يتفق على ثمن أقل من قيمة المبيع ويكون معرضا لخسارة ما دفعه كما أنه يأمل في ربح يعادل الفرق بين الثمن الذي دفعه وقيمة المبيع الحقيقية .

* * *

المطلب الثاني

ضمان العيوب الخفية

Garantie contre les Vices Cachés

لا يضمن البائع التعرض والاستحقاق فحسب ولكنه يضمن أيضا العيوب الخفية les vices cachés, défauts التي تتقرر من قيمة المبيع أو تجعله غير صالح للانتفاع به على الوجه الذي يحقق الغاية المقصودة منه . وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع. (1)

(1) نقض مدني مصري ، 1948/4/8 ، مجموعة عمر ، ص 587 رقم 296 .

ويجب أن تتوافر في هذا العيب الشروط التي نص عليها القانون ليتحقق الضمان . وقد أوردها المشرع الجزائري في المادة 379 من القانون المدني (وتقابل المادة 447 و 448 مدني مصري) . كما أن المادة 380 مدني جزائري (وتقابل المادة 449 مدني مصري) توجب على المشتري التحقق من حالة المبيع عند تسلمه واطار البائع بالعيب الذي يكشفه فيه . وتنص المادة 385 مدني جزائري (وتقابل المادة 454 مدني مصري) على أنه لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد .

ويتضح من المادة 879 أن المشرع قد ألحق بالعيب الخفي حالة ما إذا تخلفت في المبيع الصفة أو الصفات التي تعهد البائع بوجودها وقت التسليم إلى المشتري les qualités assurées par le vendeur à l'acheteur au moment de la délivrance ، فيكون للمشتري الرجوع على البائع في هذه الحالة على أساس أحكام الضمان . لذلك سنتكلم في ضمان العيب الخفي بالمعنى الدقيق ثم ضمان تخلف الصفة ، وقد تكون الصفة التي كفلها البائع هي صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة .

الفرع الأول

ضمان العيب الخفي بالمعنى الدقيق

أولا - شروط الضمان

أ - الشروط التي يجب توافرها في العيب :

يجب أن يكون هذا العيب قديما وخفيا وغير معلوم للمشتري وموثرا .

أي أن يكون موجوداً في المبيع وقت تسليمه للمشتري ، فالبايع يضمن خلوه المبيع من العيوب إلى حين تمام تسليمه للمشتري⁽¹⁾ . أما ما يطرأ بعد ذلك من عيوب على المبيع في يد المشتري فلا ضمان فيه على البائع ، وهذا الحكم يطبق على المبيع المعين بالذات والمعين بالنوع على السواء .

وقاعدة ضمان البائع للعيب حتى تمام التسليم مستحدثة في القانون الجزائري والمصري فقد كانت القاعدة في القانون المصري السابق كما في القانون الفرنسي هي الربط بين ضمان العيب وانتقال الملكية للمشتري فكان البائع لا يضمن إلا العيوب التي توجد وقت انتقال الملكية ، أعني ، وقت العقد إن كان المبيع معيناً بالذات أو وقت الإفراز إن كان المبيع معيناً بالنوع . أما العيوب التي تطرأ على المبيع بعد انتقال الملكية فلا ضمان فيها على البائع ولو كان المبيع لم يزل في يده ، ولم يقدّم بتسليمه إلى المشتري . وهكذا سوى المشرع الجزائري والمصري بين ضمان العيب وتبعية الهلاك فقد بيّننا فيما سبق أن تبعية الهلاك فيهما مرتبطة بالتسليم فهي على عاتق البائع إن كان الهلاك قبل التسليم .

ويكفي أن تكون سواة العيب الخفي موجودة في المبيع عند التسليم ولو لم يستفحل أمرها وتطور إلا فيما بعد كوجود سوس في الخشب أو جرثومة مرض في الحيوان بشرط أن يكون تطور العيب نتيجة ظروف عادية . أما إذا كان تطور العيب راجعاً لظروف استثنائية ولولاها لظل العيب كامناً فلا ضمان على البائع.⁽²⁾

(1) أنور سلطان ، المرجع السابق ، سنة 1952 ، فقرة 270 ص 329 . مرقس

وامام ، المرجع السابق ، فقرة 224 ص 382 . عبد المصم البدر اوى ، فقرة

339 ص 405 . عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة 168 ص 268 .

(2) د . اسماعيل غام ، المرجع السابق ، ص 193 - 194 .

أى لم يكن في وسع المشتري أن يتبينه وقت البيع لو أنه فحصه بعناية الرجل العادى *une personne de diligence moyenne* . فلا ضمان على البائع إذا أهمل المشتري فحص المبيع بعناية الرجل العادى أو فحصه ولكن لم يتبينه لنقص خبرته عن مستوى الرجل العادى . وثمة رأى في الفقه بأنه إذا كان المبيع من الأشياء التي يلزم الاستئناس فيها برأى خبير ولكن اكتفى المشتري بفحصه بنفسه فلم يكشف له العيب لنقص خبرته فلا ضمان له على البائع . بيد أن هذا الزام بما لم يستلزمه القانون إذ أن المشرع لم يتطلب سوى أن يكون فحص المبيع بعناية الرجل العادى (المادة 2/379 مدني جزائري التي تقابل المادة 2/447 مدني مصري) .

ولا جدال في أن شرط خفاء العيب لتحقيق الضمان لازم في حالة المبيع المدين بالذات وقت العقد حتى يتسنى فحصه . أما إذا لم يكن المبيع معيناً بالذات وقت التعاقد ، وإنما كان معيناً بالنوع فإنه لا يتسنى للمشتري فحصه إلا وقت الإفراز ، هذا على فرض حضوره وقت الإفراز ، وإلا فوقت التسليم .

وقد نص المشرع في المادة 2/379 (وتقابلها المادة 2/447 مدني مصري) على حالتين يضمن فيهما البائع العيب رغم أن المشتري كان بوسعه أن يتبينه لو أنه فحص المبيع وقت العقد بعناية الرجل العادى وهما إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من هذا العيب *le vendeur lui a affirmé l'absence de ces défauts* أو أنه أخفاه غشاً *ou qu'il les lui a dissimulés frauduleusement* . إذ أنه لا لوم على المشتري أن هو اطمأن الى تأكيد البائع خلو المبيع من العيب وكذلك فإن المشرع أراد أن يحرم البائع من الافادة من غشه ، مع ملاحظة أن البائع لا يضمن

العيب في هاتين الحالتين الا اذا توافرت سائر الشروط التي يتطلبها القانون لضمان العيب الخفي فلا ضمان اذا كان المشتري يعلم بوجود العيب في المبيع وقت العقد رغم تأكيد البائع بخلوه منه أو غشه . (1)

3 — أن لا يكون العيب معلوما للمشتري وقت البيع

علم المشتري بالعيب عند الشراء يمنع من رجوعه بالضمان على البائع ، ويقع عبء اثبات هذا العلم على عاتق البائع لأن الأصل ألا يقدم المشتري على الشراء رغم علمه بالعيب فان ادعى البائع ذلك فهو يدعي أمرا على خلاف الأصل ومن ثم يكون عليه عبء الاثبات طبقا للقواعد العامة . ومجال هذا الشرط انما يكون في بيع الأشياء المعينة بالذات . ولا يشترط في هذا العلم أن يكون ناتجا من اخبار البائع للمشتري بالعيب فقد يعلم به المشتري من أى طريق آخر ، كأن يكون المشتري ذا خبرة خاصة أو أن يستعين بخبير .

4 — أن يكون العيب مؤثرا

العيب المؤثر حسب تعريف المادة 379 مدني جزائري (التي تقابل المادة 447 مدني مصري) هو الذي ينقص من قيمة المبيع *les défauts qui en diminuent la valeur* أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله " . فالغاية الخاصة التي قصد المشتري أن يخصص المبيع لها دون أن تدل عليها طبيعة المبيع أو طريقة اعداده ودون أن يعلنها المشتري للبائع لا تدخل في الاعتبار عند تحديد ما اذا كان العيب مؤثرا أو غير مؤثر .

(1) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري أن تأكيد البائع بأن المبيع خال من العيب أو تعمد أخفائه يجعله ضامنا للعيب حتى ولو لم يكن خفيا مادام المشتري لا يعلمه .

مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج 4 ص 111 .

وقد أضاف المشرح المصري في المادة 448 (ليس لها مقابل في القانون المدني الجزائري) على أنه لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه . وهذا النص تفسيرا لقصد العاقدين الضمني . غير أنه إذا كان العرف قد جرى على التسامح في عيب معين وكان من شأن هذا العيب أن ينقص من منفعة المبيع بحسب الغاية الخاصة التي قصدتها المشتري والمبيطة في العقد فالبائع على علم بها ويعتبر هذا اتفاقا على تشديد الضمان .

هل يشترط أن يكون البائع عالما بالعيب ؟

في هذا الصدد نجد أن القانون المغربي يميز بين عقد البيع وعقد الإيجار من حيث ضمان العيوب فيجعل المُوَجَّر مسئولاً عن ضمان العيوب ولو لم يكن يعلم بوجودها (المادتان 1719 و 1721) فهو اذن يضمن العيوب ولو كان حسن النية أو سيئها . أما البائع فهو لا يضمن إلا العيوب التي كان على علم بها (المادتان 1645 و 1646) أي لا يلتزم بالتعويض إذا كان حسن النية أما القانون المصري فهو لا يفرق بين العقدين . فالموَجَّر يضمن العيوب ولو لم يكن يعلم بها (المادة 576 مدني مصرى) كما يضمن البائع كذلك هذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها (المادة 447 مدني مصرى) .

وقد «حذا القانون الجزائري حذو القانون المصري فاعتبر البائع ملزما

بضمان العيوب ولو لم يكن عالما بها le vendeur repond à ces défauts même s'il les ignorait (المادة 379 مدني جزائرى) وكذلك المُوَجَّر (المادة 488 مدني جزائرى) . (1)

(1) محاضرات غير مطبوعة للدكتور علي سليمان ، المرجح السابق في عقد البيع في المنقول .

ب - واجبات المشتري للحصول على الضمان :

1 - واجب المشتري المبادرة بفحص المبيع واخطار البائع بالعيب

أوجبت المادة 1/330 مدني جزائري (التي تقابل المادة 1/449 مدني مصرى) على المشتري عند تسلم المبيع أن يتحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل المألوفة . ويتضح من ذلك أن الفحص الذى على المشتري أن يقوم به هو الفحص الذى يقوم به الشخص الحادى عندما يتسلم شيئا اشتراه وهو عادة أكثر دقة لوجود الشيء المبيع في حيازته . فاذا كشف هذا الفحص عن عيب في المبيع وجب اخطار البائع به في مدة معقولة أو كما تقول المادة في أجل مقبول عادة . وتقدير هذه المدة من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة النقض من المجلس الأعلى . فاذا لم يقم المشتري بفحص المبيع في خلال المدة المعقولة أو فحصه وتهاون في اخطار البائع وفاتت المدة المعقولة فانه يعتبر راضيا بالمبيع ولا يجوز له بعد ذلك أن يرجع بالضمان على البائع .

أما اذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادى فلا يسقط حق المشتري في الضمان بسبب الاخطار الا اذا تم كشف العيب فعلا للمشتري . وفي هذه الحالة أوجب عليه القانون أن يخبر البائع بمجرد ظهوره والا اعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب (المادة 2/380 مدني جزائري التي تقابل المادة 2/449 مدني مصرى) .

والاخطار لا يغني عن رفع دعوى الضمان بل يجب أن ترفع الدعوى على أى الأحوال في ظرف سلم من تسلم المبيع (المادة 383 مدني جزائري التي تقابل المادة 452 مدني مصرى) . ولكنها لا تكون مقبولة ولو رفعت في خلال السنة اذا لم يكن المشتري قد أخطر البائع بالعيب حسب التفصيل المبين بالمادة 380 مدني جزائري .

2 - وجوب رفع دعوى الضمان في خلال سنة من وقت التسليم

تنص المادة 1/383 مدني جزائري (التي تقابل المادة 1/452 مدني مصري) على أنه " تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب الا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول .

وقد كان التقنين المدني المصري السابق يقضي بسقوط الدعوى ان لم ترفع في خلال ثمانية أيام من وقت علم المشتري بالعيب ولكن المشرع لاحظ أن هذه المدة أقصر من أن تتسع لرفع الدعوى في كثير من الأحيان كما لاحظ أن وقت علم المشتري بالعيب كان يثير صعوبة حول تحقق العلم لذلك أطلال المدة الى سنة وجعل بدلا من وقت تسليم المبيع حتى تستقر المعاملات .

والمقصود بالتسليم هو التسليم الحقيقي بانتقال حيازة المبيع للمشتري لأنه يتيح الفرصة للمشتري ليتحقق من حالة المبيع . وليس كذلك التسليم الحكمي الذي يستبقي فيه البائع المبيع في يده لسبب آخر غير الملكية ومن ثم فلا تبدأ مدة تقادم هذه الدعوى بالتسليم الحكمي . (1)

واستثناء من القاعدة العامة في التقادم التي تقضي بأنه لا يجوز الاتفاق على تعديل مدته (المادة 1/322 مدني جزائري التي تقابل المادة 1/338 مدني مصري) فقد أجاز المشرع في المادة 1/383 مدني جزائري التي تقابل المادة 1/452 مدني مصري الاتفاق على مدة أطول من سنة . ويرى كثير من الفقهاء في مصر جواز الاتفاق أيضا على مدة أقصر من سنة أخذا بما جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري (2) من اجازة الاتفاق على تقصير

(1) د . أنور سلطان ، المرجع السابق سنة 1952 ، فقرة 280 ص 340 .

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج 4 ص 127 .

المدة على أساس أن ذلك يكون من قبيل الاتفاق على انقاص الضمان . بينما يرى الأستاذ اسماعيل غانم أن الاستثناء الوارد في المادة 452/1 قاصر على إطالة المدة فقط فلا يقاس عليه انقاص المدة ذلك أن القاعدة العامة هي عدم جواز تعديل مدة التقادم . (1)

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 383 وتقابل المادة 452/2 مدني مصري على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه *s'il est prouvé qu'il a frauduleusement dissimulé le défaut* . ففي هذه الحالة لا تسقط الدعوى إلا بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت كشف العيب طبقا للقاعدة العامة في التقادم المسقط .

البيع التي لا ضمان فيها

نصت المادة 385 مدني جزائري (وتقابل المادة 454 مدني مصري) على أنه لا ضمان للعيب في البيع القضائية ولا في البيع الادارية اذا كانت بالمزاد *la vente en justice et la vente administrative faite aux enchères* . وبلاحظ أن البيع القضائية تكون بالمزاد العلني . أما البيع الادارية فيجوز أن يتم المزاد بطريقة غير علنية في مظاريف مغلقة ونظرا لاطلاق عبارة المادة فانه يمتنع الرجوع على الادارة بضمان العيب سواء كان المزاد علنيا أو في مظاريف مغلقة . كما أن المشرع يعنى الرجوع بضمان العيب في البيع القضائية عامة ومع ذلك فتحة رأى في الفقه المصري (2) يقول بأن المادة 454 المقابلة

(1) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 200 .

(2) د . أنور سلطان ، المرجع السابق سنة 1952 ، فقرة 282 ص 342 . مرقس وامام ، المرجع السابق ، فقرة 225 ص 384 . منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، فقرة 90 ص 203 .

للمادة 385 مدني جزائري قاصرة على البيوع التي يستلزم القانون أن تتم بإشراف القضاء كبيع مال المدين جبرا لسداد ديته وبيع أموال المفلس . أما في البيوع التي يكون تدخل المحكمة فيها لا يستلزمه القانون فلا تطبق هذه المادة ولو تم البيع أمام القضاء كبيع العقار الشائع الذي تعذرت قسمته عينا أمام محكمة القصة عملا بالمادة 728 مدني جزائري (التي تقابل المادة 841 مدني مصري . ونرى أن هذا التخصيص يتناقض مع إطلاق نص المادة 454 مدني مصري المماثل لنص المادة 385 مدني جزائري . كما أنه تخصيص لا تقتضيه الحكمة المقصودة من هذا النص وهي كما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري⁽¹⁾ أن البيع الذي يتم بالمزاد سواء من جهة القضاء أو من جهة الإدارة قد أعلن عنه وأتيحت الفرصة للمزايديين أن يفحصوا الشيء قبل الاقدام على المزايدة . وهذه الاجراءات التي تتيح الفرصة للمزايديين لفحص المبيع واجبة الاتباع في كافة البيوع التي تتم أمام القضاء سواء تلك التي يستلزم القانون فيها تدخل المحكمة أو التي لا يستلزم القانون فيها ذلك . فلا محل للتفرقة في الحكم بين الحالين مادام أن البيع قد تم فعلا أمام القضاء . (2)

وبلاحظ اختلاف عبارة المادة 385 مدني جزائري والمادة 454 مدني مصري عن عبارة المادة 1649 مدني فرنسي حيث تنص هذه الأخيرة على أنه لا ضمان للعيب في البيوع التي تتم بسلطة القضاء *par autorité de justice* بينما تنص المادة 385 مدني جزائري على البيوع القضائية *la vente en justice* .

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 4 من 129 .

(2) د . اسماعيل غالم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 197 و 198 .

ثانيا - أحكام الضمان

حقوق المشتري في دعوى الضمان

أحال المشرع في المادة 381 مدي جزائري (التي تتابل المادة 450 مدي مصرى) الى المادة 376 مدي جزائري (التي تقابل المادة 444 مدي مصرى) وهي الخاصة بالاستحقاق أو نزع اليد الجزئي للمبيع ، فتتصر المادة 381 مدي جزائري على أنه اذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376 . فتجب التفرقة بين حالتي العيب الجسيم والعيب غير الجسيم .

1 - حالة العيب الجسيم

يكون العيب جسيما اذا كان نقص منفعة المبيع بسببه قد بلغ مبلغا لو كان المشتري قد علم به عند التعاقد لما أتم العقد . وفي هذه الحالة يكون للمشتري أن يرد المبيع وما أفاد منه وأن يطالب بتعويض كامل شامل لكافة العناصر التي بيئتها المادة 375 مدي جزائري (التي تقابل المادة 443 مدي مصرى) في حالة الاستحقاق الكلي ، فيكون له أن يطلب من البائع تعويضه عن كل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب ، كما أن له أن يطالب بصفة خاصة بالقيمة التي كان يقوم بها المبيع لو كان خاليا من العيب . ويلزم البائع بأن يدفع للمشتري مصروفات دعوى الضمان وكذلك المصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها المشتري سواء قبل ظهور العيب أو بعده . أما المصروفات الكمالية فلا يرجع بها المشتري الا اذا كان البائع سيء النية ، أى اذا كان يعلم بوجود العيب عند تسليمه المبيع للمشتري .

أما بالنسبة للثمار فيلزم المشتري برد ما قبضه من ثمار المبيع اذ هو ملزم
برد المبيع وما أفاده منه تطبيقا للمادة 376 مدني جزائري (التي تقابل
المادة 444 مدني مصري) .

مع ملاحظة أنه اذا كان رجوع المشتري مبديا على المطالبة بفسخ البيع
فانه يكون للمشتري أن يسترد الثمن الذي دفعه مع التعويض وليس قيمة
المبيع وقت ظهور العيب .

2 - حالة العيب غير الجسيم

وفي حالة ما اذا كان العيب غير جسيم أي لم يبلغ الحد الذي كان يجعل
المشتري لا يتم العقد لو علم به ، لا يكون للمشتري أن يرد المبيع بل يجب عليه
أن يحتفظ به مع مطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب نقص قيمة
المبيع أو نقص منفعة نتيجة لهذا العيب . كذلك لا يكون للمشتري المطالبة
بالفسخ في حالة العيب غير الجسيم . ولكن له أن يطالب البائع بالتعويض ،
كما أن له أن يطالبه بالتعويض العيني أي اصلاح العيب اذا كان مما يقبل
الاصلاح . غير أن الحكم بالتعويض العيني بدلا من التعويض النقدي متروك
لتقدير المحكمة . (1)

أثر هلاك المبيع في الرجوع بالضمان

تنص المادة 382 مدني جزائري (التي تقابل المادة 451 مدني مصري)
على أنه تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشيء المبيع وبأي سبب كان .
غير أن حقوق المشتري ازاء البائع تختلف باختلاف سبب الهلاك فان كان
الهلاك قد نتج عن العيب ذاته كما اذا كان المبيع حيوانا مريضا ومات بسبب

(1) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 201 و 202 .

المرض فانه يكون للمشتري الرجوع على البائع بالتعويض الكامل الشامل لكافة العناصر التي بيبتها المادة 375 مدني جزائري (التي تقابل المادة 443 مدني مصري) . أما اذا كان الهلاك بسبب أجنبي أو بفعل المشتري فيقتصر حق المشتري على المطالبة بتعويض الضرر الذي أصابه بسبب نقص القيمة أو نقص المنفعة الناتج عن العيب حتى ولو ثبت أن العيب كان جسيما .

الاتفاق على تعديل أحكام الضمان

تنص المادة 384 مدني جزائري (التي تقابل المادة 453 مدني مصري) على أنه " يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان ، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه . " فشرط إسقاط الضمان أو انقصه يرتب أثره بالنسبة لسائر العيوب ما عدا العيب الذي تعمد البائع إخفاءه غشا منه .

هل للمشتري الرجوع على البائع في حالة ظهور العيب بدعوى أخرى غير دعوى الضمان ؟

تظهر أهمية هذا السؤال لأن دعوى الضمان كما سلف القول يجب لرفعها أن يقوم المشتري باخطار البائع طبقا للمادة 380 مدني جزائري (التي تقابل المادة 449 مدني مصري) وأن يرفعها في خلال سنة من وقت التسليم طبقا للمادة 383 مدني جزائري (التي تقابل المادة 452 مدني مصري) .

وهناك دعويان أخريان يمكن تصور إمكان الالتجاء اليهما وهما دعوى الإخلال بالتزام التسليم ، ودعوى الإبطال للخلط ، لناقشهما فيما يلي : (1)

(1) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 202 .

1 - دعوى الاخلال بالتزام التسليم

إذا كان المبيع معيناً بالذات وقت العقد فالبايع قد نفذ التزامه بالتسليم ولو ظهر بعد ذلك أن بالمبيع عيباً خفياً . أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع فقط فإنه يجب على البائع أن يسلم شيئاً من صنف متوسط إذا لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على درجة الشيء من حيث جودته (المادة 94 مدني جزائري التي تقابل المادة 133 مدني مصري) . فإذا كان من شأن وجود العيب في الشيء عند تسليمه للمشتري أن ينقص درجة جودته إلى أقل من المتوسط فيكون البائع قد أخل بالتزامه بالتسليم ولكن لما كان المشرع قد نظم أحكام العيب الخفي على أساس وجود التزام قائم بذاته هو الالتزام بالضمان وجعل له أحكاماً خاصة لأجل استقرار التعامل فحيثما يوجد عيب خفي بالمبيع يكون رجوع المشتري قاصراً على دعوى الضمان إذا توافرت شروطها .

والخلاصة استبعاد دعوى الاخلال بالتزام التسليم في حالة وجود عيب خفي .

2 - دعوى الابطال للخلط

إذا توافرت شروط دعوى الابطال للخلط المنصوص عليها في المادتين 81 و 82 مدني جزائري (اللتين تقابلان المادتين 120 و 121 مدني مصري) وتوافرت في نفس الوقت شروط الرجوع بالضمان للعيب فيكون للمشتري أن يختار بين الدعويتين انما لا يجوز له أن يجمع بينهما إذ هما دعويان متعارضتان ، فدعوى الضمان مبنية على أساس قيام العقد وبدعى الاخلال بالتزام رتبته عقد صحيح هو الالتزام بالضمان .

أما في دعوى الابطال للخلط فالمشتري يريد اعدام الوجود القانوني للعقد بالحصول على حكم باطلاله لوجود عيب في الادارة يؤثر في صحة العقد ذاته .

