جامعة عبد الرّحمان ميرة-بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

العقود المشابهـــــة لعقد البيع

في القـــــــــــــانون المدني الجزائـــــــــــــري

مذكرة لنيل شهادة الماسترفي الحقوق

تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالبتين:

عتماوي ثيزيري

عطارزاكية

تحت إشراف الدكتور:

لفقيري عبد الله

لجنة المناقشة:

د/سعدون كريمة، أستاذ محاضر قسم أ، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية .....رئيسا

د/ لفقيري عبد الله، أستاذ محاضر قسم ب، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية .....مشرفا

الأستاذة قاسي زينب جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية..... ممتحنا

السنة الجامعية 2022-2023

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الحمد لله الذي علم بالقلم، علم الإنسان مالم يعلم، والحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على إنجاز هذا العمل.

نتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدنا من قريب أومن بعيد في إنجاز هذا العمل، ونخص بالذكر الأستاذ المشرف لفقيري عبد الله الذي لم يبخل علينا بالتوجيهات التي كانت عونا لنا في إتمام هذا العمل.

كما نتقدم بالشكر إلى لجنة المناقشة على قبولها مناقشة هذه المذكرة.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي وتعبي إلى من منحاني وأمدا لي الكثيرمن دون مقابل أمي و أبي

الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما وإلى إخوتي أدامهم الله نعمة لا تزول

وإلى كل أصدقاء الطفولة والجامعة

إلى كل طالب علم

ثيزيري

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى أمي الغالية " نورة" التي أنارت لي درب الحياة

والتي لم تبخل علي بدعواتها ونصائحها القيمة

وإلى أبي العزيز "إدير" صاحب الفضل في تعليمي

لكما أسمى عبارات الشكر والتقدير والاحترام

وإلى إخوتي الأعزاء عقيلة، حميدة، الجيدة، ناصر

إلى كل الأهل والأصدقاء مع خالص المحبة

إلى كل من مد لنا يد العون والمساعدة في إنجاز هذه المذكرة

زاكية

قائمة المختصرات

أولا/ باللغة العربية

ق م ج: القانون المدني الجزائري

ق أ م: القانون الأسرة الجزائري

ج: الجزء

د ط: دون طبعة

د د ن: دون دار النشر

د ب ن: دون بلد النشر

د س ن: دون سنة النشر

ص: الصفحة

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

ج ر ج ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ثانيا/باللغة الفرنسية

Art: Article

c.c F: code civil français

p.p: de la page à la page

مقدّمة

يعتبر العقد بمثابة الأداة الرئيسية التي يتمكن الفرد من خلالها قضاء حاجاته، فالعقد من أهم المصادر الإرادية للإلتزام، فهو عبارة عن تطابق إرادتين لإنشاء الإلتزام والعقود المدنية، إذا هي من ترتب إلتزامات مالية على كلا طرفي العقد من أشخاص القانون الخاص.

لقد درج الفقه تقسيم العقود إلى عقود مسماة وأخرى غير مسماة، ولم يقصد المشرع بتنظيم هذه العقود المسماة عدم الإعتراف بغيرها من العقود، فقول بغير ذلك يتنافى مع مبدأ حرية التعاقد و ما تقتضيه من حرية المتعاقدين في إنشاء ما يحتاجون إليه من عقود أخرى حتى لو كانت لا تندرج تحت صورة العقود التي نظمها المشرع ومنحها تسمية خاصة، فالعقود المسماة هي تلك العقود التي نظمتها القوانين المدنية الحديثة فأعطتها أسماء ومن أمثلة هذه العقود عقد البيع، عقد الوكالة، عقد الهبة، أما العقود الغير مسماة فيقصد به العقد الذي لم يخصه القانون بتنظيم خاص و تسمية معينة و إذا كان المشرع قد نظم العقود المسماة وترك غيرها فإنما يرجع ذلك إلى كثرة تداولها وما بلغته من أهمية عملية كبيرة وقت وضع التقنين.

أمام تنوع العقود المسماة بتنوع الغرض المقصود منها، نظمها المشرع في ظل القانون المدني والقوانين الأخرى وذلك من خلال الكتاب الثاني منه: المعنون بالالتزامات والعقود ابتداء من الباب السابع والذي يتعلق بالعقود الناقلة للملكية وهي: عقد البيع، المقايضة، الشركة الصلح وعقد القرض الاستهلاكي من المواد 351 إلى 466، الباب الثامن: تطرق فيه المشرع للعقود الواردة على المنفعة وهي عقد الإيجار والعارية من المواد 467 إلى 548، الباب التاسع: العقود الواردة على العمل وهي المقاولة والوديعة، الحراسة الوكالة وقد ورد النص عليها في المواد من 549 إلى 611. الباب العاشر: عقود الغرر وهي القمار والرهن المرتب مدى الحياة وعقد التأمين من مواد من 612 إلى 625. الباب الحادي عشر: الكفالة من المواد 644 إلى 673.

ولعل عقد البيع من أكثر العقود شيوعا في التعامل فهو يمثل بإمتياز وبدون منازع وسيلة للمبادلات الإقتصادية وقوام الحياة التجارية والمدنية، فيعتبر عقد البيع من العقود التي لا يستغني عنها المسلم وتتعلق بشؤون حياته فلقد ثبتت مشروعية البيع في القرآن الكريم في قوله تعالى

(**وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ**)[1]، فإننا نجد أن القواعد التي تحكم البيع تكون جزء هاما من التنظيم القانوني للمعاملات في القوانين المختلفة، تعتبر أغلب القواعد العامة للعقود، نشأت في رحاب القواعد الخاصة بالبيع، وهذا الأخير يتصف بعدة خصائص واضحة المعالم كما تكفي عادة لتمييزه عن غيره من العقود ورغم وضوح خصائصه إلا أننا في الحياة العملية قد نجد تصرفات قانونية يصعب تحديد طبيعة العقد ووصفه بأنه عقد بيع أو عقد آخر، ومن بين هذه العقود المسماة العقود الناقلة للملكية خاصة المقايضة المتميز بتبادل الإرادتين، وعقد الهبة المتميز بالإرادة المنفردة وكذلك العقود الواردة على العمل وبالتحديد عقد المقاولة وعقد الوكالة.

وتكمن أهمية اختيارنا الموضوع، كون أن هذا الموضوع لم يحض بإهتمام كبير من قبل الباحثين رغم أن موضوع العقود المشابهة للبيع له أهمية، فقد تظهر عقود تأخذ قسم من أوصافها من البيع، والقسم الآخر من عقود أخرى غير البيع، فيقوم الشك حينئذ حول نوع العقد، ونظرا للأهمية تحديد نوع العقد.

إن إختيارينا لموضوع العقود المشابهة للبيع مبني على عدة أسباب منها الأسباب الشخصية الذاتية، وتكمن في ميولي الدائم وفضولي لمعرفة هذه العقود، خاصة من حيث الوقوف على مفهومها وتحديد كيفية تشابهها بعقد البيع.

أما الأسباب العلمية الموضوعية، العقود التي يبرهما الأفراد متعددة ومتنوعة، وقد يصعب في بعض الأحيان التفرقة بينها وبين عقد البيع، وهذا يثير إشكال في كيفية تحديد صفة العقد، ومن هنا نطرح الإشكالية التالية: **ما هي العقود التي قد تتشابه مع عقد البيع في القانون الجزائري؟**

وللإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه إعتمدنا على عدة مناهج علمية:

إعتمدنا في دراسة موضوعنا على المنهج الوصفي بصفة واضحة وذلك من خلال وصف بعض العقود التي يلتبس بها عقد البيع من حيث التعريف والخصائص والأنواع.

كما إعتمدنا المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية.

[1] - سورة البقرة الأية 275.

والمنهج الإستقرائي وذلك من خلال إستقراء بعض النصوص القانونية والأراء الفقهية التي تناولت الموضوع.

بناء على ما سبق إعتمدنا في تقسيم البحث إلى فصلين:

- الفصل الأول: تحت عنوان إلتباس عقد البيع بالعقود الناقلة للملكية ويحتوي على مبحثين حيث خصصنا في المبحث الأول إلتباس عقد البيع بعقد المقايضة والمبحث الثاني إلتباس عقد البيع بعقد الهبة.
- الفصل الثاني: تحت عنوان إلتباس عقد البيع بالعقود الواردة على العمل وقسمناه أيضا إلى مبحثين، المبحث الأول إلتباس عقد البيع بعقد المقاولة والمبحث الثاني إلتباس عقد البيع بعقد الوكالة.

الفصل الأول

إلتبـاس عقد البيع بالعقود النـاقلة للملكية

تمهيد

إحتل عقد البيع مكانة رئيسية في القانون المدني، بحيث يتصدر لائحة العقود المسماة عموما والعقود الناقلة للملكية بالخصوص، فقد نظمه المشرع الجزائري في الباب السابع المتعلق بالعقود الناقلة للملكية من الكتاب الثاني، ورغم أن البيع عقد يتميز عن غيره من العقود إلا أنه قد يلتبس بالعقود الأخرى الناقلة للملكية كالمقايضة والهبة.

لقد نص المشرع الجزائري على عقد المقايضة في الباب السابع في الفصل الثاني على أنه من العقود الناقل للمكية، أما عقد الهبة فهي من التصرفات التبرعية الناقلة للملكية التي لا مقابل فيها ونظمها المشرع في الفصل الثاني من الكتاب الرابع من قانون الأسرة تحت عنوان التصرفات التبرعية مخالفا ذلك جل التشريعات التي نظمتها ضمن أحكام القانون المدني، إلا من الناحية الشكلية فإنها تخضع للقواعد العامة للقانون المدني الجزائري.

فمن هذا المنطلق سوف يتم على مستوى مضمون هذا الفصل دراسة:

- المبحث الأول: إلتباس عقد البيع بعقد المقايضة.
- المبحث الثاني: إلتباس عقد البيع بعقد الهبة.

المبحث الأول

إلتباس عقد البيع بعقد المقايضة

سنتطرق في هذا المبحث إلى إلتباس عقد البيع بعقد المقايضة، حيث وجب علينا دراسة عقد البيع (مطلب أول)، وكذا التطرق إلى عقد المقايضة في (مطلب ثان)، وأخيرا محاولة تسليط الضوء على صعوبة تكييف العقد (مطلب ثالث).

المطلب الأول

مفهوم عقد البيع

للوصول إلى مفهوم عقد البيع وجب علينا دراسة المقصود به (فرع أول) وإبراز خصائصه (فرع ثان) وبيان أركانه (فرع ثالث).

الفرع الأول

المقصود بعقد البيع

سنتطرق في هذا الفرع لتعريف بالبيع بالمعنى اللغوي والاصطلاحي (أولا) والتعريف في القانون (ثانيا).

أولا: التعريف اللغوي والفقهي لعقد البيع

1: التعريف اللغوي لعقد البيع

يراد بالبيع لغة:" مقابلة شيء بشيء، وهومن أسماء الأضداد أي التي تطلق على الشيء وعلى ضده، مثل الشراء، وبعت الشيء شريته، أبيعه بيعا ومبيعا، وهو شاذ وقياسه مباعا،[1] (**وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ**)[2] أي باعوه.

2: التعريف الفقهي الإسلامي لعقد البيع

عرف البيع عند الحنفية: " مبادلة مال بمال على وجه مخصوص أو هو شيء مرغوب فيه بمثله على وجه مفيد مخصوص أي بإجاب أو تعاط"[3].

وعرفه ابن قدامة في المغني: " مبادلة مال بمال تمليكا وتملكا"[4].

وعرفه النووي في المجموع: البيع" مقابلة مال بمال تمليكا"[5].

3: التعريف الفقهي القانوني لعقد البيع

أما التعريفات الفقهية فهي كثيرة في هذا الصدد نذكر منها ما يلي:

أ-يعرف عقد البيع على أنه: "عقد ملزم للجانبين إذ هو يلزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا مالي آخر ويلزم المشتري أن يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمنا نقديا"[6].

---

[1]– إبن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، المجلد الأول، دار صادر، بيروت، د س ن، ص 193.

[2]– سورة يوسف أية 20.

[3]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج الرابع، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، 1985، ص 345.

[4]–المرجع نفسه، ص 345.

[5]–المرجع نفسه، ص 345.

[6]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (البيع والمقايضة)، المجلد الأول، ج الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 21.

من خلال هذا التعريف يتضح أن البيع لا ينتج أثرا بسيطا، وإنما ينتج أثر مزدوجة فبائع ينقل الحق للمشتري ويقوم هذا الأخير بالوفاء بالثمن إلى البائع نتيجة تلقيه المبيع[1].

ثانيا: التعريف القانوني لعقد البيع

1-عرف المشرع الجزائري عقد البيع في المادة 351 من ق م ج بأنه: **" البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"[2].**

2-أما المشرع الفرنسي فقد عرفه في المادة 1582على أنه: "**إتفاق بين شخصين بموجبه يلتزم أحدهما بتسليم شيء والأخر بدفع منه"**[3]. يتضح لنا من نص المادة أنه قد حصر الأهمية في التزامات البائع بالتسليم لا بنقل الملكية[4].

من خلال هذا التعريف يتضح أن البيع لا ينتج أثرا بسيطا، وإنما ينتج أثر مزدوجة فبائع ينقل الحق للمشتري ويقوم هذا الأخير بالوفاء بالثمن إلى البائع نتيجة تلقيه المبيع[5].

الفرع الثاني

خصائص عقد البيع

بالرجوع لنص المادة 351 ق م ج نجد أنه هناك مجموعة من الخصائص التي يتمتع بها عقد البيع أبرزها أنه من العقود الناقلة للملكية (أولا) ومن العقود الرضائية(ثانيا) وملزم لجانبين (ثالثا) ومن العقود المعاوضة (رابعا).

---

[1]– سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، (دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية)، دار الأمل للطباعة والنشر، تيزي وزو، 2008، ص 14.

[2]– الأمر رقم 75–58، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 07–05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر ج ج، العدد 78 الصادر في 30/ 09/ 1975.

[3]–Art 1582 c.c.f: (la vente est une convention par le quelle l'un s'oblige à livrer une Chose et l'autre à la payer).

[4] - جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، (البيع والمقايضة)، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 17.

[5]– سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، (دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية)، دار الأمل للطباعة والنشر، تيزي وزو، 2008، ص 14.

أولا: عقد البيع عقد ناقل للملكية

هي الخاصية الحقيقية لعقد البيع، فنقل الملكية هو الغرض الأساسي الذي يميز عقد البيع عن سائر العقود وبصفة نهائية[1].

ولكن هذه الميزة للعقد البيع منحصرة، في حالة ما يكون محل عقد البيع منقولا محددا بالذات مثل العقارات والسيارات، أما إذا كان محددا بالنوع مثل الفضة والقمح والذهب، فإن دور عقد البيع يقتصر على إنشاء إلتزام في ذمة البائع بنقل الملكية التي لا تنتقل إلا بالفرز، كذلك الأمر إذا كان محل عقد البيع عقارا أو أحد الحقوق العينية الأصلية، فإن العقد لا ينقل الملكية، إلا أن يتم إجراء التسجيل والشهر[2].

