الأستاذ: حمدوني علي

السنة الثالثة ليسانس (حقوق)

التخصص: قانون خاص

المادة: عقود خاصة 01

عنوان المحاضرة: (البيوع الموصوفة + النيابة في التعاقد)

الأهداف: نهدف من خلال هذه المحاضرة الى دراسة:

- **البيوع الموصوفة**
  - البيع بالعربون
  - البيع بشرط التجربة
- **النيابة في التعاقد**
  - سلطة النائب في ابرام عقد البيع
  - بيع النائب لنفسه

البيوع الموصوفة

البيع كغيره من العقود قد ينعقد بسيط وقد يدخل عليه وصف من الأوصاف المعدلة لآثاره، والوصف الذي يلحق بالبيع قد يتعلق بأطرافه كما لو تعدد البائعون أو المشترون، وقد يتعلق الوصف بمحل الالتزام الواحد فيكون التزام تخييري أو بدلي، وقد يرد الوصف على الرابطة العقدية نفسها، كأن يُعلق انعقاد العقد على شرط واقف أو يعلق زواله على شرط فاسخ، أو أن تُضاف كافة آثاره الى أجل معين، وفي هذه الحالات يكون العقد كله موصوفا.

وتقتصر دراستنا هنا على أهم الصور العملية للبيوع الموصوفة وهي البيع بشرط العربون والبيع بشرط التجربة.

أولا: البيع بالعربون

1-المقصود بالعربون: هو مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند انعقاد العقد.

ولم يتعرض المشرع الجزائري للبيع بالعربون بحكم خاص، لذا يجب الرجوع عند تطبيق أحكامه الى القواعد العامة في نظرية العقد طبقا لنص المادة 72 مكرر من القانون المدني.

2-دلالة العربون

طبقا لنص المادة 72 مكرر فان العربون يدل على حق كل من المتعاقدين في العدول عن العقد خلال المدة المتفق عليها، فالعربون هو وسيلة لتمكين المتعاقد من الرجوع عن التعاقد، فهو بمثابة ثمن العدول، فيخسر قيمته من يختار العدول، فاذا عدّل المشتري (دافع العربون) خسره، وإذا عدّل البائع (قابض العربون) التزم برده ومثله، أي برد ضعفه.

على أن دلالة العربون على خيار العدول ليست مطلقة، فقد يُراد بالعربون تأكيد ابرام العقد وضمان جدّية تنفيذه، وفي هذه الحالة يعتبر العربون جزءا من الثمن.

ودلالة العربون في التشريع الجزائري هي دلالة حق العدول طبقا لنص المادة 72 مكرر، وليس دلالة التأكيد، غير أنّ هذا ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على جعل العربون لتأكيد العقد وضمان جدّية تنفيذه، فاذا ما تبين للقاضي أنّ ما دُفع كان جزءا من الثمن بقصد تأكيد العقد كان البيع باتا غير موصوف، وخُصِم العربون من الثمن الكلي للمبيع.

3-التكييف القانوني للعربون

قدمنا أنه إذا كانت دلالة العربون جواز الرجوع في البيع، فان المتعاقد الذي يرجع يلتزم بدفع قيمة العربون للمتعاقد الآخر، ولكن هذا الالتزام ليس تعويض عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول، فان النص صريح في أنّ هذا الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أي ضرر.

فالعربون معناه في نظر المشرع أنّ المتبايعين قد أرادا اثبات حق الرجوع لكل منها في نظير الالتزام بدفع قيمة العربون، فجعلا العربون مقابلا لحق الرجوع، ومن ثم لا يجوز تخفيض قيمة العربون اذا تبين أنّ الضرر الذي أصاب الطرف الآخر أقل من قيمته، كما لا يجوز زيادته اذا تبين أنّ الضرر أكبر، فالعربون اذن هو مقابل للرجوع في البيع، أي بدل عن هذا الرجوع فيمكن تكييفه بأنه البدل في الالتزام البدلي.

4-طبيعة شرط العربون

قد ثار الخلاف حول تحديد طبيعة شرط العربون، فذهب رأي الى أنه شرط فاسخ هو عدول أحد المتعاقدين خلال مدة العقد، ويترتب على هذا الرأي أنّ البيع بشرط العربون هو بيع ينتج آثاره فور انعقاده، لكنه يكون مهدد بالزوال خلال المدة التي يجوز فيها العدول، فاذا عدّل أحد المتعاقدين خلال هذه المدة تحقق الشرط الفاسخ وترتب على تحققه زوال آثار البيع بأثر رجعي.

