

محاضرات العقود الخاصة 1

المقصود بالعقود المسماة

يقصد بالعقود المسماة في القانون مجموعة من العقود كثيرة التداول في الحياة العملية، مثل البيع والهبة والشركة والإيجار والمقاولة والوكالة ، وقد نظمها المشرع الجزائري تنظيماً مفصلاً نظراً لأهميتها الاقتصادية والاجتماعية وكثرة التعامل بهذه العقود في الحياة اليومية، وبالمقابل فإن العقود غير المسماة هي التي لم يتعرض لها المشرع بالتقنين تاركاً المجال للمتعاقدين أن يعقدوا عقوداً حسب حاجاتهم، لتبقى الحرية متاحة للعقود وتبقى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" سارية المفعول في إطار النظام العام والآداب العامة .

والفرقة بين العقود المسماة وغير المسماة بسيطة، وقد تكون مسألة دقيقة جداً في بعض الحالات ، فتكليف العقد واعتباره عقداً من العقود المسماة أو اعتباره عقداً غير مسمى لا تخضع لمجرد اللفظ الذي يستعمله المتعاقدان أو التسمية التي يتفق عليها المنشعون للعقد فقد تكون خاطئة، خاصة إذا تبين أنهما اتفقا على عقد غير العقد الذي سماه فلا عبرة بالألفاظ والمباني وإنما العبرة بالمقاصد والمعاني¹ ، فقد يكون المتعاقدان مخطئين في التكليف القانوني للعقد الذي يبرمونه، وقد يعتمد المتعاقدان إخفاء العقد الحقيقي تحت اسم العقد الظاهر كالهبة في صورة بيع أو وصية في صورة بيع وهذا يحدث كثيراً لأسباب مختلفة.

وقد يكون العقد بسيطاً يحمل عقداً واحداً كالبيع والإيجار، وقد يشتمل على أكثر من عقد في عقد واحد فيسمى عقد مختلط أو مركب ، كما في العقد بين صاحب الفندق والزبون فهو يجمع بين عقد الإيجار والبيع والخدمة.

أهداف تشريع العقود المسماة:

1 قاعدة (العبرة في العقود في المقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني) هي قاعدة فقهية يراد منها أن عقود البيع والشراء وغيرها وإن كانت تتم بالألفاظ والمباني، فإنّ المعتبر في هذه العقود هو قصد ونية المتعاقدين، لا مجرد الألفاظ التي يتلفان بها، فإذا أبرم امرؤ عقداً مع آخر فصحته أو آثاره المترتبة على العقد تكون بالقصود أو بالمقاصد، وبالباطن لا بالظواهر، وبما يريده المتعاقدان لا بمجرد الألفاظ. (علي حيدر تعريب فهمي الحسيني، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، دار الجيل ، بيروت، ط 1 ، 1991 ، ج 1 ، ص 21)

لقد قصد المشرع من تنظيم العقود المسماة تحقيق مجموعة من الأهداف نذكر منها :

1- التيسير على الأفراد في تنظيم عقودهم :

نظراً لأن العقود المسماة من أكثر العقود شيوعاً في التعامل وأنها مستقرة القواعد والأحكام ، فإن المشرع أراد بتنظيم العقد الرسمي أن يعبد الطريق للمتعاملين ، فلا يجدون مشقة في تنظيم علاقاتهم التعاقدية ، إذ تنبه المشرع لأكثر ما يعرض لهذه العلاقات فتناولها بالتنظيم والتحديد، ووضع عقوداً نموذجية وأحكاماً واضحة ودقيقة تشمل مختلف جوانب العقد ، ولأن المتعاقدان لن يستطيعا الإمام بكل تفاصيل العقد فتولى المشرع ذلك.

ومع ذلك فالمشرع في تنظيمه للعقود المسماة لم يصادر مبدأ سلطان الإرادة ولا حرية المتعاقدين في تنظيم تعاملهما على الوجه الذي يريانه، فترك المجال واسعاً لهما بحيث يستطيعان تنظيم كثير من المسائل المتعلقة بالعقد ومخالفة الأحكام التي وضعها المشرع والتي ليست من النظام العام² .

2- تفصيل القواعد العامة الواردة في نظرية الالتزام:

أراد المشرع تفصيل بعض القواعد العامة الواردة في نظرية الالتزام على العقود المسماة، فالتطبيقات العملية قد تخفى وتدق كثيراً وتختلف فيها الأنظار ويسري إليها الاختلاف، فجاء المشرع بحلول حاسمة ونصوص لا تترك مجالاً للاختلاف والاضطراب مثال ذلك ما ورد في ضمان الاستحقاق وضمن العيوب الخفية وتحمل تبعة الهلاك في عقد البيع³ .

3- تسهيل عمل القاضي : أثناء النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود

إن المشرع لا يقتصر عمله على مجرد تطبيق القواعد العامة في العقود المسماة، بل يتعدى ذلك ليخرج - أحيانا - على القواعد العامة ويخالفها لمبررات وأسباب خاصة ترجع إلى العقد المسمى، فيكون إيراد هذه

² السنهوري ، الوسيط

³ السنهوري ، الوسيط

النصوص على هذا النحو أمراً ضرورياً لتعلقه بالنظام العام ، وتكون الأحكام الواجبة التطبيق مختلفة اختلافاً كبيراً عن القواعد العامة .

مثال ذلك: ما حاد فيه المشرع عن تطبيق القواعد العامة في الحقوق المتنازع فيها ، وفي بيع المريض مرض الموت ، وفي بيع ملك الغير ، وفي كثير من نصوص عقد العمل ، وفي الرجوع في الهبة ، وفي الغلط في الصلح ، وفي التزام المرافق العامة ، وفي تعديل الأجرة في عقد الوكالة ، وفي التأمين بما يشتمل عليه من قواعد خاصة ، وغير ذلك كثير نراه منتشراً في نواح متفرقة من العقود المسماة .

4- مواكبة التطورات الحاصلة في الاجتهادات وقد يعمد المشرع في تنظيم العقد المسمى إلى توجيه هذا العقد وتطويره بحيث يتماشى مع الاتجاهات الحديثة في الفقه والاجتهاد القضائي ويتفق وأهداف السياسة التشريعية للبلاد، ومن الأمثلة على ذلك : تحريم الرهن الذي يستتر تحت اسم بيع الوفاء ، وفي تحريم بيع الوفاء ذاته ، وفي تنظيم أحكام الأجهزة الحديثة في العين المؤجرة ، وفي تنظيم ما ألفته الناس من خلط عقد الإيجار بعقد البيع .

تقسيم العقود المسماة في التقنين المدني :

نظم المشرع الجزائري العقود المسماة على النحو التالي :

1. **العقود المتعلقة بالملكية** في الباب السابع، وهي : البيع - المقايضة - الشركة - القرض الاستهلاكي - الصلح - المواد من 351 إلى 466 من القانون المدني الجزائري
2. **العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء** في الباب الثامن، وهي : الإيجار - العارية - المواد من 467 إلى 548 من القانون المدني الجزائري
3. **العقود الواردة على العمل** في الباب التاسع، وهي المقاوله - عقد التسيير - الوكالة - الوديعة - الحراسة المواد من 549 إلى 611 من القانون المدني الجزائري
4. **عقود الغرر**: في الباب العاشر، وهي القمار والرهان - المرتب مدى الحياة - التأمين - المواد من 612 إلى 643 من القانون المدني الجزائري

5. **عقد الكفالة** في الباب الحادي عشر، المواد من 644 إلى 673 من القانون المدني الجزائري

وينتهي التقنين الجديد بعقد الكفالة إذ هو عقد ضمان شخصي فلا يدخل في العقود المتقدمة ، ويجب في الوقت ذاته أن ينفصل عن عقدي الضمان العيني وهما عقد الرهن الرسمي وعقد رهن الحيازة .

عقد البيع

نتناول في هذه المحاضرة تعريف البيع في القانون المدني وخصائص عقد البيع ثم التمييز بين عقد البيع وغيره من العقود التي يلتبس بها.

عرفت المادة 351 من القانون المدني الجزائري عقد البيع ب: " البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي "

شرح التعريف : البيع عقد بين طرفين يلتزم أحدهما بنقل ملكية شيء أو حق مالي آخر ويلتزم الطرف الآخر بدفع الثمن مقابل نقل ملكية الشيء أو الحق المالي، ومن خلال التعريف نستنتج الخصائص التي تميز عقد البيع.

خصائص عقد البيع:

العقد ناقل للملكية : فعقد البيع هو عقد ينصب على نقل الملكية، وقد كان البيع في القانون الروماني غير ناقل للملكية، بل يرتب نقل الحيازة فقط، إلا إذا اشترط المشتري على البائع أن ينقل له الملكية . وكذلك كان الحكم في القانون الفرنسي القديم، فكانت الملكية لا تنتقل فيه إلا بالقبض، واستمر ذلك إلى سنة 1804 حيث نص التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804 ، فجعل البيع ذاته ناقلاً للملكية إذ رتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية إلى المشتري، وانتقل هذا ال ناقلاً الحكم للقوانين الحديثة.

بينما نجد أن الشريعة الإسلامية سبقت القوانين الحديثة فجعلت البيع ناقلا للملكية بمجرد انعقاد العقد، فقد جاء في تعريف البيع في الفقه المالكي بأنه " نقل الملك بعوض " ⁴ وفي المذهب الشافعي يُعرف ب : " مقابلة مال بمال قملিকা " ⁵، ففقهاء الشريعة الإسلامية ركزوا في تعريفهم للبيع على نقل الملكية الذي هو من خصائص البيع ومن أهداف العقد التي يتوخاها المتعاقدان.

عقد البيع ملزم لجانبين: فيلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن، وبذلك يختلف عقد البيع عن الهبة التي هي عقد ملزم لجانب واحد.

عقد البيع عقد معاوضة حيث أن البائع يحصل على الثمن ويحصل المشتري على المبيع، وهو بذلك يختلف عن عقود التبرع التي يكون الملتزم طرفا واحدا كالهبة مثلا.

عقد البيع عقد رضائي فالبيع يتم بمجرد التراضي وتبادل الإيجاب والقبول، ولم يشترط المشرع شكلا معيناً لانعقاد البيع إلا في بيع العقار فقد أوجب المشرع أن يحجر بيع العقار في عقد رسمي (المادة 324 مكرر 1 من ق م ج) والسفينة (المادة 49 من القانون البحري) ⁶ والمحل التجاري (المادة 324 مكرر 1 من ق م ج) فقد اشترط المشرع الكتابة الرسمية لانعقاد هذه التصرفات.

عقد البيع يرد على الملكية وعلى الحقوق المالية الأخرى فالبيع لا يرد على حق الملكية فقط وإنما يرد على سائر الحقوق المالية والعينية والشخصية والذهنية، فيمكن أن يكون محله حقا شخصيا كما في حوالة الحق، وقد يكون حقا من حقوق الملكية الفكرية.

عقد البيع يشترط فيه الثمن النقدي فالبيع يجب أن يكون المقابل نقديا وإلا كان عقد معاوضة، أي اتجاه إرادة الطرفين إلى أن يكون نقل الحق في مقابل ثمن نقدي يلتزم به المشتري، ويجب أن يكون هذا المقابل

⁴ محمد سكال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم ، بيروت ، ط 1 ، 2001 ، ص 14 .

⁵ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1994 ، ج 2 ، ص 2 .

⁶ تنص المادة على : (إن العقود المنشئة أو الناقلة أو المسقطه لحق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى المترتبة على السفن أو حصصها يجب أن تثبت تحت طائلة البطلان بسند رسمي صادر عن الموثق، يتضمن نوع السفن وسعتها ومداخلها ومخارجها وأسماء مالكيها السابقين ويقدر الإمكان طابع وتاريخ عمليات نقل الملكية المتعاقبة ، ويكون قيدها إلزاميا في سجل السفينة) أمر رقم 76 / 80 في 23 أكتوبر 1976 المتضمن القانون البحري جريدة رسمية رقم 29 في 09 أبريل 1979 .

مبلغاً من النقود ويسمى الثمن وبذلك يختلف عن المقايضة ، كذلك يجب أن يكون الثمن جدياً لا سوريا ولا تافهاً ولا بخساً.

تمييز عقد البيع عن غيره من العقود

البيع والمقاول:

تعرف المقاوله بأنها: " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بصنع شيء أو تأدية عمل لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر "7 ، وقد يختلط الأمر بين البيع والمقاوله لوجود تشابه بينهما فيصعب التفرقة بينهما، ولتمييز بين العقدين ننظر . فإذا كان الصانع هو الذي ورد المواد الأولية التي يستخدمها وكانت قيمتها أكبر من قيمة عمله ، فالعقد بيع ، لأننا نرجح الأعلى ثمناً وهو المواد الأولية.

أما إذا كانت المواد الأولية أقل قيمة من عمل المقاول ، كالرسام يورد القماش أو الورق الذي يرسم عليه والألوان التي يرسم بها ، فهذه المواد أقل بكثير من قيمة عمل الفنان ، ويكون العقد عقد مقاوله لا عقد بيع ، وكذلك الخياط إذا ورد القماش وكانت قيمته أقل من قيمة العمل فالعقد مقاوله ، وإذا كانت قيمته أكبر فالعقد بيع⁸ وقد تتقارب قيمة القماش وقيمة العمل ، فالعقد يكون في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاوله⁹

وفي حالة المقاول الذي يتعهد بإقامة مبني ، فإن كانت الأرض التي يقام عليها المبني ملكاً لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقاوله ، وإن كانت الأرض ملكاً للمقاول فالعقد بيع¹⁰ .

ومنه فان ما يقدمه المقاول من أشياء ثانوية كمواد وأدوات البناء على غرار أصل الشيء (العقار) فنكون هنا بصدد عقد إيجار ، أما إن كان جوهر الشيء مع الأشياء الثانوية تابعة للمقاول فنكون هنا أمام عقد بيع . ويسمى عقد المقاوله في الفقه الإسلامي بعقد الاستصناع

7 المادة 549 من القانون المدني الجزائري.

8 تنص المادة 658 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي : ((يجوز في الاستصناع أن يقتصر الصانع على تقديم عمله فقط ، فيقدم صاحب الأمر المواد عند الاقتضاء ، كما يجوز له أيضاً أن يقدم المواد مع عمله ، على أنه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هي الموضوع الأصلي في العقد ولم يكن العمل إلى فرعا ، كان هناك بيع لا استصناع))

9 السنهوري ، ج 4 ، ص 28 .

10 السنهوري ، ج 4 ، ص 28 .

