

مقياس العقود الخاصة"

مقدمة عامة حول الدراسة

تنقسم العقود من حيث تنظيم المشرع لها إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، والعقود المسماة هي تلك العقود التي أطلق عليها المشرع اسما معيناً وخصها بقواعد ونصوص وأحكام خاصة، لهذا السبب يطلق عليها الفقه الفرنسي غالباً اسم العقود الخاصة Les contrats spéciaux، كعقد البيع، الإيجار، القرض، الوكالة، الوديعة، العارية، التأمين والهبة ... الخ وقد أفرد المشرع الجزائري حيزاً كبيراً لهذه العقود، وتناولها في أربعة أبواب، من السابع إلى الحادي عشر من الكتاب الثاني من القانون المدني الجزائري، وخصها بقواعد قانونية أكثر تفصيلاً وأكثر واقعية مقارنة بالعقود غير المسماة، وعليه فإن العقود المسماة وردت في القانون المدني على سبيل الحصر، إلا أنه لم يشر لعقد الفندقية¹ أما العقود غير المسماة فلا حصر لها ويستحيل على المشرع حصرها بسبب حاجة الإنسان المتكررة لإبرام هذه العقود تلبية لمتطلباته استناداً لمبدأ سلطان الإرادة، لأن إرادة الشخص حرة في إبرام ما شاء من العقود ولا يحد من إرادته سوى مخالفة النظام العام والآداب العامة.

وقد ترد العقود المسماة على الملكية بمقابل كالبيع، والمقايضة أو بدون مقابل كالهبة، وترد على العمل بمقابل كعقد العمل والمقاول، والحراسة ودون مقابل

¹ عقد الفندقية هو عقد مركب من عدة عقود (إيجار، بيع، مقاوله ووديعة)، وإلى عهد قريب كان يصنف من العقود غير المسماة، ولما كثرت التعامل به تدخل المشرع الجزائري ونظمه بموجب القانون 99-01 المؤرخ في 06 جانفي 1999، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 02، فأصبح بذلك من العقود المسماة، ورغم التعديل الذي خضع له القانون المدني سنة 2005 إلا أنه لم يتم إدماج هذا العقد ضمن العقود المسماة الواردة على سبيل الحصر في التقنين المدني الجزائري.

كعقد الوكالة والوديعة دون أجر، كما قد ترد على الانتفاع بالشيء بمقابل كالإيجار، ودون مقابل كعارية الاستعمال .

ويمكن أن ترد أيضا على موضوع غير محقق، كالقمار والرهان وعقد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين .

أما العقود غير المسماة فهي تلك العقود التي لم يطلق عليها المشرع اسما معيناً ولم يفرد لها تنظيماً خاصاً بها ولا قواعد خاصة تحكمها، حتى ولو درج الناس على تسميتها باسم معين كعقد النشر، وعقد التأليف، والعقد الذي يبرمه اللاعب مع فريق ما، فإنها لا ترقى أن تصبح عقوداً مسماة، لأن العبرة بتسمية المشرع لها لا بتسمية المتعاقدين.

ونظراً لكثرة هذه العقود وخضوعها لمبدأ سلطان الإرادة فإنه يستحيل حصرها، وتبقى مسألة تصنيفها وتكييفها من اختصاص القاضي، إذ أن الأفراد يبرمون ما يشاؤون من عقود تلبية لحاجاتهم ورغباتهم دون مراعاة للصيغ أو المصطلحات أو التسميات، فلهم أن يسموها بالتسميات التي تحلو لهم، غير أنه وفي حالة حدوث نزاع بينهم فإن القاضي هو الذي يتولى تكييفها متقيداً بمضمون العقد ذاته لا بالوصف الذي حدده المتعاقدان.

وتظهر أهمية هذا التقسيم في معرفة القواعد الواجبة التطبيق على كل عقد، خاصة إذا أغفل المتعاقدان الاتفاق على مسألة ما وثار نزاع بينهما، فيطبق القاضي القواعد المنصوص عليها في ذلك العقد، مثلاً يخضع عقد البيع للقواعد المنصوص عليها في المواد من 351 إلى 412 من القانون المدني، فإن لم يجد حلاً للمسألة المعروضة عليه رجع إلى القواعد الخاصة بنظرية العقد (نظرية الالتزام

الخاصة بالعقد)، أما العقود غير المسماة فتخضع لاتفاق الطرفين، وفي حالة عدم اتفاقهما وجب تطبيق قواعد نظرية الالتزام الخاصة بالعقد دون غيرها، والواردة في المواد من 54 إلى 123 من القانون المدني الجزائري.

