

عقد البيع

شرح أحكام عقد البيع على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء
وبصفة خاصة قضاء محكمة النقض المصرية - أحكام البيوع المختلفة : بيع الوفاء
بيع ملك الغير - بيع الحقوق المتنازع عليها - بيع التركة - البيع فى مرض الموت
بيع النائب لنفسه - بيع الأماكن الخاضعة لقانون إيجار الأماكن

دكتور

سمير حبل السيد تناغو

أستاذ القانون المدنى

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

للمزيد من الحصريّات زورونا على مدونة الكتب الحصريّة

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

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

الطبعة الأولى

م ٢٠٠٩

الناشر

مكتبة الوفاء القانونية

محمول ٠٠٢٠١٠٣٧٢٨٨٢٢ - الإسكندرية

عقد البيع



الناشر: مكتبة الوفاء القانونية

العنوان: بلوك ٣ ش ملك حفنى قبلى السكة الحديد - مساكن
درباله - فيكتوريا - الإسكندرية.

موبايل: ٠٠٢٠١٠٣٧٣٨٨٢٢

الرقم البريدى: ٢١٤١١ - الإسكندرية - جمهورية مصر العربية.

E-mail

dwdpress@yahoo.com

dwdpress@biznas.com

Website

[http:// www.dwdpress.com](http://www.dwdpress.com)

عنوان الكتاب : عقد البيع

المؤلف: سمير عبد السيد تناغو

رقم الإيداع: ٢٠٠٩ / ٠٣٩٦



عقد البيع

شرح أحكام عقد البيع على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء
وبصفة خاصة قضاء محكمة النقض المصرية - أحكام البيوع المختلفة : بيع الوفاء
بيع ملك الغير - بيع الحقوق المتنازع عليها - بيع التركة - البيع فى مرض الموت
بيع النائب لنفسه - بيع الأماكن الخاضعة لقانون إيجار الأماكن

دكتور

سمير حبل السيد تناغو

أستاذ القانون المدنى

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

الطبعة الأولى

م ٢٠٠٩

الناشر

مكتبة الوفاء القانونية

محمول ٠٠٢٠١٠٣٧٢٨٨٢٢ - الإسكندرية

مقدمة

١ - البيع هو أحد العقود المسماة:

البيع هو أحد العقود المسماة الواردة على الملكية. والعقود تنقسم إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة. والعقود المسماة هي عقود شائعة في العمل، ولها اسم خاص، وقد عنى المشرع بتنظيم أحكامها. ومن أمثلة هذه العقود البيع والإيجار والوكالة والحراسة والعمل والتأمين... إلخ. ومناطق التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الحديث هو وجود أو عدم وجود تنظيم خاص لها في القانون، فإذا وجد للعقد تنظيم خاص فهو من العقود المسماة، وإذا لم يوجد له تنظيم خاص فهو من العقود غير المسماة. ويتضح من هذا المعيار أن للتفرقة دلالة قانونية تختلف عن الدلالة اللغوية للألفاظ، فقد يكون للعقد اسم خاص ومع ذلك فلا يعتبر من العقود المسماة لعدم وجود تنظيم خاص له في القانون كما هو الشأن في عقد النشر مثلاً.

ويلاحظ أن قائمة العقود المسماة تختلف من دولة إلى أخرى وتزيد أو تنقص مع مرور الزمن بحسب زيادة أو نقص أهمية هذه العقود ومدى شيوعها في المعاملات بين الناس وما يترتب على ذلك من إهتمام المشرع بوضع تنظيم خاص لها أو عدم إهتمامه بذلك. ومن الأمثلة على ذلك أن القانون المدني القديم لم يكن يضع أى تنظيم خاص لعقود المقامرة والرهان والإيراد المرتب والتأمين والتزام المرافق العامة، على عكس القانون المدني الجديد الذى وضع تنظيمًا خاصاً لهذه العقود أصبحت معه من العقود المسماة. ومن ناحية أخرى فإن القانون المدني الجديد لا يضع تنظيمًا خاصاً لعقود مثل عقد النشر أو عقد النزول فى فندق مع أن بعض قوانين الدول الأخرى تضع تنظيمًا خاصاً لهذه العقود التى زادت أهميتها

فى العصر الحديث وهو ما لابد أن يتجه إليه المشرع المصرى فى يوم من الأيام^(١).

ومن الأمثلة على عقود غير مسماة خلاف ما ذكر عقد الكشف عن الارث أو عقد التوريد أو غير ذلك. وقائمة العقود غير المسماة فى القانون الحديث غير محددة طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة الذى بمقتضاه يتعقد العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين فى حدود النظام العام والآداب. والإرادة فى هذه الحدود قادرة على خلق أنواع غير معروفة، وغير محدودة من العقود ولو لم يكن لها اسم خاص أو لم يوجد لها تنظيم خاص فى القانون^(٢).

وتخضع العقود غير المسماة فى نظامها لأحكام القواعد العامة فى نظرية العقود المنصوص عليها فى المواد ٨٩ - ١٦١ من التقنين المدنى. فإذا لم يوجد نص فى هذه المواد يمكن تطبيقه فانه يرجع إلى المصادر الأخرى للقانون غير التشريع وهى العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ العدالة والقانون الطبيعى.

(١) عبد الرزاق السنهورى، ج٤، ص١٤ سليمان مرقس، عقد البيع، ١٩٦٨، ص٢؛ اسماعيل غانم، الوجيز فى عقد البيع، ص٤.

(٢) هناك شبه إجماع فى الفقه على أن العقود غير المسماة لا تقبل الحصر وكما يقول الأستاذ مازو، أن العقود غير المسماة لا يمكن أن تكون لها حدود غير خيال المتعاقدين فى المعاملات (دروس فى القانون المدنى، ج٣، فقرة ٧٤٨) قارن مع ذلك:

Planiol. Classification Synthétique des contrats, revue critique 1904 P. 470.

وبحاول بلانيول فى هذا المقال تقسيم العقود المسماة منها وغير المسماة إلى طوائف معينة، بحسب محل كل منها ووجود مقابل لهذا المحل وطبيعة هذا المقابل. وينهب الفقه السائد إلى أن هذه المحاولة قد تؤدي إلى تصنيف العقود فى طوائف معينة ولكنها لا تؤدي إلى حصرها أبداً. راجع منصور مصطفى منصور، العقود المسماة، ١٩٥٦ - ١٩٥٧، ص٣، هامش ١. سليمان مرقس ص١٢ عبد الرزاق السنهورى، ص١٠.

أما العقود المسماة فيرجع في تنظيم أحكامها أولاً إلى النصوص الخاصة بها. فإذا لم يوجد حكم في هذه النصوص فيرجع إلى القواعد العامة في نظرية العقد ثم إلى مصادر القانون الأخرى السابق ذكرها. ولكن قلما تدعو الحاجة إلى الرجوع إلى مصادر القانون الأخرى غير التشريع بالنسبة للعقود المسماة.

ويلاحظ أن العقود التجارية، وإن كانت تخضع بحسب الأصل للقواعد الخاصة بالعقود التجارية المقررة في القانون التجاري، وأهمها ما يتعلق بالاثبات والتضامن وسعر الفائدة والافلاس والتقادم... إلخ إلا أنها تخضع أيضاً للقواعد العامة في نظرية العقد، الموجودة في القانون المدني^(١).

والرافع كما يقول البعض أن العقود المختلفة لا تنقسم إلى قسمين متميزين أحدهما خاص بالعقود المدنية والآخر خاص بالعقود التجارية، بل أن كل عقد يصلح أن يكون تارة عقداً مدنياً وتارة عقداً تجارياً، وتارة عقداً مختلطاً أى مدنياً بالنسبة لأحد طرفيه وتجارياً بالنسبة للطرف الآخر. فبيع سيارة مثلاً من المصنع الذي أنتجها إلى تاجر للسيارات هو عقد تجارى بالنسبة لكل من طرفيه. أما بيع هذه السيارة ذاتها من التاجر المشار إليه إلى أحد الأفراد فهو عقد تجارى بالنسبة للبائع مدنى بالنسبة للمشتري. فإذا عاد المشتري وباع السيارة بعد أن إستلمها لفرد آخر مثله فإن العقد يكون مدنياً بالنسبة للطرفين معاً.

وباستثناء العقود التي شاء المشرع أن يجعلها دائماً تجارية، كالشراء بقصد البيع والسمسرة. وكذلك العقود النادرة التي لا يمكن أن تكون إلا مدنية كعقود التبرع، فإن سائر العقود الأخرى يمكن أن تكون مدنية أو

(١) مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، ج ٣، ١٩٧١، ص ٣٠٩.

تجارية أو مختلطة^(١) وكل هذه العقود تستند في آخر الأمر إلى المبادئ العامة في نظرية العقد، الموجودة في القانون المدني.

وجدير بالذكر أن المقصود بالعقود غير المسماة في القانون الحديث يختلف عن مدلول هذا الاصطلاح في القانون الروماني الذي كانت تسوده الشكلية وتنقسم فيه العقود إلى طوائف محددة على سبيل الحصر. وكانت العقود تنقسم في هذا القانون إلى عقود شكلية وهذا هو الأصل. وإلى عقود عينية وهي القرض والعارية والوديعة والرهن، وإلى عقود رضائية وهي البيع والإيجار والشركة والوكالة وإلى عقود شرعية وإلى عقود بربطورية. وكل هذه العقود تعتبر من العقود المسماة. وكانت توجد إلى جانبها عقود أخرى تسمى بالعقود غير المسماة وهي لا تعقد إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه وفي هذه اللحظة فقط يتم العقد وينشأ بموجبه التزام على الطرف الآخر بتنفيذ التزامه أيضاً. والعقود غير المسماة قد اعترف بها القانون الروماني متأخراً وبعد تدرج طويل وهي تشبه إلى حد ما العقود العينية التي لا تعقد إلا بالنسليم^(٢). وهي بهذا تختلف اختلافاً جوهرياً عن العقود غير المسماة في القانون الحديث التي تستند أساساً إلى مبدأ سلطات الإرادة وما يتفرع عنه من مبدأ الرضائية في العقود وهي تخضع كالعقود المسماة تماماً لنظرية واحدة هي نظرية العقد الواردة في النظرية العامة للالتزام.

٢ - الغاية من وضع تنظيم خاص لبعض العقود:

سبق أن رأينا أن العقود المسماة تخضع بعد خضوعها للنظام الخاص بها، للقواعد العامة في نظرية العقد شأنها في ذلك شأن العقود غير المسماة. وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدني يورد نصاً خاصاً بهذا الحكم هو

(١) مازو، المرجع السابق، ققرة ٧٤٩.

(٢) راجع في تفصيل هذه المسألة: GIRARD, DROIT ROMAIN 3e éd., 1901. P. 582, et. s.

نص المادة ١٢٧ من المشروع الذى يقرر: «(١) تسرى على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التى يشتمل عليها هذا الفصل (٢) أما القواعد التى ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقرر بها الأحكام الواردة فى الفصل المعقودة لها. وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية».

وقد حذف هذا النص لعدم الحاجة إليه، ولكن لا زال التساؤل قائماً عن الغاية من وضع تنظيم خاص لبعض العقود طالما أن هذا التنظيم لا يخرجها عن نطاق القواعد العامة فى نظرية العقد. وللدرد على هذا التساؤل نجد أن المشرع قد استهدف عدة أغراض من وضع تنظيم خاص لبعض العقود. وهذه الأغراض هى (١):

١- العقود المسماة التى وضع المشرع لها تنظيمًا خاصاً عقود شائعة فى المعاملات بين الناس وتسهلاً لهذه المعاملات وحتى لا يرهق المتعاقدون بوضع حكم خاص لكل مسألة تفصيلية فقد قام المشرع عنهم بهذا العبء ووضع الأحكام التفصيلية المنظمة لهذه العقود بحيث يكفى أن يتفق أطراف العقد على المسائل الجوهرية فيه حتى ينعقد العقد وتترتب آثاره بما يكفل حقوق الأطراف جميعاً. ويلاحظ من ناحية أن المشرع قد استغنى هذه الأحكام التفصيلية مما جرى عليه العمل فى المعاملات بين الناس فى أحكام تحقق دائماً التوازن بين مصلحة طرفى العقد. ومن ناحية أخرى فإن المشرع لم يلزم المتعاقدين بالأخذ بهذه الأحكام بل جعلها فى معظم الأحيان فى صورة مراد مكمل لا تنطبق إذا اتفق المتعاقدان على استبعادها. فالأحكام الخاصة بالعقود المسماة تسهل الأمر على المتعاقدين ولكنها لا تصادر إرادتهم

(١) راجع، عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ٤ ص ١٨ منصور مصطفى منصور، ص ١١
إسماعيل غانم، ص ١٦ سليمان مرقس، ص ١٢ أنور سلطان وجلال المدوى، عند البيع،
١٩٩٦، ص ٩

فى وضع تنظيم آخر يختلف عن التنظيم الذى وضعه المشرع فى هذه الأحكام

٢- بجانب تسهيل الأمر على المتعاقدين فى إبرام عقودهم فإن وضع تنظيم خاص لهذه العقود يسهل الأمر على القاضى فى تطبيق القواعد العامة على المسائل التفصيلية التى كثيراً ما يدق فيها النظر وتختلف فيها الآراء. فيتولى المشرع بنفسه تطبيق القواعد العامة على العقود الخاصة حسماً لكل خلاف فى هذا المجال.

٣- فى بعض الأحيان يكون الهدف من وضع تنظيم خاص لبعض العقود هو الخروج على القواعد العامة ذاتها تحقيقاً لأغراض أخرى تتصل بفكرة النظام العام. فىكون الغرض من التنظيم هو وضع تطبيق خاص لفكرة النظام العام المرنة على طائفة معينة من العقود. وسرى من الأمثلة على ذلك فى عقد البيع ما وضعه المشرع من أحكام بشأن بيع المريض مرض الموت وبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع فيها.

٤- وقد يهدف المشرع بوضع تنظيم خاص لبعض العقود إلى تطوير هذه العقود فى الاتجاه الذى يراه أولى من غيره بالاتباع. ومن الأمثلة على ذلك النص على بطلان بيع الوفاء والنص على بطلان الرهن الذى يتم فى صورة بيع الوفاء.

٣- تكييف العقود:

تقسيم العقود إلى مسماة وغير مسماة يثير فى التطبيق مشكلة قانونية خاصة هى مشكلة تكييف العقد موضوع النزاع. فإذا كان كل عقد مسمى يخضع لتنظيم خاص فانه يلزم معرفة نوع العقد موضوع النزاع لتطبيق النظام الخاص به إذا كان هذا العقد من العقود التى وضع لها المشرع مثل هذا التنظيم. وادخال العقد موضوع النزاع فى طائفة معينة من العقود هو ما يسمى بالتكييف.

وتكليف العقد موضوع النزاع يحتاج إلى ثلاث مراحل مختلفة، الأولى هي وضع تعريف علمي لكل عقد من العقود المسماة والثانية هي تفسير إرادة المتعاقدين والثالثة هي إدخال إرادة المتعاقدين في أحد التعريفات المقررة للعقود المسماة.

والمرحلة الأولى هي مرحلة علمية نظرية. وغالباً ما يتولى المشرع وضع تعريف لكل عقد من العقود المسماة. ويشترط الفقه والقضاء في توضيح هذا التعريف بجعله شاملاً لكل ما يصدق عليه هذا العقد، ومانعاً لكل خلط أو التباس بينه وبين غيره من العقود. وسندرس أول ما ندرس في عقد البيع تعريف هذا العقد والتمييز بينه وبين العقود التي قد تلتبس به.

أما المرحلة الثانية فهي من صميم عمل القاضي وهي تفسير إرادة المتعاقدين للتعرف على العقد الذي أراد المتعاقدان إبرامه. وتدرس مسألة تفسير العقد في النظرية العامة للالتزام^(١).

أما المرحلة الثالثة فهي أيضاً من صميم عمل القاضي وتتمثل في إدخال ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين في تعريف معين لعقد من العقود المسماة. وهذه المرحلة هي المرحلة النهائية التي يتحدد بها اسم العقد

(١) قضت محكمة النقض بأن «المبرة في تكليف العقد والتعرف على حقيقة مرماه وتحديد حقوق الطرفين فيه إما هو بما حواه من نصوص فإذا كان يبين من نصوص العقد محل النزاع الذي رخصت به بلدية الاسكندرية لأحد الأفراد في استغلال كازينو النزهة أنه وإن وصف بأنه عقد إيجار إلا أنه تضمن من القيود الواردة على حق المتفع ما ينافي طبيعة الإيجار وتخرج التعاقد عن نطاقه. كما يبين من هذه القيود أن البلدية في تعاقداتها لم تكن تشد استغلال محل معد للتجارة وإنما تبقى من وراء ذلك أولاً وبالذات تحقيق مصلحة عامة، فانه لا يصح اعتباره عقد إيجار وارد على محال تجارية بل التزاماً بأداء خدمة عامة» (الطعن رقم ٢٢٠ س ٢٣ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧، ص ٨، ص ٦٤٣). ويستخلص من هذا الحكم ما يأتي:

١- تكليف العقد يعتمد أساساً على تفسيره ٢- لا يعقد في تكليف العقد بالاسم الذي أطلقه عليه المتعاقدان ٣- العقد موضوع هذا الحكم ليس من العقود المسماة، ولكنه عقد غير مسمى هو ترخيص بالانتفاع بمال عام مقابل أجر معين بقصد أداء خدمة عامة.

ووصفه. والقاضى لا يعتد فى هذه المرحلة بما يطلقه المتعاقدان من وصف على العقد الذى أبرماه، لأن تحديد الوصف ليس من عمل المتعاقدين ولكنه من عمل القاضى طبقاً للقانون. فإذا أخطأ المتعاقدان فى وصف العقد الذى أبرماه، صحح القاضى هذا الوصف من تلقاء نفسه. والتكييف مسألة قانونية وليست مسألة واقع فيخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض. والقاضى يعطى للعقد وصفه الصحيح من باب أولى إذا كان الوصف غير الصحيح الذى أطلقه المتعاقدان قد تم لا عن غلط ولكن عن قصد التحايل على القانون، كالوصية توصف بأنها بيع للتحايل على أحكام الإيلاء.

ومع ذلك فتجب التفرقة بين الصورية وبين التكييف غير الصحيح، سواء اقترن هذا التكييف غير الصحيح بالتحايل على القانون أو لم يقترن بشئ من ذلك. وأهمية التفرقة ترجع كما يلاحظ الدكتور اسماعيل غانم، إلى أن عبء إثبات الصورية يقع على من يدعيها لأنه يدعى خلاف الظاهر، أما إعطاء التكييف الصحيح للعقد، فهو واجب على القاضى باعتباره مسألة قانونية ينبغى الحكم بها، بغض النظر عن موقف الخصوم فى النزاع^(١).

وإذا كانت الصورية تتفق مع التكييف غير الصحيح فى أن المتعاقدين يعطيان للعلاقة القائمة بينها اسماً غير الاسم الصحيح للعلاقة الحقيقية التى تربطهما، إلا أن الفارق بين الوضعين يوجد فى أن العلاقة الحقيقية فى الصورية تكون مختفية تماماً تحت ستار العلاقة المعلنة، أما العلاقة الحقيقية فى التكييف غير الصحيح فأنها تكون ظاهرة فى عبارات العقد وشروطه بما لا يتفق مع الاسم الذى أطلقه المتعاقدان على هذه العبارات والشروط.

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١١ - ١٢.

وإذا كان لا يجوز للقاضي أن يحكم بالصورية ما لم يتمسك بذلك صاحب المصلحة في العقد الحقيقي وبعد أن يكون قد أثبت وجود هذا العقد فإن واجب القاضي على العكس هو أن يكيف العقد التكييف الصحيح من تلقاء نفسه دون حاجة إلى طلب أى من الخصوم، طالما هو يستند في ذلك إلى شروط العقد المعلنة ذاتها.

ويترتب على ذلك أن الطعن بالصورية لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض، بينما يخضع تكييف القاضي للعقد لرقابة هذه المحكمة، سواء أعطى القاضي للعقد تكييفاً غير صحيح، أو سكت عن إعطاء التكييف الصحيح بما لا يتفق مع عباراته المعلنة.

وقد قضت محكمة النقض أنه متى كان لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأن التصرف الصادر من المورث إلى ورثته كان في حقيقته وصية مستورة في عقد بيع، فإنه لا يقبل التحدى بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض. ولا يغير من ذلك القول بأن تكييف التصرف بحسب وصفه القانوني هو من مسائل القانون مادام أن الوصف الذي يضيفه القانون على التصرف لا يستبين إلا بتحقيق عناصره وأركانه واستخلاص نية المتعاقدين فيه وهو مما يتصل بوقائع الدعوى التي يجب أن يطرحها الخصم على المحكمة^(١).

ويستخلص من هذا الحكم أن الطاعن أراد أن ينسب طعنه على أساس تقصير المحكمة في تكييف العقد التكييف الصحيح، وهو ما تخضع فيه لرقابة محكمة النقض ولكن محكمة النقض رفضت هذا الطعن لأنه في حقيقته طعن بالصورية وهو ما لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام النقض.

(١) الطعن رقم ٢٤٧ من ٢٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٩، ص ٧، ص ٢٠٥.

١ وهذا الحكم يبرز بوضوح الأهمية البالغة للفرقة بين مسألة التكييف الصحيح للعقود، وبين مسألة الصورية.

وإذا وصل القاضي إلى إدخال العقد في أحد العقود المسماة فإنه يكون قد قام بتكييف هذا العقد، وتكون الخطوة التالية هي تطبيق الأحكام الخاصة بهذا العقد والتي ورد النص عليها في القانون (١). أما إذا كان الوصف الذي أعطاه القاضي للعقد ليس من أسماء العقود المسماة فإنه يخضعه حيثئذ للقواعد العامة في نظرية العقد (٢).

٤- تقسيم العقود المسماة ومركز البيع منها:

لم يضع القانون المدني القديم في تنظيمه للعقود المسماة أى تقسيم منطقي لهذه العقود، فنراه يضع الكفالة بين الرديعة والوكالة، ونراه يفصل بين رهن الحيازة والرهن الأخرى، ونراه ينظم حوالة الحق في نصوص عقد البيع... الخ أما التقنين المدني الجديد فقد وضع للعقود المسماة ترتيباً منطقياً راعى فيه المحل الذي يرد عليه العقد. فبعض هذه العقود يرد على الملكية وبعضها يرد على العمل وبعضها يرد على المنفعة. كما أن بعض هذه

(١) راجع أحكام النقص، الطعن رقم ٣٢٩ من ٢١ في جلسة ١٩٥٦/٢/٢، ص ٧، ص ١٣٥، الطعن رقم ٣٢٧ من ٢٢ في، جلسة ١٩٥٦/٤/٥، ص ٧، ص ١٥٠٨ الطعن رقم ٣٢١، ص ٢٢ في، جلسة ١٩٥٦/٤/٢٦، ص ٧، ص ١٥٥٣ الطعن رقم ٣٠٠، ص ٢٢ في، جلسة ١٩٥٧/١١/١٧، ص ٨، ص ١٧٧٠ الطعن رقم ١٦٤، ص ٣٢ في، جلسة ١٩٦٧/١٢/١٩، ص ١٨، ص ١٨٨٥ الطعن رقم ٦٧، ص ٣٤ في، جلسة ١٩٦٧/٦/٢٢، ص ١٨، ص ١٣٣١.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان العقد مشتملاً على التزامات متبادلة بين طرفيه، إذ التزم أحدهما أن يملك الآخر (مجلس مديرية المنيا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية فإنه لا يكون عقد تبرع، كما أنه ليس بيع ولا معاوضة. وإنما هو عقد غير مسمى، فلا تجب له الرسمية، ولا يجوز الرجوع فيه. وذلك على الرغم مما هو وارد في الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع، فإن كل هذه الألفاظ إنما سبقت لبيان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض إلى تملك المجلس لها، فهي لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (نقض مدني ١٩٤٠/٤/١١، مجموعة عمر، ٣، رقم ٤٩، ص ١٥٣)

العقود طابعه الاحتمال. ولم يجد المشرع للكفالة مكاناً بين كل العقود السابقة فأفرد لها باباً مستقلاً. وهو قد راعى أنها من عقود الضمان الشخصى فلم يضعها مع عقود التأمينات العينية التى نص على أحكامها فى الكتاب المخصص للحقوق العينية التبعية حتى يجمع كل التأمينات العينية فى باب واحد سواء ما ينشأ منها عن عقد أو عن غير عقد. ونذكر فيما يلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية عن هذا التقسيم المنطقى للعقود، وقد جاء فيها أن المشروع قد راعى فى تبويب العقود المسماة أن يقف عند الموضوع الذى يرد عليه العقد، فهناك عقود ترد على الملكية، وهذه هى: البيع والمقاصة والهبة والشركة والقرض والصلح، وعقود ترد على المنفعة وهذه هى الايجار والعارية. وعقود ترد على عمل الانسان، وهذه هى عقود المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة. وعقود احتمالية ترد على موضوع غير محقق، وهذه هى المقامرة والرهان وعقد الايراد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين. وقد أفرد لعقد الكفالة الباب، الأخير لأن موضوع الكفالة يتميز عن موضوعات سائر العقود المسماة بأنه عقد تأمين شخصى، فوجب تمييز الكفالة عن غيرها من العقود من ناحية، وفصلها عن التأمينات العينية من ناحية أخرى (١).

ويتضح مما سبق أن عقد البيع هو من العقود المسماة الواردة على الملكية، بل هو أول هذه العقود وأهمها. وكان المفروض أن ندرس جميع العقود المسماة السابق ذكرها. ولكن جرى العمل فى كليات الحقوق على تدريس بعضها فقط وبخاصة عقود البيع والمقايضة والايجار والعمل والتأمين والكفالة اكتفاء بهذه العقود فى تكوين العقليّة القانونية للطلاب. ونخصص هذا الكتاب لدراسة عقد البيع.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٥.

٥٠ تعريف عقد البيع

ص المشرع على تعريف عقد البيع فى المادة ٤١٨ مدنى التى تقرر أن البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل المشتري ملكية شئ أو حقاً مالياً آخر فى مقابل لمن نقدى.

ويتضح من هذا التعريف أن البيع من العقود الرضائية لأن المشرع لم يشترط لانعقاده أى شكل خاص فهو يخضع بذلك للقاعدة العامة فى انعقاد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين. ويتضح من هذا التعريف أيضاً أن البيع من العقود الملزمة للجانبين، فالبائع يلتزم بنقل ملكية شئ أو حقاً مالياً آخر، والمشتري يلتزم بدفع الثمن. ويتضح من هذا التعريف كذلك أن عقد البيع من عقود المعاوضة فكل من المتعاقدين يتلقى عرضاً عن الشئ الذى يعطيه للمتعاقد الآخر^(١)

ويلاحظ على هذا التعريف أنه عني بابرار أمرين لا يوجد عقد البيع بعير توافرهما.

وأول هذين الأمرين أن البيع عقد منشئ للالتزام بنقل ملكية شئ أو حق مالى آخر وطبقاً للقواعد العامة فإن هذا الالتزام ينفذ فى الحال من تلقاء نفسه إذا كان وارداً على منقول معين بالذات يملكه الملتزم (م ٢٠٤ مدنى). أما إذا كان الالتزام وارداً على منقول غير معين بالذات فإن انتقال الملكية يتحقق من وقت إفراز الشئ المبيع (م ١/٢٠٥ مدنى). وإذا كان البيع وارداً على عقار فإن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل (م ٢٠٤ مدنى) ولكن فى جميع الأحوال فإن انتقال الملكية سواء تحقق بمجرد العقد أو بتوافر شروط أخرى بظل هو الهدف الأساسى لعقد البيع بحيث لا يمكن أن يوصف العقد بأنه بيع إلا إذا انجذبت الإرادة إلى أحداث هذا الأمر.

(١) مالى، تسبكلو يدى دالوز، جـ ٥، ص ٥٩٢، الفقرات ٨، ٧، ٦، ٥.

والواقع أن البيع فى بداية تطوره فى القانون الرومانى لم يكن ناقلاً للملكية أو منشئاً للالتزام بنقلها. بل كان ينشئ التزاماً بنقل حيازة المبيع إلى المشتري ما لم يشترط نقل الملكية فى العقد بشرط خاص^(١). وفى القانون الفرنسى القديم لم تكن الملكية تنتقل إلا بالتسليم. ولكن القانون المدنى الفرنسى الحديث لسنة ١٨٠٤ جعل البيع ناقلاً بذاته للملكية بأن رتب فى ذمة البائع التزاماً بنقل ملكية المبيع للمشتري. وقد أخذ القانون المدنى المصرى القديم والجديد بهذا التطور الأخير بأن جعل نقل الملكية من مقاومات عقد البيع التى تدخل فى تعريفه والتى لا يعتبر العقد بيعاً بغير اتجاه الإرادة إليها.

وهناك اتجاهات فى الفقه الفرنسى تذهب إلى المبالغة فى تجسيم الفارق بين طبيعة البيع فى القانون الرومانى وبين التطور الذى انتهى إليه البيع فى القانون الفرنسى الحديث. ومن هذا القبيل ما يقوله البعض من أن «الالتزام بنقل الملكية قد اختفى فى الوقت الحاضر، لأنه بمجرد اتفاق المتعاقدين فإن الشئ المبيع يخرج من ذمة البائع ليدخل فى ذمة المشتري»^(٢). وتعبير آخر فإن البيع لا ينشئ التزاماً بنقل الملكية، لأنه ينقل الملكية فى الحال وبمجرد العقد.

وبالفعل فإن قانون نابليون يشير إلى الالتزام بالتسليم (م ١٥٨٢)، وإلى الالتزام بالضمان (م ١٦٠٣)، ولكنه لا يشير صراحة إلى الالتزام بنقل الملكية. ولكن الصحيح كما يقول البعض، أن الالتزام بنقل الملكية منصوص عليه ضمناً فى أحكام البيع، كما يدل على ذلك النص الخاص بإعلان بيع ملك الغير (م ١٥٩٩). هذا بالإضافة إلى أن واضعى القانون أشاروا مرات عديدة فى الأعمال التحضيرية إلى هذا الالتزام باعتباره من المبادئ الأساسية

(١) جيرار، القانون الرومانى، المرجع السابق، ص ٥٣٠ وما بعدها.

(٢) مازو، المرجع السابق، ص ٦٤٢.

التي يقوم عليها كل نظام البيع^(١).

ومن ناحية أخرى فإن الالتزام بنقل الملكية لم يكن غريباً عن طبيعة البيع. في القانون الروماني. ذلك أن الرومان كانوا يرفضون اعتبار العقد بيعاً إذا تضمن شرطاً بمقتضاه لا يصبح المشتري مالكا للشئ المباع^(٢).

ولذلك لا محل في الواقع للنقد الذي يوجهه البعض إلى تعريف القانون المصري لعقد البيع على أساس أنه جعل البيع منشأً للالتزام بنقل الملكية ولم يجعله ناقلاً بذاته للملكية^(٣). فالواقع أن المشرع أبرز بوضوح أن انتقال الملكية من مقومات عقد البيع. أما تنفيذ ذلك فعلاً فهو يتوقف على تنفيذ الالتزام الذي قد يتم فور إبرام العقد أو يتأخر إلى وقت لاحق. والتعريف يحدد مقومات العقد، ولا يطلب منه وضع ميعاد لتنفيذ الالتزام الناشئة عنه^(٤).

هذا بالإضافة إلى أن الملكية لا تنتقل بمجرد العقد في جميع الأحوال. فالبيع لا ينقل ملكية العقار إلا بعد التسجيل، ولا ينقل ملكية المنقول المعين بنوعه إلا بعد الإفراز. والصحيح أن البيع ينشئ التزاماً بنقل الملكية على عاتق المشتري، وهذا الالتزام ينفذ تارة بمجرد العقد، وتأخر تارة أخرى إلى وقت لاحق على إبرام العقد^(٥).

والأمر الثاني الذي لا يوجد عقد البيع بغير توافره هو أن يكون نقل الملكية مقابل ثمن نقدي يدفعه المشتري. فالالتزام النقدي على عاتق

(١) ريبير وبولانجي، حسب مطول بلاتبول، ج ٣، ١٩٥٨، ص ٤٤١.

(٢) LABEON, DIGESTE, 18. 1, 25. 1.

(٣) سليمان مرقس، ص ٢١.

(٤) منصور مصطفى منصور، ص ١٤ وما بعدها، عبد الرزاق السنهوري، ٢٢، هامش ١.

(٥) لاحظ الحرج في القول بأن البيع ناقل للملكية بمجرد العقد، ثم القول بوجود استثناءات على هذا المبدأ، مازو، المرجع السابق، ص ٦٤٢.

المشتري من مقومات عقد البيع بحيث إذا لم يلتزم المشتري بدفع ثمن نقدي فإن العقد لا يكون عقد بيع، ولو التزم بنقل ملكية شيء آخر كما هو الشأن في المقايضة، أو التزم بأداء عمل أو باعطاء منفعة شيء. وفي هذا يختلف القانون الحديث عن الشريعة الإسلامية التي كان لا يشترط فيها أن يكون الثمن نقدياً والتي يعرف فيها البيع بأنه مبادلة مال بمال^(١).

ويلاحظ على التعريف الذي وضعه المشرع أن البيع لا يقتصر على نقل ملكية شيء بل يمتد أيضاً إلى نقل ملكية أى حق مالى آخر. فالبيع كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي «قد يقع على حقوق عينية غير الملكية كحق انتفاع أو حق ارتفاق، وقد يقع على حقوق شخصية كما في حوالة الحق إذا كانت في مقابل مبلغ من النقود»^(٢).

وهو قد يقع أيضاً على حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية وهي ما تسمى بالحقوق الذهنية.

وقد ذهب البعض إلى القول بأن البيع يقتصر على نقل الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو الحقوق الذهنية، أما نقل الحقوق الشخصية فهو يخضع لحوالة الحق التي لم يضعها المشرع في باب البيع ولكنه وضعها في النظرية العامة للالتزام^(٣). ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن حوالة الحق تتم لأغراض مختلفة، فهي قد تتم في صورة بيع للحق المحال به مقابل ثمن

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي «أنه يبين أن الثمن لابد أن يكون من النقود، وهذا وصف جوهرى في الثمن، يحسن أن يذكر في التعريف، لأنه هو الذى يميز بين البيع والمقايضة. وهذا غير الشريعة الإسلامية، ففيها أن البيع مبادلة مال بمال، فيشمل غير البيع للمقايضة والصرف» (جـ ٤، ص ١٥).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤، ص ١٥.

(٣) عبد النعم البدروى، العقود المسماة، ١٩٥٦، ص ٣٧، ومع ذلك فإن الدكتور عبد النعم البدروى يذهب في كتابه الوجيز في عقد البيع، ١٩٧٠ إلى تأييد التعريف الذى وضعه القانون المدنى باعتباره تعريفاً موقفاً، ص ٢٣ - ٢٤.

نقدى وفى هذه الحالة فانها تعتبر عقد بيع، وقد تتم فى صورة رهن للحق المحال به وفى هذه الحالة تعتبر عقد رهن لدين، وقد تتم على سبيل التبرع فتعرب عقد هبة، وقد تتم وفاء لحق فتعتبر وفاء بمقابل. وهى فى جميع الأحوال حوالة حق تخضع للأحكام المشتركة لحوالة الحق المنصوص عليها فى باب انتقال الالتزام فى القواعد العامة، ولكن كل نوع منها يخضع للعقد المسمى الذى تمت الحوالة تحقيقاً له سواء كان هذا العقد بيعاً أو رهنأ أو هبة أو وفاء بمقابل^(١).

ويتضح من كل ما سبق أن التعريف الذى أعطاه المشرع لعقد البيع هو تعريف صحيح يخلص منه أن عقد البيع من عقود المعاوضة الرضائية الملزمة للجانبين والتى تقوم أساساً على التزام البائع بنقل ملكية شئ أو حق مالى آخر والتزام المشتري بدفع مقابل نقدى للشئ الذى التزم البائع بنقل ملكيته إليه.

٦- التمييز بين البيع وغيره من العقود:

يؤدى تعريف عقد البيع إلى التمييز بينه وبين غيره من العقود، فهو يختلف عن عقد الهبة الذى تنتقل فيه الملكية دون مقابل، ويختلف عن عقد المقاصة الذى تنتقل فيه الملكية فى مقابل عوض غير نقدى، ويختلف عن عقد الإيجار الذى يلتزم فيه المؤجر بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين وليس بنقل ملكيتها إليه. ومع ذلك فقد تدق التفرقة بين عقد البيع وبين هذه العقود أو غيرها بسبب ملابسات خاصة صاحبت إبرام العقد. وندرس فيما يلى بعض هذه الالتباسات، على أننا نحيل فيما يتعلق بالتفرقة بين البيع والإيجار إلى ما سبق أن ذكرناه فى هذا الشأن فى دراستنا لعقد الإيجار^(٢).

(١) منصور مصطفى منصور، ص ١٦، ١٧.

(٢) كتابها فى عقد الإيجار، ١٩٧٠، ققرة ٤، ص ٧.

أ- التمييز بين البيع والهبة: الهبة قد تكون بعوض أو بغير عوض. فإذا كان العوض نقدياً فإن الهبة تلتبس بعقد البيع خاصة إذا كان العوض النقدي كبيراً بحيث يقترب من ثمن الشيء. والعبرة في التفرقة بين العقدين هي نية التبرع لدى الواهب، فإذا وجدت هذه النية كان العقد هبة ولو كانت بعوض نقدي كبير. وإذا لم توجد نية التبرع كان العقد بيعاً ولو كان المقابل النقدي أقل قيمة من الشيء المبيع. والكشف عن نية التبرع مسألة واقع لا يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض. وقد يرجح في الكشف عن هذه النية أن يكون العوض قد اشترط لمصلحة شخص آخر غير الواهب.

وإذا كانت نية التبرع غير معلنة في العقد، فإنه يكون عقد بيع صوري يخفى هبة مستترة، وتنطبق أحكام الصورية من حيث اعتبار العقد النافذ بين المتعاقدين هو عقد الهبة (م ٢٤٥) ولكنها هبة مستترة لا تشترط الشكلية لصحة انعقادها. وقد جاء في حكم لمحكمة النقض أنه «استقر قضاء محكمة النقض في ظل القانون المدني القديم على أنه إذا كان الثمن لم يذكر في عقد البيع إلا بصفة صورية فإن العقد يصح بوصفه هبة مستترة في صورة عقد بيع» (١).

أما إذا كانت نية التبرع واضحة في العقد، فإنه يكون عقد هبة مكشوفة ولا ينعقد صحيحاً إلا بمراعاة الشروط الشكلية اللازمة لصحة انعقاده وهي الرسمية في العقار، وكذلك الرسمية أو القبض في المنقول. ومن هذا القبيل ما قضت به محكمة النقض من أن النص في عقد البيع

(١) الطعن رقم ١٧٤ م ٢٣ ق جلسة ١٩٥٦/١/١٥ م ٧، م ٤٣، راجع نفس المعنى أحكام النقض الأخرى في الطعن رقم ٥١ سنة ٨ ق، جلسة ١٩٣٩/٤/١٣، الطعن رقم ٧ م ٣ ق، جلسة ١٩٣٢/٦/٢ طعن رقم ١٢، م ١٧ ق، جلسة ١٩٤٨/٣/١١ طعن رقم ١٠٩، م ١٧ ق، جلسة ١٩٤٩/٢/٢٣ طعن رقم ٣٣، م ٨ ق، جلسة ١٩٣٨/٦/٢٢ (مجموعة أحكام النقض في ٢٥ سنة، ج ١، م ٣٥٠، الفقرات ٣٦ - ٤٠).

على أن «المائع نبرع لولده المشتري بهذا الثمن وعلى أن المشتري التزم
تجهيز أخته وبالإنفاق عليهما، وعلى أمه بعد وفاة أبيه، واعتبرت المحكمة
هذا العقد هبة مكشوفة، فإنها لا تكون قد أخطأت في تكييفه. فان مجرد
النص على أن الوالد نبرع بالثمن يكفي لاعتبار العقد هبة مكشوفة أما ما
التزم به الموهوب له في هذا العقد فلا يعدو أن يكون مقابلاً للهبة ولا يخرج
عقدها عن طبيعته» (١)

وسواء اعتبر التصرف بيعاً، أو هبة مستترة في صورة بيع، أو هبة
مكشوفة استوفت الشكل القانوني، فان التصرف يكون منجزاً وتنقل به
الملكية إلى المتصرف إليه حال حياة المتصرف، ولو ترتب على ذلك حرمان
بعض الورثة أو التقليل من أنصبتهم في الميراث (٢). ولا يأخذ هذا العقد
حكم الوصية إلا إذا أحاطت به قرائن من شأنها أن تجعله تصرفاً مضافاً إلى
ما بعد الموت على ما سنذكره فيما بعد.

ب- التمييز بين البيع والمقايضة، الفرق بين البيع والمقايضة أن العوض
في البيع هو دائماً مبلغ نقدي بينما هو في المقايضة مال آخر غير نقدي.
وقد لا تعرف طبيعة العقد منذ البداية كما لو جعل أحد المتعاقدين للآخر أن
يختار بين بدلين للشئ الذي التزم بنقل ملكيته إليه وكان أحد البدلين مبلغاً
نقدياً وكان البدل الآخر ملاً غير نقدي كمنزل أو سيارة أو غير ذلك. ففي
هذا المثال لا تعرف طبيعة العقد عند إبرامه، ولكن تتحدد طبيعته بشكل
واضح عندما يختار من له الحق في الخيار بين أي البدلين، النقدي أو غير
النقدي.

(١) الطعن رقم ٨٨ سنة ١٥ق، جلسة ١٩٤٦/٥/٢٢، الطعن رقم ١٧٧ سنة ١٨ق
جلسة ١٩٥١/٤/٥، المجموعة السابقة، ص ٣٥٠،قرة ٤١
(٢) الطعن رقم ٣٨ ص ٣٦ق، جلسة ١٩٧٠/٣/٣١، ص ٢١، رقم ٨٥، ص ١٥٣١ طعن
رقم ٥٦٠ ص ٣٥ق، جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦، ص ٢١، رقم ٥٨، ص ٣٥٨

ولكن قد يلتبس البيع بالمقاصة ابتداء وانتهاء إذا كان أحد البدلين مكوناً من عنصرين أحدهما نقدي والآخر غير نقدي كأن يكون أحد العوضين سيارة جديدة والعوض الآخر سيارة قديمة بالإضافة إلى مبلغ نقدي. ولتحديد طبيعة هذا العقد يؤخذ بالعنصر الغالب في العوض المكون من عنصرين، فإذا كان المبلغ النقدي هو العنصر الغالب كان العقد بيعاً (١)، أما إذا كانت السيارة القديمة هي العنصر الغالب فإن العقد يكون مقايضة (٢).

ولا يكون هناك لبس في طبيعة العقد إذا كان أحد العوضين سبيكة ذهبية أو ورقة مالية، فإن هذا العقد يعتبر مقايضة رغم سهولة تحويل المقابل وهو السبيكة الذهبية أو الورقة المالية إلى مبلغ نقدي (٣).

وكذلك لا يكون هناك لبس في طبيعة العقد إذا كان المقابل فيه ايراداً مرتباً مدى الحياة، فإن العقد يكون عقد بيع وإن كان الثمن فيه محدداً بطريقة احتمالية (٤).

(١) بلاتول وريير وهامل، جـ ١٠، فقرة ٤٠٣، وقد قضت محكمة النقض المصرية أنه إذا اعتبرت محكمة الاستئناف العقد المتنازع على تكييفه أنه عقد بيع المنزل لا عقد بدل لما رآه من أن ذات العقد مصرح فيه أنه عقد بيع للمنزل وعقد بيع للأطيان. وأن الثمن المقدر للأطيان مع استنزائه من الثمن المقدر للمنزل يكون الباقي الواجب دفعه من ثمن المنزل مبلغاً كبيراً يزيد على ثمن الأطيان، وأن العقد الذي يكون بهذه الكيفية التي يزيد فيها ما يدفع من الثمن نقداً عما يدفع منه عيناً هو أقرب إلى البيع منه إلى البدل، فتفسير المحكمة هذا المتفرع من الواقع بغير تشويه وتكييفها لهذا العقد بأنه عقد بيع لا بدل له هو تفسير تملكه وتكييف لا غبار عليه (الطعن رقم ٩٧ س ٤ ق مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ٢، ص ٩٨٦، قاعدة ١٤).

(٢) نقض مدني فرنسي، ١٠ فبراير ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩، ٢٠٢.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، ص ٢٩.

(٤) عبد الرزاق السنهوري ص ٢٩، توفيق حسن فرج، عقد البيع ١٩٧٠، ص ١٥٥، منصور مصطفى منصور، ص ٢٧.

ج- التمييز بين البيع والمقايضة والمقايضة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر (م ٦٤٦ مدني). فالمقايضة من العقود الواردة على العمل بينما البيع من العقود الواردة على الملكية. وقد تدق التفرقة بين العقدتين إذا التزم أحد الطرفين بأن يصنع شيئاً وأن ينقل ملكيته في نفس الوقت إلى الطرف الآخر. والذي يفرق بين العقدتين في هذه الحالة هو تحديد قيمة العمل إلى قيمة الشيء. فإذا كانت قيمة العمل هي القيمة الأكبر كان العقد مقايضة، أما إذا كانت قيمة الشيء هي الأكبر فإن العقد يكون بيعاً^(١). فالمقايضة التي يتعهد باقامة بناء على أرض مملوكة لرب العمل يبرم عقد مقايضة، بينما هو يبرم عقد بيع إذا تعهد باقامة البناء على أرض يملكها هو على أن ينقل ملكيتها بعد ذلك بما أقيم عليها من بناء إلى الطرف الآخر. والفنان الذي يرسم لوحة على قماش أو ورق مملوك له وبأدوات من عنده يبرم عقد مقايضة لأن قيمة العمل أكثر بكثير من قيمة الأشياء التي احتوت هذا العمل والخياط (الترزي) الذي يتعهد بحياكة ثوب قماش من عنده يبرم عقد بيع إذا كانت قيمة القماش أكبر، ويبرم عقداً مزيجاً من بيع ومقايضة إذا تساوت قيمة العمل مع قيمة القماش.

د- التمييز بين البيع والوكالة: الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل (م ٦٩٩ مدني). فالوكالة ترد على عمل قانوني يقوم به الوكيل، بينما البيع يرد على ملكية شيء أو حق مالي آخر. وقد تدق التفرقة بين العقدتين إذا أبرم مالك الشيء عقداً مع شخص آخر بخصوص هذا الشيء بقصد نقل ملكية هذا الشيء إلى الغير، ولم يكن من

(١) راجع المادة ٦٥٨ من قانون الموجبات البتنية؛ وراجع حكم النقض الفرنسي في أول أغسطس ١٩٥١، مع تعليق للأستاذ كاربونيه في المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٥١ ص ٣٨٨، وتعليق للأستاذ هيمار في المجلة الفصلية للقانون التجاري، ١٩٥١، ص ١٠٥، عبد الرزاق السهروري، ص ٣١

الواضح ما إذا كان الشخص الذى انتقلت إليه الملكية هو الطرف الآخر فى العقد فيعتبر العقد بيعاً، أم أن الطرف الآخر فى العقد هو فقط وكيل عن المالك فى بيع هذا الشئ للغير. ولتحديد طبيعة العقد فى مثل هذا الفرض يرجع إلى العناصر المرجحة لعقد دون آخر. فإذا كان الثمن قد حدد بشكل قاطع فإن العقد يكون بيعاً ولو كان من شروطه أن يرد الطرف الآخر الشئ إلى مالكه إذا لم يتمكن من بيعه. ويكون البيع فى هذه الحالة معلقاً على شرط قاسخ هو عدم امكان البيع للغير. أما إذا كان الثمن غير محدد بشكل قاطع بل بحسب ما يسفر عنه بيع الشئ للغير فإن العقد يكون وكالة لا بيعاً.

وإذا ثبت أن العقد هو عقد وكالة. فلا يجوز فى هذه الحالة للوكيل أن يشتري الشئ محل الوكالة لنفسه، أى لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه، ما لم يكن مخولاً بذلك فى عقد الوكالة (م ١٠٨ مدنى) (١).

ز- التمييز بين البيع والوديعة: ،الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشئ وعلى أن يرده عيناً (م ٧١٨

(١) قضت محكمة النقض بأنه «إذا تمسك الوكيل فى دعوى الحساب المرفوعة عليه من ورثة موكله بأنه غير ملزم بمحاسبته عن بيع بعض أطياف المورث إذ أنه اشتراها منه، فدفع الورثة بطلان البيع لسببين أولهما أن البائع كان غير أهل للتصرف وثانيهما أن المشتري كان وقت العقد وكيلًا فما كان له أن يشترط لنفسه شيئاً من مال موكله، وبنيت المحكمة قضاءها فى الدعوى على تقرير صحة العقد قائلة إنه ليس فى ظاهره ما يشوبه إذ قد ثبت لها أن المشتري قد دفع ثمن الصفقة، فهذا القول لا يصلح رداً على الدفع بطلان العقد المؤسس على السببين السالف ذكرهما، ولذلك يكون الحكم معيباً بقصور أسبابه» (طعن رقم ١٣٧، ١٦٦ق، جلسة ١٣/٥/١٩٤٨، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة، جـ ١، س ٣٦٨، فقرة ١٤٤).

ولكن من المؤكد أنه إذا كان لا يجوز للوكيل بحسب الأصل أن يتعاقد مع نفسه، إلا أنه يجوز له أن يشتري من موكله بمقتضى عقد بيع مستقل تماماً عن عقد الوكالة، فهذا العقد الأخير لا يمنع الوكيل من الدخول فى معاملات مستقلة مع موكله.

مدنى). فالوديعة ترد على عمل هو حفظ الشيء المودع ثم رده، ولكنها قد تختلط بالبيع وبالوكالة فى نفس المثال السابق ذكره. فإذا أودع تاجر جملة سلعة أو بضاعة لدى تاجر تجزئة بقصد بيعها. فإن هذا العقد قد يعتبر عقد وديعة مصحوباً بعقد وكالة بالبيع. وهو قد يعتبر كذلك عقد بيع لتاجر التجزئة على أن يدفع الثمن بعد أن يقوم تاجر التجزئة ببيع السلعة لحسابه هو. وتحديد طبيعة العقد يتوقف على ما إذا كان تاجر التجزئة يبيع السلعة لحسابه هو أو لحساب تاجر الجملة^(١). وهذه مسألة واقع يبحثها القاضى بحسب ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين^(٢).

هـ- التمييز بين البيع والقرض: قد تدق التفرقة بين البيع والقرض، إذا تم القرض فى صورة بيعين متتاليين أحدهما بضمن مؤجل والآخر بضمن معجل بقصد اخفاء عقد قرض برأ فاحش. مثال ذلك أن يرغب شخص فى الاقتراض من شخص آخر ولكن بدلاً من إبرام عقد قرض صريح فإن المقرض يبيع للمقترض شيئاً يملكه بضمن مؤجل، ثم يعود المقرض فيبيع للمقرض نفس الشيء بضمن أقل من الثمن الأول ولكنه معجل، ويقبض المقرض الثمن المعجل الأقل مع التزامه برد الثمن المؤجل الأكبر. ويكون الفرق بين الثمنين هو الربا الفاحش الذى حصل عليه البائع الأول الذى هو فى حقيقته مقرض وليس بائع. فإذا ظهرت نية الطرفين على هذا الوجه فإن القاضى لا يعتد بهذين البيعين المتتاليين، بل يعتبر أن العقد هو من الأصل عقد قرض وأن الفائدة فيه قد تجاوزت الحد الأقصى للفائدة، فيقوم بانقاص هذه الفائدة إلى ما لا يجاوز الحد الأقصى^(٣).

(١) عبد الرزاق السنهورى، م ١٣١، أنور سلطان وجلال المدوى، م ٦١.

(٢) قارن، سليمان مرقس، ص ٣٤.

(٣) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ٤، م ١٣٣، سليمان مرقس، ص ٣٤.

ويقترَب من هذه الصورة بيع الوفاء، وهو عقد يحتفظ فيه البائع بالحق في استرداد القيمة المباعة إذا هو رد الثمن للمشتري خلال أجل معين، فإذا لم يتمكن من رد الثمن فقد ملكية القيمة المباعة بصفة نهائية. وهذا العقد هو في حقيقته عقد قرض مضمون بتأمين عيني. فالثمن هو مبلغ القرض، وبيع القيمة المباعة هو فائدة القرض وانتقال الملكية إلى المقرض انتقالاً معلقاً على شرط فاسخ هو الضمان الذي يحصل عليه المقرض. وهو تأمين عيني عن طريق انتقال الملكية يؤدي في حالات كثيرة إلى تجريد المدين من ملكيته^(١). وكان بيع الوفاء مسموحاً به في القانون المدني القديم، ولكن القانون المدني الجديد أبطل هذا العقد سواء باعتباره بيعاً أو باعتباره رهناً، ومع ذلك فإن مبلغ القرض يظل ديناً شخصياً في ذمة البائع ويلتزم بوفائه مع فوائده القانونية^(٢).

و- التمييز بين البيع والوصية: الوصية ليست عقداً ولكنها تصرف بالإرادة المنفردة مضاف إلى بند الموت. أي أنها تصرف في تركة المتصرف وليست في ماله حال حياته (راجع المادة الأولى من قانون الوصية). وهي بجانب أنها تصرف بالإرادة المنفردة وليست عقداً، تختلف عن البيع أيضاً في أنها لا تؤدي إلى انتقال الملكية في الحال بل بعد وفاة المتصرف. كما أنها تؤدي إلى انتقال الملكية بغير مقابل على عكس البيع الذي يعتبر الثمن فيه عنصراً جوهرياً من عناصره. ورغم الفروق الواضحة بين البيع والوصية فقد يحدث خلط متعمد بينهما بقصد التحايل على بعض أحكام القانون الآمرة، وأهمها قاعدة عدم جواز الإيضاء فيما يجاوز ثلث التركة، فيعمد الموصي الذي يريد مخالفة هذه القاعدة إلى جعل تصرفه في صورة بيع

(١) راجع في تطور نظم التأمينات العينية، كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية ١٩٧٠ ص ٦ وما بعدها.

(٢) سليمان مرقس، ص ١٣٥ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٤، ص ٣٤.

وليس فى صورة وصية وهو بذلك يحقق كل أهداف الوصية دون أن يتقيد بأحكامها الآمرة. ويكون التصرف فى هذه الحالة بيعاً صورياً يخفى وصية حقيقية. ويكون لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالتصرف الحقيقى وأن يثبت بجميع الوسائل صورية البيع الذى أضر به. ويكون إثبات ذلك عن طريق إثبات تخلف عنصر من العناصر الجوهرية فى عقد البيع وهو وجود الثمن مع انتقال الملكية بسلطانها الحقيقية إلى المتصرف إليه.

ويعتبر أن الثمن غير موجود إذا تبين أنه ضئيل للغاية بالنسبة لقيمة الشئ محل التصرف، أو إذا ثبت أن المتصرف أبرأ المتصرف إليه منه، أو إذا ثبت أنه لم يقبض الثمن، أو أنه قبضه ورده إليه مرة أخرى. وقد يستدل على عدم قبض الثمن من حالة الفقر التى يوجد فيها المتصرف إليه. كما فى حالة البيع للأطفال الذين لا يملكون شيئاً يدفعونه من الثمن.

ويمكن إثبات أن التصرف وصية وليس بيعاً إذا ثبت أن الملكية لم تنتقل حقيقة إلى المتصرف إليه، كما لو احتفظ المتصرف بعقد البيع حتى يحول دون تسجيله (١).

وبلاحظ أن اعتبار التصرف بيعاً أى تصرفاً منجزاً أو اعتباره وصية أى تصرفاً غير منجز، هو كما تقول محكمة النقض «من المسائل الواقعية التى يستقل بها قاضى الموضوع ولا معقب على حكمه متى كان مقاماً على أسباب تحمله (٢)». ومع ذلك فإن «محكمة الموضوع وإن كانت حرة فى

(١) أنظر عكس هذا الفرض فى اجبار المقد بيماً. نقض مدنى جلسة ١٩٥٣/٦/٤، طعن رقم ٣٥٦ س ٢٠ ق، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٤٩، رقم ٢٩.

(٢) طعن رقم ١٢ س ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٣/١١ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٠، ققرة ٣٨.

تحرى قصد المتصرف من تصرفه، فان عليها أن تبرر قولها فى ذلك بما يؤدى إليه (١) .

ولذلك فكثيراً ما تعمل محكمة النقض رقابتها على الأسباب التى يستند إليها القاضى فى اعتبار التصرف بيعاً أم وصية. وعندما تتعارض القرائن المؤدية إلى أى من هذين التصرفين. فان محكمة النقض تحدد القرائن الأولى بالترجيح. وباستقراء أحكام النقض يبين أن وجود ثمن جدى فى العقد يعتبر قرينة قوية فى ترجيح اعتبار العقد بيعاً، وهى قرينة تغلب القرائن الأخرى التى قد ترجح اعتبار التصرف وصية كأن يستمر البائع فى الانتفاع بالعين بعد إبرام العقد. وفى هذا المعنى تقرر محكمة النقض أنه «إذا طعن فى عقد بيع بأنه فى حقيقته وصية فأثبت الحكم بأدلة سائغة أن الثمن المسمى فى العقد هو ثمن جدى دفع من مال المتصرف لها وأن التصرف فى حقيقته، هو بيع منجز فانه لم يكن يعوز الحكم بعد، الرد على كل ما تمسك به الطاعنون - بعض ورثة المتصرف - من حجج لإثبات أن هذا الأخير استمر واضعاً يده على العين المتصرف إليها بعد صدور التصرف منه ولبت يظهر لدى الغير بمظهر المالك (٢) .

ويلاحظ أن وضع يد المشتري على العين المبيعة يصح اعتباره قرينة على انجاز التصرف، ولكن العكس غير صحيح فى جميع الأحوال «إذ قد يكون التصرف منجزاً مع استمرار حيازة البائع للعين المبيعة لسبب من الأسباب لا تنافى انجاز التصرف، فإذا كان الحكم القاضى بإعتبار البيع سائراً لوصية قد أقيم بصفة أساسية على أن وضع يد المشتري على العين المبيعة شرط

(١) طعن رقم ٥٥ س ١٥ ق، جلسة ١٦/٥/١٩٣٦، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٤٨، فقرة ٢٦.

(٢) طعن رقم ٢٤ س ١٩ ق جلسة ١٨/١/١٩٥١، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١ ص ٣٤٩ فقرة ٣٠.

ضرورى فى اعتبار التصرف منجزاً فانه يكون مخالفاً للقانون ويتعين نقضه (١).

ويلاحظ أن محكمة النقض كانت تميل فى ظل القانون المدنى القديم إلى ترجيح اعتبار التصرف فى مثل هذا الفرض منجزاً أى اعتباره بيعاً أو اعتباره هبة مستترة فى صورة عقد بيع (٢)، وذلك لأن أحكام الوصية كانت لا تجيز الوصية لوارث مما كان يتعارض مع بعض الاعتبارات العملية والإنسانية.

أما فى الوقت الحاضر وبعد أن أجاز المشرع الوصية لوارث فى حدود ثلث التركة. لم يعد هناك مبرر لترجيح اعتبار التصرف منجزاً على خلاف الواقع فى بعض الأحيان. ولهذا السبب فإن القانون المدنى الجديد وضع قرينة قانونية رجح فيها جانب الوصية (٣). وهى قرينة تغنى من تقرررت لمصلحته عن اثبات أى شئ آخر إذا توافرت شروطها، وهى تقوم بحسب نص المادة ٩١٧ مدنى «إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر

(١) طعن رقم ١٤٩ س١٧ق. جلسة ١٩/٥/١٩٤٩، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، ص٣٤٩، قرة ٣١، ونظر فى اعتبار وضع اليد قرينة كافية على إنجاز التصرف، نقض مدنى، جلسة ١/٢/١٩٤٥، طعن رقم ٤٥ س١٢ق، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، ص٣٤٨، رقم ٢٧.

(٢) قضت محكمة النقض بأن من حق محكمة الموضوع فى اعتبار العقد بيعاً لا وصية ولو أن المتصرف احتفظ بحق الانتفاع طول حياته ومنع المشتري من التصرف طول هذه المدة متى أقامت قضاءها على أسباب سائفة، جلسة ٢٢/١/١٩٣٨، طعن رقم ١٣، س٨ق مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، ص٣٤٩، رقم ٢٤، جلسة ٨/٣/١٩٤٥ طعن رقم ٩ و١٤٤ س١٤ق، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، ص٣٤٩، رقم ٣٢.

(٣) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج٤، ص٢٤، هامش ٣.

وهو الذى تمسك بهذه القرينة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، نقض ٢٨/١١/١٩٧٨، س٢٩، ص١٧٨١.

التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يتم دليل يخالف ذلك». ويشترط لقيام القرينة المذكورة توافر عدة شروط هي:

يجب أولاً أن يكون التصرف إلى وارث. والعبرة في تحديد صفة الوارث بوقت الرفاة وليس بوقت التصرف. فإذا كان المتصرف إليه وارثاً وقت التصرف ثم أصبح غير وارث وقت الرفاة، فإن القرينة لا تقوم. وعلى العكس إذا لم يكن المتصرف إليه وارثاً وقت التصرف ثم أصبح وارثاً وقت الرفاة فإن الشرط يتحقق.

ويجب ثانياً أن يحتفظ المتصرف بحيازة الشيء المتصرف فيه، أى يحتفظ بالسيطرة القانونية على هذا الشيء. ومثال ذلك أن يقوم بإدارة الشيء واستغلاله ودفع الضرائب المقررة عليه. والحيازة واقعة مادية يمكن اثباتها بكل طرق الإثبات.

ويجب ثالثاً أن يحتفظ المتصرف بالانتفاع بالشيء كأن يقوم باستعماله بنفسه، أو يقوم باستغلاله لحسابه وقبض أجرته، وأن يظل على هذا النحو طوال حياته.

وبالنظر إلى هذه الشروط الثلاثة يتبين أن المشرع لم يخرج على قضاء النقص في ظل القانون القديم والذي كان لا يكتفى بأن يحتفظ البائع بحيازة المبيع أو الانتفاع به حتى يعتبر التصرف وصية، لأن المادة ٩١٧ لا نكتفى بهذه القرينة وحدها، بل تضيف إليها قرينة أخرى هي أن يكون المتصرف إليه وارثاً للمتصرف.

فإذا توافرت الشروط الثلاثة السابقة قامت قرينة مؤداها أن التصرف هو في حقيقته وصية وليس بيع. ومع ذلك فهذه القرينة بسيطة وليست قاطعة. إذ يجوز للمتصرف إليه أن يثبت أنه رغم توافر هذه الشروط فإن العقد هو عقد بيع مقابل ثمن نقدي وأنه قصد به انتقال الملكية حال الحياة.

ومع ذلك فإن القرينة التي وضعها المشروع وإن كانت تعفى من تقرر لمصلحته عن إثبات أن التصرف وصية، إلا أن قيمتها كقرينة لا تصل من حيث القسوة إلى القرينة المستفادة من وجود ثمن جدى دفعه المتصرف إليه. فإذا تعارضت القرينتان، كانت الأفضلية للقرينة المستفادة من وجود ثمن جدى، فهي تؤدي حتماً إلى اعتبار العقد بيعاً، ولو كان المتصرف إليه وارثاً للمتصرف، ولو احتفظ هذا الأخير بحياسة الشيء المبيع والانتفاع به طوال حياته، إذ لا يمنع ذلك انعقاد البيع منجزاً وانتقال ملكية الرقبة إلى المشتري حال حياة البائع.

ونظراً لأن القرينة التي وضعها المشروع هي وأن كانت قرينة قانونية إلا أنها تستند في وجودها إلى عناصر واقعية مستمدة من العلاقة بين المتصرف والمتصرف إليه ومن استمرار المتصرف في الاحتفاظ بحياسة العين محل التصرف والانتفاع بهذه العين طوال حياته، فإنه لا يجوز التمسك بهذه القرينة لأول مرة أمام محكمة النقض^(١).

٧- خطة البحث في دراسة عقد البيع:

قسم المشرع النصوص المنظمة لعقد البيع إلى قسمين: الأول عن البيع بوجه عام تناول فيه أحكام انعقاد البيع وآثاره، والثاني في بعض أنواع البيوع كبيع الرقء وبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع عليها، وبيع التركة والبيع في مرض الموت وبيع التائب لنفسه. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن «انفراد كل من هذه الأنواع بمكان خاص تيسير للبحث وعناية تقتضيها ما لهذه الموضوعات من أهمية عملية»^(٢). وقد تابع جانب من الفقه خطة المشرع في دراسة البيع بوجه عام في باب أول، ثم دراسة

(١) نقض ملنى، جلسة ١٩٥٦/٢/٩، طعن رقم ٢٤٧، ص ٢٢ق، ص ٧، ص ٢٠٥.

(٢) مجموعات الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٧.

بعض أنواع البيوع فى باب ثان. غير أن جانب آخر من الفقه رأى أنه من الأنسب من الناحية العملية أن ترد هذه الأنواع المختلفة إلى أصولها العامة، وأن تذكر الأحكام الخاصة بكل نوع من هذه الأنواع فى المكان الملائم له من دراسة عقد البيع بوجه عام. وسنأخذ فى الخطة التى ننتهجها فى دراسة عقد البيع بالاتجاه الأول الذى يساير المشرع فى دراسة أنواع البيوع المختلفة فى مكان مستقل. ولذلك نقسم دراستنا فى عقد البيع إلى ثلاثة أبواب: الأول فى أركان البيع، والثانى فى آثار البيع، والثالث فى بعض أنواع البيوع.

الباب الأول

أركان البيع

٨- البيع عقد رضائي:

يتم البيع بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين على انتقال ملكية شيء أو حق مالي آخر مقابل ثمن نقدي. وأركان البيع تطبيقاً للقواعد العامة هي التراضي والمحل والسبب. وندرس فيما يلي الأحكام الخاصة بالتراضي والمحل. أما السبب فليس في تطبيقه على عقد البيع ما يحتاج إلى زيادة عما يذكر في دراسة النظرية العامة للالتزام. وندرس التراضي في عقد البيع في فصل أول والمحل في عقد البيع في فصل ثان، وإبرام البيع بواسطة النائب في فصل ثالث.

الفصل الأول

التراضى فى عقد البيع

٩ - شروط الانعقاد وشروط الصحة:

يشترط لإبرام عقد البيع أن يتم التعبير عن إرادتين متطابقتين وأن تكون كل من هاتين الإرادتين صحيحة من كل عيب صادرة من شخص تتوفر فيه الأهلية لإبرام هذا النوع من التصرف. فهناك إذن شروط الانعقاد وهى تطابق الإرادتين. وشروط الصحة وهى خلو الإرادة من العيب وتوافر أهلية الأداء. وندرس كل من هذه الشروط فى مبحث مستقل.

المبحث الأول

شروط الانعقاد

يشترط لإنعقاد البيع أن يصدر تعبير عن إرادة كل من الطرفين وأن يصل إلى علم من وجه إليه وأن تتطابق الإرادتان سواء تم التعاقد فى مجلس واحد أو تم ما بين غائبين. وتسرى فى كل ذلك أحكام القواعد العامة فى نظرية العقد. على أننا ندرس هنا بعض التطبيقات الخاصة لهذه الأحكام، وهى العناصر التى يتم على أساسها تطابق الإرادتين، مع بيان حكم الوعد بالبيع والبيع الإبتدائى والبيع بالعربون.

١٠ - العناصر التى يتم على أساسها تطابق الإرادتين:

حتى يتم عقد البيع لابد أن يتطابق الإيجاب والقبول على انتقال ملكية شئ أو حق مالى آخر مقابل ثمن نقدى^(١). وكما أت المادة ٥٥٧ من

(١) قضت محكمة النقض بأن «الحكم الذى يقام على أن يبعأ تم بين طرفى الخصومة يجب أن يعنى بالثبات توافر جميع أركان البيع من رضى ومبيع وثمن» (علمن رقم ٢١ =

المشروع التمهيدى تنص على أن «يتم البيع برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والثلث» - وقد وضع هذا النص على غرار نص المادة ٣٠١/٢٣٦ من القانون المدنى القديم. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن هذا النص «مطابق للتقنين المصرى الحالى (السابق) م ٣٠١/٢٣٦. وهو وإن كان مجرد تطبيق للقواعد العامة، إلا أنه يرمى إلى غرضين: (أولاً) أن يمهد بذكر المبيع والثلث ليراد النصوص الخاصة بكل من هذين الركنين. (ثانياً) أن يبين أن البيع عقد رضائى لا يشترط فى تمامه تسجيل أو كتابة^(١). ومع ذلك فقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إلى اكتفاء بالقواعد العامة.

والواقع أنه لا بد لإبرام عقد البيع من تطابق الإرادتين على طبيعة العقد المراد إبرامه فإذا قصد أحد المتعاقدين أن يشتري منزلاً وقصد المتعاقد الآخر أن يرهنه له، فإن العقد لا ينعقد باعتباره رهناً أو بيعاً لعدم تطابق الإرادتين^(٢). ولا بد أيضاً من تطابق الإرادتين على الشيء المبيع فإذا كان أحد المتعاقدين يقصد بيع منزل يملكه فى مدينة معينة بينما المتعاقد الآخر يقصد شراء منزل آخر يملكه البائع فى مدينة أخرى، فإن العقد لا ينعقد لعدم تطابق الإرادتين على الشيء المبيع^(٣). ولا بد كذلك من تطابق الإرادتين على ثمن

س ١٨ق، جلسة ١٩٤٩/٦/٩، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض ج ١ ص ٣٤٤ فقرة (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٣، ص ١٤ - ١٥.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه «لا ينعقد البيع إلا إذا اتفق العاقدان على طبيعة العقد الذى يقصدان إبرامه بحيث يتوافر الإيجاب والقبول على حصول البيع» (طعن رقم ٢٦٨ ص ٢٧ق، جلسة ١٩٦٣/١/١٠، ص ١٤، رقم ٩، ص ٩٣). أنظر، طعن رقم ٨٨ س ١٨ق، جلسة ١٩٥٠/١/١٩، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٤٥، فقرة (٦).

(٣) قضت محكمة النقض بأنه «متى كان الحكم قد حصل تحصيلاً سائناً أن البيع محل الدعوى لم ينعقد لعدم الاتفاق على العين المبيعة وأن كل ما حصل إن هو إلا مجرد أعمال =

البيع فإذا كان أحد المتعاقدين يعرض بيع سيارته بألف بينما قبل الثاني شراءها بتسعمائة فإن العقد لا ينعقد لعدم تطابق الإرادتين.

وإذا اتفق المتعاقدان على البيع وعلى الشيء المبيع والتمن انعقد العقد ولو لم يذكر في العقد ميعاد دفع الثمن^(١) أو تسليم المبيع أو ما إذا كانت تستحق فوائد عن الثمن المؤجل أو عمن يتحمل مصروفات البيع.. الخ فكل هذه مسائل تفصيلية لا يمنع عدم التعرض لها من انعقاد العقد. وقد تكفل القانون بتنظيم الأحكام الخاصة بكل هذه المسائل وغيرها على ما سندر فيما بعد^(٢).

=تخصيرية لم تنته باتفاق ملزم للطرفين، وبناء على ذلك رفض دعوى صحة التعاقد على هذا البيع فلا يقبل التمس عليه أنه أخطأ في تطبيق القانون على واقعة الدعوى (طعن رقم ٨٨، س١٨ق، جلسة ١٩٥٠/١/١٩، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٤٥ رقم ٤).

(١) قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد نهج في تفسير العقد منهجاً قوياً إذ نظر إلى نصوصه وبين ما انصرفت إليه نية المتعاقدين وقت التعاقد فانتهى من ذلك إلى وصف صحيح للعقد بأنه عقد بيع خلا من تحديد موعد لدفع الثمن ثم انزل عليه حكم القانون الصحيح فإنه لا يكون مخالفاً للقانون (طعن رقم ١٠١ س٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٤/٤، ص ٨ ص ٣٥٣) أنظر في أنه لا عبرة بعلم ذكر قبض الثمن في العقد بعد تعيينه، نقض مدني، جلسة ١٩٣٨/٦/٩ طعن رقم ٢٥ س٨ق، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٤٦، رقم ١٢).

(٢) قضت محكمة النقض بأنه إذا رأت المحكمة أن العبارة المحررة في مفكرة المدعى والموقع عليها من المدعى عليه، المتضمنة التزام الموقع بأن يبيع للمدعى العصف المبينة أنواعه وأوصافه فيها ومقدار كل نوع وثمنه، تشمل كل البيانات اللازمة لتوافر أركان عقد البيع، ولو أنها مذبذبة بعبارة «وهذا لحين تحرير الشروط»، ثم عرضت لتنفيذ هذا الاتفاق قرأت أن نية المتعاقدين فيما يتعلق بياتي شروط البيع ودفع ثمنه قد توضحت من الطريقة التي يتتبعها في حكمها وقالت أنهما اتبعاهما طوال مدة تنفيذ هذا العقد، فإنها إذا استظهرت توافر أركان التعاقد من المتعهد المأخوذ على البائع ومن تنفيذه جزئياً، وإذا استكملت شروط الاتفاق من العناصر الأخرى القائمة في الدعوى تكون قد استخلصت ذلك مما يتجه، فلا تصح مناقشتها فيه أمام محكمة النقض لتعلقه بسلطة محكمة الموضوع في تقرير الوقائع (طعن رقم ٧٦، س١٢ق، جلسة ١٩٤٣/٥/١٣، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض ج١، ص ٣٤٥، رقم ٢). وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان الراس عليه مزاد الأطنان المنزوعة ملكيتها من =

ولكن إذا تطرق البحث بين المتعاقدين إلى مسألة من هذه المسائل ولم يصل إلى اتفاق بشأنها فإن العقد لا ينعقد لعدم تطابق الإرادتين بخصوص مسألة من المسائل أيًا كانت ضالة أهميتها.

ولا ينعقد العقد كذلك إذا اتفق المتعاقدان على البيع والتمن والشئ المبيع، ولكنهما استبقيا مسألة معينة يتفق عليها فيما بعد. فقد ظهرت إرادة المتعاقدين في أن البيع لا ينعقد قبل الاتفاق على هذه المسألة. ولكن إذا لم يشترط المتعاقدان أن العقد لا ينعقد قبل الاتفاق على هذه المسألة فإن العقد يعتبر قد انعقد ويتولى القاضى تكملة العقد طبقاً للمادة ٩٥ مدنى التى تقرر أنه «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة». ودراسة هذا النص من موضوعات النظرية العامة للعقد (١).

ويلاحظ أن الأصل فى الإيجاب أنه غير ملزم فيجوز لمن صدر منه الإيجاب أن يرجع عنه قبل أن يتصل به قبول من الطرف الآخر. ويخضع البيع كغيره من العقود لهذه القاعدة. ولكن بمجرد تلاقى الإيجاب والقبول ينعقد العقد ولا يجوز لأى من الطرفين العدول عنه بإرادته وحده (٢).

=المدين قد أعطى المدين وصولاً بتسلمه مبلغاً من ثمن الأطنان المتزوعة منه والتي رسا مزادها عليه بتاريخ كذا على أن يخصم هذا المبلغ من كامل الثمن الذى رسا به المزاد واستخلصت المحكمة من هذا الوصول وجود تماقذ بين الرسمى عليه المزاد وبين المتزوعة ملكيته على الأطنان المتزوعة، فهنا الاستخلاص يكون مستمداً من ورقة من شأنها أن تفيد ولا يصح النى على المحكمة أنها أخطأت إذا اعتبرت هذا الوصول تماقذاً (طعن رقم ٣٩ من ١٦ ق، جلسة ١٩٤٢/٢/١٣، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١ ص ٣٤٥، رقم ٣).

(١) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ١، فقرة ١١١.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان الثابت من وقائع الدعوى التى أوردها الحكم أن راغب الشراء بعد أن قبل عرض البائع، قد هادر إلى المطالبة باتمام الصفقة ووجه فى الوقت =

وهناك صورة عملية للإيجاب وهي ما توجهه المتاجر للجمهور. وكان
النسروع التمهيدى يضع حكماً خاصاً لهذه الصورة فى المادة ١٤٣ منه
التي تنص على أن « (١) يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها ايجاباً (٢) أما
النشر والاعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق
بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد، فلا يعتبر عند الشك ايجاباً،
وانما يكون دعوة إلى التفاوض». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة
اكفاء بالقواعد العامة (١). وطبقاً لهذه القواعد فان عرض سلعة فى واجهة
متجر مع بيان ثمنها هو ايجاب موجه لأى شخص فإذا تقدم أحد الأشخاص
طالباً شراء هذه السلعة بثمنها المحدد فى واجهة المتجر فان العقد ينعقد (٢).
وكذلك فان ارسال نشرة خاصة إلى أحد الأشخاص فيها بيان بسلع معينة
مع بيان ثمن كل منها يعتبر ايجاباً موجهاً إلى هذا الشخص وينعقد العقد
بالقبول الصادر منه (٣). أما إذا كانت النشرة موجهة إلى الجمهور فى
صورة اعلانات أو ملصقات أو غير ذلك فانها تعتبر دعوة للتفاوض ولا تعتبر
ايجاباً ما لم يتبين عكس ذلك من دقة البيانات التي تتضمنها هذه
الاعلانات. وفى الفروض التي يعتبر فيها العرض المقدم من المتجر ايجاباً فان
هذا الايجاب يسقط من تلقاء نفسه إذا نفذت السلعة (٤) ولكن على

= المناسب إنداراً للبائع بتكليفه الحضور لتحرير العقد الرسمى، وانتهى الحكم - رغم ذلك -
إلى القول بأن المشتري عدل عن الصفقة ولم يدعم قضاءه بذلك بأدلة من شأنها أن تؤدى إليه
بل كان كل ما قاله لا يمر ما خلص إليه، فانه يكون متعينا نقضه (طعن رقم ١٣٠ س ١٤
ق، جلسة ١٤/٥/١٩٤٥، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض ج ١، ص ٣٤٥،
رقم ٥).

- (١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٢، ص ٤٥-٤٦.
- (٢) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ١ فقرة ٧٦، ص ١٧٦.
- (٣) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ٢، ص ٤٧.
- (٤) يرى الدكتور سليمان مرقس أنه يجب فى تعيين مدى التزام المتاجر فى هذه الحالة
النظر فى العلاقة التعاقدية بينه وبين العملاء الذين يتقدمون إليه بطلبها وتفسيرها طبقاً =

خلاف ذلك إذا لم تكن السلعة موجودة أصلاً لدى المتجر وكان العرض الذى يقدمه هو استعداده لتوريد هذه السلعة فإن هذا العرض يعتبر إيجاباً ويتعقد العقد بالقبول الذى يتقدم به أى شخص.

١١- لا يشترط لانعقاد البيع أى شكل خاص:

الأصل أن البيع من العقود الرضائية التى تتم بمجرد تطابق الإرادتين دون حاجة إلى إفراغ الإرادة فى أى شكل خاص. ومع ذلك فقد يشترط القانون شكلاً خاصاً بالنسبة لبعض البيوع على سبيل الاستثناء. من هذا القبيل بيع السفينة الذى يجب أن يتم فى الشكل الرسمى طبقاً للمادة ٣ من قانون التجارة البحرى التى تقرر أن «بيع السفينة كلها أو بعضها اختياريًا يلزم أن يكون بسند رسمى، سواء حصل قبل السفر أو فى أثناءه، والا كان البيع لاغياً»^(١). ومن هذا القبيل أيضاً البيع الذى يكون الثمن فيه إيراداً مرتباً مدى الحياة، فهو بحسب نص المادة ٧٤٣ مدنى لا يتعقد إلا كتابة. ويقرر النص المذكور أن «القد الذى يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً». ومن البيوع الشكلية أيضاً بيع حق المؤلف للمادة ٢/٣٧ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤. وتعتبر من البيوع الشكلية أيضاً البيوع الجبرية التى تتم باتباع إجراءات معينة.

وفيما عدا هذه الاستثناءات فإن البيع لا يشترط لانعقاده أى شكل خاص. فلا يشترط أن يتم كتابة سواء فى ورقة رسمية أو عرفية. ومع ذلك فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على أن يتم العقد كتابة ويفسر هذا الاتفاق على وجه من الوجوه الآتية بحسب ما اتجهت إليه إرادة أصحاب الشأن.

=المادة ١٥٠ مدنى بحسب طبيعة التعامل وبما ينبنى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للمعرف الجارى المرجع السابق، ص ٥٦.

(١) نفض جلسة ١٩٥٩/٥/٧، طعن رقم ٥٨ س ٢٥ ق، س ١٠، ص ٣٩٥.

إذا اتفق الطرفان على البيع ولكنهما اتفقا على أن يتم العقد كتابة سواء كانت هذه الكتابة رسمية أو عرفية. فقد يكون قصدهما من ذلك هو أن ما تم بينهما هو عقد بيع ولكنه بيع ابتدائي. أما البيع النهائي فلا يتم إلا باستبقاء شرط الكتابة الرسمية أو العرفية بحسب الاتفاق. وعقد البيع الابتدائي هو في الحقيقة عقد بيع كامل، وهو عقد رضائي. وهو يلزم كل من الطرفين وورثتهما بأعداد عقد البيع النهائي الشكلي. وإذا نكل أى من الطرفين فى ذلك جاز للطرف الآخر أن يستصدر حكماً من القضاء بصحة وثبوت البيع الرضائي منذ ابرامه ويقوم هذا الحكم مقام الورقة المطلوب اعدادها (١).

ولكن قد يكون قصد الطرفين من اشتراط ابرام عقد مكتوب هو أن ما تم بينهما ليس عقد بيع كامل ولكنه مجرد وعد بالبيع. وقد يكون هذا الوعد من جانب واحد أو من الجانبين. وإذا أخل الواعد بوعده جاز للطرف الآخر أن يستصدر حكماً من القضاء يقوم مقام العقد المطلوب ابرامه. وفى هذا الفرض فإن عقد البيع يكون عقداً شكلياً لأن ما تم بطريق التراضى هو مجرد وعد وليس يبيع كامل.

ولكن قد يكون قصد الطرفين من اشتراط الكتابة أن ما تم بينهما هو مجرد مشروع لعقد البيع. ومثل هذا المشروع لا يلزم أحداً. ويجوز لأى من الطرفين أن يعدل عن اتمام البيع بدون مسئولية على عاتقه. وإذا تم ابرام البيع فى الشكل المتفق عليه فإنه يكون عقداً شكلياً منذ البداية.

(١) قضت محكمة النقض بأن دنية العاقدين يستخلصها القاضى من نصصر العقد وملاصقه، فإذا هو استخلص من الأوراق أن العاقدين لم يجملا تحرير العقد الرسمى شرطاً لانعقاد البيع بل هما قد علقا عليه انتقال الملكية إلى المشتري ونفى ذلك على اعتبارات مقبولة تبرره، فلا معقب عليه فى ذلك (طعن رقم ٩٧ س١٤ق، جلسة ١٩٤٥/١٠/١٩ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، ص٣٤٥، رقم ٨).

وفيما عدا هذه الحالات الاستثنائية فإنه لا يشترط في عقد البيع أى شكل خاص، فهو بحسب الأصل من العقود الرضائية التى تتم بمجرد التراضى (١).

ولكن ينبغى ألا يغيب عن الذهن أنه إذا كانت الكتابة غير مطلوبة لأبرام عقد البيع بحسب الأصل فأنها مطلوبة لإثباته إذا زادت قيمة العقد عن عشرين جنيهاً أو كان غير محدد القيمة وذلك طبقاً للمادة ٦٠ من قانون الإثبات الجديد. وتتحدد قيمة عقد البيع بمقدار الثمن فهو الذى يحدد قيمة التزام المشتري وهو أيضاً الذى يحدد قيمة التزام البائع. ومن الأمثلة التى يكون فيها الثمن غير محدد القيمة حالة البيع مقابل إيراد مرتب مدى الحياة (٢). ومراعاة لقواعد الإثبات فإنه نادراً ما يتم عقد بيع تزيد قيمته عن عشرين جنيهاً دون إعداد دليل كتابى على تمامه. ولا يغير أعداد هذا الدليل من الطبيعة الرضائية لعقد البيع.

ونظراً لأن التفاوض بين أشخاص الشأن قد لا يسفر عن عقد بيع نهائى بل عن مجرد وعد بالبيع أو بيع ابتدائى أو بيع بالعربون فأننا ندرس كل هذه الصور فيما يلى.

(١) قضت محكمة النقض بأن «قول المحكمة أن البيع الصادر من المحجور عليه قد انعقد بالعقد العرفى قبل الحجر، وأن العقد الرسمى اللاحق لم ينشئ البيع بل إنه لم يكن إلا تنفيذاً للعقد الأول قول صحيح؛ لأن عقد البيع لا يزال بعد قانون التسجيل من عقود التراضى التى تتم بالإيجاب والقبول، وكل ما استحدثه هذا القانون من تغيير فى أحكام عقد البيع هو أن الملكية بعد أن كان نقلها نتيجة لازمة لمجرد التماقد بمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ من القانون المدنى صار نقلها متوقفاً على التسجيل» (طمن رقم ٢٣ من ١١ق، جلسة ١٩٤١/١١/٦، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، جـ ١١ ص ٣٤٥، رقم ٢).

(٢) عقد البيع مقابل إيراد مرتب مدى الحياة هو عقد شكلى تشترط الكتابة لانعقاده وليس فقط لإثباته (م ٧٤٣ مدنى).

الوعد بالبيع له صور ثلاث فهو إما أن يكون وعداً بالبيع من جانب واحد أو وعداً بالشراء من جانب واحد. أو وعداً بالبيع من جانب ووعداً بالشراء من جانب آخر وتدرس كل هذه الصور فيما يأتي.

أ- الوعد بالبيع من جانب واحد: يحدث كثيراً في العمل أن يرغب شخص في شراء شيء ولكن لا يكون تفكيره قد استقر على ذلك نهائياً أو لا تكون موارده تمكنه من القيام بذلك في الحال. فيعمد بدلاً من الالتزام بالشراء أن يحصل من مالك الشيء على وعد يبيع هذا الشيء له إذا أبدى هو رغبته في ذلك خلال وقت معين. والموعود له في هذا الفرض لا يلتزم بالشراء بل يظل محتفظاً بحريته الكاملة في الشراء أو عدمه. وهو قد يفعل ذلك إذا استقر رأيه نهائياً أو زالت أية عقبة أخرى كانت تمنعه من الشراء الفوري. ولا يكون الوعد ملزماً في هذه الحالة إلا للواعد الذي يتعين عليه أن يبرم عقد البيع النهائي إذا عبر الموعود له عن ارادته في الاستفادة من الوعد.

والصور العملية للوعد بالبيع كثيرة منها أن يحصل مستأجر العين على وعد بالبيع من مالكيها حتى يتسنى له تجربتها أو تدبير ثمنها. ومنها أن يحصل صاحب المصنع على وعد بالبيع من مالك الأرض المجاورة بما يسمح له بالتوسع في الأرض المقام عليها المصنع، ومنها أن يحصل صاحب مشروع صناعي على وعد بالبيع من عدة أشخاص يملك كل منهم قطعة أرض مجاورة للأخرى، ويحتاج صاحب المشروع إليها جميعاً لاقامة مشروعه ولا يريد أن يشتري أي قطعة منها قبل أن يتأكد من قدرته على شراء القطع الأخرى.

أما مصلحة الواعد في إعطاء هذا الوعد فقد تتمثل في رغبته في البيع لأي شخص، أو أن يكون الثمن الذي يعرضه الموعود له مغرباً.

وحتى يتعقد الوعد بالبيع لابد من مراعاة حكم المادة ١/١٠١ مدني التي تقرر أن «الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يتعقد إلا إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها». ويتضح من هذا النص أن الوعد بالبيع هو اتفاق بين الواعد والموعود له. وهو اتفاق أقل من البيع النهائي، لأن الواعد هو وحده الذي يلتزم، أما الموعود له فلا يلتزم بشئ. ويكاد الوعد بالبيع يشبه في هذا الإيجاب الملزم، في أنه ملزم فقط لمن صدر عنه الوعد دون الطرف الآخر، ومع ذلك فهو أعلى درجة من الإيجاب الملزم. والصحيح أنه في درجة متوسطة بين الإيجاب الملزم وبين البيع النهائي. فهو يزيد عن الإيجاب الملزم من الناحية الفنية أنه اتفاق تطابقت فيه إرادتان، بينما الإيجاب الملزم قد صدر عن جانب الموجب وحده ولم تلتق به إرادة الموجب له. وهو يزيد عن الإيجاب الملزم من الناحية العملية في أن مدة الوعد تكون عادة أطول من مدة الإيجاب الملزم. ولكن الوعد في جميع الأحوال أقل من البيع النهائي لأن الموعود له لا يلتزم فيه بشئ^(١).

وحتى يتم الوعد بالبيع لابد من الاتفاق على ثلاثة أمور رئيسية هي:
(١) الشئ محل الوعد بالبيع الذي يجب تحديده تحديداً كافياً. (٢)
الثمن^(٢) الذي يدفع مقابل هذا الشئ. (٣) المدة التي يجوز فيها للموعود

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٤، ص ٥٩.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه «يشترط قانوناً لانعقاد عقد الوعد بالبيع إذا ما أهدى الموعود له رغبته في التعاقد، مطابقة إرادته لإرادة الواعد التي عبر عنها في وعده مطابقة تامة في كل المسائل الجوهرية التي تناولها لتعاقد فإذا اقترنت هذه الرغبة بما يمدل في الوعد فلا يتم العقد ما لم يقبل الواعد هذا التمدل إذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة إيجاب جديد فلا يتم العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر. فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأسباب سائفة وفي نطاق سلطتها الموضوعية أن إرادة طرفي العقد لم تتطابق بشأن ركن الثمن فإن الحكم إذا انتهى إلى أن البيع لم يتم لفقده ركناً جوهرياً من أركان انعقاده وهو الثمن ورتب على ذلك بقاء عقد الإيجار المبرم بينهما من قبل سارياً كما كان قبل إظهار المستأجر»

له أن يبدى رغبته فى الشراء وإلا سقط الوعد. وتحديد هذه المدة قد يكون صريحاً أو ضمناً. وقد يستفاد تحديد هذه المدة من وجود عقد آخر اقترن به الوعد كعقد إيجار مثلاً فتكون مدة الوعد هى مدة الإيجار. وتقدير استكمال هذه الشروط هو فصل فى مسألة واقعية تدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع (١).

ومن ناحية أخرى فقد تتجه إرادة المتعاقدين إلى اعتبار بعض المسائل الأخرى من المسائل الجوهرية التى لا ينعقد عقد الوعد بغير الاتفاق عليها (٢). ولا يشترط لإبرام الوعد أى شكل خاص. لأن البيع وهو العقد

= رغبته فى الشراء لا يكون قد خالف القانون (طعن رقم ١٩٨ م ٣١ ق، جلسة ١٩٦٥/١٢/١٦، م ١٦، ققرة ٢٠٢، م ٢٩١).

(١) قضت محكمة النقض أنه متى تبين أن ما ذهب إليه الحكم فى صدد عقد الوعد بالبيع موضوع النزاع لا يخرج عن كونه تفسيراً لتصور ذلك العقد استدلّت عليه المحكمة من وجهته ومقصود عاقله من ألفاظه وعباراته وبلاساته من ظروف ثم انتهت المحكمة من ذلك إلى نتيجة سائفة عقلاً تؤدى إليها مقوماتها فإن ذلك مما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التى لا رقابة لمحكمة النقض عليها (الطعن رقم ٢٤٦، ٢٤٧ م ٢٢ ق جلسة ١٩٥٧/١/١٣، م ٨، م ٥٧٦).

(٢) قضت محكمة النقض بأن المقصود بالمسائل الجوهرية أركان البيع وشروطه الأساسية التى يرى العاقلان الاتفاق عليها والتى ما كان يتم البيع بدونها. فإذا كان الطرفان قد أفصحا فى البند الرابع من عقد البيع المبرم بينهما الذى اعتبره الحكم المطعون فيه متضمناً وعداً من جانب الحكومة ببيع خمسائة فدان ثانية للمطعون عليه عن وجود شروط أخرى - إلى جانب الشرر الواردة فى العقد لم يمينها الطرفان واتما تركا لوزارة المالية وضعها عند إبرام بيع هذه الصفقة، وكان حرص الحكومة على الإشارة فى العقد إلى تلك الشروط يدل على أنها تعتبرها من الشروط الجوهرية للبيع والتى بدونها لا تقبل إبرامه، فإن إظهار المطعون عليه رغبته فى الشراء لا يؤدى بذلك إلى اعتقاد بيع تلك الصفقة بل لابد لذلك من تبيين الشروط التى اتفق الطرفان على ترك أمر وضعها لوزارة المالية ومن قبول المطعون عليه لهما بعد اطلاعه عليها ومن ثم فإن الحكم للمطعون فيه إذ اعتبر الاتفاق الوارد فى البند الرابع من العقد وعداً ببيع الخمسائة فدان الثانية وذلك مع غلوه من بيان بعض شروط البيع الجوهرية، وإذا انتهى الحكم إلى اعتبار بيع هذه الصفقة قد تم صحيحاً بإظهار المطعون عليه رغبته يكون قد أخطأ فى القانون (طعن رقم ٥٣ م ٢٩ ق، جلسة ١٩٦٤/١/٢٣، م ١٥، رقم ٢٢، م ١١٥).

المراد ابرامه لا يشترط فيه أى شكل خاص ولذلك لا ينطبق على الوعد بالبيع نص المادة ٢/١٠١ التى تقرر أنه «إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هذا العقد». ولكن ينطبق هذا النص فقط فى الحالات الاستثنائية التى يشترط فيها القانون شكلاً خاصاً لإبرام بعض أنواع البيوع كبيع السفينة مثلاً.

وبلاحظ أن الآثار التى تترتب على الوعد بالبيع تختلف فى أثناء مدة الوعد عنها بعد إنقضاء هذه المدة أو بعد إبداء الموعود له رغبته فى الشراء.

ففى خلال مدة الوعد يظل الواعد مالكا للشيء محل الوعد، ولا يكتسب للموعود له أى حق عيني على هذا الشيء، بل يكون له فقط حق شخصى فى مواجهة الواعد. ونظراً لأن الواعد يظل مالكا للشيء الموعود ببيع فانه يستطيع التصرف فيه بنقل ملكيته إلى شخص آخر غير الموعود له بطريق البيع أو المقايضة أو أى نوع آخر من أنواع التصرفات. فإذا كان الشيء محل الوعد عقاراً وباعه الواعد إلى شخص آخر وقام المشتري بتسجيل عقد البيع. ولم يبق للوعد من أثر إلا حق الموعود له فى الرجوع على الواعد بالتعويض ويحدث نفس الأمر إذا كان الشيء محل الوعد منقولاً معيناً بالذات فباعه الواعد أثناء فترة الوعد إلى شخص آخر غير الموعود له وكما يحتفظ الواعد بحقه فى التصرف فى الشيء محل الوعد فإنه يحتفظ أيضاً بحقه فى استعمال الشيء واستغلاله فهو يظل مالكا له من كل وجه. ومن ناحية أخرى فإنه إذا هلك الشيء أثناء مدة الوعد فإنه يهلك على الواعد لأن الشيء يهلك على مالكه، سواء كان الهلاك مادياً أو كان هلاكاً قانونياً كنزع ملكية الشيء للمنفعة العامة مثلاً^(١).

(١) قضت محكمة النقض بأنه «إن جاز أن يحسب على من وعد بالبيع تحت خيار المشتري تصرفه قبل وقوع الخيار فى جزء من العين التى وعد ببيعها، وأن يضمن مسئولية =

وكل ما يترتب على الوعد من أثر أثناء مدة الوعد هو التزام على عاتق الواعد باتمام عقد البيع إذا أبدى الموعود له رغبته فى الشراء، وهو التزام بعمل هو إبرام البيع النهائى.

فإذا أبدى الموعود له رغبته فى الشراء خلال مدة الوعد فإن العقد ينعقد منذ إبداء هذه الرغبة. ويعتبر إبداء هذه الرغبة إيجاباً من الموعود له اقترن بالقبول الذى سبق صدوره من الواعد الذى قبل مقدماً الإيجاب الذى قد يصدر من الموعود له مستقبلاً. وتعبير الموعود له عن رغبته فى الشراء قد يكون صريحاً أو ضمنياً^(١). ومن صور التعبير الضمنى أن يقوم بالتصرف فى الشئ محل الوعد كما لو كان مملوكاً له. ويجب بطبيعة الحال أن يتطابق الإيجاب والقبول^(٢).

ويلاحظ أن الملكية تنتقل إلى الموعود له بمجرد إبداء رغبته فى الشراء إذا كان محل الوعد منقولاً معيناً بالذات. أما إذا كان محل الوعد عقاراً فإن

= هذا التصرف الإضافى باعتباره اختلافاً بالاتفاق، فإن لا يجوز بحال أن يحسب عليه نزع ملكية بعض الميس للمنفعة العامة «لأن نزع ملكية المبيع يجرى عليه حكم هلاكه، وهذا يكون حتماً على المالك، وبحكم اللزوم العقلى لا يضمن عنه الواعد بالبيع» (طعن رقم ٥١ سر ٧٢٢، جلسة ١٣/١/١٩٣٨، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥١، رقم ٤٧)

(١) قضت محكمة النقض بأن «ذهب الطاعن قبل نهاية الأجل إلى محل إقامة المطعون عليه ومقابلة أمين هذا الأخير وإبداء رغبته له فى الشراء واستعداده لدفع الثمن يعتبر قرينة على علم المطعون عليه بالقبول ويقع على عاتقه عبء نفي هذه القرينة» (طعن رقم ٢٠٢ سر ٢١٢، جلسة ٦/٥/١٩٥٤، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥١، رقم ٤٦).

(٢) قضت محكمة النقض بأنه «متى تبين أن الحكم جرى فى أسبابه على أن الأطيان المتنازع عليها محددة مفروزة، كما هى موصوفة فى عقد الوعد بالبيع فى حين أنها وصفت فى عرضة الدعوى للرفوعة بصحة نفاذ هذا العقد بأنها شائعة فى أطيان أخرى وأغفل الحكم التحلث من هذا الخلاف ولم تبحث المحكمة فى حقيقة الأطيان وما إذا كانت محددة أو شائعة مع غيرها فإن هذا الاغفال ينوب الحكم بقصور يطله» (الطعن رقم ٢٤٦ - ٢٤٧، سر ٢٣٢، جلسة ١٣/٦/١٩٥٧، ص ٨، رقم ٥٧٦).

الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل. ولما كان تسجيل البيع يقتضى قيام البائع بأجراءات معينة أهمها التصديق على توقيعه بالبيع، فإنه إذا نكل الواعد عن القيام بهذه الإجراءات جاز للمتعاقد الآخر أن يحصل على حكم من القضاء يقوم مقام العقد المصدق عليه ويقوم بعد ذلك بتسجيل هذا الحكم. ويرى البعض (١) - وهو ما نؤيده - أنه إذا كان الوعد مصداقاً على التوقيع عليه ابتداءً، فإنه لا يلزم فى هذه الحالة الحصول على حكم من القضاء يقوم مقام العقد، بل يكفى لاتخاذ إجراءات التسجيل أن يقر الموعود له برغبته فى الشراء اقراراً مصداقاً على التوقيع عليه، وتتم إجراءات التسجيل بعد ذلك اعتماداً على الوعد وعلى الاقرار المصدق على التوقيع عليه فى كل منهما.

أما إذا انقضت مدة الوعد دون أن يبدى الموعود له رغبته فى الشراء (٢)، أو إذا أسقط الموعود له حقه فى الوعد قبل انقضاء هذه المدة (٣)، فإن الوعد يسقط ويستبرأ أن لم يكن ولا يكون للموعود له أى

(١) سليمان مرقس، ص ١١٣.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه متى كان المطمون عليه قد تمهد بأن يبيع عقاراً للطاعن إذا قبل هذا الأخير ذلك وقام بدفع الثمن فى خلال مدة معينة، فإن الحكم لا يكون قد أُنْطأ إذا كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المطمون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار ولا تنبيه إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته فى الشراء، ذلك أن الطاعن لم يلتزم بشئ بل كان له الخيار إن شاء قبل إيجاب المطمون عليه ودفع الثمن خلال الأجل المتفق عليه، وأن شاء تحلل من الاتفاق دون أية مسؤولية عليه (طعن رقم ٢٠٢ ص ٢١ ق، جلسة ١٩٤٤/٥/٦، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١ ص ٣٥١، رقم ٤٤).

(٣) قضت محكمة النقض بأنه إذا استخلص الحكم من أوراق الدعوى معنى العدول عن التعاقد وكان ما استخلصه من ذلك سائناً فلا معقب عليه. ومن ذلك استخلاص عدول الموعود بالبيع عن الشراء من طلبة من الواعد أن يؤجره أطولاً تشمل العين المتعاقد بينهما على يمينها (طعن رقم ٩٠ ص ١٥ ق، جلسة ١٩٤٦/٦/٦، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١ ص ٣٥١، رقم ١٤٨ فى نفس المعنى، نقض مدنى جلسة ١٩٤٢/٥/١٤ طعن رقم ٥٦ ص ٢١ ق، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١ ص ٣٥١ رقم ٤٥).

حق في مواجهة الواعد الذي يصبح حراً في التصرف في الشيء بغير مسئولية عليه تجاه أى شخص

ويلاحظ أن الوعد بالبيع قد يأخذ صورة خاصة هي صورة الوعد بالتفضيل وفي هذه الصورة لا يلتزم الواعد بالبيع في مواجهة شخص آخر ولكنه يلتزم فقط إذا هو رغب في البيع أن يعرض ذلك أولاً على الموعود له قبل غيره من الناس. فالالتزام بالبيع غير موجود على عاتق الواعد، ولكن يوجد على عاتقه التزام آخر هو عرض البيع على شخص معين بالذات إذا رغب هو في البيع. والالتزام بالتفضيل على هذا النحو معلق على شرط واقف هو أن يرغب الواعد في البيع. ولا يعتبر هذا شرطاً إرادياً محضاً من جانب الملتزم لأن الرغبة في البيع تخكمها عادة ظروف أخرى كثيرة غير الإرادة الخالصة للراغب في البيع^(١). وحتى ينعقد الوعد بالتفضيل لابد من الاتفاق على المسائل الجوهرية في العقد المراد إبرامه وهي الثمن والشيء محل الوعد ومدة الوعد. ولا يكتسب الموعود له أثناء مدة الوعد إلا حقاً شخصياً في مواجهة الواعد وهو حق شخصي معلق على شرط واقف كما سبق القول. ويظل الواعد مالكا للشيء يباشر عليه كل سلطات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف كما أن الشيء إذا هلك فإنه يهلك عليه. ويسقط الوعد إذا انقضت مدته أو إذا أسقط الموعود له حقه فيه ولكن إذا لم يسقط الوعد وشرع الواعد في بيع الشيء ترتبت آثار الوعد السابق ذكرها، وأهمها أن العقد النهائي ينعقد بمجرد أن يبدى الموعود له رغبته في الشراء، كما أن الملكية تنتقل بمجرد ابداء هذه الرغبة إذا كان محل الوعد منقولاً معيناً بالذات، وتنتقل بالتسجيل إذا كان الشيء محل الوعد عقاراً.

(١) بلانجيل وريبير وهامل، جـ ١٠، فقرة ١١٨٤ عبد الرزاق السنهوري، جـ ٤ فقرة

ب- الوعد بالشراء من جانب واحد: صورة الوعد بالشراء تقابل صورة الوعد بالبيع. فالذى يصدر منه الوعد بالشراء هو وحده الذى يلتزم فى مواجهة الموعود له الذى لا يلتزم بشئ. والصورة العملية للوعد بالشراء كثيرة، فقد يكون الشخص راغباً فى البيع ولكن رغبته غير أكيدة فيحصل من شخص آخر تكون رغبته فى الشراء أكيدة على وعد بالشراء إذا استقرت رغبته هو على البيع. وقد يكون استقرار هذه الرغبة متوقفاً على عثور الموعود له على استثمار آخر يستخدم فيه ثمن البيع عند اتمام الصفقة^(١).

والوعد بالشراء كالوعد بالبيع لا بد لانعقاده من توافر الشروط المنصوص عليها فى المادة ١/١٠١ مدنى وهى تحديد المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه وبخاصة ثمن المبيع والشئ محل الوعد ومدة الوعد.

وأثناء مدة الوعد يظل المالك وهو الموعود له غير ملتزم بشئ فى مواجهة الواعد. فهو يظل مالكا للشئ من كل وجه ويجوز له أن يتصرف فيه وأن يستغله وأن يستعمله كيف شاء. بل هو إذا تصرف فى الشئ إلى

(١) ومن الصور الأخرى للوعد بالشراء من جانب واحد ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا اتفق المدين مع آخر على شراء العقار المنزوع ملكيته لقاء خطر المجازفة، رسمياً وراء الحصول على ثمن ثابت قدر أنه مناسب لقيمة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالتنفيذ بضمان حصولهم على كامل حقوقهم، والتزام المشتري بالتدخل فى المزاد والمزايدة حتى يصل بالثمن إلى الحد المتفق عليه، بحيث إذا اضطرت إلى الزيادة فى الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذه الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البائع بها، فإن الدفع بطلان هذا الاتفاق لخالفته النظام العام واتعدام سبب استحقاق المشتري للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس. ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الإخلال بحرية المزايدة أو إبعاد المزايديين عن محيطها، بدليل أن المتعاقدين قدرا احتمال رسو المزاد على غير المشتري من المدين بضمن يزيد عن الثمن المسمى مما يدل على انتفاء فكرة المساس بحرية المزايدة، فضلاً عن تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه، وأما الادعاء بعدم سبب الزيادة فمردود بأن المتعاقد مع المدين أصبح بمقتضى الاتفاق المشار إليه فى مركز المشتري والمدين فى مركز البائع، ومن حق المشتري الحصول على الزيادة وسببها القانونى العقد المبرم بينهما (نقض مدنى، جلسة ١٩٥٥/١/٣٠، ص ٦٣، رقم ٦٣، ص ٥٠٧).

شخص آخر فانه يكون قد أسقط حقه في الوعد وأعفى الواعد من وعده
وعنى عن الذكر أنه لا يتحمل أدنى مسئولية عن تصرفه هذا في مواجهة
الواعد. وكذلك إذا هلك الشيء أثناء مدة الوعد فهو يهلك على مالكة وهو
الموعد له.

ولكن إذا أبدى الموعد له رغبته في البيع فإن العقد يتعقد من وقت
إبداء هذه الرغبة دون حاجة إلى رضا جديد من الواعد بالشراء. وإذا نكل
الواعد بالشراء عن اتمام البيع جاز للموعد له أن يحصل على حكم من
القضاء يقوم مقام العقد. ويسرى على انتقال الملكية ما سبق ذكره بحسب
ما إذا كان الشيء محل الوعد عقاراً أم منقولاً.

ولكن إذا انقضت مدة الوعد دون أن يبدى الموعد له رغبته في البيع
فإن الوعد يسقط ويعتبر كأن لم يكن. وكذلك يسقط الوعد بتعبير إرادي
من جانب الموعد له سواء كان هذا التعبير صريحاً أو ضمنيّاً. ومن صور
التعبير الضمني أن يتصرف في الشيء إلى شخص آخر غير الواعد بالشراء.

جـ- الوعد بالبيع وبالشراء: الوعد بالبيع والشراء أما أن يكون ملزماً
لكل جانب على حدة، وأما أن يكون ملزماً للجانبين في نفس الوقت
ولكل فرض من هذين الفرضين حكم خاص به.

١- الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لكل جانب على حدة: ويتحقق هذا
الفرض إذا أبرم شخصان عقدين كان أحدهما وعداً بالبيع من أحد
الشخصين إلى الآخر، وكان الثاني وعداً بالشراء من الشخص الآخر إلى
الشخص الأول، وكان الشيء محل الوعد واحداً في كل من العقدين.
فمالك السيارة يعطى وعد لشخص من الأشخاص ببيع هذه السيارة إليه إذا
أبدى رغبته في ذلك. والموعد له في هذا الفرض يعطى هو بدوره وعداً
لمالك السيارة بشرائها منه إذا أبدى رغبته في بيعها. فهناك وعد بالبيع من
جانب ووعد بالشراء من جانب آخر. ولكن كل من هذين الوعدين مستقل

عن الآخر وملزم لجانب واحد فقط. وقد يقال فى هذا الفرض أن الرد فيه ملزم للجانبين وأن العقد النهائى قد تم فعلاً، لأن أحد الطرفين قد التزم بالبيع بينما التزم الطرف الآخر بالشراء. ولكن يرد على ذلك بأن إرادة المتعاقدين لم تتجه فى هذا الفرض إلى إبرام عقد نهائى ملزم للجانبين، بل إتجهت إلى إبرام عقدى وعد كل منهما ملزم لجانب واحد. ولو كان العقد ملزم للجانبين لما أمكن التنصل منه أو إسقاطه بإرادة أى من الطرفين وحده. والحكم على خلاف ذلك بالنسبة لعقد الرد الملزم لجانب واحد فقط، إذ يظل الجانب الآخر ممسكاً بزمam هذا الوعد أن شاء أسقطه بإرادته، وإن شاء أسقطه بعدم ابداء الرغبة فى الاستفادة منه خلال مدة الوعد^(١).

وقد يعتمد كل من الطرفين إلى إسقاط الوعد المقطوع له فينتهى أثر كل من الوعدين بتصرف إرادى منفرد من جانب كل من الطرفين. وفى المثال السابق ذكره إذا كان من أعطى وعداً ببيع سيارته كان يرغب فى العثور على مشتر لها حتى يتمكن من شراء سيارة أخرى غيرها من ثمن البيع، وكان من أعطى وعداً بشراء هذه السيارة يرغب فى الحصول على هذه السيارة ليستغنى بها عن سيارته القديمة. فإذا حدث من الأسباب ما يدعو كل من الطرفين العدول عن فكرة تغيير سيارته بسيارة أخرى فإن الوعد بالبيع يسقط إذا لم يبدى الموعود له رغبته فى الشراء خلال مدة الوعد، وكذلك يسقط الوعد بالشراء إذا لم يبدى الموعود له رغبته فى البيع خلال مدة الوعد. وقد يسقط كل من الوعدين بتعبير صريح أو ضمنى من الموعود له على النحو السابق دراسته.

وفى هذا يتجلى الفارق الواضح بين الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد وبين الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين والذى ندرسه فيما يلى.

(١) عبد الرزاق السنهورى، ج٤، ص ٧٦.

٢ - الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين: الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين هو بيع تام التزم فيه أحد الطرفين بالبيع والتزم الطرف الآخر بالشراء مع تحديد الشيء المبيع وتحديد ثمن البيع. والوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين هو ما يسمى بالبيع الابتدائي. وهو بيع تام ولكنه غير نهائي. والسبب الذي يدعو المتعاقدين إلى إبرام بيع ابتدائي تام ولكنه غير نهائي، هو أن إبرام البيع النهائي قد يقتضى التحقق من أمور لا يتسع الوقت للتحقق منها وقت إبرام البيع الابتدائي ويرغب كل من الطرفين في إتمام البيع على أن يتم التحقق من هذه الأمور فيما بعد، كأن يرغب المشتري في التحقق من خلو العقار المبيع من أى حق يشغله فيبرم بيعاً ابتدائياً يربط به البائع ويجعله بعد ذلك نهائياً إذا تحقق من خلو العقار من الحقوق الواردة عليه، أو يطلب فسخ البيع إذا وجد العقار مثقلاً بحق من هذه الحقوق. وقد يكون السبب في إبرام عقد ابتدائي غير نهائي أن إبرام العقد النهائي يحتاج إلى إجراءات مطولة كتحضير المستندات اللازمة للتسجيل أو الحصول على إذن المحكمة إذا كان أحد المتعاقدين قاصراً... الخ.

والواقع أن المشرع الفرنسي قد وضع نصاً خاصاً يقرر فيه أن الوعد بالبيع الملزم للجانبين هو بمثابة بيع تام، وهو نص المادة ١٥٨٩ مدني التي تقرر أن «الوعد بالبيع يساوي البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والثمن». وطبقاً لهذا النص فإنه يستوى أن يصدر من الطرفين لفظ البيع أو لفظ الوعد بالبيع طالما كانت الإرادة منجزة وصادرة من الطرفين في نفس الوقت. وهذا الحكم يؤخذ به في مصر دون نص خاص تطبيقاً للقواعد العامة، وهو ما سيوضح لنا أكثر من دراستنا للعقد الابتدائي^(١).

(١) وإذا كان الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين يعتبر بحسب الأصل بيعاً تاماً إلا أن ذلك لا يصدق على الحالات الاستثنائية التي تشترط فيها الشكلية لإبرام البيع، كما في بيع السفينة مثلاً، ففي هذه الحالة لا يعتبر الوعد بالبيع الملزم للجانبين بيعاً تاماً، ولا يعتبر وعداً ملزماً يمكن أن يقوم به حكم القاضي مقام العقد النهائي، وإنما يعتبر مجرد اتفاق بمقتضاه يلتزم كل =

١٣- البيع الابتدائي:

البيع الابتدائي هو الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين. ولذلك يجب أن يستبعد من منطقة البيع الابتدائي ما قد يشبه به من أوضاع. فلا يعتبر بيعاً ابتدائياً المشروع الذي يعده الطرفان تمهيداً لعقد البيع النهائي^(١) فمثل هذا المشروع لا يكون ملزماً لأى من الطرفين، ويجوز لأى منهما أن يعدل عن إتمام البيع بدون مسئولية عليه. وإذا تم البيع بعد ذلك على أساس هذا المشروع فإن هذا البيع لا يصح حتى أن يوصف بأنه بيع نهائي إذ لم يسبقه بيع ابتدائي حتى يوصف هو بأنه بيع نهائي، وإنما هو بيع فحسب^(٢).

ولا يعتبر بيعاً ابتدائياً الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لكل جانب على حدة. فهذا الوعد لا يؤدي حتماً إلى إتمام البيع إذ أنه قد يسقط بإسقاط كل من الطرفين حقه في الوعد المقطوع له أو في عدم التعبير عن رغبته في الاستفادة من هذا الوعد قبل إنقضاء مدته. وإذا عبر أحد الطرفين عن رغبته في الاستفادة من الوعد فإن عقد البيع ينعقد من هذا الوقت. ويمكن تسمية البيع الذي يتم في هذه الحالة بعقد البيع النهائي لأنه وأن لم يسبقه بيع ابتدائي إلا أنه سبقه وعد بالبيع وبالشراء ملزم لكل جانب على حدة.

أما الصورة الصحيحة للعقد الابتدائي فهي صورة الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين على النحو السابق ذكره.

=من الطرفين باتخاذ الإجراءات اللازمة لإبرام عقد البيع وجزء الإخلال بهذا الالتزام هو التمييز وليس التنفيذ المعنى، راجع مازو، المرجع السابق، ص ٦٧٠.

(١) مالوري أنسيكلوبيدي دالوز، ج ٥، ص ٦٠٣، فقرة ١٤٣ نقض مدني، جلسة ١٩٥٠/١/١٩، طعن رقم ٨٨ ص ١٨ق، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٤٥، رقم ٤.

(٢) عد الرزان السنهوري، ج ٤، ص ٨.

وآثار البيع الابتدائي هي نفس آثار البيع النهائي على وجه التقريب. فالبيع الابتدائي ينشئ التزاماً على عاتق البائع بتسليم العين المبيعة للمشتري وبإتمام إجراءات نقل الملكية وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية. وهو ينشئ التزاماً على عاتق المشتري بدفع ثمن البيع وتسليم الشيء المبيع. ولكن يختلف البيع الابتدائي والبيع النهائي في أن كل الآثار المذكورة تظل مؤجلة إلى وقت اتمام البيع النهائي. وبصفة خاصة يحتفظ البائع بالحق في حيازة الشيء المبيع واستغلاله، كما لا يلتزم المشتري بأن يدفع من الثمن إلا ما اتفق على دفعه من مقدم فقط. ويزيد البيع الابتدائي في الآثار المترتبة عليه في أنه ينشئ التزاماً مستقلاً على عاتق الطرفين بإتمام البيع النهائي، بحيث إذا نكل أى منهما عن ذلك فإن للمتعاقد الآخر أن يقاضيه وأن يحصل على حكم من القاضي يقوم مقام العقد النهائي.

وبلاحظ أن القضاء المصري يذهب إلى أن البيع الابتدائي يجوز الأخذ فيه بالشفعة كالبيع النهائي^(١). فإذا بيعت دار بعقد ابتدائي جاز لمن توافرت فيه شروط الشفع أن يطلب أخذ هذه الدار بالشفعة بحسب القواعد المقررة في هذا الشأن، بل أن الشفع لو علم بوقوع البيع الابتدائي وتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة، أو ترك المواعيد تفوت دون أن يطالب بحقه، فلا يجوز له

(١) قضت محكمة النقض بأن «وصف العقد بأنه عقد ابتدائي - أخذاً بالمعرف - الذي جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التي لم تراعى في تحريرها الأوضاع التي يطلبها قانون التسجيل - ذلك لا يحول دون اعتبار البيع باتاً لازماً متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد لزم نفسه الوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل العدول. ومتى كان البيع لازماً باتاً فانه يثبت الحق في الشفعة بمجرد تمامه لكل من قام به سبب من أسبابها ومن لم كان العلم به موجباً على الشفع المبادرة إلى اظهار رغبته قبل أن ينقضى على علمه الميعاد المقرر له في القانون» (طعن رقم ٢ من ١٦ق، جلسة ١٩٤٦/١٢/٢٦، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٧١٤، رقم ١٥٢، في نفس المعنى، نقض مدني طعن رقم ٣٠٩ من ٢٠ق، جلسة ١٩٥٣/٢/٢٦، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٧١٤، رقم ٥٣).