ولا تسقط دعوى الإبطال للغلط إلا بمضي مدة عشر سنوات (وفي القانون المصري بمضي مدة ثلاث سنوات) من الوقت الذي ينكشف فيه للمشتري ما وقع فيه من غلط بظهور العيب أو بمضي مدة خمسة عشرة سنة من وقت تمام العقد تطبيقاً للمادة 101 من القانون المدني الجزائري (التي تقابل المادة 140 من القانون المدني المصري) .

ولما كانت دعوى الإبطال للغلط مختلفة عن دعوى الضمان من حيث أساس كل منهما فإن دعوى الضمان لا تجب أو تلحق بدعوى الإبطال للغلط على خلاف الحال في دعوى الإخلال بالالتزام بالتسليم .

الفرع الثاني

ضمان وجود الصفة وضمان الصلاحية

أولاً - ضمان وجود الصفة التي كفلها البائع في المبيع

ليس تخلف الصفة التي كفل البائع وجودها في المبيع عيباً بالمعنى الدقيق ، فالعيب *défaut* هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع ، ولولا نص المادة 379 مدني جزائري (التي تقابل المادة 447 مدني مصري) لما صحّ الرجوع بدعوى ضمان العيب الخفي في هذه الحالة . فمثلاً إذا كفل البائع للمشتري أن الحصان المبيع من سلالة معينة فتبين بعد ذلك أنه ليس من هذه السلالة فهذا ليس آفة طارئة تخلو منها الخيول السليمة . إذن تخلف الصفة التي كفلها البائع *les qualités dont l'existence avait été assurée par le vendeur à l'acheteur* ليس عيباً بالمعنى الدقيق لذلك فلا محل للبحث فيما إذا كان تخلفها مؤثراً أو غير مؤثر خفياً أو غير خفي علم به المشتري أو لم يعلم ، فهذه كلها شروط لا تصدق إلا على العيب الخفي

بالمعنى الدقيق . أما اذا كفل البائع توافر صفة معينة في المبيع فانه يكون مسئولا على وجه الاطلاق عن تخلف هذه الصفة عند التسليم .

وقد ألحق المشرع هذه الحالة بحالة ظهور العيب الخفي فيكون رجوع المشتري على البائع فيها بدعوى الضمان بشروطها وأحكامها السالف بيانها .
واذا ثبت أن المشتري قد توهم غير الحقيقة نتيجة لتأكيد البائع له توافر صفة معينة في المبيع ولولا ذلك لما تعاقد فيكون له أيضا طلب الابطال للخلط اذا توافرت الشروط الأخرى التي نصت عليها المادة 81 مدني جزائري (التي تقابل المادة 120 مدني مصري) .

ثانيا - ضمان صلاحية المبيع للحمل لمدة معينة

قد تكون الصفة التي كفلها البائع هي صلاحية المبيع للعمل لمدة محددة في العقد *le bon fonctionnement de l'objet vendu pendant un temps déterminé* . وهذا الضمان كثيرا ما يحرص في العمل بالنسبة للآلات . وقد عني المشرع بتنظيمه تنظيميا خاصا فنصت المادة 336 مدني جزائري (التي تقابل المادة 455 مدني مصري) على أنه " اذا 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 الاعلام ، كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه . "

ويتضح من هذا النص أنه ليس على المشتري أن يفحص المبيع عند تسلمه للتحقق مما اذا كان صالحا للعمل المدة المتفق عليها ولكن يجب عليه اذا ظهر خلل في المبيع في خلال المدة المحددة أن يخطر البائع به في خلال فترة شهر من وقت ظهور الخلل كما أن دعوى الضمان تسقط بمضي ستة أشهر من وقت الاخطار ذلك أن العيب في الآلات لا يظهر الا بالاستعمال .

وعلى البائع الضمان اذا ظهر خلل في المبيع في أثناء المدة المتفق عليها
أيا كان سبب هذا الخلل ولو كان مرجعه عيبا يعلمه المشتري وقت البيع ، مع
أن القاعدة في ضمان العيب أنه يشترط فيه ألا يكون معلوما للمشتري وقت
التعاقد بذلك يدطوى شرط ضمان صلاحية المبيع للعمل على اتفاق مشدد
لأحكام ضمان العيب .

وفيما عدا ذلك تنطبق أحكام ضمان العيب الخفي فيكون للمشتري اذا
ظهر خلل في المبيع أن يرجع بالتعويض على أساس قواعد الاستحقاق الجزئي
تطبيقا للمادة 381 مدني جزائري (التي تقابل المادة 450 مدني مصري) . (1)

✱ ✱ ✱

(1) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 207 .

الفصل الثاني

التزامات المشتري

Les Obligations de l'acheteur

التزامات المشتري هي :

- 1 - الالتزام بدفع الثمن ، وهو الالتزام الرئيسي .
 - 2 - الالتزام بدفع نفقات عقد البيع وتكاليف المبيع .
 - 3 - الالتزام بتسلم المبيع .
- وعالجها في ثلاثة مباحث على الترتيب .

المبحث الأول

الالتزام بدفع الثمن

L'obligation de payer le prix

ويشمل هذا المبحث ثلاثة مطالب هي مضمون الالتزام وكيفية تنفيذه ، وحق المشتري في حبس الثمن ، وجزاء الالتزام بدفع الثمن .

المطلب الأول

مضمون الالتزام وكيفية تنفيذه

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

التي تقابل المادة 129 مدني مصرى (وحالة الغبن في بيع العقار (المادة 358 مدني جزائرى). (1)

وحالة ظهور زيادة في قدر المبيع اذا كان الثمن مقدرا بحساب الوحدة (المادة 2/365 مدني جزائرى التي تقابل المادة 2/433 مدني مصرى) .
كما قد تنقصر المحكمة الثمن المتفق عليه في حالة استغلال البائع للمشتري (المادة 90 مدني جزائرى التي تقابل المادة 129 مدني مصرى)
وحالة العجز في قدر المبيع (المادة 1/365 مدني جزائرى التي تقابل المادة 1/433 مدني مصرى) .

ويتم الوفاء بالثمن بالطريقة المتفق عليها سواء بالتقسيط أو جملة واحدة على حسب الاتفاق . ويتحمل المشتري نفقات الوفاء بالتزامه طبقا للمادة 233 مدني جزائرى (التي تقابل المادة 348 مدني مصرى) وتنص على أن تكون نفقات الوفاء على المدين الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك . ومن ثم يتحمل المشتري نفقات ارسال الثمن الى مكان الوفاء به .

زمان الوفاء بالثمن Temps de Paiement

يرجع في ذلك الى الاتفاق أولا ثم الى العرف فان لم يوجد اتفاق أو عرف كان الثمن مستحقا في الوقت الذي يسلم فيه المبيع (المادة 1/388 مدني جزائرى التي تقابل المادة 1/457 مدني مصرى) وفي هذا الحكم خروج على القواعد العامة إذ الأصل أنه اذا لم يتفق على تأجيل الوفاء بالالتزام فانه يكون مستحق الأداء بمجرد نشوئه وذلك حتى لو كان الالتزام ناشئا عن عقد ملزم للجانبين ولو كان الالتزام المقابل موجلا فالربط بين وقت الوفاء بدفع الثمن

(1) وتقابلها في القانون المدني المصري حالة الغبن في بيع عقار مملوك لشخص غير كامل الأهلية (المادة 425 مدني مصرى) .

ووقت الوفاء بتسليم المبيع خروج على القاعدة العامة . فلا تصح مطالبة المشتري بدفع الثمن الا عند حصول التسليم . لكن ليس للبائع أن يمتنع عن التسليم الى حين حلول أجل الوفاء بالثمن اذا كان الثمن مؤجلا .

مكان الوفاء بالثمن Lieu du paiement

واذا لم يوجد اتفاق أو عرف بشأن مكان دفع الثمن فقد فرق المشرع في المادة 387 مدي جزائري (التي تقابل المادة 456 مدي مصري) بين حالتين :

الأولى : اذا كان الثمن مستحقا وقت التسليم فيكون الوفاء بالثمن هو المكان الذي يسلم فيه المبيع *au lieu de la délivrance* . وهذا خروج على القاعدة العامة التي تقضي بأن يكون الوفاء في موطن المدين وقت الوفاء (المادة 2/282 مدي جزائري التي تقابل المادة 2/347 مدي مصري) .

الثانية : اذا لم يكن الثمن مستحقا وقت التسليم فقد نص المشرع في المادة 387 مدي جزائري (التي تقابل المادة 456 مدي مصري) على الرجوع الى القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 2/292 مدي جزائري فيجب أن يكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن لأن المشتري هو المدين بالثمن والقاعدة العامة أن الدين يطلب ولا يحمل .

la dette est quérable et non portable.

أي أن الدائن هو الذي يسعى الى المدين مطالبا بالوفاء .

* * *

المطلب الثاني

حق المشتري في حبس الثمن

تنص المادة 2/388 مدني جزائري (التي تقابل المادة 2/457 مدني مصري) على أنه " اذا تعرض أحد للمشتري مستندا الى حق سابق أو آل من البائع أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري *s'il est menacé d'éviction* جاز له ان لم يمنعه شرط في العقد أن يمسك الثمن *retenir le prix* الى أن ينقطع التعرض أو يزول الخطر وله أن يمسك الثمن أيضا اذا ظهر له عيب في الشيء المبيع " ، وأضافت المادة 457 مدني مصري أنه مع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلًا .

حالات الحبس في المادة 383 مدني جزائري

عني المشرع في هذه المادة بأن يلص على حق المشتري في حبس الثمن في حالات ثلاث هي حالة تعرض الغير وحالة ظهور عيب في المبيع وحالة اذا خيف على المبيع أن ينزع من يده .

وبين أن تقرير الحبس في حالتي تعرض الغير وحالة ظهور عيب في المبيع ليس الا تطبيقا للقواعد العامة في حق الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ . ففي الحالتين يكون البائع ملزما بالضمان فهو ملزم بدفع التعرض في الحالة الأولى فان فشل وجب عليه التعويض ممثلا في ضمان الاستحقاق . وهو ملزم بضمان العيب في الحالة الثانية . والتزام البائع في الحالتين التزام مستحق يقابله ويرتبط به ارتباطا تبادليا دين الثمن في ذمة المشتري ولذلك فان للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن حسب القواعد العامة دون حاجة الى اللص على ذلك بوجه خاص في هذه المادة . (1)

(1) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 214 .

غير أن المادة 2/388 تنص أيضا على حق المشتري في حبس الثمن اذا خيف على المبيع أن ينزع من يده وقد يكون حق الحبس هنا في بعض الأحوال تطبيقا للقواعد العامة وقد يجيء في أحوال أخرى على خلاف القواعد العامة . فهو تطبيق للقواعد العامة اذا كانت خشية نزع المبيع من يد المشتري راجعة الى اخلال البائع بالتزام من التزاماته كما اذا تبين أنه باع ما لا يملك فيخشى أن يرفع المالك الحقيقي دعوى استحقاق فينزع المبيع من يد المشتري . وهو من ناحية أخرى يكون على خلاف القواعد العامة اذا تحققت خشية نزع المبيع من يد المشتري دون أن يكون البائع قد أخل بالتزاماته مثال ذلك حالة ما اذا كانت ملكية البائع للمبيع معلقة على شرط فاسخ ويخشى أن يتحقق الشرط فيترتب على تحققه خروج المبيع من ملك المشتري . ففي هذه الحالة قد انتقلت الملكية الى المشتري ولم تزل باقية له الى أن يتحقق الشرط الفاسخ . ومن ثم فتقرير حق الحبس للمشتري الى أن يتحقق الشرط الفاسخ فيه توسع في حالات الحق في الحبس ولولا نص المادة 2/388 لما جاز للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن .

ويلاحظ أنه لا رجوع على البائع بضمان التعرض في هذه الحالة . فالبائع لا يلزم بالضمان الا اذا حصل تعرض بالفعل كما تقدم في ضمان التعرض . غير أنه يشترط أن تكون خشية نزع المبيع من يد المشتري مبنية على أسباب جدية . وتطبيقا لذلك حكمت محكمة النقض المصرية⁽¹⁾ بأنه لا يجوز للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن بحجة أنه يحتل أن توجد حقوق للخير على العقار المبيع وأنه يريد التأكد أولا بالرجوع الى دفاتر الشهر من خلو العين المبيعة من القيود والتسجيلات .

(1) نقض مدني مصري ، جلسة 28 مايو 1943 ، مجموعة عمر ، ج 3 ص 461 رقم 164 ، وأشار اليه د . اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 215 .

1 - في كافة الحالات التي يكون فيها للمشتري الحق في الحبس ، يستطيع البائع أن يسقط هذا الحق إذا قدم تأمينا كافيا للمشتري عملا بالقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 1/200 مدني جزائري (التي تقابل المادة 1/246 مدني مصري) .

وقد عني المشرع المصري بالنص على ذلك في المادة 2/457 مدني مصري (كما تقضي هذه المادة بأنه يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا وبالرغم من أن النص لا يشير إلا الى تقديم كفيل إلا أنه يصح للبائع أن يقدم تأمينا عيديا بدلا من الكفيل عملا بالمادة 774 مدني مصري ، وتقابل المادة 646 مدني جزائري التي تنص على أنه اذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عيديا كافيا .

ويتضح من هذا النص أن المشرع قد رجح في حق المشتري في حبس البائع الى القواعد العامة في حق الحبس وذلك على خلاف ما ورد في حق البائع في حبس المبيع ، فقد رأينا أن للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له من الثمن ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة . والعلة في هذه التفرقة هي أن للبائع حق امتياز على المبيع فتمتع تأمين كاف لحقه فهو ليس في حاجة الى مزيد من الضمان وانما هو في حاجة الى استيفاء الثمن بهما المشتري في حاجة الى تأمين يضمن له استيفاء ما قد يلتزم به البائع من تعويض . (1)

(1) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 216 .

2 - كما أنه لا يحق للمشتري حبس الثمن إلا إذا كان التعرض الذى حصل أو كان العيب الذى ظهر مما يضمنه البائع ، فكذلك الحال في الحق في الحبس عند خشية نزع المبيع من يد المشتري اذ يشترط أن يكون السبب الذى يخشى من أجله نزع المبيع مما يضمنه البائع فبغير ذلك لا يكون ثمة مهرر للحبس .

3 - نصت المادة 388 مدني جزائري على أن للمشتري حبس الثمن في ثلاث الحالات السالف ذكرها ان لم يمنعه شرط في العقد وهذا تطبيق للقواعد العامة ذلك أن الحق في الحبس ليس متعلقا بالنظام العام فيجوز النزول عنه صراحة سواء مقدما في العقد أو بعد ثبوته. لكن هل يجوز التنازل عنه ضمنا في حالة ما اذا كان المشتري يعلم وقت العقد بسبب الاستحقاق الذى يخشى معه أن ينزع المبيع من يده ، ومع ذلك ارتضى أن يحدد ميعادا معيناً للوفاء بالثمن دون شرط ولا قيد فهل تستخلص من ذلك نية التنازل عن الحق في الحبس ؟

قضت محكمة النقض المصرية⁽¹⁾ بأن استخلاص نية التنازل في هذه الحالة مسألة موضوعية وأن علم المشتري وقت الشراء بسبب نزع الملكية لا يمنع ثبوت حقه في حبس الثمن لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهدد به ويكون في نفس الوقت معولا على البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن ، وأما علمه بهذا السبب فقد يصلح أولا يصلح للدلالة على تنازله عن حق الحبس وذلك على حسب ما تنبي به وقائع الدعوى ، أى أنه مسألة موضوعية .

(1) نقض مدني مصرى ، جلسة 4 ديسمبر 1947 ، مجموعة عمر ، ج 5 ص 498 رقم 237 ، وأشار اليه د . اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 217 .

ان الحالات الثلاث التي نصت عليها هذه المادة لا تستوعب كافة الحالات التي يجوز فيها للمشتري حبس الثمن . فهذه الحالات انما تتعلق بالتزام البائع بالضمان ، سواء الالتزام بضمان العيوب الخفية أو الالتزام بضمان التعرض . وقد رأينا كيف أن المشرع لم يقصر حق المشتري في حبس الثمن في مجال الالتزام بضمان التعرض على حالة وقوع التعرض فعلا بل توسع وأجاز له إذا كان يخشى لأسباب جدية من نزول المبيع من يده .

غير أن التزامات البائع ليست قاصرة على الالتزام بالضمان فهناك الالتزام بتسليم المبيع أو الالتزام بالقيام بما يلزم لنقل الملكية إلى المشتري ، وللمشتري طبقا للقواعد العامة حق الحبس والدفع بعد التنفيذ إذا لم يقم البائع بتنفيذ التزاماته الأخرى المستحقة .

المطلب الثالث

جزاء الالتزام بدفع الثمن

ضمانات البائع في استيفاء الثمن

إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن رغم استحقاقه كان للبائع حسب القواعد العامة أن يستوفي حقه جبرا بالتنفيذ على أموال مدينه . كما أن له أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري ان لم يكن قد سلّمه إليه وكذلك له الحق في فسخ البيع .

أ - التنفيذ على أموال المدين

البائع دائن للمشتري ومن حقه كسائر الدائنين بمبلغ من النقود أن يستوفي حقه بالحجز على أموال مدينه وبيعها جبرا بالمزاد العلني واستيفاء حقه من

الشن الذي يرسو به المزاد ، وذلك طبقا للاجراءات المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية في باب التنفيذ .

وفضلا عن ذلك فللبائع ضمان خاص فقد لاحظ المشرع أن البائع هو صاحب الفضل في دخول الشيء المبيع في ذمة المشتري وأنه ليس من العدل أن يخضع لقسمة الخرماء في التنفيذ على المبيع فيشاركه الدائنون الآخرون في استيفاء حقوقهم من قيمة المبيع ، لذلك قرر له المشرع حق امتياز خاص *droit de privilège* على الشيء المبيع يخوله استيفاء حقه من قيمته بالأولوية على غيره من الدائنين وذلك سواء كان المبيع منقولا أو عقارا (المادة 997 مدني جزائري بالنسبة لامتياز بائع المنقول ، والمادة 998 مدني جزائري بالنسبة لامتياز بائع العقار ، وتقابلان على الترتيب المادتين 1145 و 1147 مدني مصري) ، وموضع دراسة امتياز البائع في د روس التأمينات العينية .

وبلاحظ أنه نتيجة لهذا الضمان الخاص الذي قرره القانون للبائع على المبيع فإنه لا يجوز للبائع أن يباشر اجراءات التنفيذ على مال من أموال المشتري الأخرى الا اذا كانت قيمة المبيع لا تكفي لاستيفاء دين الشن . كما نلاحظ فيما يتعلق بالعقار أن الشن يدفع للموثق عند توثيق العقد عملا بالمادة 12 من قانون التوثيق الصادر بالأمر رقم 70 - 91 المؤرخ في 15 / 12 / 1970 على ما سلف البيان ويعتبر الموثق نائبا عن الطرفين .

ب - حق البائع في حبس المبيع

اذا كان المبيع مازال في يد البائع ولم يوفه المشتري حقه من الشن فإن له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع فيحبسه الى أن يستوفي الشن سواء كانت الملكية قد انتقلت الى المشتري أو مازالت باقية له .

في بيع العقار : للبائع أن يختار طلب فسخ البيع إذا لم يقدّم المشتري بدفع الثمن عملاً بالقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 119 مدني جزائري (التي تقابل المادة 157/1 من القانون المدني المصري) وهي تقضي بأنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يخالف بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك .

والأصل أن الفسخ بوصفه جزاء لاختلال أحد الطرفين بالتزامه لا يقع بقوة القانون بل يصدر به حكم قضائي نهائي وللمدين أن يتقي الفسخ بالمبادأة بتنفيذ ما عليه حتى صدور الحكم النهائي كما أن للقاضي سلطة التقدير ، فقد نصت المادة 119/2 على أنه يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات ، واصرار الدائن على الفسخ في هذه الصورة يعتبر تعسفاً في استعمال الحق .

أما قد يتفق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . ففي هذه الحالة يقع فسخ بمجرد تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه بعد اعذاره . إلا إذا غف الطرفان على الإغفاء من الاعذار أيضاً (المادة 120 مدني جزائري التي تقابل المادة 158 مدني مصري) فيعتبر العقد مفسوخاً بمجرد عدم تنفيذ التزام في الأجل المحدد . وإذا رفعت الدعوى بالفسخ في الحالتين منصوص عليهما في المادة 120 فللتثبت فقط من حصول الاختلال بالالتزام إنما للمقاضي سلطة التقدير خلافاً للحالة المنصوص عليها في المادة 119/2 .

وهذه القواعد العامة تنطبق جميعاً على بيع العقار .

في بيع المنقول : أما في بيع المنقول فقد أورد المشرع في شأنه حكما خاصا خرج فيه على هذه القواعد في الفسخ . فقد نصت المادة 392 مدني جزائري (التي تقابل المادة 461 مدني مصري) على أنه في بيع العروض وغيرها من المنقولات اذا عن أجل لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا وجوبا في صالح البائع ودون سابق انذار اذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل وهذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك . ويصدق هذا النص في حالة كون المبيع منقولا وأن يتأخر المشتري عن دفع الثمن وأن يكون هناك اتفاق على ميعاد واحد لدفع الثمن وتسليم المبيع ، ففي هذه الحالة وعند توافر هذه الشروط يجوز للبائع ودون حاجة الى اتفاق خاص أن يعتبر البيع مفسوخا بمجرد تأخر المشتري عن دفع الثمن في الميعاد المحدد وذلك على خلاف القواعد العامة . ويبرر هذا الحكم أن عيوب التجارة والمنقولات بصفة عامة تتخير أسعارها وتتغيرن للتلف مع مرور الزمن فأعلى القانون للبائع الحق في أن يعتبر البيع مفسوخا دون حاجة الى اذار أو حكم قضائي حتى يتمكن من احتصرف في المبيع بمجرد أن يتخلف المشتري عن دفع الثمن .

وحكم المادة 392 مقرر لمصلحة البائع فله وحده أن يتمسك باعتبار العقد مفسوخا اذا لم يوف المشتري بالثمن في الموعد المحدد . ومن ناحية أخرى له أن يعتبر العقد قائما وببإشراة إجراءات التنفيذ لاستيفاء ما هو مستحق له من ثمن . أما المشتري فالفرض أنه هو المقصر في تنفيذ التزامه ولا يجوز له أن يستفيد من تقصيره ، الا اذا كان المشتري قد امتنع عن دفع الثمن متمسكا بحقه في الحبس لأن البائع لم يسلم المبيع فانه لا يجوز للبائع أن يعتبر العقد مفسوخا في هذه الحالة .

ما الحكم اذا اتفق على ميعاد لتسليم المبيع ولم يتفق على ميعاد لدفع الثمن ؟

في هذه الحالة يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع طبقا للمادة 1/388 مدني جزائري (التي تقابل المادة 1/457 مدني مصري) كما تقدم فينطبق أيضا حكم المادة 392 .

ما الحكم اذا اتفق على ميعاد لتسليم المبيع وعلى ميعاد آخر لدفع الثمن ؟

يلاحظ أن المادة 392 لا تنطبق اذا اختلف ميعاد دفع الثمن عن ميعاد تسليم المبيع ولكن تنطبق القواعد العامة في هذه الحالة ولا يتم الفسخ الا بحكم قضائي .

المبحث الثاني

الالتزام بدفع مصروفات البيع وتكاليف المبيع

L'obligation de payer les frais de la vente

أ - مصروفات البيع : قاعدة الزام المشتري بنفقات الحقد

تنص المادة 393 مدني جزائري (التي تقابل المادة 462 مدني مصري) على أن نفقات التسجيل والطابع (أي رسوم الدفعة) ورسوم الاعائن العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصور قانونية تقضي بخير ذلك .

" Sauf dispositions légales contraires, les droits d'enregistrement, de la tembre, la taxe de publicité foncière, la taxe notariale et tous les autres frais sont à la charge de l'acheteur " .