أما الرأي الراجح فيذهب الى أنّ شرط العربون هو شرط واقف، وهو أن لا يُعدل أحد المتعاقدين خلال مدة معينة، ويترتب على هذا وقف آثار العقد خلال المدة المحددة لجواز العدول، فاذا انقضت هذه المدة دون عدول تحقق الشرط وأنتج العقد آثاره من وقت انعقاده.

ثانيا: البيع بشرط التجربة

1-النصوص القانونية: تنص المادة 355 ق م ج على ما يأتي:

" في البيع على شرط التجربة، يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة. فاذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا.

يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول، الا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

2-تعريف البيع بشرط التجربة: هو ذلك البيع الذي يتفق فيه على احتفاظ المشتري بحق تجربة المبيع للتأكد من ملاءمته شخصيا، أو التأكد من خصائصه وصلاحيته للغرض الذي أُعِد له.

3-القصد من شرط التجربة

يقع البيع بشرط التجربة عادة بالنسبة للأشياء التي لا يمكن التأكد من ملاءمتها لاحتياجات المشتري واغراضه قبل تجربتها.

فالأشياء التي لا يمكن التأكد من ملاءمتها لاحتياجات المشتري كما في شراء الملابس الجاهزة للاستعمال الشخصي اذ يجري تجربتها للتحقق من قياسها.

والأشياء التي لا يمكن التأكد من ملاءمتها للغرض الذي أُعِدت له قبل تجربتها كما في بيع السيارات والآلات الميكانيكية وبعض الحيوانات كالخيول وكلاب الصيد.

وشرط التجربة قد يكون صريحا بأن ينص في العقد على البيع معلق على شرط التجربة، وقد يكون هذا الشرط ضمنيا يستخلص من ظروف التعامل كما في بيع السيارات المستعملة، أو يُستفاد حتما مما يجري عليه العرف في المعاملات بين الناس.

4-كيفية اجراء التجربة

إذا كان البيع بشرط التجربة، وجب أن يُمَكن البائع المشتري من تجربة المبيع، ويكون ذلك عادة بتسليمه إياه لاستعماله بنفسه، ولكن ليس من الضروري أن تكون التجربة بحضور البائع، فيجوز أن يُجرب المشتري المبيع للاستثاق من صلاحيته بعيدا عن البائع، والتجربة قد يقوم بها المشتري نفسه وقد يُنيب عنه غيره في ذلك.

واجراء التجربة يختلف حسب طبيعة القصد من هذه التجربة، فاذا كان القصد من التجربة هو الاستثاق من ملائمة المبيع لحاجات المشتري الشخصية، فان القول الفصل بالنسبة لتجربة المبيع يكون للمشتري وحده، فيكون له حرية رفض المبيع أو قبوله.

وأما إذا تبين أنّ القصد من التجربة هو معرفة مدى ملاءمة المبيع للغرض المُعِد له، كالكشف عن حالة السيارة مثلا فان المشتري في هذه الحالة لا يكون له مطلق الحرية في قبول المبيع أو رفضه وانما يخضع حكمه في الرفض لتقدير الخبراء تحت رقابة القضاء.

5-وقت التجربة

كثيرا ما يحدد المتبايعان وقت معين للتجربة، حيث يلتزم البائع بتمكين المشتري من تجربة المبيع خلال المدة المتفق عليها، فان لم يتفق على مدة ففي خلال مدة معقولة يعينها البائع.

فاذا تمت التجربة خلال المدة المتفق عليها وقبل المشتري المبيع فان البيع يعتبر بيعا تاما من وقت اعلان القبول، أما إذا رفض المشتري المبيع وكان له هذا الحق فان البيع يعتبر كأن لم يكن من وقت اعلان الرفض.

أما إذا انقضت المدة المحددة للتجربة وسكت المشتري عن ابداء رأيه بالقبول أو بالرفض أُعتبر سكوته قبولا، وهذا ما نصت عليه المادة 355 السابقة الذكر.