ثانيا: عقد البيع عقد رضائي

القاعدة العامة التي تحكم عقد البيع والتي نص عليها المشّرع الجزائري هي الرضائية، بمعنى أن العقد يقوم بمجرد الإتفاق بين الأطراف حول المسائل الجوهرية للعقد وهي طبيعة العقد، فيكفي لإنعقاد عقد البيع تطابق إرادة البائع وإرادة المشتري، فالقانون لم يشترط لإنعقاده أن يفرغ في شكل معين خاصة بالنسبة للمنقولات، فهو عقد من العقود التي تنعقد بتراضي الأطراف البائع والمشتري[3]،

والمشّرع الجزائري قد نص على بعض الإستثناءات المتعلقة بما يعرف بالعقد الشكلي وهو لا يقوم إلا بتوفر أربعة أركان وهي الرضا، المحل والسبب، والشكل وهو العقد الرسمي، فلا يكفي الرضى في إنعقاد العقد بالنسبة للعقار، فالمشّرع إشترط كتابة عقد البيع وتوثيقه وإلا كان باطلا بطلان مطلق وهذا حسب ما نصت عليه المادة 324 مكرر1 من ق م ج **" زيادة عن العقود التي يأمر القانون**

[1]–سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 17.

[2]–خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001، ص 12.

[3]–المرجع نفسه، ص 11.

بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية ..."[1].

ثالثا: عقد البيع ملزم للجانبين

يرتب عقد البيع التزامات متقابلة في ذمة كل من البائع والمشتري، فالبائع يلتزم بنقل ملكية أحد الأشياء أو أحد الحقوق المالية التي يمتلكها، ويلتزم المشتري بدفع الثمن،[2]أي أن إرادة كل من طرفيه تتجه نحو إلزام صاحبها بالتزامات معينة، فلهذا يجب أن تكون هاتين الإرادتين اللتين تلتزمان سبب مشروع، فهناك إرتباط بين إلتزامات البائع والمشتري فإذا كان إلتزام أحد الطرفين باطلا لأي سبب من أسباب البطلان بطل أيضا إلتزام الطرف الأخر،[3] وفي حالة ما إمتنع أحدهما عن تنفيذ إلتزاماته جاز للطرف الآخر أن يمتنع هو أيضا عن تنفيذ إلتزاماته وهذا حسب ما جاء في نص المادة 123 من ق م ج" **في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به"** ،[4] كذلك يمكنه المطالبة بفسخ العقد.

رابعا: عقد البيع عقد معاوضة

حيث كل متعاقد يتحصل على ما يعطي، فيحصل البائع مقابل ما ينقله إلى المشتري وهذا الأخير يحصل على مقابل ما دفعه كثمن المبيع للبائع،[5] ويشترط في الثمن أن يكون نقديا، في حالة ما إذا التزم المشتري بأداء آخر غير النقود كان العقد مقايضة لا بيعا[6]. ويعتبر عقد البيع من الأعمال الدائرة بين المنفعة والضرر فعقد البيع يمكن أن يكون محقق مصلحة لشخص، كما يتحمل أن يكون

---

[1]– المادة 324 مكرر 1 من الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2]– خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 11.

[3]– مرقس سليمان، العقود المسماة، (عقد البيع)، الطبعة الرابعة، د د ن، القاهرة، 1980، ص 18.

[4]– المادة 123 من الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[5]– خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق. ص 11.

[6] – محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، (البيع، التأمين، الإيجار) دراسة مقارنة، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 30.

ضار به ويفوت عليه مصلحة فيرتب عليه إلتزاما بدون مقابل أو ينجم عنه خسارة مالية له، لهذا يحتاج إلى أهلية التصرف[1].

الفرع الثالث

أركان عقد البيع

لكون البيع عقد كبقية العقود وجب أن تتوفر فيه الأركان اللازمة لإنعقاده والمنحصرة في التراضي (أولا) والمحل (ثانيا) والسبب (ثالثا).

أولا: التراضي

يتحقق التراضي في عقد البيع بإرتباط الإيجاب الصادر عن أحد العاقدين بقبول الآخر وتطابقهما، ويلزم لصحة التراضي كمال الأهلية وخلو الإرادة من العيوب[2].

1: **وجود التراضي**: لكي يوجد التراضي في عقد البيع يجب أولا أن يكون صادرا عن شخص كامل الأهلية، أما الشرط الثاني فهو مطابقة القبول للإيجاب مطابقة تامة، فلا ينعقد عقد البيع إلا بتطابق إرادة البائع مع المشتري بكل الأشياء التي تدخل ضمن عناصر عقد البيع كطبيعة العقد المراد إبرامه وعلى الشيء المبيع والثمن، وفي هذا الأمر يتم تطبيق القواعد العامة في نظرية العقد، فإذا تخلف شرط من هذين الشرطين فإنه لا يتحقق التراضي وبالتالي يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا[3].

---

[1]– إسعد فاطمة، التصرف الدائر بين النفع والضرر، (في القانون المدني الجزائري)، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر 2009، ص 14.

[2] –علي هادي العبيدي، العقود المسماة، (البيع والايجار وقانون المالكين والمستأجرين وفق آخر التعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز)، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 30.

[3]–سرايش زكريا، الوجيز في عقد البيع وفقا للقانون الجزائري، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د س ن ص 20.

2–**صحة التراضي**: أن يكون التراضي صحيحا ولكي يكون كذلك يجب توفر شرطين أن يكون كلا المتعاقدين قد بلغا سن الرشد وهو" 19 "سنة، أن تخلف هذا الشرط يجعل العقد قابلا للإبطال بإعتبار أن عقد البيع من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، يجب أن تكون إرادة المتعاقدين خالية من عيوب الرضا والمتمثلة في الغلط والإكراه والتدليس والإستغلال، إذ أن وجود عيب من هذه العيوب في إرادة أحد المتعاقدين يجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد المعيبة إرادته[1].

ثانيا: المحل

أن محل إلتزام البائع هو نقل الملكية، أما المشتري محل التزامه هو دفع الثمن[2]. ويشترط أن يكون المحل موجود وقت إبرام عقد البيع، وتخلف هذا الشرط يؤدي إلى بطلان العقد وهذا ما نصت عليه المادة 93 ق م ج" **إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا**"، كما يجب أن يكون المحل معينا أو قابلا لتعيين حسب نص المادة 94 ق م ج" **إذا كان محل الإلتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلا. ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدين على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أوظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط**"[3].

[1]–سرايش زكريا، المرجع السابق، ص 21.

[2] – مرقس سليمان، المرجع السابق، ص 128.

[3] – المادة 93، 94 من الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

ثالثا: السبب

السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد إليه الملتزم من وراء تصرفه، فيشترط في سبب الالتزام أن يكون موجودا، فإذا كان معدوما بطل العقد ومعنى ذلك أنه لابد أن يكون للإلتزام مقابل، وهذا المقابل يختلف بإختلاف تقسيمات العقود[1]، كما يشترط أن يكون السبب الدافع مشروع فإن كان الباعث للمتعاقدين معا باعثا غير مشروع كان العقد باطلا بطلانا مطلقا[2].

المطلب الثاني

مفهوم عقد المقايضة

عرفت المقايضة من القدم ولازال التعامل بها مستمر إلى يومنا، ولقد سعى المشرع الجزائري لتنظيم عقد المقايضة بموجب أحكام وقواعد خاصة، لذلك سنحاول من خلال هذا المطلب التعرض المقصود بالمقايضة (فرع أول) وبيان خصائصها (فرع ثان) وذكر أنواعها (فرع ثالث).

الفرع الأول

المقصود بالمقايضة

لقد نظم المشرع الجزائري قواعد وأحكام عقد المقايضة في القانون المدني الجزائري، إلا أنه لم يعرف عقد المقايضة تعريفا دقيقا وجامعا، وعليه سنتطرق في هذا الفرع للتعريف اللغوي (أولا) والتعريف الإصطلاحي (ثانيا)، والتعريف الفقهي (ثالثا) ثم التعريف القانوني (رابعا).

[1] – بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، (العقد والإرادة المنفردة)، ج الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص ص 166، 167.

[2] – محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2002، ص 77.

أولا: التعريف اللغوي للمقايضة

جاء في مؤلف لسان العرب لإبن منظور: " قايض الرجل مقايضة عارضه بمتاع، وهما قيضان كما يقال بيعان، وقايضه مقايضة إذا أعطاه سلعة باعه فارسا بفرسين قيضين والقيض العوض، والقيض التمثيل وكذا يقال قاضه بقيضه إذا عاضه"[1].

ثانيا: التعريف الإصطلاحي للمقايضة

المقايضة إصطلاحا هي مبادلة أعيان بأعيان، فيحمل المرء من موجوداته ما يمكنه الإستغناء عنه ويفتش عن مطلوبه لدى الغير، فيتبادلان الأشياء لإحتياج كل منهما إليها فالمقايضة في الإصطلاح بيع سلعة بسلعة أو معاوضة غرض بغرض أي مبادلة مال بمال، كلاهما غير النقود[2].

ثالثا: التعريف الفقهي لعقد المقايضة

أ-تعرف عقد المقايضة على أنه:" تبادل الأموال معاوضة إلا إن أحد البديلين لا يكون نقود".[3]

وتظهر ملامح هذا العقد من خلال إثارة بعض النقاط الآتية:

1-المبادلة كانت تتم مباشرة أي أنها تتم بين شخصين كل منهما ينتج سلعة معينة يستهلك جزء من إنتاجه ويفيض عنه جزء آخر يبادله مع الشخص الآخر.

2-المبادلة تتم عينا أي تتم بمبادلة سلعة بسلعة دون إستخدام قيمة.

3-إقتصر نظام المبادلة على السلع المادية فقط.

[1]–إبن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، مجلد 16، المرجع السابق، ص 225.

[2]– يعقوب بن حدة، " تنظيم تجارة المقايضة في القانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية المجلد 14، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2022، ص 259.

[3]– جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 359.

رابعا: التعريف القانوني لعقد المقايضة

وتعد المقايضة نوعا من أنواع عقود المعاوضة التي يتفق بموجبها كل المتعاقدين على مقابل يقدمه تطبيقا لنص المادة 58 من ق م ج، والتي تنص على أن **"العقد بعوض هو الذي يلتزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما"**[1].

وقد عرف المشرع الجزائري عقد المقايضة في نص المادة 413 ق م ج التي تنص على:" **المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود"**[2].

أ-تقييم

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع لم يخرج عن النطاق العام في تعريف عقد المقايضة بإعتبارها عقد ينصب على تبادل ملكية أشياء أو أموال من غير النقود وقد أخرج من نطاق عقد المقايضة قطاع الخدمات.

الفرع الثاني

خصائص عقد المقايضة

يتمتع قد المقايضة بعدة خصائص، وبالرجوع إلى نص المادة 413 من ق م ج فنجد أن خصائص عقد المقايضة تتشابه إلى حد ما مع خصائص عقد البيع، فهو مثله مثل عقد البيع من العقود الرضائية التي يستلزم رضا الطرفين فيها (أولا)، وهو الآخر من العقود الملزم للجانبين (ثانيا) كما أن عقد المقايضة من العقود الناقلة للملكية، التي تنشئ التزاما بنقل الملكية (ثالثا)، وهو كذلك عقد من عقود المعاوضة (رابعا).

[1]–المادة 58 من الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2]– المادة 413، المرجع نفسه.

أولا: عقد المقايضة عقد رضائي

يعد عقد المقايضة من العقود الرضائية فيتم هذا الأخير بمجرد رضى الطرفين المتقايضين،[1] للشيء أو العقار موضوع العقد، إلا أنه يستوجب إفراغ العقد في شكل معين، وهذا ليس لأن قواعد القانون المدني تتطلب ذلك وإنما لأنه ينتج أثار خاصة إذ يتعلق الأمر بتبادل ومقايضة عقار بعقار آخر، وذلك يستوجب الحفاظ على المراكز القانونية لطرفي عقد المقايضة.

ثانيا: المقايضة عقد ملزم للجانبين

يعتبر عقد المقايضة من العقود الملزمة للجانبين، فكلا الطرفين ملزم إتجاه الأخر على وجه المبادلة بمقتضى الإتفاق المعقود بينهما،[2] وذلك لأنه يرتب على الأطراف إلتزامات متقابلة معينة:

1- يلتزم المتقايض الأول بنقل ملكية الشيء العقار وتسليمه وذلك لقاء شيء آخر أو عقار آخر، كما يلتزم الطرفين بضمان التعرض والإستحقاق وبضمان العيوب الخفية[3].

2- ويلتزم طرفي عقد المقايضة بتسليم الشيء الذي قايض به إلى المتقايض الآخر في الحالة التي كان عليها وقت المقايضة.

3- وكذلك يترتب على وصف عقد المقايضة بأنه عقد ملزم للطرفين في حالة ما إذا إمتنع طرف عن تسليم الشيء المقايض به يجوز للطرف الآخر أن يدفع بعدم التسليم ما سيقايض به سواء كان الشيء عقارا أو منقولا، ولكل منهما حبس الشيء الذي قايض به أو فسخ المقايضة[4].

[1] – أبو عيد إلياس، نماذج عقود وإتفاقيات، ج الثاني، د د ن، د ب ن، 1992، ص 179.

[2] – المرجع نفسه، ص 179.

[3] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج الرابع، المرجع السابق، ص 861.

[4] – المرجع نفسه، ص ص 862، 863.

ثالثا: عقد المقايضة عقد ناقل للملكية

يعد عقد المقايضة من العقود الناقلة للملكية، فهو من العقود التي تنشئ إلتزاما بنقل الملكية، وذلك لأنه يرتب إلتزاما في ذمة كل من الطرفين المتقايضين وفقا للعقد بنقل الملكية ما ينصب عليه موضوع تقايضهما[1].

رابعا: عقد المقايضة من عقود المعاوضة

يعتبر عقد المقايضة من العقود المعاوضة، وهذا لأن طرفي عقد المقايضة ينلان منافع متعادلة على وجه محسوس،[2] فيأخذ المتقايض الأول السلعة أو العقار محل المقايضة، فيما يتحصل الطرف الثاني كذلك على السلعة أو العقار الذي يهدف للحصول عليه من خلال المقايضة.

الفرع الثالث

أنواع عقود المقايضة

إعتمادا على مضمون هذا الفرع سوف يتم دراسة أنواع عقود المقايضة أو المبادلة وتتنوع وتتعدد نذكر منها المبادلات السلعية (أولا)، ومبدلات المعادن النفيسة (ثانيا).

أولا: المبادلات السلعية

يعتبر المبادلات السلعية من أبسط صور المبادلة، فهي نوع من أنواع المقايضة حيث يتم مبادلة سلعة بسلعة أخرى مباشرة دون إستخدام أي وسيط، حيث كان كل مجتمع يتخذ سلعة من السلع الشائعة لديه وإن كانت تتمتع بالقبول العام مثل تبادل المواد الإستهلاكية السكر مقابل الشاي وغير ذلك أو مقايضة الأشياء المادية قطعة أرض مقابل منزل، أو المبادلات الحيوانية، وقد ساهم هذا النوع من المقايضة التغلب على بعض الصعوبات.

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج الرابع، المرجع السابق، ص 861.

[2] – أبو عيد إلياس، المرجع السابق، ص 179.

ثانيا: مبادلات المعادن النفيسة

إستعملت المعادن بمختلف أنواعها في المبادلات منذ القدم، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: **"لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثل بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائبا بناجر"**[1]. ونظر لإمكانية تجزئتها وكذا عدم قابليتها لتلف فترات طويلة، خاصة الذهب والفضة وهذا عائد لإمتلاكها مميزات كثير نظرا لقيمتها وندرتها النسبية وكذا سهولة تمييز نوعيتها وإستحالة تزويرها.

