https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria http://koutoub-hasria.blogspot.com/

شرح القانون المدنى

للمزيد من الحصريات زورونا على مدونة الكتب الحصرية
http://koutoub-hasria.blogspot.com/
https://www.facebook.com/koutoubhasria

العقود المسماة

عقد البيع

تأليف

الدكتور سليمان مرقس

استاذ القانون المدنى
ورئيس قسم القانون المدنى بكلية الحقوق بجامعة القاهرة (سابقا)
ورئيس قسم القانون والشريعة الاسلامية بمعهد البحوث
والدراسات العربية (سابقا)

الطبعة الرابعة
منقحة ومزيدة باحكام محكمة النقض الحديثة
١٩٨٠

عالم الكتب
٣٨ عبد الخالق ثروت - القاهرة

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

دار الهنا للطباعة ت : ٩٧١٣٢٧

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

شرح القانون المدنى

العقود المسمّاة

عقد البيع

تأليف

الدكتور سليمان مرقس

أستاذ القانون المدنى
ورئيس قسم القانون المدنى بكلية الحقوق بجامعة القاهرة (سابقا)
ورئيس قسم القانون والشريعة الاسلامية بمعهد البحوث
والدراسات العربية (سابقا)

الطبعة الرابعة
منقحة ومزيدة باحكام محكمة النقض الحديثة
١٩٨٠

عالم الكتب
٣٨ عبد الخالق ثروت - القاهرة

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

تقـــــديم

الطبعـــة الرابعـــة

مضى على صدور الطبعة الثالثة من هذا المجلد المتضمن شرح « عقد البيع » أكثر من عشر سنوات أصدرت خلالها محاكمنا وعلى قمتها محكمة النقض العديد من الاحكام المتعلقة بالبيع وآثاره ، وقد تضمنت تلك الاحكام الكثير من المبادىء القانونية التى أصبحت نبراسا يهتدى به جميع المشتغلين بالقانون من قضاة ومحامين ومتقاضين والتى أضافت اثراء كبيرا الى علم القانون لا بد لكل باحث فى هذا العلم مدرسا أو دارسا أن يحيط به ٠

لذلك اجتهدت فى هذه الطبعة أن أزودها بهذه الثروة القيمة من أحكام المحاكم ، وبخاصة أحكام محكمة النقض ، فجمعتها وحللتها ونثرتها فى الانحاء المتعلقة بها من موضوعات الكتاب

وقد عاوننى فى هذه المهمـــة الاخيرة زميلى الدكتور حبيب ابراهيم الخليلى ، أستاذ مساعد القانون المدنى والمقارن بجامعة الجزائر ، ويسعدنى أن أنوه هنا باسهامه القيم وبدقته الفائقة وأن أسجل له تقديرى وخالص شكرى ٠

الدقى فى ٣٠ مارس ١٩٨٠

سليمان مرقس

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بيـــان بالرموز

المادة ١٣٢٨/٢٩٣/٢٢٨	المادة ٢٢٨ مدنى اهلى ، ويقابلها المادة ٢٩٣ مدنى مختلط والمادة ١٣٢٨ مدنى فرنسى
المادة ٢٩٣/٢٢٨ مدنى	المادة ٢٢٨ من التقنين المدنى الاهلى الملغى والمادة ٢٩٣ من التقنين المدنى المختلط الملغى ٠
المادة ٤٠٠ مدنى	المادة ٤٠٠ من التقنين المدنى المصرى القائم ٠
ط ٢ ج ١	الطبعة الثانية جزء اول ٠
المجموعة ٢٢ ـ ١٠١ ـ ٦٠	المجموعة الرسمية للمحاكم الوطنية المصرية ، السنة الثانية والعشرون الصفحة ١٠١ الحكم رقم ٦٠
المحاماة ٧ ـ ٣٤ ـ ١٨	مجلة المحاماة وترتيب الارقام كالسابق ٠
التشريع والقضاء ١ ـ ١٦٥ ـ ٩٨	مجلة التشريع والقضاء التى كانت تصدرها دار النشر للجامعات المصرية وترتيب الارقام كالسابق٠
الغازيت ١ ـ ٢٣٠ ـ ٣١٠	Gazette des Tribunaux Mixtes d'Egypte وترتيب الارقام كالسابق
(٢٠ ص ١٦٧)	مجلة التشريع والقضاء المختلطة Bullletin de Législation et de Jurisprudence Egyptiennes السنة العشرون الصفحة ١٦٧
مجموعة القواعدالقانونية١ـ٢٨٤ـ١٤١	مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمه النقض المصرية فى دائرتها المدنية لواضعها محمود احمد عمر ، الجزء الاول الصفحة ٢٨٤ الحكم رقم ١٥١ ٠
مجموعة احكام النقض ١٤ ـ ٣٢ ـ ٣	مجموعة الاحكام الصادرة من الدائرة المدنية بمحكمة النقض المصرية التى يصدرها المكتب الفنى بالمحكمة المذكورة السنة الرابعة عشرة صفحة ٣٢ رقم ٢٠
دالوز ١٨٧٥ ـ ١ ـ ١٥٧	مجلة دالوز الدورية Dalloz périodique سنة ١٨٧٥ القسم الاول ص ١٥٧ ٠
سيرى ١٨٨٩ ـ ٢ ٤٦	مجلة سيرى الدورية Sirey périodique سنة ١٨٨٩ القسم الثانى الصفحة ٤٦ ٠

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مقدمة

١ ـ **تمهيد** ـ يشتمل التقنين المدنى الحالى الذى نفذ ابتداء من ١٥ اكتوبر ١٩٤٩ على باب تمهيدى وقسمين رئيسيين . وقد تضمن الباب التمهيدى قواعد تطبيق القانون وبيان الاشخاص وخصائصها وتعريف الأشياء والأموال وأنواعها ، وخصص القسم الأول للالتزامات أو الحقوق الشخصية ، والقسم الثانى للحقوق العينية الاصلية والتبعية . وجعل القسم الاول كتابين ، عرض فى أولهما الاحكام العامة للالتزامات ، وتناول فى الثانى تنظيم العقود المسماة ، وقسمه الى أبواب رتب فيها هذه العقود بحسب المعقود عليه فى كل منها، فجمع العقود التى يكون محلها نقل الملكية فى الباب الاول من هذا الكتاب ، والعقود التى ترد على المنفعة فى الباب الثانى منه ، والعقود التى ترد على العمل فى الباب الثالث ، وأفرد الباب الرابع للعقود الاحتمالية ، والباب الخامس لعقد الكفالة . أما عقدا الرهن الرسمى والرهن الحيازى فلم يتناولهما المشرع فى الكتاب الثانى الخاص بالعقود المسماة وآثر أن يضمن أحكامهما الكتاب الرابع الخاص بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية نظرا لان أهم أثر لهما هو انشاء حق عينى تبعى ، ولأن النصوص المتعلقة بهما قد قصد بها فى الغالب تنظيم أثر الحق العينى التبعى الناشىء من عقد الرهن لا تنظيم هذا العقد فى ذاته .

٢ ـ **العقود المسماة والعقود غير المسماة** ـ ولم يقصد المشرع بتنظيم هذه العقود المسماة عدم الاعتراف بغيرها ، بل ترك الحرية للمتعاقدين فى ان يعقدوا ما يشاؤون من عقود اخرى . وعلى ذلك فمن المسلم ان العقود من هذه الناحية نوعان : عقود مسماة واخرى غير مسماة .

ومن أمثلة العقود غير المسماة العقد الذى تتعهد بموجبه دار للنشر بطبع كتاب لمؤلف معين وتولى نشره وبيعه فى مقابل نصيب من أرباحه ، والعقد الذى يلتزم بموجبه شخص القيام بعمل معين فى مقابل طعامه وسكناه ، والعقد الذى يضع أحد المستشفيات بمقتضاه عددا من أسرته تحت تصرف كلية للطب لتمكينها من تعليم طلبتها ومن اجراء الأبحاث الطبية ، والعقد الذى يتعهد به شخص باتخاذ الاجراءات اللازمة لاثبات حق لشخص آخر فى مقابل أخذ نصيب معين من هذا الحق بعد الحكم بثبوته ... الخ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وليس فى الامكان حصر العقـــود غير المسماة ، لان الالتزامات أو الحقوق الشخصية لا حصر لها ، ولأن مبدأ سلطان الارادة يسمح للأفراد أن ينشئوا ما يشاؤون من التزامات وأن يبرموا ما يريدون من عقـود . وقد حاول بعض الشراح رد كل ما يتصـور من عقود غير مسـماة الى فصائل معينة بحسب طبيعة المعقود عليه (١) ، ولكن هذه المحاولة ان ادت الى تصنيف جميع العقود ، فانها لا تفيد بأى حال فى حصرها .

واذا كان المشرع قد نظم العقود المسماة وترك غيرها ، فانما يرجع ذلك الى كثرة تداول الأولى وما بلغته من اهمية عملية كبيرة وقت وضع التقنين . وليس ذلك بمانع من أن يبلغ بعض العقود غير المسماة مثـل هذه الاهمية ، فيبرر ذلك تنظيمها تنظيما تشريعيا وادخالها فى عـداد العقود المسماة (٢) . وقد حدث ذلك فعـلا فى التشريع المصرى الحديث بالنسبة الى عقدى التأمين والتزام المرافق العامة ، اذ كانا فى ظل التقنين المدنى الملغى من العقود غير المسـماة ، فنظمهمـا التقنين المدنى الحالى وجعلهما بذلك من العقود المسماة .

٣ ـ طبيعة الاحكام التى تنظم العقود المسماة وفائدتها العملية ـ

متى نظم المشرع عقدا من العقود ، فانه يقصد بهذا التنظيم أولا تطبيق القواعد العامة على هذا العقد بنصوص صريحة توضح ما قد يكون فى هذا التطبيق من خفاء أو تبدد ما قد يثيره من شك ، وكثيرا ما يقصد المشرع بذلك أيضا وضع احكام خاصة يخرج بها فى شأن هذا العقد على حكم القواعد العامة خروجا تقتضيه طبيعة هذا العقد الخاصة (٣) .

فالمادة ٤٤٣ مدنى مثلا التى نصت على انه « اذا استحق كل المبيع كان للمشترى أن يطلب من البائع : ١ ـ قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت ، ٢ ـ وقيمة الثمـار التى الزم المشترى بردها لمن استحق المبيع ، ٣ ـ والمصروفات النافعـة التى

---

(١) بلانيول فى المجلة الانتقادية ١٩٠٤ ص ٤٧٠ وما بعدها .

(٢) انظر السنهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٣ ، توفيق فرج فى عقد البيع والمقايضة بيروت ١٩٦٨ نبذة ٢ ص ٩ و ١٠ .

(٣) يراجع فى ذلك توفيق فرج فى المرجع السابق نبذة ٩ ص ١٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لا يستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية اذا كان البائع سيء النية ، ٤ ـ وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٤٠ ، ٥ ـ وبوجه عام تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع » . هذه المادة ليست فى أكثر احكامها الا تطبيقا للمادة ٢٢١ التى تنص على أن « يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به ... » .

وقد أراد المشرع بهذا التطبيق أن يسهل بيان عناصر التعويض الذى يتعين الحكم به للمشترى عند نزع المبيع من يده لثبوت ملكيته للغير ، لأنه قدر أنه لو ترك حكم هذه الحالة للنص العام الوارد فى المادة ٢٢١ الذى يكتفى بذكر ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، فان حكم القانون فيما يتعلق بالكثير من عناصر التعويض لا يكون واضحا وضوحا تاما . فاذا كان من الواضح مثلا أن المشترى يستحق قيمة المبيع ، فان فى تعيين الوقت الذى يجب أن ينظر اليه فى تقدير هذه القيمة خفاء ، اذ يحتمل أن يكون هذا الوقت وقت الاستحقاق كما يحتمل أن يكون وقت العقد ، وقد تختلف القيمة بين الوقتين اختلافا بينا . ولأن قواعد التنفيذ بطريق التعويض تؤدى الى تقدير الضرر وقت وقوعه ، وهو فى حالتنا هذه وقت حصول الاستحقاق ، رأى المشرع دفعا لكل لبس أن ينص على ذلك صراحة فى المادة ٤٤٣ . وكذلك فيما يتعلق بالمصروفات النافعة التى انفقها المشترى على المبيع قبل الاستحقاق ، فانه من المعلوم أنه يجوز له أن يطالب المستحق بجزء من هذه المصروفات يساوى ما زاد بسببها فى قيمة العين (المادة ٩٢٥) ، أما الجزء الباقى فلا يطالب به المستحق . ولكن يصح التساؤل عما اذا كان يرجع به على البائع أو لا يرجع . ووجه الخفاء فى ذلك أن البائع يلزم بقيمة المبلغ وقت الاستحقاق ، أى بقيمته مقدرة بعد انفاق المصروفات النافعة عليه ، فتكون هذه المصروفات قد اندمجت فى قيمة المبيع ، ولا محل لعدها عنصرا متميزا من عناصر التعويض . .

ولكن الواقع أنه لم يندرج من المصروفات النافعة فى قيمة المبيع الا ما يساوى زيادة القيمة التى حدثت بسبب هذه المصروفات (١) . أما

---

(١) ولانه يحق للمشترى مطالبة المستحق بهذه القيمة يجب عليه عند الرجوع على البائع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق أن يستنزل منها زيادة القيمة الناشئة عن المصروفات النافعة .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الجزء الباقى من هذه المصروفات فلم يدخل فى تقدير قيمة المبيع ولا يستطيع المشترى مطالبة المستحق به ، فيضيع عليه اذا لم يكن له أن يرجع به على أحد . ولكن لأن هذه الخسارة ما كانت تلحقه لولا استحقاق المبيع ، فانها تعتبر نتيجة مباشرة للاستحقاق ويلزم بها البائع ، وقد رأى المشرع أن يزيل ما فى هذا الشأن من خفاء بالنص على ذلك صراحة فى المادة ٤٤٣ (انظر أيضا المادة ٤٣٩ وهى تعتبر تطبيقا للمادة ٢٠٥ ، وكذلك المادة ٤٣٧ وهى تعتبر تطبيقا للمادتين ١٥٩ و ١٦٠) .

ومن أمثلة أحكام العقود المسماة التى أريد بها الخروج على الاحكام العامة ما ورد فى المادة ٤٤٣ ذاتها من أن المشترى يستحق الفوائد القانونية عن قيمة المبيع من وقت استحقاق المبيع للغير . فان القواعد العامة تقضى بأن لا تستحق الفوائد الا من وقت المطالبة القضائية بها (المادة ٢٢٦) . لكن المشرع رأى أن المشترى الذى استحق منه المبيع جدير بمزيد من الرعاية لانه دفع الثمن رغبة فى الانتفاع بالمبيع ولان البائع قبض الثمن وصار من حقه أن يستغله . فاذا نزع المبيع من يد المشترى فليس يكفى أن يعوض عنه بقيمته وقت استحقاقه للغير ولا أن يحكم له بالفوائد القانونية من وقت المطالبة بها بل يجب تقرير هذه الفوائد له من وقت حصول ذلك الاستحقاق . وفى هذا خروج على القواعد العامة اقتضاه ما ترتب على استحقاق المبيع من اختلال فى التوازن بين مركز كل من البائع والمشترى ، فوجب أن ينص عليه المشرع صراحة .

ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة ٤٥٦ فقرة أولى من استحقاق الوفاء بثمن المبيع فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، فان حكمها يعتبر خروجا على حكم المادة ٣٤٧ - التى تقضى بأن يكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء - اقتضته المصلحة فى انتهاز فرصة اجتماع كل من البائع والمشترى فى المكان الذى يسلم فيه المبيع لاجراء الوفاء من الجانبين فى هذا المكان ذاته .

وكذلك المادة ٤٥٧ تعتبر خروجا على حكم المادة ٣٤٦ .

وسواء كان غرض المشرع من تنظيم العقود المسماة تطبيق القواعد العامة على هذه العقود أو الخروج على هذه القواعد بأحكام خاصة ، فالغائب فيه أن ينص على ما يعتقد أنه يمثل ارادة العاقدين من احكام . ولذلك يعتبر الأصل فى الاحكام التى تنظم العقود المسماة أنها مقررة أو مفسرة

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

لارادة العاقدين ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، الا ما كان منها متعلقا بالنظام العام .

وفائدة هذه الاحكام انها تسهل التعاقـــد ، من حيث انها تغنى العاقدين ـ كلما ارادوا ابرام عقـــد معين ـ عن المفاوضة فى تنظيم كل جزئية مما يترتب على هذا العقد او مما يحتمل أن يقوم بشأنه من أوجه الخلاف بين طرفيه . كما تغنيهم عن الاتفـاق سـلفا على حلول مفصلة لجميع هذه المسائل ـ وبخاصة فى الحالات التى تكون فيها قيمـــة موضوع العقد ضئيلة ـ اذ يكفى ان يحيل العاقدان فى شـأن ذلك كله صراحة او ضمنا الى الأحكام التى قررها القانون ، فتصبح هذه الأحكام سارية عليهم فى تنظيم هذا التعاقد .

ومن شأن ذلك أن يسهل أيضا مهمة القاضى ، اذ يغنيه الرجوع الى أحكام القانون ـ فى الحالات التى لا تكون فيها للعاقدين ارادة ثابتة ـ من الاجتهاد فى افتراض ما قد تكون ارادتهما اتجهت اليه .

والواقع من الامر أن أكثر الناس يميلون بطبعهم الى التواكل والى الاعتماد فى تنظيم معاملاتهم على نصوص القانون حتى ما كان منها مقررا او مفسرا او مكملا للارادة ، وقل منهم من يستعمل حريته فى الاتفاق على ما يخالف بعض هذه النصوص ، وندر أن يتفق العاقدان على ما يخالفها كلها جملة وتفصيلا (١) .

وبذلك تظهر الأهمية العملية لتنظيم العقود المسماة ولدراســـة الأحكام التى وضعها لها المشرع فى الكتاب الثانى من التقنين المـــدنى الحـــالى .

٤ ـ أهمية التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة ـ اذا عرض على القاضى نزاع متعلق بعقد مسمى ، تعين عليه أن يبحث عن الحكم الذى يطبقه على هذا النزاع ـ عند انعدام كل اتفاق او عرف بشأنه ـ فى احكام الكتاب الثانى من التقنين المدنى التى تنظم هذا العقد ، وأن لا يرجع الى القواعد العامة التى تضمنها الكتاب الأول الا اذا لم يوجد فى النصوص المخصصة لهذا العقد فى الكتاب الثانى نص يحكم هذا النزاع ، وذلك لأن النص الخاص يقدم على النص العام (١) . أما اذا كان النزاع المعروض

---

(١) توفيق فرج ص ١٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على القاضى متعلقا بعقد من العقود غير المسماة ، وجب البحث عن حكمه فى نصوص الكتاب الأول من التقنين المدنى مباشرة ، أى فى القواعد العامة للالتزامات (١) .

وفى كلتا الحالين ، يجوز عند تعذر استخلاص الحل المنشود من طريق الاحكام العامة ، الرجوع فى ذلك أحيانا الى الاحكام الخاصة المتعلقة بعقد آخر واستنباط الحل منها بطريق مفهوم الموافقة أو القياس اذا توافرت شروطه . فيجوز مثلا من طريق القياس تطبيق بعض أحكام البيع على عقد الهبة كحكم بيع ملك الغير وحكم تسليم المبيع وملحقاته ، أو على عقد الايجار كالاحكام المتعلقة بزمان تسليم المبيع ومكانه وتحديد مقداره وبيان ملحقاته ، وذلك ولو لم توجد احالة صريحة على تلك الاحكام فى بابى الهبة والايجار .

٥ ـ **العقود المركبة أو المختلطة** ـ العقد المركب أو المختلط هو عقد واحد يحقق اغراضا تهدف اليها فى العادة عدة عقود مختلفة ، كعقد الاقامة فى فندق ، فانه يحقق الاغراض التى يتوسل اليها عادة بعقود الايجار (فيما يتعلق بالغرفة) ، والعمل (فيما يتعلق بالخدمة) ، والبيع (فيما يتعلق بالطعام والشراب) ، والوديعة (فيما يتعلق بحفظ الأمتعة) . وكذلك العقد الذى يبرم بين صاحب المسرح وأفراد النظارة ، فانه يجمع بين الايجار (فيما يتعلق بالمقعد) وبين عقد المقاولة (فيما يتعلق بعرض التمثيل أو الغناء) .

والغالب امكان تحليل العقد المركب أو المختلط الى عدة عقود مسماة ، فتطبق عليه أحكام هذه العقود ، كل منها فى مثل ما وضع له ، فتطبق على العلاقة بين النزيل وصاحب الفندق أحكام الايجار فيما يتعلق باقامة النزيل فى الفندق ، وأحكام البيع فيما يقدم اليه من أطعمة وغيرها ، وأحكام الوديعة فيما يتعلق بالامتعة التى يحضرها معه فى الفندق .

---

(١) وقد يدق أحيانا تكييف العقد بأنه من العقود المسماة أو من العقود غير المسماة ، والمعول عليه فى ذلك ليس تسمية العاقدين عقدهما بل توافر المقومات القانونية التى جعلها المشرع مميزة لعقد من العقود المسماة أو عدمه (السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٣ ص ٥ ، جاك الحكيم ، عقد البيع ، دمشق ١٩٧٣ نبذة ٣ ص ١٤) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

غير انه اذا جمع العقد المركب بين عدة عقود تتباين أحكامها وتتزاحم فى المسألة الواحدة بحيث لا يمكن الجمع بينها فى تطبيقها ، تعين تغليب أحد هذه العقود على غيره وتطبيق أحكامه على العقد المركب (١) .

وتطبيقا لذلك حكم بأن العقد الذى يتم بين مصلحة التليفون وبين المشترك معها ليس عقد ايجار لآلة التليفون بل هو عقد مقاولة تعتبر آلة التليفون من ادوات تنفيذه . فاذا قطعت المصلحة المذكورة الواصلة التليفونية فليس للمشترك أن يطالب باعادتها من طريق دعوى استرداد الحيازة . ولايغير من الامر شيئا وجود الآلة المذكورة فى حفظ المشترك ومسئوليته عما يصيبها من تلف بفعله أو بفعل من هو مسئول عنهم (٢) .

٦ ـ اهمية عقد البيع ـ يعتبر عقد البيع اهم العقود المسماة واقدمها واكثرها شيوعا .

ولم يسبق البيع فى الظهور عند الامم المختلفة الا عقد المقايضة . فكان الشخص اذا انتج ما يفيض عن حاجته من صنف معين واعوزه صنف آخر يرى المصلحة فى أن يقايض غيره سلعة بأخرى . وسرعان ما بدت للناس صعوبة التعويل على المقايضة وحدها وذلك لاختلاف السلع وتفاوتها فى القيمة وتباين رغبات الناس فى كل منها ، فلجأوا الى اتخاذ سلعة معينة تقوم بها سائر السلع وتقبل مبادلتها بأى نوع من انواع السلع الاخرى . ومن هنا نشأت النقود ، فحل البيع محل المقايضة ، واصبح أهم اداة للتعامل والاتجار فى الامم الحديثة ، لا يستغنى عن ابرامه احد من الناس بل ان كلا منا ليبرم فى كل يوم عددا كبيرا من عقود البيع ، سواء باعتباره بائعا أو مشتريا ، فنحن نشترى كل يوم ما يلزم لطعامنا وشرابنا ولباسنا وعلاجنا ، كما نشترى الجرائد والاقلام والكتب وغيرها من حاجيات الحياة . والتاجر الواحد يعقد فى كل يوم مئات من عقود البيع .

اضف الى هذا ما سيجىء من أن البيع تجتمع فيه خصيصتان تجعلانه من الناحية القانونية يمثل طائفتين من العقود تعتبران أهم طوائف العقود جميعا وهما طائفة العقود الناقلة للملكية وطائفة العقود الملزمة للجانبين .

---

(١) انظر توفيق فرج نبذة ٦ ص ٢٤ .

(٢) مصر الابتدائية ٣ اكتوبر ١٩٢٧ المحاماة ٨ ـ ٢٦١ ـ ٢٦ ، وانظر عكس ذلك ملوى الجزئية ١٧ مايو ١٩٤١ المجموعة ٤٢ ـ ٥٣٣ ـ ٢٧١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لذلك تعين أن يعنى المشرع بعقد البيع فى مقدمة العقود المسماة . فخصص له الفصل الاول من الباب الاول من الكتاب الثانى من التقنين المدنى الحالى (المواد من ٤١٨ الى ٤٨١) .

٧ ـ تنظيم عقد البيع فى التقنين الملغى واهم التعديلات التى ادخلها عليه التقنين الحالى ـ كان التقنين المدنى الملغى ينظم البيع فى الفصل الأول من الباب الثالث المخصص للعقود المسماة . وقد خصه باحدى وعشرين ومائة مادة (من المادة ٢٢٥ الى المادة ٣٥٥) موزعة على سبعة فروع : الأول فى البيع بوجه عام والثانى فى العاقدين والثالث فى المبيع والرابع فى آثار البيع والخامس فى دعوى تكملة الثمن فى حالة البيع بغبن والسادس فى بيع الوفاء والسابع فى بيع الديون والحقوق المعنوية ، وقد اوجزت المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين الحالى عيوب التقنين القديم فيما يتعلق بالنصوص الخاصة بالبيع ، فقالت ان التقنين القديم ادمج فى البيع بوجه عام انواعا مختلفة من البيوع كان الاولى فصلها . فبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع فيها وبيع الركات والبيع فى مرض الموت وبيع النائب لنفسه قد تناثرت احكامها متفرقة بين احكام البيع ، ولم ينفرد بمكان خاص الا بيع الوفاء وحوالة الحق .

أما البيع بوجه عام فلم يراع فيه التقنين القديم ترتيبا منطقيا واضحا ، فقد خصص الفصل الاول لاحكام البيع ، ولكنه لايكاد يذكر شيئا من هذه الاحكام ، بل هو يعرف البيع ، ويذكر اركانه واوصافه ، ويبين كيف يكون اثباته ، ويستعرض حالات معينة من البيع الجزاف والبيع بالتقدير والبيع بشرط التجربة) ، ثم يقرر أن مصروفات العقد على المشترى ، وهذه هى المسألة الوحيدة التى يمكن ادخالها فى احكام البيع . اما المسائل الاخرى فمن الواضح أن العنوان الذى وضع لها لا يصدق عليها ، ثم أن كثيرا منها ليس الا تكرارا لافائدة فيه للقواعد العامة ، كالاثبات والبيع المعلق على شرط او المقترن بأجل والبيع التخييرى ، وفى الفصل الثانى الخاص بالعاقدين ذكر الاهلية والرضا وخيار الرؤية ثم انتقل الى بيع المريض مرض الموت وبيع عمال القضاء وبيع النائب لنفسه . وظاهر أن هذا خلط لا مسوغ له بين اركان العقد وانواع معينة من البيوع كان الواجب أن ينفرد كل نوع منها بمكان خاص . كما أورد بيع ملك الغير فى الفصل الثالث الخاص بالمبيع ، وكان من الخير افراده بمكان خاص ، وخصص الفصل الخامس للغبن فى البيع وكان الاولى الا ينفصل هذا الموضوع عن مكانه الطبيعى عند الكلام فى تقدير الثمن .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

أما التقنين الحالى ، فقد قسم الفصل الخاص بالبيع الى فرعين تناول فى اولهما البيع بوجه عام ، وفى الثانى بعض انواع البيوع كبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع التركات والبيع فى مرض الموت وبيع النائب لنفسه . وقد اتبع فى الفرع الأول تقسيما أقرب الى المنطق ، فاستعرض فى ثلاثة أقسام رئيسية أركان البيع والتزامات البائع والتزامات المشترى ، وخص بالذكر من أركان البيع المبيع والثمن . أما المبيع فبعد أن قرر وجوب علم المشترى به (وهو ما يحل محل خيار الرؤية) استعرض فى شأنه حالات البيع بالعينة والبيع بشرط التجربة وبيع المذاق ، وذكر فى الثمن القاعدة الاساسية التى تقضى بأن يكون نقدا مقدرا أو قابلا للتقدير وفقا لاسس معينة ثم استطرد الى الغبن على اعتبار انه يرد قيدا على حرية المتعاقدين فى تقدير الثمن .

واستعرض التقنين الحالى بعد ذلك التزامات البائع وهى نقل الملكية والتسليم والضمان . فقرر فى الالتزام بنقل الملكية ماهى الأعمال التى يجب أن يقوم بها البائع لتنفيذ هذا الالتزام ، وكيف تنتقل الملكية فى الشىء المبيع جزافا ، ثم استعرض حالة عملية كثيرة الوقوع ، هى البيع بثمن مقسط ، فبين متى يتم نقل الملكية فيها . وفى الالتزام بتسليم المبيع ، ذكر على اى شىء يقع التسليم ، ثم حدد طريقة التسليم ، ثم عرض لحالة هلاك المبيع قبل التسليم ، فبين على من تقع التبعة . وفى الضمان ميز ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، وبين فى كل منهما متى يوجد الضمان وماذا يترتب عليه .

وقد استعرض التقنين الحالى أخيرا التزامات المشترى ، وهى دفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع . فقرر فى الالتزام بدفع الثمن ما الذى يدفعه المشترى ، وبين مكان الوفاء وزمانه ، ثم ذكر ما يترتب من جزاء على عدم الوفاء بالثمن ، واقتصر فى الالتزام بدفع المصروفات على تقرير هذا الالتزام ، وفى الالتزام بتسلم المبيع على تحديد الزمان والمكان اللذين يتم فيهما التسليم ومن الذى يتحمل نفقته .

وقد توخى المشرع فى التقنين الحالى الا يقرر حكما يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة الا اذا كان فيه شىء من الخفاء ، أو كان يحتاج الى تحديد ، أو كان من الأهمية العملية بحيث يحسن أن يسترعى له النظر . من ذلك تحديد الاعمال الضرورية لنقل الملكية (المادة ٢٤٨) ، وكيفية نقل الملكية فى الشىء المبيع جزافا (المادة ٢٤٩) ، وبيان الطريقة فى تسليم

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المبيع (المادة ٤٣٥) ، وتبعة هلاك المبيع قبل التسليم (المادتان ٤٣٧ و ٤٣٨) ، والاتفاق على تعديل الضمان (المادة ٤٤٥ وما بعدها) ، وحبس الثمن (المادة ٤٥٧) ، وحبس المبيع (المادة ٤٥٩) ، وفسخ بيع المنقول لعدم الوفاء بالثمن (المادة ٤٦١) .

وقد اضاف المشرع الى نصوص التقنين القديم نصوصا جديدة ، وحذف نصوصا معقدة أو نصوصا لا فائدة منها ، وعدل أحكاما معينة ، وصحح اخطاء وقعت فى بعض النصوص .

فمن النصوص التى استحدثها التقنين الحالى حكم البيع بالعينة (المادة ٤٢٠) وتقدير الثمن تبعا لاسس معينة أو وفقا للسعر المتداول فى التجارة (المادتان ٤٢٣ و ٤٢٤) ، والبيع بثمن مقسط (المادة ٤٣٠) ، وثبوت حق المشترى فى ضمان الاستحقاق ولو اعترف وهو حسن النية بحق المتعرض (المادة ٤٤١) ، وثبوت حق البائع فى التخلص من هذا الضمان اذا هو رد للمشترى ما دفعه للمستحق توقيا من استحقاق المبيع (المادة ٤٤٢) ، والتزام البائع فوق ضمان العيوب الخفية بضمان صلاحية المبيع للعمل (المادة ٤٥٥) .

ومن النصوص القديمة التى حذفت لأنها معقدة أو لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة لا فائدة من ذكره النصوص الخاصة باثبات البيع وما يدخل عليه من الاوصاف (المواد ٢٣٧ و ٢٣٨ و ٢٤٤) ، وبأهلية كل من البائع والمشترى (المادتان ٢٤٦ و ٢٤٧) ، وبعيوب الرضا (المادة ٢٤٨) ، وبالبيع للأعمى (المادة ٢٥٣) ، وبالشروط العامة لمحل الالتزام (المادة ٢٥٩) ، وبالاثر الرجعى للشرط (المادة ١٦٩) ، وبظهور العيب فى بعض الاشياء المبيعة دون البعض الآخر (المادتان ٣١٦ و ٣١٧) ، وبحدوث عيب جديد فى المبيع بعد العيب القديم (المادة ٣٢٣) ، وبهلاكه بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى (المادة ٤٠١ مختلط) .

ومن الأخطاء التى وقع فيها التقنين القديم وصححها التقنين الجديد ما يتعلق بتبعة الهلاك قبل التسليم فى البيع بالتقدير (المادة ٢٤١ قديم) ، وببيع المريض مرض الموت (المادتان ٢٥٥ و ٢٥٦) ، وبنقل الملكية بالتسليم فى المنقول (المادة ٢٦٨ قديم) (١) .

---

(١) انظر فى ذلك كله المذكرة الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية للتقنين المدنى الحالى جـ ٤ ص ١ وما بعدها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٨ - تقسيم دراسة عقد البيع - وسنتبع الترتيب الذى اتبعه التقنين الحالى فى تنظيم هذا العقد ، فندرس فى القسم الأول الاحكام العامة لعقد البيع ونخصص فى هذه الدراسة بابا لأركان البيع ، وآخر لآثاره ، وثالثا لانحلاله ، ثم ندرس فى القسم الثانى بعض انواع البيع التى ميزها القانون بأحكام خاصة وهى بيع الوفاء وبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع التركات والبيع فى مرض الموت وبيع النائب لنفسه .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فصـــل تمهيدى

فى التعريف بالبيع وخصائصه

٩ — تاريخ عقد البيع — كان البيع عند الرومان يترتب عليه التزام البائع بتمكين المشترى من حيازة المبيع الحيازة الاصلية التى تثبت عادة للمالك ومن الانتفاع به انتفاعا هادئا ، ولم يكن يترتب عليه انتقال الملكية من البائع الى المشترى ، ولا حتى مجرد التزام البائع بنقل الملكية ، لأن الرومان كانوا يعتبرون أن الغرض من عقـــد البيع يتحقق بمجرد تمكين المشترى من حيازة المبيع حيازة اصلية لا عرضية وانتفاعه به دون تعرض من أحد ، ولم يكن انتقال ملكية المبيع الى المشترى فى نظرهم الهدف الرئيسى من عقد البيع . ولكن ليس معنى ذلك انهم كانوا يعتبرون عقـد البيع غير ذى صلة بانتقال الملكية بل أنهم بالعكس من ذلك كانوا يأبون اعتبار العقد بيعا اذا اتفق فيه على أن لا تنتقل الملكية الى المشترى ، فكان ذلك دليلا على أنهم يعدون انتقال الملكية من طبيعة العقد ولو انه ليس من مستلزماته .

وبعبارة أخرى لم يكن يترتب على البيع انتقال الملكية ولا حتى التزام البائع بنقل الملكية ، ولكن كان يتنافى مع طبيعة البيع أن ينص فى العقد على ان يبقى البائع مالكا وأن لا تنتقل الملكية الى المشترى . فمتى مكن البائع المشترى من حيازة المبيع حيازة اصلية هادئة ، فقد وفى بالتزاماته الناشئة من البيع ولم يكن للمشترى أن يطالبه بنقل الملكية أو بأى شىء آخر ما دام لم يتعرض له أحد فى حيازته ، الا اذا كان قد اتفق فى العقد صراحة على التزام البائع بنقل الملكية الى المشترى . ومتى وافق البائع على نقل الملكية — وسواء كان قد التزم بذلك صراحة فى العقد أو لم يلتزم — كان لابد فى نقل الملكية من اتباع اجراءات وأوضاع خاصة ، كالاجراء الشـكلى المسمى الاشهاد mancipatio والتنازل القضـائى in jure cessio والتسليم traditio . (١)

وانتقلت فكرة البيع هذه من القانون الرومانى الى القانون الفرنسى القديم . غير أن الفرنسيين لم يستبقوا من الأساليب التى كان يمكن بها نقل الملكية بعد العقد الا أسلوب التسليم . فكانوا يعتبرون أن الالتزام

---

(١) انظر ما سيجىء فى هامش نبذة ١٥٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بالتسليم هو الالتزام الرئيسى فى عقد البيع ، ولكنه متى تم تنفيذه ترتب عليه انتقال الملكية الى المشترى ، اى أن قيام البائع بتسليم المبيع الى المشترى كان يعتبر وفاء بالالتزام بالتسليم وفى الوقت ذاته اجراء ناقلا الملكية الى المشترى ، بحيث لا يكون للمشترى بعد تسلمه المبيع أن يطالب البائع بشىء ما دام لم يتعرض له احد ، ولو كان البائع قد التزم صراحة بنقل الملكية اليه .

على أن العمل جرى فى القانون الفرنسى القديم على تسهيل انتقال الملكية من البائع الى المشترى باختزال اجراء التسليم الذى كان يترتب عليه هذا الانتقال بوجوه شتى انتهت به الى أن يصير (تسليما صوريا) ، وذلك بأن يستعاض فى نقل الملكية ـ عن التسليم الفعلى ـ بمجرد النص فى العقد على أن البائع قد تخلى عن المبيع وأن المشترى قد تسلمه clause de dessaisine-saisine(١)

وقد لاحظ واضعو التقنين المدنى الفرنسى أن هذا النص قد شاع ادراجه فى جميع عقود البيع حتى صار شرطا مألوفا لا يخلو منه عقد clause de style وبالتالى أن انتقال الملكية أصبح يتم بمجرد انعقاد البيع ، فراوا اقرار هذه النتيجة التى اتجهت اليها رغبة المتعاملين جميعا والاستغناء عن الوسيلة القديمة التى اعتاد المتعاقدون أن يتوسلوا بها الى هذه النتيجة الا وهى النص فى العقد على حصول التخلية والتسليم ، فافترض المشرع الفرنسى الحديث وجود هذا النص فى البيع ورتب على العقد انتقال الملكية فورا ، اذ نص فى المادة ١١٣٨ على أن «الالتزام بتسليم شىء يتم بمجرد تراضى الطرفين ويجعل الدائن مالكا ... » ، اى أن التسليم الذى كان يترتب على حصوله فى عهد القانون القديم انتقال الملكية من المدين الى الدائن يعتبر حاصلا بمجرد التعاقد ، وبناء على ذلك يتم انتقال الملكية من وقت العقد .

١٠ ـ تعريف البيع فى التقنين المدنى الفرنسى ـ غير أن المشرع الفرنسى بالرغم من ذلك لم يتمكن من أن ينفض عن نفسه اثر الفكرة الرومانية نفضا تاما ، فبدا هذا الاثر واضحا فى تعريفه البيع فى المادة ١٥٨٢ بانه « اتفاق يلتزم بموجبه احد العاقدين أن يسلم شيئا ويلتزم العاقد الآخر أن يدفع الثمن » . وكان ينبغى بعد اقرار المبدأ الذى نص عليه فى المادة ١١٣٨ سالفة الذكر أن يعدل تعريف البيع بما يفيد انه عقد

---

(١) انظر فى تفاصيل ذلك ما سيجىء فى هامش نبذة ١٥٠ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ينقل الملكية أو على الاقل عقد ينشىء التزاما بنقل الملكية ولا يقتصر على انشاء التزام بالتسليم .

على أن المادة ١٥٨٣ قد أوضحت الامر وبددت كل شك فى قصد المشرع حيث نصت على « ان البيع يكون تاما وان الملكية تنتقل الى المشترى فى مواجهة البائع بقوة القانون من وقت الاتفاق على المبيع والثمن ولو لم يتم تسليم المبيع أو دفع الثمن » .

وبتقريب هذا النص من النص السابق عليه يتبين انه ليس يكفى فى تعريف البيع القول بأنه اتفاق ينشىء التزاما بتسليم شىء ، وانه يجب تعريفه بأنه اتفاق ينقل ملكية شىء .

غير انه يرد على هذا التعريف تحفظ يرجع الى أن بعض البيوع لا ينقل الملكية بل يقتصر على انشاء التزام بنقلها ، وذلك كبيع المثليات وبيع الأشياء المستقبلة .

١١ - تعريف البيع فى الشريعة الاسلامية - يعرف فقهاء الشريعة الاسلامية البيع بأنه مبادلة مال بمال ، فهم لا يفرقون بين البيع والمقايضة لان البيع عندهم اما ان يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق ، او بيع العين بالعين وهو المقايضة - او بيع النقد بالنقد وهو الصرف . أو بيع الدين بالثمن وهو السلم . وقد عرفته المادة ٣٤٣ من مرشد الحيران بأنه « تمليك البائع مالا للمشترى بمال يكون ثمنا للمبيع » .

وظاهر من ذلك أن تعريف الشريعة الاسلامية للبيع يفيد ان البيع ينقل الملكية بذاته ولا يقتصر على انشاء التزام بنقل الملكية أو التزام بتسليم المبيع . وهو بذلك اقرب الى اداء الفكرة الصحيحة عن البيع فى القانون الفرنسى الحديث من التعريف الذى نصت عليه المادة ١٥٨٢ مدنى فرنسى .

غير انه يلاحظ على تعريف الشريعة الاسلامية البيع انه لا ينطبق على بيع المثليات ولا على بيع الاشياء المستقبلة فى الاحوال التى يجوز فيها هذا البيع ، لان المثليات المبيعة لا تنتقل ملكيتها الا بفرزها ، ولان الاشياء المستقبلة لا تنتقل ملكيتها الا بعد وجودها ، فلا يترتب على البيع فى هاتين الحالتين سوى انشاء التزام بنقل الملكية .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

١٢ — تعريف البيع فى القانون المصرى — تأثر المشرع المصرى بما وجه من نقد الى تعريف البيع فى كل من القانون الفرنسى والشريعة الاسلامية ، فتفادى النقد الموجه الى تعريف القانون الفرنسى بأن جعل الالتزام الرئيسى الذى يميز عقد البيع ليس الالتزام بتسليم شىء بل الالتزام بنقل الملكية ، وتفادى النقد الموجه الى تعريف الشريعة الاسلامية فلم يعرف البيع بأنه مبادلة أو تمليك ما دام هذا التعريف لا ينطبق على جميع البيوع بل عرفه فى المادة ٢٣٥/٣٠٠ من التقنين المدنى القديم بأنه « يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شىء للآخر فى مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما » .

وقد لوحظ على هذا التعريف أولا انه يقصر محل البيع على ملكية الاشياء فقط فى حين أنه لا مانع من ورود البيع على أى حق مالى آخر غير ملكية الاشياء ، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حقوق الدائنية أو حق الملكية الادبية . فتدارك المشرع ذلك فى التقنين الحالى حيث عرف البيع فى المادة ٤١٨ منه بأنه « عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شىء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى » .

وظاهر أن هذا التعريف يمتاز على سابقه بأنه ينص صراحة على أن البيع يرد على أى حق مالى سواء كان حق ملكية شىء أو غير ذلك من الحقوق المالية، وعلى ان الثمن الذى يلتزم به المشترى يجب أن يكون مبلغا من النقود ، والا فان العقد لا يعتبر بيعا بل مقايضة .

ولكن يلاحظ على هذا التعريف وسابقه أنهما لا ينبئان عن أهم أثر يترتب على البيع فى القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد مع أن التقنين الملغى قد نص صراحة على هذا الاثر فى المادتين ١٤٥/٩١ و ١٤٦/٩٢ ، كما نصت عليه المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى الحالى حيث قضت بأن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل (١) .

---

(١) انظر فى معارضة هذه الملاحظة منصور مصطفى منصور فى البيع والمقايضة والايجار نبذة ٩ ص ١٤ ؛ السنهورى فى الوسيط جـ ٤ هامش ص ٢٢ . وتقوم معارضتهما على أساس ان انتقال الملكية ليس أثرا للبيع بل هو أثر للالتزام بنقل الملكية الذى ينشئه البيع . وانظر عكس ذلك عبد المجيد الحكيم فى بحث له بعنوان هل يمكن ان يوجد التزام =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولعل ما حـــدا المشرع الى ذلك ملاحظته ان بعض البيوع لا يترتب عليه هذا الاثر ورغبته فى وضع تعريف شامل جميع انواع البيع . غير أن هذين السببين لا يبرران اهمال ذلك التحول العظيم الذى طرأ على آثار البيع فى القانون الحديث ، فقد صار الاصل أن يقصد بالبيع نقل الملكية فورا الا فى بعض البيوع التى لا تسمح طبيعتها بذلك ، بل يمكن القول ان البيع قد صار فى القانون الحديث نوعين : أحدهما ينقل بذاته ملكية المبيع الى المشترى ، والثانى يقتصر على أن ينشىء فى ذمة البائع التزاما بنقلها .

١٣ ـ **خصائص عقد البيع** ـ يخلص مما تقدم أن البيع عقد رضائى ، ملزم الجانبين ، وانه عقد معاوضة ، محدد القيمة ، ناقل الملكية او على الاقل منشىء التزاما بنقل الملكية ، وانه عقد ينتج اثره حال حياة عاقديه اى أنه ليس من الاعمال القانونية المضافة الى ما بعد الموت .

١٤ ـ (أ) **عقد البيع عقد رضائى** ـ فهو عقد رضائى consensuel لانه يتم بمجرد اتفاق الطرفين ، ولا يحتاج انعقاده الى اى اجراء شكلى ، اى انه يتم بمجرد تبادل ارادتين متطابقتين أيا كانت طريقة هذا التبادل ، كتابة كانت أو مشافهة أو اشارة الخ (١) .

ويستثنى من ذلك بيع السفن البحرية اذ اعتبره المشرع عقدا شكليا ونص فى المادة ٣ من قانون التجارة البحرى على أن« بيع السفينة كلها أو بعضها اختياريا يلزم أن يكون بسند رسمى سواء حصل قبل السفر او فى أثنائه والا كان البيع لاغيا » (٢) .

ينقل الملكية وهل يمكن ان يكون للالتزام اثر ؟ فى مجلة القضـــاء العراقية ، بغداد عدد حزيران ١٩٦٦ حيث يرى أن العقد هو الذى ينقل الملكية وانه لا محل للقول بوجود التزام بنقل الملكية . ونرى أن كلا من هذين الفريقين نظر الى أحد نوعى البيع دون النوع الآخر، لذلك قلنا فى المتن ان البيع نوعان أحدهما ينقل بذاته الملكية بحيث لا يبقى فيه محل للقول بنشوء التزام بنقل الملكية ، والثانى لا ينقل بذاته الملكية فيترتب عليه التزام بنقلها . والاول هو الغالب أو الاصل . ولذلك وددنا لو أن تعريف البيع بوجـه عام ينبىء عن خاصية هذا الاصل أو النوع الغالب .

(١)-ومؤدى ذلك أن الوكالة فى البيـع تكون بدورهـا رضائية ، ولا تستوجب شكلا خاصا لانعقادها عملا بالمادة ٧٠٠ مدنى ، وبالتالى فأن الوكالة فى البيع تخضع فى شـكلها الخارجى لقانون محل ابرامها (نقض مدنى ١٧ مايو ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض ٢٤ ـ ٧٧٢ ـ ١٣٧) .

(٢) انظر نقض مدنى ٧ مايو ١٩٥٩ أحكام النقض ١٠ ـ ٣٩٥ ـ ٦٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

واذا كان يغلب فى العمـــل تدوين عقـد البيع فى محرر ، فما ذلك الا لاثبات التعاقد لا لابرامه ، أى ان المحرر يعتبر أداة اثبات فقط لا اجراء شكليا لازما لانعقاد العقد . فاذا كان العقد معترفا به ، فانه يصبح له وجود قانونى ولو لم يكن ثابتا بالكتابة .

وينطبق ذلك حتى على بيع العقار ، فان تحتيم تسجيله وفقا لقانون الشهر العقارى يقتضى تدوينه فى محرر لان التسجيل لا يرد على العمل القانونى فى ذاته negotium بل على المحرر المثبت له instrumentum وقد ثار الشك عقب صدور قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ حول طبيعـة التسجيل ، فظن البعض أن المشرع اعتبره ركنا شكليا فى عقد البيع وانه اعتبر العقد غير المسجل بمثابة وعد بالبيع لا ينشىء الا التزامات شخصية. ولكن هذا الشك ما لبث أن تبدد وانعقد الاجماع على أن ذلك القانون لم يغير من طبيعة البيع الرضائية وانه انما اشترط التسجيل لنقل الملكية فحسب، وصار مسلما أن بيع العقار ينعقد كبيع المنقول بمجرد التراضى ، ولا تعتبر الكتابة الا أداة اثبات للعقد تجعله صالحا للتسجيل (١) . فاذا لم يدون بيع العقار فى محرر ، جاز اثباته من طريق الاقرار او اليمين أو غيرهما وفقا لقواعد الاثبات ، وقام الحكم المثبت له مقام المحرر الذى يصدر من الطرفين من حيث التسجيل (٢) .

على أن صفة البيع الرضائية ليست متعلقة بالنظام العام ، فيجوز للعاقدين أن يتفقا على أن لا ينعقد البيع بينهما الا فى شكل يعينانه لذلك كتدوينه فى ورقة رسمية أو عرفية . وفى هذه الحالة لا يكون العقـــد رضائيا أى لا يكفى فى انعقاده مجرد رضا الطرفين، ولا ينعقد الا باستيفاء الشكل المتفق عليه (٣) .

---

(١) انظر نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة القواعد القانونية ١ — ١٤٣ — ٧٣ المجموعة ٣٤ رقم ١٥ ، ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية ١ — ١١٥٠ — ٣٧٤ ، استئناف مصر ٣ ديسمبر ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ رقم ٢١ .

(٢) ومن هذا القبيل ايضا اشتراط كتابة رسمية او عرفية مصدق عليها فى بيع المحال التجارية (المادة الاولى من القانون رقم ١١ سنة ١٩٤٠) وفى بيع السيارات لامكان نقل رخصتها الى المشترى (المادتان ١٠٦ ، ١١٤ من قرار وزير الداخلية بتنفيذ احكام القانون رقم ٤٤٩ سنة ١٩٥٥) .

(٣) البدراوى فى عقد البيع نبذة ٣٠ ص ٤٤ و٤٥ ، توفيق فرج نبذة ٥ ، رمضى ٣٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

غير ان الأمر يدق اذا اتفق الطرفان على وجوب تدوين عقدهما فى محرر ولم يذكرا أن العقد لا يعتبر منعقدا الا بتوقيع هذا المحرر ، ولم يمكن الاستدلال على انهما قصدا ذلك ، فيعتبر المحرر فى هذه الحالة راكنا مشترطا لانعقاد العقد ، أم يعتبر مشروطا للاثبات فقط ؟ كان مشروع تنقيح القانون المدنى يتضمن نصا يواجه به هذه المسألة ويقضى بأن يفترض عند الشك أن العاقدين قصدا أن لا يتم التعاقد بينهما الا بتدوين العقد وتوقيعه منهما (المادة ١٤٩ من المشروع) . ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لامكان الاستغناء عنه . وبناء على ذلك لا تكون ثمة اى قرينة قانونية ويتعين على القاضى أن يبحث فى كل حالة عن النية الحقيقية للعاقدين دون تعقيب عليه من محكمة النقض ما دام قد بنى ما استنتجه على اعتبارات مقبولة تبرره (١) .

واذا روعى أن هذا النص كان يتضمن خروجا على القواعد العامة التى تعتبر ان الاصل فى العقود انما هو الرضائية ، وجب بعد حذفه تغليب حكم تلك القواعد العامة والقول بأن العقد ينعقد ويجوز اثباته عند عدم الكتابة بما يقوم مقامها من اقرار أو يمين .

وفيما يتعلق بالاثبات يخضع البيع للقواعد العامة فتجوز فيه البينة اذا لم تجاوز قيمة المبيع عشرين جنيها ما لم يتفق العاقدان على غير ذلك ، ويجب الاثبات بالكتابة اذا جاوزت قيمة المبيع هذا القدر ما لم يتفق العاقدان على جواز الاثبات بالبينة .

١٥ — (ب) **عقد البيع عقد ملزم الجانبين** — وهو عقد ملزم الجانبين synallagmatique لأنه بمجرد انعقاده ينشىء التزامات فى ذمة البائع واخرى فى ذمة المشترى ، اى أن ارادة كل من طرفيه تتجه نحو الزام صاحبها بالتزامات معينة ، ولذلك يتعين أن يكون لكل من هاتين الارادتين اللتين تلتزمان سبب مشروع . ويوجد ارتباط بين التزامات البائع والتزامات المشترى ، فاذا وقع التزام أحد الطرفين باطلا لاى

---

(١) نقض مدنى ٢٩ اكتوبر ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ٤ — ٧٢٨ — ٢٧١ وقد جاء فيه أن نية العاقدين يستخلصها القاضى من نصوص العقد وملابساته . فاذا هو استخلص من الاوراق أن العاقدين لم يجعلا تحرير العقد الرسمى شرطا لانعقاد البيع بل هما قد علقا عليه انتقال الملكية الى المشترى وبنى ذلك على اعتبارات مقبولة تبرره ، فلا معقب عليه فى ذلك .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

سبب من اسباب البطلان بطل ايضا التزام الطرف الآخر ، واذا انقضى التزام أحدهما باستحالة الوفاء مثلا انفسخ العقد وانقضى التزام الطرف الآخر . واذا امتنع احدهما عن تنفيذ التزاماته جاز للطرف الآ ان يمتنع هو ايضا عن تنفيذ التزاماته أو ان يطلب فسخ العقد ليتحلل منها .

ويترتب ايضا على تعدد الالتزامات من الجانبين ان يكون لكل منها محله . فالتزامات البائع تدور كلها حول المبيع فيعتبر المبيع محلا لعقد البيع . اما التزامات المشترى فاهمها دفع الثمن ، ولذلك يعتبر الثمن محلا آخر لعقد البيع . فاذا ما درسنا محل عقـــد البيع تعين علينا ان ندرس المبيع والثمن كلا منهما على حدة .

١٦ — (ج) **عقـــد البيع عقد معاوضة** — وهو عقد معاوضـــة contrat à titre onéreux لأن كلا من طرفى العقد يأخـــذ مقابلا لما يلتزم به ، فيعتبر البيع من الاعمال الدائرة بين النفع والضرر ويحتاج فيه الى اهلية التصرف ، ويكون الصبى المميز بالنســـبة اليه ناقص الاهلية ، ولا يجوز فيه الوكالة الا اذا كانت خاصة . وهو يختلف فى ذلك عن الهبة لانها تبرع ، اى عمل ضار ضررا محضا ، ويكون الصبى المميز بالنسبة اليها معدوم الاهلية ولا تكفى فيها الوكالة الخاصة بل بل لابد فيها من وكالة محددة . ويختلف البيع عن الايجار فى ان الاخـير يعتبر من أعمال الادارة التى تثبت اهليتها للصبى المأذون وتجوز فيهـا الوكالة العامة .

وتنقسم عقود المعاوضة الى عقود محددة القيمة commutatifs وعقود احتمالية aléatoires .

١٧ — (د) **عقد البيع عقد محدد القيمة** — والاصل فى البيع انه عقد محدد القيمة ، لان كلا من عاقديه يعلم او يستطيع ان يعـلم سلفا ، اى من وقت العقد ، قيمة الالتزام الذى يتعهد به وقيمة الحق الذى يكسبه من العقد . على أن هذه الصفة ليست من مستلزمات البيع ، فيكون البيع عقدا احتماليا اذا ربط الطرفان احد الالتزامات الناشئة منه بحادث غير محقق ، كما اذا جعلا الثمن ايرادا مرتبا مدى الحياة ، فان مقـدار الثمن يكون فى هذه الحالة مرتبطا بمدى حياة البائع وهو أمر غير ممكن تحديده وقت العقد . فان طالت حياة البائع زاد الثمن الذى يدفعـه المشترى والعكس بالعكس .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وتظهر أهمية اعتبار البيع عقدا محددا أو عقدا احتماليا فى تطبيق أحكام الغبن ، فان هذه الاحكام تطبق على العقود محـددة القيمة دون العقود الاحتمالية (١) .

١٨ — (هـ) **عقد البيع عقد ناقل الملكية** — والبيع عقد ناقل الملكية او على الاقل منشىء التزامات بنقـل الملكية (٢) . فان تعـريف البيع فى القانون الحديث يفيد أن أهم آثاره انشاء التزام فى ذمة البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى . فيعتبر هذا الالتزام من طبيعة البيع بوجه عام ومن مستلزماته بحيث لا يكون بيع دون نشوء هذا الالتزام . غير أن المشرع اذ نص فى المادة ٤٠٤ مدنى — وفيما يقابلها من مواد القانون القـديم والقانون المدنى الفرنسى — على أن « الالتزام بنقل الملكية أو اى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معينـا بالذات يملكه الملتزم ... » ، قد جعل الاصل فى البيع أن لا يقتصر اثره على انشاء التزام بنقل الملكية بل أن ينقل الملكية من تلقاء نفسه اى انه جعل البيع ليس منشئا التزامات شخصية فحسب بل ناقلا الملك بذاته. واذا كان المشرع قد استثنى من ذلك بيع الاشياء غير المملوكة للبائع ، فيجب أن يضاف أيضا الى هذين الاستثنائين بيع الاشياء المستقبلة وبيع العقارات . غير أنه اذا كان البيع فى هذه الاحوال المستثناه لا يرتب عليه انتقال الملكية بمجرد التراضى فلا نزاع فى أنه ينشىء فى ذمة البائع التزاما بنقل الملكية وفى انه يجب على البائع أن يقوم بالاعمال اللازمة لتنفيذ هذا الالتزام (٣) .

١٩ — (و) **عقد منجز حال حياة العاقدين** — والبيع اخير عقد ينتج اثره حال حياة عاقديه . واذا جاز تعليق آثاره كلها او بعضها على اجل، فانه لا يجوز اضافتها الى موت البائع لان تصرف البائع يكون فى هـذه الحالة الاخيرة واردا على جزء من تركة مستقبلة فيقع تحت المنع الوارد فى المادة ١٣١ فقرة ثانية .

---

(١) انظر ما سيجىء فى نبذة ١٣١ وما بعدها .

(٢) بل يصح ان ينشىء البيع التزاما بنقل حق عينى آخر غير الملكية أو حقا شخصيا ، فيسمى فى الحالة الاولى تقرير حق عينى كالانتفاع والارتفاق ، ويسمى فى الحالة الثانية حوالة حق ، ولكن هذا لا يغير من طبيعته كبيع ، ولا يمنع تطبيق احكام البيع عليه . (توفيق فرج نبذة ١٦ ص ٣٤) .

(٣) قارن فى هذا المعنى توفيق فرج نبذة ١٦ ص ٣٤ وما بعدها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

على انه اذا ثبت فى هذه الحالة ان البيع قد تم دون مقابل ، أمكن اعتباره فى بعض الاحوال وصية وفقا لما سيجىء فى نبذة ٢٩ ، وانما يشترط فى ذلك أن يكون انتقال الملكية بجميع عناصرها مضافا الى ما بعد موت البائع . أما اذا نص فى العقد على أن البائع ينقل فورا الى المشترى ملكية الرقبة ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع مدة حياته فلا يعتبر العقد مضافا الى ما بعد الموت ولا يقع باطلا (١) . وغاية الامر أنه اذا كان صادرا لاحد الورثة أمكن اعتباره وصية اذا توافرت فيه شروط المادة ٩١٧ (٢).

٢٠ ـ اختلاط بعض العقود بعقد البيع وضرورة تكييف كل عقد التكييف الصحيح ـ بالرغم من وضوح خصائص البيع بوجه عام ، فقد تعرض حالات يدق فيها تكييف العقد من حيث اعتباره بيعا أو غيره من العقود المسماة ، لاختلاط العقد فيها بالبيع من بعض النواحى وبغيره من نواحى اخرى . ولا شك أن لتكييف هذه العقود اهمية كبرى اذ يتوقف عليه تطبيق أحكام البيع على هذه العقود أو تطبيق أحكام عقد مسمى آخر غير البيع ، أو أحكام عقد غير مسمى تستنبط من القواعد العامة اذا لم تتوافر فى العقد اركان أى عقد مسمى . ومن أمثلة العقود التى تختلط بعقد البيع الاحوال الآتية :

٢١ ـ احوال اختلاط البيع بالايجار ـ يرجع بعض هذه الاحوال الى طبيعة المعقود عليه ويرجع بعضها الآخر الى شروط التعاقد .

٢٢ ـ (أ) احوال اختلاط البيع بالايجار التى ترجع الى طبيعة المعقود عليه ـ تقدم ان البيع بطبيعته ناقل الملك أى ان الغرض منه نقل ملكية المبيع من البائع الى المشترى وانه يفترض وجود حق قائم فى ذمة

---

(١) وقد قررت محكمة النقض ان التصرف المنجز حال صحة المتصرف حتى لو كان بغير عوض ومقصودا به حرمان بعض الورثة هو تصرف صحيح متى استوفى شكله القانونى. فاذا سلمنا ان عقد البيع المتنازع عليه قد صدر منجزا فى حياة البائع ومن شخص فيه اهلية التصرف ومستوفيا لكل الاجراءات التى يقتضيها القانون فى مثله وسجل قبل وفاة البائع بزمن طويل ، فهو عقد صحيح لا يطعن عليه سواء باعتباره عقد بيع حقيقى أو باعتباره عقد بيع يستر هبة ، ولا تجوز المطالبة ببطلانه تأسيسا على انه قد قصد به حرمان وارث وان التحايل على قواعد الارث يبطل العقود (نقض ٢٩ يونيه ١٩٢٨ المحاماة ١٩ ـ ٣٦٣ ـ ١٥٦) .

(٢) انظر نبذة ٢٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

البائع يراد نقله هو ذاته الى المشترى . أما الايجار فلا ينقل حقا قائما فى ذمة المؤجر الى ذمة المستأجر ، بل يقتصر على أن ينشىء فى ذمة الاول التزاما لمصلحة الثانى يقابله حق شخصى للاخير ، ومحل هذا الالتزام أو الحق الشخصى تمكين المستأجر من الانتفاع بعين معينة ـ سواء كانت مملوكة للمؤجر أو لغيره ـ وسواء كان هذا الانتفاع كليا أو جزئيا حسب الاتفاق الوارد فى عقد الايجار ، وبعبارة اخرى فان محل عقد البيع نقل حق ثابت للبائع الى المشترى ، أما محل عقد الايجار فهو انشاء التزام فى ذمة المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بحق ثابت للمؤجر أو لغيره دون نقل هذا الحق ذاته الى المستأجر .

ولا وجه للالتباس بين البيع والايجار اذا كان المعقود عليه مالا ماديا، اى حق ملكية شىء مادى ، وذلك لوضوح الفرق بين اتجاه قصد العاقدين الى نقل الملكية أو اتجاهه فقط الى الزام المالك بتمكين العاقد الآخر من الانتفاع بالشىء مدة معينة مع بقاء ملكيته لصاحبها .

غير أن الامر يدق اذا كان المعقود عليه ليس مالا ماديا بل مالا معنويا وبخاصة اذا كان حقا شخصيا يخول المنفعة كالحق فى اخذ ثمار العين أو حاصلاتها مدة معينة ، فحينئذ يختلط البيع بالايجار ويصبح تكييف العقد امرا غير هين مع انه لا مناص منه لتعيين الاحكام التى تنطبق على العقد ، أهى احكام البيع أم أحكام الايجار ؟ فان كانت الاولى ، كان البيع قابلا للابطال اذا لم يكن البائع مالكا ، وانتهى حق المشترى بانتهاء المدة المتفق عليها ، وكان للبائع حق امتياز على المبيع . أما أن كانت الثانية ، كان العقد غير قابل للابطال بسبب عدم ملكية المؤجر للمعقود عليه ، وكان قابلا للتجديد بعد انتهاء مدته تجديدا ضمنيا ، ولم يثبت للمؤجر حق امتياز البائع بل يثبت له فقط امتياز المؤجر اذا كان المعقود عليه عقارا. ومن المعلوم أن امتياز البائع يختلف عن امتياز المؤجر فى مداه وفى احكامه (١) .

فاذا خول شخص الى آخر الحق فى جنى ثمار عين معينة أو فى اخذ حاصلاتها مدة محددة فى مقابل جعل ثابت . أيعتبر هذا العقد بيعا أم ايجارا ؟

---

(١) انظر كتابنا فى التأمينات العينية ط ٢ سنة ١٩٥٩ ص ٥٧٣ و ٦١٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لقد اختلفت الشراح والمحاكم فى تعيين الضابط الذى يعول عليه فى تكييف مثل هذا العقد (١) .

فذهبت المحاكم الفرنسية وبعض الشراح الى وجوب التفرقة بين العقد الذى يخول الحق فى أخذ الثمار fruits والعقد الذى يخول الحق فى أخذ الحاصلات produits فيعتبر الاول ايجارا والثانى بيعا (٢) . ولكن لوحظ على ذلك انه فى العقد الوارد على الثمار لا مانع من ان تتجه نية المالك الى بيع الثمار ذاتها لا الى مجرد الالتزام بتمكين الطرف الآخر من أخذ غلة العين ، كما أن العقد الوارد على الحاصلات يمكن اعتباره

---

(١) انظر فى ذلك تعليق بيكيه Becqué على نقض مدنى فرنسى ١٢ يناير سنة ١٩٥٤ مجلة الاسبوع القانونى ١٩٥٤ J ٨٠٢٦ بشأن التفرقة بين الايجار وعقد امتياز استخراج الاحجار من محجر .

(٢) فى هذا المعنى بودرى لاكانتينرى وفاميل ، فى الايجار نبذة ٧٨١ ص ٤٤٨ والاحكام المشار اليها فى الهامش ١ منها ، اوبـــرى ورو جـ ٥ ص ٢٧٨ هامش نمرة ٣ ، بلانيـــول وريبير وهامل جـ ١٠ نبذة ٣ ص ٥ ونقض فرنسى ١٧ فبراير ١٩٥٥ داللوز ١٩٥٥ ص ٤٦٩ ، وفى هذا المعنى فى القانون المصرى ، السنهورى فى الوسيط جـ ٦ نبذة ٤ وفى الوسيط جـ ٤ ص ٢٧ ، توفيق فرج نبذة ٢٣ ص ٤٩ ، البدراوى نبذة ٥٩ ، منصور مصطفى منصور ص ١٩ هامش ٢ ، اسماعيل غانم ص ٣١ ، انور سلطان وجلال العدوى نبذة ٦٤ و٦٥ ، خميس خضر ص ١٨ و ١٩ . نقض مدنى مصرى ٦ ديسمبر ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣-١٦١-٣١ . وقد جاء فيه انه اذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى أن الطاعن تعاقد مع المطعون عليها (وزارة المالية) على أن يقوم باستغلال النطرون الجاف بمستنقعات منطقتين رسا مرادهما عليه مقابل ثمن معين ، وعلى أن يدفع للمطعون عليها ، علاوة على هذا الثمن ، اتاوة بواقع كذا جنيها عن كل طن يستخرج زيادة على ١٥٠٠ طن من المنطقة الاولى والف طن من المنطقة الثانية ، كما استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية أن المطعون عليها لم تتفق مع الطاعن على حد ادنى لكمية النطرون الذى يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذى رسا به المزاد عليه وأن مقدارى الالف وخمسمائة طن والالف طن لم يردا فى أوراق التعاقد الا لتحديد الاتاوة التى اشترط على الطاعن دفعها . فهذا العقد موضوعه محصول طبيعى غير متجدد وليس ثمرة أو ريعا للمستنقعات المذكورة لكونه جزءا منها لابد من نفاذه يوما ما ، وحقيقته — مهما كان قد ورد فيه من الفاظ « المؤجرة » و « الايجار » و « المستأجر » — انه عقد بيع للنطرون لا عقد ايجار للمستنقعات ، والمبيع بموجبه هو عين معينة هى كل النطرون الموجود بالمستنقعات بلا حاجة الى وزن ، ولئنه قد حدد دون توقف على وزن فيما عدا مبلغ الاتاوة ، ويتبنى على ذلك اعتبـــاره — وفقـــا للمادة ٢٤٠ مدنى قديم — بيعا جزافا ، فهو يقع لازما مهما كان مقدار المبيع أقل مما أمله المشترى .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ايجارا اذا كان اخذ هذه الحاصلات هو الطريق الطبيعى لاستغلال العين (١) .

وذهب فريق آخر الى أن المعول عليه ما اذا كان المالك ينزل الى الطرف الآخر عن الثمار ناضجة ومعدة للنقل فيكون العقد بيعا ، او كان نزوله عنها مقترنا بالتزام المتنازل اليه بالعمل على انمائها وانضاجها وحصدها فيكون العقد ايجارا (٢) . ولكن لوحظ على ذلك انه لا مانع من أن يلتزم المشترى فى عقد البيع بالقيام ببعض الاعمال اللازمة لانتاج المبيع (٣) .

وذهب آخرون الى أن المعول عليه فى اعتبار مثل هذا العقد بيعا او ايجارا طبيعة الآثار التى تترتب عليه ، فان كان من شأنه أن ينقل ملكية حق ثابت من قبل فى ذمة المتصرف ، كان بيعا . وان اقتصر على انشاء التزام فى ذمة المتصرف بتمكين المتصرف اليه من اخذ الثمار او الحاصلات فهو ايجار (٤) . ولكن يؤخذ على ذلك أن الآثار التى تترتب على عقد ما ليست سوى نتيجة لاتجاه ارادة العاقدين اليها وان المسألة كلها تنحصر فى معرفة ما اتجهت اليه ارادة العاقدين .

لذلك أرى أن العبرة بقصد العاقدين وان الآثار التى لا يكون ثمة شك فى اتجاه قصدهما اليهايمكن أن يستدل بها على تكييف العقد للاستعانة بهذا التكييف على تنظيم الآثار التى لم يثبت اتجاه قصدهما اليها . وبعبارة اخرى ان ظروف التعاقد وأحكامه الواضحة يمكن اعتبارها قرائن قضائية مؤقتة على حقيقة التكييف الذى اتجهت اليه ارادة العاقدين بمعنى انها ترجح أحد التكييفين على الآخر الى أن يثبت العكس (٥) .

فمثلا يعتبر ورود العقد على الحق فى اخذ الحاصلات ـ وهى غير متجددة ـ قرينة على انه بيع ما لم يثبت من ظرف آخر أن العاقدين

---

(١) قارن فى هذا المعنى جيبوار جـ ١ نبذة ١٤ .

(٢) فاهل فى تعليق له فى سيرى ١٩١٢ ـ ١ ـ ٤١٣ على حكم نقض ١٣ ديسمبر ١٩٠٩ .

(٣) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٢٨ .

(٤) بيدان وبريت دى لاجريسى ، الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ نبذة ٤٦٣ .

(٥) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٣٨ ، خميس حفر ص ٣٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

اتجهت ارادتهما الى الايجار وآثاره ، وبالعكس من ذلك يعتبر ورود العقد على الحق فى أخذ ثمار الارض كلها - وهى متجددة - قرينة على أنه قصد به الايجار لا البيع . فاذا كان محل العقد نوعا معينا من الثمار فقط كان الراجح أن العقد بيع الا اذا كان المتصرف اليه قد تعهد بانماء هذه الثمار وانضاجها على نفقته ، فان ذلك يرجح الايجار على البيع (١) . واذا اتفق على تقدير المقابل جملة وعلى دفعه مرة واحدة كان الراجح ان العقد بيع ، واذا اتفق على مقابل للثمار عن كل مدة وعلى دفع ما يقابل كل مدة فى نهايتها أو عند بدئها ، رجح ذلك قصد الايجار على قصد البيع (٢) .

ومن قبيل العقود التى يختلط فيها البيع بالايجار بسبب المعقود عليه النزول عن الايجار والتأجير من الباطن ، فان الاول يعتبر بيعا والثانى ايجارا وكثيرا ما يقع الخلط بينهما ، فيرجع فى تكييف العقد الى قصد العاقدين حسبما تقدم . ومحل بحث هذه المسألة فى شرح عقد الايجار(٣)

٢٣ - (ب) احوال اختلاط البيع بالايجار التى ترجع الى شروط التعاقد - قد يقع الخلط بين البيع والايجار لا بسبب المعقود عليه كما تقدم بل بسبب شروط التعاقد والاحكام التى اتفق عليها العاقدان كما فى الايجار الذى يقصد به البيع location-vente وصورته ان يتفق تاجر الراديو مثلا على أن يؤجر الى عميله مذياعا مدة سنة بأجرة شهرية قدرها ثلاثة جنيهات ، وعلى أنه اذا وفى المستأجر التزاماته كاملة تملك المذياع فى نهاية السنة دون أن يدفع شيئا آخر .

وسيأتى أن هذا الاتفاق يشبه البيع فى أنه يؤدى الى نقل ملكية المذياع فى مقابل ثمن يدفع أقساطا شهرية ، وأنه يشبه الايجار فى أنه لا يترتب عليه فور انعقاده تمليك بل مجرد تمكين من الانتفاع ، وفى أن

---

(١) و (٢) فى هذا المعنى خميس خضر ص ٢٠ .

(٣) راجع كتابنا فى عقد الايجار ط ٣ سنة ١٩٦٨ نبذة ٢٣٩ وما بعدها ص ٥٢٦ وما بعدها . وانظر مقال ريمون شميل R. Schemeil فى غازيت المحاكم المختلطة ٢٠ ص ٢٩٧ بعنوان

Les ventes et les locations-ventes à transfert de propriété retardé et les droits des tiers.

وفى العدد ذاته أحكام المحاكم المختلطة المتعلقة بالموضوع .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فسخه لاخلال احد العاقدين بالتزاماته كلها أو بعضها لا يترتب عليه وجوب اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقـــد بل يحتفظ كل من الطرفين بالفائدة التى عادت عليه فى الماضى من تنفيذ العقد (١) .

وقد اختلف الشراح والمحاكم ايضا فى تكييف هذا العقد بانه بيع أو ايجار ، ثم حسم التقنين المدنى الحالى هذا الخلاف باعتبار العقد بيعا معلقا على شرط (انظر ما سيجىء فى نبذة ٤٤) .

٢٤ ـ **اشتباه البيع بعقد المقاولة** ـ المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر (المادة ٦٤٦) . ويجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله ، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا (المادة ٦٤٧). وفى هذه الحالة الاخيرة يشتبه عقد المقاولة بعقد البيع اذ من السهل أن يعتبر المقاول بائعا المواد التى يستخدمها فى العمل . وقد ذهبت أغلبيـــة الفقه والقضاء فى هذا الشأن الى اعتبار الاصل فى الحالات التى يتعهد فيها المقاول بتقديم مادة العمل أن العقد بيع ، الا اذا كانت قيمـــة المادة أو المهمات المستعملة ثانوية بالنسبة الى عمل المقاول ، فالترزى الذى يحيك لعميله ثوبا يتعهد دائما بتوريد المواد الاولية البسيطة كالخيط وغيره ، ويتعهد أحيانا بتقديم قماش الثوب ذاته . ففى الحالة الاولى يعتبر العقد مقاولة لأن محله الرئيسى صنعة الترزى ، ولأن تقديم الخيط وســـائر المواد الاولية البسيطة ليس الا أمرا ثانويا الى جانب تفصـــيل الثوب وحياكته . أما فى الحالة الثانية فان قيمة الاقمشة والمهمات التى يتعهـــد الترزى بتوريدها تبدو أهم من قيمة العمل المتعهد به ، فيصح اعتبار العقد بيعا لشىء مستقبل . وكذلك اذا تعهد المقاول بأن يبنى بأدوات من عنده بناء على أرض مملوكة لرب العمل ، فان العقد يعتبر مقاولة ، لان المهمات تعتبر ثانوية بالنسبة الى الارض . أما اذا تعهد بتقديم بناء يقيمه بأدوات من عنده وعلى أرض يقدمها هو ، فان العقد يغلب عليه وصف البيع ويعتبر بيع شىء مستقبل (٢) .

---

(١) انظر ما سيجىء فى نبذة ٤٤ .

(٢) فى هذا المعنى بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ نبذة ٥ ، السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٣٠ و ٣١ ، توفيق فرج نبذة ٢٥ ص ٥٤ ، اسماعيل غانم ص ٣٦ ، البدراوى نبذة ١٦ ص ٥٩ و ٦٠ ، منصور مصطفى نبذة ١٢ ص ١٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٢٥ - اشتباه البيع بالوكالة - الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل (المادة ٦٩٩) . ويقع الاشتباه بين البيع والوكالة اذا كان من يقوم بعمل قانونى لحساب آخر يستطيع ان يدعى لنفسه حقا على المال محل هذا العمل القانونى كما اذا تكفل أحد سماسرة الاقطان ببيع محصول زراعة أحد عملائه لحساب ذلك العميل ، فأخذ منه مبايعة عن ذلك المحصول حتى يسهل عليه بيعه ، أو اذا حول الدائن حقه الى شخص آخر ليتولى مطالبة المدين . فى هـذه الاحوال يكون المعول عليه فى تكييف العقد قصد العاقدين ، فاذا اتجهت ارادتهما الى أن ينقل المالك حقه الى الطرف الآخر بحيث يصبح هذا مالكا حقيقيا لهذا الحق فالعقد بيع ، والا فهو وكالة (١) .

واهمية تكييف مثل هذا العقد بانه بيع أو وكالة تظهر بصفة خاصة من الناحية الجنائية ، اذ أن عقد الوكالة من عقود الامانة فيعتبر تصرف الوكيل فيما عهد به اليه على سبيل الوكالة بخلاف ما خولته اياه الوكالة خيانة أمانة تستوجب العقوبة المقررة لهذه الجريمة ، فى حين أن البيع ليس من عقود الامانة ولا يعاقب المشترى اذا ما تصرف فيما سلم اليه باعتباره مبيعا اليه .

ويستنبط اتجاه ارادة العاقدين الى البيع او الى الوكالة من عبارات العقد وظروفه وملابساته والقرائن التى احاطت به .

فالاتفاق على أن يقوم من تسلم الشيء ببيعه على أن يأخذ لنفسه نسبة معينة من الثمن الذى يبيع به يرجح أن يكون العقد وكالة ، وكذلك اذا حدد صاحب الشيء السعر الذى يجب على من تسلمه أن يبيعه به . ويستفاد ذلك ايضا من احتراف الشخص الذى تسلم الشيء لبيعه الوكالة بالعمولة (٢) . أما اذا اتفق على أن يدفع من تسلم الشيء مبلغا محددا لمالكه

---

(١) انظر توفيق فرج نبذة ٢٦ وكذلك فى عقد البيع مع احتفاظ المشترى بحق التقرير بالشراء لصالح الغير أعنى بحق المشترى فى احلال غيره محله فى الصفقة déclaration de command (انظر ما سيجيء فى نبذة ٤٧ ونبذة ٦٣) ، فان العقد يعتبر بيعا فقط اذا لم يتم التقرير بالشراء لصالح الغير فى الميعاد المعين فيه . أما اذا تم هذا التقرير فى الميعاد ، فان البيع يعتبر كأنه حاصل بطريق الوكالة عمن حصل التقرير لصالحه ؛ انظر نقض مدنى ٩ مارس ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ - ٣١٢ - ٨١ ، السنهورى فى الوسيط جـ ٤ هامش ص ٣٣) . وانظر ايضا ما سيجيء فى نبذة ٦٣ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٣٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بقطع النظر عن الثمن الذى يتمكن من البيع به ، مع الاحتفاظ بحقه فى رد الشيء دون دفع الثمن المتفق عليه اذا لم يتمكن من بيعه ، فان ذلك يرجح ان يكون العقد بيعا مقترنا بشرط فاسخ هو عدم تمكن المشترى من بيع الشيء الى الغير (١) .

٢٦ ـ **اشتباه البيع بالوديعة** ـ الوديعة عقد يلتزم به شخص ان يتسلم شيئا من آخر على ان يتولى حفظ هذا الشيء وان يرده عينا (المادة ٧١٨) . ويقع الاشتباه بين البيع والوديعة اذا سلم شخص شيئا الى آخر وفوضه ان يبيعه كله او بعضه على ان يرد اليه هذا الشيء ذاته او ثمن ما باعه منه ، كما اذا اودع المؤلف عددا من نسخ مؤلفه لدى احدى دور بيع الكتب لكى تتولى بيعه بثمن محدد تستقطع منه نصيبا لها . فيشبه هذا العقد الوديعة فى انه يتضمن ايداع الكتب على ذمة المؤلف ، ولكنه يختلف عنها فى ان الوديع يرد الشيء عينه فى حين ان دار الكتب يجوز لها ان ترد النسخ او ثمنها بعد استنزال نصيبها من هذا الثمن . وهو يشبه الوكالة من حيث انه يتضمن انابة المؤلف دار الكتب عنه فى بيع هذا الكتاب فى مقابل اجر يستنزل من ثمن النسخ المبيعة ، ولكنه يختلف عن الوكالة فى ان البيع الذى يصدر من دار الكتب المذكورة لم ينشيء اى علاقة بين المشترى وبين المؤلف صاحب الكتاب . وهو يشبه البيع فى انه ينقل الى المكتبة ملكية الكتب ، ولكنه ينقلها اليها مع حفظ حقها فى العدول عن شراء هذه الكتب اذا لم تتمكن من تصريفها ، فهو بمثابة بيع مقترن بشرط فاسخ ، والغالب ان هذا التكيف الاخير هو الذى يطابق قصد العاقدين (٢) .

٢٧ ـ **اشتباه البيع بالقرض بفائدة** ـ اذا اشترى شخص شيئا بثمن مؤجل ، ثم باعه فى الوقت ذاته الى نفس البائع الاول او الى شخص يعمل لحسابه بثمن معجل اقل من الثمن الاول ، فان هذا البيع المزدوج يشبه فى النهاية عقد قرض بفائدة ، لان المشترى المزعوم لم يأخذ المبيع مطلقا بل اخذ مبلغا من النقود معجلا فى مقابل التزامه بمبلغ مؤجل اكبر منه ، فكانه اقترض المبلغ المعجل على ان يرده مع فائدة تعادل الفرق بينه وبين الثمن المؤجل (٣) .

---

(١) فى هذا المعنى خميس خضر نبذة ١٥ ص ٢٩ ، توفيق فرج نبذة ٢٦ ص ٥٦ .

(٢) قارن بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ نبذة ٤ ، السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٣١ ، توفيق فرج نبذة ٢٧ ص ٥٨ .

(٣) وهذا العقد هو الذى سماه جوتييه مهاترة mohatra انظر ما سيجيء فى نبذة ٣٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فاذا تبين أن العاقدين لم يقصدا نقل الملكية من البائع الى المشترى كما فى هذا المثال ، فان العقد لا يكون بيعا بل قرضا بفائدة ، ويتعين تطبيق الحد الاقصى للفوائد عليه (١) .

وكذلك كان بيع الوفاء فى القانون القديم يمكن أن لا يقصد به الطرفان حقيقة البيع بل قرضا بفائدة مضمونا برهن حيازى ، فكان الدائن يعطى للقرض للمدين على أن يرده هذا بعد مدة معينة مع زيادة تعادل الفائدة المتفق عليها بينهما . وضمانا لهذا القرض كان المدين يبيع الى الدائن مالا من أمواله بثمن هو فى الواقع قيمة القرض الذى تسلمه وفوائده المذكورة عن المدة كلها ، ويحتفظ المدين البائع بحقه فى استرداد المبيع خلال المدة المعينة للقرض اذا هو رد الثمن المتفق عليه الى الدائن المشترى فى المدة المحددة . وقد ابطل التقنين المدنى الحالى مثل هذا الاتفاق ولم يجعل له اثرا لا باعتباره بيعا ولا باعتباره رهنا ، ولكن يبقى مبلغ القرض فى ذمة المشترى باعتباره دينا شخصيا ويلزم بوفائه مع الفوائد القانونية (٢) .

٢٨ - اشتباه البيع بالهبة - الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال دون عوض . ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، ان يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين (المادة ٤٨٦) وتشبه الهبة البيع فى انها مثله تنقل الملكية من أحد الطرفين الى الآخر ، وتتميز عنه بأن نقل الملكية فيها يكون دون مقابل وقصد التبرع ، فى حين أنه فى البيع يكون فى مقابل ثمن معين . وكثيرا ما يقوم النزاع فى شأن عقود البيع المتفق فيها على ثمن ، ويطعن فيها بعدم جدية الثمن باعتبارها هبة لا بيعا ، وبخاصة اذا ذكر فى العقد أن البائع متنازل للمشترى عن الثمن المسمى . وقد جرى قضاء المحاكم على اعتبار العقد فى هذه الحالة هبة لا بيعا .

وقد تقدم انه يجوز أن يفرض الواهب على الموهوب له فى عقد الهبة ذاته التزاما معينا ، فتكون الهبة فى هذه الحالة بعوض يجب على الموهوب له أن يؤديه ، وتشبه البيع حينئذ فى أن المتصرف اليه يلتزم بهذا العوض كما يلتزم المشترى بالثمن . ويزداد الاشتباه بينهما كلما اقتربت قيمة العوض من ثمن المثل . ولكن الهبة بعوض تتميز مع ذلك عن البيع بأن المقصود بهذا التبرع . وتتوافر نية التبرع عند الواهب متى كانت هذه

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٣٣ .

(٢) انظر ما سيجىء فى القسم الثانى .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الهبة تعود بفائدة على غيره ، سواء أكان ذلك الغير هو الموهوب له أم كان هو المشروط له العوض ، فتكون فيها فائدة للموهوب له اذا كانت قيمة العوض أقل من ثمن المثل ، وتكون كلها لفائدة من اشترط له العوض اذا كان العوض يساوى ثمن المثل . أما اذا كان العوض مشروطا لمصلحة الواهب نفسه وكانت قيمته تقارب ثمن المثل ، فيعتبر العقد بيعا لا هبة طالما ان نية التبرع ليست واضحة فيه(١) . ويعتبر توافر نية التبرع مسألة واقع يقدره قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض . ومما يرجح توافر هذه النية أن يكون العوض المشترط على المتصرف اليه مشترطا لمصلحة شخص آخر غير الواهب (٢) .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بانه اذا كان الظاهر من عقد البيع انه وقع مقابل ثمن معين ، وكان منصوصا فيه على أن البائع تبرع لولده المشترى بهذا الثمن وعلى أن المشترى التزم بتجهيز أختيه وبالانفاق عليهما وعلى أمه بعد وفاة أبيه ، واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة ، فانها لا تكون قد اخطأت فى تكييفه . فان مجرد النص على أن الوالد تبرع بالثمن يكفى لاعتبار العقد هبة مكشوفة ، أما ما التزم به الموهوب له فى ذيل هذا العقد من تجهيز أختيه ومن الانفاق عليهما وعلى والدته بعد وفاة أبيه ، فلا يعدو أن يكون مقابلا للهبة ولا يخرج عقدها عن طبيعته (٣) .

هذا كله اذا كانت الهبة سافرة . وقد اشترط القانون فيها فوق شروط انعقادها وصحتها شرطا شكليا هو صبها فى عقد رسمى فيما عدا حالة هبة المنقول حيث يمكن أن تتم الهبة بمجرد قبض الموهوب له المال الموهوب .

وقد اجاز القانون أن تستتر الهبة فى صورة عقد بيع ، فيستغنى فيها عن الشرط الشكلى سالف الذكر ، اى انه لا يلزم افراغها فى عقد رسمى ، ويكفى اثباتها بعقد عرفى ولكن يشترط فى ذلك أن يدع العقد العرفى الهبة

---

(١) وقد نصت المادة ٤٩٨ مدنى على انه « اذا تبين ان الشىء الموهوب اقل فى القيمة من العوض المشترط ، فلا يكون الموهوب له ملزما بان يؤدى من هذا العوض الا بقدر قيمة الشىء الموهوب » ، وهى بذلك قطعت بأن اقتران الهبة بتكليف أو عوض يساوى قيمة الموهوب لا يخرجها عن كونها هبة طالما قد توافرت لدى الواهب نية التبرع . (فى هذا المعنى توفيق فرج نبذة ٢٨ ص ٦٢) .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٢٦ .

(٣) نقض مدنى ٢٣ مايو ١٩٤٦ فهرس أحكام النقض فى ٢٥ سنة جـ ٢ ص ١١٩٢ كلمة هبة نبذة ٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مستترة فلا يخل بصورة البيع ولا يكشف عن الهبة (١) . فيجب أن يذكر فى العقد انه بيع بثمن معـــين ، ولا يهم أن يذكر فيه البائع الثمن لأن البيع ينشىء التزاما بالثمن فقط وليس وفاء الثمن ركنا فى البيع . غير انه اذا قرر البائع انه وهب الثمن للمشترى أو نزل اليه عنه ، فان ذلك يكشف الهبة ويجعلها غير مستترة فى صورة البيع ، فلا تنعقد الا اذا كان عقد البيع الذى تضمنها مفرغا فى ورقـــة رسمية (٢) وكذلك اذا كان الثمن المسمى فى العقد ثمنا تافها (٣) .

٢٨ مكرر - اشتباه البيع بالمقايضة - انظر ما سيجىء فى نبذة ٩٣ الى نبذة ٩٥ .

٢٩ - اشتباه البيع بالوصية - الوصية تمليك مضاف الى ما بعـد موت الموصى ، فهى تتحد مع البيع فى أنها تمليك وتختلف عنه فى أنها دون مقابل وفى أنها لا تنقل الملكية الا بعد وفاة الموصى فى حين أن البيع تمليك بمقابل يقع فيما بين الاحياء (٤) .

وقد يشتبه البيع بالوصية اذا ذكر فى العقد أن البائع تنازل عن الثمن أو امكن اثبات صورية الثمن وكان البائع قد احتفظ بحيازة المبيع وبحق الانتفاع به مدى حياته وشرط على المشترى عدم التصرف فى الرقبة ، فان هذا العقد يشبه الوصية فى انه تبرعى وفى القيود التى يفرضها على ملكية المتصرف اليه بحيث تجعل هذا لا يحصل على شىء من مزايا الملكية الا بعد وفاة البائع المزعوم ، فيقتضى الامر انزال حكم القانون على التصرف وتكييفه التكييف الصحيح وفقـا للآثار التى يثبت أن ارادة المتصرف أو ارادته

---

(١) توفيق فرج نبذة ٢٩ ص ٦٤ ، خميس خضر نبذة ١٦ ص ٣٠ و ٣١ .

(٢) فى هذا المعنى نقض مدنى ٩ يونيه ١٩٣٨ فهرس أحكام النقض فى ٢٥ سنة جـ ٢ كلمة هبة ص ١١٩٤ نبذة ١٨ وقد جاء فيه انه « لا عبرة بعدم ذكر تبض الثمن فى عقـد البيع متى كان الثمن سمى فيه ، فان البيع يقتضى اطلاقا التزام المشترى بدفع الثمـن المسمى . ولكن اذا كان الثمن لم يذكر فى العقد أو ذكر مع ابراء المتصرف له منه أو وهب اليه ، فان العقد فى هذه الحالة لا يصح ان يكون ساترا لهبة ، لان القانون وان اباح فى المادة ٤٨ مدنى قديم أن يكون العقد المشتمل على هبة موصوفا بعقد آخر ، الا انه اشترط أن يكون هـذا العقد مستوفيـــا الاركان والشرائط اللازمة لصحته » . وانظر ما سيجىء فى نبذة ١٠٥ .

(٣) انظر ما سيجىء فى نبذة ١٠٦ .

(٤) راجع نبذة ١٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المشتركة مع ارادة المتصرف اليه قد اتجهت اليها . وسيجيء أن التكييف مسألة قانونية يتولاها قاضى الموضوع تحت رقابة محكمة النقض (١) ولكنه يتطلب أولا تقصى ما اتجهت ارادة الطرفين الى احداثه من آثار قانونية مع مراعاة ظرروف وملابسات هذه الارادة (٢) . وهذا يدخل فى سلطة قاضى الموضوع على أن يلتزم فيه بقواعد الاثبات . فاذا كان النزاع بين وارث المتصرف الذى يتمسك بأن التصرف وصية تلحق به ضررا لتجاوزها حدود ثلث تركة مورثه ، فيحق له اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن لأن ما يريد اثباته ينطوى على احتيال على القانون من جانب المتصرف (٣) . والقرائن التى يلجأ اليها فى ذلك كثيرة متنوعة ، وتقديرها متروك لقاضى الموضوع بشرط أن يكون ما يستخلصه منها سائغا وغير مخالف للثابت بالاوراق (٤). وفى هذا كثيرا ما يختلف تقدير القضاة. كذلك اختلفت المحاكم فى ظل التقنين الملغى فى شأن مثل هذا العقد، فاعتبره بعضا بيعا(٥) ، واعتبره البعض الآخر وصية (٦)،غير أن هذا الفريق الاخير اختلف

---

(١) انظر نبذة ٢٩ مكرر .

(٢) نقض مدنى ١٢ يونية ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض ٢١ — ١٠٦١ — ١٧٠ .

(٣) كتابنا فى أصول الاثبات فى المواد الدنية ط ٢ سنة ١٩٥٢ نبذة ١٤٢ ص ٤٤٦ وما بعدها ، وكتابنا فى طرق الاثبات جـ ٤ قواعد تقييد الادلة واطلاقها سنة ١٩٧٤ نبذة ٤٢٢ وما بعدها ص ١٩٤ وما بعدها .

(٤) كتابنا فى طرف الاثبات جـ ٣ شهادة الشهود والقرائن ١٩٧٤ ص ٦٧ والاحكام المشار اليها فى الهامش .

(٥) انظر نقض مدنى ١٧ فبراير ١٩٣٦ المحاماة ١٦ — ٨٧٨ — ٤٠٦ ، نقض مدنى ١٦ مايو ١٩٢٦ ، ٢٣ يونية ١٩٣٨ ، ٨ مارس ١٩٤٥ ، ١٩ مايو ١٩٤٩ فهرس احكام النقض لربع قرن ، كلمة بيع ، ارقام ٢٦ ، ٣٤ ، ٣٢ ، ٣١ على التوالى ، ١٣ ابريل ١٩٢٩ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٥٤٧ — ١٧٩ ، ١١ مارس ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ٥٦٤ — ٢٨٦ ، ٨ مارس ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ٤ — ٥٨٣ — ٢١٨ ، ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ مجموعة احكام النقض ١ — ١٥٢ — ٤٤ ، ٢٠ ديسمبر ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٣ — ٢٥٦ — ٤٦ ، ٢٤ يناير ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ — ٤٠٦ — ٦٩ ، ٥ يناير ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧ — ٤٣ — ٢ ، استئناف مصر ٢٧ يناير ١٩٢٥ المجموعة ٢٨ — ٤٣ ، وايضا استئناف ١٣ ابريل ١٩٢٠ المجموعة ٢٢ — ٨٥ ، طنطا الابتدائية ١ حكم استئناف ٦ يناير ١٩٢٦ المجموعة ٢٨ — ٣١ ، استئناف ٢٤ نوفمبر ١٩٣٢ المجموعة ٢٣ — ٩٩ ، استئناف ١٣ ابريل ١٩٢٠ المجموعة ٢٢ — ٨٠ استئناف مصر ٢ ديسمبر ١٩٣٥ المحاماة ١٧ — ١١٢ — ٥٥ .

(٦) نقض مدنى ٢ مارس ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ١ — ٢٨٩ — ٧٦ ، ٦ مارس ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣—٥٩٧—١٠٤ ، ١١ ابريل ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ — ٨٩٧ — ١٣٠ ، ٢٢ مايو ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ — ١١٢٠ — ١٧٢ ، ١٨ اكتوبر ١٩٥٤ مجموعة احكام النقض ٦ — ٣٢ — ١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فى شأن الظروف والشروط والقيود التى يمكن أن تستفاد منها نية الايصاء. فاكتفى بعضها بثبوت حصول التصرف دون مقابل وببقاء العقد فى حيازة المتصرف أو عدم تسجيله (١) ، واستنبط البعض نية الايصاء من اتفاق العاقدين على عودة ملكية المبيع الى البائع اذا توفى المشترى قبله (٢) أو من بقاء البائع محتفظا بمزايا الملكية ومظهرها كالحيازة والتأجير والتقاضى (٣) ... الخ .

ومن أهم القرائن التى عول عليها القضاء فى استنباط نية الايصاء من التصرف الذى ثبت حصوله دون مقابل أن يكون البائع قد احتفظ لنفسه بحق الانتفاع بالمبيع الى حين وفاته (٤) ، أو أن يكون قد اشترط منع المشترى من التصرف فى المبيع حال حياته (٥) . وقد اكتفت بعض المحاكم بأحد هذين الشرطين الاخيرين ، واشترط البعض الآخر اجتماعهما (٦) . ولكن الاغلبية قررت ان اجتماعهما لا يكفى لثبوت نية الايصاء ولا يمنع من اعتبار العقد بيعا (٧) ما لم توجد قرائن أخرى تعزز فكرة الايصاء .

---

(١) نقض ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ المجموعة ٤٨-٤٠٢-٢١٢ .

(٢) مصر (بهيئة استئنافية) ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ - ٣٢٧ - ٣٥٠ وقارن مصر الابتدائية ٦ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦ - ٨٦٤ - ٥٣٩ المجموعة ٢٧ رقم ٢١ مجموعة عباشى الثانية رقم ١٢٨٢ .

(٣) استئناف مصر ٢٨ فبراير ١٩٢٩ مجلة كلية الحقوق السنة الثالثة ص ٣٣٦ مجموعة عباشى الثانية رقم ١٢٨٤ ، استئناف مصر ٢٠ يناير ١٩٣١ المحاماة ١٢ ٤٦-٣٢ ، نقض مدنى ٢ يناير ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ٢٢ - ٤ .

(٤) استئناف مصر ٢٢ يناير ١٩٢٣ المحاماة ٣-١٦٢-١٠٨ ، وأيضا ٨ ديسمبر ١٩٢٠ المحاماة ٢-١٤٤-٤٦ ، نقض مدنى ٢٢ ابريل ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠-٦٤٩-١٠٥ .

(٥) قرب نقض ٨ يونية ١٩٣٩ المجموعة ٤١-٩١-٣٦ وقارن عكس ذلك استئناف مصر ٢٧ يناير ١٩٢٥ المحاماة ١٦-٤٨-٢٣ .

(٦) استئناف مصر ١٩ نوفمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ - ٣٣١ - ٢٥٤ المجموعة ٢٧ رقم ٩ مجموعة عباشى الثانية رقم ١٢٩٤ ، استئناف مصر ١٩ يناير ١٩٢٧ المحاماة ٨-١٧٢-١١٧ .

(٧) نقض مدنى ٢٢ يونيه ١٩٣٨ المجموعة ٤٠ رقم ١٥ المحاماة ٢٩-٣٦٠-١٥٤ مجموعة القواعد القانونية ٢ - ٤٠١ - ١٣٢ ، ١٣ ابريل ١٩٣٩ المجموعة ٤٠ رقم ٢٠٨ ، ٨ مارس ١٩٤٥ المجموعة ٤٦ - ١٣٠ - ٧٦ وقد جاء فيهما أن اشتراط البائع الاحتفاظ لنفسه بحق الانتفاع بالمبيع مدة حياته ومنع المشترى من التصرف فيه طوال تلك المدة ضمانا لحقه لا يمنع من اعتبار التصرف بيعا صحيحا ناقلا ملكية الرقبة فورا ، ووصف هذا بانه وصية استنادا

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ولذلك رأى المشرع المصرى حسم هـذا الخـلاف فى التقنين المدنى الحالى ، فنص فى المادة ٩١٧ منه على أنه « اذا تصرف شخص لاحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيهـا ، وبحقـه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا الى مابعد الموت . وتسرى عليه احكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك » . فانشأ بهـذا النص قرينة قانونية على توافر نية الايصاء فى التصرف الذى يجتمع فيه الثلاثة الشروط الآتية : (١) أن يكون التصرف صادرا من شخص فيما يملك (١) الى أحد ورثته ، على أن تثبت صفة الوراثة للمتصرف اليه وقت وفـاة المورث كما فى الوصية ، (٢) أن يحتفظ المتصرف بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، كأن يستبقى العقد فى يده أو لا يسجله أو ينص فيه على استئجار المبيع ، (٣) أن يحتفظ بحقه فى الانتفاع بالعين مدى

=

الى هذا الشرط يكون خطأ ، ونقض مدنى ٢٦ فبراير ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ ـ ٣٥٨ـ٥٨ وقد جاء فيه ان احتفاظ البائع بحقه فى الانتفاع بالمبيع مدى حياته لا يتحتم معه وجوب اعتبار التصرف وصية ولا يتعارض مع تنجيز التصرف متى كانت أدلة الدعوى تفيد هذا التنجيز وفى نفس المعنى نقض مدنى ١٤ نوفمبر ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض ١٩ ـ ١٣٦٢ ـ ٢٠٥ .

وانظر نقض مدنى ٥ يناير ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ٢٢ـ ٢ ـ ١ حيث قررت المحكمة أن عدم وضع يد الطاعنة (المشترية) على الاعيان محل التصرف منذ صدور العقد اليها ليس من شأنه أن يؤدى الى عـدم تنجيز التصرف ، ذلك أن وضع يد المشترى على العين المبيعة ليس شرطا ضروريا فى اعتبار التصرف منجزا ، اذ قد يكون التصرف منجزا مع استمرار حيازة البائع للعين المبيعة لسبب من الاسباب التى لا تناقى انجاز التصرف .

وأيضا استئناف مصر ١٧ فبراير ١٩٣٧ المحاماة ١٧ ـ ١١٧٨ ـ ٥٨٩ وأيضا ١٢ ابريل ١٩٢٠ المجموعة ٢٢ رقم ٨٠ المحاماة ٢ ص ٢١٠ ، ١٤ نوفمبر ١٩٢١ المجموعة ٢٣ رقم ١٩ المحاماة ٢ ـ ٢٠٧ ـ ٦٣ ، ٧ مايو ١٩٢١ المحاماة ٢ ـ ٢٥ ، ٢٠ يناير ١٩٢٢ المجموعة ٣ ص ١٦٢ ، ٢٧ يناير ١٩٢٥ المجموعة ٢٧ رقم ٤٢ ، ٢٨ مايو ١٩٢٩ المحاماة ١ـ١٠٩٠ـ٥٩٤ ، ٢٣ أكتوبر ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ـ ١٥٢ ـ ٧٣ ، ٢٧ يناير ١٩٣٥ المحاماة ١٦ ـ ٨٠ ـ ٢٠ ، ١٣ يناير ١٩٣٨ المحاماة ١٩ـ٣٧٣ـ١٦٢ ، نقض ٢٢ ابريل ١٩٣٠ المحاماة ١٠ـ٨٧٥ـ٤٤١ ، انظر البدراوى فى البيع ص ٥٩ الى ٦٢ .

وانظر نقض مدنى ١٣ فبراير ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ ـ ٢٧١ ـ ٤٠ وقـد قررت المحكمة أنه لا يتعارض مع تنجيز التصرف فى الاطيان محل النزاع قيام المورثة البائعة بعد التصرف بسداد دين مضمون برهن هذه الاطيان .

(١) اذا ثبت أن التصرف صادر لاحد الورثة فيما لا يملكه المتصرف ، فلا ينطبق عليه حكم المادة ٩١٧ (نقض مدنى ٣٠ ابريل ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ـ٧٣٥ـ١١٩٠) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

حياته (١) . فاذا توافرت هذه الشروط الثلاثة قامت القرينة على أن

---

(١) وقد ورد فى بعض أحكام محكمة النقض ما يشعر بأنها تتطلب لقيام هذه القرينة القانونية أن يكون احتفاظ المتصرف بالانتفاع بالعين المتصرف فيها مدى حياته مستندا الى مركز قانونى يخوله هذا الانتفاع ويمنع المتصرف اليه من تجريده منه . وقد ورد ذلك لاول مرة فى حكم بتاريخ ٢٥ ابريل ١٩٦٣ فى الطعنين رقمى ٤٥٩ و ٤٧١ سنة ٢٦ ق جاء فيه « ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة الى أن حيازة المورث للاعيان المبيعة منه الى المطعون عليهم واستغلاله لها بعد البيع لم يكن لحساب نفسه ولكن لحساب هؤلاء المطعون عليهم تنفيذا للتوكيل الصادر منهم اليه ، فان الحكم يكون بذلك قد نفى احتفاظ المورث بحقه فى الانتفاع بالاعيان المتصرف فيها مدى حياته ، مما تنتفى به القرينة القانونية الواردة فى المادة ٩١٧ مدنى . وغير صحيح ما يقوله الطاعنون من أن مجرد وضع يد المورث على الاعيان المتصرف فيها واستغلاله لها مدى حياته بصفته وكيلا عن المطعون عليهم يكفى لقيام تلك القرينة ، ذلك أن المقصود باحتفاظ المتصرف بحقه فى الانتفاع أن يكون انتفاعه بالعين مدى حياته مستندا الى حق ثابت لا يستطيع المتصرف اليه تجريده منه ، ويكون ذلك اما عن طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين واما عن طريق الايجار مدى الحياة أو عن اى طريق آخر مماثل . ومن ثم فليس يكفى لقيام القرينة القانونية ان يحتفظ المتصرف بالحيازة والانتفاع لحساب الغير ولو كان ذلك لمدى حياة المتصرف اذ أنه فى هذه الحالة يكون الحق فى الانتفاع لهذا الغير ، كما لا يكفى ايضا ان ينتفع المتصرف بالعين انتفاعا فعليا حتى وفاته دون أن يكون مستندا فى هذا الانتفاع الى مركز قانونى يخوله حقا فى هذا الانتفاع » (مجموعة احكام النقض ١٤ - رقم ٨٤ ص ٥٧٩ وما بعدها وبخاصة ص ٥٩٥) . وفى هذا المعنى أيضا وفى ظروف مماثلة نقض مدنى ٢٥ اكتوبر ١٩٦٦ (مجموعة أحكام النقض ١٧ - ١٥٨٢ - ٢٢١) حيث كان الحكم المطعون فيه قد نفى بأسباب سائغة احتفاظ المورث بحق الانتفاع مدى حياته بالعين موضوع التصرف واعتبر ان حيازته لها بعد التصرف لم تكن لحساب نفسه وانما لحساب زوجته المطعون عليها بوصفه وكيلا عنها . وقرب من ذلك أيضا نقض مدنى ٢٤ يونية ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ - ٨٠٨ - ١٢٨ ، ونقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ - ١٣٢٨ - ٢١٧ وقد جاء فيه انه لا يكفى لقيام القرينة القانونية المذكورة أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعا فعليا حتى وفاته ، دون أن يكون مستندا فى هذا الانتفاع الى مركز قانونى يخوله حقه فى هذا الانتفاع . وانظر نقض مدنى ٧ مارس ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ - ٢١٨ - ٤٧ .

ويبدو من الحكمين الاولين أن قصد المحكمة أن يكون المتصرف قد احتفظ بالحيازة والانتفاع مدى حياته لحساب نفسه لا لحساب غيره . وليس فى هذا خروج على النص أو اضافة اليه . كما يبدو ان اشتراط المحكمة فوق ذلك أن يكون احتفاظ المتصرف بالانتفاع طول حياته مستندا الى مركز قانونى يخوله حقه فى هذا الانتفاع لا يقصد به اشتراط وجود اتفاق بين الطرفين يخول المتصرف الاحتفاظ بالانتفاع ويمنع المتصرف اليه من تجريده منه ، لان النص لم يشترط ذلك ، وانما المقصود به فقط أن تكون ظروف المتصرف تمكنه من أن يظل منتفعا بالمتصرف فيه طول حياته دون أن يخشى أن يجرده منه المتصرف اليه ، كما لو تصرف رجل طاعن فى السن الى ابنته الصغيرة المشمولة بولايته وكان باقيا على بلوغ البنت رشدها زمن أطول مما يحتمل أن يعيشه الاب بمراعاة سنه وقت التصرف ، فلا شك

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

التصرف وصية الى أن يثبت المتصرف اليه بكافة الطرق انها ليست كذلك . واذا لم يتوافر أى من هذه الشروط ، كأن يكون التصرف الى غير وارث فلا توجد القرينة القانونية (١) ، ولكن يجوز لورثة المتصرف بالرغم من عدم توافر شروط تلك القرينة القانونية أن يثبتوا بكافة الطرق بما فى ذلك القرائن القضائية أن حقيقة التصرف وصية لا بيع (٢) ، سواء أكان

==

فى أن الاب يكون فى هذه الحالة فى مركز يجعله يطمئن الى ان الحيازة والانتفاع سيبقيان له طول البقية الباقية من حياته دون حاجة الى اشتراط ذلك فى العقد .

والقول بغير ذلك من شأنه ، أن يضيق تطبيق نص المادة ٩١٧ تضييقا شديدا يذهب بالفائدة من سنها ، وتستبعد أن تكون محكمة النقض قد قصدت الى ذلك ، ومما يؤيد اعتقادنا هذا أنها اغفلت هذا الشرط ولم تتحدث عنه فى أحد أحكامها الحديثة الصادر بتاريخ ١٦ يونيه ١٩٧٠ ، فقالت أن مفاد نص المادة ٩١٧ مدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو أن القرينة التى تضمنها لا تقوم الا باجتماع شرطين (أولهما) هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها و (ثانيهما) احتفاظه بحقه فى الانتفاع بها ، على أن يكون احتفاظه بالامرين مدى حياته . ولقاضى الموضوع سلطة التحقق من توافر هذين الشرطين للتعرف على حقيقة العقد المتنازع عليه والتحرى عن قصد المتصرف من تصرفه ، وذلك فى ضوء ظروف الدعوى التى أحاطت به ، ما دام قد برر قوله فى هذا الخصوص بما يؤدى اليه (مجموعة أحكام النقض ٢١ - ١٠٦١ - ١٧٠) . وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ١٨ ابريل ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ - ٨٠١ - ١١٦ ، وقرب من هذا أيضا نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ - ١٣٢٨ - ١٢٧ وقد جاء فيه أنه ان كان وضع يد المشترى على العين المبيعة يصح اعتباره قرينة على انجاز التصرف ، فانه ليس شرطا لازما فيه ، اذ قد يكون التصرف منجزا مع استمرار حيازة البائع للعين المبيعة لسبب من الاسباب التى لا تتنافى مع انجاز التصرف) .

(١) أنظر نقض مدنى ١٦ يونية ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ - ١٠٦١ - ١٧٠ وقد جاء فيه أن لقاضى الموضوع سلطة التحقق من توافر هذه الشروط للتعرف على حقيقة العقد المتنازع عليه والتحرى عن قصد المتصرف من تصرفه ، وذلك على ضوء ظروف الدعوى التى أحاطت به ، ما دام قد برر قوله فى هذا الخصوص بما يؤدى اليه (وأيضا نقض مدنى ١٨ ابريل ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ - ٨٠١ - ١١٦ وانظر أيضا نقض مدنى ٣٠ نابر ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ - ١١٩ - ٢٢ و ١٠ ابريل ١٩٧٣ المجموعة ذاتها ٢٤ - ٥٧٧ - ١٠٢ .

(٢) نقض مدنى ١٢ مارس ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ٢٢ - ٢٨٩ - ٤٦ وقد جاء فيه أن ما ورد بالمادة ٩١٧ مدنى لا يعدو أن يكون تقريرا لقيام قرينة قانونية لصالح الوارث تعفيه من اثبات طعنه على تصرفات مورثه التى أضرت به بأنها فى حقيقتها وصية ، الا أنه لما كان لهذا الوارث أن يطعن على مثل هذا التصرف بكافة طرق الاثبات ، لما هو مقرر من انه لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من الورث وانما من القانون مباشرة ،

==

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

. . . . . .

=

على أساس أن التصرف قد صدر أضرارا بحقه فى الارث الذى تتعلق أحكامه بالنظام العام فيكون تحايلا على القانون ، فانه يكون للوارث عنـد عدم توافر شروط القرينة القانونية الواردة بالمادة ٩١٧ مدنى ، أن يدلل بكافة طرق الاثبات على احتفاظ المورث بحيازة العين التى تصرف فيها كقرينة من القرائن القضائية يتوصل بها الى اثبات مدعاه بأن المورث قصد أن يكون تمليك المتصرف اليه مضافا الى ما بعد الموت ولذلك لم يتخل له عن الحيازة التى كان يتخلى عنها لو كان التصرف منجزا ، والقاضى بعد ذلك حر فى أن يأخذ بهـذه القرينة أو لا يأخذ بها ، شأنها فى ذلك شأن سائر القرائن القضائية التى تخضع لمطلق تقديره .

وأيضا نقض مدنى ٢ يناير ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ١٤ - ٣ ، وأيضا ٢٠ مارس ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ٤٥ - ٧٣ ، ١٣ فبراير ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ - ٢٧١ - ٤٠ .

ومن القرائن القضائية التى استخلصت منها المحاكم نية الايصاء لدى المتصرف بقاء المتصرف منتفعا بالاعيان التى تصرف فيها (نقض مدنى ٢٩ ابريل ١٩٤٨) وعدم تسجيل عقد البيع الصادر من المورث الى أولاده (نقض مدنى ٢مارس ١٩٥٠ مجموعه أحكام النقض ١ - ٢٨٩ - ٧٦) ، وثبوت عدم دفع ثمن المبيع ومنع المشترى من التصرف فيه طول حياة البائع (نقض مدنى ١٠ ابرل ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ - ٨٩٧ - ١٣٠) ، وبيع الوالد الى ولده بثمن بخس مع احتفاظه بحق الانتفاع طوال حياته (نقض مدنى ٢٢ مايو ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ - ١١٢٠ - ١٧٢) ، وثبوت عدم حاجة المورث الى أن يبيع املاكه الى أحد ورثته وأنه لم يقبض ثمنا وظل واضعا يده على ما تصرف فيه حتى وفاته (نقض مدنى ٢٨ اكتوبر ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ - ٣٢ - ١) وثبوت ان المتصرف ليس له ولد ذكر يحجب الاقارب الآخرين عن الميراث ، وقلة الثمن المذكور فى العقد وابراء المشترى منه (نقض مدنى ٢٢ فبراير ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ١ - ٣٢٧ - ٦٦٧ ، استئناف مصر ١٩ نوفمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ - ٣٣١ - ٢٥٤) ، وفقر المتصرف اليه واستحالة ادائه الثمن (استئناف مصر ٢٣ نوفمبر ١٩٢٧ المحاماة ٨ - ١٩١ - ١٤٣ ، استئناف اسيوط ١٦ نوفمبر ١٩٣١ المحاماة ١٢ - ٦٣٥ - ٣٢٤) .

انظر فى ذلك السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٢٦ . الصدة فى حق الملكية ط ٢ سنة ١٩٦٧ ص ٨٢٤ ، منصور مصطفى منصور فى البيع والمقايضة والايجار سنة ١٩٥٧ ص ٢٩ ، البدراوى فى عقد البيع سنة ١٩٥٧ ص ٦٠ وما بعدها ، توفيق حسن فرج فى عقد البيـع والمقايضة ، بيروت سنة ١٩٦٨ ص ٦٩ .

وقضت محكمة النقض بأن الطعن من الوارث على عقد البيع الصادر من المورث بأنه يخفى وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، ويقع على الوارث عبء اثبـات هذه الصورية (نقض مدنى ٢٦ يونية ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض ٢٦ - ١٣١٤ - ٢٥٠) وأيضا نقض مدنى ٥ يناير ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ٢٢ - ٣ - ١ ، وأيضا ١٤ نوفمبر ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ - ١٣٦٢ - ٢٠٥) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صادرا لوارث أم لغير وارث (١) ، ولا يجوز للمحكمة أن ترفض لهم طلب اثبات ذلك بمقولة أن العقد فى صياغته عقد منجز لان هذا القول يكون مصادرة على المطلوب (٢) . أما اذا استدلت على أن العقد منجز حقيقة من بعض قرائن تؤيد ذلك وتؤدى اليه عقلا ، فلا غبار عليها فى ذلك (٣) .

ويجوز للمتصرف نفسه حال حياته أن يثبت أن البيع وصية وان يستعمل حقه فى العدول عنها . فاذا استند فى ذلك الى القرينة المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ اكتفى منه بأن يثبت أن المتصرف اليه كانت تتوافر فيه صفة الوراثة وقت صدور التصرف .

وظاهر أن نص المادة ٩١٧ المذكورة لا يتضمن قاعدة موضوعية بل اقتصر على انشاء قرينة قانونية تعفى سائر الورثة من عبء اثبات أن حقيقة التصرف وصية (٤) .

ويجب أن ينظر فى تعيين سريان القوانين التى تستحدث قرائن قانونية من حيث الزمن الى نوع الدليل الذى تقوم هذه القرائن مقامه أو

=

فاذا كان هذا الطعن يحمل معنى الاقرار بصدور العقد عن ارادة صحيحة وبصحة العقد كوصية تنفذ فى حق الورثة فى حدود ثلث التركة ، فانه لا يقبل من هذا الوارث بعد ذلك الدفع بابطال العقد بأكمله تأسيسا على أنه ابرم تحت تأثير استغلال مما يعيب الارادة (نقض مدنى أول ابرل ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠- ٥٥٦ - ٨٩) .

(١) قرب نقض مدنى ٣٠ يناير ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ ١١٦ - ٢٣ وقد جاء فيه أن مجرد بيع المورث حق الانتفاع بالعقارات موضوع الدعوى الى ولده القاصرين بعد أن كان قد تصرف اليهما فى حق الرقبة لا يمنع من اعتبار التصرف وصية وفقا للمادة ٩١٧ مدنى ، اذ لا يعدو ذلك أن يكون بمثابة بيع الرقبة وحق الانتفاع ابتداء مع النص على تنجيز التصرف وهو ما لا يحول بين الطاعنات - باقى الورثة - وبين اثبات مخالفة هذا النص للواقع .

(٢) فى هذا المعنى نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ - ٦٦٨ - ١٠١ ، وأيضا نقض مدنى ١٨ ابريل ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ - ٨٠١ - ٢/١٦ .

(٣) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ - ١١٧ - ١٩ وقد جاء فيه أن استخلاص نية المتعاقدين فى العقد من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الوضوع. فاذا كان الحكم المطعون فيه أقام قضاءه على أنه لا ينال من البيع لغير وارث أن يحتفظ البائع لنفسه بحق الانتفاع مدى حياته وان يقيد الملكية قيدا مؤقتا ، وان النص فى العقد على التزام البائع - خلال ميعاد محدد - بتحرير العقد النهائى والا كان للمشترى الحق فى رفع دعوى باثبات صحة ذلك العقد مما تنقضى معه مظنة اضافة التمليك الى ما بعد موت البائع ، فانه لا يكون قد خالف القانون .

(٤) نقض مدنى ١٩ ديسمبر ١٩٦٧ - مجموعة أحكام النقض ١٨ - ١٨٨٥ - ٢٨٦ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

تعفى منه والى مدى اتصال القرينة المستحدثة بموضوع الحق ، حتى اذا ما بان أن الغرض منها الاعفاء من دليل من الادلة التى تعد مقدما أو كان اتصالها بموضوع الحق اتصالا وثيقا ، كان حكم القانون المنشىء لها حكم القوانين المتعلقة بالادلة المهيأة أى التى تعد مقدما والقوانين المعدلة لاثر التصرفات ، اى انه يكون له اثره الفورى دون اى اثر رجعى ، فيسرى على ما يستحدث بعده من وقائع ولا يسرى على الوقائع السابقة . وان لم يكن كذلك ، فانه يسرى فور صدوره حتى على ماسبقه من وقائع(١) . وقد طبقت محكمة النقض ذلك على القرينة التى استحدثتها المادة ٩١٧ المشار اليها ، فقررت أن هذه القرينة المستحدثة ، لاتصالها بموضوع الحق اتصالا وثيقا ، لا يجوز اعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم (٢) ، وان العبرة فى ذلك بتاريخ التصرف لا بتاريخ تسجيله (٣) .

٢٩ مكرر - تكييف العقد بانه بيع او ليس بيعا - بعد أن عرفنا البيع وبينا خصائصه التى تميزه عن غيره من العقود ، والتى تستوجب تطبيق الاحكام التى نص عليها القانون فى باب البيع ، يبقى النظر فى العقد المطلوب تطبيق هذه الاحكام عليه . ايعتبر بيعا تنطبق عليه تلك الاحكام أم لا يعتبر كذلك ، فلا تنطبق عليه ..

والعبرة فى ذلك ليست بما وصف به العاقدان عقدهما أو بماسمياه به ، بل بحقيقة الواقع وما قصده العاقدان من العقد وبتوافر خصائص البيع فيه أو عدمه ، وهو ما يدخل تقصيه فى سلطة القاضى بقطع النظر عن الوصف الذى وصف به العاقدان عقدهما أو التسمية التى سمياها بها .

ويشمل دور القاضى فى هذا الشأن أمرين يمهد أولهما للثانى الذى يشكل التكييف القانونى بالمعنى الدقيق ؛ ولكن لابد من التمييز بينهما

---

(١) انظر فى هذا المعنى مؤلفنا فى الادلة الخطية واجراءاتها سنة ١٩٦٧ نبذة ١٢ ص ٣٤ .

(٢) نقض مدنى ١٤ مايو ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ - ٦٧٣ - ١٠٧ ، وايضا نقض مدنى ١٣ فبراير ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ - ٢٧١ - ١/٤٠ . ونقض مدنى ٢١ يونيه ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ - ١١٤٢ - ١٨٠ .

وفى هذا المعنى البدراوى نبذة ٤٨ ص ٦٩ ، السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٢٥ فى الهامش ، منصور نبذة ١٦ ص ٣١ ، اسماعيل غانم ص ٥٠ ، لبيب شنب ص ٢٩ ، وكنا نقول بعكس ذلك فى الطبعة السابقة وكذلك الدكتور انور سلطان فى نبذة ٢٨ .

(٣) نقض مدنى ٢١ يونية ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ - ١١٤٢ - ١٨٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لاختلاف سلطة القاضي في شأن كل منهما (١) .

فالامر الاول ـ او الخطوة الاولى في الوصول الى عملية التكييف القانوني ـ هو التعرف على ارادة العاقدين ، ويكون ذلك بتقصي ما اتجهت ارادتهما الى احداثه من آثار قانونية (٢) ، وذلك من واقع نصوص العقد وعباراته . وتسمى هذه العملية عملية تفسير العقد ، وقد وضع المشرع لها ضوابط يتعين على القاضي أن يسلكها في استخلاص نية العاقدين المشتركة من واقع تعاقدهما (المادتان ١٥٠ و ١٥١ مدني) . وفي حدود هذه الضوابط يملك القاضي لاستخلاص نية المتعاقدين سلطة تقدير مطلقة لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض ، طالما أن استخلاصه مبني على

---

(١) انظر في هذه المفرقة توفيق حسن فرج في عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني سنة ١٩٦٨ ص ٢٤ ، خميس خضر في عقد البيع سنة ١٩٧٢ص ٤ ، اسماعيل غانم مذكرات في العقود المسماة : عقد البيع سنة ١٩٥٨ ص ٩ وانظر جاك الحكيم في عقد البيع سنة ١٩٧٣ ص ١٤ .

انظر في قواعد تفسير العقود مؤلفنا في مصادر الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ٢٥٥ ومابعدها وفهرس أحكام النقض في ٢٥ سنة جـ ٢ كلمة عقد ص ٨٤٣ نبذة ٦٨ وما بعدها .

(٢) والعبرة في ذلك بالآثار القانونية التي اتجهت اليها ارادة العاقدين ، لا بالغرض العملي الذي ارادوا الوصول اليه (في هذا المعنى انور سلطان وجلال العدوي في عقد البيع نبذة ٣٤ ، ونقض مدني ١٩ يونية ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ ـ ١٠٦١ ـ ١٧٠ ، وانظر بوجه خاص اسماعيل غانم في مذكرات في عقد البيع سنة ١٩٥٨ ص ١٢ الى ص ١٥ حيث يضرب لذلك مثلا بهبة ملكية الرقبة مع احتفاظ الواهب بالانتفاع مدى حياته ويرى أن مثل هذا العقد هبة ملزمة للواهب لا يجوز له الرجوع فيها لان أرادة العاقدين اتجهت الى الآثار القانونية لهبة الرقبة ، وهي نقل ملكية الرقبة حال الحياة دون مقابل . أما كون النتيجة العملية لمثل هذا التصرف قد تكون الاحتيال على قواعد الايصاء بتمكين الواهب من الاضرار بورثته عن طريق التصرف في كامل ملكه للموهوب له مع عدم حرمان نفسه من الانتفاع بذلك الملك طوال حياته وحرمان ورثته من القدر الذي لا يجوز الايصاء به ، فان ذلك لا يمنع من تكييف التصرف بأنه هبة ولكن لانه ينطوي على احتيال على القانون بين المتعاقدين ، فان احتيال هؤلاء الذي يضر بورثة المتصرف يوجب ان يرد عليهم سعيهم ، فلا تنفذ الهبة بعد وفاة الواهب فيما زاد على ثلث تركته الا باجازة ورثته . وليس معنى هذا أن التصرف وصية ، اذ لو كان كذلك لجاز للمتصرف الرجوع في تصرفه دون قيد أو شرط ، وانما يلتزم الواهب طول حياته بالتكييف الصحيح للتصرف بأنه هبة لا يجوز له الرجوع فيها ، ويتعين بعد وفاته فقط أن يرد عليه سعيه وسعى المتصرف اليهم حماية لحقوق ورثته من ذلك الاحتيال ، وذلك بجعل الهبة المذكورة لا تنفذ بعد وفاة الواهب في حق ورثته فيما يجاوز ثلث تركته الا باجازتهم .

وانظر عكس ذلك أحمد زكي الشيتي في رسالته في تكييف العقود نبذة ٣٣ و ٤١ و٥٦ حيث يرى أن العبرة بالنتائج العملية التي استهدفها العاقدان لا بالآثار القانونية وحدها التي اتجهت اليها ارادتهما مباشرة .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

اسباب سائغة معقولة وليس مناقضا للثابت فى الدعوى (١) .

والامر الثانى - أى عملية التكييف القانونى بالمعنى الدقيق - يأتى بعد عملية تفسير ارادة العاقدين وتبين الآثار القانونية التى اتجهت الى أحداثها ، ويكون ذلك بتعيين الوصف القانونى الصحيح للعقد الذى استخلص القاضى - فى حدود سلطته المطلقة - ما اتجهت ارادة العاقدين الى احداثه من آثار قانونية ، اى بتحديد الحكم القانونى الذى ينطبق على الواقع الذى استخلصه القاضى فيما يتعلق بارادة المتعاقدين . وفى هذا السبيل يستجمع القاضى الخصائص التى توافرت فى العقد تبعا للآثار القانونية التى اتجهت ارادة العاقدين الى احداثها ويقرر أيا من العقود المسماة هو الذى تكفى هذه الخصائص لتكوينه ، فيصفه بالوصف الذى يسميه به القانون من بين العقود المسماة وينزل عليه الاحكام التى وضعها القانون للعقد المسمى المذكور ، أو يعتبره عقدا غير مسمى ويجتهد فى استنباط احكامه بالقياس على أحكام اى عقد مسمى او بالرجوع الى القواعد العامة .

وتعد هذه العملية - عملية التكييف القانونى للعقد لتحديد الاحكام الواجبة التطبيق عليه - مسألة قانونية يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض (٢) . ويترتب على ذلك انها من صميم عمل القاضى ، فلا عبرة فيها بما يخلعه العاقدون على عقودهم من أوصاف ، وانما العبرة بحكم القانون الذى ينطبق على ما اتجهت ارادة الطرفين الى احداثه من آثار قانونية ، فيجوز للقاضى أن يكيف العقد بغير ما كيفه به عاقداه اذا وجد أن تكييفهما اياه لا يتفق مع التكييف القانونى الصحيح .

وقد قررت محكمة النقض ذلك منذ انشائها حيث قضت بأنه وان كان لمحكمة الموضوع كامل السلطة فى تفسير العقود المختلف على معناها بحسب ما تراه أدنى الى نية المتعاقدين ، مستعينة فى ذلك بجميع وقائع الدعوى

---

(١) نقض مدنى ٤ يونيه ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ - ١١١٣ - ١٧٦ ، ٥ يناير ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ - ٤٣ - ١٣٤٢ يونيه ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ - ٥٧٦ - ٦٤، ٩ مار ١٩٥٨ المجموعة ذاتها ٩ - ٦٢ - ٥ ، ٢٥ فبراير ١٩٥٨ المجموعة ذاتها ٩ - ٨٠٨ - ١٠٦ ، ٢٥ يناير ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ - ١٢٧ - ١٩ .

(٢) نقض مدنى ٢ مارس ١٩٣٣ فى الطعن رقم ٩٨ سنة ٢ ق فهرس أحكام النقض فى ٢٥ سنة جـ ٢ كلمة عقد ص ٨٤٠ نبذة ٥٤ ، وأيضا ١١ يناير ١٩٤٠ فى الطعن رقم ٤٧ سنة ٩ ق فى الفهرس المذكور ص ٨٤١ نبذة ٥٦ وأيضا ٢٨ ابريل ١٩٤٩ فى الفهرس المذكور ص ٣٤٨ نبذة ٢٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وظروفها ، الا انه اذا أدى بها هذا التفسير الى اعطاء العقد وصفا قانونيا خاطئا ، فان حكمها فى ذلك يكون خاضعا لرقابة محكمة النقض التى يجب عليها فى هذه الحالة تصحيح ما وقع من الخطأ (١) .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه اذا وصفت المحكمة عقدا بانه وصية معتمدة على ما جاء فيه من أن البائع قد سامح المشترين فى باقى الثمن واشترط عليهم الا يتصرفوا فى المبيع ما دام حيا ، دون أن تعنى بما تسمك به المتصرف اليه من أن البائع صدر منه بعد العقد اقرار ملغ لهذا الشرط ومطلق له حرية التصرف فى الارض المبيعة مع ما لهذا الاقرار الذى لم ينازع لا فى حجيته ولا فى دلالته ، من اثر حاسم فى تكييف العقد، كان لمحكمة النقض أن تعطى العقد وصفه الصحيح وتعتبره عقد تمليك منجز ، يستوى فى ذلك أن يكون فى الواقع هبة أفرغت فى صورة عقد بيع أو عقد بيع حقيقى (٢) .

وقضت بأنه اذا كانت المحكمة قد حصلت تحصيلا سائغا من ظروف الدعوى وبعد موازنة أدلة كل من الطرفين انه ليس ثمة ما ينفى ما جاء بعقد البيع المتنازع عليه من حصول دفع الثمن ، فان ما يكون بهذا العقد من اشتراط عدم انتفاع المشترى بالعين المبيعة وعدم امكانه التصرف فيها الا بعد وفاة البائع ـ ذلك لا يجعل العقد وصية ، اذ الوصية تبرع مضاف الى ما بعد الموت ، ولا تبرع هنا بل هذا العقد يكون بيعا (٣) .

وقضت أيضا بأنه اذا كان الظاهر من صريح نصوص العقد المسجل وملابساته انه عقد تمليك قطعى منجز ، وان الملكية قد انتقلت بموجبه فورا الى المتصرف اليه ، فان اتفاق البائع والمشترى على بقاء العين المبيعة تحت يد البائع بعد البيع لينتفع بها هو طول حياته لا يمنع من أن تكون

وانظر فى ذلك السنهورى فى الوسيط جـ ٤ هامش ص ٢٥ ، الصدة فى حق الملكية طـ٢ سنة ١٩٦٧ نبذة ٥٤٠ ص ٨٢٢ .

(١) نقض مدنى ٢ يونية ١٩٣٢ فى الطعن رقم ٧ سنة ٢ فى فهرس أحكام النقض فى ٢٥ سنة جـ ٢ كلمة عقد ص ٨٤٢ نبذة ٥٩ ، وايضا نبذة ٥٢ .

(٢) نقض مدنى ٨ يونيه ١٩٣٩ فى الطعن رقم ٧٩ سنة ٩ فى فهرس أحكام النقض فى ٢٥ سنة جـ ٢ كلمة عقد ص ٨٤١ نبذة ٥٧ .

(٣) نقض مدنى ١٨ ابريل ١٩٤٦ فهرس احكام النقض فى ٢٥ سنة ص ٣٤٩ نبذة ٣٥ وفى المعنى ذاته ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ المرجع السابق ص ٣٤٩ نبذة ٣٣ ، ٨ مارس ١٩٤٥ المرجع السابق ص ٣٤٩ نبذة ٣٢ ، ٢٢ يونية ١٩٣٨ المرجع السابق ص ٣٥٠ نبذة ٤٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ملكية الرقبة قد انتقلت فورا ، ومن الخطأ الحكم باعتبار هذا العقد وصية . واذا كان المستخلص من كافة ظروف الدعوى أن المشترى ـ وهو حفيد البائع ـ لم يكن فى حال تمكنه من دفع الثمن المبين فى العقد ، وان هذا الثمن لم يكن الا صوريا ، فان العقد يكون فى الحقيقة عقد تبرع ولكنه منجز ، أى هبة مستترة فى عقد بيع وهى صحيحة ولو لم تكن بعقد رسمى طبقا لنص المادة ٤٨ مدنى قديم (١) .

وبأنه متى انتهى الحكم المطعون فيه الى أن عقد البيع محل النزاع تصرف منجز ، وانه لو صح أن ثمنا لم يدفع ، فان العقد لا يعدو هبة منجزة ، فان ذلك صحيح فى القانون (٢) .

وبأنه اذا كان الواقع فى الدعوى أن الطاعنتين طعنتا على العقد موضوع النزاع بأنه وان كان ظاهره البيع ، الا انه ينطوى فى حقيقته على وصية لوارث مما تحكمه نصوص المادتين ٩١٦ و ٩١٧ مدنى واستدلتا على ذلك بقرائن معينة ، منها شكل العقد وصيغته وتاريخه وعدم دفع المطعون عليها شيئا من الثمن المسمى فيه لفقرها ، وطلبتا على سبيل الاحتياط احالة الدعوى الى التحقيق لاثبات صورية العقد وستره الوصية ، وكان الحكم المطعون فيه قد رد على ذلك بقوله ان العقد فى صياغته عقد منجز ، فان هذا الذى أورده الحكم لا يصلح ردا على دفاع الطاعنتين ولا يكفى لدفعه ، ذلك أن جدية العقد التى استنتجتها المحكمة من ظاهر صياغته ومضمون عباراتها هى بذاتها موضوع الطعن بعدم صحته ، وانه يستر وصية لوارث . ومتى كان ذلك وكانت المحكمة لم تلق بالا الى دفاع الطاعنتين فى جوهره ولم تواجهه على حقيقته أو تعنى بتمحيصه ، وهو دفاع جوهرى لو صح لتغير وجه الرأى فى الدعوى ، فانه يتعين نقض الحكم المطعون فيه (٣) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الباب الأول

ابرام عقد البيع

٣٠ ـ اركان البيع وشروط صحته ـ يشترط فى ابرام عقد البيع ـ كما فى سائر العقود ـ توافر أركان معينة تعتبر شروطا لانعقاده ، وتوافر شروط أخرى تعتبر شروطا لصحته . فأركان البيع او شروط انعقاده هى ثلاثة الشروط الواجب توافرها فى كل عقد اى الرضا والمحل والسبب ويضاف اليها شرط رابع هو عدم النص المانع . وشروط صحته هى ايضا شروط صحة العقد بوجه عام ، اى اهلية العاقدين وسلامة الرضا من العيوب التى تشوبه .

وسنفرد لكل من هذين النوعين فرعا مستقلا .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفرع الاول

اركان البيع

او شروط انعقاده

٣١ ـ للبيع اركان ثلاثة ـ أركان العقد ثلاثة : الرضا والمحل والسبب . وهذان الركنان الاخيران هما فى الحقيقة ركنان فى الالتزام لا فى العقد(١). ولان البيع ينشىء التزامين متقابلين أحدهما فى ذمة البائع، والآخر فى ذمة المشترى ، محل الاول هو نقل ملكية المبيع ، ومحل الثانى دفع الثمن ، ولان كلا من الالتزامين المذكورين يعتبر سببا للالتزام الآخر ، فقد جرى العفه على ايجاز ذلك كله بالقول بأن للمبيع أركانا ثلاثة هى الرضا والمبيع والثمن (٢) .

الفصل الاول

ركن الرضا

٣١ مكرر ـ وجود الرضا ـ يشترط فى عقد البيع ، كما فى سائر العقود ، اقتران ارادتين متطابقتين ، اى وجود ايجاب معين وقبول مطابق له ، واقتران الاخير بالاول اى وصوله الى علم الموجب (٣) .

---

(١) انظر فى ذلك مؤلفنا فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ١٣٣ ، وكذلك مؤلفنا فى الالتزامات سنة ١٩٦٤ فقرة ١١٧ و ١١٨ .

(٢) انظر فى هذه الاركان الثلاثة لعقد البيع نقض مدنى ٩ يونيه ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية ٥ ـ ٧٩٧ ـ ٤٣٣ الوارد موجزه فى ص ٥٢ هامش ٣ .

(٣) غير أنه قد شاعت فيما قبل صدور قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ عادة تحرير عقود البيع وتوقيعها من البائع وحده فكانت هذه المحررات مثبتة لرضا البائع دون رضا المشترى، ولذلك لم يكن ممكنا اعتبارها مثبتة للتعاقد اللهم الا اذا اقترنت بما يفيد قبول المشترى، كتسلم الاخير المبيع أو تسلمه العقد الموقع عليه من البائع وحده وتقديمه للتسجيل ، فكانت هذه الواقعة مضافة الى العقد الموقع تكون توافق الارادتين الضرورى لانعقاد البيع .

على أنه كان يجب فى هذه الحالة ان تتم الواقعة التى تفيد قبول المشترى قبل أن يسقط الايجاب الصادر من البائع سواء كان سقوطه بعدول البائع عن البيع أو بموته او بالحجر عليه (فى هذا المعنى طنطا الابتدائية ٦ ديسمبر ١٩٣٠ المجموعة ٣٢ رقم ١٤٧) .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف مصر فى ٢٧ ديسمبر ١٩٣٢ أنه اذا صدر عقد ⊂

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويستوى أن يصدر الايجاب من البائع بالبيع أو من المشترى بالشراء، لان المهم هـو اقتران هذا الايجاب بقبول الطرف الآخر بائعـا كان أو مشتريا (١) .

وتسرى على تبادل الايجاب والقبول الاحكام العامـة التى نص عليها المشرع فى المواد ٩٠ وما بعدهامن التقنين المدنى الحالى (٢) .

فيجوز التعبير عن كل من الايجاب والقبول أى عن ارادة البيع وارادة الشراء باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا ، كما يجوز باتخاذ موقف

=

من والدة لبنتها القاصر المشمولة بولاية والدها وحرر فى صيغة عقد بيع ولكن لم يرد به ما يفيد قبول الولى البيع ، وثبت أن هذا العقد بقى فى حوزة الوالدة تحيى وفاتها وأنها تصرفت فى معظم المقدار الوارد بهذا العقد لآخرين وشهد الولى على أحد هذه العقود ، فانه لا يصح اعتبار هذا العقد عقد بيع لانعدام القبول فيه (المحاماة ١٣ — ١٠٠٨ — ٤٩٨) . وبصدور قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ الذى استبدل به قانون الشهر العقارى فى سنة ١٩٤٦ أوجب المشرع فى بيع العقارات توقيع الطرفين بل اشترط لصلاحية العقد للتسجيل أن يكون توقيع الطرفين عليه مصدقا عليه من موظف مختص فقضى بذلك الى حد كبير على عادة توقيع عقود البيع من البائع وحده فيما يتعلق ببيع العقارات . ولكن بقى أن المشترى الذى لم يوقع على العقد واكتفى بدفع الثمن وتسلم العقد يستطيع ان يعتبر هذه الواقعة الاخيرة رضا ضمنيا منه بالعقد وأن يصل الى نقل الملكية اليه استنادا الى هذا العقد غير الموقع عليه منه وذلك بالحصول على حكم بصحة ونفاذ ذلك العقد وتسجيل هذا الحكم (انظر تطبيقا لذلك فى نقض مدنى ١٨ ديسمبر ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ١٢٨٧ — ٢٢٣) .

ولا يزال اكثر المتعاملين بالبيع فى المنقولات يجرون على الاكتفاء فى عقد البيع بتوقيع البائع وحده . ونرى ضرورة التنبيه الى ما يؤدى اليه ذلك من امكان المنازعة فى انعقاد البيع فى أحوال كثيرة ونوصى بتوقيع عقودالبيع من كلا الطرفين فيها بل يحسن تحريرها من نسختين أصليتين موقعة كل منهما من الطرفين .

(١) فى هذا المعنى نقض مدنى ١٠ ابريل ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ — ٣٥٩ — ٤ وقد جاء فيه أنه « متى تبين أن طالب الشراء أبدى فى طلبه الى عضو مجلس الادارة المنتدب للشركة البائعة رغبته فى شراء قدر من الاطيان المملوكة لها بثمن محدد وبشروط معينة وضمن الطلب أنه لا يصبح نافذ الاثر بين الطرفين الا بموافقة مجلس ادارة الشركة كما تعهد فيه بأن يظل مرتبطا بعطائه فى حالة اشهار مزاد بيع الاطيان لحين ابلاغه قرار الشركة باعتماد البيع من عدمه ، فتحقق بذلك علم الشركة بمجرد وصول الطلب الى عضو مجلس الادارة المنتدب ، فان هذا الايجاب يعتبر نافذ الاثر فى حق الموجب لا يجوز العدول عنه أو تعديله حتى تبت الشركة فى طلبه بالقبول أو الرفض ، وذلك عملا بنصوص الطلب ونزولا على حكم المادتين ٩١ و ٩٣ مدنى » .

(٢) انظر هذه الاحكام فى كتابنا فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٨ بندة ٧٠ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود ، بل يجوز أن يكون التعبير ضمنيا (١) (المادة ٩٠) . ويصلح الايجاب لاقتران القبول به من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه (٢) (المادة ٩١) . فاذا صدر الايجاب وأرسل الى من وجه اليه ، جاز للموجب أن يعدل عن ايجابه بشرط أن يبلغ عدوله الى الطرف الآخر قبل أن يبلغه الايجاب(٣) ، كان يبرق اليه بالعدول بعد أن ارسل اليه الايجاب بخطاب عادى بحيث تصله البرقية قبل الخطاب أو معه على الاكثر ، والا فان الايجاب ينتج أثره بمعنى أنه يكون صالحا لان يقترن به القبول ولا يجوز العدول عنه الا بعد مضى الوقت الكافى لتمكين من وجه اليه من قبوله (٤) .

واذا عين فى الايجاب ميعاد لقبوله ، سواء صدر هذا الايجاب فى مجلس العقد أو فى غيره ، التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى أن ينقضى هذا الميعاد (المادة ٩٣) . فاذا انقضى الميعاد قبل أن يصدر القبول ، فلا يصبح الايجاب غير لازم فحسب بل يسقط سقوطا تاما ويصير غير صالح لاقتران القبول به (٥) الا اذا تبين أن الموجب لم يقصد ذلك وانه لا مانع عنده من اعتبار ايجابه قائما حتى بعد انقضاء الميعاد .

واذا مات من صدر منه الايجاب أو فقد أهليته قبل أن يصل الايجاب الى علم من وجه اليه ، فان ذلك لا يمنع من صلاحية الايجاب لاقتران

---

(١) المرجع السابق فى مصادر الالتزام نبذة ٧٢ ، ويعتبر استخلاص الرضا الضمنى أو عدمه مسألة موضوعية يستقل بها قاضى الموضوع ولا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٦ يناير ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ ـ ٤٣ ـ ١٠) .

(٢) المرجع السابق فى مصادر الالتزام نبذة ٧٨ .

(٣) المرجع السابق نبذة ٨٥ ص ١١٠ .

(٤) غير أنه اذا صدر من المشترى بعد الشراء ايجاب الى البائع برد المبيع اليه وقبل البائع هذا الايجاب ، فلا يعتبر ذلك بيعا جديدا بل تقايلا من البيع الاول (فى هذا المعنى نقض مدنى ٨ فبراير ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ ـ ٣٢٠ ـ ٦١ وقد جاء فيه « ان قرار مجلس الوزراء الصادر فى ١٩٣٥/١١/٢٧ قد تضمن ايجابا من الحكومة أوجبت به على نفسها أن ترد لكل مالك ملكه الذى نزع منه بمجرد طلبه فى مدى خمس سنوات مقابل ثمنه الذى رسا به المزاد عليها . وهذا الايجاب متى قبله المدين المنزوعة ملكيته ـ وهو قانونا فى حكم البائع ـ لا يكون انشاء لبيع مستحدث وانما هو اتفاق على التقايل فى البيع القديم واسترداد فى المبيع والثمن » .

(٥) انظر فى ذلك المرجع السابق فى مصادر الالتزام نبذة ٧٩ ص ١٠٧ ، وأيضا وليم قلادة فى التعبير عن الارادة ، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة سنة ١٩٥٥ ص ١٨٠ . ومجموعة الاعمال التحضيرية للتقنين المدنى جـ ٢ ص ٣٦ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

القبول به عند وصوله (المادة ٩٢) ، وذلك لأن الايجاب ينفصل عن ارادة الموجب ويحتفظ بكيانه بالرغم من موت الموجب أو فقد اهليته (١) . فاذا كان الايجاب قد عين فيه ميعاد للقبول فهو ملزم حتى انقضاء هذا الميعاد ويتقيد ورثة الموجب من بعده بهذا الالتزام . ومتى اقترن القبول بالايجاب انعقد العقد بين الورثة ومن صدر منه القبول . واذا لم يكن الايجاب قد عين فيه ميعاد للقبول ، فانه يكون مع ذلك ملزما للموجب المدة الكافية لابداء من وجه اليه قبوله ووصول هذا القبول الى الموجب ، فيتقيد ورثة الموجب كذلك بهذا الالتزام ويكون حكمه حكم الحالة السابقة .

وكذلك اذا مات من صدر منه القبول أو فقد اهليته قبل ان يصل القبول الى علم الموجب ، فان ذلك لا يمنع من صلاحية القبول لانعقاد العقد به عند وصوله الى علم الموجب (٢) (المادة ٩٢) .

واذا صدر الايجاب فى مجلس العقد دون ان يعين ميعاد للقبول ، فان الموجب يتحلل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فورا . وكذلك الحال اذا صدر الايجاب من شخص الى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل (المادة ٩٤) . ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فورا اذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن ايجابه فى الفترة ما بين الايجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد .

واذا صدر الايجاب فى غير مجلس العقد ودون أن يعين ميعاد للقبول، فالغالب أن يستخلص من الظروف أو من طبيعة التعامل أن الموجب قصد أن يلتزم بايجابه الى الوقت الذى يتسع لوصول قبول من الطرف الآخر يكون قد صدر منه فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد ، والا فان الايجاب لا يكون ملزما ، اى انه يجوز العدول عنه فى أى وقت قبل اقتران القبول به .

ومتى كان الايجاب غير ملزم ، فانه يظل قائما وصالحا لاقتران القبول به ما دام لم يعدل عنه (٣) الا اذا اتفق صراحة أو ضمنا على انتهاء اثره فى ميعاد معين ، فيسقط بانقضاء هذا الميعاد ولو لم يحصل عدول عنه .

واذا وجه الايجاب الى غائب بطريق المراسلة ، فان العقد لا ينعقد

---

(١) المرجع السابق نبذة ٨٢ ص ١١٢ .

(٢) المرجع السابق نبذة ٨٢ ص ١١٢ .

(٣) نقض مدنى ١٨ ابريل ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض ١٤ - ٥٥٠ - ٧٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الا اذا وصل القبول الى علم الموجب قبل سقوط الايجاب. ويعتبر العقد قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول (١) (المادة ٩٧).

على انه يجوز أن ينعقد البيع أحيانا دون قبول من وجه اليه الايجاب اعتمادا على مجرد عدم رفضه الايجاب فى وقت مناسب (المادة ٩٨) ؛ ومثل ذلك أن يجرى التعامل بين شخصين على أن يورد أحدهما الى الآخر قدرا معينا من سلعة من نوع خاص فى فترات متقاربة ، فيرسل المورد هذا القدر دون طلب خاص من عميله ولا ينتظر منه قبولا أو رفضا ، فينعقد البيع على هذا القدر بمجرد عدم رد المرسل اليه بالرفض فى وقت معقول ، اذ يكون من حق المرسل أن يعتبر سكوت الطرف الآخر قبولا .

ويجوز أن يتم البيع من طريق المزايدة ، ولكن لا يعتبر طرح المبيع للبيع ولو مع تعيين ثمن أساسى له ايجابا ، بل يعتبر دعوة لكل راغب فى الشراء كى يتقدم بعطاء ، ويعتبر هذا العطاء ايجابا ويلتزم به مقدمه المدة التى تكفى عادة لاستثارة عطاء آخر أو لقبوله بعد اليأس من تقدم غيره ، فلا يجوز له سحب عطائه قبل ذلك الا بموافقة القائم بالمزاد(٢) .

ويسقط كل عطاء بمجرد تقدم عطاء آخر يزيد عليه ولو كان العطاء الآخر باطلا (٣) . ولا يتم البيع الا بقبول العطاء الاخير أى برسو المزاد على

---

(١) انظر فى الخلاف الذى كان قائما على هذه المسألة فى ظل التقنين الملغى السنهلاوين الجزئية ١٩ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ ـ ١٢٤٥ ـ ٥٢٤ .

(٢) قارن عكس ذلك استئناف مصر ٩ يونيه ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ـ ٥٤٤ ـ ٥١ ، وتلخص وقائعه فى أن المجلس الحسبى أعلن عن بيع أطيان بالمزاد دون أن يحدد ثمنا أساسيا ، فرسا المزاد على أحد الاشخاص ثم قدم هذا بعد ذلك طلبا للمجلس الحسبى يسحب فيه عطاءه وتنازل عن الشراء ، فقرر المجلس استبعاد هذا الطلب، واعتماد قائمة المزاد ، فرفع الراسى عليه المزاد دعوى بعدم انعقاد البيع لصدور اعتماد قائمة المزاد بعد سحبه عطاءه ، وقضى له فى الاستئناف بذلك حيث قررت المحكمة أن البيع على هذه الصورة لم ينعقد لان مجرد عرض الارض للبيع بالمزاد بدون تحديد ثمن لا يعتبر ايجابا حتى يمكن القول بأن العقد تم بقبول الشراء بثمن معين اذ أن المجلس كان له بعد عرض هذا الثمن أن يقبله أو يرفضه . فسحب الايجاب قبل قبول المجلس يمنع المجلس الحسبى من القبول بعد ذلك .

(٣) المرجع السابق فى مصادر الالتزام نبذة ٩٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مقدمة (١) (المادة ٩٩) . ويكفى ذلك لانعقاد البيع دون حاجة الى اثباته فى محـرر (٢) ، ما لم تكن قائمـة المزاد أو القوانين أو اللوائح تجعـل البيع معلقا على تصديق جهة معينة ، فلا ينعقدالبيعالا بتصديق هـ الجهة(٣)، اى أن رسو المزاد فى ذاته لا يعتبر فى هذه الحالة بيعا تاما بل . رد اتفاق على أن يتقيد الراسى عليه المزاد بعطائه الى أن يتم تصديق الجهة المعينة على البيع ، فينعقد البيع بهذا التصديق ، أو ينقضى برفض التصـديق التزام الراسى عليه المزاد بالبقاء على عطائه (٤) .

ويجوز أن يتم التعاقد بالبيع بين البائع ونائب المشترى أو بين المشترى

---

(١) ويلاحظ أن رسو المزاد فى بيع العقارات بيعا جبريا لا يعتبر بيعا باتا ، بل بيعا مقترنا بشرط فاسخ هو حصول زيادة العشر خلال عشرة أيام . أما رسو المزاد بعد زيادة العشر فيعتبر بيعا باتا (فى هذا المعنى نقض مدنى ١٩ أبريل ١٩٤٥ المجموعة ٤٦ ـ ٢٢٨ ـ ١١٩) .

(٢) وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف مصر فى ١٤ فبراير ١٩٣٥ بأنه اذا وافق المجلس الحسبى على بيع أطيان قصر وفاء لديونهم وحدد جلسة للمزاد ورسا المزاد على شخص معين وقرر المجلس توقيع البيع له وكلف الوصى توقيع البيع ، فان الايجاب والقبول يكونان قد وقعا ممن يملكان التعاقد وحصل الاتفاق على المبيع والثمن فيكون البيع قد تم ولا عبرة بتحرير العقد لان العقد ليس الا السند الكتابى للبيع وليس للراسى عليه المزاد أن يعدل بعد ذلك عن العقد من تلقاء نفسه لانه لا يملك العدول بغير ارادة الطرف الآخر ، ويجوز لهذا ان يلزمه بدفع الثمن (المحاماة ١٥ ـ ٢ ـ ٣٧٣ ـ ٣١٧) .

وواضح من ذلك أن العقد يتم بمجرد رسو المزاد وبقطع النظر عن وسيلة اثباته . أما من حيث اثباته فانه يخضع للقواعد العامة بمعنى أنه يجب اثباته بالكتابة متى جاوزت قيمته عشرين جنيها . فاذا كانت الجهـة القائمة بالبيع جهة رسمية فانها تحرر محضرا بالمزاد ويكفى هذا المحضر دليلا على حصول البيع ولو لم يوقعه البائع . أما ان كانت تلك الجهة غير رسمية فلا بد من توقيع البائع والمشترى .

والغالب فى بيع المنقولات بالمزاد امام جهة غير رسمية (كدلال مثلا) ان يكتفى وقت رسو المزاد بأن يدفع المشترى عربونا مقابل ايصال ويعتبر هذا الايصال فيما يتعلق باثبات البيع ضد البائع مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز الاثبات بالبينة والقرائن .

(٣) فى هذا المعنى استئناف مصر ٣٠ مايو ١٩٣٤ المجموعة ٣٦ رقم ٢٠ .

(٤) ولكن لا يجوز للجهة المختصة بالتصديق ارجاؤه مدة طويلة تجاوز الحد المعقول لان فى ذلك اضرارا بالراسى عليه المزاد ولان الاخير لا يمكن أن يكون قصد الاضرار بنفسـه وانما قصد التقيد بعطائه مدة معقولة . فاذا تراخت الجهة المختصة فى التصديق أكثر من هذه المدة انقضى التزام الراسى عليه المزاد بالبقاء على عطائه ، وجاز له العدول عن ايجابه ، واسترداد ما قد يكون دفعه من عربون أو تأمين مع المطالبة بتعويض عن تعطيل هذا العربون أو التأمين مدة تجاوز الحد المعقول (قارن فى هذا المعنى مصر الابتدائية ٢٢ يونية ١٩٢٥ المحاماة ٦ ـ ٢٧ ـ ٢٤) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ونائب البائع أو بين نائبين أحدهما عن البائع والآخر عن المشترى ، فتسرى فى هذه الحالة أحكام النيابة (١) (المواد ١٠٤ وما بعدها) ، أى أن النائب يعتبر عاقدا من حيث أن العقد ينعقد بارادته هو ، فليزم ان تكون ارادته صحيحة وخالية من عيوب الرضا ، ولا يؤثر فى صحتها غلط الاصيل أو علمه أو عدم علمه بالمبيع ولا علمه ببعض الظروف الخاصة فى الاحوال التى يكون لعلم العاقد بهذه الظروف اثر فى صحة العقد . أما من حيث آثار العقد فان الاصيل هو الذى يعتبر طرفا فى البيع ، فان كان بائعا انتقلت منه الملكية ونشأ فى ذمته لا فى ذمة النائب حق مداينة المشترى بالثمن ، وان كان مشتريا انتقلت الملكية الى ذمته لا الى ذمة نائبة (٢) .

ولا يجوز أن ينوب الشخص الواحد عن البائع والمشترى معا ، ولا أن ينوب عن المشترى اذا كان هو البائع أو ينوب عن البائع اذا كان هو المشترى (المادة ١٠٨) .

وفى جميع الاحوال يشترط فى انعقاد البيع أن يتم الاتفاق بين الطرفين على المبيع وعلى الثمن وعلى طبيعة العقد أى على ارادة البيع وارادة الشراء (٣) .

---

(١) المرجع السابق نبذة ١١٨ وما بعدها .

(٢) غير أنه يشترط فى ذلك أن يكون النائب قد تعاقد بهذه الصفة أو أن يكون بينه وبين الاصيل اتفاق على أن يعيره أسمه prête-nom فاذا اتفق شخص مع آخر على أن يدخل الثانى مزاد بيع عقار وأن يشترى هذا العقار باسمه لحساب الاول ، فان الثانى لا يكون له بعد رسو المزاد عليه أن يدعى فى علاقته بالاول أنه هو مالك العقار . وقد قررت محكمة النقض فى ٢٩ ابريل ١٩٤٨ أن تحدى المدين بأن من استخدمه ليدخل فى المزايدة يعتبر نائبا عنه بطريق اعارة الاسم وأن المعار اسمه لا يتملك فى حق الاصيل . هذا التحدى محله أن يكون الثابت فى الدعوى أن من رسا عليه المزاد كان عند رسو المزاد عليه معيرا اسمه . أما اذا كان الثابت أن الراسى عليه المزاد انما وعد المدين بأن يبيع له الاطيان عند رسو المزاد عليه اذا دفع له الثمن والمصاريف ، فذلك لا يصح التحدى به فى انكار الملكية على الراسى عليه المزاد (مجموعة القواعد القانونية ٥ - ٦١٣ - ٣٠٨) .

(٣) انظر فى هذا المعنى نقض مدنى ٩ يونية ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية ٥ - ٧٩٧ - ٤٣٣ وقد جاء فيه أن الحكم الذى يقام على أن بيعا تم بين طرفى الخصومة يجب أن يعنى باثبات توافر جميع أركان البيع من رضا ومبيع وثمن ، فاذا اكتفى الحكم باثبات توافر الركنين الاولين وأغفل الركن الاخير بمقولة أن أمره خارج عن نطاق الدعوى كان قضاؤه مخالفا للقانون . واذن فمتى كانت عبارة الحكم تفيد أنه اعتبر البيع قد تم لأن الشهود الذين أحال على أقوالهم قد شهدوا بتبادل الرضا على التعاقد ، وأن ثبوت توافر ركن الرضا

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولا يشترط الاتفاق على اكثر من ذلك (١) .

واذا كان المبيع مملوكا لعدة اشخاص ، فلابد من رضاهم جميعا لانعقاد البيع بالنسبة لحصصهم كلها ، والا فلا ينعقد البيع الا بالنسبة لحصة من رضى به ، أما من لم يرض به ، فتبقى له حصته غير مبيعة (٢)

٣٢ ـ **الاتفاق على المبيع** ـ لابد فى انعقاد البيع من حصول الاتفاق على المبيع ، أى تطابق الايجاب والقبول فيما يتعلق بالمبيع . فاذا عرض احد الطرفين على الآخر أن يبيعه مالا معينا بالذات ، وجب أن تتجه ارادة الطرف الآخر الى قبول شراء هذا المال ذاته ، والا فلا يكون ثمة بيع

كاف فى القول بانعقاد البيع ، أما الثمن وشروط البيع فقد رأى أن امرها خارج عن نطاق الدعوى ، فهذا الذى قرره الحكم صراحة واعتمد عليه فى قضائه لا يصححه انه فى معرض سرد وقائع الدعوى قد ذكر مجمل أقوال الشهود فى القضية التى عطف عليها وانهم شهدوا ايضا على الثمن ، اذ هو ما دام قد أفصح عما يرى اعتماده من أقوال الشهود فلا يجوز أن يضاف اليها ما صرح بأن بحثه خارج عن نطاق الدعوى » . وانظر نقض مدنى ١٠ يناير ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ـ ٩٣ ـ ٩ وقد جاء فيه أن البيع لا ينعقد الا اذا اتفق العاقدان على طبيعة العقد الذى يقصدان ابرامه بحيث يتلاقى الايجاب والقبول على حصول البيع . فاذا كانت محكمة الموضوع استخلصت استخلاصا سائغا من الخطابين المتبادلين بين الشركة الطاعنة ووزارة التموين المطعون عليها المفصحين عن ايجاب الشركة وقبول وزارة التموين هذا الايجاب ، ومن الظروف التى لابست التعاقد أن نية الطرفين لم تنصرف الى البيع بل الى الاتفاق على زيادة « مقطوعية السكر » المقررة لمصنع الشركة مقابل استيراد الاخيرة كمية من السكر من الخارج ، وكانت الاسباب التى استندت اليها تبرر قانونا هذا التكييف ، فان النعى على الحكم فى هذا الخصوص بمخالفة القانون يكون فى غير محله (تنظر للمزيد من الايضاح وقائع حكم النقض) .

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٤٤ والاحكام التى أشار اليها .

(٢) نقض مدنى اول مارس ١٩٤٥ فهرس احكام النقض فى ٢٥ سنة ص ٣٤٦ لبدة ١٤ وقد جاء فيه انه اذا كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من كل الورثة عن جميع المنزل موضوع العقد ، وكان بعض الورثة لم يوقعه ، فان من أمضى منهم العقد يصبح مرتبطا به قبل المشترى عن حصته التى يملكها ، وللمشترى ان يطالبه دائما بنفاذ البيع فى حصته ، ولايجوز له أن يتحلل من هذا الارتباط بناء على امتناع باقى الشركاء عن التوقيع ، واقرار البائعين فى العقد بتضامنهم فى نفاذ البيع وصحته ليس معناه أن الواحد منهم يبيع اكثر من حصته ، ولا أن انعقاد البيع فيها لا يتم الا اذا باع باقى الشركاء حصصهم ، بل معناه أن الواحد منهم ضامن صحة البيع ونفاذه فى حصته ثم فى حصص الآخرين ايضا ، واذن فتكييف المحكمة مثل هذا العقد بانه مشروع بيع لم يتم ، مع دلالة ظروف الدعوى واوراقها على أن طرفيه قد اعتبراه عقد بيع بات ملزم لهما ، وترتيبها على هذا انه لا تصح فيه الشفعة ، ذلك منها يكون خطأ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لعدم الاتفاق على المبيع أو لوجود غلط فى ذاتيته . ومثل ذلك أن أطلب من دار للنشر أن تبيعنى كتابا معينا ، فتقبل هى أن تبيعنى كتابا آخر ، فان البيع لا ينعقد لا على الكتاب الذى طلبته انا ولا على الكتاب الذى قبلت هى بيعه (١) . وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض فى ١٩ يناير ١٩٥٠ بأن اختلاف الطرفين على مساحة المبيع وحدوده يمنع من تلاقى الارادتين وانعقاد العقد (٢) ، وقررت ان استخلاص نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه فى خصوص تعيين المبيع يستقل به قاضى الموضوع (٣) .

٣٣ ـ الاتفاق على الثمن ـ وكذلك لابد من توافق الارادتين على الثمن . فلا ينعقد البيع اذا عرض احد الطرفين البيع بثمن معين ، فقبل الطرف الآخر الشراء بثمن أقل .

وقد تساءل الشراح عن حكم الفرض العكسى ، أى اذا عرض البائع أن يبيع بثمن معين ، فقبل المشترى الشراء بثمن أعلى . . وذهب بعضهم الى أن البيع ينعقد فى هذه الحالة بالثمن الاقل الذى سماه البائع باعتبار أن المشترى الذى قبل الشراء بثمن أعلى قد تضمنت ارادته القبول بالثمن الاقل لان القليل داخل فى الكثير .

غير اننا نرى وجوب التفرقة فى هذا الشأن بين حالتين : الاولى أن يكون المشترى صدر فى قبوله الشراء بأزيد مما طلبه البائع عن غلط ، أى معتقدا انه انما يقبل الشراء بالثمن الذى طلبه البائع ، ثم يتبين أن الثمن الذى طلبه البائع كان أقل من ذلك . والثانية أن يكون المشترى قد قصد أن يزيد فى الثمن الذى طلبه البائع لاقتناعه بأن المبيع يساوى هذه الزيادة وأن العدالة وقواعد الاخلاق تقتضيه رفع الثمن الى قيمة المبيع الحقيقية أو ما يقرب منها وعدم استغلال حاجة البائع أو جهله بما يساويه المبيع فعلا . فالحل الذى ذهب اليه الشراح يصدق على الحالة الاولى أى حالة غلط المشترى ، فينعقد البيع بالثمن الذى سماه البائع أى بالثمن الاقل . ولكنه لا يصدق على الحالة الثانية حالة قصد المشترى زيادة الثمن عما طلبه البائع ، كأن يعرض صديق على صديقه أن يبيعه كتابا معينا يساوى

---

(١) فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٠ مارس ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ـ ٢٢٣ ـ ٢٩ .

(٢) نقض ١٩ يناير ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ ـ ١٠٠٧ ـ ٤٥١ وقد جاء فيه أنه اذا كان ماثم بين الطرفين المدعى والمدعى عليه لم يكن الا اعمالا تحضيرية لم يتم فيها البيع ولم يتقدم فيها عقد غير ايصال بورود مبلغ ضئيل تأمينا على شراء قطعة أرض اختلف على مقدارها ومساحتها وحدودها مما يمنع من تلاقى الارادتين وانعقاد العقد ولم تنته باتفاق مبرم للطرفين فتكون دعوى صحة التعاقد على غير أساس .

(٣) نقض مدنى ٩ يناير ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ـ ٦٢ ـ ٥ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مائة قرش بخمسين قرشا فقط ، فيقول له الصديق الآخر بل اشتريه منك بمائة قرش ، وذلك لانه كما يجوز القول فى هذه الحالة بأن قبول المشترى الشراء بمائة قرش يتضمن قبوله الشراء بخمسين قرشا ، كذلك يجوز القول بأن قبول البائع البيع بخمسين قرشا يتضمن قبوله البيع بمائة قرش . ولذا نرى أن العبرة بالثمن الذى سمى آخرا وهو فى المثال المتقدم مائة قرش ، وذلك تطبيقا للمادتين ٩٦ و ٩٨ من التقنين المدنى الحالى . فقد نصت المادة ٩٦ على انه اذا اقترن القبول بما يزيد فى الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديدا . وبناء على ذلك يعتبر قبول المشترى فى المثل المتقدم الشراء بمائة قرش ايجاباجديدا، لا قبولاللايجاب الصادر من البائع بالبيع بخمسين قرشا . ويعتبر سكوت البائع عن معارضة هذا الايجاب الجديد قبولا له عملا بالمادة ٩٨ فقرة ثانية التى تنص على أن « يعتبر السكوت عن الرد قبولا ... اذا تمحض الايجاب لمنفعة من وجه اليه » ، ولانه ظاهر أن زيادة الثمن من خمسين قرشا الى مائة قرش تتمحض لمنفعة البائع فلا تحتاج منه الى قبول .

اما اذا فرضنا أن طالب الشراء هو الذى بدأ بأن عرض الشراء بمائة قرش ، فأجابه الآخر : بل ابيع لك بخمسين قرشا ، فان هذه الاجابة تعتبر ايجابا جديدا . ولان هذا الايجاب الجديد يتمحض لمنفعة المشترى، فلا يحتاج الى قبول منه ، ويعتبر العقد منعقدا بخمسين قرشا لا بمائة قرش (١) .

٣٤ — الاتفاق على طبيعة العقد — ويجب فوق الاتفاق على المبيع والثمن أن يتم الاتفاق على طبيعة العقد أى أن تتجه ارادة البائع الى البيع وارادة المشترى الى الشراء (٢) . اما اذا قصد أحد الطرفين أن يؤجر ماله الى الآخر لقاء اجرة سنوية طوال حياته وقصد الآخر أن يشترى هذا المال فى مقابل ايراد مرتب مدى حياة البائع ، فلا يكون ثمة اتفاق علىطبيعة العقد ولا ينعقد بينهما بيع ولا ايجار .

ولان من طبيعة البيع أن ينشىء التزاما بنقل الملكية ، فان كل عقد لا يقصد به حقيقة انشاء هذا الالتزام لا يعتبر بيعا . مثل ذلك عقد بيع الوفاء اذا قصد به قرض مقترن برهن حيازى ، فانه لا يعتبر بيعا لانه لا يقصد به انشاء التزام بنقل الملكية . وسيجىء أن القانون الحالى قد

---

(١) انظر فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٤٣ هامش ١ .

(٢) نقض مدنى ١٠ يناير ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض ١٤ — ٩٣ — ٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ابطل بيع الوفاء بطلانا مطلقا فى جميع الاحوال . ومثل ذلك ايضا العقد الذى سماه بوتييه « مهاترة » mahatra وهو عقد بموجبه يشترى احد المتعاقدين مالا بثمن مؤجل ثم يبيعه فى الوقت ذاته الى البائع الظاهر مباشرة او من طريق شخص آخر يكون اسمه مستعارا لحساب ذلك البائع بثمن معجل اقل من الثمن المؤجل الذى اشترى به . فيكون المقصود بهذا العقد المزدوج ان يبقى البائع الظاهر مالكا المبيع وان ينقد المشترى الظاهر مبلغا معجلا وان يصير الاخير ملتزما بمبلغ مؤجل اكبر من المبلغ الذى قبضه ، اى ان نتيجة العقد تكون قرضا بفائدة . فلا ينعقد بين الطرفين بيع اصلا لان ارادتهما لم تتجه الى البيع بل الى القرض .

ومن هذا القبيل ايضا العقد الذى يسميه الطرفان بيعا ولكنهما يتفقان فيه على ثمن تافه او غير جدى او على تنازل البائع عن الثمن ، فان ذلك يخالف طبيعة البيع من حيث هو معاوضة فلا يكون ثمة بينهما اتفاق حقيقى على البيع ، ومن ثم لا يعتبر العقد المذكور بيعا ، وقد يعتبر هبة اذا توافرت شروطها .

وليس معنى ذلك انه يجب ان يتم اتفاق الطرفين على جميع احكام البيع بل يكفى ان تتجه ارادتهما الى البيع والشراء وان يتفقا على المبيع والثمن . اما باقى الشروط والاحكام فليس يلزم فى انعقاد البيع ان يحددها الطرفان فى الاتفاق ، لان القانون قد تكفل بتنظيمها بقواعد مقررة واجبة التطبيق عند عدم الاتفاق على ما يخالفها . فان لم يعين الطرفان ميعادا او مكانا لدفع الثمن او لتسليم المبيع مثلا ، سرت عليهما فى ذلك احكام القانون .

غير انه اذا تفاوض الطرفان فى شأن تلك الشروط والاحكام واختلفا عليها ، فان اختلافهما ينفى قرينة تعويلهما فى شأنها على احكام القانون ، ويكون اتفاقهما على البيع والمبيع والثمن غير كاف لانعقاد العقد لتعذر تكملته بالقواعد المقررة والمكملة لارادة العاقدين (١) . على انه اذا اكتفى العاقدان بالاتفاق على هذه المسائل الجوهرية واحتفظا ببعض المسائل التفصيلية ، كميعاد دفع الثمن ومكانه وتسليم المبيع ، ليتفقا عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فان العقد يتم (٢) . واذا قام فيما بعد خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٦٤ .

(٢) نقض مدنى ١٦ يناير ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض ٢٦ ـ ١٨٣ ـ ٤٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقت العقد ، فان المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولاحكام القانون والعرف والعدالة (المادة ٩٥) . ويكون للمحكمة أن تقدر فى كل حالة ما اذا كان الاتفاق قد تم على جميع المسائل الجوهرية أم لا، وما اذا كانت المسألة التى قام الخلاف فى شأنها تعتبر من المسائل التفصيلية أم لا تعتبر كذلك .

والغالب ان يوجه الايجاب الى شخص معين ، فينعقد العقد حينئذ بقبول هذا الشخص دون غيره . ولكن كثيرا ما يوجه الايجاب الى غير شخص معين كالايجاب الموجه الى الجمهور . أفيكفى هذا الايجاب ليقترن به قبول اى شخص ؟ وما مدى التزام الموجب فى هذه الحالة ازاء جميع الاشخاص الذين يتقدمون اليه بالقبول ؟

وكذلك يغلب ان يكون رضا الطرفين باتا ، ولكن يحدث كثيرا ان يكون موصوفا بشرط أو مقترنا بأجل ، فيتعين علينا دراسة البيوع الموصوفة .

ويحدث أحيانا أن يلتزم شخص أن يبيع الى آخر اذا قبل الاخير الشراء أو أن يلتزم أن يشترى من آخر اذا قبل الاخير البيع فى مدة معينة . فلا يعتبر هذا العقد بيعا وانما يعتبر وعدا بالبيع أو وعدا بالشراء ، وهو وثيق الصلة بالبيع لانه كثيرا ما يؤدى اليه .

فيجب اذن فى دراسة ركن الرضا فى البيع أن نعرض بصفة خاصة لهذه المسائل الثلاث : (١) الايجاب الموجه الى الجمهور ، (٢) البيوع الموصوفة ، (٣) الوعد بالبيع والوعد بالشراء ، ثم نختم هذا الفصل بدراسة تفسير عقد البيع .

المبحث الاول

الايجاب الموجه الى الجمهور

٣٥ ـ صور الايجاب الموجه الى الجمهور ـ جرت عادة التجار أن يعلنوا عن سلعهم سواء بعرضها فى واجهات محلاتهم مع كتابة أثمانها عليها، أو بالنشر عنها مع أثمانها فى الجرائد السيارة أو فى نشرات خاصة يرسلونها الى عملائهم أو يوزعونها على أفراد الجمهور . فالى اى حد يعتبر هذا

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الاعلان ايجابا والى أى مدى يكون هذا الايجاب ملزما وصالحا لان يقترن به قبول اى عميل أو اى فرد من افراد الجمهور ؟

٣٦ - عرض السلع فى المتاجر - اما عرض السلع فى واجهات المحلات مع كتابة اثمانها عليها ، فلا نزاع فى انه يعتبر ايجابا صريحا لأن التاجر يتخذ بذلك موقفا لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على انه يقصد بيع هذه البضائع بالثمن المكتوب عليها (المادة ٩٠ فقرة اولى) . ولكن مثار الشك فى صلاحية هذا الايجاب لاقتران القبول به هو انه غير موجه الى شخص معين ، فيحتمل أن يقول التاجر لكل من يتقدم اليه بالقبول انه لم يوجه اليه هذا الايجاب ولم يقصد أن يبيع له هو تلك السلعة . غير ان هذا الشك لا محل له لأن الاصل فى عقد البيع وبخاصة بيع السلع الجارية التى تعرض فى واجهات المحلات أن شخص المشترى لا يكون محل اعتبار فى التعاقد ، فيكون هذا الايجاب - طالما انه لم يعدل عنه بسحب البضاعة من واجهة المحل مثلا أو برفع الثمن المكتوب عليها - صالحا لأن يقترن به قبول اى فرد من افراد الجمهور ، فينعقد البيع بين التاجر المذكور ومن يتقدم له بالقبول (١) . غير أن هذا العقد يرد على السلعة ذاتها المعروضة فى واجهة المحل دون غيرها من مثيلاتها الموجودة فى داخله ، وبخاصة اذا كانت الاخيرة غير مكتوبة عليها اثمانها او غير موضوعة فى متناول يد الجمهور . فلا يكون التاجر ملزما أن يبيع الى هذا المشترى عددا آخر من نوع هذه السلعة (٢) ، ويجوز له أن يسلمه اياها بذاتها وأن يرفض تسليمه سلعة أخرى من مثيلاتها اذا كان ذلك لا يلائمه . اما اذا عرض هو أن يسلم المشترى سلعة اخرى مماثلة للسلعة المعروضة نظرا لصعوبة سحب هذه السلعة الاخيرة من واجهة المحل، وجب على المشترى أن يقبل ذلك ، والا كان متعسفا فى استعمال حقه .

واذا كانت السلع معروضة فى داخل المتجر فى متناول يد الجمهور ومكتوبا عليها اثمانها جاز لكل شخص أن يطلب شراء ما يشاء منها الى ان ينفد المعروض كله ، الا اذا كان التاجر قد تحفظ فى ذلك وأعلن كتابة فى مكان بارز مثلا من متجره انه لا يبيع الا قدرا معينا لكل شخص .

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢١ ص ٤٧ . كتابنا فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ٨٦ ص ١١٩ .

(٢) اذ يعتبر عرضها بهذه الحالة مجرد دعوة الى التعاقد وليس ايجابا (فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٤٩) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٣٧ - الاعـــلان عن السلع فى الصحف أو فى نشرات خاصة - وكذلك الاعلان عن السلع مع بيان أثمانها فى الجـــرائد أو فى نشرات توزع على الجمهور ، فانه يعتبر فى الغالب ايجابا صحيحا صالحا لأن يقترن به القبول (١) . ولكن أيترتب على ذلك التزام التاجر باجابة جميع الطلبات التى تقدم اليه بشأن السلع التى أعلن عنها ؟

ان القول بذلك يقتضى أن يكون لدى التاجر قدر من هذه السلع لاينفد أو على الاقل يفى بجميع الطلبات ، وهو أمر نادر الوقوع .

ولذلك يجب فى تعيين مدى التزام التاجر فى هذه الحالة النظر فى العـلاقة التعاقدية بينه وبين العمـلاء الذين يتقدمون اليـه بطلبـاتهم وتفسيرها بحسب النية المشتركة للمتعاقدين مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين رفقا للعرف الجارى فى المعاملات (المادة ١٥٠) .

ومن الواضح أن من يوجه اعلانا الى الجمهور يقصد بذلك التعاقد مع من يتقدم اليه بالقبول أولا فأول فى حدود مقدار ما عنده من السلع التى أعلن عنها وعدم التقيد بهذا الاعلان بعد نفاد تلك السلع ، وان كل من أطلع على هذا الاعلان يعلم انه موجه اليه والى غيره من الجمهور وان كثيرين غيره قد يسبقونه فى القبول فيستنفدون القدر المعروض . فاذا وصل قبوله بعد نفاد السلع المعروضة ، كان وصوله بعد سقوط الايجاب،

---

(١) يفرق الاستاذ السنهورى بين النشرات التى توزع على الجمهور وتلك التى ترسل الى أشخاص بأسمائهم بعناوينهم الخاصة ، ويرى أن هذه تعتبر ايجابا صحيحا ، أما تلك فتعتبر مجرد دعوة الى الجمهور للتقدم بايجاب ، ولكن لايجوز لصاحب المتجر أن يرفض القبول بعد أن دعا الى شراء سلعته الا اذا استند فى ذلك الى أسباب مشروعة (السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢١ ص ٤٧ ، ٤٨) .

ونقضت محكمة النقض بأنه اذا اعتبرت محكمة الموضوع ان الاعلان المنشـــور من الشركة محتكرة نوع معين من السيارات ايجابا بالبيع ملزما لها وان طلب حجز السيارة المقدم من المطعون ضده الاول الى الشركة المذكورة يعتبر منه قبولا لايجاب الشركة المنتجة، وبذلك حجبت نفسها عن بحث ما تمسكت به الشركة الطاعنة من أن ما صدر منها لا يعدو أن يكون دعوة الى التعاقد وان طلب حجز السيارة المقدم الى الشركة الموزعة هو الذى يعتبر ايجابيا ، وكذلك عن بحث ما اذا كان هذا الايجاب قـــد صادفه قبـــول انعقـد به عقد بيع السيارة موضوع النزاع ، فانه يكون مشوبا بقصور فى التسبيب أدى به الى الخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ١٢ مارس ١٩٧٤ مجموعة أحـــكام النقض ٢٥ - ٤٩٢ - ٨٠٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لا ينعقد به بيع ولا يلتزم به التاجر . أما اذا وصل القبول قبل ذلك ، انعقد به العقد والتزم التاجر بتنفيذه فى حدود ما يكون باقيا لديه من السلع التى عرضها ، ولم يجز له أن يمتنع عن التنفيذ ولا أن يرفع السعر الذى أعلن عنه ما دام لم يعلن عن رفع هذا السعر قبل وصول الطلب اليه .

واذا كان التاجر قد أعلن عن سلعة لم يملك منها شيئا أو يملك منها قدرا يسيرا فقط قاصدا أن يشترى منها فى السوق ما يلبى به طلبات العملاء الذين يقبلون ايجابه ، فان الايجاب الصادر منه يكون صحيحا ويكون محدودا بالقدر اليسير الذى يملكه من هذه السلعة . فيلتزم باجابة طلبات من يتقدمون اليه بالقبول فى وقت مناسب بعد الاعلان ولا يكون له أن يتحلل من هذا الالتزام استنادا الى ارتفاع الاسعار أو ندرة الصنف الطارئة بعد الاعلان ، واذا امتنع لزمه التعويض . أما اذا مضت مدة طويلة على الاعلان ، فان الايجاب الذى حصل عن طريقه يسقط ولا يلتزم التاجر باجابة الطلبات التى تقدم اليه بعد ذلك . ويقدر القاضى فى كل حالة المدة التى يسقط بها الايجاب الا اذا كانت هذه المدة قد حددت فى الاعلان ذاته فان الايجاب يسقط بانقضائها .

واذا أعلن التاجر أنه يبيع سلعة معينة بثمن محدد يدفع أقساطا ، فلا يجوز له أن يمتنع عن البيع لمن يطلب ذلك بمقولة أنه لا يطمئن الى سداده الأقساط المؤجلة ، الا اذا كان قد احتفظ فى الاعلان بحقه فى ذلك أو كان طالب الشراء شخصا قد سبق أن شهر افلاسه أو اعساره وفقا لنصوص القانون .

المبحث الثانى

البيوع الموصوفة

٣٨ ـ حكم أوصاف الرضا بوجه عام ـ يجوز أن يقترن رضا العاقدين فى عقد البيع بشرط ، كما يجوز أن يضاف العقد الى أجل ، فتسرى عليه فى الحالين الاحكام الخاصة بذلك وهى تلخص فيما يلى :

١ ـ اذا كان العقد مضافا الى أجل ، فان كان الاجل واقفا امتنعت آثار العقد قبل حلول الأجل . ومتى حل الاجل ترتبت على العقد آثاره

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

منذ انعقاده والى حين حلول الاجل . ومتى حل الاجل انتهى اثر العقد بالنسبة الى المستقبل .

٢ - واذا كان العقد معلقا على شرط واقف ، توقفت آثاره على تحقق الشرط . فان تحقق نفذت آثار العقد مستندة الى وقت انعقاده، وان تخلف الشرط امتنعت آثار العقد (١) . اما اذا اقترن العقد بشرط فاسخ ، فان هذا الشرط لا يقف آثار العقد بل تحدث هذه الآثار ويتوقف زوالها أو بقاؤها على تحقق الشرط أو تخلفه (٢) . وفى كلتا الحالين يكون للشرط اثر رجعى (اى استنادا الى الماضى) .

ويجب ان نفرق بين اضافة العقد كله الى اجل وبين تعليق احد الحقوق او الالتزامات الناشئة عنه على أجل . فلا يعتبر العقد موصوفا الا فى الحالة الاولى ، وهى التى توقف فيها آثاره الى حين حلول الاجل ، ومثل ذلك عقد اجارة تبدأ من العام القادم . اما فى الحالة الثانية فيعتبر العقد باتا وينتج جميع آثاره من وقت انعقاده . وغاية الامر ان بعض الحقوق او الالتزامات تكون فى هذا الفرض الاخير غير حالة ، اى موقوفة على أجل ، ولا تصير مستحقة الاداء الا من وقت حلول ذلك الاجل ، كعقد البيع بثمن مؤجل كله أو بعضه . فان البيع يكون فى هذه الحالة باتا ، وتنتقل الملكية به فورا ، ويجوز للمشترى ان يطلب تسلم المبيع من وقت العقد وللبائع ان يطلب دفع مالم يؤجل من الثمن . اما الجزء المؤجل فلا تجوز المطالبة به الا عند حلول الاجل .

---

(١) نقض مدنى ١١ يناير ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض ١٣ - ٤٩ - ٦ وقد جاء فيه انه متى كان البيع معلقا على شرط واقف هو ان يرسو مزاد الاطيان الواردة به على البائع فى جلسة المزايدة امام المحكمة الشرعية وكان هذا الشرط قد تخلف برسو المزاد فى تلك الجلسة على الطاعن (المشترى) دون البائع ، فانه يترتب على ذلك عدم انعقاد البيع واعتباره كأن لم يكن ، ولا يعيده الى الوجود اجازة صاحب المصلحة فى التمسك بانعدامه ما دام انه لم ينعقد اصلا منذ البداية نتيجة لاعمال الاثر الرجعى لتخلف الشرط الواقف، ومن ثم فاستلام الطاعن للاطيان محل النزاع واقراره بشرائها وسداده أغلب ثمنها وتصرفه بالبيع فى جزء منها ، ذلك ليس من شانه ان يعيد الى العقد وجوده .

(٢) وقد حكم بان الاتفاق فى عقد البيع على انه لا يعتبر نهائيا الا بعد وفاء القسطين المنصوص عليهما فيه وانه لا يجوز للمشترى التصرف فى المبيع الا بعد ذلك لا يمكن ان يكون الغرض منه أوان يترتب عليه سوى حفظ حق البائع فى فسخ البيع حتى بالنسبة الى التصرف اليهم من المشترى ولا يعتبر شرطا واقفا لوعد بالبيع [(استئناف مختلط ٧ مارس ١٩٣٣ (٤٥ ص ١٩٤)] .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

كما يجب أن نفرق بين الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ الضمنى الذى يفرض وجوده فى كل عقد ملزم الجانبين ، اذ أن الأول ينتج اثره فى فسخ العقد بقوة القانون بمجرد تحققه وتمسك الدائن به دون حاجة الى استصداره حكما بالفسخ ولا يملك القاضى فى شأنه - متى ثبت له تحققه - سوى الحكم بالفسخ واعتبار العقد كأن لم يكن ، فى حين أن الثانى لا ينتج اثره فى الفسخ الا بحكم من القاضى يصدر بناء على طلب الدائن فى الالتزام الذى حصل الاخلال به ، ويملك القاضى فيه سلطة تقدير مطلقة ، فيجوز له أن يحكم بالفسخ اذا رأى اخلال المدين جسيما ولا امل فى تداركه ، ويجوز له أن يرفض الفسخ اذا وجد الاخلال على عكس ذلك (١) .

على أن اضافة البيع الى أجل واقف أو تعليقه على شرط واقف لا يمنع العاقد المطلقة حقوقه على حلول الاجل أو على تحقق الشرط من اتخاذ الاجراءات اللازمة للمحافظة على حقه قبل حلول الاجل أو تحقق الشرط ، فيجوز للمشترى بعقد معلق على شرط واقف أن يطلب تعيين حارس على البيع اذا عيف عليه ، ويجوز له أن يسجل عقده اذا كان المبيع عقارا حتى اذا ما تحقق الشرط استند انتقال الملكية الى وقت التسجيل السابق على تحققه (٢) .

ولا تقتصر أوصاف الرضا على الشرط والاجل ، بل يجوز أيضا أن يقترن الرضا فى عقد البيع بتعدد المحل وثبوت خيار التعيين لاحد العاقدين أو أن يقترن بحق المشترى الظاهر فى تعيين شخص من يعتبر مشتريا بصفة نهائية ، فنعرض فيما يلى أهم الصور العملية لاوصاف الرضا فى عقد البيع .

---

(١) انظر فى هذا المعنى نقض مدنى ٢ ابريل ١٩٣٦ المجموعة ٢٧ رقم ١٨٥ المحاماة ١٧ - ٦٨ - ٣٨ مجموعة القواعد القانونية ١ - ١٠٨٦ - ٣٤٣ ، ٨ ديسمبر ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ١ - ١٥٢ - ٨١ ، ٤ ديسمبر ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ٥ - ٤٩٨ - ٢٣٧ المحاماة ٢٨ - ١٠٨١ - ٤١٢ ، ٢ مايو ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ٥ - ١٥٥ - ٦٨ المجموعة ٤٨ - ٣٩٩ - ٢١٠ وقد جاء فى هذا الحكم الاخير أن الشرط الفاسخ الضمنى والشرط الفاسخ الصريح أمران متغايران لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلافهما طبيعة وحكما .

(٢) وحكم بانه فى حالة البيع المعلق على شرط يبدأ سريان ميعاد الاخذ بالشفعة من تاريخ علم الشفيع بالبيع لا من تاريخ تحقق هذا الشرط بالذات (استئناف مختلط ٩ يونية ١٩٣٦ المحاماة ١٨ - ٢٠٥ - ١٠٠) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٣٩ - (١) البيع بشرط التجربة - البيع بشرط التجربة vente à l'essai هو البيع الذى يحتفظ فيه المشترى بحق تجربة المبيع . وقد كان التقنين الملغى يقتصر فى شأنه على النص، بأنه يعتبر موقوفا على تمام الشرط (المادة ٢٤٢ / ٣٠٨) . أما التقنين الحالى فقد فصل أحكام هذا النوع من البيع فى المادة ٤٢١ منه حيث نص على انه :

« ١ - فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشترى ان يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة . فاذا رفض المشترى المبيع وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها . فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففى مدة معقولة يعينها البائع . فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا .

٢ - ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع الا اذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ » .

فاذا اتفق البائع والمشترى على أن يحتفظ المشترى بحق تجربة المبيع واقرار الشراء بعد نجاح التجربة ، كان الاصل فى العقد انه معلق على شرط واقف هو قبول المشترى المبيع بعد تجربته (١) . ويجوز أن يستفاد تعليق العاقدين البيع على شرط التجربة من العرف الثابت كما فى بيع الملابس الجاهزة اذ جرى العرف فى شأنها على أن البيع يكون معلقا على تجربة المشترى اياها من حيث المقاس (٢) .

وقد واجبت المادة ٤٢١ فقرة اولى على البائع فى هذه الحالة ان يمكن المشترى من تجربة المبيع (٣) . فاذا امتنع البائع عن تمكين المشترى من

---

(١) ويترتب على ذلك تحمل البائع تبعة هلاك المبيع اثناء التجربة (فى هذا المعنى توفيق فرج نبذة ٩٦ ص ١٩٣) .

(٢) فى هذا المعنى اسماعيل غانم ، مذكرات فى عقد البيع سنة ١٩٥٨ ص ٩٥ ، توفيق فرج ، عقد البيع والمقايضة فى القانون اللبنانى ، بيروت ١٩٦٨ نبذة ٩٥ ص ١٩٢ ، وانظر ما سيجىء فى نهاية هذه النبذة من جواز الاتفاق على ان يكون عدم نجاح التجربة شرطا فاسخا للبيع .

(٣) ويلاحظ أن التزام البائع بتمكين المشترى من تجربة المبيع لا يمكن أن يكون

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

التجربة ، كان لهذا الاخير ان يطلب التنفيذ العينى لهذا الالتزام جبرا عن البائع اذا كان ذلك لا يزال ممكنا ، وله فى سبيل ذلك طلب فرض الاكراه المالى على البائع حتى ينفذ التزامه (١) . واعطت المادة المذكورة المشترى بعد التجربة الخيار بين القبول والرفض . فان قبـــل ، تحقق الشرط الواقف وانتج العقد آثاره من وقت انعقـاده (٢) . وان رفض ، تخلف الشرط وامتنع على البيع ان ينتج اى اثر واصبح كان لم يكن .

على انه لا يجوز ان يترك هذا الخيار للمشترى الى أمد غير محدود لان ذلك من شانه ان يضر بالبائع . والغالب ان يعين الطرفان مدة الخيار فى العقد او ان يحدد العرف هـذه المدة ،والا جاز للبـائع أن يعين مدة معقولة يطلب الى المشترى ان يبدى فى خلالها رأيه بالقبول او الرفض . ويجوز للمشترى حينئذ أن يتظلم من قصر هـذه المدة . ويجب عليه اذا اختار الرفض أن يعلن رأيه فى خلال المدة المعينة ، والا اعتبر سكوته قبولا مالم يكن راجعا الى عدم تمكنه من التجربة (٣) . واذا امتنع عن اجراء التجربة ، جاز للبائع أن يستصدر حكما باعتبار الشرط الواقف متحققا حكما لتسبب المشترى فى تخلفه (٤) .