6-طبيعة شرط التجربة

6-1-التجربة شرط واقف

في الأصل أن يكون شرط التجربة شرطا واقفا ما لم يتبين اتجاه إرادة الطرفين الى جعله شرط فاسخ، وقد نصت على ذلك المادة 355 في فقرتها الثانية "... يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول، الا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

والشرط الواقف كما يتضح من نص المادة 355 السابقة هو قبول المشتري للمبيع بعد تجربته، ويترتب على ذلك أنّ وجود البيع وترتيب آثاره يظل موقوفا الى حين تحقق الشرط الذي هو قبول المبيع، وبالتالي قبل

تحقق الشرط لا تنتقل الملكية ولا يلتزم المشتري بدفع الثمن، وإذا هلك المبيع كان هلاكه على البائع وحده لأنه مزال مالكا حتى ولو كان قد سلّمه للمشتري لتجربته، لأن هلاك المبيع يمنع تحقق الشرط الواقف.

أما إذا قَبِل المشتري المبيع بعد تجربته وتحقق الشرط الواقف أُعتبر البيع باتا بأثر رجعي من وقت ابرامه وليس من وقت تحقق الشرط، وفي هذه الحالة يعتبر المشتري مالكا للمبيع بأثر رجعي، وتزول ملكية البائع أيضا بأثر رجعي.

ولكن إذا لم يتحقق الشرط بأن رفض المشتري المبيع أو استحالة التجربة فان البيع يعتبر كأن لم يكن، وهنا تزول ملكية المشتري التي كانت معلقة على شرط واقف بأثر رجعي، وتصبح ملكية البائع ملكية باتة منذ البداية.

6-2-التجربة شرط فاسخ

إذا كان الأصل وفقا لنص المادة 355 ق م ج أنّ البيع بشرط التجربة بيع معلق على شرط واقف، فليس هناك ما يمنع من أن تكون الجربة شرط فاسخ إذا ما اتجهت إرادة المتعاقدين الى ذلك صراحة أو ضمنا.

والشرط الفاسخ هنا هو عدم قبول المشتري للمبيع بعد التجربة وإبلاغ ذلك للبائع في الوقت المحدد، ويترتب على ذلك أنّ البيع ينفذ منذ البداية، ويصبح المشتري مالكا للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ، ويلتزم بدفع الثمن وتقع عليه تبعة هلاك المبيع حتى ولو لم يكن قد جربه بعد.

وإذا تحقق الشرط الفاسخ وهو عدم قبول المشتري للمبيع انفسخ البيع بأثر رجعي، وأُعتبر المشتري كأن لم يملك المبيع والبائع كأنه هو المالك منذ البداية.

أما إذا تخلف الشرط الفاسخ فان البيع يصبح باتا، ويعتبر المشتري مالكا للمبيع ملكية باتة منذ البداية، وتزول ملكية البائع بأثر رجعي، وإذا هلك الشيء بسبب أجنبي هلك على المشتري لا على البائع.

7-الفرق بين بيع المذاق وبيع التجربة

بيع بشرط المذاق	بيع بشرط التجربة
يُراد به التثبت من ملاءمة الشيء لذوق المشتري	يُراد به الاستثاق من صلاحية الشيء أو لتبيان أن المبيع صالح للاحتياجات الشخصية أو للغرض المقصود
يقوم به المشتري وحده شخصيا ولا يترك لتقدير الخبراء	يقوم به اما المشتري أو شخص آخر ينوب عنه كما يترك لتقدير الخبراء
يكون عادة قبل تسليم المبيع	يكون عادة بعد تسليم المبيع
لا يكفي سكوت المشتري بل لابد من إعلانه قبول المبيع	يكفي السكوت ويكون معناه قبول المبيع
مجرد وعد بالبيع	بيع تام معلق اما على شرط واقف أو شرط فاسخ
هلاك الشيء يكون دائما على البائع	هلاك الشيء يكون على البائع إذا كانت التجربة شرطا واقفا، ويكون على المشتري إذا كانت التجربة شرطا فاسخا

البيع بواسطة نائب

يجوز أن يتم البيع بواسطة نائب، والنائب اما أن يكون عن البائع أو عن المشتري، وقد يتم البيع والشراء بواسطة نائبين، نائب عن البائع مع نائب عن المشتري والعكس صحيح.

وفي هذه الحالة تطبق القواعد العامة في النيابة في التعاقد طبقا للمواد 73 الى 77 من القانون المدني الجزائري.

ووفقا لهذه القواعد يشترط لقيام النيابة أن يُبرم النائب التصرف بإرادته هو وليس إرادة الأصيل، وأن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب، وفي الحدود المرسومة لنيابته. فاذا تحققت هذه الشروط فان عقد البيع الذي يبرمه النائب ينتج آثاره في ذمة الأصيل ولا ينشأ عن العقد أي أثر في ذمة النائب نفسه.