البيع والإيجار: " الإيجار هو عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم"¹¹، فعقد الإيجار ينعقد على المنفعة وهو يختلف عن البيع في كونه ينعقد على العين بحد ذاتها، ولكن قد يختلط الأمر كما في البيع الإيجاري الذي هو العقد الذي يريد فيه المتعاقدان الإيجار والبيع معا ، فهو إيجار إلى أن يتم الوفاء بالثمن كاملا وبيع حين يتم الوفاء ، يثور التساؤل عند البيع بالإيجار هل هو بيع أم إيجار؟

ولكن من غير المنطقي أن يوصف عقد واحد في نفس الوقت بأنه بيع وإيجار معا لأن طبيعة كل من هذين العقدين تختلف عن الأخرى، وإذا اعتبرناه بيعا بالتفسيط معلقا على شرط واقف هو الوفاء بكافة الأقساط، فأين هي الأجرة في عقد الإيجار ؟ وإذا اعتبرناه إيجارا معلقا على شرط فاسخ هو الوفاء بالأجرة فأين هو الثمن في عقد البيع ؟

إذن لا بد من تكييفه بأحد الوصفين إما يكون بيعا وإما إيجار، لذلك نص المشرع الجزائري على اعتبار العقد في هذه الحالة شرط واقف معلقا على شرط واقف وجعل انتقال الملكية معلقا على دفع الأقساط فنجد المادة 363 مديني جزائري بعد أن بينت في فقراتها الثلاثة الأولى حكم البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية نصت في فقرتها الرابعة " تسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى ولو أعطى المتعاقدان أن للبيع صفة الإيجار "

فالبيع الإيجاري إذن بيع فحسب و يلاحظ الفرق بين البيع الإيجاري الذي هو عقد والذي اعتبره المشرع بيعا فحسب ، وبين الإيجار المقترن بالوعد بالبيع الذي يتضمن عقدين كل منهما مستقل عن الآخر عقد إيجار والوعد بالبيع.

البيع والمقايضة: نصت المادة 413 مديني جزائري على أن " المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود "

¹¹ المادة 467 من القانون المدني الجزائري.

والفرق الجوهرى بين البيع والمقايضة ينحصر فى طبيعة المقابل فهو فى البيع ثمن نقدي وفى المقايضة مال ليس من النقود، وقد يحتلط الأمر وإذا كان أحد العوضين مختلطاً أى بعضه نقود وبعضه مال آخر غير النقود، فيعتبر بيعاً إذا كان الغالب نقوداً ويعتبر مقايضة إذا غلب النوع الآخر من المال.

البيع والهبة : تعرف الهبة بأنها تمليك المال فى الحال مجاناً وركنا الهبة الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له ووقد تكون الهبة بعوض وهى الحالة التى يفرض فيها الواهب على الموهوب له القيام بالتزام معين، فإذا كان العوض مساوياً فى القيمة للمال الموهوب فهذا عقد بيع لانتفاء نية التبرع، وإذا كان العوض أقل من المال الموهوب فى القيمة فهذا عقد هبة بعوض وهنا أيضاً تنتفى نية التبرع، وفى حالة الثمن البخس فالعقد هبة لا بيع.

وقد يتخذ البيع ستاراً للهبة ، فيذكر فيه عوض على أنه الثمن ، ثم يهب البائع الثمن للمشتري، مثل هذا العقد لا شك فى طبيعته فهو هبة، وتسرى عليه أحكام الهبة¹² ،

الهبة المستورة فى صورة بيع : قد ترد الهبة مستورة فى صورة بيع ، وفى 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 ما عدا شرط الشكل ، فلا يشترط أن تتم الهبة فى الشكل الذى يستلزمه القانون، كما يلزم فضلاً عن ذلك أن تتوافر شروط العقد الساتر لها وهو البيع ما عدا السبب إذ العبرة فى الهبة المستورة بسبب الهبة ذاتها كما يجب أن يكون للعقد الظاهر مظهر البيع فعلاً بحيث لا يكشف عن العقد المستتر ولهذا يجب ذكر الثمن. فإذا ذكر الثمن ثم ذكر بعده مباشرة أن البائع قد وهب.

البيع والوكالة : الوكالة أو الإنابة هى " عقد يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شئ لحساب الموكل وباسمه"¹³ ، وهذه هى الوكالة النيابية، وقد يتعهد الوكيل بان يقوم بالعمل القانونى باسمه هو لحساب الموكل

¹² السنهورى، الوسيط ، ج 4 ، ص 23 (الهامش رقم 2)
¹³ المادة 571 من القانون المدنى الجزائرى.

على أن يقوم بعد ذلك بنقل ما اكتسب من حقوق إلى الموكل الذي ابرم العمل القانوني لحسابه وهذه هي الوكالة غير النيابة ، إذ أن من شروط النيابة أن يعقد النائب العقد باسم الأصيل¹⁴ .

ولكن يثور التساؤل إذا لم يكن قصد العاقدين واضحا، كأن يسلم تاجر الجملة البضاعة إلى تاجر التجزئة ليبيعه إلى عملائه ويحاسب تاجر الجملة بعد ذلك في مقابل عمولة معينة فنكون إزاء وكالة بالعمولة، و قد يتفق الطرفان على بيع السلعة ونقل ملكيتها إلى تاجر التجزئة الذي يكون له الحق في أن يتصرف فيها هو لحسابه وبأي ثمن فنكون إزاء عقد بيع.

البيع والرهن: يعرف عقد الرهن بأنه : (الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه او على غيره ان يسلم الى الدائن او الى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئا يرقب عليه الدائن حقا عينيا يخوله حق حبس الشيء الى ان يستوفي دينه وان يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في ان يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون)¹⁵

وتنص المادة 882 (الرهن الرسمي عقد يكتسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان)

ولا يحتل الرهن بالبيع العادي ، غير انه قد يتفق في البيع أن يكون للبائع في خلال مدة معينة حق الاسترداد العين المباعة في مقابل رد الثمن الذي دفعه المشتري مضافا إليه المصروفات، ويسمى هذا العقد بيع الوفاء،

أما الرهن ففيه يحتفظ الراهن بملكية الشيء المرهون، ويقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن حق تملك الشيء المرهون عند عدم استيفاء حقه وقت حلول اجل الاستحقاق وأن يبيعه دون إتباع الإجراءات التي فرضها القانون المادتان 903 و 960 مدني جزائري.

14 المادتان 73 و 74 من القانون المدني الجزائري.
15 المادة 948 من القانون المدني الجزائري

حيث تنص المادة 903 على ما يلي: يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن.

غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه.

وتنص المادة 960 على: " تسري على رهن الحياة أحكام المادة 901 المتعلقة بمسؤولية الراهن غير المدين وأحكام المادة 903 المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات "

البيع والصلح: نصت المادة 459 مدني جزائري على أن " الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه " .

وقد يتشابه الصلح والبيع إذا تنازل أحد الطرفين عن حقه أو عن بعض حقه للآخر بمبلغ نقدي معين خارج عن موضوع النزاع، ويسمى هذا ببدل الصلح، ويجوز أن يكون بدل الصلح شيئا آخر غير النقود، فقد يكون العقد مقايضة، وقد يتنازل احد الطرفين بدون مقابل فيكون العقد هبة في صورة صلح.

أركان عقد البيع

بالرجوع للقواعد العامة للعقد فإن للعقد ثلاثة أركان هي: الرضا والمحل والسبب، فإذا انعدم ركن لم ينعقد العقد أصلا ويكون العقد باطلا بطلانا مطلقا، وقد يفرض القانون أركانا أخرى خاصة بكل عقد على

حدة ، كأن يشترط الشكلية كركن كما في بيع العقار وبيع السفينة وبيع المحل التجاري، أو أن يشترط التسليم في العقود العينية¹⁶ كالوديعة، العارية، وعقد الهبة¹⁷ في بعض القوانين العربية والغربية¹⁸ وبعض المذاهب الفقهية الإسلامية¹⁹.

ويشترط لكل ركن من هذه الأركان (الرضا والمحل والسبب) شروطا إذا تخلف شرط منها اختل الركن ولم ينعقد العقد بسبب انعدام الشرط.

الركن الأول: التراضي في عقد البيع

يُعرّف التراضي بأنه: " تطابق إرادتين على إحداث أثر قانوني " ، كما عرفنا في القواعد العامة للعقد فيما يتعلق بطرق التعبير عن الإرادة ووقتها والقوة الملزمة للإيجاب وسقوطه ومكان وزمان التعاقد وغيره من الأحكام، فلا ينعقد البيع إلا بتطابق الإرادتين إرادة البائع وإرادة المشتري على نقل ملكية الشيء المبيع من البائع إلى المشتري مقابل ثمن نقدي، غير أن في البيع نوعين من المسائل التي تكون محلا لتطابق الإرادتين: مسائل جوهرية ومسائل تفصيلية، نصلها فيما يلي:

المسائل الجوهرية: وهي تمثل الحد الأدنى من مسائل البيع التي يجب أن يتم حولها تطابق إرادتين البائع والمشتري وبدون اتفاق عليهما لا ينعقد البيع وهي: طبيعة العقد و المبيع والثمن.

الاتفاق على طبيعة العقد: فيجب أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إبرام عقد بيع أي نقل الملكية في مقابل ثمن نقدي فلو قصد المتعاقد الأول البيع وقصد الثاني الإيجار فلا ينعقد أي من العقدين لاختلاف الإرادتين وعدم تطابقهما.

¹⁶ العقود العينية هي العقود التي لا يكفي لانعقادها تبادل الإيجاب والقبول بل يجب أن يتم تسليم العين ليعقد العقد (عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، نظرية الالتزام) ج 1 ، ص 153

¹⁷ المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري: " الهبة تملك بلا عوض " و تنص المادة 206 من نفس القانون على ما يلي : " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم بالحيازة .

¹⁸ القانون السويسري في الرهن الحيازي و القانون الألماني في القرض و رهن الحيازة.

¹⁹ يرى الفقه الشافعي أن الهبة لا تنعقد إلا بالتسليم .

الاتفاق على المبيع: كما يجب أن تتفق إرادة المتعاقدين على ذات الشيء المبيع، فإذا اتجهت إرادة البائع إلى نقل ملكية سيارة من نوع معين، وكان قصد المشتري تملك سيارة أخرى غير التي قصدتها البائع ففي هذه الحال لا ينعقد البيع أصلاً، أو قصد البائع سكناً معيناً وكان المشتري يقصد سكناً آخر فلا ينعقد البيع لعدم تطابق الإرادتين، وهكذا.

الاتفاق على الثمن: كما يجب كذلك أن تتفق الإرادتان على ثمن نقدي محدد ومعلوم، فلا ينعقد البيع إذا عرض أحد الطرفين البيع بثمن معين فقبل الطرف الآخر الشراء بثمن أقل. مثلاً إذا عرض البائع سيارته بمبلغ معين و قبل المشتري الشراء بثمن أقل لا ينعقد البيع ما دامت الإرادتين غير متفقتين. وإذا عرض المشتري ثمناً أكبر من الثمن الذي عرضه البائع، فإن عقد البيع ينعقد باقل الثمنين. المشتري الذي يقبل الشراء بالثمن الأكبر يعتبر راضياً بالثمن الأقل، ويمكن أن يتفق العاقدان على أسس تحديد الثمن، دون أن يحددوا الثمن بقدر معلوم، ومن الأمثلة على أسس تحديد الثمن: ثمن السوق فإذا اختلفا في الثمن أو اختلفا في الأساس المحدد للثمن لم ينعقد البيع.

المسائل التفصيلية:

تنص المادة 65 ق.م ج على أنه " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليه اعتبر العقد منبرماً، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة "

من خلال هذا النص يفهم أن مجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية كافية لانعقاد البيع حتى ولو لم يتفق الطرفان على المسائل التفصيلية، فيمكن عدم الاتفاق على نفقات عقد البيع مثلاً أو زمان ومكان التسليم ومصاريفه إلخ.

شروط الرضا : يجب لتوافر ركن الرضا

شروط وجود الرضا: أي الشروط التي يجب أن تتوفر لوجود التراضي

1- توافر الأهلية لدى المتعاقدين. استكمال العاقدين لأهلية الأداء 19 سنة كاملة وأهلية التبرع مع انتفاء عوارض الأهلية

2- وتطابق إرادتهما الإيجاب والقبول وبانعدام شرطي الوجود بكون العقد باطلا بطلانا مطلقا.

شروط صحة التراضي: وهي الشروط التي يجب أن تتوفر لتكون إرادة المتعاقد صحيحة

1- وهو شرط خلو إرادة كل من المتعاقدين من عيوب الرضا، وهي : الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال، ووجود هذه العيوب يجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا أي يعتبر قابلا للإبطال بالنسبة للعقد ناقص الأهلية أو الذي شاب رضائه عيب من العيوب السالف ذكرها دون الآخر.

فإذا طلب العاقد الذي تقرر البطلان النسبي لمصلحته إبطال العقد حكم له القاضي بذلك وله أن يتنازل هو أو وليه عن البطلان بإجازة العقد وعندئذ يستقر العقد وينتج آثاره - كما مر معنا في النظرية العامة للعقد.

صور خاصة للتراضي في عقد البيع

سنتناول بعض الصور الخاصة للتراضي فنعالج الوعد بالبيع والشراء وبعض البيوع الموصوفة الأخرى كالبيع بالعربون، والبيع بشرط التجربة، والبيع بالعينة ، والبيع بشرط المذاق.

أولا/ الوعد بالبيع

لم يخصص الوعد بالبيع بنص خاص وإنما نرجع إلى الأحكام العامة المتعلقة بالوعد بالعقد التي تنطبق على الوعد بالبيع وبالرجوع إلى المادة 71 ق.م ج يتبين لنا أن الوعد بالبيع ليس مجرد إيجاب بل هو عقد تام يتم بتطابق الإيجاب والقبول، إلا أن الوعد بالبيع ليس هو عقد البيع المقصود النهائي ذاته وإنما هو تمهيد له (فهو عقد ابتدائي) ، ويتضمن الوعد بالبيع التزاما من الواعد عن طريق وعده ببيع شيء معين بثمن محدد إذا ما

أبدى الطرف الآخر الموعود له رغبة في الشراء خلال مدة معينة، فلا بد لانعقاده من تحديد المسائل الجوهرية للبيع المراد إبرامه لاحقا بالإضافة إلى المدة.

صوره: له ثلاث صور

أ- الوعد بالبيع:

والملتزم فيه (المدين) هو البائع أما الموعود له (المشتري) فلا التزام عليه.

ب- الوعد بالشراء: وهذه عكس الصورة الأولى: فالواعد الملتزم هو المشتري ولا التزام على البائع.