المطلب الثالث

صعوبة تكييف العقد

كما سبق ورأينا أن عقد البيع يتميز بخاصيتين جوهريتين أولهما أنه ناقل للملكية والثانية أنه المقابل فيه هو ثمن نقدي، فهو يختلف عن المقايضة التي تنتقل فيها الملكية في بمقابل عوض غير نقدي، إلا أنه يمكن أن يحدث ونجد حالات يمكن أن يلتبس العقدين، فيصعب تكييف العقد إذا كان بيع أو مقايضة ولهذا سنتطرق في هذا المطلب إلى دراسة حالات الصعبة في تكيف العقد (فرع أول)، وكذلك سنتطرق إلى معايير الواجب إعتمادها لتحديد صفة العقد (فرع ثان).

الفرع الأول

الحالات الصعبة في تكييف العقد

إستنادا لما تطرقنا إليه في عقد المقايضة والبيع السابقين الذكر، أن عقد المقايضة يتميز عن عقد البيع كون عقد البيع هو مبادلة شيء بمبلغ من النقود وهو الثمن،[2] أما المقايضة هي مبادلة مال أو حق مالي بعوض غير النقود،[3] أي أن على مستوى عقد البيع يوجد مبيع بثمن، أما على مستوى

[1]– رواه أبي سعيد الخدرى، كتاب صحيح مسلم، باب الربا، الحديث رقم 1584، مجلد 1، 2009، ص 881.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج الرابع، المرجع السابق، ص 856.

[3] – المادة 413 من الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

عقد المقايضة فلا يوجد ثمن ولكن يوجد مبيع والمبيع إذا ثبت المتقايض فيهما يكون كل منهما في حكم المبيع[1].

والمقايضة ليست فحسب مبادلة حق بحق ملكية آخر، كمبادلة دار أو منزل بأرض أو سيارة بآلة زراعية أو أرض بمواش أو نحو ذلك،[2] بل يمكن أن تكون مبادلة حق عيني بآخر أو حق شخصي بآخر، كمبادلة رقبة دار بحق إنتفاع في دار آخر أو في أرض، ومبادلة حق إنتفاع أو حق إرتفاق، ومبادلة حق أو ارتفاق بحق شخصي، ولا بد أن تكون المقايضة مبادلة حق بحق، فمتى إستبدل عن بديل أو بإنتفاع عن عمل أو إستبدل عمل بعمل أو عمل بإمتناع عن العمل، كما إذا أعطى شخص أرضا لآخر نظير أن يقوم له بعمل معين أو في نظير أن يمتنع عن عمل معين، فهذا العقد ليس مقايضة بل عقد غير مسمى[3].

ومع ذلك قد يدخل في المقايضة نقودا تكون معدلا، فقد يختلط عقد المقايضة بالبيع في حالتين:

الحالة لأولى: إذا ما كان أحد المقابلين أوراقا مالية أو قيما يسهل تحويلها بسهولة إلى نقود (السبائك الذهبية)[4].

الحالة الثانية: إذا كانت المقايضة قد إقترنت بمعدل في حالة ما إذا كانت الأشياء المتقايض فيها لها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين، ففي هذه الحالة تتم المقايضة بإضافة معدل نقدي لشيء لكي يتساوى مع قيمة الشيء[5]. مثال عن ذلك إذا قام شخص باستبدال سيارة قيمتها 300 مليون سنتيم بإضافة إلى معدل نقدي ب 50 مليون سنتيم وذلك لكي يتقارب مع قيمة السيارة التي سيأخذها.

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج الرابع، المرجع السابق، ص ص 856، 857.

[2] – أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي، (البيع والمقايضة)، د ط، دار النهضة العربية، لبنان، 1980، ص 429.

[3] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج الرابع، المرجع السابق، ص 857.

[4] – محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 54.

[5] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج الرابع، المرجع السابق، ص 857.

الفرع الثاني

المعيار الواجب إعماله لتحديد صفة العقد

لقد سبق وتطرقنا إلى حالتين يمكن أن يختلط عقد البيع والمقايضة، ولتكييف العقد مقايضة أو بيع نتبع معايير التالية:

1-في حالة ما إذا أحد المقابلين أوراقا مالية يسهل تحويلها إلى نقود، فيكون معيار التفرقة بينها حسب الرأي الراجح للفقهاء، على إعتبار العقد مقايضة حيث أن طبيعة العقد تتحد وقت إبرام العقد، فإذا انتفى المقابل النقدي في هذه اللحظة كان العقد مقايضة لا بيعا، حتى لو كان المقابل النقدي مالا مما يسهل تحويله إلى نقود[1].

2-أما في حالة ما إذا اقترنت المقايضة بمعدل نقدي فقد اختلفت الأراء في هذا الصدد فيما يميز عقد المقايضة بمعدل عن البيع، حيث ميزنا ثلاثة اتجاهات[2]:

أ-ذهب الرأي الأول إلى وجوب الرجوع إلى نية المتعاقدين، فإن أرادا العقد بيعا فهو بيعا وليس مقايضة.

ب-ذهب الرأي الثاني إلى جعل العقد بيعا إذا كان المعدل أكثر من القيمة لشيء الذي قرن به لتكميل الثمن، فإذا كان المعدل أقل فالعقد مقايضة.

ج-بالنسبة الرأي الأخير وهو السائد والصحيح، هو النظر إلى قيمة المعدل بالنسبة إلى قيمة البدلين، فإذا تبين أن المعدل النقدي أقل كثيرا من قيمة ما يؤدي عينا كان العقد مقايضة لا بيعا، وهذا ما أجازته نص المادة 415 من ق م ج على أنه: **" إذا كانت الأشياء المتقايض فيها مختلفة القيم في تقدير المتعاقدين جازتعويض الفرق بمبلغ من النقود"**[3]. أما إذا كان المبلغ الذي هو المعدل قد بلغ من الأهمية قدر ما يجعله هو العنصر الغالب عن قيمة الشيء الذي قرن به لتكميل قيمته

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج الرابع، المرجع السابق، ص 857.

[2] – المرجع نفسه، ص ص 857، 858.

[3] – المادة 415 من الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

فإن العقد يكون بيعا، ففي المثال السابق الذكر كانت قيمة السيارة 300 مليون سنتيم وقيمة السيارة الأخرى 150 مليون سنتيم فإذا كان بدلت هذه الأخيرة ومعها معدل نقدي 200 مليون سنتيم كان العقد بيعا لا مقايضة.

وتظهر أهمية تكيف العقد بأنه بيع أو مقايضة، في الأحكام البيع التي لا تسري على عقد المقايضة:

1-أحكام الثمن: لأن المقايضة لا تتضمن مقابلا نقديا حتى لو كانت المقايضة بمعدل، إلا إذا بلغ هذا المعدل من الأهمية بحيث يمكن معها إعتبار العقد بيعا لا مقايضة[1].

2-أحكام الغبن: كما لا تسري على المقايضة الأحكام الخاصة بالغبن في بيع عقار القاصر، لأن القانون راعى أن الدافع إلى البيع يكون عادة الحاجة إلى مبلغ نقدي، في حين لا تتوفر هذه الحالة في المقايضة،[2] ويختلف المقابل النقدي في المقايضة يؤدي إلى عدم وجود حق الإمتياز لأي من المتقايضين على الشيء الذي قايض به، لأن حق الإمتياز قرره القانون لضمان الثمن[3].

3-مصاريف العقد: فالأصل أن نفقات الخاصة بعقد البيع ورسوم التسجيل وغير ذلك تكون على المشتري دون البائع، أما عقد المقايضة فيتحمل الطرفان المتقايضان مناصفة مالم يوجد إتفاق يقضي بغير ذلك[4].

4-أحكام الشفعة: تنص المادة 794 من ق م ج على أن : **"الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في البيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية"**. أي في مواد القسم الخامس المتعلق بأحكام الشفعة، وهذا يعني عدم سريان أحكام الشفعة في المقايضة في التشريع الجزائري[5].

---

[1] – المادة 415 من الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2] – محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 53.

[3] – رمضان أبو السعود، شرح أحكام القانون المدني، العقود المسماة، (البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 456.

[4] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج الرابع، المرجع السابق، ص 866.

[5] – المادة 794 من الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

المبحث الثاني

إلتباس عقد البيع بعقد الهبة

سنتناول في هذا المبحث إلتباس عقد البيع بالهبة وذلك على النحو التالي مفهوم عقد الهبة (مطلب أول) صعوبة تحديد صفة العقد (مطلب ثان).

المطلب الأول

مفهوم عقد الهبة

يتطلب لتحديد المقصود بعقد الهبة التعرض لتعريف عقد الهبة لغة واصطلاحا، ثم تعريفه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (فرع أول)، ثم تحديد خصائص عقد الهبة (فرع ثان) وأنواعها (فرع ثالث).

الفرع الأول

المقصود بعقد الهبة

إن التفصيل في تعريف الهبة، يلزم الوقوف على معناها اللغوي(أولا) والاصطلاحي (ثانيا) ثم المعنى القانوني(ثالثا).

أولا: التعريف اللغوي لعقد الهبة

الهبة العطية الخالية عن الأعواض والأغراض فإذا كثرت سمي صاحبها وهابا.

ووهب لك الشيء يهبه وهبا ووهبا – بالتحريك – وهبة، والاسم الموهوب والموهبة بكسر الهاء فيهما، ولا يقال وهبكه.

ووهبت له هبة وموهبة ووهبا ووهبا إذا أعطيته[1].

[1]– ابن منظور محمد بن مكرم، المجلد 1، المرجع السابق، ص 803.

الهبة هي إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه، سواء كان مالا او غير مال.

الهبة من الناحية اللغوية مأخوذة عن هبوب الريح[1].

الدليل من القران

قال الله تعالى: **{يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ}**[2].

هي التبرع والتفضل على الغير ولو بغير مال، أي بما ينتفع به سواء كان مالا أو غير مال[3].

فمثلا هبة المال كهبة شخص لآخر سيارة أو قطعة أرض، ومثال هبة غير المال، كقول إنسان لآخر ليهب الله لك ولدا، ويطلق لفظ الهبة على الصدقة إذا كان يقصد به وجه المخلوق وعلى هبة الثواب إذا كانت الهبة بمقابل[4].

ثانيا: التعريف الإصطلاحي لعقد الهبة

التعريف العام

معنى الهبة في إصطلاح الفقهاء إنها تمليك المال في الحال مجانا، وقيل تمليك المال بلا عوض حال حياة المالك أي تتم بين الهبة في حياة المالك للشيء.

التعاريف الفقهية

تعاريف فقهية عديدة في المذاهب الإسلامية الأربعة:

[1] – الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، (عقد الهبة)، ج الحادي عشر، د ط، منشورات حلب الحقوقية لبنان، 2006، ص 10.

[2]– سورة الشورى الآية 49.

[3] – محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، (دراسة مقارنة)، د ط، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 221.

[4]– محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في القانون الأسرة الجزائري، د ط، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 2003، ص 14.

1-تعريف الهبة لدى فقهاء المذهب الحنبلي

إنها تمليك جائز التصرف مالا مع علمه، موجودا مقدورا على تسليمه معلوما أو مجهولا تعذر علمه غير واجب في الحياة بدون مقابل[1].

فقوله تمليك جائز التصرف معناه أن يكون لشخص مال مملوك فيملكه أي يعطيه لغيره بشرط أن يكون صاحب المال أهلا للتصرف وقوله مالا يشمل العقار والمنقول، أما قوله معلوما أو مجهولا، معناه أن المال الذي يوهب لابد أن يكون معلوما، حيث لا تجوز هبة المجهول إلا إذا تعذر علمه، كما إذا اختلط قمح شخص بقمح جاره، فيصح أن يهب أحدهما قمحه لصاحبه[2].

2-تعريف الهبة لدى فقهاء المذهب الحنفي

الهبة تمليك العين بلا شرط العوض في الحال، ومعنى ذلك أن الشخص الذي يملك عينا ملكا صحيحا يجوز له أن يهب لغيره من غير أن يأخذ منه عوضا، في الحال أو المستقبل وذلك أثناء حياته[3].

3-تعريف الهبة لدى فقهاء المذهب المالكي

عرفها المالكية بتعاريف مختلفة لكن كلها متقاربة وتصب في معنى واحد، فعرف الإمام ابن عرفة الهبة والصدقة بقوله الهبة لغير ثواب هي تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض والصدقة كذلك لوجه الله تعالى[4].

---

[1] –محمد يوسف عمرو، المرجع السابق، ص 222.

[2] – كاملي مرسلي، عقد الهبة وأحكامها في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2019–2020، ص 11.

[3]– محمد بن أحمد تقية، المرجع السابق، ص 17.

[4]– منصوري نورة، هبة العقار في التشريع، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 13.

4-تعريف الهبة لدى فقهاء المذهب الشافعي

عرفها الشافعية بأنها "تمليك عين أو دين بلا عوض" فهو يجعل محل الهبة إما أن يكون عينا أو دينا أي ينصب على تمليك الأعيان والمنافع[1].

ثالثا: التعريف القانوني لعقد الهبة

1-عرف المشرع الجزائري الهبة في نص المادة 202 من ق أ ج كما يلي: "**الهبة تمليك بلا عوض.**

ويجوز الواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بإلتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط"[2].

نستنتج من نص المادة السابقة: أن الهبة عبارة عن نقل ملكية شيء ما من شخص إلى أخر بدون مقابل قد يكون الشيء الموهوب عقارات أو منقولات، كل ما يمكن تسليمه أو إمتلاكه يمكن وهبه، فالهبة بمفهومها هي بلا عوض فمادامت بلا عوض بالتالي هي تدخل ضمن التبرعات لأنه تمليك الغير بدون مقابل، كما يمكن أن يشترط الواهب للموهوب بأن يقوم بإلتزام معين له مثلا أن يقول له إذا تزوجت أهب لك قطعة أرض.

2-عرف القانون المدني الفرنسي الهبة في المادة 894"**بأنها تصرف بين الأحياء، يتخلى بمقتضاه الواهب، حالا وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي يقبلها"**[3].

وبذلك فرق المشرع الفرنسي بين الهبة والوصية بأن الوصية تصرف يكون ما بعد الموت فالمشرع هنا عرف الهبة بأنها تصرف يكون في حياة الواهب والموهوب له كما أنه لا يمكن للواهب أن يتراجع عن الهبة بعد أن قبلها الموهوب له.

[1] – منصوري نورة، المرجع السابق، ص 14.

[2] – قانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404، الموافق ل 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري ج ر ج ج، عدد 24، الصادر في 12جوان 1984، عدد 15، الصادر في 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم.

[3]– Art.894 c c f :la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donné en faveur du donataire qui l'accepte.

3-عرف القانون الألماني في المادة 510 "**أن الهبة هي كل تصرف في قيمة مالية بنية التبرع شرط مو افقة المالك، وبذلك تضمن تعريف الهبة في هذا القانون عنصرين: مادي ومعنوي، لعقد الهبة، بحيث إذا تخلف أحدهما، زال عن التصرف وصف الهبة، وكان في الحقيقة عقد معاوضة**".

فالعنصر المادي في الهبة هو كل تبرع ينصرف في قيمة مالية، أيا كان نوعها، ينقلها الواهب، دون مقابل إلى الموهوب له.

أما العنصر المعنوي فهو أن تنصرف نية الطرفين إلى هذه النتيجة في العقد، أي أن يكون هناك قصد التبرع من المتبرع[1].

الفرع الثاني

خصائص عقد الهبة

يتمتع عقد الهبة بمجموعة من الخصائص، مما يميزه عن باقي التصرفات الأخرى، حيث أنه عقد ما بين الأحياء (أولا) وتصرف في مال بلا عوض(ثانيا)، مع ضرورة توفر نية التبرع (ثالثا)كما أنه عقد شكلي وعيني(رابعا).