بعد ذلك أن يطالب الأخذ بالشفعة بعد اتمام عقد البيع النهائي إلا إذا اختلفت شروط كل من العقدين وبخاصة إذا أنقص الثمن فى البيع النهائي.

وإذا كان البيع الابتدائى يعتبر بيعاً تاماً، إلا أن إبرام عقد بيع نهائى بعد ذلك يؤدى إلى انقضاء عقد البيع الابتدائى، وحلول عقد البيع النهائي محله، فالعقد النهائي - دون العقد الابتدائى - هو كما تقول محكمة النقض، الذى تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين^(١). ولكن لا مانع من الاستعانة فى تفسير عقد البيع النهائي بما ورد فى عقد البيع الابتدائى من عبارات تتفق مع صيغة العقد النهائي^(٢).

ومن ناحية أخرى فإن حلول عقد البيع النهائي محل عقد البيع الابتدائى لا ينبغى أن يضر بحقوق الغير كحق الشفيع فى أن يأخذ العقار المبيع بنفس الثمن المذكور فى العقد الابتدائى، إذ لا يجوز أن يؤدى زيادة الثمن فى العقد النهائي إلى الحيلة بين الشفيع وبين استعماله حقه فى الشفعة^(٣).

(١) قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان الحكم فيما حصله من وقائع الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفى التعاقد نواة لمعرفة للمقصر منهما قد رجع إلى عقد البيع الابتدائى دون العقد النهائي الذى اختلفت شروطه عن العقد الابتدائى وه استقرت العلاقة بين الطرفين، فإنه يكون قد خالف القانون بعدم أخذه بهذا العقد الذى يكون هو قانون المتعاقدين» (طعن رقم ٨٤ س ١٣ ق، جلسة ١٩٤٤/٣/٢٣، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٤٥، رقم ٩).

وقضت محكمة النقض بأنه «إذا تبين أن عقد البيع النهائي قد خلا من النص على الشرط الجزائى الوارد فى عقد البيع الابتدائى أو الاحالة إليه فإن هذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط وتصرفت نيتهما إلى عدم التمسك به أو تطبيقه» (طعن رقم ٢٤٣ س ٢٣ ق، جلسة ١٩٥٨/١/٩، س ٩ ص ١٦، نقض مدنى ١٩٧٠/٣/٢٦، مجموعة المكب الفنى، س ٢١، ص ٥١٣).

(٢) نقض مدنى جلسة ١٩٥٨/٢/٣٠، طعن رقم ٣٤٣ س ٢٣ ق، س ٩، ص ٦٢.

(٣) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ٤، ص ٨٥.

كثيراً ما يقترب عقد البيع الابتدائي بدفع حرة من النحر يسمى العربون ودفع هذا المبلغ من المشتري للبائع قد يقصد به أما تأكيد إبرام العقد مع البدء في تنفيذه فوراً، وأما أن يقصد به خيار العدول لكل من الطرفين أو لأحدهما فقط. ويكون مبلغ العربون هو فدية هذا العدول أو مقابل العدول بحيث يخسره من جاء العدول من جانبه، فإذا عدل المشتري فإنه لا يسترد مبلغ العربون الذي دفعه، أما إذا عدل البائع فإنه يلتزم برد هذا مبلغ ويدفع مبلغ مماثل له أيضاً.

ولم يكن القانون المدني القديم يصع نصاً لحكم العربون وكان الفضاء المصري يتردد بين أحد المعنيين السابق ذكرهما بحسب ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين. وكانت بعض المحاكم تحيل في هذا الشأن إلى ما يجرى عليه العرف الذي يقال أنه يجعل لدفع العربون عند تحرير العقد الابتدائي دلالة حيا العدول، بينما يجعل لدفعه وقت إبرام العقد النهائي دلالة تأكيد العقد والبدء في تنفيذه. ولكن الواقع أن العربون لا يدفع من الناحية العملية وبالتالي لا يثور بصده البحث إلا وقت إبرام العقد الابتدائي. أما عند إبرام العقد النهائي فإن ما يدفع هو الثمن كله إذا كان معجلاً أو لا يدفع من شيء إذا كان متوجلاً. ولذلك يكون الأجدر هو الأخذ بما ذهب إليه محكمة النقض المصرية في أكثر من حكم، وهو أن دلالة دفع العربون استبعاد من تفسير العقد بحسب ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين^(١).

(١) نصت محكمة النقض بأن العربون هو ما يقدمه أحد المتعاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد، وقد يرد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلاهما مهراً بينهما على وجه نهائي وقد يردان أن يجعلاهما لكل منهما الحق في إمضاء العقد أو نقضه. وفيه المتعاقدين في وحدهما التي يجب التعامل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني، وقد أقرت محكمة النقض في هذا الحكم ما استخلصته محكمة الموضوع لأسباب سابقة من أن المبلغ الذي وصف بأنه عربون ما هو إلا التزام للمشتري عند الفسخ الناشئ من تعصير أحد المتعاقدين في الوفاء بما التزم به.

وقد أقام المشرع فى التقنين المدنى الجديد قرينة تقبل اثبات العكس، كما جاء فى المادة ١٠٣ التى تقرر أن (١) دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. (٢) فإذا عدل من دفع العربون فقدمه، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر. ويتضح من هذا النص أن المشرع غلب فى دفع العربون دلالة خيار العدول على دلالة تأكيد العقد. وطبقاً لهذا النص فإنه إذا أبرم بيع بعربون فيستفاد من ذلك أن كل من المتعاقدين قد احتفظ بخيار العدول عن العقد مقابل مبلغ العربون فإذا عدل من دفعه خسر، وإذا عدل الطرف الآخر التزم برده مضافاً إليه مثله. ولكن هذه القرينة ليست قاطعة بل يجوز اثبات عكسها وهو أن دفع العربون قصد به تأكيد إبرام العقد مع الشروع فى تنفيذه فوراً.

والمرجع فى الأخذ بهذه القرينة أو عدم الأخذ بها، هو إرادة المتعاقدين. ويعتبر البحث فى هذه الإرادة مسألة واقع مما لا يخضع فيه قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض^(١)، فلمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذى انعقد به البيع باتاً أم أنه عربون فى بيع مصحوب بخيار العدول إذ أن ذلك مما يدخل فى سلطتها الموضوعية متى

= (طعن رقم ٦٢ س ١٥ق، جلسة ١٩٤٦/٣/٣١ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٦، فقرة ١٢٩). فى نفس المعنى نقض مدنى جلسة ١٩٣٣/١/٥، طعن رقم ٤٨، ٥٣، س ٢ق، نقض مدنى جلسة ١٩٤٤/٤/٢٠ طعن رقم ٨٨ س ١٣ق، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٦، فقرة ١٣٠، فقرة ١٣١).

(١) قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذى انعقد به البيع باتاً أم أنه عربون فى بيع مصحوب بخيار العدول إذ أن ذلك مما يدخل فى سلطتها الموضوعية متى كان ذلك مقاماً على كسب سائفة (طعن رقم ٣٠٧ س ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٣/٢٢، ص ٧، س ٣٦٩)، (نقض ١٩٧٨/٤/١٨، س ٢٩، ص ١٠٢٠).

كان ذلك مقاماً على أسباب سائغة (١).

وإذا لم تنتفى القرينة التي أقامها المشرع فإن العربون يكون هو مقابل العدول من جانب أى من الطرفين (٢). ومن المتصور أن ينص فى العقد على أن خيار العدول للبائع وحده أو للمشتري وحده. فإذا لم يوجد نص على تخصيص أى منهما كان لكل منهما الحق فى العدول عن إتمام البيع.

ويلاحظ أن من يعدل من الطرفين عن إتمام البيع يخسر مبلغ العربون ولو لم يلحق الطرف الآخر أى ضرر عن هذا العدول. فالعربون ليس تعويضاً عن ضرر وإنما هو مقابل للعدول عن العقد. وفى هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائى الذى يعتبر تعويضاً اتفاقياً، والذى يجوز تخفيضه أو عدم

(١) قضت محكمة النقض بصدد عقد بيع نص فيه صراحة على دفع العربون وتحديد مقداره وحالات استرداده أو الاحتفاظ به وتحديد موعد وفاء باقى الثمن وشرط استحقاقه، بأن تكيفه على أنه بيع بالعربون صحيح فى القانون ولا يغير من ذلك احتمال العقد على اعتباره أنه نافذ المفعول إذ لا تعنى هذه العبارة أكثر من نفاذ العقد بشروطه، طعن رقم ٣٢٧ س ٢٢٢ و جلسة ١٩٥٦/٤/٥، ص ٧، ص ٥٠٨.

ويلاحظ أن السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع لا تعفيها من إقامة حكمها على أسباب سائغة عقلاً. وقد قضت محكمة النقض بأن عدم بيان حكم المبلغ المدفوع من المشتري وهل هو عربون أو جزء من الثمن والقضاء به للبائع لجرد نقص الصفقة دون الاعتداد بدفع المشتري من أنه نقض الصفقة لمعيب خفى يجعل الحكم قاصراً واجب النقض، طعن رقم ٤٢١ جلسة ١٩٥٣/٢/١٢، ص ٢١ ق، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٦، رقم ١٣٢. وقضت محكمة النقض بأن عدم اعتبار المبلغ المدفوع من المشتري لصفقة من الذهب عربوناً دون بيان الأسباب يعتبر قصوراً، طعن رقم ١٢٨ س ١٩ ق، جلسة ١٩٥١/١٢/٢٧، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٧، رقم ١٣٣.

(٢) نقض مدنى، جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦، طعن رقم ٥٥٦ س ٣٥ ق، مجموعة أحكام النقض، ص ٢١، رقم ٥٦، ص ٣٤٤، نقض مدنى، طعن رقم ٦، س ٣٦ ق، جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠، مجموعة أحكام النقض، ص ٢١، رقم ١٢٠، ص ٧٤٣.

الحكم به اطلاقاً إذا لم يكن قد لحق الطرف الآخر أى ضرر أو كان الضرر الذى لحقه أقل من التعويض المتفق عليه.

والرأى الذى نرجحه فى تكييف العربون وتحديد طبيعته، أنه بدل فى التزام بدلى^(١). والالتزام البدلى هو الالتزام الذى يكون محله أداء شئ معين بالذات ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر غيره. والمدين فى العقد الابتدائى بائعاً أو مشترياً يلتزم باتمام العقد النهائى، وهذا هو الشئ الأصلى الذى التزم به، ولكن تبرأ ذمته إذا أدى شيئاً آخر بدلاً من الشئ الذى التزم به أصلاً، وهذا الشئ الآخر هو مبلغ العربون. وطبقاً لهذا التصوير فإن دفع العربون يعتبر تنفيذاً للعقد وليس فسخاً له. وهو تنفيذ عينى للعقد وليس تنفيذاً بطريق التعويض^(٢).

المبحث الثانى

شروط الصحة

بعد أن فرغنا من دراسة شروط انعقاد البيع المتعلقة بالتراضى وهى تطابق الارادتين على البيع والشراء مع تحديد الثمن وتعيين الشئ المبيع. نتقل الآن إلى دراسة شروط صحة البيع وهى متعلقة بالتراضى، وهى أن تصدر الإرادة عن شخص توافرت فيه الأهلية وخلت إرادته من العيب.

(١) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ٤، ص ٩٠.

(٢) التعويض لا يستحق إلا إذا توافرت أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية وكذلك فإن التعويض يكون بقدر الضرر. أما العربون فهو لمن المدول بغض النظر عن وجود خطأ فى المدول، أو مقدار الضرر الذى تروى عليه. والعربون يختلف كذلك عن الشرط الجزائى الذى هو صورة من صور التعويض. وقد قضت محكمة النقض بأن «استظهار نية الماقدنين من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع. وإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من نصوص العقد وظروف الدعوى وأسباب ساقفة، أن المتعاقدنين قصدوا أن يكون البيع بائناً منجزاً بشرط جزائى، ولم يقصدوا أن يكون بيعاً بعربون، فإن النعى على الحكم بهذا السبب لا يمدو أن يكون جديلاً موضوعياً مما يستقل به قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه» (طعن رقم ٥٦، ص ٣٥، جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢١، رقم ٥٦، ص ٣٤٤).

يجب حتى ينعقد البيع صحيحاً أن يكون كل من البائع والمشتري أهلاً للبيع والشراء. والمقصود بذلك أهلية الأداء وهي القدرة على التعبير عن الإرادة تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية في ذمة الشخص الصادر عنه هذا التعبير، والأهلية بهذا المعنى مناطها التمييز. وهي تختلف عن الولاية على المال وهي الصلاحية للتصرف في مال الغير.

والأهلية مناطها التمييز وهي توجد أو تنقص أو تنعدم بحسب ما إذا كان التمييز كاملاً أو ناقصاً أو منعدماً. والأصل أن التمييز مرتبط بالسن. وقد قسم المشرع عمر الإنسان إلى ثلاث مراحل الأولى تبدأ من سن الولادة إلى سن السابعة وفيها يكون التمييز منعدماً وتكون الأهلية بالتالي منعدمة، والثانية تبدأ من سن السابعة إلى سن الحادية والعشرين وفيها يكون التمييز ناقصاً وتكون الأهلية ناقصة، والثالثة تبدأ من سن الحادية والعشرين وفيها يكون التمييز كاملاً إذا لم يكن الشخص قد حجب عليه بسبب جنون أو عته أو سفه أو غفلة، وبالتالي تكون الأهلية كاملة.

وعقد البيع سواء من جانب البائع أو من جانب المشتري هو من عقود المعاوضة الدائرة بين النفع والضرر. ولذلك فهو لا ينعقد صحيحاً إلا إذا توافرت أهلية الأداء الكاملة في كل من البائع والمشتري. فإذا كان أحد الطرفين ناقص الأهلية كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحته. أما إذا كان أحدهما عديم الأهلية فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً. وشرط الأهلية هو شرط ابتداء وليس شرط بقاء فلا أهمية لما يطرأ على أهلية أحد المتعاقدين بعد إبرام عقد البيع ولو كان هذا العقد ابتدائياً^(١).

(١) نقض مدني ١٩٤١/١١/٦، طعن رقم ٢٣ من ١١ في مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١ ص ٣٤٥، رقم ٧، نقض ١٩٧٦/٢/٣، ص ٢٧، ص ٣٧٦.

ويلاحظ أنه ترد على هذه القواعد بعض الاستثناءات التي يعتقد فيها البيع صحيحاً ولو لم يبلغ أحد الطرفين الحادية والعشرين من عمره. وأهم هذه الاستثناءات هو ما تنص عليه المادة ٦١ من قانون الولاية على المال من أن «للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته. ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط». وكذلك ما تنص عليه المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال من أن «القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهل للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره. ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهمته أو صناعته». وفي الحدود التي ينطبق فيها هذين النصين تكون للقاصر أهلية أداء كاملة في البيع والشراء دون حاجة إلى إذن خاص. ومن الاستثناءات الهامة أيضاً ما تنص عليه المادة ١١٢ مدني من أنه «إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون». ويلاحظ أن البيع يعتبر من أعمال الإدارة إذا كان وارداً على ثمار الملكية وليس على أصلها^(١).

وفيما عدا هذه الاستثناءات وغيرها مما نص عليه قانون الولاية على المال (راجع المادتين ٥٧، ٦٠ من القانون المذكور). فإن البيع لا يعتقد صحيحاً إلا إذا كان كل من البائع والمشتري قد بلغ الحادية والعشرين من عمره ولم يحجر عليه بسبب جنون أو عته أو سفه أو غفلة.

(١) تدق التفرقة أحياناً بين ما يعتبر من أعمال الإدارة وبين ما يعتبر من أعمال التصرف، أو الميار الذي نعتقه هو أن كل تصرف في أصل الشيء هو من أعمال التصرف وكل تصرف في ثمار الشيء هو من أعمال الإدارة. ولهذا فالبيع يكون تصرفاً إذا ورد على أصل الشيء، ويكون إدارة إذا ورد على ثمار الشيء، فالميار لا يؤخذ من نوع التصرف ذاته، وهل هو ناقل أو غير ناقل للملكية أو الحقوق العينية الأخرى، ولكن يؤخذ من محل العقد وهل هو الأصل أم الثمار. راجع في تطبيق هذا الميار على عقد الرهن الرسمي. كتابنا في التأمينات الشخصية والعينية. فقرة ٧٤، ص ١٨٢.

١٦- غير الرضا فى عقد البيع (العلم بالمبيع):

غير الرضا فى القواعد العامة هى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال. والجزاء الذى يترتب عليها هو قابلية العقد للإبطال لمصلحة من لحق عيب بإرادته. وليس فى تطبيق القواعد العامة على عقد البيع ما يحتاج إلى دراسة خاصة الا ما يتعلق بالغلط حيث اشترط المشرع علم المشتري بالمبيع توفيقاً بين خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية وبين أحكام الغلط وأحكام تعيين المبيع فى القانون الحديث. كذلك فإن للغبن فى عقد البيع أحكام خاصة مكان دراستها عند دراسة الثمن باعتباره المحل الأساسى لالتزام المشتري. ونقتصر هنا على دراسة الحكم الخاص بالعلم بالشئ المبيع. وقد نصت المادة ٤١٩ مدنى على أنه: «(١) يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه. (٢) وإذا ذكر فى عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، سقط حقه فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع».

وقد أخذ المشرع فى هذا النص بأكثر مما هو مقرر فى أحكام الغلط فى القانون المدنى. فبحسب أحكام الغلط لا يجوز للمشتري أن يطلب ابطال البيع إلا إذا إدعى بوقوعه فى غلط جوهرى فى الشئ المبيع، وعليه هو أن يثبت ذلك، ولا يكفى لإثبات ذلك ألا يكون المشتري قد سبق أن رأى الشئ المبيع طالما أنه كان معيناً فى العقد تعييناً كافياً وناهماً للجهالة.

وقد أخذ المشرع فى هذا النص أيضاً بأكثر مما هو مقرر فى أحكام تعيين المحل فى القواعد العامة، حيث يكفى لانعقاد العقد أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين ولو لم يكن المشتري قد شاهده بعينه.

وقد أخذ المشرع فى هذا النص ببعض الأحكام المقررة فى الشريعة

الإسلامية عن خيار الرؤية ووفق بينها وبين الأحكام المقررة في القانون المدني عن الغلط أو عن تعيين المحل.

ومن المقرر في المذهب الحنفي في الشريعة الإسلامية أن للمشتري خيار الرؤية إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ولم يره المشتري وقت الشراء. ويثبت هذا الحق للمشتري وحده دون البائع. وهو يعنى حق المشتري في الرجوع عن الشراء عندما يرى الشيء المبيع ولو كان قد اشتراه على أساس صفات معينة وتطابقت الصفات على الموصوف. وخيار الرؤية يعنى أن عقد البيع غير لازم للمشتري فيجوز له الرجوع فيه عند الرؤية أو قبلها. ولا يصح تنازل المشتري عن خيار الرؤية قبل حدوثها فعلاً. ويسقط خيار الرؤية إذا شاهد المشتري العين المبيعة ورضى بها صراحة أو دلالة، أو إذا مات المشتري قبل أن يختار أو إذا هلك بعض المبيع أن تلف، أو إذا تصرف المشتري في الشيء بعد رؤيته، أو تصرف فيه قبل رؤيته إذا كان تصرفه لازماً لا رجوع فيه (١).

أما المذاهب الثلاثة الأخرى فهي تعتبر وصف المبيع وصفاً دقيقاً مسقطاً لخيار الرؤية، أو أنها تعتبر الشراء على الوصف بمثابة الرؤية بحيث لا يجوز للمشتري بعد ذلك أن يطعن في البيع إلا على أساس مخالفة المبيع للوصف المتفق عليه وهو خيار الخلف في الوصف (٢).

(١) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٤، ص ٢٤٨ وما بعدها الوسيط، ج٤، ص ١١٧.

(٢) نصت المادة ١/٥٤٣ من التقنين المدني العراقي على أنه «يسقط خيار الرؤية بموت المشتري، وتصرفه في المبيع قبل أن يراه، وإقراره في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بهلاكه، وبوصف الشيء في عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت، ويتعيب الشيء أو هلاكه بعد القبض، ويصدر ما يبطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها، وبمضي وقت كان يمكن للمشتري من رؤية الشيء دون أن يراه». ومن الواضح أن التقنين المدني العراقي أخذ برأى المذاهب الثلاثة ولم يقف فقط عند رأى المذهب الحنفي، بل هو قد أضاف إلى المذاهب الثلاثة في سقوط خيار الرؤية إقرار المشتري بأنه رأى الشيء =

وقد أخذ المشرع المصري برأى المذاهب الثلاثة وأضاف إليها أن إقرار المشتري بأنه يعلم الشيء المبيع يعنى عن الرؤية ويقوم مقام الوصف الدقيق للشيء المبيع.

وطبقاً لنص المادة ٤١٩ السابق ذكرها يشتري لصحة البيع أن يكون المشتري عالماً بالشيء المبيع. ويتحقق هذا العلم بواحد من أمور ثلاثة. الأول وهو الأصل أن يكون المشتري قد شاهد الشيء بعينه وفى هذا تطبيق محض للمذهب الحنفى. والأمر الثانى هو أن ينسمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من معرفته. وفى هذا تطبيق للمذاهب الثلاثة التى يغنى فيها الوصف الدقيق عن الرؤية. ويلاحظ أن وصف الشيء وصف دقيقاً هو أكثر من مجرد تعيين المحل لأن التعيين قد دون وصف الشيء كما لو بيعت الدار التى يملكها شخص معين فى بلدة بعينها، فإن ذكر ذلك يكفى لتعيين المحل إذا كانت هذه الدار معروفة للناس، ولكنه لا يعتبر وصفاً دقيقاً لهذه الدار يقوم مقام رؤية المشتري لها

وقد أضاف المشرع إلى رأى المذاهب الثلاثة أمراً آخر يقوم مقام الرؤية ويغنى عنها وهو إقرار المشتري بأنه عالم بالمبيع. فهو إذا أقر بعلمه كان كفى شاهد الشيء المبيع ولا يجوز له أن يتنصل من إقراره هذا إلا إذا سمكت بالتدليس

=المبيع. ومن الواضح أن المشرع المصري أخذ بما فرره التفسير العراقى من اعتبار إقرار المشتري بعلمه بالشيء المبيع يقوم مقام الرؤية الحقيقية ويعنى عن الوصف الدقيق للشيء فى صلب العقد.

ولكن يظل الفارق الأساسى بين التفتين المدنى المصرى والتفتين المدنى العراقى، أن التفتين المدنى المصرى لم يستخدم اصطلاح خيار الرؤية المقرر فى الفقه الإسلامى كما فعل التفتين العراقى. ولكنه استخدم اصطلاح العلم بالمبيع، وجعل جزءاً عدم العلم هو البطلان النسبى وهو ما يتفق مع اللغة الحديثة للقانون، خاصة وأن المشرع المصرى لم يأخذ بأحكام خيار الرؤية فى الفقه الإسلامى بصفة مستقلة ولكنه وفق بينها وبين أحكام تعيين المثل وأحكام الغلط المقررة فى النظرية العامة للالتزام كما هو مذكور فى النص

وبعد أن خفف المشرع من أحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية فإنه يكون بذلك قد اقترب كثيراً من أحكام الغلط في القواعد العامة. ومع ذلك فإن الأحكام التي أوردها المشرع في العلم بالمبيع تتخطى أحكام الغلط في أنه إذا لم يكن المشتري قد رأى الشيء المبيع ولم يكن قد ذكر في العقد وصف دقيق له ولم يكن المشتري قد أقر بعلمه به، جاز له أن يطلب إبطال العقد، دون أن يطلب منه اثبات وقوعه في غلط جوهرى في الشيء محل العقد. والواقع أن طلب الإبطال طبقاً للمادة ٤١٩ هو أيضاً طلب على أساس الغلط ولكنه غلط مفترض لا يطالب المشتري باثباته. فيكون كل ما أحدثته المادة ٤١٩ من تجديد أو تعديل في قواعد الغلط هو أنها جعلت الغلط مفترضاً في الحالات التي يكون فيها المثل معيناً تعيناً نافياً للجهالة دون أن يصل إلى حد تحديد الصفات الأساسية للشيء المبيع ودون أن يكون المشتري قد رأى الشيء أو أقر بأنه يعلمه^(١). وقد أخذ المشرع بهذا التحديد في قواعد الغلط استجابة إلى أحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية طبقاً للمذاهب الثلاثة مع الإضافة إليها باعتبار الإقرار في حكم الرؤية أو الوصف الدقيق. وبهذا يكون المشرع قد وفق بين أحكام الشريعة الإسلامية وبين أحكام القانون الحديث.

(١) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ٤، ص ١٤٣ وما بعدها.

الفصل الثاني

المحل فى عقد البيع

المحل ركن فى الالتزام لا فى العقد. والبيع عقد مشئى لالتزامات بعضها على عاتق البائع والبعض الآخر على عاتق المشتري فالبائع يلتزم أساساً بنقل ملكية الشئ المبيع، فمحل التزامه هو الشئ المبيع. أما المشتري فهو يلتزم أساساً بدفع الثمن، فمحل التزامه هو الثمن. فلبيع إذن محلان، المبيع والثمن.

المبحث الأول

المبيع

يشترط أن تتوافر فى المبيع شروط المحل فى القواعد العامة وهى الوجود والتعيين والمشروعية ويضاف إلى ذلك شرط رابع هو ملكية البائع للشئ المبيع. والشروط الثلاثة الأولى من شروط انعقاد البيع المتعلقة بالمحل، أما الشرط الرابع فهو من شروط صحة البيع المتعلقة بالمحل أيضاً ويدرس الشروط الثلاثة الأولى فيما يلى، أما الشرط الرابع فندرسه عند دراسته بيع منقذ العير فى الباب الثالث من هذا الكتاب.

١٧ - وجود المبيع.

يشترط لصحة البيع أن يكون المبيع موجوداً وقت البيع أو قابلاً للوجود فى المستقبل، فإذا بيع منزل على أنه موجود ولم يكن قد وجد أصلاً فإن البيع يقع باطلاً، وإذا بيع منزل على أنه موجود، وكان هذا المنزل قد وجد ثم تهدم قبل البيع فإن العقد يقع باطلاً كذلك. أما إذا بيع منزل على أنه موجود وكان كذلك فعلاً، ولكنه تهدم بعد البيع وقبل التسليم، فإن العقد بعقد صحيحاً ولكنه يفسخ بعد ذلك على ما سذكره فى موضعه.

وإذا لم يشترط المتعاقدان أن يكون الشيء موجوداً فيكفى أن يكون قابلاً للوجود في المستقبل. وذلك تطبيقاً للقواعد العامة التي تجيز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً (المادة ١/١٣١ مدني). والواقع أن الكثير من عقود البيع يكون محلها شيء مستقبل غير موجود وقت العقد ولكنه قابل للوجود مستقبلاً. ومن هذا القبيل بيع المحصول قبل نضجه^(١)، وبيع نتاج الماشية قبل ولادتها، وبيع سلعة معينة قبل انتاجها، وبيع المؤلف لمؤلفه قبل أن يشرع في التأليف، وبيع المنزل قبل بنائه، وبيع الثوب قبل حياكته، وغير ذلك من أمثلة كثيرة لا حصر لها، فإن معاملات الناس ترد على الأشياء المستقبلية بقدر ورودها على الأشياء الحاضرة.

ويلاحظ أنه من الناحية الفنية تجب التفرقة بين الأشياء المثلية والأشياء المعينة بالذات. فإذا كان الشيء محل البيع معيناً بالذات فهو يجوز أن يكون حاصراً أو مستقبلاً بحسب ما تتجه إليه لإرادة المتعاقدين. فإذا ما اتجهت الإرادة إلى أن الشيء موجود وقت العقد فإن العقد يقع باطلاً إذا لم يكن هذا الشيء موجوداً وقت العقد ولو كان ممكن الوجود مستقبلاً. أما إذا لم تشترط الإرادة وجود الشيء وقت العقد فإن العقد ينعقد صحيحاً إذا كان من الممكن وجود الشيء مستقبلاً.

أما الأشياء المثلية وهي التي يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء فانها لا تدخل في نطاق قاعدة اشتراط وجود الشيء المبيع لأن المثليات موجودة دائماً، فالمثليات لا تهلك كما يقال وهي أيضاً لا توجد بل هي موجودة دائماً في الأسواق. ولذلك فإن شرط وجود المبيع أو قابليته للوجود هو شرط خاص

(١) قضت محكمة النقض بأن بيع المحاصيل المستقبلية قبل نيلها في ظل القانون المدني القديم صحيح، ذلك أنه لم يرد فيه نص بتحريمه كما جاء في القانون المدني المختلط (م ٣٣٠) وقد قضى القانون المدني الجديد في المادة ١٣١ منه على ما كان من خلاف في هذا الشأن بين القانون الوطني والمختلط (طعن رقم ٤٣٦، ٤٥٢، جلسة ١٩٥٣/٤/٣٠، م ٢١ق، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١ م ٣٤٧، رقم ١٨)

بالأشياء المعينة بالذات دون غيرها (١).

ويلاحظ أن المشرع يحرم بيع الأشياء المستقبلية في بعض الأحيان وعلى سبيل الاستثناء مراعاة لفكرة النظام العام. ومن هذا القبيل تحريم التعامل في تركة مستقبلية المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ١٣١ مدني التي أجازت في فقرتها الأولى أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً. ومن ناحية أخرى فإن المشرع ينظم أحياناً بنصوص خاصة بيع بعض الأشياء المستقبلية، ومن ذلك النصوص الخاصة ببيع الحقوق المتنازع فيها التي سندرسها فيما بعد.

وفي تحديد طبيعة بيع الأشياء المستقبلية لا ينبغي القول كما ذهب بعض أحكام النقض الفرنسية القديمة (٢) إلى أنه بيع معلق على شرط واقف هو تحقق وجود الشيء المستقبل. إذ من المسلم به أن الشرط وهو وصف من أوصاف الالتزام لا يعتبر عنصراً جوهرياً فيه بل هو أمر عارض قد يوجد وقد لا يوجد، بل الغالب أن يكون الالتزام بسيطاً غير موصوف. ولذلك فلا يتصور أن يكون محل الالتزام وصفاً له في نفس الوقت (٣). فبيع الأشياء

(١) قضت محكمة النقض بأنه «إذا استبدلت محكمة الموضوع أن البيع وارد على صفقة من القطن كانت مزروعة فعلاً في أرض الطاعنين ووقع البيع خارج البورصة ولم يكن معقوداً بين طرفين من التجار ولا على سبيل المقامرة - وخلصت في قضائها إلى أن العقد لا ينطوي على أعمال المضاربات المكشوفة والتي يقصد بها مجرد الإفادة من فرق السعر فأعملت الشرط الإضافي في عقد البيع وأوجبت تنفيذه عيناً تسليم كمية القطن المتفق عليها أو دفع فروق الأسعار من الجزء الذي لم يسلم منها - فاته لا محل للتحدى بالفقرة الثانية من المادة ٧٣ من القانون التجاري التي تنص على أنه لا تقبل أي دعوى أمام المحاكم بخصوص عمل يؤول إلى مجرد دفع فروق إذا انقضت على ما يخالف النصوص المتقدمة». (طعن رقم ٥٢ س ٢٥ق، جلسة ١٩٥٩/١١/١٢، مجموعة للكتب الفنى، س ١٠ ص ٤١).

CASS. REQ. 6 Juill. 1887, S. 87. 1. 294; CASS. CIV. (٢)
22 DEC. 1885, S. 87. 1. 163.

(٣) راجع في هذا الموضوع Demogue Des Droits éventuels, rev. trim. de DR. civ. 1905, p. 725.

المستقبل هو بيع بات وإن كان تنفيذه قد يتأثر باحتمال تحقق وجود الشيء المبيع في المستقبل أو عدم تحققه (١).

ويلاحظ بصفة عامة أن القضاء الفرنسي يشترط لصحة التصرف في الأشياء المستقبلية أن يكون وجودها، ليس فقط ممكناً من الناحية النظرية، بل يكون أيضاً كبير الاحتمال بالنسبة للظروف الموضوعية لكل معاملة على حدة. ويعبر عن ذلك بأن الشيء المستقبل يشترط أن يكون قد وجد في بذره أو في أساسه. ويترتب على الأخذ بهذا الشرط هو أن العقد لا يكفي لانعقاده صحيحاً أن يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود بل يجب كذلك أن يكون محتمل الوجود. وطبقاً لهذا القضاء إذا كان تحقق الشيء المستقبل مستحيلاً استحالة نسبية فإن العقد لا يكون صحيحاً رغم أن الاستحالة النسبية لا تمنع من الناحية النظرية من امكان وجود الشيء. فالاستحالة المطلقة وحدها هي التي تجعل الشيء المستقبل غير ممكن الوجود. ولو استقر

(١) ولذلك فانه يبدو لنا محل نظر ما قضت به محكمة النقض من أنه متى كان بين من الحكم المطعون فيه بأن المحكمة لم تقل بطلان التعاقد على بيع المحصول المستقبل بل قررت أن البيع المتنازع على تكييفه هو بيع معلق على شرط واقف هو وجود المبيع في المستقبل وأن هذا ليس معناه القول بطلان التعاقد على محصول مستقبل وأنها إذا كانت قد ألزمت الطاعن بالتعويض الذي قضى عليه به فإن هذا كان على أساس ما استخلصته بالأدلة السابقة التي أوردتها من أنه هو وزميله المطعون عليه الثاني قد قصرا في القيام بما التزما به من تعهدات تضمنها العقد المبرم بين الطرفين، إذ لم يتبعوا نصوص العقد فيما يتعلق بعملية الزراعة من تسميد وحرث التقاوى والرى وتعليمات مهندس الشركة، وكان من أثر ذلك التقصير هبوط نسبة المحصول، فليس فيما قرره المحكمة أي تنافس أو مخالفة للقانون (طعن رقم ٣٤٦ و٤٥٢، ٢١١ ق جلسة ١٩٥٣/٤/٣٠، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٤٧، رقم ٢٠).

والواقع أنه من الناحية العملية فإن محكمة الموضوع قد أصابت في إلزام الطاعن بالتعويض تنفيذاً لشروط العقد. ومع ذلك فهي قد أخطأت من الناحية النظرية في تكييف العقد بأنه بيع معلق على شرط واقف هو وجود المبيع في المستقبل، إذ من غير المتصور أن يكون المبيع وهو محل الالتزام وصفاً عارضاً له في نفس الوقت. ولذلك فنحن لا نوافق محكمة النقض على إقرارها محكمة الموضوع على هذا التكييف غير الصحيح.

هذا القضاء وتحددت معالمه فانه سيؤدى فى النهاية إلى تعديل خطير فى شروط المحل بما يجعل الاستحالة النسبية فى حكم الاستحالة المطلقة من حيث أنها تؤدى إلى تخلف شرط الامكان فى المحل. وقد أظهرت دراسة حديثة أن القضاء الفرنسى يسير على هذا الاتجاه فعلاً، رغم أن الفقه لا يزال يردد الفكرة التقليدية ومؤداها أن الاستحالة المطلقة فقط هى التى تجعل المحل مستحيلاً وبالتالى العقد باطلاً^(١).

١٨- تعيين المبيع:

يشترط لانعقاد البيع أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعيين. ويختلف تطبيق هذا الشرط بحسب ما إذا كان المبيع معيناً بالذات أو معيناً بالنوع. فإذا كان الشيء معيناً بالذات فإن طريقة تعيينه تختلف باختلاف ماهيته. فإذا كان المبيع حقاً شخصياً كما فى حوالة الحق، فإن تعيينه يكون بتعيين صاحب الحق والمدين به ومحلّه ومصدره.

وإذا كان المبيع حقاً من الحقوق الذهنية فإن تعيينه يكون بتعيين شخص المؤلف واسم العمل الذهنى ونوعه سواء كان قد تحقق من قبل أو كان سيتم انجازه مستقبلاً

وإذا كان المبيع من الحقوق العينية وهو الغالب فى البيع، فانه ينبغى تحديد نوع الحق العينى كما لو كان حق انتفاع مثلاً أو حق استعمال أو حق سكنى، ويجب تحديد الشيء محل هذا الحق كما لو كان داراً أو قطعة أرض.

وإذا لم يذكر الحق المبيع بل ذكر شيء مادى على أنه الشيء المبيع

(١) راجع فى هذا الموضوع بالتفصيل بحثنا فى المجلة الفصلية للقانون المدنى، رهن المال المستقبل. L'Hypothèque des Biens à Venir, Rev. Trim de Dr. Civ. 1970, p. 449 et s.

فيكون المقصود بذلك أن المبيع هو حق الملكية على هذا الشيء. لأن البيع يرد غالباً على شيء مادي بقصد نقل ملكيته إلى المشتري. أما الحقوق الأخرى السابق ذكرها فإن بيعها ليس هو القرض الغالب في عقد البيع. وفي الحالات التي يكون فيها المبيع شيئاً مادياً فإن تعيين الشيء يكون عن طريق تحديد صفاته التي تميزه عن غيره، أي تحديده تحديداً نافياً للجهالة الفاحشة. والتحديد النافي للجهالة يكون عادة تحديداً صريحاً. فالأرض الزراعية تتعين بذكر مساحتها وحدودها واسم الحوض الذي توجد فيه واسم القرية التي يوجد هذا الحوض في زمامها. والمنزل يحدد باسم الشارع واسم الحي ورقم المنزل. والسيارة تحدد بطرازها وسنة صنعها ورقم ترخيصها. ولكن التحديد النافي للجهالة يجوز أن يكون ضمناً كما لو باع شخص إلى آخر الحصان الذي يملكه وكان المشتري يعلم هذا الحصان، أو باع شخص إلى آخر الدار التي يملكها في هذه البلدة وكانت هذه الدار معروفة لدى الناس^(١).

ويلاحظ أنه بجانب تعيين المبيع وهو شرط من شروط انعقاد البيع المتعلقة بالمحل، فإنه يجب - كما سبق أن رأينا - أن يعلم المشتري علماً كافياً وهو شرط من شروط صحة البيع المتعلقة بالتراضي. وقد سبق أن ذكرنا أن العلم بالمبيع علماً كافياً يمثل مرحلة أبعد من مجرد تعيين المبيع تعييناً نافياً للجهالة.

(١) رغم أن عقد البيع النهائي ينسخ عقد البيع الابتدائي ويحل محله، إلا أنه يجوز الرجوع إلى العقد الابتدائي لتفسير العقد النهائي فيما يتعلق بتعيين المبيع. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم لم يمول على العقد الابتدائي فيما قال به من انتقال الملكية من البائع إلى المشتري وإنما عول عليه فقط في تعريف ذاته المبيع، كما أرادها المتعاقدان في عقدهما النهائي المسجل. فذلك من لا مخالفة فيه للقانون، (طعن رقم ٩٦، س١٦٩، جلسة ١٩٤٧/١٠/٣٠، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، س٣٤٧، رقم ٢٣).

أما إذا كان المبيع من الأشياء المثلية التى تعين بنوعها لا بذاتها، وهى الأشياء التى تتحدد بالكيل أو بالعد أو بالوزن، فإن تعيينها تعييناً كافياً يكون عن طريق تحديد جنسها ونوعها ومقدارها. كأن يكون محل البيع هو مائة قطار من القطن الأشمونى طويل الثيلة. وإذا لم يكن مقدار المبيع معيناً فى العقد فيجب أن يكون قابلاً للتقدير طبقاً للشروط الأخرى التى تضمنها العقد. مثال ذلك أن يلتزم متعهد بتقديم الغذاء الكافى لإحدى المستشفيات أو لإحدى المدارس، فإن تحديد مقدار المبيع فى هذه الحالة يتوقف على تحديد عدد أسرة المستشفى أو عدد طلبة المدرسة. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر من ظروف التعاقد، فإن المدين يلتزم بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط، حتى لا يغبن البائع أو المشتري. (م ١٣٣ مدنى).

غير أن تعيين المحل له صور خاصة فى عقد البيع، أهمها البيع بالعينة وهى الحالة التى يكتفى فيها المتعاقدان بتعيين عينة الشئ المبيع على أن يكون المبيع على أساسها. وهناك أيضاً البيع بشرط التجزئة وهو بيع معلق على شرط واقف أو فاسخ هو قبول أو عدم قبول المبيع بعد تجربته. وهناك البيع بشرط المذاق. وهناك كذلك البيع بالتقدير والبيع الجراف. وندرس كل هذه المسائل فيما يلى.

١٩- البيع بالعينة:

تنص المادة ٤٢٠ مدنى على أنه: «(١) إذا كان البيع «بالعينة» وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها. (٢) وإذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ، كان على المتعاقد بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الشئ مطابق للعينة أو غير مطابق». وهذا النص لم يكن له مقابل فى القانون المدنى القديم. ولكنه يستجيب إلى حكم القواعد العامة وإلى ما جرى عليه

والعمل يجرى كثيراً على أن يكون تعيين المحل عن طريق تقديم عينة له. فمن يبيع قماشاً يقدم للمشتري قطعة صغيرة منه، ومن يبيع قطعاً يقدم للمشتري كمية قليلة منه. ويمكن تصور ذلك أيضاً في بيع جميع السلع والبضائع التي تنتجها الأرض أو تنتجها المصانع. وعرض العينة على المشتري يغني عن تعيين المبيع في عقد البيع لأن العينة هي المبيع ذاته في صورة مصغرة. وللسبب ذاته فإن عرض العينة على المشتري يغني عن رؤية المشتري للمبيع بل هو قد رأى المبيع ذاته بمجرد أن رأى العينة وهي بعض منه. وقد أورد المشرع النص الخاص بالبيع بالعينة عقب النص الخاص بالعلم بالمبيع بين المسألتين من اتصال وثيق.

والواقع أن العينة هي طريق لتعيين المبيع على درجة كبيرة من الدقة والانضباط.

والعينة التي يعرضها البائع على المشتري أو العكس، تظل في يد أحد المتعاقدين وهو غالباً المشتري، حتى يمكن مطابقتها بعد ذلك على الشيء المبيع عند التسليم. فالمبيع ينبغي أن يكون مطابقاً للعينة. وللمشتري أن يرفض تسلم المبيع إذا لم يجده مطابقاً للعينة ولو كان أفضل منها نوعاً أو أكثر قيمة. فالوفاء يكون بالشيء الذي التزم به المدين أصلاً ولا يجبر العاقد على قبول شيء آخر غيره ولو كان أفضل منه (٢).

(١) قضت محكمة النقض في ظل القانون المدني القديم بأنه «يكفى لتحديد ما تقضى به المادة ٩٥ من القانون المدني من وجوب تعيين محل الالتزام بنوعه وتبين صفه بكيفية تمنع الأنباء أن يكون المبيع هو كذا (كذلك أو أرز) حسب العينة» (طعن رقم ٩٦ س ١٧ ق، جلسة ١٩٤٨/٢/٩، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٤٦، رقم ١٤).

(٢) قضت محكمة النقض بأن «البائع لا تبرأ ذمته إلا إذا قدم بضاعة تطابق العينة التي جرى التعاقد عليها فمن الخطأ القول بأنه إذا امتنع على البائع أن يحصل على بضاعة من =

أما إذا كان المبيع مطابقاً لعييه فلا يجوز للمشتري رفضه ولو وحده غير ملائم لحاجته وإذا ادعى المشتري أن المبيع غير مطابق للعينة، وكانت العينة موجودة لديه أو لدى البائع، فانه يقع على البائع عبء اثبات مطابقة المبيع للعينة. ويجوز في هذه الحالة الاستعانة بخبير على أن يظل القاضي هو الخبير الأعلى في كل ما يحتاج إلى خبرة فنية. أي أن رأى الخبير لا يكون ملزماً للقاضي (١).

والجزاء على عدم مطابقة المبيع للعينة هو أما التنفيذ العيني أو الفسخ أو انقاص الثمن وذلك طبقاً للقواعد العامة. فيجوز للمشتري أن يطلب التنفيذ

=العينة المتعاقد عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه، فان كان دون العينة جوده أو نقاوة التزم بفرق الثمن لمصلحة المشتري» (طعن رقم ٩٦ س ١٧ ق، جلسة ١٩٤٨/٢/٩، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، س ٢٤٦، رقم ١٦). وقضت محكمة النقض «تنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدني على أنه «إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها» ومؤدى ذلك أن يقع على عاتق البائع الإلتزام بتسلم شئ مطابق للعينة المتفق عليها، فإذا لم يف بهذا الإلتزام لم يكن له أن يطلب المشتري بأداء المقابل وهو الثمن» (طعن رقم ٢٢٢ س ٢٥ ق، جلسة ١٩٥٩/١٠/١٥، مجموعة المكتب الفني، س ١٠، ص ٥٦٧). وقضت محكمة النقض «تنص المادة ٣٤ من القرار الوزاري رقم ٨١ لسنة ١٩٤٢ الخاص بتنظيم التعامل بالجملة في سوق البصل بالاسكندرية على أنه «تحصل للزبيدة في كل رسالة بالمكان الذي توجد فيه على أساس العينات التي استخرج طبقاً لأحكام هذا القرار»، ولا يتأدى من ذلك إنصر أن المبيع وقد أصبح معلوماً للمشتري بمعاملته إياه فانه يتمتع عليه بعد ذلك إدعاء أن البيع كان يمساً «بالعينة» ذلك أنه وإن كان المشتري يعتبر عالماً بالمبيع علماً كافياً باطلاعه على العينة إلا أنه يتحتم مطابقة محتويات الرسالة أو الرسائل للعينات المستخرجة منها. فإذا تبين عدم مطابقتها لها كان المشتري في حل من الوفاء بالتزامه بالثمن» (طعن رقم ٢٢٢ س ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٠/١٥، مجموعة المكتب الفني، س ١٠، ص ٥٦٧).

(١) قضت محكمة النقض بأنه «إذا كانت محكمة الموضوع قد قامت بفحص العينة وأجريت مقارنة بينها وبين البضاعة المبيعة فأسفر بحثها عن مطابقة البضاعة العينة في خصائصها التي رأت أن المتماثلين قصدها، فليس في استظهارها في هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة ما ينفي المطابقة طالما أنها قد انتهت بها لها من سلطة التقدير في هذا الصدد إلى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروق لا يؤه لها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة» (طعن رقم ١٦٩ س ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١١/١٢، مجموعة المكتب الفني، س ١٠، ص ٦٥٩).

العيني، أى تسلم شئ مطابق للعينة «ويجوز له أن يحصل على هذا الشئ بنفسه من الأسواق بعد استئذان القضاء أو قبل استئذانه فى حالة الاستعجال» (م ٢٠٥ مدنى).

ويجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع لاخلال المشتري بالتزامه، على أن طلب الفسخ يخضع للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع بحسب درجة المخالفة أو أهميتها (م ٢/١٥٧) ويجوز بجانب طلب الفسخ أن يطلب المشتري الحكم له بالتعويض عن الضرر الذى أصابه نتيجة لعدم تنفيذ البائع لالتزامه عيناً.

ويجوز للمشتري بدلاً من طلب التنفيذ العيني أو الفسخ أن يطالب بانقاص الثمن إذا كانت قيمة الشئ الذى قدمه البائع أقل من قيمة العينة

ويشير البيع بالعينة أحياناً مسألة اثبات العينة ويكون ذلك فى فرض من فرضين، الأول تكون فيه العينة موجودة لدى أحد المتعاقدين سواء كان هو البائع أو المشتري، ولكن المتعاقد الآخر يجادل فى أن العينة المدعى بها هى ذاتها العينة المتفق عليها. ولحل هذه المشكلة فإن بعض التشريعات كالقانون السويسرى (م ٢٢٢) تقرر أن من يؤتمن على العينة مصدق بقوله سواء أكان هو البائع أو المشتري وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس. ويتفق هذا الحكم مع القواعد العامة. ولذلك فإن المشرع المصرى لم يضع نصاً خاصاً لهذه المسألة بالقواعد العامة ومؤداها أن من تكون لديه العينة يكون هو المدعى عليه فى اتكار هذه العينة. ويكون الطرف الآخر هو المدعى الذى يتعين عليه أن يثبت أن العينة التى ينكرها ليست هى العينة الحقيقية المتفق عليها. ويجوز اثبات ذلك بكل الطرق بما فى ذلك البينة والقرائن (١).

(١) مشكلة الالبات لا تقتصر فقط على اثبات مطابقة المبيع للعينة، بل قد تسبق ذلك لتحديد ما إذا كان البيع أصلاً هو بيع بالعينة أم لا. وقد قضت محكمة النقض بأن «التعاقد بالعينة لا يؤثر فى صحة انعقاده عدم نفع الملتزم على العينة وإن جاز أن يكون ذلك مثار =

وفى الفرض الثانى فان العينة المرجودة لدى أحد المتعاقدين تضيع أو ت تلف سواء ب خطأ هذا المتعاقد أو بغير خطأ من جانبه. ففى هذه الحالة إذا ثار النزاع بصدد مطابقة المبيع للعينة فانه يقع على عاتق من كانت لديه العينة وتلفت أو ضاعت عبء اثبات هذه المطابقة وجرداً أو نفياً. فإذا كانت العينة لدى البائع ثم تلفت أو ضاعت وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق للعينة فيكون على البائع أن يثبت هذه المطابقة، وإذا كانت العينة لدى المشتري ثم ضاعت أو تلفت فيكون عليه أن يثبت عدم مطابقة المبيع للعينة إذا ادعى ذلك.

٢٠- البيع بالتقدير والبيع الجزاف:

البيع بالتقدير يكون فى الأشياء المثلية وهى التى تقوم مقام بعض فى الوفاء والتى تعرف بأن تقديرها يكون بالوزن أو بالعد أو بالكيل أو بالمقاس. فإذا باع شخص إلى آخر مائة قنطار من القطن أو ألف قالب من الطوب أو خمسين أردباً من القمح أو خمسمائة متر من القماش، فان هذا البيع يكون بيعاً بالتقدير. ويجب أن يتم التقدير عند البيع أو عند تسليم المبيع إلى

خلاف عند تفسير العقد، ولا رقابة لحكمة النقص على محكمة الموضوع فيما تقرره من أن العقد قد تم على عينة مبهنة وأن العقد قد علمتها (طعن رقم ٢٥ من ١٦ق، جلسة ١٩٤٧/٥/١٥ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٤٦، رقم ١٥). وقضت محكمة النقض بأن «نهم نية الماخذين إن كانت قد اتجهت إلى البيع بالمينة لم إلى البيع بحسب المواصفات الواردة فى العقد هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاؤه فيها على استخلاص سليم وإذن فمتى كان بين من الحكم للطعون فيه أن من ضمن الأسباب التى ألتم عليها ما قرره المحكمة من أن الشئ الذى كان يقصده الطاعن بذلك وكان النفع له على التعاقد هو صابون الصيل رقم ١ زنة القطعة ٥٠ جراماً، وإن البيع لم يكن بيعاً بالمينة بحقيقة معناه حتى يكونا للطعون عليه مسعولاً عن مطابقة الصابون الوارد للمينة فى كل شئ وأنه بحسب أنه ورد صابون يتفق مع المواصفات الأنف ذكرها ومع المواصفات التى يشترطها القانون فى مثل هذا الصابون فان هذا الذى قرره المحكمة هو استخلاص سليم» (طعن رقم ١٦٢ من ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/١٠/١٦، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٤٦، رقم ١٧).

المشتري. ويجب أن يتم ذلك بحضور البائع أو نائبه وحضور المشتري أو نائبه (١).

ولكن بيع المثليات لا يتم دائماً على هذا النحو. فهو يتم في بعض الأحيان جزافاً. كما لو باع تاجر كل ما يوجد في مخزنه من قطن أو قمح أو غير ذلك. فبيع الجزاف هو بيع لأشياء مثلية ولكنه لا يتم بتقدير هذه الأشياء ولكنه يتم جزافاً بحسب ما هو موجود منها في مكان معين بالذات.

ونظراً لأن التعيين ينصرف في البيع الجزاف إلى مكان معين بالذات يوجد فيه المبيع، فإن هذا البيع يعتبر كأنه بيع لشيء معين بالذات وليس بيعاً لشيء مثلي. ويترتب على ذلك أن الملكية تنتقل فيه من وقت البيع ولا يتأخر انتقالها إلى وقت الإفراز كما في بيع المثليات.

ويكون البيع جزافاً بهذا المعنى حتى ولو انصب على جزء شائع من الأشياء الموجودة في المكان المعين، ذالربع أو النصف أو غير ذلك، وحتى لو اقتضى تسليم المبيع أن تقدر الأشياء الموجودة في هذا المكان لمعرفة مقدار المبيع وهو الربع أو النصف بحسب الأحوال، لأن التقدير في هذه الحالة لازم للتسليم وليس للبيع ذاته (٢).

ويعتبر البيع جزافاً حتى ولو كان تقدير الثمن يحتاج إلى تقدير المبيع (٣). فإذا باع تاجر ما في مخزنه من قمح بسعر الارب ثلاثة جنيهاً،

(١) مالوري، أنسيكلويدى داللو، جـ ٥، ص ٦٥٠، فقرة ١٨٥٣، بلاتول وريير وهامل، جـ ١٠، فقرة ٣٠١، عبد الرزاق السنهوري، جـ ٤، فقرة ١١٨.

(٢) بلاتول وريير وهامل، جـ ١٠، فقرة ٢٩٩، عبد الرزاق السنهوري، جـ ٤، فقرة ١١٩.

(٣) مالوري، أنسيكلويدى داللو، جـ ٥، ص ٦٥٠، فقرة ١٨٥١، عبد الرزاق السنهوري، جـ ٤، فقرة ١١٩، ص ٢٢٨.

فانه لا يمكن تقدير الثمن الا بتقدير المبيع. ومع ذلك فإن هذا التقدير غير لازم لتحديد المبيع بل لتحديد الثمن، ولذلك فان البيع يعتبر جزافاً، لأن العبرة في هذا الوصف تكون بالمبيع وليس بالثمن. وقد ذهب رأى إلى القول بأن العقد في هذا الفرض لا يعتبر بيعاً جزافاً وانما هو بيع بالتقدير^(١)، لأن البيع لابد فيه من تحديد الثمن، وما دام الثمن غير محدد فانه لا يكون هناك بيع حتى يوصف بأنه جزاف أو غير ذلك من الأوصاف. ولكن يرد على هذا الرأي بأنه لا يشترط لانعقاد البيع أن يكون الثمن محدداً، بل يكفي أن يكون قابلاً للتحديد، وهو في هذا الفرض قابل للتحديد عن طريق تقدير المبيع. فيكون العقد هو عقد بيع، ونظراً لأن المبيع غير مطلوب تقديره فانه يكون بيعاً جزافاً^(٢). وقد حسم المشرع هذا الخلاف ونص في المادة ٤٢٩ على أن البيع في هذا الفرض يكون بيعاً جزافاً. ويقرر هذا النص أنه «إذا كان البيع جزافاً، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذي ينتقل به في الشيء المعين بالذات ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع».

والواقع أن اعتبار البيع جزافاً يتوقف على طريقة تحديد المبيع وليس على طريقة تحديد الثمن^(٣). فإذا حدد المبيع بطريقة جزافية كما في بيع

(١) بودرى وسينيا، ققرة ١٤٨.

Civ. 7 Janv. 1880 D. P. 80.1.129.

(٢) مالورى، انسيكلويدى دالوز، جـ ٥، ص ٦٥٠، ققرة ٨٤٩، ٨٥١، بلاتبول وريبير وهامل، جـ ١٠، ققرة ٢٩٩، عبد الرزاق السنهورى، جـ ٤، ققرة ١١٩.

(٣) قضت محكمة النقض بأنه «إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى أن الطاعن تماقد مع المظنون عليها (وزارة المالية) على أن يقوم باستغلال النظرون الجاف بمستقعات منطقتين رسا مزادهما عليه مقابل ثمن معين؛ وعلى أن يدفع للمظنون عليها علاوة على هذا الثمن ثمانية بواقع كذا جنبها عن كل طن يستخرج زيادة على ١٥٠٠ طن من المنطقة الأولى وكلف من المنطقة الثانية، كما استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية أن المظنون عليها لم تتفق مع الطاعن على حد أدنى لكمية النظرون التي يقوم باستخراجها =

الأشياء الموجودة في مخزن معين فإن البيع يعتبر جزافاً، سواء كان تحديد الثمن هو أيضاً جزافاً كآلف جنيه مثلاً، أو كان تحديده يتوقف على تقدير المبيع كخمسة جنيهات للاردب مثلاً. وعلى العكس فإن تحديد المبيع بالتقدير كثلاثين أردباً من القمح مثلاً يجعل البيع بالتقدير، ولو كان الثمن قد حدد جزافاً جملة واحدة أو حدد بالتقدير على أساس سعر معين لكل لردب.

وأهم آثار التفرقة بين البيع بالتقدير والبيع الجزاف تظهر بالنسبة لانتقال الملكية وتحمل تبعه الهلاك. فالبيع بالتقدير لا يؤدي إلى انتقال الملكية بمجرد العقد، بل لابد من افراز المبيع عن طريق تقديره بالعد أو بالكيل أو بالوزن أو بالمقاس. وغالباً ما يتم الافراز وقت التسليم فيختلط كل منها بالآخر. ومع ذلك فإن الملكية تنتقل بالافراز ولا يشترط التسليم لانتقالها. فإذا تم الافراز وتأخر التسليم انتقلت الملكية إلى المشتري. أما البيع الجزاف فهو كبيع الشيء المعين بالذات ينتقل الملكية بمجرد العقد^(١).

وتظهر آثار التفرقة أيضاً بالنسبة لتبعة الهلاك، وهي في القانون الفرنسى

=مقابل الثمن الذى رسا به المزاد عليه وأن مقدارى الألف والخمسمائة طن والألف طن لم يردا في أوراق التعاقد إلا لتحديد الأتاة التى اشترط على الطاعن دفعها، فهذا العقد موضوعه محصول طبيعى غير متجدد وليس ثمرة أو رهناً للمستقعات المذكورة لكونه جزءاً منها لا بد من نفاذه يوماً ما، وحقيقته - مهما كان قد ورد فيه من ألفاظ «المؤجرة» و«الإيجار» و«المستأجر» - أنه عقد بيع للنظرون لا عقد إيجار للمستقعات، والمبيع بموجبه هو عين معينة هي كل النظرون الموجود بالمستقعات بلا حاجة إلى وزن وثمانه قد حدد دون توقف على وزنه فيما عدا مبلغ الأتاة، وينبنى على ذلك اعتباره - وفقاً للمادة ٢٤٠ من القانون المدنى القديم - بيعاً جزافاً، فهو يقع لازماً مهما كان مقدار المبيع أقل مما أمله المشتري» (طمن رقم ١٧ س١٩ق، جلسة ١٩٥١/١٢/٦، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، ص٣٦٦، قرة ١٢٨).

(١) مالورى، نسيكلويدى داللز، ج٥، ص٦٤٩، فقرة ٨٤٣، عبد الرزاق السنهورى، ج٤، قرة ١٢٠، ص٢٣٠.

أظهر منها في القانون المصري فتبعة الهلاك في القانون الفرنسي مرتبطة بانتقال الملكية، بينما هي مرتبطة في القانون المصري بالتسليم أو بالاعذار بالتسليم. فإذا كان البيع جزافاً - في القانون الفرنسي - وهلك المبيع بعد البيع مباشرة فإنه يهلك على المشتري الذي أصبح مالكا بمجرد البيع^(١). أما إذا كان البيع بالتقدير كخمسين قنطاراً من القطن الموجود في مخزن معين ثم تحترق هذا المخزن بما فيه من قطن بعد البيع وقبل التسليم فإنه يهلك على البائع الذي لا زال مالكا وليس على المشتري الذي لم يصبح مالكا بمجرد العقد.

وفي القانون المصري وإن كانت تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية، غير أن آثار التفرقة بين البيع بالتقدير والبيع الجزاف تظهر أيضاً في حالة ما إذا كان البيع جزافاً ثم قام البائع باعذار المشتري بتسلم المبيع ولكن المبيع هلك قبل أن يتسلمه المشتري فإنه في هذه الحالة يهلك على المشتري وليس على البائع. بينما لو كان البيع بالتقدير وأعذر البائع المشتري بأن يتسلم المبيع، ثم هلك المبيع قبل ذلك فإنه يهلك على البائع وليس على المشتري الذي لم تنتقل إليه ملكية ولم يتم له إفراز أو تسليم^(٢).

٢١- البيع بشرط التجربة:

في البيع بشرط التجربة يكون المبيع معيناً تعييناً كافياً، ومع ذلك فإن البيع يكون معلقاً على شرط متصل بتجربة المبيع لمعرفة مدى ملاءمته لحاجة المشتري. وقد نصت المادة ١/٤٢١ مدني على أنه «في البيع بشرط

Req. 18 Mars, 1902, D.P. 1902.1.190; 7 Avr. 1908, D.P. (١)
1908.1.397; 27 Oct. 1909, D.P. 1911. 1.15; 17 Mars 1925.
D.P. 1927.1.29.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، فقرة ١٢١، ص ٢٣٢

التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة. فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإن انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً منه.

والبيع بشرط التجربة يقع عادة بالنسبة للأشياء التي لا يمكن التأكد من صلاحيتها للغرض المقصود منها قبل تجربتها. ويكون ذلك عادة في المنقولات كالسيارات والآلات الميكانيكية والآلات الموسيقية والأثاث والحيوانات بأنواعها وغير ذلك كثير^(١)، وقد يكون ذلك أيضاً في العقارات كمن يشتري منزلاً ويريد أن يجربه بالسكنى فيه لمعرفة مدى ملاءمته. وشرط التجربة قد يكون صريحاً أو ضمناً. وهو يكون صريحاً بأن ينص في العقد على أن البيع معلق على شرط التجربة. وقد يكون هذا الشرط ضمناً يستفاد من ظروف المعاملة كما في بيع سيارة مستعملة أو آلة موسيقية... الخ^(٢). وقد يستفاد الشرط ضمناً مما يجرى عليه العرف في المعاملات بين الناس. وفي جميع الأحوال فإن شرط التجربة لا يجعل البيع باتاً بل معلقاً على شرط هو نتيجة التجربة التي يقوم بها المشتري.

والتجربة يقوم بها المشتري أو من ينبيه في هذا الشأن. وهو قد يقوم به في محضر البائع أو فير محضره^(٣). والتجربة قد يقصد بها أما التأكد من

(١) والبيع بشرط التجربة يرد ضرورة على أشياء مفرزة؛ لأن تسليم الشيء المبيع للمشتري يسبق تحقق الشرط الذي يجعل البيع باتاً. راجع مالوري، اتسيكلويدي داللو، ج ٥، ص ٦٤٦، فقرة ٨٠٨.

(٢) وحكم بأنه تجرى العادة في بيع الطائرات على أنه بيع بشرط التجربة.

Pau, 27 Avr. 1949, D. 1949. 519.

(٣) الأصل أن وجود البائع غير لازم للقيام بالتجربة، ما لم يوجد عرف أو اتفاق على خلاف ذلك، راجع مالوري اتسيكلويدي داللو، ج ٥، ص ٦٤٧، فقرة ٨١٣.

ملاءمة المبيع للفرض منه، أو ملاءمته لحاجة المشتري الشخصية. والمرجع في ذلك هو ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين.

فإذا كان القصد من التجربة هو الاستيثاق من ملاءمة المبيع للفرض منه كالكشف عن حالة السيارة الميكانيكية أو الكشف عن سلامة الآلة الموسيقية، فإن المشتري لا يستبد في هذه الحالة بنتيجة التجربة، بل يكون حكمه خاضعاً لتقدير الخبراء وتحت رقابة القضاء.

أما إذا كان القصد من التجربة بحسب اتفاق المتعاقدين هو معرفة مدى ملاءمة المبيع لحاجة المشتري الشخصية كما لو تعلق الأمر بشراء دار لسكنى المشتري أو فرس لمباشرة هوايته الشخصية في الركوب، فإن المشتري يستبد في هذه الحالة بنتيجة التجربة ويكون له بغير رقابة عليه أن يقبل المبيع أو يرفضه (١).

ويبدو أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي قد اعتبرت أن هذا الفرض الثاني هو الفرض الغالب. فهي تقول «ولم يقتصر المشرع على ادخال هذا التعديل بل بين كيف تتم التجربة. فقرر الزام البائع بتمكين المشتري من تجربة المبيع، وللمشتري حرية القبول أو الرفض، فهو وحده الذى يتحكم فى نتيجة التجربة. وقد جرى المشروع فى ذلك التقنين الألمانى (م ٤٩٥) والتقنين النمساوى (م ١٠٨٠ معدلة) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ٢٢٣) والتقنين البولونى (م ٣٣٩) فان المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التى يتطلب فيها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية، فهو وحده الذى يستطيع أن يقرر ذلك (٢).

Paris, 27 Mai 1877, D.P. 78.2.211; Le Havre, 18 Oct. (١)
1924, Rec. Gaz Pal. 1924.2.555.

بودرى وسينيا، فقرة ١١٦٥ بلاثبول وريبر وهامل، فقرة ٢١٢ مالورى، انسيكلويدى
دالوز، جـ ٥، ص ٦٤٧، فقرة ٨٢٠.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤، ص ٢٦.

وقول المذكرة الإيضاحية وإن كان يصدق على الغالب من الأحوال، إلا أنه لا يصدق على الحالات التي تتجه فيها إرادة المتعاقدين إلى جعل التجربة بقصد التأكد من ملاءمة المبيع للغاية من الاستعمال المقصود به. ففى مثل هذه الحالات يكون القول الفصل فى نتيجة التجربة هو رأى الخبراء تحت رقابة القضاء^(١).

ولكن إذا لم تكن إرادة المتعاقدين واضحة فى الأخذ بأى من الفرضين، فإنه يغلب الفرض الثانى تغليباً لما جرى عليه للعمل بين الناس وما ذكرته المذكرة الإيضاحية وما توحى به صياغة نص المادة ٤٢١ السابق ذكرها^(٢).

والمفروض أن تتم التجربة فى الوقت المتفق عليه بين المتعاقدين، فإذا لم يكن هناك اتفاق على وقت معين للقيام بالتجربة، فإن البائع يستطيع تحت رقابة القضاء وبعد تمكين المشتري من التجربة أن يحدد له الوقت الكافى للقيام بها^(٣). فإذا تمت التجربة وذل المشتري المبيع فإن البيع يعتبر باتاً من هذا الوقت. أما إذا رفض المشتري المبيع وكانت نتيجة التجربة مرهونة بإرادته فإن البيع يعتبر كأن لم يكن.

وإذا مر الوقت الكافى للقيام بالتجربة ولكن المشتري سكت عن ابداء رأيه بالقبول أو بالرفض، فإن سكوته يعتبر قبولاً. ويقال تفسيراً لذلك أن البيع

(١) عبد الرزاق السنهورى الوسيط، ج ٤، ص ١٣٢.

(٢) وما يرجح الفرض الثانى كذلك أن الفرض الأول يكون فيه البيع أقرب إلى بيع المذاق منه إلى البيع بشرط التجربة كما لاحظ الأستاذ مالورى، راجع أنسيكلويدى دالوز، ج ٥، ص ٦٤٧، رقم ٨٢٠.

(٣) وفى هذا الفرض فإن القضاء يملك سلطة تقديرية فى تحديد الوقت الكافى للتجربة. وقد حكم فى فرنسا أن الوقت الكافى للتجربة فى شراء الخيول هو ثمانية أيام. Civ. 10. 126. 1929. D. P. 1928. Janv. راجع أيضاً بودرى وسينيا، فقرة ١٦٩ بلاتيرل روبرت وهامل، فقرة ٢١٢.

معلق على شرط التجربة، وسكوت المشتري عن القيام بها أو عن ابداء رأيه فيها يجعل هذا الشرط مستحيلاً، فإذا كان هذا الشرط واقعاً فإنه يكون قد تخفى ويستقر البيع. وإذا كان الشرط فاسخاً فإنه يكون قد تخلف ويتأكد البيع أيضاً^(١)

والواقع أن شرط التجربة أما أن يكون شرطاً واقعاً أو شرطاً فاسخاً بحسب ما تنجبه إليه إرادة المتعاقدين، وأن كان الأصل أن يعتبر شرطاً واقعاً وهو ما نصت عليه المادة ٢/٤٢١ بقولها «ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ»^(٢). وطبقاً لهذا النص فإن الأصل أن يعتبر شرط التجربة شرطاً واقعاً، ما لم يتبين بوضوح أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى جعله شرطاً فاسخاً. والشرط في التجربة هو قبول المشتري للمبيع. فقبول المشتري للمبيع هو الأمر المستقبلي غير محقق الوقوع الذي علق نفاذ البيع على تحققه.

فإذا اعتبرنا أن شرط التجربة هو شرط واقف بحسب الأصل فإنه^(٣)

(١) عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، ص ١٣٤

(٢) ويقابل هذا النص المادة ١٥٨٨ من قانون ناهليون، ويلاحظ أنه في ظل القانون الفرنسي القديم كان البيع بشرط التجربة يعماً معلقاً على شرط فاسخ، ولم يتحول إلى بيع معلق على شرط واقف إلا بمقتضى قانون ناهليون وهو ما نقله عنه المشرع المصري

(٣) يذهب البعض إلى أنه من غير المقبول أن يكون بيع التجربة بأنه بيع معلق على شرط واقف. إذ مادام للمشتري حرية القول والرفض، فإن معنى ذلك أن يكون البيع معلقاً على محض إرادته «وقد كان الأولى اعتبار بيع التجربة، كبيع المذاق مجرد وعد ببيع» (اسماعيل عاتم، المرجع السابق، ص ١١٠)، وراجع في تأييد هذا الرأي، محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل، شرح أحكام عقد البيع، ١٩٦٨، ص ١٠٥ ورد الدكتور عبد الرزاق السنهوري على هذا الرأي بأن الشرط الإرادي المحض الذي يطل المقدم هو الذي يتوقف على إرادة المدين أما إذا كان الشرط الإرادي المحض متوقفاً على إرادة الدائن فإنه لا يطل المقدم والمشتري هو الدائن بانتقال الملكية فيجوز أن يكون شرط التجربة متوقفاً على إرادته راجع، ج ٤، ص ١٣٥ هامش ١

يترتب على ذلك أن البيع لا يكون نافذاً قبل تحقق الشرط. ويكون أثر الشرط قبل تحققه هو أن المشتري يكتسب ملكية معلقة على شرط واقف، كما أن البائع يظل مالكاً للشيء المبيع ولكن ملكيته تكون معلقة على شرط فاسخ.

فإذا تحقق الشرط فإن البيع يعتبر باتاً بأثر رجعى من وقت إبرامه وليس من وقت تحقق الشرط. ويترتب على ذلك أن البائع يعتبر كأن لم يكن مالكاً فى أى وقت بعد إبرام البيع وتزول كل التصرفات التى صدرت منه فى ذلك الوقت. ويترتب على ذلك أيضاً أن المشتري يعتبر مالكاً من وقت إبرام البيع وتنفذ كل التصرفات التى أبرمها بعد البيع وقبل تحقق الشرط.

أما إذا رفض المشتري المبيع فإن الشرط الواقف يتخلف ويؤول البيع بأثر رجعى. فيعتبر أن المشتري لم يكن مالكاً فى أى وقت من الأوقات. وتسقط بالتالى كل الحقوق التى رتبها على الشيء المبيع، وبالعكس فإن ملكية البائع تتأكد بزوال الشرط الفاسخ بالنسبة له وتتأكد بالتالى كل الحقوق التى رتبها على الشيء المبيع بعد إبرام البيع.

وإذا سكّت المشتري عن ابداء رأيه فى المدة المحددة، فإن سكوته يعتبر قبولاً وترتب آثار القبول السابق ذكرها.

وإذا هلك المبيع لسبب أجنبى وهو تحت التجربة وقبل ظهور نتيجتها فإنه يهلك على البائع، لأنه من غير المعقول أن يقبل المشتري المبيع بعد هلاكه، فيعتبر الهلاك بمثابة رفض لقبول المبيع ويكون الشرط الواقف قد تخلف، ويهلك المبيع على مالكة الوحيد وهو البائع. ولا يحتج على ذلك بأن تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم، وأن المشتري قد تسلم المبيع لتجربته فتكون

= وقد ذهب رأى آخر إلى أن حق المشتري فى التجربة لم يتقرر بمقتضى عقد البيع ذاته، ولكنه تقرر بمقتضى عقد آخر غير مسمى مرتبط بعقد البيع. راجع، سليمان مرقس، ص ١٦١، هامش ١.

عليه نعمة هلاكه، لأن هذه القاعدة لا تسرى إلا على البيع المنجز، وليس على البيع المعلق على شرط كما هو الشأن في البيع بشرط التجربة^(١).

أما إذا اعتبر شرط التجربة شرطاً فاسخاً على خلاف الأصل ويكون ذلك باتجاه إرادة المتعاقدين إلى جعله كذلك سواء كانت هذه الإرادة صريحة أو ضمنية فإنه يترتب على البيع في هذه الحالة أن المشتري يعتبر مالكاً للشيء ملكية معلقة على شرط فاسخ. وهذا الشرط هو عدم قبوله للمبيع وإبلاغ ذلك للبائع في الوقت المحدد. وعلى العكس فإن البائع يعتبر مالكاً ملكية معلقة على شرط واقف هو عدم قبول المشتري للبيع وإبلاغ ذلك للبائع. واعتبار ملكية المشتري معلقة على شرط فاسخ يعني أن البيع نافذ منذ إبرامه ولكنه مهدد بالزوال، فإذا تحقق الشرط الفاسخ زالت ملكية المشتري وزالت كل الحقوق التي ربها هو على الشيء المبيع قبل زوال ملكيته. ويؤدي تحقق الشرط الفاسخ بالنسبة إلى المشتري إلى تحقق الشرط الواقف بالنسبة للبائع فيعتبر أنه كان مالكاً منذ البيع وأنه لم يفقد هذه الملكية في أي وقت من الأوقات.

وإذا هلك الشيء المبيع لسبب أجنبي وهو تحت التجربة فإنه يهلك على المشتري، لأنه كان مالكاً لهذا الشيء وقت هلاكه، وحتى لو تحقق الشرط الفاسخ بعد ذلك فلا يكون لتحقيقه أثر رجعي في هذه الحالة بالذات طبقاً للمادة ٢/٢٧٠ مدني التي لا تجعل لتحقيق الشرط الفاسخ أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه.

٢٢- البيع بشرط المذاق:

تنص المادة ٤٢٢ مدني على أنه «إذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البيع إن شاء، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة

(١) عبد الرزاق السنهوري، ج٤، ص ١٣٥

التي يعينها الاتفاق أو العرف. ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الاعلان. وينطبق هذا النص على بيع المأكولات والمشروبات التي تختلف فيها الأذواق، والتي لا يكفي فيها لعلم المشتري بالمبيع أن يتحدد أوصافه أو أن يشاهده المشتري بعينه، بل لابد من تحقق العلم أن يتذوق المشتري المبيع حتى يرى مدى ملاءمته لذوقه الشخصي. ويصدق ذلك على بيع الزيوت بأنواعها والمشروبات الروحية والخل والزيتون وكل أنواع المأكولات الأخرى.

وبيع أشياء من هذا القبيل يكون بحسب الأصل بيعاً بشرط المذاق، ما لم يتبين من ظروف العقد أن البيع قد تم باتاً دون حاجة إلى تذوق المشتري للبيع^(١). ومن هذا القبيل أن يشتري تاجر تجزئة مأكولات من تاجر جملة ويطلب منه أن يرسلها إلى شخص ثالث باعها له تاجر التجزئة. ويكون تاجر التجزئة قد اشترط فقط نوع هذه المأكولات من حيث الجودة كأن تكون من صنف جيد أو متوسط أو غير ذلك. فمثل هذا العقد يكون باتاً وليس بيعاً بشرط المذاق. غاية الأمر أن البائع يلتزم بتسليم شيء في نفس درجة الجودة التي اشترطها المشتري^(٢). ويصدق نفس الحكم أيضاً إذا تم البيع بالعينة وكان المشتري قد تذوق العينة وقبل البيع على أساسها، فإن البيع ينعقد في هذه الحالة باتاً، ويلتزم البائع بتسليم شيء مطابق للعينة وهو ما يخضع عند الخلاف لرأى الخبراء تحت رقابة القضاء على النحر السابق دراسته في البيع بالعينة^(٣).

(١) القول بأن المشتري تنازل صراحة أو ضمناً عن شرط المذاق يعتبر فصلاً في مسألة واقعية يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، راجع، مالوري، أنسيكلويدي داللو، ج ٥، ص ٦٤٥، ققرة ٧٩١.

(٢) ولما حدث خلاف بين الطرفين حول درجة جودة الشيء الذي قام البائع بتسليمه فللقاضي أن يستعين بالخبراء في حسم هذا الخلاف. Req. 29. Mai. 1905. D.P. 1905. I. 426

(٣) راجع ما سبق، ققرة ١٩

أما إذا كان البيع بشرط المذاق فانه لا ينعتمد باتناً قبل مذاق الشيء بواسطة المشتري. بل هو لا ينعقد إطلاقاً قبل حدوث ذلك. وفي هذا يختلف البيع بشرط المذاق عن البيع بشرط التجربة. فقد سبق أن رأينا أن البيع بشرط التجربة هو بيع معلق على شرط واقف أو شرط فاسخ، أما البيع بشرط المذاق فهو ليس ببيع أصلاً، ولكنه وعد بالبيع فقط^(١). ويتضح ذلك من صياغة نص المادة ٤٢٢ بصدد البيع بشرط المذاق فقط جاء فيها أن «للمشتري أن يقبل البيع أن شاء». فالبيع لم يتم قبل المذاق. وإذا رضى المشتري بمذاق الشيء فهو يقبل البيع ذاته وليس الشيء محل البيع. وذلك على خلاف البيع بشرط التجربة الذي ينصرف فيه القبول إلى المبيع بعد تجربته وليس إلى البيع الذي انعقد فعلاً. وهذا ما يقوله المشرع في المادة ٤٢١ من أنه «في البيع بشرط التجربة للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه».

والذي يقوم بمذاق الشيء هو المشتري نفسه. ومن الجائز وإن كان ذلك نادراً أن يستعين بشخص آخر يأنس إلى رأيه^(٢). ويجب على البائع أن يمكن المشتري من مذاق الشيء. والهدف من مذاق الشيء هو أن يتأكد المشتري من أن الشيء مطابق لذوقه ومزاجه الشخصي. وفي هذا فارق آخر

(١) ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن بيع المذاق هو أيضاً بيع معلق على شرط واقف والشرط هو قبول المشتري، وهو شرط ارادي محض من جانب المشتري، وهذا جائز لأن المشتري هو الدائن بالالتزام بنقل الملكية، ومن الجائز أن يكون الالتزام معلقاً على شرط ارادي محض من جانب الدائن وليس من جانب المدين. راجع بيير، القانون التجاري، فقرة ٢٢٦٦. ولكن الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي يرفض هذا الرأي لأن نص المادة ١٥٨٢ مدينى فرنسى تقرر أنه لا يكون هناك بيع على الإطلاق قبل المذاق، لأن إرادة أحد المتعاقدين وهي عنصر جوهرى في العقد لا يجوز من الناحية الفنية أن تكون شرطاً يعلق عليه انعقاد هذا العقد. وكذلك فإن ذلك لا يجعل العقد بيعاً وإنما هو مجرد وعد بالبيع من جانب المشتري. راجع، بودرى وسينيا، فقرة ١١٢٥ بلانبول وريير وهامل، فقرة ١٣٠٣ بودرى ورو، جـ ٥، رقم ٣٤٩، هامش ١٤.

(٢) مالورى، أنسيكلويدى داللو، جـ ٥ ص ٦٤٦، فقرة ٨٠١.

بين البيع بشرط المذاق والبيع بشرط التجربة الذى يكون الهدف فيه من التجربة أما التأكد من صلاحية الشيء من الناحية الموضوعية للغرض الذى أعد له، أو صلاحيته لإرضاء ذوق المشتري. ويترتب على هذا الفارق أن المشتري هو الذى يستبد وحده وفى جميع الأحوال بالحكم على الشيء بعد مذاقه (١).

ويترتب على كون بيع المذاق مجرد وعد بالبيع، وأن البيع التام لا يتحقق الا بعد قبول المشتري وهو الموعود له بالبيع، أن المشتري لا يعتبر مالكا للشيء الا من وقت القبول وليس من وقت البيع (٢). ويترتب على ذلك أنه إذا هلك الشيء قبل مذاقه فهو يهلك على البائع (٣). وإذا أفلس البائع قبل قبول المشتري للبيع فإن المشتري لا يستأثر بالشيء دون جماعة الدائنين على خلاف البيع بشرط التجربة الذى يؤدي إلى اعتبار المشتري مالكا للشيء منذ ابرام البيع وليس من وقت قبوله للمبيع ويؤدي بالنالى إلى استئثار المشتري بالشيء دون جماعة الدائنين. وكذلك فإنه إذا أوقع دائر للبائع حجزاً على الشيء قبل قبول البيع - فى بيع المذاق - فإن هذا الحجز يسرى فى مواجهة المشتري. على خلاف الحكم فى البيع بشرط التجربة (٤).

ويلاحظ أن بيع المذاق لا ينعقد إلا إذا قام المشتري بمذاق الشيء وأعلن قبوله للبيع إلى البائع. أما إذا سكت عن اعلان قبوله فإن البيع لا ينعقد.

(١) بلاتبول وريير وهامل، جـ ١٠، فقرة ١٣٠٣ بودرى وسينيا، فقرة ١١٥٩ عبد الرزاق السنهورى، جـ ٤، فقرة ١٧٤ قارن ربيير، القانون التجارى، فقرة ٢٢٦٦.

(٢) مالورى، أنسيكلويدى داللو، جـ ٥، ص ٦٤٦، فقرة ١٨٠٤ عبد الرزاق السنهورى، جـ ٤، فقرة ٧٥.

(٣) بودرى وسينيا، فقرة ١٥٤، ١١٥٥ بلاتبول وريير وهامل، فقرة ١٣٠٣ أودرى ورو، جـ ٥، رقم ٣٤٩ هامش ١١٨ عبد الرزاق السنهورى، جـ ٤، فقرة ٧٦.

(٤) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، جـ ٤، فقرة ٧٦.

وهذا على خلاف البيع بشرط التجربة الذى يعتبر فيه سكوت المشتري عن ابداء رأيه قبولاً أو رفضاً فى المدة المحددة بمثابة قبول للمبيع.

ويتضح من كل ما سبق أن هناك اختلافات واضحة بين بيع المذاق وبيع التجربة. فالأمر هو مجرد وعد بالمبيع وليس ببيع تام^(١). والمذاق يتم قبل تسليم الشئ إلى المشتري، والقصد من المذاق هو التأكد من مطابقة المبيع لذوق المشتري، أما القصد من التجربة فقد يكون هو التأكد من توافر شروط موضوعية فى المبيع. وسكوت المشتري فى بيع التجربة يعتبر بمثابة قبول للمبيع، وهو لا يعتبر كذلك فى بيع المذاق. هذا بجانب الاختلافات الأخرى السابق ذكرها بصدد هلاك الشئ والحجز عليه وافلاس البائع.

٢٣ - مشروعية المحل وامكان التعامل فيه :

يجوز أن يرد البيع على أى شئ بشرط ألا يتعارض ذلك مع طبيعته أو مع الغاية منه، أو مع مقتضيات النظام العام. فهناك أكثر من سبب يجعل العقد باطلاً لعدم امكان التعامل فى المحل. وقد نصت على هذا الحكم المادة ٨١ مدنى وهى تقرر أن «(١) كل شئ غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية. (٢) والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية». وتنص المادة ١٣٥ مدنى على أنه «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً». ويتضح من هذين النصين أن كل شئ يصلح أن يكون محلاً لعقد بيع باستثناء عدة حالات هى :

(١) ينتقد جانب من الفقه المصرى التعرّف التى وضعها المشرع بين بيع المذاق وبيع التجربة، ويرى أنه كان الأولى اعتبار بيع التجربة كبيع المذاق مجرد وعد بالمبيع. راجع، اسماعيل غانم، ص ١٠١، محمد لبيب شنب ومجدى صبحى خليل، ص ١٠٦ وقد سبق أن أشرنا إلى هذا الاتجاه عند دراستنا للبيع بشرط التجربة.

١- لا تصلح محلاً للبيع الأشياء التى تخرج عن دائرة التعامل بحسب طبيعتها المادية. وهى الأشياء التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها كالشمس والهواء وماء البحر، مع ملاحظة أنه إذا أمكن الحصول على جزء من هذه الأشياء وحيازته، فانه يصبح ملكاً لمن قام بذلك ويدخل بالتالى فى دائرة التعامل، كمن استحوذ على بعض الهواء المضغوط أو على بعض ماء البحر... الخ (١).

٢- لا تصلح محلاً للبيع الأشياء أو الحقوق المتعلقة بحسب الغاية منها بشخص معين بالذات، وذلك بحسب نصوص القانون أو ارادة أصحاب الشأن. ومن هذا القبيل حق الاستعمال وحق السكنى، فهو بحسب نص القانون لا يجوز بيعه للغير وهو ما تقرره المادة ٩٩٧ بقولها «لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى».

وقد يكون عدم جواز التصرف فى الشئ راجعاً إلى إرادة أصحاب الشأن كما لو اقترنت هبة أو اقترنت وصية بشرط مانع من التصرف، وهو شرط صحيح إذا كان قائماً على باعث مشروع وكان لمدة معقولة. وتنص المادة ٨٢٣ مدنى على أنه «(١) إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف فى مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة. (٢) ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير. (٣) والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير». وتنص المادة ٨٢٤ مدنى على أنه «إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة،

(١) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج١، فقرة ٢٠٧، ج٤، فقرة ١١٤٤ منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٧، ملحقات مرقس فقرة ٨٠.

فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً. ودراسة الشرط المانع من التصرف تدخل في دراسة الملكية باعتبار أن هذا الشرط من الشروط المقيدة لاحدى سلطات الملكية وهي سلطة التصرف. وإذا توافرت شروط المنع من التصرف بالنسبة لشيء من الأشياء فإن بيع هذا الشيء لا يكون جائزاً لاتصال هذا الشيء اتصالاً وثيقاً بشخص معين بحسب إرادة أصحاب الشأن(١).

٣- ولا يصلح محلاً للبيع الشيء الذي ينص القانون على تخصيصه لغرض معين، كالمنفعة العامة مثلاً، وعلى هذا النحو فإن الأملاك العامة لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم (م ٢/٨٧ مدني(٢)). فلا يجوز طبقاً لهذا الحكم بيع الملك العام. ويلاحظ أن الأملاك العامة لا تخرج عن دائرة التعامل بطبيعتها بل بنص القانون وبسبب الغرض الذي خصصت من أجله، فإذا زال تخصيص هذا المال للمنفعة العامة فإنه يتحول إلى مال مملوك للدولة ملكية خاصة ويصبح من الجائز

(١) راجع في الشرط المانع من التصرف، حسن كبر، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٦٥، ص ٢٨٣ وما بعدها، منصور مصطفى منصور، حق الملكية، ١٩٦٥، ص ٩٧، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٨، ص ٥٠١ وما بعدها.

(٢) إذا كان الأصل هو عدم جواز التصرف في الأموال العامة، إلا أنه لا ينبغي إطلاق هذا الحكم أو المبالغة في مضمونه، إذ المقصود به فقط هو تحريم أن يكون المال العام محلاً للتعامل بين الأفراد أو بين الدولة والأفراد بما يتعارض مع الغرض الذي خصص المال العام من أجله، ولكن هذا المبدأ لا يحول دون جواز انتقال ملكية المال العام من شخص اعتباري عام إلى شخص اعتباري عام آخر وهو ما يحدث كثيراً إما بقانون أو بقرار إداري. ويلاحظ أن المادة ٩ من القانون المدني القديم كانت تنص على أن للحكومة دون غيرها التصرف فيها (الأموال العامة)، بمقتضى قانون أو أمر. وهذا الحكم لم يتغير في ظل القانون المدني الجديد الذي لا زال من الجائز فيه انتقال الأموال العامة، بين الأشخاص العامة بمقتضى قانون أو قرار إداري طالما أنه سيظل محتفظاً بصفة المال العام. أما إذا كان من شأن التصرف النقل للملكية أن يفقد المال صفة المال العام. فلا بد أن يقتصر التصرف الناقل للملكية أو يسبق هذا التصرف، إنتهاء تخصيص هذا المال للمنفعة العامة. ولكن في جميع الأحوال لا يجوز التصرف في المال العام بوصفه هذا بمقتضى عقود فيما بين الأفراد أو فيما بينهم وبين الدولة. راجع في هذا الموضوع، كتابنا، القرار الإداري مصدر الحق، ١٩٧٢، ص ٧٤ وما بعدها.

التصرف فيه وذلك طبقاً لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ والقوانين المعدلة له (١).

٤- ولا تصلح محلاً للبيع الأشياء التي يعتبر التعامل فيها مخالفاً للنظام العام أو الآداب. ومخالفة التعامل في الشيء للنظام العام والآداب تتقرر أحياناً بمقتضى نص في القانون نظراً لأهمية المخالفة أو للحاجة إلى ضبط حدود المنع أو لتوضيح المقصود به. وأحياناً لا يعنى المشرع بوضع نص خاص ويكون الحكم في مدى مخالفة المحل للنظام العام أو عدم مخالفته لذلك إلى تقرير القاضى الذى يناط به تطبيق هذه الفكرة المرنة على ضوء الاتجاه السائد فى المجتمع بالنسبة لكل تصرف على حدة (٢). من الحالات التى ورد بشأنها نص خاص بتحريم الاتجار فى المخدرات، وتحريم التعامل فى تركة مستقبلية. وتحريم الربا الفاحش. ومن التطبيقات التى لم يرد بشأنها نص

(١) راجع فى شرح هذا القانون، كتابناه القانون الزراعى، ١٩٧٠، ص ٤٠٤ وما بعدها، ومن أحكام النقض فى بيع أملاك الدولة الخاصة، عدم تمام بيع الأملاك الخاصة بالدولة بين مصلحة الأملاك وطالب الشراء إلا بالتصديق عليه من وزارة المالية. وهذا التصديق هو القبول بالبيع، أما الإيجاب من راغب الشراء فيكون بتقديمه للشراء على أساس سعر معين، طعن رقم ١٢ ص ٣٢٢ ق، جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٧، رقم ٦٢، ص ٤٥٠، وقضت محكمة النقض بأن إلغاء قرار اعتماد البيع الصادر من مصلحة الأملاك بمقتضى حكم من محكمة القضاء الإدارى يجعل المقد كأن لم يكن، طعن رقم ٢١٣، ص ٣٢٢ ق، جلسة ١٩٥٦/١٢/٦، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٧، رقم ٢٥٧، ص ١٧٨١. وقضت محكمة النقض بأن بيع أملاك الحكومة الخاصة، الأصل فيه أن يكون بالمراد العلنى أو بواسطة مظاريف مختومة مع إياحة البيع بالممارسة فى حالات استثنائية، وحظر البيع للموظفين بالذات أو بالواسطة إلا فى الحالات الواردة بالمادة الثانية من لائحة بيع أملاك الحكومة، طعن رقم ٣٥ ص ٣٢٢ ق، جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٥، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٧، رقم ٢٢٠، ص ١٥٧٣ فى نفس المعنى، طعن رقم ٧٢، ص ١٧ ق، جلسة ١٩٤٨/١٢/٩، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٩، رقم ١٥٠.

(٢) راجع فى فكرة النظام العام والآداب، حسن كبير، المدخل إلى القانون، ١٩٦٩، ص ٤٣ وما بعدها، عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ١، ص ٣٩٨ وما بعدها، جان كاربونييه، القانون المدنى، ج ٢، ص ٣٨٦ وما بعدها، مارتى ورينو، القانون المدنى، ج ٢، ص ٦١ وما بعدها، وفى فكرة النظام العام الإقتصادى فى الإقتصاد الموجه، مجدى صبحى خليل، التوجيه الإقتصادى والمقود، رسالة من باريس، طبعة ١٩٦٧ ص ٢٩٦ وما بعدها.

خاص بتحريم التعامل في الحقوق اللصيقة بالشخصية فلا يجوز للناخب أن يبيع صوته الانتخابي ولا يجوز للشخص أن يبيع جزءاً من جسمه. ومن ذلك أيضاً عدم جواز النزول عن الوظيفة العامة للغير فلا يجوز للموظف أن يبيع وظيفته. ومن ذلك أيضاً عدم جواز تصرف الشخص في جنسيته أو اسمه أو بنوته أو أبوته. ولا يجوز أيضاً بيع بيت بقصد إدارته للدعارة أو بيع منقولات بقصد تأسيسه.

ومن صور البيع التي يثور البحث عن مشروعيتها أو عدم مشروعيتها ما يسمى ببيع العملاء، وهو أن يبيع صاحب المحل التجاري أو المكتب الهندسي أو أن يبيع الطبيب أو المحامي عملاءه للغير. والرأي الراجح أن بيع العملاء استقلالاً غير جائز لعدم المشروعية ولكنه يصبح جائزاً إذا بيع المحل التجاري أو المكتب الهندسي أو عيادة الطبيب أو مكتب المحامي. فينتقل العملاء إلى المشتري كعنصر من عناصر البيع وليس بصفة مستقلة^(١).

وبلاحظ أن تحريم بيع التركة المستقبلية يدرس بصفة أساسية في نظرية الالتزام^(٢). وسيتاح لنا أن ندرس في الباب الثالث من هذا الكتاب بصورة

(١) يعترف القضاء الفرنسي بأن العملاء لهم قيمة مالية، CIV. 29 AVR. 1954, I.C.P. 1954, 2, 8249.

ولكنه لا يجعل انتقالهم إلى المشتري ناشئاً من عقد البيع ذاته، ولكن من عقد مرتبط بعقد البيع يلتزم فيه البائع أن يقدم المشتري إلى عملائه ويعرفه بهم، راجع، مالدوري، أنسيكلويدى داللو، ج ٥، ص ٦١٤، فقرة ٣١٢ وما بعدها. وراجع في ترجيح فكرة انتقال العملاء عن طريق عقد البيع ذاته، بلاتول وريير وهامل، فقرة ٣٣٣ وما بعدها، بودري وسينيا، فقرة ١٠٣ وما بعدها، عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، فقرة ١٥٠.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، ج ١، فقرة ٢١٧. نلاحظ أن التحريم لا يقتصر على البيع فقط بل يشمل كل أنواع التعامل في تركة مستقلة، وراجع في أن المشرع الفرنسي عندما أراد تأكيد تطبيق مبدأ عدم جواز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة على عقد الرهن، وضع نصوماً غير موفقة أدت إلى الإخلال بهذا المبدأ على عكس ما قصده المشرع نفسه. بحثنا السابق الإشارة إليه في رهن المال المستقبل، المجلة الفصلية للقانون المدني، باريس، ١٩٧٠، ص ٤٦١.

خاصة من صور البيع المحرم لعدم مشروعية المحل وهو بيع الحقوق المتنازع فيها إلى عمال القضاء.

وبهذا نكون قد إنتهينا من دراسة شروط إنعقاد البيع المتعلقة بالمبيع وهو محل التزام البائع فى عقد البيع، وننتقل الآن إلى دراسة الشروط المتعلقة بالمحل الثانى وهو الثمن، وهو محل التزام المشتري فى هذا العقد.

المبحث الثانى

الثمن

الثمن هو محل التزام المشتري الأساسى. والشروط الواجب توافرها فى الثمن هى أن يكون نقدياً، وأن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير وأن يكون جدياً. وندرس هذه الشروط الثلاثة فيما يلى:

١- يجب أن يكون الثمن نقدياً

٢٤- الثمن النقدى هو الذى يميز بين البيع والمقايضة:

الفارق الأساسى بين البيع والمقايضة هو أن أحد البدلين فى البيع هو دائماً مبلغ نقدي، بينما كل من البدلين فى عقد المقايضة ليس مبلغاً نقدياً. وقد جاء فى تعريف المشرع لعقد البيع أنه «عقد يلتزم فيه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقاً مالياً آخر فى مقابل ثمن نقدي» (م٤١٨). وكان هناك نص آخر فى المشروع التمهيدى يقرر أنه «يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد» وقد حذف هذا النص لعدم الحاجة إليه مع وجود شرط الثمن النقدى فى تعريف المشرع للبيع^(١).

واصطلاح البيع بهذا المعنى أضيق نطاقاً منه فى الشريعة الإسلامية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، ص٣١.

حيث يصدق لفظ البيع على كل مبادلة بين قيمتين مائيتين. ويشمل أربع صور وهي أما مبادلة عين بدين وهذا هو البيع المطلق، أو مبادلة عين بعين وهذه هي المقايضة، أو مبادلة دين بعين وهذا هو السلم، أو مبادلة دين بدين وهذا هو الصرف (١).

واشترط الثمن النقدي في القانون الحديث لا يغنى عنه أى شئ آخر ولو كان البدل شيئاً مثلياً مما له سعر معروف في البورصة أو الأسواق كالحبوب والقطن والأسهم والسندات. بل أن سبائك الذهب لا تصلح ثمناً في عقد بيع، بل تعتبر سلعة تصلح فقط بدلاً في عقد مقايضة (٢).

ويلاحظ أن العقد يعتبر بيعاً إذا كان الثمن المشتري فيه ثمناً نقدياً ولو اتفق أن يتم دفعه باعطاء ما يقابله من سلعة معينة كحبوب أو قطن أو غير ذلك (٣). وعلى العكس فإن العقد يعتبر مقايضة إذا كان كل من البديلين فيه غير نقدي، ولو اتفق على أن يتم الوفاء بأحد البديلين بما يقابله من قيمة نقدية.

ولا يشترط أن يكون الثمن النقدي مبلغاً مجمداً يدفع مرة واحدة أو على أقساط محددة، وهو ما يعتبر رأس مال يدفعه المشتري للبائع مقابل الشئ أو الحق الذي انتقل إليه بالبيع، بل يجوز أن يكون الثمن النقدي في صورة إيراد مؤبد أو إيراد مرتب مدى الحياة. كمن يشتري منزلاً على أن

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني، أن تعريف عقد البيع «يعين أن الثمن لابد أن يكون من النقود، وهذا وصف جوهرى في الثمن، يحسن أن يذكر في التعريف، لأنه هو الذى يميز البيع والمقايضة، وهذا غير الشريعة الإسلامية، ففيها أن البيع مبادلة مال بمال، فيشمل غير البيع المقايضة والصرف، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ١١٥ راجع عبد الرزاق السنهورى، ج ٤، ص ٣٦٥، هامش ١.

(٢) أوبرى ورو، ج ٥، رقم ٣٤٩، فقرة ١٢٣ بلانول وريمر وهامل، ج ١٠، فقرة ١٣٥ بودرى وسينيا، فقرة ١٢٨.

(٣) مالورى، أنسيكلويدى داللو، ج ٥، ص ٦٢٢، فقرة ١٤٤٠ أوبرى ورو ج ٥، رقم ٣٤٩، هامش ٢٤.

يدفع له ثمناً خمسين جنيهاً في الشهر كإيراد مؤبد أو إيراد مدى الحياة^(١) والاتفاق على الإيراد المؤبد أو الإيراد المرتب ليس عقداً مستقلاً في هذه الحالة ولكنه عنصر الثمن في عقد البيع^(٢). ويلاحظ أن عقد البيع الذي يكون فيه الثمن إيراداً مرتباً أو مؤبداً، هو عقد شكلي بحسب نص المادة ٧٤٣ مدني التي تشتري أن يتم العقد كتابة. ولكن يشترط حتى يكون الإيراد المرتب ثمناً في عقد بيع أن يكون إيراداً نقدياً. فإذا كان الإيراد المرتب غير نقدي فلا يكون العقد عقد بيع. ومن هذا القبيل أن يكون الإيراد المرتب هو الالتزام باعالة الطرف الآخر عن طريق تقديم ما يحتاج إليه من غذاء وكساء ونفقات علاج وتعليم.. الخ. ويتمثل الإيراد المرتب في هذه الصورة في التزام بعمل ومن ثم لا يصلح أن يكون مقابلاً في عقد بيع^(٣). بل أن العقد لا يكون عقد مقايضة، لأن التزام كل من الطرفين في عقد المقايضة يجب أن يكون التزاماً بإعطاء شيء غير نقدي وليس التزاماً بعمل.

(١) بودري وسينيا، رقم ١٢٨، أوبري ورر، جـ ٥، رقم ٣٤٩، هامش ١٢٤ عبد الرزاق السهوري، جـ ٤، فقرة ٢٠٥.

(٢) ومن الجائز الاتفاق على تحويل الثمن المذكور في عقد البيع إلى إيراد مرتب مدى الحياة. وفي هذه الحالة فإن عقد الإيراد المرتب مدى الحياة يكون مستقلاً عن عقد البيع، راجع مالوري، اتسيكلويدي دالوز، جـ ٥، ص ٦٢٢، فقرة ٤٤٣.

أما إذا أريد العكس أي تحويل الإيراد المؤبد إلى رأس مال، فهنا تنطبق المادة ٥٤٨ مدني التي تنص على أنه (١) إذا رب الدخل مقابل مبلغ من النقود، تم الاستبدال برء المبلغ بتمامه، أو برء مبلغ أقل منه إذا اتفق على ذلك. (٢) وفي الحالات الأخرى يتم الاستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر القانوني مساوية للدخل والفقرة الأولى من هذا النص خاصة بالحالة التي يكون الثمن معيناً من قبل ثم يتم تحويله إلى إيراد مؤبد، أما الفقرة الثانية فهي خاصة بالفرض الذي يتقرر فيه الإيراد المؤبد ابتداءً باعتباره هو الثمن دون أن يسبقه تحديد للثمن في صورة رأس مال، راجع عبد الرزاق السهوري، جـ ٤، فقرة ٢٠٥ هامش ٢.

(٣) بودري وسينيا، فقرة ١٢٨، بلاتول وريبير وهامل، جـ ١٠، فقرة ١٣٥ ربيير وبولاجيه، جـ ٢، فقرة ١٣٢١٩ عبد الرزاق السهوري، جـ ٤، فقرة ٢٠٥.

ويكون العقد في هذه الصورة، عقد معاوضة غير مسمى يلتزم به أحد الطرفين بنقل ملكية شيء أو حق مالي مقابل التزام الطرف الآخر بأدائه^(١).

وإذا كان المقابل في أحد العقود يتكون من عنصرين أحدهما نقدي والآخر غير نقدي، فإن العبرة في تكييف العقد تكون بالعنصر الغالب. فإذا تمت مبادلة بين منزل من ناحية وعشرة آلاف جنيه مضاف إليها قطعة أرض مساحتها فدان واحد فإن العقد يكون بيعاً^(٢). أما إذا تمت المبادلة بين نفس المنزل وبين ثلاثين فداناً مضافاً إليها خمسمائة جنيه فإن العقد يكون مقايضة. ويكون مبلغ الخمسمائة جنيه هو المعدل في عقد المقايضة. أما إذا تقاربت قيمة العنصر النقدي والعنصر غير النقدي فإن العقد يكون مزدوجاً فيعتبر عقد بيع بالقدر المقابل للعنصر النقدي وعقد مقايضة بالقدر المقابل للعنصر غير النقدي. ويتحقق ذلك في المثال السابق ذكره إذا كانت مبادلة المنزل قد تمت مقابل خمس عشرة فداناً وخمسة آلاف جنيه^(٣).

٢- يجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير

٢٥- نص القانون: كيفية تقدير الثمن:

تنص المادة ٤٢٣ مدني على أنه (١) يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد. (٢) وإذا اتفق على أن

(١) CIV. 13. MAI 1952, D. 1952, 505, NOTE LALOU.

(٢) نقض مدني، جلسة ١٩٣٥/٥/٣٠، طعن رقم ٩٧، س٤ق، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج٢، س٩٨٦، فقرة ١٤. وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم عند دراستنا للفرقة بين عقد البيع وعقد المقايضة، راجع ما سبق، فقرة ٦.

(٣) وتحديد الأحكام الواجب تطبيقها من عقد البيع، وتلك الواجب تطبيقها من عقد المقايضة، على هذا العقد المختلط، يعتبر في نظر البعض مسألة واقع مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع باعتبار ذلك متصلاً بتفسير العقد، راجع مالوري، أنسيكلويدي دالوز، ج٥، س٦٢٣، فقرة ٤٤١، قارن مع ذلك، نقض فرنسي ٣١ أكتوبر ١٩٥٠، دالوز، ١٩٥٠، ٧٥٣، تعليق لنون.

الثلث هو سعر السوق وجب، عند الشك، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضى العرف بأن تكون أسعاره هي السارية. وتنص المادة ٤٢٤ على أنه «إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نوبا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما». وهذه النصوص لم يكن لها مقابل في التقنين القديم، ولكن كان يؤخذ بحكمها دون نص فهي تستجيب إلى أحكام القواعد العامة المتعلقة بمحل الالتزام^(١).

والثمن هو محل التزام المشتري وهو لذلك يجب أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير.

والذي يقوم بتقدير الثمن هما المتعاقدان أنفسهما. فالثمن عنصر جوهري من عناصر عقد البيع بحيث لا بد لانعقاد العقد من تطابق الإرادتين بخصوصه فإذا بحث المتعاقدان تحديد الثمن ولم يوصلا إلى اتفاق فإن البيع لا ينعقد وإذا أغفل المتعاقدان تحديد الثمن ولم يكن الثمن قابلاً للتقدير طلقاً لأي معيار من المعايير التي سذكرها فيما بعد، فإن البيع لا ينعقد. وإذا ترك تحديد الثمن لإرادة أحد المتعاقدين وحده، فإن البيع لا ينعقد، حتى لا يتعسف أحد المتعاقدين بالآخر فلو ترك تحديد الثمن لإرادة البائع لرفع في الثمن بما يبهظ المشتري، ولو ترك تحديد الثمن إلى إرادة المشتري لبخس

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، «هذان نصان لا نظير لهما في التقنين الحالي (السابق)، وهما وإن كان حكمهما تمكن استفادته من القواعد العامة، بما لبأن مسائل عملية يجدر أن تكون لها حلول تشريعية (أنظر التقنين الألماني م ٤٥٣ وتقنين الالتزامات السويسرى م ٢١٢ فقرة أولى والتقنين البولوى م ٢٩٦ والتقنين البرازيلى م ١١٢٤ الح ١)، (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٣٢).

في الثمن بما يؤدي إلى غبن البائع^(١) ولو اتفق على أن أحد المتعاقدين هو الذي يقوم بتحديد الثمن العادل للشيء فإن البيع لا ينعقد أيضاً، لأن الثمن العادل هو الذي كان ينبغي على المتعاقدين أن يقوموا بتقديره، فإذا تركا تحديد ذلك لأحدهما فلا يكون هنا اتفاق على تحديد الثمن^(٢).

غير أنه لا يشترط أن يكون الثمن مقدراً في عقد البيع، بل يكفي أن يكون قابلاً للتقدير على أساس موضوعي معين. وقد نص المشرع على أمرين يجوز أن يكون تقدير الثمن على أساسهما، وهما سعر السوق من ناحية، أو السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي يجرى عليه التعامل بين المتعاقدين من ناحية أخرى.

ويضاف إلى هذين الأساسين أن قابلية الثمن للتقدير يجوز أن تتم على أساس الثمن الذي اشترى به البائع أو بواسطة أجنبي يعينه المتعاقدان. وندرس هذه الأسس الأربعة فيما يلي.

٢٦ - قابلية الثمن للتقدير:

إذا لم يكن الثمن مقدراً في العقد بواسطة المتعاقدين فيجب على الأقل أن يكون قابلاً للتقدير طبقاً لمعيار من المعايير الأربعة السابق ذكرها.

(١) يجوز أن يكون أساس تقدير الثمن هو الثمن الذي اشترى به البائع. وتقدير الثمن على هذا الوجه معروف في الشريعة الإسلامية وهو ما يسمى بيع الأمانة. ومصدر هذه التسمية أن يكون المشتري قليل الخبرة في

(١) Civ. Com. 5. MAI 1959, D. 1959. J. 575.

عبد الرزاق السنهوري، ج٤، ص ٣٧٠، وكذلك إذا ترك تحديد الثمن لإرادة المتعاقدين معاً فإن البيع لا ينعقد لعدم قيام المتعاقدين بتحديد الثمن، راجع، مازو، ج٣، ص ١٧٣، قارن سليمان مرقس، ص ١٧١.

(٢) مازو، ج٣، ص ١٧٢٩، عبد الرزاق السنهوري، ج٤، ص ١٣٧٠، منصور مصطفى منصور، ص ٥٤.

المعاملات بصفة عامة أو في نوع معين من البيوع بصفة خاصة، فيشتري من البائع على أساس الثمن الذي اشترى به البائع نفسه، ويتعين على البائع أن يكون أميناً في المعلومات التي يدلي بها عن الثمن الذي اشترى به الشيء المبيع وملايسات هذا الشراء، وإلا فإن مجرد الكذب يصل إلى درجة التدليس الذي يطل العقد. ويبيع الأمانة يتم في صورة من أربع صور. فهو إما أن يتم بالثمن الذي اشترى به البائع مضافاً إليه قدر معلوماً من الربح فيسمى البيع مربحة، وإما أن يتم بثمن أقل من الثمن الذي اشترى به البائع ويحمل البائع الفرق بين الثمنين خسارة عليه فيسمى البيع وضیعة، وإما أن يتم بنفس الثمن الذي اشترى به البائع لا أكثر ولا أقل فيسمى البيع تولية إذا أخذ المشتري كل الشيء، ويسمى إشراكاً إذا أخذ جزءاً منه بما يقابله من الثمن^(١).

وقد أخذ التقنين المدني العراقي بأحكام الشريعة الإسلامية في بيع الأمانة في المادة ٥٣٠ منه. وتنص الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه «يجوز البيع مربحة أو تولية أو إشراكاً أو وضیعة». وتنص الفقرة الثالثة منها على أنه «ويلزم في هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوماً مخزراً عن الخيانة والتهمة».

ولا يوجد نص مقابل لهذا النص في القانون المصري. ولكن يمكن الأخذ بنفس الأحكام تطبيقاً للقواعد العامة ولأحكام الشريعة الإسلامية في نفس الوقت. ولذلك يمكن القول أنه إذا تم البيع أمانة فإن حكمه في القانون المصري هو ما يأتي: إذا صدق البائع في المعلومات التي أدلى بها للمشتري عن الثمن وملايساته فإن البيع ينعقد صحيحاً سواء كان بيع مربحة أو وضیعة أو إشراكاً أو تولية. أما إذا كذب البائع في بعض الملايسات

(١) راجع في هذا الموضوع بالتفصيل عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٢ ص ١٦٦ وما بعدها، ج٤، ص ٣٧١ وما بعدها.

الجوهرية المتعلقة بالثمن الذى اشترى به كما لو ادعى أنه اشترى الشيء بثمان معجل بينما هو اشتراه بثمان مؤجل، فإن هذا الكذب يصل إلى درجة التدليس التى تسمح للمشتري بأن يطلب ابطال البيع. أما إذا كذب البائع فى الثمن الذى اشترى به الشيء، فإنه يجوز للمشتري أن يثبت صحة الثمن بكل طرق الإثبات فإن الثمن الذى اشترى به المشتري يعاد تقديره على أساس الثمن الذى ثبت أنه هو الذى اشترى به البائع وذلك بحسب ما إذا كان البيع بالزيادة أو بالنقص أو بذات الثمن^(١).

(٢) ويعتبر من الأسس الصالحة لتقدير الثمن سعر السوق. فإذا اتفق المتعاقدان على أن الثمن يتحدد على أساس سعر السوق فإن العقد ينعقد صحيحاً، ويرجع إلى السوق لتحديد الثمن. والمفروض أن يحدد المتعاقد السوق الذى يتم تقدير الثمن على أساس سعره. فإذا لم يتفقا على ذلك فإنه يؤخذ بسعر السوق فى الزمان والمكان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري. فإذا اتفق على أن التسليم يكون فى شهر يناير فى مدينة القاهرة، فإنه يؤخذ بسعر السوق فى القاهرة فى هذا الشهر من السنة. ولكن قد يتفق المتعاقدان على أن يكون التسليم واجباً فى مكان لا يوجد به سوق كقرية صغيرة مثلاً. وفى هذه الحالة فإنه يرجع إلى العرف لتحديد أقرب سوق يتم فيه التعامل أو يتم على أساسه التعامل فى هذه القرية. وقد نصت على كل هذه الأحكام المادة ٤٢٣ مدنى السابق ذكرها^(٢).

(١) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ٤، ٣٧٥.

(٢) وقد يتفق المتعاقدان على أن الثمن يكون هو سعر السوق فى يوم انعقاد العقد فى مكان معين، أو يوم تسليم المبيع فى مكان معين. وتحديد يوم ومكان السوق على هذا النحو يجعل الثمن قابلاً للتحديد بشكل ثابت وهو ما ينعكس على طبيعة البيع ذاته فيسمى بيعاً بثمان حاسم *VENTE à PRIX FERME*، أما إذا اتفق على أن الثمن هو متوسط سعر السوق فى الشهر السابق أو اللاحق على عقد البيع، فإن الثمن يكون قابلاً للتحديد على أساس عناصر غير ثابتة، ولذلك فإن البيع يسمى بيعاً بثمان متقلب *VENTE à PRIX VARIABLE* ولكن عدم معرفة الاحتمالات التى يحدد على أساسها الثمن بطريقة دقيقة =

(٣) وقد لا يتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن بسعر السوق. ولكن يظهر من الظروف والملابسات التي صاحبت إبرام العقد أن اغفال تحديد الثمن قصد به الرجوع إلى السعر المتداول في التجارة، أو إلى السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتعاقدين. ففي هذه الحالة ينعقد البيع صحيحاً ويرجع إلى أى من هذين الأساسين لتقدير الثمن. فإذا كان المقصود هو السعر المتداول في التجارة فيرجع إلى هذا السعر، وهو السعر المتداول بين التجار ولو كان مختلفاً عن القيمة الحقيقية للمبيع، أو كان مختلفاً عن سعر السوق بالنسبة لجمهور المستهلكين. وإذا كان المقصود هو السعر الذي يجرى عليه التعامل بين المتبايعين فإنه يرجع إلى ما يوجد بينهما من معاملات سابقة لتحديد الثمن^(١) وتحديد هذا في التعامل بين

= وقت إبرام العقد لا يمنع أن الثمن قابل للتقرير على أساس موضوعي ومستقل عن إرادة كل من الطرفين. وقد حكم في فرنسا بصحة بيع مسكن قبل استكمال بنائه على أن يحدد الثمن عند استكمال البناء على أساس عناصر متغيرة يصعب تقديرها وقت إبرام العقد. TRIB. CIV. LYON 25 Juin 1958 راجع، كازو، ج ٣، ص ٧٣٠.

وتحديد الثمن على أساس سعر السوق يصح على البيع في بعض الحالات اسماً خاصاً هو البيع على الوجه، أو البيع بالكوترات. وقد قضت محكمة النقض بأنه «يعتبر البيع على الوجه أو بالكوترات صحيحاً لأنه لا يختلف عن البيع إلا في ترك تحديد السعر (الثمن) للسوق أو للبورصة على الأسس التي توضح في تلك العقود والتي تؤدي إلى تعيينه بلا نزاع» (طعن رقم ٢٢٠ ص ٢٣ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧، مجموعة المكتب الفني ص ٨، ص ٦٤٣).

(١) في الحالات التي يتم فيها البيع بين التجار على قاعدة «الفواتير المفتوحة» أي تسليم البضاعة مع التراخي في دفع الثمن، فإن عدم تحديد الثمن في العقد لا يؤدي إلى بطلانه، لأن طريقة التعامل المذكورة تشهد على أن الثمن يتحدد على أساس ما يجرى عليه التعامل بين المتعاقدين. وقد قضت محكمة النقض أنه «إذا كانت المحكمة قد تبينت من أقوال طرفي الخصومة وناقشتها بالجلسة ومن مختلف الفواتير والدفاتر المقدمة أن التعامل بين الطرفين جرى باطراد على قاعدة «الفواتير المفتوحة» أي تسليم البضاعة مع التراخي في دفع الثمن وأن الصفقة محل النزاع أدرجت ضمن ما تم بينهما من معاملات على أساس هذه الطريقة وأنه لم يحصل اتفاق خاص على استثناء هذه الصفقة من تلك القاعدة فلا مخالفة للقانون في ذلك إذ هي إنما أدرجت على الصفقة المذكورة حكم ما اتفق عليه الطرفان فلا عليها إذ هي أطرحت العرف التجاري أخذاً باتفاق المتعاقدين» (طعن رقم ٨٩ ص ١٦ق، جلسة ١٩٤٧/١٢/٤، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٩، رقم ١٤٧).

تجار الجملة وتجار التجزئة، أو بين التجار عموماً، أو حتى بين تاجر وأحد عملائه.