ج- الوعد بالبيع والشراء معا: أي الوعد التبادلي فنكون بصدد عقد كل منهما ملزم لجانب واحد فقط هو الواعد فالأول ملتزم بالوعد بالبيع والثاني ملتزم بالوعد بالشراء خلال المدة المتفق عليها، وقد تختلف مدتا الوعدين ويكون كل من الطرفين واعد وموعود له في آن واحد، وينعقد البيع النهائي بمجرد إبداء الموعود له رغبته في البيع أو الشراء خلال المدة المحددة وإلا سقط الواعدان وتحلل الطرفان من التزامهما

شروطه:

1. تحديد المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه وهي: طبيعة العقد البيع والمبيع والتمن أو أساسه تحديد الثمن كما في عقد البيع.

2. تحديد المدة: التي يجب على الموعود له إبداء رغبته خلالها وعدم الاتفاق على المدة يبطل الوعد بالبيع إذ لا يعقل أن يبقى الواعد ملتزما بوعده أبدا، ويعتبر إبداء الرغبة فاصلا بين مرحلتين مختلفتين ففي الفترة السابقة لإبداء الرغبة بالبيع يرتب الوعد التزامات في ذمة الواعد وحقوق شخصية للموعود له،

وتبعا لذلك يلتزم الواعد بالامتناع عن أي تصرف في الشيء الموعود بيعه يضر بالموعود له، فإذا تصرف في (الشيء) الموعود به بالبيع مثلا لطرف ثالث أو أي تصرف اعتبر مخلا بالتزامه، لكن لا تبطل تصرفاته لأنه تصرف في ملكيته إذ يبقى تصرفه قائما وصحيحا بين الواعد والمتصرف إليه (طرف ثالث)

وبالتالي لا يمكن للموعد له الاحتجاج بوعده اتجاه المتصرف إليه بل له المطالبة بالتعويض من قبل الواعد على أساس المسؤولية العقدية.

ويبقى الموعد له في حل من أمره غير ملتزم بأي شيء تجاه الواعد، فليس عليه أي التزام طيلة فترة الوعد، وله أن يبدي رغبته في البيع أو رفضه، وإذا انتهت المدة وسكت الموعد له تحلل الواعد من التزامه .

وأما بعد إبداء الموعد له رغبته فإن البيع ينعقد بمجرد إبدائها من طرفه دون الحاجة إلى قبول جديد من الواعد، ووفقا للمادة 71 من ق م ج فإن الموعد له حق اللجوء إل القضاء وطلب تنفيذ الوعد إذا نكل الواعد بوعده ويقوم الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به مقام العقد.

وليس لإبداء الرغبة أثر رجعي ويجب أن تصل إلى علم الواعد أثناء المدة المحددة فلو أدى الموعد له رغبته أثناء المدة ولم تصل إلى الواعد إلا بعد انتهائها فإنها تعتبر عدما ولو بسبب قوة قاهرة.

ثانيا/ البيع بالعربون: المادة 72 مكرر

-القاضي ليس له الحق أن يعدل العربون.

-الشرط الجزائي شرط اتفاق يخضع لإرادة الطرفين لا ينفذ إلا إذا استحال التنفيذ العيني.

-لقاضي الموضوع في حالة الضرر الشرط الجزائي حيث يرهق أحد المتعاقدين يمكن للقاضي أن يعدل الشرط الجزائي.

-استحدث القانون المدني الجزائري نصا خاصا بالتعاقد بالعربون في تعديل 2005²⁰ فنصت المادة 72

مكرر من ق م ج: (يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها إلا إذا قضى الاتفاق على خلاف ذلك.

فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر).

²⁰ قانون رقم 10/05 مؤرخ في 20 يونيو 2005م المعدل للقانون المدني الجزائري.

وقد عالج القضاء الجزائري البيع بالعربون قبل هذا النص بقرار أصدرته المحكمة العليا (الغرفة المدنية) يتعلق بالبيع بالعربون بتاريخ 1981/01/31 تحت رقم 14/447 جاء فيه (إذا عدل البائع عن البيع وجب عليه رد ضعف العربون وينقضي كل قرار يقضي بخلاف هذا المبدأ القضائي الثابت) والعربون مبلغ نقدي يدفعه المشتري للبائع عادة عند إبرام العقد .

ويمكن تكييف العربون أي المبلغ النقدي الذي يدفعه المشتري باعتبار قصد المتعاقدين تكييفين :

1- على أنه شروع في تنفيذ العقد، إذا استمر المشتري في العقد، لأنه يعتبر جزءا من الثمن.

2- أنه احتفاظ بحق العدول عن التعاقد (التزام بدين عن الالتزام الأصلي)

والتكييف الثاني هو الذي يقره النص والعرف (أي أنه استبقاء لحق العدول عن العقد ابتداء وليس بدءا في التنفيذ، فالمشتري يقدم العربون بدلا عن الثمن والبائع يقدمه بدلا عن نقل الملكية ولسنا هنا بصدد قاعدة أمرة بل مكملة، فيجوز أن يتفق المتعاقدان على اعتبار العربون بدءا في تنفيذ العقد ولا يمكن بالتالي العدول عنه²¹.

3- البيع بشرط التجربة

يقصد به إعطاء المشتري إمكانية تجربة المبيع قبل الشراء النهائي، ويمكن أن يكون صريحا أو ضمنا حسب طبيعة المبيع، كشراء الملابس، أو شراء آلات معقدة لا تُعرف صلاحيتها إلا بالتجربة²²، وفي أغلب هذه البيوع يعتبر شرطا ضمنيا، ويمكن تكييف هذا النوع من البيع تكييفين مختلفين :

(أ) التكييف الأول : أنه عقد بيع معلق على شرط واقف، وهو ما ارتأه المشرع ابتداء فنصت المادة 2/355 على أنه (يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ. والشرط الوقف في هذا البيع هو قبول المشتري بالمبيع بعد تجربته ، فإذا جربه ولم يرتضه لم يتحقق الشرط الواقف.

²¹ السنهوري، الوسيط، ج 4، ص 80.

²² السنهوري، الوسيط، ج 4، ص 118 .

وإذا تحقق هذا الشرط الواقف (القبول) فإن البيع يعتبر مبرما من وقت الاتفاق على الشرط ، أي أن تنتقل الملكية للمشتري بأثر رجعي وتزول ملكية البائع بأثر رجعي كذلك، والشرط الواقف بالنسبة للمشتري هو في الوقت نفسه شرط فاسخ بالنسبة للبائع ولذلك فبتحققه تثبت حقوق الغير التي رتبها المشتري أثناء مدة التجربة بأثر رجعي وتزول الحقوق التي رتبها البائع بأثر رجعي.

ووفق هذا التكييف (المعلق على شرط واقف) فإن ملكية المبيع قبل تحقق الشرط تبقى للبائع، وإذا هلك المبيع أثناء مدة التجربة تحت يد المشتري تحمل البائع تبعه الهلاك.

كما يمكن لدائي البائع الحجز على مبيع تحت يد المشتري (دعوى غير مباشرة من دعاوى التنفيذ الجبري = حجز ما للمدين لدى الغير) : وذلك إذا اتفق المتعاقدان صراحة على هذا التكييف أو يتبين من ظروف العقد أن البيع معلق على شرط فاسخ (الشرط الفاسخ هنا هو رفض المشتري للمبيع بعد تجربته) ووفقا لهذا التكييف فإن عقد البيع مبرم تترتب عليه جميع آثاره بما في ذلك نقل الملكية، فيصبح المشتري مالكا للمبيع أثناء مدة التجربة، فإذا تحقق الشرط الفاسخ فإن العقد يزول بأثر رجعي، أي زالت ملكية المشتري بأثر رجعي وكذا الحقوق التي يكون المشتري قد رتبها للغير قبل رفضه للمبيع.

والشرط الفاسخ بالنسبة للمشتري هو نفسه شرط واقف بالنسبة للبائع فيتحقق الشرط الفاسخ (رفض المشتري للمبيع) تثبت ملكية البائع بأثر رجعي وكذا الحقوق التي يكون قد رتبها قبل تحقق الشرط الفاسخ ووفقا لهذا التكييف أيضا فإن هلك المبيع أثناء فترة التجربة تحمل تبعته المشتري لكونه مالكا، وبالنسبة لمدة التجربة فإنها تحدد في العقد، فإذا أغفلت حدد البائع مدة معقولة للتجربة.

وقد ألزم المشرع الجزائري البائع بتمكين المشتري من تجربة المبيع خلال المدة المحددة طبقا للمادة 355 مدني، فإذا رفض البائع ذلك جاز للمشتري إجباره قضاء، ومقابل هذا الالتزام من البائع فإن على المشتري كذلك التزاما يتمثل في وجوب القيام بالتجربة بنفسه أو من ينوبه، فإذا تسلم المشتري المبيع بالتجربة والتزم السكوت حتى انتهاء المدة أعتبر سكوته قبولا.

كما أن كيفية تجربة المبيع متروكة للمشتري فقد يقوم بها بنفسه وقد يكلف غيره وقد تكون بحضور البائع أو في غيابه، لكن يعتبر المشتري مخلا إذا جرب السلعة بطريقة غير عادية كأن يخالف تعليمات الاستعمال ويبقى اتفاق المتعاقدين ساريا.

البيع بالمذاق:

نصت المادة 355 مدي جزائري على أنه (يتعين على المشتري في البيع بشرط المذاق أن يقبل المبيع كيفما شاء غير أنه يجب عليه أن يعلن بقبوله بالأجل المحدد بعقد الاتفاق أو العرف ولا ينعقد البيع إلا من يوم هذا الإعلان)

ويقصد به إعطاء المشتري إمكانية تذوق بعضا من الشيء المبيع، ويتوقف انعقاد البيع على رغبة المشتري بعد التذوق، وعادة ما يكون في المبيعات التي لا تُعرف إلا بالمذاق، كزيت الزيتون والعسل والسمن البلدي ... وواضح من نص المادة أن المعيار في هذه الحالة شخصي حيث يمكن للمشتري رفض السلعة تبعا لذوقه، وربما تكون السلعة جيدة، ولا ينعقد هذا العقد أصلا إلا من وقت إعلان المشتري للقبول، أي لا وجود لعقد بيع في لفترة السابقة، إذ توجد إرادة البائع وحدها دون إرادة المشتري وعليه يكيف هذا العقد قبل إعلان المشتري بقبوله بأنه " وعد بالبيع "²³ يلتزم فيه الواعد (البائع) بالبيع إذا قبل المشتري المبيع بعد تذوقه ولا سلطة للمشتري على المبيع قبل ذلك.

وبما أنه وعد بالبيع فإن البائع الواعد يلتزم بتمكين المشتري من التذوق كما يلتزم بإبرام البيع إذا قبل المشتري، يتم التذوق في الزمان والمكان المتفق عليهما في العقد أو في مكان التسليم أو وفق ما يقضي به العرف، وخلال المدة المحددة.

²³ السنهوري، الوسيط، ج 4، ص 125.

5-البيع بالعينة:

نصت المادة 353 على ما يلي: (إذا انعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها، وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان علما لتعاقد بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة)

فبيع العينة هو أن يقوم البائع بعرض عينة على المشتري ، وقد يكون العكس أي أن المشتري يقدم العينة ويطلب السلعة المطابقة لها من البائع، كقطعة قماش أو حفنة من قمح، أو نوع من الثمار... ، ويعتبر تعيين العينة تعيينا للشيء المبيع من حيث الجنس والنوع ودرجة الجودة ورؤية العينة تغني عن رؤية المبيع²⁴، ويمكن تكييف هذا العقد تكييفين لهما نفس الأثر:

فيمكن تكييفه بأنه بيع تام وبات من وقت الاتفاق على العينة، فإذا نكل البائع عن الالتزام بتقديم بضاعة مطابقة للعينة كان للمشتري إلزامه بتقديمها عن طريق القضاء، وللقاضي أن يلزم البائع بشرائها من السوق وله أن يأذن للمشتري بشرائها على حساب البائع وعلى البائع دفع الفرق إذا زاد سعر السوق عن السعر المتفق عليه في العقد، بشرط أن تكون زيادة عادية أي زيادة غير مرهقة، وإذا قدم البائع بضاعة مطابقة تماما للعينة فليس للمشتري رفض المبيع لعدم مطابقته لرغبته الشخصية وإلا اعتبر متعسفا وأمكن للبائع إلزامه بقبول السلعة، أما إذا كانت البضاعة غير مطابقة للعينة سواء كانت أكثر جودة أو أقل جودة فلا يلزم المشتري بتنفيذ التزامه بل له عندئذ طلب الفسخ مع التعويض أو بدونه كما له إلزام البائع بالوفاء العيني²⁵.

المحل في عقد البيع وهو المبيع و الثمن

المبيع كمحل لعقد البيع:

²⁴ السنهوري، الوسيط، ج 4، ص 210 .

²⁵ محمد حسنين، عقد البيع في القانون الجزائري ص 43 .

لا توجد مواد خاصة بعقد البيع وإنما نرجع إلى القواعد العامة لمحل الالتزام أي المواد من 90 إلى 96 ق.م ج فإن المبيع يشترط موجودا ومعينا ومشروعاً وملكاً للبائع

أولاً: أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود

ومعنى ذلك أن يوجد المبيع وقت البيع ابتداءً أو يكون قابلاً للوجود مستقبلاً، وإلا بطل العقد بطلاناً مطلقاً ، إذا كان المبيع ممكناً للوجود وفق ما نصت عليه المادة 92 فقرة 1 بشرط أن يكون وجوده محققاً، وقد استثنى القانون في 92 فقرة 2 (على أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه) ويلاحظ أن شرط الوجود يلازم الأشياء المعينة بذاتها أما إذا كان المبيع معيناً بنوعه فلا يُطرح الإشكال وجود المبيع إذا حدد مقداره وهو ما نصت عليها المادة 94 (إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً)

ب. أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعين:

أي يكون المبيع معيناً حقيقة أو قابلاً للتعين ويختلف ذلك بحسب ما إذا معيناً بذاته أو بنوعه فإذا كان المبيع قيمياً معيناً بالذات كالعقارات والسيارات المستعملة وبعض الحيوانات كالفرس فإنه يعين في العقد بذكر أوصافه الخاصة فإذا كان عقاراً مثلاً يعين بذكر أوصافه وحدوده ومساحته وموقعه وعدد طوابقه وكل ما يعرفه من أوصاف، أما الأشياء المثلية المعينة بنوعها كالحبوب والذهب البضاعة المختلفة فتعين بذكر جنسها ونوعها ومقدارها وزناً أو عدداً أو كيلاً.

وإذا لم تحدد درجة جودة المبيع في العقد فإن ذلك يستخلص من ظروف البيع أو من العرف، وإلا كان على البائع أن يقوم بتسليم مبيع من صنف متوسط، وهو ما نصت عليه المادة 94 فقرة 2 .