أولا: الهبة عقد ما بين الأحياء

فالهبة أولا عقد لابد فيه من ايجاب وقبول متطابقين، ولا تنعقد الهبة بإرادة الواهب المنفردة، هذا هو الذي يميز الهبة عن الوصية، إذ الوصية تنعقد بإرادة الموصي المنفردة، ويجوز لهذا أن يرجع فيها مادام حيا، فلا تنتج الوصية أثرها إلا عند موته[2].

نصت المادة 206 من ق أ ج على ما يلي: "**تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول** "[3]، ومنه يستنتج أن الهبة عقد بين الأحياء، ذلك أن تبادل الإيجاب والقبول في عقد الهبة لا يمكن أن يتم إلا في حياة

[1] - الياس ناصيف ، المرجع السابق، ص 11.

[2] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)، ج الخامس، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 6.

[3]– المادة 206 من القانون رقم 84 –11 المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

كل من الواهب والموهوب له، فيجوز للواهب تمليك الشيء الموهوب في الحال للموهوب له أو المستقبل شريطة أن يبقى الواهب حي[1].

ثانيا: الهبة تصرف في مال بلا عوض

إذا إلتزام الواهب لا يجب أن يقابله عوض، فالهبة إفتقار من جانب الواهب وإثراء من جانب الموهوب له ويترتب هذا الإثراء على ذلك الإفتقار وسبب الإثراء هنا هو عقد الهبة[2].

تنص المادة 202من ق أ ج على ما يلي: "**الهبة تمليك بلا عوض**"[3].

الأصل هو أن الهبة تتم بلا مقابل أي أنها من العقود غير المتبادلة، التي تطبق عليها أحكام المادة 168 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تنص على "**أن العقد غير المتبادل هو الذي يلزم فريقا أو أكثر تجاه فريق آخر او أكثر، بدون أن يكون ثمة تبادل في الالزام، بحيث لا يصبح البعض إلا دائن والبعض الآخر إلا مديونا**"[4].

ثالثا: نية التبرع

لا يكفي لقيام الهبة أن يتصرف في ماله دون عوض، وإنما يجب أن يكون لدى الواهب نية التبرع بالمال، وهذا هو العنصر المعنوي أو القصدي للهبة، ذلك لأن الهبة عقد من عقود التبرع وهذه الأخيرة لا تتحقق إلا بتوافر عنصرين: انعدام المقابل، ونية التبرع[5].

[1]– شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، (الهبة–الوصية–الوقف)، (دراسة مقارنة مدعمة بالأحكام الفقهية والإجتهاد القضائي)، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 18.

[2]– حمدى كمال، المواريث والهبة والوصية، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987، ص 152.

[3]– المادة 206 من القانون رقم 84–11، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[4] – قانون الموجبات والعقود اللبناني، الصادرة بتاريخ 9 مارس 1932.

[5] – كاملي مرسلي، المرجع سابق، ص 21.

تنتفي نية التبرع في إعطاء المكافأة المقدمة للإثابة عن خدمة أو صنيع وقد يعطي الشخص المال ولا يقصد به التبرع المحض بل جني منفعة مادية أو أدبية فتنتفي نية التبرع ولا يكون التصرف هبة ومثال ذلك، من يعطي مالا لإنشاء مدرسة أو مستشفى ويشترط أن تسمى بإسمه[1].

رابعا: الهبة عقد شكلي وعيني

أن عقد الهبة من العقود الشكلية فلا يكفي لإنعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين فيلزم إفراغ هذا التراضي في شكل معين فلذلك يجب تحرير الهبة في عقد رسمي على يد موظف مختص هو الموثق[2].

وهي نفس الوقت عقد عيني لا يتم بمجرد التراضي وتوفر الشكلية، بل يجب لإتمام الهبة زيادة على ذلك تسليم العين محل عقد الهبة، لا يمكن أن ينعقد عقد الهبة بدون أن تنتقل الحيازة من الواهب إلى الموهوب له، ولا تنتقل من الواهب إلى الموهوب له إلا إذا سلم الواهب الموهوب له الشيء الموهوب بأن يسمح له بأن يضع يده عليه لكي يستعمله ويستغله وينتفع به[3].

الفرع الثالث

أنواع الهبة

تتنوع الهبات بحسب شكلها وموضوعها فللهبة أربعة أنواع المتمثلة في الهبة المباشرة(أولا)، الهبة غير المباشرة(ثانيا)، الهبة المستترة (ثالثا) والهبة المشروطة(رابعا).

أولا: الهبة المباشرة

هي الهبة العادية التي تظهر بمظهرها المتطلب قانونا، فتسمى في العقد هبة، فالهبة المباشرة هي تصرف يقوم به الواهب في ماله، دون عوض يلتزم بموجبه بنقل حق عيني أو منفعة أو

[1] – حمدى كمال، المرجع السابق، ص 152.

[2] –كبيش ليدية، ايت اوديع مريم، الرجوع عن الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016 –2017، ص 13.

[3] – محمد بن أحمد تقية، المرجع سابق، ص 29.

حق شخصي إلى الموهوب له، فقد ينقل الواهب للموهوب له حق الملكية أو حق الانتفاع، أو حق الإستعمال، أو حق السكن أو حق الإرتفاق، وقد يكون إلتزام الواهب بنقل حق شخصي، فينقل الواهب للموهوب له مبلغ من النقود، وعموما الهبة المباشرة هي التي يكون عقدها مبين لها بوضوح حيث تظهر فيه بصورتها الحقيقية (عقد الهبة)، وتتوفر فيها جميع أركان وشروط الهبة الشكلية وتكون مكشوفة[1].

ثانيا: الهبة غير المباشرة

تتحقق الهبة غير المباشرة عندما يكتسب الموهوب له حقا ماليا معينا من الواهب، من دون مقابل، وبنية التبرع، ولكن من دون أن ينتقل هذا الحق مباشرة من الواهب إلى الموهوب له، كما هو الأمر في التعاقد لمصلحة الغير، وحوالة الحق وحوالة الدين.

فيكون التعاقد لمصلحة الغير هبة إذا حصل بنية التبرع، كما لو باع شخص منزلا، واشترط على المشتري أن يدفع الثمن إلى والد البائع، من دون أن يأخذ هذا البائع مقابلا من والده، وبالتالي يكون الوالد قد قبض الثمن من المشتري وليس من البائع، أي أن ملكية الموهوب تنتقل الى الموهوب له، بصورة غير مباشرة عن طريق المشتري[2]، وكما لو عقد شخصا ضمانا على حياته لمصلحة أولاده واستحق الضمان لهؤلاء الأولاد بوفاة والدهم، فيكون المبلغ الذي قبضوه من الشركة الضامنة هبة غير مباشرة[3]. وتكون حوالة الدين أي إنتقال دين المديون، وذلك عندما يقبل الواهب الإلتزام بوفاء دين المديون (الموهوب له) تجاه الدائن، وذلك لأن الواهب لا يقوم في هذه الحالة، بإعطاء المال إلى المديون لإيفاء بالدين، بل يقوم بإعطائه إلى الدائن بدلا من المديون[4].

[1] – بلباشير جوهر، خلوفي سامية، انتقال الملكية العقارية بالهبة، مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2021 –2022، ص 6.

[2]– الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 52.

[3] – المرجع نفسه، ص 53.

[4]– المرجع نفسه، ص 55.

ثالثا: الهبة المستترة (العقد الصوري)

هي الهبة التي تظهر تحت اسم عقد أخر، ولكن في الحقيقة هي هبة مستترة، فعقد البيع الذي يكون ظاهره بيع وباطنه تبرع من البائع للمشتري، لعدم إلتزام المشتري بدفع الثمن حقيقة هو هبة مستترة، لأن المتعاقدان قد يتفقان على الثمن أمام الموثق ويصرحان به لا على أساس أن يلتزم به المشتري (الموهوب له)، ولكن ليكملا مظهرا من مظاهر عقد البيع الخارجي، وقد يلتزم المشتري بأقل من الثمن الحقيقي المذكور في عقد البيع، فيكون بذلك ثمنا صوريا[1].

وهي دلائل تصرف إلى أن يكون هبة مستترة فظاهر الهبة المستترة غير حقيقتها، فيجب أن يكون هناك عقد آخر غير الهبة يسترها، كما يجب أن تتوافر في هذا العقد الساتر الشروط والأركان المتطلبة في الهبة، فإذا كانت الهبة المستترة بعقد البيع واردة على عقار، يجب أن تتوفر في هذا العقد كل ما يشترطه القانون في نقل العقار من أركان عامة وشكلية وشهر[2].

رابعا: الهبة المشروطة

أجازت الفقرة الثانية من المادة 202 من ق أ ج للواهب أن يشترط على الموهوب له شروط تترتب بموجبها إلتزامات في جانب الموهوب له، وتكون الهبة بذلك معلقة على شرط يتوقف تمامها إلا بإنجاز هذا الشرط[3].

والشرط نوعان شرط واقف وشرط فاسخ.

1: الشرط الو اقف

هو الذي يكون وجود فيه الالتزام مترتبا على وقوعه وجاء في نص المادة 206 من ق م ج ما يلي: **"إذا كان الالتزام معلقا على شرط و اقف، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط"**[4].

---

[1] – أنور طلبة، العقود الصغيرة، الهبة والوصية، د ط، د د ن، مصر، 2004، ص 55.

[2] – محمد بن أحمد تقية، المرجع السابق، ص 220.

[3] – المادة 202 من القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[4]– المادة 206 من الأمر رقم 75 – 58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

ومثاله: أن يقول الوالد لولده إذا نجحت في الإمتحان، وهبتك هذه الدار فتكون الهبة معلقة على شرط واقف يتحقق نفاذ هذه الهبة بتحقق الشرط، فلو نجح الولد في الإمتحان كانت الهبة نافذة في حق الوالد لمصلحة الولد، بعد إتباع الإجراءات القانونية اللازمة.

2: الشرط الفاسخ

وهو الذي يكون فيه زوال الالتزام مترتبا على وقوعه وهذا يعني أن الالتزام قد وجد فعلا لكن قرن بشرط فاسخ، لو تحقق هذا الشرط فسخ هذا الالتزام. وصورته أن يهب شخص لشخص دار، ويشترط عليه عدم التصرف فيها لغيره، وإلا فسخت الهبة، فلو قام هذا الموهوب له، بالتصرف في هذه الدار كان قد حقق الشرط الفاسخ وتفسخ بذلك الهبة[1] حسب المادة 207 من ق م ج: "**يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ**"[2].

المطلب الثاني

صعوبة تكييف العقد

لتحديد صفة العقد يجب التطرق إلى الحالات الصعبة في تكييف العقد (فرع أول) ثم إلى المعيار الواجب إعماله لتحديد صفة العقد (فرع ثان).

[1]– بلباشير جوهر، خلوفي سامية، المرجع السابق، ص 9.

[2] – المادة 207 من القانون رقم 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

الفرع الأول

الحالات الصعبة في تكييف العقد

الهبة وإن كانت تشبه البيع في أنها ترد على الملكية، إلا أنها تختلف عنه في أن نقل الملكية فيها يكون دون مقابل أي بنية التبرع، فالهبة من عقود التبرع أما البيع فمن عقود المعاوضة إلا أن هناك حالات صعبة في تكييف العقد.

الحالة الأولى:

يجوز للواهب أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له في عقد الهبة إلتزاما معينا يجب على الموهوب له أن يؤديه كإلتزام الموهوب له بدفع مبلغ من النقود، فتكون الهبة في هذه الحالة هبة بعوض، فهنا نرى اشتباه الهبة والبيع وذلك في أن الموهوب له يلتزم بهذا العوض كما يلتزم المشتري بالثمن[1]، أما إذا كان محل عقد الهبة شيئا غير النقود وكان العوض كذلك من غير النقود كأداء خدمة مثلا، هنا لا يمكن أن يلتبس البيع بالهبة فطبيعة الشيء الموهوب والعوض يحددان مدى التباس الهبة بالبيع.

فالهبة بعوض تتميز مع ذلك عن البيع ، وذلك عند تواجد نية التبرع عند الواهب متى كانت هذه الهبة تعود بفائدة على غيره، سواء كان ذلك الغير هو الموهوب له أم كان هو المشروط له العوض، فتكون فيها فائدة للموهوب له إذا كانت قيمة العوض أقل من ثمن المثل، وتكون كلها فائدة على من اشترط له العوض إذا كان العوض يساوي ثمن المثل، أما إذا كان العوض لمصلحة الواهب نفسه وكانت قيمته تقارب ثمن المثل، يعتبر العقد بيعا لا هبة طالما أن نية التبرع ليست واضحة فيه، ويعتبر توفر نية التبرع مسألة واقع يقدره قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض[2].

---

[1]- مرقس سليمان، المرجع السابق، ص 29.

[2]- المرجع نفسه، ص ص 29،30.

يفرق الفقه في هذا الصدد بين فرضين، ففي الفرض الأول إذا كانت قيمة العوض أقل من الهبة، فنكون أمام عقد هبة، لأن نية التبرع قد توفرت، وطالما أن العقد قد أفرغ في الشكل الخاص بالهبة أما في الفرض الثاني، أي في حالة ما إذا كان المقابل معادلا للمال الموهوب أو يفوقه مثل كأن يشترط الواهب أن يعطيه الموهوب له سيارة تعادل قيمتها ثمن الأرض الموهوبة فهنا نكون بصدد عقد مقايضة[1].

الحالة الثانية:

تعتبر الهبة عقد شكلي يشترط إفراغه في القالب الرسمي وإلا كان باطلا بطلانا مطلقا، ويلجأ المتعاقدون إلى ستر الهبة بعقد آخر من العقود الرضائية كالقرض أو إقرار بالدين وغالبا ما يكون عقد البيع هو الساتر للهبة، فإذا أراد أن يهب شخص عقارا لشخص آخر فإنه يبرم عقدا يضمنه بيع هذا العقار لمشتري لكن في الحقيقة هو الموهوب له، ينص فيه على ثمن المبيع وإن المشتري دفع هذا الثمن، فيكون عقد البيع في هذه الحالة ساترا للهبة[2].

إذا كانت نية التبرع لم يتم الإعلان عليها في العقد، فإنه يكون عقد بيع صوري يخفي هبة مستترة، وتنطبق أحكام الصورية من حيث اعتبار العقد النافذ بين المتعاقدين هو عقد الهبة ولكنها هبة مستترة لا تشترط الشكلية لصحة انعقادها[3]، أما إذا كانت نية التبرع واضحة في العقد فإنه يكون عقد هبة مكشوفة ولا ينعقد صحيحا إلا بمراعاة الشروط الشكلية اللازمة لصحة انعقاده وهي الرسمية في العقار والمنقول[4].

"وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان في الظاهر من عقد البيع أنه وقع مقابل ثمن وكان منصوصا فيه على " أن البائع تبرع لولده المشتري بهذا الثمن وعلى أن المشتري التزم بتجهيز أختيه وبالإنفاق عليهما وعلى أمه بعد وفاة أبيه"، فإعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة فلا تكون قد أخطأت في تكييفه فإن مجرد النص على أن الوالد تبرع بالثمن يكفي لإعتباره عقد هبة مكشوفة، أما

[1] – محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ص 51، 52.

[2]– أنور طلبة، نماذج العقود والتصرفات القانونية، د ط، منشاة المعارف، د ب ن، 2001، ص 61.

[3] – سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، د ط، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، د س ن، ص 22.

[4] – المرجع نفسه، ص 23.