(٤) وقد يتفق المتعاقدان على أن تحديد الثمن يكون بواسطة أجنبي يتم تعيينه في العقد وفي هذه الحالة فإن العقد ينعقد لأن الثمن يكون قابلاً للتقدير. وهو ينعقد معلقاً على شرط واقف هو قيام الأجنبي بتقدير الثمن. فإذا قام الأجنبي بذلك فإنه الشرط يتحقق ويكون لتحقيقه أثر رجعي يمتد إلى وقت انعقاد البيع فإذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري من وقت البيع وليس من وقت تحديد الثمن. وإذا كان المبيع عقاراً فإن ملكيته تنتقل من وقت التسجيل قبل قيام الأجنبي بتحديد الثمن. أما إذا امتنع الأجنبي عن تحديد الثمن أو مات أو تعذر عليه ذلك بسبب عدم خبرته أو غير ذلك من الأسباب، فإن الشرط يكون قد تخلف ويعتبر البيع كأن لم يكن ولا يجوز الالتجاء إلى القضاء لتقدير الثمن^(١)، لأن القاضي لا يقوم بإبرام العقد نيابة عن المتعاقدين^(٢).

ويلاحظ أن الأجنبي الذي يعينه المتعاقدان لتحديد الثمن يكون وكيلاً عن الطرفين في القيام بهذا الأمر^(٣).

وإذا اتفق على أن الثمن يحدده أجنبي يعينه المتعاقدان فيما بعد، فإن البيع لا ينعقد لأن الثمن لا يكون قابلاً للتقدير. فإذا تم تعيين الأجنبي بعد ذلك، فإن البيع ينعقد معلقاً على شرط واقف من وقت تعيين الأجنبي على النحو السابق ذكره. وإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تعيين الأجنبي المتفق على

(١) وقد يقوم المتعاقدان في هذه الحالة بتحديد الثمن بأنفسهما، ولكنهما باتفاقهما هذا يبرمان عقداً جديداً. أما عقد البيع السابق فإنه يعتبر كأن لم يكن لتخلف عنصر جوهرى فيه هو الثمن.

(٢) ولا يجوز الالتجاء إلى القضاء ولو من قبل المتعاقدين معاً. مازو، جـ ٣، ص ٧٣١.

(٣) وفي هذا الفرض لا يجوز عزل الوكيل إلا باتفاق الطرفين معاً. على خلاف الأصل في عدم لزوم عقد الوكالة.

تعيينه، فإن البيع لا يمكن أن يتم، ولا يمكن للطرف الآخر إلا الرجوع بالتعويض على الطرف الذى امتنع عن تعيين الأجنبي. ولا يمكن الالتجاء إلى القضاء ليتولى تعيين الأجنبي بدلاً من المتعاقدين، أو لتعيين الثمن بدلاً من المفوض الذى لم يتم تعيينه (١).

ويلاحظ أن الثمن الذى يعينه المفوض يكون هو الثمن الملزم، ولا يشترط فيه أن يكون عادلاً.

وكانت المادة ١٨٥ من المشروع التمهيدي تنص على أحكام خاصة فى هذا الشأن، وهى أحكام تخالف القواعد السابق ذكرها. ويقرر هذا النص ما يلى: «(١) إذا كان قد ترك تعيين الثمن لأحد المتعاقدين أو لأجنبي عن العقد، فيجب أن يكون التعيين قائماً على أساس عادل. فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل فيكون تعيين الثمن بحكم القضاء. (٢) ومع ذلك إذا ترك التعيين لأجنبي عن العقد ولم يخض اختياره، فإن هذا العقد يصبح باطلاً إذا لم يستطع هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقم به فى وقت معقول أو قام به وكان تقريره غير عادل». وقد اقتبس حكم هذا النص من التقنين الإلماني، ولكنه حذف فى لجنة المراجعة فى المشروع النهائي (٢) ولا يمكن الأخذ بالأحكام الواردة فى النص المحذوف لأنها تخالف القواعد العامة فى وجوب أن يكون تقدير الثمن عادلاً، وفى جواز الالتجاء إلى القضاء لتقدير الثمن بدلاً من الأجنبي إذا أبطأ هذا الأجنبي فى القيام بذلك أو كان تقديره غير عادل. بل لا بد من الأخذ بالقواعد العامة السابق ذكرها (٣).

Civ. 25. AVR. 1952, D. 1925. J. 635; TRIB CIV (١)
Tonlouse, 12 juin 1956, GAZ PAL. 2. 252.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٧، ص ٢١٥ - ص ٢١٦.

(٣) مازو، جـ ٣، فقرة ١٨٦٨ بلانيول وروبير وهامل، جـ ١٠، هامش ١٣٩ بودرى وسينيا
فقرة ١١٦٩ لوبرى ورو، جـ ٥، رقم ٣٤٩، هامش ١٢٩ مالورى أنسيكلويدى دالوز، جـ ٥،
ص ٦٣٧، رقم ١٦٧١ عبد الرزاق السنهورى، جـ ٤، فقرة ٢١٢.

د. ويكر إذا لم يتفق المتعاقدان على تقدير الثمن، ولم يكر الثمن قابلاً للتقدير طبقاً لمعيار من المعايير السابق ذكرها، فإن البيع لا ينعقد لعدم تحديد الثمن وعدم إمكان تحديده. وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي. «أما إذا لم يتفق المتعاقدان، لا صراحة ولا ضمناً، على تحديد الثمن أو على جعله قابلاً للتحديد ببيان الأسس التي يحدد مقتضاها، فإن البيع يكون باطلاً لفقده ركناً من أركانه» (١).

أما إذا اتفق المتعاقدان على أن البيع دون ثمن، فإن العقد لا ينعقد باعتباره بيعاً ولكن من الجائز أن ينعقد باعتباره عقد هبة وتكون الهبة في هذه الحالة مكشوفة فلا تنعقد إلا بورقة رسمية.

وإذا ذكر الثمن في عقد البيع ولكن ذكر أن البائع وهب الثمن للمشتري، فإن العقد لا يكون عقد بيع بل عقد هبة مكشوفة لا ينعقد إلا بورقة رسمية.

أما إذا ذكر الثمن في العقد ثم اتفق على عقد آخر على أن المنسرى لا يدفع الثمن للبائع، فإن عقد البيع يكون عقد هبة غير مكشوفة ولا يشترط الرسمية لإبرامه.

ولا يكفي أن يكون الثمن مقداراً قابلاً للتقدير، بل يجب كذلك أن يكون جدياً.

٣- يجب أن يكون الثمن جدياً

٢٧- الثمن الصوري والثمن التافه والثمن البخس

بشترط لانعقاد البيع أن يكون الثمن جدياً بمعنى أن يكون البائع قاصداً الحصول عليه مقابل التزامه بنقل ملكية الشيء أو الحق المالي الآخر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٣٣.

إلى المشتري^(١). ويعتبر الثمن جدياً بهذا المعنى حتى ولو كان ثمناً بخساً لا يعادل القيمة الحقيقية للالتزام البائع. وعندما يكون الثمن بخساً فإن البيع يكون فيه غبن للبائع. والأصل أن الغبن وهو عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة لا يؤثر في صحة العقد إذا لم يقتصر بعنصر آخر نفسى وهو الاستغلال على النحو الذى يدرس في نظرية الالتزام. ومع ذلك فإن الغبن في البيع له حكم خاص في حالة معينة بالذات هي حالة بيع عقار القاصر، على ما سندرسه فيما بعد.

وإذا كان الثمن البخس لا يمنع أن يكون الثمن جدياً. فانه على خلاف ذلك لا يعتبر الثمن جدياً إذا كان ثمناً صورياً أو ثمناً تافهاً يصل إلى درجة الصورية.

والثمن الصورى هو ثمن لا وجود له، وإن كان يذكر في العقد حتى يتم التعامل في صورة عقد البيع وإن كان يخفى في الواقع عقداً آخر هو عقد هبة. وقد يتم بطريقة مكشوفة أو بطريقة غير مكشوفة.

وتعتبر هبة مكشوفة أن يذكر الثمن في العقد. ويذكر في نفس الوقت أن البائع هبة للمشتري أو أبرأه منه أو رده إليه. وفي هذه الحالة لا يعتبر

(١) والفصل في جدية الثمن هو فصل في مسألة واقعية تدخل في إختصاص قاضى الموضوع. وقد قضت محكمة النقض بأنه «إذا كانت المحكمة قد حصلت تحصيلاً سائفاً من ظروف الدعوى وبعد موازنة أدلة كل من الطرفين أنه ليس ثمة ما ينفى ما جاء بعقد البيع المتنازع عليه من حصول دفع الثمن؛ فانه ما يكون بهذا العقد من اشتراط عدم إنتفاع المشتري بالمعين المبيعة وعدم إمكانه التصرف فيها إلا بعد وفاء البائع - ذلك لا يجعل العقد وصية إذ الوصية تبرع مضاف إلى ما بعد الموت ولا تبرع هنا بل هذا العقد يكون بيعاً» (طعن رقم ٧١ س١٥ ق جلسة ١٨/٤/١٩٤٦، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، س٢٤٩، رقم ٣٥). وقضت محكمة النقض بأنه «متى إنتهى الحكم المطعون فيه إلى أن عقد البيع محل النزاع تصرف منجز وأنه لو صح أن ثمناً لم يدفع فإن العقد لا يمدو أن يكون هبة منجزة فإن ذلك صحيح فى القانون» (طعن رقم ٣٩٣ س٢٦ ق، جلسة ٢٥/١/١٩٦٢، مجموعة المكتب الفنى، س١٣، قاعدة ١٩، س١٢٧).

العقد سماً، بل هبة لا تتم إلا بورقة رسمية^(١)

ولكن نعتبر الهبة غير مكشوفة إذا ذكر ثمن جدى فى العقد، ولم يذكر أى شئ آخر يفيد أن البائع قد تنازل عنه للمشتري ولكن ينص على ذلك فى اتفاق آخر بين المتعاقدين. ففى هذا الفرض يوجد عقدان: عقد بيع صورى، وعقد هبة حقيقى. وتكون الهبة غير مكشوفة فلا يشترط لإبرامها أى شكل رسمى^(٢). وتسرى فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير أحكام الصورية التى تدرس فى النظرية العامة للإلتزام^(٣)

وإذا اتفق على ثمن جدى فى عقد البيع، ثم تنازل عنه البائع للمشتري بعد ذلك بطريق الإبراء أو بطريقة الهبة، فإن العقد يكون عقد بيع حقيقى طالما أن إرادة البائع كانت تتجه أولاً إلى الحصول على الثمن^(٤)

(١) نقض مدنى ١٩٤٦/٥/٢٢، طعن رقم ٨٨ سر ١٥ق، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٠. رقم ٤١، نفس ١٩٧٨/٣/٢٩. سر ٢٩، ص ٨٩١.

(٢) نقض مدنى ١٩٣٩/٤/١٣، طعن رقم ٥١ سر ٨ق، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٠. رقم ١٣٦ نفس مدنى ١٩٣٢/٦/٢، طعن رقم ٧ سر ٢ق مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٠. رقم ١٣٧ نفس مدنى ١٩٤٨/٣/١١. طعن رقم ١٢ سر ١٧ق مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض ج ١، ص ٣٥٠. رقم ٣٨ وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان التصرف سبباً فإنه لا يتعارض مع تنجيذه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - عدم استطاعة المتصرف إليه دفع الثمن المبين بالعقد. لأن التصرف الناجز يعتبر صحيحاً سواء أكان العقد فى حقيقته يماً أو هبة مستترة فى عقد البيع (نقض مدنى، جلسة ١٩٧٠/٣/٣١، طعن رقم ٣٨ سر ٣٦ق، مجموعة المكتب الفنى، سر ١٢١ رقم ٨٥، ص ٥٣١) فى نفس المعنى، نفس ١٩٦٨/٢/١٣ مجموعة المكتب الفنى، سر ١٩، ص ٢٧١. نفس ١٩٧٩/٣/٢٩، سر ٣٠. ص ٩٨٤.

(٣) والمقد النافذ فيما بين المتعاقدين هو عقد الهبة، ويجوز للواهب الرجوع فى الهبة للأسباب المبينة فى القانون (م ٥٠٠، م ٥٠١ مدنى)، وذلك دون المساس بحق الغير فى التمسك بالمقد الظاهر وهو عقد البيع. ويعتبر من الغير فى هذا الفرض المتصرف إليه من المشتري الظاهر، راجع فى الطعن بصورية عقد البيع، نفس ١٩٧٤/١/٢٢. سر ٢٥. ص ٢١٦، نفس ١٩٧٤/٤/٢٩، سر ٢٥، ص ٧٢٢.

(٤) العبرة فى تكليف العقد بإرادة المتعاقدين وقت إبرامه بومرى وسيما، فقرة ١٢٩، مالىرى، أنسيكلويدى دالور، ج ٥. ص ٦٢٣، رقم ٤٤٩.

إبراء أو الهبة تصرفاً مستقلاً مؤد إلى انقضاء التزام المشتري بدفع
بعد أن نشأ هذا الإلتزام صحيحاً عن عقد البيع.

أخذ حكم الثمن الصوري، الثمن التافه وهو الذي لا تتعادل قيمته
مع قيمة الشيء المبيع، ويكون واضحاً من الظروف أن البائع لم يقصد
التزامه بنقل ملكية المبيع أن يحصل على هذا الثمن. ومن هذا القبيل
بيع سيارة قيمتها ألفى جنيه بثمن قدره عشرون جنيهاً أو غير ذلك من
أمثله. ويعتبر العقد في مثل هذه الحالة هبة مكشوفة لا تتم إلا بورقة
رسمية (١).

ويعتبر من قبيل الثمن التافه الذي يأخذ حكم الثمن الصوري. الإيراد
الذي يقل عن قيمة الربيع الذي يعطيه الشيء الذي انتقلت ملكيته
إلى المتصرف إليه. ومن هذا القبيل أن يكون ربيع المنزل المباع ثمانون جنيهاً
في الشهر، بينما الإيراد المرتب الذي التزم به المشتري هو ثلاثون جنيهاً
فقط فيظهر من ذلك بوضوح أن المتصرف إليه قد اكتسب ملكية الشيء
دون أن يدفع من ماله أى مقابل على الإطلاق لأن الإيراد المرتب يمثل
الجزء من الربيع الذي سيحصل عليه من المنزل الذي انتقلت ملكيته إليه،
ثم يحصل هو لنفسه على الجزء الآخر دون مقابل. وهذا العقد هو في
الواقع عقد هبة مكشوفة لا يتم إلا بورقة رسمية (٢). ولكن إذا كان الإيراد

(١) بلاتبول وريسير وهامل، جـ ١٠، فقرة ١٤١ أوبري ورو، جـ ٥، رقم ٢٤٩، هامش
١٢٦ كولان وكايتان، جـ ٢، فقرة ١٨٧١ مازو، جـ ٣، فقرة ٨٧٤، عبد الرزاق السنهوري،
جـ ٤، فقرة ٢١٦ عبد المنعم البدر، جـ ١٧٢ منصور مصطفى منصور، فقرة ٢٨.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه وعلى فرض أن هذا الإبراء هو دون ربيع المنزل، وأن ذلك
يجعل الثمن معدوماً فيعتبر العقد باطلاً كبيع فإن الحكم قد أقام قضاء على أساس أن العقد
يعتبر في هذه الحالة هبة صحيحة شكلاً لأفراغها في قالب رسمي وما قرره الحكم في هذا
الخصوص صحيحاً قانوناً ذلك أن مورث الطاعن قد أقام دعواه على أساس أن العقد في حقيقته
وصية أى تبرع مضاف إلى ما بعد الموت وقد أثبت الحكم بالأدلة الساتفة التي أوردها أن
المتصرف صدر ناجزاً فيكون هبة صحيحة في عقد رسمي ومن ثم فإن الطعن عليه بالقصور =

المربح مساوياً لربح المنزل وكاتب هذه أسباب تجعل الحصول على هذا الربح أمراً فيه صعوبة أو فيه خطر لاحتتمال تهدم المنزل بسبب حرب أو ثورة أو غير ذلك، فإن العقد لا يكون عقد هبة، بل عقد بيع وأن كان الثمن فيه بخساً (١).

٢٨- الثمن البخس ودعوى الغبن الفاحش:

الثمن البخس هو ثمن غير عادل يقل كثيراً عن قيمة الشيء المباع. ومع ذلك فإن الثمن البخس هو ثمن جدي قصد البائع أن يحصل عليه مقابل التزامه بنقل ملكية الشيء أو الحق المباع. والقاعدة أن الثمن البخس لا يطمئن في سلامة البيع طالما أنه ثمن جدي بالمعنى السابق ذكره. والثمن البخس يجعل في البيع غبن من ناحية البائع (٢). ومن المقرر أن مجرد الغبن أى عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة، لا يؤثر في صحة العقد، بل لابد أن يكون الغبن مقترناً بظروف أخرى كاستغلال أحد الطرفين للآخر، أو ناشئاً من ظروف أخرى كحوادث استثنائية طارئة، حتى يكون له تأثير في وجود العقد أو في الآثار المترتبة عليه (٣).

فالأصل اذن أن الثمن البخس، وهو نوع من الغبن من ناحية البائع، لا يعيب البيع ولا يؤثر في صحته

= مخالفة القانون يكون على غير أساس (الطعن رقم ١٧٧ س ١٨ ق، جلسة ١٩٥١/٤/٥. مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٠، رقم ٤٢)

(١) أوبري ورو، ج ٥، رقم ٣٤٩، هامش ١٢٦ بلانبول وريبير وهامل، فقرة ١٤١ ريبير وبولانجيه، ج ٢، فقرة ١٢٣٧٢ عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، فقرة ٢١٦.

(٢) وقد يكون البائع عالماً بهذا الغبن راضياً به قاصداً التبرع بفرق الثمن إلى المشتري، ولا يؤثر ذلك في صحة عقد البيع أو في طبيعته، بل يظل معتبراً عقد بيع صحيح ولا يعتبر سائراً لعقد هبة، طالما أن الثمن كان بخساً ولكنه لم يكن تافهاً أو صورياً، راجع، مازو، ج ٣، فقرة ١٨٧٥، نقض فرنسي. Civ. 16. juill. 1959, 5. 1960. J. 110.

(٣) راجع فو. تأثير الغبن على العقود، كتابها بالفرنسية، الالتزام القضائي، باريس، ١٩٦٥ ص ١٦٤ وما بعدها

وقد خرج المشرع على هذا الأصل في حالة واحدة هي بيع عقار القاصر. فقرر أن الغبن الفاحش في هذا البيع لا يذهب بغير جزاء. وهو وإن كان لا يؤثر في صحة البيع لكنه يعطى للبائع الحق في المطالبة بتكملة الثمن إلى الحد الذي يرفع الغبن الفاحش.

وقد نصت المادة ٤٢٥ مدني على أنه «(١) إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. (٢) ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع».

وتنص المادة ٤٢٦ مدني على أنه «(١) تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع. (٢) ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب - قماً عينياً على العقار المبيع».

وتنص المادة ٤٢٧ مدني على أنه «لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلني».

ونبحث فيما يلي الشروط الواجب توافرها طبقاً للنصوص المذكورة، في دعوى الغبن الفاحش، ثم نبحث أحكام هذه الدعوى.

٢٩- شروط دعوى الغبن الفاحش:

يشترط لتحقيق الغبن الفاحش الذي يعيب البيع توافر شروط أربعة هي:

- (١) أن يكون المبيع مملوكاً لشخص غير كامل الأهلية.
- (٢) أن يكون المبيع عقاراً.
- (٣) أن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس.

(٤) ألا يكون البيع قد تم في مزاد علني وفقاً لأحكام القانون.

وندرس هذه الشروط الأربعة فيما يلي:

(١) والشرط الأول هو أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية. أما إذا كان كامل الأهلية بأن بلغ سن الرشد ولم يحجز عليه بسبب جنون أو عته أو سفه أو غفلة، فالبيع الذي يبرمه يكون صحيحاً لا مطعن عليه ولو كان الثمن فيه بخساً والغبن فاحشاً، طالما أن الثمن كان جدياً، قصد البائع أن يحصل عليه مقابل الشيء أو الحق المبيع. فبعد أن يكتمل للشخص رشده لا يباشر عليه القانون أبة وصاية من أى نوع كان، بل تكون إرادة الشخص وحدها هي وسيلته إلى تحقيق العدل له في معاملاته مع الناس.

ويختلف الحكم في القانون المصري عنه في القانون الفرنسي الذي يجيز الطعن في بيع العقار بغبن فاحش سواء كان المالك له كامل الأهلية أو ناقصها. ويعتبر الغبن فاحشاً في القانون الفرنسي إذا زاد على $\frac{7}{12}$ من قيمة العقار^(١). ويجبر المشتري في حالة الغبن الفاحش أما على رد المبيع

(١) يرجع تاريخ هذا الحكم في القانون الفرنسي إلى القانون الروماني حيث كان يجوز لبائعي الأراضي بثمن بخس، والذين كانوا يضطرون غالباً إلى ذلك سداً لديونهم إلى المطالبة بالفناء عقد البيع على أساس الغبن. وقد انتقل هذا الحكم إلى القانون الفرنسي القديم، ومنه إلى قانون ناهليون (م ١٦٧٤ وما بعدها). والفكرة التي كانت مسيطرة على واضعي القانون المدني الفرنسي والتي تقوم على أساسها النصوص التي تضمنها هذا القانون في هذا الشأن هي أن المالك الذي يبيع عقاره بثمن بخس إما أن يكون مضطراً إلى ذلك بحكم الحاجة (عيب الإكراه)، أو أن المشتري لوقفه في وهم حول القيمة الحقيقية للعقار للمبيع (عيب التدليس)، أو أن البائع أوقع نفسه في هذا الوهم (عيب الغلط) وفي جميع هذه الفروض فإن إرادته تكون معيبة بما يسمح له بطلب البطلان النسبي. ولكن واضعي القانون المدني لم يفرضوا على البائع أن يثبت العيب الذي لحق بإرادته، بل جعلوا عدم التناسب بين قيمة المبيع وبين الثمن إذا وصل إلى نسبة معينة قرينة قاطعة على أن إرادة المشتري كانت معيبة. وطالما أن زوال العقد يستند إلى عيب في إرادة البائع فلا يحكم به رغم الغبن الفاحش إذا كان البائع يعلم بعدم التناسب المشار إليه ويرضى مع ذلك إبرام العقد قاصداً التبرع للمشتري بالفرق بين القيمة =

واسترداد الثمن البخر، أو على تكملة الثمن إلى تسعة أعشار قيمة العقار وقت البيع. فالالتزام الأصلي على عاتق المشتري هو رد المبيع، والالتزام البدلي هو تكملة الثمن.

أما القانون المصري فلا يعتد بالغبن المادى فى العقود الا فى حالة واحدة هى بيع عقار مملوك لشخص غير كامل الأهلية، أما إذا كان المالك كامل الأهلية فلا يجوز الطعن فى البيع بالغبن وان جاز الطعن فيه بالاستغلال، أو طبقاً لنظرية الظروف الطارئة أو الاذعان أو غير ذلك من الحالات المنصوص عليها والتي يوجد فيها بجانب الغبن المادى عامل آخر يجعل التدخل فى العقد أمراً مستساغاً على خلاف القوة الملزمة للعقد.

ويكون المالك غير كامل الأهلية إذا كان عديم الأهلية أصلاً ويصدق ذلك على الصبي غير المميز وعلى المجنون المعتوه، أو كان ناقص الأهلية ويصدق ذلك على الصبي المميز أو على المحجوز عليه لسفه أو غفلة. وفى جميع الأحوال فان الذى يرمى العقد هو النائب القانونى عن الشخص غير كامل الأهلية، وهو أما الولى أو الوصى أو القيم^(١).

=والثمن Civ. 16 juill, 1959, S. 1990. J.110 راجع مازو، ج ٣، فقرة ٨٧٩ موضوعية ويتضح مما سبق أن الغبن فى بيع العقار فى القانون الفرنسى، لا يقدر بطريقة موضوعية فحسب، بل يدخل فيه العنصر الشخصى أيضاً، راجع فى هذا المعنى، مالورى، تسيكلويدى دالوز، ج ٥، ص ٦٢٥، الفقرات ٤٦٨ - ٤٧٣.

(١) أحكام دعوى الغبن الفاحش تفترض أن العقد قد تمعقد صحيحاً بواسطة نائب القاصر وفى حدود سلطته، أما إذا تجاوز النائب حدود هذه السلطة فان البيع لا يتمعقد صحيحاً. وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذ قضى بإبطال عقد بيع الأتليان المملوكة للقاصر والصادر من أبه بصفته ولياً طبيعياً عليه إلى ابن آخر من زوجة أخرى قبل صدور قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ سنة ١٩٤٧ قد أقام قضاءه على قوله وإن ولاية الأب على أموال أولاده القصر وإن كثرت فى ظاهرها مطلقة إلا أنها مقيدة بحدود احتاط لها المشرع عند إصدار قانون المحاكم الحسبية بالنسبة إلى تصرفات أولياء المال مراعاة لما أمر به المشرع من المحافظة على أولئك الضعفاء وأموالهم، وقد كان على الولى أن يرجع فى تصرف هذا المنطوى على التبرع إلى المحكمة الحسبية لتأذن أو لا تأذن به فلو قيل إن هذا التصرف قد صدر قبل العمل =

ويلاحظ أن موانع الأهلية وهى الغيبة والحكم على الشخص بعقوبة جنائية والاصابة بعاهة كالصمم والبكم والعمى لا تؤدى إلى انطباق النصوص الخاصة بدعوى الغبن الفاحش، فموانع الأهلية لا تنتقص من كمالها.

(٢) والشرط الثانى لتحقيق دعوى الغبن الفاحش أن تكون العين المبيعة عقاراً. أما إذا كانت العين المبيعة منقولاً فلا يؤثر فى سلامة البيع أن يكون الثمن بخساً أو الغبن فاحشاً للبائع. وترجع هذه التفرقة إلى نظرة قديمة كان ينظر فيها إلى العقارات على أنها الأشياء الأكثر قيمة، وينظر فيها إلى المنقولات على أنها أشياء قليلة القيمة. ولاشك أن هذه النظرة لا تتماشى مع العصر الحديث الذى زادت فيه قيمة المنقولات كالأسهم والسندات والحقوق الشخصية عموماً. بل أن المحل التجارى يعتبر منقولاً وهو رغم ارتفاع قيمته فإن الغبن الفاحش فى بيعه لا يؤثر فى سلامة البيع ولو كان ماله غير كامل الأهلية.

أما إذا كان المبيع عقاراً فتحميه دعوى الغبن الفاحش. ويعتبر البيع وارداً على عقار سواء كان متعلقاً بملكية العقار أو بأى حق عينى آخر عليه كحق انتفاع^(١) أو حق الرقبة أو حق ارتفاق^(٢) أو حق حكر^(٣).

وإذا كان المبيع حقاً شخصياً متعلقاً بعقار فإن البيع يعتبر بيع عقار، من

= بأحكام قانون المحاكم الحسبية فالتأثير من أقوال علماء الشرع وما جرت عليه أحكام المحاكم أن الأب إذا كان فاسد الرأى سوى التدبير وباع مال ولده فلا يصح هذا البيع إلا إذا كان بالخيرية وهى بالنسبة للعقارات لا تكون إلا بمضف قيمته فإن باعه بأقل من الضعف لم يجوز هذا البيع. وهذا الذى أقام عليه المحكم قضاءه لا مخالفة فيه للقانون وهو يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية التى كانت واجبة الاتباع قبل صدور قانون المحاكم الحسبية، طعن رقم ٤٢٥ ص ٢٢ق، جلسة ١٩٥٦/٦/٧، مجموعة للمكتب الفنى ص ٧، ص ٧١٤.

(١) Req. 9 Juill. 1855. D.P. 55.1.385.

(٢) ROUEN. 2 Juill. 1951, S. 1952.2.60.

(٣) بودرى وسينا، فقرة ١٦٨٠، بودرى وور، ج ٥، رقم ٣٥٨ هامش ٢.

هذا القبيل أن يشتري القاصر عقاراً بعقد غير مسجل، ثم يقوم بعد ذلك بحالة هذا الحق للغير. فالحالة وهي بيع في هذا الفرض تقع على حق شخصي عقارى ومن ثم فإن البيع يعتبر بيعاً لعقار^(١). أما الحق الشخصي غير العقارى فإن بيعه لا يعتبر بيعاً لعقار، لأن الحقوق الشخصية هي بحسب طبيعتها منقولات غير مادية. ولا يعتبر الحق الشخصي عقاراً حتى ولو كان مضموناً برهن رسمى أو حيازى أو أى تأمين عيني آخر وارد على عقار.

أما إذا كان المبيع مكوناً من منقول وعقار، وكانت الصفقة قابلة للتجزئة، فإنها تجزأ ويحدد الجزء من الثمن المقابل للعقار والجزء الآخر المقابل للمنقول، ويجوز الطعن بالغبن فى بيع العقار وحده دون بيع المنقول. أما إذا كانت الصفقة غير قابلة للتجزئة فإنه يجوز الطعن فى البيع كله بالغبن. على ألا يدخل فى حساب الغبن إلا قيمة العقار وحده بما يمثله من نصيب فى الثمن^(٢).

(٣) والشرط الثالث لتحقيق دعوى الغبن الفاحش أن يزيد الغبن على خمس ثمن العقار وقت البيع. ومعيار الغبن هنا معيار جامد محدد برقم معين لا يختلف من حالة إلى أخرى. وتقدير الغبن الفاحش بأنه ما يزيد على خمس الثمن مأخوذ من الشريعة الإسلامية^(٣). وعلى هذا النحو إذا بيع العقار بأربعة أخماس ثمنه أو أكثر فإنه لا يكون فى البيع غبن فاحش.

والوقت الذى يعتد به فى تقدير الغبن، هو وقت البيع وليس وقت رفع

Civ. 16 Mars 1954, D 1954. 220; Rev. Trim. Dr. Civ. (١)
1954, 322, Obs. Carbonnier.

(٢) بلاتبول وريبير وهامل، جـ ١٠، فقرة ٢٣٨ هامش ٥، ١٦ بودرى وسبينا، فقرة ١٦٨١، كوبرى ورو، جـ ٥، رقم ٣٥٨، هامش ٦.

(٣) عبد الرزاق السنهورى، جـ ٤، فقرة ٢٢٢.

الدعوى أو وقت الحكم فيها^(١). وعلى هذا النحو إذا كانت قيمة الشيء المبيع مائة جنيه وقت البيع وبيع بخمسة وسبعين جنيهًا، فإن الغبن الفاحش يكون قد تحقق، حتى ولو انخفضت قيمة الشيء بعد ذلك فأصبحت مساوية للثمن الذى تم به البيع.

ويلاحظ أن الثمن الذى يحسب على أساسه الغبن، هو المبلغ النقدي الذى يستحقه البائع، بغض النظر عن المصروفات التى أنفقها المشتري كرسوم التسجيل وغير ذلك، فهذه لا تعود بفائدة على البائع ولا تدخل بالتالى فى حساب الثمن^(٢).

(٤) والشرط الرابع والأخير لتحقيق دعوى الغبن الفاحش هو ألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلنى وفقاً للقانون. لأن البيع بالمزاد العلنى مع ما يصاحب هذا النوع من البيع من الإعزاز والدعاية، من شأنه أن يسمح للمبيع بأن يحقق أعلى ثمن ممكن، فإذا لم يتقدم أحد لشراء العقار بأكثر من ثمن معين، فهذا فى ذاته دليل على أن قيمة العقار لا تزيد عن هذا الثمن.

ويلاحظ أن المادة ٤٢٧ مدنى فى صياغتها الأولى فى المشروع التمهيدي كانت تنص على أنه «لا يجوز الطعن بالغبن فى بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزااد العلنى». وكان لابد لانتطابق هذا النص أن يكون البيع بالمزاد العلنى مما يحتمه القانون كبيع مال المدين أو بيع العقار لعدم إمكان قسمته عينا. ولكن أعيدت صياغة النص المذكور وأصبح

(١) وفى حالة الوعد بالبيع فإن الوقت الذى يعتد فيه بتقدير القيمة هو الوقت الذى أعلن فيه الموعود له رغبته فى الشراء وليس الوقت الذى صدر فيه الوعد مالى، أنسيكلويدى دالوز، ج ٥، ص ٦٢٥، فقرة ٤٧٢.

(٢) بلاتبول وروبر وهامل، ج ١٠، فقرة ١٢٤٣ عبد الرزاق السنهورى ج ٤، فقرة ٢٢٢.

يقرر أنه «لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزا­د العلني» (١). وأصبح بعد صياغته الأخيرة ينطبق على الحالات التي يتم فيها البيع بالمزاد العلني في حدود القانون وإن كان القانون لا يحتم أن يتم البيع بالمزاد العلني. ومن هذا القبيل أن يأذن القاضي في بيع عقار القاصر ويشترط أن يتم البيع بالمزاد العلني طبقاً لنصوص القانون، والمقصود بذلك الإجراءات التي ينظمها قانون المرافعات في بيع عقار القاصر (المواد ٤٥٩ - ٤٦٣ من قانون المرافعات الجديد).

وطبقاً لنص المادة ٤٢٧ مدني في صياغتها الأخيرة، لا يجوز الطعن بدعوى الغبن الفاحش في بيع عقار القاصر الذي يتم بالمزاد العلني أما نتيجة للتنفيذ على مال المدين أو نتيجة لبيع العقار لعدم امكان قسمته، أو في الحالات التي يأذن فيها القاضي ببيع عقار القاصر بالمزاد العلني ويتم البيع طبقاً للإجراءات المقررة في قانون المرافعات لهذا النوع الخاص من أنواع البيع (٢).

وعلى هذا النحو فإن الحالات التي يجوز فيها الطعن في بيع عقار القاصر تنحصر في الصور الثلاث الآتية:

(١) إذا باع القاصر العقار المملوك له بنفسه دون إذن، فإن البيع يكون قابلاً للطعن فيه بالابطال والغبن في نفس الوقت. (٢) إذا باع الأب وهو الولي على المال، عقاراً مملوكاً للقاصر دون إذن المحكمة في الحالات التي يجوز له فيها ذلك، فإنه يجوز الطعن في البيع بالغبن (٣). (٣) إذا باع الولي

(١) مجسدة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٤١.

(٢) ويلاحظ أن هذه الحالات تشمل معظم حالات بيع عقار القاصر، مما يجعل تطبيق النصوص المقررة في هذا الشأن ضئيلاً من الناحية العملية.

(٣) يجوز للأب أن يتصرف في عقارات القاصر دون إذن المحكمة إذا كانت قيمة هذه العقارات لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه، وهذا فرض نادر، أو إذا كانت العقارات المملوكة للقاصر قد نلت إليه بطريق التبرع من والده مهما كانت قيمتها، راجع المادتين ٧، ١٣ من قانون الولاية على المال.

أو الوصى أو القيم مال عديم الأهلية أو ناقصها بعد الحصول على إذن المحكمة، ولم تكن المحكمة قد اشترطت البيع بالم العلنى، وتم البيع بعد أخذ رأى خبير، ولكن وقع فيه مع ذلك غبن فاحش، فإنه يجوز الطعن فيه فى هذه الحالة بدعوى الغبن الفاحش (١).

وبلاحظ أن الغبن الفاحش قد يتحقق ولو كان المبيع احتمالياً (٢)، مثال ذلك أن يكون الثمن فى البيع هو إيراد مرتب معادل فى القيمة لربع العقار المبيع. فالبيع هنا احتمالى ومع ذلك ففيه غبن فاحش يجيز الطعن فيه بدعوى الغبن إذا توافرت شروطها الأخرى (٣).

(١) هذا الفرض نادر من ناحيتين: الأولى هى أن يقع الغبن رغم الاستعانة بالخبير، وفى هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى «هنا وبلاحظ أن نظام المجالس الحسبية يمنع فى أحواله كثيرة من تطبيق هذه الأحكام، فإن بيع عقار القاصر والمجبر عليه يكون عادة بقرار من المجلس الحسبى بعد اتخاذ لإجراءات اللازمة لمنع الغبن» (مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤، ص ٤٠). والناحية الثانية أن يتم بيع عقار القاصر بنهر طريق المزاد العلنى، إذ الغالب أن القاضى عندما يأذن فى البيع يشترط أن يتم ذلك بطريق المزاد العلنى. ومع ذلك فقد يأذن القاضى أن يتم البيع بالممارسة وفى هذا الفرض النادر وحده يمكن أن يقع غبن فى البيع وتتمس الحاجة إلى تطبيق النصوص التى ندرسها فى المتن، وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٦١٤ من قانون المرافعات القديم لا توجب إجراء بيع عقار القاصر بطريق المزادة ولا ترتب للبطلان على عدم اتباع هذا الطريق، كما أن قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ لم يشر باتباع الإجراءات المنصوص عليها فى المادة المشار إليها. ولزم ذلك أن بيع عقار القاصر بالممارسة مع تصديق المجلس الحسبى لا مخالفة فيه للقانون ولا للمادة المشار إليها، ويكون حكم النص المذكور غير واجب الاتباع إلا فى حالة بيع عقار القاصر المأذون فى بيعه من الجهة المختصة بالمزادة (ملن رقم ١٥٤ من ١٨ ق، جلسة ١٩٥١/١٢/٢٧ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٢٠، فقرة ٤٤).

(٢) يقيد القضاء الفرنسى جواز الطعن بالغبن فى البيوع الاحتمالية بضرورة «وجود ظروف خاصة تسمح للقاضى بتقدير قيمة الالتزامات الخاضعة للاحتمال»، راجع أحكام النقض الحديثة المشار إليها فى مازو، جـ ٢، فقرة ٢١٥.

(٣) ترى الأستاذة مازو أنه فى هذا الفرض يكون البيع باطلاً لاتعلم الثمن (جـ ٢، فقرة ٢١٥). ورأى الأستاذ مازو يصدق فقط فى الحالات التى لا توجد فيها صمومات خاصة أو أخطار معينة تتعلق بتحصيل ربح العقار المبيع، أما إذا وجدت صمومات أو أخطار من هذا القبيل فإن الثمن لا يكون متعلماً ولكنه يكون بخساً بها يسمح برفع دعوى تكملة الثمن، راجع ما سبق، فقرة ٢٧.

ويلاحظ أخيراً أن دعوى الغبن الفاحش تحمى فقط بيع عقار غير كامل الأهلية، وليس شراء العقار لمثل هذا الشخص^(١). ولكن الذى يحمى غير كامل الأهلية بالنسبة للشراء هو ما نص عليه قانون الولاية على المال من إجراءات لابد من إتباعها.

فإذا توافرت الشروط الأربعة لدعوى الغبن الفاحش، أمكن رفع هذه الدعوى، وهى فى الواقع دعوى لتكملة ثمن المبيع إلى القدر الذى يرفع الغبن، وهو ما ندرسه فيما يلى.

٣٠- أحكام دعوى الغبن الفاحش (تكملة الثمن) :

إذا توافرت شروط دعوى الغبن الفاحش، جاز للمالك أو لمن يمثله أو لمن يخلفه أن يرفع على المشتري أو على من يخلفه دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس القيمة الحقيقية للعقار وقت البيع. ولا يجوز رفع دعوى باطلال البيع إلا إذا توافرت شروط دعوى الابطال طبقاً للقواعد العامة وهى أن يصدر البيع من ناقص الأهلية نذسه أو أن ينطوى على عيب من عيوب الإرادة. أما الغبن فى ذاته فهو لا يؤدي إلى الابطال وإنما يجيز فقط المطالبة بتكملة الثمن إلى القدر الذى يرتفع معه الغبن. فقد قصد المشرع أن يحمى غير كامل الأهلية من الغبن^(٢)، وتحقق هذه الحماية برفع الغبن وليس باطلال البيع.

والذى يرفع دعوى الغبن هو ناقص الأهلية نفسه إذا كان الذى أبرم البيع وهو ناقص الأهلية ثم أجازة بعد بلوغه سن الرشد ولكنه طالب بتكملة

(١) مالورى، أنسيكلويدى داللو، ج ٥، ص ٦٢٥، فقرة ٤٦٩، عبد الرزاق السنهورى، ج ٤، فقرة ٢٢١.

(٢) لما فى فرنسا فإن الدعوى التى يرفعها البائع هى دعوى بطلان، ولكن يجوز للمشتري أن يتفادها بأن يكمل الثمن إلى الحد الذى يرتفع منه الغبن.

الثلث. وناقض الأهلية هو الذى يرفع الدعوى أيضاً إذا كان البيع قد تم بواسطة نائبه القانونى وفى الحدود المرسومة قانوناً. وكذلك يجوز للنائب القانونى لغير كامل الأهلية أن يرفع هذه الدعوى قبل أن يبلغ البائع سن الرشد^(١).

وإذا مات ناقص الأهلية بعد أن بلغ سن الرشد وبعد أن أجاز البيع، وقبل أن تنقضى دعوى تكملة الثلث، جاز لورثته رفع هذه الدعوى، فهى حق شخصى إنتقل إليه الورثة^(٢).

وترفع الدعوى على المشتري أو على ورثته، فهى دين فى ذمة المشتري يظهر أثره بالنسبة له وبالنسبة لورثته. وإذا كان شقيق قد أخذ العقار بالشفعة فإن الدعوى ترفع على هذا الشقيق^(٣).

وترفع هذه الدعوى أمام المحكمة التى يوجد بها موطن المدعى عليه، فهى دعوى بحق شخصى.

وعلى المدعى فى هذه الدعوى وهو من يطالب بتكملة الثلث أن يثبت ما يدعيه، أى يثبت أن فى البيع غبن فاحش، ويكون ذلك عن طريق إثبات أن الثلث أقل من قيمة العقار المبيع وقت البيع. وله أن يطلب فى سبيل إثبات ذلك تعيين خبير يكون تقديره خاضعاً لرقابة قاضى الموضوع.

فإذا ثبت الغبن الفاحش فى البيع، حكم القاضى بتكملة الثلث إلى أربعة أخماس القيمة الحقيقية للعقار وقت البيع. فالقاضى لا يكمل الثلث

(١) عبد الرزاق السهوى، ج٤، ص٣٩٩، منصور مصطفى منصور، ص٦٣، عبد الفتاح عبد الباقى ص١١٥، عبد النعم البدرولى، ص١٢٨.

(٢) راجع فى انتقال دعوى البطلان التى من القاصر إلى ورثته، نقض مدنى، جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧، طعن رقم ٤٢ ص٢٢٢، مجموعة المكتب الفنى، ص٩، ص١٦١.

(٣) عبد الرزاق السهوى، ج٤، ص٣٩٩، أنور سلطان وجمال المدوى ص١٨٢.

إلى القيمة الحقيقية للعقار، بل إلى أربعة أخماس هذه القيمة، بحيث يرتفع الغبن الفاحش، وإن ظل بعض الغبن قائماً لم يرتفع (١).

والحكم الصادر بالزام المشتري بتكملة الثمن يجوز التنفيذ به على أى مال من أموال المحكوم عليه. والحق فى تكملة الثمن مضمون بامتياز البائع، وهو امتياز يحج به من وقت قيده على جميع الدائنين العاديين للمشتري أو الدائنين التاليين فى المرتبة لقيد هذا الامتياز. وإذا كان المشتري قد نقل ملكية العقار إلى شخص آخر. جاز الاحتجاج بالامتياز فى مواجهة المتصرف إليه إذا كان قيد الامتياز قد تم قبل شهر التصرف إلى المالك الجديد (٢).

وطبقاً لنص المادة ٤٢٦ السابق ذكرها فإن دعوى تكملة الثمن تتقدم بمرور ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من الوقت الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع، وطبقاً لهذا النص فإن هذه الدعوى يجوز رفعها بواسطة النائب القانونى لناقص الأهلية أو عديمها طوال الوقت الذى يظل فيه هذا الشخص غير كامل الأهلية، فإذا أصبح كامل الأهلية أصبح من الجائز رفعها بواسطته هو نفسه خلال ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية. وإذا مات وهو ناقص الأهلية جاز لورثته رفع هذه الدعوى خلال ثلاث سنوات من تاريخ موته، أما إذا مات وهو كامل الأهلية وقبل أن تمر ثلاث سنوات على توافرها، جاز لورثته رفع هذه الدعوى خلال المدة الباقية من السنوات الثلاث، فلا ينتقل إلى الورقة من حق أكثر مما كان لمورثهم.

(١) وفى القانون الفرنسى يجوز للمشتري أن يتفادى دعوى البطلان إذا هو أكمل الثمن إلى تسعة أثمان القيمة الحقيقية للعقار المبيع. وكان ناهليون نفسه هو الذى طلب إلى واضع القانون اللئنى أن يعطوا للمشتري الحق فى الاحتفاظ بالعقار المبيع بثمن أقل من قيمته الحقيقية بمقدار العشر لأنه على حد تعبيره «من النادر أن يشتري شئ بثمنه الحقيقى»، راجع مازو، جـ ٣، ققرة ٨٨٩.

(٢) راجع فى امتياز بائع العقار، كتابنا فى التأمينات الشخصية والعينية، ١٩٧٠ ص ٤٨٥ وما بعدها.

ومدة الثلاث سنوات هي مدة تقادم وليست مدة سقوط، ولذلك فيسرى عليها الانقطاع. ولكن يلاحظ أن الوقف لا يسرى بالنسبة للتقادم الذي لا تزيد مدته عن ثلاث سنوات، بسبب عدم توافر الأهلية ولو لم يكن للدائن نائب يمثلها (م ٢/٣٨٢ مدني) (١).

وقد تقترب دعوى الغبن بدعوى ابطال بسبب نقص الأهلية. ومدة تقادم كل من الدعويين واحدة وهي ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية، أو من وقت موت مالك العقار المبيع. ويلاحظ أن مدة تقادم دعوى تكملة الثمن كانت ستين فقط في القانون المدني القديم، وقد جعلها القانون الجديد ثلاث سنوات حتى تتسق مدة تقادم هذه الدعوى مع مدة تقادم دعوى الابطال (٢).

ويلاحظ أنه قد تنشأ عن دعوى تكملة الثمن، دعوى أخرى طبقاً للقواعد العامة، هي دعوى فسخ البيع، وذلك إذا لم يقم المشتري بتنفيذ التزامه بتكملة الثمن، فانه يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع لاخلال المشتري بالتزامه بدفع الثمن أو جزء منه. ودعوى الفسخ مستقلة عن دعوى تكملة الثمن وأن كانت ناشئة عنها. وهي تقادم بمضى خمس عشرة سنة طبقاً للقواعد العامة.

وإذا حكم بفسخ البيع فانه يعاد التعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيرد المشتري العقار المبيع، ويرد البائع الثمن الذي حصل عليه

(١) ويلاحظ أن المادة ٤٢٦ مدني ألغت القاصر عن أحكام وقف التقادم بسبب نقص الأهلية، لأنها جعلت بدء سريان التقادم من وقت بلوغ القاصر سن الرشد ولكن قد تكون هناك حاجة إلى أحكام وقف التقادم لا للقاصر نفسه، ولكن لوارثه إذا كان الوارث هو أيضاً قاصراً. وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وتسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت الأهلية الكاملة أو من وقت وفاة غير كامل الأهلية، وتنقل الدعوى في هذه الحالة إلى الورثة، ولا يوقف التقادم حتى ولو كان بين الورثة من هو غير كامل الأهلية ولم يكن له نائب شرعي، (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، ص ٤٠).

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التنفيذي، ج٤، ص ٣٩.

من المشتري. ولكن إذا كان المشتري قد تصرف في العقار المبيع إلى شخص آخر، فإن دعوى الفسخ لا تلحق ضرراً بمن اكتسب حقاً عينياً على العقار المبيع وهو حسن النية، لا يعلم أن هذا العقار كان مملوكاً لشخص غير كامل الأهلية ويبيع بثمن غبن فاحش (١).

وتطبيقاً لقواعد الشهر العقاري (٢)، فإنه إذا كان البائع قد سجل عريضة دعوى الفسخ، فإنه يحتج بالفسخ على كل شخص اكتسب ملكية العقار المبيع أو أى حق عينى عليه كحق انتفاع أو ارتفاق أو رهن أو اختصاص بعد تسجيل عريضة دعوى الفسخ. أما إذا كان الحق المكتسب قد تم شهره قبل تسجيل عريضة دعوى الفسخ، فإن الحكم الصادر فيها لا يحتج به على من اكتسب هذا الحق، إذ يفترض فيه حسن النية. ولذلك فإنه فى الحالات التى يكون فيها المشتري قد نقل ملكية العقار إلى شخص آخر أو رتب له حقاً عينياً أصلياً أو تبعياً، لا تكون للبائع مصلحة حقيقية فى رفع دعوى الفسخ، بل تكون مصلحته فى تنفيذ الحكم بتكملة الثمن على الضمان العام للمدين، مع الاستفادة من امتياز البائع إذا كان قد سبق له شهر هذا الامتياز قبل شهر الحق الذى اكتسبه الغير على العقار.

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أنه «إذا حكم بالتكملة ولم يدفعها البائع، جاز فسخ البيع (لا إبطاله) تطبيقاً للقواعد العامة. وإذا انتهى الأمر إلى فسخ البيع لعدم قيام المشتري بدفع تكملة الثمن، فإن هذا الفسخ لا يضر بمن كسب وهو حسن النية حقاً عينياً على العقار (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٤٠).

(٢) تنص المادة ١٥ من قانون تنظيم الشهر العقاري على أنه «يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجود أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الإلغاء أو الرجوع فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر سجل تلك الدعاوى».

وتنص المادة ١٧ من القانون على أنه «يرتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما».

الفصل الثالث

انعقاد البيع بواسطة النائب

٣١- حدود سلطة النائب:

كما يتم عقد البيع بواسطة الأصيل وهو صاحب المصلحة فيه، فإنه قد يتم بواسطة النائب القانوني عن الأصيل. والنيابة جائزة في البيع كما هي جائزة في التصرفات القانونية بصفة عامة. وتدرس النظرية النيابة في نظرية الالتزام. ونكتفي هنا بتطبيق القواعد العامة في النيابة على عقد البيع، وندرس بصفة خاصة حدود سلطة النائب، أي النطاق الذي يجوز فيه للنائب أن يعبر فيه عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية في ذمة الأصيل. وتنقسم النيابة من هذه الناحية إلى نيابة اتفاقية ونيابة قانونية. فالنيابة الاتفاقية وهي الوكالة تتحدد فيها سلطة النائب طبقاً لعقد الوكالة ذاته أو لنصوص القانون المكملة لإرادة المتعاقدين في هذا العقد^(١).

إما النيابة القانونية كنيابة الولي والوصي والوكيل عن الغائب والحارس القضائي. فإن القانون هو الذي يعنى بتحديد سلطة النائب في كل نوع من الأنواع السابق ذكرها.

ونذكر هنا بالشروط الأساسية لقيام النيابة أياً كان نوعها، وهي أن يرم النائب التصرف بإرادته هو وليس بإرادة الأصيل، على أن يكون التعامل باسم

(١) تنقسم النيابة من حيث مصدر تعيين شخص النائب إلى نيابة قانونية وقضائية واتفاقية. ومثال النيابة القانونية نيابة الولي. ومثال النيابة القضائية، نيابة الوصي والقيم. أما النيابة الاتفاقية فإن صورها الوحيدة هي الوكالة، راجع، كتابنا للمبادئ الأساسية في نظرية الالتزام، فقرة ١٨، ص ٢٢.

الأصيل، وفي الحدود المرسومة للنيابة^(١). فإذا تحققت هذه الشروط فإن العقد الذى يبرمه النائب ينتج أثره فى ذمة الأصيل كما لو كان هو الذى أبرمه^(٢) ولا ينشأ عن العقد أى أثر فى ذمة النائب نفسه.

وتدرس فيما يلى حدود سلطة الوكيل والولى والوصى والقيم والوكيل عن الغائب والحارس القضائى.

(١) سلطة الوكيل فى عقد البيع: المرجع فى تحديد سلطة الوكيل فى عقد البيع هو عقد الوكالة ذاته، فإذا لم يوجد فى هذا العقد تحديد فإنه يرجع إلى قواعد القانون المكملة المنصوص عليها فى المادة ١٠٧ مدنى وما بعدها.

وقد يعطى عقد الوكالة للوكيل سلطة البيع أو الشراء بالنسبة لعين مبيعة بالذات، أو يعطيه هذه السلطة بالنسبة لأى عين دون تحديد. وقد يحدد له الثمن الذى يتم به البيع أو الشراء. وقد يترك له سلطة تقديرية فى تحديد هذا الثمن. وفى جميع الأحوال يجب على الوكيل ألا يتخطى الحدود المرسومة له فى عقد الوكالة.

ولا يجوز للوكيل أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان

(١) راجع فى شروط النابة، كتابنا، المبادئ الأساسية فى نظرية الالتزام، ص ٢٣ وما بعدها، نقض ١٩٧٤/٦/٢٤، ص ٢٥، ص ١١٠٥.

(٢) وللمحكمة أن تستخلص توافر شروط النابة من عبارات العقد الصريحة أو الضمنية وقد قضت محكمة النقض. أنه وما دامت المحكمة قد استخلصت استخلاصاً سائناً من عبارة عقد شراء أرض الكنيسة ومن ظروف الدعوى وملازماتها أن مشتري الأرض التى أقيمت عليها الكنيسة لم يتعاقد باسمه ولمصلحته إذ هو اشتراها من الحكومة بصفته رئيس طائفة الأقباط الأرثوذكس وراعى كنيستها، ولم يكن قصده من شرائها منصراً إلى إضافتها إلى ملكه، بل هو اشتراها بصفته سالفه الذكر لبناء كنيسة ومدرستين للطائفة عليها، وبذلك لا تكون ملكية الأرض قد دخلت فى ذمته بل تكون انتقلت مباشرة من الحكومة إلى الطائفة التى يرأسها - فلا مخالفة فى ذلك للقانون (طعن رقم ١١٨ ص ١٨ق، جلسة ١٩٥٠/٥/١٨، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٩، رقم ١٤٦).

التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أنه يجوز التعاقد (١٨ مدني) (١).

وإذا لم يكن هناك تحديد لسلطة الوكيل في عقد الوكالة، بأن كانت الوكالة في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل، فإنها لا تخول الوكيل حقاً إلا في أعمال الإدارة. ولا يعتبر البيع من أعمال الإدارة إلا إذا كانت تقتضيه الإدارة ولم يكن وارداً على أصل الشئ بل على ثماره. ومن هذا القبيل بيع المحصول وبيع البضاعة في المحل التجاري وبيع المنقول الذي يسرع إليه التلف، وشراء ما يستلزمه الشئ محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله (م ٧٠١ مدني). ويترتب على ذلك أنه لا بد من وكالة خاصة بالبيع أو الشراء حتى يستطيع الوكيل أن يرم هذا النوع من التصرفات التي لا تعتبر من أعمال الإدارة. والوكالة الخاصة بالبيع أو بالشراء تصح حتى ولو لم يعين الشئ محل العقد المراد إبرامه، فيجوز للوكيل في هذه الحالة أن يشتري للموكل أى شئ أو أن يبيع له أى شئ.

وهناك حالات عملية قد تختلط بالوكالة في الشراء وهي الشراء مع الاحتفاظ بحق اختيار الغير، أو الشراء باسم مستعار. والفارق بين هذه الحالات المختلفة أن الوكيل في الشراء يعلن اسم الموكل الذي تترتب آثار البيع في ذمته مباشرة، أما من يشتري مع الاحتفاظ بحق اختيار الغير فإنه لا يعلن اسم هذا الغير، وقد لا يكون هناك شخص معين من الغير في ذهن المشتري وقت الاحتفاظ بهذا الحق. وقد يكون هناك شخص من الغير،

(١) قضت محكمة النقض بأن الاعتماد في تقرير صحة البيع على أنه ليس في ظاهر العقد ما يشوبه وأن المشتري قد دفع الثمن لا بصلح رداً على ما تمسك به ووة البائع من بطلان البيع لقيام الوكالة بين البائع والمشتري وقت الشراء، طعن رقم ١٣٧ من ١٦ق، جلسة ١٩٤٨/٥/١٣، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١ ص ٢٦٨، فقرة (١١٤).

ولكن المشتري لا يستعمل حقه فى الاختيار بل يحتفظ بالصفقة لنفسه. أما الشراء عن طريق وسيط باسم مستعار فإنه يؤدى إلى ترتيب آثار البيع فى ذمة الوسيط الذى يجب عليه أن يبيع الشئ مرة أخرى إلى صاحب المصلحة الحقيقى حتى تنتقل الملكية إلى هذا الشخص الأخير.

ولكن الشراء مع الاحتفاظ بحق اختيار الغير، يختلط تماماً بالوكالة فى الشراء، إذا كان الغير قد وكل المشتري فعلاً فى الشراء على هذا النحو، ثم قام المشتري بالكشف عن اسم الغير أى باستعمال حقه فى الاختيار فى الفترة المحددة فى عقد البيع. ففى هذا الوقت وليس قبله، تثبت فى المشتري صفة الوكيل وترتب آثار البيع مباشرة فى ذمة الغير الذى اختاره المشتري. أما قبل تعيين الغير فى الميعاد المحدد فإن المشتري لا يعتبر وكيلاً لأنه قد يحتفظ بالصفقة لنفسه، ويكفى فى ذلك مجرد تفويت ميعاد الاختيار دون أن يقوم المشتري بتعيين شخص الغير^(١).

(ب) سلطة الولي فى عقد البيع: الولي هو الأب أو الجد الصحيح، وحدود ولاية الأب أوسع من حدود ولاية الجد. وينص القانون رقم ١١٩

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن «تكييف العلاقة القانونية بين المشتري الذى يحتفظ بحق اختيار الغير، وبين المشتري المستتر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التى ترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير غير جار على إطلاقه، فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى ترتب عليه تناقضاً. فإستناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع، وبقاء المين فى ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه، وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير، كلها تخالف أحكام الوكالة تماماً. ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذهبا فى تبرير إستناد ملكية المشتري إلى عقد البيع الأول - وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير - إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير إلا أن ذلك ليس إلا تجاوزاً مقصوداً على حالة ما إذا أعمل المشتري حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع، أما قبل ذلك أو إذا لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد فالافتراض يزول وتنزل منه كل الآثار المترتبة على الوكالة» (طعن رقم ١٠١ س ١٧ق، جلسة ١٩٥٠/٣/٩ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٩، رقم ١٤٨).

سنة ١٠٥٢ فى شان الولاية على المال، على حدود بياضة الولي فى الحالتين. وطبقاً لنص المادة ١٥ من القانون المذكور فإن الجد لا يجوز له التصرف فى مال القاصر، عقاراً أو منقولاً، بالبيع أو بالشراء إلا بإذن المحكمة.

أما الأب فان المادة ٧ من قانون الولاية على المال تقضى بأنه ليس من حقه أن يتصرف فى عقار القاصر أو محله التجارى أو أوراقه المالية إذا زادت قيمة أى منها على ثلثائة جنيه، إلا بإذن المحكمة. ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الاذن فى الأحوال السابقة إلا إذا كان من شأن التصرف أن يجعل أموال القاصر فى خطر أو كان فى التصرف غبن يزيد على الخمس.

وتقرر المادة ٨ من قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للأب أن يتصرف فى أموال القاصر، عقارية أو منقولة، ولو لم تزد قيمتها على ثلثائة جنيه، إذا كانت هذه الأموال قد آلت إلى القاصر من مورث أوصى بالألا يتصرف ولي القاصر فى المال المورث.

وعلى العكس تقرر المادة ١٣ من قانون الولاية على المال أن الأموال التى آلت إلى القاصر من الولي وبطريق التبرع، يجوز للولي أن يتصرف فيها ولو زادت قيمتها عن ثلثائة جنيه وبدون اذن المحكمة.

ويتضح من الأحكام السابق ذكرها أن حدود سلطة الأب فى التصرف تتوقف على ما إذا كان المال قد آل إلى القاصر من الأب نفسه أو من الغير، وعلى ما إذا كان المال محل التصرف عقاراً أم منقولاً.

فالأموال التى تؤول للقاصر بطريق التبرع من الأب، يجوز له أن يتصرف فيها دون إذن من المحكمة أياً كانت قيمتها وسواء كانت عقاراً أم منقولاً.

وعلى العكس فان الأموال التى تؤول إلى القاصر من الغير ويكون من آل منه المال قد اشترط عدم تصرف الأب فيه، فلا يجوز التصرف فى هذه

الحالة إلا باذن المحكمة وتحت اشرافها. أما الأموال التي لا تؤول للقاصر من الأب بطريق التبرع ولا تؤول إليه من الغير مع شرط عدم تصرف الأب فيها، فإن حدود سلطة الأب في التصرف في هذه الأموال تتوقف على قيمة المال وعلى ما إذا كان عقاراً أم منقولاً. فإذا كانت قيمة المال لا تزيد على ثلاثمائة جنيه، أو كانت تزيد على ذلك ولكنه كان منقولاً غير المحل التجارى أو الأوراق المالية، فإن للأب أن يتصرف فيه دون إذن المحكمة. أما إذا كان المال عقاراً أو كان منقولاً هو محل تجارى أو أوراق مالية وكانت قيمته تزيد على ثلاثمائة جنيه فلا يجوز فيه التصرف من الأب إلا بذات المحكمة.

ولكن يلاحظ من ناحية أخرى أنه لا يجوز للولى، أباً كان أو جدّاً، أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجته أو لأقاربه أو لأقارب زوجه إلى الدرجة الرابعة، إلا باذن المحكمة (م ٧ من قانون الولاية على المال)^(١). فإذا أذنت المحكمة، جاز للأب أن يتعاقد مع نفسه، أما الجد فلا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه، بل يلزمه أن يطلب تعيين وصى خاص يتعاقد معه (م ٣١ من قانون الولاية على المال).

(ج) سلطة الوصى والقيم والوكيل عن الغائب في عقد البيع:

طبقاً لنص المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال فإنه لا يجوز للوصى أن يتصرف في أموال القاصر عقاراً كان المال أو منقولاً، إلا باذن المحكمة وسواء كان التصرف بيعاً أو شراءً^(٢).

(١) نقض مدنى ١٩٥٦/٦/٧، طعن رقم ٤٢٥ م ٢٢ ق، مجموعة المكتب لى ٧، ص ٧١٤.

(٢) بمجرد حصول الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب على إذن القاضى باجراء التصرف، فإن التصرف الذى يصدر منه فى حدود هذا الاذن يكون بائناً غير معلق على تصديق المحكمة عليه بعد إتمامه، وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى «بأن موافقة المجلس المحسى على بيع عقار للمحجور عليه مع اشتراط تقديم الشهادات الدالة على خلو العيب المبيحة من الحقوق العينية - ذلك ليس الغرض منه تعليق البيع على شرط واقف وإنما هو حفظ =

ولا بد من الحصول على إذن خاص إذا كان التصرف هو بيع مال القاصر للوصى نفسه، أو بيع مال الوصى القاصر. وفي هذه الحالة يعين وصى خاص ليتم التعامل معه (م ٣١ من قانون الولاية على المال) (١).

وإذا تصرف الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب بغير إذن من المحكمة فإن تصرفه يكون باطلاً بطلاناً نسبياً بمعنى القابلية للتصحيح وليس القابلية للإبطال (٢). والأحكام المذكورة تسرى على القيم والوكيل عن الغائب.

= حق المحجور عليه قبل البائع إليه (طعن رقم ٧٥ م ٢٠ ق، جلسة ١٩٥١/١٢/٢٧، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، م ٣٢٠، فقرة ٤٥). وقضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دعوى اثبات صحة البيع في خصوص المقدار المبيع من المطعون عليها الثانية بصفتها وصياً على أولادها القصر إلى الطاعنين قد أُسند إلى أن البيع حتى مع افتراض أن المجلس الحسبي قد أذن للوصية به لا يتم قانوناً إلا بعد تصديق المجلس عليه بعد حصوله فإن هذا الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون لأن للوصى أن يبيع على القاصر من عقارات الشركة ما بقي بحصتهم من دينها. وكل ما تطلبه المادة ٢١ من المرسوم بقانون الخاص بترتيب المجالس الحسبية الصادر في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ الذي يحكم النزاع هو الحصول على إذن المجلس الحسبي في إجراء البيع فإذا تعاقدت الوصية تنفيذاً لهذا الأذن. فإن البيع الصادر منها يكون صحيحاً لا يتوقف نفاذه على اجازة أخرى من المجلس الحسبي متى كانت قد التزمت الشروط الواردة بقراره (طعن رقم ١٢٣ م ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٥/٢٩، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، م ٣٢١، فقرة ٤٨)، في نفس المعنى، نقض مدني ١٩٣٢/١٢/٢٢ طعن رقم ٦٦ م ٢ ق، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، م ٣٢١، فقرة ٤٢. وقضت محكمة النقض بأن ترخيص المجلس الحسبي للوصى بإجراء بدل في عقار القاصر مع أنحر لم عدول المجلس عن قراره قبل إجراء البديل المذكور والترخيص بالمبادلة مع شخص ثان ليس فيه مخالفة للقانون لعدم تعلق أي حق لمن صدر له القرار الأول، طعن رقم ٨١ م ٥ ق، جلسة ١٩٣٦/٢/٢٠، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، م ٣٢٠، م ٤٦.

(١) وإذا عزل الوصى أو القيم أو الوكيل، ارتفع هذا الحظر بالنسبة له وجاز له أن يشتري لنفسه، مال القاصر عن طريقة التعامل مع النائب الجديد الذي حل محله، نقض مدني، جلسة ١٩٥٠/٢/٢٣، طعن رقم ١٩٦ م ١٧ ق، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، م ٣٦٨، فقرة ١٤٥.

(٢) ويصح التصرف باذن لاحق من المحكمة أو بقرار ناقص الأهلية له بعد زوال نقص أهليته. وإذا كان التصرف الباطل بطلاناً نسبياً بوصف عادة بأنه تصرف قابل للإبطال، ومعنى =

ومع ذلك فإن البيع الذى هو من قبيل الإدارة كبيع المحصول والبضائع فى المحل التجارى، وشراء البذور لزراعة أرض القاصر... الخ، لا حاجة فيه للحصول على إذن المحكمة (١).

(د) سلطة الحارس القضائى فى عقد البيع: القاضى هو الذى يحدد سلطة الحارس القضائى عند تعيينه (م ٧٣٣ مدنى). ويرجع إلى حكم

= ذلك أنه تصرف قائم منتج لآثاره حتى يتقرر إبطاله، إلا أنه يمكن القول بأن التصرف الباطل بطلاناً نسبياً قد يعنى أحياناً أنه قابل للتصحيح، ومعنى ذلك أن التصرف لا يعتبر قائماً ولا ينتج آثاره ما لم يتم تصحيحه. راجع فى تطبيق هذه التفرقة على رهن ملك الغير، كتابنا فى التأمينات الشخصية والعينية، ص ١٨٩. ونلاحظ أن محكمة النقض تعتبر أن تصرف الوصى بنير إذن المحكمة هو تصرف باطل بطلاناً نسبياً، ولكنها لا ترتب على هذا التصرف أى أثر قبل إقراره من القاصر بعد بلوغه سن الرشد أو إجازته من المحكمة، زى أنها لا تعتبر تصرف الوصى قائماً ومنتجاً لآثاره إلى أن يتقرر إبطاله وهو المعنى الشائع عن البطلان النسبى، بل هى تعتبر تصرف الوصى غير قائم وغير منتج لآثاره إلى أن تصححه إجازة المحكمة أو اقرار القاصر بنفسه بعد بلوغه سن الرشد. وهذا هو المعنى الثانى للبطلان النسبى أى القابلية للتصحيح وهو الذى طبقناه على التصرف فى ملك الغير أو تصرف الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب بنير إذن المحكمة. ونقول محكمة النقض «أن خطأ الحكم فى قوله إن البطلان المنصوص عليه فى المادة ٢٥٨ من القانون المدنى القديم هو بطلان مطلق مع أنه نسبى، لا يكون له تأثير فى مصير الحكم مادام هذا البطلان لم يزل لا برضاء القاصر بعد بلوغه سن الرشد ولا بإجازة المجلس الحسى» (طعن رقم ١٩٦ ص ١٧ ق، جلسة ١٩٥٠/٢/٢٣، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٨، فقرة ١٤٣). ونلاحظ أن محكمة النقض وقفت فى بعض الحرج فى سبب حكمها هذا لأنها أخطرت إلى القول بأن آثار البطلان النسبى هى نفس آثار البطلان المطلق وقد كان من الممكن أن تتفادى محكمة النقض هذا الحرج لو أنها أعطت للبطلان النسبى منيين أولهما هو القابلية للإبطال ولثانيهما هو القابلية للتصحيح. ومن ناحية أخرى فإن فكرة البطلان النسبى بمعنى القابلية للتصحيح تفنينا عن الأرهاق الذى يعاذه الفقه فى إتيانها إلى فكرة عدم النفاذ أو فكرة العقد الموقوف فى الشريعة الإسلامية، أو فكرة الشرط الواقف. راجع فى الأخذ بفكرة الشرط الواقف، عبد الرزاق السنهورى، ج ١، ص ٩٧، هامش ١.

(١) أعمال الإدارة هى النطاق العادى لنشاط الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب، ولذلك فإن عزل لهم عن أعمال الإدارة يعتبر عزلاً له عن الوصاية أو ما فى حكمها. راجع نقض مدنى ١٩٥٠/٢/٢٣، طعن رقم ١٩٦ ص ١٧ ق، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٨، فقرة ١٤٥.

القاضى لمعرفة حدود سلطة الحارس . فإذا لم ينص الحكم على حدود هذه السلطة فلا تكون للحارس سلطة إلا فى أعمال الإدارة . وبالتالي لا يكون للحارس أن يبيع أو يشتري إلا ما يدخل فى أعمال الإدارة بحسب ما ذكر فى هذا الشأن .

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة الباب الأول فى أركان البيع، وننتقل الآن إلى دراسة الباب الثانى فى آثار البيع .

الباب الثانى

آثار البيع

البيع عقد ملزم للجانبين. فهو ينشئ التزامات على عاتق البائع، والتزامات على عاتق المشتري، وندرس فى فصلين متتاليين التزامات البائع ثم التزامات المشتري.

الفصل الأول

التزامات البائع

ينشئ البيع على عاتق البائع أربعة التزامات هي الالتزام بنقل الملكية، والالتزام بالتسليم، والالتزام بضمان التعرض وضمان الاستحقاق، والالتزام بضمان العيوب الخفية. وندرس هذه الالتزامات في أربعة مباحث متتالية.

المبحث الأول

الالتزام بنقل ملكية المبيع

٣٢- نقل الملكية بوجه عام:

يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء أو بنقل حق مالى آخر. ويشمل ذلك الحقوق العينية كالانتفاع والرقبة والارتفاق والحكر، والحقوق الشخصية أى الالتزامات، والحقوق الذهنية وهى ما تسمى حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية، كحق المؤلف مثلاً. والاتفاق هو الذى يحدد الشيء المبيع سواء كان حقاً عينياً أو شخصياً أو ذهنياً.

ونستبعد من نطاق دراستنا الآن نقل الحقوق الشخصية، فان ذلك يتم عن طريق حوالتها. وحوالة الحق تدرس فى المكان الخاص بانتقال الالتزام من النظرية العامة للالتزام.

ونستبعد من نطاق دراستنا أيضاً الحقوق الذهنية، فهذه تنظم انتقالها قوانين خاصة. وهو ما تقرره المادة ٨٦ مدنى بقولها «الحقوق التى ترد على شئ غير مادى تنظمها قوانين خاصة».

وبذلك تقتصر دراستنا على نقل حق الملكية والحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن الملكية، وذلك عن طريق البيع.

وقد يندو طبيعياً في العصر الحديث أن البيع ينشئ التزاماً على عاتق البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري. ومع ذلك فإن هذا الحكم لم يكن دائماً هكذا في كل العصور. فإذا رجعنا إلى القانون الروماني إلى آخر مراحل تطوره، لم نجد البيع فيه ناقلاً للملكية أو منشئاً للالتزام على عاتق البائع بنقلها. بل كانت الملكية تنتقل بوضع من الأوضاع المادية كالإشهاد أو التنازل القضائي أو القبض أو التقادم^(١). أما البيع فهو لم يكن ناقلاً للملكية، بل لم يكن منشئاً للالتزام على عاتق البائع بنقل الملكية إلا إذا اشترط المشتري هذا الالتزام صراحة في العقد. وكان البيع ينشئ على عاتق البائع التزاماً بنقل الحيازة فقط إلى المشتري. وينشئ على عاتقه التزاماً آخر بضمان التعرض الصادر من جهته أو من الغير. وكان المشتري يقنع بانتقال

(١) كان الإشهاد أو التنازل القضائي لازماً لنقل ملكية الأشياء الثمينة، أما الأشياء غير الثمينة فكان يكفي فيها القبض أي التسليم. ثم هجرت هذه التفرقة ابتداء من العصر العلمي للقانون الروماني وأصبح التسليم كافياً لتحقيق انتقال الملكية بالنسبة لجميع الأشياء.

وقد حدث تطور آخر في المراحل الأخيرة للقانون الروماني، وتحت ضغط المعاملات التجارية التي كان يمولها اشتراط القبض أو التسليم لانتقال الملكية وقد تم هذا التطور في نطاق المقصود بالتسليم، مما أدى إلى جعل فكرة التسليم بمنزلة أكثر منها مادية. ومن هذا القبيل الاكتفاء بالتسليم الرمزي أي تسليم شيء يرمز إلى العین المبيعة كتسليم مفاتيح الخزان الذي يوجد به النبيذ المباع، أو التسليم باليد الطويلة، كأن يأخذ البائع المشتري إلى مكان مرتفع ويشير له من هذا المكان إلى الأرض المبيعة بدلاً من الذهاب إليها والتجول فيها أو حولها. وفي الإمبراطورية السفلى أصبح التسليم يتم بمجرد تسليم مستندات الملكية وأخيراً عرف القانون الروماني التسليم الحكمي كأن يكون المشتري مستأجراً للعین المبيعة. وحائزاً لها فلا تدعو الحاجة إلى تسليمها له من جديد إذا اشترى هذه العین من المؤجر، وسمى التسليم هنا، التسليم باليد القصيرة، أو أن يظل البائع حائزاً للعین المبيعة بصفته مستأجراً لها ولحساب المشتري. ولاشك أن هذه التطورات كانت مؤدية في آخر الأمر إلى الحكم الذي انتقل إلى القانون الفرنسي الحديث والذي بمقتضاه أصبح البيع منشئاً للالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه بمجرد العقد كقاعدة عامة. راجع مازرو، ج ٢، فقرة ١٦١٤.

الحيازة الهادئة إليه، ولم يكن فى حاجة إلى انتقال الملكية. وكثيراً ما كان البائع يحتفظ لنفسه بالملكية^(١). وترتب على ذلك أن يبيع ملك الغير كان صحيحاً فى القانون الرومانى، لأن البائع لم يكن يلتزم بنقل ملكية ليست له، وإنما يلتزم فقط بنقل حيازة المبيع الهادئة إلى المشتري وهو ما يمكن تنفيذه ولو لم يكن البائع مالكاً^(٢).

غير أن انتقال الملكية وأن لم يكن يترتب ضرورة على عقد البيع، إلا أنه كان يتفق مع طبيعة البيع، وكان يدل على ذلك أنه كان يجوز الاتفاق فى عقد البيع على التزام البائع بنقل الملكية^(٣)، ومن جهة أخرى فإنه لم يكن من الجائز الاتفاق فى عقد البيع على أن البائع لا ينقل الملكية إلى المشتري^(٤).

وقد انتقلت هذه الأحكام إلى القانون الفرنسى القديم، الذى لم يكن البيع فيه ناقلاً للملكية، وكانت الملكية تنتقل فيه بالقبض بعد أن اختفت الأوضاع الأخرى التى كانت موجودة فى القانون الرومانى. وقد أدى ذلك إلى أن الفقيه بوتيه وهو آخر فقهاء هذا القانون لم يذكر الالتزام بنقل الملكية فى تعريفه لعقد البيع. ومع ذلك فإن العمل كان يجرى فى أواخر عهد القانون الفرنسى القديم على جعل القبض أمراً صورياً، فكان يذكر فى

(١) راجع فى تفصيل هذا الموضوع جبرلر، القانون الرومانى، المرجع السابق، ص ٢٢٩ وما بعدها، وللولى الشرعى أن ينوب عن من هم فى ولايته فى قبول الهبة ولو كان هو الواهب. ولا يغير من ذلك صدور الهبة منه فى صورة بيع متى اشتمل العقد على أركان البيع، نقض ١٩٧٩/٣/١٤، ص ٣٠، ص ٧٨٦.

(٢) راجع فى بيع ملك الغير، مثل P. GUIHO فى المجلة الفصلية للقانون المدنى، ١٩٥٤، ص ١ وما بعدها.

(٣) L. 91. 1 Et L. 137. D. 2 DE VERB. OBLIG. 45'

راجع C. BUFNOIR، الملكية والعقد، الطبعة الثانية، ١٩٢٤، ص ٥١٦.

(٤) ومن جهة ثالثة فإن البيع كان شرطاً لانتقال الملكية بالتسليم، فإذا كان البيع غير كاف بمفرده لنقل الملكية، فإن التسليم وحده لم يكن ينقل الملكية بل لابد أن يسبقه عقد بيع صحيح. راجع، مازو، ج ٢، فقرة ١٦١٤.

العقد أن القبض قد تم وإن لم يكن قد تم فعلاً. ثم أصبح هذا الشرط من الشروط المألوفة في التعاقد، مما جعل العقد وحده من الناحية العملية هو الذى ينقل الملكية^(١). فلم تكن هناك إلا خطوة واحدة ليصبح البيع ناقلاً للملكية أو منشئاً للالتزام على عاتق البائع بنقلها، وقد خطا القانون الفرنسى الحديث لسنة ١٨٠٤ هذه الخطوة، فنص في المادة ١٥٨٣ منه على أن «الملكية تنتقل إلى المشتري بحكم القانون فى مواجهة البائع بمجرد الاتفاق على الشئ وعلى الثمن، ولو لم يكن الشئ قد سلم فعلاً، أو لم يكن الثمن قد دفع فعلاً منه». وهذا النص وغيره من النصوص قاطع الدلالة فى أن البيع يؤدى إلى إنتقال الملكية إلى المشتري وإن كان نص المادة ١٥٨٢ من القانون المدنى الفرنسى لازال يحمل بعض آثار القانون القديم فهو يقرر أن «البيع اتفاق يلتزم بموجبه أحد الطرفين بنسليم شئ، ويلتزم الطرف الآخر بدفع ثمنه»^(٢).

وقد أخذ القانون المدنى المصرى القديم والجديد على السواء بهذا الحكم الحديث الذى يجعل البيع مؤدياً إلى نقل ملكية المبيع إلى المشتري.

وإذا كان البيع فى القانون المصرى الحديث يمكن أن يرد على حقوق أخرى غير الملكية، إلا أنه يمكن القول أيضاً أنه يؤدى دائماً إلى نقل الملكية بحسب المعنى الواسع لهذا الإصطلاح. فكل حق شخصى يمكن أن يعتبر حق ملكية. فالحق الشخصى بحسب التعريف السائد هو استئثار بقيمة

(١) وكما قيل «التسليم فى الورق أصبح له نفس آثار التسليم الحقيقى» راجع BRISAUD، تاريخ القانون الخاص، ص ١٣٥، مازو، ج ٢، فقرة ١٦١٥.

(٢) يذهب اتجاه قوى فى الفقه الفرنسى إلى أن البيع لا ينشئ التزاماً على عاتق البائع بنقل الملكية ولكن الملكية تنقل بمجرد العقد، مازو، ج ٢، فقرة ١٦١٧، مازو، ج ٣، فقرة ٨٦٩، بلانول وروبير وهامل، ج ١٠، فقرة ١٩، أوبرى ورو، ج ٥، رقم ٣٤٩، هامش ٣٩ وما بعده، بودرى وسينيا، فقرة ١٥، ١٦، مالورى، أنسيكلويدى دالوز ج ٥، ص ٥٩٤، فقرة ٣٢.

معينة، استثنائاً يحميه القانون، والاستثناء في كل صورة يعنى تملك هذه القيمة والتسلط عليها. فالحق هو دائماً حق ملكية، والبائع يلتزم دائماً بنقل ملكية الحق الذى يبيعه (١).

وبحسب التصوير الفنى لانتقال الملكية فى القانون المصرى الحديث عن طريق البيع، فإن البيع لا ينقل الملكية مباشرة إلى المشتري، ولكنه ينشئ التزاماً على عاتق البائع بنقلها إلى المشتري، وهذا الالتزام أما أن ينفذ بمجرد العقد وبقوة القانون، وأما أن يعلق تنفيذه على توافر شرط أو شروط أخرى تتحقق فى المستقبل (٢).

والالتزام بنقل الملكية ينفذ فى الحال وبمجرد العقد وبقوة القانون إذا كان البيع وارداً على منقول معين بالذات، طبقاً للمادة ٢٠٤ مدنى التى تنص على أن «الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم. وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل». وقد أكد المشرع هذا الحكم مرة أخرى فى المادة ٩٣٢ مدنى التى تنص على أن «تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد. متى ورد على محل مملوك للتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤».

أما إذا كان البيع وارداً على منقول غير معين بالذات، فإن تنفيذ الالتزام بنقل الملكية يعلق على القيام بافراز الشئ المبيع، طبقاً للمادة ١/٢٠٥ مدنى التى تنص على أنه «إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شئ لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بافراز هذا الشئ». وإذا كان البيع وارداً على عقار فإن الالتزام بنقل الملكية لا يتحقق إلا بتسجيل عقد البيع. وهكذا فإن

(١) راجع فى اعتبار جميع الحقوق من قبيل حق الملكية بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح، دلهان، الحق الشخصى، ١٩٥٢، ص ٨٥ وما بعدها.

(٢) عبد الرزاق السنهورى، ج ١، قرة ٢٢٢.

الالتزام بنقل الملكية ينفذ أحياناً بمجرد العقد ويتوقف في أحيان أخرى على القيام بأعمال تمهيدية لا تنتقل الملكية بغير القيام بها. ولذلك فانه يكون من المفيد من الناحية النظرية أن نفرق بين التزام البائع بنقل الملكية، وبين تنفيذ هذا الإلتزام بانتقال الملكية فعلاً إلى المشتري^(١). ويلاحظ أن الأعمال التمهيدية الضرورية لإنتقال الملكية تقع غالباً على عاتق البائع وهو ما نوضحه فيما يلي.

(١) تعتبر التفرقة بين انعقاد العقد بما ينشأ عنه من التزامات، وبين تنفيذ هذه الالتزامات مظهراً من مظاهر تطور الفكر القانوني. أما العقيلة القانونية البدائية فانها لا تستطيع الفصل بين انعقاد العقد وبين آثاره، أو الفصل بين نشأة الإلتزام وبين تنفيذه، بل تشترط لانعقاد العقد أن يقوم المتصرف بتسليم الشئ إلى المتصرف إليه، وهذا هو العقد العيني الذي يختلط فيه انعقاد العقد بالالتزامات الناشئة عنه بتنفيذ هذه الإلتزامات، فيتم كل ذلك في لحظة واحدة وبمقتضى تصرف واحد وقد كان للبيع في بداية تطوره طابع عيني، ولكن بحاجة المعاملات إلى التعامل بالأجل كانت نقطة البداية التي تحول البيع بسببها إلى عقد رضائي لا يشترط لانعقاده أن يتم التسليم لحظة انعقاد العقد. والواقع أن حاجة المعاملات إلى الزمن كانت هي الأساس الذي بنيت عليه نظرية الإلتزام في مجموعها، ونظرة في العقود بصفة خاصة. وفكرة الزمن حتمية في الإلتزامات التي يكون محلها القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهي أيضاً ضرورية في كثير من الحالات بالنسبة للإلتزامات التي يكون محلها إعطاء شئ كالإلتزام البائع بنقل ملكية شئ لم يوجد بعد أو شئ موجود ولكنه ليس في حيازة البائع بعد أو هو في حيازة البائع ولكن لا يريد تسليمه في الحال.. الخ أو كالإلتزام المشتري بدفع الثمن، إذا كان لا يستطيع دفع الثمن في الحال أو لا يرغب في ذلك لأي سبب من الأسباب.

وحاجة المعاملات إلى الزمن هي التي فرضت على العقيلة القانونية أن تقبل انعقاد العقد بمجرد التراضي وبغير تسليم الشئ محل العقد، وهذه هي فكرة الرضائية. وهي التي فرضت على العقيلة القانونية أن تميز بين آثار العقد أي الإلتزامات الناشئة عنه، وبين تنفيذ هذه الإلتزامات فعلاً، وكل نظرية الإلتزام تدور حول هذه التفرقة (نشأة الإلتزام) أي مصادر الإلتزام وفي مقدمتها العقد (وأحكام الإلتزام) أي تنفيذ الإلتزام بعد نشأته.

وقد ساعد على هذا التطور في نظرية الإلتزام تطور آخر في نظرية الحق العيني، وهو إمكان التفرقة بين الشئ وبين الحق الوارد عليه سواء كان حق ملكية أو غيره، فلم يعد التسليم لازماً لانتقال الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، بل أصبحت الملكية تنتقل بغير حاجة إلى تسليم.

وبعد كل هذه التفرقات الدقيقة التي وصل إليها القانون الحديث أصبح التسليم غير لازم لانعقاد العقد ولا لانتقال الملكية. فالعقد ينعقد بمجرد التراضي بين الطرفين، والعقد ينشئ التزاماً على عاتق البائع بنقل الملكية إلى المشتري، وهذا الإلتزام يتم تنفيذه فوراً بمجرد العقد =

٣٣- التزام البائع بالقيام بالأعمال اللازمة لنقل الملكية :

تنص المادة ٤٢٨ مدنى على أنه «يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشتري، وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً».

وطبقاً لهذا النص فإن البائع يلتزم بالقيام بأعمال بعضها إيجابى وبعضها سلبى حتى يمكن أن ينتقل الحق المبيع إلى المشتري. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد أنه «قد يطلب من البائع أن يقوم بأعمال مادية إيجابية أو سلبية، من شأنها أن تجعل نقل الملكية متيسراً. من ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل، وتصديق البائع على إمضائه تمهيداً لتسجيل العقد، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع، وفرز المثليات، والإمتناع عن التصرف فى العين تصرفاً يضر بالمشتري»^(١). وجاء فى المذكرة الإيضاحية أيضاً «وعلى البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشئ المبيع، كأن يبين له حدود العين المباعة وما عليها من حقوق وتكاليف، وعليه أن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بالمبيع كمستندات الملكية والعقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى فى حق المشتري وصورة من المستندات التى يستبقيها لتضمنها حقوقاً أخرى غير حق المشتري»^(٢). وقد جاء قول المذكرة الإيضاحية هذا تعليقاً على نص كل وارداً فى المشروع التمهيدي وكان يقرر أنه «يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشئ المبيع، وأن تقدم له الأوراق والمستندات

=طبقاً للقانون فى بعض الحالات، وتأخر تنفيذه إلى وقت لاحق فى بعض الحالات الأخرى. راجع أهمية فكرة الزمن فى وجود نظرية الالتزام وفى تطورها، بحثنا السابق الإشارة إليه فى رهن المال المستقل، المجلد الفصلية للقانون المدنى، ١٩٧٠، ص ٤٤٥ وما بعدها.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٤٣.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٥٢، ص ٥٣.

المتعلقة بهذا الشيء. وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة (١).

والواقع أن أهم الأعمال الإيجابية التي يجب على البائع القيام بها حتى يجعل نقل ملكية المبيع أمراً ممكناً هو أن يقدم للمشتري مستندات الملكية وأن يصدق بتوقيعه على عقد البيع إذا كان المبيع عقاراً، وأن يقوم بافراز المبيع إذا كان منقولاً.

كما أن أهم الأعمال السلبية التي يجب على البائع أن يكف عنها هي أن يهدم المبيع أو يعمل على إتلافه أو هلاكه، أو أن يتصرف في المبيع إلى الغير سواء في ذلك أكان المبيع عقاراً أو منقولاً. فإذا كان المبيع عقاراً وباعه البائع مرة ثانية إلى مشتر ثان قام بتسجيل عقده أولاً فإن انتقال الملكية إلى المشتري الأول يصبح مستحيلاً، وإذا كان المبيع منقولاً وباعه البائع إلى مشتر ثان حسن النية وسلمه إليه، فإن البيع الأول يصبح غير مجد في نقل الملكية إلى المشتري الأول.

٣٤- شروط انتقال الملكية إلى المشتري:

يشترط لانتقال الملكية للمشتري أن يكون المبيع شيئاً معيناً بالذات، وأن يكون مملوكاً للبائع، وألا يوجد نص أو اتفاق يعلق إنتقال الملكية على حدوث أمر معين.

أما شرط أن يكون المبيع شيئاً معيناً بالذات فهو مستمد من طبيعة الحق العيني الذي ينتقل إلى المشتري. فالحقوق العينية تتميز أساساً بأنها حقوق واردة على شيء معين بالذات (٢)، فإذا لم يكن المبيع معيناً بالذات فلا يمكن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، ص٥٥، هامش ١.

(٢) راجع في أن معيار الحق العيني ليس هو الأفضلية أو التتبع، وإنما هو الاختصاص بشئ معين بالذات، بحثنا السابق الإشارة إليه من رهن المال المستقبل، ص٤٧٧.

أن تنتقل ملكيته أو أى حق عينى آخر عليه إلى المشتري، بل لابد من إفرازه حتى يصبح معيناً بالذات. ويصدق نفس الأمر أيضاً على بيع الأشياء المستقبلية فإن انتقال ملكيتها إلى المشتري يتوقف على تحققها فعلاً فى المستقبل^(١). وإذا كان محل التزام البائع تخييراً فإن انتقال الملكية لا يتحقق إلا بتحديد المحل المختار من صاحب الحق فى الخيار. أما إذا كان محل الالتزام بدلاً فإنه يكون وارداً على شئ واحد معين بالذات وإن كانت ذمة المدين تبرأ إذا هو أدى بدلاً منه شيئاً آخر. ولذلك فإن محل الالتزام يكون معيناً بالذات منذ البداية.

والشرط الثانى هو أن يكون المبيع مملوكاً للبائع، وهذا شرط طبيعى لأن البائع يلتزم بنقل الملكية. والإنسان لا يستطيع أن ينقل ملكية شئ لا يملكه، لأن فاقده الشئ لا يعطيه. ولذلك فإن بيع ملك الغير لا يؤدى إلى إنتقال الملكية إلى المشتري^(٢).

والشرط الثالث هو ألا يكون نقل الملكية معلقاً على حدوث أمر معين بنص القانون أو الإتفاق. ومن أمثلة النص القانونى على تأخير نقل الملكية لحين حدوث أمر معين، الحكم التشريعى الذى يجعل الملكية فى العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل. ومن أمثلة الإتفاق على تأخير نقل الملكية إلى حين حدوث أمر معين، الاتفاق على أن الملكية لا تنتقل إلا عند التسليم، أو عند وفاء المشتري بكامل الثمن. وهذا الشرط الأخير مألوف فى المعاملات

(١) ولكن العقد ينعقد بائناً قبل أن يوجد الشئ المبيع، فتحقق الشئ المستقبل لازم لتنفيذ التزام البائع بنقل الملكية ولكنه غير لازم لانعقاد العقد، ولذلك لا يصح تكليف بيع الأشياء المستقبلية على أنه بيع معلق على شرط واقف لأن محل الالتزام يتصور أن يكون وصفاً له.

(٢) ولكن عقد البيع لا يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، بل هو باطل بطلاناً نسبياً بمعنى القابلية للتصحیح، أى أنه يصبح صحيحاً إذا أقره مالك الشئ أو إذا أصبح البائع نفسه مالكاً للشئ الذى باعه وهو غير مالك له. واعتباراً من هذا الوقت يصبح البيع منشأاً لالتزام بنقل الملكية.

التجارية وقد ورد بشأنه نص خاص هو نص المادة ٤٣٠ مدنى التى تقرر أنه (١) إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على اسيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع. (٢) فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضى تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤. (٣) فإذا وفيت الأقساط جميعاً، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع. (٤) وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً (١).

وبلاحظ أنه فى الحالات التى يعلق فيها القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على حدوث أمر معين، فإن الإلتزام بنقل الملكية ذاته يكون قد نشأ بمجرد العقد ولكن تنفيذه هو الذى يتأخر إلى حين حدوث الأمر الذى علقه عليه انتقال الملكية. ويرى البعض أن تأخير انتقال الملكية لا يعنى أن انتقال الملكية قد تم تأجيله، فالملكية بحسب طبيعتها حق دائم، بينما الأجل يجعلها مؤقتة وهو ما يتعارض مع طبيعتها، ولذلك فإن الصحيح أن ينظر إلى تأخير انتقال الملكية على أنه تعليق للإلتزام بنقلها على شرط واقف هو حدوث الأمر الذى حدده القانون أو الاتفاق (٢).

(١) راجع كتابنا فى عقد الإيجار، ققرة ١٤، وراجع:

Joseph Hamel, Ventes à Temperaments et Location-Ventes, D.H. Chronique, 1930, p. 141.

(٢) عبد الرزاق السنهورى، ج٤، ص ٤٢٠ هامش ١ ويدور لنا أن تأخير انتقال الملكية يكون معلقاً على شرط إذا كان الحدث المستقل الذى علق عليه انتقال الملكية غير محقق الوقوع، ويكون مضافاً إلى أجل إذا كان الحدث المستقبل محقق الوقوع وهذا بتطبيق محض للقواعد الخاصة بأوصاف الإلتزام، وهى لا تمتنع تطبيقها بحجة تأييد حق الملكية. لأن الملكية وأن كانت مؤبدة بحسب الأصل إلا أنها قد تكون مؤقتة فى بعض الأحيان كما هو الشأن فى ملكية المائى المقامة على أرض الغير أو الملكية الشائعة فى نظر البعض، راجع كتابنا فى =

فإذا توافرت الشروط الثلاثة السابق ذكرها بأد كان المبيع مملوكاً للبائع
ومعينا بالذات ولا يوجد نص في القانون أو الاتفاق على تأخير انتقال
الملكية، فإن الملكية تنتقل في الحال.

٣٥- آثار انتقال الملكية فعلاً إلى المشتري:

يلاحظ أن الالتزام بنقل الملكية يتضمن التزاماً فرعياً بتسليم المبيع إلى
المشتري. فالتسليم لم يعد شرطاً لانتقال الملكية كما كان الحكم في القانون
الفرنسي القديم والقانون الروماني، بل أصبح التزاماً تبعياً للالتزام بنقل
الملكية. وتنص المادة ٢٠٦ مدني في هذا الشأن على أن الالتزام بنقل حق
عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم.

غير أن التسليم وأن أصبح تابعا لانتقال الملكية، إلا أنه هو الذي يؤدي
إلى أن نخلص الملكية للمشتري من الناحية المادية. فهو الذي يؤدي إلى
سيطرة المشتري على الشيء الذي آلت إليه ملكيته سيطرة حقيقية. ولذلك
فإن المشرع جعل تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية. فردا
هلك الشيء في يد البائع فانه يهلك عليه ولو كانت قد انتقلت ملكيته إلى
المشتري. أما إذا هلك الشيء في يد المشتري فانه يهلك عليه ولو لم تكن
ملكيته قد انتقلت إليه. وعلى هذا النحو فإن انتقال الملكية لا يؤدي إلى
انتقال تبعة الهلاك إلى المشتري على خلاف الحكم المقرر في القانون
الفرنسي^(١) وبالاتفاق مع الحكم المقرر في الشريعة الإسلامية.

=التأمينات الشخصية والعينية، ص ١٩٨ منصور مصطفى منصور، تحليل أثر قيمة الأموال
النائمة، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، يناير عام ١٩٦٤ ص ١٠٦، ١٨٢ راجع في مسألة
تأجيل انتقال الملكية، بلاكبول ديوير وهامل، جزء ١٠، فقرة ١١٠ مالوري، أنسيكلويدى
دالوز، ج ٥، ص ٥٩٤، فقرة ١٣٥، مازو، ج ٢، فقرة ١٦١٨.

(١) الحكم المقرر في القانون الفرنسي هو أنه بمجرد إتمام البيع تنتقل الملكية إلى المشتري
وكذلك تنتقل إليه تبعة هلاك المبيع حتى ولو لم يكن قد تسلم فعلاً وبطبيعة الحال فإن
المشتري يستطيع أن يحمل البائع تبعة الهلاك إذا هو أحضره بتسليم المبيع ولكن البائع لم يتم =

وإذا كان انتقال الملكية لا يؤدي بذاته في القانون المصرى إلى انتقال
تبعه الهلاك إلى المشتري إلا أنه يترتب آثاراً أخرى هي:

(١) بمجرد انتقال الملكية يصبح للمشتري الحق في التصرف في
الشيء الذي انتقلت إليه ملكيته سواء كان قد تسلمه أو لم يتسلمه بعد،
وسواء كان هذا الشيء عقاراً أم منقولاً. فيجوز للمشتري أن يبيع الشيء مرة
أخرى أو أن يرهنه أو أن يرتب عليه أى حق عيني آخر لأى شخص من
الأشخاص.

(٢) يكون للمشتري ثمر المبيع ونماؤه. وهو يتحمل مصروفات حفظه
وصيانته والتكاليف المفروضة عليه (م ٢٥٨ مدنى).

(٣) تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري في حق ورثة ودائني كل
منهما. فلا يصبح لورثة البائع أو دائنيه أى حق على الشيء المبيع، بينما
يؤول الشيء إلى ورثة المشتري. ويجوز لدائني المشتري التنفيذ عليه سواء في
يد المشتري نفسه أو في يد ورثته (١).

= بالتسليم. ومع ذلك فهذا الفرض لا يمكن أن يتحقق في الحالات التي يكون فيها التسليم
مؤجلاً بمقتضى العقد ذاته. ويتخذ الفقه الفرنسى هذا الحكم لما فيه من خلط بين انتقال
الملكية وبين انتقال تبعه الهلاك. ويلاحظ جانب من الفقه الفرنسى بشئ من التقدير أنه عند
وضع مشروع للقانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية سجل واضع المشروع عدم
اتفاقهم حول ما إذا كان إتمام البيع ينقل الملكية أو لا ينقلها (م ١٢ من المشروع)، ومع ذلك
فقد اتفق واضعو المشروع على استبعاد الحكم المقرر في القانون الفرنسى والذي يجعل انتقال
تبعه الهلاك مرتبطاً بانتقال الملكية، فصت المادة ١٠٩ من المشروع على أن «المخاطر تنتقل إلى
المشتري من وقت التسليم بحسب الشروط المحددة في العقد أو في هذا القانون». ونصت المادة
١١٠ من المشروع على أن تبعه الهلاك تنتقل إلى المشتري من الوقت، الذي يصبح هو فيه
متأخراً في تسليم الشيء المبيع. راجع، مازو، ج ٢، فقرة ١٦١٧، ج ٣، فقرة ٩٠٤ ومن
الواضح أن الحكم الذي أخذ به مشروع القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية بالنسبة
لتبعه الهلاك هو نفس الحكم الذي سبق إلى الأخذ به القانون المدنى المصرى لما كان محل
البيع منقولاً أو عقاراً.

(١) وتترتب هذه الآثار أيضاً بمجرد العقد وقبل انتقال الملكية إذا كانت إجراءات التسجيل
لم تتم بعد، وذلك على أساس الالتزامات الشخصية الناشئة عن عقد البيع وقد قضت =

(٤) يترتب على النتيجة السابقة أنه إذا أفلس البائع بعد أن انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري وبعد أن قبض البائع الثمن. فإن للمشتري أن يسترد الشيء المبيع ويستأثر به دون جماعة الدائنين باعتباره مالكا له.

وكل ما سبق قوله عن انتقال الملكية بوجه عام يصدق على العقار والمنقول. رنتقل الآن إلى بيان الأحكام الخاصة بانتقال ملكية المنقول، ثم الأحكام الخاصة بانتقال ملكية العقار.

المطلب الأول

انتقال الملكية في المنقول

المنقول إما أن يكون معيناً بذاته أو معيناً بنوعه. وحكم انتقال الملكية بالنسبة للحالة الأولى يختلف عن الحكم بالنسبة للحالة الثانية.

١- المنقول المعين بالذات

٣٦- انتقال الملكية في الحال وبمجرد العقد:

طبقاً لنص المادة ٢٠٤ مدني و٩٣٢ مدني فإن الملكية تنتقل من البائع

= محكمة النقض بأنه «وإن كثرت للملكية لا تنقل بمقد البيع غير المسجل إلا أنه ترب عليه التزامات شخصية وهذه الالتزامات وأهمها تمكن المشتري من نقل الملكية تبقى في تركة المورث بعد وفاته، ويلتزم بها ورثته من بعده. وإذا فليس للوراث أن يمسك ضد المشتري بعدم تسجيل العقد الصادر له من المورث» (طعن رقم ٤٤، س١٠، جلسة ١٩٤١/١/٢٣). مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص٣٥٣، فقرة ٥٣، وقضت محكمة النقض بأنه ليس للدائن المادي الإدعاء بأي حق على المبيع يتنافى مع تعهد البائع ولا يجوز له التنفيذ عليه بعد وفاة البائع باعتباره مملوكاً لمدينه، طعن رقم ٣٦، س١٣، جلسة ١٩٤٤/٣/٢، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص٣٥٢، فقرة ٥٢. وملاحظ أن المشتري في هذا الحكم الأخير كان قد سجل حكماً بصحة التعاقد صدر لمصلحته في مواجهة الورثة قبل أن يشرع الدائن المادي في اتخاذ إجراءات التنفيذ. أما إذا كان الدائن المادي قد سجل تنبيهه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري الحكم الصادر لمصلحته بصحة التعاقد لأصبح هذا الحكم غير نافذ في مواجهة الدائن الذي سجل تنبيهه نزع الملكية أولاً (م ٤٠٥ من قانون المرافعات).

إلى المشتري بمجرد العقد إذا كان الشيء المبيع منقولاً معيناً بالذات يملكه البائع. ومعنى ذلك أن التزام البائع بنقل الملكية ينفذ فوراً بمجرد نشأته وبحكم القانون. وتنتقل الملكية على هذا النحو سواء تسلم المشتري المنقول للمبيع أو لم يتسلمه.

ولا يتم انتقال الملكية في العلاقة بين المتعاقدين فحسب، بل بالنسبة للغير أيضاً.

ففي العلاقة بين المتعاقدين فإن الملكية تنتقل إلى المشتري الذي يجوز له أن يبيع المنقول مرة أخرى إلى مشتر ثان ولو لم يكن قد تسلمه من البائع له. وتنتقل الملكية في هذه الحالة من المشتري الأول إلى المشتري الثاني، وليس من البائع الأول إلى المشتري الثاني.

وبالنسبة للغير فإن الملكية تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد، فلا يجوز لأحد من الغير أن يتقدم لشراء الشيء من بائعه بعد أن انتقلت ملكيته إلى المشتري. وهو إذا فعل ذلك عن سلم فإنه يكون سعي النية ولا يمكن أن يكتسب أى حق على المنقول الذى آل إلى المشتري الأول. ولكن إذا تقدم شخص من الغير وهو حسن النية، واشترى المنقول من البائع رغم سبق انتقال ملكيته إلى المشتري الأول، ثم تسلم المشتري الثاني المنقول، فإنه يكتسب ملكيته في هذه الحالة. وهو لا يكتسب هذه الملكية من البائع، لأن البائع لم يعد مالكا للمنقول بعد أن باعه للمشتري الأول. ويبيع ملك الغير لا يؤدي إلى إنتقال الملكية. ولكن المشتري الثاني يكتسب الملكية من المشتري الأول وهو المالك الحقيقي للمنقول. وسبب اكتساب الملكية للمشتري الثاني ليس هو العقد، إذ لا عقد بينه وبين المشتري الأول، ولكن سبب اكتساب ملكيته هو الحيازة بحسن نية^(١).

(١) عبد الرزاق السنهوري، ج٤، فقرة ٢٤٣، ج٣، فقرة ١٩٠٠، قارن مع ذلك مازر، ج٢، فقرة ١٩١٦ حيث تقرأ أن المشتري الثاني لا يصبح مالكا أبداً لأن البائع فقد نهائياً ملكيته عندما نقلها للمشتري الأول.

والشئ المعين بذاته هو الشئ الذى يعين تعييناً كافياً فلا يختلط بغيره
وقد سبق أن رأينا أن المنقول المعين بالنوع يمكن أن يعتبر معيناً بالذات إذا
كان البيع فيه جزافاً (١).

٢- المنقول المعين بالنوع

٣٧- انتقال الملكية بالافراز:

الأشياء المعينة بنوعها هى الأشياء التى يقوم بعضها مقام بعض فى
الوفاء والتى تقدر بالوزن أو بالكيل أو بالعد أو بالمقاس. ولا تنتقل الملكية فى
هذه الأشياء بمجرد العقد، بل لابد من إفراز الشئ المبيع حتى تنتقل
ملكيته، وبغير الافراز لا يمكن تصور اكتساب حق عينى على المبيع، ولذلك
جعل المشرع الافراز شرطاً لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري أو بتعبير آخر هو
شرط لتنفيذ البائع التزامه بنقل الملكية إلى المشتري (٢). وقد نصت على هذا

(١) راجع ما سبق، فقرة ١٠.

(٢) المقصود بأن الإفراز شرطاً لتنفيذ البائع التزامه بنقل الملكية، ليس أن التزام البائع بنقل
الملكية معلق على شرط، بل المقصود فقط أنه بغير الافراز لا يستطيع البائع أن ينقل الملكية إلى
المشتري. ولا يصح القول بأن التزام البائع معلق على شرط هو قيامه بافراز المبيع. لأن مثل هذا
الشرط يكون شرطاً إدارياً محضاً من جانب المدين وهو يطل الالتزام. وليس من الصحيح أيضاً
أن الإفراز أجل أضيف إليه التزام البائع، لأن العقد قد يتضمن تاريخاً معيناً يتعين على البائع أن
يقوم فيه بالإفراز وهذا التاريخ هو أجل الالتزام. وإذا لم يوجد تاريخ محدد لإفراز المبيع فيكون
من الواجب على البائع أن يقوم بالافراز فور انعقاد العقد. والصحيح فى تكييف الإفراز أنه التزام
فرعى يقع على عاتق البائع تنفيذاً لالتزامه الأصلي بنقل الملكية. ونظراً لأن المثليات لا تهلك
أهدأ، فهي موجودة دائماً فى الأسواق، فإن التزام البائع بالإفراز لا يتصور أن يصبح مستحيلاً
فإذا لم يتم بتنفيذه البائع نفسه أجاز للمشتري أن ينفذه على نفقة البائع بعد استئذان القاضى
أو دون استئنائه فى حالة الاستعجال كما هو مذكور فى المتن.

ولكن مهما بادر البائع بتنفيذ التزامه بافراز المبيع، فلا بد أن تنقضى فترة من الزمن ولو
ضئيلة للغاية بين نشأة التزام البائع بنقل الملكية وبين تنفيذ هذا الالتزام عن طريق إفراز المبيع
وهذه الفترة الزمنية تبرر بوضوح ضرورة التفرقة بين الالتزام بنقل الملكية الناشئ عن عقد البيع،
وبين انتقال الملكية فضلاً تنفيذاً لهذا الالتزام.

الحكم المادة ٢٠٥ مدنى بقولها «(١) إذا ورد الالتزام بنقل حق عيى على شىء لم يعين إلا بنوعه، فلا يتنقل الحق إلا بافراز هذا الشىء (٢) فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شىء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشىء من غير اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض». وتأكد هذا الحكم أيضاً بنص المادة ٥٣٣ مدنى التى تقرر أن «المنقول الذى لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بافرازه طبقاً للمادة ٢٠٥».

والافراز يتم بالطريقة التى تتفق مع طبيعة المبيع. وعادة يتم الافراز وقت التسليم. ولكن يحدث أحياناً أن يتم الافراز قبل التسليم، كأن يقوم البائع بتجنيب الشىء المبيع فى مخزنه مع وضع علامة عليه تفيد أن ما تم تجنيبه يتعلق بمشتر معين، أو بعقد بيع معين. وإذا كان الافراز يتم أحياناً قبل التسليم إلا أنه من غير المتصور أن يتم الافراز بعد التسليم، لأن التسليم لا يكون متصوراً إلا بالنسبة لشيء مفرز.

وإذا تم الافراز قبل التسليم فإن الملكية تنتقل إلى المشتري بالافراز ولا يتأخر انتقالها إلى وقت التسليم ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك.

= والفترة الزمنية اللازمة لتنفيذ الالتزام *délai d'exécution* ليست هى الأجل *Terme* الذى يوصف به الالتزام أحياناً، وإنما هى فكرة مستقلة تتصل بطبيعة الالتزام فى صورته البسيطة فى كثير من الأحيان فكل التزام يحمل أو بالامتناع عن عمل هو التزام وارد على شىء مستقبل ولا بد فيه من فترة زمنية حتى يمكن تنفيذه، والالتزام بإعطاء شىء مستقبل معين بالذات لابد فيه من فترة زمنية حتى يتحقق الشىء ويمكن تنفيذ الالتزام. أما الأشياء المعينة بنوعها فهى لا يمكن أن توصف بأنها أشياء مستقبلية، فكما أن المثليات لا تهلك أبداً فهى أيضاً لا تتحقق فى المستقبل أبداً، بل هى موجودة دائماً فى الحاضر. ومع ذلك فإن نقل ملكيتها يحتاج إلى فترة من الزمن للقيام بإفرازها. وفى كل الحالات - وهى تشمل الجانب الأكبر من المعاملات - يكون الزمن فيها لازماً لتنفيذ الالتزام لزوماً مرتبطاً بطبيعته البسيطة غير الموصوفة. راجع فى هذا الموضوع بحثاً فى رهن المال المستقبل، المجلد الفصلية للقانون المدنى ١٩٧٠، ص ٢٥٥.

وإذا سم الافراز وانتقلت الملكية فإن سعة الهلاك نظل على عاتق
البائع إلى أن يتم التسليم، لأن سعة الهلاك مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال
الملكية.

وإذا لم يتم البائع بافراز المبيع. فإن للمشتري أن يحصل من الأسواق
على شئ من نفس النوع المتفق عليه في العقد وهو يحصل على هذا الشئ
على سعة المدين ويرجع عليه بالثمن والمصروفات. بل والتعويض أيضاً إذا
كان تأخير البائع في افراز المبيع قد نشأ عنه ضرر للمشتري. والأصل أن
المشتري يحصل على اذن من القاضى قبل أن يقوم بذلك، ولكن له أن
يفعل ذلك دون اذن من القاضى في حالة الاستعجال وبعد أن يكون قد
أعذر البائع. ويجوز للمشتري كذلك أن يطلب من البائع دفع قيمة الشئ
ولو كانت أعلى من الثمن المتفق عليه، كما يجوز له في هذه الحالة أيضاً
أن يطالب بالتعويض إذا كان له مقتضى. ويجوز للمشتري أخيراً أن يطلب
الفسخ مع التعويض إذا كان له مقتضى^(١)

٣٨- انتقال الملكية في الأشياء المصدرة:

تنص المادة ٩٤ من القانون التجارى على أن «البصائع التى نخرج من
مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها فى الطريق على من يملكها ما لم
يوجد شرط بخلاف ذلك». ويربط هذا النص بين الافراز والتسليم، فهو
يفترض أن الافراز يتم فى نفس الوقت الذى يتم فيه التسليم، وبذلك يتعاصر
الافراز والتسليم وانتقال الملكية وانتقال سعة الهلاك فى نفس الوقت^(٢).

(١) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط ج-٢، فقرة ١٤٢٣ منصور مصطفى منصور، فقرة
٦٣، اسماعيل غانم، فقرة ١٩٤، أنور سلطان وجمال العدوى، فقرة ٢٦٨

(٢) من الواضح أن صياغة المادة ٩٤ من القانون التجارى متأثرة بالحكم المقرر فى القانون
الفرنسى الذى تربط فيه سعة الهلاك بالملكية. ومحاولة الفقه المصرى التوفيق بين هذا الحكم
وبين ما هو مقرر فى القانون الجديد من ارتباط سعة الهلاك بالتسليم لا بانتقال الملكية على
أساس افتراض أن إرادة المتعاقدين قد تصرفت إلى جعل التسليم والافراز وانتقال الملكية يتمون=

ويبقى بعد ذلك التساؤل عن الوقت الذى يحدث فيه كل ذلك ويرجع فى تحديد ذلك إلى الاتفاق. فاما أن ينص الاتفاق على أن التسليم يتم عند الشحن أى فى محطة التصدير، أو أن يتم عند التفريغ أى فى محطة الوصول. وبحسب هذا الاتفاق يتحدد ميعاد انتقال الملكية وميعاد التسليم والشخص الذى يتحمل تبعة الهلاك، إذ لا زالت تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم وأن تعاصر التسليم مع انتقال الملكية.

فإذا اتفق على أن التسليم يتم فى محطة التصدير، فإن المشتري يصبح مالكا للبضائع المصدرة منذ تصديرها وهو الذى يتحمل تبعة هلاكها فى الطريق^(١). ويسمى البيع فى هذه الحالة البيع سيف CIF وهذه الحروف اختصار لكلمات cost, insurance, freight (المصروفات والتأمين والنولون)، لأن البائع هو الذى يتحملها. وإذا اتفق على أن التسليم يتم فى ميناء الشحن على ظهر السفينة التى يعينها المشتري، وهو ما يسمى بالبيع Fob فإن المشتري يصبح مالكا للشئ المبيع من هذا الوقت ويتحمل هو أيضاً تبعة الهلاك فى الطريق^(٢).

= جميعاً فى وقت واحد، وهو ما ذكرناه فى المتن، لا يبدو أن يكون اجتهاداً فى التفسير
فحسب. راجع عبد الرزاق السنهورى، ج٤، فقرة ٤٢٨

(١) نقض مدنى ١٩٥٩/١٢/١، طعن رقم ٢٣١ س ٢٥٥ ق، مجموعة المكتب الفنى
س ١٠، ص ١٧٨٣، راجع مصطفى كمال طه، الوجيز فى القانون البحرى، ١٩٧١، ص ٣٥١
وما بعدها.

(٢) البيع Fob هو اختصار لكلمات FREE ON BOARD وقد قضت محكمة
النقض بأن مفاد التعاقد بين البائع والمشتري على بيع البضاعة F.O.B. أن يتم تسليم
البضاعة فى ميناء القيام منذ شحنها على ظهر السفينة، وأن تبرأ منذ ذلك الوقت ذمة البائع من
الالتزام بالتسليم وتنقل ملكية البضاعة إلى الشركة المشترية التى تلتزم وحدها بمخاطر الطريق،
ويقع على عاتقها عبء التعاقد على نقل البضاعة من ميناء الشحن إلى ميناء الوصول والتأمين
عليها إلا أن تيب البائع فى إبرام هذا التعاقد لمصلحتها بوصفه وكيلها عنها. (طعن رقم ٦٤
س ٣٠ ق، جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٧، مجموعة المكتب الفنى، س ١٧ ص ١٩٧٩، نقض
س ١٩٥٨/١١/١٣، طعن رقم ٢٨٣ س ٢٤ ق، مجموعة المكتب الفنى، س ٩ ص ٦٩٩ =

فإذا لم يوجد اتفاق على أى من الأمرين، فإنه فى المسائل التجارية يؤخذ بما يجرى عليه العرف، أما فى المسائل المدنية فإنه يطبق نص المادة ٤٣٩ التى تقرر أنه «إذا وجب تصدير المبيع للمشتري، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك».

وإذا كانت تبعة الهلاك تتلاقى دائماً مع انتقال الملكية، فإن ذلك فقط فى البضائع وغيرها من الأشياء المعينة بنوعها أما الأشياء المعينة بالذات، فإن ملكيتها تنتقل بمجرد العقد، فإذا تأخر تسليمها إلى وقت وصولها إلى المشتري، فإن تبعة الهلاك فى الطريق تكون على البائع رغم انتقال الملكية إلى المشتري بمجرد العقد^(١).

المطلب الثانى

انتقال الملكية فى العقار

٣٨- لا تنتقل الملكية الا بالتسجيل:

سبق أن رأينا أنه بحسب نص المادة ٢٠٤ مدنى فان «الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق. إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل».

وقد نص المشرع فى المادة ٩٣٤ مدنى على أنه «(١) فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى، سواء أكان ذلك فيما

= ولاحظ أنه لا فرق بين البيع «سيف» والبيع «فوب» ، من حيث تحمل تبعة الهلاك إذ أن المشتري هو الذى يتحمل تبعة الهلاك أثناء النقل فى كل من البيعين والفارق الأساسى بينهما هو أن البائع يلتزم فى البيع سيف بأنه يقوم بعمليات الشحن والتأمين راجع - مادة جـ ٣، فقرة ٩٢٧

(١) - عبد الرزاق السهرى، حـ ٤ الفقرة ٢٤٨، فقرة ٣١١

بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري. (٢) ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة، ويندرج الأحكام المتعلقة بهذا الشهر.

وطبقاً لهذه النصوص فإن التزام البائع بنقل الملكية إذا كان محله عقاراً فلا ينفذ إلا بتسجيل عقد البيع. ونظام التسجيل لا ينطبق على البيع العقاري وحده بل يمتد إلى كل التصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية، والتصرفات الكاشفة لهذه الحقوق أيضاً. وهو ما يعنى بتنظيمه قانون تنظيم الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦ الذي ينص في المادة ٩ منه على أن (١) جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية. (٢) ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم. (٣) ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن.