كما تتجلى أهمية التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في عملية التكييف، القاضي عليه القواعد المنظمة لذلك العقد، وإذا لم يطابق هذا الاتفاق أي نموذج من النماذج الواردة في العقود المسماة يكون العقد من العقود غير المسماة دون أن يتقيد بالوصف الذي أعطاه له المتعاقدان.

وإذا أطلق المتعاقدان على اتفاقهما اسم عقد بيع وثبت أنه هبة فإن القواعد القانونية لعقد الهبة هي التي تطبق عليه، أما إذا أطلق المتعاقدان على اتفاقهما اسم عقد عمل وأتضح أنه من العقود غير المسماة طبق القاضي عليه الأحكام العامة للالتزام الموجودة في نظرية العقد، علما أن مسألة التكييف من المسائل القانونية المتعلقة بحسن تطبيق القانون لذلك تخضع لرقابة المحكمة العليا.

أما إذا لم يتمكن القاضي من تكييف العقد إلا بتفسيره وذلك بالبحث عن إرادة الطرفين من خلال نصوص العقد وعباراته، فإن هذه العملية تعتبر من المسائل الموضوعية التي لا رقابة للمحكمة العليا عليها بشرط أن يلتزم بمضمون المادتين 111 و 112 من القانون المدني الجزائري.

المبحث التمهيدي: ماهية عقد البيع

يعد عقد البيع من أكثر العقود انتشارا وأهمية، وعليه فلا غرابة على حرص وزارة التعليم العالي والبحث العلمي على إدراجه ضمن المقررات الأساسية لطلبة

القانون الخاص، وقبل الولوج في أحكام هذا العقد وآثاره يتعين على كل طالب معرفة ماهية عقد البيع من حيث تعريفه وخصائصه وتمييزه عن غيره من العقود والتصرفات المشابهة والمتداخلة معه.

المطلب الأول: تعريف عقد البيع وبيان خصائصه

يتعين -وقبل الخوض في تفاصيل هذا العقد- معرفة مختلف التعريفات التي قيلت في هذا العقد ثم بيان خصائصه.

الفرع الأول: تعريف عقد البيع

يعتبر عقد البيع من أهم العقود المسماة، وهو أول عقد مسمى تناوله المشرع الجزائري بالدراسة في الباب السابع من القانون المدني.

حيث عرفته المادة 351 من القانون المدني الجزائري على أنه: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي."²

وعليه يتضح من خلال هذا التعريف أن :

- البيع ينصب على التزام البائع بنقل ملكية شيء. البيع لا يقتصر على نقل ملكية الشيء بل يرد على أي حق مالي (كالانتفاع، الارتفاق، حقوق الدائنية).
- البيع يلزم المشتري بدفع الثمن .

أما المشرع التونسي فقد عرفه كما يلي: "البيع عقد تنتقل به ملكية شيء أو حق من أحد المتعاقدين للآخر بثمن يلتزم به"³

² انظر نص المادة 351 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، جريدة رسمية عدد 78، المعدل والمتمم.

³ انظر الفصل (المادة) 564 من مجلة العقود والالتزامات التونسية قانون عدد 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 أوت 2005 يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام "مجلة الالتزامات والعقود التونسية" (الرائد الرسمي عدد 68 المؤرخ في 15 أوت 2005). ويلاحظ أن القانون التونسي قد عرف البيع بأنه ينقل الملكية فعلا، ولا يقتصر دوره على إنشاء التزام بنقل الملكية كما جاء في تعريف المشرع الجزائري، ونحن نرى بأن التعريف الذي جاء به المشرع التونسي هو الأصح باعتبار أن عقد البيع ينقل الملكية ولا يقتصر دوره على مجرد إنشاء التزام بنقل الملكية.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد عرفوا البيع أنه مبادلة مال بمال، وهذا ينطبق على البيع المطلق والمقايضة والصرف والسلم ولا يشترطون أن يكون المقابل مبلغا ماليا، وبهذا لا يفرقون بين عقد البيع والمقايضة.⁴
ومن صور البيع :

*مبادلة مال بثمان (بيع العين بالنقد) => ويسمى البيع المطلق.

*مبادلة مال بمال (العين بالعين) => ويسمى بالمقايضة.

*مبادلة النقد بالنقد => ويسمى عقد الصرف.

*بيع الدين بالثمان ويسمى عقد السلم، ويقال عنه بيع مال مؤجل التسليم بثمان معجل، كمن يشتري بذلة ستصنع له مستقبلا بثمان يدفعه فورا.