ناشئا من عقد البيع الموقوف على شرط التجربة ، لان العقد المعلق على شرط واقف لا ينتج اى اثر الى ان يتحقق ذلك الشرط . فلا بد من القـــول بان هـــذا الالتزام انما ينشأ من عقد آخر غير مسمى يقترن به عقد البيع المعلق على شرط التجربة ، هو وعد من البائع بتمكين المشترى من التجربة (كما سيجىء ايضا فى شأن بيع المذاق) ، اى انه عقد متميز عن عقد البيع فى هذه الصورة من حيث انه منجز فى حين أن عقد البيع معلق على شرط واقف .

ولا يعترض على ذلك بأن المشرع نفسه كيف البيع بشرط التجربة بأنه بيع معلق على شرط واقف ولم يذكر شيئا عن اقترانه بعقد الوعد المذكور لان المشرع لم يكن يعنيـــه تكييف الاتفاق ذاته ، وانما كان يعنيه فقط انشاء قرينة على أن المقصود بهذا النوع من البيع الا ينتج اثره الا بعد التجربة ونجاحها مالم يتفق الطرفان لمعى عكس ذلك . وحسبه انه نص على التزام البائع بتمكين المشترى من التجربة حتى يســـتفاد من ذلك وجود وعد منجز الى جانب البيع بشرط التجربة يكون هو مصدر هذا الالتزام .

(١) اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ٩٦ ، خميس خضر فى عقد البيع سنة ١٩٧٢ بذة ٣٢ ص ٦١ ،

(٢) ويترتب على ذلك أن تنتقل الى المشترى ملكية المبيع المنقول المعين بالذات بأثر رجعى من وقت ابرام العقد ، ويكون له التمسك بذلك قبل دائنى البائع ، فيسترد المبيع دون ان تتعلق به حقوق مجموعة الدائنين فى حالة افلاس البائع (توفيق فرج ص ١٩٤) .

(٣) اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ٩٦ .

(٤) توفيق فرج نبذة ٩٨ ص ١٩٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

واذا مات المشترى قبل اجراء التجربة انتقل حقه فى اجرائها الى ورثته من بعده .

ويرجع الى قصد العاقدين فيما يتعلق بالحكم على نتيجة التجربة . فقد يريدان تعليق البيع على مشيئة المشترى بعد التجربة ، وقد يريدان تعليقه على مجرد نجاح التجربة ودلالتها على صلاحية المبيع للغرض الذى يقصد من مثله عادة . وفى هذه الحالة الاخيرة لا يجوز للمشترى رفض المبيع الا اذا بين وجه عدم صلاحيته ، ويجوز للمحكمة أن تستعين بالخبراء لتقرير ذلك . وقد اعتبر التقنين المدنى الحالى أن تعليق العاقدين البيع على مشيئة المشترى بعد التجربة هو الأصل (١) ، مالم يتبين أنهما قصدا غير ذلك . قالت المذكرة الايضاحية فى هذا الشأن أن « للمشترى حرية القبول أو الرفض ، فهو وحده الذى يتحكم فى نتيجة التجربة . وقد جارى المشروع فى ذلك التقنين الالمانى (م ٤٩٥) والتقنين النمسوى (١٠٨٠ معدلة) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٢٣) والتقنين البولونى (م ٣٣٩) ، فان المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التى يتطلب أن تناسب المشترى مناسبة شخصية ، فهو وحده الذى يستطيع أن يقرر ذلك » . اما اذا تبين أن العاقدين قصدا فقط تعليق البيع على مجرد ثبوت صلاحية المبيع للغرض الذى يستخدم فيه عادة لم يجز للمشترى أن يتحكم فى نتيجة التجربة . ويكون القول الفصل فى ذلك لاهل الخبرة ، فيجوز للبائع اذا رفض المشترى المبيع ان يلجا الى المحكمة لتعيين خبير لابداء الراى الفنى فى صلاحية المبيع للاغراض المقصودة منه أو عدمها (٢) .

ولقاضى الموضوع أن يستخلص نية العاقدين المشتركة من وقائع الدعوى دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك

---

(١) وكان ذلك يقتضى اعتبار البيع بشرط التجربة لا ينعقد الا من وقت قبول المشترى المبيع بعد تجربته ما دام مسلما له بحرية القبول أو الرفض حسب مشيئته ، كما فى بيع المذاق ، فلا يكون ثمة الا وعد بالبيع ينقلب الى بيع بعد التجربة والقبول وبالتالى لا يكون له أثر رجعى . ولكن المشرع فرق فى ذلك بين بيع التجربة وبيع المذاق ، وهى تفرقة منتقدة (انظر فى ذلك اسماعيل غانم ص ٩٦ ، جاك الحكيم نبذة ٦٣ ص ٦٠ و ٦١) .

(٢) انظر خميس خضر فى عقد البيع سنة ١٩٧٢ ص ٦٢ ، جاك الحكيم فى عقد البيع ، دمشق ١٩٧٣ ص ٥٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات (المادة ١٥٠) .

ويلاحظ أن تكييف بيع التجربة بأنه معلق على شرط واقف لايكفى لتفسير قيام التزام البائع بتمكين المشترى من تجربة المبيع، وانه لابد فى تفسير ذلك من القول بأن عقد البيع يقترن باتفاق ضمنى بات يلتزم البائع بموجبه بتمكين المشترى من التجربة (١) .

ومع أن الأصل فى شرط التجربة ان يعتبر شرطا واقفا ، فانه يجوز أن يتفق العاقدان صراحة او ضمنا على أن تجربة المبيع وثبوت عدم صلاحيته أو عدم ملاءمته للمشترى يعتبران شرطا فاسخا، فينعقد البيع وينفذ منذ انعقاده على أن يفسخ اذا تبين من التجربة أن المبيع غير صالح، ويكون للفسخ أثر رجعى .

٤٠ - **(٢) البيع بشرط المذاق** - من المبيعات ما تختلف فيه اذواق الناس كالمأكولات والمشروبات ، فيجوز فيها للمشترى ان يذوق المبيع وأن يعلق شراءه على ملاءمته لذوقه . وقد جعل المشرع الفرنسى هذا الشرط مفروضا ضمنا فى بيع الانبذة والزيوت وغيرها من الاشياء التى جرت العادة بذوقها قبل شرائها (المادة ١٥٨٧ فرنسى) .

ولم يعرض التقنين المصرى الملغى للبيع بشرط المذاق ، لا من حيث اعتبار البيع حاصلا بهذا الشرط فى بعض الاحوال ولا من حيث تكييف العلاقة القانونية بين الطرفين فى البيع المقترن به . فاختلف الشراح فى شأنه وتعددت آراؤهم . فذهب البعض الى أن البيع يعتبر حاصلا بشرط المذاق فى الأشياء التى اعتاد الناس ذوقها قبل شرائها واستندوا فى ذلك الى المادة ٢٤٥/٣١١ التى تقضى بانه اذا لم يذكر فى عقد البيع شرط له ، فيعتبر البيع باتا الا اذا كان عرف البلد أو عرف التجارة يقضى بشروط ضمنية ولو لم يذكر ذلك فى العقد (جرانمولان) .

وذهب فريق آخر الى أن المشرع المصرى استغنى عن النص على البيع بشرط المذاق بالنصوص المتعلقة بخيار الرؤية ، باعتبار ان هذا الخيار يقتضى العلم بالمبيع علما كافيا ، وان هذا العلم لا يمكن تحصيله فى

---

(١) انظر ما تقدم فى هامش ص ٦٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المشروبات والمأكولات الامن طريق ذوقها ، فيعتبر بيع هذه الاشياء فى جميع الاحوال مقترنا بشرط المذاق (حلمى عيسى) .

وذهب راى ثالث الى أن المشرع المصرى اذ نص على البيع بشرط التجربة ولم ينص على البيع بشرط المذاق ، قد قصد استبعاد حكم القانون الفرنسى فى هذا البيع الاخير . فاذا ثبت حصول البيع بشرط المذاق باتفاق صريح أو ضمنى ، وجب أن يطبق عليه حكم القانون المصرى المتعلق بالبيع بشرط التجربة (اى اعتبار البيع موقوفا على شرط) ، لا حكم القانون الفرنسي الذى لا يعتبر للبيع وجودا الا بعد المذاق والقبول (الهلالى) .

وقد حسم التقنين المدنى هذا الخلاف اذ بين فى المادة ٤٢٢ منه حكم بيع الشىء بشرط المذاق ، فدل بذلك على أن حكمه لا ينطبق الا اذا وجد شرط صريح أو ضمنى يخول للمشترى توقيف البيع على نتيجة المذاق . غير أن هذا الشرط يمكن استنباطه من طبيعة المبيع وما جرى عليه التعامل فى مثله .

وقد انقسمت الشرائع فى تكييف بيع المذاق وترتيب حكمه ، فاعتبره بعضها بيعا معلقا على شرط واقف كما فى البيع بشرط التجربة ، على أن يكون الشرط هو قبول المشترى المبيع بعد ان يذوقه . فاذا تحقق هذا الشرط كان له أثر رجعى من وقت العقد . (ومن هذا الفريق التقنين الاسبانى م ١٤٥٣ ، والتقنين البرتغالى م ١٥٥١ ، والتقنين الهولندى م ١٤٩٩ ، والتقنين الارجنتينى م ١٣٧٠) ، وذهب البعض الآخر الى ان بيع المذاق لايعتبر بيعا معلقا على شرط واقف او فاسخ ، بل هو لا يتم الا من وقت اعلان المشترى قبوله المبيع فلا يكون له اثر رجعى . اما قبل اعلان هذا القبول فلا يكون ثمة بيع بل مجرد وعد بالبيع من جانب البائع وحده فيستطيع المشترى أن يلزم البائع ولا يستطيع البائع أن يلزم المشترى (ومن هذا الفريق التقنين الفرنسى م ١٥٨٧ ، والتقنين اللبنانى م ٣٩٢).

وقد اخذ المشرع المصرى فى التقنين الحالى بهذا الراى الاخير ، فنص فى المادة ٤٢٢ منه على انه « اذا بيع الشىء بشرط المذاق كان للمشترى ان يقبل البيع ان شاء ،ولكن عليه أن يعلن هذا القبول فى المدة التى يعينها الاتفاق أو العرف ، ولا ينعقد البيع الا من الوقت الذى يتم فيه هذا الاعلان » .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويظهر من ذلك أن المشترى فى بيع المذاق لا يكون مرتبطا بعقد البيع قبل أن يذوق المبيع ويقبل شراءه . بل ان له كامل الحرية فى تقـــدير ملاءمة المبيع لذوقه أو عدمها اذ المذاق مسألة شخصية بحتة لايصح أن يفصل فيها بمعيار مادى فيكون للمشترى مطلق الخيار فى أن يقبل البيع أو أن يرفضه بعد أن يذوق المبيع ، ولا يجوز للبائع أن يثبت جودة المبيع الذى لم يقره المشترى ، ولا أن يثبت انه من الصنف المألوف عند الكافة أو أن يطلب تعيين خبير لتقدير سلامة الصنف وصلاحيتـه ، وذلك لان المشترى لا يعتبر مشتريا الا من الوقت الذى يقبل فيه الشراء بعد ذوق المبيـع . أما قبل ذلك ، فهو لا يكون ملزما لان التزامه علق على محض مشيئته (١) .

أما البائع فانه يكون مرتبطا بوعد بالبيع ، ويجب عليـه أن يمكن المشترى من ذوق المبيع ، فاذا امتنع عن ذلك او تصرف فى المبيع قبل ان يمكن المشترى من ذوقه ، كان مخلا بالتزامه ووجب عليه التعويض (٢).

ويجب على البائع أن يمكن المشترى من ذوق المبيع فى المكان المتفق عليه ، أو ـ عند عدم الاتفاق ـ فى المكان الذى يجب فيه تسليم المبيع وهو فى الغالب المكان الذى كان يوجد فيه المبيع وقت العقد .

ولان حق توقيف العقد على نتيجة المذاق يعتبر حقا استثنائيا لايثبت الا اذا اشترط فى العقد صراحة أو كانت طبيعة المبيع والعرف الجارى لا تدع مجالا للشك فى الاخذ به ، فان المشترى لا يكون له مطلق الحـرية فى القبول أو الرفض الا اذا كانت ارادة العاقدين قد اتجهت الى ذلك صراحة أو ضمنا . وبالعكس من ذلك قد يستفاد من طبيعة المعاملة قصد العاقدين تقييد حرية المشترى فى قبول المبيع بعد مذاقه أو رفضه ، كما اذا كان المشترى تاجرا فى الزيوت أو الانبذة ، فلا تكون العبرة بملاءمـة المبيع لذوقه الشخصى ولا يكون له مطلق التقدير ، بل يجوز الالتجاء فى ذلك الى تقدير أهل الخبرة ليقرروا جودة الصنف أو مطابقته للمألوف عند الناس (٣) .

---

(١) فى هذا المعنى جاك الحكيم ص ٥٧ .

(٢) فى هذا المعنى توفيق فرج نبذة ٩٩ص ٢٠٠ ، خميس خضر ، سنة ١٩٧٢ ص ٧١.

(٣) انظر توفيق فرج نبذة ١٠١ ص ٢٠٢والمراجع التى اشار اليها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وفى الحالة الاولى ـ أى التى يكون فيها للمشترى مطلق التقدير وفقا للذوقه الشخصى ـ يترتب على رفض المشترى السلعة عدم انعقادالبيع، فلا يلتزم البائع بتقديم بديل للسلعة المرفوضة . أما فى الحالة الثانية ـ وهى التى تكون العبرة فيها بالمألوف عند الناس ـ فان العقد ينعقد ويلزم البائع بتقديم بديل يقره اهل الخبرة (١) .

ويجوز للمشترى أن ينزل فى اى وقت عن حقه فى ذوق المبيع . ولكن لا يترتب على ذلك أن يصير ملزما بقبول المبيع أيا كان طعمه ، بل يترتب عليه فقط ان لا يكون له الحق فى رفض المبيع لعدم ملاءمته للذوقه الشخصى ، ويجوز له رفض المبيع لعدم مطابقته للمألوف فى مثل هذا الصنف ، ويرجع فى ذلك الى تقدير الخبراء .

٤١ ـ مقارنة بيع المذاق بالبيع بشرط التجربة وفقا لنصوص القانون ـ بيع المذاق يبدأ بأن يكون وعدا ملزما جانبا واحدا هو جانب البائع ويكون المشترى حرا فى قبول البيع او عدمه . والاصل فى هذا الخيار رفض المشترى ، ولا يتم البيع الا باعلان القبول . ولا تنتقل ملكية المبيع الى المشترى الابعد المذاق والقبول ولو كان المبيع معينا بالذات .

اما البيع بشرط التجربة ، فيبدأ بيعا صحيحا ملزما الجانبين ولكنه يكون معلقا على شرط واقف هو بحسب ارادة العاقدين اما قبول المشترى بعد التجربة واما نجاح التجربة فى ذاتها . وفى الحالة الاولى دون الثانية يكون المشترى حرا فى قبول البيع او عدمه . والاصل فيه القبول ما لم يعلن رفضه ، فاذا لم يعلن الرفض فى الوقت المعين لذلك اعتبر الشرط انه تحقق وكان لتحققه اثر رجعى ، فينتج البيع آثاره من وقت انعقاده وليس من وقت القبول او عدم الرفض فحسب (٢) .

فاذا أوقع احد دائنى البائع الحجز على المبيع قبل موافقة المشترى التالية للمذاق او التجربة ، جاز للمشترى بعد القبول أن يطلب رفع الحجز عن المبيع اذا كان البيع بشرط التجربة لان الملكية تنتقل اليه مستندة الى وقت البيع ، ولم يجز له ذلك اذا كان البيع بشرط المذاق لان الملكية لا تنتقل اليه الا من وقت القبول التالى للمذاق .

---

(١) توفيق فرج نبذة ١٠١ ص ٢٠٣ والمراجع التى اشار اليها .

(٢) فى هذا المعنى توفيق فرج نبذة ١٠٠ ص ٢٠١ و ٢٠٢ ويلاحظ ما تقدم فى هامش ٣ ص ٦٣ من أن هذا البيع المعلق على شرط واقف يكون مصحوبا بوعد من البائع بتمكين المشترى من تجربة المبيع .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكذلك الحال اذا افلس البائع قبل المذاق او التجربة ، فيجوز للمشترى بشرط التجربة ان يطالب وكيل التفليسة (السنديك) بتسليمه المبيع باعتباره مملوكا له ولا يجوز ذلك للمشترى بشرط المذاق .

٤٢ — (٣) البيع مع الاحتفاظ بحق العدول — ويجوز أن يتفق البائع والمشترى على أن يكون لكل منهما او لاحدهما حق العدول عن العقد فى مدة معينة . فيكون العقد مقترنا بشرط فاسخ هو العدول خلال هذه المدة وتترتب عليه آثاره من وقت انعقاده . فاذا تم العدول عنه خلال المدة المعينة ، تحقق بذلك الشرط الفاسخ وترتب على تحققه زوال كل اثر للعقد من يوم انعقاده ، والا تخلف الشرط وترتب على ذلك بقاء العقد منتجا آثاره كما لو كان قد انعقد دون اقترانه بالشرط .

والغالب عملا أن يعين العاقدان أجلا لاستعمال رخصة العدول عن العقد . وقد قضت المحاكم بانه اذا لم يعين العاقدان أجلا لذلك جاز لمن تقررت له رخصة العدول عن العقد أن يستعملها فى اى وقت قبل أن يتم تنفيذ العقد .

ويرى الشراح فى فرنسا أن المدة التى يجوز فيها للعاقدين استعمال حق العدول عن العقد يجب الا تجاوز خمس سنوات حتى لا تبقى العقود، وبخاصة ما كان منها ناقلا للملكية ، مهددة بالزوال مدة طويلة لما يترتب على ذلك من عدم استقرار الحقوق واضعاف الائتمان . وقد حددوا المدة القصوى بخمس سنوات قياسا على المدة التى حددها القانون الفرنسى ليستعمل فيها المشترى وفاء حقه فى استرداد المبيع .

ويجوز بدلا من اعتبار العدول شرطا فاسخا أن يتفق العاقدان على أن يعتبرا عدم العدول شرطا واقفا ، فينعقد البيع على أن يكون لاحد العاقدين أو لكل منهما رخصة العدول وعلى أن لا يصير البيع نافذا الا اذا انقضت مدة معينة دون أن يعدل عنه من له الحق فى ذلك . فاذا استعملت رخصة العدول فى المدة المعينة تخلف بذلك الشرط الواقف وترتب على تخلفه انعدام كل اثر للعقد . واذا لم تستعمل ، تحقق بذلك الشرط وتأيد البيع نهائيا باثر رجعى .

ويكون استعمال الحق فى العدول بالتعبير عنه صراحة ، ويجوز أن يكون ضمنيا كما لو قام البائع ببيع المبيع الى شخص آخر ، أو قدم المشترى الى البائع شخصا آخر على أنه يرغب فى شراء المبيع ذاته .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويعتبر نزولا عن استعمال هذه الرخصة قيام الطرف المقرر له حق العدول بعمل من أعمال تنفيذ العقد كتسلم المشترى المبيع أو دفعه بعض اقساط الثمن ، ويترتب عليه تأبيد البيع نهائيا وعدم جواز العدول عنه بعد ذلك ولو لم تكن مدة الخيار قد انقضت (١) .

على انه يجب فى جميع الحالات ان يكون الاتفاق على جواز العدول عن العقد واضحا (٢) ، وان يبين فى جلاء حقيقة المقصود بهذا الشرط ان كان واقفا أو فاسخا .

ويعتبر العدول عن العقد قبل انقضاء المدة المعينة لذلك حقا لمن تقرر لمصلحته ، فيجوز له استعماله ولو لم يقع تقصير من الطرف الآخر ، ولا يترتب على استعماله اى التزام بتعويض الا اذا ثبت أنه كان استعمالا غير مشروع وفقا للمادة ٥ مدنى .

٤٣ — (٤) البيع بالعربون — العربون هو مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين الى الآخر وقت العقد .

ولدفع العربون احدى دلالتين : اما أن يقصد به تأكيد وصول الطرفين الى الاتفاق على العقد وابرامه ، واما أن يقصد به أن العاقدين قد اشترطا لكل منهما حق العدول عن العقد فى مقابل ترك العربون ممن دفعه أو رده مضاعفا ممن قبضه .

وقد نصت المادة ١٥٩٠ مدنى فرنسى على حكم العربون فى الوعد بالبيع ، فقررت انه « اذا اقترن الوعد بالبيع بدفع عربون كان لكل من العاقدين حق العدول عن العقد . فاذا عدل من دفع العربون خسره ، واذا عدل من قبضه وجب عليه رد ضعفه » . ويبين من ذلك أن القانون الفرنسى رجح احدى دلالتى العربون على الاخرى . وقد راى الفقه والقضاء أن هذا الحكم ولو انه ورد فى شأن الوعد بالبيع ينطبق على عقد البيع ذاته ، بل أجاز بعضهم تعميمه وتطبيقه فى سائر العقود التى يصحب عقدها دفع عربون .

---

(١) فى هذا المعنى استئناف مصر ٢١ فبراير ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٣٩ .

(٢) استئناف مختلط ١١ ديسمبر ١٩٣٥ المحاماة ١٧ — ١٤٧٣ — ٢٢٨ وقد جاء فيه ان عدم النص فى العقد على حق العدول لا يمنع المتعاقدين من أن يعدلا برضائهما ضمنا عن حقوقهما المتبادلة فى تنفيذ عقد بيع بضاعة .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على انه لا نزاع فى ان حكم المادة ١٥٩٠ حكم مقرر أو مفسر لارادة المتعاقدين ، فاذا ثبت اتجاه ارادتهما الى غيره وجب اتباع ما اتجهت اليه.

وفى التقنين المدنى المصرى الملغى لم يرد ما يقابل نص المادة ١٥٩٠ مدنى فرنسى ، فراى بعض المحاكم ان ذلك لا يمنع من تطبيق حكم هذا النص فى القانون المصرى لانه نص مفسر لارادة العاقدين (١) . ولكن الكثرة اجتهدت فى استنباط قصد العاقدين من دفع العربون فى كل حالة ، فثبت لها فى كثير من الحالات اتجاه نية العاقدين الى اعتبار دفع العربون تأكيدا لحصول الاتفاق وضمانا لتنفيذه ، فقضت فى هذه الحالات بأنه اذا نفذ المتعاقد من دفع العربون حسب له العربون من أصل التزامه ، أما اذا امتنع عن التنفيذ واضطر الطرف الآخر الى طلب الفسخ اعتبر دفع العربون بمثابة شرط جزائى يحدد التعويض الذى يستحق عن هذا الفسخ (٢) . كما ثبت لها فى حالات أخرى دلالة دفع العربون على اتجاه نية العاقدين الى الاحتفاظ لكل منهما بحق العدول عن العقد ، وقضت فى هذه الحالات بأن المشترى اذا عدل عن العقد أو امتنع عن تنفيذه خسر العربون وان البائع اذا عدل أو امتنع وجب عليه رد العربون وضعفه (٣) ، وذلك بقطع النظر عن حصول ضرر للطرف الذى لم يأت العدول من جانبه أو عدم حصوله ، وفرقت أحيانا بين دفع العربون وقت عقد البيع الابتدائى ودفعه وقت تحرير العقد النهائى ، فاعتبرته فى الحالة الاولى دالا على ثبوت حق العدول لكل من الطرفين وفى الحالة الثانية دالا على نهائية العقد وعدم قابليته للعدول عنه (٤) .

وقضت محكمة النقض بان نية المتعاقدين هى وحدها التى يجب التعويل عليها فى اعطاء العربون حكمه القانونى (٥) وبأن استخلاص نية العاقدين فيما قصداه بدفع العربون يعتبر مسألة موضوعية ، فاذا كان

---

(١) استئناف مصر ٨ فبراير ١٩٤٨ المحاماة ٣٠ - ١٠١٦ - ٤٥٧ وقد جاء فيه ان العرف جرى فى مصر بما يتفق مع نص المادة الفرنسية المذكورة وسجله القضاء فى أحكام كثيرة له . انظر ايضا الاسكندرية الوطنية ٢٥ يونية ١٩٣٨ المحاماة ١٩ - ٣٩٨ - ١٧٦ .

(٢) نقض مدنى ٢٠ ابريل ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ - ٨٦٤ - ٢٩٤ ، الاسكندرية الوطنية ١٦ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ - ١٤٠٧ - ٦١٦ . استئناف مختلط ١٢ مايو ١٩٣١ المحاماة ١٢ - ٩٠٩ - ٤٥٩ ، الاسكندرية المختلطة ١٥ ابريل ١٩٤٤ (٥٦ ص ١٠٣) .

(٣) انظر فى هذا المعنى استئناف مصر ٣ مايو ١٩٢٠ المجموعة ٢٢ رقم ١١٢ ، ٢١ فبراير ١٩٢٤ المحاماة ٣ - ٥٣٩ - ٤١٤ ، ٢١ نوفمبر ١٩٢٥ المجموعة ٢٧ رقم ٩٠ .

(٤) استئناف مصر ٢١ فبراير ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٣٩ المحاماة ٤ - ٥٣٩ - ٤١٤.

(٥) نقض مدنى ٣٠ ابريل ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ - ٧٤٣ - ١٢٠ وايضا نقض مدنى ٢٣ فبراير ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض ٢٦ - ٤٥٧ - ٩٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ما استظهرته محكمة الموضوع من نية العاقدين فى هذا الشأن تفسيرا للعقد تحتمله عباراته فذلك يدخل فى سلطتها التقديرية التى لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض (١) .

ولمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتتبين ما اذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذى انعقد به البيع باتا أم أنه عربون فى بيع مصحوب بخيار العدول اذ أن ذلك مما يدخل فى سلطتها الموضوعية متى كان مقاما على أسباب سائغة (٢) .

وقد رأى واضعو التقنين المدنى الحالى أن ينصوا على قاعدة مقررة لارادة العاقدين فيما يتعلق بحكم دفع عربون عند اى تعاقد بوجه عام، ولكنهم ترددوا (٣) فى ماهية هذا الحكم بين الرأيين الاصليين اللذين ذهبت اليهما المحاكم ثم انتهوا بتغليب الرأى الثانى على الاول ، فنصوا فى المادة ١٠٣ مدنى على أن « دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك - فاذا عدل من دفع العربون ، فقده . واذا عدل من قبضه ، رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر » .

وبناء على ذلك يعتبر الاصل فى التقنين الحالى أن مجرد دفع عربون عند عقد البيع يفيد احتفاظ المتعاقدين بحق العدول لكل منهما فى مقابل خسارة ما يعادل العربون . وتعتبر هذه الخسارة بمثابة ثمن لاستعمال الحق فى العدول يصبح مستحقا فى ذمة من عدل لمجرد عدوله دون حاجة الى اعذار (٤) وبقطع النظر عن حصول ضرر للطرف الآخر أو عدم حصوله (٥) .

---

(١) نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٤٦ مجموعة القواعدالقانونية ٥ - ١٢٢ - ٥٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٢ مارس ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧ - ٣٦٩ - ٥٥ .

(٣) راجع مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٨٠ وما بعدها .

(٤) الاسكندرية الابتدائية التجارية الوطنية ١٦ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ - ١٤٠٧ - ٦١٦ .

(٥) السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٨٨ و ٨٩ ، ولان هذا الحكم قد استحدثه التقنين الحالى ، ولانه متعلق بأثر التصرف ، فانه لا يسرى الا على العقود التى أبرمت او تبرم منذ ١٥ اكتوبر ١٩٤٩ ، تاريخ بدء العمل بالتقنين الحالى .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

واذا حدد المتعاقدان ميعادا لنقض البيع فى مقابل ترك العربون ، فان الحق فى نقضه يسقط بعدم استعماله قبل انقضاء هذا الميعاد . وكذلك يسقط هذا الحق اذا كان البيع المذكور معتبرا معلقا على شرط واقف بقيام صاحبه بأى عمل مما يعتبر تنفيذا لعقد البيع كأن يدفع المشترى جزءا آخر من الثمن أو يتسلم قدرا من المبيع ، فان ذلك يعتبر تنفيذا للعقد من الجانبين وبالتالى نزولا منهما عن حق العدول .

أما اذا أتى أحد الطرفين عملا يعد نزولا منه وحده عن حق العدول كمطالبة المشترى البائع بالتسليم او اقامته عليه دعوى صحة ونفاذ العقد فان ذلك يسقط حق هذا الطرف فى العدول ولكنه لا يمنع الطرف الآخر من استعمال حقه هو فى العدول ما دامت لم تحدد مدة لاستعمال هذا الحق ، أو لم تنته المدة المحددة لذلك ، ولم يصدر من ذلك الطرف الآخر ما يعتبر نزولا منه عن هذا الحق (١)

على أن هذا الاصل الذى نصت عليه المادة ١٠٣ يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، فيجوز الاتفاق مثلا على أن البيع بات لا رجوع فيه ، وفى هذه الحالة يحسب العربون من أصل الثمن اذا نفذ العقد (٢) ، ويعتبر فى حكم الشرط الجزائى اذا فسخ العقد بخطأ أحد العاقدين وأصاب العاقد الآخر ضرر من ذلك ، ويلزم فى تطبيقه اعذار المخل ، ويمتنع تطبيقه اذا اثبت المدين عدم حصول ضرر للدائن(٣) ، كما يجوز الاتفاق على أن البائع اذا عدل وجب عليه أن يرد العربون الذى قبضه دون زيادة، وأن المشترى اذا عدل لا يكتفى منه بترك العربون بل يلزم بأن يدفع فوق ذلك ضعفه أو ضعفيه . واذا قام نزاع بشأن دلالة دفع العربون ، تعين على المحكمة أن تمحص وجهتى النظر وأن تفصل فيهما بمقتضى سلطتها التقديرية التى لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض الا فيما يتعلق بتسبيب قضائها تسبيبا سائغا ، ثم ترتب على ما تستخلصه فى هذا الشأن آثاره

---

(١) قرب فى هذا المعنى خميس خضر ص ٦٤ .

(٢) فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٦ فبراير ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ — ٣٤٤ — ٥٦ .

(٣) الاسكندرية الابتدائية التجارية الوطنية ١٦ مارس ١٩٤٠ المشار اليه فى الصفحة السابقة .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القانونية (١) .

ويذهب اغلب الشراح فى تكييف التعاقد بالعربون الى امكان اعتباره عقدا معلقا على شرط واقف هو أن لا يعدل أحد العاقدين عن العقد خلال مدة معينة (٢) ، أو اعتباره عقدا مقترنا بشرط فاسخ هو عدول أحد العاقدين عن العقد فى مدة معينة(٣) ، ويعتبرون مرجع ذلك قصد القاصدين حسبما يمكن استخلاصه من العقدذاته او من ظروف انعقاده ، ويرجحون عند الشك هذا التكييف الاخير على الاول (٤) .

واذا ثبت التكييف الاول لم ينتج العقد اى اثر الى ان يتبين مصير الشرط . فاذا انقضت المدة المعينة دون عدول من أحد العاقدين ، تحقق الشرط الواقف وانتج آثاره من وقت العقد وحسب العربون من أصل الثمن . واذا حدث العدول ، تخلف الشرط وامتنع على العقد ان ينتج

---

(٤) نقض مدنى ١٢ فبراير ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ — ٤٩٥ — ٧٢ وقد جاء فيه انه اذا كانت المحكمة قد قررت أن المشترى قد فقد المبلغ الذى دفعه نتيجة تقصيره فى اتمام العقد سواء اعتبر المبلغ المدفوع عربونا أو جزءا من الثمن ، دون أن تمحص دفاع المشترى ومؤداه أن عدوله عن اتمام الصفقة كان بسبب عيب خفى فى المنزل المبيع سلم له به البائع ، وبسببه اتفق واياه على التفاسخ وعرض المنزل على مشتر آخر ، وكان هذا الدفاع جوهريا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فانه كان لزاما على المحكمة أن تتعرض له وتفصل فيه ، وتبين ما اذا كان المبلغ المدفوع من المشترى هو فى حقيقته عربون أو جزء من الثمن لاختلاف الحكم فى الحالتين ،واذ هى لم تفعل يكون حكمها قد شابه قصور يبطله ويستوجب نقضه . وفى هذا المعنى ايضا نقض مدنى ٢٢ مارس ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ — ٣٦٩ — ٥٥ ، وايضا نقض مدنى ٥ أبريل ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ — ٥٠٨ — ٦٨ وقد جاء فيه انه متى كان قد نص فى عقد البيع صراحة على ان المشترى دفع عربونا وحدد مقداره والحالة التى تبيح للمشترى استرداده وتلك التى تبيح للبائع الاحتفاظ به ، كما حدد فى العقد موعد الوفاء بباقى الثمن وشرط استحقاقه ، فان تكييف محكمة الموضوع لهذا العقد بانه بيع بالعربون يحوى خيار العدول هو تكييف سليم ، ولا يعيب الحكم عدم تعرضه للعبارة التى ختم بها العقد من انه عقد بيع نافذ المفعول ، ما دامت هذه العبارة لا تعنى اكثر من نفاذ العقد بشروطه ومن بينها أن حق المشترى فى العدول عن العقد لا يسقط الا عند تمام الواقعة التى حددها الطرفان لانتهاء خيار العدول.

(٢) بودرى لاكانتينرى نبذة ٨٠ ، جوسران جـ ٢ نبذة ١٠٦٨ ، كولان وكابيتان جـ ٢ نبذة ٨٣٨ ، أنور سلطان نبذة ٩٠ ، البدراوى نبذة ١٠٦ ص ١٦٠ ، حمبس خضر ص ٦٣.

(٣) كولميه دى سانتير جـ ٧ نبذة ١١ مكررة تاسعا وعاشرا ، جيبوار جـ ١ نبذة ٢٣ ، جميل الشرقاوى نبذة ٣٩ ص ٧١ و ٧٢ .

(٤) بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ نبذة ٢٠٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

اى اثر سوي الزام الطرف الذى عدل بان يتحمل خسارة تعادل قيمة العربون فى مقابل استعماله حق العدول .

أما اذا ثبت التكييف الثانى ، أنتج العقد جميع آثاره من وقت انعقاده ، وانتقلت الملكية الى المشترى ووجب عليه دفع الثمن . فاذا لم يحدث عدول تخلف الشرط الفاسخ وتاكد العقد واستمر ينتج آثاره وحسب العربون من أصل الثمن . واذا حدث العدول ، تحقق الشرط المذكور وترتب على ذلك زوال العقد بأثر رجعى ووجب على من عدل ان يترك العربون ان كان هو الذى دفعه وان يرده مع مثله ان كان هو الذى قبضه .

غير انه يؤخذ على هذا التكييف فى صورتيه انه متى تخلف الشرط انواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، وجب ان يترتب على ذلك زوال العقد كله بجميع آثاره . فلا يبقى ثمت اى سند قانونى لالتزام من رجع فى العقد بأن يدفع من ماله الى العاقد الآخر ما يوازى قيمة العربون وفقا للمادة ١٠٣ مدنى .

وقد حدا ذلك بعض الشراح الى تكييف التعاقد بالعربون بانه عقد ينشىء التزاما بدليا فى ذمة كل من طرفيه ، اى أن كلا منهما يعتبر ملتزما اصلا بالالتزامات التى تنشأ عادة من البيع البات ، ولكن يجوز له أن يستبدل بهذه الالتزامات دفع ما يوازى قيمة العربون . فاذا نفذ كل منهما التزامه الاصلى ، حسب العرون من أصل الثمن وانتهى الامر . واذا استعمل البائع حقه فى أن يستبدل بالتزامه نقل الملكية وما يقابله من حق فى الثمن الالتزام بقيمة العربون ، وجب عليه أن يرد العربون المدفوع من المشترى وأن يدفع له فوق ذلك مثل قيمته من ماله الخاص. واذا استعمل المشترى حقه فى أن يستبدل بالتزامه دفع الثمن وما يقابل هذا الالتزام من حق فى ملكية المبيع الالتزام بقيمة العربون ، تحلل من التزامه بالثمن ووجب عليه ترك العربون (١) .

غير انه يعترض على هذا التكييف ايضا بان الالتزام البدلى يكون التزاما واحدا ذا محلين متعادلين احدهما أصلى والثانى يجوز للمدين

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ١ فقرة من ٢٦٤ ، جـ ٤ ص ٩١ ، اسماعيل غانم ص ٩٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أن يفى به بدلا من المحل الاصلى . وليس الامر كذلك فى البيع بالعربون لان الالتزامات التى ينشئها البيع البات فى ذمة البائع متعددة ولكل منها محله الخاص ويجوز للبائع فى البيع بالعربون أن يبرأ منها جميعا بمجرد عدوله عن البيع على أن يحل محلها التزام آخر مغاير لها هو التزامه بقيمة العربون ، فلا يستقيم اعتبار ذلك التزاما بدليا (١) .

لذلك نفضل الاحتفاظ بالتكييف الاول الذى ذهبت اليه كثرة الشراح على أن نضيف اليه أن البيع بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين أولهما الاتفاق على البيع مقترنا بشرط واقف أو فاسخ حسب قصد العاقدين، والثانى اتفاق على تعيين ثمن لاستعمال الحق فى العدول يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغا يوازى قيمة العربون (٢) . ويعتبر هذا الاتفاق الاخير باتا أيا كانت طبيعة الشرط المقترن به البيع . فاذا استعمل أحد الطرفين حقه فى العدول تحلل من البيع ورجب عليه فى ذلك دفع ما يوازى العربون ، والا فلا يجب عليه .

---

(١) لذلك قد يتجه الرأى الى تكييف البيع بالعربون باعتباره متضمنا اتفاقين متميزين أولهما الاتفاق على البيع مقترنا بشرط فاسخ أو واقف بحسب قصد العاقدين كما تقدم ، والثانى اتفاق على انشاء التزام بدفع ما يوازى قيمة العربون مقترنا بشرط عكس الشرط الاول أى شرط واقف ان كان الاول فاسخا ، وفاسخ ان كان الاول واقفا . فاذا كان الشرط فاسخا للبيع ، فانه ان تحقق ، انعدم البيع وتحقق بذلك أيضا الشرط الواقف للالتزام بالعربون وصار العربون واجبا فى ذمة من عدل . وان تخلف ، تأكد البيع واعتبر ذلك تخلفا للشرط الواقف للالتزام بالعربون وانعدم هذا الالتزام الاخير .

أما اذا كان الشرط واقفا للبيع ، فان تحقق نفذ البيع بأثر رجعى وتحقق أيضا الشرط الفاسخ للالتزام بالعربون فصار هذا الالتزام كأن لم يكن ، وان تخلف الشرط الواقف للبيع صار البيع كأن لم يكن وتخلف أيضا الشرط الفاسخ للالتزام بالعربون وصار هذا الالتزام مستحق الاداء نهائيا .

ولكن يعترض على هذا التكييف بانه ان استقام فى حالة اعتبار العدول شرطا فاسخا للبيع ، فانه لا يستقيم فى حالة اعتبار عدم العدول شرطا واقفا له ، لان الالتزام بالعربون يعتبر عندئذ مقررا فى ذمة كل من الطرفين تحت شرط فاسخ هو عدم العدول ، ويقتضى ذلك انه يجوز لكل من الطرفين منذ ابرام العقد أن يطالب الاخر بقيمة العربون على أن يرده اذا تحقق عدم عدول وتأيد البيع . وهو أمر غير مستساغ فوق انه مخالف لارادة العاقدين .

(٢) الاسكندرية الابتدائية الاهلية التجارية ١٦ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ - ١٤٠٧ - ٦١٦ وقد جاء فيه أنه لا يعتبر العربون تعويضا تجرى عليه أحكام التكليف الرسمى قبل استحقاقه ولا هو بالثمن الذى يجب رده عند الفسخ بل هو تعويض من نوع خاص وفدية يتحلل بها أحد العاقدين من عقده بقصد ترك هذا العربون . هذا اذا كان العقد لم يقبل ولم يتفق على أركانه من وجهة المبيع والثمن والشروط اتفاقا نهائيا .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وعلى أى حال يجب التمييز بين البيع بالعربون وبين البيع مع الاتفاق على شرط جزائي (١) ، فهما يختلفان بوجه خاص فيما يأتي :

(١) فى البيع بالعربون يجوز لكل من الطرفين أن يتحلل من الالتزامات التى تترتب على عقد البيع فى مقابل تحمله قيمة العربون ولا يجوز للطرف الآخر أن يرفض ذلك . أما فى البيع مع الشرط الجزائى فلا يجوز للبائع أن يتحلل من البيع فى مقابل دفعه قيمة الشرط الجزائى الا اذا قبل المشترى ذلك . ولا يجوز للمشترى أن يتحلل من الشراء فى مقابل دفع الشرط الجزائى الا اذا قبل البائع ذلك ، لان الشرط الجزائى التزام ثانوى لا يغنى عن الوفاء بالالتزام الاصلى ولا يقوم مقامه الا اذا صار الالتزام الاصلى مستحيلا أو قبل الدائن أن يستبدل به قيمة الشرط الجزائى(٢).

(٢) فى البيع بالعربون يلزم العاقد الذى عدل عن العقد بقيمة العربون باعتبارها ثمنا لاستعماله الحق فى العدول لا باعتبارها تعويضا عن الاخلال بالالتزامات الناشئة من البيع ، ولذلك لا يشترط فى استحقاق هذا الثمن حدوث ضرور للطرف الآخر من جراء العدول عن العقد ولا يلزم فى ذلك اجراء تنبيه أو تكليف رسمى . أما الشرط الجزائى فانه يعتبر تعويضا عن الاخلال بالالتزام الاصلى ويشترط فى استحقاقه اعذار المدين وثبوت ضرر أصاب الدائن من جراء اخلال المدين بالتزامه الاصلى (٣) .

٤٤ — (٥) بيع الوفاء وبطلانه فى التقنين الحالى — بيع الوفاء هو بيع

---

(١) غير أن هذه التفرقة غابت عن بعض المحاكم ، فذهبت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحد أحكامها الى أن العربون المقدر باتفاق الطرفين ضمانا للتنفيذ تعهد ما يمكن اعتباره تحديدا تعاقديا للضرر الذى يحصل من عدم التنفيذ مما قد يمنع المتعاقد المتمسك بالعقد من مطالبة من أخل به بتعويض أزيد (استئناف مختلط ١٢ مايو ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٩٠٩ — ٤٥٩) . قارن ايضا نقض ٢٠ أبريل ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ — ٨٦٤ — ٢٩٤ .

(٢) قارن عكس ذلك استئناف مصر ٢٧ مارس ١٩٢٣ المجموعة ٢٥ رقم ٨٦ ، ٢٧ نوفمبر ١٩٢٣ المحاماة ٤ — ٣٢٩ — ٢٧٠ وقد جاء فيهما أنه اذا نص فى عقد البيع على أن تأخير المشترى فى دفع أى قسط من أقساط الثمن يعطى البائع الحق فى فسخ العقد وفى مبلغ معين بصفة شرط جزائى ، فيجوز للمشترى أن يستفيد هو أيضا من هذا الشرط ويكون له حق التخلص من العقد مقابل قيامه بالشرط الجزائى .

وظاهر ان المحكمة قد التبس عليها الامر بين حكم العربون الذى يفيد ثبوت حق العدول وبين الشرط الجزائى .

(٣) انظر فى هذه التفرقة الاسكندرية الوطنية ١٦ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ — ١٤٠٧ — ٦١٦ ، السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٩٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

يحتفظ فيه البائع بحقه فى أن يسترد المبيع خلال مدة معينة اذا شاء فى مقابل رد الثمن ومصروفات العقد ومصروفات الاسترداد والمصروفات التى يكون قد انفقها على المبيع .

والتكييف القانونى لهذا العقد انه بيع مع خيار العدول فى مدة معينة واعتبار العدول شرطا فاسخا . فاذا استعمل البائع حقه فى العدول تحقق الشرط الفاسخ وترتب على تحققه زوال كل اثر للعقد ووجوب رد المبيع الى البائع والثمن الى المشترى . واذا لم يستعمل البائع حقه فى استرداد المبيع خلال المدة المعينة تخلف الشرط الفاسخ وتأيد البيع نهائيا .

وقد كان التقنين المدنى الملغى ينظم احكام هذا النوع من البيع فى المواد ٤٢١/٣٣٨ الى ٤٣٣/٣٤٧ ، وقد لوحظ عند وضع ذلك التقنين أن بيع الوفاء يصلح ستارا لرهن يراد به أن يصبح المرهون مملوكا للمرتهن بمجرد عدم وفاء الراهن بالدين ، فيؤدى بذلك الى التحايل على النص الذى حرم الاتفاق فى عقد الرهن على أن يصبح المرهون مملوكا للمرتهن بمجرد عدم وفاء الدين (المادة ٦٦٥/٥٤٣) ، فنص فى المادتين ٣٣٨ و٣٣٩ على تقسيم بيع الوفاء الى نوعين ،نوع يكون الغرض منه الرهن الحيازى وآخر يكون الغرض منه حقيقة البائع الوفائى ، وعلى اجراء حكم الرهن فى النوع الاول وحكم بيع الوفاء فى النوع الثانى .

وقد حدا ذلك المرابين الى ايثار اخفاء الرهن تحت ستار بيع الوفاء ، لان سلوك هذا السبيل يوفر عليهم الاجراءات التى لابد منها فى التنفيذ بالرهن ويخولهم ملكية المرهون ويسمح لهم بتقاضى فوائد فاحشة ، دون أن يعرضهم لاية خسارة اذا انكشفت حقيقة البيع وظهر انه يخفى رهنا اذ تبقى لهم فى هذه الحالة مزايا الرهن .

لذلك تدخل المشرع بالقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ ، فعدل المادة ٤٢٢/٣٣٩ بأن جعلها تنص على أنه « اذا كان الشرط الوفائى مقصودا به اخفاء رهن عقارى ، فان العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا » . وبهذا التعديل أصبح المرابون ــ اذا سكلوا فى رهن العقار رهنا حيازيا سبيل بيع الوفاء بدلا من سبيل الرهن السافر ــ معرضين لان يفقدوا مزايا كل من الرهن وبيع الوفاء ولان لا يثبت لهم الا حق شخصى قبل مدينيهم يجعلهم من الدائنين العاديين .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

غير أن ذلك لم يثن المرابين عن المجازفة باخفاء الرهن تحت ستار بيع الوفاء اعتمادا منهم على شدة احتياطهم فى ستر الحقيقة واخفائها .

وفى اثناء تنقيح القانون المدنى غلبت اول الامر فكرة الابقاء على بيع الوفاء والاكتفاء بالضرب على أيدى المرابين من طريق ابطال عقودهم اذا ظهر انها تخفى رهنا ، غير انه بعد ان قطع المشروع مراحله الاولى ووصل الى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ غلبت فكرة محاربة البيع الوفائى ، بل والقضاء عليه من طريق تحريمه وتقرير بطلانه فى جميع الاحوال اى سواء كان محله عقارا أو منقولا ، وسواء ثبت أنه يستر رهنا أو لم يثبت ذلك . وأدى ذلك الى النص فى المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى الحالى على انه « اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا » .

وقد جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى هذا الشأن « أن اللجنة رأت بالاجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة جدية فى التعامل ، انما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستارا لرهن وينتهى الرهن الى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس . والواقع أن من يعمد الى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع بل يحصل عادة على ما يحتاج اليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة ، ويعتمد غالبا على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد ، ولكنه قل أن يحسن التقدير . فاذا اخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الاجل ضاع عليه المبيع دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته وتحمل غبنا ينبغى أن يدراه القانون عنه ولذلك رئى أن تحذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء ، وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع فى اية صورة من الصور . وبهذا لا يكون أمام الدائن الا الالتجاء الى الرهن الحيازى وغيره من وسائل الضمان التى نظمها القانون واحاطها بما يكفل حقوق كل منهما دون أن يتسع المجال لغبن قلما يؤمن جانبه » .

٤٥ — (٦) البيع مع الاحتفاظ بالملكية الى حين استيفاء الثمن — دفعت بعض التجار وارباب المصانع الرغبة فى ترويج تجارتهم أو مصنوعاتهم من طريق تيسير الحصول على هذه المصنوعات لاكبر عدد ممكن الى ابتداع شروط فى عقد البيع تحقق هذا الغرض مع توفير أوفى الضمان للبائع . من ذلك ما درج عليه بائعو آلات الحياكة وبائعو السيارات وغيرهم من البيع مع تقسيط الثمن على عدة آجال وتسليم المبيع الى المشترى من وقت العقد على أن لا تنتقل اليه ملكيته الا بعد أن يوفى جميع

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الثمن ، حيث اذا تأخر المشترى فى اي قسط جاز للبائع فسخ البيع واسترداد المبيع مع الاحتفاظ بما قبضه من الثمن فى مقابل انتفاع المشترى بالمبيع من وقت البيع . فيفيد المشترى من ذلك تمكنه من الشراء ومن الانتفاع بالمبيع بمجرد دفع القسط الاول من الثمن ويفيد البائع من ذلك تامين باقى الثمن وحصوله — فى حالة الفسخ لعدم دفع هذا الباقى — على مقابل انتفاع المشترى بالمبيع من وقت العقد مضاعفا اذ الغالب ان تكون قيمة الاقساط اكثر من قيمة الإنتفاع .

وقد اختلف فى تكييف هذا العقد أهو بيع أم ايجار (١) ؟ والواقع انه يشبه البيع فى ان غايته النهائية نقل الملكية فى مقابل ثمن يدفع اقساطا ، ويشبه الايجار فى ان غايته القريبة ليست التمليك بل التمكين من الانتفاع وفى انه لا يترتب على فسخه وجوب اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد ، بل يحتفظ احد الطرفين بما حصله من منفعة الشىء ويحتفظ الطرف الآخر بما قبضه من اقساط .

على ان مصلحة مالك الشىء تقتضى تكييف هذا العقد بانه اجارة وليس بيعا ، وذلك لان هذا التكييف يخوله المزايا الآتية :

(١) يسمح له باعتباره مؤجرا ان يحتفظ بملكية الشىء وان يسترده من الطرف الآخر ، وان يتذرع بما للحقوق العينية من حق التقدم والتتبع لكى يحول دون تنفيذ دائنى الطرف الآخر على هذا الشىء ولكى يتتبعه فى يد اى شخص كان ما لم يكن يجوز لذلك الشخص أن يحتمى بقاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » .

---

(١) انظر فى ذلك استئناف مصر ٨ نوفمبر ١٩٣٨ المحاماة ١٩ — ٨٢٩ — ٢٤٤ بنى مراد الجزئية ٨ نوفمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ١٠٣٢ — ١٠٤٣١ وقد ذهبت محكمة النقض الى ان تكييف العقد هل هو بيع او ايجار يتبع فيه قصد المتعاقدين ، وتستخلص محكمة الموضوع هذا القصد مستهدية بنصوص العقد ، فقضت بان التكييف القانونى للعقود المصطلح على تسميتها فى فرنسا باسم loction-vente لا يزال موضع خلاف بين المحاكم والفقهاء — فاذا اعتبر قاضى الموضوع عقدا من هذا القبيل عقد بيع ، مستهديا فى ذلك بنصوص العقد ومستظهرا منها حقيقة قصد المتعاقدين وقت التعاقد بحيث لم يقع منه تحريف لاى نص من نصوصه ولا مسخ لحكم من احكامه ، بل كل ما فعل انما هو تغليب معنى من المعانى الواردة به على معنى آخر ، فان محكمة النقض لا تستطيع سبيلا لاقرار ما ذهبت اليه (نقض جنائى ٢١ مايو ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٠٠٦) .

انظر محمد على شحاتة ، البيع والشراء التاجرى والبيع الائتمانى ، مكتبة النهضة المصرية سنة ١٩٦٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

(٢) يترتب عليه انه اذا تصرف الطرف الآخر فى المال المسلم اليه بموجب هـذا العقد اعتبر تصرفه خيانة أمانة تقع تحت طائلة قانون العقوبات ،ويكفى احتمال توقيع هذا الجزاء لمنع من تسلم الشيء من أن يتصرف فيه ، فيكفل ذلك بقاء الشيء فى يد من تسلمه من التاجر ويمكن هذا من استرداده أو التنفيذ عليه عند الاقتضاء (١) .

(٣) انه فى حالة اضطرار التاجر الى فسخ العقد بسبب عدم دفع الثمن اليه فىمواعيد استحقاقه يترتب على اعتبار العقد المفسوخ اجارة لا بيعا أن يكون للتاجر أن يحتفظ بما قبضه من الاقساط باعتباره أجرة استحقها فى مقابل انتفاع الطرف الآخر ، لا ثمنا لبيع يجب رده (٢) .

وبالعكس من ذلك تكون مصلحة الطرف الآخر فى اعتبار العقد بيعا لا اجارة ، اذ يترتب على ذلك عكس النتائج المتقدمة .

وقد اختلف الشراح أول الامر فى صحة مثل هذا الاتفاق أو بطلانه ، فذهب فريق الى أنه باطل لمخالفته النظام العام والآداب من حيث أنه يوجد مالا فى يد من لا يملكه ، فيضلل بذلك من يتعاملون مع هـذا الحائز اذ يعتقدون أنه مالك ويعاملونه على اعتباره كذلك بينما هو غير مالك . ولكن الكثرة نزلت على حـكم الواقع واعترفت بأن هذا الاتفاق يحقق حاجـة اقتصادية مشروعة ، فأجازته ، غير انها اختلفت فى تكييفه .

وكان الراى الراجح فى الفقه ان مثل هذا العقد يعتبر اجارة مقترنة بشرط فاسخ ومصحوبة ببيع معلق على شرط واقف ، وان الشرط هو قيام المشترى بوفاء جميع الاقساط فى مواعيدها ، اى انه طالما لم يتحقق هذا الشرط تكون الاجارة نافذة والبيع موقوفا . فاذا تحقق ، انفسخت الاجارة وانتج البيع اثره مستندا الى وقت انعقـاده . واذا تخلف ، امتنع على البيع أن ينتج اى اثر وتأيدت الاجارة نهائيا . ولكن لان تخلف

---

(١) وقد عالج المشرع المصرى هذا الامر باصداره القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ فى شان بعض البيوع التجارية حيثنص فى المادة ٤٢ منه علىأن يحظر على المشترى (بالتقسيط) ـ بدون اذن سابق من البائع ـ أن يتصرف بأى نوع من انواع التصرفات فىالسلعة موضوع التقسيط قبل الوفاء بثمنها ، ونص فى المادة ٤٥ على عقاب من يخالف ذلك بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة اشهر وبغرامة لا تجاوز مائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين . قارن اسماعيل غانم ص ١١١ .

(٢) قارن عكس ذلك اسماعيل غانم ص ١١٠ ، جاك الحكيم نبذة ٢٥٢ ص ٢١٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الشرط يكون معناه فى هذا الفرض الاخير الاخلال بدفع الاجرة ، فانه يترتب عليه جواز فسخ الاجارة واحتفاظ المؤجر بالاقساط التى تم دفعها باعتبارها اجرة مستحقة عن المدة المنقضية (١) .

غير ان هذا الرأى كان يؤخذ عليه انه يعتبر العقد الواحد بيعا واجارة فى وقت واحد وقابلا لان يتحول الى بيع فقط أو الى اجارة فقط حسب الظروف وهو وضع شاذ لا يتفق مع القواعد العامة ومع الاوضاع القانونية المعروفة فى التعاقد (٢) .

لذلك ذهبت المحاكم الى اعتبار هذا العقد بيعا معلقا فيه انتقال الملكية على شرط واقف ومتضمنا شرطا جزائيا . فاذا تم وفاء جميع الاقساط فى مواعيدها تحقق الشرط الواقف وترتب على تحققه انتقال ملكية المبيع الى المشترى مستندة الى وقت العقد ، والا امتنع انتقال الملكية ووجب فسخ العقد لتقصير المشترى فى وفاء الثمن وتطبيق الشرط الجزائى على المشترى ، فيستحق البائع الاقساط التى قبضها تعويضا له عما أصابه من ضرر بسبب فسخ البيع وحرمانه من منفعة المبيع مدة وجوده فى يد المشترى بشرط الا يكون ثمة تفاوت كبير بين قيمة الاقساط المدفوعة وقيمة ذلك الضرر (٣) .

وقد اخذ التقنين المدنى الحالى بما ذهبت اليه احكام المحاكم فى هذا الشأن ، فنص فى المادة ٤٣٠ منه على انه :

١ ـ اذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشترى موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

٢ ـ فاذا كان الثمن يدفع أقساطا ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع اذا لم توف جميع الاقساط . ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

---

(١) انظر فى هذا المعنى بنى مزار الجزئية ٨ نوفمبر ١٩٣٦ المحاماة ٢٠-١٠٣٢-٤٣١ .
(٢) انظر نقد الاستاذ اسماعيل غانم هذا الرأي فى كتابه فى عقد البيع ط ١ ص ٢٣
(٣) قرب فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ١٧٣ ز ١٧٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٣ - واذا وفيت الاقساط جميعا ، فان انتقال الملكية الى المشترى يعتبر مستندا الى وقت البيع .

٤ - وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع ايجارا .

والفقرة الاولى من هذا النص صريحة فى ان البيع فى هذه الحالة ينعقد باتا لا موقوفا على شرط ، وغاية الامر أن الثمن فيه يكون مؤجلا (١) وان انتقال الملكية يكون موقوفا على وفاء الثمن (٢) . أما التزامات البائع بتسليم المبيع وبضمان استحقاقه وضمان عيوبه الخفية ، وكذلك التزامات المشترى بتسلم المبيع وبتحمل نفقات العقد فانها تكون منجزة طالما ان العقد لم ينص على غير ذلك .

وبناء عليه يتسلم المشترى المبيع ولكن لا تنتقل ملكيته بل تبقى للبائع الى حين سداد جميع الثمن حسب الاتفاق . فاذا تصرف المشترى فى المبيع كان تصرفه واردا على ملك الغير وجاز للبائع الاصلى استرداد المبيع من المتصرف اليه ، ما لم يكن المبيع منقولا وحازه المتصرف اليه بحسن نية وفقا للمادة ٩٧٦ مدنى (٣) . واذا حجز دائنو المشترى على المبيع ، جاز للبائع رفع دعوى الاسترداد لان الملكية لم تنتقل الى المدين المحجوز عليه (٤) .

ويترتب ايضا على عدم انتقال الملكية الى المشترى أن الاخير لا يجوز له بتخصيص المبيع المنقول لخدمة عقار مملوك له أن يجعله عقارا بالتخصيص . وقد حكم فى ظل التقنين الملغى بأنه يجوز فى هذه الحالة

---

(١) ويلاحظ أن الاصل فى الاتفاق على تقسيط الثمن أن الاجل مقرر لمصلحة المدين، فيجوز لهذا ان ينزل عنه وان يوفى الثمن فورا فى اى وقت وان يطلب نقل الملكية اليه فورا كذلك [فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٤٣ (٥٥ ص ١٤٨)] .

(٢) وقد رتب المشرع على الاحتفاظ بالملكية للبائع الى حين وفاء المشترى بجميع اقساط الثمن ، اعتبار المبيع فى بعض البيوع التجارية أمانة لدى المشترى ، بحيث اذا تصرف فيه هذا الاخير ، عد مرتكبا جريمة خيانة الامانة .

انظر ما تقدم فى هامش ص ٨٢ عن القانون رقم ١٥٥ سنة ١٩٥٧ فى شأن بعض البيوع التجارية .

(٣) وليس للبائع أن يستند فى استرداد المبيع من المتصرف اليه فى هذه الحالة الى حكم المادة ٩٧٧ لان هذه المادة تنص على جواز استرداد المنقول من حائزه بحسن نية اذا كان المنقول قد فقد او سرق من مالكه ، وليس الامر كذلك فى هذه الحالة لان التبديد غير الضياع والسرقة (فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢٦ يونية ١٩٢٨ المحاماة ١١ - ٧٦٧ ٣٩٦) .

(٤) فى هذا المعنى الاسكندرية الوطنية ١٤ ابريل ١٩٣٨ المحاماة ١٩ - ٨٤٦ - ٣٤٨ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

للبائع اذا أراد التنفيذ بباقى الثمن أن يحجز على هذا المبلغ حجز منقول ولا يلزم باتخاذ اجراءات الحجز على العقار (١) .

والفقرة الثالثة نصت على تحقيق الشرط الذى علق عليه انتقال الملكية وهو وفاء جميع الثمن ، ورتبت على ذلك انتقال الملكية الى المشترى مستندة الى وقت البيع .

والفقرة الثانية توقعت تخلف الشرط أى عدم قيام المشترى بدفع أقساط الثمن (٢) ، واستعمال البائع حقه فى فسخ البيع (٣) ، واحتياطه لذلك مقدما بالنص فى عقد البيع على أنه فى حالة الفسخ يجوز له أن يستبقى على سبيل التعويض جزءا من الاقساط المدفوعة ، فأجازت هذا الاتفاق

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو ١٩٢٤ المحاماة ١٦ - ١١٣ - ٥١ .

(٢) يكون الاتفاق عادة على أن التأخير فى دفع اى قسط يجعل سائر الاقساط تحل دفعة واحدة ويخول البائع الحق فى الفسخ . وقد حكم بأنه اذا اشترط البائع أن عدم دفع القسط الاول يجعل البيع لاغيا فان ذلك ليس معناه أنه اذا دفع القسط الاول ولم تدفع باقى الاقساط يكون البائع محروما مما يخوله القانون من حق الفسخ عند عدم دفع المتأخر من الثمن بل ان هذا الحق ثابت له بنص القانون ودون حاجة لاشتراطه فى العقد (نقض ٢ مايو ١٩٣٥ المجموعة ٢٦ رقم ١٨٧) .

(٣) يلاحظ أن تأخر المشترى فى دفع اى قسط يجعل سائر الاقساط تحل دفعة واحدة بنص العقد . وفى هذه الحالة يكون البائع بالخيار بين التمسك بالعقد والتنفيذ بباقى الثمن وبين فسخ العقد والاحتفاظ بالاقساط التى قبضها كلها أو بعضها على سبيل التعويض . فاذا اختار التمسك بالعقد لم يجز له استرداد المبيع ولو انه باق على ملكه لان العقد يلزمه بالتسليم وبضمان التعرض ، ولكنه اذا خشى تبديد المبيع جاز له توقيع الحجز الاستحقاقى عليه وطلب تعيين حارس عليه (فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢٥ يونية ١٩٤٢ (٥٤ ص ٢٥٦)) ، وكان له ان يطالب بالثمن كفيل المشترى المتضامن معه ولا يجوز لهذا الكفيل ان يتخلص من كفالته بدعوى أن البائع لم يستعمل حقه فى فسخ البيع واسترداد الشىء المبيع لان الفسخ رخصة للبائع لا يجبر عليها (استئناف مختلط ٦ يونية ١٩٢٤ المحاماة ١٦ - ٢٣٤ - ٩٥) .

واذا نفذ البائع على المبيع اعتبر ذلك نزولا منه عن شرط الاحتفاظ بالملكية ولا يجوز له بعد هذا النزول العدول عنه والتمسك بحق الملكية الذى كان له بمقتضى العقد (استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩٢٤ المحاماة ١٥ - ٢ - ٣٨٨ - ١٨٤) ويجب عليه أن يتخذ فى ذلك اجراءات البيع الجبرى ولا يجوز له ولو كان المبيع باقيا فى حيازته بيعه واستيفاء حقه من ثمنه دون اتباع هذه الاجراءات [استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر ١٩٣٨ (٥١ ص ٨٣)] ، وانما يكون له فى هذه الحالة امتياز البائع ضمانا لاستيفاء حقه من حاصل البيع الجبرى . أما اذا اختار المشترى فسخ العقد جاز له استرداد المبيع مع التعويض وفقا لاحكام العقد وفى حدود القانون .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

واجرت عليه حكم الشرط الجزائى المنصوص عليه فى المادة ٢٢٤ فقـرة ثانية وهى تقضى بانه « يجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض اذا اثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة أو ان الالتزام الاصلى قد نفذ فى جزء منه » .

وبناء على ذلك اذا كان ما دفعه المشترى من الاقساط قبل الفسخ قليلا ، جاز للقاضى ان يتركه للبائع . أما اذا كان المشترى قد وفى اكثر الثمن ولم يبق الا القليل ، جاز للقاضى الزام البائع بأن يرد ما قبضـه من الاقساط بعد خصم المبلغ الذى يحدده مقابلا للتعويض عن الفسخ (١).

ويلاحظ ان الاحالة الواردة فى المادة ٤٣٠ اقتصرت على حكم الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ ولم تشمل حكم الفقرة الاولى من هذه المادة وهى التى تقضى بأن « لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أى ضرر » . ويستفاد من ذلك أن المشرع أراد أن يجعل استحقاق البائع الاقساط المدفوعة كلها أو بعضها على سبيل التعويض عن فسخ البيع غير مقيد باثبات حصول ضرر من الفسخ ، اى انه أراد بعبارة اخرى أن يفوض القاضى فى أن يترك للبائع بعض الاقساط المدفوعة ولو لم يثبت حصول ضرر له بسبب الفسخ .

واذا كان المبيع بهذه الطريقة منقولا ، وكان المشترى قد تصرف فيه الى آخر قبل فسخ عقده ، وسلمه اليه ، فان البائع الاصلى لا يستطيع بعد حصوله على حكم الفسخ أن يسترد المبيع من المتصرف اليه الاخير ، اذا تمسك هذا بقاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » . ويقع على البائع الاصلى عبء اثبات سوء نية الحائز المتصرف اليه اى علمه بأن من تصرف له لم يكن مالكا العين المتصرف فيها . ويجوز له أن يثبت ذلك بكافة الطرق ومنها القرائن القضائية . فاذا استطاع أن يثبت سوء نية المتصرف اليه ، جاز له استرداد المبيع ، ولم يكن للمتصرف اليه اى حق فى مطالبته بأن يدفع اليه الثمن الذى اشترى هو به المبيع من المشترى الاول لان المبيع لا يمكن اعتباره فى مثل هذه الحالة مسروقا ولا ضائعا .

هذا ويلاحظ ان الفسخ لا يقع بحكم القانون نتيجة لتخلف الشرط الواقف لنقل الملكية ، كما يقع الفسخ الذى يترتب على تخلف الشرط

---

(١) فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢ أبريل ١٩٢٥ المحاماة ١٦ ٨٠١ - ٣٦٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الواقف للعقد كله ، بل يجب طلبه من المحكمة ، ويكون للبائع ان يطلبه أو لا يطلبه ، وللمحكمة أن تجيبه الى طلبه أو لا تجيبه . فاذا وجد البائع ان من مصلحته ان يتمسك بالبيع وان يطلب بدلا من فسخه تنفيذه والزام المشترى بباقى الثمن ، كان له ذلك . غير انه اذا نفذ البائع بباقى الثمن على المال المبيع ذاته ، كان ذلك تنازلا منه عن حق الملكية الذى سبق ان احتفظ به فى عقد البيع وكان هذا التنازل باتا لا رجوع فيه ، فلا يجوز له بعد ذلك ان يتمسك بملكية المبيع تمهيدا لاسترداده ، ولكن يكون له أن يستوفى حقه من قيمة المبيع بالاولوية على غيره من الدائنين ، اى انه يكون له حق امتياز البائع .

ثم حسم المشرع فى الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠ خلافا قديما ، فقد جرت العادة بان يفرض البائع فى مثل هذا العقد على المشترى تسمية العقد ايجارا امعانا منه فى ضمان حقه ، ترددت بعض المحاكم فى هذه الحالة فى وجوب الاخذ بهذه التسمية أو عدمه ، اى فى وجوب تطبيق احكام الايجار أو احكام البيع ، واستقر الرأى على ان العبرة فى ذلك بحقيقة قصد المتعاقدين كما يمكن استخلاصها من ظروف التعاقد ، وعلى انه عند عدم امكان استخلاص النية يجب الاخذ بما وصف به العاقدان عقدهما (١). فنص المشرع صراحة على أن تسمية العقد ايجارا لا تلزم المحاكم بأن تطبق عليه أحكام الايجار ولا تمنعها من تكييفه بانه بيع ومن اجراء أحكام البيع عليه متى توافرت فيه مقومات العقد المنصوص عليه فى المادة ٤٣٠ المذكورة .

ويلاحظ ان الاتفاق فى عقد البيع على الاحتفاظ للبائع بملكية العين المبيعة الى أن يدفع كامل الثمن انما هو خروج على القواعد التى سنها الشارع لاحكام البيع ، فيجب أن يكون حاصلا بعبارة صريحة لاغموض فيها . فاذا نص فى العقد على انه اذا تأخر المشترى فى دفع أى قسط من الاقساط تحل سائر الاقساط دفعة واحدة ويلزم المشترى بدفع فوائد التأخير ، ونص فيه ايضا على منع المشترى من التصرف فى المبيع الى حين سداد الثمن جميعه ، فان ذلك لا يفيد أن هذا البيع بالتقسيط محتفظ فيه بالملكية للبائع الى حين سداد جميع الثمن ولا تطبق عليه احكام المادة ٤٣٠ (٢) .

---

(١) بنى مزار الجزئية ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ١٠٣٢ — ٤٣١ ، الاسكندرية ١٥ ديسمبر ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ٩٢٨ — ٣٨٧ .

(٢) فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٩ نوفمبر ١٩٣٥ المحاماة ١٧ — ٣٥٤ — ١٧٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وينبغى التمييز بين البيع مع الاحتفاظ بالملكية الى حين سداد الثمن — وهو الذى ينطبق عليه حكم المادة ٤٣٠ بما فيها فقرتها الرابعة أى ولو سمى ايجارا — ، وبين الايجار المقترن بوعد بالبيع وهو عقد ايجار لاينطبق عليه حكم المادة ٤٣٠ وانما يكون مقترنا بوعد من المؤجر الى المستأجر أن يبيعه العين المؤجرة بثمن معين اذا هو رغب شراءها فى نهاية مدة الإيجارة، كما اذا استأجر شخص قطعة أرض لمشروع طويل الامد وكان يخشى أن يتعسف معه المؤجر فى تجديد الاجارة عند انتهاء مدتها الاولى ، فاحتاط لذلك بأن استكتب المؤجر وعدا ان يبيعه هذه الارض بثمن معين أو بثمن المثل . غير انه يجب فى عدم تطبيق المادة ٤٣٠ على هذا الاتفاق الاخير ان يكون الايجار ايجارا حقيقيا والوعد بالبيع مقصودا به البيع بثمن حقيقى لا بثمن صورى أو تافه (١) .

٤٦ — (٧) **البيع مع خيار التعيين** — يجوز ان يتفق العاقدان على أن يكون محل البيع أحد شيئين يعينه البائع او يعينه المشترى فيكون للبائع فى الحالة الاولى أو للمشترى فى الحالة الثانية خيار التعيين ، أى تعيين احد الشيئين الذى تبرأ ذمة البائع بنقل ملكيته وتسليمه الى المشترى. ويعتبر التزام البائع فى كلتا الحالتين التزاما تخييريا (٢) . والغالب فى العمل صورة ترك خيار التعيين للمشترى . فكثيرا ما يتردد المشترى فى حضرة البائع بين شراء شىء معين او آخر ، فيعرض عليه البائع ان يأخذ كلا الشيئين ليفاضل بينهما أو يستشير من يريد فى الخيار بينهما على ان يرد اليه الشىء الذى لا يقع عليه اختياره .

واذا هلك قبل الاختيار أحد الاشياء المعتبرة محلا للعقد اعتبر الشىء الذى هلك كأن لم يكن محلا للعقد ، واقتصر المحل على الاشياء الباقية .

---

(١) فى هذا المعنى اسماعيل غانم ط ١ ص ٣٢ وطبعة سنة ١٩٥٨ ص ٣٥ ، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بانه اذا وصف عقد بانه تأجير سيارة مع خيار المستأجر فى شرائها ، ونص فيه على ان يدفع المستأجر نصف الاجرة مقدما والنصف الباقى مقسطا على مواعيد معينة بحيث يكون للمستأجر عند انتهاء مدة الاجارة ودفع باقى الاقساط المتفق عليها أن يختار شراء السيارة بثمن محدد، فان هذا العقد يعتبر مخفيا بيعا اذا تبين أن الاجرة المبينة به لا تتناسب مطلقا مع الخدمات التى قد تؤديها السيارة للمستأجر المذكور وانها فى الواقع ليست الا اقساطا من ثمن المبيع وأن الثمن المحدد فى الوعد بالبيع ثمن لا يتناسب مطلقا مع قيمة المبيع بحيث لا يمكن اعتباره ثمنا حقيقيا (استئناف مختلط ١٩ فبراير ١٩٣٠ المحاماة ١١ — ٧٦٩ — ٤٠٠) .

(٢) انظر فى ذلك كتابنا فى الالتزامات سنة ١٩٦٣ نبذة ٧٦٣ وما بعدها ص ٧٥١ وما بعدها وكتابنا فى أحكام الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ٢٦٧ ص ٣٦٥ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فان كان الباقى شيئا واحدا ، انحصر فيه الالتزام وامتنع الخيار ، اى ان الالتزام يصبح كما لو لم يكن تخييريا فى اى وقت من الاوقات . ومتى تم الاختيار ، امتنع العدول عنه بغير رضا الطرف الآخر ، واعتبر الشىء الذى وقع عليه الاختيار كما لو كان هو الواجب الاداء وحده من بادىء الامر .

فاذا كان الخيار للمشترى وامتنع عن الاختيار ، عين له القاضى اجلا يختار فيه ان طلب البائع ذلك . ومتى انقضى الاجل ، انتقل الخيار الى البائع (المادة ٢٧٦ فقرة ثانية) .

اما اذا كان الخيار البائع وامتنع عن الاختيار ، جاز للمشترى ان يطلب من القاضى تعيين اجل يختار فيه البائع . فاذا انقضى الاجل دون ان يختار البائع تولى القاضى بنفسه تعيين المال الذى تبرأ ذمة البائع بتسليمه الى المشترى (المادة ٢٧٦ فقرة اولى) .

واذا كان الخيار للبائع ثم هلكت كل الاشياء المبيعة وكان البائع مسئولا عن هذا الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من هذه الاشياء ، كان ملزما بان يدفع قيمة آخر شىء هلك ، لان هذا الشىء قد انحصر فيه التزامه بعد ان هلكت الاشياء الاخرى ، فيدفع قيمته سواء كانت اكثر او اقل من قيمة تلك الاشياء الاخرى (المادة ٢٧٧) .

وكما يرد خيار التعيين على المبيع يجوز كذلك ان يرد على الثمن كان يتفق الطرفان على ثمن منجز وآخر منجم او على ثمن محدد (فوريا كان او منجما) وآخر فى شكل ايراد مؤبد او ايراد مدى حياة البائع وان يترك الخيار بينهما فى مدة معينة للمشترى او للبائع حسب اتفاق العاقدين .

وفى هذه الحالة ايضا يطبق حكم المادة ٢٧٦ بفقرتيها كما تقدم مع ملاحظة ان المقصود فيه بالمشترى كان الدائن فى الالتزام بنقل الملكية وان المقصود فيه بالبائع كان المدين فى هذا الالتزام ، فيراعى عند تطبيقها على خيار تعيين الثمن ان المشترى هو المدين بالثمن فيطبق عليه الحكم الذى تقدم فيما يتعلق بالبائع ومع ملاحظة ان البائع هو الدائن بالثمن فيطبق عليه الحكم الذى تقدم فيما يتعلق المشترى .

ويلاحظ انه يجوز الاتفاق على انه فى حالة اختيار الثمن المنجم او الايراد المرتب وتأخر المشترى فى دفع اى قسط من الاقساط يبطل الخيار

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويصبح للبائع الحق فى المطالبة بالثمن الآخر المقدر بمبلغ محدود فورى .

٤٧ - (٨) البيع مع احتفاظ المشترى بحق احلال غيره محله فى الصفقة - يغلب فى بيع العقار أن يحرر الطرفان عقدا مؤقتا لا تتوافر فيه الشروط اللازمة للتسجيل ريثما يتسنى لهما استيفاء هذه الشروط وتحرير العقد النهائى الصالح للتسجيل .

وكثيرا ما يحدث أن يشترط المشترى فى العقد المؤقت (أو الابتدائى) ان يكون له الحق فى تعيين شخص المشترى النهائى عند تحرير العقد الذى سيسجل وان يقر البائع باستعداده لتوقيع العقد النهائى لصالح المشترى أو أى شخص آخر يعينه له المشترى . ويكون غرض المشترى من ذلك أحيانا اداء خدمة الى شخص آخر ، ولكن الغالب فيه ان يقصد الربح من طريق ايجاد مشتر آخر بثمن أعلى من الثمن الذى اشترى هو به فيكسب الفرق بين الثمنين ويقتصد رسوم التسجيل وهى تصل أحيانا الى ٧ ٪ من الثمن .

وقد أجاز قانون المرافعات فى تنظيم اجراءات البيع الجبرى للراسى عليه المزاد ان يقرر فى خلال ثلاثة أيام انه انما اشترى لحساب شخص آخر يسميه (المادة ٤٤٤) . ولا مانع من ان يحدث مثل ذلك ايضا فى بيع المنقول .

فما حكم هذا الشرط واثره فى عقد البيع ؟

ظاهر أن هذا الشرط يخول المشترى خيارا بين ان يستبقى الصفقة لنفسه وبين ان يحل غيره فيها ، وانه يلزم البائع بقبول نتيجة اختيار المشترى ، أى بارتباطه بأحكام البيع اما ازاء المشترى نفسه واما ازاء الشخص الذى يعينه المشترى لذلك بحسب اختياره .

والغالب أن تعين مدة لخيار المشترى ، كعدد من الايام أو الاشهر أو الميعاد الذى يجب فيه توقيع العقد النهائى . فاذا لم يعين المشترى شخصا آخر فى خلال هذه المدة اعتبر انه اختار الاحتفاظ بالصفقة لنفسه . وان عينه اعتبر الاخير هو المشترى من وقت العقد الاصلى وصار المشترى الاصلى كأن لم يكن مشتريا فى أى وقت من الاوقات (١) .

---

(١) انظر ما تقدم فى نبذة ٢٥ وما سيجىء فى نبذة ٦٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويفسر الفقه ذلك بانتراض وكالة بين المشترى الاصلى والمشترى النهائى من شأنها ترتيب آثار البيع فى ذمة الاخير مباشرة بدلا من ترتيبها فى ذمة الاول . ولكن يعترض على ذلك بأن الوكالة يجب أن تقوم بين الطرفين وقت ابرام الوكيل العقد الاصلى وأن يبرم الوكيل العقد بهذه الصفة . والغالب الا توجد صلة بين المشترى الاصلى والمشترى النهائى وقت ابرام العقد الاصلى بل قد يجهل المشترى الاصلى فى ذلك الوقت وجود شخص المشترى النهائى ، فكيف يمكن تصور الوكالة بينهما ؟ هذا فوق أن افتراض الوكالة يتعارض مع حكم هذا العقد فيما لو لم يستعمل المشترى الرخصة المقررة له فى احلال غيره محله فى الصفقة ، اذ يبقى هو المشترى نهائيا وتنشأ فى ذمته آثار البيع وينعدم كل أثر لتلك الوكالة المزعومة (١) .

لذلك نرى أن خير تكييف لمثل هذا العقد هو انه بيع مع الاحتفاظ للمشترى بخيار تعيين شخص المشترى النهائى . وحكمه انه اذا استعمل المشترى الاصلى الرخصة المخولة له فى المدة المعينة لذلك ، اعتبر العقد منعقدا بين البائع ومن عينه المشترى الاصلى ، والا فبين البائع والمشترى الاصلى نفسه (٢) .

---

(١) فى هذا المعنى نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ - ٨٤ - ٤٥ وقد جاء فيه أن « حاصل ما اتفق عليه الرأى فى أحكام البيع الذى يحتفظ المشترى فيه بحق ادخال الغير فى الصفقة حالا محله لا مشتركا فيها معه أن عقد البيع يظل قائما نافذا فى حق المشترى الظاهر الى أن يعمل حقه فى اختيار الغير . وهذا الاتفاق يسند شراء من يختار المشترى الى عقد البيع الاول من تاريخ انعقاده ، ويرتب له قبل البائع نفس الحقوق المقررة له فى عقد البيع ، ويرتب له قبل المشترى الظاهر جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد شرائه والتى كانت متعلقة به لو أنه لم يعمل حقه فى الاختيار أو أعمله بعد الميعاد المتفق عليه . والقول بأن تكييف العلاقة القانونية بين المشترى الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشترى المستتر وكالة تجرى أحكامها على الآثار القانونية لعقد الوكالة قول غير صحيح على اطلاقه . فان اسناد ملكية المشترى المستتر الى عقد البيع الاول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه الى المشترى الظاهر قبل البيع وبقاء العين المبيعة فى ملكية المشترى الظاهر اذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو أعمله بعد الميعاد المتفق عليه تخالف أحكامها أحكام الوكالة . أما ما يقرره الفقه والقضاء فى فرنسا من افتراض وكالة المشترى الظاهر عن الغير فليس الا مجازا قاصرا على حالة ما اذا أعمل المشترى حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع . أما قبل ذلك أو اذا لم يعمل هذا الحق أصلا أو أعمله بعد الميعاد فان الافتراض يزول . وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة».

(٢) نقض مدنى ٢٨ يناير ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ٢٢ - ١٤٨ - ١٦ وقد جاء فيه

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

غير انه اذا ترتبت على العقد الاصلى حقوق للغير وثبتت هذه الحقوق قبل أن يستعمل المشترى الاصلى خياره ، كالحق فى الشفعة مثلا اذا ابدى الشفيع رغبته فى الشفعة وسجلها قبل ان يستعمل المشترى خياره، فلا يحتج على ذلك الغير (الشفيع) باستعمال المشترى حقه فى الخيار وبانتقال آثار البيع الى الشخص المختار ولايلزم الشفيع بتوجيه اجراءات الشفعة الى المشترى النهائى (١) .

المبحث الثالث

الوعد بالبيع والوعد بالشراء (*)

٤٨ - التمييز بين مجرد الرغبة والايجاب ومشروع البيع والوعد بالبيع -

(ا) مرحلة الرغبة فى البيع او فى الشراء - اذا أعلن شخص عن رغبته فى بيع مال معين او فى شراء مال من نوع معين بأن وضع لافتة مثلا على المبيع

=

انه اذا كان تحصيل دفاع الطاعنة ان والدها انما كان يشترى لحساب والدتها ، وهو ما افصح عنه بموجب الاقرار اللاحق ، ولذلك فقد انصرفت آثار العقد من البائعة الى والدتها مباشرة ، فان التكييف القانونى لهذا الدفاع هو أن العقد لم يكن بيعا نهائيا لوالدها بل يخوله حق اختيار الغير . ولما كان يشترط لاعمال آثار هذا النوع من البيع أن يذكر شرط اختيار الغير فى العقد ، حتى اذا افصح المشترى الظاهر عن المشترى المستتر فى الميعاد المتفق عليه ، اعتبر البيع صادرا من البائع الى هذا المشترى المستتر مباشرة او انصرفت اليه آثار العقد دون حاجة الى بيع جديد له من المشترى الظاهر ، اذ كان الثابت فى الدعوى ان عقد البيع قد خلا من هذا الشرط ، فان والد الطاعنة يكون هو المشترى الحقيقى .

(١) نقض مدنى ٩ مارس ١٩٥٠ المشار اليه آنفا وقد جاء فيه أن الشفعة فى العقار المبيع على شرط اختيار الغير تخضع لاحكام هذا النوع من البيع وتكملها وتحد منها أحكام الشفعة . ولما كان من المقرر أن الشفيع لا يحاج بأى حق اكتسبه الغير ضد المشترى بعد تسجيل انذار الشفعة ، وكان انذار الشفعة قد سجل فى هذه الحالة قبل الانذار المعلن للشفيع الذى ثبت به تاريخ الاتفاق الحاصل بين المشترى والغير ، وهو الانذار الذى يعتبر اعمالا لحق اختيار الغير ، فلا يجوز الاحتجاج على الشفيع بما يترتب من حقوق على هذا الاختيار » .

(*) بعض المراجع Levrier, Contribution à l'étude des promesses de vente, thèse Bordeaux 1921; Foissin, Des promesses de vente thèse, Toulouse1924; Wahl, La lésion dans les promesses unila-

=

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تفيد ذلك أو نشر عنه فى الصحف او فى نشرات خاصة ، فان الاعلان عن هذه الرغبة لا يقيد صاحبه فى شىء ولا يحدث أى اثر قانونى ، وهو لا يعدو ان يكون فعلا ماديا قصد به لفت نظر الراغبين فى شراء او بيع مثل هـذا المال ودعوتهم الى الاتصال بمن صدر منه ذلك الاعلان للتفاهم معه على شروط البيع سواء بتقدمهم اليه بايجاب محدد أو بدعوته هو الى تقديم ايجاب محدد اليهم (١) .

(ب) مرحلة الايجاب ـ فاذا عرض شخص على آخر أن يبيعه عينـا معينة لقاء ثمن معلوم ، فان هـذا العرض فى ذاته لا يلزم من صدر منه الا بالبقاء على ايجابه الى أن ينقضى الميعاد المحدد للقبول او الميعاد الذى يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة (المادة ٩٣) . فان لم يكن قد حدد ميعاد للقبول ، فان الايجاب لا يلزم من صدر عنه الا المدة اللازمة لابداء من وجه اليه قبوله اياه ووصول القبول الى علم الموجب (المادة ٩٤) .

(جـ) مرحلة المشروع المتفق عليه ـ فاذا قبل الايجاب من وجه اليه،

---

térales de vente, Rev. trim. 1924, P. 571 et s. ; Lalou, Les promesses unilatérales de vente, D. H. 1928 chr. ; H. Boyer, Des promesses unilatérales de vente d'immeubles thèse 1931 ; Delommez, Des promesses unilatérales de vente d'immeubles thèse Lille 1947; H. Boyer, Des promesses synallagmatiques de vente. Contibution à la théorie des avant - contrats, Rev. trim. 1949, p. 1 ests.

(١) ومن هذا القبيل عرض الدولة بعض املاكها الخاصة للبيع ، وقد قضت بحكمة النقض فى ٢٤ فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ ـ ٤٥٠ ـ ٦٢ بأن مفاد نصوص المادة السادسة من دكريتو ٣ فبراير سنة ١٨١٢ بشأن ضريبة ما يباع من اطيان الحكومة والمادتين ١٨ ، ١٩ من منشور نظارة المالية الصادر بتاريخ ٣١ أغسطس سنة ١٩٠٢ أن التعاقد بشأن بيع الاملاك الخاصة بالدولة لا يتم بين مصلحة الاملاك وبين طالبى الشراء الا بالتصديق عليه من وزارة المالية اذ إن هذا التصديق هو القبول بالبيع ممن يملكه ولا يعتبر اعلان هـذه المصلحة عن رغبتها فى البيع ولا الاجراءات التى تقوم بها لهذا الغرض من مفاوضات مع راغبى الشراء ومماسرة على الثمن ايجابا من جانبها ، ذلك أن الايجاب فى هذه الحالة انما يكون من راغب الشراء بتقدمه للشراء على أساس سعر معين ولا يتم التعاقد الا بقبول المصلحة بعد ذلك للبيع . وقد اشترطت النصوص المتقدمة أن يصدر التعبير بالقبول من وزارة المالية دون غيرها » .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولكنه علق انعقاد العقد على اجراء معين ، كتحريره فى ورقة رسمية ، أو اذا حرر الطرفان عقدا ابتدائيا نصا فيه على أن العقد لا يعتبر تاما الا بعد توقيع العقد النهائى ، فان العقد لا ينعقد ولا يقيد أيا من الطرفين ما دام الاجراء المتفق عليه لم يتم ، وفى هذه الحالة يتوافر ايجاب وقبول ولكنهما لا يكفيان لانعقاد العقد ، فيكون ثمة أكثر من مجرد رغبة ومن ايجاب واقل من عقد تام ، اى انه يكون ثمة مشروع عقد متفق عليه projet agrée لا تتوافر له قوة الالزام . وكثيرا ما يحدث ذلك فى البيع عن طريق المزايدة، اذ ينص فى شروط المزايدة على أن ارساء المزاد على شخص معين لا يعتبر عقدا وعلى أن التعاقد لا يتم الا بتحرير وثيقة وتوقيعها من الطرفين . ففى الفترة ما بين رسو المزاد وتحرير العقد لا يكون هناك عمل قانونى تام بل مجرد مشروع تعاقد متفق عليه .

(د) الوعد بالبيع أو بالشراء — أما الوعد بالبيع فانه أكثر من مجرد ايجاب ومن مشروع تعاقد ، لانه يتكون (أولا) من وعد أحد الطرفين الآخر بأن يبيع له عينا معينة بثمن معلوم اذا قبل الآخر الشراء خلال مدة محددة، (وثانيا) من قبول الطرف الآخر ربط الاول بهذا الوعد . فالوعد بالبيع يتكون اذن من ايجاب وقبول ، وكذلك الوعد بالشراء . ولذا يعتبر عقدا تاما لا مجرد ايجاب أو مشروع تعاقد ، ولكنه لا يكون عقد بيع بل عقدا متميزا عن البيع يدخل فى طائفة العقود غير المسماة .

ذلك أن البيع ينشىء من فوره فى ذمة البائع التزاما بنقل الملكية ، ان لم ينقلها بالفعل، والتزاما بتسليم المبيع وبضمانه. كما ينشىء فى ذمة المشترى التزاما بدفع الثمن وملحقاته وبتسلم المبيع (١) . أما الوعد بالبيع فلا ينشىء شيئا من ذلك بل يقتصر على الزام الواعد بأن يعقد عقد بيع اذا طلب الطرف الآخر منه ذلك فى مدة معينة (٢) .

ولذلك يجب التنبيه الى ضرورة تحاشى الخلط الذى يقع فى لغة العمل واحيانا فى كتابات الفقهاء بين الوعد بالبيع المتبادل وبين العقد الابتدائى، فهذا الاخير عقد بيع نهائى يرتب كافة التزامات البيع فى ذمة كل من البائع أو المشترى ، وغاية الامر انه اذا كان محله عقارا فان الالتزام الذى ينشأ

---

(١) انظر ما سيجىء فى نبذة ١٦٧ .

(٢) انظر بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ نبذة ١٤٤ ، ديلوميز فى رسالة من ليل سنة ١٩٤٧ ص ٦٥ ، وقارن عكس ذلك ديموج فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٠٦ ص ٢٥٩، بوايه فى الوعد ببيع عقار ملزم جانبا واحدا ؛ رسالة من تولوز سنة ١٩٢١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

منه بنقل ملكية العقار يحتاج الى تحرير عقد نهائى يمر باجراءات الشهر العقارى والمساحة لاعتماده من ناحية البيانات المساحية من فحص سندات الملكية واستيفاء بعض الاوراق لشهادة الايلولة والافراج عن التركة الخ(١) اما الوعد بالبيع المتبادل ، فلا يترتب عليه سوى التزامات شخصية فى ذمة كل من عاقديه بان يبرم عقد بيع اذا قبل الطرف الآخر ذلك فى المدة المعانية (٢) .

٤٩ ـ صور الوعد بالبيع او بالشراء ـ وقد يتخذ الوعد بالبيع او بالشراء صورا مختلفة، فقد يكون وعدا متبادلا من الجانبين بالبيع وبالشراء معا كما اذا وعدتك ان ابيك سيارتى بالف جنيه فى خلال شهر ووعدتنى انت ان تشتريها منى بهذا الثمن اذا انا قبلت بيعها فى خلال المدة ذاتها . فهذا الوعد بالبيع وبالشراء عقد وعد ملزم الجانبين . وقد يكون الوعد بالبيع فقط من جانب البائع . فاذا قبل الطرف الآخر هذا الوعد ، تم بين الطرفين عقد وعد بالبيع ملزم جانبا واحدا هو جانب البائع . وقد يكون الوعد بالشراء فقط من جانب المشترى . فاذا قبل هذا الوعد من وجه اليه انعقد بين الطرفين عقد وعد ملزم جانبا واحدا هو جانب المشترى. وهناك صورة أخرى من الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هو الوعد بالتفضيل ويمقتضاه يعد المالك شخصا آخر أن يفضله على غيره اذا ما رغب فى بيع مال معين فى مدة محددة .

---

(١) انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم ص ٩٠ ، خميس خضر نبذة ٣٩ ص ٦٩ .

(٢) ويطلق على عقد البيع الذى يتم شهره بعد استيفائه تلك الاجراءات تسميته بالعقد النهائى وذلك بالمقابلة للعقد الذى يبرم قبل اتخاذ اجراءات الشهر والذى يسمى عادة بالعقد الابتدائى وقضت محكمة النقض بان وصف العقد بانه ابتدائى ـ اخذا بالعرف الذى جرى على اطلاق هذا الوصف على عقود البيع التى لم تراع فى تحريرها الاوضاع التى يتطلبها قانون التسجيل ـ ذلك لا يحول دون اعتبار البيع باتا لازما متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد الزم نفسه الوفاء بما التزم به على وجه قطعى لا يقبل العدول (نقض مدنى ١٩٤٤/١٢/٢٦) فهرست ٢٥ سنة ص ٧١٤ نبذة ٥٢ ونظرا لتعاقب عدلين العقدين فانه يمكن حصول تغاير فى نصوصهما ، وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن العقد النهائى ـ دون العقد الابتدائى ـ هو الذى تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين ، وقضت بناء على ذلك بانه اذا تبين ان عقد البيع النهائى قد خلا من النص على الشرط الجزائى الوارد فى عقد البيع الابتدائى او الاحالة اليه ، فان هذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط وانصرفت نيتهما الى عدم التمسك به أو تطبيقه (نقض مدنى ٩ يناير ١٩٥٨ مجموعة احكام النقض ٩ـ ٦٤ ـ ، وايضا نقض مدنى ٢٣ مارس ١٩٤٤ فهرس احكام النقض فى ٢٥ سنة ص ٣٤٥ نبذة ٢٠٩ وقرب ايضا نقض مدنى ٣٠ اكتوبر ١٩٤٧ فهرس احكام النقض فى ٢٥ سنة ص ٣٤٧ نبذة ٢٣) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وعلى ذلك تكون أهم صور الوعد بالبيع أو بالشراء ثلاث ، هي :

(١) الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، ويلحق به الوعد بالتفضيل.
(٢) الوعد بالشراء الملزم لجانب واحد .
(٣) الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء (١) .

٥٠ ـ النصوص المتعلقة بالوعد بالبيع أو بالشراء ـ نصت المادة ١٥٨٩ مدني فرنسي على أن الوعد بالبيع يعتبر بيعا اذا كان بين الطرفين رضا متبادل على الشيء (الموعود ببيعه) وعلى الثمن :

La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le priz.

وقد اختلفت الشراح في فهم هذا النص ومداه ، فذهبت الكثرة الى انه يقصد به الوعد المتبادل بالبيع والشراء لانه هو وحده الذي يتضمن رضا متبادلا consentement réciproque وتتوافر فيه جميع اركان البيع بحيث يعتبر بيعا vaut vente وتترتب عليه جميع آثار البيع من وقت انعقاده كانتقال الملكية وتبعة الهلاك (في القانون الفرنسي) والتزام المشتري بالثمن . أما الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد فلا ينطبق عليه نص المادة ١٥٨٩ ويجب الرجوع في شأنه الى القواعد العامة (بودري لاكانتينري) .

وبالعكس من ذلك ذهب فريق من الشراح الى ان هذا النص لم يقصد به الوعد المتبادل بالبيع والشراء بل الوعد الملزم لجانب واحد ، لان عبارة الرضا المتبادل التي وردت في النص معناها حصول الاتفاق على الشيء والثمن لا تبادل التعهد من الجانبين ، ولان الوعد المتبادل هو في حقيقته بيع فلم يكن يحتاج الى النص عليه بانه يساوي البيع vaut vente ، ولان المشرع قصد بهذه العبارة الاخيرة أن يقرر ان الوعد بالبيع ينتج ـ بعد قبول الموعود له الشراء ـ جميع آثار البيع دون حاجة الى ابرام

---

(١) يعتبر الاستاذ السنهوري وكذلك الاستاذ حشمت ابو ستيت ان الوعد الملزم للجانبين هو والعقد الابتدائي شيء واحد (انظر السنهوري في الوسيط جـ ١ بند ١٣١ وما بعدها ، جـ ٤ ص ٨١ هامش ١ ، ابو ستيت ، في نظرية الالتزام ط ٢ سنة ١٩٥٤ ص ٩٨ هامش ١) ، مع ان المقصود بالعقد الابتدائي في المعاملات العقارية انما هو العقد الذي يحرر لاثبات التعاقد بالبيع بين الطرفين في انتظار اعدادهما العقد النهائي الذي تستوفي فيه اجراءات الشهر وهو يختلف عن الوعد بالبيع الملزم للجانبين في انه بيع تام تترتب عليه من وقت انعقاده جميع آثار البيع عدا انتقال ملكية العقار المبيع .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

عقد جديد بين الطرفين ، وذلك حسما لخلاف كان قائما بين شراح القانون الفرنسى القديم فيما يتعلق بجزاء امتناع الواعد بالبيع عن تنفيذ التزامه بابرام البيع حيث كان بعضهم يقول بأن التزام الواعد يستحيل فى هذه الحالة الى تعويض نظرا لتعذر التنفيذ العينى الجبرى والبعض الآخر يقول بامكان هذا التنفيذ عن طريق الحكم على الواعد بالبيع بتسليم المبيع أو على الواعد بالشراء بدفع الثمن ، فأراد المشرع أن ينص صراحة على الاخذ بهذا الرأى الاخير (بلانيول) .

وذهب فريق ثالث الى أن المادة ١٥٨٩ تشمل الوعد المتبادل بالبيع والشراء كما تشمل الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، لان نصها وحكمها يتسعان للنوعين ، فعبارة « الرضا المتبادل على الشيء وعلى الثمن » تنطبق على كلا النوعين لانها لا تفيد اشتراط التعهد من الجانبين بل مجرد الاتفاق بين الطرفين على الشيء وعلى الثمن . وكذلك عبارة « الوعد بالبيع يعتبر بيعا » تنطبق على الحالتين ويقصد بها أن عقد الوعد سواء أكان ملزما لجانب واحد أم كان ملزما للجانبين ينتج آثار البيع ويغنى عن ابرام عقد جديد متى قبل الموعود له الشراء أو البيع ، وغاية الامر أنه يجب التمييز فى الوعد المتبادل بين حالتين حالة الوعد بالبيع وبالشراء مع تعيين مدة معينة لقبول البيع أو الشراء ، وحالة الوعد المتبادل دون تعيين مدة . ففى الحالة الاخيرة لايكون اتفاق الطرفين مجرد وعد بالبيع بل بيعا تاما ، ولا عبرة بتسمية الطرفين اياه وعدا لان ارادة كل منهما اتجهت الى البيع معلقا على قبول الطرف الآخر ، وقد تحقق هذا القبول فى الوقت ذاته ، فلا يكون ثمة تعليق وينتج البيع آثاره فى الحال دون أن يعتبر داخلا فى حكم المادة ١٥٨٩ مدنى فرنسى . أما فى الحالة الاولى فلاتكون ارادة الطرفين متجهة الى البيع فى الحال لان تعيينهما مدة يفيد انهما ينتظران قبولا يصدر من أحدهما بابرام البيع فلا يكون اتفاقهما الا وعدا متبادلا ملزما الجانبين ، وتنطبق عليه المادة ١٥٨٩ كما تنطبق على الوعد الملزم جانبا واحدا (بيدان) .

وقد اخذ هذا الفريق الاخير من الشراح على النص الفرنسى انه لم يشترط فى الوعد بالبيع تعيين مدة يجب فيها ابرام العقد الموعود به وقالوا بافتراض المدة دائما فى الوعد الملزم لجانب واحد ، وبامكان تعيينها استنادا الى اتفاق الطرفين عليها صراحة أو ضمنا ، والا فيجوز للواعد أن يحدد بعد الوعد مدة وأن يعلن الموعود له بهذا التحديد ، فيقبله هذا أو يعارض فيه فتحدد المحكمة المدة المعقولة . وكذلك فى الوعد المتبادل اذا لم يكن

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الاستدلال على أن الطرفين لم يقصدا ابرام البيع فى الحال دون حاجة الى ارادة جديدة تصدر من احدهما بل قصدا ابرامه فى المستقبل وبقبول جديد يصدر من أيهما .

وفى التقنين المصرى الملغى لم يرد نص يقابل نص المادة ١٥٨٩ مدنى فرنسى ، فاتبعت الشراح والمحاكم المصرية (١) رأى الكثرة من شراح القانون الفرنسى ، واعتبرت الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء بيعا حقيقيا يترتب عليه من وقت انعقاده جميع آثار البيع من انتقال للملكية الى التزام بالثمن الخ كما اعتبرت الوعد بالبيع أو بالشراء من جانب واحد عقدا غير مسمى ينشىء التزاما بعمل شىء ، أى بابرام عقد بيع ، ولا تترتب عليه آثار البيع الا من وقت قبول الموعود له الشراء أو البيع ، وأجازت للواعد أن يعين للموعود له اجلا يستعمل فيه حقه فى الشراء ، فاذا لم يستعمل الموعود له هذا الحق فى الميعاد ، انقضى التزام الواعد .

ورأى واضعو التقنين المدنى المصرى الحالى الا يخصوا الوعد بالبيع بالنص ، وآثروا أن يضعوا فى باب الالتزامات بوجه عام أحكام الوعد بالتعاقد أيا كان نوعه حتى تسرى هذه الاحكام على الوعد بالبيع وعلى الوعد بالايجار وعلى الوعد بالرهن أو بالهبة أو غيرها من العقود ، فنصوا فى المادة ١٠١ مدنى على أن :

١ ـ الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو احدهما بابرام عقد

---

(١) وقالت فى ذلك محكمة اسيوط الجزئية انه وان كان القانون المصرى لم يجز الوعد بالبيع صراحة الا أنه يجب اعتباره صحيحا لانه لا يخالف النظام العام ولا يتنافى الآداب العامة (٤ ابريل ١٩٢٠ المجموعة ٢١ رقم ٤٧) .

انظر ايضا استئناف مصر ٨ فبراير ١٩٤٨ المحاماة ٣٠ ـ ١٠١٩ ـ ٤٥٧ ، الاسكندرية الوطنية ٢٥ يونية ١٩٣٨ المحاماة ١٩ ـ ٣٩٨ ـ ١٧٦ .

غير أن بعض الاحكام قد ذهبت الى غير ذلك حيث قررت أن مبدأ المادة ١٥٨٩ مدنى فرنسى الخاص بالوعد بالبيع الذى لم ينص عليه فى القانون الفرنسى الا للغضاء على مناظرات قديمة فى التشريع الفرنسى لا يمكن الاخذ به فى مصر لا سيما وأن روح الشريعة الاسلامية فى البيع تنافى ذلك ، وبناء عليه لا يترتب على الوعد بالبيع فى القانون المصرى أى أثر للبيع ، وانما يترتب عليه فقط تعهد بفعل أمر من جانب الواعدين (بنى سويف الابتدائية ١٥ سبتمبر ١٩١٩ المجموعة ٢١ رقم ٩٦ ، مصر الجزئية ٥ مايو ١٩٢٥ المحاماة ٥ ـ ٣٤١ ـ ١٠٢) .

انظر فى الوعد بالتعاقد فى الشريعة الاسلامية ، ثروت حبيب ، فى الالتزام الطبيعى ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة سنة ١٩٦١ ص ١٩٣ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

معين فى المستقبل لا ينعقد الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التى يجب ابرامه فيها .

٢ - واذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته ايضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هذا العقد » .

ونصوا فى المادة ١٠٢ على انه « اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم منى حاز قوة الشىء المقضى به مقام العقد » .

ويبين من ذلك ان المشرع المصرى الحديث قد ساوى فى هذه النصوص بين الوعد المتبادل الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين بابرام عقد معين فى المستقبل وبين الوعد الملزم لجانب واحد الذى يعد بموجبه أحد المتعاقدين فقط بابرام عقد معين فى المستقبل ، سواء من حيث الشروط الواجب توافرها فى الوعد ، أو من حيث الاثر الذى يمكن أن يترتب على الوعد وبخاصة امكان تنفيذه عينيا بغير ارادة المدين .

ولذا يتعين علينا أن نُدرس أولا الشروط الواجب توافرها فى انعقاد الوعد بالبيع فى اية صورة من صوره ، ثم نعرض احكام كل نوع من أنواع الوعد بالبيع على حدة .

§ ١ - اركان الوعد بالبيع (١)

٥٢ - اركان الوعد بالبيع ثلاثة - يخلص من نص المادة ١٠١ فقرة اولى مدنى انه يشترط فى انعقاد الوعد بالبيع فى اى صورة من صوره :

(أولا) حصول الاتفاق على طبيعة الوعد .

(ثانيا) تعيين جميع المسائل الجوهرية لعقد البيع وهى المبيع والثمن .

(ثالثا) تعيين المدة التى يجب فيها ابرام البيع .

---

(١) يلاحظ ان محل الوعد هو العقد الموعود به وان سبب التزام الواعد هو رغبته فى تثبيت ايجابه لمصلحة الموعود له (فى هذا المعنى دولوميز ص ٦٧ وما بعدها) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما الاتفاق على طبيعة الوعد فيقتضى أولا تبادل ايجاب وقبول متطابقين .

وقد تقدم أن الايجاب وحده لا يعتبر وعدا بالبيع بل لابد لتمام الوعد من قبول من وجه اليه . ويشترط أن يكون الايجاب والقبول متطابقين فيما يتعلق بماهية الوعد والاثر المقصود منه . فاذا عرض الموجب أن يرتبط مع الطرف الآخر بوعد متبادل وقبل الآخر أن يربط الاول بوعد بالبيع ملزم لجانب واحد ، فلا ينعقد بينهما وعد متبادل ولا وعد ملزم لجانب واحد لعدم اتفاقهما على طبيعة الوعد . وكذلك اذا صدر الايجاب بوعد بالتفضيل واتجهت ارادة الطرف الآخر الى قبول وعد بالبيع ملزم لجانب واحد ، فلا ينعقد الوعد بالتفضيل ولا الوعد بالبيع .

وغنى عن البيان انه يشترط فى صحة كل من الايجاب والقبول أن يكون صادرا من ذى أهلية له وأن يكون خاليا من عيوب الرضا .

فاذا كان الوعد ملزما جانبا واحدا ، فان المنطق يقتضى أن تتوافر فى الواعد أهلية الاعمال القانونية الضارة ضررا محضا ، ولكن لان ضرر الواعد فى هذه الحالة ينحصر فى التزامه بابرام عقد بيع ، فيكتفى فيه بالاهلية اللازمة لهذا العقد الاخير ، وهى أهلية الاعمال الدائرة بين النفع والضرر . ويجب أن تكون له هذه الاهلية وقت الوعد ، ولا يكفى أن تتوافر وقت تحويل الوعد الى بيع بابداء الموعود له رغبته فى الشراء لان الوعد يلزم الواعد بأن يبيع بمجرد طلب الموعود له الشراء ودون صدور ارادة جديدة منه ، فتشترط فيه منذ الوعد الاهلية اللازمة للعقد الموعود به (١) . أما الموعود له ، فلأنه لا يلتزم وقت الوعد بشىء ، تكفى فيه عند عقد الوعد أهلية الاغتناء ولكن يشترط أن تتوافر فيه عند قبوله الشراء أهلية الاعمال الدائرة بين النفع والضرر لان هذا القبول تترتب عليه جميع آثار البيع فلا يصح صدوره الا ممن كانت له أهلية التعاقد بالبيع (٢) .

وفيما يتعلق بشرط سلامة الرضا أى خلوه من العيوب ، فانه يجب توافره فى الواعد وقت الوعد ، وفى الموعود له وقت الوعد ووقت قبوله الشراء ايضا ، لان البيع يتم من جانب الواعد بموجب ارادته المكونة للوعد فحسب ومن جانب الموعود له بموجب ارادتين : الاولى هى التى انعقد

---

(١) و (٢) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٦٢ ؛ توفيق فرج نبذة ٤٠ ص ٨٣ ؛ خميس خضر ص ٦٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بها الوعد والثانية هى التى قبل بهاالبيع ، فتعين أن تكون هذه الارادات الثلاث خالية من عيوب الرضا .

واذا كان الوعد متبادلا ، وجب أن تتوافر فى كلا الطرفين أهليةالاعمال الدائرة بين النفع والضرر من وقت ابرام الوعد ، ولا تكفى فى أيهما أهلية الاغتناء لان كلا منهما يلتزم بالوعد المتبادل . ووجب أن تتوافر هذه الاهلية نفسها وقت قبول البيع أو الشراء أيضا فى الطرف الذى يستعمل حقه فى هذا القبول ، ولا يلزم توافرها فى الطرف الآخر وقت هذا القبول لان عقد البيع انما يتم بموجب ارادته الاولى المكونة للوعد . وفيما يتعلق بشرط سلامة الرضا يلزم توافره فى الارادتين اللتين انعقد بهما الوعدوكذلك فى ارادة من يقبل منهما البيع أو الشراء .

ولايكفى فى انعقاد الوعد بالبيع الاتفاق على طبيعته ، بل يجب أن يتناول الاتفاق أيضا جميع المسائل الجوهرية لعقد البيع (١) أى أن يتم تعيين المال الموعود ببيعه وثمن البيع بالطريقة التى يجب تعيينهما بها فى

---

(١) نقض مدنى ٢٣ يناير ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ - ١١٥ - ٢٢ وقد جاء فيه انه يشترط لانعقاد الوعد بالبيع سواء فى القانون المدنى القديم أو فى القانون القائم اتفاق الواعد والموعود له على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به فضلا عن المدة التى يجب فيها على الموعود له اظهار رغبته فى الشراء وذلك حتى يكون السبيل مهيئا لابرام العقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له دون حاجة الى اتفاق على شىء آخر . والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان البيع وشروطه الاساسية التى يرى العاقدان الاتفاق عليها والتى كان يتم البيع بدونها - فاذا كان الطرفان قد أفصحا فى البند الرابع من عقد البيع المبرم بينهما الذى اعتبره الحكم المطعون فيه متضمنا وعدا من جانب الحكومة ببيع خمسمائة فدان ثانية للمطعون عليه عن وجود شروط اخرى - الى جانب الشروط الواردة فى العقد - لم يعينها الطرفان وانما تركا لوزارة المالية وضعها عند ابرام بيع هذه الصفقة ، وكان حرص الحكومة على الاشارة فى العرض الى تلك الشروط يدل على أنها تعتبرها من الشروط الجوهرية للبيع والتى بدونها لا تقبل ابرامه ، فان اظهار المطعون عليه رغبته فى الشراء لا يؤدى بذاته الى انعقاد بيع تلك الصفقة بل لا بد لذلك من تعيين الشروط التى اتفق الطرفان على ترك امر وضعها لوزارة المالية ومن قبول المطعون عليه لها بعد اطلاعه عليها ، ومن ثم فان الحكم المطعون فيه اذ اعتبر الاتفاق الوارد فى البند الرابع من العقد وعدا ببيع الخمسمائة فدان الثانية وذلك مع خلوه من بيان بعض شروط البيع الجوهرية واذ انتهى الحكم الى اعتبار بيع هذه الصفقة قد تم صحيحا باظهار المطعون عليه رغبته يكون قد أخطأ فى القانون وخرج بقضائه عما اتفق عليه المتعاقدان ، وفى هذا المعنى أيضا توفيق فرج ثبذة ٤٠ ص ٨٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

عقد البيع ذاته (١) .

فيجوز تعيين المبيع بأوصاف معلومة للطرفين تكفى لتحديده ، وكذلك يجوز فى تعيين الثمن الاكتفاء ببيان طريقة تعيينه مستقبلا كتعيين شخص ثالث يتولى تحديد الثمن او الاتفاق على ان يكون الثمن قيمة مقدار معين من القطن محسوبة بسعر البورصة فى تاريخ متفق عليه . . الخ . ولا يلزم الاتفاق فى عقد الوعد على طريقة دفع الثمن أو آجال الدفع ، بل يجوز ترك ذلك لاحكام القانون أو ارجاء الاتفاق عليه الى حين ابرام عقد البيع ، وعندئذ فاما ان يتفق الطرفان على هذه المسائل المعلقة ، واما ان يختلفا فى شانها فيقضى فيها القاضى وفقا لاحكام المادة ٩٥ مدنى كما تقدم .

اما المدة التى يجب فيها ابرام العقد ، فقد تقدم أن القانون الفرنسى لم يشترط تعيينها فى الوعد (٢) . ولذا لم يعتبر هذا التعيين ركنا لازما لانعقاد العقد ولم يرتب الشراح والمحاكم على عدمه بطلان الوعد ، بل اعتبروا الوعد المطلق صحيحا يجيز للموعود له ان يقبل الشراء فى اى وقت ، ولكنهم اجازوا للواعد أن يلجأ الى القضاء لوضع حد لارتباطه بوعده . ومتى عين القضاء مدة وجب على الموعود له أن يستعمل حقه فى الشراء فى خلال هذه المدة والا سقط الوعد . بل اجازوا للواعد أن يحدد بنفسه أجلا للموعود له وان يعلمه به لكى يستعمل فيه حقه ، فيعتبر هذا الاجل متفقا عليه ما لم يعترض عليه الموعود له ويرفع أمره الى القضاء ويحصل على تحديد أجل ابعد من الاول .

ولم يكتف واضعو التقنين المدنى الحالى بذلك ، بل اشترطوا لانعقاد الوعد أن يتفق فيه على المدة التى يبرم فيها العقد الموعود به . فاذا لم تعين هذه المدة ، لم ينعقد العقد أو وقع باطلا بطلانا اصليا ولم يترتب عليه اى اثر ، فلا يجوز للواعد ان يعين هو من تلقاء نفسه مدة يعلن بها الموعود له ، ولا يجوز للمحكمة أن تكمل العقد بتحديدها مدة يستعمل فى خلالها الموعود له حقه فى الشراء .

غير أن الاتفاق على المدة التى يجب فيها ابرام العقد لا يشترط أن يكون صريحا ، بل يجوز أن يكون ضمنيا ، فيجوز للقاضى أن يستخلص

---

(١) انظر أسيوط الابتدائية ٣ يناير ١٩٣٤ المحاماة ١٤ - ٢ - ٤٩٨ - ٦٠ المجموعة ٣٥ - ٥ - ١٢٠ .

(٢) راجع نبذة ٥٠٠ ، وكذلك فهل القانون اللبنانى انظر توفيق فرج نبذة ٤٠ ص ٨٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

من ظروف الاتفاق على الوعد أن الطرفين قصدا تحديده بمدة معينة ، فيكفى ذلك لاعتبار الوعد منعقدا وعدم الحكم ببطلانه .

فاذا ورد الوعد بالبيع مثلا فى ضمن عقد ايجار ، أمكن أن يستفاد من ذلك أن مدة الوعد بالبيع هى مدة الايجار ذاتها ، اذ الغالب أن يكون قصد الطرفين من هذا الوعد اعطاء المستأجر رخصة الزام المؤجر بأن يبيع اليه العين المؤجرة عند انتهاء مدة الايجارة اذا رغب المؤجر عن تجديد الاجارة او اشترط رفع الاجرة لذلك . ولكن أتمتد مدة هذا الوعد بالبيع اذا أمتدت الاجارة أو تجددت ؟

لا شك فى أن المرجع فى ذلك نية الطرفين . فاذا ثبت انهما قصدا اعطاء المستأجر رخصة الشراء طالما بقى مستأجرا ، امتدت مدة الوعد بالبيع تبعا لامتداد مدة الايجار ، والا وجب تفسير الاتفاق لمصلحة الملتزم بالوعد واعتبار مدة التزامه مقصورة على مدة الاجارة الاصلية .

ولا يشترط أن تتجه ارادة الطرفين فى وقت ابرام الوعد بالبيع نحو امتداد مدته تبعا لامتداد مدة الاجارة ، بل يكفى أن يتجه قصدهما الى ذلك وقت تجديد الاجارة أو امتدادها .

واذا ثبت للقاضى فى أى حالة من حالات الوعد بالبيع أن الطرفين قصدا تحديد الوعد بمدة ولم يتبين له حقيقة هذه المدة ، جاز له أن يعتبرهما قد اتفقا على المدة المعقولة وثبت له حق تحديد هذه المدة .

هذه هى الاركان المشتركة الواجب توافرها فى جميع صور الوعد بالبيع أو بالشراء (١) ، وسنعرض فيما يلى لكل واحدة من هذه الصور على حدة .

---

(١) ولا يحتاج الوعد بالبيع الى شكل يصب فيه ، لان البيع عقد رضائى ، فيكون الوعد بالبيع كذلك رضائيا ولو اشترط المتعاقدان فى الوعد بالبيع عدم انعقاد البيع بعد قبول الموعود له الشراء الا بورقة رسمية ، لان اشتراط الرسمية فى عقد البيع فى هذه الحالة وليد ارادة العاقدين وليس مفروضا بحكم القانون فيتم الوعد بالتراضى ويجوز الحصول بمقتضاه على حكم يقوم مقام العقد الرسمى ، خلافا للوعد بعقد من العقود الشكلية التى فرض لها القانون شكلا معينا اذ لا يمكن الحصول بموجبه على حكم يقوم مقام العقد الشكلى (فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٦١ هامش ٢) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

§ ٢ ـ احكام الوعد بالبيع فى صوره المختلفة

٥٣ ـ (١) الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد : (١) ماهيته واهمية العملية وتكييفه القانونى ـ يتم الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد بأن يعد شخص أن يبيع الى آخر عينا معينة بثمن معلوم اذا قبل الآخر ان يشترى بهذه الشروط خلال مدة معينة ، فيقبل الطرف الآخر أن يربط الاول بهذا الوعد دون أن يرتبط هو بشىء (١) .

ولهذا النوع من الوعد اهمية عملية كبيرة لانه يسد حاجة محققة فى التعامل . ومن أمثلته الوعد بالبيع الوارد فى ضمن عقد ايجار ، كما اذا اراد شخص اقامة مشروع صناعى او تجارى وكان يحتاج فى اقامته الى ارض وبناء يكلفانه جزءا كبيرا من رأسماله الذى خصصه لهذا المشروع ، فانه يستطيع أن يكتفى باستئجار الارض والبناء من مالكهما وان يحصل منه على وعد بالبيع ، فيتفادى بذلك تعطيل جزء مهم من رأس ماله فى شراء العقار ويضمن فى الوقت ذاته عدم استبداد المالك به عند نهاية الاجارة الاولى لانه يستطيع هو اذا رفض المالك تجديد الاجارة أو طلب زيادة كبيرة فى الاجرة أن يتمسك بحقه فى شراء العين بالثمن المتفق عليه فى الوعد بالبيع . بل ان هذا الشخص يستطيع أن يحصل من الملاك المجاورين لمشروعه على وعد ببيع املاكهم له فى مدة معينة كى يضمن لنفسه امكان توسيع مشروعه مستقبلا اذا نجح المشروع واقتضى نجاحه هذا التوسع . والغالب أن يستقل الوعد بالبيع فى هذه الحالة الاخيرة عن عقد الايجار ، ولكن لا مانع من أن يرتبط به اذا قبل الواعدون ذلك .

ومن تطبيقات الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ايضا حالة البيع بشرط المذاق ، فقد تقدم انه لا يعتبر فى القانون المصرى بيعا تاما بل مجرد وعد بالبيع يلزم الواعد بتمكين الموعود له من المذاق وبالبيع اليه اذا هو قبل الشراء بعد المذاق ولا يلزم الموعود له بشىء (٢) .

---

(١) فلا يعتبر وعدا بالبيع التعهد المقتصر على وعد من جانب واحد بالحصول لصالح شخص آخر على موافقة مالك ارض معينة يبيعها بثمن معين [فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٢ مايو ١٩٣١ (٤٣ ص ٣٨٥) المحاماة ١٢ ـ ٩٠٩ ـ ٤٥٩] .

(٢) انظر ما تقدم فى نبذة ٤٠ ص ٦٦ ، وايضا اسماعيل غانم ص ٩٣ ، خميس خضر نبذة ٤٠ ص ٧١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومنها أيضا أن يتعهد المشترى من الحكومة فى عقد البيع بأن يرد اليها كل ما اشتراه منها أو بعضه فى نظير ما يقابله من الثمن المتعاقد عليه اذا رأت الحكومة ضرورة ذلك للمنفعة العامة فى مدة معينة ، فيعتبر ذلك وعدا بالبيع ملزما هذا المالك بأن يبيع للحكومة ما اشتراه منها بالثمن الذى اشترى به اذا طلبت هى ذلك فى خلال المدة المحددة (١) .

وقد اختلف الشراح فى تكييف الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، فمنهم من اعتبره بيعا معلقا على شرط واقف هو استعمال الموعود له حقه فى الشراء ، ومنهم من نازع فى صحته بمقولة انه عقد معلق على شرط ارادى فيقع باطلا ، ولكن جمهور الشراح على أنه عقد صحيح غير مسمى أى أنه عقد صحيح متميز عن عقد البيع وله أحكامه الخاصة به (٢) .

والرأى الاول يترتب عليه أن يكون لقبول الموعود له الشراء أثر رجعى من وقت ابرام العقد . وهو مردود بأن البيع المعلق على شرط يفترض توافق الارادتين منذ ابرامه على البيع والشراء أى على انشاء التزامات البائع فى ذمة أحد الطرفين والتزامات المشترى فى ذمة الطرف الآخر ، مع تعليقها الى حين تحقق الشرط . وقد تقدم أن ارادة الواعد والموعود له لا تتجه الى شىء من ذلك ، فلا يمكن أن يعتبر الوعد الذى حصل بينهما بيعا معلقا على شرط (٣) .

والرأى الثانى مردود بأن الوعد بالبيع وعد منجز غير معلق على شرط أصلا لانه يلزم الواعد من وقت ابرام العقد الى حين انتهاء المدة المعينة فيه ، وبانه حتى اذا تجاوزنا عن ذلك فان الشرط الارادى الذى يبطل العقد بسببه هو الشرط الذى يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم لا الشرط الذى يجعل وجود الالتزام متوقفا على ارادة الدائن (المادة ٢٦٧) .

والصواب هو رأى الجمهور ، فيتعين أن ندرس آثار الوعد بالبيع باعتباره عقدا غير مسمى وأن نبدأ بدراسة الآثار المترتبة على هذا الوعد

---

(١) مصر الابتدائية (بهيئة استئنافية) ٥ ديسمبر ١٩٢٨ المجموعة ٣٠ — ١٠١ — ٤٢ وانظر مثلين آخرين فى نقض مدنى ٢٩ ابريل ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ٦١٣ ، ونقض ١٥ ديسمبر ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ — ١٠٣ — ٣٠ .

(٢) انظر اسيوط الجزئية ٤ ابريل ١٩٢٠ المجموعة ٢١ رقم ٤٧ .

(٣) فى هذا المعنى اسماعيل غانم ص ٨٩ وص ٩١ ، جاك الحكيم نبذة ٥٠ ص ٣٦ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فى ذاته ثم ندرس الآثار التى تترتب على استعمال الموعود له حقه فى الشراء أو على عدم استعماله اياه .

٥٤ - (أ) آثار الوعد بالبيع فى ذاته - ينشىء الوعد بالبيع فى ذمة الواعد التزاما بابرام البيع اذا طلب الموعود له ذلك فى المدة المتفق عليهـا ، ويقابل هذا الالتزام حق شخصى للموعود له يخوله مطالبة الواعد بابرام العقـد .

فالوعد بالبيع لا يخول الموعود له حقا عينيا على المال الموعود ببيعه بل حقا شخصيا فقط قبل الواعد . ويترتب على ذلك أن ملكية المال المذكور تبقى للواعد (١) ولكن يجوز للموعود له أن يتخذ الاجراءات اللازمة للمحافظة على حقه الشخصى أو لافادته منه .

ويتفرع على بقاء الملكية للواعد النتائج الآتية (٢) :

(١) تكون ثمار المال الموعود ببيعه ونماؤه وحاصلاته ملكا للواعد .

(٢) وتكون التصرفات الصادرة من الواعد الى الغير فى المال الموعود به صحيحة نافذة فى حق الموعود له . فاذا باع الواعد هذا المال الى شخص ثالث ونقل اليه ملكيته ، كان هذا البيع نافذا فى حق الموعود له ، فلا يجوز للاخير حتى بعد قبوله الشراء أن يدعى على هذا المال اى حق . وغاية الامر انه يجوز له أن يطعن على هذا التصرف بالدعوى البولصية اذا توافرت فيه شروطها (٣) ، واهمها علم المتصرف اليه بالوعـد بالبيع الذى حصـل الاخلال به (٤) .

---

(١) فى هذا المعنى توفيق فرج نبذة ٤٢ ص ٨٥ و٨٦ ، وهو يشير الى حكم القـانون اللبنانى الذى يفرق فى ذلك بين المنقول والعقار - نبذة ٤٣ و ٤٤ (المادتان ٤٩٥ موجبـات و ٢٢٢ من قانون الملكية العقارية) وقد نظم القانون اللبنانى اجراءات قيد احتياطى للمحافظة على حقوق الموعود له ببيع عقار (انظر توفيق فرج نبذة ٤٥ وكذلك فعل القانون السورى انظر جاك الحكيم ص ٤٣) .

(٢) انظر فى ذلك ايضا جاك الحكيم ص ٤٦ .

(٣) السنهورى فى الوسيط حـ ٤ ص ٦٤ ، وقارن البدراوى نبذة ٩٩ ، جميـل الشرقاوى نبذة ٣٣ . انظر عكس ذلك اسماعيل غانم فى ص ٩١ وهو يرى أن يحتاط الموعود له فى عقد الوعد بالنص على منع الواعد من التصرف فى محل الوعد بالبيع طوال مدة الوعد، حتى اذا أخل الواعد بذلك وتصرف للغير جاز ابطال تصرفه لمخالفته الشرط المانع (ويشير فى ذلك الى مؤلفه فى أحكام الالتزام جـ ١ سنة ١٩٥٦ ص ٢١٣ هامش ٢) .

(٤) بلانيول وريبير وبولانجيه جـ ٢ نبذة ٣٤٨ و ٨١٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

(٣) واذا هلك المال الموعود ببيعه بقوة قاهرة ، فان كان الهلاك كليا انقضى التزام الواعد لاستحالة الوفاء به وانقضى تبعا له حق الموعود له فى التمسك بالوعد وقبول الشراء . وان كان الهلاك جزئيا ، تم ينقض التزام الواعد وجاز للموعود له أن يستعمل حقه فى شراء الباقى دون هلاك بالثمن المسمى فى الوعد دون نقصان ، لان عقد البيع لا ينعقد فى هذه الحالة الا بعد الهلاك فيكون محله هو الباقى فقط من المال الموعود ببيعه ، ولان هذا العقد انما يتم تنفيذا لعقد الوعد الذى لم يقبل فيه الواعد البيع الا بالثمن المسمى به كله ، فيجب أن يتم البيع بهذا الثمن المسمى (١) والمشترى بعد بالخيار بين القبول والرفض . واذا حدثت فى المبيع زيادة ، فاما أن تكون الزيادة فى القيمة دون المقدار كالزيادة التى تنشأ من تصقيع الارض ، واما أن تكون زيادة فى المقدار كاقامة مبان أن منشآت جديدة . ففى الحالة الاولى يتم البيع بالسعر المسمى فى عقد الوعد ، أما فى الثانية فتكون الزيادة من حق الواعد ولا يجبر على تسليمها الا فى مقابل زيادة الثمن .

ويتفرع على كون حق الموعود له حقا شخصيا النتائج الآتية :

(١) أن عقد الوعد بالبيع لا يخضع لضرورة التسجيل ولو كان محله عقارا .

(٢) وانه اذا نزعت ملكية العقار الموعود ببيعه للمنفعة العامة ، فان ثمن نزع الملكية يكون من حق الواعد وحده باعتباره مالكا ، ولا يكون للموعود له أى حق فيه (٢) . ومتى تم نزع الملكية صار التزام الواعد مستحيلا دون خطأ منه ، فينقضى الوعد ولا يكون الواعد ملزما بتعويض الموعود له (٣) .

(٣) وانه يجوز للموعود له باعتباره دائنا أن يتفق مع الواعد على أن يرتب له رهنا على العقار الموعود به تأمينا للوفاء بالوعد . ويقدر فى الرهن مبلغ التعويض الذى يستحقه الموعود له عن الاخلال بالوعد ، فيجوز

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى جـ ٤ ص ٦٤ هامش ١ ، أنور سلطان نبذة ٧٦ ، كامل مرسى نبذة ٤١ ص ٧٥ .

(٢) السنهورى جـ ٤ ص ٦٥ هامش ١ .

(٣) نقض مدنى ١٣ يناير ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ٢ - ٢٤٠ - ٨٤ المحاماة ١٨ - ٧١٤ - ٣٤٧ المجموعة ٣٩ رقم ٨٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عندئذ للموعود له أن يحتج بحقه على الغير الذين يتصرف لهم الواعد اضرارا به .

(٣) وانه يجوز للموعود له أن يتصرف للغير فى حقه الشخصى ، ويكون ذلك وفقا لاحكام حوالة الحق (١) اى بقبول الواعد الحوالة أو باعلانه بها (المادة ٣٠٥) ما لم يثبت أنه كان لشخص الموعود له اعتبار فى عقد الوعد أو أن نية الطرفين انصرفت الى عدم جواز النزول عن حق الموعود له الى الغير أو الى عدم جوازه الا برضا الواعد ، فلا يكتفى باعلان الواعد ويلزم قبوله (٢) ، وينتقل حق الموعود له بالميراث الى ورثته (٣) .

(٥) وانه يجوز للموعود له القيام بالاعمال اللازمة للمحافظة على حقه، كاستعمال حقوق الواعد من طريق الدعوى غير المباشرة ، والمطالبة بمنع الواعد نفسه من اتلاف المال الموعود ببيعه فيجوز له أن يرفع باسم الواعد دعاوى الحيازة وان يقطع التقادم المكسب السارى لمصلحة الغير وان يطلب تعيين حارس على الدار المبيعة اذا شرع الواعد فى هدمها الخ (٤) .

---

(١) توفيق فرج نبذة ٤٦ ص ٩٢ .

(٢) ديلوميز ص ٢٨ . وتظهر فائدة الموعود له فى النزول عن حقه الى الغير فى الحالة التى تكون فيها قيمة المال الموعود ببيعه قد ارتفعت فى الفترة ما بين الوعد والاجل المعين لابرام البيع . فاذا كان الموعود له لا يرغب فى الشراء أو ليس لديه المال اللازم لذلك ، امكنه ان يجد من يرغب فى شرائه بالثمن المسمى فى عقد الوعد ، ونزل اليه عن حقه فى شراء المال المذكور بهذا الثمن فى مقابل جزء من زيادة القيمة .

ويبدى الشراح عادة تحفظا فيما يتعلق بهذه الحوالة ، فيقولون انها يجب أن لا تضر بحقوق الواعد ويرتبون على ذلك أن الموعود له يبقى ملزما بالثمن الى جانب المحال اليه اذا استعمل هذا حقه فى قبول الشراء ، غير اننا لا نرى محلا لذلك لان الفرض ان الوعد ملزم لجانب واحد وان الموعود له دائن وليس مدينا ، فاذا نزل عن حقه فلا محل بعد ذلك لجعله مسئولا عن الثمن ، لان الالتزام بالثمن لا ينشأ من عقد الوعد الذى كان الموعود له طرفا فيه ، وانما ينشأ من ابداء المحال اليه قبول الشراء . فعندئذ فقط يتم عقد البيع وينشأ الالتزام بالثمن فى ذمة المشترى . ولا ضرر على البائع من ذلك لانه يملك حبس المبيع الى حين وفاء الثمن ، ويملك ايضا فسخ البيع لعدم وفاء الثمن . ولا يضار الواعد بالحوالة الا اذا كان قد وعد بالبيع بثمن مؤجل كله أو بعضه ولكن فى هذه الحالة يمكن القول بان شخص الموعود له كان محل اعتبار فى الوعد وان الحوالة لا يجوز بناء على ذلك أن تتم الا بقبول الواعد .

(٣) انظر تعليق J. Ch. Laurent على حكم استئناف بوانييه ٢٠ يناير ١٩٥٤ فى مجلة الاسبوع القانونى ١٩٥٤ ص ٨٠٦٤.

(٤) السنهورى جـ ٤ ص ٦٥ هامش ، توفيق فرج نبذة ٤٦ ص ٦٣.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٥٥ - استعمال الموعود له حقه فى قبول الشراء - للموعود له الحق فى قبول الشراء فى اى وقت من المدة المتفق عليها لذلك .

ويجب ان يكون هذا الحق حقا خالصا له بحيث تكون له الحرية التامة فى استعماله دون مقابل أو تركه دون جزاء . فاذا اتفق فى الوعد على ان يلتزم الموعود له بدفع مبلغ معين اذا لم يقبل الشراء ، فان هذا الاتفاق يكون مؤداه انشاء التزام على عاتق الموعود له بقبول الشراء ، وهذا الالتزام يخالف طبيعة الوعد الملزم لجانب واحد . ولذلك قضت المحاكم باعتبار مثل هذا الاتفاق لاغيا (١) .

وقد تقدم أن تعيين المدة يجوز أن يكون باتفاق صريح أو ضمنى أو أن يستنبطه القاضى من ظروف التعاقد (٢) ، فاذا رفض الموعود له الشراء كان ذلك ابراء منه للواعد من وعده ، وكذلك اذا ترك المدة المذكورة تنقضى دون أن يقبل الشراء (٣) .

أما اذا قبل الشراء قبل انقضاء المدة ، فان هذا القبول يحيل الوعد بالبيع الى بيع تام ، دون حاجة الى رضا جديد من جانب الواعد ، ذلك أن الاخير يعتبر منذ ان ارتبط بالوعد بالبيع قابلا البيع فى حين أن قبول الموعود له الوعد لم يكن قبولا بالشراء ، فاذا أضيف الى الوعد بالبيع هذا القبول بالشراء توافرت بذلك جميع عناصر البيع وترتبت فى ذمة العاقدين جميع آثاره .

ويجوز أن يكون قبول الموعود له الشراء صريحا او ضمنيا ، فيجوز أن يستفاد من تصرف الموعود له فى المال الموعود ببيعه ، فيعتبر هذا التصرف تعبيرا عن رغبة الموعود له فى تحويل الوعد الى بيع وينقل اليه الملكية من الواعد وينقلها منه الى من تصرف هو اليه (٤) .

---

(١) استئناف أورليان ٥ يناير ١٩٤٩ مجلة جوريسكلاسير الدورية ١٩٤٩ - ٢ - ٤٩٦٢ وتعليق فوازان .

(٢) نقض مدنى ٦ مايو ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ - ٨٣٤ - ١٢٤ وقد جاء فيه انه متى كان المطعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقارا للطاعن اذا قبل هذا الاخير ذلك وقام بدفع الثمن فى خلال مدة معينة ، فان الحكم لا يكون قد أخطأ اذ كيف هذا الاتفاق بانه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا انذار ولا تنبيه اذا انقضى الاجل دون أن يظهر الطاعن رغبته فى الشراء .

(٣) نقض مدنى ٦ يونية ١٩٤٦ فهرس احكام النقض فى ٢٥ سنة ص ٣٥١ نبذة ٤٨ وقد قضى بأن استخلاص محكمة الموضوع عدول الموعود بالبيع عن الشراء من طلبه من الواعد أن يؤجره أطيانا تشمل العين المتعاقد بينهما على بيعها استخلاص سائغ لا معقب عليه .

(٤) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٣١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويشترط فى جميع الاحوال أن تكون الرغبة التى يبديها الموعود له فى الشراء مطابقة لارادة الواعد التى عبر عنها فى وعـده مطابقة تامة فى كل المسائل الجوهرية التى تناولها التعاقد ، فاذا اقترنت هذه الرغبة بما يعدل فى الوعد فلا ينعقد العقد مالم يقبل الواعد هذا التعديل ، اذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة ايجاب جديد ، فلا ينعقد به العقد الا اذا صادفه قبول من الطرف الآخر (١) .

٥٦ — (د) آثار قبول الموعود له الشراء — متى قبل الموعود له الشراء نشأت فى ذمته التزامات المشترى وفى ذمة الواعد التزامات البائع ، اى ان البائع يصبح ملزما بنقل الملكية الى المشترى وبتسليمه المبيع وبضمانه ويصـير هذا ملزما بالثمن الذى اتفق عليه فى عقد الوعد بالبيع دون زيادة او نقصان ، فيستفيد الموعود له من زيادة قيمة المبيع فى هذه الاثناء (٢) .

فاذا تم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية ، سواء أتم هذا التنفيذ بقـوة القانون كما فى الاموال المنقولة الحاضرة المعينة بالذات والمملوكة للبائع ، أم اقتضى عملا يقوم به البائع كفرز المبيع المثلى او ايجاد المبيع الذى لم يكن موجودا من قبل او توقيع العقد اللازم للتسجيل اذا كان المبيع عقارا ، انتهى الامر ولم تنشـأ عن تحويل الوعـد بالبيع الى بيع تام اية صـعوبة خاصة ، وسرت على العلاقة بين الطرفين جميع احكام البيع العادية .

أما اذا لم يتم انتقال الملكية وكان انتقالها يستلزم عملا يقوم به الواعد ، كما فى بيع العقار حيث لا تنتقل الملكية الا بتسجيل لعقد وحيث يقتضى التسجيل وجود عقد مكتوب وموقع عليه من البائع توقيعا مصدقا عليه ، جاز للموعود له متى قبل الشراء مطالبة الواعد باعطائه عقد بيع موقع منه . فاذا امتنع البائع عن ذلك ، جاز للمشترى أن يطلب وفقا للمادة ٢ . ١ مدنى حكما باثبات التعاقد ، وقام هذا الحكم متى حاز قوة الامر المقضى مقـام العقد (٣) ، اى انه يجـوز تسجيله ويتم بهـذا التسجيل نقل الملكية من الموعود له (٤) .

---

(١) نقض مدنى ١٦ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ — ١٢٩١ — ٢٠٢ .

(٢) أما اذا نقصت قيمة المبيع ، فالغالب أن الموعود له لا يقبل الشراء بالثمن المسمى فى عقد الوعد الا اذا وجدت له مصلحة خاصة تبرر فى نظره تحمله الخسارة الناشئة عن نقص قيمة المبيع .

(٣) فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه جـ ٢ طبعة ١٩٥٢ نبذة ٢٤٢٠ ، ديلوميير ص ٨٨ . قرب فى هذا المعنى توفيق فرج ص ٩٤ .

(٤) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٦٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

واذا كان الوعد بالبيع فى هذه الحالة مدونا فى محرر يحمل توقيع الواعد توقيعا مصدقا عليه ، جاز للموعود له أن يستغنى عن استصدار حكم يقوم مقام عقد البيع بأن يسجل عقد الوعد المصدق عليه واقرارا منه مصدقا عليه أيضا بقبوله الشراء بناء على ذلك الوعد ، فيقوم تسجيل هاتين الوثيقتين مقام تسجيل عقد البيع .

هذا اذا كان انتقال الملكية لا يزال ممكنا . أما اذا كان الواعد قدتصرف الى الغير فى المال الموعود به ، فان التزام الواعد بنقل الملكية يصبح مستحيلا استحالة ترجع الى اخلال الواعد بوعده . فيلزم الواعد بالتعويض عن هذا الاخلال (١) . وقد تقدم أن الموعود له لا يستطيع أن يحتج بحقه على المتصرف اليه لان حقه شخصى لا عينى (٢) .

غير أنه اذا كان المتصرف اليه على علم بالوعد بالبيع ، جاز التفكير فى ابطال التصرف الصادر اليه أضرارا بحق الموعود له . وقد أجازت المحاكم الفرنسية أحيانا الطعن فى هذا التصرف من طريق الدعوى البولصية ، وابطلت التصرف أحيانا أخرى باعتباره عملا غير مشروع من المتصرف اليه ضارا بالموعود له مستوجبا التعويض طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية وباعتبار ابطاله تعويضا عينيا ولكنها وجدت أن الموعود له لا يستطيع الالتجاء الى الدعوى البولصية اذا لم يكن تصرف الواعد قد سبب اعساره أو زيادة فى اعساره (٣) ، كما تبينت أن قواعد المسئولية التقصيرية لا تنطبق الا اذا كان المتصرف اليه مخطئا فى التعاقد مع الواعد ولو كان على علم بالوعد بالبيع (٤) ، فآثرت أن تؤسس هذا البطلان على قاعدة « الغش يفسد التصرفات» fraus omnia corrumpit ، ولم تكتف أول الامر بمجرد علم المتصرف اليه بالوعد بالبيع بل اشترطت لابطال التصرف أو لعدم نفاذه فى حق الموعود له أن يكون المتصرف اليه متواطئا

---

(١) أسيوط الجزئية ٤ ابريل ١٩٢٠ المجموعة ٢١ رقم ٤٧ . وفى هذا المعنى توفيق فرج ص ٩٣ ، جاك الحكيم ص ٤٢ . أما اذا استحال تنفيذ الوعد بسبب نزع ملكية المال بيعه للمنفعة العامة ، فتكون الاستحالة راجعة الى سبب اجنبى عن الواعد ، وينقضى التزامه ولا يلزم بتعويض (نقض مدنى ١٣ يناير ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٢٤٠ — ٨٤) .

(٢) أنظر نبذة ٥٤ ص ١٠٦ وما بعدها .

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ طبعة سنة ١٩٥٢ نبذة ٢٤٢٠ ، فرواسان فى رسالة من تولوز سنة ١٩٢٤ ص ٧٨ ، ديلوميز ص ١٥٢ .

(٤) موريل ، فى الاخلال بالوعد بالبيع ، فى ضمن المجموعة المهداة الى ذكرى كابيتان ص ٥٤١ وما بعدها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مع الواعد على الاضرار بالموعود له (١) . غير انها انتهت بالاكتفاء فى ذلك بثبوت علم المتصرف اليه بوجود حق الموعود له (٢) .

٥٧ — (هـ) ليس لقبول الشراء اثر رجعى — ويكون نشوء جميع آثار البيع ، حقوقا كانت او التزامات بما فى ذلك انتقال ملكية المبيع ، من وقت قبول الشراء لا من وقت حصول الوعد بالبيع ، اى أن القبول لايكون له اثر رجعى لان البيع لا يعتبر له وجود الا من وقت هذا القبول (٣) .

ويتفرع على ذلك ان تقدير الغبن ينظر فيه الى قيمة المبيع وقت قبول الموعود له الشراء لا وقت حصول الوعد وبالمقارنة بالثمن المسمى فى الوعد بالبيع (٤) ، وان الموعود له يستحق ثمار المبيع ونماءه من وقت ذلك القبول فقط .

٥٨ — (٢) الوعد بالتفضيل — الوعد بالتفضيل (٥) pacte de préférence صورة من صور الوعد بالبيع الملزم لجانب الواعد وحده ، ولكنه ليس وعدا باتا بل معلقا على شرط واقف ، هو التزام الواعد أن يبيع المال محل الوعد بالتفضيل ، وصورته أن يعد المالك شخصا آخر ان يعطيه الاولوية

---

(١) نقض فرنسى (عرائض) ١٢ يناير ١٩٢٦ دالوز الاسبوعى ١٩٢٦ — ١١٦ ، مدنى ١٣ نوفمبر ١٩٢٩ (دالوز ١٩٢٩ — ١ — ١٣١ ، انظر فى ذلك جاك الحكيم ص ٤٢ .

(٢) انظر نقض فرنسى (عرائض) ٢٨ اغسطس ١٩٤٠ سيرى ١٩٤١ — ١ — ١٠٣ ؛ مدنى ١٠ أبريل ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨ — ١ — ٤٢١ وتعليق لينوان . وفى هذا المعنى ايضا فرديبه ، فى الحقوق التمهيدية ص ١١٠ ، موريل فى المرجع المشار اليه وقد بين ان هذا الرأى يختلف عما ذهب اليه القضاء فى شأن المفاضلة بين البيوع المتتالية على اساس السبق فى التسجيل بشرط عدم التواطؤ وبرر اشتراط التواطؤ وعدم الاكتفاء بمجرد العلم لابطال التصرف المسجل بضرورة تزويد التسجيل باكبر فاعلية ممكنة .

(٣) بلانيول وريبير وهامل ج ١٠ نبذة ١٨١ مكرر ص ٢١٣ و ٢١٤ ، توفيق فرج نبذة ٣٩ ص ٨١ .

(٤) فى هذا المعنى كفاروك فاهل Cavaroc - Wahl فى الخبر فى الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٧ ص ٥٧١ .

(٥) راجع لالو فى الوعد بالتفضيل ، دالوز الاسبوعى ١٩٢٩ ص ٤٨ بحوث ، فواران فى الوعد بالتفضيل ، مجلة الاسبوع القانونى ١٩٥٤ D. ١١٩٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فى الشراء اذا ما عزم هو على بيع مال معين خلال مدة محدودة . فاذا قبل الموعود له هذا الوعد انعقد بينهما عقد لا يلتزم الواعد بموجبه أن يبيع الى الموعود له المال المتفق عليه الا اذا عزم على بيع هذا المال خلال المدة المعينة ، فانه حينئذ يكون ملزما أن يبيع الى الموعود له اذا قبل هذا ان يشترى بالثمن وبالشروط التى يقبل بها غيره ، ولا يجوز له ان يبيع الى غير الموعود له الا اذا رفض الاخير أن يستعمل حقه فى الاولوية .

ولأن هذا الوعد ليس متوقفا على ارادة الواعد وحده بل ايضا على الظروف التى تحمله على البيع ، لا يعتبر الشرط المعلق عليه الوعد شرطا ارادیا محضا ويقع الوعد صحيحا (١) .

ويحقق الوعد بالتفضيل اغراضا عملية كثيرة ، فهو يسمح مثلا للمستأجر الذى يرغب فى الاستقرار فى العين المؤجرة بأن يحقق رغبته من طريق الحصول من المؤجر على وعد بتفضيله على غيره اذا ما رغب فى بيع العين المؤجرة ، ويسمح لمن يبيع شيئا عزيزا عليه الى شخص بذاته أن يضمن الى حد ما عدم انتقال هذا الشيء الى أجنبى ، ويمكن ان يحقق المصلحة التى شرعت من أجلها الشفعة فى الأحوال التى لا تجوز فيها الشفعة ، كما اذا اشترى شخص احد عقارين غير متجاورين يملكهما آخر وكانت له مصلحة فى شراء العقار الثانى ولكن المالك لا يرغب مؤقتا على الاقل فى بيعه ، أمكن المشترى أن يحصل من البائع عند شراء العقار الأول على وعد باعطائه الأولوية فى الشراء اذا ما رغب البائع بعد ذلك فى بيع العقار الثانى ، وتيسر له بذلك عند ما يعتزم مالك هذا العقار بيعه ان يلزمه ببيعه اليه بدلا من بيعه الى شخص آخر .

ولا يجوز الطعن فى صحة هذا الوعد بانه لا يتضمن تعيين الثمن ، لان هذا الاتفاق ان كان لا يعين الثمن تعيينا مباشرا ، فانه يتضمن طريقة تعيينه وهى أن يكون الثمن أعلى ثمن يقبل الشراء به أى شخص آخر (٢) . وغنى عن البيان أن قبول هذا الشخص الآخر يجب أن يكون قبولا

---

(١) فى هذا المعنى اسماعيل غانم ص ٩٢ .
(٢) فى هذا المعنى اسماعيل غانم ص ٩٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

جديا (١) . فاذا ظهر فيما بعد أن الموعود له قد خدع فى حقيقة الثمن الذى عرضه الأجنبى جاز له طلب ابطال العقد أو نقص الثمن .

ولا يختلف الوعد بالتفضيل عن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد الا فى أمرين : أولهما ان الاصل فى الوعد بالتفضيل أن يكون شخص الموعود له محل اعتبار فى التعاقد ، فلا يجوز للدائن فى الوعد بالتفضيل ان ينزل عن حقه الى آخر دون رضا الواعد (٢) . والثانى يتعلق بتاريخ نشوء حق الموعود له فى قبول الشراء وتحويل الوعد الى بيع ، فان هذا الحق ينشأ فى الوعد بالبيع باتا منذ ابرام الوعد ، أما فى الوعد بالتفضيل فانه لا ينشأ الا معلقا على شرط ، ولا يجوز للموعود له استعماله الا فى الوقت الذى يتحقق فيه الشرط ، أى الذى يعتزم فيه الواعد البيع .

وفيما عدا هذين الفرقين ، فان الوعد بالتفضيل يكون حكمه ابتداء من الوقت الذى يعتزم فيه الواعد البيع حكم الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد سواء فى الفترة السابقة على قبول الموعود له الشراء أو فى الفترة التالية لقبوله .

٥٩ — (٣) **الوعد بالشراء** — والوعد بالشراء اتفاق يلتزم بموجبه راغب الشراء وحده أن يشترى مالا معينا بثمن مسمى اذا قبل مالكه أن يبيعه اياه بهذا الثمن فى مدة محددة .

وقد يكون هذا الاتفاق بين راغب الشراء ومالك الشىء الموعود بشرائه ، أو يكون بينه وبين شخص آخر له مصلحة فى هذا الوعد

---

(١) ويرى بعض الشراح ان الوعد بالتفضيل يلزم الواعد بأن يقدم الى الموعود له السندات المثبتة وجود مشترى للمال محل الوعد والثمن الذى عرضه هذا المشترى حقيقة ويقابل ذلك حق للموعود له فى مطالبة الواعد بتقديم هذه المستندات action ad exhibendum (فردييه فى الحقوق التمهيدية أو المحتملة ص ١١٢ ، لالو فى مقاله المشار اليه ص ٤٢) . وقد كان فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى نص ينظم مثل هذا الالتزام والدعوى التى تكفله بوجه عام (المادة ٢٧٣) ، ولكن لجنة المراجعة حذفته اذ رات أن حكمه ادخل فى باب المرافعات (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٩١) . واقتصر واضعو تقنين المرافعات على تنظيم الزام الخصم بتقديم ورقة موجودة تحت يده فى حالات معينة (المواد ٢٥٣ وما بعدها) ، انظر فى ذلك كتابنا فى الادلة الخطية واجراءاتها سنة ١٩٦٧ نبذة ١٤٧ وما بعدها .

(٢) فردييه ، فى الحقوق المحتملة ، ص ١١٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

كوسيط (١) فى البيع أو غيره (٢) .

ومن الامثلة عليه أن يرغب الشريك المشتاع فى بيع حصته بثمن معين، فيعد شريكه أن يشتريها منه بعد شهر أو شهرين بهذا الثمن أو بثمن معين أعلى منه ، فيقبل الأول هذا الوعد اذ يضمن به البيع بالسعر الذى كان يريده من بقائه حرا فى أن يبيع الى شريكه بالثمن المتفق عليه أو يبيع الى غيره اذا وجد له مصلحة فى ذلك .

ولابد فى انعقاد الوعد بالشراء من ايجاب وقبول (٣) ، ولكنه لا يلزم الا جانبا واحدا هو جانب الواعد بالشراء . أما المالك الموعود له فيكون

---

(١) اذا حصل الوعد بالشراء بين الواعد ووسيط (سمسار مثلا) ، فانه لايعتبر وعدا بالشراء حقيقة الا اذا اتجه قصد الطرفين الى أن الواعد يصبح مرتبطا بعقد البيع بمجرد موافقة المالك على ذلك . ويعتبر عقد الوعد فى هذه الحالة متضمنا اشتراطا لمصلحة الغير وهو ملك الشيء محل التعاقد ، فيكسب منه هذا المالك الحق فى الزام الواعد بالشراء وفى تحويل عقد الوعد الى عقد بيع بمجرد قبوله البيع ، أى أن الواعد لا يجوز له فى هذه الحالة أن يتحلل من وعده قبل انقضاء المدة المحددة له سواء قبل استعمال المالك حقه فى تحويل الوعد الى بيع أو بعد ذلك مقابل اعطائه الوسيط اتعابه المتفق عليها ، بل يمكن اجباره على الشراء والزامه بدفع الثمن . أما اذا اتجه قصد العاقدين الى تفويض الواعد الوسيط فى الحصول على رضا المالك بالبيع ، على أن يتم البيع بعد ذلك باتفاق يعقد مباشرة بين البائع والمشترى ، فان ذلك لا يعتبر وعدا بالشراء وانما هو تكليف بوساطة ، فيجوز للواعد أن يعدل عن الشراء **ولو بعد قبول المالك البيع** ، غير أنه يلزم فى هذه الحالة بدفع اتعاب الوسيط المتفق عليها او التى يقررها العرف أو القانون .

(٢) ومن هذا القبيل ما قضت به محكمة استئناف مصر فى ٣ أبريل ١٩٣٠ (المحاماة ١٠ — ٧٢٢ — ٣٥٩) من أنه اذا صدر وعد من مشترين فى العقد الصادر من البائعين لهم بشراء حصة اخوة البائعين فى ميعاد معين ، فان هذا يعتبر وعدا بالشراء من جانب واحد ، وليس للواعدين الرجوع عن وعدهم قبل انقضاء الاجل المتفق عليه . ولا يمنع من ذلك أن يكون مالك المال الموعود بشرائه ليس طرفا فى عقد الوعد ، لان من القواعد القانونية جواز بيع الشيء المملوك للغير فى الوعد المفرد (ولعل المحكمة قصدت من هذه العبارة الاخيرة جواز تضمن الوعد بالشراء اشتراطا لمصلحة شخص آخر هو مالك المال الموعود بشرائه) .

(٣) ويجوز أن يكون الايجاب باتا ، كما يجوز أن يكون معلقا على شرط . وفى هذه الحالة الاخيرة لا يكون الواعد ملزما بالشراء عند قبول الموعود له البيع الا اذا تحقق الشرط . وتطبيقا لذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بان من يعد بالشراء مع تعليق هذا الوعد على فحص سندات الملكية لا يكون ملزما بالشراء متى كانت تلك السندات غير قانونية ولايجبر على الاكتفاء بالتقادم المكسب الذى تم لصالح البائع [٨ نوفمبر ١٩٣٢ م ٤٥ ص ١٥] ، واذا عينت مدة ليقوم فيها المشترى بفحص سندات الملكية ، فان هذه المدة لا تسرى الا من وقت تسليم هذه السندات الى المشترى (الحكم المذكور فيما تقدم)

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حرا فى قبول البيع الى الواعد او عدمه ، اى انه يجوز له ان لا يبيع ملكه لا الى الواعد ولا الى غيره ، ويجوز له أن يبيعه الى غير الواعد ، دون ان يترتب على رفضه البيع أو على بيعه الى الغير اية مسئولية قبل الواعد ، لأن عقد الوعد لا يلزمه بشيء بل يخوله حقا فى أن يحيل الوعد الى بيع اذا رغب هو فى ذلك ، فهو يملك أن يستعمل هذا الحق أو ان يسقطه . ويعتبر رفضه البيع اطلاقا أو بيعه الى الغير اسقاطا منه لهذا الحق .

أما اذا استعمل الموعود له هذا الحق بأن ابدى قبوله البيع بالشروط المتفق عليها فى الوعد ، تم بهذا القبول - مضافا الى الوعد بالشراء - عقد بيع حقيقى وترتبت عليه آثاره من وقت هذا القبول لا من وقت الوعد ؛ كما تترتب آثار الوعد بالبيع الملزم لجانب البائع من وقت قبول الموعود له الشراء (١) .

ويجوز أن يقترن الوعد بالشراء بدفع عربون ، فيطبق عليه حكم التعاقد بالعربون ويكون للواعد بالشراء حق العدول عن وعده قبل انتهاء أجله مقابل تركه قيمة العربون ، ما لم يتبين أن المتعاقدين قصدا بدفع الواعد بالشراء قيمة العربون أن تكون هذه القيمة دفعة معجلة لحساب الشراء عندما يتم قبول تحويل الموعود له ذلك الوعد الى بيع .

٦٠ - (٤) الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء او الوعد الملزم للجانبين - يتكون الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء من تعهدين متقابلين أحدهما وعد بالبيع والآخر وعد بالشراء ، ومن قبول كل من الطرفين تعهد الطرف الآخر (٢) .

وقد تقدم أن المشرع المصرى قد تفادى فى التقنين المدنى الحالى الخلاف الذى ثار فى القانون الفرنسى بشأن الوعد الملزم للجانبين واعتباره بيعا تاما أو مجرد وعد بالبيع ، اذ نص فى المادة ١٠١ على أن يعتبر من

---

(١) توفيق فرج نبذة ٣٩ ص ٨١ .

(٢) ويلاحظ ان الوعد بالبيع الملزم للجانبين نادر الوقوع عمليا ، لان الطرفين اما ان يرغبا فى الارتباط بالبيع كليهما من وقت الاتفاق فيكون ذلك بيعا غير معلق على قبول احدهما فى المستقبل . واما ان يود احدهما الاحتفاظ لنفسه بحرية البيع أو الشراء خلال مدة معينة وفى هذه الحالة يشترط الخيار لنفسه فقط فيكون الوعد ملزما للطرف الآخر فقط. ويندر ان يرغب كلا الواعدين بالاحتفاظ بحرية البيع أو الشراء ، كما فى الامثلة الواردة فى المتن . (انظر جاك الحكيم ص ٣٧) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تبيل الوعد بالتعاقد « الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين .. بابرام عقد معين فى المستقبل » .

وقد سبق أن لاحظنا أن هـذا النص يشترط فى انعقاد الوعد أن تعين فيه المدة التى يجب فيها ابرام العقد الموعود به .

وبناء على ذلك نفرق بين حالتين : الاولى اذا وعدتك أن أبيعك سيارتى مثلا بالفى جنيه اذا أنت قبلت شراءها ، وقبلت أنت منى هذا الوعـد ووعدتنى أن تشتريها منى بهذا الثمن اذا انا قبلت بيعها اليك ، فقبلت انا منك هذا الوعد ، فان هذا الرضا المتبادل لا يعتبر وعدا بالبيع وبالشراء لا ينقصه ركن هام من أركان الوعد بالبيع وهو أن يكون الموعود به ابرام عقد بيع فى المستقبل اى فى مدة معينة ومحددة فى الاتفاق .

غير أن هذا الاتفاق الذى لم تكتمل فيه شروط الوعد بالبيع تتوافر فيه أركان البيع ذاته لان ارادة كل من الطرفين اتجهت فيه الى الارتباط بعقد بيع اذا قبل الطرف الآخر ذلك . وقد تحقق هذا الشرط من وقت تبادل الرضا ، فيعتبر الاتفاق بيعا تاما وينتج من وقت انعقاده جميع آثار البيع (١) ، فتنتقل به الملكية ويلتزم البائع بالتسليم والمشترى بالثمن ؛ وتكون هذه الحالة غير داخلة فى نطاق الوعـد بالبيع بالرغم من استعمال الطرفين صيغة الوعد ومن تسميتهما هذا الاتفاق وعدا بالبيع .

أما الحالة الثانية فهى التى يلتزم فيها كل من العاقدين بابرام البيع فى المستقبل اذا طلب منه العاقد الآخر ذلك فى مدة معينة . كما اذا اقتسم اخوان تركة تشمل عقارا محملا بدين مؤجـل ، وكان كل منهما يرغب فى العقار المحمل بالدين ، فاقترعا عليه ، ثم رأى من وقع فى نصيبه هذا العقار أن يجامل أخاه فوعده أن يبيعه هذا العقار بثمن قدره عشرة آلاف جنيه اذا تيسر له جمع هذا الثمن وأراد شراء العقار به فى خلال سنة ، وقبـل الموعود له هذا الوعد وأراد هو أيضا أن يجامل أخاه الذى التزم بالدين المحمل به العقار فوعده بشراء هذا العقار منه بالثمن المذكور اذا احتاج الى

---

(١) انظر نقض مدنى ٢٥ مايو ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ - ١٠١٠ - ١٥٧ وقد جاء فيه انه اذا كان الثابت فى الدعوى ان ... وعد بشراء قطعة الارض الواردة بالاتفاق الموقع ... وبالسعر المحدد به ، كما وعدت الشركة المطعون عليها بأن تبيعه هذه القطعة بذات السعر ، فان هذا الوعد المتبادل بالبيع من جانبى الشركة وبالشراء من جانب ... هو بيع تام ملزم للطرفين تترتب عليه كل الآثار التى تترتب على البيع ، ولا يؤثر عليه ارجاء التحديد النهائى للمساحة المبيعة » .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المال لوفاء الدين المحمل به العقار ورغب فى البيع فى خلال سنة . ففى هذه الحالة يكون هناك وعد متبادل بالبيع وبالشراء لمدة سنة ، لم تتجه فيه نية المتعاقدين الى الالتزام بنقل الملكية أو بالثمن ، وانما اتجهت فقط الى انشاء التزام فى ذمة كل منهما بابرام عقد البيع متى طلب الطرف الآخر ذلك قبل انتهاء المدة المتفق عليها . فلا يمكن القـــول بأن هذا الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء يعتبر بيعا من وقت حصوله بل يتعين الاحتفاظ له بصفته وعدا . ويشترك مع الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد فى جميع احكامه ، عدا أن حق تحويل الوعد الى بيع يكون لكل من طرفيه — باعتبار أن كلا منهما موعود له — بدلا من أن يكون لاحد الطرفين فقط كما فى الوعـــد الملزم لجانب واحد (١) .

المبحث الرابع

التبايع بطريق النيابة

٦١ — احالة الى القواعد العامة — يجوز أن يتم التعاقد بالبيع بواسطة نائب عن البائع أو عن المشترى أو نائب عن كل منهما . وفى هذه الحالة تطبق القواعد العامة المنصوص عليها فى المواد من ١٠٤ الى ١٠٨ مدنى . وهى تشترط لصحة التعاقد بالنيابة : (١) احلال النائب ارادته محـــل الاصيل . (٢) وصدور ارادة النائب فى حدود نيابته . (٣) ابرام التعاقد باسم الاصيل ، لا باسم النائب ، اى وجوب ذكر النائب انه يتعاقد بصفته نائبا عن الاصيل . وترتب القواعد العامة على ذلك انصراف اثر التعـــاقد الى الاصيل مباشرة (٢) ، دون أن يمر بشخص النائب .

ويستوى فى ذلك أن تكون النيابة اتفاقية أو قانونية أو قضـــائية . ويرجع فى كل حالة فى تعيين حدود نيابة النائب التى يجب عليه أن يلتزمها حتى يقع تصرفه صحيحا نافذا فى حق الاصيل الى مصدر النيابة ، سواء كان اتفاقا أو نصا قانونيا أو حكما قضائيا (٣) .

ونكتفى فى ذلك بالاحالة الى القواعد العامة المشار اليها ، فيما عـــدا مسألتين نرى انهما جديرتان بأن يكون لهما مكان خاص فى شرح عقد البيع

---

(١) توفيق فرج نبذة ٣٩ ص ٨٢ .

(٢) راجع ما سيجىء فى نبذة ١٣٦ ومابعدها فى شأن الاهلية والولاية اللازمة للبيع.

(٣) انظر نقض مدنى ٢٤ يونية ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض ٢٥ ـ ١١٠٥ — ١٨٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لاهميتهما العملية فيه بوجه خاص ، هما تعاقد الشخص مع نفسه بالبيع والشراء ، وتعاقد الشخص بواسطة شخص آخر مسخر أو باسم مستعار.

٦٢ — تعاقد الشخص مع نفسه بالبيع والشراء — يكون تعاقد الشخص مع نفسه فى احدى صورتين : اما أن يتعاقد لحسابه الخاص بائعا او مشتريا مع نفسه بصفته نائبا عن العاقد الآخر ، واما أن يتعاقد لحساب غيره بائعا ومشتريا وينوب فى التعاقد عن كلا الطرفين .

وتنص المادة ١٠٨ مدنى على انه **لا يجوز** لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد **لحسابه هو أم لحساب شخص آخر** دون ترخيص من الاصيل . على انه يجوز للاصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد ، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة .

ويبين من هذا النص انه يعتبر الاصل عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه فى كلتا صورتيه اللتين تقدمت الاشارة اليهما ، وان هذا الاصل ترد عليه استثناءات بنص القانون أو بمقتضى قواعد التجارة .

وقد طبق المشرع هذا الاصل فى المواد ٤٧٩ وما بعدها فى باب البيع ، حيث نص فى المادة ٤٧٩ على أن « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق او نص أو امر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه أو باسم مستعار — ولو بطريق المزاد العلنى — ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم تكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الاخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين اخرى(١) » ، وفى المادة ٤٨٠ على أن « لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الاموال المعهود اليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء باسمائهم أم باسم مستعار » ، وفى المادة ٤٨١ على أن « يصح العقد فى الاحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين اذا أجازه من تم البيع لحسابه » .

ويعتبر كذلك تطبيقا لهذا الاصل ما نصت عليه المادة ٣١ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال حيث اوجبت فى فقرتيها (ب) و (جـ) أن تقيم المحكمة وصيا خاصا تحدد مهمته وذلك فى أحوال

---

(١) انظر فى اعتبار نص المادة ٤٧٩ تطبيقا لنص المادة ١٠٨ بالرغم من بعض الاختلاف فى نصيهما اسماعيل غانم ص ١٠١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

معينة ، منها حالة ما « اذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصى أو زوجه أو أحد اصوله أو فروعه او مع من يمثله الوصى » ، وفى حالة « ابرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو ابطاله أو الغاؤه بين القاصر وبين الوصى أو أحد من المذكورين فيما تقدم » .

ومن الاستثناءات التى نص عليها قانون الولاية على المال المشار اليه ما نصت عليه المادة ١٤ من أن « للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر الا اذا نص القانون على غير ذلك » ، اى أن هذه المادة قلبت القاعدة الاصلية فيما يتعلق بالاب وحده دون الجد أو الوصى أو القيم ، فجعلت الاصل بالنسبة اليه جواز التعاقد مع نفسه ما لم ينص القانون على غير ذلك .

وما نصت عليه المادتان ٦ و ٩ من القانون المذكور من أنه يجوز للولى أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه باذن المحكمة .

وما نصت عليه المادة ٣٩ فقرة ٥ من جواز ايجار الوصى مال القاصر لنفسه باذن المحكمة .

ومن الاستثناءات التى جرت بها قواعد التجارة جواز مباشرة الوكيل بالعمولة عقد البيع عن طرفيه معا .

وفيما عدا الاستثناءات التى وردت بشأنها نصوص خاصة أو جرت بها قواعد التجارة لا يجوز تعاقد الشخص مع نفسه ، ويكون جزاء هذه المخالفة ليس البطلان المطلق لان النص يسلم بامكان اجازة العقد من الاصيل ولان الاجازة لا ترد على العقود الباطلة ، وليس البطلان النسبى لان اجازة العقد الباطل بطلانا نسبيا لا تكون الا من أحد طرفيه اللذين اشتركا فى ابرامه ، وانما هو وقوع العقد غير نافذ فى حق الاصيل الذى يضار منه بحيث يفترض فى ابرامه فرضا قابلا لاثبات العكس أنه مجاوز لحدود النيابة ، اى أن العقد يكون موقوفا على اقرار هذا الاصيل ، فان أقره نفذ فى حقه والا لم ينتج أثره (١) . وهذا هو المقصود بالاجازة التى ورد ذكرها فى المادتين ١٠٨ و ٤٨١ المشار اليهما فيما تقدم .

---

(١) فى هذا المعنى منصور نبذة ١٣٤ ص ٣٠٢ ، أنور سلطان ص ٤٣٤ ، توفيق فرج نبذة ٥٨ ، اسماعيل غانم ص ١٠٠ وص ١٠٢ ، وقرب السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص١٠٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٦٣ - التعاقد بالبيع او الشراء باسم مستعار او بواسطة شخص مسخر او مع احتفاظ المشترى بحق احلال غيره محله فى اجل معين - يكون التعاقد باسم مستعار او بواسطة شخص مسخر اذا فوض الموكل الوكيل فى ان يبيع عنه او يشترى له شيئا معينا دون ان يذكر اسمه (اى اسم الموكل) فى العقد . ففى هذه الحالة يكون الشخص المسخر فى علاقته بمن تعاقد معه بالبيع او بالشراء هو العاقد الذى تنتقل اليه ملكية المبيع او ينشأ فى ذمته الالتزام بالثمن . ويكون هو كذلك ايضا بالنسبة الى الغير . اما فى علاقته بموكله ، فيكون هذا الاخير هو الذى ينصرف اليه اثر العقد ، فيصبح هو المالك للمبيع او الملزم بالثمن ، دون حاجة الى صدور تصرف جديد ينقل الملكية اليه من المسخر ولا الى صدور تعهد جديد منه بالتزامه بالثمن .

وكما يجوز للمسخر ان يرجع على الاصيل بالثمن الذى دفعه للبائع ، يجوز للاصيل ان يرفع على المسخر دعوى تثبيت الملكية استنادا الى الوكالة المستترة والى عقد الشراء الذى ابرمه المسخر بناء عليها (١) .

وتطبيقا لذلك قررت محكمة النقض ان « من يعير اسمه ليس الا وكيلا عمن اعاره وحكمه هو حكم كل وكيل ، فيمتنع عليه قانونا ان يستأثر لنفسه بشىء وكل فى ان يحصل عليه لحساب موكله ، ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء الا من ناحية ان وكالته مستترة ، وهذا يقتضى ان تعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئا ولا يكون له ان يتحيل بأى وسيلة للاستئثار بالصفقة دونه ، ومن ثم فاذا كان التعاقد يتعلق ببيع عقار كانت الملكية للاصيل فيما بينه وبين وكيله ولو انها تكون للوكيل معير الاسم فيما بينه وبين البائع والغير . ويرجع ذلك الى انه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة فى مواجهة الكافة فانها ملكية صورية بالنسبة الى الاصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما . وينتج من هذا ان الاصيل لا يحتاج - لكى يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه - الى صدور

---

(١) قرب فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٠ ابريل ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ١ - ٤٤٠ - ١١٣ وقد جاء فيه انه لا مانع من ان يعتمد الحكم فى البحث عن حقيقة عقد البيع محل الدعوى على اقرار وقعه المشترى فى تاريخ لاحق يدل على ان المشترى لم يكن فى هذا العقد الا اسما مستعارا .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية اليه اذ يعتبر الاصيل فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة الى أى اجراء وانما يلزم ذلك الاجراء فى علاقة الاصيل بالغير . « فاذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى تكييف عقد البيع الى انه تعاقد بطريق التسخير فانه يكون عقدا جديا ويستتبع ذلك صحة التسجيل الحاصل بشأنه ولزومه لامكان نقل الملكية من البائع الى المسخر وبالتالى الى الموكل . والقضاء بمحو هذا التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع واستحالة انتقالها الى الموكل ومن ثم يكون الحكم بقضائه هذا قد حال دون تنفيذ مقتضى القانون وما أراده من أن تكون الملكية للاخير فيما بينه وبين الوكيل وليس للبائع (١) » .

وفيما يتعلق بالشراء مع الاحتفاظ بحق المشترى فى احلال غيره محله فى اجل معين قررت أن اقرار المشترى الظاهر فى تاريخ لاحق لعقد البيع بانه لم يكن فى هذا العقد الا اسما مستعارا لغيره ، وان كان يصلح للاحتجاج بما حواه على المقر نفسه وعلى ورثته بوصفهم خلفا عاما له فى كسب المشترى المستتر للحقوق الناشئة عن العقد واسنادها اليه مباشرة دون حاجة الى تصرف جديد ، على افتراض أن معير الاسم هو فى حكم الوكيل عنه ، الا انه يشترط لاعمال هذا الحكم أن يتفق فى العقد على حق المشترى فى اختيار الغير . فاذا لم يتفق على ذلك أو اذا لم يعمل المشترى حقه فيه أو اعمله بعد الميعاد المتفق عليه مع البائع ، فان الافتراض يزول ، وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة . واذا كان الثابت فى الدعوى ان المشترى لم يتفق مع البائعين على حقه فى اختيار الغير ، لا فى عقد البيع ولا فى الطلب الذى قدمه الى مأمورية الشهر العقارى ، فان الحكم المطعون فيه اذ اعتمد على هذا الطلب - الذى ذكر فيه المشترى أن البيع النهائى لصالح القاصر المشمول بولايته - فى اعتبار عقد البيع صادرا مباشرة الى هذا الاخير ، وقضى برفض دعوى الطاعنين بصحة صدور هذا العقد الى مورثهم رغم أنه المشترى الذى وقع على العقد باسمه ولحسابه، فانه يكون قد خالف القانون (٢) .

وقد أوضحت محكمة النقض هذا الفرق بين الوكالة فى الشراء وبين الشراء باسم مستعار حيث قررت فى حكم بتاريخ ٩ مارس ١٩٥٠ ان تكييف العلاقة القانونية بين المشترى الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين

---

(١) نقض مدنى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة النقض ١٥ - ١٠٧٣ - ١٥٨ .

(٢) نقض مدنى ١١ يناير ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ - ٧٣ - ١٤ ، وانظر ايضا نقض مدنى ٢٨ يناير ١٩٧١ مجموعة احكام النقض ٢٢ - ١٤٨ - ٢٦ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المشترى المستتر بانها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التى تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة الى الغير غير جار على اطلاقه . فان بين أحكام الوكالة والاحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى تترتب عليه تنافرا ، فاسناد ملكية المشترى المستتر الى عقد البيع الاول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه الى المشترى الظاهر قبل البيع ، وبقاء العين فى ملكية المشترى الظاهر اذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو اذا اعمله بعد الميعاد المتفق عليه ، وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماما . ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذهبا فى تبرير اسناد ملكية المشترى المستتر الى عقد البيع الاول - وهو اهم ما يقصد من شرط اختيار الغير الى افتراض وكالة المشترى الظاهر عن الغير ، الا أن ذلك ليس الا مجازا مقصورا على حالة ما اذا اعمل المشترى حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع . أما قبل ذلك أو اذا لم يعمل هذا الحق أو اعمله بعد الميعاد ، فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة (١) .

ويخلص من ذلك أنه يشترط لترتب آثار احتفاظ المشترى بحق أحلال غيره محله بحيث توجد العلاقة القانونية مباشرة بين هذا الغير والبائع ثلاثة شروط :

(١) أن يحتفظ المشترى عند الشراء - لا بعده - بحقه فى التقرير بالشراء عن الغير .

(٢) أن يتم الاتفاق بين البائع والمشترى على مدة يعلن خلالها المشترى اسم من اشترى له الصفقة ، أى الشخص الذى يحل محله فيها باعتبارها معقودة أصلا لحسابه .

(٣) أن يعلن المشترى فى خلال هذه المدة اسم من اشترى له الصفقة .

فاذا لم يشترط المشترى فى عقد شرائه ذاته بهذه الرخصة ، أو لم يحدد لاستعمالها مدة معينة ، أو لم يستعملها الا بعد انقضاء المدة المعينة لذلك ، سقط حقه فى استعمالها ، ولزمته الصفقة شخصيا بكل ما يترتب عليها من الآثار التى ينشئها البيع فى ذمة كل من البائع والمشترى (٢) .

---

(١) نقض مدنى ٩ مارس ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ١ - ٣١٢ - ٨١ .

(٢) انظر فى ذلك السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٩٥ ص ١٨٢ وما بعدها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المبحث الخامس

تفسير عقد البيع

٦٤ - تفسير البيع فى القانون الفرنسى - القاعدة فى تفسير العقود فى القانون الفرنسى ان العقد يفسر عند الشك ضد الدائن ولمصلحة المدين (المادة ١١٦٢ مدنى فرنسى) ، وذلك لان الاصل فى الشخص براءة الذمة ولان شغل الذمة لا يكون الا بدليل ، ولان الشك فى شغل الذمة يوجب البراءة والشك فى مقدار الالتزام يوجب الاخذ بالاقل منه واطراح ما وقع الشك فيه .

وكان تطبيق هذه القاعدة على عقد البيع يؤدى الى التفرقة بين الشروط المتعلقة بالتزامات البائع والشروط المتعلقة بالتزامات المشترى، وتفسير الاولى عند الشك لمصلحة البائع والثانية لمصلحة المشترى . غير ان المشرع الفرنسى لم يترك تفسير عقد البيع خاضعا لهذه القاعدة العامة بل خرج عليها فى شأنه بأن نص فى المادة ١٦٠٢ مدنى على انه يجب على البائع أن يبين فى ايضاح تام ما يلتزم به وعلى ان كل شرط فى عقد البيع يوجد به غموض أو لبس يجب تفسيره ضد البائع . وبناء على ذلك تفسر جميع شروط عقد البيع عند الشك ضد البائع ولمصلحة المشترى سواء كانت تلك الشروط متعلقة بالتزامات الاول أو بالتزامات الثانى . ويعلل الشراح هذا الحكم الاستثنائى بالفكرة التى كانت سائدة من عهد الرومان الى وقت وضع التقنين المدنى الفرنسى وهى أن البائع هو الذى يملى عادة شروط العقد على المشترى "Qui vend le pot dit le mot" ، فاذا ما وجد غموض أو لبس فى هذه الشروط وجب أن يتحمل البائع تبعة ذلك.

غير ان الواقع ان البائع لا يتمكن دائما من املاء شروطه ، بل كثيرا ما يكون مضطرا الى البيع أو متلهفا عليه فيخضع هو للشروط التى يمليها عليه المشترى ، فلا يكون من العدالة حينئذ أن يتحمل هو مغبة الغموض أو اللبس الذى يقع فى الشروط التى يمليها عليه المشترى . لذلك رأى الشراح أن يضيقوا تطبيق هذا النص الاستثنائى واشترطوا فيه أولا ان يستنفد القاضى كل وسيلة لاستجلاء حقيقة المعنى المقصود بالشرط الذى يشوبه لبس أو غموض وثانيا أن يكون الشرط المراد تفسيره من الشروط المألوفة عادة فى عقود البيع . أما اذا كان شرطا غير مألوف املاه المشترى لمصلحة نفسه ، تعين الرجوع فى تفسيره الى القاعدة العامة ، اى تفسيره لمصلحة المدين بالالتزام الذى ينشئه هذا الشرط .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٦٥ — تفسير البيع فى القانون المصرى — القاعدة العامة فى تفسير العقود فى القانون المصرى لا تختلف عنها فى القانون الفرنسى . فقد نصت المادة ١٥٠ مدنى على انه يجب فى تفسير العقد « البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للالفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات » . ويدخل استخلاص نية المتعاقدين المشتركة من عبارات العقد وصيغته فى سلطة المحكمة الموضوعية (١) .

فاذا لم يؤد هذا البحث الى استظهار نية المتعاقدين المشتركة وبقى الشك يحوط هذه النية ، وجب وفقا للمادة ١٥١ مدنى أن « يفسر الشك فى مصلحة المدين » (وكانت المادة ٢٠١/١٤٠ مدنى قديم تقضى بمثل ذلك ايضا) . ومن المسلم انه لا يجوز للقاضى أن يلجأ الى تطبيق هذه القاعدة الا اذا لم يجد سبيلا الى استظهار نية العاقدين الحقيقية (٢) .

وقد اكتفى المشرع المصرى بهذه القاعدة العامة ولم يشأ الخروج عليها

---

(١) نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ — ١٣٧٢ — ٦٠٥ ، نقض مدنى ٩ يناير ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ — ٦٢ — ٥ ، وايضا ٢٠ مارس ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ — ٢٢٣ — ٢٩ .

وسيجىء انه فى بيع العقار اشترط القانون شهر العقد لانتقال ملكية العقار المبيع من البائع الى المشترى ، ولما كان نظام الشهر العقارى يفرض اجراءات طويلة لامكان اعداد العقد الصالح للشهر ، جرى العمل على أن يحرر العاقدان عقدا ابتدائيا بالبيع يكون منتجا من وقت ابرامه جميع آثار البيع عدا انتقال الملكية ، ثم يشرعان فى اجراءات اعداد العقد النهائى الذى يصلح للشهر ، وكثيرا ما يتضمن العقد الابتدائى شروطا لا يرى العاقدان محلا لايرادها فى العقد النهائى كالاتفاق على شرط جزائى اذا ما تخلف احد العاقدين عن توقيع العقد النهائى بمجرد اعداده ، وفى هذه الحالة يجب العقد النهائى العقد الابتدائى ويكون هو المعول عليه وحده فى استخلاص نية الطرفين المشتركة (نقض مدنى ٩ يناير ١٩٥٨ المشار اليه آنفا) ، وفى هذا المعنى ايضا استئناف مختلط ١٢ أبريل ١٩١١ (٢٣ ص ٢٦١) ، على أنه يجوز الاستدلال بالعقد الابتدائى لجلاء ما قد يشوب عبارات العقد النهائى من لبس او غموض دون اضافة شروط جديدة اليها [استئناف مختلط ١٧ يناير ١٩٣٩ (٥١ ص ١١٦ ، نقض مدنى ٣٠ أكتوبر ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ٤٧٢ — ٢٢٤] .

(٢) فى هذا المعنى السنهورى جـ ٤ نبذة ٢٤ ص ٥٤ ومع أن التقنين الملغى ايضا اكتفى بالقاعدة العامة ولم يورد مقابلا لنص المادة ١٦٠٢ فرنسى ، فقد ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة الى انه فى عقد البيع يفسر كل شك او غموض ضد البائع [استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٤٣ (٥٥ ص ١٤٨)] . وظاهر أن هذا المذهب لم يكن له اى سند من القانون .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فى شأن البيع بنص استثنائى يقابل نص المادة ١٦٠٢ مدنى فرنسى ، فوجب الاخذ بهذه القاعدة فى تفسير البيع كما فى سائر العقود (١) .

غير انه قد خرج على هذه القاعدة ذاتها بحكم استثنائى آخر يتعلق بتفسير طائفة من العقود قد يدخل فيها البيع احيانا ، تلك هى عقود الاذعان اى العقود التى يقتصر فيها القبول على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها (المادة ١٠٠ مدنى) ، اذ نص فى المادة ١٥١ فقرة ثانية على أن « لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن » . فاذا تم البيع بطريق الاذعان كما فى بيع غاز البوتاجاز ووقع الخلاف فى شأن قصد العاقدين فيما يتعلق بالتزام الشركة البائعة بضمان عيوب الغاز المبيع أو عيوب الانابيب التى تحتوى هذا الغاز ، فان هذا الشك يفسر لمصلحة المشترى باعتباره الطرف المذعن لا لمصلحة الشركة البائعة باعتبارها الطرف المدين . وعلة ذلك أن الطرف المذعن لا يد له فى وضع شروط العقد ، وأن الطرف الآخر هو الذى يملى شروطه فيتحمل مغبة ما يقع فيها من لبس أو غموض (٢) .

---

(١) انظر فى ذلك كتابنا فى شرح القانون المدنى الجزء الثانى فى الالتزامات ١٩٦٤ نبذة ٢٣٣ الى ٢٣٨ ، وكتابنا فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ٢٥٥ وما بعدها .

(٢) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢٤ ص ٥٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الثانى

محـل البيع

٦٦ ـ ازدواج المحل فى عقد البيع ـ تقدم ان البيع عقد ملزم الجانبين، فهو يتكون من ارادتين تلتزم كل منهما بالتزامات ، وأهم التزامات البائع التزامه بنقل ملكية المبيع ثم التزامه بتسليم المبيع وبضـمان الانتفاع به انتفاعا هادئا ، ومحلها جميعا أعمال تتعلق بالمبيع فيمكن ان يعتبر المبيـع تجوزا محلا لعقد البيع . ومن جهـة أخرى فان أهم التزامات المشترى التزامه بدفع الثمن ، فيعتبر الثمن كذلك محلا لعقد البيع .

فتقتضى دراسة محل البيع دراسة كل من المبيع والثمن .

الفرع الاول

المبيـع

٦٧ ـ المبيع هو المال لا الشيء ـ فرق التقنين الحالى بين الاشـياء والاموال ، فنص على أن الشيء يكون محلا للحقوق المالية (المادة ٨١ فقرة أولى) وعلى ان المال هو الحق المالى (المادة ٨٣) ، وقد تقدم أن المادة ٤١٨ عرفت البيع بأنه عقد يلتزم به البائع أن ينقل الى المشترى ملكية شيء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى ، فدلت بذلك على أن البيع لا يرد على الاشياء فى ذاتها بل على الحقوق المالية سواء كانت مترتبة على أشياء مادية أو لم تكن كذلك (١) . ومن هذا القبيل ايضا ما نصت عليه المادة ٤٢٨ من أن البائع يلتزم أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع الى المشترى وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسـيرا (انظر ايضا نصوص المواد ٣٢٧/٢٦٠ فقرة أولى و ٣٢٩/٢٦٢ و٣٣٦/٢٦٦ فقرة أولى من التقنين الملغى) .

غير انه يلاحظ أن النصـوص كثيرا ما تتحدث عن الشيء المبيع أو

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ١٩١ هامش ١ ، وقرب توفيق فرج نبذة ٦٣ ص ١١٧ ، خميس خضر نبذة ٤٦ ص ٧٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

العين المبيعة ، والمقصود بذلك الشيء أو العين باعتبارها محل الحق المبيع، اذ الواقع أن البائع انما ينقل الى المشترى حقه على الشيء لا الشيء ذاته اى انه ينقل اليه سلطته القانونية على هذ الشيء ، تلك السلطة التى تميز المشترى عن السارق .

والحقوق التى تكون محلا للبيع هى الحقوق المالية وحدها سواء اكانت حقوق ملكية عقارية أو منقولة أم كانت حقوقا عينية أخرى أوحقوقا شخصية أو حقوقا أدبية . على أن الغالب ان يكون محل البيع حق ملكية، وقد اعتبر هذا الحق من قديم الزمن مالا ماديا لانه يحيط بالشيء الذى يرد عليه احاطة تامة ، ولذلك جرى المشرع والشراح عند عرضهم لشروط المبيع واحكامه على التحدث عن المبيع او العين المبيعة كما تقدم ، غير أن الاحكام التى أوردها المشرع فيما يتعلق بالشيء المبيع أو العين المبيعة ليست خاصة ببيع الاموال المادية بل تنطبق ايضا على بيع الاموال غير المادية اى سائر الحقوق المالية بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق .

٦٨ ـ الشروط الواجب توافرها فى المبيع ـ لم يرد فى التقنين المدنى الحالى نص خاص على الشروط الواجب توافرها فى المبيع ، فيخضع المبيع فى ذلك للقواعد العامة . وقد نصت المادة ١٣٢ على انه اذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا ، اى انها اشترطت فى محل الالتزام أن يكون ممكنا . وظاهر أن الالتزام بنقل ملكية شيء معين لا يكون ممكنا الا اذا وجد هذا الشيء وكان محلا لحق ملكية ، فيؤخذ من ذلك انه يشترط فى المبيع ان يكون موجودا .

ومن جهة اخرى نصت المادة ١٣١ فقرة أولى على انه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ، فدلت بذلك على انه لا يشترط ان يكون المبيع موجودا فعلا وقت العقد بل يكفى عندئذ أن يكون محتمل الوجود بعد العقد .

وكذلك نصت المادة ١٣٢ على انه « اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره ، والا كان العقد باطلا . ـ ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره .. » ، فيستفاد من ذلك أن المبيع يجب أن يكون معينا أو قابلا التعيين .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ونصت المادة ١٣٥ على انه « اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام او الآداب ، كان العقد باطلا » . وبتطبيق نصها على عقد البيع يبين أن المبيع يجب أن يكون مشروعا اى مما يجوز التعامل فيه .

واخيرا يؤخذ من نص المادة ٢٠٤ التى تقرر ان « الالتزام بنقل الملكية او اى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ... » ، انه يجب فى البيوع التى يقصد بها ان تنقل الملكية بذاتها اى بمجرد الايجاب والقبول أن يكون المبيع مملوكا للبائع .

وعلى ذلك تكون الشروط الواجب توافرها فى المبيع اربعة ، هى :

(١) أن يكون موجودا او قابلا للوجود ، (٢) ان يكون معينا او قابلا للتعيين ، (٣) أن يكون مما يجوز التعامل فيه ، (٤) أن يكون مملوكا للبائع اذا كان البيع من البيوع الناقلة للملكية بذاتها ، والا فلا يلزم هذا الشرط الاخير .

وقد كان التقنين الملغى ينص فى باب البيع على شرطين آخرين استلهمهما من الشريعة الاسلامية وهما أن يكون المبيع متقوما وان يكون مقدور التسليم بحسب طبعه (المادة ٣٢٦/٢٥٩) . غير أن المشرع لم ير النص عليهما فى التقنين الحالى ، ولعله اكتفى فى ذلك بحكم القواعد العامة التى تقضى بأن يكون المبيع مما يجوز التبايع فيه (١) .

المطلب الاول

شرط وجود المبيع

٦٩ ـ وجود المبيع وقت العقد والفروض المختلفة فى شانه ـ قد يوجد المبيع قبل العقد ويستمر وجوده الى حين ابرام العقد والى ما بعد ذلك. وهذا ابسط الفروض ، ولا نزاع فى ان العقد ينعقد فيه ويبقى قائما .

وقد يوجد المبيع قبل العقد ووقت انعقاده ثم ينعدم كله او بعضه

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٠ و ١١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بعد ذلك . ولاشك فى أن ذلك يكفى لاعتبار شرط وجود المبيع متوافرا ، فينعقد العقد صحيحا . وغاية الامر انه قد يترتب على هلاك المبيع التالى لانعقاد البيع فسخ العقد أو نقص الثمن ، أو لا يترتب عليه شىء من ذلك اذا وقع الهلاك بعد تسليم المبيع الى المشترى .

واذا وجد المبيع قبل العقد ثم انعدم كله أو بعضه وقت العقد ، اقتضى الامر الفصل فيما اذا كان البيع قد انعقد أو لم ينعقد وتحديد مركز كل من الطرفين فى ضوء ذلك .

واذا لم يوجد المبيع قبل العقد ولا وقت ابرامه وكان قابلا للوجود بعد ذلك . واتجهت ارادة الطرفين الى التعاقد عليه على هذا الاساس (١) ، تعين البحث فيما اذا كان احتمال وجوده فى المستقبل يكفى لانعقاد البيع أو لا يكفى .

وسنعرض فيما يلى لهذين الفرضين الاخيرين فقط ، فنتناول حكم هلاك المبيع وقت العقد ثم حكم بيع الاموال المستقبلة .

§ ١ — هلاك المبيع وقت العقد

٧٠ — هلاك المبيع كله وقت العقد — لا محل للبحث فى هلاك المبيع الا اذا كان المبيع قيميا أى معينا بالذات ، لان المثليات لا تهلك اذ يحل بعضها محل بعض .

فاذا تعاقد البائع والمشترى على بيع مال معين بذاته كان موجودا ثم تبينا فيما بعد أنه كان قد هلك كله قبل العقد ، فلا شك فى أن البيع لم ينعقد بينهما لانعدام محله ، ويستوى فى ذلك أن يكون الهلاك ماديا كما فى بيع جواد نفق أو ثوب احترق أو طعام حمض ، أو يكون قانونيا كما فى بيع دين تم وفاؤه أو حق انتفاع انقضى أو اجارة انتهت مدتها (٢) .

ويستوى فى ذلك أيضا أن يكون انعدام المبيع وقت العقد مجهولا من الطرفين أو معلوما لهما أو لاحدهما . على أنه اذا كان الهلاك مجهولا من

---

(١) أما اذا اتجهت ارادة الطرفين الى التعاقد على هذا المبيع على انه موجود فعلا وقت التعاقد وعلى نقل ملكيته بمجرد اتمام العقد ، فان العقد يقع باطلا بطلانا مطلقا لانعدام محله واستحالة محل التزام البائع (اسماعيل غانم ص ٥٨) .