والسبب في اشتراط التسجيل هو شهر الحق العيني الأصلي الوارد على العقار لا مكان الاحتجاج به في مواجهة الغير. فإذا أراد أى شخص أن يتعامل بشأن عقار معين فإنه يستطيع أن يعلم بكل الحقوق الواردة على هذا العقار فيكون تعامله على أساس سليم. ولو كانت الحقوق تثبت على العقار بغير شهر لما أمكن لأى شخص أن يعلم ما إذا كان هذا العقار مملوكاً للشخص الذى يتعامل معه أو غير مملوك له. ولما أمكنه أن يعلم ما إذا كان هذا العقار مثقلاً بحق عيني أو أنه خال من كل حق عليه، ولأدى ذلك إلى وقوع المتعاملين فى الغلط، وإلى تعارض حقوقهم وتزاحمها بغير ضابط يفضل بعضها على البعض الآخر. وغنى عن الذكر ما يؤدى إليه كل ذلك من

اضطراب فى المعاملات العقارية والائتمان العقارى على السواء^(١).

ولهذا السبب فإن المشرع وضع قاعدة مؤداها أن شهر الحق العينى هو أساس الاعتراف به فى مواجهة الغير فما لم يكن الحق مشهوراً فلا يحتج به مواجهة الغير. والشهر إما أن يتم بطريق التسجيل وذلك بالنسبة للحقوق العينية الأصلية وهى حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، أو يتم بطريق القيد وذلك بالنسبة للحقوق العينية التبعية وهى الرهن والاختصاص والامتياز. والتسجيل يتم عن طريق إثبات كل البيانات الواردة فى المحرر الذى يراد شهره حتى يتيسر لذوى الشأن التعرف على جميع ما ورد فى التصرف المسجل. أما القيد فإنه يتم بذكر البيانات الجوهرية فقط للتصرف المراد شهره واسم المدين، والعقار المرهون، والدين المضمون.

وبحسب الأصل فإن نظام الشهر لا يسرى إلا على التصرفات القانونية. أما الوقائع المادية فهى بحسب طبيعتها تبتعصى غالباً على الشهر. ومع ذلك فإن هناك واقعة مادية هامة تؤدى إلى انتقال الحقوق العينية العقارية وهى الموت، وقد أخضعها المشرع لنظام الشهر فى قانون تنظيم الشهر العقارى لسنة ١٩٤٦^(٢).

والشهر نظام واجب الاتباع بالنسبة للحقوق العقارية، أما الحقوق الواردة

(١) كانت الإجراءات الشكلية اللازمة لنقل الملكية فى القانون الرومانى كالاشهاد أو التنازل القضائى أو القبض، تحقق قدراً كافياً من العلانية بما يفتى عن الحاجة إلى أى نظام آخر للشهر. ومع ذلك فعلم شهر الحقوق العينية التبعية كان من شأنه أن يطبع نظام الرهن العقارى بعلم الجدية على حد تعبير الامتاذ جوردان.

Alfred Jourdan, l'hypothèque, 1876, t. 2. P. 317.

(٢) يطالب البعض بالتوسع فى شهر الوقائع المادية، بما يسمح بشهر التقادم وهو سبب من أسباب اكتساب الملكية بصلح للشهر ليس فقط فى نظام الشهر الشخصى، بل وفى النظام العينى أيضاً. راجع البحث المقدم من الدكتور محمد لبيب شنب، اكتساب الملكية بالتقادم فى ظل كل من نظام الشهر الشخصى ونظام الشهر العينى، حلقة دراسات الشهر العقارى فى نشرحات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، مارس ١٩٧٢.

على منقول فقد جعل المشرع أساس الاعتراف بها، قاعدة أخرى غير قاعدة الشهر، وهي قاعدة الحياة. فالحياة في المنقول بحسن نية هي سند الحائز. والواقع أنه لم يكن من الممكن تطبيق نظام الشهر على المنقول لأنه غير ثابت في مكان معين ويسهل بالتالي إخفاؤه فلا يكون لشهر الحق الوارد عليه أدنى فائدة. ومع ذلك فهناك منقولات ذات طبيعة خاصة^(١) يمكن أن يتبع بالنسبة لها نظام يشبه نظام الشهر الوارد على العقار. ومن أمثلة هذه المنقولات السفينة والمتجر والطائرة... الخ^(٢).

٣٩- الشهر الشخصي والشهر العيني:

تهتم كل دول العالم المتحضر بوضع نظام لشهر الحقوق العينية الواردة على عقار. وهناك في هذا الشأن نظامان معروفان، هما نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني. ويختلف كل منهما عن الآخر في طريقة الشهر وفي حجته. فطريقة الشهر في نظام الشهر العيني تتم على أساس العين ذاتها محل التصرف، ولذلك سمي نظاماً عينياً. فكل عقار تخصص له صفحة أو صفحات في سجلات الشهر. وتدون في هذه الصفحات كل التصرفات التي ترد على هذا العقار. وبهذا لا يمكن أن يشهر أى حق وارد على عقار إلا ويكون معروفاً من قبل سند المتصرف وكذلك كل الحقوق الأخرى الواردة على هذا العقار^(٣).

أما طريقة الشهر في النظام الشخصي فلا تتم على أساس العقار محل

(١) راجع على البارودي، حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة، مجلة الحقوق، السنة العاشرة ١٩٦٢، ص ٣١ وما بعدها.

(٢) راجع بحثنا، التأمينات العينية على الطائرات حسب اتفاقية جنيف ١٩٤٨، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة السابعة، يوليو ١٩٦٥، ص ٢٠٥ وما بعدها.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، ص ٤٣٧، سليمان مرقس، ص ٢٨٨، اسماعيل غانم، ص ١٢٣، محمد لبيب شنب ومجدى صبحي خليل، ص ٣٧٠.

التصرف، وإنما تتم على أساس اسم المتصرف، ولهذا سمي هذا النظام شخصياً. وبذلك لا يتم ترتيب الحقوق الواردة على العقار بالنسبة لكل عقار على حدة، بل بالنسبة لكل شخص يتصرف في العقار بحسب اسمه. وقد يؤدي هذا النظام إلى كثير من المتناقضات. فلو فرضنا أن شخصاً تصرف في غير ما يملك ولكن أمكن شهر هذا التصرف باسم المتصرف، ثم تصرف في نفس العقار مالكة الحقيقي وتم شهر هذا التصرف. وهكذا يشهر تصرفان صادران من شخصين مختلفين أحدهما مالك والآخر غير مالك. ويستتبع ذلك أن المتصرف إليه في هذين التصرفين يستطيع أن يتصرف بدوره إلى شخص آخر وهكذا تتسلسل التصرفات وتتعارض بغير حد. وهذا ما لا يمكن أن يحدث في نظام الشهر العيني^(١).

ويختلف النظامان أيضاً من حيث حجية كل منهما. فنظام الشهر الشخصي هو نظام إداري لا يتم فيه التحري عن صحة التصرف المراد شهره. وقد يكون هذا التصرف صحيحاً أو باطلاً أو مزوراً أو صورياً. فالشهر الشخصي لا يصح تصرفاً باطلاً ولا يطل تصرفاً صحيحاً.

وعلى خلاف ذلك فإن نظام الشهر العيني هو نظام قضائي يشرف عليه قاض، ولا يسمح فيه بشهر تصرف إلا بعد التحقق من سند المتصرف وصحة التصرف. والشهر هو الذي يؤدي بذاته إلى انتقال الحقوق وإثباتها وتغييرها، ولو أدى ذلك إلى المساس بحقوق الغير. ولا يكون للغير في هذه الحالة إلا الرجوع بالتعويض على الجهة القائمة بالشهر ذاتها. ويدفع التعويض في هذه الحالة من الرسوم التي دفعها أصحاب الحقوق المشهرة. فكأن جزءاً من هذه الرسوم يدفع كتأمين للمتفعين بنظام الشهر العيني.

ولاشك أن نظام الشهر العيني بفضل نظام الشهر الشخصي، ولكنه

(١) عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، ص ٢٦٦

يحتاج فى تطبيقه إلى مسح جميع الأراضى، وعدم تفتت الملكية إلى ملكيات صغيرة وهو ما لا يوجد فى مصر. ويسهل تطبيق هذا النظام فى بلد جديد لم تفتت فيه الملكيات الزراعية. ولذلك فإن أول دولة طبق فيها كانت هى استراليا. وأخذت بهذا النظام أيضاً ألمانيا وسويسرا والدولة العثمانية. ولا زال هذا النظام موجوداً فى العراق التى كانت جزءاً من الدولة العثمانية ويعرف باسم «الطابو»^(١).

أما مصر فلا تعرف الا نظام الشهر الشخصى، رغم محاولتها ادخال الشهر العينى منذ ما يقرب من أربعين سنة^(٢). ولعله يكون من الممكن تطبيق نظام الشهر العينى أو السجل العقارى بالنسبة للأراضى الجديدة التى يتم استصلاحها حديثاً، فهذه يمكن مسحها وتقسيمها بما يتفق مع مقتضيات هذا النظام. وندرس فيما يلى تطور نظام الشهر العقارى فى مصر.

(١) راجع فى القانون العراقى البحث المقدم من الدكتور عبد المجيد الحكيم، شهر التصرفات العقارية فى القانون العراقى، حلقة دراسات الشهر العقارى بمعهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مارس ١٩٧٢. وراجع فى سلسلة الوثائق والنصوص، أحكام قوانين الشهر العقارى فى الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٧. وراجع الباحثين المتقدمين من كمال محمد المرصفى ومحمد عبد العزيز يوسف فهمى عن تشريعات البلاد العربية التى تتبع نظام الشهر العينى وتشريعات البلاد العربية التى تتبع نظام الشهر الشخصى، حلقة دراسات الشهر العقارى بمعهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة مارس ١٩٧٢.

(٢) صدر بالفعل القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٦ بنظام السجل العينى ولكنه لم يطبق حتى الآن. ويتوقف تطبيقه على صدور قرارات من وزير العدل، وهو ما يحتاج أولاً إلى تذليل العقبات المساحية التى وقعت حائلاً دون تطبيقه حتى الآن.

ورغم أن التطور التشريعى يسير فى اتجاه الشهر العينى، إلا أن مصلحة الشهر العقارى لا تكف عن المطالبة بإصلاح نظام الشهر الشخصى المطبق حالياً، وقد تقدمت بالفعل إلى وزارة العدل بمشروع قانون جديد للشهر العقارى والتوثيق بنيت نصوصه أيضاً على نظام الشهر الشخصى وهو مكون من ٧٩ مادة. ولكنه لم يصدر حتى الآن ولازال القانون المعمول به هو قانون ١٩٤٦. راجع نصوص المشروع المشار إليه وهو منشور ضمن أبحاث حلقة الشهر العقارى بمعهد الدراسات العربية السابق ذكرها.

٤٠ - تطور نظام الشهر العقارى فى مصر (١):

عرفت مصر أربعة عهود مختلفة تمثل كل منها مرحلة مستقلة من مراحل الشهر العقارى. وتدرس هذه المراحل الأربعة فيما يلى:

أ- المرحلة الأولى: الفترة السابقة على التقنين المدنى القديم: صدر التقنين المدنى القديم المختلط فى سنة ١٨٧٥ والأهلى فى سنة ١٨٨٣ وقبل هذا التاريخ أى قبل حركة الاصطلاح القضائى لم يكن هناك فى مصر نظام للشهر العقارى. ومن المعروف أن الأرض فى عهد محمد على كانت مملوكة كلها للدولة، ولم يكن للأفراد عليها، سوى حق انتفاع مؤقت مقابل دفع الضرائب المفروضة عليها. ولم يكن حق الانتفاع ينتقل إلى الورثة ولم يكن من الجائز للمتفعين أن يتصرفوا فى هذه الأرض حال حياتهم. وفى عام ١٨٥٨ أصدر سعيد باشا اللائحة المعروفة التى سمحت للمتفعين بالتصرف فى الأرض التى فى حيازتهم حال حياتهم بالبيع أو الرهن أو غير ذلك، وسمحت كذلك بانتقال هذه الأرض إلى ورثة المتفع بها.

وقد عرف فى هذا الوقت نظام المكلفات الإدارية، أى بيان الأشخاص المكلفين بدفع الضرائب عن الأرض. وقد استخدم هذا النظام كوسيلة أيضاً لشهر الحقوق الواردة على هذه الأرض. وكان التصرف فى العقار حال الحياة يتم فى حجة رسمية يقوم بتحريها القاضى الشرعى بحضور شهود. وبعد الحصول على ترخيص المديرية. ويقوم القاضى بعد ذلك ب قيد التصرف فى دفتر خاص بقيد التصرفات. ثم يسجل التصرف بعد ذلك فى سجل

(١) راجع البحث المقدم من الأستاذ محمد عامر محبوب، فى المراحل التى مر بها نظام شهر المهررات فى جمهورية مصر العربية والخطوات التى اتخذت للتمهيد لتطبيق نظام السجلات العينية والعقبات التى حالت دون تنفيذ القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٦ بنظام السجل العينى، حلقة دراسات الشهر العقارى، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مارس ١٩٧٢

خاص بالمديرية. ولم يكن الحق ينتقل إلا بعد أن يتم تسجيل التصرف فى المديرية. وكان القاضى يتحقق قبل تحرير الحجة الرسمية من صحة الحجج الأخرى السابقة التى بمقتضاها آل الحق للبايع. وكان البيع فى هذا النظام عقداً شكلياً لا يتم إلا بتحريره فى حجة رسمية(١).

ب- المرحلة الثانية: نظام الشهر فى ظل القانون المدنى القديم:

أدخل القانون المدنى القديم نظاماً للشهر العقارى تأثر فيه بالقانون الفرنسى لسنة ١٨٥٥(٢) ولا تزال أحكام القانون المدنى القديم معمولاً بها حتى الآن بالنسبة للتصرفات التى لها تاريخ ثابت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ وهو تاريخ العمل بقانون التسجيل الذى سذكره فيما بعد. وبحسب المادة ٥٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى لسنة ١٩٤٦ ولا يسرى هذا القانون على المحررات التى صدرت قبل هذا التاريخ. بل تظل هذه المحررات والأحكام خاضعة من حيث الآثار التى تترتب عليها لأحكام القوانين التى كانت سارية عليها. والمقصود بهذه الإحالة هو أحكام القانون المدنى القديم(٣). وكان النظام الذى أدخله القانون المدنى القديم نظاماً للشهر الشخصى. ويكفى أن نبين وجوه النقص التى انطوى عليها هذا النظام حتى تتضح لنا فى نفس الوقت أهم الأحكام التى جاءت به:

١- أول ما كان يؤخذ على هذا النظام أنه نظام للشهر الشخصى بما ينطوى عليه هذا النظام من عيوب سبق ذكرها. وقد زادت جسامه هذه العيوب بسبب تعدد جهات الشهر، فلم يكن الشهر يتم أمام جهة واحدة،

(١) عبد الرزاق السنهورى، ج٤، فقرة ٢٥٣، ص ٤٤١.

(٢) محمود محجوب، البحث السابق الإشارة إليه، ص ١١ عبد الرزاق السنهورى ج٤، ص ١٤٤٢ سليمان مرقس، ص ٢٩٠ اسماعيل غانم، ص ١٣٥، محمد لبيب شنب ومجدى صبحى خليل، ص ٣٦٧.

(٣) راجع أيضاً المادة ١٤ من قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣.

بل كان يتم أمام جهات متفرقة، وكان من الجائز أن يتم أمام المحاكم المختلطة أو المحاكم الوطنية أو المحاكم الشرعية. وكان الشهر الذى يتم أمام المحاكم المختلطة يجعل التصرف نافذاً بالنسبة للمصريين والأجانب، أما الشهر الذى يتم أمام غيرها من المحاكم فلا يجعل التصرف نافذاً إلا بالنسبة للوطنيين. ولذلك كان يحرص الناس عادة على اتمام الشهر أمام المحاكم المختلطة. وكان ينبغى إذن على صاحب الشأن إذا كان حريصاً أن يتتبع شهر التصرفات على العقار الذى يريد أن يتعامل بشأنه فى كل الجهات المذكورة^(١).

٢- لم يكن لهذا النظام حجية كاملة كما هو فى كل نظم الشهر الشخصى. وقد زاد هذا العيب خطورة أنه لم يكن يتم أى فحص أو تحرى عن صحة المحررات المقدمة للشهر، ولم يكن هناك أى ضمان أن التوقيع على المحرر صحيحاً لأنه لم يكن يطلب التصديق على التوقيع حتى يمكن شهر التصرف. فكانت كثير من التصرفات المشهورة باطلة أو سيئة فى تحريرها أو مزورة.

٣- لم يكن الشهر فى هذا النظام لازماً الا لانتقال الحقوق بالنسبة للغير. أما فيما بين المتعاقدين فإن الحق كان ينتقل بمجرد العقد ودون حاجة إلى شهره (م ٧٣٢/٦٠٦ مدنى قديم). وكان يؤدى هذا إلى عدم شهر الكثير من التصرفات اطمئناناً إلى أنه لن يتم التصرف فى العقار إلى شخص آخر. وكثيراً ما كان يخيب هذا الظن فيتصرف البائع الأول فى العقار مرة

(١) أعدت الحكومة المصرية سنة ١٩٠٢ مشروعين يهدف أحدهما إلى توحيد جهات الشهر فى جهة واحدة، ويهدف الثانى إلى إدخال نظام السجل العينى بمصر، وقد عرض المشروعان على لجنة دولية شكلت سنة ١٩٠٤ ولكن ممثلى بعض الدول صاحبة الامتيازات تقدموا ببعض الاعتراضات على المشروعين مما أدى إلى إهمالها معاً. راجع: محمد عامر محبوب، البحث السابق الإشارة إليه، ص ٣.

أخرى إلى مشتر ثام ويقوم هذا المشتري بتسجيل عقده فيضار المشتري الأول أبلغ الضرر^(١).

٤- لم يكن هذا النظام يستلزم الشهر الا بالنسبة للتصرفات فيما بين الأحياء. أما الأسباب الأخرى لانتقال الحق كالميراث أو الوصية فإنها رغم أهميتها كانت تؤدي إلى انتقال الحقوق العينية على العقار دون شهر. وذلك طبقاً للمادة ٧٣٦/٦١٠ من القانون المدني القديم التي تنص على أن «ملكية العقار والحقوق المتفرعة عنها إذا كانت آيلة بالارث تثبت في حق كل انسان بثبوت الوراثة». والوصية أيضاً لم يكن يشترط شهرها لأنها ليست من التصرفات فيما بين الأحياء. وهكذا فإن سبباً من أهم أسباب انتقال الملكية لم يكن خاضعاً للشهر. وقد أحدث ذلك ثغرة كبيرة في النظام كله بحيث أصبح من الصعب متابعة تسلسل الملكيات في العقار وهو ما أدى إلى كثير من الصعوبات^(٢).

٥- لم يكن هذا النظام يستلزم شهر التصرفات الكاشفة كالصلح مثلاً رغم أهميتها وكان يستلزم فقط شهر التصرفات الناقلة (م ٧٣٧/٦١١ مدني قديم)^(٣). وقد أدى ذلك إلى إيجاد ثغرة أخرى في نظام الشهر العقاري.

(١) ولازالت هذه التفرقة معمولاً بها في فرنسا حتى اليوم تحت تأثير مبدأ الرضائية في العقود، وأن مجرد التراضي يكفي لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين. أما الشهر فهو لا ينقل الملكية ولكنه يحمي حقوق الشهر فحسب، راجع مازو، ج٢، فقرة ١٦٢٥، وراجع في نظام الشهر العقاري الفرنسي بالتفصيل، مازو ج٣، الفقرات من ٦٤٢ - ٧٤٥، راجع في تطبيق القانون المدني القديم، نقض ١٩٧٨/٦/٢٨، ص ٢٩، ص ١٥٧٠.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، ج٤، ص ٤٤٨.

(٣) بحسب نص المادة ٧٣٧/٦١١ فإن الحقوق الخاضعة لنظام الشهر هي «الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال السكنى والرهن العقاري أو المشتعلة على ترك هذه الحقوق». والحقوق المذكورة في النص لا تشمل التصرفات الكاشفة رغم أهميتها.

٦- لم يقسم هذا النظام الحقوق الواجبة الشهر تقسيماً منطقياً من حيث إخضاعها لنظام التسجيل أو لنظام القيد. فهو قد أخضع الرهن الحيازي لنظام التسجيل لا لنظام القيد على خلاف غيره من الحقوق العينية التبعية (م ٧٣٧/٦١١). وبالنسبة لامتياز البائع فهو لم يشترط قيده اكتفاء بتسجيل عقد البيع (م ٦٠١ سابقاً/٧٢٧) (١).

٧- وأخيراً فقد نص القانون على استثناءات أخرى من قاعدة وجوب الشهر. فالمادة ٧٤٤/٦١٧ تقرر أنه «يستثنى من الأصول السالف ذكرها الموهوب له والموصى له بشئ معين، فإنهما لا يجوز لهما الاحتجاج بعدم التسجيل على من حاز بمقابل ملكية حق قابل للرهن أو حق انتفاع بالاستعمال أو السكنى بعقد ذي تاريخ صحيح سابق على تسجيلهما». وتنص المادة ٧٤٥/٦١٨ مدني قديم على أنه «إنما يجوز هذا الاحتجاج لمن حاز الحق بمقابل من الموهوب له أو الوصى له إذا سجل عقده أو حقه بالأولية».

ج- المرحلة الثالثة: نظام الشهر في ظل قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ (٢).

صدر قانون التسجيل في ٢٣ يونيه سنة ١٩٢٣ ليكون نافذاً من أول

(١) راجع في إمتاز البائع وضرورة قيده لإمكان الاحتجاج به، كتابنا في التأمينات الشخصية والعينية، ص ٤٨٦، نقض ١٩٦٣/٦/٣، مجموعة المكتب الفني، ص ٢٠، ص ٨٤٥.

(٢) صدر في عام ١٩٢٣ القانونان رقمي ١٨، ١٩ أحدهما خاص بالمحاكم الأهلية والآخر خاص بالمحاكم المختلطة. وكان مما أسهم في إصدار هذين القانونين من الناحية الفنية، ما قامت به لجنة «دومن» المشكلة في سنة ١٩١٧ باسم رئيسها الذي كان وقتئذ رئيساً لمصلحة المساحة المصرية، وقد اقترحت هذه اللجنة الأخذ بنظام الشهر المبنى، وتوحيد جهات الشهر في جهة واحدة. واشترطت للقيام بمثل هذا الإصلاح أن تعاد مساحة البلاد لتحدد الأحيان تحديداً دقيقاً، وأن تحدد الحالة القانونية لكل من عين من الأحيان ببيان الحقوق الواردة عليها =

يناير سنة ١٩٢٤ بحيث لا يسرى على التصرفات أو الأحكام الثابتة التاريخ قبل ذلك وهو ما ذكرناه من قبل. وقانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ لازال معمولاً به حتى اليوم بالنسبة للتصرفات التي تم شهرها في ظله. وهو ما تنص عليه المادة ٥٦ من قانون الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦ فهي تقرر أن «جميع المحررات التي تم شهرها في جهة من الجهات المختصة وفقاً للقواعد السارية قبل العمل بأحكام هذا القانون تكون حجة على الكافة من وقت العمل بهذه الأحكام». ولذلك فإن معرفة أحكام قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ لازالت هامة حتى اليوم. ونكتفى في هذا الشأن أن نبرز ما حققه هذا التاريخ من وجوه اصلاح وما تركه بغير اصلاح. أما وجوه الاصلاح التي حققها هذا القانون فهي:

١- أوجب القانون شهر التصرفات سواء لانتقال الحق فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير. وقد جاء في المادة الأولى من هذا القانون «...ويترب على عدم التسجيل أو الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم، ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين...». وقد أوجب هذا القانون أيضاً تسجيل العقد بمعرض حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهة الموهوب له الذي سجل عقده قبل تسجيل المعاوضة، وهو ما كان يستثنيه القانون المدني القديم من وجوب التسجيل.

٢- أوجب القانون تسجيل الأحكام والعقود الكاشفة كالقسمة والصلح لإمكان الاحتجاج به في مواجهة الغير (م ٢).

=سواء كانت حقوق ملكية أو غيرها من الحقوق والتكاليف العينية. وقد صدق مجلس الوزراء في ٢٥ ابريل سنة ١٩٢٢ على مقترحات لجنة «دومن» وقرر تشكيل لجنة خاصة لوضع هذه المقترحات في صورة قانون. وقد تقدمت هذه اللجنة الأخيرة، فلا بمشروعين أصبحا فيما بعد القانون رقم ١٨، ١٩ لسنة ١٩١٣ وهما لم يحققا كل الاصلاحات التي كان من المرجو تحقيقها، راجع محمد عامر محجوب، البحث السابق ص ٣، ٤.

٣- نظم القانون شهر دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع ودعوى الإستحقاق، وجعل الاستحقاق بالحق الذى يثبت عن طريق هذه الدعاوى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى وليس فقط من تاريخ شهر الحكم (المواد ٧ و ١٠ و ١٢).

٤- أوجب القانون شهر حوالة الحقوق الشخصية المضمونة بتأمين عينى عقارى أو رهنها أو حلول دائن جديد فيها محل الدائن الأصلى فى الحق أو فى مرتبة الحق، حتى يمكن الاحتجاج بأى تصرف من هذا القبيل فى مواجهة الغير (م ١٣).

٥- أوجب القانون تحرى الدقة فى تحرير التصرفات واجبة الشهر، وأوجب بصفة خاصة التصديق على التوقيع فى كل التصرفات التى يتم شهرها تفاديا للتزوير.

ولكن قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ ترك مع ذلك بعض وجوه النقص بغير اصلاح، وأهمها:

١- ظلت جهات الشهر متعددة. وبقي الشهر جائزاً فى المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الأهلية. وكما سبق أن ذكرنا فان هذا العيب يجسم عيوب نظام الشهر الشخصى سواء من حيث كيفية الشهر أو من حيث حجته.

٢- لم يستوجب القانون شهر كل التصرفات والوقائع التى تؤدى إلى انتقال الحقوق، فهو استوجب ذلك بالنسبة للتصرفات فيما بين الأحياء فقط. أما انتقال الحق بسبب الميراث أو الوصية فلم يشترط بشأنه أى تسجيل للاحتجاج به فى مواجهة الغير. وبذلك لم يمسد قانون سنة ١٩٢٣ الشفرة الكبيرة التى كانت موجودة من قبل فى ظل القانون المدنى القديم.

٣- لم يستوجب القانون شهر القرارات الإدارية التى تؤدى إلى

الملكية كمرسوم نزع الملكية، وكاذن الحكومة فى احياء الأرض الموات
وكقرار توزيع طرح البحر^(١).

٥- لم ينص القانون على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد، وقد
أدى ذلك بمحكمة النقض أن تدخل هذه الدعوى ضمن دعاوى
الاستحقاق^(٢) التى يجوز تسجيل صحتها مع ما فى ذلك من التجوز.

٦- اقتصر القانون على تنظيم الشهر بطريق التسجيل، أما قيد الحقوق
العينية التبعية فإن تركه خاضعاً للقانون المدنى القديم. وهذا عيب جديد
استحدثه قانون سنة ١٩٢٣ ولم يكن موجوداً من قبل. إذ من غير المقبول
أن تتوزع القواعد المتعلقة بالشهر العقارى بين أكثر من قانون واحد. ولم
يتحسّن هذا القانون بالتالى من معالجة العيب الذى كان موجوداً فى القانون
المدنى القديم والخاص باخضاع الرهن الحيازى لنظام التسجيل، والاكتفاء
فى امتياز البائع بتسجيل عقد البيع دون حاجة إلى قيد الامتياز ذاته^(٣).

(١) عبد الرزاق السنهورى، ج٤، ص ٤٥٩، وراجع فى أن القرار الإدارى سبب من
اكتساب الملكية والحقوق العينية الأخرى، كتابنا القرار الإدارى مصدر للحق، ١٩٧٢

(٢) أجازت محكمة النقض فى ظل قانون التسجيل، شهر دعوى صحة التعاقد باعتبارها
نوعاً من دعاوى الاستحقاق. وقد جاء فى حكم النقض أن «دعوى صحة التعاقد هى من
دعاوى الاستحقاق الوارد ذكرها فى المادة السابعة من قانون التسجيل، فتسجيل عرضتها يحفظ
لرافعتها حقوقه من تاريخ حصوله بحيث إنه متى حكم له فيها بطلانها وتأثر بهذا الحكم طبقاً
للقانون فإن الحق الذى قرره الحكم ينسحب إلى يوم تسجيل العرضة دون أن يتأثر بما يصدر
بعد ذلك عن البائع من تصرفات» (نقض ١٩٣٩/٢/٢٣، مجموعة القواعد التى قررتها
محكمة النقض ج١، ص ٣٧٩، فقرة ٢٠٧)، راجع نقض ١٩٣٣/٢/٢٣، مجموعة عمر،
١ رقم ٩١، ص ١٦٣، نقض ١٩٦٧/١/٣١ مجموعة المكتب الفنى، ص ١٨، ص ٢٨١.

(٣) من الميوسب التى يأخذها البعض على قانون التسجيل، غير ما ذكرناه فى المتن، أنه
قصر نظام الفهارس على الدلالة على معرفة المالك الذى صدر منه تصرف من التصرفات دون
أن يجاوز ذلك إلى تيسير الاستدلال على مركز من تم التصرف لصالحه، كما أنه لم يضمن
على الأعمال التى قامت بها مصلحة المساحة الصفة القانونية بما يمهّد إلى جعل البيانات
التي تدرجها فى دفاتر المساحة الحديثة وفى سجل الأطلان أساساً صالحاً للسجل العيني، راجع،
محمد عامر محبوب، البحث السابق، ص ٥.

د- المرحلة الرابعة: قانون تنظيم الشهر العقارى لسنة ١٩٤٦ (١):

صدر قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ فى ١١ أغسطس سنة ١٩٤٦ ليكون نافذاً من أول يناير سنة ١٩٤٧. وهو يسرى على المحررات التى تتم ابتداء من هذا التاريخ، أما المحررات التى ثبت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ فهى تخضع لقانون التسجيل لسنة ١٩٢٣، وكذلك فإن المحررات التى ثبت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ فهى تخضع للقانون المدنى القديم.

وأهم الاصلاحات التى حققها قانون تنظيم الشهر العقارى لسنة ١٩٤٦ هى:

١- وحد القانون جهة الشهر. وأصبحت مكاتب الشهر العقارى المنتشرة فى المدن والأقاليم، والتى تتبع مكتباً رئيسياً واحداً بالقاهرة، هى المختصة دون غيرها بشهر التصرفات الواجبة الشهر (٢) (المواد من ١ - ٥ من القانون).

٢- نسق القانون بين نظام التسجيل ونظام القيد، فأوجب التسجيل بالنسبة للحقوق العينية الأصلية، وأوجب القيد بالنسبة للحقوق العينية التبعية. وتدارك القانون فى هذا المجال العيب الذى كان موجوداً من قبل والذى كان يخضع الرهن الحيازى لنظام التسجيل وليس لنظام القيد، وكان يكفى بشأن امتياز البائع أن يتم تسجيل عقد البيع ذاته دون اشتراط قيد هذا الامتياز فأصبح قيد امتياز البائع واجباً لا مكان الاحتجاج به.

(١) تم وضع مشروع هذا القانون بواسطة لجنة مشكلة برئاسة الدكتور محمد كامل مرسى.

(٢) يلاحظ البعض أن توحيد جهة الشهر لم يتحقق بالشكل الكامل لأن إجراءات الشهر لازالت موزعة بين مصلحة الشهر العقارى ومصلحة المساحة بما يؤدى إلى مشاكل كثيرة فى العمل، راجع، محمد عامر محبوب، البحث السابق ص ٧.

٣- أوجب القانون شهر كل التصرفات والوقائع التي تؤدي إلى انتقال الملكية، ويشمل ذلك ليس فقط التصرفات فيما بين الأحياء، بل أيضاً التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت كالوصية، وكذلك الميراث الناشئ عن الوفاة وهي واقعة مادية^(١). وأوجب كذلك شهر جميع القرارات الإدارية التي تؤدي إلى انتقال الملكية كمراسيم نزع الملكية، ومراسيم تقسيم الأراضي بمقتضى القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٢، وقرارات توزيع طرح البحر، والاذن فى احياء الأرض الموات.

٤- نص القانون على تسجيل دعوى صحة التعاقد والدعوى البوليصة والحوالة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً.

ورغم كل هذه الإصلاحات فإن نظام الظهر العقارى فى مصر لا زال نظاماً شخصياً يتم فيه الشهر على أساس الأسماء وليس على أساس الأعيان محل الشهر. والواقع أنه تحول دون تطبيق نظام الشهر العيني عقبات كثيرة سبق ذكرها^(٢).

٤١- تطبيق نظام الشهر العقارى على عقد البيع:

يترتب على تطبيق الأحكام السابقة فى صورتها النهائية أن عقد البيع غير المسجل لا ينقل ملكية العقار المبيع لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة

(١) نصت المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أنه «يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد الشركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية، وذلك بدون رسم. وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق. ويجوز أن يقصر شهر الإرث على جزء من عقارات الشركة، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرف الوراثة».

(٢) راجع فى أن العقبات التى تحول دون تطبيق نظام الشهر العيني ليس من الصعب تجاوزها وإنما معظمها عقبات وهمية أو مبالغ فيها، محمد عامر محبوب، البحث السابق، ص ١٠ وما بعدها.

للغير ولا يكون للبيع من أثر الا انشاء التزامات شخصية بين دوى
الشأن (١)

فالبائع يلتزم بنقل الملكية وتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق
وبضمان العيوب الخفية. والمشتري يلتزم بدفع الثمن والمصروفات وتسلم
المبيع. ومع ذلك فان البائع يظل مالكا للشيء المبيع إلى أن يتم تسجيل عقد
البيع.

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمشتري أن يرفع دعوى استحقاق فى
مواجهة البائع. لأن هذه الدعوى لا يرفعها إلا مالك. والمشتري لم يصبح
مالكا بعد، وإذا رفعها المشتري قبل التسجيل تعين الحكم بعدم قبولها لرفعها
قبل استيفاء شروطها (٢) ولكن يجوز للمشتري إذا أراد اجبار البائع على
تنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً عينياً أن يرفع دعوى صحة التعاقد ونفاذه.
أو أن يرفع دعوى صحة التوقيع وهو ما سندرسه فيما بعد. ولا تعتبر أى
دعوى من هاتين الدعويتين دعوى استحقاق عينية.

(١) ولكن نظام الشهر العقارى لم يحدث تغييراً فى طبيعة عقد البيع فهو لازال من العقود
الرضائية التى تتم بمجرد توافق لإرادة الطرفين وترتب عليه كل آثاره عدا انتقال الملكية الذى
يتراضى إلى ما بعد التسجيل. طعن رقم ٥٦ س ١٣ق، جلسة ١٩٤٤/٣/٢، مجموعة القواعد
التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٢٥٢، فقرة ١٥٢ طعن رقم ١٣ س ٦ق، جلسة
١٩٣٦/٦/٤، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١ ص ٣٦٥، فقرة ١٢٣،
الطعن رقم ٤٨، ٥٣ س ٢ق، جلسة ١٩٣٣/١/٥، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة
النقض، ج ١، ص ٢٧٥ فقرة ١٨٨.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه لا يترتب على عقد البيع العرفى انتقال الملكية للمشتري
ومن مقتضى ذلك أنه لا يجوز طلب تثبيت الملكية بناء على عقد عرفى وإنما يجوز للمشتري
إلزام البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية بطلب الحكم بصحة ونفاذ العقد حتى إذا ما قضى له
بذلك وسجل الحكم حق له طلب تثبيت ملكيته استناداً إلى الحكم المسجل الذى يقوم مقام
العقد (طعن رقم ١٢١ س ١٩ق، جلسة ١٩٥١/٤/١٩، مجموعة القواعد التي قررتها
محكمة النقض، ج ١، ص ٣٧٦، فقرة ١٩٢). فى نفس المعنى، طعن رقم ٥٢ س ٢ق،
جلسة ١٩٣٢/١٢/٢٢، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٧٦،
فقرة ١٩١.

ويجوز للمشتري أن يلزم البائع بتسليمه المبيع لأن الالتزام بالتسليم ينشأ عن عقد البيع مباشرة. وإذا نفذ البائع التزامه بالتسليم طوعاً أو جبراً فإنه لا يحق له أن يسترد المبيع من المشتري وأن كان لا يظل مالكاً له. لأن البائع يلتزم بضمان التعويض للمشتري وهو التزام نشأ عن عقد البيع مباشرة. ومن يجب عليه الضمان لا يجوز له الاسترداد. فالضمان والاسترداد لا يجتمعان^(١).

ويترتب على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل بالنسبة للغير، أنه لا يجوز لدائن المشتري أن ينفذ على العقار المبيع قبل تسجيل عقد البيع. وعلى العكس فإن دائن البائع يستطيع أن ينفذ على العقار المبيع ما دام تجيل العقد لم يتم بعد^(٢). بل أن دائن البائع يستطيع أن يجعل البيع غير نافذ في حقه اطلاقاً إذا هو سجل تنبيه نزع الملكية قبل تسجيل المشتري لعقد البيع (م ٤٠٥ من قانون المرافعات الجديد).

(١) قضت محكمة النقض بأن «عقد البيع لم يزل بعد قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيو ١٩٢٣ من عقود التراضي التي تتم قانوناً بالإيجاب والقبول وكل ما أحدثه هذا القانون من تغيير في أحكام البيع هو أن نقل الملكية بعد أن كان نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ من القانون المدني أصبح متراهقاً إلى ما بعد التسجيل ولذلك بقي البائع ملزماً بموجب العقد بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشتري، كما بقي المشتري ملزماً بأداء الثمن إلى غير ذلك من الالتزامات التي تربت بينهما على التقابل بمجرد حصول البيع، كما أنه ليس للبائع، لعدم تسجيل العقد وتراخي نقل الملكية بسببه، أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشتري لأن من يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه» (طعن رقم ١٣ مر ٦٠، جلسة ١٩٣٦/٦/٤، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض ج ١، ص ٣٦٥، فقرة ١٢٣) طعن رقم ٦٠ مر ٢، جلسة ١٩٣٢/١١/١٧، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٧٥، فقرة ١٨٩).

(٢) قارن، نقض ١٩٤٤/٣/٢، حيث قضت المحكمة بأنه ليس للدائن العادي للبائع الادعاء بأي حق على المبيع يتنافى مع تعهد البائع ولا يجوز له التنفيذ عليه بعد وفاة البائع باعتباره مملوكاً لمدينه، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض ج ١، ص ٣٥٢ فقرة ٥٢. ومع ذلك فإنه بحسب وقائع الدعوى فإن للمشتري كان قد سجل حكم صحة التعاقد الصادر لمصلحته في مواجهة ورقة البائع قبل أن يتخذ دائن البائع إجراءات التنفيذ. ولولا هذه الوثيقة الهامة لكان المبدأ الذي قرره الحكم مخالفاً للقانون.

وتؤدى القواعد السابق ذكرها إلى حسم النزاح بين المشتري من الوارث والمشتري من المورث. فإذا مات البائع قبل أن يسجل المشتري عقده، فإن ملكية العقار المبيع تكون باقية للبائع وتنقل بالميراث إلى وراثته. فإذا باع الوارث هذا العقار فهو يبيع عقاراً مملوكاً له. وبذلك يوجد مشتر من المورث وهو قد اشترى من مالك ومشتري آخر من الوارث وهو قد اشترى من مالك أيضاً طالما أن الوارث قد سجل شهادة الأثر. وفي هذه الحالة فإن حسم هذا النزاح يكون لمصلحة الأسبق في التسجيل سواء كان هو المشتري من المورث أو المشتري من الوارث^(١). ومع ذلك فقد أعطى المشرع الأفضلية للمشتري من المورث ولو لم يكن هو الأسبق في التسجيل في حالة ما إذا كان قد احتاط لنفسه وأشر بحقه باعتباره دائناً للتركة طبقاً للمادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري سواء قبل أن يسجل المشتري من الوارث عقده أو بعد هذا التسجيل، بشرط أن يتم التأشير بالحق في خلال سنة من تاريخ تسجيل شهادة الأثر. فإذا فعل المشتري من الوارث ذلك فإنه يكون قد

(١) قضت محكمة النقض بأن البيع لا ينقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري إلا بالتسجيل، فإذا لم يسجل المشتري عقد شرائه بنى العقار على ملك البائع وانتقل إلى ورثته من بعده بالارث. فإذا هم باعوه وسجل المشتري منهم عقد شرائه انتقلت إليه ملكيته، لأنه يكون قد تلقاه من مالكه وسجل عقده وفقاً للقانون. وبذا تكون له الأفضلية على المشتري من المورث الذي لم يسجل عقد شرائه، (طعن رقم ١٧٦، ص ١٨٠، ج ١، جلسة ١٩٥٠/٦/١ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٨٠، فقرة ١٢١٣) في نفس المعنى طعن رقم ٤١٦ ص ٢١١، جلسة ١٩٥٣/٢/٥، طعن رقم ٣٥٦ ص ٢٢، جلسة ١٩٥٣/٦/٤، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٨٠، ٣٨١، فقرة ٢١٤، ٢١٥، طعن رقم ٧٣ ص ٣٢٢، جلسة ١٩٦٦/١١/١، مجموعة المكتب الفني، ص ١٧، ص ١٦٠.

ولكن إذا كان المشتري من الوارث المتقدم في التسجيل يفضل المشتري من المورث، إلا أن الوارث نفسه مع اعتباره مالئاً بمقتضى الميراث لا يجوز له أن يتعرض للمشتري من مورثه ولو لم يكن هذا المشتري قد سجل عقده بعد طعن رقم ٥٧٥ ص ٣٤٤، جلسة ١٩٦٩/١/١٦، مجموعة المكتب الفني، ص ٢٠ ص ١٢٨، وسنزيد هذه المسألة لهضاحاً عند دراسة التزام البائع بضمان التعرض فهو التزام ينتقل منه إلى ورثته.

حفظ حقه ويجوز له أن يستصدر حكماً في مواجهة التركة يقرم مقام العقد، فإذا تم تسجيل هذا الحكم فإن الملكية تنتقل إلى المشتري من المورث ولو كان المشتري من الوارث قد سجل عقده قبل ذلك (١).

فالمشتري من المورث يفضل المشتري من الوارث إذا سجل عقده أولاً، أو إذا أشر بحقه باعتباره دائئاً للتركة خلال سنة من تاريخ تسجيل شهادات الارث.

وإذا كان البيع غير المسجل لا يؤدي إلى انتقال الملكية فانه ينشئ مع ذلك التزاماً على عاتق البائع بنقل الملكية وهو التزام يمكن تنفيذه تنفيذاً عينياً سواء برضاء البائع أو جبراً عنه فتنقل الملكية بهذا التنفيذ.

٤٢ - تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية:

الأصل أن يقوم البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية طوعاً واختياراً، وهو يستطيع القيام بذلك عن طريق أداء أعمال معينة أهمها أن يذهب إلى جهة الشهر العقاري وأن يعترف فيها بصدور البيع منه وأن يصدق على توقيعه على عقد البيع. فإذا قام بذلك فان تسجيل عقد البيع يصبح ممكناً وتنقل الملكية بالتسجيل ويكون البائع قد نفذ التزامه فعلاً. ولكن إذا رفض البائع الذهاب إلى جهة الشهر، أو أنكر صدور البيع منه أو رفض التصديق على توقيعه فان تسجيل العقد يصبح غير ممكن وبالتالي فان البائع يكون قد نكل عن تنفيذ التزامه طوعاً. ولا يكون أمام المشتري الا أن يلجأ إلى القضاء

(١) تنص المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري على أنه «يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الاشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها. ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه، قللتان أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير» راجع في تطبيق هذا النص، نقض ١٩٦٦/١١/١، مجموعة المكتب الفني، ص ١٧، ص ١٥٩٩.

يطالب أما بفسخ البيع مع التعويض، أو ليجبر البائع على تنفيذ التزامه عيناً. والواقع أن العمل قد ابتدع دعويين يستطيع المشتري عن طريق أى منهما أن يجبر البائع على تنفيذ التزامه بتقل الملكية تنفيذاً عينياً. وقد أقر القضاء ما جرى عليه العمل فى هذا الشأن. وندرس هاتين الدعويين فيما يلى:

٤٣- دعوى صحة التعاقد:

ابتدع العمل لمصلحة المشتري دعوى فى مواجهة البائع هى دعوى صحة التعاقد، وهى ما تسمى أحياناً دعوى صحة ونفاذ العقد. ولم يكن قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ ينص على هذه الدعوى، ولكن القضاء أقرها وأجاز تسجيل صحيفتها باعتبارها دعوى استحقاق بحسب المال وإن^(١) كان فى ذلك بعض التجوز لأن رافع هذه الدعوى وهو المشتري يطالب بتنفيذ التزام شخصى فى مواجهة البائع، ولا يطالب بثبوت ملكيته على شئ، فهو دائن للبائع إلا أنه غير مالك للمبيع طالما أن البيع لم يسجل.

ويستطيع المشتري عن طريق هذه الدعوى أن يواجه نكول البائع عن القيام بالاجراءات اللازمة لتسجيل البيع، كأن يرفض الذهاب إلى جهة الشهر العقارى أو يرفض التصديق على توقيعه أو ينكر صدور البيع منه. والمشتري إذ يرفع هذه الدعوى فهو يطلب من القضاء التحقق من صدور البيع من البائع ومن صحة عقد البيع ونفاذه. فإذا ثبت ما يدعيه المشتري على هذا النحو وصدر حكم من القاضى بصحة ونفاذ العقد، فإن هذا الحكم يقوم مقام العقد المصدق على التوقيع عليه. ويستطيع المشتري عن طريق تسجيل الحكم أن يكتسب ملكية الشئ المبيع. والواقع أن الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد هو من غير شك أقوى من أى عقد عرفى مصدق عليه، وأقوى كذلك من أى عقد رسمى، لأنه حكم قضائى بجانب اشتماله على العقد محل النزاع، فانه يؤكد زيادة على ذلك صحته ونفاذه.

(١) نقض ١٩٣٣/٢/٢٣، مجموعة صر ١، رقم ٩١، ص ١٦٣.

والبائع وهو المدعى عليه في هذا العقد يستطيع أن يدفع دعوى المشتري بكل الدفع التي تتعلق بوجود العقد أو بنفاذه^(١). فهو يستطيع أن يتمسك ببطالان العقد لعدم تطابق الإرادتين أو لتخلف شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب. ويستطيع التمسك بصورية العقد^(٢). ويستطيع أن يطلب إبطال العقد بسبب نقص الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة. ويستطيع أن يتمسك بعدم التنفيذ لعدم قيام المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن^(٣). ويستطيع أن يرفع دعوى فرعية بفسخ البيع للسبب ذاته. ويستطيع أن يتمسك بانفساخ

(١) قضت محكمة النقض بأنه «لا تستطيع محكمة الموضوع البت في أمر صحة ونفاذ العقد الصادر من المورث سواء باعتباره ييماً أو باعتباره وصية إلا بعد أن تحدد نوعه إذ يتوقف على هذا التحديد معرفة الأحكام القانونية التي تنطبق عليه من حيث الصحة والنفاذ، ولا يجوز للمحكمة حتى يفرض أن الشركة تسع لنفاذ التصرف في الحالين أن تقضى بنفاذه قبل أن ثبت في أمر تكييفه وهل هو بيع أو وصية» (نقض ١٩٦٩/١/٢، مجموعة المكتب الفني ص ٢٠، ٢٢)، (نقض ١٩٧٤/٤/٢٩، ص ٢٥، ٢٦).

(٢) قضت محكمة النقض بأن «دعوى صحة ونفاذ العقد هي دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه وتستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد في نقلها، وهذا يقتضي أن يفصل القاضي في أمر صحة العقد وبالتالي فإن تلك الدعوى تسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وبصحته أو بطلانه ومنها أنه غير جدي أو حصل التنازل عنه، إذ من شأن هذه الأسباب لو صحت أن يعتبر العقد غير موجود قانوناً فيحول ذلك دون الحكم بصحته ونفاذه، ومن ثم فلا صحة للقول بأن ولاية القاضي في هذه الدعوة قاصرة على فحص ما إذا كان التصرف في المال موضوع النزاع قد صدر أم لم يصدر، إذ هي تختلف عن دعوى صحة التوقيع» (نقض ١٩٧٠/٢/٢٦، مجموعة المكتب الفني، ص ٢١، ٣٦٨) في نفس المعنى، نقض ١٩٦٥/٥/١٣، مجموعة المكتب الفني، ص ١٦، ٥٧٧؛ نقض ١٩٦٦/٣/١، مجموعة المكتب الفني، ص ١٧، ٤٨٦؛ نقض ١٩٦٦/٤/٢١، مجموعة المكتب الفني، ص ١٧، ٨٩٩.

(٣) قضت محكمة النقض بجواز امتناع البائع عن القيام بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري إذا كان هذا الالتزام يقابله التزام من جانب المشتري - هو أداء الرسم المطلوب لمصلحة الشهر العقاري - ولم يتم بتنفيذه وذلك تطبيقاً للمادة ١٦١ مدني، نقض ١٩٦٧/٧/٢٥، مجموعة المكتب الفني، ص ١٨، ١٤٧٧؛ نقض ١٩٥١/٣/٢٢، مجموعة المكتب الفني، ص ٢، ٤٤٤.

البيع لتحقيق شرط فاسخ علق عليه التزامه، أو أن يتمسك بزوال البيع لتخلف شرط واقف علق عليه التزامه أيضاً. وبصفة عامة فإنه يستطيع التمسك بجميع الدفوع التي تتعارض مع طلب المشتري إثبات صحة العقد ونفاذه (١).

ويلاحظ أن القاضى لا يتعرض فى هذه الدعوى بحسب الأصل للملكية البائع. ولكن إذا اثبتت هذه المسألة فيتعين الفصل فيها. فإذا تدخل شخص فى الدعوى وادعى أنه هو المالك للعقار المبيع وأن البائع غير مالك له، واستطاع أن يثبت ما يدعيه فإنه يتعين رفض دعوى صحة التعاقد، وإلا فإن الحكم فيها بصحة العقد ونفاذه يكون لغواً لا قيمة له بحسب تعبير محكمة النقض (٢).

(١) قضت محكمة النقض بأنه «ينسخ حتماً عقد البيع باستحالة تنفيذه يستوى فى ذلك أن تكون الاستحالة بتقصير المشتري أو بتقصير البائع ولا يبقى بعد إلا الرجوع بالتضمنات من أحد العاقدين على الآخر» (نقض ١٥/١٢/١٩٣٨، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٨٣، ققرة ٢٢٦).

(٢) نقض ١٧ ديسمبر ١٩٥٤، مجموعة المكتب الفنى، ص ٥، ص ١٢٥٧ وقضت محكمة النقض بأن «دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق مآلاً للقدر المبيع، يقصد بها على ما جرى به قضاء محكمة النقض - تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ويتعين عند الفصل فيها بحث ما يجب أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه» (نقض ٣١/١/١٩٦٧، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٨، ص ٢٨١) وقضت محكمة النقض بعدم قبول طلب صحة ونفاذ عقد البيع إذا تبين أن الملكية لم تنتقل إلى البائع حتى تاريخ الفصل فى الدعوى لعدم تسجيله عقد شرائه وأن المشتري لم يختصم فى دعواه البائع للبائع له، نقض ٨/٤/١٩٦٩، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢٠، ص ٥٧١. وقضت محكمة النقض بأن شرط إجابة المشتري إلى طلبه فى دعوى صحة العقد أن يكون انتقال الملكية وتسجيل الحكم الذى يصدر فيها ممكنين، وهو ما لا يتحقق إذا استحالت تنفيذ التزام البائع بسبب انتقال الملكية إلى مشتر ثان منه، نقض ٥/٦/١٩٦٩، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢٠، ص ٨٨٦. وقضت محكمة النقض بأن «تمسك طالبي التدخل فى دعوى صحة التعاقد بأنهم هم المالكون للأطيان المبيعة، بعد تدخلاً اختصاصياً يطالب به المتدخلون حذراً ذاتياً لأنفسهم ووجب على المحكمة المنظورة أمامها الدعوى قبول تدخلهم باعتبارهم مرتبطاً =

وإذا صدر حكم لمصلحة المشتري بصحة العقد ونفاذه فإن هذا الحكم يقوم مقام العقد المصدق على التوقيع عليه. ويستطيع المشتري أن يسجل هذا الحكم وتتقل الملكية بالتسجيل دون تدخل من البائع. ولكن يمتنع على المشتري أن يثبت ملكية البائع وأن يقدم لجهة الشهر العقارى جميع المستندات المثبتة لهذه الملكية، لأن الحكم بصحة العقد ونفاذه لا يكون سنداً بملكية البائع إلا إذا تعرض لهذه المسألة وأثبت فعلاً ملكية البائع للعقار المبيع (١).

ودعوى صحة التعاقد من الدعاوى التى يجوز تسجيل صحتها. وكان قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ لا ينص عليها ضمن الدعاوى التى ورد ذكرها فى المادة السابعة من هذا القانون. ولكن محكمة النقض أجازت تسجيل صحيفة الدعوى على أساس أنها دعوى استحقاق بحسب المال (٢). والواقع

= بالدعوى الأصلية وتمين عليها إلا تحكم بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل فى موضوع طلبهم، وذلك باعتبار أن هذا البحث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة عليها، وعلى أساس أن الحكم الذى تصدره المحكمة بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة، يتوقف على التحقق من عدم سلامة إدعاء المتدخلين؛ (نقض ١٩٧٠/٢/٣، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢١، ص ٢٢١)، راجع نقض ١٩٦٦/٤/٢١، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢١، ص ٢٢١؛ راجع نقض ١٩٦٦/٤/٢١، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٧، ص ٨٩٩، نقض ١٩٧٤/١٠/١٥، ص ٢٥، ص ١١٣٥.

(١) محمود شوقى، الشهر العقارى علماً وعملاً، ص ١٩١ وما بعدها؛ عبد الرزاق السنهورى، ج ٤، ص ٤٩٠، نقض ١٩٧٨/٢/٢٣، ص ٢٩، ص ٤٨٠، نقض ١٩٧٤/١١/٢١، ص ٢٥، ص ١٢٦٠.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه يجب «لجعل عموم النص مفيداً أن تفسر دعاوى الاستحقاق الواردة فى المادة السابعة بالدعاوى التى يكون غرض رافعها منها الوصول إلى الاستحقاق حالاً أو مآلاً، كدعاوى صحة التعاقد العرفى ودعاوى إثبات البيع الشفوى، لأنها لتؤول بعد تسجيل الأحكام الصادرة فيها إلى استحقاق رافعها للملكية العقار موضوع الدعوى. ولا غرابة أن يكون المشرع وضع عبارة دعاوى الاستحقاق وقصد منها دعاوى الاستحقاق ولو مآلاً، فقد جرى على ذلك نص المادة الأولى من قانون التسجيل إذ هجر عن المقود الواجب تسجيلها بأنها من شأنها إنشاء حق ملكية العقار أو حق عيني مع أنها لا تنشئ ذلك الحق إلا بعد تسجيلها، فعبارة «من شأنها إنشاء حق الملكية، وضعت للمنشئة مآلاً» (نقض =

أن دعوى الاستحقاق هي دعوى عينية يطالب فيها المدعى بتثبيت ملكيته على شئ واسترداد هذا الشئ إذا لم يكن تحت يده. أما دعوى صحة التعاقد فهي دعوى شخصية عقارية. فهي دعوى شخصية لأن المدعى فيها يطالب بحق شخصي وليس حق ملكية أو أى الحق عيني آخر. وهي دعوى عقارية لأنها تتعلق بعقار معين. وعندما صدر قانون تنظيم الشهر العقارى لسنة ١٩٤٦ فقد تدارك النقص الذى كان موجوداً فى قانون التسجيل ونص فى المادة ٢/١٥ على أنه «يجب تسجيل دعوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية». وجاء فى المادة ٢/١٧ أن «... حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى». ومعنى ذلك هو أن المشرع غل يد البائع من التصرف فى العقار المبيع بمجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد، بحيث لا يسرى فى حق المشتري أى تصرف صادر من البائع ولو نم شهره فى الفترة ما بين تسجيل صحيفة الدعوى وصدر الحكم فيها وذلك حماية للمشتري من تصرفات البائع الضارة فى فترة نشأت فيها خصومة بين الطرفين. وعلى هذا النحو فإن حجية الحكم بصحة العقد ونفاذه لا تثبت فقط من وقت صدوره بل ترجع كذلك إلى وقت تسجيل صحيفة الدعوى بشرط أن يقوم البائع بتسجيل الحكم ولا يكتفى بمجرد تسجيل صحيفة الدعوى^(١).

= ١٩٣٢/٢/٢٣، مجموعة عمرا، رقم ٩١، ص ١٦٣، فى نفس المعنى، نقض ١٩٣٩/٢/٢٣، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٨٠، فقرة ٢١١، نقض ١٩٦٧/١/٣١، مجموعة للكتب الفنى، ص ١٨، ص ٢٨١.

(١) قضت محكمة النقض أن «التسجيل لا يترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق للملكية أو أى حق عيني آخر على العقار أو نقله وأن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى إذ أجاز بنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها طبق القانون انسحاب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل الدعوى (المادة ١٧) إنما =

ودعوى صحة التعاقد يرفعها المشتري أو ورثته على البائع أو ورثته^(١). ويجوز كذلك لدائن المشتري أن يرفع هذه الدعوى على البائع أو ورثته استعمالا لحقوق مدينه طبقاً للمادة ٢٣٥ مدنى. وتكون لدائن المشتري مصلحة خاصة فى رفع هذه الدعوى باسم المشتري إذا كان هو قد اشترى نفس العقار من المشتري الأول، ويريد أن يصل إلى تسجيل سند ملكية المشتري الأول حتى يتمكن هو أيضاً من تسجيل سند ملكيته^(٢).

ودعوى صحة التعاقد يطالب فيها المدعى بحق شخصى ولذلك فهى تتقدم بتقدم هذا الحق، أى بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ البيع^(٣). ومع ذلك فإنه إذا كان المشتري قد تسلم العقار المبيع عند البيع، فإنه فى الوقت الذى تكون دعواه قد سقطت بالتقدم، يكون هو قد اكتسب ملكية المبيع بسبب آخر غير العقد وهو التقدم المكسب بالمدة الطويلة وهى خمس عشرة سنة. أما إذا كان المشتري قد تسلم المبيع بعد إبرام البيع بفترة من

=قصد حماية أصحاب هذه الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحائفها ولم يقصد أن يرب على مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد انتقال الملكية قبل التأشير بالحكم الذى يقرر حق المدعى فيها (نقض ١٦٩٩/١/٩، مجموعة المكتب الفنى، س ٢٠، ص ١٦٩، ١٩٧٠/٤/٢٣، مجموعة المكتب الفنى، س ٢١، ص ١٦٧٧، ١٩٦٦/١١/١، مجموعة المكتب الفنى، س ١٧، ص ١٥٩٩، ١٩٧٧/١/١، ٢٨، ص ٦٨١، ١٩٧٩/١/١١، ٣٠، ص ١٩٩).

(١) نقض ١٩٦٣/٣/٢١، مجموعة المكتب الفنى، س ١٤، ص ١٣٥٥، نقض ١٩٦٣/٣/٢٨، مجموعة المكتب الفنى، س ١٤، ص ٣٩٨.

(٢) ويجوز للمشتري أن يرفع دعوى صحة التعاقد فى مواجهة البائع وأن يختصم فيها، البائع للبائع له، نقض ١٩٦٩/٤/٨، مجموعة المكتب، س ٢٠، ص ٥٧١. وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة فى المفاضلة بالأسبقية فى التسجيل أن يكون المتصرف واحداً... فإذا رفع المشتري دعوى يطلب صحة ونفاذ عقده وسجل صحيفتها دون طلب صحة ونفاذ البيع الصادر لبائعه، فإن تعديل طلباته بذلك دون تسجيل صحيفة التعديل بعد تسجيل عقد البيع الصادر من البائع الأصلى لمشتري آخر فإن المفاضلة فى هذه الحالة لا تكون إلا بين الطلبات المعللة وبين عقد المشتري الآخر المسجل وهو الأفضل، نقض ١٩٧٠/٦/٢٥، مجموعة المكتب الفنى، س ٢١، ص ١٠٨٧.

(٣) عبد الرزاق السنهورى، ج ٤، ص ٤٩٥.

الزمن فإن تسلمه للمبيع يقطع تقادم دعوى صحة العقد، وتبدأ مدة جديدة قدرها خمس عشرة سنة أخرى. أى أنه فى جميع الأحوال التى يتسلم فيها المشتري العقار المبيع قبل مرور خمس عشرة سنة على إبرام البيع لا يوجد ما يعرض حقوقه للخطر لأنه إما إن يرفع دعوى صحة العقد ونفاذه قبل تقادمهما أو إذا تقادمت هذه الدعوى فإنه يكون قد اكتسب ملكية العقار المبيع بالتقادم هو أيضاً^(١).

٤٤ - دعوى صحة التوقيع:

دعوى صحة التوقيع هى الدعوى الثانية التى ابتكرها العمل لحماية المشتري فى مواجهة البائع الذى يرفض القيام بالاجراءات اللازمة لتسجيل عقد البيع. وهذه الدعوى أقل فائدة للمشتري من دعوى صحة التعاقد، وهى فى نفس الوقت أكثر منها سهولة. وقد أخذ العمل بهذه

(١) تأكيداً لعملية حق المشتري فإن محكمة النقض تذهب إلى أن دعوى صحة التعاقد لا تسقط أبداً بالتقادم فى مواجهة البائع لو ورثته، أو بتعبير آخر فهى تمنع البائع ورثته من التمسك بالدفع بالتقادم فى مواجهة المشتري على أساس أن التمسك بهذا الدفع هو من قبيل التعرض للمنتع على البائع قانوناً، والالتزام بعدم التعرض هو التزام مؤبد. وفى هذا المعنى تقرير محكمة النقض. يلتزم البائع بضمان عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه. وهذا الالتزام مؤبد يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن هذا العقد مشهراً ويتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم - مثله - منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية. وإذا كان الطاعنون (ورثة البائع) قد دفعوا دعوى ورثة المشتري بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لمورثهم من مورث الطاعنين - بسقوطها بالتقادم لرفعها بعد أكثر من خمسة عشرة سنة من تاريخ صدور هذا العقد، فإن هذا الدفاع يعد من قبيل المنازعة الممتعة قانوناً على الطاعنين بمقتضى الزلم لمورثهم بالضمان، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف القانون (نقض ١٩٦٣/٣/٢١، مجموعة المكتب الفنى، س ١٤، ١٣٥٥، فى نفس المعنى، نقض ١٩٦٣/٣/٢٨ مجموعة المكتب الفنى، س ١٤، ٣٩٨، نقض ١٩٦٦/١/١٣ مجموعة المكتب الفنى، س ١٧، ١٢٣، نقض ١٩٦٩/١/١٦، مجموعة المكتب الفنى، س ٢٠، ١٢٨، نقض ١٩٧٠/٤/١٦، مجموعة المكتب الفنى، س ٢١، ٦٥٨).

الدعوى قياساً على دعوى تحقيق الخطوط الأصلية المقررة فى قانون المرافعات.

والمشتري عندما يرفع هذه الدعوى لا يطلب فيها إثبات صحة العقد ونفاذه، ولكنه يطلب فقط إثبات صحة توقيع البائع على عقد البيع. فإذا صدر حكم بصحة توقيع البائع على عقد البيع، فإن هذا الحكم يقوم مقام التصديق على عقد البيع. ويستطيع المشتري أن يتقدم بهذا الحكم مرفقاً به عقد البيع إلى جهة الشهر العقارى فتتم إجراءات التسجيل دون حاجة إلى تدخل البائع وكما لو كان البائع قد صدق على توقيعه تماماً^(١).

وهذه الدعوى يرفعها المشتري أو وارثه على البائع أو وارثه.

ويلاحظ أنه إذا حضر البائع وأقر أمام المحكمة بصحة التوقيع الصادر منه، فإن المحكمة تقضى بصحة التوقيع وبالزام المشتري بمصروفات الدعوى.

أما إذا أنكر البائع صدور التوقيع منه، اتخذت المحكمة الإجراءات التى وضعها قانون الاثبات الجديد فى المواد من ٣٠ إلى ٤٨ لتحقيق التوقيع والحكم بصحة أو برد الورقة. ويكون تحقيق ذلك عن طريق المضاهاة بين التوقيع الوارد على عقد البيع وبين توقيع البائع الذى يتم استكتابته له أو يكون مقرا بصدوره منه أو يكون ثابتاً فى ورقة رسمية. فإذا كانت الدعوى مرفوعة على وارث البائع فلا تكون المضاهاة ممكنة إلا مع توقيع للبائع موجود فى ورقة رسمية (م ٣٧ من قانون الاثبات).

(١) قضت محكمة النقض بأنه «وإن تكن دعوى صحة التوقيع لا يتعرض فيها القاضى لذات التصرف موضوع الورقة من جهة صحته أو بطلانه أو نفاذه أو توقفه وتقرير الحقوق المترتبة عليه، ولا ينصب الحكم الصادر فيها إلا على التوقيع فقط، إلا أن تسجيل الحكم الصادر بصحة توقيع البائع على عقد بيع هرفى ينقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري المحكوم له بصحة التوقيع ويجعله المالك فى حق كل أحد» (نقض ١٩٤٤/٤/٩، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، جـ ١ ص ٣٧٩، فقرة ٢١٠).

وكما لا يطلب من المشتري في هذه الدعوى إثبات صحة العقد وبعاده، فإنه لا يقبل من البائع أن يتمسك بأى دفع يتعلق بصحة العقد ونفاذه، فمكان ذلك هو دعوى صحة التعاقد، أو دعوى مستقلة يرفعها البائع للحكم بإبطال العقد أو فسخه أو زواله لأى سبب من الأسباب^(١).

والحكم الصادر بصحة التوقيع لا يمنع البائع من رفع أى دعوى من هذه الدعاوى لأن هذا الحكم ليست له أية حجية بالنسبة لصحة العقد ونفاذه^(٢).

ودعوى صحة التوقيع ليست من الدعاوى التى تسجل صحيفتها فيحتاج بالحكم الصادر فيها بحق المدعى منذ تسجيل صحيفة الدعوى، بل لا تكون لهذا الحكم حجية إلا من وقت تسجيله. وعلى هذا النحو إذا كان البائع قد تصرف أثناء الدعوى إلى شخص آخر وقام المنصرف إليه بتسجيل عقده قبل أن يسجل المشتري الأول عقده بناء على الحكم الصادر بصحة التوقيع، فإن المشتري الثانى الأسبق فى التسجيل هو الذى يفضل^(٣).

(١) قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة التوقيع لا تعدو أن تكون دعوى تحفظية الفرض منها تطمين من يده مند عرفى إلى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع بعد الحكم فيها بصحة توقيعه أن ينازع فى التوقيع ويمنع فيها على القاضى أن يتعرض التصرف المدون فى السند من جهة صحته وعدم صحته ووجوده أو انعدامه وزواله بل يقتصر بحثه على صحة التوقيع فقط، نقض ١٩٧٠/٢/٢٦. مجموعة المكتب الفنى، ص ٢١، ص ٣٦٨.

(٢) نقض ١٩٥١/٥/٢٤، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢، ص ٨٤٩.

(٣) قضت محكمة النقض بأنه «لما كان الفرض من دعوى صحة التوقيع إنه هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع البائع أمامه على عقد البيع، فإن هذه الدعوى على خلاف دعوى صحة التعاقد لا يفيد تسجيل صحيفتها شيئاً بل لابد فيها من تسجيل الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتى ينتج التسجيل أثره فى نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ هذا التسجيل» (نقض ١٩٥٥/٤/١، مجموعة المكتب الفنى، ص ٦، ص ١٠٣٢ فى نفس المعنى، نقض ١٩٣٩/٢/٢٣، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض ج ١، ص ٣٨٠ قرة ٢١١).

ونظراً لأن دعوى صحة التوقيع لا تثبت صحة عقد البيع ونفاذه، كما أن الحكم الصادر فيها لا تكون له حجية على الغير إلا من وقت تسجيله وليس من وقت تسجيل صحيفة الدعوى، فإن فائدة هذه الدعوى تكون أقل بكثير من فائدة دعوى صحة التعاقد، ولذلك فقلما يلجأ أحد في العمل إلى دعوى صحة التوقيع رغم سهولتها^(١).

٤٥- أثر البيع بعد تسجيله:

ترتب على البيع بعد تسجيله نفس الآثار التي ترتب عليه قبل تسجيله مضافاً إليها الملكية فعلاً إلى المشتري. فينتقل الملكية هو الأثر البارز الذي يترتب على البيع بعد تسجيله. وانتقال الملكية يتم فيها بين المتعاقدين

(١) عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، ص ١٥٠٣، سليمان مرقس، ص ٢٤١. ومع ذلك فلا يبنى التقليل من أهمية دعوى صحة التوقيع فهي كما تؤدي إلى انتقال الملكية إلى المشتري فإنها قد تؤدي كذلك إلى حرمان البائع من ملكيته حتى ولو كان عقد البيع قابلاً للإبطال أو الفسخ أو الزوال لأي سبب من الأسباب. ويحدث ذلك فيما إذا تصرف المشتري بمقد من هذا القابل إلى مشتر ثان قام بتسجيل عقده قبل تسجيل دعوى الإبطال أو الفسخ أو غيرها في مواجهة المشتري الأول أو التأشير بأى من هذه الدعاوى. وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض «فإن كان البائع الذي صدر حكم بصحة توقيعه وأثبت عليه أنه لم يدفع دعوى صحة التوقيع بأى دفع، يضمن على العقد بأنه قد حصل العدول عنه بعد صدوره فيجب عليه لكي يكون هذا العدول حجة على من ترتب لهم حقوق عينية على المبيع أن يرفع - طبقاً للمادة ٧ من قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ - دعوى الفسخ وسجلها أو يؤثر بها على هامش تسجيل الحكم بصحة التوقيع، فإن هو فرط ولم يفعل وكان المحكوم له قد سجل الحكم الصادر بصحة التوقيع، لم تصرف هذا المحكوم له في المبيع وسجل المشتري من عقده فإن التسجيل ينقل الملكية إلى هذا المشتري في حق البائع الأول المحكوم عليه بصحة توقيعه هو كذلك وهذا حتى على فرض سوء نية المشتري الأخير لأن حالته هي كحالة المشتري الثاني الذي اشترى وسجل عقده وهو يعلم سبق تصرف البائع في العقار بمقد لم يسجل. وحالة ذلك الشخص هي كحالة المشتري الأول صاحب العقد غير المسجل. والحكم في كلتا الحالتين يجب أن يكون واحداً وهو أنه لا يحجج على صاحب العقد المسجل الذي انتقلت إليه الملكية فعلاً بالتسجيل بدعوى سوء النية - تلك الدعوى التي جاء قانون التسجيل المذكور قاضياً عليها وبناء على ذلك يكون الحكم برفض دعوى الملكية التي أقامها المشتري الأخير على البائع الأول مخالفاً للقانون فيتمين نقضه» (نقض ١٩٤٤/٤/٦، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٧٩، ققرة ٢١٠).

أنفسهما وبالنسبة للغير أيضاً.

غير أنه، إذا كانت الملكية تنتقل بعد تسجيل البيع، فهي تنتقل بالبيع الذي تم تسجيله وحده وليس بالتسجيل وحده. فالتسجيل بمفرده لا ينقل الملكية، بل لابد أن يستند التسجيل إلى عقد بيع صحيح نافذاً (١).

وعلى هذا النحو فإذا كان البيع صورياً فإنه لا ينقل الملكية ولو تم تسجيله، ويحق للمالك الحقيقي في أى وقت أن يطعن فى البيع بالصورية ويطلب إثبات ملكيته على العقار، فيحكم له بطلبه وتزول ملكية المشتري الصورى ولو كان عقده قد سجل (٢). ويجوز الطعن بالصورية أيضاً من أى شخص من الغير كوارث المالك الحقيقي والخلف الخاص له. ومن هذا القبيل أن يطعن مشتر آخر بعقد غير مسجل بصورية العقد الذى تم تسجيله أولاً. فإذا ثبتت صورية العقد المسجل كانت الأفضلية للمشتري بالعقد غير المسجل (٣). ويعتبر هذا الأخير من الغير فيجوز له أن يثبت صورية العقد

(١) نقض ١٩٧٧/٣/٣٠، ص ٢٨، ص ١٧٧٤.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه «متى كان عقد البيع موضوع النزاع صورياً صورية مطلقة قوامها الغش والتدليس لا يكون له وجود قانوناً، فتسجيله وعدمه سواء، نقض ١٩٥٦/٢/٩، مجموعة المكتب الفنى، ص ٧، ص ١٢٠٥ وقضت محكمة النقض بأنه «ومتى كان الحكم قد استخلص من أقوال الشهود والأوراق ما يستقيم به فضائه بصورية عقد الشراء صورية مطلقة فذلك منه استخلاص موضوعي» (نقض ١٩٥٦/٦/٧، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٧، ص ٧٠١) وراجع، نقض ١٩٥٦/٢/٢٣، مجموعة المكتب الفنى، ص ٧، ص ١٢٥١ نقض ١٩٦٧/٤/٢٠، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٨، ص ٨٥٠.

(٣) قضت محكمة النقض بأن «العقد الصورى يعتبر غير موجود قانوناً ولو سجل، فإذا طلب مشتر بعقد غير مسجل الحكم على البائع بصحة التعاقد وإبطال البيع الآخر الذى سجل عقده واعتباره كأن لم يكن لصوريته المطلقة فقضت له المحكمة بذلك بناء على ما ثبت لها من صورية العقد المسجل فاتها لا تكون قد أخطأت ولو كان العقد غير ثابت التاريخ وكان تاريخه الحقيقي لاحقاً لتاريخ العقد المسجل» (نقض ١٩٤٣/١١/٢٥، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٢٨١، فقرة ٢١٧) فى نفس المعنى، نقض ١٩٤٣/٦/٣٠، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٢٨١، فقرة ٢١٦ وقضت محكمة النقض بأنه «إذا حصلت المحكمة من وقائع الدعوى وظروفها أن -

المسجل بكل طرق الإثبات (١). أما المشتري بالعقد الصوري فلا يعتبر من الغير في تمسكه بعقده الصوري وبالتالي لا يستفيد من المادة ٢/٢٤٤ مدني (٢).

وإذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتقرر إبطاله، فإن التسجيل لا يصححه، بل تزول ملكية المشتري بأثر رجعي وتعتبر كأن لم تكن ولو كان العقد قد سجل (٣).

وكذلك إذا طلب البائع فسخ العقد لعدم تنفيذ المشتري التزامه بدفع

= صاحب العقد المسجل لم يدفع ثمناً للأطيان المدعى شراؤها بمقتضى هذا العقد إذ هو أقر صراحة في ورقة أخرى حررت في تاريخ العقد بأن هذا البيع كان مقابل ضمان البائع في دين عليه وأنه عند ذلك الضمان ترد الأطيان إليه، ثم أنه لم يدفع الدين كما زعم، وانتهت المحكمة من ذلك إلى اعتبار العقد عقد ضمان، لا عقد بيع، وقدمت عليه العقد الصادر ببيع الأطيان ذاتها إلى شخص آخر في تاريخ لاحق رغم كونه غير مسجل وغير ثابت التاريخ، فاتها لا تكون قد أسقطت (نقض ٣/١٢/٣٠، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٨١، فقرة ٢١٨) راجع نقض ١٩٣٢/١/١٤، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٨٢، فقرة ٢١٩، نقض ١٩٧٠/٥/٢١، مجموعة المكتب الفني، ص ٢١، ١٨٨٦، نقض ١٩٦٦/٥/٢٦، مجموعة المكتب الفني، ص ١٧، ص ١٢٧١.

(١) قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد انتهت إلى أن المشتري يعتبر من الغير بالنسبة للعقود الصورية الصادر من البائع إليه إلى مشتر آخر فاتها لا تكون ملزمة بالرد على تمسك هذا الأخير بحجية حكم صدر لمصلحته بإثبات تعاقد، وللمشتري أن يثبت صورية هذا التصرف بغير الكتابة على ما جرى عليه قضاء محكمة النقض، (نقض ١٩٥٧/١٠/٣١، مجموعة المكتب الفني، ص ٨، ٧٥٩، نقض ١٩٦٩/٧/٢٦، مجموعة المكتب الفني، ص ٢٠، ٢٧٠).

(٢) تفصيل من يتمسك بالعقد الظاهر طبقاً للمادة ٢٤٤ على من يتمسك بالعقد المستتر خاص بالتزام بين دائتي كل من المتعاقدين أو الخلف الخاص لكل منهما، أما التزام بين أحد طرفي العقد الصوري وبين الدائن أو الخلف الخاص للمتعاقد الآخر، فلا تحكمه هذه القاعدة. ذلك أن حماية الأراضع الظاهرة قصدت بها حماية الغير لا حماية المتعاقد نفسه الذي ساهم في إخفاء الحقيقة بما قد يؤدي إلى المساس بحقوق الغير.

(٣) نقض ١٩٦٥/٥/٢٧، مجموعة المكتب الفني، ص ١٦، ٦٥٥.

الشمس مثلاً، أو إذا انفسخ العقد لتحقيق شرط فاسخ جاء به فإن العقد يزول أيضاً بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن ولو كان قد سجل.

فالتسجيل لا يصحح العقد الباطل ولا يمنع الحكم بصوريته أو فسخه. أو زواله لأى سبب من الأسباب. ويرجع ذلك إلى أن نظام التسجيل الشخصى هو نظام إدارى ليست له حجية خاصة، ويتم فيه شهر التصرف كما هو، ولا يؤدى الشهر إلى اعطاء التصرف قوة ليست له، فتظل قيمة التصرف متوقعة على العناصر المكونة له وليس على تسجيله. فالتسجيل لا يكون له أثر فى انتقال الملكية الا إذا كان التصرف ذاته صحيحاً نافذاً^(١).

وقد نص المشرع فى المادة ١/١٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أنه «يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع...». وتنص المادة ٢/١٥ على تسجيل دعوى الاستحقاق العقارى أيضاً. وتنص المادة ١٧ على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما».

وطبقاً لهذه النصوص فإن الطعن فى البيع المسجل وكذلك دعوى

(١) نضت محكمة النقض بأن «التسجيل طبقاً لأحكام القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى هو نظام شخصى يجرى وفقاً للأسماء لا بحسب المقارنات وليست له حجية كاملة فى ذاته، فهو لا يصحح العقود الباطلة أو يكمل العقود الناقصة» (نقض ١٩٧٠/٥/٢٨، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢١، ص ٩٢٩).

الاستحقاق التي يرفعها المالك الحقيقي للعين المباعة، إذا أدى هذا الطعن أو ترتب على هذه الدعوى ثبوت حق المدعى، فإن ملكية المشتري تزول بأثر رجعى رغم تسجيل عقده، ولا يعتد أيضاً بكل التصرفات التي أجراها المشتري بعد تسجيل صحيفة إحدى الدعاوى السابق ذكرها^(١). أما التصرفات التي أجراها المشتري قبل تسجيل صحيفة أى من هذه الدعاوى فإنه لا يعتد بها كذلك إذا كان المتصرف إليه سعى النية^(٢)، أما إذا كان المتصرف إليه حسن النية فإن الحق الذى اكتسبه يظل نافذاً فى مواجهة المالك الحقيقي عملاً على استقرار المعاملات.

أما إذا كان البيع قد صدر من مالك وكان صحيحاً ونافاً وتم تسجيله فإن ملكية المبيع تنتقل فيما بين المتعاقدين وكذلك بالنسبة للغير بمجرد التسجيل.

٤٦ - انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين: ليس للتسجيل أثر رجعى:

كان أهم ما عنى بالنص عام قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ هو أن الملكية لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين أنفسهم ولا بالنسبة للغير إلا بتسجيل البيع. وقد ذهب رأى السائد فقهاء وقضاء إلى أن وقت التسجيل هو الذى يحدد وقت انتقال الملكية، وأن التسجيل إذا تم فلا يكون له أثر رجعى. وذهب رأى آخر لم يكتب له الرواج إلى أنه إذا تم تسجيل البيع فإن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين بأثر رجعى يتحدد بوقت إبرام البيع^(٣).

(١) نقض ١٩٦٩/٣/٤، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢٠، ص ٣٧٥، نقض ١٩٦٥/١٠/٢٨ مجموعة المكتب الفنى، ص ١٦ ص ٩٢٩.

(٢) قارن فى علم الاعتداد بسوء نية المتصرف إليه، نقض ١٩٤٤/٤/٦، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، ج ١، ص ٢٧٩، فقرة ٢١٠.

(٣) نقض ١٩٧٨/٦/٢٧، ص ٢٩، ص ١٥٧٠.

ونظراً لأن هذا الرأي المرجوح قالت به المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الجديد^(١)، ويأخذ به كذلك الدكتور السنهوري^(٢) مع اعترافه بأنه غير سائد في الفقه^(٣) أو القضاء، فإننا نذك فيما يلي أهم الحجج التي يستند إليها الرأي السائد في أن التسجيل ليس له أثر رجعي وهي:

١- جاءت نصوص قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ وكذلك قانون تنظيم الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦ صريحة مطلقة في أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير. ولا يوجد أي نص يفرق بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين، أو انتقالها بالنسبة للغير، فتكون التفرقة التي يقول بها الرأي المرجوح غير قائمة على أساس.

٢- عبرت المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل، وكذلك المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري تعبيراً واضحاً عن نية المشرع في كل من القانونين، واتجاه هذه النية إلى عدم التفرقة إطلاقاً بين المتعاقدين وبين الغير في اشتراط التسجيل لإنتقال الملكية.

٣- القول بالأثر الرجعي لإنتقال الملكية فيما بين المتعاقدين، يتعارض مع الغرض الأساسي للتشريع وهو التطوير بنظام الشهر العقاري إلى أكبر درجة ممكنة من الدقة والشمول. ولو كانت الملكية تنتقل بأثر رجعي فيما بين المتعاقدين لأدى ذلك بالمشتري إلى التراخي في القيام بتسجيل العقد اطمئناناً منه إلى أن الملكية ستنتقل إليه من وقت العقد مهما تأخر في التسجيل.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٦، ص ٣٤١.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، ج٤ فقرة ٢٨٠ وما بعدها.

(٣) راجع في الفقه السائد، منصور مصطفى منصور، فقرة ١١٧ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٩٩ محمد علي إمام، فقرة ١١٦٨ أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي، فقرة ٢٧٠، فقرة ٢٧٢ عبد النعم البدراني، فقرة ١١٢٢ جميل الشرقاوي، ص ١١٧٦ محمد علي عمران، فقرة ١٨٤ إسماعيل غانم، فقرة ١١٦.

٤- القول بالأثر الرجعى لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين، يؤدى إلى وجود تاريخين مختلفين لانتقال الملكية أحدهما بالنسبة للمتعاقدین والآخر بالنسبة للغير، ويؤدى ذلك بالتالى إلى كثير من الشذوذ والتعقيد الذى أراد المشرع أن يتلافاه بالنص على أن الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، فلا يكون لانتقال الملكية إلا تاريخ واحد هو تاريخ التسجيل.

٥- أما الحجة الأساسية التى يستند إليها القول بالأثر الرجعى للتسجيل. وهى أن التسجيل شرط واقف علق عليه انتقال الملكية، وأنه إذا تحقق هذا الشرط فيكون لتحقيقه أثر رجعى وتعتبر الملكية قد انتقلت من وقت العقد وليس فقط من وقت تحقق الشرط، فإن محكمة النقض نرد على هذه الحجة بقولها «أن حقيقة ما رمى إليه الشارع من قانون التسجيل هو تأخير نقل الملكية ريثما يتم تسجيل عقد التصرف، من غير أن يجعل ذلك التسجيل بمثابة شرط توقيفى لو وقع يكون له أثر رجعى يجعل التصرف ناقلاً للملكية من يوم تاريخه العرفى أو الثابت على صورة الالتزامات التوقيفية المنصوص عليها فى المادة ١٠٥ وما يليها من القانون المدنى (القديم)» (١). وتقول محكمة النقض فى حكم آخر «وحيث أن إستناد أثر الشرط إلى الماضى، على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدنى (القديم) إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين. أما حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرط أما قبله فلا» (٢).

(١) نقض ١٩٣٩/٢/٩، مجموعة عمر، رقم ١٦٤، ص ٤٩٧.

(٢) نقض ١٩٤٦/١١/٢١، مجموعة عمر ٥، رقم ١١٢ ص ٢٥٥، وقضت محكمة النقض بأن «التسجيل إنما يترتب أثره من تاريخ حصوله ولا يتردد إلى تاريخ سابق عليه. فاستناد الحكم إلى أن عقد البيع غير المسجل يعتبر مطلقاً على شرط التسجيل بالنسبة إلى نقل الملكية»

٦- أما الحجة الأخرى التى يستند إليها القول بالأثر الرجعى للتسجيل وهى أن القانون يعتبر البائع الذى يبنى فى العقار المبيع فى الفترة ما بين العقد والتسجيل كأنه قد بنى فى ملك الغير، ولا يكون ذلك إلا إذا كان المشتري قد تملك المبيع من وقت إبرام العقد وليس من وقت التسجيل. فإن الرد على هذه الحجة هى أن البائع يلتزم بمجرد العقد بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التى كان عليها وقت العقد وبالامتناع عن كل عمل من شأنه الإخلال بهذا الالتزام. فيكون من المنطقى أن يعامل معاملة الأجنبى إذا هو بنى فى العقار المبيع بعد البيع وقبل التسجيل.

٧- وأخيراً فإن الحجة التى تقول أن المشتري تكون له ثمار المبيع ونماؤه من وقت البيع، لا تعنى كما يعتقد أصحاب رأى المرجوح أن الملكية قد انتقلت للمشتري من هذا الوقت. وإنما استحقاق المشتري للثمار والنماء مرتبط باستحقاق البائع لفوائد الثمن ومرتبطة كذلك بالالتزام البائع بتسليم المبيع بمجرد العقد.

ورغم وضوح الحجج التى يستند إليها الرأى السائد فقهاء وقضاء (١)

=حتى إذا ما تحقق هذا الشرط ارتد أثره إلى تاريخ التسجيل. ذلك غير صحيح؛ لأن ارتداد أثر الشرط إلى الماضى إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً من إرادة المتعاقدين، أما حيث يكون القاتون قد أوجب إجراء مبنياً ورتب عليه أمراً قانونياً فهذا الأمر لا يتحقق إلا بتمام الإجراء ولا ينسحب إلى الماضى (مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٤٣٣، فقرة ٢٨).

(١) وهناك حجة أخرى للرأى المرجوح تستند إلى ما يقضى به قانون الشهر العقارى من رجعية أثر الحكم الصادر فى دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء الرجوع إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعاوى المذكورة أو التأشير بها. وقد ردت محكمة النقض على هذه الحجة بقولها «الأصل أن أثر التسجيل فى نقل الملكية لا يترتب إلا على تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق الملكية أو زى حتى عيني آخر أو نقله أو تغييره أو زواله أو الذى من شأنه تقرير هذه الحقوق وأن هذا الأمر لا ينسحب إلى الماضى ولا يحتج على ذلك بالمواد ٧ و ١٠ و ١٢ من قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ لأن للمواد المذكورة إذا أجازت تسجيل صحائف دعاوى بطلان العقود واجبة التسجيل أو نسخها أو قضاها أو الرجوع فيها ودعاوى استحقاق الحقوق العينية =

فى أن التسجيل ليس له أثر رجعى فيما بين المتعاقدين، إلا أن الدكتور السنهورى لا زال يرى أن الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين هو الذى يتفق مع طبيعة البيع وطبيعة نظام التسجيل ومقتضيات الصياغة القانونية.

ونكتفى بهذا القدر فى هذه المسألة لأن الحكم فيها مستقر من الناحية العملية وفقاً للرأى السائد السابق ذكره.

٤٧- انتقال الملكية بالنسبة للغير: العبرة بالأسبقية فى التسجيل عند التزاحم:

إذا تم تسجيل البيع فإن الملكية تنتقل إلى المشتري من وقت التسجيل بالنسبة للناس كافة. وإذا سجل أكثر من مشتر واحد عقد يبعه فإن الأفضلية بينهم تكون لمن سبق غيره فى تسجيل عقده. وتعبير آخر فإن العبرة بالأسبقية فى التسجيل عند التزاحم^(١).

والتزاحم بين المشترين لا يتصور وقوعه إلا إذا كان البيع قد صدر لهم جميعاً من مالك العقار المبيع. أما إذا صدر بيع لأحدهم من مالك العقار المبيع. أما إذا صدر بيع لأحدهم من مالك العقار، وصدر بيع لآخر من غير المالك، فإن الأفضلية تكون للمشتري من المالك ولو تأخر فى تسجيل عقده. أما إذا باع نفس المالك لأكثر من شخص واحد، فإن الأسبقية فى

=المقاربة وربت على التأشير بمنطوق الحكم الذى يصدر فى هذه الدعاوى على هامش تسجيل صحائفها لتحاب أثر التأشير بالحكم إلى تاريخ تسجيل الصحيفة فانما أجازته على سبيل الاستثناء لحماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من تربت لهم حقوق هنية على ذات المقار أو ديون عقارية عليه من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، وهو استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه (نقض ١٩٥٠/١١/٢٣، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٤٣٢، فقرة ٢٦) فى نفس المعنى، نقض ١٩٥٠/٤/١٣، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٤٣٢، فقرة ٢٥، نقض ١٩٥٣/١/٨، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٤٣٣، فقرة ٢٧.

(١) نقض ١٩٧٩/١/٢٤، ص ٣٠، ص ٣٥٧.

التسجيل هي التي تحسم التنازع بين المشتريين جميعاً^(١).

٤٨ - مدى اشتراط حسن النية للتمسك بالأسبقية في التسجيل:

إذا فرضنا أن المشتري الثاني هو الذي سبق المشتري الأول في التسجيل، فهل يترتب على الأسبقية في التسجيل أن المشتري الثاني يفضل المشتري الأول في جميع الأحوال وسواء كان يعلم بالبيع الأول أو لا يعلم به، وسواء كان حسن النية أو سيئها، وسواء كان متواطئاً مع البائع للاضرار بالمشتري الأول أو غير متواطئ معه؟ مرت الإجابة على هذا السؤال بثلاث مراحل تاريخية مختلفة أولها في ظل القانون المدني القديم. والثانية في ظل قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ والثالثة في ظل قانون تنظيم الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦.

٤٩ - شرط حسن النية في ظل القانون المدني القديم:

كان الرأي الراجح في ظل القانون المدني القديم يشترط حسن نية المشتري الثاني الأسبق في التسجيل حتى يستطيع الاحتجاج بالأسبقية في

(١) نقض ١٩٣٥/١٢/٢، نقض ١٩٤٩/١/٢٧، نقض ١٩٥٥/٢/١، نقض ١٩٥٢/٥/٢٩، نقض ١٩٥٠/٥/١١، نقض ١٩٥٥/٢/٣، نقض ١٩٥١/٦/٧، نقض ١٩٥٤/٥/١٣، نقض ١٩٥٤/١١/٢٥ (مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٧٦، الفقرات ١٩٣، ١٩٤، ١٩٥، ١٩٧، ١٩٨، ١٩٩، ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٥، ٢٠٦) وراجع نقض ١٩٥٧/٢/١٤، مجموعة المكتب الفني ص ٨، ص ١٥٣، نقض ١٩٥٧/٤/٣، مجموعة المكتب الفني، ص ٩، ص ٣٣٠، نقض ١٩٥٨/٦/١٩، مجموعة المكتب الفني، ص ٩، ص ٥٨٧، نقض ١٩٥٨/٣/٢٧، مجموعة المكتب الفني، ص ٢٤٣.

فإذا تم التسجيل في نفس اليوم كتبت العبرة في الأسبقية برقم التسجيل. وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض، «ولذا كان البائع قد تصرف في العقار المبيع إلى مشترئان وأقام كل من المشتريين دعوى بطلب صحة التعاقد عن البيع الصادر له وسجلت الصحفتان في يوم واحد وساعة واحدة ثم سجل كل منهما حكم صحة التعاقد الصادر له فان السابق واللاحق في التسجيل يتعين حتماً بأسبقية الرقم في تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد» (نقض ١٩٥٨/٥/١٥، مجموعة المكتب الفني، ص ٩، ص ٤٩٤).

التسجيل فى مواجهة المشتري الأول. وكان هذا الرأى يستند إلى نص صريح فى القانون المدنى القديم هو نص المادة ٣٤١/٢٧٠ الذى يقرر أنه «لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد، متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظ قانوناً، وكانوا لا يعلمون ما يضر بهم». وكان الرأى الذى يشترط حسن نية المشتري الثانى الأسبق فى التسجيل هو الرأى السائد، رغم وجود رأى ثان لا يكتفى بعلم المشتري الثانى بالبيع الأول حتى لا يكون له الحق فى التمسك بالأسبقية فى التسجيل، بل يشترط أكثر من ذلك أن يكون المشتري الثانى متواطئاً مع البائع على الاضرار بالمشتري الأول، فإذا انتفى التواطؤ فإن المشتري الثانى يحق له أن يتمسك بأسبقيته فى التسجيل ولو كان يعلم بوجود البيع الأول. ولكن هذا الرأى الثانى لم يكن سائداً فى هذا الوقت.

وكان هناك رأى ثالث متطرف ومهجور فى نفس الوقت يذهب إلى أن العبرة دائماً بالأسبقية فى التسجيل ولو كان المشتري الثانى متواطئاً مع البائع على الاضرار بالمشتري الأول. وكان هذا الرأى المهجور يريد أن يعطى للتسجيل قيمة كاملة للاحتجاج بالحق بغض النظر عن سوء نية المشتري الذى سجل عقده أولاً أو كونه متواطئاً مع البائع. ولكن هذا الرأى كان يخالف النص الصريح للمادة ٣٤١/٢٧٠ السابق ذكرها^(١).

٥٠- شرط حسن النية فى ظل قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ :

عندما صدر قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ لم ينص فى مادته الأولى الخاصة بتسجيل التصرفات الناقلة للملكية والحقوق العينية الأخرى على

(١) أنظر فى عرض هذه الآراء الثلاثة، عبد الرزاق السنهورى، ج٤، فقرة ٢٦٩، أحمد نجيب الهملاى وحامد زكى، فقرة ٢٧٣.

سوط حسن النية التي كانت تنص عليه المادة ٣٤١/٢٧٠ مدني قديم.
وعلى عكس ذلك فإن قانون التسجيل نص في مادته الثانية الخاصة بتسجيل
التصرفات الكاشفة على شرط حسن النية لامكان الاحتجاج بتسجيل هذه
التصرفات في مواجهة الغير. فاستخلص الفقهاء والقضاء من ذلك أن حسن
النية ليس شرطاً للاحتجاج بالأسبقية في تسجيل التصرفات الناقلة كالبيع
مثلاً. وهو ما يعني زوال الرأي الذي كان سائداً في ظل القانون المدني
القديم والذي كان يشترط حسن النية لامكان التمسك بالأسبقية في
تسجيل عقد البيع

ومع ذلك فقد بقي في ظل قانون التسجيل أريان يتنازعان المسألة،
الأول يذهب إلى أنه وإن كان لا يشترط حسن النية للتمسك بالأسبقية في
التسجيل. إلا أنه يشترط على الأقل عدم تواطؤ المشتري الذي سجل عقده
أولاً للاضرار بحقوق الغير^(١). والرأي الثاني يذهب إلى أنه لا يشترط حتى
عدم التواطؤ. فالعبرة دائماً بالأسبقية في التسجيل بغض النظر عما يقترن به
من غش أو تواطؤ. وقد إنتصرت محكمة النقض لهذا الرأي الثاني فهي تقرر
أنه إذا تصرف المالك في العقار الذي يملكه بعقد غير مسجل، ثم تصرف
فيه مرة ثانية لشخص آخر فإنه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً. فإذا أدرك
هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول،
فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلك الملكية العقارية التي لم يتعلق بها
حق ما للأول، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إليه الثاني سيثا النية
متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة. وإذا
فلا يقبل من أي إنسان لم يكن عقده مسجلاً ناقلاً للملكية فعلاً إليه أن

(١) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي، فقرة ٢٧٣، عبد السلام ذهني، رسالة في
التسجيل، ص ٤٩، مشار إليه في الهلالي وحامد زكي، المرجع السابق، وراجع في عرض هذه
المسألة، عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، ص ١٥٤٠، أنور سلطان وجلال المدوي، ص ١٢٣٤، نجيب
ليب شنب ومجدي صبحي خليل، ص ١٣٨، إسماعيل غانم، ص ١٦٨.

ينازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبل مدعياً أن له حقاً عينياً على العقار يحتج به عليه، كما أنه لا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذي إنتقلت إليه الملكية فعلاً بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ (١).

والواقع أن محكمة النقض لا تعطى للمشتري الذي لم يسجل عقده إلا الحق في الطعن على أساس الصورية أو على أساس الدعوى البوليسية كما سيأتى ذكره فيما بعد. ومحكمة النقض بذلك ترتفع بقيمة التسجيل إلى أقصى درجة متصورة وتريد أن تصل به في القيمة إلى مستوى السجل العقاري، حتى أنها تعطى من سجل عقده أولاً أن يتمسك بهذا التسجيل، ولو كان سى النية متواطئاً كل التواطؤ على الاضرار بحقوق الغير.

(١) نقض ١٩٣٥/١٢/١٢، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٧٦، فقرة ١٩٣، في نفس المعنى، نقض ١٩٤٩/١/٢٧، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٧٦، فقرة ١٩٤، نقض ١٩٥٥/١٢/١، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٧٦، فقرة ١٩٥، نقض ١٩٥٢/٥/٢٩، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٧٧، فقرة ١٩٨، نقض ١٩٥٥/٢/٣، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٧٧، فقرة ١٢٠٠، نقض ١٩٥١/٦/٧، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٧٧، فقرة ٢٠١، وقضت محكمة النقض بأن «الشارع في القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ قد وقع تسجيل المقدر الناقل للملكية فوق مستوى الدور الذي يؤديه من قبل، فجعل له من الأثر ما لم يكن له في ظل القانون المدني إذ اعتبره هو ذاته الناقل للملكية - لا يمنع من ذلك سوء نية المتصرف إليه اضراً بصاحب عقد آخر ناقل للملكية أو مقرر لها ولقد أشار في المذكرة الإيضاحية إلى أنه يريد أن لا يجعل من سوء نية المتصرف إليه أو تواطئه سبباً يفسد عليه تسجيله» (نقض ١٩٤٦/٣/٧ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٧٨، فقرة ٢٠٤).

وجدير بالملاحظة أن محكمة النقض في هذا الحكم الأخير جعلت التسجيل هو ذاته الناقل للملكية على خلاف الرأي السائد في أن التسجيل ليس هو الذي ينقل للملكية. ولكن الذي ينقلها هو المقدر الصحيح للسجل. وعجابه محكمة النقض المشار إليها تميز بوضوح عن الارتباط بين اتجاهها في رفض نظرية التواطؤ وبين رغبتها في الارتفاع بقيمة التسجيل إلى أقصى درجة ممكنة.

٥١- شرط حسن النية في ظل قانون تنظيم الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦ :

لم يحسم قانون الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦ الخلاف الذى كان قائماً فى ظل قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣، بل على العكس هو زاد فى حدة هذا الخلاف لأكثر من سبب واحد.

فهو أولاً حذف شرط حسن النية من النص الخاص بشهر التصرفات الكاشفة، وبذلك زالت الحجة الأساسية التى كانت موجودة فى ظل قانون التسجيل والتى كانت تستمد من اشتراط حسن النية فى تسجيل التصرفات الكاشفة وعدم اشتراط ذلك فى تسجيل التصرفات الناقلة، أن حسن النية غير مشروط فى تسجيل التصرفات الناقلة كعقد البيع مثلاً. وأصبح هناك مجال للقول، طالما أن المشرع ترك الأمر للقواعد العامة، أن حسن النية هو شرط للاحتجاج بالأسبقية فى التسجيل سواء فى التصرفات الكاشفة أو فى التصرفات الناقلة على حد سواء. وبذلك يمكن أن تعود إلى الحياة النظرية التى كانت سائدة فى ظل القانون المدنى القديم والتى تشترط حسن النية للتمسك بالأسبقية فى التسجيل، والتى قضى عليها بصدور قانون سنة ١٩٢٣. ومن ناحية أخرى فإنه مما يدعو إلى إمكان العودة إلى هذه النظرية أن المشرع قرر فى المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري بخصوص تسجيل الدعاوى المشار إليها فى المادة ١٥ من هذا القانون، أنه «يترب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما». ويبدو من ظاهر هذا النص أن المشرع يشترط حسن النية لا مكان الاحتجاج بالحقوق المكتسبة فى مواجهة المالك الحقيقى ولو كان قد تم تسجيل العقود التى أنشأتها.

ورغم هذا اللبس الذي أحدثه قانون تنظيم الشهر العقاري، فإنه من المقطوع به فقها وقضاء أنه لا يمكن العودة إلى الأخذ بشرط حسن النية في التسجيل، وهو الشرط الذي قضى عليه بمجرد صدور قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣، لأن القول بذلك يعنى اضعاف قيمة التسجيل إلى أقصى درجة ممكنة، وهو ما لا يتفق بحال مع إجماع المشرع إلى تقوية هذا النظام وجعله أساساً للاعتراف بالحقوق الواردة على عقار (١).

وكذلك فإن الحجة التي يمكن أن تؤخذ من نص المادة ١٧ السابق ذكرها، لا يمكن التمسك بها في موضع التزاحم بين أكثر من مشتر واحد، لأن هذه المادة خاصة بالتزاحم بين المالك الحقيقي وبين المتصرف إليه من المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي. وكذلك فإن المقصود بسوء نية المتصرف إليه طبقاً لهذا النص هو أن يكون المتصرف إليه عالماً بأن البائع له غير مالك، أو أنه مالك بسند فيه عيب يبطله أو يبرر فسخه. أما من يشتري من مالك حقيقي لا يشوب سند ملكيته عيب أو يوجد ما يهدده بالزوال فإنه لا يكون سعي النية ولو كان يعلم أن البائع له قد باع نفس العقار من قبل بعقد غير مسجل (٢).

ولكن إذا كان هناك إجماع من الفقه والقضاء في الوقت الحاضر

(١) قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز التحدي بمباراة سوء النية أو حسنها أو العلم أو عدم العلم المشار إليها بالمادة ٢٧٠ وغيرها من مواد القانون المدني، لأن هذه المادة مؤسسة على مبدأ القانون المدني الذي كان يرتب نقل ملكية المبيع بين المتعاقدين على مجرد الإيجاب والقبول. وهذا المبدأ قد قضت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون التسجيل قضاء نهائياً كما نصت المادة ١٦ من هذا القانون على إلغاء كل نص يخالفه وإذن فتلک المادة (٢٧٠) قد نسخها قانون التسجيل ولم يعد حكمهاز باقياً (نقض ١٩٣٥/١٢/١٢، السابق الإشارة إليه، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٧٧، فقرة ١٩٧).

(٢) نقض ١٩٥٤/٥/١٣، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٧٨، فقرة ٢٠٣.

على عدم إحياء نظرية حسن النية التي كانت مقررة في ظل القانون المدني القديم، فإن الخلاف لا زال قائماً مع ذلك حول النظريتين الأخيرتين. وهما نظرية الاعتداد بالتواطؤ، ونظرية الاعتداد بالتسجيل فقد ولو كان منطوياً على تواطؤ.

وقد انقسم الرأي بين هاتين النظريتين، فيوجد اتجاه تؤيده محكمة النقض وهو الذى يرتفع بقيمة التسجيل إلى أقصى درجة ممكنة ولا يقيم وزناً للتواطؤ، ويوجد اتجاه فقهي آخر يتزعمه الدكتور السنهوري والدكتور الوكيل وهو يذهب إلى اشتراط عدم التواطؤ لإمكان الاحتجاج بالأسبقية في التسجيل.

أ- اتجاه محكمة النقض: استمرت محكمة النقض في اتجاهها السابق والذي يرتفع بقيمة التسجيل إلى أعلى مستوى ممكن بحيث تكون العبرة دائماً هي الأسبقية في التسجيل وبغض النظر عن حسن النية أو عدم التواطؤ. وقد أصدرت محكمة النقض حكماً بصدد المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري أبرزت فيه بشكل قاطع رفضها نظرية حسن النية التي كانت سائدة في ظل القانون المدني القديم، كما يستفاد من هذا الحكم بطريق الدلالة رفض محكمة النقض لنظرية التواطؤ أيضاً. ثم أتيت محكمة النقض بعد ذلك أن ترفض نظرية التواطؤ بشكل صريح قاطع في أحكام أخرى لها. ونورد أهم ما جاء في هذه الأحكام فيما يلي:

قضت محكمة النقض في حكمها الأول أن «الغير سئ النية في معنى المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ هو الذى كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقدته معه بأن كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يطله أو بما يوجب نقضه - أما من يتعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية فلا يعتبر سئ النية في معنى المادة المذكورة لأنه في هذه

الحالة قد تعامل مع مالك حقيقى لا تشوب ملكيته شائبة ولو كان يعلم وقت تعاقدته معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتري سابق لم يسجل عقده. ذلك أنه وفقاً للمادة التاسعة من القانون سالف الذكر يجب شهر جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تنفيى ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن. فمن يتعامل مع بائع على أساس هذا القانون لا يصح إهدار أثر سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استناداً إلى المادة ١٧ من القانون المشار إليه، وإنما يجوز الطعن فى عقده بدعوى الصورية أو بالدعوى البوليصية متى توافرت شروطها^(١).

وهذا الحكم صريح قاطع فى رفض نظرية حسين النية التى كانت سائدة فى ظل القانون المدنى القديم وانتهى العمل بها منذ صدور قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣.

ويمكن أن يستخلص من هذا الحكم أيضاً بطريق الدلالة أن محكمة النقض ترفض نظرية التواطؤ لأنها لو كانت تقرر هذه النظرية لسمحت بالطعن فى العقد المسجل من قبل الغير على أساس التواطؤ؛ ولكنها لم تفعل، بل اقتصرت على الإذن للغير بالطعن فى العقد المسجل أما على أساس الصورية أو على أساس الدعوى البوليصية مسايرة فى ذلك اتجاهها الذى سارت عليه فى ظل قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣. أما الصورية فأمرها واضح. لأن العقد المسجل إذا كان صورياً فهو لا وجود له فى الواقع ويجوز للغير التمسك بعدم وجوده ولو كان قد سجل فيجوز للمشتري الحقيقى

(١) نقض ١٩٥٤/٥/١٣، مجموعة للكتب الفنى، ص ٥، ص ١٨٥٦ فى نفس المعنى، نقض ١٩٥٧/٢/١٤، مجموعة الكتب الفنى، ص ٨ ص ١٥٣.

بعقد غير مسجل أن يتمسك بصورية عقد آخر ثم تسجيله بالنسبة للعقار المبيع. وترتب على إثبات صورية العقد المسجل تفضيل المشتري بعقد غير مسجل بشرط أن تكون صورية العقد المسجل مطلقة. وتكون صورية العقد المسجل مطلقة إذا كان هذا العقد لا يلتز تصرفاً آخر منجزاً قصد به انتقال الملكية إلى المتصرف إليه كالهبة مثلاً. أما إذا كان البيع الصوري يستتر تصرفاً منجزاً قصد به انتقال الملكية فعلاً من المتصرف إلى المتصرف إليه كهبة مستترة، فإن الكشف عن الصورية في هذه الحالة لا يجدى شيئاً في تفضيل المشتري بعقد غير مسجل على المشتري الصوري أى الموهوب له بعقد مسجل (١).

أما الدعوى البوليصية فإن المشتري الأسبق في تاريخ عقده لا يرفعها إلا إذا حصل على حكم بالتعويض في مواجهة البائع، ولم يتمكن من التنفيذ بهذا الحكم على مال البائع بسبب اعساره، وكان البيع الثانى الذى سجل هو السبب فى هذا الاعسار أو فى الزيادة فيه. وفى هذه الحالة فإن أثر رفع

(١) قضت محكمة النقض بأنه «لا تنقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد شرائه وفقاً لنص المادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ولا يحول دون نقل الملكية - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المشتري عالماً بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف فى المبيع فله لمشتري آخر لم يسجل عقده ما لم يثبت أن عقد المشتري الثانى المسجل هو عقد صوري ولا ينتج فى إثبات هذه الصورية مجرد علم المشتري وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل الولد على قلت المبيع» (نقض ١٩٥٣/١٢/٣١، مجموعة المكتب الفنى، ص ٥، ٢٥٢) فى نفس للمنى، نقض ١٩٣٢/١/١٤، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٢٨٢، فقرة ٢١٩، نقض ١٩٤٣/٦/٣٠، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٢٨١، فقرة ٢١٦، نقض ١٩٤٣/١١/٢٥، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٢٨١، فقرة ٢١٧، نقض ١٩٤٣/١٢/٣٠، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٢٨١، فقرة ٢١٨، نقض ١٩٥٧/١٠/٣١، مجموعة المكتب الفنى، ص ٨، ٧٥٩، نقض ١٩٦٦/٥/٢٦، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٧، ١٢٧، نقض ١٩٦٩/٢/٢٦، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢٠، ٢٧٠، نقض ١٩٧٠/٥/٢١، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢١، ١٨٨، نقض ١٩٦٥/٥/٢٧، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٦، ٦٥٥.

هذه الدعوى يكون هو عدم نفاذ البيع المسجل فى مواجهة المشتري بعقد غير مسجل وفى مواجهة غيره من دائئى البائع الذين يتزاحمون جميعاً مع المشتري بعقد غير مسجل على العقار المبيع. فالدعوى البوليصية ليس الغرض منها تثبيت ملكية المشتري الأول، ولكن حماية حقه فقط باعتباره دائئاً عادياً مع غيره من الدائئين العاديين^(١). وحسب قضاء النقض فانه إذا كان اثبات صورية العقد المسجل يمكن أن يؤدى إلى تفضيل المشتري بعقد غير مسجل وانتقال الملكية إلى هذا الأخير. فانه على العكس من ذلك فان الدعوى البوليصية لا تؤدى إلى تفضيل المشتري بعقد غير مسجل أو انتقال الملكية إليه^(٢).

ولكن بعد أن رفضت محكمة النقض دلالة، نظرية التواطؤ، اتاحت لها الفرصة بعد ذلك أن ترفضها بشكل صريح قاطع، فى حكمها الصادر فى ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ الذى جاء فيه أنه «متى كان المشتري الثانى قد سجل

(١) قضت محكمة النقض بأنه «إذا تحققت الشروط المقررة للطعن بالدعوى البوليصية فان مؤدى ذلك أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى البائع، ويكون من حق المشتري الذى لم يسجل عقده بوصفه دائئاً بالثمن التنفيذ عليها جبراً استيفاء لدينه، وليس من شأن هذا التنفيذ أن يعود هذا المشتري إلى بحث عقده الابتدائى ومطالبته بالحكم بصحته ونفاذه، لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشتري الذى سجل عقده محمله بحق المشتري الذى لم يسجل بوصفه دائئاً للبائع، وليس للدائئ فى مقام التنفيذ بهينه أن يطالب بملكية العقار الذى يجرى عليه التنفيذ» (نقض ١٩٥٥/٦/٦، مجموعة المكتب الفنى، ص ٦، ١١٨٥).

(٢) قضت محكمة النقض بأنه «لما كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الطاعن كان يستهدف بطعنه بعدم نفاذ التصرف الصادر إلى المطعون ضده الثانى إلى إجراء المناضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون ضده المذكور المسجل فان ذلك الطعن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يكون غير منتج فى التخلص من آثار هذا العقد المسجل والمطعون فيه بالدعوى البوليصية حتى ولو كان المطعون ضده الثانى بوصفه متصرفاً له المتصرف سعى النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان الطاعن من الصفقة. ومن لم يكون ما يمييه الطاعن على الحكم من اغفال تحقيق طعنه على المطعون ضده الثانى بالدعوى البوليصية لا جدوى منه فى خصوص هذه الدعوى» (نقض ١٩٦٩/٦/٢٦، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢٠، ١٠٨٤).

عقد شرائه وطعن المشتري السابق الذى لم يسجل عقده بصدد العقد الثانى المسجل بطريق التواطؤ رغبة من البائع فى الرجوع عن البيع له تأسيساً على أن المشتري الثانى كان قد وقع كشاهد على عقده هو. فأغفل الحكم الرد على هذا الدفاع الذى لا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فان ذلك لا يعيب الحكم بالقصور، ذلك لأن توقيع المشتري الثانى كشاهد على العقد الذى لم يسجل لا يعتبر اقراراً منه بانتقال ملكية المبيع إلى من صدر له ذلك العقد. وان صح هذا التوقيع دليلاً على علم صاحبه بسبق التصرف إلى الغير، فانه لا يحول دون كسب ملكية المبيع بعد ذلك بمقتضى عقده الذى بادر إلى تسجيله فصح سند النقل الملكية إليه ولو كان فى ذلك متواطئاً مع بائعه (١).

وبهذا الحكم فان محكمة النقض تكون قد حافظت دون أدنى تغيير على اتجاهها السابق فى ظل قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ وهو اعتبار التسجيل وحده مناط التمييز عند تراحم المشتريين وهو ما أكدته بعد ذلك فى أحكام أخرى عديدة. فالذى سجل عقده أولاً هو الذى يفضل على غيره، ولو كان متأخراً فى تاريخ عقده وكان سعى النية متواطئاً على الإضرار بحقوق من سبق التصرف إليه بعقد غير مسجل، حتى ولو ساهم فى التواطؤ والغش موظف الشهر العقارى كذلك (٢). ويؤدى هذا الاتجاه إلى تقوية نظام

(١) نقض ١٩٥٨/٤/٣، مجموعة للكتب الفنى، ص ٩ من ٣٣٠.

(٢) قضت محكمة النقض «نص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية ورب على عدم الشهر إلا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة للغير. وإذا جاء هذا النص - أسوة بنص المادة الأولى من قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ المقابل له - خلوا مما يجيز إبطال الشهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ فان مفاد ذلك - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو اجراء المناضلة عند تراحم المشتريين فى شأن عقار واحد على أساس الأسبقية فى الشهر ولو نسب إلى المشتري الذى بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقى لا بشوب سند ملكيته محجب بطله. ولا ينير من =

التسجيل والاقتراب بآثاره من آثار نظام التسجيل العيني، وإن كانت ضمانات هذا النظام الأخير غير موجودة بعد.

ب- الاتجاه الفقهي المعارض لحكمة النقص: ويتزعم هذا الاتجاه الدكتور عبد الرزاق السنهوري^(١) والدكتور شمس الدين الوكيل في بحث له عن «أثر الغش على الأسبقية في التسجيل»^(٢). ويذهب هذا الاتجاه إلى أنه وإن كان من غير المعقول التمسك بنظرية العلم في ظل نظام الشهر العقاري مما يضعف كل أثر لمثل هذا النظام، إلا أنه من غير المقبول أيضاً أن يعتد بالتسجيل وحده ولو اقترن بالغش أو بالتواطؤ والذنب على حد تعبير الدكتور شمس الدين الوكيل، فإن من القواعد المقررة في المبادئ العامة للقانون أن الغش يفسد كل شيء. فالعقد المسجل الذي انطوى على غش وتواطؤ هو عقد باطل ولا يخلصه التسجيل من البطلان. وليس من المقبول

=ذلك أن يكون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية في تقديم طلب لجهة الشهر إذ أن مجرد الأسبقية في تقديم الطلب لا تنال من الآثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق. ولا يغير من هذا النظر القول بأن التسجيل السابق كان نتيجة غش أو تواطؤ بين من تم التسجيل لصالحه وبين الموظف الذي أجراه بمصلحة الشهر العقاري بعدم مراعاته للمواعيد والإجراءات التي تقضى بها المادة ٣٣ من قانون الشهر العقاري ذلك أن ما انتظمه هذا النص لا يندر أن يكون تبيناً للقواعد الإدارية المحددة للإجراءات والمواعيد الواجب على مأموري الشهر العقاري اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المهررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد وإذا لم يربط المشرع بطلان الشهر على مخالفته فإن الأفضلية تكون عند سبق تسجيل التصرف الصادر له ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق. وليس لصاحب الطلب السابق إن صح ما يدعيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ سوى طلب التعويض يوجهه إلى موظف الشهر العقاري ومن تواطأ معه إذا كان لطلبه محل (نقض ١٩٦٦/٢/١٥، مجموعة المكتب الفني، ١٧، ص ١٧، ١٩٥٥) في نفس المعنى نفى ١٩٦٦/٣/٢٤، مجموعة المكتب الفني، ١٧، ص ١٧، ١٧٢٣، ١٩٦٩/٦/٢٦، مجموعة المكتب الفني، ٢٠، ص ١٠٨٤، ١٠٨٤، ١٩٧٠/٤/٧، مجموعة المكتب الفني، ٢١، ص ٥٨١.

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٤، ص ٥٥٠ وما بعدها.

(٢) مجلة الحقوق، جامعة الاسكندرية، السنة الثامنة، ١٩٥٨ - ١٩٥٩، ص ٦٣ وما بعدها.

اعطاء هذه الحجية المطلقة للتسجيل الشخصى أخذاً فى ذلك بأهم مقومات التسجيل العينى، مع عدم الاخذ بضمانات هذا النظام. فنظام التسجيل الشخصى هو نظام إدارى لا يعطى الضمانات الكافية التى يعطيها نظام التسجيل العينى وهو نظام قضائى، ولا يعطى أيضاً التعويض الذى يعطيه نظام التسجيل العينى عن المساس بحقوق الغير من حسيطة رسوم التسجيل ذاتها.