الفرع الثاني: خصائص عقد البيع

يتصف عقد البيع بعدة خصائص أهمها:

أولاً: عقد البيع عقد رضائي : ينعقد بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول (التراضي) دون أن يشترط المشرع شكلا معيناً لتمام انعقاده، ويستوي أن يكون هذا التراضي كتابة أو شفاهة أو إشارة، غير أنه غالباً ما يدون في محرر، فإن ذلك يكون للإثبات لا للانعقاد، ويستثنى بيع العقار وكل البيوع الواردة في المادة 324 مكرراً ق مدني من قاعدة الرضائية، إذ يشترط القانون في هذه البيوع أن تكون في شكل رسمي وإلا كانت باطلة.⁵

ثانياً: عقد ملزم لجانبين: **Contrat synallagmatique** بمجرد انعقاد العقد يلتزم البائع بنقل الملكية وتسليم الشيء المبيع، في حين يلتزم المشتري بدفع الثمن، فالتزام

⁴ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015، ص

⁵ د/ محمد لبيب شنب، د/ محمد محمد أبو زيد، عقد البيع، دون دار نشر، 2000، ص 04.

البائع بتسليم المبيع يجد سببه في التزام المشتري بدفع الثمن (لماذا يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع؟ لأن المشتري سلم له الثمن)، ويؤدي هذا الارتباط إلى ترتيب عدة آثار كالدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتبعية استحالة التنفيذ، وإذا وقع التزام أحدهما باطلا يبطل التزام الطرف الآخر.⁶

ثالثا: عقد معاوضة : contrat à titre onéreux : لأن كل طرف يأخذ عوضا عما يقدمه، فالبائع يقدم المبيع ويحصل على مقابل له وهو الثمن، والمشتري يقدم الثمن ويحصل على مقابل له وهو المبيع ، ويكون عقد المعاوضة إما محدد القيمة بحيث يمكن لكل متعاقد أن يحدد عند إنشاء العقد مقدار ما يعطي كبيع سيارة بمليون دينار، وإما أن يكون عقدا احتماليا، وهو العقد الذي لا يعلم أحد المتعاقدين أو كلاهما وقت التعاقد قيمة ومقدار ما يلتزم به ومقدار ما يحصل عليه من المتعاقد الآخر، لأن تحديد هذه القيمة متوقف على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع كعقد التأمين وعقد إيراد مرتب مدى الحياة.⁷

رابعا: عقد ناقل للملكية : إذا انعقد البيع صحيحا مستوفيا لجميع أركانه تنتقل الملكية فور إبرام العقد كما في بيع المنقولات المعينة بالذات (سيارة ، آلة ، تلفاز م 165 ق مدني جزائري)، وقد يتأخر نقل الملكية لوقت لاحق، وينشأ التزام في ذمة البائع بنقل الملكية كما هو الشأن في بيع المنقولات المعينة بنوعها فتنتقل ملكيتها بالفرز م 166 ق مدني جزائري.⁸

⁶ د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 29.

⁷ د/ محمد لبيب شنب ود/ محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 6.

⁸ المرجع نفسه، ص 07.

أما انتقال الملكية في العقارات فلا تتم إلا بإشهار العقد في المحافظة العقارية، فالرسمية ركن في عقد البيع أما الإشهار فهو شرط لانتقال الملكية .

خامساً: عقد منجز حال حياة عاقديه : ينتج عقد البيع أثره حال حياة عاقديه ، وحتى وإن جاز تعليق أثاره كلها أو بعضها إلى أجل ما فإنه لا يجوز إضافتها إلى موت البائع، وعليه فإن عقد البيع لا يرتب آثاراً بعد وفاة عاقديه.⁹

المطلب الثاني: التمييز بين عقد البيع وغيره من العقود والتصرفات

سبق الحديث عن خصائص عقد البيع وعرفنا أنه عقد رضائي، ملزم لجانبيين، معاوضة، ناقل للملكية ومنجز حال حياة عاقديه، ورغم أن هذه الخصائص كافية لتمييزه عن غيره من العقود إلا أنه يمكن أن يلتبس مع عقود وتصرفات أخرى كالإيجار، المقاوله ، الهبة، المقايضة، الوكالة، الوديعة، القرض والوصية، وعليه سنتناول التفرقة بين هذه العقود من خلال المطالب التالية:

الفرع الأول: عقد البيع وعقد الإيجار

إنّ المعيار الأساسي لتمييز البيع عن الإيجار هو أن عقد البيع ناقل للملكية وعقد الإيجار يرد على المنفعة، أي يقتصر على مجرد الانتفاع بالشيء لفترة معينة مقابل أجر ،

⁹ د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 30.

- عقد البيع يقتضي خروج المال من ذمة البائع إلى ذمة المشتري، فيكون هذا الأخير خلفا خاصا للبائع، أما عقد الإيجار فينشئ التزاما على المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مما يجعل المستأجر دائنا للمؤجر لا خلفا له.