(٢) و (٣) انظر جاك الحكيم نبذة ١٢١ ص ١١١ و ١١٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الطرفين فلا يكون لاحدهما مطالبة الآخر بتعويض . وكذلك اذا كان الهلاك معلوما لديهما ، ولو أن هذه الحالة الاخيرة غير متصورة عملا . اما اذا كان الهلاك معلوما للبائع دون المشترى ، الزم الاول بتعويض الثانى عن الضرر الذى أصابه بسبب بطلان البيع (١) على أساس الخطأ فى تكوين العقد او على اساس المسئولية التقصيرية باعتبار ان البائع الذى يعلم وقت العقد بانعدام المبيع وببطلان البيع يكون مخطئا فى ترك المشترى يعتقد انه انما يعقد عقدا صحيحا ينقل اليه ملكية المبيع .

واذا كان الهلاك معلوما للمشترى دون البائع ، فلا مسئولية على البائع لانه حسن النية ، ولا على المشترى لانه ليس مكلفا الاحاطة بحال المبيع وتنبيه مالكه اليها فلا يكون مسئولا الا اذا ارتكب خطأ بأن قصد خداع البائع وحمله على التعويل على الثمن الذى يستحقه بموجب هذا البيع الباطل فأصاب البائع ضرر بسبب ذلك . واذا كان المشترى مع علمه بانعدام المبيع وقت العقد قد وفى الثمن المتفق عليه ، فلا يجوز له استرداده لانه دفعه عالما بعدم استحقاقه فلايسترده الا اذا كان وقت دفعه ناقص الاهلية أو اكره على الوفاء (المادة ١٨١ فقرة ثانية) .

ويعتبر المبيع منعدما وقت العقد اذا كان وجوده فى ذلك الوقت معلقا على شرط ثم تخلف الشرط ، كحق المشترى بثمن مؤجل او مقسط اذا كانت ملكيته معلقة على شرط وفائه الثمن جميعه فى ميعاد معين . فاذا باع هذا المشترى بدوره الى آخر هذه الملكية المعلقة على شرط ، ثم عجز هو عن وفاء الثمن الذى اشترى به ، انعدم حق ملكيته الذى كان معلقا على شرط وصار كأن لم يكن وتعين اعتبار محل البيع الصادر من ذلك المشترى منعدما وقت عقد هذا البيع ، وبالتالى اعتبار هذا البيع غير منعقد أو باطلا بطلانا مطلقا . اما اذا باع هذا المشترى ذلك المال على أنه مملوك له ملكا باتا ثم تخلف الشرط الذى كانت ملكيته معلقة عليه ، فيطبق عليه حكم بيع ملك الغير اى انه يكون منتجا اثاره فيما عدا نقل ملكية المبيع ، ولكن يكون للمشترى حق ابطاله .

وكذلك اذا كان للمبيع وجود تام فى الظاهر غير معلق على شرط ، ولكن حدث بعد ذلك حادث ترتب عليه اعتبار هذا الوجود كأن لم يكن ، كما فى بيع الوارث الظاهر نصيبه فى التركة ثم ظهور الوارث الحقيقى بعد

---

(١) جاك الحكيم نبذة ١٢٢ ص ١١٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ذلك ، فان الاصل فى ذلك ان يعتبر النصيب المبيع منعدما وقت العقد وان لا ينعقد البيع أو يكون باطلا بطلانا مطلقا . أما ان ورد البيع على مال معين مما خص الوارث الظاهر فى التركة ، كان حكمه حكم بيع ملك الغير ، وكذلك بيع الوارث المحتمل حقوقه فى التركة المستقبلة كلها أو بعضها يقع باطلا . أما بيعه احد الاطيان التى يملكها مورثه ، فانه يأخذ حكم بيع ملك الغير .

٧١ ـ تطبيق ذلك على بيع اسهم الشركات التى حكم ببطلانها بعد البيع ـ وقد طبقت محكمة استئناف باريس ذلك على بيع أسهم فى شركات تقرر بعد البيع بطلانها ، فقالت ان القضاء ببطلان الشركة يجعلها كأن لم تكن ويجعل أسهمها لا وجود قانونى لها . واذن يكون البيع الذى ورد على هذه الاسهم قبل الحكم ببطلان الشركة واردا على محل معدوم ، وبالتالى يعتبر باطلا بطلانا مطلقا . وكان يترتب على ذلك ابطال جميع البيوع المتتالية التى جرت فى شأن كل سهم من أسهم الشركة التى تقرر بطلانها (١) . فهالت هذه النتيجة محكمة النقض الفرنسية وحملتها على البحث عن مخرج منها ، فاهتدت الى نظرية الوجود المادى للشركات الباطلة أو نظرية الشركات التى لها وجود واقعى société de fait وقررت بناء عليها أن الحكم ببطلان شركة ما لا ينفى أنها قد وجدت فعلا فى الواقع ، وان أسهمها كذلك قد وجدت ، فيكون البيع الذى ورد على هذه الاسهم صحيحا لانه قد ورد على مال له وجود فعلى وقت العقد (٢) . ولم تستثن من ذلك الا حالة بطلان الشركة لانعدام محلها أو لعدم مشروعيته ، اذ اعتبرت البطلان فى هذه الحالة مانعا حتى من ذلك الوجود الواقعى للشركة والتعامل فى اسهمها واردا على محل معدوم أصلا وبالتالى باطلا بطلانا مطلقا (٣) .

ولا شك فى ان راى محكمة النقض يحقق المصلحة فى استقرار المعاملات ، ولكنه ثقيل الوطأة على المشترين الاخيرين لاسهم الشركات التى تقرر بعد ذلك بطلانها . غير انه مما يخفف عن هؤلاء المشترين انه يجوز

---

(١) فى هذا المعنى ليون كان ورينو واميو فى شرح القانون التجارى جـ ٢ ط ٥ نبذة ٧٨٧ .

(٢) نقض فرنسى عرائض ٩ نوفمبر ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٣ ـ ١ ـ ٧٣ ، وايضا ٧ ديسمبر ١٩٣٠ سيرى ١٩٢١ ـ ١ ـ ١٦٠ .

(٣) نقض فرنسى مدنى ٣٠ يولية ١٩١٢ سيرى ١٩١٣ ـ ١ ـ ١٣٩ ؛ دى باج جـ ٤ نبذة ٧٦ ، بيدان جـ ١١ نبذة ٧٦ ، كامل مرسى نبذة ٦٣ ، السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص١٩٢ هامش ١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لهم الرجوع على البائعين اليهم بدعوى ضمان العيوب الخفية اذا لم يكن ظاهرا فى وثائق الاسهم ما ينبىء عن السبب الذى أدى الى الحكم ببطلان الشركة ولم يكن هذا السبب معلوما لهم من أى طريق آخر (١) .

٧٢ - هلاك بعض المبيع وقت العقد - اما اذا كان المبيع وقت العقد قد هلك بعضه وبقى البعض الآخر ، جاز التساؤل عما اذا كان العقد فى هذه الحالة ينعقد اعتمادا على الباقى أو لا ينعقد تغليبا لما انعدم .

وظاهر أن وجود جزء من المبيع يكفى لأن يرد عليه العقد ، اذ لايكون واردا على معدوم كما فى حالة الهلاك الكلى ، غير أن العدالة تقتضى فى هذه الحالة أن لا يلزم المشترى بثمن الكل بل يخفض له من الثمن بقدر ما هلك من المبيع ، والا يجبر على تفرقة الصفقة وعلى أخذ الجزء الباقى من المبيع اذا كان هذا الباقى لا يصلح للغرض الذى من أجله تعاقد على شراء المبيع كله . ولذلك نصت المادة ١٦٠١ فقرة ثانية مدنى فرنسى على انه اذا هلك بعض المبيع فقط كان المشترى بالخيار بين ترك البيع أو أخذ الباقى من المبيع فى مقابل ما يوازيه من الثمن .

وقد ذهب الشراح الى أن المشترى لا يكون له هذا الخيار الا اذا كان وقت العقد لم يعلم بوقوع الهلاك الجزئى ، ثم اختلفوا فى مدى الخيار ، فقال بعضهم انه مطلق يثبت للمشترى أيا كانت نسبة ما هلك الى ما بقى بحيث تتعين اقالته من البيع متى طلب ذلك ولا يكون للمحكمة تقدير . ولكن الراجح انه مقيد بأن يكون الهلاك الجزئى قد بلغ حدا يجعل الباقى من المبيع لا يحقق الغرض الذى توخاه المشترى من الشراء ، فان وجدت المحكمة أن الهلاك قد بلغ هذا الحد أجابت طلب الاقالة ، والا رفضته حتى لا تمكن المشترى من أن يتعلل بهلاك تافه للخلاص من صفقة ندم على عقدها . وحينئذ يتعين عليها أن تخفض الثمن المتفق عليه بنسبة ما هلك من المبيع ما لم يكن الهلاك من التفاهة بحيث لا يبرر التخفيض . ولا يجوز أن تقدر المحكمة ثمن الباقى وحده دون نظر الى الثمن المسمى فى العقد .

ولم يورد المشرع المصرى مقابلا لنص المادة ١٦٠١ فقرة ثانية مدنى فرنسى ، ولكن حكمها لا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة ويمكن الاخذ

---

(١) بيدان جـ ١١ ط ٢ نبذة ٧٦ ص ٥٤ ، نقض فرنسى مدنى ٣ يونية ١٨٨٥ سيرى ١٨٨٥ - ١ - ١ - ٢٥٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

به دون نص . ذلك أن سبب التزام المشترى بالثمن المسمى هو التزام البائع بتسليمه المبيع كله ، فلا يقوم الالتزام الأول دون الثانى ، والفرض أن الثانى مستحيل بسبب الهلاك الجزئى فلا ينعقد ، أو يقع باطلا بطلانا مطلقا . غير أنه يمكن قصر البيع على الباقى من المبيع اذا قبل الطرفان ذلك ، ويفرض فى البائع قبوله ولا يسمح له بالرفض لانه لا ضرر عليه من تجزئة الثمن . أما المشترى فيفرض فيه القبول مالم يثبت أن الباقى من المبيع دون هلاك لا يحقق غرضه من الشراء أى أنه ما كان يقبل الشراء لو علم بما حدث من هلاك (قارن المادة ١٤٣) .

ومؤدى قصر العقد على الباقى من المبيع دون هلاك أن يأخذ المشترى هذا الباقى بما يقابله من الثمن فقط وأن يرفع عنه ما يقابل الجزء الذى هلك (١) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا ثبت أن جزءا من الأرض المبيعة كان قد سبق صدور مرسوم بنزع ملكيته للمنفعة العامة، تعين على البائع أن يرد الى المشترى ما يقابل هذا الجزء من الثمن الذى قبضه (٢) .

واذا شمل البيع أشياء مختلفة وهلك بعضها دون بعض ، فلا يجوز للمشترى أن يطلب اقالته من الصفقة كلها بناء على ما تقدم الا اذا اثبت انه قد روعى فيها عند العقد ارتباط هذه الأشياء بعضها ببعض واعتبارها غير قابلة للتجزئة . فاذا لم يقم الدليل على ذلك ، اعتبر كل من هذه الاشياء مبيعا على حدة ، وبطلت البيوع المتعلقة بالأشياء التى هلكت . وانعقدت الاخرى وبقيت صحيحة . ويعتبر تحديد ثمن واحد لجميع الاشياء المبيعة جملة قرينة على النظر اليها باعتبارها غير قابلة للتجزئة ، ولكنها قرينة قابلة لاثبات العكس .

واذا لم تتوافر هذه القرينة جازت اقامة الدليل بكافة الطرق على عدم قابلية المبيعات للتجزئة .

٢ — بيع الأموال المستقبلة

٧٣ — **تاريخ المسألة** — فى القانون الفرنسى نصت المادة ١١٣٠ مدنى فرنسى فى باب الالتزامات على أن « الأشياء المستقبلة يجوز أن تكون محلا

---

(١) فى هذا المعنى جاك الحكيم نبذة ١٤٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٣٨ : ٥١ ص ٧٢) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

للتعهدات (١) » ، ولم تستثن من ذلك الا التركات المستقبلة . فتعتبر القاعدة فى القانون الفرنسى جواز بيع الأموال المستقبلة والاستثناء عدم جواز بيع التركة المستقبلة أو اى حق فيها . غير أن التمييز بين ما يعتبر مالا مستقبلا يصلح محلا للتعاقد وما يعتبر معدوما لا يصلح لذلك ليس بالأمر الهين خاصة فيما يتعلق بالحقوق الشخصية créances ، وقد تشددت المحاكم الفرنسية فيما يتعلق بهذه الحقوق ففرقت بين حالات انعدام الحق اصلا néant matériel وحالات الحقوق المستقبلة droits futurs واجازت التعامل فى الحالات الأخيرة دون الأولى ، واشترطت لاعتبار الحق حقا مستقبلا تجوز حوالته اما أن يكون هذا الحق قد بدأ وجوده qui'il ait déjà un commencement d'existesce واما أن يكون قد وجد العمل القانونى الذى يصلح اساسا لهذا الحق (٢)

ou qu'un acte juridique serve de fondement ou de germe à la créance future.

فقضت مثلا بجواز بيع المنفعة التى تعود على شخص من تأمين لا يعقد (٣) ، أو بيع اسهم شركة قبل أن يتم اصدارها (٤) ، أو حوالة اجرة

---

(١) ويرى الشراح الفرنسيون ان هذا النص يقرر مبدأ عاما كان مسلما فى ظل القانون القديم ولم يكن يحتاج الى النص عليه . وانما راى واضعو التقنين ان ينصوا عليه تمهيدا للنص على الاستثناء الوارد عليه والخاص بالتركات المستقبلة . انظر Verdier فى كتابه Les droits éventuels p. 3.

وايضا رسالة ريجيس جيرار Régis Girard المقدمة لجامعة ليون سنة ١٩٣٩ .

Les actes de disposition relatifs aux situations juridiques futures en droit français et en droit allemand : Les droits éventuels. وبخاصة ص ١٣٠ .

ويقول بلانيول وريبير واسمان (فى المطول ج ٦ نبذة ٢٢٣) انه لا يوجد اى سبب يحول دون صلاحية الشىء المستقبل الذى لم يوجد بعد وقت التعاقد لان يكون محلا للالتزام ناشىء من العقد طالما أنه لا يراد بهذا التعهد نقل ملكية ذلك الشىء فور التعاقد ... وانه لابد لامكان ابطال مثل هذا التعهد من الاستناد فى ذلك اما الى عدم تعيين محل الالتزام ، واما الى مخالفة التعامل فى هذا المحل للنظام العام كما هو الشأن فى تحريم التعامل فى التركات المستقبلة .

(٢) انظر جيرار السابق الاشارة اليه ص ١٣٠ ، فرديه فى الحقوق المحتملة ص ٥٠ نبذة ٣٩ .

والغرض من هذا التشدد تحصين المدينين والدائنين ضد ميلهم الى المضاربة على الحقوق المستقبلة او الى الاستهانة بها (انظر بلانيول وريبير واسمان المطول جزء ٦ نبذة ٢٢٣) .

(٣) استئناف مونبلييه ١٩ مارس ١٩٠١ سيرى ١٩٠٥ — ٢ — ٥٧

(٤) عرائض ٦ يولية ١٨٨٧ سيرى ١٨٨٧ — ١ — ٢٩٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

لما تستحق (١) ، أو حوالة الشريك فى الشيوع نصيبه فى الثمن الذى ينتج من بيع العقار الشائع بالمزاد لعدم امكان قسمته (٢) . وقد أقرها الشراح (٣) .

ويفرق الشراح فى فرنسا بين نوعين من بيع الأموال المستقبلة الأول يجازف فيه المشترى فى وجود المبيع نفسه ، فيكون البيع فى الواقع واردا على الأمل فى وجود المبيع أو على الحظ ، كمبيع أوراق اليانصيب وبيع الصياد ضربة شبكته ، ويعتبر بيعا احتماليا بحتا entièrement aléatoire أى من عقود الغرر أو المضاربة . والثانى يجازف فيه المشترى فى مقدار المبيع وكميته فقط لا فى وجوده ذاته كبيع المحصول الذى سينتج من أرض معينة فى موسم محدد . وهو يعتبر واردا لا على مجرد الامل فى وجود المحصول بل على المحصول الذى سيوجد فعلا ايا كان مقداره فتكون المضاربة او المجازفة فيه اقل منها فى النوع الاول .

ويعتبر البيع فى كلتا الحالتين صحيحا ، وان اختلف حكمه على الوجه الذى سنفصله عند الكلام فى القانون المصرى الحالى .

وفى الشريعة الاسلامية ورد فى المادة ٣٠٤ من مرشد الحيران انه « لا يصح أن يكون الشىء المعدوم الذى سيوجد فى المستقبل محلا لعقد المعاوضة الا فى السلم بشرائطه » (٤) . ويبين من هذا النص ان الاصل فى الشريعة الاسلامية عدم جواز التعامل فى المال المستقبل وان الاستثناء جوازه .

غير ان بعض الفقهاء الحديثين لاحظوا أن السلم ليس الاستثناء الوحيد من هذا الأصل ، وان الشىء الذى سيوجد فى المستقبل يصلح أن

---

(١) ديموج فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٠٥ ص ٧٢٠ .

(٢) نقض فرنسى ٢٦ مايو ١٨٨٦ سيرى ١٨٨٦ - ١ - ٢٥٦ .

(٣) بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ نبذة ٢٢٣ ، بلانيول وريبير وبولانجيه جـ ٢ ص ١١١ نبذة ١٩٢٢ ، ديموج فى المجلة الفصلية المرجع السابق .

(٤) ويمكن تعريف السلم فى الفقه الاسلامى بانه بيع شىء غير موجود بالذات وقت التعاقد ولكنه معلوم الجنس والنوع والصفة والمقدار بثمن مقبوض فى الحال على أن يوجد ويسلم للمشترى فى اجل معلوم (السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١١٤ ص ٢٢٠ نقلا عن البدائع للكسانى) ، ويكون السلم فى المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة والذرعيات ولا يجوز فى العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر واللالىء الخ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يكـــون محلا لعقود الاجارة والاستصناع وما شابهها ، ورأوا ان كثرة العقود المستثناة من هذا الأصل تقوم مانعا فى اعتباره أصلا ، وان علة التحريم فى الواقع ليست العدم ، بل الغرر بسبب عـدم القـــدرة على التسليم ، فاذا انتفت العلة لم يوجد الحكم ، فتجوز الاجارة والمساقاة وبيع الثمر قبل بدو صلاحه لعدم الغرر فى ذلك ، ولا يجوز بيع البعير الشارد ، وان كان موجودا ، لوجود الغرر فى بيعه (الأستاذ على الخفيف والأستاذ ابو زهرة) .

وعلى ذلك يميز هؤلاء الفقهاء بين نوعين من العقود : الأول تقتضى طبيعته بحسب شرعه أن يكون محله موجودا عند التعاقد ، فيكون وجود محله شرطا فى انعقاده ، لأن عدم وجود المحل حينئذ مخالف لطبيعة العقد وشرعه ، وما شرع كذلك الا لدفع نزاع أو تجنب غرر . ومن هذا القبيل عقد البيع . والنوع الثانى لا تقتضى طبيعته وشرعه وجود محله وقت التعاقد ، كما فى العقد على المنافع من اجارة ومزارعة ومساقاة ، وكما فى عقد الاستصناع وما الى ذلك ، فلا يشترط وجود المحل حينئذ ، وانما يشترط امكان وجوده فى المستقبل .

وبهذا يعلل هؤلاء الفقهاء ما ورد بشأن عقد البيع فى كتاب مرشد الحيران من أن « بيع المعدوم باطل فلا يجوز بيع الثمر قبل ظهوره ولا بيع الزرع قبل نباته ولا بيع الحمل » (المادة ٣٨٣) ، ومن أن « الثمار التى ظهرت وانعقدت يجوز بيعها وهى على شجرها سواء أكانت صالحة للأكل أم لا » (المادة ٣٨٤) .

وعند وضع التقنين المدنى المختلط وجد المشرع المختلط فى سنة ١٨٧٥ نفسه أمام قاعدتين على طرفى نقيض فيما يتعلق بجواز التعامل فى الأموال المستقبلة أو عدمه ، قاعدة القانون الفرنسى وهى تجيز هذا التعامل وقاعدة الشريعة الاسلامية وهى تحرمه . وكان يتعين عليه أن يختـــار بينهما . ولكنه لم يصرح بشىء فى هذا الشأن واقتصر على ايراد بعض النصوص التى تحرم التعامل فى انواع معينة من الاموال المستقبلة . فنص فى المادة ٣٣٠ من التقنين المدنى المختلط على ان بيع اثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطـــل ونص فى المـادة ٣٣٢ على أن « بيع الحقوق فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه » .

ازاء هذين النصين جاز التساؤل عما اذا كان المشرع المختلط قـد

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

قصد بذلك اعتماد قاعدة القانون الفرنسى الذى كان يسير على منواله بوجه عام وأورود النصين المشار اليهما على سبيل الاستثناء من هذه القاعدة ، ام قصد اعتماد قاعدة الشريعة الاسلامية التى كانت قبل صدور التقنينات المختلطة الشريعة العامة فى مصر وأورد النصين المذكورين باعتبارهما تطبيقا لتلك القاعدة . وكان مما يرجح هذا الاحتمال الأخير رغبة المشرع المختلط البادية فى الأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية فى مواضع كثيرة مراعاة منه لما ألفته البلاد سنين طويلة من جهة ، ونقله نص المادة ٣٣٠ مدنى مختلط من المادة ٣٨٣ من مرشد الحيران من جهة أخرى .

ولكن مصلحة مصر باعتبارها بلدا زراعيا جرى أكثر الزراع فيها على التصرف بالبيع فى محصولاتهم قبل نضجها بل أحيانا قبل ظهورها رجحت كفة قاعدة القانون الفرنسى التى تجعل الأصل جواز التعامل فى الأموال التى لم توجد بعد ، فقضت المحاكم المختلطة بأن التقنين المدنى ليس فيه نص يقضى بتحريم بيع الاموال المستقبلة بوجه عام وان احكام المادتين ٣٣٠ و ٣٣٢ تعتبر احكاما ستثنائية ويلزم تفسيرها تفسيرا ضيقا وتطبيقها بدقة .

وفيما يتعلق بنص المادة ٣٣٠ بحثت هذه المحاكم علة الاستثناء الوارد فيها رغبة منها فى قصر تطبيقه على الاحوال التى تتوافر فيها هذه العلة ، ورجعت فى ذلك الى أصله التاريخى فى الشريعة الاسلامية . ولما تبينت أن علة تحريم هذه الشريعة التعامل فى الاموال المستقبلة ما ينطوى عليه هذا التعامل من غرر ، قصرت تطبيق المادة ٣٣٠ على أحوال البيع التى يكون فيها غرر ، فطبقتها على بيع المحصولات والثمار المستقبلة اذا كان المقصود به الزام المشترى بالثمن بقطع النظر عن تحقق وجود المحصول او الثمار أو عدم تحققه ، أو كان المقصود به الزام المشترى بثمن محدد جزافا فى العقد بقطع النظر عن جودة المحصول او رداءته وكثرته او قلته ، واعتبرتها غير منطبقة على الأحوال التى يلزم فيها المشترى بثمن يقدر بسعر الوحدة بحيث يتناسب الثمن مع مقدار المحصول ، لأن البيع فى هذه الأحوال لا يكون فيه غرر .

وقد ساعد هذا التفسير على تفادى المضار التى تنشأ عن تحريم

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بيع المحصولات المستقبلة بوجه عام ، وسمح بوجه خاص باجازة التعامل فى محصول القطن قبل ظهوره اذا كان هذا التعامل على أساس سعر الوحدة خلافا لما يقضى به ظاهر النص .

ورغبة منها فى زيادة التضييق فى تطبيق نص المادة ٣٣٠ ذهبت المحاكم المختلطة الى أن بيع المحصولات المستقبلة الذى يقع تحت طائلة البطلان المقرر بهذا النص لا يكون باطلا بطلانا مطلقا بل بطلانا نسبيا فقط لمصلحة البائع وحده ، فلا يجوز للمشترى أن يتمسك به . وظاهر أن قضاءها بذلك لا يتفق مع القواعد العامة التى تجعل البطلان الذى يترتب على انعدام المحل أو على عدم توافر اى شرط من شروطه الاساسية بطلانا مطلقا ، فوق انه يصدم العدالة بحماية البائع وحده مع أن المشترى معرض للغرر ذاته وجدير بمثل هذه الحماية اذ يحتمل أن تسوء حال المحصول فيلزم بالثمن المسمى كاملا .

وعند وضع التقنين الأهلى فى سنة ١٨٨٣ كانت قد ظهرت مضار النص الذى تضمنته المادة ٣٣٠ مختلط ومحاولات القضاء المختلط للتخفيف منها ، فآثر المشرع الوطنى عدم النص على ما يقابل حكمها ، واقتصر على النص فى المادة ٢٦٣ مدنى أهلى على تحريم بيع التركات المستقبلة . وقد اتبع المشرع ذلك أيضا فى التقنين المدنى الحالى .

٧٤ ـ حكم التقنين المدنى الحالى فى بيع الاموال المستقبلة : (أ) القاعدة ـ نصت المادة ١٣١ مدنى على أنه « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا . ـ غير أن التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه ، الا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون » .

وقد تضمن هذا النص قاعدة عامة واستثناء واحدا من هذه القاعدة . أما القاعدة فهى جواز التعامل فى الاموال المستقبلة أيا كان نوع التعامل وأيا كان المال المستقبل (١) ، وبناء على ذلك يجوز بيع المال الذى لم يوجد بعد مادام محتمل الوجود كبيع السلع التى يتم صنعها وبيع المحصول قبل

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ١ نبذة ٢١٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ظهوره أو حتى قبل زرعه (١) .وبيع البناء قبل اقامته وبيع المؤلف قبل تمامه أو حتى قبل البدء فيه وبيع ورقة اليانصيب أو ضربة الشبكة

غير ان بيع الاموال المستقبلة يختلف بحسب قصد العاقدين منه ، وله ثلاث صور ، الأولى بيع المال المستقبل بسعر الوحدة منه ، والثانية بيع المال المستقبل بثمن مقدر جملة ولكن بشرط تحقق وجود ذلك المال فى المستقبل ، والثالثة بيعه بثمن مسمى يلتزم به المشترى بقطع النظر عن تحقق وجود المبيع مستقبلا أو عدمه (٢) .

والصورة الأولى هى التى أجازت فيها المحاكم المختلطة البيع بالرغم من التحريم الذى كانت تنص عليه المادة ٣٣٠ مختلط ، كبيع محصول القطن الذى سينتج من أرض معينة فى موسم محدد بسعر ٥٠ ريالا للقنطار . ويكون البيع فيها محدد القيمة بعيدا عن الغرر (٣) . وتكييفه انه بيع منشىء فقط التزاما بنقل ملكية المبيع ومعلق على شرط واقف هو تحقق وجود المبيع فى المستقبل . فاذا تحقق وجوده كله أو بعضه انتج العقد آثاره — بما فى ذلك الالتزام بنقل الملكية — بالنسبة الى القدر الذى تحقق وجوده مستندة الى وقت انعقاده ، ولكن انتقال الملكية الى المشترى لا يتم من وقت نشوء الالتزام به عند التعاقد بل من وقت وجود المبيع فحسب (٤) .

---

(١) انظر فيما يتعلق ببيع محصول القطن المستقبل مقدرا بمقدار معين تحت العجز والزيادة بسعر معين ودفع الثمن مقدما على أن تصير المحاسبة على الزيادة أو العجز فى المحصول على أساس سعر اقفال البورصة فى تواريخ مختلفة محددة ، واعتبار ذلك بيع مال مستقبل جائزا قانونا طبقا للمادة ١٣١ مدنى ، نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ — ٦٤١ — ٩٧ .

(٢) ويتميز بيع الاموال المستقبلة فى الصورتين الاخيرتين عن البيع الجزاف بان المبيع فى هذا البيع الاخير يكون موجودا فعلا وقت التعاقد ، وغاية الامر انه حصل بيعه بالثمن المسمى دون تعيين قدره أى دون تعيين عدده أو وزنه أو كيله اذا كان مما يعد او يوزن او يكال . أما بيع الاشياء المستقبلة فلا يكون المبيع فيه موجودا وقت العقد بل يكفى ان يكون قابلا للوجود فيما بعد (فى هذا المعنى نقض ١٨ يناير ١٩٤٨ المحاماة ٣٠ — ١٣٢٢ — ٥٣٤)

(٣) استئناف مصر ١٨ ابريل ١٩٤٨ المجموعة ٥٠ رقم ١١٧ .

(٤) واذا اتفق الطرفان على أن ينشأ التزام المشترى بالثمن مستحق الاداء من قبل تحقق وجود المبيع ، كان العقد منشئا التزاما بنقل ملكية المبيع عند تحقق وجوده ومقترنا بشرط فاسخ هو امتناع وجود المبيع نهائيا فى وقت معين ، فيجوز للبائع مطالبة المشترى بالثمن من وقت العقد ما لم يحدد له أجل ، على أن يرده اليه اذا لم يتحقق وجود المبيع والمعول عليه فى الاخذ بهذا التكييف أو ذاك ما اتجهت اليه ارادة العاقدين .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

واذا لم يوجد المبيع ، كما اذا هلك المحصول بآفة سماوية او غرق او غزو ، تخلف الشرط الواقف وترتب على تخلفه اعتبار البيع كأن لم يكن ، فيتحلل البائع من التزامه ولا يجب على المشترى شيء من الثمر ولا يجوز له مطالبة البائع بأى تعويض . على أنه اذا كان تحقق وجود المبيع فى المستقبل يقتضى عملا يقوم به البائع ، وجب فى حالة تخلفه الا يكون ذلك راجعا الى تقصير البائع فى القيام بهذا العمل ، والا وجب عليه تعويض المشترى عن تسببه فى عدم وجود المبيع ، كما اذا باع المزارع محصولا مستقبلا ثم امتنع عن الزرع .

والصورة الثانية يكون فيها الثمن معينا جملة ويتجه فيها قصد العاقدين الى تعليق البيع على شرط . وجود المبيع فى المستقبل كبيع ناتج الفحم الرجوع الذى ينتج من قاطرات سكة الحديد فى مدة مستقبلة ومنطقة معينة . وظاهر أن البيع فى هذه الصورة ينطوى على قدر من الغرر محدود لان المشترى فيه يجازف فى قدر المبيع وكميته فقط لا فى ذات وجوده . وتكييفه كما فى الصورة السابقة انه معلق على شرط واقف هو تشغيل السكك الحديدية بالفحم فى الفترة والمنطقة المعينتين ووجود فحم رجوع منها . فاذا استمر تشغيل السكك الحديدية على الوجه المطلوب ، تحقق الشرط الواقف ولزم البيع الطرفين ووجب على المشترى الثمن المسمى أيا كان مقدار الفحم الرجوع الناتج فى الفترة والمنطقة المتفق عليهما . أما اذا تخلف الشرط بأن بطل تسيير السكك الحديدية فى الفترة والمنطقة المتفق عليهما أو استعمل فى تسييرها المازوت بدلا من الفحم فلم يتحقق وجود فحم رجوع ، صار العقد كأن لم يكن . فاذا كان البائع قد التزم بالعمل على ايجاد المبيع وكان تخلف المبيع راجعا الى تقصيره ، وجب عليه أن يعوض المشترى .

والصورة الثالثة يجازف فيها المشترى فى وجود المبيع نفسه كبيع أوراق اليانصيب وبيع الصياد ضربة شبكته ، فيكون المبيع فى هذه الحالة هو مجرد الامل فى الربح أو فى الصيد ، فينعقد البيع منجزا ويلزم المشترى بالثمن المسمى سواء تحقق هذا الأمل أو لم يتحقق ، أى سواء وجد الربح أو الصيد أو لم يوجد (١) .

---

(١) وقد نظرت محكمة النقض الى الصورتين الثانية والثالثة فقط وهما اللتان تشتركان مع البيع الجزاف فى ان الثمن يكون فيهما محددا جملة اى بثمن مسمى لا يتغير بتغير قدر المبيع ، فقالت بعد التمييز بين البيع الجزاف وبيع الاموال المستقبلة ان هذا البيع الاخير تنت

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويشترط فى ذلك أن يكون الامل فى تحقق المبيع او عـــدم تحققه متروكا لظروف لا دخل لأحد العاقدين فيها (١) ، والا فان من يتسبب منهما فى عدم تحقق هذا الامل يسأل عن ذلك قبل الطرف الآخر . فاذا امتنع الصياد مثلا عن رمى الشبكة جاز لمن تعاقد معه الامتناع عن دفع الثمن او استرداده ان كان قد دفعه ، وكان له ايضا أن يطالب بتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . وكذلك اذا امتنع منظم أوراق اليانصيب — وهو بائعها الأول — عن اجراء السحب .

اما اذا اتفق الصياد على ان يمكن المشترى من رمى الشبكة بنفسه وامتنع المشترى عن رميها بدون مبرر استحق الصياد الثمن المتفق عليه.

وظاهر أن هذا البيع بيع غرر . ومع ذلك فهو صحيح وفقا للتقنين المدنى المصرى وسائر القوانين الحديثة .

وللتمييز بين الصورتين الثانية والثالثة ، اى صورة البيع المعلق على شرط وجود المبيع وبيع مجرد الأمل ، يجب الرجوع اولا الى شروط العاقدين والنزول على حكمهما فيها . فاذا اغفلا بيان قصدهما فيها وجب استخلاص نيتهما من مقدار الثمن فى العقد . فاذا كان الثمن معادلا لقيمة المبيع او قريبا منها، وجب اعتبار العقد معلقا على شرط وجود المبيع. اما اذا كان الثمن قليلا وانقطعت النسبة بينه وبين قيمة المبيع ، فالراجح أن العقد احتمالى . ومع ذلك اذا قامت الشبهة فى استجلاء نوع العقد ، وجب على القاضى ترجيح اعتباره معلقا على شرط وجود المبيع . وذلك لأن العرف قد جرى بأن المشترى لا يجازف فى وجود المبيع نفسه ، وبانه انما يبذل

=

نوعان الاول يجازف فيه المشترى فى وجود المبيع نفسه وهو ما يسمى بيع غرر كبيع أوراق اليانصيب أو بيع الصياد ضربة شبكته ، والثانى يجازف فيه المشترى فى قـــدر المبيع وكميته نقط كشراء الفحم الذى ينتج من قاطرات السكة الحديدية فى مدة مستقبلة ومنطقة معينة . وحكم النوع الاول انه ينعقـــد منجزا ويجب على المشترى اداء الثمن مهما كانت النتيجة ، وجد المبيع او لم يوجد . وحكم النوع الثانى أن يكون معلقا على شرط واقف هو وجود المبيع فى المستقبل . فاذا وجد المبيع فان العقد ينعقد بين الطرفين بقطع النظر عن مقداره وكميته ويجب على المشترى أداء الثمن واذا لم يوجد المبيع فى المستقبل لم ينعقد بين الطرفين بيع لفقد احد اركانه . وفى هذه الحالة لا يجب على المشترى اداء الثمن (نقض ١٨ يناير ١٩٤٨ المحاماة ٣٠ — ١٣٢٢ — ٥٣٤) .

(١) فى هذا المعنى نقض ١٨ يناير ١٩٤٨ المشار اليه فى الهامش السابق .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الثمن فى مقابل شيء محقق ، ولهذا يجمع الشراح على أن بيع الحظ أو الغرر هو الاستثناء .

ويلاحظ أنه لا يترتب على بيع المال المستقبل انتقال ملكية هذا المال فور التعاقد الى المشترى كما هو الشأن فى بيع المال الحاضر ، لاستحالة ذلك قانونا ، ولأن قصد الطرفين لا يمكن أن يكون قد اتجه اليه بصفة جدية ، بل أن كل ما يترتب عليه هو نشوء التزام فى ذمة البائع بنقل ملكية المال المستقبل المذكور اذا ما تحقق وجوده ، فلا يكون للمشترى قبل تحقق وجود المال المبيع سوى حق فى تملك ذلك المال عند تحققه . فالعقد لا يخوله ملكية ذلك المال قبل وجوده بل هو لا يخوله حقا شخصيا بالزام البائع بنقل هذه الملكية اليه ، وانما يخوله فقط أن يتربص بالمال المبيع حتى اذا ما تحقق وجوده ملكه بقوة القانون ودون حاجة الى أى عمل من جانب البائع (١) وهذا ما يسميه الفقه الحديث بالحق التمهيدى droit éventuel أو الحق المنشيء أو الحق الترخيصى droit formateur (٢) .

٧٥ — (ب) الاستثناء : تحريم بيع التركة المستقبلة — التركة هى مجموعة ما يتراكه الانسان عند موته من حقوق وديون . ولا يعتبر للتركة وجود الا من وقت موت صاحبها . أما قبل ذلك فهى تركة مستقبلة .

ويرجع تاريخ تحريم بيع التركة المستقبلة الى عهد القانون الرومانى فقد كان هذا القانون يحرم كل تعامل فى التركة المستقبلة لا بيعها فحسب، باعتبار هذا التعامل مخالفا للآداب وللنظام العام . أما مخالفته للآداب فلأنه ينطوى على مضاربة على حياة المورث . واما مخالفته للنظام العام فلأنه يغرى المتصرف اليه بالتعجيل بموت المورث . غير أن الرومان اعتبروا أن المورث خير من يقدر وجود الخطر على حياته من وراء هذا التعامل ، فاذا أقر التصرف أو اشترك فيه ، كان ذلك دليلا على انتفاء

---

(١) ما لم يكن المبيع قدرا معينا من شيء مثلى فيحتاج الى فرزه بعد تحقق ذلك الشيء واذا كان تحقق وجود الشيء يقتضى ان يقوم البائع بعمل معين لا يوجد الشيء بدونه ، فان العقد يلزم البائع بهذا العمل ويخول المشترى ان يطالبه بتنفيذ هذا العمل وان يسأله عن اخلاله بهذا الالتزام .

(٢) انظر Verdier ص ٣٧ ، جيرار ص ١٥٨، حيث يقول :

Le disposant veut seulement accorder à son co-contractant une situation privilégiée d'attente".

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الخطر ولم يكن ثمة محل لاعتبار التصرف مخالفا للنظام العام ، بل أن اقراره اياه أو اشتراكه فيه يجعل مضاربة المتصرف اليه غير مخالفة للآداب ولذلك اجازوا التعامل فى التركة المستقبلة برضا المورث .

اما القانون الفرنسى وسائر القوانين الحديثة ، فقد اعتبرت بيع التركات المستقبلة غير جائز ليس لما ينطوى عليه من خطر على حيـــاة المورث او من مضاربة على حياته فحسب ، بل ايضا لانه يسهل وقوع الوارث المحتمل فريسة فى ايدى المرابين الجشعين الذين ينصبون شباكهم للشباب فيمدونهم بالمال يقضون به شهواتهم وفى مقابل ذلك يستكتبونهم بيع حقهم فى الميراث كله او بعضه ، اى أنها اعتبرت ان تحريم بيع التركة المستقبلة ليس مقررا لمصلحة المورث فحسب بل لمصلحة الوارث أيضا . ولذلك لم تكتف بالتحريم كما ورد فى القانون الرومانى ، بل شددت فيه وعممته . ونص المشرع الفرنسى فى المادة ١٦٠٠ من التقنين المدنى على انه « لا يجوز بيع تركة شخص على قيد الحياة ولو برضاه » . ونص المشرع المصرى على مثل ذلك فى المادة ٢٦٣ / ٣٢٢م مدنى قديم، اى انهما جعلا بيع التركة المستقبلة باطلا ولو تم برضا المورث .

وقـد فكر واضعو مشروع تنقيح القانون المدنى فى نبذ هذا التشديد وفى العودة الى حكم القانون الرومانى لاباحة بعض أنواع من التصرفات التى ترد على التركة المستقبلة كاتفاق الورثة فى حيـاة مورثهم وبموافقته على قسمة أمواله بينهم بعد وفاته ، تفاديا لنشـــوب خلاف بينهم على القسمة لو أرادوا اجراءها بعد موته . وكذلك نصوا فى المـادة ١٨٢ من المشروع التمهيدى على ان التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطـل ألا أن يكون برضاه وبورقة رسمية . ولكن لجنة المراجعة لم تقر هـــذا التعديل وآثرت العودة الى النص القديم .

ولذا نصت المادة ١٣١ فقرة ثانية مدنى على أن « التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه ، الا فى الاحوال التى نص عليها فى القانون » ، وقصدت بالاحوال المستثناة التى نص عليها القانون حالة قسمة المورث تركته بين ورثته المنصوص عليها فى المواد ٩٠٨ وما بعدها .

وبناء على ذلك يكون بيع التركة المستقبلة باطلا ، سواء ورد على كل التركة أو على نصيب فيها أو على مال معين باعتباره عنصرا منها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وسواء صدر البيع من المورث نفسه او من وارث محتمل ، وسواء فى هذه الحالة الاخيرة أن يكون البيع الى وارث محتمل آخر او الى اجنبى عن التركة (١) .

فاذا باع المورث جميع تركته بما فى ذلك امواله وديونه الحاضرة والمستقبلة ، وقع باطلا لأن محله تركة مستقبلة . اما اذا باع جميع أمواله وديونه الحاضرة ، كان البيع صحيحا بشرط الا يضاف الى ما بعد الموت لأن ذلك يجعل محله تركة . واذا باع الوارث المحتمل الى وارث آخر او الى اجنبى الدار التى سيرثها من ابيه ، كان البيع باطلا لانه وارد على عين داخلة فى تركة مستقبلة (٢) . أما اذا باع الدار ذاتها على زعم انها مملوكة له ، سرى على البيع حكم بيع ملك الغير لا حكم بيع التركة المستقبلة . والفرق بين الحكمين كبير كما سيأتى بعد .

وقد ربطت محكمة النقض بين تحريم بيع التركة المستقبلة وبين قواعد الميراث . فقررت أن قواعد الميراث متعلقة بالنظام العام وأن كل تصرف يقصد به التحايل على هذه القواعد يقع باطلا بطلانا مطلقا ، وأن تحريم التعامل فى التركات المستقبلة يأتى نتيجة لهذا الاصل ، فلا يجوز التعامل بين وارث محتمل فى تركة مستقبلة وبين شخص اجنبى عن هذه التركة بأن يبيع الوارث للأجنبى نصيبه فى التركة او يتنازل له عنه ، ولا بين وراث محتمل ووارث محتمل آخر ، ولا بين المورث نفسه ووارث محتمل له او اجنبى عنه كأن يتفق المورث على ان يعطى وارثه نصيبا من التركة أكبر او أقل من نصيبه الشرعى ، او أن يجعل الاجنبى وارثا له بغير أن يقوم به سبب شرعى من أسباب الارث عند استحقاق هذا الارث ، وبالجملة لا يجوز قبل وفاة انسان معين الاتفاق على شىء يمس بحق الارث عنه ، سواء من جهة ايجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعا ، أو من جهة النقص او الزيادة فى حصصهم الشرعية ، أو من جهة التصرف فى حق الارث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه اياه ، فان جميع هذه الاتفاقات وما شابهها يخالف النظام العام (٣) .

---

(١) و (٢) السنهورى فى الوسيط جـ ١ بندة ٢١٧ .

(٣) نقض ١٤ يونيه ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ١ — ٤٤٩ — ١٩٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أيضا أنه « اذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع املاكها على أن يتملكها اذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هى ماله فى حالة وفاته قبلها.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

أما التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حال صحته لأحد ورثته أو لغيرهم ، فقد اعتبرتها المحكمة صحيحة ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من انصبتهم فى الميراث ، لأن التوريث لا يقوم الا على ما يخلفه المورث وقت وفاته . اما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته ، فلا حق للورثة فيه (١) .

المطلب الثانى

تعيين المبيع

٧٦ - طريقة تعيين المبيع - يجب ان يكون المبيع معينا حتى يرد عليه الاتفاق ، لانه اذا كان غير معين استحال ورود الاتفاق عليه ، الا اذا كان قابلا للتعيين ، فحينئذ يعتبر فى حكم المعين (٢) .

وتعين حقوق الملكية الادبية او الفنية أو الصناعية بالشىء غير المادى الذى تتعلق به . وتعين الحقوق الشخصية بمحلها وبشخص الدائن وشخص المدين . أما الحقوق العينية وبخاصة حق الملكية ، فتعين بالشىء الذى ترد عليه . والاشياء من حيث طريقة تعيينها نوعان : أشياء معينة بالذات أو قيمية ، وأشياء مثلية وهى التى تعين بغير الذات .

٧٧ - تعيين الاشياء القيمية - الاشياء القيمية أو الاعيان المعينة بذاتها choses non-fongibles ou corps certains هى التى يتميز كل منها عن غيره بصفات خاصة تعينه تعيينا ذاتيا يجعل غيره لا يقوم مقامه

=

فان التكييف الصحيح الواضح لتصرفهما هذا انه تبادل منفعة معلق الحظر والغرر وانه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية فى الميراث ، فهو اتفاق باطل ، أما التبرع المحض الذى هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه . ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ، ولكن فى غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقبى المحرمة شرعا » .

(١) نقض مدنى ٣١ مارس ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ - ٥٣١ - ٨٥ ، وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ٩ يناير ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ - ٤٣ - ١٠ ، و ٣٠ ابريل ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض ٢١ - ٧٣٥ - ١١٩ ، وأيضا ١٨ ديسمبر ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ - ١٢٨٧ - ٢٢٣ .

(٢) نقض مدنى ٨ نوفمبر ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ - ٢٦ - ٥ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فى الوفاء كالعقارات بوجه عام والمخطوطات الاصلية وكل شيء ينظر فيه الى وصف ذاتى يميزه عن غيره كحصان معين بالذات وسيارة معينة بعلامة مصنعها ورقم صنعها .

ولابد من تعيين هذه الاشياء فى عقد البيع بصفاتها المميزة تعيينا كافيا يحول دون الخلط بينها وبين غيرها (١) ، فتعين الارض المبيعة مثلا بذكر الناحية والحوض ورقم القطعة أو بيان حدودها ، فيغنى ذكر رقمها عن بيان حدودها (٢) . والعكس أيضا صحيح وان كانت مصلحة الشهر العقارى تشترط فى صلاحية العقد للتسجيل أن تذكر فيه جميع البيانات من أرقام وحدود .

٧٨ - تعيين الاشياء المثلية - والاشياء المثلية هى التى يوجد لها نظير من جنسها مساو أو مقارب لها فى القيمة بحيث يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء (المادة ٨٥) ، كالذهب والفضة والقمح والشعير والاقلام والكراسات التى من نوع واحد والكتب المطبوعة من طبعة واحدة . ويجب ان تعين فى عقد البيع بذكر نوعها وبيان مقدارها بالعدد أو الوزن أو الكيل أو المقاس. كمائة اردب من القمح الهندى وعشرة دراهم من الفضة ومائة قنطار من القطن وقد يذكر المقدار بوجه التقريب ، فيسمح ذلك بشيء من التجاوز زيادة أو نقصا ، على أن لا يبلغ هذا التجاوز حدا كبيرا كثلاثين فى المائة مثلا (٣) .

ويكفى ان تعين هذه الاشياء بنوعها فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقدارها كبيع عدد من الكتب بقدر عدد طلبة فرقة معينة ، فان عدد الكتب المبيعة اذا لم يكن معينا فهو على الاقل قابل للتعيين عند ضبط عدد الطلبة فى تلك الفرقة .

واذا كانت الاشياء المثلية تتفاوت فيما بينها من حيث الجودة ، وجب ان تعين درجة جودة المبيع . غير أنه لا يشترط أن يعين الطرفان هذه الدرجة صراحة ، ويمكن استنباطها من ظروف التعاقد أو بالرجوع الى

---

(١) استئناف مصر ٢٨ فبراير ١٩٢٢ المحاماة ٢ - ٣٨٦ - ١١٢ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ ابريل ١٩٣٥ المحاماة ١٦ - ٩٨٧ - ٤٩٧ .

(٣) والعبرة فى تحديد الاطيان المبيعة المحكوم باثبات صحة التعاقد عنها هى بما ورد من ذلك فى العقد الذى بيعت بموجبه ، لا بما يكون قد ورد فى صحيفة دعوى صحة التعاقد (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ - ١٣٣١ - ٢٢٩) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

العرف ، والا فيفرض انهما قصدا ان يكون المبيع من درجـــة متوسطة (المادة ١٣٣ فقرة ثانية) .

ويحدث كثيرا ان تعين درجـة جودة المبيع بنمـوذج أو « عينة » يتفق عليهاالطرفان وتسلم عندالتعاقد الى أحدهماأوالى شخص عدل (١)، فتتحدد بهذه العينة درجة الجودة ويلزم تسليم المبيع من صنف مطابق للعينة (٢)،والا كان البائع مخلا بالتزامه (٣)،ولم يكن له أن يطالب المشترى باداء المقابل وهو الثمن (٤) . ويجدر بالعاقدين فى هذه الحالة تمييز العينة

---

(١) قضت محكمة النقض بان تفهم نية المتعاقدين لمعرفة ان كانت قد اتجهت الى البيع بالعينة أم الى البيع بحسب المواصفات الواردة فى التعهد هو من مسائل الوقائع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه فيها على استخلاص سليم (نقض مدنى ١٦ اكتوبر ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٤ — ١ — ١) .

(٢) قضت محكمة النقض بأن البائع لا تبرأ ذمته الا اذا قدم بضاعة تطابق العينة التى جرى التعاقد عليها ، فمن الخطأ القول بانه اذا امتنع على البائع ان يحصل على بضاعته من العينة المتعاقد عليها كان عليه ان يورد ما يستطيع الحصول عليه ، فان كان دون العينة جودة أو تقاوة التزم بفرق الثمن لمصلحة المشترى (نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٤٨ نهرس أحكام النقض فى ٢٥ سنة ص ٣٤٦ نبذة ١٦) .

وقضت بانه اذا كانت محكمة الموضوع قد قامت بفحص العينة واجرت مقارنة بينها وبين البضاعة المبيعة ، فأسفر بحثها عن مطابقة البضاعة للعينة فى خصائصها التى رأت أن المتعاقدين قصداها ، فليس فى استظهارها فى هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة ما ينفى المطابقة طالما أنها قد انتهت بما لها من سلطة التقدير فى هذا الصدد الى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروقا لا يؤبه بها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة (نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ — ٦٥٩ — ٩٩) .

(٣) نقض مدنى ١٥ اكتوبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ — ٥٦٧ — ٨٦ وقد جاء فيه انه اذ تنص المادة ٣٤ من القرار الوزارى رقم ١٩٤٢/٨١ الخاص بتنظيم التعامل بالجملة فى سوق البصل بالاسكندرية على ان « تحصل المزايدة فى كل رسالة بالمكان الذى توجد فيه على اساس لعيناته التى تستخرج طبقا لاحكام هذا القرار ، فانه لا يتأدى من ذلك النص ان المبيع وقد اصبح معلوما للمشترى بمعاينته اياه ، وانه يمتنع عليه بعد ذلك ادعاء ان البيع كان بيعا بالعينة ، ذلك أنه وان كان المشترى يعتبر عالما بالمبيع علما كافيا باطلاعه على العينة ، الا انه يتحتم مطابقة محتويات الرسالة أو الرسائل للعينات المستخرجة منها فاذا تبين عدم مطابقتها لها كان المشترى فى حل من الوفاء بالثمن .

(٤) انظر حكما لقاضى الامور المستعجلة بمحكمة مصر الابتدائية بتاريخ ١٨ نوفمبر ١٩٤٢ المجموعة ٤٣ — ٤٠٥ — ٢٢٤ جاء فيه أن البيع على العينة كالبيع على التجربة مفروض فيه دائما انه بيع معلق على شرط وهو مطابقة البضاعة المبيعة للعينة المتفق عليها . ومتى كان الامر كذلك فان التسليم لا يمكن أن يتم قانونا الا بعد أن يتحقق المشترى من مطابقة البضاعة المصدرة للعينة ومن ثم يجب اعتبار التسليم واقعا فى محل اقامة المشترى .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بعلامة خاصة تعين ذاتيتها منعا للمجادلة فيها (١) . فاذا لم يفعلا ، وقع على عاتق من يتمسك بعينة أن يثبت انها هى التى تم الاتفاق عليها (٢) . واذا فقدت العينة أو هلكت دون خطأ من أحد ، فان كانت قد أودعت لدى المشترى وادعى هذا أن المبيع غير مطابق للعينة ، كان عليه هو أن يثبت صحة ادعائه (٣) . وان كانت قد أودعت لدى البائع وادعى المشترى عدم مطابقة المبيع للعينة ، كان على البائع ان يثبت مطابقتها (٤) . (المادة ٢/٤٢٠ مدنى) .

فاذا ثبت عدم مطابقة الشىء محل التسليم للعينة ، جاز للمشترى اما رفضه ومطالبة البائع بتسليمه مبيعا مطابقا للعينة مع التعويض عن التأخير أو يفسخ العقد مع التعويض عن عدم تنفيذه ، وأما قبول المبيع المسلم اليه مع مطالبة البائع بالتعويض عن النقص فى الجودة (٥) ، على الا يسىء استعمال حقه فى ذلك الخيار ، فلا يجوز له رفض المبيع وفسخ العقد اذا كان الاختلاف بين العينة ومحل التسليم طفيفا لا يؤبه له ،

=

ويلاحظ على عبارة هذا الحكم انه من الخطأ القول بان البيع بالعينة معلق على شرط كالبيع بالتجربة ، لان البيع بالعينة بيع بات ، اذ الغرض من تحديد العينة هو تعيين درجة المبيع من الجودة ليلتزم البائع بتسليم القدر المبيع من هذه الدرجة ، فمطابقةالعدر واجب التسليم للعينة هى شرط لصحة التسليم لا لتحقق آثار البيع .

(١) قضى بان التعاقد بالعينة لا يؤثر فى صحة انعقاده عدم توقيع الملتزم على العينة، وان جاز ان يكون مثار خلاف عند تنفيذ العقد ، ولا رقابة لمحكمة النقض على محكمةالموضوع فيما تقرره من ان العقد قد تم على عينة معينة وان العاقد قد عاينها(نقض مدنى ١٥ مايو ١٩٤٧ فهرس أحكام النقض فى ٢٥ سنة ص ٣٤٦ نبذة ١٥) .

(٢) ويذهب الاستاذ السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٢٧ الى انه فى حالة ابراز احد الطرفين عينة ينازعه الطرف الاخر فى أنها هى العينة المتفق عليها ، فان الاول يكون هو المدعى عليه والاخر هو المدعى فيقع على هذا الاخر عبء اثبات أن الشىء الذى فى يد الاول ليس هو العينةالمتفق عليها (وفى هذا المعنى البدراوى نبذة ١٠٩ ص ١٣٣ وجاك الحكيم ص ١٢٧) ، ولكن لماذا يعتبر من يبرز شيئا على أنه عينة مدعى عليه ولماذا يلقى عبء اثبات ذاتية العينة علىخصمه ، أليس هو الذىيدعى أن الشىء الذى يبرزه هو العينة المتفقعليها فيكون عليه هو عبء اثبات ذلك ؟

(٣) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٢٧ ص ٢٣٩ ، والمذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح التقنين المدنى فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٢ .

(٤) أنظر السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٢٣٩ نبذة ١٢٧ ، البدراوى ص ١٩٢ نبذة ١٠٠ ، لبيب شنب ص ٧٥ .

(٥) توفيق فرج ص ١٣٢ و ١٣٣ ، جاك الحكيم ص ١٢٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فلا يكون له حينئذ الا طلب نقص الثمن بما يقابل ذلك الاختلاف (١) .

ويلاحظ ان الاشياء المثلية اذا عينت بظروف من الزمان أو المكان ، قام ذلك مقام تعيين مقدارها ، بل كان من شأنه ان يجعلها فى حكم المعينة بالذات كما فى بيع الثمار الموجودة فى سلة معينة أو القطن الذى سينتج من أرض محدودة فى موسم معين أو القطن الموجود فى مخـــزن البائع والناتج من زراعاته المبينة فى العقد (٢) وهذا هو البيع الجزاف Vente en bloc ويستوى فى ذلك أن يكون الثمن محددا لها جملة أو محددا بسعر الوحدة . ويتميز البيع الجزاف عن بيع المثليات بالوزن أو العدد أو الكيل أو المقاس بأنه ينقل الملكية بمجرد اتفاق العاقدين دون توقف على تعيين المبيع من طريق الوزن أو العدد أو الكيل أو المقاس وبأنه فى حالة هلاك المبيع بعد اعذار المشترى لتسلمه يكون الهلاك على المشترى اذا كان البيع جزافا ، وعلى البائع ان كان بالوزن أو الكيل أو العدد أو المقاس (٣) .

المطلب الثالث

ان يكون المبيع مما يجوز التعامل فيه

٧٩ ـ تقسيم الاشياء من حيث جواز التعامل فيها او عدمه ـ تنص المادة ٨١ مدنى على أن « كل شىء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية » .

ويبين من هذا النص أن الاشياء نوعان : اشياء خارجة عن التعامل ، واخرى ليست خارجة عنه .

وقد اعتبر المشرع أن الاصل فى الاشياء جواز التعامل فيها والاستثناء عدم جوازه ، واكتفى بتعريف الاشياء الخارجة عن التعامل فى المادة ٨١ فقرة ثانية واعتبر ما عداها جائزا التعامل فيه .

---

(١) نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض ١٠ ـ ٦٠٩ ـ ٩٩ أما اذا كان الاختلاف غير طفيف ، فلا يجبر المشترى على قبول المبيع مع نقص الثمن ويكـون له المطالبة بتسليمه مبيعا مطابقا للعينة أو بالفسخ مع التعويض (نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٤٨ فهرس احكام النقض فى ربع قرن جـ ١ كلمة بيع نبذة ١٦) .

(٢) انظر نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٩٨ مجموعة احكام النقض ١٩ ـ ٦٢٢ ـ ٩٤ .

(٣) انظر السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٢٠ و ١٢١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

والاشياء التى تخرج عن التعامل نوعان : أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها وهى التى لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها ، واشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون وهى التى لا يجيز القانون ان تكون محلا للحقوق المالية (المادة ٨١ فقرة ٢) .

٨٠ - الاشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها - والاشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها اى التى لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها ، هى الاشياء المشتركة res communes اى التى يشترك فى الانتفاع بها جميع الناس بحيث لا يحول انتفاع احدهم بها دون ان ينتفع بها غيره كالهواء والماء الجارى واشعة الشمس .

غير انه يلاحظ انه اذا كانت هذه الاشياء لا يمكن الاستئثار بها فى مجموعها فانه من الممكن الاستيلاء على مقادير محدودة منها للانتفاع بها فى اغراض صناعية او غيرها كالهواء المضغوط وحقن ماء البحر والماء الذى تستولى عليه البلديات وشركات المياه وتنقيه وتوزعه للشرب ، فتصبح هذه المقادير مملوكة لمن استولى عليها وتصبح بهذا الوصف اموالا يجوز التعامل بها .

وتختلف الاشياء المشتركة عن الاشياء المباحة فى أن الاولى يمكن الانتفاع بها دون الاستئثار بها أو تملكها . أما الثانية فلا يمكن الانتفاع بها دون تملكها ولكنها لم يتملكها احد بعد ، كالطير فى الهواء والسمك فى البحر والاشياء القديمة التى تخلى عنها أصحابها (١) .

٨١ - الاشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون - والاشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون هى أولا الاشياء التى ورد بشأنها نص خاص يمنع التعامل فيها كالاموال العامة والاعيان الموقوفة والتركات المستقبلة والحيوانات الموبوءة والحشيش والافيون والجواهر السامة . ولا يؤثر فى هذا الوصف اجازة نوع معين من التعامل فى هذه الاشياء كبيع الحشيش والافيون والجواهر السامة لاغراض طبية .

ويخرج عن التعامل بحكم القانون ايضا الاشياء التى يعتبر التعامل فيها مخالفا النظام العام أو الآداب ولو لم ينص القانون على اعتبارها خارجة عن التعامل ، لان المادة ١٣٥ من التقنين المدنى قد نصت على انه اذا كان

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٤٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

محل الالتزام مخالفا للنظام العام او الآداب كان العقد باطلا . ومقتضى بطلان العقد لهذا السبب اعتبار المعقود عليه خارجا عن التعامل ، ومن هذا القبيل اعضاء الانسان وبيوت القمار .. الخ . فان القانون يعتبر هذه الاشياء خارجة عن التعامل ولو لم يوجد نص خاص يقضى بذلك (١) .

٨٢ - بيان ما لا يجوز بيعه - تقدم ان محل البيع لابد ان يكون حقا ماليا سواء كان حقا عينيا او شخصيا (٢) او ادبيا . فلا يجوز بيع الحقوق غير المالية ، ولا الاشياء التى لا تصلح محلا للحقوق المالية ، بل ان بعض الحقوق المالية نص المشرع على عدم جواز بيعها .

٨٣ - (أ) الحقوق غير المالية - لا يجوز بيع الحقوق غير المالية لانها ليست اموالا وبالتالى لا يصح التعامل فيها .

واذن فلا يجوز بيع الحقوق السياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح فى الانتخابات وحق حمل الرتب والنياشين ، وحق تولى الوظائف العامة، ولا الحقوق العامة كحق الحرية الشخصية وحرية الرأى وحرية العمل وحق الانسان فى اسمه ، ولا حقوق الاسرة كالولاية وحق النسب والسلطة الزوجية .

وهذه الحقوق لا يجوز بيعها ولا التعامل فيها بأى عقد من العقود التى تشبه البيع فى نتيجتها ، فكما لا يجوز مثلا بيع الوظيفة او الرتبة او النيشان لا يجوز ايضا الاتفاق على ان يسعى احد العاقدين لحصول العاقد الآخر على وظيفة او رتبة او نيشان فى مقابل مبلغ من المال ، ولا الاتفاق مع موظف على ان يستقيل من وظيفته فى مقابل جعل معين تمهيدا لشغلها لآخر .

٨٤ - (ب) الاشياء الخارجة عن التعامل - تقدم أن الاشياء الخارجة عن التعامل ، سواء أكان خروجها عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون ، لا يجوز أن تكون محلا للحقوق المالية ، فهى اذن بالتالى لا يجوز بيعها .

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ١ فقرة ١٤٧ .

(٢) وقد نظم القانون بيع الحقوق الشخصية تحت عنوان حوالة الحق فى المواد من ٣٠٣ الى ٣١٤ الواردة فى الباب الرابع من الكتاب الاول الخاص بالالتزامات بوجه عام . ولكن هذه النصوص لا تمنع من تطبيق أحكام عقد البيع على حوالة الحق فيما لا يتعارض معها ، وقد قضت بذلك محكمة استئناف مصر فى ٣١ مارس ١٩٣٩ حيث قررت ان لبائع الحق الشخصى أو المحيل حق حبس المبيع اذا لم يكن قد سلمه ، وليس له أن يسترده المحال عليه اذا كان قد سلمه (المجموعة ٣٠ - رقم ١٢٧) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٨٥ — (جـ) بعض الحقوق المالية — ولا يكفى أن يكون الشيء غير خارج عن التعامل وأن يترتب عليه حق مالى معين حتى يجوز بيعه ، اذ أن القانون قد اعتبر بعض الحقوق المالية متصلة بشخص الانسان بحيث لا يجوز انفصالها عنه وبالتالى لا يجوز بيعها (١) .

من ذلك حق الاستعمال وحق السكنى اذ نص القانون المدنى فى المادة ٧٩٩ منه على عدم جواز النزول عنهما للغير الا بناء على شرط صحيح أو مبرر قوى .

وكذلك النفقات والمرتبات والمعاشات اذ هى حقوق ماليةُ اعتبرها المشرع لازمة ليعيش منها أصحابها ، فقضى بعدم جواز النزول عنها الى الغير وبالتالى لا يجوز بيعها .

وهناك حقوق تؤول الى أصحابها مقترنة بشرط منعهم من التصرف فيها اطلاقا أو منعهم على الاقل من بيعها . وقد نص القانون فى المادة ٨٢٣ منه على الشروط الواجب توافرها لصحة هذا المنع ، وهى أن يقصد بالمنع من التصرف تحقيق مصلحة مشروعة وأن يقصر على مدة معقولة .

ومتى كان المنع صحيحا لم يجز بيع هذه الحقوق . ومن هذا القبيل، عدا حقوق الملكية التى توهب أو يوصى بها بشرط المنع من التصرف ، تذاكر الاشتراك فى وسائل المواصلات وتذاكر الايواب فى السكك الحديدية وعينات الادوية التى توزع على الاطباء مجانا والتذاكر المجانية أو المخفضة التى تخول الدخول فى المسارح والاندية متى كانت ممنوحة لاشخاص معينين بصفتهم الشخصية (٢) .

٨٦ — حكم بيع المتاجر وارباب المهن الحرة صلتهم بعملائهم — ينص القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها فى المادة الاولى منه على أنه « يجب أن يحدد فى عقد البيع ثمن مقومات المحل التجارى غير المادية والمهمات والبضائع كل منها على حدة . » وقد بينت المذكرة الايضاحية لهذا القانون أن مقومات المحل التجارى غير المادية هى العنوان والاسم التجارى والحق فى الاجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والرخص وبراءات الاختراع .. الخ . ويؤخذ من ذلك أن صلة

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٤٥ .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٤٥ ص ٢٦٣ والهامش ١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المحل التجارى بعملائه يرد عليها البيع . ولكن يلاحظ انه لا يرد عليها الا تبعا للمحل التجارى باعتبارها من مقوماته غير المادية ولا يجوز بيعها مستقلة .

ويمكن القول قياسا على ذلك ان ارباب المهن الحرة كالاطباء والمحامين والمهندسين يجوز لهم اذا باعوا عياداتهم أو مكاتبهم أن يدخلوا فى البيع صلتهم بعملائهم (١) . غير ان القضاء الفرنسى قد تردد فى الاخذ بذلك ، فذهب أول الامر الى وجوب التفرقة بين المتاجر وارباب المهن الحرة ، لان عملاء الاخيرين انما يختارونهم بناء على ثقة فى اشخاصهم فلا يجوز تحويل هذه الثقة الى اشخاص آخرين . ولكن لوحظ على ذلك ان عملاء التاجر ايضا يضعون ثقتهم فى اصحاب هذه المتاجر فلا يجوز للتجار النزول عن هذه الثقة الى غيرهم واذن لا يكون ثمة محل للتفرقة بين عملاء المتاجر وعملاء ارباب المهن الحرة ، وبناء على ذلك عدل القضاء عن هذه التفرقة واعتبر بيع الطبيب عيادته شاملا صلته بعملائه وملزما اياه بالامتناع عن أى عمل من شأنه تحويل عملائه عن تلك العيادة .

والواقع انه لا يمكن القول بأن التاجر او الطبيب او المحامى اذا باع متجره او عيادته أو مكتبه يبيع معها عملاءه لان العملاء ليسوا محل حق ملكية له او لغيره ، ولا يستطيع ان يلزمهم بالتعامل مع غيره . وغاية الامر أن وجود عملاء كثيرين للتاجر أو الطبيب أو المحامى يعتبر من المزايا التى تزيد من قيمة المتجر او العيادة او المكتب ، فاذا باع التاجر متجره أو الطبيب عيادته ضمن للمشترى انتفاعه بجميع مزايا المتجر او العيادة وامتنع عليه أن يقوم بأى عمل من شأنه ان ينقص انتفاعه بهذه المزايا ، فلا يجوز له أن يفتتح متجرا آخر او عيادة أخرى اذا كان من شأن ذلك ان يحفظ له صلته بعملائه السابقين وأن يحولهم عن متجره الاول اوعيادته السابقة ، لان ذلك يعتبر تعرضا منه للمشترى فى انتفاعه بالمبيع ، ولانه باعتباره بائعا يكون ملتزما بضمان التعرض ، ومن كان عليه الضمان لا يجوز له التعرض .

فالصلة بالعملاء تدخل فى البيع لا باعتبارها حقا قائما بذاته ، بل

---

(١) انظر ديبور L. Dubourg فى رسالته La cession de clientèle médicale باريس ١٩٤٥
Bardul. Jacques, Les médecins dans leurs rapports juridiques avec les cliniques, thèse, Paris 1950.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

باعتبارها مزية من مزايا المبيع يضمنها البائع فلا يجوز له القيام بأى عمل من شانه أن يفوت هذه المزية على المشترى (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن ضمان البائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم التعرض للمشترى فى انتفاعه بالمتجر وبالامتناع عن كل عمل يكون من شأنه الانتقاص من هذا الانتفاع ، مما يتفرع عنه أن الالتزام بعدم المنافسة فى شتى صوره ، ومنها حظر التعامل مع العملاء ، لا يكون باطلا الا اذا تضمن تحريم الاتجار كلية على البائع لانه يكون فى هذه الحالة مخالفا لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وهما من النظام العام . اما اذا كان الشرط محددا من حيث الموضوع ومن حيث الزمان او المكان وكان التحديد معقولا ، وهو ما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، فانه يكون صحيحا (٢) .

المطلب الرابع

ملكية المبيع للبائع

٨٧ ـ النص على هذا الشرط وحكمته ـ نصت المادة ٤٦٦ فقرة اولى على أنه « اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشترى أن يطلب ابطال البيع . . . » . ويبين منها أنه لابد فى بيع الشىء المعين بالذات أن يكون المبيع ملكا للبائع وقت العقد .. وظاهر أن هذا الشرط اقتضته طبيعة البيع من حيث أنه عقد ناقل للملك بذاته . فقد تقدم أن القانون المصرى ، شأنه فى ذلك شأن أغلب الشرائع الحديثة ، قد جعل الالتزام بنقل حق عينى يتم تنفيذه بمجرد نشوئه ، أى أن العقد الذى ينشىء التزاما بنقل حق عينى يترتب عليه بمجرد انعقاده انتقال هذا الحق ، ثم طبق ذلك على عقد البيع ، فجعله ينقل ملكية المبيع من البائع الى المشترى بمجرد انعقاده دون حاجة الى أى اجراء آخر .

فاذا كان البائع غير مالك المبيع وقت عقد البيع ، استحال انتقال الملكية منه الى المشترى بمجرد العقد ، ولم يتيسر للبيع ان ينتج اهم أثر

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٥٠ ص ٢٦٥ وما بعدها .

(٢) نقض مدنى ٧ يونية ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض ١٣ ـ ٧٦٤ ـ ١١٤ ، وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ٨ مارس ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧ ـ ٢٩١ ـ ٤٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

من آثاره وهو نقل الملكية . ولذلك قضى المشرع ببطلان البيع فى هذه الحالة (١) .

وسنعود فيما بعد الى دراسة هذا البطلان وبيان أحكامه دراسة مفصلة عند عرض الاحكام الخاصة ببيع ملك الغير .

٨٨ - الاحوال التى تشترط فيهاملكية المبيع للبائع - اشترط النص ملكية المبيع للبائع فى حالة بيع الشىء المعين بالذات ، والمقصود بذلك - كما تقدم - حالة بيع حق الملكية المترتب على شىء معين بالذات أو بيع اى حق عينى آخر وارد على شىء معين بالذات . وظاهر أنه فى هذه الحالة الاخيرة ليس المقصود أن يكون الشىء مملوكا للبائع بل يكفى أن يكون الحق العينى المرتب على الشىء ثابتا للبائع على شىء مملوك لغيره (٢) .

ويستوى فى ذلك أن يكون المبيع عقارا أو منقولا ، لانه اذا كانت الملكية فى بيع العقار لا تنتقل الا بالتسجيل ، فان تأخير انتقالها فيه ليس راجعا الى طبيعة الاشياء كما فى بيع المثليات ، ولا الى قصد العاقدين كما فى حالة تعليق انتقال الملكية على شرط أو أجل ، بل الى نص القانون . ولا يمنع ذلك من اعتبار العقد بحسب قصد العاقدين منه ناقلا للملك بذاته ، وغاية الامر أن انتقال الملكية يتراخى فيه الى وقت التسجيل نزولا على ارادة المشرع . ومتى اعتبر العقد ناقلا للملك بذاته ، اشترط فيه أن يكون البائع مالكا المبيع وقت البيع . وقد قررت المادة ٤٦٦ ذاتها المساواة فى حكمها بين بيع العقار وبيع المنقول حيث نصت فى نهاية الفقرة الاولى منها على أن يكون الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار « سجل العقد أو لم يسجل » .

ومع أن المقصود بالشىء المعين بالذات فى هذا النص هو الحقوق العينية دون غيرها من الحقوق المالية لانها هى وحدها الحقوق التى لا ترد الا على اشياء معينة بالذات ، فانه من المسلم أن النص ينطبق ايضا على بيع الحقوق الشخصية والحقوق الذهنية كالملكية الادبية والفنية والصناعية وانه يشترط فى هذا البيع ايضا أن يكون الحق المبيع داخلا فى ذمة البائع ، وذلك لان علة اشتراط هذا الشرط فى بيع الحقوق العينية متوافرة ايضا فى بيع الحقوق المالية الاخرى ، وهى أن البيع ناقل للملك أو للحق المبيع

---

(١) راجع ما سيجىء فى القسم الثانى من هذا الكتاب عن بيع ملك الغير .

(٢) فى هذا المعنى لبيب شنب نبذة ٤٩ ص ٧٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بمجرد توافق الارادتين، فيتعين ان يكون الحق المبيع ثابتا للبائع حتى يمكن انتقاله منه الى المشترى فور العقد .

٨٩ - الاحوال التى لا يشترط فيها ان يكون المبيع مملوكا للبائع - لا يشترط أن يكون المبيع مملوكا للبائع فى الاحوال التى لا يشملها نص المادة ٤٦٦ أو لا تتوافر فيها الحكمة التى من أجلها وضع هذا النص .

وقد تقدم ان النص اقتصر على ذكر بيع الاشياء المعينة بالذات وبذلك خرج منه بيع الاشياء المثلية (١) . فلا يشترط اذن فيمن يبيع قمحا أو قطنا أن يكون وقت البيع مالكا مقدار القمح أو القطن الذى يبيعه ، بل ينعقد العقد ويقع صحيحا ولو لم يكن البائع يملك شيئا من القمح أو القطن . وعلة ذلك واضحة ، فان اشتراط ملكية البائع للمبيع فى بيع الاشياء المعينة بالذات اقتضته طبيعة هذا النوع من البيع من حيث هو ناقل للملك بذاته . أما بيع المثليات، فلأنه ينشىء التزاما بنقل حق عينى على شىء لم يعين الا بنوعه ، لاينتقل فيه هذا الحق الا بفرز هذا الشىء طبقا للمادة ٢٠٥ فقرة أولى ، وهو اذن ليس بيعا ناقلا للملك بذاته ، فلاتتوافر فيه حكمة اشتراط ملكية البائع للمبيع وقت العقد ، ولا يرد عليه حكم البطلان اذا كان البائع لا يملك وقت البيع شيئا من المبيع ، اذ ان تعهده ينقل حق عينى على مقدار معين من صنف المبيع يتضمن تعهده بالقيام بما يلزم لنقل ملكية هذا العقار ، أى بفرزه من بقية الصنف اذا كان يملك شيئا من هذا الصنف أو بشرائه ممن يملك مثله .

على أنه حتى اذا كان المبيع شيئا معينا بالذات ، فانه لا يشترط فيه ان يكون مملوكا للبائع اذا قصد العاقدان الا يترتب على البيع انتقال الملكية فور انعقاده بل مجرد نشوء التزام بنقل الملكية ، اذ ان هذا الالتزام يوجب على البائع اذا لم يكن مالكا المبيع أن يحصل على ملكيته وان ينقلها الى المشترى ، اى ان البيع فى هذه الحالة - كما فى الحالة السابقة - لا يكون ناقلا للملك بذاته ، واذن تنعدم فيه حكمة اشتراط ملكية البائع للمبيع وقت العقد ، ويقع البيع صحيحا ولو لم يكن البائع مالكا المبيع فى ذلك الوقت . ومثل ذلك بيع الاموال المستقبلة سواء كانت معينة بالذات او معينة بالنوع لان هذا البيع ليس من شانه نقل الملكية الا عند تحقق وجود

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٥٤ ص ٢٧٢ ، البدراوى ص ٥٧٥ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المبيع وفرزه ان لم يكن معينا بالذات (١) ، وكذلك بيع الاموال الحاضرة التى يشترط فيها البائع تأجيل نقل الملكية الى اجل معين (٢) او تعليقه على تحقق شرط متفق عليه (٣) ، ومن باب أولى لا يشترط فى الوعد بالبيع أن يكون الواعد مالكا المال الموعود ببيعه (٤) .

٩٠ — ضرورة التمييز فيما يتعلق بهذا الشرط بين نوعين من البيوع — يبين مما تقدم أن البيع نوعان : (أ) نوع يقصد به أن ينقل الملكية بذاته ، ويشترط فيه أن يكون البائع مالكا المبيع وقت العقد حتى يمكن أن تنتقل الملكية بمجرد اتفاق العاقدين ، (٢) ونوع لا يقصد به انتقال الملكية بمجرد الاتفاق ، وهذا لا يشترط فيه ان يكون البائع مالكا المبيع وقت العقد ما دام فى الامكان أن يكسب هذه الملكية فيما بعد وان ينفذ التزامه بنقلها الى المشترى .

والنوع الثانى لا نزاع فى أنه يقع صحيحا وينتج جميع آثاره ، بما فى ذلك نشوء الالتزام بنقل الملكية ، ولو لم يكن البائع مالكا المبيع .

اما النوع الاول ، فلأنه لا يمكن فى حالة عدم ملكية البائع المبيع وقت العقد ان ينتج أهم اثر من آثاره وهو انتقال الملكية بمجرد العقد ، فقد ثار الجدل حول صحته او عدمها ، ولانه كثير الوقوع فى العمل اضطرت اكثر الشرائع الى ان تضع له أحكاما خاصة .

فكثيرا ما يحدث فى العمل ان يبيع الزوج مال زوجته أو الابن مال ابيه او الاب مال ولده لا بصفته وليا عليه بل بصفته الشخصية ، وكثيرا ما يبيع الوارث مال التركة المستغرقة بالدين أو يبيع أحد الورثة أو أحد الشركاء فى الشيوع حصة مفرزة . ففى كل هذه الاحوال يكون البيع واردا على مال غير مملوك للبائع وقت العقد . فاذا كان قد قصد به أن ينقل الملك بذاته الى المشترى فور التعاقد كان تحقق هذا القصد متعذرا واقتضى الامر تعيين أثره فى صحة البيع أو عدمها وما يترتب على ذلك من نتائج . وقد نصت المادة ٤٦٦ مدنى وما بعدها على أن هذا العقد ينتج

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٥٤ ص ٢٧٢ .

(٢) نقض مدنى فرنسى ٣١ اكتوبر ١٩٢٨ دالوز الاسبوعى ١٩٢٨ ص ٥٩١ .

(٣) نقض مدنى فرنسى ٢٠ يولية ١٩٢٥ دالوز الاسبوعى ١٩٢٥ ص ٦٤٩ .

(٤) نقض فرنسى عرائض ١٧ يونية ١٩٣٨ سيرى ١٩٣٨ — ١ — ٣٨٦ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

جميع آثاره من وقت ابرامه - فيما عدا نقل ملكية المبيع من البائع الى المشترى - ولكنه يكون قابلا للابطال بناء على طلب المشترى . وسيجيء تفصيل هذه الاحكام فى القسم الثانى من هذا الكتاب .

المبحث الثانى

الثمن

٩١ - تعريف الثمن وشروطه - عرفت المادة ٤١٨ البيع بانه عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شيء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى . ويبين من هذا التعريف أن الثمن مبلغ من النقود يلتزم المشترى بدفعه الى البائع فى مقابل نقل ملكية المبيع اليه . فالثمن اذن ركن فى عقد البيع لا ينعقد العقد بدونه ، ويجب أن يكون نقديا .

وقد تقدم فيما يتعلق بركن الرضا أنه يجب أن يكون الطرفان متفقين على طبيعة العقد وعلى المبيع والثمن .

والاتفاق على الثمن يقتضى بطبيعة الحال تعيينه أو على الاقل بيان الاسس التى تؤدى الى تعيينه على وجه لا يثير النزاع فى مقداره مستقبلا . فلا بد اذن أن يكون الثمن معينا فى العقد أو على الاقل قابلا للتعيين فيما بعد .

ولا يكفى أن يكون الثمن معينا بالنقد أو قابلا للتعيين اذا كان ذكره فى العقد لم يقصد به الا الى اظهار البيع بمظهر العقد الذى تتوافر فيه جميع أركانه ، فى حين أن قصد العاقدين الحقيقى قد اتجه الى نقل الملكية دون ثمن ، اذ يكون المعول عليه فى هذه الحال هذا القصد الحقيقى دون القصد الظاهر . فيجب أن يكون الثمن المعين فى العقد ثمنا حقيقيا .

وعلى ذلك يشترط فى الثمن أن يكون (١) نقديا ، (٢) ومعينا أو قابلا للتعيين ، (٣) وحقيقيا .

٩٢ - الشرط الاول : ان يكون الثمن مبلغا من النقود - يشترط فى

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الثمن أن يكون نقديا (١) . فاذا اتفق العاقدان على نقل ملكية مال معين من أحدهما الى الآخر فى مقابل اى عوض غير النقود ، فالعقد لا يكون بيعا، بل مقايضة او اى عقد آخر غير البيع (٢) .

فمثلا اذا التزم احد العاقدين بأن ينقل الى الآخر ملكية دار معينة فى مقابل التزام الثانى أن ينقل اليه ملكية عشرة أفدنة محددة ، كان عقدهما مقايضة لا بيعا . واذا كان التزام الاول نقل ملكية داره فى مقابل التزام الثانى بايواء الاول وتزويده بما يلزمه مدة حياته من طعام وكساء وعلاج ، فان العقد لا يكون بيعا بل عقدا غير مسمى لان المقابل ليس ثمنا نقديا بل تعهدا بعمل (٣) . وكذلك اذا نقل شخص ملكية داره الى آخر فى مقابل خدمات سبق أن اداها له المتصرف اليه ، واذا التزم شخص باعطاء سيارته الى آخر فى مقابل دين عليه لذلك الآخر ، فان الاتفاق لا يكون بيعا بل وفاء بمقابل . ولكن لانه وفاء يشبه البيع فى بعض نواحيه ، نصت المادة ٣٥١ على أن تسرى عليه أحكام البيع وبخاصة ما تعلق منها بأهلية العاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، كما تسرى عليه من حيث انه يقضى الدين أحكام الوفاء وبخاصة ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات .

ويستوى متى كان الثمن نقديا ان يكون معجلا او مؤجلا ، وان يكون مبلغا يدفع دفعة واحدة او مبلغا منجما يدفع اقساطا ، وان يدفعه المشترى الذى يتلقى ملكية المبيع أو أن يدفعه غير المشترى لحساب المشترى كالاب اذا اشترى بنقوده مالا على ذمة ولده .

غير أن تكييف العقد بأنه بيع أو غيره يدق فى صور معينة نكتفى بأن نعرض بعضها فيما يلى :

٩٣ ـ الاتفاق على ان يكون مقابل المبيع مبلغا من النقود ومالا آخر ـ اذا اتفق العاقدان على أن يبيع أحدهما مائة فدان محددة فى مقابل دار

---

(١) ويلاحظ انه لا يجوز اشتراط دفع الثمن بالذهب او بما يعادل الذهب ويقع هذا الشرط باطلا (انظر فى ذلك كتابنا فى شرح القانون المدنى جـ ٢ فى الالتزامات سنة ١٩٦٤ فقرة ٨٢٩ وما بعدها) .

(٢) استئناف مصر ٣٠ مايو ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ـ ٢٣٢ ـ ٨٥ .

(٣) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٣٦٧ ، كامل مرسى فقرة ٩٥ ، نبيب شنب فقرة ٢٣ ، جميل الشرقاوى ص ١١٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

معينة ومبلغ محدد من النقود ، أيعتبر هذا العقد بيعا أم مقايضة ؟ (١)

لو كان تفريق المبيع ممكنا بحيث يتيسر تحديد ما يقابل النقود منه وما يقابل المال الآخر ، جاز القول بأن الاتفاق يتضمن عقدين : عقد بيع فى الاول ، وعقد مقايضة فى الثانى . أما والمفروض عدم امكان تفرقة الصفقة؛ فيتعين تغليب أحد التكييفين على الآخر .

وقد اختلف الشراح فى ذلك ، فاخذ بعضهم بمعيار شخصى وأخذ البعض الآخر بمعيار موضوعى .

فقال الاولون بوجوب التعويل على نية الطرفين والاستهداء عليها بظروف التعاقد بحيث اذا ثبت أن نيتهما اتجهت الى المقايضة أو الى البيع تعين تكييف العقد وفقا لذلك ، واعتبروا من الظروف التى يمكن الاستهداء بها على نية الطرفين النسبة بين العنصرين اللذين يتكون منهما المقابل وهما مقدار النقود وقيمة المال الآخر .

وقال الآخرون بوجوب التعويل فى ذلك على نسبة النقود الى قيمة ذلك المال الآخر ، فاذا زادت هذه القيمة عن مقدار النقود كان العقد مقايضة ، والا فهو بيع (٢) .

---

(١) وتختلف المقايضة عن البيع ، فى أن هذا الاخير يكون أحد طرفيه بائعا فقط والآخر مشتريا فقط ، فى حين ان المقايضة يعتبر كل من طرفيها بائعا ومشتريا فى الوقت ذاته ، فيكون بائعا للمال الذى يقايض به ومشتريا للمال الذى يقايض عليه ، فتنشأ فى ذمته فيما يتعلق بالمال الاول الالتزامات التى تنشأ فى ذمة البائع ، وفيما يتعلق بالمال الثانى الالتزامات التى تنشأ فى ذمة المشترى فيما عدا الالتزام بثمن نقدى (المادة ٤٨٥ مدنى) .

(٢) فى هذا المعنى نقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ - ٨١٤ - ٢٣٧ ، وقد جاء فيه أنه « اذا اعتبرت محكمة الاستئناف العقد المتنازع على تكييفه ، وهو عقد فيه اعطاء منزل من طرف واعطاء أطيان من طرف آخر) انه عقد بيع للمنزل لا عقد بدل ، لما رأته من أن العقد ذاته مصرح فيه انه عقد بيع للمنزل وعقد بيع للاطيان ، وان الثمن المقدر للاطيان مع استنزاله من الثمن المقدر للمنزل يكون الباقى الواجب دفعه من ثمن المنزل مبلغا كبيرا يزيد على ثمن الاطيان ، وان العقد الذى يكون بهذه الكيفية التى يزيد فيها ما يدفع من الثمن نقدا عما يدفع بتعيينا هو أقرب الى البيع منه الى البدل ، فتفسير المحكمة هذا المتنزع من الواقع بغير تشويه وتكييفها لهذا الواقع بأنه عقد بيع لا بدل هو تفسير تملكه وتكييف لاقبار عليه »، وانظر فى هذا المعنى توفيق فرج نبذة ٣٠ ص ٦٥ و٦٦ ، السنهورى جـ ٤ ص ٦٥ ، جميل الشرقاوى ص ١١٦ ، البدراوى نبذة ١٨ ص ٧٤ ، منصور مصطفى نبذة ١٥ ص ١٨ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقد آثر واضعو التقنين المدنى الحالى هذا الرأى الاخير واعتبروا ان الاصل فى مثل هذا الاتفاق أن يعتبر مقايضة بمعدل ، الا اذا كان المعدل هو العنصر الغالب وحينئذ تنقلب المقايضة بيعا (انظر المادة ٤٨٣ وما ورد بشأنها فى المذكرة الايضاحية من ان النص يجيز أن يكون فى المقايضة معدل من النقود كمعدل القسمة . على انه يجب ان لا يكون هذا المعدل هو العنصر الغالب ، والا انقلبت المقايضة بيعا) .

٩٤ — الاتفاق على ان يكون مقابل المبيع سبائك ذهبية او اوراقا مالية — ان من الاموال ما يمكن تحويله بسهولة الى نقود كالسبائك الذهبية والاوراق المالية ، فاذا اتفق العاقدان على ان يكون مقابل المبيع شيئا من ذلك أيعتبر العقد بيعا أم مقايضة ؟

ذهب بعض الشراح الى أن العقد يعتبر فى هذه الحالة بيعا ، وبخاصة اذا كان المقابل فيه ليس مقصودا لذاته بل للنقود التى يمكن الحصول عليها من طريقه ، كما اذا بعتك سيارتى بخمس سندات من سندات قرض الانتاج أو برطل من الذهب الخالص .

ولكن كثرة الشراح تنكر هذا الرأى وتعتبره مخالفا لروح التشريع ، لان العبرة تنتقل ملكيته الى البائع بموجب عقد البيع ذاته . فان كان نقودا كان العقد بيعا ، وان كان مالا آخر فهو مقايضة مهما سهل تحويل هذا المال الآخر الى نقود (١) .

٩٥ — الاتفاق على أن يكون مقابل البيع ايرادا مرتبا — اذا اتفق العاقدان على أن يكون مقابل البيع ايرادا مرتبا دائما او مدى الحياة أيعتبر العقد بيعا أم عقدا آخر ؟

يلاحظ اولا وجود فرق كبير بين الثمن المنجم وبين الايراد المرتب ، فان الثمن المنجم وكل قسط من أقساطه يكون محددا ، ويستنزل من أصل الثمن كل قسط يتم الوفاء به ، وينتقل الحق فى الاقساط الباقية الى ورثة البائع بعد وفاته . اما الايراد المرتب ، فلا يعين مقدار ما يلزم به المتعهد فى جملته ولا يحدد منه الا القسط واجب الاداء فى كل فترة ،

---

(١) السنهورى جـ ٤ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٤ ، كامل مرسى فقرة ٩٦ ، منصور فقرة ١٥ ، جميل الشرقاوى ص ١١٦ ، توفيق فرج فقرة ٣٠ ص ٦٦ ، انور سلطان وجلال العدوى فقرة ٥٧ ، وانظر فى القانون الفرنسى بودرى لاكانتيرى وسينا فى البيع والمقايضة فقرة ١٠٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وتتجدد أقساطه بتجديد الفترات ، وينقضي اذا كان مرتبا مدى الحياة بوفاة صاحب الحق فيه فلا ينتقل من بعده الى ورثته .

ويبين من ذلك أن مقابل البيع فى حالة الايراد المرتب ليس هو الاقساط التى تدفع فى مواعيدها ، بل الحق فى الايراد ذاته وهو لا يتأثر بما يدفع من أقساط . واذن يكون العقد مبادلة حق ملكية بحق فى ايراد وبالتالى لا يكون بيعا بل مقايضة (١) .

غير أن الفقه والقضاء قد تجاوزا عن هذا التحليل القانونى الدقيق وأجمعا على اعتبار هذا بيعا لا مقايضة (٢) .

٩٦ - **الشرط الثانى : أن يكون الثمن معينا او قابلا للتعيين** - ويجب ان يتفق الطرفان فى عقد البيع على الثمن ، أى أن يعيناه تعيينا كافيا لا يدع مجالا للمنازعة فى مقداره مستقبلا (٣) ، والا خلا العقد من أحد اركانه الجوهرية وامتنع انعقاده بسبب ذلك .

---

(١) فى هذا المعنى بيدان جـ ١١ ط ٢ نبذة ١١٣ ص ٨٣ . غير انه اذا ثبت أن قيمة الايراد المرتب أقل من ريع العقار بحيث لا يدفع المشترى شيئا من ماله الخاص مقابل تملكه المبيع ، فقد انقسم الرأى حول اعتبار العقد بيعا بثمن حقيقى أو اعتباره بيعا صوريا أو هبة ، وفى هذه الحالة هل تعتبر الهبة مستترة بحيث تجوز بدون عقد رسمى ، أم تعتبر سافرة ولا تصح الا اذا كانت بعقد رسمى . والراجح أن العقد يعتبر بيعا صحيحا الثمن فيه ليس مجرد اقساط الايراد المرتب بل الحق فى هذا الايراد مع جميع احتمالاته ، أما اذا انتفت احتمالات الخسارة للمشترى كلية وثبت أنه لا يحتمل أن يدفع شيئا قط من ماله ، كما لو كان البائع الذى يبيع نظير ايراد مرتب لنفسه متقدم فى السن أو مريضا مرضا لا يرجى أن يعيش معه طويلا ، فيعتبر الثمن منعدما . فاذا ثبت أن قصد الطرفين اتجه الى الهبة ، فالراجح أن تعتبر الهبة مستترة فى صورة عقد بيع وانها تنعقد ولو لم تكن بورقة رسمية (انظر فى ذلك توفيق فرج نبذة ٩٤ ص ١٨٥ وما بعدها) واسماعيل غانم ص ٨٦) .

(٢) انظر السنهورى جـ ٤ ص ٣٦٦ ، أنور سلطان نبذة ١٣٥ ، جميل الشرقاوى ص ١١٧ ، منصور نبذة ١٥ . على أن فى الامر خلافا اذا كان الثمن ايرادا مرتبا مدى حياة البائع وكان قسط الايراد أقل من غلة المبيع ، حيث يرى البعض أن العقد يكون فى هذه الحالة هبة فلا ينعقد الا اذا افرغ فى ورقة رسمية ، ويذهب رأى آخر الى أن العقد يكون بيعا لان الثمن هو نفس الحق فى الايراد المرتب وليس قسط الايراد (انظر فى ذلك ما سيجىء فى نبذة ١٠٧ ونبذة ١٣٣ ونبذة ١٣٥) .

(٣) السنهورى جـ ٤ ص ٣٧١ نبذة ٢٠٦ ، لبيب شنب نبذة ٢٤ ص ٤٥ ، توفيق فرج نبذة ٣٠ ص ٦٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والغالب أن يعين الثمن صراحة فى عقد البيع بمبلغ محدود من النقود (١) . ولكن قد يكون تعيين الثمن تعيينا ضمنيا . وقد يكتفى فى تعيينه ببيان الاسس التى يقوم عليها حسابه .

والاصل أن للعاقدين حرية مطلقة فى تحديد الثمن ، غير أن المشرع يفرض احيانا على هذه الحرية قيودا تقتضيها المصلحة العامة .

٩٧ - بيان الاسس التى يقوم عليها حساب الثمن - نصت المادة ٤٢٣ فقرة اولى على انه « يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الاسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد » ، وهذا النص يفيد أنه لا يشترط أن يكون الثمن معينا فى العقد وانه يكفى أن يبين العقد الاسس التى تجعل الثمن قابلا للتعيين فيما بعد . فيجوز الاتفاق على أن يحسب الثمن باضافة ربح معين الى الثمن الذى اشترى به البائع أو الى ثمن « التكلفة » prix de revient أو ان يحسب الثمن على اساس متوسط الاثمان التى باع بها البائع فى يوم أو فى أسبوع معين (٢) أو على أساس التسعيرة

---

(١) ولا يخل بهذا التعيين اتفاق البائع - وهو الذين المتخذة اجراءات نزع ملكيته - مع المشترى على تدخل الاخير فى المزاد والمزايدة حتى يصل الثمن الى الحد المتفق عليه بحيث اذا اضطر الى الزيادة فى الثمن فوق هذا المبلغ الذى قدر أنه مناسب لقيمة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالتنفيذ بضمان حصولهم على كامل حقوقهم تكون هذه الزيادة من حق المشترى ولا شأن للمدين البائع بها ، وقضت محكمة النقض بأن الدفع ببطلان هذا الاتفاق لمخالفته للنظام العام وانعدام سبب استحقاق المشترى للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الاخلال بحرية المزايدة ولا ابعاد المتزايدين عن محيطها بدليل ان المتعاقدين قدروا احتمال رسو المزاد على غير المشترى من المدين بثمن يزيد على الثمن المسمى ، مما يدل على انتفاء فكرة المساس بحرية المزايدة فضلا عن تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه . واما الادعاء بانعدام سبب استحقاق المشترى تلك الزيادة ، فمردود بأن المتعاقد مع المدين اصبح بمقتضى الاتفاق المشار اليه فى مركز المشترى ، واصبح المدين فى مركز البائع ، ومن حق المشترى الحصول على الزيادة وسببها القانونى هو العقد المبرم بينهما (نقض مدنى ٢٠ يناير ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ - ٥٠٧ - ٦٣)

ويجوز أن يكون تعيين الثمن فى العقد جملة من الصفقة كلها دون تعيين نصيب كل من البائعين منه اذا تعددوا ، وفى هذه الحالة ينقسم الثمن بينهم بحسب الرؤوس اى بالنصبة متساوية . وقد قضت محكمة النقض فى ٩ مارس ١٩٧٢ بأنه اذا خلا العقد موضوع الدعوى من تحديد نصيب كل من البائعين فى ثمن ما باعاه معا صفقة واحدة غير مجزأة ، فانه يكون لكل بائع نصف ثمن المبيع (مجموعة أحكام النقض ٢٣ - ٣٦٤ - ٥٧) .

(٢) ومتى تم تعيين الثمن والمقدر به العقد ، فلا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بتعديل

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الرسمية فى تاريخ البيع أو فى تاريخ التسليم ، أو على أساس سعر السوق فى تاريخ معين .

ويشترط فى كل ذلك أن تكون الاسس المبينة بحيث تسمح بتعيين الثمن على وجه لا يثير خلافا أو منازعة ، والا اعتبرت غير كافية لجعل الثمن قابلا للتعيين .

فمثلا اذا اتفق العاقدان على أن ينقل البائع ملكية المبيع الى المشترى مقابل قيمته أو فى مقابل ثمنه العادل ، فان ذلك لا يكفى لاعتبار الثمن قابلا للتعيين ، لأنه يدع مجالا كبيرا للاختلاف على تقدير الثمن ، وهو بعدل عدم الاتفاق على ثمن ، فلا ينعقد البيع (١) .

وكذلك لا يكفى الاتفاق على أن يكون الثمن هو ما يقبل أن يشترى به أى شخص آخر ، لأن ذلك يفتح باب الغش والتواطؤ مع الغير على أن يتقدموا للشراء بسعر صورى مرتفع حتى يصير هذا السعر ملزما المشترى (٢) . واذا كان مثل هذا الشرط جائزا فى الوعد بالتفضيل ، فلأن هذا الوعد لا يقيد الموعود له بل يخوله الحق ان يقبل الشراء بالثمن الذى يعرض غيره أن يشترى به أو لا يقبل . ويجوز أن يعتبر عقد البيع الذى يرد فيه مثل هذا الاتفاق على الثمن مجرد وعد بالتفضيل .

واذا اتفق على ان يترك تحديد الثمن لاحد العاقدين ، فان كان المقصود أن يكون ذلك العاقد حرا فى تحديد الثمن أو عدم تحديده وفى المبلغ الذى يحدده ، فان هذا الاتفاق لا يكفى ولا ينعقد به العقد لانه يعلق العقد وما ينشأ عنه من التزامات على محض مشيئة ذلك العاقد . أما اذا كان المقصود به أن يتولى ذلك العاقد تحديد الثمن دون ابطاء وأن يكون تحديده اياه أساس عادل بحيث لو ابطأ أو خالف العدالة جاز للطرف

الثمن . وقد حكم بأنه اذا اشترطت الحكومة فى عقد بيع عقارات عدم تغيير استعمال هذه العقارات دون اذن منها ، والا الزم المشترى بدفع مبلغ معين ، فان هذا الشرط يجعل للحكومة حق اعطاء الاذن المذكور أو رفضه ، ولكنه لا يخولها أن تزيد المبلغ المتفق عليه أو أن تفرض شروطا جديدة [استئناف مختلط اول يونية ١٩٤٣ (٥٥ ص ١٧٦)] .

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٢٧٠ ، جميل الشرقاوى ص ١١٨ ، لبيب شنب نبذة ٢٤ ص ٤٥ .

(٢) السنهورى جـ ٤ ص ٢٧٠ هامش ٢ ، جميل الشرقاوى ص ١١٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الآخر الالتجاء الى القضاء لتحديد الثمن ، كان ذلك كافيا لاعتبار الثمن قابلا التعيين ، ولا يعتبر هذا الشرط ارادیا محضا مادام يجوز التغلب على ارادة العاقد بالالتجاء الى المحكمة (١) (قارن المادة ١٨٥ من المشروع التمهيدى ومذكرتها الايضاحية) .

ومن أهم الاتفاقات التى تجعل الثمن قابلا التعيين الاتفاق على البيع بسعر السوق والاتفاق على أن يتولى أجنبى عن العقد معين بذاته تحديد الثمن .

٩٨ - **الاتفاق على البيع بسعر السوق** - تقدم انه اذا اتفق على حساب الثمن وفقا لسعر السوق فى تاريخ معين ، كان ذلك كافيا لجعل الثمن قابلا للتعيين ولانعقاد العقد .

ولان هذا الاتفاق كثير التداول عملا ، راى المشرع أن ينص على حكمه وأن يبين تفاصيل تطبيقه ، فنص فى المادة ٤٢٣ فقرة ثانية على انه « اذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى . فاذا لم يكن فى مكان التسليم سوق وجب الرجوع الى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف أن تكون اسعاره هى السارية » .

ويبين من ذلك أنه اذا تم الاتفاق على البيع بسعر السوق وكان الطرفان قد عينا مكان السوق والتاريخ الذى يعتبر السعر فيه اساسا لتحديد الثمن ، وجب العمل بما اتفقا عليه (٢) . واذا لم يعينا شيئا من

---

(١) عكس ذلك السنهورى جـ ٤ ص ٣٧٠ هامش ١ ، جميل الشرقاوى ص ١١٨ ، منصور نبذة ٢٩ .

(٢) واهم تطبيق عملى لذلك بيع القطن تحت القطع على سعر العقود ، وهو عقد يخول البائع قطع السعر الذى يحاسب عليه المشترى بحسب سعر بورصة العقود فى تاريخ يختاره البائع من بين فترة متفق عليها سلفا ، وقضت محكمة النقض بانه « يعتبر البيع على الوجه او بالكونترات صحيحا لانه لا يختلف عن البيع العادى الا فى ترك تحديد السعر (الثمن) للسوق او للبورصة على الاسس التى توضح فى تلك العقود والتى تؤدى الى تعيينه بلا نزاع (نقض مدنى ٢٧ يونية ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ - ٦٤٣ - ٧٣) . ومن هذه الاسس انه يشترط فى اختيار البائع القطع وفقا لسعر البورصة فى تاريخ معين أن يوفر للمشترى الوقت الذى يتسع لاجراء عملية التغطية التى تتم بعملية عكسية يجريها المشترى فى بورصة العقود وفى وقت القطع وبسعره وعن مقدار معادل للمقدار الذى طلب البائع قطع سعره

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ذلك وتعذر الاستهداء الى نيتهما فى شأنه ، اعتبر انهما قصدا الاحالة على سعر السوق فى المكان الذى يجب فيه تسليم المبيع وفى اليوم المعين للتسليم . والمكان الذى يجب فيه التسليم هو المكان الذى اتفق عليه لذلك . فان لم يوجد اتفاق فى هذا الشأن كان هو المكان الذى وجد فيه المبيع وقت نشوء الالتزام اذا كان المبيع معينا بالذات ، والا فالمكان الذى يوجد فيه موطن البائع وقت وجوب التسليم أو الذى يوجد فيه مركز أعماله اذا كان البيع متعلقا بهذه الاعمال (المادة ٣٤٧) .

واذا اتفق على وجوب تصدير المبيع للمشترى ، اعتبر مكان التسليم هو المكان الذى يصل فيه المبيع الى المشترى (المادة ٤٣٦) ، ووجب التعويل على سعر السوق فى هذا المكان .

واذا لم يوجد فى المكان المتفق عليه أو الذى يجب فيه التسليم سوق يستبين منها سعر المبيع ، وجب الرجوع الى سعر السوق التى يقضى العرف الجارى فى هذا المكان بالتعويل عليها فى مثل هذه الاحوال .

٩٩ - **الاتفاق على أن يتولى أجنبى تحديد الثمن** - نصت المادة ١٥٩٢ مدنى فرنسى على أنه يجوز أن يتفق العاقدان على أن يكلا تحديد الثمن الى أجنبى يعينانه لذلك . ويرى الشراح أن تعيين الشخص الاجنبى يمكن أن يتم فى عقد البيع ذاته أو فى اتفاق لاحق (١) . ويذهب بعضهم الى أنه يجوز تفويض المحكمة فى تعيين الشخص الذى يتولى تحديد الثمن (٢) .

وكانت المادة ١٨٥ من المشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى المصرى تنص على مثل ذلك فى باب الالتزامات بوجه عام ، ولكن لجنة

=

كى يأمن المشترى تقلبات الاسعار (أنظر نقض مدنى ٢٠ فبراير ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ - ٢٧١ - ٤٧ ، وأيضا نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ - ١١٥ - ١٨ ، أول فبراير ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ - ١٤٨ - ٢٣ ، ٣ مايو ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ - ٥٨٣ - ٨٧ ، ٢٧ ديسمبر ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ - ١٢٢٨ - ١٩٥ ، ٢٦ يناير ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ - ٧٢ - ٦) .

(١) غير أن البيع لا ينعقد فى هذه الحالة الاخيرة الا عند حصول الاتفاق على الشخص الذى يعهد اليه بتعيين الثمن (السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٢٨١ ، توفيق فرج ص ١٦٨) .

(٢) اسماعيل غانم ص ٧٩ وفى هذا المعنى جاك الحكيم ص ١٤٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المراجعة رأت حذفها باعتبار انها تنص على حالة تفصيلية قليلة الاهمية فاذا ما عرضت هذه الحالة فى العمل وجب تطبيق القواعد العامة عليها ، وهى لا تختلف عما جرى عليه القانون الفرنسى .

وقد اختلفت الشراح فى تكييف مهمة الاجنبى المعين لتحديد الثمن ، فذهب بعضهم الى ان مهمته تحكيم ، واستندوا فى ذلك الى نص المادة ١٥٩٢ مدنى فرنسى التى تقول انه يجوز للطرفين ان يتركا تعيين الثمن لحكم اجنبى l'arbitrage d'un tiers وورتبوا على ذلك ان الاجنبى يجب عليه ان يتبع فى مباشرة مهمته الاجراءات التى نص عليها قانون المرافعات فيما يتعلق بحكم المحكمين ، ولكن رايهم مردود بأن التحكيم يفترض وجود نزاع على حقوق قائمة . اما فى هذه الحالة فلا توجد حقوق متنازع عليها ، بل المطلوب استيفاء ركن من اركان العقد ، وهذا ليس من عمل المحكمين فى شىء .

وقال آخرون ان مهمة الاجنبى فى هذه الحالة هى مهمة الخبير الذى يقوم بتقدير ثمن شىء معين ، فيجب عليه اذن ان يتبع الاجراءات المقررة فى قانون المرافعات لمباشرة الخبراء أعمالهم . ويرد ذلك بأن راى الخبير أستشارى لا يقيد الخصوم ولا القاضى ، فى حين أن الثمن الذى يحدده الشخص الذى يكل الطرفان اليه ذلك يكون ملزما لهما .

وجرى القضاء على اعتبار الغير فى هذه الحالة وكيلا عن الطرفين فى تحديد الثمن ، فاذا ما حدد هذا الوكيل ثمنا معينا التزم به طرفا العقد باعتبارهما موكليه (١) . ويؤخذ على هذا التكييف اولا انه يجعل الاجنبى وكيلا عن طرفى العقد معا فى حين أن ذلك لا يجوز الا بنص خاص ، وثانيا انه لا يجوز لأى من الطرفين تغيير الاجنبى المعين لتحديد الثمن فى حين أن الوكيل يجوز لكل من موكليه عزله . هذا فوق أن مهمة الاجنبى عمل مادى فى حين أن الوكالة لا تكون الا فى الاعمال القانونية (٢) .

---

(١) انظر فى تأييد مذهب القضاء السنهورى جـ ٤ نبذة ٢١٢ ص ٣٧٩ والهامش ١ ، جميل الشرقاوى ص ١٢٤ ، جاك الحكيم ص ١٤٥ ، وقريبا من ذلك الهلالى وحامد زكى ص ١١٤ هامش ١ .

(٢) قارن لبيب شنب ص ٤٨ حيث ينظر الى العقد الذى يتعهد بمقتضاه الشخص الذى يفوض فى تحديد الثمن فيقول انه ان كان بأجر فهو مقاولة ، والا فهوعقد غير مسمى . وفى هذا المعنى اسماعيل غانم ص ٨٠ و٨١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والواقع أن التقدير الذى يقوم به الاجنبى فى هـــذه الحالة يعتبر واقعة مادية يتوقف عليها تعيين الثمن وانعقاد العقد (١) ، شأنه فى ذلك شأن تحديد البورصة الثمن فى تاريخ معين . فاذا فتحت البورصـة فى هذا التاريخ وتحدد فيها الثمن انتج العقد آثاره ، والا اعتبر كأن لم يكن ، ويلاحظ أن تحـديد الثمن يمكن أن ينـــاط بأجنبى واحد أو بأكثر من واحد ، وأن هؤلاء المفوضين يمكن أن يعينوا فى عقد البيع نفسه أو فى اتفاق لاحق ، ولكن البيع لا يتم فى هذه الحالة الاخيرة الا بالاتفاق على المفوض أو المفوضين كما تقدم فى هامش ١ ص ١٦٧ .

١٠٠ - **أثر هذا الاتفاق اذا قام الاجنبى بتحديد الثمن** - متى قام الاجنبى بتحديد الثمن ، صار هذا التحديد ملزما الطرفين ، ولم يجز لاى منهمـــا أن يتحلل منه الا اذا اثبت أن الاجنبى ارتكب غشـــا فى اداء ماموريته أو وقع فى غلط واضح أو جاوز حدود مأموريته . فحينئذ يجوز لمن يتضرر من هذا التحديد أن يطعن فيه امام المحكمة (٢) .

ويرى بعض الشراح أن قيام الاجنبى بتحديد الثمـن يترتب عليـه اكتمال عقد البيع أركانه ، فلا ينتج البيع آثاره الا من وقت هذا التحديد اى انه لا يكون لتعيين الاجنبى الثمن أثر رجعى ، ولا يعتبر العقد قبل ذلك بيعا بل عقدا مسمى يلتزم به كل من الطرفين ان يبرم البيع بالثمن الذى يعينه الاجنبى (٣) .

غير أن جمهرة الشراح ترى أن هذا التكييف لا يطابق نية العاقدين ، اذ الغالب أن يقصد الطرفان عقد البيع منذ اتفاقهما عليه ، فيعتبر البيع معلقا على شرط واقف هو قيام الاجنبى بتحديد الثمن . فاذا عين الاجنبى الثمن ، تحقق الشرط وانتج البيع أثره من وقت انعقـــاده . واذا كان المبيع عقارا اى ان ملكيته لا تنتقل الا من وقت تسجيل العقد ، كان من مصلحة المشترى أن يبادر الى تسجيل عقده ولو قبل أن يعين الاجنبى الثمن ، حتى اذا ما تم هذا التعيين انتقلت اليه الملكية من وقت التسجيل السابق عليه . على أنه اذا كان الاجنبى لم يسم فى عقد البيع ذاته ، وانما سمى فى اتفاق لاحق عليه ، فان هذا الاتفاق الاخير هو الذى يكتمل به العقد

---

(١) وقد اخذ بهذا الراى البدراوى نبذة ١٤٠ ، منصور نبذة ٣١ ص ٥٨ . وقرب من ذلك توفيق فرج ص ١٧١ .

(٢) انظر لبيب شنب نبذة ٢٦ ص ٤٨ ، جميل الشرقاوى ص ١٢٢ .

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه جـ ٢ نبذة ٢٣٨١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

لانه هو الذى يجعل الثمن قابلا التعيين . فاذا ما عين الاجنبى الثمن ، كان لتعيينه اثر رجعى من وقت هذا الاتفاق اللاحق للعقد الاصلى لا من وقت هذا العقد . ولذلك يتعين على الاجنبى سمى فى عقد البيع ذاته ان يقدر ثمن المبيع وقت هذا العقد . اما اذا سمى الاجنبى فى عقد لاحق ، رجب عليه ان يقدر ثمن المبيع وقت هذا الاتفاق اللاحق لأن هذا الوقت هو الذى سيبدأ فيه انتاج البيع اثره (١) .

وعندى ان هذا الرأى الاخير مردود بأن الشرط الواقف لا يصح أن يكون احد اركان العقد . وبأن العقد لا يصح اعتباره معلقا على شرط واقف الا اذا اكتمل انعقاده بجميع اركانه (٢) ، ولذلك أميل الى ترجيح الرأى الاول ، ويترتب عليه أن تعيين الغير للثمن هو الذى يكتمل به عقد البيع ولا يكون له اثر رجعى ، أما قبل ذلك فيكون العقد عقدا غير مسمى (٣) .

١٠١ — اثر هذا الاتفاق اذا لم يقم الاجنبى بتحديد الثمن — اذا امتنع الاجنبى عن تحديد الثمن ، او استحال عليه ذلك ، أو توفى ، أو تعدد المعينون لهذه المهمة واختلفوا فيما بينهم على التحديد دون أن يكون فيهم مرجح ، اعتبر البيع كأن لم يكن لعدم اكتمال ركن من اركانه ، ولا يجوز فى هذه الحالة لاحد من العاقدين ان يلجأ الى المحكمة لتتولى هى تحديد الثمن لان ذلك يعتبر تكميلا للعقد ، وليس للمحاكم أن تتدخل فى تكوين العقود (٤) .

وكذلك اذا اتفق العاقدان على ان يفوضا فى تحديد الثمن شخصا او اشخاصا يعينانهم فيما بعد ، ثم امتنع أحد العاقدين عن الاتفاق على هؤلاء الاشخاص ، فان امتناعه يحول دون جعل الثمن قابلا للتعيين .

---

(١) السنهورى جـ ٤ نبذة ٢١٢ ، البدراوى نبذة ١٤١ ، اسماعيل غانم ص ٨٠ ، توفيق فرج ص ١٦٧ .

(٢) ومن هذا الرأى جاك الحكيم نبذة ١٧٤ ص ١٤٦ ولو انه يسلم بأن تحديد الثمن فى تاريخ لاحق للتعاقد يستند أثره الى تاريخ التعاقد .

(٣) فى هذا المعنى جميل الشرقاوى ص ١٢٣ و ١٢٥ .

(٤) فى هذا المعنى توفيق فرج ص ١٦٧ وهذا فيما عدا حالة اتفاق المتعاقدين على أن يعهدا الى المحكمة بتعيين الشخص الذى يسند اليه تحديد الثمن ، وقد تقدم ان ثمة رأيا يجيز للمحكمة ذلك باعتباره داخلا فى سلطتها الولائية بموجب تفويض الطرفين اياها فيه (جاك الحكيم ص ١٤٥) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وبالتالى يحول دون انعقاد العقد . وفى هذه الحالة يكون للعاقد الذى يتضرر من بطلان العقد أن يطالب العاقد الذى تسبب فى هذا البطلان بتعويض فى هذه الحالة على أساس المسئولية التقصيرية (١) . ولكن من الصعب القول بخطأ الممتنع عن تعيين مفوض دون تحديد الالتزام الذى ينسب اليه الاخلال به . ومن المحقق ان القانون لا يلزم أحدا بتعيين مفوض . فاذا كان لابد من اعتبار الممتنع مخطئا فلا مناص من اسناد ذلك الخطأ الى اخلال بالتزام نشأ من عقد . واستنادا الى ذلك يرى أكثر الشراح أن دعوى التعويض تقوم فى هذه الحالة على أساس المسئولية العقدية لأنه اذا كان عدم تعيين المفوضين يحول دون انعقاد البيع ، فانه لا ينفى حصول تعاقد بين الطرفين على تعيين مفوضين ، ويعتبر المتعاقد الممتنع عن تعيين المفوضين مخلا بالتزامه الناشىء عن هذا التعاقد (٢) .

١٠٢ - تعيين الثمن أو الاسس التى يقوم عليها تعيينا ضمنيا - ولا يشترط أن يكون تعيين الثمن أو تعيين الاسس التى تؤدى الى تحديده تعيينا صريحا ، بل يجوز أن يكون تعيينا ضمنيا . وقد نصت المادة ٤٢٤ على أنه « اذا لم يحدد المتعاقدان ثمنا للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما » . فاذا اعتاد تاجر التجزئة مثلا أن يطلب من تاجر الجملة كل يوم أو كل اسبوع قدرا معينا من سلعة دون أن يحدد له الثمن ، فيستفاد من ذلك أنه قصد ضمنا أن يكون الثمن هو الثمن الذى جرى به التعامل بينهما مادام البائع لم ينبه على عميله برفع هذا الثمن .

١٠٣ - حرية العاقدين فى تحديد الثمن وما يرد عليها من قيود - والاصل ان يكون للمتعاقدين مطلق الحرية فى تعيين الثمن سواء أكان ذلك من ناحية مقداره أم من ناحية نوع النقود التى يقدر بها .

غير أنه اذا تم البيع بالمزاد الجبرى أو بنزع الملكية للمنفعة العامة أو بنزع الملكية تطبيقا لقانون الاصلاح الزراعى ، فان الملكية تنتقل من المالك الذى يعتبر بائعا دون توقف على ارادته ، وكذلك يحدد الثمن بغير ارادته ،

---

(١) انظر بودرى لاكانتنرى فقرة ١٣٨ .

(٢) فى هذا المعنى بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ فقرة ٣٩ ص ٢٠ ، انسنهورى جـ ٤ ص ٢٨١ ، البدراوى فقرة ١٣٩ ، منصور فقرة ٣١ ص ٥٦ ، واسماعيل غانم ص ٧٩ ، توفيق فرج ص ١٦٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فيجددمن طريق المزاد فى البيع الجبرى ، اى بين مقدم اكبر عطاء والقاضى القائم بالبيع ، وتحدده جهة الادارة أو اهل الخبرة الذين تندبهم المحكمة لذلك فى نزع الملكية للمنفعة العامة ، وتحدده احكام قانون الاصلاح الزراعى فى الحالة الاخيرة (١) .

وهناك قيود اخرى ترد على حرية العاقدين فى تحديد الثمن ، اهمها تاشىء من فرض تسعيرة الزامية لبعض السلع ومن تقرير السعر الالزامى لأوراق البنكنوت والنقود الورقية .

ففى اوقات الحروب والازمات الاقتصادية لايجوز للدولة ان تقف مكتوفة اليدين أمام ارتفاع أسعار الحاجيات الاولية ارتفاعا باهظا ولا ان تترك للمتعاقدين حرية تعيين الثمن فى عقود البيع وفقا لقانون العرض والطلب ، ويتعين عليها أن تتدخل فى السوق لتحديد أرباح التجار وتسعير اهم السلع الضرورية . وكذلك فى الدول الاشتراكية حيث تتدخل الدولة فى الانتاج وفى التوزيع وتضع لذلك تخطيطا اقتصاديا يهدف الى تنمية الثروة القومية والدخل الوطنى ، ويستتبع ذلك تحديد أسعار اكثر السلع تحديدا رسميا ، فتعتبر تعريفة الاسعار الرسمية حدا أعلى لما يجوز الاتفاق عليه من ثمن فى عقود البيع ، وبالتالى قيدا واردا على حرية العاقدين فى تحديد الثمن ، وكل اتفاق على ثمن يجاوز هذا الحد الاعلى يقع باطلا ولا يعمل به ، ويجوز لكل من الطرفين التمسك بهذا البطلان فى اى وقت . فاذا كان ذلك قبل تنفيذ البيع ، جاز لكل من الطرفين الامتناع عن تنفيذه . واذا كان بعد التنفيذ ، وجب على العاقدين اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد . ويجوز للمشترى فى كلتا الحالين ان يطالب البائع بتعويض عن بطلان البيع لانه هو المتسبب فيه بعمله غير المشروع ، اى البيع باكثر من السعر الجائز قانونا . واذا كان للمشترى مصلحة فى الاحتفاظ بالمبيع جاز لـه ان يطلب أن يكون التعويض عينيا بترك المبيع له فى مقابل ثمنه الرسمى. فلا يلزم الابهذا الثمن ويسترد ما يكون قد دفعه زيادة على ذلك .وكثيرا ما تنص القوانين التى تحدد تعريفة الاسعار على الزام البائع برد الفرق الى المشترى فوق نصها على العقوبات التى توقع عليه .

والقوانين التى تحدد السعر الالزامى لاوراق البنكنوت او النقود الورقية تحد من حرية العاقدين فى تعيين نوع النقود التى يدفع بها الثمن

---

(١) انظر نقض مدنى ٢٠ ديسمبر ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض ٢٤ ـ ١٣٢٠ ـ ٢٢٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

لانها تجعل قبول الوفاء بالنقـود الورق واجبا ، وتنص على بطلان شرط الدفع بالذهب ، فلا يجوز للبائع ان يشترط دفع الثمن بنقود معدنية ذهبا كانت او فضة ، ويقع مثل هذا الاتفاق باطلا ويجوز للمشترى أن يجبر البائع على قبول وفـاء الثمـن المتفق عليه بالنقـود الورق ذات السعر الالزامى (١) .

١٠٤ ـ الشرط الثالث: ان يكون الثمن حقيقيا ـ لا يكفى أن يكون الثمن معينا فى العقد بالنقد،بل يجب ايضا أن يكون ثمنا حقيقيا أى جديا ، والا كان هو والعدم سواء (٢) .

والثمن الحقيقى أو الجدى هو الذى تكون ارادة الطرفين قد اتجهت الى الزام المشترى بأن يدفعه فعلا باعتباره مقابلا حقيقيا لا رمزيا للمبيع .

ويعتبر الثمن غير حقيقى اذا كان صوريا fictif او تافها dérisoire اما الثمن البخس viI فهو ثمن حقيقى ، وينعقد به العقد ، ولو انه يخول البائع فى بعض الاحوال حق طلب تكملة الثمن .

١٠٥ ـ الثمن الصورى ـ ويكون الثمن المسمى فى العقد صوريا اذا لم يكن مطابقا حقيقة ما اتفق عليه الطرفان . وتكون صوريته مطلقة اذا اتفق الطـرفان على ان لا يلتزم المشترى بأى شىء من الثمن المسـمى . وتكون نسبية اذا خالف القدر المسمى فى العقد حقيقة القدر المتفق على ان يدفعه المشترى فعلا زيادة او نقصانا .

فاذا كانت صورية الثمن نسبية ، واثبت العاقد ذو المصلحة حقيقة الثمن المتفق على دفعه ، كان هذا الثمن الاخـير ثمنـا حقيقيا وانعقد به البيع ، اى انه اذا اثبت البائع ان الثمن الحقيقى أكثر من المسمى كان له تقاضى الزيادة (٣) .

---

(١) راجع نبذة ٣٣٩ من كتابنا فى احكام الالتزام ، ونبذة ٨٢٨ من كتابنا فى الالتزامات ١٩٦٤ .

(٢) قرب فى هذا المعنى نقض ١٨ يناير ١٩٥١ المحاماة ٣١-١٥٠٢ ـ ٤٤١ ، استئناف مصر ٨ ديسمبر ١٩٢٠ المحاماة ٢ ـ ١٤٤ ـ ٤٦ .

(٣) وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف الاسكندرية فى ٢١ أكتوبر ١٩٤٦ بانه اذا اتفق شخص عن نفسه وعن بقية اخوته الورثة فى عقد على بيع عين معينة بثمن مسمى ، ثم اتفق مع المشترى بورقة مستقلة على مبلغ زيادة عن الثمن المنصوص عليه فى العقد وان يستقل هو

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

أما اذا ثبت أن صورية الثمن مطلقة ، انعدم بذلك ركن الثمن ولم ينعقد البيع لعدم اكتمال اركانه ، وكان العقد هبة اذا ثبت اتجاه ارادة العاقدين الى نقل ملكية المعقود عليه فعلا من أحدهما الى الآخر على سبيل التبرع .

واذا ذكر الثمن فى عقد ثابت بالكتابة ، تعين على العاقد الذى يتمسك بصوريته أن يثبت ذلك بالكتابة أيضا (١) . أما غير العاقدين . وكذلك وارث أحد العاقدين عندما يطعن فى تصرف مورثه بأنه صادر اضرارا بحقه فى الميراث (٢) . فيجوز له اثبات الصورية بكافة طرق الاثبات ، بما فيها البينة والقرائن (٣) . ومتى ثبتت صورية الثمن صورية مطلقة بطل عقد البيع . فاذا ثبت أن المقصود به التبرع ، وتوافرت فيه شروط الهبة ،

=

بهذه الزيادة ، فان هذه الزيادة تكون مستحقة لكل من البائعين ، وتنشأ بذلك رابطة قانونية مباشرة بين المشترين وبين كل من البائعين ، فيكون لكل منهم الحق فى طلبها مباشرة من المشترين وفى طلبها من الوكيل عنهم اذا دفع المشترون كل المبلغ اليه (المجموعة ٤٨ - ١٣٢ - ٦٠) .

(١) نقض مدنى ٥ يناير ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ٢٢-٣-١ وقد جاء فيه أنه « اذا اتخذ الحكم المطعون فيه من عجز الطاعنة (المشترية) عن اثبات ادائها الثمن قرينة على أن العقد يخفى وصية ، فانه يكون قد استند الى قرينة فاسدة فى خصوصية هذه الدعوى ، لان المطعون ضدها (البائعة) هى التى يقع على عاتقها عبء اثبات صورية مايرد فى العقد من انها اقتضت الثمن المسمى فيه » .

(٢) عندما يطعن وارث أحد العاقدين فى التصرف الصادر من مورثه بانه فى حقيقته وصية وانه لم يدفع فيه ثمن خلافا لما ذكر فيه يكون من حقه كوارث ان يثبت هذا الطعن بجميع طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن لان التصرف يكون فى هذه الحالة قد صدر اضرارا بحقه فى الارث الذى تتعلق احكامه بالنظام العام فيكون محايلا على القانون يجوز اثباته بكافة الطرق (نقض مدنى ٢ يناير ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠-٢٢-٤ و ٢٠ مارس ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ٤٥٠ - ٧٣ ، و ٥ يناير ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ٢٢ - ٣ - ١) .

(٣) ومن أهم القرائن على صورية الثمن المسمى فى العقد صورية مطلقة اعسار المشترى وقت الشراء وظهور عجزه عن دفع ذلك الثمن ظهورا لا سبيل الى المجادلة فيه ، بحيث لا يتصور أن يكون المشترى قد دفع ذلك الثمن ولا أن البائع قد حمل الامر على محمل الجد اذا كان قد ذكر فى العقد أجلا لاستحقاق الثمن المسمى . والعكس غير صحيح ، فلا يكفى مجرد يسار المشترى وقت العقد لتستخلص منه قرينة على أنه وفى الثمن المسمى فى العقد حقيقة او انه التزم به التزاما حقيقيا بقصد الوفاء به ، انظر ما سيجىء فى نهاية هذه النبذة .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

جاز اعتباره هبة مستترة فى صورة عقد بيع وفقا للمادة ٤٨٨ فقـــرة أولى (١) . والغالب عملا أن ينطوى البيع الصورى على هبة مستترة ، ويكون قصد الواهب من ذلك اما التخلص من الشكل الرسمى الواجب لابرام الهبة ، واما تدعيم الهبة ببعض أحكام البيع التى تدرأ عنها بعض الطعون أو تجعل الطعن فيها أكثر صعوبة (٢) .

ولا يكفى فى اعتبار الثمن صوريا مجرد خلو العقد من اثبات دفعه عند التعاقد بالرغم من اثباته حصول تسليم المبيع ، لان ذلك لا ينفى التزام المشـــترى بدفعه عند المطالبة (٣) . وكذلك لا يعتبر الثمن صوريا لمجرد صدور تنازل عنه من البائع بعد البيع أو هبته اياه بعد البيع وكذلك ، اذان العبرة بجدية الثمن وقت البيع الذى انعقد صحيحا (٤) ولا يؤثر فى هذه الجدية نزول البائع عن الثمن أو هبته اياه بعد البيع ، فيبقى العقد بيعا وتجوز فيه الشفعة (٥) .

اما اذا ذكر البائع فى عقد البيع ذاته أنه أبرأ المشترى من الثمن أو وهبه اياه ، فان ذلك يكون دليلا على الصـــورية ويجعل الثمن منعـــدما

=

ولمحكمة الموضوع أن ترفض طلب التحقيق الذى يطلب منها كلما رات انها ليست فى حاجة اليه ، فاذا كانت محكمة الاستئناف قد انتهت الى أن العقد محل النزاع هو عقد بيع حقيقى استوفى اركانه القانونية ومن بينها الثمن ، اخذا باقوال الشهود الذين سمعوا فى التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة ، وهو مما يدخل فى سلطة محكمـــة الموضوع فى تقدير اقوال الشهود ، فانها بذلك تكون قد رفضت ضمنا طلب الاحالة الى التحقيق لاثبات صورية الثمن ، لما تبينته من عدم الحاجة اليه اكتفاء بما هو بين يديها من عناصر الدعوى والتحقيقات التى تمت فيها وهو حقها الذى لا تعقيب عليها فيه (نقض مدنى ٧ مارس ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ — ٢٩٨ — ٤٧) .

(١) انظر استئناف مصر ٢٥ ابريل ١٩٣٢ المجموعة ٤٠ رقم ١٩٢ .

(٢) جميل الشرقاوى ص ١٠٩ .

(٣) نقض مدنى ٩ يونيه ١٩٣٨ المحاماة ١٩ — ٣٥٦ — ١٥٢ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٤٠٠ — ١٣٠ .

(٤) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢١٥ ص ٣٨٥ ، انور سلطان نبذة ١٢٧ ص ١٥٩ ، منصور نبذة ٢٨ ، البدراوى نبذة ١٤٤ ، جميل الشرقاوى ص ١١١ .

(٥) توفيق فرج ص ١٧٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويمنع من انعقاد البيع (١) ، بل انه يحول دون اعتبار العقد هبة مستترة فى صورة بيع ، لأن هذا التكييف الاخير يقتضى أن يكون عقد البيع الظاهر ساترا فعلا للهبة ولا يكفى فيه مجرد تسمية العقد بيعا اذا كان هذا العقد ظاهر الدلالة على أن المقصود به الهبة ، وانما تكون الهبة فى هذه الحالة مكشوفة ولا يثبت للعقد حكم الهبة الا اذا كان مستوفيا الشكل اللازم لعقد الهبة ، أى مدونا فى ورقة رسمية (٢) .

وفى هذا كله تقول محكمة النقض انه لا عبرة بعدم ذكر قبض ثمن المبيع بعد تسميته فى العقد لأن مطلق البيع يفيد التزام المشترى بدفع الثمن المسمى ، ولأن المادة ٤٨ من القانون المدنى (القديم) تجيز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفا بعقد آخر وتجعل مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الظاهر الذى يسترها مستوفيا الاركان والشرائط القانونية ، فان كان العقد الساتر بيعا ولم ينص فيه على ثمن أو ابرىء المشترى من الثمن أو وهب له ، فالعقد هبة لا تصح قانونا الا اذا كانت حاصلة بعقد رسمى (٣) .

وقد جرت المحاكم فى اثبات صورية الثمن على جواز استنباطها من مجرد التفاوت الكبير بين حال المشترى الماليـــة وبين الثمن المسمى فى العقد ولكن ثبوت صورية الثمن من هذا الطريق لا يمنع من اعتبار العقد هبة منجزة ، فقررت محكمة النقض أنه اذا تبين من ظروف الدعوى أن المشترى لم يكن فى حالة يستطيع معها دفع الثمن المبين فى العقـد وانه نيس الا ثمنا صوريا فيكون العقد فى الحقيقة عقد تبرع منجز أى هبة مستترة فى صورة عقد بيع (٤) كما قررت أنه لا يتعارض مع تنجيز العقد عدم استطاعة

---

(١) استئناف مصر ٢ نوفمبر ١٩٣٨ المحاماة ١٩-٩٥١-٣٨٦ . انظر ما تقدم فى نبذة ٢٨ .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢١٥ ص ٣٨٥ ، نقض مدنى ٩ يونيه ١٩٣٨ المشار اليه آنفا و ٢٢ مايو ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ٥ رقم ٨١ .

(٣) نقض ٩ يونيه ١٩٣٨ و ٢٢ مايو ١٩٤٦ المشار اليهما آنفا .

(٤) نقض مدنى ٢ يونيه ١٩٣٢ المحـــاماة ١٣-١٥٥-٦١ ونقض ١٣ ابريل ١٩٣٦ المجموعة ٤٠ رقم ٢٠٧ ، استئناف أسيوط ١٦ نوفمبر ١٩٣١ المحـــاماة ١٢-٦٣٥-٣٢٤ ، جميل الشرقاوى ص ١١٢ ، وبالعكس من ذلك قضت محكمة استئناف مصر فى ٢٠ ابريل ١٩٣٠ بانه اذا تضمن عقد البيع شرائطه القانونية ، فتعين فيه الطرفان العاقـدان البائع (الاب من ماله) والمشترون (الاب بصفته وليا على أولاده) والمبيع والثمن فهو عقد بيع صحيح . ومتى كان العقد صريحا فى أن البائع استلم هذا الثمن من ماليـة أولاده القصر واعترف ان هذا المال كان موجودا تحت يده من قبل العقد ، فلا يعتبر ذلك هبة للثمن (المحاماة ١٠ - ٨٦٨ - ٤٣٨) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المتصرف اليه دفع الثمن المبين فى العقد ، لان التصرف الناجز يعتبر صحيحا سواء اكان العقد فى حقيقته بيعا أم كان هبة مستترة فى عقد بيع أستوفى شكلة القانونى (١) .

ولكن انعدام التفاوت المذكور لا ينهض فى ذاته دليلا على جدية الثمن او جدية البيع . وقد قالت فى ذلك محكمة النقض أنه لا تعارض بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صوريا ، اذ لا تلازم بين حالة الاعسار وصورية العقد ، فاذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفا ما كان صوريا فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشترى اثباتا ليساره ومقدرته على دفع الثمن ، فان هذا لا يقدم ولا يؤخر (٢) .

١٠٦ - **الثمن التافه** - ويلحق بالثمن المعدوم أو بالثمن الظاهرة صوريته الثمن التافه . وهو الثمن الذى لا يقوم دليل على أن العاقدين قصدا الا يلتزم المشترى بدفعه ولكنه يكون قليلا الى حد يجعل التناسب بينه وبين القيمة المبيع الحقيقية مفقودا تماما ، كما فى بيع فدان صالح للزراعة بجنيه واحد أو دار كبيرة بعشرة جنيهات ، فان قلة هذا الثمن وتفاهته بالنسبة الى قيمة المبيع تحول دون عده ركنا صحيحا فى عقد البيع . فلا يكون العقد بيعا بل هبة .

ولأن الثمن التافه لا معتمد به أصلا ، فان ذكره فى عقد البيع لا يكفى حتى لاعطاء العقد صورة البيع الذى يستر هبة . ويعتبر العقد فى هذه الحالة هبة سافرة ، ولا يصح بهذا الوصف الا اذا اكان محررا فى ورقة رسمية وفقا للمادة ٤٨٨ فقرة أولى (٣) . غير أن هناك اتجاها حديثا فى الفقه والقضاء يكتفى بذكر ثمن تافه فى عقد البيع لاعتباره ساترا هبة

---

(١) نقض مدنى ١٣ فبراير ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ - ٢٧١ - ٤٠ ، و ٣١ مارس ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١-٥٣١ - ٨٥ ، و ٦ فبراير ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ - ١٥١ - ٢٨ .

(٢) نقض ٢ يناير ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ٣-٢٩٨-٨٨ .

(٣) نقض مدنى فرنسى عرائض ٢٦ أبريل ١٨٩٣ دالوز ١٨٩٣ - ١ - ٣٥٩ ، سيرى ١٨٩٣ - ١ - ٤١٣ ، ٢٣ اكتوبر ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٦ - ١ - ٣٢ مشار اليهما فى توفيق فرج ص ١٨٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بشرط ثبوت نية التبرع لدى البائع ويرى فى ذلك غنى عن افراغ الهبة فى عقد رسمى (١) .

١٠٧ — الثمن البخس — اما الثمن البخس فهو الذى يقل كثيرا عن قيمة المبيع ولكنه لا ينزل الى حد الثمن التافه الذى لا يعتد به ولا يهم البائع الحصول عليه . فالثمن البخس ، خلافا للثمن الصورى أو للثمن التافه ، ثمن جدى كان الحصول عليه هو الباعث الدافع للبائع على الالتزام بنقل ملكية المبيع الى المشترى ، وهو لذلك يكفى لانعقاد البيع (٢) .

غير أن انخفاض الثمن وعظم التفاوت بينه وبين قيمة المبيع قد يكونان فى بعض الشرائع سببا فى جعل العقد قابلا للابطال ، وهما فى القانون المصرى يخولان البائع فى بعض الاحوال حق طلب زيادة الثمن الى حد معين (المادة ٤٢٥) ، وفى احوال أخرى حق طلب ابطال العقد أو زيادة الثمن أو نقص مقدار المبيع (المادة ١٢٩) . وسنعرض لذلك عند الكلام فى عيوب الرضا بمناسبة شروط صحة العقد ومنها سلامة الرضا (نبذة ١١٩ وما بعدها) .

ولا يفوتنا هنا أن نذكر أن المحاكم استنبطت فيما مضى من بخس الثمن فى بيع الوفاء قرينة على أن العقد رهن وليس بيعا .

وقد تدق احيانا التفرقة بين الثمن البخس والثمن غير الجدى . واهم الحالات التى اثارت خلافا فى هذا الشأن حالة بيع عقار فى مقابل ايراد مرتب لمدى حياة البائع تقل قيمته عن غلة هذا العقار أو لاتجاوزها ، ففى هذه الحالة يأخذ المشترى العقار دون أن يدفع شيئا من ماله ، وانما يدفع الى البائع فى كل سنة ما دام حيا مبلغا يساوى غلة العقار كلها أو بعضها . فهو فى الواقع يأخذ ملكية الرقبة دون مقابل اذا كان الايراد المرتب يساوى قيمة الغلة كلها ، ويأخذها هى وجزءا من الغلة اذا كان الايراد المرتب اقل من قيمة الغلة . أفيعتبر الثمن المعين على هذا الوجه

---

(١) انظر توفيق فرج ص ١٨٢ و ١٨٣ والمراجع والاحكام التى اشار اليها .

(٢) نقض اول فبراير ١٩٥١ التشريع والقضاء ٤ — ١٤٦ — ٥٩ المحاماة ٣١ — ١٦٨١ — ٤٩٠ وقد جاء فيه انه لا يشترط أن يكون المقابل فى عقد البيع — الثمن — متكافئا مع قيمة المبيع بل كل ما يشترط فيه أن لا يكون تافها . فالثمن البخس يصلح مقابلا لالتزامات البائع .

وانظر ايضا نقض مدنى ١١ يناير ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ — ٦٢ — ١٢ حيث قضت المحكمة بسلامة الحكم الذى يقضى بصحة العقد باعتباره عقد بيع حقيقى ، ولا يؤثر فى ذلك نقص الثمن المسمى بالعقد عن القيمة الحقيقية للمبيع .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ثمنا جديا بخسا يكفى لانعقاد البيع صحيحا ، أم يعتبر ثمنا غير جدى نلا يكفى لانعقاده ؟

ذهبت كثرة الشراح وأحكام المحاكم الفرنسية الى أن الثمن المعين على هذا الوجه لا يعتبر ثمنا حقيقيا ولا يكفى لانعقاد البيع لانه ظاهر منه أن المشترى لا يدفع شيئا من ماله ، فالعقد يعتبر هبة ولا ينعقد بهذا الوصف الا اذا دون فى ورقة رسمية (١) .

وقد اخذت بذلك محكمة النقض المصرية (٢) ، وأيدها فيه بعض الفقه (٣) .

غير أنه من الواضح أن الثمن المعين على هذا الوجه ليس ثمنا صوريا ولا ثمنا تافها لان العاقدين لم يقصدا بتعيينه مجرد توفير شرط الثمن اللازم لانعقاد العقد بل قصدا أن يلتزم به المشترى فعلا وقصد البائع

---

(١) انظر الاحكام المشار اليها فى بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ ص ٤٢ هامش ١ ، وانظر من الشراح الذين يؤيدون المحاكم فى هذا الرأى أوبرى ورو واسمان جـ ٥ نبذة ٣٤٩ هامش ٣٦ ، جيبوار جـ ١ نبذة ٩٧ مع تحفظه بالنسبة للحالة التى يتعرض فيها المشترى لمفاجآت تنشأ من مخاطر استغلال المبيع .

(٢) نقض مدنى ٥ أبريل ١٩٥١ المحاماة ٣٣ - ٤٠٩ - ٢٢٠ التشريع والقضاء ٥ - ١ - ٢ وقد جاء فيه أنه « متى كان الحكم اذ قضى برفض الدعوى التى اقامها مورث الطاعن بطلب بطلان العقد الرسمى الصادر منه الى المطعون عليها الاولى ببيع منزل على اساس ان هذا العقد فى حقيقته وصية قد اقام قضاءه على « أن التصرف هو عقد بيع صحيح ناجز وليس ما يمنع قانونا من ان يكون الثمن مشترطا وفاؤه كايراد مرتب لمدى حياة البائع ولو اتيح القول بأن الثمن منعدم فالعقد يظل على هذا الفرض عقدا صحيحا قانونا ناقلا للملكية لانه يكون بمثابة هبة قد تضمنها عقد رسمى ؛ والهبة تصح قانونا اذا صيغت فى صورة عقد بيع أو عملت بعقد رسمى » ، متى كان الحكم قد اقام قضاءه على هذا الاساس فانه لايبطله اغفاله طلب الطاعن احالة الدعوى على التحقيق ليثبت ان أجرة مثل المنزل تزيد على الايراد المقرر مدى حياة البائع كمقابل للبيع . بل على فرض ان هذا الايراد هو دون ريع المنزل وان ذلك يجعل الثمن معدوما فيعتبر العقد باطلا كبيع فان الحكم قد اقام قضاءه على اساس ان العقد يعتبر فى هذه الحالة هبة صحيحة شكلا لافراغها فى قالب رسمى ، وما قرره الحكم فى هذا الخصوص صحيح قانونا . ذلك ان مورث الطاعن قد اقام دعواه على اساس ان العقد فى حقيقته وصية أى تبرع مضاف الى ما بعد الموت ، وقد أثبت الحكم بالادلة السائغة التى أوردها أن التصرف صدر ناجزا فيكون هبة صحيحة فى عقد رسمى ، ومن ثم فان الطعن عليه بالقصور وبمخالفة القانون يكون على غير أساس » .

(٣) انظر السنهورى جـ ٤ ص ٣٨٦ ، البدراوى نبذة ٢٤٦ ، جميل الشرقاوى ص ١١٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الحصول على الايراد المرتب مدى حياته فى مقابل نقل ملكية عقاره الى المشترى . واذا كان الواقع أن قسط الايراد المرتب لا يجاوز غلة العقار فى ظروف معينة ، فقد يتغير الوضع وتنخفض قيمة الغلة فيلتزم المشترى بأن يدفع الفرق من ماله . وحقيقة الامر أن الثمن فى هذه الصورة ليس غلة العقار أو قسط الايراد أو مجموع الاقساط بل هو الحق فى ايراد ثابت لا يتغير بتغير الغلة . وقد أراد البائع أن يحصل على هذا الحق الثابت فى مقابل نقل ملكيته الى المشترى . وقد يكون الباعث اليه على ذلك أنه يريد أن يكفى نفسه مؤونة ادارة المال واستغلاله وأنه يريد أن يدرأ عن نفسه احتمال نقص الغلة مستقبلا عن الحد الذى حدد به الايراد المرتب كى يضمن لنفسه قدرا معينا من الانراد مدى حياته يكفل له مستوى معينا من المعيشة . فيعتبر هذا الثمن ثمنا جديا يكفى لاعتبار العقد بيعا . لذلك اخذت الشراح وأحكام المحاكم تتجه الى الاخذ بهذا الرأى كلما ثبت أنه قصد بهذا الاتفاق رفع عناء ادارة المبيع ومخاطر الاستغلال عن البائع او تأمينه ضد نقص غلة المبيع (١) .

وسنعرض عند الكلام فى الغبن لما اذا كان تعيين الثمن على هذا الوجه يعتبر سببا لطلب ابطال العقد أو لطلب تكملة الثمن بالرغم من طبيعة العقد الاحتمالية (٢) .

---

(١) فى هذا المعنى بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ نبذة ٤١ ص ٤٢ و ٤٣ ، السنهورى فى المرجع السابق ، توفيق فرج ص ٢٨٧ ، نقض . فرنسى مدنى ٩ يناير ١٩٥٠ جوريسكلاشير الدورى ١٩٥٠ — ٥٧٢٠ ، ٨ اكتوبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض الفرنسى ١٩٥٠ — ١ .

(٢) أنظر ما سيجىء فى نبذة ١٣٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الثالث

ركن السبب فى عقد البيع

١٠٨ ـ احالة الى القواعد العامة ـ لم ينص القانون فى باب البيع على ركن السبب بوجه خاص ، فيتعين الرجوع فى ذلك الى الاحكام العامة التى وردت فى شأن الالتزام بوجه عام .

وقد نصت المادة ١٣٦ مدنى على انه « اذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا » .

ومن المعلوم ان السبب هو فى الحقيقة ركن فى الارادة التى يلتزم بها صاحبها وليس ركنا فى العقد ذاته،أى انه فيما يتعلق بالعقد الملزم للجانبين حيث يلتزم كل من العاقدين بارادته يكون لكل من الارادتين سببها ، فارادة البائع أن يلتزم بنقل ملكية المبيع الى المشترى سببها رغبته فى الحصول على الثمن وقد تكون هذه الرغبة ذاتها راجعة بدورها الى سبب آخر هو حاجة البائع الى مبلغ نقدى لوفاء ما عليه من دين أو لشراء حاجيات أو للمضاربة أو العب القمار أو لدفع رشة الخ . فيرتفع هذا الباعث الدافع الى التعاقد الى مرتبة السبب فى التزام البائع متى كان معلوما لدى المشترى . فاذا كان هذا الباعث مشروعا كما فى المثلين الاولين فلا غبار على العقد . أما اذا كان مخالفا النظام العام أو الآداب كما فى المثلين الاخيرين وقع العقد باطلا لعدم مشروعية سببه (١) .

وكذلك فان ارادة المشترى أن يلتزم بدفع الثمن الى البائع سببها رغبته فى الحصل على ملكية المبيع . وقد يكون غرض المشترى من الحصل على المبيع الانتفاع به انتفاعا مشروعا ، وقد يقصد استعماله استعمالا غير مشروع كما اذا اشترى دارا بقصد اعدادها للميسر . فاذا كان البائع فى هذه الحالة الاخيرة يعلم بالباعث غير المشروع الذى دفع المشترى الى التعاقد ، فان العقد يقع باطلا لعدم مشروعية سببه (٢) .

---

(١) و (٢) انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم ص ٥٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الرابع

عدم النص المانع من البيع

١٠٩ ـ **أثر النصوص المانعة من البيع** ـ اذا نص القانون على تحريم نوع من أنواع البيع أو منع اشخاصا معينين من بيع نوع من الاموال أو من شرائه ، فلا تجوز مخالفة هذا النص ولا ينعقد بيع نهى عنه القانون ، واذن فلا بد من الاعتراف بأنه يشترط فى انعقاد البيع ألا يصطدم بنص ينهى عن ابرامه .

وقد تقدم أن القانون اعتبر بعض الاموال خارجة عن التعامل ؛ فنهى بذلك عن بيعها نهيا عاما موجها الى الكافة . كما تقدم تطبيق ذلك على التركات المستقبلة حيث خصها المشرع بنص يمنع التعامل فيها ؛ وقد جاء هذا المنع عاما اى انه موجه الى جميع الناس .

كذلك حرم التقنين المدنى الحالى بيع الوفاء ونص على بطلانه بطلانا مطلقا . وهذا ايضا تحـــريم عام يسرى على جميع الناس ، فلا يجـوز لأى شخص منذ العمل بهذا التقنين أن يعقد بيع وفاء . وكل عقـد يقع مخالفا لهذا النهى يكون باطلا بطلانا مطلقا .

وقد اورد التقنين المذكور نصين مانعين آخرين ، ولكنه جعل المنـع فيهما مقصورا على بعض الاشخاص دون غيرهم ، وبالنسبة الى نوع معين من الاموال ، وهما خاصان بمنع رجال القضاء وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها ، ومنع المحامين من التعامل فى الحقوق التى وكلوا فى الدفاع عنهـا .

وفوق ذلك نصت بعض القوانين الخاصة على حظر الشراء بالنسبة الى طوائف معينة حظرا يتعلق بالنظام العام ويترتب على مخالفته بطلان البيع . واهم هذه القوانين قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٩٥٢/١٧٨ المعدل بقوانين لاحقة كثيرة ، وقد حظر على اى شخص أن يشترى أرضا زراعية يصبح بها مجموع ما يملكه من الاراضى الزراعية أكثر من مائتى فدان ثم خفض هذا الحد الاقصى الى مئة فدان بالقانون رقم ١٩٦١/١٢٧ ، وكذلك

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القانونان رقم ١٩٥١/٣٧ ورقم ١٩٦٣/١٥ اللذين حظرا على الاجانب تملك الاراضى الزراعية والصحراوية ، والقانون رقم ١٩٤٥/١١١ الصادر باستمرار العمل بالامر العسكرى رقم ١٩٤٠/٦٢ الذى يحظر على اى اجنبى تملك اى عقار يقع باحد الاقسام التى تقوم على ادارتها مصلحة الحدود ، والقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والاراضى الفضاء .

ونعرض فيما يلى حالات الحظر المشار اليها مبتدئين بما نص عليه منها التقنين المدنى الحالى .

١١٠ - (أولا) منع رجال القضاء واعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها - نصت المادة ٤٧١ مدنى على انه « لا يجوز للقضاة ولا لاعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، والا كان البيع باطلا » .

وظاهر أن المنع الوارد فى هذا النص يعتبر استثناء من حكم القواعد العامة ، وانه لذلك يجب ان يفسر تفسيرا ضيقا وان يطبق بدقة ، فيتقيد تطبيقه بالحكمة التى من أجلها تقرر ، وبما ورد فى النص من قيود تجعله مقصورا على البيع الذى يصدر الى فئات معينة من الاشخاص متعلقا بنوع معين من الاموال .

١١١ - حكمة تحريم البيع الى رجال القضاء واعوانهم - منع المشرع رجال القضاء واعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها حرصا منه على هيبة القضاء واكرامته وحسن سمعته ، لانه قدر أن القاضى الذى يشترى حقا متنازعا فيه انما يضارب على نتيجة التقاضى فى شأن هذا الحق ، ويخشى ان يحمله ذلك على استغلال نفوذه فى الحصول على حكم لمصلحته بشأن الحق الذى اشتراه أو ان يظن الناس فيه ذلك على الاقل . فأراد المشرع ان يبعد القضاة واعوانهم عن كل شبهة من هذا القبيل .

ويبين من ذلك سبب قصر الحكم بالبطلان على العقود التى يكون فيها رجال القضاء أو اعوانهم مشترين حقوقا متنازعا فيها لا بائعين شيئا من هذه الحقوق ، اذ أن شراء القضاة مثل هذه الحقوق هو الذى يجعل لهم

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مصلحة فيها ويخشى معه قيام الشبهة (١) . أما بيعها فبالعكس من ذلك بقطع صلتهم بالحقوق المتنازع فيها ويبعدهم عن كل ريبة (٢) .

١١٢ - قصر التحريم على اشخاص معينين على سبيل الحصر - ولان هذ النص استثنائى وارد على خلاف الاصل ، يتعين اعتبار بيان الاشخاص المذكورين فيه واردا على سبيل الحصر ، فلا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه (٣) . فهو مثلا لا ينطبق على مترجمى المحاكم ولا على الخبراء (٤) ولكنه ينطبق على من تثبت لهم صفة الاشخاص المذكورين فيه لدى أية جهة من الجهات القضائية سواء كانت هى جهة القضاء المدنى والجنائى أو جهة القضاء الادارى . والمقصود بالقضاة كل من يلى القضاء سواء كان قاضيا بالمحاكم الابتدائية أو مستشارا بمحاكم الاستئناف أو بمحكمة النقض أو غير ذلك من المحاكم .

ويشترط فى انطباق هذا التحريم على هؤلاء الاشخاص أن تثبت لهم صفاتهم المستمدة من وظائفهم وقت شراء الحقوق المتنازع فيها . أما اذا اشترى القاضى أو كاتب المحكمة حقا متنازعا فيه قبل أن يعين فى وظيفته أو بعد اعتزاله اياها ، فان التحريم لا ينطبق عليه (٥) .

ومتى ثبتت فى الشخص الصفة التى تجعل التحريم منطبقا عليه ، امتنع عليه الشراء سواء باسمه سافرا ، أو باسم غيره مستعارا لحسابه (٦) .

---

(١) ويسرى هذا المنع على المقايضة أيضا تطبيقا لنص المادة ٤٨٥ مدنى الذى يقضى بسريان أحكام البيع على المقايضة بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ، كما يسرى كذلك على الوفاء بمقابل تطبيقا للمادة ٣٥١ مدنى الذى يقضى بأن يسرى على الوفاء بمقابل - فيما اذا كان ينقل شيء أعطى فى مقابلة الدين - أحكام البيع . فاذا أخذ القاضى أو المحامى حقا متنازعا فيه وفاء لدين له على صاحب الحق المتنازع فيه ، كان هذا التصرف باطلا (فى هذا المعنى خميس خضر نبذة ١٩١ ص ٣٠١) .

(٢) فى هذا المعنى السنهورى جـ ٤ ص ٢١٤ هامش ١ ، البدراوى نبذة ١٢٤ ص١٨٢، لبيب شنب نبذة ٢٣٢ ، خميس خضر نبذة ١٩١ ص ٣٠١ .

(٣) فى هذا المعنى خميس خضر نبذة ١٩٢ ، توفيق فرج ٥٩ ص ١٠٩ وقارن عكس ذلك اسماعيل غانم ص ٦١ حيث يرى تطبيق هذا المنع على مفوضى مجلس الدولة لتوافر حكمة المنع فيهم .

(٤) السنهورى جـ ٤ نبذة ١١١ ص ٢١٥ ، لبيب شنب ص ٢٧٨ ، جميل الشرقاوى نبذة ٢٢ .

(٥) اسماعيل غانم ص ٦٢ ، خميس خضر نبذة ١٩٢ ص ٣٠٢ .

(٦) توفيق فرج نبذة ٦٠ ص ١١٢ ، جاك الحكيم نبذة ١٥٠ ص ١٣٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على ان المنع من الشراء ليس حتى بالنسبة لهؤلاء الاشخاص عاما بل هو مقصور على نوع معين من الاموال .

١١٣ — قصر التحريم على شراء اموال معينة — اقتضت حكمة تشريع هذا النص الاستثنائى قصر التحريم الوارد فيه على شراء نوع من الاموال هو الذى يخشى فيه أن تعلق الشبهة برجال القضاء واعوانهم المذكورين ، فاشترط المشرع فى انطباق هذا النص ان يكون ما يشتريه القضاة واعوانهم حقا متنازعا فيه وان يدخل النزاع المتعلق به فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها .

وفيما يتعلق بالشرط الاول يعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى ولو لم ترفع به الدعوى بعد (قارن المادة ٤٦٩ فقرة ثانية) . ويشترط فى انطباق النص أن تكون المنازعة فى الحق بهذا المعنى قائمة وقت البيع (١) . وتشترط محكمة النقض فوق ذلك ان تكون المنازعة معروفة للمشترى وقت الشراء سواء اكانت مطروحة على القضاء أو لم تطرح بعد (٢) .

ومتى توافر ذلك ، امتنع شراء الحق المتنازع فيه سواء كان هذا الحق شخصيا أو عينيا (٣) .

اما اذا لم يكن النزاع قد قام وقت البيع أو قام وفصل فيه نهائيا قبل البيع فلا يكون شراء القضاة أو أعوانهم الحق المذكور محرما (٤) .

---

(١) نقض ٢٦ ابريل ١٩٣٤ المشار اليه فى الهامش التالى ، اسماعيل غانم ص ١٢ .

(٢) نقض ٢٦ أبريل ١٩٣٤ المحاماة ١٤ — ١ — ٤٠٩ — ١٧٠ وقد جاء فيه « ان المادة ٢٥٧ مدنى (= مدنى حالى) التى تحرم على القضاة وغيرهم شراء الحقوق المشروع فيها تفيد عبارتها اشتراط ان يكون التنازع على الحق قائما بالفعل وقت الشراء ومعروفا للمشترى ، سواء أكان مطروحا على القضاء أم لم يكن طرح بعد . واذن فلا يكفى لابطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلا للنزاع ومحتملا أن ترفع بشأنه دعوى . ومحكمة الموضوع اذ تفصل فى كون الوقائع التى أثبتتها وقررتها مؤدية الى اعتبار الحق متنازعا فيه ، انما تفصل فى مسألة قانونية هى توافر ركن من الاركان القانونية للمادة ٢٥٧ مدنى (٤٧١ مدنى حالى) أو عدم توافره . واذن فعملها فى هذا خاضع لرقابة محكمة النقض » .

(٣) تراجع المذكرة الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٧٢ .

(٤) استئناف مصر ١١ مايو ١٩٣٩ المجموعة ٤١ رقم ٨٢ وقد جاء فيه « ان كل نزاع يجد أو ينشأ بعد التعاقد لاسباب لم تكن ظاهرة ولا كانت فى حساب المتعاقدين وقت التعاقد لا يصح ان يكون حائلا دون البيع للاشخاص الذين ذكرهم القانون » .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويعد اعتبار الحق المبيع متنازعا فيه او غير متنازع فيه مسألة قانونية يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض (١) .

وفيما يتعلق بالشرط الثانى ، فان التحريم لا يسرى فقط على الحقوق المتنازع فيها التى يكون نظر النزاع المتعلق بها من اختصاص المشترى شخصيا بل يسرى على كل حق متنازع فيه اذا كان النزاع المتعلق به يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشر المشترى اعماله فى دائرتها .

وبناء على ذلك يمتنع على قاضى المحكمة الكلية أن يشترى حقوقا متنازعا فيها يدخل النزاع المتعلق بها اختصاص هذه المحكمة ولو كان توزيع العمل بين دوائر المحكمة يجعل المشترى بعيدا كل البعد عن نظر هذا النزاع . وكذلك يمتنع على مستشارى كل محكمة من محاكم الاستئناف أن يشتروا حقوقا متنازعا فيها يكون النزاع المتعلق بها داخلا فى اختصاص تلك المحكمة ، ولو كان موضوع النزاع يجعل الحكم فيه غير قابل للاستئناف . ويمتنع على مستشارى محكمة النقض أن يشتروا أى حق متنازع فيه فى أى جهة من انحاء الجمهورية لان دائرة اختصاصهم تشمل بلاد الجمهورية كلها (٢) . ولكن يجوز لقاضى المحكمة الكلية أو لمستشار محكمة الاستئناف أن يشترى حقوقا متنازعا فيها اذا كان نظر النزاع المتعلق بها من اختصاص محكمة أخرى غير التى يعمل فى دائرتها ، والعبرة بحالة الاختصاص وقت الشراء . فاذا اشترى القاضى حقا تختص بنظر النزاع فيه محكمة أخرى غير التى يعمل بها ، ثم نقل بعد ذلك الى تلك المحكمة ، فان العقد يظل صحيحا والعكس بالعكس (٣) .

ويرى بعض الفقه انه يجوز كذلك للقاضى الجزئى أن يشترى حقوقا متنازعا فيها مما يدخل فى اختصاص قاض جزئى آخر ، ولو كان القاضيان تابعين لمحكمة كلية واحدة (٤) . غير أن محكمة استئناف مصر قضت بعكس

---

(١) نقض ٢٦ ابريل ١٩٣٤ المشار اليه ، وقرب فى هذا المعنى استئناف مصر ١٣ يونيه ١٩٣٣ المحاماة ١٤-٢-٢٤١-١٣٠ .

وانظر مع ذلك استئناف مصر ٢٩ نوفمبر ١٩٢٧ المحاماة - ٨ ٢٢٨-١٤٢ حيث قضى بأن يبطل البيع الصادر لمحام ولو لم تكن العين المبيعة محلا لنزاع وقت البيع ، وانما يكفى توقع حصوله فى المستقبل .

(٢) توفيق فرج نبذة ٥٩ ص ١١٠ ، جاك الحكيم نبذة ١٥٠ ص ١٣٢ .

(٣) اسماعيل غانم ص ٦٣ ، خميس خضر ص ٣٠٥ ، توفيق فرج نبذة ٦٠

(٤) انظر فى هذا المعنى السنهورى جـ ٤ نبذة ١١١ ص ٢١٥ ، انور سلطان نبذة ٤١٣ ص ٤٣٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ذلك اذ قررت ان وكلاء النيابة بالمحاكم الجزئية يعتبرون فى حكم من يؤدون وظائفهم فى دائرة المحكمة الكلية كلها ، لان المحاكم الجزئية ليست محاكم مستقلة بذاتها بل هى محاكم متفرعة عن المحاكم الكلية الرئيسية ، ووكلاء النيابة والقضاة فيها معينون أصلا فى المحاكم الكلية ، ثم يندبون للعمل فى الجزئيات (١) .

وبالنسبة لأعضاء النيابة العامة يمتنع على كل منهم شراء الحقوق المتنازع فيها التى يكون نظرها من اختصاص المحكمة التى يعمل فيها ، وبناء عليه يمتد هذا الحظر فيما يتعلق بالنائب العام وكذلك المحامين العامين واعضاء النيابة الذين يعملون امام محكمة النقض الى الحقوق المتنازع عليها فى جميع انحاء الجمهورية (٢) .

اما بالنسبة للكتبة والمحضرين ، فلأن كلا منهم يكون معينا فى محكمة معينة ايا كانت درجتها ، فان الحظر من الشراء لا يسرى عليه الا بالنسبة للحقوق المتنازع فيها التى يكون نظرها من اختصاص المحكمة التى يقوم بوظيفته فيها (٣) .

ولأن المحامى لا يتقيد بالمرافعة امام محكمة معينة ، بل يتقيد فقط بدرجات المحاكم وبالجهات القضائية ، فان المحامى المقبول للمرافعة أمام المحاكم الجزئية يمتنع عليه شراء الحقوق المتنازع فيها التى تدخل فى اختصاص اى محكمة جزئية من محاكم الجمهورية ، والمحامى المقبول للمرافعة امام المحاكم الكلية يحرم عليه شراء اى حق متنازع فيه لانه يجوز له أن يباشر عمله امام جميع المحاكم الكلية . وهذه المحاكم فى مجموعها يشمل اختصاصها جميع أنحاء الجمهورية (٤) .

---

(١) استئناف مصر ١٣ يونيه ١٩٣٣ المحاماة ١٤–٢–٢٤١ – ١٣٠ ، وفى هذا المعنى لبيب شنب ص ٢٧٩ و ٢٨٠ ، اسماعيل غانم ص ٦٣ ، خميس خضر نبذه ١٩٣ ص ٣٠١ .

(٢) السنهورى جـ ٤ ص ٢١٦ .

(٣) توفيق فرج نبذة ٥٩ ص ١١١ ، جاك الحكيم نبذة ١٥٠ ص ١٣٢ .

(٤) وقبل توحيد جهات القضاء بالغاء المحاكم الشرعية والمختلطة والمليـة ، كان مسلما أنه اذا كانت المنازعة من اختصاص المحاكم المدنية ، فان ذلك لا يمنع المحامى الشرعى من شراء الحق المتنازع فيه . واذا كانت المنازعة من اختصاص المحاكم الشرعية ، جاز للمحامى أمام المحاكم المدنية اذا لم يكن مقيدا فى الوقت ذاته أمام المحاكم الشرعية ، أن يشترى الحق المتنازع فيه . (انظر فى هذا المعنى استئناف مصر ٢٠ يونيه ١٩٣٣ المحاماة ١٤ – ٢ – ٢٤٥ – ١٣١ وقد جاء فيه أنه اذا تمت اجراءات البيع ورسو المزاد أمام المحكمة المختلطة ولم يكن المحامى المشترى من المقررين أمامها ،) صح البيع) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكذلك بالنسبة الى المحامين المقبولين للمرافعة امام محاكم الاستئناف او امام محكمة النقض (١) .

ورأى بعض الشراح أن تعميم المنع على هذا الوجه بالنسبة الى المحامين مجحف بحقوقهم فحاولوا التضييق منه ، وذهب بعضهم الى قصره على المحامى الذى يكون موكلا عن احد المتنازعين فى الحق موضوع البيع (٢) . ورأى آخرون أن يقتصر المنع على المحامين الذين يترافعون عادة امام المحكمة التى يقع النزاع فى دائرة اختصاصها (٣) . ولكن كثرة الشراح ترى ازاء عموم النص اطلاق التحريم بالنسبة الى المحامين وتطبيق النص فى كل الاحوال التى يكون فيها للمحامى حق المرافعة امام المحكمة التى يدخل النزاع فى دائرة اختصاصها (٤) .

ومتى انتهى النزاع ، جاز للمحامى أن يشترى من موكله الحق الذى فصل فى النزاع الذى كان قائما بشأنه (٥) .

١١٤ - **استثناء : جواز استرداد عمال القضاء ما عليهم من حقوق متنازع فيها** - تنص المادة ٤٦٩ على انه « اذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل الى شخص آخر ، فللمتنازع ضده ان يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » ، أى أنها تجيز للمدين فى دين مدعى عليه به أن يسترد هذا الدين من مشتريه فيحل محل الدائن الاصلى قبل نفسه ، ويتخلص بذلك من هذا الدين فى مقابل ثمن هو فى الغالب اقل من مقدار الدين .

ولكن اذا كان المدين فى هذا الدين المتنازع فيه هو أحد عمال القضاء المذكورين فى المادة ٤٧١ متقدمة الذكر ، أيجوز له أن يستند الى

---

(١) توفيق فرج نبذة ٥٩ ص ١١٠

(٢) فتحى زغلول ص ٢٢٦.

(٣) حلمى عيسى نبذة ٩٠٢ ، قرب ايضا اسماعيل غانم ص ٦٤ ، لبيب شنب نبذة ٢٣١ ، جاك الحكيم نبذة ١٥ ص ١٣٢ .

(٤) السنهورى جـ ٤ ص ٢١٦ ، الهلالى وحامد زكى ص ٢١٥ هامش ١ ، أنور سلطان نبذة ٤٣٣ ص ٤١٣ ، البدراوى نبذة ١٢٥ ص ١٨٤ ، منصور نبذة ١٢٣ ص ١٨٤ ، خميس خضر ص ٣٠٥ .

(٥) السنهورى جـ ٤ نبذة ١١٣ ص ٢١٩ ، منصور مصطفى نبذة ١٢٥ ص ٢٨٥ ، خضر نبذة ١٩٥ ص ٣٠٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المادة ٤٦٩ لاسترداد الدين من مشتريه ؟ أم يعتبر هذا الاسترداد شراء لحق متنازع فيه ، فيحرم عليه بالشروط المنصوص عليها فى المادة ٤٧١ ؟

قد يتبادر الى الذهن أن الاسترداد المذكور يعتبر شراء لحق متنازع فيه يقع تحت المنع الوارد فى المادة ٤٧١ ، لأنه اذا كانت المادة ٤٦٩ قد اجازته ، فان حكمها لعمومه يكون منسوخا فيما يتعلق بعمال القضاء بحكم المادة ٤٧١ لخصوصه ، ولان حكم المادة ٤٦٩ قصد به مراعاة مصلحة المدين فى حين أن حكم المادة ٤٧١ قصدت به المصلحة العامة ، وهى أولى بالتغليب من مصلحة المدين الخاصة .

غير أن هذا الرأى مردود بأن الحكمة التى من أجلها تقرر الاستثناء المنصوص عنه فى المادة ٤٧١ هى منع عمال القضاء من المضاربة فى الحقوق المتنازع فيها ومن استغلال نفوذهم بشأنها أو منع تعرضهم للشبهات فيما يتعلق بها . أما اذا كان رجل القضاء مدعى عليه بدين ينازع فيه ثم بيع هذا الدين بثمن معين ، وأراد رجل القضاء أن يضع حدا لهذه المنازعة فى مقابل وفائه الثمن الذى دفعه مسترى هذا الحق ، فان هذا أبعد ما يكون عن فكرة المضاربة واستغلال النفوذ ولا محل فيه لأية شبهة ، فلا معنى لتحريمه عليه (١) .

وبهذا الرأى الاخير أخذ واضع المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح التقنين المدنى حيث قال أن حكم بيع الحق المتنازع فيه من حيث جواز الاسترداد قد يتدخل فى حكم هذا البيع من حيث تحريمه على عمال القضاء . فاذا باع الدائن حقا متنازعا فيه لأحد عمال القضاء ، كان البيع باطلا بطلانا مطلقا كما تقدم ، ولا يكون للمدين فى هذا البيع الباطل أن يتخلص من الدين بدفع الثمن والمصروفات والفوائد . أما العكس فجائز ، ويكون لعامل القضاء الذى ينازع فى دين أن يتخلص منه اذا باعه الدائن » .

١١٥ — (ثانيا) منع تعامل المحامى مع موكله فى الحق المتنازع عليه — تنص المادة ٤٧٢ على أنه لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار ، والا كان العقد باطلا » . . ويعبر

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى جـ ٤ ص ٢١٣ نبذة ١١٠ ، البدراوى نبذة ١٢٨ ، منصور نبذة ١٢٤ ص ٢٨٣ ، لبيب شنب نبذة ٢٣٢ ص ٢٨٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

هذا النص تطبيقا خاصا لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء . وقد اورده المشرع لأنه رأى فيه التطبيق الكثير الوقوع فى العمل للمنع المنصوص عنه فى المادة السابقة ، ولأنه اراد أن ينتهز فرصة تحريم شراء المحامين الحقوق المتنازع فيها التى يتولون هم الدفاع عنها ليحرم عليهم كل نوع من انواع التعامل فى هذه الحقوق ، لا البيع والشراء فقط . فالنص يحرم تعامل المحامى مع موكله فى الحق المتنازع فيه اذا كان هو الـــذى تولى الدفاع عنه ، سواء أكان التعامل بالبيع أم بغيره ، فلا يجوز للمحامى ان يشترى من موكله الحق المتنازع فيه ، ولا أن يشاركه فيه ، ولا أن يتفق معه على أن يتولى هو مباشرة التقاضى بشأن هذا الحق بمصروفات من عنده فى مقابل نصيب معين مما يحكم به Pacte de quota-litis . وقـــد نصت على ذلك ايضا المادة ١٢٥ من قانون المحاماة رقم ١٩٦٨/٦١ .

وكما لا يجوز للمحامى أن يتعامل فى ذلك باسمه ، كذلك لايجوز له أن يتعامل فيه باسم مستعار (١) .

والغرض من هذا التحريم أن لا يستغل المحامى علمه لايهام موكله بضعف مركزه فى قضيته ، فيحصل منه على مزايا كبيرة تفوق ما يستحقه من أتعاب عادلة فى خدمة القضية . ولذلك لا يكون ثمة مانع ، اذا ما انتهى النزاع وصدر الحكم لصالح الموكل ، من أن يتعامل المحامى مـع موكله فى الحق الذى كان متنازعا فيه .

واذا وقع اتفاق المحامى مع موكله باطلا بسبب هذا التحريم ، لم يمنع ذلك المحامى من أن يطلب الى المحكمة تقدير اتعابه تقـديرا عادلا بقطع النظر عن ذلك الاتفاق الباطل .

---

(١) ويجب أن يبين الحكم أن الشخص الذى حصل التعاقد باسمه كان شـــخصا مسخرا لحساب المحامى ، ولا يكفى أن يكون التعاقد تم باسم ولدى المحامى (نقض مدنى ١٩ مارس ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ — ٣٨١ — ٦٣ وقد جاء فيه قوله : « تحظر المادة ٤٧٢ من القانون المدنى على المحامين التعامل مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار والا كان العقد باطلا — فاذا كان الثابت من عقد البيع أن الطاعن قد اشترى العقـار المبين فيه بصفته وليا طبيعيا على ولديه القاصرين وهما ليسا ممن تضمنهم الحظر الوارد بالمادة المذكورة ، فلا يكون العقد بطلا الا اذا ثبت أنهما كانا اسما مستعارا لوالدهما المطاعن الاول . فاذا كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف الذى أيده الحكم المطعون فيه لم يبين ما اذا كان اسم المشترين مستعارا من عدمه ، وكان ذلك دفاعا جوهريا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فان الحكم المطعون فيه اذ اغفل الرد على هذا الدفاع وتكى بالبـطلان دون التثبت من أن المشترين كانا اسما مستعارا للطاعن يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون » .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١١٦ ـ (ثالثا) حظر شراء اطيان زراعية ترفع مجمـوع ما يملكه المشترى من الاطيان الى أكثر من خمسين فدان ـ نص المرسوم بقانون رقم ١٧٨ / ١٩٥٢ بشأن الاصلاح الزراعى الصادر فى ٩ سبتمبر ١٩٥٢ فى مادتـــه الاولى على أن « لا يجوز لأى فـــرد أن يمتـلك من الاراضى الزراعية (١) أكثر من مائتى فدان ، وكل عقد يترتب عليـه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله » . ثم خفض هذا الحد الاقصى للملكية الزراعية الى مائة فدان بالقانون رقم ١٢٧ / ١٩٦١ ثم الى خمسين فدانا بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ . ومؤدى ذلك أن كل من كان يملك فيما بين سنة ١٩٥٢ ، ١٩٦١ مائتى فدان فأكثر ، أو منذ سنة ١٩٦١ مائة فدان فأكثر أو منذ سنة ١٩٦٩ خمسين فدان فأكثر يحظر عليه أن يشترى اطيانا زراعية اخرى ، ويعتبر هذا الحظر متعلقـا بالنـظام العـام (٢) ، فيقع كل عقـد مخالف له باطلا من تلقاء ذاته ودون حاجة الى نص خاص فى قانون الاصلاح الزراعى على هذا البطلان طبقا لنص المادة ١٣٥ مدنى التى تقضى بأنه اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا (٣) .

فاذا كان المشترى يملك قبل الشراء اقل من الحد الاقصى المشار اليه وتعاقد بالشراء ـ بعد فرض القيد المذكور ـ على قدر من الاطيان يرفع مجموع ما يملكه عن ذلك الحد الاقصى ، لحق البطلان العقد فيما يجاوز الحد الاقصى ، وصح العقد فيما دون ذلك وفقا للمادة ١٣٤ مدنى الا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا ، فيبطل العقد كله .

هذا هو حكم حظر الشراء فيما بعد صدور كل من القوانين المذكورة .

ولكن ما حكم العقود التى ابرمت قبل سريان هذا الحظر اذا كان يترتب على اعمالها مجاوزة الحد الاقصى الذى عينه القانون بعد ابرامها ؟

---

(١) انظر فيما يتعلق بتعيين ما لا يعتبر أرضا زراعية فى تطبيق احكام هذا القانون ما سيجىء فى ص ١٩٧ هامش ٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٤ نوفمبر ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض ٨ ـ ٧٩٨ ـ ٠٨٨ .

(٣) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٨ نبذة ٤٠٤ ص ٦٥٩ ، احمد سلامه فى القانون الزراعى ص ١٢٨ ، اسماعيل غانم فى حق الملكية ط ٢ سـنة ١٩٦١ ص ٢٢ هامش ١ ، الصدة فى حق الملكية ص ٥٩ نبذة ٣٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ظاهر انه اذا كانت تلك العقود قد سجلت وترتب عليها انتقال الملكية قبل سريان الحظر الجديد ، فانه لا يمكن أن يلحقها البطلان لأن الحظر المذكور لم يجعل له القانون أثرا رجعيا . غير أن القدر الزائد عن الحد الاقصى للملكية الزراعية يقع تحت حكم الاستيلاء المنصوص عليه فى المادة ٣ من القانون ، فتستولى جهة الاصلاح الزراعى على قدر من الاطيان المملوكة لهذ المشترى يوازى الزيادة عن الحد الاقصى المقرر قانونا وتطبيق على هذا الاستيلاء أحكام قانون الاصلاح الزراعى (١) .

أما العقود التى أبرمت ولم تسجل قبل سريان الحظر الجديد ، فقد ثار بشأنها خلاف ، اتعتبر عقودا صحيحة طالما انها قد تمت فى وقت كان ابرامها فيه مباحا وكان لها تاريخ ثابت سابق على فرض هذا الحظر وطالما أن القانون لم ينص على سريان الحظر بأثر رجعى ، وبناء على ذلك يجوز تسجيلها ويكون حكم ملكية المشترى فيها حكم الحالة السابقة أى التى يكون فيها المشترى قد تعاقد وسجل عقده قبل سريان الحظر(٢) ؟ أم تبطل هذه العقود ويمنع تسجيلها أيا كان تاريخها ما دامت لم تسجل قبل سريان الحظر الجديد ؟

---

(١) فى هذا المعنى نقض مدنى ١٨ ديسمبر ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠–١٢٨٩– ٢٠١ المشار اليه فيما بعد (ص ١٩٥) .

(٢) اخذت بهذا الرأى الاول محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ١١ ابريل ١٩٥٧ فى الاستئناف رقم ٣٠٥ سنة ٧٣ ق المرفوع من عبد العال التونسى ضد شركة كوم امبو (يراجع ضمن نقض مدنى ٢٥ ابريل ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ – ٦٢٠ – ٨٧) . وفى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٨ هامش ص ٦٦٠ وجـ ٤ ص ٣٦١ بندة ٢٠٠ ، وفى هذا المعنى نعمان جمعة ص ١٤٥ .

ولوحظ أن الاخذ بهذا الرأى قد يفتح الباب واسعا للهرب من حكم الاستيلاء المقرر فى المادة ٣ من القانون ، اذ يتيح لمن كانوا يملكون اكثر من الحد الاقصى ابرام عقود بيع تالية لسريان الحظر وتاريخها بتاريخ سابق عليه ، فيسمح لهم ذلك بتسجيل تلك العقود وبالنزول بملكيتهم من هذا الطريق عن الحد الاقصى المسموح به ، فيفلتون من حكم الاستيلاء المشار اليه . وتفاديا لذلك ذهب القائلون بهذا الرأى الى وجوب قصره على العقود التى ثبت تاريخها بوجه رسمى قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ ، واستندوا فى ذلك الى نص المادة ٣ فقرة ٣ التى تقول ولا يمتد فى تطبيق احكام هذا القانون :

(أ) بتصرفات المالك ولا بالرهون التى لم يثبت تاريخها قبل يوم ١٣ يوليه ١٩٥٢ ، وقالوا انه يؤخذ من هذا النص بطريق مفهوم المخالفة انه يمتد فى تطبيق أحكام هذا القانون بتصرفات المالك التى ثبت تاريخها قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ .

غير أن هذا القيد الذى أريد به تقييد ذلك الرأى الاول مردود ، بأن حكم المادة ٣ الذى ورد فيه هذا القيد حكم مختلف ومتميز ومستقل كل الاستقلال عن حكم المادة الاولى الذى ورد فى صيغة عامة مطلقة من كل قيد ، فالاول خاص بالاستيلاء على

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ومما يرجح هذا الراى الاخير اعتبار أن الحظر الجديد يتناول آثار هذه العقود وأن القاعدة فى شأن القوانين الجديدة المعدلة لآثار العقود انها مهما كانت متعلقة بالنظام العام تسرى من وقت العمل بها (١) على آثار العقود القائمة (٢) .

=

مايجاوز الحد الاقصى وما يعتد به وما لا يتعد به فيه من تصرفات صحيحة ومسجلة سبق ان ترتب عليها انتقال الملكية وقت صدور القانون ونفاذ حكم الاستيلاء عليها حيث أراد المشرع أن يطبق هذا الحكم حتى على الملكيات التى تصرف فيها اصحابها بعقود مسجلة فى الفترة ما بين ١٩٥٢/٧/٢٣ وتاريخ صدور قانون الاصلاح الزراعى فى ٩ سبتمبر ١٩٥٢ ، فنص على أن لا يعتد بهذه التصرفات فى تطبيق حكم الاستيلاء ، أى أن هذه الاطيان تعتبر فى هذا الشأن باقية على ملك صاحبها الاصلى (البائع) وتدخل فى حساب الحد الاقصى المسموح له به ، الا اذا ثبت أن التعاقد عليها بالبيع قد تم فعلا قبل قيام الثورة فى ١٩٥٢/٧/٢٣ ، فتنتفى شبهة حصوله بقصد التهرب من حكم الاستيلاء ،ويتعين الاعتداد به .

اما العقود غير المسجلة قبل صدور قانون الاصلاح الزراعى ، فلانها لم تكن تنقل الملكية من البائعين بها الى المشترين ، فلم يكن ثمة محل للاعتداد بها فى حساب الحد الاقصى للملكية الذى حدده هذا القانون أيا كان تاريخها وذلك طبقا للقواعد العامة ، وبالتالى لم يكن ثمة محل لتقييد عدم الاعتداد بها بوجوب ثبوت تاريخها قبل ١٩٥٢/٧/٢٢ ، الامر الذى يجعل محل منطوق نص المادة ٣ المشار اليه هو العقود المسجلة دون غيرها والقيد الوارد على هذا المحل لتقرير المنطوق ، أى حكم عدم الاعتداد ، هو أن تكون تلك العقود ليس لها تاريخ ثابت قبل تسجيلها وسابق على ١٩٥٢/٧/٢٣ ، فيكون المفهوم المخالف لحكم هذه المادة هو العقود المسجلة التى لها تاريخ ثابت قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ وحكمه هو الاعتداد بها فى حساب الحد الاقصى للملكية . وظاهر أنه يتناول أمرا مختلفا كل الاختلاف عما يتناوله حكم المادة الاولى التى نصت على بطلان العقود التى ترفع ملكية المشترى لاكثر من الحد الاقصى وعلى عدم جواز تسجيلها .

(١) انظر كتابنا فى شرح القانون المدنى جـ ١ فى المدخل وشرح الباب التمهيدى ط ١٩٦٧ نبذة ١١٠ ص ٢٢٣ .

(٢) يضاف الى هذه القاعدة العامة اعتبار خاص يقانون الاصلاح الزراعى بالذات، ذلك أن هدف هذا القانون الحد من الملكية الزراعية وأن الشارع عندما نص فى الفقرة ٣ من المادة الاولى على بطلان العقود التى تؤدى الى مخالفة هذا الحد وعلى عدم جواز تسجيلها قد ربط تحقيقا لهذا الهدف بين العقود ذاتها وبين انتقال الملكية بموجب تسجيل هذه العقود ، فنظر الى العقد الذى يراد به نقل الملكية والى الاجراءات التالية له اللازمة لنقلها نقلا حتى تمام التسجيل باعتبارها كلا لا يتجزأ من حيث انها عملية قانونية ناقلة للملكية ، لان الذى يهتم المشرع فى هذا القانون بالذات هو ثبوت الملكية فعلا لا مجرد التعاقد عليها .

وهذا النظر وحده هو الذى اقتضى أن ينص الشارع فى الفقرة الثانية من المادة الاولى على بطلان العقود التى تؤدى الى مخالفة مبدأ التحديد وعلى عدم جواز تسجيلها

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقد أخذ بعض الفقه بهذا الرأى الاخير (١) .
وقد أخذت بذلك محكمة النقض عند ما قررت فى حكمها الصادر

=

لان هذا النص لا يحتاج اليه فيما يتعلق بالعقود الجديدة التى تبرم بعد صدور القانون، اذ يمكن استخلاص حكمه فى شأنها بمجرد ثبوت تعلق مبدأ تحديد الملكية بالنظام العام ، وانما وجدت الحاجة الى هذا النص لرغبة الشارع فى سريان حكمه على جميع العقود التى يكون قد بدىء فى الاتفاق عليها أو فى اتخاذ الاجراءات اللازمة لاحداث أثرها فى نقل الملكية قبل صدور القانون طالما أنها لم تنته الى نتيجتها من حيث نقل الملكية الى حين صدور ذلك القانون ، فنص على بطلانها وعلى عدم جواز تسجيلها .

وقد جاءت عبارة المشرع صريحة قاطعة فى هذا المعنى اذ انه لم يقتصر على النص على عدم جواز تسجيل هذه العقود ، الامر الذى كان يمكن تأويله بانه اعتبرها صحيحة واكتفى بجعل تنفيذها مستحيلا ، مما يؤدى الى انفساخها بقوة القانون . بل نص صراحة على بطلانها ، الامر الذى يدل على أنه نظر اليها فى هذا القانون بالذات باعتبارها عقودا ناقلة للملكية تمر بعدة مراحل حتى يكتمل لها وجودها الناقل للمكلية باجراء التسجيل .

وقد افصح المشرع نفسه عن هذا القصد عندما عدل نص المادة الاولى المشار اليهـا بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، فقد أضاف هذا التعديل الى النص الاصلى وصف العقد بأنه ناقل للملكية ، فأصبح نص الفقرة الثانية من المادة الاولى بعد التعديل كما يلى :

« وكل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الاحكام يقع باطلا ولا يجـوز تسجيله » . وكذلك فعل فى المادة الاولى من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ .

يبين من استبدال المشرع عبارة « كل تعاقد ناقل للملكية » بعبارة « كل عقد » انه أراد زيادة ايضاح ما يقصد بالعقد الذى قرر فى هذا النص بطلانه وعدم جواز تسجيله ، وأنه لا يعنى التوافق بين الارادتين فحسب ، ذلك التوافق الذى يتم فى لحظة واحدة هى لحظة اقتران القبول بالايجاب ، وانما يعنى التعاقد الناقل للملكية بأكمله فى أى مرحلة من مراحـل تكونه طالما أنه لم يكتمـل له ـ وقت صـدور قانون الاصلاح الزراعى ـ وجوده الناقل للملكية .

وكان الهدف الذى توخاه المشرع من اصدار قانون الاصلاح الزراعى ـ وهو تحديد الملكية الزراعية ابتداء من تاريخ العمل بهذا القانون ـ هو ذاته الذى اقتضى النظر الى العقد الناقل للملكية فى مختلف مراحل تكونه ـ طالما انه لم يتم تسجيله ـ باعتباره كلا لا يتجزأ ولا زال فى دور التكوين حتى ادركه قانون الاصلاح الزراعى فقرر بطلانه وعدم جواز تسجيله.

ولذلك جاءت عبارة الفقرة الثانية من المادة الاولى فى صيغة مطلقة شاملة كل العقود الناقلة للملكية ما دام لم يكتمل وجودها الناقل للملكية ، أى ما دام لم يتم تسجيلها ، سواء منها ما بدىء فى انشائه بعد صدور القانون وما كان فى دور التكوين قبل ذلك ، أيا كانت المرحلة التى وصل اليها هذا النوع من العقد وقت صدور القانون ، وايا كان تاريخ البدء فى تكوينه أو تاريخ أى مرحلة من المراحل التى يمر بها . ومتى كان النص قد ورد مطلقا فلا يسوغ الاجتهاد فى تخصيصه ، وبخاصة اذا كان اطلاقه قد اقتضته حكمة التشريع ذاتها .

(١) اسماعيل غانم فى الملكية ص ٣٢ هامش ٢ ، حسن كيرة فى الحقوق العينية الاصلية سنة ١٩٦٣ نبذة ٧٩ ص ٢٦٢ ، أحمد سلامة فى القانون الزراعى ص ١٢٩ ، قرب نعمان جمعة فى القانون الزراعى سنة ١٩٧٢ ص ١٤٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فى ١٤ نوفمبر ١٩٥٧ ان حكم الشفعة يأخذ حكم العقد . فقد كان طالب الشفعة قد رفع دعواه فى سنة ١٩٥٠ ليأخذ بالشفعة صفقة تمت بعقد مسجل فى مارس ١٩٥٠ . وصدر قانون الاصلاح الزراعى فى سنة ١٩٥٢ فى أثناء نظر دعوى الشفعة فى الاستئناف ، فقضت محكمة الاستئناف برفض طلب الشفعة تأسيسا على ان المستأنف يملك اكثر من الف فدان وان قانون الاصلاح الزراعى لا يجيز له الاحتفاظ باكثر من مئتى فدان وان المستأنف يهدف الى الحصول على حكم بالشفعة يحله محل المشترى فى الصفقة وان مثل هذا الحكم يكون مخالفا لقانون الاصلاح الزراعى الذى يقضى ببطلان كل عقد يترتب عليه مخالفة مبدأ تحديد الملكية الزراعية الذى يعد من النظام العام . ولما طعن فى هذا الحكم رفضت محكمة النقض الطعن وايدت الحكم المطعون فيه وقالت فى تأييده : « ان ذلك القانون (قانون الاصلاح الزراعى) قد وضع بما نص عليه فى المادة الاولى منه قاعدة هى من قواعد النظام العام ، ومن ثم فان احكام هذا القانون تسرى على الوقائع السابقة على صدوره ما دام انه لم يصدر فى خصوصها حكم نهائى ... وان حكم الشفعة وان كان سببا مستقلا لكسب الملكية الا انه يأخذ حكم العقد ، اذ بحكم الشفعة تنصرف آثار عقد البيع الى الشفيع ، لان الملكية فى حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسبت بعمل ارادى من جانب الشفيع ، وهو ما هدف المشرع الى تحريمه اذا كان الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة اكثر من مائتى فدان »(١) .

ثم أوضحت فى حكم آخر ضرورة التفرقة بين العقود الثابتة التاريخ قبل تاريخ فرض الحد الاقصى للملكية وغيرها (٢) ، فقضت بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٦٩ بانه متى كان البيع الصادر قبل ٢٣ يوليه ١٩٥٢ قد وقع صحيحا طبقا لاحكام القانون المدنى فانه يبقى صحيحا بعد صدور قانون الاصلاح الزراعى ويظل ملزما لعاقديه ولو كان من شأنه ان يجعل المتصرف اليه مالكا لاكثر من الحد المقرر وتخضع الزيادة فى هذه الحالة لاحكام الاستيلاء لدى المتصرف اليه . ومن ثم فانه لا يترتب على بلوغ ملكية المشترى الحد الاقصى للملكية المقرر فى قانون الاصلاح الزراعى وجوب رد هذه الاطيان الزائدة للبائعين (٣) .

---

(١) نقض مدنى ١٤ نوفمبر ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض ٨ - ٧٩٨ - ٨٨ .

(٢) وقد اشرنا فيما تقدم الى انعدام السند القانونى لهذه التفرقة .

(٣) نقض مدنى ١٨ ديسمبر ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ - ١٢٨٩ - ٢٠١ وقارن نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض ٢٤ - ١٣٢٠ - ٢٣٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقضت بعكس ذلك فيما يتعلق بالبيع غير ثابت التاريخ قبل ٢٣ يوليه ١٩٥٢ ، فقررت أن الاصلاح الزراعى انما يستمدحقه فى الاستيلاء على ما يزيد عن القدر المسموح بتملكه قانونا من البائع نفسه اذا كان البيع غير ثابت التاريخ قبل صدور قانون الاصلاح الزراعى ، وذلك على أساس أن البائع هو الذى زادت ملكيته وقت العمل بقانون الاصلاح الزراعى عن هذا القدر ، وأن الاستيلاء الذى قامت به جهة الاصلاح الزراعى انما يستهدف البائع للحد من ملكيته الزائدة عن الحد المسموح بتملكه قانونا (١) ، ومؤدى ذلك عدم جواز تسجيل هذا العقد بعد العمل بالقانون الذى فرض الحد الاقصى للملكية (٢) .