ج. أن يكون المبيع مشروعاً:

نصت المادة 93 ق م ج "إذا كان محل الالتزام مستحيلا بذاته أو مخالفًا للنظام العام أو الآداب كان باطلاً مطلقاً" وبطبيعة الحال أن كل الأشياء المشروعة تصلح أن تكون محلاً للبيع غير أن المشرع استثنى أشياء لا يمكن أن تكون محلاً للبيع وهي :

الأشياء غير الصالحة للتعامل فيها بحكم طبيعتها: وهي التي لا يمكن أن يستأثر أحد بجزائها كالهواء وأشعة الشمس لكن لو حيزت وأمكن الاستئثار بها جاز التعامل بها

الأشياء غير الصالحة للتعامل فيها بحكم القانون: كالتعامل في التركة المستقبلية في حياة مالكيها ولو برضاه²⁶، أو التعامل في الأموال العامة أو المخصصة للمنفعة العامة فلا يجوز حجزها ولا تملكها بالتقادم أو التعامل في أموال الوقف²⁷ ،

د. أن يكون المبيع مملوكاً للبائع: ويشترط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع فلا يمكن لشخص أن يبيع شيئاً لا يملكه، ومعنى بيع ملك الغير المقصود هنا هو بيع الشيء المعين بالذات غير المملوك للبائع²⁸

الثمن كمحل لالتزام المشتري: يجب أن يكون الثمن نقداً وحقيقياً ومعيناً أو قابلاً للتعين

أ. أن يكون الثمن نقدياً:

ويجب أن يكون الثمن نقدياً وهو ما نصت عليه المادة 351 من ق م ج، وهو ما يميز البيع عن المقايضة حيث يتميز البيع عن المقايضة بأن أحد المحلين المتبادلين في البيع يجب أن يكون نقوداً وهو الثمن ، فإذا كان الثمن غير نقود فالعقد مقايضة .

ولذلك فلو اتفق المتعاقدان على مقابل من غير النقود فلا يعتبر العقد بيعاً، ولكن يمكن اعتبار العقد بيعاً إذا كان الثمن نقدياً واتفق المتعاقدان على أن الوفاء يتم بما يقابله، وبالعكس لا يمكن أن نعتبر العقد بيعاً حتى لو اتفق المتعاقدان على الوفاء بما يقابله من نقود إذا كان المقابل مثلياً أو معيناً غير نقدي أثناء العقد،

²⁶ المادة 92 فقرة من القانون المدني الجزائري .

²⁷ المادة 23 من قانون 10/91 المتعلق بالوقف

²⁸ المادة 397 من القانون المدني الجزائري

إذ لا تأثير لكيفية دفع الثمن في تحديد طبيعة العقد، فقد يُدفع الثمن جملة واحدة أو تقسيماً معجلاً أو مؤجلاً، وقد يدفع إلى البائع أو إلى غيره من طرف المشتري نفسه أو من طرف غيره ما دام ذلك كل باتفاق الطرفين.

وإذا كان الثمن بعضه نقوداً وبعضه غير نقود، نظرنا إلى العنصر الغالب فيه، فإن كان الغالب هو النقود، كان العقد بيعاً، وإن كان الغالب هو البديل غير النقود، كان العقد مقايضة، ويجوز أن يكون الثمن على شكل إيراد مرتب مدى الحياة ما دام نقدياً

ويلاحظ أيضاً أن البيع إذا ورد على عقار وكان الثمن بالتقسيط فإن الشكلية ركن تفرض أن يكون دفع الثمن شكلياً أيضاً أي أما الموثق الذي أبرم العقد.

ب. أن يكون الثمن جدياً حقيقياً: أي أن لا يكون صورياً ولا تافهاً

*** الثمن الصوري :** يكون الثمن صورياً إذا كان البائع لا يقصد أن يتقضاه من المشتري، بل يذكر في العقد مبلغاً من النقود ليكون ثمناً صحيحاً ظاهرياً حتى يسلم عقد البيع في مظهره الخارجي، ومتى ثبت أن الثمن صوري فإن العقد لا يكون بيعاً، ولكنه قد يكون هبة مستترة في صورة بيع فيصح كهبة دون حاجة إلى ورقة رسمية.

*** الثمن التافه :** والثمن التافه كالثمن الصوري في الحكم، فكما لا يتم البيع بالثمن الصوري لا يتم بالثمن التافه، والثمن التافه هو مبلغ من النقود يصل من التافهة في عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى حد يبعث على الاعتقاد بأن البائع لم يتعاقد للحصول على مثل هذا المقدار التافه، وإن كان قد حصل عليه فعلاً، فالثمن التافه هو الثمن الذي لا يتناسب إطلاقاً مع قيمة المبيع حيث يقل عنها كثيراً بصورة تجعله كالمعدوم فإذا تم البيع هكذا عدا باطلاً مطلقاً لتخلف ركن المحل وهو الثمن .

وهو ثمن لا يقصد البائع طلبه ولا المشتري الوفاء به وهو المذكور في العقد فهو ثمن وهمي يذكر في العقد ليظهر العقد بمظهر البيع ثم يعنى المشتري منه أو من الوفاء به كما قد يتضمن العقد شرط يعنى المشتري من الثمن أو يوهب له.

ويعتبر العقد في هذه الحالات تبرعا مكشوفاً والعبرة في جدية الثمن وقت إبرام العقد فلا يعتبر الإجراء من الثمن قرينة قطعية على الصورية، فقد يكون الإجراء لاحقاً للعقد منفصلاً عنه ونكون بصدد تعديل للعقد ويمكن أن تتحقق صورية الثمن إذا كان المذكور في العقد ثمن غير وهمي لكنه يخفي ثمناً آخر متفق عليه بين المتعاقدين.

وقد يكون الثمن المذكور أكبر بكثير من الثمن المتفق على دفعه وعادة ما يحدث ذلك إذا قصد البائع أن يحرم الشفيع من استغلال حقه في الشفعة ببيع العقار لكون الثمن المذكور مرهقاً للشفيع.

وقد يلجأ المتعاقدان إلى إخفاء جزء من الثمن تهرباً من رسوم التسجيل ولذلك نصت المادة 113 قانون التسجيل²⁹ على أنه (يكون باطلاً وعديم الأثر كل اتفاق يهدف إلى إخفاء جزء من ثمن بيع العقارات أو تنازل عن محل تجاري، ويمكن إثبات إخفاء الثمن بشتى وسائل الإثبات المقبولة في مادة التسجيل)

كما نصت المادة 118 من نفس الأمر على أن إدارة التسجيل تستطيع أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية... إلخ الذي ترى فيه أن ثمن البيع غير كاف مع دفع هذا الثمن مزاد فيه العشر لذوي الحقوق.

والخلاصة أن الثمن الجدي هو ما لم يكن صورياً أو تافهاً ويقع البيع صحيحاً إذا قل الثمن عن قيمة المبيع ما لم يصل إلى درجة التفاهة إذ لا يشترط تساوي الثمن وقيمة المبيع.

²⁹ الأمر 105/76 مؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل .

ج. أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين:

الأصل أن الثمن يحدده المتعاقدان أثناء العقد، والأغلب أن يتم تحديده صراحة وقد يحدد ضمناً كأن يحدده أحد الطرفين ويسكت الثاني دون اعتراض فيعتبر محدد بإرادته، أما إذا استقل أو انفرد أحدهما بتحديدته دون علم الثاني فلا ينعقد العقد لانعدام ركن الرضا.

وقد يتفق المتعاقدان على أسس معينة لتحديده فنصت المادة 1/356 انه (يجوز أن يقتصر على تقدير ثمن المبيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد)، ويجب أن تكون هذه الأسس واضحة لا تحدث النزاع وبتوافق الطرفين وقد نص المشرع على أساسين لتحديد الثمن على سبيل المثال لا الحصر:

الأول: تحديده بسعر السوق:

فنصت المادة 365 فقرة 2 على أنه (إذا وقع الاتفاق على الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يضع 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)

الثاني: هو تحديد السعر على أساس السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى التعامل به بين البائع والمشتري فنصت المادة 357 (إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن المبيع فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين أن المتعاقدين قد نوايا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما) ويستخلص هذا الاتفاق أو النية من ظروف البيع.

ويمكن إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة أن يوكل المتعاقدان أمر تحديد السعر إلى طرف ثالث يعين في العقد أو يتفقان عليه لاحقاً، فإذا عين في العقد انبرم البيع وإذا اتفق على تعيينه لاحقاً كنا بصدد حالتين:

1. عدم تعيينه لأي سبب كان فالبيع يعتبر عدماً لتخلف محل التزام المشتري وهو الثمن

2. إذا عين الشخص الثالث باتفاق لاحق فينعقد البيع معلقا على شرط واقف هو تحديد فعليا للثمن. أما إذا لم يحدده لم يتحقق الشرط وزال البيع بأثر رجعي أي كأن لم يكن، فإذا حدده تحقق الشرط فالعقد يعتبر منبرما من وقت تعيين الشخص لا من مجرد تحديد الثمن.

وقد يتفق المتعاقدان على أن الثمن هو نفسه الذي اشترى به البائع بدون زيادة أو بزيادة متفق عليها أو بنقصان فإذا ثار خلاف فعلى البائع إثبات الثمن الذي اشترى به.

3 - السبب: أن كون مشروعاً غير مخالف للنظام العام

لا يتميز ركن السبب في عقد البيع بمميزات خاصة عن السبب في القواعد العامة لذلك نكتفي بالتذكير بالسبب كركن في العقد في القواعد العامة، حيث تنص المادة 97 من ق م ج على : (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروعاً أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً) كما تنص المادة 98 من ق م ج على : (كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقدّم الدليل على ما يخالف ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه)

ولذلك يشترط للسبب شرطان :

أن يكون موجوداً :

أن يكون مشروعاً :

4 - الشكلية: كركن في بيع العقار:

الأصل في العقود أنها رضائية فيتم العقد بمجرد تبادل الإيجاب و القبول، حيث نصت المادة 59 من ق م ج على (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية)، وبذلك استثنى المشرع الجزائري بعضاً من العقود التي اعتبر الشكلية فيها ركناً أساسياً يبطل العقد بتخلف هذا الركن، ومنها بيع العقار، حيث نصت المادة 793 من ق م ج : (لا تنقل الملكية

والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار)

الشكلية

تعريف الشكلية: هي إفراغ العقد في شكل معين يفرضه القانون بالإضافة إلى ركن الرضا، فهي ركن في التصرف القانوني ويتخلفها يكون العقد باطلا.

قد يشترط المشرع لقيام العقد أن يكون مكتوباً، فهي كتابة مطلوبة لقيام الإلتزام بمقتضى القانون وقد يشترط القانون الكتابة من أجل الإثبات أمام القضاء وفي هذه الحالة لا تجعل العقد شكلياً وإنما تشترط الكتابة للإثبات فقط فهي ليست ركناً في العقد.

الكتابة الرسمية

وهي تحرير العقد في سند من قبل موظف عام أو محافظ عمومي أو موثق يختص في تحريرها من حيث المضمون والمكان وفق الأوضاع القانونية.

وقد عرفت المادة 324 العقد الرسمي على أنه : (العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه)

شروط العقد الرسمي : للعقد الرسمي ثلاثة شروط : يتعلق الشرط الأول بمحررالعقد،والشرط الثاني بإختصاص، والشرط الثالث بالأشكال القانونية الواجب إتباعها.

الشرط الأول : محور العقد: يشترط في العقد الرسمي أن يكون محررا من قبل:

الموظف : وقد ورد تعريفه في المادة 4 في فقرتها من الأمر 06 / 03 (يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة، ورسم في رتبة في السلم الإداري)

فيتضح مما سبق أن الموظف هو العون المرسم الذي يشغل منصبا دائما في مصلحة عمومية ، و تكون وضعيته بالنسبة للمؤسسة أو الإدارة قانونية.

الضابط العمومي : وهو الشخص الذي يخول له القانون سلطة تصدر وإعطاء الصبغة الرسمية للعقود أو الوثائق كرئيس البلدية، والموثق وكاتب الضبط لدى المحاكم...إلخ.

الشخص المكلف بخدمة عامة : وهم الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية كالحامين والموثقين...إلخ وتتولى السلطة العمومية تعيين هؤلاء إلا أنهم يتقاضون أتعابهم من المستفيدين من خدماتهم، ولما كان الأمر يتعلق بتسيير مرافق عمومية تولى القانون تنظيم هذه المهن

الشرط الثاني : الإختصاص:

يشترط في الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة أن يكون مختصا إقليميا ونوعيا. فإذا كانت صلاحياته لا تسمح له بمباشرة تحرير العقود الرسمية فلا يمكنه القيام بذلك، كما يجب أن يتقيد الضابط العمومي كذلك بحدود إختصاصه من حيث الموضوع والإقليم.

الشرط الثالث : الأشكال القانونية:

إن الأشكال التي يفرضها القانون مثل ما تنص عليه المادة 18 من القانون 88- 27 المتضمن التوثيق بقولها: (... وفي كل الحالات تحرر العقود باللغة العربية في نص واحد واضح تسهل قراءته بدون إختصار أو بياض أو نقص أو كتابة بين الأسطر، وتكتب المبالغ والسنة والشهر، ويوم التوقيع على العقد بالحروف، وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام، ويصادق على الإحالات في الهامش أو إلى أسفل الصفحات، وعلى عدد

الكلمات المشطوبة في العقد، بالتوقيع بالأحرف من قبل كل من الأطراف والشهود والموثق ... وما لم ينص التشريع المعمول به على خلاف ذلك يبين هذه العقود ما يلي : ... 1- إسم ولقب الموثق الذي يجرها ومكان ومقر إقامته, ... 2- إسم ولقب وصفة ومسكن وتاريخ ومحل ولادة الأطراف ... 3- إسم ولقب وصفة الشهود ... إلخ) وجاء في المادة 19 (لا يقبل ضمن العقد أي تحرير أو كتابة بين الأسطر أو إضافة كلمات ... تعتبر الكلمات المحررة أو المكتوبة بين السطور باطلة)

ومن بين التصرفات القانونية الواجب إفراغها في شكلية رسمية تحت طائلة البطلان تذكر المادة 324 من القانون المدني مكرر 1 : (... العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية, أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو تنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي, ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد)

إن الإغفال الكلي لهذه الشكلية التي تعد ركنا في العقد تمنع قيامه، ويعتبر العقد منعدما. بينما إغفال بعض الأشكال والشروط يفقد العقد صيغته الرسمية طبقا للمادة 326 مكرر 2 من القانون المدني التي تنص: (يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو إنعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف)

الكتابة العرفية:

وهو العقد الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه، فهي المحررات التي يقوم بإعدادها أطراف العقد بأنفسهم أو بواسطة وكيل، ويوقع عليها المتعاقدان ويتمثل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود في الكتابة العرفية لا غير. ولقد نصت المادة 327 من القانون المدني: (يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خطأ وإمضاء)

ويتطلب العقد العرفي توفر شرطين: أن يكون مكتوبا بخط المتعاقد الذي ينسب إليه، وأن يكون موقعا.