يلاحظ أن المادة 462 مدني مصرى قد نصت على أن المصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخير ذلك .
والنص على إلزام المشتري برسوم التسجيل يتضمن خروجاً على القواعد العامة ، فالبايع ملتزم بنقل الملكية والتسجيل ضرورى لتنفيذ هذا الالتزام أن كان المبيع عقارا فرسوم التسجيل اذن ليست سوى بعض نفقات تنفيذ التزام البائع ، والقاعدة العامة أن نفقات تنفيذ الالتزام تقع على عاتق المدين به (المادة 283 مدني جزائرى التي تقابل المادة 348 مدني مصرى) .

وبصح الاتفاق على تحميل البائع برسوم التسجيل طبقاً للنص المصرى .
وتشمل نفقات عقد البيع أتعاب المحامي الذى يقوم بتحرير العقد ونفقات التوثيق ان كان العقد رسمياً كما في حالة بيع العقار في التشريع الجزائرى ويلاحظ أنه لا يشترط لانعقاد البيع في التشريع المصرى أن يتم على يد موثق ، فالبيع كما تقدم عقد رضائي ولكن ليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من توثيقه اذا ارادوا ذلك فيتحمل المشتري مصاريف التوثيق الا اذا اتفق على جعلها على عاتق البائع حيث أن النص المصرى يقضي بجواز الاتفاق على أن يتحملها البائع .

وبشمل إلزام المشتري بالمصروفات طبقاً للمادة 393 المصروفات اللازمة لإبرام العقد وشهره وتوثيقه . أما ما عدا ذلك من مصروفات يقتضيها تنفيذ البائع لالتزاماته كمصاريف محو الرهون المقيدة على العقار المبيع ومصاريف تسليم المبيع ومصاريف إثبات ملكية البائع فان البائع هو الذى يتحملها لأنه ملتزم بنقل الملكية خالصة الى المشتري وتسليم المبيع اليه وذلك حسب القواعد العامة .

ومن الناحية الأخرى فإن البنقات التي يقتضيها تنفيذ المشتري لالتزاماته كبنقات إرسال الثمن الى مكان الوفاء فان المشتري هو الذي يتحملها .
واذا أدى البائع بنقات عقد البيع عن المشتري كان له الرجوع عليه بما أنفقه وتعتبر هذه البنقات من ملحقات الثمن وتأخذ حكمه وضمائنه بما في ذلك حق امتياز البائع .

وتسرى قاعدة الزام المشتري بنقات العقد وشهره في علاقة المشتري بالبائع أما بالنسبة للغير فتسرى القواعد العامة . فمثلا اذا كان البائع هو الذي اتفق مع محام لتحرير العقد كان هو الملتزم بالأتعاب أمام هذا المحامي ، واذا كان الاتفاق قد تم بين المحامي من ناحية وبين البائع والمشتري معا من الناحية الأخرى كان كل منهما مدينا للمحامي بنصف الأتعاب الا اذا اتفق على تضامهما فيكون للمحامي أن يرجع على أي منهما بجميع الأتعاب غير أنه لا بد من اتفاق صريح على التضامن اذ أن التضامن لا يفترض (المادة 217 مدني جزائري التي تقابل المادة 279 مدني مصري) .

١ - تكاليف المبيع Les Charges de l'objet vendu

تنص المادة 389 مدني جزائري (التي تقابل المادة 2/458 مدني مصري) على أنه يستحق المشتري انتفاع وإيراد الشيء المبيع كما يتحمل تكاليفه من يوم انعقاد البيع ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك .

Art 289 : " Sauf convention ou usage contraire l'acheteur acquiert à partir du moment de la conclusion de la vente les fruits et les accroissements de l'objet vendu et en supporte les charges " .

وتشمل تكاليف المبيع الضرائب المفروضة عليه ونفقات صيانه واستغلاله .

* * *

الالتزام بتسليم المبيع

L'obligation de prendre livraison

كما أن على البائع التزاما بتسليم المبيع فان على المشتري التزاما بتسلمه وتنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم يكون بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديًا مادام البائع قد أعلمه بذلك . أما تنفيذ المشتري لالتزامه بالتسليم فهو يقتضي أن يستولي المشتري على المبيع استيلاء ماديًا .

واذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع تحدد ذلك بمكان وزمان التسليم فيكون على المشتري استلام المبيع في مكان تسليمه إليه أى في موطن البائع ان كان البيع معينًا بالنوع أو في المكان الذى يوجد به المبيع وقت التعاقد ان كان المبيع معينًا بالذات . ويجب على المشتري بمجرّد قيام البائع بوضع المبيع تحت تصرفه أن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذى تتطلبه عملية التسليم (المادة 394 مدني جزائري) ونصت المادة 463 مدني مصري المقابلة لها على أنه يجب على المشتري أن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن . وتلص المادة 395 مدني جزائري (التي تقابل المادة 464 مدني مصري) على أن نفقات تسليم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بخير ذلك .

وبدخل في هذه النفقات مصاريف القبهى والحمالين والتغريغ والرسوم الجمركية . وإذا اتفق على نقل المبيع الى مكان غير مكان التسليم تحمّل المشتري نفقات النقل بوصفها من نفقات التسليم .

واذا لم يقم المشتري بالتزامه بتسلم المبيع كان للبائع أن يطلب الفسخ طبقا للقواعد العامة . كما أن للبائع أن يعذر المشتري لتسلم المبيع ويكون له بعد الاذار أن يحصل على ترخيص من القضاء في ايداعه على ذممة المشتري ونفقتة ان كان المبيع منقولاً أو أن يطلب وضعه تحت الحراسة ان كان عقارا (المادة 271 مدني جزائري التي تقابل المادة 336 مدني مصري) .

واذا كان المبيع من الأشياء التي يسرع اليها التلف أو التي تكلف نفقات باهظة في ايداعها أو حراستها جاز للبائع أن يستأذن المحكمة للقيام بببيع المبيع في المزاد العلني على أن يودع الثمن بالخزينة العمومية *consigner le prix au tresor* عملاً بالمادة 1/272 مدني جزائري التي تقابل المادة 1/337 مدني مصري .

واذا كان للمبيع سعر معروف في السوق فلا يباع بالمزاد العلني الا اذا تعذر بيعه بالتراضي وبالسعر المتداول عرفاً *s'il n'est pas possible de les vendre à l'amiable au prix courant* (المادة 2/272 مدني جزائري التي تقابل المادة 2/337 مدني مصري) .

* * *

أحكام خاصة ببعض أنواع البيوع والمقايضة

تمهيد

ندرس في هذا الباب - في الفصل الأول - بعض البيوع الخاصة التي
تكلم عنها المشرع في القسم الثاني من عقد البيع تحت عنوان "أنواع البيوع"
وأفرد لكل منها أحكاما خاصة وهي :

- 1 - بيع ملك الغير . De la vente du bien d'autrui
- 2 - بيع الحقوق المتنازع عليها . De la vente des droits litigieux
- 3 - بيع التركة . De la vente d'hérédité
- 4 - البيع في مرض الموت . De la vente dans la dernière maladie
- 5 - بيع النائب لنفسه . De la vente du représentant à lui-même

ونتناول كل منها في مبحث مستقل على الترتيب .
ثم ندرس في الفصل الثاني عقد المقايضة .

* * *

الفصل الأول
بعض أنواع البيع
Des Variétés de Ventes

المبحث الأول
بيع ملك الغير

لما كانت القاعدة في القانون الفرنسي هي أن الملكية تنتقل من البائع الى المشتري بمجرد انعقاد البيع فيكون ثمة تعارض بين طبيعة هذا العقد بوصفه ناقلا للملكية وبين كون البائع غير مالك اذ لا يستطيع البائع في هذه الحالة أن ينقل الى المشتري ملكية الشيء المبيع وعلى هذا الأساس رتب الشارع الفرنسي بطلان بيع ملك الغير . ونقل عنه الشارع المصري هذا الحكم في القانون المدني المصري السابق والحالي . وكذلك فعل الشارع الجزائري ففصل أحكامه في المواد 897 و 898 و 899 مدني جزائري وهي تقابل المواد 466 ، 467 ، 468 من القانون المدني المصري الحالي . وكان يجب طبقا للقواعد العامة أن يكون حكم بيع ملك الغير هو الفسخ لا البطلان على أساس عدم تنفيذ البائع لالتزامه في عقد البيع وهو من العقود الملزمة للجانبين .

ما أساس بطلان بيع ملك الغير ؟

قد ينال بأن محل الالتزام مستحيل وبالتالي يكون سبب التزام المشتري معدوماً ويترتب على هذه الاستحالة بطلان العقد انما يرد على ذلك بأن استحالة المحل هنا نسبية بالنسبة لبائع ملك الغير في حين أنه لا يترتب البطلان الا اذا كانت استحالة المحل مطلقة وتنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه " اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا " .

وقد يقال أيضا بأن بطلان بيع ملك الغير أساسه الغلط pour vice
(1). d'erreur à la fois sur la substance et sur la personne
أما يرد على ذلك بأن هذا التعليل لا يصدق إلا في حالة كون المشتري
يجهل وقت التعاقد أن البائع غير مالك للمبيع في حين أن بيع ملك الغير
باطل ولو كان المشتري يعلم أن البائع غير مالك .
أذن فبطلان بيع ملك الغير لا يستند إلى القواعد العامة في نظرية
البطلان ولكنه بطلان من نوع خاص sui - generis وكان يمكن الاستغناء
عنه بقاعدة الفسخ la resolution عند عدم التنفيذ في العقود الملزمة
للجانبين . (2)

وبرى بعض الشراح في فرنسا ومصر أن قاعدة بطلان بيع ملك الغير
مكملة لقواعد الضمان إذ لا يستطيع المشتري أن يرجع على البائع بدعوى الضمان
إلا إذا حصل تعرض فعلي له من المالك الحقيقي بينما بطلان بيع ملك الغير
يسمح له بالرجوع على البائع ولو لم يحصل هذا التعرض . فهي دعوى ضمان
مسبقة action en garantie d'eviction anticipée ، أو بعبارة
أخرى يرون أن بطلان بيع ملك الغير ما هو إلا صورة من صور الضمان . (3)

المطلب الأول

أحكام بيع ملك الغير المنصوص عليها في القانون

للخبر هذه الأحكام فيما يلي :

1 - للمشتري الحق في طلب إبطاله

-
- (1) مازو ، المرجع السابق ، عقد البيع ، طبعة 1979 ، بند 816 ص 99 .
(2) د . أنور سلطان ، عقدا البيع والمقايضة ، بيروت 1980 ص 329 بند 312 .
(3) د . أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 330 بند 313 .

2 — ويحق له التعويض إذا كان حسن النية

3 — لا أثر لهذا العقد بالنسبة للمالك الحقيقي إلا إذا أفره .

ولد رسها على الترتيب .

أولا — حق المشتري في طلب ابطال بيع ملك الخير

تدر المادة 397 مدني جزائري على أنه إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات *un corps certain* وهو لا يملكه ، فللمشتري الحق في طلب ابطال البيع *l'acheteur peut demander l'annulation de la vente* ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عتار أعلن أو لم يعلن بيعه *Il en est ainsi même lorsque la vente a pour objet un immeuble, que l'acte ait été ou non publié* . أي أشهر أو لم يشهر بيعه (1) ذلك أن أحكام الشهر العقاري تفيد القانون المدني فسي هذا الخصوص لأن النام ينبغي الحام . وهي تقابل المادة 466 مدني مصري التي تنص على أنه إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب ابطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على العقار ، سجل البيع أو لم يسجل .

Nullité relative (أي البطلان النسبي) شروط طلب الابطال

أ — أن يكون العقد عقد بيع أي منشيء ، لا التزام بنقل الملكية في مقابل ثمن نقدى فلو كان موضوع التعاقد هو تعهد أحد الطرفين بالحصول على ملكية شيء مملوك للخير ثم نقلها للطرف الآخر فهذا عقد غير مسمى وقد يكون تعهدا عن الخير وعلى أي حال فلا ينطبق عليه حكم الابطال .

(1) تراجع أحكام الشهر العقاري في قانون تأسيس السجل العقاري فسي الجزائر ، ص 87 وما بعدها من هذا الكتاب .

ب- أن يكون المبيع معيناً بالذات *un corps certain* فلا يحق للمشتري طلب الإبطال إذا كان المبيع معيناً بالنوع فقط ، لأن بيع الأشياء المعينة بنوعها لا ينتقل الملكية ، فالملكية لا تنتقل إلا بعد فرز المبيع . (1)

ج- أن يكون المبيع مملوكاً للغير ، ولا يكفي أن يكون المبيع غير مملوك للبائع بل يجب أن يكون كذلك غير مملوك للمشتري لأنه إذا كان مملوكاً للمشتري بمعنى أن يكون المشتري قد اشتراه وهو يجهل أنه مملوك له فإن العقد في هذه الحالة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة . (2)

د- أن يكون المقصود من البيع نقل الملكية في الحال ، أما إذا اتفق في عقد البيع على تأجيل نقل الملكية فالبائع لا يلزم بالضمان إلا إذا لم يكن مالكا للمبيع وقت حلول الأجل .

وبناءً على ذلك فمتى كان العقد بيعاً لشيء معين بالذات مملوك للغير كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً .

بيع عقار مملوك للغير

في حالة بيع العقار سواء كان المبيع مشهراً أو غير مشهر يكون البيع قابلاً للإبطال في جميع الأحوال وقد نص المشرع على ذلك في المادة 1/397 مدني جزائري وهي تقابل المادة 6/466 مدني مصري .

وقد كان من رأى بعض الفقهاء في مصر أن بيع العقار لا يسرى عليه حكم الإبطال مادام أنه لا يترتب عليه نقل الملكية إلا بالتسجيل فلا تتوافر حكمة

(1) مازو ، المرجع السابق ، عقد البيع ، طبعة 1979 بند 819 ص 92 .

(2) د . أنور سلطان ، شرح البيع والمقايضة 1980 بيروت ص 325 بند 308 .

الابطال في حالة بيع العقار المملوك للغير اذ ليس من خصائصه نقل ملكية العقار فاستبعد المشرع هذا الرأي بصريح النص السالف ذكره ، وذلك أن بيع العقار منشيء لا التزام البائع بنقل الملكية وان كان غير ناقل للملكية بذاته ، الا أن البائع ملتزم بأجراء الشهر الناقل للملكية فلا يتأتى أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام وهو غير مالك للعقار المبيع . (1)

ولا اعتراض على حكم المادة 1/397 اذا لم يكن البيع مشهرا . أما اذا كان قد حصل اشهاره فان حكم المادة المذكور يتعارض مع قانون تأسيس السجل العقارى الصادر بالأمر 75 - 74 المؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 والمعمول به بأثر رجعي ابتداء من 5 يوليو سنة 1975 الذى أنشأ نظام السجل العيني اذ أن الحقوق المشهرة طبقا لنظام السجل العيني لها قوة ثبوت مطلقة *force probante absolue* وهي قريبة قانونية قاطعة لا تقبل اثبات العكس تهدف الى تأمين المعاملات العقارية ، مقتضاها أن كل ما أثبت في السجل العيني هو الحقيقة التي لا مطعن عليها ، فتنتقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأخرى بالشهر الى المتصرف اليه خالصة من كل شائبة ، فمن يكتسب ملكية عقار أو أى حق عيني عقارى مستندا الى الشهر في السجل العيني يجب أن يؤيد في اكتسابه لها ويصبح مالكا أو صاحبا للحق العيني بصفة قاطعة ونهائية حتى ولو كانت هذه القيود تستند الى تصرف باطل أو معيب وهذا هو ما يحرف بالثقة العامة في السجل العيني *la foi publique du registre foncier* (1) .

(1) د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 24 .

(2) السجل العيني في التشريع المصرى ، للدكتور ابراهيم أبو الدجـا ، الاسكندرية 1978 ، ص 42 بند 17 .

حق المشتري في طلب الإبطال ولو كان يعلم وقت التعاقد أن المبيع مملوك للغير :
هذا الحق للمشتري ولو كان يعلم وقت التعاقد أن المبيع مملوك للغير
وحتى لو كان البائع يجهل وقت التعاقد أن المبيع مملوك للغير . ويصفه مازو
بأنه بطلان نسبي لحماية المشتري nullité relative protégeant
(1) . l'acheteur

هل للبائع حق طلب الإبطال ؟

لم يمدح المشرع على أن للبائع هذا الحق ، اذن فلا يجوز له ذلك ،
اذ تنص المادة 99 مدني جزائري على أنه اذا جعل القانون لأحد المتعاقدين
حقا في ابطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق ، ولكن
تطبيقا للقواعد العامة في الخلط يمكن القول بأنه يجوز للبائع الذي وقع في غلط
جوهرى وقت إبرام العقد أن يطلب ابطاله ويكون الخلط جوهريا اذا بلغ حدا
من الجسامة بحيث يمتنع المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا
الخلط (المادتان 31 و 1/32 مدني جزائري) . وكذلك يمكن القول في مصر
بأن للبائع حسن النية أن يطلب الإبطال اذا وقع في غلط جوهرى وقت إبرام
العقد متى كان المشتري واقعا في نفس الخلط أو عالما بأن البائع قد وقع في
هذا الخلط أو كان في استطاعته أن يعلم به وذلك عملا بالمادة 120 مدني
مصرى ، ذلك أن شروط الخلط في القانون المدني المصرى هي فضلا عن الخلط
الدافع الى التعاقد أن يكون المشتري أيضا واقعا في نفس الخلط . والفقه في
مصر منقسم بين هذين الرأيين (2) . ويرى أن لبائع ملك الغير أحكاما خاصة

(1) مازو ، المرجع السابق ، عقد البيع ، طبعة 1979 ، بند 821 من 92 .

(2) راجع في ذلك مذكرات في الحقوق المسماة - عقد البيع - للدكتور اسماعيل
غانم ، المرجع السابق ، من 24 .

هي الأولى بالتطبيق دون القواعد العامة ، فمادام المشرع لم يلح على أن للبائع حق طلب الابطال فلا يجوز له ذلك لمجرد أن المبيع مملوك للغير ، فصاحب حق طلب الابطال هو المشتري وحده ، ومن هذا الرأي مازو . (1)

سقوط حق المشتري في طلب الابطال

يسقط حق المشتري في طلب الابطال في الأحوال الآتية :

1 - في حالة اقرار المالك للعقد *la ratification* : اذ تنص المادة 1/398 مدني جزائري على أنه اذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري وهي تقابل المادة 1/467 مدني مصري . اذ لا مصلحة للمشتري بعد ذلك في طلب الابطال ، انما يشترط لاسقاط حق المشتري هذا أن يكون اقرار المالك سابقا على رفع المشتري دعوى الابطال اذ يحكم في الدعوى بالحالة التي تكون عليها وقسمت رفعها .

2 - حالة اكتساب البائع لملكية المبيع بعد صدور العقد . فتتضمن المادة 2/398 مدني جزائري على أنه كذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري اذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع اذ لا مصلحة للمشتري في طلب الابطال بعد أن زال المانع الذي كان يحول دون انتقال الملكية اليه .

3 - حالة اجازة المشتري للعقد *la confirmation* : اذ الاجازة تصح العقد ، بشرط أن يكون المشتري عالما وقت اجازته بأن المبيع مملوك للغير . وتنص المادة 100 من القانون المدني الجزائري على أنه

(1) مازو ، المرجع السابق ، مقد البيع ، المرجع السابق ، ص 86

ينزل حق ابطال العقد بالا جازة الصريحة أو الضمنية وتستند الاجازة

الى التاريخ الذى تم فيه العقد دون اخلال بحقوق الغير .

4 - حالة التقادم ، اذ أنه طبقا للقواعد العامة يسقط حق الابطال بالتقادم

فتمنص المادة 101 / 1 - 2 مدني جزائري على أنه " يسقط الحق في

ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات . ويبدأ سريان

هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذى ينزل فيه هذا السبب

وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى يكشف فيه ، وفي حالة

الاكراه من يوم انقطاعه . غير أنه لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط أو

تدليس أو اكراه اذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد . "

فيمكن استخلاص مدة التقادم بطريق القياس على المادة 101 الخاصة

بحالات البطلان النسبي السالف ذكرها . وترتبط على ذلك يسقط حق المشتري

في طلب الابطال باحدى مدتين أيهما أقصر إما بخمس عشرة سنة من وقست

التعاقد وإما بعشر سنوات من الوقت الذى يعلم فيه المشتري بأن المبيع غير

مملوك للبائع . واذا كان المشتري سيء النية وقت التعاقد ، أى يعلم أن البائع

غير مالك فان مدة العشر السنوات تبدأ من وقت التعاقد ولا يكون هناك محصل

لتطبيق مدة التقادم الطويل .

ويلاحظ أن تصحيح العقد بسقوط حق المشتري في ابطاله بالا جازة أو

بالتقادم لا أثر له على حقوق المالك ، فالبيع لا يسرى في حقه بأى حال ممن

الأحوال وقد نصت على ذلك في حالة الاجازة المادة 397 / 2 مدني جزائري

المقابلة للمادة 466 / 2 مدني مصرى بقولها انه " وفي كل حالة لا يكون هذا

البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري . " . وحكم التقادم

لا يختلف عن الاجازة في ذلك .

للمشتري بجانب طلب ابطال البيع ، مطالبة البائع بالتعويض اذا كان حسن النية ، أما اذا كان سيئ النية فيقتصر حقه على طلب البطال واسترداد الثمن دون تعويض ، والحكمة في ذلك ظاهرة لأن علم المشتري وقت البيع أن المبيع ملك للغير يمدح ادعاءه بضرراً أصابه من البيع . (1)

وتنص المادة 399 مدني جزائري المقابلة للمادة 468 مدني مصري على أنه " اذا 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 " . ويبين من النص أن الحق في التعويض مترتب على ابطال العقد فلا يحكم بالتعويض للمشتري الا عند الحكم له بابطال العقد ولا يحق له أن يطلب سبب التعويض في الحالات التي يسقط فيها حقه في طلب الابطال .

وشرط التعويض أن يكون المشتري حسن النية وقت البيع فاذا كان يعلم وقت البيع بأن المبيع غير مملوك للبائع فلا يحق له طلب التعويض ولكن يحق له طلب الابطال .

ولا أثر لحسن نية البائع أو سوءها ، فالنص صريح في أن للمشتري طلب التعويض ولو كان البائع حسن النية .

أما قانون الموجبات والحقوق اللبناني فيشترط للرجوع على البائع بالتعويض أن يكون هذا الأخير سيئ النية وهو ما قرره المادة 385 بقولها

(1) د . أنور سلطان ، عقدا البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، بند

"أما إذا أبى المالك أن يجيز البيع فالبايع يضمن بدل العطل والضمان للمشتري إذا كان عالماً أنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك".

ما أساس مسئولية البائع عن التعويض عند ابطال العقد ؟

بما أن البائع مسئول في القانون الجزائري والمصري عن التعويض ولو كان حسن النية ، فإن هذا النص يعتبر تطبيقاً استثنائياً للنظرية الفقيه الألماني إهرنج Ihering في الخطأ عند تكوين العقد *culpa in contrahendo* ، ويقول تطبيقاً استثنائياً لأنه يبين من مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري أن المشرع رفض الأخذ بنظرية إهرنج كقاعدة عامة (1) ، ومؤدى من هذه النظرية أن العاقد يكون مسئولاً عن سبب البطلان الذي يجي من ناحيته وذلك على أساس عقد ضمان ضمني .

ويصعب القول بأن أساس المسئولية في حالة حسن نية البائع هو الخطأ التقصيري إذ لا يمكن نسبة خطأ تقصيري للبائع في هذه الحالة ولا يكفي أن يقال بأن بيع الشخص لشيء غير مملوك له يعتبر بذاته خطأ تقصيرياً يوجب التعويض (2).

ثالثاً - لا أثر لبيع ملك الخمر بالنسبة للمالك إلا إذا أقره

تنص المادة 2/397 مدني جزائري على أنه في كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً (أي لا يكون بائناً) في حق مالك الشيء ولو أجازته المشتري .
Art 397/2 : " Dans tous les cas cette vente n'est pas opposable au propriétaire de l'objet vendu, alors même que l'acheteur a confirmé le contrat. "

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 2 ص 268 ، ج 4 ص 198 .