ما التزم به الموهوب له في العقد أي بتجهيز أختيه والإنفاق عليهما وعلى وفاة أبيه فلا يعدو أن يكون مقابلا للهبة ولا يخرج عقدها عن طبيعته"[1].

فسواء اعتبر التصرف هبة مستترة في صورة بيع أو هبة مكشوفة أو اعتبر التصرف بيعا فالملكية تنتقل إلى المتصرف إليه في حياة المتصرف[2].

الفرع الثاني

المعيار الواجب إعماله لتحديد صفة العقد

لتحديد صفة العقد في الحالة التي يكون فيها الهبة بمقابل نقدي، ويكون المقابل مقاربا لقيمة الشيء الموهوب، فالمعيار الذي يمكن أن نميز به في هذه الحالة هو نية التبرع، فإذا كانت موجودة عند الواهب الذي أعطى الشيء فإن العقد يعتبر هبة مهما بلغ مقدار العوض[3].

وقاضي الموضوع هو الذي يتحرى نية المتعاقدين الحقيقية في العقد، فإذا كانت إرادة المتعاقدين واضحة من التعبير الذي اختاراه مظهرا لإرادتهما، هنا لا يجوز للمحكمة أن تعدل عن الإرادة الواضحة إلى إرادة أخرى تفترض أنها الإرادة الحقيقية للمتعاقدين إلا بوجود دليل قائم على المتعاقدين[4].

[1]– مرقس سليمان، المرجع السابق، ص 31.

[2] – سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 23.

[3] – سرايش زكريا، المرجع السابق، ص 14.

[4]– نزيه كباره، العقود المسماة، (البيع–الإجارة–الوكالة–الكفالة)، د د ن، بيروت، 2010، ص 20.

من خلال مضمون هذا الفصل تمت دراسة الإطار النظري والقانوني للعقود الناقلة للملكية فقد تطرقنا إلى التعريف بعقد البيع وبيان خصائصه وأركانه، وكذا إعطاء مفهوم شامل عقد المقايضة والهبة في التشريع الجزائري من تعريف وخصائص وأنواع، ومن جهة أخرى قمنا بدراسة الحالات الصعبة لتكييف العقد والمعيار الواجب إعماله لتحديده.

أن كل من عقد البيع والمقايضة هما عقود متعلقة بالمبادلة إلا أن المقابل يختلف بين العقدين ففي عقد البيع المقايضة هو مبادلة شيء بشيء دون أن يكون أحدهما مبلغا نقدي أما عقد البيع فمقابل هو ثمن نقدي ويشترط فيهما توافق الإرادتين وكمال الأهليتين.

وأما عقد الهبة هي من العقود التبرعية، فهو تمليك شخص شيء لشخص ما بدون مقابل ولا يشترط فيها توافر الإرادتين، ويكفي كمال أهلية المتبرع فيلتبس هذا العقد مع البيع في حالة ما إذا كان هناك مقابل فيكون معيار التفرقة بين العقدين هو نية التبرع.

الفصل الثاني

التباس عقد البيع بالعقود

الواردة على العمل

تمهيد

لقد نظم المشرع الجزائري العقود الواردة على العمل في الباب التاسع تحت عنوان العقود الواردة على العمل.

فقد نص على عقد المقاولة من المادة 549 إلى 570 ق م ج ونص على عقد الوكالة من المادة 571 إلى 589 ق م ج.

رغم أن هذين العقدين لهما خصائص تميزهما عن غيرهما من العقود إلا أنهما قد يلتبسان بعقد البيع وللتفصيل أكثر في هذا الموضوع سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: إلتباس عقد البيع بعقد المقاولة.

المبحث الثاني: إلتباس عقد البيع بعقد الوكالة.

المبحث الأول

إلتباس عقد البيع بعقد المقاولة

سنتناول في هذا المبحث التباس عقد البيع بالمقاولة، وذلك من خلال المطالب التالية، مفهوم عقد المقاولة (مطلب أول) صعوبة تكييف العقد (مطلب ثان).

المطلب الأول

مفهوم عقد المقاولة

يعتبر عقد المقاولة من العقود المسماة الذي يتسم بمجموعة من الخصائص ويتميز بنظام قانوني مستقل عن غيره من العقود الأخرى الواردة على العمل ونظرا لأهميته كان لابد من دراسته وتحديد كل من تعريفه (فرع أول) ثم خصائصه (فرع ثان) وصوره (فرع ثالث).

الفرع الأول

تعريف عقد المقاولة

لقد تعددت تعريفات عقد المقاولة منها الفقهية والعربية وأيضا التشريع الجزائري، وعلى ذلك سنقسم هذا الفرع إلى التعريف اللغوي (أولا) ثم التعريف الإصطلاحي، والتعريف القانوني (ثانيا).

أولا: التعريف اللغوي لعقد المقاولة

المقاولة: "هو الربط والشد والضمان والعهد، ويطلق أيضا على الجمع بين أطراف الشيء، والعقد هو العهد والجمع"[1].

[1] - عمارة نصيرة، النظام القانوني لعقد المقاولة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2020،2021، ص 7.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي لعقد المقاولة

المقاولة: "اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدود في مدة معينة. المقاول: من يتعهد بالقيام بعمل معين مستكمل لشروط خاصة نظير مال معلوم، كبناء بيت أو إصلاح طريق، قاوله في الأمر: فاوضه وباحثه وجادله"[1].

في الفقه الإسلامي لا يوجد تعريف محدد للمقاولة نظرا لعدم وجود هذا المصطلح في القرن الماضي ولكن عرف أصل هذا العقد وهو عقد الإستصناع.

فعرفه الدكتور وهبة الزحيلي بقوله "المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر ".

كما عرفته مجلة الأحكام العدلية الإستصناع بأنه: "عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيء المصنوع[2].

ثالثا: التعريف القانوني لعقد المقاولة

1-تعريف عقد المقاولة في القانون الجزائري

المشرع الجزائري عرف عقد المقاولة من خلال المادة 549 من ق م ج على أنه: **"المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الاخر"**[3]. ويتضح لنا من خلال نص المادة أن عقد المقاولة هو ذلك الاتفاق بين المقاول ورب العمل على أن يقوم المقاول بعمل معين لصالح رب العمل، في مقابل أجر يدفعه هذا الأخير للمقاول، والمحل لا يكون موجودا أثناء التعاقد وإنما يعمل المقاول على صنعه في المستقبل.

---

[1]–معجم المعاني، تعريف وشرح ومعنى المقاولة في معجم المعاني الجامع، معجم عربي عربي، محمول من الموقع https://www.almaany.com اطلع عليه على الساعة: 58: 18، بتاريخ 26 /2023/04.

[2] – شاشو إبراهيم، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد 2، 2010 ص 745.

[3] - المادة 549 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

2-تعريف عقد المقاولة في القوانين الأجنبية

عرفه القانون الأردني في المادة 780 **"عقد يتعهد أحد الطرفين بمقتضاه أن يقع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به المتعاقد الآخر"[1].**

عرفه القانون المدني المصري في المادة 646**"المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"[2].**

أما القانون المدني الكويتي فقد عرفه بموجب المادة 661 بأنه: **"عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملا للطرف الآخر مقابل عوض دون أن يكون تابعا أو نائبا عنه**[3]. من خلال التعريف الذي قدمته هذه التشريعات نجد أنها تتفق مع تعريف المشرع الجزائري لعقد المقاولة.

الفرع الثاني

خصائص عقد المقاولة

من خلال تعريف عقد المقاولة فإن هذا الأخير كذلك يتميز بخصائص تختلف عن غيره من العقود إذ يعتبر عقد رضائي (أولا)، ملزم لجانبين(ثانيا)، عقد معاوضة (ثالثا) ومن العقود الواردة على العمل (رابعا).

أولا: عقد المقاولة عقد رضائي

عقد المقاولة هو عقد رضائي ، يكفي لإنعقاده بصدور الإيجاب والقبول بين الطرفين، فلا يشترط في إنعقاده شكل خاص ، إذ يجوز إبرامه كتابة أو مشافهة، و الكتابة ليست ضرورية لانعقادها إلا لإثبات المقاولة و يسمى الطرف الذي يؤدي العمل لحساب الغير (المقاول) و يسمى الطرف الآخر

[1] - عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، (المقاولة، الوكالة، الكفالة)، دار الثقافة، الأردن، 2007 ص 7.

[2] – قدرى عبد الفتاح الشهاوى، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية 2002، ص ص 7، 8.

[3] _ المرجع نفسه، ص ص 7، 8.

(صاحب العمل) ولكن ليس هناك ما يمنع أن يكون عقد المقاولة عقدا شكليا إذا اشترط نص خاص في الكتابة لوجوده اشترط المشرع الفرنسي الكتابة لوجود عقد بناء السفن، كما قد يكون عقد المقاولة شكليا وذلك بإتفاق الطرفين على ضرورة شكل معين لانعقاده، كتحرير العقد من قبل كاتب العدل و لكن يبقى الأصل أن عقد المقاولة من العقود الرضائية[1] .

ثانيا: عقد المقاولة عقد ملزم لجانبين

يعتبر عقد المقاولة عقد تبادلي ملزم للجانبين إذ يترتب عليه منذ انعقاده التزامات تقع على عاتق طرفيه، تقوم بالنسبة للمقاول أو المهندس المعماري عل إنجاز العمل المطلوب منه وتقوم هذه الإلتزامات بالنسبة لرب العمل في دفع الأجر المستحق عن هذا العمل، فيترتب على كون عقد المقاولة من العقود الملزمة لجانبين نتائج كالفسخ والدفع بعدم التنفيذ، فالفسخ مثلا إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزاماته، جاز للمتعاقد الآخر المطالبة بالفسخ، فيجوز لرب العمل المطالبة بفسخ عقد المقاولة إذا لم ينفذ المهندس المعماري أو المقاول التزاماته، وذلك من أجل التحلل من التزاماته المتقابلة، أما إذ كان محل العقد ممكنا فله أن يطالب بالتنفيذ العيني بدلا من الفسخ[2].

ثالثا: المقاولة عقد معاوضة

ذلك لأن كل من طرفيه يأخذ مقابلا لما يعطي، فلا يوجد عقد مقاولة تبرعي فالمقاول يقوم بالعمل وقد يقدم المواد أو الخدمات اللازمة لهذا العمل مقابل أجر الذي يتولى دفعه رب العمل، وفي المقابل يتحصل رب العمل على العمل الذي طالب به[3]. ومثاله: أن يتعهد شخص ببناء منزل أو إنشاء مصرف أو صنع أثاث مقابل مبلغ من النقود.

[1]– عدنان إبراهيم السرحان، العقود المسماة، (المقاولة، الوكالة، الكفالة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 16.

[2] – عزت عبد القادر، عقد المقاولة، د ط، دار الألفى لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، د ب ن، 2001، ص 13.

[3] – المرجع نفسه، ص ص 12، 13.

رابعا: المقاولة هو عقد وارد على العمل

يرى بعض الفقه أن الأداء الرئيسي في العقد المطلوب من المقاول وهو القيام بعمل معين ورغم أن هذا العمل يتم في مقابل أجر، فهذا الأجر قد يكون عبارة عن نقلية ملكية شيء إلى المقاول فإن وصف العقد يكون بالأداء الرئيسي وليس المقابل، والمقاول حين يقوم بالعمل المكلف به، فيختار المقاول الوسائل والأدوات التي يراها مؤدية إلى إنجاز أو تحقيق العمل دون تدخل أو اشراف رب العمل لتوجيه هذا الاختيار أو رقابته[1].

الفرع الثالث

صور المقاولة

يتم إبرام عقد المقاولة بين المقاول ورب العمل، أو بين المقاول الأصلي ومقاول أخر فرعي فسنتناول صورتين المقاولة المباشرة أو الأصلية (أولا) والمقاولة الفرعية (ثانيا).

أولا: المقاولة المباشرة أو الأصلية

هو عقد مقاولة مباشرة بين المقاول والمستفيد، فبمقتضاه يتعهد المقاول بتنفيذ العمل المطلوب منه بحسب المقاييس والمواصفات التي يزوده بها صاحب العمل، سواء قدم المواد مع العمل أو قام بالعمل فقط، ففي هذه الصورة يتفق المقاول مع المستفيد على العمل وينفذ العمل بنفسه وذلك حسب ما تم الاتفاق عليه في العقد دون الحاجة إلى التعاقد مع غيره[2].

[1] – قره فتيحة، أحكام عقد المقاولة، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن، ص 19.

[2] – شاشو إبراهيم، المرجع السابق، ص 750.

ثانيا: المقاولة الفرعية

تطرق المشرع الجزائري للمقاولة الفرعية في المادة 564 الفقرة الأولى من ق م ج التي تنص على أنه: **"يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الإعتماد على كفاءته الشخصية"**[1].

فنستنتج من هذه المادة أن المقاولة الفرعية هو عقد بمقتضاه يتعهد المقاول أن يلجأ إلى مقاول آخر فرعي، ويمكن أن يتنازل المقاول بكل العمل لهذا المقاول الفرعي كما يمكن له أن يتنازل على جزء فقط من العمل، إلا إذا اشترط العقد على غير ذلك وكانت طبيعة العمل تفترض وجود مؤهلات المقاول الشخصية.

تقع هذه الصورة في الغالب على مقاولات المباني والمنشآت حيث تتعدد الأعمال بحيث لا يستطيع المقاول القيام بها لوحده فيقوم بالإتفاق مع مقاول آخر أو أكثر للقيام بتنفيذ العمل كله أو جزء منه[2].

المطلب الثاني

صعوبة تكييف العقد

المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يقوم بعمل لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الأخر فمن هنا نجد الفرق بين البيع والمقاولة، فالبيع يرد على الملكية بينما المقاولة ترد على العمل، فلتحديد صفة العقد يجب التطرق إلى الحالات الصعبة في تكييف العقد (فرع أول) ثم المعيار الواجب إعماله لتحديد صفة العقد (فرع ثان).

[1] – المادة 564 من الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2] – شاشو إبراهيم، المرجع السابق، ص 751.

الفرع الأول

الحالات الصعبة في تكييف العقد

إذا قدم رب العمل المادة وإقتصر المقاول على تقديم عمله يعتبر عقد المقاولة لا إلتباس فيه وإنما يكون الإلتباس إذا قدم المقاول العمل والمادة معا حسب المادة 550 الفقرة 2 من ق م ج" **كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا"** [1]، فهنا إنقسمت الأراء في هذه المسألة إلى:

أولا: الاتجاه الأول أخذ بهذا الاتجاه الفقه والقضاء الفرنسي وذلك استنادا إلى نص المادة 1711 من القانون المدني الفرنسي التي توجب بأن العقد يكون مقاولة إذا كانت المادة مقدمة من صاحب العمل أما إذا كانت المادة مقدمة من الصانع فيكون العقد بيعا، فهذا الاتجاه لا يدخل في الاعتبار فالمقاول إنما تعاقد أصلا على العمل و المادة جاءت تابعة للعمل ولو كان المقاول قصد أن يبيع الشيء مصنوعا لجاز أن يقدم لرب العمل شيء يكون قد صنعه قبل العقد وهو إذا فعل وقبل منه صاحب العمل ذلك فإن ملكية هذا الشيء المصنوع من قبل لا تنتقل بموجب العقد الأصلي وإنما ينتقل بموجب عقد جديد يطلق عليه أنه بيع لا لشيء مستقبلي بل لشيء حاضر[2].