الشرط الأول : الكتابة والمقصود بالكتابة هو بيان مضمون الواقعة كأن تكون بيعا فيذكر عقد البيع و المبيع والتمن.

الشرط الثاني : التوقيع: وهو الإمضاء، وهو علامة مميزة لصاحبها يعرف بها -عادة- وتمثل في كتابته بخط اليد إسمه ولقبه في آخر الورقة، ويفيد التوقيع قبول المتعاقد الموقع ما ورد في هذه الورقة .

أهداف الشكلية : قصد المشرع بفرض الشكلية في العقود إلى تحقيق المصلحة العامة وكذا المصالح الخاصة

المصالح العامة: تتمثل في تحقيق الرقابة على التصرفات القانونية وتحقيق إيرادات للخزينة العمومية وتسهيل عمل القاضي،

المصالح الخاصة: وتمثل في حماية المتعاقدين من التسرع وحفظ حقوقهم وحماية الغير .

ركن الشكلية في عقد البيع : يتمثل ركن الشكلية في عقد البيع في المحرر الذي يحرره الموظف العمومي المختص بصفته ضابطا عموميا وفق الأشكال التي يفرضها القانون.

ركن الشكلية في عقد البيع هو وجوب إفراغ عقد البيع الوارد على عقار في الشكل الرسمي أي العقد التوثيقي والذي يحرره الموثق بصفته ضابطا عموميا في حدود اختصاصه المحلي والنوعي ووفق الأشكال التي نص عليها القانون.

حيث يجب على الأشخاص الراغبين في إبرام عقد بيع عقار أن يتقدموا إلى موثق مختص إقليميا لا يربطه بأحدهما رابطة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة ، حيث يتلقى الموثق التصريحات وفق الأصول المعمول بها والمنصوص عليها في القانون المدني والقوانين والتنظيمات المتعلقة بمهنة التوثيق، لا بد لكل طرف من أطراف العقد أن يقدم شهادة ميلاده وبطاقة التعريف الوطنية، ويضيف لها البائع سند الملكية وشهادة المطابقة وشهادة التأمين ضد خطر الكوارث الطبيعية بالنسبة للعقار المبني ، وتقويم العقار وكذا عند الضرورة مخططا هندسيا وصفيا حال بيع جزء من عقار مبني، مع ضرورة إيداع خمس الثمن المذكور

في العقد قانون المالية لسنة 2020

الالتزامات المعاصرة للبيع

الالتزام بنقل ملكية المبيع: هو أول التزام ينصب على عاتق البائع بمجرد إبرام العقد، نصت المادة 361 من القانون المدني بقولها: « يلتزم البائع بكل ما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري ، و أن يتمتع عن كل عمل منشأه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا

ولقد أخذ القانون الجزائري ، بالمبدأ المتمثل في انتقال ملكية المبيع بمجرد إبرام العقد ، إذ ا كنا بصدد منقول معين بذاته، في حين يقع على البائع التزام بنقل الملكية في حالة المنقول المعين بنوعه وكذا في حالة العقار وتبعاً لذلك سوف نتناول تلك المسائل أدناه

الفرع الأول انتقال الملكية في بيع المنقولات:

المنقول المعين بالذات

بالنسبة للمبيع المعين بذاته، تنتقل الملكية بقوة القانون فوراً للمشتري، بواقعة واحدة وهي تكوين العقد، ولا يهم أن يكون المبيع لم يتم تسليمه أو الثمن لم يدفع بعد، وهذا ما أوضحته صراحة المادة 165 من القانون المدني ، والتي وضعت خصيصاً لغرض البيع بقولها: (الالتزامات بنقل الملكية أو أي حق عينياً خر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري)

وهكذا يكون المشتري مالكا على الفور، في أي مكان يتواجد فيه المبيع، سواء كان بين يدي البائع، أو يدي الغير، وهذا ما يفسر التزامه باستلام المبيع .

وابتداء من تلك اللحظة نفسها يدخل المبيع في ذمته المالية، ويصبح رهن الدائنيه الذين بإمكانهم حجزه، أو من مخلفات تركته إن توفي . وتكون له لوحده الصفة لإبرام تصرفات بخصوص ذلك الشيء، وفي الوقت نفسه

يخرج الشيء من الذمة المالية للبائع، ولا يكون باستطاعة دائنية الحجز عليه، والتصرفات التي يبرمها بشأنه مثل البيع الجديد أو الإيجار تكون صادرة عن غير مالك.

ونفس الحال بالنسبة لانتقال الملكية في البيع الجزاف ، لصراحة نص المادة 362 من القانون المدني بقولها: (تنتقل الملكية في البيع الجزاف إلى المشتري بنفس الطريقة التي تنتقل بها ملكية الشيء المعين، ويعتبر البيع جزافا ولو كان تعيين الثمن متوقفا على تحديد مقدار الشيء المبيع)

و بذلك تنتقل الملكية في البيع الجزاف بمجرد إبرام العقد

شروط انتقال الملكية بمجرد العقد:

. أن يكون المبيع معنيا بذاته : هذا الشرط بديهي، لأن الملكية باعتبارها حقا عينيا لا ترد إلا على الأشياء المعينة بالذات،

. أن يكون المبيع مملوكا للبائع وقت البيع : فالبايع لا يستطيع أن ينقل للغير شيئا لا يملكه، و على هذا إذا كان البائع غير مالك للبيع، فلا يستطيع أن ينقل ملكيته إلى المشتري،

. أن يكون المبيع موجودا وقت العقد : لأنه إذا كان محتمل الوجود مستقبلا كما في بيع محصول مستقبل أو سلعة يراد صنعها، فإنه لا يكون صالحا لأن يرد عليه حق ملكية لا للبائع و لا للمشتري، فلا يتصور أن تنطبق عليه القاعدة، فبيع المحصول المقبل لا يجعل المشتري مالكا لهذا المحصول، بل يجعله فقط دائما به للبائع، فإذا ما تحقق وجود المحصول في وقت ما بعد البيع صار المشتري مالكا إياه ابتداء من هذا الوقت فقط،

أن يكون التزام البائع بنقل الملكية باتا : أي غير معلق على شرط ولا مضاف إلى أجل، وإلا فإنه يكون مما يخالف قصد العاقدين من انتقال ملكية المبيع إلى المشتري من وقت العقد، لأن قاعدة انتقال الملكية في المنقول المعين بذاته بمجرد العقد ليست من النظام العام فقد أجاز المشرع للبائع أن يشترط في العقد أن يكون

نقل الملكية موقوفا على دفع الثمن كله في حالة كون ثمن المبيع مؤجلا وحتى لو كان قد بادرتسليم المبيع للمشتري، و هذا حسب المادة 363 مدني.

المنقول المعين بنوعه

أما في المنقولات المعينة بنوعها فهي من المثليات التي تختلط ببعضها ويقوم بعضها مقام بعض، وقد عرفت المادة 686 من القانون المدني المثليات بقولها: (الأشياء المثلية هي التي يمكن تعويضها ببعضها البعض عند الوفاء، والتي من المعتاد أن تحدد في التعامل بين الناس بالعدد، أو المقياس أو الحجم أو الوزن) وتبعا لذلك لا تنتقل الملكية فيها إذا كانت محلا للبيع، إلا بالفرز، وهذا بواسطة عزل المبيع عن غيره وتفريده بحيث يصبح معينا بالذات، وهذا الالتزام يقع على البائع، الذي يقوم إما بعد المبيع وتحديد عدده أو قياسه كما في القماش أو تحديد حجمه أووزنه

وتبعا لذلك نصت المادة 166 من القانون المدني على أنه:

(إذا وردالالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل لحق إلا بإفراز هذاالشيء، فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوعذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غيرإخلال بحقه في التعويض)

(أ) . عملية إفراز المبيع: يقع هذاالالتزام الذي يكون الهدف منه هو نقل ملكية المبيع على عاتق البائع، فلو باع القماش خمسة أمتار من قماش معين، فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد فرزه بواسطة القياس للكمية المطلوبة و ذلك بقياسها وقطعها من بقية القماش، كما إذا باع شخص قنطارين من العلف موجود في مخزن، فإن الملكية لا تنتقل إلا بالفرز بواسطة الوزن وعلى البائع القيام بذلك الالتزام

(ب) . جزاء تملص البائع عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية:

إذا أحجم البائع عن تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع المعين بنوعه للمشتري، و هذا بعدم إفرازه بحيث يصبح معينا بذاته، فإن للمشتري خياران

الخيار الأول: و يتمثل في حصول المشتري على شئ من النوع ذاته على نفقة البائع، و ذلك بأن يشتريه من السوق أو من تاجر آخر، وهذا بعد استئذانه للقاضي، فالقاضي هو الذي يرخص له بذلك ، أما في حالة الإستعجال ، فإنه يمكن الحصول على المبيع من السوق أو من شخص غير البائع دون استئذان القاضي

الخيار الثاني:

باستطاعة المشتري أن يطالب بقيمة المبيع دون الإخلال بحقه في التعويض، و ينصب التعويض عن ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، خاصة إذا ارتفعت أسعار المبيع في السوق بعد امتناع البائع عن عملية الإفراز.

نقل الملكية في بيع العقارات

لا تنتقل الملكية في العقار أو الحقوق العينية العقارية، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، إلا بإشهار العقد في مصلحة الشهر العقاري ، و على ذلك يقع التزام على البائع بإشهار البيع

و يجب أن يكون عقد البيع رسميا طبقا للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني بقولها: (يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية ... في شكل رسمي و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد)

و هذا البطلان من النظام العام، فالرسمية هنا ركن فيعقد البيع، أما الإشهار العقاري، فإنه مشروط قصد انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير، غير أنه يجب الإشارة إلى أن نقل ملكية العقار يجعل البائع ملتزما بما يلي:

- التوجه رفقة المشتري إلى الموثق قصد إبرام العقد، وأن يرفق معه كل الوثائق الضرورية لذلك مثل أصل الملكية.

- إفراز المبيع أيا لقطعة العقارية موضوع البيع حيث تصبح واضحة المعالم من جهة و كذا الحدود و المساحة.

- إشهار عقد البيع، خاصة إذا كان عقد البيع إداريا، أي عقدا رسميا صادرا عن الإدارة، كأن تبيع البلدية أو الولاية مثلا قطعة أرض لمواطن، فهنا يقع التزام على البائع بنقل الملكية و هذا بواسطة إشهار العقد

و لقد نصت المادة 793 من القانون المدني على أنه:

(لا تنتقل ملكية العقار و الحقوق العينية الأخرى فيالعقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التبينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار)

الالتزام بتسليم المبيع

ولقد نصت عن ذلك المادة 367 من القانون المدني الجزائري بقولها : (يتم التسليم بوضع المبيع تحت

تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والتمتع به دون عائق و لو لم يتسلمه تسليما ماديا)

طرق التسليم

يأخذ التسليم أشكالاً مختلفة تبعا لطبيعة المبيع، و تتمثل الفكرة العامة في أنه يجب أن يكون باستطاعة المشتري أن يضع يده على المبيع (أي يحوزه) و تبعا لذلك نصت المادة 367 من القانون المدني بقولها : (يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق و لو لم يتسلمه تسلم ماديا، ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك، و يحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

الحالة الأولى التسليم الحكمي: أن يكون المبيع قبل البيع متواجدا تحت يد المشتري ، و هذا لسبب آخر غير البيع، مثل الإيجار أو الرهن العقاري، أو الوديعة و يستبقى المشتري المبيع الموجود تحت يده بعد البيع

بناءً على شرائه ، و في هذه الحالة لم يحصل انتقال فعلي للمبيع من يد لأخرى ولكن تغيرت نية واضع اليد، فالمشتري الذي كان يضع يده على المبيع على أساس أنه مستأجر أو مستعير له مثلاً، يصبح واضعاً يده على أساس أنه مشتري.

الحالة الثانية أن يستبقي البائع المبيع في حيازته: أن يستبقي البائع المبيع في حيازته بعد البيع ليس بموجب عقد البيع، بل لسبب آخر لا علاقة له بالبائع، قد يكون على سبيل عقد آخر بينهما كالوديعة أو العارية أو الإيجار فتتحول بذلك صفة حيازة البائع و يقوم ذلك مقام التسليم القانوني،

مكان وزمان التسليم:

أولاً : مكان التسليم مبدئياً يكون مكان التسليم هو مكان تواجد المبيع أثناء البيع، لأن المشتري يصبح مالكا عند تلك اللحظة، مما يفسر بأن على المشتري سحب المبيع و دفع مصاريف النقل في البيوع عن بعد "إذا كان محل التزام شيئاً معنياً بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي يوجد فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك

ثانياً: زمان التسليم يترتب الالتزام بالتسليم فوراً بعد البيع مباشرة، لكن يقبل القضاء وجود ميعاد معقول حسب طبيعة المبيع، و تبعاً لذلك نصت المادة 281 من القانون المدني على أنه: (يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك) وإذ اُحدد ميعاد وجب احترامه،

محل التسليم

محل التزام البائع هو الشيء المتفق عليه أي الشيء المبيع و كذا توابعه، مادية كانت أو إدارية أو قانونية، كما يجب التطرق إلى حالة النقص و الزيادة في المبيع.