١١٧ - (رابعا) حظر شراء الاجانب الاراضى الزراعية والصحراوية عموما او العقارات الواقعة بمناطق الحدود - صدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ يمنع تملك غير المصريين ، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين ام اعتباريين الاراضى الزراعية وما فى حكمها من الاراضى القابلة للزراعة والاراضى الصحراوية بالجمهورية العربية المتحدة ، وكانت أحكام هذا القانون لا تسرى بالنسبة للاراضى التى تملكها الاجانب قبل العمل به ، وكان القانون ذاته قد نص فيه على استثناء عدة حالات أجيز فيها للاجانب تملك الاراضى الزراعية حتى بعد العمل بأحكامه ، وكان هذا وذاك سببا فى اضعاف أثر هذا القانون وعدم تحقيق الغرض منه كاملا .

ورغبة فى تلافى هذا النقص واستكمالا لسيادة الدولة وتحقيقا لسياستها الاشتراكية فى توزيع أكبر قدر من الاراضى الزراعية على صغار الفلاحين لرفع مستوى معيشتهم صدر القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ على غرار قانون الاصلاح الالزراعى ، فقرر مبدأين أساسيين هما :

١ - حظر تملك الاجانب الاراضى الزراعية وما فى حكمها .

٢ - أيلولة الاراضى الزراعية وما فى حكمها المملوكة الى اجانب وقت

---

(١) نقض مدنى ١٦ فبراير ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ٢٢ - ١٨٨ - ٣٢ وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ٢٢ فبراير ١٩٦٨ ، مجموعة أحكام النقض ١٩ - ٣٤٥ - ٥٣ وقرب ٣ مايو ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض ١٣ - ٥٦٥ - ٨٥ .

(٢) ويرى بعض الفقه ان عدم جواز تسجيل مثل هذا العقد لا ينفى ان العقد المذكور وقع صحيحا حين ابرامه وانه يبقى كذلك فى العلاقة ما بين المتصرف والمتصرف اليه (سمير تناغو فى القانون الزراعى ص ٧٢ ، نعمان جمعة ص ١٤٤) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

العمل بهذا القانون الى الدولة ، وحل هذا القانون محل القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ (١) .

وقد نصت على الحظر المشار اليه المادة الاولى من القانون الجديد حيث قضت بأن « يحظر على الاجانب سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين ام اعتباريين تملك الاراضى الزراعية ومافى حكمها من الاراضى القابلة للزراعة والبور والصحراوية فى الجمهورية العربية المتحدة ، ويشمل هذا الحظر الملكية التامة كما يشمل ملكية الرقبة أو حق الانتفاع » .

وظاهر من أهداف هذين القانونين أن الحظر الذى نصا عليه يتعلق بالنظام العام ، فكل اتفاق مخالف له يقع باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته الحظر المشار اليه ، وبناء على ذلك أصبح لا يجوز لغير المصرى ان يشترى منذ تاريخ العمل بالقانون رقم ١٩٥١/٣٧ أرضا زراعية أو ما فى حكمها من الاراضى القابلة للزراعة والاراضى الصحراوية فى الجمهورية العربية المتحدة ولو اقتصر على شراء ملكية الرقبة أو حتى حق الانتفاع وحده . فان اشترى شيئا من ذلك كان عقده باطلا ولا يترتب عليه اى أثر .

غير انه يلاحظ أن هذا الحظر لا يسرى على الاراضى الداخلة فى نطاق المدن والبلاد التى تسرى عليها أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ بشأن تقسيم الاراضى المعدة للبناء (وهى المدن والقرى التى تسرى عليها لائحة التنظيم) اذا كانت غير خاضعة لضريبة الاطيان اذ ان هذه الاراضى لاتعتبر اراضى زراعية فى تطبيق هذا القانون (المادة الاولى فقرة ثانية من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ السالف ذكره (٢)) ، كما أنه لا يسرى على الفلسطينيين

---

(١) انظر فى ذلك سمير تناغو فى القانون الزراعى نبذة ١٥٧ وما بعدها ، احمد سلامة فى القانون الزراعى ص ٢٠ وما بعدها ، نعمان جمعه فى القانون الزراعى ص ٨٧ وما بعدها.

(٢) والمقصود بذلك كما جاء فى المذكرة الايضاحية لهذا القانون الاراضى غير المستغلة فى الزراعة فعلا قبل العمل بأحكام القانون اذا كانت داخلة فى نطاق المدن والبلاد الخاضعة لاحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وغير خاضعة لضريبة الاطيان .

ولم يرد فى قانون الاصلاح الزراعى مقابل لهذه الفقرة ، ولكن صدر فى هذا الشأن قرار تفسير تشريعى للمادة الاولى من المرسوم بقانون رقم ١٩٥٣/١٧٨ يقرر أنه لا تعتبر أرضا زراعية فى تطبيق أحكام قانون الاصلاح الزراعى الاراضى الداخلة فى كردون البنادر والبلاد اذا كانت قد صدرت مراسيم بتقسيمها طبقا لاحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ قبل صدور قانون الاصلاح الزراعى .

وقررت اللجنة العليا للاصلاح الزراعى (فى لجنتها القضائية) أن قصاد هذه اللجنة

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

حيث نصت المادة الاولى فقرة ثالثة من القانون ١٩٦٣/١٥ على استثنائهم مؤقتا من هذا الحظر .

=

قد استقر على أن التفسير التشريعى المشار اليه غير جامع لكل الحالات التى تعتبر فيها الارض من اراضى البناء التى تخرج عن مدلول المادة الاولى من القانون رقم ١٦٥٢/١٧٨ وان اعتبار الارض ارضا زراعية أو من أراضى البناء لم يجعل له القانون معيارا محددا قائما بذاته سواء أكان هذا المعيار واقعيا أو قانونيا بل ترك كل حالة ينبىء عنه موقعها فى الطبيعة وتفصح عن حقيقتها ظروفها وما يكتنفها من معالم وبيانات تجعل لها مظهر أراضى البناء أو الاراضى الزراعية ، وأن هذه اللجنة ترى ان تكشف عما يدل على طبيعة الارض مستهدية فى ذلك بما يتفق مع واقع الحال الذى لا يختلف فيه النظر ولا يتأرجح فيه الرأى . وفى سبيل توضيح الامر ترى اللجنة التفرقة بين القرى وبين المدن والبنادر .

فمما لا يحتمل الجدل أن أراضى القرى هى فى الاصل من الاراضى الزراعية وأن مايبنى فوقها من المساكن لم يكن الا لايواء الفلاحين والزراع الذين يقومون على خدمة هذه الاراضى فلا يمكن أن يعد من أراضى البناء فيها الا الاراضى التى تضم المساكن فعلا أو الاراضى الملحقة بها والمعدة لخدمتها أو الاراضى الفضاء التى تقع فى وسط هذه المساكن ولا يقوم أى شك فى أنها مخصصة للبناء . وأما غير ذلك فهى من الاراضى الزراعية أخذا بالاصل فيها .

وأما المدن والبنادر فانها تضم اخلاطا من موظفى المصالح الحكومية على اختلاف انواعها والشركات والتجار وعمال المصانع والمزارعين الذين تركوا القرية لتربية اولادهم فى المعاهد والمدارس التى لا توجد فى القرى أو لاى سبب آخر ، فهم فى مجموعهم لا يقومون على خدمة الاراضى الزراعية فى الاعم من الاحوال . وهذه البلاد تقوم على شئون التنظيم فيها جهة حكومية خاصة وهى تتوقع تكاثف السكان وازديادهم المضطرد فتجعل للمدينة او البندر كردونا أى حدا متوقعا ان تصل اليه المساكن فى فترة تقصر أو تطول وقد تبلغ فى طولها عشرات السنين ، فلا يمكن أن يعد مدى هذا الحد من أراضى البناء بل يبقى على ما هو عليه من الاراضى الزراعية حتى يصل اليه العمران . ولكن الذى يفرق بين أراضى البناء والاراضى الزراعية هو حد المساكن التى وصل اليه عمران البندر . وما وراءه ويتصل بالاراضى الزراعية فهو منها وان كان داخلا فى حدود الكردون . ومن المشاهد أن الابنية المستحدثة فى كثير من المدن والبنادر تتجه الى نواح يتخللها الهواء الطلق والبعد عن مواقع المصانع والمعامل والاحياء القديمة الضيقة أو القريبة من المصالح الحكومية وينشىء أحياء جديدة على مسافات متفاوتة بعدا أو قربا من الابنية القديمة وهى فى كل ذلك لا تخرج عن كردون المدينة وتعمل اليها جميع المرافق وتتخللها الطرقات المرصوفة التى تتولى سلطة التنظيم تنظيفها نهارا وانارتها ليلا . وهذه الاحياء الجديدة فى زحفها شرقا أو غربا تزيد عن حد المساكن وتجعل الاراضى التى بينها وبين الاحياء القديمة من أراضى البناء ، وعلى ذلك فانه يعد من اراضى البناء فى المدن والبنادر :

(أولا) الاراضى المقامة عليها المساكن فعلا .

(ثانيا) الاراضى التى امتد اليها العمران داخل حد الكردون .

(ثالثا) الاراضى التى تقع ما بين الاحياء القديمة والاحياء الجديدة ما دامت الهيئة القائمة على التنظيم قد تولت شئون الطرق والشوارع التى تصل ما بينها حتى بدت المدينة

=

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ولان كلا من القانونين رقم ١٩٥١/٣٧ و ١٩٦٣/١٥ قد حظر تملك الاجانب أرضا زراعية من تاريخ العمل به ، فانه لا يقتصر على منع تعاقد الاجانب بالشراء فحسب بل يمتد أثره الى منع تسجيل عقود الشراء التى أبرمت صحيحة قبل العمل به اذا لم يكن قد تم تسجيلها ، وبالتالى يصبح تنفيذها مستحيلا استحالة تامة ، فتنفسخ بمجرد صدور القانون قاضيا بحظر انتقال الملكية الى المشترى الاجنبى ، ويتعين اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانوا عليها قبل التعاقد ، فيرد البائع الى المشترى ما قد يكون قبضه من الثانى(١) . أما العقود التى تم تسجيلها لصالح المشترى الاجنبى،

=

بهذا الوضع كتلة واحدة ، وعلى ذلك فان جميع الاراضى التى تقع على جانبى هذه الطرق وتتوسط احياء المدينة المختلفة تعد من أراضى البناء حتى لو كانت مشغولة بالزراعة لان ذلك يعد من طرق الاستغلال الوقتية التى لا تتعارض مع طبيعة الارض ، كما لا يزيل هذه الحقيقة عنها انه لم يصدر قرار بتقسيمها وذلك لان التقسيم غير واجب الا عند تجزئة هذه الارض لبيعها لاقامة مبان عليها ، وقد لا يرغب المالك لسبب أو لآخر بيع هذه الاراضى فى وقت معين وذلك طبقا للمادة الاولى من القانون ٥٢ لسنة ١٩٤٠ (اللجنة العليا للاصلاح الزراعى ٢٥ يونية ١٩٥٩ المحاماة ٤٠ - ١٠٩٥ - ٣٢٥) .

يبين من ذلك أن مسألة تعيين الاراضى التى لا تعتبر أراضى زراعية فى تطبيق قانون الاصلاح الزراعى ، سواء من حيث تحديد أجرتها أو مدة اجارتها أو حساب الحد الاقصى للملكية الزراعية أو قواعد الاستيلاء ، قد مرت بثلاث مراحل : الاولى بدأت بقرار التفسير التشريعى المشار اليه فيما تقدم وفيها اشترط لاخراج الارض من أحكام قانون الاصلاح الزراعى . (١) أن تكون داخلة فى كردون المدن والبنادر ، (٢) وأن يكون صدر بتقسيمها قبل صدور قانون الاصلاح الزراعى مرسوم طبقا لاحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ .

ثم رأت اللجنة العليا للاصلاح الزراعى فى حكمها الصادر فى ٢٥ يونيه ١٩٥٩ انه لايلزم أن يكون قد صدر مرسوم بتقسيم الارض قبل صدور قانون الاصلاح الزراعى وانه يكفى ان تكون الارض قد أقيمت عليها المساكن فعلا أو أن تكون داخلة فى حدود الكردون وامتد اليها العمران أو تخطاها بحيث أصبحت تفصل بين أحياء قديمة واخرى جديدة وتولت الهيئة القائمة على التنظيم شئون الطرق والشوارع التى تصل ما بينها .

واخيرا استقر رأى المشرع فى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ الخاص بعدم تملك الاجانب أراضى زراعية ، على الاكتفاء فى اعتبار الارض غير زراعية بان تكون داخلة فى حدود كردون المدن والبلاد الخاضعة للائحة التنظيم وغير خاضعة لضريبة الاطيان أى دون حاجة الى ان يكون صدر بشأنها مرسوم تقسيم ولا الى أن يكون امتد اليها العمران فعلا .

وهذا التحديد يمكن اتباعه فى تطبيق أحكام كل من قانون الاصلاح الزراعى وقانون حظر تملك الاجانب اراضى زراعية لاتحاد العلة فيهما .

(١) يلاحظ الفرق فى هذا الشأن بين نص القانونين رقم ١٩٥١/٣٧ ورقم ١٩٦٣/١٥ ونص قانون الاصلاح الزراعى حيث أن الاولين اقتصرا على حظر التملك فحسب ، الامر الذى يستتبع منع تسجيل العقود الناقلة للملكية لصالح الاجنبى التى أبرمت قبل صدور أى منهما

=

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ستكون قد نقلت اليه الملكية وتؤول هذه الملكية منه الى الدولة وفقا للمادة ٢ من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ ، ويستحق عنها تعويضا وفقا للمادتين ٤ و ٥ من هذا القانون ، ويبقى ملتزما ازاء البائع اليه بباقى الثمن ان لم يكن وفاه كله .

ولان القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ قد نص فى مادته الثانية على أن تؤول الى الدولة ملكية الاراضى الزراعية وما فى حكمها من الاراضى القابلة للزراعة والبور والصحراوية المملوكة للاجانب وقت العمل بهذا القانون بما عليها من المنشآت والآلات الثابتة وغير الثابتة والاشجار وغيرها من الملحقات الاخرى المخصصة لخدمتها ، فان مقتضى ذلك حظر بيع الاجنبى الاراضى المملوكة له فى تاريخ العمل بهذا القانون ، وبالتالى حظر شرائها على اى شخص ولو كان مصريا ، فيقع تصرف الاجنبى فى تلك الاراضى باطلا ولو لمصرى لانه يكون تصرفا منتـــه فيما لا يملك بل تصرفا واردا على مال اصبح مملوكا للدولة بمقتضى قانون متعلق بالنظام العام .

فاذا كان الاجنبى قد تصرف الى مصرى بعقد لم يسجل قبل صـــدور الحظر المذكور ، فان كان ذلك قبل صدور القانون رقم ١٩٥١/٣٧ ، جاز تسجيل التصرف لصالح المصرى لان القانون المذكور ابقى الملكية للاجنبى ولم يمنعه من التصرف الى مصرى . اما ان كان بعد صدور القانون المذكور وقبل صدور القانون رقم ١٩٦٣/١٥ ، امتنع تسجيل ذلك التصرف لان هذا القانون نزع الملكية من الاجنبى ونقلها الى الدولة فلم يعد ممكنا نقلها من الاجنبى الى المتصرف اليه ولو كان مصريا ، ولذا ينفسخ العقد لاستحالة تنفيذه كما تقدم بشأن الحالة العكسية حالة شراء الاجنبى ارضا زراعية لم يتم تسجيل التصرف الخاص بها قبل العمل بالقانون المذكور (١) . وقد

=

فى حين ان الثانى نظر الى العقد الناقل للملكية والى اجراءات تسجيله باعتبارها كلا لا يتجزأ ننص صراحة على ان كل عقد ناقل للملكية من شأنه ان يزيد الملكية عن الحد الاقصى يقع باطلا ولا يجوز تسجيله . ويترتب على ذلك ان العقد غير المسجل قبل العمل بقانون الاصلاح الزراعى يبطل ويمتنع تسجيله . اما العقد غير المسجل قبل العمل بأى من القانونين ١٩٥١/٢٧ و ١٩٦٣/١٥ لا يبطل وانما يمتنع تسجيله فقط ، فيترتب على ذلك انفساخه لابطلانه . (راجع ما تقدم فى نبذة ١١٦ بشأن قانون الاصلاح الزراعى) .

(١) فى هذا المعنى مصر الابتدائية (الدائرة ١٤ مدنى) بتاريخ ١٤ يونيـــة ١٩٦٥ فى القضية رقم ١٩٦٤/٣١٤٣ ، استئناف مصر (الدائرة ٣) بتاريخ ١٣ ديسمبر ١٩٦٦ فى الاستئناف رقم ١٤٤٠ سنة ٨٢ ق فى دعوى الحاج عبد العزيز العلى القناعى ضد الجامعة الامريكية بالقاهرة (غير منشور) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

نصت المادة ١٠ من القانون ١٩٦٣/١٥ على أن يقع باطلا كل تعاقد يتم بالمخالفة لاحكام هذا القانون ولا يجوز تسجيله . ويجوز لكل ذى شان وللنيابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان ، وعلى المحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها .

ومن قبل صدور هذين القانونين اللذين حظرا على الاجانب تملك الاراضى الزراعية بوجه عام ، كان الامر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ ينص فى مادته الاولى على أن « يحظر على كل شخص طبيعى أو معنوى اجنبى الجنسية أن يمتلك بأى طريق كان ، عدا الميراث ، عقارا كائنا باحد الاقسام التى تقوم على ادارتها مصلحة الحدود » .

وقد قضى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٥ باستمرار العمل بالأمر العسكرى المذكور . وبناء عليه يكون الاجانب فى مصر ممنوعين من ان يشتروا اى عقارات ، ولو كانت من المبانى ، تقع فى المناطق التى تشرف مصلحة الحدود على ادارتها ، ويعتبر هذا الحظر متعلقا بالنظام العام لضرورة المحافظة على امن الدولة الخارجى ، فيقع كل تعاقد مخالف له باطلا بطلانا مطلقا .

١١٧ مكرر (١) ـ حظر تملك غير المصريين العقارات المبنية والاراضى الفضاء (وفقا للقانون ٨١ / ١٩٧٦) ـ لاحظ المشرع فى السنوات الاخيرة وبخاصة عقب حرب اكتوبر سنة ١٩٧٣ حركة مضاربة واسعة النطاق على العقارات المبنية واراضى البناء مما يؤدى الى ارتفاع فاحش فى اسعار تلك المبانى والاراضى يفضى الى غلاء اجور المساكن الجديدة غلاء غير طبيعى ، كما لاحظ ان مبعث تلك الحركة اقبال المستثمرين من ابناء البلاد التى تضاعفت فيها عائدات البترول عقب تلك الحرب ، فرأى التدخل للحد من تلك المضاربة بحظر تملك غير المصريين العقارات المبنية والاراضى الفضاء الا فى حالات استثنائية حددها على سبيل الحصر ، وبعرض بعض القيود على من يملكون شيئا من هذه الاموال قبل صدور هذا الحظر وعلى من يتملكون ايا منها فى الحدود الاستثنائية المشار اليها ، فاصدر لذلك القانون رقم ١٩٧٦/٨١ بتنظيم تملك غير المصريين العقارات المبنية والاراضى الفضاء متضمنا قاعدة عامة بحظر التملك مستقبلا وبعض استثناءات من هذه القاعدة وفرض واجبات على غير المصريين

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الذين يملكون أراضى فضاء عند بدء العمل بهذا القانون . وقد صدر هذا القانون بتاريخ ١٤ أغسطس سنة ١٩٧٦ وصار نافذا .

وفيما يلى اهم أحكامه التى تتصل بموضوعنا .

١١٧ مكرر (٢) ـ قاعدة الحظر وجزاؤها :

نصت المادة الاولى من هذا القانون على أنه « مع عدم الاخلال باحكام القانون رقم ١٩٧٤/٤٣ بنظام استثمار المال العربى والاجنبى والمناطق الحرة يحظر على غير المصريين سواء أكانوا اشخاصا طبيعيين أم اعتباريين (١) اكتساب ملكية العقارات المبنية او الاراضى الفضاء فى جمهورية مصر العربية ايا كان سبب اكتساب الملكية عدا الميراث (الفقرة الاولى) .

ويشمل هذا الحظر الملكية التامة وملكية الرقبة وحقوق الانتفاع . ويعتبر فى حكم التملك فى تطبيق هذا القانون الايجار الذى تزيد مدته على خمسين عاما (الفقرة الثانية) .

ويقصد بالعقارات المبنية والاراضى الفضاء فى تطبيق هذا القانون ، المبانى والاراضى ولو لم تكن خاضعة لاحكام القانون رقم ١٩٣٩/١١٣ فى شأن ضريبة الاطيان او القانون رقم ١٩٥٤/٥٦ فى شـــأن الضريبة على العقارات المبنية (الفقرة الثالثة) .

ومؤدى ذلك حظر تملك غير المصرى شيئا من هذه الاموال بعد تاريخ العمل بهذا القانون بأى طريق من طرق اكتساب الملكية غير الميراث . أما ما يملكه غير المصرى من هذه الاموال عند العمل بهذا القانون ، فتبقى له ملكيته ولا يتناوله هذا الحظر . وقد نصت المادة الخامسة من القـــانون صراحة على ذلك حيث قالت فى فقرتها الاولى : « مع عدم الاخلال بما نص عليه فى الفقرة الاخيرة من البند ب من المادة ٢ (٢) وحكم المادة ٣ من هـــذا

---

(١) ونصت الفقرة الرابعة من المادة الاولى على انه يقصد بالشخص الاعتبارى غـــير المصرى فى تطبيق احكام هذا القانون اية شركة ـ ايا كان شكلها القانونى ـ لا يملك المصريون الثلثى راس مالها على الاقل ، ولو كانت قد انشئت فى مصر طبقا لاحكام القانون المصرى .

(٢) وهى التى توجب البناء على الارض الفضاء المملوكة من قبل فى ظرف سنتين من تاريخ بدء العمل بالقانون .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

القانون (١) ، تبقى التصرفات التى تم شهرها قبل العمل بهـذا القانون صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية .

ثم تناولت الفقرة الثانية من المادة الخامسة سالفة الذكر حكم التصرفات الناقلة للملك التى تمت قبل العمل بهذا القانون ولكنها لم تشهر حتى تاريخ العمل به ، فلم تنتقل ملكيتها الى المتصرف اليه غير المصرى حتى التاريخ سالف الذكر ، فلم تشملها الحصانة التى قررتها الفقرة الاولى للاملاك الثابتة لغير المصريين فى ذلك التـــاريخ ، فقالت فى شأنها : « اما التصرفات التى لم يتم شهرها قبل العمل بهـــذا القانون ، فلا يعتد بها ولا يجوز شهرها الا اذا كانت قدمت بشأنها طلبـات شهر الى مأموريات الشهر العقـــارى أو أقيمت عنها دعاوى صحة تعاقـــد امام القضاء أو استخرجت بشأنها تراخيص بناء من الجهات المختصة وذلك كله قبل ٢١ من ديسمبر سنة ١٩٧٥ » .

ومفاد ذلك ان المشرع اضفى الحصانة التى قررتها الفقرة الاولى من المادة الخامسة للاموال المعنية التى تم شهرها قبل العمل بالقانون بشرط ثبوت تاريخها بوجه رسمى قبل ٢١ ديسمبر سنة ١٩٧٥ وهو التاريخ الذى ذاع فيه أمر تشريع الحظر المذكور واتخاذ الاجراءات اللازمة لاقراره حتى لا يفيد من هذه الحصانة أولئك الذين سارعوا الى الشراء بقصد الافلات من التشريع الذى كان مزمعا صدوره .

وقد نصت المادة الرابعة من القانون صراحة على جزاء الحظر المذكور، فقررت ان «يقع باطلا كل تصرف يتم بالمخالفة لاحكام هذا القانون ، ولا يجوز شهره ـ ويقع باطلا كل تصرف ابرم بقصد التحايل على أحكام هذا القانون وكذلك كل شرط يرمى الى ضمان تنفيذ مثل ذلك التصرف الصورى أو الى ترتيب التزام بالتعويض ايا كان نوعه فى حالة عدم تنفيذ التصرف ـ ويجوز لكل ذى شأن والنيابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان وعلى المحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها » .

ويخلص من ذلك ان كل تصرف لا تشمله الحصانة المقررة فى المـــادة الخامسة سالفة الذكر بفقرتيها يقع باطلا بطلانا مطلقا ولا يجوز شهره، فلا ينتج

---

(١) وهى التى تحظر على غير المصرى الذى يكتسب ملكية عقار مبنى او ارض فضاء بعد العمل بهذا القانون فى الحالات الاستثنائية المنصوص عليها فى البند ب من المادة الثانية التصرف فيها قبل مضى خمس سنوات من تاريخ اكتسابها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

اى اثر حتى فيما بين عاقديه ، واذا تضمن شرطا جزائيا ، فان هذا الشرط لا يعمل به ، ويجوز لكل من البائع والمشترى ان يتمسك بهذا البطلان وان يطلب اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد .

غير انه يلاحظ ان الحظر المذكور جاء مقصورا على غير المصرى شخصيا فلا يتناول زوجه المصرى ، ومن هنا استطاع غير المصريين ان ينفذوا الى اكتساب الملكيات المشار اليها عن طريق الشراء باسماء ازواجهم المصريين.

١١٧ مكرر (٣) ـ الحالات الاستثنائية التى يجوز فيها لغير المصرى اكتساب ملكية عقارات مبنية او اراضى فضاء :

نصت على هذه الاستثناءات المادة الثانية من القانون حيث قررت: « استثناء من الحظر المنصوص عليه فى المادة السابقة ، يجوز لغير المصرى اكتساب ملكية العقارات المبنية والاراضى الفضاء فى الاحوال الآتية :

(ا) اذا كانت ملكية العقار لحكومة اجنبية لاتخـــاذه مقرا لبعثتها الدبلوماسية او القنصلية او لسكنى رئيس البعثة ، وذلك بشرط المعاملة بالمثل ، او كانت الملكية لاحدى الهيئات او المنظمات الدولية .

(ب) فى الحالات التى يوافق عليها مجلس الوزراء والتى تتوافر فيهـــا الشروط الآتية :

١ ـ ان يكون التملك لمرة واحدة بقصد السكنى الخاصة للفرد او لاسرته او لمزاولة نشاطه الخاص .

ويقصد بالاسرة الزوجان والابناء القصر .

٢ ـ الا تجاوز مساحة العقار بمحلقاته ، لاى من الغرضين المحددين فى البند السابق ، الف متر مربع .

٣ ـ ان يحول عن طريق احد المصارف المرخص لها نقدا اجنبيا قابلا للتحويل بالسعر الرسمى يعادل قيمة العقار التى يقدر على اساسها الرسم النسبى المستحق على شهر المحرر .

٤ ـ الا تكون ملكية العين حصة شائعة مع مصرى

ويجوز لمجلس الوزراء الاستثناء من الشروط المتقدمة كلها او بعضها ، وذلك فى الحالات التى تقتضيها مصالح البـــلاد القومية والاقتصادية او متطلبات التنمية الاجتماعية او اعتبارات المجاملة .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١١٧ ـ مكرر (٤) ـ الواجبات والقيود المفروضة على غير المصرى الذى يتملك عقارا مبنيا او ارضا فضاء بناء على ترخيص من مجلس الوزراء وفقا للفقرة ب من المادة الثانية سالفة الذكر ـ . فرض القانون قيودا وواجبات على غير المصرى الذى يتملك عقارا مبنيا أو أرضا فضاء فى احدى الحالات الاستثنائية التى أجازت المادة ٢ فقرة ب لمجلس الوزراء ان يرخص بها ، بعضها عام يشمل العقارات المبنية والاراضى الفضاء ، وبعضها خاص يتملك الاراضى الفضاء .

١١٧ مكرر (٥) ـ (أ) القيد العام وجزاؤه ـ تنص على هذا القيد العام المادة ٣ من القانون ، وهى تقضى بأن « لا يجوز لغير المصرى الذى اكتسب ملكية عقار وفقا لاحكام البند (ب) من المادة السابقة أن يتصرف فيه بأى وجه من وجوه التصرف الناقلة للملكية قبل مضى خمس سنوات من تاريخ اكتسابه الملكية » .

هذا القيد يسرى على ملكية العقارات المبنية وعلى ملكية الاراضى الفضاء طالما كان تملك غير المصرى اياها استعمالا للرخصة الاستثنائية المقررة فى الفقرة ب من المادة الثانية ، فيمتنع على غير المصرى الذى تملكها بناء على هذه الرخصة ان يحتفظ بها والا يتصرف فى ملكيتها أو فى رقبتها أو فى حق الانتفاع بها أو اجارتها لمدة تزيد على خمسين عاما وذلك طوال خمس سنوات من تاريخ اكتسابه ملكيتها .

وجزاء ذلك هو بطلان التصرف المخالف لهذا القيد وعدم جواز شهره (المادة الرابعة فقرة اولى من القانون) . فاذا تصرف فى ملكه المذكور بأى وجه من وجوه التصرف سالفة الذكر وقع تصرفه باطلا بطلانا مطلقا يجوز لكل ذى شأن وللنيابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها (المادة الرابعة فقرة ثالثة من القانون) . ويقع باطلا كل تصرف ابرم بقصد التحايل على احكام هذا القانون وكذلك كل شرط يرمى الى ضمان تنفيذ مثل ذلك التصرف الصورى أو الى ترتيب التزام بالتعويض أيا كان نوعه فى حالة عدم تنفيذ التصرف (المادة الرابعة الفقرة الثانية من القانون) .

١١٧ مكرر (٦) ـ (ب) القيود الخاصة بتملك اراضى الفضاء وجزاؤها ـ

تنص الفقرة قبل الاخيرة من المادة الثانية من القانون على انه « فيما عدا هذه الحالات المستثناة ، يجب على غير المصرى الذى يملك أرضا فضاء

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

للاغراض المشار اليها فى البند «ب» أن يقيم عليها البناء خلال مدة لاتجاوز سنتين من تاريخ التملك وأن يستورد المواد اللازمة للبناء أو يسدد قيمتها بالنقد الاجنبى القابل للتحويل بالاسعار والشروط التى يحددها وزير الاسكان والتعمير ... » .

ومفاد ذلك أن غير المصرى الذى يتملك ارضا فضاء فى الحالات الاستثنائية التى اجيز فيها لمجلس الوزراء الترخيص بذلك لاغراض السكنى الخاصة للفرد او لاسرته او لمزاولة نشاطه الخاص بالشروط المبينة فى الفقرة ب من المادة الثانية من القانون يلتزم فوق هذه الشروط بالتزامين محددين :

١ - ان يقيم عليها البناء خلال مدة لا تجاوز سنتين من تاريخ التملك.

٢ - ان يستورد المواد اللازمة للبناء من الخارج ، أو يسدد قيمتها بالنقد الاجنبى القابل للتحويل بالاسعار والشروط التى يحددها وزير الاسكان والتعمير .

فاذا اخل المالك المذكور بالالتزام الاول من هذين الالتزامين ، بأن لم يتم البناء على الارض الفضاء التى تملكها خلال سنتين من تاريخ تملكها ، جاز للدولة اعادة البيع للغير على حسابه وتعويضه بما يعادل ثمن الشراء على أن يؤول الفرق بين ثمن الشراء وثمن البيع الى الدولة (نهاية الفقرة قبل الاخيرة من المادة الثانية من القانون) .

اما اذا اخل ذلك المالك بالتزامه الثانى بأن اقام البناء خلال السنتين المحددتين ولكن دون أن يستورد مواد البناء من الخارج او يسدد قيمتها بالنقد الاجنبى القابل للتحويل على النحو سالف الذكر ، فيكون جزاؤه التزامه بقيمة الفرق بين ثمن المواد الذى بذله فى شراء مواد البناء من السوق المحلية وبين قيمتها بالنقد الاجنبى القابل للتحويل بالاسعار والشروط المشار اليها آنفا ، ولكن لا يباع الملك لغيره على حسابه كما فى مخالفة الالتزام الاول الذى يوجب اتمام البناء خلال سنتين .

١١٧ مكرر (٧) - التزام خاص بالملاك غير المصريين لاراضى فضاء تملكوها طبقا للقانون العام قبل بدء العمل بالقانون ١٩٧٦/٨١ .

ولو أن المشرع اقر ملكية غير المصريين للاراضى الفضاء التى ثبتت لهم

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وفقا للقانون العام من قبل صدور القانون رقم ١٩٧٦/٨١ الذى يحظر ذلك عليهم، فانه لم يرد أن تبقى هذه الاراضى الفضاء مملوكة لهم بدون اقامة مبانى عليها ، ففرض عليهم الالتزامين اللذين تقدم انه فرضهما على من تملكوا اراضى فضاء بعد صدور ذلك القانون وفى الحالات الاستثنائية التى نصت عليها الفقرة ب من المادة الثانية ، فجعلهم ملتزمين بالبناء على الاراضى الفضاء المذكورة خلال سنتين لا من تاريخ تملكهم اياها السابق على صدور القانون١٩٧٦/٨١ بل من تاريخ بدء لعمل بهذا القانون (١) . وأن يستوردوا مواد البناء أو يسددوا قيمتها بالنقد الاجنبى القابل للتحويل كما تقدم .

ويكون جزاء الاخلال بهذا الالتزام بشقيه كما تقدم . فاذا لم يتم البناء خلال سنتين من بدء العمل بالقانون المذكور تباع الارض للغير على حساب مالكها الذى لم يقم البناء عليها ويعوض بما يعادل ثمن شرائه اياها ويؤول الفرق بين ثمن الشراء وثمن البيع الى الدولة . اما اذا بنى فى خلال السنتين المذكورتين دون أن يستورد مواد البناء أو يسدد قيمتها بالنقد الاجنبى القابل للتحويل ، فانه يلزم بدفع الفرق بين هذه القيمة الاخيرة وما بذله من ثمن فى شراء تلك المواد من السوق المحلية .

---

(١) غير أنه يلاحظ أن المادة ٦ من القانون رقم ١٩٧٦/٨١ قد نصت على أن يصدر وزير الاسكان والتعمير القرارات اللازمة لتنفيذ احكام هذا القانون وأن اللائحة التنفيذية للقانون المذكور لم تنشر الا بتاريخ ١٩٧٧/٤/٢٧ ، وقد تضمنت بعض النصوص اللازمة لتنفيذ القانون وبخاصة النصوص التى تبين جهات الاختصاص والاجراءات التى تتبع فى طلب غير المصريين الترخيص لهم بالبناء على الاراضى الفضاء المملوكة لهم (المواد ٢ و ٧ و ٨ من اللائحة التنفيذية) ، الامر الذى ادى الى تأخير بدء العمل بالقانون حتى صدور تلك اللائحة فى ١٩٧٧/٤/٢٧ ، وبالتالى الى حساب مدة السنتين الواجب اقامة البناء خلالهما ابتداء من هذا التاريخ الاخير .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الخامس

جزاء شروط الانعقاد

١١٨ ـ احالة الى قواعد البطلان المطلق ـ اذا انعدم أحد اركان عقد البيع او لم تتوافر فيه الصفات التى لا يكون له بدونها وجود قانونى ، فان العقد لا ينعقد ، او يقع باطلا بطلانا مطلقا ، سواء نص القانون على ذلك أو لم ينص . فيقع البيع باطلا اذا انعدم فيه الرضا سواء لعدم تمييز احد الطرفين ، او لعدم توافق الارادتين على ماهية العقد او على المبيع او على الثمن او لعدم جدية الرضا وصوريته .

ويقع باطلا ايضا بيع الاموال التى انعدمت وقت العقد ، والاموال الخارجة عن التعامل او التى لم تعين تعيينا كافيا .

وكذلك يقع باطلا البيع الذى يعقد دون ثمن ، او الذى يكون الثمن فيه صوريا او تافها او غير معين ولا قابلا للتعيين ، او الذى يوكل تعيينه الى اجنبى فيمتنع هذا عن تعيينه او لا يتمكن من ذلك . والامر كذلك ايضا اذا انعدم سبب التزام اى من البائع او المشترى او كان الباعث الدافع الى التزام اى منهما مخالفا النظام العام أو الآداب .

ويؤدى منطق شروط الانعقاد الى اعتبار البيع الذى يقصد به نقل الملكية فور انعقاده باطلا اذا كان البائع غير مالك المبيع وقت العقد . ولكن القانون رتب على هذا البيع احكاما لا تتفق فى ظاهرها مع البطلان المطلق ، فأدى ذلك الى القول بأن بطلان بيع ملك الغير بطلان نسبى . غير انه يلاحظ ان النتائج التى رتبها المشرع على هذا البيع لا تتفق كذلك مع احكام البطلان النسبى ، ولذلك آثرنا الاخذ فى شأنه بنظرية البطلان المطلق مع تكملتها بنظرية تحول العقد (١) .

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك ما سيجىء فى القسم الثانى من هذا الكتاب فى نبذة ٣٠٠ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويقع البيع باطلا بطلانا مطلقا أيضا اذا كان القانون يحرمه كما فى بيع التركات المستقبلة وبيع الوفاء وبيع الحقوق المتنازع فيها الى عمال القضاء الذين يعملون فى دائرة المحكمة التى يقع فى اختصاصها نظر النزاع المتعلق بهذه الحقوق (١) . وقد نص المشرع على البطلان صراحة فى هذه الحالات الثلاث (المواد ١٣١ ، ٤٦٥ ، ٤٧١) .

واذا صدر العقد من نائب خارج حدود ولايته ، فانه لا يلزم النائب لانه لم يتعاقد باسمه ولا يلزم الاصيل لانعدام ولاية النائب فى الزامه خارج حدود ولايته ، ولكن يجوز للاصيل اقرار العقد فيصبح ملزما له بموجب هذا الاقرار . ولذلك يتعذر القول بوقوع هذا العقد باطلا طالما انه يمكن ان ينتج آثاره باقراره من ذى الشأن ،وهو أيضا لا يصح وصفه بانه قابل للابطال لان العقد الذى يوصف بذلك يكون منتجا جميع آثاره الى أن يحكم ببطلانه فعلا ، وليس هذا شأن عقد النائب خارج حدود نيابته .

وقد تقدم فى نبذة ٦٢ أن القانون حرم على من نيط به بيع مال غيره ان يشتريه لنفسه (المادتان ٤٧٩ و ٤٨٠ مدنى) ، فان خالف ذلك كان بيعه خارج حدود ولايته اذ يفرض فيه انه فوض فى البيع بأعلى سعر ممكن فى حين أن شراءه هذا المال لنفسه يفرض فيه انه اشترى لصالح نفسه اى باقل ثمن ممكن . ولذلك نص القانون فى المادة ٤٨١ مدنى على أن العقد يصح فى هذه الحالة ــ والمقصود بذلك انه ينتج آثاره ويصبح بمنجى من الطعن ــ اذا أجازه من تم البيع لحسابه . ومؤدى ذلك أن العقد يكون موقوفا الى ان تلحقه اجازة من تم البيع لحسابه ، فلا هو باطل بطلانا مطلقا ولا هو باطل بطلانا نسبيا .

٥

ومتى وقع البيع باطلا بطلانا مطلقا ، فان العقد لا ينتج اى اثر ويعتبر كان لم يكن (٢) . فاذا كان العاقدان أو أحدهما قد نفذ كل احكامه او

---

(١) انظر استئناف مصر ١٢ يونية ١٩٣٣ المحاماة ١٤ ــ ٢ ــ ٢٤١ ــ ١٣٠ ، ومصر الابتدائية ٤ ديسمبر ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ رقم ٧٠ المحاماة ٩ــ٨٤٤ــ٤٦٢ . وقد قايد هذا الحكم الاخير بحكم استئناف مصر ١٨ فبراير ١٩٢٩ المجموعة ٣٠ ــ ١٥٥ ــ ١٦ ، وانظر ايضا استئناف مختلط ٢١ يناير ١٩٤٣ (٥٥ ص ٣٤) . وفى هذا المعنى توفيق فرج نبذة ٦١ .

(٢) غير أن هذا الاثر الرجعى لبطلان البيع ، لا يمنع المشترى من كسب ملكية المبيع بسبب آخر من أسباب كسب الملكية اذا تحققت شرائطه القانونية ، كما لو آلت ملكية العين المبيعة الى المشترى من طريق الاستحقاق فى وقف وحل هذا الوقف (نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض ١٥ ــ ١٠٩١ ــ ١٦١) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بعضها ، تعين رد الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد ، وجاز لمن وفى شيئا أن يسترده (١) . وهذا البطلان لا يزول بالنزول عن التمسك به او باجازة العقد ، ويجوز لكل ذى شأن أن يتمسك به ، بل يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . وفى ظل التقنين الملغى كان هذا النوع من البطلان لا يسقط بالتقادم ، ولكن التقنين الحالى نص فى المادة ١٤١ فقرة ثانية منه على أن « تسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد »، فتسقط دعوى البطلان وحدها بمضى هذه المدة ، أما الدفع به فلا يسقط بأى مدة ويجوز التمسك به فى كل وقت .

---

(١) وفى ظل التقنين الملغى قضت بعض الاحكام فى شأن بطلان شراء القضاة الحقوق المتنازع فيها بانه لا يجوز للقاضى المشترى أن يطالب البائع برد الثمن لان بطلان العقد مبنى على أن سببه غير مشروع (مصر الابتدائية ٤ ديسمبر ١٩٢٧ واستئناف مصر ١٨ فبراير ١٩٢٩ المشار اليهما فيما تقدم) . غير ان هذه الاحكام كانت قد جنحت فى ذلك عما جرت عليه كثرة احكام المحاكم فى تطبيق قاعدة منع الطرف الملوث من استرداد ما نفذه بسبب مخالفة النظام العام لعدم مشروعية سببه Nemo Auditur من تفرقة بين حالات البطلان بسبب مخالفة النظام العام وحالات البطلان بسبب مخالفة الآداب العامة . وقد قضى التقنين الحالى على تلك القاعدة ذاتها وليس فقط على التفرقة التى كانت تقول بها وأجاز فى المادة ١٤٢ مدنى المطالبة بالرد فى جميع الاحوال .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفرع الثانى

شروط صحة البيع

الفصل الاول

سلامة الرضا

١١٩ - احالة الى القواعد العامة - لم يورد المشرع فى باب البيع احكاما خاصة بسلامة الرضا ، اكتفاء بما ورد عن ذلك فى باب الالتزام بوجه عام.

وقد نص فى المواد ١٢٠ وما بعدها على عيوب الرضا التى تشوبه فتجعل العقد قابلا للابطال ، وهى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال .

فيجب فى صحة البيع خلوه من جميع هذه العيوب ؛ ويرجع فى شأنها الى كتب النظرية العامة للالتزامات (١) .

غير انه لان المشرع اورد فى باب البيع احكاما توجب العلم بالمبيع علما كافيا (المادة ٤١٩) ، واخرى تتعلق بالغبن فى البيع (المادة ٤٢٥) ؛ ولان الاولى تتصل بالغلط فى صفات المبيع والثانية بالاستغلال ، نرى ان نخص هذين العيبين من عيوب الرضا بعرض سريع لاحكامهما تمهيدا لدراسة احكام المادتين المذكورتين . اما التدليس والاكراه فنكتفى بذكر بعض تطبيقاتهما فى عقد البيع .

١٢٠ - بعض تطبيقات التدليس والاكراه فى عقد البيع - التدليس هو استعمال طرق احتيالية لايهام احد العاقدين بغير الحقيقة ، فاذا ترتب عليه حمل ذلك العاقد على قبول التعاقد كان العقد قابلا للابطال .

ولابد فى التدليس من استعمال طرق احتيالية تضلل احد العاقدين ومن ان تكون هذه الطرق غير مشروعة وكافية لتضليل ذلك العاقد واخفاء الحقيقة عنه (٢) ، وان يكون الوهم الذى بعثته هذه الطرق فى نفس العاقد هو الدافع الى الاخير على التعاقد .

---

(١) راجع كتابنا فى شرح القانون المدنى الجزء الثانى فى الالتزامات سنة ١٩٦٤ ص ١٥٢ وما بعدها .

(٢) نقض ١١ نوفمبر ١٩٣٧ المجموعة ٢٩ رقم ٣٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فلا يكفى مجـرد ذكر البائع فى العقد مساحة للعقار المبيع اكثر من مساحته الحقيقية لاعتبار ذلك تدليسا ما دام لم يقترن بطرق احتياليـة اخرى (١) .

ولا يكفى فى ذلك مبالغة التاجر فى الترويج لبضاعته بانتحاله أحسن الاوصاف لها ، ولو وصلت المبالغة الى حد الكذب ، ما دام ان ذلك مألوف فى التعامل ، اذ يجب فى هذه الحالة على المشترى ان يأخذ أقوال التاجر بالتحفظ وان يتحقق بنفسه من توافر هذه الاوصاف ، فان قصر فى ذلك، ليس له ان يطلب ابطال العقد بسبب التدليس . أما اذا كانت صفة التاجر او طبيعة نوع معـين من التجارة تجعل من غـير المألوف المبالغـة فى اوصاف المبيع الى حد الكذب ، كان من حق المشترى أن يطمئن الى أقوال التاجر ، فاذا ظهر فيما بعد كذبها اعتبر ذلك تدليسا .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة مصر الابتدائيـة بأن التأكيـدات غير الصحيحة التى تصدر من أحد المتعاقدين ، ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذى يحمله على قبول التعاقد ، من شأنها أن تجعل العقد قابلا للابطال متى ثبت أنه لولا هذه التأكيدات لما حصل الرضا (٢) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه اذا تبين أن المشترى كان تحت تأثير ما ذكره البائع له من بيانات خاصة بدين الدائن على العقار المبيع وعدم استحقاق شيء منه ولا من فوائده وقت تحرير العقد ، فأثر ذلك فى نفسه ودفعه الى التعاقد ، ولم يكن يعلم أنه أدخل عليه الغش والتدليس بأن كتم وأخفى عنه مقدار الفوائد المستحقة على العقار قبل تحرير عقد البيع كما أخفى عليه ما اشترطه عليه الدائن من حق الاحتفاظ بالمطالبـة بالدين والفوائد عند التقصير فى دفع الفوائد فى مواعيدها ، الامر الذى ادى الى حلول جميع الدين وترتب عليه نزع ملكية العقار وبيعه مزاده على الدائن. فمثل هـذه التصرفات هى نوع من الغش والتدليس الموجب لبطـلان العقد (٣) .

بل ان مجرد كتمان أحد العاقدين أمرا كان يجب عليه احاطة الآخـر علما به يكفى فى بعض الاحوال لتوافر التدليس متى قصد بهذا الكتمـان تضليل العاقد الآخر ، كأن يبيع شخص لآخر منزلا ويكتم عنه أن هـذا

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ يناير ١٩٣٦ المحاماة ١٨ - ٦٧١ - ٣٢٣ .
(٢) ٢٤ يناير ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٢٨١ .
(٣) ٣١ ديسمبر ١٩٣٦ المحاماة ١٧ - ٦٤٥ - ٣١٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المنزل قد شرع فى نزع ملكيته للمنفعة العامة . وقد قضت محكمة الاسئناف المختلطة بأن بائع العقار اذا كتم عن المشترى أن هذا العقار مستحق كليا او جزئيا وهو يعلم بذلك ، أو اخفى عنه ما يثقل العقار من حقوق ، كان هذا تدليسا (١) .

ويجب ان يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد ، أى انه هو الذى حمل المتعاقد على التعاقد أصلا ، اما التدليس غير الدافع وهو الذى لا يحمل على التعاقد وانما يغرى بقبول شروط أبهظ ، فلا يفسد الرضا ولا يخول ابطال العقد ، وانما يقتصر اثره على الزام مرتكب التدليس بتعويض .

ويجوز فى هذه الحالة الاخيرة ان يكون التعويض عينيا اذا طلب المتعاقد المدلس عليه ذلك . والتعويض العينى يكون بنقص الثمن الى الحد الذى كان المتعاقد يقبل الشراء به لو لم يدلس عليه او بابطال العقد لازالة ما ترتب عليه من ضرر (٢) .

ومثل ذلك ان يطلع بائع العقار المشترى على عقود ايجار لهذا العقار ، وهى عقود مصطنعة او قديمة يريد أن يوهمه بها أن ريع العقار مرتفع ، فيحمله بذلك على شراء العقار بثمن عال ، أو أن يتفق من يعرض شيئا للبيع فى مزاد علنى مع شخص آخر على ان يتقدم هذا فى المزاد بعطاءات وهمية ليحمل المزايدين الحقيقيين على رفع عطاءاتهم ، فاذا نجحت الحيلة واندفع أحد المزايدين الحقيقيين الى الشراء بثمن أعلى مما كان هو او غيره يشترى به مثل هذا الشىء لولا هذه الخدعة ، جاز له أن يطلب على سبيل التعويض عن الضرر الذى اصابه بسبب هذا التدليس نقص الثمن أو ابطال العقد .

وكذلك الاكراه يفسد الرضا ويجيز ابطال البيع ، سواء حمل المتعاقد على البيع او الشراء او حمله على القبول بشروط باهظة لم يكن يقبلها فى غير حالة الاكراه ، وسواء أكانت حالة الاكراه التى وجد فيها المتعاقد المكره من عمل العاقد الآخر او من عمل شخص اجنبى أم كانت نتيجة ظروف نهيات مصادفة (٣) . كما اذا تعطلت سيارتى فى منطقة صحراوية نائية ، فمرت بى سيارة أخرى وكان مع قائدها قطعة الغيار التى تلزم سيارتى ولم يقبل أن يبيعنى اياها الا بثمن باهظ جدا ، أو قبل أن يبيعنى اياها بثمنها المعقول ولكنه استكتبنى بيعا لسيارتى بثمن بخس جدا .

---

(١) استئناف مختلط ١١ فبراير ١٩٠٩ (٢١ ص ٢٢٧) .

(٢) انظر كتابنا فى مصادر الالتزام فقرة ٢٠٩ ص ٢٧٢ .

(٣) انظر نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض ١٣ - ١٢٧ - ١٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

§ ١ ـ الغلط فى صفات المبيع وعدم العلم الكافى بالمبيع

١٢١ ـ أحكام الغلط فى صفات المبيع ـ نصت المادتان ١٢٠ و١٢١ من التقنين المدنى على أحكام الغلط الذى يفسد الرضا ويجيز ابطال العقد(١)، ويؤخذ منهما أن الغلط الذى يترتب عليه هذا الاثر يجب أن يكون جوهريا أى دافعا الى التعاقد ، سواء أوقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية ، أم وقع فى ذات العاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد ، أم وقع فى قيمة المعقود عليه أو فى اى أمر آخر كان هو الدافع الى التعاقد .

وبتطبيق ذلك على عقد البيع يمكن القول بأنه قلما يكون شخص المتعاقد محل اعتبار فى البيع ، وينذر اذن أن يكون الغلط فى ذات العاقد أو فى صفة من صفاته سببا فى ابطال البيع . وبالعكس من ذلك يتصور أن يكون البيع قابلا للابطال بسبب وقوع غلط فى قيمة المبيع أو فى الباعث الدافع الى شرائه أو فى صفة جوهرية فيه .

ومثل الغلط فى القيمة أن يبيع الوارث مجموعة قيمة من طوابع البريد بثمن زهيد لعدم علمه بقيمتها الكبيرة ، ومثل الغلط فى الباعث الدافع أن يشترى شخص سيارة لاعتقاده أن سيارته قد سرقت ثم يتبين أن أخاه كان قد أخذها ليستعملها مدة معينة بعد أن ترك له خبرا بذلك ولكن الخبر لم يصله الا بعد أن اشترى سيارة جديدة ، ومثل الغلط فى صفة جوهرية أن يعتقد المشترى أنه انما يشترى لوحة اصلية ، فاذا بالمبيع صورة من اللوحة الاصلية ، أو أن يعتقد أنه يشترى مالا مملوكا ملكية مفرزة فيتضح أن المبيع مملوك للبائع شيوعا مع غيره (٢) .

---

(١) انظر فى التفرقة بين الغلط المفسد للرضا والغلط المادى غير المؤثر نقض مدنى ١١ ديسمبر ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ ـ ١٠٢٤ ـ ٤١٥ مجموعة القواعد القانونية ٥ ـ ٥٠٣ ـ ١٤٢ الملخصة وقائعه فى هامش الصفحة التالية .

(٢) استئناف مصر ١٨ فبراير ١٩٣٢ المحاماة ١٣ـ٩١ـ٣٤ ، وقد حكم فى ظل التقنين الملغى بأن للمشترى حق ابطال البيع اذا اثبت أنه لم يكن يعلم بان العقار المبيع مؤجر للغير وأنه ما كان يشتريه لو علم بوجود هذه الاجارة . واساس حق الابطال فى هذه الحالة هو وقوع المشترى فى غلط جوهرى بالنسبة الى الشىء المبيع (طنطا الابتدائية ٢٥ اكتوبر ١٩٣٠ المحاماة ١١ ـ ٧٤٣ ـ ٣٨١) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ومن المهم أن نوجه النظر الى انه لابد فى جميع هذه الاحوال أن يكون الطرف الآخر قد اشترك مع الاول فيما وقع فيه من غلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (المادة ١٢٠) .

١٢٢ — حكم عدم العلم الكافى بالمبيع — نصت المادة ٤١٩ من التقنين المدنى الحالى على انه يجب أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا . ويعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع واوصافه الاساسية بيانا يمكن من تعرفه . واذا ذكر فى عقد البيع ان المشترى عالم بالمبيع ، سقط حقه فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به اذا اثبت تدليس البائع .

وظاهر أن المشترى الذى لم يعلم بالمبيع وقت العقد علما كافيا ، ثم يتبين بعد معاينته انه لا يلائمه ، يمكن أن يعتبر أنه واقع فى غلط جوهرى فيما يتعلق بصفات المبيع ، فيغنيه التمسك بالاحكام العامة المتعلقة بالغلط عن نص المادة ٤١٩ . غير أن هذا النص يرجع فى أصله الى خيار الرؤية المعروف فى الشريعة الاسلامية ، وان واضعى التقنين المدنى الملغى ثم واضعى التقنين المدنى الحالى قد حوروا فى احكامه الشرعية وقربوه كثيرا من أحكام الغلط فى القانون الحديث . ولذلك ينبغى فى فهمه عرض أحكام الشريعة الاسلامية الخاصة بخيار الرؤية ، وأحكام التقنين المدنى الملغى ، واخيرا أحكام التقنين المدنى الحالى .

١٢٣ — خيار الرؤية فى الشريعة الاسلامية — خيار الرؤية رخصة تثبت للعاقد الذى لم ير محل العقد وقت التعاقد وتخوله متى رآه أن يفسخ العقد أو يمضيه .

وسبب ثبوت خيار الرؤية للعاقد عدم رؤيته محل العقد حين العقد أو قبله ، ولو وصف له المحل عند التعاقد . ويشترط فى ثبوته أن

وبالعكس من ذلك قضت محكمة النقض بانه متى كانت المحكمة قد تبينت من واقع الدعوى أن التبايع الذى هو محل النزاع قد وقع على عين معينة تلاقت عندها ارادة المشترى مع ارادة البائع وان ما جاء فى العقد خاصا بحدود هذه العين قد شابه غلط فى حدين من حدودها بذكر أحدهما مكان الآخر ، فانها لا تكون مخطئة اذا ما اعتبرت هذا الغلط من قبيل الغلط المادى الواقع حال تحرير المحرر المثبت للتعاقد لا الغلط المعنوى الواقع حال تكوين الارادة المفسد للرضا (نقض ١١ ديسمبر ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ — ١٠٢٤ — ٤١٥ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ٥٠٣ — ٢٤٢) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

يكون محل العقد عينا معينة بالذات لم يرها العاقد حين العقد أو قبله . وحينئذ يثبت هذا الخيار بحكم الشرع ، أى دون اشتراطه .

غير أنه لا يجوز للعاقد الذى لم ير محل العقد أن يستعمل هذا الخيار الا بعد رؤية المحل . ولكن له قبل ذلك ان يفسخ العقد ، لا استعمالا لخيار الرؤية ، بل لان العقد على الاعيان الغائبة غير لازم فيجوز فسخه .

وليس المراد بالرؤية فى هذا الشأن الابصار ، بل المراد بها ما هو أعم من ذلك وهو العلم بمحل العقد على الوجه الذى يناسبه . فان كان من المرئيات كان العلم به من طريق البصر . وان كان من الروائح فمن طريق الشم . وان كان من الطعام فمن طريق الذوق الخ .

ويثبت خيار الرؤية للأعمى اذا ما اشترى شيئا لم يعرفه . فان كان ذلك الشىء مما لا يعرف الا بالبصر كانت معرفته به عن طريق وصفه له ، وان كان يعرف بحاسة أخرى باشر ذلك بنفسه (١) .

١٢٤ - **احكام العلم بالمبيع فى التقنين المدنى الملغى** - أخذ المشرع المصرى فى التقنين المدنى الملغى بأحكام الشريعة الاسلامية فى خيار الرؤية بعد أن حاول تقريبها من مبادىء القانون الحديث ، فنص فى المادة ٢٤٩/ ٣١٥ على أنه يجب أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا اما بنفسه او بمن وكله عنه فى معاينته ، وفى المادة ٢٥٣/ ٣١٩ على أن « البيع للاعمى يكون صحيحا اذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة ، أو حصلت معاينته ممن عينه معتمدا عليه فى ذلك » ، وفى المادة ٢٥٢/٣١٨ على أن « بيع الاشياء التى لم يعاينها المشترى ولا وكيله فى المعاينة لا يكون صحيحا الا اذا كان عقد البيع مشتملا على بيان المبيع وأوصافه الاصلية بحيث يمكنه الكشف عليه وتحقيق حالته (٢) » ، فقرر بذلك مبدأ وجوب العلم

---

(١) انظر فى هذا الموضوع على الخفيف فى أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثانية سنة ١٩٤٤ ص ٣٤٧ وما بعدها .

(٢) وحكم بأنه اذا ثبت ان المشترى لم يعاين قبل شرائه المنزل الذى اشتراه ، فله أن يطلب الحكم بعدم صحة عقد البيع مالم يكن قد اشتمل على اوصاف المبيع الاصلية بحيث يمكن الكشف عليه وتحقيق حالته وان الاقتصار على ذكر مساحة العين وحدودها وعدد الطاقات المكونة منها واغفال باقى الاوصاف الاخرى لا يعتبر بيانا كافيا يصح أن يقوم مقام المشاهدة عند المشترى (المنشية الجزئية ١٠ نوفمبر ١٩٣٧ المحاماة ٨١ - ٥٢٠ - ٢٦٩) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بالمبيع سواء من طريق المعاينة الشخصية أو من طريق وصف المبيع فى العقد وصفا وافيا أو أى طريق آخر (١) ، وهو مبدأ مسلم فى كل من الشريعة الاسلامية والقانون الحديث . ولكن المشرع لم يحدد فى هذا النص جزاء عدم العلم بالمبيع ، فلم يكشف عن قصده فى تكييف هذا العلم ولا فى اعتباره شرطا فى تعيين المبيع أو عنصرا من عناصر سلامة الرضا .

ثم نص فى المادة ٣١٦/٢٥٠ على انه « اذا لم يشاهد المشترى جزافا الا بعض المبيع وتبين أنه او رآه كله لامتنع عن شرائه ، فليس له الا ان يتحصل على الحكم بفسخ البيع ، بدون أن يجوز له تقسيم المبيع أو تنقيص ثمنه ، ويسقط حقه فى طلب الفسخ اذا تصرف فى الشىء المبيع بأى طريق كان » ، فدل بذلك على انه جعل جزاء عدم معاينة المبيع كله وقت العقد ثبوت حق الفسخ للمشترى بعد المعاينة .

وظاهر أن هذا الحق فى الفسخ متميز عن حق الفسخ المعروف فى القانون الحديث وانه ينبىء عن استمداده من الشريعة الاسلامية ، لأن القانون الحديث لا يعرف الا الفسخ الذى يترتب على استحالة الوفاء أو على اخلال احد العاقدين بالتزاماته أو على تحقق الشرط الفاسخ . اما الفسخ لعدم العلم بالمبيع فهو الفسخ الذى ترتبه الشريعة الاسلامية على خيار الرؤية .

ونصت المادة ٣١٧ / ٢٥١ على أنه « اذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع سقط حقه فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع الا اذا اثبت تدليس البائع عليه » . وظاهر أن المقصود بهذا النص اعتبار اقرار البائع فى عقد البيع بعلمه بالمبيع مساويا لعلمه الحقيقى به ومانعا من ثبوت حق الفسخ الذى رتبته المادة السابقة على عدم العلم بالمبيع (٢) . اما ما ورد فى هذا النص من سقوط حق البائع فى طلب ابطال البيع بدعوى

---

(١) وقد اشترطت محكمة الاستئناف المختلطة فى ذلك أن يكون قد تعذر على المشترى تحصيل العلم الكافى بالمبيع بالرغم من بذله العناية الواجبة فى ذلك سواء لغش البائع أو لاى سبب اجنبى عن ارادته [أول يونيه ١٩٤٣ (٥٥ ص ١٧١)] .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن جهل المشترى لا يترتب عليه فسخ العقد لان فى وسعه دائما أن يستعين بخبير قبل أن يقدم على الشراء (١٤ ابريل ١٩٢٤ المجموعة ٢٧ رقم ١) .

(٢) على أنه اذا اقترن هذا الاقرار باشتراط المشترى اصلاح المبيع أو تكملته اعتبر المشترى عالما بالمبيع علما كافيا والبائع ملتزما بالاصلاح أو التكملة المنصوص عليها . فلا يكون للمشترى حق الابطال ولكن يكون له حق الفسخ اذا لم يقم البائع بما التزم به [قرب فى هذا المعنى مصر المختلطة ٦ يونيه ١٩٤٤ (٥٦ ص ١٨٢)] .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عدم علمه بالمبيع ، فلم يقصد به حقيقة معنى البطلان ولم يكن الا نتيجة خطأ فى ترجمة النص الفرنسى للمادة ٣١٧/٢٥١ الذى يقول :

"La mention dans un acte de vente que l'acheteur connaît la chose lui fait perdre le droit d'attaquer la vente pour défaut de connaissance de la chose vendue ...".

حيث لم يرد فى هذا النص ذكر للبطلان أو للفسخ بل ذكر حق الطعن على البيع أو حق نقضه le droit d'attaquer la vente ، وفى ذلك اشارة الى حق النقض المقرر فى المادة السابقة وهو حق الفسخ اذ لا يتصور أن يجعل المشرع عدم العلم بالمبيع فى المادة الاولى سببا لفسخ البيع ثم يجعله فى المادة التالية لها سببا فى بطلان البيع ، لأن العقد اما أن يكون صحيحا فيرد عليه الفسخ ويمتنع البطلان ، واما أن يكون باطلا فلا يرد عليه الفسخ . وواضح من النص الفرنسى ومن اصله التاريخى فى الشريعة الاسلامية أن المقصود أن يكون العقد قابلا للفسخ .

وقد اثارت هذه النصوص خلافا كبيرا بين شراح القانون القديم فيما يتعلق باتساق أحكامها مع القواعد العامة التى قررها القانون المدنى وبضرورتها أو امكان الاستغناء عنها بتلك القواعد العامة .

فذهب الاستاذ حلمى عيسى الى أن المشرع استمد هذه الاحكام من الشريعة الاسلامية بعد تحويرها بما يتفق مع أحكام القانون المدنى ليسد نقصا فى هذا القانون حيث لا تسعف المشترى قواعد الغلط فى مادة المبيع او فى صفة جوهرية من صفاته .

ورأى الاستاذ الهلالى بالعكس من ذلك أن احكام العلم بالمبيع المستمدة من الشريعة الاسلامية لا تضيف شيئا الى ما تقضى به القواعد العامة للقانون المدنى لأن المشترى ، اذا لم يعلم بالمبيع ، فعقده غير صحيح اما لغلطه فيه واما لان المبيع لا يكون معينا مع أن القانون يوجب تعيينه .

وعندى ان كلا الرأيين قد جانبا الصواب ، لانهما عولا على اعتبار جزاء عدم العلم الكافى المنصوص عليه فى المواد ٢٤٩ / ٣١٥ وما بعدها بطلان العقد أو الحق فى ابطاله ، فى حين ان المشرع لم يقصد البطلان أو الابطال بل قصد الفسخ كما تقدم . وقد ترتب على ذلك انهما ربطا هذه الاحكام بشرط تعيين المبيع أو بقواعد الغلط فى صفات المبيع فى حين ان ذلك لا يتفق مع الجزاء المقرر وهو الفسخ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وينبغي اذن في تكييف هذه النصوص ان نرتكز على الجزاء المقرر فيها وهو الحق في فسخ العقد - ذلك الحق المستمد من الشريعة الاسلامية - وان نرده الى مبادىء القانون الحديث العامة حتى يتسق معها ويتحدد في ضوئها مداه . ويبدو لي ان اقرب تكييف لثبوت حق الفسخ للمشترى الذى لم يعاين المبيع وقت العقد اعتباره نتيجة للاتفاق على عقد البيع مع حفظ الحق للمشترى في العدول عنه بعد المعاينة . فيعتبر البيع حسبما يبين من قصد العاقدين اما معلقا على شرط واقف هو عدم عدول المشترى بعد المعاينة اومقترنا بشرط فاسخ هو عدوله عن البيع بعد معاينة المبيع ، فيبقى مصير العقد معلقا حتى تتم المعاينة . وعندئذ اما ان يقبل المشترى المبيع فينتج العقد آثاره مستندة الى وقت ابرامه ويتأيد نهائيا ، واما الا يقبل فيصبح العقد كأن لم يكن وفقا للأحكام التى تقدمت في البيوع الموصوفة .

١٢٥ - **احكام العلم بالمبيع في التقنين المدنى الحالى** - ظاهر من المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى الحالى ان المشرع أراد ان يوفق بين خيار الرؤية المعروف في الشريعة الاسلامية وبين المبادىء العامة للقانون المدنى ، وانه راى ان هذه المبادىء لا تشترط رؤية المبيع بل تقتصر على اشتراط ان يكون المبيع معينا تعيينا كافيا ، فقرر في صدر الفقرة الاولى من المادة ٤١٩ انه « يجب ان يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا » ، ولم يشترط رؤية المشترى للمبيع ، فيكفى ان يعلم المشترى بالمبيع سواء من طريق معاينته بنفسه او بمن يوكله عنه في معاينته او من طريق اشتمال « العقد على بيان المبيع واوصافه الاساسية بيانا يمكن من تعرفه » . ونص في الفقرة الثانية من المادة المذكورة على ان يقوم مقام العلم الحقيقى بالمبيع مجرد ذكر المشترى في العقد انه عالم بالمبيع .

يبين من ذلك ان المشرع اراد بنص المادة ٤١٩ ان يوفق بين ما نشترطه الشريعة الاسلامية في صحة البيع من رؤية المشترى للمبيع وبين ما تقضى به مبادىء القانون الحديث من الاكتفاء بتعيين الشيء المبيع تعيينا كافيا . فاشترط اولا علم المشترى بالمبيع علما كافيا سواء حصل هذا العلم من طريق رؤية المبيع بنفسه أو بغيره ، ثم نص على امرين يغنى ايهما عن رؤية المبيع وهما تعيين المبيع في العقد تعيينا كافيا واقرار المشترى في العقد بانه عالم بالمبيع . هذا كله مالم يكن هناك تدليس من البائع .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

غير انه يلاحظ ان قصد المشرع ربط العلم بالمبيع بشرط تعيين محل العقد كان يقتضى ان يكون جزاء عدم العلم كجزاء عدم تعيين المحل ، اى البطلان المطلق . ولكن المشرع لم يساير المنطق الى هذا الحد ، بل جعل جزاء عدم العلم مقصورا على قابلية العقد للابطال اذ نص فى الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ على انه « اذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع ، سقط حقه فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به الا اذا اثبت تدليس البائع » . وبذلك اصبح يسوغ القول ان المشرع الجديد قد انصرف فى هذا الشأن عن فكرة الفسخ وانه اعتبر حكم عدم العلم بالمبيع حكم الغلط فى صفات المبيع الجوهرية ، اى انه لا يمنع العقد من احداث آثاره ، ولكنه يخول المشترى حق ابطال البيع متى علم حقيقة المبيع . ويتميز هذا الغلط القائم على عدم علم المشترى بالمبيع علما كافيا عن غيره من الغلط المفسد للرضا بأنه غلط يفترضه القانون ويعفى المشترى من اثباته ، فيصدق هذا الاخير فى شأنه بمجرد قوله (١) ، ويقع على عاتق البائع أن يثبت علم المشترى بالمبيع العلم الكافى .

وبناء على ذلك يمكن القول بأن العلم بالمبيع علما كافيا يعتبر فى التقنين المدنى الحالى شرطا لسلامة رضا المشترى بمعنى ان عدم توافر العلم الكافى يعد غلطا فى صفات المبيع الجوهرية يترتب عليه قابلية العقد للابطال (٢) ، وان هذا العلم لا يشترط ان يكون شخصيا او فعليا ، ولا ان يكون من طريق الرؤية ، بل تكفى فيه معاينة من يوكله المشترى فى ذلك ، ويكفى فيه العلم الذى يحصل من اى طريق آخر غير البصر كالسمع واللمس والشم والذوق ، ويكفى فيه وصف المبيع فى العقد وصفا دقيقا يمكن المشترى من تصوره (٣) ، كما يغنى عن كل ذلك اقرار المشترى فى العقد بأنه عالم بالمبيع (٤) ، بشرط أن يكون اقرارا سليما لم يصدر نتيجة غش او تضليل من البائع (٥) (المادة ٤١٩ مدنى) .

فاذا لم يتوافر هذا العلم ، بأى طريقة من الطرق المذكورة ، كان

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى جـ ٤ ص ص ١٢٦ هامش ١ .
(٢) فى هذا المعنى السنهورى جـ ٤ ص ١٢٥ .
(٣) فى هذا المعنى السنهورى جـ ٤ ص ١٢٤ والاحكام التى اشار اليها .
(٤) فى هذا المعنى السنهورى جـ ٤ ص ١٢٣ .
(٥) السنهورى جـ ٤ ص ١٢٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

للمشترى عندما يلم بحقيقة المبيع أن يطلب ابطال العقد (١) . ولكن العقد يبقى صحيحا وينتج آثاره الى أن يتقرر بناء على طلب المشترى بطلانه ، فتزول هذه الآثار كلها . ويجوز للمشترى أن ينزل عن حقه فى ابطال العقد ، ويسقط هذا الحق بعدم استعماله مدة ثلاث سنوات من تاريخ العلم الكافى بالمبيع .

ويعتبر علم المشترى بالمبيع علما كافيا أمرا متغلقا بموضوع الدعوى ، فمتى فصلت فيه محكمة الموضوع وكان ما استخلصته فى شأنه مستندا الى دلائل مسوغة ولا مناقضة فيما لما هو ثابت فى الاوراق (٢) فلا يجوز اثارته من جديد امام محكمة النقض (٣) .

§ ٢ - الغبن والاستغلال

١٢٦ - **تعريف الغبن وتاريخه** - الغبن فى البيع هو عدم التعادل بين قيمة المال الذى يلتزم البائع بنقل ملكيته الى المشترى والثمن الذى يلتزم المشترى بدفعه فى مقابل ذلك .

وقد تقدم أن العاقدين يملكان تعيين الثمن ، وانه يكفى أن يكون الثمن جديا ولو بخسا . وقد آن الاوان لأن نبحث لا فى أثر بخس الثمن فحسب ، بل فى أثر التفاوت بينه وبين قيمة المبيع ، سواء كان ذلك التفاوت نقصانا فى الثمن أو زيادة فيه . واذا أثر هذا التفاوت فى صحة العقد ، أيكون ذلك لاعتباره عيبا من عيوب الرضا أم لاعتباره سببا قائما بذاته . وفى هذا يقول استاذنا الدكتور السنهورى « ان الغبن مشكلة اجتماعية لم يهتد رجال القانون الى حلها حلا مرضيا . فهى قائمة على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة . فاذا ساد المدنية مذهب الفردية وما يتبعه من سيطرة مبدأ سلطان الارادة ، رأينا القانون لا يقيم للغبن

---

(١) ويرى الاستاذ السنهورى أن حق المشترى فى ابطال البيع لهذا السبب متى ثبت وفقا لما تقدم يمكن أن يسقط بما يسقط به خيار الرؤية فى الشريعة الاسلامية فيسقط مثلا بموت المشترى قبل ان يستعمل هذا الحق وبهلاك المبيع أو تعيبه قبل ذلك أيضا وبتصرف المشترى فى المبيع قبل رؤيته تصرفا يثبت حقا للغير على العين المبيعة (انظر السنهورى جـ ٤ ص ١٢٥ هامش ٢) .

(٢) نقض مدنى ١١ ديسمبر ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ - ١٠٢٤ - ٤١٥ .

(٣) نقض ٢٤ أكتوبر ٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية ٣ - ٢٥٩ - ٧٨ المحاماة ٢١ - ٤٣٧ - ١٩٥ ، وأيضا ١١ ديسمبر ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ - ١٠٢٤ - ٤١٥ مجموعة القواعد القانونية ٥ - ٥٠٣ - ٢٤٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وزنا . ثم اذا تطورت المدنية وضعف مذهب الفردية ومبدأ سلطان الارادة، تدخل القانون لمنع الغبن (١) » .

ولأن الرومان كانوا متشبعين بروح الفردية ، لم يعبأ القانون الرومانى بالغبن الا بعد أن انتشرت تعاليم الكنيسة وقيدت من تلك الروح الفردية بمبادىء العدالة وضرورة حماية الضعيف من استغلال القوى .

وقد ظل الامر طوال القرون الوسطى وحتى الثورة الفرنسية الكبرى يتراوح بين عدم الاعتداد بالغبن فى العقود أو الاعتداد به ، تبعا لسيادة الروح الفردية أو انكماشها فى مختلف العصور .

ولأن التقنين المدنى الفرنسى قد صدر فى أعقاب الثورة الفرنسية ، ولأن هذه الثورة كانت انتصارا للروح الفردية ، كان نصيب التقنين المدنى الفرنسى من الاعتداد بالغبن ضئيلا ومقصورا على الحالات المعينة التى وردت بشأنها نصوص خاصة .

وبالعكس من ذلك ، فان التقنينات الحديثة التى صدرت منذ نهاية القرن الماضى متأثرة بالرغبة فى الحد من الروح الفردية قد زادت فى الاعتداد بالغبن حتى جعلت منه نظرية عامة واجبة التطبيق فى كل العقود (٢) .

ويبين من مقارنة الشرائع بوجه عام أن فيها اتجاهين متميزين بشأن الاعتداد بالغبن ، الاول يعتبر الاصل حرية العاقدين فى تحديد التزاماتهما وعدم الاعتداد بالتفاوت بين هذه الالتزامات الا فى أحوال خاصة استثنائية ينظر فيها الى القيم المادية للالتزامات بحيث اذا تجاوز التفاوت بينها نسبة عددية معينة اعتبر ذلك مخالفا للعدالة ووجبت ازالة هذه المخالفة باعتبارها عيبا فى العقد ذاته لا عيبا فى رضا أحد من العاقدين، وهذا الاتجاه يكون المذهب المادى فى الغبن .

والثانى يعتبر الاصل وجوب التعادل فى الالتزامات المتقابلة بحيث اذا اختل هذا التعادل كان دليلا على أن رضا أحد العاقدين لم يكن سليما،

---

(١) السنهورى فى نظرية العقد سنة ١٩٣٤ نبذة ٤٢٨ ص ٤٤٧ ، وفى الوسيط جـ ١ طـ ٢ نبذة ٢٠٣ ص ٣٨٧ ، وكتابنا فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٧ ص ٣٨٥ .

(٢) انظر جاك الحكيم فى عقد البيع دمشق طـ ٢ سنة ١٩٧٣ ص ١٥٢ وما بعدها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وجاز للعاقد المغبون ابطال العقد لهذا السبب . وظاهر ان ربط الغبن بعيوب الرضا وفقا لهذا الاتجاه يقتضي تقدير قيمة الالتزامات المتبادلة من وجهة نظر كل من المتعاقدين الشخصية ، بقطع النظر عن قيمتها المادية .

وقد سار فى الاتجاه الاول كل من التقنين المدنى الفرنسى والتقنين المصرى الملغى ، واخذ بالاتجاه الثانى التقنين المدنى المصرى الحالى . وكان لكل من الاتجاهين صدى قوى فى الشريعة الاسلامية .

١٢٧ - **حكم الغبن فى الشريعة الاسلامية** - يقرن فقهاء الشريعة الاسلامية بين الغبن والغرور اى التدليس ، ويميزون فى الغبن نوعين : يسير وفاحش ، ويرى بعضهم ان اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين والفاحش ما عداه ، ويرى فريق آخر ان اليسير ما لا يزيد على خمس الثمن والفاحش ما زاد على ذلك . وعندهم أن الغبن اليسير لا يؤثر فى صحة العقد الا اذا كان العاقد المغبون مدينا حجر عليه بسبب دينه المستغرق لماله ، او مدينا بدين مستغرق ماله وصدر منه العقد وهو فى مرض الموت (١) .

اما الغبن الفاحش ، فقد اختلفوا فى تأثيره ، ولكن الراجح ان الغبن ان كان نتيجة غرور وقع على أحد العاقدين من الآخر او ممن يعمل له ، فللمغبون الغرير فسخ العقد لسوء نية العاقد الآخر وتضليله ، والا لم يكن له هذا الحق (٢) . غير انه اذا كان الغبن الفاحش واقعا على اموال المحجور عليهم كالصغير والسفيه والمجنون او على اموال بيت المال او على اموال الوقف ، اثر فى صحة العقد اتفاقا ولو لم يكن نتيجة غرور ، وكان انعقد على الراى الراجح فاسدا (٣) .

١٢٨ - **حكم الغبن فى القانون الفرنسى** - نصت المادة ١١١٨ مدنى فرنسى على أن الغبن لا يفسد الاتفاقات الا فى عقود معينة وبالنسبة الى اشخاص معينين ، ونصت المادة ١٦٧٤ على أن بيع العقار يجوز ابطاله اذا غبن البائع فى اكثر من سبعة أجزاء من اثنى عشر جزءا من قيمة المبيع ،

---

(١) ابو زهرة (محمد) ، فى الملكية ونظرية العقد ، سنة ١٩٣٩ ص ٤٠٢ .

(٢) راجع فى ذلك توفيق حسن فرج ، فى نظرية الاستغلال فى القانون المدنى المصرى ، رسالة دكتوراه من جامعة الاسكندرية سنة ١٩٥٧ ص ٤٢ وما بعدها .

(٣) رسائل ابن عابدين ، الجزء الثانى ، ص ٧٤ ، ابو زهرة فى مؤلفه السالف ذكره ص ٤٠٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

كما وردت نصوص أخرى تعتد بالغبن فى القسمة ، أو فى قبول التركات ... الخ . أو تجيز ابطال عقود القاصر اذا غبن فيها

وقد حاول بعض الشراح أن يرجعوا ابطال العقود التى نص القانون على جواز ابطالها بسبب الغبن الى اعتبار للغبن دليلا على وجود عيب فى رضا العاقد المغبون سواء أكان ذلك العيب غلطا أو اكراها ، واستدلوا على ذلك بورود المادة ١١١٨ فى باب عيوب الرضا وببعض اقوال وردت فى الاعمال التحضيرية .

غير أن هذا النظر لا يستقيم مع قصر المشرع حكم البطلان بسبب الغبن على أنواع معينة من العقود أو على صدور العقود من فئات معينة من الاشخاص . ولذلك فالراجح أن أساس البطلان المبنى على الغبن فى القانون الفرنسى هو مخالفة العدالة فى العقود التى يسهل فيها تقدير التعادل والتى يعلق المشرع على تحقيق التعادل فيها أهمية خاصة . ويترتب على ذلك ضرورة تقدير القيم المتعادلة بالمعيار المادى وبقطع النظر عن الاعتبارات الشخصية .

ويشترط فى تطبيق المادة ١٦٧٤ التى تجيز ابطال بيع العقار بسبب الغبن ثلاثة شروط :

١ - أن يكون المبيع عقارا .
٢ - وأن يقع الغبن فى اكثر من سبعة اجزاء من اثنى عشرة جزءا من قيمة المبيع الحقيقية .
٣ - وأن يكون الغبن واقعا على البائع لا على المشترى (١) .

---

(١) ونظرا لان هذه الشروط كانت تضيق كثيرا من مجال تطبيق حكم الغبن ، ولانه وجدت فى العمل حالات كثيرة لا تتوافر فيها هذه الشروط ولكن تقتضى العدالة فيها رفع الغبن الواقع بأحد المتعاقدين ، فقد لجأت المحاكم الى التوسع فى نظرية الاكراه الادبى لابطال العقود التى يكون فيها الغبن نتيجة اكراه أدبى ، ثم ابتدعت نظرية التسلط على الارادة captation والاستهواء suggestion لابطال تلك العقود - اذا كانت من التبرعات - ولو لم تتوافر فيها شروط الاكراه المفسد للرضا . انظر فى ذلك جينو Guyenot (Zeen) فى بحث له بعنوان

La suggestion et la captation en matière de libéralités dans leurs rapports ave la notion de dol.

فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٤ ، ص ١٩٩ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وظاهر ان نسبة الغبن التى حددها القانون نسبة تحكمية قصد بها الحد من دعاوى الغبن .

ويجب فى حساب هذه النسبة مراعاة قيمة المبيع وقت عقد البيع ، ولو كان البيع مسبوقا بوعد بالبيع ، وهذا ما يقتضيه الاخذ بالنظرية المادية فى الغبن . اما النظرية الشخصية التى تعتبر الغبن مظهرا لعيب فى الرضا فكانت تقتضى ان يكون تقدير قيمة العقار وقت الوعد ببيعه ، لأن عيوب رضا الواعد ينظر فيها — كما تقدم — الى وقت الوعد لا الى وقت تحويل الوعد الى بيع .

ويلاحظ ان النص يقصر حمايته على البائع فقط ، مع ان المشترى قد يشترى بأزيد من القيمة الحقيقية فيكون هو المغبون . ولو كانت حكمة البطلان للغبن مجرد عدم التعادل بين القيم المتبادلة ، أو كان اعتبار الغبن دليلا على وجود عيب فى الرضا ، لوجب ان يكون للمشترى المغبون كما للبائع المغبون حق الابطال . ولكن السبب الذى حمل المشرع الفرنسى على قصر البطلان للغبن على بيع العقار قد حداه ايضا الى قصر حمايته على البائع دون المشترى ، ذلك انه اراد حماية الثروة العقارية لاسباب اقتصادية واجتماعية (١) .

١٢٩ — **حكم الغبن فى التقنين المصرى الملغى** — سار التقنين المدنى الملغى على نهج القانون الفرنسى فى عدم الاعتداد بالغبن الا فى احوال مخصوصة ولكنه عند الاعتداد بالغبن فى عقد البيع حاد عن احكام القانون الفرنسى رغبة منه فى الاخذ بحكم الشريعة الاسلامية ، بل أخذ من القانون الفرنسى شرطا ضيق به من احكام الشريعة الاسلامية ، فنص فى المادة ٣٣٦ / ٤١٩ على أن « الغبن الفاحش الزائد عن خمس ثمن العقار المبيع لا يترتب عليه حق الا للبائع فى طلب تكملة الثمن ، ويكون ذلك فى حالة بيع عقار القاصر فقط » ، اى انه اشترط فى ترتيب بعض الاثر على الغبن فى عقد البيع اربعة شروط :

١ — ان يكون المبيع عقارا ، وهذا الشرط مأخوذ عن القانون الفرنسى للاعتبارات التى دعت الى الاخذ به فى ذلك القانون .

---

(١) انظر فى ذلك بلانيول وريبير وبولانجيه جـ ٢ سنة ١٩٤٩ ص ٧٩٣ وما بعدها . اسماعيل غانم ص ٨٢ و ٨٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٢ ـ أن يكون العقار مملوكا لقاصر ، وهذا الشرط لا تتطلبه المادة ١٦٧٤ مدنى فرنسى ولكنه يتفق مع حكم الشريعة الاسلامية والمادة ١٣٠٥ مدنى فرنسى . ويلاحظ أن المحاكم توسعت فى فهم المقصود بالقاصر وطبقت الحكم لمصلحة جميع ناقصى الاهلية .

٣ ـ أن يقع البيع بغبن فاحش اى زائد على خمس الثمن ، وهذه النسبة مقتبسة من الشريعة الاسلامية كما تقدم . ويقدر الثمن وقت البيع ، ولا ضرورة لتعيين خبراء كما فى القانون الفرنسى .

٤ ـ أن يقع الغبن على البائع لا على المشترى ، وهذا الشرط منقول عن القانون الفرنسى للاعتبارات ذاتها .

والدعوى التى كانت تثبت لناقص الاهلية المغبون عند توافر هذه الشروط كانت دعوى تكملة الثمن لا دعوى الفسخ كما فى القانون الفرنسى. وهى دعوى شخصية منقولة وليست عقارية ، وكانت تسقط بمضى سنتين من تاريخ زوال سبب نقص الاهلية . ومتى حكم لناقص الاهلية بتكملة الثمن كان له أن ينفذ بالفرق أو يطلب الفسخ لعدم وفاء المشترى باقى الثمن .

وقد ظهر قصور حكم الغبن فى التقنين المصرى الملغى وعدم كفايته لعلاج حالات كثيرة كان يقع فيها غبن على أحد العاقدين لا تتوافر فيه الشروط سالفة الذكر ولكن العدالة تنادى بوجوب رفع هذا الغبن عنه لأن ارادته ـ ولو انها كانت حرة سليمة لا اثر فيها لغلط أو تدليس أو اكراه ـ كانت مع ذلك ضعيفة أوهنها الهوى أو الشهوة الجامحة أو الايحاء الصادر من ذى نفوذ كبير . فهذا رجل كهل تزوج فتاة شابة فخلبت لبه وحملته بذلك على أن يمنحها اكثر امواله ، أو ماتت زوجته فانقاد الى بعض أولاده المقيمين معه ووهبهم دون سائر أولاده جميع امواله (١) ، وتلك زوجة فترث عاطفتها نحو زوجها ومالت الى غيره ميلا شديدا حملها على أن تحصل على الطلاق من زوجها الاول بثمن باهظ حتى تتزوج من الثانى (٢) ، وهذه امرأة طاعنة فى السن وشديدة التدين تأثرت بنفوذ احد رجال الدين عليها فأطاعت ما أوحى لها به من التصرف فى اكثر اموالها للكنيسة أو الهيئة الدينية التابع هو لها ، فلجأت المحاكم لابطال

---

(١) نقض مدنى ٢ يناير ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ٣ ـ ٢٩٦ ـ ٨٩ .

(٢) استئناف مص ١٢ يناير ١٩٣٦ المحاماة ١٦ ص ٧٢٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

امثال هذه التصرفات الى ما كان الفقه والقضاء الفرنسيان قد ابتدعاه من نظريات لمعالجة مثل هـــذه الاحـوال كنظرية التســلط على الارادة captation ونظرية الايحاء او الاستهواء suggestion (١)

وكان ذلك سببا فى ان يتجه المشرع عند وضع التقنين الحالى الى الاخذ الى حد ما بهذه النظريات ، مسترشدا فى ذلك بأحكام القضاء وبما جرت عليه أكثر التقنينات الحديثة .

١٣٠ - **حكم الغبن فى التقنينات الحديثة** - اتجهت التقنينـات الحديثة ، واهمها القانون الالمانى والقانون السويسرى والقانون البولونى والقانون الايطالى الجديد والقانون اللبنانى ، الى الاخذ بالنظرية الشخصية فى الغبن ، فجعلت الغبن ســببا عاما لبطلان العقود ، ونظـرت فيه الى التفاوت بين القيم الشخصية التى يقدر بها العاقد ما يأخذ وما يعطى لا الى القيم المادية للالتزامات المتبادلة .

وقد اختلفت هذه الشرائع فى تأسيس البطلان المترتب على الغبن ، فجعل القانون الالمانى أساسه عدم مشروعية العقد الذى ينعدم فيـــه التعادل بين قيم الالتزامات المتقابلة ، ورتب على ذلك اعتبار العقد باطلا بطلانا مطلقا . أما الشرائع الاخرى الحديثة ، فقد رات فى الغبن دليلا على وجود عيب فى الرضا ، بل اشترطت اكثرهـا ان يكون الغبن نتيجـة استغلال أحد العاقدين لعوز الآخر او طيشه او عدم خبرته ، ويترتب على ذلك اعتبار العقد باطلا بطلانا نسبيا لا مطلقا .

١٣١ - **حكم الغبن فى التقنين المصرى الحالى** - رأى المشرع المصرى الحديث مسايرة روح عصره بالتوسع فى الاعتداد بالغبن ، فجعل من الغبن مبدأ عاما يجيز ابطال العقود او انقاص الالتزامات الناشئة عنها اذا كان الغبن نتيجة استغلال أحد العاقدين طيشا بينا او هوى جامحا عند العاقد

---

(١) نقض مدنى ٢٩ ابريل ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ٤ - ١٥٢ - ٥٥ وقد جاء فيه أنه متى كانت المحكمة قد استخلصت من وقائع الدعوى وظروفهـا أن الســند المطالب بقيمته صدر من المورث بمحض ارادته واختياره ، ولم يؤخذ منه بالاستهواء او التسلط على الارادة وكان هذا الاستخلاص سائغا ، فلا تدخل لمحكمة النقض لان ذلك من سلطة قاضى الموضوع ، انظر ايضا استئناف مصر ٢٨ ابريل ١٩٤٠ المجموعة ٤٢ - ١٣٠ - ٨٢ ، استئناف اسيوط ٨ مايو ١٩٢٩ المحاماة ٩ - ٨٦١ - ٤٧٧ ، نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ - ٣٨ - ٨ مجموعة احكام النقض ٦ - ٢٥٧ - ٣٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الآخر ، ونص على ذلك فى المادة ١٢٩ من التقنين المدنى الحالى التالية مباشرة للنصوص المتعلقة بعيوب الرضا التقليدية ، فدل بذلك على قصده الاخذ فى الغبن بالنظرية الشخصية واعتبار الاستغلال من عيوب الرضا، ولكنه لم ينبذ النظرية المادية فى الغبن بل استمر يأخذ بها فى الاحوال المخصوصة التى كان القانون القديم ينص عليها ، ونص صراحة فى المادة ١٣٠ على ان يراعى فى تطبيق المادة السابقة عدم الاخلال بالاحكام الخاصة بالغبن فى بعض العقود أو بسعر الفائدة .

وبناء على ذلك صارت عندنا فى القانون المصرى الحديث نظرية عامة للاستغلال فى العقود تنطبق على البيع كما تنطبق على غيره من العقود ، وعندنا ايضا نصوص خاصة بالغبن فى عقد البيع (المواد ٤٢٥ وما بعدها) نعرض اولا لتطبيق نظرية الاستغلال على عقد البيع ، ثم للأحوال التى ينطبق عليها نص المادة ٤٢٥ وما بعدها .

١٣٢ — (١) **تطبيق نظرية الاستغلال على عقد البيع** — تنص المادة ١٢٩ مدنى جديد على ما يأتى :

« ١ — اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا او هوى جامحا ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غير مقبولة .

٣ — ويجوز فى عقود المعاوضة ان يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال اذا ما عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن » .

ويبين من هذا النص انه ينطبق على جميع انواع العقود سواء منها المعاوضات كالبيع وغيره والتبرعات ، بل انه ينطبق حتى على العقود الاحتمالية اذا توافرت فيها شروطه .

وقد رسم هذا النص شروط الطعن فى العقد بالاستغلال وبين الاحكام التى تترتب على هذا الطعن (١) . ويهمنا فى هذا المقام تطبيق ذلك كله على عقد البيع .

---

(١) انظر مؤلفنا فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ٢٢٠ وما بعدها ص ٢٨٨ ومابعدها، ومؤلفنا فى شرح القانون المدنى الجزء الثانى فى الالتزامات سنة ١٩٦٤ ص ٧١٤ نبذة ١٩٨ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١٣٣ — (أ) **شروط الطعن فى العقد بالاستغلال** — يشترط فى الطعن على عقد البيع بالاستغلال توافر ثلاثة شروط :

الاول اختلال التعادل اختلالا فادحا بين التزامات البائع والتزامات المشترى وبوجه خاص بين الثمن وقيمة المبيع .

والثانى استغلال أحد العاقدين ضعفا فى نفس العاقد الآخر .

والثالث أن يكون ذلك الاختلال فى التعادل نتيجة هذا الاستغلال .

١ — والمعول عليه فى اختلال التعادل بين قيمة المبيع والثمن ليست قيمة المبيع فى السوق بل قيمته عند المشترى ، ويستوى فى ذلك ان يكون اختلال التعادل فى مصلحة المشترى أو فى مصلحة البائع .

فاذا احتاج المدين الى مبلغ من المال يقف به اجراءات نزع الملكية المتخذة ضده ، فانه يقدر كل جنيه من هذا المبلغ بجنيه ونصف مثلا . فاذا باع فى سبيل الحصول على هذا المبلغ عقارا له بثلثى قيمته المادية ، فلا يكون ثمة اختلال فى التعادل بين قيمة المبيع وقيمة الثمن الشخصية فى نظر البائع . أما اذا باعه بثلث قيمته المادية فقط ، كان هناك اختلال فى التعادل لمصلحة المشترى..

واذا وجد احد هواة جمع طوابع البريد طابعا نادرا ينقصه لتكملة مجموعته ، فانه يقدر قيمته بمقدار ما تزداد به قيمة تلك المجموعة ، فى حين أن غيره من الهواة الذين يملكون مثل هذا الطابع أو الذين تنقص مجموعاتهم عدة طوابع اخرى لا يقدرونه بمثل هذه القيمة ، اذ يمكن ان يقدره هو بخمسة جنيهات بينما لا يقدره الآخرون بأكثر من جنيه واحد . فاذا اشترى الاول هذا الطابع بخمسة جنيهات ، لم يكن ثمة اختلال فى التعادل بين قيمة المبيع والثمن . اما اذا اشتراه بعشرة جنيهات ، كان هناك اختلال فادح لمصلحة البائع .

وتظهر الفداحة فى اختلال التعادل من مقارنة رقم هذه القيمة الشخصية للمبيع برقم الثمن . ويملك قاضى الموضوع فى كل حالة تقدير الرقم الذى يبلغ به الاختلال فى التعادل حد الفداحة ولا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض بشرط تسبيب حكمه فى هذا الشأن تسبيبا سائغا .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقد يتبادر الى الذهن انه لا محل للطعن بالاستغلال فى البيوع الاحتمالية لتعذر تحديد قيمة التزامات كل من الطرفين من وقت العقد (١) . ولكن المذكرة الايضاحية أشارت صراحة الى أن العقود الاحتمالية ذاتها يجوز ان يطعن فيها على أساس الغبن اذا اجتمع فيها معنى الافراط ومعنى استغلال حاجة المتعاقد او طيشه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه (٢) . وأهم تطبيق لذلك فى عقود البيع حالة بيع العقار فى مقابل ايراد مرتب مدى الحياة يقل قسطه السنوى كثيرا عن قيمة غلة هذا العقار السنوية . فقد تقدم ان الثمن يعتبر فى مثل هذه الحالة ثمنا حقيقيا يكفى لانعقاد البيع (٣) ، ولكنه يعتبر ثمنا بخسا . فاذا كان واضحا ان كسب المشترى من هذه الصفقة لا يتناسب مطلقا مع ما يتعرض له من احتمالات الخسارة فيما لو طالت حياة البائع وانحطت غلة المبيع ، فان اختلال التعادل بين التزامات الطرفين يعتبر فادحا ويكفى للطعن على العقد بالاستغلال اذا توافرت سائر شروطه .

٢ — والشرط الثانى وجود ضعف من نوع خاص فى نفس احد العاقدين هو طيش بين أو هوى جامح (٤) ، ثم استغلال العاقد الآخر هذا الضعف فيه

---

(١) انظر كتابنا فى مصادر الالتزامات نبذة ٢٢٢ ص ٢٨٩ و ٢٩٠ .

(٢) المذكرة الايضاحية للمادة ١٢٩ فى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٩١ .

(٣) انظر ما تقدم فى نبذة ٩٦ .

(٤) ويلاحظ ان النص الاصلى للمادة ١٢٩ كان أوسع من ذلك كثيرا ، فكان يغطى حالات استغلال حاجة العاقد المغبون أو طيشه او عدم خبرته أو ضعف ادراكه ، بل كان هناك نص المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى فى باب الاكراه يغطى حالات الخوف من المطالبة بحق وحالة النفوذ الادبى وحالة الضرورة ، ثم رؤى حذف هذا النص الاخير اعتمادا على نص المادة ١٧٩ التى هى أصل المادة ١٢٩ الخاصة بالاستغلال فى صيغتها الاصلية الواسعة ، فلما ضيق هذا النص الاخير وقصر على حالتى استغلال الطيش البين والهوى الجامح اصبح لا يغطى الحالات المشار اليها ، فتعين الرجوع فى شأنها الى تطبيق قواعد الاكراه او غيره من عيوب الرضا (انظر السنهورى فى الوسيط جـ ١ ص ٣٦٤ هامش ١ ، فاضل حبشى ، فى الامتداد القانونى لعقود الايجار ، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ص ٣٣ هامش ١) .

وقد أخذت محكمة النقض علما بذلك فى حكمها الصادر بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٥٤ الذى رفضت فيه الطعن فى حكم ابطل تصرفا بناء على ما ثبت من تسلط على ارادة المتصرف (مجموعة احكام النقض ٦ — ٢٥٧ — ٣٣) ، حيث كان الحكم الابتدائى المؤيد لاسبابه قد خلص الى « ان المورث وقد تقدم فى شيخوخته وأناخ عليه المرض واشتد حتى شعر بدنو أجله ، انحلت ارادته ، فسهل التسلط عليه من أولاده فاستكتبوه العقود بثمن لم يقبضه ، وانه ولو ان المجلس الحسبى لم يصدر قراره بتوقيع الحجر لوفاة المطلوب الحجر عليه اثناء اجراءات تحقيق طلب الحجر الا أن المجلس اذن للمدعيين برفع هذه الدعوى بطلب بطلان ■

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لغبنه . والمقصود بذلك حالة نفسية خاصة يوجد فيها احد العـــاقدين وتجعل رضاءه صادرا فى غير تبصر وتقديره للالتزامات المتبادلة غير سليم . وهذا ما يجعل الاستغلال نوعا من عيوب الرضا . ولا يكفى وجود هـذه الحالة النفسية بأحد العاقدين بل يجب فوق ذلك أن يعلم بها العاقد الآخر وان يقصد استغلالها للفوز بصفقة لا يتهيأ له الحصول عليها بدون استغلال مثل هذه الحالة النفسية .

٣ ــ ولا يكفى وجود العنصر المادى للاستغلال وهـو اختلال التعادل بين التزامات كل من البائع والمشترى اختلالا فادحا ، ووجود طيش بين أو هوى جامح بأحـد العاقدين وقصد العاقد الآخر استغلال هذه الحـالة النفسية بل يجب أن يثبت أن العاقد المغبون ما كان يقبل التعاقد بهذا الغبن لولا استغلال الطرف الآخر طيشه البين او هواه الجامح . أما لو ثبت أن الطرف المغبون كان يرضى بهذا التعاقد ولو لم يقصد الطرف الآخر استغلاله فلا تتوافر شروط الطعن بالاستغلال (١) .

١٣٤ ــ (ب) احكام الطعن بالاستغلال ــ متى توافرت شروط الطعـن بالاستغلال ، جاز للعاقد المغبون أن يطلب اما ابطال العقـــد واما نقص التزاماته ، على أن يرفع الدعوى بذلك خـــلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غير مقبولة .

فاذا طلب المغبون ابطال العقد ، جاز للقاضى أن يجيبه الى طلبه اذا رأى أن الاستغلال بلغ حد افساد الرضا وأنه كان سببا فى حمـل العاقد المغبون على التعاقد . وفى هذه الحالة يجوز للطرف الآخر أن يتوقى ابطال العقد اذا عرض زيادة التزاماته بما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن الفاحش.

= تصرفات مورثهما ، وفى ذلك أبلغ دليل على اقتناع المجلس حينئذ بصحة طلب الحجر عليه» فقالت محكمة النقض « ومؤدى ما خلص اليه الحكمان من أن المورث ــ وقد كان مطلوبا الحجر عليه للعته على ما أثبته الحكم ــ انحلت ارادته ولم يكن فى حالة طبيعية وان المجلس الحسبى اذ صرح للمطعون عليهما الاولى والثانية برفع الدعوى كان مقتنعا بصحة طلب الحجر المبنى على السبب المذكور ، مؤدى ذلك ان المورث كان فى حالة من ضعف الارادة لا تتوافر معها صحة الرضا بالعقود الصادرة منه ، وهو ما جعله الحكمان أساسا لبطلانها .. وما خلص اليه الحكمان من ذلك تؤدى اليه وقائع الدعوى كما سبق بيانها ولا يشوبه قصور او فساد فى الاستدلال » .

(١) انظر فى ذلك كتابنا فى مصادر الالتزام نبذة ٢١٤ ص ٢٩٢ ، ابو ستيت نبذة ١٩٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما اذا رأى القاضي أن الاستغلال لم يبلغ هذا الحد او أن العاقد المغبون كان بغير هذا الاستغلال يقبل التعاقد بشروط معقولة ، جاز له رفض طلب الابطال والاكتفاء بنقص التزامات العاقد المغبون بائعا كان او مشتريا .

واذا طلب المغبون نقص التزاماته ، تعين على القاضي أن يجيبه الى طلبه متى توافرت شروط الاستغلال .

فاذا كان المغبون هو البائع ، تعين على القاضي أن ينقص ما يلتزم البائع بنقل ملكيته الى المشترى ولم يجز له أن يزيد فى الثمن الذى يجب على المشترى لان ذلك قد يؤذى المشترى وانما اذا عرض المشترى زيادة الثمن الى الحد الذى ينتفى معه الغبن الفاحش ، جاز له أن يتمسك بحقه فى اخذ المبيع كاملا اذ تنعدم مصلحة البائع فى نقص المبيع ويعتبر متعسفا فى استعمال حقه اذا تمسك بذلك .

واذا كان المغبون هو المشترى ، تعين نقص الثمن الذى التزم به ولم يجز الزام البائع بزيادة مقدار المبيع بما يعادل الثمن المسمى ، لان القانون نص على نقص التزامات المغبون ولم ينص على زيادة التزامات الطرف الآخر .

على انه اذا كان المغبون يؤثر زيادة التزامات الطرف الآخر على نقص التزاماته هو ، كان سبيله الى ذلك أن يطلب الابطال ، فيحمل العاقد الآخر على أن يتوقاه بعرض زيادة التزاماته زيادة ترفع الغبن (١) .

١٣٥ - (٢) حكم خاص بالغبن فى حالة بيع عقار مملوك لغير كامل الاهلية - أورد المشرع فى التقنين المدنى الحالى نصا يقابل نص المادة ٤١٩/٣٣٦ من التقنين الملغى حيث قرر فى المادة ٤٢٥ منه أنه « اذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الاهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع ان يطلب تكملة الثمن الى أربعة اخماس ثمن المثل . ويجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع » (٢)

---

(١) انظر كتابنا فى مصادر الالتزامات نبذة ٢٢٦ ص ٢٩٣ .

(٢) مثل ذلك نص المادة ١/٣٩٣ مدنى سورى ، انظر جاك الحكيم فى عقد البيع نبذة ١٨٧ ص ١٥٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وظاهر ان هذا النص قد رسم الشروط الواجب توافرها للاعتـــداد بالغبن فى عقد البيع ، كما بين الجزاء الذى يترتب على الغبن الذى تتوافر فيه تلك الشروط .

أما الشروط ، فهى ذاتها التى كان يشترطها التقنين الملغى معتعديل يسير فيها ، وهى :

١ ــ ان يكون المبيع عقارا سواء كان حق ملكية عقار او حقا عينيا آخر على عقار(١) . أما ان كان منقولا ، فلا يجوز الطعن فى العقد الا وفقا لما تقدم فى نظرية الاستغلال . ويعتبر بيع المتجر fonds de commerce بيع منقول ، فلا يجوز الطعن فيه بالغبن (٢) وكذلك بيع المبنى بقصد هدمه والحصول على انقاضه (٣) .

٢ ــ ان يكون هذا العقار مملوكا لشخص لا تتوافر فيه الاهلية الكاملة لبيع العقار محل التعاقد بالذات (٤) ، سواء كان هذا الشخص عديم الاهلية أو ناقصها . وهذا تعديل ظاهرى فى نص القانون القديم الذى لم يكن يذكر الا القاصر ، فى حين ان المحاكم كانت تطبقه على جميع من لم تكن تتوافر فيهم الاهلية .

والعبرة فى ذلك بشخص صاحب العقار المبيع لا بمن تولى بيعه نيابة عنه ، فان كان صاحب العقار غير مكتمل الاهلية هو الذى باشر بيعه ، فيكون له بالاضافة الى دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن دعوى بطلان العقد او ابطاله بحسب ما اذا كان عديم الاهلية أو ناقصها (٥) .

٣ ــ ان يقع فى البيع غبن يزيد على خمس ثمن المثل . ويجب لتقدير

---

(١) اسماعيل غانم ص ٨٢ ، خميس خضر نبذة ٦٠ .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢٢٠ ص ٣٠٣ ، جاك الحكيم نبذة ١٩٢ ص ١٥٦ اسماعيل غانم ص ٨٢ .

(٣) لبيب شنب ص ٣٠٥.

(٤) فقد يكون الشخص ناقص الاهلية لبيع العقارات عموما ، ولكنه يتمتع بالاهلية لبيع عقار معين فقط كما لو كان قد اشترى هذا العقار من كسب عمله أو كان هذا العقار قد أعطى للزوجة القاصر على سبيل المهر (انظر اسماعيل غانم ص ٨٣ ، منصور مصطفى منصور ص ٦١ ، خميس خضر نبذة ٦١ ص ١٠٠ وما سيجىء فى نبذة ١٣٨) .

(٥) اسماعيل غانم ص ٨٤ ، خميس خضر نبذة ٦١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ما اذا كان الغبن يزيد على الخمس ان يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع (١)، وان تراعى فى ذلك قيمته المادية بحسب قانون العرض والطلب، لا قيمته الشخصية عند المشترى (٢) . ويكفى توافر هذا الغبن دون حاجة الى أن تكون ارادة المغبون معيبة (٣) .

٤ - ان يقع هذا الغبن على البائع لا على المشترى (٤) ، أى ان يكون البيع قد تم بثمن يقل عن أربعة اخماس ثمن المثل ، فيجوز للبائع ان يرفع الدعوى المنصوص عليها فى المادة ٤٢٥ . اما اذا تم البيع بثمن يجاوز ثمن المثل ، فلا يكون للمشترى هذا الحق ولو بلغت الزيادة ضعف ثمن المثل او اضعافه الا اذا توافرت فيه شروط نظرية الاستغلال وفقا لما تقدم فى النبذة السابقة .

٥ - الا يكون البيع قد تم بالمزاد العلنى وفقا لاحكام القانون . كما فى بيع مال المدين بيعا جبريا وفاء لديونه ، وبيع غير كامل الاهلية اذا اشترطت المحكمة اجراءه بالمزاد العلنى وتم البيع فعلا بالمزاد وفقا للاجراءات المقررة لذلك ، لان نظام المزاد العلنى مفروض فيه ان يكفل للبائع الحصول على اعلى ثمن ممكن ، فلا محل معه لافتراض وقوع الغبن ولا للسماح للبائع بطلب تكملة الثمن . أما لو تم البيع بالمزاد العلنى اختياريا أى دون ان يوجبه القانون ، فلا يمنع ذلك من تطبيق احكام الغبن (٥) .

ومتى توافرت هذه الشروط لا يكون للبائع طلب ابطال البيع بسبب الغبن وحده دون أن يكون هذا الغبن نتيجة غلط أو تدليس أو اكراه ، وانما

---

(١) اسماعيل غانم ص ٨٤ . هذا ولو كان البيع اعمالا لوعد سابق بالبيع (جاك الحكيم نبذة ١٩٥) .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢٢٢ ص ٤٩٧ .

(٣) والاصل انه لا يجوز الطعن بالغبن فى البيوع الاحتمالية لتعذر معرفة قيمة التزامات كل من طرفيها وقت العقد وبالتالى تعذر معرفة مدى ما تنطوى عليه من غبن . غير أنه اذا كانت ظروف البيع الاحتمالى تكشف فى جلاء عن ان التزامات المشترى لا يمكن بأى حال ان تجاوز حدا معينا وكان هذا الحد الاقصى ينطوى على غبن بائع العقار بأكثر من خمس ثمن المثل ، جاز لهذا الاخير ان يتمسك بهذا الغبن وان يطلب تكملة الثمن الى اربعة اخماس ثمن المثل (ليبب شنب ص ٥٥ ، خميس خضر ص ١٠٣ ديبريز Deprez فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٥ ص ١ وما بعدها) .

وانظر ما تقدم فى نبذة ١٣٣

(٤) انظر ايضا جاك الحكيم نبذة ١٩١ ؛ خميس خضر نبذة ٦١ ص ١٠٠ .

(٥) اسماعيل غانم ص ٨٥ ؛ وانظر خميس خضر نبذة ٦٣ ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يثبت له فقط حق طلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل لا الى ثمن المثل وذلك باعتبار أن الخمس غبن يسير يتسامح فيه (١) .

وترفع دعوى تكملة الثمن من الشخص الذى بيع عقاره بعد أن يستكمل أهليته أى بعد بلوغه سن الرشد أو رفع الحجر عنه ، أو من ورثته بعد وفاته (٢) .

ويرى بعض الشراح انه لا يجوز رفعها من الولى أو الوصى أو القيم باعتبار أن الحق فى تكملة الثمن حق متصل بشخص غير الكامل الاهلية (٣)، ولكنا لا نرى أن هذا الحق متصل بالشخص بتاتا ولا نرى مانعا من أن يباشره الولى أو الوصى والقيم (٤) ،وان كان ذلك غير متصور عملا الا فى حالة صدور البيع من ناقص الاهلية نفسه ، وفى هذه الحالة يغنى طلب الابطال بسبب نقص الاهلية عن طلب تكملة الثمن ، وفى حالة ما اذا كان الولى أو الوصى أو القيم الذى صدر منه البيع قد تغير وحل محله غيره (٥) . ولذلك لم يعول المشرع كثيرا على الاولياء أو الاوصياء أو القامة فى استعمال هذه الدعوى . فجعل مدة التقادم الخاصة بها لاتبدأ الا من وقت اكتمال الاهلية لمن بيع عقاره .

وفى جميع الاحوال يجب أن ترفع هذه الدعوى قبل انقضاء ثلاث سنوات من وقت اكتمال صاحب العقار المبيع أهليته أو من وقت موته اذا مات قبل أن تكتمل أهليته (المادة ٤٢٦ فقرة أولى) . ولا تقف هذه المدة ولو كان بين ورثة البائع من هو غير كامل الاهلية ولم يكن له نائب يمثله قانونا (٦) ، لان الوقف لا يسرى على التقادم الذى لا تجاوز مدته خمس سنوات (المادة ٢/٣٨٢ مدنى) .

ومتى حكم للبائع بتكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل ، فاما أن يوفى المشترى فرق الثمن واما أن يمتنع . وفى هذه الحالة الاخيرة

---

(١) اسماعيل غانم ص ٨٦ .

(٢) خميس خضر نبذة ٦٤ .

(٣) أنظر الهلالى وحامد زكى نبذة ٤٧٤ ، كامل مرسى قبذة ١١١ .

(٤) فى هذا المعنى السنهورى جـ ٤ نبذة ٢٢٣ ص ٣٩٩ ، منصور نبذة ٣٦ ص ٦٣ ، اسماعيل غانم ص ٨٤ ، لبيب شنب ص ٥٤ و ص ٥٦ نبذة ٣٣ ، خميس خضر نبذة ٦٤ .

(٥) والغالب فى هذه الاحوال أن لا يتم البيع الا بعد استصدار اذن به من المحكمة ، وهى لا تأذن عادة الا بعد التحقق من عدم الغبن ، واذا حصل التصرف دون اذن المحكمة فانه يكون غير نافذ فى حق الشخص غير الكامل الاهلية .

(٦) فى هذا المعنى خميس خضر نبذة ٩٤ ص ١٠٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يجوز للبائع اذا لم يكن قد سلم المبيع الى المشترى أن يحبسه الى أن يستوفى الفرق . كما يجوز له أن ينفذ بهذا الفرق على أموال المشترى بما فيها المبيع . ويكون حقه فى فرق الثمن مضمونا بامتياز البائع على المال المبيع ويجوز له أيضا أن يطلب فسخ البيع لاخلال المشترى بالتزاماته (١) .

واذا حكم له بالفسخ ، فان هذا الحكم لا يحتج به على الغير حسن النية الذى تلقى من المشترى حقا عينيا على العقار المبيع (٢) سواء بالنسبة لتكملة الثمن وحق امتياز البائع الذى يضمن هذه التكملة أو بالنسبة لدعوى الفسخ بسبب عدم سداد المشترى فرق الثمن المحكوم به(٣) (المادة ٤٢٦ فقرة ثانية) . فمثلا اذا باع المشترى العقار الى آخر وسجل هذا عقده قبل ان يرفع البائع الاصلى دعوى الفسخ أو بعد رفعها وقبل تسجيل صحيفة دعواها وفقا لاحكام قانون الشهر لعقارى ، فان حكم الفسخ لا يمكن أن يحتج به على المشترى الثانى (٤) ، فيحتفظ هذا بملكية العقار ويستحيل حق البائع الاصلى الى تعويض ويشمل التعويض فى هذه الحالة قيمة المبيع كاملة ولا يكتفى فيه بأربعة اخماسها (٥) . ولذلك يكون من مصلحة البائع فى مثل هذه الحالة أن يبادر الى التأشير بحكم تكملة الثمن فى هامش تسجيل عقد البيع حتى يستطيع الاحتجاج بامتياز البائع على الغير الذين يكسبون حقوقا عينية على العقار بعد هذا التأشير . فاذا أراد رفع دعوى الفسخ بعد ذلك وجب عليه أن يستوثق أولا من أن المشترى لم يتصرف فى المبيع ، ثم يرفع دعوى الفسخ ويبادر الى تسجيل عريضتها حتى يستطيع الاحتجاج بحكم الفسخ - متى صدر - على من يكون قد سبق أن اكتسب حقا عينيا على العقار فى الفترة ما بين تسجيل دعوى الفسخ وصدور الحكم فيها . أما اذا وجد قبل رفع دعوى الفسخ

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٣٩٩ ، جاك الحكيم نبذة ٢٠٤ ، اسماعيل غانم ص ٨٧ ، خميس خضر نبذة ٦٤ ص ١٠٥ .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٢ ص ٤٠٢ هامش ٥ .

(٣) وكذلك لا يحتج به على من تلقى حقا عينيا آخر غير الملكية من المشترى الذى قعد عن تكملة الثمن ، فيترتب على الفسخ عودة المبيع الى البائع ولكن محملا بالحق العينى الذى ترتب عليه لصالح من تلقى ذلك الحق من المشترى المذكور . (فى هذا المعنى خميس خضر نبذة ٦٤ ص ١٠٦) .

(٤) والمقصود بحسن نية الغير انتفاء علمه بالغبن اللاحق بالبائع . فاذا ثبت ذلك تعذر على البائع استرداد العقار من الغير اذا كان هذا قد سجل عقده أو صحيفة دعواه قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ المرفوعة من البائع . (جاك الحكيم نبذة ٢٠٥) .

(٥) اسماعيل غانم ص ٨٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أن المشترى قد تصرف للغير فى العقار وان الغير قد حفظ حقه بتسجيله ، انعدمت مصلحته فى الفسخ وكان الاولى به ان ينفذ بفرق الثمن على اموال المشترى فضلا عن حقه فى تتبع المبيع فى يد المتصرف اليه بمقتضى ما له عليه من امتياز .

ويلاحظ ان القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال قد ضيق من ولاية الاوصياء فى التصرف فى عقارات الاشخاص الذين لا تتوافر لهم الاهلية ، فاشترط فى صحة هذه التصرفات اذن المحكمة بها فى جميع الاحوال الا ان يكون التصرف صادرا من الاب فيما لا تجاوز قيمته ثلثمائة جنيه ، وأجاز للمحكمة أن ترفض الاذن اذا كان فى البيع غبن يزيد على خمس القيمة (المادة ٧) ، فأصبح لا يتصور وقوع بيع ينطبق عليه حكم المادة ٤٢٥ مدنى الا ان يكون البيع صادرا من الاب فيما لا تجاوز قيمته ثلثمائة جنيه او يكون البيع صادرا من ناقص الاهلية نفسه . وفى هذه الحالة الاخيرة يغنى طلب ابطال العقد لنقص الاهلية عن طلب تكملة الثمن . غير انه اذا وجدت للبائع مصلحة فى التمسك بالبيع ، جاز له أن ينزل عن حقه فى ابطال العقد فيجيزه ، ويبقى له حق تكملة الثمن . وتتحقق هذه المصلحة اذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالغبن عما كانت عليه وقت البيع بحيث تكون تكملة الثمن التى يحصل عليها من وراء الطعن بالغبن خيرا له من استرداد المبيع اذا هو طعن فى البيع بالبطلان .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الثانى

أهلية العاقدين

١٣٦ ـ التمييز بين الاهلية والولاية : الاهلية ـ والمقصود هنا اهلية الاداء ـ هى صلاحية الشخص للقيام بنفسه بالاعمال القانونية والقضائية المتعلقة به . أما الولاية بالمعنى العام فهى صلاحيـــة الشخص للقيـــام بالاعمال القانونية والقضائية المتعـــلقة بغيره ولحساب ذلك الغير (١) . وسنرى ان للولاية معنى خاصا يقصد به الولايـــة الشرعيـــة وهى التى تثبت بحكم القانون للأب وللجد الصحيح .

والاهلية هى شرط لصحة العقد . أما الولاية عن الغـــير فضرورية لانعقاد العقد باسم الغير . وكان المنطق يقضى باعتبار الولاية من شروط الانعقاد ويجعل جزاءها البطلان المطلق . غير انه لأن بعض نصوص القانون واحكام المحاكم تســـمح باجازة العقـــد الذى يقع خارج حدود الولاية ؛ اعتبرت الشراح والمحاكم هذا العقد فى حكم العقد القابل للابطال . ولذلك جرينا معهم على تقريب الولاية من الاهلية ودراستها معها بمناسبة شروط الصحة .

وسنعرض فيما يلى للأهلية ، ثم للولاية ، ونختم المبحث الخاص بهذه بعرض حكم القانون الذى يمنع الموكلين فى البيع من شراء ما وكلوا فى بيعـــه .

المبحث الأول

فى الأهلية

١٣٧ ـ الاهلية اللازمة لعقـــد البيع ـ اتفقت الشرائع على الحـــاق اهلية الأداء بمسائل الاحوال الشخصية . وهذه المسائل يطبق فيهـــا القانون تطبيقا شخصيا لا اقليميا .

---

(١) انظر كتابنا فى شرح القانون المدنى جـ ١ سنة ١٩٦٧ ص ٦٠٨ نبذة ٣١٧ ، جـ ٢ سنة ١٩٦٤ ص ١٤٦ نبذة ١٦٠ ، وأيضا بلانيول وريبير وبولانجيه جـ ١ ط ٥ سنة ١٩٥٠ نبذة ٢١٥٠ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقد نصت المادة ١١ من التقنين المدنى الحالى على ان اهلية الاشخاص يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون اليها بجنسيتهم (وكانت تقابلها المادة ١٣٠ / ١٩٠ مدنى قديم) .

وبناء على ذلك اذا كان العاقد اجنبيا ، كان الفصل فى اهليته لابرام عقد البيع او عدمها وفقا لقانون بلده . وان كان مصريا ، فطبقا للقانون المصرى .

ولان الاهلية تدخل فى مسائل الاحوال الشخصية ، ولان قانون الاحوال الشخصية بالنسبة الى المصريين يختلف باختلاف دياناتهم ، كانت اهلية المسلمين منهم تحددها فيما مضى أحكام الشريعة الاسلامية واهلية غير المسلمين تعين وفقا لقوانينهم الملية .

غير ان المشرع اصدر عدة تشريعات وحد بها اكثر احكام الاهلية بالنسبة الى المصريين جميعا ، من ذلك قانون المجالس الحسبية الذى صدر فى سنة ١٩٢٥ ثم استبدل به قانون المحاكم الحسبية الذى صدر فى سنة ١٩٤٧ ثم المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال . ومن ذلك ايضا النصوص التى ضمنها المواد ١٠٩ وما بعدها من التقنين المدنى الحالى .

وقد كان التقنين المدنى الملغى يتضمن فى باب البيع نصين خاصين باهلية كل من البائع والمشترى (المادتان ٢٤٦ و ٢٤٧ / ٣١٢ و ٣١٣) ، ولم يكن لوجود هذين النصين فى باب البيع دون غيره سبب مفهوم، وبخاصة انهما كانا يميزان بين الاهلية اللازم توافرها فى البائع والاهلية اللازم توافرها فى المشترى ، مع ان البيع يعتبر بالنسبة الى كل منهما عملا من أعمال التصرف فلا محل لاختلاف الاهلية اللازمة فى كل منهما عنها فى الآخر .

لذلك رأى واضعو التقنين الحالى الاستغناء عن هذين النصين ، والاكتفاء بالاحكام العامة المتعلقة بالاهلية .

وتقضى هذه الاحكام بتقسيم الاشخاص من حيث اهلية الاداء ثلاثة اقسام رئيسية :

الاول يشمل كاملى الاهلية اى الذين يجوز لهم مباشرة جميع

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التصرفات ، ومنها البيع ، وهم الاشخاص الذين بلغوا سن الرشد وهى احدى وعشرين سنة ميلادية كاملة ولم يحكم باستمرار الولاية أو بتوقيع الحجر عليهم (١) .

والثانى يشمل عديمى الاهلية وهم الصغير غير المميز أى الذى لم يبلغ السابعة من عمره والمعتوه والمجنون (المادة ٤٥ مدنى) . هؤلاء لا تكون لهم أهلية لمباشرة أى عقد من العقود . وان باشروا شيئا منها وقع باطلا بطلانا مطلقا (المادتان ١١٠ و ١١٤ مدنى) . غير أن هذا البطلان يتوقف فى حالة التصرفات الصادرة من المعتوه والمجنون على كون التصرف صادرا منهما بعد تسجيل قرار الحجر أو على ثبوت أن حالة الجنون أو العته كانت شائعة وقت التعاقد ، أو على علم الطرف الآخر بها (المادة ١١٤ مدنى) (٢) .

والثالث يشمل ناقصى الاهلية وهم وفقا للمادة ٤٦ مدنى كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد أو بلغها وتقرر استمرار الوصاية عليه (٣) ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ، وحجرت

---

(١) المادة ٤٤ مدنى والمادة ١٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال .

(٢) انظر فى ذلك نقض مدنى ٢١ ابريل ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ - ٨٩٩ - ١٢٣ وقد جاء فيه انه اذا كان عقد البيع الصادر من المحجور عليه قد أبرم قبل صدور قرار الحجر عليه للعته ، فان هذا القرار لا يصلح بذاته سندا لطلب بطلان ذلك العقد طبقا للمادة ١١٤ مدنى ، وانما يكون طلب بطلانه لعته البائع على أساس شيوع هذه الحالة وقت العقد أو علم الطرف الاخر بها . ومتى كان عته البائع مدعى بوجوده وقت العقد ، فلم يكن هناك ما يحول دون ابداء طلب البطلان بسبب العته فى الدعوى المرفوعة بصحة ونفاذ العقد ، فان لم يبد هذا الطلب وصدر الحكم النهائى بصحة ونفاذ العقد ، فان صدور قرار الحجر على البائع بعد صدور الحكم فى تلك الدعوى لا يعتبر سببا طرأ بعد هذا الحكم يحول دون التمسك بقوة الامر المقضى به التى حازها الحكم فى شأن صحة العقد .

(٣) نقض مدنى ١٧ ابريل ١٩٥٢ فى الطعن ١٣٦ سنة ٢٠ ق فهرس أحكام النقض فى ٢٥ سنة ص ٣٢١ نبذة ٤٩ . وقد جاء فيه أنه متى كان الواقع هو ان جميع عقود البيع موضوع النزاع قد صدرت من ناقص الاهلية الى المطعون عليهم بعد صدور قرار المجلس الحسبى باستمرار الوصاية عليه وتسجيله فان الحكم المطعون عليه اذ قضى بصحة هذه العقود تأسيسا على أن قرار المجلس الحسبى باستمرار الوصاية لم ينشر فى الجريدة الرسمية وفقا للمادة ٢٠ من اللائحة التفسيرية لقانون المجالس الحسبية الصادر فى ١٩٢٦/١١/١٤ يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

عليه المحكمة المختصة للسفه أو الغفلة (١) .

ومظهر النقص فى اهلية هـؤلاء أن حكم تصرفاتهم يختلف بحسب طبيعة هذه التصرفات . وقد قررت هذا الحكم المادة ١١١ مدنى حيث نصت على انه « اذا كان الصبى مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا . أمـا انتصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالابطال اذا اجاز القاصر التصرف بعـد بلوغه سن الرشد ، أو اذا صدرت الاجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الاحوال وفقا للقانون » .

ويعتبر البيع بالنسبة الى كل من البائع والمشترى من الاعمـال الدائرة بين النفع والضرر ، شأنه فى ذلك شـأن جميع العقـود الملزمـة للجانبين ، فيشترط فى كل من عاقديه أن يكون كامل الاهلية أى بالغـا احدى وعشرين سنة ميلادية كاملة ولم يحكم باستمرار الوصاية أو بتوقيع الحجر عليه .

غير أن الصبى المميز ومن فى حكمه تكون لهم اهلية ناقصة بالنسبة الى عقد البيع ، بمعنى أن البيع الذى يصـدر منهم وان كان لا يعتبر صحيحا صحة كاملة كالعقد الذى يصدر من كامل الاهلية ـ ينتج آثاره ولكنه يكون قابلا للابطال بناء على طلب القاصر أو المحجور عليه .

---

(١) أنظر فى تعريف كل من السفه والغفلة وحكم التصرفات التى تصدر من السفيه وذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر عليه وحكم تصرفاته التالية لذلك كتابنا فى شرح القانون المدنى الجزء الاول سنة ١٩٦٧ نبذة ٣١٥ ص ٦٠٢ وما بعدها . ويضاف اليه فى التفرقة بين العته والسفه وحكم كل منهما نقض مدنى ١٩ ديسمبر ١٩٤٩ فهرس احكام النقض ق ٢٥ سنة ص ٣١٩ نبذة ٤٠ ، ونقض مدنى ٥ يناير ١٩٧٧ فى الطعن رقم ٢٣ سنة ٤٤ ق لم ينشر بعد ، وفى التفرقة بين السفه والغفلة نقض مدنى ٧ ابريل ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ ـ ٩٣٧ ـ ١٢٣ والاحكام الاخرى المشار اليها فى السنهورى ، الوسيط جـ ١ ط ٢ ص ٣٠١ هامش ١ ، وفى تعريف الغفلة نقض مدنى ٩ يناير ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ١ ـ ٧٦ ـ ٦ ، ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ ـ ٣٨٦ ـ ٤٩ ، وفى حكم تصرفات السفيه وذى الغفلة السابقة على تسجيل قرار الحجر وعدم بطلانها الا اذا كانت نتيجة استغلال أو نتيجة تواطؤ (نقض مدنى ٦ نوفمبر ١٩٦٩ فى الطعن ٣٥/٢٦٥ ق أمالها ويصا) ، ٢٨ مايو ١٩٧٠ المحاماة ٥٣ ـ ٨٨ ـ ٧٨ ، ١٥ فبراير ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ ـ ١٦٢ ـ ٢٥ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

هذه هى القاعدة فيما يتعلق بالصبى المميز ومن فى حكمه . غير أن القانون قد خرج على هذه القاعدة بأن وسع فى أهلية الصبى المميز بالنسبة الى بعض التصرفات فى حدود معينة لاعتبارات تتعلق ببعض الاموال التى توضع تحت تصرف الصبى أو تتصل ببلوغ الصبى سنا معينة .

فيتعين بعد أن عرفنا انه يلزم فى ابرام البيع توافر الاهلية الكاملة اى بلوغ سن الحادية والعشرين دون صدور قرار باستمرار الوصاية أو توقيع الحجر ، أن نبين الاحوال الاستثنائية التى يملك فيها الصبى المميز ومن فى حكمه اهلية البيع والشراء .

١٣٨ ـ احوال يملك فيها الصبى المميز او من فى حكمه اهلية البيع والشراء ـ على أن القانون قد اعترف للصبى المميز بالاهلية اللازمة للتعاقد بالبيع والشراء فى بعض الاحوال وبشروط معينة نص عليها قانون الولاية على المال ، وأهمها :

١ ـ نصت المادة ٦١ من القانون المذكور على أن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لاغراض نفقته، ويصح التزامه المتعلق بهذه الاغراض فى حدود هذا المال فقط » ، فيملك القاصر بناء على ذلك أن يشترى بالنقود التى تعطى له لاغراض نفقته ما يلزمه من حاجيات . كما يملك اذا كان المال الذى سلم اليه لنفقته من غير النقود أن يبيعه ليشترى بثمنه ما يلزمه من حاجيات . وفى كلتا الحالين يقع البيع والشراء منه صحيحا فى حدود المال المسلم اليه لنفقته ، فاذا جاوز هذه الحدود كان التزامه قابلا للابطال . ويلاحظ أن هذا الحكم ينطبق على القاصر أيا كانت سنه ما دام مميزا لان القانون لم يحدده بسن معينة ، وأن القانون قد خص القاصر بهذا الحكم ولم ينص على سريانه على المحجور عليه لسفه أو غفلة كما فعل بالنسبة الى حكم القاصر المأذون له فى تسلم أمواله وادارتها .

(٢) ونصت المادة ٦٣ على أن « يكون للقاصر الذى بلغ السادسة عشرة اهلية التصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى اثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته » . وبناء على ذلك يجوز للقاصر الذى بلغ السادسة عشرة، وأصبح يكسب من عمله ، أن يشترى ما يشاء بكسب عمله ، ويقع شراؤه صحيحا ما دام لا يلتزم فيه باكثر مما يكسبه من عمله . واذا اشترى شيئا بما كسبه من عمله ، جاز

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

له ان يبيع هذا الشيء ، ويكون بيعه صحيحا كما كان شراؤه . ويترتب على تخويل هذا القاصر اهلية التصرف فيما يكسبه من عمله أن يكون له ايضا اعمال الادارة فيما يتعلق بكسبه . ولا يسرى هذا الحكم على المحجور عليه لسفه أو غفلة لعدم نص القانون على ذلك .

(٣) نصت المادة ٦٠ على انه « اذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال ، كان ذلك اذنا له فى التصرف فى المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الاذن أو فى قرار لاحق » . ويبين من ذلك انه اذا اذنت المحكمة فى زواج قاصر والاذن لا يكون الا متى بلغت الصغيرة السادسة عشرة أو الصغير الثامنة عشرة وفقا للقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ — فان كان القاصر هو الزوج ثبتت له أهلية اعطاء المهر والنفقة ، وان كانت الزوجة ثبتت لها أهلية التصرف فى المال المعطى لها على سبيل المهر او النفقة ، فيجوز لها أن تشترى به ما يلزمها من الحاجيات التى ينفق فيها المهر عادة أو من الحاجيات التى تشملها النفقة . وتكون لها فى هذا الشراء اهلية كاملة (المادة ٦٤) .

(٤) ونصت المادة ٥٤ على أن للولى ان يأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم امواله كلها أو بعضها لادارتها ، كما نصت المادة ٥٥ على أن القاصر المشمول بالوصاية يجوز للمحكمة متى بلغ الثامنة عشرة ان تأذنه بعد سماع اقوال الوصى فى تسلم امواله كلها أو بعضها لادارتها ، وفى كلتا الحالتين يملك القاصر أن يباشر اعمال الادارة (المادة ٥٦) . ويدخل فى ذلك كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه هذه الادارة كبيع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة . وفى كلتا الحالتين يملك القاصر ايضا أن يتصرف فى صافى دخله بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا (المادة ٥٦ فقرة ثانية) .

ويسرى ذلك ايضا على المحجور عليه للسفه أو الغفلة اذا اذنته المحكمة فى تسلم امواله كلها أو بعضها لادارتها وفقا للمادة ٦٧ من قانون الولاية على المال .

(٥) ونصت المادة ٥٧ على ان القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة ، يجوز له ، سواء كان مشمولا بالولاية أو بالوصاية ، ان يتجر اذا اذنته المحكمة فى ذلك .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويجوز أن يكون اذن المحكمة مطلقا أو مقيدا . ففى حدود هذا الاذن يكون للقاصر المأذون فى التجارة اهلية كاملة للبيع والشراء فيما يتعلق بتجارته .

المبحث الثانى

فى الولاية

١٣٩ - **الولاية اللازمة لعقد البيع** - تشترط الاهلية فيمن يتعاقد لنفسه لحساب نفسه ، أما من يتعاقد لحساب غيره قاصدا الزامه ، فيجب أن تكون له ولاية التعاقد عن ذلك الغير والزامه بما يعقده هو على ذمته من عقود ، والولاية المطلوبة فى كل عقد - كالاهلية - تختلف حسب طبيعة العقد ودرجة خطورته .

فالهبة مثلا تعتبر من العقود التى تأتى فى المرتبة الاولى من الخطورة لانها عمل ضار بالواهب ضررا محضا ، فيشترط فيمن يباشرها بالنيابة عن الواهب ولاية خاصة هى ولاية التبرع .

ويأتى بعدها فى درجة الخطورة عقد البيع ، وهو من الاعمال الدائرة بين النفع والضرر ، ويشترط فيمن يباشره بالنيابة عن البائع أو عن المشترى أن تكون له ولاية التصرف .

١٤٠ - **تعيين حدود الولاية فى الاحوال المختلفة** - متى ثبتت لشخص ولاية التعاقد باسم غيره ، كان الاول نائبا عن الثانى وكان الثانى أصيلا والعلاقة بينهما علاقة نيابة .

وتنشأ النيابة اما من عقد بين طرفيها كما فى نيابة الوكيل عن الموكل ونيابة مدير الشركة عن الشركة ، واما عن نص فى القانون كما فى نيابة الاولياء الشرعيين والاوصياء والقامة .

ويعين العقد فى الحالة الاولى ، أو القانون فى الحالة الثانية ، حدود النيابة . فيجب فى كل حالة الرجوع الى العقد أو الى القانون لتعيين حدود نيابة النائب ومعرفة ما اذا كان يملك ولاية مباشرة البيع والشراء عن الاصيل أو لا يملكها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

١٤١ - فى أحوال النيابة الاتفاقية - أهم أحوال النيابة الاتفاقية نيابة الوكيل . وهذه النيابة يعين حدودها عقد الوكالة . وقد عرفته المادة ٦٩٩ مدنى بأنه عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل .

واذا خصص التوكيل بعمل قانونى معين ، فانه لا يخول الوكيل صفة النيابة عن الموكل الا فى هذا العمل بالذات .

والوكالة من هذه الناحية ثلاث درجات : وكالة محددة ، ووكالة خاصة ، ووكالة عامة .

فالوكالة المحددة هى ما كانت مقصورة على عمل قانونى معين على وجه التخصيص ، كتوكيل شخص فى هبة ارض معينة أو فى بيع منزل معين . وهى تخول الوكيل ولاية مباشرة العمل القانونى المعين فيها . فاذا كان هذا العمل بيع عين معينة أو شراءها ثبتت للوكيل ولاية مباشرته .

والوكالة الخاصة هى ما كانت مقصورة على نوع معين من الاعمال القانونية كالبيع والصلح والاقرار ولو لم يعين فيها محل هذا العمل على وجه التخصيص (المادة ٧٠٢ فقرة ثانية) وهى تخول الوكيل ولاية مباشرة هذا النوع من الاعمال القانونية بالنسبة الى أى مال من أموال الموكل . فالوكالة فى البيع تعتبر وكالة خاصة ولو لم يذكر فيها المال المراد بيعه ، وتخول الوكيل ولاية بيع اى مال من اموال الموكل .

والوكالة العامة هى التى ترد فى الفاظ عامة ولا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل . وهى لا تخول الوكيل صفة الا فى أعمال الادارة كالاجارة التى لا تزيد مدتها عن ثلاث سنوات واعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ... الخ .

وظاهر ان الوكالة العامة لا تخول الوكيل ولاية البيع ، وان الوكالة الخاصة والوكالة المحددة تخولانه اياها . ولكن الوكالة الخاصة فى البيع تكفى فى تخويل الوكيل ولاية بيع اى مال من أموال الموكل ، ولا يشترط فى البيع أو الشراء بمقتضى توكيل عن الغير أن يعين فى التوكيل بالبيع المال المراد بيعه أو شراؤه (١) . ولابد من وكالة خاصة بالبيع لاجراء ما يعد

---

(١) انظر نقض مدنى ١٢ أكتوبر ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض ٢٥ - ١١٥٣ - ١٩٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

من مقتضيات البيع وتوابعه الضرورية (١) .

١٤٢ - فى احوال النيابة القانونية - تثبت النيابة القانونية بوجه خاص للاولياء الشرعيين والاوصياء والقامة ووكلاء الغائبين . وهم اشخاص يخولهم القانون صفة النيابة عن عديمى الاهلية او ناقصيها فى كل التصرفات القانونية او فى بعضها .

والقانون هو الذى يعين مدى ولاية كل من هؤلاء الاشخاص .

وقد تولى ذلك أول الامر قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ ثم استبدل به قانون المحاكم الحسبية الصادر فى سنة ١٩٤٧ ، ثم الغى هذا القانون الاخير وحل محله المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الصادر فى ٢ اغسطس ١٩٥٢ .

وقد ميز القانون الاولياء الشرعيين وهم الاب والجد الصحيح ، فخولهما سلطات أوسع بوجه عام مما خوله الاوصياء والقامة ووكلاء الغائبين ، ولكنه فيما يتعلق بالبيع والشراء ميز الاب عن الجد .

ويعتبر الحارس القضائى أيضا نائبا قانونا عن ذى الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة ، ويعتبر الدائن المرتهن رهنا حيازيا نائبا قانونيا عن الراهن فى ادارة المال المرهون .

١٤٣ - (١) سلطة الاولياء الشرعيين - تثبت الولاية على مال القاصر للأب ثم للجد الصحيح اذا لم يكن الاب قد اختار وصيا (المادة الاولى من قانون الولاية على المال) .

والاصل فى الشريعة الاسلامية ان الولى الشرعى ، أبا كان أو جدا ، يملك - فيما عدا التصرفات الضارة بمال الصغير ضررا محضا - مباشرة جميع انواع التصرفات المتعلقة بمال الصغير مع بعض قيود وردت فيما يتعلق بالبيع ، اى ان الاصل فيها أن الولى يملك البيع بقيود .

---

(١) نقض مدنى ١٩ يونيه ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ - ١٠١٧ - ١٥٩ وقد طبق هذا الحكم ذلك على قطع القطن ونقله الى استحقاق تال ، ومن ثم اشترط أن يكون لدى من يجرى أيا من هاتين العمليتين نيابة عن صاحب الشأن وكالة خاصة بالبيع .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

غير أن القانون قد غاير فيما يتعلق بالتصرف فى مال القاصر .

فنصت المادة ١٥ من قانون الولاية على المال على أن لا يجوز للجد بغير اذن المحكمة التصرف فى مال القاصر اطلاقا ، سواء كان هذا المال عقارا أو منقولا ، وسواء كان المنقول نقدا او مالا آخر . فلا يجوز للجد وفقا للقانون الجديد بيع شيء من مال القاصر أو شراء شيء له بثمن من ماله الا باذن المحكمة .

أما الاب ، فقد نصت المادة ٧ فقرة أولى من القانون على أن لا يجوز له أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الاوراق المالية اذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه الا باذن المحكمة . ومؤدى ذلك انه يجوز للأب بدون اذن المحكمة التصرف فى جميع أموال ولده القاصر المنقولة أيا كانت قيمتها ، ولا يستثنى من ذلك غير المحل التجارى والاوراق المالية اذا زادت قيمته أو قيمتها عن ثلثمائة جنيه . وكذلك يجوز له التصرف فى العقار اذا لم تجاوز قيمته ثلثمائة جنيه .

أما اذا زادت قيمة العقار أو المحل التجارى أو الاوراق المالية عن هذا الحد ، فلا يجوز له التصرف فيها الا باذن المحكمة . ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الاذن فى هذه الحالة الا اذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة (المادة ٧ فقرة ثانية) . ومع ذلك يجوز للأب أن يتصرف بدون اذن المحكمة فى العقار أو المحل التجارى أو الاوراق المالية اذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه متى كانت هذه الاموال قد آلت الى القاصر من طريق التبرع من أبيه ، صريحا كان التبرع أو مستترا (المادة ١٣ من القانون) . وبالعكس من ذلك لا يجوز للأب أن يتصرف فى أموال القاصر المنقولة أو فى أمواله العقارية ولو لم تجاوز قيمتها ثلثمائة جنيه الا باذن المحكمة وتحت اشرافها اذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليه فى المال الموروث (المادة ٨) .

ولا يجوز للولى ، أبا كان أو جدا ، أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لاقاربه أو لاقاربها الى الدرجة الرابعة الا باذن خاص من المحكمة (المادة ٧) . غير أن الاب يجوز له ، سواء فى الحالات التى يحتاج فيها الى اذن من المحكمة أو التى لا يحتاج فيها الى اذن ، أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر الا اذا نص القانون على غير ذلك (المادة ١٤) . أما الجد فلا يجوز له ذلك ويلزم تعيين وصى خاص للتعاقد معه (المادة ٣١) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١٤٤ — (٢) سلطة الاوصياء والقامة ووكلاء الغائبين — نصت المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال على انه لا يجوز للوصى ان يتصرف فى امـوال القاصر العقارية او المنقولة ايا كانت قيمتها الا باذن المحكمة . ولا يستثنى من ذلك الا التصرفات التى تدخل فى اعمال الادارة .

وبناء على ذلك لا يملك الوصى ولاية البيـع أو الشراء بمـال القاصر الا باذن المحكمة . ولكن يجوز له أن يبيع الحاصلات المملوكة للقاصر او ان يشترى للقاصر ما يلزم لزراعة ارضه بدون اذن المحكمة ، لان هذه الاعمال وان كانت بحسب اصلها من اعمال التصرف تعتبر داخلة فى ضمن اعمال الادارة التى يملكها الوصى دون اذن المحكمة .

واذا حصل الولى على اذن المحكمة فى بيع مال القاصر ، فانه لا يجوز له ان يبيعه لنفسه الا اذا أذنته المحكمة خصيصا فى ذلك . وفى هذه الحالة لا يجوز للوصى أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر ، ويجب عليه أن يطلب تعيين وصى خاص لابرام العقد معه وفقا للمادة ٣١ فقرة جـ من القانون .

ونصت المادة ٧٨ على ان تسرى الاحكام المقررة فى شأن الأوصياء على القامة ووكلاء الغائبين ، فتكون سلطة هؤلاء مماثلة لسلطة اولئك حسبما تقـدم .

ويلاحظ ان الشريعة الاسلامية تبطل عقود الوصى التى تنطوى على غبن فاحش للقاصر . ولكن القانون الوضعى اكتفى بالحد من سلطة الوصى وبالزامه بالحصول على اذن المحكمة فى التصرفات التى يخشى منها بعض الخطر على مصلحة القاصر حتى يتسنى للمحكمة ان تراقب سلامة تصرفات الوصى المتعلقة بمال القاصر . ولم ير داعيا لاشتراط عدم الغبن الفاحش فى هذه التصرفات الا ما استثنى بنص خاص كبيع العقار (المادة ٤٢٥ مدنى) .

١٤٥ — سلطة الحارس القضائى — تعين المحكمة الحارس القضـائى وفقا لاحكام القانون (المواد ٧٢٩ مدنى وما بعدها) . فيعتبر الحـارس نائبا قانونيا عن ذى الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة . ولكن لان تعيينه متروك لتقدير القاضى ، ولان القاضى يملك عند التعيين تحـديد مأمورية الحارس (المادة ٧٢٣) ، فان سلطة الحـارس فى البيع والشراء وطريقة البيع او الشراء يرجع فيها الى الحكم الصادر بتعيينه . فاذا لم

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يخول الحكم الحارس ولاية البيع او الشراء ، فلا يكون للحارس الا مباشرة اعمال الادارة ، ويلزمه الحصول على ترخيص خاص من القضاء فى مباشرة كل بيع أو شراء ما لم يكن مما تقتضيه اعمال الادارة (المادة ٧٣٥) .

١٤٦ ـ عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه بالبيع والشراء الا فى حالات استثنائية ـ تقدم فى نبذة ٦٢ أن المادة ١٠٨ مدنى حرمت على النائب أن يتعاقد مع نفسه دون ترخيص من الاصيل الا فى حالات استثنائية ، وان المواد ٤٧٩ وما بعدها طبقت ذلك فى باب البيع . فنصت المادة ٤٧٩ على نهى جميع النائبين عن غيرهم فى البيع سواء كانت نيابتهم اتفاقية كالوكيل او قانونية او قضائية كالولى ، ابا او جدا ، والوصى والقيم ووكيل الغائب والحارس القضائى الخ عن ان يشتروا لانفسهم مال الاصيل ، لتعارض مصلحتهم فى ذلك مع مصلحة الاصيل اذ ان مصلحتهم تقتضيهم الشراء بأقل ثمن ممكن فى حين ان مصلحة الاصيل تقتضيهم البيع بأعلى ثمن ممكن . فاذا ما اشتروا لانفسهم ما نيط بهم بيعه يفرض فيهم انهم اشتروه بأقل ثمن ممكن وانهم جاوزوا حدود النيابة التى توجب عليهم ان يبيعوا بأعلى ثمن ممكن ، فلا ينتج البيع اى اثر فى ذمة الاصيل ، ما لم يكن قد تم باذن خاص ممن يملكه او ما لم يجزه هذا بعد صدوره .

ويلاحظ ان النص قد استثنى من المنع الاحوال التى تنص قوانين اخرى على انه يجوز فيها بيع النائب لنفسه . ومن هذه الاحوال ما تقدم من بيع الاب مال ولده لنفسه ، اما الجد والوصى والقيم ووكيل الغائب فيتعين عليهم ان يطلبوا تعيين وصى خاص للتعاقد معهم فى مال القاصر . ولا يجوز لهؤلاء النائبين عن غيرهم بيع مال الاصيل لانفسهم ، ولو اشتروه باسم مستعار ، ولو كان البيع حاصلا بالمزاد العلنى .

والنص الثانى قد سوى بين السماسرة والخبراء وبين النائبين المذكورين ، بالرغم من ان السماسرة والخبراء لا ينوبون عن صاحب المال ، لان مهمتهم ايجاد من يشترى بأعلى ثمن او تقدير المبيع تقديرا عادلا ، فيخشى اذا أجيز لهم الشراء ان تتعارض مصلحتهم مع مصلحة البائعين الذين وثقوا فيهم ، فيؤثرون مصلحتهم على مصلحة هؤلاء البائعين . ولذلك نص القانون على منعهم من شراء الاموال المعهود إليهم فى بيعها او فى تقدير قيمتها سواء اكان الشراء باسمائهم او بأسماء مستعارة (١) .

---

(١) راجع ايضا ما تقدم فى نبذة ١٤٦ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الثالث

جزاء شروط الصحة

١٤٧ ـ احالة الى قواعد البطلان النسبى ـ تقدم ان جزاء شروط الانعقاد البطلان المطلق . اما جزاء شروط الصحة فهو البطلان النسبى او قابلية العقد للابطال .

فاذا كان أحد العاقدين ناقص الاهلية أو شاب رضاءه عيب من غلط او تدليس أو اكراه كان العقد قابلا للابطال .

واذا كان العقد ينطوى على اختلال فى التعادل الواجب توافره بين الثمن وقيمة المبيع ، فاما أن ينطبق عليه حكم المادة ٤٢٥ مدنى فيكون جزاء عدم التعادل دعوى تكملة الثمن الى اربعة أخماس ثمن المثل ، واما أن ينطبق عليه حكم المادة ١٢٩ مدنى فيكون جزاء عدم التعادل قابلية العقد للابطال أو لنقص التزامات الطرف المغبون حسب الاحوال .

١٤٨ ـ جزاء مجاوزة حدود الولاية فى البيع ـ فاذا صدر البيع من شخص له ولاية على مال الغير ولكنه تجاوز فيه حدود هذه الولاية ، كالوصى اذا باع مال الصغير دون استئذان المحكمة أو باع بأقل من الثمن المحدد بقرار المحكمة ، كان البيع حسب المبادىء المسلمة فى القانون الحديث باطلا بطلانا مطلقا لان الوصى لم يقصد ان يلزم نفسه حتى ينتج العقد آثاره فى ذمته هو ، ولم تكن له صفة فى الزام الصغير بهذا العقد ، فلا ينشىء البيع التزامات فى ذمة الصغير ، ولا يكون له اذن أى اثر لا فى ذمة الولى ولا فى ذمة المولى عليه . غير أنه لما كان مسلما ان العقد ينتج اثره فى ذمة الصغير اذا اجازته المحكمة ، فقد حدا ذلك كثرة الشراح والمحاكم الى القول بأن العقد لا يكون باطلا بطلانا مطلقا بل قابلا للابطال فقط ، وان قابليته للابطال تزول متى اجازته المحكمة (١) .

وقد اخذت بذلك المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى . ولكن هذا الرأى مردود بأن العقد القابل للابطال عقد ينتج جميع آثاره

---

(١) نقض ١٦ يونيه ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ١ ـ ١٣٢ ـ ٥٩ وايضا نقض مدنى ٢ يونيه ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧ ـ ٧٦٠ ـ ١٠٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

من وقت انعقاده ، وغاية الامر أن هذه الآثار تكون معرضة للزوال ويكون زوالها موقوفا على الحكم ببطلان العقد ، فى حين أنه من المسلم أن العقد فى حالة صدوره ممن تجاوز حدود الولاية لا ينتج أى أثر الا اذا اجازه من يملك الاجازة ، فلا يمكن اعتباره باطلا بطلانا نسبيا .

على اننا نسلم بأن مثل هذا العقد لا يصح أيضا اعتباره باطلا بطلانا مطلقا ، لانه من المسلم انه يصح وينتج آثاره باجازة من يملك اجازته . ولو كان باطلا بطلانا مطلقا ، لما أمكن أن تصححه الاجازة .

وعلى ذلك لا يبقى أمامنا الا تكييف الشريعة الاسلامية لهذا العقد ، وهو أنه عقد صحيح غير نافذ ، أى أنه ينعقد ولكن آثاره تكون موقوفة على اجازته ممن يملك ذلك (١) . وقد أخذت المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال بذلك صراحة حيث قالت نه « بديهى أن عدم الحصول على اذن المحكمة فى جميع الحالات التى يشترط فيها القانون ذلك يجعل تصرف الولى أو عقده بوجه عام غير نافذ فى حق الصغير لانتفاء النيابة » (٢) .

وهذا التكييف نفسه ينطبق على جزاء المنع الوارد فى المادتين ٤٧٩ و ٤٨٠ وذلك لما تقدم من أن بيع النائب لنفسه يعتبر صادرا منه خارج

---

(١) والقضاء الفرنسى كذلك لا يعتبر عقد الولى الصادر منه دون اذن مجلس الاسرة أو دون تصديق المحكمة عقدا غير تام ، ولا يعتبره تاما ومنتجا اثره فى ذمة ناقص الاهلية الا من تاريخ تصديق المجلس أو المحكمة (أنظر بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ نبذة ١٧٠) .
وقد أخذت بذلك محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٢ مايو ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ — ١١٠٦ — ١٥٠ .

(٢) وكذلك أيضا بيع الفضولى أو شراؤه ، فانه يقع موقوفا على اجازة من حصل البيع أو الشراء لحسابه . فاذا اشترت والدة لابنها عقارا فان هذا الشراء يتوقف على اجازة الابن ان كان كامل الاهليةوالا فعلى اجازة وليه أو اجازة المحكمة . غير أنه اذا اشترت الوالدة العقار لابنها من مالها الخاص فان هذا الشراء لانه ينطوى على منفعة محضة للولد بغرض فيه أجازة الولد أوالولى أو المحكمة،فينج أثارة طالما لم يصدر من الوالداومن وليهأو من المحكمة ما يفيد رفض الاجازة . وتطبيقا لذلك قضت محكمة الوايلى الجزئية بانه ليس من مانع قانونى أن تقبل أم أن تشترى لولدها القاصر ومن مالها الخاص — لامن ماله هو — عقارا من والد هذا القاصر الذى له الولاية عليه . ومثل هذا التعاقد سحيح تتوافر فيه شروط البيع كاملة ، ففيه رضاء المتعاقدين ، أحدهما بالبيع والثانى بالشراء ، واتفاقهما على المبيع وثمنه (الوايلى الجزئية ٢٩ مارس ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ٦٧٠ — ٢٣٤) . وفى هذا المعنى أيضا استئناف مصر ١٧ ابريل ١٩٢٨ المحاماة ٨ — ٩١٧ — ٥٥٦ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

حدود الولاية المخولة له ، فيكون جزاؤه اعتبار العقد موقوفا على اجازته ممن يملك ذلك (١) .

فالقائلون ببطلان العقد في هذه الحالة بطلانا نسبيا يجرون عليه قواعد هذا النوع من البطلان ، ويعتبرون أن الحق في التمسك بهذا البطلان يزول بالتنازل او الاجازة وبالتقادم . ويتعين في هذا القول أن تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت العقد لا ثلاث سنوات فقط ؛ لان هذه المدة الاخيرة يجب أن يكون لها مبدأ غير وقت ابرام العقد ؛ ولأن القانون لم ينص على مبدأ آخر للتقادم في هذه الحالة .

اما في تكييفنا العقد بأنه موقوف ، فلأن العقد لا ينتج آثارا ما قبل اجازته ، لا يكون ثمة محل للحق في ابطاله ولا لتقادم هذا الحق ، وانما يكون هناك محل فقط لاجازته ممن يملك ذلك حتى ينتج آثاره .

الفرع الثالث

اثبات البيع

١٤٨ مكرر — احالة الى القواعد العامة في الاثبات — لم يخص المشرع عقد البيع بقواعد خاصة باثباته ، فيخضع هذا العقد لحكم القواعد العامة في الاثبات (المادة ٦٠ وما بعدها من قانون الاثبات) ، وهي تقضي بوجود اثباته بالكتابة اذا جاوزت قيمة المبيع عشرين جنيها ما لم يوجد احد المسوغات التي تجيز الاثبات بالبينة والقرائن فيما يجب اصلا اثباته بالكتابة وهي وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو وجود مانع مادي أو ادبي يحول دون الحصول على كتابي أو فقد الدائن سنده الكتابي بسبب اجنبي لا يد له فيه أو احتيال على القانون(٢) .

---

(١) راجع ما تقدم في نبذة ٦٢ ونبذة ١١٨ ونبذة ١٤٥ .

(٢) انظر في ذلك كتابنا في الاثبات الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ ص ٤٠٥ نبذة ٢٢٠ وما بعدها وكتابنا في تقييد الادلة واطلاقها (نشر معهد الدراسات العربية ص ١٢٩ وما بعدها . . وانظر مثالا لما يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز اثبات البيع بالبينة والقرائن في نقض مدني ٥ ديسمبر ١٩٤٠ فهرس احكام النقض في ٢٥ سنة ص ٤٤ نبذة ١٥٢ وقد جاء فيه أن الايصال المعطى من البائع لمن استرد منه عقد المبيع الذي كان قد أودعه اياه يجوز للمشتري أن يعتمد عليه في اثبات حصول البيع له متى كان قد حصل عليه برضاء المودع لديه .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الباب الثانى

آثار عقـد البيع

١٤٩ ـ نشوء الزامات فى ذمة كل من البائع والمشترى ـ تقدم ان البيع ـ بحسب تعريفه ـ عقد ملزم للجانبين ، فهو يلزم البائع بنقـل ملكية المبيع فى مقابل التزام المشترى بدفع الثمن . وهو فوق ذلك يلزم كلا من البائع والمشترى بالتزامات أخرى نص عليهـا التقنين المدنى فى المواد ٤٢٨ وما بعدها .

فالبائع يلتزم بنقل ملكية المبيـع الى المشترى ، وبتسليمه اياه . وبضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية .

والمشترى يلتزم بدفع الثمن وبدفع مصاريف عقد البيع وبتسـلم المبيع .

وسنتناول التزامات البائع فى فصل أول والتزامـات المشترى فى الفصل الثانى .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الاول

التزامات البائع

المبحث الاول

الالتزام بنقل ملكية المبيع

١٥٠ ـ من مستلزمات البيع فى القانون الحديث انشاء التزام بنقل ملكية المبيع ـ تقدم أن البيع لم يكن يترتب عليه فى القانون الرومانى نشوء التزام فى ذمة البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى ، وانه كان يقتصر على الزام البائع بتمكين المشترى من حيازة المبيع الحيازة الاصلية التى تثبت عادة للمالك ومن الانتفاع به انتفاعا هادئا ، وكان يجوز أن يتفق الطرفان فى العقد على أن يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى ، وحينئذ فقط كان يحق للمشترى أن يطالب البائع بأن يقوم بما يلزم من المراسيم أو الاجراءات لنقل ملكية المبيع اليه تنفيذا لذلك الالتزام(١) . فاذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق لم يمنع ذلك من اعتبار العقد بيعا بالرغم

---

(١) راجع ما تقدم فى نبذة ٩ . وكان تسليم المبيع الى المشترى traditio هو احد تلك الاجراءات التى يتم من طريقها نقل الملكية اليه ، وكان تسليما فعليا tradition réelle et effective ومع مرور الزمن غلب فى العمل الالتجاء الى هذا الطريق لنقل الملكية وهجرت الطرق الاخرى ، ثم جرى العمل على اختزال اجراء التسليم بالاكتفاء بتسليم حكمى tradition feinte بدلا من التسليم الفعلى ، فاكتفى مثلا بأن يشير البائع الى المبيع فى حضور المشترى وان يأذن له فى وضع يده عليه ، فيعتبر التسليم الناقل للملكية انه قد تم بمجرد ذلك ولو لم يضع المشترى يده فعلا على المبيع ، ويسمى ذلك تسليما باليد الطويلة traditio longa manu ثم أجيز اعتبار التسليم الناقل للملكية أنه قد تم بمجرد اتفاق البائع والمشترى على أن يستبقى الاول المبيع فى حيازته على ذمة الثانى ولحسابه ، وسمى هذا التسليم تسليما بتغيير سند الحيازة tradition par constitut possessoire كما أجيز اعتبار التسليم الناقل للملكية قد تم أيضا فى الحالة العكسية وهى الحالة التى يكون فيها المال المبيع من قبل البيع فى حيازة المشترى على أى وجه آخر كالاجارة أو العارية ، فكان يكفى حينئذ =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

من عدم الزامه البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى طالما انه كان يلزم البائع بتمكين المشترى من حيازة المبيع وبضمان انتفاعه به . أما اذا اتفق الطرفان على بقـــاء ملكية المعقود عليه لمالكه وعـــدم انتقالها منـــه الى الطرف الآخر ، فكان ذلك الاتفاق مانعا من اعتبار العقد بيعا . ولذلك قيل أن نشوء الالتزام بنقل ملكية المبيع كان يعد من طبيعة عقد البيع ولو أنه لم يكن من مستلزماته(١) .

اما فى القانون الحديث ، فقد صار الالتزام بنقـــل ملكية المبيع الى المشترى ليس من طبيعة البيع فحسب ، بل من مستلزماته ايضا ؛ بل صار القانون يعرف البيع بأنه « عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شيء أو حقا ماليا آخر ... » (المادة ٤١٨ مدنى) ، وقد تنـــاول التقنين المدنى عقد البيع فى الباب الخاص بالعقود الواردة على الملكية ، فكل عقد لا يترتب عليه نشوء التزام بنقـــل ملكية شيء أو اى حـــق مالى آخر متعاقد عليه لا يعتبر بيعا بل عقدا من نوع آخر مسمى أو غير مسمى حسب الاحوال .

نزول البائع عن حقـــه فى طلب رد ذلك المال اليه ، فيتم التسليم بتغيير سند حيـــازة المشترى من حائز على سبيل الاجارة أو العارية الى حائز على سبيل الملك ، وسمى ذلك بالتسليم باليد القصيرة traditio brevi manu .

واخذ القانون الفرنسى القديم عن القانون الرومانى فكرة انتقال ملكية المبيع الى المشـــترى بالتسليم الفعلى او بالتسليم الحكمى ، وانتهى فيـــه الامر مع الزمن الى الاكتفاء فى نقل ملكية المبيع بادراج نص فى عقد البيع على أن البائع قد تخلى عن المبيع أى انه رفع يده عنـــه s'est dessaisi وان المشترى قد تسلمه أى انه وضع يده عليه saisi وسمى هذا النص شرط التخليـــة والتســـليم clause de dessaisine-saisine ، وشاع ادراجه فى جميع عقود البيع حتى صـــار شرطا مألوفا ندر أن يخلو منـــه عقـــد clause de style وحمل ذلك واضعى التقنين المدنى الفرنسى على اعتبـــار هذا الشرط موجودا فى كل عقد بيع ورتبوا على ذلك اعتبار التسليم الناقـــل للملكية المبيع الى المشـــترى حاصلا بمجـــرد الاتفـــاق على عقد البيع ونصوا على ذلك فى المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى ، ومن هنـــا نشأت الفـــكرة الحديثة بأن البيع عقد ناقل للملكية بذاته (انظر فى ذلك بحثنا فى تبعة الهلاك فى القانونين الفرنسى والمصرى — باللغة الفرنسية — فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة سنة ١٩٣٦ ص ٣٢٢ وما بعدها من القسم الافرنجى ، وكتابنا الوجيز فى عقد البيع (باللغة الفرنسية) طبعة سنة ١٩٥٠ ص ٦٢ وما بعدها) .

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢٢٩ ص ٤٠٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وهذا القول صحيح على اطلاقه ويصدق على كافة انواع البيع ، وذلك خلافا للقول بأن البيع فى القانون الحديث ناقل للملك بذاته اذ أن هذا القول الاخير مقيد بنوع معين من البيع تشترط فيه شروط خاصة (راجع نبذة ٧٧) ولا يصدق على انواع البيع الاخرى التى لا تتوافر فيها هذه الشروط .

من ذلك يبين ان كل عقد بيع فى القانون الحديث لابد أن ينشىء التزاما فى ذمة البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى ، وان بعض البيوع يتم فيها تنفيذ هذا الالتزام بمجرد العقد وبقوة القانون وهى التى يصدق عليها انها ناقلة الملك بذاتها ، وأن البعض الآخر يقتضى قيام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى تنفيذا لالتزامه بذلك (١) ، وبالتالى يقتضى قيام البائع بالاعمال اللازمة لنقل الملكية (٢) ، كفرز المبيع المثلى واستيفاء المستندات والاجراءات التى تتطلبها مصلحة الشهر العقارى لتسجيل بيع العقار .

وليس يكفى ان نقرر ان كل عقد بيع لابد ان ينشىء فى ذمة البائع التزاما بنقل ملكية المبيع الى المشترى ، اذ المهم هو تحديد كيفية تنفيذ هذا الالتزام او طريقة تحقق انتقال الملكية من البائع الى المشترى

وفى هذا يختلف الامر بين ما اذا كان المبيع عقارا او منقولا ، وفى هذه الحالة الاخيرة بين ما اذا كان المنقول معينا بالذات او معينا بالنوع .

المبحث الثانى

نقل ملكية المنقول المعين بالذات

١٥١ - نصوص قانونية - بعد ان عرف القانون فى المادة ٤١٨ مدنى عقد البيع بأنه عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشترى ملكية شىء او حقا ماليا آخر ، كان ينبغى ان يبين فى المواد التالية أحكام هذا الالتزام كما فعل بالنسبة للالتزامات الاخرى التى تنشأ من عقد البيع ، ولكنه لم يذكر شيئا عنه اكتفاء بما أورده فى المواد ٩٣٢ وما بعدها بشأن كسب الملكية

---

(١) راجع ما تقدم نبذة ١٢ ونبذة ٩٠ .

(٢) قرب السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢٣٣ و ٢٣٥ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

من طريق العقد بوجه عام وفى المادتين ٢٠٤ و ٢٠٥ الخاصتين بأثر الالتزام بنقل الملكية أو اى حق عينى آخر .

فقد نص فى المادة ٩٣٢ على ان تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقا للمادة ٢٠٤ وذلك مع مراعاة النصوص الآتية ، وقرر فى المادة ٢٠٤ المشار اليها ان الالتزام بنقل الملكية او اى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

وواضح ان هذين النصين عامان ينطبقان على كل عقد ينشأ منه التزام بنقل ملكية شىء معين بالذات ، اى انهما ينطبقان على جميع العقود التى ترد على الملكية والتى نظمها المشرع فى الباب الاول من الكتاب الثانى الخاص بالعقود المسماة ، وفى مقدمتها عقد البيع .

ومؤدى تطبيق هذين النصين على الالتزام بنقل الملكية الناشىء من عقد البيع ان ملكية المبيع المعين بالذات تنتقل من البائع الى المشترى بقوة القانون ومن وقت الاتفاق على البيع ، فيصبح الالتزام المذكور منفذا قانونا من وقت نشوئه بشرط ان يكون البائع مالكا المبيع فى ذلك الوقت . ويتم انتقال الملكية بمجرد العقد سواء فيما بين العاقدين او بالنسبة الى الغير (١)

وتطبيقا لذلك اذا اشترى شخص حصانا معينا بذاته ، انتقلت اليه ملكية هذا الحصان بمجرد توافق الارادتين على البيع ، وصار الحصان ملكا لمشتريه ولو لم يتسلمه هذا او يدفع شيئا من ثمنه ، لان انتقال ملكية المبيع لا يتوقف على تسليمه الى المشترى ولا على قيام الاخير بدفع الثمن كله او بعضه . ويترتب على ذلك ان يكون للمشترى حق التصرف فى المبيع باعتباره مالكا اياه ولو قبل أن يتسلمه من البائع أو حتى قبل أن يدفع الى البائع ثمنه(٢) ، ويكون له ثمر المبيع ونماؤه،وعليه

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢٤١ - ٢٤٣ .

(٢) مع عدم الاخلال بامتياز البائع المضمون لوفاء باقى الثمن ، ومن باب أولى يحق له ان يطلب تسلم المبيع ما دام هذا كان مملوكا للبائع وقت البيع او آلت اليه ملكيته بعد البيع ولم يكن لاحد حق عينى عليه (نقض مدنى ٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ فى الطعن رقم ١٦٤ سنة ١٩ ق . مجموعة احكام النقض ٣-١٧٩-٣٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

تكاليفه من وقت العقد باعتبار كل ذلك متفرعا على الملكية التى انتقلت اليه بمجرد العقد ، ويصبح لدائنى المشترى أن يوقعوا الحجز على الحصان المبيع اليه تحت يد بائعه قبل أن يسلمه هذا اليه ولا يكون حينئذ للبائع أن يعارض فى الحجز أو يرفع دعوى الاسترداد بمقولة أن المشترى لم يدفع الثمن أو لم يتسلم المبيع . واذا أفلس البائع قبل تسليم المبيع ، يخرج المبيع من التفليسة ويختص به المشترى وحده باعتباره مالكا اياه ولا يشاركه فيه أحد من دائنى البائع (١) .

ويلاحظ ان نص المادة ٢٠٤ قد ورد فى صيغة مطلقة تشمل المنقول والعقار على حد سواء متى كان معينا بالذات . غير أنه اذ اشترط المشرع فى ختامه عدم الاخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل يكون فى الواقع قد جعل حكمه مقصورا على الالتزام بنقل حق عينى على منقول معين بالذات لأن القواعد المتعلقة بالتسجيل — وهى يتضمنها الآن قانون الشهر العقارى وقانون السجل العينى — تجعل الالتزام بنقل حق عينى أصلى على عقار يحتاج فى تنفيذه الى تسجيل التصرف المنشىء أو المقرر لهذا الالتزام (انظر ايضا نص المادة ٩٣٤ وما سيجىء فى نبذة ١٦٤ وما بعدها) .

ويسرى حكم انتقال ملكية المبيع المعين بالذات بمجرد العقد على المبيع المثلى فى البيع الجزاف vente en bloc حيث يصبح المثلى معينا بالذات بظروف الزمان والمكان التى تحدده وتفرزه عن غيره ، فتنتقل ملكيته الى المشترى بمجرد العقد مع كل ما يترتب على ذلك من آثار تقدم بيانها (٢) .

وقد يبدو الحكم الذى تقرره المادة ٢٠٤ غريبا من حيث أنه يجعل التزام البائع مثلا بنقل ملكية المبيع المعين بالذات ينشأ ويتم تنفيذه — او بعبارة اخرى ينشأ وينقضى — فى لحظة واحدة ومع ذلك يتخلف عن انقضائه

وقد جاء فيه ايضا أنه اذا ضمن ابن البائع للمشترى نقل ملكية العين التى اشتراها من والده ولو من تكليفه هو ، ثم تملك الضامن هذه العين بعقد مسجل حرر له من والده ، فانه يكون للمشترى أن يطالب الضامن بهذه العين ولو كان يزاحمه فيها مشتر آخر من الضامن ، ما دام انه كان اسبق منه فى تسجيل صحيفة دعوى صحة ونفاذ عقده ، لان هذا التسجيل من شأنه — اذا ما صدر الحكم بصحة التعاقد واشر به على هامش تسجيل العريضة وفقا للقانون — ان يحتج به على كل من تلقى حقا عينيا على نفس العين من أى ممن رفعت عليهم هذه الدعوى .

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢٣٩ .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢٤٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

من وقت نشوئه اثر فى غاية الاهمية هو انتقال ملكية المبيع من البائع الى المشترى . غير أن هذا الذى يبدو غريبا يفسره ما تقدم فى نبذة ٩ ومابعدها وفى نبذة ١٥٠ وما بعدها عن تاريخ عقد البيع وتطور طريقة نقل الملكية بموجبه ، ذلك التطور الذى انتهى بأن يصبح عقد البيع - فى الغالب الاعم - عقدا ناقلا الملك بذاته بحيث لا يظهر فيه اثر لنشوء التزام بنقل الملكية يحتاج الى تنفيذ الا فى احوال خاصة تعتبر استثناء من الاصل(١) .

١٥٢ - شروط تطبيق قاعدة انتقال ملكية المبيع بمجرد العقد - يبين من نص المادة ٢٠٤ ذاته انه يتطلب شرطين اساسيين لانطباق حكمه هما ان يكون المبيع معينا بذاته وان يكون مملوكا للبائع،وهناك شرط اولى يقتضيه توافر الشرطين المذكورين وهو أن يكون المبيع موجودا وقت العقد لانه اذا لم يكن كذلك تعذر ان يكون معينا بذاته ومملوكا للبائع .

---

(١) راجع بوجه خاص ما تقدم فى نبذة ٦٢ ص ١٥ والهامش ١ وفى نبذة ١٥٠ هامش ص ٢٥٥ ، وقرب السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢٣٤ وما نقله عن بونكاز من قوله انه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية وينقضى بمجرد أن ينشأ ، ويكفى للوصول الى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذى رتب الاثر . وفى هذا المعنى مازو فى المسئولية المدنية جـ ١ نبذة ٩٦ هامش ١ رابو Rabut رسالة دكتوراه عن الخطأ فى القانون الخاص ص ٧١ نبذة ٥٥ .

وانظر أيضا مقال الاستاذ عبد المجيد الحكيم فى مجلة القضاء العراقية العدد الثانى من سنة ١٩٦٦ حيث تساءل عما اذا كان يمكن أن يوجد التزام بنقل الملكية وهل يمكن ان يكون للالتزام اثر ، ثم قال : « ما الالتزام الا اثر لمصدره ، ومصادر الالتزام متعددة ، احدها العقد . والعقد هو الذى ينشىء الالتزام ويوجب تنفيذه . والذى ينقل الملكية انما هو العقد ، فلا يبقى بعدئذ معنى لقولنا بأن الالتزام بنقل الملكية ينقل الملكية . اما الالتزام الذى ينشأ عن عقد البيع ، فهو التزام بتسليم المبيع . فاذا كانت الملكية تنتقل بالعقد ذاته ، فأين هو هذا الالتزام بنقل الملكية ؟ أن تعبير الالتزام بنقل الملكية يفيد وجود فترة من الزمن بين نشوء العقد وانتقال الملكية ، تماما كالذى كان عليه الحال فى القانون الرومانى فى مراحله الاولى . وهذا ما لا يمكن الاخذ به فى القوانين التى تأخذ بمبدأ الرضائية فى العقود . ان وجود هذا الالتزام لا يمكن تصوره ، لما تقدم من انتقال الملكية بالعقد ونشوء الالتزام على عاتق البائع بتسليم المبيع » .

ويلاحظ على هذا القول انه يصدق تماما على الحالة التى نصت عليها المادة ٢٠٤ مدنى مصرى وهى حالة الالتزام بنقل ملكية منقول معين بالذات يملكه الملتزم ، ولكنه لا يصدق على ما عداها من حالات كحالة الالتزام بنقل ملكية مال مستقبل او مال عقارى أو منقول غير معين بذاته أو منقول معين بذاته وغير مملوك للملتزم وقت نشوء الالتزام . ففى كل هذه الحالات لا نزاع فى أن العقد ينشىء الالتزام بنقل الملكية وأن هذا الالتزام لا ينقل الملكية بذاته من وقت العقد وانما يحتاج فيه نقل الملكية الى قيام الملتزم بالاعمال اللازمة لتنفيذ التزامه ، وهذا هو الحكم المستفاد بمفهوم المخالفة من نص المادة ٢٠٤ مدنى المشار اليه .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويؤخذ من نفس وضع المادة ٢٠٤ فى الباب الثانى الخاص بآثار الالتزام غير الموصوف وفى الفصل الاول منه المتعلق باستحقاق التنفيذ العينى وطريقة حصوله انه يفترض أن الالتزام غير معلق على اجل او شرط اى انه مستحق الاداء ، ويعتبر ذلك شرطا رابعا لانطباق النص . وكذلك يفترض هذا النص ايضا عدم اشتراط القانون اى شرط آخر لنقل ملكية نوع معين من المنقولات .

وبناء على ذلك تكون شروط تطبيق قاعدة انتقال الملكية بمجرد عقد البيع خمسة ، هى :

١ — ان يكون المبيع موجودا وقت العقد لانه اذا كان محتمل الوجود مستقبلا كما فى بيع محصول مستقبل او سلعة يراد صنعها ، فانه لا يكون بعد صالحا لان يرد عليه حق ملكية لا للبائع ولا للمشترى ، فلا يتصور ان تنطبق عليه القاعدة . فبيع المحصول المقبل لا يجعل المشترى مالكا هذا المحصول ، بل يجعله فقط دائنا به للبائع . فاذا ما تحقق وجود المحصول فى وقت ما بعد البيع صار المشترى مالكا اياه ابتداء من هذا الوقت فقط لزوال المانع من نشوء حق الملكية وهو عدم وجود الشىء وبشرط توافر الشروط الاخرى الواردة فيما بعد .

٢ — ان يكون المبيع معينا بالذات وفقا لما تقدم فى نبذة ٧٧ وما بعدها ، وهذا الشرط تقتضيه — فوق نص المادة ٢٠٤ عليه — طبيعة الاشياء ، لان الملكية — باعتبارها حقا عينيا — لا يمكن ورودها الا على شىء معين بالذات . فلا تستطيع ارادة العاقدين وحدها أن تحقق اثرا تأبى طبيعته القانونية تحققه دون توافر شروطه . فاذا ورد البيع على مائة اردب من القمح مثلا غيرمعينة الا بنوعها ومقدارها ، كان عدم تعيين القمح المبيع بذاته مانعا من انتقال ملكيته بمجرد عقد البيع ولو نص فى العقد صراحة على ان يصبح المشترى مالكا القدر المبيع من وقت العقد .

على ان الاشياء المثلية التى يعتبر الاصل فيها أن تعين لا بذاتها بل ببيان نوعها ومقدارها يسرى عليها حكم المادة ٢٠٤ من حيث انتقال ملكيتها بمجرد العقد اذا عينت بظروف من الزمان او المكان تميزها عن غيرها ، كما فى بيع الثمار الموجودة فى سلة معينة او القطن الناتج من ارض محدودة فى موسم معين . ويستوى فى ذلك أن يكون الثمن محددا لها جملة او محددا بسعر الوحدة . ويسمى البيع فى الحالتين بيعا جزافا vente en bloc ويميزه عن البيع العادى للمثليات أن محله يكون معينا لا بعدده او وزنه

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

او كيله او قياسه ، بل بظروف من الزمان والمكان تفرزه عن بقية جنسه وتحدده تحديدا ذاتيا . هذا ولو تم البيع بسعر الوحدة وكان تعيين ثمن المبيع كله يقتضى عد آحاده او وزنه او كيله او قياسه ، لان ما يلزم لتعيين الثمن فى هذه الحالة غير لازم لتعيين المبيع ذاته ، فلا يتوقف عليه انتقال ملكية المبيع . وقد نصت المادة ٤٢٩ على انه « اذا كان البيع جزافا ، انتقلت الملكية الى المشترى على النحو الذى تنتقل به فى الشىء المعين بالذات . ويكون البيع جزافا ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع » .

ويسرى هذا الحكم ايضا ولو اقتصر البيع على حصة شائعة من الشىء المعين جزافا كبيع نصف القطن الناتج هذا العام من الفدان الفلانى . اما اذا ورد البيع على ثلاثة قناطير مثلا من هذا القطن ، فانه لا يعد بيعا جزافا ولا يأخذ حكم بيع المعين بالذات ، بل يسرى عليه حكم بيع المعين بنوعه ومقداره .

ويسرى ذلك ايضا على بيع الاشياء المستقبلة ، حيث ان انتقال ملكيتها بمجرد تحقق وجودها يفترض كونها معينة بذاتها منذ وجودها ، كما فى بيع شىء تعهد البائع بصنعه خصيصا للمشترى كثوب او حذاء او تمثال او صورة ، وفى بيع محصول ارض معينة فى موسم بذاته . اما اذا ورد البيع على اشياء مستقبلة معينة بنوعها فقط ، فلا تنتقل ملكيتها بمجرد وجودها ، وانما لابد فى ذلك من فرزها ، اى من تعيينها بالذات ، كما فى بيع عشرة قناطير من محصول القطن المقبل ، ولو عينت الارض التى سينتج منها ذلك المحصول ، فلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد ظهور المحصول ، بل بعد فرز القناطير العشرة من ذلك المحصول وتعيينها بالذات (١) .

وكذلك اذا كان محل البيع تخييريا ، اى احد شيئين او احد اشياء عدة ، فلانه لا يصبح معينا بالذات الا عندما يعمل صاحب الخيار خياره ، فان انتقال ملكية المبيع يتراخى الى ذلك الحين (٢) .

(٣) وان يكون المبيع مملوكا للبائع وقت البيع ، لانه اذا لم يكن كذلك استحال انتقال ملكيته من البائع الى المشترى فور العقد . لان فاقد الشىء لا يعطيه ولان الملتزم لا يستطيع أن يدلى الى غيره بما لا يملك

---

(١) انظر السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٤١٨ هامش ١ ، انور سلطان نبذة ١٦٠ ، البدراوى نبذة ١٣٥ ، بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ نبذة ١١ ، بيدان جـ ١١ نبذة ١٦٧ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ نبذة ١٠ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

Nemo plus juris . وقد تقدم فى نبذة ٨٨ وما بعدها ان بيع ملك الغير عاجز لهذا السبب ذاته عن أن ينقل ملكية المبيع الى المشترى وانه لذلك يكون قابلا للابطال الى ان يكسب البائع ملكية المبيع فتنتقل منه الى المشترى أو يقر المالك البيع فيترتب على اقراره انتقال الملكية الى المشترى (١) .

(٤) وأن يكون التزام البائع بنقل ملكية المبيع التزاما باتا منجزا اى غير معلق على شرط ولا مضافا الى اجل ، والا فانه يكون مما يخالف قصد العاقدين انتقال ملكية المبيع الى المشترى من وقت العقد ، ذلك ان قاعدة انتقال ملكية المبيع المعين بالذات بمجرد العقد — أو اعتبار بيع المنقول المعين بالذات ناقلا الملك بمجرد ابرامه — لا تتعلق بالنظام العام ولا تنفى امكان الاتفاق على تعليق البيع كله على شرط أو على جعل تنفيذ الالتزام بنقل ملكية المبيع مضافا الى أجل أو معلقا على شرط ، وقد تقدم ان البيع بشرط التجربة تتوقف آثاره على نتيجة التجربة (٢) ، وان الايجار الذى يقصد به البيع Location-vente لا ينقل ملكية المبيع المعين بالذات الا بعد ان يتحقق شرط وفاء جميع اقساط الثمن فى آجالها (٣) ، كما انه لا مانع من أن يشترط البائع فى عقد البيع اجلا لتنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع ، فتبقى له الملكية ولا تنتقل منه الى المشترى حتى يحل الاجل المذكور (٤).

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك ما سيجىء فى القسم الثانى من هذا الكتاب نبذة ٢٩٧ .

(٢) راجع ما تقدم فى نبذة ٣٩ .

(٣) راجع ما تقدم فى نبذة ٢٣ .

(٤) يرى الاستاذ السنهورى أنه لا يصح اضافة الالتزام بنقل الملكية الى اجل ، لان حق الملكية حق دائم تستعصى طبيعته على التوقيت ، والاجل توقيت فلا يجوز أن تقترن به الملكية ، ويقول « فاذا اتفق البائع مع المشترى مثلا على الا تنتقل اليه ملكية الدار المبيعة الا بعد سنة ينتفع فيها البائع بسكنى الدار ، وجب تفسير قصد المتبايعين بأن البائع اشترط الاحتفاظ بحق الانتفاع بالدار مدة السنة . أما الرقبة فتنتقل الى المشترى دون انتظار انقضاء السنة . وهذا التفسير يفى بجميع الاغراض التى قصد اليها المتبايعان، فقد احتفظ البائع بحقه فى سكنى الدار سنة ، وانتقلت الملكية فى الرقبة دون المنفعة الى المشترى قبل انقضاء السنة . واذا قلنا بغير ذلك ، وقررنا أن البائع يحتفظ بالملكية كاملة، انتفاعا ورقبة ، مدة السنة ، فهل يزيد حقه بذلك شيئا ؟ الواقع أنه يكون فى نفس الوضع الذى احتفظ فيه لنفسه بحق الانتفاع فقط ، فهذا الحق وحده هو الذى يستطيع أن يستغله وأن يتصرف فيه . أما ملكية الرقبة لمدة سنة فلا يفيده شيئا ، ولا تجدى ملكية الرقبة الا اذا كانت دائمة » (السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٤٢٠ هامش ١) . ونحن مع تسليمنا بأن الملكية حق دائم تستعصى طبيعته على التوقيت نفرق بين الحق العينى ،

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

(٥) وان لا يكون في القانون نص على ان شيئا معينا لا تنتقل ملكيته بمجرد العقد كالنص الوارد في المادة ٣ من القانون التجاري البحري القاضي بان ملكية السفن لا تنتقل بين المتعاقدين انفسهم الا بموجب عقد رسمي.

١٥٣ ـ مساوىء هذه القاعدة بالنسبة الى الغير ومتى توافرت هذه الشروط انطبقت القاعدة وترتب عليها انتقال ملكية المبيع من البائع الى المشتري بمجرد انعقاد البيع . ويتم هذا الانتقال سواء فيما بين العاقدين او بالنسبة الى الغير .

غير انه يلاحظ انه اذا كان من شأن ذلك ان يحقق ما يقتضيه التعامل في العصر الحديث من يسر وسرعة ، فان من شأنه ايضا أن يخل بما ينبغي للتعامل من ثقة واستقرار .

فاذا اتفق تاجر مع مشتر على أن يبيعه ساعة معينة ، انتقلت ملكية هذه الساعة الى المشتري بمجرد الاتفاق ودون حاجة الى حصول التسليم. غير انه اذا بقيت الساعة المبيعة في حيازة البائع وقتا ما لاى سبب من الاسباب استطاع هذا ان يبيعها مرة ثانية الى مشتر آخر لان وجودها في حيازته من شأنه ان يبعث في نفس المشتري الثاني الاعتقاد بأنها مملوكة له وبانه قادر على بيعها اليه وتمليكه اياها . ولكن متى ظهرت الحقيقة وهي ان التاجر سبق أن باع الساعة ذاتها الى مشتر أول ، اتضح أن ملكيتها لم تكن له وقت البيع الثاني وترتب على ذلك عدم انتقال الملكية الى المشتري الثاني سواء أكانت الساعة المبيعة قد سلمت اليه أم لم تكن .

حق الملكية ذاته الذى لا يجوز توقيته ، وبين الالتزام بنقل الملكية الذى هو بطبيعته كسائر الالتزامات قيد طارىء على الذمة ، له بداية ونهاية ، ومصيره حتما الى الزوال ، وبالتالى لا تستعصي طبيعته على التوقيت ولا تأبى اضافته الى أجل ، فلا مانع يمنع البائع من أن يشترط لنفسه أجلا لتنفيذ التزامه بنقل الملكية ، وقد يكون ذلك لا لاحتفاظه بمنفعة المبيع خلال الاجل ، بل لمجرد افساح الوقت له لاتخاذ الاجراءات اللازمة لنقل الملكية اذا كان يرى أن هذه الاجراءات تحتاج منه الى وقت وحتى يتفادى أن يطالبه المشترى قبل مضى الوقت الكافى بنقل الملكية اليه ولكى يدرأ عن نفسه مغبة التقصير فى الوفاء بالتزامه اذا لم يستطع الوفاء به قبل انقضاء الوقت الذى يقدره لذلك

ونرى أن هذا التصوير أقرب الى قصد العاقدين من القول بأن اضافة الالتزام بنقل الملكية الى اجل يفسر بانه احتفاظ للبائع بمنفعة المبيع مدة الاجل مع نقل ملكية الرقبة فورا ، اذ أن هذا التفسير ان طابق قصد العاقدين فى بعض الحالات فانه لا يطابقه فى حالات كثيرة ، بل يندر أن تتجه ارادة الطرفين الى ما يذهب اليه .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وظاهر أن هذه النتيجة تجعل كل مشتر ليس فى امكانه أن يطمئن الى أن ما يشتريه من منقول معين لم يسبق للبائع بيعه الى آخر اى أن البائع اليه لا يزال مالكا ما يبيع وقادرا على نقل ملكيته اليه ولا سيما أن الغالب فى المنقولات انها لا ترتبط بمقر ثابت يمكن الاعتماد عليه فى تنظيم شهر التصرفات الخاصة بها كما يمكن ذلك بالنسبة الى العقارات . ولا شك فى أن هذا الاخلال بالثقة الواجب توافرها فى التعامل يلحق بالتجارة وبالمعاملات ابلغ الضرر ، وأن الامر يقتضى من هذه الناحية علاجا شاملا .

١٥٤ ـ علاج هذا العيب من طريق قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » ـ لم يغب عن فقهاء القرنين السابع عشر والثامن عشر عندما ذكروا فى الاستغناء عن ذكر شرط التخلية فى العقود وافتراض وجوده فيها جميعا وتقرير انتقال الملكية بمجرد العقد ما يترتب على الاخذ بهذه القاعدة الجديدة من اخلال بالثقة الواجبة فى التعامل ، فلجأوا فى علاج ذلك الى قاعدة استمدوها من قضاء المحاكم وهى تقضى بأن الحيازة فى المنقول مع السبب الصحيح وحسن النية تكون سندا للملكية ، وأوجزوا هذه القاعدة بقولهم أن الحيازة فى المنقول سند الملكية En fait de meubles, possession vaut titre ومؤداها أن من يشترى منقولا معينا من غير مالكه ويتسلمه منه بحسن نية يصير مالكا اياه بالرغم من أن البائع اليه لم يكن مالكا . فوفرت هذه القاعدة الحماية اللازمة للمشترى الثانى ، وأوجدت الثقة لدى كل من يريد التعامل فى منقول ، وتضاءل بذلك عيب القاعدة السابقة القاضية بانتقال الملكية بمجرد الاتفاق ، اذ صار الانتقال الذى يتم بمقتضى هذه القاعدة لا يضر بمصلحة من يتعامل بعد ذلك مع حائز المنقول ذاته ويتسلمه منه بحسن نية .

وقد نص التقنين الفرنسى على هذه القاعدة فى المادة ٢٢٧٩ منه ، ونص عليها التقنين المصرى الملغى فى المادة ٦٨/٤٦ منه والتقنين الحالى فى المادة ٩٧٦ فقرة اولى منه ، وهى تقضى بأن « من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله ، فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته » .

ويشترط لتطبيق هذه القاعدة أربعة شروط هى :

١ ـ أن يكون محل الالتزام نقل ملكية شىء مادى منقول أو اى حق

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

عينى على منقول مادى(١) ، ويلحق بالمنقول فى هذا الصدد السند لحامله(٢)، على الا يكون المنقول المذكور من ملحقات عقار متعهد بنقل ملكيته ؛ اذ فى هذه الحالة ينبع انتقال ملكية المنقول انتقال ملكية العقار ، كما اذا باع شخص منزلا بما فيه من اثاث وادعى آخر بأن المنزل والاثاث ملكه وطالب المشترى بهما قبل أن يتملكهما هذا بالتقادم المكسب ، فلا يجوز للمشترى أن يحتمى فيما يتعلق بالاثاث بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، وكذلك لا تسرى هذه القاعدة على الاموال العامة المنقولة كالآثار ولا على المنقولات التى ينظم انتقال ملكيتها نص خاص كالسفن البحرية (المادة ٣ من قانون التجارة البحرية) .

٢ - أن يكون وضع يد الحائز على هذا المنقول قد تم بقصد تملكه à titre de propriétaire وقد نصت المادة ٩٤٩ فقرة ثانية مدنى على انه « اذا اقترنت (الحيازة) باكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الاكراه أو اخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه امرها ، الا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب » . ويقول الشراح استنادا الى هذا النص ان الحيازة يجب أن تتم بطريقة خالية من الاكراه d'une façon paisible وان تكون ظاهرة publique (اى غير خفية non clandestine) وغير موجبة للبس non-équivoque . غير أن محل اشتراط هذه الصفات فى حيازة العقار هو حيث يتطلب القانون

---

(١) جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى على النص الذى أصبح المادة ٩٧٦ مدنى ان الحيازة لا تكسب ملكية المنقول فحسب ، بل هى أيضا تزيل التكاليف والقيود العينية التى تثقل المنقول . فلو وضع الحائز يده على منقول وهو مرهون رهن حيازة ، ملكه فى الحال خالصا من الرهن ، ذلك أن لحيازة المنقول أثرين لا اثرا واحدا ، اثرا مكسبا واثرا مسقطا ، فبمجرد توفرها تكسب الحائز الملكية وتسقط التكاليف . ومتى تبين هذان الاثران المتميزان أصبحنا فى غنى عن النظرية الفقهية التى تجعل الحيازة مكسبة لملكية جديدة متميزة عن الملكية القديمة ، فان هذا القول يصطدم مع ما هو معروف من أن الملكية حق دائم ، واصبح من الواضح أن الملكية هى هى لم تتغير ، وانها انتقلت بحكم الحيازة وانتقلت خالصة من التكاليف بحكم الحيازة أيضا .