- عقد البيع عقد فوري، في حين أن الإيجار عقد زمني غير أنه قد يحيط بالتعاقد ظروف ملابسات يصعب فيها التمييز بين البيع والإيجار وهذا في حالتين:¹⁰

- إذا وقع العقد لا على الشيء ذاته بل على ثمراته أو منتجاته (الحاصلات).
- حالة البيع الإيجاري Location-vente.

أولا: إذا وقع العقد على ثمار الشيء أو منتجاته

إذا وقع العقد على الثمرات أو المنتجات نفرق بين الثمار (fruits) والحاصلات، حيث أن الثمار هي ما تغله الأرض في مواعيد دورية متقاربة دون أن يترتب على تحصيلها الانتقاص من الأرض، كالمحاصيل الزراعية وثمار الأشجار والفواكه، أما المنتجات (الحاصلات) produits فيؤدي تحصيلها إلى الانتقاص من العين المنتجة لهذه الحاصلات، لكونها غير متجددة كالمعادن، أحجار المحاجر و أشجار الغابات .
ف قيل أن معيار التفرقة أن العقد الذي يقع على الثمار هو عقد إيجار لأنه يقع على منفعة الأرض الدورية والمتجددة، والتي لا تنفذ، أما إذا وقع على المنتجات فهو بيع لكونها غير متجددة وجنمها ينقص من قيمة الأرض التي تنتجها.

غير أن هذا المعيار ليس دقيقا لأنه لا مانع من قيام صاحب الأرض ببيع

المحصول الناتج منها وهو لا يزال في الأرض وفي هذه الحالة يكون بيعا لا إيجارا.

¹⁰ د/ محمد لبيب شنب ود/ محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 09 وما يليها.

وذهب رأي آخر إلى الاعتماد على معيار النفقات أو المصاريف اللازمة لإنماء الزراعة وإنضاجها، فإذا كان الذي يقوم بها هو المالك فالعقد يعد بيعاً وإذا كان القائم بها هو الطرف الآخر فالعقد إيجاراً، غير أن هذا المعيار لا يخلو من نقد إذا لا مانع من أن يتفق الطرفان على تحمل المصاريف اللازمة مناصفة وهنا يتلاشى هذا المعيار، هناك اتجاه ثالث يركز على إرادة المتعاقدين فإذا اتجهت إرادتهما إلى اعتبار العقد بيعاً فهو بيع وإذا اتجهت الإرادة إلى اعتباره إيجاراً فهو إيجار، وهذا يعني ترك المسألة لقاضي الموضوع لاستخلاص ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين من خلال ظروف وملابسات التعاقد، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه لكونها مسألة موضوعية.

ثانياً : حالة البيع الإيجاري : Location- vente

البيع الإيجاري هو العقد الذي يوصف بأنه إيجار حتى إذا وازب المستأجر على دفع الأجرة لمدة معينة انقلب العقد بيعاً واعتبرت الأجرة أقساطاً من الثمن ، وإذا تخلف المتصرف إليه عن الوفاء بأي قسط منها يلتزم برد الشيء إلى مالكة دون أن يلتزم هذا الأخير برد ما قبضه من مبالغ.¹¹

وقد شاع استعمال هذا العقد في بيع الأجهزة الكهرومنزلية والكمبيوتر والسيارات وحتى الشقق والعمارات.

مثال : كأن يؤجر تاجر لعميله جهاز تلفزيون لمدة سنة بأجرة 1000 دج للشهر، فإذا استطاع العميل الوفاء بكافة الأقساط فسوف يمتلك التلفاز في نهاية السنة أما إذا امتنع عن دفع الأقساط المتبقية ولو قسطاً واحداً التزم برد الجهاز إلى صاحبه دون أن يلتزم هذا الأخير برد الأقساط المدفوعة لأنها تمثل مقابلاً للانتفاع بالجهاز، و يتم لجوء البائع إلى هذه الصيغة للأسباب الآتية :

¹¹ د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 35.

- في حالة إفلاس المشتري لا يتم الحجز على الشيء محل التصرف لأن ملكيته بقيت عند البائع ولم تنتقل إلى المشتري إلاّ بدفع جميع الأقساط.
- لضمان عدم التصرف في الشيء قبل دفع جميع الأقساط، لأن البيع الإيجاري من عقود الأمانة، وإذا تصرف في الشيء يمكن متابعته بخيانة الأمانة، إلا أن عقد البيع الإيجاري لم يدرجه المشرع من عقود الأمانة مما يجعل موقف البائع محفوفًا بالمخاطر، ويصبح بإمكان المتصرف إليه التصرف في الشيء المبيع قبل الوفاء بالأقساط.¹²

لكن الإشكال الذي يطرح في حالة تصرف المشتري (المتصرف إليه) في الشيء إلى الغير بالبيع فهل بإمكان المالك استرداد هذا الشيء أم لا ؟

- يمكن للمالك (البائع) أن يسترد الشيء المبيع إذا كان المتصرف إليه (المشتري الثاني) سيئ النية، أما إذا كان حسن النية فلا يمكنه ذلك لأنه سيصطدم بقاعدة – الحيازة في المنقول سند الملكية –

- لا يؤدي فسخ البيع الإيجاري بسبب إخلال المتصرف إليه بالتزامه إلى إعادة إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، وإنما يؤدي إلى استرداد الشيء مع استبقاء الأقساط المدفوعة على سبيل التعويض .