أولاً: الشيء المتفق عليه هو محل التنفيذ في عقد البيع، ويجب أن ينصب التسليم بوضوح على المبيع، كما هو معرف في العقد، إذ يجب على البائع تسليم ذلك الشيء طبقاً لذلك التعريف، و لا يمكن أن يقوم بتعويضه بشيء آخر حتى و لو لم يبد ذلك ضاراً، و مثال ذلك، أنه باستطاعة مشتر لكتاب مرقم أن يطلب بالرقم المتفق عليه دون سواه، كما يستطيع مشتري الأثاث أو السيارة المطالبة باللون المتفق عليه

ثانياً: توابع الشيء المبيع:

على خلاف القانون الفرنسي، لم ينص القانون الجزائري على توابع الشيء، و التي يجب أن يسلمها البائع مع المبيع و يعني ذلك أن البائع في القانون الجزائري ليس ملزماً بتسليمها للمشتري، بل أنه ملزم بذلك تبعاً لطبيعة المبيع ولأحكام العرف، ويسمى البعض ملحقات المبيع،

نصت المادة 364 من القانون المدني الجزائري على أنه: (يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع) و تبعاً لذلك، و لكي ينفذ البائع التزامه بتسليم المبيع على الحالة التي وجد عليها أثناء التعاقد، يجب عليه من باب أولى المحافظة على المبيع لحين تسليمه، وتبعاً لذلك نصت المادة 167 من القانون المدني على أن: (الالتزامات بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم)

وإذا عين في العقد مقدار المبيع، وجب على البائع أن يسلم المقدار المتفق عليه، لكن ما حكم النقص والزيادة في مقدار المبيع؟

1. حالة النقص في مقدار المبيع:

عالجت هذه الحالة الفقرة من المادة 365 من القانون المدني بقولها : (إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عما نقص منه بحسب ما يقضي بع 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)

2. حالة الزيادة في مقدار المبيع : عالجتها الفقرة 2 من المادة 365 بقولها (وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد، و كان الثمن مقدارا بحسب الوحدة ووجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمننا زائدا، إلا إذا كانت الزيادة فاحشة ففي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه)

إثبات التسليم

أولا عبء الإثبات : يتعلق الأمر في الواقع بتنفيذ البائع لالتزامه الأساسي، يشكل التسليم من الناحية القانونية وفاء ، و من ثم يجب على البائع باعتباره مدينا بذلك الالتزام أن يقيم الإثبات على ذلك الوفاء حسب القاعدة العامة المذكورة في المادة 323 من القانون المدني بقولها : (على الدائن إثبات الالتزام، و على المدين إثبات التخلص منه)

وهكذا ليس باستطاعة البائع المطالبة بالثمن دون إقامة الإثبات مسبقا على تسليمه للمبيع، و يتعرض لفسخ البيع إذا لم يثبت بأنه سلم المبيع في الميعاد المتفق عليه، غير أنه يمكن أن يشكل دفع المشتري للثمن كاملا قرينة على حصول تسليم الشيء، و بالمقابل عندما يثبت التسليم يقع على المشتري عبء إثبات نقص في المطابقة.

ثانيا طريقة الإثبات : يكشف القبض أي تسلم المشتري للمبيع عن نية المشتري في قبول الشيء كما قدم له بأنه مطابق للبيع، فالمشتري الذي يتسلم الشيء دون تقديمه لأية تحفظات يعني أنه يتقبل الشيء المسلم له على أنه مطابق للعقد (كما و نوعا) وهذا ما يمنعه من رفع احتجاجات بعد ذلك حول ماكان في مقدوره مراقبته،

جزاء الإخلال بالتسليم

أولاً إجحام البائع عن التسليم أو تأخره في ذلك : في حالة عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم بعدم وضع المبيع تحت تصرف المشتري أو عدم إخطاره بأن المبيع يوجد تحت تصرفه، أو إذا لم يتم بالتسليم في الميعاد المتفق عليه أو سلمه في غير الحالة التي كان عليها أثناء إبرام العقد،

فإذا حصل شيء من ذلك، كان الحق للمشتري أن

- يطلب التسليم بواسطة التنفيذ الجبري ، و هذا باللجوء إلى السلطة العامة بشرط أن يكون التسليم ممكنا وهذا بعدإعداره للبائع بتسليم المبيع، ويتم الإعذار بواسطة إنذار البائع إما برسالة مضمنة مع الإشعار بالوصول، أو بواسطة المحضر القضائي، غير أنه لا حاجة للإعذار إذا صرح البائع كتابة للمشتري بأنه لا ينوي تسليم البيع،

- أن يطلب فسخ العقد : وللمشتري أن يختار طلب فسخ العقد،

- أو يطلب التعويض إذا أثبت تعرضه للضرر و للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه،

ثانيا هلاك المبيع أو نقص قيمته نتيجة للتلف: قد يتعذر على البائع الوفاء بالتزامه بالتسليم كلية إذا كان المبيع معينا بذاته وهلك في يده، و قد يكون تسليم المبيع على الحالة التي كان عليها وقت التعاقد مستحيلا بسبب نقص في قيمته بفعل التلف، وفي كلتا الحالتين يكون البائع محملا بالتزامه بالتسليم

هلاك المبيع: تناولته المادة 369 من القانون المدني التي نصت على: (إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع و استرد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعذار المشتري بتسليم المبيع) ، فالقاعدة العامة هي أن مخاطر الهلاك تقع على البائع قبل تسليم المبيع، لأنه قبل التسليم يقع عليه واجب المحافظة على المبيع لغاية التسليم، بأن يبذل في ذلك كما سلف القول عناية رب الأسرة الحريص، فبالرغم من كون الملكية تنتقل بالعقد في المنقولات المعينة بذاتها، و الفرز في الأشياء المعينة بنوعها وبالإشهار في العقارات والحقوق العينية العقارية، فإن ذلك لا يجعل مخاطر هلاك المبيع على المالك أي المشتري، بل هي على البائع قبل التسليم، لكون المشتري قبل التسليم لا يستطيع السيطرة على المبيع سيطرة مادية، فلا يمكن

أن يتحمل مخاطر هلاك المبيع ما دام أنه ليس في حيازته، وبما أن البائع أدخل التزامه بالمحافظة على المبيع لغاية تسليمه، وكذا بتسليم المبيع على الحالة التي كان عليها يوم التعاقد، فإنه هو الذي يتحمل مخاطر الهلاك.

الالتزامات اللاحقة للبيع

ضمان التعرض و ضمان الاستحقاق

ولما كان المشتري يهدف من البيع إلى الحصول على المبيع للتمتع بكافة السلطات التي يحولها له القانون تمتعا كاملا. فلا يكفي لذلك أن ينقل البائع إلى المشتري الحق المبيع وأن يقوم بالتسليم بل يلزم فضلا عن ذلك أن يضمن البائع الحق المبيع و الانتفاع به انتفاعا هادئا أي يضمن عدم منازعته فيه، ويشمل هذا الضمان شقين هما: ضمان التعرض و ضمان الاستحقاق

ضمان التعرض ينص القانون المدني الجزائري في 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 المبيع يعارض به المشتري)

كما ينص القانون المدني المصري في المادة 439) يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه)

يتضح من خلال هذه النصوص أن البائع مطالب بأن يضمن للمشتري حيازة المبيع الهادئة، وهذا الضمان من طبيعة البيع، فلا يلزم لوجوده اشتراط خاص في العقد، فللمشتري هذا الضمان بمقتضى نصوص القانون التي جاءت تفسيرا لإرادة المتعاقدين والتي تبين مدى الالتزامات التي يضعها العقد على عاتق البائع و النصوص المذكورة ليست من النظام العام، فللمتعاقدين حق تعديلها بالتشديد أو التخفيف، أو النزول عنها بالاتفاق على

عدم الضمان و يبني على ذلك أنه لا ضمان إذا ظهر أن العين المبيعة مؤجرة بعقد ثابت التاريخ قبل البيع، لأن ضمان البائع لا يشمل إلا الحقوق العينية

أنواع التعرض

استنادا لنص المادة 371 من القانون المدني الجزائري يفهم بأن هناك نوعين من التعرض، التعرض الشخصي والتعرض من الغير ونص المادة كالاتي

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

أولا: ضمان التعرض الشخصي: من القواعد القانونية أن من يجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض فيجب على البائع أن يمتنع عن كل عمل ينشأ منه تعرض مادي أو قانوني لانتفاع المشتري بالمبيع كله أو بعضه، أي أن البائع يلتزم بعدم منازعة المشتري في ملكية المبيع، وبعبارة أخرى لا يجوز له أن يتعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع سواء كان تعرضه قانونيا أو ماديا.

أ . أما التعرض القانوني: فهو أن يستعمل البائع حقا ادعاه على المبيع وكان ذلك يؤدي إلى نزع المبيع من يد المشتري،

ب . أما التعرض المادي: يكون بأي فعل مادي يعكس به البائع حيازة المشتري، دون أن يستند في القيام به إلى أي حق يدعيه على المبيع، و التزام البائع بضمان أفعاله الشخصية التزام دائم، فليس للبائع، حتى بعد انقضاء 15 سنة أن يدعي تخلصه منه

. شروط التعرض الشخصي: يجب لقيام التعرض الشخصي أن يصدر من البائع عمل من شأنه أن يحول كليا أو جزئيا دون انتفاع المشتري بملكية المبيع، فيجب إذن توافر شرطين:

1- أن يكون من فعل البائع نفسه إخلال بانتفاع المشتري بالمبيع

2- أن يكون التعرض الذي وقع فعلا من شأنه أن يحول كليا أو جزئيا دون انتفاع المشتري بالمبيع، و يضاف عادة إلى ذلك أن يكون العمل مما يتعارض مع التزامات البائع فمجرد احتمال وقوعه لا يكفي لقيام الضمان فالتهديد لا يعتبر تعرضا ما لم ينتقل إلى تنفيذه

وإذا ما حصل تعرض من البائع كان للمشتري أن يطلب وقف التعرض والمطالبة بتعويض الضرر الحاصل فالضمان إما أن يكون تعويضا، أو بالامتناع من تجديد بعض الأعمال المادية مع تهديده بغرامة مالية، أو عدم الاحتجاج على المشتري ببعض الأعمال القانونية التي باشرها البائع

وضمان الفعل الشخصي لا يلتزم به البائع فحسب، بل يكون أيضا على الخلف العام للبائع وكل من التزموا معه فورثة البائع ملزمون مثله بالضمان، ولا يجوز لهم إقامة دعوى الاستحقاق على المشتري إذا كان البائع قد باع من غير حق شيئا مملوكا لهم، كذلك يقع الضمان على كفيل البائع و ورثته و إذا تعدد الملتزمون بالضمان فالرأي أن التزام البائع يعتبر غير قابل للانقسام فيما يختص بالضمان عن الفعل الشخصي، فمحل الالتزام هو ضمان الحياة الهادئة للمشتري، و الحياة الهادئة لا تقبل الانقسام حتى لو كان الشيء قابلا للتجزئة

خصائص الالتزام بضمان التعرض الشخصي

1- الالتزام بضمان التعرض أبدي:

2- عدم قابلية الالتزام بضمان التعرض للانقسام:

مدى انتقال الالتزام بضمان التعرض إلى الخلف العام و الخلف الخاص: المدين في هذا الالتزام هو البائع وهو الذي يقع منه التعرض الموجب للضمان، ولا ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف العام لأن الالتزام في القانون المصري والجزائري لا ينتقل من المورث إلى الوارث بل يبقى في التركة

ما يترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من البائع

التزام البائع بعدم التعرض للمشتري التزام أبدي، دائم إذ يجب على البائع أن يمتنع عن التعرض للمشتري في أي وقت ولو كان قد انقضى على البيع أكثر من 15 سنة وهي مدة التقادم، أما إذا أخل البائع بالتزامه بأن تعرض فعلا للمشتري، تولد عن هذا الالتزام الأصلي بعدم التعرض التزام جزائي بالتعويض، وهذا الالتزام هو الذي يسقط، فإذا لم يطالب به المشتري خلال 15 سنة من وقوع التعرض فعلا، سقط بالتقادم و لا يستطيع المشتري بعد ذلك أن يطالب البائع بالتعويض(الالتزام الجزائي) .

وطريقة تنفيذ هذا الالتزام الجزائي تختلف باختلاف الأحوال التي يقوم فيها ضمان التعرض، فإذا كان تعرض البائع للمشتري قائما على أعمال مادية محضة، كمنافسة المشتري في المتجر المبيع وجب على البائع تعويض المشتري عما أصابه من ضرر بسبب هذه المنافسة، أو أن يبيع المالك بثرا لآخر فيقوم المالك بحفر بئر أخرى بالقرب منها، فهذا يؤدي إلى نقص ماء البئر المبيعة، فهنا يجب على البائع أيضا تعويض المشتري عما أصابه من ضرر بسبب حفر البئر الأخرى،

ففي هاتين الحالتين وجب على البائع أن يقفل المتجر الذي أنشأه أو البئر التي حفرها، ويجوز أن يحكم عليه بتهديد مالي عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه عن إقفال المتجر أو إلغاء البئر.

أما إذا كان تعرض البائع للمشتري قائما على تصرف قانوني صادر منه، كمن باع مثلا العقار مرة أخرى لمشتري ثان وسبق هذا الأخير إلى تسجيل البيع قبل الأول، فهنا يرجع هذا الأخير أي المشتري الأول على البائع في هذه الحالة إما بموجب استحقاق الغير للمبيع، وإما بموجب ضمان البائع التعرض الصادر منه، لأن الغير استمد حقه من البائع نفسه وإذا كان تعرض البائع قائما على إدعاء لنفسه حقا على المبيع، كمن باع عينا غير مملوكة له ثم تملكها بعد ذلك فالجزاء هنا يتخذ صورة خاصة وهي أن ترد دعوى البائع باسترداد المبيع من المشتري فلا يستطيع أن يسترد العين لأن من وجب عليه الضمان لا يستطيع الاسترداد.

إذن تنتهي إلى القول في هذا الصدد إن جزاء إخلاء البائع بالتزامه بضمان التعرض الشخصي للمشتري يخضع للقواعد العامة، بحيث يكون للمشتري طلب التنفيذ العيني، فإذا لم يكن التنفيذ العيني ممكنا أو لم يطلبه المشتري حكم بالتنفيذ بالمقابل أي بالتعويض، كما يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع لإخلال البائع بالتزامه بالضمان مع التعويض إن كان له محل.

الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الشخصي

نصت المادة 378 ق.م.ج: (يبقى البائع مسؤولاً عن كل نزع يد ينشأ عن فعله، ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك) ويقابلها في القانون المدني المصري المادة 446 : (إذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن استحقاق ينشأ عن فعله ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك)

يعرض النصفان السابقان حالة واحدة من أحوال ثلاث في الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض، وهي حالة الاتفاق على إسقاط الضمان وتوجد إلى جانب هذه الحالة حالتان أخريان وهما حالة الاتفاق على زيادة الضمان، وحالة الاتفاق على إنقاص الضمان،

ومفهوم المخالفة يفهم من النصين السابقين بأن الاتفاق على زيادة الضمان جائز وكذلك الاتفاق على إنقاص الضمان جائز. فمثلاً بالنسبة للاتفاق على زيادة الضمان أن يتفق المشتري مع البائع بأن لا يقوم هذا الأخير بأعمال معينة تتعارض مع الانتفاع الخاص الذي أراده المشتري، فإذا كان المبيع متجراً مثلاً لسلعة معينة ويريد المشتري أن يضيف إلى هذه السلعة سلعة أخرى لم يكن البائع يتاجر فيها، جاز أن يتفق مع البائع على عدم إنشاء متجر إلى جانبه تباع فيه السلعة الأصلية أو السلعة الأخرى، ويكون المشتري هنا قد اتفق مع البائع على زيادة الضمان، أما بالنسبة لحالة الاتفاق على إنقاص الضمان كأن يشترط بائع المتجر على المشتري عدم منعه من إنشاء متجر يبيع فيه بعض السلع التي يتعامل فيها المتجر المبيع، ففي هذا الاتفاق إنقاص من ضمان البائع للتعرض، ولكن الاتفاق على إسقاط الضمان إسقاطاً تاماً غير جائز ويكون الاتفاق إذا وقع باطلاً.