وبجانب أن الغش يفسد كل شئ فإن الدكتور السهنورى يرى وسيلة فنية أخرى للوصول إلى نفس النتيجة وهى الدعوى البوليصية مع تطبيقها تطبيقاً خاصاً فى حالة التزام بين المشتري لعقار واحد، على أساس تركيز حق المشتري الأول على العقار المبيع، مما يسمح له بتسجيل عقد البيع الصادر له متى توصل إلى عدم نفاذ البيع الثانى الاسبق فى التسجيل.

ولاشك أن الاتجاه الفقهى المعارض لمحكمة النقض هو الأقرب إلى المبادئ القانونية السليمة، وإن كان مذهب محكمة النقض يتفق مع العمل على تقوية نظام الشهر العقارى والاتجاه به فى طريق الشهر العينى، على أن يستكمل هذا الاتجاه بخطوات تشريعية تحقق للشهر العقارى فى مصر الضمانات الموجودة فى تشريعات الدول الأخرى. وبذلك تنتهى من دراسة الالتزام الأول والأهم الذى يربطه البيع على عاتق البائع وهو الالتزام بنقل الحق المبيع إلى المشتري. وننتقل الآن إلى دراسة الالتزام الثانى وهو الالتزام بالتسليم.

المبحث الثانى

الالتزام بتسليم المبيع

٥٢ - الالتزام بالتسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية:

تنص المادة ٢٠٦ مدنى على أن «الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام، بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتى التسليم». ويصدق هذا النص على

كل العقود الناقلة لحق عيني كعقد البيع والمقايضة والهبة والشركة (١).
فالتسليم هو وسيلة من انتقل إليه الحق للانتفاع به. والتسليم قد يكون
وسيلة لانتقال الحق ذاته، كما في بيع المنقولات المعينة بالنوع، فان افرازها
وهو الذى ينقل الملكية يتم عادة وقت تسليمها.

ونظراً لأن الالتزام بالتسليم يتفرع عن الالتزام بنقل الملكية، فقد كان
منطقياً أن يجعل المشرع تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية.
فالبائع هو الذى يتحمل تبعة الهلاك الذى يحدث قبل التسليم ولو كانت
الملكية قد انتقلت فعلاً إلى المشتري. والمشتري هو الذى يتحمل تبعة
الهلاك الذى يحدث بعد التسليم ولو لم تكن الملكية قد انتقلت إليه فعلاً
من البائع. ومؤدى ذلك أن الالتزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة وليس
فقط التزاماً ببذل عناية. فما لم يتم التسليم فعلاً لا يكون البائع قد نفذ
التزامه.

وندرس فيما يلى موضوع التسليم، وكيفيته، وجزاء الاخلال به.

المطلب الأول

موضوع التسليم

تنص المادة ٤٣١ مدنى على أن «يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري
بالحالة التى كان عليها وقت البيع». وموضوع التسليم هو الشئ المبيع
المتفق عليه فى عقد البيع. وندرس فيما يلى حالة المبيع ومقداره
وملحقاته.

(١) قضت محكمة النقض بأن «الالتزام البائع بتسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع، بل
هو أهم التزامات البائع التى تترتب على العقد ولو لم ينص عليه فيه» (نقض ١٩٣٨/٢/٣،
مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، جـ ١ ص ٣٥٣، ققرة ٥٦).

٥٣ - حالة المبيع وقت البيع:

بحسب نص المادة ٤٣١ السابق ذكرها فإن حالة المبيع التي ينبغى أن يتم تسليمه فيها، هي حالة المبيع وقت البيع. وتختلف كيفية تعيين حالة المبيع وقت البيع بحسب ما إذا كان معيناً بالذات أو معيناً بالنوع.

فإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات فالمفروض كما تقول المذكرة الايضاحية أن المشتري رأى المبيع أو علم به علماً كافياً^(١). والعلم بالمبيع كما سبق أن رأينا هو شرط من شروط صحة البيع (م ٤١٩ مدنى)^(٢). والعلم بحالة المبيع يصاحب وقت إبرام العقد. ولذلك ينبغى أن يتم تسليم المبيع للمشتري فى نفس الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد^(٣).

أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع، فإنه لا يتصور بشأنه علم البائع بحالته وقت العقد. فهو لم يكن له كيان ذاتى فى هذا الوقت. وقد حددت المادة ١٣٣ مدنى كيفية تحديد حالة المبيع فى هذا الفرض. فهى تقرر «ويكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ من حيث جودته، ولم يمكن إستخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر، التزم المدين أن يسلم شيئاً من صنف متوسط». وطبقاً لهذا النص فإن العقد هو الذى يحدد حالة المبيع التى يجب تسليمه فيها. فإذا لم يوجد إتفاق على ذلك فإنه يرجع إلى العرف أو إلى أى ظرف آخر ملابس لإبرام العقد. فإذا لم يجدى البحث فى هذا الشأن، فإن البائع يلتزم بتسليم المشتري شيئاً من صنف

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٥٢.

(٢) راجع ما سبق، فقرة ١٦.

(٣) نفض ١٩٣٨/١٢/٨، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ح ١، ص ٣٥٤، فقرة ٦٠، المشتري لقدر مفرز فى العقار الشائع لا يجوز له الطلب بالتسليم مفرزاً، نفض ١٩٧٤/١٢/٣، ص ٢٥، ص ١٣٢٤.

متوسط الجودة، لا من صنف جيد حتى لا يلحق غبن البائع، ولا من صنف ردي حتى لا يلحق غبن بالمشتري^(١).

والتزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت العقد هو التزام بتحقيق نتيجة^(٢)، ولذلك إذا حدث تغيير في المبيع فإن حكمه يختلف بحسب ما إذا كان هذا التغيير إلى أحسن أم إلى أسوأ.

فإذا كان التغيير إلى أسوأ وادعى المشتري ذلك عند تسليم المبيع، أو بعد تسلمه بفترة وجيزة تمكن خلالها من تجربة المبيع فإن على البائع يقع عبء إثبات أن حالة المبيع لم تتغير لأنه هو الملتزم بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت العقد، وعليه يقع عبء إثبات تنفيذ التزامه. فإذا عجز البائع عن إثبات ذلك فإنه يكون ملزماً بإعادة المبيع إلى الحالة التي كان عليها وقت العقد، أو يلزم بتعويض المشتري. كما يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد. وترتب هذه الأحكام سواء حدث التغيير الضار بفعل البائع وخطئه أو فعل الغير أو بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، لأن التزام البائع

(١) قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الطاعن «قد تمسك بأن العقد لا يلزمه بأن يكون الصاج الذي يسلمه إلى الماطون عليه من مخلفات الجيوش المتحالفة وأنه من ذلك كان له أن يسلم الكمية المبينة من الصاج المملى وأن الماطون عليه إذ استبان أن تصدير الصاج المملى ممنوع أخذ يبرلغ في تسليم الصاج الذي أعده هو وكان الحكم لم يقطع صراحة في أن الصاج المتعاقد عليه كان من مخلفات الجيوش المتحالفة وهو أمر يدور عليه وجه الفصل في الدعوى فإنه يكون قد عاره قصور يستوجب نقضه» (نقض ١٩٥١/٤/١٩، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١ ص ٣٥٥، فقرة ٦٩). وأنظر في ضرورة أن يكون المبيع مطابقاً للعينة في حالة البيع بالعينة، نقض ١٩٥٩/١٠/١٥، مجموعة المكتب الفني ص ١٠، ١٥٦٧ نقض ١٩٥٩/١٠/٢٢، نقض ١٩٥٩/١١/١٢، مجموعة المكتب الفني، ص ١٠، ٥٩٠، ص ١٦٤١ نقض ١٩٤٨/١٢/٩، نقض ١٩٤٧/٥/١٥، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٤٦، فقرة ١٤، فقرة ١٥، نقض ١٩٥٢/١٠/١٦، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٤٦، فقرة ١٧.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، ج٤، ص ٥٦٣. ومعنى ذلك أن البائع يتحمل التزاماً بالمحافظة على الشيء إلى حين تسليمه وهو التزام متفرع عن التزامه بالتسليم، مازو، ج٣، فقرة ٩٣٧.

هو التزم بتحقيق نتيجة ولا يعفى البائع من تحمل مسؤولية التغيير الضار الا
حدث ذلك نتيجة فعل المشتري.

أما إذا كان تغيير المبيع إلى أحسن، وكان ذلك بسبب أجنبي كأن
التصق طمى بأرض زراعية، فإن هذه الزيادة تكون من حق المشتري، فهو
صاحب حق فى نماء الشئ من وقت العقد^(١). أما إذا كان التغيير قد
حدث بفعل البائع كأن بنى البائع فى الأرض المبيعة أو أقام بها انشاءات أو
تحسينات من أى نوع، فإنه يعتبر قد بنى فى ملك غيره كما سبق أن ذكرنا.
وتطبق أحكام البناء أو الغراس فى ملك الغير وهذا ما قرره محكمة
النقض^(٢) فحتى لو كانت الملكية لم تنتقل بعد إلى المشتري إلا أن البائع
وهو ملزم بتسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت العقد يعتبر قد أدخل
بهذا الالتزام إذا هو غير فى حالة المبيع، فيكون من العدل معاملته كمن
يبنى فى ملك غيره. وتطبق فى هذا الشأن أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٨٠ م.
مدنى.

(١) قضت محكمة النقض بأنه «تنص المادة ٢/٤٥٨ من القانون المدنى على أنه
«للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ما
لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره»، ومفاد ذلك أن المشتري يتحمل ثمر المبيع من وقت
إنعقاد البيع طالما أن التزام البائع بالتسليم غير مؤجل يستوى فى ذلك أن تكون الملكية قد
انتقلت إلى المشتري أو تراخى انتقالها إلى وقت لاحق» (نقض ١٩٦٤/٧/٢، مجموعة
المكتب الفنى، ص ١٥، ص ٨٩٥؛ فى نفس المعنى، نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠، مجموعة المكتب
الفنى، ص ١٣، ص ١١٥٩).

(٢) قضت محكمة النقض بأن «البائع ملزم بتسليم العقار المبيع بحالته التى هو عليها
وقت تحرير العقد. فإذا هو أقدم، قبل نقل الملكية للمشتري بتسجيل العقد أو الحكم الصادر
بصححة التعاقد فأحدث زيادة فى هذا العقار (بناء) ينما المشتري يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تعهده
فلا مخالفة لقانون التسجيل فى أن تعتبر المحكمة - بعد أن صدر الحكم بصححة التعاقد وسجل
- كأنه أحدث تلك الزيادة فى أرض مملوكة لغيره بفصل فى أمرها قياساً على حالة من أحدث
غراساً أو بناء فى ملك غيره» (نقض ١٩٣٢/١٢/٨، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة
النقض، ج ١، ص ٣٥٤، فقرة ١٦٠؛ فى نفس المعنى، نقض ١٩٤٥/٣/٢٩، مجموعة
عمر، رقم ٣٢٨، ص ٦٠١).

والمشتري يلتزم بتسليم المبيع ذاته، وليس شيئاً آخر ولو كان أفضل منه. فلا يجبر البائع على قبول شيء آخر غير الذي التزم به المدين فعلاً ولو كان هذا الشيء أفضل مما التزم به المدين^(١). وكذلك إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع فإن البائع يلتزم بتسليمه كله إلى المشتري لا بجزء منه فقط، لأن المشتري لا يجبر على قبول وفاء جزئى بحقه.

والأحكام السابق ذكرها لا تتعلق بالنظام العام فهي لا تسرى إلا إذا لم يوجد اتفاق على غيرها بين المتعاقدين. وعلى من يتمسك بوجود هذا الاتفاق أن يثبت. فإذا تمسك المشتري أنه يوجد اتفاق على أن يسلم المبيع لا بالحالة التى كان عليها وقت العقد بل فى حالة جيدة، فعليه أن يثبت وجود هذا الاتفاق. فإذا ثبت وجود هذا الاتفاق فإن البائع يكون ملزماً بالعمل على تحسين حالة المبيع قبل تسليمه حتى يصبح فى حالة جيدة. فإذا لم يفعل ذلك كان للمشتري أن يرجع عليه بالتعويض، أو أن يطلب الفسخ إذا كان عدم تنفيذ البائع للاتفاق يؤدي إلى تفويت الغرض الذى قصده المشتري من الشيء المبيع.

وقد يتفق المتعاقدان على أن تكون حالة المبيع مطابقة لعينة متفق عليها. وفى هذه الحالة تسرى أحكام البيع بالعينة السابق دراستها^(٢).

٢- مقدار المبيع

٥٤- نقص المبيع أو زيادة المبيع:

إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع، وكان البيع بالتقدير، فلا يتصور بشأنه نقص المبيع أو زيادته، لأن التسليم يتحدد بمقدار البيع المعين فى العقد بحسب الوزن أو العدد أو الكيل أو المزداد.

(١) نقض ١٩٤٨/١٢/٩، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، جـ ١ ص ٣٤٦، ققرة ١٦.

(٢) راجع ما سبق، ققرة ١٩

أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات وكان البائع ضامناً مقداره، كببيع قطعة أرض على أن مساحتها ألف متر مربع، أو بيع أرض زراعية على أن مساحتها عشرون فداناً، فإنه من المحتمل أن يوجد المبيع وقت التسليم أنقص أو أزيد من المقدار الذى ضمنه البائع^(١). ويصدق نفس الشيء أيضاً على البيع الجراف الذى يضمن فيه البائع مقدار المبيع، كمن يبيع كل ما يوجد فى مخزنه من قمح على أساس أنه عشرة أرادب، فمن المتصور عند التسليم أن ينقص القمح الموجود بالمخزن على هذا أو يزيد عليه.

وقد واجه المشرع هذين الفرضين فى المادة ٤٣٣ مدنى التى تنص على أنه «(١) إذا عين فى العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولاً عن نقص

(١) قبل أن تثار مشكلة نقص المبيع أو زيادته، يجب أولاً تحديد ذاتية المبيع حسب الأوصاف الخاصة به والمذكورة فى العقد. وقد يحدث نزاع بين الطرفين حول ذاتية المبيع وقد يعكس هذا النزاع على مقدار المبيع، ولكن المشكلة التى تعرض فى هذه الحالة ليست هى مشكلة نقص المبيع أو زيادته وإنما هى مشكلة تحديد ذاتيته. وقد قضت محكمة النقض أنه «إذا كانت المحكمة فى سبيل تعرف ما إذا كان القدر المتنازع على ملكيته بين البائع والمشتري يدخل فى حدود المبيع، قد رجعت إلى مستندات التملك وإلى تقارير الخبراء المعيّنين فى الدعوى. فاعتبرت أحد الحدود الواردة فى عقد البيع (الحد البحرى وهو جسر السكة الحديد) حداً ثابتاً من غير شبهة؛ ثم اعتمدت فى توفيق المشتري القدر المبيع له على ما هو مبيع بالعقد من أطوال للحديد الشرقى والغربى مقيسة من ذلك الحد (البحرى)، ثم أوردت فى حكمها ما يبيته من المعانة من أن الحد الرابع (القبلى) من ناحية ترعة الاسماعيلية غير ثابت لوجود طريق منشأ على جانب الترعة فضلاً عن انخفاض مستوى الأرض المتنازع عليها عن مستوى ملك المشتري فى هذه الناحية انخفاضاً واضحاً، ثم قالت تأييداً لوجهة نظرها وتفسيراً لمذلول العقد، أنه ليس بمعقول أن يصل الحد البحرى إلى جسر ترعة الاسماعيلية فيكون القدر المشتري به شمل عشرين فداناً أخرى زائدة فى المساحة، فإن هذا الحق الذى حصلت من عقد البيع ومن وقائع الدعوى وزيت عليه حكمها يرفض دعوى المشتري مقبول عقلاً وفيه كفاية لتسبيب الحكم» (نقض ١٩٤٤/٥/٤، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٤ فقرة ٦٥). وقضت محكمة النقض بأن «تطبيق نص المادة ٤٣٤ من القانون المدنى فى حالة الادعاء بوجود حيز فى المبيع محله أن يكون البيع قد انعقد على عين معينة مفرزة ذات مقياس أو قدر معين ولم يتم البيع بالتسليم على النحو الذى اتفق به» (نقض ١٩٦٦/٢/١، مجموعة المكتب الفنى ص ١٧، ص ٢٠٥).

هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ما لم يتفق على غير ذلك، على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد فى المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد. (٢) أما إذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكره فى العقد وكان الثمن مقدراً بحسب الوحدة، وجب على المشتري، إذا كان المبيع غير قابل للتبويض، أن يكمل الثمن، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة، فيجوز له أن يطلب فسخ العقد وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه.

وتنص المادة ٤٣٤ مدنى على أنه «إذا وجد فى المبيع عجز أو زيادة، فإن حق المشتري فى طلب إنقاص الثمن أو فى طلب فسخ العقد وحق البائع فى طلب تكلفة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعلياً». وندرس فيما يلى مسألة نقص المبيع أو زيادة المبيع وتقادم الحق الناشئ فى أى من الحالتين.

(أ) نقص المبيع: إذا نقص المبيع عن القدر الذى ضمنه البائع للمشتري فإنه يعمل بالاتفاق القائم بينهما على جزاء هذا النقص. فإذا لم يوجد اتفاق فانه يرجع فى ذلك إلى العرف. فإذا وجد عرف يقضى بأن النقص اليسير يتسامح فيه وكان النقص بهذا الوصف فانه لا يكون للمشتري أن يرجع بشئ على البائع. أما إذا كان النقص محسوساً لا يتسامح فيه، فإنه يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالتبويض. وقد يكون التبويض فى صورة نقص الثمن بقدر نقص المبيع. ولكن هذا ليس لازماً فى كل الأحوال لأن التبويض بقدر الضرر. وقد يكون الضرر الذى لحق المشتري أكثر أو أقل من النسبة التى نقص فيها المبيع. أما إذا كان النقص جسيماً وهو النقص الذى لو كان البائع يعلمه وقت العقد لما أبرمه، فإنه يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع. فجزاء نقص المبيع هو أما طلب التبويض أو طلب الفسخ بحسب ما إذا كان النقص جسيماً أو غير جسيم، لا فرق فى ذلك أن يكون المبيع قابلاً للتبويض أو غير قابل له أو أن

يكون الثمن قد قدر بسعر الوحدة أو قدر جملة (١).

(ب) زيادة المبيع: إذا زاد المبيع عن القدر المتفق عليه فتسرى في هذا الشأن أحكام العقد أن وجدت ثم أحكام العرف إذا كان هناك عرف في الموضوع. فإذا لم يوجد إتفاق أو عرف طبقت الأحكام التي نصت عليها المادة ٤٣٢ مدني السابق ذكرها، والتي بمقتضاها تجب التفرقة بين أن يكون الثمن قد قدر بحساب الوحدة أو قدر جملة واحدة.

فإذا كان الثمن قد قدر بحساب الوحدة فإنه يفرق أيضاً بين أن يكون المبيع قابلاً للتبعيض أو غير قابل له. فإذا كان المبيع قابلاً للتبعيض، فإن الزيادة في تكون للبائع لا للمشتري. لأن هذه الزيادة لم تدخل عقد البيع وهي كذلك يمكن فصلها عن المبيع عند التسليم دون ضرر على المشتري. أما إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض فإن الزيادة تكون للمشتري. ومع ذلك فإنه يلتزم بتعويض البائع عن هذه الزيادة. ويكون التعويض في صورة تكملة الثمن بما يعادل الزيادة في المبيع. وسبب التزام المشتري بتكملة الثمن هو أن مقدار المبيع عندما يكون الثمن مقدراً بحساب الوحدة يعتبر أصلاً لا وصفاً، فالمبيع يقابل الثمن، ولذلك ينبغي أن يكمل المشتري الثمن إلى القدر الذي يصبح فيه معادلاً للمبيع (٢). ولكن إذا كانت الزيادة في المبيع

(١) وطلب التعويض أو الفسخ لا يجوز لأول مرة أمام محكمة النقض، وقد قضت محكمة النقض بأنه «متى كان النزاع قد دار بين الطرفين أمام محكمة الموضوع على أمر واحد هو مقدار كمية الحديد التي تم عليها التعاقد ولم يمسك المشتري صراحة لدى تلك المحكمة بالمطالبة بقيمة المعجز الذي يدعيه فإنه لا يكون هناك محل لإنارة الجدل بشأنه أمام محكمة النقض» (نقض ١٦/٥/١٩٥٧ مجموعة المكتب الفني، ص ٨، ص ٤٧٩).

(٢) عبد الرزاق السهوري، ج ٤، ص ١٥٧٣ وقد قضت محكمة النقض بأن «البرة في معرفة أحقية المشتري في أخذ هذه الزيادة بلا مقابل أو عدم أحقيته في ذلك على مقتضى حكم المادة ٤٣٣ من القانون المدني هي بما إذا كان ثمن المبيع قد قدر جملة واحدة أم أنه حدد بحساب سعر الوحدة. أما التمييز بين البيع الجزائي والبيع بالتقدير فأمر يتعلق بتحديد الوقت الذي تنتقل به ملكية المبيع للمشتري في كل منها وتعيين ما إذا كان البائع أو المشتري هو =

كبيرة بما يقتضى زيادة كبيرة فى الثمن فإنه يجوز للمشتري فى هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لأنه لو كان يعلم وقت العقد أن الثمن سيصل إلى هذا القدر لما أبرمه (١).

أما إذا كان الثمن قد قدر جملة واحدة فإن المشرع لم يضع حكماً لهذه الحالة. ولكن الظاهر أنه أراد بذلك أن تكون الزيادة للمشتري دون مقابل طالما أن المبيع غير قابل للتبعض. لأن الثمن عندما يقدر جملة واحدة فإن مقدار المبيع لا يكون أصلاً فى العقد بل وصفاً فيه، والوصف لا يقابله شيء من الثمن. وهذا ما تؤكدته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فهى تقرر أنه «إذا زاد المبيع، وكان الثمن مقدراً جملة واحدة، فالغالب أن المتعاقدين قصداً أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على القدر المعين - وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن - ولذلك يبقى المبيع، ولا يطالب المشتري بزيادة فى الثمن، إلا إذا كان هناك إتفاق على غير ذلك» (٢).

(ج) تقادم الدعاوى الناشئة عن نقص المبيع أو زيادته: تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته ثلاث دعاوى هى دعوى إتقاص الثمن وهى للمشتري إذا

=الذى يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم. وإذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بأحقية المشتري فى أخذ الزيادة التى ظهرت بالمبيع بلا مقابل عملاً بالمادة ٤٣٣ مدنى على مجرد إحتباره البيع جزائياً مع أنه ليس من مؤدى ذلك حكماً أعمال حكم هذه المادة ومناطه أن يتفق على ثمن المبيع جملة لا بحساب سعر الوحدة، فإن الحكم يكون قاصر البيان (نقض ١٩٦٣/٣/٢٨، مجموعة للكتب الفنى، ص ١٤، ص ٤١٧).

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه «غنى عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة وتفسيراً لنية المتعاقدين، ولا تعتبر من النظام العام، فهى تطبق ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقتضى بنهرها» (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٦١).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٦١، نقض ١٩٦٣/٣/٢٨، مجموعة للكتب الفنى، ص ١٤، ص ٤١٧.

كان النقص في المبيع محسوساً. ودعوى فسخ البيع وهي أيضاً للمشتري إذا كان نقص المبيع جسيماً، أو كانت هناك زيادة في المبيع ولم يكن المبيع يقبل التبعيض، وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة. ودعوى تكملة الثمن، وهي للبائع إذا كان المبيع لا يقبل التبعيض وكانت هناك زيادة في المبيع وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة. وقد جعل المشرع لجميع هذه الدعاوى مدة تقادم قصيرة هي سنة واحدة. وتبدأ هذه السنة من الوقت الذي يتسلم فيه المشتري المبيع تسليماً فعلياً. والعبرة في ذلك بالتسليم الفعلي وليس بالتسليم الحكمي، حتى يتيسر للمشتري أن يتأكد من عدم نقص المبيع، وحتى يتيسر للبائع أن يقدر مدى زيادة المبيع. ومدة التقادم المذكورة لا يسرى عليها الوقف بسبب عدم اكتمال الأهلية، ولكن يسرى عليها الانقطاع (١).

ويلاحظ أن القانون المدني القديم كان يجعل مدة التقادم - وكانت سنة أيضاً - تسرى من وقت البيع لا من وقت التسليم الفعلي للمبيع، أي

(١) ولا يجوز الاتفاق بين المتعاقدين على انقاص مدة السنة أو زيادتها تطبيقاً للمادة ٢٨٨ مدني، راجع أنور سلطان وجلال المدوي، ص ٢٦١، عبد الرزاق السنهوري، ص ٥٧٦ ولكن قد يسقط حق المشتري إذا سلم المبيع وهو عالم بما فيه من عجز إذا دل ذلك على تنازله الضمني عن دعوى العجز. ولا يكون سقوط حق المشتري في هذه الحالة بالتقادم ولكن بالتنازل.

وكما أن مسألة عجز المبيع أو زيادته تختلف عن مسألة تحديد ذممة المبيع كما أوضحنا من قبل. فانه إذا كان البائع لم يسلم المبيع كله إلى المشتري فإن دعوى المشتري المطالبة بالجزء الباقي لا تسقط بمضي سنة واحدة من وقت التسليم بل بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد أو من الوقت الذي حدد فيه التسليم. راجع أنور سلطان وجلال المدوي، ص ٢٦١، ومن باب أولى إذا كان النزاع لا يتعلق بالمبيع أصلاً فلا ينطبق نص المادة ٤٣٤. وقد قضت محكمة النقض بأن وحكم المادة ٢٩٦ من القانون المدني الملغى التي تقابل المادة ٤٣٤ من القانون القائم لا ينطبق إلا حيث يوجد عجز أو زيادة في المبيع بمعنى أن يكون البيع قد تنازل. أما ما يضع المشتري يده عليه من أحيان البائع مما لا يدخل في عقد البيع فانه بعد مقتضياً له ولا تقادم دعوى المطالبة به بالتقادم للنصوص عليه في المادة ٢٩٦ المشار إليها (نقض ١٩٦٧/٥/١٨ مجموعة الكتب الفني، ص ١٨، ص ١٠٣٠).

من وقت ربما لم يكن البائع أو المشتري يعلم فيه بنقص المبيع أو زيادته. وكان هذا الحكم منتقداً. وقد تلافى القانون المدنى الجديد هذا العيب بأن جعل سريان التقادم يبدأ من وقت التسليم الفعلى للمبيع.

٣- ملحقات المبيع

٥٥- التسليم يشمل ملحقات المبيع:

تنص المادة ٤٣٢ على أن «يشمل التسليم ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين».

وملحقات المبيع هى كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال المبيع رغم أن صياغة المادة ٤٣٢ توحي بأن الملحقات هى شئ آخر غير ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشئ^(١).

وحتى يمكن تحديد المقصود بالملحقات فلا بد من استبعاد ما قد يختلط بها من أشياء أخرى. فلا تعتبر من ملحقات المبيع، أجزاء المبيع ذاته، بل تعتبر الأجزاء من أصل المبيع وليست من ملحقاته. مثال ذلك المنزل المبيع يشمل الأرض المقام عليها والمباني والسلم الداخلى والحديقة وسور الحديقة. فهذه الأشياء لا تعتبر من ملحقات المبيع بل من أصله. ولا تعتبر ثمرات المبيع من ملحقاته. والثمرات هى ما ينشأ عن المبيع بصفة دورية أن يقطع من أصله كبريق الأرض والمنزل، ومحصول الأرض الزراعية وثمار الحديقة... الخ. والثمرات لا تعتبر لا من الأصل ولا من الملحقات، ولها وصف خاص وحكم خاص بها. (م ٤٥٨ مدنى)^(٢).

(١) بلاتويل وريبير وهامل، ج ١، فقرة ١٨٧ مالورى، أنسيكلويدى دالوز، ج ٥، ص ٦٦١، فقرة ١٠٤٦ عبد الرزاق السنهورى، ج ٤، فقرة ٣٠٢.

(٢) راجع ما سبلى، فقرة ٨٠.

ولا تعتبر منتجات المبيع من ملحقاته. والمنتجات هي ما يتولد عن المبيع ويقطع من أصله، كالمعادن تستخرج من باطن الأرض، أو الحجر يؤخذ من الحجر. والمنتجات ليست من أصل المبيع أو ملحقاته، ولكن لها حكم خاص بها وهي تكون ملكاً للمالك الأصل (١).

أما نماء المبيع كطعمي النيل يلتصق بالأرض المبيعة. فإنه يعتبر من أصل المبيع وأن كان يتميز بأنه أصل طارئ حدث بعد المبيع.

والمشتري يملك الأصل بأجزائه ونمائه بمقتضى العقد. وهو يملك الثمرات والمنتجات بمقتضى العقد أيضاً (٢). أما الملحقات فإنها تدخل ضمناً في عقد البيع، ويشملها الالتزام بالتسليم.

والذى يحدد ملحقات المبيع الواجبة التسليم هو اتفاق المتعاقدين (٣). وقد يرد في هذا الاتفاق تحديد مفصل للملحقات المبيع التي يجب تسليمها. وقد يذكر فيه أن التسليم لا يشمل الملحقات. فيؤخذ دائماً بالاتفاق القائم بين المتعاقدين. فإذا لم يوجد اتفاق في هذا الشأن فإن الملحقات يحددها العرف أو يحددها طبيعة الأشياء (٤).

(١) قد يرد العقد على الملحقات وحدها دون الأصل. راجع، نقض ١٩٥١/١٢/٦ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٦٦، ققرة ١٢٨.

(٢) طبقاً لنص المادة ٢/٤٥٨ وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بنيره، قارن عبد الرزاق السنهوري حيث يذهب إلى أن استحقاق المشتري لثمرات المبيع مرتبط بانتقال الملكية إليه وليس بإبرام العقد، ج٤، ص ٥٢٠، ص ٥٨٢.

(٣) ولكن لا يجوز أن تعتبر من ملحقات المبيع الحقوق التي اكتسبها البائع بصفته الشخصية بمناسبة ملكيته للمبيع، كالحق في الصيد في أرض الجار، راجع بودري وسينيا، ققرة ٢١٨.

(٤) قضت محكمة النقض أن من قار البيع نقل ملكية المبيع إلى المشتري بما يكملها وبما يحددها ولما كان الارتفاع المقرر لمنفعة العقار المبيع من مكملات ملكيته كان لا موجب للتنصيص عليه بالذات في عقد البيع كى يتمكن المشتري التحدى ١٤ (نقصر ١٩٤٩/١/١٣، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٢٥٤، ققرة ٦١).

ومن الأمثلة على ملحقات الشيء، المستندات المثبتة للحقوق الواردة عليه، وحقوق الارتفاق المقررة لمصلحته^(١)، وبوالص التأمين المبرمة لتأمينه ويعتبر المشتري خلفاً خاصاً بالنسبة للحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه البوالص^(٢).

وتعتبر من ملحقات المنزل الأشياء المثبتة فيه والتي لا يمكن نقلها منه دون تلف كالأفران المثبتة به والمغاسل المثبتة في الحمامات. ولكن لا تعتبر من الملحقات وسائل الاضاءة (التجف) ولا المرايا غير المثبتة^(٣). وتعتبر من ملحقات الأرض الزراعية، العقارات بالتخصيص كالمواشى والآلات الزراعية

(١) وكذلك حقوق الارتفاق السلبية المقررة ضده. وقد قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان الحكم بإزالة البناء الذي أقامه المدعى عليه في الأرض التي اشتراها مؤسماً على أن المشتري إذا قبل شراء الأرض مثقلة بحق ارتفاق مطلق. تكوم به في مواجهة البائع فقد التزم (التزاماً شخصياً) بالامتناع عن التعرض لمن تنفرد له حق الارتفاق، فهذا الحكم يكون موافقاً للقانون، ولا يصح الطعن فيه بحقونه إنه إذا اعتبر الحكم الذي قرر حق الارتفاق في مواجهة البائع حجة على المشتري برغم عدم تسجيله قد خالف نص المادة الثانية من قانون التسجيل» (نقض ١٩٤٩/١/١٣، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٥٤، فقرة ٦٤)

(٢) ويعتبر المشتري خلفاً خاصاً للبائع في الدعاوى والحقوق التي تتصل بالشيء المبيع والتي تعتبر من مستلزماته. وقد قضت محكمة النقض بأنه (متى كان عقد الإيجار منصوباً فيه على أن كل ما يحدثه المستأجر في الأعيان المؤجرة من إصلاحات أو إنشاءات يكون ملكاً للمؤجر، لم يباع المؤجر هذه الأعيان، فكل الحقوق التي كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع فتنتقل بحكم القانون إلى المشتري وبمقتضى ذلك يكون للمشتري حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الأعيان» (نقض ١٩٥١/١١/٢٢، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٥٤، فقرة ٦٣). وقضت محكمة النقض بأن «عقد البيع ينتقل إلى المشتري جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به ومنها حق البائع له في تسليم المبيع من البائع السابق، وهذا الأمر يترتب على عقد البيع حتى ولو لم يكن مسجلاً باعتباره من الحقوق الشخصية التي تتولد عنه» (نقض ١٩٥٢/١٢/٢٧، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٥٤، فقرة ٦٢).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤، ص ٥٦.

والمخازن وزرايب المواشى وبيوت الفلاحين^(١). وتعتبر من ملحقات المصنع، المخازن التى تودع فيها المصنوعات، والمنازل التى أعدت لعمال المصنع وكذلك المطاعم والملاعب التى أعدت لهم.

والمعيار فى كل ذلك أن يكون الشئ لا من أصل المبيع أو ثمراته أو منتجاته. بل يكون قد الحق به الحاقاً. وأن يكون هذا اللاحاق قد تم بصفة دائمة وليس بصفة عارضة من أجل استعمال الشئ والافادة منه. طبقاً لما هو مألوف لدى الناس وبحسب طبيعة الأشياء. فهذه كلها علامات موضوعية يمكن عن طريقها معرفة ما إذا كان الشئ من ملحقات المبيع فيشملة التسليم أو ليس من ملحقاته فلا يشملة التسليم.

المطلب الثانى

كيفية التسليم

٥٦- طريقة التسليم:

تنص المادة ٤٣٥ مدنى على أن «(١) يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً، ما دام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع. (٢) ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشتري قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية».

(١) بودرى وسينيا، فقرة ١٣١٥، بلاتيول وديمر وهامل، فقرة ١٨٧، مالورى أنسيكلويدى
دالوز، ج ٥، ص ٦٦٢، فقرة ١٠٦٦، عبد الرزاق السنهورى، فقرة ٣٠٣.

والتسليم الفعلى: هو أن يضع البائع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته دون عائق. فشرط التسليم الفعلى الأول هو أن يتمكن المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به دون عائق^(١) ولو لم يحوزه فعلاً أو لم يحوزه أبداً، فيكفى أن يكون متمكناً من ذلك دون أى عائق ولو لم يتفد هو من هذه الفرصة المتاحة له. لأنه إذا كان التسليم التزاماً على عائق البائع، فإن التسليم هو التزام على عائق المشتري^(٢). والشرط الثانى للتسليم الفعلى هو أن يعلم البائع المشتري بأنه يستطيع حيازة الشيء دون عائق. وكان النص فى المشروع التمهيدي يكتفى بأن المشتري «يعلم بأن المبيع قد أصبح تحت تصرفه». وقد عدل النص فى لجنة مجلس الشيوخ وأصبح شرط التسليم الفعلى هو أن يكون البائع هو الذى أعلم المشتري بأن الشيء قد أصبح تحت تصرفه. وقد قصد بهذا التعديل «ضبط الحكم»^(٣). حتى لا تقع منازعة بشأن علم المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه أم لا، فالبايع هو الذى يتولى اعلام المشتري بذلك عن طريق اخطاره أما بانذار رسمى أو بخطاب مسجل أو غير مسجل أو حتى بالمخاطبة الشفهية. ولكن

(١) قضت محكمة النقض بأن «وضع المبيع تحت تصرف المشتري الأمر الذى يتحقق به التسليم طبقاً لنص المادة ٤٣٥ من القانون المدنى يشترط فيه أن يكون بحيث يتمكن المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به» (نقض ١٩٥٩/٦/٢٥، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٠، ص ٤٩٩).

(٢) قضت محكمة النقض بأن «عرض البائع على المشتري أمام المحكمة البضاعة المبيعة هو عرض حقيقى وفقاً للمادة ٦٩٧ من قانون المرافعات متى كان العقد لم يحدد ميعاداً للتسليم. وإذا فمتى كان الحكم إذ قضى باحتبار المشتري هو المتخلف عن الوفاء قد أثبت أن البائع مازال يمرض البضاعة على المشتري أمام المحكمة وأن هذا الأخير هو الذى كان يأبى تنفيذ الاتفاق، وأن هذا الذى جرى أمام المحكمة هو ما كان عليه موقف المتعاقدين قبل طرح خصومتها أمام القضاء، فإن الطعن فيه بالقصور وفسخ الاتفاق المبرم بين الطرفين يكون فى غير محله» (نقض ١٩٥١/٢/٨ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٣، فقرة ٥٨).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٧٠.

يقع على البائع في جميع الأحوال عبء إثبات حدوث الاخطار إذا لم يكن قد تم بانذار أو بخطاب مسجل يعلم الوصول^(١).

والتسليم الفعلي على النحو السابق ذكره يتم بالطريقة التي تتفق مع طبيعة الشيء. فإذا كان المبيع عقاراً كأرض أو دار، فإن تسليمها يتم أولاً باخلاؤها فيترك البائع الدار أو يخرج من يشغلها إذ نص الاتفاق على ذلك أو أن يسلم عقود إيجارها للمشتري. ويصدق ذلك على الأرض أيضاً. ويجب تسليم مفاتيح المنزل ومستندات ملكية العقار^(٢). وإذا كان المبيع منقولاً فإن تسليمه قد يتم بمناولته للمشتري أو بتسليم مفتاح الخزن الذي يوجد به أو بتحويل سند شحنه أو إيداعه أو تخزينه. وقد يتم التسليم بافراز الشيء إذا كان منقولاً معيماً بالنوع^(٣).

أما التسليم المحكمي: فهو يختلف عن التسليم الفعلي في أنه ليس عملاً مادياً. ولكن تصرف قانوني، فهو يتم بالتراضي بين البائع والمشتري على حدوث التسليم مع عدم تغيير أي شيء في الأوضاع للمادية أو حيازة الشيء المبيع. ويتم ذلك في صورة من صورتين. الأولى هي أن يكون الشيء

(١) رافق دليل على أن البائع قام بإعلام المشتري بأن المبيع تحت تصرفه، أن يكون البائع قد عرض المبيع على المشتري عرضاً حقيقياً. وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت محكمة الموضوع إذ عرضت في أسباب الحكم لبحث مدى قيام كل من الطرفين بالتزامات عقد البيع بذلك بحث التزام البائع بالتسليم وانتهت إلى أنه عرض على المشتري المبيع عرضاً حقيقياً ونفيت عنه شبهة التقصير في الوفاء بهذا الالتزام ثم عرضت لالتزام المشتري بدفع الثمن فبطلت عليه تخلفه عن الوفاء بهذا الالتزام للمقابل على الرغم من عرض المبيع عليه عرضاً حقيقياً فإنه يكون غير متج السمي على الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين في وقت واحد ويكون غير صحيح القول بأن محكمة الموضوع ربت على تقصير المشتري في الوفاء بالتزامه إعفاء البائع من الوفاء بالتزامه للمقابل، (نقض ١٩٥٨/٢/١٣ مجموعة المكتب الفني، ص ٩، ص ٢٠٤).

(٢) ألبري ورو، ج ٥، رقم ٣٥٤، حاشي ١٢٠ بلاثول وروبر وهامل، ج ١٠، قرة ١٧٣ بودري وسينا، قرة ٢٨٩.

(٣) مجموعة الأعمال التشريعية، ج ١ ص ١ عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، ص ٥٩١.

موجوداً من قبل فى حيازة المشتري باعتباره مستأجراً أو مستعيراً أو مودعاً لديه أو مرتهناً رهناً حيازياً، ثم يتفق بعد ذلك على بقاء الشئ فى حيازة المشتري بصفته مالكاً له. فلا يحدث تغيير فى الحيازة المادية، ولكن يحدث تغيير فقط فى نية الحائز وفى سبب الحيازة وفى الحق الذى اكتسبه على الشئ فهو قد أصبح مملوكاً له^(١).

أما الصورة الثانية فيظل فيها الشئ فى حيازة البائع ولكن على أساس آخر غير الملكية. مثال ذلك الإيجار أو الوديعة أو الرهن الحيازى أو غير ذلك. فبدلاً من تسليم الشئ تسليمياً فعلياً للمشتري تنفيذاً لعقد البيع. ثم يعاد تسليمه من جديد للبائع على أساس العقد الآخر الإيجار أو الوديعة... الخ، فإن الشئ يظل فى حيازة البائع بمقتضى هذا العقد الجديد، لا بمقتضى حقه فى الملكية ويكون تسليم المبيع للمشتري قد تم حكماً باتفاق الطرفين على حدوثه مع عدم تغيير الحيازة المادية فلا. وكلتا الصورتين تعتبران تطبيقاً لمبدأ عام فى إنتقال الحيازة نصت عليه المادة ٩٥٣ مدنى التى تقرر أنه «يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلقه فى الحيازة، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه»^(٢).

٥٧- التسليم:

زمان التسليم هو زمان الوفاء بالتزام البائع بالتسليم. وطبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها فى الفصل الخاص بالوفاء، تقرر المادة ٣٤٦ مدنى أن

(١) ويسمى التسليم فى هذه الحالة التسليم باليد القصيرة، نقلاً عن القاتون الرومانى الذى عرف هذا النوع من أنواع التسليم فى آخر مراحل تطوره، راجع مازو، ج٢، ققرة ١٦١٤.

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، ص ٦٩. ولم يكن القاتون المدنى القديم ينص على هذه الصورة الثامنة من صير التسليم العكسى.

«(١) يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. (٢) على أنه يجوز للقاضي في حالات إستثنائية، إذ لم يمنعه نص في القانون أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال يتخذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم». وكان مشروع القانون المدني يتضمن تطبيقاً حرفياً لهذا النص في باب البيع، فكانت المادة ٥٧٨ من المشروع تقرر أنه «يجب أن يتم التسليم في الوقت الذي حدده العقد، فإذا لم يحدد العقد وقتاً لذلك وجب تسليم المبيع في الوقت الذي يتم فيه العقد، مع مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة المبيع أو يقتضيها العرف». وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة^(١). والمقصود بالقواعد العامة هو ما تنص عليه المادة ٣٤٦ السابق ذكرها في باب الوفاء^(٢).

وطبقاً لهذه القواعد فإن العقد هو الذي يحدد زمان التسليم. وقد يكون ذلك فور إبرام العقد أو بعدم إبرامه في أجل معين أو في آجال متتالية. فإذا لم يوجد اتفاق على زمان التسليم، فيجب في هذه الحالة أن يتم التسليم فور إبرام العقد^(٣). ويمكن أن يتأخر التسليم بعض الوقت بحسب ما يقضى به العرف أو طبيعة المبيع. فالعرف التجاري قد يحدد مهلة معينة لتسليم المبيع. كما أن طبيعة المبيع قد تقتضي تسليمه بعد مضي مدة من الوقت. كما لو

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، ص ٧١ في الهامش، ص ٧٤ في الهامش. راجع في القانون الفرنسي، بودرى وسينيا، فقرة ١٢٠٤، مالوري، أنسيكلويدى دالوز، ج٥، ص ٦٦٥، فقرة ١١٣١.

(٢) نقض ١٩٧٦/٢/١٧، ص ٢٧، ص ٤٥٣.

(٣) الالتزام بالتسليم مستقل عن الالتزام بنقل الملكية، وهو ينشأ عن عقد البيع مباشرة حتى ولو لم تكن الملكية قد انتقلت إلى المشتري، ويتم تنفيذه بمجرد إبرام العقد ما لم يتفق على تأجيله إلى وقت لاحق. وقد قضت محكمة النقض بأنه «لكن كانت ملكية العقار المبيع لا تنتقل إلى المشتري قبل تسجيل عقد البيع إلا أن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري ولو لم يسجل العقد» (نقض ١٩٦٩/١/٢٣، مجموعة المكتب الفني، ص ٢٠ ص ١٥٠)، نقض ١٩٧٩/٥/٢٨، ص ٣٠، ص ٤٦١.

كان شيئاً معيناً بالنوع لم يفرز بعد، أو كان شيئاً مستقبلاً لم يتحقق وجوده بعد (١).

ومن ناحية أخرى فإن القاضى قد يمهّل البائع فى تسليم المبيع تطبيقاً لنظرة الميسرة إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق المشتري من هذا التأجيل ضرر جسيم (٢). ولكن يجوز للمشتري فى هذه الحالة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ فلا يوف بالتزامه بالثمن حتى يوفى البائع بالتزامه بالتسليم (٣). مع العلم بأن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز التمسك به فى الحالات التى يكون فيها تأخير التسليم راجعاً إلى العقد أو العرف أو طبيعة المبيع.

٥٨- مكان التسليم:

كانت المادة ٥٧٩ من المشروع التمهيدي تنص على أنه (١) يجب أن يتم التسليم فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت تمام العقد، ما لم يتفق على غير ذلك. (٢) فإذا كان المبيع منقولاً ولم يمتن محل وجوده، اعتبر موجوداً فى موطن البائع. وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة (٤). وهو بالفعل مستفاد من نص

(١) فى الحالات التى يكون فيها الزمن لازماً لتنفيذ الالتزام بالتسليم بحسب طبيعة محله، فإن الزمن لا يعتبر فى هذه الحالة أجلاً أى وصفاً من أوصاف الالتزام، ذلك أن أوصاف الالتزام هى أمور عارضة فيه ومن التصور وجوده بنورها، أما الزمن فى الفرض المشار إليها فهو يتعلق بطبيعة محل الالتزام ومن ثم فلا يحوله من التزام بسيط إلى التزام موصوف.

(٢) وإذا ورد فى العقد تحديد لميعاد التسليم مع النص على أن هذا الميعاد على وجه التقريب، أو أنه ميعاد غير حاسم، أو أن التسليم يكون بمجرد استطاعة البائع ذلك فإن هذه الشروط لا تعنى أن يستبد البائع بتحديد ميعاد التسليم، ولكنها تسمح فقط للقاضى بامهال البائع مهلة أخرى طبقاً لما ينص عليه القانون فى نظرة الميسرة دون حاجة إلى اتفاق المتعاقدين، راجع، مازو، جـ ٣، فقرة ٩٣٢.

(٣) ومن ناحية أخرى فإن على المشتري أن يجعل التسليم ممكناً فى الميعاد المتفق عليه بأن يقوم هو بدفع الثمن للبائع إذا لم يكن التزامه بدفع الثمن مؤجلاً. نقض ١٩٥٨/٣/١٣، مجموعة المكتب الفنى، ص ٩، ص ٢٠٤.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية، ص ٧٤ فى الهامش.

المادة ٣٤٧ مدنى الواردة فى الفصل الخاص بالوفاء بالالتزام. وتنص المادة المذكورة على أنه «(١) إذا كان محل الالتزام معيناً بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. (٢) أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الرفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال». وطبقاً لهذا النص فإن مكان التسليم يحدده اتفاق المتعاقدين. فإذا لم يوجد اتفاق فى هذا الشأن وكان المبيع منقولاً معيناً بالذات فإن تسليمه يكون فى المكان الذى يوجد وقت إبرام العقد (١). أما إذا لم يكن مكان المبيع معلوماً وقت العقد فإنه يفترض أن المبيع موجود فى موطن البائع وقت العقد أو فى مركز أعماله إذا كان يتعلق بهذه الأعمال، فيتم التسليم فى أى من هذين المكانين. أما إذا كان المبيع معيناً بنوعه فقط، أو كان حقاً وارداً على شئ غير مادي كالحق الشخصى الذى تتم حوالته، فإن تسليمه يكون فى موطن البائع أو فى مركز أعماله وقت التسليم وليس وقت إبرام العقد لأن أساس هذا الحكم هو أن الدين مطلوب غير محمول (٢). فالدائن وهو المشتري يسمى إلى البائع فى موطنه وليس العكس. والموطن الذى يسعى إليه المشتري هو موطن البائع وقت التسليم، فهو الوقت الذى يتم فيه الوفاء بالالتزام (٣).

(١) وأساس هذه القاعدة كما يقال فى الفقه الفرنسى أن المشرع افترض أن المشتري يريد أن يأخذ الشئ من المكان الذى يوجد فيه وقت إبرام العقد، وأنه لو أراد أن ينقله له البائع إلى مكان آخر لاشترط ذلك عليه فى العقد. بودرى وسينيا، فقرة ٣٠٢، بلاتيول وريبير وهامل، فقرة ٧٧. وبناء عليه فقد نقضت محكمة النقض الفرنسية حكماً قضى بأن يكون لتسليم فى موطن المشتري دون أن يسند ذلك إلى اتفاق المتعاقدين أو عرف تجارى أو أى ظروف أخرى، Com. 17 déc. 1952. Bull.civ. 1952 3.130.

(٢) مازو، جـ ٣، فقرة ١٩٣٤ عبد الرزاق السنهورى، جـ ٤، فقرة ٣١٥.

(٣) وإذا كان المبيع شئاً مستقبلاً فإن مكان تسليمه يكون هو مكان تحقق هذا الشئ، مازو، جـ ٣، فقرة ١٩٣٤ يمكن تبرير هذا الحكم على أساس أن مكان تحقق الشئ المستقبل هو مركز أعمال المدين بالنسبة لهذا الشئ بصفة خاصة.

إذا طبقنا القواعد العامة على المبيع الذى يتفق فيه على تصدير المبيع من البائع إلى المشتري، وجدنا أن التسليم يتم فى محطة الشحن حيث يوجد موطن البائع أو مركز أعماله، وحيث يتم إفراز المبيع إذا كان من البضائع المعينة بالنوع. فيتم الإفراز والتسليم وانتقال الملكية فى نفس الوقت. وتكون الملكية قد إنتقلت من قبل بمجرد العقد إذا كان المبيع معيناً بالذات. ويترتب على تطبيق القواعد العامة أن تبعة الهلاك تكون على المشتري أثناء الطريق لأن كل ما يقع بعد ذلك يكون قد حدث بعد التسليم.

ولكن المشرع خرج على المبادئ العامة فى هذا الشأن ووضع حكماً خاصاً جاء فى المادة ٣٤٦ التى تنص على أنه «إذا وجب تصدير المبيع للمشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» وطبقاً لهذا النص فإن مكان التسليم وزمانه يحدده الاتفاق. فإذا لم يوجد اتفاق فإن التسليم لا يتم بحسب القواعد العامة فى محطة الشحن حيث يوجد موطن البائع، بل يتم فى محطة التفريغ، حيث يوجد موطن المشتري^(١). ويترتب على ذلك أن تبعة الهلاك الحادث أثناء الطريق تكون على البائع لأن التسليم لم يتم بعد، حتى ولو كانت الملكية قد انتقلت بالعقد فيما إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات. أما إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالنوع، فإنه - تطبيقاً لهذا النص الخاص - الإفراز وبالتالي انتقال الملكية يتأخران إلى وقت التسليم الذى يتم فى محطة الوصول فيتلاقى حيثئذ الإفراز والتسليم وانتقال الملكية وانتقال تبعة الهلاك إلى المشتري^(٢).

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، ص١٧٢، راجع ما سبق، الفقرة ٣٨.

(٢) عبد الرزاق السنهورى، ج٤، فقرة ١٣١١ وفى فرنسا نرى القواعد العامة التى تجمل تبعة الهلاك على المشتري أثناء الطريق. ولا يوجد نص مقابل لنص المادة ٣٤٦ مدنى ومع ذلك فإن حكم هذا النص قد يتحقق بمقتضى اتفاق المتعاقدين. وهناك شروط مألوفة لتحقيق =

كانت المادة ٥٨٠ من المشروع التمهيدى تنص على أن «نفقات التسليم على البائع ألا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك. ويدخل فى هذه النفقات ما صرف على المبيع فى نقله إلى مكان التسليم وفى مقاس وزنه وحزمه». وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة (١).

والواقع أن المادة ٣٤٨ الواردة فى فصل الوفاء بالالتزام تغنى عن النص المحذوف، فهى تقرر «تكون نفقات الوفاء على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك»..

وتطبيقاً لهذا النص فإن البائع وهو مدين بالتسليم، تقع عليه نفقاته، ومن هنا القبيل نفقات الافراز، كالوزن والكيل والقياس، ونفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم، ودفع التكاليف المقرضة على المبيع كالرسوم الجمركية حتى يمكن تسليمه للمشتري خالياً من كل حق عليه... الخ (٢).

وبطبيعة الحال فإن هذه القاعدة ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على أن المشتري هو الذى يتحمل نفقات التسليم. ويضرب مثلاً على ذلك

«هذا الفرض منها شرط التسليم بعد اتمام عملية الشحن وفى هذه الحالة فإن البائع يتحمل مخاطر الشحن أى نقل البضاعة من الرصيف إلى وسيلة المواصلات المستعملة. وهناك شرط التسليم فى محطة الوصول وفى هذه الحالة فإن البائع يتحمل مخاطر الطريق ولكنه لا يتحمل مخاطر التفريغ. وهناك شرط التسليم بعد التفريغ وفى هذه الحالة فإن البائع يتحمل مخاطر تفريغ البضاعة وهناك أيضاً شرط التسليم على باب المشتري وفى هذه الحالة فإن البائع يتحمل جميع المخاطر بما فى ذلك مخاطر نقل البضاعة من محطة الوصول إلى باب المشتري، راجع، مازو، ج٢، ص ٩٢٧.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، ص ٧٤.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، ص ٧٣ فى الهامش؛ عبد الرزاق السنهورى، ج٤، ص ٦٠٢.

بأجرة عداد الكهرباء وهو جهاز لازم لافراز الكهرباء وتسليمها للمشتري فان الاتفاق ينص عادة على أن المستهلك هو الذى يتحمل أجرة العداد. وقد يقضى العرف بأن تكون نفقات التسليم أو بعضها على المشتري أو مناصفة بينه وبين البائع.

وإذا كان البائع هو الذى يتحمل نفقات التسليم بحسب الأصل، فان المشتري هو الذى يتحمل نفقات التسليم، كنفقات نقل المبيع من مكان التسليم إلى المكان الذى يريد وضعه فيه. فالمشتري وهو دائن بالتسليم إلا أنه مدين بالتسلم فيتحمل نفقاته، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك^(١).

المطلب الثالث

الجزاء على الاخلال بالتزام التسليم

٦١- تطبيق القواعد العامة:

إذا أخل البائع بالتزامه بالتسليم، بأى وجه، كأن يمتنع عن التسليم أصلاً أو يتأخر فيه، أو يسلم المبيع فى حالة غير الحالة المتفق عليها فى العقد، أو لا يسلم كل المبيع، فان القواعد العامة تنطبق فى كل هذه الحالات. ويجوز للمشتري أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني. كما يجوز له أن يطلب فسخ البيع، مع التعويض فى الحالتين عن الضرر الذى أصابه من عدم التسليم أو التسليم المعيب أو التسليم المتأخر^(٢).

(١) يلاحظ البعض أن نفقات التسليم التى يتحملها البائع أقل عادة من نفقات التسليم التى يتحملها المشتري، لأن التسليم هو التزام سلبى بصفة أساسية ولا تصحبه من الأعمال الإيجابية إلا القليل. أما التسليم وما يصاحبه عادة من نقل المبيع فهو ينطوى على أعمال إيجابية ولذلك فان نفقاته لا تكون هينة. ويلاحظ أن الأحكام المذكورة فى المتن هى التى يأخذ بها القانون الفرنسى، وهى التى أخذ بها أيضاً مشروع القانون الموحد للبيع الدولى للمنفولات الماددة فى المادة ١٠٢ منه. راجع، مازو، ج ٣، ققرة ٩٣٦.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه «إذا كانت المحكمة قد انتهت إلى تقدير التعويض المستحق للشركة المشتري التى لم تسلم الشئ المبيع على أساس ربح تجارى معقول حددته بمشروع»

ويلاحظ أن التنفيذ العيني طبقاً للقواعد العامة يجوز أن يقوم به المشتري بنفسه بعد اعدار البائع، وبدون استئذان القضاء وذلك في حالة الاستعجال، على أن يخضع تصرف المشتري لرقابة القضاء فيما بعد (م ٢٠٩ مدني). مثال ذلك أن يقوم المشتري بشراء بضائع من السوق من نفس النوع الذي التزم البائع بأن يسلمه له، إذا كان تأخر البائع في التسليم يفوت على المشتري صفقة رابحة ولم يكن هناك وقت حتى لاستئذان القضاء.

ويلاحظ كذلك أن طلب الفسخ يخضع دائماً للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي قد لا يحكم به إذا رأى أن الالتزام قد نفذ في جزء منه، أو أن حالة المدين تستدعي منحه نظرة ميسرة حتى يتيسر له تنفيذ التزامه (١).

= في المائة من قيمة الصفقة فإن المحكمة تكون قد أسست قضاءها بالتمويض على أسباب تؤدي إلى النتيجة التي خلصت إليها (نقض ١٩٥٣/٢٣، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٥، فقرة ٦٧).

واستحقاق المشتري للتمويض عن التأخير لا يكون إلا من وقت الاعذار طبقاً للقواعد العامة (م ٢١٨ مدني). وقد قضت محكمة النقض بأنه «وأن كانت التضمينات في حالة العجز عن الوفاء المعنى تعتبر مستحقة من الوقت الذي يظهر فيه للدائن عجز المدين عن الوفاء إلا أنه إذا لم يظهر هذا العجز للدائن فإن التضمينات تكون مستحقة من الوقت الذي يتمتع فيه المدين عن الوفاء بعد تكليفه به رسمياً من قبل الدائن عملاً بالقاعدة القاتونية العامة، وعلى ذلك إذا سلم البائع جزءاً من المبيع متأخراً عن الميعاد المتفق عليه لم توقف عن تسليم الباقي حتى أعجزه المشتري ولم يثبت من وقائع الدعوى ما يدل على ظهور عجز البائع عن الوفاء من اليوم الذي حصل فيه تسليم ذلك الجزء بل كانت تلك الوقائع دالة على أن ميعاد التوريد المتفق عليه في العقد قد عدل عنه برضاء الطرفين فإن التضمينات لا تكون مستحقة إلا من الوقت الذي امتنع فيه البائع عن الوفاء بعد تكليفه به رسمياً. وإذا تمسك المشتري (بسبب ارتفاع الأسعار) باستحقاق التضمينات من تاريخ التسليم الجزئي باعتبار أنه هو التاريخ الذي ظهر فيه عجزه عن الوفاء بالباقي، وقضت المحكمة بذلك كان حكمها مخطئاً في تطبيق القانون» (نقض ١٩٤٥/١/٢٥، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٥، فقرة ٦٨).

(١) قضت محكمة النقض «بأن للمشتري عند تأخر البائع في التسليم الخيار بين التنفيذ العيني أو طلب الفسخ مع التضمينات في الحالتين. وليس رفع الدعوى بأي من هذين الطلبين نزول عن الطلب الآخر. وليس للبائع أن يمتنع بأن المشتري لم يدفع الثمن مع أن المتفق عليه دفع الثمن قبل التسليم إذا كان الثابت أن البائع لم يمين استمداه للتسليم حتى بعد إنذاره من المشتري أن المشتري على استمداه لدفع كامل الثمن عند تسليمه للمبيع بالسر المتفق عليه =

والتزام البائع بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة. ولذلك فإنه يعتبر مخلاً بالتزامه، ولو كان عدم التسليم راجعاً إلى سبب أجنبي كما لو هلك المبيع أو تلف بسبب قوة قاهرة أو خطأ الغير (١).

٦٢- تبعة الهلاك الكلى قبل التسليم:

تنص المادة ٤٣٧ مدنى على أنه «إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد اعدار المشتري لتسلم المبيع».

ويخالف هذا النص القواعد العامة في تحمل تبعة الهلاك. وتقضى هذه القواعد بأن المالك هو الذى يتحمل تبعة الهلاك. فهو صاحب الغنم فى الشئ، وهو يتحمل الغرم فيه أيضاً.

ولكن يبدو أن المشرع يفرق بين التزام بالتسليم يكون مستقلاً قائماً بذاته كالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر، والتزام المستأجر برد العين المؤجرة للمؤجر عند انتهاء الإيجار، وبين التزام بالتسليم لا مستقل بذاته، ولكنه يتبع التزاماً بنقل الملكية. ففي الحالة الأولى حيث لا تعرض مسألة انتقال الملكية، فإن تبعة الهلاك تكون على المالك وليس على المدين بالتسليم. أما فى الحالة الثانية وحيث يكون الأصل هو انتقال الملكية، فإن تبعة الهلاك تكون مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية. ولعل المبرر لذلك أن التسليم يكون فى هذه الحالة وسيلة مكتملة لانتقال الملكية، فالملكية لا تخلص للمتصرف إليه إلا بالتسليم. ولذلك يكون من المعقول أن يظل المدين

«كما اشترط فى البيع» (نقض ١٩٥٢/١٢/١٨، مجموعة المكتب الفنى، ص ٤، ص ٢٣٣).
راجع فى فسخ البيع، نقض ١٩٧٤/٦/٩، ص ٢٥، ص ١٠٢٧، نقض ١٩٧٤/١١/٢١، ص ٢٥، ص ١٢٥٤.

(١) قارن حكم النقص الذى يقرر أن «قاعدة تبعة الهلاك على المالك إنما تقوم إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة أما إذا نسب إلى البائع تفصير فإنه يكون مسؤولاً عن نتيجة تفصيره» (نقض ١٩٥٦/٦/٢٨، مجموعة المكتب الفنى، ص ٦، ص ٧٦٧).

بالتسليم متحملاً تبعة الهلاك ولو كانت الملكية قد انتقلت إلى الطرف الآخر بحكم القانون (١).

ونظراً لأن الالتزام بالتسليم فى عقد البيع هو التزام تابع للالتزام بنقل الملكية، فإن البائع يظل متحملاً لتبعة الهلاك الكلى الذى يحدث قبل التسليم ولو كانت الملكية قد انتقلت للمشتري فعلاً. وقد طبق المشرع هذا الحكم الخاص على عقد الشركة أيضاً. (م ٥١١ مدنى).

والترام البائع بالتسليم على هذا النحو هو التزام بتحقيق نتيجة.

ويعتبر البائع قد أخل به ولو حدث الهلاك الكلى بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائى (٢). أما إذا حدث الهلاك الكلى بفعل المشتري نفسه، فإنه يكون مسئولاً عن فعله، ويظل ملتزماً بدفع كامل الثمن، ولا يكون له استرداد الثمن إذا كان قد دفعه فعلاً.

أما إذا كان الهلاك بفعل البائع فإنه يتحمل تبعة الهلاك الكلى من باب أولى، ويكون للمشتري أن يطلب زيادة على فسخ البيع واعفائه من دفع الثمن، أن يطلب الحكم على البائع بالتعويض. وكانت المادة ٥٨٣ من المشروع التمهيدي تضع حكماً خاصاً لحالة الهلاك بفعل المشتري أو بفعل

(١) عبد الرزاق السنهوري، ج٤، فقرة ٣١٦. وجدير بالذكر أن القانون الفرنسى يجعل تبعة الهلاك على المشتري بمجرد انتقال الملكية إليه حتى ولو كان لم يتسلم المبيع فعلاً. ويلاحظ كذلك أن مشروع القانون الموحد للبيع الدولى للمنقولات المادة أخذ بالحكم المقرر فى القانون المصرى وهو أن تبعة الهلاك تنتقل إلى المشتري إلا بالتسليم بنقض النظر عن انتقال الملكية إليه (المادتين ١٠٩، ١١٠ من المشروع)، راجع مازو، ج٢، فقرة ١٦١٧.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه لا يجدى الطاعة ما تثيره من أن عقد ١٩٥٠/٤/٨ قد انفسخ لاستحالة تنفيذه لصدر القانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ فى شأن طرح النهر وأكله، لأنه وإن كان هذا القانون قد منع تسليم أرض من طرح النهر لأصحاب أرض أكلها النهر وقصر التعويض عنها على ما يعادل قيمة الأرض، إلا أن ذلك ليس من شأنه أن يحرم المشتري من حقه فى الحصول على مقابل عن هذه الأرض (نقض ١٩٧٠/٥/٢٦، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢١، ص ٩٠٠).

البائع، وكانت تقرر أنه «في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين السابقتين، إذا كان الهلاك أو نقص القيمة بفعل المشتري، وجب دفع الثمن كاملاً. أما إذا كان بفعل البائع، فإن طلب المشتري فسخ البيع ألزم البائع بالتعويض، وإن طلب بقاء العقد وجب انقاص الثمن. وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة على النحو الذي ذكرناه»^(١).

ولذلك فإن الحكم الخاص بتحمل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم مقصود به بصفة خاصة حالة الهلاك الذي يحدث نتيجة حادث مفاجئ أو قوة قاهرة^(٢). فإذا حدث الهلاك على هذا النحو فإن تنفيذ التزام البائع بالتسليم يصبح مستحيلاً، فينقضي هذا الالتزام لاستحالة تنفيذه. وتطبق في هذه الحالة المادة ١٥٩ مدني التي تقرر أنه «في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه». ومؤدى ذلك أن التزام البائع ينقضي لاستحالة تنفيذه، وينقضي التزام المشتري بدفع الثمن وهو مقابل لالتزام البائع، وينفسخ عقد البيع بقوة القانون. ولا يصبح المشتري ملزماً بدفع الثمن إذا كان لم يدفعه، ويجوز له استرداد الثمن إذا كان قد دفعه فعلاً^(٣).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٧٧ في الهامش.

(٢) يلاحظ أن محكمة النقض تقصر معنى الهلاك على الهلاك المادي المتعلق بذاتية المبيع دون الهلاك القانوني الناشئ عن قانون أو قرار إداري. وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض إنه «لما كان الهلاك المنصوص عليه في المادة ٤٣٧ من القانون المدني هو - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - زوال الشيء للبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية، فإن استيلاء الإصلاح الزراعي - بعد البيع - على قدر من الأطنان المبيعة لا يعد هلاكاً لهذا القدر تجرى عليه أحكام الهلاك في البيع» (نقض ١٩٦٦/٢/١، مجموعة للكتب الفني، ص ١٧، ص ٢٠٥).

(٣) ونفى عن الذكر أن هذا الحكم ينطبق من باب أولى إذا حدث الهلاك الكلي، ليس فقط قبل أن ينفذ البائع التزامه بالتسليم، بل قبل أن ينفذ التزامه بنقل الملكية أيضاً. نقض ١٩٦٨/٢/٢٢، مجموعة الكتب الفني، ص ١٩، ص ٣٤٥، نقض ١٩٦٩/٣/١٣، مجموعة للكتب الفني، ص ٢٠، ص ٤٣٢.

أما البائع فإنه يخسر الثمن، ويخسر الشيء المبيع، وهذا هو معنى القول بأنه يتحمل تبعه الهلاك الحادث قبل التسليم. وتبعة الهلاك على هذا النحو ترتبط بالتسليم لا بانتقال الملكية. فإذا كان المبيع عقاراً وتم تسجيل العقد وانتقلت الملكية فعلاً إلى المشتري. ولكن التسليم لم يتم فلا زالت حيازة العقار للبائع، فإن هلك العقار عندئذ فهو يهلك على البائع لا على المشتري. والعكس صحيح إذا كان التسليم قد تم فعلاً، ولم يكن عقد البيع قد سجل ولم تكن الملكية قد انتقلت إلى المشتري، وهلك العقار فإنه يهلك على المشتري لا على البائع (١).

ويصدق نفس الحكم أيضاً إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات انتقلت ملكيته بمجرد العقد، فإن تبعه الهلاك تظل مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية. وإذا كان المبيع منقولاً معيناً بالنوع وتم افرازه فإن تبعه الهلاك تكون مرتبطة بالتسليم لا بالافراز بفرض أن التسليم تأخر عن الافراز.

(١) وما دامت محكمة النقض تقصر الهلاك المقصود بالمادة ٤٣٧ على الهلاك المادي دون الهلاك القانوني فإنه يكون من الواجب التساؤل عن حكم الهلاك القانوني الذي يلحق بالمبيع بعد تسليمه إلى المشتري وقبل انتقال الملكية إليه. فإذا فرضنا أن المشتري بعد أن تسلم العقار المبيع وقبل أن تنتقل الملكية إليه بالتسجيل صدر قرار بتزع ملكية هذا العقار للمنفعة العامة، أو صدر قرار بالاستيلاء عليه من جهة الإصلاح الزراعي أو غير ذلك، فمن الذي يتحمل تبعه الهلاك في هذا الفرض؟ لو أننا طبقنا نص المادة ٤٣٧ لقلنا بأن المشتري هو الذي يتحمل تبعه الهلاك لحلوله بعد التسليم. ولكن نظراً لأن هذا النص خاص بالهلاك المادي كما تقرر محكمة النقض، فهو لا ينطبق ضرورة على الهلاك القانوني. ويدل لنا في هذا الفرض أن البائع وأن كان قد وفى التزامه بالتسليم، إلا أنه لم ينفذ بعد التزامه بنقل الملكية للمشتري. ونظراً لأن الهلاك القانوني جعل تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية مستحيلاً. فإن هذا الالتزام ينقضى وينقضى الالتزام المقابل وينفسخ العقد، وبما أن المتعاقدان إلى الحالة التي كانتا عليها قبل التعاقد بما يترتب على ذلك من استرداد للثمن الذي دفعه وتحمل البائع تبعه الهلاك.

وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بصدد استيلاء الإصلاح الزراعي على جزء من الأرض المبيعة بعد تسليمها إلى المشتري. نقض ١٩٦٦/٢/١، مجموعة المكتب الفني، ١٧، ص ٢٠٥.

وجعل تبعة الهلاك الكلى مرتبطة بالتسليم لا بانتقال الملكية، يخالف الحكم المقرر فى القانون الفرنسى، ويتفق على العكس مع الحكم المقرر فى الشريعة الإسلامية (١).

وحتى لا تؤدى الأحكام السابق ذكرها إلى الاضرار بالبائع وهو مستعد للتسليم، بينما المشتري هو الذى لا يريد ذلك، فقد قرر نص المادة ٤٣٧ السابق ذكره - أن تبعة الهلاك تنتقل إلى المشتري من الوقت الذى يعذره فيه البائع بتسلم المبيع، فان المبيع يعتبر وكأنه قد تم تسليمه فعلاً إلى المشتري فيتحمل هو تبعة الهلاك من وقت وصول الاعذار إليه (٢). ويقوم مقام الاعذار أن يوجد شرط فى عقد البيع على أن التسليم يتم فى وقت محدد دون حاجة إلى اعذار المشتري بالتسليم فان المشتري يعتبر معذراً بمجرد حلول هذا الأجل وتقع عليه تبعة الهلاك من هذا الوقت.

وكذلك إذا كان البائع قد قصد عدم تسليم المبيع للمشتري متمسكاً فى ذلك بحقه فى الحبس والدوم بعدم التنفيذ لعدم قيام المشتري بدفع الثمن، وهلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له، فانه يهلك فى هذه الحالة على المشتري لأن عدم التسليم راجع إلى خطأ المشتري فى عدم الوفاء بالثمن (٣). وقد نصت المادة ٤٦٠ على هذا الحكم صراحة فهى تقرر أنه «إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع».

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٧٥

(٢) وقد ورد حكم مشابه لهذا الحكم فى نص المادة ١١٠ من مشروع القانون الموحد للبيع الدولى للمنتجات المادية

(٣) ولكن يشترط أن يثبت تقصير المشتري فى دفع الثمن وقيام البائع بحبس المبيع لهذا السبب. أما إذا حدث تراخى من الطرفين فى التنفيذ ثم هلك المبيع وهو فى يد البائع فان تبعة الهلاك لا تنتقل إلى المشتري فى هذا الفرض. منصور مصطفى منصور، ص ١٤٥ - ١٤٦، عبد الرزاق السنهورى، ج ٤، ص ٦١٤

٦٣- تبعة الهلاك الجزئى أو التلف قبل التسليم (١):

تنص المادة ٤٣٨ مدنى على أنه إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري أما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع وأما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن. ويفترض هذا النص أن الهلاك الجزئى أو نقص قيمة البيع بسبب التلف قد حدث بقوة قاهرة أو بحادث فجائى. أما إذا حدث شئ من ذلك بفعل المشتري نفسه فانه هو الذى يتحمل تبعته ويلزم بدفع الثمن كاملاً للبائع. بينما لو حدث شئ من ذلك بفعل البائع فانه يلتزم زيادة على انقاص الثمن بتعويض المشتري عن الضرر الذى أصابه من هلاك المبيع هلاكاً جزئياً أو تلفه.

فإذا حدث الهلاك الجزئى أو التلف لسبب أجنبى لا يد للبائع فيه، فانه هو الذى يتحمل تبعته. ويكون مقتضى ذلك انقاص الثمن بقدر النقص فى

(١) المقصود بالهلاك الجزئى الذى تنقل تبعته إلى المشتري بالتسليم هو الهلاك المادى، أما الهلاك القانونى فنقل تبعته على عاتق البائع إلى أن تنتقل الملكية إلى المشتري ولو كان الهلاك قد حدث بعد تسليم المبيع إلى المشتري. وقد قضت محكمة النقض فى حكمها السابق الإشارة إليه والصادر فى ١٩٦٦/٢/١ أنه «بعد إبرام عقد البيع وهو من العقود التبادلية الملزمة للجانبين لم يتمكن المدعى عليهما من أن يقررا بتنفيذ التزامهما الخاص بنقل ملكية جزء من الأطنان المبعة وهو الجزء المستولى عليه من هيئة الإصلاح الزراعى بسبب صدور قانون الإصلاح الزراعى الذى حصل بمقتضاه الاستيلاء على جزء من القدر المبيع من تحت يد المشتري وإضافته إلى جانب الحكومة فازاء هذه الاستحالة بالنسبة لتنفيذ التزام البائعين بتقضى تبعاً لذلك التزام المدعى الخاص بدفع ثمن المنار المذكور وبصبح عقد المبيع منسوخاً بالنسبة لهذا الجزء المستولى عليه وذلك طبقاً لنص المادة ١٥٩ مدنى ومتى فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل التعاقد راجع كذلك، نقض ١٩٦٨/٢/٢٢، مجموعة المكتب الفنى، س ١٩، س ٣٤٥، نقض ١٩٦٩/٢/١٣، مجموعة المكتب الفنى، س ٢٠، س ٤٣٢. والواقع أن ما قرره محكمة النقض يستوجب إلى القواعد العامة لأنه كما لاحظ البعض حتى فإن قطع الصلة بين تبعة الهلاك وبين انتقال الملكية طبقاً للمادتين ٤٣٧، ٤٣٨ يتضمن خروجاً على القواعد العامة فى تبعة العقد الملزم للجانبين، راجع أسماعيل خانم، س ١٩٧.

قيمة البيع. وإذا كان النقص فى قيمة البيع جسيماً بحيث ما كان المشتري ليرى العقد لو أنه قد حدث قبل إبرامه، فإنه يجوز للمشتري فى هذه الحالة أن يطلب فسخ العقد، فلا يدفع للبائع أى شئ ويعود المبيع للبائع بحالته بعد الهلاك الجزئى أو التلف.

وسواء طلب المشتري انقاص الثمن أو طلب الفسخ فإنه لا يجوز له أن يطلب تعويضاً عن الهلاك الجزئى أو التلف لأن البائع لم يتسبب فى ذلك بخطأ منه.

وعلى العكس فإن تبعة الهلاك الجزئى أو التلف تنتقل إلى المشتري إذا كان البائع قد أعذره فى تسلم المبيع، أو كان البائع حاسباً المبيع تحت يده لعدم قيام المشتري بالوفاء بالثمن، كما سبق أن رأينا بالنسبة للهلاك الكلى والواقع أن الهلاك الجزئى لا يختلف عن الهلاك الكلى إلا فى أنه لا يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون، بل يسمح فقط بفسخ العقد بحكم القاضى إذا كان جسيماً، ويسمح دائماً بانقاص الثمن. أما تأصيل الحكم وتحديد الطرف الذى يتحمل تبعة الهلاك فإنه واحد فى الحالتين.

المبحث الثالث

الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

٦٤ - الضمان العام والضمان الخاص:

التزام البائع بنقل الملكية يجعله مسؤولاً عن كل ما يعوق نقلها، بصفة كلية أو بصفة جزئية. فالبائع ضامن لنقل الملكية للمشتري ويترتب على ذلك أنه لو تبين أن البائع غير مالك للشئ المبيع مما يجعله عاجزاً عن نقل ملكيته للمشتري، جاز للمشتري أن يطلب ابطال البيع. وإذا تبين أنه غير مالك لكل المبيع أو أن المبيع مثقل بحقوق للغير، جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع. والتزام البائع بضمان نقل الملكية يمكن أن يسمى بالصمد

العام، وهو ضمان متفرع عن الالتزام بنقل الملكية، وجزء الإخلال به هو الإبطال أو الفسخ تطبيقاً للقواعد العامة في القانون (١).

ولكن بجانب هذا الضمان العام، فإن البيع يرتب في ذمة البائع التزاماً بالضمان الخاص. وهذا الالتزام مستقل عن الالتزام بنقل الملكية في تأسيسه وفي أحكامه. أما أساس هذا الالتزام فيرجع في الواقع إلى أسباب تاريخيه حيث كان البائع يلتزم في القانون الروماني بنقل الحيابة لا بنقل الملكية، ويضمن للمشتري عدم التعرض له في حيازته. وهذا الالتزام لا علاقة له بالالتزام بنقل الملكية الذي لم يكن يتحمله البائع في ذلك الوقت. وقد بقي الالتزام بالضمان في القوانين الحديثة مستقلاً عن الالتزام بنقل الملكية (٢). ويختلف هذا الالتزام الخاص عن الالتزام بنقل الملكية وما يتفرع عنه من التزام عام بالضمان، أن الضمان الخاص لا يقوم إلا إذا وقع بالفعل تعرض للمشتري من المالك الحقيقي في صورة الضمان الكلي أو من صاحب الحق في العين المبيعة في صورة الضمان الجزئي (٣).

أما الضمان العام فهو يوجد بوجود العقد وقبل أن يحدث أى تعرض للمشتري. ومن ناحية أخرى فإن التعويض في دعوى الضمان الخاص له

(١) يقال في الفقه الفرنسي أن الالتزام بالضمان متفرع عن الالتزام بالتسليم، وكذلك فإن وضمن مشروع القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادبة اعتبروا الالتزام بالتسليم شاملاً للالتزام بالضمان (م ٢٠، م ٤٠ من المشروع) راجع، مازو، ج ٣، فقرة ٩٥٢.

(٢) لا شك أن بقاء الالتزام بالضمان في القوانين الحديثة قائماً بصفة مستقلة عن الالتزام بنقل الملكية، إنما يرجع إلى إخلاص واضع قانون نابليون إلى تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم. ولكن الالتزام الخاص بالضمان في القوانين الحديثة لم يعد قاصراً على حماية الحيابة الهادئة للمشتري، بل أصبح يضمن له أيضاً انتقال الملكية، راجع مازو، ج ٣، فقرة ١٩٥٢ بلاتول وروجر وهامل، ج ١٠، فقرة ٨٧، مالوري، أنسيكلويدى داللو، ج ٥، ص ٦٧٣، فقرة ١٢٧٢.

(٣) نقض ١٩٣٢/٣/٣، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٦، فقرة ١٧٢ نقض ١٩٤٠/١٢/٥، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٩، فقرة ٧١.

أحكامه الخاصة التفصيلية التي لا يترك فيها الأمر لسلطة القاضي في التقدير.

والالتزام بالضمان الخاص يطلق عليه اسم الالتزام بضمان التعرض وضمان الاستحقاق. والواقع أن البائع يلتزم بالتزام واحد هو ضمان التعرض. فإذا قام البائع بتنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً بأن دفع التعرض عن المشتري فإنه يكون قد وفى بالتزامه كاملاً. أما إذا أخفق البائع في تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً بأن استحق المبيع للغير كله أو بعضه، فإن البائع يلتزم في هذه الحالة بتعويض المشتري عن إخلاله بالتزامه، وهذا هو ضمان الاستحقاق. فضمان الاستحقاق هو تنفيذ بمقابل بطريق التعويض لالتزام البائع الأصلي بمنع التعرض^(١).

والبائع ضامن للتعرض سواء صدر منه أو من الغير. وهو ما ندرسه فيما يلي.

المطلب الأول

التعرض الصادر من البائع

٦٥- شروط التعرض الصادر من البائع:

تنص المادة ٤٣٩ مدنى على أن «يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري. ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه».

ويشمل هذا النص التعرض الصادر من البائع، والتعرض الصادر من

(١) عبد الرزاق السنهورى، ج١، قرة ٣٢٦.

الغير، وهو بالنسبة للتعرض الصادر من البائع يقتصر على الأعمال التي تصدر من البائع بعد البيع. ويشترط لنشوء الالتزام بالضمان أن يقع التعرض فعلاً، وأن يؤدي إلى حرمان المشتري كلياً أو جزئياً من الانتفاع بالعين المبيعة. ويستوى أن يكون التعرض مبنياً على سبب مادي أو على سبب قانوني.

فالشرط الأول إذن هو وقوع التعرض فعلاً، فلا يكفي احتمال وقوعه أو التهديد بوقوعه. فلو أن البائع كان يتهدد المشتري بحرمانه من الانتفاع بالعين، فلا يعتبر التهديد تعرضاً، بل يجب أن تقع فعلاً الأعمال المؤدية إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالعين. وإذا باع البائع العقار المبيع مرة أخرى إلى مشتر ثان وقام هذا المشتري بتسجيل عقده وانتقلت الملكية إليه فان ذلك لا يعتبر تعرضاً للمشتري الأول إلا إذا شرع المشتري الثاني في اخراج المشتري الأول من العين فعلاً. أما قبل ذلك فلا يكون للمشتري الأول أن يرجع على البائع بضمان التعرض، وإن جاز له أن يرجع عليه بدعوى الفسخ لاخلاله بالتزامه بنقل الملكية إليه^(١).

والشرط الثاني هو أن يؤدي العمل المعتبر تعرضاً إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالعين بصفة كلية أو جزئية.

والشرط الثالث هو أن يقع هذا العمل بعد البيع لا قبله. فإذا فرضنا أن البائع للعقار قد باعه مرة أخرى بعد أن قام المشتري الأول بتسجيل عقده،

(١) قضت محكمة النقض بأن «حق الضمان لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير للمشتري في حيازته للمبيع وانتفاعه به، منازعة مبنية على دعوى حق عيني على المبيع، أما مجرد اكتشاف وجود حق رهن على العين المبيعة، دون حصول معارضة من صاحب الرهن للمشتري ومع احتمال حصول تلك المعارضة في المستقبل، فلا يبيح قانوناً للمشتري رفع دعوى الضمان، لجواز عدم حصول التعرض فيما بعد من صاحب حق الرهن» (نقض ١٩٣٢/٣/٣، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٥٦، فقرة ٧٢) ١٩٤٠/١٢/٥، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٥٦، فقرة ٧١.

فان البيع الأول المسجل لا يعتبر نعرضاً للمشتري الثانى بعقد غير مسجل ولو لم يتمكن المشتري الثانى من الانتفاع بالعين وإنما يعتبر البيع الثانى بيعاً للملك الغير يجوز للمشتري أن يطالب بإبطاله.

فإذا تحققت الشروط الثلاثة السابقة فان الالتزام بضمان التعرض يكون قد نشأ على عاتق البائع. ويستوى فى ذلك أن يكون التعرض مبنياً على سبب مادى أو على سبب قانونى.

ويكون التعرض مبنياً على سبب مادى فى فرضين. الأول أن يقوم البائع نفسه بأعمال مادية محضة تؤدي إلى حرمان انتفاع المشتري بالعين انتفاعاً كاملاً أو جزئياً كما لو افتتح بائع المحل التجارى محلاً تجارياً آخر بجوار المحل المبيع واجتدب إليه زبائن المحل المبيع بحكم تعودهم التعامل مع البائع فان هذا العمل يعتبر منافسة غير مشروعة واختلالاً بالتزام البائع بعدم المنافسة. وهو اختلال يقوم على أعمال مادية محضة فيتحقق به الضمان^(١). أما إذا قام البائع بحل من أعمال العنف والتعدي على المشتري فى حيازته للعين، فانه يكون مسئولاً عنه كمسئولية أى شخص أجنبي عن أعماله غير المشروعة، وليس باعتباره بائعاً ملزماً بالضمان

ويكون التعرض مبنياً على سبب مادى أيضاً إذا انطوى على تصرف قانونى صادر من البائع للغير فالتصرف القانونى هو عمل قانونى بين أطرافه فقط. أما بالنسبة للمشتري وهو أجنبي عن هذا التصرف فانه يعتبر واقعه مادية بالنسبة له. ولا يكفى أن يصدر التصرف القانونى من البائع للغير حتى يقع التعرض. بل لابد أن يقوم الغير استناداً إلى هذا التصرف بأعمال من

(١) قضت محكمة النقض بأنه متى كان البائع لمحل تجارى مما فيه من بضائع قد تمهد فى العقد بالآتيجار فى البضائع التى يتجر فيها المشتري فى ذات الطريق الذى يقع فيه المحل المبيع، ولكنه مع ذلك قد خالف هذا الشرط وأخل بواجب الضمان مما يعد تعرضاً للمشتري من بعض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمته التى كانت محل اعتبار عند التعاقد، نعم ١٩٥٦/٣/٨ مجموعة الكتب الفنى ٧ ص ٢٩٩

شأنها أن تؤدي إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالعين. وفي هذه الحالة فإن التعرض يعتبر قد وقع من البائع، ويعتبر قد وقع من الغير في نفس الوقت وينفس الفعل. ومن الأمثلة على ذلك أن يبيع البائع العقار إلى مشتر ثان يقوم بتسجيل عقده قبل المشتري الأول ويقوم بانتزاع العقار من المشتري الأول. ومثال ذلك أن يبيع البائع المنقول مرة ثانية، ويسلمه للمشتري الثاني فتنتقل الملكية والحيازة إلى المشتري الثاني إذا كان حسن النية، ويحرم المشتري الأول من الانتفاع بالمنقول المبيع.

أما التعرض الصادر من البائع والمبنى على سبب قانوني، فهو الذي يقوم على أساس حق يدعيه البائع على العين المبيعة، سواء كان هذا الحق موجوداً وقت البيع، أو وجد بعده. ومن أمثلة التعرض القائم على حق موجود قبل البيع، أن يكون البائع قد سلم المبيع للمشتري ثم يرفع عليه بعد ذلك دعوى إستحقاق يطالب فيها بإسترداد المبيع على الأساس أنه لا زال مالكا له لأن البيع لم يسجل بعد. فهنا يدفع المشتري دعوى الاستحقاق بأنها وإن كانت تستند إلى حق ملكية موجود للبائع فعلاً، إلا أن البائع ملتزم بالضمان، والضمان والاسترداد لا يجتمعان^(١).

(١) قضت محكمة النقض بأنه «ليس للبائع، لعدم تسجيل العقد وتراخي نقل الملكية بسببه، أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشتري لأن من يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه» (نقض ١٩٣٦/٦/٤، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جزءا ص ٣٦٥، فقرة ١٢٣)؛ وقضت محكمة النقض بأن «البائع بمقد لم يشهر الحق في طلب تثبيت ملكيته إلى المقار للمبيع ضد من ينازعه فيه عدا المشتري الذي يلتزم البائع بعدم التعرض له بمقتضى الضمان الذي يتولد من عقد البيع ولو لم يكن مشهوراً» (نقض ١٩٥٨/١٢/١٨، مجموعة المكتب الفني، ص ٩، ص ٧٧٦). وقضت محكمة النقض بأن «من أهم التزامات البائع ضمان إنتقال ملكية المبيع إلى المشتري فلا يجوز له طلب تثبيت ملكيته إلى المقار للمبيع بمجرد أن للمشتري لم يسجل عقد شرائه المنزل بموضوع النزاع» (نقض ١٩٥٣/١١/٢١، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١١ ص ٣٥٢، فقرة ٥٠). وقضت محكمة النقض بأنه «ليس للبائع لعدم تسجيل عقد البيع وتراخي إنتقال الملكية أن يطلب الحكم على المشتري بتثبيت ملكيته هو للمبيع، لأن من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه» (نقض ١٩٣٢/١١/١٧، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٢، فقرة ٥١).

ومن أمثلة التعرض القائم على حق وجد بعد البيع، أن يكون البائع قد باع ملك غيره، ثم آل إليه المبيع بعد البيع بالميراث أو الوصية أو الهبة أو أى سبب آخر ناقل للملكية، فيقوم حينئذ بالتعرض للمشتري على أساس الحق الجديد الذى آل إليه. وهنا يستطيع المشتري أن يدفع هذا التعرض بالتزام البائع قبله بالضمان^(١). ومن المسائل التى تعرض للبحث فى هذا الصدد مسألة ما إذا كان من الجائز أن يملك البائع العقار المبيع بالتقادم بعد البيع، وأن يحتج بهذا التقادم فى مواجهة المشتري. والسؤال من شطرين. أولهما هل هذا متصور الحدوث، ثانيهما هل هذا جائز قانوناً؟

أما الرد على الشطر الأول من السؤال فهو يسير، لأن تملك البائع المبيع بالتقادم بعد البيع متصور الحدوث ويكون ذلك إذا إمتنع البائع عن تسليم المبيع للمشتري، منكرأ بذلك حدوث البيع ومنكرأ حقوق المشتري على الشئ المبيع ومدعياً أنه هو المالك لهذا الشئ. فإذا إستمر البائع على هذا الادعاء يحوز العين حيازة فعلية مدة خمس عشرة سنة، فانه يكون قد اكتسب ملكيتها بالتقادم الطويل. ويعتبر حقه فى الملكية قد نشأ بعد البيع. وهو نشأ بسبب التقادم. وتبرير نشأته هو العمل على استقرار الأوضاع. وهو المبرر الذى يقوم عليه نظام التقادم فى كل تطبيقاته. والبائع يكتسب ملكية العقار المبيع بالتقادم كما يمكن أن يكتسب ملكيته أى شخص آخر لهذا السبب ذاته^(٢).

(١) قضت محكمة النقض بأنه إذا «ضمن ابن البائع للمشتري نقل ملكية العين التى اشتراها من والده ولو من تكليفه هو ثم تملك الضامن هذه العين بمقد مسجل حرر له من والده، فانه يكون للمشتري أن يطالب الضامن بهذه العين» (نقض ١٩٥١/١٢/٦ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٥٣، ققرة ٥٤).

(٢) عبد الرزاق السنهورى، ص ٦٣٠؛ منصور مصطفى منصور، ص ١٥٢ وما بعدها؛ سليمان مرقس، ص ٣٧٨ وما بعدها؛ أنور سلطان وجلال العدوى، ص ٢٩٣؛ اسماعيل غانم، ص ٢٠٦ وما بعدها؛ محمد لبيب شنب ومجدى خليل، ص ١٩٨.

أما الشطر الثانى من السؤال فهو يثير مشكلة ما إذا كان إكتساب البائع ملكية العقار المبيع بالتقادم بعد البيع يتعارض مع إلزامه بالضمان فى مواجهة المشتري. والواقع أنه لا يتعارض بين الأمرين. لأن البائع عندما يضع يده على العقار المبيع لمدة خمس عشرة سنة منكرًا خلال هذه المدة حق المشتري على هذا العقار، فإنه يكون قد تحقق شيئان فى نفس الوقت. فأولاً: يكون إلزام البائع بضمان التعرض قد إنقضى بالتقادم، لأن حق المشتري فى الضمان يثبت بمجرد حدوث عمل من أعمال التعرض؛ وهو كأي حق شخصي يسقط بالتقادم بمرور خمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق فيه طبقاً للقاعدة العامة فى التقادم المسقط. وثانياً: يكون البائع قد اكتسب ملكية العقار المبيع بالتقادم الطويل بمرور خمس عشرة سنة على حيازته لهذا العقار.

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأى على أساس الحجة الثانية دون الأولى فقضت بأنه «متى كان الأساس التشريعي للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد، كان القول بأن تملك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه فى المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشتري يعتبر من جانبه تعرضاً لا يتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانوناً... كان هذا القول مخالفاً للقانون» (١).

(١) نقض ١٩٤٩/١٢/٨، مجموعة المكتب الفنى، ص ١، ص ٦٩. أما الحجة الأولى المستمدة من انقضاء حق المشتري الشخصى فى الضمان بالتقادم فقد رفضتها محكمة النقض فى أحكام كثيرة متواترة. وقد قضت محكمة النقض بأن «من أحكام البيع المقررة فى المادتين ٢٦٦ و ٣٠٠ من القانون المدنى القديم والمادة ٤٣٩ من القانون القائم إلزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وهذا الإلزام أنهى بتولد عن عقد البيع ولو لم يشر فيه تمتع على البائع لهذا التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض وانتقل هذا الإلزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسب من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط =

ويلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية تأخذ بعكس هذا الحكم على أساس أن التزام البائع بالضمان هو التزام أبدى لا يسقط بالتقادم أبداً. وهو ما يحول بينه وبين التمسك بالتقادم المكسب^(١).

ولكن يرد على هذا القول بأن التزام البائع بالضمان وإن كان أبدياً، إلا أنه بمجرد وقوع عمل من أعمال التعرض فإن الضمان يكون قد تحقق بالفعل، ويكون حق المشتري في الضمان قد نشأ بالفعل، وهذا الحق يسقط كغيره من الحقوق الشخصية بالتقادم بمضى خمس عشرة سنة من وقت ثبوته^(٢).

= وضع اليد على العين المبيعة المدة المكسبة للملكية. ولما كان الدفع من الورثة يسقط حق المشتري بالتقادم لعوده عن رفع دعواه بصحة ونفاذ عقد البيع هو من قبيل المنازعة الممتعة قانوناً على ورثة البائع وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بقبول هذا الدفع يكون مخالفاً للقانونه (نقض ١٩٦٩/١/١٦، مجموعة المكيث الفني، ص ٢٠، ص ١٢٨)، في نفس المعنى، نقض ١٩٥٤/٣/٤، مجموعة القواعد، التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٧، فقرة ٢٤، نقض ١٩٦٣/٣/٢١، مجموعة المكيث الفني، ص ١٤، ص ٣٥٥، نقض ١٩٦٣/٣/٢٨، ص ١٤، ص ٣٩٨، نقض ١٩٦٦/١/١٣، مجموعة المكيث الفني، ص ١٧، ص ١٢٣، نقض ١٩٧٠/٤/١٦، مجموعة المكيث الفني، ص ٢١، ص ٦٥٨.

(١) نقض مدني ١٣ مايو ١٩١٢، دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٤٣، سيرى ١٩١٤ - ١ - ٢٠٩، تعليق APPERT، بولتيه، ١٩٤٥/٥/٢٤، سيرى ١٩٤٦ - ٢ - ٤٢.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، ج ٤ ص ٦٣٢. ويلاحظ أن هذا الرد يمكن أن يوجه كذلك إلى محكمة النقض المصرية لأنها تقرر دائماً أن التزام البائع بالضمان في مواجهة المشتري هو التزام مؤبد يمنع من التمسك في مواجهة المشتري سقوط حقوقه الشخصية الناشئة عن عقد البيع بالتقادم سواء من وقت البيع أو من وقت حدوث التعرض فعلاً، أي أنها بتعبير آخر تعتبر تمسك البائع بسقوط حق المشتري في المطالبة بنقل الملكية إليه عن طريق دعوى صحة التعاقد من قبل التعرض الذي يتمتع على البائع قانوناً ولو أدى ذلك إلى إهدار أحكام النقض المسقط ولكن محكمة النقض المصرية وهي تؤكد أكبر حماية ممكنة لحقوق المشتري ولو كان ذلك على حساب المبادئ المقررة في التقادم المسقط، إلا أنها تحقق مع ذلك نوعاً من الموازنة العملية بين مصلحة المشتري ومصلحة البائع، فتراعى جانب هذا الأخير باقرار حقه في التمسك بالتقادم المكسب للملكية. وهي بهذا تصل إلى حلول عملية فيها توفيق بين المصالح المتعارضة أكثر مما فيها من أعمال للمبادئ القانونية. وكما يقول البعض «لا ترى مبرراً لهذه التفرقة بين التقادم المكسب والتقادم المسقط فإذا كان التزام البائع بالضمان لا يحول دون اكتساب البائع

٦٦- أحكام التعرض الصادر من البائع:

التزام البائع بالضمان ينشأ عن كل بيع، سواء كان المبيع منقولاً أم عقاراً، وسواء كان يبيع العقار قد سجل أو لم يسجل، وسواء تم البيع بالمساومة أو بالمزاد ولو كان المراد قضائياً أو إدارياً (١).

وفي هذا يختلف ضمان التعرض عن ضمان العيب، فانه بحسب نص المادة ٤٥٤ «لا ضمان للعيب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد». وعلى العكس فان ضمان التعرض قائم في كل هذه البيوع. فلو باع دائن المدين عقاراً مملوكاً له، فان البائع في هذا البيع القضائي الجبري يكون هو المدين وليس الدائن الذي باعه على المدين. وينشأ عن هذا البيع التزام بالضمان في ذمة المدين وهو المالك البائع. فيلتزم المدين بضمان التعرض للمشتري، وإن كان لا يضمن له العيوب الخفية في العين. ويلاحظ بصفة عامة أن الملتزم بالضمان هو دائماً البائع، فالالتزام بالضمان يرقبه عقد البيع على عاتق البائع.

والالتزام بالضمان الناشئ عن عقد البيع لا ينتقل إلى الخلف العام للبائع ولا إلى خلفه الخاص. أما كونه لا ينتقل إلى الخلف العام للبائع، فذلك تطبيقاً للقاعدة العامة في أن الالتزامات لا تنتقل إلى الورثة، بل تظل في التركة. ومقابل ذلك لا تنتقل حقوق التركة الموروثة قبل سداد ديونها. فلا تركة إلا بعد سداد الدين (٢). وعلى هذا النحو إذا فرضنا أن المورث باع

= للملكية بالتقادم المكسب، فيجب منطقاً ألا يحول دون تمسكه بالتقادم المسقط لالتزامه بنقل الملكية ولالتزامه بالتسليم، اسماعيل غانم، ص ٢٠٨. ولكن من الواضح أن محكمة النقض قد أحملت أحكام التقادم المسقط رعاية لمصلحة المشتري واستناداً إلى التزام البائع بضمان التعرض، وأحملت في نفس الوقت أحكام التقادم المكسب رعاية لمصلحة البائع.

(١) نقض ١٩٧٩/١٢/٢١، ص ٣٠، ص ٥٨٢.

(٢) ولكن إذا مات البائع قبل تسجيل عقد البيع فان ملكية العقار المبيع تنتقل إلى الوارث وتنتقل إليه أيضاً التزامات البائع المتعلقة بهذا العقار ومنها الالتزام بضمان التعرض. نقض ١٩٦٩/١/١٦، مجموعة للكتب القنى، ص ٢٠، ص ١٢٨ نقض ١٩٧٠/٤/١٦، مجموعة للكتب، ص ٢١، ص ٦٥٨.

مالاً مملوكاً لوارثه، ثم مات البائع فان، التزامه بالضمان لا ينتقل إلى هذا الوارث، الذى يحق له أن يسترد الشئ المبيع باعتباره مالكا له^(١). ولكن يكون للبائع حق شخصى فى الضمان قبل التركة ويستوفى هو هذا الحق قبل أن يؤول أى مال إلى وارث البائع.

ولا ينتقل الالتزام بالضمان إلى الخلف الخاص للبائع. فلو أن البائع للعقار أوصى به بعد ذلك لشخص آخر، ثم مات وقام الموصى له بتسجيل الوصية قبل أن يسجل المشتري البيع الصادر له، فان الموصى له يفضل المشتري الذى لا يجوز له أن يتمسك بحقه فى الضمان فى مواجهة الموصى له. ويكون له فقط أن يرجع بالتعويض على التركة يستوفى فيها حقه، وقد يؤثر ذلك على حق الموصى له. لأن الوصية لا تجوز إلا فى ثلث التركة بعد سداد الدين. فحتى تظل الوصية جائزة، لابد أن يبقى فى التركة بعد استيفاء المسمى حقه فى الضمان مال يساوى ضعف العقار الموصى به.

(١) قضت محكمة النقض أن «الأصل المقرر فى التشريع الفرنسى فى شأن الوارث الذى يقبل التركة بغير تحفظ أنه لا يستطيع - بمقتضى متابته لشخصية المورث - أن يطلب استحقاق العين التى تصرف فيها مورثه ولو كانت هذه العين مملوكة له بسبب خاص أما إذا قبل الوارث التركة بشرط الجرد كانت شخصيته مستقلة عن شخصية المورث ولا يصح أن يواجه بالتزام المورث عدم التعرض للمشتري إذا ادعى الاستحقاق لعين من الأعيان تصرف فيها مورثه الغير. وقد أخذ المشرع المصرى فى انتقال التركات بما يتقارب فى هذا الخصوص مع ما يقرره القانون الفرنسى بشأن الوارث إذا قبل التركة بشرط الجرد لأنه يعتبر شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث وأن ديون المورث إنما تتعلق بتركته لا بهذمة ورثته، فلا يمكن أن يقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث بمجرد كونه وارثاً، إلا إذا أصبح الوارث مسئولاً شخصياً عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة - وهى ذلك فمضى بتبئين من وقائع الدعوى أن المورث كان قد تصرف فى أطيان له للغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ثم تصرف فى ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده بمقد بيع مسجل فأقام هذا الأخير بعد وفاة البائع دعوى على المتبادل منه بطلب تثبيت ملكيته إلى هذا القدر فقضى برفض دعواه ابتهاجاً لما هو مقرر فى التشريع الفرنسى فى شأن الوارث الذى يقبل التركة بغير تحفظ فإن الحكم يكون قد خالف القانون» (نقض ١٩٥٧/١٢/٢٦. مجموعة المكتب الفنى، ص ٨، ص ٩٦٠)

وأخيراً فإن الالتزام بالضمان لا يتعدى إلى دائن البائع^(١)، فيجوز لدائن البائع أن يوقع حجزاً على العقار المبيع وقبل تسجيل العقد، فإذا سجل الدائن تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل للمشتري عقده، فإن البيع لا يحتج به في مواجهة الدائن الحاجز، ولا يكون لتسجيله بعد ذلك أثر في مواجهة الدائن الذى سبق إلى تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار.

ويلاحظ أن التزام البائع بالضمان هو التزام غير قابل للانقسام حتى ولو كان المبيع نفسه قابلاً للانقسام. فلو باع وارثان العقار الذى آل إليهما بالميراث، نشأ على عاتق كل منهما التزام بضمان التعرض بالنسبة للعقار المبيع كله. وليس فقط بالنسبة لحصة كل منهما فيه. فإذا تبين بعد ذلك أن أحد البائعين فقط هو الوارث الوحيد للعقار كله، فلا يجوز له أن يسترد فى هذه الحالة شيئاً من المشتري لأنه ضامن للتعرض بالنسبة للعقار المبيع كله. وهذا ما أجمع عليه الفقه والقضاء فى فرنسا، وما أجمع عليه الفقه فى مصر^(٢).

(١) ولكن إذا تنازل دائن البائع عن حقه فى التنفيذ على العقار المبيع فإنه يصبح ملتزماً بالضمان فى مواجهة المشتري. وقد قضت محكمة النقض بأنه «إذا باع الراهن العقار المرهون بمقد لم يسجل واتفق للمشتري مع الدائن المرتهن على أن يتنازل عن رهنه بالنسبة إلى العقار المبيع وعن السير فى إجراءات نزع الملكية التى كانت قد اتخذت عليه وقرر المرتهن أنه حرر ذلك العقار من الرهن وتمهد بشطبه، فإن هذا الاتفاق وإن لم يسجل هو الآخر ملزم للمرتهن فلا يجوز له أن يتنقضه، فإذا هو سار فى إجراءات نزع ملكية العقار حتى رسا مزاده عليه فلا يصح أن يمسك بملكيته لئلا فى مواجهة ذلك المشتري، وإذا هو رفع عليه دعوى الملكية وقضى برفضها، فهذا الحكم لا يخالفه فيه للقانون. إذ المرتهن كالبائع سواء بسواء، فكما أن البائع الذى يتمهد بنقل الملكية لغيره لا يصح أن يطلبها لنفسه اعتماداً على عدم تسجيل عقد البيع كذلك المرتهن الذى يتمهد بالتنازل عن رهنه وشطبه والتنازل نهائياً عن السير فى إجراءات نزع الملكية لا يصح له أن يمسك برهنه ولا أن يسير فى تلك الإجراءات» (نقض ١٩٤٦/٤/١١، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٧، فقرة ٧٥).

(٢) مازو، ج ٣، فقرة ١٩٥٧؛ لوبرى ورو، ج ٥، رقم ٣٥٥، هامش ١٢ بودرى وسينيا فقرة ١٣٧٦ كولان وكابتان، ج ٢، فقرة ١٩٠٣ بلانبول وروبير وهامل، ج ١٠، فقرة ٩٣؛ عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، فقرة ١٣٣٢ منصور مصطفى منصور، فقرة ١٨١ محمد لبيب شنب ومجدى صبحى خليل فقرة ١٥٤ اسماعيل غانم، فقرة ١٤٦.

أما الدائن فى الالتزام بضمان التعرض فهو المشتري. وينتقل حق المشتري فى الضمان إلى وارثه وإلى خلفه الخاص. فهو ينتقل إلى الوارث لأن الحقوق تورث على عكس الديون. فلو مات المشتري فإن البائع يظل ملتزماً بالضمان فى مواجهة وارثه كما كان ملتزماً فى مواجهة المشتري نفسه (١).

والحق فى الضمان ينتقل إلى الخلف الخاص أيضاً. فلو أن المشتري باع العقار لمشتري ثان، فإن حق المشتري الأول فى الضمان ينتقل إلى المشتري الثانى. ويظل البائع ملتزماً بعدم التعرض للمشتري الثانى كما كان ملتزماً بذلك بالنسبة للمشتري الأول. وإذا وقع تعرض من البائع، فإن للمشتري الثانى أن يرجع عليه بدعوى مباشرة ناشئة عن الحق فى الضمان الذى انتقل إليه من المشتري الأول (٢).

أما دائن المشتري فإنه يستفيد من حق المشتري فى الضمان، إذ يحق له أن يتفد على العقار الذى انتقلت ملكيته إلى المشتري، ولا يجوز للبائع أن يتعرض له فى هذا الشأن.

وتتلخص أحكام ضمان التعرض فى أن البائع يلتزم التزاماً أصلياً بعدم التعرض للمشتري. وهذا الالتزام يقع على عاتق البائع بصفة دائمة ويستمر وجوده ولو بعد مرور خمس عشرة سنة من وقت البيع. فإذا وقع تعرض من البائع بالفعل فإنه يكون قد أخل بهذا الالتزام الأصلي، وينشأ على عاتقه التزام جزائى بالتعويض. والالتزام الجزائى المذكور يسقط بالتقادم بمرور خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض فعلاً (٣). أما طريقة تنفيذ هذا

(١) نقض ١٩٦٣/٣/٢١، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٤، ص ٣٥٥.

(٢) نقض ١٩٥١/١٢/٢٧، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٤، قرة ٦٢.

(٣) الرأى المذكور فى المتن هو مقتضى تطبيق القواعد العامة فى التقادم. راجع عد الرزاق السنهورى، فقرة ٣٣٤ ولكن محكمة النقض المصرية لا تفرق بين الالتزام الأصلي =

الإلتزام فتختلف بحسب الأحوال، فإذا كان التعرض الذى وقع من البائع يقوم على أعمال مادية محضة كقيامه بمنافسة المشتري للمحل التجارى منافسة غير مشروعة، فإنه يحكم عليه بالتعويض، فضلاً عن الحكم باغلاق المحل التجارى الذى يقوم عن طريقه بالمنافسة غير المشروعة.

وإذا كان العمل الصادر من البائع يقوم على تصرف قانونى للغير، كما لو باع العقار المبيع مرة ثانية، وقام المشتري الثانى بتسجيل عقده أولاً، فإنه لا يكون هناك مفر من تفضيل المشتري الثانى من ناحية الملكية^(١). ولا يكون للمشتري الأول إلا أن يرجع بالتعويض على البائع أما على أساس استحقاق المبيع للمشتري الثانى، أو على أساس اخلال البائع بالتزامه بالضمان اخلاً لم يترك مجالاً للتنفيذ العيني لهذا الإلتزام.

أما إذا كان تعرض البائع يقوم على أساس قانونى، كما لو طالب هو باستحقاق المبيع باعتباره مالكا له ولم تتقل ملكيته بعد للمشتري، فإن للمشتري أن يدفع دعوى الاستحقاق بالدفع بالضمان، لأن البائع ملزم بالضمان، ومن يلتزم بالضمان لا يحق له أن يطالب بالاسترداد^(٢). وكذلك إذا لم يكن البائع مالكا للمبيع وقت البيع ثم تملكه بعد ذلك فإنه لا يجوز له أن طالب باسترداد المبيع على أساس الملكية التى طرأت له، لأنه ملتزم بالضمان فى مواجهة المشتري. بل أنه لا يجوز للبائع ملك غيره أن يطلب

== بالضمان ومن الإلتزام الجزائى للترتب على الاخلال به. ففى الحالتين فان البائع أو وارثه لا يستطيع أن يرفع دعوى صحة التعاقد المرفوعة من المشتري أو وارثه بسقوطها بالتقادم لأن ذلك تمتنع عليه قانوناً بحكم التزامه بضمان التعرض وهو التزم مؤبد فى جميع الأحوال. وقد سبق أن درنا هذه المسألة.

(١) راجع ما سبق، فقرة ٤٧.

(٢) نقض ١٩٣٦/٦/٤، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١ ص ٣٦٥. فقرة ١٢٣ نقض ١٩٣٢/١١/١٧، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١ ص ٣٥٢، فقرة ١٥١ نقض ١٩٥٨/١٢/١٨، مجموعة المكتب الفنى، ص ٩، ص ٧٧٦.

إبطال هذا البيع، لتعارض هذا المطلب مع التزامه بالضمان. ويقتصر الحق في طلب الإبطال على المشتري كما سنرى عند دراستنا لبيع ملك الغير^(١) وإذا أصبح البائع مالكا للمبيع بعد البيع، فإن البيع يعتبر صحيحاً من هذا الوقت وتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إذا كان منقولاً معيناً بالذات أو كان عقاراً وكان عقد البيع قد سجل. فلا يجوز للبائع بالتالى أن يتعرض للمشتري على أساس الملكية التى طرأت له تنفيذاً لالتزامه بالضمان من ناحية، ولأن المشتري أصبح هو أيضاً مالكا نتيجة للملكية التى آلت للبائع، فتلاقى فى هذا المثال أحكام الإلتزام بالضمان مع أحكام بيع ملك الغير.

٦٧- الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع:

تنص المادة ١/٤٤٦ مدنى على أنه «إذا اتفق على عدم الضمان، بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ عن فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك».

ويتناول هذا النص الفرض الذى يشترط فيه البائع عدم التزامه بالضمان عن الأعمال الصادرة منه. فيسقط البائع بهذا الإتفاق التزامه بالضمان. مثل هذا الإتفاق باطل لأنه كالاتفاق على اعفاء البائع من مسئوليته عن غشه أو خطئه الجسيم وهذا غير جائز^(٢). فلو أن البائع، تصرف فى العقار المبيع مرة

(١) راجع ما سبلى، فقرة ٩٢، يلتزم البائع فى هذا الفرض بالتعرض لاستحقاق المبيع. نقض ١٩٣١/١١/١٩، مجموعة القواعد التى قررها محكمة النقض، ج١، ص ٣٥٧، فقرة ٢٨

(٢) قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٠٣ من القانون المدنى (القديم) قد قضت على بطلان شرط عدم الضمان إذا كان حق مدعى الاستحقاق فى المبيع مترتباً على فعل للبائع فرقا كان الحكم للطعون فيه لم يحمل البائع (وزارة الأوقاف) إلا ضمان تصرفاته فى العقار المستبدل بعد رسو المزاد على المشتري، فإن شرط عدم الضمان الوارد فى البند الحادى والعشير من شروط قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة، ومؤداه أن المشتري يشتري ساقط الخيار لا يسقط عن البائع (الوزارة) ضمان عدم تسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت رسو المزاد=

أخرى إلى مشترئان بتسجيل عقده أولاً ونزع العقار من تحت يد المشتري الأول، فإن البائع يكون ملزماً بالضمان ولو كان قد اشترط عدم الضمان. ولو أن البائع باع ملك غيره ثم آلت إليه الملكية بعد ذلك، فلا يجوز له أن يتمسك بالملكية التي آلت إليه لاسترداد المبيع من المشتري ولو كان قد اشترط عدم الضمان. ولكن نص المادة ٤١٦ لم يتناول الفرض الخاص بالاتفاق على زيادة الضمان أو الفرض الخاص بالاتفاق على انقاص الثمن. فتطبق القواعد العامة على كل من هذين الفرضين.

فالاتفاق على زيادة الضمان جائز طبقاً للقواعد العامة، ومثاله أن يشترط مشتري المتجر أن يمتنع البائع عن منافسته ليس فقط بالنسبة للسلع التي تباع في هذا المتجر بل بالنسبة لسلع أخرى يريد المشتري أن يضيف إليها فيها إلى نشاط المتجر الذي اشتراه.

ومن ناحية أخرى فإن الاتفاق على تخفيف الضمان جائز وصورته في المثال السابق أن يسمح المشتري للبائع بمنافسته بالنسبة لبعض السلع المحدودة التي تباع في المتجر المبيع. أما الاتفاق على إسقاط الضمان أصلاً فهو غير جائز طبقاً لنص المادة ٤٤٦ السابق ذكره (١).

= وتصرف فيه بالهدم والبناء وبيع بعضه وقبض ثمنه، ما دام كل ذلك كان من فعله بعد رسو المزايدة (نقض ١٩٣٨/٢/١٧، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٩، فقرة ٨٦).

(١) بلاتول وروبير وهامل، ج ١، فقرة ١٩٤، بودري وسينيا، فقرة ١٤٠٧، عبد الرزاق السنهوري، فقرة ٣٣٦.

المطلب الثاني

التعرض الصادر من الغير

٦٨- شروط ضمان التعرض الصادر من الغير:

لا يشترط لضمان التعرض الصادر من الغير أى شرط يتعلق بعقد البيع ذاته. فكل عقد بيع ينشئ التزاماً على عاتق البائع بضمان التعرض الصادر من الغير، كما ينشئ التزاماً على عاتقه بضمان التعرض الصادر منه، سواء فى ذلك أن يكون المبيع عقاراً أم منقولاً، أو يكون البيع بالمساومة أو بالمزاد، أو يكون البيع بالمزاد قضائياً أو إدارياً. وفى هذا الحكم يختلف ضمان التعرض عن ضمان العيوب الخفية كما سبق أن ذكرنا (م ٤٥٤ مدنى). أما شروط ضمان التعرض الصادر من الغير فهى بحسب نص المادة ٤٢٩ مدنى أن يقع التعرض فعلاً من الغير، وأن يكون أساس التعرض هو ادعاء الغير حقاً له على المبيع، وأن يكون هذا الحق قائماً وقت البيع، فإذا كان لاحقاً على البيع، وجب أن يكون البائع هو مصدره. فهذه شروط ثلاثة سندرستها فيما يلى

أولاً: يشترط لضمان التعرض الصادر من الغير أن يقع هذا التعرض فعلاً (١) ويكون ذلك غالباً فى صورة دعوى يرفعها الغير على المشتري يطالب فيها بالحق الذى يدعيه على الشئ المبيع. فقد يدعى الغير أنه مالك للشئ المبيع فتكون الدعوى التى يرفعها هى دعوى استحقاق كلى، وقد

(١) قضت محكمة النقض أنه إذا كانت الحقوق لا تكون موجودة إلا من الوقت الذى فيه يمكن قانوناً المطالبة بها فإن حق الضمان لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير للمشتري فى المبيع ولهذا تواضع الفقه على أن مجرد خشية المشتري تعرض الغير أو علمه بوجود حقه للغير على المبيع لا يخوله حق الرجوع على البائع بالضمان ما دام لم يحصل له تعرض فعلى، وبالتالي لا تبدأ مدة التقادم فى دعوى الضمان إلا من وقت هذا التعرض، انظر ١٩٤٠/١٢/٥، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٦، ق ٧١. فى نفس المعنى، نقض ١٩٣٢/٣/٣، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٦، ق ٧٢، نفس ١٩٧٨/٤/٢٧، ص ٢٩، ص ١١٤٥.