(٢) الاصل أن قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية تسرى على المنقولات المادية دون الاموال المعنوية ، فهى لا تسرى على الحقوق الذهنية ولا على الحقوق الشخصية ، فلا تنتقل ملكية هذه الحقوق الا بالعقد بيعا كان او حوالة . غير أن السند لحامله ، لان حق الدائنية المقرر به يندمج فيه اندماجا تاما فيمكن اعتبار تسليم السند تسليما للحق ذاته ، أى نقلا لحيازته ، فيجوز أن تطبق عليه قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية (انظر شفيق شحاتة فى الاموال نبذة ٢١٤) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

لكسب الملكية من طريقها ان تستمر الحيازة مدة معينة . اما فى تطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول ، فان الحائز يكسب الملكية فورا دون حاجة الى ذلك بمجرد توافر الشرطين التاليين . حيث ينفى توافر حسن النية حصول الحيازة خلسة ويستبعدتوافر السبب الصحيح حصولها عنوة(١).

ويلاحظ ان المقصود بوضع اليد والحيازة فى هذا الصدد الحيازة الفعلية التى تكون فى الغالب نتيجة تسليم حقيقى (٢) livraison réelle et effective فلا يكفى فيها التسليم باليد الطويلة traditio longua manu ولا التسليم بتغيير صفة الحيازة constitut possessoire ولا مجرد الاعذار بالتسليم (٣) . (راجع ما تقدم فى نبذة ٩ وفى هامش ص ٢٥٥) .

فلو ترك المشترى المبيع تحت يد بائعه على سبيل الوديعة ، فانه لا يجوز له التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية (٤) ، وكذلك لو تسلم المشترى بوليصة الشحن ولم يتسلم البضائع المشحونة ، لان مجرد تسلم البوليصة لا يجعل للمشترى حيازة فعلية على البضائع .

---

(١) المرجع والموضع السابقين .

(٢) فى هذا المعنى نقض مدنى ٣٠ يناير ١٩٤٧ فهرس احكام النقض فى ٢٥ سنة ص٥٨٦ نبذة ١ وقد جاء فيه « ان الحيازة لا تعتبر سندا للملك فى المنقول ـ وفق ما هو مقرر فى المادتين ٦٠٧ و ٦٠٨ مدنى قديم ـ الا اذا كانت فعلية بنية التملك بريئة من شائبة الغموض واللبس . وهى لا تكون فعليه الا اذا ترتب عليها وجود الشىء المحجوز فى مكنة الحائز وتحت تصرفه . ولا تكون بنية التملك الا اذا كان الحائز اصيلا يحوز لنفسه لا لغيره ، ولا تكون بريئة من اللبس او الغموض الا حيث تخلص ليد واحدة لا تخالطها يد سواها مخالطة تثير الشك فى انفرادها بالتسلط على الشىء والتصرف فيه » .

وجاء فيه أيضا « ان حيازة مفتاح الخزانة هى حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلا فى اليد ، وليست بذاتها دليلا قاطعا على حيازة ما هو فى الخزانة ، وكون الشىء حاصلا فعلا فى حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذى يحصله قاضى الموضوع فى كل دعوى مما يتوافر فيها من دلائل . واذا كان القانون قد نص فى باب البيع على ان تسليم المنقولات المبيعة يصح ان يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها ، فان هذا النص لا يعنى ان كل من يحمل مفتاحا لخزانة يكون ولابد حائزا فعلا لمحتوياتها ، لان حمل المفتاح لا يلزم عنه حتما أن حامله مسلط على الخزانة مستأثر بالتصرف فى فراغها ، ومن ثم كانت العبرة فى كل دعوى بظروفها الواقعية ، فحيث تدل هذه الظروف على ان حامل مفتاح الخزانة كان متسلطا فعلا على ما فيها جاز اعتباره حائزا والا فلا » .

(٣) راجع ما تقدم فى نبذة ١٥٠ .

(٤) فى هذا المعنى شفيق شحاتة فى الاموال نبذة ٢١٥ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقد نصت المادة ٩٥٤ مدنى على انه اذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية فان الافضلية تكون لمن تسلم البضاعة . اما التسليم باليد القصيرة brevi manu ، فلانه يترك الشيء ماديا فى يد المتصرف اليه ، فانه يؤدى الى حيازة فعلية يمكن الاستناد اليها فى التمسك بالقاعدة المذكورة .

٣ - أن يكون واضع اليد حسن النية de bonne foi اى معتقدا وقت تسلمه الشيء انه تسلمه من مالكه (١) ، ولا يشترط أن يظل على هذا الاعتقاد بعد تسلم الشيء . فلو كشف بعد ذلك أن ما كان تسلمه كان مملوكا للغير ، فان ذلك لا يؤثر فى حقه الذى كسبه من طريق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية .

٤ - ان يكون وضع اليد على المنقول قد تم بناء على سبب صحيح juste titre اى بناء على عقد أو اى سند آخر يصلح لنقل الملكية لو انه كان صادرا من المالك، كعقد بيع صادر من غير مالك أو من مالك سابق بعد ان باع المنقول مرة اخرى ، ولا يعتبر العقد سببا صحيحا بهذا المعنى الا اذا كان خاليا من اى عيب يجعله باطلا أو قابلا للابطال غير صدوره من غير مالك . فلا يعتبر سببا صحيحا العقد الصورى ، ولا العقد الباطل لفقد احد اركانه ، ولا العقد الذى تقرر ابطاله بسبب عيب من عيوب الرضا .

وقد وضع المشرع لمصلحة الحائز قرينة تعفيه من اثبات توافر السبب الصحيح وحسن النية لديه حيث قرر فى المادة ٩٧٦ فقرة ثانية أن الحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على غير ذلك (٢) . ولكن يجب أن يلاحظ أنه ولو أن الحيازة وحدها تعتبر

---

(١) أنظر فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٣ مايو ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ - ٥٢٠ - ٥٥ . وقد قضى بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى حسن النية عن الراسى عليه المزاد فى بيع الاشياء المحجوز عليها ، فان النعى بحكم المادة ٩٧٦ مدنى لا يكون له محل.

(٢) أنظر تطبيقا لذلك فى نقض مدنى ٤ فبراير ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ - ٤٨٢ - ٧٣ ، وقد جاء فيه أنه لما كانت الحيازة فى المنقول دليلا على الملكية ، فان لها قرينة قانونية تقوم لمصلحة الحائز من مجرد حيازته للمنقول على وجود السبب الصحيح وحسن النية الا اذا ثبت عكس ذلك ، واذن فمتى كان الثابت أن المنقولات المتنازع عليها كانت فى حيازة زوجة الطاعن قبل وفاتها عن طريق الهبة وظلت فى منزل الزوجية الى أن وقع عليها الحجز من المطعون عليه الاول ، وكان الحكم المطعون فيه اذ قضى بعدم احقية الطاعن و نصيبه لهذه المنقولات أقام قضاءه على انها مملوكة للمطعون عليه الاول لانه شرط الاحتفاظ =

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

قرينة على كل من حسن النية والسبب الصحيح ، فان هذين الامـرين مستقلان متميزان أحدهما عن الآخر ولا تلازم بينهما . فيجوز اثبـات عكس أى منهما وحده . ويكفى اثبات سوء النية وحده او نفى السبب الصحيح وحده لعدم انطباق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية .

ومتى توافرت هذه الشروط الاربعة فى وضع اليد على المنقول اعتبر ذلك سندا لملكية واضع اليد يجوز للاخير أن يستند اليه فى دفع دعوى الاستحقاق التى ترفع عليه من المالك السابق (١) ، وهذا ما يحقق الثقـة والاستقرار فى التعامل .

ويلاحظ أن انتقال الملكية الى الحائز فى هذه الحالة لا يتم من طريق العقد ولا يكون نتيجة للالتزام بنقل الملكية الناشىء من هذا العقد ، لان هذا الالتزام لا يترتب عليـه انتقال الملكية طالما أن الملتزم ليس مالـكا . وانما يكسب الحائز الملكية عن طريق الحيازة بالشروط المتقدمة ويكون انتقال الملكية اليه لا من غير المالك الذى سلمه المنقول بل من المالك الذى لم يسلمه اياه ، اى أنها تنتقل اليه بقوة القانون دون ارادة المالك .

=

بملكيتها حتى يوفى اليه ثمنها كاملا وان له أن يستردها تحت يد كائن من كان دون أن يعتد بقرينة الحيازة التى ثبت توافرها لمورثة الطاعن قبل وفاتها ، فان هذا الحكم يكون قد خالف القانون » .

وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ٢٦ نوفمبر ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ - ١٤٨ - ٢٦ وقد جاء فيه أن ثبوت حيازة المال المودع وفقا للمادة ٦٠٨ مدنى قديم يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن النية الا اذا ثبت ما يخالف ذلك ، واذن فمتى كانت المطعون عليها الاولى قد تمسكت بقرينة الحيازة الدالة على ملكية القاصرين للمال المودع فى حسابهما بأحد البنوك ، فان عبء اثبات ما يخالف هذه القرينة يقع على عاتق من يدعى العكس ، ولا يغير من هذا الحكم ذكر المودع باسمه المال أن سبب تملكه لهذا المال هـو الهبة » . وجاء فيه أيضا أنه لا يكفى لنفى حيازة المال المودع الوقوف عند مناقشة اركان الهبة التى ذكر المودع باسمه المال انها سبب تملكه له ، بل يجب أن يكون النفى منصبا على أن حيازة المال وان انتقلت فى الظاهر الى من أودع باسمه ، فانها بقيت فى حقيقة الامر ووافعه لمودع المال الذى ظل مسيطرا عليه » .

(١) ويجوز لحائز المنقول التمسك بقرينة الحيازة المشار اليها فى أى حالة تكون عليها الدعوى ، ولو أمام محكمة الاحالة بعد نقض الحكم المطعون فيه متى كان لم يثبت نزوله عن التمسك بها صراحة أو ضمنا (نقض مدنى ٢٦ نوفمبر ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ - ١٨٤ - ٢٦ وقد جاء فيه أنه لا يستفاد هذا النزول من دفاع المطعون عليه السابق الذى طلب فيه رفض الدعوى وقال ان سبب ملكية القاصرين للمال المودع هو الايهاب من جانب المورث) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١٥٥ — تقييد قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية — ولان الغرض من هذه القاعدة حماية واضع اليد حسن النية من دعوى الاسترداد التى يرفعها عليه المالك ، ولان هذا الغرض انما يبرره قصد المشرع تدعيم التعامل وتحقيق الثقة والاستقرار فيه من جهة ، واعتبار واضع اليد بحسن نية اولى بالرعاية من المالك الذى ترك المنقول المملوك له فى يد غيره معرضا نفسه بذلك لخطر تصرف هذا الغير الى آخر حسن النية من جهة اخرى،رأى المشرع أن يحد من تطبيق هذه القاعدةبأن يستثنى منها الحالة التى يكون فيها المالك جديرا بالرعاية ، وهى الحالة التى يكون فيها المنقول قد فقد او سرق منه ، ثم تصرف فيه من وجده او من سرقه وسلمه الى شخص آخر حسن النية .

فالقاعدة بشروطها المتقدمة تحمى الحائز الاخير ضد دعوى المالك ، ولكن المشرع آثر فى حالة الضياع او السرقة حماية المالك ، فنص فى المادة ٩٧٧ فقرة اولى على انه « يجوز لمالك المنقول او السند لحامله اذا فقده او سرق منه ان يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة » .

وبناء على ذلك اذا توافرت شروط القاعدة المذكورة فى الحائز ،لم يحل ذلك دون ان يسترد المالك الاصلى ماله المنقول من تحت يد الحائز اذا اثبت ان هذا المال لم يخرج من حيازته الا من طريق الضياع او السرقة ، وبشرط أن يرفع دعوى الاسترداد فى ميعاد غايته ثلاث سنوات من تاريخ الضياع او السرقة . وتعتبر هذه المدة مدة سقوط لا مدة تقادم ، فلا يقف سريانها فى حق القاصر او المحجور عليه (١) .

ويلاحظ ان المالك يجب عليه فى هذه الحالة أن يثبت أولا سند ملكيته وفقا للقواعد العامة ، ولا يقبل منه الاثبات بالبينة حيث توجب هذه القواعد الاثبات بالكتابة ، كما يجب عليه ايضا ان يثبت الضياع او السرقة وتاريخه ، ويجوز له اثباتهما بكافة الطرق .

ومتى اثبت المالك ذلك كله ، كان هو اولى من الحائز بالرعاية وحكم له بالاسترداد ، بالرغم من توافر حسن نية الحائز (٢) .

---

(١) شفيق شحاتة فى الاموال نبذة ٢٢٢ .

(٢) نقض جنائى ١٨ ابريل ١٩٦١ مجموعة احكام النقض الجنائى ١٢ — ٤٦٨ — ٨٧ وقد جاء فيه أن الاصل ان المشرع جعل من الحيازة ذاتها سندا للملكية المنقولات وقرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ، وهو ما صرح به فى =

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ولان هذا الحكم استثناء وارد على قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، يقتصر تطبيقه على الحالتين المنصوص عليهما ، حالتى السرقة والضياع ، ولا يجوز ان يقاس عليهما غيرهما كحالة خيانة الامانة او حالة الغصب (١) .

غير أن بعض الظروف قد تجعل الحائز أولى بالرعاية من المالك كأن يكون قد اشترى المنقول بحسن نية فى سوق او مزاد علنى او اشتراه ممن يتجر فى مثله (٢) . فحينئذ يجعل المشرع لهذه الظروف وزنا ويشمل الحائز برعايته كما حاط المالك بحمايته ، فهو بعد أن خول المالك حق الاسترداد خلال ثلاث سنوات ، منح الحائز حسن النية الذى اشترى فى مثل هذه الظروف — الحق فى أن يقتضى من المالك طالب الاسترداد الثمن الذى بذله هو فى الحصول على المنقول ، وجعل له الحق فى أن يحبس المنقول عن مالكه حتى يوفيه هذا بالثمن المذكور (المادة ٩٧٧ فقرة ثانية) . ويقع على الحائز عبء اثبات شرائه المنقول فى سوق عام أو ممن يتجر فى مثله .

يتضح مما تقدم أن قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية وما يرد عليها من استثناء ومن تقييد للاستثناء انما يقوم كل ذلك على أساس الموازنة بين مركز كل من المالك الحقيقى وحائز المنقول وتقدير مدى ما يستحقه كل منهما من رعاية بحسب الظروف المحيطة به ، وحماية من يكون منهما أولى بالرعاية فى كل حالة . واذا كان هذا التنظيم فى

الفقرة الاخيرة من المادة ٩٧٦ مدنى . اما بالنسبة الى حالة الشىء المسروق أو الضائع فان الحكم يختلف اذ وازن الشارع بين مصلحة المالك الذى جرد من الحيازة على رغم ارادته وبين مصلحة الحائز الذى تلقى هذه الحيازة من السارق أو العاثر ، ورأى — فيما نص عليه فى المادة ٩٧٧ مدنى — أن مصلحة المالك أولى بالرعاية » .

(١) الاسكندرية الابتدائية المختلطة ٢٣ فبراير ١٩٢٩ المحاماة ١١ — ٧٧٠ — ٤٠٢ ، استئناف مختلط ١٠ يناير ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ٥٤٠ — ٢٧٥ .

(٢) قضت محكمة النقض بانه يشترط قانونا فى الشخص الذى يتجر فى مثل الشىء المسروق أو الضائع فى معنى المادة ٢/٩٧٧ مدنى أن يتجر فيه حقيقة ولا يكفى أن يظهر البائع بمظهر التاجر أو أن يعتقد المشترى أنه يتعامل مع تاجر . وتقدير الاحتراف بالتجارة أو الاتجار بمثل الشىء المسروق او الضائع مسألة يترك الفصل فيها الى محكمة الموضوع (نقض مدنى ١٨ ابريل ١٩٦١ المشار اليه فى الهامش السابق ، وايضا نقض جنائى ١١ يناير ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض الجنائية ٦ — ٤٠٤ — ١٣٤)

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مجموعه يستهدف كفالة الثقة والاستقرار فى التعـــامل ، فانه لا يهمل جانب العدالة .

ويلاحظ ان هذا التنظيم كله يفترض توافر جميع شروط قاعـدة الحيازه فى المنقول سند الملكيه ، فاذا تخلف اى من هذه الشروط ، كان يكون الحائز سيء النية او ليس لديه سبب صحيح ، فلا يتملك الحائز المنقول ويجوز لمالكه أن يسترده من الحـائز ولو فى غير حالتى الضياع والسرقة ودون تقيد بمدة الثلاث سنوات وفى غير الزام عليـه بأن يدفع للحائز ما قد يكون هذا بذله فى شراء المنقول من سوق عام أو ممن يتجر فى مثله .

المبحث الثالث

نقل ملكية المنقول المعين بالنوع

١٥٦ - المبيع المعين بالنوع لا تنتقل ملكيته الا بفـرزه - واذا كان المبيع منقولا معينا لا بذاته بل بنوعه ومقداره ، اى شـيئا من المثليات التى يختلط بعضها ببعض ويقوم بعضها مقام بعض ، فان ملكيته لا تنتقل من البائع الى المشترى بمجرد البيع ، وذلك لأن الملكية حـق عينى ولأن الحق العينى لا يرد الا على معين بالذات ، فيكون عدم تعيين الشيء المبيع بالذات مانعا من انتقال الملكية الى أن يتم التعيين بالذات فتنتقل الملكية بمجرد تمامه . والى أن يتم ذلك يكون المشترى صـاحب حق شخصى فحسب يقابل التزام البائع بنقل الملكية . وقد نصت المادة ٢٠٥ فقرة اولى مدنى على انه « اذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شيء لم يعـين الا بنوعه فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشيء » ، ونصت المادة ٩٣٣ فى باب كسب الملكية من طريق العقد على أن المنقـول الـذى لم يعين الا بنوعه لا تنتقل ملكيته الا بافرازه طبقا للمادة ٢٠٥ » . والافراز هو عزل المقدار المتعهد به عن بقية الصنف بحيث يصير هذا المقدار معينا بالذات ، وذلك باى طريقـة كانت سواء بوضـعه فى مكان معـين أو فى عبوءات معينة أو بوضع علامة خاصة عليه ، دون حاجة الى أن يقترن ذلك بتسليم هـذا المقدار الى الدائن ، وان كان الغالب ان يتم الفرز وقت التسليم وتمهيدا لحصوله . ولذلك كانت المادة ٣٣٨/٢٦٨ مدنى قـديم تنص على أن « لا تنتقل ملكية المبيع المعين نوعه فقط الا بتسليمه للمشترى » ، وقد اتفق الفقه والقضاء على ان الملكية تنتقل من وقت الفـرز وعلى أن هذا

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

النص انما ربطها بالتسليم جريا مع الغالب فقط من حصول الفرز عند التسليم . وهذا ما حدا واضع التقنين الحالى الى النص فى المادة ٢٠٥ على أن يكون انتقال الملكية فى المثليات بفرزها .

ويترتب على ربط انتقال ملكية المثليات بحصول فرزها ، أنه اذا باع شخص مائة قنطار من القطن الناتج من مزارعه أو الموجود فى شونه ، ثم أوقع آخر حجزا على كل ما يملكه البائع من قطن أو على بعضه ، فليس للمشترى أن يعارض الحاجز أو يطلب استرداد القدر المبيع اليه استنادا الى عقد شرائه ، لأن هذا العقد لم ينقل اليه ملكية القدر المبيع طالما أن هذا القدر لم يكن قد تم فرزه قبل الحجز (١) .

وكذلك اذا افلس البائع قبل فرز المبيع ، وقع الاخير فى التفليسة ولم يجز للمشترى أن يرفع دعوى استحقاق بشأنه (٢) .

ويلاحظ ما تقدم من انه اذا بيع المثلى جزافا ، فان ملكيته تنتقل بمجرد العقد دون حاجة الى فرز (٣) .

المبحث الرابع

نقل ملكية العقار المبيع

١٥٧ — تطور انتقال ملكية العقار فى القانون الحديث — تقدم ان مجرد الاتفاق اصبح فى القانون الحديث ينقل ملكية المبيع اذا كان منقولا معينا بالذات ، وانه ينقلها سواء فيما بين العاقدين أو بالنسبة الى الغير دون حاجة الى تسليم أو غيره ، خلافا لما كانت الحال عليه فى القانون الرومانى حيث كان انتقال الملكية يتوقف على اجراءات معينة — اهمها تسليم المبيع — كان من شأنها توفير شىء من العلنية فى انتقال الملكية . وتقدم أيضا أن قاعدة القانون الحديث المذكورة تجعل انتقال الملكية غير ظاهر امره للملأ ، فلا يستطيع الناس أن يتبينوا حقيقة ملكية البائع ، اذ قد يكون حائز الشىء المتعاقد عليه بالبيع سبق له بيعه فصار غير

---

(١) نقض فرنسى مدنى ٧ يناير ١٨٨٠ دالوز ١٨٨٠—١—١٢٩ استئناف مونبلييه ٢٩ يونيه ١٩٢٧ دالوز الاسبوعى ١٩٢٧ ص ٤٧٢ .

(٢) نقض فرنسى مدنى أول يولية ١٨٧٤ دالوز ١٨٧٦ — ١ — ٤٧٣ .

(٣) انظر نبذة ١٥١ فى نهايتها (أى ص ٢٥٩) ونبذة ١٥٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مالك اياه وبالتالى عاجزا عن أن ينقل ملكيته الى المشترى ، وقد يتم البيع من المالك الحقيقى وينقل ملكية المبيع الى المشترى دون أن يتسلمه هذا فلا يبدو أمام الناس مالكا ويظلون معتقدين أن البائع ما زال مالكا فيأبون التعامل فيه مع مشتريه — مع انه قد صار هو مالكه — ويؤثرون عليه التعامل مع البائع ولو انه لم يعد مالكا اياه . وقد رأينا ان المشرع عالج هذا العيب الناشىء من عدم العلنية فى انتقال المنقول بتشريعه قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » .

اما فيما يتعلق بنقل ملكية العقار ، فقد اتبع المشرع الحديث اول الامر قاعدة انتقال الملكية بمجرد العقد (المادة ١١٣٨ فرنسى) ولم يستطع ان يقرنها بالعلاج الذى عالج به عيبها فيما يتعلق بانتقال ملكية المنقول لأن قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » مقصورة بطبيعتها وبحسب منطوقها على المنقول دون العقار . فلما تبدت عيوب القاعدة الاولى فيما يتعلق بانتقال ملكية العقار وعمت الشكوى منها ، اضطر المشرع الفرنسى الى علاجها من طريق اصداره قانون ٢٣ مارس ١٨٥٥ الخاص بالتسجيل والذى قرر بموجبه أن ملكية العقار — ولو أنها تنتقل فيما بين العاقدين بمجرد العقد — لا يكون انتقالها معتبرا بالنسبة الى الغير الا من وقت تسجيل العقد فى مكتب التسجيل الذى يقع فى دائرته العقار المبيع (١) .

وكانت طبيعة العقار — اى كونه مستقرا بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف — هى التى سمحت باتباع هذا العلاج فى شأنه وحده دون المنقول ، لأن العقار بحكم ثباته فى جهة معينة يمكن ربطه بمكتب ينشأ فى هذه الجهة وترصد فيه جميع التصرفات المتعلقة به ويستطيع الناس أن يطلعوا عليها فيه فيعرفون من آلت اليه ملكية عقار معين بالذات من طريق التصرفات التى سجلت بشأنه .

وقد حذا المشرع المصرى حذو المشرع الفرنسى فى ذلك عند وضعه القانون المدنى القديم ، فبعد ان قرر فى المادة ٦٧/٤٥ منه ان الملكية

---

(١) انظر Baffaulie (J.). L'évolution des effets de la transcription hypothécaire, thèse, Paris, 1946.
Beurville (J.), Limites à la portée de la transcripton en droit français. thèse, Paris, 1950.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

تنتقل بمجرد الاتفاق سواء كان المال منقولا أو ثابتا (أى عقارا) ، استدرك فى المادة ٦٩/٤٧ فقال : « أما الاموال الثابتة ، فالملكية والحقوق العينية فيها لا تثبت بالنسبة لغير المتعاقدين الا اذا صار تسجيلها على الوجه المبين فى القانون » .

وبناء على ذلك كانت الملكية تنتقل من البائع الى المشترى بمجرد العقد ولكن لا يجوز للمشترى أن يحتج بها على الغير (كدائن مرتهن أو مشتر ثان) الا اذا سجل عقده . فان لم يسجل اعتبر مالكا بالنسبة الى البائع اليه وغير مالك بالنسبة الى الغير الذين كسبوا على العقار حقا عينيا مسجلا .

فكان هذا النظام الذى يعتبر فيه الشخص الواحد مالكا وغير مالك فى الوقت ذاته مثار اشكالات كثيرة ، ولذلك قضى عليه المشرع المصرى بقانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ اذ الغى المادة ٦٩/٤٧ المذكورة ونص فى المادة الاولى منه على أن الملكية وسائر الحقوق العينية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم ، الا بالتسجيل .

وبذلك أصبح انتقال الملكية فى العقار مختلفا كل الاختلاف عنه فى المنقول ، وصارت قاعدة انتقال الملكية بمجرد الاتفاق مقصورة على المنقول دون العقار ، وأصبح الالتزام بنقل ملكية عقار عندما ينشأ من العقد لا يتم بقوة القانون ، بل يحتاج الى تنفيذ ، ويكون تنفيذه بالقيام بالاجراءات اللازمة لحصول التسجيل ، وهذه الاجراءات تتلخص فى كتابة العقد على ورق من نوع خاص تضعه الدولة تحت تصرف المتعاقدين ، ثم التأشير على هذا العقد من مصلحة الشهر العقارى بصلاحيته للشهر ، والتوقيع عليه أمام موثق أو موظف مختص بالتصديق على الامضاءات ، ثم تقديم هذا العقد للتسجيل ، وتسجيله فعلا .

ويجب على المدين بهذا الالتزام أن يعاون الدائن فيما لا يستطيع هذا أن ينفرد به من هذه الاجراءات كتقديم مستندات الملكية والتوقيع على العقد أمام الموثق ، فان قام بذلك يكون قد وفى بالتزامه اختيارا ، وان لم يقم به يكون ممتنعا ويجوز للدائن أن يلجأ الى التنفيذ القهرى .

وقد اخذ المشرع الفرنسى بهذا النظام فى قانون صدر سنة ١٩٣٥ ثم استبدل المشرع المصرى بقانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ القانون

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى وهو لم يغير فى هذا الصدد شيئا ، ثم صدر التقنين المدنى الحالى مشتملا فى نهاية المادة ٢٠٤ منه التى تقدم ذكرها على عبارة صريحة توجب مراعاة القواعد المتعلقة بالتسجيل ، وهى القواعد المتقدمة التى تجعل ملكية العقار لا تنتقل بمجرد العقد بل من وقت تسجيله فحسب ، كما نصت المادة ٩٣٤ فقرة اولى منه على انه « فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الاخرى سواء أكان ذلك فيما بين العاقدين أم كان فى حق الغير ، الا اذا روعيت الاحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى » ، ثم أدخل المشرع الفرنسى تعديلات جوهرية على نظام الشهر المقرر بقانون ١٩٣٥ باصداره المرسومين المؤرخين ٤ يناير ١٩٥٥ و ١٤ أكتوبر ١٩٥٥ بتعديل نظام الشهر العقارى بمايقربه من نظام السجل العينى، ثم رأى المشرع المصرى أن يأخذ بنظام السجل العينى ، فاصدر به القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ على أن يطبق تدريجيا على كل منطقة يتم مسحها مساحة حديثة وبعد ستة أشهر من صدور قرار وزارى بتطبيق نظام السجل العينى عليها (١).

وسنعرض فيما يلى لبيان نظام الشهر العقارى ووسائله بوجه عام ، ثم نقصر الكلام على الشهر من طريق التسجيل ، فنبين اجراءاته ووظيفته والتصرفات التى تخضع له ومنها عقد البيع ، وأخيرا ندرس طرق تنفيذ الالتزام بنقل ملكية العقار ، لنتناول التنفيذ العينى الاختيارى ثم التنفيذ العينى القهرى ثم التنفيذ بمقابل .

§ ١ — نظام الشهر العقارى ووسائله بوجه عام

١٥٨ — ضرورة الشهر العقارى وأهميته فى العصر الحديث — تقدم فى بيان تاريخ انتقال الملكية العقارية من طريق العقد أن العمل أظهر ضرورة أحاطة هذا الانتقال بشىء من العلنية حتى يستطيع أن يعلم كل ذى

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لهذا القانون بعد بيان مزايا الشهر من طريق السجل العينى أن نظام السجل العينى لن يطبق دفعة واحدة على كافة انحاء الجمهورية بل سيجرى تطبيقه تباعا فى كل منطقة من المناطق التى يتم مسحها ، فكلما تم مسح منطقة من المناطق مساحة حديثة امكن تطبيق هذا النظام عليها .

وقد صدرت اخيرا اللائحة التنفيذية لهذا القانون برقم ٨٢٥ بتاريخ ٢٢ يونيه ١٩٧٥ وصدرت عدة قرارات وزارية ابتداء من ٤ مارس ١٩٧٦ بتطبيق نظام السجل العينى فى بعض الاقسام المساحية بمراكز سنورس وطامية بمحافظة الفيوم وتلا بالمنوفية . وبسيون وكفر الزيات بالغربية والمحمودية وشبراخيت وكفر الدوار بمحافظة البحيرة وطلخا بالدقهلية (قرار ١٠٠٦ فى ١٩٧٩/٣/٢٢) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

شأن بالنسبة الى العقار الذى يريد التعامل عليه من هو مالكه الذى يصح التعامل معه بشأنه ، مما اقتضى ايجاب شهر التصرفات الواردة على عقارات .

واذا كانت ضرورة ذلك قد بدت منذ القدم ، فان أهميته فى العصر الحديث قد تزايدت أضعافا . فهى لم تعد تقتصر على توفير الثقة بين العاقدين وضمان سلامة التصرفات العقارية وتسهيل تداول العقارات . بل صار الشهر العقارى الدعامة الاساسية التى يقوم عليها الائتمان فى كل بلد ، لأن استقرار نظام الملكية يساعد على منح مالكى العقارات ائتمانا كبيرا من قبل أصحاب رؤوس الاموال ، وبخاصة اذا لم يقتصر الشهر على التصرفات الناقلة للملكية فحسب ، بل شمل أيضا كافة التصرفات الاخرى التى تنشىء على العقارات رهونا أو حقوق امتياز أو تكاليف عينية أخرى . فبذلك يتاح للمقرض أن يقدر على أسس واضحة ثابتة من ملكية مستقرة وتكاليف محدودة واردة عليها ، قدر ما يستحقه طالب القرض من ائتمان مالى ، فينتج عن ذلك اطمئنان للمقرض وتشجيع له على الاقراض وبالتالى التيسير على راغبى الاقتراض فى الحصول على ما يبتغون من قروض بشروط مناسبة لا ارهاق فيها .

وواضح أن لذلك اكبر الاثر فى تنشيط سوق المال وفى انماء الاقتصاد الوطنى لانه يتيح للقادرين على استثمار الاموال أن يستعينوا بأموال غير القادرين عليه فى انشاء المشروعات الصناعية والتجارية وزيادة الثروة القومية فيشيعون فى البلاد رواجا يعم خيره جميع الاهلين ، حتى أمكن القول بأن الائتمان فى كل بلد هو عصب الاقتصاد الوطنى .

لذلك عنيت البلاد المتقدمة اقتصاديا بنظام الشهر العقارى اكبر العناية ، وسارت فى سبيل احكامه شوطا بعيدا .

وهناك طريقتان اساسيتان تتنازعان حتى الآن نظام الشهر العقارى بين مختلف البلاد ، الاولى يكون فيها نظام الشهر شخصيا ، والثانية يكون فيها هذا النظام عينيا .

١٥٩ — (أ) **نظام الشهر الشخصى** — فى هذه الطريقة ينشأ فى البلد الواحد سجل عام — أو سجلات محلية فى مراكز الاقاليم — يرصد بها كل تصرف منشىء حقا عينيا عقاريا ، ويتم رصده باسم المتصرف ، وتوضع لهذا السجل — أو السجلات — فهارس منظمة بأسماء المتصرفين

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بحيث اذا اراد ذو شأن أن يعرف ما اذا كان مالك معين قد تصرف فى عقار مملوك له ببيع أو رهن أو غيرهما استطاع أن يطلب شهادة من الامين على سجل الشهر فى الجهة الواقع فى دائرتها العقار المذكور عن التصرفات التى قد تكون صدرت من ذلك المالك خلال فترة معينة يلزم فى الغالب عملا أن تشمل السنوات الخمس عشرة الاخيرة فيبحث الامين عن اسم ذلك المالك فى فهارس سجلات السنوات المطلوبة ، فان لم يجده فيها كان ذلك دليلا على عدم صدور تصرفات منه فى المدة المذكورة ، وتعين عليه اعطاء الطالب شهادة سلبية .

وان وجده مرة أو مرات كان ذلك دليلا على صدور تصرف أو تصرفات من المالك المذكور فى عقارات واقعة فى الجهة المطلوب الكشف عنها وتعين عليه اعطاء الطالب شهادة ببيان هذه التصرفات . فيستطيع الطالب بعد ذلك أن يطلع فى السجل ذاته على كل من هذه التصرفات أو أن يطلب صورة كاملة من كل منها . وبذلك يتسنى له أن يعرف ما اذا كان العقار الذى يهمه باقيا على ملك المالك المذكور وخاليا من الحقوق والتكاليف العينية أم حصل التصرف فيه أو تحميله برهن أو امتياز أو بأى تكليف عينى . وفى ضوء ذلك كله يقدر حقيقة المركز المالى للشخص الذى يريد التعامل معه فيما يتعلق بعقاراته الكائنة بالجهة التى حصل الكشف عنها ومقدار ما يستحقه بسبب ذلك من الثمان .

ومن خصائص هذا النظام أن الشهر طريق للعلنية فقط لا سبب لانتقال الملكية أو الحقوق العينية ، فهو لابد أن يستند الى عقد صحيح لا تشوبه شائبة . أما اذا ورد على عقد باطل أو تقرر بطلانه فانه لايكسب المتصرف اليه حقا لان الشهر لا يطهر عيوب العقد ، فيمكن استصدار حكم ببطلان العقد المشهر والتأشير به فى هامش تسجيل العقد فيزول كل اثر لهذا التسجيل . وهذا هو النظام المتبع فى القانون الفرنسى وفى اكثر البلاد اللاتينية وفى القانون المصرى حتى الآن ، بالرغم من صدور القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العينى الذى لم يعم تطبيقه حتى الآن .

ويعاب عليه :

(١) أنه لا يعطى المتصرف اليه ضمانا بثبوت الحق المتصرف فيه له بصفة نهائية ، بل يعرضه للمنازعة فى حقه فى اى وقت وللحكم بزوال هذا الحق ، وبالتالى لا يعطى راغبى التعامل مع المتصرف اليه تأكيدا بانه حقيقة

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

صاحب موضوع التصرف المشهر لصالحه (١) .

(٢) أن الاستكشاف فى السجلات عن حالة عقار معين يقتضى أن يكون المستكشف متحققا من شخص المالك الحقيقى لهذا العقار وعارفا اسمه واسم أبيه وجده بالكامل وكذلك اشخاص واسماء المالكين السابقين الحقيقيين الذين تداولوا هذا العقار خلال المدة المطلوب الكشف عنها ؛ اى انه يستلزم أن يكون الطالب قد اطلع على مستندات ملكية من يريد التعامل معه وفحصها وتحقق من سلامتها وكفايتها وكذلك بالنسبة الى مستندات ملكية من تلقى ذلك الشخص الملكية عنهم خلال مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة . وهى مهمة شاقة طويلة تتخللها عقبات كثيرة ويمكن ان تقع فيها اخطاء متنوعة يكفى أيها لجعل الكشف فى السجلات غير جدير بالتعويل عليه ، ويكفى وجود هذا الاحتمال حتى يضعف الثقة فى نظام الشهر ويفقده اكبر مزاياه .

(٣) وتتضاعف هذه العيوب فى مصر وفى غيرها من البلاد التى لم يعم فيها استعمال اسم للاسرة الى جانب اسم الشخص ، وذلك بسبب تشابه الاسماء فيها وتعددها الى حد كبير جدا بحيث يسهل الخلط بين اسم شخص واسم غيره فتضاف تصرفات هذا الى ذاك او العكس ، وبحيث يؤدى حذف واحد من الاسماء المتعددة التى يتكون منها الاسم الكامل للشخص او الخطأ او التحريف فى احد هذه الاسماء الى عدم سلامة الكشف وعدم صحة النتائج التى يؤدى اليها .

١٦٠ — (ب) نظام الشهر العينى او نظام السجلات العقارية — اما الطريقة الثانية وهى المعروفة بنظام السجل العينى او العقارى **Livre foncier** فلا يكون الشهر فيها على أساس اسماء الاشخاص الصادرة منهم تصرفات بل على اساس العقارات ذاتها ، بمعنى أن السجل الذى يتم فيه الشهر

---

(١) انظر نقض مدنى ٢٨ مايو ١٩٧٠ المحاماة ٥٣ـ٩٠ ٧٩ وقد جاء فيه أن التسجيل هو نظام شخصى يجرى وفقا للاسماء لا بحسب العقارات ، وليست له حجية كاملة فى ذاته. فاذا ما قامت مصلحة الشهر العقارى ببحث أصل الملكية أو الحق العينى فى حدود البيانات والاوراق المؤيدة لها وانتهت بعد التحقق من صحتها الى اجراء شهر المحرر ، فانها تكون قد أدت واجبها طبقا للقانون ، ولو لم يترتب على هذا التسجيل انتقال الحق الى طالب الشهر لعيب فى سند ملكيته أو لكون المتصرف غير مالك المتصرف فيه ظالما أن الاوراق والمستندات المقدمة لا تنبىء عن العيب اللاحق بسند التمليك أو تشير الى وقوع تصرف سابق على ذات الحق محل الشهر .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لا يمسك بحسب أسماء الاشخاص بل بحسب أرقام العقارات . فتخصص فيه صفحة لكل عقار يثبت فى أولها اسم مالكه وقت انشاء السجل أو اسم اول متصرف اليه بعد انشاء السجل ثم يثبت فيها بعد ذلك أولا فأولا كل ما يرد على هذا العقار من تصرفات واجبة الشهر ، بحيث يمكن بمجرد الاطلاع على هذه الصفحة معرفة تاريخ ملكية هذا العقار والملاك الذين تعاقبوا عليه منذ انشاء السجل والتصرفات التى صدرت من كل منهم ومن المالك الاخير وما اذا كانت ملكيته تامة وخالصة من الحقوق والتكاليف العينية أو غير ذلك .

ويقترن هذا النظام عادة بتخويل أمين السجل سلطة قضائية واسعة فى فحص صحة التصرفات التى تقدم للشهر وقبولها أو رفضها ، بحيث اذا قبلها وتم شهرها فان الشهر ذاته يعتبر هو سند الحق المشهر عنه فلا يتأثر هذا الحق بعد ذلك بالطعن على صحة العقد الذى تم شهره. وغاية الامر انه اذا ثبتت صحة الطعن يكون لمن يضار من الشهر الذى تم خطأ مطالبة الدولة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب ذلك .

وظاهر ان هذا النظام يتفادى عيوب النظام السابق كلها ، فلا يحتاج المستكشف فيه الى ان يكون عالما باسم المالك الاخير واسماء المالكين السابقين ولا الى أن يفحص مستندات ملكيتهم ويتحقق من أن الملكية قد آلت حقيقة الى الاخير منهم ، ولا يهم فيه تشابه الاسماء وتعددها ولا تباينها وقلتها . وهو فوق ذلك يجعل الكشف سهلا ميسرا لا يحتاج الى البحث فى فهارس سجلات متعددة بقدر عدد الملاك الحاليين والسابقين مضروبا فى عدد السنوات المطلوب الكشف عنها كما هو الشأن فى نظام الشهر الشخصى، وانما يكفى فيه الاطلاع على صفحة واحدة من السجل هى الصفحة المخصصة للعقار أو للعقارات المطلوب الكشف عنها .

ولا شك ان من شأن هذه المزايا أن تسهل التعامل فى العقارات وتوطد الثقة فيه وتساعد على زيادة الائتمان العقارى .

غير ان الاخذ بهذا النظام يقتضى أولا وقبل كل شىء مسح عقارات البلد وتحديد موقع كل منها ومساحته وأطواله وبيان حدوده المميزة له تمييزا دقيقا وتعيين مالكه على وجه التحقيق تمهيدا لاعطاء كل منها رقما خاصا وتخصيص احدى صفحات السجل له . وواضح أن هذا العمل التمهيدى عمل شاق ودقيق يتطلب وقتا طويلا ونفقات باهظة . لذلك لم تأخذ بهذا النظام الا بلاد تنتشر فيها الملكيات الكبيرة فيسهل حصرها

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وتحديدها وافراد صفحة لكل منها ، او بلاد متقدمة اقتصاديا الى حد كبير صارت للائتمان العقارى فيها اهمية بالغة تبرر الاضطلاع بالاعمال التمهيدية اللازمة للاخذ بهذا النظام . ومن الفريق الاول أوستراليا ، فقد ادخل فيها هذا النظام بتشريع صدر فى سنة ١٨٦١ Torrens Act ، ثم تونس وبعض المستعمرات الفرنسية . ومن الفريق الثانى المانيا وسويسرا وغيرهما . وقد تقدمت الاشارة الى ان المشرع المصرى صحت عزيمته على الاخذ بهذا النظام نظرا لمزاياه العديدة واصدر به القانون رقم ١٩٦٤/١٤٢ الذى نص فى قرار رئيس الجمهورية باصداره على ان « يصدر قرار من وزير العدل بتعيين الاقسام المساحية التى يسرى عليها نظام الشهر على أساس اثبات المحررات فى السجل العينى ، ويحدد القرار التاريخ الذى يبدأ فيه هذا السريان ، على ان يكون هذا التاريخ لاحقا لصدور القرار بمدة ستة اشهر على الاقل — ويستمر العمل بقوانين الشهر المعمول بها فى المناطق التى لم يطبق نظام السجل العينى فيها طبقا لأحكام الفقرة السابقة (المادة ٢) ، وفى الفترة المشار اليها تستكمل المصلحة (مصلحة المساحة) اعداد السجل العينى للقسم المساحى على الوجه المبين بالقانون المرافق (المادة ٣) ، ويصدر باللائحة التنفيذية قرار من وزير العدل (المادة ٤) . وقد صدرت اللائحة التنفيذية بقرار من وزير العدل برقم ٨٢٥ بتاريخ ١٩٧٥/٦/٢٢ ، واعقبها صدور قرارات وزارية بتعيين بعض الاقسام المساحية التى يبدأ فيها تباعا تطبيق قانون السجل العينى . اما سائر الاقسام التى لم تشملها تلك القرارات ، فما زال العمل جاريا فيها بقانون الشهر العقارى ١٩٤٦/١١٤ الذى يقوم على نظام الشهر الشخصى .

١٦١ — نظام الشهر المصرى الشخصى المعمول به حتى الآن — اتبع المشرع المصرى عند وضع التقنينات الملغاة فى سنة ١٨٧٥ نظام الشهر الشخصى بالرغم من عيوبه التى تقدم ذكرها . وقد اضطر الى ذلك بسبب العجلة التى وضعت بها تلك التقنينات والرغبة الملحة فى تنفيذ الاصلاح القضائى باسرع ما يمكن .

وبعد نحو اربعين سنة اقتضى الامر مراجعة نظام الشهر ، فشكلت لجنة لهذا الغرض انتهت الى وضع قانون التسجيل الذى صدر فى سنة ١٩٢٣ وقد اخذت فيه ايضا بنظام الشهر الشخصى ، بالرغم من اقتناعها بأفضلية النظام العينى ، لانها رات أن الاخذ بهذا النظام الاخير يقتضى اعدادا سابقا طويل المدى لمسح جميع العقارات والتحقق من صحة مستندات مالكيها ، فوضعت القانون رقم ١٩٢٣/١٨ على أساس النظام الشخصى ولكنها اشترطت فى تطبيقه اجراءات كثيرة لا تتطلبها طبيعة هذا النظام بل تعتبر

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

من الاعمال التمهيدية اللازمة لادخال نظام الشهر العينى فى مستقبل غير بعيد . ومن هذا القبيل ما أوجبه القانون من ضرورة عرض كل عقد يراد شهره على مصلحة المساحة كى تقوم بتحديد العقار موضوع التصرف التحديد اللازم لافراد صفحة له فى السجل العينى الذى يراد انشاؤه مستقبلا ، .وما أوجبه على العاقدين من تقديم مستندات ملكية المتصرف واستيفاء جميع الاجراءات اللازمة لصحة التصرف كحصر الوراثة وضبط الاعلامات الشرعية واثبات الاهلية والتوكيلات وترخيصات الجهات المختصة عند الاقتضاء . ومن هذا القبيل أيضا ما أوجبه من تحرير العقود على ورق من حجم معين ونوع خاص ومن تصديق على توقيعات العاقدين ومن ضرورة حفظ أصول العقود فى أقلام التسجيل والاكتفاء باعطاء صور فوتوغرافية منها لذوى الشأن فيها الخ .

ولما دعت الحاجة الى مراجعة قانون التسجيل واضافة وسائل الشهر الاخرى اليه فى سنة ١٩٤٦ لم يكن تم مسح جميع العقارات وقدرت المدة اللازمة لاتمام مسح الباقى منها بأكثر من ثلاثين سنة اخرى ، فتعين استمرار الاخذ بنظام الشهر الشخصى حتى يتم الاعداد للأخذ بالنظام العينى ، وصدر بناء على ذلك قانون الشهر العقارى فى سنة ١٩٤٦ (القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦) . وقد قصد به تكملة قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ وعلاج بعض عيوبه الى ان يمكن ابدال نظام الشهر العينى به ، ثم ادخلت عليه تعديلات بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ كما عدلت لائحته التنفيذية بقرار وزير العدل رقم ٩٤٨ لسنة ١٩٧٦ بتاريخ ٢٤ يونيه ١٩٧٦ .

١٦٢ — وسائل الشهر العقارى فى النظام الشخصى للشهر — نص المشرع المصرى على ثلاث وسائل لشهر انواع التصرفات العقارية هى التسجيل transcription والقيد inscription والتاشير الهامشى mention en marge (١) .

والاول يتم بنقل صورة كاملة من العقد المحرر بين الطرفين أن كان عقدا رسميا أو بحفظ الاصل ذاته الموقع من الطرفين ان كان العقد عرفيا . وتخضع له التصرفات المنشئة والتصرفات المقررة لحقوق عينية اصلية على عقار والاحكام المتعلقة بذلك وبعض التصرفات الاخرى التى سيجىء ذكرها .

---

(١) يضاف الى ذلك طريقة خاصة لشهر المحررات العرفية للتصرفات السابقة على اول يناير ١٩٢٤ هى الشهر بطريق ايداع المحرر الثابت تاريخه قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع او ختم لانسان توفى (المادة ٥٧ من قانون الشهر العقارى) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والثانى تخضع له التصرفات المنشئة او المقررة حقوقا عينية عقارية تبعية كحقوق الرهن والامتياز . ويتم بنقل بعض بيانات خاصة بهذه التصرفات فى سجل خاص بناء على قائمة قيد bordereau d'inscription يتقدم بها الدائن ويذكر فيها اسمه واسم المدين ومقدار الدين وفوائده ومصدره وتاريخه وبيان العقار الوارد عليه الحق العينى التبعى المراد قيده.

والثالث هو التأشير الهامشى ويفترض وجود تسجيل او قيد سابق يراد اجراء تعديل فيه او تصحيح او تكملة بناء على تصرف جديد اوحكم. فالحقوق العينية يتم شطبها من طريق التأشير به فى هامش قيدها الاصلى ، وكذلك حوالتها من الدائن الى غيره . والاحكام التى تصدر فى دعاوى سجلت صحيفتها يتم شهرها من طريق التأشير بها فى هامش ذلك التسجيل او فى هامش تسجيل التصرف الذى صدر بشأنه الحكم .

والتسجيل هو الذى يهمنا الآن بمناسبة الكلام فى نقل ملكية العقار المبيع ، فنقصر عليه بحثنا مع الاشارة الى تسجيل الدعاوى والتأشير فى هامشه بما يصدر فيها من أحكام .

§ ٢ — التسجيل واجراءاته والتصرفات التى تخضع له

١٦٣ — نصوص القانون — نص قانون الشهر العقارى فى المواد ٩ و ١٠ و ١١ منه على المحررات الواجب شهرها من طريق التسجيل ، ونص فى المواد من ٢٠ الى ٣٦ منه على اجراءات التسجيل .

١٦٤ — التصرفات التى يجب تسجيلها — يجب التسجيل فى ثلاثة أنواع من التصرفات هى : (١) التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية الاصلية على عقار او التى من شأنها نقل حق من هذا النوع او تغييره او زواله ، وكذلك الاحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم (المادة ٩ وهى تقابل المادة الاولى من قانون سنة ١٩٢٣) . ويدخل عقد البيع فى هذه الفئة من التصرفات واجبة التسجيل .

(٢) والتصرفات والاحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق المذكورة ويترتب على عدم تسجيلها أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير (المادة ١٠ وهى تقابل المادة الثانية من قانون سنة ١٩٢٣) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

(٣) وبعض التصرفات المثبتة لحقوق شخصية متعلقة بعقار رأى المشرع أنها تبلغ من الاهمية مبلغ الحقوق العينية فأوجب تسجيلها أيضا. وهى الايجارات والسندات التى ترد على منفعة العقار اذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما وكذلك الاحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة فى حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة الى الايجارات والسندات ، وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة الى المخالصات والحوالات .

١٦٥ — اجراءات التسجيل — الاصل فى التسجيل أن يتم بنقل صورة كاملة من المحرر المثبت للتصرف فى سجل معد لذلك واعادة المحرر الى صاحبه بعد التأشير عليه وختمه بما يفيد تسجيله . وكان هذا هو المتبع فى مصر منذ انشاء نظام التسجيل الحديث فيها تبعا لانشاء المحاكم المختلطة والاهلية الى أول يناير سنة ١٩٢٤ تاريخ العمل بقانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ .

وقد ظهرت لهذه الطريقة عيوب كثيرة فى تسجيل المحررات العرفية ، لانها تسهل اخفاء تزوير توقيعات المتعاقدين وتسمح عند نقل الصورة بتحريف مضمون المحرر زيادة أو نقصا ، اذ أن ذا الشأن فى المحرر الذى قدمه للتسجيل كان يستطيع بعد أن يسترد الاصل أن يعدمه أو يخفيه وأن يتمسك بصورة رسمية منه يستخرجها من قلم التسجيل ، فتكون لهذه الصورة الرسمية حجية على الطرف الآخر دون أن يتيسر لهذا اثبات ما وقع فيها من تزوير أو تحريف بسبب عدم وجود أصل المحرر الذى يحمل توقيعات العاقدين وتعذر مراجعة الصورة عليه .

لذلك فكر المشرع عند وضع قانون التسجيل فى علاج هذه الحالة وانتهى الى تقرير الاحتياطات الآتية التى أخذ بها أيضا فى قانون الشهر العقارى المعمول به الآن :

(١) لا يقبل للتسجيل محرر عرفى ما لم يكن مصدقا على التوقيعات التى يحملها من موظف مختص ، بعد أن يتحقق هذا الموظف من شخصية الموقعين ، وذلك تفاديا لتزوير التوقيعات أو لانتحال شخصية العاقدين.

(٢) لا يكتفى فى التسجيل بنقل صورة المحرر ورده الى صاحبه ،

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وانما يتم التسجيل بحفظ الاصل ذاته حتى يمكن الرجوع اليه فى كل وقت لتحقيق ما يدعى فيه من تزوير او فى صورته من تحريف .

(٣) يعطى ذو الشأن صورة فقط من المحرر الذى قدمه للتسجيل ، ولضمان مطابقة هذه الصورة للاصل الى اكبر حد تقرر ان يكون نقل هذه الصورة بطريق الفوتوغرافيا .

(٤) ونظرا لايجاب حفظ أصول المحررات المسجلة فى مضابط مسلسلة اقتضى الامر أن تكون الاوراق التى تكتب عليها هذه المحررات كلها من حجم واحد ونوع بذاته حتى يمكن ضم بعضها الى بعض بسهولة فتكون كل مجموعة منها مجلدا من السجل العام . وتحقيقا لذلك وضعت الادارة نموذجا معينا من الورق الذى يصلح لذلك واشترطت كتابة المحررات واجبة الشهر على هذا الورق وان تكون تلك الكتابة بالحبر الصينى حتى لا يعتريها البلى وحتى تكون صورتها الفوتوغرافية أكثر وضوحا .

(٥) ولان المشرع توخى عند وضع قانون التسجيل أن يمهد من ورائه لادخال نظام الشهر العينى ، فقد أوجب فى المحررات التى تقدم للشهر ذكر بيانات معينة خاصة بالمتعاقدين وبالعقار المتعاقد عليها . ولضمان سلامة هذه البيانات اوجب مراجعتها من مصلحة المساحة قبل التسجيل ، حتى تتاح لهذه المصلحة فرصة مسح جميع العقارات أولا فأولا وتحديد ذاتية كل منها تمهيدا لتخصيص صفحة له مستقلة عند انشاء السجل العينى .

وبناء على ذلك يجب فى بيع العقار ان يحرر العقد على ورق من النوع المخصص لذلك بالحبر الصينى وان يوقعه كل من البائع والمشترى امام موثق العقود او الموظف المختص بالتصديق على التوقيعات وان يتضمن العقد كافة اسماء العاقدين (بما فى ذلك اسماء آبائهم واجدادهم) وكافة البيانات المساحية الدقيقة التى يجب الاستيثاق من صحتها بمراجعتها فى مصلحة المساحة والحصول منها على تاشير بأن المحرر صالح للشهر . وهى لا تعطى هذا التاشير الا بعد فحص مستندات ملكية البائع والتحقق من انه حائز اهلية البيع او له ولاية فى ذلك .

كل هذه الاجراءات التى فرضها المشرع منذ اول يناير سنه ١٩٢٤ لامكان تسجيل العقود ، ونصه على وجوب التسجيل لنقل ملكية العقار المعقود عليه ، كل ذلك جعل البعض يعتقدون ان عقد بيع العقار لم يعد

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وضائيا بل صار عقدا شكليا لانه ما دام لا ينقل الملكية الا بالتسجيل فانه لا يبلغ تمامه الا باستيفاء هذا الاجراء .

١٦٦ - وظيفة التسجيل فى عقد بيع العقار لا تجعل منه ركنا فى العقد بل اجراء فقط لازما لتنفذ الالتزام بنقل ملكية المبيع - غير ان هذا الاعتقاد لا اساس له من القانون ؛ لان المشرع اذ فرض تلك الاجراءات لم يفرضها باعتبارها شرطا لانعقاد البيع بل شرطا فقط لامكان تنفيذ أحد آثاره وهو التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع الى المشترى . ومما يدل على ذلك ان المشرع نص فى المادة الاولى فقرة ثانية من قانون سنة ١٩٢٣ (وتقابلها المادة ٩ فقرة ثانية من قانون سنة ١٩٤٦) على أنه يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها (وهى الحقوق العينية الاصلية العقارية) لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم . ومؤدى ذلك ان ما يتوقف على تسجيل عقد البيع انما هو اثر البيع المتعلق بنقل حق عينى أصلى فقط هو فى الغالب حق ملكية العقار المبيع . أما ما عدا ذلك من آثار او التزامات ينشئها عقد البيع فى ذمة كل من العاقدين فلا يتوقف على تسجيل العقد . وقد اوضح المشرع صراحة أنه يقصد ذلك ، بأن نص فى الفقرة الثالثة من المادة الاولى من قانون سنة ١٩٢٣ (وفى ما يقابلها من المادة ٩ من قانون سنة ١٩٤٦) على ان لا يكون للتصرفات غير المسجلة من الاثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن .

وقد فسر القانون بأن قانون التسجيل جعل عقد بيع العقار عقدا شكليا لا ينعقد الا بالتسجيل هذين النصين الاخيرين بأن المقصود بهما ان عقد البيع غير المسجل يقع باطلا ولكنه يتحول الى عقد غير مسمى ينشىء التزامات شخصية . غير أن هذا التفسير لا محل له لان المشرع لم ينص على جعل التسجيل شرط انعقاد ولا على أن يكون جزاء تخلفه بطلان العقد، ولا على ان العقد غير المسجل ينشىء التزامات او آثارا اخرى غير الالتزامات او الآثار التى تترتب على البيع بوجه عام حتى يمكن القول بأن البيع غير المسجل يقع باطلا ولكن تترتب عليه التزامات شخصية تختلف عن الالتزامات التى تترتب عادة على عقد البيع (١) .

ولذلك لم يصادف رأيهم رواجا يذكر ، وما لبث الفقه والقضاء أن

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢٧٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

استقرا على ان قانون التسجيل لم يغير من طبيعة عقد البيع الرضائية ولم يجعل من التسجيل ركنا فى البيع بل اقتصر على أن يجعل تنفيذ الالتزام بنقل ملكية العقار المبيع هو وحده الذى يحتاج الى التسجيل .

وقد قضت محكمة النقض بأن قانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونيه ١٩٢٣ لم يغير من طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود التراضى التى تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين (١) . وانما هو فقط قد عدل آثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم ، فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد بل ارجاه الى حين حصول التسجيل ، وترك لعقد البيع معناه وباقى آثاره (٢) .

١٦٦ مكرر ـ عقد البيع الابتدائى (غير المسجل) وعقد البيع النهائى (المسجل) ـ وبذلك يصبح عقد بيع العقار يمر بمرحلتين : (١) مرحلة عقد بيع ابتدائى ، وهى المرحلة التى تسبق التسجيل ، (٢) ومرحلة تحرير العقد النهائى الذى يستوفى الاجراءات اللازمة للتسجيل والتى تقدمت الاشارة اليها وتسجيل هذا العقد فعلا ليتحقق بهذا التسجيل انتقال الملكية . وفى الاولى يكون ثمة عقد بيع ابتدائى اى غير مسجل ، وفى الثانية عقد بيع مسجل ، وقد جرى الاصطلاح على تسمية هذا الاخير بالعقد

---

(١) ولذلك قضت محكمة النقض بانه اذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر تصرف المطعون عليه الاول ـ المشترى بعقد غير مسجل ـ ببيع الارض الى صغار المشترين بيعا لملك الغير لا يسرى فى حق البائع اليه وهو المطعون عليه الثانى الا اذا أجازه ، وان اجازته موقوفة على استيفاء باقى الثمن المستحق له بتحويل أقساط الثمن فى البهوع الصادرة الى صغار المشترين اليه ، ورتب الحكم على ذلك أن المبالغ قد أودعت خزانة المحكمة من صغار المشترين لحساب المطعون عليه الثانى ـ البائع الاصلى ـ ولا يصح توقيع الحجز عليها من الطاعن ـ مصلحة الضرائب ـ اقتضاء لدينها قبل المشترى الاول ، لما كان ذلك فان الحكم يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه (نقض مدنى ٢ مايو ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٤ ـ ٧٢٥ ـ ١٢٩) .

(٢) نقض مدنى ١٧ نوفمبر ١٩٢٣ مجموعة القواعد القانونية ١ ـ ١٣٤ ـ ٧٣ ، ٢٧٤ يناير ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية ١ ـ ١٦٣ ـ ٩١ ، ٦ نوفمبر ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ٣ ـ ٣٨٥ ـ ١٢٥ . ويسرى ذلك أيضا على المنقول الذى يلحق بالعقار على وجه الاستقرار ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن آلات المطحن الثابتة فى الارض على سبيل القرار تعتبر عقارا لا تنتقل ملكيته الا بالتسجيل (نقض مدنى ٨ مايو ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ ـ ٨٣١ ـ ١٣٦) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

النهائى بالمقابلة للاول الذى يسمى بالعقد الابتدائى (١) .

١٦٧ — آثار عقد البيع غير المسجل — يخلص مما تقدم أنه بالرغم من اشتراط المشرع منذ العمل بقانون التسجيل ابتداء من أول يناير ١٩٢٤ تسجيل بيع العقار لامكان نقل ملكية المبيع الى المشترى ، فان بيع العقار ما زال يعتبر عقدا رضائيا يكفى فى انعقاده توافق الايجاب والقبول ، وانه يترتب عليه بمجرد ذلك جميع آثار البيع بوجه عام (٢) .

واذا كان قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقارى قد جعلا تنفيذ التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع الى المشترى لا يتم الا بتسجيل العقد ، فان ذلك لا ينفى نشوء هذا الالتزام بمجرد العقد شأنه فى ذلك شأن سائر الالتزامات التى تترتب على عقد البيع . وغاية الامر أن القانونين المذكورين قد ردا هذا الالتزام الى القاعدة الاصلية فيما يتعلق بنشوء الالتزامات اولا ثم تنفيذها أو الوفاء بها بعد ذلك ، بدلا من اخضاعه الى القاعدة التى استحدثت فى بدء القرن الماضى وهى التى تقضى بأن الالتزام باعطاء شىء يتم تنفيذه بقوة القانون بمجرد نشوئه اى بمجرد توافق الارادتين .

---

(١) ومتى تم ابرام العقد النهائى (أى العقد المسجل) ، فتكون العبرة فيما يتعلق بشروط البيع واحكامه بما ورد منها فى العقد النهائى دون ما ورد فى العقد الابتدائى واسقط فى العقد النهائى ، ذلك أن هذا الاخير هو الذى تستقر به العلاقة بين الطرفين ، ويعتبر العاقدان انهما قد تخليا عن كل شرط ورد فى العقد الابتدائى ولم ينص عليه فى العقد النهائى (نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ — ٥١٣ — ٨٢ ، وانظر ايضا نقض مدنى ٢٥ مارس ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ — ٥٢٨ — ٨٣)، وانظر ما سيجىء فى هامش نبذة ١٧٦) .

(٢) قضت محكمة النقض بأن عقد البيع غير المسجل يولد حقوقا والتزامات شخصية بين البائع والمشترى ، فيجوز للمشترى ان يحيل الى آخر ما له من حقوق شخصية قبل البائع ، وينتقل الحق المحال به الى المحال له مع الدعاوى التى تؤكده ، ومنها دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع التزامه لانها تكفل للمشترى أن يسترد الثمن ، فتعتبر بمثابة ضمان له ينتقل بالحوالة مع حقه المحال به .

ويضيف الحكم ذاته ان عقد البيع العرفى الغير ثابت التاريخ قبل ٢٣ يولية ١٩٥٢ يعتبر صحيحا بين طرفيه ولكن لا يعتد به قبل الاصلاح الزراعى ، فاذا أحال المشترى حقوقه الشخصية المترتبة على عقد الى آخر وتبين له ان جهة الاصلاح الزراعى لم تعتد بالعقد لعدم ثبوت تاريخه ، فان للمحال له أن يطلب الحكم على المحال عليه بفسخ عقد البيع الصادر منه للمحيل والزامه تبعا لذلك برد ما دفع من الثمن بعد ان أصبح حقا له بموجب عقد الحوالة (نقض مدنى ٢٢ فبراير ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ — ٣٥٧ — ٥٤) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وبناء على ذلك ينشأ من عقد البيع غير المسجل التزام فى ذمة البائع بنقل ملكية العقار المبيع الى المشترى (١) ، وسنخص هذا الالتزام ببحث مستقل لنرى ما يقابله من حق للمشترى ، وما محله وكيف يتم تنفيذه تنفيذا اختياريا او تنفيذا جبريا، سواء أكان ذلك التنفيذ عينيا أم بمقابل . غير ان هذا الالتزام لا يمنع البائع من طلب تثبيت ملكيته الى المبيع ضد من ينازعه فيه ، عدا المشترى فانه يلتزم بعدم التعرض له بمقتضى الضمان المتولد من العقد (٢) ، وكما يتمنع ذلك على البائع ازاء المشترى ، يمتنع أيضاً على وارثه (٣) ، وعلى دائنه العادى لانه فى حكم الخلف (٤) .

ويترتب فوق ذلك على عقد البيع المسجل التزام البائع بتسليم العقار المبيع الى المشترى من وقت العقد (٥) ، هذا ما لم يتفق على غيره ، ويتضمن ذلك التزام البائع ايضا بالمحافظة على العقار المبيع بالحالة التى كان عليها وقت العقد الى أن يتم تسليمه . فيجوز للمشترى مطالبة

---

(١) نقض مدنى ٩ مايو ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ ـ ٧٣٥ ـ ١٢٩ ، ـ ٢٥ يناير ١٩٧٢ المجموعة ذاتها ٢٤ ـ ٩٨ ـ ١٩ ، ٨ ابريل ١٩٧١ المجموعة ذاتها ٢٢ ـ ٤٤٢ ـ ٦٩ وقد جاء فى هذا الحكم الاخير ان عقد البيع غير المسجل وان كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع الى المشترى ، الا انه يولد فى ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع . ويترتب على الوفاء بهذا الالتزام أن يصبح المبيع فى حيازة المشترى ، وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار . انظر ايضا نقض مدنى ٢٨ يونيه ١٩٧٧ فى الطعن رقم ٨٥٠ سنة ٤٣ ق .

(٢) نقض مدنى ١٨ ديسمبر ١٩٥٨ المحاماة ٣٩ ـ ١٠١٢ ـ ٤٢٢ ، وأيضا ٢١ نوفمبر ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ ـ ١٧٧ ـ ٢٤ ، وانظر ما سيجىء فى نبذة ٢٠٢ .

(٣) نقض مدنى ٢٣ يناير ١٩٤١ فى الطعن رقم ٤٤ سنة ١٠ ق فهرس أحكام النقض فى ٢٥ سنة ص ٣٥٣ نبذة ٥٣ وقد جاء فيه انه وان كانت الملكية لا تنتقل بعقد المبيع غير المسجل الا انه تترتب عليه التزامات شخصية . وهذه الالتزامات وأهمها تمكين المشترى من نقل الملكية تبقى فى تركة المورث بعد وفاته ، ويلتزم بها ورثته من بعده ، واذن فليس للوارث ان يتمسك ضد المشترى بعدم تسجيل العقد الصادر له من المورث .

(٤) نقض مدنى ٢ مارس ١٩٤٤ فى الطعن رقم ٥٦ سنة ١٣ ق فهرس أحكام النقض فى ٢٥ سنة ص ٣٥٢ نبذة ٥٢ وقد جاء فيه « ... ولما كان الدائن العادى يعتبر خلفا عاما لمدينه كالوارث لمورثه ، وكان الخلف العام يحل محل سلفه فى كل ما له وما عليه ، فتؤول اليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه تلزمة جميع تعهداته ، لما كان كذلك فانه اذا مات البائع قبل الوفاء بتعهده بنقل الملكية ، لا يكون لدائنه العادى أن يدعى فى مواجهة المشترى أى حق على العقار المبيع يتنافى مع تعهد البائع ، ولا يجوز لهذا الدائن اجراء التنفيذ على العقار باعتبار أنه كان مملوكا للمورث وقت وفاته ، وخصوصا اذا كان المشترى قد سجل حكما صدر له على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ اجراءات التنفيذ .

(٥) انظر الهامش ١

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

البائع بتسليمه العقار ولو قبل تسجيل العقد وانتقال الملكية اليه (١) ، ويجوز له ان يحبس الثمن حتى يتسلم العقار .

وكذلك يترتب على البيع غير المسجل الزام البائع بضمان المبيع للمشترى (٢) ، ويقابل ذلك حق المشترى فى الرجوع على البائع بالتعويض اذا حصل له تعرض فى المبيع من الغير او من البائع نفسه او قضى للغير باستحقاق العقار المبيع (٣) ، او ظهرت فى المبيع عيوب كانت خفية .

غير انه لا يترتب على عقد البيع غير المسجل تملك المشترى مايقيمه من مبان على الارض المبيعة ، لان حق القرار حق عينى من قبيل حق الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقا لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى الا بالتسجيل . اما قبل تسجيل سند المشترى البانى ، فان ملكية المنشآت التى اقامها هذا الاخير تكون للبائع بحكم قواعد الالتصاق مقابل التزامه بأن يدفع للمشترى البانى أقل القيمتين : قيمة المواد واجرة العمل أو قيمة مازاد فى ثمن الارض بسبب المنشآت ، وذلك ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها (٤) .

وفى ذمة المشترى ينشىء البيع - بالرغم من عدم تسجيله - التزاما بدفع الثمن ونفقات العقد والتزاما آخر بتسلم المبيع (٥) ، وكل هذه الالتزامات لا شأن لها بانتقال الملكية ولا تتوقف على حصول التسجيل ، فيجوز للبائع المطالبة بتنفيذها بمجرد انعقاد العقد ما لم يتفق على غير ذلك .

ويترتب أيضا على البيع ، بمجرد انعقاده ومن قبل تسجيله ، ثبوت حق المشترى ازاء البائع فى ثمار العقار وريعه من وقت العقد (٦) ، سواء نفذ البائع التزامه بالتسليم أو لم ينفذه ، وسواء قام المشترى بدفع الثمن أو لم يقم ، فيكون للمشترى مطالبة البائع بهذه الثمار ما لم يتفق

---

(١) نقض مدنى ١٧ نوفمبر ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ١ - ١٤٣ - ٧٣ ، وايضا نقض مدنى ٢٣ يناير ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ١٥٠ - ٢٥ .

(٢) نقض ٢١ نوفمبر ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ - ١٠٥٨ - ٤٤٦ ، نقض ١٨ ديسمبر ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ - ٧٧٦ - ١٠٢ .

(٣) نقض مدنى ٢٠ فبراير ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية ١ - ١٠٤٩ - ٣٢٦ .
وانظر أيضا نقض مدنى ٢٩ ابريل ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض ٢٦ - ٨٤٤ - ١٦٥ .

(٤) نقض مدنى ١٩ يونيه ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ - ١٠٠٢ - ١٥٨ .

(٥) نقض مدنى ٩ مايو ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ - ٧٢٥ - ١٢٩ .

(٦) نقض مدنى ٢٠ ديسمبر ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ - ١١٥٩ - ١٨٤ .
ونقض مدنى ٣ يناير ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض ٢٤ - ٩ - ٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

على غير ذلك (١) . غير أن حق المشترى فى ذلك يقتصر على علاقته بالبائع ولا يجوز له ان يتمسك به ازاء المستأجر من هذا الاخير ، لانه لا يعتبر خلفا للبائع فى عقد الايجار من وقت انتقال الملكية اليه بتسجيل عقده (٢) . وكذلك لا يجوز له ان يتمسك به ازاء الغير كمغتصب للمبيع ، لانه مجرد حق دائنيه ازاء البائع وليس حقا عينيا يحتج به على الكافة (٣) .

ويقابل التزام البائع بنقل الملكية الى المشترى حق لهذا الاخير فى مطالبة البائع بنقل الملكية اليه ، ولكن هذا الحق شخصى له ازاء البائع فقط ، لا يخوله ان ينقل ملكية المبيع الى غيره . فاذا باع المشترى مـــا اشتراه بعقد غير مسجل الى آخر وتمكن هذا من تسجيل عقده فان هذا التسجيل لا يترتب عليه أى اثر ولا ينقل الملكية الى المشترى الثانى ما لم يسجل المشترى الاول عقده . وقد قضت بذلك محكمة النقض فى ٢١ يناير ١٩٦٥ حيث قررت أن حق ملكية العقار لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير الا بالتسجيل ، فلا تنتقل الملكية لمن اشترى منه لانها لا تؤول اليه هو الا بتسجيل عقـــده (٤) . ولذلك فقد أورد المشرع

---

(١) انظر بور سعيد الابتدائية ٣١ ديسمبر ١٩٥٩ فى القضية رقم ١٥ لسنة ١٩٥٧ (غير منشور) ، نقض مدنى ٢ يونيه ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ — ٨٩٥ — ١٢١ وقد جاء فيه ان للمتعاقدين بعقد ابتدائى ان يتفقا على مآل ثمار المبيع ولا جناح عليهما ان اتفقا على أن تكون هذه الثمار للمشترى من تاريخ سابق على تسلمه المبيع أو على البيع نفسه اذ ان هذا الاتفاق لا يحرمه القانون وليس فيه ما يخالف النظام العام . وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ — ٤١٨ — ٦٨ .

(٢) نقض مدنى ٣٠ نوفمبر ١٩٦٥ مجموعـــة أحـــكام النقض ١٦ — ١٩٦٥ — ١٨٣ وايضـــا نقض مدنى ٣٠ مارس ١٩٧٧ فى الطعـــن رقم ٦٠١ سنة ٤٣ ق . وقد جـــاء فيـــه أن مشـــترى العقار بعقـــد غير مسجل ليس الا دائنـــا عاديا للبـــائع ولا حق له فى مطالبة مستأجر العقار المبيع بشىء بالطريقة المباشرة لانه لا تنشأ له بهذا المستأجر علاقة مباشرة الا بانتقال الملكية فيه بالتسجيل وبشرط علم المستأجر بالبيـــع وبانتقال الملكية الى المشترى بالتسجيل وان علم المستأجر المعول عليه فى الحلول محل البائع فى عقد الايجار بالتزامه بدفع الاجرة لمشترى العقار المؤجر هو علمه بأن هذا العقار بيع الى مشتر سجل عقد شرائه وانتقلت اليه الملكية ، فثبوت علم المستأجر بيع المشترى العين المؤجرة واختصامه اياه فى دعوى التخفيض لا يخول للمشترى الحق فى اقتضاء الاجـــرة من المستأجر طالما لم يسجل عقد شرائه أو لم يعلن الى المستأجر حوالة حق المؤجر اليه.

(٣) جنوب القاهرة الابتدائية الدائرة ١٢ بتـــاريخ ٢٧ مايو ١٩٧٥ فى القضية رقم ١٧٥٧ لسنة ١٩٧٣ مدنى كلى جنوب القاهرة (من فخرى ومنير أمين فخرى عبد النور ضد فريد قلد غالى بصفته .

(٤) ولا يكون لهذا المشترى الحق فى الشفعة ، ذلك ان من المقرر ان الشفعة لاتجوز الا اذا كان الشفيع مالكا العقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة أى وقت بيع العقار الذى يشفع فيه (نقض مدنى ١٤ فبراير ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ — ٣٢٩ — ٥٧) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصا يقضى بانه لا يقبل فيما يتعلق باثبات اصل الملكية أو الحق العينى الا المحررات التى سبق شهرها ، فاذا توصل المشترى الى تسجيل الحكم الصادر بصحة عقده ونفاذه رغما من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره ، فانه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشترى مالكا ، اذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل اليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده (١) .

وتنتقل هذه الحقوق والالتزامات المترتبة على البيع غير المسجل من كل من الطرفين الى وارثه ، فيلتزم وارث البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى أو الى وارثه وبتسليمه اليه وبضمان الانتفاع به فى حدود موجودات التركة . وكذلك يلتزم ورثة المشترى بالثمن فى حدود تركته ويتلقون حقوقه المترتبة على البيع غير المسجل ويكون لهم حق اقتضائها من البائع أو من ورثته (٢) .

§ ٣ ـ الالتزام بنقل ملكية العقار المبيع وتنفيذه وفقا لقانون التسجيل وقانون الشهر العقارى

١٦٨ ـ محل هذا الالتزام وطرق تنفيذه ـ يلتزم البائع بأن ينقل الى المشترى ملكية العقار المبيع . وهذا يقتضى أن يقوم البائع بكل ما يلزم لتسهيل تسجيل عقد المشترى . فبالتسجيل يتم وفاء البائع بالتزامه واستيفاء المشترى حقه ، والاصل ان على البائع اجراءات الوفاء وعلى المشترى اجراءات الاستيفاء . فاذا لم يتفق الطرفان على تعيين من يجب عليه منهما اتخاذ اجراءات التسجيل ، فانها تكون على المشترى بصفة اصلية ويكون على البائع أن يقدم له فى ذلك المعاونة التى لا يمكن أن يتم التسجيل بدونها كشهر حق ارث البائع والافراج الضريبى عن تركة المورث وشهر حق الوقف اذا كان المبيع وقفا صار حله بمقتضى

---

(١) مجموعة أحكام النقض ١٦ ـ ٧٣ ـ ١٢ ، وفى هذا المعنى ايضا نقض مدنى ٢٩ مايو ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ ـ ١١٩٦ ـ ١٦٤ .

(٢) انظر نقض مدنى ١٧ نوفمبر ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ١ ـ ١٤٣ ـ ٧٣ ، نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ـ ٣٩٨ ـ ٦٢ ، نقض مدنى ١٢ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ ـ ١٢٣ ـ ١٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

القانون (١) ، فيقوم المشترى بتقديم الطلب لمصلحة الشهر العقارى ويقدم لمصلحة المساحة جميع البيانات اللازمة ثم يحرر مشروع العقد على النموذج الخاص ويدفع الرسوم المستحقة عليه ويدعو البائع للتوقيع عليه امام الموظف المختص ويقدم العقد لتسجيله بمصلحة الشهر العقارى . وهو فى كل ذلك يحتاج الى أن يوافيه البائع بمستندات ملكينه وبما يثبت اهليته وصفته ، فيقع على البائع تقديم ذلك كله ، كما يجب عليه أن يقوم بتوقيع مشروع العقد المعتمد من مصلحة الشهر العقارى أمام الموثق أو الكاتب المختص بالتصديق على الامضاءات .

وقد يتفق العاقدان على أن يقوم البائع بكافة اجراءات التسجيل ونفقاته وحينئذ يقع على البائع كل ما تقدم ولا يكون المشترى ملزما بغير توقيع العقد امام الموثق بعد تمام الاجراءات اللازمة لذلك .

وفى كلتا الحالين يتعين على البائع أن ينفذ التزامه فيما يتعلق بنقل الملكية تنفيذا عينيا اى أن يقوم بتوقيع العقد النهائى ، بعد ان يتم اعداده وفقا للاجراءات المذكورة ، فان قام بذلك اختيارا انتهى الامر ، والاجاز لتنفيذ العينى جبراعنه طالما كان ذلك ممكنا، فان استحال التنفيذ العينى ، لم يبق الا جبر البائع على التنفيذ بمقابل ، اى من طريق التعويض .

١٦٩ ـ **(اولا) التنفيذ الاختيارى وآثاره** ـ اذا قام البائع باختياره بالاجراءات اللازمة للتسجيل التى تقع على عاتقه وبخاصة توقيع العقد النهائى ، برئت ذمته من التزامه بنقل الملكية وانتقلت ملكية المبيع منه الى المشترى بمجرد حصول التسجيل فعلا ، فصار المشترى هو المالك وأصبح البائع غير مالك .

ويترتب على ذلك أن حق المشترى فى مطالبة البائع بنقل الملكية ينقضى ، وأن البائع وقد تجرد من ملكية المبيع يستحيل عليه بعد ذلك ان ينقل ملكيته مرة ثانية الى شخص آخر ، بل أنه لو باع العقار ذاته مرة اخرى اعتبر بيعه صادرا من غير مالك وجاز للمشترى الثانى ابطال عقده ومطالبة البائع بالتعويض ، وتعرض الاخير فوق ذلك لمحاكمته بتهمة النصب وفقا للمادة ٣٣٦ عقوبات .

---

(١) قضت محكمة النقض بأن هذه المعاونة تفرض على البائع القيام بشهر انهاء الوقف وحقه فيه حتى يتسنى للمشترى تسجيل عقد البيع الصادر له (نقض مدنى ١٧ ابريل ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ ـ ٦٤٢ ـ ١٠٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على انه يجب أن لا يغيب عن البال أن انتقال ملكية العقـــار المبيع لا يترتب ـ فى نظام الشهر الشخصى وهو الذى مازال متبعـا فى مصر حتى الآن فى الغالبية الكبرى من البلاد ـ على التسجيل فى ذاته بل باعتباره وارداعلى عقد صحيح صالح لنقل الملكية. فاذا كان البيع المسجل صادرا من غير مالك فانه بالرغم من تسجيله لا ينقل الملكية . وكذلك اذا وقع العقد باطلا أو تقرر ابطاله أو كان عقدا صوريا ، فان ثبوت بطلانه أو صوريته يجعل تسجيله عديم الاثر (١) ، ويكون الحكم كذلك فيما يتعلق بالدائنين

---

(١) انظر فيما يتعلق بابطال اثر التسجيل بسبب صورية العقد المسجل نقض مدنى ٩ فبراير ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧ ـ ٢٠٤ ـ ٢٦ ، وايضـا نقض ٣١ ديسـمبر ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٥ ـ ٣٥٢ ـ ٥٤ المحـاماة ٣٥ ـ ١٠٩٣ ـ ٤٧٥ ، نقض ٩ ديسمبر ١٩٣٧ و ٢٠ اكتوبر ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ رقم ٩٦ و ١٣٥ ، ونقض ٢ يونية ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية جـ ٤ رقم ٦٧ ، نقض مـدنى ٢٧ مايو ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ ـ ٦٥٥ ـ ١٠٥ ، ونقض مدنى ٢٦ مايو ١٩٦٦ مجمـوعة احكام النقض ١٧ ـ ١٢٧١ ـ ١٧٤ وقد قرر أن للمشترى الذى لم يسجل عقـده أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد من الوجود لكى يحكم له هو بصحة عقده ويسجل هذا الحكم ، فتنتقل اليه ملكية العين المبيعة ، اذ أنه لكونه دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يتمسك بتلك الصورية أيا كان الباعث عليها لازالة جميع العوائق التى تصادفه فى سبيل تحقيق أثر عقده .

غير أنه بالرغم من ثبوت صورية العقد المسجل يجوز لمن اشترى العقار من المشترى الصورى المسجل عقده أن يتمسك بذلك العقد الصورى وبتسجيله باعتباره غـيرا بالنسبة لذلك العقد .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بانه اذا كان المشترون قد تمسكوا أمام محكمة الموضوع بانهم كانوا حسنى النية عندما اشتروا اطيان النزاع من مورثهم معتمدين على عقده الظاهر جاهلين ورقة الضد ، وكان المشترون يعتبرون من الغير بالنسبة لهـذه الورقة بحكم أنهم اشتروا هذه الاطيان بعقدى بيع مشهرين ، فان لهم ـ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ـ ان يتمسكوا بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز ان يحاجوا بالعقد المستتر الا أذا كان هذا العقد مشهرا أو كانوا هم عالمين بصورية العقـد الظاهر أو بوجود ورقة ضد (نقض مدنى ٢٨ فبراير ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ ـ ١٢٨٥ ـ ٣٠٢ ، وفى هـذا المعنى ايضـا نقض مـدنى ٢٢ ابريـل ١٩٧١ مجمـوعة أحكام النقض ٢٢ ـ ٥٥٣ ـ ٧٨ . وقد ورد أيضـا فى حكم ٢٨ فبراير ١٩٧٢ سـالف الذكر أنه اذا كان الحكم المطعـون فيه قد أخطأ اذ اعتبر المشترين خلفا عاما لمورثهم بالنسبة الى التصرف الصـادر منه اليهم بعقدى بيـع مشهرين ، فسرى فى حقهم ورقة الضد الصادرة من المورث ولو لم تكن مشـهرة ، ثم رتب على ذلك قضاءه بعدم نفاذ هذين العقدين فى مواجهة الاخر المشترى للذات العين المبيعة ، وكانت محكمة الاستئناف قد حجبت نفسها بهذا الخطأ عن تحقيق دفاع هؤلاء المشترين من عدم

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فقط اذا طعن فى العقد المسجل بالدعوى البولصية ثم قضى فيها بعد تسجيله بعدم نفاذه فى حقهم (١) .

١٧٠ — **ليس للتسجيل اثر رجعى** — على اثر صدور قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ ذهب الاستاذ عبد السلام ذهنى الى ان التسجيل متى تم يكون له اثر رجعى ، اى انه ينقل ملكية المبيع الى المشترى لا من وقت حصوله فحسب بل من وقت ابرام البيع ، على الا يضر ذلك بالحقوق التى تكون قد ترتبت للغير على العقار المبيع فى الفترة ما بين صدور العقد وبين تسجيله (٢) . وقد أيده الاستاذ السنهورى حينئذ فى ذلك (٣) ، ثم اخيرا فى الوسيط (٤) . .

وقد استند الاستاذان الكبيران فيما ذهبا اليه الى عدة حجج نظرية

علمهم بورقة الغش ومضمونها على الرغم مما لحسن النية أو سوئها من الاهمية قانونا فى تحديد حقوق المشترى من أحد طرفى العقد الصورى ، فان الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالخطأ فى القانون والقصور فى التسبيب (مجموعة أحكام النقض ٢٣ — ١٢٨٥ — ٣/٢٠٢).

وقررت فى حكم حديث لها أن المرجع فى تحديد عدم العلم بالصورية وحسن النية انما يكون بوقت التعامل وبنشوء الالتزام بنقل الملكية لا بوقت انتقال الملكية بالتسجيل (نقض مدنى ٢٦ يناير ١٩٧٥ مجموعة أحكم النقض ٢٦ — ٢٥٣ — ٥٧) .

وجاء فى حكم اخر لمحكمة النقض أن المشترى الصورى لا يجوز أن يحاج بورقة غير مسجلة تفيد التقابل من الصفقة متى كان لا يعلم بصورية عقد تمليك البائع له ولو كان مؤشرا بمضمونها على هامش تسجيل العقد الظاهر المسجل ، لان ذلك التأشير لا يؤدى الا الى اثبات تاريخ تلك الورقة . واثبات التاريخ ليس فيه اشهار للورقة حتى يعترض به على الغير بل تعتبر كما كانت قبل التأشير باقية على الكتمان والخفاء (نقض مدنى ٢٠ ابريل ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ — ٣٧٦ — ٥١) . وهذا الحكم محل نظر لان التأشير الهامشى متى تم قانونا اى بمقتضى سند يسمح باجرائه يتضمن الاشارة الى ذلك السند ومضمونه ويكفى لاعلام الغير بذلك المضمون .

(١) انظر فيما يتعلق بابطال أثر التسجيل عن طريق الطعن فى العقد المسجل بالدعوى البولصية نقض مدنى ٢ يونيه ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ — ١١٨٥ — ١٥٨ .

(٢) عبد السلام ذهنى فى الاموال نبذة ٤٦٣ ونبذة ٤٨٩ ونبذة ٦٢٧ ؛ ومقاله فى المحاماة ٦ ص ٦٠٦ و ٦٠٧ .

(٣) السنهورى فى عقد الايجار سنة ١٩٢٩ نبذة ٤٨٠ .

(٤) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ (فى البيع) نبذة ٢٨٢ وما بعدها ، وفى هذا المعنى ايضا جميل الشرقاوى فى رسالته فى نظرية بطلان التصرف القانونى ص ١٥٦ هامش رقم ١ وفى كتاب البيع طبعة سنة ١٩٦٦ نبذة ٥٤ ص ١٨٠ هامش ٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وعملية (١) ولكن رأيهما لم يصادف رواجا لا فى الفقه ولا فى القضاء. وقد رفضت محكمة النقض الاخذ به حيث قررت أن الشارع انما قصد فى قانون التسجيل تأخير نقل الملكية الى أن يتم تسجيل العقد ، فليس التسجيل بمثابة شرط واقف ينسحب بتحققه أثر العقد الى يوم تاريخه ، ولا يعتبر المشترى مالكا الا من يوم تسجيل عقد شرائه (٢) .

---

(١) وقد أفاض فى عرض هذه الحجج زميلنا الاستاذ الدكتور محمد على امام فى كتاب عقد البيع (الذى وضعه بالاشتراك معنا) نبذة ١٨٦ وقد عاد الى بسط هذه الحجج وتعزيزها بحجج جديدة قوية الاستاذ السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢٨٢ وما بعدها.

(٢) نقض ٢١ نوفمبر ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية جـ ٥ رقم ١١٢ .

وكان فى مقدمة الحجج التى استند اليها بعض القائلين بالاثر الرجعى للتسجيل ان المشرع قد علق انتقال الملكية على حصول التسجيل ، الامر الذى يجعل التسجيل بمثابة شرط واقف لانتقال الملكية ، فمتى تحقق هذا الشرط كان لتحققه أثر رجعى من وقت العقد ، فندت محكمة النقض فى حكمها المشار اليه هذه الحجة تفنيدا قويا حيث قالت :

« ان استناد أثر الشرط الى الماضى ، على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ مدنى قديم (= ٢٧٠ من القانون الحالى) ، انما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئا عن ارادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكما من الاحكام ، فان الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت الا عند تحقق شرطه . أما قبله فلا ، ذلك ان الاصل ان الاثر لا يسبق المؤثر . غير أن الشارع قد لاحظ أن العاقدين ، اذ يعلقان اتفاقهما على شرط — أى على أمر مستقبل قد يوجد وقد لا يوجد — يكونان جاهلين مآل الشرط ، فلا يعرفان هل يتحقق أم يتخلف . نقدر أنهما لو كانا على علم بهذا المآل لاقاما عليه اتفاقهما منذ البداية . وعلى هذا التقدير أو الفرض القانونى قامت نظرية الاثر الرجعى للشرط .

ولا مبرر لهذا فى الشرائع التى أخذت بها الا أنها تعبر عن ارادة العاقدين . فقصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق ، وقد التزم القانون نفسه هذه الدائرة ، فأورد نص المادة ١٠٥ التى قررت الاثر الرجعى للشرط فى باب التعهدات والعقود ، وعلى ذلك فلا محل لتطبيق هذا النص فى غير هذا الباب ، وبصفة خاصة لا محل لتطبيقه على ما كان من الشروط جعليا مردودا الى ارادة الشارع — كشرط التسجيل لنقل الملكية — لان هذا النوع من الشروط باق على الاصل ، فلا انسحاب لاثره على الماضى . وفضلا عما تقدم فان القول بالاثر الرجعى للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل . ذلك لان هذا القول يثير من جديد التمييز بين الغير وبين العاقدين ، والقضاء على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد بوضع هذا القانون . ثم ان هذا القول أيضا من شأنه أن يضعف جزاء عدم التسجيل ، فى حين أن واضع القانون المذكور انما أراد أن يكون هذا الجزاء ملزما رادعا لحمل المتعاملين على المبادرة الى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية المرجو انشاؤه فى المستقبل » .

وقد اطرد قضاء محكمتنا العليا على ذلك (انظر نقض مدنى ٩ فبراير ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ٣ — ٤٩٧ — ١٦٤ ، ٢٢ ديسمبر ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ — ١١٨ —

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

١٧١ — اثر التسجيل عند تزاحم المشترين — يكون التزاحم اما بين عدة مشترين من بائع واحد ، واما بين عدة مشترين من بائعين مختلفين .

١٧٢ — (١) تزاحم المشترين من بائع واحد — اذا باع المالك عقاره الى مشتر أول ثم باعه ثانية الى مشتر آخر قبل أن يسجل الاول عقده ، فان كلا من المشتريين المذكورين يكون قد اشترى العقار من مالكه لان البائع لم يفقد الملكية بمجرد البيع الاول بل ظل محتفظا بها حتى بعد البيع الثانى وطالما لم يسجل أحد المشترين عقده ، أى أن كلا من العقدين يكون صادرا من المالك الحقيقى وصالحا لنقل ملكية المبيع الى المشترى بموجبه بمجرد قيام هذا بتسجيله . فأيهما يتم تسجيله أولا يترتب عليه انتقال الملكية الى صاحبه ، وبذلك يصبح مستحيلا تنفيذ التزام البائع الناشىء من العقد الآخر الذى لم يسجل، لان من انتقلت منه الملكية بالتسجيل الاول يستحيل عليه أن ينقلها مرة أخرى بعد ذلك ولو بتسجيل العقد الآخر . وهكذا يبين انه فى حالة تزاحم عدة مشترين من بائع واحد مالك العقار المبيع تكون الافضلية لمن يسبق منهم غيره فى تسجيل عقده (١) ، بشرط أن يكون عقده

= ٣٥ ، ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ — ٧٤ — ١٥ ، ٨ يناير ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ — ٣٠٩ — ٤٤) .

وانظر بوجه خاص من أحكام محكمة النقض الحديثة حكم ٢٤ فبراير سنة ١٩٧٣ فى الطعن رقم ١٤ سنة ٣٨ ق وقد جاء فيه أن الاصل — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — ان التسجيل لا يترتب عليه أثره الا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه انشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر على عقار أو نقله ، وان هذا الاثر لا ينسحب الى الماضى .ولايحتج على ذلك بأن القانون ١٩٤٦/١١٤ الخاص بالشهر العقارى اجاز بالمادتين ١٥ و ١٧ منه تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية، ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هامش تسجيل صحائفها انسحاب أثر هذا التأشير الى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، لان تقرير هذا الاثر ورد على سبيل الاستثناء حماية لاصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعدتسجيل صحيفة الدعوى ، وهو استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه (مجموعة أحكام النقض ٢٤ — ٣٢٩ — ٥٧) .

وأيدها فيه أكثر الفقه (الهلالى وحامد زكى نبذة ٢٧٠ و ٢٧٢ ، أنور سلطان نبذة ١٨٦ ، أمام نبذة ١٩٨ ، عبد الباقى نبذة ٩٩ ، البدراوى نبذة ٢٠٩ ، منصور نبذة ٧١ ، اسماعيل غانم ص ٨٩و٩٠ ، لبيب شنب نبذة ٨١ ص ١١٨) .

(١) فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٧ مارس ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ٢٤٣ — ٣٢ ونقض مدنى ٢٥ يونية ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ — ١٠٨٧ — ١٧٤ وقد جاء فيه أن العبرة فى المفاضلة بأسبقية التسجيل هى أن يكون التصرف واحدا . فاذا كان الثابت =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

جديا غير صورى(١)وصحيحالايشوبه بطلان، فتنتقل اليه الملكية ويستحيل على المشترين الآخرين الحصول عليها ، ولا يبقى لهم الا طلب التعويض تطبيقا لقواعد التنفيذ بمقابل . ولا يقع البائع فى هذه الحالة تحت طائلة المادة ٣٣٦ ع ، لانه وقت أن تصرف بالبيع للمشترى الـذى لم يسـجل كان لا يزال مالكا الى أن تم تسجيل عقد المشترى الآخر ، ولا يعتبر أنه باع مالا مملوكا لغيره (٢) .

١٧٣ — لا اثر لسوء نية من سبق الى تسجيل عقـده : (٦) فى ظل التقنين الملغى وقانون التسجيل — قد يكون المشترى الذى سبق غيره الى تسجيل عقده حسن النية اى غير عالم ببيع العقار ذاته الى مشترين آخرين لم يسجل أحد منهم عقده ، فلا غبار عليه فى هذه الحالة ، ولا مطعن على انتقال الملكية اليه بمجرد تسجيل عقده .

من الاوراق أن المطعون عليه الاول اشترى قطعة الارض محل النزاع بعقد غير مسجل ، ثم اقام المطعون عليه الاول الدعوى بصحة ونفاذ البيع الصادر له من بائعه وسجل صحيفتها دون أن يطلب الحكم بصحة ونفاذ البيع الصادر لبائعه من البائعين الاصليين ، فلما تبين له أن البائعين قد باعا جزءا من هذه الارض ، عدل طلباته بأن أضاف اليها طلب الحكم بصحة ونفاذ العقـد الصادر لبائعه دون أن يسجل صحيفة التعديل ، بينما سجـل الطاعنـان — المشتريان الاخران — عقد البيع الصادر لهما من البائعين الاصليين ، ومن ثم فانه لا يجوز تطبيق مبدأ الاسبقية فى التسجيل بين صحيفة دعوى المطعون عليه الاول وعقـد الطاعنين لاختلاف المتصرف فى البيعين ، وانما تكون المفاضلة بين طلبات المطعون عليه الاول المعـدلة التى طلب فيها الحكم بصحة ونفاذ البيع الصادر لبائعه وبين عقد الطاعنين لاتحاد المتصرف فى هذه الحالة ، وهما البائعان الاصليان ، واذ لم يسجل المطعون عليه الاول صحيفـة التعديل فى حين أن الطاعنين قد سجلا عقدهما فانهما يفضـلان عليـه . وقرب نقض مدنى ٢٥ نوفمبر ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ — ١٥٤ — ٢٠ .

(١) نقض مدنى ٢٦ يونية ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ — ٩٦٧ — ١٦٨ ، وانظر ايضا فى اثر صورية العقد على الاعتداد به فى الشفعة نقض مدنى ١١ يونيه ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض ٢٦ — ١٢٠١ — ٢٢٩ وقد جاء فيه انه وان كان مفاد نص المادة ٩٢٨ مدنى انه اذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع لمشتر ثان قبل اعلان أية رغبة فى الاخـذ بالشفعة ، وقبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة ، فانه يسرى فى حق الشفيع ولا يجوز الاخذ بالشفعة الا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها ، الا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثانى صوريا . فان ادعى الشفيع صوريته كان من حقه — باعتبـاره من الغير — اثبات الصورية بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن ، فان أفلح اعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الاول قائما وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيـع الثـانى الذى لا وجود له .

(٢) نقض جنائى ٢٠ فبراير ١٩٣٣ مجموعة القواعـد القانونية ٣ — ٢٠٩ — ٢٦٠ ، ٥ فبراير ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٢٢٥ — ١٧٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

أما اذا كان ذلك المشترى عالما بسبق صدور تصرف آخر من البائع نفسه فى العقار ذاته ، فانه يعتبر سيىء النية ، وقد يكون متواطئا مع البائع على الاضرار بالمتصرف اليه السابق ، فيقتضى الامر بحث أثر سوء نيته أو تواطئه على تسجيل عقده وانتقال الملكية اليه .

كان التقنين الملغى ينص فى المادة ٣٤١/٢٧٠ منه على أن « لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه الا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانونا وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » . وكان النص الفرنسى لهذه المادة يعبر عن هذا الشرط الاخير بقوله
A l'égard des tiers qui sont de bonne foi

ومع أن هذا النص كان يتحدث عن أثر علم الغير أو حسن نيتهم لا عن اثر علم المشترى الذى قام بتسجيل عقده أو حسن نيته ، فالظاهر أن الفقه والقضاء رأيا تطبيقه على هذه الحالة الاخيرة أيضا ، ولكنهما اختلفا فى المقصود منه بحسن النية ، وذهب فريق منهما الى أن التسجيل لايحتج به على الغير اذا كان المشترى الذى سجل عقده عالما بحصول تصرف سابق على العقار ذاته (١) ،وقال آخرون انه لا يمنع المشترى من الاحتجاج بتسجيله على الغير الا أن يكون متواطئا مع البائع على الاضرار بحقوق هؤلاء الغير (٢) .

وقد الغى قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ هذه المادة ، ولكنه فرق بين التصرفات المنشئة لحقوق عينية عقارية والتصرفات المقررة لمثل هذه الحقوق ، ونص فى المادة الاولى منه على أن النوع الاول من التصرفات يجب تسجيله حتى يترتب عليه نقل الحقوق المذكورة ، اى انه جعل التسجيل فيها ناقلا الملك ، ولم يشترط فيمن يسجل عقده أن يكون حسن النية أو غير عالم بسبق حصول تصرف آخر فى العقار ذاته ، ونص فى المادة الثانية منه على أن التصرفات المقررة لا تكون حجة على الغير اذا لم تسجل أو سجلت ولكن داخلها التدليس .

---

(١) فى هذا المعنى والتون ص ٤٢ ، دى هلتس ج ٤ بيع نبذة ١٩٢ ، الهلالى وحامد زكى نبذة ٢٠٦ .

(٢) جرا نمولان فى التامينات نبذة ٨٨٦،حلمى عيسى فى البيع نبذة ١١٧٣ ، كاديمينوس فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٩ ص ٤٠٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ترتب على خلو هذه النصوص من اشتراط عدم علم من سجل عقده يسبق صدور تصرف آخر فى العقار ذاته أن انعقد الاجماع على أن مجرد علم المشترى الذى سجل عقده بسبق صدور تصرف آخر غير مسجل لا يؤثر فى تسجيله ولا يمنع انتقال الملكية اليه (١) .

غير أن اشتراط عدم التدليس فى المادة الثانية وعدم اشتراطه فى المادة الاولى اثار خلافا على ضرورة هذا الشرط الاخير فيمايتعلق بتسجيل التصرفات المنشئة للحقوق او عدمه ومنها عقد البيع ، فذهب فريق الى ان هذا الشرط مقصور على التصرفات المقررة ولا يصح ايجابه فى تسجيل التصرفات المنشئة ، وبعبارة أخرى الى أن المشترى الذى سجل عقده قبل غيره تنتقل اليه الملكية دون سواه ولو ثبت أنه كان عالما بسبق صدور عقد غيره ومتواطئا مع البائع على الاضرار بذلك الغير (٢) . وذهب فريق آخر الى عكس ذلك فقرروا ان ثبوت تواطؤ المشترى الذى سبق الى تسجيل عقده مع البائع على الاضرار بالغير يترتب عليه بطلان اثر التسجيل وعدم جواز الاحتجاج به على ذلك الغير (٣) .

واستدل الفريق الاول على رأيهم بما يأتى :

(١) ان المشرع قصد بقانون التسجيل التمهيد للأخذ بنظام السجل العينى ، وهذا يقتضى أن يكون التسجيل بذاته ناقلا الملكية ومطهرا عيوب العقد المسجل ، فلا محل فى هذا النظام للبحث عن حسن نية من سجل عقده أو سوء نيته .

(٢) أن المشرع اذ فرق بين التصرفات المنشئة التى نص عليها فى المادة الاولى من قانون سنة ١٩٢٣ والتصرفات المقررة التى نص عليها فى المادة الثانية منه قد اشترط عدم التدليس فيما يتعلق بتسجيل الاخيرة ولم يشترطه فيما يتعلق بالاولى ، فدل بذلك على أنه لا يقيم وزنا للتدليس أو عدمه فى تسجيل التصرفات المنشئة .

(٣) ان الحاجات العملية وضرورة استقرار الملكية العقارية توجب

---

(١) الهلالى وحامد زكى نبذة ٢٧٣ ، كامل مرسى نبذة ١٦٥ .

(٢) استئناف مصر ٢٥ ديسمبر ١٩٢٨ المحاماة ٩ — ٧٥ — ٥٠ ، ١٩ فبراير ١٩٣٠ المحاماة ١١ — ٢٥٤ — ١٤١ ، ١٢ نوفمبر ١٩٣٥ المحاماة ١٦ — ٧٠٦ — ٢٣٠ .

(٣) عبد السلام ذهنى فى الغش والتواطؤ والتدليس فى التسجيل ، أنور سلطان ص ٢١٧ و ٢١٨ ، استئناف مصر (الدوائر المجتمعة) ٣ ديسمبر ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ — ٤٦ — ٢١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التعويل على العقد الذى يسجل أولا يقطع النظر عن حسن نية صاحب المصلحة فيه أو سوئها .

وقد رد الفريق الثانى على ذلك :

(١) بانه وان كان المشرع قد قصد أن يمهد بقانون التسجيل لادخال نظام السجل العينى ، فان هذا النظام الانتقالى ما زال يعتبر التسجيل مجرد اجراء غير ناقل الملكية بذاته بل باستناده الى تصرف قانونى صحيح وخال من العيوب . فيبطل تسجيل العقد الذى ثبتت صوريته أو الذى يحكم بابطاله لنقص فى الاهلية أو لغلط أو تدليس أو اكراه . وكذلك يبطل التسجيل الذى يكون صاحب المصلحة فيه قد أجراه بسوء نية .

(٢) وبأن المشرع اذ نص على عدم التدليس فى تسجيل التصرفات المقررة دون أن ينص عليه فى شأن التصرفات المنشئة لم يقصد بذلك أن يتغاضى عن هذا الشرط فيما يتعلق بهذا النوع الاخير من التصرفات ، لان هذا الشرط يوجبه مبدأ عام من المبادىء الاولية للقانون وهو أن الغش يبطل كل التصرفات fraus omnia corrumpit ولا يصح اعتبار مجرد سكوت المشرع عن النص على عدم التدليس فى المادة الاولى من قانون التسجيل استبعادا لهذا المبدأ العام . هذا فوق انه لا يعقل أن يضع المشرع للتدليس حكمين مختلفين ، فيرتب عليه أثرا فى تسجيل التصرفات المقررة ولا يرتب عليه هذا الاثر بالنسبة الى التصرفات المنشئة .

(٣) وبأن تواطؤ المشترى الثانى مع البائع على الاضرار بالمشترى الاول يعتبر عملا غير مشروع يوجب مسئوليتهما قبل الاخير ويلزمهما بتعويضه عما أصابه من ضرر ، وبأن خير تعويض هو التعويض العينى . وهو فى هذه الحالة يكون بابطال تسجيل المشترى الثانى وتمكين المشترى الاول من تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الذى يصدر لمصلحته .

ويرد الفريق الاول على الحجتين الاولى والثالثة من حجج الفريق الثانى بأن قصد المشرع من وضع النظام الانتقالى للتسجيل فى سنة ١٩٢٣ واضح فى انه يريد تثبيت الملكية العقارية واستقرارها بصفة نهائية تتخذ أساسا لتطبيق نظام السجل العينى ، فيجب أن يكون تفسير القانون وتطبيقه بما يحقق هذا الهدف . وليس قطعا مما يحققه اجازة ابطال التسجيل بسبب تواطؤ المشترى الثانى مع البائع . واذا كون هذا التواطؤ عملا غير

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مشروع فيلزم اعتبار التعويض العينى عنه مستحيلا بحكم القانون والاستعاضة عنه بالتعويض النقدى .

ويردون الحجة الثانية بأن مبدأ أن الغش يبطل التصرفات لم ينص عليه القانون الوضعى ، وغاية الامر أنه يعتبر من مبادىء القانون الطبيعى فلا يصح أن يلجأ اليه الا عند وجود نقص أو غموض فى التشريع ، وبأن الامر ليس كذلك فى حالتنا لان المشرع نص على اشتراط عدم التدليس فى المادة الثانية من قانون التسجيل وسكت عن اشتراطه فى المادة الاولى منه مما يدل على قصده عدم اشتراط هذا الشرط فى هذه المادة . فلا محل بعد ذلك للاخذ بمبدأ من مبادىء القانون الطبيعى يخالف قصد المشرع . وليس فى اشتراط المشرع عدم التدليس فى احدى الحالتين وعدم اشتراطه فى الاخرى تناقض ، لان الحالتين مختلفتان وقد وضع المشرع لكل منهما أحكاما متباينة ليس من حيث اشتراط عدم التدليس فحسب بل من حيث اثر التسجيل فى نقل الملكية أيضا .

وقد رجح رأى الفريق الاول وكانت له الغلبة فى الفقه والقضاء واقرته محكمة النقض فى عدة أحكام لها حيث قررت أنه اذا تصرف المتصرف فى العقار ذاته لشخص آخر قبل أن يسجل المتصرف اليه الاول عقده ، فانه يتصرف فيما يملكه ملكا تاما . فاذا بادر الآخر الى تسجيل عقده قبل تسجيل الاول عقده ، فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلك الملكية العينية التى لم يتعلق بها حق ما للاول ، ولو كان المتصرف والمتصرف اليه الثانى سيىء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف اليه الاول من الصفقة (١) . وقد اطرد قضاء محكمتنا العليا على ذلك حتى بعد صدور قانون الشهر العقارى فى القضايا التى ظل يحكمها قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ (٢) ، ولم تبطل اثر التسجيل الا اذا ثبت أن العقد

---

(١) نقض ١٢ ديسمبر ١٩٣٥ المحاماة ١٦ ص ٥٧٠ مجموعة القواعد القانونية جـ ١ رقم ٣٨٠ .

(٢) وقد جاء فى حكم لها بتاريخ أول ديسمبر ١٩٥٥ أنه « جرى قضاء محكمة النقض على أنه وفقا لقانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ اذا لم يتم تسجيل العقود التى من شأنها انشاء حق الملكية أو حق عينى عقارى آخر ، فان الملكية تظل على ذمة المتصرف . فاذا هو تصرف فيها لشخص آخر بادر الى تسجيل عقده خلصت له الملكية بمجرد هذا التسجيل . ولا محل للتحدى بسبق علم المتصرف اليه الاخير بحصول تصرف البائع لشخص آخر من ذات العقار أو سوء نيته أو تواطئه مع البائع على حرمان المتصرف اليه الاول من =

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المسجل صورى (١) .

١٧٤ - (ب) فى ظل قانون الشهر العقارى - هذا فى ظل قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ . أما قانون الشهر العقارى الصادر فى سنة ١٩٤٦ فلم يرد به نص على اشتراط عدم التدليس لا فيما يتعلق بالتصرفات المنشئة (المادة ٩) ولا فيمايتعلق بالتصرفات المقررة (المادة ١٠). وقد بررت المذكرة الايضاحية ذلك بأن المشرع فضل حذف النص على هذا الشرط الذى كان واردا فى المادة الثانية من قانون التسجيل اكتفاء بالقواعد العامة .

ولكن ما هى تلك القواعد العامة التى أشارت اليها هذه المذكرة ؟

يؤخذ من مناقشات اللجنة التى وضعت قانون الشهر العقارى أنها لم تكن متفقة على هذه القواعد . فبينما كان فريق منها يرى أن مبدأ الغش يبطل التصرفات هو القاعدة العامة التى يجب تطبيقها فى هذه الحالة وبالتالى يجب ابطال كل تسجيل شابه تدليس سواء كان ذلك فى التصرفات المقررة أو فى التصرفات المنشئة ، ذهب الفريق الآخر الى أن القواعد العامة المقصودة هى التى سبق أن اقرتها محكمة النقض فى ظل قانون التسجيل بشأن التصرفات المنشئة التى لم يكن يوجد بشأنها نص على اشتراط عدم التدليس كالنص الذى كان موجودا فيما يتعلق بالتصرفات المقررة ، وأن حذف هذا النص الاخير من قانون الشهر العقارى مؤداه استبعاد الحكم الخاص بالتصرفات المقررة وتعميم الحكم الذى كانت تأخذ به محكمة النقض فى شأن التصرفات المنشئة فيصبح هذا الحكم هو الواجب التطبيق فى جميع الاحوال .

=

الصفقة ما دام أن المناط فى نقل الملكية هو التسجيل بمجرده » (مجموعة أحكام النقض ٦ - ١٥٣٦ - ٢١٠ وانظر أيضا فى هذا المعنى ٣ فبراير ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ - ٥٨١ - ٧٥ ، ٣ ابريل ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ - ٣٣٠ - ٦ ، ١٤ فبراير ١٩٥٧ المحاماة ٣٨-١٣٩ - ١٠٨ . وراجع تعليق المرحوم محمد حامد فهمى على حكم ٣ يونيه ١٩٤٣ فى مجموعة القواعد القانونية جـ ٤ ص ٨١٤ و ٨١٥ فى الهامش) .

(١) نقض مدنى ٢ أكتوبر ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ٢ - ٤٠٥ - ١٣٥ ، ٣ يونيه ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ٤ - ١٨٣ - ٦٧ ، ٦ يونيه ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ٥ - ١٨٨ - ٩١ ، ٣١ ديسمبر ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ - ٣٥٢ - ٥٤ ، ١٣ مايو ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ - ٨٥٦ - ١٢٨ ، ٧ يونيه ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ - ٧٠١ - ٩٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويؤخذ ايضا من هذه المناقشات أن الامر انتهى بترجيح القول بأن ما ذهبت اليه محكمة النقض فى ظل قانون التسجيل انما يرجع الى وجود نص على اشتراط عدم التدليس فى التصرفات المقررة وعدم وجود نص على مثل ذلك فى شأن التصرفات المنشئة . فهو لا يفيد أن ما ذهبت اليه المحكمة العليا انما هو تطبيق للقواعد العامة ، اذ ربما تكون قد ذهبت اليه من طريق الاستنباط بمفهوم المخالفة من نص المادة الثانية من قانون التسجيل . ولذلك استقر رأى اللجنة على حذف النص على اشتراط عدم التدليس فى التصرفات المقررة حتى تكون للمحاكم حرية تامة فى الالتجاء الى القواعد العامة بعيدا عن مثل ذلك النص وعن مفهومه المخالف (١) .

وبناء على ذلك اصبح من المتعين أن نضرب صفحا عن قضاء محكمة النقض السابق باعتبار أنه كان يستند الى نص تقرر حذفه وان نبحث عما يكون عليه الحكم فى ظل قانون الشهر العقارى .

وقد اختلف فى ذلك أيضا الفقه والقضاء ، فقال فريق ان علم المشترى الثانى الذى سجل عقده بسبق تصرف البائع الى مشتر أول يبطل اثر تسجيله ويحول دون انتقال الملكية اليه (٢) (نظرية العلم) ، وقال فريق آخر أن مجرد علم المشترى الثانى بذلك لا يكفى لابطال اثر تسجيله وانه لابد فى ذلك من أن يكون المشترى الثانى متواطئا مع البائع على الاضرار بالمشترى الاول (٣) (نظرية التواطؤ) ، وذهب فريق ثالث الى أن المعول عليه فى انتقال الملكية هو مجرد السبق فى التسجيل وانه لا العلم بالتصرف السابق ولا التواطؤ مع البائع على الاضرار بالمتصرف اليه الاول يمكن أن يؤثر أيهما فى مفعول التسجيل الذى تم أولا (٤) (النظرية المادية) .

وقد استند الرأى الاول الى نص المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى الخاصة بأثر الحكم الذى يصدر فى احدى الدعاوى التى نصت المادة ١٥ على وجوب شهرها وهى الدعاوى التى تقدم ضد محررات تم شهرها والتى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا

---

(١) أنظر محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٣١٢ ، امام نبذة ١٧٧ .

(٢) أنور سلطان نبذة ١٨٣ .

(٣) عبد الباقى نبذة ١٠٥ الى ١٠٧ ، السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢٩٠ .

(٤) امام نبذة ١٧٧ ، البدراوى نبذة ٢١٨ و ٢١٩ ، جميل الشرقاوى فى رسالته نبذة ٥٤ وهامش ص ١٥٧ ، وفى البيع سنة ١٩٦٦ ص ١٩ نبذة ٥٥ ، منصور نبذة ٧٢ ، اسماعيل غانم طبعة سنة ١٩٥٨ ص ١٤١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

او صحة او نفاذا كدعاوى البطلان او الفسخ او الالغاء او الرجوع ، وكذلك دعاوى الاستحقاق ودعاوى صحة التعاقد . فقد نصت تلك المادة ١٧ على ان يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة او التأشير بها ان حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى او التأشير بها . — ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير او التسجيل المشار اليهما » . وقال أنصار هذا الرأى ان من الدعاوى المذكورة دعوى صحة التعاقد، وهى الدعوى التى يرفعها المشترى بعقد غير مسجل ضد البائع للحصول على حكم بثبوت البيع وتسجيل هذا الحكم ليقوم تسجيله مقام تسجيل عقد البيع كما سيجىء فى نبذة ١٧٧ . فاذا سجلت هذه الدعوى وتأشر فى هامش تسجيلها بالحكم الذى يصدر فيها لصالح المدعى ، فان هذا التأشير لا يضر بحق مشتر آخر يكون قد سجل عقده بحسن نية قبل تسجيل صحيفة هذه الدعوى . أما اذا كان ذلك المشترى الذى سبق الى تسجيل عقده سىء النية ، فيسرى فى حقه الحكم الذى يصدر فى الدعوى بالرغم من أسبقية حقه على تسجيل صحيفتها . وقالوا ايضا انه لا يشترط لاعتبار المشترى الذى بادر الى تسجيل عقده سىء النية ان يكون مدلسا متواطئا مع البائع للاضرار بحق المشترى الآخر ، بل يكفى أن يكون عالما بالتصرف الذى صدر للآخر ، لان العلم البسيط هو المعيار الذى يتفق وطبيعة جميع الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ ، ولا يمكن ان يتغير هذا المعيار من دعوى الى اخرى فضلا عن أن واضعى مشروع القانون كانوا قد وضعوا فى المادة ١٧ المذكورة فقرة ثالثة عرفوا فيها حسن نية الغير بانه عدم علمه او عدم استطاعته العلم بالسبب الذى تستند اليه الدعوى ، واذا كان هذا النص لم يرد فى القانون ، فانه يكشف عن قصد المشرع فى هذا الشأن (١) .

اما الرأى الثانى فيستند الى رغبة المشرع الواضحة من الاعمال التحضيرية لقانون الشهر العقارى فى ترك الامر للقواعد العامة ، ويقول ان هذه القواعد لا تعتبر مجرد علم المشترى الذى سجل عقده بسبق حصول التصرف الى شخص آخر لم يسجل عقده مانعا من تمسكه بتسجيله ومن انتقال الملكية اليه ، وانما تعتبر توافر الغش او التواطؤ مانعا من ذلك .

ويرد أصحاب هذا الرأى حجة الرأى السابق المستمدة من المادة ١٧

---

(١) من هذا الرأى الدكتور انور سلطان فى نبذة ١٨٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فقرة ثانية المذكورة بأن حسن النية المشار اليه فى هذا النص يقتصر على الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ ، ولا يتصور أن يكون المشرع قد قصده بالنسبة الى دعوى صحة التعاقد . ويستدل على ذلك بأن المشرع كان قد وضع لحسن النية تعريفا فى فقرة ثالثة من المادة ١٧ اعتبر فيه حسن النية متوافرا بمجرد عدم العلم ثم حذف هذا التعريف ، فدل بذلك على قصده المغايرة فى معنى حسن النية بالنسبة الى كل من الدعاوى المذكورة وفق ما تقتضيه ظروف كل منها ، فيكون المقصود بالنسبة الى دعاوى البطلان والفسخ هو عدم العلم بالسبب الذى تستند اليه الدعوى ، وبالنسبة الى دعوى صحة التعاقد هو عدم الغش . ويكون هذا المعنى الاخير تطبيقا للقواعد العامة . أما الاكتفاء فى الدعاوى الاخرى المشار اليها بمجرد العلم فهو استثناء تقتضيه طبيعة تلك الدعاوى (١) .

وقد ذهبنا نحن مذهبا ثالثا أقررنا فيه رأى محكمة النقض الذى صارت عليه فى ظل قانون التسجيل استنادا الى الحجج ذاتها التى استندت اليها المحكمة العليا اذ ذاك . فرأينا ان قانون الشهر العقارى لم يغير من الامر شيئا ، وانه لا يشترط — حتى بعد صدوره — فيمن يتمسك بتسجيل عقده أن يكون حسن النية ، فيستوى أن يكون هذا عالما بسبق التصرف الى غيره أو غير عالم ، وأن يكون متواطئا مع البائع أو غير متواطىء (٢) .

---

(١) عبد الباقى فى عقد الايجار نبذة ٨٥ .

(٢) أنظر كتابنا فى شرح عقد الايجار سنة ١٩٥٤ هامش ص ٢٠٥ و ٢٠٦ وطبعة سنة ١٩٦٨ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ وقد دفعنا الحجة المستمدة من نص المادة ١٧ فقرة ثانية من قانون الشهر العقارى التى استند اليها الرأيان السابقان . فقلنا اننا نسلم مع الرأى الاول بأن حسن النية الذى اشترطته هذه المادة انما قصد به أن يكون الغير لم يعلم ولم يستطع أن يعلم بالسبب الذى تستند اليه الدعوى التى تم شهرها فيما بعد ، ولا نسلم بما يذهب اليه الرأى الثانى من أن حسن النية يختلف معناه بالنسبة الى كل دعوى عنه بالنسبة الى غيرها ، ولكنا نعتبر أن اشتراط المادة ١٧ حسن نية الغير مقصور على حالة الاحكام التى تصدر فى دعاوى الطعن على تصرفات مسجلة والتى يترتب عليها وفقا للقواعد العامة فسخ أو بطلان أو الغاء تلك التصرفات بأثر رجعى ، لا من وقت رفع هذه الدعاوى أو تسجيلها أو التأشير بها فحسب ، بل من وقت حصول التصرفات المطعون فيها ، وانه لم يقصد به كما يذهب الى الذهن تقرير أثر استثنائى لهذه الاحكام بل بالعكس من ذلك قصد به الحد من أثرها الرجعى الطبيعى بالنسبة الى الغير الذى كسب من المتصرف اليه بالعقد المسجل المطعون فيه حقا قبل التأشير بتلك الدعاوى أو تسجيلها . وكان طبيعيا أن يشترط المشرع لتعطيل هذا الاثر الرجعى لمصلحة ذلك الغير أن يكون الاخير حسن النية حتى يكون جديرا =

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

.. ..

بهذه الرعاية الاستثنائية ، وبذلك يكون حسن النية ليس مشترطا لصحة التسجيل بوجه عام بل مشترطا فقط للحد من الاثر الرجعى للفسخ أو البطلان وما تشابههما .

واذا كانت المادة ١٧ قد ذكرت أيضا دعاوى الاستحقاق ودعاوى صحة التعاقد ، فان تعميم الفقرة الثانية منها بحيث يشمل حكمها هذه الدعاوى أيضا كان تزيدا لا مبرر له نعتقد أنه جاوز قصد المشرع ، ذلك أن الصورة التى ينطبق عليها هذا الحكم بمناسبة دعوى الاستحقاق هى التى يوجد فيها قبل رفع هذه الدعوى مشتر من غير مالك سجل عقده . فاذا حكم فيها لمدعى الاستحقاق يكون له وفقا للقواعد العامة أن يسترد الملكية من المشترى الذى سجل عقده . غير أن نص المادة ١٧ فقرة ثانية من شأنه أن يحمى هذا الاخير اذا كان حسن النية ضد من حكم له بالاستحقاق ولو لم يكن المشترى المذكور قد حاز العقار خمس سنوات بحيث يجوز له أن يتملكه بالتقادم الخمسى . فهل قصد المشرع بتعميم نص المادة ١٧ فقرة ثانية هذه النتيجة التى تهدر شروط التقادم المكسب القصير ؟ وفى حالة الايجاب ماذا يكون سبب ملكية المشترى بعد أن ينتفى أن يكون هو العقد لصدور عقده من غير مالك وأن يكون هو التقادم المكسب لانعدام الحيازة ؟ لا يبقى الا أن يكون سبب كسب الملكية هو نص المادة ١٧ ذاته . ومن الجلى أن المشرع لم يقصد بهذا النص أن يكون سببا خاصا لكسب الملكية . واذن يكون تعميم هذا النص قد جاوز قصد المشرع .

والامر كذلك أيضا فيما يتعلق بدعاوى صحة التعاقد . فان تطبيق النص المذكور عليها يفترض أن المشترى الثانى سجل عقده قبل المشترى الاول ، وأن هذا رفع بعد التسجيل دعوى صحة التعاقد ونفاذه وحصل على حكم بذلك ، وأنه يتمسك بهذا الحكم ضد المشترى الذى سجل عقده قبل رفع الدعوى لمجرد ثبوت سوء نية هذا المشترى . وهذا الفرض لا محل له لاستحالة تحققه قانونا ، ذلك أن دعوى صحة التعاقد ونفاذه يراد بها (كما سيجىء فى نبذة ١٧٦ وما بعدها) الحصول على تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية تنفيذا عينيا جبريا ، وان التنفيذ العينى لا يجوز الحكم به الا اذا كان لا زال ممكنا ، وان الفرض فى هذه الصورة أن تسجيل عقد المشترى الثانى قد نقل الى الاخير ملكية المبيع وجرد البائع منها ، فصار وفاء هذا بالتزامه نحو المشترى الاول وفاء عينيا غير ممكن ، الامر الذى يمتنع معه الحكم فى دعوى صحة التعاقد ونفاذه بالتنفيذ العينى الجبرى ، وينعين معه ان يقتصر الحكم فيها على اثبات الاخلال به والحكم بالتنفيذ بمقابل ، أى بالتعويض ، فلا يكون ثمة محل لان يتمسك المشترى الاول بحكم يصدر له فى دعوى صحة تعاقد ضد المشترى الثانى الذى سبق الى تسجيل عقده ولو كان هذا المشترى الثانى سىء النيه .

ومما يؤيد ذلك أن المادة ١٧ فقرة ثانية من قانون الشهر العقارى كانت تقابلها فى قانون التسجيل المادة ١٢ فقرة ثانية التى كانت تنص على أن « تبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار اليهما خاضعة للنصوص والمبادىء السارية وقت اكتسابها . ويبين من المذكرة الايضاحية لهذا القانون أن اللجنة التى وضعته قصدت بهذا النص الاحالة على النصوص والمبادىء التى تحكم كل حالة على حدة حتى تتفادى هى بحث ما ينشأ عن فسخ أو بطلان العقود بالنسبة الى الغير فى كل حالة على حدة وبخاصة فى الحالات التى وجدت فيها نصوص خاصة لحماية الدائنين المرتهنين من الاثر الرجعى لفسخ سند ملكية

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد أخذ بذلك أيضا بعض الزملاء (١) .

اما محكمة النقض فقد أثبت أن تقيم لنظرية العلم وزنا قررت فى حكم لها بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٥٣ أن « الملكية لا تنتقل من البائع الى المشترى الا بتسجيل عقد شرائه وفقا لنص المادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، ولا يحول دون نقل الملكية - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المشترى عالما بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف فى المبيع ذاته لمشتر آخر لم يسجل عقده (٢) ... » .

وقد رفضت محكمتنا العليا التفسير الذى يذهب اليه الرأى الثانى (نظرية التواطؤ) لمعنى حسن النية فى المادة ١٧ فقرة ثانية حيث قررت فى حكم آخر بتاريخ ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ أن « الغير سيىء النية فى معنى المادة المذكورة هو الذى كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله او بما يوجب فسخه . أما من يتعامل مع بائع لم يثبت انه سبق أن تصرف فى العقار المبيع تصرفا انتقلت به الملكية فلا يعتبر سيىء النية فى معنى المادة المذكورة لانه يكون فى هذه الحالة قد تعامل مع مالك

الراهن أو بطلانه . والظاهر أن هذه الحالات هى التى كانت ماثلة فى ذهن واضعى قانون الشهر العقارى عندما وضعوا نص المادة ١٧ فقرة ثانية الذى اشترطوا به أن يكون الغير الذى كسب حقه قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ أو البطلان أو غير ذلك من الدعاوى التى ذكرتها المادة ١٥ حسن النية ، اذ رأوا من الانسب - كما تقول المذكرة الايضاحية لقانون الشهر العقارى - أن يتضمن النص الجديد قاعدة عامة تبين مدى حجية شهر هذه الدعاوى على الغير الذى كسب حقه قبل شهرها وان مدى هذه الحجية هو حسن نية الغير (انظر فى ذلك كتابنا فى شرح عقد الايجار سنة ١٩٥٤ هامش ص ٢٠٥ وص ٢٠٦ وسنة ١٩٦٨ ص ٢٤٣ و ٢٤٤ وانظر أيضا ما سيجىء فى نبذة ٢١٥) .

(١) انظر محمد على عرفة فى أسباب كسب الملكية سنة ١٩٥٥ ص ٢٥٥ نبذة ١٩٤ ، البدراوى فى عقد البيع سنة ١٩٥٦ ص ٣٠٥ نبذة ٢٠٣ ، ص ٣٤٠ نبذة ٢٩١ ، منصور مصطفى منصور سنة ١٩٥٧ نبذة ٧٢ ص ١٢٥ .

(٢) المحاماة ٣٥ - ١٠٩٣ - ٤٧٥ مجموعة أحكام النقض ٥ - ٣٠٢ - ٥٤ . انظر أيضا نقض مدنى ٤ مارس ١٩٥٤ المحاماة ٣٥ - ١٧٣٦ - ٥١٢ مجموعة أحكام النقض ٥ - ٥٧٢ - ٩١ وقد جاء فيه أنه من غير المنتج ما يتمسك به الطاعن من سوء نية المطعون عليه بمقولة أنه كان يعلم وقت شرائه أن البائع اليه كان قد تصرف الى الطاعن فى كل او بعض الاطيان المبيعة ، ذلك أنه لا عبرة فى هذا الخصوص بهذا العلم متى كان عقد المشترى الاول لم يسجل وبالتالى لم تنتقل به الملكية من البائع . وأيضا ١٣ مايو ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ - ٨٥٦ - ١٢٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حقيقى لا تشوب ملكيته شائبة ولو كان يعلم وقت تعاقده معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتر سابق لم يسجل عقده ، ذلك أنه وفقا للمادة ٩ من القانون المشار اليه يجب شهر جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أوزواله ، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم ، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن . فمن يتعامل مع بائع على أساس هذا القانون لا يصح اهدار أثر سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استنادا الى المادة ١٧ فقرة ثانية من القانون المذكورة (١) » .

وقد سبق أن لاحظنا أن رفض محكمة النقض التفسير الذى تقول به نظرية التواطؤ لنص المادة ١٧ فقرة ثانية لا يقطع بأن المحكمة ترفض نظرية التواطؤ فى ذاتها ، لما تقدم من أن هذه النظرية لا تقوم على هذا التفسير وحده بل تقوم أيضا على المبدأ القائل بأن الغش يبطل التصرفات ، وانه اذا كانت المحكمة قد نبذت بهذا الحكم أول الاساسين اللذين تستند اليهما هذه النظرية فانها لم تقل فيه شيئا فى شأن الاساس الثانى ولم تنف احتمال ابطال أثر التسجيل بسبب حدوث تواطؤ بين المشترى الذى سجل عقده والبائع اليه كما كانت تصرح بذلك فى ظل قانون التسجيل . وقلنا أنا نعتقد أن سكوتها عن ذلك لا يرجع الا الى أن الفصل فى القضية التى قررت فيها هذا المبدأ لم يكن يحتاج الى التعرض لانعدام أثر التواطؤ ، وانه متى عرضت عليها قضية أخرى تحتاج الى ذلك فلن تتردد فى السير على قضائها السابق على قانون الشهر العقارى وفى تقرير انعدام أثر التواطؤ على تسجيل العقد الصادر من مالك . وقد تحقق ما توقعناه ، فقضت محكمة النقض فى ٣ ابريل ١٩٥٨ بأنه متى كان المشترى الثانى قد سجل عقد شرائه وطعن المشترى السابق الذى لم يسجل عقده بصدور العقد الثانى المسجل بطريق التواطؤ رغبة من البائع فى الرجوع عن البيع له تأسيسا على أن المشترى الثانى قد وقع كشاهد على عقده هو ، فأغفل الحكم الرد على هذا الدفاع الذى يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فان

---

(١) المحاماة ٣٥ — ١١٦٩ — ٥٤١ مجموعة أحكام النقض ٥ — ٨٥٦ — ١٢٨ .

ويلاحظ أن هذا الحكم يؤيد ما ذهبنا اليه من أن المادة ١٧ فقرة ثانية لا تنطبق — بالرغم من عموم نصها — على حالة المشترى الثانى الذى يسجل عقده قبل أن يسجل المشترى الاول عقده أو عريضة دعواه .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ذلك لا يعيب الحكم بالقصور ، ذلك لأن توقيع المشترى الثانى كشاهد على العقد الذى لم يسجل لا يعتبر اقرارا منه بانتقال ملكية المبيع الى من صدر له ذلك العقد ، وان صح هذا التوقيع دليلا على علم صاحبه بسبق التصرف الى الغير فانه لا يحول دون كسبه ملكية المبيع بعد ذلك بمقتضى عقده الذى بادر الى تسجيله فصح سندا لنقل الملكية اليه ولو كان فى ذلك متواطئا مع بائعه (١) .

١٧٥ - (٢) تزاحم المشترين من بائعين مختلفين وبخاصة المشترى من المورث والمشترى من الوارث - تقدم انه اذا تزاحم المشترون من بائع واحد مالك المبيع كانت الافضلية لمن سبق منهم الى تسجيل عقده . أما اذا تزاحم المشترون من بائعين مختلفين احدهما مالك والآخر غير مالك فلا محل للمفاضلة بينهم على أساس السبق فى التسجيل ، لأن تسجيل العقد الصادر من غير المالك لا يكفى لنقل الملكية .

---

(١) نقض مدنى ٣ ابريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ - ٢٣٠ - ٢٦/ب وقالت ايضا فى حكم حديث لها أن المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤/١٩٤٦ تنص على وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الاصلية ورتبت على عدم الشهر الا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة لغير .. واذ جاء هذا النص - أسوة بنص المادة الاولى من قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ المقابل له - خلوا مما يجيز ابطال الشهر اذا شابه تدليس أو تواطؤ ، فان مفاد ذلك - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو اجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين فى شأن عقار واحد على أساس الاسبقية فى الشهر ولو نسب الى المشترى الذى بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله . ولا يغير من ذلك أن يكون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية فى تقديم طلبه لجهة الشهر اذ أن مجرد الاسبقية فى 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 الذى أجراه بمصلحة الشهر العقارى بعدم مراعاته للمواعيد والاجراءات التى تقضى بها المادة ٣٣ من قانون الشهر العقارى ، ذلك أن ما تنظمه هذا النص لا يعدو أن يكون تبيانا للقواعد الادارية المحددة للاجراءات والمواعيد الواجب على مأمورية الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد ، واذ لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته ، فان الافضلية تكون لمن سبق تسجيل التصرف الصادر له ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق ، وليس لصاحب الطلب السابق ان صح ما يدعيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ سوى طلب التعويض بوجهه الى موظف الشهر العقارى ومن تواطأ معه اذا كان لطلبه محل (نقض مدنى ١٥ فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ - ٢٩٥ - ٣٩) ، وفى هذا المعنى ايضا نقض مدنى ٧ ابريل ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ - ٥٨١ - ٩٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بل لابد فى نقل الملكية بالتسجيل من أن يكون العقد المسجل صادرا من مالك . واذن تكون الافضلية فى الفرض الذى نعالجه هنا لا على أساس السبق فى التسجيل بل على أساس تلقى الحق من مالكه . فاذا سجل العقد الصادر من غير المالك وسجل العقد الصادر من المالك كان المشترى بهذا العقد الاخير مفضلا ولو كان تسجيل عقده متأخرا (١) ، بل انه يفضل ولو لم يسجل عقده أصلا ويجوز له تسجيله فى اى وقت طالما ان البائع اليه لم ينقل ملكية المبيع ذاته الى شخص آخر بعقد مسجل .

وقد أثار تطبيق ذلك على المفاضلة بين عقد صادر من المورث وآخر صادر من الوارث صعوبة فى العمل . اتجرى المفاضلة بينهما على اعتبار أن الوارث مكمل شخصية المورث وان العقدين كأنهما صادران من بائع واحد مالك المبيع فتكون الافضلية بينهما للاسبق تسجيلا ؟ أم تجرى على اعتبار أن شخصية الوارث لا شأن لها بشخصية المورث وان العقدين صادران من بائعين مختلفين فيكون المعول عليه فى التفضيل بينهما تعرف اى البائعين هو المالك ، فيفضل العقد الصادر منه ؟

قضت محكمة النقض فى هذه المسألة بأن استبعدت الحل الاول واعتمدت الثانى واطرد قضاؤها على أن المعول عليه هو الاخذ بنظرية الشريعة الاسلامية من اعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث ، ولذلك فلا محل للمفاضلة على أساس السبق فى التسجيل بين البيع الذى يصدر من المورث والبيع الذى يصدر من الوارث لصدورهما من شخصين مختلفين وتكون العبرة بتعرف المالك الحقيقى اذ يكون العقد الصادر من هذا المالك هو العقد الصحيح (٢) .

ولكن يبقى بعد ذلك معرفة اى العقدين ــ العقد الصادر من المورث أو العقد الصادر من الوارث ــ يعتبر هو الصادر من المالك .

ولا شك فى أن العقد الصادر من المورث عقد صادر من مالك ، ولكن الفرض أنه لم يسجل فلم ينقل الملكية الى المتصرف اليه بل بقيت الملكية للمورث حتى وفاته .

---

(١) انظر نقض مدنى ٢٥ يونية ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ ــ ١٠٨٧ ــ ١٧٤ الواردة ملخصه فى هامش نبذة ١٧٢ ص ٢٩٦ و ٢٩٧ .

(٢) نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٣٤ ، وايضا ٢٨ يونيه ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ــ ٤٩٤ ــ ١١١ المحاماة ٣٧ ــ ٨٢٦ ــ ٣٦٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

افيعتبر العقد الصادر من الوارث فى هذه الحالة صادرا من مالك ايضا أم يعتبر صادرا من غير مالك ؟ ان كانت الاخيرة كان العقد الصادر من المورث مفضلا ولو لم يسجل ، وان كانت الاولى كانت المفاضلة بين العقدين بالاسبقية فى التسجيل .

وقد كان يمكن عملا بالقاعدة الشرعية لا تركة الا بعد سداد الديون اعتبار اموال المورث باقية على حكم ملكه حتى تتم تصفية التركة بسداد ديونها ومنها التزام المورث بنقل ملكية العقار المبيع الى المتصرف اليه ، فيكون العقد الصادر من الوارث قبل ذلك صادرا من غير مالك ولا تجوز المفاضلة بينه وبين العقد الصادر من المورث على أساس الاسبقية فى التسجيل بل يفضل العقد الصادرمن المورث ولو لم يكن قد سجل أو كان قد سجل بعد تسجيل العقد الصادر من الوارث ، وذلك لصدور الاول من المالك الحقيقى . وظاهر ان هذا التكييف أصلح للمشترى من المورث من التكييف الذى يذهب الى ان أموال المورث — بما فيها ملكية العقار المبيع بعقد غير مسجل — تؤول من وقت موته الى ورثته لان هذا التكييف الاخير يضعف مركز المشترى من المورث بتفضيل المشترى من الوارث عليه (١) . ويقصر حقه على المطالبة بتعويض قد يحصل عليه بعد اجراءات كثيرة تقتضيه جهدا كبيرا ووقتا طويلا وقد لا يحصل عليه .

ومع ذلك فقد رجح فى الفقه والقضاء الرأى القائل بأن اموال المورث بما فيها ملكية العقار المبيع بعقد غير مسجل تؤول الى الوارث ويكون العقد الصادر من الاخير صادرا من مالك ولا يكون للمشترى من المورث بعقد غير مسجل سوى حق شخصى يداين به التركة ، فاذا استحال تنفيذه عينا بسبب تسجيل عقد صادر من الوارث لم يبق للمشترى من المورث سوى مطالبة التركة والوارث الذى آلت اليه بالتعويض (٢) .

---

(١) باعتبار المشترى من الوارث مشتريا من مالك .

(٢) أنظر نقض مدنى اول يونيه ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ١ — ٥٦٩ — ١٤١ وقد جاء فيه أن البيع الصادر من المورث لا ينقل ملكية المبيع الى المشترى منه الا بالتسجيل. فاذا لم يسجل هذا المشترى عقده ، بقى العقار على ملك البائع وانتقل الى ورثته من بعده بالارث . واذا هم باعوه وسجل المشترى منهم عقد شرائه انتقلت اليه ملكيته لانه يكون قد تلقاه من مالكين وسجل عقده وفقا للقانون ، وبذا تكون له الافضلية على المشترى من المورث الذى لم يسجل عقد شرائه .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وواضح أن هذا الرأى الذى رجح من شأنه أن يضر بحقوق المشترى من المورث بالرغم من أن هذا الاخير مشتر من مالك لم يتصرف الى غيره فى العقار الذى باعه اليه وليس من العدالة فى شىء أن يضار هذا المشترى ببيع يصدر بعد ذلك من شخص آخر غير المالك الذى باع اليه والذى مات مصرا على هذا البيع ودون أن يتصرف فى المبيع الى غيره .

لذلك كان لابد أن يعالج المشرع هذه الحالة . وقد عالجها فعلا بما أورده فى شأنها من أحكام فى المادتين ١٣ و ١٤ من قانون الشهر العقارى خاصة بشهر حق الارث تتلخص فى منع شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى أى عقار من أموال التركة قبل أن يشهر الوارث حقه فى الارث وتتاح لدائنى المورث - ومنهم المتصرف اليه منه بعقد غير مسجل - أن يؤشروا بحقوقهم فى هامش تسجيل حق الارث ، فيحاط المتعاملون مع الوارث

=

وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ٥ فبراير ١٩٥٣ مجموعة النقض ٤ - ٤٦٧ - ٦٧ ، وكذلك نقض مدنى ٤ يونيه ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ - ١١١٣ - ١٧٦ وقد أضاف هذان الحكمان الى ما قرره الحكم السابق قولهما :

أما الاحتجاج بقاعدة الا تركة الا بعد سداد الديون وأن شخص الوارث يغاير شخص مورثه ، فلا محل لاجراء حكم التفاضل بين البيعين على اعتبار أنهما صادران من متصرف واحد فى حين أنهما صادران من شخصين مختلفين ، هذا الاحتجاج لا تأثير له على حكم انتقال الملكية بالتسجيل وفقا للمادة الاولى من القانون ١٩٢٣/١٨ الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى والتى من مقتضاها الا تنتقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين الا بالتسجيل ، وأن ليس للمشترى بعقد غير مسجل الا حقوق شخصية قبل البائع له . فكما أن البائع بعقد غير مسجل يستطيع أن يبيع مرة ثانية لمشتر آخر تنتقل اليه الملكية بتسجيل عقده ، فكذلك الوارث الذى حل محل مورثه فيما كان له من حقوق وما عليه من التزامات فى حدود التركة يملك أن يتصرف فى العين التى يتلقاها بالميراث عن مورثه لمشتر آخر اذا لم يسجل المشترى من مورثه عقد شرائه ، وتنتقل الملكية الى هذا المشترى الآخر بالتسجيل لبقائها حكما على ملك المورث . أما كون تصرف الوارث نافذا أو غير نافذ فى حق دائنى التركة فهو بحث آخر ، ويظل حق الدائنين قائما فى الطعن فى هذا التصرف بما يخولهم القانون من حقوق فى هذا الخصوص ، كما يبقى لهم حق تتبع أعيان التركة استيفاء لديونهم ، وفقا لاحكام الشريعة الغراء الواجب تطبيقها فى هذا الخصوص عملا بالمادة ٥٤ مدنى قديم »

وفى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٤٨٣ ، أنور سلطان نبذة ١٨٤ ، أمام نبذة ١٧٠ و١٧٦ ، البدراوى نبذة ٢٢١ و٢٢٢ ، منصور نبذة ٧٣ ، جميل الشرقاوى ص ١٩٢ ، لبيب شنب ص ١٤٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

علما بذلك ، فتكون التصرفات الصادرة اليهم بعد تسجيل حق الارث وتأشير الدائنين بحقوقهم غير نافذة فى حق هؤلاء الدائنين (١) .

وقد قدر المشرع أن الدائنين ربما لا يصلهم نبأ شهر حق الارث فى حينه، فيبادر الوارث بعد شهره الى التصرف الى الغير ويبادر هذا الى تسجيل عقده قبل أن يتنبه دائن المورث أو المشترى منه بعقد غير مسجل الى وجوب التأشير بحقه فى هامش شهر حق الارث ، فأعطى دائنى المورث مهلة مدتها سنة اذا اشروا بحقوقهم فى خلالها كان لهم أن يحتجوا بها على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير (المادة ١٤) . أما اذا تأخروا فى التأشير بحقوقهم أكثر من مدة السنة المذكورة فانهم لا يحتجون بهذه الحقوق على من سبقهم فى شهر حقه ويحتجون بها فقط على من شهر حقه بعدهم .

وبذلك أيد المشرع قضاء محكمة النقض الذى ثبتت عليه منذ حكمها الصادر فى ٣ ديسمبر ١٩٣١ سالف الذكر باعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث ، واعتبر الوارث مالكا جميع أعيان المورث ، وجعل المفاضلة بين التصرفات الصادرة من المورث والتصرفات الصادرة من الوارث بالاسبقية فى الشهر باعتبار أن كلا من تصرف المورث ومن تصرف الوارث صادر من مالك (٢) ، ولكنه حد من أثر ذلك بأن قلل من فرص التزاحم بين المتعاملين مع المورث والمتعاملين مع الوارث ، اذ منع شهر تصرفات الوارث قبل شهر حقه فى الارث ، وخول المتعاملين مع المورث وسيلة يتقدمون بها على المتعاملين مع الوارث وهى المبادرة الى التأشير بحقوقهم فى هامش شهر حق الارث . فاذا تم لهم ذلك فضلوا على جميع

---

(١) تنص المادة ١٣ من قانون الشهر العقارى على أنه « يجب شهر حق الارث بتسجيل شهادات الوراثة الشرعية أو الاحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الارث مع قوائم جرد التركة اذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم ، والى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق . — ويجوز ان يقصر شهر حق الارث على جزء من عقارات التركة ، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة » .

وتنص المادة ١٤ على أنه « يجب التأشير بالمحررات المثبتة الدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الاشهادات أو الاحكام او السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها . — ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك اذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار اليه ، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير » .

انظر تطبيقا لذلك فى نقض مدنى أول نوفمبر ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ١٥٩٩ — ٣/٢٢٤ .

(٢) انظر فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٨ يونيه ١٩٧٧ فى الطعن رقم ٨٥٠ سنة ٤٣ ق .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

العالمين مع الوارث ، واذا تأخروا فيه الى بعد سنة من تاريخ شهر حق الارث فضل عليهم من سبقهم الى شهر حقه من المتعاملين مع الوارث وفضلوا هم على من سبقوه فى ذلك .

وقصارى القول أن المشرع اعتبر البيع الصادر من الوارث فى عقار سبق أن باعه المورث بعقد غير مسجل بيعا صادرا من مالك ، شأنه فى ذلك شأن البيع الذى سبق صدوره من المورث ، وتكون المفاضلة بين العقدين بالسبق فى التسجيل ، على أن يكون لتأشير المشترى من المورث بحقه فى هامش تسجيل شهادة توريث الوارث فى خلال سنة من تسجيلها أثر رجعى بالنسبة لتسجيل العقد الصادر من المورث بحيث يعتبر هذا التسجيل كأنه تم قبل شهر حق الارث وبالتالى قبل انتقال الملكية الى الوارث ، فيكون مفضلا على العقد الصادر من الوارث اذ يعتبر هذا العقد الاخير بسبب ذلك الاثر الرجعى صادرا من غير مالك ، أى أن المشترى من المورث يفضل على المشترى من الوارث اذا سجل عقده قبل تسجيل عقد الاخير أو سجله بعده ولكنه أشر بحقه فى هامش تسجيل حق الارث فى خلال سنة من هذا التسجيل الاخير (١) .

وكذلك اثارت القاعدة الاصلية فى هذا الشأن خلافا فى حالة صدور بيع أول غير مسجل من المالك وبيع ثانى من المشترى منه الى آخر ، ثم صدرو بيع ثانى من المالك الاصلى مسجل بعد تسجيل عقد المشترى من المشترى الاول أو تسجيل صحيفة دعواه بصحة ونفاذ عقده ، أتكون العبرة بالسبق فى التسجيل فيفضل المشترى من المشترى الاول ولو أنه مشتر من شخص لم تنتقل اليه الملكية بسبب عدم تسجيل سند ملكيته ، أم تكون بتلقى الحق من مالك ثابتة ملكيته طبقا لقانون الشهر ؟

كانت المادة ٦١٩ / ٧٤٦ من التقنين المدنى الملغى تنص على أنه « فى حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الاخير منها » ، وكان هذا النص منتقدا لانه يؤدى الى قطع تسلسل الملكية فى دفاتر التسجيل (٢) ، الامر الذى يضعف الى حد كبير مقدار

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢٧١ ص ٤٨٣ وما بعدها ، انور سلطان نبذة ١٨٤ ص ٢٢٤ ، وايضا نقض مدنى أول نوفمبر ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ١٦٠٥ — ١/٢٢٥ .

(٢) وكان التقنين الملغى يعالج ذلك علاجا ضعيفا بايجابه فى المادة ٧٦٥/٦٣٥ و ٧٦٦ على كاتب المحكمة أن يؤشر من تلقاء نفسه باسماء المتعاقدين السابقين الذين لم تسجل عقودهم ، وذلك حتى يستطيع الغير أن يعلم بتصرفهم فى العقار ، ولكن هذا العلاج لم يكن له جزاء يكفل تحقيق الغاية منه .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ما يمكن أن تبعثه هذه الدفاتر من ثقة فيها لدى المتعاملين على أساسها (١).

أما منذ صدور قانون التسجيل رقم ١٨ و ١٩ لسنة ١٩٢٣ فقد ترتب على التعديل الجوهرى الذى ادخله على أحكام التسجيل حيث جعل الملكية لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير الا بالتسجيل ، أن أصبح المشترى بعقد غير مسجل لا يعتبر مالكا ولا يستطيع نقل الملكية الى من يتصرف اليه ولو سجل هذا الاخير عقده، وبالتالى أصبح تسجيل عقد المشترى من مشتر سابق لا ينقل الملكية اليه طالما ان عقد البائع اليه لم يسجل ، ولذلك نص فى قانون الشهر رقم ١٩٤٦/١١٤ على أن يشترط فى قبول المحررات للشهر أن تذكر فيها البيانات الخاصة بأصل ملكية المتصرف وان ترفق بها المحررات المثبتة لذلك والا تقبل فى اثبات أصل الملكية الا المحررات التى سبق شهرها (المادتان ٢٢و٢٣) .

ويترتب على ذلك انه اذا تحقق بالرغم من هذا التنظيم الاخير فرض تسجيل عقد مشتر من مشتر أول لم يسجل عقده ووجد التزاحم بينه وبين مشتر ثان من البائع الاصلى ، فان التفاضل بينهما لا يكون على أساس السبق فى التسجيل ، بل على أساس تلقى الحق من مالكه ، فيفضل المشترى الثانى من المالك الاصلى ولو لم يسجل عقده على المشترى من المشترى الاول ولو سجل عقده ما دام عقد المشترى الاول لم يسجل ، لان التسجيل لا يكفى بذاته لنقل الملكية ، وانما الذى ينقلها هو العقد غير مالك وعاجزا بالتالى عن نقل الملكية الى المتصرف اليه ولو سجل ، لأن التسجيل لا يكفى بذاته لنقل الملكية ، وانما الذى ينقلها العقد الصحيح الصادر من مالك متى تم تسجيله . وهذا ما انصرف اليه قضاء محكمة النقض اذ قررت ان « حق ملكية العقار لا ينتقل فيما بين العاقدين ولا بالنسبة الى الغير الا بالتسجيل ، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر اليه ، ومن ثم لا يكون لهذا المشترى أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لانها لا تؤول اليه هو الا بتسجيل عقده ، ولذلك فقد أورد الشارع فى المادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصا يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق باثبات أصل الملكية أو الحق العينى الا المحررات التى سبق شهرها . فاذا توصل المشترى الى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم

---

(١) ولعله كان مما يبرر هذا الحكم فى التقنين الملغى أن ذلك التقنين لم يكن يشترط التسجيل لنقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، فكان يسمح باعتبار الملكية منتقلة من بائع الى آخر دون تسجيل عقد البيع .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الصادر بصحته ونفاذه رغما من ان سند البائع له لم يكن قد تم شهره ، فانه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشترى مالكا اذ من غير الممكن ان يكون له من الحقوق اكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل اليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده (١) . ويتعين على المشترى الاخير المسجل عقده ان يتوصل الى تسجيل عقد سلفه او ان يرفع باسم هذا الاخير (باعتباره هو دائنا له بالالتزام بنقل الملكية) دعوى صحة ونفاذ عقده ضد المتصرف اليه الثابتة ملكيته ليحصل على حكم بتسجيله، فتنتقل بتسجيله الملكية من المالك الاصلى الى من تصرف هو اليه ، ثم من هذا الاخير الى من تصرف هو اليه بالعقد الذى تم تسجيله (٢).

١٧٦ — (ثانيا)التنفيذ العينى الجبرى للالتزام بنقل ملكية عقار — تقدم أن قانون التسجيل ، ومن بعده قانون الشهر العقارى ، قد جعل الالتزام بنقل ملكية عقار لا يتم تنفيذه الا بتسجيل التصرف المنشىء لهذا الالتزام ، وأن التسجيل صار وفقا لهذين القانونين يقتضى معاونة البائع للمشترى فى بعض الاجراءات اللازمة ، واهمها جميعا توقيع عقد على ورق من نوع خاص أمام موثق او موظف مختص بالتصديق على الامضاءات وذلك بعد اعتماد مشروع العقد من مصلحة المساحة وتأشيرها عليه بصلاحيته للشهر . كما تقدم انه اذا قام البائع بهذه الاجراءات باخنياره برئت ذمته من التزامه بنقل الملكية وانتقلت الملكية فعلا الى المشترى بمجرد تسجيل عقده .

اما اذا تأخر البائع فى القيام بما يجب عليه من اجراءات فى هذا الشأن ، وبخاصة اذا امتنع عن توقيع المحرر الصالح للشهر أمام موظف مختص ، كان للمشترى وفقا للقواعد العامة أن يلجأ الى التنفيذ العينى الجبرى طالما بقى ذلك ممكنا ، والا فانه لا يكون له الا طلب التنفيذ بمقابل ، ويكون له التمسك بتطبيق الشرط الجزائى المنصوص عليه فى العقد الابتدائى (٣) .

ومن البدهى أن المشترى لا يجوز له أن يطلب من المحكمة جبر البائع على التنفيذ العينى باكراهه على توقيع المحرر الصالح للشهر ، لان فى ذلك حجرا على حرية المدين ، ولكن ليس مؤدى ذلك استحالة التنفيذ

---

(١) نقض مدنى ٢١ يناير ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ — ٧٢ — ١٢ .
(٢) أنظر ما سيجىء فى نبذة ١٧٧ .
(٣) نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ — ٥١٢ — ٨٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

العينى الجبرى بل ان المشترى يستطيع الوصـــول الى هذا التنفيـذ بالاستعاضة عن توقيع البائع أمام الموظف المختص بحكم يصدر من المحكمة بثبوت التعاقد ، لان حكمة اشتراط المشرع التصديق على امضـاءات المتعاقدين من موظف مختص يمكن أن تتحقق بحضور المتعاقدين أمـام المحكمة المختصة وبقيام الدليل أمامها على حصول التعاقد فعلا . وقد جرت المحاكم فى ظل قانون التسجيل على اعتبار الحكم الذى يصدر منها يقوم مقام العقد المصدق على توقيعه ، ويجوز تسجيله بدلا من تسجيل ذلك العقد (١) ، فتنتقل بذلك ملكية العقار محل التعاقد (٢) . وقد وصلت المحاكم الى هذا الحل عن طريق تطبيق المبادىء العامة . ورأى واضعو التقنين الحالى أن ينصوا عليه صراحة ، فقرروا فى المادة ٢١٠ منه أنـه « فى الالتزام بعمل ، يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ ، اذا سمحت بهـذا طبيعة الالتزام » .

١٧٧ — دعوى صحة التعاقد وشرطها الاساسى — شاع بعد صدور قانون التسجيل استعمال هذه الدعـــوى التى يهدف بها المشترى الى الحصول على حكم بثبوت البيع يقوم مقام العقد الصالح للشهر والمصدق

---

(١) ويلاحظ ما نصت عليه الفقرة الاخيرة من المادة ٢٢ من قانون الشهر حيث أوجبت أن يقرن كل طلب شهر بالاوراق المؤيدة لبيان صفات من يقومون مقام غيرهم ومدى سلطاتهم والبيانات الخاصة بالتكليف والبيانات الخاصة بأصل الملكية . وتقضى تعليمات الشـهر العقارى بوجوب بحث أصل ملكية المتصرف وتكليفه عند تقديم أحكام صحة التعاقد للتسجيل — كما هى الحال فى تسجيل العقود — بتقديم المستندات التى تؤيد ذلك . واذا صـدر الحكم لصالحه تقديم المستندات المثبتة لاصل الملكية نظرا لوجودها فى حوزة الصادر ضدهم الحكم ، فيجب التحقق من صحة هذه الملكية بسؤال الملاك السابقين والمجـاورين ورجال الحكومة وأصحاب التكليف المدرج به العقار لم يعمل اقرار بنتيجة هذا التحقيق يحرر على ورق التسجيل المدموغ ويوضح به أصل الملكية على أن يوقع الاقرار من الصادر لصالحه الحكم ويصدق على توقيعه ويرفق بالحكم عند تسجيله . ويغنى هذا الاقرار عن تقديم السند المثبت لاصل الملكية فقط ، ولكنه لا يغنى عن تقديم التوكيـلات والاعلامات الشرعية وشهادات الوفاة الرسمية والادارية وقرارات محاكم الاحوال الشخصية والمحررات السابق شهرها (المرجع فى أحكام الشهر والتوثيق للاستاذين محب الدين سعد وفؤاد غالى ص ٤٩٧) .

(٢) فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٢ ديسمبر ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ١ — ١٥٤ — ٨٣ ، ١٩ ابريل ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ — ٧٣٤ — ١١٧ ويغنى تسجيل الحكم اذا تضمن جميع البيانات الخاصة بتحديد العقار المبيع وشروط التعاقد عن تسجيل العقد غير المصدق على توقيعه ، ولا يحتاج الامر الى تسجيل ذلك العقد باعتباره من ملحقات الحكم الا اذا لم يتضمن الحكم جميع البيانات المذكورة واكتفى بالاحالة على العقد فى شأنها . فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٤٩٠ هامش ٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على توقيعه ودرج المتقاضون على تسميتها دعوى صحة التعاقد ، وكثيرا ما تسمى دعوى صحة ونفاذ العقد . غير أن التكييف الصحيح لها هى انها دعوى ثبوت البيع action en constatation de la vente او دعوى تنفيذ البيع action en réalisation de la vente (وبخاصة فيما يتعلق بما ينشئه العقد من التزام بنقل الملكية) .

فالبحث يدور فيها أولا حول حصول توافق الارادتين على البيع توافقا حقيقيا لا صوريا (١) ، وثانيا حول صحة التعاقد (٢) . ونشوء

---

(١) نقض مدنى ٤ مايو ١٩٧٧ فى الطعن رقم ٢٠٦ سنة ٤٣ ق . وذلك بعد أن تكون المحكمة قد انتهت الى تكييف العقد بأنه بيع ، اذ يتوقف على هذا التكييف معرفة الاحكام القانونية التى تنطبق عليه من حيث الصحة والنفاذ ، ولا يجوز للمحكمة حتى بفرض أن التركة تتسع لنفاذ التصرف فى الحالين أن تقضى بنفاذه قبل أن تبحث فى امر تكييفه وهل هو بيع أو وصية (نقض مدنى ٢٧ يناير ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ — ٢٢ — ٤ ، وأيضا ٢٩ ابريل ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥—٧٦١—١٢٥).

(٢) نقض مدنى ٢١ ابريل ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ٨٩٩ — ١٢٣ وقد جاء فيه ان « الدعوى بصحة ونفاذ العقد تستلزم ان يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى اذا ما سجل الحكم قام مقام العقد المسجل فى نقل الملكية وهذا يقتضى ان يفصل القاضى فى امر صحة البيع ويتحقق من استيفائه للشروط اللازمة لانعقاده وصحته ثم يفصل فى امر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته ومن ثم فان تلك الدعوى تتسع لان يثار فيها كل اسباب بطلان العقد اذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد ، وعلى ذلك فانه اذا فات الخصم ابداء سبب من هذه الاسباب كان فى استطاعته ابداؤه فى تلك الدعوى ثم حكم بصحة العقد وبنفاذه ، فان هذا الحكم يكون مانعا لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استنادا الى هذا السبب . ولا يصح قياس هذه الحالة على صورة رفع دعوى بطلب بطلان عقد بسبب من أسباب البطلان اذ فى هذه الصورة تنحصر وظيفة المحكمة فى بحث هذا السبب وحده فترفضه أو تقبله ، وهى حين تنتهى الى رفضه يقتصر قضاؤها على هذا الرفض ولا يتعدى ذلك الى القضاء بصحة العقد . ومن ثم فان حكمها برفض هذا السبب لا يمنع الخصوم من رفع دعوى جديدة بطلب بطلان ذات العقد لسبب آخر من أسباب البطلان . اما فى دعوى صحة ونفاذ العقد فالامر مختلف اذ المحكمة لا تقف عند رفض أسباب البطلان الموجهة الى العقد بل انها تجاوز ذلك الى البحث فى صحة العقد ولا تقضى بصحته ونفاذه الا اذا تحقق لها من الاوراق المقدمة اليها أن التصرف الذى يتناوله العقد صحيح ونافذ ، كما أجازت محكمة النقض التدخل فى دعوى صحة التعاقد لمن يدعون أنهم مالكون الاطيان المبيعة وقالت ان تدخلهم يعد تدخلا اختصاميا يطلب به المتدخلون حقا ذاتيا لانفسهم ويوجب على المحكمة المنظورة امامها الدعوى قبول تدخلهم باعتباره مرتبطا بالدعوة الاصلية ، ويتعين عليها الا تحكم بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه 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 بالحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

التزام منه بدفع الثمن والوفاء فعلا بهـذا الالتزام (١) . وكذلك نشوء التزام بنقل ملكية عقار وكون هذا الالتزام مستحق الاداء لا يعطله دفع

المتدخلين (نقض مدنى ٣ فبراير ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ - ٢٢١ - ٣٥) وأجازت ايضا للدائن المتدخل فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ، الجمع بين دعـــوى الصورية والدعوى البوليصية متى كان يهدف بهما الى عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه (نقض مدنى ٢٩ ابريل ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض ٢٥ - ٧٧٣ - ١٢٧) .

وفى هذا المعنى ايضا نقض مدنى أول مارس ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ - ٤٨٦ - ٦٧ وقد جاء فيه أن دعوى صحة التعاقد تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعـــلق بوجود العقد أو انعدامه أو صحته أو بطلانه ، ومنها أنه صورى صورية مطلقة اذ من شأن هذه الصورية لو صحت أن يعتبر العقد لا وجود له قانونا فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه .

وفى هذا المعنى استئناف الاسكندرية (الدائرة الرابعة المدنية) ١٧ فبراير ١٩٧٤ فى الاستئناف رقم ١٧٠ س ١٣ ق تجارى (قضية صيدلية الدكتور عدلى رفلة) ، وانظر ايضا نقض مدنى أول مارس ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧-٤٨٦-٦٧ وفى المعنى ذاته نقض مدنى ٢٦ فبراير ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض ٢١ - ٣٦٨ - ٦٠ ، وايضا ٢٩ ابريل ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣-٧٨١-١٢٢ ، و١٢ ابريل ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض ٢٤-٥٩٦-١٠٥ ، غير انه يجوز للمحكمة ان تقضى بصحة ونفاذ عقد البيع دون الفصل فى سورية هذا العقد بناء على طلب المتدخلين طالما أن الحكم قد صرح بعدم الادلاء برأيه فى هذا الطلب مقررا انه خارج نطاق الدعوى المعروضة عليه وداخل فى نطاق دعوى أخرى ومثار فيها وهى دعـوى الشفعة (نقض مدنى ١٤ ابريل ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ - ٦١٨ - ٩٦) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ٢٥ ابريل ١٩٥٧ بأنه متى كان الثابت أن المشترى دفع جزءا من ثمن المبيع عند تحرير عقد البيع واتفق على سداد الباقى عند تحرير العقد النهائى وأن البائع تمسك امام محكمة الموضوع بأن المشترى لم يوف بكامل الثمن المستحق فى ذمته ، فان الحكم يكون قد خالف القانون اذا قضى بصحة ونفاذ العقد دون أن يقيم الدليل على وفاء المشترى بكامل الثمن ، كما أنه يكون قد عاره قصور فى التسبيب اذا لم يرد على دفاع البائع فى هذا الخصوص (مجموعة أحكام النقض ٨ - ٥٤١ - ٤٧ المحاماة ٣٨ - ٥٥٥ - ٢٢٥) . وفى هذا المعنى ايضا نقض مدنى ١٤ نوفمبر ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ - ١٠٧٥ - ٤٨٧ مجموعة أحكام النقض ٨ - ٧٨٩ - ٨٧ وقد جاء فيه انه متى كان المشترى قد رفع الدعوى بطلب صحة التعاقد عن عقد البيع وأسس دعواه على أنه وفى بالتزامه بالثمن وطلب احالة الدعوى الى التحقيق لاثبات هذا الوفاء كما دفع البائع الدعوى بعـدم وفاء المشترى بكامل الثمن ، فقضت المحكمة بصحة التعاقد ، وكان مفهوم ما ذكرته عن ذلك الوفاء ان نظر المحكمة انما يتعلق بصحة التعاقد فحسب وليس لها أن تتعرض الى أمر الوفاء أو عدم الوفاء بالالتزامات المترتبة على التعاقد ، فانها تكون قد أخطأت فى فهم القانون خطأ جرها الى التخلى عن النظر فيما دفع به البائع من عدم وفاء المشترى بكامل الثمن وفيما رد به المشترى من جانبه وأسس عليه دعواه من أنه وفى بالتزامه بالثمن ، ويكون الحكم قد شابه قصور مبناه الخطأ فى فهم القانون ، ذلك أن عقد البيع من العقود التبادلية والبائع لا يجبر على تنفيذ التزامه اذا ما دفع الدعوى بعدم قيام المشترى بتنفيذ التزامه بأنه لم

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

كالدفع بعدم التنفيذ (١) ولا كدعوى الفسخ (٣) ، وثالثا حول امكان تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا جبريا (٢) . ولعل هذا الشق الاخير

يوف اليه بثمن المبيع المستحق وهو دفع يترتب على ثبوته حبس التزام البائع بنقل الملكية حتى يقوم المشترى بتنفيذ ما حل من التزامه . وأيضا نقض مدنى ٢٠ ابريل ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ - ٣٧٦ - ٥١ وقد جاء فيه انه متى كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة ونفاذ عقد البيع المعقود بين المطعون عليها الاولى والمطعون عليه الثانى قبل أن يؤدى الاخير باقى الثمن خزانة المحكمة ، فانه لا يكون للطاعن (وهو البائع السورى للباقى) ثمت مصلحة فى النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون لهذا السبب اذ ان المطالبة بباقى الثمن من شأن البائع وحده . ويلاحظ أن الحكم برفض دعوى صحة التعاقد لعدم قيام المشترى بالتزامه بدفع كامل الثمن لا يمنع المشترى من العودة الى دعوى صحة التعاقد اذا قام بايداع البائع باقى الثمن (نقض مدنى ٤ نوفمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ - ٩٧٣ - ١٥٤) . اما اذا حكم نهائيا بصحة العقد دون الفصل فى أمر الباقى من الثمن فان هذا لا يمنع البائع من المطالبة به او طلب فسخ العقد بدعوى جديدة ، اذ تختلف دعوى صحة العقد عن دعوى الفسخ سببا وموضوعا (نقض مدنى ٢٦ فبراير ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ - ٣٦٤ - ٥٥) .

وقضت محكمة النقض بأن الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع يقوم مقام التوقيع أمام الموثق على عقد البيع النهائى ويحل محله فى التسجيل . فاذا كان وفاء باقى الثمن معلقا على التوقيع على العقد النهائى ، فان اشتراط المشترى ألا يصرف للبائع باقى الثمن الذى أودعه خزانة المحكمة الا بعد صدور حكم نهائى بصحة ونفاذ ذلك العقد هو اشتراط صحيح (نقض مدنى ١٥ نوفمبر ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ - ١٦٨٩ - ٢٣٩) .

(١) نقض مدنى ٣٠ مارس ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ - ٧٤٤ - ١١٤ وقد جاء فيه انه ما دامت محكمة الموضوع قد سلجت على المشترى بحق أنه عجز عن اثبات وفائه بالثمن بما يثبت به قانونا ، فانه لا يجوز له أن يطلب اجبار البائع على تنفيذ التزاماته التى من شأنها نقل الملكية عن طريق دعوى صحة التعاقد أو صحة ونفاذ العقد لان من حق البائع أن يحبس التزامه حتى يقوم المشترى بتنفيذ ما حل من التزاماته .

(٢) نقض ٨ مايو ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٤٣٤ ، نقض ٢٢ مارس ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ - ٤٤٤ - ٨٢ . وانظر نقض مدنى ١٨ مارس ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ٢٢ - ٤٤٧ - ٥٥ وقد جاء فيه انه اذ كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصورية التفاسخ عن عقد البيع الاول الذى تضمن عقد الصلح المبرم بين طرفى هذا العقد ، بعد أن بحث أركان عقد البيع المذكور وشروطه وتحقق من صحته وتوافر أركانه ونفاذه بين عاقديه فانه يكون بذلك قضى ضمنا بصحة ذلك العقد الذى رتب عليه القضاء بصحة عقد البيع الثانى (الصادر من المشترية الاولى الى المشترى الاخير) .

(٣) ولذلك تجوز فى هذه الدعوى المنازعة فى صحة التعاقد بكافة أوجه النزاع ، ويجوز ابداء كافة الدفوع فيها ، كالدفع بالصورية أو بالبطلان لانعدام الرضا او عدم توافق القبول والايجاب أو عدم مشروعية المحل أو السبب أو بالابطال لاى عيب من عيوب الرضا أو لنقص الاهلية . ويجوز للبائع أن يعارض هذه الدعوى بدعوى فرعية بفسخ البيع لعدم

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

من البحث هو الذى دعا المتقاضين الى عدم الاقتصار فى هذه الدعوى على طلب الحكم بصحة التعاقد وعلى العناية بتضمين صحائف دعاواهم طلب الحكم بصحة التعاقد ونفاذه .

غير اننا لا نرى ضرورة لذلك ونعتقد أن طلب الحكم بثبوت التعاقد يكفى ، لان ثبوت التعاقد بحكم قضائى يقوم مقام تحرير عقد مصدق على توقيعه ، ويجوز تسجيله وتنتقل به الملكية كما تنتقل بتسجيل العقد المذكور ولو لم ينص على ذلك فى الحكم .

على أنه يجب أن لا يغيب عن البال أن طلب التنفيذ العينى الجبرى يفترض دائما امكان التنفيذ العينى وبقاءه ممكنا ، فاذا كان هذا التنفيذ مستحيلا من وقت نشوء الالتزام به كما فى بيع ملك الغير وفى بيع شىء غير قابل للتعامل فيه (١) ، أو صار مستحيلا بعد ذلك كما لو تم نزع ملكية المبيع للمنفعة العامة ، امتنع طلب الجبر عليه او الحكم بهذا الجبر .

وعلى ذلك فان اجازة تسجيل حكم بثبوت البيع يقوم مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية **يفترض كون البائع مالكا المبيع وبقاءه كذلك الى حين**

وفاء المشترى بالتزاماته (نقض مدنى ٨ مايو ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ٥ - ٣٤٤ - ١٩٩) . ومتى صدر الحكم بصحة التعاقد واصبح نهائيا امتنعت المنازعة فى البيع بأى وجه من وجوه المنازعة .

انظر أيضا نقض مدنى ٨ مايو ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض ٢٦ - ٩٤٩ - ١٨٢ ، وقد جاء فيه انه لما كان المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية الى المشترى عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية فان المشترى لا يجاب الى طلبه الا اذا كان انتقال الملكية وتسجيل الحكم الذى صدر له فى الدعوى ممكنا . اذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه بعد أن انتهى الى بطلان عقد البيع الصادر من المطعون عليه السابع الى مورثى المطعون عليهم من الرابعة الى السادسة ، ورتب على ذلك قضاءه بعدم قبول الدعوى بصحة ونفاذ هذا العقد ، وكذا العقد الصادر من المشترين فيه ببيع ذات العقار الى الطاعن ، فان النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس . وانظر ايضا نقض مدنى ٢١ نوفمبر ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ - ١٣٩٨ - ٢١١ وقد جاء فيه أن الغرض من دعوى صحة التعاقد هو اجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذا عينيا . فاذا كان هذا التنفيذ اصبح غير ممكن لوروده على شىء غير قابل للتعامل فيه ، فان طلب صحة ونفاذ عقد البيع يكون متعين الرفض .

(١) نقض مدنى ٢١ نوفمبر ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ - ١٣٩٨ - ٢١١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صدور الحكم او بعبارة اخرى يفترض ملكية البائع(١) وعدم تسجيل اى تصرف صادر منه وناقل هذه الملكية الى شخص آخر . وهذا هو الشرط الاساسى لجواز الحكم بالتنفيذ العينى الجبرى . فاذا ظهر للمحكمة من أوراق الدعوى أن الملكية لم تنتقل الى البائع حتى تاريخ الفصل فى الدعوى لان عقد شرائه لم يسجل وان المشترى لم يختصم فى دعواه البائع للبائع له ليطلب الحكم بصحة العقد الصادر منه الى البائع اليه (٢) توطئة للحكم بصحة عقده هو حتى اذا ما سجل الحكم الصادر بصحة العقدين انتقلت الملكية اليه ، فانه لا يكون للمحكمة أن تجيب المشترى الاخير الى طلبه وتكون دعواه بطلب صحة تعاقده قبل ان يسجل البائع له عقد شرائه غير مقبولة،ذلك أنه مادامت الملكية لم تنتقل الى البائع له فان هذا البائع لا يستطيع نقلها اليه كما وان الحكم للمشترى فى هذه الحالة بصحة عقده لا يمكن أن يحقق الغاية منه بسبب استحالة تسجيله قبل ان يسجل البائع له عقد شرائه،وقد يمتنع من باع لهذا البائع عن القيام بالاجراءات اللازمة لهذا التسجيل ولا يكون فى الامكان اجباره على انفاذ التزامه بذلك عن طريق رفع دعوى عليه بصحة التعاقد اذا تبين أن البيع الصادر منه غير صحيح

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع الى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ، ويتعين منذ الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله او بعضه نقض مدنى ١٥ اكتوبر ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ — ١١٣٥ — ١٩٠ ، وفى نفس المعنى نقض مدنى ٢٥ فبراير ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض ٢٦ — ٤٧٨ — ٩٧) .

وفى حالة التدخل الاختصامى فى دعوى صحة التعاقد يتعين على المحكمة الا تحكم بصحة التعاقد الا بعد الفصل فى طلب المتدخلين وذلك على اساس ان الحكم الذى تصدره المحكمة بصحة التعاقد او بالحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخلين (نقض مدنى ٣ فبراير ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض ٢١ — ٢٢١ — ٣٥ ، وفى نفس المعنى نقض مدنى ١٢ فبراير ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض ٢٦ — ٣٦٤ — ٧٧) . وللمحكمة ان تقضى بصحة ونفاذ العقد وبعدم قبول التدخل متى كان طالب التدخل فى دعوى صحة التعاقد لا يجادل فى أن الاطيان التى اشتراها لا تدخل فى الاطيان موضوع عقد البيع الصادر للمدعى فى دعوى صحة التعاقد وان ملكية البائع لهما كما حددتها البيانات المساحية الواردة بصحيفة الدعوى تتسع للمساحة الواردة بكل من العقدين (نقض مدنى ديسمبر ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض ٢٤ — ١٣٣٦ — ٢٢٩) .

(٢) للمشترى أن يختصم بائع بائعه للحكم فى مواجهته فى دعوى صحة التعاقد ، فاذا انكر بائع البائع صدور العقد المقول بصدوره منه الى البائع وجب اعتبار النزاع الخاص بالعقد الصادر بين البائع وبائع البائع مطروحا على المحكمة لتفصل فيه (فى هذا المعنى نقض مدنى ١٦ نوفمبر ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ — ١٢٥٠ — ١٩٧) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

أو غير واجب النفاذ بسبب قانونى (١) .

وكذلك اذا ثبت قبل الحكم فى دعوى صحةالعقد ونفاذه أن الملكية سبق أن انتقلت من البائع الى آخر ، امتنع الحكم فى الدعوى المرفوعة بالتنفيذ العينى الجبرى وتعين رفض الدعوى فيما يتعلق بطلب نفاذ العقد (٢) ، ولكن ذلك لا يمنع الحكم بثبوت التعاقد وبنشوء الالتزام بنقل الملكية فى ذمة البائع وبالتعويض عن الاخلال بهذا الالتزام أن طلب المدعى ذلك .

ويلاحظ أن هذا الشرط يخشى منه من الناحية العملية أن يفقد دعوى صحة التعاقد ونفاذه جل أهميتها ، اذ يستطيع البائع بمجرد رفع الدعوى عليه أن يسارع الى بيع العقار مرة اخرى الى غير المدعى وأن يمكن الاخيرمن تسجيل عقده قبل صدور الحكم فى دعوى صحة ونفاذ العقد الاول ، فتنتقل الملكية الى المشترى الثانى ويمتنع اجابة المشترى الاول الى طلب التنفيذ العينى الجبرى ويقتصر حقه على التعويض عن عدم نقل الملكية اليه فحسب .

---

(١) نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ ـ ١١٩٦ ـ ١٦٤ . نقض مدنى ٨ ابريل ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ ـ ٥٧١ ـ ٩٢ ، وأيضا ٥ يونيه ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ ـ ٨٨٦ ـ ١٤٠ .

(٢) ومع ذلك فانه فى حالة انتقال ملكية جزء من العقار المبيع من البائع الى آخر وبقاء جزء آخر على ملك البائع ، فانه يتعين على المحكمة الفصل فى دعوى صحة ونفاذ العقد فى حدود القدر من المبيع الذى بقى على ملك البائع دون حاجة الى أن يعدل المشترى طلباته الى القدر الاقل (انظر نقض مدنى ١٥ ابريل ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ ـ ١١٢٥ ـ ١٩٠) . وحالة التدخل فى دعوى صحة ونفاذ العقد والدفع بصورية العقد الصادر من البائع للمتدخل، فان قبول الدفع بالصورية والقضاء بصحة عقد المدعى لايترتب عليه اهدار العقد الصادر للمتدخل الا بالنسبة للقدر الداخل فى القدر المرفوعة به دعوى صحة ونفاذ العقد دون ما جاوزه من القطع الاخرى المبيعة اليه ، وذلك تأسيسا على أن الطعن بصورية عقد لا يقبل الا ممن له مصلحة فيه وفى حدود هذه المصلحة (انظر نقض مدنى ٢٢ يناير ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ ـ ٢١٦ ـ ٣٧) . وقضت محكمة النقض بأن موضوع دعوى صحة ونفاذ عقد بيع أطيان زراعية رفعها المشترى ضد ورثة البائع هو مما يقبل التجزئة بطبيعته ، ذلك انه قد يصح البيع بالنسبة لمن أقر به من الورثة ، ولا يصح بالنسبة لمن طعن منهم فيه (نقض مدنى ٥ يناير ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ ـ ٩٢ ـ ١٤ ، وأيضا ١٧ يونيه ١٩٦٨ المجموعة ذاتها ١٩ ـ ١١٣٧ ـ ١٧٠) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

غير ان المدعى يستطيع أن يتفادى هذا الخطر الاخير (١) من طريق تسجيل صحيفة دعواه وفقا للمادة ١٥ وما بعدها من قانون الشهر العقارى ، فيكون له أن يحتج بالحكم الذى يصدر له فى هذه الدعوى — اذا ما أشر به فى هامش تسجيل صحيفتها — على كل من تلقى حقا من البائع بعد هذا التسجيل .

ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد متى توافرت شروطها فى أى وقت ولا يجوز دفعها بالتقادم المسقط لانها تعتبر دعوى استحقاق مآلا (٢) **action en revendication par anticipation**

ولان القاعدة المقررة قانونا هى ان الملكية لا تسقط بالتقادم ، فيجب أن تسرى هذه القاعدة على السبل التى تؤدى الى الملك (٣) .

١٧٨ — تسجيل الدعاوى — تنص المادة ١٥ من قانون 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 وجودا أو صحة او نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ او الالغاء أو الرجوع . فاذا كان المحرر الاصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى — ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق اى حق من الحقوق العينية العقارية أو التاشير بها على حسب الاحوال ، كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية (٤) . — وتحصل التأشيرات

---

(١) اما الخطر الاول فيستطيع المشترى ان يتوقاه ابتداء بعدم التعامل الا مع من يكون سند ملكيته مسجلا . فاذا وجد بعد التعامل أن المتصرف اليه لم يسجل سند ملكيته ،كان له أن يطالبه بتسجيله . فاذا لم يتحقق له ذلك ، كان له أن يرفع دعوى على بائعه بصحة ونفاذ عقده وعلى المتصرف الى بائعه أيضا بصحة ونفاذ عقده. هو الآخر ، ليحكم له بصحة ونفاذ العقدين المتتاليين ، فيقوم تسجيل هذا الحكم مقام تسجيل دينك العقدين (نقض مدنى ٨ ابريل ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ — ٥٧١ — ٩٢ ، وايضانقض ٥ يونيه ١٩٦٩ المجموعة المذكورة ٢٠ — ٨٨٦ — ١٤٠) . وانظر ما تقدم فى نبذة ١٧٥ .

(٢) انظر نقض مدنى ١٥ اكتوبر ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ — ١١٣٥ — ١٩٠ ، وانظر أيضا الهامش ٤ .

(٣) نقض مدنى ٤ مارس ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ — ٥٦٩ — ٩٠ المحاماة ٣٥ — ١١٢٤ — ٥١١ ، وقرب أيضا ٢١ نوفمبر ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ — ١٠٥٨ — ٤٤٦ .

(٤) ويلاحظ أن المادة ٧ من قانون التسجيل — وهى التى كانت تقابل المادة ١٥ من قانون الشهر — لم تكن تتضمن مثل هذه العبارة التى تنص على أنه « يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » ، فثار الخلاف على جواز تسجيل هذه =

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

والتسجيلات المشار اليها بعد اعلان صحيفة الدعوى وقيـــدها بجدول المحكمة » .

وتقضى المادة ١٦ بأن « يؤشر بمنطوق الحكم النهائى فى الدعـاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها » .

وتنص المادة ١٧ على أن «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسـجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هـذا الحق حجـــة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار اليهما » .

ويلاحظ ان الدعاوى المنصوص عليها فى المادة ١٥ ثلاثة انواع :

١ — نوع من الدعاوى الشخصية يشمل دعاوى البطلان والفسخ والالغاء والرجوع وهى دعاوى يطعن بها على عقد تم شهره ، وترتبت عليه آثاره ، ويراد بها ازالة هذه الآثار **كلية ازالة مستندة الى الماضى اى الى وقت ابرام العقد المطعون فيه لا الى وقت رفع الدعوى فحسب.** ويشمل ايضا الدعوى البولصية لان النص يتناول الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف وجودا أو صحة أو نفاذا ، ولان الدعوى البولصية يراد بها جعل التصرف غير نافذ فى حق الدائنين من وقت صدوره لا من وقت رفع الدعوى فحسب .

٢ — ونوع من الدعاوى العينية العقـــارية يقتصر على دعـــاوى الاستحقاق ، والغرض منها الحصول على حكم مقرر لحق عينى عقارى سابق على رفع الدعوى . فالحكم الذى يصدر فيها ليس حكما منشئا

الدعاوى أو عدمه ، لانها لم تكن تدخل فى الدعاوى المنصوص عليها فى المادة ٧ المذكورة وهى اولا دعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع ، وثانيا دعاوى الاستحقاق . وقد رجح الرأى القائل بجواز تسجيلها باعتبارها دعاوى استحقاق بحسب المآل ، وقد اخذت محكمة النقض بهذا الرأى (نقض ٥ يناير ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ٨٣٩ وايضا نقض مدنى ١٥ مايو ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ — ٤٩٤ — ٥٩ ، ١٩ يونيه ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ — ٥٩٨٧ — ٧٣) ، واعتمد المشرع ذلك بالنص عليه صراحة فى العبارة المشار اليها من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ذا أثر رجعى ، بل يعتبر اقرارا لوجود الحق العينى العقارى المدعى به وجودا سابقا على رفع الدعوى .

٣ - والنوع الثالث يشمل دعاوى صحة التعاقد وهى دعـــاوى شخصية يراد بها الوصول الى نقل حق عينى عقارى من طريق تسجيل الحكم الذى يصدر فيها (١) ، ولا يتم هذا النقل الا من وقت تسجيل ذلك الحكم . فلا الحكم الذى يصدر فى هذه الدعوى ولا تسجيل هذا الحكم يكون لهما بحسب الاصل أثر رجعى فيما يتعلق بنقل الملكية .

وقد نظم المشرع بشأن هذه الانواع الثلاثة من الدعاوى اجراءين متتاليين: الاول تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها فى هامش تسجيل المحرر المطعون فيه أن وجـد ، والثانى التأشير بالحـكم الذى تنتهى به الدعوى فى هامش التأشير أو التسجيل المذكورين ، ورتب على اتمـام هذين الاجراءين امكان الاحتجاج بالحكم الذى يصدر فى الدعوى على الغير بأثر رجعى يستند الى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى (٢) .

والغرض من ذلك أولا وقبل كل شىء هو جعل المدعى باحدى هذه الدعاوى اذا ما حكم له فيها واشر بحكمه وفقا لما تقدم مفضلا على كل شخص كسب حقا عينيا على العقار موضوع الدعوى وقام بشهره بعد

---

(١) راجع ما تقدم فى الهامش السابق .

(٢) غير أن هذا الاثر الرجعى للتأشير بالحكم وارد على سبيل الاستثناء الذى لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه ، فهو مقصور على حماية رافع الدعوى من الحقـوق التى يكسبها الغير على العقار ذاته بعد تسجيل صحيفة الدعوى (استئناف مصر ٢٩ ابريل ١٩٣٢ المجموعة ٣٣ رقم ٢١٣ وانظر أيضا نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٧٣ مجمـوعة أحكام النقض ٢٤ - ٣٢٩ - ٥٧) . فاذا كان رافع دعوى صحة التعاقد - بعد أن سجل صحيفتها - قد طلب الاخذ بالشفعة فى عقار مجاور للعقار موضوع هذه الدعوى ، كان طلبه على غير أساس لعدم ثبوت ملكيته للمشفوع به وقت طلب الشفعة ، ولان الاثر الرجعى للتأشير بحكم صحة التعاقد لا يفيد ثبوت الملك له من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى (نقض مدنى ٨ نوفمبر ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣-٣٢ - ٦ ، وأيضا ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ فى الطعن رقم ١٦٦ سنة ١٨ ق فهرس ٢٥ سنة جـ ١ ص ٧١٢ رقم ٣٧ ، وأيضا ٨ يناير ١٩٥٣ فى الطعن رقم ١٦٦ سنة ١٨ ق ٢٥ سنة جـ ١ ص ٧٢٤ رقم ١٠٤ ، وأيضا ١٣ ابريل ١٩٥٠ فى الطعن ١٩٦ سنة ١٨ ق فهرس ٢٥ سنة جـ ١ ص ٧٢٤ رقم ١٠٥) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها (١) ، سواء كان ذلك الشخص قد كسب حقه بحسن نية أو بسوء نية ، اذ لا يقبل الاعتذار بحسن النية بعد شهر الدعوى المذكورة (٢) . فمن اشترى عقارا مرفوعة بشأنه دعوى بطلان أو فسخ أو الغاء سند ملكية البائع اليه أو دعوى استحقاق مدعى فيها بأن البائع ليس مالكا العقار المبيع أو دعوى صحة تعاقد مدعى فيها بأن البائع سبق أن باع العقار المبيع للمدعى ، لا يجـــوز له أن يحتج

---

(١) نقض مدنى ٢١ نوفمبر ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ — ١٢٦٠ — ٢١٤ وقد جاء فيه أن تسجيل صحيفة دعوى صحة ونفاذ العقد التى يرفعها المشترى على البـائع ... يحدث أثره بالنسبة لجميع من ترتبت لهم على العقار المبيع حقوق عينية بعد تسجيل تلك الصحيفة ، واذ كان هذا الاثر لا يزول بدخول النائب القانونى عن المشترى فى الدعـوى للحكم له بالطلبات التى تضمنتها الصحيفة المسجلة ... الخ . (وانظر ايضا نقض مدنى ٢٧ مايو ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ٢٢ — ٦٩٦ — ١١٤ ، ونقض مدنى ٢٣ ديسمبر ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ٢٢ — ١٠٩٦ — ١٨٥) .

كذلك يحدث تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد أثره ولو عدل المدعى طلب صحة التعاقد الذى ضمنه صحيفتها المسجلة الى طلب فسخ العقد ورد الثمن مع التعويض متى عاد الى طلباته الاصلية الواردة بتلك الصحيفة (نقض مدنى ١٩ يناير ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ — ٢١٧ — ٣٤) .

(٢) نقض مدنى ٢٧ مارس ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ — ٢٤٣ — ٣٢ وقد جاء فيه أنه « متى تبين أن أحد المشتريين المتزاحمين قد رفع دعوى بصحة تعاقده وسجل عريضتها قبل تسجيل عقد المشترى الآخر ثم سجل الحكم الصادر له بصحة التعاقد ، فان هـذا الحكم يعتبر أسبق تسجيلا ويفضل عقد المشترى الآخر . ولا محل بعد ذلك لاقحام المادة ١٤٦ مدنى لاجراء حكمها على المشترى بهذا العقد المسجل باعتبار أنه خلف خاص كان يعلم بحكم صحة التعاقد فيسرى عليه ذلك الحكم ، أو للبحث فى أن علمه هذا كان مقترنا بعلمه بحصول التنازل عن الحكم المذكور مما يحد من أثره ، لان تسجيل حكم صحة التعاقد يغنى فى تحقيق أثره على الخلف الخاص عن العلم المشترط فى المادة ١٤٦ المشار اليها » .

وانظر نقض مدنى ١٨ مارس ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض ٢٦ — ٦٢٧ — ١٢٤ وقد جاء فيه أن الحكم الذى يصدر ضد البائع متعلقا بالعقار المبيع يعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه بعد صدور الحكم أو بعد تسجيل صحيفة الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم ، وذلك على أساس أن المشترى يعتبر ممثلا فى شخص البائع له فى تلك الدعوى القائمة ضده وانه خلف خاص له .

وكذلك لو سجل أحد المشتريين المتزاحمين صحيفة دعوى صحة التعاقد قبل أن يسجل الآخر صحيفة دعواه ثم سجل الآخر صحيفة دعواه والحكم الصادر فيها بصحة التعاقد، فان تسجيل حكمه لا يحتج به على المشترى الذى سجل صحيفة دعواه أولا اذا حصل هذا أيضا على حكم بصحة التعاقد وأشر به فى هامش تسجيل صحيفة دعواه ولو كان هذا التأشير تاليا لتسجيل حكم المشترى الآخر أو للتأشير به فى هامش صحيفة دعواه (نقض مدنى ١٩ يونيه ١٩٥٨ المحاماة ٣٩ — ٧٢٠ — ٢٥٦) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بتسجيل عقده متى كان هـذا التسجيل تاليا لتسـهر صحيفة الدعوى المذكورة (١) .

ولا بد فى ذلك من اتخاذ الاجراءين كليهما ، فلا يغنى تسجيل صحيفة الدعوى عن التأشير بالحكم الصادر فيها أو عن تسجيله (٢) . كمـا أن

وانظر نقض مدنى ٢٩ ابريل ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ٢٢ — ٥٨٤ — ٩٣ وقد جاء فيه أن الافضلية تثبت لرافع دعوى صحة التعاقد وفقا للمادة ١٧ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ اذا كان مستحقا لما يدعيه ، وهو لا يكون كذلك الا اذا كان المبيع المحدد فى صحيفة الدعوى هو بذاته المبيع الذى كان محلا للبيع ، لان أساس الشهر هو اتحاد العقار فى كل من التصرف واشهار التصرف .