- وقد اختلف فقهاء القانون وكذا المحاكم في تكييف هذا العقد فمنهم من كيّفه بأنه بيع معلق على شرط واقف (الشرط الواقف هو دفع جميع الأقساط)، ومنهم من كيّفه بأنه إيجار معلق على شرط فاسخ (في حالة الوفاء بكامل الثمن يفسخ عقد الإيجار ويتحول إلى عقد بيع)، غير أن هذا العقد لا يمكن اعتباره بيعاً وإيجاراً في آن واحد، لذلك ذهب اتجاه آخر إلى اعتبار البيع الإيجاري بيع علق

¹² د/ محمد لبيب شنب ود/ محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص15 وما يليها.

فيه الطرفان انتقال الملكية على شرط واقف مقترن بشرط جزائي ، والشرط الواقف هو الوفاء بكامل الأقساط.

فإذا تم الوفاء تحقق الشرط الواقف وترتب على ذلك انتقال الملكية إلى المشتري منذ التعاقد، أما إذا لم يتم الوفاء فالعقد يفسخ ويطبق الشرط الجزائي، وتطبيق الشرط الجزائي يقتضي استحقاق البائع للأقساط التي حصل عليها كتعويض له عما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد شريطة ألا يكون تفاوت كبير بين الأقساط المدفوعة وقيمة الضرر الذي لحق البائع.

وحرصاً من المشرع المصري على حسم هذا الخلاف اعتبر البيع الإيجاري بيعاً بالقسط م 430 من القانون المصري، كما اعتبره المشرع الجزائي بيعاً بالتقسيط بنص المادة 363 من القانون المدني، واعتبره كذلك المشرع الأردني بنص المادة 487 من القانون المدني.

مثال: باع (أ) سيارته لـ (ب) بيعاً إيجارياً على أن يستلم الثمن على أقساط فقام (ب) ببيع السيارة لـ (ج) قبل أن يكمل الأقساط المستحقة .

- هل يمكن لـ (أ) استرداد سيارته من (ج) باعتباره لم يستوف جميع الأقساط؟
هنا نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى: إذا كان (ج) سيئ النية أي يعلم بأنها مازالت ملكاً لـ (أ)، وأثبت هذا الأخير سوء نية (ج) بكل طرق الإثبات جاز له استرداد الشيء المبيع دون أن يطالبه (ج) بدفع الثمن الذي اشترى به السيارة من (ب).

الحالة الثانية: إذا كان (ج) حسن النية فهنا يصطدم (أ) بقاعدة مدنية هي -الحياسة في المنقول سند الملكية- ولا يمكنه استردادها من (ج).

الفرع الثاني: عقد البيع وعقد المقاولة

عرفت المادة 549 ق المدني الجزائري عقد المقاولة بأنه : "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

فمن خلال هذا التعريف يتضح أن :

عقد المقاولة يرد على صنع شيء أو أداء عمل، في حين يرد البيع على الملكية أو حق مالي آخر، ولا يثور أي خلاف في تكييف العقد إذا التزم المقاول بتقديم العمل فقط دون تقديم مادة العمل (الخامات)، فهنا يصنف بأنه عقد مقاولة أما إذا قدم المقاول الخامات والعمل فهنا تكمن الصعوبة في تكييف العقد هل هو مقاولة أم بيع أشياء مستقبلية.¹³

وقد ذهب أغلبية الفقه إلى اعتبار العقد في هذه الحالة بيعاً إلا إذا كانت المواد المستعملة ثانوية بالنسبة لعمل المقاول، فهنا يصبح العقد مقاولة.

* إذا كانت قيمة العمل < أكبر من قيمة المادة => عقد مقاولة.

* إذا كانت قيمة العمل > أقل من قيمة المادة => عقد بيع.

* إذا تساوى العمل مع قيمة المادة => يتعين الرجوع إلى نية المتعاقدين.

مثال : إذا تعهد صانع الأثاث بصنع خزانة من الخشب وكان الخشب ملكه + إضافة إلى العمل فإن العقد يعتبر بيعاً لأشياء مستقبلية (عقد الاستصناع).