ضمان التعرض الصادر من الغير

فتعرض الغير هنا هو التزام البائع بدفع تعرض الغير الذي يدعي حقاً على المبيع الذي هو في يد المشتري، إما أن يكون الحق الذي يدعيه هذا الغير ثابتاً وقت البيع أو آل إليه بعد البيع بفعل البائع نفسه

ويكون التزامه هنا إيجابيا، ويفرض الالتزام بالضمان على البائع أن يتدخل في الدعوى المقامة على المشتري ليساعده في الخصومة المقامة عليه من الغير.

والتعرض الحاصل من الغير الذي يسأل عنه البائع هو التعرض القانوني، فلا يضمن التعرض المادي ولوترتب عليه خروج المبيع من يد المشتري، فبالنسبة إلى التعرض المادي الحاصل من أشخاص لا يدعون أي حق على المبيع يكون للمشتري أن يدافع عن نفسه، وفي القوانين الحماية الكافية له.

والقضاء مستقر أن مجرد التعكير المادي الحاصل من الغير للمشتري في العين المباعة لا يدخل بأي حال في ضمان البائع حتى لو كان منصوبا عليه في العقد، لأن ما يضمنه البائع بصفته هذه هو التعرض أو الاستحقاق المستند إلى سبب أو نزاع قانوني، فلإلزام البائع بالضمان يجب أن يدعي الغير الذي صدر منه التعرض بأن له حق على الشيء المبيع سابقا على البيع (حق ملكية، حق ارتفاق، رهن)،

ومحل الالتزام في ضمان تعرض الغير هو دفع التعرض عن المشتري فهو التزام بعمل، والتزام البائع بضمان تعرض الغير هو التزام بتحقيق غاية لا بوسيلة، إذ لا يكفي أن يبذل جهده في دفع التعرض من الغير بل عليه أن يمنع هذا التعرض، فإذا نجح في دفع تعرض الغير كان هذا تنفيذا عينيا لالتزامه، أما إذا لم يفلح في ذلك و استحق المبيع كليا أو جزئيا من يالمشتري، كان على البائع أن يعرض المشتري عما أصابه من ضرر حسب هذا الاستحقاق وهذا ما يسمى بضمان الاستحقاق.

شروط تعرض الغير الذي يضمنه البائع

الشرط الأول: أن يكون التعرض قانونيا

لقد رأينا أن البائع لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير، فعلى المشتري أن يدفع ويواجه الغير في ذلك، كما يستطيع أن يرفع شكواه إلى الجهات الإدارية وغيرها من الجهات المسؤولة عن اغتصاب ملكه.

أما التعرض القانوني الذي يستند فيه الغير إلى حق يدعيه على المبيع فيضمنه البائع، و لا يلزم أن يكون الحق الذي يدعيه الغير ثابتا، بل يكفي مجرد الإدعاء حتى ولو كان هذا الإدعاء ظاهر البطلان. و يستوي أن يكون الحق الذي يدعيه الغير متعرضا للمشتري عينيا أو شخصا

الشرط الثاني: أن يكون التعرض حالا أو وقع فعلا

يجب أن يكون التعرض حالا، لا احتماليا، فليس للمشتري أن يلجأ إلى ضمان البائع مادام الغير لم يتعرض له، فحق الضمان المقرر للمشتري لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير له، أي أن البائع لا يلتزم بضمان تعرض الغير إلا إذا كان هذا التعرض حالا ومخلا بحقوق المشتري في انتفاعه بالمبيع وحيازته حيازة هادئة، أما مجرد خشية المشتري وقوع التعرض أو اكتشافه وجود حق للغير (كحق رهن) يمتثل أن يكون سببا للتعرض، لا يبيح له قانونا رفع دعوى الضمان في الحال لاحتمال عدم وقوع التعرض من الدائن المرتهن.

الشرط الثالث: أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على المبيع موجودا وقت البيع

أي أن يكون الحق قد آل إلى الغير بعد البيع من البائع نفسه، فإذا كان حق التعرض موجودا وقت البيع، فالبايع يسأل عنه أيا كان سبب الحق، سواء كان راجعا لفعل البائع، كما لو كان قد قرر حق ارتفاق على العقار قبل البيع، أو كان لا دخل للبايع في إنشائه، كما لو كان الغير واضعا يده عليه واكتملت مدة التقادم المكسب قبل انعقاد البيع.

و لا يشترط لضمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون المشتري وقت البيع غير عالم بالحق الذي يدعيه الغير أو أن يكون البائع عالما بهذا الحق، فحتى لو كان المشتري عالما بالحق الذي يدعيه الغير، وحتى لو كان البائع لا يعلم به فإن البائع يكون مع ذلك مسؤولا عن الضمان، إلا إذا اشترط عدم مسؤوليته باتفاق خاص.

جزاء الإخلال بالالتزام بضمان تعرض الغير

أ- التنفيذ العيني إن التنفيذ العيني هو التزام ينشأ مباشرة عن عقد البيع وهو أن يمتنع البائع عن التعرض للمشتري سواء كان تعرضاً مادياً أو قانونياً وأن يدفع كل تعرض قانوني صادر من الغير، فمتى قام ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير فإن البائع قد تحقق التزامه،

ب - التنفيذ بمقابل : أما التزام البائع بالضمان الجزائي " التعويض " فإنه ينشأ عن الإخلال بالتزام أصلي وهو عدم منع التعرض وعن هذا يترتب تفويت الانتفاع بالمبيع على المشتري بعض الوقت أو باستحقاق المبيع كله أو بعضه للغير، فالالتزام البائع بدفع تعرض الغير التزام بغاية وحتى إذا فشل في رد هذا التعرض، اعتبر مخالفاً بالتزامه بالتعرض و استوجب الجزاء، ووجب عليه تنفيذ التزامه بالتعويض، بشرط أن يقوم المشتري بإخطار البائع في الوقت الملائم، ودعوته ليتدخل في الدعوى حتى ينفذ التزامه بالضمان تنفيذاً عينياً، بأن يجعل الغير يكف عن إدعائه أو بأن يحصل على حكم قضائي يرفض دعواه، وهذا ما تنص عليه المادة 372 ق.م.ج المقابلة لنص المادة 440 ق.مصري،

ضمان الاستحقاق

مفهوم الاستحقاق

فالاستحقاق هو نزع ملكية المبيع كله أو بعضه من تحت يد المشتري بحكم قضائي، وفي حالة الاستحقاق الكلي نصت المادة 375 ق.م جزائري المقابلة لنص المادة 443 مدني مصري، ومن خلال هذا النص يستخلص أن المبيع استحق كلياً أي أن المبيع كان مملوكاً لغير البائع فانتزعه المالك الحقيقي من يد المشتري فرجع هذا الأخير على البائع بضمان الاستحقاق الكلي، ويرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق في إحدى الحالات التالية:

1- إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، فتدخل البائع في الدعوى ولم يفلح في دفع دعوى المتعرض.

2- إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق فلميتدخل البائع في الدعوى و حكم للمتعرض، ولم يستطع البائع إثبات تدليس المشتري أو خطئه الجسيم

3- إذا أخطر المشتري البائع و لم يتدخل البائع و أقر المشتري بحقالمتعرض أو تصالح معه و لم يستطع البائع أن يثبت أن المتعرض لم يكن على حق فيدعواه

4- إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق و حكم للمتعرض و لم يثبتالبائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها.

5- إذا سلم المشتري للمتعرض بمقهدون دعوى و لم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه

تعديل أحكام ضمان الاستحقاق بموجب الاتفاق

الأصل في التزام الضمان كما في غيره من الالتزامات العقدية أن تخضع لإرادة المتعاقدين، فمثلا يجوز للمشتري الاتفاق على أن يعوضه البائع في حالة حصول تعرض له في انتفاعه بالمبيع، كما يحق للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد، لقد نصت المادة 1/377 ق.م.ج على ذلك والتي تقابلها المادة 445 الفقرة الأولى، (يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد أو ينقصا منه أو يسقطاه).

أما الاتفاق على إسقاط الضمان أي الاتفاق على عدم الضمان فإنه يعفى البائع من التزامه بالتعويضات التي يستحقها المشتري من جراء التعرض القانوني الصادر من الغير، ولكن لا يعفيه من دفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق إلا إذا أثبت (البائع) أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق، و معنى ذلك أن الاتفاق على إسقاط ضمان البائع يؤدي إلى الإعفاء حتى من رد قيمة المبيع، و ذلك في حالتين:

أ . إذا كان المشتري يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق، إذا العلم بسبب الاستحقاق و قبول شرط عدم الضمان يستفاد منه أن المشتري قد قبل إعفاء البائع مع كل مسؤولية و أنه أقدم على البيع على أساس المخاطرة، ويقع على البائع عبئ إثبات أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق.

ب . أن يكون المشتري قد عقدالعقد وأخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار و المخاطر، أي اشترى على مسؤوليته،إذا يصرح بالتنازل عن كل حق له في الرجوع على البائع فإذا ما استحق المبيع للغير لا يكون للمشتري الرجوع على البائع بشيء و لا حتى قيمة المبيع

ضمان العيوب الخفية

المقصود بضمان العيوب الخفية

العيوب الخفية هو الآفة أو العلة الموجودة بشكل خفي في الشيء المبوع، والتي تكون من الأهمية والخطورة بحيث يصبح الشيء غير صالح للاستعمال بالشكل الذي كان يريده المشتري، ومن الأمثلة على العيوب الخفية في المبوع، شراء بناء فيه ضعف من جزاء قلة المواد المستخدمة في الأعمدة، شراء برّاد منزلي لا يصنع ثلجاً، شراء حصان فيه مرض غير ظاهر، أو فرس للسباق يتبين أنها بطيئة أو غير مؤهلة للمشاركة في السباقات.

والعلة في إلزام البائع بضمان العيوب الخفية والنقائص في الصفات هي أنه ملزم بنقل ملكية مفيدة ونافعة إلى المشتري، وفقاً لما يفرضه حُسن النية في التعامل، تحت طائلة التعويض عليه عند تعدّر ذلك، ويشمل الضمان مبدئياً جميع أنواع المبيعات، منقولة كانت أو غير منقولة، مادية أو غير مادية، جديدة أم مستعملة، إلا أن القانون استثنى البيوع التي تجريها السلطة القضائية وهي البيوع الجارية بالمزاد العلني من أحكام ضمان العيوب الخفية، وبالتالي فهي غير مشمولة بها،

و إذا وجد مثل هذا العيب كان البائع مسؤولاً عنه وهذا هو ضمان العيوب الخفية و هذه العيوب قد تؤثر في الشيء المبوع إما بنقص قيمته أو بنقص منفعته،

موقف التشريع الجزائري من ضمان العيوب الخفية

رغم عدم ورود تعريف خاص للعيوب الخفية في القانون المدني الجزائري إلا أنه لم يهمل النص عليه (المادة 379).

(يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشمل المبوع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسلم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون ضامناً لهذه العيوب و لو لم يكن عالماً بوجودها)

شروط ضمان العيب الخفي حرصاً من المشرع على استقرار المعاملات، فقد اشترط لقيام ضمان البائع لعيوب المبيع توافر شروط معينة في العيب هي أن يكون مؤثراً، خفياً، قديماً، و هذه الشروط تنصرف إلى العيب، بمعن الآفة الطارئة

1- أن يكون العيب مؤثراً : هو العيب الجسيم الذي يُنقص من قيمة المبيع نقصاً محسوساً أو يجعله غير صالح للاستعمال في ما أُعدَّ له بحسب ماهيته أو بمقتضى عقد البيع؛ فينشأ عنه موجب الضمان، أما إذا لم يكن العيب محسوساً بل كان خفيفاً أو طفيفاً بحيث لا يترتب عليه سوى نقص في بعض الأمور الثانوية الكمالية بالنسبة للمشتري، فلا يكون موجباً للضمان.

و العيب المتسامح به عُرفاً لا يكون موجباً للضمان كاحتواء القمح كمية مألوفة من الأتربة، وإذا كان المبيع من الأشياء التي لا تُعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيها، كالأثمار ذات الغلاف اليابس (مثلاً البطيخ واللوز و الجوز والبندق... ، فالبائع لا يضمن العيوب الخفية فيه إلا إذا تعهد صراحة بذلك أو إذا كان العرف المحلي يوجب عليه هذا الضمان

وعلى كلّ، فإنّ تقدير ما إذا كان العيب مؤثراً أملاً، أمر يعود للقاضي الذي يعتمد في هذا المجال المعيار الموضوعي بصرف النظر عما يكون قد قصده المشتري بصورة خاصة وغير متوقعة، إلاّ إذا عيّن هذا القصد الخاص فيمتن العقد

2- أن يكون العيب قديماً: قدّم العيب هو من الشروط الواجب توافرها لكي يتحقق موجب الضمان على البائع والمقصود بالعيب القديم، العيب السابق للبيع أو على وجه أصحّ، العيب الموجود قبل انتقال الملكية إلى المشتري أو عند انتقالها كحدّ أقصى، أما إذا كان العيب ممّا لا يظهر إلاّ بعد انعقاد البيع وانتقال الملكية، فيكون الضمان واجباً على البائع، مثال ذلك أن يشتري أحدهم حيواناً فيه جرثومة لمرضٍ ما، ويتمكّن من إثبات وجودها في الحيوان قبل استلامه،

3- أن يكون العيب خفياً: يشترط في العيب أيضاً أن يكون خفياً وغير معلوم للمشتري، و العيب الخفي هو العيب الذي يكون موجوداً وقت المبيع و لكن ليس بوسع المشتري تبينه أو اكتشافه ولو فحص المبيع بعناية الرجل العادي، كما تنص عليه المادة **379** ق.م.ج و مفاد ذلك أن الشخص المتوسط الفطنة لا يستطيع أن يكتشفه إلا إذا فحص المبيع خبير ، أو محلل في أو كيميائي أو الطبيب.