يدعى الغير أنه صاحب حق عيني على المبيع كحق انتفاع أو حق ارتفاع أو حق رهن، أو يدعى الغير أنه صاحب حق شخصي يتعلق بالشئ المبيع كحق ايجار مثلاً. وإذا ادعى الغير أنه مالك لجزء من المبيع فإن الدعوى تكون دعوى استحقاق جزئى. وإذا كان الغالب أن التعرض يقع فى صورة دعوى يرفعها الغير، إلا أنه من المتصور أن يكون الغير هو المدعى عليه فى هذه الدعوى، كما لو كان المبيع فى حيازة الغير، ورفع عليه المشتري دعوى يطالب فيها باسترداده فتمسك الغير فى هذه الدعوى بدفع يستند إلى حق من الحقوق السابق ذكرها. بل وقد يقع التعرض دون أن توجد خصومة بين المشتري وبين الغير، كما لو اعترف المشتري للغير بحقه بناء على المستندات التى قدمها له الغير^(١). ويكون للمشتري أن يرجع فى هذه الحالة بضممان التعرض على البائع، إلا أنه فى رجوعه يتعرض لخطر من خطرين: أولهما أن يثبت البائع أن الحق الذى أدعاه الغير لا يقوم على أساس^(٢)، والثانى أن

(١) ومن هذا القبيل أن يتخلى المشتري عن العقار المبيع للدائنين المرتهنين المفيدة حقوقهم على العقار قبل انتقال ملكيته إلى المشتري، راجع، أوبرى ورو، جـ ٥، رقم ٥٥، هامش ١١٣ بودرى وسينيا، ققرة ٣٥٠، بلانيول وريبير وهامل، ققرة ١١٠٠ كولان وكايتان، جـ ٢، ققرة ٨٩٧.

وفى جميع الأحوال فانه لا يشترط لأن يعتبر التعرض قد وقع بالفعل أن تنزع ملكية العقار المبيع من يد المشتري فعلاً. وقد قضت محكمة النقض^١ وإن عبارة نزع الملكية الوارد ذكرها فى المادة ٣٠٤ من القانون المدنى ليس المقصود منها نزع الملكية بالمعنى الضيق، أى النزاع الحاصل بناء على حكم قضائى فحسب، بل ينفصدها أيضاً أى تعرض للمشتري من شأنه أن يؤدى إلى نزع الشئ المبيع، وعلى ذلك فحق المشتري فى رفع دعوى الضمان على البائع لا يتوقف وجوده على صدور حكم قضائى بتنزع ملكية المشتري من العقار المبيع. بل يكفى لنشوء هذا الحق أن يحرم المشتري فعلاً من العقار المبيع لأن سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه، أو ليس فى مقدوره دفعه وإذا كانت مدة التقادم المسقط للحق لا تبدئ إلا من وقت وجود هذا الحق، كان التقادم فى دعوى الضمان يسرى من تاريخ المنازعة فى الملك على المعنى السابق بيانه (نقض ١٩٣٢/٤/٢٨، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٥٨، ققرة ٨٢).

(٢) عبد الرزاق السنهورى، جـ ٤، ص ١٦٤٣ مالورى، أنسيكلويدى فاللوز، جـ ٥، ص ٦٧٤، ققرة ١٢٨٩.

يتخلص البائع من نتائج الضمان إذا هو رد للمشتري المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية والمصروفات طبقاً للمادة ٤٤٢ التى سندرستها فيما بعد.

ثانياً: ويشترط لضمان التعرض الصادر من الغير، أن يكون هذا التعرض قائماً على سبب قانونى، أو على أساس الإدعاء بحق على العين المبيعة أو الإدعاء بحق يتعلق بهذه العين. أما إذا كانت الأعمال الصادرة من الغير هى أعمال مادية محضة، فإن البائع لا يكون ضامناً لها. وذلك على خلاف ضمان التعرض الصادر من البائع نفسه فهو يشمل أعمال التعرض سواء استندت إلى حق أو لم تستند إلى ذلك.

فإذا تصورنا أن الغير تعرض للمشتري تعرضاً مادياً محضاً لا يستند إلى أى حق يدعيه، كأن اغتصب العين المبيعة عنوة أو حاول اغتصابها، فإن البائع لا يكون ضامناً لهذه الأعمال، ولا يكون للمشتري إلا أن يلجأ إلى وسائل الحماية القانونية من اعتداء الغير، التى تتمثل فى دعاوى الحيازة، أو الإلتجاء إلى الجهات الإدارية لمنع هذا الاعتداء أو وقفه^(١). والأعمال المادية الصادرة من الغير والتى لا يضمنها البائع قد تكون فى صورة تصرفات قانونية كأن يقوم الغير بتأجير العين المبيعة، دون أن يدعى مع ذلك أى حق له على هذه العين، فيكون تصرفه القانونى فى هذا المثال هو فى حقيقته عمل مادى محض، فلا يضمنه البائع، ويكون للمشتري أن يلجأ إلى حماية القانون بصفة عامة. وتكفل له هذه الحماية أن يخرج المستأجر من العين، وهو قد أبرم عقد ايجاره مع شخص لا يملك حقاً على العين، ولا يدعى حتى وجود أى حق له عليها.

(١) قضت محكمة النقض بأن التعرض المادى الحاصل من الغير للمشتري فى العين المبيعة لا يدخل بحال فى ضمان البائع حتى ولو كان منصوباً عليه فى المقدم. لأن ما يضمنه البائع بصفته هذه هو التعرض أو الاستحقاق المستند إلى سبب أو نزاع قانونى، (نقصر ١٩٣٧/١١/١٨، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٧، فقرة ٧٧)

أما إذا كان تعرض الغير مبنياً على حق يدعيه على العين المبيعة، فإن البائع يكون ضامناً لهذا التعرض. وكان القانون المدني القديم يشترط أن يكون الحق الذي يدعيه الغير هو حق عيني^(١). ولكن القانون المدني الجديد أطلق لفظ الحق فيشمل ذلك الحق العيني والحق الشخصي على السواء.

ومن أمثلة الحقوق العينية التي يدعيها الغير، ادعائه بملكية العين المبيعة^(٢) كلها. أو بملكية جزء مفرز منها أو شائع فيها، أو الادعاء بحق ارتفاق أو انتفاع أو حكر عليها، أو الادعاء بحق رهن أو اختصاص أو امتياز واقع عليها^(٣) ومن الحقوق الشخصية التي قد يدعيها الغير، أن يتمسك بأنه مستأجر للعين المبيعة وأن عقد إيجاره ثابت التاريخ وسابق على البيع فيكون نافذاً في حق المشتري طبقاً للمادة ٦٠٤ مدني، أو أن يدعي الغير وهو مستأجر للعين المبيعة أنه دفع أجرها مقدماً لمدة تزيد على ثلاث سنوات إذا كانت المخالصة بالأجرة مسجلة، أو أقل من ثلاث سنوات إذا لم تكن المخالصة مسجلة. ففي الحالتين يكون البائع ضامناً للمشتري تمسك الغير بحقه في الإيجار أو بالمخالصة من الأجرة.

ثالثاً: ويشترط أخيراً لضمان التعرض الصادر من الغير أن يكون الحق

(١) نقض ١٩٣١/١٢/١٥، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٥٧، فقرة ٨٠.

(٢) نقض ١٩٤٩/٣/٣١، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٥٦، فقرة ١٧٣، نقض ١٩٣١/١١/١٩، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٥٧، فقرة ٧٩.

(٣) قضت محكمة النقض بأن «البائع يضمن المبيع من كل تعرض للمشتري يستند إلى حق أو وجه قانوني، ويشمل ذلك وجود دين شخصي على مورث البائع وحصول الدين على حكم يدين له حق اختصاص على المبيع» نقض ١٩٤٦/١/٢٤، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٥٧، فقرة ٧٦.

راجع في اعتبار سحب رخصة السيارة المبيعة لعدم سداد البائع الرسوم الجمركية، تعرضاً من الغير للمشتري، نقض ١٩٧٨/١/١٩، ص ٢٩، ص ٢٦٥.

الذى يدعيه الغير موجوداً قبل البيع، أما إذا وجد بعد البيع فلا يضمنه البائع إلا إذا كان هو مصدره. وقد نصت المادة ٤٣٩ على هذا الشرط بقولها «...فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري. ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه».

فقى كل أمثلة التعرض التى ضربناها ينبغى أن يكون الحق الذى يدعيه الغير قائماً قبل إبرام البيع^(١). أما إذا أنشأ الحق الذى يدعيه الغير بعد إبرام البيع فلا يكون البائع ضامناً له. فإذا اكتسب الغير ملكية المبيع بالتقادم بعد إبرام البيع، بأن كان المبيع فى حيازته مثلاً قبل البيع لمدة اثنتى عشرة سنة، ثم ظل حائزاً له بعد البيع لمدة ثلاث سنوات أخرى، فإن الحق الذى اكتسبه يكون قد نشأ بعد البيع فلا يضمنه البائع، ويتحمل المشتري مسئولية عدم قيامه بقطع التقادم الذى أدى إلى اكتساب الغير للملكية العينية المبيعة. وهذا بخلاف ما إذا كان الغير قد اكتسب ملكية المبيع بالتقادم قبل البيع، فإن البائع يكون ضامناً لتعرض الغير فى هذه الحالة. وبأخذ نفس الحكم أن تكون مدة التقادم قد قاربت على الاكتمال قبل البيع، كأن مضت على

(١) قضت محكمة النقض بأنه «إذا باع أحد شيئاً على أنه مملوك له ثم تبين بعد البيع عدم ملكيته للمبيع كان البائع ملزماً فى حالة نزاع هذا الشيء بالتضمينات» (نقض ١٩٣١/١١/١٩ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٧، فقرة ٧٨). وقضت محكمة النقض بأن «يضمن البائع الاستحقاق الناشئ عن فعل الغير إذا كان سبب الاستحقاق موجوداً وقت البيع، وذلك طبقاً لما تقتضيه المادة ٣٠٠ من القانون المدنى القديم» (نقض ١٩٦٦/١٢/١٢، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٧، ص ١٨٧٠). (وقضت محكمة النقض بأن «التأميم إجراء يراد به نقل ملكية المشروعات الخاصة إلى ملكية الدولة لتصبح ملكاً للجماعة تحقيقاً لضرورات اجتماعية واقتصادية ذلك مقابل تعويض أصحاب هذه المشروعات عن الحقوق المزممة، وهو بهذه المثابة لا يعد تعرضاً موجباً لضمان الاستحقاق لأن هذا الضمان إنما يقوم على ثبوت حق للغير سابق على التصرف ويؤدى إلى انتزاع المبيع من يد المشتري بسأل عنه البائع» (نقض ١٩٧٠/٤/٣٠، مجموعة المكتب الفنى ص ٢١ ص ٧٧٢).

حيارة الغير للمبيع خمس عشرة سنة إلا شهراً واحداً مثلاً قبل البيع. فلا يكون هذا الشهر كافياً لاكتشاف المشتري لهذا الوضع وقيامه بقطع التقادم، فيعتبر أن التقادم قد اكتمل حكماً قبل البيع ويكون ضامناً له (١). وإذا فرضنا في مثال آخر أن الغير يدعى أنه اشترى الشيء المبيع بعد البيع من شخص آخر، فإن البائع لا يضمن هذا التعرض إذا كان من باع التعريض لا يملك الشيء المبيع، ولن يضار المشتري من ذلك لأن البيع هو بيع للملك الغير لا ينفذ في حقه. أما إذا كان الغير قد اشترى العين المبيعة بعد البيع من المالك الحقيقي لها، فإن البائع يكون ضامناً لتعرض الغير في هذه الحالة، لأن سبب التعرض في الواقع يكون موجوداً قبل البيع لا في مطالبة الغير على أساس البيع الصادر له من المالك الحقيقي، بل على أساس استحقاق المالك الحقيقي للعين المبيعة وهو صاحب حق ثابت قبل البيع (٢).

(١) بلانول وريبير وهامل، فقرة ١٠١ بودري وسينيا، فقرة ٣٥٤؛ أوبري ورو، ج ٥، رقم ٣٥٥، هامش ١٧؛ مالوري، أنسيكلويدى داللو، ج ٥، ص ٦٧٤ فقرة ١٢٩٩؛ عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، فقرة ٣٤٢.

(٢) قضت محكمة النقض أن المادة ٣٠٠ من القانون المدني (القديم) فرقت بين ضمان التعرض القانوني الذي يواجه المشتري بناء على حق عيني لاحق للبيع، فاشتطت في الحالة الأخيرة فقط لقيام ضمان البائع أن يكون مصدر الحق العيني هو فعل البائع. أما في الحالة الأولى فاطلاق نص المادة لا يدع مجالاً للشك في أنه لا يشترط في وجوب ضمان للبائع للتعرض بناء على حق وقت البيع أن يكون من فعل البائع، بل يصح أن يكون مصدر هذا الحق العيني هو غير البائع متى كان من الجائز قانوناً أن يواجه المشتري وقت البيع بهذا الحق كأن يكون مثلاً سند متعرض في تعرضه تملكاً بسبب صحيح، أو تملكاً بمضى المدة الطويلة توافرت شروط أيهما وقت البيع. فإذا كان الثابت أن العقود التي تلقى بها بعض المتعرضين حقوقهم لاحقاً للبيع الصادر إلى المتعرض له ولكن سندهم في الملك يرجع إلى ما قبل البيع له فإنه يكون من المتعين على المحكمة ألا تقف عند تاريخ عقود المتعرضين بل يكون عليها أن تستبين هل لأسلاف هؤلاء المتعرضين حق يجوز أن يواجه به المشتري وقت البيع (نقض ١٩٤٩/٣/٣١، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٦، فقرة ٧٢).

ولكن إذا كان الحق الذى يدعيه الغير نشأ بعد البيع لسبب راجع إلى البائع نفسه، فإن البائع يكون ضامناً للتعرض فى هذه الحالة. والمثال الشائع على ذلك أن يبيع البائع العقار مرتين، ويقوم المشتري الثانى بتسجيل عقد بيعه أولاً، فيستأثر بملكية العقار دون المشتري الأول. فيكون البائع ضامناً للمشتري الأول استحقاق المبيع للمشتري الثانى وأن كان حق المشتري الثانى قد نشأ بعد البيع، لأنه نشأ عن طريق البائع نفسه. ويصدق نفس الحكم أيضاً إذا بيع المنقول مرتين، وسلمه البائع إلى المشتري الثانى حسن النية، فإن المشتري الأول يرجع على البائع بضمان التعرض الصادر من المشتري الثانى.

ويعتبر التعرض فى هذين المثالين قد وقع من الغير، كما أنه وقع من البائع نفسه. فلا يجوز فى أى من الحالتين الاتفاق على إسقاط الضمان، لا على أساس أن التعرض صادر من الغير، بل على أساس أن التعرض الصادر من البائع نفسه (م/١٤٤٦).

فإذا توافرت الشروط الثلاثة السابق ذكرها كان البائع ملتزماً بالضمان فى مواجهة المشتري (١). ولا يشترط لالتزامه بالضمان أى شرط آخر. ولا يشترط بصفة خاصة أن يكون البائع عالماً لسبب الضمان، أو أن يكون المشتري جاهلاً لسبب الضمان. فلو كان البائع لا يعلم سبب الضمان، وعلى العكس كان المشتري يعلم بهذا السبب، فإن البائع يظل مسئولاً رغم ذلك عن التعرض الصادر من الغير (٢).

(١) فلا يشترط مثلاً أن يكون عقد البيع مسجلاً، لأن الالتزام بالضمان ناشئ عن عقد البيع الرضائى سواء سجل أو لم يسجل. ويظل الالتزام بالضمان قائماً حتى ولو كان تقصير المشتري فى تسجيل العقد هو الذى سمح لدائن البائع بنزع ملكيته (نقض ١٩٣٦/٢/٢٩ مجموعة المكتب الفنى التى قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٥٩، فقرة ٨٧) نقض ١٩٦٦/٢/١، مجموعة المكتب، ص ١٧، ص ٢٠٥.

(٢) ما لم يكن المشتري قد تنازل عن حقه فى الضمان على ما سذكروه فيما بعد، =

واستثناء من هذا الحكم فانه بالنسبة لحق الارتفاق ولأسباب تاريخية ترجع إلى تقاليد القانون الروماني^(١)، فانه إذا كان المشتري يعلم بوجود هذا الحق عن طريق البائع، أو كان الحق ظاهراً بحيث يستطيع المشتري أن يتبينه، فانه يعتبر قد أسقط التزام البائع بالضمان عن التعرض القائم على أساس هذا الحق. وتنص المادة ٢/٤٤٥ على أنه «يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري». وطبقاً لهذا النص فان اعفاء البائع من الضمان يقوم على أساس اتفاق ضمني على إسقاط هذا الضمان. فإذا وجد اتفاق صريح على ضمان البائع لحقوق الارتفاق، فان هذا النص لا ينطبق ولو كان الارتفاق ظاهراً، أو كان المشتري يعلم به، أو كان البائع قد أبانه للمشتري. أما سائر الحقوق الأخرى، فان البائع يضمن التعرض القائم على أساسها طبقاً للقانون وبغير اتفاق خاص على الضمان بالنسبة لأي منها.

٦٩- المدين والدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير:

المدين في الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير، هو البائع. ولا ينقل هذا الالتزام إلى ورثته، لأن الديون لا تنتقل إلى الورثة بل تظل في التركة، كما أن الورثة لا يتلقون أي حق من التركة قبل سداد ديونها. ولا ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف الخاص للبائع، ولا يتعدى كذلك إلى دائن البائع. كل ذلك طبقاً لما سبق ذكره بمصدد المدين في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع نفسه^(٢).

مراجع نفض ١٩٣٦/٢/٢٠، الملتقى الإشارة إليه، نفض ١٩٥٤/١/٢١، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقص، ج١، ص ٣٥٩، ققرة ٨٨.

(١) بلاثول وريير وهامل، الفقرات ٢٨، ٩٩، ١٠٢ مالوري، أسيكلويدى دالوز، ج٥، ص ٦٧٦، ققرة ١٣٣٦ وما بعدها.

(٢) راجع ما سبق ققرة ٦٦ ونذكر هنا بما سبق أن ذكرناه من أن المقصود بعدم انتقال التزام البائع بالضمان إلى ورثته هو أن الورثة لا يسأل في ماله الخاص عن التزام مورثه.

والإلتزام بضمان التعرض الصادر من الغير لا يقبل الإنقسام إذا تعدد البائعون وكان المشتري يطالب بالتنفيذ العيني لهذا الإلتزام، أى يطالب بدفع التعرض الواقع له. أما إذا كان المشتري يطالب بالتنفيذ بمقابل بطريق التعويض فإن الإلتزام بدفع التعويض يقسم على الباعين إذا تعددوا وذلك بقدر نصيب كل منهم فى العين المباعة^(١).

أما الدائن فى الإلتزام بضمان التعرض الصادر من الغير فهو المشتري. ونظراً لأن الحقوق تنتقل بالميراث إلى الورثة. فإن حق المشتري فى الضمان ينتقل إلى وارثه. وينتقل كذلك إلى الخلف الخاص له، كالمشتري الثانى. ويستفيد منه كذلك دائن المشتري عندما ينفذ بحقه على العين المباعة. كل ذلك طبقاً لما سبق ذكره فى ضمان التعرض الصادر من البائع نفسه^(٢).

٧٠- أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير:

إذا توافرت شروط الإلتزام بضمان التعرض السابق ذكرها، فإن البائع يصبح مدينًا للمشتري بتنفيذ الإلتزام. وهو يلتزم بصفة أصلية بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، ويكون ذلك عن طريق وقف تعرض الغير للمشتري ورجوعه عن الإدعاء بالحق الذى يتعرض على أساسه. فإذا نجح البائع فى ذلك فإنه يكون قد نفذ التزامه بضمان التعرض تنفيذاً عينياً عن طريق التدخل لحماية

= بالضمان فإذا كان المورث قد باع مالا مملوكاً لورثة فإن الوارث لا يكون مسئولاً عن هذا البيع فى ماله. نقض ١٩٥٧/١٢/٢٦، مجموعة المكتب الفنى، ص ٨، ٩٦٠. أما إذا كان الوارث قد تلقى ملكية المبيع من مورثه بالميراث بسبب عدم تسجيل البيع قبل وفاة البائع، فإن التزام المورث بالضمان ينتقل فى هذه الحالة إلى الوارث، راجع، نقض ١٩٦٩/١/١٦، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢٠، ١٢٨، نقض ١٩٧٠/٤/١٦، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢١، ٦٥٨.

(١) مازو، ج ٣، فقرة ١٩٥٧، بلانيول وريبير وهامل، ج ١٠، فقرة ١٩٣ راجع ما سبق فقرة ٦٦.

(٢) راجع ما سبق، فقرة ٦٦.

المشتري. أما إذا عجز البائع عن تنفيذ التزامه عنا بأن فاز المتعرض بما يدعيه من حق، فلا يكون هناك بد من تنفيذ التزام البائع بالضمان بطريقة التعويض أى تنفيذاً بمقابل، وهذا هو ضمان الاستحقاق. وندرس فيما يلي التنفيذ العيني أى ضمان التعرض، والتنفيذ بمقابل أى ضمان الاستحقاق.

٧١- التنفيذ العيني (ضمان التعرض):

تنص المادة ٤٤٠ مدنى على أنه «إذا رفعت على المشتري دعوى بإستحقاق المبيع وأخطر بها البائع، كان على البائع بحسب الأحوال، ووفقاً لقانون المرافعات أن يتدخل فى الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله، (٢) فإذا تم الاخطار فى الوقت الملائم ولم يتدخل البائع فى الدعوى، وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه. (٣) وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الإستحقاق».

وتنص المادة ٤٤١ على أن «يثبت حق المشتري فى الضمان لو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه إن يحل محله فيها فلم يفعل. كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه».

وتفترض النصوص السابق ذكرها أن التعرض الصادر من الغير يتم فى صورة دعوى يرفعها الغير على المشتري وهذا هو الغالب. وتسمى هذه النصوص دعوى الغير بدعوى الاستحقاق. وهى تستخدم إصطلاح الإستحقاق إستخداماً واسعاً يشمل دعوى إثبات الملكية أو أى حق عيني أو شخصى يتعلق بالعين المبيعة. فإذا رفعت مثل هذه الدعوى وتوافرت شروط

التعرض الأخرى، فإنه يكون على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان تنفيذاً عينياً، عن طريق التدخل فى هذه الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل محله فيها^(١).

وتضع هذه النصوص حكماً خاصاً للحالة التى يتدخل فيها البائع فى الدعوى، وللحالة التى لا يتدخل فيها البائع فى الدعوى، سواء جاء عدم تدخله بعد إخطار المشتري له برفعها أو مع عدم إخطار المشتري له برفعها:

أ- تدخل البائع فى دعوى الإستحقاق: إذا رفعت دعوى الإستحقاق على المشتري، فيجب عليه أن يخطر البائع بها فى الوقت الملائم حتى يتدخل البائع إلى جانبه فى هذه الدعوى، ليدفع إدعاء المدعى فيها تنفيذاً لإلتزامه هو بضمان التعرض تنفيذاً عينياً^(٢). وإخطار المشتري للبائع ليس له أى شكل خاص، ويجوز أن يتم شفويًا. ولكن يقع على المشتري عبء إثبات حصوله.

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية تعليقاً على المادتين ٥٨٥ و ٥٨٦ من المشروع التمهيدى وهما المادتان اللتان أصبحتا المادة ٤٤٠ فى التقنين، «هاتان مادتان لا نظير لهما فى التقنين الحالى (القديم) وأن كاتبا يعدوان أن يكونا تطبيقاً للقواعد العامة وهما يدوران حول وجوب إخطار المشتري للبائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من أجنبى فى وقت ملائم، تمهيداً للرجوع على البائع بضمان الاستحقاق، وتنظيماً لحق كل من الطرفين، فهذا الإخطار واجب على المشتري حتى ينصير البائع فى وسائل الدفاع عن الحق الذى باعه فى الوقت المناسب» (مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤، ص ٨٥).

(٢) قضت محكمة النقض بأن «البيان من المادة ٤٤٠ من القانون المدنى أن الإخطار المنصوص عليه فيها لا يكون إلا حين ترفع على المشتري دعوى من الغير باستحقاق المبيع ولا محل للتمسك بعدم حصول هذا الإخطار إلا حيث يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق على أساس قيام العقد. أما إذا اختار المشتري سبيل المطالبة بفسخ العقد فإنه لا مجال لتطبيق المواد من ٤٤٠ إلى ٤٤٣ من القانون المدنى الخاصة بضمان الاستحقاق. وقد أفصح المشرع عن استقلال دعوى الضمان عن دعوى الفسخ والإبطال فى المادة ٤٤٣ من القانون المدنى التى بينت عناصر التمويه الذى يحق للمشتري أن يطلبه من البائع فى حالة الرجوع عليه بدعوى الضمان عند استحقاق المبيع كله وذلك بنصه فى الفقرة الأخيرة من هذه المادة على أن «كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيًا على المطالبة بمسح البيع أو إبطاله» (نقض ١٩٦٨/٢/٢٢، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٩، ص ٣٤٥).

ولكن المشتري يملك بدلاً من إخطار البائع بدعوى الإستحقاق. أن يدخله في هذه الدعوى مباشرة كضامن فيها. وذلك طبقاً لنص المادة ١١٧ من قانون المرافعات الجديد التي تنص على أن «للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح إختصاصه فيها عند رفعها، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة مع مراعاة حكم المادة ٦٦». بل أنه طبقاً للمادة ١١٨ من قانون المرافعات الجديد «للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة». وقد إستحدث هذا النص تمثيلاً مع ما يجب أن يكون للقاضي من دور إيجابي في تيسير الدعوى^(١).

ولكن إذا لم يدخل المشتري البائع في دعوى الإستحقاق، ولم يدخله القاضي في هذه الدعوى، وإكتفى المشتري بإخطار البائع بها، فانه يتعين على البائع أن يتدخل في هذه الدعوى طبقاً للمادة ١٢٦ من قانون المرافعات الجديد التي تنص على أنه «يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى». بل ويجب على البائع أن يتدخل في هذه الدعوى ولو لم يخطره بها المشتري، إذا كان قد علم بها من أى طريق آخر.

وكما يجوز للمشتري ادخال البائع ضامناً في الدعوى. فإنه يجوز للغير رافع هذه الدعوى أن يدخله فيها بهذه الصفة أيضاً، طبقاً للمادة ١١٧ مرافعات السابق ذكرها.

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد «عدل المشروع في المادة ١١٨ منه عن أحكام المادة ١٤٤ المقابلة لها في التشريع القائم (القديم) بأن استبدل بالحالات التي عدتها قاعدة عامة تقضى بمنح المحكمة سلطة إدخال من ترى إدخاله في الدعوى لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة، وذلك تمثيلاً مع ما يجب أن يكون للقاضي من دور إيجابي في تيسير الدعوى، وإذا كانت الحالات التي تعددها المادة ١٤٤ من القانون القائم (القديم) أمثلة بارزة للحالات التي ترى المحكمة إدخال خصوم في الدعوى فيها، فلاشك أن هناك حالات أخرى قد ترى فيها ذلك كاختصاص من كان مسؤولاً عن الحق أو جزء منه لأحد الخصوم»

وسواء تدخل البائع فى الدعوى أو أدخل فيها بواسطة المشتري أو الغير، فإنه من الواجب عليه تجاه المشتري أن يدفع ادعاء الغير ويستصدر حكماً برفض دعواه. فإذا نجح فى ذلك فإنه يكون قد نفذ إلتزامه بالضمان تنفيذاً عينياً. أما إذا فشل فى ذلك وقضى للغير بادعائه، فإنه يكون قد عجز عن تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً. ويتحول إلتزامه إلى إلتزام بالتعويض. وهذا هو ضمان الاستحقاق الذى سندرس أحكامه فيما بعد(١).

ويقضى فى طلب الضمان وفى الدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك وإلا فصلت المحكمة فى طلب الضمان بعد الحكم فى الدعوى الأصلية (م ١٢٠ مرافعات). وإذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية يكون الحكم الصادر على البائع حكماً للمدعى الأصلى ولو لم يكن قد وجه إليه طلبات. ويجوز للمشتري أن يطلب إخراجه من الدعوى الأصلية. وفى هذه الحالة إذا حكم للمدعى بحقه فإن هذا الحكم يكون حجة على المشتري، وإن كان البائع هو الذى يتحمل وحده مصروفات الدعوى. وكذلك فإن خروج المشتري من الدعوى الأصلية، لا يمنع أنه يظل خصماً فى دعوى الضمان فيحكم له بالضمان فى مواجهة البائع.

ب- عدم تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق بالرغم من أخطار المشتري إياه:

إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ودعاه للتدخل فيها فلم يفعل، ولم يقم المشتري بادخاله فى الدعوى، ولم تدخله المحكمة، فإن الحكم يختلف باختلاف الفروض الآتية: فاما أن ينجح المشتري فى دفع

(١) قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان ضمان الاستحقاق التزاماً شرطياً يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه فإنه لازم ذلك أن التقادم لا يسرى بالنسبة لهذا الضمان إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدر حكم نهائى به لا من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق» (نفس ١٠/٣/١٩٦٦، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٧، ص ٥٦٤)

تعرض الغير، فيصدر حكم برفض دعوى المدعى، وفي هذه الحالة فإن التعرض يكون قد زال وبالتالي فإن إلزام البائع بالضمان يكون قد انقضى، ولا يرجع المشتري على البائع بشئ، إلا بما أنفقه من جهد ومصروفات في هذه الدعوى.

وأما إذا لم ينجح المشتري في دفع تعرض الغير، بأن صدر الحكم للغير بآثبات ما يدعيه من حق، فإن المشتري يكون قد قام بكل واجبه. فهو قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت المناسب، وهو لم يعترف للمدعى بحقه، بل حاول دفع هذا الادعاء. فإذا لم ينجح في ذلك، فلا شك أن حق المدعى يستند إلى القانون، ولا شك أيضاً في أن البائع قد أخل بالتزامه بضمان التعرض، فيكون للمشتري أن يرجع عليه بضمان الاستحقاق طبقاً للأحكام التي سندرسها فيما بعد. ولا يستطيع البائع أن يدفع دعوى ضمان الاستحقاق بآثبات أن المتعرض لم يكن له حق في دعواه^(١). ولكن يستطيع أن يدفع دعوى الاستحقاق في حالة واحدة فقط وهي أن يثبت أن الحكم الذي صدر في هذه الدعوى كان نتيجة تدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه^(٢). فلا يكفي أن يكون المشتري قد أخطأ خطأ يسيراً في هذه الدعوى حتى يتمكن البائع من رفع دعوى ضمان الاستحقاق التي يرفعها عليه المشتري بعد إخفاقه في دفع تعرض الغير.

أما إذا أقر المشتري بحق المتعرض، وتصالح معه على هذا النحو، فإنه يجوز له أيضاً أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق. وتفترض حسن نية

(١) الحكم الصادر لمصلحة المدعى في دعوى الاستحقاق يكون حجة للمشتري في مواجهة البائع ولكنه لا يكون حجة للمشتق في مواجهة البائع الذي لم يكن خصماً في الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم لمصلحة المشتق، المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، ص٨٦.

(٢) «البائع هو الذى يكلف بآثبات أن الحكم بالاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه» (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، ص٨٥).

المشتري في تصالحه مع المدعى، لأنه أخطر البائع بدعوى الاستحقاق ولم يفعل البائع شيئاً، لرفض هذه الدعوى، مما يدل على البائع يسلم للمدعى بحقه. فإذا تصالح المشتري مع المدعى في هذه الدعوى فانه لا يكون قد أخطأ في ذلك، ويحق له أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق طبقاً للأحكام التي سندرسها فيما بعد. ومع ذلك فيجوز للبائع أن يدفع دعوى ضمان الاستحقاق التي يرفعها المشتري عليه إذا هو أثبت أن المدعى لم يكن على حق في دعواه وأن المشتري قد تسرع باقراره بحقه أو تصالحه معه (م ٤٤١ مدني) (١). ويستطيع البائع من ناحية أخرى كما سنرى أن يتخلص من إلتزامه بالضمان بأن يرد للمشتري المبلغ أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات (م ٤٤٢ مدني).

ج- عدم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق مع عدم اخطار المشتري إياه: أما إذا أهمل في اخطار البائع بدعوى الاستحقاق، وصدر حكم بإثبات حق المدعى في هذه الدعوى، أو تصالح المشتري مع رافع هذه الدعوى،

(١) جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بصدد المادة ٤٤١ «أراد المشروع وقد قامت القرائن على أن البائع ليس لديه ما يدفع به دعوى المستحق، ويدل على ذلك أنه لم يتدخل بعد إخطاره بهذه الدعوى، أن يجعل للمشتري سبيلاً إلى إنهاء النزاع دون حاجه لانتظار حكم تدل الظروف على أنه متوقع. فعوضاً عن إضاعة الوقت في إجراءات التقاضي يستطيع المشتري، إذا كان حسن النية، أن يعترف للأخير بحقه، أو أن يتصالح معه على هذا الحق، ويكون لذلك نتيجة الحكم الصادر لمصلحة المستحق، فيرجع المشتري بضمان الاستحقاق على البائع، على أن يكون للبائع أن يدفع الرجوع بالضمان إذا أثبت أن الأخير لم يكن على حق في دعواه، وليس من الضروري أن يثبت تدليساً أو خطأ جسيماً من المشتري كما هو الأمر لو أنه حكم بالاستحقاق دون اقرار من المشتري أو صلح. والفرق بين الحالتين ظاهر، ففي حالة ما إذا صدر الحكم دون اقرار أو صلح، يصبح من المعقول ألا يؤخذ على المشتري إلا التدليس أو الخطأ الجسيم، لأنه يكون قد قام بواجبه فأخطر البائع في الميعاد الملزم، ويكون غير مشغول عن صدور الحكم بالاستحقاق فهو لم يقر بحق الأخير ولم يعمد إلى الصلح منه. أما في الحالة الأخرى فإن المشتري قد تحمل مسؤولية الإقرار أو الصلح، فلو ظهر أنه لم يكن على حق فيما فعل، بأن أثبت للبائع أن الأخير ليس على حق في دعواه كان طبيعياً أن يفقد حقه في الضمان» (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٨٩ - ٩٠).

فانه يحق له أيضاً أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ولكن البائع يستطيع أن يرد هذه الدعوى إذا أثبت أنه كان يستطيع لو تدخل في الدعوى بأن أخطره المشتري بها في الوقت الملائم، أن يصل إلى رفض ادعاء المدعى في دعوى الاستحقاق. ولا يطلب من البائع أن يثبت خطأ المشتري الجسيم، بل يطلب منه فقط أن يثبت أن تدخله كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق (م ٣/٤٤٠ مدني) (١).

٧٢- التنفيذ بطريق التعويض (ضمان الاستحقاق):

بحسب دراستنا السابقة فان للمشتري أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق في عدة فروض مختلفة هي: (١) إذا كان المشتري قد أخطر البائع بدعوى الاستحقاق فتدخل البائع فيها، ولكنه فشل في تدخله بأن صدر حكم باثبات حق رافع الدعوى. (٢) إذا كان المشتري قد أخطر البائع بدعوى الاستحقاق، ولكن البائع لم يتدخل فيها، وصدر حكم لمصلحة رافع

(١) يلاحظ أن نص المادة ٣/٤٤٠ مدني كان يقابله نص المادة ٥٨٦ من المشروع التمهيدى. وكان هذا النص الأخير يلقى على عاتق المشتري عبء إثبات أن البائع وما كان يستطيع دفع دعوى الاستحقاق حتى ولو تدخل في هذه الدعوى، ولكن صياغة المادة ٥٨٦ عدلت في لجنة المراجعة وأصبح عبء الإثبات راجعاً على البائع حتى يدفع عن نفسه المسؤولية دون أن يطالب المشتري بإثبات شيء، وأدمجت المادة ٥٨٦ في المادة ٥٨٥ من المشروع وأصبحت المادتان مادة واحدة هي المادة ٤٤٠ من التقنين. ولكن بعد هذا التعديل لم يعد هناك فارق بين أن يكون المشتري قد أخطر البائع بالتدخل أو لم يخطره. ففي الحالتين إذا صدر حكم لمصلحة المدعى في دعوى الاستحقاق يقع على البائع إذا أراد أن ينفي عن نفسه المسؤولية أن يثبت أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق، بحسب تعبيره المادة ٣/٤٤٠ لو أن يثبت وأن الأخير لم يكن على حق في دعواه، حسب تعبير المادة ٤٤١ والمطلوب البتة واحد في الحالتين. أما الفارق في الحكم فيوجد عندما يتصلح المشتري مع المدعى في دعوى الاستحقاق. فهو إما كان قد تصالح بعد أن دعا البائع إلى التدخل، ولم يتدخل البائع، فلا يستطيع هذا الأخير أن يدفع دعوى الضمان إلا إذا أثبت تدليس المشتري أو خطئه الجسيم، أما إذا كان المشتري لم يدع البائع إلى التدخل وقام مع ذلك بالتصالح مع المدعى في دعوى الاستحقاق، فيكفى للبائع حتى يدفع مسؤوليته أن يثبت أن المدعى لم يكن على حق في دعواه وأنه لو كان قد تدخل لأدى ذلك إلى رفض الدعوى.

الدعوى ولم يثبت البائع عثر المشتري أو خطأه الجسيم. (٣) إذا كان المشتري بعد إخطاره البائع بدعوى الاستحقاق، ولم يتدخل فيها البائع، تصالح مع المدعى فى هذه الدعوى وأقر له بحقه أو ببعض حقه، ولم يثبت البائع أن المدعى لم يكن على حق فى دعواه. (٤) إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، وخسر المشتري الدعوى ولم يثبت البائع أن تدخله كان يؤدى إلى رفض هذه الدعوى. (٥) إذا لم ترفع دعوى استحقاق، ولكن المشتري اعترف للغير بحقه الذى يدعيه، ولم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه .. ففى كل هذه الفروض يكون للمشتري أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق، أى التنفيذ بمقابل بطريق التعويض^(١). وتختلف أحكام التعويض بحسب ما إذا كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً، أو أن المشتري تولى الاستحقاق بدفع شئ للمتعرض على سبيل الصلح. وتدرس هذه الفروض المختلفة فيما يلى:

أ- الاستحقاق الكلى: تنص المادة ٤٤٣ سدى على أنه «إذا استحق كل المبيع، كان للمشتري أن يصلب من البائع. (١) قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت. (٢) قيمة الثمار التى الزم المشتري بردها لم أستحق المبيع. (٣) المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشتري أن يلتزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سعى النية. (٤) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٤٠. (٥) وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع.

(١) قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٠/٣/١٩٦٦ أن ضمان الاستحقاق هو التزام شرطى يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه، مجموعة المكتب الفنى س١٧، س٥٦٤. ولعل الأصح القول أن الالتزام بضمان المتعرض والاستحقاق هو التزام واحد، وأن واجب دفع المتعرض هو عنصر المديونية فى هذا الالتزام، أما دفع التعويض فهو عنصر المسؤولية أو الجزاء فى الالتزام ذاته وليس التزاماً جديداً معلقاً على شرط انتظر فى نفاذ دعوى ضمان الاستحقاق بحسب عشرة سنة، نقض ١٩٧٨/٤/٢٧، س٢٩، س٢٢٥.

كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله.

وينطبق هذا النص إذا استحق المبيع استحقاقاً كلياً بأن تبين أن المبيع مملوك كله لشخص آخر غير البائع، ورفع هذا الشخص دعوى استحقاق للمبيع، وقضى له فيها بحقه في ملكية المبيع، فرجع المشتري على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق في أى فرض من الفروض السابق ذكرها.

وبجانب دعوى ضمان الاستحقاق فإن للمشتري أن يرجع على البائع بدعويين أخريين غيرها، هما دعوى الإبطال ودعوى الفسخ. وقد أشار النص في عبارته الأخيرة إلى أن الأحكام الواردة تنطبق على دعوى ضمان الاستحقاق فقط وليس على دعوى الفسخ أو دعوى الإبطال. والواقع أن دعوى ضمان الاستحقاق تختلف اختلافاً جوهرياً عن هاتين الدعويتين من ناحية الأساس الفنى لكل دعوى من هذه الدعاوى الثلاث.

فدعوى الإبطال يرفعها المشتري على أساس أن البيع هو بيع ملك الغير. وهو كما سنرى يبع قابل للإبطال لمصلحة المشتري. وتؤدي دعوى الإبطال إلى زوال العقد، فيسترد المشتري الثمن، ويحكم له بالتعويض على أساس العمل غير المشروع وليس على أساس العقد. أما دعوى الفسخ فإن المشتري يرفعها على أساس عدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية، وهى تؤدي أيضاً إلى زوال العقد، فيسترد المشتري الثمن، ويحكم له بالتعويض على أساس العمل غير المشروع وليس على أساس العقد^(١).

(١) راجع فى الخلط بين انقاس البيع بسبب استحقاق المبيع وبين دعوى الضمان، نقض ١٩٣٢/١١/٢٤، مجموعة القواعد التى قررته محكمة النقض، ج١، ص ٣٥٧، فقرة ٨١. ويرجع هذا الخلط إلى القانون المدنى القديم ذاته. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي «يخلط التقنين الحالى (القديم) كما يخلط كثير من التقنينات الأجنبية، فى هذه المسألة بين الآثار التى تترتب على فسخ البيع وتلك التى تترتب على التنفيذ بطريق التمويه، من ذلك أن المادتين ٣٧٨/٣٠٤ و ٢٨٠/٣٠٦ من التقنين الحالى (القديم) تربيان أثر =

أما الدعوى ضمان الاستحقاق، فهي مستمدة من العقد ذاته^(١)، إذ يطالب المشتري فيها بتنفيذ البائع لالتزامه بضمان التعرض تنفيذاً بمقابل بطريق التعويض بعد أن استحال التنفيذ العيني لهذا الالتزام. فهي دعوى تعويض تستند إلى عقد البيع ذاته^(٢). ولذلك فإن المشتري لا يسترد الثمن، ولكن يحكم له بتعويض تراعى فيه قيمة الشيء المبيع وقت الاستحقاق، وليس وقت إبرام العقد، وتضاف إلى هذه القيمة سائر التعويضات الأخرى. وقد أورد نص المادة ٤٤٢ السابق ذكرها بياناً تفصيلياً بهذه التعويضات. ونورد فيما يلي عناصر التعويض الذى يرجع به المشتري على البائع فى دعوى الاستحقاق الكلى.

(١) قيمة المبيع والفوائد القانونية: أول ما يلتزم البائع بدفعه للمشتري هو قيمة المبيع وقت رفع دعوى الاستحقاق ولا ينظر فى تحديد هذه القيمة إلى الثمن فى عقد البيع، فالمشتري لا يطالب باسترداد الثمن لزوال العقد كما هو الشأن فى دعوى الفسخ أو دعوى الإبطال، ولكنه يطالب بتعويض الضرر الذى أصابه نتيجة لعدم تنفيذ البائع لالتزاماته الناشئة عن عقد البيع

=الفسخ، ولكن المادتين ٣٧٩/٣٠٥ و ٣٨١/٣٠٧ ترتيبان أمر التنفيذ، وكان الأولى عدم الخلط بين هذه الآثار وتلك، على أن يختار المشتري لنفسه الطريق الأصلح، (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٩٧)

(١) نقض ١٩٦٨/٢/٢٢، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٩، ص ٣٤٥

(٢) دعوى الضمان هي دعوى تعويض، لذلك لا يجوز من المدعى أن يطالب فيها بتعليكه شيئاً آخر مملوكاً للبائع غير الشيء الذى استحق للغير. وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس للمشتري فى حالة استحقاق المبيع للغير إلا حق الرجوع على البائع بالضمان، فإذا كانت الأطلان ملكاً لوقف وباعها الناظر على أساس أنه تبادل فيها مع الوقف لم يباعها المشتري إلى آخر ثم طالب الناظر الجديد المشتري الثانى بتثبيت ملكية الوقف لها. فلا يحق لهذا المشتري إذا ما حكم بالزامه برد أطلان الوقف، أن يطلب تسليمه أطلان الناظر السابق الخاصة التى وضع يده عليها بطريق البدل لأنه لم يكن متبادلاً مع الوقف وإنما هو مشتر من شخص آخر بعد عنه، (نقض ١٩٤٥/٥/٣، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٧ مفر. ١٧٩)

ووقت حدوث هذا الضرر هو وقت التعرض أى وقت رفع دعوى الاستحقاق، فتقدر قيمة المبيع فى هذا الوقت^(١). ويلتزم البائع بدفع هذه القيمة سواء كان البائع يعلم بسبب الاستحقاق أو لا يعلم به. وسواء كان المشتري يعلم هو أيضاً بسبب الاستحقاق أو لا يعلم به^(٢). وتضاف إلى قيمة المبيع وقت رفع الدعوى، الفوائد القانونية عن هذه القيمة (٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية) من وقت رفع الدعوى أيضاً. وتقابل هذه الفوائد ما يلزم المشتري برده للمستحق من ريع المبيع من وقت دعوى الاستحقاق. ويستحق المشتري هذه الفوائد ولو كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق. ولو كان البائع لا يعلم وقت البيع بهذا السبب.

(٢) الثمار: إذا كان المشتري يعلم بسبب الاستحقاق قبل رفع الدعوى عليه، فإنه يكون ملزماً برد ثمار المبيع من الوقت الذى علم فيه بسبب الاستحقاق (م ٢/١٨٥ مدنى). وهو يرجع على البائع فى هذه الحالة بما يلتزم برده لمن استحق المبيع. فالمادة ٤٤٣ مدنى تنص على أن للمشتري أن يطلب من البائع «قيمة الثمار التى الزم المشتري بردها لمن استحق المبيع». وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي تعليقاً على هذه العبارة: «والمفروض فى ذلك أن المشتري قد علم بحق الغير قبل رفع دعوى

(١) قضت محكمة النقض بأنه «إذا باع أحد شيئاً على أنه مملوك له، ثم تبين بعد البيع عدم ملكيته للمبيع كان البائع ملزماً فى حالة نزاع ملكية هذا الشئ من المشتري بالتضمنات إذا كان المشتري يعتقد وقت الشراء صحة ملكية البائع للشئ المبيع، ويحتسب ضمن التضمنات ما زاد فى قيمة المبيع بعد البيع على ثمنه» (نقض ١٩٣١/١١/١٩، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٧، فقرة ٧٨)، نقض ١٩٧٨/٤/٢٧، ص ٢٩، ص ٢٢٥.

(٢) عبد الرزاق السنهورى، ج ٤، ص ٦٧٩، ص ٧٠٠. ولكن قد يفسر علم المشتري على أنه تنازل ضمنى عن الحق فى الضمان، إذا التزمت بالعلم ظروف أخرى من شأنها أن تؤدى إلى هذا الفهم، قارن وقارب أحكام النقض، ١٩٣١/١١/١٩، السابق الإشارة إليه، ١٩٥١/٢/١، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٨، فقرة ٨٣، نقض ١٩٥٤/١/٢١، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٩، فقرة ٨٨.

الاستحقاق، فوجب أن يرد الثمار المستحقة وقت علمه بذلك، ويرجع بها على البائع استيفاء لحقه فى التعويض. أما ثمار المبيع من وقت رفع الدعوى، فهذه قد استعاض عنها بالفوائد القانونية لقيمة المبيع»^(١).

(٣) **المصرفات:** إذا اتفق المشتري مصرفات على العين المباعة أثناء حيازته لها، فهو قد يستردها كلها أو بعضها أو لا يسترد شيئاً منها من المستحق، وذلك بحسب ما إذا كانت هذه المصرفات ضرورية أم نافعة أم كمالية. فإذا كانت هذه المصرفات ضرورية كأن انفقت فى ترميم المنزل المبيع وصيافته من الهلاك، فإن المشتري يسترد كل هذه المصرفات من المستحق، وبالتالى لا يرجع عنها بشئ على البائع. وهو يسترد كل المصرفات من المستحق طبقاً للمادة ١/٩١٠ مدنى التى تقرر أن «على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يودى إلى الحائز جميع ما أنفقه المصرفات الضرورية».

أما إذا كانت المصرفات، التى أنفقها المشتري نافعة للعين المباعة ولكنها ليست ضرورية لحفظها، ومن هذا القبيل أن يقيم منشآت فى الأرض المباعة أو يبنى طابقاً جديداً فى الدار المباعة... الخ^(٢). فحكم هذه المصرفات أنه إذا كان المشتري يعلم وقت انفاقها سبب الاستحقاق، فإن للمستحق أن يطلب منه إزالتها مع التعويض أن كان له مقتضى. وللمستحق أن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى قيمة العين بسبب هذه المصرفات (م ٩٢٤ مدنى). وإذا كان المشتري لا يعلم وقت إقامة هذه الانشاءات بسبب الاستحقاق فإن المستحق يخير بين أن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٩٦.

(٢) راجع، عبد الرزاق السنهورى، ص ٦٨٠ وما بعدها؛ توفيق مروج، ص ٣٥٨ وما بعدها؛ أنور سلطان وجلال العدوى، ١٣١٧ منصور مصطفى منصور، ص ١٧٤ وما بعدها؛ محمد لبيب شنب ومجدى صبحى خليل، ص ٢٢٤؛ سليمان مرقس، ص ١٤٠؛ اسماعيل غانم ص ٢٢٤.

يدفع له نفقات البناء أو ما زاد فى قيمة العين بسببها (م ٩٢٥ مدنى). وفى جميع هذه الفروض وسواء اضطر المشتري إلى إزالة هذه الإنشاءات أو حصل على قيمتها مستحقة الإزالة أو حصل على ما زاد فى قيمة العين المبعة بسببها، فإنه يكون قد خسر بعض ما أنفقه لأن ما يحصل عليه هو عادة أقل مما أنفق. والخسارة التى لحقت المشتري فى أى فرض من هذه الفروض يرجع بها على البائع، سواء كان المشتري يعلم وقت البيع بسبب الإستحقاق أو لا يعلم به.

أما إذا كانت المصروفات التى أنفقها المشتري كمالية، كزخرفة حيطان الدار المبعة أو نحو ذلك، فإن حكمها كما تنص المادة ٣/٩٨٠ مدنى «إذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشئ منها، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى إلا إذا أختار المالك أن يستبقياها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة». وإذا كان من الصعب تصور إزالة زخرفة الحيطان أو دهانها. فسواء أزالها المشتري أو دفع له المستحق قيمتها مستحقة الإزالة، فإن خسارة تكون قد لحقت فى جميع الأحوال. وطبقاً للبند ٣ من المادة ٤٤٣ فإن المشتري يسترد هذه المصروفات من البائع بشرط أن يكون البائع سئ النية يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق. وتبرر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى التفرقة بين المصروفات النافعة والمصروفات الكمالية فى الحكم بقولها «وأما المصروفات الكمالية فلا يرجع بها المشتري على المستحق، وكذلك لا يرجع بها على البائع إذا كان حسن النية، لأن المدين فى المسئولية التعاقدية لا يسأل عن الضرر غير متوقع الحصول، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمراً غير متوقع. فإذا كان البائع سئ النية، أى كان يعلم بحق الأجنبى فيسأل فى هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقع، ويحق إذن للمشتري أن يرجع بالمصروفات الكمالية» (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٦٦.

(٤) مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان: إذا لم يخرج المشتري من دعوى الاستحقاق التي رفعها عليه المستحق فانه يتحمل في مواجهة المستحق مصروفات دعوى الاستحقاق. وهذه المصروفات تمثل ضرراً أصاباً فيرجع به على البائع. وكذلك إذا أدخل المشتري البائع في دعوى الاستحقاق بصفته ضامناً، أو رفع عليه دعوى ضمان أصلية فانه يتكبد في كل ذلك مصروفات يرجع بها على البائع أيضاً. ولا يعفى البائع من دفع أى من هذه المصروفات إلا إذا أثبت أن المشتري لو كان قد أخطره في الوقت المناسب لما تكبد كل المصروفات التي أنفقها. ويقع على البائع عبء اثبات ذلك.

(٥) ما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب: طبقاً للبند الخامس من المادة ٤٤٣ فإن البائع يلتزم «بوجه عام بتعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاتته من كسب بسبب استحقاق المبيع». ويعتبر هذا البند مجرد تطبيق للقواعد العامة في أن التعويض يشمل كل الضرر المتوقع. والضرر هو ما لحق الدائن من خسارة متوقعة وما فاتته من كسب متوقع ومن الأمثلة على ما لحق المشتري من خسارة أن يكون قد حضر لمعاينة الدار عند شرائها من مكان بعيد فتحمل في هذا الشأن نفقات اضافية لا يتحملها المشتري عادة. ومن أمثلة ما فات المشتري من كسب أن يكون قد أعد المبلغ الذي دفعه ثمناً للمبيع، لاستثماره في مشروع يدر عليه ربحاً كبيراً، ثم ترك هذا المشروع إلى شراء العين المبيعة، والبائع عالم بذلك فإذا استحققت العين بعد ذلك، فإن الربح الذي فات على المشتري من المشروع المذكور يعتبر ضرراً يستحق عنه التعويض من البائع.

هذه هي عناصر التعويض في دعوى ضمان الاستحقاق. وأهم ما يلاحظ على هذه الدعوى، وهو ما يحفظ لها استقلالها وتفوقها في نفس الوقت على دعوى الفسخ ودعوى الإبطال، هو أن المشتري مستحق كل عناصر التعويض السابق ذكرها ولو كان يعلم وقت البيع بسبب

الاستحقاق^(١). أما في دعوى الإبطال فإن المشتري إذا كان يعلم بسبب

(١) وردت بعض العبارات في قضاء محكمة النقض يستفاد منها أن علم المشتري بسبب الاستحقاق وقت البيع يسقط حقه في الرجوع بالضمان على البائع. ومن أحدث الأحكام في هذا الشأن الحكم الصادر في ١٩٦٤/٧/٧ الذي جاء فيه أنه: «إذا كان الأصل أنه لا يجوز للمشتري عند حصول تعرض له في الانتفاع بالمبيع أو عند استحقاق هذا المبيع أن يرجع على البائع بالتعويضات إذا كان المشتري يعلم وقت البيع بسبب التعرض أو الاستحقاق، إلا أن التزام البائع القانوني بالضمان يقبل التعديل باتفاق المتعاقدين سواء على توسيع نطاقه أو تضيق مده أو الإبراء منه بحسب الغرض الذي يقصده من اتفاقهما، وأنه وإن كان اشتراط الضمان في عقد البيع بالفاظ عامة لا يعتبر تعديلاً في الأحكام التي وضعها القانون لهذا الالتزام، إلا أنه إذا كان المشتري والبائع كلاهما عالين وقت التعاقد بسبب التعرض أو الاستحقاق فإنه في هذه الحالة يبدل النص على شرط الضمان في العقد - وهو أصلاً لا حاجة إليه - على أن الغرض منه هو تأمين المشتري من الخطر الذي يهدده تأميناً لا يكون إلا بالتزام البائع بالتضمينات علاوة على رد الثمن في حالة استحقاق المبيع». (مجموعة المكتب الفني، ص ١٥٠، ١٩٢٠).

وجدير بالملاحظة على هذا الحكم أنه لم يحرم المشتري من الرجوع على البائع بالضمان رغم علم المشتري بسبب الضمان وقت العقد، باستند في ذلك إلى عبارات الضمان العامة الواردة في العقد والتي هي بنص الحكم ذاته لا تعدل شيئاً من أحكام الضمان المقررة في القانون. وكذلك فإن هذا الحكم يبرز بصفة خاصة أن سقوط حق المشتري في الضمان هو تعديل لأحكام الضمان المقررة في القانون وهو يخضع لإرادة المتعاقدين.

وفي حكم آخر لمحكمة النقض، كانت محكمة الموضوع قد نفت فيه علم المشتري بسبب الاستحقاق وقت البيع، وقررت بالتالي عدم سقوط حق المشتري في الرجوع بضمان الاستحقاق على البائع، فقضت محكمة النقض بأن «تقدير علم المشتري بسبب الاستحقاق ونقص ثبوته ونفيه هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك ما دامت الأسباب التي أقام عليها قضاءه تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها» (نقض ١٩٦٦/٣/١٠، مجموعة للمكتب الفني، ص ١٧، ٥٦٤).

ويستفاد من هذا الحكم بمفهوم الموافقة أن مناط رجوع المشتري بدعوى الاستحقاق هو عدم علمه بسبب الاستحقاق وقت البيع. قارب أحكام النقض الأخرى، ١٩٣١/١١/١٩ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٧، فقرة ١٧٨، نقض ١٩٥١/٢/١ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٨، فقرة ١٨٣، نقض ١٩٣٦/٢/٢٠، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٩، فقرة ٧٨، نقض ١٩٥٤/١/٢١ وقد جاء في هذا الحكم الأخير أنه «متى كان قد ثبت لمحكمة الموضوع أن المشتري كان يعلم وقت شراؤه بالميب لاحق بسند البائع له وأنه أقدم على الشراء مجازفاً وتحت مسؤوليته فإنه لا يكون له الحق في طلب التضمينات ومنها مصاريف العقد» (مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٩، فقرة ٨٨).

= يستفاد من عبارات الحكم الأخير أن علم المشتري يسقط حقه في الرجوع بضمان الاستحقاق إذا كان يستدل منه أنه اشترى مجازفاً وتحت مسؤوليته. أى أن علم المشتري قد يكون قرينة وسط قرأتين أخرى يستدل منها على أن المشتري أسقط حقه في الضمان بطريقة ضمنية. ولكن مجرد علم المشتري بسبب الاستحقاق لا يكفي بمفرده للقول بأنه أسقط حقه في الضمان لأنه ربما يكون المشتري معولاً أن يقوم البائع باقتناع صاحب الحق في التنازل عن حقه وهذا ما أثبتته حكم ١٩٦٤/٧/٧ من مجرد ورود عبارات الضمان العامة التي لا تعدل شيئاً ولا تضيف جديداً إلى أحكام الضمان المقررة في القانون. وهذا ما قرره محكمة النقض لذلك بكل وضوح بصدد حق المشتري في حبس الثمن إذا وقع له تعرض للمبيع أو وجدت أسباب جدية تجعله يخشى وقوع ذلك. فمحكمة النقض تقرر صراحة أن جهل المشتري بسبب نزع الملكية وقت الشراء ليس شرطاً في قيام حقه في الحبس (نقض ١٩٤٧/١٢/٤، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٦٣، فقرة ١١٦)، في نفس المعنى، نقض ١٩٦٧/١/١٩، مجموعة المكتب الفني، ص ١٨، ١٤٣، نقض ١٩٧٠/٤/١٤، مجموعة المكتب الفني، ص ٢١، ٦٠٤، راجع ما سيلي، فقرة ٨١، وراجع، عبد الرزاق السنهوري، ج٤، ص ١٧٠٠، اسماعيل غانم، ص ٢٢٦.

ولكن صعوبة المسألة تزيد بسبب الخلط المقصود أو غير المقصود بين دعوى ضمان الاستحقاق وبين دعوى الفسخ ودعوى الإبطال لبيع ملك الغير ومن قبيل الخلط بين دعوى الفسخ ودعوى ضمان الاستحقاق وهو خلط كان يقع فيه التقنين المدني القديم ذاته كما سبق أن ذكرنا ما قرره محكمة النقض من أن «القاضي الموضوع، متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع ووجب على البائع رد الثمن مع التضمينات، أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين يلزم به البائع علاوة على الثمن، أو يحسب عليه الثمن بالفوائد التي يفرض بها على المشتري ما خسر، وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانوناً بسبب نزع الملكية والاستحقاق. وليس على القاضي إذا أجرى الفوائد التمويضية على المشتري أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار إليها في المادة ٨٢٤ من القانون المدني (القديم)، (نقض ١٩٣٢/١١/٢٤، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٥٧، فقرة ٨١). ومن قبيل الخلط بين دعوى الضمان ودعوى إبطال ملك الغير. ما قضت به محكمة النقض من أن «الضمان المقرر قانوناً على البائع عن استحقاق المبيع يلزمه برد الثمن مع التضمينات وفقاً للمادة ٣٠٤ مدني (قديم) ما لم يكن المشتري عالماً وقت البيع بالسبب الذي أدى إلى الاستحقاق إذ لا يجوز له في هذه الحالة الرجوع على البائع بالتمويضات عملاً بالمادة ٢٦٥ مدني (قديم)، (نقض ١٩٥١/٢/١، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٥٨، فقرة ٨٣). والمادة ٢٦٥ من القانون المدني القديم والتي يشير إليها هذا الحكم خاصة ببيع ملك الغير فهذا الحكم يخلط بين دعوى الضمان ودعوى إبطال بيع ملك الغير. في نفس المعنى، نقض ١٩٥١/١/٢١، مجموعة المكتب الفني، ص ٥، ٤٣٧. والمعروف أن مناط حق المشتري في الرجوع بالتمويض في دعوى إبطال ملك الغير، هو حسن نيته (٤٦٨ مدني)، أى عدم علمه وقت البيع بأن المبيع غير مملوك للبائع (نقض ١٩٦٤/٦/١١، مجموعة المكتب الفني، ص ١٥، ٨١٤).

الاستحقاق فانه يعتبر سعى النية ولا يحق له إلا المطالبة باسترداد الثمن دون عناصر التعويض الأخرى (م ٤٦٨ مدى). وهذا هو الحكم أيضاً بالنسبة لدعوى الفسخ. ولذلك فان المشتري من مصلحته دائماً أن يرجع بدعوى ضمان الاستحقاق بدلاً من الرجوع بدعوى الإبطال أو دعوى الفسخ.

= وقد ذهب جانب من الفقه إلى تأكيد عدم التفرقة بين دعوى إبطال بيع ملك الغير وبين دعوى ضمان الاستحقاق. وفي هذا المعنى يقول الدكتور عبد المنعم البدرأوى، لما كانت الواقعة التي أدت إلى إبطال البيع أو إلى الضمان هي في النهاية واحدة وهي صدور البيع من غير مالك، ولما كانت دعوى إبطال بيع ملك الغير ليست في الواقع سوى دعوى ضمان أجزى رفعها قبل الأوان (أي قبل حصول التعرض الفعلي)، فانه يجب ألا يتغير مدى حق المشتري تبعاً للدعوى التي يختار رفعها. ولهذا وجب القول بأن المشتري لا يحق له الرجوع على البائع إلا بقيحة المبيع متى كان يعلم وقت العقد بسبب الاستحقاق، ولا يكون له الرجوع باسترداد الثمن إلا إذا كان حسن النية (م ٢٣٠) ولكن يرد جانب آخر من الفقه على هذا الرأي بأن الواقعة التي تؤدي إلى الضمان ليست هي دائماً بيع ملك الغير، فقد يكون البائع مالكا للمبيع وقت البيع ولكنه يتصرف فيه بالمبيع مرة أخرى إلى مشتر يسبق المشتري الأول في التسجيل، أو أن يقوم الدائن المرتهن للمقار للمبيع بالتنفيذ عليه تحت يد المشتري، أو يقوم الدائن المادى للبائع بالتنفيذ على المقار قبل أن يسجل المشتري عقد بيعه. وفي جميع هذه الفروض كان البائع مالكا للشيء المبيع ولكن للمبيع استحقاق. ولذلك لابد من إبقاء التفرقة بين دعوى إبطال بيع ملك الغير بأحكامها المقررة في القانون ومنها اشتراط حسن نية المشتري لرجوعه على البائع بالتعويض. وبين دعوى ضمان الاستحقاق التي لا يشترط فيها القانون حسن نية المشتري وقت البيع. راجع في ذلك بصفة خاصة اسماعيل غانم، ص ٢٢٧.

والخلاصة أنه لا يشترط لرجوع المشتري بالتعويضات المنصوص عليها في دعوى ضمان الاستحقاق أن يكون غير عالم بسبب الاستحقاق وقت البيع، ما لم يكن علمه متفترناً بظروف أخرى يستفاد منها تنازله الضماني عن حقه في الضمان. أما دعوى إبطال بيع ملك الغير فلا يجوز للمشتري فيها أن يطالب بالتعويض زيادة على الثمن إلا إذا كان حسن النية وقت البيع طبقاً لصريح نص المادة ٤٦٨ من القانون المدني.

وبلاحظ أن القضاء الفرنسي كان يقيس دعوى ضمان الاستحقاق على دعوى إبطال بيع ملك الغير، وكان لذلك يشترط حسن نية المشتري لرجوعه على البائع بدعوى الضمان، وكان يعتبر من ناحية أخرى أن علم المشتري بسبب الاستحقاق وقت البيع هو خطأ من جانبه بهمه من الرجوع على البائع بالضمان. ولكن محكمة النقض قلبت هذا القضاء في حكم لها صدر في ١٩٣٢/٢/٩، داللو الأسبوعي، ١٩٣٧-٢٥٣، وقررت بقاء البائع ملتزماً بالضمان ولو كان المشتري يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق، راجع، مالموري، تسيكلوبيدي داللو، ج ٥. ص ٦٢٥، ققرة ١١٣٢٠ قارن مع ذلك مازو، ج ٣، ققرة ٦٩٢.

ب- الاستحقاق الجزئى: تنص المادة ٤٤٤ مدنى على أنه (١) إذا استحق بعض المبيع، أو وجد مثقلاً بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة، على أن يرد له المبيع وما أفاد منه. (٢) فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين فى الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق.

والاستحقاق الجزئى يتحقق إذا استحق جزء من المبيع مفرز أو شائع أو إذا تبين أن المبيع مثقل بحق رهن أو اختصاص أو امتياز، أو بحق انتفاع أو حق حكر، أو إذا كان مثقلاً بحق ارتفاق غير ظاهر ولم يبين عنه البائع للمشتري.

وقد فرق المشرع فى حالة الاستحقاق الجزئى بين فرعين (١). الأول أن يكون الاستحقاق الجزئى جسيماً بحيث يصبح المبيع غير كاف للغرض الذى كان يهدف إليه المشتري وقت إبرام العقد. مثال ذلك أن يشترط شخص قطعة أرض لاقامة مصنع أو مدرسة عليها، فإذا استحق جزء من هذه الأرض بحيث أصبح الجزء الباقي منها لا يفي بالغرض الذى يهدف إليه المشتري، فانه يجوز للمشتري فى هذه الحالة أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق كما لو كان الاستحقاق كلياً. فيحصل منه على قيمة المبيع كله وقت الاستحقاق وعلى فوائد هذه القيمة وعلى المصروفات التى أنفقها على المبيع ولم يسردها من المستحق وعلى ثمار المبيع التى اضطر لدفعها للمستحق وعلى مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان، وبوجه عام على كل

(١) راجع، عبد الرزاق السنهورى، ج٤، ص ٦٨٥ وما بعدها؛ إسماعيل غانم ص ٢٢٨ وما بعدها؛ توفيق فرج، ص ٣٧٥ وما بعدها؛ محمد لبيب شنب ومجدى صبحى، ص ٢٢٨. منصور مصطفى منصور، ص ١٨٠ محمد على عمران، ص ٢٦٠ أنور سلطان وحلال العدوى، ص ٣٢٤.

ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع. ودعوى ضمان الاستحقاق التي يرجع بها المشتري على البائع هي دعوى مستمدة من العقد وأساسها المسؤولية الناشئة عن العقد. ويقدر التعويض فيها على أساس الضرر المتوقع وقت العقد، ما لم يكن البائع سئ النية فيلزم أيضاً بالضرر غير المتوقع. وقد رأينا تطبيقاً لذلك إلزامه بالمصروفات الكمالية التي لم يستردها المشتري من المستحق.

ولكن مقابل رجوع المشتري على البائع بكل عناصر التعويض في الاستحقاق الجزئي، فاته من المدل أن يرد للبائع ما بقى من العين المبيعة وما أفاده منها المشتري من ريع وغيره.

ويجوز للمشتري في هذا الفرض أيضاً أن يكتفى بمطالبة البائع بتعويض ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب الاستحقاق الجزئي. وتطبق هنا أيضاً قواعد المسؤولية العقدية في أن التعويض يكون بقدر الضرر المتوقع، ما لم يكن البائع سئ النية فان التعويض في هذه الحالة يشمل الضرر غير المتوقع أيضاً.

أما إذا لم يكن الاستحقاق الجزئي جسيماً على النحو السابق ذكره، فلا يكون للمشتري الخيار السابق، بل يقتصر حقه على المطالبة بالتعويض عن الضرر الناشئ عن الإستهقاق. والمقصود بذلك هو الضرر المتوقع فقط ما لم يكن البائع سئ النية يعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع، فيشمل التعويض الضرر غير المتوقع أيضاً.

ج- نوقى المشتري للاستحقاق: تنص المادة ٤٤٢ مدنى على أنه «إذا نوقى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شئ آخر، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات.

وينطبق هذا النص فى الحالات التى لا يصدر فيها حكم باستحقاق

المبيع للغير استحقاقاً كلياً أو جزئياً، بل يكون المشتري هو الذى أقر للغير بحقه وتصالح معه فيه بعد أن تبين له جدية الأساس الذى يقوم عليه هذا الحق. ويستوى فى ذلك أن يتم هذا الصلح قبل رفع دعوى الإستحقاق، أو بعد رفعها وقبل صدور الحكم فيها، وسواء تدخل البائع فيها أو لم يتدخل. فإذا أدى المشتري للمتعرض شيئاً من ماله تصالحاً معه وتوقياً لإستحقاق الشئ المبيع، فإن المشرع يرخص للبائع بدلاً من دفع كل عناصر التعويض السابق ذكرها، أن يرى ذمته فى مواجهة المشتري إذا هو دفع له ما أداه للمتعرض مع فوائده القانونية (٤٤٪ فى المسائل المدنية و٥٥٪ فى المسائل التجارية) من وقت الدفع، وكذلك المصروفات التى أنفقها فى سبيل الوصول إلى هذا الصلح مع المتعرض. ولا يكون المشتري قد خسر شيئاً بذلك، فهو قد احتفظ بالمبيع بعد تصالحه مع المتعرض بما أداه له من مال وهو فى نفس الوقت قد استرد هذا المال وفوائده والمصروفات من البائع. والخيار فى هذا المجال متروك للبائع نفسه. وهو قد يمتنع عن دفع أى مبلغ للمشتري إذا أثبت أن المشتري قد زرع فى تصالحه مع المتعرض باثبات أن حق المتعرض لا يقوم على أساس^(١). كما أن للبائع أن يترك المشتري يرجع عليه بأحكام دعوى ضمان الإستحقاق، سواء كان الإستحقاق جزئياً أو كلياً إذا كان يرى أن التعويضات المستحقة طبقاً لهذه الدعوى أقل من المبلغ الذى توفى به المشتري استحقاق المبيع.

ويلاحظ أن الخيار الذى أعطاه المشرع للبائع، يسمى بحث الإسترداد لأن المشتري يسترد به ما كان يجب عليه دفعه طبقاً لدعوى ضمان الاستحقاق. وحق الاسترداد هذا لا يثبت للبائع إلا إذا كان المشتري قد تصالح مع المتعرض قبل أن يصدر حكم فى دعوى الإستحقاق. أما إذا كان المبيع قد استحق للغير بمقتضى حكم، ثم استبقى المشتري المبيع لنفسه

(١) راجع ما سبق، فقرة ٧١

بدفع مبلغ من النقود للمستحق، فإنه يكون في الواقع قد اشترى هذا الشيء مرة أخرى من المستحق، ولا يكون للبائع أن يستخدم خيار الاسترداد في هذه الحالة، بل يتعين عليه أن يعرض المشتري عن استحقاق المبيع طبقاً لأحكام دعوى ضمان الإستهقاق السابق ذكرها (١).

٧٣- الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير:

تنص المادة ٤٤٥ مدني على أنه (١) يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الإستهقاق، أو أن ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان. (٢) ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري. (٣) ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي.

وتنص المادة ٤٤٦ مدني على أنه (١) إذا اتفق على عدم الضمان، بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أي استحقاق ينشأ من فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك. (٢) أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير، فإن البائع يكون مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الإستهقاق، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الإستهقاق، أو أنه اشترى ساقط الخيار.

ويتضح من هذه النصوص أن معظم أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير، لا تتعلق بالنظام العام، فيجوز للمتعاقدين الإنفاق على زيادة هذا الضمان أو انقاصه أو إسقاطه (٢). وندرس هذه الفروض المختلفة فيما يلي:

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٩٢.

(٢) نفض ١٩٣٢/٣/٢، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النفض، ج ١، ص ٣٥٨، فقرة ٨٤.

أ- الإتفاق على زيادة الضمان: وهذا الإتفاق نادر الوقوع فى العمل لأن أحكام دعوى ضمان التعرض وضمان الإستحقاق تكفل حماية كبيرة للمشتري لا يجد مثلها فى دعاوى أخرى كدعوى الفسخ أو دعوى الإبطال. ومع ذلك فمن المتصور أن توجد اتفاقات على زيادة الضمان، كالإتفاق على أن يضمن البائع نزع ملكية العقار للمتفعة العامة بينما هو لا يضمن ذلك طبقاً لأحكام القانون. أو الإتفاق على أن يضمن البائع التعرض بمجرد علم المشتري بسبب الإستحقاق ولو لم يقع التعرض فعلاً، على خلاف الأصل فى أن الحق فى الضمان لا ينشأ إلا من وقت وقوع التعرض فعلاً. أو الإتفاق على زيادة التعويضات بأن يرجع المشتري على البائع بالمصروفات الكمالية حتى ولو كان البائع حسن النية لا يعلم وقت البيع بسبب الإستحقاق. أو الإتفاق على حق المشتري فى أن يرد المبيع وأن يحصل على تعويضات كاملة فى حالة الإستحقاق الجزئى، ولو لم يكن هذا الإستحقاق جسيماً، بينما لا يثبت هذا الحق للمشتري طبقاً لأحكام القانون إلا إذا كان الإستحقاق الجزئى جسيماً.

ويجب أن يكون الإتفاق على زيادة الضمان فى عبارات واضحة فى التعبير عن إرادة المتعاقدين. أما العبارات العامة المتداولة فى المعاملات كاشتراط أن يضمن البائع للمشتري كل تعرض قانونى أو فعلى، أو أن يضمن له جميع أنواع التعرض والاستحقاق والرهن، فهى لا تضيف جديداً إلى أحكام القانون ولا تؤدي إلى زيادة الضمان^(١).

(١) قضت محكمة النقض بأنه «يجب على من يهد مخالفة ما فرضه القانون من الضمان - إذا هو أراد تشديد الضمان على البائع - أن يبين فى العقد الشرط الذى يهمه من صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نص عليه القانون. أما اشتغال العقد على ما قرره القانون بعبارات عامة، فإنه لا يدل على أن البائع تعهد بضمان أشد مما فرضه القانون، ويكون من التمين على هذه الحالة تطبيق الضمان القانونى دون زيادة عليه، لأنه فى حالة الاشتباه يكون التفسير» بما فيه الفائدة للمتهدد (نقض ١٩٣٢/٣/٣، مجموعة القواعد التى قررها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٨، ققرة ٨٥) فى نفس المعنى: نقض ١٩٥١/٢/١، مجموعة القواعد التى قررها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٥٨، ققرة ٨٣

ب- الاتفاق على انقاص الضمان: وهذا الاتفاق غير نادر الوقوع في العمل. وهو أما أن يتعلق بشروط دعوى الضمان، أو بالتعويضات المستحقة عنها. ومن أمثلة ذلك الاتفاق على عدم ضمان البائع لما قد يظهر من حقوق ارتفاق على العين المبيعة. أو عدم ضمانه لوجود حقوق ارتفاق لهذه العين على عين أخرى، أو عدم ضمانه عن الإستحقاق الذى ينشأ عن رجوع الواهب فى عقد الهبة الذى تملك به البائع العين المبيعة^(١). ومن أمثلة انقاص التعويضات الاتفاق على أن البائع يرد للمشتري ثمن المبيع ولو نقص عن قيمته وقت الإستحقاق^(٢). أو أن يرد له ثمن المبيع فقط دون سائر التعويضات الأخرى. ولا يجوز التوسع فى تفسير الاتفاق على انقاص الضمان لأنه يأتى على خلاف الأصل.

ومن ناحية أخرى فإن اشتراط البائع انقاص الضمان يكون باطلاً إذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق الأجنبي طبقاً لما تقرره المادة ٤٤٥ فى فقرتها الثالثة، لأن البائع بذلك يكون قد ارتكب غشاً، ثم اشترط عدم مسئوليته عن هذا الغش وهو غير جائز طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية. ويعتبر البائع أنه قد تعمد اخفاء سبب الإستحقاق، إذا كان يعلم هو بهذا السبب، ويعلم أن المشتري لا يعلم به، ولم يذكر هو شيئاً للمشتري عنه. أما إذا كان البائع يعلم سبب الاستحقاق والمشتري يعلم به أيضاً، أو اعتقد البائع أن المشتري يعلم به، واشترط البائع انقاص الضمان، فإنه لا يكون قد تعمد

(١) يلاحظ البعض أن انقاص الضمان عن طريق اخفاء البائع عن المسئولية عن سبب معين أو أسباب معينة من أسباب الضمان، هو فى الواقع اسقاط الضمان بالنسبة لهذا السبب أو لهذه الأسباب دون غيرها. وبذلك يكون المقصود باسقاط الضمان إذا أطلق اللفظ على هذا النحو هو اخفاء البائع من المسئولية عن جميع أسباب الاستحقاق وهو ما يسمى شرط عدم الضمان العام. راجع منصور مصطفى منصور، ص ١٨٤ هامش ١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ١٠٦، عبد الرزاق السنهوري، ج ٤،

إخفاء سبب الاستحقاق، ولا يكون قد ارتكب غشاً، فيقع الشرط صحيحاً^(١).

ولكن لا يكفي مجرد علم كل من البائع والمشتري بسبب الاستحقاق، حتى يعتبر ذلك اتفاقاً ضمناً على انقاص الضمان. بل لابد أن تتجه الإرادة إلى ذلك بوضوح لا يشوبه لبس. ولا يعنى ذلك أن الاتفاق الضمنى على إنقاص الضمان غير جائز. بل هو جائز كالإتفاق الصريح تماماً، بشرط أن يكون هذا الاتفاق الضمنى واضحاً. وقد يعتبر علم كل من البائع والمشتري وقت البيع بسبب الإستحقاق اتفاقاً ضمناً على عدم ضمان هذا السبب، بشرط أن يقترن هذا العلم بظروف وملابسات أخرى تكون قاطعة الدلالة على إتجاه إرادة المتعاقدين إلى هذا المعنى. ومن هذه الظروف أن يكون الثمن أقل من المثل مراعاة لحق الأجنبي، إلى غير ذلك من شروط العقد الأخرى^(٢).

ويلاحظ أن الاتفاق على إنقاص الضمان، على عكس الاتفاق على إسقاط الضمان يكون صحيحاً حتى ولو كان سبب الضمان آتياً من جهة البائع، بشرط ألا يكون مطوياً على غش من جانبه فإذا اشترط البائع علم ضمانه عن إبطال سد ملكيته، وكان هو المسئول عن سبب الإبطال. فإن الاتفاق يكون صحيحاً ولكن لا يجوز للبائع اشتراط عدم ضمانه للاستحقاق الناشئ عن قيامه هو ببيع العيس المبيعة مرة ثانية

(١) عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، ص ٧٠٠.

(٢) وفي الفرض المكسب إذا كان كل من البائع والمشتري يعلم سبب الاستحقاق وقت العقد، ووردت مع ذلك في العقد عبارات عامة في التزام البائع بالضمان، فإن هذه العبارات وهي بحسب الأصل لا تضيف جديداً إلى التزام البائع بالضمان المقرر في القانون، إلا أنها في هذا الفرض بالذات تنفى تماماً كل الشك حول احتمال أن يكون المشتري قد انقص أو أسقط حقه في الضمان راجع، نقض ١٩٦٤/٧/٧، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٥، ص ٩٢٠. نقض ١٩٥١/٢/١، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض ج ١ ص ٣٥٨، فقرة ٨٣.

إلى مشتر ثان سبق المشتري الأول بأسبقته فى تسجيل عقده إذا كان المبيع عقاراً.

والقواعد السابق ذكرها تنطبق على كل استحقاق أياً كان سببه، وذلك باستثناء واحد خاص بالاستحقاق الناشئ عن حق الارتفاق^(١). فقد حور المشرع فى القواعد السابقة، وهو ما تنص عليه المادة ٤٤٥ فى فقرتها الثانية بقولها: «يفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري». ووجه التحويل فى هذا الحكم أنه لا يشترط لاسقاط الضمان الناشئ عن حق الارتفاق أن ينص العقد على ذلك، بل يفترض أن اسقاط الضمان عن هذا السبب قد اتفق عليه بمجرد توافق أمر من أمرين. أولهما أن يكون حق الارتفاق ظاهراً

(١) بالنسبة لقيود الملكية، كحقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور، وهى ما تسمى أحياناً حقوق الارتفاق القانونية، بينما هى ليست فى حقيقتها حقوق ارتفاق، فإن البائع لا يضمنها للمشتري سواء أخطره بها أو لم يخطره، وسواء كان المشتري يعلم أو لم يكن يعلم بوجودها. بل أن البائع لو ضمن للمشتري خلو المبيع من حقوق الارتفاق فإنه لا يضمن مع ذلك القيود القانونية للملكية. والسبب فى ذلك أن هذه القيود مقررة بأحكام فى القانون يفترض علم الكافة بها وليست هناك حاجة لأن يخطر البائع المشتري بوجودها. وتعتبر قيود التنظيم من قبيل القيود القانونية التى لا يضمنها البائع للمشتري. ومع ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية فى قضائها الحديث ذهبت إلى التفرقة بين نوعين من أنواع القيود القانونية، الأولى هى تلك التى «تنبثق عن النظام العادى للملكية»، وهذه لا يضمنها البائع للمشتري ولو كانت خفية لأن لا عذر بالجهل بالقانون، والثانية هى تلك «التي لا تعتبر نتيجة عادة لنظام الملكية» كقيود التنظيم المديدة والمتغيرة والتى يستحيل على أى فرد الألام بها كلها، وهذه يضمنها البائع للمشتري ما لم يكن قد أخبره بوجودها وقت العقد. وقد تفرقت هذه التفرقة بمقتضى حكم النقض الصادر فى ١٩٥٦/٢/٢١، داللو ١٩٥٦ - ٢٨٥. راجع مازو، ج ٣، ص ٨٢٧، حيث يورد نص الحكم فى المكان المخصص لمطالعة أحكام القضاء. وقد أصدرت محكمة مصر الكلية فى ١٩٥٥/١٠/١٩ حكماً أعتبرت فيه قيود التنظيم من الميوب الخفية التى يضمنها البائع للمشتري طبقاً للمادة ٤٤٧ مدنى. المعلقة، ٣٦، رقم ٤٤٨، ص ٩١٦. وقد أقرت محكمة النقض المصرية هنا للبدا فى حكمها الصادر فى ١٩٦٢/٦/١٤، مجموعة الكتب النسي. ١٣، ص ٨٠٨.

وقت البيع، بحيث يستطيع المشتري وهو يعاين المبيع وقت البيع أن يرى معالم حق الارتفاق ظاهرة أمامه، أو كان يستطيع أن يراها ظاهرة، وسواء في ذلك أن رآها فعلاً أو لم يرها ولم يعلم بوجود حق الارتفاق. والأمر الثاني أن يكون البائع قد أخبر المشتري وقت العقد بوجود حق الارتفاق، وهو ما يؤدي إلى علم المشتري بوجود حق الارتفاق، وهو علم آت عن طريق البائع نفسه^(١). فلا يكفي في هذا الشأن أن يعلم المشتري بوجود حق الارتفاق من نفسه أو عن طريق شخص آخر غير البائع^(٢).

(١) يرى جانب من الفقه اعطاء حكم الارتفاق للتكاليف الأخرى كالاستئجار مثلاً بحيث يكفي أن يعلم المشتري عن طريق البائع بوجود التكاليف حتى يسقط حق المشتري في الرجوع على البائع بالضمان بسبب الاستحقاق الناشئ عن هذا التكاليف بالذات. راجع، اسماعيل غانم، ص ٢١٧، أنور سلطان وجلال المدوي، ص ٣٢٠، ومع ذلك فيذهب رأي آخر إلى قصر هذا الحكم على الارتفاق وحده، راجع عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، ص ١٧٠٣، منصور مصطفى منصور، ص ١٨٤. ونحن نؤيد هذا الرأي الأخير لأنه لو أراد المشرع أن يسقط هذا الحكم إلى الحقوق والتكاليف الأخرى، لنص على ذلك صراحة.

(٢) وجدير بالملاحظة أن وجود نص خاص في القانون يقرر على سبيل الاستثناء سقوط حق المشتري في الضمان الناشئ عن وجود حق ارتفاق على العقار المبيع إذا كان المشتري قد علم بوجود هذا الحق عن طريق البائع، إنما يعني بمفهوم المخالفة أنه بالنسبة لأسباب الاستحقاق الأخرى، سواء كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً فإن انقطاع البائع للمشتري بوجود سبب الاستحقاق لا يؤدي بحفره إلى سقوط حق المشتري بالضمان وإذا كان علم المشتري بوجود حق الارتفاق عن غير طريق البائع وفي غير الحالات التي يكون فيها الارتفاق ظاهراً، لا يؤدي إلى سقوط حقه، فانه من باب أولى لا يؤدي علم المشتري بوجود سبب آخر للاستحقاق عن غير طريق البائع إلى هذه النتيجة التي قال بها البعض بالنسبة لجميع أسباب الاستحقاق، على النحو الذي سبق أن درناه والواقع أن أصحاب الرأي الذي يشترط حسن نية المشتري لا يمكن رجوعه على البائع بدعوى الضمان، بقوته أن المشرع عندما أراد على سبيل الاستثناء أن يأخذ جانب البائع بالنسبة لحقوق الارتفاق متأثراً في ذلك بتقاليد القانون الروماني، أنه يكفي في تقرير سقوط حق المشتري في الضمان أن يكون هذا الأخير عالماً بوجود الارتفاق. بل اشترط أن يكون العلم قد نشأ من عند البائع نفسه فكيف يتأخر بعد ذلك القول بأن مجرد علم المشتري بسبب الاستحقاق يسقط حقه في الضمان بالنسبة لأسباب الاستحقاق الأخرى التي لم يكن المشرع متجهاً فيها إلى الأخذ بجانب البائع كما هو الشأن في الارتفاق، بل كان هاملاً فيها على حملة حق المشتري وهو الحق الذي من أجله وضعت كل أحكام دعوى الضمان.

فإذا توافر أى من هذين الأمرين، فإن المشرع يفترض أن البائع قد اشترط اسقاط ضمانه عن الاستحقاق الناشئ بسبب حق الارتفاق المذكور. ولا تنتفى هذه القرينة إلا إذا كان المشتري قد اشترط صراحة بقاء البائع مسؤولاً عن الاستحقاق الذى ينشأ عن الارتفاق الظاهر أو عن الارتفاق الذى أبانه له البائع.

أما إذا لم يتوافر أى أمر من الأمرين السابقين، بأن لم يكن حق الارتفاق ظاهراً. ولم يبين عنه البائع للمشتري، فإن البائع يظل صامتاً للاستحقاق الناشئ بسببه، حتى ولو كان حق الارتفاق مسجلاً. لأن المشرع لم يعنى البائع من الضمان الا على أساس اتفاق ضمنى بين البائع والمشتري على اسقاط الضمان، وهو ما يستفاد فقط من كون حق الارتفاق ظاهراً أو من اعلام البائع للمشتري عن وجوده. أما كون حق الارتفاق مسجلاً، فهو لا يدل فى ذاته على أن المشتري قبل اسقاط الضمان عن البائع، بل تطبق القواعد العامة فى أن اسقاط الضمان عن أى سبب من أسباب الاستحقاق لا بد أن يكون متفقاً عليه بوضوح فى عقد البيع^(١).

ج- الاتفاق على اسقاط الضمان: سبق أن رأينا أن الاتفاق على اسقاط الضمان غير جائز بالنسبة لأعمال التعرض الصادرة من البائع نفسه (م ١/٤٤٦ مدنى)^(٢). ولكن على عكس ذلك فإن الاتفاق على اسقاط الضمان جائز بالنسبة لأعمال التعرض الصادرة من الغير. ولكن هذا الاتفاق يتقيد بعدة قيود هى:

(١) عبد الرزاق السنهورى، ج٤، ص ١٧٠٥ اسماعيل خاتم، ص ٢١٧-٢١٨، منصور مصطفى منصور، ص ١١٨٦ أحمد نجيب الهملاى وحامد زكى، ص ٣٥٨.
(٢) نفى ١٩٣٨/٢/١٢، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ح ١، ص ١٣٥٩ فقرة ٨٦

١- أن يكون هذا الاتفاق باطلا إذا تعمد البائع إخفاء سبب الاستحقاق. وهو نفس الحكم بالنسبة للاتفاق على انقاص الضمان (م ٤٤٥/٣).

٢- الاتفاق على اسقاط الضمان ولو كان صحيحاً لا يؤدي إلى إعفاء البائع عن كل مسؤولية بسبب الاستحقاق. فهو يظل ملتزماً طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ برد قيمة المبيع وقت الاستحقاق. ويقتصر الإعفاء فقط على التعويضات الأخرى غير قيمة المبيع.

٣- قد يصل الاتفاق على اسقاط الضمان إلى حد إعفاء البائع من كل مسؤولية سواء عن قيمة المبيع أو عن التعويضات الأخرى، في حالة من حالتين: الأولى أن يثبت البائع أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق (١)، والثانية أن يكون المشتري قد اشترى ساقط الخيار. ففي الحالتين فإن البيع يكون احتمالياً، وهو ما يراعى عادة في تقدير الثمن. فالمشتري قد قبل اسقاط ضمان البائع وهو يعلم بسبب الاستحقاق، أو قبل اسقاط الضمان واشترى ساقط الخيار، فهو لا شك يرم عقد احتمالياً لا يرجع بسببه على البائع بأي ضمان.

وبلاحظ أن الاتفاق على اسقاط الخيار، هو في ذاته اتفاق على اسقاط الضمان (٢). أما الاتفاق على اسقاط الضمان فلا يشمل بذاته اتفاقاً على اسقاط الخيار. بل لابد من النص على اسقاط الخيار صراحة. وليست هناك الفاظ خاصة لمثل هذا الاتفاق. فكل ما يشترط هو أن يكون الاتفاق واضحاً على أن البيع هو بيع احتمالي، كالتصريح على أن المشتري لا يرجع على

(١) مجرد علم المشتري بسبب الاستحقاق لا يؤدي إلى سقوط حقه في الضمان، بل لابد أن يفتن العلم بوجود شرط في العقد بسقوط الضمان.

(٢) نفى ١٩٣٦/٢/٢٠، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١ ص ٣٥٩، قرة ٨٧.

البائع بشئ ولا حتى بقيمة المبيع، أو نحو ذلك. أما إذا استخدم لفظ اسقاط الخيار بالذات، فهو بطبيعة الحال أوفى بالغرض في التعبير عن الصفة الاحتمالية لعقد البيع، وبالتالي من عدم مسئولية البائع اطلاقاً عن أى ضمان. كل ذلك بشرط أن يكون هذا الاتفاق صحيحاً بأن يكون البائع لم يعتمد اخفاء سبب الضمان^(١).

المبحث الرابع

ضمان العيوب الخفية وتخلف الوصف

٧٤- استقلال الالتزام بضمان العيوب الخفية:

ينشئ البيع على عاتق البائع التزاماً بضمان العيوب الخفية وتخلف الوصف، وهذا الالتزام مستقل عن التزام البائع بنقل ملكية المبيع فى أساسه وفى أحكامه، رغم أن الالتزام بنقل ملكية المبيع من شأنه أن يحمى المشتري كذلك من العيوب الخفية التى قد توجد فى العين. فالالتزام بنقل الملكية يشمل الالتزام بتسليم المبيع، ونقل حيازته إلى المشتري تمكيناً له من الانتفاع بالعين المبيعة بحسب الغرض الذى أعدت له أو بحسب الاتفاق. فإذا ظهر فى المبيع عيب يتعارض مع الغرض الذى أعد له، فإن للمشتري طبقاً للقواعد العامة أن يطلب فسخ البيع. ومن ناحية أخرى إذا كان هذا العيب موجوداً وقت البيع ولم يكن المشتري يعلم بهذا العيب، فإنه يجوز للمشتري تطبيقاً للقواعد العامة أن يطلب ابطال البيع للغلط إذا كان جوهرياً وتوافرت شروطه الأخرى. فالعيب يسمح للمشتري تطبيقاً للقواعد العامة أن يطلب فسخ البيع أو أن يطلب ابطاله.

(١) وإذا لم تتوافر الشروط السابق ذكرها فلا يسقط حق المشتري فى الضمان لأى سبب آخر، كأن يكون المشتري قد قصر فى تسجيل عقده، مما يؤدى إلى نزع ملكيته عن طريق التنفيذ عليه بواسطة دائن البائع راجع، نقض ١٩٦٦/٢/١، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٧، ص ٢٠٥.

ومع ذلك فإن المشرع لم يترك ضمان العيب للقواعد العامة المذكورة، بل أنشأ على عاتق البائع التزاماً خاصاً بضمان العيب. وترجع نشأة هذا الالتزام الخاص إلى أسباب تاريخية مستمدة من تقاليد القانون الروماني، كما أن أحكامه على ما سندرسه تختلف عن أحكام القواعد العامة في الفسخ والابطال (١).

ويشبه الالتزام بضمان العيوب الخفية في استقلاله، ما سبق أن ذكرناه عن استقلال الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق (٢). وكذلك فإن كل من الالتزامين لا يقتصر وجوده على عقد البيع وحده. بل يوجد في عقود أخرى كعقد الإيجار وعقد الشركة وعقد المقايضة وغيرها (٣).

٧٥- شروط الالتزام بضمان العيوب الخفية:

تنص المادة ٤٤٧ مدني على أن (١) يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفيل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينتقص من قيمته، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له. ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده.

(١) يلاحظ البعض في الفقه الفرنسي أن الالتزام بضمان العيب كالتزام بضمان التعرض يتفرع كل منها من الالتزام بالتسليم. وبالفعل فإن مشروع القانون الموحد للبيع الدولي للمنتقولات المادة (٢٠، م ٤٠) أدمج كل من هذين الالتزامين في الالتزام بالتسليم. ومن الممكن التقريب بين الالتزام بضمان العيب والالتزام بضمان التعرض، على أساس أن العيب يضر باستعمال الشيء، فهو بمثابة تعرض للاستعمال *éviction d'usage*. ومع ذلك فإن واضعي قانون ناهليون بجانب تأثيرهم بالاعتبارات التاريخية فانهم فرقوا بين هذين الالتزامين بما يسمح من ناحية بالتشدد مع البائع بالنسبة للتعرض أكثر منه بالنسبة للعيب، ومن ناحية أخرى لحماية المشتري والفهر من العيوب التي تجعل الشيء المبيع خطراً وهو ما لا يعرض في حالة التعرض. راجع، مازو، ج ٣، فقرة ٩٧٧.

(٢) راجع ما سبق، فقرة ٦٤

(٣) راجع، منصور مصطفى منصور، تحديد فكرة البيع الموجب للضمان في البيع والإيجار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ص ١، عدد ٢، ص ٥٥٣ وما بعدها

(٢) ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه.

وتنص المادة ٤٤٨ مدنى على أن «لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه».

ويتضح من هذه النصوص أنه يشترط فى العيب حتى يضمنه البائع أن تتوافر فيه خمسة شروط، هي أن يكون مؤثراً وأن يكون قديماً وأن يكون خفياً وأن يكون غير معلوم للمشتري وألا يكون البيع من البيوع التي لا ينشأ عنها الالتزام بضمان العيب. وندرس هذه الشروط الخمسة فيما يلى:

١- يجب أن يكون العيب مؤثراً: والعيب يكون مؤثراً إذا كان يؤدي إلى نقص فى قيمة المبيع، أو نقص فى منفعة المبيع. وهناك فارق بين النقص فى القيمة وبين النقص فى المنفعة. فالنقص فى القيمة يمكن التعرف عليه عن طريق تحديد قيمة المبيع فى السوق. أما النقص فى المنفعة فانه يتحدد على أساس الغرض الذى يهدف المشتري إلى استخدام المبيع فيه، وبغض النظر عن قيمة المبيع فى السوق. والنقص فى القيمة يتحدد على أساس معيار موضوعى محض هو قيمة الشئ فى السوق. وكذلك فان النقص فى المنفعة يتحدد على أساس موضوعى أيضاً بمراعاة أمر من أمور ثلاثة بحسب المادة ١/٤٤٧. وهذه الأمور هي: ما هو مبين فى العقد، أو ما هو ظاهر من طبيعة الشئ، أو الغرض الذى أعد له.

فقد يرد فى العقد ذكر للمنفعة التي قصدها المشتري من الشئ المبيع، فيعتبر العيب مؤثراً إذا كان يؤدي إلى قوأت هذه المنفعة. ولا يشترط أن تكون هذه المنفعة مما هو مألوف فى المعاملات بين الناس، بل يكفى أن تكون

منفعة خاصة قصد المشتري تحقيقها، كمن يشتري سيارة ويشترط أن تكون سرعتها تجاوز حداً معيناً أو أن يكون استهلاكها للوقود أقل من قدر معين، أو تكون صالحة للسير في الطرق الوعرة. فكل هذه صفات لا يؤدي فواتها إلى نقص في قيمة المبيع، ولا يؤدي إلى نقص في منفعة المبيع بحسب المألوف في المعاملات، ولكنه يؤدي إلى نقص في منفعة المبيع بحسب ما اشترط المشتري في العقد. فيعتبر ذلك عيباً مؤثراً بهذا الوصف، طالما أن البائع كفّل للمشتري وجود هذا الوصف في المبيع. ويسمى ذلك في الفقه الإسلامي بخيار فوات الوصف المرغوب فيه. وهو ما نص عليه المشرع صراحة بقوله: «إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفّل البائع للمشتري وجودها فيه»^(١). (م ١/٤٤٧ مدني). والاتفاق على

(١) جدير بالذكر أن فوات الوصف هو صورة خاصة من صور العيب، تختلف عن المعنى التقليدي للعيب وهو الآفة الطارئة على ما ستذكره فيما بعد. ومن أهم ما تتميز به هذه الصورة الخاصة أنه لا يشترط فيها أن يكون العيب خفياً أو غير معلوم للمشتري، كما أن اعتباره مؤثراً يستمد من مجرد تخلف الوصف الذي ضمنه البائع للمشتري. وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض: «ضمان البائع للمشتري إغلال العقار المبيع قدرأ معيناً من البيع يعتبر كفالة من المشتري لصفة في المبيع مما تضمنه المادة ٤٤٧ من القانون المدني... وتخلف الصفة التي كفّل البائع وجودها في المبيع وإن لم يكن عيباً في المبيع بمعناه التقليدي الدقيق لأن العيب الخفي كما عرفته هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التي تدخل منها الفطرة السليمة للمبيع، إلا أنه وقد الحق المشرع حالة تخلف الصفة بالعيب الخفي وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان فان رجوع المشتري على البائع في حالة تخلف صفة في المبيع كفّل له البائع وجودها فيه إنما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية، ولا يكون للمشتري أن يرجع على البائع على أساس أنه قد أنحل بالتزام آخر مستقل عن التزامه بالضمان، وإذا كان القانون قد اشترط في العيب الذي يضمنه البائع أن يكون مؤثراً وخفياً إلا أنه لم يشترط ذلك في حالة تخلف الصفة التي كفّل البائع للمشتري وجودها في المبيع، فيسجد ثبوت عدم توافر هذه الصفة في المبيع وقت التسليم موجب لضمان البائع متى قام المشتري باخطاره وذلك أي كانت أهمية الصفة التي تخلفت وسواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم. يستطيع أن يبينها أو لا يستطيع» (نقض ١٩٦٩/٥/١٥، مجموعة المكتب الفني، س ٢٠، ص ٧٩٦) في نفس المعنى، نقض ١٩٧٠/٤/٢٣، مجموعة المكتب الفني، س ٢١، ص ٦٩٧ نقض ١٩٧٠/٣/١٩، مجموعة المكتب الفني، س ٢١، ص ١٤٧٥ نقض ١٩٦٧/١/٢٦ مجموعة المكتب الفني، س ١٨، ص ٢٦٤

ضمان وجود صفات معينة في المبيع كما يكون صريحاً يجوز أن يكون ضمناً، وقد يستفاد ذلك من البيع بالعينة مثلاً أو على أساس نموذج معين، فيجب أن يكون المبيع مطابقاً للعينة أو النموذج، وإلا فإنه يكون معيباً يعيب مؤثر يوجب الضمان إذا توافرت الشروط الأخرى.

فإذا لم يحدد العقد صراحة أو ضمناً، المنفعة المقصودة من المبيع، فإنه يرجع في ذلك إلى طبيعة الشيء والغرض الذي خصص له هذا الشيء. ف شراء دار للسكنى يقتضى أن تكون الدار صالحة لذلك، وشراء المحل التجاري يستلزم أن يكون عقد إيجار هذا المحل صحيحاً. وشراء حق شخصي مضمون برهن يقتضى أن يكون الرهن في مرتبة متقدمة، وأن يكون قد تم قيده وتجديد هذا القيد. وشراء فرس للسباق يستلزم أن يكون الفرس قادراً على السباق. وشراء أرض لزراعة الفاكهة أو الزهور يستوجب أن تكون هذه الأرض صالحة لهذا النوع من الزراعة، وهكذا (١).

وبلاحظ أن المادة ٤٤٨ مدني تقرر أن البائع لا يضمن للمشتري عيباً جرى العرف على التسامح فيه. وينطبق هذا النص حتى ولو كان العيب مؤثراً بحسب المعايير للموضوعية السابق ذكرها. ومن هذا القبيل ما يجرى العرف على التسامح فيه من وجود كمية مألوفة من الأتربة في القمح، أو وجود

(١) نقضت محكمة النقض في أهم حكم لها في تعريف السبب بأن العيب الذي تترتب عليه دعوى ضمان الميوب الخفية وفقاً للمادة ٣١٢ من القانون المدني (القديم) هو الآفة الطارئة التي تخلو منها النظرة السليمة للمبيع. فإذا كان ما يشكو منه المشتري هو أن المبيع وجد مصنوعاً من مادة غير المادة المتفق عليها فذلك لا يعتبر عيباً خفياً موجباً لضمانه، فالحكم الذي يؤسس قضاؤه بالقسح على القول بوجود عيب خفي في المبيع هو مخالفة المادة التي صنع منها للمادة التي دلت عبارات العقد صراحة على أنها كانت الموضوع المعتبر فيه يكون مخالفاً للقانون متعمداً نقضه (نقض ١٩٤٨/٤/٨)، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٦٠، فقرة ٩٦). وبلاحظ أن هذا الحكم يطبق القانون المدني القديم، الذي كان لا يعتبر قوات صفة في اللينة كفلها البائع للمشتري عيباً موجباً للضمان، على عكس القانون المدني الجديد الذي يعتبر قوات الصفة عيباً للضمان طبقاً للمادة ١/٤٤٧ منه.

بعض عيوب فى القطن تتحدد على أساسها مرتبته، ولكنها لا تجعله معيباً من حيث التعامل فيه.

٣- يجب أن يكون العيب قديماً: والمقصود بذلك أن يكون العيب موجوداً فى المبيع وقت التسليم. ويكفى أن يكون العيب موجوداً فى المبيع وقت التسليم، ولو لم يكن موجوداً وقت العقد. فالبائع ضامن للعيب الذى يكون موجوداً وقت العقد، والذى ينشأ بعد العقد وقبل التسليم. أما إذا كان العيب قد نشأ بعد التسليم، فإن البائع لا يكون ضامناً له، بل يرجع المشتري على من تسبب فى أحداث هذا العيب، أن وجد أو يتحمل هو تبعة العيب إذا لم يوجد شخص نشأ العيب بفعله بعد التسليم.

وإذا تحقق العيب بعد التسليم، ولكن جرثومته كانت موجودة فى المبيع قبل التسليم، كالميكروب الذى يوجد فى الحيوان المبيع قبل التسليم، ولا تظهر آثار المرض إلا بعد التسليم، فإن البائع يكون ضامناً له، إذا تمكن المشتري من اثبات وجود أصل العيب، وقت التسليم (١).

٣- يجب أن يكون العيب خفياً: ويكون العيب خفياً طبقاً لنص المادة ٤٤٧ إذا لم يكن ظاهراً، أو لم يكن المشتري يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى (٢).

(١) نقض فرنسى، ١٨٩٢/٣/٨، داللو، ١٩٢، ١٢٠٤، محكمة السين، ١٩٣٥/٢/١٥، داللو ١٩٣٥-٢٧٧.

(٢) قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٢٠ من القانون المدنى (القديم) تنص على أنه «لا وجه لضمان البائع إذا كان العيب ظاهراً أو علم به المشتري علماً حقيقياً، وهذا النص صريح فى أن الضمان ينتفى فى حالتين كل واحدة منهما متميزة عن الأخرى فحيث يكون العيب ظاهراً كان كافياً فى نفى الضمان بلا حاجة إلى تحرى العلم الحقيقى به. والعيب يعتبر من أحكام القانون ظاهراً متى كان يدركه النظر البقظ ولو لم يكن فى متناول إدراك غيره فليس معيار الظهور فى العيب معياراً شخصياً بتفاوت متفاوت المستوى فى الانظار المختلفة بل معياراً متميزاً بملك مقدراً بمستوى نظر الشخص القطن المتنبه للأمور، فإذا ما أثبت الحكم أن عدم إثبات البدر الذى هو محل الدعوى إنما يرجع إلى تسوس بعضها، ولجئ أن ==

وعلى هذا النحو فإن العيب لا يكون خفياً وبالتالي لا يضمنه البائع فى الفرضين الآتين: أولاً أن العيب ظاهراً فى الوقت الذى تسلم فيه المشتري المبيع. وثانياً أن يكون العيب غير ظاهر وقت التسليم ولكن المشتري كان يستطيع أن يتبين العيب إذا هو فحص المبيع بعناية الرجل العادى، وليس بعناية الرجل الخبير^(١). ففى هذين الفرضين يكون المشتري قد علم بالعيب، ورضى مع ذلك أن يتسلم المبيع، فيكون قد تنازل عن حقه فى الضمان. وهذه قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس فى الفرض الأول، ولكنها تقبل إثبات العكس فى الفرض الثانى على ما سنذكره فيما بعد.

وعلى العكس فإن العيب يكون خفياً، فيضمنه البائع، فى الفرضين الآتين: أولاً إذا لم يكن العيب ظاهراً، وكذلك لم يكن المشتري يستطيع أن يتبينه لو أنه فحص المبيع وقت التسليم بعناية الرجل العادى. ولا يتطلب من المشتري عناية الرجل الخبير، كما لا يجوز أن تقل العناية التى يقاس بها

=المشتري، وهو عمده ومن كبار المزارعين لا يصعب عليه كشف تسوس هذه البنور عند ورودها إليه، ثم خلص من ذلك إلى القول بأن العيب كان ظاهراً وأسس على ذلك قضاءه برفض دعوى المشتري قائم لا يكون قد خالف القانون (نقض ١٩٤٧/١٢/٤، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٦١، قرة ٩٩).

(١) نضت محكمة النقض بأن «يعتبر العيب خفياً متى كان المشتري غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه، أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المتاد الذى تعارف الناس على القيام به بل كان يتطلب خبرة خاصة وفحصاً معيناً». فإذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت - فى استخلاص نتائج - من فهم الواقع فى الدعوى وجود عيب خفى فى المبيع هو وقوعه داخل خط التنظيم من قبل حصول البيع وأن للمشتري لم يتبين وجود هذا العيب عند التعاقد لأنه لا يمكن ظهوره بمجرد فحص المبيع قائم وأنهما لم يكن فى استطاعتهما أن يتبيناه بأنفسهما وقت الشراء لو بذلا عناية الرجل للمتاد - وأنهما لو علما بهذا العيب عند التعاقد لما أقدا على الشراء وخاصة وقد أكد البائع غلو المقار المبيع من كافة الحقوق العينية ظاهرة أو مستترة، فإن ما انتهت إليه المحكمة لا مخالفة فيه للقانون (نقض ١٩٦٢/٦/١٤، مجموعة الكتب الفنى، ص ١٣، ص ٨٠٨).

امكان العلم بالعيب عن عناية الرجل العادى، ولو كانت خبرة المشتري أقل من خبرة الرجل العادى والقرض الثانى الذى يضمن فيه البائع العيب، يكون عندما يمكن اكتشاف العيب بعناية الرجل العادى ومع ذلك فان المشتري يثبت أن البائع أكد له خلو المبيع من العيب^(١)، أو تعتمد اخفاء العيب غشاً منه. لأن المشتري عندما يحصل على تأكيد من البائع بخلو المبيع من العيب، فانه لا يكون فى حاجة إلى فحص المبيع للكشف عن هذا العيب، وكذلك فان يعتمد البائع اخفاء العيب، فانه يكون قد ارتكب غشاً، أى ارتكب خطأ يستغرق خطأ المشتري فى عدم فحص المبيع بعناية الرجل العادى^(٢). وفى الحالتين فان قرينة رضاء المشتري بالعيب تكون قد سقطت، ويكون البائع ضامناً للمشتري هذا العيب^(٣).

٤- يجب أن يكون العيب غير معلوم للمشتري: ولا يكفى لضمان البائع للعيب أن يكون خفياً، بل يجب زيادة على ذلك أن يكون غير معلوم للمشتري. فلو أن المشتري كان يعلم بالعيب رغم خفائه فان البائع لا يكون ضامناً له.

(١) قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه بفسخ البيع إلى وجود عيب خفى بالمبيع أكد البائع فى العقد خلوه منه مما يعد اخلاً بالتزامه بالبيع يكون المبيع محملاً بتكليف أو مشوباً بعيب خفى. فانه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض ١٩٦٢/٦/١٤، الحكم السابق الإشارة إليه). وقضت محكمة النقض بأن المشرع يجعل البائع ضامناً ولو كان العيب ظاهراً إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو العين المبيعة من العيب (نقض ١٩٦٧/١/٢٦، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٨، ص ٢٦٤).

(٢) وإذا تعدد البائع اخفاء العيب غشاً منه، فانه يجانب التزامه بالضمان ولو كان من الممكن الكشف عن العيب بعناية الرجل العادى، فان مدة سقوط دعوى الضمان فى هذه الحالة لا تكون سنة واحدة بل خمس عشرة سنة (م ٢/٤٥٢ ملنى). راجع نقض ١٩٧٠/٤/٢٣، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢١، ص ٦٩٧.

(٣) شرط خفاء العيب لا ينطبق أصلاً على فوات صفة ضمانها البائع للمشتري طبقاً لقضاء النقض السابق الإشارة إليه.

والمفروض أن العيب الخفى لا يعلم به المشتري. فإذا ادعى البائع عكس ذلك فعليه يقع عبء اثبات ما يدعيه، وهو يتعلق بوقائع مادية يجوز فيها الاثبات بكل الطرق بما فى ذلك البيّنة والقرائن (١).

وإذا كان العيب موجوداً فى المبيع وقت البيع، فيكفى حتى يتخلص البائع من الضمان، أن يثبت أن المشتري علم بالعيب سواء وقت البيع أو وقت التسليم. أما إذا طرأ العيب بعد البيع وقبل التسليم، فإن اثبات علم المشتري به لا يكون بداهة الا وقت التسليم. والعلم الذى يسقط به حق المشتري فى الضمان هو العلم الحقيقى لا المفترض (٢).

(١) قضت محكمة النقض بأنه «ما دام الحكم قد انتهى إلى أن العيب الذى لحق المبيع كان خفياً فإنه إذا ألتقى على البائع عبء اثبات أن المشتري كان يعلم وقت استلام المبيع بهذا العيب وأجاز له اثبات ذلك بكافة الطرق وإذا ألزم البائع بضمان هذا العيب بعد أن عجز عن اثبات هذا العلم فإن الحكم لا يكون مخالفاً للقانون ذلك أنه متى كان العيب خفياً يفترض أن المشتري لا يعلم به فإذا أراد البائع التخلص من الضمان فعليه هو عبء اثبات أن المشتري كان يعلم بالعيب وقت تسليم المبيع» (نقض ١٩٦٦/١٠/٢٠، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٧، ص ١٥٥٢).

(٢) قضت محكمة النقض أن «العلم المسقط لدعوى الضمان للعيب الخفى وهو العلم الحقيقى دون العلم الافتراضى، ومن ثم فإن نشر مرسوم اعتماد وقوع العقار المبيع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لا يدل بذاته على علم المشتري بهذا العيب» (نقض ١٩٦٢/٦/١٤ مجموعة المكتب الفنى، ص ١٣، ص ٨٠٨)؛ وقضت محكمة النقض بأن «العلم المراد للشارع فى المادة ٣٢٤ من القانون المدنى (القديم) هو العلم الحقيقى دون العلم بالتشكيك. فإذا كانت محكمة الاستئناف قد رأت مما حصلت من فهم الواقع فى الدعوى أن المشتري ما كان يعلم حقاً، عند تحريره خطاباً للبائع منه يخبره بما ظهر من العيب فى البذور التى اشتراها، أن هذه البذور معيبة بذلك العيب القديم الخفى الذى يستلزم فسخ البيع ورد الثمن والزام البائع بما قد لزمه قانوناً من التضمينات، وأنه لم يعلم به الا من تقرير خبير دعوى إثبات الحالة، ثم قبلت المحكمة دعوى الضمان التى رفعها المشتري بعد تقديم تقرير الخبير بثلاثة أيام، ورفضت الدفع بسقوطها على اعتبار أن العلم بالمبيع الذى يتم عنه خطابه الذى أرسله البائع لم يكن علماً حقيقياً، فإنها تكون قد أصابت فى قبول الدعوى ورفض الدفع بسقوطها» (نقض ١٩٥٣/٣/٢٨، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٠، فقرة ٩٨).

وإذا كان جهل المشتري للعيب هو شرط للرجوع بالضمان على البائع، فان توافر هذا الشرط يعطى للمشتري دعوى أخرى هي دعوى الإبطال بسبب الغلط وستقارن فيما بعد بين كل من هاتين الدعويتين (١).

ويلاحظ أنه إذا كان يشترط عدم علم المشتري بالعيب، فانه على العكس لا يؤثر في التزام البائع بالضمان أن يكون البائع غير عالم بالبيع. وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١/٤٤٧ بقولها «ويضمن البائع هذا العيب، ولو لم يكن عالماً بوجوده». ولكن علم البائع بالعيب قد يؤثر في الاتفاق على تعديل أحكام الضمان، وعلى مقدار التعويض الذى يلتزم به البائع، وعلى اطالة أثر التقادم إلى خمس عشرة سنة إذا اقترنت العلم بالغش.

ومن ناحية أخرى فان شرط عدم علم المشتري بالعيب لا يعمل به إذا كان العيب هو تخلف صفة ضمنها البائع للمشتري (٢).

٥- يجب أن يكون البيع منشأاً للالتزام بالضمان: تنص المادة ٤٥٤ من القانون المدنى على أنه «لا ضمان للعيب فى البيوع القضائية ولا فى البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد». وتبرر المذكرة الإيضاحية هذا الحكم بقولها

(١) ولكن إذا لم تتوافر شروط دعوى الغلط المطبقة تطبيقاً خاصاً على عقد البيع بمقتضى المادة ٤١٩ من القانون المدنى (راجع فى شرط العلم بالمبيع، ما سبق، فقرة ١٦)، فان ذلك لا يمنع المشتري من الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب، وقد قضت محكمة النقض أن «مجال تطبيق المادة ٤١٩ من القانون المدنى هو حالة حصول غلط فى المبيع، أما حالة ظهور العيوب الخفية فيحكمها نص المادة ٤٤٧ من القانون المذكور. ومن ثم فلا يمنع من طلب الفسخ للعيب الخفى أن يكون المشتري قد أقر عند تسليم المبيع بأنه جاهل بمعاينة نافذة للجهالة» (نقض ١٩٦٢/٦/١٤، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٣، ١٨٠٨) فى نفس المنى، نقض ١٩٤٦/٥/٢، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦١، فقرة ١٠٠.

(٢) نقض ١٩٦٩/٥/١٥، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢٠، ١٧١٦ نقض ١٩٧٠/٣/١٩، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢١، ١٤٧٥ نقض ١٩٧٠/٤/٢٣، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢١، ٦٩٧.

أن البيع بالمزاد «قد أعلن عنه، وأقيمت الفرصة للمزايدين أن يفحصوا الشيء قبل الاقدام على المزايدة، فيحسن بعد أن اتخذت كل هذه الإجراءات الا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقيه، فتعاد اجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبئها المدين^(١)». وعلى هذا النحو فان البيوع القضائية التي تتم بالمزاد كبيع أموال المدين تنفيذاً بحق الدائن على ذمته، وبيع أموال القاصر والمحجور عليه بالمزاد، لا ينشأ عنها التزام على عاتق البائع بضمان العيوب الخفية. وكذلك الحكم بالنسبة للبيوع الإدارية التي تتم بالمزاد، كالبيع الذي تجر به مصلحة الضرائب استيفاء لحقها قبل أحد الممولين. وقد سبق أن ذكرنا أن جميع هذه البيوع وإن كانت لا تنشئ التزاماً على عاتق البائع بضمان العيوب الخفية، إلا أنها تنشئ التزاماً على عاتقه بضمان التعرض وضمان الاستحقاق^(٢).

وفيما عدا البيوع السابق ذكرها فان كل عقد بيع ينشئ التزاماً على عاتق البائع بضمان العيوب الخفية التي تتوافر فيها الشروط الأربعة السابق ذكرها، وسواء كان البيع مسجلاً أو غير مسجل، محله عقاراً أو منقولاً.

٧٦- المدين والدائن في ضمان العيوب الخفية:

المدين في الالتزام بضمان العيوب الخفية هو البائع. ولا ينتقل هذا الالتزام إلى ورثة البائع، بل يبقى في تركته، فيرجع به الدائن على تركته المدين، ولا يحصل الورثة على شيء من التركة قبل الوفاء بديونها.