(2) الوسيط للمصري ، ج 1 فقرة 310 ص 510 . عقد البيع للدكتور اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 27 .

فبيع ملك الغير لا يسرى في حق المالك الحقيقي *le véritable propriétaire* في أى حال من الأحوال حتى ولو لم يحكم بإبطاله وحتى لو سقط حق المشتري في طلب الإبطال بالاجازة أو بالتقادم ، ذلك أن المالك الحقيقي يعتبر بالنسبة لهذا العقد من الغير *un tiers* وليس له مصلحة في طلب إبطاله وليس له أى دعوى بطلب إبطاله وإذا أراد أن يسترد الشيء المبيع فيجب أن يرفع دعوى الاستحقاق *action en revendication* . (1)

فالمبيع مملوك لصاحبه الذى له الحق في استرداده من يد المشتري الذى ليس له أن يحتج على المالك الحقيقي بعقد لم يكن هذا المالك طرفا فيه . غير أنه يلاحظ أثر تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية *en fait de meuble la possession vaut titre* المادة 335 مدني جزائري ، التي تنص على أن " من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته . وإذا كان حسن النية والسند الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتبار الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية فانه يكسب ملكية الشيء خالية من هذه التكاليف والقيود العينية . والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقم دليل على خلاف ذلك . "

كما يلاحظ أثر قواعد التقادم العشري بالنسبة للعقار المنصوص عليها في المادة 898 مدني جزائري (يقابلها التقادم الخمسي في القانون المدني المصري .

(1) مازو ، المرجع السابق ، بند 823 من 94 .

فقد يملك المشتري المنقول المبيع على أساس أن من حاز منقولا بحسن نية *de bonne foi* وبسبب صحيح *juste titre* يملكه بمجرد الحياة — والسبب الصحيح أو السند الصحيح هنا هو عقد البيع — وقد يملك المشتري العقار بتقادم قصير مدته عشر سنوات *usucapion décennale* إذا كانت الحياة مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح. ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق، والسند الصحيح هو تصرف يصد عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم وبجب اشهار السند. وفي هاتين الحالتين لا يملك المشتري الشيء المبيع بمقتضى العقد لأن فاقده الشيء لا يعطيه ولكنه يملكه بالحياة مع حسن النية والسبب الصحيح فضلا عن تقادم عشرى (أو خمسى في القانون المدني المصري). وإذا اكتسب المشتري الملكية بهذا الأساس فلا يكون للمالك الأصلي إلا الرجوع على البائع بدعى المسؤولية التقصيرية أو بدعى الإثراء بلا سبب بحسب ما إذا كان هذا البائع سيء النية أو حسن النية. أما إذا لم تتوافر شروط قاعدة الحياة في المنقول سند الملكية أو التقادم العشرى في العقار فإن الملكية باقية للمالك الحقيقي، بيد أنه لهذا الأخير أن يقر البيع فيسرى الحقد في حقه من وقت صدوره وإقراره ويسقط حق المشتري في طلب إبطاله كما سلف البيان. وإذا كان المبيع عقارا فإنه يجب تسجيل الإقرار.

أثر الإقرار بالنسبة للمالك :

إذا أقصر المالك على مجرد إقراره بالبيع *la ratification* دون أن يهرم أى اطلاق بيده وبين البائع والمشتري بشأن الالتزامات والحقوق التي رتبها العقد فيقتصر أثر الإقرار على مجرد إزالة العقبة التي كانت تحول بين البيع

وبين ترتيب أثره في نقل الملكية مع بقاء العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري كما هي بغير تغيير . ومن هذا الرأي الأستاذ اسماعيل غانم (1) ، وهو الرأي الذي يتفق مع المعنى النائج لاصطلاح سريان العقد الوارد في المادة 1/469 مدني مصرى المقابلة للمادة 1/399 مدني جزائري وقد استعمل المشرع في النص الفرنسي لفظ *opposable* وليس معنى الاحتجاج بالعقد على شخص معين أن يصبح هذا الشخص ملتزماً بالالتزامات التي يولدها العقد ولا أن يصير هو صاحب الحقوق الناشئة عنه ، فثمة فارق بين الاحتجاج بالعقد على الغير وبين القوة الملزمة للعقد *la force obligatoire* بالنسبة للعاقدين .

غير أن هناك رأياً ثانياً يقول بأن المالك المقريحل محل البائع ، فتكون له من وقت اقراره كل حقوق البائع وتكون عليه كل التزامات البائع ويفقد البائع تلك الحقوق وبهراً ذمته من تلك الالتزامات (2) . ومعنى هذا الرأي أن الاقرار الذي يصدر بإرادة المالك وحده ، يترتب عليه تغيير في شخص المدين بغير رضا الدائن وقد يكون في ذلك ضرر له كما لو كان المالك الحقيقي قد رهن المبيع قبل الاقرار ذلك أن الاقرار لا يؤثر في الحقوق التي يكون المالك قد قرردها للغير قبل صدور الاقرار .

ويوجد كذلك رأى ثالث يقول بانضمام المالك الى البائع في العقد بحيث يصبحان معاً ملتزمين التزاماً تضامياً *in solidum* أي مسئولين مسئولية مجتمعة في مواجهة المشتري . (3)

-
- (1) د . اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 30 .
(2) د . سليمان مرقس ومحمد علي امام ، عقد البيع في التلدين المدني الجديد ، القاهرة 1956 ، فقرة 273 ص 452 .
(3) د . منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة ، الاسكندرية 1956 - 1957 ، فقرة 113 ص 246 . أشار اليه الأستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص 30 .

ومقتضى ذلك أن يلتزم المشتري بدوره في مواجهتهما معا وتبرأ ذمتهم
إذا هو رقى بالثمن للمالك أو للبائع على السواء وقد يترتب على ذلك ضرر للبائع
المطلب الثاني

بيع المشاع

La Vente de la Propriété indivise

ما هو المشاع أو الملكية الشائعة ؟

عرفت المادة 713 مدني جزائري وهي تقابل المادة 825 مدني مصري ،
الشيوع ، بقولها " اذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير
مفزة (1) فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية اذا لم يقم دليل على
غير ذلك " .

Art 713 : " Lorsque deux ou plusieurs personnes ont la prop-
riété d'une chose sans que la quote part de chacune d'elles
soit divisée elles sont copropriétaires par indivis et, à
moins de preuve contraire, les quotes-parts sont considérées
comme égales . " .

فالملكية الشائعة وسط بين الملكية المفزة والملكية المشتركة ، اذاً الحصة
التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال وليست في جزء معين منه ،
وهذا هو ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفزة . والشيء المملوك على
الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصة فيه وهذا هو ما يميز

(1) وردت في الجريدة الرسمية غير مقررة ، وهو خطأ مادي .

الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة *propriété en main oommune* (1).
وتمثل حصة الشريك فيه بكسر حسابي كالربع أو الثلث أو النصف ، وكما تكون
الملكية شائعة فقد يكون حق الانتفاع شائعا وقد تكون ملكية الرقبة شائعة .
وقد يبيع الشريك في الشيوع حصة شائعة أو حصة مفرزة من المال المشاع
أو كل المال المشاع ولكل حالة حكمها على التفصيل الآتي :

أولا - حق الشريك في التصرف في حصته الشائعة

للمالك على الشيوع حق التصرف في حصته الشائعة بكل أنواع التصرفات
من بيع وهبة ورهن سواء كان رهنا حيازيا أو رسميا ، كذلك له أن يستعمل حقه
وأن يستغله بشرط عدم الاضرار بحقوق سائر شركائه ، وعلى هذا نصت المادة
1/714 مدني جزائري (وهي تقابل المادة 1/826 مدني مصري) بقولها
" كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما *a la pleine propriété*
وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق
الضرر بحقوق سائر الشركاء " *pourvu qu'il ne porte pas préjudice*
• " *aux droits de ses co-indivisaires*

ثانيا - حكم بيع الشريك حصة مفرزة من المال المشاع

نصت المادة 2/714 مدني جزائري (وهي تقابل المادة 2/826 مدني
مصري) على أنه " وإذا كان المتصرف منصبا على جزء مفرز *une part*
divisée من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف
انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذي آل الى المتصرف
بطريق القسمة . وللمتصرف اليه الحق في ابطال التصرف *l'acquerneur*
peut demander l'annulation de l'acte اذا كان يجهل أن المتصرف
لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة . " .

(1) المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري ، ج 4 ص 55 .

ويتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري وكذلك المشرع المصري يفرقان ، فيما يتعلق بحق مشترى الحصة المفزة ، بين حالتين أخذاً فيهما بالقواعد العامة :

الأولى ، إذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن البائع لا يملك الحصة المبيعة ملكية مفزة ، فيقح البيع صريحاً بمعنى أنه لا يجوز للمشتري قبل القسمة طلب إبطال البيع ، ولكنه يحترم مالكا على الشيوع بنسبة الجزء الذي اشتراه ، لأنه لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من ماغفه الذي لم تكن له ملكية مفزة بل ملكية شائعة .

كذلك لا يجوز للمشتري بعد القسمة طلب إبطال البيع ولو لم تقسم الحصة المبيعة في نصيب البائع وإنما ينتقل حقه إلى الحصة التي وقعت في نصيب البائع ، ويمكن تحليل هذا الحكم على أساس نظرية الحلول العيني .

الثانية ، إذا كان المشتري يجهل وقت البيع أن البائع لا يملك الجزء المبيع ملكية مفزة ، فيقح البيع قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري للخلط في صفة جوهرية من صفات المبيع هي كونه مملوكاً ملكية مفزة للبائع . ولذلك يكون للمشتري قبل القسمة أن يطلب إبطال البيع لأنه تمتد شراء حصة مفزة لا حصة شائعة . أما بعد القسمة فنفرق بين أمرين : الأول إذا لم يقح الجزء المبيع في نصيب البائع فيجوز للمشتري طلب الإبطال على أساس أن المبيع لم يكن وقت البيع مملوكاً للبائع ذلك أن القسمة كاشفة للحق فيحترم المتقاسم الذي آلت إليه الحصة المبيعة مالكا لها منذ أن تملك في الشيوع .⁽¹⁾ والثاني إذا وقع الجزء المبيع في نصيب البائع فلا محل لطلب الإبطال .

(1) د . أنور سلطان في عقود البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، بند 320 ص 335 وما بعدهما . بيروت 1980 .

أثر بيع الشريك حصة مفرزة على حقوق شركائه الآخرين :

ليس الشركاء في الشيوع طلب ابطال بيع الحصة المفترزة الصادر من أحد هم بل لهم فقط طلب الاسترداد لا للحصول على جزء مادي معين من المال الشائع ولكن للاعتراف بحقهم شائعا في المال المشاع . وإذا أجاز باقي الشركاء تصرف الشريك البائع أخذت هذه الاجازة حكم القسمة ، وهذه هي أحكام بيع الشريك حصة مفرزة من المال الشائع كما تستفاد من لـ المادة 2/714 مدني جزائري (التي تقابل المادة 2/826 مدني مصري) وهي تتفق مع القواعد العامة .

ثالثا - حكم بيع الشريك كل المال المشاع

إذا باع الشريك في الشيوع كل المال الشائع بما في ذلك حصص شركائه الآخرين ، فيجوز للمشتري طلب ابطال كل البيع إذا كان يجهل أن البائع لا يملك كل المبيع . ويرى الأستاذ أنور سلطان أنه يمكن تقريب هذه الحالة من حالة الاستحقاق الجزئي الجسم . وأورد الأستاذ السهموري أن البيع يكون قابلا للإبطال في حصة الشريك البائع للخلط الجوهرى ، وفي حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع لملك الخير . (1)

أما إذا كان المشتري يعلم أن البائع لا يملك كل المبيع فإن البيع يعتبر صحيحا فيما يتعلق بحصة البائع وقابلا للإبطال فيما يتعلق بحصص باقي الشركاء (2) إذ يعتبر أنه باع ما لا يملك بالنسبة لحصص الشركاء الآخرين .

* * *

-
- (1) السهموري ، الوسيط ، ج 4 ، المجلد الأول ، بند 169 من 303 .
(2) قان الدكتور أنور سلطان ، إذ يرى أنه يكون باطلا فيما يتعلق بحصص باقي الشركاء ، عقد البيع ، طبعة 1980 ، المرجع السابق ، ص 338 بند 323 .

المبحث الثاني
بيع الحقوق المتنازع عليها لغير عمال القضاء

De la Vente des Droits Litigieux OU Cession
de Droits Litigieux

أورد المشرع أحكام بيع الحقوق المتنازع عليها في المواد من 400 الى 403 من القانون المدني الجزائري .

وقد بيّنا عند دراسة أركان البيع أنه لا يجوز لعمال القضاء أو المحامين شراء الحقوق المتنازع فيها اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها (المادة 402 مدني جزائري التي تقابل المادة 471 مدني مصري) وأنه لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في هذه الحقوق بأي نوع من أنواع التعامل اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها (المادة 403 مدني جزائري التي تقابل المادة 471 مدني مصري) .

والذي يهمنا الآن هو الأثر الخاص الذي رتبته القانون على بيع الحق المتنازع فيه عندما يكون هذا البيع قد انعقد صحيحا . ذلك الأثر الخاص هو رخصة الاسترداد *retrait litigieux* . التي خولها القانون للطرف الآخر في النزاع والتي يستطيع بموجبها أن يحل محل المشتري في مقابل أن يرد له الثمن وما تكبد من مصروفات .

وتتضمن رخصة الاسترداد خروجاً على الأصل في حرية التصرف ذلك أن المسترد يحل محل المشتري رغم ارادة هذا المشتري والبائع معا .

ووجد تطبيقات أخرى لرخصة الاسترداد أوردتها المشرع^١. فالمادة 721 مدني جزائري (التي تقابل المادة 833 مدني مصري) تخول للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار (يلاحظ أن النص المصري قال المجموع من المال دون أن يردفه بلفظي المنقول أو العقار) أن يسترد الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي وقد أريد بالاسترداد في هذه الحالة تمكين الشركاء من منع دخول الأجنبي بينهم في الشيوع. والشفعة في صورها جميعا (أنظر المادة 795 من القانون المدني الجزائري وهي تقابل المادة 936 من القانون المدني المصري التي تتكلم عن حق الشفعة مع بعض الاختلاف في الحكم) ليست إلا رخصة استرداد، فبالشفعة يحل الشفيع محل مشتري العقار المشفوع فيه. وقد قصد من تقريرها دفع الضرر المتوقع للشفيع نتيجة اتصال ملكه بالعقار المبيع. وقد نصت المادة 795 مدني جزائري على أنه يثبت حق الشفعة — مع مراعاة الأحكام التي يلعب عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية — لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة وللشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي ولصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

أما استرداد الحق المتنازع فيه فقد قصد بتقريره منع المضاربة وحسم المنازعة إذ يخلب فيمن يشتري حقا متنازعا فيه أن يكون مضاربا ومحترفا المشاغبة أمام القضاء يدفع ثمنا أقل مما يساويه الحق ويكون الفرق مقابل ما يتحمله من عناء المنازعة فيه وما قد يتعرض له من احتمال خسارته، فأراد المشرع أن يفوت عليه قصد و يحسم المنازعة بتمكين الطرف الآخر في النزاع من استرداد الحق المتنازع عليه. فنصت المادة 1/400 مدني جزائري (التي تقابل المادة 1/469 مدني مصري) على أنه "إذا تنازل شخص عن حق متنازع في شيء فللمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي لـ"

والمصاريف الواجبة . " وقد أضاف النص المصري الى ما يجبرده فوائده
التمن وقت الدفع فضلا عن التمن الحقيقي والمصرفات .

المطلب الأول

شروط الاسترداد

يشترط لجواز الاسترداد أن يكون المتصرف اليه عالما بالنزاع الواقع على
الحق اذ لو كان غير عالم به لما نسب اليه قصد المضاربة في حين أن المقصود
بهذا النص أساسا هو منع المضاربة في الحقوق المتنازع عليها .

الحق المتنازع فيه

يجوز الاسترداد سواء كان الحق المتنازع فيه حقا شخصيا أو عينيا ، وقد
أورد المشرع نص المادة 400 عاما دون تخصيص حتى يشمل كافة الحقوق
المالية . (1)

ولصت الفقرة الثانية من المادة 400 على أنه يعترف الحق متنازعا فيه
إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام بشأنه نزاع جدي . فالاسترداد جائز
في الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى : أن تكون هناك منازعة أمام القضاء في موضوع الحق

لا يكفي رفع الدعوى لاعتبار الحق متنازعا فيه بل يجب أن ينازع المدعى
عليه في وجود الحق ذاته كله أو بعضه بأن ينكر نشوئه أصلا أو يدعي أنه قد

(1) وهذه المادة تقابل المادة 469 مدني مصري ، وقد جاء هذا التعميم عمدا كما
يتضح من المذكرة الايضاحية ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج 4 ص 204 .
" وقد أراد المشرع المصري أن يحسم بذلك ماثار من خلاف في ظل التقنينين
القديم بسبب سوء صياغة المادة 354 من التقنين المدني المصري السابق ، اذ
التبس الأمر حول ما إذا كان الاسترداد جائزا في الحقوق العينية " .

انقضى بسبب من أسباب الانقضاء . ومن ثم إذا اكتفى المدعى عليه بالدفع بعد
الاختصاص أو ببطلان صحيفة الدعوى أو بأن المدعى لا صفة له في رفضه
فلا يكفي شيء من ذلك لا اعتبار الحق متنازعا فيه .

ويعتبر الحق متنازعا فيه حتى يصدر حكم نهائي في الدعوى . والحكم
النهائي هو الذي لا يقبل الطعن بالمعارضة أو الاستئناف . كذلك يعتبر
الحق متنازعا فيه ولو صدر به حكم نهائي إذا كان قد حصل الطعن فيه فصلا
بالنقض أو التعاس إعادة النظر .

الحالة الثانية : إذا قام نزاع جدي في الحق ولو لم يصل الأمر إلى القضاء
بعد ، متى انصب النزاع على وجود الحق كله أو بعضه . أما المعاوضة في الدفع
دون انكار المديونية فلا تعتبر نزاعا جديا في الحق .

التصرفات التي يجوز بها الاسترداد

لا يجوز الاسترداد إلا إذا كان التصرف في الحق المتنازع فيه قد تم
بمقابل وذلك واضح من مراعاة النص فضلا عن أنه وما تقتضيه الحكمة من
الاسترداد وهي منع المضاربة إذا أن المضاربة لا تتحقق في التبرعات ولكنها
تصح في التصرفات بمقابل .

لكن هل يشترط أن يكون هذا المقابل مبلغا من النقود ، أي أن يكون
التصرف بيعا ؟ وموما ذهب إليه بعض الشراح (1) . المادة تتكلم عن ثمن
البيع فلو أخذنا بظاهر النص لقلنا بأن التصرف يجب أن يكون بيعا . لكن
نلاحظ من ناحية أخرى أن النص يقول إذا " تنازل شخص " ولم يقل إذا
" باع شخص " إذن يصح الاسترداد أخذا بظاهر النص في المعاوضة أيضا

(1) د . عبد المنعم البدراوي ، المرجع السابق ، فقرة 406 .

على أن يرد المسترد في هذه الحالة للمتنازل له قيمة المال الذي قابضه به على الحق المتنازع فيه . وما يرجح هذا التفسير أن المضاربة كما تتحقق في البيع فإنها تتحقق أيضا في كافة التصرفات الناقلة للحق بمقابل ومن ثم فلا يشترط أن يكون التصرف بيعا . (1)

ويصح الاسترداد في البيع ولو كان البيع قضائيا ، نظرا لاطلاق عبارة النص .

منع الاسترداد في بعض التصرفات بنص القانون

نص المشرع في المادة 401 مدني جزائري (التي تقابل المادة 470 مدني مصري) على حالات أربع ، على سبيل الحصر ، لا يجوز فيها الاسترداد ، ويجمع بين هذه الحالات أنه من المتصور فيها ألا يكون المتصرف اليه قد قصد المضاربة .

1 - إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد ، والحلة في منع الاسترداد هي أن المشرع يرى أن قصد المضاربة لدى المشتري في هذه الحالة غير واضح ، إذ أنه لم يشتر الحق المتنازع فيه لذاته وإنما باعتباره عنصرا ضمن مجموعة أموال ورد عليها البيع ، مثال ذلك بيع تركة فيها حق شخصي ينافي المدين في وجوده أو بيع تركة فيها عقار ينافي الغير في ملكية المورث له .

2 - إذا كان الحق المتنازع فيه مشاعا بين ورثة أو شركاء وباع أحدهم نصيبه لشريك آخر . وقد عللت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري منع

(1) د . أنور سلطان ، المرجع السابق ، سنة 1952 ، فقرة 420 . منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، فقرة 118 ص 268 . د . اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 230 .

الاسترداد في هذه الحالة بقولها ان الاشتراك في الميراث أو الشيوع قد يكون هو الدافع الى الشراء هنا مما يحارض فكرة المضاربة. (1) فضلا عن أن اجازة الاسترداد في هذه الحالة لا تؤدي الى حسم النزاع .

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

4 - اذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقارا ويبيع الحق لحائز هذا العقار . وقد رأى المشرع أن حائز العقار إنما يقصد بالشراء أن يخلص عقاره من الحق الذي يثقله لا المضاربة ، مثال ذلك حائز عقار مرهون يشتري الديـمن المضمون بالرهـن وقد يكون هذا الدين متنازعا فيه ولكنه يشتريه ليخلص له عقاره وليس بقصد المضاربة في الدين .

هل يجوز لحامل القضاء أو المحامي أن يسترد الحق المتنازع فيه ؟
أسلفنا أنه لا يجوز لحامل القضاء أو المحامي أن يشتري حقا متنازعا فيه . اذا كان النـظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشر عمله فـسي دائرتها (المادة 402 مدني جزائري التي تقابل المادة 471 مدني مصري) لكن هل يسرى هذا المـلح أيضا على رخصة الاسترداد المنصوص عليها فـسي المادة 400 ؟ لقد تعرضت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري لهذا الفرض وانتهت الى جواز الاسترداد وأوردت أنه اذا باع الدائن حقا متنازعا فيه لأحد عمال القضاء كان البيع باطلا بطلانا مطلقا ، كما تقدم ، ولا يكون للمدين في هذا البيع الباطل أن يتخلص من الدين بدفع الثمن والمصروفات ،

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 4 ص 204 .

أما العكس فجائز ويكون لحامل القضاء الذي ينازع في دين أن يتخلص منه إذا باعه الدائن (1). ذلك أن الحكمة في منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها هي إبعادهم عن مواطن الشبهات، وهذه الحكمة لا توجد في هذه الحالة، لأن عامل القضاء أو المحامي طرف في النزاع على حق معين وأستعماله رخصة الاسترداد لا يثير أية شبهة في نزاهة القضاء. ويرى أن نفس الحكم ينطبق في القانون المدني الجزائري للعلة ذاتها.

كيفية الاسترداد

يجب إعلان الرغبة في الاسترداد قبل أن ينتهي النزاع بصدر حكم نهائي في موضوع الحق كما يجب أن يطلب الاسترداد بصفة أصلية أمام القضاء، فلا يصح طلب الاسترداد بصفة احتياطية ذلك أن الحكمة من تخويل هذه الرخصة هي حسم النزاع وقد قررت محكمة النقض المصرية هذا المبدأ فقضت بأن القائلون لا يخول المدين الحق في استرداد الدين المبيع بخرض الثمن على المشتري إلا إذا كان حاصلا بصفة أصلية وبخير منازعة في أصل الدين رغبة في إسهام الخصومة صلحا على هذا الأساس (2).