واذا رفع كل من المشتريين الاول والثانى دعوى صحة تعاقد وقاما بتسجيل صحيفة دعوى كل منهما فى يوم واحد وساعة واحدة ثم صدر لكل منهما حكم بصحة التعاقد ونفاذه وتأشر بهذا الحكم فى هامش تسجيل صحيفة الدعوى كانت المفاضلة بينهما بأسبقية رقم تسجيل صحيفة الدعوى (نقض مدنى ١٥ مايو ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ — ٤٩٤ — ٥٩) .

على انه لا مجال لاعمال الاسبقية فى تسجيل دعوى صحة التعاقد اذا كان احد المتعاقدين صوريا صورية مطلقة ، وتقول محكمة النقض فى ذلك انه اذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى أن عقد الطاعن صورى صورية مطلقة ، فانه لا يكون ثمة محل للمفاضلة بينه وبين عقد المتدخلين استنادا الى اسبقية تسجيل صحيفة دعوى صحة عقد الطاعن (انظر نقض مدنى ٢١ مايو ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ — ٨٨٦ — ١٤٢) .

(١) انظر نقض مدنى ٢٧ مارس ١٩٥٨ مجمـوعة أحكام النقض ٩ . ٢٤٣ — ٣٢ .

وقضت محكمة النقض بانه لما كان ليس ثمة ما يمنع من صدور عقدى بيع عن عقار واحد على أن تكون المفاضلة بين المتنازعين على ملكيته مؤسسة على أسبقية التسجيل ، اذ كان ذلك وكانت المادة ٤٠٥ مدنى تقضى بألا تكون للاحكام التى حازت قوة الامر المقضى حجية فيما فصلت فيه من الحقوق الا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلا وسببا ، فان الطعن بالنقض فى الحكم المطعون فيه — الصادر بصحة ونفاذ عقد بيع — بدعوى صدوره على خلاف حكم سابق بصحة ونفاذ عقد بيع آخر صـادر عن ذات العقار يكون غير جائز (نقض مدنى ٨ يوانية ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ — ١٠٩٣ — ١٧١) .

(٢) نقض مدنى ١٤ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٢٩٨ — ٤٥ وقد جاء فيه أن « مؤدى نص المادتين ٩ ، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشـهر العقارى أن ملكية العقار لا تنتقل من البائع الى المشترى الا بتسجيل عقد البيع أو تسجيل الحكم النهائى بثبات التعاقد أو التأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى اذا كانت قد سجلت وبدون للمدعى فى هذه الحالة الاخيرة أن يحتج بحقه على الغير الا بتداء من اليوم الذى تم فيه تسجيل صحيفة الدعوى . وينبنى على ذلك أن تسجيل صحيفة الدعوى والحكم فيها بصحة التعاقد — ولو كان نهائيا — دون التأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

تسجيل الحكم لا يغنى عن تسجيل صحيفة الدعوى اذا كان يراد التمسك بالحق الثابت به على الغير الذى كسب حقا آخر على العقار ذاته قبل تسجيله (١) .

أما من كسب حقا على العقار موضوع احدى هذه الدعاوى وقام بشهره قبل شهر صحيفة تلك الدعوى ، فأمره يختلف . وقد كانت المادة ١٢ من قانون التسجيل تحيل فى شأنه الى النصوص والمبادىء السارية وقت اكتساب حقه ، وذلك لأن مركز هذا الشخص يختلف **بحسب طبيعة الدعوى** التى رفعت على سلفه بعد أن تلقى هو الحق من ذلك السلف . فالدعاوى الداخلة فى النوع الاول كان الاصل فيها أن الحكم الذى يصدر بشأنها يكون له اثر رجعى مستند الى وقت ابرام العقد المطعون فيه ،

الصحيفة لا يترتب عليه نقل الملكية الى المشترى ، بل تبقى هذه الملكية للبائع وبالتالى يعتبر تصرفه الى مشتر آخر صادرا من مالك . ولا يحول دون الحكم للأخير بصحة ونفاذ عقده مجرد تسجيل صحيفة دعوى المشترى الاول وصدور حكم لصالحه بصحة تعاقده » ، وفى المعنى ذاته نقض مدنى ١٩ اكتوبر ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ - ١٥٤٢ - ٢٣٢ ، نقض مدنى ٩ يناير ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ - ٦٩ - ١٢ ، ٣٠ يناير ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ - ١٩٣ - ٣٢ وانظر ايضا نقض مدنى ٢٣ ابريل ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ - ٦٧٧ - ٩٠٩

وفى هذا المعنى ايضا البدراوى فى عقد البيع سنة ١٩٥٧ ص ٢٣٦ ، بورسعيد الابتدائية (استئناف) ٣١ ديسمبر ١٩٥٩ فى القضية رقم ١٥ سنة ١٩٥٧ (غير منشور) . وننبه الى ذلك بوجه خاص لان كثيرا من المتقاضين يعتقدون خطأ انهم بمجرد تسجيلهم صحائف دعاواهم يحفظون حقوقهم قبل الغير ، مع أن الواقع أن تسجيل صحيفة الدعوى فى ذاته لا أثر له لانه لا يفيد ثبوت الحق المدعى به للمدعى وانما الذى يفيد ذلك هو الحكم الذى يصدر لمصلحته . وهو الذى يجب فى الاصل شهره ، وانما أجيز تسجيل صحيفة الدعوى ليترتب عليه استناد اثر الحكم فى الماضى الى تاريخ هذا التسجيل بشرط التأشير بالحكم فى هامش ذلك التسجيل .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بتاريخ ١٢ يونيه ١٩٥٧ بأن القضاء بشطب تسجيل المشترى لعقده قبل التأشير على هامش صحيفة الدعوى المرفوعة بصحة تعاقد آخر صادر من ذات الاطيان المبيعة والمسجلة فى تاريخ سابق على تاريخ التسجيل المحكوم بشطبه هو قضاء سابق لاوانه وفيه مخالفة للقانون حتى لو قضى للمشترى الآخر بصحة ونفاذ العقد ، ذلك ان الحكم بشطب التسجيل لا يكون الا بعد الحكم بصحة التعاقد الآخر والتأشير بذلك فعلا فى هامش صحيفة تلك الدعوى وما لم يحصل هذا التأشير لا يكون للحكم بصحة التعاقد اى حجية بالنسبة لتسجيل العقد (مجموعة أحكام النقض ٨ - ٥٧٦ - ٦٤) .

(١) وكان يجب ان يقيد المشرع استناد اثر الحكم الى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى بضرورة التأشير بالحكم فى مدة معينة من تاريخ صيرورته نهائيا ، حتى لا يشمل الاثر الرجعى التأشير بالحكم مدة أطول مما ينبغى .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فيزول بناء عليه هذا العقد وكل ما ترتب عليه من اثر وتزول تبعا له كافة التصرفات التى ابرمها من تلقى الملكية بموجب هذا العقد سواء كان المتصرف اليه الاول او الثانى حسن النية او سيء النية . غير انه كانت توجد فى التقنين المدنى القديم بعض نصوص تحمى المتصرف اليه الثانى من اثر فسخ او بطلان او الغاء سند ملكية المتصرف اليه الاول متى كان المتصرف اليه الثانى حسن النية (١) .

وفيما يتعلق بالنوع الثانى، اى دعاوى الاستحقاق ، فقد كان من الواضح ان الحكم للمدعى بالاستحقاق انما يكون اقرارا لحقه من وقت حدوث الواقعة القانونية التى اكسبته هذا الحق ، فكان يجوز للمدعى ان يتمسك بحقه الذى حكم له به ضد اى شخص كسب قبل غيره حقا على العقار موضوع الدعوى لان الاول ثبت انه مالك ولان الثانى ثبت انه متلق حقه من غير مالك(٢). غير انه اذا كان هذا الاخير قد حاز العقار خمس سنوات بحسن نية قبل تسجيل دعوى الاستحقاق فان القانون كان يحميه ويجعل الحكم الصادر فى هذه الدعوى لا يحتج عليه به . فراى واضعو قانون الشهر العقارى ان الحكم المؤشر به فى هامش تسجيل صحيفة الدعوى لا يحتج به فى هاتين الحالتين على من كسب حقه بحسن نية على العقار موضوع الدعوى قبل تسجيل صحيفتها ، وآثروا بدلا من الاحالة على النصوص والمبادىء السارية فى شأن كل حالة على حدة ان يضعوا قاعدة عامة تحمى الغير الذى كسب حقه قبل تسجيل صحيفة احدى الدعاوى المذكورة بمجرد حسن نيته ، ونصوا على ذلك فى المادة ١٧ فقرة ثانية من قانون الشهر العقارى ، وجعلوا النص يشمل نوعا ثالثا من الدعاوى هو دعاوى صحة التعاقد ، ، فجاء النص يفيد بمفهوم المخالفة ان الحكم المؤشر به فى هامش تسجيل صحيفة الدعوى يحتج به على الغير الذى يكون قد كسب حقا على العقار موضوع الدعوى قبل تسجيل صحيفتها ولو كان وقت كسبه هذا الحق سيء النية اى عالما بالواقعة التى قامت على اساسها تلك الدعوى .

---

(١) انظر المواد ٤٦/٢٧ ، ٤٧/٢٨ ، ٧٨/٥٥ ، ١١٨ مكررة / ١٧١ ، ١٣٦ مكررة ١٩٧ ، ١٧٩ / ٢٤٣ ، ٢٥٦ مكررة / ٣٢٣ ، ٢٦١ مكررة / ٣٤٠ ، ٣٧٢/٢٩٨ ، ٣٨٥/٣١١ ، ٤٢٠/٣٣٧ مدنى قديم اهلى ومختلط .

(٢) ولكن يشترط فى احتجاج المستحق بالحكم الصادر لمصلحته على المشترى من المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق الذى سجل عنده قبل صدور ذلك الحكم ان يكون المستحق قد اختصم المشترى فى الدعوى ، والا فانه لا يجوز له الاحتجاج عليه به لان البائع لا يمثل المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع (نقض مدنى ٢٣ فبراير ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧-٢٥١-٣٥) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويخيل الينا أن هذا النص قد جاوز قصدهم أولا فيمـــا يتعلق بدعاوى الاستحقاق اذ لا يتصور أن يحمى المشترى من غير المالك ويفضل على المالك الذى حكم له بالاستحقاق لمجرد كون المشترى من غير المالك قد سجل عقده بحسن نية قبل رفع دعوى الاســتحقاق وتسجيلها ،لان حسن النية والتسجيل لا يكفيان فى ذاتهما لاكساب المشترى من غير المالك ملكية العقار المبيع ولا لسلب المالك ملكيته . وثانيا فيما يتعلق بدعاوى صحة التعاقد — وهى التى لم يكن يشملها نص المادتين ٧ و ١٢ من قانون التسجيل ولكنها أضيفت فى المادة ١٥ من قانون الشهر الى نوعى الدعاوى اللذين كان منصوصا عليهما فى قانون التسجيل مع وجود فرق جوهرى بينها وبينهما لم يلتفت اليه المشرع عند صياغة حكم المادة ١٧ فقرة ثانية من قانون الشهر العقارى تلك الصياغة العامة التى شملت الانواع الثلاثة من الدعاوى بحكم موحد — فان من طبيعة هذا النوع من الدعاوى ان اثره يقف عند تسجيل صحيفته ولا يرجع الى ما قبل ذلك بأى حال ، فلا يحتج بالحكم الذى يصدر فى دعوى صحة التعاقد على الغير الذى كسب من البائع حقا قام بشهره قبل تسجيل هذه الصحيفة ، سواء كان ذلك الغير حسن النية أو سيء النية (١) ، الا اذا كان المحكوم له يستطيع ان يطعن فى التصرف المسجل لصالح الغير قبل تسجيل صحيفة دعواه هو بانه عقد صورى أو توافرت لديه شروط الدعوى البولصية .

ولذلك نرى أنه لا يصح الاخذ بالمفهوم المخالف للمادة ١٧ فقـــرة

---

(١) فى هذا المعنى نقض مدنى ٣٠ ابريل ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ — ٧٨٤ — ١٢٩ وقد جاء فيه ان صدور حكم بصحة تصرف لا يكون من شأنه نفاذ هذا التصرف ما دام الحكم لم يشهر قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية أو يؤشر بمنطوقه فى هامش تسـجيل صحيفة الدعوى المرفوعة بصحة هذا التصرف اذا كانت قد سجلت قبل تسجيل التنبيه، اذ أن الحكم بصحة ونفاذ العقد هو قضاء بانعقاده صحيحا ونافذا بين طرفيه ولكنه لا يعطى لاى منهمـا مزية فى المفاضلة مع حـق سابق مشهر كالحق المترتب للحاجز على تسجيل التنبيه . وعلى ذلك فلا يصح لمن لم يسجل عقد شرائه للعقار أن يحتج بعقده على نازع الملكية استنادا الى القول بأنه ما دام البيع حجة على البائع ، فهو حجة على دائنه العادى المعتبر خلفا عاما .. فانن عكس ذلك السنهورى فى الوسـيط جـ ٤ ص ٤٩١ هامش ١ حيث يقول أن البيع الصادر من البائع الى مشتر آخر اذا سجل قبل تسجيل صـحيفة دعوى صحة التعاقد ، لم ينفذ مع ذلك فى حق المشترى الاول الذى رفع هذه الدعوى الا اذا كان المشترى الآخر حسن النية ، ذلك أن حق المشترى الاول الذى سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا تنعدم حجيته الا فى مواجهة الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل تسجيل صحيفة الدعوى (م ٢/١٧ من قانون الشهر) . وكنا قد عارضنا هذا الرأى فى طبعتنا السابقة سنة ١٩٦٨ (ص ٣٣٨) من قبل ان تأخذ محكمة النقض بالرأى الذى أوردناه فى المتن .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ثانية(١) وانه يجب الاكتفاء فيشان حقوق الغير المشهرة قبل شهر صحائف الدعاوى المذكورة بالرجوع الى النصوص والقواعد السارية بالنسبة الى كل منها كما كانت تقضى بذلك المادة ١٢ من قانون التسجيل الملغى .

١٧٩ - التمييز بين دعوى صحة التعاقد وبين دعوى صحة التوقيع - تقدم أن دعوى صحة التعاقد يتناول البحث فيها حصول توافق الارادتين توافقا حيقيقيا وتوافر جميع شروط انعقاد العقد وصحته وانعدام كل سبب من اسباب الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ ثم امكان التنفيذ العينى الجبرى . ويبين من كل ذلك انها دعوى موضوعية يبحث فيها القاضى موضوع العلاقة التى تربط بين المدعى والمدعى عليه وينتهى من بحثه الى تقرير حقوق لاحد الطرفين أو لكل منهما قبل الآخر . وهى لذلك تعتبر دعوى موضوعية يستحق عليها رسم نسبى اى بنسبة قيمة العقار موضوع الدعوى .

اما دعوى صحة التوقيع فهى دعوى تحفظية شرعت لكى يطمئن من طريقها الشخص الحاصل على محرر عرفى من آخر الى ان ذلك الآخر المنسوب اليه توقيع المحرر المذكور لن ينكر فى المستقبل توقيعه عليه . وهذا بقطع النظر عن موضوع المحرر وعن نوع العلاقة الثابتة به وصحة التصرف المدون فيه أو عدمه . فيقتصر محل البحث فى هذه الدعوى على حصول التوقيع من المدعى عليه أو عدمه دون تعرض لموضوع المحرر ، فيمتنع على القاضى فيها ان يتعرض للتصرف المدون فى الورقة من جهة صحته أو بطلانه أو نفاذه أو توقفه وتقرير الحقوق المترتبة عليه (٢) . وهى لذلك تعد دعوى تحفظية لا دعوى موضوعية ولكن يشترط فى رفعها كما فى كل دعوى أن يكون لرافعها مصلحة فى رفعها (٣) ، ولا يستحق عليها رسم نسبى بل رسم ثابت فقط وهو فى

---

(١) فى هذا المعنى اسماعيل غانم ص ١٤١ .

(٢) نقض مدنى ٢٣ فبراير ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ٢ - ٥١٢ - ١٦٧ .

(٣) نقض مدنى ١٩ فبراير ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض ٢٥ - ١٢٥٠ - ٢١٢ وقد قرر أن لمن رفضت دعواه بصحة ونفاذ العقد مصلحة فى رفع دعوى صحة توقيع ذلك العقد وقال فى ذلك أن دعوى صحة التوقيع دعوى تحفظية الغرض منها اثبات أن التوقيع الموضوع على المحرر هو توقيع صحيح صادر من صاحبه ... ولما كان الحكم فى الدعوى السابقة - فض طلب الطاعن صحة ونفاذ عقد البيع الصادر اليه من المطعون عليه لبطلانه لاينفى أن للطاعن مصلحة فى الحصول على حكم بصحة التوقيع على عقد البيع المشار اليه ، ذلك أن بطلان هذا العقد يترتب عليه طبقا للمادة ١/١٤٢ مدنى أن يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فيسترد كل متعاقد ما اعطاه مما يكون معه للطاعن مصلحة فى طلب اثبات توقيع المطعون عليه على المحرر سالف الذكر حتى يسترد بناء عليه ما يكون قد اعطاه للطرف الآخر .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الغالب يكون أقل كثيرا من الرسم النسبى ، الامر الذى يجعل كثيرا من المتقاضين يفضلون رفع دعوى صحة التوقيع بدلا من رفع دعوى صحة العقد ونفاذه .

فما هو اثر هذه الدعوى والحكم الذى يصدر فيها ، وماذا يترتب على تسجيل صحيفتها ؟

اما اثر هذه الدعوى فهو ان الحكم الذى يصدر فيها بصحة التوقيع يقوم مقام التصديق على توقيع العاقدين على العقد العرفى ، وهو بالتالى يجعل العقد غير المصدق على توقيعه قابلا للشهر اذا توافرت فيه سائر الشروط الاخرى اللازمة لذلك .

غير انه يلاحظ ان التسجيل فى هذه الحالة انما يرد على العقد العرفى ذاته ويشمل الحكم بصحة التوقيع باعتباره من الملحقات المؤيدة لهذا العقد والمكملة لصلاحيته للشهر . وهذا خلافا للحال فيما يتعلق بالحكم بصحة العقد ونفاذه حيث يرد التسجيل بصفة اصلية على الحكم ولا يشمل العقد الا اذا كان الحكم لم يتضمن جميع البيانات اللازمة للشهر اكتفاء بالاحالة فى شأنها الى العقد .

ويترتب على ذلك ان الحكم بصحة التوقيع لا يفيد صحة العقد المدون فى المحرر الذى حكم بصحة توقيعه ، ولا يمنع الطعن فى هذا العقد بالبطلان او بقابليته للابطال ولا طلب فسخه (١) ، اما الحكم بصحة العقد فانه متى صار نهائيا يمنع من اعادة البحث فى اى شىء من ذلك .

ويترتب على تسجيل الحكم بصحة التوقيع تبعا لتسجيل المحرر العرفى المثبت للتعاقد نقل ملكية العقار موضوع المحرر من وقت هذا التسجيل ، كما يترتب ذلك على تسجيل الحكم بصحة العقد ونفاذه (٢)، غير اننا قد راينا أن المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى قد اجازت

---

(١) نقض مدنى ٢٤ مايو ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٢ - ٨٤٩ - ١٣٦ ، لبيب شنب نبذة ٩٠ .

(٢) نقض مدنى ١٧ مارس ١٩٤٩ مجلة التشريع والقضاء ٢ - ٣ - ٣ وقد جاء فيه ان دعوى صحة التوقيع ودعوى صحة التعاقد حكمها سواء من حيث اثر تسجيل الحكم الصادر فى كل منهما ، واذن فالعقد المحكوم بصحة التوقيع عليه يعتبر من تاريخ تسجيل الحكم بمثابة العقد المسجل .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ورتبت عليه أن الحكم الذى يصدر فى هذه الدعوى يكون له متى تم التأشير به فى هامش تسجيل صحيفتها اثر من تاريخ هذا التسجيل الاخير . أما دعوى صحة التوقيع فقد اشارت المذكرة الايضاحية صراحة الى عدم جواز تسجيل صحيفتها لانها ليست داخلة فى اى نوع من انواع الدعاوى التى اجيز تسجيلها . وبناء على ذلك لا يمكن أن يكون لتسجيل المحرر العرفى غير المصدق على توقيعه متى تم بناء على حكم صحة التوقيع أثر يرجع الى ما قبل حصوله (١) .

وقد اطرد قضاء محكمة النقض على ذلك وجاء فى حكم لها بتاريخ ٢١ ابريل ١٩٥٥ « انه لما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع انما هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع البائع امامه على عقد البيع ، فان هذه الدعوى على خلاف دعوى صحة التعاقد لا يفيد تسجيل صحيفتها شيئا بل لابد فيها من تسجيل الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتى ينتج التسجيل اثره فى نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ هذا التسجيل (٢) .

يبين من هذه المقارنة بين دعويى صحة التعاقد وصحة التوقيع ان الاولى اقوى اثر ، فهى تتناول موضوع التعاقد وتصفى جميع أوجه المنازعة فيه نهائيا ويمكن ان يكون للحكم الذى يصدر فيها اثر رجعى من حيث حماية رافعها ضد الحقوق التى يكسبها الغير على العقار موضوع الدعوى بعد تسجيل صحيفتها . أما دعوى صحة التوقيع فهى دعوى تحفظية لا تبحث فيها المنازعات الموضوعية ، والحكم الذى يصدر فيها يكون اشبه بالتصديق على التوقيع ، فلا يمكن ان يستند اثره الى الماضى ولو فرض تسجيل صحيفة الدعوى . ولذلك كان الغالب فى العمل ان يلجأ المشترى الى رفع دعوى صحة التعاقد ، والا يلجأ الى دعوى صحة التوقيع (٣) .

١٨٠ — (ثالثا) التنفيذ بمقابل للالتزام بنقل ملكية عقار — تقدم أن الالتزام بنقل ملكية العقار المبيع لا يمكن تنفيذه عينا الا اذا كان البائع مالكا هذا العقار ولم ينقل ملكيته بعد نشوء ذلك الالتزام الاول الى آخر

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٥٠٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٩ اكتوبر ١٩٤٢ فى الطعن رقم ١٦ سنة ١٢ ق فهرس احكام النقض فى ٢٥ سنة ص ٦٢٦ نبذة ٨٧ ، نقض مدنى ٢١ ابريل ١٩٥٥ مجموعة احكام ٦ — ١٠٣٢ — ١٣٤ .

(٣) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٥٠٣ نبذة ٢٧٥ ، لبيب شنب نبذة ٩٠ ، اسماعيل غانم ص ١٣٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

قام بتسجيل عقده . اما اذا كان البائع غير مالك أصلا أو كان قد نقل الملكية الى آخر ، استحال على المشترى الذى لم يتم تسجيل عقده الحصول على تنفيذ هذا الالتزام عينا ، ولم يعد له من سبيل لكسب ملكية العقار المبيع اليه ، بل يبقى دائنا شخصيا للبائع ، ولا يكون له الا أن يطالب الاخير بتعويض عن اخلاله بالتزامه بنقل الملكية ، سواء بالاستناد الى القواعد العامة المتعلقة بالتنفيذ بمقابل (المواد ٢١٥ وما بعدها) ، او الى احكام ضمان الاستحقاق (المواد ٤٤٣ وما بعدها) ، او الى احكام بطلان بيع ملك الغير (المادة ٤٦٨) ، او الى قواعد الفسخ مع التعويض (المادة ١٥٧) حسب الاحوال .

١٨١ - جواز طعن المشترى الذى لم يسجل عقده بالدعوى البولصية فى عقد المشترى الذى سبق الى تسجيل عقده - ولان المشترى بعقد غير مسجل يعتبر دائنا عاديا للبائع ، فاذا استحال عليه الحصول على التنفيذ العينى بعد أن سبقه غيره الى تسجيل عقده ، جاز له أن يطعن فى العقد المسجل الصادر الى غيره بالدعوى البولصية اذا توافرت لديه شروطها . واهمها أن يكون التصرف المراد الطعن فيه تاليا لحق الدائن ومسببا اعسار المدين (البائع) بحيث يصبح مجموع أموال المدين الباقية بعد هذا التصرف غير واف بجميع ديونه الحالية والآجلة (١) .

غير انه يلاحظ على اى حال أن الدعوى البولصيه هى دعوى شخصية تعتبر مقدمة للتنفيذ على اموال المدين بمقتضى حق الضمان العام ، فلا يجوز أن يلجأ اليها المشترى بعقد غير مسجل لابطال عقد المشترى الثانى المسجل حتى يتمكن هو بعد ذلك من تسجيل عقده والحصول على ملكية العقار المبيع اليه . وقد قضت محكمة النقض بانه

---

(١) راجع كتابنا فى احكام الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ١٦٢ وما بعدها .

وهناك رأى بانه اذا تركز حق الدائن فى عين مملوكة للمدين ، كما فى حالة حق مشترى العقار بعقد غير مسجل ، وتصرف المدين فى ملكية هذه العين الى آخر ، أمكن اعتبار هذا التصرف مسببا اعسار المدين وضارا بالدائن ولو كانت لدى المدين أموال أخرى تربو قيمتها على قيمة العين موضوع حق الدائن لان وجود تلك الاموال الاخرى لا يفى بحق الدائن وفاء عينيا ، وعلى ذلك يجوز للدائن فى مثل هذه الحالة الطعن بالدعوى البولصية فى التصرف الصادر من مدينه فى العين المذكورة والحصول على حكم بعدم نفاذ هذا التصرف قبله ثم التنفيذ بحقه على هذه العين (انظر فى ذلك كتابنا فى احكام الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ١٦١ ، السنهورى فى الوسيط جـ ٢ نبذة ٥٨٨ ص ١٠٣٠ ، جـ ٤ ص ٥٥٤ ، لوران جـ ٢٤ نبذة ١٦ ، بلانيول وريبير واسمان جـ ٧ نبذة ٩٣٧ و ٩٣٨ ، دى هلتس فى الدعوى البوليصة نبذة ٤٨) . وقارن عكس ذلك اسماعيل غانم ص ١٤٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

اذا ثبت أن الطاعن كان يهدف بطعنه بالدعوى البولصية الى اجراء مفاضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون عليه المسجل ، فان طعنه يكون غير منتج فى التخلص من آثار عقد المطعون عليه المسجل المطعون فيه بالدعوى البولصية ولو كان هو بوصفه متصرفا له والمتصرف سيىء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان الطاعن من الصفقة (١) .

ومؤدى ذلك أن كل ما يترتب على الحكم فى الدعوى البولصية بعدم نفاذ تصرف البائع فى حق دائنيه هو امكان هؤلاء الدائنين التنفيذ بحقوقهم على العقار موضوع التصرف الذى تقرر عدم نفاذه ، فلا يجوز للمشترى الاول الذى لم يكن قد سجل عقده ان يبادر بعد الحكم المذكور الى تسجيل عقده لنقل ملكية ذلك العقار اليه .

وقد اوضحت ذلك محكمه النقض فى حكم لها بتاريخ ٢ يونيه ١٩٥٥ قررت فيه انه متى تحققت الشرائط المقررة لبطلان التصرف تأسيسا على المادة ١٤٣ من القانون المدنى القديم ، فان مؤدى ذلك أن تعود ملكية العين المتصرف فيها الى البائع ، ويكون من حق المشترى الذى لم يسجل عقده بوصفه دائنا بالثمن التنفيذ عليها جبرا استيفاء لدينه ، وليس من شان هذا التنفيذ أن يعود هذا المشترى الى بعث عقده الابتدائى وطلب الحكم بصحته ونفاذه ، لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل الى المشترى الذى سجل عقده محملة بحق المشترى الذى لم يسجل بوصفه دائنا للبائع ، وليس للدائن فى مقام التنفيذ بدينه أن يطالب بملكية العقار الذى يجرى عليه التنفيذ (٢) .

ويلاحظ أن المبدأ الذى قرره هذا الحكم فى ظل نصوص التقنين المدنى القديم التى كانت تعتبر أن الدائن رافع الدعوى البولصية هو وحده الذى يستفيد من الحكم الذى يصدر فيها يكون أولى بالاتباع فى ظل التقنين المدنى الحالى حيث تنص المادة ٢٤٠ منه على أنه متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرارا بهم ، ومقتضى ذلك أنه لا يجوز لواحد من هؤلاء الدائنين - لمجرد أن حقه

---

(١) نقض مدنى ١١ ديسمبر ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٤-١٧٦-٢٨ . وفى هذا المعنى ايضا نقض مدنى ١٥ فبراير ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ - ٢٩٥ - ٣٩ ، ٢٤ مارس ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ - ٧٢٣ - ٩٨ ، أول نوفمبر ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ - ١٦٠٥ - ٢٢٥ ، ٢٦ يونيه ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ - ١٠٨٤ - ١٦٧ .

(٢) نقض مدنى ٢ يونيه ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض ٦ - ١١٨٥ - ١٥٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الشخصى ثابت فى محرر صالح للشهر - أن يستأثر بثمرة الدعوى البولصية عن طريق المبادرة الى تسجيل عقده وكسب ملكية العقار المبيع، لأنه ليس له على هذا العقار اى حق اكثر من سائر الدائنين الذين تم التصرف المطعون فيه اضرارا بهم (١) .

---

(١) وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى الذى قلنا به فى الطبعات السابقة ، انظر نقض مدنى ١٣ يونيه ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض ٢٣ - ١١٠٥ - ١٧٤ وقد جاء فيه ليس من شأن الدعوى البولصية اللفاضلة بين العقود ، بل هى دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عينى ، ولا يؤول بمقتضاها الحق العينى اليه او الى مدينه ، بل أنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين من وسائل الضمان دون ان يترتب على الحكم لها لصالح الدائن أن تعود الملكية إلى المدين ، وانما ترجع العين فقط الى الضمان العام للدائنين . وقارن عكس ذلك السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٥٥٥ حيث يقول « وفى الحالة التى نحن بصددها قد تركز حق المشترى الاول فى العقار المبيع ، فيعتبر البائع فى حالة اعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البولصية مادام المشترى لا يستطيع أن يصل الى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطالب ، بدلا من التعويض ، بالتنفيذ العينى . فيطالب المشترى الاول اذن بالتنفيذ العينى وهو تملك العقار ، ويعتبر البائع فى هذا الخصوص معسرا حتى لو كانت عنده أموال كافية تفى بتعويض المشترى الاول عن فوات تملكه للعقار ، ومن ثم يجوز للمشترى الاول الطعن بالدعوى البولصية فى البيع المسجل ، فيجعله غير نافذ فى حقه ، ويتمكن بذلك من رد العقار الى ملك البائع ويتملكه بعد ذلك بتسجيل سنده » .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الثانى

الالتزام بتسليم المبيع

١٨٢ ـ اهمية الالتزام بالتسليم وتقسيم الموضـــوع ـ لا يكفى المشترى ان تنتقل اليه ملكية المبيع ، بل لابد له ايضا من حيازة المبيـع لكى يتمكن من الانتفاع به .

ذلك ان حق الملكية يتضمن الانتفاع ، وهو لا يكون الا من طـريق الحيازة مباشرة كانت او غير مباشرة .

وقد نص التقنين المدنى الحالى فى المادة ٢٠٦ منه على أن الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتســليم الشىء والمحافظـة عليه حتى التسليم ، ثم طبق ذلك على التزام البائع ، فنص فى المادة ٤٣١ منه على أن « يلتزم البائع بتسليم المبيـع للمشترى بالحالة التى كان عليهـا وقت البيع » .

ويلاحظ ان التسليم الذى نص عليه المشرع فى هـاتين المادتين هو التسليم الذى يؤدى الى نقل الحيازة من البائع الى المشترى بقطع النظر عن انتقال الملكية او عدمه ، اى انه غير التسليم الذى كان ضروريا لنقل الملكية فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم والذى استعاض عنه فقهاء القانون الفرنسى القديم بالنص فى صلب عقد البيع على حصول التسليم والتسلم clause de desaisine—saisine ثم استغنى عنـه المشرع الحديث استغناء تاما بالنص فى المادة ١١٣٨ مـدنى فرنسى وفى المادتين ٩١ و ١٤٥/٩٢ و ١٤٦ مدنى مصرى قـديم وفى المـادة ٢٠٤ مدنى على ما يفيد ان « الالتزام بنقل الملكية او اى حق عينى آخر ينقـل من تلقـاء نفسه هذا الحق » (راجع ما تقدم فى نبذة ٩) .

فالالتزام بتسليم المبيع الذى تنص عليه المادة ٤٣١ مدنى هـو اذن التزام محله القيام بعمل معين يتم به نقل حيازة المبيـع الى المشترى . وتظهر اهمية التسليم بوجه خاص فى ان حصـــوله يعتبر وفاء للالتزام بالتسليم وطريقا لانقضائه ، فضلا عن أن اجراءه يقتضى فرز محله اذا لم يكن معينا بالذات ، ذلك الفرز اللازم لانتقال ملكية المبيع غير المعين بذاته ،

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وتظهر اهميته فى القانون المصرى بوجه خاص فى انه يتوقف عليه انتقال تبعة هلاك المبيع الى المشترى . فيتحمل البائع تبعة الهلاك الى ان يسلم المبيع الى المشترى فتنتقل حينئذ تبعته الى هذا الاخير ، فيكون لتعيين كيفية التسليم وزمانه ومكانه اهمية بالغة لمعرفة ما اذا كان التسليم قد تم وانتقلت معه تبعة الهلاك الى المشترى ام لا .

ويثير ذلك مشاكل كثيرة فى البيوع التجارية التى تفصل فيها بين البائع والمشترى مسافات طويلة ، فيلزم تعيين الوقت والمكان اللذين يعتبر التسليم قد تم فيهما ، ويرجع فى ذلك الى اتفاق الطرفين . وقد بلورت عادات التجارة الدولية نماذج معينة من عقود البيع فى هذا الخصوص. واهمها النوع المعروف باسم Vente C.I.F. ou Vente C.A.F. (وحروف .C.I.F هى اختصار لعبارة Cost, insurance, freight الانجليزية وحروف .C.A.F اختصار لعبارة Coût, assurance, frêt الفرنسية) وفيه يتجه قصد العاقدين الى ان يكون التسليم فى مكان الشحن(١) والى ان يكون للبائع اختيار السفينة التى يتم عليها الشحن وان يتضمن الثمن نفقات الشحن والتامين على البضاعة المبيعة طوال مدة سفرها والى حين وصولها ، فيتم فرز المبيع بمجرد شحنه وتنتقل ملكيته من ذلك الوقت الى المشترى وكذلك تبعة هلاكه فى الطريق ويكون التامين لصالح المشترى . وهناك نموذج آخر هو المعروف بالبيع .F.O.B (وهى اختصار للعبارة الفرنسية Franco à bord وللعبارة الانجليزية Free at board) وفى هذا النوع لا يتم تنفيذ التزام البائع بالتسليم الا بشحن البضاعة على السفينة فى ميناء القيام (٢) . وفيه يتحمل المشترى تبعة الهلاك او التلف من يوم الشحن ايضا (٣) ولكن يكون له اختيار اسم السفينة التى يتم عليها الشحن فى حين ان هذا الاختيار يكون فى النوع السابق متروكا للبائع . وتكون نفقات الشحن والتامين على عاتق المشترى ، اى ان هذه النفقات يجب ان يتحملها المشترى فوق الثمن المسمى فى العقد خلافا للحالة السابقة حيث يكون الثمن المسمى شاملا تلك النفقات . والى جانب هاتين الصورتين توجد صور اخرى يتحمل فيها البائع تبعة الهلاك ولا يعتبر المشترى انه تسلم البضاعة قانونا الا فى ميناء الوصول delivery franco domicile of the buyer ومنها الصورة المعروفة

---

(١) نقض مدنى ١٠ ديسمبر ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض ١٠ - ٧٨٢ - ١١٧ .
(٢) نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض ٢٥ - ١٢١٥ - ٢٢٥ .
(٣) انظر نقض مدنى ١٣ نوفمبر ١٩٥٨ مجموعة احكام النقض ٩ - ٦٩٩ - ٩٠ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بالبيع فى مكان الوصول vente à l'arrivée او vente par navire désigné (١) .

وفيما يلى سنعالج المسائل المتعلقة بالالتزام بالتسليم على الترتيب الآتى :

١ — تعريف التسليم .
٢ — طريقة التسليم : التسليم القانونى والتسليم الحكمى .
٣ — محل الالتزام بالتسليم :
(أ) المبيع ذاته (الحالة التى يجب تسليمه عليها والقدر الواجب التسليم وما يحدث فيه من نقص او زيادة) .
(ب) ملحقات المبيع .
٤ — الوقت الذى يجب فيه التسليم : حق البائع فى الامتناع عن التسليم او حق حبس المبيع .
٥ — مكان التسليم .
٦ — نفقات التسليم .
٧ — هلاك المبيع وجزاء الاخلال بالالتزام بالتسليم .

١٨٣ — (أ) تعريف التسليم — كان التقنين المدنى الملغى يعرف تسليم المبيع فى المادة ٣٤٢/٢٧١ منه بانه عبارة عن وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع منه بدون مانع . ويحصل وفاء الالتزام بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى وعلمه بذلك ولو لم يتسلمه بالفعل .

وقد اخذ التقنين الحالى بهذا التعريف ذاته بعد ضبط الفاظه واحكام صياغته، فنص فى المادة ٤٣٥ فقرة اولى منه على أن « يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ما دام البائع قد أعلمه بذلك . . » .

ويؤخذ من هذا التعريف أن تسليم المبيع يتكون من عنصرين :
(١) وضع المبيع تحت تصرف المشترى وضعا يتمكن معه من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يحزه بالفعل .

---

(١) انظر فى ذلك محسن شفيق فى الوسيط فى القانون التجارى المصرى جـ ٢ ط ٢ سنة ١٩٥٥ نبذة ٣٦ ص ٣٨ ، أمام (فى كتابه المشترك معنا) فى البيع نبذة ١٥١ ؛ كاهن Kahm فى البيع التجارى الدولى ، باريس طبعة سيرية ١٩٦١ ص ١٦٧ ، شميتهوف Gl. Schmitthoff فى تجارة الصادرات The Export trade لندن ١٩٦٢ ص ٦٨ ؛ وانظر ايضا الاسكندرية الجزئية ٢ يونيه ١٩٥٣ مجلة التشريع والقضاء ٦ — ٢٢٢ — ٥٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

(ب) اعلام المشترى بهذا الوضع .

وقد اكتفى فى هذا التعريف بوضع المبيع تحت تصرف المشترى ولو لم يحزه بالفعل ، لان حيازة المشترى للمبيع امر يتم بارادة المشترى وحده متى وضع المبيع تحت تصرفه ، فلا دخل فيها للبائع ، بل هى محل لالتزام يقع على المشترى بمجرد وضع المبيع تحت تصرفه اذ يجب عليه حينئذ أن يتسلمه .

ولم يكتف القانون بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بل اشترط اعلامه بذلك منعا للبس الذى يمكن أن يقوم فيما لو ادعى البائع انه وضع المبيع تحت تصرف المشترى وادعى الاخير أن الوضع الذى اتخذه البائع لا يفهم منه انه جعل الشىء تحت تصرف المشترى . فاشترط المشرع ان يقوم البائع باعلام المشترى بوضع المبيع تحت تصرفه .

ولم يشترط القانون فى هذا الاعلام اى شكل خاص او حصوله بأى طريق معين ، فيجوز حصوله شفويا او كتابة ، ويجوز ان يكون صراحة او دلالة . ويكون اثباته وفقا للقواعد العامة .

١٨٤ — (٢) **طريقة التسليم** — نصت المادة ٤٣٥ فى نهاية الفقرة الاولى منها على ان « يحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشىء المبيع » (وهى تقابل المادة ٢٧٢/٣٤٣ مدنى قديم) .

والمقصود بذلك ان التسليم ، وهو كما عرفه المشرع وضع المبيع تحت تصرف المشترى .... ، لابد فيه من علامة مادية ظاهرة تدل عليه ، وان هذه العلامة المادية تختلف باختلاف طبيعة المبيع . فطريقة وضع العقار المبيع تحت تصرف المشترى تختلف عن طريقة وضع المنقول المبيع تحت تصرفه ، وهذه تختلف عن طريقة وضع الحقوق الشخصية تحت تصرف مشتريها .

وكان التقنين الملغى ايضا ينص على أن « يكون تسليم الاشياء المبيعة بحسب جنسها » (المادة ٢٧٢) ، ولكنه لم يكتف بذلك ، بل عرض لبيان طريقة تسليم انواع معينة من المبيعات فى المادتين ٢٧٢/٣٤٣ و٢٧٣/٣٤٤ .

واذا كان التقنين المدنى الحالى قد اكتفى بالنص فى المادة ٤٣٥ منه على أن يحصل التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشىء المبيع ، ولم

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يورد ما يقابل نص المادتين ٢٧٢/٣٤٣ و ٢٧٣/٣٤٤ ، فما ذلك الا لانه راى فى احكام هاتين المادتين تطبيقات وتفصيلات للمبدأ الذى قرره يحسن تركها لفطنة القاضى . وبناء على ذلك لا مانع من أن يستأنس القاضى باحكام هاتين المادتين من التقنين الملغى للتعرف على طريقة التسليم التى تقتضيها طبيعة المبيع .

والمبيع اما ان يكون مالا ماديا عقارا او منقولا ، واما ان يكون مالا معنويا اى حقا ماليا غير حق الملكية .

فاذا كان عقارا ماديا فان تسليمه يجوز ان يكون بتسليم مفاتيحه ان كان من المبانى ، وبتسليم حججه ان كان من غير المبانى ، على ان لا يكون ثمة ما يحول دون وضع يد المشترى عليه (المادة ٢٧٢ فقرة أولى مدنى قديم) . فاذا كان مدخل البناء مثلا مغلقا ومختوما بالشمع الاحمر بأمر سلطة مختصة ، فان تسليم مفاتيحه لا يعتبر تسليما له (١) .

واذا كان المبيع منقولا ماديا فيكون تسليمه بالمناولة من يد الى يد او بتسليم مفاتيح المخزن الموضوع فيه ذلك المنقول (المادة ٢٧٢ / ٣٤٣ فقرة ثانية مدنى قديم) .

واذا كان حقا ماليا غير حق الملكية ، سواء كان حقا عينيا كالانتفاع او الارتفاق ، او حقا ذهنيا كحق تاليف كتاب معين ، فيكون تسليمه بتسليم سنداته ان كانت له سندات منشئة او مثبتة لوجوده كالسند المنشىء حق الانتفاع وسند الدين وبراءة الاختراع ، والا فبترخيص البائع للمشترى بالانتفاع بالحق المبيع ان لم يوجد ما يمنع هذا الانتفاع ، كما فى بيع حق ارتفاق او بيع حق المؤلف فى اعادة طبع كتاب معين الخ . (المادة ٢٧٣/٣٤٤ مدنى قديم) .

على ان المرجع الاصلى فى تعيين طريقة التسليم انما هو ارادة المتعاقدين، فاذا نصا فى العقد على طريقة معينة وجب اتباعها ، والا وجب على البائع ان يسلك الطريقة التى تتفق مع طبيعة المبيع ، وكان للقاضى حق الرقابة على ملاءمة الطريقة التى اختارها البائع لطبيعة المبيع .

وقد نصت المادة ٤٣٦ مدنى على انه « اذا وجب تصدير المبيع للمشترى فلا يتم التسليم الا اذا وصل اليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

---

(١) فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٥ يونيه ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض ١٠-٤٩٦-٧٦ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

١٨٥ - التسليم القانونى والتسليم الحكمى - تقدم ان القانون عرف التسليم بانه وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول هذا عليه استيلاء ماديا . وظاهر ان هذا تعريف للتسليم بمعناه القانونى ، وان هذا التسليم لا يحتاج الى التسليم الفعلى اى الى استيلاء المشترى استيلاء ماديا على المبيع. فبمجرد وضع البائع المال المبيع تحت تصرف المشترى واعلامه بذلك يعتبر انه قد وفى بالتزامه بتسليم المبيع ولا يجوز للمشترى ان يطالبه بتنفيذ هذا الالتزام استنادا الى انه هو لم يتسلم المبيع ، ولا ان يرتب على ذلك اعتبار البائع مخلا بالتزامه اخلالا يبرر طلب فسخ العقد او الدفع بعدم التنفيذ . ومن باب أولى يكون الامر كذلك اذا قام البائع بعرض المبيع على المشترى عرضا حقيقيا(١)، ولو لم يقبله المشترى مادام ليس لعدم قبوله سند قانونى ولكن لا يعتبر وضعا للمبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته دون عائق مجرد عرض البائع استعداده لتسليم المبيع على أن يوقع المشترى العقد النهائى ، لان هذا العرض لا يتيح للمشترى حيازة المبيع دون عائق طالما ان البائع قد علق التسليم على شرط توقيع المشترى العقد النهائى(٢).

ويعتبر ايضا من قبيل التسليم القانونى فى هذا المعنى اعذار المشترى لتسلم المبيع ، فقد نصت المادة ٤٣٧ مدنى على انه « اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع » ، ومعنى ذلك ان مجرد اعذار المشترى لتسلم المبيع يعدل وضع المبيع تحت تصرفه ويترتب عليه ما يترتب على التسليم القانونى من نقل تبعة الهلاك الى المشترى .

أما اعذار المشترى فيكون بانذاره او بما يقوم مقام الانذار ، كما يجوز ان يكون مترتبا على وجود اتفاق فى عقد البيع يقضى بأن يكون المشترى معذرا بمجرد حلول الاجل المعين للتسليم دون حاجة الى اى اجراء آخر

---

(١) انظر نقض مدنى ١٣ مارس ١٩٥٨ مجموعة احكام النقض ٩ - ٢٠٤ - ٢٦ .

(٢) نقض مدنى ٨ نوفمبر ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض ١٣ - ٩٩٢ - ١٥١ وقد جاء فيه « متى كان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه بفسخ عقد البيع على اساس ان البائع لم يوف التزاماته المترتبة على العقد - حتى وقت الحكم النهائى فى الدعوى وكان مجرد عرض البائع استعداده لتسليم العين المبيعة على أن يوقع المشترى على عقد البيع النهائى لا يعد عرضا حقيقيا يقوم مقام الوفاء بالالتزام لان البائع لم يتبع استعداده للتسليم بطلب تعيين حارس لحفظ العين المبيعة طبقا لما توجبه المادتان ٣٩٣ من القانون المدنى ، ٧٩٢ من قانون المرافعات فان الحكم لا يكون قد خالف القانون » .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المادة ٢١٩ مدنى) ، فاذا لم يكن للتسليم اجل كان مستحقا فور العقد واعتبر المشترى بموجب هذا الاتفاق معذرا لتسلم المبيع من وقت العقد، اى انه فى هذه الحالة الاخيرة يعتبر التزام البائع بالتسليم قد تم تنفيذه بمجرد نشوئه اى بمجرد اسناد العقد ، كما يتم تنفيذ الالتزام بنقل ملكية المبيع اذا كان منقولا قيميا مملوكا للبائع . ويترتب على اعذار المشترى ما يترتب على التسليم القانونى من نقل تبعة الهلاك ومن عدم اجازة طلب الفسخ والدفع بعدم التنفيذ .

وقد راى المشرع امكان الاستعاضة عن التسليم القانونى بتسليم حكمى يقوم مقامه ، فنصت المادة ٣٤٣/٢٧٢ فقرة ثالثة مدنى قديم على انه يجوز حصول التسليم بمجرد ارادة المتعاقدين اذا كان المبيع موجودا تحت يد المشترى قبل البيع لسبب آخر ، ومعنى ذلك انه اذا كان المبيع موجودا من قبل البيع فى حيازة المشترى الفعلية على سبيل الاجارة او الوديعة او العارية ، فانه يكفى اتفاق الطرفين على انهاء الاجارة او الوديعة اوالعارية وعلى اعتبار حيازة المشترى حاصلة من وقت البيع بسبب تملكه المبيع، فيقوم هذا الاتفاق فى ذاته مقام التسليم القانونى .

وقد فات التقنين الملغى ان ينص على حالة اخرى مشابهة لهذه الحالة تقع فى الفرض العكسى ، وهو الفرض الذى يكون فيه المبيع فى حيازة بائعه فيتفق العاقدان فى عقد البيع على بقائه فى حيازة البائع ولكن لا على اعتباره مالكا له بل على سبيل الاجارة او الوديعة او العارية ، فتتحول بذلك صفة حيازة البائع ويقوم ذلك مقام التسليم القانونى .

وقد نص التقنين المدنى الحالى على الحالتين معا فى نص واحد ، اذ اجاز فى المادة ٤٣٥ فقرة ثانية منه « ان يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين اذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع ، او كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » . وهذا النص ليس الا تطبيقا للقاعدة العامة الواردة فى باب الحيازة حيث تنص المادة ٩٥٣ مدنى على انه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى اذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه فى الحيازة أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه (١) » ، ويخلص من ذلك أن التسليم الحكمى يكون بالاتفاق على تغيير سند الحيازة .

---

(١) وفى الفقه الاسلامى ان القبض نوعان : قبض ضمان وقبض امانة . اما قبض الضمان فهو الذى يكون فيه القابض ضامنا لما قبضه فيما لو هلك عنده ولو بآفة سماوية =

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

على أن هذا النوع من التسليم ، لانه فى حالة الاكتفاء بتغيير سند حيازة البائع لا يكون له أى مظهر خارجى من شأنه اعلام الغير بحصول التسليم ، لا يفيد فى التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، ولذلك اذا اتفق البائع والمشترى على أن يبقى المبيع المنقول فى حيازة البائع على سبيل الوديعة أو العارية ، ثم باع هذا الاخير المنقول الى شخص آخر وسلمه اليه تسليما فعليا فان المشترى الاول لا يجوز له أن يتمسك بحصول التسليم الحكمى اليه ، بل يكون للمشترى الثانى أن يتمسك قبل الاول بحصول التسليم الفعلى اليه ، ويعتبر هو لا المشترى الاول مالك ذلك المنقول (انظر ما تقدم فى نبذة ١٥٤) .

ولهذا السبب ذاته فانه فى حالة البيع بالعينة لا يبيح التسليم القانونى أو التسليم الحكمى للمشترى التحقق من مطابقة المبيع للعينة ، فلا مناص من تأخر ذلك الى حين التسليم الفعلى الذى يلى التسليم القانونى أو الحكمى ، فيعتبر هذا التسليم الاخير مقترنا بشرط فاسخ هو ظهور عدم مطابقة المبيع للعينة عند التسليم الفعلى . وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه وان كان البيع F.O.B. يتضمن أن يتم التسليم فى ميناء الشحن بشحن البضاعة الا أن هذا التسليم المادى الذى يحصل فى ميناء الشحن لا يتعارض مع حق المشترى فى التحقق من مطابقة البضاعة المبيعة

= كالمغصوب فى يد الغاصب أو المبيع فى يد المشترى . أما قبض الامانة فهو الذى لا يكون فيه القابض ضامنا لما قبضه الا فى حالة التعدى او التقصير فى الحفظ كالعارية فى يد المستعير او المأجور فى يد المستأجر . وهذان النوعان ليسا على درجة واحدة من القوة ، فالاول منهما وهو قبض الضمان أقوى من الثانى . والقاعدة أن القبض القوى السابق ينوب محل قبض ضعيف او قوى لاحق . أما القبض الضعيف السابق فلا ينوب الا محل قبض ضعيف لاحق.

وقد نصت المادة ٣٤٥ من مرشد الحيران على أنه « اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشترى قبل البيع بغصب أو بعقد فاسد ، فاشتراها من المالك ينوب القبض الاول عن الثانى . واذا كان المبيع فى يد المشترى عارية أو وديعة أو رهنا ، فلا يصير قابضا بمجرد العقد الا أن يكون المبيع بحضرته أو يذهب اليه حتى يتمكن من قبضه » .

وقد أغفل القانون العراقى فى المادة ٥٣٩ الاخذ بهذه التفرقة بين نوعى الضمان فاعتبرهما على قدم المساواة حيث نص على انه اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشترى قبل البيع فاشتراها من المالك فلا حاجة الى قبض جديد سواء كانت يد المشترى قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة ، (أنظر وحيد الدين سوار فى التعبير عن الارادة ، فى الفقه الاسلامى ، رسالة من جامعة القاهرة سنة ١٩٦٠ ص ١٦ و ١٧) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

للعينة المتفق عليها بينه وبين البائع عقب وصول البضاعة الى ميناء الوصول (١) .

١٨٦ — (٣) محل الالتزام بالتسليم — يلتزم البائع بتسليم المبيع وملحقاته ، فيجب ان نعين الحال التى يجب تسليم المبيع عليها وان نبين حكم ما يطرأ على مقداره من نقص او زيادة وان نحدد ما يعتبر من ملحقاته واجبة التسليم معه .

١٨٧ — (١) المبيع ذاته : الحال التى يجب تسليمه عليها — يلتزم البائع بتسليم المبيع بالحالة والاوصاف التى تم الاتفاق عليها .

فاذا لم ينص الاتفاق على الحالة التى يجب تسليم المبيع عليها وجب اتباع القواعد الآتية :

اذا كان المبيع قيميا ، وجب تسليمه بالحالة التى كان عليها وقت البيع (المادة ٤٣١ مدنى) ، ذلك أن من شروط انعقاد البيع تعيين المبيع فى العقد ، فاذا كان المبيع قيميا فان تعيينه يكون بصفاته وحالته التى هو عليها وقت العقد ما لم يتفق العاقدان على ادخال تعديلات عليه قبل تسليمه (٢) . وما دام البائع قد التزم وقت العقد بتسليم المبيع الذى عين بهذه الصفات وتلك الحالة ، فان التزامه بتسليمه يفرض عليه واجب المحافظة عليه بالحالة التى كان عليها وقت نشوء هذا الالتزام الى أن يتم التسليم (المادة ٢٠٦ مدنى) . ويتعين مدى هذا الواجب بمعيار الرجل العادى وفقا للمادة ٢١١ مدنى ، ويخلص البائع من هذا الالتزام متى اثبت انه بذل فى المحافظة على المبيع عناية الرجل العادى . فاذا كان المبيع قد هلك رغم ذلك ، تحمل البائع تبعة هلاكه اذا وقع فى الفترة ما بين العقد والتسليم ، ما لم يثبت أن الهلاك او التلف راجع الى خطأ المشترى (انظر المادتين ٤٣٧ و ٤٣٨ مدنى) .

واذا كان المبيع مثليا ، فاما ان يكون البيع قد تم على اساس عينة واما ان يكون تم بغير ذلك .

وقد نصت المادة ٤٢٠ مدنى على انه « اذا كان البيع بالعينه وجب ان يكون المبيع مطابقا لها . واذا تلفت العينة او هلكت فى يد احد

---

(١) نقض مدنى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة احكام النقض ٩ — ٦٩٩ — ٩٠ .
(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢٩٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المتعاقدين ولو دون خطا ، كان على هذا المتعاقد بائعا أو مشتريا ان يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق » .

فاذا كانت العينة موجودة وقت تسليم المبيع ، وجب ان يكون محل التسليم مطابقا لها ، والا جاز للمشترى أن يرفض تسلم المبيع ، وحق له ان يفسخ البيع لعدم قيام البائع بالتزامه (١) . ويدخل تقدير مطابقة المبيع للعينة فى سلطة قاضى الموضوع المطلقة (٢)

على انه اذا ابرز العينة من أودعت عنده وأنكرها الطرف الآخر ، تعين قبل البحث فى مطابقة محل التسليم لها ، اثبات ذاتيتها ، ويكون ذلك خاضعا للقواعد العامة فى الاثبات . ويجوز أن يتخذ القاضى من اتفاق العاقدين على ايداع العينة عند أحدهما قرينة قضائية على صدق من يبرز العينة اذا ثبت أنه هو الذى أودعت عنده اى انه هو الذى أؤتمن على حفظها (٣) .

---

(١) نقض مدنى ١٥ أكتوبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ - ٥٦٧ - ٨٦ وقد جاء فيه أن المادة ٤٢٠ من التقنين المدنى تنص على أنه « اذا كان البيع بالعينة وجب ان يكون المبيع مطابقا لها» .ومؤدى ذلك انيقع على عاتق البائع الالتزام بتسليم شيء مطابق للعينة المتفق عليها ، فاذا لم يف بهذا الالتزام لم يكن له أن يطالب المشترى بأداء المقابل وهو الثمن ، وأن المادة ٣٤ من القرار الوزارى رقم ٨١ لسنة ١٩٤٢ الخاص بتنظيم التعامل بالجملة فى سوق البصل بالاسكندرية تنص على أن « تحصل المزايدة فى كل رسالة بالمكان الذى توجد فيه على أساس العينات التى تستخرج طبقا لاحكام هذا القرار » ، ولا يتأدى من ذلك النص أن المبيع وقد أصبح معلوما للمشترى بمعاينته اياه فانه يمتنع عليه بعد ذلك ادعاء ان البيع كان بيعا « بالعينة » ذلك أنه وان كان المشترى يعتبر عالما بالمبيع علما كافيا باطلاعه على العينة الا انه يتحتم مطابقة محتويات الرسالة أو الرسائل للعينات المستخرجة منها . فاذا تبين عدم مطابقتها لها كان المشترى فى حل من الوفاء بالتزامه بالثمن (راجع ايضا ما تقدم فى نبذة ٧٨) .

(٢) نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ - ٦٥٩ - ٩٩ وقد جاء فيه انه اذا كانت محكمةالموضوع قد قامتبفحص العينة وأجرتمقارنة بينها وبينالبضاعة المبيعة ناسفر بحثها عن مطابقة البضاعة للعينة فى خصائصها التى رات ان المتعاقدين اعتداها ، فليس فى استظهارها فى هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة ما ينفى المطابقة طالما انها قد انتهت بما لها من سلطة التقدير فى هذا الصدد الى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروقا لا يؤبه لها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة .

(٣) قارن المادة ٢٢٢ سوبسرى وانظر مجموعة الاعمال التحضيرية للتقنين المدنى الحالى ٤ ص ٢٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

اما اذا تلفت العينة أو هلكت . فاما ان يقع ذلك فى يد المشترى وهو الغالب ، واما أن يقع فى يد البائع .

فان كانت الاولى وادعى المشترى أن المبيع غير مطابق للعينة ، وجب عليه اثبات ذلك ، سواء اكان تلف العينة او هلاكها فى يده راجعا الى خطئه ، أم كان راجعا الى سبب اجنبى عنه ، لان ايداع العينة عنده يلقى عليه عبء ابرازها لمطابقة المبيع عليها عند التسليم . فان عجز عن ذلك ولو كان عجزه راجعا الى سبب اجنبى ، فليس له أن يلقى على البائع عبء اثبات مطابقة محل التسليم للعينة ، ويكون له ان يثبت عدم المطابقة بجميع الطرق بما فى ذلك البينة .

وان كانت الثانية وادعى المشترى ان المبيع غير مطابق للعينة ، وجب على البائع أن يثبت المطابقة ولو كان هلاك العينة أو تلفها دون خطأ منه . اذ أن ايداع العينة عنده يلقى عليه هو عبء اثبات مطابقة المبيع لها .

اما اذا كان بيع المثليات دون عينة ، فالواجب على البائع ان يسلم القدر المتفق عليه من صنف متوسط وفقا للمادة ١٣٣ مدنى ، لا من صنف جيد حتى لا يغبن البائع ، ولا من صنف ردىء حتى لا يغبن المشترى (١) .

واذا تم التسليم دون تحفظ من جانب المشترى ، اعتبر أن المبيع حصل تسليمه بالحالة الواجبة (٢) .

واذا اعترض المشترى وقت التسليم بأن المبيع ليس بالحالة الواجبة ، كان على البائع عبء اثبات أن المبيع لم تتغير حاله عما كان عليه وقت البيع أن كان قيميا ، أو أنه من الصنف المتفق عليه أو من صنف متوسط أو مطابق للعينة أن كان من المثليات لانه باعتباره مدينا بالالتزام بالتسليم يقع عليه عبء اثبات براءته من هذا الالتزام .

فاذا عجز البائع عن اثبات ذلك ، وثبت أن المبيع ليس عند التسليم بالحالة الواجبة وتضرر المشترى من ذلك ، كان البائع مسئولا عن اختلاف حالة المبيع مالم يثبت أن هذا الاختلاف راجع الى سبب اجنبى عنه

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذا ٢٩٤ ص ٥٦١ .

(٢) السنهورى فى الوضع السابق هامش ٢ ، وايضا نبذة ٢٩٥ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

كالقوة القاهرة أو خطأ المشترى نفسه . فإن كان ذلك السبب الاجنبى خطأ شخص آخر كالمشترى أو غيره ، برئت ذمة البائع وتحمل ذلك الشخص نتيجة التغيير الضار بحالة المبيع والا اعتبر هذا التغيير الضار من قبيل الهلاك الجزئى الذى يقع قضاء وقدرا ، وكانت تبعته على البائع طالما انه قد حدث قبل التسليم وذلك طبقا للقاعدة المقررة فى القانون المصرى من ان الهلاك على المدين قبل التسليم (١) .

وان كان التغيير نافعا ، فزيادة القيمة من حق المشترى طالما انها ليست راجعة الى فعل البائع نفسه . أما ان كانت راجعة الى فعله فيطبق عليها حكم البناء فى ملك الغير بسوء نية ، لان البائع بعد ان باع يكون عالما انه يبنى فى مال تعهد بنقل ملكيته الى المشترى (٢) .

١٨٨ — القدر واجب التسليم — اذا عين فى العقد مقدار المبيع ، وجب على البائع ان يسلم المبيع بمقداره او بوزنه أو مقاسه المبين له فى العقد (المادة ٣٦٣/٢٩٠ مدنى قديم) .

---

(١) قارن السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٥٦٣ حيث يقول « واذا كان التغيير الضار بالمشترى قد وقع بقوة قاهرة أو بحادث فجائى ، لم يزل البائع هو المسئول عنه على النحو الذى قدمناه ، لان التزامه بتسليم المبيع فى الحالة التى كان عليها وقت البيع هو التزام بتحقيق غاية كما سبق القول ، ويعتبر مخلا بهذا الالتزام اذا لم يسلمه بهذه الحالة ولو حال دون ذلك سبب أجنبى » . ويلاحظ على قوله ان البائع يظل مسئولا عن التغيير الضار الذى يحدث بقوة قاهرة استنادا الى ان التزامه التزام بتحقيق غاية انه لا يتفق مع المبادىء المسلمة من ان المدين لا يسأل عن عدم الوفاء الراجع الى سبب أجنبى عنه (المادة ٢١٥ مدنى) ، وذلك سواء كان التزامه بتحقيق غاية أو ببذل عناية ، لانه اذا كان عدم تحقق الغاية يمثل خطأ عقديا ثابتا ، فان ثبوت حدوث ذلك بقوة قاهرة يجعل هذه القوة القاهرة هى السبب فى عدم الوفاء الضار بالمدين وبالتالى ينفى علاقة السببية اللازم توافرها لمساءلة المدين عن عدم الوفاء (رسالتنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٩٣ و ٩٦ وقد أشار اليها فى هذا الخصوص الاستاذ السنهورى نفسه فى الوسيط جـ ١ ط ٢ هامش ٢ من ص ٧٣٩ واعتمد الرأى الذى نقول به وأيدنا فيه فى خلافنا بهذا الشأن مع الاستاذين هنرى وليون مازو) .

وقد جرى قضاء محكمة النقض بما يؤيد رأينا حيث قررت أن أمين نقل الركاب يلتزم بضمان سلامة الراكب بمعنى أن يكون ملتزما بضمان توصيله الى الجهة المتفق عليها سليما وهو التزام بتحقيق غاية . ولا ترتفع مسئولية الناقل عن اصابة الراكب فى اثناء النقل الا اذا اثبت أن الضرر الحاصل للراكب قد نشأ عن قوة قاهرة او عن خطأ من المضرور أو عن خطأ من الغير (نقض مدنى ٢٦ ابريل ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ — ٥٢٢ — ٧٩ ، وأيضا ٢٧ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ١٩٩ — ٢٦) .

(٢) راجع هذه الاحكام فى كتابنا فى عقد الايجار طبعة سنة ١٩٦٨ لبند ٢٢٥ و ٢٢٥ مكررات ص ٤٧٧ وما بعدها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فاذا ظهر فى المبيع عند تسليمه عجز أو زيادة ، وجب الرجوع فى حكمه انى قصد العاقدين بشأنه وقت العقد أن امكن تبينه ، والا فالى الاحكام المقررة التى وضعها المشرع فى هذا الشأن . وقد كان التقنين الملغى يتضمن احكاما مفصلة فى هذا الموضوع ، أما التقنين الحالى فقد اجتزأ منها ببعضها .

١٨٩ ـ فى التقنين الملغى ـ كان التقنين الملغى يخص هذا الموضوع بخمس مواد (٢٩٠ ـ ٢٩٥ / ٣٦٣ ـ ٣٦٩) ويفرق فى بيع الاشياء التى يقوم بعضها مقام بعض بين ما لا يضره التبعيض (المادة ٢٩١ / ٣٦٤ و ٣٦٥) وما يضره (المادة ٢٩٢/٣٦٦) (١) .

(أ) فاذا كان المبيع مما لا يضره التبعيض كما فى بيع الارض الزراعية أو قطعة قماش معينة ، فان تحديد ثمنه أما أن يكون بسعر الوحدة ، واما ان يكون جملة .

ففى الحالة الاولى اذا وجدت بالمبيع عند تسليمه زيادة عن القدر المعين فى العقد ، فهى للبائع وليس له ان يجبر المشترى على اخذها بما يقابلها من زيادة فى الثمن ، وليس للمشترى أن يجبر البائع على تركها له بثمنها . واذا ظهر بالمبيع عجز ، كان للمشترى الخيار بين فسخ البيع او ابقائه مع نقص الثمن بمقدار العجز (المادة ٢٩١ / ٣٦٤ و ٣٦٥) .

أما الحالة الثانية فلم يرد فى شأنها نص ، وكان الراجح انه لا يترتب فيها اثر على وجود عجز أو زيادة فى المبيع عن القدر الذى عين فى العقد لان تعيين الثمن جملة يرجح ان ذكر القدر فى العقد لم يكن الا على وجه التقريب وانه من قبيل الوصف الذى لا يقابله شىء من الثمن .

(ب) أما اذا كان المبيع مما يضره التبعيض كقطعة أرض لاقامة بناء، فان كان ثمنه محددا بسعر الوحدة ووجد فيه عجز أو زيادة ، كان للمشترى الخيار بين فسخ العقد او اخذ المبيع دون تبعيضه بما يقابله من الثمن على أساس سعر الوحدة (المادة ٢٩٢/٣٦٦ فقرة أولى) .

---

(١) ويؤخذ من مجموع هذه النصوص أن المقصود بها الاشياء المثلية اذا عينت بظروف من الزمان والمكان تجعلها معينة بالذات حيث يقول النص الفرنسى للمادة ٢٩١ :
"Dans la vente en bloc des choses qui peuvent se remplacer..."

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وان كان الثمن قد حدد جملة ، وظهر بالمبيع عجز أو زيادة ، كان للمشترى الخيار بين فسخ العقد أو ابقائه بالثمن المسمى ، دون نقص أو زيادة بنسبة العجز أو الزيادة فى المبيع (المادة ٢٩٢ / ٣٦٦ فقرة ثانية) .

وفى جميع الاحوال التى يثبت فيها للمشترى خيار الفسخ ، لا يجوز له ان يختاره الا اذا كانت قيمة العجز أو الزيادة تجاوز ١/٢٠ من الثمن المسمى (المادة ٢٩٣/٣٦٧) .

وقد نصت المادة ٢٩٦ / ٣٧٠ على أن يسقط حق المشترى فى الفسخ ، وكذلك حقه فى طلب نقص الثمن وحق البائع فى طلب زيادة الثمن بانقضاء سنة من تاريخ العقد . غير أن المحاكم قضت بأنه اذا لم يكن محددا للتسليم اجل تال للعقد أو تأخر التسليم بالفعل عن تاريخ العقد ، فتبدأ مدة السنة من تاريخ التسليم (١) . وقد حكم بأنه اذا اتفق الطرفان على أن يحتجز المشترى جزءا من الثمن الى حين التحقق من أن ما سلم اليه لا ينقص عن القدر المتفق عليه فان ميعاد السنة الذى يسقط به حقه فى طلب نقص الثمن بسبب العجز لا يسرى الا من تاريخ حصول الاجراء الذى يتم به التحقق من ذلك (٢) ، وبأنه اذا عين ميعاد فى العقد لقياس المبيع قبل التسليم ، فان مدة السنة تبدأ من التاريخ الذى اجرى فيه القياس بغض النظر عن التاريخ الذى حصل فيه التسليم (٣) .

وقد ترددت المحاكم فى تكييف مدة السنة التى تسقط بها هذه الدعاوى ، فقضت بعضها بأنها تعتبر مدة سقوط لا مدة تقادم(٤) ، ولكن الكثرة اعتبرتها مدة تقادم .

١٩٠ - فى التقنين المدنى الحالى - استعاض التقنين الحالى عن

---

(١) المحلة الكبرى الجزئية ٢٨ يناير ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ - ١٢٤٢ - ٢٥٠ ، وايضا استئناف مصر ٢٥ ديسمبر ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ - ٣٠٧ - ١١٧ ، ٢٥ نوفمبر ١٩٣١ المحاماة ١٢ - ٦١٩ - ٣١٤ .

(٢) استئناف مصر ٢٥ ديسمبر ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ - ٣٠٧ - ١١٧ .

(٣) استئناف مختلط ٦ مايو ١٩١٥ (٢٧ ص ٣١٦) .

(٤) استئناف مصر ١٦ ابريل ١٩٣٠ المحاماة ١٠ - ٨٦٥ - ٤٣٦ ، ولكنها قضت بانه اذا صادف اليوم الاخير من السنة عطلة رسمية ، امتد الاجل الى اليوم التالى (استئناف مصر ٢٥ نوفمبر ١٩٣١ المحاماة ١٢ - ٦١٩ - ٣١٤) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

خمس المواد التى خصصها التقنين الملغى لهذا الموضوع بمادة واحدة هى المادة ٤٣٣ مدنى ونص فيها على ما يأتى :

١ - اذا عين فى العقد مقدار المبيع (١) ، كان البائع مسئولا عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ما لم يتفق على غير ذلك ، على أنه لا يجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع الا اذا اثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد .

٢ - أما اذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد وكان الثمن مقدرا بحساب الوحدة ، وجب على المشترى اذا كان المبيع غير قابل للتبعيض أن يكمل الثمن ، الا اذا كانت الزيادة جسيمة ، فيجوز له ان يطلب فسخ العقد ، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه » .

ويخلص من هذا النص انه يفرق بين حالتى العجز والزيادة فى المبيع، وانه فى حالة العجز يكتفى باجراء حكم القواعد العامة مع مراعاة ما يقضى به العرف ، وقد يقضى بالمجاوزة عن قدر مسموح به زيادة أو نقصا ، ما لم يتفق الطرفان على ما يخالفه . وحكم القواعد العامة أنه اذا وجد فى المبيع عجز عن القدر المتفق عليه ، كان للمشترى أن يفسخ

---

(١) كان أصل هذه العبارة فى المادة ٤٤٦ من المشروع النهائى للتقنين المدنى أنه « اذا ضمن البائع للمشترى أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولا .. الخ » ، فاستبدلت بها عبارة التقنين الحالى حتى يكون مفهوما أنه ليس ضروريا وجود شرط ضمان فى العقد وانه يكفى مجرد تحديد مقدار المبيع . وهذا يدل بذاته على ان المقصود بالاحكام الواردة فى المادة ٤٣٣ من القانون حالة المبيع المعين بالذات أو المثلى المبيع جزافا لان هذه الحالة هى التى تحتمل ذكر مقدار المبيع وعدم ذكره . أما فى بيع المثليات دون أن يكون المبيع جزافا فلابد من تعيين المبيع بمقداره ، ويلزم البائع بتسليم المقدار المتفق عليه دون نقصان أو زيادة ولا يحتاج الامر فيه الى أحكام خاصة بشأن تسليم المبيع من حيث مقداره . ولذلك يمكن القول بأن احكام المادة ٤٣٣ لا تنطبق فى حالة بيع المثليات المقدرة بالوزن أو العدد أو المقاس الخ . ومما يؤيد ذلك أن النص يتحدث عن المبيع غير القابل للتبعيض وهذا لا يصدق الا على المبيع جزافا أو على المعين بالذات كبيع عقار أو قطعة قماش معينة أو محصول أرض محددة الخ ، وبشرط ذكر مقدار المبيع .

وقد قضت محكمة النقض بأن تطبيق نص المادة ٤٣٤ مدنى فى حالة الادعاء بوجود عجز فى المبيع محله أن يكون البيع قد انعقد على عين معينة مفرزة ذات مقاس أو قدر معين ولم يقم البائع بالتسليم على النحو الذى التزم به بأن سلم المبيع أقل قدرا مما هو متفق عليه (نقض مدنى أول فبراير ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ - ٢٠٥ - ٢٧) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

اذا كان العجز جسيما بحيث يصبح تنفيذ العقد لا يحقق قصده من الشراء (ولا يشترط ان يكون العجز واحدا على عشرين كما كان الامر فى التقنين الملغى) ، او ان يطلب تعويضا عما أصابه من ضرر بسبب هذا العجز بعد اثبات هذا الضرر (١) . وليس من الضرورى ان يكون هذا التعويض بقدر قيمة العجز بل قد يزيد او ينقص عن هذه القيمة تبعا لقيمة الاضرار التى لحقته بسبب ذلك العجز (٢) ، فان لم يكن قد دفع الثمن جاز له ان يخصم منه قيمة التعويض الذى يحكم له به ، وان كان قد دفعه جاز له المطالبة بقيمة التعويض .

واذا وجد فى العقد اتفاق على ان يقدر التعويض فى حالة العجز بمقدار فرق السعر عن الكمية التى لا يوردها البائع ، فان هذا الشرط يجعل الضرر واقعا فى تقدير المتعاقدين بمجرد وجود عجز فيما تم تسليمه، فلا يكلف المشترى باثباته ويقع على عاتق البائع فى هذه الحالة عبء اثبات انتفاء الضرر تطبيقا لاحكام الشرط الجزائى (٣) .

ويلاحظ ان التقنين الحالى لم يفرق فى هذه الحالة بين ما اذا كان المبيع يضره التبعيض أو لا يضره ، ولا بين ما اذا كان الثمن محددا بسعر الوحدة أو مقدرا جملة واحدة ، فتسرى الاحكام المتقدمة سواء أكان المبيع اطيانا او أراضى او اقمشة ام كان غلالا او ثمارا ، وسواء أكان ثمنه قد عين جملة ام كان قد عين بسعر الوحدة (٤) .

أما فى حالة زيادة المبيع ، فقد أخذ التقنين الحالى بهاتين التفرقتين كما كان يأخذ بهما التقنين الملغى .

---

(١) وقد فرقت محكمة استئناف القاهرة بين دعوى العجز فى المساحة المنصوص عليها فى المادة ٤٣٤ مدنى وبين الادعاء بالنقص فى المساحة بسبب ورود تصرفات أخرى من البائعين على قدر من المبيع ، وقالت انه اذا كان المبيع قد انصبت عليه تصرفات معينة من البائعين او غيرهم وأضحى الباقى ناقصا عن القدر الوارد بالعقد ، فانذلك لا يعد عجزا فى المساحة، الامر الذى لا يكون معه للجدل بين الخصوم حول دعوى العجز فى المساحة من اثر فى النزاع المطروح (استئناف القاهرة الدائرة الحادية عشرة المدنية بتاريخ ١٧ ديسمبر ١٩٧٣ فى الاستئناف رقم ٢٨٩٥ سنة ٨٩ ق المرفوع من السيد/ميلاد غبريال غطاس وآخرين ضد السيد/حامد محمد على شلش وآخر) .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٥٧٢ .

(٣) نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ - ١٤١ - ٩٧ .

(٤) انظر نقض مدنى ٣ نوفمبر ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ - ١١٠٥ - ٧٨ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فاذا كان الثمن معينا بسعر الوحدة ، فان كان المبيع يضره التبعيض وجب على المشترى أخذ المبيع كله ودفع ما يقابل الزيادة الا اذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له الفسخ (ولا يشترط ان تكون الزيادة اكثر من واحد على عشرين كما كان الامر فى التقنين الملغى) ، وليس للبائع ان يعترض على ذلك . وان كان المبيع لا يضره التبعيض ، فان الزيادة تكون ملكا للبائع ولا يجبر المشترى على أخذها فى مقابل زيادة الثمن بقدر قيمتها ، كما ان البائع لا يجبر على تركها فى مقابل قيمتها بحسب سعر البيع .

ولم يعرض النص لحكم زيادة المبيع فى الحالة التى يكون فيها الثمن معينا جملة واحدة ، فيرجع فى شأنه الى قصد العاقدين والقواعد العامة . ويؤخذ من ذكر العاقدين مقدار المبيع مع تعيين الثمن جملة واحدة ، ان ذكرهما المقدار انما هو على وجه التقريب ، فلا يكون للزيادة فيه اثر على البيع وثمنه ، أى ان البيع يبقى ولا يطالب المشترى بزيادة فى الثمن (١) .

يبين من ذلك أن العبرة فى استحقاق البائع زيادة فى الثمن مقابل الزيادة فى المبيع او عدمه هى بكون الثمن مقدرا بسعر الوحدة او مقدرا جملة . ويلاحظ ان هذه الاحكام جميعا احكام مقررة لارادة الطرفين لا تسرى الا عند عدم الاتفاق على ما يخالفها . ولذلك فهى تعتبر بمثابة الاحكام المتفق عليها فى العقد فلا تسرى احكام التقنين الحالى الا على العقود التى ابرمت منذ تاريخ العمل به أى ابتداء من ١٥ اكتوبر ١٩٤٩ ، أما العقود السابقة على ذلك فتسرى عليها احكام التقنين الملغى (٢) (المادة ٢/٧ مدنى) .

وقد رأى واضعو التقنين الحالى ان سريان مدة سقوط الدعاوى الناشئة عن العجز او الزيادة فى المبيع ابتداء من تاريخ العقد ، لا يتفق مع العدالة لان هذه المدة قصيرة وقد تنقضى قبل ان ينكشف العجز او

---

(١) وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الشأن « انه اذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدرا جملة واحدة ، فالغالب أن المتعاقدين قصدا أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على القدر المعين . وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من ان الوصف لا يقابله شىء من الثمن . ولذلك يبقى البيع ولا يطالب المشترى بزيادة فى الثمن الا اذا كان هناك اتفاق على غير ذلك (مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٦١) .

(٢) فى هذا المعنى السنهورى جـ ٤ ص ٥٧٧ هامش ٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الزيادة فى المبيع ، فتسقط تلك الدعاوى قبل ان يعلم ذوو الشأن بثبوت حقهم فيها ، لذلك نصوا فى المادة ٤٣٤ على ان هذه الدعاوى تسقط اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا ، كما قضت بذلك المحاكم فى ظل التقنين الملغى ، لا من وقت العقد كما كانت تنص عليه المادة ٣٧١/٢٩٦ من ذلك التقنين . ويسرى ذلك على جميع الدعاوى الناشئة عن العجز والزيادة فى مقدار المبيع ، سواء فى ذلك دعاوى المشترى بطلب نقص الثمن او بطلب الفسخ ودعاوى البائع بطلب تكملة الثمن .

وظاهر ان المشرع قد عنى بالنص على ان يبدأ سريان مدة السنة من وقت التسليم الفعلى ، فلا عبرة فى ذلك بالتسليم القانونى ، لان التسليم الفعلى هو وحده الذى يهيىء للمشترى وللبائع كشف حقيقة العجز او الزيادة فى المبيع (١) .

ويجب لقطع مدة السنة ان ترفع الدعوى بالمطالبة بالعجز او بقيمة الزيادة فى خلالها ولا يكفى مجرد الانذار (٢) .

ولا تسرى احكام الوقف على هذا التقادم (المادة ٢/٣٨٢ مدنى) .

ولا يجوز الاتفاق على اطالة مدته او على نقصها ولا على النزول عن التقادم قبل كشف العجز او الزيادة التى تنشأ الدعوى بسببها (المادة ٣٨٨ / ١ مدنى) .

ويجوز الدفع بهذا التقادم فى اية حالة كانت عليها الدعوى امام محكمة الموضوع ولو لأول مرة امام محكمة الاستئناف (٣) .

ويجوز النزول عن اى من هذه الدعاوى الثلاث صراحة او ضمنا ، ويعتبر نزولا ضمنيا عن دعوى نقص الثمن ودعوى الفسخ وضع يد المشترى على المبيع دون تحفظ بعد علمه بالعجز (٤) . واذا نزل البائع عن دعوى تكملة الثمن بنسبة زيادة المبيع سقطت تبعا لذلك دعوى

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٥٧٦ .

(٢) المحلة الكبرى الجزئية ٢٨ يناير ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ١٢٤٣ — ٥٢٠ .

(٣) استئناف مصر ٢٠ نوفمبر ١٩١٧ المجموعة ١٩ — ٣٩ — ٢٦ .

(٤) امام نبدة ١٩٠ ص ٣٢٤ ، انور سلطان نبدة ٢١٥ ، السنهورى جـ ٤ ص ٥٧٦ فى الهامش .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفسخ التى يخولها القانون المشترى فى حالة الزيادة فى المبيع لأن الغرض منها تجنب المشترى التزامه بزيادة الثمن ، فتنعدم علتها بنزول البائع عن حقه فى الزيادة (١) .

١٩ — (ب) **ملحقات المبيع** — لا يقتصر الالتزام بالتسليم على المبيع ذاته ، بل يشمل ايضا ملحقاته ، وقد نصت المادة ٤٣٢ مدنى على أن « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الاشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » .

والاصل ان ملحقات المبيع تعين حسب قصد المتعاقدين ، فاذا لم يوجد اتفاق بينهما على ذلك ، عينت الملحقات حسب طبيعة الشيء أو وفقا لعرف الجهة . ويعتبر من الملحقات كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء ، والحقوق المرتبة لخدمته كحقوق الارتفاق الايجابية ، والحقوق والدعاوى المتعلقة به كحق ضمان العيوب الخفية ودعوى ضمان الاستحقاق ودعوى نقص الثمن بسبب العجز . غير أن البيع لا يشمل الملحقات التى نص فيه على استبعادها منه (٢) .

وكان التقنين الملغى ينص على بعض أحوال بين فيها ما يعتبر من الملحقات بحسب طبيعة الشيء عند عدم الاتفاق وعدم العرف (المواد ٢٨٥ — ٢٨٩ / ٣٥٨ — ٣٦٢) ، وقد نهج مشروع تنقيح القانون المدنى هذا النهج اول الأمر (فى المادة ٥٧٢ فقرة ثانية منه) ، ولكن عدل عن ذلك فى المشروع النهائى ، غير أن هذه الاحوال وتلك يجوز الاستئناس بها باعتبارها أمثلة لما يعتبر من ملحقات المبيع .

فمثلا بيع المنزل يشمل الاشياء المثبتة فيه الملحقة به كالافران المثبتة فى المطابخ والمغاسل المثبتة فى الحمامات ، ولا يشمل منقولا يمكن فصله دون تلف كالمرايا غير المثبتة والثريات المعلقة .

وبيع الارض الزراعية لا يشمل ما نضج من المحصول ولكن يشمل ما لم ينضج منه .

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٥٧٦ هامش ١ .

(٢) فى هذا المعنى نقض مدنى ١٥ يناير ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١-١١٢-٢٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وبيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مغروسة ولا يشمل الثمار الناضجة ولا الشجيرات المزروعة فى أوعية أو التى أعدت للنقل .

وبيع البقرة الحلوب يشمل ولدها الرضيع ، وبيع الحيوان بوجه عام يشمل الصغار التى يرضعها كما يشمل الصـــوف والشعر المهيأ للجز .

وقد نصت المادة ٤٥٨ فقرة ثانية مدنى على أن للمشترى ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . وقضت محكمة النقض بأن ثمار المبيع أثر من آثار عقـــد البيع ، وهى للمشترى من وقت تمام البيع (١) ، فيحق له مطالبة البائع بتســـليمها اليه (٢) .

---

(١) نقض مدنى ٢٠ ديسمبر ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ - ١١٥٩ - ١٨٤ وكانت تقضى بذلك حتى فى ظل التقنين القديم (١٠ ديسمبر ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية ١ - ٢٦ - ١٦ وقد جاء فيه أنه من المقرر قانونا أن المشترى وقد انتقلت اليه ملكية المبيع بموجب عقد البيع - له الحق فى استغلال العين المبيعة والانتفاع بثمرتها من تاريخ البيع الا اذا اشترط فى العقد غير ذلك . ووجود عقد اجارة ثابت التاريخ قبل البيع ليس من شأنه أن يمحو هذا الحق ، ولو كان المشترى يعلم بالاجارة وقت الشراء ، وانما ينظر فى أمر الثمرة. فاذا كان المستأجر قد احتفظ بها فعليه أن يؤديها للمشترى . وأما اذا كان قد أداها الى البائع فانه يكون قد أداها لغير ذى حق، ويجب فى هذه الحالة على البائع أن يرد ما استولى عليه منها الى المشترى) .

وانظر تطبيقات أخرى لذلك فى نقض مدنى ٣ ينـــاير ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض ٢٤ - ٩ - ٣ ، و١٧ فبراير ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ - ١٨٣ - ٢٩ وقد جاء فيـه انه اذا كان السند القانونى للطاعن فى الانتفاع بثمرات القدر الذى اشتراه يقوم على عقد شرائه المحكوم نهائيا بصحته ونفاذه فى مواجهة المطعون عليها الاولى ، وطبقا للمادة ٢/٤٥٨ مدنى التى تجعل للمشترى الحق فى ثمار المبيع من وقت تمام البيع ، فان الحكم الطعـون فيه اذ ألزمه بريع القدر مشتراه بوصفه غاصبا ، فانه يكون قد أهدر حجية الحكم السابق الصادر بصحة ونفاذ عقده فى مواجهة المطعون عليها الاولى ، وهو بهذا الوصف يكون قد صدر على خلاف حكم سابق بين الخصوم أنفسهم وحائز لقوة الشىء المحكوم فيه ، مما يجيز فيه الطعن بالنقض عملا بالمادة ٣ من القانون ١٩٥٩/٥٧ .

(٢) ويفرق الاستاذ السنهورى بين ملحقات المبيع وبين نمائه وثماره ومنتجـــاته ، ويرى أن ملحقات المبيع هى ما ليس جزءا فيه ولا ناتجا منه ، وانما هى أشياء اضيفت اليه واعدت بصفة دائمة لخدمته ، فيعتبر أن حديقة الدار وسوره جزء منها لا ملحقه بها. وان بناء الشىء يدخل فى أصله لا فى ملحقاته ، وان منتجات الشىء غير الدورية لا تدخـل فى أصله ولا تعد من ملحقاته وكذلك ثمار الشىء الدورية (انظر التطبيقات التى أوردها

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١٩٢ - (٤) الوقت الذى يجب فيه التسليم - يجب تسليم المبيع فى الوقت الذى عينه المتعاقدان لذلك ، فاذا لم يعينا هذا الوقت وجب التسليم وفقا للمادة ٢٤٦ فقرة أولى مدنى فى الوقت الذى يتم فيه العقد.

ويلتزم بائع العقار بتسليم العقار المبيع ولو لم يسجل العقد (١) ، ما لم يتفق على غير ذلك .

على انه اذا كان العرف او طبيعة المبيع تستلزم مضى مدة من وقت العقد لاجراء التسليم ، فيعتبر التسليم واجبا من وقت انقضاء هذه المدة . وكذلك اذا أمهل البائع فى تسليم المبيع الى وقت معين تطبيقا للمادة ٣٤٦ / ٢ مدنى كما لو كان المبيع سلعة مستوردة وتأخر ورودها لظروف تشفع للبائع فى التأخير .

١٩٣ - حق البائع فى حبس المبيع - ومتى حل الوقت الذى يجب فيه تسليم المبيع ، جاز للمشترى أن يطالب البائع بالتسليم ، ولو كان لم يدفع الثمن طالما أن الثمن مؤجل ولم يسقط حق المشترى فى الأجل .

اما ان كان الثمن وقت مطالبة المشترى البائع بالتسليم حالا كله او بعضه جاز للبائع أن يرفض التسليم (٢) ، وأن يحبس المبيع الى ان يستوفى المبلغ المستحق له من أصل وفوائد (٣) ، ولو حصل المشترى على نظرة الميسرة (٤) (المادة ٣٤٦ / ٢) . وقد نصت المادة ٤٥٩ فقرة أولى

سيادته لذلك فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٢٠٣) . ويبدو أنه يقصد أن التزام البائع بالتسليم بمقتضى العقد يشمل أصل الشىء بكامل أجزائه وملحقاته ولا يشمل ثمار الشىء ومنتجاته. أما هذه فيلتزم بتسليمها لا بمقتضى عقد البيع بل نتيجة لكونها بنشوئها بعد البيع تدخل مباشرة فى ملك المشترى بناء على نص المادة ٢/٤٠٨ مدنى ، فيكون من حق المشترى باعتباره مالكا اياها أن يستردها من البائع فيلزم هذا بتسليمها اليه . ونحن مع تسليمنا بدقة هذه التفرقة لا نرى لها ثمرة ما دام مسلما أن البائع يلتزم بتسليم المبيع بكافة اجزائه وملحقاته وثماره ومنتجاته .

(١) نقض مدنى ١٣ يناير ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ١٥٠ - ٢٥ وقد جاء فيه ترتيبا على ذلك أن ثمرة المبيع تكون للمشترى من تاريخ ابرام البيع ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . وراجع فى هذا المعنى نبذة ١٦٧ .

(٢) أنظر حكم الشريعة الاسلامية فى ذلك فى رسالة عبد الهادى العطافى فى حق الحبس باريس ١٩٥٨ ص ١٩٦ وما بعدها .

(٣) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٤٠٤ ص ٨٠٧ .

(٤) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٨٠٦ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدنى على أن البائع يجوز له ان يحبس المبيع فى هذه الحالة ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة ، وذلك لان الرهن أو الكفالة لا يغنيان البائع عن حصوله على الثمن الذى صار مستحقا له .

وكذلك يجوز للبائع ان يحبس المبيع ولو لم يحل الاجل المشترط لدفع الثمن اذا سقط حق المشترى فى الاجل طبقا لاحكام المادة ٢٧٣ مدنى اى لشهر افلاس المشترى أو شهر اعساره او لاضعافه التأمينات المقدمة للبائع او لعدم تقديمه التأمينات التى وعد فى عقد البيع بتقديمها (المادة ٤٥٩ فقرة ثانية مدنى . غير أنه فى هذه الاحوال يجوز للمشترى أن يطالب بالتسليم اذا هو قدم رهنا او كفالة تأمينا لدفع الثمن عند حلول اجله ، لان البائع لم يكن قد حان موعد استحقاقه الثمن وانما اعطى الحق فى الحبس ضمانا لحصوله على الثمن ، فاذا قدم له تامين كاف سقط المسوغ للحبس (١) .

والحق فى حبس المبيع حق غير قابل للتجزئة ، فليس للمشترى اذا دفع جزءا من الثمن الذى حل ان يطالب البائع بتسليمه جزءا يقابله من المبيع ولو كان المبيع جملة اشياء عين لكل منها ثمنه ، ما دامت قد بيعت كلها صفقة واحدة (٢) .

ويشمل الحق فى الحبس أصل المبيع ونماءه وثماره الناتجة منه بعد البيع . وعلى البائع ان يحافظ على المبيع أثناء حبسه اياه وفقا لاحكام رهن الحيازة، فيبذل فى المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد ويقدم حسابا عن غلته (المادتان ٢٤٧ و١١٠٣ مدنى) لان حبس المبيع لا ينفى استحقاق المشترى ثماره .

واذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشترى ما لم يكن قد حدث بفعل البائع فيكون عليه لا على المشترى (المادة ٤٦٠).

واذا استعمل البائع حقه فى حبس المبيع الى أن يستوفى الثمن ،

---

(١) وللبائع أيضا أن يحبس المبيع بمقتضى الحق المقرر للحائز بنص المادة ٢٤٦ مدنى، ومن ثم يكون من حقه أن يحبس العين المبيعة تحت يده حتى يستوفى ما هو مستحق له من تعويض عن البناء الذى اقامه فيها بعد البيع (نقض مدنى ١٨ ديسمبر ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض ٢٤ - ١٢٨٧ - ٢٢٣) .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ فقرة ٤٠٤ ص ٨٠٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فليس للمشترى أن يستولى على المبيع دون اذن البائع . فاذا فعل كان للبائع ان يسترد المبيع اذا هو قدم طلبه بذلك خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج المبيع من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه (المادة ٢٤٨ مدنى) .

ويجوز للبائع أن ينزل عن حقه فى حبس المبيع ، ويكون هذا النزول صراحة او ضمنا .

ويعتبر البائع نازلا ضمنا عن حق الحبس اذا كان — بالرغم من استحقاق الثمن وعدم دفعه اليه — قد سلم المبيع برضاه الى المشترى . ولا يجوز له فى هذه الحالة ان يسترد المبيع لحبسه الى ان يستوفى الثمن لان النزول عن الحق غير قابل للرجوع فيه (المادة ٢٤٨ فقرة اولى) .

ومتى سقط حق البائع فى حبس المبيع بخروج المبيع من حيازته ، فانه لا يعود ولو عاد المبيع الى البائع بعد ذلك لاى سبب من الاسباب(١) .

١٩٤ — (٥) مكان التسليم — يجب أن يتم التسليم فى المكان الذى يعينه العاقدان لذلك .

فاذا وجد المبيع فى الوقت الذى يجب فيه التسليم فى مكان آخر غير المكان المتفق على أن يتم التسليم فيه ، وجب على البائع أن ينقل المبيع الى المكان المتفق عليه .

اما اذا لم يتفق العاقدان على المكان الذى يتم فيه التسليم ، فيجب وفقا للقواعد العامة فى الوفاء التمييز بين ما اذا كان المبيع قيميا او مثليا .

---

(١) نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض ١٠ — ٨١٠ — ١٢٢ وقد جاء فيه انه اذا كان الثابت أمام المحكمة — من الاحكام التى كانت تحت نظرها والتى اشارت اليها فى اسباب حكمها المطعون فيه — أن البائعين احتجزوا السيارة المبيعة لغير ما سبب أو مبرر قانونى ومن غير أن يقع من المشترى تقصير أو اهمال فى تنفيذ التزاماته قبلهم ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالزام المشترى بدفع باقى الثمن على أساس الفصل بين واقعة تسليم السيارة للمشترى عقب حصول البيع وبين واقعة حجز البائعين لها عقب اعادتها اليهم لتشجيعها ، وكان هذا الذى قرره الحكم لا يصلح ردا على دفاع المشترى الذى تتمسك فيه بعدم دفع الثمن لاستمرار تعرض البائعين له رغم الحكم عليهم بتسليم السيارة ، فانه يكون مشوبا بالقصور مما يستوجب نقضه ، انظر ايضا المنشية الجزئية ٢٢ مايو ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ١١١٧ — ٤٥٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فان كان قيميا وجب وفقا للمادة ٣٤٧ فقرة أولى تسليمه فى المكان الذى وجد فيه وقت البيع او ذكر فى العقد انه موجود فيه ، فاذا لم يعين مكان وجوده وقت البيع أو كان مثليا وجب تسليمه فى موطن البائع او فى مركز اعماله اذا كان البيع يتعلق بهذه الاعمال (المادة ٣٤٧ فقرة ثانية) .

واذا اتفق على أن يتولى البائع تصدير المبيع الى المشترى ، افترض القانون بنص المادة ٤٣٦ أن المقصود بذلك ان يكون التسليم فى موطن المشترى ، ولا يتم التسليم الا اذا وصل المبيع الى المشترى فى محله ، ما لم يتبين ان الطرفين قصدا غير ذلك ، وتكون تبعة هلاك المبيع فى أثناء نقله الى محل المشترى على عاتق البائع ، سواء كان المبيع معينا بالذات او بالنوع ، ولو ان ملكيته تنتقل الى المشترى فى الاول من وقت العقد ، وفى الثانى من وقت فرزه اى فى الغالب من وقت شحنه .

١٩٥ - (٦) نفقات التسليم - يلاحظ ان التسليم يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى واعلامه به ، وانه متى تم ذلك وجب على المشترى تسلم المبيع .

وقد نصت المادة ٣٤٨ مدنى على أن تكون نفقات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك .

وبناء على هذا النص يلزم البائع بنفقات التسليم والمشترى بنفقات التسلم ، فيتحمل الاول نفقات نقل المبيع الى مكان التسليم ونفقات فرزه ووزنه او قياسه ، ويلزم الثانى بنفقات التحقق من المبيع ونفقات نقله من مكان التسليم الى المكان الذى يريد هو ان يحفظه فيه .

١٩٦ - (٧) هلاك المبيع هلاكا كليا او جزئيا - نصت المادة ٤٣٧ مدنى على انه « اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لابد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع » . ويستفاد من ذلك ومن القواعد العامة أن هلاك المبيع هلاكا كليا بسبب اجنبى عن البائع يترتب عليه انقضاء التزام البائع بالتسليم وانفساخ البيع ورد الثمن الى المشترى ، اى ان تبعة هلاك المبيع قبل تسليمه تقع على عاتق البائع .

والمقصود بالهلاك - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - زوال الشىء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية ، ومن ثم فان استيلاء الاصلاح

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الزراعى - بعد البيع - على قدر من الاطيان المبيعة لا يعد هلاكا لهذا القدر تجرى عليه أحكام الهلاك فى البيع (١) .

كذلك نصت المادة ٤٣٨ على انه « اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشترى اما أن يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، واما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن » . وسنعود الى هذا الموضوع فيما بعد عند الكلام عن فسخ البيع لاستحالة الوفاء .

١٩٧ - جزاء الاخلال بالالتزام بالتسليم - كان التقنين الملغى ينص فى المادة ٣٤٦/٢٧٨ منه على انه « فى حالة حصول التأخر عن التسليم بعد التكليف به من المشترى تكليفا رسميا يكون لذلك المشترى الحق فى فسخ البيع او فى طلب وضع يده على المبيع مع التضمينات فى الحالتين اذا حصل ضرر وان التأخر ناشئا عن فعل البائع » .

وقد انتقد هذا النص لانه خلط بين المطالبة بالتنفيذ العينى وطلب الفسخ من جهة وبين دعوى التنفيذ بمقابل من جهة أخرى ، ولان عبارته فيما يتعلق بطلب التضمينات تفيد انه يلقى على عاتق المشترى عبء اثبات حصول التأخر عن التسليم بفعل البائع ، مع أن القواعد العامة فى المسئولية العقدية تجعل على البائع ان يثبت ان تأخره فى التسليم راجع الى سبب أجنبى عنه .

وقد وجد واضعوا التقنين الحالى ان هذا النص لا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة المتعلقة بآثار الالتزامات وبفسخ العقود ، فلم يروا داعيا للابقاء عليه فى التقنين الحالى اكتفاء بتلك القواعد العامة .

وتقضى هذه القواعد بأن عدم وفاء المدين بالتزامه يخول الدائن أن يطلب اما التنفيذ العينى الجبرى ان كان ذلك ممكنا (٢) ، والا فالتنفيذ بمقابل ، واما الفسخ مع التعويض .

---

(١) نقض مدنى أول فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ - ٢٠٥ - ٢٧ .

(٢) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه يشترط طبقا للمادة ٢٠٣ مدنى لاجبار المدين البائع على تسليم العين المبيعة الى المشترى أن يكون هذا التسليم ممكنا . فاذا كانت هذه العين مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ، ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر تعلقا نافذا ، استحال الوفاء بهذا الالتزام عينا للمشترى الاول ، مما يجعل قضاء الحكم المطعون فيه بالتسليم خطأ فى تطبيق القانون متعينا نقضه (نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ - ١٢٥٥ - ٢٠٤) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقد نصت المادة ١٩٩ فقرة اولى على أن « ينفذ الالتزام جبرا على المدين » ، ونصت المادة ٢١٥ على انه « اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه » . ونصت المادة ١٥٧ على انه « فى العقود الملزمة للجانبين، اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتض . — ويجوز للقاضى أن يمنح المدين اجلا اذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الاهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته » .

وبناء على ذلك يكون للمشترى عند تأخر البائع فى التسليم ان يختار بين هذه الاحكام .

ويلاحظ انه اذا اختار التنفيذ العينى الجبرى يكون له الحق فى تعويض عن الضرر الذى اصابه من مجرد التاخر فى التسليم ، وانه اذا اضطر الى طلب التنفيذ بمقابل لاستحالة التنفيذ العينى ، كان له الحق فى تعويض يشمل قيمة المبيع (١) وقيمة الاضرار التى لحقته بسبب التأخر فى التسليم، وانه اذا سلك سبيل الفسخ كان له أن يسترد الثمن او أن لا يبيعه وأن يطالب بتعويض عن الخسائر التى لحقته والربح الذى ضاع عليه بسبب الفسخ وتفويت الصفقة عليه .

وسواء اختار المشترى التنفيذ بمقابل او الفسخ ، فانه يتعين عليه قبل الالتجاء الى أيهما أن يعذر البائع لتسليم المبيع(٢) . ولا يعتبر استحقاق المبيع للغير قوة قاهرة تعفى البائع من التزامه بالتسليم ومن التعويض عن الاخلال بهذا الالتزام (٣) ، بل على العكس من ذلك يعتبر اخلالا بالالتزام بالضمان فوق اعتباره اخلالا بالالتزام بالتسليم .

---

(١) انظر تطبيقا لذلك فى نقض مدنى ٢٦ مايو ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض ٢١ـ٩٠٠ـ ١٤٩ وقد جاء فيه أنه لا يجدى ادعاء الطاعنة (الشركة البائعة) أن عقد البيع (ومحله ارض اكل النهر) قد انفسخ لاستحالة تنفيذه لصدور القانون رقم ١٩٥٨/١٩٢ فى شأن طرح النهر وانه ، لانه وان كان هذا القانون قد منع تسليم أرض من طرح النهر لاصحاب أرض اكلها النهر وحصر التعويض عنها على ما يعادل قيمة الارض ، الا أن ذلك ليس من شأنه أن يحرم المشترى من حقه فى الحصول على مقابل عن هذه الارض .

(٢) راجع كتابنا فى احكام الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ٣٨ وما بعدها .

(٣) استئناف مختلط ١٤ مايو ١٩١٨ (٣٠ ص ٢٢) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الثالث

التزام الضمان

١٩٨ ـ نوعا الضمان ـ ليس يكفى ان ينقل البائع الى المشترى ملكية المبيع وان يسلمه اياه ، بل يجب ان يضمن له بقاء الملكية والانتفاع بها . ويشمل ذلك ضمان حيازة المبيع حيازة هادئة نافعة ابتداء من حصول التسليم .

فاذا وقع للمشترى تعرض يعكر حيازته او يخشى معه على المبيع أن ينزع منه او ظهر فى المبيع عيب يمنع من الانتفاع به كله او بعضه ، جاز للمشترى أن يطالب البائع بضمان التعرض والاستحقاق فى الحالة الاولى وبضمان العيوب الخفية فى الحالة الثانية .

وقد نظم المشرع هذين النوعين من الضمان تنظيما مفصلا فى باب البيع ولو أن احكامهما ليست خاصة بالبيع، بل تتناول جميع العقود التى ينشأ منها التزام بنقل الملكية او بتمكين العاقد الآخر من الانتفاع ، كالمقايضة والشركة والقرض والهبة والاجارة والعارية ، مع تفاوت بينها فى مدى الضمان وشروطه (١) ، وذلك لان البيع هو اكثر هذه العقود تداولا ، فتعتبر احكام الضمان الواردة فى شأن البيع بمثابة الاحكام العامة التى يرجع اليها فى العقود الاخرى التى تقتضى الضمان ، فيما لم يرد بشأنه نص خاص بتلك العقود .

لذلك فصل المشرع احكام الضمان فى عقد البيع ، فخص ضمان التعرض والاستحقاق بالمواد من ٤٣٩ الى ٤٤٦ وهى تقابل المواد من ٣٠٠/٣٧٤ الى ٣١٢/٣٨٦ من التقنين الملغى ، وضمان العيوب الخفية بالمواد من ٤٤٧ الى ٤٥٥ وهى تقابل المواد من ٣١٣/٣٨٧ الى ٣٢٧/٤٠٥ من التقنين الملغى .

---

(١) وقد نص المشرع فى باب الايجار وفى الابواب الخاصة ببعض العقود الاخرى على بعض احكام التزام الضمان ، ولكن هذه النصوص الاخيرة تحتاج الى تكملتها بالنصوص العامة التى وردت فى باب البيع . انظر فى ذلك :

Gross, La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, thèse Nancy, 1964.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

§ ١ - ضمان التعرض والاستحقاق

١٩٩ - النصوص المقررة لضمان التعرض والاستحقاق - كانت المادة ٣٣٦/٢٦٦ من التقنين الملغى تنص - فى ضمن التزامات البائع - على التزامه بتسليم المبيع للمشترى « وبضمانة عدم منازعته فيه » ، وكانت المادة ٣٧٤/٣٠٠ تنص على أن « من باع شيئا يكون ضامنا للمشترى الانتفاع به بدون معارضة من شخص آخر له حق عينى على المبيع وقت البيع ، وكذلك يكون البائع ضامنا اذا كان الحق العينى الآخر ناشئا عن فعله بعد تاريخ العقد . ووجوب هذا الضمان لا يحتاج الى شرط مخصوص به فى العقد » .

وكان يؤخذ على هذين النصين انهما ليسا واضحى الدلالة فى ضمان **البائع تعرضه الشخصى ، وانهما يقصران ضمان تعرض الغير على التعرض المبنى على حق عينى دون التعرض المبنى على حق شخصى كحق المستأجر.**

وقد راعى المشرع ذلك فى التقنين المدنى الحالى حيث نص فى المادة ٤٣٩ منه على أن « يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى . ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الاجنبى قد ثبت حقه بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه » .

ويلاحظ أن المقصود بالتعرض trouble ما يعكر على المشترى حيازته، سواء كان يهدده بنزع الملكية منه أولا يهدده بذلك ، فاذا أدى هذا التعرض الى سلب المشترى ملكية المبيع كله او بعضه أو أحد عناصر الملكية أو الحقوق المتفرعة منها كالاستعمال والسكنى والانتفاع والارتفاق اعتبر المبيع مستحقا كله أو بعضه للغير ، وكان البائع مسئولا عن هذا الاستحقاق éviction (١) .

---

(١) ويلاحظ أن هذا الالتزام بالضمان شأنه شأن سائر آثار البيع يفترض وجود عقد بيع مكتمل جميع أركانه (نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ١٢٣ ؛ وقد جاء فيه أن استبدال الوقف لا يتم قانونا الا اذا أوقعت المحكمة المختصة صيغة البدل الشرعية . والتعاقد الحاصل بين وزارة الاوقاف ومن يرسو عليه مزاد العين المراد استبدالها =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويلاحظ ايضا ان النص جاء مطلقا فيما يتعلق بنشوء الالتزام بضمان التعرض من عقد البيع ، فلم يقيد البيع الذى ينشىء هذا الالتزام بأى قيد؛ فلا هو اشترط لذلك تسجيل البيع ولا هو استبعد بعض انواع البيوع كما نص فى شأن ضمان العيوب على عدم ثبوته فى البيوع القضائية والادارية اذا تمت بالمزاد (المادة ٤٥٤ مدنى) . فينشأ هذا الالتزام متى استوفى العقد اركانه وشروط صحته (١) ، سواء سجل البيع او لم يسجل (٢) ؛ وسواء تم بالمزاد او بالممارسة .

٢٠٠ - **انواع التعرض** - قد يحدث التعرض من البائع شخصيا او من شخص اجنبى عنه . وفى كلتا الحالين قد يكون التعرض ماديا او قانونيا .

٢٠١ - **التزام البائع بضمان التعرض** - يلتزم البائع بعدم التعرض شخصيا سواء كان تعرضه ماديا او قانونيا . ولكنه فيما يتعلق بالتعرض الصادر من الغير لا يضمن الا التعرض القانونى .

٢٠٢ - **التعرض الشخصى** - لا يجوز للبائع ان يتعرض بنفسه للمشترى فى حيازة المبيع ، سواء كان التعرض قانونيا او ماديا .

ويعتبر التعرض قانونيا اذا استعمل البائع حقا ادعاه على المبيع وكان ذلك يؤدى الى نزع المبيع من يد المشترى . ومثل ذلك ان يكون البائع غير مالك المبيع ، ثم يملكه بعد البيع سواء كان ذلك من طريق الشراء او التقادم المكسب ، فاذا استند البائع الى حق الملكية الذى آل اليه بعد

معلق على شرط واقف هو توقيع هذه الصيغة . وتخلف هذا الشرط يجعل التعاقد كان لم يكن .

وليس للراسى عليه المزاد - اذا رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل له وأوقعتها لغيره وانتقلت الملكية الى هذا الغير - أن يرجع على وزارة الاوقاف بضمان الاستحقاق او يطالبها بالتعويض على أساس فسخ العقد ، اذ الرجوع بضمان استحقاق المبيع لا يكون الا على اساس نيام عقد البيع كما أن الفسخ لا يرد الا على عقد كان له وجود .

(١) قضت محكمة النقض بأن مقتضى تمسك المشترى فى دعواه - وهى دعوى صحة ونفاذ عقد بيع - بقيام العقد صحيحا منتجا لجميع آثاره طوال نظر الدعوى أمام درجتى التقاضى انه قد تمسك بجميع الآثار القانونية الناشئة عن هذا العقد ، ومن بينها التزام البائع بضمان عدم التعرض ، وهو التزام لا يسقط عنه ولا عن ورثته ايضا (نقض مدنى ٤ يناير ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ١٢٨ - ١١) .

(٢) نقض مدنى ١٦ ابريل ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ - ٦٥٨ - ١٠٥ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

البيع لينزع المبيع من يد المشترى ، كان ذلك تعرضا قانونيا منه للمشترى يعتبر اخلالا بالتزام الضمان الذى التزم به فى عقد البيع ، فلا تقبل دعواه لان من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض (١)
Qui doit garantie, ne peut évincer

وكذلك اذا دفع البائع دعوى المشترى بتثبيت ملكيته وبتسليمه المبيع بالتقادم المسقط استنادا الى عدم تسجيل عقد البيع أو الحكم الصادر بصحته مدة تزيد على خمس عشرة سنة ، ذلك ان التزام البائع بالضمان (بدى) يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر ، فيمتنع عليه منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب العقد (٢) . وحكم بأن للبائع بعقد لم يشهر الحق فى طلب تثبيت ملكيته الى العقار المبيع ضد من ينازعه فيه عدا المشترى الذى يلزم البائع بعدم التعرض له بمقتضى الضمان المتولد من عقد البيع ولو لم يكن مشهرا (٣) . وكما يمتنع عليه ذلك ازاء المشترى، يمتنع عليه ايضا ازاء الشفيع الذى حل محل المشترى فى كافة حقوقه والتزاماته (٤) .

وكذلك ايضا اذا كان البائع مالكا وسلم المبيع الى المشترى أو نزعت ملكيته منه جبرا عنه ثم وضع يده من جديد على المبيع واستمر واضعا يده خمس عشرة سنة فليس له حسب الرأى الراجح فى الفقه أن يتمسك بالتقادم المكسب فى مواجهة المشترى (٥) . غير أن محكمة النقض قد قضت فى هذه الحالة الاخيرة بالعكس من ذلك واجازت للبائع واضع اليد التمسك بالتقادم المكسب ضد المشترى استنادا الى أن الاساس التشريعى للتملك

---

(١) قضت محكمة النقض بأنه ليس للبائع أن يدعى لنفسه - بسبب عدم تسجيل العقد وتراخى نقل الملكية تبعا لذلك - ملك المبيع على المشترى ، لان من يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه (نقض مدنى ٩ مايو ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض ٢٤ - ٧٢٥ - ١٢٩) .

(٢) نقض مدنى ١٢ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ - ٣٥٥ - ٥٦ ، ٢٨ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ - ٣٩٨ - ٦٢ ، وايضا نقض مدنى ١٣ يناير ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ - ١٢٣ - ١٧ . انظر عكس ذلك السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٦٣٢ فى الهامش حيث يقول بجواز تمسك البائع بدفع دعوى المشترى بالتقادم المسقط اذا رفعت بعد خمس عشرة سنة من وقوع التعرض منه لا من تاريخ صدور البيع .

(٣) نقض مدنى ٢١ نوفمبر ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ - ١٧٧ - ٢٤ ، وايضا ٩٧ نوفمبر ١٩٣٢ فى الطعن رقم ٦٠ سنة ٢ ق فهرس احكام النقض فى ربع قرن ص ٣٥٢ لبذة ٥١ .

(٤) نقض مدنى ١٨ ديسمبر ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ - ٧٧٦ - ١٠٢ .

(٥) انظر اوبرى ورو جـ ٥ طـ ٦ ص ٦٢ ، بيدان طـ ٢ جـ ١٢ ص ١٥٦ نبذة ٢٠١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد (١) . ولكنا نرى ان هذا الحكم محل نظر ، لان

---

(١) نقض مدنى ٨ ديسمبر ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ - ٦١ - ١٩ المحاماة ٣٠ - ٧٢٩ - ٣٥٧ . وتلخص وقائع الدعوى التى فصل فيها هذا الحكم فى أن مورث المطعون عليهم كان قد رسا عليه مزاد أطيان نزعت ملكيتها من مورث الطاعنين وفاء لدين عليه ، وبعد اكثر من ثلاثين سنة أقام المطعون عليهم هذه الدعوى على الطاعنين بطلب تثبيت ملكيتهم الى الاطيان المذكورة وتسليمها اليهم ، فدفع الطاعنون باكتساب ملكيتها بوضع اليد عليها - هم ومورثهم من قبل - المدة الطويلة ، وقضت المحكمة للمطعون عليهم بطلباتهم على أساس أن المدين المنزوعة ملكيته جبرا يعتبر بائعا ويقع عليه بهذه الصفه ضمان المبيع وان مقتضى هذا الضمان أن البائع لا يستطيع أن يتمسك ضد المشترى بتملك المبيع بوضع اليد مهما طالت مدته لان هذا يعتبر تعرضا منه وهو محرم عليه بموجب التزامه الضمان وانتهى الحكم الى القول بأنه يمتنع على ف مورث الطاعنين أن يدعى فى وجه ع (المطعون عليهم) أنه تملك العقارات المبيعة بالتقادم المكسب كما يمتنع على ورثته هذا الادعاء كذلك، لان الالتزام بالضمان قد انتقل مع تركة المورث اليهم .

وقد بنى الطاعن طعنه على أن الحكم المطعون فيه اذ أقام قضاءه على أن ضمان البائع استحقاق المبيع مانع له من اكتساب ملكيته بوضع اليد عليه بعد البيع مهما طالت مدته فقد اخطأ فى القانون ، ذلك أنه قاس هذه الحالة على حالة البائع الذى يكون وقت صدور البيع منه غير مالك للمبيع ثم يتملكه بسبب طارىء بعد البيع فى حين أن هذا قياس مع الفارق ، لان واقع الدعوى هو أن البائع كان مالكا للمبيع وقت نزع ملكيته وانتقلت ملكيته الى المشترى بمقتضى حكم رسو المزاد بمجرد تسجيله ، لكن البائع المنزوعة ملكيته اكتسب بعد ذلك ملكية المبيع بالتقادم الطويل ، فلا يحول ضمانه استحقاق المبيع دون احتجاجه بملكيته فى مواجهة الكافة ، ومنهم المشترى ، ولا يمنع من ذلك كون ضمان الاستحقاق ابدى لا يسقط الحق فيه مهما طال عليه الزمن لان معنى هذا هو أنه اذا حصل التعرض من البائع للمشترى فى اى وقت ولو بعد حصول البيع بأكثر من خمس عشرة سنة وجب على البائع الضمان . فاذا سكت المشترى عن هذا التعرض بعد وقوعه ومضى على وضع يد البائع المدة الطويلة انقلب سببا مشروعا للتملك لا يحول دونه ضمان البائع .

وقد قبلت محكمة النقض هذا الطعن ونقضت الحكم المطعون فيه وقالت فى ذلك: «ومن حيث ان هذا الذى قاله الحكم مردود بأنه متى كان الاساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توفر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد ، كان القول بأن تمسك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته الى المشترى يعتبر من جانبه تعرضا لا يتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانونا ، لان هذا القول مخالفا للقانون . ولما كان الحكم قد أقام قضاءه على هذا الاساس الخاطىء ولم يتعرض لبحث هل وضع يد البائع فى هذه الحالة استوفى أو لم يستوف الشروط القانونية التى تجعله سببا مشروعا للتملك ، لما كان ذلك تعين نقضه » .

وفى حكم آخر بتاريخ ٤ مارس ١٩٥٤ (المحاماة ٣٥ - ١١٣٤ - ٥١١ مجموعة أحكام النقض ٥ - ٥٦٩ - ٩٠) قررت محكمتنا العليا هذا المبدأ ذاته فى قضية كانت تدور حول حق البائع فى دفع دعوى صحة التعاقد المرفوعة عليه من المشترى بعقد غير مسجل بالدفع

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التزام البائع بالضمان يمنعه من وضع يده على المبيع رغم ارادة المشترى،

بالتقادم لمضى أكثر من ١٥ سنة على تاريخ التعاقد المدعى حصوله ، فقررت المحكمة فيما يتعلق بالمبدأ المذكور أن « من أحكام عقد البيع المقررة بالمادتين ٢٦٦ و ٣٠١ من القانون المدنى القديم والمادة ٤٣٩ من القانون المدنى الجديد التزام البائع بضمان عدم منازعته المشترى فى المبيع . فيمتنع عليه أبدا التعرض للمشترى ، وينتقل هذا الالتزام من البائع الى ورثته ، فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب العقد الا اذا توافرت لديهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية » . ثم قالت فى واقعة الدعوى : « واذن فمتى كانت الطاعنة قد أقامت الدعوى بطلب اثبات صحة ونفاذ عقد البيع الصادر اليها من مورث المطعون عليهم من التزامهم بتسليم الاطيان المبيعة ، وكان دفاع المطعون عليهم بسقوط حق الطاعنة لتعودها عن رفع دعواها اكثر من خمس عشرة سنة بعد تاريخ صدور العقد هو من قبيل المنازعة الممتنعة عليهم قانونا بمقتضى التزام القانون مورثهم بالضمان السالف الذكر ، فان الحكم المطعون فيه اذ أقام قضاءه برفض دعوى الطاعنة استنادا الى هذا الدفاع يكون قد خالف القانون » . (انظر أيضا نقض مدنى ١٠ يناير ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ - ٣٦٨ - ٦٢ ونقض مدنى ١٦ يناير ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ١٤٨ - ٢١ . وقرب نقض ٢١ نوفمبر ١٩٥٣ المحاماة ٣٥-١٠٥٨-٤٤٦).

ويؤخذ من الحكم الاول أن الطاعن كان مسلما بأن بائع ملك الغير لا يجوز له اذا استمر واضعا يده على المبيع وتملكه بالتقادم المكسب أن يستند الى هذا التقادم لينزع ملكية المبيع من المشترى لان ذلك يتنافى مع واجب الضمان الذى يقع على البائع ولكنه كان ينازع فى انطباق ذلك أيضا على البائع المالك اذا سلم المبيع بالمملوك اليه الى المشترى ثم عاد الى وضع يده عليه حتى تم له التقادم المكسب ، كما يبين منه أن محكمة النقض لم تعر التفرقة بين هاتين الحالتين اى أهمية ، بل تكاد تكون أطلقت القول بحيث يمكن أن يفهم منه أنها لا تفرق بينهما وأنها تجعل حكمهما واحدا . ولان أولى الحالتين المذكورتين كان حكمها مسلما فى الفقه والقضاء من قبل ذلك وهو أنه لا يجوز لبائع ملك الغير أن يستند الى كسبه الملكية بالتقادم لينتزع المبيع من المشترى (انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو الطبعة السادسة جـ ٥ ص ٦٣ والاحكام التى أشارا اليها ، بيدان الطبعة الثانية جـ ١٢ ص ١٥٦ نبذة ٢٠١ ، تولان وكابيتان ودى لا موراندير جـ ٢ ص ٦٠٦ نبذة ٩٤ والاحكام التى أشاروا اليها) ، فكان حريا بمحكمة النقض اذا رأت توحيد الحكم بين الحالتين أن تسحب الحكم المسلم فى شأن الحالة الاولى على الثانية ، ولكنها لم تفعل بل أخذت بالحكم العكسى وأطلقته على الحالتين معا . ثم هى لم تستند فيما ذهبت اليه من حكم مخالف اجماع الفقه والقضاء الفرنسيين الى غير حجة واحدة ، هى أن الاساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد ، فلا يقبل من المشترى الذى يتمسك البائع ضده بهذه القرينة أن يتمسك بالتزام الضمان الذى يوجب على البائع عدم التعرض له فى المبيع والذى يتنافى مع مشروعية وضع يد البائع على المبيع لان ذلك يعتبر منه اثباتا لما يخالف القرينة القاطعة وهو غير جائز .. (وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ٢٦ أكتوبر ١٩٦١ المحاماة ٤٢ - ٣٧٣ - ٥٣٨ مجموعة أحكام النقض ١٢ - ٦١٤ - ٩٥ ، وأيضا ٢٨ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ - ٣٩٨ - ٢٦٢ ،

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ومن باب أولى يمنعه من تملكه من طريق وضع يده عليه المدة الطويلة . ولا يصح أن يعترض على ذلك بأن البائع بعد أن سلم المبيع الى المشترى ينقضى التزامه كبائع ويصبح بالنسبة للمشترى - وفى خصوص البيع - كغيره من الناس . فاذا وضع يده على المبيع من جديد كان شأنه فى ذلك شأن اى شخص آخر يستطيع تملكه بالتقادم ، لان هذا الاعتراض مردود بأن البائع يبقى بعد أن يسلم المبيع ملزما بالضمان التزاما ابديا (١) ،

=

وايضا ١٣ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ - ١٢٣ - ١٧) .

غير أن هذا الاساس ذاته الذى استندت اليه المحكمة العليا محل نظر ، فقد سبق ان بينا فى كتاب الاثبات وفى موجزه (نبذة ١٥٩ مكررة) ان النص على التقادم المكسب ليس نصا منشئا قرينة قانونية قاطعة بل يتضمن قاعدة موضوعية مبنية على الغالب من الاحوال مؤداها اعتبار التقادم طريقا من طرق اكتساب الملكية . وهذا الطريق يفترض وضع اليد بشكل لا يتعارض مع سند الحائز ولا مع التزاماته الشخصية . ولا شك فى أن وضع يد البائع على المبيع بعد أن يكون قد سلمه الى المشترى يعتبر تعرضا من البائع يتنافى مع التزامه بالضمان ويجعله بالتالى غير صالح للاعتداد به كأساس للتقادم المكسب .

على أنه يمكن أن يقال تبريرا لما ذهبت اليه محكمة النقض انه اذا كان الالتزام بضمان التعرض أبديا لا يرد عليه التقادم ، فان الدعوى التى تحمى حق المشترى المقابل لهذا الالتزام يرد عليها التقادم كما يرد على دعوى ضمان الاستحقاق (التزام الضمان الجزائى) ، وبالتالى فانه اذا سكت المشترى على تعرض البائع خمس عشرة سنة بعد حدوثه ، فتسقط دعواه قبل البائع ويزول بذلك ما كان يعيب وضع يد الاخير فيجوز من هذا الطريق تبرير تثبيت ملكية البائع ضد المشترى .

غير أن هذا الذى نحاول به تبرير مذهب محكمة النقض فى حكمها الاول كان يقتضيها ان تأخذ فى القضية الثانية بدفاع المطعون عليهم ، ولكنها لم تأخذ به بل نقضت الحكم المطعون فيه لاخذه به ، وكان يكفيها فى ذلك أن تقرر ان هذا الدفاع يتنافى مع التزام الضمان الناشىء من عقد البيع على عاتق مورث المطعون عليهم ، ولكنها لم تقتصر على ذلك بل قررت انه يمتنع على ورثة البائع منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب العقد « الا اذا توافرت لديهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية » ، ونرى أن هذه العبارة الاخيرة تزيد فى هذا الحكم لم يكن يقتضيها الفصل فى الطعن المعروض عليها ، وانما استطردت المحكمة لها تحت تأثير ما كانت قررته فى هذا الشأن فى حكم سنة ١٩٤٩ المشار اليه ، وكنا نؤمل أن تتاح لها فرصة أخرى لاعادة النظر فى قضائها ، وقد واتتها الفرصة ، ولكنها ثبتت على رأيها هذا فى أحكامها التالية (انظر نقض مدنى ٢٦ اكتوبر ١٩٦١ المحاماة ٤٢ - ٣٧٣ - ٥٣٨ مجموعة أحكام النقض ١٢ - ٦١٤ - ٩٥ ، ٢١ مارس ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ٤٤ - ٣٥٥ - ٥٦ ، ٢٨ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ - ٣٩٨ - ٢٦٢ ، ١٣ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ - ١٢٣ - ١٧) .

(١) انظر ما سيجىء فى نبذة ٣٤٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويختلف فى ذلك عن غيره من الناس ، فيمتنع عليه هو بالذات وضع يده على المبيع ، ومن باب أولى يمتنع عليه تملكه من طـــريق التقادم المكسب . واذا كانت محكمتنا العليا قد سلمت بأنه لا يجوز للبائع أن يدفع بالتقادم المسقط دعوى المشترى بتثبيت ملكيته لانها رأت فى هذا الدفع تعرضا من البائع للمشترى واخلالا منه بالتزام الضمان (١) ، فمن باب أولى يجب ان يعتبر كذلك اعادة البائع وضع يده على المبيع بعدتسليمه وادعـــاؤه تملكه اياه من طريق التقادم المكسب (٢) .

أما التعرض المادى فيكون بأى فعل مادى يعكر به البائع حيـــازة المشترى دون ان يستند فى القيام به الى اى حق يدعيه على المبيع .

---

(١) انظر الاحكام المشار اليها فيما تقدم فى نبذة ٢٠٢ .

(٢) قارن عكس ذلك اسماعيل غانم فى ص ١٧٢ حيث يعكس هـــذه الحجة فيقول « ولا نرى مبررا لهذه التفرقة بين التقادم المكسب والتقادم المسقط . فاذا كان التزام البائع بالضمان لا يحول دون اكتساب البائع للملكية بالتقادم المكسب ، فيجب منطقيا الا يحول دون تمسكه بالتقادم المسقط لالتزامه بنقـل الملكية ولالتزامه بالتسليم ، والأمـر بعد متوقف على تحديد المقصود من أبدية الالتزام بالضمان . فاذا كان معناه أنه لا يجوز للبائع ابدا أن ينازع المشترى حقوقه التى استمدها من عقـــد البيع ، وجب أن يكون الالتزام بالضمان مانعا للبائع من التمســك بالتقادم المكسب والتقادم المسقط على السواء وهذا هو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية . اما التفرقة بين التقادم المكسب والتقادم المسقط فليس لها مبرر » .

ويلاحظ على ذلك أن المقصود بأبدية التزام الضمان هو التزام الضمان الاصـــلى الذى محله امتناع البائع عن التعرض للمشترى ودفع تعرض الغير له لا التزام الضمان الجزائى الذى يخول المشترى الرجوع على البائع بالتعويضات عن استحقاق المبيع ، وان الاول أبدى لايرد عليه التقادم مهما طال عليه الزمن . أما الثانى فليس أبديا ويتقادم بخمس عشرة سنة من وقت الحكم النهـائى باستحقاق المبيع للغير . فاذا رفع المشترى دعوى تثبيت الملكية على البائع بعد خمس عشرة سنة من العقد ودفعهـا البائع بالتقادم المسقط ، كان للمشترى أن يرد هذا الدفع بالتمسك بالتزام الضمان الاصلى الذى يقع على عاتق البائع والذى يعتبر التزاما أبديا لا يرد عليه التقادم . أما اذا كان البائع قد سلم المبيع الى المشترى ثم انتزعه منه مخلا بالتزام الضمان الاصلى وسكت المشترى على هذا التعرض ولم يرفع دعواه الا بعد مضى خمس عشرة سنة على التعرض ، جاز دفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط لان موضوعها التزام الضمان الجزائى وهـــو التزام دورى ينشأ ويصير مستحقا من وقت وقوع التعرض ويسقط بالتقادم بمضى خمس عشرة سنة من هـذا الوقت . غير أنه فى هـذه الحالة اذا كانت الملكية سـبق أن انتقلت الى المشترى بتسجيل عقده مثلا ان كان المبيع عقارا ، جاز للمشترى رغم تقادم دعوى ضمان الاستحقاق أن يرفع دعوى تثبيت ملكيته لان هذه الدعوى دعوى عينية متفرعة عن حق الملكية الذى انتقل اليه ، فيكون حكمها حكم حق الملكية نفسه ، وهو حـق دائم لا يرد عليه التقادم المسقط (قرب من ذلك ليبب شنب نبذة ١٣٩ ص ١٧٢) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويلتزم البائع أن يمتنع عن التعرض المـــادى للمشترى ولو كان الفعل المكون لهذا النوع من التعرض ليس فى ذاته خطأ ولا تتوافر فيه شروط الفعل الضار بل يعتبر فعلا جائزا للغير ، وذلك لان البائع يختلف عن الغير فى أنه نقل الى المشترى مزايا ملكية المبيع والانتفاع به ، فصار ملزما أن لا يفوت بفعله هذا الانتفاع على المشترى .

فاذا باع التاجر متجره فلا يجوز له أن يفتح متجرا مماثلا له بالقرب منه وان كان ذلك يجوز لغيره ، لأنه بالبيع قد التزم أن لا يفـــوت على المشترى منفعة المبيع ، ولأن فتح المتجر الجديد من شأنه أن يحول اليه عملاءه الســـابقين وان يفـوت بذلك على المشترى منفعة المتجر الذى اشتراه (١) (راجع ما تقدم فى نبذة ٨٦) .

وكذلك اذا باع المالك بئرا ، فلا يجوز له أن يحفر فى ملكه غيرهـــا بالقرب منها اذا كان ذلك يؤدى الى نقص ماء البئر المبيعة أو نضوبها ، ولو ان ذلك يجوز لغير البائع بالقـدر الذى لا يعتبر منه اساءة لاستعمال حقه .

٢٠٣ - التعرض الصادر من الغير - اذا كان التعرض الصادر من الغير تعرضا ماديا أى غير مبنى على سبب قانونى ، كتعرض المغتصب ، فان البائع لا يكون مسئولا عنه ، ويكون على المشترى أن يدفع هـــذا التعرض بكافة الوسائل التى كفل بها القانون حق الملكية وحيازة الاموال.

اما اذا كان تعرض الغير مبنيا على سبب قانونى ، أى مستندا الى حق مقرر للغير على المبيع ، فان كان هذا الحق موجـودا وقت البيع - ولو كان الغير تلقاه من مالك سابق - أو كان قد وجد بعد البيع ولـكن

---

(١) نقض مدنى ٧ يونيه ١٩٦٢ مجموعة أحكام ١٣ - ٧٦٤ - ١١٤ وقد جاء فيه أن ضمان البائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم التعرض للمشترى فى انتفاعه بالمتجر وبالاقلاع عن كل عمل يكون من شأنه الانتقاص من هذا الانتفاع مما يتفرع عنه أن الالتزام بعدم المنافسة فى شتى صوره - ومنها حظر التعامل مع العملاء - لا يكون باطـــلا الا اذا تضمن تحريم الاتجار كلية على البائع لانه يكون فى هذه الحالة مخالفا لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وهما من النظام العام . أما اذا كان الشرط محددا من حيث الموضوع ومن حيث الزمان أو المكان وكان التحديد معقولا وهو ما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، فانه يكون صحيحا » .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بفعل البائع نفسه ، فان البائع يضمنه كمايضمن التعرض الصادر منه شخصيا ، والا فلا يضمنه (١) .

وقد كانت المادة ٣٧٤/٣٠٠ مدنى قديم تشترط فى ضمان البائع التعرض الصادر من الغير أن يكون هذا التعرض مستندا الى حق عينى على المبيع ، بحيث اذا كان التعرض مستندا الى حق شخصى كحق مستأجر العقار فلا يضمنه البائع . وقد قضت المحاكم بأن البائع لا يسأل عن تعرض المستأجر للمشترى ولو كان حق المستأجر مقررا فى سند ثابت التاريخ قبل البيع (٢) .

وكان هذا الشرط منتقدا لأن حق المستأجر اذا كان ثابت التاريخ فانه ينفذ فى حق المشترى ويؤثر فى انتفاعه بالمبيع ، وقد يلحق به ضررا جسيما وبخاصة اذا كانت مدته طويلة أو كانت الاجرة فيه قد عجلت . فبماذا يبرر عدم ضمان البائع تعرض المستأجر مع أن الاخير يستند الى حق تلقاه من من البائع نفسه ولم يعلم به المشترى وكان الواجب على البائع أن يعلمه به ؟ .

لذلك عدل التقنين الحالى فى المادة ٤٣٩ منه عن اشتراط استناد الغير فى تعرضه الى حق عينى ، واكتفى بأن يكون للغير « حق على المبيع يحتج به على المشترى » ، سواء كان ذلك الحق عينيا أو شخصيا ، فيضمن البائع عدم تعرض المستأجر للمشترى كما يضمن عدم تعرض صاحب حق انتفاع أو ارتفاق أو دائن مرتهن أو دائن ممتاز (٣) الخ .

---

(١) انظر نقض مدنى ٣٠ ابريل ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ - ٧٧٢ - ١٢٥ وفيه لم تعتبر المحكمة التأميم تعرضا موجبا لضمان الاستحقاق لان هذا الضمان انما يقوم على ثبوت حق للغير سابق على التصرف ويؤدى الى انتزاع المبيع من يد المشترى حتى يسأل عنه البائع ، وليس التأميم كذلك .

(٢) انظر نقض ١٠ ديسمبر ١٩٣١ القانون والاقتصاد ٣ ص ١١ ، استئناف مصر ١١ اكتوبر ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ - ٨٠٠ - ٢٧٢ .

(٣) انظر تطبيقا لذلك فى نقض مدنى ١٦ مايو ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض ٢٣ - ٩٣٣ - ١٤٥ وقد جاء فيه أن الضرائب المستحقة بمقتضى القانون رقم ١٤ / ١٩٣٩ بفرض ضريبة على ايرادات رؤوس الاموال المنقولة وعلى الارباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل تعتبر وفقا للمادتين ١١٣٩ مدنى و ٩٠ من القانون رقم ١٤ / ١٩٣٩ دينا ممتازا على جميع أموال المدينين أو الملزمين بتوريدها الى الخزانة بحكم القانون ، اى ان هناك حقا عينيا تبعيا على المنشأة يثبت قبل من يشتريها ، واذ كان ذلك يرجع الى فعل البائع لها ، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر هذا تعرضا للمشترى يضمنه البائع والضامن المتضامن معه فى عقد البيع ، فانه لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٢٠٤ - محل التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق - محل هذا الالتزام اولا أن يمتنع البائع عن التعرض بنفسه الى المشترى فى حيازة المبيع وفى الانتفاع به ، وثانيا أن يدفع البائع عن المشترى كل تعرض قانونى صادر من الغير .

فاذا تعرض البائع بنفسه للمشترى سواء كان تعرضه قانونيا او ماديا ، كان ذلك اخلالا منه بالتزامه الضمان يخول المشترى وفقا للقواعد العامة أن يطلب اما فسخ العقد مع التعويض ، واما وقف التعرض والتعويض عما نشأ بسببه من ضرر . واذا كان تعرض البائع قانونيا كان للمشترى حق الدفع بالضمان exception de garantie فاذا لم يتمكن المشترى من وقف التعرض وادى ذلك الى الحكم للبائع باستحقاقه المبيع بناء على حق كسبه بعد البيع ، كان للمشترى أن يطالبه بالتنفيذ بمقابل . وسنرى أن الجزاء الذى نص عليه المشرع فى شأن ضمان الاستحقاق بالذات لايختلف عن حكم القواعد العامة .

واذا كان التعرض تعرضا قانونيا صادرا من الغير ، وجب على البائع أن يدفعه عن المشترى . ويعتبر التزامه بذلك التزاما بغاية obligation de résultat لا التزاما بوسيلة obligation de moyen ، فلا يقبل منه القول بانه بذل اقصى جهده فى دفع التعرض فلم يوفق ، بل يعتبر مخلا بالتزامه بمجرد نجاح الغير فى تعرضه والحكم لذلك الغير بأى حق مما ادعاه على المبيع .

على أن التزام البائع بدفع التعرض الصادر من الغير معلق على شرط رفع دعوى من الغير على المشترى وقيام المشترى باخطار البائع بها (١) . وليس لهذا الاخطار شكل معين ، فلا يلزم أن يكون بانذار رسمى ، ويجوز أن يحصل بخطاب موصى عليه او بخطاب عادى ، بل يجوز أن يحصل شفويا . ويقع فى جميع الاحوال على عاتق المشترى اثبات حصوله . ومتى تحقق هذا الشرط وجب على البائع ان يتدخل فى الدعوى وفقا لقانون المرافعات الى جانب المشترى ، أو أن يحل فيها محله اذا طلب المشترى اخراجه منها (٢) (المادة ٤٤٠ فقرة أولى) ..

---

(١) نقض مدنى ٢٢ فبراير ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض ١٩ - ٢٤٥ - ٥٣ .

(٢) ومصلحة المشترى فى طلب اخراجه من الدعوى اخلاؤه من المسئولية عن مصروفاتها فيما لو ثبت حق المدعى وحكم له به . ولكن يقابل ذلك أن للمشترى مصلحة ←

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويحصل تدخل البائع فى الدعوى بصحيفة تعلن للخصوم قبل يوم الجلسة او بطلب يقدم شفويا فى الجلسة ويثبت فى محضرها ، على أن يتم ذلك قبل قفل باب المرافعة (المادة ١٥٤ مرافعات) .

ويجوز للمشترى الا يكتفى بمجرد اخطار البائع وان يطلب ادخاله فى الدعوى باعتباره ضامنا وفقا للمادة ١٤٣ مرافعات وما بعدها ، فتأمر المحكمة بادخال البائع فيها ، ويكون ادخاله بتكليف بالحضور للجلسة التى اجلت المحكمة اليها نظر الدعوى حين أمرت او رخصت بادخاله فيها .

ويجوز للبائع ان يتدخل فى الدعوى بمجرد علمه بها من أى طريق كان ولو لم يخطره بها المشترى ، لأن له مصلحة فى أن ينضم الى جانب المشترى وأن يدفع عنه تعرض الغير ، وفاء لالتزامه بالضمان ودرءا لمسئوليته عن استحقاق المبيع للغير (المادة ١٥٣ مرافعات) .

فاذا تدخل البائع فى الدعوى بعد اخطار المشترى اياه أو دون ان يخطر ، أو ادخل فيها بناء على طلب المشترى أو حتى بناء على طلب الغير ، فان تمكن من دفعها ، كان ذلك تنفيذا عينيا منه لالتزام الضمان (١) . أما اذا فشل فى دفاعه وحكم للغير باستحقاق ما يدعيه على المبيع ، كان ذلك اخلالا منه بالتزام الضمان يستتبع توقيع الجزاء عليه

فى الابقاء فى الدعوى حتى يشرف على سرها ويتحاشى تقصير البائع فى الدفاع او تواطئه مع مدعى الاستحقاق ، لان الحكم الذى يصدر فى دعوى الاستحقاق ضد البائع يكون حجة عليه هو ايضا . واذا حكم باخراج المشترى من دعوى الاستحقاق ، فانه يظل خصما فى دعوى الضمان الفرعية كى يحكم له على البائع بالضمان فى حالة الحكم بالاستحقاق للغير (السنهورى فى الوسيط جـ ٥٤ ص ٦٦٨) .

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٦٦٧ . وتقول محكمة النقض فى ذلك انه متى كان الحكم قد انتهى الى أن المتعرض للمشترى وهو من الغير لم يكن على حق فى تعرضه وان البائع قد باع ما يملك ، فان مؤدى ذلك ان ينتفى عن البائع التزامه بضمان التعرض القانونى عملا بالفقرة الاخيرة من المادة ٤٤١ من القانون المدنى ولا يعيب الحكم وصفه ذلك التعرض بانه مادى ، ذلك ان وجه الرأى فى الحكم لايتغير سواء اسبغ الحكم على التعرض المذكور صفة التعرض المادى أو القانونى لان البائع فى النهاية لا يكون ملزما بضمان التعرض فى الحالتين على أساس انفكاك الضمان عن البائع ان كان تعرضا قانونيا وعدم ترتيب هذا الضمان أن كان التعرض ماديا (نقض مدنى ٢ مايو ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض ١٤ - ٦٣١ - ٨٩ جـ) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

كما سيأتى ، وجاز للمشترى ان يطلب الحكم له على البائع فى الحكم ذاته الذى يقضى للغير بالاستحقاق .

واذا اخطر البائع بدعوى الاستحقاق ولم يتدخل فيها فى الوقت المناسب كان ذلك ايضا اخلالا منه بالتزام الضمان يستتبع مسئوليته . واذا نجح المشترى فى دفع دعوى المتعرض بنفسه ، كان له الرجوع على البائع بكافة ما تكبده من نفقات وما لحقه من اضرار بسبب هذه الدعوى فيما عدا ما حكم له به منها على المتعرض . أما اذا لم يوفق فى دفع دعوى الغير ، كان له الرجوع على البائع بكافة التعويضات التى يشملها ضمان الاستحقاق كما سيجىء بيانها . وكذلك اذا اقتنع المشترى بأحقية المتعرض بناء على اسباب معقولة واقر له بحقه أو تصالح معه عليه لبتجنب استمرار السير فى دعوى على غير حق . غير انه لما كان يخشى فى حالتين الاخيرتين ان يتواطأ المشترى مع الغير فيسلم له بدعواه او يقصر فى دفعها اعتمادا على ضمان البائع ، سمح التقنين المدنى الحالى للبائع - بالرغم من قعوده عن الوفاء بالتزام الضمان الاصلى - أن يدفع عن نفسه التزام الضمان الجزائى اذا اثبت فى الحالة الاولى ان الحكم الصادر فى دعوى الاستحقاق كان نتيجة تدليس من المشترى أو لخطأ جسيم منه (المادة ٤٤٠ فقرة ثانية) ، او اثبت فى الحالة الثانية ان المتعرض لم يكن على حق فى دعواه وان المشترى قد تسرع فى الاقرار بالحق الذى ادعاه المتعرض أو فى التصالح معه عليه ، وخول القانون البائع فوق ذلك فى هذه الحالة الاخيرة أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات (المادة ٤٤٢) .

اما اذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ، وفشل فى دفع تعرض الغير بنفسه حتى صدر عليه حكم حاز قوة الشىء المحكوم فيه ، كان هذا الحكم حجة ايضا على البائع (١) ، ولكن يجوز لهذا اذا

---

(١) وهذا بخلاف الحكم الذى يصدر ضد البائع وحده بعد تسجيل المشترى عقده ، فانه لا يكون حجة على المشترى . وقد قضت محكمة النقض بأن البائع لا يمثل المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع ، ومن ثم فالحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك العين المبيعة لا يعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى (نقض مدنى ٢٨ اكتوبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ - ٢٩ - ١٤٧) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

رجع عليه المشترى ان يدفع دعوى الرجوع بأن استحقاق المبيع للغير راجع الى خطأ المشترى نفسه فى عدم اخطاره بدعوى الاستحقاق اذا اثبت ان تدخله فى هذه الدعوى كان يؤدى الى رفضها (١) . وقد نصت على ذلك المادة ٤٤٠ فقرة ثالثة وهى لا تعدو أن تكون تطبيقا للقواعد العامة فى اعفاء المدين من مسئولية عدم الوفاء الذى يكون راجعا الى خطأ الدائن (المادتين ٢١٥ و ٢١٦ مدنى) .

ولا يسقط حق المشترى فى الضمان تراخيه فى تسجيل عقده ولو ترتب على هذا التراخى نزع ملكية المبيع من تحت يده (٢) .

٢٠٥ - عدم قابلية الالتزام بالضمان للتجزئة - ولأن محل الالتزام بالضمان امتناع عن التعرض الشخصى أو قيام بدفع تعرض الغير ، يكون هذا الالتزام غير قابل للتجزئة شأنه فى ذلك شأن سائر الالتزامات بعمل أو بامتناع .

ويترتب على ذلك انه اذا باع عدة اشخاص مالا مملوكا للغير ، ثم كسب احدهم بعد ذلك ملكية المبيع ، لم يجز له ان يستند الى هذه الملكية التى كسبها بعد البيع ليطالب المشترى بالمبيع كله او بعضه لانه ضامن للمشترى سلامة البيع ، ولأن هذا الضمان لا يتجزأ فلا يجوز قصره على حصة هذا البائع فى عقد البيع والسماح له بالمطالبة بما جاوز هذه الحصة (٣) .

وكذلك اذا تعدد البائعون أو ورث البائع عدة ورثة وكانت التركة غير مستغرقة بالدين ، ثم تعرض أجنبى للمشترى تعرضا قانونيا ، فأخطر هذا البائعين أو الورثة بالتعرض وطلب اليهم دفعه ، وجب على كل منهم ان يدفع عن المشترى التعرض الصادر من الغير فى اى جزء من المبيع ، لأن محل التزامه اثبات عدم احقية الغير فى دعواه ، وهذا الاثبات غير قابل للتجزئة (٤) .

وكذلك اذا ظهر أن المال الذى باعه المورث كان مملوكا لأحد ورثته ،

---

(١) الاسكندرية الابتدائية الاهلية ٢٧ يناير ١٩٤٠ المحاماة ٢١ - ٦٠٦ - ٢٦٧ .

(٢) نقض مدنى اول فبراير ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ - ٢٠٥ - ٢٧ .

(٣و٤) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٣٣٢ ، مصر الابتدائية الاهلية ٥ ديسمبر ١٩٣٠ المحاماة ٢٠ - ٩٥٩ - ٣٩٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فان هذا الوارث لا يجوز له مطالبة المشترى برد المبيع اليه ولو بعد استبعاد ما يقابل نصيبه فى التزامات المورث نظرا لعدم قابلية الالتزام بالضمان للتجزئة (١) . اما اذا كانت التركة مستغرقة بالدين فلا ينتقل الى ورثة البائع التزام الضمان المتخلف عن مورثهم عملا بقاعدة ان لا تركة الا بعد سداد الديون .

٢٠٦ - التزام الضمان الاصلى والتزام الضمان الجزائى - يلتزم البائع فى الاصل بالامتناع عن التعرض الشخصى وبدفع كل تعرض قانونى يصدر من الغير . وهذا هو التزامه الاصلى الذى ينشأ مباشرة من عقد البيع ويعتبر التزاما مستمرا (٢) اى من نوع الالتزامات التى لا يتم تنفيذها دفعة واحدة أو عدة دفعات بل يتجدد تنفيذها واستحقاقها بتجدد الزمن مدة معينة أو غير معينة وقد تقدم أن هذا الالتزام غير قابل للتجزئة .

فاذا اخل البائع بهذا الالتزام الاصلى ، وترتب على ذلك تفويت الانتفاع بالمبيع على المشترى بعض الوقت أو استحقاق المبيع كله او بعضه للغير ، التزم البائع بتعويض المشترى عما أصابه من ضرر بسبب ذلك . ويعتبر التزامه بالتعويض التزاما جزائيا ينشأ من الاخلال بالالتزام الاصلى بالامتناع عن التعرض الشخصى وبدفع تعرض الغير (٣) . ولا يحق للمشترى المطالبة بهذا التعويض الا من وقت الحكم النهائى بالاستحقاق(٤). ولان محل هذا الالتزام دفع مبلغ من النقود على سبيل التعويض ، يعتبر هذا الالزام التزاما فوريا قابلا للتجزئة .

فاذا تعدد البائعون ووقع تعرض للمشترى ، جاز للاخير أن يطالب كلا من البائعين بمنع التعرض كله دون تجزئة لانه انما يطالبهم فى ذلك بتنفيذ الالتزام الاصلى وهو غير قابل للتجزئة . اما اذا أصاب المشترى ضرر من هذا التعرض سواء بلغ هذا الضرر حد الاستحقاق الكلى او اقتصر على الاستحقاق الجزئى أو على تفويت منفعة المبيع بعض الوقت

---

(١) انظر السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٣٣٢ ، امام نبذة ٢١٤ ، البدراوى نبذة ٢٩٣ ، منصور نبذة ٨١ .

(٢) نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ - ٨١٠ - ١٢٢ ، نقض مدنى ١٣ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ - ١٢٣ - ١٧ .

(٣) استئناف مصر ٦ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢١ - ٢٤٢ - ١١٤ .

(٤) الاسكندرية الابتدائية ٢٧ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١ - ٦٠٦ - ٢٦٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فانه يرجع على البائعين بالتعويض عن ذلك الضرر ويطالب كلا منهم بقدر من التعويض يقابل نصيبه فى المبيع ، وذلك لأن الالتزام بالتعويض قابل للتجزئة (١) .

ويترتب على كون الالتزام الاصلى مستمرا والالتزام الجزئى فوريا ان التقادم يرد على الثانى دون الأول لأن الالتزام المستمر وبخاصة اذا كان محله سلبيا كما هو التزام الضمان الاصلى يعتبر تنفيذه مستمرا ، فلا يسقط ابدا ولا يتصور فيه التقادم اصلا . أما الالتزام بالتعويض ، فلأنه يستحق بمجرد الاخلال بالالتزام بالامتناع عن التعرض ، يرد عليه التقادم من وقت استحقاقه (٢) . وقد نصت المادة ٣٨١ مدنى على أن يسرى التقادم بالنسبة الى ضمان الاستحقاق من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق .

غير ان هذه التفرقة بين التزام الضمان الاصلى والتزام الضمان الجزائى لم تلق فيما مضى ما تستحقه من عناية ، بل كثيرا ما وقع الخلط بينهما وكان ذلك سببا فى الخلاف على تاريخ نشوء التزام الضمان ، فأرجعه بعضهم الى تاريخ البيع ، وربطه الآخرون بتاريخ وقوع التعرض او الاستحقاق (٣) . وكان كل من الفريقين يستدل على رأيه بحجج ظاهرة الوجاهة ويستند فى ذلك الى نصوص من القانون . والواقع أن كلا منهما محق فيما ذهب اليه حسب وجهة نظره ، فالفريق الاول نظر الى الالتزام

---

(١) مصر الابتدائية الاهلية ٥ ديسمبر ١٩٢٩ المحاماة ٢٠ — ٩٥٩ — ٣٩٨ .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٣٢٥ . وقد حكم فى ظل التقنين الملغى بان مدة تقادم دعوى الرجوع بضمان الاستحقاق تبدأ من تاريخ الحكم نهائيا بالاستحقاق ، لا من تاريخ تحرير عقد البيع ولا من تاريخ البدء فى النزاع فى الاستحقاق (الاسكندرية الابتدائية ٢٧ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١ — ٦٠٦ — ٢٦٧)

وقضت محكمة النقض فى حكم صدر فى ظل التقنين الحالى بأن القاعدة — سواء فى التقنين المدنى القديم او القائم أن التقادم المسقط لا يبدأ سريانه الا من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الإداء ، مما يستتبع أن التقادم لا يسرى بالنسبة الى الالتزام المعلق على شرط موقف الا من وقت تحقق هذا الشرط : واذا كان ضمان الاستحقاق التزاما شرطيا يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه ، فان لازم ذلك ان التقادم لا يسرى بالنسبة لهذا الضمان الا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائى به لا من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق (نقض مدنى ١٠ مارس ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ — ٥٦٤ — ٧٧ وحكم آخر بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض ٢٣ — ٢٦١ — ٤١) . قارن نقض مدنى ٥ ديسمبر ١٩٤٠ المجموعة ٤٢ — ١٧٦ — ١٠٩ .

(٣) استئناف مصر ٦ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ٢٤٢ — ١١٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الضمان وهو فعلا ينشأ من وقت البيع ، والفريق الثانى نظر الى الالتزام الجزائى وهو لا ينشأ حقا الا من وقت التعرض ، وقد فصلت محكمة النقض فى هذه المسألة فى قضية كان يدور فيها البحث حول تعيين وقت نشوء الدين الذى يترتب فى ذمة البائع بسبب استحقاق المبيع للقول بجواز تمسك البائع بقانون خمسة الافدنة الذى صدر فى الفترة ما بين البيع والاستحقاق أو بعدم جوازه ، فقالت محكمة النقض فى ذلك بتاريخ ٥ ديسمبر ١٩٤٠ « لا يوجد فيما أورده القانون من نصوص فى صدد حق الضمان الذى قرره للمشترى على البائع ما يحدد وقت نشوء هذا الحق ، أهو وقت عقد البيع أو وقت التعرض الفعلى ، فان المادتين ٢٦٦ و ٣٠٠ من القانون المدنى قد نصتا فقط على الزام البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة . فاذا حصل التعرض للمشترى وجب عليه وفقا للمادة ٣٠٤ أن يرد اليه الثمن مع التضمينات . أما المواد الاخرى فلا تتضمن سوى الاحكام التى تراعى فى تعيين الثمن وتقدير التضمينات ، واذن ففقه القانون هو الذى يحدد هذا الوقت . واذ كان الحق لا يعتبر موجودا الا من الوقت الذى يمكن قانونا المطالبة به ، فان حق الضمان لا ينشأ الا من وقت منازعة الغير للمشترى فى المبيع . ومما يؤيد هذا النظر ما هو مقرر من أن مجرد خشية المشترى تعرض الغير أو علمه بوجود حق للغير على المبيع لا يخوله حق الرجوع على البائع بالضمان مادام لم يحصل له تعرض فعلى ، وما ذلك الا لان التعرض هو منشأ الحق فى الضمان ، وان البائع قبل حصول اى تعرض له ليس عليه من التزام سوى تمكين المشترى من الحيازة الهادئة » (المحاماة ٢١ — ٧٢٢ — ٣١٦) .

وظاهر من ذلك ان المحكمة اذا قررت ان حق الضمان لا ينشأ الا من وقت منازعة الغير للمشترى فى المبيع انما نظرت فى ذلك الى التزام الضمان الجزائى اى الى الالتزام بالتعويض عن الاستحقاق ، ولكن لم يفتها أن تلاحظ فى الوقت ذاته نشوء لالتزام الاصلى بالضمان من وقت العقد حيث قررت « ان البائع قبل حصول اى تعرض له ليس عليه من التزام سوى تمكين المشترى من الحيازة الهادئة » .

٢٠٧ — شرط نشوء التزام الضمان الجزائى — يشترط فى نشوء التزام الضمان الجزائى أن يخل البائع — بعد تسليمه المبيع الى المشترى (١) بالتزام الضمان الاصلى اخلالا يترتب عليه ضرر فعلى

---

(١) أما عدم تسليم البائع المبيع الى المشترى فلا يعتبر تعرضا ولا يترتب عليه جزاء =

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

للمشترى ، اى ان يقع تعرض من البائع نفسه أو تعرض قانونى من الغير فلا يقوم التائع بدفعه (١) . فلا يكفى مجرد ظهور حق للغير على المبيع اذا كان هذا الغير لم يرفع اية دعوى على المشترى ولم يتخذ أى اجراء يخشى معه ان يؤدى الى سلب المشترى منفعة المبيع كلها أو بعضها (٢) . فاذا ظهر أن العقار المبيع مرهون رهنا رسميا ، فان ذلك فى ذاتـــه لا يعتبر تعرضا للمشترى ولا يجيز للأخير أن يطالب البائع بضمان الاستحقاق (أى بالتزام الضمان الجـــزائى) ، وان كان يخوله حق مطالبـــة البائع بتخليص المبيع من هذا الرهن بحيث اذا لم يقم البائع بذلك جاز للمشترى فسخ العقد مع التعويضات وفقا للقواعد العامة (٣) .

ويشترط ايضا فى نشوء هذا الضمان أن يكون المشترى غير عالم وقت

الالتزام بالضمان وانما يترتب عليه حق المشترى فى تنفيذ التسليم عينا أو فى التعويض عن عدم التسليم . ويعتبر الرجوع بهذا التعويض طلبا مغايرا للرجوع بضـــمان التعرض والاستحقاق . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان المشترى قد أقام مطالبته بالتعويض على أساس اخلال البائع بالتزامه بضمان التعرض والاستحقاق دون أن يؤسسها على اخلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع ولم يتمسك بهذا الدفاع الاخير أمام محكمة الموضوع ، فان النعى على الحكم بأنه لم يبحث الدعوى على أساس اخلال البائع بهذا الالتزام يكون سببا جديدا لا يجوز اثارته لاول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدنى ٢ مايو ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض ١٤ - ٦٣١ - ٩٨/ب) .

(١) ومن قبيل التعرض القانونى الصادر من الغير الذى يعجز البائع عن دفعه استيلاء الاصلاح الزراعى على المبيع فى يد المشترى بسبب عدم ثبوت تاريخ عقده قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ طبقا للمادة الثالثة من القانون رقم ١٩٥٢/١٧٨ الخاص بالاصلاح الزراعى . وقد قضت محكمة النقض بأن المناط عند الاستيلاء على المساحات الزائدة تنفيذا للقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الصادر بشأن الاصلاح الزراعى - الاعتداد بما لم يشهر من تصرفات المالك الصادرة الى غير فروعه وزوجه وأزواج فروعه والسابقة على يوم ١٩٥٢/٩/٩ تاريخ العمل بهذا القانون هو - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - ثبوت تاريخ هذه التصرفات قبل يوم قيام الثورة فى ١٩٥٢/٧/٢٣ . فما لم يكن منها ثابت التاريخ قبل هذا اليوم لا يعتد به، بمعنى أن يعتبر المتصرف فيه باقيا على ملك المتصرف فيما يختص بتطبيق أحكام الاستيلاء . فاذا كان الثابت أن عقد البيع محل النزاع ليس له تاريخ ثابت قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ فان حق الاصلاح الزراعى فيما استولى عليه من الاطيان المبيعة الى المطعون عليه من الطاعنين يكون مستمدا منهما ومن ثم يكونان مسئولين قبل المطعون عليه (المشترى) عن هذا الاستيلاء مادام سببه راجعا اليهما » نقض مدنى أول فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧-١٠٥-٢٧.

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ فقرة ٣٤٠ .

(٣) ولا سيما اذا كان البائع قد التزم فى العقد بتطهير العـــين من كافة ما عليها من الحقوق العينية والقيود نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض١٧-٤٤٣-٦١)

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

العقد بسبب التعرض أو الاستحقاق ، لأنه لو كان عالما به يعتبر مشتريا تحت مسئوليته à ses risques فلا يكون له رجوع بالتضمينات (المادة ٤٤٦) (١) . ويدخل تقدير علم المشترى بسبب الاستحقاق وتقصى ثبوته فى سلطة قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض ما دامت الاسباب التى يقيم عليها قضاءه سائغة تؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها (٢) . ويشترط أيضا الا يكون المشترى قد تسبب بخطئه فى حدوث ما وقع له من تعرض (٣) .

---

(١) نقض مدنى ٧ يوليه ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ — ٩٣٠ - ١٤١ .وقد جاء فيه أنه اذا كان الاصل أنه لا يجوز للمشترى عند حصول تعرض له فى الانتفاع بالمبيع أو عند استحقاق هذا المبيع أن يرجع على البائع بالتعويضات اذا كان المشترى يعلم وقت البيع بسبب التعرض والاستحقاق ، الا أن التزام لبائع القانونى بالضمان يقبل التعديل باتفاق المتعاقدين سواء على توسيع نطاقه أو تضييق مداه أو الابراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما » .

ويعلل ذلك بأن على المشترى بسبب التعرض أو الاستحقاق يعتبر بمثابة قبوله اعفاء البائع من الضمان . ومن أمثلة ذلك أن يكون مشترى المتجر عالما أن البائع قد أنشأ متجرا آخر من نوع المبيع ، فلا يكون له رجوع على البائع بتعويض عن هذه المنافسة نظرا لعلمه بهذا التعرض وقبوله الشراء على هذا الاساس أو أن يكون مشترى العقار عالما أن البائع سبق أن باعه الى آخر بعقد غير مسجل فلا يكون له رجوع عليه بالتضمينات اذا سبقه المشترى الاول فى تسجيل عقده ، أو أن يكون المشترى عالما بوجود منازعة على المبيع لم يحكم فى هذه المنازعة لصالح خصم البائع . قارن عكس ذلك السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٦٥١ وص ٧٠٠ .

(٢) نقض مدنى ١٠ مارس ١٩٦١ مجموعة احكام النقض ١٧ — ٥٦٤ — ٧٧ .

(٣) نقض مدنى ٢٠ يونيه ١٩٢٥ فى الطعن رقم ٢٥ سنة ٥ ق فهرس أحكام النقض فى ٢٥ سنة ص ٣٥٣ نبذة ٥٥ وقد جاء فيه انه اذا اشترى شخص عقارا من آخر بمقتضى عقد عرفى ابتدائى تعهد فيه البائع بأن يوقع على العقد النهائى على يد كاتب المحكمة فى يوم كذا، كما تعهد المشترى بأن يدفع الباقى من الثمن فى ذلك اليوم . وقبل حلول اليوم المحدد باع المشترى هذا العقار الى آخر وتنازل له عن حقوقه فى العقد الصادر من البائع الاول وأحله محله فيها وفى واجباته ، وقبل المشترى الثانى ذلك ثم انتظر حتى أشهر افلاس البائع الاصلى بعد الوقت المحدد للتوقيع على العقد الصادر منه . ففى هذه الصورة لا يجوز للمشترى الاخير أن يرجع على بائعه بشىء ، اذ كان يجب عليه أن يدفع باقى الثمن الى البائع الاصلى ، وله بمقتضى القانون أن يدفعه اليه ولو رغم ارادته لانه اذا كان للدائن وجه فى عدم الرضا بتغيير مدينه بلا ارادته حتى لا يضطر لمطالبة من قد يكون معسرا، فانه لا وجه له فى الامتناع عن قبض الدين فعلا من أى انسان كان ، ولا يبقى بعد ذلك الا حضور هذا البائع لتوقيع عقد البيع النهائى فى اليوم المحدد تنفيذا لالتزامه ، فان ابى التوقيع بعد تكليفه بذلك بسبب عدم وجود رابطة بينه وبين المشترى الثانى ، فهذا يقتضى اخطار البائع الثانى لاستصدار العقد منه ، ويصدر هو عقدا قابلا للتسجيل ومتى سجل العقدان

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويكفى فى نشوء التزام الضمان الجزائى أى تعرض ولو كان لايترتب عليه سوى النقص فى قيمة المبيع أو حرمان المشترى حرمانا جزئيا من منفعة المبيع (١) .

غير ان المشرع قد فرق فى مدى الجزاء بين حالة الاستحقاق الكلى وحالة الاستحقاق الجزئى .

٢٠٨ — احوال الاستحقاق الكلى ومدى الالتزام الجزئى فيها :

(أ) احواله — الاصل فى الاستحقاق الكلى أن يكون بنزع المبيع كله من يد المشترى بمقتضى حكم يلزمه بترك المبيع لمدعى استحقاقه متى كان هذا الحكم صادرا فى مواجهة البائع ، أو كان البائع قد اخطر بالدعوى فى الوقت الملائم فلم يتدخل فيها ما لم يثبت هذا أن المشترى قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما كان هو السبب فى الحكم باستحقاق المبيع للغير .

خلصت الملكية للمشترى الثانى . فاهمال المشترى الثانى فى ذلك وتفويته الميعاد المحدد فى العقد وانتظاره بعد ذلك حتى أشهر أفلاس البائع الاول لا يجعل له وجها فى الرجوع بشىء على المشترى الاول .

(١) باع شخص لآخر محلا تجاريا بما فيه من بضائع وقبض الثمن وتعهد فى عقد البيع بالا يتجر فى البضائع التى يتجر فيها المشترى فى الشارع الذى يقع فيه المحل المبيع ولكنه فتح محلا بنفس العمارة التى بها المحل المبيع واتجر فى بعض أنواع البضائع التى شملها عقد البيع ، فاقام عليه المشترى الدعوى يطالبه فيها بدفع مبلغ على سبيل التعويض ، فقضت المحكمة باحالة الدعوى الى التحقيق ليثبت المشترى أن ضررا لحقه من جراء اخلال البائع بشرط التحريم الوارد فى العقد ثم حكمت فى الموضوع برفض دعوى المشترى لعجزه عن اثبات وقوع الضرر ، فطعن المشترى فى هذا الحكم التمهيدى الصادر باحالة الدعوى الى التحقيق .

وقد قررت محكمة النقض فى ٨ مارس ١٩٥٦ أن البائع أخل بواجب الضمان الذى يلزمه بوصفه بائعا كما أخل بالشرط المتفق عليه فى عقد البيع وأن هذا الاخلال ان هو الا تعرض للمشترى فى بعض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمته التى كانت الاساس الذى بنى عليه الطرفان تقدير الثمن عند التعاقد . ونقص قيمة المبيع على هذه الصورة هو بذاته الضرر الذى أصاب المشترى من تعرض البائع وهو ضرر مفترض بحكم واجب الضمان الملتزم به البائع يتحقق بمجرد الاخلال بهذا الواجب اذ هو يمثل ثمن الجزء من المبيع الذى حصل التعرض فيه من جانب البائع — ومن ثم فان الحكم التمهيدى اذ أحال الدعوى على التحقيق وكلف المشترى اثبات الضرر ، كما أن الحكم القطعى اذ أقام قضاءه بالغاء الحكم المستانف وبرفض الدعوى بناء على عجز المشترى عن اثبات الضرر — يكونان قد خالفا القانون (مجموعة أحكام النقض ٧ — ٢٩١ — ٤٢ المحاماة ٣٧ — ٤٢١ — ٢٢٣) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وتعتبر أيضا من قبيل الاستحقاق الكلى الحالات الآتية :

١ - اذا قرر المشترى ترك المبيع كله الى مدعى استحقاقه دون أن ينتظر صدور حكم ملزم له بذلك لظهور حق المدعى فيه . وقد نصت المادة ٤٤١ مدنى على أن « يثبت حق المشترى فى الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للاجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون ان ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى متى كان قد اخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه ان يحل محله فيها فلم يفعل ، كل ذلك مالم يثبت البائع ان الاجنبى لم يكن على حق فى دعواه » .

ويلاحظ ان هذا النص اريد به التيسير على المشترى فى انهاء الدعوى المرفوعة عليه متى كان وجه الحق فيها ظاهرا ، فسمح له ان ينهيها بالاقرار للمدعى بحقه او بالصلح معه على هذا الحق لان تخلف البائع عن التدخل فى الدعوى يرجح انه ليس له دفاع فيها . غير ان المشترى اذا اقدم على انهاء الدعوى من طريق الاقرار او الصلح ، انما يفعل ذلك على مسئوليته ، فيجوز للبائع ان يلقى المسئولية على المشترى اذا اثبت بأدلة حاسمة أن الاجنبى لم يكن على حق فيما ادعى وأن المشترى قد أخطأ فيما صدر منه من اقرار او صلح خطأ يستوجب اسقاط حقه فى الرجوع على البائع . ولا يشترط لاخلاء مسئولية البائع ان يثبت هو وقوع غش أو خطأ جسيم من المشترى كما فى حالة صدور حكم بالاستحقاق دون تدخله فى الدعوى المرفوعة على المشترى ، ولكن لا يكتفى منه بأن يثبت أن المشترى لم يتمسك بدفع من الدفوع الخاصة به كالدفع بالتقادم المكسب او المسقط اذ ان التمسك بهذا الدفع متروك لتقدير المشترى شخصيا وقد تأبى ذمته ان يتمسك به فلا يلام على ذلك (١) .

٢ - اذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله بدفع مبلغ من النقود او بأداء شيء آخر ، كما اذا كان المبيع مرهونا وانذر الدائن المرتهن المشترى بالدفع أو التخلية ، فقضى الاخير الدين واحتفظ بالمبيع . وقد نصت المادة ٤٤٢ مدنى على أن يكون للبائع فى هذه الحالة ان يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما اداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات .

٣ - اذا احتفظ المشترى بالمبيع لسبب آخر غير عقد البيع ، كما

---

(١) انظر السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٦٦٩ هامش .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

اذا ثبت ان البائع غير مالك وورث المشترى المبيع او اشتراه مرة ثانية من مالكه الحقيقى .

٤ — ويعتبر الفقه من قبيل الاستحقاق الكلى أيضا عدم تمكن المشترى من وضع يده على المبيع لوجوده فى حيازة اجنبى تعرض للمشترى فى استلامه واثبت ان المبيع مملوك له . غير أن محكمة النقض قد خالفت هذا الراى واشترطت فيما يعتبر استحقاقاموجبا للضمان أن يكون المشترى قد تسلم المبيع ثم نزع منه ، أما اذا تعذر عليه استلامه لوجوده فى حيازة أجنبى ثبتت ملكيته للمبيع ، فلا تنطبق على حالته قواعد ضمان الاستحقاق ، بل قواعد بطلان بيع ملك الغير ، وقد جاء فى حكمها الصادر فى ١٤ مارس ١٩٤٠ « أن الواقعة الثابتة فى الحكم المطعون فيه والتى لا نزاع فيها بين الطرفين تنحصر فى أن الطاعن أعطى المطعون ضدها أرضا كانت تعتقد وقت البدل أن الطاعن يملكها ثم تبين لها وقت التسليم انها خرجت عن ملكه ببيعه اياها الى وزارة الاشغال منذ ثلاث سنوات سابقة على البدل ، وأن التكييف القانونى الصحيح لهذه الواقعة هو بيع الشىء الذى لا يملكه بائعه المنصوص عنه فى المادتين ٢٦٤ و ٢٦٥ من القانون المدنى وأن ضمان البائع المترتب على البيع ينحصر فى تسليم المبيع للمشترى وعدم منازعته فيه من الغير . فاذا عجز البائع عن التسليم أو عجز عن كف منازعة الغير للمشترى وجب عليه الضمان ، وهذا الضمان فى الحالتين مرجعه بيع البائع ما لايملك الا أن المبيع كان فى الحالة الاولى تحت يد الغير وقت البيع فتعذر التسليم ، وكان فى الحالة الثانية تحت يد المشترى فاسترده مالكه الحقيقى ونزعت بذلك الملكية من ذلك المشترى ، وانه يترتب على هذا الضمان بطلان البيع فى الحالة الاولى أو فسخه فى الحالة الثانية والزام البائع برد الثمن مع التضمينات » (المحاماة ٢٠ — ١٣٦٤ — ٦٠٢) .

وظاهر أن المحكمة خلطت فى هذا بين دعوى ضمان الاستحقاق الكلى ودعوى الفسخ مع التعويض ، ويرجع ذلك الى أن نص القانون كان يقضى فى حالة الاستحقاق الكلى بوجوب رد الثمن مع التضمينات ، فالتبس ذلك مع حكم الفسخ فى حين أن المقصود به التنفيذ بمقابل .

٣٠٩ — (ب) مدى التزام البائع الجزائى فى حالة الاستحقاق الكلى — نصت المادة ٤٤٣ مدنى على أنه « اذا استحق كل المبيع كان للمشترى أن يطلب من البائع :

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .

٢ - قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع .

٣ - المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق . وكذلك المصروفات الكمالية اذا كان البائع سيىء النية .

٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٤٠ .

٥ - وبوجه عام تعويض المشترى عما يلحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو ابطاله » .

ويخلص من هذا النص أن البائع يلزم بتعويض المشترى عن كل ما أصابه من ضرر بسبب استحقاق المبيع . ويشمل ذلك :

(أولا) قيمة المبيع - وقد نص التقنين الحالى على الزام البائع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق تطبيقا لقواعد التنفيذ بمقابل (١) ، فاذا كان المبيع قد زادت قيمته من وقت البيع الى وقت الاستحقاق وجب على البائع أن يدفع للمشترى هذه القيمة الزائدة لا الثمن الذى اشترى به فحسب (٢) . أما اذا نقصت القيمة ، افاد البائع من ذلك ولم يدفع

---

(١) ومع أنه لا يجوز للمشترى المطالبة بضمان الاستحقاق الا من وقت صدور الحكم النهائى بالاستحقاق ، فان تقدير قيمة المبيع وقت الاستحقاق يجب أن ينظر فيه الى قيمة المبيع وقت رفع دعوى الغير التى حكم له فيها بالاستحقاق لان حكم الاستحقاق يستند اثره الى وقت رفع الدعوى (السنهورى جـ ٤ ص ٦٧٧) .

(٢) والمقصود بذلك زيادة القيمة الطارئة بغير فعل المشترى (الاسكندرية الوطنية ٢٧ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١ - ٦٠٦ - ٢٦٧) . أما اذا كانت زيادة القيمة قد نشأت عن مصروفات نافعة نفقها المشترى على المبيع ، فسيجىء فى الصفحة التالية انه يجوز للمشترى أن يطالب مدعى الاستحقاق بان يرد اليه من هذه المصروفات قدر ما عاد على المبيع من زيادة فى القيمة . وفى هذه الحالة يستنزل هذا القدر من قيمة المبيع التى يحق للمشترى مطالبة البائع بها . وكذلك فيما يتعلق بالمصروفات الضرورية لان للمشترى أن يستردها كلها من المستحق ، فلا يجوز أن يحصلها مرة أخرى من البائع .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

للمشترى الا تلك القيمة الناقصة . غير أنه يلاحظ فى هـــذه الحالة أن المشترى ليس مقيدا بقواعد التنفيذ بمقابل التى طبقتها المـــادة ٤٤٣ المذكورة ، وانما له أن يعدل عنها الى طلب الفسخ ، فيجوز له حينئذ أن يطالب بالثمن الذى دفعه وان لا يكتفى بقيمة الشيء وقت استحقاقه .

وكانت المادة ٣٠٤ / ٢٧٨ مدنى قديم تنص على أنه اذا كان الضمان واجبا ونزعت الملكية من المشترى ، فعلى البائع رد الثمن مع التضمينات. وكان هذا النص يفسر باعتباره أقرب الى تطبيق قواعد الفسخ منه الى تطبيق قواعد التنفيذ بمقابل . والواقـع أن النصـين يؤديان عملا الى نتيجة واحدة . ففى حالة زيادة قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن ثمـن البيع ، فان النص الجديديخول المشترى هذه القيمة طبقا لقواعد التنفيذ بمقابل (١) . أما النص القديم فقد كان يخوله الثمن باعتبـــار العقـد مفسوخا ويخوله زيادة القيمة باعتبارها من التضـــمينات . وفى حالة نقص القيمة ، فان النص الجديد يترك للمشترى الحق فى طلب الفسخ فيسمح له بذلك أن يطالب البائع بثمن المبيع وان لا يكتفى بقيمة المبيع وقت الاستحقاق ، وهذا ما كان يقضى به النص القديم (٢) .

ويلزم البائع أيضا بالفوائد القانونية عن قيمة المبيع ابتداء من وقت الاستحقاق وليس من وقت المطالبـــة القضائية بها فحسب كمـــا فى سائر الديون ويلزم بها من تاريخ رفع دعوى الاستحقاق لان الحكم النهائى فى دعوى الاستحقاق يستند الى تاريخ رفعها ، ويثبت به حق المشترى فى قيمـــة المبيع من هـــذا التاريخ وحقه فى الانتفاع بهـــذه القيمة واستغلالها (٣) ، وتستحق الفوائدللمشترى ولو كان المبيع لا ينتج ثمارا كالارض الفضاء المعدة للبناء (٤) .

ويستحق المشترى قيمة المبيع وفوائده القانونية من وقت رفـع دعو ىالاستحقاق بقطع النظر عن سوء نية البائع أو حسنها (٥) .

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤نبذة ٣٥٢ ص ٦٧٧ .
(٢) السنهورى فى المرجع السابق ص ٦٧٨ ، أمام نبذة ٣٠٨ ، منصور ص ١٧٢ .
(٣) انظر المذكرة الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٩٦ .
(٤) السنهورى فى المرجع السابق ص ٦٧٩ ، عبد الباقى نبذة ١٥٦ ص ٢٤٢ .
(٥) السنهورى فى المرجع السابق ص ٦٧٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

(ثانيا) قيمة الثمار التى الزم المشترى بردها لمن استحق المبيع ـ يقتصر ذلك على الثمار التى يكون المشترى قد حصلها بسوء نية قبل رفع دعوى الاستحقاق ، لانه لا يرد الثمار التى يحصلها قبل ذلك بحسن نية فلا محل لرجوعه بها على البائع ، ولان الثمار التى يحصلها من وقت رفع الدعوى عليه يجب أن يردها اذ يعتبر انه قبضها بسوء نية ، ولكن ليس له ان يطالب بها البائع ما دام البائع سيدفع له فوائد قيمة المبيع من وقت الاستحقاق وهو يرجع الى وقت رفع الدعوى (١) .

(ثالثا) المصروفات التى انفقها على المبيع ـ اذا كان المشترى قد انفق على المبيع مصروفات ضرورية لحفظه فانه يستردها من المالك الذى حكم له بالاستحقاق وفقا للمادة ١/٩٨٠ مدنى سواء أكان يعلم بسبب الاستحقاق أم لم يكن ، وسواء أكان انفاقها بعد رفع دعوى الاستحقاق عليه أو قبل ذلك ، وبالتالى لا يجوز له أن يطالب بها البائع ، ولذلك لم تنص عليها المادة ٤٤٣ . اما اذا انفق مصروفات نافعة كاقامة طبقة جديدة فوق البناء أو استصلاح ارض بور ، فان كان ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق وكان لايعلم وقت انفاقها سبب الاستحقاق ، كان له أن يسترد من المالك من هذه المصروفات بقدر ما عاد على المبيع من زيادة فى القيمة طبقا للمادة ٩٢٥ مدنى ورجع على البائع بالفرق بين زيادة القيمة ومقدار ما انفق من المصروفات النافعة .

وان كان بعد الشراء ووقت انفاق هذه المصروفات النافعة قد علم سبب الاستحقاق فيكون حكمه حكم الباني سيء النية اى انه يخضع لخيار المالك اذ يجوز لهذا أن يطلب ازالة المنشآت التى أقامها المشترى مع التعويض ان كان له وجه ، أو أن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة أو دفع مبلغ يساوى الزيادة التى حصلت بسببها فى قيمة المبيع (المادة ٩٢٤ مدنى) ، فيرجع المشترى على البائع بباقى ما انفق بعد استنزال ما حصله من المالك (٢) ، ما لم يثبت أن سبب الاستحقاق كان واضحا وضوحا كافيا يجعل المشترى مخطئا فى عدم ادخاله فى اعتباره

---

(١) السنهورى فى المرجع السابق ، منصور ص ١٧٤ بندة ٨٦ ، ويلاحظ أن رجوع المشترى بقيمة الثمار التى الزم بردها لتحصيله اياها بسوء نية قبل رفع الدعوى يفترض سبق وفائه كامل الثمن للبائع ، والا فانه يخصم من قيمة هذه الثمار قيمة فوائد الباقى فى ذمته من الثمن (فى هذا المعنى لبيب شنب ص ١٩٨) .

(٢) السنهورى فى المرجع السابق ص ٦٨٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومجازفا بانفاق تلك المصروفات بعد أن انكشف له سبب الاستحقاق أو متعمدا بها ابهاظ البائع أو محاباة المالك فلا يكون له رجوع ، وكذلك الامر لو بنى المشترى الذى لم يكن يعلم وقت الشراء سبب الاستحقاق بعد أن رفعت عليه دعوى الاستحقاق (١) .

واذا انفق المشترى على المبيع مصروفات كمالية ، فليس له أن يطالب بها المالك ، كما أن ليس له أن يطالب بها البائع اذا كان هذا حسن النية لان المدين حسن النية لا يلزم الا بتعويض الضرر المتوقع ولان قيام المشترى بمصروفات كمالية وضياع هذه المصروفات عليه بسبب استحقاق المبيع يعتبر ضررا غير متوقع لا يسأل عنه المدين الا ان يكون قد وقع منه غش(١)، ولذلك نصت المادة ٤٤٣ على أن للمشترى أن يطالب البائع بالمصروفات الكمالية اذا كان البائع سيىء النية .

(رابعا) مصروفات الدعاوى — المفروض أن المشترى خسر دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه والزم تبعا لذلك بمصروفاتها وانه ادى هذه المصروفات للمستحق ، فيكون له أن يطالب بها البائع ، كما له أن يطالبه بمصروفات ادخاله فى دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه وبمصروفاتها التى يرجع بها عليه مطالبا بالتعويض عن الاستحقاق . ويستثنى من ذلك ما كان المشترى يستطيع ان يتقيه لو أخطر البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم بحيث كان البائع يستطيع أن يختصر اجراءات التقاضى ونفقاته لان الخسارة التى تحملها فى هذه الحالة بسبب طول الاجراءات وكثرة النفقات كانت بخطأ منه هو . ويقع على عاتق البائع فى هذه الحالة عبء اثبات أنه كان ممكنا اختصار الاجراءات لو تم اخطاره فى الوقت الملائم (٢) .

(خامسا) تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع — ويشمل ذلك بوجه خاص الارباح التى حرم منها المشترى بسبب زيادة قيمة المبيع عن الثمن المتفق عليه عند البيع

---

(١) قارن استئناف مختلط ٢٠ مايو ١٩١٢ (٢٤ ص ٢٨٠) ، ٩ يونيه ١٩١٣ (١٥ ص ٤٣٧) .

(٢) استئناف مصر ١٤ مايو ١٩٤٧ المجموعة ١٨ — ٦٩٥ — ٤١٠ .

(٣) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٦٨٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وما يكون قد طرأ من زيادة فيما بعد البيع الى يوم الاستحقاق (١) ، سواء أكانت هذه الزيادة بعمل المشترى أم بغير عمله كالظروف الطارئة او الظروف الاقتصادية العامة .

٢١٠ - حق المشترى فى فسخ البيع وفى ابطاله - تقدم ان استحقاق المبيع فى يد المشترى يعتبر اخلالا بالتزام الضمان الذى يقع على البائع . وانه يؤدى طبقا للقواعد العامة الى تخويل المشترى ان يطلب اما التنفيذ بمقابل واما الفسخ . وقد طبقت المادة ٤٤٣ حكم التنفيذ بمقابل ، دون اخلال بحق المشترى فى فسخ العقد او ابطاله .

فيجوز اذن للمشترى ان يتجاوز عن طلب التنفيذ بمقابل ، وان يطلب الفسخ . ويكون له بناء على ذلك ان يسترد الثمن الذى دفعه وان يطلب فوق ذلك تعويضا عن الاضرار التى اصابته بسبب الاستحقاق (٢) . وتكون مصلحة المشترى فى طلب الفسخ اذا كانت قيمة المبيع قد نقصت وقت الاستحقاق عما كانت عليه وقت البيع ، فان الفسخ يخوله الحق فى استرداد كل الثمن الذى دفعه فى حين أن التنفيذ بمقابل لم يكن يخوله الا قيمة المبيع وقت الاستحقاق .

وفوق ذلك فان استحقاق المبيع للغير يحمل فى ذاته الدليل على أن البيع ورد على ملك الغير ، واذن يجوز للمشترى ان يستغنى عن طلب التنفيذ بمقابل وعن طلب الفسخ بطلب ابطال البيع مع التعويض لورود البيع على مال غير مملوك للبائع .

غير انه فى ظل التقنين الملغى لم تكن للمشترى مصلحة فى ابطال البيع بدلا من فسخه او من طلب تنفيذه بمقابل لان أحكام بيع ملك الغير لم تكن

---

(١) استئناف مصر ١٦ فبراير ١٩٤١ المحاماة ٢١ - ٨٩٩ - ٣٧٨ ، الاسكندرية الوطنية ٢٧ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١ - ٦٠٦ - ٢٦٧ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن لقاضى الموضوع متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع ووجب على البائع رد الثمن مع التضمينات أن يقدر هذه التضمينات بمبالغ معين يلتزم به البائع ، علاوة على الثمن ، أو أن يحتسب عليه الثمن بالفوائد التى يعوض بها على المشترى ماخسره وما حرم منه من الارباح المقبولة قانونا بسبب نزع الملكية والاستحقاق ، وليس على القاضى اذا أجرى الفوائد التعويضية على البائع أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار اليها فى المادة ١٢٤ مدنى قديمة الذى يحكم واقعه النزاع (نقض مدنى ٢٩ فبراير ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ - ٢٦١ - ٤١) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تخوله فى حالة ابطال العقد أن يطالب البائع بتعويضات الا اذا كان هو حسن النية والبائع سيىء النية (١) فى حين أن قواعد الفسخ وقواعد التنفيذ بمقابل تعطى المشترى الحق فى التعويضات بقطع النظر عن حسن نيته وسوء نية البائع . لذلك كان المشترى يفضل دائما أن يسلك سبيل الفسخ أو سبيل التنفيذ بمقابل على أن يطلب ابطال البيع .

وقد تقدم أن محكمة النقض قررت انه اذا لم يكن المشترى قد تسلم المبيع الى حين استحقاقه للغير فلا يجوز له أن يطلب الفسخ أو التنفيذ بمقابل ولا يكون له الا أن يطلب ابطال العقد ، وبالتالى لا يكون له الحق فى التعويضات الا اذا كان هو حسن النية والبائع سيىء النية .

على أن ذلك لا يفيد حتما أنه اذا وقع الاستحقاق بعد أن تسلم المشترى المبيع لا يجوز للاخير ابطال العقد ويتعين عليه أن يختار بين الفسخ او التنفيذ بمقابل ؛ بل يستفاد عكس ذلك من المذكرة الايضاحية للمواد ٦٣٢ ـ ٦٣٤ من المشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى حيث جاء فيها انه يجب أن «تلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق، فان الاستحقاق اذا كان كليا كان هذا هو بيع ملك الغير ، اذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئا مملوكا لاجنبى ، ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لاحكام بيع ملك الغير ، ويترتب على ذلك أن المشترى ، فى بيع ملك الغير ، يكون بالخيار ، اذا استحق المبيع فى يده ، بين فسخ البيع او ابطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق » .

٢١١ ـ احوال الاستحقاق الجزئى وحكمها ـ ويكون الاستحقاق جزئيا اذا نزع من المشترى جزء مفرز أو شائع من المبيع ، او حكم للغير بحق متفرع عن حق ملكية المبيع كحق ارتفاق أو استعمال أو سكنى ، أو بمال يعتبر من ملحقات المبيع . فاذا ادعى الغير حق ارتفاق على المبيع وحكم له به ، أو اذا كان للمبيع حق ارتفاق على عقار آخر فنازع مالك العقار فى وجود الارتفاق وحكم له بانقضاء ذلك الحق ، اعتبر ذلك استحقاقا جزئيا.

وقد نصت المادة ٤٤٤ مدنى على انه :

« ١ ـ اذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكليف ، وكانت

---

(١) انظر استئناف مصر ١٦ فبراير ١٩٤١ المحاماة ٢١ ـ ٨٩٦ ـ ٣٧٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

٢ - فاذا اختار المشترى استيفاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقته تبلغ القدر المعين فى الفقرة السابقة ، لم يكن له الا ان يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق » .

ويخلص من ذلك ان المشرع يفرق فى الاستحقاق الجزئى بين حالتين:

(١) الحالة التى يكون فيها الاستحقاق الجزئى بالغا حدا من الجسامة بحيث لو علمه المشترى قبل التعاقد لما أبرم العقد .

(٢) والحالة التى لا يبلغ فيها الاستحقاق الجزئى هذا الحد من الجسامة .

ففى الحالة الاولى يجوز للمشترى أن يعتبر أن الاستحقاق الجزئى يجعل وفاء البائع بالتزاماته وفاء جزئيا وان يرفض هذا الوفاء الجزئى ، فيرد الباقى من المبيع وما أفاده منه الى البائع ويرجع عليه بما يترتب على عدم الوفاء الكلى ، أى أن يطالبه بالتعويضات التى نصت عليها المادة ٤٤٣ أو بفسخ البيع مع التضمينات ، كما يجوز له أن يحتفظ بالباقى من المبيع وأن يقتصر على طلب تعويض عن القدر الذى استحق من يده ، أى انه يكون له الخيار بين الفسخ وعدمه . غير انه اذا اختار الفسخ وكان سبق له رهن العقار المبيع فان الفسخ لا ينفذ فى حق الدائن المرتهن حسن النية، بل يبقى رهنه قائما وفقا للمادة ١٠٣٤ مدنى (١) .

اما فى الحالة الثانية فان المشترى لا يجوز له أن يرفض الباقى من المبيع بعد الاستحقاق حتى يطبق على البائع أحكام عدم الوفاء الكلى ، وانما يكون له فقط أن يحتفظ بباقى المبيع وأن يطلب تعويضا عن الجزء الذى استحق .

وفى كلتاالحالين فان التعويض المستحق للمشترىلا يقتصر علىنقص

---

(١) انظر كتابنا فى التأمينات العينية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٩ نبذة ٥٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الثمن بنسبة ما استحق من المبيع، بل يشمل تعويض كل ما أصاب المشترى من أضرار بسبب الاستحقاق الجزئى .

٢١٢ — الاتفاقات المعدلة لاحكام الضمان — والاصل فى التزام الضمان كما فى غيره من الالتزامات العقدية انه يخضع لارادة المتعاقدين (١) . فاذا لم ينصا فى شأنه على شىء ، سرت عليه أحكام المواد ٤٣٩ وما بعدها .

وقد نصت المادة ٤٤٥ فقرة اولى صراحة على انه يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص ان يزيدا فى ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان .

وقد انشأ المشرع قرينة قانونية على أن البائع قد اشترط عدم الضمان فيما يتعلق بحق الارتفاق المرتب على العين المبيعة اذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى (المادة ٤٤٥ فقرة ثانية).

واذا اشترط البائع اعفاءه من الضمان كله أو بعضه ، وكان قد تعمد اخفاء حق الاجنبى ، فان هذا الشرط يقع باطلا ولايعفى البائع من شىء (المادة ٤٤٥ فقرة ثالثة) .

اما من حيث أثر شرط الاعفاء الصحيح ، فانه لا يترتب عليه بأى حال اعفاء البائع من المسئولية عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك (المادة ٤٤٦ فقرة اولى) .

أما بالنسبة للتعرض القانونى الصادر من الغير ، فان الاتفاق على عدم الضمان يعفى البائع من التزامه بالتعويضات التى يستحقها المشترى ولكن لا يعفيه من دفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، الا اذا اثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق (٢) أو أنه اشترى ساقط الخيار (المادة ٤٤٦ فقرة ثانية) .

وقد جرى القضاء على أن اشتراط الضمان فى عقد البيع بالفاظ عامة

---

(١) نقض مدنى ١٦ مايو ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ — ٩٣٣ — ١٤٥ . وقد جاء فيه انه يجوز للمشترى الاتفاق على أن يعوضه البائع فى حالة حصول تعرض له فى انتفاعه بالمبيع ، كما يحق للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه فى العقد .