- إذا تعهد مقاول ببناء بيت يلتزم من خلاله بتقديم مواد البناء على أرض مملوكة لرب العمل => فالعقد مقاولة لأن الأرض تعد أصلاً ومواد البناء تعد فرعاً والفرع يتبع الأصل.

- إذا قدم المقاول الأرض + مواد البناء => العقد بيع.

¹³ د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 42.

الفرع الثالث: عقد البيع وعقد الهبة

عقد الهبة هو عقد تملك بلا عوض م 202 من قانون الأسرة الجزائري.

- وعليه تشترك الهبة مع عقد البيع في كونها أنها ناقلة للملكية
 - وتختلف عن البيع في كونها بلا مقابل (دون عوض)
- فإذا كان التصرف الناقل للملكية دون عوض مع قصد التبرع فإن التصرف يعد هبة، غير أنها قد تختلط بالبيع في الحالات التالية:
- إذا كانت الهبة مقترنة بالتزام يفرض على الموهوب له، كأن يهب الوالد لولده أموالا مقابل تجهيز أختيه والإنفاق عليهما وعلى أمه فهنا يكتفها القضاء بأنها هبة بعوض
 - إذا كانت الهبة مقترنة بعوض نقدي فنفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا كان العوض نقودا ومساويا لقيمة المال الموهوب فهنا يعد بيعا حتى وإن وصفه المتعاقدان خطأ بأنه هبة .

الحالة الثانية : إذا كان العوض نقودا ولكن أقل من قيمة المال الموهوب كأن يكون العوض نصف قيمة المال فهنا نكون أمام عقد بيع بثمن بخس، لأن البيع ينعقد بالثمن البخس ما دام ثمننا جديا، أما إذا كان الثمن تافها لا يتعادل مع قيمة الشيء محل التصرف فنكون بصدد بيع صوري يخفي هبة واضحة ومكشوفة .

وهكذا يصعب ترجيح وصف على آخر مما يحتم اللجوء إلى نية المتعاقدين

التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة عليه من المحكمة العليا.¹⁴

الفرع الرابع: عقد البيع وعقد المقايضة

¹⁴ د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 24.

تعرف المقايضة بأنها عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود (م 413 ق مدني جزائري).
وعليه فالمقايضة كالبيع من حيث أنها عقد تملك، وتختلف عن البيع لكونها تتم بمقابل غير نقدي، في حين أن البيع يتم بمقابل مبلغ من النقود.
وعليه يوصف العقد بأنه بيع إذا كان المقابل نقودا ويوصف مقايضة إذا كان المقابل من غير النقود مهما كانت سهولة تقدير هذا المقابل وتحويله إلى نقود (سبيكة ذهب، من الحبوب أو الفاكهة).

غير أنه يصعب التمييز بين العقدين إذا كان المقابل مبلغا من النقود + شيء عيني فهنا نفرق بين ثلاثة احتمالات:¹⁵

الاحتمال الأول : إذا كان العنصر الغالب هو المبلغ النقدي، مثلا نقل ملكية سيارة جديدة مقابل نقل ملكية سيارة قديمة + 50 مليون سنتيم نجد العقد في هذه الحالة بيعا.

الاحتمال الثاني : إذا كان العنصر الغالب هو الشيء العيني مثلا مبادلة منزل بـ 4 هكتارات من الأراضي الزراعية + 20 مليون سنتيم فالعقد مقايضة.

الاحتمال الثالث : إذا تساوى العنصر النقدي مع العنصر غير النقدي يظل العقد مقايضة باعتبار أن المادة 414 ق مدني جزائري أجازت في المقايضة تعويض الفرق بمبلغ من النقود.

غير أن التفرقة بين المقايضة والبيع لا تطرح إشكالا كبيرا طالما جعل المشرع أحكام البيع تسري على المقايضة م 415 ق مدني جزائري.

¹⁵ د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 29.

سؤال: إذا كان المشرع الجزائري قد جعل أحكام البيع تسري على المقايضة بمقتضى المادة 415 ق مدني فهل تصلح دعوى الغبن في عقار تمت مبادلتة بعقار آخر + مبلغ بسيط من النقود؟

الجواب: لما كان نص المادة 415 ق مدني جزائري يقرر تطبيق أحكام البيع على المقايضة بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة فليس هناك ما يمنع تطبيق المادة 358 ق مدني على المقايضة، لأن المقايضة لا تتعارض مع أحكام هذه المادة الخاصة بالغبن في العقار، رغم أن الثمن النقدي غير موجود في المقايضة إلا أن ذلك لا يمنع من تقويم البديل الذي يقدمه أحد الطرفين مقابلا للبديل العقاري المقدم من الطرف الآخر، وعليه إذا قلّت قيمة البديل المقدم عن قيمة البديل العقاري وكان فرق القيمة يجاوز 5/1 (الخمس) فإن المتعاقد يلتزم بتكملة ثمن قيمة العقار إلى 5/4 (أربعة أخماس ثمن المثل).