ثانيا: الاتجاه الثاني قد ذهب البعض الآخر إلى إعتبار العقد محل البحث عقدا مختلطا، وبالتالي يؤخذ بصدده التكييف التوزيعي أي لأحكام البيع والمقاولة، وذلك إما بالنظر إلى لحظة تنفيذ العقد بحيث يخضع العقد حتى تسليم الشيء لقواعد عقد المقاولة، وبعد ذلك يخضع لقواعد عقد البيع، وإما بالنظر إلى محل الالتزامات الناشئة عن العقد، بحيث ما يقوم به المقاول من عمل لعقد المقاولة، أما توريد المواد اللازمة لصنع الشيء فيخضع لقواعد عقد البيع[3].

كذلك ذهب الفقيهين "أوبري" و "رو" إلى اقتراح طريقة للتصدي لتمييز عقد المقاولة وعقد البيع بتطوير فكرة العقد المختلط فبذلك ستصبح العلاقات بين الأطراف عندئذ منظمة بقواعد

---

[1] - المادة 550 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2] – سعد عبد السلام سعيد، الوجيز في العقود المدنية، (العقود المسماة)، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص37.

[3] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (العقود الواردة على العمل)، (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، ج السابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 46.

المقاولة حتى إستلام العمل بعد ذلك يكون العقد بيعا وذلك بتطبيق قاعدة "الفرع يتبع الأصل "أي دمج العقدين الموجودين فعلا فيجب بالتالي تطبيق آثار مندمجة للعقدين[1].

النقد: هذا الرأي يؤدي إلى إثارة صعوبات فيما يتعلق بالمسائل التي تتعارض فيها أحكام المقاولة مع أحكام البيع، مثلا فيما يختص بطبيعة العوض وتحديده، وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، إذا يجب الفصل بين العقدين[2].

ثالثا: الاتجاه الثالث يعد العقد مقاولة طالما أن الشيء المراد صنعه لم يتم بعد فإذا انتهت صناعته تحول العقد إلى بيع لشيء مصنوع، ينقل ملكيته إلى المشتري.

النقد: إن تكييف العقد يتم وقت إنعقاده بغض النظر عما يترتب عليه بعد ذلك، ولا يجوز أن يتغير وصف العقد وقت تكوينه، عن وصفه إذا ما انتهى، فضلا عن أن المقاول يضمن عمله مدة طويلة بعد صنع الشيء، مما يدل أن المقاولة لا تنقضي بمجرد إتمام صنع الشيء[3].

رابعا: الإتجاه الرابع هذا الإتجاه يجري مقارنة بين ما إذا كانت قيمة العمل تفوق كثيرا قيمة المادة أم أن قيمة المادة تفوق قيمة العمل ففي الحالة الأولى فإن العقد يكون مقاولة تنطبق عليه أحكام المقاولة أما في الحالة الثانية فإن العقد يعد بيعا.

النقد: يستند إلى معيار غير محدد فليس من السهل تحديد العنصر الأساسي في العقد هل هو العمل أو المواد المستخدمة[4].

خامسا: الإتجاه الخامس إذا التزم شخص بصنع شيء من مواد يقدمها من عنده، فإن العقد يعتبر عقد مقاولة وليس بيعا لشيء مستقبلي ذلك أن التزام المتعهد هو القيام بعمل معين وهو صنع الشيء المطلوب منه، وبدون إنجاز هذا العمل لا يعتبر المتعهد أنه قد قام بإلتزامه، وإذا كان يترتب على صنع الشيء أن يتملكه رب العمل، فلا يعني أن العقد ورد منذ الأصل على الملكية وإنه

---

[1]– Françoise Labarthe, Cyril Noblot, Traité DES CONTRATS, le contrat d'entreprise, LGDJ, 2018, p.p71, 72.

[2] – قره فتيحة، المرجع السابق، ص 25.

[3] – عبد السلام سعيد سعد، المرجع السابق، ص ص 38، 39.

[4] – المرجع نفسه، ص ص 39، 40.

بالتالي عقد البيع فتملك رب العمل للشيء الذي صنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل[1].

الفرع الثاني

المعيار الواجب إعماله لتحديد صفة العقد

المعيار المعتمد هو المعيار الإقتصادي المقارنة بين قيمة العمل وقيمة المواد، فإذا غلبت قيمة العمل على قيمة المواد كان العقد مقاولة، وإذا غلبت قيمة المواد على قيمة العمل كان العقد بيعا.

مثلا: الصائغ الذي يقدم مادة الذهب ويبذل جهدا كبيرا في صنعه، يكون بائعا إذا كانت قيمة الذهب تفوق كثيرا مقدار ما بذله من جهد في صياغتها، أما النجار الذي يحترف النقش على الخشب والذي يمكن أن يحول قطعة خشب بسيطة إلى تحفة فنية فإن عمله لا يمكن أن يقارن مع قطعة الخشب فهو يفوقها بكثير، وبالتالي فإن عمله يعتبر عقد مقاولة[2].

أهمية التمييز بين عقد المقاولة والبيع

1-إنهاء العقد بالإرادة المنفردة: ففي عقد البيع لا يجوز لأي من طرفيه التحلل من الإلتزامات التعاقدية إلا بإرادة الطرفين عكس المقاولة فإن صاحب العمل يجوز له وقف العقد بالإرادة المنفردة يشترط أن يحدد سبب التوقف.

2-بدء سريان الفوائد: في عقد البيع نكون أمام حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان المبيع ليس له ثمرات فإن الفوائد تستحق من تاريخ الاعذار بذلك أي أن الثمن المستحق لا يكون له فوائد إلا من تاريخ الاعذار.

[1]– قره فتيحة، المرجع السابق، ص 28.

[2]– عدنان إبراهيم السرحان،2009، المرجع السابق، ص 21.

الحالة الثانية: إذا كان المبيع له ثمرات فالفوائد تستحق من يوم تسليم المبيع، بالنسبة لهذه الفوائد التي تعتبر كشرط جزائي فهي غير مشروعة سواء كانت بسبب التأخير أو بسبب عدم التنفيذ، أما في المقاولة لا تكون هناك فوائد على الأجر[1].

3-حق الإمتياز: في عقد البيع للبائع حق الإمتياز على المبيع عقارا كان أم منقول، أما في عقد المقاولة لا يكون حق إمتياز إستثناءا في حالة إذا كان محل عقد المقاولة هو إقامة منشأة أو صيانتها.

4-تعيين العوض في العقدين: يشترط في عقد البيع لكي يكون صحيحا تعيين الثمن ومقداره فإذا لم يتم تعيينه فالعقد يكون باطلا بطلانا مطلقا، أما في عقد المقاولة لا يشترط تحديد الأجر مقدما عند التعاقد[2].

المبحث الثاني

التباس عقد البيع بعقد الوكالة

للوصول إلى كيفية إلتباس عقد البيع بعقد الوكالة سنتطرق إلى مفهوم عقد الوكالة (مطلب أول)، ثم بيان صعوبة تكييف العقد (مطلب ثان).

المطلب الأول

مفهوم عقد الوكالة

تساهم دراسة مفهوم عقد الوكالة المدنية في فهم مضمون هذا العقد، وذلك لا يأتي إلا من خلال البحث في تعريفه (فرع أول) وإستخلاص خصائصه (فرع ثان) وبيان أنواعه (فرع ثالث).

[1] – عبد السلام سعيد سعد، المرجع السابق، ص ص 41، 42.

[2] – المرجع نفسه، ص 42.

الفرع الأول

تعريف عقد الوكالة

لعقد الوكالة عدة تعاريف من حيث التعريف اللغوي(أولا)، والفقهي(ثانيا)، والتعريف القانوني(ثالثا).

أولا: تعريف عقد الوكالة لغة

الوكالة إسم مصدر من التوكيل وهي بفتح الواو وكسرها، حيث يقصد بها من وكل إليه الأمر، أي أن يعهد إلى غيره، بمعنى أن يعمل عملا وكما يقصد بالوكالة أيضا: الوكيل هو المقيم الكفيل بأرزاق العباد ولكنه في حقيقة الأمر أنه يستقيل بأمر الموكل إليه[1].

قال الله تعالى: " **أَلَّا تَتَّخِذُواْ مِن دُونِي وَكِيلًا**"[2].

وتعني الوكالة أيضا: وكل فلان فلانا أو وكل إلى رأيه، تركه ولم يشترك معه، أو وكل فلان في العمل: خلاه كله عليه، وكل فلان في أمر، إعتمد ووثق به[3].

ثانيا: التعريف الفقهي لعقد الوكالة

عرف المالكية الوكالة بأنها: "نيابة في حق، غير مشروطة بموته، ولا إمارة، بما يدل عرفا"[4]

عرفها بعض الحنفية بأنها: " إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم"

وعرفها الشافعية بأنها: " تفويض شخص أمره إلى آخر، وإقامته مقامه في التصرف"[5].

---

[1]– إبن منظور **محمد بن مكرم**، لسان العرب، ط الثالثة، ج الخامس عشر، دار صادر، بيروت، 2004، ص 272.

[2]– سورة الإسراء الأية 2.

[3]– إبن منظور محمد بن مكرم، المرجع السابق، ص 272.

[4]– غيتري زين العابدين، الوكالة ومسؤولية الوكيل في عقد البيع، (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، د ط دار هومة، الجزائر، 2018، ص 11.

[5] - المرجع نفسه، ص 13.

فيستخلص من كل هذه التعريفات الفقهية المختلفة أن الوكالة هي عبارة عن إنابة شرعية من شخص جائز له التصرف شرعا، إلى شخص أخر ليقوم مقامه في أعمال جائزة شرعا.

أ: مشروعية عقد الوكالة

مشروعية الوكالة تقضي بيان الأدلة الشرعية لجوازها، من الكتاب والسنة والإجماع.

الأدلة من القرآن

إستدل الفقهاء على مشروعية الوكالة من قوله تعالى: **"فَابْعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَا أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا"**[1].

الأدلة من السنة

عن إبن إسحاق، عن أبي نعيم وهب بن كيسان، عن جابر بن عبد الله، أنه سمعه يحدث قال: أردت الخروج إلى خيبر، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقالت له: إني أردت الخروج إلى خيبر، فقال: " إذا أتيت وكلي فخذه منه خمسة عشر وسقا، فإنه إبتغى منك آية فضع يدك على ترقيه"[2].

الأدلة من الإجماع

الوكالة من عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا، وأن الصحابة رضوان الله عليهم والتابعيين وكذا من جاء بعدهم من العلماء والفقهاء في كل عصر متفقون على مشروعية الوكالة ومتى أجمعت الأمة من الأمور فإنه يكون تشريعا للمسلمين لأن الإجماع حجة شرعية[3].

[1]- سورة الكهف الأية 19.

[2]– رواه أبو داو في سنه، كتاب الأقضية، باب الوكالة، الحديث رقم 2935 و3632، ج الثالث، ص 1571.

[3]– غيتري زين العابدين، المرجع السابق، ص 17.

ثالثا: التعريف القانوني لعقد الوكالة

عرف المشرع الجزائري عقد الوكالة بموجب المادة 571 من ق م ج التي تنص على أنه: " **الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه**"[1].

النقد:

المشرع الجزائري كان يتعين عليه أن يميز في التعريف القانوني الذي قدمه بين الإنابة والوكالة حيث تعرف الوكالة بأنها قيام الموكل بعمل قانوني للوكيل وباسمه وهذا لا ينطبق على النيابة القضائية ولا النيابة القانونية التي لا يكون لإرادة الأصيل أي اعتبار سواء كان الأمر بنسبة للقاصر أو المحجوز عليه، بل هي مفروضة على النائب عنهما، وهذا عكس الموكل الذي يعتمد بإرادته كما يعتمد بموافقة الوكيل. هذا ما ذهبت إليه التشريعات الحديثة، فنجد القانون المصري قد عرف المشرع المصري عقد الوكالة في المادة 699 من القانون المصري على أنه: " **الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل**"[2].

الفرع الثاني

خصائص عقد الوكالة

يمتاز عقد الوكالة المدنية بمجموعة من الخصائص تجعلها مميزا عن سائر العقود الأخرى حيث يعتبر من العقود الرضائية (أولا) والتبرعية (ثانيا) والملزمة لجانبين (ثالثا)، ومن العقود الواردة على العمل (رابعا) بالإضافة إلى أنها من العقود القائمة على الإعتبار الشخصي (خامسا)، وعقد غير ملزم (سادسا).

[1] - المادة 571 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج السابع، المرجع السابق، ص 372.

أولا: عقد الوكالة عقد رضائي

عقد الوكالة من العقود الرضائية، فيكفي لإنعقاده توافق إرادتي الموكل والوكيل، دون الحاجة لإفراغه في شكل معين إلا أن القانون يشترط شكلا معينا لإثباته كالكتابة،[1] نصت المادة 572 ق م ج على: **"يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك"**[2]. فيتضح من نص المادة أن العقد يكون شكليا متى كان محل الوكالة تصرفا شكليا مثل بيع عقار أو الرهن الرسمي وغيره من العقود التي تشترط الشكلية في العقود.

ثانيا: عقد الوكالة من العقود التبرعية

الأصل في عقد الوكالة أنه من عقود التبرع، أي أن الوكيل يقوم بخدمة للموكل مجانا وبدون عوض وهذا ما نصت عليه المادة 581 من ق م ج: **" الوكالة تبرعية مالم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنيا في حالة الوكيل"**[3]. ويتضح لنا من خلال نص المادة أن المبدأ في الوكالة أنها تبرعية استثناء قد تكون بمقابل، فيمكن لعقد الوكالة أن تكون بعوض إذا إتفق الطرفان على الأجرة أو كان الوكيل من يعملون بأجرة، كقيام الوكيل بعمل لحساب غيره من أعمال المهنية التي يكسب رزقه منها كما في الوكالة بالعمولة[4].

ثالثا: عقد الوكالة عقد ملزم للجانبين

يعتبر عقد الوكالة من العقود الملزمة لجانبين، فيرتب إلتزامات في ذمة الطرفين، فيلتزم الموكل بدفع الأجرة للوكيل وجميع المصاريف التي أنفقها في الوكالة، كما يلتزم الوكيل بتنفيذ الوكالة بحسب الإتفاق[5]،غير أنه ليس من الضروري أن تكون الوكالة ملزمة للجانبين فيمكن أن تكون ملزمة لجانب الوكيل وحده، ولا تنشأ التزامات في ذمة الموكل إذا كانت الوكالة بغير أجرة ولم ينفق الوكيل

[1] – غيتري زين العابدين، المرجع السابق، ص 21.

[2] – المادة 572 من الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[3]– المادة 581 من الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[4]– عدنان إبراهيم السرحان، 2007، المرجع السابق، ص 103.

[5]– المرجع نفسه، ص 128.

مصروفات ولم يصبه ضرر يعوض عنه[1]،حيث إتجه البعض إلى إعتبار الوكالة المجانية عقد غير متبادل فبالتالي فهو عقد غير ملزم للجانبين، إلا في حالة ما إذا قام الوكيل بدفع بعض النفقات ولحق به ضرر بسبب تنفيذ الوكالة، أما إذا كانت الوكالة بأجرة فعقد الوكالة في هذه الحالة تنشىء التزام في ذمة الوكيل بأن يقوم بتنفيذ الأعمال والتصرفات القانونية التي جاءت في الوكالة وكذا يقع على عاتق الموكل في الوكالة بأجرة بأن يدفع الأجرة للوكيل و كما يلتزم برد ما صرفه الوكيل لأجل تنفيذ الوكالة[2].