4- ألا يكون العيب معلوماً للمشتري: فلو كان المشتري عالماً بالعيب سقط الضمان ولو كان خفياً، لأن علمه بالعيب هذا يدل على رضائه بالمبيع، و العبرة بتاريخ العلم بالعيب في المبيع . العلم الحقيقي . و هو وقت التسليم أو وقت الفرز لأنه الوقت الذي يتاح فيه عملياً للمشتري الإطلاع على العيب.

و بالتالي يقع على البائع عبء إثبات علم المشتري بالعيب أي أن المشتري كان يعلم بوجود العيب وقت تسلم المبيع، و الإثبات واقعة مادية، يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات، أما إذا لم يثبت ذلك، افتراض أن المشتري غير عالم بالعيب، و بالتالي وجب على البائع الضمان.

الاتفاق على تعديلاً أحكام الضمان: تنص المادة **384** ق.م.ج : (يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه، و أن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشاً منه).

إذن إن أحكام ضمان العيب الخفي مثل أحكام ضمان التعرض و الاستحقاق، ليست من النظام العام، إذا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تعديلها سواء بالزيادة أو بالتخفيف منها أو إعفاء البائع منها.

الإجراءات الواجب اتخاذها للحصول على الضمان

فحص المبيع و إخطار البائع يتضح من خلال المادة 380 ق.م.ج / **1** أن المشتري عليه المبادرة بإخطار البائع بالعيب فور كشفه، لأن السياسة التشريعية في ضمان العيب تقتضي عدم التراخي في اتخاذ الإجراءات اللازمة لإثبات العيب و المبادرة إلى رفع دعوى الضمان، وبالتالي حتى يتمكن المشتري من رجوعه على البائع بضمان العيب، عليه أن يخطر البائع بهذا العيب من وقت كشفه له حتى يتمكن هذا الأخير إما تغيير المبيع أو إصلاح العيب

ماهية الإخطار و شكله ومدته

الإخطار هو عمل إجرائي ينقل به البائع تذمر المشتري، من كون المبيع يحتوي على عيب معين يجعله غير مطابق للمنفعة المرجوة منه، و غالبا ما يكون مقدمة لدعوى قضائية، وبالنسبة لشكل الإخطار فالقانون الجزائري لم يشترط فيه شكلا معيناً، بل يكون بأي شكل، و بالنسبة لمدة الإخطار فالمشرع لم يحدد مهلة معينة بل جاء بالصيغة التالية في المادة 381 أي يكون الإخبار بالعيب في المبيع في الوقت الملائم أو في أجل مقبول حسب المادة 1/380

ثانيا: رفع دعوى ضمان العيوب الخفية

بعد فحص المبيع و إخطار البائع بالعيب في فترة معقولة ولم يجد الإخطار، كان للمشتري الحق في رفع دعوى الضمان خلال سنة من وقت تسلم المبيع تسلما فعليا لا حكيميا، لأن في التسلم الفعلي تنتقل حيازة المبيع إلى المشتري حيث يتمكن من فحص المبيع والإطلاع عليه، ولعل تحديد هذه المدة سنة واحدة من وقت التسليم، تبررها اعتبارات معينة تقوم على أساس تأمين الاستقرار في التعامل و بعث الثقة فيما بين المتعاقدين، وحتى لا يبقى البائع أيضا مهددا بموجب الضمان لمدة طويلة، مما يؤثر على استقرار المعاملات و تجيز المادة 1/383 مدني جزائري الاتفاق على مدة أطول من السنة حيث نصت : (...ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول (أما إذا تعمد البائع إخفاء العيب غشا منه، فلا تسقط دعوى الضماناته إلا بمرور 15 سنة من وقت البيع، أي طبقا للقواعد العامة

ثالثا: آثار دعوى ضمان العيوب الخفية

كما سبق القول، فإن المشتري بعد إخطاره للبائع، يجب عليه أن يرفع دعوى الضمان وهذه الدعوى تتمثل إما في حق الفسخ في كل المبيع أو في جزء منه، أو في المطالبة بالتنفيذ العيني أي استبدال الجزء المعيب بأخر سليم، و لكن هذا التنفيذ العيني لا يخل بحق المشتري في طلب تعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب وجود العيب.

وبالرجوع للمادة 1/381 ق.م.ج (إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم، كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376) و يلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع يقرب بين ضمان العيب الخفي وضمان الاستحقاق، فوجود العيب ينقص من الانتفاع بالمبيع ويكون المبيع بالتالي قد استحق جزئيا من حيث استعماله إلا أنهمع ذلك يجب التفرقة بين ضمان العيب الخفي و ضمان الاستحقاق.

إن الإنقاص في حالة الاستحقاق الجزئي يرجع إلى سبب خارج عن المبيع و هو الحق الذي يدعيه الغير على المبيع، أما الإنقاص في حالة العيب الخفي يرجع إلى الشيء ذاته فاستنادا إلىالمادة 381 التي تحيلنا إلى المادة 376 حيث نجد الفقرة الأولى منها تعرض حالة الاستحقاق الجزئي الجسميم قياسا على العيب الخفي الجسميم، و الفقرة الثانية من المادة 376 تعرض لحالة (الاستحقاق الجزئي غير الجسميم قياسا على العيب الخفي غيرالجسميم)

الحالة الأولى : حالة العيب الجسميم معيار العيب الجسميم هو العيب الذي لو علمه المشتري وقت البيع لما أقدم على الشراء، ومتى كان الأمر كذلك رد المشتري المبيع و ما أفاد منه من ثمار إلى البائع و في مقابل ذلك يطلب تعويضا شاملا لكافة العناصر التي استعرضتها المادة 375 ق.م.ج

الحالة الثانية: حالة العيب غير الجسميم معيار العيب غير الجسميم هو متى لم يبلغ حدا من الجساممة بحيث لو علمه المشتري لأقدم على الشراء، لكن بئمن أقل فالمشتري في هذه الحالة ليس له رد المبيع، و إنما له أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب، أي يطالبه بالفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمته معيبا، وبمصرفات دعوى الضمان، أي بوجه عام عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، فإن أمكن إصلاح العيب، طالب المشتري البائع بإصلاحه بدلا من التعويض، المادة 376 ق.م.ج

سقوط حق المشتري في الرجوع بالضمان : يسقط حق المشتري في الضمان في إحدى الحالات التالية

أ- التقادم أي بمرور سنة من يوم تسلم المبيع تسلما فعليا،

ب - إهمال المشتري فحص المبيع في الوقت المناسب أو عدم المبادرة إلى إخطار البائع لدى كشفه العيب، لأن إهمال المشتري في فحص المبيع أو تقصيره في إخطار البائع يعتبر راضيا بالمبيع، المادة 1/380 ق.م.ج
ج . البيوع القضائية والإدارية: هناك بعض البيوع يسقط فيها حق الضمان و هي البيوع القضائية والإدارية التي تتم بالمزاد و هذه النقطة ذكرناها في البداية

د . التصرف في المبيع بعد كشف العيب

هـ . زوال العيب (تسقط دعوى الرد (الضمان) إذا زال العيب قبل إقامة دعوى الفسخ أو دعوى تخفيض الثمن أو في أثنائهما، و كان العيب بطبيعته مؤقتا و غير قابل للظهور ثانية

الشكلية

الأصل في العقود أنها رضائية فيتم العقد بمجرد تبادل الإيجاب و القبول، حيث نصت المادة 59 من ق م ج على (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإ خلال بالنصوص القانونية)، وبذلك استثنى المشرع الجزائري بعضا من العقود التي اعتبر الشكلية فيها ركنا أساسيا يبطل العقد بتخلف هذا الركن، ومنها بيع العقار، حيث نصت المادة 793 من ق م ج : (لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار)

تعريف الشكلية: هي إفراغ العقد في شكل معين يفرضه القانون بالإضافة إلى ركن الرضا، فهي ركن في التصرف القانوني وتخلفها يكون العقد باطلا.

قد يشترط المشرع لقيام العقد أن يكون مكتوباً، فهي كتابة مطلوبة لقيام الإلتزام بمقتضى القانون وقد يشترط القانون الكتابة من أجل الإثبات أمام القضاء وفي هذه الحالة لا تجعل العقد شكلياً وإنما تشترط الكتابة للإثبات فقط فهي ليست ركناً في العقد.

الكتابة الرسمية

وهي تحرير العقد في سند من قبل موظف عام أو محافظ عمومي أو موثق يختص في تحريرها من حيث المضمون والمكان وفق الأوضاع القانونية.

وقد عرفت المادة 324 العقد الرسمي على أنه: (العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه)

شروط العقد الرسمي : للعقد الرسمي ثلاثة شروط : يتعلق الشرط الأول بمحررالعقد،والشرط الثاني بإختصاص، والشرط الثالث بالأشكال القانونية الواجب إتباعها.

الشرط الأول : محرر العقد: يشترط في العقد الرسمي أن يكون محرراً من قبل:

الموظف : وقد ورد تعريفه في المادة 4 في فقرتها من الأمر 06 / 03 (يعتبر موظفاً كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة، ورسم في رتبة في السلم الإداري)

فيتضح مما سبق أن الموظف هو العون المرسم الذي يشغل منصباً دائماً في مصلحة عمومية ، و تكون وضعيته بالنسبة للمؤسسة أو الإدارة قانونية.

الضابط العمومي : وهو الشخص الذي يخول له القانون سلطة تصدر وإعطاء الصبغة الرسمية للعقود أو الوثائق كرئيس البلدية، والموثق وكاتب الضبط لدى المحاكم...إلخ.

الشخص المكلف بخدمة عامة : وهم الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية كالحامين والموثقين... إلخ وتتولى السلطة العمومية تعيين هؤلاء إلا أنهم يتقاضون أتعابهم من المستفيدين من خدماتهم, ولما كان الأمر يتعلق بتسيير مرافق عمومية تولى القانون تنظيم هذه المهن

الشرط الثاني : الإختصاص:

يشترط في الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة أن يكون مختصا إقليميا ونوعيا. فإذا كانت صلاحياته لا تسمح له بمباشرة تحرير العقود الرسمية فلا يمكنه القيام بذلك, كما يجب أن يتقيد الضابط العمومي كذلك بحدود إختصاصه من حيث الموضوع والإقليم.

الشرط الثالث : الأشكال القانونية:

إن الأشكال التي يفرضها القانون مثل ما تنص عليه المادة 18 من القانون 88-27 المتضمن التوثيق بقولها: (... وفي كل الحالات تحرر العقود باللغة العربية في نص واحد واضح تسهل قراءته بدون إختصار أو بياض أو نقص أو كتابة بين الأسطر، وتكتب المبالغ والسنة والشهر، ويوم التوقيع على العقد بالحروف، وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام، ويصادق على الإحالات في الهامش أو إلى أسفل الصفحات، وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد، بالتوقيع بالأحرف من قبل كل من الأطراف والشهود والموثق ... وما لم ينص التشريع المعمول به على خلاف ذلك يبين هذه العقود ما يلي : ... 1- إسم ولقب الموثق الذي يجرها ومكان ومقر إقامته, ... 2- إسم ولقب وصفة ومسكن وتاريخ ومحل ولادة الأطراف ... 3- إسم ولقب وصفة الشهود ... إلخ) وجاء في المادة 19 (لا يقبل ضمن العقد أي تحرير أو كتابة بين الأسطر أو إضافة كلمات ... تعتبر الكلمات المحررة أو المكتوبة بين السطور باطلة)

ومن بين التصرفات القانونية الواجب إفراغها في شكلية رسمية تحت طائلة البطلان تذكر المادة 324 من القانون المدني مكرر 1: (... العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية, أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو تنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو

تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد)

إن الإغفال الكلي لهذه الشكلية التي تعد ركنا في العقد تمنع قيامه، ويعتبر العقد منعدما. بينما إغفال بعض الأشكال والشروط يفقد العقد صيغته الرسمية طبقا للمادة 326 مكرر 2 من القانون المدني التي تنص: (يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو إنعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف)

الكتابة العرفية:

وهو العقد الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه، فهي المحررات التي يقوم بإعدادها أطراف العقد بأنفسهم أو بواسطة وكيل، ويوقع عليها المتعاقدان ويتمثل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود في الكتابة العرفية لا غير. ولقد نصت المادة 327 من القانون المدني: (يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خطأ وإمضاء)

ويتطلب العقد العرفي توفر شرطين: أن يكون مكتوبا بخط المتعاقد الذي ينسب إليه، وأن يكون موقعا.

الشرط الأول : الكتابة والمقصود بالكتابة هو بيان مضمون الواقعة كأن تكون بيعا فيذكر عقد البيع و المبيع والثمن.

الشرط الثاني : التوقيع: وهو الإمضاء، وهو علامة مميزة لصاحبها يعرف بها -عادة- وتمثل في كتابته بخط اليد إسمه ولقبه في آخر الورقة، ويفيد التوقيع قبول المتعاقد الموقع ما ورد في هذه الورقة .

أهداف الشكلية : قصد المشرع بفرض الشكلية في العقود إلى تحقيق المصلحة العامة وكذا المصالح الخاصة

المصالح العامة: تتمثل في تحقيق الرقابة على التصرفات القانونية وتحقيق إيرادات للخزينة العمومية وتسهيل عمل القاضي،

المصالح الخاصة: وتمثل في حماية المتعاقدين من التسرع وحفظ حقوقهم وحماية الغير .

ركن الشكلية في عقد البيع : يتمثل ركن الشكلية في عقد البيع في المحرر الذي يجره الموظف العمومي المختص بصفته ضابطا عموميا وفق الأشكال التي يفرضها القانون.

ركن الشكلية في عقد البيع هو وجوب إفراغ عقد البيع الوارد على عقار في الشكل الرسمي أي العقد التوثيقي والذي يجره الموثق بصفته ضابطا عموميا في حدود اختصاصه المحلي والنوعي ووفق الأشكال التي نص عليها القانون.

حيث يجب على الأشخاص الراغبين في إبرام عقد بيع عقار أن يتقدموا إلى موثق مختص إقليميا لا يربطه بأحدهما رابطة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة ، حيث يتلقى الموثق التصريحات وفق الأصول المعمول بها والمنصوص عليها في القانون المدني والقوانين والتنظيمات المتعلقة بمهنة التوثيق، لا بد لكل طرف من أطراف العقد أن يقدم شهادة ميلاده وبطاقة التعريف الوطنية ، ويضيف لها البائع سند الملكية وشهادة المطابقة وشهادة التأمين ضد خطر الكوارث الطبيعية بالنسبة للعقار المبني ، وتقويم العقار وكذا عند الضرورة مخططا هندسيا وصفيا حال بيع جزء من عقار مبني، مع ضرورة إيداع خمس الثمن المذكور

في العقد قانون المالية لسنة 2020