الفرع الخامس: عقد البيع وعقد الوكالة

عرفت المادة 571 من القانون المدني الجزائري عقد الوكالة بأنه: «الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه».

رغم اختلاف البيع عن الوكالة في كون البيع عقد ناقل للملكية والوكالة وسيلة من وسائل النيابة في التعاقد غير أن هناك بعض التصرفات التي تثير شكا فيما إذا كانت بيعا أم وكالة، ومن بين هذه التصرفات مثلا أن يعطي شخص لآخر مالا يملكه لكي يتصرف فيه تصرفا قانونيا ما فيقوم هذا الأخير ببيعه للغير، فيثور التساؤل هل أعطاه على أساس نقل ملكيته إليه فيكون التصرف بيعا أم أعطاه إياه على أساس أن يبيعه نيابة عنه ولحسابه فيكون التصرف وكالة.

ويحدث هذا الوضع كثيرا في الحياة العملية، حيث يقدم المالك (الفلاح) كمية من الحبوب إلى تاجر ما ليبيعهها ، فإذا تبين أن التاجر قد استلم البضاعة على أساس انتقال الملكية إليه كان العقد بيعا وان تسلمها على أساس بيعها له كان العقد وكالة وأصبح التاجر وكيفا عن المالك (صاحب الحبوب).

ويتوقف تكييف العقد في هذه الحالة على الإرادة المشتركة للمتعاقدين فإذا اتجهت إلى نقل الملكية يكون العقد بيعا وإذا اتجهت إلى احتفاظ المالك بملكية الشيء مع تمكين المتصرف إليه ببيعها نيابة عنه كان التصرف وكالة، وإذا لم يتمكن القاضي من التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين فعليه أن يستظهر هذه الإرادة من عبارات العقد والملازمات والقرائن التي أحاطت به مثلا : إذا تبين أن المالك قد طلب من التاجر أن لا يبيع بسعر معين، كان العقد وكالة، ويكون العقد وكالة إذا قال المالك للتاجر بع هذه الحبوب و لك نسبة 50% من ثمنها.

أما إذا اتفق المالك مع التاجر بدفع مبلغ محدد ثمنا للحبوب وهو حر وتظهر أهمية التفرقة بين عقد البيع وعقد الوكالة من الناحية الجزائية باعتبار أن الوكالة من عقود الأمانة ، ويترتب على مخالفة قواعدها الوقوع تحت طائلة العقوبات الجزائية ، في حين أن البيع ليس من عقود الأمانة (لا يترتب على مخالفة قواعد أية عقوبة جزائية)¹⁶

الفرع السادس: عقد البيع وعقد الوديعة

نصت المادة 590 ق مدني جزائري على أن الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يردده عينا.

¹⁶ د/ محمد لبيب شنب ود/ محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 21 وما يليها.

وكما هو واضح من التعريف أن معيار التفرقة بين البيع والوديعة هو نقل الملكية، فالبيع ناقل للملكية أما الوديعة فتتضمن بالضرورة التزام المودع لديه برد الشيء الذي تسلمه على سبيل الوديعة (عقد الوديعة غير ناقل للملكية) ولا يحتفظ بملكية العين كما بالنسبة للمشتري في عقد البيع أو الموهوب له في عقد الهبة.¹⁷

لكن في الحياة العملية قد تختلط الوديعة مع البيع، وذلك عندما يودع المالك سلعة لدى شخص آخر لبيعها بثمن معين ويرد ما تبقى منها عند انتهاء مدة معينة (وديعة البيع) كما يحدث بالنسبة لبائع الجرائد، الخبز فهل العقد هنا بيعاً أم وديعة ؟

في هذه الحالة تكون السلعة مودعة لدى المودع لديه الذي يبيعها لحساب صاحبها فيكون إما وكيل بالبيع بعدما كان مودعاً لديه وهو وكيل بالأجرة، إذ يتقاضى أجراً مقابل ما يبيعه وفي هذه الحالة يكون البيع قد تم باسم ولحساب المالك وهو من يتحمل الخسارة وتبعية الهلاك.