وإذا نصت المادة 1/400 مدني جزائري (التي تقابل المادة 469 / 1 مدني مصري) على أن للمتنازل ضده أي المسترد وهو الطرف الآخر في النزاع أن يتخلص من المطالبة إذا مورد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي والمصاريف الواجبة. وقد فسر بعض الشراح في مصر هذا النص بأن طلب الاسترداد لا يكون مقبولا إلا إذا تم عرض الثمن عرضا حقيقيا بإيداعه خزنة المحكمة إذ به تتأكد جدية طلب الاسترداد (3).

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 4 ص 205. قانن المهلالي وحامد زكي، فقرة 229 ص 222.

(2) نقض مدني مصري، 1938/4/7، مجموعة عمر، ج 2 ص 317 رقم 109.

(3) أنظر: د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 233. د. البدر راوي، المرجع السابق، فقرة 407. د. أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 424، ط 1952.

غير أن الرأي السائد في الفقه المصري هو عدم لزوم ذلك على أساس
أن النص لم يستلزمه . (1)
بيد أننا نرى أن الاتجاه الأول أصوب إذ أن الحرص الحقيقي هو الذي
يحسم الموقف .

المطلب الثاني أثار الاسترداد

يترتب على الاسترداد حلول المسترد محل المشتري أو المتصرف إليه بأثر
رجعي أي من تاريخ التصرف ولا يحتثر هذا شراءً جديداً وكأنه هو المتصرف
إليه من أول الأمر فإذا كان المتصرف إليه قد رتب حقاً للغير على الحق
المتنازع فيه فلا يحتج بذلك على المسترد .

ويذهب الرأي السائد في الفقه الفرنسي إلى أن أثر الاسترداد هذا
نسبي أن قاصر على علاقة المسترد والمتصرف إليه فيما بينهما . أما بالنسبة
للمتصرف فلا يحتج عليه بحلول المسترد محل المتصرف إليه . ويكون له أن
يطالب المتصرف إليه بالثمن وكأن الاسترداد لم يحصل أي أن التصرف يظل
قائماً في علاقة المتصرف بالمتصرف إليه . ويستطرد أصحاب هذا الرأي فسي
منطقتهم فيقولون بأن للمتصرف أن يطالب المسترد بالثمن مستعملاً حقوق
مدينه المتصرف إليه أي بطريق الدعوى غير المباشرة .

وبرى أنه لا محل لهذا الرأي في القانون الجزائري والمصري إذ يتعين
أن يقاس استرداد الحق المتنازع فيه على استرداد الحصة الشائعة وعلى

(1) نجيب الهلالي وحامد زكي ، المرجع السابق ، فقرة 610 من 625 . مرقس
وامام ، المرجع السابق ، فقرة 291 من 476 . منصور مصطفى منصور ،
المرجع السابق ، فقرة 119 من 274 .

الشفعة ، وفي كليهما يحل المسترد أو الشفيع محل المشتري في كافة حقوقه والتزاماته قبل البائع وذلك بصريح النص الوارد في المادة 1/721 مدني جزائري (التي تقابل المادة 1/833 مدني مصري) من استرداد الحصصة الشائعة والمادة 1/304 مدني جزائري (التي تقابل المادة 1/945 مدني مصري) عن آثار الشفعة . وليس هناك مبرر لأن ينفرد استرداد الحصة المتنازع فيه بحكم خاص في هذا الشأن . (1)

ومع ذلك فتحة رأى في الفقه المصري يحتق الرأي انسائد في الفقه الفرنسي . (2)

* * *

-
- (1) د . اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 234 . مرقس وامام ، المرجع السابق ، فقرة 292 .
- (2) د . أنور سلطان ، المرجع السابق ، سنة 1952 ، فقرة 425 . د . عبد الملحم البدرازي ، المرجع السابق ، فقرة 409 . منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، فقرة 120 ص 206 .

المبحث الثالث

بيع التركة

Vente d'Heridité

أورد المشرع أحكام بيع التركة في المواد من 454 إلى 467 من القانون المدني الجزائري ، ويقصد ببيع التركة أن يبيع الوارث نصيبه في التركة كله أو بعضه بـبـعـا جـزـائـر ا أي بثمن مقدّر جملة واحدة دون أن يحدد ثمن كل مال من الأموال التي يشتمل عليها . والذين يميز ببيع التركة عن غيره من البيوع هو طريقة تعيين المبيع ، إذ هو حصّة الوارث كلها أو بعضها ، فهو بيع لمجموعة أموال **universalité** لا يخلّ فيها البيع على عين معينة بالذات . ولا يخلّ ببيع التركة إلا بعد وفاة المورث إذ أن بيع التركة المستقبلة أن يبيح حصّة المورث المستقبل مع كون المورث ما زال على قيد الحياة ولو برضا هذا المورث يكون باطلا بطلانا مطلقا وتنص المادة 2/92 التي وردت تحت عنوان المحل في كتاب الالتزامات والدقود والتي تنال المادة 2/201 مدني مصري على أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ونونان برضا ، الا في الأحوال التي نـس عليها القانون ، فالمصريون اذن في دراسة آثار هذا البيع أنه قد تمّ بعد اختلاص التركة بموت المورث وتشتمل دراسة آثار بيع التركة القواعد العامة لالتزامات البائع والمشتري .

التزامات البائع

1- إذا كان المبيع قد عيّن بأنه نصيب البائع من التركة الذي آل إليه من مورثه فإن البيع يشمل كل ما آل إلى البائع ولو كان قد تصرف فيه أو استهلكه

من قبل ، لذلك تدر المادة 406 مدني جزائري التي تقابل المادة 475
مدني مصري على أنه " إذا كان البائع قد استوفى ما للتركة من ديون أو
باع شيئاً منها وجب أن يرد للمشتري ما قبضه ما لم يكن قد اشترط صراحة
عدم الرد وقت انعقاد البيع . "

ومن المتفق عليه أنه يجب على البائع أيضاً أن يرد للمشتري ما استولى
عليه من ثمار أموال التركة من وقت وفاة المورث وأن يدفع له قيمة ما استهلكه
من هذه الأموال أو تبرع به للخير . وإذا كان بعض هذه الأموال قد هلك
فاستحق في مقابل هلكته تحويض أو تأمين وجب على البائع أيضاً رد هذا
التحويض أو التأمين .

2 — ومن الناحية الأخرى ننظر لأن المبيع ليس أموالاً معينة وإنما يبيع الوارث
الحصة التي آلت إليه من مورثه دون تحديد مشتعلاتها ، فلا رجوع عليه
بالضمان إذا اتضح أن بعض هذه الأموال التي كان يظن أنها من
مشتعلات التركة لم تكن في الحقيقة ملكاً للمورث ، ولذلك نصت المادة 404
مدني جزائري (التي تقابل المادة 473 مدني مصري) على أن من باع
تركة دون أن يفصل مشتعلاتها لا يضمن إلا صفته كوارث ما لم يقع اتفاق
يخالف ذلك .

3 — وقد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أن المبيع هو التركة باعتبارها
مجموعة قائمة بذاتها مستقلة عن الأموال المكونة لها ورتبوا على ذلك أنه
إذا كانت التركة تشتمل على عقارات فلا حاجة إلى التسجيل أي شأنه شأن
الوارث ، وإذا كانت التركة مشتملة على حقوق شخصية فلا حاجة لإعلان
المدينين بالمبيع . (1) غير أن أغلبية الفقه الفرنسي قد ذهبت إلى عكس
ذلك .

(1) د . اسماعيل غالم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 236 .

وقد حسم المشرع الجزائري والمصري هذا الخلاف الفقهي بأن أخضع انتقال الأموال التي تشتمل عليها التركة للقواعد العامة ، فإذا كانت التركة تشتمل على أموال تتطلب القواعد العامة لانتقالها فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للخير اتباع إجراءات معينة وجب اتباع هذه الإجراءات ، ولا ينشئ من اتباعها أن البيع لم يرد على ذلك الحق بمفرده وإنما باعتباره عنصراً من العناصر التي تشتمل عليها التركة . لذلك نصت المادة 465 مدني جزائري (التي تقابل المادة 474 مدني مصري) على أنه إذا بيعت تركة فلا يسرى البيع في حق النير إلا إذا قام المشتري بالإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة فإذا لم ينشئ القانون على إجراءات لنقل الحقوق المذكورة بين المتعاقدين وجب أيضاً أن تتم هذه الإجراءات . وبالنسبة للمقار يجب التسجيل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للنير ، وبالنسبة للمحتوق الشخصية لا ينشئ البيع نافذاً في حق المدين والخير إلا بإعلان المدين أو قبوله ، فتتضمن المادة 241 مدني جزائري الواردة في باب حوالة الحق (وتقابل المادة 305 مدني مصري) على أنه لا يحتج بالحوالة قبل المدين أو قبل الخير إلا إذا رضي بها المدين أو أخبر بها بعدد غير قضائي غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الخير إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ .

التزامات المشتري

لما كان المبيع محيياً بأنه هو حصة البائع من تركة مورثه ، فإن المشتري يلتزم بجانب دفع الثمن المتفق عليه بأن يرد للبائع ما يتوّن هذا الأخير قد وقّاه من ديون على التركة ، وإذا كان البائع دائناً للمورث النزم المشتري بأن يوفيه دينه ،

وذلك عملاً بالمادة ٥٧ من القانون المدني الجزائري التي تنال المادة ٤٧٥ من القانون المدني المصري والتي تلح على أن يرد المسمى للبائع وقت انعقاد البيع ما قد وقاه هذا الأخير من ديون الشركة ، وبحسب للبائع كل ما يكون دائماً به للشركة ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك . وهذا الأمر تطبيقاً للقاعدة الشرعية " لا تركة إلا بعد دين " .

* * *

المبحث الرابع البيع في مرض الموت

استمد المشرع المصري والجزائري أحكام مرض الموت من الشريعة الإسلامية .
أما القانون الفرنسي فلا يعرف إلا بطلان التصرفات الصادرة من مريض في مرض الموت لصالح الأطباء والجراحين والصيادلة الذين يباشرون علاجه وكذلك تبطل تصرفاته الصادرة لرجال الدين (المادة 909 مدني فرنسي) وحرمت المادة 516 من قانون العوجات اللبناني على الطبيب قبول هبة من مريض في مرض الموت ليس من أقرباء الطبيب . (1)

وقد نصت المادة 775 مدني جزائري على أنه يسرى على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها .

وهناك فروق واضحة بين البيع والوصية *le testament* ، فأولا في البيع يلتزم البائع بنقل الملكية أو الحق العالي . أما الوصية فليست ملزمة للموصي وله أن يرجع فيها في أي وقت . وثانيا البيع عقد تملك حال الحياة *entre vifs* والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت *à cause de mort* . وثالثا في البيع يلتزم المشتري بدفع ثمن نقدي ، أما الوصية فهي غالبا تكون تبرعا . ورابعا البيع عقد يتكون من توافق ارادتي البائع والمشتري ، أما الوصية فتصرف يتم بالارادة المنفردة للموصي وترتب أثرها عند وفاته ولو لم يعلم بها الموصي له وان كانت ترتد برده لها . ورغم ذلك فثمة أحول يأخذ البيع فيها حكم الوصية .

(1) د . أنور سلطان ، عقدا البيع في القانون المصري واللبناني ، 1980 ص 362 بند 358 وتوفيق حسن فرج ، عقد البيع ، ص 635 بند 319 .

أحكام البيع في مرض الموت

لم يبين القانون المدني الجزائري ولا المصري المقصود بمرض الموت . ولما كان مرض الموت من مسائل الأحوال الشخصية فيكون المرجع في تعريفه الى أحكام الشريعة الاسلامية ، هذا فضلا عن أن المادة الأولى في القانون المدني الجزائري والمصري تحيل الى مبادئ الشريعة الاسلامية فيما لا يوجد فيه نص . والتعريف السائد لمرض الموت في الفقه الاسلامي هو أنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويُعجز الشخص عن القيام بمصالحه ويتصل به الموت فعلا ، ولو كان المريض قد توفي لسبب آخر كحادث مثلا مادامت وفاته قد وقعت في أثناء هذا المرض ، فالعبرة بالحالة النفسية للمريض في مرض يغلب فيه الموت . وللعلة ذاتها يلحق الفقهاء بالمريض مرض الموت من يوجد في هذه الحالة النفسية من الأصحاء كالمحكوم عليه بالإعدام والجندي في ساحة القتال ومن يتقدم للمبارزة ومن يوجد في سفينة أشرفت على الخرق اذا اتصل به الموت فعلا فلو تصرف في أثناء ذلك يأخذ تصرفه حكم تصرف المريض ممرض الموت .

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يشترط لاعتبار المرض مرض موت أن يؤثر المرض على سلامة ادراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف . (1)
واذا تقادمت العلة ووقفت عند حد فهي مرض صحة والمعمول عليه أن تقادم المرض يكون بعضي سنة . لكن يجب اعتبارها مرض موت مهما طالت مدتها

(1) نقض 26/8/1964 ، مجموعة أحكام النقض ، ص 15 رقم 66 ص 395 .

— أى ولو زادت عن السنة — إذا كانت حالة المريض آخذة في التدهور حتى انتهى المرض فعلا بوفاته .

وتقضي محكمة النقض المصرية أنه إذا استمر المرض مدة تزيد على السنة دون ازدياد أو تغير في حالة الشخص فإن تصرفاته في هذه الفترة تكون كتصرفات الصحيح . ولا يعتبر التصرف في مرض الموت في هذه الحالة إلا إذا تغيرت حالة المريض واشتدت وصدر التصرف بعد هذا التغير الذى اشتد فيه المرض وأعقبه الموت فعلا . (1)

القواعد العامة في تصرفات المريض مرض الموت

وضع الشارع القواعد العامة في تصرفات المريض مرض الموت في المادة 776 مدني جزائري (وهي تقابل المادة 916 مدني مصري) وتتضمن هذه المادة قاعدة تين : الأولى موضوعية ، والثانية من قواعد الإثبات .

1 — القاعدة الموضوعية : نصت الفقرة الأولى على أن " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيما كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف . ويقصد بسريان أحكام الوصية تطبيق أحكامها بعد وفاة المريض إذ لا يعتبر المرض مرض موت إلا إذا اتصل به الموت فعلا . ومؤدى هذا النص هو أن تبرعات المريض تأخذ حكم الوصية فيما يتعلق بعدم نفاذها في حق الورثة فيما زاد على ثلث التركة إذا كانت لغير وارث . أما إذا كانت لوارث فانبها تتوقف كلها على إقرار الورثة . ذلك أن الوصية يحكمها قانون الأحوال الشخصية (المادة 775 مدني جزائري) وإلى أن يصدر هذا

(1) لقض 1955/4/21 ، مجموعة أحكام النقض ، قاعدة رقم 10 ، أشار إليه د . توفيق حسن فرج ، عقد البيع سنة 1979 ، ص 637 هامش 3 ، 4 .

القانون فانه تحكمها قواعد الشريعة الاسلامية عملا بالمادة الأولى فقرة ثانية من القانون المدني الجزائري . وقد أجاز الشارع للإنسان أن يوصي للأجنبي بثالث ماله بعد ايفاء ما عليه من الديون ، وليس للورثة أى اعتراض على الوصية بالتثالث للأجنبي . ومن الناحية الأخرى فقد منع الشارع الوصية لوارث الا اذا أجازها الورثة . (1)

2 - أما قاعدة الاثبات فقد وردت في الفقرة الثالثة ونصها " اذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . فالشارع قد وضع قرينة على نية التبرع أيا كانت التسمية التي أعطاها المتعاقدان للعقد ولكنها قرينة على نية التبرع أيا كانت التسمية التي أعطاها المتعاقدان للعقد ولكنها قرينة تقبل اثبات العكس فيجوز للمتصرف له أن يثبت أن العقد معاوضة وأنه دفع المقابل فيكون التصرف نافذا في حق الورثة متى كان هذا المقابل معادلا لما أخذه . أما اذا كان أقل مما أخذه فان ما زاد عن قيمة المقابل أى القدر المحابى به يأخذ حكم الوصية . (2)

وشرط تطبيق هاتين القاعدتين هو أن يكون التصرف قد صدر في مرض الموت اما قد يتحايّل العاقدان فيقدمان تاريخ العقد لجعله سابقا على بدء المرض . والفرض أن العقد غير ثابت التاريخ وفي هذه الحالة نصت المادة 2/776 على أنه " على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا . " اذ أنهم بادعائهم تقديم (1) كتاب المعاملات الشرعية للأستاذ أحمد إبراهيم ، القاهرة 1986 ، ص 255 و ص 268 .

(2) مجموعة الأصول التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 6 ص 298 .

التاريخ يدعون بحصول تحايل على القانون فيجوز لهم اثبات هذا التحايل بكافة طرق الاثبات استثناء من الأصل وهو أنه لا يجوز للمتعاقدين أو خلفهما العام اثبات ما يخالف الكتابة الا بالكتابة .

القواعد الخاصة بالبيع في مرض الموت

نص المشرع على أحكام بيع المريض مرض الموت في المادتين 408 و 409 مدني جزائري ، وتطبيق هذه القواعد يقتضي أن يثبت أولا عكس القريضة التي نصت عليها المادة 3 / 776 بأن يكون المتصرف له قد أثبت أن العقد بيع وليس تهربا . وتنص المادة 408 مدني جزائري على أنه اذا باع المريض مرض الموت لوارث فان البيع لا يكون ناجزا *n'est pas valable* الا اذا أقره باقي الورثة فاذا لم ينفذ البيع في حق الورثة بقي الشيء المبيع عنصرا من عناصر التركة على أن يرد للمشتري الثمن الذي ثبت دفعه للبائع . واذا تم البيع للغير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصادق عليه *sans consentement valable* ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال *annulable* .

" La vente consentie dans les mêmes conditions à un tiers est presumée avoir été faite sans consentement valable et ce fait est annulable. " .

ويتربط على البطلان أيضا أن يرد للمشتري الثمن الذي ثبت دفعه للبائع وأن يرد المشتري المبيع ومن ثم فلا نرى فارقا في الحكم من الناحية العملية بين الحالين . على أن المشرع في المادة 409 استثنى من هذه الأحكام الحالة التي يكون فيها المتصرف اليه قد تصرف في الشيء إلى شخص آخر بأن رقب له حقا عليها على العين المبيعة فان كان الغير حسن النية وكان التصرف الصادر

اليه معاوضة فلا تؤثر الأحكام السابقة على الحق الذى اكتسبه وذلك بشرط أن يكون قد اكتسب فعلا الحق العيني اكتسابا يجوز به الاحتجاج على الغير ، اذ أن ورثة البائع يعتبرون غيرا بالنسبة للتصرفات التي يهرمها المشتري ، فان كان الشيء عقارا وجب أن يكون قد تم شهره .

المطلب الثاني

البيع كوسيلة للتحايل على أحكام الوصية

قد يتحايل الأفراد على القاعدة الشرعية المعقيدة لحرية الايصاء ، أى قاعدة عدم نفاذ الوصية لو ارث أو عدم نفاذ الوصية لأجنبي فيما زاد على الثلث الا باقرار الورثة⁽¹⁾ وغالبا يتخذون من عقد البيع وسيلة لهذا التحايل فيجعلون الوصية في مظهر عقد البيع ويذكرون في العقد ثمنًا صوريًا لا يلتزم به المشتري في حقيقة الأمر ويحتفظ البائع بحق الانتفاع بالعين " المبيعة " طوال حياته بل قد يشترط أيضا منع " المشتري " من التصرف في تلك العين طوال حياة " البائع " وهي شروط مشروعة في ذاتها ، اذ يجوز أن يقتصر البيع على ملكية الرقبة أو أن يشمل الملكية التامة ثم يعبر " المشتري " العين " للبائع " طوال حياته ، كما يصح الشرط المانع من التصرف متى كان مبنيًا على باعث مشروع ومقصورًا على مدة معقولة ، وهذه المدة قد تكون طوال حياة " البائع " . اما اذا قصد بها التحايل على القانون فيتعين أن يرد سعي المتحايلين عليهم فاذا ثبتت صورة الثمن وقصد التحايل فان العقد يأخذ حكم الوصية بالنسبة للورثة فلا ينفذ في حقهم بعد وفاة " البائع " فيما زاد على ثلث التركة الا باقرارهم . وللورثة اثبات صورة الثمن وقصد التحايل بكافة طرق الاثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن .

(1) يلاحظ أن القانون المصري يحيز الوصية لو ارث في حدود الثلث أيضا أخذا بأحد الآراء في الفقه الاسلامي .

وقد نصت المادة 777 مدني جزائري على قرينة قانونية هي أن "يحتبر 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 . " وهي تقابل المادة 917 مدني مصري ، وهي قرينة بسيطة يجوز للمتصرف اليه أن يثبت عكسها كأن يثبت أن الثمن المذكور في العقد ثمن حقيقي أو أن الهبة كانت مقصودة لذاتها فقصدها أن تنتقل الملكية حال حياة الواهب دون أن تتجه ارادته الى التحايل على قواعد الايصاء .

وشروط توافر هذه القرينة القانونية هي :

أولا : أن يكون التصرف لأحد الورثة وتحدد صفة الوارث وقت وفاة المتصرف لا وقت انعقاد التصرف .

وثانيا : أن يحتفظ المتصرف بأية طريقة كانت بحيازة العين والحيازة واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة الطرق . والحيازة المقصودة هي مجرد الحيازة المادية فلا يشترط توافر الركن المعنوي في الحيازة ، ولا يلزم لتطبيق هذه القرينة أن يكون قد اتفق على منع المتصرف اليه من التصرف في العين .

وثالثا : أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين مدى حياته وذلك سواء كان حق الانتفاع حقا عينيا كأن يقتصر التصرف على ملكية الرقبة أو كان حقا شخصا كأن يشمل التصرف الملكية التامة ولكن المتصرف اليه يعبر العين للمتصرف لاستعمالها طوال حياته ولا يكفي الانتفاع الفعلي بل يجب أن يكون الانتفاع مستندا الى مركز قانوني أي أن لا يكتفي

المتصرف الذى يريد التحايل على قواعد الايصاء مع الاحتفاظ لنفسه بمزايا الملكية بترك الأمر لمجرد حسن نية المتصرف اليه .

رابعاً : وثمة شرط رابع ، لم يلص عليه المشرع ولكنه تقتضيه القواعد العامة فيجب أن يكون التصرف المطعون فيه قد انعقد على الأقل في 5 يوليو 1975 وهو تاريخ نفاذ التقنين المدني الجزائرى أو في تاريخ لاحق . أما التصرفات السابقة فلا تنطبق عليها القربة القانونية . وذلك — ما يقتضيه تطبيق القواعد العامة في سريان القانون من حيث الزمان ، القاعدة التي تضمنتها المادة 777 قاعدة جديدة ليس لها مقابل في التقنين السابق ، والمبدأ هو أنه ليس للقانون أثر رجعي الا بـلص . وتطبيق هذه القربة على التصرفات السابقة على نفاذ التقنين المدني يكون تطبيقاً رجعياً غير جائز .

وبلاحظ أنه حتى بالنسبة للتصرفات السابقة فلا يوجد ما يمنع القاضي من أن يستخلص من ظروف الدعوى قربة قضائية على قصد التحايل إذ أن استخلاص القرائن القضائية من سلطة قاضي الموضوع وذلك على عكس القرائن القانونية التي يتعين على القاضي اتباعها والا تعرض حكمه للنقض .

والقرائن القضائية تختطف من قضية إلى أخرى ، فوجد أن بعض المحاكم المصرية قد اتخذت من بخس الثمن أو فقر المشتري أو عدم حاجة البائع قرائن على صورية الثمن كما اتخذت من اشتراط منع المشتري من

(1) د . اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 50 . منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، فقرة 16 ص 31 — 33 . مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 1 ص 225 — 227 .

المصرف واحتفاظ البائع بحق الانتفاع ومن ثم شهر العقد الوارد على
العقار مع ابقائه في يد المتصرف الى حين وفاته قرائن على قصد
الاحتفاظ بالمزايا العملية للملكية تحايلا على قواعد الايصاء . وملاحظ
أيضا فيما يتعلق بتطبيق القريدة القابولية المنصوص عليها في المادة
777 مدني جزائري (التي تقابل المادة 917 مدني مصري) أن تطبيق
حكم الوصية على التصرف لا يعني أن تكييفه الصحيح هو أنه وصية وإنما
يقتصر حكم المادة 777 على رد سعي المتحايلين عليهم بمنع نفاذ
المصرف فيما زاد على ثلث التركة الا باجازه الورثة .