(٢) استئناف مصر ٢٦ يناير ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ٦٢ — ٢٢٠ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

لا يعتبر تعديلا فى الاحكام التى وضعها القانون لهذا الالتزام ، الا انه اذا كان المشترى والبائع كلاهما عالمين وقت التعاقد بسبب التعرض أو الاستحقاق فان النص على شرط الضمان فى العقد بعبارات عامة - وهو أصلا لا حاجة اليه - يدل على أن الغرض منه هو تأمين المشترى من الخطر الذى يهدده تأمينا لا يكون الا بالتزام البائع بالتضمينات علاوة على رد الثمن فى حالة استحقاق المبيع (١) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

§ ٢ - ضمان العيوب الخفية (١)

٢١٣ - تحديد ضمان العيوب الخفية واحواله - لا يقتصر التزام البائع على أن يضمن للمشترى حيازة هادئة ، بل يضمن له أيضا حيازة نافعة تحقق له الغرض الذى قصده من الشراء . فاذا وجد بالمبيع عيب ينقص من نفعه ، وجب على البائع ان يزيل اثر العيب او ان يبدل بالمبيع غيره ، والا اعتبر مخلا بالتزامه ضمان الحيازة النافعة ، واستوجب الجزاء المقرر للاخلال بالالتزامات التعاقدية .

وكان التقنين الملغى ينص على هـذا الضمان فى المادة ٣١٣/٣٧٧ وما بعدها ويسميه ضمان العيوب الخفية ، وكان يعدد الشروط التى يلزم توافرها فى « عيب » المبيع لايجاب ضمانه على البائع ، ولكنه لم يعرف ما يعتبر عيبا فى ذاته . فعرفته محكمة النقض بانه « الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع » ، كمرض الدابة وتسوس الخشب وشرخ الآنية الزجاجية ووهن أساس الدار ، وقالت فى تطبيق ذلك انه اذا وجد المبيع مصنوعا من مادة غير المتفق عليها ، فذلك لا يعتبر موجبا لضمان البائع (٢) .

ويبين من ذلك ان محكمتنا العليا كانت تفرق فى ظل التقنين الملغى بين عيب المبيع وهو الآفة الطارئة على الفطرة السليمة ، وبين تخلف صفة فى المبيع لا تقتضيها فطرته السليمة، وتقصر ضمان العيوب الخفية على الحالة الاولى دون الثانية ، مع عدم الاخلال بتطبيق احكام الغلط فى الحالة الثانية اذا كانت الصفة المتخلفة والتى كان المشترى يعتقد توافرها وقت

---

(١) انظر شفيق أيوب ، ضمان العيوب الخفية فى الفقه الحنفى ، رسالة بالفرنسية، وايضا عبد الرسول عبد الرضا محمد ، الالتزام بضمان العيوب الخفية فى القانونين المصرى والكويتى ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٧٤ ، وايضا عادل عارف المعراوى ، بحث فى ضمان العيوب الخفية ، مقدم الى معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة سنة ١٩٧٢ .

(١) نقض ٨ ابريل ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ - ٥٢٧ - ٢٩٦ . وقرب تعريف عادل المعراوى العيب بانه ما تخلو منه الفطرة السليمة وينتقص القيمة ، أوما ينقص منفعة الشيء بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد او مما هو ظاهر من طبيعة الشيء او الغرض الذى أعد له ، نقصانا فى الحالين يعتد به فى التعامل (ص ٢ من البحث المذكور) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

العقد من الصفات التى يعتبر الغلط بشأنها مفسدا الرضا وفقا للمادة ١٩٤/١٣٤ مدنى قديم .

وقد نصت المادة ٤٤٧ مدنى على أن :

« ١ ـ يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه ، أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد او ما هو ظاهر من طبيعة الشيء او الغرض الذى اعد له . ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده .

٢ ـ ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ، الا اذا اثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب او اثبت أن البائع قد تعمد اخفاء العيب غشا منه » .

ويبين من هذا النص أن المشرع الحديث لم يجعل ضمان البائع العيوب الخفية مقصورا على حالة العيب بالمعنى الذى سبق أن عرفته به محكمة النقض فى ظل التقنين الملغى بل مده الى حالة اخرى هى حالة عدم توافر الصفات التى كفل البائع للمشترى وجودها فى المبيع والتى لا يعتبر مجرد تخلفها آفة طارئة او عيبا ، كما اذا كفل بائع سيارة معينة للمشترى أنها تقطع مائتى كيلو مترا بصفيحة البنزين الواحدة او ان سرعتها تبلغ مائة كيلو مترا فى الساعة ، فظهر انها لا تقطع أكثر من مائة وستين كيلومترا بالصفيحة أو ان سرعتها لا تجاوز ثمانين كيلو مترا فى الساعة ، فان ذلك قد لا يكون نتيجة آفة طارئة على السيارة ، ولكنه بحسب نص التقنين الحالى يجوز أن يوجب ضمان البائع لتخلف صفة كفلها البائع للمشترى.

غير انه يلاحظ انه ليس كل تخلف لاى صفة فى المبيع يوجب ضمان البائع وتنطبق عليه احكام ضمان العيوب الخفية ـ ذلك أن الصفات التى يتصف بها المبيع او يتفق على وجوب اتصافه بها اما أن تكون صفات لازمة لتعيينه كما فى المثليات او غير لازمة لذلك كما فى القيميات . ففى الحالة الاولى يكون اشتراط صفات معينة فى المبيع مقصودا به تعيينه ـ كما اذا تعاقدت مع تاجر اثاث على أن يورد لى عشرة كراسي مصنوعة من خشب القرو ومكسوة بقماش من الحرير الطبيعى صنع شركة صر لنسج الحرير

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

- فيلتزم البائع بتسليمى قدراً من المثليات متصفا بهذه الصفات . فاذا سلم شيئا لا تتوافر فيه أحدى هذه الصفات ، لم يعتبر أنه وفى بالتزامه بالتسليم وفاء كاملا صحيحا ، وجاز لى أن أوقع عليه جزاء الاخلال بهذا الالتزام كما تقدم .

اما اذا كان المبيع معينا بالذات ، فان تسليمه يتم ولو لم يجد فيه المشترى صفة معينة كان يعتقد أو يتوقع توافرها فيه ، ولا يكون للمشترى أن يطلب توقيع جزاءات الاخلال بالالتزام بالتسليم . وحينئذ يلزم التفرقة بين الحالة التى يكون فيها البائع قد كفل للمشترى توافر صفة معينة فى المبيع والحالة التى لا يكون فيها البائع قد كفل توافر هذه الصفة .

وفى هذه الحالة الاخيرة يكون المشترى قد اعتقد خطأ توافر هذه الصفة فى المبيع ، فيجوز له أن يطلب بعد أن يتبين حقيقة الامر ابطال العقد بسبب الغلط اذا توافرت فيه الشروط اللازمة لذلك ، اى بشرط أن يكون الغلط جوهريا ومعاصرا للعقد وأن يكون الطرف الآخر قد علم به أو كان فى وسعه أن يعلمه .

اما اذا كان البائع قد كفل للمشترى توافر هذه الصفة ، فان عدم توافرها يوجب ضمان البائع وفقا لاحكام ضمان العيوب الخفية ، ولا يشترط فى ذلك أن تكون تلك الصفة المتخلفة جوهرية ، ولا أن يكون تخلفها معاصرا للعقد فيكفى تخلفها وقت تسليم المبيع ، ولايشترط أن يكون البائع عالما بتخلفها أو فى وسعه أن يعلمه .

وبناء على ذلك ينحصر تطبيق أحكام ضمان العيوب الخفية فى الحالات التى يوجد فيها بالمبيع عيب ، أى آفة طارئة ، وفى الحالات التى يكون فيها المبيع معينا بالذات ويكون البائع فيها قد كفل للمشترى توافر صفة معينة فى المبيع المعين بالذات ثم لا تتوافر هذه الصفة وقت تسليم المبيع كما فى كفالة درجة معينة من السرعة فى السيارة المبيعة وعدم توفر ذلك فيها عند تسليمها (١) .

---

(١) نقض مدنى ٣ مايو ١٩٧٨ فى الطعن رقم ١٠٠٨ سنة ٤٦ ق وقد قرر أن رجوع المشترى على البائع فى حالة تخلف صفة فى المبيع كفل له البائع وجودها فيه انما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية (انظر بقية هذا الحكم فى الهامش ١ من ص ٤٠٨) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٢١٤ — شروط العيب الموجب للضمان — يخلص من هذا النص أنه يشترط فى العيب الموجب للضمان : (١) أن يكون عيبا قديما ، (٢) ومؤثرا، (٣) وخفيا .

ويجب على المشترى أن يثبت توافر هذه الشروط الثلاثة . ويخلص البائع من الضمان اذا هو نفاها كلها أو بعضها .

٢١٥ — (١) يجب ان يكون العيب قديما — كانت المادة ٣٢٣/٣٩٧ — ٣٩٨ من التقنين الملغى تنص على أن « لا يكون العيب موجبا للضمان الا اذا كان قديما . والمراد بالعيب القديم العيب الموجود وقت البيع فى المبيع اذا كان عينا معينة أو العيب الموجود وقت تسليمه اذا لم يكن عينا معينة » . وقد اخذ على هذا النص أنه اذ اعفى البائع من ضمان العيب الخفى الذى ينشأ فى المبيع القيمى فى الفترة ما بين العقد والتسليم ، كان يتعارض مع نص المادتين ٢٩٧/٣٧١ و ٣٧٢ اللتين كانتا تجعلان على البائع تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم .

وتنص المادة ٤٤٧ فقرة أولى من التقنين الحالى على أن « يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه ... » . وقد حدا ذلك فريقا من الشراح الى القول بأن المشرع قصد بهذا النص أن يدرأ الاعتراض الذى وجه الى نص التقنين الملغى اذا اكتفى بأن يكون العيب الموجب للضمان موجودا وقت التسليم ولم يشترط وجوده وقت العقد ، فنسق بذلك بين ضمان البائع عيب المبيع وبين تحمله تبعة الهلاك (١) .

غير أن امعان النظر فى النص الجديد يسمح بالقول بأن المشرع لم يقصد به تعديل حكم التقنين الملغى فى هذا الشأن وأنه لم ينظر الى وقت التسليم فيما يتعلق بتوافر العيب بمعناه التقليدى الاصلى بل نظر اليه فقط فيما يتعلق بعدم توافر صفة معينة فى المبيع كفل البائع وجودها فيه وهى حالة الضمان التى استحدثها المشرع فى التقنين الحالى . فالنص

---

(١) انور سلطان نبذة ٢٧٠ ص ٢٣٩ ، امام نبذة ٢٢٤ ص ٣٨٢ ، عبد الباقى نبذة ١٦٨ ص ٢٨ ، البدراوى نبذة ٣٣٩ ص ٥٠٥ ، اسماعيل غانم ص ١٩٣ . قرب من ذلك نص المادة ٥٢٦ من مرشد الحيران والمادة ٥٥٨ مدنى عراقى .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يقول أن البائع يكون ملزما بالضمان « اذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشترى وجودها فيه أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ... » ، فهو يعين وقت تخلف الصفة التى كفل البائع وجودها ولا يعين وقت وجود العيب الذى ينقص من قيمة المبيع ، اى انه يترك امر الوقت الذى يلزم وجود العيب فيه دون تحديده بوقت التسليم . ويبين من المذكرة الايضاحية ان المقصود بذلك الابقاء على حكم التقنين القديم فى هذا الشأن ، حيث تقول انه يشترط « أن يكون هذا العيب موجودا وقت البيع ، وهذا ما يعبر عنه عادة بالعيب القديم » ، ثم تستعرض المذكرة نصوص التقنين الملغى وتقول انه يخلص من مجموعها الشروط السابق ذكرها المستفادة من النصوص الجديدة (ومنها كما تقدم أن يكون العيب موجودا وقت البيع (١)) .

ومما يؤيد ذلك نص المادة ٢/٤٤٧ مدنى على أن لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع ، اذ يفيد أن ضمان البائع يتحقق بالنسبة للعيوب الموجودة وقت البيع دون أن يعلم المشترى بها .

هذا اذا كان المبيع معينا بالذات . أما ان كان مثليا فلا يمكن تحقق العيب به طالما لم يتم تعيينه بالذات من طريق فرزه . فيكفى وجود العيب به وقت فرزه ولو لم يتم تسليمه ، ولا يكفى وجود العيب به عند تسليمه اذا لم يكن قد وجد به عند فرزه (٢) .

وليس معنى عدم ضمان البائع العيب الذى يطرأ على المبيع فيما بين البيع (أو الفرز) والتسليم أن تبعة هذا العيب تقع على عاتق المشترى ، بل أنه اذا أمكن اعتبار هذا العيب بمثابة هلاك جزئى فان تبعته تقع على

---

(١) فى هذا المعنى منصور مصطفى منصور ، فى تحديد فكرة العيب الموجبة للضمان، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة الاولى ص ٥٧٦ حيث يقول : « واذا قيل ان عبارة النص تحتمل من الناحية اللغوية أن تنصرف كلمة « وقت التسليم » الى الحالتين معا ، فهى على أية حال لا تقطع بهذا المعنى . فاذا ثار الشك حول دلالة عبارة النص ، فالمذكرة الايضاحية لنص المشروع التمهيدى الذى لا تختلف عبارته عن عبارة المادة ٤٤٧ صريحة فى أن شرط القدم يعنى وجود العيب وقت العقد » . انظر ايضا كتابه فى البيع والمقايضة والايجار ص ١٩٥ ، لبيب شنب نبذة ١٧٨ ص ٢٢٩ ، راجع المذكرة الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١١٠ و١١١ . وانظر فى تفنيد هذا الرأى والقول بانه يكفى لضمان البائع وجود العيب فى المبيع وقت التسليم أخذا بصريح النص بحث عادل المراوى سالف الذكر نبذة ٢٦ وما بعدها .

(٢) فى هذا المعنى منصور فى بحثه المشار اليه ص ٥٧٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

عاتق البائع طبقا للقاعدة التى تقضى بأن هلاك المبيع قبل التسليم يكون على البائع (المادة ٤٣٧) . ولا تناقض بين ذلك وبين نفى الضمان عن البائع ، لان الضمان شيء وتحمل التبعة شيء آخر ، اذ الاول يستتبع مسئولية البائع عن كافة الاضرار التى يسببها للمشترى فى حين أن الثانى لا مسئولية فيه ويقتصر أثره على فسخ العقد واسقاط التزامات المشترى مقابل انقضاء التزامات البائع باستحالة الوفاء (١) .

وقصارى القول اننا نرى انه يشترط فى تطبيق حكم المادة ٤٤٧ أن يكون العيب قديما اى موجودا وقت البيع ان كان المبيع معينا بالذات ، أو وقت فرز المبيع أن كان مثليا . أما ان كان الضمان عن عدم توافر صفة كفل البائع وجودها فى المبيع فيكفى تخلف هذه الصفة وقت التسليم كما يقضي بذلك صريح النص ، وان كان ذلك محل نقد من بعض الفقه (٢) .

ويعتبر العيب انه قد وجد منذ وجود جرثومته . فاذا مرضت الدابة بعد البيع وقبل التسليم فانها تعتبر معيبة لا من وقت ظهور المرض فحسب بل من الوقت الذى يثبت أن جرثومة المرض قد أصابتها فيه ، فان كان ذلك الوقت ليس تاليا لوقت العقد ضمن البائع والا فلا ضمان عليه .

٢١٦ — (٢) يجب ان يكون العيب مؤثرا — لا يضمن البائع عيب المبيع الا اذا كان هذا العيب يؤدى الى نقص فى قيمة المبيع أو فى نفعه (٣) .

---

(١) فى هذا المعنى أيضا منصور فى بحثه المشار اليه ص ٥٧٧ .

(٢) انظر منصور فى بحثه المشار اليه ص ٥٧٩ حيث يقول : « ومن المتصور ان يكفل البائع للمشترى رجود صفة فى المبيع تكون موجودة فعلا وقت العقد ثم تتخلف بعد ذلك وقبل التسليم ، كما لو كفل بائع الارض الزراعية للمشترى أن مستواها اكثر انخفاضا من مستوى مياه الرى بحيث لا يحتاج فى ريها الى آلات لرفع المياه ، ثم يتغير انظام الرى بفعل السلطة العامة فينخفض مستوى مياه الرى بحيث لا يمكن رى الارض الا بآلات رافعة . ويبدو لنا أن رجوع المشترى على البائع فى هذا الفرض بضمان العيب ، وهو مقتضى النص الصريح ، لا يتفق مع العدالة ، وكان الاولى أن نسوى بين حالتى **تخلف الصفة والعيب بمعنى الآفة فى شرط القدم** .... » .

(٣) انظر لبيب شنب ص ٢٢٣ .

(٤) يرى بعض الفقه (مصطفى الزرقا فى شرح عقد البيع ص ٢٣٥ ، وعادل المراوى فى بحث له فى ضمان العيوب بمعهد البحوث والدراسات العربيةص١٠) انكون العيب مؤثرا. يعتبر ركنا فى العيب لا مجرد شرط فيه لان العيب بالمعنىالقانونى لابد أن يكون مؤثرا . فاذا لم يكن كذلك أو كان مما يتسامح فيه فهو عيب من الناحية اللغوية لا من الناحيه القانونية .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويرجع فى التحقق من حدوث النقص فى قيمة المبيع أو فى نفعه أو عدم حدوثه الى معيار مادى لا الى المعيار الشخصى ، فينظر الى قصد المتعاقدين كما هو مبين فى العقد أى الى الارادة الظاهرة لا الى الارادة الحقيقية لكل من العاقدين ، والى طبيعة الشيء والى الغرض الذى أعد له بوجه عام ، لا الى الغرض الخاص الذى كان ينوى المشترى أن يستعمله فيه ما لم يكن قد أعلم البائع بهذا الغرض (١) .

ويعتبر أن بالمبيع عيبا مؤثرا اذا خلا المبيع من صفة كفل البائع للمشترى وجودها فيه (المادة ٤٤٧ فقرة أولى) ، سواء كانت تلك الصفة جوهرية أو لم تكن كذلك . ومن قبيل ذلك ضمان البائع للمشترى اغلال العقار المبيع قدرا معينا من الغلة (٢) .

ولا يعتبر العيب مؤثرا اذا كان العرف قد جرى على التسامح فيه (المادة ٤٤٨ مدنى) ، أو كان النقص الذى يؤدى اليه فى قيمة المبيع أو فى نفعه تافها لا يعتد به .

٢١٧ — (٣) يجب أن يكون العيب خفيا — كان التقنين الملغى ينص صراحة على ضرورة هذا الشرط ، فقد كانت المادة ٣٨٧/٣١٣ منه تقضى بأن « البائع ضامن للمشترى العيوب الخفية فى المبيع ... » ، وكانت المادة ٣٩٥/٣٢٠ تنص على أن « لا وجه لضمان البائع اذا كان العيب ظاهرا أو علم به المشترى علما حقيقيا » . ومنها يظهر أن المشرع قد قابل بين العيب الخفى من جهة ، والعيب الظاهر أو الذى علم به المشترى من جهة اخرى ، وأنه أوجب على البائع ضمان الاول دون الثانى ، وأنه جعل عبء اثبات خفاء العيب واقعا على عاتق المشترى ثم نص صراحة على جواز

---

(١) انظر لبيب شنب ص ٢٢٣ .

(٢) نقض مدنى ١٥ يونيه ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ — ٧٩٦ — ١٢٦ وقد جاء فيه أن ضمان البائع للمشترى اغلال العقار قدرا معينا من الريع يعتبر كفالة من البائع لصفة فى المبيع ، مما تعنيه المادة ٤٤٧ مدنى ... واذا كان القانون قد اشترط فى العيب الذى يضمنه البائع أن يكون مؤثرا وخفيا الا انه لم يشترط ذلك فى حالة تخلف الصفة التى كفل البائع للمشترى وجودها فى المبيع . فمجرد ثبوت عدم توافر هذه الصفة فى المبيع وقت التسليم موجب لضمان البائع متى قام المشترى باخطاره ، وذلك أيا كانت أهمية الصفة التى تخلفت ، وسواء كان المشترى يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم ، يستطيع أن يتبينها أو لا يستطيع ... » . وفى المعنى ذاته نقض مدنى ١٩ مارس ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ — ٤٧٥ — ٧٦ ، وانظر ايضا نقض مدنى ٢٣ ابريل ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ — ٦٩٧ — ١١٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

دفع البائع هذا الضمان باثبات ظهور العيب أو علم المشترى به علما حقيقيا . لأنه اذا كان العيب ظاهرا أو ثبت علم المشترى به وقت العقد. فلا بد ان يكون المشترى قد راعى ذلك فى تحديد الثمن الذى قبل ان يشترى به ، فلا محل لتخويله حق الرجوع بالضمان على البائع بسبب هذا العيب .

أما التقنين الحالى ، فانه اذ نص فى الفقرة الاولى من المادة ٤٤٧ مدنى على ضمان البائع ما يوجد فى المبيع من عيب ثم استدرك على ذلك فى الفقرة الثانية من المادة ذاتها بأن قرر عدم ضمان البائع العيب الظاهر او الذى علمه المشترى ، قد قابل — كالتقنين الملغى — بين العيب الخفى من جهة ، والعيب الظاهر او الذى علمه المشترى من جهة اخرى ، وأوجب على البائع ضمان الاول دون الثانى (١) ، ولكنه حاد عن حكم التقنين الملغى فيما يتعلق بعبء اثبات الخفاء ، حيث اكتفى لقيام ضمان البائع بأن يثبت المشترى قدم العيب وتأثيره ولم يتطلب منه اثبات خفاء العيب ، بل افترض توافر هذا الشرط فرضا قابلا لاثبات العكس من طريق اثبات البائع ظهور العيب او قابليته للظهور بالفحص المعتاد أو علم المشترى به فعلا .

ويبين من ذلك أن شرط الخفاء يقتضى أن يكون العيب غير ظاهر وأن يكون المشترى لم يعلم به (٢) . فاذا تخلف أحد هذين الشقين انتفى الخفاء وكان العيب غير موجب الضمان (٣) . ويقع عبء اثبات تخلفهما أو احدهما أو بعبارة اخرى عبء اثبات ظهور العيب أو علم المشترى به على عاتق البائع .

---

(١) وجاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى ان المشروع اشترط ان يكون العيب خفيا ، ومعنى ذلك ان المشترى يكون غير عالم به وغير مستطيع ان يعلمه . اما اذا كان يعرف العيب وقت البيع (أو وقت الفرز فى المثليات) ، أو كان العيب من الظهور بحيث يستطيع أن يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بما ينبغى من العناية ، فان العيب لا يكون خفيا ، ولا يضمنه البائع الا اذا اثبت المشترى ان البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو اثبت ان البائع قد تعمد اخفاء العيب عن غش منه (مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١١٠) .

(٢) نقض مدنى ١٤ يونيه ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ — ٨٠٨ — ١٢١ .

(٣) نقض مدنى ٤ ديسمبر ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٣٦١ المحاماة ٢٨ — ١٠٢٢ — ٤١٤ ، منصور فى بحثه المشار اليه ص ٥٦٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويكون العيب ظاهرا ولا يوجب الضمان اذا كان المشترى يستطيع ان يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادى (١) ،فى الحالات التى يكون فيها المبيع معينا بالذات وحاضرا فى مجلس العقد (٢) ، (المادة ٢/٤٤٧) . وليس المقصود باستطاعة المشترى تبين العيب بنفسه ان يكون فى امكانه بمعلوماته الشخصية كشف العيب ، بل المقصود ان يكون فى وسعه كشفه بوسائله الخاصة دون حاجة الى معاونة البائع له فى ذلك ، ولو احتاج الى معاونة اهل الخبرة او التخصص فى مثل المبيع (٣) ا. أما اذا اثبت البائع ان العيب مما يمكن كشفه لو بذل المشترى عناية الرجل العادى فى فحص المبيع ، ولو بالاستعانة بأهل الخبرة أو التخصص فى الحالات التى يلجأ فيها الرجل العادى الى ذلك ، فانه ينفى بذلك صفة الخفاء فى العيب ويخلص من الضمان . ويمكن تكييف ذلك بأن عدم بذل المشترى عناية الرجل المعتاد فى فحص المبيع ، مع وضع البائع المبيع تحت تصرف المشترى لفحصه او عدم ممانعته فى ذلك ، يشكل تقصيرا من جانب المشترى يكون جزاؤه حرمانه من حقه فى الضمان (٤) .

وكذلك لو كان العيب غير ظاهر بهذا المعنى واثبت البائع ان المشترى

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٦٥ .

(٢) نقض مدنى ٤ ديسمبر ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ — ١٠٢٢ — ٤١٤ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٣٦١ وقد جاء فيه ان العيب يعتبر فى حكم القانون ظاهرا متى كان يدركه الفطن اليقظ ولو لم يكن فى متناول ادراك غيره فليس معيار الظهور فى العيب معيارا شخصيا يتفاوت بتفاوت المستوى فى الافكار المختلفة ، بل معيارا معينا بذاته مقدرا بمستوى نظر الشخص الفطن المنتبه للامور .

وأيضا نقض مدنى ١٤ يونيه ١٩٦٢ بمجموعة أحكام النقض ١٣ — ٨٠٨ — ١٢١ وقد جاء فيه انه متى استخلص الحكم المطعون فيه استخلاصا سائغا من وقائع الدعوى وملابساتها أن العيب الخفى الذى وجد بالمبيع يحمل المطعون عليهما خسارة لا يستهان بها من نقص فى قيمة المبيع ومنفعته وأنه لم يكن فى مقدورهما تبينه بعناية الرجل المعتاد ورتب الحكم على ذلك استحقاقهما للتعويض نظير ما فاتهما من كسب بفسخ العقد ، فانه لا يكون قد خالف القانون أو شابه قصور .

(٣) أنور سلطان نبذة ٣٩٣ ص ٣٠٩ ، أمام نبذة ٢٢٢ ص ٣٧٩ ، البدراوى ص ٥٠٢ نبذة ٣٣٦ ، لبيب شنب نبذة ١٧٧ .

(٤) أنظر تطبيقا لذلك فى نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٤٧ المحاماة ٢٩ ص ١٠٣٢ وقد جاء فيه أنه اذا ثبت أن عدم انبات البذور انما يرجع الى تسويس بعضها وثبت أن الطاعن عمدة ومن كبار المزارعين وأنه لا يصعب عليه كشف تسويس هذه البذور عند ورودها اليه ، وكان الحكم قد خلص من ذلك الى القول بأن العيب كان ظاهرا واسس عليه قضاءه برفض الدعوى فانه لا يكون قد خالف القانون .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

قد علم به وقت العقد (المادة ٢/٤٤٧)، فانه لا يعتبر خفيا بالنسبة الى المشترى ولا يخوله الرجوع على البائع بالضمان .

ويؤخذ من اشتراط القانون فى علم المشترى الذى ينتفى معه الضمان توافره **وقت البيع ان هذا الشرط مقصور على حالة المبيع المعين بالذات** ، لان المبيع المعين بالنوع فقط لا يتصور تعيبه كما لا يتصور هلاكه ، واذا كان ممكنا ثبوت العيب عند فرزه ، فان توافر العلم بالعيب وقت الفرز اللاحق للعقد لا ينفى قيام الضمان من وقت العقد ما دام العلم بالعيب فى هذا الوقت كا ن غير متصور (١) .

ولا محل لا شتراط هذا الشرط بشقيه فى الضمان الذى استحدثه التقنين الحالى عن تخلف صفة كفل البائع للمشترى وجودها فى المبيع ، لان كفالة البائع وقت العقد وجود هذه الصفة يدل بذاته على عدم ظهورها بشكل قاطع وعلى عدم علم المشترى بتخلفها (٢) .

وبناء على ذلك لا يضمن البائع عيب المبيع ، ولو كان عيبا قديما مؤثرا وكان المبيع معينا بالذات ، فى الحالات الآتية :

(أ) اذا كان المشترى قد علم بوجود العيب فى المبيع علما فعليا وقت البيع (٣) .

(ب) اذا لم يعلم المشترى بوجود ذلك العيب فعلا ولكن كان فى وسعه أن يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادى، أى اذا كان العيب ظاهرا بذاته أو كان ممكنا ظهوره لدى الفحص العادى ، كما اذا اشترى منزلا ظاهر القدم ، أو به شرخ فى أحد جدرانه ، أو تهتز أسقفه .

---

(١) فى هذا المعنى لبيب شنب نبذة ١٧٧ ص ٢٢٥ .

(٢) فى هذا المعنى منصور فى بحثه المشار اليه ص ٥٦٨ و ٥٦٩ .

(٣) نقض مدنى ١٤ يونيه ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ - ٨٠٨ - ١٢١ وقد جاء فيه أن العلم المسقط لدعوى الضمان للعيب الخفى هو العلم الحقيقى دون العلم الافتراضى ، ومن ثم فان نشر مرسوم اعتماد ونوع العقار المبيع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لا يدل بذاته على علم المشترى بهذا العيب ... وان مجال تطبيق المادة ٤١٩ مدنى هو حالة حصول غلط فى المبيع . أما حالة ظهور العيوب الخفية فيحكمها نص المادة ٤٤٧ مدنى ، ومن ثم فلا يمنع من طلب الفسخ أن يكون المشترى قد اقر عند تسلم المبيع بأنه عاينه معاينة نافية للجهالة .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على أنه فى هـذه الحالة الاخيرة يلزم البائع بالضمان اذا كان قد اكد للمشترى تأكيدا صريحا خلو المبيع من العيب ولم يقم المشترى بالفحص المعتاد اعتمادا على ذلك التأكيد ، كما لو اكد البائع لمشترى السيارة ان استهلاكها من البنزين لا يجاوز حدا معينا ، فان المشترى لا يكون مقصرا فى عدم فحص المبيع ويلزم البائع ضمان هذا العيب (المادة ٢/٤٤٧) . غير أنه يشترط فى هذه الحالة أن يكون التأكيد جـديا يحمل معنى الضمان (١) ، أما اذا صدر من البائع على سبيل الترويج والدعـاية لبضاعته، فانه لا يعفى المشترى من فحص المبيع ولا يلقى على البائع ضمان العيب ما دام كان ممكنا تبينه .

وكذلك اذا كان فى وسع المشترى أن يتبين العيب بفحص المبيع بعناية الرجل العادى واثبت أن البائع قد تعمد اخفاء العيب غشا وتدليسا (المادة ٢/٤٤٧) ، كما اذا باع شخص آلة مكسورة بعد أن لحمها ودهنها بطلاء يخفى اللحام وباعها على انها جديدة أو سليمة ، فانه يضمن العيب

---

(١) نقض مدنى ١٤ يونيه ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ — ٨٠٨ — ١٢١ حيث جاء فيه انه متى كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه بفسخ البيع الى وجود عيب خفى بالمبيع أكد البائع فى العقد خلوه منه مما يعد اخلالا بالتزامه بالا يكون المبيع محملا بتكليف أو مشوبا بعيب خفى ، وفقا للمادة ١٥٧ / ١ مدنى ، فانه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

وقد قرر أيضا أن يعتبر العيب خفيا متى كان المشترى غير علم به وغير مستطيع أن يعلمه او اذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذى تعارف الناس على القيام به بل كان يتطلب خبرة خاصة وفحصا معينا أو كان من السهل اكتشافه بالفحص المعتـاد واثبت المشترى أن البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا العيب أو اثبت أنه تعمد اخفاء العيب غشا منه . فاذا كانت محكمة الموضوع قد خلصت — فى استخلاص سائغ — من فهم الواقع فى الدعوى وجود عيب خفى فى المبيع هو وقوعه داخل خط التنظيم من قبل حصول البيع وان المشتريين لم يتبينا وجود هذا العيب عند التعاقد لانه لا يمكن ظهوره بمجرد فحص المبيع ذاته وانهما لم يكن فى استطاعتهما أن يتبيناه بأنفسهما وقت الشراء لو بذلا عنـاية الرجل المعتاد — وأنهما لو علما بهذا العيب عند التعاقد لما أقدما على الشراء وخاصة وقد أكد البائع خلو العقار المبيع من كافة الحقوق العينية ظاهرة أو مستترة — فان مـا انتهت اليه المحكمة لا مخالفة فيه للقانون .

ويرى الدكتور عبد الرسول عبد الرضا محمد فى رسالته آنفة الذكر ان ثبوت وقوع العقار المبيع فى خط التنظيم ليس من قبيل العيب الخفى الموجب للضمان ، ولكن يمكن اعتباره غلطا فى صفة جوهرية فى المبيع يجيز الابطال ، (ص ٤٨ من رسـالته) ، وقد اشار فى ذلك الى تعليق للاستاذ بيش Biche فى سيريه ١٩٧١ ص ٧١٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولو كان المشترى لم يبذل عناية الرجل العادى فى فحص المبيع وكشف العيب ، وذلك سواء نجح غش البائع فى اخفاء العيب أو لم ينجح .

أما اذا كان المبيع معينا بنوعه أو كان الضمان متعلقا بتخلف صفة كفل البائع للمشترى وجودها فى المبيع ، فلا محل لاشتراط الخفاء وقت البيع ويكفى توافره وقت التسليم أو وقت الفرز (١) .

٢٢٠ - علم البائع لا يشترط - ومتى وجد بالمبيع وقت تسليمه عيب مؤثر خفى قديم ، ضمنه البائع سواء أكان قد علم بوجوده أم لم يكن (المادة ٤٤٧ فقرة أولى مدنى) ، وذلك لان علم البائع أو عدمه لا يؤثر فى مبدأ الضمان .

ولكن يلاحظ انه يترتب على علم البائع بالعيب واخفاء امره عن المشترى ما يترتب على الغش من تشديد للمسئولية العقدية ، فيصبح البائع مسئولا ليس عن الاضرار المتوقعة فحسب ، بل أيضا عن الاضرار غير المتوقعة (المادة ٢٢١ فقرة ثانية مدنى) . فيلزم على هذا الاساس برد المصروفات الكمالية .

وسنرى أنه يترتب عليه ايضا اطالة مدة تقادم الضمان (راجع نبذة ٢٢٩) ، وبطلان الاتفاق على الاعفاء من الضمان أو على انقاصه (راجع نبذة ٢٣١) ، وعدم سقوط حق المشترى فى الضمان بسبب اهماله فى فحص المبيع او اهماله فى اخطار البائع بوجود العيب فيه (راجع نبذة ٢٢١)

٢٢١ - وجوب مبادرة المشترى الى اخطار البائع بالعيب - نصت المادة ٤٤٩ مدنى على انه « اذا تسلم المشترى المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف فى التعامل .

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى ص ٧٢٣ ، اسماعيل غانم ص ١٩٥ ، مصطفى الزرقا ص ٢٣٩ و ٢٤٠ ، عادل المعراوى نبذة ٤٣ ، كامل مرسى فى عقد البيع ص ٢٣٠ ، جميل الشرقاوى فى البيع والمقايضة والايجار ص ٢٧٤ فى الهامش ، وقارن عكس ذلك منصور فى مجلة العلوم القانونية السنة الاولى ص ٥٨١ و ٥٨٢ حيث يرى ان شرط الخفاء غير مطلوب اصلا فى المبيع المعين بالنوع ، وهناك من يرى ضرورة توافر هذا الشرط وقت البيع كما فى المعين بالذات (عبد الباقى فى محاضرات فى العقود ص ٢٣٢) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فاذا اكشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يخطره به خلال مدة معقولة ، فان لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع . اما اذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشترى ، وجب عليه ان يخطر به البائع بمجرد ظهوره والا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب » .

ويؤخذ من ذلك انه يجب على المشترى متى تسلم المبيع ان يبادر الى التحقق من حالته بمجرد ان يتمكن من ذلك وفقا للمألوف فى التعامل ، فان ظهر له عيب موجب للضمان اى عيب قديم (موجود فى القيمى وقت العقد او فى المثلى وقت الفرز) ، ومؤثر وجب ان يبادر الى اخطار البائع به خلال مدة معقولة .

والعيب الموجب للضمان هو :

(١) فى القيمى العيب المؤثر الموجود وقت البيع والذى لم يعلم به المشترى او لم يكن يستطيع ان يعلم به وقت البيع بالفحص المعتاد .

(٢) وفى المثلى العيب المؤثر الموجود وقت التسليم او وقت الفرز ولا يشترط عدم علم المشترى به وقت البيع لان ذلك غير متصور نظرا لعدم تعيين المبيع بالذات وقت البيع .

فبالنسبة لهذا الفرض الاخير يستقيم حكم المادة ٤٤٩ .

اما بالنسبة للفرض الاول ، فيبدو ان هذا الحكم لايستقيم ولكن بامعان النظر يتضح ان العيب يمكن ان لا يكون قابلا للكشف عنه بالفحص العادى وقت البيع ثم يصبح قابلا لذلك بعد التسليم ، فيريد المشرع حث المشترى على التعجيل بهذا الكشف وباخطار البائع حتى يستقر التعامل فى اقرب وقت ممكن ولا يترك المشترى الامر معلقا الى ما شاء الله .

ويقدر القاضى ما اذا كان المشترى قد بادر الى فحص المبيع لكشف عيبه بمجرد تمكنه من ذلك وفقا للمألوف فى التعامل او انه ابطأ وتهاون فى ذلك ، وما اذا كان الاخطار بالعيب قد تم خلال مدة معقولة او تم بعد فوات المدة المعقولة .

فان اهمل المشترى فى فحص الشيء او فى الاخطار بالعيب بعد كشفه، عد قابلا للمبيع بحالته وسقط حقه فى الرجوع على البائع بالضمان ولو لم

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تنقض المدة اللازمة لتقادم دعوى الضمان وهى سنة من تاريخ التسليم ، الا اذا كان البائع يعلم بوجود العيب وتعمد اخفاءه عن المشترى غشا منه، فان ذلك يمنع سقوط حق المشترى فى الضمان بسبب اهماله فى فحص الشيء أو فى اخطار البائع بوجود العيب .

غير انه اذا كان العيب مما لا يمكن كشفه بالفحص المعتاد بل يحتاج فى ذلك الى خبرة فنية ، فلا يسقط حق المشترى فى الضمان لمجرد اهماله الفحص المعتاد ، أو لعدم كشفه هذا العيب مع قيامه بالفحص المعتاد ، ويبقى له حقه فى الضمان طوال المدة اللازمة لاجراء الفحص الفنى بحسب المألوف فى التعامل ، ويجوز له الرجوع بالضمان متى أسفر هذا الفحص الفنى عن ظهور العيب على أن يبادر باخطار البائع به بمجرد ظهوره ، فان اهمل فى هذا الاخطار عد قابلا للمبيع بحالته وسقط حقه فى الضمان (١).

وليس للاخطار شكل معين ، فيجوز أن يتم بانذار على يد محضر ، أو بخطاب ، أو بتنبيه شفوى ، بشرط امكان اثباته . ويقع عبء هذا الاثبات على عاتق المشترى ، ويجوز له اثبات ذلك بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن (٢) .

٢٢٢ — **محل التزام البائع** — يضمن البائع خلو المبيع من العيب ويلتزم اذا وجد به عيب موجب للضمان أن يزيل هذا العيب ان كان ذلك ممكنا ، أو أن يبدل بالمبيع نظيرا له خاليا من العيب . كما يضمن البائع توافر الصفة التى كفل وجودها فى المبيع ويلتزم بايجاد هذه الصفة به او بأن يبدل بالمبيع نظيرا له تتوافر فيه هذه الصفة .

ويجوز للمشترى أن يطالب البائع بالوفاء بهذا الالتزام عينا متى كان ذلك ممكنا . وله عند الاقتضاء أن يطلب الترخيص له بأن ينفذ هو هذا

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٢٦ . وفى هذا المعنى نقض مدنى ٣ مايو ١٩٧٨ فى الطعن رقم ١٠٠٨ سنة ٤٦ ق . وقد قرر أن رجوع المشترى على البائع فى حالة تخلف صفة فى المبيع كفل له البائع وجودها فيه انما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية ، على أن عدم اخطار الطاعنة للمطعون ضدها فى الميعاد الذى حدده القانون بتخلف صفة الجدة فى آلة توليد الكهرباء التى وردتها المطعون ضدها يسقط حقها فى التمسك بأن الآلة قديمة وليست جديدة ، ولا يكون لها التشبث بمخالفة العقد فى هذا الخصوص للامتناع عن سداد باقى الثمن .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٣٧ ، لبيب شنب نبذة ١٨٢ ص ٢٣٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الالتزام عينا على نفقة البائع ، فيشترى شيئا مماثلا سليما أو يصلح عيب المبيع على نفقة البائع ، والا كان له ان يطلب فسخ العقد أو ابقاءه مع التعويض عن الضرر الذى اصابه بسبب عيب المبيع على الوجه الذى بينه القانون .

٢٢٣ - جزاء اخلال البائع بالتزامه ضمان العيوب الخفية : (أ) فى التقنين الملغى - قسم التقنين الملغى فيما يتعلق بالجزاء الذى يوقع على البائع بسبب ظهور عيب فى المبيع وعدم اصلاحه العيوب الموجبة للضمان قسمين : الاول يشمل العيوب الجسيمة اى التى تجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له أو تنقص القيمة التى اعتبرها المشترى بحيث لو علمه المشترى لامتنع عن الشراء .

والثانى يشمل العيوب التى لا تبلغ هذا الحد من الجسامة .

فاذا كان العيب من النوع الاخير اى غير جسيم ، كان للمشترى الحق فى نقص الثمن حسب تقدير اهل الخبرة ، ولم يجز له طلب الفسخ لان ما اصابه من ضرر بسبب عيب المبيع لا يبرر الفسخ (المادة ٣١٨/٣٩٣) . وقد نصت المادة ٣١٩/٣٩٤ على ان تنقيص الثمن يكون باعتبار قيمة المبيع الحقيقية فى حالة سلامته من العيب وقيمته الحقيقية فى الحالة التى هو عليها وبتطبيق هاتين القيمتين على الثمن المتفق عله ، اى انه اذا كان المبيع يساوى ١٠٠ جنيها وهو سليم ولا يساوى الا ٧٥ جنيها وهو معيب ، كان للمشترى الحق فى انقاص ربع الثمن المتفق عليه لان المبيع صار لا يساوى الا ثلاثة ارباع قيمته فلا يلزم المشترى الا بثلاثة ارباع الثمن المتفق عليه .

اما اذا كان العيب جسيما ، فقد فرق التقنين الملغى بين حالتى سوء نية البائع وحسن نيته ، اى علمه وعدم علمه بوجود العيب . فان كان البائع سيىء النية كان المشترى مخيرا بين فسخ البيع دون اضرار بحقوق الدائنين المرتهنين وبين طلب نقصان الثمن ، مع التعويض فى الحالتين (المادة ٣١٤/٣٨٨) . وان كان البائع حسن النية كان المشترى مخيرا بين فسخ البيع وبين ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه دون تعويض فى الحالتين (المادة ٣١٥/٣٨٩) .

وكان هذا الحكم الاخير منتقدا من حيث انه لايعطى المشترى تعويضا اذا فسخ ، ويلزمه بكل الثمن اذا احتفظ بالمبيع ، مع ان المفروض ان

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

العيب الذى وجد بالمبيع عيب جسيم ، ومع انه لو كان هذا العيب اقل جسامة كان يخول المشترى حق تنقيص الثمن كما تقدم .

٢٢٤ ـ (ب) فى التقنين المدنى الحالى ـ نصت المادة ٤٥٠ مدنى على انه «اذا اخطر المشترى البائع بالعيب فى الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين فى المادة ٤٤٤ » ، اى ان المشرع قد سوى فى الرجوع بين ضمان العيب الخفى وضمان الاستحقاق الجزئى .

وقد تقدم ان المادة ٤٤٤ فرقت فيما يتعلق بضمان الاستحقاق الجزئى بين الحالة التى تكون فيها خسارة المشترى بسبب هذا الاستحقاق قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، والحالة التى لم تبلغ فيها خسارته هذا القدر (راجع نبذة ٢١١) .

وبناء على ذلك يكون معنى الاحالة الواردة فى المادة ٤٥٠ انه يجب التفرقة فى العيوب الموجبة للضمان ، وهى تشمل العيب بمعناه العام اى الآفة الطارئة وتخلف صفة أكد البائع وجودها ، بين العيب الذى بلغ حدا من الجسامة لو علمه المشترى لما أتم العقد ، والعيب الذى لا يبلغ هذا الحد من الجسامة ، اى الذى لو علمه المشترى لقبل الشراء ولكن بثمن اقل .

فان كان العيب جسيما ، جاز للمشترى رد المبيع المعيب وما افاده منه والمطالبة بالتنفيذ بمقابل ، فيحكم له كما فى حالة الاستحقاق الكلى بجميع المبالغ المنصوص عنها فى المادة ٤٤٣ ، ويشمل ذلك بوجه خاص قيمة المبيع باعتباره سليما **وقت ظهور العيب (١)** مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت والمصروفات التى انفقها المشترى على المبيع من مصروفات ضرورية أو نافعة . اما المصروفات الكمالية فلا يلزم بها البائع الا اذا كان سيء النية . وكذلك يشمل تعويض المشترى عما لحقه من خسارة او فاته من كسب بسبب ظهور العيب واضطرار المشترى الى رد المبيع ، وجاز ايضا للمشترى ـ اذا شاء ـ أن يحتفظ بالمبيع المعيب وأن يطلب

---

(١) هناك راى بان قيمة المبيع تقدر وقت البيع لا وقت ظهور العيب ، تأسيسا على ان المشترى يلزم اذا اختار طريق رد المبيع ان يرد معه ما افاده منه وفقا للمادة ٤٤٤/١ ، والمقصود بذلك كل ما افاده منه من وقت البيع . واذن فهذا الوقت هو المعتبر فى تعويض المشترى (عادل المعراوى) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

تعويضا عما أصابه من ضرر بسبب ظهور هذا العيب فيه(١)، أى انه يكون للمشترى خيار بين أن يرفع دعوى رد المبيع والمطالبة بالتعويضات الكاملة كما فى حالة الاستحقاق الكلى ، وبين أن يرفع دعوى التعويض عن العيب ونقص الثمن بقدر ما أصابه من أضرار بسبب وجود العيب فى المبيع . وله أن يعدل عن الدعوى التى يكون رفعها الى الدعوى الاخرى طالما لم يصدر فيها حكم حاز قوة الامر المقضي ، اى انه يجوز له أن يعدل طلباته ولو فى الاستئناف لاول مرة (٢) . وله أن يطلب فى دعوى واحدة رد المبيع المعيب مع التعويض بصفة أصلية أو نقص الثمن بصفة احتياطية ، ولكن يتعين عليه ان يرفع دعوى أصلية أو فرعية بطلباته والا يكتفى بمجرد دفع يبديه عند مطالبة البائع اياه بالثمن (٣) .

اما أن كان العيب غير جسيم ، فليس للمشترى ان يرد المبيع ، بل يتعين عليه الاحتفاظ به مقابل تعويض عما أصابه من ضرر بسبب ظهور هذا العيب فى المبيع . فاذا كان المشترى لم يصبه ضرر ما بسبب العيب كان يثبت ان المشترى باع المبيع المعيب بثمن يجاوز الثمن الذى اشتراه بمقدار الربح المعقول فى مثل هذا المبيع دون أن يرجع عليه مشتريه بضمان العيب ، فانه لا يكون له حق فى اى تعويض نظرا لانتفاء الضرر (٤) .

ويلاحظ ان المشرع لم يحتفظ فى شأن هذه الحالة بالحكم الذى كان منصوصا عليه فى المادة ٣١٩/٣٩٤ مدنى قديم فيما يتعلق بتنقيص الثمن مع مراعاة النسبة بين قيمة المبيع معيبا وبين قيمته سليما ، بل اكتفى بالنص على تعويض المشترى عما أصابه من ضرر بسبب ظهور العيب ، وقد يختلف مقدار هذا التعويض كثيرا عن القدر الذى كان يجب انقاصه من الثمن وفقا لنص التقنين الملغى .

---

(١) ويلاحظ أن المشرع قد تحاشى بذلك النقد الذى وجه الى التقنين الملغى فى هذه الحالة .

(٢) انظر السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٤١ هامش ١ ، بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ نبذة ١٣٣ .

(٣) بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ نبذة ١٣٣ .

(٤) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٤١ هامش ٢ ، بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ ص ١٤٤ هامش ١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على انه فى جميع الحالات التى يثبت فيها للمشترى الحق فى تعويض ، فان التعويض يزيد او ينقص تبعا لما اذا كان البائع سيىء النية اى عالما بالعيب او حسن النية اى غير عالم به ، ففى الحالة الاولى يسأل البائع عن كل الضرر المباشر ولو لم يكن متوقعا ، اما فى الحالة الثانية فلا يسأل الا عن الضرر المباشر المتوقع (١) .

ولا محل للوقوف عند حسن نية المشترى او سوئها ، لان سوء نيته معناه علمه بالعيب وقت البيع ، وهذا يترتب عليه سقوط حقه فى الضمان من اصله ولا يقتصر اثره على حكم التعويض .

٢٢٥ ـ حماية الدائنين المرتهنين فى حالة الفسخ ـ تقدم انه اذا ظهر بالمبيع عيب جسيم كان للمشترى الخيار بين رد المبيع واسترداد ثمنه مع التعويضات ، وبين الاحتفاظ بالمبيع والمطالبة بالتعويضات . وكانت المادة ٣١٤/٣٨٨ مدنى قديم تنص على أن «يخير المشترى فى هذه الحالة بين فسخ البيع بغير اضرار بحقوق الدائنين برهن وبين طلب نقصان الثمن . . . » . وكان الراى الراجح فى ذلك ان المشرع قصد حماية الدائنين المرتهنين بأن سلب المشترى الذى رهن المبيع قبل ظهور العيب فيه حقه فى فسخ البيع والزمه بأن يكتفى بطلب نقص الثمن مع التعويض .

ولم يرد فى التقنين الحالى نص على الحد من حرية المشترى فى اختيار الفسخ اكتفاء بالحماية التى قررها المشرع فى هذا التقنين بجعل الفسخ غير نافذ فى حق المرتهن حسن النية اذ نص فى المادة ١٠٣٤ مدنى على ان « يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لاى سبب آخر اذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى ابرم فيه العقد » . ولكن بما ان قواعد الفسخ تجعل للمحكمة سلطة تقديرية فى تقريره ، فاذا وجدت المحكمة ان المشترى قد اثقل العقار المبيع برهن سيظل قائما لو تم الفسخ، فالغالب ان ترفض طلب الفسخ . واذا فرض ان اجابته فيكون للبائع الذى عاد اليه عقاره بعد الفسخ مثقلا بالرهن مطالبة المشترى بتعويض عن ذلك .

---

(١) فى هذا المعنى المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى ، فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٢٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٢٢٦ — تعدد المبيع وظهور العيب فى بعضه دون البعض — لم ينص **التقنين المدنى الحالى على الحالة التى** يكون فيها المبيع عدة اشياء بيعت صفقة واحدة بثمن اجمالى ثم يوجد بعضها معيبا والبعض الآخر سليما . وقد قصد المشرع بذلك ان يترك هذه الحالة الى القواعد العامة (١) .

والاشياء المبيعة اما ان تكون قيمية أو مثلية .

وفى الاولى اما ان يظهر العيب ببعضها قبل التسليم ، واما ان يظهر بعده . فان كان الاول فليس للمشترى فسخ البيع الا فى جميع المبيع (المادة ٣١٦/٣٩٠ مدنى قديم) ، وان كان الثانى وجب التمييز بين ما لا يضره التبعيض وما يضره . فاذا كان المبيع لا يضره التبعيض ، جاز للمشترى فسخ البيع فيما ظهر فيه العيب فقط (المادة ٣١٧/٣٩١ مدنى قديم) (٢) . واذا كان مما يضره التبعيض لم يجز له الفسخ الا فى جميع المبيع .

وفى الثانية ، اى اذا كان المبيع من المثليات ، جاز للمشترى ولو بعد التسليم فسخ البيع فى جزء من المبيع (المادة ٣٩٢ مختلط) .

٢٢٧ — حكم العيب الطارىء — وكانت المادة ٣٩٩ مدنى مختلط تنص على انه اذا كان فى المبيع عيب قديم وحدث به بالقضاء والقدر عيب جديد بعد بيعه فى الحالة الاولى من البند السابق (اى اذا كان المبيع عينا معينة) او بعد تسلمه فى الحالة الثانية (اى اذا لم يكن المبيع عينا معينة) ، او اذا كان المبيع بعد تسليمه تغيرت حالته بفعل المشترى أو بفعل شخص آخر او بقوة قاهرة ، فلايكون للمشترى المذكور حق فى فسخ البيع الا اذا كان العيب الحادث قد زال او كان البائع قد ارتضى بأخذ المبيع مع وجود العيب الجديد فيه ، انما يسوغ للمشترى أن يطلب تنقيص الثمن بالكيفية

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٢٤ .

(٢) يلاحظ على هذا الرأى انه تطبيق لنص التقنين الملغى ، اما تطبيق القواعد العامة فلا يحتاج فيه الى التفرقة بين ما يضره التبعيض وما لا يضره ، لانه ما دام البيع تم صفقة واحدة وبثمن اجمالى ، فانه لا تصح فيه التفرقة لمخالفتها ارادة المتعاقدين . ولذلك ففى كلتا الحالين تكون العبرة بجسامة العيب ، فان كان بحيث لو علمه المشترى لامتنع عن الشراء ، كان للاخير الخيار بين الرد أو الابقاء مع التعويض عن العيب ، وان لم يبلغ العيب هذا الحد من الجسامة ، لم يكن له سوى طلب التعويض عن العيب .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المبينة آنفا بشرط عدم مراعاة العيب الجديد أو التغيير الذى حصل فى المبيع » .

ومعنى هذا النص انه اذا كان بالمبيع عيب موجب للضمان ، ثم طرأ عليه عيب آخر أو تحول غير موجب للضمان ، سقط حق المشترى فى اختيار الفسخ منعا لالقاء عبء العيب الطارىء على عاتق البائع ما دام هذا العيب غير موجب للضمان . وبقى للمشترى حقه فى نقص الثمن النقص الذى يقابل العيب القديم فقط دون العيب الطارىء ، الا اذا آثر البائع على هذا النقص ان يسترد المبيع ويرد الثمن ، فيجوز حينئذالفسخ لا النقص (١) .

ولم يكن فى التقنين المدنى الاهلى ما يقابل هذا النص . غير ان الشراح لم يروا فى الحكم الذى تضمنه الا تطبيقا للقواعد العامة ، واجازوا العمل به دون نص .

وقد صرح واضعو مشروع تنقيح القانون المدنى بأنهم لم يروا حاجة الى النص على هذا الحكم باعتباره تفصيلا يحسن الرجوع فيه الى القواعد العامة (٢) .

٢٢٨ — حكم هلاك المبيع المعيب — قد يهلك المبيع المعيب بسبب العيب القديم وقد يهلك بسبب عيب جديد غير موجب للضمان أو بحادث قهرى ، فماذا يكون أثر الهلاك فى حق الضمان الذى ثبت للمشترى بثبوت العيب القديم الموجب للضمان ؟

كان التقنين المدنى الاهلى ينص على الحالة الاولى دون الثانية وذلك فى المادة ٣٢٣ منه ، وكان التقنين المختلط ينص على كلتا الحالين فى المادتين ٤٠٠ و٤٠١ منه .

وكان نص المادة ٣٢٣/٤٠٠ المشار اليها يقضى بانه « اذا هلك المبيع بسبب العيب القديم ، فيكون هلاكه على البائع ، ويلزم حينئذ برد الثمن

---

(١) قارن السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٤٧ ، وانظر عرضا للآراء الاخرى فى عادل المعراوى نبذة ٧١ .

(٢) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٢٤ ، أى انهم اقروا الحالة التى كانت قائمة فى التقنين المدنى الاهلى .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والمصاريف ودفع التضمينات على الوجه الموضح آنفا بحسب الاحوال ». وكان المقصود بهذا النص مجرد تطبيق القواعد العامة التى تقدمت ، فيعتبر هلاك المبيع كله نتيجة للعيب الموجب للضمان فيتحمله البائع، ويلزم حينئذ برد الثمن والمصاريف فى جميع الاحوال ، ويلزم ايضا بالتضمينات اذا كان سيىء النية (المادة ٣١٤/٣٨٨) .

وكانت المادة ٤٠١ مدنى مختلط تنص على انه «اذا كان فى المبيع عيب قديم وهلك بالكلية بسبب عيب جديد أو بالقضاء والقدر ، فهلاكه يكون على البائع متى كان وجود العيب القديم فيه ثابتا وكان تقدير نقصان الثمن ممكنا فى الاحوال الجائزة فيها نقصانه » .

وكان يؤخذ على هذا النص انه اذ يقضى فى ظاهره يجعل تبعة الهلاك على البائع فى جميع الاحوال يتعارض مع القاعدة العامة التى تنقل تبعة الهلاك الى المشترى من وقت تسلمه المبيع ، دون أن يكون ثمت اى مبرر للخروج على هذه القاعدة .

وقد اجمع الفقه على ان المقصود بهذا النص انه اذا هلك المبيع المعيب بسبب عيب جديد غير موجب للضمان أو بحادث قهرى ، فان الخسارة التى نجمت من العيب القديم — بقطع النظر عن الهلاك الطارىء — تبقى على البائع .

وفرعوا على ذلك انه اذا كان العيب القديم يجيز الفسخ للمشترى لولا هلاك المبيع ، وجب على البائع أن يرد الى المشترى كل الثمن ، والا اقتصر التزام البائع على ان يرد من الثمن ما يقابل نقص قيمة المبيع او نفعه الناشىء من العيب القديم اذا كان هذا النقص ممكنا تقديره بالرغم من هلاك المبيع ، لانه اذا لم يكن ممكنا تقديره تعذر الحكم للمشترى بما يقابله .

وظاهر أن ما ذهب اليه الشراح فى تفسير نص المادة ٤٠١ مختلط لا يعدو ان يكون تطبيقا للقواعد العامة الا فى جزئية واحدة يخيل الينا أن فيها خروجا على تلك القواعد لا مبرر له ، ذلك أن القول بأنه اذا كان العيب القديم مما يجيز الفسخ وجب على البائع رد الثمن بأكمله يقتضى ان يكون المشترى قد استعمل حقه فى طلب الفسخ قبل هلاك المبيع حتى يمكن

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

القاء تبعة هلاك المبيع على عاتق البائع باعتباره مالكا . اما اذا كان المشترى لم يطلب الفسخ قبل الهلاك ، فان الهلاك يكون قد وقع اما فى يده ، واما فى يد البائع وقبل التسليم . ففى الحالة الاخيرة تكون تبعة هلاك المبيع كله على البائع ، وفى الحالة الاولى يكون على البائع ما يقابل ضمان العيب القديم ويهلك المبيع فيما جاوز ذلك على المشترى ما دام قد هلك فى يده وهو على ملكه . فلا يجوز للمشترى أن يطالب البائع الا بما يقابل ضمان العيب القديم .

فاذا اخذنا فى هذه الجزئية ايضا بما تقضى به القواعد العامة طبقا لما تقدم ، أمكن القول بتطبيق هذه الاحكام دون حاجة الى النص عليها سواء كان ذلك فى ظل التقنين المدنى الاهلى الذى الغى أو فى اى تقنين آخر يقوم على هذه القواعد العامة .

وقد رأى واضعو التقنين الحالى هذا الرأى أيضا ، وأوشكوا ان يتركوا المسألة دون نص اكتفاء بهذه القواعد العامة . ولكنهم خشوا أن يثير ذلك شبهة ان هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان . فتفادوا هذه الشبهة بأن نصوا فى المادة ٤٥١ مدنى على أن « تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان » . وقصدوا بذلك أنه اذا هلك المبيع المعيب سواء كان هلاكه بسبب العيب القديم أو بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى ، أى بسبب أجنبى عن كل من البائع والمشترى ، فان ذلك لا يؤثر فيما ثبت للمشترى من حقوق بظهور العيب الموجب للضمان (١) ، طبقا للقواعد العامة التى تقدمت (٢) . واذا كان الهلاك بفعل المشترى ، فتطبق عليه ايضا القواعد العامة ، ويمتنع عليه طلب الفسخ ولا يرجع الا بضمان العيب (٣) .

---

(١) أى حقه فى رد المبيع المعيب مع التعويض الكامل ، أو فى ابقائه مع التعويض عن العيب فقط .

(٢) السنهورى ص ٧٤٤و٧٤٥ ، أنور سلطان ص ٣٣٩ ، الهلالى وحامد زكى ص٧٥٧ ويرى فريق آخر من الشراح أن المشترى لا يكون له فى هذه الحالة حق رد المبيع والمطالبة بالتعويض الكامل ، وانما يكون له فقط حق التعويض عن العيب (منصور ص ٢٠٧ ؛ ليبب شنب ص ٢٢٧ ، اسماعيل غانم ص ٢٠٢ ، عبد الباقى ص ٢٨٣ . البدراوى ص ٥٣٦) .

(٣) كان النص الاصلى للمادة ٤٥١ مدنى يقضى بأن « تبقى دعوى الضمان ، حتى لو هلك المبيع بسبب العيب ، او هلك قضاء وقدرا » (المادة ٥٦٧ من المشروع التمهيدى) . وجاء فى المذكرة الايضاحية تعليقا على هذا النص أن المشروع اكتفى بأن قرر أن دعوى =

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٢٢٩ - سقوط الحق فى الضمان - يسقط حق المشترى فى ضمان العيوب الخفية اما بالتقادم ، واما بالنزول عنه .

وقد كانت المادة ٤٠٢/٣٢٤ من التقنين الملغى تقضى بوجوب تقديم دعوى الضمان الناشئة عن وجود عيوب خفية فى ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها والا سقط الحق فيها . وكان عيب هذا النص قصر المدة التى عينها لسقوط حق الضمان اذ لا تكاد تتسع لرفع الدعوى ، فزاد التقنين الحالى مدة سقوط دعوى الضمان بالتقادم الى سنة ، ولكنه جعلها تبدأ من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشترى العيب الا بعد ذلك (١) (المادة ٤٥٢ فقرة أولى) ، فيسر بذلك على المشترى من حيث انه انسح له فى الوقت الذى يرفع فيه الدعوى ، ووضع فى الوقت ذاته لمصلحة البائع حدا لامكان رفع الدعوى عليه فى الحالات التى يتأخر فيها ظهور عيب المبيع ، فوفق بذلك بين مصلحة المشترى وبين الاستقرار الواجب للمعاملات .

وتبدأ مدة السنة التى يتقادم بها ضمان العيب من وقت التسليم الفعلى لا من وقت التسليم الحكمى ، وتعتبر مدة تقادم لا مدة سقوط ، فتسرى عليها أحكام انقطاع التقادم ، فتنقطع مثلا بالمطالبة القضائية وباقرار البائع بمسئوليته ، ولكنها لا تقف فى حق من لا تتوافر فيه الاهلية وفى حق الغائب ولا فى حق من حكم عليه بعقوبة جناية ، وانما تقف كلما وجد مانع يتعذر معه على المشترى أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا (المادة ٣٨٢) (٢) .

وقد نصت المادة ٤٥٢ مدنى على اطالة مدة التقادم الى أكثر من سنة من وقت التسليم فى حالتين :

= الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وقدرا ، حتى تنتفى الشبهة فى أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان . وفى لجنة مراجعة المشروع اقترح الاستاذ السنهورى ادخال تعديل يجعل الحكم أعم ، فلو هلك المبيع بفعل المشترى تطبق القواعد العامة ويمتنع عليه طلب الفسخ ولا يرجع الا بضمان العيب . وقد وافقت اللجنة على التعديل بالصيغة التى وردت فى المادة ٤٥١ من التقنين . (مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٢٠ وما بعدها) .

(١) استئناف القاهرة (الدائرة ١١ مدنى) ٣ ديسمبر ١٩٧٣ فى الاستئناف رقم ٢٤١٤ سنة ٨٩ ق .

(٢) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ فقرة ٣٧٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

(١) اذا قبل البائع ان يلتزم بالضمان لمدة اطول من سنة (المادة ٤٥٢ فقرة أولى) ، فيعتبر ذلك اتفاقا على تشديد الضمان وهو جائز ايضاطبقا للمادة ٤٥٣ التى سنعرض لها قريبا .

(٢) اذا تعمد البائع اخفاء العيب عن غش منه ، فلا تسقط دعوى الضمان حينئذ الا بخمس عشرة سنة من وقت البيع (١) .

اما النزول عن حق الضمان فاما ان يكون صريحا واما أن يكون ضمنيا، وهو فى كلتا الحالين يسقط الحق فى طلب الضمان . وقد تقدم ان المشترى يعتبر نازلا ضمنا عن حق الضمان اذا اهمل فحص المبيع فى الوقت المناسب او لم يبادر الى اخطار البائع بظهور العيب بمجرد كشفه (نبذة ٢٢١) .

وكانت المادة ٤٠٣/٣٢٥ مدنى قديم تنص على احدى حالات النزول الضمنى اذ تقضى بأن « تصرف المشترى فى المبيع بأى وجه كان بعداطلاعه على العيب الخفى يوجب سقوط حقه فى طلب الضمان » . وقد رأى واضعو التقنين الحالى أن هذا الحكم واضح يسهل استخلاصه من القواعد العامة ، فلم ينصوا عليه ، ولكن العمل به واجب تطبيقا للقواعد العامة ، فيعتبر المشترى نازلا عن ضمان العيب بمجرد تصرفه فى المبيع بعد كشفه العيب دون اخطار البائع باحتفاظه بالضمان (٢) .

٢٣٠ — البيوع التى لا يثبت فيها ضمان العيوب الخفية — نصت المادة ٤٥٤ مدنى على أن « لا ضمان للعيب فى البيوع القضائية وفى البيوع الادارية التى تتم بالمزاد » . وقد كانت المادة ٤٠٥/٣٢٧ من التقنين الملغى تنص على مثل ذلك أيضا .

وحكمة منع ضمان العيوب الخفية فى البيوع القضائية وفى البيوع الادارية التى تتم بالمزاد ان هذه البيوع يسبقها الاعلان والنشر عنها بمدة كافية تتيح للراغبين فى المزايدة أن يفحصوا المال المعلن عن بيعه قبل الاقدام على المزايدة فيه وأن المصلحة العامة تقضي بالتضييق فى فسخ هذه البيوع مراعاة لما تقتضيه من اجراءات ومصروفات وماتستغرقه من وقت طويل(٣) .

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٥٣ .

(٢) يراجع فى الفروض المختلفة فى هذا الشأن عادل المعراوى نبذة ٧٤ .

(٣) انظر المذكرة الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٢٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويستوى فى ذلك أن يكون البيع القضائى أو الادارى الذى تم بالمزاد اجباريا اى مما يحتم القانون اجراءه بهذه الطريقة كبيع اموال المدين جبرا عليه وبيع اموال الممول تنفيذا لما عليه من ضرائب ، أو ان يكون اختياريا كبيع المال الشائع لعدم امكان قسمته (١) .

٢٣١ - الاتفاق على تعديل احكام الضمان - نص المشرع على الاحكام المتقدمة باعتبارها احكاما مقررة لارادة العاقدين ، فتسرى هذه الاحكام عليهما ما لم يتفقا على ما يخالفها .

وقد اكدت المادة ٤٥٣ مدنى هذا اذ نصت على ان « يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص ان يزيدا فى الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان . على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب فى المبيع غشا منه » .

وبناء على ذلك يجوز الاتفاق على اعفاء البائع من ضمان جميع العيوب الخفية أو بعضها ، أو على اعفائه من التضمينات فقط فى حالة ظهور عيب خفى ، وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمادة ٤٥٣ انه يجوز الاتفاق على نقص مدة تقادم دعوى ضمان العيب التى حددها القانون بسنة . غير أن هذا القول لا يستند الى شىء من نص المادة المذكورة ، بل بالعكس يصطدم مع نص المادة ١/٣٨٨ التى تقضى بأنه لا يجوز الاتفاق على ان يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون ، فكان هذا النص أولى بالاتباع مما جاء فى المذكرة الايضاحية المشار اليها (٢) .

على أن هذا الشرط يقع باطلا اذا كان البائع عالما وقت البيع بوجود العيب الخفى فى المبيع وتعمد اخفاءه عن المشترى غشا منه واشترط الاعفاء من الضمان لتغطية نفسه ، بل ان الحكم لايقتصر على ذلك فى هذه الحالة وانما يترتب على غش البائع اطالة مدة تقادم دعوى الضمان فلا تسقط هذه الدعوى بمضى سنة من وقت التسليم بل بخمس عشر سنة من وقت العقد (راجع نبذة ٢٢٩) .

---

(١) فى هذا المعنى لبيب شنب نبذة ١٧٩ ص ٢٣١ ، اسماعيل غانم ص ١٩٧ . وانظر عكس ذلك السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٣٧١ ، أنور سلطان نبذة ٢٨٢ ، امام نبذة ٢٢ ، كامل مرسى نبذة ١٩٤ ، منصور نبذة ٩٠ ، جميل الشرقاوى ص ٣٨٥ هامش ٢ .

(٢) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٥٢ و ٧٥٣ ، قارن عكس ذلك امام ص ٣٩١ ، البدراوى نبذة ٣٥١ ، ونبذة ٣٥٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وكذلك يجوز الاتفاق على تشديد الضمان بأن يقبل البائع الالتزام بالتضمينات عن جميع الاضرار التى تنشأ من ظهور عيب بالمبيع سواء كانت تلك الاضرار متوقعة او غير متوقعة ، ولو كان هو حسن النية .

وخلافا لما تقدم عن الاتفاق على تقصير مدة التقادم يجوز الاتفاق على اطالة هذه المدة لأن المادة ٤٥٢/ نصت صراحة على هذا الجواز ، فكان نصها استثناء واردا على حكم المادة ١/٣٨٨ الذى تقدمت الاشارة اليه .

وقد افترض المشرع فى البائع قبول اطالة الضمان اذا كان قد ضمن صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع ، ونصت المادة٤٥٥ مدنى على أنه يجب فى هذه الحالة « على المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الاخطار ، والا سقط حقه فى الضمان . كل هذا ما لم يتفق على غيره» . والمقصود بذلك بيع الاشياء الدقيقة كالساعات والسيارات والآلات الميكانيكية . فيجوز فيه الرجوع بالضمان ، ولو بعد انقضاء سنة من تسليم المبيع ، على ان يكون ذلك فى خلال سبعة أشهر على الاكثر من تاريخ ظهور الخلل ، فيعتبر هذا النص اطالة لمدة الضمان اذا تأخر ظهور الخلل اكثر من خمسة أشهر وقت التسليم . أما اذا ظهر الخلل قبل ذلك ، فان تطبيق النص يؤدى الى تقصير مدة الضمان (١) .

٢٣٢ـ انتقال حق الضمان الى من تنتقل اليه ملكية المبيع ـ يعتبر حق الرجوع بضمان العيوب الخفية حقا متعلقا بالمبيع ويدخل فى ضمن ملحقاته، فينتقل مع المبيع الى من تنتقل اليه ملكيته . فيجوز لوارث المشترى ولمن تصرف اليه المشترى فى المبيع قبل أن يعلم بوجود العيب فيه ان يستعمل حق المشترى فى الرجوع بالضمان على من باع اليه (٢) .

فاذا كان التصرف الصادر من المشترى بيعا تم قبل كشف العيب فى المبيع ، فان المشترى الثانى يتلقى فى ضمن ملحقات المبيع دعوى الضمان التى كانت للمشترى الاول ضد بائعه ويملك هذه الدعوى لنفسه فيرفعها مباشرة على البائع الاول(٣) . وله فوق ذلك دعوى ضمان أخرى ناشئة من عقد البيع الصادر اليه تخوله الرجوع على المشترى الاول باعتباره بائعا اليه (البائع الثانى) . ولكنه لايجوز له أن يباشر كلا الدعويين وأن يحصل

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٣٨٠ .

(٢) لبيب شنب نبذة ١٨١ .

(٣) نقض مدنى ٢٦ يناير ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ ـ ١٩٦٤ ـ ٤٠ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

من طريقها على التعويض مرتين ، فاما أن يرجع على بائعه وهـذا يرجع بدوره على البائع الاول ، واما أن يرجع على البائع الاول مباشرة وينتهى الامر عند هذا الحد .

اما اذا صدر البيع الثانى بعد ظهور العيب بالمبيع ، فاما أن ينص فيه على حفظ حق المشترى الاول فى الضمان وعلى نقله الى المشترى الثانى واما أن لا ينص فيه على ذلك . ففى الحالة الاولى ينتقل الى المشترى الثانى حق الضمان الذى ثبت للمشترى الاول قبل البائع الاول ، ولايثبت له حق الضمان قبل من تلقى هو المبيع منه لان العيب كان ظاهرا بالمبيع وقت شرائه فلا يضمنه البائع .

وفى الحالة الثانية لا يكون للمشترى الثانى ولا للمشترى الاول أى حق فى ضمان العيب ، لان المشترى الاول يعتبر بمجرد تصرفه فى المبيع بعد ظهور العيب ودون تحفظ انه قد نزل عن حقه فى الضمان — وبالتالى يمتنع انتقال هذا الحق الى المشترى الثانى — ولان هذا لا يثبت له حق فى الضمان قبل بائعه لظهور عيب المبيع وقت البيع الثانى .

٢٣٣ — دعوى فسخ البيع بسبب العيب الخفى ودعوى ابطاله لغلط المشترى — تقدم أن اخلال البائع بالتزام ضمان العيوب الخفية يخول المشترى حق فسخ البيع فى بعض الاحوال . وقد يبدو أن جهل المشترى وقت العقد وجود العيب فى المبيع لا يعدو أن يكون غلطا فى حالة المبيع ومن ثم يجيز للمشترى ابطال العقد بسبب الغلط ، فيكون اذن للمشترى الخيار بين الابطال للغلط وبين الفسخ للعيب كما فى حالة استحقاق المبيع حيث تقدم انه يكون للمشترى الخيار بين فسخ البيع لاستحقاق المبيع وبين ابطاله لوروده على ملك الغير (١) . وتظهر اهمية هذا الخيار بوجه خاص فى تقادم كل من الدعويين ، فان دعوى الفسخ تتقادم بسنة من وقت تسليم المبيع ، أما دعوى الابطال للغلط فلا تتقادم الا بثلاث سنوات من وقت كشف الغلط او بخمس عشرة سنة من وقت العقد .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الثانى

التزامات المشترى

٢٣٤ ـ التزامات المشترى ثلاثة ـ يترتب على البيع التزام المشترى بدفع الثمن (المادة ٤١٨) ، وهو التزامه الرئيسى ، ويترتب عليه فوق ذلك التزامان ثانويان هما التزامه بنفقات العقد (المادة ٤٦٢) والتزامه بتسلم المبيع (المادة ٤٦٣) .

المبحث الاول

التزام المشترى بالثمن

٢٣٥ ـ حكم القواعد العامة والنصوص المتعلقة بالتزام المشترى بالثمن ـ يؤخذ من تعريف عقد البيع ذاته أن المشترى يلتزم بدفع ثمن نقدى فى مقابل نقل ملكية المبيع اليه (١) (المادة ٤٨١ مدنى) .

والاصل أن يرجع فى تعيين الوقت والمكان اللذين يجب أن يتم فيهما دفع الثمن وفى تحديد طريقة الدفع الى ارادة العاقدين (٢) ، وكانت المادة ٤٠٦/٣٢٨ من التقنين الملغى تنص على هذا الاصل بقولها انه « يجب على المشترى وفاء الثمن فى الميعاد وفى المكان المعينين فى عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه » . فاذا خلا العقد من نص على احدى هذه المسائل وجب

---

(١) غير انه يمكن أن يكون الملتزم بالثمن شخصا آخر غير المشترى سواء كان متبرعا للمشترى بالثمن أو مقرضا اياه ، كما لو اشترى الاب من ماله لحساب ولده ، أو التزم مقرض النقود فى عقد البيع بدفع الثمن لحساب المشترى (انظر السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٧٠ هامش ١) .

(٢) وحكم بأنه اذا أراد المشترى أن يبرىء ذمته من الثمن بعرضه على البائع أثناء المرافعة، فأودع حال المرافعة شيكا لامر البائع، واعتبر الحكم هذا الايداع وفاء بالثمن مبرئا لذمة المشترى من الدين، فانه يكون قد خالف القانون، ذلك لان الشيك وان كان يعتبر أداة وفاء الا أن الالتزام المترتب فى ذمة الساحب لا ينقضى بمجرد سحب الشيك بل بقبـــام المسحوب عليه بصرف قيمته للمستفيد (نقض مدنى ١٣ يونيه ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ ص ٨٦٣ ـ ٣٧٣) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الرجوع فى شأنها الى عرف الجهة او العادات التجارية . فاذا لم يوجد عرف أو عادة ، تعين الرجوع الى القواعد التى قررها المشرع فى هـذا الشـأن .

ويبين من ذلك أن هذه القواعد تعتبر مقررة ومفسرة لارادة المتعاقدين، وليست آمرة ، اذ هى لايعمل بها الا عند عدم الاتفاق على مايخالفها .

والاصل فى العقود المسماة أن يطبق عليها من أحكام القانون ما ورد فى شأنها بالذات وان لا يرجع الى القواعد العامة الا فيما لم يرد فى شأنه نص خاص بالعقد المسمى (راجع ما تقدم فى نبذة ٤) .

ولان القانون أورد فى باب البيع نصوصا خاصة فيما يتعلق بالتزام المشترى بدفع الثمن ، وجب تطبيق هذه النصوص الخاصة قبل الرجوع الى القواعد العامة .

غير أن تطبيق كل من هذه النصوص على وجهه الصحيح يقتضى تعيين طبيعته وما اذا كان يعتبر تطبيقا للقواعد العامة أوخروجا عليها ، كمـا يقتضي فى هـذه الحالة الاخيرة تحـديد حكمة التشريع فى الخروج على القواعد العامة .

والقواعد العامة فى الوفاء بالالتزام بوجه عام تقضى بما يأتى :

(١) فيما يتعلق بوقت الوفاء ، انه يجب ان يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين (المادة ٣٤٦ فقرة أولى مدنى) . على انه يجوز للقاضي فى حالات استثنائية ، اذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم (المادة ٣٤٦ فقرة ثانية مدنى) .

(٢) وفيما يتعلق بمكان الوفاء ، انه اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام (المادة ٣٤٨ فقرة اولى) . أما فى الالتزامـات الاخـرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمال (المادة ٣٤٧ فقرة ثانية) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ومقتضى ذلك ان الدائن هو الذى يجب عليه فى هذه الحالة أن يسعى الى المدين بالمطالبة وانه ليس على المدين أن يسعى بالوفاء الى الدائن ، اى أن الدين يطلب ولا يحمل .

٣ — وفيما يتعلق بنفقات الوفاء ، انها تكون على المدين .

وفى ضوء هذه القواعد العامة نستطيع أن ندرس النصوص الخاصة التى وردت فى شأن التزام المشترى بدفع الثمن .

٢٣٦ — المكان الذى يجب فيه وفاء الثمن — تنص المادة ٤٥٦ مدنى على أن « يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق الثمن » (وكانت المادة ٣٢٩/٤٠٧ — ٤٠٩ من التقنين الملغى تقضى بمثل ذلك ايضا) .

ويؤخذ من هذا النص أن المشرع يفرق بين الوفاء بالثمن الذى يستحق وقت تسليم المبيع وبين الوفاء بالثمن الذى يستحق بعد ذلك .

ففى الحالة الأخيرة طبق المشرع حكم القواعد العامة ، فنص على أن الوفاء يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق الثمن (المدة ٤٥٦ فقرة ثانية وهى تطبيق للمادة ٣٤٧ فقرة ثانية) . غير انه يلاحظ وجود فرق بين نص المادة ٤٥٦ فقرة ثانية ونص المادة ٣٤٧ فقرة ثانية التى تتضمن القاعدة العامة ، اذ اقتصر الاول على أن يقرر أن الوفاء يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى فى حين ان الثانى قرر أن الوفاء يكون فى هذا المكان أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال . ولكن هذا الفرق غير مقصود ويجب تفسير عبارة المادة ٤٥٦ بما ورد فى المادة ٣٤٧ واعتبار وفاء المشترى بالثمن واجبا فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله اذا كان البيع متعلقا بهذه الأعمال ، اذ تقضى المادة ٤١ مدنى بأن « يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة الى ادارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » . فاذا اشترى المحامى أثاثا أو أدوات كتابية لمكتبه وجبت مطالبته بالثمن فى مكتبه لا فى المكان الذى يقيم فيه عادة (١) .

---

(١) على انه اذا كان المشترى قد منح بعد استحقاق الثمن اجلا لدفعه عملا بنظرة

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

اما اذا كان الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وهو يكون كذلك اذا حدد فى العقد وقت واحد لكل من تسليم المبيع ودفع الثمن ، أو اذا لم يحدد وقت لأى منهما فيكونان مستحقين فورا ، أو اذا حدد وقت لتسليم المبيع ولم يحدد وقت لدفع الثمن فيكون الثمن مستحقا فى الوقت المحدد لتسليم المبيع ، فقد نص المشرع على أن يكون الوفاء بالثمن فى المكان الذى يسلم فيه المبيع (المادة ٤٥٦ فقرة أولى) . وظاهر ان فى هذا النص خروجا على القواعد العامة التى تقضى بان يكون الوفاء فى موطن المدين وقت الوفاء او فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال (المادة ٢/٣٤٧ مدنى) . وحكمته الرغبة فى ان الالتزامات المستحقة فى وقت واحد يتم تنفيذها معا فى مكان واحد ، حتى لا يحدث خلاف على من يجب أن ينفذ أولا وحتى لا يحتاج البائع والمشترى - والمفروض انهما مجتمعان وقت تسليم المبيع فى المكان الذى يجب فيه التسليم - الى الاجتماع مرة اخرى فى موطن المشترى .

ويلاحظ ان المشرع لم يعرض لتعيين مكان الوفاء بالثمن فى حالة ثالثة غير الحالتين السابقتين هى الحالة التى يكون فيها الثمن مستحقا قبل الوقت المعين لتسليم المبيع ، ولا شك فى انطباق القاعدة العامة على هذه الحالة اذ لا تتوافر فيها الحكمة التى اقتضت الخروج على هذه القاعدة فى الحالة السابقة . واذن يكون وفاء الثمن فى هذه الحالة فى موطن المشترى كما فى الحالة الأولى .

ويمكن القول اذن بوجوب التفرقة بين الأحوال التى يستحق فيها الثمن وقت التسليم والاحوال التى يكون فيها استحقاق الثمن فى وقت سابق أو لاحق لوقت التسليم ، وفى هذه الأحوال الأخيرة تطبق القواعد العامة . أما فى الأحوال الاولى ، فيكون الثمن مستحق الأداء فى مكان تسليم المبيع خلافا للقاعدة العامة .

= الميسرة أو تفضلا من البائع ، فان ذلك لا يؤثر فى اعتبار ان الثمن كان مستحقا وقت تسليم المبيع ، ويتعين على المشترى عند حلول الاجل الممنوح له أن يفى بالثمن فى مكان تسليم المبيع لان هذا المكان قد تحدد بمجرد استحقاق الثمن قبل منح الاجل الجديد (السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٩٨ ٧هامش ١) ، بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ ص ١٦٥ هامش ٢) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكل هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

٢٣٧ ـ الوقت الذى يجب فيه وفاء الثمن ـ فى القانون الفرنسى تنص المادة ١٦٥١ مدنى على انه يجب على المشترى دفع الثمن فى الزمان والمكان اللذين يجب أن يتم فيهما تسليم المبيع ما لم يتفق على غير ذلك .

ومقتضى هذا النص أنه اذا عين أجل لتسليم المبيع دون تعيين أجل لدفع الثمن ، يجوز للمشترى أن يؤجل دفع الثمن الى الوقت المعين للتسليم .

اما التقنين المدنى المصرى الملغى فكان ينص فى المادة ٣٢٩ فقرة اولى ٤٠٧ منه على أنه فى حالة عدم وجود شرط صريح فى العقد يكون الثمن واجب الدفع حالا فى مكان تسليم المبيع . فكان ظاهر النص يفيد ان دفع الثمن واجب حالا أى فور العقد وبقطع النظر عن حصول تسليم المبيع ، أى ولو كان التسليم مؤجلا . غير أن الفقه والقضاء ابيا الاخذ بهذا الظاهر ، واعتبرا النص موضوعا للحالة الغالبة وهى التى لا يكون فيها اتفاق على تأجيل التسليم ، وذهبا الى أنه اذا عين فى العقد أجل التسليم ، فان العدالة تقضى ـ ما دام العقد ملزما الجانبين وما دام تنفيذ التزامات كل من الجانبين يعتبر سببا لالتزامات الجانب الاخر ـ ان يتم التنفيذ من الجانبين فى وقت واحد ، فلا يلزم المشترى بدفع الثمن الا فى الوقت المعين للتسليم .

وقد اخذ التقنين المدنى الحالى ايضا بذلك ، فنص فى المادة ٤٥٧ فقرة أولى منه على أن يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك. وقد تقدم أن الاصل أن المبيع يكون واجب التسليم وقت العقد . واذن يكون الاصل فى التقنين الحالى وجوب تسليم المبيع ودفع الثمن فور العقد ، ولكن يجوز ان يتفق العاقدان على أن يدفع الثمن قبل التسليم او بعده ، كان يتفقا على ان يدفع الثمن فور العقد مع تأجيل تسليم المبيع ، او يتفقا على ان يدفع الثمن مؤجلا على اقساط أو جملة واحدة مع تعجيل التسليم (١) .

---

(١) قضت محكمة النقض بان تاجيل دفع الثمن لا يخل بركن الثمن فى العقد ولا يترتب عليه بطلان عقد البيع بل يظل المشترى ملتزما بادائه فى الميعاد وبالكيفية المتفق عليهما بين الطرفين باعتبار ان عقد البيع استوفى ركن الثمن (نقض مدنى ٢

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فاذا اتفقا على اجل لتسليم المبيع ولم يحددا أجلا لدفع الثمن، فيكون الثمن مستحقا فى الاجل المعين للتسليم . وقد يقضى العرف بأحكام أخرى فيتعين اتباعها اذا لم يتفق الطرفان على ما يخالفها (١) .

وفى كل حالة يكون فيها وقت استحقاق الثمن والتسليم واحدا ، يثور التساؤل عن أى الطرفين يلزم أولا بوفاء التزامه ، اذ من المتصور ان يتوقف كل منهما عن وفاء التزامه حتى يفى الآخر التزامه . وجواب ذلك أن الطرف الذى يبدأ بمطالبة الآخر يجب أن يبدأ بوفاء التزامه . فان طالب المشترى البائع بتسليمه المبيع وجب عليه أن يبدأ بدفع الثمن ، والا جاز للبائع الامتناع عن التسليم . وان طالب البائع المشترى بالثمن كان عليه أن يسلم المبيع أولا ، والا جاز للمشترى الامتناع عن دفع الثمن (٢) .

٢٣٨ — ملحقات الثمن — تلحق بالثمن أحيانا فوائده وتكاليف المبيع من وقت البيع الى حين تسليمه . وهذا عدا ما يلزم المشترى به أيضا من نفقات وفاء الثمن ونفقات عقد البيع ورسومه ونفقات تسلم المبيع، وسيأتى الكلام فى كل منها فى موضعه .

=

ديسمبر ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ — ١٢٨٤ — ١٩٣) .

وبأن استخلاص الحكم من عدم وجود السندات بأقساط باقى الثمن بيد البائع وعجزه عن اثبات ضياعها بسبب العدوان الثلاثى قرينة لصالح المشترى على الوفاء بها استخلاص سائغ ولا خطأ فيه (نقض مدنى ١٠ ابريل ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ — ٥٧٠ — ١٠١) .

(١) نقض مدنى ٣ مايو ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ — ٥٧١ — ٨٦ وقد جاء فيه انه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى أن اتفاقا قد تم بين الطرفين على دفع الثمن جميعه نقدا فى ميعاد معين فانه لا محل للرجوع الى العرف لمعرفة ميعاد دفع الثمن والطريقة التى يدفع بها أو لبيان ما اذا كان يحق للبائع التحلل من الصفقة اذا لم يوف المشترى الثمن فى الميعاد مادام ان القانون قد خوله هذا الحق بنص صريح بما قرره فى المادة ٣٣٥ من القانون المدنى القديم من انه اذا اتفق فى بيع البضائع والامتعة المنقولة على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع كان البيع مفسوخا ضمنا اذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المحدد بغير حاجة الى تنبيه رسمى .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٩٧ هامش ١ . ويرى بيدان ان المشترى هو الذى يجب أن يفى الثمن أولا فى جميع الاحوال لان ذلك لا يعرضه لاى خطر اذ تكون ملكية المبيع انتقلت اليه (اذا كان منقولا معينا بالذات) ، فلا يخشى فيه مزاحمة دائنى البائع فى حين أن هذا الاخير يتعرض اذا ما سلم المبيع أولا لخطر مزاحمة دائنى المشترى له فى الثمن المستحق له (بيدان جـ ١١ فقرة ١٧٦) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٢٣٩ — (أ) فوائد الثمن — تنص المادة ٤٥٨ فقرة أولى مدنى على أن « لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا أعذر المشترى او اذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » .

ويخلص من هذا النص ان المشترى اذا لم يدفع الثمن فور العقد يلزم بفوائد عنه فى أربع حالات :

الاولى : اذا اتفق العاقدان على ذلك . وفى هذه الحالة يلزم المشترى بالفوائد المتفق عليها ومن الوقت المعين لذلك فى العقد ، على الا يجاوز سعر الفائدة الاتفاقية ٧٪ فى السنة وفقا للمادة ٢٢٧ مدنى . واذا نص العقد على استحقاق البائع فوائد عن الباقى له من الثمن دون تعيين سعر الفائدة ، استحقت له الفوائد بالسعر القانونى وهو وفقا للمادة ٢٢٦ مدنى ٤٪ فى المواد المدنية أو ٥٪ فى المواد التجارية ، ولكنها تعتبر فوائد اتفاقية لا فوائد قانونية . وتسرى هذه الفوائد الاتفاقية من الوقت الذى ينص عليه الاتفاق ، سواء أكان هو وقت العقد أم وقت استحقاق الثمن أم وقت تسلم المشترى المبيع ولو لم يكن هذا قابلا أن ينتج ثمارا أو ايرادات أخرى (١) .

ولا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز أن يجاوز مجموع الفوائد راس المال ، وذلك دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية (المادة ٢٣٢ مدنى (٢)) .

والثانية : اذا وجد عرف يقضى باستحقاق البائع فوائد عما لم يقبضه من الثمن ، لأن العرف يقوم مقام اتفاق العاقدين . ومثل ذلك أن ينفق على أن يدخل الثمن فى حساب جار بين المشترى والمبيع ،

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٧٧ .

(٢) انظر تطبيقا لذلك فى نقض مدنى ١٨ فبراير ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض ٢٦ — ٤١٧ — ٨٦ وقد جاء فيه انه متى كان عقد البيع الذى أبرمه البنك — بنك الاراضى — مع المدعون عليه وموضوعه اطيان زراعية هو عقد مدنى بطبيعته ، فان باقى ثمن الاطيان المبيعة المستحقة للبنك يسرى عليه الحظر المنصوص عليه فى المادة ٢٣٢ مدنى ولا يخضع للقواعد والعادات التجارية التى تبيح تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ومجاوزة الفوائد لراس المال .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فتسرى عليه حينئذ فوائد قانونية بمقتضى عرف مستقر يقضى بحساب الفوائد القانونية على الحساب الجارى .

والثالثة : اذا استحق الثمن واعذر المشترى لدفعه فلم يدفعه ، ويكون اعذاره، كما تقدم وفقا للمادة ٢١٩ مدنى(١). ويلزم المشترى بالفوائد فى هذه الحالة من وقت اعذاره وليس من وقت المطالبة القضائية فحسب كما تقضى به القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ٢٢٦ مدنى (يراجع نص هذه المادة وقد ورد فى نهايته أن حكمها يسرى « ما لم ينص القانون على غيره ») . ويعتبر حكم المادة ٤٥٨ فى شأن الفوائد استثناء من تلك القاعدة العامة .

والرابعة : يظهر من نص المادة ٤٥٨ المذكورة أن البائع يستحق فوائد عن الثمن الذى لم يدفع اليه اذا هو سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات اخرى ، كما اذا كان المبيع منزلا مؤجرا أو أرضا مزروعة (٢) (وهذا ما كانت تقضى به أيضا المادة ٣٣٠/٤١٠ مدنى قديم) .

وقد قرر المشرع ذلك لأنه رأى أن العدالة تقتضى أن يقابل تمكين المشترى من الانتفاع بالمبيع تمكين البائع من الانتفاع بالثمن ، سواء بدفعه

---

(١) وحكم بأن المطالبة القضائية من البائع باسترداد المبيع لعدم دفع الثمن تتضمن اعذارا للمشترى بدفع الثمن، ويترتب عليها سريان الفوائد فى حق المشترى اذا رفض طلب الاسترداد والزم المشترى الثمن [استئناف مختلط ٢٤ مارس ١٨٢ (٤ ص ٢١٦)] .

(٢) ويجب التوسع فى فهم قابلية المبيع لانتاج ثمار أو ايرادات اخرى ، بحيث يدخل فى ذلك قابليته لاى استعمال متقوم ، كما فى بيع سيارة للاستعمال الشخصى ، فان ما يمكن ان يفيد المشترى من استعمالها يعد من قبيل الثمار أو الايرادات الاخرى ويكفى لايجاب فوائد الثمن . وكذلك الحال لو كان المبيع أرضا فضاء معدة للبناء أو كتابا او صورة زيتية او مصافا . ففى هذه الامثلة أيضا يمكن أن يجنى المشترى فائدة متقومة اذا استعمل الشىء فيما أعد له ، فبنى فى الارض أو قرأ الكتاب او حلى به مكتبه او متع نفسه بمشاهدة الصورة أو بتزيين بيته أو مكتبه بها أو بحمل المصاغ . فاذن عكس ذلك أمام نبذة ٢٢٤ . وقد حمل ذلك الأستاذ السنهورى على ان يقول انه كان الأولى من ناحية السياسة التشريعية أن تستحق الفوائد من وقت تسليم المبيع سواء كان قابلا لانتاج ايراد أو غير قابل لذلك (السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٨٠ هامش ١) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

اليه ليستغله بنفسه أو باعطائه فوائد عنه مقابل استغلال المشترى اياه ، وذلك حتى لا يجمع المشترى بين البدلين اى بين الربع والفوائد وحتى لا يحرم البائع منهما معا .

وقضت محكمة النقض بأن حق البائع فى فوائد الثمن اذا كان المبيع الذى سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح اخرى يقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن يجمع المشترى بين يديه ثمرة البدلين المبيع والثمن ، ولذلك حق ان يكون على المشترى فوائد ثمن المبيع المثمر الذى تسلمه من يوم تسلمه . ولا يقف جريان هذه الفوائد أن يكون الثمن أو أن يصبح غير مستحق الاداء حالا ، كأن يكون مؤجلا اصلا او لعلة طارئة او يكون محجوزا عليه أو محبوسا تحت يد المشترى . واذن فالمشترى لا يستطيع أن يتمسك بأنه غير ملزم بفوائد عن باقى الثمن حتى لو صح ما يدعيه من أن الثمن ما كان مستحق الأداء لعدم تسليم البائع اياه مستندات التمليك أو لتخلفه عن تحرير العقد النهائى متى كان قد وضع يده على الاطيان المبيعة (١) أو حتى لو كان الثمن غير مستحق الأداء حالا لسبب يرجع الى البائع نفسه كأن يكون تأجيل الثمن بسبب امهال البائع ليستجمع اوراقه التى تثبت ملكيته حتى يمكن تحرير العقد النهائى(٢).

وقد حكم بأن المشترى يلزم فى هذه الحالة بفوائد الثمن ولو كان ممتنعا عن دفعه استعمالا لحق الحبس اذ لا يجوز أن يجمع المشترى بين الانتفاع بالمبيع واستثمار الباقى فى ذمته من الثمن (٣) .

فاذا قضى الحكم للبائع بالفوائد القانونية من وقت المطالبة القضائية بها فقط واغفل طلبه الحكم بها من وقت تسلم المشترى المبيع المنتج ثمارا ، كان ذلك قصورا منه يستوجب نقضه (٤) . أما اذا لم يطلب البائع الفوائد المقابلة للثمار واقتصر على طلب فوائد عن الاقساط التى

---

(١) نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ٦٧٩ — ٣٥٠ .
وايضا نقض مدنى ١٨ مايو ١٩٦٧ . المحاماة س ٤٨ عدد ٧ ص ١٣٠ رقم ٢١٠ .
(٢) نقض مدنى ٥ ابريل ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ — ٦٣٦ — ١٠٦ .
(٣) نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٤٨ فهرس الخمسة وعشرين سنة لأحكام النقض ص ٣٦٢ نبذة ١٠٦ ، وايضا استئناف مصر ٢٤ نوفمبر ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ — ٢٤ — ٩٣ .
(٤) نقض مدنى ١٤ يونيه ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ — ٨٠٨ — ١٢١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

دفعت متاخرة عن اجل استحقاقها ، وراى المحكمة انه لا محل للحكم بفوائد عن هذا التاخير الا من وقت المطالبة القضائية بها ، فلا مخالفة فى ذلك للقانون (١) .

وتسرى هذه الفوائد من وقت وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من قبضه دون عائق (٢) . ويستمر سريانها الى حين وفاء كامل الثمن . واذا سدد الثمن اقساطا ، سرت الفوائد على كل قسط من تاريخ تسلم المشترى المبيع الى تاريخ سداد هذا القسط .

غير انه يلاحظ ان محل اشتراط المادة ٤٥٨ تسليم المبيع للمشترى لاستحقاق الفوائد للبائع ان يكون بين الطرفين اتفاق على ان ثمرة المبيع لا تكون للمشترى الا من تاريخ التسليم ، لانه اذا لم يوجد اتفاق على ذلك فان ثمرة المبيع ونماءه يكونان للمشترى من وقت البيع وفقا للمادة ٤٥٨ فقرة ثانية ، وحينئذ يتعين الزام المشترى بالفوائد ليس من تاريخ التسليم فحسب بل من وقت البيع متى كان المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات اخرى (٣) .

---

(١) نقض مدنى ٢٣ ابريل ١٩٤٤ فهرس الخمسة وعشرين سنة لاحكام النقض ص ٣٦٢ نبذة ١٠٤ .

(٢) ويكفى فى ذلك مجرد اعذار المشترى لتسلم المبيع (بودرى لاكانتنرى نبذة ٥٢٥ ، السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٨٠ هامش ٣) .

(٣) قرب فى هذا المعنى نقض مدنى ٣٠ يونيه ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ - ١٤٩٠ - ٢٠٧ ، وقد جاء فيه قوله : « لئن كانت المادة ٣٣٠ من القانون المدنى القديم تقضى بأنه لا يكون للبائع حق فى فوائد الثمن فى حالة عدم الاتفاق عليها الا اذا كلف المشترى بالدفع تكليفا رسميا أو كان المبيع الذى سلم ينتج ثمرات أو ارباحا مما يوحى انه ما لم يحصل هذا التكليف فان فوائد الثمن لا تستحق للبائع الا من تاريخ تسلم المشترى المبيع المثمر ، لما كانت العلة فى ربط حق البائع فى فوائد الثمن بتسليمه المبيع المثمر للمشترى هى عدم جواز جمع المشترى بين ثمرة البدلين - المبيع والثمن - وافتراض المشرع أن وسيلة المشترى الى التمكن من الاستيلاء على الثمرات هى تسلمه المبيع ، فانه فى اية حالة يتمكن فيها المشترى من الاستيلاء على هذه الثمرات ولو لم يتسلم المبيع فعلا ، فانه يلزم بدفع الفوائد بالسعر القانونى حتى لا يجمع بين الثمرات والفوائد ، فينتفع بالثمن والمبيع معا . فاذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضده (المشترى) بثمرات المبيع عن مدة سابقة على تاريخ وفائه باقى الثمن ، فانه اذ رفض القضاء للطاعن (البائع) بفوائد ما لم يكن قد دفع له من الثمن واجراء المقاصة بين هذه الفوائد وما يعادلها من الثمرات تأسيسا على أن المبيع كان تحت يده ، فان الحكم يكون مخالفا للقانون .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولذلك كان ينبغى أن تنص المادة ٤٥٨ فقرة أولى على حكم الحالة التى لا يكون فيها اتفاق على تأجيل استحقاق المشترى ثمرة المبيع الى حين تسليمه لانها هى الاصل (١) .

وبناء على ذلك نرى تفسير عبارة المادة ٤٥٨ فقرة أولى مدنى بمعنى أن البائع يستحق من وقت العقد فوائد عما لم يقبضه من الثمن متى كان المبيع قابلا أن ينتج ثمارا او ايرادات اخرى ، ما لم يتفق على أن المشترى لا يستحق ثمرة المبيع الا من وقت التسليم أو من أى وقت آخر ، فلا يستحق البائع الفوائد الا من هذا الوقت ايضا (٢) .

على اننا نرى انه اذا كان الثمن مؤجلا أصلا فى عقد البيع ، فان المشترى لا يلزم بالفوائد ولو كان المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات اخرى الا من وقت حلول الاجل ولو تم تسليم المبيع قبل ذلك ، لان تعيين أجل فى العقد لدفع الثمن يفرض معه مراعاة هذا الأجل فى تحديد الثمن ، أى ان الثمن المسمى يعتبر شاملا قيمة المبيع وقت العقد وقيمة ثمراته التى ينتجها من ذلك الوقت الى حين استحقاق الثمن ، فلا تسرى عليه فوائد الا من تاريخ استحقاقه ما لم ينص فى العقد على غير ذلك ، وبعبارة اخرى فان الثمن المؤجل فى عقد البيع ذاته لاتسرى عليه فوائد قبل حلول أجله ما لم يشترط ذلك صراحة فى العقد ، ولو كان المبيع منتجا ثمارا ، وسواء سلم الى المشترى أو لم يسلم (٣) . وهذا بخلاف الثمن المرجأ وفاؤه بناء على نظرة الميسرة أو استعمالا للحق فى الحبس ، فان أجله لا يكون ملحوظا فى تقدير الثمن ، فلا يقف سريان الفوائد طالما أن المشترى قد أصبحت له ثمار المبيع ومنافعه (٤) .

---

(١) ويفسر ورود النص بهذا الشكل أن النص التالى له فى مشروع تنقيح القانون المدنى (وهو المادة ٦٠٤) كان يجعل للمشترى ثمر المبيع ونماءه من وقت أن يصبح الثمن مستحقا ، فاقترح فى لجنة المراجعة تعديله بجعل استحقاق الثمار من وقت التسليم او من وقت البيع ، فأخذت اللجنة بالاقتراح الاخير وتركت النص المتعلق باستحقاق الفوائد على أصله (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٣٩ وما بعدها) .

(٢) قارن السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٨٨٢ .

(٣) نقض مدنى ١٥ أبريل ١٩٥١ قهرس الخمسة وعشرين سنة لاحكام النقض ص ٣٦٢ نبذة ١٠٥ .

(٤) فى هذا المعنى مذكراتنا فى آثار البيع سنة ١٩٥٠ نبذة ٥٦ ، وقد اخذ بذلك ايضا الاستاذ السنهورى فى الوسيط جـ ٢ سنة ١٩٥٦ ص ٩٠٢ نبذة ٥١٠ ، والدكتور

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والمفروض فى الحالات الثلاث الأخيرة التى يستحق فيها البائع فوائد عن الثمن وفقا لما تقدم انه لا يوجد فيها اتفاق لا فيما يتعلق باستحقاق الفوائد ولا فيما يتعلق بسعر الفائدة ، فتحسب الفوائد التى يلزم بها المشترى بالسعر القانونى اى بواقع ٤٪ اذا كان البيع مدنيا أو ٥٪ اذا كان تجاريا .

٢٤٠ — **(ب) تكاليف المبيع** — يلزم المشترى بأن يدفع الى البائع فوق الثمن المسمى تكاليف المبيع من وقت تمام البيع كالضرائب ومصروفات الصيانة ومصروفات الاستغلال ، لان هذه التكاليف تقع على عاتق من ينتفع بالمبيع ، وقد نصت المادة ٤٥٨ فقرة ثانية على أن « للمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره »

٢٤١ — **حق المشترى فى حبس الثمن** — يلتزم المشترى بدفع الثمن فى ميعاد استحقاقه ليحصل فى مقابل ذلك على ملكية المبيع وحيازته حيازة هادئة نافعة . وقد تقدم ان المشرع خول المشترى حق الرجوع على البائع بالضمان فى حالات التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . غير ان المشترى لا يلجأ الى دعوى الضمان الا اذا كان قد وفى الثمن . أما اذا لم يكن قد وفاه ، كان أجدى له من الرجوع بالضمان أن يمتنع عن وفاء الثمن بعد استحقاقه . وقد قرر المشرع للمشترى هذا الحق فى بعض الحالات حتى لا يعتبر امتناعه عن دفع الثمن بعد استحقاقه اخلالا بالتزامه ، فبعد ان نص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٥٧ مدنى على تعيين الوقت الذى يجب فيه وفاء الثمن ، استدرك على ذلك بأن نص فى الفقرتين التاليتين على انه « اذا تعرض أحد للمشترى مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف على المبيع ان ينزع من يد المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى

=

البدراوى فى عقد البيع سنة ١٩٥٨ نبذة ٣٦٧ ص ٥٤١ ، عباس الصراف فى البيع والايجار ص ٢٣٣ . انظر عكس ذلك اسماعيل غانم ص ٢١٣ ، منصور نبذة ٩٩ ص ٢٢٤ ، أنور سلطان نبذة ٢٩٦ ص ٣٥٨ ، أمام نبذة ٢٢٤ ص ٣٩٨ ، نقض ٩ ديسمبر ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ٦٧٩ — ٣٥٠ ، وأيضا ٥ أبريل ١٩٥١ فهرس الخمسة وعشرين سنة لاحكام النقض ص ٣٦٢ نبذة ١٠٥ .

وانظر فى حكم الشريعة الاسلامية فى هذا الشأن رسالة عبد الهادى العطاق فى الحق فى الحبس باريس ١٩٥٨ ص ٢٠١ وما بعدها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ينقطع التعرض او يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة ان يطالب باستيفاء الثمن على ان يقدم كفيلا . ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما اذا كشف المشترى عيبا فى المبيع » .

ويخلص من ذلك ان القانون يخول المشترى الحق فى حبس الثمن بعد استحقاقه فى ثلاث حالات :

١ — اذا تعرض احد للمشترى مستندا الى حق سابق على البيع او آيل من البائع . وهذه هى حالة التعرض القانونى الصادر من الغير التى كان يثبت فيها للمشترى الرجوع بضمان التعرض لو انه كان قد وفى الثمن . فاذا تحققت قبل وفاء الثمن ،كان الاولى ان يسمح للمشترى بالامتناع عن الوفاء بدلا من الزامه به أولا ثم تخويله حق الرجوع .

٢ — اذا خيف على المبيع ان ينزع من يد المشترى ، وظاهر ان المشرع لم يشترط فى حبس الثمن فى هذه الحالة ما يشترط فى الرجوع بالضمان من حيث تحقق التعرض او الاستحقاق فعلا ، ولا من حيث عدم علم المشترى وقت العقد بسبب التعرض أو الاستحقاق (١) ، لان استعمال المشترى حق حبس الثمن اخف وطأة على البائع من استعماله دعوى ضمان الاستحقاق ، فاكتفى فيه بمجرد خشية التعرض ، على ان تكون

---

(١) نقض مدنى ١٩ يناير ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ — ١٤٣ — ٢٤ وقد جاء فيه أمر مفاد نص المادة ٣٣١ مدنى (قديم) والتى تقابل المادة ٢/٤٥٧ و ٣ من القانون القائم أن المشرع لم يقصر حق المشترى فى حبس الثمن على حالة وقوع تعرض له بالفعل ، وانما أجاز له هذا الحق أيضا ولو لم يقع هذا التعرض اذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده . فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق فى ان يحبس ما لا يكون قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الاداء حتى يزول الخطر الذى يهدده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله . وعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لانه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهدده ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن ما دام انه لم يشترط سقوط الخيار . واذا كان اكتشاف المشترى أن المبيع أو بعضه غير مملوك للبائع يعتبر من الاسباب الجدية التى يخشى معها نزع المبيع من تحت يده ، فانه يجوز للمشترى أن يحبس ما لم يؤده من الثمن حتى ولو كان المالك الاصلى لم يرجع عليه بدعوى الاستحقاق أو ينازعه بعد فى البيع وانظر فى المعنى ذاته نقض مدنى ١٤ ابريل ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ — ٦٠٤ — ٩٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

هذه الخشية مبنيـة على أسباب معقولة (١) ، وسواء كان المشترى عالما وقت العقد بسبب التعرض أو الاستحقاق أو غير عالم به(٢) . فاذا وجد على العقار المبيع رهن أو اختصاص ، فان ذلك لا يكفى للرجوع بالضمان ولكنه يخول المشترى حبس الثمن اذا لم يكن قد دفعه . ولا يكفى لنفى حقه فى حبس الثمن سبق علمه بوجود الرهن أو الاختصاص من وقت البيع (٣) . وكذلك يعد عدم تسـجيل البائع عقد مشتراه من المالكين الاصليين خطرا جديا يهدد المشترى بنزع المبيـع من تحت يده ويخوله الحق فى حبس باقى الثمن حتى يزول الخطر بقيام البائع بتسجيل سند ملكيته (٤) .

٣ — اذا كشف المشترى عيبا فى المبيع مما يوجب ضمان البائع ، ولم يكن حق الحبس فى هذه الحالة منصوصا عليه فى التقنين الملغى . ولكن واضعى التقنين الحالى راوا أنه ما دام المشترى الذى يكشف العيب الخفى بعد دفع الثمن يكون له حق الرجوع على البائع بضمان العيوب ، فانه اذا كشف العيب قبل الدفع يكون أولى بحبس الثمن من المشـترى الذى لايكشف الا سببا معقولا يخشي معه التعرض ، فسووا بين الحالتين ونصوا فى شأنهما على حق المشترى فى حبس الثمن .

---

(١) وتقدير جدية السبب الذى يولد الخشية فى نفس المشترى من نزع المبيع من تحت يده يعتبر من الامور التى يستقل بها قاضى الموضوع ولا رقابة عليـه فى ذلك من محكمة النقض متى أقام قضـاءه على أسـباب سائغة (نقض مدنى ٢٥ نوفمبر ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ — ١٢٧٨ — ٢١٨).

(٢) فى هذا المعنى نقض مدنى ٤ ديسمبر ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ — ١٠١٨ — ٤١٢ وقد جاء فيه أن علم المشترى وقت الشراء بسبب نزع الملكية لا ينافى حقه فى الحبس لانه قد يكون محيطا بالخطر الذى يهدده ، ويكون فى الوقت نفسه معولا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن . واذا كان النص العربى للمادة ٣٣١ مدنى أهمل ذكر قال فى بيان شرط الحبس « اذا ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية » ، فهـو لم يرد ربط قيام حق الحبس بخطر ظهر بعد خفاء بل أراد ربطه بوجود خطر نزع الملكية ذاته ، خافيا كان على المشترى وقت الشراء أو لم يكن . ومتى تقرر ذلك كان جهل المشـترى سبب نزع الملكية وقت الشراء ليس شرطا فى قيام حقـه فى الحبس . أما علمه بهـذا السبب فقد يصلح بحسب الواقع فى الدعوى دلالة على تنازله عن حقه فى الحبس بعـد قيامه .

(٣) استئناف مصر ٤ مايو ١٩٢٥ المحاماة ٥ — ٨١١ — ٦٦٢ ، ٢٤ ينـاير ١٩٤٢ المجموعة ٤٤ رقم ٦٢ ، استئناف مختلط ١٧ يناير ١٩٣٩ (٥١ ص ١١٦) ، ١٣ فبراير ١٩٤٠ (٥٢ ص ١٤٩) . وانظر نقض مدنى ٤ ديسمبر ١٩٤٧ المشار اليه آنفا .

(٤) نقض مدنى ٢٥ نوفمبر ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٣٥ — ١٢٧٨ — ٢١٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

غير انه يلاحظ ان حق المشترى فى حبس الثمن فى هـذه الحـالات الثلاث لا يعدو ان يكون تطبيقا للقواعد العامة المنصوص عنها فى المـواد ٢٤٦ وما بعدها بشـأن الحق فى الحبس بوجه عام أو الدفع بعـدم التنفيذ(١) .

وبناء على ذلك لا تعتبر هذه الحـالات واردة على سـبيل الحصر ؛ فيجوز للمشترى حبس الثمن فى غيرها من الحالات ، وبوجه خاص :

١ — اذا تعرض البائع نفسه للمشترى سواء كان تعرضه ماديا او قانونيا (٢) . (ويلاحظ ان المادة ٤٥٧ فقرة ثانية لم تذكر الا حالة التعرض القانونى الصادر من الغير مع ان حالة التعرض الصادر من البائع شخصيا موجبة مثلها للضمان ولا تقل عنها خطورة) .

٢ — اذا امتنع البائع عن اجراء اللازم لنقل ملكية المبيع الى المشترى فى الاحوال التى يحتاج فيها نقل الملكية الى اجراء معين كالتسـجيل وما يقتضيه من تقديم بيانات المبيع ومستندات الملكية وقسائم العوائد او ورد المال والتوقيع على عقد صالح للتسجيل امام كاتب التصديقات الخ. فان هذا الامتناع يخول المشترى الا يدفع الثمن وان يحبسه الى أن يقوم البائع بهذه الاجراءات . والمتبع عملا ان لا يدفع المشترى الثمن او على الاقل الجزء الاكبر منه الا عند توقيع البائع امام كاتب التصديقات او امام موثق العقود على العقد المؤشر عليه من مكتب الشـهر بصـلاحيته للشهر .

٣ — اذا اتفق على وجوب تسليم المبيع قبل اسـتحقاق الثمن وكان البائع معذرا لتسليمه ، جاز للمشترى حبس الثمن بعد استحقاقه ؛ لان

---

(١) نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض ١٠ — ٨١٠ — ١٢٢ وقد جاء فيه أن عقد البيع تبادلى ينشىء بين طرفيه التزامات متقابلة ، وقد أوجبت المادة ٤٣٦ مدنى على البائع أن يمتنع عن كل تعرض من جانبه للمشترى فى حيازته للمبيع سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا . وهذا الالتزام المستمر الملقى على عاتق البائع يقابله التزام المشترى بأداء الثمن .وقد خولت المادة ٣/٤٥٧ مدنى المشترى حق حبس الثمن حتى يمتنع التعرض .

(٢) انظر فى هذا المعنى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٣٦ ، وكتابنا فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٥ وما بعدها ؛ السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٩٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

اخلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع وقت استحقاق الثمن يخول المشترى ان يمتنع عن الدفاع بالثمن الى ان ينفذ البائع التزامه بالتسليم(١) .

وفى جميع الاحوال التى يثبت فيهـــا للمشترى حق حبس الثمن يبقى له هذا الحق ما بقى سببه قائما ولا يحتاج فى استعماله الى اعذار البائع (٢) . وينقضي هذا الحق بانقطاع سببه ، فيزول بزوال التعرض، او بزوال السبب الذى كان يخشى معه التعرض ، او باصلاح العيب الذى ظهر فى المبيع ، او باعطاء المشترى بديلا خاليا من العيب او بكف البائع عن التعرض الشخصى ، او بقيامه بتنفيذ التزامه بنقل الملكية او بتسليم المبيع (٣) . وينقضى هذا الحق ايضا بصدور حكم باحقية البائع فى اقتضاء باقى الثمن والزام المشترى بأدائه (٤) .

غير انه فى جميع هذه الاحوال يسقط حق المشترى فى حبس الثمن اذا طالبه البائع بالوفاء وقدم له كفيلا يضمن ما عسي أن يستحق له من تعويضات بسبب ضـــمان التعرض او الاســتحقاق او العيب او بسبب الاخلال بأى التزام آخر (المادة ٤٥٧ فى عجز الفقرة الثانية منها) .

---

(١) وكذلك اذا تم التسليم فى ميعاده ثم عاد المبيع الى البـــائع لاى سبب من الاسباب فاحتفظ به وامتنع عن رده الى المشترى ، كما لو سلم البائع السيارة ثم اعادها اليه المشترى بعد مدة قصيرة لتشحيمهـا فاحتفظ بها ولم يردهـا . قرب فى هذا المعنى نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ - ٨١٠ - ١٢٢ . وقد جاء فيه أنه متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالتزام المشترى بدفع باقى الثمن على اســاس الفصل بين واقعة تسليم السيارة للمشترى عقب حصول البيع وبين واقعة حجز البائعين لها عقب اعادتها اليهم لتشحيمها وكان هذا الذى قرره الحكم لا يصـــلح ردا على دفاع المشترى الذى تمسك فيه بعدم دفع الثمن لاستمرار تعرض البائعين له رغم الحكم عليهم بتسليم السيارة ، فانه يكون مشوبا بالقصور مما يستوجب نقضه .

(٢) نقض مدنى ١٩ يناير ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ - ١٤٣ - ٢٤ .

(٣) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٩٤ .

(٤) نقض مدنى ١١ فبراير ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ - ٣٢٧ - ٥٣ وقد جاء فيه أن احقية البائع لاقتضاء باقى ثمن المبيع وحق المشترى فى حبسه وجهان متقابلان لشىء واحد ، والقضاء باحقية البائع لباقى الثمن وبالزام المشترى بادائه يندرج فيه حتمـــا القضاء بأن المشترى لايحق له أن يحبسه ، فتكون دعوى المشترى بأحقيته فى حبسه خشية استحقاق المبيع كله او بعضه للغير عودة لا تجوز الى ذات النزاع الذى حاز القضـــاء السابق فيه قوة الامر المقضى ، والا انقلب دفعه بعدم تنفيذ التزامه الى دفع بعدم تنفيذ الحكم الصادر ضده .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ولان الحق فى الحبس وارد فى هذه الحالات على الثمن وهو قابل التجزئة ، يكون هو ايضا قابلا التجزئة . فاذا سلم البائع اكثر المبيع او كان الخطر لا يتحدد الا جزءا من المبيع ، لم يجز للمشترى حبس الثمن كله ، بل يتعين عليه ان يقتصر على حبس قيمة ما لم يسلم اليه من المبيع او قيمة الجزء من المبيع المهدد بخطر الضياع (١) .

٢٤٢ — احوال لا يثبت فيها للمشترى حق حبس الثمن — لا يثبت للمشترى حق حبس الثمن مع توافر السبب الموجب له على الوجه المتقدم فى الاحوال الآتية :

١ — اذا نزل المشترى صراحة فى عقد البيع عن حقه فى حبس الثمن، فيلتزم ان يدفع الثمن عند استحقاقه ولو حدث له تعرض فى حيازته او ظهر له سبب يخشى معه الاستحقاق او كشف فى المبيع عيبا ، وذلك لان نص المادة ٤٥٧ فقرة ثانية وثالثة ليس نصا آمرا ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفه .

٢ — اذ دفع المشترى الثمن بعد العلم بالسبب الموجب لحبسه، اذ يعتبر بذلك انه قد نزل ضمنا عن حقه فى الحبس (٢) ، فلا يجوز له ان يطالب البائع برد الثمن اليه ليستعمل عليه حق الحبس . وانما يجوز له الرجوع عليه بالضمان وفقا للاحكام التى تقدمت ، ويلاحظ ان هذه الاحكام لا تخول المشترى الرجوع بضمان الاستحقاق الا اذا كان المبيع قد استحق فعلا . اما اذا اقتصر الامر على ظهور سبب يخشى معه الاستحقاق ، فلا يكون للمشترى الا فسخ البيع (راجع نبذة ٢١٠) .

٣ — اذا علم المشترى وقت البيع بوجود سبب الاستحقاق او العيب الخفى وكان قد اشترى ساقط الخيار ، لانه لو دفع فى هذه الحالة لا يكون له رجوع بالضمان (المادة ٤٤٦ فقرة ثانية والمادة ٤٤٧ فقرة ثانية) (٣) ، فلا يكون له حق حبس الثمن قبل دفعه . اما مجرد

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٩٢ .

(٢) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٩٣ وهو يذهب الى ان حق المشترى فى حبس الثمن يسقط بالوفاء حتى لو كان المشترى وقت الوفاء غير عالم بقيام السبب الذى يخوله الحبس .

(٣) راجع ما تقدم فى نبذة ٢١٢ ونبذة ٢٢٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

علمه بالخطر الذى يتهدده دون أن يقبل أن يكون شراؤه ساقط الخيار ، فان ذلك لا يسقط حقه فى الحبس (١) .

ومتى ثبت للمشترى حق حبس الثمن ، كان له أن يبقيه تحت يده مع استمرار شغل ذمته به ، أو أن يودعه خزانة المحكمة حتى تبرأ ذمته منه ويقف سريان الفوائد فى حقه (٢) .

٢٤٢ مكرر — حق البائع فى التغلب على حق المشترى فى الحبس اذ هو طالب بالثمن مع تقديم كفيل — بعد أن قررت المادة ٢/٤٥٧ مدنى حق المشترى فى حبس الثمن فى الحالات التى أوردتها ، نصت عقب ذلك فى نهايتها على أنه « ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا» .

وهذا يقتضى أن يستعمل البائع هذه الرخصة بأن يطالب المشترى باداء الثمن مقابل تقديم كفيل .

فاذا انذر البائع المشترى برغبته فى ذلك ، واذعن المشترى لهذه الرغبة بأن قبل الكفالة المقدمة له وادى الثمن انتهى الامر ، والا قاضاه البائع وعرض على المحكمة ضمان الكفيل الذى يتقدم به ، فتحكم هى اذا

---

(١) نقض مدنى ٢٥ نوفمبر ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ — ١٢٧٨ — ٢١٨ وقد برر عدم سقوط حق الحبس فى هذه الحالة بأن المشترى يكون رغم علمه بالخطر معتمدا على البائع لدفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من الثمن .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٩٢ . وقضت محكمة النقض بأنه اذا كان اقتضاء البائع لباقى الثمن مشروطا بأن يكون قد أوفى بالتزامه بتطهير العين المبيعة من كافة ما عليها من حقوق ، فان ما انتهى اليه الحكم المطعون فيه من عدم الاعتداد بايداع المشتريين باقى الثمن ، لتعليق الصرف على القيام بتطهير العين ، قول لا يصادف صحيح القانون ، ذلك انه متى كان للمشتريين الحق فى حبس الباقى من الثمن ، فانهما اذ قاما بايداعه مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه الى البائع ، فان هذا الايداع يكون صحيحا وتترتب عليه آثاره القانونية ، فتبرأ ذمتهما من الباقى عليهما من الثمن (نقض مدنى ١٤ ابريل ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ — ٦٠٤ — ٩٧) .

وبأنه اذا كان المشترى قد أودع باقى الثمن على ذمة الطاعنة وسائر البائعين ، وطالما أن الايداع لم يكن فى ذاته محل اعتراض ، فان ذمة المشترى تبرأ بايداع المستحق من الثمن على ذمة البائعين جميعا ، لان الصفقة بالنسبة له كانت غير مجزأة ، وللطاعنة أن تستأدى حصتها من الثمن المودع وفق الاجراءات المقررة قانونا (نقض مدنى ٢٩ أبريل ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ — ٧٨١ — ١٢٢) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لم يكن ثمة اعتراض على الكفالة المقدمة بقبولها وبالزام المشترى بدفع الثمن والمصاريف والاتعاب .

اما اذا لم ينذر البائع المشترى بذلك ورفع الدعوى مباشرة ولم يعارض المشترى فى دفع الثمن مقابل الكفالة ، كان البائع مخطئا فى رفع الدعوى بذلك دون انذار وحكم عليه هو بالمصروفات والاتعاب .

واذا لم يستعمل البائع حقه فى المطالبة بالثمن مقابل تقديم كفيل حتى تحقق الخطر الذى كان يهدد بنزع المبيع من يد المشترى ، فان حقه فى ذلك ينقضى لان نزع المبيع من يد المشترى يؤثر فى وجود الالتزام بالثمن ذاته ، فلا يكون للبائع المطالبة به اصلا .

وفى جميع الاحوال اذا كان هناك اتفاق على ان المشترى لايدفع الثمن الا بعد أن يشطب البائع القيود المتخذة على المبيع ، كان للمشترى الا يدفع الثمن ولو قدم البائع له كفالة الا بعد شطب القيود (بودرى وسينا فى البيع نبذة ٥١٦) .

ولان نص القانون على حق البائع فى التغلب على حق المشترى فى حبس الثمن اذا هو قدم له كفيلا بالثمن نص استثنائى ، فانه لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه ، وطالما انه لم يذكر الا طريقا معينا للتغلب على حق المشترى فى حبس الثمن هو المطالبة بالثمن مع تقديم كفيل ، فلا يجوز قانونا ان يستبدل الحكم بهذه الطريقة المنصوص عليها طريقا آخر هو طريق ايداع الثمن خزانة المحكمة ، وبخاصة لان الايداع يعتبر حقا للمشترى ان شاء اتاه وان شاء حبس الثمن ، ولا يجوز للبائع ان يطلب من المشترى ايداع الثمن خزانة المحكمة بدلا من حبسه (١) .

٢٤٣ ــ حق المشترى فى طلب خفض ما لم يدفعه من الثمن اذا صار مرهقا له بسبب ظروف طارئة ــ تنص المادة ١٤٧/ ٢ مدنى على استثناء من القاعدة التى قررتها فقرتها الاولى القاضية بأن العقد شريعة العاقدين، فتقول : « ومع ذلك اذا طرات حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٧٩٢ والمراجع التى أشار اليها فى الهامش ٢ ومنها بودرى وسينا نبذة ٥٠٨ ، بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ نبذة ١٥٢ ، اوبرى ورو جـ ٥ نبذة ٣٥٦ ص ١٠١) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » .

وبمقتضى هذا الاستثناء يجوز للمدين أن يطلب من القاضي أن يخفض له التزامه اذا اصبح هذا الالتزام مرهقا له بسبب طروء ظروف استثنائية غير متوقعة .

وقد ثار الجدل حول تعيين انواع العقود التي يمكن ان يطبق فيها حكم هذه الظروف الطارئة ، اهي العقود المستمرة والعقود دورية التنفيذ فحسب ، أم يمكن تطبيقها على غير ذلك من العقود كالبيع المؤجل او المقسط فيه الثمن ؟

وقد أثار صدور قانون الاصلاح الزراعي (رقم ١٩٥٢/١٧٨) مسألة تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود بيع الاراضي الزراعية التي ابرمت قبل صدور ذلك القانون وقبل توقع صدوره والتي لم يتم تنفيذها حتى صدوره سواء لعدم تمام اجراءات الشهر او لاتفاق الطرفين على تأجيل بعض الثمن او تقسيطه ، حيث قد ترتب على تطبيق احكام هذا القانون تحديد اجرة الاراضي الزراعية وخفض اثمانها خفضا كبيرا جعل التزامات المشترين بأثمان مؤجلة او منجمة شديدة الارهاق لهم ؛ فذهب البعض الى عدم جواز افادة هؤلاء المشترين من حكم الظروف الطارئة لان عقد البيع عقد بطبيعته فورى ولان نظرية الظروف الطارئة لا تنطبق الا على العقود المستمرة أو الدورية التنفيذ (١) . وقد ذهبنا نحن مع فريق آخر من الشراح الى عكس ذلك استنادا الى عموم نص المادة ٢/١٤٧ مدني والى توافر حكمة تشريع هذا النص فى عقود البيع مؤجلة الثمن توافرها فى العقود المستمرة أو دورية التنفيذ ، وهى تحقيق العدالة ورفع العنت عن المدين تمكينا له من تنفيذ التزامه دون ارهاق كبير (٢) .

---

(١) محمد على عرفة فى شرح قانون الاصلاح الزراعى ط ٢ ص ٤٩ ؛ استئناف مصر ٢٦ فبراير ١٩٥٦ فى الاستئناف رقم ٨٦٥ سنة ٧٢ ق ، ١٣ نوفمبر ١٩٥٨ فى الاستئناف رقم ٩٨٩ سنة ٧٤ ق ، ١٤ يونيه ١٩٥٩ فى الاستئنافين رقم ٩١٠ و ١٠٧١ سنة ٧٥ ق .

(٢) كتابنا فى نظرية العقد سنة ١٩٥٦ نبذة ٢٦٩ ، وكتابنا فى اصول الالتزام الجزء الاول فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٨ نبذة ٢٧٢ ص ٥٩٣ ، وانظر زكى سعيد البدرماني فى شرح قانون الاصلاح الزراعى سنة ١٩٥٣ ص ٩٧ نبذة ١٦٢ ، وقرب السنهورى فى

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقد اخذت بهذا الراى محكمة استئناف مصر فى حكم لها بتاريخ ٨ ديسمبر ١٩٥٧ طبقت فيه نظرية الظروف الطارئة على عقد بيع الطيان زراعية ابرم قبل صدور قانون الاصلاح الزراعى فى سنة ١٩٥٢ بثمن مؤجل بعضه الى عدة سنوات ، وذلك بعد ان استعرضت الشروط اللازمة لاعتبار الحادث ظرفا طارئا يقتضى تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وقررت توافرها جميعا فى صدور قانون الاصلاح الزراعى بعد ابرام البيع المذكور ، الا فيما يتعلق بشرط الارهاق ، فقد ندبت لتحقيقه خبيرا (١) .

وقد أيدت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ٣ يناير سنة ١٩٦٣ حيث قررت انه يبين من نص المادة ٢/١٤٧ ان المشرع قد اطلق التعبير بالالتزام التعاقدى دون ان يخص نوعا من الالتزام التعاقدى بعينه وانما اورد النص عاما بحيث يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين ابرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائى عام غير متوقع يؤدى الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ، فان هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدورى كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين ، لتحقق حكمة التشريع فى الحالتين ، وهى اصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادى للعقد فى الفترة ما بين ابرامه وتنفيذه نتيجة للظروف الاستثنائية التى طرات خلال هذه الفترة ، وذلك برفع العنت عن المدين تمكينا له من تنفيذ التزامه دون ارهاق كبير . وهذا الاختلال كما يحدث فى الالتزامات التى تنفذ بصفة دورية أو مستمرة يحدث كذلك فى الالتزامات المؤجلة التنفيذ، على انه يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة الا يكون تراخى تنفيذ الالتزام الى ما بعد وقوع الحادث الطارىء راجعا الى خطأ المدين اذ لا يجوز له ان يستفيد فى هذه الحالة من تقصيره (٢) .

=

الوسيط جـ ١ بندة ٤٢٠ وبحثه فى مجلة المحاماه السنه ٤١ عدد سبتمبر ١٩٦٠ ص ١٠٧ ، عبد الحى حجازى فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٤ ص ١٩٥ ، أنور سلطان فى مصادر الالتزام سنة ١٩٥٥ ص ٢٣٣ بندة ٣١٤ .

(١) استئناف مصر ٨ ديسمبر ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ — ٧٣٦ — ٢٩٣ .

(٢) نقض مدنى ٣ يناير ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٣٧ — ٢ ، وانظر أيضا فى هذا المعنى نقض مدنى ١٨ فبراير ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ — ١٩١ — ٣٠ وقد أضاف الى ما تقدم من اسباب الحكم السابق قوله أن «لا يقدح فى تطبيق نظرية الظروف

=

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وكان قد نوزع فى القضية ذاتها فى جواز اعتبار صدور قانون الاصلاح الزراعى ظرفا طارئا مما يبرر تطبيق المادة ٢/١٤٧ مدنى ، فقالت محكمة النقض فى حكمها المشار اليه « ان الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارىء قد توافرت فى قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٩٥٢/١٧٨ ، فهو بحكم كونه قانونا يعتبر حادثا عاما ، وهو بعد حادث استثنائى لم يكن فى الوسع توقعه ولا ممكنا دفعه . ولا يغير من اعتباره كذلك كونه تشريعا ، ذلك أن نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى قد اطلق فى التعبير عن الحادث ، فلم يقيده بأن يكون عملا أو واقعة مادية » (١) .

هذا فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها فى الحادث الطارىء من حيث نتيجته ، أى شرط التسبب فى ارهاق المدين ارهاقا يهدده بخسارة

الطارئة على عقود البيع المؤجل فيها الثمن كله أو بعضه ان ارجاء دفع الثمن انما قصد به تيسير التنفيذ على المشترى ، فلا ينبغى أن يضار به البائع ، ذلك أن الاجل امر ملحوظ فى التعاقد على الصفقة اصلا ، لولاه ما تمكن البائع من ابرام العقد بالثمن المتفق عليه فيه ، فلا يعتبر والحال كذلك تأجيل تنفيذ التزام المشترى بدفع الثمن تفضلا من البائع . وأضافت محكمة النقض الى ذلك أيضا فى حكم اخر أنه لا يشترط فى تطبيق المادة ٢/١٤٧ مدنى أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل الى ما بعد الحادث الطارىء بل يكفى وجود التزام على أحد العاقدين متراخى التنفيذ الى ما تبعد الحادث الطارىء ثم صار مرهقا للمدين ، دون ما اعتبار كون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه او كان تنفيذه متراخيا كذلك (نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٣٤٧ — ٥٥) .

وفى حكم ثالث قررت محكمة النقض انه لا يترتب على الاخذ بنظرية الظروف الطارئة وآثارها على العقد كما حددتها المادة ٢/١٤٧ مدنى أن يرفع القاضى عن المدين كل ما لحق به من ارهاق ويلقى به على كاهل الدائن وحده ، بل عليه ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول وذلك بتحميل المدين الخسارة المألوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد وقسمة ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين مراعيا فى ذلك كافة الظروف والموازنة بين مصلحة كل منهما ، ومن ثم فلا يجوز اعفاء المدين من التزامه اعفاء تاما . وقررت ان المادة المذكورة تعطى القاضى رخصة يجريها عند توافر شروط معينة تقتصر سلطته بشأنها على رد الالتزام التعاقدى الذى لم يتم تنفيذه الى الحد المعقول اذا كان تنفيذه مرهقا للمدين دون أن يكون له فسخ العقد أو اعفاء المدين من التزامه القائم أو الزام الدائن برد ما استوفاه منه (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ — ١٣٢٠ — ٢٢٧ ، وفى هذا المعنى ايضا نقض مدنى ٩ يونيه ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض ٢٦ — ١١٦٣ — ٢٢٣) .

(١) نقض مدنى ٧ يناير ١٩٦٣ المشار اليه آنفا ، وايضا نقض مدنى ٣٢ مايو ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ — ٧٩٩ — ١٤٠ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فادحة . وقد قالت محكمة النقض فى ذلك انه « لا يجـوز الاستناد فى نفى الارهاق الذى تتطلبه المـادة ٢/١٤٧ مدنى الى القـول بأن الواقع الملموس فى الحياة العملية يدل على عدم تأثير قانون الاصلاح الزراعى فى ثمن الاطيان الزراعية ، ذلك أن المشرع قد اقر فى المذكرة الايضـاحية للقانون رقم ١٩٥٣/٤٥٢ بأنه ترتب على صدور قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ / ١٩٥٢ انخفاض أثمان الاراضى الزراعية وتحديد قيمة الاجرة عنها ، كما اقر بذلك فى القرار الذى اتخذه مجلس الوزراء فى ١١ اغسطس ١٩٥٣ بالموافقة على المذكرة المقدمة اليه من وزارة المالية بشأن منح بعض التسهيلات لمشترى اراضى الحكومة والتى ورد فيها ان قانون الاصـلاح الزراعى احدث تأثيرا كبـيرا فى اثمـان الاراضى ، فانخفضت اثمانهـا وايجاراتها وترتب على ذلك أن عجز كثيرون من المشترين قبل صدورهذا القانون عن الوفاء بالتزاماتهم امام الحكومة (١) » .

وليس مؤدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المقسط فيها الثمن اجراء تخفيض الثمن كله وجـواز اعفاء المشترى فى بعض الاحوال من الاقساط الباقية كلها اكتفاء بما وفاه منه ، وانما يجب أن يقتصر تطبيقها على القسط او الاقسـاط التى يثبت للمحكمة أن الزام المشترى بأدائها قد أصبح بسبب هذا الظرف الطارىء مرهقا له ارهاقا يهدده بخسارة فادحة . فالاقساط التى وفيت لا تكون محـل بحث . اما باقى الاقساط المستقبلة ، فان القاضى لا يعمل فى شأنها حكم المادة ٢/١٤٧ مدنى اذا تبين أن هناك احتمالا لزوال اثر الظرف الطارىء عند استحقاقها . ويكون شأن الاقساط فى هذه الحالة شأن الاداءات فى عقود المدة من حيث التأثر بالظروف الطارئة . كما انه لا يجوز اعمال هـذا الحكم على الاقساط التى تكون قد حلت قبل وقـوع الحادث الطارىء وتأخر وفاؤها الى ما بعده بسبب تقصير المشترى (٢) .

ويلاحظ أن المشرع نفسه قد تدخـل بالقانون رقم ١٩٥٣/٤٥٢ لتخفيض التزامات المشترى الذى ثبت تاريخ عقده قبل ٢٣ يوليه ١٩٥٢ اذا كان ما اشتراه من أطيـان زراعية قد رفع مجموع ملكيته الى اكثر من المائتى فدان التى سمح بها قانون الاصلاح الزراعى عند صـدوره ،

---

(١) نقض مدنى ٣ يوليه ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ ـ ٨٩٥ ـ ١٢٩ ، وايضا ٢٦ مارس ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ ـ ٤٠٩ ـ ٦٧ ، ٣ يناير ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ـ ٣٧ ـ ٣ ، ٢١ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ـ ٢٤٧ ـ ٥٥ .

(٢) نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ ـ ٤٠٩ ـ ٦٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فخضع بسبب ذلك للاستيلاء على القدر الزائد عن هـذا الحد وكان فى الوقت ذاته لم يؤد كامل الثمن الذى اشترى به هذه الصفقة الاخيرة ، ونص فى المادة الاولى من هذا القانون على أنه « اذا كان سند المستولى لديه عقد بيع ثابت التاريخ قبل ٢٣ يولية ١٩٥٢ وكان الاجل المعين للوفاء بالثمن كله او بعضه يحل اصلا بعد هذا التاريخ ، تحمل كل من البائع والمشترى نصف الفرق بين ثمن المستولى عليه من الارض المبيعة والتعويض المستحق له على الا يتجاوز ما يتحمله البائع الباقى من الثمن ، وذلك كله دون اخلال بحقوق الطرفين طبقا لاحكام القانون المدنى بالنسبة لباقى الصفقة (١) » .

ويعتبر هذا تطبيقا تشريعيا لنظرية الظروف الطارئة على عقود البيع التى تمت قبل قيام الثورة والتى وقع المشترون بها تحت حكم الاستيلاء الذى نص عليه قانون الاصلاح الزراعى ، وبهذا التطبيق قضى المشرع بأن رفع الارهاق عن المشترى يكون بقسمة الخسارة التى ترتبت على صدور قانون الاصلاح الزراعى وانخفاض ايجار الاطيان بسببه مناصفة بين المشترى والبائع ، على الا يجاوز ما يتحمله البائع الباقى له فى ذمة المشترى ، اى ان هذا القانون سلب القاضى سلطته التقديرية فى تحديد مدى تخفيض التزامات المشترى ووضع له تحديدا قانونيا يتعين عليه اتباعه .

ويسرى هذا التحديد القانونى متى توافرت شروطه ولو رفعت الدعوى من البائع او المشترى قبل صدور القانون رقم ١٩٥٣/٤٥٢ طالما انه لم يصدر فيها حكم نهائى قبل وجوب العمل به (٢) .

ومتى توافرت شروط تطبيق هذا القانون الاخير ، لم يجز العدول عنه الى تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ . وفيما عدا ذلك من أحوال تتوافر

---

(١) وقد صدر ايضا قرار من مجلس الوزراء فى ١١ اغسطس ١٩٥٢ منح مشترى اراضى الحكومة بعض التسهيلات والتخفيضات نظرا لما لاحظته الحكومة من ان قانون الاصلاح الزراعى احدث تأثيرا كبيرا فى اثمان الاراضى حتى انخفضت اثمانها وايجاراتها وترتب على ذلك عجز كثيرين من المشترين قبل صدور هذا القانون عن الوفاء بالتزاماتهم ازاء الحكومة .

وقضت محكمة النقض بأن صدور قرار مجلس الوزراء المشار اليه لا يمنع من افادة المشترى من تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ مدنى على حالته اذا ماثبت ان هذا التيسير لم يجد فى رد التزامه المرهق الى الحد المعقول (نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض ١٥ — ٤٠٩ — ٦٧) .

(٢) نقض مدنى ٣١ ابريل ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض ١٥ — ٥٩٣ — ٩٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فيها شروط هذا الحكم الاخير دون شروط تطبيق القانون المذكور يسترد القاضى سلطته التقديرية فى رفع الارهاق عن المشترى .

٢٤٤ - جزاء الاخلال بالتزام المشترى بدفع الثمن - اذا لم يوف المشترى بالثمن عند استحقاقه وبملحقاته (١) دون ان يكون له حق حبسه كما تقدم(٢) ، جاز للبائع وفقا للمادة ١٥٧ فقرة اولى مدنى ان يطلب الحكم له اما بفسخ البيع مع التعويض ، واما بالزام المشترى بدفع الثمن (٣) .

واذا طلب البائع احد الامرين ، كان له ان يعدل عنه الى الآخر ، اذ ليس فى رفع الدعوى بأى من هذين الطلبين نزولا عن الطلب الآخر (٤) ، بل يجوز له ان يطلب احدهما بصفة أصلية والاخر بصفة احتياطية ، ولكنه لا يجوز له ان يجمع بينهما بصفة أصلية لتنافيهما .

غير انه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية اذا لم يمنعه نص فى القانون ان ينظر المشترى الى اجل معقول او آجال ينفذ فيها التزامه اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق البائع من هذا التأجيل ضرر جسيم (٥) (المادة ٣٤٦ فقرة ثانية ، وانظر ايضا المادة ١٥٧ فقرة ثانية) . وفى هذه الحالة يجوز

---

(١) وقد حكم بفسخ البيع لان المشترى اقتصر على ايداع أصل الثمن دون فوائده التى تستحق فى مقابل الثمار بلا مطالبة قضائية وبغير أن يكون ثمة اتفاق عليها (نقض مدنى ٦ مارس ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ - ٦٤٠ - ١١٠) .

(٢) نقض مدنى ١٩ يناير ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ - ١٤٣ - ٢٤ وقد جاء فيه ان الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لايتحقق الا اذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق ، فان كان من حق المشترى قانونا أن يحبس الثمن عن البائع ، فلا محل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا .

وانه يشترط لقيام العرض الحقيقى المشفوع بالايداع مقام الوفاء أن يكون رفض الدائن قبول الوفاء المعروض بغير مبرر .

(٣) فاذا اختار البائع الزام المشترى بدفع الثمن ، فان حقه فى ذلك يكون مضمونا بالامتياز المقرر لبائع العقار ويتعين عليه شهر هذا الامتياز عن طريق قيده فى الشهر العقارى حتى يصير نافذا قبل الغير (نقض مدنى ٣ يونيه ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ٨٤٥ - ١٣٣) .

(٤) نقض مدنى ٢٥ ديسمبر ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ - ٢٣٢ - ٣٨ .

(٥) نقض مدنى ١٦ مايو ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ - ٩١٢ - ١٤٣ وقد جاء فيه ان اعطاء المشترى المتأخر فى دفع الثمن اجلا للوفاء به طبقا للمادتين ٢/١٥٧ و٢/٣٤٦ مدنى هو من الرخص التى أطلق الشارع فيها القاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ فيها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه،

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

للقاضى ان يضع المبيع تحت الحراسة حتى لا يتصرف فيه المشترى اثناء المهلة الممنوحة له .

وفوق ذلك يجوز للبائع الذى لم يقبض الثمن أن يمتنع عن تسليم المبيع الى المشترى اذا لم يكن قد سلمه اياه ، فيستعمل حقه فى حبس المبيع الى ان يستوفى ما استحق له من الثمن سواء كان المستحق كل الثمن أو بعضه (راجع ما تقدم فى نبذة ١٩٣) . فاذا لم يستعمل البائع حقه فى حبس المبيع ، ولم يطلب فسخ البيع ، بل آثر أن ينفذ بالثمن على اموال المشترى ، كان له بنص القانون حق امتياز على المال المبيع منه يخوله أن يتقدم غيره من الدائنين فى استيفاء الثمن المستحق له من حاصل نزع ملكية المبيع المذكور ، هو امتياز البائع المنصوص عليه فى المادتين ١١٤٥ و١١٤٧ مدنى (١) .

وسنعرض فيما بعد احكام دعوى الفسخ وما يترتب عليها ، غير انه من المهم أن ننبه هنا الى ما نصت عليه المادة ٤٦١ مدنى من أنه « فى بيع العروض وغيرها من المنقولات اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى اعذار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك . وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره » (انظر نبذة ٢٥٩) .

---

(١) واذا تم الاتفاق بين المشترى والبائع بشأن تجديد التزامه بالوفاء بالباقى من الثمن واستبدال التزام جديد به يكون مصدره عقد قرض - معلقا على شرط واقف هو قيام المشترى برهن قدر من اطيانه رهنا تأمينيا فى المرتبة الاولى لصالح هذا البائع ضمانا لوفائه بدين القرض ، وكان هذا الشرط قد تخلف بقيام هذا المشترى برهن هذه الاطيان ذاتها الى أحد البنوك مما أصبح معه مؤكدا أن الامر الذى علق الالتزام الجديد على وقوعه لن يقع ، فانه يترتب على تخلف هذا الشرط الواقف زوال هذا الالتزام وبقاء الالتزام القديم - وهو التزام المشترى بدفع باقى الثمن - على أصله دون أن ينقضى واعتبار التجديد كأن لم يكن » (نقض مدنى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ - ١٠٢٨ - ١٥٣/) ، ويصبح للبائع الحق فى تطبيق جزاءات عدم الوفاء بالثمن ، فيكون له الخيار بين طلب الفسخ مع التعويض وبين التنفيذ بالباقى من الثمن .

وانظر ايضا نقض مدنى ١٠ ابريل ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض ٢٤ - ٧٥٠ - ١٠١ وقد جاء فيه أن تحرير سندات باقى الثمن لا يعتبر طبقا للمادة ٣٥٤ مدنى تجديدا للدين ينقضى به الدين الاصلى ويحل محله دين جديد ، ما لم يتفق على غير ذلك أو تظهر نية التجديد بوضوح من الظروف .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المبحث الثانى

التزام المشترى بنفقات عقد البيع وبتسلم المبيع

٢٤٥ ـ (أولا) محل الالتزام بنفقات العقد ـ نصت المادة ٤٦٢ مدنى على أن « نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

وبناء على ذلك تلزم المشترى نفقات تحرير العقد وأتعاب المحامى الذى يحرره ونفقات وأتعاب استخراج شهادات عقارية عن تصرفات البائع السابقة ورسوم التصديق على توقيعات العاقدين ورسوم التمغة والتسجيل (١) ، كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره . فقد يتفق العاقدان على أن يتحمل البائع كل هذه المصروفات أو نوعا معينا منها ، أو يتفقان على أن يتحملاها معا مناصفة بينهما . وقد يقضى العرف بما يخالف نص القانون فيما يتعلق ببعض أنواع المصروفات . ومن هذا القبيل العرف الجارى فى بيع العقارات بأن السمسرة يتحملها البائع والمشترى مناصفة ، وفى كثير من المبيعات الاخرى بأن البائع هو الذى يتحملها وحده بل غالبا ما يدفعها دون علم المشترى بذلك .

وقد اختلف فى التزام المشترى أو عدم التزامه بنفقات تطهير العقار المبيع من الرهون المقيدة عليه ونفقات فك الرهون ومحو القيود . والراجح فى هذا الشأن أن هذه النفقات تكون ـ عند عدم الاتفاق بشأنها ـ على عاتق البائع باعتباره ضامنا للمشترى حيازة هادئة سليمة ، ولان الحيازة لا تكون كذلك الا بتطهير العقار المبيع ومحو الرهون المقيدة عليه .

٢٤٦ ـ جزاء الالتزام بنفقات العقد ـ اذا ادى البائع النفقات الواجبة على المشترى كلها أو بعضها وجب على المشترى أن يردها اليه ، والا جاز للبائع أن يطلب الحكم عليه بها ، بل أنه لايوجد قانونا ما يمنع البائع من

---

(١) انظر نقض مدنى ٢٨ مايو ١٩٤٢ فهرس الخمسة وعشرين سنة لاحكام النقض ص ٣٦٤ نبذة ١٢٠ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

حبس المبيع حتى يرد له المشترى المصروفات (١) ، ولا من طلب فسخ البيع لاخلال المشترى بالتزامه بدفع نفقات العقد ، ولكن القاضى لايجيبه الى هذا الطلب اذا راى فى هذا الاخلال ما يبرر الفسخ .

على أن الواقع عملا أن المشترى هو الذى ينفق بنفسه هذه النفقات لانه صاحب المصلحة الاولى فى ثبوت العقد واتمام الاجراءات اللازمة لنفاذ أثره ، فلا يكون ثمة محل لان يطالبه بها البائع .

٢٤٧ — (ثانيا) محل التزام المشترى بتسلم المبيع وزمانه ومكانه — تقدم ان على البائع ان يسلم المبيع ، اى ان يضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن هذا من قبضه وان يعلمه بذلك ، وان على المشترى ان يتسلم المبيع فيضع يده عليه ان كان عقارا أو يأخذه الى حيث يريد ان يحفظه ان كان منقولا .

وقد نصت المادة ٤٦٣ مدنى على أنه « اذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشترى ان يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن » .

والاصل أن زمان التسلم ومكانه يحددهما اتفاق العاقدين ، وهما يكونان عادة زمان التسليم ومكانه لأن التسلم والتسليم يغلب فيهما أن يتما معا . فاذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك ، وجب أن يتم التسلم دون ابطاء بمجرد التسليم من البائع الا ما يقتضيه التسلم من زمن ، ووجب أن يكون فى مكان التسليم .

وقد تقدم انه اذا لم يوجد اتفاق او عرف يحدد زمان التسليم ومكانه، فان التسليم يكون واجبا فور العقد وفى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت العقد . وهذا هو الفرض الذى واجهته المادة ٤٦٣ اذ اوجبت على المشترى ان يتسلم المال المبيع فى المكان الذى يوجد فيه ذلك المال وقت البيع .

وتكون نفقات تسلم المبيع على المشترى ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك (المادة ٤٦٤) ، وليس هذا الا تطبيقا للقاعدة العامة التى تجعل نفقات الوفاء على المدين (المادة ٣٤٨ مدنى) باعتبار أن المشترى

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٤٢٠ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدين بالالتزام بتسلم المبيع بعد أن يقوم البائع بالوفاء بالتزامه بتسليم المبيع ، أى بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن هذا من قبضه دون عائق .

٢٤٨ — جزاء التزام المشترى بتسلم المبيع — اذا لم يقم المشترى بتسلم المبيع فى الوقت والمكان اللذين يجب أن يتسلمه فيهما اعتبر مخلا بالتزامه وجاز للبائع ، بعد أن يعذره ، أن يطالبه بتعويض عن الضرر الناشيء من تأخره فى تسلم المبيع (١) ، بل جاز له أن يطلب فسخ العقد . ويخضع هذا الطلب لسلطة القاضى التقديرية ما لم يكن متفقا بين الطرفين صراحة على أن تأخر المشترى فى تسلم المبيع فى ميعاده يستتبع فسخ العقد بقوة القانون .

واذا كان البائع فى حاجة الى المكان الذى وضع فيه المبيع تحت تصرف المشترى ، جاز له أن يطلب الترخيص له فى ايداع المبيع على ذمة المشترى فى اى مكان آخر .

واذا كان المبيع عقارا ، جاز للبائع أن يتخلص من مسئولية المحافظة عليه وادارته بأن يطلب تعيين حارس للمبيع على نفقة المشترى .

واذا كان المبيع من العروض أو المنقولات التى يسرع اليها التلف وأعذر المشترى لتسلم المبيع ودفع الثمن ، فلم يدفع ولم يتسلم ، جاز للبائع أن يتمسك بانفساخ البيع من تلقاء نفسه (راجع ما تقدم فى نبذة ٢٤٤) .

---

(١) نقض مدنى ٣٠ ابريل ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ — ٧٦٧ — ١٢٤ وقد جاء فيه انه اذا كان الثابت من الاوراق أن الطرفين قد اتفقا فى شروط المزاد على أن لوزارة التموين — الطاعنة — أن تصادر التأمين المؤقت المدفوع من المطعون عليه الاول اذا لم يكمل الثمن عند قبول عطائه أو اعتماد رسو المزاد عليه واعادة البيع على ذمته حينئذ أو اذا تأخر عن سحب المقادير المبيعة أو بعضها فى الموعد المحدد ، فضلا عن التزامه بأجرة التخزين والمصاريف الادارية والفوائد بواقع ٧٪ ، وكان هذا الذى حدده جزاء لاخلال المطعون عليه بالتزاماته انما هو شرط جزائى يتضمن تقديرا اتفاقيا للتعويض ، فمن ثم يجوز للقاضى عملا بالمادة ٢٢٤ مدنى أن يخفضه اذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة أو أن الالتزام الاصلى نفذ فى جزء منه .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الباب الثالث

انحلال عقد البيع

٢٤٩ ـ تمهيد ـ متى أبرم عقد البيع وتوافرت فيه جميع شروط الانعقاد والصحة ترتبت عليه الالتزامات التى تقدم ذكرها . فاذا وفى كل من العاقدين التزاماته وفاء صحيحا استنفذ العقد أغراضه ولم يعد ثمت محل لانحلاله ، بل بالعكس من ذلك فان تنفيذ الالتزامات الناشئة من عقد ما ، ان كان من شأنه أن يقضي تلك الالتزامات ، فمن شأنه ايضا ان يؤكد وجود العقد وبقاءه مصدرا لتلك الالتزامات وسندادائما للآثار التى ترتبت على تنفيذها .

وانما تنحل الرابطة العقدية بوجه عام من طريق ابطال العقد أو من طريق فسخه . ويكون الابطال لنقص فى اهلية العاقدين او لعيب فى رضاه. ويكون الفسخ لتحقق شرط فاسخ أو باتفاق الطرفين أو بحكم القاضى فى حالة اخلال أحد العاقدين بالتزاماته ، وبقوة القانون فى حالة هلاك المبيع وفى حالة زوال سند ملكية البائع بأثر رجعى . ويكون للابطال او الفسخ اثـر رجعى ، فتزول كل النتـائج التى ترتبت على العقـــد من وقت ابرامه .

٢٥٠ ـ (اولا) بطلان العقـد ـ اذا تخلف أحد أركان البيع وهى الرضا والمبيع والثمن ، أو فقد أحدها شرطا جوهريا فيه كأن يكون المبيع غير معين أو خارجا عن التعامل او يكون الثمن صوريا أو غير معين ،وقع العقد باطلا بطلانا مطلقا .

واذا كان البائع او المشترى ناقص الأهلية أو شـاب رضاءه غلط او تدليس أو اكراه ، وقع البيع قابلا للابطال بناء على طلب العاقد ناقص الاهلية أو من كان رضاؤه معيبا . فاذا طلب هذا العاقد ابطال البيع حكم له به واصبح لا فرق بين البيع الذى نشأ قابلا للابطال ثم حكم بابطاله وبين البيع الذى نشأ من أصله باطلا ، وترتب على البطلان فى كلتا الحالين وجوب اعادة كل من العاقدين الى الحالة التى كان عليها قبل البيع كمـا سيأتى .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ومع ذلك اذا كان العقد باطلا أو قابلا للابطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه، اذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد (المادة ١٤٤ مدنى) .

غير أن فكرة تحول العقد الباطل الى عقد آخر صحيح تفترض قيام العقد الآخر بين نفس العاقدين بصفاتهما التى اتصفا بها فى العقد الاول، فليس فى سلطة القاضي اجراء أى تغيير فى هذه الصفات لخروج ذلك عن نطاق التحول . وتأسيسا على ذلك ، فقد قضت محكمة النقض بأن تحول العقد يكون ممتنعا اذا كان يستلزم ادخال متعاقد جديد ليعقد العقد ، واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يقض بتحول العقد الاصلى الصادر من المطعون عليه بصفته ممثلا لغيره الى بيع جديد صدر منه بصفته الشخصية ، فانه لايكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه (١) .

٢٥١ — (ثانيا) تخلف الشرط الواقف وتحقق الشرط الفاسخ — اذا كان البيع معقودا تحت شرط واقف ولم يتحقق الشرط ، امتنع ان يكون للعقد أى أثر ولم يختلف حكمه عن العقد الذى يقع باطلا من أصله (انظر المادة ٢٦٨ مدنى) .

واذا كان البيع معقودا تحت شرط فاسخ ثم تحقق هذا الشرط ، ترتب على تحققه زوال آثار العقد التى نشأ تمن وقت انعقاده (المادة ٢٦٩ مدنى) ، أو بعبارة أخرى وجب اعادة العاقدين الى ما كانا عليه قبل البيع .

٢٥٣ — (ثالثا) اتفاق العاقدين على الغاء العقد — يجوز للعاقدين أن يتفقا على الرجوع فى العقد أو على الغائه . ولكن لا يجوز لأحدهما أن يستقل بذلك دون رضا الآخر .

فاذا كان العقد بيعا جاز للعاقدين الرجوع فيه ، فيقيل كل منهما الآخر من التزاماته ، وتزول كل الآثار التى انتجها البيع ويلزم كل من الطرفين باعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد .

---

(١) نقض مدنى ٢٦ نوفمبر ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ — ١١٧٦ — ١٩٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويجوز ان يكون رضا كل من الطرفين صريحا أو ضمنيا . فاذا رد المشترى المبيع الى البائع امكن اعتبار ذلك ايجابا ضمنيا منه للتقايل من البيع . فاذا تصرف البائع فى هذا المبيع الى آخر كان ذلك قبولا ضمنيا منه للتقايل .

ويشترط فى صحة هذا الاتفاق ان تتوافر فى العاقدين الاهلية اللازمة لابرام العقد الذى يراد الاتفاق على الرجوع فيه أو على الغائه . فالتقايل من البيع يقتضي توافر أهلية التصرف فى كل من العاقدين .

ويكون اثبات هذا الاتفاق وفقا للقواعد العامة .

ويترتب على هذا الاتفاق محو آثار البيع محوا تاما واعادة الحالة الى ماكانت عليه قبل البيع ، فتعود الملكية الى البائع ويسترد المشترى الثمن ان كان قد دفعه ، والا فان التزامه به يسقط عنه .

٢٥٣ — (رابعا) ابطال سند ملكية البائع او فسخه — اذا ابطل سند ملكية البائع او فسخ لأى سبب من أسباب الابطال أو الفسخ كنقص اهلية احد العاقدين أو عيب فى رضاه أو تحقق شرط فاسخ او عدم وفاء احد العاقدين بالتزامه ، اعتبر البائع كأن لم يكن مالكا المبيع فى اى وقت من الاوقات ، وترتب على ذلك اعتبار البيع الصادر منه كأنه صادر من غير مالك ، وكان بالتالى قابلا الابطال بناء على طلب المشترى وغير نافذ فى حق المالك الذى عادت اليه الملكية(١) . فاذا استعمل المشترى حقه فى ابطال البيع وحكم له بذلك ، كان هذا الابطال نتيجة لزوال سند ملكية البائع بأثر رجعى .

٢٥٤ — (خامسا) الفسخ لعدم وفاء احد المتعاقدين بالتزامه — اذا لم يف أحد العاقدين بالتزامه سواء أكان ذلك العاقد بائعا أو مشتريا، فاما أن يكون عدم الوفاء راجعا الى سبب أجنبى عنه كهلاك المبيع بقوة قاهرة ، واما أن يكون غير راجع الى سبب أجنبى .

فان كانت الثانية كان المدين مسئولا عن عدم الوفاء بالتزامه وجاز للدائن أن ينفذ الالتزام جبرا عن المدين ان أمكن ، والا كان له الخيار بين

---

(١) انظر ما سيجىء فى نبذة ٢٩٢ و ٢٩٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

طلب التنفيذ بمقابل وبين فسخ البيع (١) .

وان كانت الاولى انقضى الالتزام الذى اصبح الوفاء به مستحيلا ، وتعين البحث فيما اذا كان للدائن فى هذا الالتزام ان يفسخ العقد لينحلل من الالتزامات التى فرضها عليه هـذا العقـد او ليس له ذلك . ويؤدى هذا البحث بالتالى الى تعيين من تقع عليه تبعة الهلاك la charge des risques فان اجيز الفسخ وقعت تبعة الهلاك على المدين فى الالتزام الذى صار تنفيذه مستحيلا res perit debitor والا كانت التبعة على الدائن res perit creditori

§ ١ ـ فسخ البيع لعدم الوفاء غير الراجع الى سبب اجنبى

٢٥٥ ـ شروط استعمال حق الفسخ ـ يشترط فى طلب الفسخ اربعة شروط :

(١) أن يثبت طالب الفسخ ان العاقد الآخر لم يوف التزاماته كلها او بعضها . فاذا طلب البائع الفسخ وجب عليه ان يثبت ان المشترى لم يدفع الثمن فى الاجل المتفق عليه (٢) أو ملحقات الثمن (٣) من فوائد ومن مصروفات عجلها البائع لحساب المشترى ، او انه تأخر فى تسـلم المبيع . واذا طلبه المشترى كان عليه ان يثبت ان البائع لم ينقل اليـه

---

(١) وهذا الحق فى الفسخ نصت عليه المادة ١٥٧ مدنى ، وهو يثبت لكل من المتعاقدين بنص القانون ولو لم ينص عليه فى العقد اذ يعتبر العقد متضـمنا اياه ولو خـلا من اشتراطه ، ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق او الحد من نطاقه الا باتفاق صريح (نقض مدنى ١٣ فبراير ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ ـ ٣٢٥ ـ ٥٢) .

(٢) ولا يعتبر المشترى مخلا بالتزام دفع الثمن اذا عرض باقى الثمن على البائع بعد رفع الدعوى عليه امام محكمة الدرجة الاولى (نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض ١٤ ـ ٣٩٨ ـ ٦٢ وقد جاء فيه انه « اذا كان الثابت من بيانات الحكم ان عرض المطعون عليهما باقى الثمن على الطاعنين حصل بعد رفع الدعوى امام محكمة الدرجة الاولى وظلا متمسكين بهذا العرض فى مواجهتهم برغم رفضهم قبوله ، فان ذلك يعد بمثابة عرض ابدى امام المحكمة حال المرافعة ولا يلزم لصحته اتخاذ اجراءات اخرى كاعلان هذا العرض عملا بالمادة ٧٩٢ مرافعات »

(٣) نقض مدنى ٦ مارس ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ ـ ٦٤٥ ـ ١١٠ ، وفى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٨١٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ملكية المبيع (١) او لم يسلمه اليه على الوجه المبين فى العقد أو فى القانون أو أنه اخل بالتزام الضمان .

ويجوز أن يطلب الفسخ كل من البائع والمشترى ، ولكل منهما ان يستند فى طلبه الى سبب مغاير للسبب الذى يستند اليه الآخر ، ويكون القضاء بفسخ العقد فى هذه الحالة تأسيسا على تلاقى ارادتى البائع والمشترى غير منطو على خطأ فى تطبيق القانون (٢) .

ولا يكفى مجرد اثبات عدم وفاء المدين بالتزامه بل لابد من اعذاره للوفاء به ما لم يكن محل التزامه سلبيا كالتزام الضمان فيما يتعلق بفعل البائع نفسه فلايحتاج الى اعذار . وقد نصت المادة ١٥٧ فقرة أولى مدنى على أنه «فى العقود الملزمة للجانبين ، اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتض » .

(٢) أن يثبت طالب الفسخ انه قد وفى التزاماته الناشئة من البيع أو أنه مستعد لوفائها (٣) ، اذ بدون ذلك يكون الطرف الآخر محقا فى الامتناع عن تنفيذ التزاماته أو على الاقل غير مقصر(٤) . فالبائع المتأخر

---

(١) نقض مدنى ٣ يونيه ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ٢٢ — ٧٣٤ — ١٢٠ وقد جاء فيه ان الفسخ فى العقد الملزم للجانبين يعتبر واقعا باستحالة تنفيذه ، ويكون تنفيذ الالتزام بنقل الملكية مستحيلا على البائع لخروج المبيع من ملكه بانتقال ملكية الاطيان المبيعة الى الغير بعقد بيع مسجل ، ويجعله ذلك مسئولا عن رد الثمن ، ولا يبقى بعد الا الرجوع بالتضمينات اذا كانت الاستحالة بتقصيره .

(٢) نقض مدنى ٢١ نوفمبر ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض ٢٥ — ١٢٥٤ — ٢١٣ .

(٣) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٨٢٠ ، نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ١٣٢ — ٥٢ وقد جاء فيه انه اذا كان الواقع الذى اثبتته محكمة الموضوع أن البائع تخلف بغير عذر عن توقيع عقد البيع النهائى ، فان قضاءها برفض دعواه التى طلب فيها فسخ البيع لتأخر المشترى عن الوفاء بالثمن لا تكون فيه مخالفة للقانون . وأيضا نقض مدنى ١٣ مارس ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ — ٦٤٠ — ١١٠ وقد جاء فيه انه اذا طلب البائع الفسخ ، وفى اثناء نظر الدعوى باع جزءا من المبيع لانه يئس من دفع المشترى للثمن لم يجز للمشترى أن يحتج عليه بأنه خالف عقد البيع ، لان البائع لم يلجأ الى هذا العمل الا بعد يأسه من قيام المشترى بدفع الثمن .

(٤) نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ — ٢٣٣ — ٣٨ وقد جاء فيه انه اذا كان الطاعن قد اعتمد فى دفاعه على أن عدم قيامه بتسليم المبيع يرجع الى ان المطعون عليه لم يبد استعداده لدفع الثمن قبل التسليم وبذلك يكون المطعون عليه هو

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فى تسليم المبيع لايجوز له طلب فسخ البيع لعدم دفع المشترى الثمن (١)، والمشترى المتأخر فى دفع الثمن لا يجوز له طلب الفسخ لتأخر البائع فى التسليم وانما يجب عليه أولا أن يبدى استعداده لدفع الثمن وأن يعذر البائع للتسليم ، فان امتنع بعد ذلك جاز طلب الفسخ

(٣) أن يكون فى وسع طالب الفسخ أن يرد ما قد يكون الطرف الآخر وفاه من التزاماته ، لأن الفسخ يترتب عليه وفقا لنص المادة ١٦٠ مدنى اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فلايجوز طلبه الا اذا كان فى وسع الطالب اعادة الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا سلم البائع بعض المبيع الى المشترى وتصرف فيه هذا الى الغير أو حوله الى شيء من نوع آخر، كأن فصل القماش ثيابا أو الخشب أثاثا ، ثم امتنع البائع عن تسليم باقى المبيع ، لم يجز للمشترى طلب الفسخ لتعذر رد ما تسلمه الى البائع بحالته الاصلية . ويقتصر حق المشترى فى هذه الحالة على طلب التنفيذ العينى ان كان ذلك ممكنا بطريق الجبر ، والا فالتنفيذ بمقابل .

ولا يعتبر تغيرا لحالة المبيع يحول دون الفسخ تخصيص المنقول لخدمة عقار بحيث يصبح عقارا بالتخصيص اذا ظل المنقول محتفظا بذاتيته المادية كالحاق الماشية أو الآلات بالارض الزراعية (٢) .

(٤) ألا يكون طالب الفسخ قد نزل عن حقه فى طلب الفسخ نزولا واضحا لا لبس فيه (٣) ، فان اشترط فى العقد ألا يكون للبائع حق الفسخ

المقصر وتقع عليه تبعة التقصير وكانت المحكمة اذ اطرحت هذا الدفاع قد قررت أن محل التمسك به هو أن يكون الطاعن قد اظهر استعداده لتسليم المبيع ، أما وهو لم يفعل ذلك فلا يحق له أن يطالب المطعون عليه بدفع الثمن قبل التسليم ، هذا فضلا عن أن المطعون عليه قد قرر باندار ه الذى اعلنه للطاعن انه على استعداد لدفع كامل الثمن عند تسلمه المبيع بالسعر المتفق عليه كما اشترط فى الاتفاق ، ومع ذلك لم يقم الطاعن بتنفيذ التزامه ، فان هذا الذى قررته المحكمة هو استخلاص سليم ولا مخالفة فيه للقانون كما لا يشوبه قصور .

(١) نقض مدنى ٢٨ ابريل ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض ٢٦ — ٨٤٠ — ١٦٤ .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٨١٧ هامش ٣ .

(٣) نقض مدنى ٢٥ مايو ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض ٢٦ — ١٠٧٢ — ٢٠٤ وقد جاء

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

اذا تأخر المشترى فى سداد القسط الاول ، امتنع على البائع طلب الفسخ بسبب تأخر هذا القسط . ولكن مثل هذا الشرط يجب أن يفسر تفسيرا ضيقا، شأن كل تنازل عن حق(١) ، فلا يمنع البائع من طلب الفسخ لتأخر المشترى فى الاقساط التالية (٢) .

٢٥٦ — كيف يكون الفسخ ؟ — لابد فى الفسخ من طلبه بعد اعذار المدين ومن القضاء به . فهو أولا لا يكون الا بناء على طلب الدائن فى الالتزام الذى لم يتم تنفيذه اذا توافرت فيه الشروط المتقدمة ، اى أن الفسخ اختيارى لهذا الدائن ، اذا شاء لجأ اليه ، والا فله طلب التنفيذ العينى او التنفيذ بمقابل (٣) ، فلا يجوز أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب المدين فى الالتزام الذى لم يتم تنفيذه . وقد تقدم انه يجب فى طلب الفسخ أن يكون المدين معذرا للوفاء ، ويجوز أن يحصل اعذار المدين فى عريضة دعوى الفسخ ذاتها ، فيعين له أجل يقوم فيه بالوفاء ثم يكلف اذا لم يوف فى هذا الأجل الحضور أمام المحكمة فى جلسة محددة لسماع الحكم بالفسخ(٤) .

فيه انه ولئن كان للبائع أن يطلب فسخ العقد اذا لم ينفذ المشترى التزامه بوفاء باقى الثمن عملا بنص المادة ١/١٥٧ مدنى الا أنه وفقا للقواعد العامة يسقط حقه فى طلب الفسخ اذا تنازل عنه صراحة او ضمنا ، واذ كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه برفض دعوى البائع يطلب الفسخ انه قد استخلص لاسباب سائغة ان الطاعن تنازل ضمنا عن طلب الفسخ بحصوله على حكم بباقى الثمن نفذ به على العين المبيعة بعد أن نفذ على الزراعة القائمة بها ، فان محاولة الطاعن فى ذلك لاتعدو أن تكون جدلا موضوعيا مما يستقل به قاضى الموضوع .

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٨٢٠ هامش ٢ .

(٢) نقض مدنى ٢ مايو ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ — ٧٥٠ — ٢٥٩ .

(٣) ويجوز له بعد طلب الفسخ أن يعدل عنه أمام محكمة أول درجة الى طلب التنفيذ [استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٣٧ (٤٦ ص ٢٢٦)] ، والعكس جائز ايضا [استئناف مختلط ١٣ ديسمبر ١٩٤٤ (٥٧ ص ٢٦)] ، ولكن لايجوز له هذا العدول لاول مرة فى الاستئناف لانه يعتبر طلبا جديدا [استئناف مختلط ٣ يناير ١٩٠٦ (١٨ص٨٥)]، ولايجوز له العدول بعد أن يقره خصمه على ما طلب [استئناف مختلط ١٣ نوفمبر ١٩١٣ (٢٦ ص ٣٢)] .

(٤) وحكم بأن مجرد الاعلان بدعوى الفسخ يعتبر اعذارا للمدعى عليه فى خصوص جواز الحكم بالفسخ [استئناف مختلط ١٩ يناير ١٩٣٢ (٤٤ ص ١٢٢)] ، وان كان لا يكفى لالزام المدعى عليه بمصروفات الدعوى فى حالة اذعانه لما طلب منه فيها (السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٤٠٩) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهو ثانيا لا يقع الا بقضاء القاضى (١). ويملك القاضي فى الحكم به سلطة مطلقة (٢) ، فيجوز له أن يقضي به ، أو أن يمنح المدين حسن النية اجلا اذا اقتضت ظروفه ذلك (٣) (المادة ٢/١٥٧ مدنى والمادة ٢/٣٤٦ مدنى) ، كما يجوز له أن يرفضه اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الاهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته (٤) (المادة ١٥٧ مدنى) .

ويجب أن يسبب القاضي حكمه بالفسخ أو بعدمه تسبيبا سائغا(٥)، ولكنه غير ملزم بتسبيب قضائه بمنح المشترى نظرة الميسرة أو برفضه ذلك لأن القانون قد رخص له فى هذا الامر الاخير ترخيصا مطلقا ، فلا يحتاج الى تبرير قضائه فى شأنه (٦) .

---

(١) نقض مدنى ٨ فبراير ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ — ١٩٦ — ٣٠ وقد جاء فيه أنه اذا لم ينص فى عقد البيع على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم فى حالة تأخر المشترى عن سداد الثمن ، فان الفسخ لا يقع فى هذه الحالة الا اذا صدر به حكم من القضاء .

(٢) نقض مدنى ٨ ديسمبر ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية ١ — ١٥٢ — ٨١ ، ٣١ مايو ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ٤ — ٧١٢ — ٢٩٢ .

(٣) انظر فى مدى سلطة القاضى فى الحكم بالفسخ أو عدمه ، عبد الحى حجازى ، فى مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ١ ص ١٦٧ ومابعدها .

والظاهر من أحكام المحاكم انها تتشدد فى منح نظرة الميسرة هذه . وقد عبرت عن هذا الاتجاه محكمة الاستئناف المختلطة حيث قررت أنه يشترط فى منح نظرة الميسرة أن يكون المدين سيء الحظ malheureux وحسن النية de bonne foi وان يكون فى ظروف استثنائية جدا dans des cas tout à fait exceptionnels.

[استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٣١ (٤٣ ص ١٦٩)] .

(٤) راجع كتابنا فى شرح القانون المدنى جـ ٢ فى الالتزامات نبذة ٣١٢ .

(٥) قضت محكمة النقض بأن الحكم يكون معيبا بالقصور فى التسبيب اذا قضى بفسخ عقد البيع وبرد ما دفعه المشتريان من الثمن دون أن يبين ما اذا كان الطاعنان — البائعان — المقضى ضدهما بالفسخ، قد أخلا بالتزاماتهما الناشئة عن ذلك العقد اخلاله يستوجب الفسخ (نقض مدنى ٢٣ فبراير ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض ٢٦ — ٤٥٧ — ٩٣) .

(٦) نقض مدنى ٢٥ مايو ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ — ٥٣٤ — ١٣٤ ، وأيضا ٢٣ مارس ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ — ٢٧٣ — ٢٩٤ ، وأيضا نقض مدنى ١٣ فبراير ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ — ٣٢٥ — ٥٢ وقد جاء فيه أن منح المشترى مهلة للوفاء بثمن المبيع اتقاء للفسخ — أو رفض طلبها — مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية لانه من الرخص التى أطلق الشارع فيها القاضى الموضوع الخيار فى ان يأخذ فيها باحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه (وانظر فى نفس المعنى نقض مدنى ٢٣ ديسمبر ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ — ١٢٩٦ — ٢٠٢) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

واذا طلب احد العاقدين الفسخ ورأى القاضى أن يمنح العاقد الآخر اجلا للوفاء بالتزاماته وفقا للمادة ٢/١٥٧ مدنى ، فلم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته فى الاجل الذى منح اياه ، انفسخ البيع من تلقاء نفسه بمجرد انقضاء الاجل المذكور ولم يعد للقاضى ان يتفادى ذلك بمنحه اجلا آخر لان المادة ١/١٥٧ رخصت للقاضي فى أن يمنح المدين قبل الحكم بفسخ العقد اجلا واحدا فقط . وهذا بخلاف ما اذا طلب العاقد الزام العاقد الآخر بالتنفيذ العينى ، ورأى القاضى منحه أجلا للوفاء عملا بالمادة ٢/٣٤٦ مدنى حيث يجوز للقاضي بعد انقضاء الاجل الاول دون تنفيذ أن يمنح العاقد الآخر آجالا أخرى ، لأن هذه المادة الاخيرة نصت صراحة على جواز منح المدين أجلا أو آجالا (١) .

٢٥٧ ـ انفساخ العقد من تلقاء نفسه ـ قد ينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، أى دون حاجة الى قضاء القاضى بالفسخ ، ويكون ذلك اما بناء على اتفاق خاص بين العاقدين ، واما بناء على نص فى القانون . وقد ورد النص على ذلك فى شأن حالة معينة من حالات البيع .

٢٥٨ ـ (أ) انفساخ البيع بناء على اتفاق سابق ـ نصت المادة ١٥٨ مدنى على انه « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لايعفى من الاعذار ، الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه » .

وبناء على ذلك ينفسخ البيع دون قضاء القاضي ودون حاجة الى اعذار اذا كان منصوصا فيه على انه ينفسخ بمجرد تأخر البائع عن التسليم او تأخر المشترى عن دفع الثمن فى الاجل المعين ، كان ينص فيه على انه « ينفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار ولا الى حكم قضائى » .

ولايكفى أن ينص على أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه ، لان ذلك لا يغنى عن حكم القاضي ، وغاية الامر انه يسلب القاضي سلطة التقدير فيما يتعلق باجابة طلب الفسخ او رفضه وسلطته فى منح المدين اجلا ويجعل حكمه بالفسخ متعينا .

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٤٠٩ ص ٨٢٤ و ٨٢٥ ، وفى الوسيط جـ ١ طـ ٢ نبذة ٤٧٥ ص ٨٠٠ و ٨٥٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويكون الامر كذلك أيضا اذا نص فى عقد البيع على انه ينفسخ من تلقاء نفسه دون اعذار ، مع فرق واحد بين الحالتين هو وجوب الاعذار فى الاولى وعدم لزومه فى الثانية .

ويخلص من ذلك ان اتفاق العاقدين على انفساخ البيع من تلقاء نفسه يتفاوت قوة وضعفا ويكون له عدة صور :

(١) أضعفها أن يكتفى بالنص على انه بمجرد التأخر فى تنفيذ التزام معين يفسخ العقد من تلقاء نفسه . وهذا النص يترتب عليه جعل الفسخ متعينا على المحكمة اذا طلبه الدائن ، فلاتكون للمحكمة سلطة التقدير أو منح المدين أجلا ، ولكن لا يقع الفسخ الا بعد الاعذار وبقضاء القاضي .

(٢) والثانية أن ينص فى العقد على انفساخه من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار ، وهذه الحالة مثل السابقة مع فارق واحد هو أن الدائن يجوز له طلب الحكم بالفسخ دون حاجة به الى أن يعذر المدين . ولكن الفسخ لا يقع فيها الا بقضاء القاضي (١) . وفى كلتا الصورتين المذكورتين يجوز للمدين أن يتوقى الفسخ بتنفيذ التزامه قبل صدور حكم الفسخ .

(٣) وأقواها أن ينص فى العقد على انفساخه من تلقاء نفسه بمجرد تأخر المدين فى الوفاء بالتزام معين دون حاجة الى اعذار أو الى حكم قضائى . وفى هذه الحالة يعتبر العقد منفسخا بمجرد انقضاء الاجل المعين لوفاء الالتزام دون ان يتم الوفاء بغير ما حاجة الى رفع دعوى الفسخ . وقد يخفف هذا الاتفاق بأن ينص على انفساخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى ، فلا يعفى الدائن من اعذار المدين .

ومن المهم فى جميع هذه الصور أن يكون هناك اتفاق على استبعاد سلطة القاضي فى انشاء الفسخ وأن تكون الواقعة التى يتفق الطرفان على أن يترتب على حدوثها تخويل أحد الطرفين ايقاع الفسخ هى عدم تنفيذ التزام الطرف الآخر (٢) . ولا يتنافى مع ذلك أن تبقى للقاضي فى بعض الاحوال سلطة تقرير وقوع الفسخ الذى ترتب على عدم تنفيذ الالتزام .

وقد أبرزت محكمة النقض الفرق بين شرط الفسخ الصريح وشرط

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٤١٣ ص ٨٣٢ .

(٢) انظر عبد الحى حجازى ، فى بحثه المشار اليه آنفا ص ١٥٢ ومابعدها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفسخ الضمنى حيث قالت انهما يختلفان طبيعة وحكما . فالشرط الفاسخ الضمنى لايستوجب الفسخ حتما اذ هو خاضع لتقدير القاضى ، وللقاضى ان يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل ان المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ. أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضى به المادة ٣٣٤ مدنى (قديم) موجب للفسخ حتما ، فلايملك معه القاضى امهال المشترى المتخلف عن اداء الثمن ، ولا يستطيع المشترى ان يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد اقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمى الى الوفاء ، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجبا للفسخ بلا حاجة الى تنبيه ولا انذار (١) .

وينبنى على ماتقدم أن الحكم الذى يصدره القاضى بالفسخ يكون مقررا للفسخ فى حالة وجود شرط صريح (٢) . امـــا فى غيرهـــا فيكون حكم القاضي منشئا الفسخ ومن ثم يكون طلب الفسخ عملا قانونيا من جانب واحد يشترط فيمن يباشره توافر الاهلية أو الولاية اللازمة لمباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر (٣) .

ويجوز لصاحب الحق فى أعمال الشرط الفاسخ الصريح أن ينزل عنه ، وحينئذ لا يبقى له الا الفسخ القضائى بشروطه واحكامه (٤) .

---

(١) نقض مدنى ٢ مايو ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ١٥٥ — ٦٨ ، انظر أيضا نقض مدنى ١٤ مايو ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ — ١٠٢٤ — ١٦٠ ، ٢٤ نوفمبر ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ — ١٥١ — ٢٠٦ .

على أن شرط الفسخ الصريح لايمنع المدين من المنازعة فى تحقق المخالفة المستوجبة أعماله ، ولا يمنع المحكمة من أن تمحص دفاع المدين لتتحقق مما اذا كانت المخالفة الموجبة للفسخ قد وقعت ، فتقضى بموجبه أم غير ذلك (نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ — ٨٣٧ — ١١٠) . وانظر أيضا نقض مدنى ٢٦ نوفمبر ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ — ١١٨١ — ١٩٣ وأيضا نقض مدنى ١٩ أبريل ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض ٢٦ — ٧٨٧ — ١٥٣) .

(٢) نقض مدنى ١٤ أبريل ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ — ٩٤٦ — ١٢٤ .

(٣) قرب فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ١ ط ٢ نبذة ٤٧٤ ص ٧٩٥ .

(٤) نقض مدنى ١٦ نوفمبر ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ٢٢ — ١٠٢٤ — ١٧٣ وقد جاء فيه مايلى : «متى استخلص الحكم بأسباب سائغة تنازل الطاعنة (البائعة) عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ الوارد بلائحة بيع املاك المرى ، فان مجادلة الطاعنة فى ذلك لاتعدو أن تكون جدلا موضوعيا مما يستقل به قاضى الموضوع ، واذ كان الحكم استبعد الشرط الصريح الفاسخ، ولم يعد قائما أمامه سوى الشرط الفاسخ الضمنى، وهو لا يسلب =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٢٥٩ — (ب) انفساخ البيع بناء على نص فى القانون — نصت المادة ٤٦١ مدنى على انه « فى بيع العروض وغيرها من المنقولات اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى اعذار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره » .

ويخلص من ذلك انه اذا كان المبيع منقولا قد عين أجل لتسليمه ودفع ثمنه (١) ، ولم يدفع المشترى الثمن فى الاجل المتفق عليه (٢)، جاز للبائع بعد أن يكون قد أبدى استعداده لتسليم المبيع فى المكان المعين لذلك (٣)، أن يعتبر البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار المشترى

سلطة محكمة الموضوع فى تقدير حصول الفسخ من عدمه ، وكان المطعون عليه (المشترى) قد أوفى بالتزاماته قبل الفصل نهائيا فى الدعوى ، فان النعى على الحكم بالفساد فى الاستدلال ومخالفة القانون والقصور فى التسبيب يكون على غير أساس .

(١) وبمفهوم المخالفة من نص المادة ٤٦١ لا يسرى حكمها اذا كان المبيع عقارا ، ولا اذا كان منقولا لم يعين لتسليمه ودفع ثمنه أجل ، أو عين أجل لدفع الثمن دون التسليم حيث يكون التسليم مستحقا فورا ، أو عين ميعاد للتسليم وآخر لدفع الثمن . وفى جميع هذه الحالات التى لاينطبق عليها حكم المادة ٤٦١ مدنى يجوز الفسخ القضائى أو الاتفاقى طبقا للقواعد المتقدمة (السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٨١٩) . أما اذا عين أجل للتسليم ولم يذكر أجل لدفع الثمن ، فان هذا لايمنع من تطبيق الحكم المذكور نظرا لما تنص عليه المادة ٤٥٧ من اعتبار أجل التسليم فى هذه الحالة أجلا لدفع الثمن .

(٢) ولا يجوز مع وجود اتفاق على أجل لدفع الثمن الرجوع الى العرف لتقصى ميعاد دفع الثمن والطريقة التى يدفع بها أو لبيان ما اذا كان يحق للبائع التحلل من الصفقة اذا لم يوف المشترى بالثمن فى الميعاد مادام أن القانون قد خول البائع هذا الحق صراحة (نقض مدنى ١٣ يناير ١٩٤٤ ، فهرس الخمسة وعشرين سنة لاحكام النقض ص ٨٥٦ نبذة ١٤٩ .

وقد جاء فيه ايضا أن المادة ٣٣٥ مدنى قديم لم تتعرض الا للحالة التى يكون فيها التقصير من جانب المشترى ، فان نصها هو « اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع يكون البيع مفسوخا حتما اذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المحدد بدون احتياج للتنبيه الرسمى » ، واذا لوحظ ان نص هذه المادة جاء استثناء من القاعدة العامة القاضية بعدم امكان فسخ العقود الا بعد التنبيه الرسمى ، تعين القول انه لايصح تطبيقه ، الا فى حدود نصها ، أى فى حالة تحديد أجل ليدفع .. المشترى الثمن ويتسلم المبيع . أما اذا كان الاجل محددا لحصول البائع على المبيع وتسليمه للمشترى ، ففى هذه الصورة لا يعفى البائع من واجب التنبيه رسميا على المشترى بالتسليم أو الوفاء . وايضا ٣ مايو ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ — ٥٨٣ — ٨٧ .

(٣) أنظر فى ذلك السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٨٣٨ هامش ٢ ، أنور سلطان نبذة ٢٩٩ ص ٣٤٩ ، منصور ص ٢٣١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

او الى حكم قضائى (١) ، وان يتصرف بناء على ذلك فى المبيع مرة ثانية دون مسئولية عليه ، بل دون اخلال بحقه فى الرجوع على المشترى بالتعويض (٢) . وجاز له اذا كانت له مصلحة فى ابقاء البيع أن يتمسك به وان ينفذ بالثمن على المشترى (٣) . وحكمة هذا النص التيسير على بائع المنقولات باعفائه من وجوب أعذار المشترى والحصول على حكم بالفسخ لان الغالب فيه ان يحترف البيع والشراء وانه يبيع ليشترى فيزداد ربحه بتكرار عمليات البيع والشراء ، فلاينبغى اخضاعه لضرورة الاعذار او الزامه باستصدار حكم بالفسخ لان ذلك يشل حركته .

أما اذا دفع المشترى الثمن فى الاجل المتفق عليه ولم يتسلم المبيع، فلا يجوز للبائع اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، وانما يجب عليه ان يسلك فى ذلك سبيل القواعد العامة، فيعذر المشترى لتسلم المبيع ثم يرفع عليه دعوى الفسخ ويحصل على حكم بالفسخ .

ويلاحظ ان هذا الحكم يختلف عن حكم القانون المدنى الفرنسى حيث تنص المادة ١٦٥٧ من ذلك القانون على أنه فى بيع العروض وغيرها من المنقولات يكون البيع مفسوخا لمصلحة البائع دون حاجة الى اعذار بمجرد انقضاء الاجل المعين لتسلم المشترى المبيع ، أى انها تجعل انفساخ البيع جزاء تخلف المشترى عن تسلم المبيع لا جزاء تخلفه عن دفع الثمن . وقد ذهب الفقه الى انه يجوز اعتبار الانفساخ مترتبا أيضا على تأخر المشترى فى دفع الثمن .

ومن قبل صدور التقنين المدنى المصرى الحالى كانت المادة ٣٣٥/ ٤١٨ مدنى قديم تختلف عن حكم المادة ١٦٥٧ مدنى فرنسى حيث كانت تنص على أنه «فى بيع البضائع أو الامتعة المنقولة اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع يكون البيع مفسوخا حتما اذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المحدد بدون احتياج للتنبيه الرسمى» . وبالرغم من وضوح النص المصرى القديم فى مخالفته للنص الفرنسي من حيث انه يجعل الانفساخ جزاء التأخر عن دفع الثمن ، ذهب اكثر الشراح الى أن المشرع المصرى

---

(١) الاسكندرية الابتدائية التجارية الاهلية ١٦ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ — ١٤٠٧ — ٦١٦ .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٨٣٨ هامش ٣ والاحكام التى اشار اليها .

(٣) فى هذا المعنى المذكرة الايضاحية ، فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٥٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لم يقصد هذه المخالفة وفسروا النص المصرى بمعنى القانون الفرنسى أى بأن الانفساخ جزاء التأخر فى تسلم المبيع وانه يجوز أيضا اعتباره مترتبا على تأخر المشترى فى دفع الثمن .

وقد أخذ واضعو مشروع تنقيح القانون المدنى أول الامر بهذا التفسير ، ووضعوا فى المادة ٦١٢ من المشروع نصا يقضي بانفساخ البيع دون حاجة الى اعذار « اذا لم يتقدم المشترى لتسلم المبيع بعد انقضاء الاجل المتفق عليه ، أو تقدم ولكنه لم يعرض الثمن» . غير انه لما عرض هذا النص على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على الحكم الوارد فيه بأنه يرتب على انقضاء الاجل المحدد لتسلم المبيع وعدم تقدم المشترى لتسلمه فسخ البيع من تلقاء نفسه دون حاجة الى أعذار مع أنه قد يحدث أن تحول دون تسلم المشترى المبيع ظروف لا يد له فيها ، ورؤى الاكتفاء بترتيب الفسخ على حالة عدم دفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه (أنظر مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٥٦) .

٢ ـ انفساخ البيع بهلاك المبيع بسبب اجنبى

(أو نظرية الهلاك théorie des risques)

٢٦٠ ـ وضع المسألة ـ يقصد بالهلاك risques فى الاصطلاح تلف مال معين تلفا كليا أو جزئيا بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائى .

فاذا هلك المال فى يد مالكه دون أن يكون محل التزام لأحد ، كان هلاكه على مالكه res perit domino اذ ليس للمالك أن يلقى تبعة هذا الهلاك على أحد . ويعتبر كالهلاك حدوث قوة قاهرة تحول دون الانتفاع بشىء معين أو دون قيام الشخص بنشاط معين كان يعود عليه بالفائدة ، فيفقد الشخص هذه الفائدة أو منفعة ذلك الشىء ، ولايكون له أن يرجع على أحد بتعويض عن ذلك .