أما دائن البائع فانه يتحمل التزامه بضمان العيوب الخفية، بالقدر الذي يتحمل فيه أى دائن ديون مدينه، أى بالقدر الذي يتزاحم فيه الدائنون في

(١) مجموعة الأعمال التشريعية، ج ٤، ص ١٢٩.

(٢) راجع ما سبق،قرة ٦٦.

رجوعهم على مدينهم المشترك. فالدائن بهذا الالتزام يزاحم غيره من دائني البائع في رجوعهم على هذا الأخير.

وكفيل البائع يعتبر مدينأ تابعا في الالتزام بضمان العيوب الخفية على النحو المقرر في أحكام الكفالة (١).

ونظراً لأن الالتزام بضمان العيوب الخفية يتحول دائماً إلى التزام بالتعويض على ما سنرى. فانه إذا تعدد المدينون بهذا الالتزام بأن كان البائع أكثر من شخص واحد، وكان المبيع مملوكاً على الشيوع بينهم، فان البائع لا يرجع على أى واحد منهم بالتعويض المستحق له عن ضمان العيوب الخفية، الا بقدر نصيبه في العين المباعة. ومعنى ذلك أن الالتزام بضمان العيوب هو التزام قابل للانقسام من ناحية المدين به (٢).

أما الدائن في الالتزام بضمان العيوب الخفية فهو المشتري. وحق المشتري ينتقل إلى ورثته. وهو ينقسم بينهم، فلا يجوز لأى منهم أن يطالب البائع بالتعويض الا بقدر نصيبه في العين المباعة (٣).

وحق المشتري ينتقل كذلك إلى الخلف الخاص. فلو أن المشتري باع العين مرة ثانية إلى مشتر ثان، فان المشتري الثانى يكون له أن يرجع على البائع الأول بدعوى ضمان العيوب الخفية التى كانت للمشتري الأول قبل البائع. وهو يرجع بحق المشتري الأول، أى يرجع بدعوى مباشرة على البائع (٤). وبذلك تكون للمشتري الثانى ثلاث دعاوى قبل البائع هي:

(١) راجع كتابنا في التأمينات الشخصية والعينية، ص ٦٠ وما بعدها.

(٢) ريبير، أنسيكلويدى داللو، ج ٥، ص ٧٢٦، فقرة ٨٥، عبد الرزاق السنهورى، ج ٤، فقرة ٣٦٩.

(٣) عبد الرزاق السنهورى، ج ٤، فقرة ١٣٧٠، قارن ريبير، أنسيكلويدى داللو، ج ٥، ص ٧٢٦، فقرة ٨٥.

(٤) بودرى وسينيا، فقرة ١٤٣٢، لوبرى ورو، ج ٥، رقم ٣٥٥ مكرر، ص ١١٤.

(١) دعوى المشتري الأول قبله، وهى دعوى مباشرة انتقلت إلى المشتري الثانى من المشتري الأول وتبدأ مدة تقادم هذه الدعوى من الوقت الذى تسلم فيه المشتري الأول المبيع من البائع. (٢) دعوى غير مباشرة يرفعها المشتري الثانى باسم المشتري الأول كغيره من دائنى المشتري الأول. وهذه الدعوى يزاحمه فى نتیجتها كل دائنى المشتري الأول. (٣) دعوى ضمان العيوب الخفية الناشئة عن البيع الثانى وهى خاصة بالمشتري الثانى قبل المشتري الأول، وتبدأ مدة تقادمها من وقت تسليم المبيع للمشتري الثانى (١).

أما دائن المشتري فانه يستفيد من دعوى ضمان العيوب الخفية المقررة لمدينه. ويحق له أن يستعملها. كما يحق للدائن أن يستعمل حقوق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة طبقاً للقواعد العامة.

٧٧- أحكام الالتزام بضمان العيوب الخفية:

إذا توافرت شروط الالتزام بضمان العيوب الخفية السابق دراستها. فيجب على المشتري أن يخطر البائع بالعيوب الموجودة فى المبيع، وأن يرفع دعوى الضمان عليه خلال مدة قصيرة والا سقطت بالتقادم.

(أ) اخطار البائع بالعيوب: تنص المادة ٤٤٩ على أنه (١) إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك، وفقاً للمألوف فى التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع، وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة. (٢) أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره. والا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب. وإذا كان الاخطار طبقاً لهذا النص واجباً على المشتري حتى يحق له الرجوع على

(١) عبد الرزاق السنهورى، ج ٤، قرة ٣٧٠.

البائع بدعوى الضمان، إلا أنه في نفس الوقت مهله له اعطاها القانون لها حتى يتمكن من فحص المبيع واكتشاف ما به من عيب. فطبقاً للنص السابق ذكره فإن المشتري غير مطالب بأن يرفض تسلم المبيع ابتداءً أو أن يكشف العيب عند تسلمه، حتى ولو كان العيب ظاهراً، أو يمكن اكتشافه بالفحص المعتاد. فإنه حتى في هاتين الحالتين، إذا تسلم المشتري المبيع، فإنه يستطيع أن يتمسك بالعيب الظاهر أو الذي في حكم الظاهر، إذا هو اخطر البائع به في الوقت الملائم، أي بعد أن يكون قد فحصه بعد تسلمه. فإذا بادر بهذا الاخطار، فإنه لا يكون قد أسقط حقه في الضمان رغم أنه تسلم المبيع وبه عيب ظاهر أو في حكم الظاهر. ويرجع لتحديد المدة المعقولة للاخطار لما هو مألوف في المعاملات بين الناس.

أما إذا كان بالمبيع عيب خفي لا يمكن اكتشافه إلا بالفحص الفني الدقيق، فإن التزام المشتري بالاخطار يبدأ من وقت اكتشاف هذا العيب، بعد إجراء الفحص الفني عليه. ويجب أن يتم الاخطار خلال مدة معقولة من وقت إجراء هذا الفحص^(١).

وكما سنرى فيما بعد فإن الحق في الضمان يسقط بمضي سنة من وقت تسلم المبيع، إذا لم يرفع المشتري دعوى الضمان على البائع، ولو لم يكن في هذه السنة قد اكتشف العيب فعلاً. ويسقط الحق في الضمان أيضاً إذا اكتشف المشتري العيب خلال هذه السنة سواء بالفحص العادي أو الفحص الفني، ولكنه لم يبادر إلى اخطار البائع به خلال مدة معقولة من

(١) قضت محكمة النقض بأن «العلم بالعيب الخفي الذي يبدأ به سرهان ميعاد رفع الدعوى هو العلم اليقيني لا العلم المبني على مجرد الظن، وإذن فمتى كانت المحكمة إذ قبلت دعوى الضمان قد حصلت من وقائع الدعوى تحصيلاً سائماً أن المشتري لم يعلم بالعيب الخفي على وجه اليقين إلا بعد أن وردت إليه نتيجة التحليل، وأنه لم تمض ثمانية أشهر بين تاريخ العلم باليقيني وبين رفع الدعوى فإنها لا تكون قد خالفت القانون» (نقض ١٩٥٣/١٢/٢٤، مجموعة القواعد التي فرزتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٦٠، فقرة ٩٧).

وقت اكتشافه. فمدة الاخطار المعقولة هي اذن مهلة للمشتري يكشف فيها العيب، وهي أيضاً مدة سقوط لحقه في الضمان إذا لم يتم فيها بالاخطار المطلوب منه.

ب- دعوى ضمان العيوب الخفية: تنص المادة ٤٥٠ مدني على أنه «إذا أخطر المشتري البائع بالعيوب في الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة (٤٤٤)».

ويتضح من هذا النص أن المشرع احوال بشأن أحكام دعوى ضمان العيوب الخفية، إلى أحكام دعوى ضمان الاستحقاق في حالة الاستحقاق الجزئي طبقاً لما سبق لنا دراسته. وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي «وأما المشروع فلم ير داعياً لتعدد الأحكام في ضمان الاستحقاق وفي ضمان العيب، فإن الضمانين مردهما إلى أصول واحدة في القواعد العامة. فالواجب اذن في ضمان العيب تطبيق ما تقرر في ضمان الاستحقاق»^(١). ونكتفي هنا بالتذكير بأحكام المادة ٤٤٤ الخاصة بضمان الاستحقاق الجزئي. وطبقاً لهذه الأحكام فإنه إذا كان العيب جسيماً، فإن للمشتري أن يرد المبيع للبائع وما أفاده منه، وأن يحصل منه على التعويض الكامل الذي يحق للمشتري الحصول عليه في حالة الاستحقاق الكلي طبقاً للمادة ٤٤٣(٢). ولكن يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يحتفظ بالمبيع وأن يطالب فيها بالتعويض عما فاته من كسب وما لحقه من خسارة بسبب العيب^(٣). أما إذا لم يكن العيب جسيماً، فلا يكون للمشتري أن يرد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، ص ١٢٣.

(٢) راجع ما سبق، فقرة ٧٢؛ نقض ١٩٦٢/٦/١٤، مجموعة المكتب الفني، ص ١٣، ص ٨٠٨.

(٣) قضت محكمة النقض أنه «إذا اختار المشتري - وفقاً لحكم المادة ٤٤٤ من القانون المدني - استبقاء المبيع فإنه لا يكون له إلا أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمته مميماً ومصرفات دعوى الضمان التي اضطره البائع إليها وبوجه عام ما لحقه من»

المبيع، بل يقتصر حقه فقط على المطالبة بتعويض الضرر الذى أصابه ويزيد التعويض فى الحالتين أو ينقص، تبعاً لما إذا كان البائع سئ النية يعلم بوجود العيب وقت البيع، أو حسن النية، لا يعلم بذلك. فهو إذا كان سئ النية. التزم بتعويض الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، أما إذا كان حسن النية فإنه يلتزم فقط بتعويض الضرر المباشر المتوقع^(١).

ويلاحظ أن دعوى ضمان الميوب الخفية لا تنقضى بهلاك المبيع فى يد المشتري بعد التسليم، فطبقاً لنص المادة ٤٥١ مدنى «تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بزي سبب كان». والمقصود بذلك بطبيعة الحال، الهلاك الذى يحدث بعد التسليم فهو الذى يشير شبهة انقضاء دعوى الضمان وهو ما نفاه المشرع فى هذا النص^(٢). أما الهلاك قبل التسليم فإن البائع هو الذى يتحمل تبعته كما سبق أن رأينا.

وأياً كان سبب الهلاك بعد التسليم فإن حق المشتري فى الضمان يظل قائماً، حتى ولو كان الهلاك راجعاً إلى خطئه. ولكن إذا كان الهلاك راجعاً إلى خطأ المشتري، وكان العيب جسيماً، فإن المشتري لا يستطيع أن يطالب البائع بدفع كل التعويضات المستحقة فى حالة الاستحقاق الكلى، لأن عليه فى هذه الحالة أن يرد المبيع للبائع وهو ما أصبح مستحيلًا بسبب هو مسئول عنه، فلا يكون للمشتري أن يطالب فى هذه الحالة إلا بتعويض عن الضرر الذى أصابه من العيب. وهو نفس الحكم أيضاً إذا لم يكن العيب

== خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب (نقض ١٩٦٧/١/٢٦، مجموعة المكتب الفنى، ١٨، ص ٢٦٤)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ١٢٣، ص ١٢٤

(٢) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أن المشروع «اكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى ولو هلك المبيع، حتى تنتفى الشبهة فى أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان» (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ١٢٤).

جسيماً^(١). أما إذا كان العيب جسيماً وهلك المبيع في يد المشتري لسبب أجنبي أو بسبب العيب ذاته، فإنه يكون للمشتري في هذه الحالة أن يطالب بالتعويضات الكاملة المقررة في حالة الاستحقاق الكلى، حتى ولو لم يبق شيء من المبيع يمكن رده للبائع، ولا يرد المشتري للبائع إلا ما أفاده من المبيع قبل هلاكه.

وإذا تصرف المشتري في المبيع بعد اكتشافه العيب، فإنه يكون قد اسقط حقه في الضمان. أما إذا تصرف في المبيع وهو غير عالم بالعيب، فإنه لا يكون قد اسقط حقه في الضمان، ويجوز له أن يرجع على البائع. ولكن لا يجوز له في هذه الحالة إذا كان العيب جسيماً أن يطلب من البائع التعويضات المقررة في دعوى الاستحقاق الكلى لأن الحصول على هذه التعويضات يقتضى رد المبيع إلى البائع وهو ما أصبح مستحيلاً بعد أن تصرف المشتري في المبيع إلى شخص آخر، لأنه لا يستطيع أن يسترد المبيع من المتصرف إليه. فهو ضامن له، والضمان والاسترداد لا يجتمعان. ولا يكون للمشتري في هذه الحالة إلا أن يطالب بتعويض الضرر الذى أصابه على أساس احتفاظه بالمبيع^(٢).

ويلاحظ أنه إذا زال العيب، وكان بطبيعته عيب مؤقت، فإن حق المشتري في الضمان ينقض بزوال العيب. وقد نص تقنين الموجبات والعقود اللبناني على هذا الحكم صراحة في المادة ٤٥٩ منه التى تقرر «تسقط دعوى الرد إذا زال العيب قبل اقامة دعوى الفسخ أو دعوى تخفيض الثمن أو فى أنائهما، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتاً وغير قابل للظهور ثانية. ولا يجرى هذا الحكم إذا العيب قابلاً بطبيعته للرجوع».

(١) عبد الرزاق السنهورى، ج٤، ص ١٧٤٥، أنور سلطان وجلال المدوى، ص ٣٤٥، قارن، منصور مصطفى منصور، ص ٢٠٨.

(٢) بلائيول ورويمر، ج١٠، فقرة ١١٣٤، بودوى وسونيا، فقرة ١٤٣٣، عبد الرزاق السنهورى، فقرة ٣٧٦.

ج- تقادم دعوى الضمان: تنص المادة ٤٥٢ مدنى على أن (١) تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول. (٢) على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتعمد التقادم إذا أثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه.

ويتضح من هذا النص أن دعوى ضمان العيب تتقادم بمدة قصيرة هي مدة سنة، وتبدأ هذه المدة من وقت تسليم المبيع للمشتري، حتى ولو لم يكشف المشتري العيب خلال هذه المدة. وقد أراد المشرع بذلك أن يعمل على استقرار المعاملات، وحتى لا تثار منازعات لا يمكن حسمها. إذ يكون من الصعب بعد فوات مدة السنة معرفة ما إذا كان العيب قديماً يضمنه البائع أو جديداً فلا يضمنه. فمنعاً للدعوات التي يتبادلها الطرفان وخاصة المشتري، جعل المشرع مدة تقادم الدعوى قصيرة على هذا النحو (١).

ومدة التقادم المذكورة يرد عليها الانقطاع، ولكن لا يرد عليها الوقف. ولو كان الدائن فى الدعوى غير كامل الأهلية أو غائباً أو محكوماً عليه بعقوبة جنائية، ولم يكن له نائب يمثله قانوناً، لأن مدة التقادم لا تزيد على خمس سنوات (م ٢/٣٨٢ مدنى). أما أسباب الوقف الأخرى فانها تسرى على هذا التقادم (م ١/٣٨١ مدنى).

ولا يجوز الاتفاق على تقصير هذه المدة، لأن مدة التقادم من النظام العام، والمشروع هو الذى يحددها بنص خاص (٢). ومع ذلك فقد أجاز

(١) وإذا اكتشف المشتري العيب قبل انقضاء السنة فعليه أن يبادر باخطار البائع خلال مدة معقولة من اكتشاف العيب، وإلا سقط حقه فى الرجوع عليه بعد ذلك، أى أن حق المشتري يسقط بأقرب الأجلية الأول هو انقضاء مدة معقولة من وقت اكتشاف العيب، والثانى هو مضى سنة من وقت العقد، راجع ما سبق، فقرة ٧٧.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، ج٤، ص ٧٥٢، اسماعيل غانم، ١٢٤٥ قارن مع ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حيث ذهبت إلى جواز الاتفاق على انقاص مدة =

المشرع استثناء الاتفاق على زيادة مدة التقادم عن سنة. ويصح هذا الاتفاق بشرط ألا تزيد المدة المتفق عليها على خمس عشرة سنة من وقت البيع لا من وقت التسليم. وهى المدة المقررة أصلاً للتقادم. وكذلك فإن مدة التقادم تصبح خمس عشرة سنة طبقاً للقواعد العامة، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب من المشتري غشاً منه، فإن الغش فى هذه الحالة يسر الخروج من نطاق الاستثناء إلى القواعد العامة (١).

٧٨- الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية:

تنص المادة ٤٥٣ على أنه «يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدا فى الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب فى المبيع غشاً منه».

وتنص المادة ٤٥٥ على أنه «إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الاخطار، وإلا سقط حقه فى الضمان، كل هذا ما لم يتفق على غيره».

التقادم عن سنة، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ١٢٧. وقارن فى نفس المعنى، منصور مصطفى منصور، ص ٢١٠، عبد المنعم البدر، ص ٣٧٠.

(١) قضت محكمة النقض بأنه «لا يجوز للبائع طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٤٥٢ من القانون المدنى أن يمسك بمدة السنة لتسام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه، وإذا كان المشرع قد الحق حالة تخلف الصفة بالعيوب الخفية وأجرى عليها أحكامها فيما يخص بقواعد الضمان بأن جعل للمشتري الرجوع على البائع فى هذه الحالة بدعى ضمان العيوب الخفية، تحقيقاً لاستقرار المعاملات، فإن الحكم المطعون فيه إذا أقام قضاؤه برفض الدفع بسقوط الدعوى على أساس تعمد البائع إخفاء هذا العيب غشاً منه، فإنه لا يكون قد خالف القانون لو أنشأ فى تطبيقه، ذلك أن مدة التقادم تكون فى هذه الحالة ١٥ سنة أعلاً بالأصل العام المعمول به بشأن مدة التقادم» (نقض ١٩٧٠/٤/٢٣، مجموعة المكتب الفنى، ص ٦٩٧).

وتطبيقاً لهذه النصوص فإنه يجوز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالزيادة أو بالانقاص أو بالاسقاط^(١). ومن صور الاتفاق على زيادة الضمان الاتفاق على أن يضمن البائع للمشتري صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة.

الاتفاق على زيادة الضمان: قد يتعلق هذا الاتفاق بأسباب الضمان أو بالتعويض المستحق عنه. ومن أمثلة الاتفاقات المتعلقة بأسباب الضمان، أن يضمن البائع للمشتري العيب ولو كان ظاهراً أو يمكن اكتشافه بملاحظة الشخص العادي^(٢). ويقترب من ذلك الاتفاق بأن البائع يظل مسئولاً ولو لم يخطئه المشتري بالعيب في الوقت الملائم، أو أن يضمن البائع للمشتري صلاحية المبيع للعمل مدة معينة وهو ما سندرسه فيما بعد. ومن أمثلة الاتفاقات المتعلقة بالتعويض، الاتفاق على زيادة مدة التقادم، والاتفاق على أن يكون البائع مسئولاً عن المصروفات ولو كانت كمالية وكان البائع حسن النية^(٣).

(١) الشروط المعدلة للضمان كثيرة الحدوث في العمل، لأن المتعاقدين يهمهم عادة حم كل مناقشة يمكن أن تثار مستقبلاً بصدد عيوب المبيع ومدة مسئولية البائع عنها. ونفسر هذه الشروط من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع، راجع نقض فرنسي ١٨٩٦/١/٢٧، داللو ١٩٧-١-١٥٨، نقض فرنسي ١٩٥٢/١١/١٧، داللو ١٩٠٣-١-٥٦٦.

(٢) يعتبر البعض أن من قبيل الزيادة في الضمان أن يضمن البائع المشتري لوافر صفة معينة في المبيع، سواء كان تخلف هذه الصفة مؤثراً أو غير مؤثر، وسواء كان تخلفها خفياً أو ظاهراً، وسواء كان المشتري يعلم بتخلفها أو لا يعلم بذلك. راجع، فوايه، أنسيكلويدى داللو، ج ٥ ص ٧٢٦، ققرة ٧٣ وغنى عن الذكر أن هذه الصورة قد نص عليها المشرع صراحة في المادة ١/٤٤٧، ولكن انطبق هذا النص لا يتحقق إلا باتفاق المتعاقدين على الوصف المطلوب وجوده في الشيء مما يؤيد بالفعل وجهة النظر التي تجمل هذا التطبيق الخاص من تطبيقات العيب، تطبيقاً في نفس الوقت للشروط الاتفاقية المعدلة للضمان بالزيادة فيه.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، ص ١٧٥٦، منصور مصطفى منصور، ص ٢١٠ أنور سلطان، جلال المدوي، ص ١٣٥٠ توفيق فرج، ص ١٥٠٨ سليمان مرقس، ص ٤٢٣.

أما الاتفاق على انقاص الضمان: فهو أيضاً قد يتعلق بسبب الضمان أو بالتعويض. ومن هذا القبيل أن يشترط البائع عدم مسؤوليته عن عيب معين. ولكن لا يجوز للبائع أن يشترط انقاص مدة التقادم. أما انقاص الضمان من ناحية التعويض أن يتفق على صورة معينة من التعويض كقيام البائع باستبدال الأجزاء المعيبة من المبيع بأجزاء سليمة^(١)، أو أن يلتزم البائع برد قيمة المبيع فقط في حالة العيب الجسيم دون سائر التعويضات الأخرى.

ويشترط لصحة الاتفاق على انقاص الضمان ألا يكون البائع قد تعمد إخفاء العيب عن المشتري غشاً منه^(٢). ويكون ذلك إذا كان يعلم هو بالعيب، ويعلم أن المشتري لا يعلم به، وتعمد إخفاءه عن المشتري بطريق الغش. أما إذا كان المشتري عالماً بالعيب فإنه يعتبر قد أسقط ضمان البائع بالنسبة لهذا العيب. وكذلك إذا لم يكن المشتري عالماً بالعيب ولكن البائع أعلمه به واشترط عدم ضمانه لهذا العيب، فإن هذا الاتفاق الصريح يكون نافذاً من باب أولى.

أما الاتفاق على إسقاط الضمان: فهو يتم باشتراط البائع عدم مسؤوليته عن أي عيب يظهر في المبيع. ويكون هذا الاتفاق صحيحاً بشرط ألا يكون البائع قد تعمد بطريق الغش إخفاء العيب عن المشتري. وبشبه هذا الاتفاق وتأخذ حكمه أن يتعاقد المشتري وهو ساقط الخيار، كما سبق أن رأينا عند دراستنا لإسقاط ضمان التعرض والاستحقاق^(٣).

(١) مازو، ج ٣، قرة ١٩٩٢ ربيع نيكولويدي دالوز، ج ٥، ص ٧٢٥، قرة ٧١.

(٢) البائع الذي يخفي العيب بطريق الغش، يسوء مركزه من نواح ثلاث، فهو يضمن العيب ولو كان ظاهراً، ولا يسقط التزامه بالضمان بمدة سنة من وقت التسليم بل بتقادم التزامه حسب القواعد العامة بمضي خمسة عشر سنة من وقت البيع، ولا يستفيد من الشرط الاتفاقي على انقاص ضمانه أو إسقاطه.

(٣) شرط إسقاط الضمان من الشروط الملغوبة في بيع مجموعة من الأشياء كمخلفات مصنع أو مخلفات حرب، أو غير ذلك، ربيع، نيكولويدي دالوز، ج ٥، ص ٧٢٥، قرة ٦٦.

أما الاتفاق على ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل : فهو كثير الوقوع في العمل عند بيع الآلات الدقيقة المعقدة كالراديو والتليفزيون والساعة والسيارة والثلاجة الكهربائية.. الخ. وهذا الاتفاق ما هو إلا اتفاق على زيادة ضمان البائع (١). فالمشتري لا يقنع بالتزام البائع بضمان العيب الخفى المقرر فى القانون ولكنه يريد أكثر من ذلك أن يطمئن إلى أن المبيع صالح للعمل، حتى ولو كانت عدم صلاحيته لا ترجع إلى عيب معين يمكن تحديده، وهو الغالب عندما تعطى هذه الآلات عن العمل. فوجه الزيادة فى الضمان أن البائع ضامن للعيب ولو لم يكن هذا العيب معروفاً أو محدداً (٢).

ولكن هذا الضمان الخاص لا يجب ضمانه العيوب الخفية، فالضمان الذى يعطيه بائع الساعة عن صلاحيتها للعمل، لا يمنع أيضاً أنه ضامن لكل عيب يظهر بالقشرة الذهبية أو الفضية لهذه الساعة حتى ولو تعطل عن العمل (٣). وتكون مدة التقادم بالنسبة لهذا العيب هى مدة سنة وليس ستة شهور فقط كما هو الشأن بالنسبة لضمان عدم تعطل الساعة عن العمل.

و ضمان صلاحية المبيع يكون لمدة معينة هى مدة ستة أشهر أو سنة أو ستين، وهى المدة الكافية لاستعمال الشئ المبيع والتأكد من صلاحيته للاستعمال بعد ذلك، أو المدة التى يستهلك فيها المبيع كضمان بطارية السيارة مثلاً، فتكون مدة الضمان هى كل مدة حياة المبيع.

وإذا تحقق سبب الضمان فيجب على المشتري أن يخطر البائع به خلال شهر من تاريخ حدوثه، على خلاف ضمان العيب فإن الاخطار فيه واجب

(١) مازو، جـ ٣، فقرة ١٩٩١ ريمر أنسيكلويدى دالوز، جـ ٥، ص ٧٢٦ ققرا ١٧٤، عبد الرزاق السنهورى، جـ ٤، ص ٣٧٩.

(٢) عبد الرزاق السنهورى، جـ ٤، ص ٧٥٩.

(٣) منصور مصطفى منصور، ص ١٢١١ عبد الرزاق السنهورى، جـ ٤، ص ٧٥٩.

خلال المدة المعقولة بغير تحديد. ومدة الشهر المذكورة يجوز الاتفاق على تعديلها فهي ليست من النظام العام. كما أن المشتري يستطيع أن يرفع الدعوى بغير إخطار، ولكنه هو الذى يتحمل مصروفات إذا سلم له البائع بحقه (١).

ودعوى الضمان ترفع في خلال ستة أشهر من تاريخ الإخطار أى خلال سبعة أشهر من تاريخ تعطل المبيع عن العمل على أقصى تقدير، ولا سقط الحق في الضمان. ومدة الستة شهور هي مدة سقوط وليست مدة تقادم. وهي ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على زيادتها أو انقاصها (٢).

ويكون التعويض عادة هو أن يقوم البائع باصلاح المبيع، أو أن يستبدله بغيره إذا كان غير قابل للاصلاح (٣).

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بصدد المادة ٦٠١ من المشروع المقابلة للمادة ٤٥٥ من التقنين «هذا نص جديد، نقل عن المشروع الفرنسي الإيطالي، ولا نظير له في التقنين المدني (القديم) ويقصد به ضمان صلاحية المبيع في الأشياء الدقيقة (كالآلات الميكانيكية والسيارات ونحو ذلك). فإذا وجد شرط صريح بضمان البائع لصلاحية المبيع للعمل مدة معلومة. لم يظهر خلل أثناء هذه المدة، فالواجب أن يخطر المشتري البائع في مدة شهر من ظهور الخلل ولا سقط حقه في الضمان، وأن يرفع الدعوى في مدة سنة (سنة أشهر) من هذا الإخطار. ويجوز رفع الدعوى مباشرة وتعتبر صحيفتها إخطاراً كافياً، ولكن المشتري يبرء نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه. ويلاحظ أن ميعاد الإخطار في هذه الحالة الخاصة قد تحدد بشهر، خلافاً لحالة ضمان العيب بوجه عام حيث نص على أن الإخطار يكون في الوقت الملائم. وغنى عن البيان أنه يجوز الاتفاق على تعديل ميعاد الشهر وميعاد السنة (الستة شهور)، (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، ص ١٣٠ - ١٣١).

(٢) سبق أن رأينا أن مدة السنة في الضمان العادي هي مدة تقادم تجوز إطالتها ولكن لا يجوز تقصيرها.

(٣) بلانول ورومر وهامل، ج١٠، ققرة ١١٤٠ بودرى وسينا، ققرة ١٤٢٤ محمد ليب شيب ومجدي صبحي خليل، ققرة ١٢١١ عبد الرزاق السنهوري، ج٤، ققرة ٣٨٠.

٧٩- التمييز بين ضمان العيوب الخفية وغيره من النظم:

تختلف دعوى ضمان العيب عن دعوى الغلط ودعوى الفسخ ودعوى العجز في المقدار، ودعوى ضمان الاستحقاق الجزئي. ونفرق بين دعوى العيب وبين هذه الدعاوى المختلفة فيما يلي:

(أ) دعوى ضمان العيب ودعوى الغلط: كثيراً ما تختلط دعوى ضمان العيب بدعوى الغلط من حيث الأسباب التي تستند إليها كل من هاتين الدعويتين. فإذا وجد بالشئ عيب خفي وجسيم يفوت الغرض المقصود منه، ولم يكن المشتري يعلم به وقت إبرام العقد، فمعنى ذلك أن المشتري قد وقع في غلط جوهري عند إبرام العقد. فيكون له أن يرجع على البائع أما بدعوى ضمان العيب، وإما بدعوى الإبطال للغلط. ولكن لا يجوز أن يجمع بين الدعويتين.

وتختلف أحكام الرجوع بأي من هاتين الدعويتين عن الأخرى. فإذا رجع المشتري بدعوى الغلط وجب عليه أن يثبت أن الغلط يتعلق بصفة جوهرية في العين المباعة وأن هذا الغلط كان هو الباعث الدافع له إلى التعاقد، وأن البائع كان واقعاً في نفس الغلط أو كان يعلم بوقوع المشتري فيه أو من السهل عليه أن يعلم ذلك^(١). ويستطيع المشتري رفع هذه الدعوى ولو كان البيع قضائياً أو كان يباعاً إدارياً بالمزاد. وتتقدم هذه الدعوى بمرور ثلاث سنوات من وقت علم المشتري بالغلط أو بخمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد^(٢). ويطلب المشتري في هذه الدعوى إبطال العقد، بحيث يعتبر كأن لم يكن فيسترد المشتري الثمن مع التعويض أن كان له مقتضى ويرد المبيع إلى البائع (م ١٤٣ مدني).

(١) راجع المادة ١٢٠ من القانون المدني.

(٢) راجع المادة ١٤٠ من القانون المدني.

أما إذا رجع المشتري بدعوى ضمان العيب فهو لا يطالب بإثبات أن البائع كان يعلم بهذا العيب. فلا أهمية لعلم البائع أو عدم علمه لأن العيب أمر موضوع وإذا كان يشترط عدم علم المشتري به وقت التسليم فإنما ذلك للاستدلال على أن المشتري لم يسقط حقه في الضمان. فشرط عدم علم المشتري بالعيب، ليس هو شرط في العيب ذاته، وإنما هو شرط لرجوع المشتري بضمان العيب، وذلك على خلاف الغلط الذي لا يتصور وجوده بغير الوهم الذي قام في ذهن المتعاقد. فالوهم هو ذات الغلط، بينما هو في العيب شرط اضافي لاستعمال المشتري حقه في الرجوع^(١).

وإذا رجع المشتري بدعوى الضمان فعليه أن يرفع الدعوى في خلال سنة من وقت التسليم.

ورجوع المشتري بدعوى الضمان مستمد من العقد ذاته وهو أما أن يرد المبيع وما أفادة منه ويسترد من البائع قيمة المبيع وجميع التعويضات الأخرى المنصوص عليها في حالة الاستحقاق الكلي إذا كان العيب جسيماً، أو أن يرجع عليه بالتعويض عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة إذا أراد ذلك

(١) يلاحظ أن المشرع طبق أحكام الغلط على عقد البيع تطبيقاً خاصاً بمقتضى المادة ٤١٩ مدني السابق دراستها (راجع ما سبق، فقرة ١٦) وطبقاً لهذا التطبيق الخاص فإن المشتري إذا أقر بأنه عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال العقد بدعوى الغلط. ولكن لا يسقط حقه في هذه الحالة في الاستفادة من دعوى ضمان العيب. وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٥١ من القانون المدني (القديم) خاصة بحالة حصول خطأ (غلط) في المبيع، لا بحالة ظهور العيوب الخفية المنصوص عليها في المراد من ٣١٣ - ٣٢٠ من القانون المذكور. وعلى ذلك فإن طلب الفسخ للعيب الخفي لا يمنع أن يكون المشتري قد أقر عند تسليم المبيع بأنه قد عاينه وضح به مرقعة أحد رجال الخبرة (نقض ١٩٤٦/٥/٢، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ٣٦١، فقرة ١٠٠)، وقضت محكمة النقض بأن مجال تطبيق المادة ٤١٩ من القانون المدني هو حالة حصول غلط في المبيع، أما حالة ظهور العيوب الخفية فيحكمها نص المادة ٤٤٧ من القانون المذكور. ومن ثم فلا يمنع من طلب الفسخ للعيب الخفي أن يكون المشتري قد أقر عند تسليم المبيع بأنه عاينه معاينة نافية للجهالة (نقض ١٩٦٢/٦/١٤، مجموعة للكتب الفني، ص ١٣، ص ٨٠٨).

فى حالة العيب الجسيم. ولا يكون له غير ذلك فى حالة العيب غير الجسيم (١).

والاختلاف الكبير فى الشروط والأحكام بين الدعويين يوجب ضرورة التفرقة بينهما، بحيث لا يرجع المشتري الا بالدعوى التى توافرت شروطها (٢). فإذا توافرت شروط الدعويين معاً فلا يرجع الا بواحدة منهما فقط (٣). وفى كثير من الأحيان لا تكون للمشتري الا دعوى واحدة فقط من هاتين الدعويين، فالعيب أمر موضوعى يتعلق بالمبيع، بينما الغلط أمر ذاتى يتعلق بالمتعاقد. وقد لا يجتمع الأمران معاً فى نفس الوقت.

ب- دعوى ضمان العيب ودعوى الفسخ: إذا اشترط المشتري تسليم

(١) راجع ما سبق، فقرة ٧٢.

(٢) صدرت فى فرنسا عدة تشريعات تهدف إلى حماية المشتري والصحة العامة ونقضى هذه التشريعات بىطمان البيع إذا كان العيب فى المبيع من شأنه أن يهدد الصحة العامة، كبيع الحيوانات المصابة بأمراض معدية. والبطالان فى هذه الحالة بطلان مطلق، راجع بلاثول وريبير وهامل، جـ ١٠، فقرة ٣٧٥. ومن الممكن الأخذ بنفس الحكم فى مصر طبقاً للقواعد العامة وعلى أساس علم مشروعية الحل.

(٣) هناك اتجاه فى الفقه الفرنسى يذهب إلى عدم جواز الخيرة بين الدعويين؛ فحيث يتعلق الأمر بمبيع فى المبيع فلا يجوز الرجوع على البائع بدعوى أخرى إذا كانت دعوى العيب قد سقطت. وذلك توخياً للاعتبارات التى راعاها المشرع فى جعل مدة تقادم هذه الدعوى الأخيرة سنة واحدة، وذلك عملاً على استقرار المعاملات. راجع، بلاثول وريبير واسمان، جـ ٦، فقرة ١٨٤. وقد وردت عبارة فى حكم لمحكمة النقض المصرية، قد يستهدف منها أن المحكمة ترفض الخيرة بين دعوى العيب وغيرها من الدعاوى. وقد جاء فى هذه العبارة أن «رجوع المشتري على البائع فى حالة تخلف صفة فى المبيع كفيل له البائع وجودها فيه إنما يكون بدعوى ضمان الميوب الخفية ولا يكون للمشتري أن يرجع على البائع على أساس أنه أخل بالتزام آخر مستقل عن الالتزام بالضمان» (نقض ١٩٦٩/٥/١٥، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢٠، ص ٧٩٦) ومع ذلك فلا ينبغى تحميل هذه العبارة العارضة أكثر مما تحتمل، والفقه السائد فى مصر يعطى للمشتري أن يرجع على البائع بأى دعوى أخرى تتوافر شروطها غير دعوى ضمان العيب. راجع، عبد الرزاق السنهورى، جـ ٤، ص ١٧٦٣، اسماعيل غانم، ص ١٢٥٠، سليمان مرقس، ص ١٤٣٥، جميل الشرقاوى، ص ١٢٩٩، توفيق فرج، ص ٤١١، قارن مع ذلك منصور مصطفى منصور، ص ١٢١٩، عبد المنعم البدرولى، ص ٣٦٤.

المبيع في حالة معينة وبصفات معينة، ولم يوف البائع بهذا الشرط، جاز للمشتري أن يرجع عليه بالفسخ لعدم التنفيذ، وبالضمان العيب أى لفوات الوصف. فتتلاقى الدعويان في نفس الوقت. ويكون للمشتري أن يرجع بأى منهما، ولكن لا يجوز له الجمع بينهما^(١).

وتختلف أحكام كل من هاتين الدعويتين اختلافاً بينا. فدعوى الفسخ تؤدي إلى زوال العقد واعتباره كأن لم يكن. ويعاد كل من المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد. أما دعوى ضمان العيب فهي دعوى تعويض مستمدة من العقد ذاته. ودعوى الفسخ تتقدم بخمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه، بينما تتقدم دعوى ضمان العيب بسنة واحدة من وقت التسليم. ودعوى الفسخ يجوز الرجوع بها في أى بيع ولو كان قضائياً أو إدارياً بالمزاد، وهو ما لا يجوز في دعوى الضمان. ودعوى الفسخ يمكن الرجوع بها ولو كان المشتري عالماً بالعيب أو فوات الوصف، بينما لا يجوز ذلك في دعوى الضمان.

وإذا كانت الدعويان تلتقيان في بعض الأحيان، إلا أنهما تفترقان في كثير من الأحيان، فدعوى الفسخ ترفع عند الإخلال بأى التزام من الالتزامات الناشئة عن عقد البيع، بينما لا ترفع دعوى الضمان إلا إذا توافرت شروط العيب السابق دراستها^(٢).

(١) عبد الرزاق السنهوري، ج٤، ص ١٧٦٦، توفيق فرج، ص ١٤١٧ سليمان مرقس، ص ٤٣٥، قارن، اسماعيل خاتم، ص ٢٤٩.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه «العيب الذى تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية وفقاً للمادة ٣١٢ من القانون المدنى (القديم) هو الآفة الطارئة التى تخلق منها الفطرة السليمة للمبيع. فإذا كان ما يشكو منه المشتري هو أن المبيع وجد مصنوعاً من مادة غير المادة المتفق عليها فلذلك لا يعتبر عيباً خفياً موجباً لضمانه. فالحكم الذى يؤسس قضاءه بالفسخ على القول بوجود عيب خفى فى المبيع هو مخالفة المادة التى صنع منها للمادة التى دلت عبارات العقد صراحة على أنها كانت الموضوع المتبر فيه يكون مخالفاً للقانون متعباً نقضه، (نقض ١٩٤٨/٤/٨، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٦٠، ققرة ٩٦).

جـ- دعوى ضمان العيب ودعوى العجز فى مقدار المبيع: الفارق الأساسى بين الدعويين، أن الأولى تتعلق بصفات المبيع أى تتعلق بالمبيع من حيث الكيف، بينما الدعوى الثانية تتعلق بمقدار المبيع، أى تتعلق به من حيث الكم^(١). وتختلف الدعويان من حيث الشروط، أن دعوى ضمان العيب يشترط فيها عدم علم المشتري، بينما لا يشترط ذلك فى دعوى النقص فى مقدار المبيع. وكذلك فإن دعوى ضمان العيب لا يجوز رفعها فى البيوع القضائية والبيوع الإدارية بالمزاد، وهو ما يجوز فى دعوى العجز فى المبيع^(٢).

وتتفق الدعويان فى الأحكام فى أن مدة تقادم كل منهما سنة واحدة من وقت التسليم الفعلى. وأنه يجوز للمشتري فى أى منهما أن يرد المبيع إذا كان العجز جسيماً أو كان العيب جسيماً. ولا يجوز له ذلك إذا لم يكن العيب أو العجز جسيماً. ولكن حق فى هذا الشأن فالدعويان تختلفان فى أنه إذا رد المشتري المبيع فإن ذلك يكون فسخاً للمبيع فى حالة دعوى العجز، بينما هو تنفيذ للعقد بطريق التعويض فى حالة دعوى ضمان العيب^(٣).

د- دعوى ضمان العيب وضمان الاستحقاق الجزئى: وحد المشرع فى أحكام دعوى التعويض سواء كان رجوع المشتري بدعوى ضمان العيب أو دعوى ضمان الاستحقاق الجزئى. وقد سبق أن درسنا ذلك^(٤). ومع ذلك فلا زالت هناك اختلافات بين كل من الدعويين أهمها، من ناحية

=وروقائع هذه الدعوى كانت تسمح بالفسخ لاخلال البائع بالتزامه المنصوص عليه فى العقد، وليس بتطبيق أحكام ضمان العيوب الخفية.

(١) عبد الرزاق السنهورى، جـ ٤، ص ٧٦٨

(٢) راجع ما سبق، فقرة ٥٤، فقرة ٧٥.

(٣) عبد الرزاق السنهورى، جـ ٤، ص ٧٦٨

(٤) راجع ما سبق، فقرة ٧٧

الشروط، أنه لا يشترط عدم علم المشتري للرجوع بدعوى ضمان الاستحقاق الجزئي، بينما يشترط عدم علمه للرجوع بدعوى ضمان العيب. وكذلك فإن الرجوع بدعوى ضمان الاستحقاق بجائز في البيوع القضائية والبيوع الإدارية التي تتم بالمزاد. وهو غير جائز في دعوى ضمان العيب. ومن ناحية الأحكام، فإن دعوى ضمان الاستحقاق تتقدم بخمس عشرة سنة من وقت الاستحقاق، بينما تتقدم دعوى ضمان العيب بسنة واحدة من وقت التسليم.

وأياً ما كان الاتفاق أو الاختلاف في الشروط والأحكام بين الدعويين؛ فإن أساس كل منهما مغاير لاساس الأخرى تماماً. ففي دعوى ضمان الاستحقاق يكون المبيع سليماً في ذاته ولكنه معيب من حيث ملكيته. وعلى العكس فإنه في حالة العيب، يكون المبيع سليماً من ناحية ملكيته، ولكنه معيب في ذاته (١).

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة التزامات البائع وهي الالتزام بنقل الملكية والالتزام بالتسليم والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق، والالتزام بضمان العيوب الخفية. وننتقل الآن إلى دراسة التزامات المشتري.

(١) عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، ص ٧٦٨.

الفصل الثاني

التزامات المشتري

تنشأ عن البيع ثلاثة التزامات على عاتق المشتري هي الالتزام بالوفاء بالثمن والالتزام بمصروفات البيع والالتزام بتسلم المبيع. وندرس هذه الالتزامات الثلاثة في ثلاثة مباحث متتالية.

المبحث الأول

الالتزام بالوفاء بالثمن

ندرس فيما يلي محل الالتزام، وزمان الوفاء به، ومكان الوفاء به، وجزاء الإخلال به.

٨٠- محل الالتزام:

محل التزام المشتري هو الثمن المتفق عليه وفوائده في بعض الأحيان.

(١) الثمن: وهو الالتزام الرئيسي على عاتق المشتري الذي يقابل التزام البائع بنقل الملكية. وقد سبق أن درسنا شروط الثمن وهي أن يكون نقدياً وأن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير، وأن يكون جديداً (١). وتوافر هذه الشروط

(١) راجع ما سبق، فقرة ٢٤ وما بعدها، وقضت محكمة النقض بأنه «متى كان يمين من الحكم للطعن فيه أن المحكمة قد رأت في سبيل الوصول إلى حقيقة ما اتعمدت عليه إرادة الطرفين بشأن تحديد ثمن المبيع، وذلك في حدود سلطتها التقديرية - أن تحدد ثمن الصفقة بمجموع ما دفعه المشتري (الطاعن) سواء عند تحرير العقد الابتدائي أو بعد ذلك وبما بقي من الثمن عند تحرير العقد النهائي وحصلت من ذلك الثمن الذي اتفق عليه الطرفان بعد تحرير العقد الابتدائي، وكان هذا الاستخلاص مستمداً من عناصر ثابتة بأوراق الدعوى فإن النعي على الحكم بتسوية الوقائع أو مخالفة الثابت بالأوراق يكون في غير محله، (نقض ١٩٦٢/٥/١٠، مجموعة للكتب الفنى، ص ١٣، ص ٦٢٩).

لازم لانعقاد البيع. وهي إذا توافرت أصبح المشتري ملزماً بالثمن المتفق عليه في العقد. وهو يلتزم أيضاً بنفقات تسليمه للبائع، طبقاً للمادة ٢٤٨ مدني التي تقرر أن «تكون نفقات الوفاء على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك». ومن هذا القليل نفقات ارسال الثمن بالبريد أو عن طريق أحد البنوك. وكان المشروع التمهيدى للقانون المدني يضع نصاً خاصاً يقرر هذا الحكم وهو نص المادة ٦٠٢ من المشروع، الذي يقرر أن يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التي يقررها العقد، وهو الذي يتحمل نفقات الدعوى». وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن «هذه النصوص تقرر التزام المشتري بدفع الثمن، وتبين ما الذي يجب أن يدفعه وفاء لهذا الالتزام، فهو يدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التي يقررها العقد، فقد يتفق على أن يدفع الثمن اقساطاً أو جملة واحدة. ويتحمل نفقات الوفاء وفقاً للقواعد العامة لأنه هو المدين بالثمن، فعليه نفقات البريد أو غير ذلك من وسائل النقل إذا حمل الثمن إلى مكان بيعه». وقد جُذِفَ هذا النص في لجنة المراجعة لإكتفاء بالقواعد العامة (١).

(٢) الفوائد: تنص المادة ٤٥٨ مدني على أنه «(١) لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره. (٢) وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك».

وأول ما يلاحظ على هذا النص أن كل الأحكام الواردة به لا تتعلق بالنظام العام بل يجوز الاتفاق على عكسها. ولا يجعل بها إلا عند عدم وجود اتفاق مخالف لها. ويلاحظ كذلك أن المشرع ربط بين استحقاق

(١) مجموعة الأعمال التشريعية، ج ٤، ص ١٢٨ - ص ١٢٩.

البائع فوائد عن الثمن، باستحقاق المشتري ثمر المبيع ونمائه. ولذلك فاد
حكم استحقاق الفوائد، لا يمكن معرفته إلا مع حكم استحقاق الثمار
والنماء. وهناك عدة فروض متعددة في هذا الشأن نستعرضها فيما يلي:

١- إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين على تنظيم استحقاق الفوائد من
ناحية والثمار والنماء من ناحية أخرى، فيعمل بهذا الاتفاق أياً كانت
أحكامه^(١). فقد يتفق على أن يستحق البائع فوائد عن الثمن بسعر معين لا
يجوز أن يزيد على ٧٪ من وقت تمام البيع، وتكون للمشتري ثمار الشيء
ونمائه من وقت البيع أيضاً، وتكون عليه تكاليفه.

وقد لا تعرض مسألة الفوائد أصلاً إذا كان المشتري وفي كل الثمر
وقت العقد، وينحصر الاتفاق على ثمار المبيع ونمائه فيتفق على أن يكون
ذلك للمشتري من وقت العقد أيضاً أو في وقت لاحق، عند التسجيل مثلاً،
أو بعد مضي مدة معينة كسنة مثلاً، كما لو اشترط البائع أن يظل ساكناً
في المنزل المبيع لمدة سنة بعد البيع بدون أجر، أو أن يكون البائع قد قبض
أجرة المين المبيعة عن سنة أو سنتين مقدماً، ويتنازل له المشتري عن هذه
الأجرة^(٢).

(١) قضت محكمة النقض بأن للمتعاقدين بمقد بيع ابتدائي غير مسجل أن يتفقا على
مالك ثمار المبيع ولا جناح عليهما إن اتفقا على أن تكون للمشتري من تاريخ سابق على
تسجيل عقده أو سابق على البيع نفسه أو على تسلمه المبيع فعلاً وإذن فمتى كان الحكم إذ
قضى بالزام البائمين - الطاعنين - بأن يدفعوا إلى المشتري - المطعون عليه - ايجار الأطنان
المبيعة ابتداء من تاريخ العقد الابتدائي والتي استحق أداؤها قبل تسجيل هذا العقد قد أقام
قضاءه على ما استخلصته المحكمة استخلاصاً سائفاً من أن الطرفين اتفقا على أن يتسلم
المشتري الأطنان المبيعة من تاريخ العقد الابتدائي، وأنه استلمها فعلاً كما ذكر في العقد
الابتدائي، فإن الطعن عليه بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس (نقض
١٩٥١/٤/٥، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١ ص ٣٦٥، فقرة
١٢٤).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ١٤٠. وقضت محكمة النقض بأن عقد
البيع لم يزل بعد قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ من عقود التراضي التي =

وقد يتفق المتعاقدان على ألا يستحق البائع أية فوائد عن الثمن، وألا يستحق المشتري ثمار المبيع أو نمائه إلى أن يتم التسليم الفعلى ودفع الثمن فى أجل محدد. فيستوفى البائع الثمن فى هذا الوقت بغير فائدة. ويتسلم المشتري المبيع فى هذا الوقت ولا يطالب بشماره التى تحققت ما بين البيع والتسليم. وهذا الشرط شائع كثيراً فى العمل، وخاصة فى بيع العقار حيث يتفق على تأجيل دفع الثمن بغير فائدة إلى وقت التسجيل، مع تأجيل استحقاق المشتري لثمار المبيع إلى هذا الوقت أيضاً.

٢- إذا لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين على أى وضع من الأوضاع، ولكن وجد عرف تجارى أو زراعى أو غير ذلك، فيعمل به فى تحديد استحقاق البائع لفوائد الثمن، والمشتري لثمار المبيع ونمائه.

٣- فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف فانه يفصل أولاً فى مسألة استحقاق المشتري لثمار المبيع ونمائه. وطبقاً للفقرة الثانية من المادة ٤٥٨، فان المشتري يستحق الثمار والنماء من وقت العقد، ولا يتأخر استحقاقه لذلك إلى وقت التسليم أو إلى وقت التسجيل (إذا كان المبيع عقاراً). فكما تقول المذكرة الإيضاحية «والباع غير المسجل كالباع المسجل من حيث استحقاق المشتري للثمرات». وثمرات المبيع تشمل الثمرات الطبيعية والمستحدثة كالكلاء والمحصولات، وتشمل الثمرات المدنية كالأجرة وريع الأرض، وتشمل كذلك المنتجات وهى ما يستقطع من أصل المبيع كالأحجار والمعادن. أما نماء المبيع فهو ككبر الحيوان وتناجه. وهو يستحق للمشتري

سحم قانوناً بالإيجاب والقبول.... كما أنه ليس للبائع، لعدم تسجيل العقد وتراخى نقل الملكية بهيه، أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشتري لأن من يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه. ومقتضى ذلك أن يكون البائع ملزماً للمشتري بتسليم المبيع ونقله ان لم يتم تسليمه. فالحكم الذى لا يعطى المشتري الحق فى ريع الشئ المبيع عن المدة السابقة على تاريخ تسجيل عقد البيع يكون حكماً خاطئاً متعيناً نقضه، (نقض ١٩٣٦/٦/٤، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٦٥ فقرة ١٢٣).

أيضاً من وقت العقد. وقد حاول البعض تبرير هذه القاعدة على أساس أن الثمار والنماء تابعة للملكية، والملكية تنتقل للمشتري من وقت العقد إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات، أو كان عقاراً وسجل العقد، فإن للتسجيل أثر رجعي فيما بين المتعاقدين^(١).

ولكن الذى نفضله هو أن ثمار المبيع مقابلة لفوائد الثمن، فيكون استحقاق المشتري للثمار مقابل استحقاق البائع للفوائد^(٢). ليس نتيجة لانتقال الملكية للمشتري من وقت العقد وهو أمر مشكوك فيه بالنسبة للتسجيل، حيث يذهب رأى الراجح إلى أن التسجيل ليس له أثر رجعي ولو

(١) عبد الرزاق السنهورى، ج ٤، ص ٧٧٥.

(٢) وفكرة المقابلة بين فوائد الثمن وثمرات المبيع واضحة كل الوضوح فى قضاء محكمة النقض فقد قضت محكمة النقض بأن «المادة ٣٣٠ من القانون المدنى القديم تنص على أن للبائع فوائد ما لم يدفع من الثمن من تاريخ تسلم المشتري للمبيع المثير وهى فى هذا اتما تقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن يجمع المشتري بين ثمرة البدلين المبيع والثمن» (نقض ١٩٥١/٤/٥ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٢، فقرة ١٠٦)، وقضت محكمة النقض بأن «حق البائع فى الفوائد على الثمن إذا كان المبيع الذى سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى، هذا الحكم يقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن يجمع للمشتري بين ثمة ثمرة البدلين، المبيع والثمن» (نقض ١٩٤٨/١٢/٩، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٢، فقرة ١٠٦). وقضت محكمة النقض بأنه «لما كانت العلة فى ربط حق البائع فى فوائد الثمن بتسليمه المبيع للمشتري هو عدم جواز جمع المشتري بين ثمرة البدلين - المبيع والثمن - واقتراض المشرع أن وسيلة المشتري إلى التمكن من الاستيلاء على الثمرات هى تسلمه المبيع فإنه فى أية حالة يتمكن فيها المشتري من الاستيلاء على هذه الثمرات ولو لم تسلم المبيع فعلاً فإنه يلزم بدفع الفوائد بالسعر القانونى حتى لا يجمع بين الثمرات والفوائد. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضده (المشتري) بثمرات المبيع عن مدة سابقة على تاريخ وقائه بيباقى الثمن فإنه إذا رفض القضاء للطاعن (البائع) بفوائد ما لم يكن قد دفع له من الثمرات واجراء المقاصة بين هذه الفوائد وما يعادلها من الثمرات تأسيساً على أن المبيع كان تحت يده فإن الحكم يكون مخالفاً للقانون» (نقض ١٩٦٦/٦/٣٠، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٧، ص ١٤٩٠، راجع فى نفس المعنى، نقض ١٩٦٧/٥/١٨، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٨، ص ١٠٦٨) وسنشير إلى منطوق هذا الحكم الأخير فيما بعد.

بين المتعاقدين. ويظل هذا التبرير مقبولاً حتى ولو كانت الثمار لا تقابل الفوائد في بعض الفروض النادرة. وسنرى تبرير ذلك في موضعه (١).

٤- أما بالنسبة لاستحقاق الفوائد عن الثمن فلا يثور بصدده البحث إلا إذا كان الثمن حالاً، أما إذا كان مؤجلاً فإن الاتفاق على تأجيل الوفاء بالثمن يحدد ضرورة مسألة استحقاق الفوائد سواء أدمجت هذه الفوائد في الثمن أو أسقطت عن البائع أو اتفق على استحقاقها صراحة. فإذا كان الثمن حالاً ولا يوجد اتفاق على استحقاق الفوائد فإن البائع يستطيع أن يجعلها مستحقة له من وقت العقد إذا هو أعذر المشتري بالوفاء بالثمن وفوائده. وتستحق الفوائد من وقت الاعذار الذي يجوز أن يكون مطابقاً لوقت تمام العقد، وهو إذا تأخر عن هذا الوقت فيكون ذلك بارادة البائع وكأنه هو يتنازل للمشتري عن استحقاق الفوائد. وتحسب الفوائد في هذه الحالة بالسعر القانوني (٢٤ في المسائل المدنية، و٢٥ في المسائل التجارية). ويعتبر هذا الحكم استثناء من القواعد العامة التي تقرر أن الفوائد لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية. ولكن إذا فهم هذا الحكم بأن البائع يستحق الفوائد من وقت العقد بشرط أن يعذر المشتري، فإنه لا يكون هناك استثناء في الأمر، بل تتطابق قاعدة استحقاق المشتري للثمار بمجرد العقد، مع قاعدة استحقاق البائع للفوائد أيضاً، ما لم يؤخر البائع هذا التطابق بارادته هو أى يتنازل عن مطالبة المشتري واعذاره (٢). ومن هنا نرى أن سبب عدم التطابق في بعض الأحيان بين استحقاق المشتري للثمار واستحقاق البائع للفوائد بمجرد العقد، لا يخل بقاعدة أن الثمرات تقابل الفوائد وأن استحقاق أى منهما يمرر استحقاق الآخر، لأن سبب عدم التطابق في بعض الأحيان يرجع إلى تنازل أحد الطرفين عن حقه وليس لعدم صحة القاعدة المذكورة.

(١) راجع في نقل منفعة المبيع إلى المشتري من وقت العقد، نقض ١٩٧٨/٣/٢٩، ص ٢٩، ص ٨٦٥.

(٢) نقض ١٩٤٤/٤/٢٧، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٢، قرة ١٠٤.

٥- فإذا لم يكن هناك اتفاق لاستحقاق البائع للفوائد ولم يقيم البائع باعذار المشتري بدفع الثمن وفوائده، فإن البائع يستحق الفوائد عن الثمن بمجرد تسليمه المبيع إلى المشتري إذا كان المبيع قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى^(١). وفي هذا الفرض أيضاً يظهر التقابل بين الفوائد وبين الثمرات. فبمجرد أن يتسلم المشتري المبيع ولو كان التسليم حكماً، فإن البائع يستحق فوائد عن الثمن بالسعر القانوني، إذا كان المبيع قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات من أي نوع كان.

ولا يشترط أن يكون المبيع منتجاً لهذه الثمرات أو الإيرادات بالفعل، بل يكفي أن يكون قابلاً لذلك، فيصدق ذلك على المنزل القابل للاستغلال، والأرض القابلة للزراعة، حتى ولو لم يستغل المنزل فعلاً بتأجيريه أو لم تزرع الأرض فعلاً. أما إذا كان المبيع غير منتج وغير قابل لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى، وسلمه البائع للمشتري كأرض البناء مثلاً، فإن البائع لا يستحق

(١) بحسب قضاء محكمة النقض فإن البائع يستحق الفوائد عن الثمن في هذا الفرض، حتى ولو كان الثمن مؤجلاً أو محبوساً أو غير مستحق الأداء لأي سبب آخر، وذلك تأكيداً لفكرة المقابلة بين استحقاق المشتري للثمرات واستحقاق البائع للفوائد. وقد قضت محكمة النقض بأن نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ من القانون المدني صريح في أن للبائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشتري وكان هذا المبيع قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى. وتجيب هذه الفوائد بغير حاجة إلى وجود اتفاق عليها ولا معنى للمشتري منها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضي بهذا الأعفاء ولم تشترط المادة لاستحقاق الفوائد في هذه الحالة إعذار المشتري كما لم تفرق بين ما إذا كان الثمن الذي لم يدفع حال الأداء أو مؤجلاً. وحكم هذه المادة يقوم على أساس من العدل الذي يأبى أن يجمع المشتري بين ثمره البدلين - المبيع والثمن - ويعتبر استثناء من القاعدة المقررة في المادة ٢٢٦ من القانون المدني والتي تقضي بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا عن دين حل أداؤه وتأخر المدين في الوفاء به ومن تاريخ المطالبة القضائية بها ومن ثم فلا يمنع من استحقاق البائع لفوائد الثمن أن يكون ما لم يدفع من الثمن مؤجلاً من الأصل أو أن يصبح غير مستحق الأداء حالاً لسبب يرجع إلى البائع أو أن يكون للمشتري الحق في حبسه ما دام قد وضع يده على الأطنان المبينة وكان في استطاعته أن يحصل على ثمارها (نقض ١٩٦٧/٥/١٨، مجموعة المكتب الفني، ١٨، ص ١٦٠٨).

فائدة في هذه الحالة عن الثمن. وهنا أيضاً حيث تتخلف الثمار تتخلف الفوائد، ما لم يستحق البائع الفوائد لأسباب أخرى كاتفاق خاص يقرر ذلك أو عرف يقضى بذلك أو اعذار من البائع للمشتري.

ويخلص مما سبق أن الفوائد تقابل الثمرات، وأنه في معظم الأحيان يتلاقى استحقاق أحدهما مع استحقاق الآخر^(١). ولا يتعطل ذلك إلا باتفاق خاص، أو بتنازل أحد الطرفين عن حقه في حالة عدم اعذار البائع للمشتري أو لسبب طبيعي عندما لا تكون العين المبيعة قابلة لإنتاج ثمرات أو إيرادات، ويكون البائع قد أعذر المشتري في الوفاء بالثمن وفوائده. وكل هذه الحالات الخاصة تعتبر استثناءات لا تعطل هذه القاعدة بل تؤكد لها.

٨٩- زمان الوفاء بالثمن:

تنص المادة ٤٥٧ على أن «(١) يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك». (٢) فإذا

(١) زيادة في تأكيد هذا المعنى فإن محكمة النقض تربت النتائج القانونية - ومنها الفسخ - على استحقاق البائع للفوائد مقابل حصول المشتري على الثمرات دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو اتفاقية. وقد قضت محكمة النقض بأنه «متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ البيع أقام قضاءه على أن العقار للمبيع الذي تسلمه المشتري ينتج ثمراته وأن المشتري قد اقتصر عند الإبداع على المبلغ الباقي عليه من الثمن دون أن يضيف إليه ما استحق من فوائد والتي لا يشترط في استحقاقها المطالبة بها قضائياً أو الاتفاق عليها بين أصحاب الشأن فإن ما قرره هذا الحكم صحيح في القانون» (نقض ١٩٥٢/٣/٦، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٦٢، فقرة ١٠٧)، في نفس المعنى، نقض ١٩٥٠/٥/٢٥، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٦٢، فقرة ١٠٨. وأكثر من هذا فإن محكمة النقض تقرر مبدأ المقاصة بين الثمار والفوائد عندما يرد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد بسبب الفسخ. وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض أنه «وأن كان يترتب على انفساخ عقد البيع أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد فيرد المشتري المبيع ولما به إذا كان قد تسلمه ويرد للبائع الثمن وفوائده، إلا أن استحقاق البائع لثمار المبيع يقابله استحقاق المشتري لفوائد الثمن وتحصل المقاصة بينهما بقدر الأقل منهما» (نقض ١٩٦٨/٢/٢٢، مجموعة المكتب الفني، ص ١٩، ص ٣٤٥).

تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن يتزع من يد المشتري، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً. (٣) ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع.

وتحديد وقت الوفاء بالثمن طبقاً لهذا النص يعتبر خروجاً على القواعد العامة المقررة في المادة ١/٣٤٦ مدني التي تنص على أنه «يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك». أي أن الوفاء بالثمن كان يجب أن يتم بمجرد إبرام العقد. ولكن المشرع عدل في هذا الحكم بمقتضى نص المادة ٤٥٧ الذي جعل وقت الوفاء بالثمن هو وقت التسليم وليس وقت إبرام العقد «حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد» كما تقول المذكرة الإيضاحية (١).

فإذا لم يوجد اتفاق على ميعاد التسليم، فإنه يكون واجباً بمجرد العقد، طبقاً للقواعد العامة. ويكون دفع الثمن واجباً في هذا الوقت حتى يتلاقى مع التسليم. وهذه الأحكام لا تتعلق بالنظام العام. فيجوز الاتفاق على تحديد ميعاد لدفع الثمن وتحديد ميعاد مختلف عنه لتسليم المبيع. فيجوز أن يتفق على أن يتم دفع الثمن قبل التسليم أو أن يتم التسليم قبل دفع الثمن ويعمل بالاتفاق في جميع الأحوال (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ١٣٦.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان الطاعن قد اعتمد في دفعه على أن عدم قيامه بتسليم المبيع يرجع إلى أن المظنون عليه لم يبد استعداده لدفع الثمن إلا بعد التسليم مع أنه متفق في العقد على دفع الثمن قبل التسليم وبذلك يكون للطعون عليه هو المقصر وتقع عليه تبعة التقصير، وكانت المحكمة إذ أطرحت هذا الدفاع قد قررت أن محل التمسك به هو أن يكون الطاعن قد أظهر استعداده لتسليم المبيع أما وهو لم يفعل ذلك فلا يحق له أن يطالب =

وإذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن، ولم يتفق على ميعاد للتسليم، فإن دفع الثمن يجب في الوقت المتفق عليه بينما التسليم يكون واجباً بمجرد العقد طبقاً للقواعد العامة. ولكن على العكس إذا اتفق على ميعاد للتسليم ولم يتفق على ميعاد لدفع الثمن فإن ميعاد التسليم يصبح هو ذاته ميعاد دفع الثمن تطبيقاً لنص المادة ٤٥٧ السابق ذكره. وإذا تحدد ميعاد دفع الثمن على أى وجه من الوجوه السابق ذكرها، أصبح المشتري ملزماً بدفعه اختياراً، كما أن للبائع أن يتقاضاه جبراً عنه. ولكن يجوز للمشتري طبقاً للفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ السابق ذكرها أن يحبس الثمن إذا وقع له تعرض للمبيع أو إذا وجدت لديه أسباب جدية تجعله يخشى وقوع هذا التعرض أو إذا وجد بالمبيع عيباً يوجب الضمان.

فإذا وقع للمشتري تعرض في المبيع^(١)، فإن المشتري يصبح دائماً للبائع

=المطعون عليه بدفع الثمن قبل التسليم، هذا فضلاً عن أن المطعون عليه قد قرر بانذاره الذي أحله للطاعن أنه على استعداده لدفع كامل الثمن عند تسليمه المبيع بالسعر المتفق عليه كما اشترط في الاتفاق ومع ذلك لم يقم الطاعن بتنفيذ التزامه، فإن هذا الذي قرره المحكمة هو استخلاص سليم ولا مخالفة فيه للقانون كما لا يشوبه قصور (نقض ١٩٥٢/١٢/٢٥)، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦١، فقرة ١٠١).

(١) إذا كان التعرض من البائع نفسه فيتساوى فيه أن يكون التعرض مادياً أو قانونياً وقد قضت محكمة النقض بأن عقد البيع عقد تبادل يثنى بين طرفيه التزامات متقابلة، وقد أوجبت المادة ٤٣٩ من القانون المدني على البائع أن يمتنع عن كل تعرض من جانبه للمشتري في حيازته للمبيع سواء كان التعرض مادياً أو قانونياً، وهذا الالتزام المستمر الملحق على حائق البائع يقابله التزام المشتري بأداء الثمن، وقد خولت المادة ٤٥٧ من القانون المدني في فقرتها الثانية المشتري حق حبس الثمن حتى يمتنع التعرض (نقض ١٩٥٩/١٢/١٧)، مجموعة المكتب الفني، ص ١٠، ص ٨١٠). أما إذا كان التعرض من الغير فيجب أن يكون مبنياً على حق قانوني موجود وقت البيع، فإذا كان لاحقاً على البيع وجب أن يكون البائع هو مصدره. وقد قضت محكمة النقض بأنه «مخول المادة ٣٣١ من القانون المدني بتقديم المشتري بحسب ثمن المبيع إذا ظهر له سبب يخشى منه لزوم ملكيته مما اشتراه ولو صح القول بأن دعوى الشفعة لا تهدد حق المشتري المشفوع منه لأن حقه في استرداد ما دفعه من الثمن إلى البائع له مضمون قبل الشفع مما لا يميز له حبس الثمن فإن هذا القول لا يصدق على المشتري الثاني للمقار الذي لم يختصم في دعوى الشفعة إذ يكون في هذه الحالة مقطوع =

فى دعوى ضمان التعرض وضمان الاستحقاق، ويحق له بالتالى أن يتمسك بعدم تنفيذ التزامه بدفع الثمن ولو كان هذا الالتزام واجب الأداء فوراً. ويجوز للمشتري أيضاً أن يحبس الثمن ولو لم يقع التعرض فعلاً، ولكن قامت لدى المشتري أسباب جدية تجعله يخشى أن يقع له تعرض فى المبيع. وهو إذا كان لا يستطيع فى هذه الحالة أن يرجع بدعوى ضمان التعرض على البائع لأن من شروطها أن يكون التعرض قد وقع بالفعل، ولكنه يستطيع أن يحبس الثمن إلى أن تزول الأسباب الجدية للتعرض المحتمل الوقوع^(١). ومن الأمثلة على الأسباب الجدية للتعرض التى تبرر حبس الثمن قبل وقوع التعرض فعلاً، أن يكشف المشتري أن البائع لم يسدد ثمن المبيع الذى تملك هو به مما يجعله عقد تملكه مهدداً بالفسخ. أو يكشف المشتري وجود حق رهن أو امتياز أو اختصاص على العين المبيعة، أو وجود قيد عليها لم يشطب ولو ادعى البائع أن سبب هذا القيد قد زال، إذ يكون على البائع فى هذه الحالة أن يعمل على شطب هذا القيد.

ويجوز للمشتري أن يحبس الثمن أيضاً إذا اكتشف عيباً بالمبيع يوجب الضمان طبقاً لما سبق لنا دراسته. ولكن يشترط لاستعمال المشتري حقه فى الحبس ألا يوجد اتفاق يحرمه من هذا الحق. فهو حق غير متعلق بالنظام

=صلة بالشفيع ولا يحق له الرجوع عليه بما عسى أن يكون قد دفعه إلى البائع له وبالتالى يستهدف حقه للضياع بعد أن يكون العقار المشفوع فيه قد نزع ملكيته منه وعلى ذلك يجوز لهذا المشتري الثانى حبس الثمن حتى يفصل فى دعوى الشفعة (نقض ١٩٥٧/٤/٤، مجموعة المكتب الفنى، ص ٨، ص ٣٥٣).

(١) ولكن يجب أن تكون هذه الأسباب جدية غير احتمالية. وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يخلو المشتري حق حبس الثمن حتى يتحقق من خلوها من التسجيلات وبخاصة بعد أن يكون قد تسلم المبيع فان القانون إذ رسم الطريق لحماية حقوق المشتري من الخطر الجدى الظاهر الذى يهددها قد الزمه بدفع الثمن (نقض ١٩٤٢/٥/٢٨، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٤، فقرة ١١٧)، نقض ١٩٧٤/٢/١١، ص ٢٥، ص ٣٢٧، نقض ١٩٧٤/١١/٢٥، ص ٢٥، ص ١٢٧٨، نقض ١٩٧٩/٥/٣١، ص ٣٠، ص ٤٨٨.

العام. ويجوز التنازل عنه حتى قبل ثبوت الحق فيه. وإذا كان المشتري قد أسقط حقه في ضمان العيب أو ضمان التعرض والاستحقاق، فإنه يكون قد أسقط حقه أيضاً في حبس الثمن لسبب من هذه الأسباب (١).

والحق في الحبس قاصر على الحالة التي يكون فيها المشتري لم يدفع الثمن فعلاً. أما إذا كان قد دفعه فإنه لا يجوز له أن يسترده. والمشتري إذا حبس الثمن فإن من مصلحته أن يودعه خزانة المحكمة، حتى لا تسرى عليه فوائد الثمن إذا كانت هذه الفوائد واجبة. أما إذا حبس الثمن تحت يده فهو

(١) رغم اختلاف الرأي حول تأثير علم المشتري بسبب الاستحقاق وقت البيع على رجوعه بدعوى الضمان على البائع (راجع ما سبق، فقرة ٧٢) فإنه لا خلاف في أن علم المشتري بسبب التعرض وقت البيع لا يؤثر في حقه في حبس الثمن. وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن «علم المشتري وقت الشراء بسبب نزاع الملكية لا ينافي لثبوت حقه في حبس الثمن، لأنه قد يكون محيطاً بالخطر الذي يهدد. ويكون في الوقت نفسه معولاً على البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن. وإذا كان النص العربي للمادة ٢٢١ من القانون المدني قد قل في بيانه شرط الحبس وإذا ظهر سبب يخشى منه نزاع الملكية، فهو لم يرد ربط قيام حق الحبس بخطر يظهر بعد خفاء بل أراد ربطه بوجود خطر نزاع الملكية، خافياً كان وقت الشراء أو غير خلاف وهذا من الحكم المستفاد من صريح النص الفرنسي للمادة المذكورة من حيث تقول *S'il ya pour lui danger d'éviction* إذن فجهل المشتري بسبب نزاع الملكية وقت الشراء ليس شرطاً في قيام حقه في الحبس أما علمه بهذا السبب فقد يصلح أو لا يصلح دلالة على تنازله عن حق الحبس؛ وذلك على حسب ما ينشأ به واقع الدعوى فرأى أرقام الحكم قضاءه بعدم تخطي المشتري عن حقه في الحبس على أدلة كافية لحمله فلا سهيل عليه من بعده (نقض ١٩٤٧/١٢/٤، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض؛ ج ١، ص ٣٦٤، فقرة ١١٦). وقضت محكمة النقض بأن «استعمال الحق في الحبس لا يقتضي ائثاراً ولا الحصول على ترخيص من القضاء، وأن «علم المشتري وقت الشراء بالسبب الذي يخشى منه نزاع المبيع من بعده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطاً بالخطر الذي يهدده ويكون في نفس الوقت معتمداً على البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن ما دام أنه لم يشتر ساقط الخيار. وإذا كان اكتشاف المشتري أن المبيع أو بعضه غير مملوك للبائع يعتبر من الأسباب الجديدة التي يخشى منها نزاع المبيع من تحت يده فإنه يجوز للمشتري أن يحبس ما لم يؤدي من الثمن حتى ولو كان الملك الأصلي لم يرجع عليه بدعوى الاستحقاق أو تنازعه بعد في المبيع» (نقض ١٩٦٧/١/١٩، مجموعة للكتب الفنى، ص ١٨، ص ١٤٣) في نفس المعنى ولنفس الأسباب، نقض ١٩٧٠/٤/١٤، مجموعة للكتب الفنى، ص ٢١، ص ٦٠٤.

يظل ملتزماً بدفع الفوائد التي تسرى عليه أثناء مدة الحبس، بينما لا تسرى الفوائد إذا أودع المشتري الثمن خزانة المحكمة وكان الايداع صحيحاً^(١).

وإذا كان التعرض أو ما يقوم مقامه لا يعادل الثمن في القيمة، كما لو ظهر رهن على العقار المبيع ضماناً لدين يساوي نصف الثمن، فلا يجوز للمشتري في هذه الحالة إلا أن يحبس نصف الثمن وليس أكثر من ذلك.

ويلاحظ أن حق المشتري في حبس الثمن وإن كان قد تقرر بنص خاص إلا أنه لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة في الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين، أو للحق في الحبس في حالة الالتزامات المترابطة أياً كان مصدرها. فالتزام المشتري بدفع الثمن يقابله التزام البائع بنقل ملكية المبيع الهادئة التي لا يعكرها تعرض ولا يشوبها عيب، فإذا لم يتحقق ذلك من ناحية البائع، جاز للمشتري أن يتمسك بعدم تنفيذ التزامه بدفع الثمن^(٢). ويسقط حق المشتري في حبس الثمن إذا زال سبب التعرض أو أصلح البائع العيب، أو زال اسبب من تلقاء نفسه إذا كان مؤقتاً. ويسقط كذلك حق المشتري في الحبس، إذا قدم له البائع كفالة شخصية أو عينية لضمان ما عسى أن يحصل عليه من تعويض في حالة ضمان التعرض والاستحقاق أو ضمان العيب^(٣).

(١) نقض ١٩٦٧/٥/١٨، مجموعة المكتب الفني، س ١٨، ص ١٠٦٨.

(٢) نقض ١٩٥٩/١٢/١٧، مجموعة المكتب الفني، س ١٠، ص ٨١٠.

(٣) قضت محكمة النقض بأن «القانون إذ جعل المشتري في حالة ظهور سبب يخشى منه نزع ملكية المبيع، حق حبس الثمن إلى أن يزول هذا السبب قد ألزمه بدفع الثمن متى طلبه البائع وقدم له كفالة، فإن هو لم يدفع الثمن بعد ذلك كان للبائع الحق في طلب فسخ البيع. فإذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن المشتري قد تسلموا العين المبيعة ولم يدفعوا سوى جزء من الثمن حتى استحق عليهم القسط الثاني منه، وكان هذا البيع ملحوظ فيه وفاء الديون التي على العين المبيعة من الثمن، ثم أنذروهم البائع بإيداع الثمن مخزنة المحكمة على أن يستحضر الدائنين المسجلين ويوفوهم ديونهم مقابل تطهير العين المبيعة من حقوقهم عليها، ومع ذلك لم يودعوا. فطلب البائع فسخ البيع، فقضت المحكمة برفض هذا الطلب مؤسدة حكمها»

تنص المادة ٤٥٦ مدني على أنه (١) يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سَلِمَ فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك. (٢) فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن. ولتطبيق هذا النص يجب أن نفرق بين فرض من فرضين:

الفرض الأول: أن يكون الثمن مستحق الوفاء في نفس الوقت الذي يجب فيه تسليم المبيع: وهو يكون كذلك بحسب دراستنا في الفقرة السابقة إذا لم يعين ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع فيكون كل منهما واجباً بمجرد إبرام العقد، أو إذا عيّن ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع، فيكون كل منهما واجباً في هذا الميعاد، أو إذا عيّن ميعاد لتسليم المبيع وحده، فيكون هذا هو ميعاد دفع الثمن أيضاً. وفي جميع الحالات الثلاث التي يتلاقى فيها دفع الثمن مع تسليم المبيع، فإن مكان دفع الثمن يكون هو نفس مكان تسليم المبيع. فلمعرفة مكان دفع الثمن يجب أن نعرف مكان تسليم المبيع. وقد سبق أن رأينا أن المبيع واجب التسليم في المكان الذي يوجد فيه وقت إبرام العقد إذا كان له مكان ثابت معروف، أما إذا لم يكن له مكان ثابت معروف

= على مجرد أن المشتري استخرجوا في نفس الشهر الذي حصل فيه البيع شهادة عقارية دالة على أن المين المبيعة كانت مثقلة بالثمن عشر تسجيلاً أثبت على ألفي جنيه، وأن هذه الشهادة شملت جملة تبويضات عن نزع ملكية المين، وأن هذه الحالة تشفع للمشتري في حبس الثمن لثقل خطر نزع الملكية، فهذا القضاء يكون مخالفاً للقانون. إذ الإيداع بالخزنة هو غير كفالة يمكن أن يطلب بها المشتري، فعليه متى طلب إليه ذلك أن يودع الثمن مع اشتراط تطهير المين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع. ولا يعد عذراً في حبس الثمن أن تكون الديون زائدة عليه ما دام المشتري غير مطلوب منه أن يودع أكثر من الثمن وما دام هو ليس له أن يطلب أكثر من تطهير المين قبل صرف الثمن إلى البائع (نقض ١٩٤٤/١٢/٢١ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٦١، فقرة ١٠٢).

وقت إبرام العقد، فإن تسليمه يكون واجباً في موطن البائع وقت التسليم أو في المكان الذي يوجد به مركز أعماله وقت التسليم إذا كان المبيع يتعلق بهذه الأعمال^(١). وعلى هذا النحو فإن الثمن يكون واجب الدفع أما في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت العقد، أو في موطن البائع وقت التسليم، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله عند التسليم، وفي الحالتين، فإن الحكم فيه خروج على القواعد العامة المقررة في المادة ٢/٣٤٧ مدني التي تنص على أن يكون وفاء الالتزام «في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال». والمدين بالثمن هو المشتري فكان الواجب أن يكون موطنه أو مركز أعماله هو مكان الوفاء بالثمن، ولكن المشرع قرر أن يكون مكان الوفاء بالثمن هو أما مكان وجود المبيع وقت العقد أو موطن البائع أو مركز أعماله وقت التسليم، حتى يتم دفع الثمن وتسليم المبيع في نفس الوقت وفي نفس المكان.

أما الفرض الثاني: فعندما يكون الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع: وهو يكون كذلك عندما يتفق على ميعاد لدفع الثمن ولا يتفق على ميعاد للتسليم فيكون التسليم واجباً بمجرد العقد، بينما يكون دفع الثمن في الميعاد المتفق عليه. ويكون كذلك أيضاً عندما يتفق على ميعاد لدفع الثمن وعلى ميعاد آخر مختلف عنه لتسليم المبيع. وفي هاتين الحالتين لا يتعاصر دفع الثمن مع تسليم المبيع من حيث الزمان، فلا يكون هناك محل لجعل مكان دفع الثمن هو نفس مكان تسليم المبيع خروجاً على القواعد العامة بل يكون الأولى هو اتباع القواعد العامة في تحديد مكان الوفاء بالثمن. وطبقاً للقواعد العامة التي تنص عليها المادة ٢/٣٤٧ السابق ذكرها، فإن مكان الوفاء بالثمن يكون هو موطن المشتري وقت الوفاء أو

(١) راجع ما سبق،قرة ٥٨، نقض ١٩٧٨/١٢/٢١، ص ٢٩، ص ١٩٩٨

المكان الذى يوجد به مركز أعماله إذا تعلق الوفاء بهذه الأعمال (١). وقد طبق المشرع القواعد العامة بنص خاص هو نص المادة ٣/٤٥٦ السابق ذكرها. ويشير هذا النص إلى أن مكان الوفاء فى هذا الفرض يكون هو موطن المشتري وقت استحقاق الثمن. ولكن نظراً لأن النص مجرد تطبيق للقواعد العامة، فإن مكان الوفاء يكون هو مركز أعمال المشتري إذا كان المبيع متعلقاً بهذه الأعمال كما لو كان بيعاً تجارياً.

٨٣- جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالثمن:

البيع عقد ملزم للجانبين، فإذا أخل المشتري بالتزامه بالوفاء بالثمن،

(١) القواعد المذكورة فى المتن خاصة بتنفيذ العقد تنفيذاً رضائياً من الجانبين، أما إذا حدث نزاع بين الطرفين حول تنفيذ العقد كان امتنع البائع عن تسليم الثمن، أو امتنع عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل الملكية إلى المشتري، فلا يكون أمام هذا الأخير إلا أن يتخذ إجراءات العرض الحقيقى للثمن أو أن يودعه خزنة المحكمة مباشرة بحسب الأحوال، وهو ما يودى إلى جعل مكان الوفاء بالثمن مختلفاً عن المكان المتفق عليه أو المكان المحدد فى القانون. وقد قضت محكمة النقض «بأنه متى كان للمشتري الحق فى حبس الباقي من الثمن، فإنهما إذا قاما بأداءه مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع، فإن هذا الإيداع يكون صحيحاً وتترتب عليه آثاره القانونية فتتبرأ فتمتعهما من الباقي عليها من الثمن» (نقض ١٩٧٠/٤/١٤، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢١، ص ٦٠٤). وقضت محكمة النقض بأن «اشتراط المشتري ألا يصرف للبائع باقى الثمن الذى أودعه خزنة المحكمة إلا بعد صدور حكم نهائى بصحة ونفاذ ذلك العقد هو اشتراط صحيح» (نقض ١٩٦٦/١١/١٥، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٧، ص ١٦٨٨)، ومن الجائز أن يتم الوفاء بالثمن أمام القاضى فى دعوى يرفعها البائع للمطالبة بالثمن أو للفسخ أو فى دعوى يرفعها المشتري بطلب صحة ونفاذ العقد. ويجب فى هذه الحالة أن يتم دفع الثمن نقداً وليس بواسطة شيك. وقد قضت محكمة النقض بأنه «مفاد نصوص المادتين ٧٨٦ و ٧٩٢ من قانون المرافعات (القديم) أنه إذا كان الدين الثابت فى ذمة الدين مبلغاً من المال وأراد أن يبرئ ذمته من هذا الدين بعرضه على دائته حال الموافقة فله يجب أن يكون هذا العرض تقوياً دون غيرها فإذا كان المشتري قد أودع حال الموافقة شيكاً لأمر البائع واعتبر الحكم هذا الإيداع وفاء بالثمن مبرراً لذمة المشتري من الدين فله يكون قد خالف القانون، ذلك لأن الشيك وأن كان يعتبر أداء وفاء إلا أن الالتزام المترتب فى ذمة الساحب لا ينقضى بمجرد سحب الشيك بل بقيام المسحوب عليه بصرف قيمته للمستفيد» (نقض ١٩٥٧/٦/١٣، مجموعة المكتب الفنى، ص ٨، ص ٥٧٦).

طبقت القواعد العامة، التي تكفل حقوق المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين. وتطبيقاً لهذه القواعد فإن البائع يستطيع أن يجبر المشتري على الوفاء بالثمن عن طريق التنفيذ على أمواله. وهو ينفذ أيضاً على المبيع ذاته بعد أن أصبح مملوكاً للمشتري وهو صاحب حق امتياز على المبيع يجعله مفضلاً على غيره من دائني المشتري بحسب مرتبة امتيازته التي تتحدد من وقت القيد إذا كان المبيع عقاراً أو بحسب نص القانون إذا كان المبيع منقولاً^(١).

ودراسة التنفيذ الجبري تدخل في قانون المرافعات، بينما دراسة امتياز البائع تدخل في نظرية التأمينات العينية^(٢). ويكون للبائع بجانب الحق في التنفيذ الجبري مع مباشرة الحق في الامتياز، أن يحبس المبيع تحت يده فلا يسلمه للمشتري حتى يستوفي منه كامل الثمن. ويكون له كذلك أن يطلب فسخ البيع لاخلال المشتري بالتزامه بالوفاء بالثمن. والحبس والفسخ هما تطبيقان للقواعد العامة ندرسها فيما يلي:

٨٤- حبس المبيع^(٣):

تنص المادة ٤٥٩ مدني على أنه «إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق

(١) راجع المادتين ١١٤٥ مدني و١١٤٧ مدني، وقد قضت محكمة النقض بأن «مؤدى نصوص المواد ١١٣٤ و١١٤٧ من القانون المدني و١٢ من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ تنظيم الشهر العقاري أن الامتياز المقرر بمقتضى القانون لثمن العقار المبيع يجب أن يشهر - وشهر الامتياز يحصل بالقيد - وذلك حتى يسرى الامتياز في مواجهة الغير كما يجب هذا القيد ولو كان المبيع مسجلاً، وإذا يترتب على عدم شهر حق امتياز بائع الأطنان الزراعية - مع عدم سريته في مواجهة الغير - أن تظل ذمة المشتري مشغولة بمقدار ما عليه من دين لينفذ به البائع على أموال المشتري الأخرى استيفاء لحقه» (نقض ١٩٧٠/٦/٣، مجموعة المكتب الفني، س ٢١، ص ٨٤٥).

(٢) راجع كتابنا في التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١٦٣، وقرة ١٦٥.

(٣) الحبس هو تطبيق القواعد العامة في الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين. وهناك تطبيق آخر للدفع بعدم التنفيذ لا يقل أهمية عن الحبس، وهو امتناع البائع عن =

الدفع فى الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع. (٢) وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري فى الأجل طبقاً لأحكام المادة ٣٧٢. وتنص المادة ٤٦٠ مدنى على أنه «إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له، كان الهلاك على المشتري، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع».

وطبقاً لهذه النصوص فإن حق البائع فى حبس المبيع يثبت له فى حالة ما إذا كان دفع الثمن واجباً وقت تسليم المبيع، أو كان دفع الثمن واجباً قبل تسليم المبيع، وامتنع المشتري عن دفع الثمن فى أى من الحالتين. ويثبت حق الحبس للبائع كذلك إذا كان دفع الثمن واجباً بعد تسليم المبيع. ولكن حق المشتري فى الأجل سقط لسبب من الأسباب المذكورة فى المادة ٢٧٣ مدنى وهى إذا شهر افلاس المشتري أو اعساره أو إذا أضعف المشتري بفعله إلى حد كبير ما أعطى للبائع من تأمين خاص.. أو إذا لم يقدم المشتري للبائع ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات.

وعلى العكس لا يكون للبائع الحق فى حبس المبيع، إذا كان دفع الثمن واجباً بعد تسليم المبيع، ولم يسقط حق المشتري فى الأجل فيتعين على البائع أن يسلم المبيع، ولا يجوز له أن يحبسه بحجة أن المشتري لم

=القيام بالاجراءات اللازمة لنقل الملكية إلى المشتري، ولا يستطيع المشتري فى هذه الحالة أن يقهر لإرادة البائع برفع دعوى صحة التعاقد فى مواجهته. وقد قضت محكمة النقض بأنه «ما دامت محكمة الموضع قد سجلت على المشتري بحق أنه عجز عن إثبات وفاته بالثمن بما يثبت به قانوناً فإنه لا يجوز له أن يطلب إجبار البائع على تنفيذ التزاماته التى من شأنها نقل الملكية عن طريق الدعوى المرفوعة بصحة التعاقد أو صحة ونفاذ العقد لأن من حق البائع أن يحبس التزامه هذا حتى يقوم المشتري بتنفيذ ما حل من التزاماته» (نقض ١٩٦٧/٣/٣٠، مجموعة المكتب الفنى، ١٨، ص ٧٤٣)، فى نفس المعنى، نقض ١٩٥٧/٤/٢٥، مجموعة المكتب الفنى، ٨، ص ٤٥١، نقض ١٩٥٧/١١/١٤، مجموعة المكتب الفنى، ٨، ص ٧٨٩.

يدفع الثمن طالماً أن أجل الوفاء بالثمن لم يحل بعد (١). وتأجيل دفع الثمن الذى يمنع البائع من حبس المبيع، هو التأجيل الاتفاقى، أما نظرة الميسرة التى يمنحها القاضى للمشتري فلا تحرم البائع من التمسك بالحق فى الحبس (٢)، وإنما الذى يحرمه من ذلك هو الأجل الذى يمنحه البائع للمشتري كما تقول العبارة الأخيرة من المادة ١/٤٥٩.

ويلاحظ أن حق البائع فى حبس المبيع هو تطبيق محض للقواعد العامة فى الدفع بعدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين. وهو لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق فى عقد البيع على حرمان البائع من الحق فى حبس المبيع.

وأحكام حبس المبيع هى ذاتها أحكام الحق فى الحبس المقررة فى القواعد العامة. فالبائع يمتنع من تسليم المبيع للمشتري. والحق فى الحبس لا يتجزأ فلا يجبر البائع على تسليم بعض المبيع مقابل الوفاء ببعض الثمن، ولو كان المبيع قابلاً للتجزئة. ويجوز للبائع أن يحبس المبيع وثمراته فى نفس الوقت. وإن كانت الثمرات تظل حقاً للمشتري يتجمع له لدى البائع، لأن

(١) قارن، نقض ١٩٥٢/١٢/٢٥، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٦١، فقرة ١٠١.

(٢) قضت محكمة النقض بأن «إعطاء المشتري المتأخر فى دفع الثمن ميعاداً للوفاء بدلاً من الحكم بالفسخ وفق المادة ٣٣٢ من القانون المدنى، التقديم من الرخص التى أطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ منها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى ينهر معقب عليه، ولذلك لا يقبل النemy على الحكم بقصور أسبابه عن بيان الاعتبارات التى اعتمد عليها فى منح المهلة للوفاء بمتأخر الثمن» (نقض ١٩٥٠/٣/٢٣، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٦٣، فقرة ١١٣)؛ فى نفس المعنى، نقض ١٩٥٠/٥/٢٥، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٦٣، فقرة ١١٤، نقض ١٩٦٨/٥/١٦، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٩، ص ١٩٦٢، نقض ١٩٦٩/٢/١٣، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢٠، ص ٣٢٥. ومن الطبيعى أنه إذا كان منح المدعى نظرة ميسرة يقصد به تمكينه من الوفاء بالثمن توفياً لفسخ العقد، فإن ذلك لا يؤدى إلى حرمان المشتري من حقه فى حبس الثمن.

الثمرات تستحق للمشتري من وقت العقد أو من أى وقت آخر متفق عليه، ولا يؤدي حق البائع فى الحبس إلى تعطيل حق المشتري فى الثمرات. ومقابل ذلك فإن البائع يستحق فوائد الثمن ولا يسلم المبيع إلا إذا استوفى الثمن كله وفوائده (١).

وعلى البائع أن يحافظ على المبيع أثناء حبسه. والتزامه بالمحافظة على المبيع هو التزام ببذل عناية طبقاً لأحكام رهن الحيازة حيث يجب على المرتهن أن يبذل فى المحافظة على الشيء المرهون عناية الرجل المعتاد (م ١١٠٣ مدنى) (٢). وتقرر المادة ٢/٢٤٧ أنه «وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته». فإذا بذل البائع فى المحافظة على المبيع عناية الرجل العادى، وهلك المبيع فانه يهلك على المشتري. كما تنص على ذلك صراحة المادة ٢٦٠ السابق ذكرها. ورغم أن تبعة الهلاك قبل التسليم تقع على البائع لا على المشتري، إلا أنه فى الحالات التى يرجع فيها عدم التسليم إلى خطأ المشتري فى عدم الوفاء بالثمن، فان تبعة الهلاك تكون على عاتق المشتري وليس على عاتق البائع (٣).

وإذا تمكن المشتري من أخذ المبيع من البائع دون علمه أو رغم إرادته، أو إذا قام بذلك شخص آخر كالمشتري الثانى من المشتري الأول، فان البائع يستطيع أن يسترد المبيع إذا هو قام بطلب ذلك خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى يعلم فيه بخروج المبيع من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه طبقاً للمادة ٢٤٨ مدنى التى تقرر أنه «(١) ينقضى الحق فى الحبس بخروج

(١) نقض ١٩٦٧/٥/١٨، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٨، ص ١٠٦٨.

(٢) راجع فى التزام الدائن المرتهن رهنأ حيازياً بالمحافظة على الشيء المرهون، كتابنا فى التأمينات الشخصية والعينية، ققرة ١٣٨.

(٣) راجع ما سبق، ققرة ٦٢.

الشيء من يد حائزه أو محرزته. (٢) ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته، أن يطلب استرداده، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه.

ويسقط حق البائع فى الحبس إذا زال سببه، بأن قام المشتري بوفاء الثمن كله وفوائده (١). ويسقط الحق فى الحبس كذلك إذا تنازل عنه البائع صراحة أو ضمناً، كما لو منح المشتري أجلاً جديداً للوفاء بالثمن.

٨٥- فسخ البيع:

البيع من العقود الملزمة للجانبين، فإذا تخلف المشتري عن أداء الثمن، جاز للبائع أن يطلب فسخ البيع، وهو يتقدم فى ذلك بطلب إلى القضاء. ويخضع هذا الطلب للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع طبقاً للمادة ١٥٧ مدنى التى تنص على أنه «(١) فى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التمويض فى الحالتين أن كان له مقتضى. (٢) ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملة».

وقد يتضمن عقد البيع اتفاقاً صريحاً على فسخ البيع عند عدم الوفاء بالثمن، وهذا الاتفاق يجرى القاضى من سلطته التقديرية. فالفسخ فى هذه الحالة يكون اتفاقياً، ويكون حكم القاضى مقررأ وليس منشأ له. والفسخ

(١) لا يعتبر الوفاء مبرراً لذمة المشتري ما لم يشمل كل الفوائد والملحقات، نقض ١٩٥٢/٣/٦، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١ ص ٣٦٢، فقرة ١٠٧، نقض ١٩٥٠/٥/٢٥، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١ ص ٣٦٢، فقرة ١٠٨.

الاتفاق لا يعفى البائع من اعدار المشتري، إلا إذا اتفق صراحة على عدم الحاجة إلى اعدار. كل ذلك طبقاً للمادة ١٥٨ مدني التي تنص على أنه «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه».

أما إذا لم يوجد شرط فاسخ صريح في العقد، فإن الفسخ يخضع في هذه الحالة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ويكون حكم القاضي فيها منشأً للفسخ، وهذا هو الفسخ القضائي^(١).

وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى ينص فى المواد ٦٠٩ و ٦١٠ و ٦١١ عنه على الأحكام الخاصة بفسخ البيع لعدم وفاء المشتري بالثمن أو بالتزاماته الأخرى، وقد حذفت هذه النصوص فى لجنة المراجعة، اكتفاء

(١) ومحكمة الموضوع إما أن ترفض الحكم بالفسخ، أو أن تمنح المدعى نظرة ميسرة، أو أن تقضى بالفسخ. وقد قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان الحكم مع قضائه للبائع بتمويه عما لحقه من الضرر من جراء تأخير المشتري إتمام الصفقة وتعداده الأخطاء التي وقعت منه قد قضى للمشتري بصحة البيع ونفاذه ورفض دعوى البائع بفسخه، فلا يصح للبائع أن ينمى عليه أنه تناقض واضطرب فى أسبابه، فإن ما ذكره من أخطاء المشتري قد كان فى صدد تبرير التمويه الذى قضى به البائع عما لحقه من ضرر، ولا تنافى بينه وبين ما قضى به من رفض طالب الفسخ» (نقض ١٩٤٤/٦/٨ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٦٣، فقرة ١١٢)؛ وقضت محكمة النقض بأنه «لا تناقض بين أن ترى المحكمة استعداد المشتري الجدى للوفاء بالثمن كافياً لرفض طلب فسخ البيع وبين أن تقضى عليه بأن يدفع مازال حالاً بزمته من ثمن وملحقات» (نقض ١٩٤٨/١٢/٩، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٦٣، فقرة ١١١) ومن أحكام النقض فى نظرة الميسرة، ما سبقت الإشارة إليه ١٩٥٠/٣/٢٣، ١٩٥٠/٥/٢٥، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٦٣، فقرة ١١٣، فقرة ١١٤، ١٩٦٨/٥/١٦، مجموعة المكتب الفنى، ١٩، ص ١٩٦٢، ١٩٦٩/٢/١٣، مجموعة المكتب الفنى، ٢٠، ص ٣٢٥. ومن أحكام النقض فى تأكيد فسخ البيع، ١٩٤٧/٥/٨، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٦١، فقرة ١٠٣، ١٩٥٢/٣/٦، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٦٢، فقرة ١٠٧.

بالقواعد العامة. والواقع أن هذه النصوص لم تكن سوى تطبيق محض للقواعد العامة في الفسخ المقررة في نظرية الالتزام^(١).

ولم يخرج المشرع على القواعد العامة في الفسخ إلا بالنسبة للفسخ القانوني، وهو ما يسمى بالانفساخ، وهو لا يقع طبقاً للقواعد العامة، الا عندما يصبح تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مستحيلاً. فينقضي هذا الالتزام وينقضي الالتزام المقابل وينفسخ العقد بقوة القانون من تلقاء نفسه (م ١٥٩ مدني^(٢)). والانفساخ غير متصور كجزء لالتزام المشتري بدفع الثمن، لأن الثمن مبلغ نقدي وهو لا يصبح مستحيلاً في أى وقت من الأوقات، لأن المثليات لا تهلك^(٣). ومع ذلك فقد نص المشرع في المادة ٤٦١ مدني على أنه «في بيع العروض وغيرها من المنقولات، إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى ائذار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره».

ويمكن الحاق هذا النص بالفسخ الاتفاقي، على أساس أن الاتفاق على ميعاد معين لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون منطقياً على اتفاق آخر باعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو ائذار إذا لم يدفع الثمن في هذا الميعاد. وهذا هو الفسخ الاتفاقي في أعلى مراتبه. ومما يؤيد وجود هذا الاتفاق الضمني على الفسخ الاتفاقي أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على غير ذلك صراحة، فيستبعد الفسخ بهذا الاتفاق الصريح.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، ص ١٤٦، ص ١٤٨.

(٢) نقض ١٩٧٧/١/١١، ص ٢٨، ص ٢١١، نقض ١٩٧٧/٤/٥، ص ٢٨، ص ٩٠٩.

(٣) وعلى العكس فإن الاستحالة متصورة بالنسبة لالتزام البائع بنقل الملكية. وقد قضت محكمة النقض بأن تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية يصبح مستحيلاً بسبب الاستيلاء على الأرض المبيعة لدى البائع تطبيقاً لقانون الإصلاح الزراعي، وهو ما يؤدي إلى انفساخ عقد البيع حتماً ومن تلقاء نفسه، نقض ١٩٦٨/٢/٢٢، مجموعة الكتب الفنى، ص ١٩، ص ١٣٤٥، نقض ١٩٦٩/٣/١٣، مجموعة الكتب الفنى، ص ٢٠، ص ٤٣٢.

وحتى ينطبق النص المذكور يجب اذن عدم وجود اتفاق على استبعاد تطبيقه. ويجب أن يكون البيع وارداً على منقول لا على عقار، ولا أهمية لكون المنقول مادياً أو معنوياً. ويجب أن يكون ميعاد دفع الثمن هو نفس ميعاد تسليم المبيع. ويجب أن يمتنع المشتري عن دفع الثمن بخطأ منه. أما إذا جاء امتناعه لأن البائع يرفض تسليم المبيع، فإن عدم دفع الثمن لا يؤدي إلى الفسخ في هذه الحالة.

وبلاحظ أن امتناع المشتري عن دفع الثمن هو الذي يؤدي إلى انفساخ العقد، أما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع فإن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه، ويكون للمشتري فقط أن يحبس الثمن أو أن يطلب الفسخ القضائي.

ونظراً لأن الانفساخ مقرر لمصلحة البائع فيجوز له أن ينزل عنه وأن يطالب المشتري بالتنفيذ العيني، أي بدفع الثمن بدلاً من اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه.

وإذا أراد البائع الاستفادة من النص فإنه يعتبر البيع مفسوخاً دون حاجة إلى حكم أو اعداء، ويجوز له أن يبيع المنقولات إلى مشتر آخر وسلمها له بغير مسئولية عليه وبغير حاجة إلى الالتجاء للقضاء (١).

(١) قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن اتفاقاً قد تم بين الطرفين على دفع الثمن جميعه نقداً في ميعاد معين فإنه لا محل للرجوع إلى المرف لمعرفة ميعاد دفع الثمن والطريقة التي يدفع بها أو لبيان ما إذا كان يحق للبائع التحلل من الصفقة إذا لم يوف المشتري الثمن في الميعاد ما دلم أن القانون قد غوله هذا الحق بنص صريح بما قرره في المادة ٣٣٥ من القانون المدني القديم من أنه إذا اتفق في بيع البضائع والأمتعة المنقولة على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام للبيع وكان البيع مفسوخاً حتماً إذا لم يدفع الثمن في الميعاد المحدد بغير حاجة إلى تنبيه رسمي؛ (نقض ١٩٦٢/٥/٣، مجموعة المكتب الفني، م ١٣، م ٥٧١)، (نقض ١٩٧٩/١٢/٣١، م ٣٠، م ٤٢٣).

١٠ ويترب على الفسخ فى جميع الأحوال إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل التعاقد (١).

المبحث الثانى

الالتزام بمصروفات البيع وتكاليف المبيع

٨٦- مصروفات البيع:

تنص المادة ٤٦٢ على أن «نفقات البيع ورسوم «الدمغة» والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك».

وطبقاً لهذا النص فإنه يرجع أولاً فى تحديد من يتحمل مصروفات البيع إلى العقد ذاته. فالحكم فى هذه المسألة لا يتعلق بالنظام العام ويجوز للمتعاقدین الاتفاق على أى شئ بخصوصه. وقد يتفق على أن البائع هو الذى يتحمل المصروفات أو أنه يتحمل بعضها أو أن يتقاسمها مع المشتري.

فإذا لم يوجد اتفاق فى هذا الشأن فإنه يرجع إلى العرف، وما يجرى به العرف أن اتعاب السمسار يدفعها البائع والمشتري مناصفة.

(١) قضت محكمة النقض بأنه «يترب على الانفساخ ما يترب على الفسخ من عود المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد، ولكن كان حق المشتري فى استرداد الثمن من البائع فى حالة فسخ البيع يقوم على أسس استرداد ما دفع بغير حق - الأمر الذى أكدته المادة ١٨٢ من القانون المدنى بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام زال سببه بعد أن تحقق وهو ما ينطبق على حالة ما إذا نفذ أحد المتعاقدين التزامه فى عقد فسخ بعد ذلك... وإذا كانت دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٨٧ من القانون المدنى ولا تقادم إلا بخمس عشرة سنة فإنه طالما يكون للدائن أن يرفع هذه الدعوى فإنه يكون له أن يطالب بالأثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن إذ لا يكون هذا الثمن مستحق الأداء ويمكن المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ» (نقض ١٩٦٨/٢/٢٢، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٩، ص ٣٤٧). ويلاحظ أن مسألة استرداد الثمن للدفع قد تعرض ولو جزئياً إذا فسخ العقد لعدم الوفاء بالباقي من الثمن أو لعدم الوفاء بالملحقات

والمقصود بمصروفات البيع، النفقات التي تكون لازمة لتمامه، كأتعاب المحامي الذي يقوم بتحرير العقد، ورسوم الدمغة ورسوم التسجيل، ونفقات التوثيق إذا كان العقد رسمياً (١).

ولا ينبغي أن تختلط هذه المصروفات، بمصروفات تنفيذ البائع لالتزاماته، كمصروفات نقل المبيع إلى مكان التسليم، ومصروفات تحضير المستندات المثبتة للملكية البائع، فهذه يتحملها البائع وحده، ما لم يتفق على غيره.

فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف بشأن من يتحمل مصروفات البيع، فانه طبقاً لنص المادة ٤٦٢ السابق ذكرها، فان المشتري هو الذي يتحملها وحده. ويقال تبريراً لهذه القاعدة أن العقد عاد بالفائدة على المشتري فهو الذي يتحمل نفقاته. ولكن هذا القول غير صحيح على إطلاقه لأن العقد يعود بالفائدة على المتعاقدين معاً. والواقع أن المشتري عندما يتفارض مع البائع على ثمن المبيع، فهو يدخل في حسابه أنه سيتحمل مصروفات البيع، ولذلك فهو يحاول دائماً أن ينقص من الثمن بما يقابل هذه المصروفات أو بعضها. فإذا كان المشتري هو الذي يتحمل هذه المصروفات في الظاهر، فان البائع هو الذي يتحملها في الواقع أو على الأقل فهو يشاطر المشتري في تحملها.

(١) قضت محكمة النقض بأن أحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ والقرارات الصادرة بتنفيذه تختم دفع رسوم التسجيل مع رسوم التصديق على الامضاءات عند تقديم العقد للتوقيع عليه، ولما كان المشتري هو الملزم بدفع هذه الرسوم فانه هو الذي يكون عليه تجهيز العقد بناء على البيّنات التي يحصل عليه سواء من البائع أو من الأوراق، وبعد ذلك يكون له أن يطالب البائع بالحضور إلى قلم الكتاب لإمضاء العقد. وإذن فمن الخطأ أن تعتبر المحكمة البائع ملزماً بتجهيز العقد وتقديمه للمشتري لإمضائه، خصوصاً إذا كان العقد الابتدائي صريحاً في أن البائع غير ملزم إلا بمضاء العقد النهائي وكان المشتري لم يطلب من البائع في الإنذار الذي وجهه إليه إلا الحضور إلى قسم المساحة لتحرير العقد النهائي. (نصر ١٩١٢/٥/٢٨، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٦٤، فقرة ١٢٠).

وبلاحظ أن البائع إذا قام بدفع مصروفات لانتمام البيع فإنه يرجع بها على المشتري، ويكون له في رجوعه بها كل الضمانات التي تكون له في رجوعه بدين الثمن، وهي التنفيذ الجبرى، وامتنياز البائع، والحبس، والفسخ، على النحو السابق دراسته. ويكون له فوائد ما دفعه من وقت الدفع^(١).

وبلاحظ كذلك أن قاعدة تحمل المشتري لمصروفات البيع تسرى فقط في العلاقة بينه وبين البائع، ولا يحتج بها في مواجهة الغير. فلو أن البائع وكل محامياً في تحرير العقد، فإنه يتحمل بأجر المحامى في مواجهته، على أن يرجع بما دفعه على المشتري كما ذكرنا.

٨٧- تكاليف المبيع:

تكاليف المبيع هي الضرائب المفروضة على المبيع ونفقات صيافته ونفقات استثماره. وهذه التكاليف مرتبطة بشمار المبيع ونمائه. فمن يكون له الشمار والنماء تكون عليه التكاليف. ولذلك يرجع في تحديد الوقت الذى يبدأ فيه تحمل المشتري لتكاليف المبيع إلى الوقت الذى يبدأ فيه حقه في شمار المبيع ونمائه^(٢).

المبحث الثالث

الالتزام بتسليم المبيع

٨٨- التسليم والتسلم:

إذا كان يقع على البائع التزامه بتسليم المبيع. فإنه يقع على المشتري

(١) بلاتبول وريبير وهامل، ج ١٠، فقرة ١١٩، عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، فقرة ٤٢٠.

(٢) راجع ما سبق، فقرة ٨٠.

التزام مقابل له بتسلم المبيع. وإذا كان البائع ينفذ التزامه بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والسيطرة عليه دون عائق، ولو لم يتسلمه المشتري فعلاً، فإن الالتزام بالتسليم هو أن يضع المشتري يده فعلاً على المبيع ويحوزه حيازة حقيقية. وتثور مشكلة التسليم بصفة خاصة عندما يكون تسليم المبيع واجباً في موطن البائع أو في أى مكان آخر بعيد عن موطن المشتري، ففى هذه الحالة يتعين على المشتري أن ينتقل إلى هذا المكان حتى يتيسر للبائع أن ينفذ التزامه بالتسليم، وحتى يقوم المشتري بتنفيذ التزامه بالتسليم. فإذا لم ينتقل المشتري إلى هذا المكان، فإنه يكون قد أخل بالتزامه. ويجوز للبائع أن يعذره وأن يلزمه بالتسليم أو يطلب الفسخ والتعويض^(١). أما إذا تواجد المشتري فى نفس المكان الذى يجب فيه التسليم والتسلم، فإن كل من الالتزامين يتم تنفيذه فى نفس الوقت، وبالطريقة التى تتفق مع طبيعة الشئ المبيع.

فتسلم العقار يكون بدخول المشتري فيه والسيطرة عليه، وتسلم المنقول يكون بقبضه.

ويلاحظ أنه فى حالات التسلم الحكمى، لا تثار إطلاقاً مسألة التزام المشتري بالتسلم، لأن التسليم الحكمى لا يؤدي إلى تغيير فى الحيازة المادية، بل يبقى المبيع فى حيازة البائع لسبب آخر غير الملكية، أو أن يكون المبيع من قبل فى حيازة المشتري لأى سبب كالأيجار والرهن وغيره فتتحول الحيازة إلى حيازة على سبيل التملك. وفى حالة التسليم الحكمى لا

(١) ولكن لا تجوز إثارة هذه المسألة لأول مرة أمام محكمة النقض. وقد قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان للمشتري لم يملك أمام محكمة الموضوع بما ينمى على الحكم رد قضى بفسخ عقد البيع من أنه أخفيل بحث ما إذا كان البائع قد تقدم بنفسه أو بوكيل عنه إلى محله لاستيفاء الباقي فى ذمة من ضمن وفرائده طبقاً للمادة ٣٢٩ مدنى قديم فإن هنا النسي غير مقبول لأنه يتضمن سبباً جديداً يخالفه واقع فلا تجوز إثارة لأول مرة أمام محكمة النقض» (تقضى ١٩٥٧/٥/٢٣، مجموعة المكتب الفنى، ص ٨، ص ٥١٠).

يحدث انتقال حيازة من أحد الجانبين للآخر، بل يتم التسليم والتسلم بمجرد الاتفاق (١).

٨٩- زمان تسليم المبيع ومكانه:

تنص المادة ٤٦٣ مدنى على أنه «إذا لم يمين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن».

والغالب من الأمر أن يكون زمان التسليم ومكانه هو نفس زمان التسلم ومكانه. ومع ذلك فمن المتصور الاتفاق على غير ذلك. كأن يتفق على أن يتم التسلم بعد التسليم، وأن يظل المبيع أمانة لدى البائع إلى أن يتسلمه المشتري. وقد يتفق كذلك على أن يكون مكان التسليم غير مكان التسلم على أن يقوم البائع بنقل المبيع على نفقة المشتري وتحت مسؤوليته من مكان التسليم إلى مكان التسلم.

فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف على شئ من ذلك، فإنه يتعين على المشتري أن يتسلم المبيع فى نفس المكان الذى يوجد فيه وقت التسلم وأن يتقله دون ابطاء الا ما يحتاجه النقل من وقت (٢).

فإذا تأخر المشتري عن تسليم المبيع فى هذا المكان وفى هذا الوقت، فإن للبائع بعد أن يعذره أن يطلب الزامه بتسلم المبيع. وقد يكون ذلك بائداً على المبيع على ذمة المشتري وعلى نفقته. كما يجوز الحكم على المشتري بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم المبيع. وكذلك يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع لاخلال المشتري بالتزام من الالتزامات التى يربطها العقد على عاقبه. ويخضع طلب الفسخ للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع.

(١) راجع ما سبق، فقرة ٥٦.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، ص ١٦٢.

تنص المادة ٤٦٤ مدنى على أن «نفقات تسليم المبيع على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك». والمقصود بنفقات تسليم المبيع، نفقات انتقال المشتري إلى مكان التسليم، ونفقات نقل المبيع من مكان التسليم إلى مكان التسليم. إذا اختلف المكانان، ونفقات نقل المبيع من مكان التسليم إلى الجهة التي يريد المشتري أن يضع بها المبيع. ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً للقواعد العامة التي تقرر أن نفقات الوفاء على المدين. والمشتري مدين بالتسليم فتكون نفقاته عليه (١).

والتزام المشتري بتحمل نفقات تسليم المبيع ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على أن البائع هو الذى يتحمل هذه النفقات، أو أن يتقاسمها مع المشتري (٢). ويجوز أن يقضى العرف بأى حكم من هذا القبيل، فإذا وجد اتفاق أو عرف عمل بأى منهما. وإذا لم يوجد اتفاق أو عرف طبق نص القانون الذى يجعل المشتري هو الذى يتحمل نفقات تسليم المبيع.

(١) يلاحظ البعض أن نفقات التسليم بما تنطوى عليه من أعمال إيجابية كتنقل المبيع وغير ذلك، تزيد في العادة عن نفقات التسليم التي لا تنطوى عادة على أعمال إيجابية والتي تشمل في وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به دون عائق، راجع، مازرو، ج ٢، فقرة ٩٣٦.

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن «ما يقتضيه التسليم من نفقات (في النقل والشحن ونحو ذلك) فهو على المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك». ونفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم تدخل ضمن نفقات التسليم فهي على البائع، ونفقات نقله من مكان التسليم إلى مكان التسليم إذا كان المكانان مختلفين تكون على المشتري، ولذا كان للمشتري في مكان غير مكان البائع، واشتراط التسليم خالص الأجر، وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى مكان المشتري ونفقات النقل عليه، بل قد يشترط المشتري أن يكون التسليم خالصاً، لا من أجر الشحن وحده، بل كذلك من الرسوم الجمركية، فيتحمل البائع هذه الرسوم، سواء كانت تجبى وقت خروج البضاعة من بلد البائع، أو أثناء عبورها في الطريق، أو عند وصولها إلى بلد المشتري...، ونفى عن البيان أن هذه الأحكام ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على غيرها (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ١٦٢ ص ١٦٣).

الباب الثالث

بعض أنواع البيوع

ندرس فى هذا الباب بيع الوفاء، وبيع ملك الغير، وبيع الحقوق المتنازع عليها، وبيع التركة، والبيع فى مرض الموت، وبيع النائب لنفسه، فى ستة فصول متتالية.

ونلحق ذلك بدراسة عقد المقايضة، وعقد بيع الأماكن الخاضعة لقانون ايجار الأماكن، وأحكام نقض مضافة.

الفصل الأول

بيع الوفاء

٩١- بطلان بيع الوفاء في القانون المدني الجديد:

تنص المادة ٤٦٥ مدني على أنه «إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً». وهذا النص يقرر بطلان بيع الوفاء الذي كان جائزاً في ظل القانون المدني القديم.

وبيع الوفاء هو بيع معلق على شرط فاسخ. فلا تزول الملكية عن البائع بصفة نهائية، ولا يكتسب المشتري ملكية المبيع بصفة نهائية. بل يكون من حق البائع إذا هو رد للمشتري الثمن ومصرفات العقد ومصرفات الاسترداد وما يكون المشتري قد أنفقه على المبيع، أن يسترد المبيع من المشتري خلال مدة معينة من تاريخ العقد، فينفسخ البيع ويعتبر كأن لم يكن.

والحكم الخاص ببطلان بيع الوفاء يسرى على العقود التي تبرم بعد العمل بالقانون المدني الجديد، أما العقود التي أبرمت في ظل القانون المدني القديم، فإنها تكون صحيحة طبقاً لهذا القانون (١).