المبحث الخامس بيع النائب لنفسه

يعيننا قبل دراسة أحكام بيع النائب لنفسه أن نحدد ابتداء سلطة النائب ،
اذ تخطف سلطته باختلاف ما اذا كانت النيابة اتفاقية أى مصدرها عقد الوكالة
أو قانونية ينظمها القانون كما في نيابة الولي والوصي والقيم . ثم نبين حكم بيع
النائب متجاوزا حدود هذه السلطة .

أ - سلطة الوكيل Le Mandataire

ان القاعدة في الوكالة هي أن الوكيل العام لا صفة له الا في أعمال الإدارة
des actes d'administration طبقا للمادة 573 مدني جزائري التي تلص
على أن الوكالة الواردة بالفاظ عامة والتي لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل
القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول الوكيل الا القدرة على تنفيذ العقود
الإدارية ، (وتقابل المادة 1/701 مدني مصري) . وبناء على ذلك فان الوكيل
العام ليس له ابرام البيع اذ أن البيع سواء من ناحية البائع أو المشتري يعتبر من
أعمال التصرف . بيد أنه قد نصت المادة 2/573 على أن تعد من أعمال
الإدارة " جميع أعمال التصرف التي تقتضيها الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة
أو المنقول الذي يسرع اليه التلف وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات
لحفظه واستغلاله " . وفيما عدا هذه البيوع التي تدخل في أعمال الإدارة فلا بد
من وكالة خاصة mandat spécial حتى تكون للوكيل صفة في ابرام البيع أو
الشراء من الموكل ، اذ نصت المادة 1/574 مدني جزائري (تقابل المادة
1/702 مدني مصري) على أنه " لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال

الإدارة ولا سيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والاقرار والتحكم وتوجيه
اليمين والمرافعة أمام القضاء " . والمرجح في بيان حدود سلطة الوكيل
الخاص هو عقد الوكالة ذاته .

ب - حكم بيع النائب متجاوزا حدود سلطته

يكون العقد الذي يبرمه النائب باسم الأصيل متجاوزا حدود سلطته
موقوفا على اقرار يصدر ممن يملك هذا الاقرار سواء كان الأصيل ، أو محكمة
الأحوال الشخصية ان كان الأصيل ناقص الأهلية وقام وليه أو وصيه أو القيم
عليه بإبرام العقد باسمه ونيابة عنه .

وبلاحظ أن الوكيل بالعمولة *le commissionnaire* ليس نائبا فهو
لا يتعاقد باسم الأصيل وإنما لحسابه فحسب ، فوكالته غير نيابية .
ويترتب على أن العقد لا يلشيء أى أثر في ذمة الأصيل الى أن يتم
اقراره أنه يصح للنائب أن يتفق مع العاقد الآخر على الغاء العقد قبل صدور
هذا الاقرار ، اذ أنه قبل صدور الاقرار يعتبر الأصيل أنه مازال أجنبيا عن
العقد ولا يترتب العقد أثرا في ذمته ويكون للعاقدين أى النائب ومن تعاقد
معه العدول عنه باتفاق جديد واذا تم هذا العدول الاتفاقى والغاء العقد
فلا جدوى من الاقرار بعد ذلك لأنه يشترط لكي يكون الاقرار منتجاً أن يرد
على عقد قائم . (1)

(1) د . اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 100 . السنهوري ، مصادر
الحق في الفقه الاسلامي ، القاهرة 1957 ج 4 ص 101 هامش 1 .
ديموج Demogue في النظرية العامة للالتزامات ، ج 1 فقرة 119 مكرر
ص 209 ، أشار اليه السنهوري في مصادر الحق ، المرجع السابق .

يأخذ تعاقد الشخص مع نفسه إحدى صورتين : الأولى إذا كان الشخص نائبا عن غيره في العقد وأصيلا عن نفسه ، كما لو اشترى الوكيل الشيء الموكل ببيعه ، والثانية إذا كان الشخص نائبا عن طرفي العقد معا ، كما لو كان وكيفا عن أحدهما بالبيع وعن الآخر بالشراء .

وفي الصورتين معا يصعب ضمان الرعاية الواجبة لمصالح المتعاقدين المتضاربة ، إذ في الصورة الأولى للنائب مصلحة شخصية في العقد ، بينما وظيفة النائب هي أن يعمل على رعاية مصلحة الموكل والدفاع عنها ، وفي الصورة الثانية يستعصى عليه رعاية مصلحة أحد موكليه دون تغريط في مصلحة موكله الآخر ، فيكون مخلا بواجبات نيابته بالنسبة لموكله الآخر وإذا عمل على التوفيق بين المصلحتين المتعارضتين فيكون هذا العمل أقرب إلى معنى التحكم منه إلى معنى النيابة كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري .⁽¹⁾

وقد نص المشرع على القاعدة العامة في المادة 77 مدني جزائري وتقابل المادة 108 مدني مصري التي تنص على أنه " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من يلوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل ، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد ، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة . "

(1) الأعمال التحضيرية ، ج 2 ص 105 . د . اسماعيل غانم ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 97 وما بعدها .

وقد عاد المشرع وطبق هذه القاعدة العامة على البيع ، فنصت المادة 410 مدني جزائري (التي تقابل المادة 479 مدني مصري ، 1596 مدني فرنسي ، 378 موجبات لبناني) على أنه " لا يجوز لمن يلوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار *par personnes interposées* ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة ، كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى . " . ونصت المادة 412 مدني جزائري ، وتقابل المادة 481 مدني مصري على أن العقد يصح إذا أجازته من تم البيع لحسابه .

ورغم الفروق الظاهرة في صياغة المادتين 77 و 410 فإن المادة 410 لا تعدو أن تكون تطبيقاً للمادة 77 . فكل من المادتين تتضمن تفصيلات لا تتضمنها الأخرى هي تفصيلات لم يكن لها داع .

وبلاحظ أن المشرع عني بالنص على منع النائب من الشراء ولو بطريق المزاد العلني لكي يحسم خلافاً قديماً ثار في ظل القانون المدني المصري السابق بشأن ما إذا كان الممنوع يصرى أو لا يصرى في حالة الشراء بالمزاد العلني باعتباره يتم تحت رقابة المحكمة . ويرى بهذا النص الحالي قد سوى المشرع في الحكم بين البيع بالمزاد العلني *par adjudication* وبين البيع بالممارسة *de gré à gré* فالممنوع عام يشمل كافة أنواع البيوع .

كذلك عني المشرع بالإشارة إلى الاستثناءات من مبدأ المنع التي قد تتضمنها نصوص أخرى أو يقضي بها العرف التجاري . ومن النصوص التي تجيز شراء النائب لنفسه المادة 14 من قانون الولاية على المال المصري وهي تقضي

بأن " للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان لحسابه أو لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك " . أما العرف التجاري الذي يجيز للنائب في بعض الأحوال أن يتعاقد مع نفسه فيمثلون له بما يقضي به عرف التجارة من أن للوكيل بالعمولة أن يشتري ما وكل في بيعه لحساب من وكله في الشراء⁽¹⁾ . غير أن هذا المثال لا يستقيم لأن الوكيل بالعمولة ليس نائبا فهو لا يتعاقد باسم الأصيل وإنما لحسابه فحسب ووكالتـــــــــــــــــه غير نيابية .

جزاء هذا المانع من الشراء : هو عدم النفاذ وليس البطلان النسبي

فيكون العقد غير نافذ في حق الأصيل ذلك أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص الذي أناب عنه غيره في التعاقد أو السلطة التي أقامت شخصا نائبا عن آخر لا تقصد أن يباح للنائب أن يتعاقد مع نفسه رغم تعارض المصلحتين فإذا تعاقد النائب مع نفسه بالرغم من ذلك المانع كان مجاوزا حدود نيابته فلا يكون عمله نافذا في حق الأصيل إلا إذا أقره الأصيل في النيابة الاتفاقية أو بعد اكتمال أهليته في النيابة القانونية أو إذا أقرته المحكمة أن كانت ولايته قضائية . ولهذا يكون التصرف نافذا إذا أبرمه النائب مع نفسه باذن الأصيل أو باذن المحكمة .⁽²⁾

وقد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين (بلانجيل وريبير ، وكولان وكابيتان) إلى أن جزاء المانع هو البطلان النسبي وحجتهم في ذلك نص المادة 1596 مدي فرنسي التي تقضي ببطلان شراء النائب لنفسه sous peine de nullité . ونلاحظ أن المشرعين المصري والجزائري واللبناني لم

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 2 ص 106 .

(2) د . أنور سلطان ، عقد البيع سنة 1980 ، بند 360 ص 369 وما بعدهما .

يستعملوا عبارة البطلان ، وحسبنا فعلوا ، لأن القول بالبطلان هنا يتعارض مع القواعد العامة ، إذ الأصل في البطلان أن يكون مطلقا ، وأن البطلان النسبي لا يكون الا في حالة نقص الأهلية أو عيوب الرضا . والواجب أن نبحث عن تعليل جزاء المنع في القواعد الخاصة بالنيابة . ولما كان من مقتضى هذه القواعد أن عمل النائب لا ينفذ في حق الأصيل الا اذا تم في حدود نيابته فانه اذا منع القانون النائب من مباشرة عمل ما ورغم ذلك المنع تعاقد النائب فان تعاقدته يكون خارج نطاق نيابته ولذلك لا ينفذ في حق الأصيل الا اذا أقره .

نطاق المنع من الشراء

نص المشرع صراحة على أن المنع يشمل شراء النائب باسمه مباشرة أو باسم مستعار يتستر وراءه كما يشمل البيع بالمزاد العلني والبيع بالممارسة على السواء . وقد اعتبر المشرع اللبناني زوجة النائب أو أولاده الراشدين أشخاصا مستعارة وهذا تريد لأن المشرع الجزائري والمصري منع الشراء باسم مستعار أيا كان ، فليس ثمة حاجة للتخصيص بعد هذا الاطلاق .

وذهب بعض شراح القانون الفرنسي (كولان وكابيتان) الى أن المنع مقصور على حالة شراء الوكيل في المزاد العام فقط أخذا بحرفية نص المادة 1596 مدني فرنسي ، ألا أن الرأي الراجح (بلانيول وريبير) يقول بانطباق المنع على الشراء بالممارسة من باب أولى لأنها أشد خطورة من حالة الشراء بالمزاد العام .

الممنوعون من البيع لأنفسهم

يشمل منع بيع الشخص لنفسه في القانون الجزائري والمصري طائفتين هما :
طائفة الدواب وطائفة السماسرة les experts والخبراء les courtiers
وبضيف اليهم القانون اللبناني طائفة ثالثة هي طائفة من يتولون ادارة أموال
الدولة والمؤسسات العامة . وكذلك فعل المشرع الفرنسي في المادة 1596
مدني فرنسي .

وتنص المادة 411 مدني جزائري التي تقابل المادة 480 مدني مصري
على أنه " لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة اليهم
ببيعها أو تقدير قيمتها سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار .

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

أ - من يدعون عن غيرهم بمقتضى اتفاق : الوكلاء بالبيع ، وينصرف المنع الى
جميع الوكلاء بالبيع دون غيرهم من الوكلاء فاذا كان الشخص وكيلا بادارة
أموال فقط فيكون له أن يشتريها . كما ينصرف المنع الى شراء الشخص
بنفسه أو بواسطة أشخاص مستعارين .

ب - من يدعون عن غيرهم بمقتضى القانون أو أمر السلطة المختصة : وتشمل
كل من لهم الولاية على المال وهم الولي والوصي والقوم والوكيل عمن
النائب في الحدود التي يقضي بها القانون . كما تشمل من يدعون عن
غيرهم بمقتضى أمر من السلطة المختصة . كالسنديك والحارس القضائي
ومصفي التركة أو الشركة ومن هؤلاء أيضا الموظفون العامون
les officiers publics الذين يعهد اليهم بأمر السلطة الادارية
بيع أموال الدولة والمنع قاصرا على الشراء بمقولة تعارض المصلحتين .

وهذا المدع من الشراء مطلق ما لم يكن بيد الشخص اذن من القضاء بذلك ، أى بالترخيص لأحد أولئك الأشخاص المذكورين مال من يمثله .

الطائفة الثانية : السماسرة والخبراء ، فينصرف المنع اليهم بشرط أن تكون هذه الأموال محل الشراء قد عهد بها اليهم بقصد بيعها أو تقديرها فلا يقوم المنع اذا كان قد عهد بها اليهم على أساس آخر . وقد ألحق المشرع هذه الطائفة بالنائبين عن غيرهم فقبض بأنه لا يجوز لهم شراء الأموال التي عهد اليهم ببيعها أو بتقدير قيمتها لأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار مع أنهم ليسوا نوابا ولكن اقتضت حكمة التشريع منع السماسرة والخبراء من الشراء خشية تغييرهم بالعالم ، فالسمسار قد يوهم المالك بأن ثمنه منخفض هو الثمن العلام والخبير قد يقدر الشيء بأقل من قيمته ثم يقوم السمسار أو الخبير بالشراء باسمه أو باسم مستعار بهذا الثمن المنخفض أو القيمة البخسة .

والجزاء على هذا المنع هو أيضا عدم نفاذ التصرف في حق المالك ، لكن للمالك أن يجيزه بعد حدوثه فتكون الاجازة اللاحقة كالولاية السابقة . كما يجوز له أن يأذن للسمسار أو الخبير مقدما بالشراء . (1)

* * *

(1) د . توفيق حسن فرج ، عقد البيع سنة 1979 ، ص 73 بند 48 وما بعدهما

الفصل الثاني

في

المقايضة

Du Contrat d'échange

المقايضة كالبيع من عقود التمليك بمقابل والذي يميزها عن البيع هو أنها مبادلة شيء بشيء آخر غير النقود ، فكل عاقد يتعهد بتمليك العاقد الآخر شيئا أو حقا ماليا على سبيل التبادل . ولذلك قيل بأن كل طرف فسي المقايضة يعتبر بائعا ومشتريا في آن واحد . فهو بائع للشيء الذي قايس به ، ومشتري للشيء الذي قايس عليه .

غير أن المقايضة يجوز أن تقتن بمعدل نقدي وهذا لا يجعل العقد بيعا مادام أن المعدل لم يكن هو العنصر الغالب في العقد ، أما إذا كان المعدل هو الغالب انقلبت المقايضة بيعا . (1)

ولم يزل الفقه الاسلامي يعتبر المقايضة نوعا من البيع يكون فيه الثمن عينا معينة . والواقع أن البيع لا يعدو أن يكون إحدى صور المقايضة ، فالمقايضة وهي مبادلة مال بمال تنطبق على البيع وغيره من مبادلات الأموال . أما البيع ففيه تخصيص للمالين المقايض عليهما ولا بد أن يكون أحدهما نقدا والآخر مالا غير نقدي ، لذلك كان يقضي المنطق بأن ندرس أحكام المقايضة أولا ،

(1) التعليق على نصوص القانون المدني المعدل للمستشار أنور العمروسي ، المرجع السابق ، ص 333 .

ثم نتعرض لأحكام البيع باعتباره إحدى صورها . لكن كثرة تداول البيع جعله نموذجاً للعقود تركز له التقنيات معظم أحكامها ، ويضع الفقهاء بصدد معالجته الكثير من نظرياتهم ، لذلك يرجع الفقه والتشريع الحديث على دراسة أحكامه أولاً ثم عرض الأحكام الخاصة بالمقايضة بعد ذلك وهي لا تختلف عن المقايضة إلا من حيث الثمن فلا وجود له في المقايضة وبالتالي لا محل لما يتعلق به من أحكام .

مقارنة عقد البيع بعقد المقايضة

تنص المادة 413 مدني جزائري وهي تقابل المادة 482 مدني مصري على أن " المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود " . وعادة ترد المقايضة على حق الملك التام سواء كان مفرزاً أو شائعاً وقد يكون العوض أي حق آخر متفرع من حق الملكية ، والقاعدة أن كل ما يمكن بيعه يمكن المقايضة به .

وعرفته المادة 499 من قانون الموجبات والعقود اللبناني بقوله " المقايضة عقد يلتزم فيه كل من المتعاقدين أن يؤدي شيئاً للحصول على شيء آخر .

والفارق الجوهرى بين البيع والمقايضة يحدده في طبيعة المقابل ، فهو في البيع ثمن نقدي ، وهو في المقايضة مال آخر غير النقود ، فالبدلان معا ليسا من النقود ، ويرى بلانول ويبرر بأنه إذا كان البدلان معا نقوداً فالعقد يعتبر مقايضة . (1)

(1) أشار إليه د . أنور سلطان ، عقد البيع سنة 1980 ، بند 370 ص 382 .

وإذا كان بعض المقابل نقودا والبعض الآخر مالا ليس من النقود فإن العقد قد يكون بيعا وقد يكون مقايضة بمعدل تبعا للحصر الغالب .
وذهبت المحاكم الفرنسية الى أن مثل هذا العقد يتضمن في الواقع عقدين : عقد بيع وعقد مقايضة . ولكن الفقه الفرنسي ينتقد هذا القضاء ويرى تغليب أحد العنصرين على الآخر وفقا للخصائص الغالبة لكل منهما (1) .
وقد نصت المادة 414 مدني جزائري التي تقابل المادة 483 مدني مصري على أنه "إذا كانت الأشياء المتقايز فيها مختلفة القيم في تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود"
ورود في النص الفرنسي لهذه المادة :

Art 414 : " Si les objets échangés sont de valeurs différentes selon l'estimation des contractants, la difference peut être compensée moyennant une soulte en argent " .

وكذلك أضاف المشرع المصري أن ذلك المبلغ من النقود يكون معدلا .
وفيما عدا المقابل النقدي الذي يتميز به البيع ، فإن العقدين متماثلان لذلك لم يضع الشارع أحكاما مفصلة للمقايضة مكثفيا بالنص في المادة 415 مدني جزائري وهي تقابل المادة 485 مدني مصري على أنه " تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ويحتر كل من المتقايزين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايز عليه . " .

ومن ثم تنطبق على المقايضة جميع أحكام البيع باستثناء ما كان منها متعلقا بالثمن وشروطه . كما أن أحكام الخمن في بيع العقار لا تنطبق على المقايضة أخذا بالرأي الغالب (2) .

(1) د . أنور سلطان ، المرجع السابق ، سنة 1980 ، ص 115 بند 105 .

(2) د . اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 238 .

ولصت المادة 503 موجبات على أن " تطبق قواعد البيع على قدر ما تسمح به ماهية هذا العقد وخصوصا ما يتعلق منها بضمان الاستحقاق وبالعيوب الخفية وبهطالان التعاقد على ملك الغير " .

ولما كان كل من المتقايضين يعتبر بائعا ومشتريا ، فانه لا محل لتطبيق القاعدة التي تقضي بأن مصروفات البيع تكون على المشتري ولذلك نصت المادة 434 مدني مصرى وتقابل المادة 502 موجبات (وليس لها مقابل في القانون المدني الجزائري) على " ان مصروفات عقد المقايضة وغيرها من الصفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك . " .
واذا كان موضوع المتايضة عقارات أو حقوقا عينية عقارية فتطبق أحكام التوثيق والشهر وبهذا تنص المادة 2 / 500 موجبات لبناني وهو أيضا ما تقضي به القواعد العامة .

* * *

ملحق

لصوص مواد عقد البيع

في القانون المدني الجزائري

مواد عقد البيع مستخرجة من القانون المدني الجزائري
من الجريدة الرسمية ، العدد 78 السنة الثانية عشرة
الصادرة بالأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975
مع الترجمة الفرنسية للمصطلحات القانونية الأساسية

الباب السابع
العقود المتعلقة بالملكية

الفصل الأول

عقد البيع (1)

القسم الأول - أحكام عامة

1 - أركان البيع

المادة 351 : البيع عقد يلتزم بمقتضاه ، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي .

المادة 352 : يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه .

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب ابطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع .

المادة 353 : إذا انعقد البيع بالعينة (2) 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 .

(1) Du contrat de vente.

(2) Vente sur échantillon .

- المادة 354 : يتعين على المشتري في البيع بشرط المذاق⁽¹⁾ أن يقبل المبيع
كيفما شاء غير أنه يجب عليه أن يعلن بقبوله في أجل المحدد بعقد
الاتفاق أو العرف ، ولا يلعد البيع إلا من يوم هذا الاعلان .
- المادة 355 : في البيع على شرط التجربة⁽²⁾ يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو
يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه
أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فان لم يكن هناك اتفاق على المدة
ففي مدة معقولة يعيدها البائع ، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري
مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا .
- يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول إلا إذا
تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ .
- المادة 356 : يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد
بمقتضاها فيما بعد .
- وإذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك
الرجوع الى سعر السوق⁽³⁾ الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان ،
والمكان ، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع الى سعر السوق
في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية .
- المادة 357 : إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان
البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نوبا الاعتماد على السعر
المتداول في التجارة ، أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما .

(1) Vente sous reserve de dégustation.

(2) Vente à l'essai.

(3) Le cours du marché.

المادة 358 : اذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة

الغن الى أربعة أخماس ثمن المثل .

ويجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار

بحسب قيمته وقت البيع .

المادة 359 : تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن⁽¹⁾ بسبب الغبن اذا انقضت

ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع .

وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز .

ولا تحقق هذه الدعوى ضررا بالغير الحسن النية اذا كسب حقا

عينا على العقار المبيع .

المادة 360 : لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني

بمقتضى القانون .

2 - التزامات البائع

المادة 361 : يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع الى المشتري

وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا .

المادة 362 : تنقل الملكية في البيع الجزاف⁽²⁾ الى المشتري بنفس الطريق التي

تنتقل بها ملكية الشيء المعين .

المادة 363 : اذا كان ثمن البيع موجلا⁽³⁾ جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل

الملكية الى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع.

(1) L'action en supplément de prix.

(2) Vente en bloc.

(3) Vent à crédit.

فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً (1) جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة 224 . (2)

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

تسرى أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى ولو أعطى المتعاقدان للبيع صفة الإيجار .

المادة 364 : يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع .

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

وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد ، وكان الثمن مقدراً بحسب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمناً زائداً إلا إذا كانت الزيادة فاحشة ففي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه .

(1) Si le prix est payable par versement.

(2) صحتها المادة 2/184 ونصها " ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ."

المادة 366 : اذا وجد في قدر المبيع نقص أو زيادة فان حق المشتري في طلب انقاص الثمن ، أو فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقطان بالتقادم بعد مضي سنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً .

المادة 367 : يتم التسليم ⁽¹⁾ بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع .

وقد يتم التسليم بمجرد تراخي الطرفين على البيع اذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية .

المادة 368 : اذا وجب تصدير المبيع الى المشتري فلا يتم التسليم الا اذا وصل اليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك .

المادة 369 : اذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن الا اذا وقع الهلاك بعد اذار المشتري بتسلم المبيع . ⁽²⁾

المادة 370 : اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف انتابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع وإما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن .

المادة 371 : يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على

(1) La délivrance.

(2) Mise en demeure de prendre livraison de l'objet vendu.

المبيع يعارض به المشتري . ويكون البائع مطالباً بالضمان (1) ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه .
المادة 372 : اذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق (2) المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقاً لقانون الاجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة الى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله اذا أعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان ، الا اذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس ، أو خطأ جسيم صادر من المشتري .

فاذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق من الوقت المناسب وصد ر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي به فانه يفقد حق الرجوع بالضمان اذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي الى رفض دعوى الاستحقاق .

المادة 373 : ان الرجوع بالضمان (3) هو حق يثبت للمشتري ولو اعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون أن يلتزم حكماً قضائياً متى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب ودعاها يحل محله فيها دون جدوى ، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه .

المادة 374 : عندما يتجلب المشتري نزع اليد عن الشيء المبيع كله أو بعضه (4) بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، فعلى البائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري ما دفعه من النقود أو قيمة ما أداه من شيء آخر مع مصاريف الخصام .

(1) La garantie.

(2) Action en revendication.

(3) Le recours en garantie.

(4) L'éviction totale ou partielle.

- المادة 375 : في حالة نزع اليد الكلي⁽¹⁾ عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع :
- قيمة المبيع وقت نزع اليد .
 - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها الى الملاك الذي نزع يد المشتري عن المبيع .
 - انصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك انصاريف الكمالية اذا كان البائع سيء النية .
 - جميع انصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتففيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقاً للمادة 373 .
 - وبوجه عام تعويضه عما لحقه من خسائر وما فاتته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع .
- كل ذلك ما لم يقيم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو ابطاله .
- المادة 376 : في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع ، أو في حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدراً لو علمه المشتري لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه .
- وإذا اختار المشتري استيفاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقت به لم تبلغ القدر المشار اليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحقوق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع .
- المادة 377 : يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيذا في ضمان نزع اليد ، أو ينقصا منه ، أو يسقطاه .

(1) En cas d'éviction totale.

(2) En cas d'éviction partielle.

وفتترش في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان اذا كان هذا حقا ظاهرا أو كان البائع قد أعلم به المشتري .
ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه اذا تعدد البائع اخفاء حق الغير .

المادة 378 : يبقى البائع مسؤولا عن كل نزاع ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بخير ذلك .
واذا كان نزاع اليد عن المبيع من فعل الغير فان البائع يبقى مطالبا قبل المشتري برد قيمة المبيع وقت نزاع اليد الا اذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نزاع اليد ، أو أنه اشترى تحت مسؤوليته .

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

غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع ، أو كان في استطاعته أن يطلع عايبها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي (1) ، الا اذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب (2) أو أنه أخفاها غشا عنه .

المادة 380 : اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عند ما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية ، فاذا كشف عيبا يضمنه

(1) Une personne de diligence moyenne.

(2) Ces défauts.

البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل اعتبر راضيا بالبيع .

غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك والا اعتبر راضيا بالبيع بما فيه من عيوب .

المادة 381 : إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376 .

المادة 382 : تبقى دعوى الضمان⁽¹⁾ مستمرة ولو هلك الشيء المبيع وبأى سبب كان .

المادة 383 : تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول .
غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه .

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

المادة 385 : لا ضمان للعيب في البيوع القضائية⁽²⁾ ، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد⁽³⁾ .

(1) L'action en garantie.

(2) La vente en justice.

(3) La vente administrative faite aux enchères

المادة 386 : اذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل⁽¹⁾ 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 الاعلام ، كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه .

3 - التزامات المشتري

المادة 387 : يدفع ثمن البيع من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

فاذا لم يكن ثمن المبيع مستحقا وقت تسليم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن للمشتري وقت استحقاقه الثمن .

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

فاذا تعرض أحد للمشتري مستندا الى حق سابق أو آل من البائع ، أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري جاز له ان لم يمنعه شرط في العقد أن يمسك الثمن الى أن ينقطع التعرض أو يزول الخطر ، ومع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن اذا ظهر للمشتري عيب في الشيء المبيع .

المادة 389 : يستحق المشتري انتفاع وإيراد الشيء المبيع⁽²⁾ ، كما يتحمل تكاليفه⁽³⁾ من يوم انعقاد البيع ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك .

(1) Le bon fonctionnement de l'objet vendu.

(2) Les fruits et les accroissements.

(3) Les charges.

المادة 390 : اذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبل الثمن المستحق ولو قدّم له المشتري رهناً أو كفالة هذا ما لم يمنحه البائع أجلاً بعد انعقاد البيع.^١ يجوز كذلك للبائع أن يمسك المبيع⁽¹⁾ ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن إذا سلف حتى المشتري في الأجل طبقاً لمقتضيات المادة 212 .

المادة 391 : اذا تلف المبيع في يد البائع وهو ماسك له كان تلفه على المشتري ما لم يكن التلف قد وقع من فعل البائع .

المادة 392 : في بيع العروص⁽²⁾ وغيرها من المنقولات اذا عين أجل لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً وجوباً في صالح البائع ودون سابق انذار اذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل⁽³⁾ وهذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك .

المادة 393 : ان نفقات التسجيل⁽⁴⁾ ، والطابع⁽⁵⁾ ورسوم الاعلان العقاري⁽⁶⁾ ، والتوثيق⁽⁷⁾ وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك .

(1) Retenir l'objet vendu

(2) Vente de denrées

(3) à l'échéance du terme.

(4) Les droits d'enregistrement.

(5) De timbre.

(6) La taxe de publicité foncière.

(7) La taxe notariale.

المادة 394 : إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسلم .

المادة 375 : إن نفقات تسليم المبيع (1) تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بخير ذلك .

المادة 396 : يكون البيع باطلا إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المبيع (2) في أجل معين .

القسم الثاني - أنواع البيع

1 - بيع ملك الغير (3)

المادة 397 : إذا باع شخص شيئا معينا بالذات (4) وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب ابطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه .

وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا (5) في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري .

المادة 398 : إذا أقر (6) المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري .

(1) Les frais du retrait de l'objet vendu.

(2) La faculté de reprendre la chose vendue.

(3) La vente du bien d'autrui.

(4) Un corps certain.

(5) N'est pas opposable au propriétaire.

(6) Si le propriétaire ratifie la vente.

وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري اذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع .

المادة 399 : اذا 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 .

2 — بيع الحقوق المتنازع عليها (1)

المادة 400 : اذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه فللمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له والمصاريف الواجبة (2) . ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا رفعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع جوهري . (3)

المادة 401 : لا تسرى أحكام المادة 400 في الأحوال الآتية .

- اذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد .
- اذا كان الحق المتنازع فيه مشاعا بين ورثة أو شركاء وباع أحدهم نصيبه للآخر .
- اذا تنازل المدين لدائمه عن حق متنازع فيه وفاء للمدين الثابت في ذمته .
- اذا كان الحق المتنازع فيه يكون دينا مترتبا على عقار وبيع الحق لحائز العقار .

(1) Droits litigieux.

(2) Les frais et loyaux coûts.

(3) Contestation sérieuse sur son fond.

المادة 402 : لا يجوز للقضاة ، ولا للمدافعين القضائيين ، ولا للمحامين ، ولا للموثقين ، ولا لكتاب الضبط ، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها والا كان البيع باطلا .

المادة 403 : لا يجوز للمحامين (1) ولا للمدافعين القضائيين (2) أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة (3) اذا كانوا هم الذين قبلوا الدفاع عنها والا كانت المعاملة باطلة .

3 - بيع التركة (4)

المادة 404 : من باع تركة دون أن يفصل شتملاتها ، لا يضمن الا صفته كوارث ما لم يقع اتفاق يخالف ذلك .

المادة 405 : اذا بيعت تركة فلا يسرى البيع في حق الخمر الا اذا قام المشتري بالاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة فاذا نص القانون على اجراءات لنقل الحقوق المذكورة بين المتعاقدين وجب أيضا أن تتم هذه الاجراءات .

المادة 406 : اذا كان البائع قد استوفى ما للتركة من ديون أو باع شيئاً منها وجب أن يرد للمشتري ما قبضه ، ما لم يكن قد اشترط صراحة عدم الرد وقت انعقاد البيع .

(1) Les avocats

(2) Défenseurs de justice

(3) Par personnes interposées.

(4) La vente d'hérédité.

المادة 407 : يرد المشتري للبائع وقت انعقاد البيع ما قد وقاه هذا الأخير من ديون التركة ويحسب للبائع كل ما يكون دائئا به للتركة ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك .

4 — البيع في مرض الموت (1)

المادة 408 : اذا باع المريض مرض الموت لوارث فان البيع لا يكون ناجزا الا اذا أقره باقي الورثة .

أما اذا تم البيع للخير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال .

المادة 409 : لا تسرى أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية اذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عيانيا على الشيء المباع .

5 — بيع النائب لنفسه (2)

المادة 410 : لا يجوز لمن يدوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني (3) ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى .

المادة 411 : لا يجوز للممارسة (4) ، ولا للخبراء (5) أن يشتروا الأموال المعهودة اليهم ببيعها أو تقدير قيمتها ، سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار .

(1) De la vente dans la dernière maladie.

(2) La vente du représentant à lui-même.

(3) Par adjudication.

(4) Les courtiers.

(5) Les experts.

المادة 412 : يصح البيع في الأحوال المشار إليها في المادتين 410 و 411 إذا أجازته من تم البيع لحسابه .

الفصل الثاني عقد المقايضة (1)

المادة 413 : المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل الى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود .

المادة 414 : اذا كانت الأشياء المتقايس فيها مختلفة القيم في تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود . (2)

المادة 415 : تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايسين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايس عليه .

* * *

(1) Du contrat d'échange.

(2) Moyennant une soulte en argent.

المصطلحات القانونية باللغة الفرنسية

في مادة عقد البيع

Terminologies Juridiques Françaises

En Matière

Du Contrat de Vente

Accessoires	ملحقات (المبيع)
Accomplissement (n.m.) des formalités requisies	القيام بالاجراءات المطلوبة
Accroissement (n.m.) de l'objet	ايراد الشيء (ما يطرأ عليه من زيادة)
Achéter par adjudication	يشترى بالمزاد
Achéter à ses risques et périls	يشترى تحت مسؤوليته
Acheteur	المشتري
Acompte	جزء من الثمن يدفعه المشتري مقدما
Acte à exécution instantanée	عقد فوري
Acte de vente	عقد البيع
Acte relatif aux droits litigieux	التصرف المتعلق بالحقوق المتنازع عليها
Action en garantie d'éviction anticipée	دعوى ضمان استحقاق مستبقة
Action en supplément du prix	دعوى تكملة الثمن
Action en revendication	دعوى الاستحقاق
Aggraver la garantie de l'éviction	تشديد ضمان التعرض
Aléatoire (acte)	مقد احتمالي
Annulable	قابل للإبطال

Annulation

ابطال

à peine de nullité du pacte

والا كان الاتفاق باطلا

à prix ferme

البيع بثمن ثابت

à prix variable

البيع بثمن متغير

Arbitrage

تحكيم

Arbitre

محكم

à titre gratuit (acte)

على سبيل التبرع (عقد)

à titre onéreux (acte)

بعوض أو بمقابل (عقد)

à titre de réparation

على سبيل التعويض

Aviser en temps utile

يخطر في وقت مناسب

Avocat

محام

- B -

Bien (n.m.)

مال

Bienfendé (n.m.)

على أساس سليم

Bilatéral (acte)

ملزم للطرفين (عقد)

Brevi - manu

التسليم باليد القصيرة أى أن المستأجر أو المودع لديه
المستعير يصير مالكا (صورة من التسليم الحكمي)

- C -

Céder à

يتنازل الى

Cession

تنازل أو تحويل أو حوالة

Cessionnaire	المتنازل اليه
Choses de genre	أشياء مثلية
Clause (n.f.) de non-garantie	شرط عدم الضمان
Clause de non-remboursement	شرط عدم رد (ما قبض)
Clause de dessaisine - saisine	شرط أن المبيع قد تم قبضه (في القانون الفرنسي القديم)
Clause d'inaliénabilité	شرط عدم التصرف
Clause de style	شرط مألوف
Clause pénale	الشرط الجزائي
Clients	الزبائن أو العملاء
Co-échangiste	المتقايض
Commutatif (acte)	مقد محدد الالتزامات عند التعاقد
Compenser la différence	تعميم الفرق
Conclusion de la vente	إبرام البيع
Condition suspensive de l'agrément	موقوف على شرط القبول
Condition résolutoire	شرط فاسخ
Condition purement potestative	شرط ارادي بحت
Confier à	يعهد الى
Confirmation	اجازة (التصرف)
Confirmer	يجدد
Conforme à l'échantillon	مطابق للمعينة

Connaissance suffisante du bien vendu	العلم الكافي بالمبيع
	(في الشريعة الاسلامية خيار الرهبة)
Consensuel (acte)	رضائي (عقد)
Consentement	التراضي
Constitut possessoire	التسلم الحكمي الذي يستبقي فيه البائع حياته بوصفه مستأجرا أو مودعا لديه أو مستعمرا
Contenance de l'objet vendu	مقدار المبيع
Contestation sérieuse	نزاع جدى
Contractant	العاقد
Contrats portant sur la propriété	العقود المتعلقة بالملكية
Contrat de durée ou à exécution successive	العقد المستمر أو العقد الزمني
Conventions particulières	اتفاقات خاصة
Copropriétaires	شركاء في الملكية
Corps certain	معين معينة
Contrat d'entreprise	عقد المقاولة

- D -

Dans la période aiguë de la maladie qui a entraîné la mort	في فترة مرض الموت
De bonne foi	بحسن نية
Décision passée en force de chose jugée	حكم حائز لقوة الأمر المقضي

Découverte (n.f.) du défaut	كشف العيب
De gré à gré (acte)	عقد بطريق الممارسة
Defaut (n.m.)	العيب
Déficit de contenance	نقص مقدار (المبيع)
Défense	دفاع أو دفع
Défenseurs de justice	المدافعون القضائيون
Délai de grâce	مهلة قضائية
Délai (n.m.) raisonnable	مهلة معقول
D livrance effective de l'objet vendu	التسليم الفعلي للمبيع
Demande en annulation	طلب الابطال
Demande en résolution	طلب الفسخ
Demander un supplément de prix	يطلب تكملة الثمن
Demander une réduction du prix	يطلب تخفيض الثمن
Demander une réparation du préjudice	يطلب تعويض الضرر
Dénonciation (n.f.) en temps utile	الاعلام في الوقت المناسب
Dépens (n.m.)	المصاريف
Dépenses d'agrément	المصاريف الكمالية
Détérioration (n.f.)	تلف (المبيع)
Détermine ou déterminable	معين أو قابل للتعيين (المبيع)
Dette (n.f.)	الدين
La dette est quérable et non portable	الدائن يسعى الى اقتضاء حقه ولا يسعى المدين اليه

Difference (n.f.)	الفرق
Dissimuler le défaut	يخفي العيب
Dol (n.m.)	تدليس
Droit d'enregistrement	رسم التسجيل
Droit de recourir en garantie	حق الرجوع بالضمان
Droit de timbre	رسم الدمغة أو الطابع
Droit indivis	حق شائع
Droit patrimonial	حق مالي
Droit réel	حق عيني

- E -

échange	المقايضة
échéance (n.f.) du terme	حلول الأجل
éléments de la vente	أركان البيع
en qualité d'héritier	بصفة وارث
ensemble de biens vendus	مجموعة من الأموال بيعت جزافا
emptio-vendition (droit romain)	عقد شراء وبيع (في القانون الروماني)
estimer	يقدّر
estimation	تقدير
être à sa disposition	تحت تصرفه
être autorisé par décision de justice	كونه مرخصا له بموجب حكم قضائي

être dans le commerce	أن يكون المبيع ما يجوز التعامل فيه
être de la compétence des juridictions	كونه من اختصاص جهات قضائية
être tenu de la garantie	كونه ملزماً بالضمان
être troublé dans la possession	حصول تعرض في الحيازة (للمشتري)
examen d'une personne de diligence moyenne	الفحص بعناية
	الرجل العادي
excédent de contenance	زيادة مقدار (المبيع)
exécution d'une autre prestation	أداء شيء آخر (بدلاً من المبيع)

- F -

Faculté (n.f.) de reprendre la chose vendue	حق استرداد الشيء المبيع
Faculté de dédit	حق العدول (عن المبيع)
Faute grave	خطأ جسيم
Fixer le prix	تحديد الثمن
Frais	مصاريف
Frais de l'action en garantie	مصاريف دعوى الضمان
Frais du retrait de l'objet	مصاريف استرداد الشيء المبيع
Frais et loyaux coûts	المصاريف الواجبة
Fruits	الثمار الفصلية أو الدورية

Gain manqué	ما فات من كسب
Garantie d'éviction	ضمان الاستحقاق أو الضمان في حالة نزع اليد
Garantie des vices cachés	ضمان العيوب الخفية
Garantir le bon fonctionnement de l'objet vendu	ضمان صلاحية المبيع للعمل
Garantir sa qualité d'héritier	ضمان صفته كوارث (في حالة بيع التركة)

- H -

Hérédité (n.f.)	التركة
Héritier	الوارث

- I -

Immeuble vendu avec lésion	العقار المبيع بخس
Impenses utiles	المصاريف النافعة
individualisation	افراد وحدات المبيع أو الفرز والتجديب
In jure cessio	التنازل أمام القضاء (في القانون الروماني)
Intention ou liberalité	نية التبرع
Intervenir à l'instance	التدخل في الخصومة أو الدعوى
Introduire une action en revendication contre...	رفع دعوى استحقاق ضد...

Inviter à prendre fait et cause pour (lui) دعوة المدعى عليه

للمضامن لكي يحل محله في الخصومة

- J -

Juste prix

الثلث العادل

- L -

Lésion (n.f.)

الغبن

Location (n.f.)

الايجار

Location-vente

البيع الايجارى أو البيع المستور بالايجار أو المقتن به

Louage d'ouvrage

عقد المقاوله أو عقد الاستصناع

- M -

Magistrats

القضاة

Maintenir la vente

يستبقى المبيع أو يحتفظ به

Mancipatio (droit romain)

طريق الاشهاد

(احدى طرق الشكليه في القانون الروماني)

- N -

Notaire (n.m.)

الموثق

Objet donné en échange	الشيء الذى أعطى على سبيل المقايضة
Objet reçu	الشيء الذى حصل تسليمه
Obligation de délivrance	الالتزام بالتسليم
Obligation de garantie	الالتزام بالضمان (ضمان التعرض والاستحقاق)
Obligation de prendre livraison	التزام المشتري بتسلم المبيع
Offrir un gage ou une caution	تقديم رهن أو كفيل
Opposable à	قابلا للاحتجاج به على

- P -

Païement (n.m.) d'une somme d'argent	دفع مبلغ من النقود
Pacte de préférence	الوعد بالترفضيل
Pacte de quota litis	تحامل المحامي مع موكله
	في الحق المتنازع فيه
Parfaire les quatre-cinquièmes du	تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل
prix	
Par personne interposée	بواسطة اسم مستعار
Périodique	دورى
Perte subie	الخسارة التي لحقت (المبيع)
Pour le compte de	لحساب
Prendre livraison de	أن يتسلم (المبيع)
Prendre possession de	أن يحوز (المبيع)

Prétention (n.f.)	ادعاء
Prix (n.m.) dérisoire	ثمن تافه
Prix fictif	ثمن صوري
Prix normal	ثمن المثل
Prix sérieux	ثمن جدى
Prix vil	ثمن بخس
Procés (n.m.)	قضية
Produits (n.m.)	منتجات أو حاصلات (غير فصلية أو غير دورية)
Promesse d'achat	الوعد بالشراء
Promesse de vente	الوعد بالبيع
Promess (synallagmatique) de vendre et d'acheter	الوعد بالبيع والشراء (من الجانبين)
Propriétaire	مالك

- Q -

Qui doit garantie ne peut evinoer	من وجب عليه الضمان لا يحق له التعرض
Quête - part (n.f.)	حصة أو نصيب (فيما بين ورثة أو شركاء)

Ratifier la vente	يقرب البيع (يصدر الاقرار من المالك في بيع ملك الغير) اقرار العقد
Ratification (n.f.)	(يصدر الاقرار من الغير أى من أجنبي عن العقد)
Réclamer la réparation du préjudice	طلب تعويض الضرر
(Le) Recours en garantie	دعوى الضمان
Rembourser	يرد
Remplir les formalités	يستوفي الاجراءات
Rente viagère	مرتب لمدى الحياة
Réparation des pertes éprouvées	تعويض ما لحق من خسارة
Répondre de l'éviction	يسأل عن التعويض
Représentant	نائب أو ممثل
Rescision (n.f.)	الفسخ للغبن في القانون الفرنسي
Res perit domino	الهلاك على المالك
Résolution	الفسخ
Résolution de plein droit	الفسخ بقوة القانون
Ressort (n.m.) de la juridiction	دائرة اختصاص الجهة القضائية
Restreindre la garantie de l'éviction	انقاص ضمان التعرض
Retenir l'objet vendu pour le paiement	حبس الشيء المبيع أو امساكه لأجل دفع الثمن
Retirer sans retard l'objet vendu	استلام الشيء المبيع بلا ابطاء
Retrait litigieux	رخصة استرداد المبيع في بيع الحقوق المتنازع عليها

Secrétaires-greffiers	كتاب الضبط (بقلم كتاب المحكمة)
Goin (n.m.) d'un bon père de famille	عناية الرجل العادى
Solennel (acte)	عقد شكلي
Sommation	الذار
Somme (n.f.) d'argent	مبلغ من النقود
Soulte (n.f.) en argent	المعدّل النقدي (في المقايضة)
Succession	التركة
Supporter les charges	يتحمل التكاليف
Supprimer la garantie de l'éviction	الغاء ضمان التعرض
Synallagmatique (acte)	ملزم للجانبين (عقد)

Taxe (n.f.) de publicité foncière	رسم الشهر العقاري
Taxe notariale	رسم التوثيق
Tiers (n.m.) de bonne foi	" الخير " حسن النية
Tiers détenteur de	" الخير " الحائز
Traditio	التسليم العادى في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم
Transférer la propriété d'une chose	ينقل ملكية الشيء
Transférer réciproquement	ينقل على سبيل التبادل

Translatif de propriété (acte)	ناقل للملكية (عقد)
Transmission (n.f.) des droits	نقل الحقوق
Transport (n.m.) des droits	نقل الحقوق
Troc (n.m.)	المقايضة بين سلعتين
Trouble (n.m.) dans la possession	التعرض في الحياة

- U -

Ultérieurement	سابقا على
Universalité	مجموعة أموال (في بيع التركة)
Usages applicables	العادات المطبقة
Usucapio	التقادم المكسب في القانون الفرنسي

- V -

Valable à l'égard de	صحيحا بالنسبة الى (أى أن التصرف صحيح في مواجهة شخص معين)
Valeur (n.f.) des fruits	قيمة الثمار
Valeur de la prestation accomplie	قيمة الشيء الذي حصل أدائه
Valeur du bien	قيمة المال
Variétés de ventes	أنواع البيع
Vendeur	البائع
Vente (n.f.)	البيع
Vente administrative faite aux enchères	البيع الإداري بالمزاد

Vente à crédit	البيع بثمن آجل
Vente à l'essai	بيع التجربة
Vente à reméré	بيع الوفاء
Vente avec dédit	البيع مع الاحتفاظ بحق العدول
Vente avec arrhes	البيع بالعربون
Vente dans la dernière maladie	البيع في مرض الموت
Vente de denrées	بيع العروض (المنقولات)
Vente d'hérédité	بيع التركة
Vente des droits litigieux	بيع الحقوق المتنازع عليها
Vente du représentant à lui-même	بيع النائب لنفسه
Vente en bloc	بيع الجزاف
Vente en justice	البيع القضائي
Vente faite au cours du marché	البيع بسعر السوق
Vente faite aux enchères publiques	البيع بالعزاد العلني
Vente sous réserve de dégustation	بيع المذاق
Vente sur échantillon	البيع بالعيينة
Vérification usuelle	التحقق بالاستعمال العادي (لمعرفة عيب المبيع)
Vices du consentement	عيوب الرضا

- W -

Warrant (n.m.)