ولن نعرض هنا لكل أحكام النيابة وانما نقتصر على دراسة سلطة النائب في ابرام عقد البيع وحكم بيع النائب لنفسه.

أولا: سلطة النائب في ابرام عقد البيع

تختلف سلطة النائب في ابرام البيع بحسب ما إذا كانت النيابة اتفاقية وهي الناشئة عن الوكالة، أو قانونية يحدد القانون نطاقها، وهي نيابة الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب والحارس القضائي.

1-سلطة الوكيل في ابرام عقد البيع

ان عقد الوكالة هو المصدر الذي يحدد سلطة الوكيل في البيع والشراء، والوكالة قد تكون عامة وقد تكون خاصة.

فالوكالة العامة هي التي تَرد في الفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل، وهذه الوكالة لا تُخول الوكيل حقا الاّ في أعمال الإدارة طبقا لنص المادة 573 الفقرة 1، وأعمال الإدارة هي تلك التصرفات التي تؤدي الى استغلال الشيء واستثماره دون أن يخرج من ملك صاحبه، وذلك كالإيجار.

ولما كان البيع سواء من ناحية البائع أو المشتري من أعمال التصرف فهو لا يدخل في سلطة الوكيل العام لذا فلابد من وكالة خاصة لإبرام عقد البيع، طبقا لنص المادة 574 الفقرة 1 بقولها (لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، لا سيما في البيع والرهن...)، وأعمال التصرف هي تلك الأعمال التي تؤدي الى اخراج شيء من ملك صاحبه كالبيع الذي يترتب عليه خروج المبيع من ذمة البائع الى ذمة المشتري.

غير أنه هناك بعض البيوع يدخل ضمن أعمال الإدارة كبيع المحصول أو بيع البضاعة إذا تعلقت الإدارة بمتجر، وبيع المنقول الذي يسرع اليه التلف، وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله، فهذه البيوع تدخل ضمن سلطة الوكيل العام ولا تحتاج الى وكالة خاصة طبقا لنص المادة 573.

2-سلطة الولي في ابرام البيع

تثبت الولاية الشرعية على مال القاصر للأب وبعد وفاته للأم طبقا لنص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري.

ويتصرف الولي في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، وعليه أن يستأذن القاضي في بيع عقار القاصر وكذلك بيع منقولات هذا القاصر ذات الأهمية الخاصة، وهذا ما نصت عليه المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري.

3-سلطة الوصي والقيم (المقدم) في ابرام عقد البيع

يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها بذلك (المادة 92 من قانون الأسرة).

وللوصي نفس سلطة الولي في التصرف في أموال القاصر، وعلى ذلك لا يستطيع بيع عقار القاصر الاّ بإذن المحكمة، وكذلك المنقولات ذات الأهمية الخاصة (المادة 95 من قانون الأسرة).

أما القيم (المقدم) فهو الذي تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه.

وسلطة المقدم هي نفس سلطة الوصي في البيع بحيث لا يستطيع بيع عقار القاصر الاّ بإذن المحكمة، وكذلك المنقولات ذات الأهمية الخاصة (المادة 100 من قانون الأسرة).

4-سلطة الوكيل عن الغائب والحارس القضائي

الوكيل عن الغائب هو الذي تعينه المحكمة في إدارة أموال الشخص الذي حكم عليه بالفقد أو الغياب، وسلطة هذا الوكيل هي نفس سلطة الوصي والمقدم في البيع، بحيث لا يستطيع بيع عقار القاصر الاّ بإذن المحكمة، وكذلك المنقولات ذات الأهمية الخاصة (المادة 111 من قانون الأسرة).

5-سلطة الحارس القضائي

هو الذي تعينه المحكمة لحراسة الأموال المعهودة اليه وادارتها، وسلطة هذا الحارس تتحدد في الحكم الصادر بالحراسة (المادة 606 ق م ج)، فاذا لم تحدد في الحكم كان للحارس مباشرة جميع أعمال الإدارة، أما أعمال التصرف منها البيع والشراء فلا يحق له أن يباشرها الاّ بإذن من المحكمة سواء كانت عقارات أو منقولات.

ثانيا: بيع النائب لنفسه

طبقا لنص المادة 410 من القانون المدني أنه لا يجوز لمن ينوب عن غيره أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كُلِّف ببيعه بموجب النيابة دون ترخيص من البائع أو السلطة القضائية

غير أنه إذا أجاز البائع (الأصيل) هذا البيع يعتبر صحيح طبقا لنص المادة 412 و77 من القانون المدني.