(١) ومع ذلك فقد صدر القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ بتعديل المادتين ٣٣٨ و ٣٣٩ من القانون المدني القديم، وبمقتضى هذا التعديل أصبح البيع الوفاي باطلاً إذا كان يخفى رهناً، وقبل هذا التعديل لم يكن البيع الوفاي الذي يخفى رهناً باطلاً، بل كان يعتبر بمثابة عقد رهن، راجع نقض ١٩٦١/٢/٢١، مجموعة المكتب الفني، س ١٢، ص ٨١٥، وبمقتضى التعديل المشار إليه أورد المشرع قريتين على اعتبار البيع الوفاي مخفياً لرهن، وكل منهما قرينة قانونية قاطعة لا تقبل اثبات العكس، والقرينة الأولى تتوافر إذا اشترط في عقد البيع رد الثمن مع الفوائد، أما القرينة الثانية فتتوافر إذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأي صفة من الصفات. راجع، نقض ١٩٦٣/١/٣، مجموعة المكتب الفني، س ١٤، ص ١٤٧٥، نقض ١٩٦٤/١٢/٣، مجموعة المكتب الفني، س ١٥، ص ١٠٩١، وإذا لم تتوافر شروط أي من القريتين فإنه يجوز مع ذلك اثبات أن البيع يخفى رهناً بجميع طرق الاثبات بما في ذلك =

=القرائن القضائية التي تباشر بصدها محكمة الموضوع سلطة تقديرية، ويقع على البائع عبء اثبات أنه يخفى رهناً إذا كان ظاهر العقد لا يدل على ذلك. وقد قضت محكمة النقض بأنه في حالة وضوح نصوص العقد على أنه بيع رفاء وعدم توافر القرائن القانونية التي تجعل مقصوداً به إخفاء رهن فإن البائع هو المكلف بالاثبات أنه يخفى رهناً، نقض ١٩٤٥/٢/١، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٧١، فقرة ١٦٠؛ وقضت محكمة النقض بأن من حق محكمة الموضوع أن تفند القرائن المقدمة لاثبات أن البيع يخفى رهناً واستخلاص صحته من الأدلة القائمة، نقض ١٩٤٥/٢/١، الحكم السابق الإشارة إليه؛ وقضت محكمة النقض بأن من حق قاضي الموضوع في تغليب المعنى الظاهر للعقد أو تغليب غيره واعتبار البيع صحيحاً أو يخفى رهناً بشرط عدم تحريف الوقائع ولا مسخ مدلول الأوراق، نقض ١٩٤٦/١/١٧، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٢١، فقرة ١١٦٢؛ وقضت محكمة النقض بأنه يجوز اثبات أن العقد يخفى رهناً على خلاف نصوصه التي تفيد أنه بيع بات بكافة طرق الإثبات، نقض ١٩٣٧/٣/٤، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٧١، فقرة ١٦١؛ نقض ١٩٤٧/٤/٣، نقض ١٩٤٤/٥/٢٥؛ نقض ١٩٤٦/١٢/٢٦، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ص ٣٧١ - ٣٧٢، الفقرات ١٦٣، ١٦٤، ١٦٥؛ وقضت محكمة النقض بجواز الاعتماد في اعتبار البيع يخفى رهناً على بنس الثمن، نقض ١٩٥٢/٥/٨، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٧٢، فقرة ١٦٨؛ وقضت محكمة النقض بأن اعتماد الحكم على قرينة بنس الثمن في اعتبار البيع يخفى رهناً دون التحدث عن عقود بيع مقدمة عن أطيان في نفس الحوض تنفي هذه القرينة يعتبر قصوراً، نقض ١٩٥١/٥/٣، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٧٢، فقرة ١١٦٩؛ وقضت محكمة النقض بجواز اعتبار وضع يد الباتمين رفاء على التعاقب على المبيع بوصفهم مستأجرين قرينة على أن البيع يخفى رهناً، نقض ١٩٥٠/١١/٢٣، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ص ٣٧٣، فقرة ١٧١؛ وقضت محكمة النقض بجواز اعتبار بقاء الممن في حيازة البائع قرينة قضائية على أن البيع يخفى رهناً ولو كان العقد قد أبرم قبل القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣، نقض ١٩٥٠/١١/٢٣، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٧٣، فقرة ١٧٤. وقضت محكمة النقض بأن صدور حكم بمنع التعرض للمشتري في وضع يده على العقار لا يمنع من اعتبار عقده يماً يخفى رهناً، نقض ١٩٥٣/١/٨، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٧٤، فقرة ١١٧٦؛ وقضت محكمة النقض بأنه لا يشترط لاعتبار البيع وقائياً أن يثبت شرط استرداد المبيع في عقد البيع، أو أن تحرر ورقة الضد في نفس تاريخ عقد البيع، نقض ١٩٤٩/١٢/١٥، نقض ١٩٥٣/١/٨، نقض ١٩٥١/١١/٢٢، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٧٤، الفقرات ١٧٧، ١٧٨، ١٧٩؛ نقض ١٩٦٤/١٢/٣، مجموعة المكتب الفني، ص ١٥، ص ١٠٩؛ وقضت محكمة النقض بجواز اعتبار الورقة المنصوص فيها على أنه إذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ يكون البيع نافذ المفعول دليلاً على أن البيع يخفى رهناً، نقض ١٩٤٩/١٢/١٥، مجموعة =

والحكمة من ابطال بيع الوفاء فى القانون الجديد، رغم أنه يستجيب إلى القواعد العامة فى امكان تعليق انتقال الملكية على شرط فاسخ، أنه ثبت بالتجربة أن هذا البيع لا يبرم الا ستاراً لرهن تكون شروطه مجحفة بالمدين الرهن، وهو عادة من صغار الملاك.

فالمدين الرهن يحصل عادة على مبلغ أقل بكثير من قيمة الشئ الذى يملكه، وبدلاً من رهن هذا الشئ فان الدائن يشترط عليه أن يتم الرهن فى صورة عقد بيع وفائى، يكون للبائع فيه وهو المدين الرهن الحق فى استرداد المبيع إذا وفى مبلغ القرض وهو ما يذكر على أنه ثمن البيع، خلال مدة معينة. وينساق المدين الرهن إلى هذا النوع من التصرف مدفوعاً بحاجته إلى المال، وآملاً أنه سيتمكن من استرداد الشئ المبيع، ولكن أمله يخيب، إذ أنه لا يحسن عادة بتقدير امكانياته فى الوفاء بمبلغ الدين مستقبلاً.

أما مصلحة الدائن فى ابرام عقد القرض فى صورة بيع وفائى وعدم ابرامه فى صورة دين مضمون برهن، فهو تفادى القاعدة الآمرة التى تقضى بإعلان كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله فى أن يتملك المال المرهون نظير ثمن معلوم (م ١٠٥٢ وم ١١٠٨ مدني (١): لأن هذه القاعدة قصد بها بالذات ألا يؤول المال المرهون إلى الدائن المرتهن مقابل مبلغ الدين وهو عادة أقل من قيمة هذا المال بكثير. وما قصدت هذه القاعدة تفاديه، فان البيع الوفاي يحققه الدائن فى سهولة ويسر.

== القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٧٤، فقرة ١٨٠، وقضت محكمة النقض بأن ثبوت أن البيع يخفى رهناً يجعل العقد باطلاً بصفته يماً أو رهناً وعدم لزوم التعرض لقواعد استهلاك الدين مع جواز اثبات أن عقد البيع يخفى رهناً بكافة الطرق سواء وصف العقد بأنه بات أو وفائى، نقض ١٩٥٥/١٢/٢٢، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٧٤، فقرة ١٨١، ١٨٢، نقض ١٩٧٤/٤/٩، ص ٢٥، ص ٦٥٨.

(١) راجع كتابنا فى التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٨٦.

ولهذا السبب فإن المشرع فى القانون المدنى الجديد نص على بطلان بيع الوفاء، بعد أن كان المشروع التمهيدي قد نظم هذا النوع من البيع فى نصوص مسهبة (المواد من ٦١٨ إلى ٦٣١) على غرار القانون المدنى القديم. وقد ثارت مناقشات فى هذا الشأن فى لجنة مجلس الشيوخ، انقسمت فيها الآراء ولكنها انتهت إلى اتفاق على النص الذى صدر فى القانون فى صياغته الأخيرة^(١). وقد جاء فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ «تناولت اللجنة بيع الوفاء وقد رأت بالاجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة جدية فى التعامل انما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستاراً للرهن وينتهى الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس. والواقع أن من يعتمد إلى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع بل يحصل عادة على ما يحتاج إليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة. ويعتمد غالباً على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد، ولكنه أقل أن يحسن التقدير. فإذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ضاع عليه دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته وتحمل غبنا ينبغى أن يدرأه القانون عنه»^(٢).

(١) وبطلان البيع الوفاي هو بطلان مطلق لا تلحق بالاجازة، نقض ١٩٦٩/١/٢٣ مجموعة المكتب الفنى، ص ٢٠، ص ١١٤، وراجع فى جواز البيات صورية البيع وأنه يخفى رهناً بجميع طرق الالبيات، نقض ١٩٦٦/١٢/٦، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٧، ص ١٧٧٠، وقد قضت محكمة النقض بأن «التنازل عن العطن فى ماهية عقد البيع الوفاي لا يقبل بعد صدور حكم نهائي بطلانه لإخفائه رهناً كما أن هذا التنازل يتضمن إجازة لعقد باطل بطلاناً مطلقاً فلا يعتد به لأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الاجازة لأنه معدوم» (نقض ١٩٦٧/٤/٢٧، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٨، ص ٩١٨).

(٢) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ١٦٤ إلى ص ١٨٠، وراجع بصفة خاصة، ص ١٧٨، ص ١٧٩. وجدير بالذكر أن الحكم الذى استحدثه القانون المدنى الجديد هو أن البيع الوفاي يكون باطلاً حتى ولو لم يكن يخفى رهناً إذا أمكن تصور ذلك فى بعض الحالات.

الفصل الثانى

بيع ملك الغير

٩٢- البطلان النسبى لبيع ملك الغير:

المقصود ببيع ملك الغير هو أن يرد البيع على شئ معين بالذات لا يملكه البائع. ولو كان البائع يملك الشئ المبيع لانتقلت الملكية فيه بمجرد العقد إلى المشتري إذا كان منقولاً، وانتقلت الملكية فيه بالتسجيل إذا كان عقاراً. أما إذا كان المبيع غير مملوك للبائع، فإن البيع لا يكون صحيحاً، ويكون باطلاً بطلاناً نسبياً، ولا تنتقل به الملكية إلى المشتري ولو سجل العقد فى الشهر العقارى.

وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ٤٦٦ بقوله «(١) إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب ابطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل. (٢) وفى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد».

ولا يرجع بطلان بيع ملك الغير إلى أن البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع وهو ما يكون مستحيلاً عندما يكون المبيع غير مملوك للبائع، فيبطل البيع لاستحالة محله. وليس هذا صحيحاً لأن الاستحالة هنا ليست استحالة مطلقة، لأن البائع يستطيع ولو من ناحية التصور النظرى أن يشتري المبيع من مالكة الحقيقى وأن يصبح هو مالكا له ويستطيع بالتالى أن ينقل ملكيته إلى المشتري منه.

ولذلك فإن التكييف الصحيح لبيع ملك الغير، أنه بيع لمال مستقبل. فملك الغير هو مال حاضر فى ذمة صاحبه مستقبل بالنسبة لغيره.

ونظراً لأنه من الجائز طبقاً للقواعد العامة أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً (م ١/١٣١ مدنى)، فانه يكون من الجائز أيضاً طبقاً لهذه القواعد أن يلتزم شخص ينقل ملكية شئ مملوك لغيره.

ولذلك فانه كان من الممكن طبقاً لهذا التسلسل المنطقى أن تقرر أن بيع ملك الغير هو بيع صحيح طبقاً للقواعد العامة. وهذا ما يقول به البعض فعلاً، حتى أن بعض كبار الفقهاء وصف البطلان الذى يقرر بطلان بيع ملك الغير فى القانون المدنى الفرنسى (م ١٥٩٩ مدنى فرنسى) بأنه لغو تشريعى^(١)، ووصفه البعض الآخر بأنه من أشد النصوص غموضاً فى التقنين^(٢).

ومع ذلك فتحن نؤيد النص الذى يقرر بطلان بيع ملك الغير بطلاناً نسبياً سواء فى القانون الفرنسى أو فى القانون المصرى. لأن التزام البائع بنقل الملكية فى هذا البيع وأن كان غير مستحيل استحالة مطلقة، الا أنه بعيد الاحتمال بالنظر إلى الظروف الموضوعية التى تم فيها إبرام العقد. ولا يكفى لصحة العقد الوارد على شئ مستقبل أن يكون محله ممكناً فى ذاته ولو كان بعيد الاحتمال، بل يجب أن يكون محتملاً بدرجة كافية تتفق مع عقود المعاوضة ومع الظروف الموضوعية التى تتم فيها هذه العقود. فالاستحالة النسبية كالأستحالة المطلقة تؤدى إلى تخلف شرط من شروط المحل. وذلك بحسب الاتجاه الواضح للتشريع والقضاء فى العقود الواردة على شئ مستقبل. وهو اتجاه يستند إلى اعتبارات عملية لا يمكن التقليل منها. ويؤدى هذا الاتجاه الذى أثبتناه فى دراسة حديثة إلى ضرورة إعادة النظر فى الفقه التقليدى الذى يعتبر الاستحالة المطلقة هى فقط التى تؤدى إلى ابطال العقد. بل الأصح أن يقال أيضاً أن الاستحالة النسبية القائمة على ظروف

(١) ديموج، الحقوق الاحتمالية، المجلة النصلية للقانون المدنى، ١٩٠٥، ص ٧٤٣.

(٢) برنزار، للملكية والمقد، الطبعة الثانية، ١٩٢٤، ص ٥١٦.

موضوعية مستمدة من ملازمات إبرام العقد، تؤدي إلى إبطال العقد بطلاناً نسبياً. وهذا على أى حال هو اتجاه المشرع واتجاه القضاء أيضاً في فرنسا. وهو اتجاه جدير بالتأييد، وجدير بالدراسة أيضاً للوصول به إلى مزيد من الانضباط (١).

وبيع ملك الغير هو صورة من صور التصرفات الواردة على محل مستقبل غير مستحيل استحالة مطلقة، إلا أنه غير محتمل الوجود بالنظر للظروف الموضوعية للملازمة لإبرام العقد. ويكون الجزاء المناسب لهذا العقد، هو البطلان النسبي، أى القابلية للإبطال من ناحية المشتري. وينزل هذا البطلان إذا أجاز المشتري العقد (٢). وينزل البطلان كذلك إذا أقر المالك

(١) راجع في هذا الموضوع، مقالنا السابق الإشارة إليه، رهن المال المستقبل، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٧٠، ص ٤٤٩ وما بعدها.

(٢) ولكن إجازة المشتري للعقد وإن جعلته صحيحاً فى حقه، إلا أنها لا تجعله نافذاً فى حق المالك الحقيقى (م ٢/٤٦٦). والواقع أنه لا فائدة من اعتبار العقد صحيحاً فى حق المشتري مع بقاءه غير نافذ فى حق المالك الحقيقى. وكان الأجدر أن يأخذ المشرع فى بيع ملك الغير نفس الحكم الذى أخذ به فى رهن ملك الغير، وهو جعل العقد قابلاً للتصحيح إذا أقره المالك الحقيقى أو إذا أصبح للتصرف ملكاً (م ١/١٠٣٣). أما إجازة الدائن المرهون فهى لا تكفى فى جعل رهن ملك الغير صحيحاً. وبالمثل كان الأجدر عدم جعل إجازة المشتري مجدية فى تحويل بيع ملك الغير إلى عقد صحيح. وقد ذكرنا فى تكييف رهن ملك الغير، أنه تصرف باطل بطلاناً نسبياً لا بمعنى القابلية للإبطال، ولكن بمعنى القابلية للتصحيح. ومؤدى ذلك أنه قبل تصحيح الرهن سواء بالقرار المالك الحقيقى أو بملوثة العقار المرهون إلى الراهن فإن العقد لا يكون قائماً أو منتجاً لآثاره. راجع، كذلكنا فى التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٧٥. أما إذا كان من حق المشتري فى بيع ملك الغير أن يصحح العقد بالإجازة الصادرة منه، فقد يعنى ذلك أن بيع ملك الغير هو تصرف باطل بطلاناً نسبياً بمعنى القابلية للإبطال، أى أنه تصرف قائم ومنتج لآثاره إلى أن يقرر بطلانه وهذا ما قضت به محكمة النقض فعلاً بقولها أن «بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ومن لم يكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد. وما لم يثبت أن البائع غير مالك وطلب البطلان صاحب الحق فيه، فإن عقد البيع يبقى قائماً منتجاً لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطلب البائع بتنفيذ التزاماته وبعد هذا من إجازة للعقد» (نقض ١٩٦٣/٣/١٤، مجموعة للكتب الفنى، ص ١٤، ص ٢٩٨). ومع ذلك فنحن نتحفظ على هذا الحكم بأنه ليس للمشتري ولو أجاز البيع أن يطلب البائع بتنفيذ التزاماته بنقل الملكية لأن القاضى لا يحكم بصحة ونفاذ عقد البيع إذا تبين له أن البائع غير =

الحقيقي البيع، فأصبح البيع نافذاً في حقه، وصحيحاً في حق المشتري^(١).
ويزول البطلان أيضاً إذا تملك المشتري المبيع بعد العقد^(٢). لأنه يصبح في
هذه الحالة قادراً على نقل ملكيته إلى المشتري وهو نفس الشيء الذي يتحقق
إذا أقر المالك البيع (م ٤٦٧ مدني).

=مالك بحسب قضاء محكمة النقض المتواتر، راجع، نقض ١٩٥٤/١٢/١٧، مجموعة
المكتب الفني، ص ٥، ص ٢٥٧، نقض ١٩٦٧/١/٣١، مجموعة المكتب الفني، ص ١٨،
ص ٢٨١، نقض ١٩٦٩/٤/٨، مجموعة المكتب الفني، ص ٢٠، ص ١٥٧١، نقض
١٩٦٣/٦/٥، مجموعة المكتب الفني، ص ٢٠، ص ١٨٨٦، نقض ١٩٦٦/٤/٢١، مجموعة
المكتب الفني ص ١٧، ١٨٩٩، نقض ١٩٧٠/٢/٣، مجموعة المكتب الفني، ص ٢١، ص ٢٢١.
فالمشتري لا يستطيع إذن ولو أجاز العقد أن يطلب من البائع تنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا
العقد. ومعنى ذلك أن صحة العقد عديمة المعنى. وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم نهائياً
برفض دعوى صحة ونفاذ بيع لصدوره من غير مالك يستلزم الحكم برفض دعوى صحة ونفاذ
البيع الصادر من المشتري المحكوم برفض دعواه إلى مشتر ثان، نقض ١٩٥٤/١١/١١،
مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٧، فقرة ١٣٦. أما القول بأن
العقد قبل الاجازة هو عقد قائم ومتج لآثاره فهو قول عديم المعنى من باب أولى. ولذلك
فنحن نعتقد أنه وإن جاز للمشتري في بيع من غير مالك أن يطالب بإبطال العقد، إلا أن العقد قبل
الاجازة لا يعتبر قائماً ومتجاً لآثاره، كما أنه بعد الاجازة لا يصبح متجاً لأهم آثاره وهي نقل
الملكية. ولذلك فإن الأثر الوحيد للاجازة هو حرمان المشتري من طلب الإبطال مع بقاء العقد
غير قائم وغير متج لآثاره إلى أن يصحح إما بإقرار المالك الحقيقي أو بانتقال الملكية إلى البائع
كما هو الشأن في رهن ملك الغير.

(١) قضت محكمة النقض بأن «توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن
متضامنين لا يمكن تأويله إلا بأنه إقرار لهذا البيع» (نقض ١٩٥٠/٤/٢٠، مجموعة القواعد
التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٧، فقرة ١٣٥). وقضت محكمة النقض بأنه «إذا
كان أحد ملاك العقار المبيع قد وقع على عقد البيع بصفته وكيلأ عن باقي الملاك وبتت
لم تكن له صفة النيابة عنهم وقت إبرام التعاقد وأنه تصرف بغير علمهم في حصصهم في
البيع فاتهم متى أقروا البيع فإن العقد يسرى في حقهم عملاً بالمادة ٤٦٧ من القانون المدني،
(نقض ١٩٦٧/١٢/٢٨، مجموعة المكتب الفني، ص ١٨، ص ١٩٣٢).

(٢) قضت محكمة النقض بأن «البيع الصادر من غير مالك إن كان باطلاً فإن بطلانه
ليس بطلاناً أصلياً، بل أن القانون نص على صحته إذا أجاز له المالك، كما أن عدول المتعاقدين
عما تعاقبوا عليه جائز، فإذا تملك المشتري بأن البائع له وإن كان قد سبق أن تصرف في
القدر المبيع له إلا أنه قد استرد ملكيته بمدوله عن العقد الذي كان قد تصرف به فيه وأن البيع
الحاصل له هو قد أجاز له من كان حصل له التصرف أولاً، فيجب على المحكمة أن تحقق =

وطلب الابطال هو حق للمشتري وحده دون البائع. وهو حق يجوز له أن يتنازل عنه بالاجازة الصريحة أو الضمنية فيصبح العقد صحيحاً في حقه. ويثبت حق طلب الابطال للمشتري سواء كان البائع يعلم وقت البيع بأنه غير مالك أو لا يعلم ذلك، وسواء كان المشتري يعلم وقت البيع بعلم ملكية البائع أو لا يعلم بذلك. فحسن نية المشتري ليس من الشروط المطلوبة لاستعماله الحق في ابطال البيع^(١). ولكن إذا كان المشتري حسن النية، فإن ذلك يعطيه حقاً زيادة على الابطال في الحصول على تعويض من البائع طبقاً لنص المادة ٤٦٨ التي تقرر أنه «إذا حكم للمشتري بابطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض، ولو كان البائع حسن النية»^(٢).

والبائع إذا كان لا يجوز له طلب الابطال على أساس أنه باع ملك غيره، إلا أنه يجوز له طلب الابطال طبقاً للقواعد العامة إذا كان قد وقع في

= هذا الدفاع وتفصل فيه بناء على أدلة متجة لحكمها (نقض ١٩٤٤/٦/٨، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٦٧، فقرة ١٣٤)، راجع، نقض ١٩٦١/٤/١٣، مجموعة المكتب الفني، ص ١٢، ص ٣٦١.

(١) قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان المشتري على علم وقت البيع بأن البائع لا يملك المبيع كان له أن يطلب بابطال البيع ويسترد الثمن تبعاً لذلك ولكن لا يكون له الحق في أي تعويض» (نقض ١٩٦٧/٨/١٥، مجموعة المكتب الفني، ص ١٨، ص ١٥٠٠)، راجع نقض ١٩٤٥/٣/١٤، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٦٨، فقرة ١٣٧، راجع في حق المشتري في طلب الابطال، أو الفسخ، نقض ١٩٧٧/١/١١، ص ٢٨، ص ٢١١.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه «وإذا جمل المشرع مناط حسن نية المشتري هو جهله بأن المبيع غير مملوك للبائع له فهو يعني ألا يكون هذا المشتري عالماً وقت شرائه بأن البائع له لا يملك المبيع وأنه يستحيل عليه لذلك نقل الملكية إليه، ومن ثم فلا يتنى حسن النية عن المشتري بمجرد علمه بأنه سند البائع له عقد بيع ابتدائي لما يسجل إذ في هذه الحالة لا يستحيل على البائع نقل الملكية إليه بل أن انتقالها يكون ممكناً بمجرد تسجيل البائع عقد تملكه ولا يعني عدم تسجيل العقد عيباً فيه، ذلك أن عقد البيع غير المسجل عقد منتج لجميع آثاره ومنها التزام البائع بنقل الملكية للمشتري وتسجيله تستقل الملكية فعلاً متى كان البائع مالكا للمبيع» (نقض ١٩٦٤/٦/١١، مجموعة المكتب الفني، ص ١٥، ص ٨١٤).

غلط جوهرى وتوافرت شروط الغلط وأهمها أن يكون قد دخل منطقة العقد، بأن كان المشتري يعلم بوقوع البائع فى الغلط أو يستطيع أن يعلم ذلك، أو كان هو واقعاً فى نفس الغلط أيضاً.

وتتقادم دعوى المشتري بإبطال العقد حسب الاتجاه العام للمشرع فى دعاوى الإبطال أما بثلاث سنوات من وقت علم المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع، أو بخمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد.

أما المالك الحقيقى فإن البيع لا يكون له أثر بالنسبة له إلا إذا أقره، فطبقاً للمادة ٢/٤٦٦ «وفى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد».

فالمالك أجنبى عن عقد البيع، ولذلك لا يسرى هذا العقد فى حقه، وله أن يتجاهله ويعتبره غير موجود. وليس للبائع أن يطلب إبطال البيع. فالمشرع لم يعطه هذا الحق، والإبطال لا يكون إلا لمن تقرر لمصلحته، وليس للبائع مصلحة فى إبطال البيع. بل يكفى أن يعتبره غير موجود بالنسبة له بحكم القانون ودون حاجة إلى إبطاله، فلا يستطيع شخص أن يأخذ المبيع من مالكه. ويستطيع هو إذا خرج المبيع من حيازته أن يسترده باعتباره مالاً له (١).

(١) وكما أن البائع لا يتأثر حقه ببيع غير صادر منه لشئ مملوك له، فإن المشتري بعد تسجيل عقده لا يتأثر حقه إذا صدر حكم بعدم ملكية البائع ولم يكن المشتري حاجزاً فى الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم. وقد قضت محكمة النقض بأن «البائع لا يمثل المشتري منه فيما يقوم على المقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع. ومن ثم فلا يمكن أن يحتاج المشتري بحكم صادر ضد البائع بأنه غير مالك للعين المبيعة فى دعوى لم يختص فيها هذا المشتري متى كان قد سجل عقد شرائه قبل صدور ذلك الحكم» (نقض ١٩٥٦/٢/٢٣، مجموعة المكتب الفنى، ص ٧، ص ٢٥١). وعلى العكس فإن البائع يمثل المشتري فى الدعوى إذا صدر فيها حكم قبل أن يسجل المشتري عقده، نقض ١٩٦٩/١٢/١٦، مجموعة المكتب الفنى ص ٢٠، ص ١٢٦٧.

والبائع لا يعتد بوجود عقد البيع حتى ولو أجاز المشتري العقد فأصبح صحيحاً في العلاقة بين البائع والمشتري. فسواء كان البيع باطلاً أو صحيحاً فهو غير نافذ في حق المالك الحقيقي للمعين المبيعة (١).

ومع ذلك فإن المالك الحقيقي يستطيع إذا هو أقر البيع أن يجعله نافذاً في حقه، وأن يجعله في نفس الوقت صحيحاً في العلاقة بين البائع والمشتري. وقد يؤدي اقرار المالك إلى الاضرار بحق المشتري لأنه يحرمه من الحق في ابطال البيع. وقد يصبح المشتري راغباً في طلب الابطال بسبب تصرفات قام بها المالك الحقيقي نفسه، كما لو كان رتب للغير رهناً وتم قيد هذا الرهن في الفترة ما بين البيع واقرار المالك الحقيقي له. فلا يكون للمشتري في مثل هذا الفرض إلا أن يرجع بضمان التعرض والاستحقاق على البائع وعلى المالك أيضاً الذي أصبح باقراره ضامناً لالتزامات البائع (٢).

(١) ولكن إذا لم يتمكن المالك الحقيقي من استرداد المبيع لأي سبب من الأسباب فهو يرجع على البائع بدعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع، نقض ١٩٦٢/٤/٢٦، مجموعة المكتب الفني، س ١٢، ص ٥٠٦.

بيع الوارث الظاهر مع بيع للملك الغيب لا يسرى في حق الوارث الحقيقي، نقض ١٩٧٩/٣/٢٩، س ٣٠، ص ٩٨٠ والمالك الحقيقي يكفي التمسك بهنم نفاذ التصرف في حقه إذا كان العقد قد سجل، نقض ١٩٧٩/١/١٤، س ٣٠، ص ٢٦٣.

(٢) بلاثول وريير وهامل، ج ١٠، فقرة ١٥٥ بودري وسينيا، فقرة ١١٢٥ عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، فقرة ١٦٦.

الفصل الثالث

بيع الحقوق المتنازع عليها

٩٣ - استرداد الحقوق المتنازع عليها:

تنص المادة ٤٦٩ مدنى على أنه «(١) إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع. (٢) ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى».

وتنص المادة ٤٧٠ مدنى على أنه «لا تسرى أحكام المادة السابقة فى الأحوال الآتية: (أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد. (ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك رباع أحدهم نصيبه للآخر. (ج) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء الدين المستحق فى ذمته. (د) إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار».

وتهدف هذه النصوص إلى منع المضاربات فى الحقوق المتنازع فيها، فالحق إذا ثار بشأنه نزاع بين صاحبه وبين شخص آخر كالمدين به أو من يضر الحق به، فانه يصبح من المحتمل ألا يثبت الحق لصاحبه. وقد يعمد صاحب الحق، كوسيلة للحصول على حقه، أن يتنازل عنه للغير بثمن أقل بكثير من قيمته الحقيقية. ويكون المشتري فى هذه الحالة مضارباً يشتري الحق بأقل من قيمته. وحتى يمنع المشرع هذا النوع من المضاربات، فقد أعطى لمن تم التنازل عن الحق ضده أن يسترد الحق من المتصرف إليه إذا هو رد له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت

الدفع. ومن ناحية أخرى فإن المشرع منح الحق فى الاسترداد فى الحالات التى لا يكون فى التصرف فى الحقوق المتنازع فيها أى نوع من المضاربة.

ويكون الحق قابلاً للاسترداد إذا كان متنازعا فيه وتم التصرف فيه بطريق المضاربة.

فالاسترداد جائز بالنسبة لكل حق وسواء كان حقاً شخصياً أو عينياً، وكانت المادة ٣٥٤ من القانون المدنى القديم تنص على أنه «إذا بيع مجرد دعوى بدين أو بحق...» وقد أدت هذه الصياغة إلى اختلاف فى الفقه حول ما إذا كان الحق فى الاسترداد يقتصر على الحقوق الشخصية وحدها أم يشمل الحقوق العينية أيضاً. وقد جاء القانون المدنى الجديد يستعمل لفظ الحق بدون تحديد. وفى هذا تقول المذكرة الايضاحية «يعمم المشرع معنى الحق المتنازع فيه، فيكون شخصياً أو عينياً، أما التقنين الحالى، فالظاهر من ألفاظه أنه يتكلم عن الحق الشخصى دون الحق العينى، مع أن الحكم واحد بالنسبة للنوعين من الحق» (١).

ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا رفعت بشأنه دعوى أتخذ فيها المدعى عليه موقف الإنكار للحق. أما إذا تمسك المدعى عليه بدفع شكلى أو بدفع بعدم القبول لرفعها من غير ذى صفة، فإن موقفه هذا لا يجعل الحق متنازعا فيه (٢). وبظل الحق متنازعا فيه حتى ولو صدر حكم لمصلحة رافع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٢٠٤.

(٢) قضت محكمة النقض بأن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر مما الدين متنازعا عليه بالمعنى المقصود فى المادة ٣٥٤ من القانون المدنى، إذ يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع عليها أن يكون قائماً بشأنه، وقت التنازل عنه، خصومه أمام القضاء، وأن يكون النزاع فيها منصبا على أصل هذا الحق (Le fond de droit) أى متعلقاً بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو السقوط بمضى المدة، فكل العراقيل التى تعرض السداد بفعل الدين، كالدفْع بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة للمدعى، لا يعتبر =

الدعوى، طالما أن مواعيد الطعن في هذا الحكم لا زالت قائمة. فإذا انقضت مواعيد الطعن وأصبح الحكم حائزاً قوة الأمر المقضى، فإن الحق يصبح غير متنازع فيه^(١).

ويعتبر الحق متنازعا فيه كذلك إذا ثار بشأنه نزاع جدى ولو لم ترفع به دعوى، كما لو اغتصب شخص أرض غيره، وقدم صاحب الأرض شكوى إلى الجهة الإدارية. ويعتبر أن النزاع جدى كلما كانت هناك حاجة إلى رفع دعوى لاثبات حق صاحب الحق ولو لم ترفع هذه الدعوى فعلا^(٢).

أما التصرف الذى يثبت على أثره الحق فى الاسترداد، فهو كل تصرف فيه معنى المضاربة. وغالباً ما يكون هذا التصرف بيعاً، ولذلك وضع المشرع الحكم الخاص بالاسترداد فى الفصل الخاص بالبيع. ولكن المشرع لا يقصر مع ذلك الحق فى الاسترداد على البيع، وهو يستخدم فى نص المادة ٤٦٩ تعبيراً يشمل البيع وغيره بقوله «إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه إلى شخص آخر...». والنزول عن الحق كما يكون بالبيع، يكون أيضاً بالمقايضة أو كأجرة فى عقد إيجار أو كمقابل فى أى عقد آخر غير مسمى.

=معها الدين متنازعا عليه، لأنها غير متعلقة بأصله» (نقض ١٩٣٨/٤/٧، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٢٦٨، فقرة ١٣٨).

(١) بلاتيول وريجر وهامل، ج ١٠، فقرة ٣١٩، بودرى وسينيا، فقرة ٢٦٠، عبد الرزاق السهرورى، فقرة ١٠٥.

(٢) لا يعتبر الحق متنازعا فيه فى فرنسا إلا إذا رفعت به دعوى، وقد ذهب بعض الفقه فى مصر إلى الأخذ بهذا الحكم فى ظل القانون المدنى القديم. أما القانون المدنى الجديد فالنص الوارد به صريح فى أنه لا يشترط لاعتبار الحق متنازعا فيه أن تكون قد رفعت به دعوى أمام القضاء، راجع عبد الرزاق السهرورى، ج ٤، ص ١٩٨، هامش ١.

وعلى العكس فإن الحق فى الاسترداد لا يثبت فى كل الحالات التى لا ينطوى فيها التصرف فى الحق على معنى المضاربة^(١). ويشمل ذلك:

(١) إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا يكون مضاربة ولا يعطى الحق فى الاسترداد.

(٢) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلياً ضمن مجموعة أموال بيعت جزئياً بثمن واحد، كما لو كان هذا الحق جزءاً من تركة وبيعت أموال التركة جملة واحدة بثمن واحد، فإن الحق المتنازع فيه يفقد ذاتيته داخل التركة، ولا يمكن معرفة المقابل الذى دفع ثمناً له. أما إذا بيعت مجموعة الأموال بثمن معين لكل مال داخل فيها فلا ينطبق هذا الحكم ويعتبر التصرف فى الحق المتنازع فيه مبرراً للحق فى الاسترداد.

(٣) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر، فلا يعتبر هذا التصرف مضاربة، لأن الاشتراك فى الميراث أو الشيوع قد يكون هو الدافع إلى الشراء للخروج من حالة الشيوع.

(٤) إذا نزل المدين عن حق متنازع فيه وفاء للمدين المستحق فى ذمته، فإن هذا التصرف يعتبر وفاء بمقابل. والدائن الذى يستوفى حقه لا يهدف إلى المضاربة، ومن ثم لا يجوز الاسترداد فى هذه الحالة.

(١) قضت محكمة النقض بأن «محكمة الموضوع إذ تفصل فى وصف كون الوقائع التى ألفتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق المبيع متازعاً فيه، إنما تفصل فى مسألة قانونية هى توافر ركن من الأركان القانونية لحكم المادة ٢٥٧ من القانون المدنى (القديم) أو عدم توافره. وإذن فإن عملها فى هذا خاضع لرقابة محكمة النقض» (نقض ١٩٣٤/٤/٢٦، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٦٨، فقرة ١٤٢) ولكن لا يجوز من ناحية أخرى لأحد الخصوم أن يتمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بأن خصمه فى الدعوى اشترى حقاً متازعاً عليه، لأن هذا الدفاع يخالط واقع فلا يجوزثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، نقض ١٩٦٧/٨/١٥، مجموعة المكتب الفنى، ص ١٨، ص ١٥٠٠.

٥) إذا كان الحق المتنازع فيه يشغل عقاراً كدين مضمون برهن مثلاً، ويبيع هذا الحق إلى حائز العقار، وهو الشخص الذى اكتسب ملكية العقار أو أى حق عينى آخر عليه بعد أن أصبح الرهن المشار إليه نافذاً فى مواجهة الغير عن طريق الشهر^(١). فإذا قام الحائز بشراء الذين المضمون بالرهن، فانه يكون قاصداً بذلك تخليص العقار الذى آل إليه من الحق الذى يشغله، ولا يعتبر مضارباً، وبالتالي لا يجوز الاسترداد فى هذه الحالة.

٦) إذا كان المتصرف إليه فى الحق المتنازع فيه لا يعلم بالتنازع وقت التصرف، فانه لا يكون مضارباً، ولا يجوز بالتالى استرداد هذا الحق منه. وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية «والفكرة هى منع المضاربة. ويترتب على ذلك أن المشتري لا بد أن يكون عالماً بالتنازع الواقع على الحق»^(٢).

وفى غير الحالات السابق ذكرها فان كل تصرف بمقابل فى حق متنازع فيه، يكون منطقياً على مضاربة ويجوز بالتالى للمتنازل ضده استرداد الحق المتصرف فيه^(٣).

ومباشرة الحق فى الاسترداد، تكون أما على سبيل التراضى بين المتنازل ضده وبين المتصرف إليه فى الحق، والا فانه يجوز للمتنازل ضده أن يلجأ إلى القضاء طالباً الحكم له باسترداد الحق المتصرف فيه، ويجب أن يتضمن طلب الاسترداد، استعداد الطالب أن يرد للمتصرف إليه المبالغ المنصوص

(١) راجع فى تعريف الحائز، كتابنا فى التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٩٥.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٢٠٤.

(٣) ومن ناحية أخرى فانه لا يجوز للمتنازل له أن يرجع بالضمان على المتنازل. وقد قضت محكمة النقض بأنه «متى كان الحكم قد نُقِيت أن للدعى لم يشتر إلا مجرد حق متنازع فيه، فإن قضاءه برفض دعواه بالضمان يكون موافقاً لحكم المادة ٣٥٣ من القانون المدنى (القديم) التى تقضى بأن ضمان أصلاً على من باع مجرد حق متنازع فيه» (نقض ١٩٤٨/١/١٥، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٨، فقرة ١٣٩).

عليها في المادة ١/٤٦٩ مدني وهي الثمن الذي دفعه وفوائده من وقت الدفع والمصروفات (١).

(١) فيجب على المسترد أن يرد للمتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه للمتنازل. فهو لا يرد له قيمة الحق موضوع النزاع، والا لما كان للاسترداد معنى. وهو لا يرد له الثمن المذكور في عقد التنازل، لأنه يذكر عادة في عقد التنازل ثمناً أكبر من الثمن الحقيقي لمنع المتنازل ضده من مباشرة حقه في الاسترداد، فيكون لهذا الأخير أن يثبت الثمن الحقيقي بكل طرق الإثبات، ولا يلزم إلا بدفع هذا الثمن فقط. وإذا كان الثمن الحقيقي مؤجلاً أو مسقطاً فإنه يستفيد من التأجيل أو التقسيط (٢).

(٢) ويجب على المسترد أن يدفع فوائد الثمن الذي دفعه المتنازل له من وقت دفعه. ويجب عليه كذلك أن يدفع الفوائد المستحقة عن الثمن سواء كان المتنازل له قد قدمها أو كان يجب عليه دفعها.

(٣) ويجب على المسترد أن يدفع المصروفات التي انفقها المتنازل له، كأتعاب المحامي الذي قام بتحرير عقد التنازل، ورسوم التسجيل، ورسوم الدفعة، ومصاريف إعلان الحوالة، وغير ذلك.

ويجب عبارة المادة ١/٤٦٩ فإن المسترد يجب عليه أن يدفع هذه المبالغ فعلاً أو أن يعرضها عرضاً حقيقياً (٣). ولكن بعض الفقه يذهب إلى أنه يكفي أن يبدى المسترد استعداده لدفع هذه المبالغ وإن لم يدفعها بالفعل.

(١) قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٥٤ من القانون المدني القديم لا تخول المدين الحق في استرداد الدين للبيع بعرض الثمن على المشتري إلا إذا كان ذلك حاصلًا بصفة أصلية وغير منازعة في أصل الدين ورغبة في انتهاء الخصومة صلحاً على هذا الأساس، (نقض ١٩٣٨/٤/٢، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٨، فقرة ١٤١).

(٢) بلاتول وريير وهامل، ج ١٠، فقرة ١٣٢١ بودري وسينيا، فقرة ١٩٤٤ عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، فقرة ١٠٦.

(٣) سليمان مرقس، فقرة ٣١٦، عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، فقرة ١٠٦.

وان كان الأثر المترتب على الاسترداد لا يترتب إلا من وقت دفع هذه المبالغ^(١) فعلا أو عرضها عرضاً حقيقياً. وقد سكت المشرع عن بيان أثر الاسترداد واكتفى بالقول بأن المتنازل ضده يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن والفوائد والمصروفات. وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن «وإذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً، فاسترداده له يمكن تكييفه على أنه شراء للحق من الدائن، ثم انقضاء الحق بعد ذلك باتخاذ الذمة. وإذا كان الحق عينياً فاسترداده يكون شراء فيه معنى الصلح»^(٢).

ويشور البحث في الفقه عما إذا كان المسترد يشتري الحق من المتنازل له^(٣)، أم أنه يحل محل المتنازل له في العقد الصادر له من المتنازل، ويعتبر لذلك قد تلقى الحق من المتنازل مباشرة^(٤).

٩٤ - منع رجال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها:

تنص المادة ٤٧١، على أنه «لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتابة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها والا كان البيع باطلاً».

(١) بلانيول وريبير وهامل، ج ١٠، فقرة ١٣٢١ منصور مصطفى منصور، فقرة ١١٩، والواقع أن هذا الرأي لا يخرج عن الرأي الأول طالما أن أصحابه مسلمون بأن أثر الاسترداد لا يتحقق إلا بالدفع أو العرض الحقيقي.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٢٠٥.

(٣) يأخذ بهذا الرأي الدكتور منصور مصطفى منصور على أنه الحقوق التي يكون المتنازل له قد رتبها على المبيع في الفقرة ما بين التنازل والاسترداد تظل نافذة في مواجهة المسترد، راجع منصور مصطفى منصور، فقرة ٢٧٤.

(٤) وترتب على هذا الرأي أن المسترد يعتبر قد انتزع الحق من المتنازل له وأن هذا الأخير لم يتلق الحق أبداً في أي يوم من الأيام وبالتالي فإن الحقوق التي يكون قد رتبها على المبيع في الفترة ما بين التنازل والاسترداد لا يحتج بها على المسترد، راجع عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، فقرة ١٠٧.

وهذا النص يتعلق أيضاً بالحقوق المتنازع فيها وقد سبق أن رأينا أن المشرع يجارب المضاربة في الحقوق المتنازع فيها عن طريق الحق في الاسترداد الذي يعطيه للمتنازل ضده. ولكن الأمر يزداد خطورة إذا كان من يشتري الحق المتنازع فيه هو أحد رجال القضاء الذين يعملون في دائرة المحكمة المختصة بنظر النزاع، فإن ذلك قد يدفع رجل القضاء الذي اشتري الحق المتنازع فيه إلى استغلال مركزه للتأثير في الفصل في النزاع بما يحقق مصلحته، أو على الأقل فهو قد يدفع الناس إلى الظن في أن رجل القضاء الذي اشتري الحق يحاول ذلك فعلاً. وفي الحالتين فإنه يحدث إما إخلال بسير العدالة، أو يحدث على الأقل مساس بسمعتها وهيبتها بين الناس.

ولذلك قرر المشرع أن الشراء في هذه الحالة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

والأشخاص الذين يمتنع عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها، هم بحسب النص القضاء ووكلاء النيابة وكتابة المحاكم والمحضرين فلا يشمل المنع غير هؤلاء كالخبراء ووكلاء المحامين وكتبتهم وفراشي المحاكم... الخ (١).

والمنع لا يمتد إلى هؤلاء الأشخاص إلا بالنسبة للحقوق المتنازع فيها التي تختص بنظرها المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها. فمستشار النقض يمتنع عليه شراء أى حق متنازع فيه في أى مكان في الدولة، لأن اختصاص محكمة النقض يشمل الدولة كلها. ومستشار محكمة الاستئناف يمتنع عليه شراء الحقوق المتنازع فيها التي تختص بنظرها أى محكمة توجد في دائرة محكمة الاستئناف التي يعمل بها هذا المستشار سواء كانت محكمة ابتدائية أو جزئية. والقاضي الذي يعمل في محكمة ابتدائية يمتد الخطر بالنسبة له إلى كل ما يدخل في اختصاص هذه المحكمة أو غيرها من

(١) مجموعة الأعمال التشريعية، ج ٤، ص ٢٠٥.

المحاكم الجزئية التابعة لها^(١). أما قاضى المحكمة الجزئية فالراجع أنه يتبع محكمة ابتدائية معينة ويمتد الخطر بالنسبة له أيضاً إلى كل ما يدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية المذكورة أو المحاكم الجزئية الأخرى التابعة لها، ولا يقتصر الحظر فقط على المحكمة الجزئية التى يعمل هو بها^(٢). وما يصدق على القضاة يصدق على وكلاء النيابة.

أما المحامى فإن عمله لا يتقيد بمحكمة معينة، وإنما يتقيد بدرجة من درجات التقاضى. فإذا كان المحامى مقبولا للمرافعة أمام محكمة النقض أو محاكم الاستئناف فإنه يمتنع عليه شراء أى حقوق متنازع فيها فى أى مكان فى الدولة. وقد رأى البعض أن فى هذا اجحاف بالمحاميين، وأرادوا قصر النص على الحق الذين يكون المحامى موكلاً فيه عن أحد المتنازعين^(٣)، أو المحكمة التى يترافع المحامى أمامها عادة^(٤). ولكن رأى الراجع لا يأخذ بهذا التقيد. أما إذا كان المحامى غير مقبول للمرافعة أمام محكمة النقض أو محاكم الاستئناف فإن المنع يقتصر فقط على الحقوق المتنازع فيها والتى تختص بنظرها المحكمة الابتدائية التى يترافع أمامها أو أمام المحاكم الجزئية التابعة لها^(٥).

(١) بودرى وسينيا، فقرة ٢٦٠، عبد الرزاق السنهورى، ج٤، فقرة ١١١.

(٢) استئناف مصر ١٩٣٣/٦/١٣، الهاماة ١٤ رقم ١٣٠، ص ٢٤١، قارن عبد الرزاق السنهورى، ج٤، فقرة ١١١، حيث يقصر الخطر بالنسبة لقاضى المحكمة الجزئية على النزاع الذى يدخل فى اختصاص المحكمة التى يعمل بها دون غيرها من المحاكم الجزئية الأخرى التابعة لنفس المحكمة الابتدائية.

(٣) فتحى زغلول، مشار إليه فى عبد الرزاق السنهورى، ج٤، ص ٢١٦، هامش ٢.

(٤) أو المحكمة التى يزاول عمله فى دائرة اختصاصها، اسماعيل غانم، ص ١٧٣ محمد لبيب شنب ومجدى صبحى، ص ٦٦.

(٥) عبد الرزاق السنهورى، ج٤، ص ١٢٦ منصور مصطفى منصور، ص ٢٨١ سليمان مرقس، ص ١٩٤ أنور سلطان وجلال المدوى، ص ١٣٠.

وحتى يتحقق الخطر فيجب أن يتم العقد في الوقت الذي يكون فيه رجل القضاء قائماً بعمله في المحكمة المختصة. أما إذا اشترى رجل القضاء الحق قبل أن يمين في القضاء أو قبل أن ينقل إلى المحكمة المختصة، أو إذا اشتراه بعد أن نقل من المحكمة المختصة أو بعد أن ترك العمل بالقضاء فإن الحظر لا يشمل، ولا يكون عقده باطلاً.

وحتى يتحقق الحظر فيجب كذلك أن يكون الحق المتنازع فيه كله أو بعضه. ولم يحدد نص المادة ٤٧١ مدني المقصود بالحق المتنازع فيه اكتفاء بما ورد ذكره في المادة ٤٦٩ مدني. وطبقاً لهذه المادة فإن الحق يكون متنازعا فيه إذا رفعت به دعوى أو ثار بشأنه نزاع جدي^(١). وقد سبق أن رأينا أن الفقه السائد يذهب إلى أنه إذا رفعت دعوى بالحق، ولكن المدعي عليه لم ينكر الحق من ناحية الموضوع ولكنه تمسك ببعض الدفوع الشكلية أو البطلان في الاجراءات أو غير ذلك، فلا يكون الحق متنازعا فيه طبقاً للمادة ٤٦٩ السابق ذكرها. ومع ذلك فإن البعض يذهب إلى أنه يعتبر في مثل هذه الحالة متنازعا فيه طبقاً للمادة ٤٧١ أخذاً بالمحكمة من منع رجال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها وهي المحافظة على سمعتهم. وهو ما يكون واجباً في هذه الحالة أيضاً^(٢).

أما جزاء مخالفة الحظر إذا توافرت شروطه فهو البطلان المطلق^(٣).

(١) قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٥٧ من القانون المدني (القديم). التي تحرم على القضاء وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها، تفيد عبارتها اشتراط أن يكون النزاع على الحق المبيع قائماً بالفعل وقت الشراء ومعروفاً للمشتري، سواء أكان مطروحاً على القضاء أو لم يكن طرح بعد. وإذن فلا تكفى لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلاً للنزاع ومحملاً أن ترفع بشأنه دعوى (نقض ١٩٣٦/٤/٢٦، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض جـ ١، ص ٣٦٨، فقرة ١٤٠).

(٢) منصور مصطفى منصور، ص ٢٧٩.

(٣) جاء في المذكرة الإيضاحية أن جزاء المنع هو البطلان المطلق، وتمسك به كل ذي مصلحة، ويدخل في ذلك البائع نفسه والنزاع في الحق، (مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤، ص ٢٠٥).

أما التصرفات التي تدخل في نطاق الحظر، فهي بحسب ما تقرره المادة ٤٧١ مدني، شراء الحقوق المتنازع فيها. ويعتبر الشراء باطلاً سواء نم باسم رجل القضاء أو باسم مستعار.

ورغم أن النص لا يتكلم إلا عن الشراء فإن من المتفق عليه أن الحظر يشمل أيضاً المقايضة تطبيقاً لنص المادة ٤٨٥ التي تنص على سريان أحكام البيع على المقايضة بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، فلو أن رجل القضاء حصل على الحق المتنازع فيه مقابل بدل غير نقدي فإن هذا العقد يكون باطلاً. ويسرى الحظر أيضاً على الوفاء بمقابل تطبيقاً للمادة ٣٥١ التي تقرر أنه «يسرى على الوفاء بمقابل، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى في مقابلة الدين، أحكام البيع...». فلو أن رجل القضاء اكتسب الحق المتنازع فيه من مدينه كمقابل للوفاء بدينه فإن هذا البيع يقع باطلاً. ويصدق نفس الحكم أيضاً إذا اكتسب رجل القضاء الحق المتنازع فيه كبذل في صلح (١).

أما إذا باع رجل القضاء الحق المتنازع فيه، فإن العقد لا يكون باطلاً. لأن رجل القضاء إذ يبيع الحق المتنازع فيه إنما يقطع صلته به فلا تثار بصده شبهة أو ظن، ولذلك فإن المشرع لم يبطل هذا التصرف.

ويثور البحث حول حق رجل القضاء في استرداد الحق المتنازع فيه، إذا كان هو المتنازل ضده. والرأي الراجح في الفقه وهو ما تقول به المذكرة الإيضاحية أنه «... يكون لعامل القضاء الذي ينازع في دين أن يتخلص منه إذا باعه الدائن» (٢).

ويعتبر هذا الحكم استثناء من قاعدة منع رجال القضاء من شراء

(١) منصور مصطفى منصور، ص ٢٨٢.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٢٠٥.

الحقوق المتنازع فيها، لأن رجل القضاء الذى يسترد الحق المتنازع فيه انما يشتره سواء من المتنازل أو من المتنازل له. وحكمه هذا الاستثناء أن الذى يتنازع فى هذا الحق هو رجل القضاء نفسه، وهو إذ يشتره انما ينهى هذه المنازعة فلا يكون هناك مجال لاحتمال الانحراف فى جانبه أو المساس بسمعته.

٩٥- منع المحامين من التعامل مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها:

تنص المادة ٤٧٢ على أنه «لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار والا كان العقد باطلاً» (١).

وهذا النص يضيف حظراً جديداً بالنسبة للمحامين. فهم بحكم المادة ٤٧١ السابق دراستها ممنوعون من شراء الحقوق المتنازع فيها ولو لم يكن المحامى موكلاً فى الدفاع عن هذا الحق. أما إذا كان المحامى موكلاً فى الدفاع عن الحق المتنازع فيه، فإن الحظر يصبح أشد فلا يجوز للمحامى أن يشتره أو أن يتفق مع صاحب الحق على أن يكون أجره نسبة معينة من الحق إذا ثبت بحكم من القضاء. وقد يكون هذا الاتفاق فى صورة أن يقوم المحامى بدفع مصروفات الدعوى، على أن يشارك صاحب الحق فى نتيجتها.

(١) نضت محكمة النقض بأن المادة ٤٧٢ من القانون المدنى تحظر على المحامين التعامل مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار والا كان العقد باطلاً، فإذا كان الثابت من عقد البيع أن الطاعن قد اشترى العقار المبين فيه بصفته ولياً طبيعياً على ولده القاصرين وهما ليسا ممن تضمنهم الحظر الوارد بالمادة المذكورة فلا يكون العقد باطلاً إذا ثبت أنهما كانا اسماً مستعاراً لوالدهما الطاعن الأول، فإذا كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف الذى أبده الحكم المطعون فيه لم يبين ما إذا كان اسم المشتري مستعاراً من عدمه، وكان ذلك دفاعاً جوهرياً بتغيير به وجه الرأى فى الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل الرد على هذا الدفاع وقضى بالبطلان دون التثبت من أن المشتري كان اسماً مستعاراً للطاعن يكون مشوباً بالنقص والخطأ فى تطبيق القانون» (نقض ١٩٦٤/٣/١٩، مجموعة المكنب الفنى، ص ١٥، ص ٣٨١).

ويمتنع على المحامي أيضاً أن يستأجر العين موضوع النزاع، سواء اتفق على نفاذ عقد الإيجار بمجرد إبرامه أو عند صدور الحكم بأثبات الحق.

والحكمة من هذا الحظر هي أن المحامي يكون عادة أدرى من صاحب الحق بمدى قوة حقه. وهو في سبيل مصلحته الشخصية قد يوهم صاحب الحق أن مركزه ضعيف مما يجعل صاحب الحق يقبل أن يكون أجرة المحامي جزءاً من الحق ذاته. فحتى يحمى القانون المحامي من نفسه، ويحمي أصحاب الحقوق من انحراف بعض المحامين، ويحيط العدالة وكل القائمين بها بما هو واجب من الاحترام، فقد حظر على المحامين التعامل مع موكلهم بشأن الحقوق المتنازع فيها، أي كان نوع التعامل، وكل عقد على خلاف ذلك يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

وبطبيعة الحال فإن هذا الحظر ينتهي بمجرد صدور حكم نهائي في الدعوى. فإن الحق لا يصبح بعد هذا الحكم متنازعا فيه. ويجوز للمحامي أن يتعامل بشأنه مع موكله.

ويلاحظ أنه لا يوجد مقابل لنص المادة ٤٧٢ في القانون المدني القديم أو القانون الفرنسي^(١)، وإن كان الرأي الراجح في ظل هذين القانونين هو الأخذ بحكم هذا النص مع عدم وجوده في التشريع^(٢).

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية بصدد المادة ٦٣٨ من المشروع وهي المقابلة للمادة ٤٧٢ من التقنين أنه «زاد المشروع بأن ذكر تطبيقاً خاصاً لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء، هو التطبيق الكثير الوقوع في العمل، وهو تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه إذا كان هو الذي تولى الدفاع Pacte de Quota Litis عنه سواء كان التعامل بالبيع أم بغيره، وسواء تعامل المحامي باسمه أو باسم مستعار (م ٦٣٨ من المشروع، وهي منقولة عن المشروع الفرنسي الإيطالي م ٢٣٣ فقرة ثانية ولا نظير لها في التقنين الحالي (القديم)، ويلاحظ أنه يجوز بعد انتهاء النزاع أن يتعامل الموكل مع المحامي في الحق الذي كان متنازعا فيه، (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٢٠٥).

(٢) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي، فقرة ٢٣٣ وما بعدها، بودري وسينيا، فقرة

الفصل الرابع

بيع التركة

٩٦- تعريف بيع التركة:

بيع التركة هو عقد بيع احتمالي، يبيع فيه الوارث أو الموصى له، نصيبه كله أو بعضه مقابل ثمن نقدي يقدر جملة واحدة. وإذا كان البيع من وارث إلى وارث آخر فإن العقد يكون تخرجاً بين الوارثين^(١). وبيع التركة أعم من التخرج فهو يشمل التخرج ويشمل غيره.

وبيع التركة لا يتم إلا بعد وفاة المورث وثبوت الحق في الميراث. أما قبل وفاة المورث فإن البيع يكون باطلاً باعتباره تصرفاً في تركة إنسان على قيد الحياة (م ١٣١) (٢).

وبيع التركة هو الذي يقع على كل نصيب الوارث في التركة أو على بعض نصيبه فيها دون تحديد. أما إذا حدد الوارث المال الذي يبيعه فإن هذا العقد لا يعتبر بيعاً لتركته^(٣)، ولو كان هذا المال هو كل ما آل إلى الوارث

(١) تنص المادة ٤٨ من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ على أن «التخرج هو أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم. فإذا تخرج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله في التركة. وإذا تخرج أحد الورثة مع باقيهم، فإن كل المدفوع له من التركة قسم نصيب بينهم بنسبة أنصبتهم فيها، وإن كان المدفوع من مالهم ولم ينص في عقد التخرج على طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بالتسوية بينهم».

(٢) نقض ١٩٦٧/١١/٢١، مجموعة للكتب الفنى، ص ١٨، ص ١٧٣٦.

(٣) ويجب شهر حق الإرث حتى يمكن شهر تصرفات الوارث في العقار الذي آل إليه بالميراث وقد قضت محكمة النقض بأن «مفاد نص الفقرتين الأولى والثانية للمادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أن المشرع لم يجعل شهر حق الإرث شرطاً لانتقال الحقوق النينية العقارية إلى الورثة، حتى لا تبقى هذه الحقوق بغير مالك لحين شهر حق الإرث وإنما تؤول هذه الحقوق المورثة من وقت وفاة المورث باعتبار أن انتقال ملكية =

بالميراث. ويكون البيع يرد على تركة أو على نصيب في هذه التركة دون تحديد للأعيان محل البيع، هو ما يجعله بيعاً احتمالياً جزائياً. ويرد بالتالي الأحكام الخاصة التي نص عليها المشرع بشأنه.

ولا يمنع اعتبار العقد بيعاً لتركة أن يرد فيه ذكر بعض الأعيان التي توجد في هذه التركة، طالما أن هذه الأعيان ليست هي شكل الشيء المبيع. سونظراً لأنه لا تركة إلا بعد سداد الدين فإن بيع التركة يرد على الحقوق التي تظل فيها بعد سداد ما عليها من ديون. فلا تثقل للمشتري ملكية شيء قبل سداد ديون التركة (١).

سأعيان التركة بما فيها الحقوق العينية المقابلة من المورث إلى الوارث أمر يعرب على واقعة الوفاة. واكتفى المشرع في مقام تحديد الجراء على عدم شهر حق الإرث بمنع شهر أى تصرف يصدر من الوارث في أى عقارات التركة دون منع التصرف ذاته، (نقض ١٩٦٦/١١/١ مجموعة المكتب الفني، ص ١٧، ص ١٥٩٩).

(١) تفسر محكمة النقض قاعدة (لا تركة إلا بعد سداد الدين)، بأن حقوق التركة تثقل إلى الورثة ولو كانت التركة مستغرقة بالدين. ولكنها تثقل بثقلها بحق عيني هو حق رهن قانوني مقرر لمصلحة دائي التركة، يكون لهم بمقتضاه أن يستوفوا حقوقهم من أموال التركة مفضلين على دائي الورثة ولهم أن يتبعوا أموال التركة في يد المتصرف إليهم من الورثة. وقد قضت محكمة النقض بأن «مؤدى قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين أن تركة المدين تثقل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم مادام أن الدين قائم فدون أن يكون لهذا الوارث الدفع بتقسام الدين على الورثة» (نقض ١٩٦٢/٦/٧، مجموعة المكتب الفني، ص ١٢، ص ١٧٧٤) في نفس المعنى، نقض ١٩٤٧/٢/٢٧، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ٢، ص ١٠٠٠، فقرة ١٢. وقضت محكمة النقض بأن الدين وإن كان مستغرماً للتركة لا يمنع انتقالها لورثة المدين عند موته» (نقض ١٩٤٤/١٢/٧، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ٢، ص ٩٩٩، فقرة ١٨) وقضت محكمة النقض بأن عدم شهر حق الإرث لا يمنع انتقال الحقوق المقابلة إلى الورثة بمجرد وفاة المورث وأن امتنع عليهم شهر التصرفات التي يجرئونها على هذه الحقوق، نقض ١٩٦٦/١١/١، مجموعة المكتب الفني، ص ١٧، ص ١٥٩٩، راجع كذلك نقض ١٩٤٧/٢/٢٧، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ٢، ص ١٠٠٠، فقرة ١٠.

وتد وضع المشرع علم نصوص حدد بها التزامات البائع والتزامات المشتري. وفيما عدا هذه النصوص فإن بيع التركة يخضع للقواعد العامة في عقد البيع.

٩٧-التزامات البائع:

يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع والتسليم والضمان.

أما تنفيذ التزام البائع بنقل ملكية المبيع فهو يتوقف على طبيعة كل حق من حقوق التركة، فكل من كان البيع شاملاً لكل حقوق التركة أو بعضها، إلا أن انتقال ملكية كل حق من هذه الحقوق يتم بالطريقة التي رسمها القانون لنقل ملكية كل حق على حدة. وفي هذا تنص المادة ٤٧٤ مدني على أنه «إذا بيعت تركة فلا يسرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة. فإذا نص القانون على اجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين وجب أيضاً أن تستوفى هذه الاجراءات». وطبقاً لهذا النص فإن المتقولات المعنية بالذات تنتقل ملكيتها بمجرد العقد وإذا وجدت منقولات معينة بالنوع في التركة فإنها تعتبر معينة بالذات لأن بيع التركة هو بيع جزاف، تنتقل به ملكية المنقولات المادية كلها بمجرد العقد. أما الحقوق الشخصية فإن بيعها يكون حوالة لها، فتنتقل فيما بين المتعاقدين بمجرد العقد. أما بالنسبة للغير فلا يحتاج بهذا الانتقال على المدين إلا بقبول الحوالة أو اعلانه بها. ولا يحتاج بذلك على غير المدين إلا باعلان المدين أو بقبوله ثابت التاريخ (مادة ٣٠٥ مدني).

أما الحقوق العقارية فإن الملكية فيها لا تنتقل فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، إلا بالتسجيل^(١).

(١) قارن عبد الرزاق السنهوري حيث يقول «ولا حاجة في ذلك للتسجيل حتى ولو اشتملت الحصة المبيعة على عقار. ولكن لا تنتقل ملكية عقار بالذات إلى المشتري حتى فيما بين الطرفين إلا بالتسجيل» (الوسيط، ج٤، فقرة ١٢١). راجع في رفض هذا الرأي لساميل غانم، فقرة ٢١٤.

ومحل التزام البائع بنقل الملكية هو كل تركة أو نصفها أو ثلثها بحسب ما ينص عليه الاتفاق. وتتحدد التركة بحسب حالتها وقت وفاة المورث، وليس وقت إبرام العقد. ولو كان البائع قد استولى لنفسه على شيء من أموال التركة في الفترة ما بين الوفاة والبيع فإنه يكون ملتزماً بنقل ملكية هذا الشيء إلى المشتري مع سائر حقوق التركة. وهذا ما تنص عليه المادة ٤٧٥ مدني بقولها «إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه ما لم يكن عقد البيع قد اشترط صراحة عدم الرد». وهذا الحكم ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على عكسه. ولكن إذا لم يوجد اتفاق خاص فإن البائع يكون ملتزماً بأن يرد للمشتري ما استوفاه من ديون التركة، أو ما حصل عليه من ثمن لما باعه من حقوقها^(١). وهو يلتزم فقط بدفع ثمن ما باعه ولا يلتزم بنقل ملكية ذات الشيء الذي باعه من قبل وهو ما أصبح مستحيلاً.

وعلى هذا النحو فإن محل التزام البائع بنقل الملكية يشمل ما يوجد من أعيان التركة وقت البيع وثمر ما باعه الوارث من قبل وقيمة الديون التي استوفاه، وما حصله هو من ثمار أموال التركة من وقت وفاة المورث، والتعويضات التي حصل عليها عن الضرر الذي سببه الغير لأموال التركة، وما تبرع هو به من أموال التركة. ما لم يتفق على إسقاط شيء من هذه الأشياء.

ويلاحظ أنه إذا كانت حقوق الوارث شائعة مع غيره من الورثة فإنه يقل للمشتري حقوقه بهذا الوصف أى باعتبارها شائعة، فيصبح المشتري مالكا على الشيوع مع الورثة الآخرين.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، ص ٢١٣.

ونظراً لأن الالتزام بالتسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية، فإن البائع يلتزم بتسليم التركة للمشتري، ليس بالحالة التي كانت عليها وقت العقد طبقاً للقواعد العامة في عقد البيع، ولكن بالحالة التي كانت عليها وقت الوفاء (١).

أما التزام البائع بالضمان فهو يتصب أساساً على ثبوت حق البائع في الميراث. فلو أن الوارث باع كل التركة فيجب أن يكون وارثاً لكل التركة، وإذا باع نصفها فيجب أن يكون وارثاً لنصفها أو أكثر من النصف، وهكذا. ولا يضمن الوارث وجود أعيان معينة في التركة أو وجود حقوق معينة بها (٢). فهو قد باع التركة كلها أو بعضها، ولم يبع عيناً معينة بالذات فيها. فإذا أراد المشتري أن يضمن له البائع وجود حق بالذات ضمن أموال التركة فلا بد من اشتراط ذلك صراحة في العقد. وهذا ما تقرره المادة ٤٧٦ التي نصت على أن «من باع التركة دون أن يفصل مشتملاتها، لا يضمن إلا ثبوت وراثته ما لم يتفق على غير ذلك» (٣).

٩٨- التزامات المشتري

الالتزام الأساسي على عاتق المشتري هو دفع ثمن المبيع، ونظراً لأن هذا الثمن يقابل التركة، وأنه لا تركة إلا بعد سداد الثمن، فإن كل ديون التركة

(١) بلانيول وريبير وهامل، فقرة ٣٥٩؛ اسماعيل غانم، فقرة ٢١٤ منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٧.

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية أن «هذا البيع ينطوي على شيء من الاحتمال والمقاربة فإن البائع لا يضمن إلا ثبوت وراثته. أما ما يشتمل عليه نصيبه في الميراث من حقوق وديون فلا يضمن منها شيئاً» (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٢٠٨).

(٣) يعتبر تفصيل مشتملات التركة شرطاً مشدداً للضمان، وكما يجوز تشديد الضمان يجوز انتقاصه أو إسقاطه، فيجوز أن يشترط الوارث عدم ضمانه حتى لثبوت حقه في الإرث ويكون البيع في هذه الحالة عقد احتمالياً محضاً. راجع، بودرى وسينيا، فقرة ٨٨٦، فقرة ١٨٩١ عبد الرزاق السنهوري، فقرة ١٢٣.

تستوفى منها قبل أن يؤول أى حق للمشتري. فإذا تصورنا أن البائع هو نفسه كان دائماً للتركة، ثم انقضى هذا الدين بالميراث بسبب اتحاد الذمة، فإن هذا الدين يعود مرة أخرى للوجود بالتصرف فى التركة إلى شخص آخر، لأن اتحاد الذمة ليس سبباً من أسباب انقضاء الالتزام وإنما هو مانع فقط من موانع المطالبة به، فإذا عاد حق الوارث قبل التركة، فإن المشتري يكون مسئولاً عن هذا الحق فى مواجهة الوارث ويدفع له حقه بالإضافة إلى ثمن المبيع. ويصدق نفس الحكم أيضاً إذا قام الوارث وهو البائع بدفع بعض ديون التركة للغير، فإنه يستردها من المشتري. وهذا ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك. وقد ورد هذا الحكم فى المادة ٤٧٦ مدنى التى تقرر أن «يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة وبحسب للبائع كل ما يكون دائماً به للتركة ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك». فكأن المشتري يلتزم بدفع الثمن وفوائده والمصروفات. ويضاف إلى ذلك ديون التركة التى تكون حقاً للبائع والتى يكون البائع قد وفاه للغير، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك (١).

(١) يفرق البعض بين ضريبة الشركات وهذه تعتبر من ديون التركة وتحملها المشتري فيما يتحمله من ديون التركة - وفيما لا يجاوز حقوقها بطبيعة الحال - أما رسم الأهلولة فإن الوارث هو الذى يتحمله فى ماله الخاص، لأن هذا الرسم فرضه القانون مقابل أهلولة التركة إلى الوارث، وقد غنم الوارث من التركة بدليل أنه استطاع أن يبيع نصيبه فيها، ولذلك فهو يتحمل رسم أهلولة هذا النصيب إليه ولا يرجع به على المشتري، راجع عبد الرزاق السنهوري، ج٤، فقرة ١٣٤. ولكن فى مواجهة الخزنة العامة فإن الوارث والمشتري منه يكون كل منهما متضامناً فى سداد ضريبة الشركات ورسم الأهلولة إذا تم البيع قبل انقضاء عشر سنوات على افتتاح التركة. وقد قضت المادة ٤٥ من قانون ضريبة الشركات الصادر فى ١٩٤٤/٨/٣١ على أنه «يجب على كل من يشتري عقاراً أو أى حق آخر من حقوق العينية أهلاً إلى البائع من تركة أو من وصية، ولم يكن قد مضى على وفاة المورث أن الموصى أكثر من عشر سنوات، أن يثبت قبل التعاقد من الوفاء بالرسوم المطلوبة للحكومة، وإلا كان مسئولاً بالتضامن مع الوارث البائع عن وفاة الرسوم المتأخرة، وكل من يشتري منقولات مع علمه بعدم وفاة رسوم الأهلولة يكون مسئولاً بالتضامن عن دفعها مع الوارث البائع».

الفصل الخامس

البيع فى مرض الموت

٩٩- القاعدة العامة فى تصرفات المريض مرض الموت:

مرض الموت هو المرض الذى يغلب فيه الموت، ويتصل به الموت فعلاً، ولو لسبب غير المرض. أما إذا سقى المريض من مرضه فلا يعتبر هذا المرض مرض موت ولو كان مما يغلب فيه الموت عادة. وعلى هذا النحو فإن حكم تصرفات المريض مرض الموت لا يثور بحثه إلا بعد حدوث الموت فعلاً^(١).

والأصل أن الشخص كامل الأهلية يكون أهلاً للتصرف فى أمواله بجميع أنواع التصرف، سواء على سبيل التبرع أو بطريق المعاوضة. ومع ذلك فإنه أخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية، فإن حق الورثة يتعلق بأموال المورث إذا داهمه مرض الموت فى حدود ثلثى هذه الأموال^(٢)، أما الثلث

(١) محمد أبو زهره، أحكام التركات والموارث، ١٩٤٩، ص ٢، هامش ١، عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية، ١٩٦٤، ص ٤٤٧، راجع تحديد المقصود بمرض الموت، نقض ١٩٥٠/٥/٣، نقض ١٩٥١/١٠/٢٥، نقض ١٩٥١/٣/٢٣، نقض ١٩٥٠/١١/٢٣، نقض ١٩٥٠/٣/٢، نقض ١٩٥٥/٤/٢١، نقض ١٩٥٠/١/١٢، نقض ١٩٥١/٦/٢، نقض ١٩٥٣/١٢/١٠، نقض ١٩٤٩/٢/٣ (مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض ج ٢، ص ٩٥٦ - ص ٩٥٨، الفقرات ١ - ١٤)، نقض ١٩٥٦/٦/٧، نقض ١٩٥٩/٦/١١، نقض ١٩٦٠/٦/٢٣، (مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ٣، ص ٦٨٢، الفقرات ١ - ٥)، نقض ١٩٦٩/٤/١، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢٠، ص ٥٦١.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه وإن كان التحايل على مخالفة أحكام الإرث باطلاً بطلاناً مطلقاً فذلك لا يمنع المالك الكامل الأهلية من حرية التصرف فى ملكه تصرفاً غير مشوب بحسب من الميؤب ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو إلى التعديل فى نصيبهم ولا تنقيد التصرفات إلا ابتداء من مرض الموت (نقض ١٩٣٦/٦/٤، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ٢، ص ١٠٠١، ققرة ١٧، ققرة ١٨).

الآخر فيجوز للمريض أن يهبه للغير، كما يجوز له أن يوصى به للغير. والواقع أنه لا فرق في هذه الحالة بين الهبة وبين الوصية؛ لأن الهبة يكون المقصود بها هو تملك الموهوب له بعد الوفاة، أى أنها في حقيقتها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ١/٩١٦ بقوله: «كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف».

ولكن من المعروف أن التصرف الذى يتم على سبيل التبرع، أى على سبيل المحاباة، لا يكشف عادة عن ذاته حتى يخضع لأحكام الوصية الآمرة، وأهمها عدم جواز الوصية فيما يجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المال المتصرف فيه. ولذلك فإن التبرع يأخذ غالباً صورة البيع أو أى تصرف آخر على سبيل المعاوضة، حتى لا ينطبق عليه حكم الوصية، وحتى يتمكن المتبرع - إذا أراد - أن يتبرع بأكثر من ثلث تركته. ومنعاً لهذا التحايل، فقد نص المشرع فى المادة ٣/٩١٦ على أنه «وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت، أعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك. كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة».

ويضع هذا النص قرينة مؤداها^(١) أن كل تصرف صادر فى مرض

(١) وطبيعة الحال لا تكون هناك حاجة إلى هذه القرينة إذا صدر التصرف فى صورة وصية حاضرة فى أول الأمر. وفى هذا المعنى نقول محكمة النقض «مجال البحث فى تطبيق المواد ٢٥٤ منى قديم وما بعدها إنما هو حيث يكون التصرف المظنون بحصوله فى مرض الموت قد صدر منجزاً، وأن مؤدى لبوت صحة الظن فيه بحصوله فى مرض الموت اعتبار هذا التصرف وصية فإذا لم يكن التصرف - محل النزاع - تصرفاً منجزاً بل كان وصية سافرة من أول الأمر وتخضع لأحكام القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فإنه لا يكون هناك محل لأعمال أحكام تلك المواد على واقعة النزاع» (نقض ١٩٥٦/٢/٢٣، مجموعة المكتب الفنى، ص ٧، ص ٢٤٤).

الموت، هو تصرف على سبيل التبرع، ويأخذ حكم الوصية، فلا يكون جائزاً إلا في حدود ثلث التركة، أما ما زاد عن الثلث، فإنه لا يكون نافذاً في حق الورثة إلا إذا أقروه بعد الوفاة وكانوا أهلاً للتبرع عالمين ما يقرون به. (م ١٧ من قانون الوصية).

وحتى يستفيد الورثة من هذه القرينة فعليهم أن يثبتوا أن التصرف صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، وذلك طبقاً للمادة ٢/٩١٦ التي تقرر أنه وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً (١).

وهذا النص لا يجعل الورثة من الغير بصفة مطلقة بحيث لا يحتاج إطلاقاً في مواجهتهم بتاريخ الورقة العرفية إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً (م ٢٩٥ مدني، م ١٥ اثبات). ولكنه يسمح لهم فقط بإثبات عدم صحة التاريخ وبوقوع التصرف في مرض الموت، بجميع طرق الإثبات، على أساس أن تغيير التاريخ قصد به التحايل على القانون، فإذا أثبت الورثة أن تاريخ

(١) بعد أن أقام المشرع ثمة قانونية على أن تصرف المورث في مرض الموت يعتبر تبرعاً ويأخذ حكم الوصية، أصبحت أهم مسألة بشور يصددها الخلاف هي مسألة إثبات تاريخ حدوث التصرف، وهل وقع في مرض الموت أو قبل ذلك، وإذا كان الوارث لا يعتبر في حكم الغير بحسب الأصل فيما يتعلق بالتصرفات الصادرة من مورثه أو بالنسبة للتاريخ العرفي لهذه التصرفات، إلا أن محكمة النقض تعتبر الوارث في حكم الغير إذا كان القصد من تصرف المورث الذي يظن فيه الوارث هو الإضرار بحق الوارث في الميراث. ومن تطبيقات هذا المبدأ أنه يجوز للوارث أن يثبت بكل طرق الإثبات وقوع التصرف في مرض الموت على خلاف التاريخ العرفي الملاكور في التصرف. راجع في هذا المعنى، نقض ١٩٤٨/١٠/٢١، نقض ١٩٤١/١/٢٣، نقض ١٩٤١/١٢/١٨، نقض ١٩٤٦/٥/١٦، نقض ١٩٤٩/٢/٣، نقض ١٩٣٧/٤/١٥، نقض ١٩٥٠/٥/١١، نقض ١٩٥٢/٢/٢٦ (مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، ج ٢، ص ١٠٠٢، الفقرات ٢٥، ٢٦، ٢٧، ٢٩، ٣٠، ٣١، ٣٥، ٣٦) نقض ١٩٥٠/٦/٧، ولا يجوز التسليم بأن التصرف صدر في مرض الموت لأول مرة أمام محكمة النقض، نقض ١٩٦٩/٢/١٣، مجموعة المكتب الفني، ص ٢٠، ص ٣٤٩. نقض ١٩٧٧/١٢/٦، ص ٢٨، ص ٢٩٩.

الورقة العرفية غير صحيح، وأن التاريخ الحقيقي للتصرف يقع في مرض الموت، فإن ذلك يكفي لقيام القرينة التي قررها المشرع، والتي مؤداها أن التصرف قد تم على سبيل التبرع ولو ذكر أنه على سبيل المعاوضة، وبأخذ بالتالي حكم الوصية^(١).

ولكن هذه القرينة ليست قاطعة فيجوز للمتصرف إليه أن يثبت أن التصرف ليس تبرعاً، وأنه على سبيل المعاوضة، فإذا أثبت ذلك انتفت القرينة وأصبح التصرف نافذاً في حق الورثة ولو كان المال المتصرف فيه أكثر من ثلث التركة.

ولكن زيادة في حماية حقوق الورثة، فإنه يكفي أن يثبت المتصرف إليه أن التصرف قد تم على سبيل المعاوضة، بل يجب أيضاً أن يثبت أن المقابل في هذا التصرف معادل لقيمة الشيء المتصرف فيه. فإذا أثبت المتصرف إليه أن التصرف هو في حقيقته بيع، ولكن الثمن الذي أثبت وجوده كان يقل عن القيمة الحقيقية للشيء المتصرف فيه، فإن التصرف يعتبر تبرعاً في حدود الفرق بين قيمة محل التصرف وقت الموت وبين الثمن الذي دفعه المتصرف إليه. ولا يكون هذا التصرف نافذاً في حق الورثة إلا إذا كان الفرق المذكور في حدود ثلث التركة داخلاً فيها المال محل التصرف. فإذا زاد الفرق عن

(١) قضت محكمة النقض بأن «الوارث وإن كان لا يرتبط بالتاريخ العرفي الوارد في ورقة التصرف الصادر من مورثه متى كان له قانوناً حق الطعن في ذلك التصرف، إلا أنه ليس له أن يطالب بعدم الاحتجاج عليه بذلك لمجرد كونه غير ثابت بصفة رسمية، بل كل له هو أن يثبت بكافة الطرق القانونية أن التصرف المظنون فيه لم يصدر في تاريخ العرفي وإنما صدر في تاريخ آخر ليتوصل من ذلك إلى أن صدره كان في مرض الموت» (نقض، ١٩٣٤/٤/١٥، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ٢، ص ١٠٠٣، فقرة ١٢٨) في نفس المعنى، نقض ١٩٤٨/١٠/٢١، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ٢، ص ١٠٠٢، فقرة ٢٥، نقض ١٩٤١/١٢/١٨، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ٢، ص ١٠٠٢، فقرة ٢٧، ولكن إذا كان التصرف وصية سافرة، فلا تكون هناك حاجة إلى أعمال القرينة المنصوص عليها في المادة ١٩٦ أو ثبات أن التصرف صدر في مرض الموت، راجع، نقض ١٩٥٦/٢/٢٣، مجموعة المكتب الفني، ص ٧، ص ٢٤٤.

ذلك التركة فإنه لا يكون نافذاً في الزيادة إلا إذا أقر الوارث وهم يعلمون بأنه غير نافذ في حقهم، مع توافر أهلية التبرع لديهم^(١)، أو إذا رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين. وقد طبق المشرع هذا الحكم على عقد البيع بنص خاص هو نص المادة ٤٧٧ التي تقر أنه «(١) إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بشمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسرى في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الشمن لا يتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته. (٢) أما إذا كانت هذه الزيادة تتجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يتجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقره أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين. (٣) ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ١٩٦».

وتطبيقاً لهذا النص ونص المادة ٩١٦ فإن بعض تصرفات المريض مرض الموت لا تسرى في حق الورثة. ومقتضى عدم سريانها أن المال المتصرف فيه يعود إلى التركة ويقسم على الورثة كل بحسب نصيبه، ويحرم منه المتصرف إليه، فيزول له كل حق عليه. ولكن حماية للغير، إذا كان المتصرف إليه قد تصرف مرة أخرى في المال، فإنه إذا كان الغير حسن النية لا يعلم وقت إبرام عقده أن ملكية المتصرف مهددة بالزوال، فإن حقه يظل محفوظاً إذا كان على سبيل المعاوضة، وكان قد تم شهره إذا كان وارداً على عقار. وتقرر المادة ٤٧٨ هذا الحكم بقولها: «لا تسرى أحكام المادة السابقة اضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المباعة». فإذا اشترى الغير من المتصرف إليه وهو حسن النية وقام بتسجيل عقده، فإن الورثة لا يستطيعون استرداد العقار من هذا المشتري. وإذا ارتهن الغير من المتصرف إليه وهو حسن النية وقام ببيع رهن فإن العقار يعود إلى الورثة متقلاً بحق الرهن لمصلحة الغير.

(١) راجع في اعتبار إجازة الورثة للرسمية مقررة للحق لا منصفة له، نقض ٩٥٧/٢/٧.
معمور: المكتب الفنى، ص ٨، ص ١٢٦.

الفصل السادس

بيع النائب لنفسه

١٠٠ - تطبيق القاعدة العامة في تعاقد النائب مع نفسه.

الأصل هو عدم جواز تعاقد النائب مع نفسه سواء باعتباره نائباً عن كل من الطرفين، أو باعتباره نائباً عن أحد الطرفين وأصيلاً عن نفسه فالشخص لا يكون نائباً عن مصلحتين متعارضتين، وخاصة إذا كانت مصلحته هي إحدى هاتين المصلحتين. ومع ذلك فإن هذه القاعدة ليست من النظام العام فيجوز للأصيل أن يأذن للنائب أن يتعاقد مع نفسه، كما يجوز له أن يقر هذا التصرف بعد وقوعه. وقد نص المشرع على هذه الأحكام في المادة ١٠٨ مدني التي تنص على أنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل. على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة».

وقد طبق المشرع هذه القاعدة على عقد البيع بنص خاص لم يورد جديداً في الواقع على القاعدة العامة، وهو نص المادة ٤٧٩ مدني التي يقرر أنه «لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة، أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الاختلال بما يكون منصوباً عليه في قوانين أخرى».

وهذا النص ينطبق على كل أنواع النيابة أيما كان مصدرها، القانون أو القضاء أو الاتفاق، ويشمل الشراء الذي يرمه النائب مع نفسه في أي

صورة من الصور سواء كان ذلك باسمه مباشرة، أو باسم مستعار، أو حتى لحساب شخص آخر يترب عنه النائب أيضاً طبقاً للمادة ١٠٨. ويقوم الحظر حتى ولو كان الشراء بطريق المزاو العلنى. وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية: «نص المشرع صراحة على أن البيع ممنوع ولو كان بالمزاو أو كان باسم مستعار. والنص فى الحالة الثانية يزيل لبساً (١)». واللبس الذى تشير إليه المذكرة الإيضاحية يرجع إلى أن بعض شراح القانون المبنى القديم ذهب إلى أن الحظر لا يسرى على الشراء فى المزاو العلنى لأن الدائنين هم الذين يباشرون البيع بالمزاو تحت رقابة المحكمة. وذهب البعض الآخر إلى أن المنع يشمل البيع بالمزاو العلنى أيضاً (٢). وقد حسم القانون الجديد هذا الخلاف.

وطبقاً لنص المادة ٤٧٩ فإن شراء النائب بنفسه أو لنفسه يكون جائزاً إذا تم باذن من القضاء. وصياغة النص معينة فى هذا الموضع، لأن المقصود هو أن يصدر الاذن من نفس السلطة التى عينت النائب سواء كان هو القاضى فى حالة النيابة القضائية، أو كان هو العقد فى حالة النيابة الاتفاقية (٣).

ولا يوجد الحظر كذلك إذا أجازت نصوص أخرى هذا النوع من التصرف أو أجازته العرف التجارى. ومن أمثلة النصوص القانونية التى تجيز تعاقد النائب مع نفسه، نص المادة ١٤ من قانون الولاية على المال وهى تقرر أن: «للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٤، ص ٧٣٠.

(٢) راجع فى الآراء المختلفة فى ظل القانون المبنى القديم، أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى، قرة ٢٢٨، ص ٢٣٤.

(٣) قضت محكمة النقض بأن الاعتماد فى تقرير صحة البيع على أنه ليس فى ظاهر العقد ما يشوبه وأن المشتري قد دفع الثمن، لا يصلح رداً على ما تملك به ورثة البائع من بطلان البيع لقيام الوكالة بين البائع والمشتري وقت الشراء، نقض ١٣/٥/١٩٤٨، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج ١، ص ٣٦٨، قرة ١٤٤.

لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك. ومن أمثلة العرف التجاري ما يجرى عليه العرف من الاذن للوكيل بالعمولة له فى شراء ما وكل فى بيعه لحساب من وكله فى البيع فى بعض الحالات الخاصة (١).

وبطبيعة الحال فإن الحظر ينتهى بانتهاء النيابة أياً كان نوعها (٢).

١٠١- منع السماسرة والخبراء من شراء الأموال المعهودة لهم:

وتنص المادة ٤٨٠ مدنى على أنه «لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار».

والسمسار لا ينوب عن صاحب المصلحة فى البيع ولكنه وسيط يسمى إلى ايجاد مشتر للشئ المطلوب بيعه. وقد يرغب السمسار فى شراء الشئ لنفسه، ولكنه يقدم شخصاً آخر للبائع على أنه المشتري، ويوهم البائع فى نفس الوقت أن الثمن المقروض هو ثمن ملائم لانعام الصفقة ويكون مراعيًا فى ذلك مصلحته الشخصية، فمنعاً لمثل هذا التحايل، الحق المشرع السمسار بالتائب فى حرمانه من شراء الأموال المعهودة إليه سواء باسمه أو باسم مستعار.

وقد طبق المشرع نفس الحكم على الخبير أيضاً وهو الشخص الذى يلجأ إليه صاحب المال لتقدير قيمته. فانه قد يخس قيمة المال ثم يشتريه

(١) تنص المادة ٣٥ من القانون رقم ١٦١ لسنة ١٩٥٧ باللائحة العامة لبورصات الأوراق المالية على أنه «إذا تلقى السمسار أمرين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء بالسعر نفسه وكان هو سعر السوق جاز له تنفيذهما بالشروط الواردة فى اللائحة الداخلية». وهذا النص تطبيق للعرف التجارى فى هذا الشأن، راجع مصطفى كمال طه، الوجيز فى القانون التجارى، ١٩٧١، فقرة ٤٤١.

(٢) قضت محكمة النقض بصحة شراء الوصى لأموال القصر بعد صدور قرار من المجلس الحسمى بحرمان هذا الوصى من الادارة وأفراد وصيين آخرين بها، نقض ١٩٥٠/٢/٢٣، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٦٨، فقرة ١٤٥.

بعد ذلك لنفسه بعد أن أقنع البائع بالقيمة المنخفضة التي قدرها للمال المعهود إليه تقدير قيمته.

١٠٢ - جزاء الشراء على خلاف الحظر:

تنص المادة ٤٨١ على أنه «يصح للعقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازة من تم البيع لحسابه». ويرد هذا النص الحكم الوارد في المادة ١٠٨ السابق ذكرها والتي تنص «على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد».

وقد فسرت المذكرة الإيضاحية الجزاء على الشراء رغم المنع، على أساس البطلان النسبي للعقد، فهي تقول «أجاز المشرع تصحيح البيع (وهو باطل بطلاناً نسبياً لمصلحة البائع، وقد قرر "بطلان نص خاص لعله تعارض المصلحة)»^(١) وكان الدكتور السهوري من أنصار هذا الرأي، وهو الذي كتب ما جاء بالمذكرة الإيضاحية. ومع ذلك فهو قد عدل عن هذا الرأي، وهو يقول الآن «والصحيح أن تحريم بيع النائب لنفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الأصيل عندما أناب النائب في بيع ماله لم يدخل في هذه الانابة أن يكون النائب هو المشتري سواء لنفسه أو بالنيابة عن غيره، والا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى انابته في البيع. فإذا ما باع النائب المال لنفسه، سواء باعتباره أصيلاً في الشراء أو باعتباره نائباً عن غيره فيه، يكون قد جاوز حدود نيابته، فلا ينفذ تصرفه في حق الأصيل إلا إذا أجازة هذا»^(٢). وتكييف الجزاء بأنه عدم النفاذ هو ما يأخذ به الفقه الغالب في مصر في ظل القانون المدني الجديد^(٣)، ومع ذلك فإن هذا التكييف لا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، ص ٢٣٠.

(٢) عبد الرزاق السهوري، ج٤، ص ١٠٦.

(٣) اسماعيل غانم، ص ١١٦، محمد ليب شنب ومجدي صبحي خليل، ص ٧٣؛ أنور سلطان وجلال المدوي، ص ١٤٤ سليمان مرقس، ص ١٢٤.

بمعنى حكم العقد قبل اجازة الأصيل له، وهل هو موجود أو غير موجود، وإذا كان موجوداً فهل هو صحيح أم غير صحيح. وبذهب الدكتور منصور مصطفى منصور إلى أن حكم العقد قبل اجازته أنه موقوف اخذاً بحكم العقد الموقوف بالمقرر في الشريعة الإسلامية^(١)، ولكن مما قد يؤخذ على هذا الرأي أن القانون المدني لا يعرف نظرية العقد الموقوف وهو لم يأخذ بها في أنسب موضع لها في بيع ملك الغير، إذ قرر بصدده البطلان النسبي على ما ذكرنا^(٢).

ويبدو لنا أنه إذا جاوز النائب حدود نيابته أو إذا اشترى السمسار أو الخبير رغم المنع ومع عدم وجود نيابة أصلاً لأى منهما، فإن التصرف يكون باطلاً بطلاناً نسبياً، وقد تقرر هذا البطلان بنص خاص.

ولكن البطلان النسبي ينقسم في رأينا إلى قسمين، فهناك البطلان النسبي بمعنى القابلية للإبطال. وفي هذه الحالة يكون التصرف قائماً ومنتجاً لآثاره إلى أن يتقرر إبطاله. وهناك البطلان النسبي بمعنى القابلية للتصحيح. وفي هذه الحالة لا يكون التصرف منتجاً لآثاره إلى أن يتقرر تصحيحه.

وبيع النائب أو السمسار أو الخبير على خلاف المنع، هو بيع باطل بطلاناً نسبياً بمعنى القابلية للتصحيح. فيكون التصرف قبل تصحيحه غير منتج لأى أثر من آثاره، وهو إذا صحح بالأجازة من الأصيل أو من الجهة التي عينت النائب فإن العقد يصبح صحيحاً منتجاً لآثاره^(*).

(١) منصور مصطفى منصور، ص ٣٠٣.

(٢) أنظر في عدم أخذ المشرع المصري بنظرية العقد الموقوف، عبد الرزاق السنهوري، ج ٤، ص ١٠٦، هامش ١.

(*) لو أخذت محكمة النقض البطلان النسبي بمعنى القابلية للتصحيح لما وقعت في الحرج الذي جعلها لا تفرق بين آثار البطلان المطلق وآثار البطلان النسبي. فهي تقرر أن خطأ الحكم في قوله إن البطلان المنصوص عليه في المادة ٢٠٨ من القانون المدني القديم هو بطلان مطلق، مع أنه أجنبي، لا يكون له تأثير في مصير الحكم ما دام هذا البطلان لم يزل برضاء=

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة بعض أنواع البيع. وننتقل إلى دراسة عقد المقايضة كملحق لعقد البيع.

ملحق (١)

عقد المقايضة

١٠٣- تطبيق أحكام البيع على المقايضة كلما أمكن ذلك:

الفارق الوحيد بين المقايضة والبيع هو أن البيع مبادلة عين بنقد، بينما المقايضة مبادلة عين بعين. وقد عرف المشرع عقد المقايضة في المادة ٤٨٢ بقوله «المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين بأن ينتقل إلى الآخر على سبيل التبادل، ملكية مال ليس من النقود».

ويلاحظ أنه إذا كان المقابل يتكون من عنصرين أحدهما نقدي والآخر غير نقدي، وكان المقابل غير النقدي هو الغالب فإن العقد يكون مقايضة أيضاً، ويعتبر العنصر النقدي وسيلة لتكملة المقابل غير النقدي، وهو ما يسمى بالمعدل. وقد نصت على هذا الفرض المادة ٤٨٣ بقولها «إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً» (١).

وفيما عدا الفارق في طبيعة المقابل فإن عقد المقايضة لا يختلف شيئاً عن عقد البيع. ولذلك لم يضع المشرع أحكاماً خاصة لعقد المقايضة واكتفى في شأنه بالإحالة إلى أحكام عقد البيع. وهذا ما تقرره المادة ٤٨٥

= القاصر بعد بلوغه من الرشد ولا بإجازة المجلس الحسبي له، (نقض ١٩٥٠/٢/٢٣، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ١، ص ٣٦٨، فقرة ١٤٣).

(١) راجع في تكييف العقد بأنه بيع أو مقايضة، نقض ١٩٣٥/٥/٣٠ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جـ ٢، ص ٩٨٦، فقرة ١٤.

بقولها «تسرى على المقايضة أحكام البيع. بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذى قاىض به ومشترياً للشيء الذى قاىض عليه».

وطبقاً لهذا النص فتسرى على المقايضة كل أحكام البيع الا ما يتعلق منها بالثمن وشروطه. ولا تسرى على المقايضة أيضاً طبقاً للرأى السائد أحكام الغبن التى نص عليها المشرع فى بيع عقار غير كامل الأهلية^(١).

ومن المسائل التى تختلف فيها المقايضة عن البيع كذلك مسألة مصروفات البيع، فنظراً لأن كل من المتقايضين يعتبر بائعاً ومشترياً فى نفس الوقت فلا يكون محل لتطبيق القاعدة التى تقرر أن مصروفات العقد يتحملها المشتري وحده. ولذلك نصت المادة ٤٨٤ على أن «مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك».

ملحق (٢)

عقد بيع الأماكن

وضع المشرع حكماً خاصاً بشأن بيع الأماكن الخاضعة لقانون إيجار وبيع الأماكن، مؤداه بطلان البيع الثانى ولو كان مسجلاً.

ويأتى هذا الحكم - فى نطاق تطبيقه - كاستثناء على القواعد العامة التى قررتها محكمة النقض، والتى تجعل الأسبقية فى التسجيل هى وحدها مناط التمييز عند تراحم المشترين. فالذى سجل عقده أولاً هو الذى يفضل غيره، ولو كان متأخراً فى تاريخ عقده وكان سعى النية متواطئاً على الإضرار بحقوق من سبق التصرف إليه بعقد غير مسجل^(١).

وندرس فيما يلى النصوص القانونية الجديدة، وتأصيل البطلان الذى استحدثته هذه النصوص.

١٠٤ - النصوص القانونية:

تنص المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن على أن «يعاقب بالعقوبة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تتجاوز ألفى جنيه أو بأحدى هاتين العقوبتين، كل من أجر مكاناً أو جزءاً منه أو باعه، ولو بعقد غير مشهر، أو مكن آخر منه وكان ذلك التأجير أو البيع أو التمكين على خلاف مقتضى عقد سابق، ولو غير مشهر، صادر منه أو من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبهم، ويفترض علم هؤلاء بالعقد السابق الصادر من أيهم.

وعاقب بالعقوبة السابقة من يسبق إلى وضع يده، أو يشرع فى ذلك

(١) راجع ما سبق، ص ٢١١ وما بعدها.

على خلاف مقتضى العقد السابق عليه، قبل استصدار حكم بأفضليته من القضاء المختص، ويفترض علم هذا المتعرض بالتعاقد السابق إذا كان زوجاً لمن تعاقد معه أو من مكنته، أو كان من أصوله أو فروعه أو من أقاربه أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة.

ويلاحظ أن المادة ٢٤ من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن، قد ألغت العقوبة المقيدة للحرية المنصوص عليها في المادة السابق ذكرها.

وقد نصت المادة ٢٣ من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٨١ على أن «يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات المالك الذى يتقاضى بأية صورة من الصور، بذاته أو بالواسطة، أكثر من مقدم عن ذات الوحدة أو يؤجرها لأكثر من مستأجر، أو يبيعها لغير من تعاقد معه على شرائها، ويظل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً».

والعقوبة المقررة لجريمة النصب فى قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ هى عقوبة الحبس والغرامة التى لا تتجاوز خمسين جنيهاً مصرياً أو احدى هاتين العقوبتين، أما من شرع فى النصب ولم يتممه فيعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيهاً.

ويلاحظ أن قانون ايجار الأماكن السابق رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ لم يكن ينص على حظر البيع لأكثر من واحد، وإن كان ينص فى المادة ٣/١٦ منه على أن «يحظر على المالك القيام بأبرام أكثر من عقد ايجار واحد للمبنى أو الوحدة منه». كما ينص فى المادة ٤٤ منه على عقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتى جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين لكل من يخالف أحكام المادة ١٦ السابق ذكرها.

وقد أتيت لهكمة النقض فرصة تطبيق النص الوارد بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بحظر التأجير لأكثر من شخص واحد، بما يسمح بالاستفادة

من قضائها فى تأصيل الأحكام الجديدة التى أوردتها نصوص القانونين رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، و٣٦ لسنة ١٩٨١ بحظر البيع لأكثر من شخص واحد.

١٠٥- بطلان البيع الثانى لعدم مشروعية الغل:

تنص المادة (٢٥) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ على أن «يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كل شرط أو تعاقد يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون أو القوانين السابقة له المنظمة للعلاقة بين المالك والمستأجر.

وفضلاً عن الحكم بالغرامة المنصوص عليها فى هذه القوانين تقضى المحكمة المختصة بإبطال التصرف المخالف واعتباره كأن لم يكن.....».

وأول ما يلاحظ على هذا النص والنصوص الأخرى السابق ذكرها أن البيع الثانى لاي مكان يدخل فى نطاق تطبيق قانون ايجار الأماكن، هو بيع باطل بطلاناً مطلقاً، يحكم به القاضى من تلقاء نفسه.

ويسرى حكم البطلان على البيع الثانى لآى مكان، سواء كان معداً للسكنى أو لغير ذلك من الأغراض. فقد وردت النصوص التى تجرم البيع الثانى وتقرر بطلانه تحت عنوان «سادساً: فى شأن العقوبات والأحكام العامة والانتقالية»، من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١.

وقد تقرر البطلان المطلق بنص صريح هو نص المادة (٢٥) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١. ولم يكن المشرع فى حاجة إلى مثل هذا النص، بعد أن اعتبر البيع الثانى عملاً إجرامياً، يعاقب عليه بعقوبة جريمة النصب (م ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١). فكل تصرف يصدق عليه وصف الجريمة، هو تصرف غير مشروع، يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً دون حاجة إلى نص خاص يقرر البطلان كجزاء مدنى.

وعلى خلاف المبادئ العامة التى قررتها محكمة النقض والتى لا تعد حتى بالتواطؤ بين البائع والمشتري الثانى الذى سجل عقده أولاً، فإن البطلان المقرر فى النصوص السابق ذكرها يحكم به القاضى دون حاجة إلى

اثبات مثل هذا التواطؤ، بل حتى ولو أثبت المشتري الثانى عدم وجود تواطؤ بينه وبين المشتري الأول، بل حتى لو أثبت المشتري الثانى أنه حسن النية لم يكن يعلم بوجود البيع الأول. فالمشرع لم يستند لا إلى نظرية العلم الذى دخل منطقة العقد، ولا إلى نظرية التواطؤ. بل قرر بطلان البيع الثانى، ولو كان المشتري الثانى حسن النية لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بوجود البيع الأول.

فالبطلان هنا لا يرجع إلى اعتبارات شخصية، ولا يرجع إلى قاعدة أن الغش يفسد كل شئ، ولكنه يرجع إلى اعتبارات موضوعية تتعلق بالعقار محل العقد.

ففى ظل ظروف اقتصادية أصبحت فيها الأماكن نادرة، وأصبح التزاحم عليها شديداً، قرر المشرع أن المكان الذى سبق بيعه لا يجوز أن يكون محلاً لبيع جديد من البائع السابق. فالمكان هنا قد خرج من دائرة التعامل بالنسبة للبائع السابق، وأصبح محظوراً عليه بيعه مرة ثانية. وبالتالي يقع البيع الثانى باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية المحل، وليس بسبب الغش أو التواطؤ أو غير ذلك من الاعتبارات النفسية.

ومما يتفق مع هذا التأصيل، ما ذهبت إليه محكمة النقض فى تأصيل بطلان عقد الايجار الثانى طبقاً لنص المادة ٣/١٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩، إذ قررت أن عقد الايجار الثانى يقع «باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعارض محل الالتزام مع نص قانونى متعلق بالنظام العام»^(١)، وبالتالي تمتع المفاضلة بين الايجار الأول والايجار الثانى، إذ لا مجال للمفاضلة بين عقد صحيح وعقد باطل بطلاناً مطلقاً.

ولاشك أن ما قرره محكمة النقض فى شأن تأصيل بطلان الايجار الثانى، يصلح تماماً لتأصيل بطلان البيع الثانى.

(١) نقض مدنى ١٩٧٨/١١/٢٩، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢٩، ص ١٨٠٦.

أهم المراجع

أولاً: باللغة العربية:

- أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى: شرح القانون المدنى فى عقود البيع والحوالة والمقايضة، ١٩٤٠.
- اسماعيل غانم: الوجيز فى عقد البيع، ١٩٦٣.
- أنور سلطان وجلال العدوى: العقود المسماة - عقد البيع، ١٩٦٦.
- توفيق حسن فرج: عقد البيع والمقايضة، ١٩٧٠.
- جميل الشرقاوى: شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، ١٩٦٦.
- خميس خضر: عقد البيع فى القانون المدنى، ١٩٧٢.
- سليمان مرقس: العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، ١٩٦٨.
- محمد كامل مرسى: شرح القانون المدنى الجديد، العقود المسماة، الجزء السادس، عقد البيع وعقد المقايضة ١٩٥٣.
- محمد لبيب شنب ومجدى صبحى خليل: شرح أحكام عقد البيع، ١٩٦٨.
- محمد على عمران: عقد البيع فى القانون المدنى المصرى، ١٩٧٢.
- منصور مصطفى منصور: العقود المسماة، البيع والمقايضة والايجار، ١٩٥٦.
- عبد الرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الرابع، المجلد الأول، البيع والمقايضة، ١٩٦٠.
- عبد الفتاح عبد الباقى: محاضرات فى العقود، الجزء الثانى، عقد البيع، ١٩٥٦.
- عبد المنعم البدر اوى: الوجيز فى عقد البيع، ١٩٧٠.

- Aubry et Rau, par P. Esmein: Cours de Droit Civil Français, t. 5. 6e éd. 1947.
- Baudry Lancantinerie et L. Saignant: Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, de la Vente et de l'Echange, 3e éd. 1908.
- Beudant: Cours de Droit Civil Français, t. 11, La Vente, 2e éd. 1938.
- Colin, Capitan et De la Morandière, Cours Elémentaire de Droit Civil Français, 10e éd. t. 2, 1948.
- ~~De Page (H.): Traité Elémentaire de Droit Civil Belge, t. 4. 1951.~~
- Guillaud (L.): Traité de la Vente et de l'Echange, deux tomes, 2e éd. 1890.
- Malaury, Vente, in, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de Droit Civil, t. 5, 1955.
- Maseaud (H.L. et J.) Leçons de Droit Civil, t. 3, 1960.
- Planiol et Ripert (Par Hamel): Traité Pratique de Droit Civil Français, 2e éd. t. 10, 1956.
- Planiol, Traité de Droit Civil, par G. Ripert et J. Boulanger, t. 3, 1958.
- Savatier, Cours de Droit Civil, t. 2, 1944.

الفهرس

صفحة

٥	مقدمة
٥	(١) البيع هو أحد العقود المسماة
٨	(٢) الغاية من وضع تنظيم خاص لبعض العقود
١٠	(٣) تكييف العقود
١٤	(٤) تقسيم العقود المسماة ومركز البيع منها
١٦	(٥) تعريف عقد البيع
٢٠	(٦) التمييز بين البيع وغيره من العقود
٢١	أ- التمييز بين البيع والهبة
٢٢	ب- التمييز بين البيع والمقايضة
٢٤	ج- التمييز بين البيع والمقايضة
٢٤	د- التمييز بين البيع والوكالة
٢٥	ز- التمييز بين البيع والوديعة
٢٦	هـ- التمييز بين البيع والقرض
٢٧	و- التمييز بين البيع والوصية
٣٢	(٧) خطة البحث في دراسة عقد البيع

الباب الأول

أركان البيع

٣٥	(٨) البيع عقد رضائي
----	---------------------

الفصل الأول

التراضي في عقد البيع

٣٦	(٩) شروط الانعقاد وشروط الصحة
----	-------------------------------

المبحث الأول

شروط الانعقاد

- (١٠) العناصر التي يتم على أساسها تطابق الارادتين ٣٦
- (١١) لا يشترط لانعقاد البيع أى شكل خاص ٤١
- (١٢) الوعد بالبيع ٤٤
- أ- الوعد بالبيع من جانب واحد ٤٤
- ب- الوعد بالشراء من جانب واحد ٥١
- ج- الوعد بالبيع والشراء ٥٢
- ١٢١- الوعد بالبيع والشراء اللازم لكل جانب على حده ٥٢
- ٢٠٠- الوعد بالبيع والشراء اللازم للجانبين ٥٤
- (١٣) البيع الابتدائي ٥٥
- (١٤) البيع بالعربون ٥٨

المبحث الثاني ٦٢

شروط الصحة ٦٢

- (١٥) الأهلية في عقد البيع ٦٢
- (١٦) عيوب الرضا في عقد البيع (العلم بالمبيع) ٦٤

٧٢

الفصل الثاني ٦٦

المحل في عقد البيع

المبحث الأول

المبيع

- (١٧) وجود المبيع ٦٨
- (١٨) تعيين المبيع ٧٢
- (١٩) البيع بالعينه ٧٤
- (٢٠) البيع بالتقليد والبيع الجراف ٧٨

- ٨٢ (٢١) البيع بشرط التجربة
- ٨٨ (٢٢) البيع بشرط المذاق
- ٩٢ (٢٣) مشروعية المحل وامكان التعامل فيه

المبحث الثاني

الضمن

١- يجب أن يكون الضمن نقدياً

- ٩٧ (٢٤) الضمن النقدي هو الذى يميز بين البيع والمقايضة
- ٢- يجب أن يكون الضمن مقدراً أو قابلاً للتقدير

- ١٠٠ (٢٥) نص القانون - كيفية تقدير الضمن

- ١٠٢ (٢٦) قابلية الضمن للتقدير

٣- يجب أن يكون الضمن جدياً

- ١١٨ (٢٧) الضمن الصورى والضمن التافه والضمن البخر

- ١١٢ (٢٨) الضمن البخر ودعوى الغبن الفاحش

- ١١٣ (٢٩) شروط دعوى الغبن الفاحش

- ١٢١ (٣٠) أحكام دعوى الغبن الفاحش (تكملة الضمن)

الفصل الثالث

انعقاد البيع بواسطة النائب

- ١٢٦ (٣١) حدود سلطة النائب

- ١٢٧ أ- سلطة الوكيل فى عقد البيع

- ١٢٩ ب- سلطة الولى فى عقد البيع

- ج- سلطة الوصى والقيم والوكيل عن الغائب فى عقد

- ١٣١ البيع

- ١٣٣ د- سلطة الحارس القضائى فى البيع

الباب الثانى

آثار البيع

الفصل الأول

التزامات البائع

المبحث الأول

الالتزامات بنقل ملكية المسع

- ١٣٦ (٣٢) نقل الملكية بوجه عام _____
١٤٢ (٣٣) التزامات البائع بالقيام بالأعمال اللازمة لنقل الملكية _____
١٤٣ (٣٤) شروط انتقال الملكية إلى المشتري _____
١٤٦ (٣٥) آثار انتقال الملكية فعلاً إلى المشتري _____

المطلب الأول

انتقال الملكية فى النقول

١- المنقول المعين بالذات

- ١٤٨ (٣٦) انتقال الملكية فى الحال وبمجرد العقد _____

٢- المنقول المعين بالنوع

- ١٥٠ (٣٧) انتقال الملكية بالافراز _____
١٥٢ (٣٨) انتقال الملكية فى الأشياء المصدرة _____

المطلب الثانى

انتقال الملكية فى العقار

- ١٥٤ (٣٨) لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل _____
١٥٧ (٣٩) الشهر الشخصى والشهر العمنى _____
١٦٠ (٤٠) تطور نظام الشهر العقارى فى مصر _____
أ- المرحلة الأولى - الفترة السابقة على التقنين المدنى
١٦٠ _____ القديم

١٦١	ب- المرحلة الثانية- نظام الشهر فى ظل القانون المدنى القديم
١٦٤	ج- المرحلة الثالثة- نظام الشهر فى ظل قانون التسجيل رقم ١٣ لسنة ١٩٢٣
١٦٨	د- المرحلة الرابعة - قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦
١٦٩	(٤١) تطبيق نظام الشهر العقارى على عقد البيع
١٧٢	التراحم بين المشتري من الوارث والمشتري من المورث
١٧٣	(٤٢) تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية
١٧٤	(٤٣) دعوى صحة التعاقد
١٨٠	(٤٤) دعوى صحة التوقيع
١٨٣	(٤٥) أثر البيع بعد تسجيله
١٨٧	(٤٦) انتقال الملكية بين المتعاضدين - ليس للتسجيل أثر رجعى
١٩١	(٤٧) انتقال الملكية بالنسبة للغير - العبرة بالاسبقية فى التسجيل عند التراحم
١٩٢	(٤٨) مدى اشتراط حسن النية للتمسك بالأسبقية فى التسجيل
١٩٢	(٤٩) شرط حسن النية فى ظل القانون المدنى القديم
١٩٣	(٥٠) شرط حسن النية فى ظل قانون التسجيل لسنة ١٢٣ -
١٩٦	(٥١) شرط حسن النية فى ظل قانون تنظيم الشهر العقارى لسنة ١٩٤٦
١٩٨	أ- اتجاه محكمة النقض
٢٠٣	ب- الاتجاه الفقهي المعارض لمحكمه النقض

المبحث الثاني

الالتزام بتسليم المبيع

٢٠٤ (٥٢) الالتزام بالتسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية

المطلب الأول

موضوع التسليم

أ- حالة المبيع

٢٠٦ (٥٣) حالة المبيع وقت البيع

٢- مقدار المبيع

٢٠٩ (٥٤) نقص المبيع أو زيادة المبيع

٢١١ أ- نقص المبيع

٢١٢ ب- زيادة المبيع

٢١٣ ج- تقادم الدعوى الناشئة عن نقص المبيع أو زيادته

٣- ملحقات المبيع

٢١٥ (٥٥) التسليم يشمل ملحقات المبيع

المطلب الثاني

كيفية التسليم

٢١٨ (٥٦) طريقة التسليم

٢١٩ التسليم الفعلي

٢٢٠ التسليم الحكمي

٢٢١ (٥٧) زمان التسليم

٢٢٣ (٥٨) مكان التسليم

٢٢٥ (٥٩) زمان ومكان تسليم المبيع المصدر

٢٢٦ (٦٠) نفقات التسليم

المطلب الثاني

الجزاء على الاخلال بالتزام التسليم

- ٢٢٧ (٦١) تطبيق القواعد العامة
٢٢٩ (٦٢) تبعة الهلاك الكلى قبل التسليم
٢٣٤ (٦٣) تبعة الهلاك الجزئى أو التلف قبل التسليم

المبحث الثالث

الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

- ٢٣٥ (٦٤) الضمان العام والضمان الخاص

المطلب الأول

التعرض الصادر من البائع

- ٢٣٧ (٦٥) شروط التعرض الصادر من البائع
٢٤٤ (٦٦) أحكام التعرض الصادر من البائع
(٦٧) الاتفاق على تعديل أحكام - ساية التعرض الصادر من
٢٤٩ البائع

المطلب الثاني

التعرض الصادر من الغير

- ٢٥١ (٦٨) شروط ضمان التعرض الصادر من الغير
(٦٩) المدين والدائن فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من
٢٥٨ الغير
٢٥٩ (٧٠) أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير
٢٦٠ (٧١) التنفيذ العينى (ضمان التعرض)
٢٦١ أ- تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق
ب- عدم تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق بالرغم من
٢٦٣ اخطاره

- ج- عدم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق مع عدم
 ٢٦٥ اخطار المشتري إياه
 ٢٦٦ (٧٢) التنفيذ بطريق التعويض (ضمان الاستحقاق)
 ٢٦٧ أ- الاستحقاق الكلى
 ٢٧٧ ب- الاستحقاق الجزئي
 ٢٧٨ ج- توفى المشتري للاستحقاق
 (٧٣) الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من
 ٢٨٠ الغير
 ٢٨١ أ- الاتفاق على زيادة الضمان
 ٢٨٢ ب- الاتفاق على انقاص الضمان
 ٢٨٦ ج- الاتفاق على إسقاط الضمان

المبحث الرابع

ضمان العيوب الخفية وتخلف الوصف

- (٧٤) استقلال الالتزام بضمان العيوب الخفية ٢٨٨
 (٧٥) شروط الالتزام بضمان العيوب الخفية ٢٨٩
 (٧٦) المدين والدائن في ضمان العيوب الخفية ٢٩٨
 (٧٧) أحكام الالتزام بضمان العيوب الخفية ٣٠٠
 أ- اخطار البائع بالعيب ٣٠٠
 ب- دعوى ضمان العيوب الخفية ٣٠٢
 ج- تقادم دعوى الضمان ٣٠٥
 (٧٨) الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية ٣٠٦
 (٧٩) التمييز بين ضمان العيوب الخفية وغيره من النظم ٣١١
 أ- دعوى ضمان العيب ودعوى الغلط ٣١١
 ب- دعوى ضمان العيب ودعوى الفسخ ٣١٣
 ج- دعوى ضمان العيب ودعوى العجز في المبيع ٣١٥

د- دعوى ضمان العيب ودعوى ضمان الاستحقاق

٣١٥

الجزئي

الفصل الثاني

التزامات المشتري

المبحث الأول

الالتزام بالوفاء بالثمن

- ٣١٧ (٨٠) محل الالتزام
- ٣٢٤ (٨١) زمان الوفاء بالثمن
- ٣٣٠ (٨٢) مكان الوفاء بالثمن
- ٣٣٢ (٨٣) جزاء الإخلال بالالتزام بالوفاء بالثمن
- ٣٣٣ (٨٤) حبس المبيع
- ٣٣٧ (٨٥) فسخ البيع

المبحث الثاني

الالتزام بمصروفات البيع وتكاليف المبيع

- ٣٤١ (٨٦) مصروفات البيع
- ٣٤٣ (٨٧) تكاليف المبيع

المبحث الثالث

الالتزام بتسلم المبيع

- ٣٤٣ (٨٨) التسليم والتسلم
- ٣٤٥ (٨٩) زمان تسليم المبيع ومكانه
- ٣٤٦ (٩٠) نفقات تسليم المبيع

الباب الثالث

بعض أنواع البيع

الفصل الأول

بيع الوفاء

٣٤٨ (٩١) بطلان بيع الوفاء فى القانون المدنى الجديد

الفصل الثانى

بيع ملك الغير

٣٥٢ (٩٢) البطلان النسبى لبيع ملك الغير

الفصل الثالث

بيع الحقوق المتنازع عليها

٣٥٩ (٩٣) اسرداد الحقوق المتنازع عليها

٣٦٥ (٩٤) منع رجال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها

(٩٥) منع المحامين من التعامل مع موكليهم فى الحقوق

٣٧٠ المتنازع عليها

الفصل الرابع

بيع التركة

٣٧٢ (٩٦) تعريف بيع التركة

٣٧٤ (٩٧) التزامات البائع

٣٧٦ (٩٨) التزامات المشتري

الفصل الخامس

البيع فى مرض الموت

٣٧٨ (٩٩) القاعدة فى تصرفات المريض مرض الموت

الفصل السادس

بيع النائب لنفسه

٣٨٣ (١٠٠) تطبيق القاعدة العامة فى تعاقد النائب مع نفسه

- (١٠١) منع السماسرة والخبراء من شراء الأموال المعهودة
لهم ٣٨٥ _____
(١٠٢) جزاء الشراء على خلاف الحظر ٣٨٦ _____

ملحق (١)

عقد المقايضة

- (١٠٣) تطبيق أحكام البيع على عقد المقايضة كلما أمكن
ذلك ٣٨٨ _____

ملحق (٢)

عقد بيع الأماكن

- (١٠٤) النصوص القانونية ٣٩٠ _____
(١٠٥) بطلان البيع الثانى لعدم مشرعية المثل ٣٩٢ _____
مراجع ٣٩٥ _____
الفهرس ٣٩٩ _____

مع تحيات

مكتبة الوفاء القانونية

تليفون / ٠١٠٣٧٣٨٨٢٢ - الإسكندرية