أما إذا لم يتفق الطرفان على رد البضائع غير المبيعة واعتبر تاجر التجزئة بأنه اشترى السلعة بثمن ليعيد بيعها بثمن أعلى فيكون العقد بيعاً. ويتوقف تكييف العقد على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وعبارات العقد وظروف الواقع.¹⁸

الفرع السابع: عقد البيع وعقد القرض

نصت المادة 450 ق مدني جزائري على أن القرض هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو شيء مثلي آخر على أن يرد إليه المقرض نظيره في النوع والقدر والصفة.

¹⁷ د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 31.

¹⁸ د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 43 وما يليها.

من خلال هذا التعريف يظهر جليا الفرق بين القرض والبيع، لأن البيع تمليك للمال على وجه الدوام مقابل عوض، أما القرض فهو تمليك للمال مع التزام المقترض برد المال للمقترض، أورد بشيء مماثل في القدر والنوع والصفة عند نهاية أجل القرض، بحيث لا يجوز أن يرد المقترض شيئا يختلف في النوع أو الصفة أو القدر عن الشيء الذي اقترضه وإلا كان ذلك قرضا بفائدة (بربا) لا يقره القانون المدني ولا يسمح به عملا بنص المادة 454 ق م جزائري.

غير أن الأمر قد يختلط عندما يقوم أحد الأشخاص بشراء سلعة من آخر بثمان مؤجل وبسعر ما ثم يقوم ببيعها له بثمان معجل بأقل من السعر الذي اشتراها بها.

كمن يشتري ثلاجة ب 30 ألف دينار على أن يدفع ثمنها بعد سنة وفي نفس الوقت يقوم المشتري ببيع الثلاجة لصاحبها ب 25 ألف دينار معجلة الدفع ويقبل منه ذلك، وهنا نجد أن الطرفين قد تحايلا على القانون وأبرما عقد قرض بربا فاحش يمنعه القانون.

وكأن الذي اشترى الثلاجة ب 30 ألف دينار ثم باعها ب 25 ألف دينار لنفس الشخص، قد اقترض منه 25 ألف دينار على أن يقوم بوفائها 30 ألف دينار بعد سنة.

فالعقد ليس بيعا بل قرضا بفائدة وعلى القاضي في هذه الحالة إسقاط البيعين، وتطبيق أحكام القرض باعتبار أن المتعاقدين لم يقصدا البيع بل قصدا قرضا بربا فاحش يتعين على القاضي إهدار الوصف الذي أضفاه المتعاقدان على عقد هما وإسقاط كل الفوائد التي يحضرها القانون المدني، وبالتالي لا يفى المقترض في المثال السابق إلا ب 25 ألف دينار.

الفرع الثامن: عقد البيع والوصية

الوصية ليست عقد ولكنها تصرف بإرادة منفردة مضاف إلى ما بعد الموت، وقد عرفتها المادة 184 من قانون الأسرة بأنها "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".¹⁹

فالوصية تنتقل فيها الملكية شأنها شأن عقد البيع ولكنها بلا عوض، ونقل الملكية لا يكون إلا بعد وفاة الموصى في حين أن البيع ينقل الملكية بمقابل وحال حياة المتعاقدين.

وبالرغم من الاختلاف الظاهر بين التصرفين إلا أنه في الحياة العملية كثيرا ما يلجأ الأفراد إلى ستر وصاياهم في صورة بيوع تهرباً من بعض أحكام الوصية كعدم نفاذها على الورثة إلا في حدود الثلث فيلتجأ المتصرف إلى إظهار تصرفه في صورة بيع مع الاحتفاظ لنفسه بحق الانتفاع بالمبيع إلى حين وفاته أو منع المشتري من التصرف في المبيع طوال حياة البائع أو اشتراط عودة الملكية إذا توفي المشتري قبله في مقابل عدم الحصول على الثمن من المشتري ، فهكذا يبدو الأمر الظاهر أنه بيع ولكنه في الواقع وصية مقنعة.²⁰

وقد اعتبر المشرع الجزائري هذا التصرف وصية من خلال المادة 777 ق مدني " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك. "

¹⁹ انظر في ذلك القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 التضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، جريدة رسمية رقم 24.

²⁰ د/ محمد لبيب شنب ود/ محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 41 وما يلها.

لأن التصرف تم بلا مقابل وقد يظهر ذلك جليا إذا قام البائع بإبراء المشتري من دفع الثمن أو كان المتصرف إليه فقيرا لا يستطيع دفع الثمن.

- ولكون المتصرف قد احتفظ لنفسه بحق الانتفاع طوال حياته أو أن المتصرف إليه لم يعلم بخصوص التصرف إطلاقا.²¹

²¹ انظر قرار المحكمة العليا رقم 74249 الصادر بتاريخ 1991/05/28، المجلة القضائية العدد 02، لسنة 1993، ص28. حيث جاء في هذا القرار ما يلي: "من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء التصرف فيه والانتفاع به مدى حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك..."