مستند سحب البضاعة المودعة بمخزن الايداع

* * *

أ - المؤلفات

- 1 - إبراهيم أبو النجا ، السجل العملي في التشريع المصري ، الاسكندرية 1978 .
- 2 - أحمد إبراهيم ، المعاملات الشرعية المالية ، القاهرة 1961 .
- 3 - اسماعيل غانم ، آثار الالتزام ، القاهرة سنة 1956 .
- 4 - اسماعيل غانم ، النظرية العامة للحق ، القاهرة سنة 1957 .
- 5 - اسماعيل غانم ، مذكرات في العقود المسماة - عقد البيع ، القاهرة 1958 .
- 6 - أنور العمروسي ، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه والقضاء ، الجزء الثاني ، الاسكندرية 1979 .
- 7 - أنور سلطان ، شرح البيع والمقايضة ، الطبعة الثانية ، الاسكندرية 1952 .
- 8 - أنور سلطان ، العقود المسماة شرح عقد البيع والمقايضة في القانون المصري واللبناني ، بيروت 1980 .
- 9 - توفيق حسن فرج ، الاستغلال في القانون المدني المصري ، الاسكندرية سنة 1957 .
- 10 - توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، الاسكندرية 1979 .
- 11 - حامد زكي وجيب الهلالي ، شرح القانون المدني في عقد البيع ، القاهرة سنة 1954 .
- 12 - سليمان مرقس ومحمد علي امام ، عقد البيع في التقنين المدني الجديد ، القاهرة 1955 .
- 13 - عبد الرزاق أحمد السبهوي ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 1 ، ج 2 ، ج 3 ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1964 .

- 14 — عبد الرزاق أحمد السلهورى ، الجزء الرابع ، العقود التي تقع على الملكية المجلد الأول ، البيع والمقايضة ، دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة .
- 15 — عبد الرزاق أحمد السلهورى ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج 4 ، القاهرة سنة 1957 .
- 16 — عبد الفتاح عبد الباقي ، محاضرات في العقود ، ج 2 ، عقد البيع ، القاهرة 1956 .
- 17 — عبد المنعم البدر اوى ، عقد البيع ، القاهرة .
- 18 — علي علي سليمان ، محاضرات غير مطبوعة عن عقد البيع ، جامعة الجزائر ، سنة 1975 .
- 19 — منصور مصطفى منصور ، مذكرات في القانون المدني — العقود المسماة — البيع والمقايضة والايجار ، الاسكندرية 1956 / 1957 .



ب — النشرات الدورية والوثائق الرسمية

- 1 — مجموعة القانون المدني الجزائرى باللغتين العربية والفرنسية .
- 2 — مجموعة القانون المدني المصرى .
- 3 — مجموعات أحكام محكمة النقض المدنية المصرية (مطبوعات دار القضاء العالى بالقاهرة) .
- 4 — مجموعة مصر في أحكام محكمة النقض المصرية .
- 5 — مجلة المحاماة المصرية — أحكام القضاء المصرى .
- 6 — مجموعة الأصول التحضيرية للقانون المدني المصرى .

- 7 - أمر رقم 75 - 74 المؤرخ في 12/11/1975 يتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 22 ، السنة الثانية عشرة .
- 8 - قانون التوثيق ، أمر رقم 70 - 91 ، المؤرخ في 15/12/1970 يتضمن تنظيم التوثيق ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 107 ، السنة السابعة .
- 9 - مرسوم رقم 76 - 62 ، المؤرخ في 25/3/1976 يتعلق باعداد مسح الأراضي العام ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 30 ، السنة الثالثة عشرة .
- 10 - مرسوم رقم 76 - 63 ، المؤرخ في 25/3/1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 30 ، السنة الثالثة عشرة .

* * *

المراجع الأجنبية

1. MAZEAUD Henri, Léon, Jean : Leçons de droit civil, Tome troisième, deuxième volume, cinquième édition, Par Michel de Juglart, principaux contrats, 1^{er} partie, Vente et échange, Paris 1979.
2. MAZEAUD, Leçons de droits civils, tome troisième, deuxième édition, Paris 1963.
3. Code Civil, Dalloz, Paris 1970 - 1971.

* * *

2	 مقدمة
	الباب الأول
	في
9	 خصائص عقد البيع وشروط انعقاده وصحته
9	 الفصل الأول : خصائص عقد البيع
	المبحث الأول : الخصيصة الأولى لعقد البيع : اتجاه الارادة من الى
10	 انشاء التزام بنقل الملكية أو الحق المالي
23	 المبحث الثاني : الخصيصة الثانية لعقد البيع : المقابل النقدي
28	 الفصل الثاني : في انعقاد البيع وشروط صحته
29	 المبحث الأول : صور خاصة للمتراضي في عقد البيع
32	 المطلب الأول : انوعد بالبيع والشراء
36	 المطلب الثاني : أوصاف البيع
44	 المبحث الثاني : المحل في عقد البيع
45	 المطلب الأول : شروط محل التزام البائع : الشيء المبيع
61	 المطلب الثاني : شروط محل التزام المشتري : الثمن النقدي
76	 المبحث الثالث : السبب في عقد البيع

الباب الثاني

في

أحكام البيع 73

73	<u>الفصل الأول</u> : التزامات البائع
73	<u>المبحث الأول</u> : الالتزام بنقل الحق المبيع
79	<u>المطلب الأول</u> : نقل الحقوق " المنقولة "
80	<u>الفرع الأول</u> : المنقولات المعينة بالذات
84	<u>الفرع الثاني</u> : المنقولات المعينة بنوعها وحسب
86	<u>المطلب الثاني</u> : نقل الأموال أو الحقوق العقارية
87	<u>الفرع الأول</u> : الشهر العقاري
97	<u>الفرع الثاني</u> : التسجيل في بيع العقار
104	<u>المبحث الثاني</u> : التزام البائع بالتسليم
105	<u>المطلب الأول</u> : أحكام الالتزام بالتسليم
118	<u>المطلب الثاني</u> : تبعة هلاك المبيع وتلفه
126	<u>المبحث الثالث</u> : التزام البائع بالضمان
127	<u>المطلب الأول</u> : ضمان التعرض والاستحقاق
128	<u>الفرع الأول</u> : ضمان التعرض الشخصي
134	<u>الفرع الثاني</u> : ضمان تعرض الغير
151	<u>المطلب الثاني</u> : ضمان العيوب الخفية
152	<u>الفرع الأول</u> : ضمان العيب الخفي بالمعنى الدقيق
165	<u>الفرع الثاني</u> : ضمان وجود الصفة وضمان الصلاحية

168	الفصل الثاني : التزامات المشتري
168	المبحث الأول : الالتزام بدفع الثمن
168	المطلب الأول : مضمون الالتزام وكيفية تنفيذه
171	المطلب الثاني : حق المشتري في حبس الثمن
	المطلب الثالث : جزاء الالتزام بدفع الثمن - ضمانات البائع في
175	استيفاء الثمن
179	المبحث الثاني : الالتزام بدفع مصروفات البيع وتكاليف المبيع
182	المبحث الثالث : الالتزام بتسلم المبيع
	الباب الثالث
184	أحكام خاصة ببعض أنواع البيوع والمقايضة
185	الفصل الأول : بعض أنواع البيوع
185	المبحث الأول : بيع ملك الغير
186	المطلب الأول : أحكام بيع ملك الغير المنصوص عليها في القانون
198	المطلب الثاني : بيع المشاع
202	المبحث الثاني : بيع الحقوق المتنازع عليها لغير عمال القضاء
204	المطلب الأول : شروط الاسترداد
209	المطلب الثاني : آثار الاسترداد
211	المبحث الثالث : بيع المتركبة
215	المبحث الرابع : البيع في مرض الموت
216	المطلب الأول : أحكام البيع في مرض الموت
220	المطلب الثاني : البيع كوسيلة للتحويل على أحكام الوصية

المبحث الخامس : بيع النائب لنفسه	224
الفصل الثاني : المقايضة	232
<u>ملحق</u> : - نصوص مواد عقد البيع في القانون المدني الجزائري ...	236
- المصطلحات القانونية باللغة الفرنسية في مادة عقد البيع ..	253
المراجع العربية والفرنسية	269

تم بحمد الله وعونه

— اضافة بعد الصفحة 21 برقم 21 مكرر هى كالتى :

ز - البيع والصلح :

نصت المادة 459 مدنى جزائرى وهى تقابل المادة 549 مدنى مصرى على ان " الصلح عقد ينهى به الطرفان نزاعا قائما او يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه " وأوردت المادة المصرية عبارة اخرى هى بـأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه . وعبارة المادة المصرية اكسردقة أن نصت على ان التنازل من جانب كل مسن الطرفين عن بعض ادعائه . وقد يشبه الصلح البيع اذا نزل احد الطرفين عن حقه او عن بعض حقه للآخر بمبلغ نقدى معين خارج عن موضوع النزاع ويسمى هذا ببدل الصلح ويجوز ان يكون بدل الصلح شيئا آخر غير النقود فيكون العقد مقايضة وقد يتنازل احد الطرفين بدون مقابل فيكون العقد هبة مستورة بالصلح . وفى تلك الاحوال يأخذ العقد اما حكم البيع او حكم المقايضة او حكم الهبة من حيث صحته وآثاره . وبهذا الحكم قضى القانون المدنى العراقى فى المواد 707 ، 708 ، 709 وكذلك قانسون الموجبات والعقود اللبنانى فى المادة 1052 اما فى القانسون المدنى المصرى الحالى فقد وفى الاكتفاء بقواعد الصورية (الوسيط السهنورى ح 5 المجلد الثانى ص 515 .
واشار الى الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ح 4 ص 444 و 445 .

- اضافة بعد الصفحة 25 هي كالاتى :

لم ينظم القانون المدنى الجزائرى عقد الهبة وانما نظمه قانون الاسرة
رقم 84 - 11 . وقد نصت المادة 202 على ان الهبة تملىك
بلا عوض . ويجوز للواهب ان يشترط على الموهوب له القيام بالتزام
يتوقف على انجاز الشرط الذى يجعل الهبة قطعية . وقد يلتبس
البيع بالهبة اذا كانت الهبة مقترنة بعوض . واذا كان العوض اقل
قيمة من الشئ الموهوب فالفرق هبة . اما اذا كان معادلا
له فالعقد معاوضة وقد يكون بيعا او مقايضة بحسب طبيعته
العوض (السنهاوى الوسيط ح 5 ص 21) .

- الصفحة 34 السطر 4 : العبارة الواردة صحتها بوصفه دائن
للواعد .

- الصفحة 41 السطر 16 : " صحتها ان يكون البيع مطابقا .

- الصفحة 43 تضاف بعد السطر التاسع هذه الفقرة استكمالا لخيارات
المشتري :

ج - وأما ان يقبل البضاعة غير المطابقة للعينة بما تساويه من الثمن
بحيث لو كانت اقل جودة من البضاعة التى قدمت عنها العينة
فانه لا يلزم الا بالثمن الذى تساويه هذه البضاعة . واذا كانت
اكثر جودة من البضاعة المتفق عليها فليس المشتري ملزما بقبولها .

إضافة الى الصفحة 92 برقم 92 مكرر هي الآتى :

أعطى القانون للحيازة اشرا هاما فجعلها سببا لكسب الملكية العقارية فى حالة التقادم المكسب ونص فى المادة الاولى من المرسوم رقم 83 - 352 المؤرخ فى 21 مايو 1983 بمن اجسرا لاثبات التقادم المكسب واعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية والتي تنص على ان " كل شخص يحوز فى تراب البلديات التى لم تخضع حتى الآن للاجسرا المحدث بالامر رقم 74-75 المؤرخ فى 12 نوفمبر 1975 المذكور اعلاه عقارا من نوع الملاك حيازة مستمرة غير منقطعة ولا متنازع عليها وعلانية وليست مشوبة بلبس طبقا لاحكام الامر رقم 75 - 58 المؤرخ فى 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون العدى يمكنه ان يطلب من الموثق المسئول عن مكتب التوثيق المختص اقليميا عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية " ونصت المادة 9 من هذا المرسوم على ايداع عقد الشهرة لدى المحافظة العقارية لتسجيله بقصد نشره . ويلاحظ ان حكم هذا المرسوم بصريح نص المادة الاولى منه انما ينطبق على البلديات التى لم تخضع اراضيها بعد لاجسرات اعداد مسح الاراضى العام وتأسيس السجل العقارى المنصوص عليها فى الامر رقم 75 - 74 المؤرخ فى 12 / 11 / 1975 .

إضافة الى نهاية الصفحة رقم 95 وتجرى برقم 95 مكرروهى الآتى :

كما نصت المادة 26 من قانون السجل العينى رقم 142 لسنة 1964 على ان " جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق

العينية العقارية الاصلية او نقله او تغييره او زواله وكذلك الاحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب قيدها فى السجل العينى ويدخل فى ذلك الوقف والوصية ويترتب على عدم القيد ان الحقوق المشارة اليها لا تشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لابين ذوى الشأن ولا بالنسبة لغيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المعقده من الاثـمـر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن . *

ونلاحظ ان المادة 26 من قانون السجل العينى رقم 142 لسنة 1964 مأخوذة عن احكام المادة 9 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بشأن تنظيم الشهر العقارى وقد بدأ تطبيق قانون السجل العينى رقم 142 لسنة 1964 فى سنة 1977 لكنه لم ينفذ عمليا فى مصر السـمـتـى لا تزال تمر بنظام الشهر الشخصى رغم صدور قانون السجل العينى .
(د . محمود شوقى الشهر العقارى علما وعصلا ص 313 . الوسيط
للسنهورى ح 4 ص 553 د . ابراهيم ابوالنجا السجل العيسنى
فى التشريع المصرى الاسكندرية 1978) .

— اضافة بعد السطر الرابع من الصفحة 103 هى الآتى :

واضافت المادة المذكورة حكما خاصا بدفع الثمن بان اشترط ان يحصل دفعه الى الموثق . ويسرى هذا الحكم سواء كان الثمن معجلا او مؤجلا كله او بعضه فانه يصير دفعه ايضا الى الموثق عند حلول الاجـمـل المتفق عليه .

- اضافة الى نهاية الصفحة 167 هي الآتى :

وقد تكون الصفة المذكورة في صوره اشتراط لمصلحة الغير علا بالمسادة
116 مدنى جزائرى التى تقابل المادة 152 مدنى مصرى، بشأن
يكلها المصنع او المنتج للمشتري فى تعاقد مع البائع ويكون المصنع متعهدا
وبالبائع مشترطا والمشتري منتفعا فى هذا الاشتراط باعتبار ان حقسه
فى هذا الضمان قد نشأ مباشرا من عقد الاشتراط لمصلحة الغير فيلتزم
به المصنع .

- اضافة فى هامش الصفحة 168 هي الآتى :

وذلك دون ان يكون لارتفاع قيمة هذه النقود او لانخفاضها وقت الوفاء
اى تأشير (المادة 95 مدنى جزائرى) .

- اضافة هامش الى الصفحة رقم 215 هو الآتى :

وقد نصت المادة 204 من قانون الاسرة الجزائرى على ان الهمبة فسى
مرض الموت والامراض والحالات المخيفة تعتبر وصية .

- اضافة لصفحة 218 بعد السطر الخامس :

ثم صدر قانون الاسرة الجزائرى رقم 84 - 11 وصاغ هذه الاحكام ذاتها فى
المادتين 185 , 189 فتتم المادة 185 على ان تكون الوصية فسى
حدود ثلث التركة، ومازاد على الثلث يتوقف على اجازة الورثة وقضت
المادة 189 بانه لا وصية لواث الا اذا اجازها سائر الورثة بعد وفاة
الوصى .

وشمة فارق آخر فيما يتعلق بحق امتياز الهائع ذلك ان حق الامتياز لا يتقرر الا بنص فى القانون والقانون هو الذى يعين مرتبة هذا الامتياز فما لم يوجد نص لا يوجد امتياز ولا يتقرر باتفاق الطرفين ولا بحكم القاضى وهو حق استثنائى لا يقاس عليه فلا امتياز فى عقد المقايضة غير انه اذا كانت المقايضة بين شيئين مختلفى القيمة وحصل تعويض الفرق ببلغ من النقود فيكون للمقايض الدائن بهذا الفرق امتياز الهائع ضمنا لحقه فى هذا الفرق او المعدل . اما فى غير المعدل فلا امتياز للمقايض على العين التى اعطاها (نقض مصرى مدنى 1944/3/16 مجموعة عمر 4 رقم 110 ص 281 - والسند -) الوسيط ح 4 ص 864 هامش (2) .

ويجوز الوعد بالمقايضة كما يجوز الوعد بالبيع وتسرى على الوعد بالمقايضة الاحكام التى تسرى على الوعد بالبيع (الوسيط السند -) ح 4 ص 860 وما بعدها . .
والاهلية فى المقايضة هى نفس الاهلية فى البيع ، وحدود ولاية الولى والوصى والقيم او المقدم فى المقايضة هى ذات حدودها فى البيع وكذلك فى شأن تعاقد الشخص مع نفسه .
وتدخل الاوصاف على المقايضة كما فى البيع مثال ذلك المقايضة بشروط التجربة وشروط المذاق .

والشئ محل النزاع لا يجوز ان يتعامل فيه عامل القضاء بالمقايضة
ولا المحامي مع موكله على النحو الذى تقدم فى البيع .
والمقايضة بملك الغير كبيع ملك الغير قابلة للإبطال لمصلحة المتقايض
الآخر والمقايضة فى مرض الموت كالبيع فى مرض الموت ويفترض انها
تستتر تبرعاً فتأخذ حكم الوصية .
والآثار التى تترتب على المقايضة هى ذات الآثار التى تترتب
على البيع من ناحية التزامات البائع وليس من ناحية التزامات المشتري
فيلتزم كل من المتقايضين بنقل ملكية الشئ الذى يقايض به الشئ
الطرف الآخر كما يلتزم بتسليمه له وبضمان التعرض والاستحقاق والعيب
الخفية ويتحمل كل متقايض تبعه هلاك الشئ الذى قايض به اذا وقّع
الهلاك قبل التسليم على النحو المبين فى عقد البيع .
ولكل من المتقايضين حبس الشئ الذى قايض به او فسخ المقايضة اذا
استحق الشئ الذى قايض عليه او ظهر فيه عيب يوجب الضمان .

مستخرج من الجريدة الرسمية رقم 21 السنة العشرون
الثلاثاء 11 شعبان 1403 هـ الموافق 24 مايو سنة 1993

وزارة العدل

مرسوم رقم 83 - 352 مؤرخ في 8 شعبان عام 1403 الموافق
21 مايو سنة 1983 يمن اجراء لاثبات التقادم المكتسب واعداد عقد
الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية .

ان رئيس الجمهورية ،

— بناء على تقرير مشترك بين وزير العدل ووزير المالية ووزير الداخلية
ووزير الاسكان والتعمير ،

— وبناء على الدستور ، لاسيما المادتان 111 - 10 ، 152 منه ،

— ومقتضى الامر رقم 70 - 91 المؤرخ في 17 شوال

عام 1390 الموافق 15 ديسمبر سنة 1970 والمتضمن تنظيم التوثيق ،

— ومقتضى الامر رقم 66 - 102 المؤرخ في 15 محرم عام 1386

الموافق 6 مايو سنة 1966 والمتضمن ايلولة الاملاك الشاغرة للدولة ،

— ومقتضى الامر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395

الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني ، لا سيما

المواد 827 وما يليها ،

— ومقتضى الامر رقم 75 - 74 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام

1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 والمتضمن اعداد مسح الاراضي المسماة

وتأسيس السجل العقارى .

– ومقتضى الامر رقم 71 - 73 المؤرخ فى 20 رمضان عام 1391 الموافق 8 نوفمبر سنة 1971 والمتضمن الثورة الزراعية ، لاسيما المواد من 76 الى 80 منه ،

– ومقتضى الامر رقم 74 - 26 المؤرخ فى 27 محرم عام 1394 الموافق 20 فبراير سنة 1974 والمتضمن تكوين احتياطات عقارية لصالح البلديات •
يرسم ما يلى :

المادة الاولى : كل شخص يحوز فى تراب البلديات التى لم تخضع حتى الآن للاجراء المحدث بالامر رقم 75 - 74 المؤرخ فى 12 نوفمبر سنة 1975 المذكور اعلاه ، عقارا من نوع الملك ، حيازة مستمرة ، غير منقطعة ولا متنازع عليها وعملانية وليست مشوبة بلبس ، طبقا لاحكام الامر رقم 75 - 58 المؤرخ فى 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون العدنى ، يمكنه ان يعطب من الموثق المسئول عن مكتب التوثيق المختص اقليميا عقار شهيرة يتضمن الاعتراف بالملكية •

المادة 2 : يتجه المعنى مباشرة الى الموثق المسئول عن مكتب التوثيق المختص اقليميا فيقدم له كل المعلومات اللازمة عن طبيعة الملكية وموقعها ومشتعلاتها ومساحتها وكذلك الرسوم والتكاليف المترتبة عليها مع تعيين ذوى الحقوق والمستفيدين •

ويجب عليه زيادة على ذلك ان يقدم الوثائق الآتية :

– الاوراق الاثباتية للحالة المدنية الخاصة بالمعنى او المعنيين ،

- الشهادات المكتوبة .
- مخطط الملكية يعدّه اشخاص معتمدون .
- تصريح بالشرف ان المدعى او المدعين يمارس ويمارسون على العقار حياة تطابق احكام المواد من 827 وما يليها فى القانون المدنى .
- عقد الاقتضاء ، السندات او الشهادات الجبائية التى يمكن الدعوى او المدعين ان يدلوا بها .

المادة 3 : يلتزم الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق من رئيس المجلس الشعبى البلدى ونائب مدير الشئون العقارية واملاك الدولة فسى الولاية ، تحديد وضعىة العقار القانونيه فى نظر الاحكام التشريعية والتنظيمية لاسيما السارية منها على الثروة الزراعية والاحتياطات العقارية البلدية واملاك الدولة .

المادة 4 : ينشر الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق ، زيادة على ذلك ، اعلان غلب اعداد عقد الشهرة المنصوص عليه فى المادة الاولى اعلاه ، عمن طريق اللصق فى مقر البلدية مدة أربعة اشهر والنشر فى الصحافة الوطنية والجهوية قصد اشارة الاعتراضات المحتملة وذلك على نفقة الاطراف المعنية .

المادة 5 : يدعى كل شخص له مطالب يدلى بها بشأن العقار او الحقوق المعنيه العقارية ، التى هى موضوع الطلب ، ليقدمها كتابة الى الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المعنى فى اجل اربعة اشهر ابتداء من تاريخ النشر المنصوص عليه فى المادة 4 اعلاه فى الصحافة .

المادة 6 : يجب على رئيس المجلس الشعبي البلدى وعلى نائب مدير
الشؤون العقارية واملاك الدولة فى الولاية ، كل فيما يخصه ، ان يبلغ الموثق
المسؤول عن مكتب التوثيق المكلف باعداد عقد الشهرة ، اراءهما وملاحظاتهما
فيما يخص وضعية العقار القانونية فى أجل اربعة اشهر ابتداء من تاريخ
تلقيهما الالتماس ، طبقا لاحكام المادة 3 اعلاه .

المادة 7 : يعد الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق ، فى نهاية الآجال
المفصوص عليها فى المادتين 5 ، 6 فى حالة عدم وجود اى اعتراض
سواء من السلطات العمومية او من الخواص ، عقد الشهرة المتضمن الاعتراف
بالملكية باسم المعنى او المعنيين دون تعطيل .

المادة 8 : فى حالة الاعتراض على صفة المالك للدعى او الدعين يحيل
الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق الاطراف المعنية على القضاء المختص لحل نزاعهم .

المادة 9 : يودع لدى المحافظة العقارية قصد النشر عقد الشهرة المتضمن
الاعتراض بالملكية الذى اعد الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق ، مصحوبا
بنسخ من الوثائق المذكورة فى المادة 2 اعلاه بعد تسجيله .

المادة 10 : تحدد عند الحاجة نصوص لاحقة ، كىفيات تطبيق هذا المرسوم .

المادة 11 : ينشر هذا المرسوم فى الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
الديموقراطية الشعبية .

حرر بالجزائر فى 8 شعبان عام 1403 الموافق 21 مايو سنة 1983 .
الشاذلى بسن جده يد

أنجز طبعه على مطابع

كيوان المطبوعات الجامعية

الساحة المركزية - بن عكنون

الجزائر