رابعا: عقد الوكالة من العقود الواردة على العمل

عقد الوكالة من العقود الواردة على العمل، فقد نظمها المشّرع الجزائري في الفصل الثاني من الباب التاسع من العقود الواردة على العمل، وهذا ما تؤكده نص المادة 571 من ق م ج بأن موضوع عقد الوكالة هو قيام الوكيل بعمل لحساب الموكل وبإسمه، فعقد الوكالة من العقود الواردة على العمل مهما كانت طبيعة العمل الذي يقوم به الوكيل بشرط ألا يكون مخالف لنظام العام والآداب العامة.

إن العمل محل الوكالة ذو طبيعة خاصة حيث يشترط فيه أن يكون تصرفا قانونيا والشيء الذي يشترط أن يكون قانونيا هو محل الوكالة الأصلي، ذلك أن الوكيل قد يقوم بأعمال مادية تبعا للتصرف القانوني الذي وكل فيه كما إذا وكل في قبض الدين فإنه يجب في بعض الأحيان أن يسعى للمدين أن يقوم ببعض الإجراءات المادية لقبض الدين، ولكن هذا لا ينفي أن مهمته الأصلية هي قبض الدين وهو تصرف قانوني لا عمل مادي[3].

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج السابع، المرجع السابق، ص 373.

[2]– غيتري زين العابدين، المرجع السابق، ص 24.

[3]–عدنان إبراهيم السرحان، 2007، المرجع السابق، ص 103.

خامسا: عقد الوكالة تقوم على الإعتبار الشخصّي

فالموكل أدخل في إعتباره شخصية الوكيل، وكذلك الوكيل أدخل في إعتباره شخصية الموكل،[1] فالوكالة تنتهي بموت الوكيل كما تنتهي بموت الموكل حسب ما جاء في نص المادة 586 ق م ج: **"تنتهي الوكالة بإتمام لعمل الموكل فيه أو بإنتهاء الأجل المعين للوكالة وتنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل...أو بعدول الموكل"**. كما لا يجوز للوكيل أن يعهد تنفيذ الوكالة إلى وكيل آخر دون موافقة الموكل[2].

سادسا: عقد غير لازم

فعقد الوكالة يقبل بطبيعته أن يرجع فيه أحد المتعاقدين وذلك بإرادته المنفردة، فإنه يجوز للموكل أن يعزل الوكيل كما يستطيع الوكيل أن يتنحى من الوكالة وذلك قبل إتمام التصرف القانوني محل الوكالة، بل حتى قبل البدء فيه،[3]بإستثناء الحالة التي تكون فيها للوكيل منفعة خاصة من الوكالة، أو في حالة ما إذا كان للغير فائدة منها مرتبطة بالتزام تنفيذ الوكالة، في هذه الحالة لا يجوز للموكل من جانبه وحده عزل الوكيل، فمهما كان للموكل حق أو سلطان في إنهاء الوكالة إلا أن هذا الحق مقيد بمدى وجود حق أو مصلحة للوكيل أو الغير في هذه الوكالة فإذا كانت للوكيل أو الغير مصلحة في تنفيذ الوكالة فإنه لا يجوز للموكل أن ينهي الوكالة بإرادته المنفردة و في هذه حالة يتحمل مسؤولية الأضرار التي سيرتبها للوكيل أو الغير[4].

الفرع الثالث

أنواع الوكالة المدنية

يستطيع الموكل في عقد الوكالة المدنية منح الوكيل ما شاء من الصلاحيات وهذه الأخيرة تضيق وتتسع وهذا عائد لإرادة الموكل، سواء أضافت صلاحيات الوكيل أو إتسعت فالوكالة تجوز أن

[1]– المادة 586 من الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2]– عدنان إبراهيم السرحان، 2009، المرجع السابق، ص 105.

[3]– المرجع نفسه، ص 131.

[4]– غيتري زين العابدين، المرجع السابق، ص 23.

تكون وكالة عامة(أولا) كما يمكن أن تكون خاصة(ثانيا)، كما يضاف أيضا إلى أنواع الوكالة المقيدة (ثالثا) والوكالة المطلقة (رابعا).

أولا: الوكالة العامة

الوكالة العامة هي تفويض الموكل الوكيل للقيام بكل أعماله، وترد بألفاظ عامة دون أن يحدد له عمل قانوني معين ولا تجيز للوكيل سوى القيام بالأعمال الإدارية فقط،[1] والوكالة العامة تشمل كل ما يقبل النيابة فلا يتعين فيها الموكل محل التصرف القانوني المعهودة للوكيل، بل ولا يعين نوع هذا التصرف القانوني ذاته كما لو قال الموكل للوكيل مثلا جعلتك وكيلا مفوضا عني[2]. حث نصت المادة 573 /1 ق م ج على أنه:" **إن الوكالة الواردة بألفاظ عامة والتي لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول للوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية"**[3].

يتبين لنا من خلال النص القانوني أن الوكالة العامة ترد بألفاظ عامة بدون تخصيص لنوع التصرف القانوني الذي يقوم به الوكيل، فمثلا قول الموكل للوكيل وكلتك في أموري كلها أو جعلتك وكيلا مفوضا عني، وغير ذلك من العبارات التي لا تفيد التخصيص في عمل معين بالذات أو تفيد الإدارة في عمل من الأعمال القانونية[4].

ثانيا: الوكالة الخاصة (الإحتياطية)

الوكالة الخاصة، تلك التي تلزم لأعمال التصرف والتبرعات وكذلك أعمال الإدارة الخاصة وإشترطت الوكالة الخاصة نظر لخطورة أعمال التصرف والتبرع، فكل عمل ليس من أعمال الإدارة تلزمه وكالة خاصة[5]. نظر لخطورة الوكالة العامة بالنسبة للموكل، لذا فإن المشرع قام بحماية الموكل من خلال إشتراط وكالة خاصة في كل الأعمال التي ليست من أعمال الإدارة، فنصت المادة 1/574 ق

---

[1]– عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، 2009، ص 48.

[2]– المرجع نفسه، ص 156.

[3]– المادة 1/573 من الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[4]– غيتري زين العابدين، المرجع السابق، ص 49.

[5]– بوري كاتية، النظام القانوني لعقد الوكالة المدنية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2022، ص 19.

م ج على أنه: **"لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقراروالتحكيم وتوجيه اليمين والمر افعة أمام القضاء"**[1]. فوكالة الخاصة يمكن أن تقتصر على تصرف واحد من كل هذه التصرفات، كما يجوز أن تشمل طائفة منها ولكن في هذه الحالة الأخيرة يجب أن تبين الوكالة على وجه التحديد كل نوع من أنواع التصرفات التي تدخل فيه فتتعدد الوكالات الخاصة بتعدد أعمال التصرف وإن كان يضمها جميعا ورقة واحدة[2].

ثالثا: الوكالة المقيدة

الوكالة المقيدة هي تلك الوكالة التي قيدت بتصرف معين من أنواع التصرفات أو بزمن معين أو بشروط معينة يجب إجراء التصرف بموجبها[3].

الوكالة المقيدة هي الوكالة التي تنص في العقد على قيود معينة لتصرفات الوكيل، ومن واجبات هذا الأخير الالتزام بها عند تنفيذه لها، كما يجب على الوكيل الإلتزام في الوكالة المقيدة بتنفيذ تعليمات الموكل كما حددها له في عقد الوكالة سواء بيع أو شراء، خاصة ما يتعلق الأمر بتحديد الزمان والمكان، وثمن البيع والشراء، ونوع البضاعة وقدرها وغيرها من الأمور،[4] في حالة ما إذا خالف الوكيل ذلك الأمر فإن التصرف الذي يجريه لا يكون نافذ على الموكل إلا إذا أجاز هذا الأخير أو كانت المخالفة إلى خير لأنها كانت وفاق معنى[5].

رابعا: الوكالة المطلقة

الوكالة المطلقة التي لا يقيد فيها الوكيل بأي قيد من طرف الموكل، مثلا أن يحدد الموكل للوكيل طبيعة العملية بيعا أو شراء، ولا يحدد له نوع السلعة التي يبيعها أو يشتريها، فيترك للوكيل

---

[1]– المادة 1/574 من الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج السابع، المرجع السابق، ص 440.

[3]– عدنان إبراهيم السرحان، 2009، المرجع السابق، ص 124.

[4]– غيتري زين العابدين، المرجع السابق، ص 45.

[5]– إسعاد فاطمة، تجاوز الوكيل حدود الوكالة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض التشريعات المدنية الأخرى، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 1، 2011، ص 134.

حرية التصرف[1]. وهذا النوع من الوكالة تتسع حرية الوكيل إلى حد كبير فيترك له الموكل حرية التعاقد بأي شروط شاء وحرية إختيار من شاء التعاقد معه وهذه الوكالة لها صورتين:

أ-أن يصرح فيها الموكل بالإذن العام للوكيل، فتختلط الوكالة المطلقة بالوكالة العامة.

ب-أن يحدد فيها نوع التصرف الذي يمكن أن يقوم به الوكيل من بيع وشراء ولكنه لا يقيد الوكيل في كيفية البيع ولا في ثمنه ولا في مكانه ولا في زمانه ولا يتعامل معه، فتكون الوكالة وكالة خاصة مطلقة[2].

المطلب الثاني

صعوبة تكييف العقد

عقد البيع هو من العقود المسماة الناقلة للملكية، وهذه كخاصية أساسية لعقد البيع فهو يتميز عن الوكالة التي ترد على العمل، ومع ذلك قد يحدث ونجد في بعض الحالات صعوبة في تحديد نوع العقد إذا كان بيع أو وكالة حيث يجب التحقيق مما إذا كنا بصدد عقد بيع تسري علية أحكام الخاصة بعقد البيع أو بصدد عقد وكالة تسري عليه أحكام عقد الوكالة، ولهذا سنتطرق في هذا المطلب إلى دراسة الحالات الصعبة لتكييف العقد (فرع أول)، وكذا معايير تحديد صفة العقد (فرع ثان)

الفرع الأول

الحالات الصعبة لتكييف العقد

لقد عرف المشرع الجزائري عقد الوكالة من خلال نص المادة 571 ق م ج على أنها: **"الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا أخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"**[3].

[1]- غيتري زين العابدين، المرجع السابق، ص 42.

[2]- عدنان إبراهيم السرحان، 2009، المرجع السابق، ص 154.

[3]- المادة 571 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

من خلا ل نص المادة يتضح أن هناك فرق بين البيع والوكالة، فالبيع يرد على الملكية أما الوكالة فهي عمل قانوني يلتزم الوكيل بالقيام به لحساب الموكل، ويحصل أن تقترن الوكالة بالبيع ويحدث ذلك في أحوال منها:

1-حالة الإسم المستعار، فهو يشتري باسمه ما وكل في شرائه ثم يبيعه بعقد جديد إلى الموكل فهنا في هذه الحالة يقترن عقد الوكالة بعقد البيع، الأول هو الذي أبرمه المسخر مع المتعاقد الآخر والثاني هو الذي أبرمه المسخر مع الوكيل[1].

2-حالة السمسار والوكيل بالعمولة، يقوم كل منهما بشراء الشيء المبيع باسمه ولكن لحساب عميله ثم ينقله إلى العميل بعقد جديد، فيكون هناك عقد وكالة مقترن بعقد بيع[2].

3- حالة ما إذا حول الدائن حقه لمحال له على أن يحفظ هذا لنفسه بجزء من الحق ويرد الباقي للمحيل، فقد يكون العقد حوالة حق أي بيعا للحق والثمن هو هذا الباقي الذي يرده المحال له للمحيل وقد إشترى الحق بجزء منه في نظير ما بذل من الجهد في تحصيل الحق من المدين، وقد تكون العقد وكالة مأجورة والمحال له هو وكيل المحيل في قبض الدين من المحال عليه في مقابل أجر هو هذا الجزء من الحق الذي يستبقيه المحال له لنفسه[3].

ومع ذلك قد تلتبس الوكالة بعقد البيع في بعض الأحوال منها حيث يصعب تكييف العقد على أنه وكالة أو بيع وذلك على النحو التالي:

الحالة الأولى: حال ما إذا وكل شخص شخصا آخر في بيع مال له، مع تخويله الحق في شرائه لنفسه إذا شاء[4]، ونحن نرى أن هذه الحالة غير مشروعة، لإعتبار أن الشخص تعاقد مع نفسه وهذا غير جائز حسب نص المادة 77 ق م ج.

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج السابع، المرجع السابق، ص383.

[2] – المرجع نفسه، ص 383.

[3] – المرجع نفسه، ص 383.

[4] – عدنان إبراهيم السرحان، 2009، المرجع السابق، ص 138.

الحالة الثانية: حالة ما إذا قام تاجر الجملة بتسليم بضاعة إلى تاجر تجزئة لبيعها، فإذا كان قد تسلما على سبيل إنتقال الملكية ليقوم بعد ذلك ببيعها كان العقد بيعا، أما إذا تسلمها لكي يبيعها لحساب تاجر الجملة كان العقد وكالة، كذلك يمكن أن يتفق الطرفان على أنه إذ لم يبع من تسلم البضاعة ما سلم إليه خلال مدة معينة إستردها من سلمها إليه، إذا باع جزء منها عليه أن يرد ثمنها المتفق عليه مع مالكها الأول ويستفاد من الفرق بينه وبين الثمن الذي باعها به[1].

الفرع الثاني

المعيار الواجب إعماله لتحديد صفة العقد

كما سبق وتطرقنا في الفرع السابق إلى الحالات التي يلتبس عقد الوكالة بالبيع، فينتج عن ذلك صعوبة في تحديد طبيعة العقد:

1-في حالة ما إذ قام شخص بتسليم شيء يملكه إلى شخص آخر لبيعه، فالعقد هنا حسب الرأي الراجح في الفقه هو عقد الوكالة معلق على شرط فاسخ، وهو قيام الوكيل بشراء المال لنفسه فإذا إشترى الوكيل المال لنفسه إنفسخت الوكالة، و يتضح من ذلك أن العقد في هذه الحالة وكالة معلقة على شرط فاسخ إقترنت بوعد بالبيع[2].

2-أما في الحالة الثانية: فإن يتم تكييف العقد يتوقف على النظر إلى تحديد قصد المتعاقدين النظر كما يستخلص ذلك من ظروف وملابسات التعاقد نفسه وكذلك بالرجوع إلى العناصر المرجحة لتكييف العقد فإذا كان الطرف الذي تسلم البضاعة يحترف السمسرة أو الوكالة بالعمولة فإن العقد الذي يقوم به مع الغير يتم لحساب الطرف الأول فيعتبر العقد وكالة، أما إذا اتفق على أن يدفع من تسلم البضاعة ثمنا محددا لها بغض النظر عن الثمن الذي يبيع به فهذا يرجح أن يكون العقد بيع[3].

[1] – محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 48.

[2] – عدنان إبراهيم السرحان، 2009، المرجع السابق، 138.

[3] – محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 49.

وأهمية تكييف العقد بأنه بيع أو وكالة له أهمية من الناحية الجنائية، فعقد الوكالة من عقود الأمانة ومن ثم توقع على الوكيل المبدد عقوبة خيانة الأمانة، أما البيع فليس من عقود الأمانة[1]، وإنما تقع عليه المسؤولية العقدية من تفويض عنه من الخطأ الذي أحدث ضررا.

[1] – محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 49.

من خلال مضمون هذا الفصل تمت دراسة الإطار النظري والقانوني للعقود الواردة على العمل، قمنا بتعريف عقد المقاولة وبيان خصائصها، مع ذكر صورها، وكذا إعطاء مفهوم شامل لعقد الوكالة من تعريف، وبيان خصائص هذا العقد مع التطرق إلى أنواع الوكالة.

كما تناولنا من خلال هذا الفصل حالات التباس هذين العقدين بعقد البيع، مع تحديد المعايير الواجب إعمالها من أجل تحديد صفة العقد.

خاتمة

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع مذكرتنا المتعلقة بالعقود المشابهة للبيوع في القانون الجزائري نجد أن عقد البيع له خصائص تميزه عن غيره من العقود كونه من العقود التي تنشئ التزام بنقل الملكية وذلك بمقابل نقدي إلاّ أنه لا ينفي وجود عقود أخرى يصعب تمييزها عنه ويرجع ذلك إلتباسها بعقد البيع، ويرجع سبب هذا الالتباس إلى عدم معرفة الأفراد كيفية صياغة العقد أو تعمدهم الغلط من أجل أسباب خفية، وحاولنا في دراستنا تسليط الضوء على بعض العقود التي قد تلتبس بعقد البيع من هذه العقود بعض العقود الناقلة للملكية المقايضة والهبة وبعض العقود الواردة على العمل منها المقاولة و الوكالة.

وبناء على ما تقدم للدراسة توصلنا إلى عدة نتائج وتوصيات نذكر منها:

- يتم تطبيق أحكام البيع على المقايضة إلا ما يخص الثمن.

- في حالة وجود عنصر الثمن النقدي في المقايضة وكان محل الإلتزام فالعقد بيعا لا مقايضة.
- نص المشرع الجزائري صراحة على أن الهبة تمليك بلا عوض في نص المادة 202 من قانون الأسرة أنه يعاب عليه عدم نص صراحة على إعتبار الهبة عقد غير أنه لا يعني إخراجها من طائفة العقود.
- إذا كانت الهبة بعوض إقترنت بالبيع يقوم القاضي بتكييف العقد بالعودة إلى نية المتعاقدين.
- إذا قدم المقاول العمل والمادة إلتبست المقاولة بعقد البيع فتتحدد صفة العقد عن طريق مقارنة قيمة المادة والعمل، فإذا غلبت قيمة المادة على قيمة العمل فهو عقد بيع أما إذا غلبت قيمة العمل على قيمة المادة فهو عقد مقاولة.
- إذا التبست الوكالة بالبيع فإن القاضي يقوم بتكييف العقد بالعودة إلى نية المتعاقدين وظروف العقد.
- تحديد صفة العقد له أهمية من حيث تطبيق القواعد القانونية عليه.

- نظرا للغموض السائد في المادة 202 الفقرة 2 من قانون الأسرة فيجب على المشرع توضيح النص القانوني الذي يشوبه عدم اكتمال المعنى القانوني، وذلك بوضع نصوص صريحة ودقيقة تنظم موضوع الهبة بعوض بمختلف جوانبها.
- تعديل المادة 571 من القانون المدني الجزائري حيث عرف الوكالة بالإنابة حيث أعطى للوكالة والإنابة نفس التعريف رغم إختلافهما.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولا: المراجع

I : الكتب باللغة العربية

-إبن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، المجلد الأول، دار صادر، بيروت، د س ن.

- إبن منظور محمد بن مكرم ، لسان العرب، الطبعة الثالثة، ج الخامس عشر، دار صادر، بيروت 2004.

-إبن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، مجلد 16، دار صادر، بيروت، د س ن.

-أبو عيد إلياس، نماذج عقود وإتفاقيات، الجزء الثاني، د د ن، د ب ن، 1992.

-إسعد فاطمة، التصرف الدائر بين النفع والضرر، في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2009.

-إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، (عقد الهبة) ، ج الحادي عشر، د ط، منشورات حلب الحقوقية، لبنان، 2006.

-بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، (العقد والإرادة المنفردة) ج الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

-جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، (البيع والمقايضة) ، د ط، دار النهضة العربية القاهرة، 1991.

-حمدى كمال، المواريث والهبة والوصية، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1987.

- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

-رمضان أبو السعود، شرح أحكام القانون المدني، العقود المسماة، (البيع، المقايضة الإيجار، التأمين) ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

-سرايش زكريا، الوجيز في عقد البيع وفقا للقانون الجزائري، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د س ن.

-سعد عبد السلام سعيد، الوجيز في العقود المدنية، (العقود المسماة) ، دار النهضة العربية، مصر، 1999.

-سلطان أنور، العقود المسماة، شرح عقدي (البيع والمقايضة) ، د ط، دار النهضة العربية، لبنان، 1980.

-سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، د ط، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، د س ن.

-سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، (دراسة مقارنة ومدعمة بإجتهادات قضائية وفقهية) ، دار الأمل للطباعة والنشر، تيزي وزو، 2008.

-شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، (الهبة الوصية، الوقف) ، (دراسة مقارنة مدعمة بالأحكام الفقهية والإجتهاد القضائي الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (البيع والمقايضة) المجلد الأول، ج الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح) ، ج الخامس، الطبعة الثالثة منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (العقود الواردة على العمل) ، (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، المجلد الأول، ج السابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

-عدنان إبراهيم السرحان، العقود المسماة، (المقاولة، الوكالة، الكفالة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007.

-عدنان إبراهيم السرحان، العقود المسماة، (المقاولة، الوكالة، الكفالة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

-عزت عبد القادر، عقد المقاولة، د ط، دار الألفى لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، د ب ن، 2001.

-علي هادي العبيدي، العقود المسماة، (البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين وفق آخر التعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز) ، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

-غيتري زين العابدين، الوكالة ومسؤولية الوكيل في عقد البيع، (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني) ، د ط، دار هومة، الجزائر، 2018.

-طلبة أنور، العقود الصغيرة، الهبة والوصية، د ط، د د ن، مصر، 2004.

-طلبة أنور، نماذج العقود والتصرفات القانونية، د ط، منشأة المعارف، د ب ن 2001.

-قدرى عبد الفتاح الشهاوى، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

- قره فتيحة، أحكام عقد المقاولة، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن.

- محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في القانون الأسرة الجزائري، د ط، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.

-محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، (البيع، التأمين، الإيجار)، دراسة مقارنة، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.

-محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

-محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، (دراسة مقارنة)، د ط، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

-مرقس سليمان، العقود المسماة، (عقد البيع)، الطبعة الرابعة، د د ن، القاهرة 1980.

-منصوري نورة، هبة العقار في التشريع، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2010.

-نزيه كباره، العقود المسماة، (البيع-الإجارة-الوكالة-الكفالة)، د د ن، بيروت، 2010.

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي دالته، ج الرابع، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق 1985.

2: مذكرات الماستر

-بلباشير جوهر، خلوفي سامية، إنتقال الملكية العقارية بالهبة، مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة إبن خلدون تيارت، 2021، 2022.

-بورتي كاتية، النظام القانوني لعقد الوكالة المدنية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2022.

-عمارة نصيرة، النظام القانوني لعقد المقاولة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2020، 2021.

-كبيش ليدية، ايت أوديع مريم، الرجوع عن الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016،2017.

- كتاب الأقضية، باب الوكالة، الحديث رقم 2935 و3632، ج الثالث.

-كتاب صحيح مسلم باب الربا، الحديث رقم 1584، مجلد 1، 2009.

-كاملي مرسلي، عقد الهبة وأحكامها في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية، 2019 2020.

3: المقالات

-إسعاد فاطمة، تجاوز الوكيل حدود الوكالة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض التشريعات المدنية الأخرى، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 1، 2011.

-شاشو إبراهيم، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد 2، 2010.

-يعقوب بن حدة، تنظيم تجارة المقايضة في القانون الجزائري، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 14، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2022.

4: النصوص القانونية

1/النصوص التشريعية

-الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر ج ج، العدد 78 الصادر في 30/ 09/ 1975.

-قانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404، الموافق ل 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري ج ر ج ج، عدد 24، الصادر في 12جوان 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ج ج عدد 15، الصادر في 27 فيفري 2005.

-قانون الموجبات والعقود اللبناني، الصادرة بتاريخ 9 مارس 1932.

5: المو اقع الإلكترونية

-معجم المعاني، تعريف وشرح ومعني المقاولة في معجم المعاني الجامع معجم عربي عربي، محمول من الموقع https //www.almaay.com اطلع عليه على الساعة 18:58، بتاريخ 2023/04/26.

II -المراجع باللغة الفرنسية

1- Ouvrage :

-Françoise Labarthe, Cyril Noblot, traité des contrats, le contrat d'entreprise, LGDJ, 2018.

2 : Textes juridiques

-Code civil français, https:www.legifrance.gouv.fr.

الفهرس

شكر وتقدير

اهداء

قائمة المختصرات

مقدّمة..... 2

الفصل الأول: إلتباس عقد البيع بالعقود الناقلة للملكية 5

المبحث الأول: إلتباس عقد البيع بعقد المقايضة 7

المطلب الأول: مفهوم عقد البيع..... 7

الفرع الأول: المقصود بعقد البيع..... 7

أولا: التعريف اللغوي والفقهي لعقد البيع 8

1: التعريف اللغوي لعقد البيع..... 8

2: التعريف الفقهي الإسلامي لعقد البيع..... 8

3: التعريف الفقهي القانوني لعقد البيع 8

ثانيا: التعريف القانوني لعقد البيع 9

الفرع الثاني: خصائص عقد البيع..... 9

أولا: عقد البيع عقد ناقل للملكية 10

ثانيا: عقد البيع عقد رضائي 10

ثالثا: عقد البيع ملزم للجانبين 11
رابعا: عقد البيع عقد معاوضة 11
الفرع الثالث: أركان عقد البيع 12
أولا: التراضي 12
ثانيا: المحل 13
ثالثا: السبب 14
المطلب الثاني: مفهوم عقد المقايضة 14
الفرع الأول: المقصود بالمقايضة 14
أولا: التعريف اللغوي للمقايضة..... 15
ثانيا: التعريف الإصطلاحي للمقايضة..... 15
ثالثا: التعريف الفقهي لعقد المقايضة 15
رابعا: التعريف القانوني لعقد المقايضة 16
الفرع الثاني: خصائص عقد المقايضة 16
أولا: عقد المقايضة عقد رضائي 17
ثانيا: المقايضة عقد ملزم للجانبين 17
ثالثا: عقد المقايضة عقد ناقل للملكية 18
رابعا: عقد المقايضة من عقود المعاوضة..... 18
الفرع الثالث: أنواع عقود المقايضة..... 18

أولا: المبادلات السلعية 18
ثانيا: مبادلات المعادن النفيسة..... 19
المطلب الثالث: صعوبة تكييف العقد 19
الفرع الأول: الحالات الصعبة في تكييف العقد..... 19
الفرع الثاني: المعيار الواجب إعماله لتحديد صفة العقد 21
المبحث الثاني: إلتباس عقد البيع بعقد الهبة..... 23
المطلب الأول: مفهوم عقد الهبة..... 23
الفرع الأول: المقصود بعقد الهبة 23
أولا: التعريف اللغوي لعقد الهبة 23
ثانيا: التعريف الإصطلاحي لعقد الهبة 24
1-تعريف الهبة لدى فقهاء المذهب الحنبلي..... 25
2-تعريف الهبة لدى فقهاء المذهب الحنفي 25
3-تعريف الهبة لدى فقهاء المذهب المالكي..... 25
4-تعريف الهبة لدى فقهاء المذهب الشافعي 26
ثالثا: التعريف القانوني لعقد الهبة 26
الفرع الثاني: خصائص عقد الهبة 27
أولا: الهبة عقد ما بين الأحياء 27
ثانيا: الهبة تصرف في مال بلا عوض..... 28

ثالثا: نية التبرع 28
رابعا: الهبة عقد شكلي وعيني 29
الفرع الثالث: أنواع الهبة..... 29
أولا: الهبة المباشرة 29
ثانيا: الهبة غير المباشرة 30
ثالثا: الهبة المستترة (العقد الصوري) 31
المطلب الثاني: صعوبة تكييف العقد 32
الفرع الأول: الحالات الصعبة في تكييف العقد..... 33
الفرع الثاني: المعيار الواجب إعماله لتحديد صفة العقد 35
الفصل الثاني: إلتباس عقد البيع بالعقود الواردة على العمل 38
المبحث الأول: إلتباس عقد البيع بعقد المقاولة 39
المطلب الأول: مفهوم عقد المقاولة 39
الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة 39
أولا: التعريف اللغوي لعقد المقاولة..... 39
ثانيا: التعريف الاصطلاحي لعقد المقاولة 40
ثالثا: التعريف القانوني لعقد المقاولة 40
الفرع الثاني: خصائص عقد المقاولة..... 41
أولا: عقد المقاولة عقد رضائي..... 41

ثانيا: عقد المقاولة عقد ملزم لجانبين 42
ثالثا: المقاولة عقد معاوضة..... 42
رابعا: المقاولة هو عقد وارد على العمل 43
الفرع الثالث: صور المقاولة 43
أولا: المقاولة المباشرة أو الأصلية 43
ثانيا: المقاولة الفرعية..... 44
المطلب الثاني: صعوبة تكييف العقد 44
الفرع الأول: الحالات الصعبة في تكييف العقد 45
الفرع الثاني: المعيار الواجب إعماله لتحديد صفة العقد 47
المبحث الثاني التباس عقد البيع بعقد الوكالة 48
المطلب الأول: مفهوم عقد الوكالة 48
الفرع الأول: تعريف عقد الوكالة 49
أولا: تعريف عقد الوكالة لغة 49
ثانيا: التعريف الفقهي لعقد الوكالة..... 49
ثالثا: التعريف القانوني لعقد الوكالة 51
الفرع الثاني: خصائص عقد الوكالة 51
أولا: عقد الوكالة عقد رضائي 52
ثانيا: عقد الوكالة من العقود التبرعية 52

ثالثا: عقد الوكالة عقد ملزم للجانبين 52
رابعا: عقد الوكالة من العقود الواردة على العمل 53
خامسا: عقد الوكالة تقوم على الإعتبار الشخصّي 54
سادسا: عقد غير لازم..... 54
الفرع الثالث: أنواع الوكالة المدنية..... 54
أولا: الوكالة العامة 55
ثانيا: الوكالة الخاصة (الإحتياطية) 55
ثالثا: الوكالة المقيدة 56
رابعا: الوكالة المطلقة..... 56
المطلب الثاني: صعوبة تكييف العقد 57
الفرع الأول: الحالات الصعبة لتكييف العقد..... 57
الفرع الثاني: المعيار الواجب إعماله لتحديد صفة العقد 59
خاتمة 62
الفهرس 72

العقود المشابهـــــة لعقد البيع في القـــــــــــــانون المدني الجزائـــــــــــــري

ملخص

نسلط الضوء في هذه الدراسة على العقود المشابهة لعقد البيع في القانون المدني الجزائري، وبما أن عقد البيع يعتبر من أهم وأكثر العقود التي يجريها الفرد في حياته اليومية، إخترنا بعض العقود التي تتشابه بعقد البيع المتمثلة في عقد المقايضة، وعقد الهبة، وعقد المقاولة وعقد الوكالة، فبينا كيفية إلتباسها مع عقد البيع، وتكييفها القانوني ما إذا كانت عقد بيع أو عقد أخر من هذه العقود.

Résumé

Nous procédons en évidence dans cette étude les contrats similaires de la vente dans la loi algérienne, et puisque le contrat de la vente est considéré parmi les importants et plus contrats menée par l'individu dans sa vie , nous avons choisi quelques contrats qui ressemble avec contrats de vente comme contrat d'échange, contrat de donation, contrat d'entreprise, contrat d'agence, nous avons donc expliqué comment il se confondait avec le contrat de vente, et son adaptation juridique qu'il s'agisse d'un contrat de vente ou d'un autre de ces contrats.