واذا كان المال الذى هلك أو الانتفاع أو النشاط الذى صار مستحيلا محل التزام تعهد به الشخص للغير ، فان استحالة الوفاء

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بالالتزام ، متى كانت راجعة الى سبب اجنبى ، يترتب عليها انقضاؤه وفقا للمادة ٣٧٣ مدنى ، وانفساخ العقد من تلقاء نفسه بقوة القانون دون حاجة الى اعذار ولا حتى الى حكم (١) .

فاذا كان هذا الالتزام ناشئا من عقد ملزم لجانب واحد ، انتهى الامر بانقضاء هذا الالتزام ، وتحمل الدائن الخسارة الناشئة عن الهلاك ، فيقال ان تبعة الهلاك على الدائن res perit creditori

اما اذا كان الالتزام ناشئا من عقد ملزم الجانبين ، وانقضى بسبب هلاك محله او استحالة الوفاء به ، تعين البت فى مصير الالتزام المقابل له فى ذمة الطرف الآخر . فان بقى هذا الالتزام قائما فى ذمة الدائن بالالتزام الأول ، وقعت تبعة الهلاك على هذا الدائن ، لأنه سيلزم بتنفيذ التزامه دون أن يحصل على شىء فى مقابله . وان انقضى التزام الدائن وقعت تبعة الهلاك على المدين res perit debitori لأن المدين يكون قد فقد ماله الذى كان محل التزامه دون أن يأخذ ما يقابله .

٢٦١ — تقرير القاعدة فى العقود الملزمة للجانبين — فى القانون الفرنسى وردت عدة نصوص تقرر انقضاء الالتزام بسبب الهلاك او استحالة الوفاء (انظر المواد ١١٤٧ ، ١١٤٨ ، ١٣٠٢ مدنى فرنسى) ، ولكن لم يعرض أيها لأثر انقضاء الالتزام الذى صار الوفاء به مستحيلا فى التزام العاقد الآخر . فحاول الشراح والمحاكم أن يسدوا هذا النقص ولجأوا فى ذلك الى المادة ١١٨٤ مدنى فرنسي التى تقرر وجود شرط فاسخ ضمنى فى جميع العقود الملزمة للجانبين يسمح لكل من العاقدين بفسخ العقد اذا أخل العاقد الآخر بالتزامه على الا يقع هذا الفسخ من تلقاء نفسه بل بقضاء القاضى ، واستنبطوا من ذلك بطريق مفهوم المخالفة ومن التساند interdépendance المقرر بين التزامات كل من العاقدين والتزامات العاقد الآخر أن انقضاء التزام احد الطرفين بسبب استحالة الوفاء يستتبع فسخ العقد من تلقاء نفسه على أن يتم هذا الفسخ بقضاء

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ١ فقرة ٤٨٩ ص ٨٢٢ وهو يقول واذا التجأ الدائن الى القضاء ، فانما يكون ذلك ليقرر ان استحالة التنفيذ بسبب اجنبى أمر محقق — فقد يقوم نزاع فى ذلك — وان العقد قد انفسخ . فالحكم هنا يقرر الفسخ ولا ينشئه على النحو الذى رأيناه فى بعض صور الفسخ الاتفاقى .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

القاضي (١) ، اى أن حكم القاضي فى هذه الحالة يكون مقـــررا للفسخ لا منشئا له كما فى الفسخ المبنى على اخلال احد العاقدين بالتزاماته . ويترتب على الفسخ أن تقع تبعة الهلاك على المدين .

اما المشرع المصرى ، فقد تفادى نقص القـانون الفـرنسى ، وعنى بالنص على أثر استحالة الوفاء فى فسخ العقـد الملزم للجانبين ، فنص فى المادة ٢٤٢/١٧٩ مدنى قديم ثم فى المادة ١٥٩ مدنى جـديد على انه «فى العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » . ومن المقرر ان انفساخ العقد فى هذه الحالة لايحتـاج الى حكم قضـائى متى كانت استحالة التنفيذ غير منازع فيها (٢) .

ويترتب على انفساخ العقد بسبب استحالة الوفاء ان تقع تبعـة الهلاك على المدين بالالتزام الذى أصبح محله مستحيلا .

فالقاعدة اذن فى العقود الملزمة للجانبين ، سواء أكان ذلك فى القانون الفرنسى أم فى القانون المصرى ، أن الهلاك على المدين .

ويلاحظ انه يشترط فى ذلك ان يكون الالتزام الذى صار محـله مستحيلا التزاما أساسيا (٣) ، يقابله التزام آخر مرتبط به فى ذمة الطرف الآخـــر كالتزام البائع بنقـل الملكيـــة (٤) ، والتزام المشترى بدفع

---

(١) وفى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ١ ط ٢ نبذة ٤٩٠ ص ٨٢٢ ، وزكى عبد البر فى رسـالته للدكتوراه فى نظرية تحمـل التبعة فى الفقه الاسلامى القاهـرة سنة ١٩٥٠ فقرة ٢٩ ، انظر فى نقد ذلك بحثا لنا فى مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ٣٢٧ القسم الافرنجى بعنوان تبعة الهلاك فى العقود الملزمة للجانبين .

(٢) أنظر مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشـيوخ فى مجموعة الاعمـال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٣٥ ، السنهورى فى الوسيط جـ ١ ط ٢ نبذة ٤٨٩ ص ٨٢٢ .

(٣) السنهورى فى الوسيط جـ ١ ط ٢ نبذة ٤٨٩ ص ٨٢٢ هامش ١ حيث يقول والمراد بالالتزام الاساسى الذى استحال تنفيذه هو الالتزام الاساسى الناشىء من العقد دون الالتزام الثانوى أو التبعى . فالتزام البائع الاساسى هو نقـل الملكية والتسـليم ، والتزام المشترى الاساسى هو دفع الثمن . كذلك يعتبر التزاما أساسيا فى عقد الايجار التزام المؤجر بتسليم العين والتزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع ، والتزام المستأجر بدفع الاجرة والتزامه بالمحافظة على العين .

(٤) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه اذ الثابت ان التزام البائع بنقل ملكية =

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الثمن . أما اذا كان الالتزام الذى صار الوفاء به مستحيلا التزاما ثانويا وليس له مقابل تام فى ذمة الطرف الآخر كالتزام البائع بتسليم اصل سند الملكية المسجل قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ حيث كانت السندات التى تسجل يكتفى بنقل صورتها فى السجل المعد لذلك وترد أصولها الى اصحابها ، فلاتكون تبعة استحالته على المدين به بل على الدائن كما فى الالتزامات الناشئة من عقد ملزم جانبا واحدا .

٢٦٢ — حكم الهلاك فى عقد البيع وسائر العقود الناقلة للملكية — (أ) فى القانون الفرنسي — تنص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسي على أن « الالتزام بتسليم شيء يتم بمجرد اتفاق العاقدين (١) ، وانه يجعل الدائن مالكا وينقل اليه تبعة الهلاك من الوقت الذى يجب فيه تسليم الشيء ولو لم يتم التسليم فعلا ، ما لم يكن المدين معذرا للتسليم فتبقى عليه تبعة الهلاك» (أنظر ايضا المواد ١٥٨٣ و ١٥٨٥ و ١٥٨٦ ، ١٦٢٤ مدنى فرنسي فى باب البيع) .

ويلاحظ أن المقصود بعبارة « الالتزام بالتسليم » الواردة فى صدر

=

القدر المبيع الى المشترى قد أصبح مستحيلا بسبب الاستيلاء عليه لدى البائع تنفيذا لقانون الاصلاح الزراعى رقم ١٩٥٢/١٧٨ ، فان مقتضى هذه الاستحالة أن ينفسخ العقد وأن يلزم البائع وورثته من بعده برد الثمن بالتطبيق للمادة ١٦٠ مدنى اذ الغرم يقع على البائع نتيجة تحمله تبعة انقضاء التزامه (نقض مدنى ١٣ مارس ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ — ٤٣٢ — ٧٠ وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ٢٢ يناير ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ — ٣٤٥ — ٥٣ ، وأيضا ١٦ فبراير ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ٢٢ — ١٨٨ — ٣ .

وقضت فى حكم آخر بأن عدم تسجيل عقد بيع عقار (مضرب أرز) قبل تأميمه ، اذ أدى الى بقاء ملكيته للبائعة حتى نقلها التأميم الى الدولة ويكون قد أدى الى استحالة تنفيذ البائعة لالتزامها بنقل الملكية الى المشترية ، مما يستتبع انقضاء العقد بانفساخه لاستحالة تنفيذه طبقا للمادة ١٥٩ مدنى ويترتب على ذلك وفقا لحكم المادة ١٦٠ مدنى وجوب اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد وانقضاء الالتزامات المقابلة للالتزام الذى أصبح تنفيذه مستحيلا ، ومؤدى ذلك انقضاء التزام المشترية بأداء الثمن (نقض مدنى ٩ يونيه ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ — ١٠٢٧ — ١٦٩ ، وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ٢٦ ديسمبر ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ — ١٥٦٥ — ٢٣٩) .

(١) أى أنه ينقل الملكية بمجرد العقد ، وفقا لما تقدم فى نبذة ٩ ص ١٣ ونبذة ١٥٠ ص ٢٥٤ هامش ١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

هذه المادة التسليم الذى كان فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم لازما لنقل الملكية ، لا التسليم الناقل للحيازة . اما لفظ التسليم فى بقية النص ، فالمقصود به التسليم الناقل للحيازة .

وقد فسر الشراح الفرنسيون هذا النص بانه يقضى بانه اذا هلك محل الالتزام بنقل ملكية شيء ، فان هلاكه لا يكون على المدين بل على الدائن من وقت العقد ، ولو حدث الهلاك قبل التسليم الفعلى او حتى قبل ان يحل أجل التسليم .

وترى الكثرة فى هذا الحكم خروجا على القاعدة العامة التى تجعل الهلاك على المدين ، ولكنها تنقسم فى تكييف هذا الخروج ، فيرى فيه البعض اخذا بقاعدة الهلاك على الدائن كما فى العقود الملزمة لجانب واحد، ويرى فيه البعض الآخر اخذا بقاعدة الهلاك على المالك باعتبار ان العقد ناقل الملكية من وقت انعقاده .

وذهب جوسران الى ان حكم المادة ١١٣٨ ليس فيه خروج على القاعدة العامة . وبنى رايه على انه مادام العقد ينقل الملكية بمجرد اتفاق العاقدين، فان من يلتزم بنقل الملكية يبرأ من التزامه بمجرد انعقاد العقد، فلا يبقى مدينا ولا تقع عليه تبعة الهلاك وفقا للقاعدة العامة . غير ان هذا الراى مردود بأن الملتزم بنقل الملكية يبقى — بالرغم من انتقال الملكية من تلقاء نفسها بمجرد العقد — مدينا بتسليم الشيء الذى انتقلت ملكيته تسليما ناقلا للحيازة ، وان تطبيق القاعدة العامة عليه كان يؤدى الى جعل الهلاك عليه .

والراى عندى أن نص المادة ١١٣٨ — وهو الذى قصد به قبل كل شيء تقرير انتقال الملكية بمجرد العقد — قد حمل اكثر مما يحتمل ، فليس صحيحا انه يقضى بنقل تبعة الهلاك الى الدائن من وقت العقد ولو كان محل الالتزام لم يسلم أو لم يحل اجل تسليمه ، بل انه لا يجعل تبعة الهلاك على الدائن الا من الوقت الذى يجب فيه تسليم الشيء او كما يقول النص dès l'instant où la chose a dû être livrée . فاذا عين فى العقد أجل للتسليم ، فان الملكية تنتقل بمجرد العقد ، اما تبعة الهلاك فتتأخر عن ذلك ولا تنتقل الا من وقت حلول أجل التسليم. فاذا حل هذا الاجل انتقلت تبعة الهلاك الى المشترى ولو لم يتم التسليم

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فعلا ، مالم يكن البائع معذرا للتسليم فتقع عليه تبعة الهلاك (١) .

وسيأتي ان فهم نص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى على هذا الوجه من شانه ان يقرب الشقة التى يراها اكثر شراح القانون المصرى كبيرة بين حكم القانون الفرنسي وحكم القانون المصرى فى هذا الشأن .

٢٦٣ - «ب» فى القانون المصرى : (ا) نصوص التقنين الملغى - وردت فى التقنين الملغى عدة نصوص متعلقة بحكم هلاك المبيع يبدو انها متعارضة متنافرة ، فحار الشراح فى التوفيق بينها وذهبوا فى ذلك مذاهب شتى .

وقد وردت هذه النصوص جميعا بصدد عقد البيع ، باعتباره عقدا ناقلا للملكية وملزما لجانبيه ، وبعد أن قرر المشرع فى المادة ٩١/ ١٤٥ من التقنين الملغى القاعدة العامة التى تقضى بأن التعهد باعطاء شيء ينقل ملكيته بمجرد وجود التعهد اذا كان الشيء معينا ومملوكا للمتعهد (٢) .

واهم هذه النصوص ماقضت به المادة ٣٧١/٢٩٧ من انه «اذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع او اهماله وجب فسخ البيع ورد الثمن ان كان دفع الا اذا كان المشترى قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية او بما يقوم مقامها او بمقتضى نص العقد » .

وظاهر من هذا النص انه يجعل الهلاك على البائع قبل التسليم ، اى انه يطبق القاعدة العامة ، قاعدة الهلاك على المدين .

---

(١) انظر رأينا هذا مبسوطا فى بحث لنا فى نظرية الهلاك فى القانونين الفرنسي والمصرى، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٦ من ص ٣٢٢ الى ص ٣٥١ (باللغة الفرنسية) . وقد اعتمد رأينا هذا فيما يتعلق بالقانون الفرنسي وأشار اليه الاستاذ سيتفانى فى دروسه فى القانون المدنى المقارن لطلبة الدكتوراه بجامعة باريس سنة ١٩٥٦/١٩٥٧ ص ٥٤ وما بعدها .

(٢) ويراد بالهلاك زوال المبيع بموته الطبيعية . (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ - ١٥٨ - ٢٠) انظر السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٦٠٨ هامش ٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

اما النصوص الاخرى ، فيبدو فى ظاهرها انها تأخذ بالحكم العكسي وانها تجعل الهلاك على المشترى من وقت البيع أو على الاقل من وقت انتقال الملكية الى المشترى أخذا بقاعدة الهلاك على المالك . ومن ذلك نص المادة ٣٠٧/٢٤١ الذى جاء فيه انه « اذا كان البيع ليس جزافا بل كان بالوزن أو بالعدد او بالكيل أو المقاس فلايعتبر البيع تاما بمعنى أن المبيع يبقى فى ضمان البائع الى أن يوزن أو يكال أو يعد او يقاس » . فهذا النص قد رتب انتقال تبعة الهلاك فى بيع المثليات على اجراء فرزها . ولان الملكية فى مثل هذه الحالة لاتنتقل الا من وقت الفرز ، ذهب أكثر الشراح الى أن هذا النص يربط انتقال تبعة الهلاك بانتقال الملكية اى انه يأخذ بمبدأ الهلاك على المالك خلافا للقاعدة العامة المقررة فى المادة ٣٧١/٢٩٧ (قاعدة الهلاك على المدين) .

وكذلك المادة ٣٠٦/٢٤٠ التى تنص على انه اذا كان البيع جزافا فيعتبر تاما ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولا مقاس ، فان تقريبها من نص المادة ٣٠٧/٢٤١ سمح بالقول بانها تجعل انتقال الملكية وانتقال تبعة الهلاك فى البيع الجزاف يتمان معا من وقت انعقاد البيع ، فيكون الهلاك من وقت العقد على المشترى ، اى على الدائن الذى صار مالكا ، لا على المدين .

وقد نصت المادة ٣٣٦/٢٦٦ على أن «ينشأ عن البيع ... على حسب الأحوال أن يكون المبيع فى ضمان المشترى » ، اى انها اقرت جعل تبعة الهلاك على المشترى خلافا للمادة ٣٧١/٢٩٧ التى جعلته على البائع . غير انه يلاحظ أن عبارة « على حسب الاحوال » التى وردت فى هذا النص تحمل معنى التحفظ أو الاحالة الى احكام اخرى ، وقد اختلف الشراح أيضا فى تعيين المقصود بها .

ولايسع المرء عند النظر الى هذه النصوص المختلفة بادىء الأمر الا التسليم بوجود التنافر بينها . وقد أشرنا فيما تقدم الى حيرة الشراح فى التوفيق بينها والى اختلاف آرائهم فى ذلك (١) .

---

(١) وقد حاول هالترن أن يوفق بين المادتين ٣٣٦/٢٦٥ و ٣٧٢/٢٩٧ ولكنه اغفل المادتين ٢٤٠ ـ ٣٠٦/٢٤١ ـ ٣٠٧ (هالترن جـ ٢ ص ٢٧) .

وذهب فتحى زغلول باشا الى أن المشرع المصرى أخذ بمبدأ الهلاك على المالك كما يظهر من النصوص المتقدمة عدا المادة ٣٧١/٢٩٧ ، وان المقصود بهذه المادة الاخيرة ان =

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

غير انه بامعان النظر فى هذه النصوص المختلفة يتبين أن لا تعارض بينها ، وانها صدرت جميعا عن أصل واحد وانه لا استثناء فيها ، ذلك ان المادة ٣٧١/٢٩٧ جعلت القاعدة العامة فى عقد البيع باعتباره عقدا ناقلا الملكية بذاته أن الهلاك على المدين الى حين التسليم ثم ينتقل الى الدائن . ولكن التسليم المقصود فيها هو التسليم القانونى الذى عرفته المادة ٣٤٢/٢٧١ بانه وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن هذا من تسلمه دون عائق ولو لم يتسلمه بالفعل مع اعلام المشترى بذلك (راجع نبذة ١٨٣) . وقد تقدم انه يعتبر فى حكم التسليم القانونى اعذار المشترى لتسلم المبيع سواء كان الاعذار بالانذار أو بما يقوم مقامه أم كان بالاتفاق فى العقد على جعل المشترى معذرا بمجرد حلول الاجل المعين للتسليم أو من وقت العقد اذا لم يكن التسليم مؤجلا (راجع نبذة ١٨٥) .

وبناء على ذلك وعلى نص المادة ٣٧١/٢٩٧ يتحمل البائع تبعة الهلاك الى ان يضع المبيع تحت تصرف المشترى أو الى الوقت الذى يصبح فيه المشترى معذرا لتسلم المبيع . أما بعد ذلك فيكون الهلاك على المشترى

=

يكون حكمها مقصورا على المثليات التى تباع بالوزن أو العدد أو الكيل أو المقاس وهى ذات الحالة المنصوص عليها فى المادة ٣٠٧/٢٤١ (فتحى زغلول باشا ص ٢١٧) .

وكان من رأى عبد السلام ذهنى بك ان المشرع اخذ بمبدأ الهلاك على المالك كقاعدة عامة فى العقود الناقلة للملكية ثم خرج على تلك القاعدة فيما يتعلق ببيع القيمى ، ونص بشأنه فى المادة ٣٧١/٢٩٧ على أن يكون الهلاك على المدين . (عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات ص ٢٠٢ وما بعدها وص ٢٠٧ ، وقارن فى هذا المعنى ايضا دى هلتس فى باب الهلاك risques من نبذة ١٠ الى نبذة ١٥) .

وبالعكس من ذلك رأى حلمى عيسى باشا ، فانه يعتبر ان المشرع اخذ بمبدأ الهلاك على المدين كقاعدة عامة نص عليها فى صيغة مطلقة فى المادة ٣٧١/٢٩٧ ثم خرج على هذه القاعدة فى الحالتين الآتيتين : (١) حالة اعذار المشترى سواء كان ذلك بالانذار أو بما يقوم مقامه أم كان بالاتفاق فى عقد البيع على أن يكون المشترى معذرا من وقت العقد ، (٢) حالة بيع المثليات سواء تم البيع جزافا أو بالوزن او العدد او الكيل او المقاس .

وكان من رأى حلمى عيسى باشا أن أولى الحالتين اللتين خرج فى شأنهما المشرع على قاعدة الهلاك على المدين يمكن تبريرها بأن اعذار المشترى يجعله مقصرا ويلقى عليه تبعة الهلاك جزاء هذا التقصير . أما الحالة الاخرى فلا يرى لها مبررا ويرجع خروج المشرع على القاعدة الاصلية فى شأنها الى السهو وعدم الالتفات ، اذ يعتقد ان المشرع قد قصد أن يعدل فى وضع القاعدة العامة عن القاعدة المتبعة فى القانون الفرنسى ، فقرر فى المادة ٣٧١/٢٩٧ قاعدة الهلاك على المدين أخذا عن الشريعة الاسلامية ، ثم سها عن ذلك عند وضع حكم بيع المثليات فى المادتين ٣٠٦/٢٤٠ — ٣٠٧ فعاد دون ان يشعر الى الاخذ بالحكم الذى اعتقد انه حكم القانون الفرنسى (حلمى عيسى باشا فى شرح عقد البيع ص ٣٩٠ و ٣٩١) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ولو لم يتسلم المبيع بالفعل . ويلاحظ أن المشترى يمكن أن يصير معذرا من وقت العقد اذا اتفق على ذلك ولم يكن التسليم مؤجلا ، وانه يجب أن تصرف الى هذه الحالة عبارة المادة ٣٣٦/٢٥٦ التى تقول انه ينشأ عن البيع ... على حسب الأحوال أن يكون المبيع فى ضمان المشترى .

أما المادة ٣٠٧/٢٤١ فيلاحظ انها اذ جعلت تبعة هلاك المبيع المثلى تنتقل الى المشترى من وقت الوزن او العد او المقاس او الكيل قد جمعت عند وقت فرز المبيع ثلاثة أمور هى انتقال الملكية وانتقال تبعة الهلاك وحصول التسليم القانونى ، أما انتقال الملكية وانتقال تبعة الهلاك فأمرهما ظاهر . واما التسليم القانونى ، فلان المفروض فى هذه المادة أن التسليم غير مؤجل اى انه مستحق ، ان لم يكن من وقت العقد ، فمن وقت الفرز على الأقل ، والغالب عملا أن يقترن الفرز بوضع المبيع تحت تصرف المشترى ، فيعتبر ذلك تسليما قانونيا . ومتى كان انتقال تبعة الهلاك يصاحب كلا من انتقال الملكية ومن التسليم القانونى ، فلا داعى لربطه بالأول دون الثانى اذا كان فى ذلك خروج عن القاعدة العامة ، مادام فى الامكان ربطه بالثانى تطبيقا لتلك القاعدة . واذن يتعين اعتبار حكم المادة ٣٠٧/٢٤١ تطبيقا خفيا للقاعدة الواردة فى المادة ٣٧١/٢٩٧ وقصره على حالة عدم تأجيل التسليم . أما اذا كان تسليم المثليات مؤجلا الى مابعد الفرز بزمن ، بقى المبيع فى ضمان البائع حتى التسليم ، تطبيقا للقاعدة الاصلية ذاتها . وهو تطبيق لا خفاء فيه ولايحتاج الى نص خاص كنص المادة ٣٠٧/٢٤١ .

وكذلك نص المادة ٣٠٦/٢٤٠ الذى يقرر نقل تبعة الهلاك فى البيع الجزاف من وقت العقد ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولا مقاس ، فانه يفترض عدم الاتفاق على تأجيل التسليم اى أن التسليم مستحق من وقت العقد ، وبناء على ذلك يعتبر البائع واضعا المبيع تحت تصرف المشترى من وقت العقد ، لأنه وقت استحقاق التسليم ، مالم يكن البائع معذرا للتسليم . واذن يكون نقل تبعة هلاك المبيع جزافا الى المشترى من وقت العقد نتيجة لحصول التسليم القانونى لا لانتقال الملكية ، بحيث اذا انتقلت الملكية وكان التسليم مؤجلا بنص العقد أو كان البائع معذرا للتسليم فان تبعة الهلاك لا تنتقل الى المشترى تبعا لانتقال الملكية بل تبقى على البائع الى حين التسليم .

ويخلص من ذلك أن التقنين المدنى الملغى ، بالرغم من تعدد نصوصه

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المتعلقة بهلاك المبيع والاختلاف البادى بينها فى ظاهرهـــا ، وخلافا لما رمى به من تناقض وتعارض ، كان قد وضع قاعدة عامة فى شأن البيع الناقل للملكية بذاته تجعل الهلاك على البائع الى حين التسليم القانونى (المادة ٣٧١/٢٩٧) وانه لم يفعل فى النصوص الاخرى ســـوى تطبيق هـــذه القـــاعدة على بعض الحـــالات التى رأى فى تطبيقها عليها بعض الخفاء (١) .

٢٦٤ ـ (٢) فى التقنين المدنى المصرى الحالى ـ أخذ واضعو التقنين المدنى المصرى الحالى بالتفسير الذى انتهينا اليه منذ سنة ١٩٣٦ فيما يتعلق بنصوص التقنين الملغى المتعلقة بعقد البيع باعتبـــاره عقـــدا ناقلا للملكية بذاته وملزما جانبيـــه ، ورأوا أن يتفادوا تعـــدد النصـــوص والتطبيقات المختلفة التى أثارت فى ظل التقنين الملغى هـــذه الخلافات ، فاقتصروا على وضـــع حكم واحد يقرر قاعدة عامة لا اســـتثناء منهـــا ، اذ نصـــوا فى المادة ٤٣٧ على انه « اذا هلك المبيع قبل التســـليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع » .

وظاهر أن هذا النص يجعل تبعة هلاك المبيع فى جميع الاحوال على البائع الى حين التسليم باعتبار أن البائع بالرغم من انتقال ملكية المبيع منه الى المشترى ما يزال مدينا فى الالتزام بالتسليم الذى هلك محله . ويستوى فى ذلك ان يكون المبيع قيميا أو مثليا ، وأن يكون المثلى مبينـــا جزافا أو بالوزن أو العدد أو الكيل أو المقاس (٢) .

---

(١) انظر رأينا هذا مبسوطا فى بحثنا المشار اليه عن نظرية الهلاك فى القـــانونين الفرنسى والمصرى المقارنين ، مجلة القانون والاقتصاد ٦ سنة ١٩٣٦ من ص ٣٢٢ الى ص ٣٥١ افرنجى ، وقارن فى هذا المعنى تقريبا رأى الهلالى وحامد زكى فى البيع فقرة ٣٢٨ وما بعدها .

(٢) وليس الغرض من هذه القاعدة الا اقالة المدين من التزامه الذى صار تنفيذه مستحيلا فى نظير اسقاط حقه المقابل لالتزام الطرف الآخر . ولايصح أن يؤدى ذلك الى اثراء المدين بسبب استحالة التزامه . وتطبيقا لذلك حكم بأن انقضاء دين المدين باستحالة الوفاء لا يصـــح أن يترتب عليه اثراء المدين اذا كان الفعل المكـــون للاستحالة يخول المدين الحق فى تعويض عن قيمة الشىء الذى هلك وكانت قيمة هذا التعويض تفوق الثمن الذى كان للمدين أن يتقاضاه من دائنه . ففى هذه الحالة يجوز للدائن مطالبة المدين بالفرق بين الثمن المتفق عليه وقيمة التعويض المذكور ، كما فى حالة استيلاء الحكومة على الشىء المبيع فى يد بائعه لقاء تعويض أسخى [استئناف مختلط ١٨ ابريل ١٩٤٥ (٥٧ ص ١٤٧)] .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

على ان المقصود بالتسليم هو التسليم القانونى الذى عرفته المادة ٤٣٥ فقرة اولى وما فى حكمه كالتسليم بمجرد تغيير سند الحيازة (المادة ٤٣٥ فقرة ثانية) واعذار المشترى لتسلم المبيع (المادة ٤٣٧ فى نهايتها ، راجع ماتقدم فى نبذة ١٨٥) .

فاذا لم يكن للتسليم اجل ووضع البائع المبيع تحت تصرف المشترى من وقت العقد او اتفق فى العقد على ان يبقى المبيع فى حيازة البائع مع تغيير سند حيازته او على أن يعتبر المشترى معذرا لتسلم المبيع من وقت العقد ، انتقلت تبعة الهلاك الى المشترى من وقت العقد .

وكذلك لو هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له (المادة ٤٦٠ مدنى)، لان ثبوت حق الحبس للبائع يفترض اخلال المشترى بالتزاماته ويجعله مسئولا عن تأخر التسليم ، فتنتقل الى هذا الاخير تبعة الهلاك كما لو كان قد اعذر لتسلم المبيع ، الا اذا ثبت ان المبيع قد هلك بفعل البائع فيسأل هذا عن فعله .

أما اذا كان للتسليم اجل او اذا حل اجله ولم يقم به البائع ، بقى الهلاك عليه .

ويؤخذ بمفهوم المخالفة من نص المادة ٤٣٧ مدني ان تبعة الهلاك تنتقل الى المشترى من وقت حصول ذلك التسليم القانونى . فاذا هلك المبيع لدى المشترى بعد تسلمه اياه ولو تسلما قانونيا تحمل هو تبعة هلاكه ، اى انه يلزم بدفع الثمن ان لم يكن قد دفعه ، ولايجوز له ان يسترده ان كان قد دفعه .

غير ان كل ذلك مراعى فيه ان ملكية المبيع انتقلت الى المشترى بمجرد العقد وفقا للمادة ٢٠٤ مدنى ، أما اذا حال دون انتقال الملكية بمجرد العقد حائل كضرورة تسجيل العقد فى بيع العقار او عدم ملكية البائع للمبيع ، فان وقوع الهلاك بعد التسليم القانونى — ولكن قبل انتقال الملكية الى المشترى — لا يكفى لتحمل هذا الاخير تبعة الهلاك ، لان المبيع يكون بالرغم من وقوع هلاكه بعد تسليمه الى المشترى قد وقع هلاكه وهو على ملك البائع فيتحمل هو تبعته (١) ، وتعليل ذلك ان النص قصد به ربط تبعة الهلاك بحصول التسليم أو عدمه على اساس الفرض الغالب وهو انتقال الملكية بمجرد العقد (المادة ٢٠٤ مدنى) . اى انه قصد به تأخير نقل تبعة الهلاك فى المال الذى انتقلت ملكيته بمجرد

---

(١) قارن عكس ذلك السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٣١٨ ص ٦١٣ والهامش ١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

العقد الى حين تسلم المشترى اياه ، اما المال الذى لم تنتقل ملكيته بمجرد العقد ، فتبقى تبعة هلاكه على مالكه ولو تم تسليمه الى المشترى، لان النص لم يقصد به تعجيل نقل تبعة الهلاك الى المشترى قبل انتقال الملكية اليه ، وانما قصد به تأخير نقل تلك التبعة اليه بحيث لاتنتقل اليه منذ انتقال الملكية اليه بمجرد العقد بل تتأخر الى حين تسلم المشترى ما انتقلت اليه ملكيته . أما تسلمه مبيعا لم تنتقل اليه ملكيته ، فلا يترتب عليه نقل تبعة الهلاك اليه (١) .

---

(١) انظر تطبيقا لذلك فى نقض مدنى ٩ يونيه ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض ٢٥-١٠٢٧ - ١٦٩ وقد جاء فيه اذ يبين من مطالعة الاوراق أن البيع موضوع الدعوى الذى انتهى الحكم المطعون فيه - أن خطأ أو صوابا - الى انعقاده صحيحا قبل حصول التأميم ، قد انصب على مقومات مضرب الارز من أرض ومبان وآلات ثابتة ، وكان المضرب بمقوماته هذه يعتبر عقارا ، واذ كانت ملكية العقار لاتنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير الا بالتسجيل،وكان عقد بيع هذا المضرب لم يسجل قبل حصول التأميم،فان تلك الملكية تكون قد بقيت للبائعة حتى نقلها التأميم الى الدولة ، وبذلك استحال على البائعة تنفيذ التزامها بنقل الملكية الى المشترية . متى كان ذلك وكان قانون التأميم لم يتضمن نصا كالذى تضمنته قوانين الاصلاح الزراعى بالاعتداد بتصرفات المالك الثابتة التاريخ قبل العمل به ، بل انه خلا من أى تنظيم لهذه التصرفات وبذلك بقيت على أصلها خاضعة لاحكام القانون المدنى ، من اشتراط التسجيل لانتقال ملكية العقار فيما بين المتعاقدين ، ولا يغنى تسليم المبيع عنه شيئا فى نقل الملكية . واذا كان عقد البيع ينفسخ حتما ومن تلقاء نفسه طبقا لمادة ١٥٩ مدنى لاستحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين بسبب أجنبى ، ويترتب على الانفساخ مايترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، ويتحمل تبعة الاستحالة المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين وذلك بالتطبيق للمادة ١٦٠ مدنى ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى الى الزام الطاعنة - المشترية - بأن تدفع ثمن المضرب الى المطعون عليها الاولى - البائعة - تأسيسا على القول بانعقاد البيع صحيحا بين الطرفين وتنفيذه بتسليم المضرب الى الطاعنة تمهيدا لتحرير العقد النهائى الناقل للملكية ، بأنه لا أثر للتأميم على حق البائعة فى اقتضاء ثمن الصفقة لحصوله فى تاريخ لاحق لانعقاد ذلك العقد ، فانه يكون معيبا بمخالفة القانون .

وقد صدر هذا الحكم فى الطعن بالنقض المرفوع من شركة مصر للتجارة الخارجية ضد اخوان شلباية (الطعن رقم ٤٢٤ سنة ٥٣٨) وكنا قد فرقنا فيه بين حكم استحالة التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين عموما وحكم الهلاك فى العقود الناقلة للملكية كالبيع ، وقلنا أنه فى حالة صدور قانون بتأميم المبيع قبل انتقال ملكيته بالتسجيل فان الحكم الذى ينطبق هو حكم استحالة التنفيذ المنصوص عليه فى المادتين ١٥٩ و ١٦٠ مدنى لا حكم الهلاك المنصوص عليه فى المادة ٤٣٧ مدنى .

ذلك ان المراد بالهلاك الذى نصت عليه المادة ٢٩٧ مدنى قديم المقابلة للمادة ٤٣٧ مدنى جديد - كما تقول محكمة النقض - هو زوال الشىء المبيع من الوجود بمقوماته

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٢٦٥ - التقارب بين القانون الفرنسي والقانون المصرى - تقدم ان الراى الراجح فى القانون الفرنسي يعتبر الهلاك فى العقود الناقلة للملكية على المالك ، اى على المشترى ، من وقت العقد ، فى حين ان القاعدة فى القانون المصرى ان الهلاك على المدين ، اى على البائع .

ولاشك فى ان المقابلة بين القانونين على هذا الوجه تظهر بعد الشقة بينهما بل تجعلهما على طرفى نقيض .

غير اننا اذا اخذنا بالتفسير الذى انتهينا اليه فى كل منهما قربت شقة الخلاف بينهما حتى يكادا ان يتقابلا .

ذلك اننا بينا ان الراى الذى ينبغى ان يعول عليه فى تفسير نص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى هو انها تجعل تبعة الهلاك على الدائن (المشترى) من الوقت الذى يجب فيه تسليم الشىء محل التعاقد ولو لم يستول الدائن على هذا الشىء فعلا مادام المدين غير معذر للتسليم ، وان الراى الصحيح فى القانون المصرى (القديم والجديد) هو ان الهلاك على البائع الى حين التسليم القانونى وهو الذى يعتبر تاما بمجرد حلول اجل التسليم واعذار المشترى للتسلم .

فالقانونان فى راى متفقان فى جعل تبعة الهلاك على البائع فى

الطبيعية بسبب آفة سماوية او حادث مادى بفعل انسان (نقض مدنى ٢١ فبراير ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض ٨ - ١٥٨ - ٢٠ ، وفى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٥ ص٦٠٨ هامش٢) ، والتأميم لا يهلك الشىء الذى يرد عليه ولا يزيله من الوجود بمقوماته الطبيعية وانما ينقل ملكيته الى الدولة فقط ، ويترتب عليه ان يصبح مستحيلا على من كانت له الملكية وقت حصول التأميم ان يفى بعد ذلك بالتزامه بنقلها الى المشترى الذى لم تكن الملكية قد انتقلت اليه حتى ذلك الوقت .

وهذه الاستحالة يترتب عليها انفساخ العقد وانقضاء التزامات كل من الطرفين ووجوب اعادتهما الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد وفقا للمادتين ١٥٩ و ١٦٠ مدنى .

انظر فى التمييز بين تبعة هلاك الشىء وتبعة انعقد الملزم للجانبين اذا استحال تنفيذ احد الالتزامين المتقابلين اسماعيل غانم فى احكام الالتزام جـ١ آثار الالتزام سنة ١٩٥٦ هامش ١ من ص ١٢٢ .

وانظر فى ان استيلاء الاصلاح الزراعى على الاطيان المبيعة بعد البيع لا يعد هلاكا تجرى عليه احكام الهلاك فى البيع نقض مدنى ١٦ فبراير ١٩٧١ مجموعة احكام النقض ٢٢ - ١٨٨ - ٣٢ ، وفى ان الهلاك المعنى بالمادة ٤٣٧ مدنى لا يصدق على التأميم (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض ١٩ - ١٥٦٥ - ٢٣٩) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفترة مابين العقد والاجل المعين للتسليم ان وجدت . فاذا لم توجد او وجدت وحل الاجل ، فان القانون الفرنسى يجعل الاصل انتقال تبعة الهلاك الى المشترى من الوقت الذى يجب فيه التسليم (سواء كان هو وقت العقد او وقت حلول الاجل) ما لم يكن البائع معذراً للتسليم ، اى بشرط الا يكون البائع قد امتنع عن التسليم . والقانون المصرى ينقل تبعة الهلاك الى المشترى من الوقت الذى يجب فيه التسليم ايضا بشرط حصول التسليم القانونى او الحكمى او اعذار المشترى لتسلم المبيع . ففى القانونين تقع تبعة الهلاك على البائع من وقت العقد الى الوقت الذى يجب فيه التسليم ثم تنتقل الى المشترى من هذا الوقت بشرط ثبوت وضع المبيع تحت تصرفه او عدم امتناع البائع عن تسليمه اياه .

٢٦٦ ـ حكم الهلاك الجزئى ـ فى التقنين الملغى كانت المادة ٢٩٨/ ٣٧٢ تنص على انه « اذا نقصت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان ذلك العيب موجودا قبل العقد لامتنع المشترى عن الشراء كان المشترى مخيرا بين الفسخ وبين ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه الا اذا سبق منه رهنه » .

وكان يؤخذ على هذا النص (لا) انه لم يتعرض الا للهلاك الجزئى الجسيم ، اى الذى لو علمه المشترى وقت العقد لامتنع عن التعاقد ، وانه ترك حالة الهلاك الجزئى الذى لم يبلغ هذا الحد من الجسامة فلم يورد لها حكما ولم يجعل لها أثرا فى العقد ، أو بعبارة اخرى انه جعل تبعة الهلاك الجزئى غير الجسيم على عاتق المشترى حيث لم يخول الاخير فى هذه الحالة فسخ العقد ولا نقص الثمن ، وهذا يخالف الاصل الذى صدر عنه المشرع فى تنظيم تبعة الهلاك . و (ثانيا) انه فيما يتعلق بحالة الهلاك الجزئى الجسيم ـ بالرغم من افصاحه عن رغبة المشرع فى جعل تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع وبعده على المشترى ـ قد اتى بحكم يتفق مع هذه الرغبة فى فرض ويعارضها فى فرض آخر ، حيث قد رتب فى هذه الحالة خيارا للمشترى بين الفسخ وبين الاحتفاظ بالباقى من المبيع بالثمن المتفق عليه . واذا كان اختيار المشترى الفسخ يلقى تبعة الهلاك فعلا على البائع ، فان اختياره ابقاء البيع والاحتفاظ بالباقى من المبيع بالثمن المتفق عليه يؤدى الى اعفاء البائع من كل تبعة الهلاك والقائها على المشترى خلافا لما تقضى به القاعدة الاصلية التى صدر عنها المشرع فى هذا الحكم .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقد تحاشى التقنين الحالى العيبين اللذين شابا نص التقنين الملغى، فنص فى المادة ٤٣٨ منه على انه « اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه ، جاز للمشترى اما ان يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، واما ان يبقى المبيع مع انقاص الثمن » .

ويستخلص من سياق النصوص ان هذا النص قصد به الهلاك الجزئى الذى يقع بسبب اجنبى عن العاقدين وانه يجعل على المشترى تبعة هذا الهلاك الجزئى الطارىء بعد التسليم ، وعلى البائع تبعة الهلاك الجزئى الذى يقع قبل التسليم ، ورتب عليه فى هذه الحالة الاخيرة حق المشترى فى طلب فسخ البيع اذا كان ما نقص بسبب الهلاك الجزئى جسيما بحيث ما كان المشترى يقبل البيع لو تم الهلاك قبله او فى ان يبقى البيع مع انقاص الثمن ، اما فى حالة الهلاك الجزئى البسيط ، فرتب النص عليه حق المشترى فى نقص الثمن فقط دون الحق فى الفسخ .

ولاشك فى ان هذه الاحكام جميعا تتفق مع القاعدة الاصلية التى وردت فى شأن الهلاك الكلى ومع سائر القواعد العامة التى تقدمت تطبيقاتها فى ضمان الاستحقاق الجزئى وضمان العيوب الخفية .

المبحث الثانى

آثار انحلال عقد البيع

§ ١ — فيما بين البائع والمشترى

٢٦٧ — وجوب اعادة الحالة الى ماكانت عليه قبل العقد — نصت المادة ١٤٢ فقرة اولى مدنى على انه « فى حالتى ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل » . ونصت المادة ١٦٠ مدنى على انه « اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض» .

وبناء على ذلك اذا انحل عقد البيع بتقرير بطلانه او فسخه وجب على كل من البائع والمشترى أن يرد الى الطرف الآخر ما حصله بسبب

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

العقد (١) . واذا كان انحلال العقد راجعا الى تقصير أحد الطرفين التزم هذا الطرف ، فوق الرد ، بتعويض الطرف الآخر عن انحلال العقد .

٢٦٨ - مايجب على المشترى - وتطبيقا لذلك يلزم المشترى فى حالة انحلال عقد البيع بما يأتى :

(١) أن يرد المبيع اذا كان قد تسلمه (٢) .

(٢) ان يرد ما حصله من ثمار المبيع سواء كانت تلك الثمار طبيعية أو صناعية أو مدنية ، لأن المبيع يعتبر كأنه لم يخرج من ملك البائع، وكذلك ثماره التى حصلها المشترى (٣) . ولايجوز لهذا أن يدعى فى حالة الفسخ تملكها بقبضها بحسن نية لانه اذا كان سبب الفسخ من جانبه اعتبر أنه كان عالما بقابلية العقد للفسخ وانتفى بذلك حسن نيته فى قبض الثمار ، ولانه اذا وقع الفسخ بناء على طلبه اعتبر أنه بهذا الطلب قد قبل ان يعيد الحالة الى ما كانت قبل العقد بما فى ذلك رد الثمار التى حصلها بسبب العقد . أما فى حالة البطلان فيجوز له تملك الثمار بقبضها بحسن نية .

---

(١) أنظر نقض مدنى ٢٢ فبراير ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ - ٣٤٥ - ٥٣ وأيضا ٢١ نوفمبر ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض ٢٥ - ١٢٦٦ - ٢١٥ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن للمشترى حق حبس العين المحكوم بفسخ عقد البيع الصادر له عنها حتى يوفيه البائع بما دفعه من الثمن تأسيسا على أن التزامه بتسليم العين بعد الحكم بالفسخ يقابله التزام البائع برد ما تسلمه من الثمن الا أن حق المشترى فى الحبس ينقضى بوفاء البائع بالتزامه (نقض مدنى ٢٧ يونيه ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ - ١٢٢٩ - ١٨٤) .

(٣) نقض مدنى ١٨ ابريل ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض ٢٣ - ٧٢١ - ١١٣ ، وقد جاء فيه ان الصحيح فى القانون هو أن التزام المشترى برد العقار المبيع بعد فسخ البيع انما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن ، وان التزام المشترى برد ثمرات العين المبيعة يقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن ، مما مؤداه ان من حق المشترى أن يحتبس ما يستحق البائع فى ذمته من ثمار حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن وانظر ايضا نقض مدنى ٢٧ يونيه ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ - ١١٣٤ - ١٨٥ وقد اضاف الى ما تقدم أن ثبوت حق المشترى فى حبس قيمة الثمار الى أن يستوفى من البائع بعد فسخ البيع ما هو مستحق له فى ذمته من فوائد ما دفعه من الثمن ، لا يمنع من الحكم بقيمة الثمار المستحقة للبائع ، على أن يكون تنفيذ هذا الحكم مشروطا بأداء البائع للمشترى ما هو مستحق له فى ذمته من فوائد ما قبضه من الثمن من تاريخ هذا القبض حتى تاريخ الوفاء .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

(٣) أن يعوض البائع عما أحدثه بالمبيع من تلف . ولايلزم بتعويض التلف الذى يحدث بمجرد مرور الزمن .

واذا وقع الفسخ بناء على طلب البائع وبسبب تقصير المشترى وجب على هذا أن يدفع للبائع فوق ماتقدم :

(٤) تعويضا عما أصابه من ضرر وما فاته من ربح بسبب الفسخ .
(٥) مصروفات دعوى الفسخ .

٢٦٩ ـ ما يجب على البائع ـ ويلزم البائع بما يأتى :

(١) أن يرد ما قبضه من الثمن (١) ، ويسقط عن المشترى مالم يتم دفعه من الثمن .

(٢) أن يدفع للمشترى فوائد ماقبضه من الثمن من وقت قبضه لانه لايجوز أن يجمع بين ثمار المبيع وفوائد الثمن مالم يكن هو حسن النية والمشترى سيء النية والزم الاخير برد الثمار قبل أن يطالب هو البائع بالفوائد (٢) .

(٣) أن يرد للمشترى المصروفات الضرورية التى انفقها فى المحافظه على المبيع ، وأن يرد اليه فى مقابل المصروفات النافعة أى التى انفقت فى تحسينات أو انشاءات ادخلت على المبيع ، اما قيمة هذه التحسينات

---

(١) قضت محكمة النقض بأن نص المادة ٢٣٨ مدنى يجيز للمدين الوفاء بدينه من طريق ايداعه مباشرة دون عرضه على الدائن اذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك ، ومن هذه الاسباب على ما صرحت به المذكرة الايضاحية حالة ما اذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه ، ومن ثم يكون للبائع بعد فسخ البيع فى حالة رفض المشترى تسليمه المبيع مقابل استيفائه ما دفعه من الثمن ان يوفى بالتزامه برد الثمن الذى قبضه عن طريق ايداعه مباشرة لذمة المشترى دون حاجة الى عرضه عليه (نقض مدنى ٢٧ يونيه ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض ١٩ ـ ١٢٢٩ ـ ١٨٤)

(٢) اذا كان البائع حسن النية فانه يتملك فوائد الثمن بقبضها ولا يلزم بردها . واذا كان المشترى سيء النية ، فانه لا يتملك الثمار ويلزم بردها . فاذا تمسك البائع بتملكه فوائد الثمن قبل أن يحكم له بالزام المشترى سيء النية برد الثمار ثم طلب البائع رد الثمار فانه لا يجاب الى طلبه اذا كان طلبه مبنيا على رد غير المستحق لان الرد حينئذ يفترض اثراء دون مقابل ، ولان المشترى يكون اثراؤه فى هذه الحالة مقابل فقده فوائد الثمن التى تمسك بها البائع ، فلا يلزم برد الثمار . أما اذا طلب البائع رد الثمار الطبيعية بدعوى استحقاقه عينية باعتبار الثمار نتاج المبيع وملكا له تبعا لملكية المبيع فيحكم له بها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

او الانشاءات ، واما المصروفات الفعلية التي أدت الى هذه التحسينات والانشاءات (المادة ٩٢٤ فقرة اولى) .

واذا وقع الفسخ بناء على طلب المشترى وبسبب تقصير البائع وجب على هذا أن يدفع للمشترى فوق ماتقدم :

(٤) المصروفات الكمالية باعتبارها ضررا غير متوقع وباعتبار البائع سيء النية .

(٥) جميع مصروفات العقد ومصروفات دعوى الفسخ واية دعوى اخرى اضطر المشترى الى رفعها بسبب تقصير البائع .

(٦) تعويضا عما فات المشترى من ربح وما لحقه من خسارة بسبب فسخ العقد وضياع الصفقة عليه .

٢٧٠ — وقوع المقاصة بين دينى البائع والمشترى — تقع المقاصة بين مايجب على البائع ومايجب على المشترى من مبالغ نقدية فى حدود الاقل من الدينين ويحكم بالفرق فقط على من يكون مدينا به (١) . ولا تقع المقاصة بين هذه المبالغ وما يجب رده عينا كالمبيع وثماره الطبيعية الا اذا قوم نقدا .

وفائدة المقاصة انها تضمن لكل من الطرفين تحصيل حقه ، فلايلزم احدهما بدفع ما عليه ثم يضطر بعد ذلك الى مطالبة الطرف الآخر .

§ ٢ — بالنسبة الى الغير

٢٧١ — القاعدة العامة — الاصل ان انحلال العقد سواء من طريق ابطاله أو من طريق فسخه يجعل المشترى كان لم يملك المبيع فى اى وقت مضى . وبناء على ذلك تعتبر التصرفات التى صدرت من المشترى فى المبيع تصرفات صادرة من غير مالك فلا يكون لها اى اثر فى حق البائع ، بل يعود المبيع الى البائع خاليا من اى حق قرره عليه المشترى لصالح اى شخص آخر . فاذا رهن المشترى المبيع أو رتب عليه حق انتفاع أو حق ارتفاق لآخر ، فان حقوق الرهن والانتفاع والارتفاق لا تكون نافذة فى حق البائع اذا ما عادت ملكية المبيع اليه بسبب انحلال العقد . واذا باع المشترى المبيع الى مشتر ثان فان انحلال العقد الاول يجعل العقد الثانى

---

(١) انظر نقض مدنى ٢٢ فبراير ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض ١٩ — ٣٤٥ — ٥٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صادرا من غير مالك وبالتالى غير نافذ فى حق البائع الاول ، فيجوز لهذا ان يسترد المبيع من المشترى الثانى .

غير ان استرداد المبيع من تحت يد المشترى الثانى يختلف عن استرداده من تحت يد المشترى الاول فى أن المشترى الثانى لايلزم برد الثمار لانه تملكها بقبضها بحسن نية ، اذ هو لايعتبر سيء النية الا من وقت علمه برفع دعوى الابطال او الفسخ على المشترى الاول ، وفى انه لايلزم بدفع تعويض عما أحدثه بالمبيع من تلف الا فى حدود الفائدة التى عادت عليه من ذلك كما اذا هدم بناء وباع انقاضه ، لانه كان على حق فى اعتقاده أن المبيع ملكه ولايسأل الشخص عن اتلافه ما يملك . فى حين اننا رأينا انه اذا حصل الاسترداد من تحت يد المشترى الاول الزم هذا برد الثمار وبدفع تعويض عما أتلف من المبيع .

على أن هذه القاعدة العامة التى تقضى بأن انحلال العقد يترتب عليه اعتبار المشترى كأن لم يكن مالكا فى اى وقت وعدم نفاذ تصرفاته فى حق البائع ووجوب عودة المبيع الى البائع خالصا من كل حق رتبه عليه المشترى لصالح الغير ، ترد عليها استثناءات لمصلحة الغير مبنية على ضرورة حماية الغير حسن النية ، بعضها خاص بالاموال المنقولة ، والبعض الآخر خاص بالاموال العقارية .

٢٧٢ — (أ) الاستثناء الخاص ببيع المنقول — اذا كان المشترى قد تصرف فى المبيع المنقول الى آخر قبل أن يتقرر انحلال عقده وتسلم المتصرف اليه المبيع فعلا بحسن نية جاز للمتصرف اليه ان يتذرع فى دفع دعوى الاسترداد التى يرفعها عليه البائع الاصلى بعد انحلال عقد البيع الاول بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية المقررة فى المادة ٩٧٦ فقرة اولى مدنى التى تنص على أن «من حاز بسبب صحيح منقولا او حقا عينيا على منقول او سندا لحامله ، فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته » ، فان هذه القاعدة تحمى المتصرف اليه فى المبيع متى حازه بحسن نية من سريان فسخ عقد البيع الاول فى حقه . فلايترتب على هذا الفسخ زوال حقه الذى يعتمد فيه على حيازة المبيع المنقول بحسن نية .

٢٧٣ — (ب) الاستثناء الخاص بالعقارات — تقدم ان ملكية العقارات المبيعة لاتنتقل لا فيما بين العاقدين ولا بالنسبة الى الغير — وفقا لقانون

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ وقانون الشهر العقارى الذى حل محله ابتداء من أول يناير ١٩٤٧ ـ الا من وقت تسجيل عقد البيع . ولم يكتف المشرع فى تنظيم شهر الحقوق العينية العقارية بتسجيل العقد الناقل للملكية بل أوجب ايضا شهر عرائض الدعاوى التى يمكن أن تؤثر فى سند الملكية الذى تم تسجيله ، فنص فى المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على انه يجب التاشير فى هامش تسجيل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع ، فاذا كان المحرر الاصلى لم يشهر وجب تسجيل تلك الدعاوى . ثم رتب فى المادة ١٧ منه على تسجيل تلك الدعاوى أو التاشير بها أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التاشير أو التسجيل المشار اليهما ، اى انه اشترط فى سريان فسخ البيع أو ابطاله فى حق الغير الذى تلقى من المشترى بحسن نية حقا عينيا على العقار المبيع أن تكون دعوى الفسخ أو الابطال قد تم شهرها قبل أن يكسب الغير حقه ، أما اذا لم تشهر هذه الدعاوى أصلا أو شهرت بعد تلقى الغير حقه ، فان الفسخ أو الابطال لايؤثر فى حق الغير .

فاذا كان التصرف الذى صدر من المشترى فى العقار المبيع بيعا ثانيا وكان المشترى الثانى حسن النية وقام بتسجيل عقده قبل شهر دعوى فسخ البيع الاول أو ابطاله ، فان حكم الفسخ أو الابطال الذى يصدر لمصلحة البائع الاول لايكون نافذا فى حق المشترى الثانى ، فتبقى الملكية لهذا المشترى الاخير ، ويصبح تنفيذ رد المبيع الى البائع المحكوم له بالفسخ أو الابطال تنفيذا عينيا غير ممكن ، فيلزم المشترى الاول بالتنفيذ بمقابل ، أى بتعويض عن قيمة المبيع وعما يصيب البائع من أضرار أخرى بسبب عدم رد المبيع اليه عينا .

واذا كان التصرف الذى صدر من المشترى رهنا الى دائن حسن النية قام بشهر حقه قبل شهر دعوى الفسخ أو الابطال ، فان حكم الفسخ أو الابطال لا ينفذ ازاء الدائن المرتهن ، اى انه لا يؤثر فى حق الرهن ، فيترتب عليه عودة الملكية الى البائع محملة بحق الرهن الذى ثبت للدائن ، ويلزم المشترى فى هذه الحالة بتعويض البائع عن كل ما يصيبه بسبب هذا الرهن من اضرار .

واذا انبنى طلب الفسخ على اخلال المشترى بالتزامه بدفع باقى

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الثمن ، فان حكم الفسخ ينفذ فى حق الغير ليس من وقت شهر دعوى الفسخ فحسب ،بل من وقت تسجيل عقد البيع اذا كان مذكورا فيه عدم دفع الثمن كله ، لان ذكر ذلك فى العقد المسجل يكفى لاحاطة الغير علما باحتمال تأخر المشترى فى دفع باقى الثمن واحتمال فسخ البيع تبعا لذلك .

وفى بعض الاحوال التى كان فسخ البيع فيها يمكن ان ينفذ اثره فى حق الغير ،كان التقنين الملغى يحمى هؤلاء الغير ضد فسخ سند ملكية سلفهم بأن يسلب هذا السلف حقه فى فسخ البيع اذا كان القانون يتيح له سبيلا آخر لصيانة حقوقه،من ذلك مانصت عليه المادة ٣٧٢/٢٩٨ ، والمادة ٣٨٥/٣١١ مدنى قديم من أنه فى حالة الاستحقاق الجزئى وفى حالة الهلاك الجزئى ، وهما حالتان يثبت فيهما للمشترى الخيار بين فسخ البيع وبين ابقائه مع نقص الثمن فى الحالة الاولى ردون نقص شيء من الثمن فى الحالة الثانية ، لايجوز للمشترى أن يستعمل حقه فى الفسخ اضرارا بحقوق الدائنين المرتهنين حسنى النية ، اى انه اذا كان المشترى سبق له رهن المبيع ، لايجوز له فى حالتى الاستحقاق الجزئى او الهلاك الجزئى أن يختار الفسخ ويتعين عليه الاحتفاظ بالباقى من المبيع مع نقص الثمن او دون نقصه لان فى الفسخ اضرارا بالدائنين المرتهنين وليس فى ابقاء العقد كبير ضرر للمشترى .

غير أن هذين النصين كانا محل نقد ، وقد اقترح فى لجنة الحقانية بمجلس النواب عند وضع القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣ الذى أدخل فى التقنين المدنى الاهلى النصوص المقررة لحماية الدائنين المرتهنين على غرار النصوص التى كانت موجودة لذلك فى التقنين المختلط ، اقترح عندئذ أن يستبدل بهذا الحكم حكم آخر يترك للمشترى خيار الفسخ أو نقص الثمن ويكتفى فى حماية الدائن المرتهن بالنص على جعل الفسخ عند وقوعه غير نافذ فى حق الدائن المرتهن .

ولم يؤخذ بهذا الاقتراح فى ذلك الوقت ، ولكن أخذ به فى التقنين المدنى الحالى ؛ حيث خلت المادتان ٤٣٨ و ٤٤٤ من النص على هذا الحد من حق المشترى فى اختيار الفسخ ، اكتفاء بالنص فى المادة ١٠٢٤ مدنى على أن «يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لاى سبب آخر ، اذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى ابرم فيه العقد » (١) .

---

(١) راجع فى ذلك كتابنا فى التأمينات العينية ط ٢ سنة ١٩٥٩ نبذة ٥٦ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

القسم الثانى

أحكام خاصة ببعض أنواع البيع

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

القسم الثانى

أحكام خاصة ببعض انواع البيع

٢٧٤ — تمهيد — بعد دراسة احكام البيع بوجه عام وعرض أركانه وآثاره ، ينبغى أن ندرس بعض انواع البيع التي تنفرد بأحكام خاصة . وقد جمع التقنين الحالى بعضا من هذه الأنواع فى المواد ٤٦٥ وما بعدها، وهى بيع الوفاء (المادة٤٦٥)، وبيع ملك الغير (المواد٤٦٦ —٤٦٨) ويلحق به بيع المال المملوك شيوعا،ثم بيع الحقوق المتنازع عليها المواد ٤٦٩—٤٧٢) ويدخل فيه منع رجال القضـاء والمحامين من شراء هذه الحقوق وقـد تقدمت دراسته (فى نبذة ١١٠ وما بعدها) ، وبيع التركات (المواد ٤٧٥— ٤٧٦) ، والبيع فى مرض الموت (المادتان ٤٧٧ — ٤٧٨) ، وبيع النائب لنفسه (المواد ٤٧٩ — ٤٨١) وقد تقدمت دراسته (فى نبذة ٦٢ وما بعدها ونبذة ١٤٦) .

وقد خصصنا هذا القسم لدراسة انواع هذه البيوع التى لم نعرض لها فى القسم الاول ، وافردنا فصلا خاصا لكل من : (١) بيع الوفاء ، (٢) وبيع ملك الغير وبيع المال المملوك على الشيوع ، (٣) وبيع الحقوق المتنازع عليها ، (٤) وبيع التركات ، (٥) والبيع فى مرض الموت .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الأول

بيع الوفاء

٢٧٥ ـ تعريف بيع الوفاء وتكييفه ـ بيع الوفاء هو بيع يحتفظ فيه البائع بحقه فى ان يسترد المبيع خلال مدة معينة فى مقابل رد الثمن ومصروفات العقد ومصروفات الاسترداد والمصروفات التى يكون قد انفقها على المبيع .

والتكييف القانونى لهذا العقد انه بيع مع خيار العدول فى مدة معينة واعتبار العدول شرطا فاسخا . فاذا استعمل البائع حقه فى العدول ، تحقق الشرط الفاسخ وترتب على تحققه زوال كل اثر للعقد ووجوب رد المبيع الى البائع والثمن الى المشترى . واذا لم يستعمل البائع حقه فى استرداد المبيع خلال المدة المعينة ، تخلف الشرط الفاسخ وتأيد البيع نهائيا(١) .

٢٧٦ ـ تاريخ بيع الوفاء فى القانون المصرى وتحريم التقنين الحالى اياه ـ كان التقنين المدنى الملغى ينظم احكام هذا النوع من البيع فى المواد ٣٣٨ ـ ٣٤٧/٤٢١ ـ ٤٣٣ . وقد لوحظ عند وضع ذلك التقنين ان بيع الوفاء يصلح ستارا لرهن يراد به ان يكون المرهون مملوكا للمرتهن بمجرد عدم وفاء الراهن بالدين ، فيؤدى بذلك الى التحايل على النص الذى يحرم الاتفاق فى عقد الرهن على أن يصبح المرهون مملوكا للمرتهن بمجرد عدم وفاء الدين (المادة ٦٦٥/٥٤٣) . فنص فى المادتين ٣٣٨و٣٣٩ على تقسيم بيع الوفاء الى نوعين : نوع يكون الغرض منه الرهن الحيازى وآخر يكون الغرض منه حقيقة البيع الوفائى ، وعلى اجراء حكم الرهن فى النوع الاول وحكم بيع الوفاء فى النوع الثانى .

وقد حدا ذلك المرابين الى ايثار اخفاء الرهن تحت ستار بيع الوفاء لان سلوك هذا السبيل يوفر عليهم الاجراءات التى لابد منها فى التنفيذ

---

(١) انظر اسماعيل غانم ص ٣٧ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بالرهن ويخولهم ملكية المرهون ويسمح لهم بتقاضي فوائد فاحشة ، دون أن يعرضهم لأية خسارة اذا ما انكشفت حقيقة البيع وظهر انه يخفى رهنا ، اذ تبقى لهم فى هذه الحالة مزايا الرهن(١) .

لذلك تدخل المشرع بالقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ ، فعدل المادة ٤٢٢/٣٣٩ بأن جعلها تنص على انه « اذا كان الشرط الوفائى مقصودا به اخفاء رهن عقارى(٢) ، فان العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا(٣) . ويعتبر العقد مقصودا به اخفاء رهن اذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو اذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأى صفة من الصفات . ويجوز بكافة الطرق اثبات عكس ما فى العقد بدون التفات الى نصوصه (٤) » .

وقد انشأ المشرع بهذا التعديل قرينة قانونية على ان المقصود بالبيع الوفائى اخفاء رهن حيازى فى حالتين هما حالة بقاء الحيازة بأى وجه فى يد البائع . وحالة اشتراط المشترى رد الثمن مع الفوائد (٥) . وظاهر من نص هذه المادة المعدلة ، وبخاصة من نصها الفرنسي . ان هذه القرينة قرينة قانونية أى انها ملزمة للقاضي وتعفى البائع وفاء من عبء اثبات

---

(١) أنظر فى ذلك ما جاء فى نقض مدنى ٢١ ديسمبر ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ - ٨١٥ - ١٣٨ وبخاصة أسبابه التى أوردناها فى هامش ص ٥٩٦ .

(٢) ويجوز اثبات هذا القصد بكافة الطرق فى الحالات التى لا تتوافر فيها شروط القرينة القانونية (نقض مدنى ٦ ديسمبر ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ - ١٧٧٠ - ٢٥٥ ، وأيضا ٢٣ يناير ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ١٤٤ - ٢٤) .

(٣) وأساس بطلان بيع الوفاء فى هذه الحالة هو انه غير مشروع ، ومن ثم فلا تلحقه الاجازة (نقض مدنى ٢٣ يناير ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ١٤٤ - ٢٤ صادر بشأن عقد بيع وفائى تم فى أول يونيه ١٩٤٩ أى قبل العمل بالتقنين المدنى الحالى وفى ظل القانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ سالف الذكر) .

(٤) ويقول النص الفرنسى للفقرة الثانية من هذه المادة ما يأتى حرفيا :

Le contrat sera présumé dissimuler un gage s'il est stipulé que le prix sera remboursable avec intérêts ou si la chose reste dans la possession du vendeur à un titre quelconque. Toute preuve contraire sera admise sans qu'il soit tenu compte des termes de la convention.

(٥) أنظر فى شأن هذه القرينة نقض مدنى ١٥ مارس ١٩٥٦ المحاماة ٣٧ - ٤٣٣ - ٢٢٨ مجموعة أحكام النقض ٢ - ٣١٩ - ٤٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

أن المقصود ببيع الوفاء اخفاء رهن ، وانها قرينة قانونية بسيطة يجوز اثبات عكسها بكافة الطرق (١)

وبهذا التعديل اصبح المرابون يخشون ، اذا سلكوا فى رهن العقار رهنا حيازيا سبيل بيع الوفاء بدلا من سبيل الرهن السافر ، أن يفقدوا مزايا كل من الرهن وبيع الوفاء وان لايثبت لهم الا حق شخصي قبل مدينيهم ، يجعلهم من الدائنين العاديين .

غير أن ذلك لم يثنهم عن المجازفة باخفاء الرهن تحت ستار بيع الوفاء اعتمادا على شدة احتياطهم فى ستر الحقيقة واخفائها وفى تدبير وسائل اثبات عكس القرينة القانونية التى تضمنتها المادة ٣٣٩ معدلة . ولذلك رأت المحاكم التشديد عليهم فى هذا الشأن بأن اعتبرت القرينة القانونية التى نصت عليها المادة ٣٣٩ المعدلة كما تقدم قرينة قانونية قاطعة لا يصح اثبات عكسها واستندت فى ذلك الى نص المادة ١٣٥٢ من القانون المدنى الفرنسي الذى لايجيز نقض القرينة القانونية اذاكان القانون يبطل على أساسها تصرفا معينا ، والى انه ليس فى القانون المدنى القديم نص كنص المادة ١٤٠ مدنى جديد التى تجيز اثبات عكس القرينة القانونية ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك (٢) .

---

(١) واذا كانت عبارة النص العربية التى ورد فيها أنه « ويجوز بكافة الطرق اثبات عكس ما فى العقد بدون التفات الى نصوصه » يمكن أن تحمل على أن المقصود بها اثبات عكس المنصوص عليه فى العقد من وصفه بأنه بيع وفائى ، فان عبارة النص الفرنسى

Toute preuve contraire (de la présomption établie par le texte) sera admise sans qu'il soit tenu compte des termes de la convention.

تقطع فى الدلالة على ان المقصود بالنص اثبات عكس القرينة القانونية التى انشاها على اساس وجود اشتراط رد الثمن مع الفوائد او على اساس ثبوت بقاء العين المبيعة فى حيازة البائع .

وقد أخذت محكمة استئناف مصر بذلك فى حكمها الصادر فى ٣١ مايو ١٩٥٢ فى الاستئناف رقم ٦٤٠ سنة ٦٨ ق وفى حكمها الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ فى الاستئناف رقم ٧٦ سنة ٧٢ ق . غير أن محكمة النقض نقضت هذين الحكمين بحكميها المذكورين فى الهامش التالى .

(٢) انظر نقض ١٥ مارس ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ — ٢١٦ ٤٧ وقد نقض حكم استئناف مصر ٣١ مايو ١٩٥٢ المشار اليه آنفا . وتتحصل وقائع الدعوى فى هذا الحكم فى ان الطاعنين اقاما على المطعون عليهما الدعوى طلبا فيها بطلان عقد البيع الوفائى

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

.. ..

الصادر منهما الى المطعون عليها الاولى وبطلان عقد البيع الرسمى الصادر من الاخيرة الى المطعون عليه الثانى والمتضمن بيع العقار ذاته اليه وبطلان جميع الآثار المترتبة على البيعين ، وأسسا دعواهما بالبطلان على انهما احتفظا فى عقد البيع بحق الاسترداد وأن العقار لايزال فى وضع يدهما ، وأن البطلان فى عقد البيع الثانى مترتب على بطلان العقد الاول الذى لم يخرج عن كونه عقد بيع وفائى يخفى رهنا مما يترتب عليه بطلان البيع كبيع أو رهن . وقضت المحكمة الابتدائية باحالة الدعوى الى التحقيق حتى يثبت الطاعنان (وهما البائعان فى عقد البيع الوفائى) ان العقد انهو الا عقد رهن فى صورة عقد بيع وفائى. وقد نفذ الحكم التمهيدى ثم قضت المحكمة برفض الدعوى ، واستؤنف حكمها ، وقضى فى الاستئناف برفضه وتأييد الحكم المستأنف .

وأمام محكمة النقض نعى الطاعنان على حكم الاستئناف مخالفته القانون والخطأ فى تطبيقه لانه اذ قضى باحالة الدعوى الى التحقيق لاثبات أن عقد البيع يخفى رهنا رغم تمسكهما بقرائن قاطعة تثبت ان عقد البيع الوفائى يستر رهنا ، ومن تلك القرائن استمرار وضع يدهما على العين محل النزاع ، الا أن محكمتى الموضوع أخذتا بأن القرينة المستفادة من المادة ٣٣٩ مدنى قديم على أساس بقاء العين المبيعة فى حيازة البائع ليست قرينة قاطعة وانما تقبل اثبات العكس مع أن الرأى الصحيح أن تلك القرينة قاطعة .

وقبلت محكمة النقض هذا الطعن ونقضت الحكم المطعون فيه وقالت فى ذلك : « ولما كان يبين من حكم محكمة أول درجة المؤيد لاسبابه بالحكم المطعون فيه أن المحكمة اعتبرت القرينة التى تضمنتها المادة ٣٣٩ مدنى قديم وهى بقاء العين المبيعة فى حيازة البائع ليست قاطعة وانما تقبل اثبات العكس بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة ، وكان الحكم قد قرر ذلك واحال الدعوى الى التحقيق ليثبت الطاعنان بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة أن عقد البيع الصادر منهما الى المدعى عليها الاولى هو فى الواقع عقد رهن تحرر فى صورة عقد بيع وفائى ، فانه يكون قد خالف القانون مخالفة تستوجب نقضه .

ويلاحظ على عبارات هذا الحكم أنها يعوزها شىء من الدقة ، فهى اولا تعبر عن القرينة التى تضمنتها المادة ٣٣٩ مدنى قديم بأنها بقاء العين المبيعة فى حيازة البائع فى حين أن القرينة هى اعتبار أن العقد مقصود به اخفاء رهن بناء على بقاء العين فى حيازة البائع ، وثانيا أنها توحى الى القارىء أن الخطأ قد وقع من الحكم المطعون فيه فى اعتبار أن تلك القرينة ليست قاطعة وانما تقبل اثبات العكس بكافة الطرق ، فى حين ان هذا لا خطأ فيه بل هو مقرر بالنص الصريح فى نهاية المادة ٣٣٩ المشار اليها وبخاصة فى نصها الفرنسى ، وانما الخطأ فى اعتبار حكم النقض هذه القرينة قاطعة لان ذلك مخالف للنص، ولم يقع الحكم المطعون فيه فى هذا الخطأ ولكنه اخطأ فى تكليف البائعين اثبات ان حقيقة البيع رهن فى حين ان القانون قد اعفاهما من هذا الاثبات بحكم القرينة القانونية التى انشأها على أساس ثبوت بقاء العين فى يدهما ، وكان الواجب تكليف المشترى وفاء أن يثبت عكس هذه القرينة أى أن البيع لم يقصد به اخفاء رهن . ومن أجل هذا جاء حكم النقض فى محله ولو أن الاسباب التى انبنى عليها يعوزها غير قليل من الدقة .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

انظر ايضا نقض مدنى ٢١ ديسمبر ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ ـ ٨١٥ ـ ١٣٨ ، وقد نقض حكم استئناف مصر ٢١ ديسمبر ١٩٥٥ الذى تقدمت الاشارة اليه .

وكان الطعن فى هذا الحكم الاخير مبنيا على أن الحكم برفضه بطلان البيع الوفائى قد خالف القانون فيما ذهب اليه من أن بقاء العين فى حيازة البائع وفاء لا يعتبر قرينة قانونية قاطعة على بطلان البيع بمقولة أن المشرع لم يجعل هذا الامر منصبا مباشرة على بطلان العقد وانما جعله منصبا على قصد اخفاء الرهن وأنه لهذا يكون من قبيل القرائن غير القاطعة بالنسبة الى اخفاء الرهن .

وقبلت محكمة النقض هذا الطعن وقالت فى شأنه أن هذا النعى صحيح ، ذلك انه قبل صدور القانون ١٩٢٣/٤٩ لم يكن البيع الوفائى الذى يخفى رهنا يقع باطلا بل كان كل ما يهدد المشترى بعقد بيع وفائى هو أن يعتبر عقده فى هذه الحالة بمثابة عقد رهن تنطبق عليه قواعد الرهن ، وبذلك ينتفع بكل ما للدائن المرتهن من حقوق . وقد شجع هذا الدائنين على اساءة استعمال عقد البيع الوفائى واتخاذه وسيلة لستر الرهون بقصد الاحتيال على التخلص من القيود التى وضعها القانون لحماية المدينين المراهنين ، راهمها منع المرتهن فى حالة عدم الوفاء من تملك العين المرهونة بغير الالتجاء الى القضاء ، مما حدا بالمشرع على ما صرح به فى المذكرة الايضاحية للقانون المذكور للتدخل للقضاء على هذه الحيل ووضع نظام رادع لمنع استعمال البيع الوفائى الذى ينطوى على الرهن ، فاصدر هذا القانون (رقم ١٩٢٣/٤٩) معدلا للمادتين ٣٣٨ و ٣٣٩ مدنى واصبح نص المادة الاخيرة كالاتى : « اذا كان الشرط الوفائى مقصودا به اخفاء رهن عقارى فان العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا . ويعتبر العقد مقصودا به اخفاء رهن اذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو اذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأى صفة من الصفات » .ومؤدى ذلك أن المشرع وقد كان هدفه القضاء على البيوع الوفائية التى تخفى رهونا وسد السبيل على ضروب التحايل للخروج على نواحى القانون قد أورد هاتين القرينتين كقرينتين قانونيتين قاطعتين بحيث اذا توافرت احداهما كان ذلك قاطعا فى الدلالة على أن القصد من العقد هو اخفاء رهن وما نما من اثبات العكس . وعلة تقرير هاتين القرينتين بالذات هو أن بقاء العين فى حيازة البائع واشتراط رد الثمن مع الفوائد مما يتناقض مع خصائص عقد البيع الوفائى الجدى . يؤيد هذا النظر الذى سبق لهذه المحكمة أن قررته فى حكمها الصادر فى الطعن رقم ٣٠٢ سنة ٢٢ ق اتجاه المشرع الى الغاء البيع الوفائى نهائيا فى القانون المدنى الجديد اكتفاء بالنصوص الخاصة بالرهن . ولم يكن التقنين المدنى القديم يتضمن نصا كنص المادة ٤٠٤ مدنى جديد الذى يجيز نقض القرينة القانونية بالدليل العكسى ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك . وكان الرأى قبل صدور هذه المادة منجها الى الاخذ بما هو مقرر فى فرنسا بنص صريح فى المادة ١٣٥٢ مدنى فرنسى من عدم جواز اثبات ما انتقض القرينة القانونية اذا كان القانون يبطل على اساسها تصرفا معينا . ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه انه أعتبر قرينة بقاء العين المبيعة فى حيازة الطاعن وهو البائع ليست قاطعة ودلل على عكسها وانتهى رغم قيام هذه القرائن الى اعتبار

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وفى أثناء تنقيح القانون المدنى غلبت أول الامر فكرة الابقاء على بيع الوفاء والاكتفاء بالضرب على أيدى المرابين من طريق ابطال عقودهم اذا ظهر أنها تخفى رهنا . غير أنه بعد أن قطع المشروع مراحله الاولى ووصل الى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ غلبت فكرة محاربة البيع الوفائى بل القضاء عليه من طريق تحريمه وتقرير بطلانه فى جميع الاحوال أى سواء كان محله عقارا أو منقولا ، وسواء ثبت أنه يستر رهنا أو لم يثبت ذلك . وأدى ذلك الى النص فى المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى الحالى على أنه « اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا » .

وقد جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى هذا الشأن « أن اللجنة رأت بالاجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة جدية فى التعامل ، وانما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستارا لرهن وينتهى الرهن الى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس. والواقع أن من يعمد الى بيع الوفاء لايحصل على ثمن متناسب مع قيمة المبيع ، بل يحصل عادة على مايحتاج اليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة ، ويعتمد غالبا على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد ، ولكنه قل أن يحسن التقدير . فاذا اخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ضاع عليه المبيع دون ان يحصل على ما يتعادل مع قيمته وتحمل غبنا ينبغى أن يدرأه القانون عنه . ولذلك استقر الرأى على أن تحذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع فى أية صورة من الصور . وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين الا الالتجاء الى الرهن الحيازى وغيره من وسائل الضمان التى نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما دون أن يتسع المجال لغبن قلما يؤمن جانبه » .

وبناء على ذلك فانه طبقا للتقنين الحالى متى ثبت أن البيع بيع وفائى اى ان البائع قد احتفظ فيه بحقه فى أن يسترد المبيع خلال مدة معينة

=

العقد بيعا وفائيا صحيحا ، فانه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص .

وفى هذا المعنى ايضا نقض مدنى ٣ يناير ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ - ٧٥ - ٥ ، ٣ ديسمبر ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ - ١٠٩١ - ١٦١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فى مقابل رد الثمن والمصروفات بأنواعهـا المختلفـة ، فانه يكون باطلا ولايترتب عليه اى اثر(١)،ويتعين ردكل‌ماتم تنفيذه بموجبه،فيعادالمبيع الى البائع ويرد الثمن الى المشترى .

وقد جرى قضاء محكمة النقض بأنه لا يشترط لاعتبار البيع وفائيا ورقة مستقلة (٢) ، متى توافرت المعاصرة الذهنية التى تربطـه بالبيع وتعتبر هذه المعاصرة مسألة قانونية (٣) .

٢٧٧ ـ استمرار العمل بأحكام التقنين الملغى على عقود بيع الوفاء المعقودة قبل العمل بالتقنين الحالى ـ علىأن نص المادة٤٦٥ مدنى الحالى القاضي ببطلان بيع الوفاء لايسرى الا على العقـود التى تبرم من وقت العمل بالتقنين الحالى ، أى من ١٥ اكتوبر ١٩٤٩ . أما العقود التى أبرمت قبل ذلك التاريخ فيستمر بالنسبة اليها العمل بأحكام التقنين الملغى ، اى أن هذه العقود تظل صحيحة ويجوز للبائعين بموجبها أن يستعملوا حقهم فى استرداد المبيع وفاء حتى بعد صدور التقنين الحالى على ان يكون ذلك فى المواعيد المتفق عليها فى عقودهم وفى حدود المدة التى كان يسمح التقنين الملغى بالاتفاق على استعمال حق الاسترداد خلالها (وهى خمس سنوات وفقا للتقنين الأهلى) . ويترتب على استعمالهم هـذا الحـق او على عدم استعمالهم اياه فى الميعاد المحدد لذلك الآثار التى نص عليها التقنين الملغى .

وبناء على ذلك لم يمتنع اسـتعمال بعض البـائعين وفاء حقهم فى استرداد المبيع الا ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر ١٩٥٤ ومتى استعملوا حقهم فى ذلك قبل هذا التاريخ خضعت آثار عقودهم المذكورة وآثار استعمالهم حق الاسترداد لأحكام التقنين الملغى الخاصة بذلك وهى التى ستطبق فى كل نزاع يثور بشأن ذلك مهما انقضي من وقت على صـدور التقنين الحالى .

---

(١) نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض ١٥ ـ ١٠٩١ ـ ١٦١ ، وايضا نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ التشريع والقضاء ٥ مدنى ١٥٤ ـ٨٥ ، انظر ما سيجىء فى نبذة ٢٧٨ .

(٢) انظر نقض مدنى ٢٨ مـايو ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض ٢١ ـ ٩٤٥ ـ ١٥١ وقد جاء فيه أن النص فى عقد الصلح على اعتبار بيع الوفاء نهائيا لا رجوع فيه ، لايعدو ان يكون مجرد نزول من جانب البائع عن شرط الاسترداد المتفق عليه عند التعاقد ، فهو لا يصحح البيع الذى وقع باطلا طبقا للمادة ٤٦٥ مدنى .

(٣) نقض مدنى ١٥ مارس ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض ٢٧ ـ ٦٥٢ ـ ١٢٠ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ومن ثم يبين أنه بالرغم من نص التقنين الحالى على تحريم بيع الوفاء وعلى تقرير بطلانه، فان احكام التقنين الملغى الخاصة ببيع الوفاء سيستمر العمل بها زمنا طويلا فيما يتعلق بالعقود المبرمة قبل ١٥ أكتوبر ١٩٤٩، يدل على ذلك ما اشرنا اليه فيما تقدم من أحكام حديثة جدا .

لذلك يتعين علينا دراسة أحكام بيع الوفاء وفقا للتقنين الملغى بالرغم من نص التقنين الحالى على بطلان هذا النوع من البيع .

٢٧٨ — احكام بيع الوفـاء فى التقنين الملغى — كان تنـظيم التقنين الملغى لبيع الوفاء يتناول بوجه خاص المسائل الآتية :

(١) الشرط الوفائى ، أو شرط استرداد المبيع ، (٢) مدة الحق فى الاسترداد . (٣) كيفية استعمال الحق فى الاسـترداد ، (٤) آثار بيع الوفاء قبل انقضاء مدة الحق فى الاسترداد وبعدها فى حالتى استعمال هذا الحق وعدم استعماله .

٢٧٩ — (١) الشرط الوفائى — لا يعتبر البيع بيعا وفائيـا الا اذا اقترن من وقت انعقاده بالشرط الوفائى، اى بالاتفاق على أن يكون للبائع حق استرداد المبيع فى مقابل رد ثمنه فى خلال مدة معينة . وذلك لأن بيع الوفاء بيع مقترن بشرط فاسخ ، ولأن البيع اذا لم يقترن عند انعقاده بالشرط الوفائى فانه ينعقد غير موصوف ولا يكون ثمة سبيل الى تحويله الى عقد موصوف باضافة الشرط الوفائى اليه بعد انعقاده(١).

---

(١) قارن عكس ذلك نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ التشريع والقضاء ٥ ملغى ١٥٤ — ٨٥ وقد جاء فيه انه « ليس صحيحا القول بأن شرط استرداد العين المبيعة يجب ان يثبت بعقد البيع نفسه والا اعتبر وعدا بالبيع ، فان المـادة ٣٣٩ مدنى قديم تجيز للبائع أن يثبت بكافة الطرق، ومنها البينة والقرائن أن العقد لم يكن بيعا باتا وانما هـو على خلاف نصوصه يستر رهنا حيازيا . ومن ثم فلا تثريب على المحكمة اذا هى اعتبرت تلك البقايا من الورقة المشار اليها فيما سلف (هى ورقة ضـمد البيع البات منصوص فيها على شرط الاسترداد ووجدت ممزقة ثم جمعت قصاصاتها ولصقت بعضها الى بعض فاعتبرتها المحكمة مبدأ ثبوت بالكتابة فيما يتعلق بالشرط المذكور) مبدأ ثبوت بالكتـابة واستخلصت من شهادة الشهود والقرائن ما يثبت أن العقد وان كتب فى صورة عقـد بيع بات هو فى حقيقته يخفى رهنا » .

ولكن يلاحظ أن هذا الحكم قد خلط بين معاصرة شرط الاسترداد لعقد البيع ، أى =

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

والمقصود بهذا الاقتران المعاصرة الذهنيـة فى الاتفـاق على البيع والشرط معا ، ولو لم يثبت الشرط فى المحرر المثبت لعقد البيع ذاته ، اذ يكفى اثباته فى ورقة مستقلة (١) ولو كانت ذات تاريخ لاحق للورقة المثبتة للبيع طالما انه يكون ثابتا ان الاتفاق على البيع قد انعقد منذ البدء مقترنا بهذا الشرط (٢) .

فاذا لم تتوافر هذه المعاصرة الذهنية ، بأن أضـيف الاتفـاق على الشرط الوفائى الى العـقد بعد انعقاده ، فانه يعتبر بمثابة وعد بالبيع صادر من المشترى الاول الى البائع الاول ، أو بمثابة بيع صـادر من ذلك المشترى الى ذلك البائع تحت شرط واقف . وقد غلبت المادة ٤٢٥ مدنى مختلط هذا التكييف الاخير ، اذ افترضت انصراف نية الطرفين اليه ورتبت على ذلك أن استعمال البائع حقه فى استرداد المبيع فى هـذه الحالة لا تستند آثاره الى وقت انعقاد البيع الاصـلى ، ولا الى وقت استعمال الحق فى الاسترداد ، بل الى وقت اضافة الشرط الوفائى الى ذلك العقد ، فقد نصت على انه « اذا لم يشترط حق الاسترداد فى نفس عقد البيع ، فمن صار له هـذا الحق فيما بعـد لا يعتبر مالكا الا من اليوم الذى حصل فيه شرط الاسترداد ».

ولأن التقنين الاهلى لم يتضمن نصا مماثلا لنص المادة ٤٢٥ مختلط ولأن هذا النص انبنى على قرينة قانونية هى قرينة انصراف نية الطرفين

==

معاصرة توافق الارادتين على الاسترداد وتوافقهما على البيع وبين وجـود الدليل على الاتفاقين معا فى ورقة واحدة أو فى ورقتين منفصلتين . نحن لا نستلزم اشتمال المحـرر المثبت للبيع على شرط الاسترداد . وانما نستلزم أن يكون الاتفاق قد تم من أول الامر على البيع والاسترداد ولو اثبت البيع فى محرر وشرط الاسترداد فى آخر ما دام ثابتا ان الاتفاق قد تم على الامرين معا فى وقت واحد .

ونعتقد أن حكم المحكمة كان يتغير لو لم يكن شرف الاسترداد واردا فى ورقة ضـد محررة فى نفس تاريخ العقد بل مضافا الى نفس البيع فى تاريخ لاحق على تاريخ العقـد الاصلى .

(١) فى هذا المعنى نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ - ١٠٩١ - ١٦١ ، وأنظر أيضا نقض مدنى ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ التشريع والقضاء ٥ مدنى ١٥٤ - ٨٥ .

(٢) نقض مدنى ٢٣ نوفمبر ١٩٥١ المشار اليه آنفا ، وأيضا نقض مدنى ١٥ ديسمبر ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ - ١٠٢ - ٣٠ ، وأيضا ٨ يناير ١٩٥٣ مجموعـة أحكام النقض ٤ - ٣١٨ - ٤٥ ، ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ - ٢٦٣ - ٣٤ ، استئناف مصر ٣ يناير ١٩٣٥ المجموعة ٣٦ رقم ١١٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقت اضافة الشرط الوفائى الى اعتبار ذلك الشرط بمثابة بيع ثان معلق على شرط واقف ، اعتبرت المحاكم الاهلية غير مقيدة به وترك لها ان تستنبط من الظروف حقيقة نية العاقدين فى اعتبار الشرط الوفائى اللاحق للعقد الاصلى بمثابة بيع ثان معلق على شرط واقف فيستند اثر الاسترداد حينئذ الى وقت الاتفاق على الشرط الوفائى ، أو بمثابة وعد ببيع ثان فلا يكون حينئذ للاسترداد اثر الا من وقت حدوثه باعتبار طلب الاسترداد قبولا للشراء يترتب عليه تحويل الوعد بالبيع الى بيع .

ويلاحظ انه متى كان البيع بيع وفاء ، فان استرداد البائع المبيع اذا كان عقارا لا يحتاج الى تسجيل عقد جديد بل يكفى فيه مجرد طلب البائع الاسترداد فى الميعاد وثبوت ذلك بورقة رسمية والتأشير به فى هامش تسجيل عقد بيع الوفاء ، ولا تحصل رسوم نسبية على هذا التسجيل بل بالعكس من ذلك يجوز للبائع ان يسترد نصف الرسوم النسبية التى دفعت عند تسجيل العقد. اما اذا اتفق على شرط الاسترداد بعد انعقاد البيع باتا فلا بد عند الاسترداد من تسجيل جديد تحصل عليه رسوم نسبية كاملة غير رسوم العقد الاول . ويستوى فى ذلك ان يكون الاتفاق على شرط الاسترداد قد اعتبر وعدا بالبيع او بيعا معلقا على شرط واقف .

٢٨٠ - **(٢) مدة الحق فى الاسترداد** - يتوقف مصير العقد على انقضاء مدة الحق فى الاسترداد ، فاذا استعمل هذا الحق انفسخ العقد ، والا فانه يتأيد نهائيا . لذلك راى المشرع ضرورة وضع حد لهذه المدة حتى لايطول تعليق مصير العقد كثيرا ، لأن فى طول تعليقه اضرارا بالمشترى وفاء وبخلفائه ، فنص فى المادة ٣٤١ مدنى اهلى على ان لايجوز للبائع ان يشترط لاسترداد المبيع ميعادا يزيد على خمس سنين من تاريخ البيع ، وكل ميعاد أزيد عن ذلك يصير تنزيله الى خمس سنين ، ونص فى المادة ٤٢٦ مختلط على ان لايزيد هذا الميعاد على سنتين اثنتين .

وتعتبر المدة التى نصت عليها هاتان المادتان حدا اقصى يجوز الاتفاق على اقل منه ، ولكن لا يجوز الاتفاق على مدة اطول . فاذا اتفق الطرفان على مدة اطول او سكتا عن تعيين مدة الاسترداد اصلا ، كان للبائع ان يستعمل هذه الرخصة فى حدود المدة القصوى التى نص عليها القانون اى خمس سنوات فى الاهلى وسنتين فى المختلط .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويبدأ سريان مدة الاسترداد من وقت عقد البيع(١) ولو كان تسليم المبيع أو دفع الثمن مؤجلين ، وتحسب المدة بالتقويم الهجرى بحسب المتبع فى التقنين الملغى(٢) ، وتعتبر مدة سقوط لامدة تقادم . ولذلك تسرى هذه المدة ولو كان البائع ناقص الاهلية(٣) . ولا يجوز مدها بحكم المحكمة ، وقد نصت المادة ٤٢٧/٣٣٢ على أن « الميعاد المذكور محتم بحيث يترتب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد ولايجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق المذكور فى اى حال من الأحوال ولو فى حالة القوة القاهرة » .

ويترتب على ذلك انه بمجرد انقضاء هذه المدة ينقضي حق البائع فى الاسترداد ، ويثبت تخلف الشرط الفاسخ ، فيتأيد البيع نهائيا ويعتبر كأنه صدر باتا من أول الامر ويفيد من ذلك المشترى وخلفاؤه . ويقابل ذلك زوال ملكية البائع التى كانت معلقة على شرط واقف زوالا يستند الى تاريخ البيع ، فيعتبر البائع كأنه قد تجرد من ملكية المبيع تجردا باتا منذ البيع .

وقد جرى البحث فيما يترتب على الاتفاق على اطالة مدة الاسترداد قبل انقضائها . فاذا فرضنا أن المدة الاصلية سنة واحدة ثم اتفق العاقدان قبل انقضاء هذه السنة على مد المدة سنة اخرى ثم استعمل البائع حقه فى الاسترداد قبل نهاية السنة الثانية ، فماذا يكون اثر ذلك على المشترى وعلى الحقوق التى رتبها هذا للغير فى خلال السنة الاولى » .

وقد قضت محكمة النقض فى ذلك بصحة الاتفاق على اطالة مدة الاسترداد وبامتداد حق البائع فى استرداد المبيع ، اذ قررت فى حكمها فى ٤ نوفمبر ١٩٤٨ « أن المادة ٣٤٢ وان منعت المحاكم من مد الاجل المحدد للاسترداد ، فانها لم تحل دون اتفاق المشترى على التنازل عن حقه المقرر له بالمادة المذكورة كليا بالتنازل عن صيرورة البيع باتا نهائيا، أو جزئيا بمد الاجل المحدد للاسترداد . والاتفاق على ذلك جائز قبل فوات الاجل المحدد أولا للاسترداد ، كما هو جائز بعد فواته دون أن

---

(١) ولا يحسب يوم البيع ذاته ، فيبدأ سريان مدة الاسترداد من اليوم التالى للبيع . ويجب أن يحصل الاسترداد قبل انتهاء اليوم الاخير من المدة .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٨٣ ص ١٥٧ .

(٣) السنهورى فى الموضع السابق ، انور سلطان نبذة ٣١٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

يؤثر ذلك على طبيعة العقد وكونه قصد به ان يكون عقد بيع وفائى(١) » .

غير أن هذا الحكم محل نظر(٢) ، اذ يمكن القول من جهة أخرى أن طلب البائع مد المدة يعتبر اقرارا من جانبه بعجزه عن استعمال حقه فى الاسترداد ويترتب عليه صيرورة البيع نهائيا وتأييد حق المشترى والحقوق التى رتبها للغير فى الفترة ما بين ابرام العقد والاقرار بالعجز عن الاسترداد ، وانه متى صار العقد نهائيا فلا يجوز الاتفاق على اطالة مدة الاسترداد ، لأن قبول المشترى اطالة هذه المدة ورضاه باقالة البائع من نتائج اقراره بالعجز عن الاسترداد خلال المدة الأصلية لايمكن أن يحيلا العقد الذى صار نهائيا الى عقد موصوف من جديد ، كما تقدم أن الاتفاق على الشرط الوفائى بعد ابرام العقد باتا لايجعل من العقد بيع وفاء ، وغاية الامر ان هذا الاتفاق يمكن اعتباره بمثابة بيع ثان معلق على شرط واقف او بمثابة وعد ببيع ثان صادر من المشترى الاول الى البائع الاول .

وقد غلبت المادة ٤٢٨ مختلط التكييف الأول على الثانى أى انها غلبت اعتبار الاتفاق على المد بمثابة بيع ثان معلق على شرط واقف اذ نصت على أن « تطويل الميعاد المتفق عليه يقوم مقام بيع من المشترى الى البائع الاصلى معلق على شرط اذ يعتبر المشترى المذكور مالكا للمبيع ملكا تاما من يوم البيع الاول الى يوم تطويل الميعاد » . غير ان هذا النص شأنه شأن نص المادة ٤٢٥ مختلط من حيث اعتباره مبنيا على قرينة قانونية لا يجوز الاخذ بها دون نص . ولأنه لم يرد له مقابل فى التقنين الاهلى ، اعتبرت المحاكم الاهلية أن لها سلطة فى استنباط نية العاقدين من الظروف وتكييف الاتفاق على اطالة مدة الاسترداد تبعا لذلك بأنه ينطوى على بيع ثان معلق على شرط واقف أو بأنه وعد ببيع صادر من المشترى وفاء الى البائع وفاء .

---

(١) نقض مدنى ٤ نوفمبر ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ - ٦٥٥ - ٣٣٣ .

(٢) انظر فى تأييدنا فى نقد هذا الحكم ، السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ١٥٩ هامش ١ ، وهو يتوسط بين رأينا والرأى الذى ذهب اليه الحكم المشار اليه ، فيجيز = = الاتفاق على المد اذا تم قبل انقضاء مدة الاسترداد المتفق عليها أصلا ، ولا يجيزه اذا تم بعد ذلك ، بمعنى أنه فى الحالة الاولى يعتبر وصف البيع الوفائى ممتدا للمدة الجديدة دون اخلال بحقوق الغير التى رتبها لهم المشترى فى مدة الاسترداد الاصلية والتى اعتمدوا فيها على صيرورة حق المشترى حقا باتا بمجرد انقضاء تلك المدة الاصلية ، وانه فى الحالة الثانية يعتبر الاتفاق على اطالة المدة بمثابة بيع ثان من المشترى وفاء الى البائع معلق على شرط واقف أو بمثابة وعد ببيع ثان .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٢٨١ — (٣) استعمال الحق فى الاسترداد : (١) من يجوز له الاسترداد — يكون الاسترداد حقا للبائع ، ويجوز له حوالته ، وينتقل منه الى ورثته ، بل يجوز لدائنيه(١) أن يباشروه نيابة عنه من طريق الدعوى غير المباشرة .

فيجوز للبائع حوالة رخصة الاسترداد الى غيره ، ليتمكن بذلك من الحصول على جزء من الفرق بين الثمن الذى باع به وقيمة المبيع وقت استعمال رخصة الاسترداد ان وجدت زيادة فى القيمة . ويترتب على الحوالة انتقال جميع حقوق البائع الى المحال اليه .

واذا توفى البائع انتقل حقه فى الاسترداد الى ورثته كل منهم بقدر نصيبه فى الارث دون اخلال بحق المشترى فى عدم تجزئة الصفقة عليه . ويجوز أن ينوب أيهم عنهم جميعا فى طلب الاسترداد(٢) .

واذا أراد دائنو البائع استعمال حقه فى الاسترداد، وجب أن يثبتوا أن امواله الاخرى لا تفى بديونهم ، وذهب بعض الشراح عندنا الى أن المشترى يجوز له فى هذه الحالة أن يدفع دعوى الدائنين بطلب تجريد البائع من امواله الاخرى اولا حتى يثبتوا أن مصلحتهم لا تتحقق بغير استعمال حق مدينهم فى الاسترداد (٣) .

---

(١) يراجع نقض ٢ ديسمبر ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ — ١ — ١ مجموعة أحكام النقض ٦ — ١٩٩ — ٢٦ وقد جاء فيه لما كان حق استرداد العين المبيعة وفائيا مخولا اصلا للبائع ولورثته ، فانه يجوز استعماله لمن يقوم مقام الورثة — وهو الدائن لهم والملتزمون قبله بنقل ملكية العين محل الاسترداد اليه . واذن فمتى كان ورثة البائع وفائيا قد باعوا العين الى شخص ورفعوا الدعوى بطلب استرداد هذه العين من المشترى وفائيا ثم تنازل بعض الورثة عن طلب الاسترداد محتفظين بحقهم فى الثمن المودع ، فان الحكم اذ قبل تدخل المشترى من الورثة منضما الى باقى المدعين فى طلب الاسترداد لا يكون قد خالف القانون.

(٢) الهلالى وحامد زكى نبذة ٤٨٨ ، بلانيول وريبير وهامل ج ١٠ نبذة ١٩٤ .

(٣) نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٥٤ مجموعة احكام النقض ٦ — ١٩٩ — ٢٦ المحاماة ٣٦ — ١ — ١ وقد جاء فيه أنه اذا اتخذ احد الورثة اجراء لمصلحة التركة يحفظ به = = حق باقى الشركاء فيها من السقوط ، فهو يقوم فى هذا الشأن مقامهم ويعتبر فى اتخاذ هذا الاجراء نائبا عنهم . واذن فمتى كان الثابت من الحكم أن عرض ثمن المبيع وفائيا واللحقات على المشترى وان كان موجها من احد الورثة الا انه قد نص فى محضر الايداع الذى تم قبل انقضاء المدة المحددة للاسترداد على أن المبلغ السابق عرضه هو من مال الورثة جميعا وأن الوارث الذى قام بالعرض قد باشره نيابة عنهم وكان المبلغ المودع يفى بما يجب اداؤه من الثمن ورسم التسجيل . فان اجراءات استرداد العين المبيعة وفائيا تكون قد تمت صحيحة من جميع الورثة ويكون الحكم اذ قضى بصحة هذه الاجراءات قد اقام قضاءه على أساس يكفى لحمله .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٢٨٢ — (ب) من يطلب منه الاسترداد — ويستعمل الحق فى استرداد المبيع ضد المشترى شخصيا او ضد ورثته او خلفائه . وقد نصت المادة ٤٢٩/٣٤٢ على انه « يجوز للبائع بيع وفاء ان يطلب الاسترداد ممن انتقل اليه المبيع ولو لم يشترط الاسترداد فى العقد » . ويرجع ذلك الى ان خلف المشترى لا يثبت له من الحقوق على المبيع اكثر مما كان للمشترى نفسه والى ان هؤلاء الخلف يفرض فيهم العلم بحق البائع فى الاسترداد لان فى وسعهم العلم به من الاطلاع على سند ملكية المشترى .

غير ان هذا الافتراض لا محل له اذا كان المبيع منقولا ، اذ يجوز لخلف المشترى ان يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ويفرض فيه حسن نيته اى جهله بشرط الاسترداد الى ان يثبت البائع الاصلى علم هذا الخلف بالشرط المذكور ، فيصبح له الحق فى ان يسترد المبيع من الخلف كما كان يجوز له ان يسترده من المشترى وفاء(١) .

ويجوز للبائع استرداد المبيع من الخلف الاخير عند توالى انتقال الملكية مرات متعددة ، ويكون استعمال حق الاسترداد فى هذه الحالة وفقا لشروطه المقررة فى العقد الاصلى الذى انشأه ، سواء من حيث مدة الاسترداد او من حيث الثمن الذى يجب رده فى مقابل استرداد المبيع . فاذا كان الخلف قد اشترى بثمن اعلى من الثمن الذى باع به صاحب الحق فى الاسترداد فانه لا يكون له ان يطالب ذلك البائع الا بالثمن الذى قبضه هذا من المشترى الاول . واذا كان الخلف قد اشترى بثمن اقل من الثمن الاول ربح الفرق بين الثمنين (٢) .

٢٨٣ — (ج) حق المشترى فى عدم تجزئة الصفقة عليه — قررت المادة ٤٣٢/٣٤٦ حق المشترى فى عدم تجزئة الصفقة عليه . وبناء على ذلك اذا اراد البائع استعمال حقه فى الاسترداد وجب عليه ان يسترد المبيع كله «سواءكان المبيع ملكا كاملا او مشاعا اومقسوما الى حصص» ، وليس له ان يسترد جزءا من المبيع وان يترك للمشترى الجزء الآخرمالم يقبل المشترى ذلك لان عدم التجزئة مقرر لمصلحته اذ المفروض ان تجزئة الصفقة عليه تضر به . ويعتبر عدم اعتراض المشترى على طلب البائع استرداد جزء من المبيع قبولا منه للتجزئة .

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٨٢ ص ١٥٦ .

(٢) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٨٢ ص ١٥٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويتطبق ذلك فى حالة تعدد البائعين بعقد واحد وبثمن واحد أو تعدد ورثة البائع الواحد . فاذا طلب احد البائعين المتعددين او احد ورثة البائع ان يسترد من المبيع بقدر نصيبه ، جاز للمشترى مطالبة المسترد بادخال البائعين او الورثة الاخرين فى الدعوى ليتفقوا فيما بينهم على استرداد المبيع كله ، فان اتفقوا جاز لهم او لأيهم استرداد الكل ، والا رفض طلب الاسترداد الوارد على بعض المبيع. واذا لم يستعمل المشترى حقه فى طلب اتفاق البائعين جميعا على استرداد المبيع كله ، اعتبر موافقا على تجزئة الصفقة .

اما اذا تعدد المشترون او ورثة المشترى الواحد ، فليس لاحدهم ان يعترض على البائع اذا هو طلب استرداد حصة ذلك المشترى او الوارث دون حصص الآخرين ، لانه بالنسبة الى ذلك المشترى او الوارث يكون الاسترداد واردا على كل ما خصه ولا تكون ثمة تجزئة للصفقة فيما يتعلق به (١) . غير أنه اذا كان المشترى او الوارث قد اضطر — بعد شرائه حصة شائعة فى مال معين وبعد رفع شركائه فى هذا المال دعوى القسمة — الى شراء بقية الحصص ، جاز له ان يتمسك بحقه فى عدم تجزئة الصفقة عليه وان يطالب البائع باسترداد المال كله او تركه كله (٢) (المادة ٣٤٧/ ٤٣٣) .

٢٨٤ — (د) كيفية استعمال الحق فى الاسترداد — يكون استعمال البائع حقه فى الاسترداد باعلان يوجهه الى المشترى قبل انقضاء المدة المعينة لذلك يخطره فيه برغبته فى استرداد المبيع يعرض عليه به الثمن المتفق عليه ونفقات البيع والاسترداد وما قد يكون مستحقا للمشترى من مصروفات اخرى (المادة ٣٤٤/٤٣٠) .

ولا يتعين ان يكون الثمن الذى يعرضه البائع هو الذى تم به البيع بل يجوز أن يكون الطرفان قد اتفقا على ثمن للاسترداد غير ثمن البيع . والراجح ان هذا الاتفاق يقع صحيحا ويعمل به ، والغالب عملا ان يكون ثمن الاسترداد ازيد من ثمن البيع .

---

(١) انظر نقض مدنى ٨ فبراير ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ٤ — ٥٥٧ — ٢٠٤
(٢) انظر السنهورى فى الوسيط جـ تبذة ٨٣ ص ١٥٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما نفقات العقد فيلزم بها البائع لأنه يترتب على طلب الاسترداد فسخ البيع بأثر رجعى واخراج المشترى من الصفقة دون ان يعود عليه اى نفع منها ، فلا محل لأن يتحمل نفقات عقد زال كل اثر له بناء على طلب البائع . ويلزم هذا بنفقات استرداد المبيع أيضا لأن الاسترداد مفروض فيه انه لمصلحته .

أما المصروفات التى انفقها المشترى على المبيع ، فيلزم البائع بأن يرد منها كل المصروفات الضرورية ، ولا يلزم برد شيء من المصروفات الكمالية لأن المفروض فيها انها لا تعود على المبيع بزيادة فى القيمة، ولا يلزم بمصروفات الصيانة لأن هذه المصروفات تعتبر من تكاليف الانتفاع بالمبيع أو تكاليف ما ينتجه من ثمار ، ولأن المشترى يحتفظ عند رد المبيع الى البائع بما حصله من منفعة أو من ثمار ، فمن العدل أن يتحمل تكاليفها بما فى ذلك مصروفات الصيانة . اما المصروفات النافعة فيرد منها البائع الى المشترى بقدر ما ينشأ عنها من زيادة فى قيمة المبيع . على انه اذا أسرف المشترى فى انشاء التحسينات وأنفق مما يعتبر مصروفات نافعة مبالغ كبيرة تعتبر عبئا ثقيلا يبهظ البائع اذا ما اختار استرداد المبيع ، فلا يلزم البائع برد هذه المصروفات ويكون له الحق فى طلب رد المبيع بالحالة التى كان عليها قبل انفاق هذه المصروفات فى تحسينه .

وقد ثار الخلاف حول الواقعة التى تعتبر شرطا فاسخا يترتب على تحققه فى المدة المعينة وجوب رد المبيع الى البائع ، أهى مجرد اظهار البائع رغبته فى الاسترداد ، أم قيامه برد الثمن وملحقاته فعلا الى المشترى أو على الاقل قيامه بعرض الثمن عرضا حقيقيا ؟

والرأى الذى رجح فى هذا الشأن ان المادة ٤٣٠/٣٤٤ لا تشترط فى فسخ بيع الوفاء قيام البائع برد هذه المبالغ فعلا ، ولا حتى قيامه بعرضها عرضا حقيقيا ، بل يكتفى منه باعلان رغبته فى الاسترداد الى المشترى مع ابداء استعداده لدفع المبالغ المذكورة . فاذا تم هذا الاعلان فى المدة المعينة لاستعمال حق الاسترداد ، كان ذلك كافيا لفسخ البيع ولو لم يتم وفاء المبالغ المستحقة للمشترى الا بعد انقضاء هذه المدة(١).

---

(١) ويعتبر القضاء الفرنسى الاسترداد الذى يتم بمجرد اجراء البائع وفاء استعداده للمشترى أن يرد له الثمن والمصروفات استردادا معلقا هو ذاته على شرط واقف ، هو شرط رد البائع الثمن والمصروفات الى المشترى فعلا فى وقت معقول يمكن عند الاختلاف =

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويجوز للمشترى فى هذه الحالة أن يتفادى تأخير البائع فى رد المبالغ المذكورة بعد أن يكون قد أعلن رغبته فى الاسترداد فى المدة المعينة بأن يطلب الى القاضي تعيين أجل للبائع يقوم فيه بالوفاء بحيث اذا انقضي هذا الاجل دون وفاء سقط حق البائع فى استرداد المبيع وتأيدت ملكية المشترى للمبيع نهائيا .

٢٨٥ ـ (٤) آثار بيع الوفاء فى اثناء مدة خيار الاسترداد ـ يترتب على بيع الوفاء باعتباره بيعا مقترنا بشرط فاسخ جميع آثار البيع البات من وقت انعقاده ، على أن تزول هذه الآثار كلها زوالا رجعيا اذا تحقق الشرط الفاسخ أى اذا طلب البائع الاسترداد فى المدة المعينة لذلك. فيصبح المشترى من وقت العقد أو من وقت تسجيله ان كان المبيع عقارا مالكا المبيع تحت شرط فاسخ ويكون له حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، بل يكون له أن يعدل فى طريقة استعماله واستغلاله كما يشاء دون أن يجوز للبائع الاعتراض على ذلك الا اذا استعمل حقه فى استرداد المبيع. على أن تصرفات المشترى فى المبيع يسرى عليها الشرط الفاسخ بقوة القانون ولو لم يذكر هذا الشرط فى تلك التصرفات ، لان المشترى لايستطيع أن ينقل الى الغير أكثر مما يملك ، وهو لايملك المبيع الا ملكية مقترنة بالشرط الفاسخ .

وتستثنى من ذلك أعمال الادارة التى يباشرها المشترى وفاء ، كاجارة المبيع الى الغير ، فتبقى هذه نافذة فى حق البائع بعد أن يسترد الأخير المبيع فيلتزم هذا بتنفيذ الاجارة اذا كانت ثابتة التاريخ قبل الاسترداد ووقعت دون غش ولم تجاوز مدتها ثلاث سنوات (المادة ٤٣١/٣٤٥ مدنى قديم) . وكذلك الامر فيما يتعلق بتطهير المشترى العقار المبيع من الرهون ، أو فيما يتعلق بطلبه الشفعة فى عقار مجاور للعقار المبيع وفاء(١) ، فتبقى هذه التصرفات نافذة بالرغم من استعمال البائع

عليه أن تحدده المحكمة ، بحيث اذا لم يدفع البائع للمشترى هذه المبالغ فى الوقت المذكور يعتبر ذلك تخلفا للشرط الواقف ويصبح الاسترداد كأن لم يكن وبيع الوفاء كأنه بيع بات منذ انعقاده . ويرى الاستاذ السنهورى الاخذ بهذا التكييف فى القانون المصرى (السنهورى فى الوسيط جـ ٤ فقرة ٨٤ ص ١٦٠ و ١٦١) ، وهذا يتفق مع ما أوردناه فى المتن .

(١) نقض مدنى ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ ـ ٧٤ ـ ١٥ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

حقه فى الاسترداد وزوال ملكية المشترى بأثر رجعى(١) .

وبالعكس من ذلك يترتب على بيع الوفاء فيما يتعلق بالبائع زوال ملكيته للمبيع من وقت العقد مع احتفاظه بحق استردادها فى المدة المتفق عليها ، اى انه يمكن اعتبار البائع مالكا المبيع تحت شرط واقف كما أن المشترى يملكه مقترنا بشرط فاسخ . والواقع ان ملكية البائع هذه تنحصر فى حقه فى استرداد المبيع ، وقد تقدم ان هذا الحق قابل للحوالة اى انه يمكن بيعه .

٢٨٦ — (ب) عند انقضاء مدة الخيار — ومتى انقضت مدة خيار الاسترداد ، فاما أن يكون البائع قد استعمل حقه قبل انقضائها ، واما ان يكون قد ترك المدة تنقضي دون ان يعلن رغبته فى الاسترداد .

ففى الحالة الثانية يعتبر الشرط متخلفا ، ويترتب على ذلك ان يتايد البيع نهائيا وان يصبح كان لم يكن مقترنا بالشرط فى اى وقت من الأوقات ، فيصبح المشترى مالكا المبيع ملكية باتة ، وتثبت نهائيا الحقوق التى كان المشترى قد رتبها للغير على المبيع ، ويزول كل امل للبائع فى استرداد المبيع وتزول تبعا لذلك ملكيته التى كانت معلقة على شرط واقف لتخلف هذا الشرط .

اما فى الحالة الاولى ، اى اذا تحقق الشرط الفاسخ ، فان البيع يزول بأثر رجعى ويترتب على زواله وجوب اعادة العاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فيسترد البائع ملكية المبيع بأثر رجعى ، اى انه يعتبر كأن الملكية لم تنتقل منه فى اى وقت من الاوقات،وبالتالى فانه يستردها خالية من كل الحقوق او التكاليف التى رتبها عليها المشترى أو خلفاؤه (٢) (المادة ٤٣١/٣٤٥) ، ويعتبر المشترى كان لم يكن مالكا

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٨١ ص ١٥٤ .

(٢) ويكون للبائع فى هذه الحالة دعوى عينية ، هى دعوى الاستحقاق ، يستطيع أن يسترد المبيع بموجبها فى اى يد يكون . وفوق ذلك يكون له دعوى شخصية قبل المشترى وقلء ناشئة من عقد البيع الوفائى . فاذا وجد البائع المسترد المبيع فى يد اى شخص جاز له استرداده بالدعوى العينية . أما اذا لم يهتد الى من يوجد المبيع لديه ، تعذر عليه استعمال دعواه العينية ، ويبقى له أن يطالبه المشترى وفاء برد المبيع اليه بمقتضى دعواه الشخصية . وكذلك يجد البائع نفسه فى حاجة الى استعمال هذه الدعوى =

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المبيع فى اى وقت من الاوقات ويثبت له الحق فى استرداد الثمن ونفقات العقد والرد وما يستحقه من المصروفات التى انفقها على المبيع(١) . ويجوز له حبس المبيع الى حين استيفائه جميع هذه المبالغ . وكل ذلك تطبيق للقواعد العامة .

غير ان القواعد العامة المقررة فى شأن زوال العقد زوالا رجعيابوجه عام يستبعد تطبيقها عند زوال بيع الوفاء بالنسبة الى ثلاث مسائل هى : (١) استحقاق ثمار المبيع وفوائد الثمن ، (٢) التعويضات التى تستحق عن فسخ العقد ، (٣) تنفيذ الاجارات المعقودة بشأن المبيع .

ففيما يتعلق بالثمار والفوائد ، لم تلزم المادة ٤٣٠/٣٥٤ البائع بأن يدفع للمشترى عند رد الثمن اليه فوائد عن هذا الثمن ، كما ان القانون لم يلزم المشترى بأن يرد مع المبيع ثماره ، فاستنبط الشراح من ذلك ان المشرع قد أجرى المقاصة بين ثمار المبيع وفوائد الثمن ، فأعفى البائع من دفع الفوائد والمشترى من رد الثمار ، وذلك خلافا للقواعد العامة .

وفيما يتعلق بالتعويض عن فسخ البيع ، فانه لايكون مستحقا فى حالة البيع الوفائى ، لان الفسخ يكون فى هذه الحالة منصوصا عليه فى العقد ذاته ويقع بحكم العقد ، فلا يكون راجعا لخطأ اى من الطرفين حتى يلزم هذا الطرف جزاء خطئه بتعويض الطرف الآخر عما فاته من ربح وما لحقه من خسارة بسبب الفسخ .

=

الشخصية قبل المشترى وفاء لالزامه بالتعويض اذا كان هذا قد تصرف فى المبيع الى مشتر ثان تمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، فتعذر على البائع ان يسترد المبيع منه (فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ٨٢ ص ١٥٦)

(١) يراجع نقض ٢ ديسمبر ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ — ١ — ١ . ويستحق المشترى ما صرفه على المبيع من مصروفات ضرورية غير مصاريف الصيانة لان هذه تقع على عاتقه باعتباره منتفعا فلا يكون له رجوع بها . ويستحق من المصروفات النافعة أقل القيمتين ما انفقه فعلا أو ما زاد فى قيمة المبيع . أما المصروفات الكمالية فلا يستحق منها شيئا (انظر الحكم المشار اليه وفى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ١٦٢) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وفيما يتعلق بالاجارات المعقودة بشأن المبيع قبل استعمال البائع حقه فى الاسترداد، فقد كان مقتضي القواعد العامة أن تعتبر هذه الاجارات غير نافذة فى حق البائع الذى استرد ملكيته بأثر رجعى باعتبارها صادرة من غير مالك ، ولكن المشرع خرج على هذه القواعد ونص في المادة ٣٤٥/ ٤٣١ على الزام البائع بتنفيذ هذه الاجارات اذا كانت قد صـــدرت من المشترى دون غش وكانت ثابتة التاريخ ولا تجاوز مدتها ثلاث سنين .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الثانى

بيع ملك الغير وبيع المال المملوك شيوعا

٢٨٧ ـ الصلة بين بيع ملك لغير وبيع المال المملوك شيوعا ـ نص المشرع على بيع ملك الغير فى باب البيع فى المواد ٤٦٦ وما بعدها ، ونظر فيه الى بيع المال المعين بالذات المملوك ملكية مفرزة ، ولم يعرض لبيع المال المملوك شيوعا ، لأن الأول هو الغالب . اما الثانى فملكيته ملكية من نوع خاص نظمها المشرع فى الكتاب الثالث الذى خصصه للحقوق العينية الاصلية وتناول فيه حكم الملكية الشائعة .

غير أن ثمة صلة وثيقة بين بيع ملك الغير وبيع المال المملوك شيوعا ، لأن القسمة التى ترد على هذا المال الاخير تعتبر مقررة للحقوق ، بمعنى أن كل شريك يعتبر بعد القسمة انه قد ملك ماوقع فى نصيبه ملكية مفرزة من يوم نشوء حقه الشائع وانه لم يملك قط شيئا مما وقع فى نصيب غيره من الشركاء . فاذا تصرف أحد الشركاء قبل القسمة فى جزء مفرز من الاعيان الشائعة ثم وقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب غيره من الشركاء اعتبر تصرفه أنه قد ورد على ملك الغير ، ولو أن المشرع قد خصه ببعض أحكام تميزه عن بيع ملك الغير .

لذلك آثرنا أن نعرض لبيع المال المملوك شيوعا عقب دراسة بيع ملك الغير .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الأول

بيع ملك الغير

٢٨٨ - تذكرة بما سبق - تقدم فى نبذة ١٨ وفى نبذة ٨٧ وما بعدها ان طبيعة البيع باعتباره عقدا ناقلا للملك بذاته تقتضي ان يكون المبيع مملوكا للبائع حتى يمكن ان تنتقل ملكيته الى المشترى بمجرد العقد ، وان المشرع اشترط هذا الشرط وجعل جزاءه انه يجوز للمشترى طلب ابطال البيع ، وان هذا الشرط واجب توافره فى جميع الاحوال التى تتجه فيها ارادة العاقدين الى ابرام بيع ناقل للملك بذاته اى بمجرد الاتفاق ، وان ذلك يشمل كل بيع بات اى غير مضاف إلى اجل او معلق على شرط متى كان محله موجودا ومعينا بالذات ما دام الطرفان لم يقصدا عدم انتقال الملكية الى المشترى بمجرد العقد ، وانه لا يشمل بيع المثليات ولا بيع الاموال المستقبلة ولا البيع المضاف الى اجل او المعلق على شرط ولا البيع الذى قصد به العاقدان ان يكون انتقال ملكية المبيع فيه الى المشترى لابمجرد العقد بل بعمل لاحق يقوم به البائع ،كان يشترى المبيع من مالكه ثم ينقل ملكيته الى المشترى (١) .

ويبين من ذلك ان البيوع نوعان : ١ - نوع يقصد به ان ينقل الملكية بذاته ، ويشترط فيه ان يكون البائع مالكا المبيع وقت العقد حتى يمكن ان تنتقل الملكية بمجرد اتفاق العاقدين ، ٢ - ونوع لا يقصد به انتقال الملكية بمجرد الاتفاق ، وهذا لا يشترط فيه ان يكون البائع مالكا المبيع وقت العقد مادام فى الامكان ان يكسب هذه الملكية فيما بعد وان ينفذ التزامه بنقلها الى المشترى .

والنوع الثانى لا نزاع فى انه يقع صحيحا ينتج جميع آثاره ولو لم يكن البائع مالكا المبيع . اما النوع الاول فلأنه لا يمكن فى حالة عدم ملكية البائع ان ينتج اهم اثر من آثاره وهو انتقال الملكية بمجرد العقد ،

---

(١) راجع فى ذلك السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٥٤ ، منصور نبذة ١١٢ ص ٢٤٢ ، توفيق فرج ص ١٤٤ ، خميس خضر نبذة ١٧٢ ص ٢٧٠ .
وانظر P. Guiho, Les actes de disposition sur la chose d'autrui Rev. trim. de droit privé 1954. p. 1 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فقد ثار الخلاف حادا فى شأن صحته أو عدمها ونصت القوانين على انه يقع باطلا أو قابلا للابطال ولكنها مع ذلك رتبت عليه بعض الآثار .

وتظهر اهمية تعيين حكم القانون فى شأن هذا النوع من البيع اذا لوحظ انه كثير الوقوع فى العمل . فكثيرا ما يحدث ان يبيع الزوج مال زوجته او الابن مال أبيه أو الأب مال ابنه لا بصفته وليا عليه بل بصفته الشخصية ، وكثيرا ما يبيع الوارث مال التركة المستغرقة بالدين او يبيع احد الورثة او شريك على الشيوع حصة مفرزة وقعت فى نصيب وارث أو شريك آخر . ففى كل هذه الاحوال يكون البيع واردا على ملك الغير . فاذا كان قد قصد به ان ينقل الملك بذاته الى المشترى ، كان ذلك متعذرا واقتضي الأمر تعيين اثره فى صحة البيع أو عدمها وما يترتب على ذلك من نتائج .

٢٨٩ ـ النصوص الخاصة ببيع ملك الغير ـ فى القانون الفرنسي نصت المادة ١٥٩٩ مدنى على ان بيع ملك الغير باطل وان للمشترى فى هذه الحالة الحق فى التعويض متى كان يجهل ان المبيع ليس مملوكا للبائع، فاقتصرت هذه المادة على تقرير البطلان وذكر حق المشترى فى التعويض ، دون ان تبين ماهية البطلان او ما يمكن ان يترتب على العقد من آثار . فاجتهدت المحاكم فى سد هذا النقص ، واوجدت حلولا لكثير من المسائل التى تعرض فى شأن بيع ملك الغير ، فقررت ان هذا البيع لا يكون نافذا فى حق المالك بمعنى انه لا ينقل الملكية الى المشترى الا اذا اقره المالك وان المشترى وحده يجوز له دون غيره ان يتمسك بالبطلان ، وان حقه فى ذلك ينقضي اذا اقر المالك العقد او صار البائع مالكا .

وقد زاد المشرع المصرى فى التقنين الملغى خطوة عن المشرع الفرنسي ، حيث نص صراحة على ان بيع ملك الغير يصح اذا اجازه المالك الحقيقى (المادة ٢٦٤/٣٣٣) ، فدل بذلك على انه سار فى الطريق الذى سبقته اليه المحاكم الفرنسية . وتابعت المحاكم المصرية السير فى هذا الطريق ذاته واخذت بالاحكام التى سبقتها المحاكم الفرنسية الى تقريرها .

واخيرا قنن المشرع المصرى هذه الاحكام فى التقنين المدنى الحالى فى المواد من ٤٦٦ الى ٤٦٨ ، فنص فى المادة ٤٦٦ على انه :

١ ـ اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لايملكه ،جاز للمشترى

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ان يطلب ابطال البيع . ويكون الامر كذلك ولو وقـــع البيع على عقار ، سجل العقد او لم يسجل .

٢ ــ وفى كل حالة لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعـة ولو اجاز المشترى العقد .

ونصت المادة ٤٦٧ على انه :

١ ــ اذا اقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحا فى حق المشترى .

٢ ــ وكذلك ينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد .

وجاء فى المادة ٤٦٨ انه « اذا حكم للمشترى بابطال البيـــع وكان يجهـل ان المبيع غير مملوك للبـــائع ، فله ان يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية »

٢٩٠ ــ احكام بيع ملك الغير ــ تلخص احكام بيع ملك الغير بحسب نصوص التقنين الحالى واحكام المحاكم السابقة فيما يلى :

١ ــ ان هذا البيع ينتج جميع آثار العقد الصحيح ما عـــدا انتقال الملكية بمجرد اتفاق العاقدين .

٢ ــ انه يجوز للمشترى ان يطلب ابطال البيع ولو كان يعلم عـــدم ملكية البائع .

٣ ــ انه لا يجوز للبائع ذلك ولو كان حسن النية .

٤ ــ ان هذا البيع لا ينفذ فى حق المالك ولو اجازه المشترى .

٥ ــ ان آثاره تتم ويمتنع طلب ابطاله متى اقره المالك او صار البائع مالكا او كسب المشترى الملكية من طريق الحيازة .

٦ ــ انه اذا لم تنتقل الملكية الى المشترى وحكم له ببطلان البيع ، وجب تعويضه متى كان حسن النية ولو كان البائع حسن النية ايضا .

وسنعرض فيما يلى لكل من هذه الاحكام بالتفصيل .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٢٩١ — (أ) انتاج بيع ملك الغير آثار العقد الصحيح — تنص المادة ٤٦٦ مدنى على انه يجوز للمشترى ان يطلب ابطال البيع . ويؤخذ من ذلك أن بيع ملك الغير لا يقع باطلا بقوة القانون وانه تترتب عليه آثار ، والا لما كانت هناك حاجة بالمشترى الى طلب ابطاله . فالى أن يتقرر بطلانه ينتج بيع ملك الغير جميع آثار البيع(١) فيما عدا الآثار التى يحول دون قيامها عدم ملكية البائع للمبيع (٢) .

وبناء على ذلك يترتب على بيع ملك الغير التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى والتزامه بتسليم المبيع وبضمان الانتفاع به انتفاعا هادئا كاملا والتزام المشترى بدفع الثمن ونفقات العقد وبتسلم المبيع . فيجوز للمشترى مطالبة البائع بنقل الملكية اليه ، كما يجوز له مطالبته بتسليمه المبيع ، ويعتبر ذلك اجازة منه للبيع تمنعه من طلب ابطاله بعد ذلك (٣) . وكذلك يجوز للبائع مطالبة المشترى بدفع الثمن وبتسلم المبيع ما دام لم يحكم ببطلان البيع

ويترتب على التزام بائع ملك الغير بالضمان انه لا يجوز له أن يتعرض للمشترى فى انتفاعه بالعين المبيعة ، ولا أن يستردها منه بحجة التزامه بردها الى مالكها ، أو بحجة استحقاقه اياها بعد البيع من طريق الارث أو الوصية أو غيرهما لأن من التزم بالضمان لا يجوز منه التعرض.

وقد تقدم أن البيع فى القانون الحديث ، خلافا للقانون الرومانى والقانون الفرنسي القديم ، لا يقتصر أثره على انشاء الالتزامات فى ذمة كل من الجانبين بل انه فوق ذلك ينقل الملكية من البائع الى المشترى فور أبرامه وبمجرد اتفاق العاقدين . وظاهر ان انتقال الملكية بهذا الشكل من البائع الى المشترى يقتضي أن يكون البائع مالكا المبيع وقت التعاقد ، فاذا كان غير مالك استحال انتقال الملكية منه الى المشترى فور العقد ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، وكان من المحتم أن يتخلف انتقال الملكية الى ما بعد العقد ، فلا يصير المشترى بمجرد الاتفاق مالكا المبيع (٤) .

---

(١) نقض مدنى ١٤ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٢٩٨ — ٤٥ .

(٢) توفيق فرج نبذة ٧٨ ص ١٤٥ .

(٣) منصور نبذة ١١٣ ص ٢٤٤ .

(٤) انظر مع ذلك نقض مدنى ٨ يونيه ١٩٤٤ فهرس الخمسة وعشرين سنة لاحكام النقض ص ٧١٢ نبذة ٤٣ وقد جاء فيه انه « اذا دفع بأن الشفيع لا يملك العين التى

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويستوى فى كل ذلك ان يكون المبيع منقولا أو عقارا ، وفى هذه الحالة الاخيرة ان يكون البيع قد سجل أو لم يسجل (١) .

٢٩٢ - (٢) حق المشترى فى طلب ابطال البيع - ولان الملكية لا تنتقل فى هذه الحالة الى المشترى بمجرد العقد خلافا لقصد العاقدين ، ولأن فى ذلك اضرارا بالمشترى ،أجاز المشرع للأخير أن يدفع عن نفسه الضرر بأن يطلب ابطال البيع ، فيتخلص بذلك من التزاماته ازاء البائع ويستطيع - اذا شاء الحصول على المبيع ذاته - أن يشتريه من مالكه .

وقد نص المشرع صراحة على ان للمشترى حق الابطال ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل ، ذلك حسما لخلاف ثار بعد صدور قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ حول جواز المطالبة بابطال بيع عقار الغير قبل تسجيله أو عدمه . وسنعرض لهذا الخلاف فيما بعد .

يشفع بها لان العقد الذى يستند اليه فى تملكها لم يصدر من مالكها بل من وكيل عنه كان قد عزله بكتاب مسجل سابق على تاريخ البيع المدعى ، وقضت المحكمة للشفيع بالشفعة بناء على أنه مالك فعلا فلا تثريب عليها فى ذلك ، اذ حتى لو صح أن العقد كان صادرا من وكيل معزول فان بطلانه لا يكون الا نسبيا ، ولهذا فالعيب الذى يشوبه لا يمنع انتقال الملك حتى يتخذ من شرع البطلان لمصلحته ويطلب . والمشفوع منه لا شأن له بهذا البطلان » .

وهذا الحكم محل نظر ، لان بيع ملك الغير حتى مع التسليم بأن بطلانه لا يكون الا نسبيا لا يمكن القول بأن العيب الذى يشوبه لا يمنع انتقال الملكية حتى يطلب المشترى ابطاله ، اذ أن عيب هذا البيع انه صادر من غير مالك ، وهذا العيب يستحيل معه انتقال الملكية من البائع غير المالك الى المشترى ، لان فاقد الشىء لا يعطيه ،فيظل المالك الحقيقى محتفظا بملكه ويكون مشتريه غير مالك اياه ليس ازاء المالك والبائع فحسب ، بل ازاء الكافة ، ويجوز لكل ذى مصلحة ، كالمشفوع منه ، أن يتمسك بذلك انظر ايضا ما سيجىء فى نبذة ٢٩٤) .

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٥٩ ص ٢٨٥ و ص ٢٨٦ .

وانظر ايضا بهجت بدوى فى بحثه المشار اليه ص ٥٩٨ وما بعدها حيث يذهب الى أن بيع عقار الغير يقع فى ظل قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ (ومثله قانون الشهر الصادر فى سنة ١٩٤٦) صحيحا قبل تسجيله ويبقى صحيحا بعد التسجيل.

وانظر عكس ذلك الهلالى وحامد زكى نبذة ١٧٠ و ١٧١ حيث يريان أن بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل ، قابل للابطال بعده .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويثبت حق المشترى فى ابطال بيع ملك الغير بمجرد ثبوت عدم ملكية البائع للمبيع ولو كان المشترى قد علم ذلك وقت البيع . ويستفاد هذا الحكم من نص المادة ٤٦٨ التى تقرر حق المشترى فى التعويض اذا حكم له بابطال البيع وكان يجهل ان المبيع غير مملوك للبائع ، اذ يفيد تقييد حق المشترى فى طلب تعويض عن بطلان البيع بأن يكون المشترى قد جهل وقت البيع عدم ملكية البائع ، يفيد ذلك بطريق مفهوم المخالفة انه يجوز الحكم ببطلان بيع ملك الغير حتى فى غير هذه الحالة الاخيرة ، اى ولو كان المشترى عالما وقت البيع ان المبيع غير مملوك للبائع (١) . ويثبت هذا الحق للمشترى ولو كان البائع لم يعلم وقت العقد انه غير مالك . يستفاد ذلك ايضا من نص المادة ٤٦٨ ذاتها حيث تقرر للمشترى الذى حكم له بابطال البيع حقا فى التعويض ولو كان البائع حسن النية (٢) .

ويلاحظ أن حق المشترى فى طلب ابطال البيع لا يخل بحقه فى المطالبة بتنفيذ الالتزامات التى تقدم بيانها (٣) ، ومنها الالتزام بنقل الملكية والالتزام بضمان التعرض، فمتى علم المشترى بعدم ملكية البائع اليه كان بالخيار بين التمسك بحقه فى ابطال العقد وبين مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته الناشئة منه. فاذا تمسك بالبطلان وحكم له به ، لم يعد له الحق فى المطالبة بتنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد ، وتعين عليه أن يكتفى بالمطالبة بتعويض عن بطلان العقد . اما اذا اختار المطالبة بتنفيذ العقد ، عد ذلك منه اجازة للعقد مسقطة حقه فى الابطال (٤) ، فاذا طالب

---

(١) و (٢) فى هذا المعنى منصور نبذة ١١٤ ص ٢٤٧ ، خميس خضر نبذة ١٧٣ ص ٢٧٢

(٣) فى هذا المعنى توفيق فرج نبذة ٧٨ ص ١٤٥ .

(٤) ولا يكون بعد لغير المالك الحقيقى ان يعترض على هذا البيع وان يطلب عدم سريانه فى حقه بعد أن يثبت ملكيته هو . فاذا عجز عن اثبات ملكيته رفض اعتراضه وانه له أن يتعرض للمشترى ، ولا يعود لاحد أن يتعرض للمشترى الا بعد ان يثبت انه المالك الحقيقى للمبيع . ولا تقبل منازعة المشترى بدعوى أن البائع اليه غير مالك ، لان عقد بيع ملك الغير لا يقبل الاعتراض عليه بعد اجازته من المشترى الا من المالك الحقيقى وبعد ان يثبت صفته ، ولا يكلف المشترى عبء اثبات ملكية البائع اليه لانه ما دام عقده السابق تسجيلا من عقد من ينازعه فأن من شأنه ان ينقل اليه الملكية فى الظاهر ، وتكون دعوى المنازع أن البائع للمشترى المذكور غير مالك وأنه هو المالك دعوى على خلاف الظاهر من الامر ، فعليه هو عبء اثباتها (نقض مدنى ٨ ابريل ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ — ٧٨٠ — ١١٣) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المشترى البائع بنقل الملكية وعجز هـذا الاخير عن نقلها اليه ، كان للمشترى حق فسخ العقد طبقا للقواعد العامة .

واذا حكم للمالك الحقيقى باستحقاق المبيع ، كان للمشترى — فوق حقه فى ابطال البيع كما تقدم — حق الرجوع بالضمان على البائع وفقا للمادة ٤٤٣ وحق الفسخ لاخلال البائع بالتزام الضمان وفقا للقواعد العامة . وله الخيار فى استعمال اى حق من هذه الحقوق الثلاثة كما تقدم فى نبذة ٢١٠ (١) ولكنه لا يجوز له أن يجمع بينها .

ويلاحظ أخيرا ان حق الابطال تقرر للمشترى ليدفع به عن نفسه الضرر الذى يلحقه من عدم انتقال الملكية اليه ، وان الامر مرجعه اليه فى استعمال هذا الحق او عدم استعماله (٢) . فيجوز له أن ينزل عنه صراحة بأن يجيز العقد فيجعله غير قابل للابطال . ويجوز ان يكون نزوله عنه ضمنيا ويجوز ان يترك استعماله حتى يسقط بالتقادم كما تسقط بذلك سائر الحقوق .

ولأن المادة ٤٦٦ لم تتضمن حكما للتقادم خاصا بهذا الحق ، فتسرى عليه الاحكام العامة . غير أن المادة ١٤٠ التى حددت مدة تقادم دعوى الابطال بثلاث سنوات قد عينت فى كل حالة من حالات الابطال مبدأ هذه المدة وهو تاريخ كشف الغلط أو التدليس او انقطاع الاكراه او زوال نقص الاهلية ، ولم تحدد مبدأ لمدة تقادم دعوى ابطال بيع ملك الغير ، فيتعين القول بأن هذه المدة تبدأ من وقت ابرام العقد ، وبأن الحق فى رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمضي ثلاث سنوات لأن المشرع لم يأخذ بهذه المدة الاخيرة الا فى الحالات التى حدد فيها مبدأ لهذه المدة تاليا لوقت

---

(١) خميس خضر نبذة ١٧٣ ص ١٧٢ .

(٢) نقض مدنى ١٤ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٢٩٨ — ١٥ وقد جاء فيه « ان بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب ابطال العقد . وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه ، فان عقد البيع يبقى قائما منتجا لاثاره بحيث يكون للمشترى ان يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ، ويعد هذا اجازة للعقد .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ابرام العقـد . أما حيث تبدأ المدة من وقت العقد ، فان التقادم لا يتم الا بخمس عشرة سنة (١) .

وسيأتى ان حق المشترى فى ابطال العقد يسقط بغـير الاجازة والتقادم ، اى باقرار المالك او يكسب البائع الملكية او بأن تخلص الملكيـة للمشترى من طريق الحيازة .

٢٩٣ - (٣) حرمان البـائع من حق ابطال البيع - نصت المـادة ٤٦٦ فقرة اولى على أن للمشترى طلب ابطال البيع ، ولم تنص على أن للبائع هـذا الحق . فلا يجوز اذن للبائع طلب الابطال (٢) . فاذا طالب المشترى البائع بنقل الملكية اليه او بالتسليم ، لم يجـز للبائع ان يدفع هذه المطالبة ببطلان البيع . ويعلل ذلك عادة بأن البائع هو الذى يجب ان يعرف ما اذا كان يملك المبيع او لا يملكه . فاذا كان عالما بعدم ملكيته ، فهو مخطىء فى التزامه ببيع ما لا يملك . واذا كان لا يعلم بعدم ملكيته ، فهو ايضا مخطىء لانه كان يجب أن يعلم ، ولا يجوز له فى كلتا الحالتين أن يتخلص من التزامه بالاستناد الى خطئـه . ونضيف الى ذلك أن المشترى انما خول الحق فى طلب ابطال العقد لان العقد فى هذه الحالة عاجز عن ان ينقل اليه الملكية التى بذل من اجلها الثمن . أما البائع فان العقد يخوله كافة الحقوق التى تنشأ من العقد الصحيح الصـادر من مالك ، ومنها حقه فى اقتضاء الثمن ، فهـو لا يتضرر من شيء وبالتالى لا محل لحمايته من طريق منحه الحق فى ابطال البيع (٣) .

ولا يترتب على حسن نية البائع الا اعفاء الاخير من المسـئولية عن الاضرار غير المتوقعة التى تصيب المشترى حسن النيـة بسبب بطلان البيع كما سيجيء فيما يلى :

---

(١) قارن عكس ذلك السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٢٩٠ هامش ١ .

(٢) خميس خضر نبذة ١٧٣ ص ٢٧٣ .

(٣) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٦١ ص ٢٩٠ ، البدوارى نبذة ٢٩٩ . قارن عكس ذلك الهلالى وحامد زكى نبذة ١٨٥ ص ١٧٥ ، انور سلطان نبذة ٤٠٦ ط ٤٠٨ ، منصور نبذة ١١٤ ص ٢٤٨ ، جميل الشرقاوى نبـذة ١١ ص ١٠٥ حيث يعترفون للبائع الذى كان يعتقد خطأ أن المبيع مملوك له بحق ابطال البيع اذا كان المشترى واقعا فى الغلط داقه او عالما أن البائع واقع فيه او كان فى استطاعته ان يعلم ذلك .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٢٩٤ - (٤) عدم نفاذ بيع ملك الغير فى حق المالك الحقيقى - تنص المادة ٤٦٦ فقرة ثانية على أنه « فى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد » . وتعليل ذلك أن المالك أجنبى عن العقد ، فلا يضار به ، ولا تنتقل الملكية منه الى المشترى بدون رضاه .

وقد تقدم أن المشترى يملك اجازة العقد والنزول عن حقه فى ابطاله . ولكن هذه الاجازة - ولو أنها تجعل العقد غير قابل للابطال بتاتا - لا يمكن أن تؤثر فى حق المالك ، ويبقى العقد مع اجازته عاجزا عن أن ينقل الملكية الى المشترى ، أى انه يبقى غير نافذ فى حق المالك (١) .

غير أن ذلك ليس معناه أن العقد لا يمكن أن يضر المالك بأى حال ، لأنه اذا كان غير نافذ فى حق المالك وعاجزا عن نقل الملكية منه الى المشترى باعتباره عقدا صحيحا منتجا جميع آثاره ، فانه يعتبر مع ذلك « سببا صحيحا » juste titre يفيد فى الاستناد اليه لكسب الملكية من طريق الحيازة . فاذا كان المبيع منقولا وتسلمه المشترى بحسن نية بناء على هذا العقد الصادر من غير المالك ، جاز للمشترى أن يكسب ملكيته من طريق الحيازة وفقا لقاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » المادة ٩٧٦) . واذا كان المبيع عقارا وتسلمه المشترى بحسن نية ، جاز له أن يكسب ملكيته بمضي خمس سنوات أى من طريق التقادم قصير المدة (المادة ٩٦٩) . وفى كلتا الحالين يفقد المالك حقه ويكون العقد الذى صدر من غير المالك أحد العوامل الفعالة فى ذلك . فيجدر بنا التحفظ والالتفات الى هذا الضرر ، عند القول بأن بيع ملك الغير لا يضر المالك . واذا تحقق هذا الضرر ، كان للمالك حق مطالبة البائع بتعويضه .

٢٩٥ - (٥) زوال قابلية العقد للابطال باقرار المالك او باى طريق آخر يتحقق به انتقال الملكية الى المشترى - تقدم أن قابلية العقد للابطال تزول باجازة المشترى اياه ، فيعتبر العقد صحيحا بصفة نهائية ولكنه يظل مع ذلك عاجزا عن أن ينقل الملكية الى المشترى .

ولان السبب الذى من أجله تقرر حق المشترى فى ابطال العقد هو منع الضرر

---

(١) فى هذا المعنى منصور نبذة ١١٣ ص ٢٤٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الذى يلحقه بسبب عدم انتقال الملكية اليه ، تعين سقوط هذا الحق بمجرد امتناع الضرر المذكور ويكون ذلك فى الاحوال الآتية :

٢٩٦ — (أ) اقرار المالك العقد — اذا أقر المالك العقد الصادر من البائع الى المشترى ، كان اقراره اياه قبولا منه بالارتباط شخصيا بالتزامات البائع ترتب عليه انتقال الملكية منه الى المشترى (١) ، وبذلك يرتفع عن المشترى الضرر الذى من أجله تقرر له حق الابطال ، فينقضي هذا الحق تبعا لزوال سببه . وقد نصت المادة ٤٦٧ فقرة أولى على ذلك صراحة حيث قالت انه « اذا أقر المالك البيع ، سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحا فى حق المشترى » (٢) . ولان هذا النص لم يشترط ان يكون الاقرار صراحة ، كان من الجائز أن يكون الاقرار ضمنيا (٣) .

---

(١) فى هذا المعنى توفيق فرج نبذة ٧٧ ص ٦٤٨ .

(٢) أنظر تطبيقا لذلك فى نقض مدنى ١٨ ابريل ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض ١٩ — ٧٨٠ — ١١٣ .

(٣) نقض مدنى ٣٠ ابريل ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ١ — ٤٣٣ — ١١١ وقد جاء فيه ان توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن لا يمكن تأويله الا بأنه اقرار لهذا البيع ، وخصوصا اذا كان قد ورد فى هذا العقد وصفه كبائع مع زوجته ، وكان هو لم يعارض فى دعوى صحة التعاقد التى أقامها الصادر له العقد وحكم فيها بصحة التعاقد ونفذ هذا الحكم وتسلم المشترى المبيع . واذن فمن الخطأ الا يعتبر الحكم مثل هذا التوقيع للبيع بمقولة أن الاجازة الصادرة من المالك الحقيقى فى حدود المادة ٢٦٤ مدنى (قديم) والتى بمقتضاها يصحح العقد يجب ان تصدر من المالك فى صيغة اجازة صريحة .

وأيضا نقض مدنى ١٨ ابريل ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ — ٧٨٠ — ١١٣ وقد جاء فيه اذا كان ورثة المشترى فى عقد بيع ملك الغير قد طلبوا ثبوت ملكيتهم استنادا الى هذا العقد المسجل فانهم يكونون بذلك قد أجازوا هذا العقد ولا يكون بعد لغير المالك الحقيقى ان يعترض على هذا البيع وان يطلب عدم سريانه فى حقه .

غير أنه يلاحظ فى هذا الشأن أن الاجازة تقتضى ان يكون المجيز عالما بسبب الابطال حتى يكون نزوله عن التمسك بحقه فى الابطال صادرا عن بينة من الامر . فاذا طالب المشترى بثبوت ملكيته بعد علمه بصدور عقده من غير مالك أو على الاقل بعد حصول المنازعة له من المالك الحقيقى ، فيجوز اعتبار مطالبته هذه اجازة ضمنية للعقد واسقاطا لحقه فى التمسك بأبطاله . ويغلب ان يكون الامر كذلك اذا كانت حصلت المطالبة من جانب المشترى بتثبيت ملكيته بعد تسجيل عقده كما فى القضية التى صدر فيها الحكم المشار اليه . أما اذا حصلت تلك المطالبة قبل تسجيل عقده وقبل ان ينازعه أحد ، فيحتمل الا يكون قد علم بعدم ملكية البائع وحينئذ لا تكون مطالبه البائع اليه بتنفيذ التزاماته بما فى ذلك التزامه بنقل الملكية دليلا على اجازته العقد وعلى اسقاط حقه فى ابطاله عندما يثبت له أن البائع اليه غير مالك .

وفى هذا المعنى ايضا نقض مدنى ٤ امارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ — ٢٩٨ — ١٥ المشار اليه فى الهامش السابق

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويلاحظ فى شأن نص المادة ٤٦٧ فقرة اولى ما يلى :

اولا — انه يشترط فى سقوط حق المشترى فى ابطال العقد صدور الاقرار من المالك قبل رفع دعوى الابطال . اما اذا صدر الاقرار بعد وذلك ولو قبل الحكم فى الدعوى، فانه لا يسقط حق المشترى فى الابطال، وذلك لأن الحكم يستند الى وقت رفع الدعوى فيكفى أن يكون الحق قائما فى ذلك الوقت ولا تتأثر الدعوى بما يحدث بعده (١) .

ثانيا — ان اقرار المالك يجعل العقد نافذا فى حقه من تاريخه لا من تاريخ العقد ، فتنتقل الملكية الى المشترى من تاريخ الاقرار أو من تاريخ تسجيله اذا كان المبيع عقارا ، ويترتب على ذلك أن صدور الاقرار من المالك ، ونفاذ العقد فى حقه وانتقال الملكية بناء عليه لا يضر بالحقوق التى كسبها الغير من المالك قبل ذلك .

فاذا كان المالك قد رهن العقار المبيع أو رتب عليه حق ارتفاق قبل ان يقر البيع الصادر من الغير ، وكان المرتهن أو صاحب حق الارتفاق قد شهر حقه قبل تسجيل اقرار المالك ، فان الملكية تنتقل بهذا التسجيل الى المشترى محملة بحق الرهن أو الارتفاق .

ثالثا — ان اقرار المالك يعد اعتمادا لما قام به البائع، فيترتب عليه التزام المالك من وقت صدور هذا الاقرار منه بكل ما التزم به البائع اى انه يلتزم ابتداء من هذا التاريخ بكل ما التزم به البائع وتقوم بينه وبين المشترى علاقة مباشرة . فيجوز للمالك أن يطالب المشترى بالثمن وان يعرض عليه تسلم المبيع ، ويجوز للمشترى ان يطالب المالك بالتسليم وان يرجع عليه بضمان التعرض أو بضمان العيوب الخفية عند الاقتضاء . ويترتب على اقرار المالك البيع وعلى تنفيذه الالتزامات الناشئة منه ان تبرأ ايضا ذمة البائع من هذه الالتزامات . غير انه اذا كان البائع قد حصل شيئا من الثمن ، وجب عليه ان يؤدى عنه الى المالك حسابا وان يدفع اليه رصيد هذا الحساب كما لو كان وكيلا عنه فى عقد البيع . واذا أخل المالك ببعض التزاماته الناشئة من العقد ، كان البائع مسئولا

---

(١) فى هذا المعنى الهلالى وحامد زكى فقرة ١٨ ص ١٧٣ ، أنور سلطان فقرة ٤٠٨ ، كامل مرسى فقرة ٢٣٤ ص ٤٤٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

منعه عن ذلك لأن ذمته لاتبرأ من هذه الالتزامات الا بالوفاء بها من جانبه أو من جانب المالك الذى أقر العقد .

٢٩٧ ـ (ب) كسب البائع الملكية ـ وقد نصت المادة ٤٦٧ فقرة ثانية على انه « وكذلك ينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد» . وتعليل ذلك أن البائع يكون ملتزما بنقل ملكية المبيع الى المشترى ، وان الالتزام بنقل الملكية ينقل من من تلقاء نفسه هذا الحق وفقا للمادة ٢٠٤ مدنى اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم . فاذا تخلف انتقال الملكية الى المشترى عن وقت العقد بسبب عدم ملكية البائع المبيع حينئذ ، فانه متى زال هذا المانع بأن آلت الملكية الى البائع انتقلت الملكية من تلقاء نفسها الى المشترى وارتفع بذلك الضرر الذى كان هذا يشكو منه ، وسقط بالتالى حقه فى ابطال العقد لان هذا الحق لم يتقرر له الا لدفع ذلك الضرر .

بناء على ذلك اذا ورث البائع المبيع مثلا انتقلت الملكية الى المشترى من وقت ثبوت الارث للبائع ، وانتقلت اليه محملة بالحقوق التى سبق أن رتبها عليها المورث سواء قبل عقد البيع الصادر من غير المالك أو بعده ، ولم يعد للمشترى من وقت وفاة المورث أن يرفع دعوى ابطال البيع . أما اذا كان سبق له رفع هذه الدعوى وحدثت وفاة المورث قبل صدور الحكم ، فان الوفاة وما ترتب عليها من انتقال الملكية من المورث الى البائع ومن الاخير الى المشترى لا يترتب عليها انقضاء الخصومة ولا يبرر رفض دعوى الابطال ما دام المشترى لم ينزل عنها .

٢٩٨ ـ (جـ) كسب المشترى الملكية من طريق الحيازة ـ واذا لم يقر المالك البيع ولم يكسب البائع الملكية بعد العقد لكن تسلم المشترى المبيع بحسن نية ، توافرت فيه اذا كان المبيع منقولا شروط قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » ، وجاز له اذا كان المبيع عقارا أن يتمسك بالتقادم المكسب قصير المدة بعد حيازته المبيع خمس سنوات (١) ؛ أى انه فى كلتا الحالين يجوز للمشترى أن يعتبر

---

(١) ويشترط أن تقترن الحيازة بحسن نية المشترى ، ومن المقرر ان حسن نية المشترى من غير مالك لا يشترط توافره الا عند تلقى الحق (المادة ٩٦٠/مدنى) انظر نقض مدنى ٣٠ ابريل ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ ـ ٧٤٨ ـ ١٢١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

نفسه مالكا من طريق الحيازة وان يدفع بذلك دعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ، فتخلص له الملكية ويرتفع عنه الضرر الناشيء له بسبب عدم ملكية البائع وقت العقد . فان تمسك المشترى بذلك لم يكن ثمة مسوغ لاستعماله حق الابطال الذى منحه القانون اياه لمنع هذا الضرر عنه . وفى هذه الحالة يكون للمالك الحقيقى حق الرجوع على البائع بالتعويض .

ويلاحظ أن سقوط حق المشترى فى ابطال البيع بسبب كسبه ملكية المبيع لا يكون الا فى حالة كسب الملكية من طريق الحيازة ، لأن الحيازة فى هذه الحالة تستند الى العقد او تقوم مقامه فى أحداث الاثر الذى تخلف عنه وهو نقل الملكية الى المشترى دون بذل شيء من جانبه او تفويت اى حق عليه . أما لو كسب المشترى ملكية المبيع من طريق الشراء من المالك الحقيقى ، فيكون له الحق فى طلب ابطال البيع الصادر اليه من غير المالك .

٢٩٩ - (٦) حق المشترى فى التعويض عن البطلان - واذا استعمل المشترى حقه فى طلب الابطال فى الوقت المناسب وحكم له به ، ثبت له الحق فى التعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب البطلان متى كان يجهل وقت العقد أن البائع لا يملك المبيع (المادة ٤٦٨) . أما اذا كان عالما وقت العقد عدم ملكية البائع للمبيع ، فانه يعتبر قابلا أن يعرض نفسه لبطلان الصفقة وتفويت مزاياها عليه ، ولا يكون له اذا تحقق هذا الفرض أن يطالب بتعويض الاضرار الناشئة عنه .

ولم يشترط التقنين الحالى ولا التقنين الفرنسي فى ثبوت حق المشترى فى التعويض سوى حسن نيته أى جهله ان البائع اليه غير مالك وانه يستحيل عليه لذلك نقل الملكية (١) . أما التقنين الملغى فقد كان

---

(١) نقض مدنى ١١ يونيه ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ - ٨١٤ - ١٢٨ وقد جاء فيه ان « المقصود من المادة ٤٦٨ من القانون المدنى التى تقضى بأنه « اذا حكم للمشترى بابطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » هو تقرير حق المشترى الذى حكم له بابطال البيع فى التعويض متى كان حسن النية . واذا جعل المشرع مناط حسن نية المشترى هو جهله بأن المبيع غير مملوك للبائع له فهو يعنى الا يكون هذا المشترى عالما وقت شرائه بأن البائع له لا يملك المبيع وبأنه يستحيل عليه لذلك نقل الملكية اليه ، ومن ثم فلا ينتفى حسن النية عن المشترى لمجرد علمه بأن سند البائع اله عقد بيع ابتدائى لما يسجل اذ فى هذه الحالة لا يستحيل على البائع نقل الملكية اليه بل ان انتقالها يكون ممكنا بمجرد تسجيل البائع عقد تمليكه ، ولا يعنى عدم تسجيل العقد عيبا فيه ، ذلك ان عقد البيع غير السجل عقد منتج لجميع آثاره ومنها التزام البائع بنقل الملكية المشترى ، وبتسجيله تنتقل اليه الملكية فعلا متى كان البائع مالكا للمبيع ».

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

يشترط فوق ذلك سوء نية البائع اى علمه وقت العقد بعدم ملكيته المبيع (المادة ٣٣٤/٢٦٥ فى نصها الفرنسي) . ولكن هذا الشرط كان منتقدا لأن جهل البائع عدم ملكيته لا يسوغ اعفاءه من تعويض المشترى، الا انه كان يجب عليه أن يعلم قبل الاقدام على التعاقد حقيقة مركزه من حيث الملكية ، فاذا لم يفعل ، فقد قصر فى واجبه ولزمه تعويض الطرف الآخر عما أصابه من ضرر بسبب بطلان العقد الذى اعتمد عليه . لذلك ذهب بعض الاحكام والشراح فى ظل التقنين الملغى الى أن حسن نية البائع لا يعفيه من الالتزام بالتعويض . غير أن هذا الرأى بالرغم من وجاهته كان يصطدم مع صراحة نص المادة ٣٣٤/٢٦٥ ، فلم يمكن الاخذ به ، وحدا ذلك المشرع عند تنقيح القانون المدنى الى النص صراحة فى المادة ٤٦٨ على أن البائع يلزم بالتعويض ولو كان حسن النية .

غير أن ذلك لا يعنى انه لا فرق بين البائع حسن النية والبائع سيء النية اذ ان قواعد المسئولية العقدية تفرق بين المدين حسن النية والمدين سيء النية من حيث مدى التعويض الذى يلتزم به كل منهما ، فالأول لا يسأل الا عن الضرر الذى كان متوقعا عقلا وقت العقد كالمصروفات الضرورية والمصروفات النافعة التى انفقها المشترى على المبيع ، أما الثانى فيسأل عن جميع الاضرار المباشرة متوقعة كانت أو غير متوقعة ، فتدخل فيها ايضا المصروفات الكمالية . غير ان هذا الرأى يفترض ان مسئولية البائع فى هذه الحالة مسئولية عقدية فى حين انه من المسلم ان المسئولية العقدية لا تقوم الا نتيجة اخلال بالتزام ناشيء من عقد صحيح . فاذا كان العقد باطلا فلا تكون المسئولية الا تقصيرية ويترتب عليها الزام المسئول بتعويض كافة الأضرار المباشرة ، ما كان منها متوقعا وقت العقد وما لم يكن متوقعا ، سواء كان البائع حسن النية أو سيء النية(١) .

٣٠٠ ـ تأصيل أحكام بيع ملك الغير ـ تلك هى احكام بيع ملك الغير التى نص عليها التقنين المدنى المصرى الحالى والتى سبقته الى تقريرها المحاكم الفرنسية والمصرية .

---

(١) انظر فيما يتعلق بنظرية الخطأ فى تكوين العقد وعدم اخذ المشرع المصرى بها في هذا الخصوص كتابنا فى شرح القانون المدنى جـ ٢ فى الالتزامات نبذة ٢٢٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ولا بد من الاعتراف بأن المحاكم قد سلكت فى تقرير هذه الأحكام سبيل الاجتهاد ، وانها لم تلتزم فى هذا السبيل حد تطبيق النصوص بل جاوزته الى حد الانشاء مستعينة فى ذلك بالمبادىء العامة للقانون ، ذلك أن المادة ١٥٩٩ مدنى فرنسي اقتصرت كما تقدم على تقرير بطلان بيع ملك الغير وحق المشترى فى التعويض ، فلم تجعل حق التمسك بالبطلان مقصورا على المشترى دون البائع ولم تنص على أن البيع ينتج اى اثر فى ذمة البائع او المشترى ولم تسمح باجازة العقد لا من جانب المشترى ولا من جانب المالك ولم تقرر سقوط حق المشترى فى طلب الابطال لمجرد اقرار المالك العقد او لكسب البائع او المشترى ملكية المبيع ، وكذلك المادة ٣٣٣/٢٦٤ مدنى مصرى قديم لم تذكر من كل ما تقدم سوى جواز اقرار المالك العقد ، فكان ذلك باعثا الفقه على أن يجتهد هو ايضا فى تأصيل تلك الأحكام وايجاد سند لها من طريق تعيين ماهية بيع ملك الغير .

ولقد تعددت آراء الشراح واختلفت مذاهبهم فى ذلك اختلافا كبيرا . غير انه يمكن ردها جميعا الى اربعة آراء رئيسية : الاول يسلم بالأحكام التى قررتها المحاكم ويردها الى نظرية الفسخ ، والثانى يتمسك بنص القانون الذى يقرر ان بيع ملك الغير يقع باطلا للقول بأن هذا البطلان مطلق وبأن فيما ذهبت اليه المحاكم خروجا على النص وعن قصد المشرع ، والثالث يرى ان العقد يكون فى هذه الحالة موقوفا على اجازة المالك الحقيقى كما فى الشريعة الاسلامية ، والرابع يرى بطلان بيع ملك الغير بطلانا نسبيا لامكان التوفيق بين نص القانون والنتائج التى وصلت اليها المحاكم .

وسنعرض فيما يلى كلا من هذه النظريات الاربع مع تقديرها ونقدها ، ثم نعقب على ذلك برأينا الخاص فى تكييف هذا البطلان .

٣٠١ - (أ) نظرية الفسخ - ذهب فريق من الشراح الى ان بيع ملك الغير يقع صحيحا ، وان لم ينقل الملكية الى المشترى ، لان نقل الملكية ليس من مستلزمات عقد البيع . وليس ادل على ذلك من أن أنواعا كثيرة من البيوع لا يترتب عليها نقل الملكية وهى مع ذلك مسلم بصحتها كبيع المثليات وبيع الأموال المستقبلة وغيرهما .

وغاية الامر انه اذا لم يقم بائع ملك الغير بتنفيذ التزامه بنقل

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الملكية ، جاز للمشترى أن يطلب الفسخ مع التعويض سواء كان البائع حسن النية أو سيء النية . أما البائع فلا يجوز له طلب الفسخ لأنه هو المخل بالتزامه ، فاذا تمكن البائع من نقل الملكية الى المشترى ، سواء اكان ذلك يحمل المالك على اقرار البيع أم كان يكسبه هو ملكية المبيع ونقلها بعدئذ للمشترى ، فلا يكون ثمة محل لأن يطلب المشترى الفسخ.

وبذلك يدلل هذا الفريق من الشراح على أن النتائج التى ترتبها المحاكم على احكام بيع ملك الغير تتفق كلها مع قواعد الفسخ ، واذن لا يكون ثمة محل للتمسك بلفظ القانون الذى ذكر فيه البطلان مادامت قواعد البطلان لاتؤدى الى هذه النتائج المسلمة التى تؤدى اليها نظرية الفسخ(١) .

ويعترض على هذه النظرية (اولا) بأنها تصطدم بنص القانون الذى يقضي فى هذه الحالة بالبطلان لا بالفسخ .

ويعترض عليها (ثانيا) بأنها تتجاهل التطور الذى حصل فى طبيعة عقد البيع فى القانون الحديث حيث صار البيع ناقلا للملك بذاته . واذا كان القانون الحديث مازال يعتبر بعض انواع البيوع صحيحة مع انها لاتنقل الملكية بذاتها ، فما ذلك الا استثناء من الاصل يسمح بالقول بأن البيع فى القانون الحديث صار نوعين : أحدهما يقصد به أن ينقل الملكية بذاته ويعتبر أثره الناقل للملكية من طبيعته ومن مستلزماته ، فلا ينعقد العقد دون أن ينتج هذا الأثر . ويعد هذا النوع هو الاصل ويشمل كل بيع وارد على مال حاضر معين بالذات ولم يرجأ فيه انتقال الملكية بارادة الطرفين . والنوع الثانى يقتصر على انشاء التزام بنقل الملكية ، فلايعتبر انتقال الملكية بمجرد العقد من مستلزماته خلافا للنوع السابق ، ويشمل البيوع التى ترد على أموال مستقبلة او على أموال حاضرة غير معينة

---

(١) كولميه دى سانتير جـ ٧ نبذة ٢٨ مكرر ، جودميه فى النظرية العامة للالتزامات ، باريس سنة ١٩٣٧ ص ١٠٧ و ١٨٠ ، جميل الشرقاوى فى بطلان التصرف القانونى ،رسالته من جامعة القاهرة سنة ١٩٥٦ نبذة ١٠٣ ص ٢٩٣ ، وفى كتابه فى البيع سنة ١٩٦٦ نبذة ٤١ ص ١٠٧ ، اسماعيل غانم ص ٢١ و ٢٢ ، السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٢٧٦ هامش ١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بالذات والبيوع المؤجل فيها انتقال الملكية بارادة الطرفين وهى كلها عقود لا يقصد بها عاقدوها نقل الملكية فورا . فاذا اتجهت نية العاقدين فى بيع ملك الغير الى ابرام بيع ناقل للملك بمجرد الاتفاق ، كان من الواضح أن العقد الذى قصداه غير ممكن انعقاده . ولا يجوز القول بأنه ينعقد ولا ينقل الملكية لأن نقل الملكية من مستلزماته ، ولأنا اذا قلنا بانعقاد عقد غير ناقل للملكية ، فيكون هذا العقد مغايرا للعقد الذى قصده العاقدان . فلابد من التسليم بأن بيع ملك الغير يقع باطلا مادام قد قصد به أن يكون ناقلا للملك بذاته .

ويعترض اخيرا على نظرية الفسخ بأنها تؤدى فى بعض المسائل الى نتائج تخالف النتائج التى قررتها المحاكم . من ذلك : (١) أن قواعد الفسخ تقضي بأن لا يجوز طلب الفسخ الا بعد اعذار المدين فى حين أن المحاكم تسلم بأنه يجوز للمشترى أن يطلب الابطال دون اعذار البائع ، (٢) وأن قواعد الفسخ تجيز للمحكمة أن تمنح المدين اجلا للوفاء فى حين أن المحاكم تقضي بأنه متى طلب المشترى الابطال تعين الحكم له به ، أى أن المحاكم لاتملك فى طلب الابطال سلطة التقدير خلافا للامر فيما يتعلق بالفسخ(١) ، (٣) وأن قواعد الفسخ تسمح برفض طلب الفسخ اذاعرض المدين الوفاء قبل النطق بالفسخ فى حين أن المحاكم تقضي بأن اقرار المالك البيع الصادر من غيره أو كسب البائع ملكية المبيع لا يحول أيهما دون الحكم بالبطلان الا اذا حدث ذلك قبل رفع المشترى دعوى الابطال.

لكل هذه الاعتراضات لم يصادف هذا الرأى نجاحا ، بل ما لبث أن صار مهجورا .

٣٠٢ — (ب) نظرية البطلان المطلق—وذهب فريق آخر من الشراح الى أن القانون قد نص على بطلان بيع ملك الغير ولم يرتب عليه أى حكم ، وذلك لا يسمح بالقول بأن هذا البطلان نسبى ، فيكون مطلقا (٢) . أما الزام البائع بتعويض المشترى ، فأساسه ليس العقد وانما خطأ البائع فى بيع ما لا يملك. أما ماورد فى المادة ٢٦٤/٣٣٣ مصرى ملغى من جواز اجازة المالك العقد ، فيفسر بأن ارادة المالك تقترن بارادة المشترى

---

(١) بودرى لا كانتينرى نبذة ١١٧ ص ١٠٧ و ١٠٨ ، السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٥٥ ص ٢٧٦ .

(١) بيدان جـ ١١ نبذة ١٤ ، أوبرى ورو جـ ٥ نبذة ٣٥١ هامش ٤٣ . .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

السابقة وينعقد من اقترانهما عقد جديد . أما العقد الاول بين بائع ملك الغير والمشترى ، فقد وقع باطلا بطلانا مطلقا (١) سواء لانعدام سبب التزام المشترى وهو نقل الملكية اليه من البائع أم لاستحالة محل التزام البائع بنقل الملكية فور العقد(٢) .

وقد اعترض على هذا الراى اولا من حيث استناده الى انعدام سبب التزام المشترى بأن هذا الالتزام ليس معدوم السبب بل سببه التزام البائع بنقل الملكية وبتسليم المبيع وضمانه ، ومن حيث استناده الى استحالة محل التزام البائع بنقل الملكية فور العقد بأن هذه الاستحالة نسبية لا يترتب عليها بطلان العقد (٣) .

واعترض عليه ثانيا من حيث النتائج العملية بأنه يخالف النتائج المسلمة التى أخذت بها المحاكم(٤) . فهو لا يسمح باجازة العقد ولا يحرم البائع من التمسك بالبطلان بل يجيز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها خلافا لما ذهبت اليه المحاكم فى شأن هذه المسائل ، قالت محكمة النقض فى هذا الشأن أن البيع الصادر من غير مالك ان كان باطلا ، فان بطلانه ليس بطلانا أصليا ، بل ان القانون نص على صحته اذا أجازه المالك (٥) .

٣٠٣ — (ج) نظرية العقد الموقوف — لذلك ذهب رأى آخر ، أخذا بالاعتراض الفقهى الموجه الى نظرية البطلان المطلق ، الى أن بيع ملك الغير لايقع باطلا ، وانما يكون صحيحا موقوفا فقط على اقرار المالك اياه . فان أقره ، نفذ فى حقه وانتج جميع آثاره سواء فى حق العاقدين

---

(١) وفى هذا قالت محكمة استئناف مصر أن من المقرر شرعا أن من يبيع ملك غيره على أنه ملك لنفسه فبيعه باطل ، ولا تلحقه الاجازة لعدم انعقاده أصلا ، الأنها ينعقد موقوفا على اجازة مالكه اذا باعه على أنه ملك لغيره . وولاية الاب على ولده الصغير وان كانت تخول له حق بيع عقار القاصر . الا انها لا تخرجه عن القاعدة العامة السابق ذكرها ، ويجب لانعقاد هذا البيع ان يقرر الولى ببيع ملك ابنه ، والفارق الوحيد بينه وبين غيره ان ولايته تقوم مقام اجازة المالك الحقيقى فى الاحوال الاخرى ، استئناف مصر ٢٢ مايو ١٩٣٤ المجموعة ٣٦ رقم ٤٤) .

(٢) قرب منصور نبذة ١١٥ ص ٢٥٣ و ٢٥٤ .

(٣) هنرى وليون مازو فى شرح القانون المدنى جـ ٢ ص ٦٩٥ رقم ٨١٦ .

(٤) بودرى لاكانتينرى وسنيا فى البيع والمقايضة بنذة ١١٧ ص ٩٣ و ٩٤ .

(٥) نقض مدنى ٨ ابريل ١٩٤٤ فهرس الخمسة وعشرين سنة لاحكام النقض ص ٣٦٧ نبذة ١٧٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

او فى حق المالك ، والا بقى العقد صحيحا ولكنه موقوف الاثر ، كما هو شأن العقد الموقوف فى الفقه الاسلامى(١) .

ويؤخذ على هذا الرأى أنه لايستقيم مع تنظيم المشرع بيع ملك الغير ، ذلك التنظيم الذى يجعله ينتج من وقت ابرامه جميع آثاره فيما عدا انتقال ملكية المبيع الى المشترى. ولو كان هذا العقد يقع موقوفا، لما كان له اى اثر قبل اقراره ممن جعل العقد موقوفا مراعاة لحقه .

ويؤخذ عليه ايضا انه يصطدم مع صريح نص القانون الذى يخول المشترى حق ابطال العقد ، لأن القول بأن العقد موقوف ينطوى على انه صحيح وبالتالى لا يجوز ابطاله ، وانه لا محل لقياس بيع ملك الغير على التصرف الذى يصدر ممن لا ولاية له ، لأنه اذا جاز اعتبار هذا التصرف الاخير موقوفا على اجازة من يملك الولاية استنادا الى حكم الفقه الاسلامى باعتباره مصدرا من مصادر القانون المصرى طبقا للمادة الاولى فقرة ثانية مدنى ، فان الاستناد الى هذه المادة لا يجوز فيما يتعلق ببيع ملك الغير لأن الرجوع الى الفقه الاسلامى لا يجوز طبقا للمادة المشار اليها الا فى الحالات التى لايوجد بشأنها نص فى القانون ، وليست من بينها حالة بيع ملك الغير التى تنظمها المواد ٤٦٦ ومابعدها(٢)

---

(١) قال بهذا الرأى زميلنا الدكتور شفيق شحاته فى النظرية العامة للتأمين العينى ط ٣ سنة ١٩٥٥ نبذة ٩٢ ص ٨٥ وما بعدها . وعنده « أن الرأى الصحيح هو أن العقد لا يعتبر باطلا بحال من الاحوال ، فهو قد استوفى جميع شروط انعقاده وصدر ممن يعتبر أهلا له ، وان كان لا ولاية له على العين محل التعاقد . والعقد عند انعدام الولاية يعتبر عقدا موقوفا ، أى ان اثره يظل معلقا على ارادة من له الولاية . فاذا صدر الاقرار انتج العقد جميع آثاره من وقت صدوره . أما قبل ذلك ، فالعقد لا أثر له ، ولو أجازه المتعاقد الآخر . ولذلك لا يمكن القول بأن العقد قابل للابطال وتصححه الاجازة . وهذه الاجازة هى عبارة عن نزول العاقد الاخر عن حقه فى الرجوع . والعقد قبل الرجوع يصلح محلا للاقرار . أما بعده فلا يمكن أن يرد عليه الاقرار . واذا كان البائع لا يستطيع التحلل من العقد فذلك لان العقد الموقوف قد رتب للمتعاقد الآخر حقا موقوفا . واذا كان المتعاقد الآخر يستطيع النزول عن هذا الحق ، فالطرف الاول لا يستطيع ذلك . وهذا الحق ليس حق الملكية ، بل هو حق احتمالى منشؤه العقد الموقوف الذى يضع المتعاقدين فى مركز قانونى اشبه ما يكون بمركز المتعاقدين فى الفترة التى تسبق العقد avant-contrat

(٢) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٥٧ ص ٢٨١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٣٠٤ — (د) نظرية البطلان النسبى — لذلك ذهبت كثرة الشراح والمحاكم فى فرنسا وفى مصر الى ان بطلان بيع الملك الغير بطلان نسبى باعتبار أن هذا النوع من البطلان هو الذى يسمح بترتيب جميع الاحكام التى رتبتها المحاكم ثم التقنين المصرى الحالى على بيع ملك الغير .

غير انهم اختلفوا فى تأسيس هذا البطلان ، فقال البعض انه راجع الى غلط المشترى فى صفة جوهرية فى البائع وهى كونه مالكا ، وقال آخرون انه راجع الى غلط فى صفة جوهرية فى المبيع وهى كونه مملوكا للبائع (١) .

ولكن يعترض على كلا الفريقين بأن القانون والمحاكم لاتعتبر سبب البطلان غلط المشترى وان الدليل على ذلك هو انه من المسلم ان المشترى يجوز له طلب ابطال البيع ولو كان وقت العقد عالما ان البائع غير مالك(٢).

ولذلك قال فريق آخر من الشراح أن بطلان بيع ملك الغير بطلان نسبى ولكنه غير مبنى على القواعد العامة ، بل بطلان من نوع خاص sui-generis مقرر فى حالة خاصة بنص القانون (٣) .

ويعترض على ذلك (أولا) بأن القول بأن هذا البطلان من نوع خاص لا يفسر شيئا ويعتبر تسليما بالعجز عن رد احكام بيع ملك الغير كما هى مقررة الى القواعد العامة ، وبانه لا يصح التسليم بذلك قبل استنفاد جميع الوسائل التى تتيحها لنا القواعد العامة .

و (ثانيا) بأن القول بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا قول لا يتفق مع أهم حكم من أحكام بيع ملك الغير ، وهو انه لا ينقل ملكية المبيع ، مع أن العقد الباطل بطلانا نسبيا ينتج جميع آثاره كاملة كما لو كان صحيحا صحة تامة لا مطعن عليها الى أن يتقرر بطلانه .

---

(١) جوسران جـ ٢ نبذة ١٠٤٣ و ١٠٤٥ ، هنرى وولبون مازو جـ ٢ نبذة ٨١٦ ص ٦٩٥ و ٦٩٦ .

(٢) فى هذا المعنى السنهورى جـ ٤ ص ٢٧٧ هامش ٣ ، اسماعيل غانم ص ٩٩ .

(٣) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٥٨ ، بهجت بدوى فى بطلان بيع ملك الغير ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى ص ٥٩٩ ، الهلالى وحامد زكى ص ١٦٦ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٣٠٥ - (د) رأينا فى الموضوع - ونحن نسلم بصحة الاعتراضات التى وجهت الى كل من هذه النظريات فيما عدا الاعتراض النظرى الذى وجه الى احدى صورتى نظرية البطلان المطلق ، وهى التى تؤسس هذا البطلان على استحالة محل التزام البائع بنقل الملكية ، أعنى الاعتراض الموجه الى القول بأن استحالة نقل ملكية المبيع المملوك للغير فور العقد استحالة مطلقة ، ذلك أن الاستحالة المطلقة التى تستتبع البطلان المطلق ليس المقصود بها استحالة الأمر على الكافة وفى جميع الظروف والأحوال وانما المقصود بها استحالة الأمر فى ظروف معينة هى الظروف المحيطة بالمدين . وتقدر الاستحالة بمعيار موضوعى أى بمعيار الرجل المعتاد ، فتعتبر مطلقة متى كان الرجل المعتاد اذا وجد فى مثل الظروف المحيطة بالمدين يستحيل عليه القيام بمحل الالتزام ولو كان يستطيع القيام به فى ظروف اخرى . ويعتبر من الظروف المحيطة ببائع ملك الغير كونه غير مالك المبيع ، ومما لاشك فيه أن الرجل المعتاد يستحيل عليه اذا كان غير مالك لشيء معين أن ينقل ملكيته الى غيره ، فيعتبر محل التزام بائع ملك الغير بنقل ملكية المبيع فور العقد مستحيلا استحالة مطلقة يترتب عليها بطلان العقد بطلانا مطلقا .

هذا من الناحية النظرية . اما من ناحية الأحكام والنتائج العملية فمن الواضح أن نظرية البطلان المطلق اذا اخذ بها وحدها تؤدى الى نتائج مغايرة للأحكام التى نص عليها التقنين المصرى الحالى والتى جرت عليها أحكام المحاكم من قبل . ولكن اذا أمكن تكملتها بقاعدة أو نظرية اخرى من القواعد العامة التى يقوم عليها التشريع بحيث تؤدى الى النتائج والاحكام المسلمة ، كان ذلك أولى بالاتباع من القول بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا من نوع خاص .

وعندى أن تكملة نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد الباطل conversion المنصوص عليها فى المادة ١٤٤ مدنى يمكن أن تفسر لنا جميع الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير على الوجه الآتى :

اذا ثبت اتجاه قصد العاقدين الى ابرام عقد بيع ناقل للملك بذاته ، اى عقد بيع من النوع الاول من النوعين الذين تقدمت الاشارة اليهما

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وكان البائع غير مالك المبيع وقت العقد ، كان محل العقد مستحيلا فى ذاته اى بالنسبة الى البائع والى اى شخص آخر اذا وجد فى ظروف البائع حالة كونه غير مالك ، ووقع العقد الناقل للملكية بذاته الذى اتجهت اليه ارادة العاقدين باطلا بطلانا مطلقا .

غير انه يمكن تحوله الى عقد بيع منشيء لالتزامات فقط ، اى الى عقد بيع من النوع الثانى ، اذا ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف الى ذلك لو علما أن العقد الاول غير ممكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع. ويمكن القول بأن المشرع قد فرض فرضا غير قابل لاثبات العكس أن البائع قد انصرفت نيته المحتملة الى تحول عقد البيع من النوع الاول اى الناقل للملكية بذاته الى النوع الثانى الذى لاينشيء الا التزامات شخصية ، وانه لذلك لم يسمح للبائع بأن يتمسك ببطلان العقد الذى قصد ابرامه ولو انه بطلان مطلق . أما انصراف نية المشترى الى ذلك فمفروض الى أن يثبت العكس ، ولذلك ينتج عقد بيع ملك الغير آثار عقد من النوع الثانى كاملة مادام المشترى لم يتمسك بالبطلان . وهذا ما يفسر أن بيع ملك الغير ينشيء التزامات شخصية فقط ولا ينقل الملكية وانه يصح أن يجيز المشترى العقد لأن اجازته هذه تعتبر دليلا على انصراف نيته منذ ابرام العقد الى تحوله من النوع الاول الى النوع الثانى وتمنعه من أن يتمسك بعد ذلك بالبطلان ولو انها لا تنقل اليه الملكية ، كما يفسر امكان ورود اقرار المالك على العقد وامكان انتقال الملكية الى المشترى بمجرد أن يصير البائع مالكا الخ . أما اذا تمسك المشترى بالبطلان ، كان ذلك دليلا على أن نيته المحتملة لم تكن تنصرف الى تحول العقد من النوع الاول الى النوع الثانى ، ووجب اعتبار العقد باطلا بطلانا مطلقا وغير قابل لانتاج اى اثر قانونى ، والزم البائع بالتعويض باعتباره متسببا بخطئه فى أن يعقد المشترى معه بحسن نية عقدا باطلا .

وعلى ذلك يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير فى المواد ٤٦٦ وما بعدها تطبيقا تشريعيا لنظرية تحول العقد الباطل تجاوز فيه بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول ، اذ فرض فيه انصراف نية البائع المحتملة الى التحول فرضا غير قابل لاثبات العكس دون أن يفرض مثل ذلك فى نية المشترى . وبهذا القول وحده يمكن تفسير جميع احكام بيع ملك الغير المتقدمة ، وبه يمكن الاستغناء عن الالتجاء الى فكرة بطلان هذا البيع بطلانا نسبيا من نوع خاص ، تلك الفكرة التى تعتبر بمثابة تسليم بالعجز والتى لا ينبغى الالتجاء اليها

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الا عند عدم كفاية القواعد العامة لتفسير أحكام معينة(١) .

(١) وقد أخذ الاستاذ السنهوري على رأينا أمرين : (الاول) ان القول ببطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا يتعارض مع نصوص القانون القاطعة في أن هذا البيع قابل للابطال وليس باطلا بطلانا مطلقا ، و (الثاني) ان القول بأن هذا العقد يقع باطلا بطلانا مطلقا ويتحول الى عقد منشىء لالتزامات فحسب يتعارض مع نظرية التحول المعروفة (الوسيط جـ ٤ نبذة ١٥٦ ص ٢٨٠) .

وردنا على ذلك فيما يتعلق بالامر الاول أن نصوص القانون وتنظيمها احكام بيع ملك الغير لا تستقيم مع تكييف هذا العقد بأنه قابل للابطال كما لا تستقيم مع تكييفه بأنه باطل بطلانا مطلقا ، اذ ليس مما يتفق مع قواعد قابلية العقد للابطال تصحيح العقد بارادة شخص أجنبي عنه أو بمجرد حصول وقعة قانونية كأن يهبط على البائع غير المالك أو كسب هذا الاخير ملكية المبيع بالتقادم المكسب ، وفيما يتعلق بالامر الثاني اننا لا ننكر ان ما نقول به من تحول البيع الباطل باعتباره عقدا ناقلا الملكية بذاته الى عقد منشىء الالتزامات فحسب لا يتفق كل الاتفاق مع نظرية التحول المعروفة ، ولكننا نقول أن النصوص المتعلقة ببيع ملك الغير تفسر على أساس تطبيق المشرع نظرية التحول تطبيقا تشريعيا على هذا البيع . ومن المعلوم أن المشرع يملك عندما يطبق بنفسه نظرية معينة على حالة بذاتها أن يتجاوز عن بعض الشروط التي تتطلبها هذه النظرية العامة أو أن يعدل بعض الشيء في الآثار التي قررتها هذه النظرية . ومن أمثلة ذلك التطبيق التشريعي للمادة ١٤٦ مدني الخاصة بانصراف أثر العقد الى الخلف الخاص الذي نصت عليه المادة ٦٠٤ مدني بالنسبة لنفاذ الاجارة في حق المالك الجديد اذا باع المؤجر العين المؤجرة حيث تجاوز المشرع في هذه المادة الاخيرة عن شرط علم المالك الجديد بالاجارة وقت تلقي الملكية (انظر كتابنا في عقد الايجار سنة ١٩٦٨ نبذة ٢٧٨) . ومن هذا القبيل أيضا التطبيق التشريعي لنظرية الظروف الطارئة المقررة في المادة ١٤٧/٢ مدني الذي اجراه المشرع نفسه في القانون رقم ١٩٥٣/٤٥٢ الصادر بشأن تخفيض القدر المؤجل من أثمان الاطيان الزراعية التي بيعت قبل صدور قانون الاصلاح الزراعي وسرى عليها الاستيلاء الذي نص عليه هذا القانون في أيدي مشتريها ، حيث نص هذا التطبيق التشريعي على أن الفرق بين ثمن البيع وبين التعويض عن الاستيلاء يقسم مناصفة بين البائع والمشتري بشرط أن لا يجاوز ما يتحمله البائع قيمة الباقي من الثمن في ذمة المشتري . وقد خرج المشرع في هذا التطبيق التشريعي على الحكم العام لنظرية الظروف الطارئة في أنه لم يترك للقاضي سلطته التقديرية في رد الالتزام الذي صار مرهقا الى الحد المعقول بل فرض بقوة القانون قسمة الخسارة مناصفة بين البائع والمشتري (راجع ما تقدم في نبذة ٣٤٣) .

ويمكن ان يعتبر من هذا القبيل أيضا التطبيق التشريعي النظرية تحول العقد الباطل على بيع ملك الغير . ففيه افترض المشرع انصراف نية البائع الى تحول البيع الناقل للملكية الى بيع منشىء لالتزامات فرضا غير قابل لاثبات العكس وافترض انصراف نية المشتري أيضا الى ذلك فرضا قابلا لاثبات العكس . ولهذا لم يسمح للبائع بالتمسك ببطلان العقد ولكنه سمح للمشتري بذلك .

وقد اخذ زميلنا الاستاذ منصور مصطفى منصور على رأينا أمرين ايضا . اولهما عدم صحة ما ذهب اليه من اعتبار استحالة نقل بائع ملك الغير ملكية المبيع الى المشتري

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٣٠٦ - حكم بيع العقار المملوك للغير بعد صدور قانون التسجيل - كان التقنين الملغى ينص على بطلان بيع ملك الغير فى الوقت الذى كان فيه يقضي بأن البيع ينقل ملكية المبيع فيما بين العاقدين بمجرد الاتفاق ولم يكن يشترط تسجيل العقد الا للاحتجاج على الغير بنقل الملكية . فكان من الواضح أن بطلان بيع ملك الغير هو نتيجة طبيعية وحتمية لاعتبار البيع ناقلا الملك بذاته .

استحالة مطلقة تستتبع بطلان العقد بطلانا مطلقا استنادا الى أن عدم تملك البائع للمبيع لا يعتبر ظرفا خارجيا ولا يقام له وزن فى تقصى ما اذا كان الرجل العادى يستطيع نقل الملكية فى هذا الظرف ، والى أن هذا يجعل نقل الملكية ليس مستحيلا فى ذاته ، الامر الذى يمتنع معه القول ببطلان العقد (منصور نبذة ١١٦ ص ٢٥٤) .

وهذا الاعتراض مردود بأن كون المال المبيع مملوك لغير البائع امر موضوعى يجب أن يقام له وزن فى تقصى ما يعتبر ممكنا للرجل العادى أو غير ممكن ، ولا شك فى أن الرجل العادى يستحيل عليه أن ينقل الى المشترى مالا مملوكا لغيره .

ويضيف الاستاذ منصور الى ذلك أنه كان يمكن القول باستحالة نقل ملكية المبيع غير المملوك للبائع استحالة مطلقة لو أن العقد يترتب عليه انتقال الملكية مباشرة . اما والواقع أنه ينشىء التزاما بنقل الملكية أولا ثم ينفذ هذا الالتزام ، وما دام هذا الالتزام ممكنا فى ذاته فالعقد صحيح . وكل ما يترتب على عدم ملكية البائع للمبيع أن هذا الالتزام الذى ينشأ لا ينفذ بقوة القانون فور نشوئه . وهذا لا يمنع من صحة العقد (منصور ص ٢٥٦) .

ونحن نرى أنه حتى مع التسليم بأن العقد ينشىء التزاما بنقل الملكية ولا ينقل الملكية مباشرة ، فان ذلك لا ينفى استحالة تنفيذ الالتزام بنقل ملكية المبيع المملوك للغير اذا كان المقصود به نقل الملكية بمجرد العقد . أما اذا كان المقصود به نقل الملكية بعد حلول أجل أو تحقق شرط الخ . فلا يكون محل الالتزام مستحيلا ويكون العقد صحيحا . وهذا هو البيع الذى اعتبرناه بيعا من النوع الثانى .

وأخيرا يعترض الاستاذ منصور على رأينا فى تأسيس أحكام بيع ملك الغير على أساس فكرة تحول العقد من بيع ناقل الملكية بذاته الى بيع منشىء التزامات فحسب بأن نظرية التحول تقتضى ثبوت انصراف نية الطرفين المحتملة الى بيع من النوع الثانى وقت ابرام البيع الوارد على ملك الغير ، وبأن ما نذهب اليه من استخلاص عدم انصراف نية المشترى الى التحول من واقع طلبه ابطال العقد لا يتفق مع نظرية التحول التى تفترض ثبوت انصراف النية الى ذلك فى وقت ابرام العقد (منصور ص ٢٥٨) . وهذا الاعتراض مردود بأن التطبيق التشريعى قد افترض ثبوت انصراف نية المشترى الى التحول وقت ابرام العقد فرضا قابلا لاثبات العكس ، وانه لا يتصور أن يكون اثبات العكس وقت ابرام العقد ، والا لما كانت ثمة حاجة الى القرينة . ومن المتعين اذن أن يكون اثبات عكس القرينة تاليا لابرام العقد . وهذا نتيجة لتجاوز التطبيق التشريعى عن شرط ثبوت انصراف النية الى التحول وقت ابرام العقد .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فلما صدر قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ ونص على أن العقد لاينقل الملكيةالعقارية لا فيما بينالعاقدين ولا بالنسبة للغير الا بتسجيله، قام خلاف كبير بين شراح القانون المصرى فى شأن بيع ملك الغير . فقال فريق أن عقد بيع العقار المملوك للغير اصبح يقع صحيحا لان بيع العقار لم يعد ناقلا للملك بذاته بل بالتسجيل ، فانعدمت فيه علة بطلان بيع ملك الغير . وغاية الأمر ان المشترى يكون له حق فسخ البيع لعدم قيام البائع بالتزامه بنقل الملكية . غير انه لم يسع هذا الفريق من الشراح الا التسليم بأن عقد بيع العقار المملوك للغير متى تم تسجيله توافرت فيه حكمة بطلان بيع ملك الغير وصار باطلا . ومؤدى هذا أن بيع عقار الغير يقع صحيحا مادام لم يسجل ثم ينقلب باطلا بالتسجيل (١) . وحسب هذا الرأى أن يؤدى الى هذه النتيجة حتى يكون بعده عن الصواب واضحا ، اذ لا يسوغ القول بأن عقدا مايقع صحيحا ثم ينقلب باطلا لسبب تال لانعقاده ، ولا أن تسجيل العقود له أى دخل فى تصحيح ما كان باطلا منها أو ابطال ما كان صحيحا .

وذهبت كثرة الشراح الى أن بيع العقار المملوك للغير يقع حتى بعد صدور قانون التسجيل باطلا وفقا للمادة ٢٦٤\٣٣٣ مدنى قديم سواء سجل العقد أو لم يسجل ، ولكنهم اختلفوا فى تعليل ذلك .

ونحن نعلله بأن قانون التسجيل لم يغير من طبيعة عقد بيع العقار فلا يزال هذا العقد بطبيعته وبحسب قصد العاقدين منه ناقلا للملك ، وغاية الأمر ان المشرع نفسه قد جعل انتقال الملكية يتراخى الى حين تسجيل العقد . ولكن لان هذا التراخى لاتقتضيه طبيعة الأشياء كما فى بيع المثليات وبيع الأموال المستقبلة ، ولأنه ليس ناشئا عن اتجاه العاقدين اليه كما فى اضافة انتقال الملكية به الى أجل ، فانه لا يمنع من اعتبار عقد بيع العقار من العقود الناقلة للملك بحسب قصد العاقدين وطبيعة الأشياء ، ومن اعتبار علة بطلان بيع ملك الغير متوفرة فيه من وقت انعقاده ، فيقع باطلا ويظل باطلا بالرغم من تسجيله .

وقد اخذ المشرع بهذه النتيجة فى التقنين المدنى الحالى ونص عليها صراحة فى المادة ٤٦٦ فقرة أولى حيث قرر أنه « اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشترى أن يطلب ابطال البيع. ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » .

---

(١) الهلالى نبذة ١٧٠ و ١٧١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المبحث الثانى

بيع المـال المملوك شيوعا

٣٠٧ - تعريف الملكية الشائعة ومدى حق المالك فى الشـيوع - رفت المادة ٨٢٥ مدنى الملكية الشائعة حيث قالت انه « اذا ملك اثنان او أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع». ويبين من هذا التعريف أن الشريك فى الشيوع لا يستقل بملكية المـال الشائع او بملكية اى جزء منه بل يكون له حق فى كل ذرة من ذرات هذا المال مقيد بحقوق شركائه فيها ، فهو يستقل بملكية حصة شائعة فى كل المال المملوك على الشيوع ولا يستقل بملكية اى جزء منه . وقد نصت المادة ٨٢٦ فقرة اولى على ان « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وان يسـتولى على ثمارها وان يسـتعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » .

ولأن الملكية على الشيوع تفرض على كل من الشركاء أن يتقيد فى استعمال حقه على المال الشائع وعلى كل ذرة منه بمراعاة حقوق شركائه فى هذا المال ، فهى صورة من الملكية من شأنها زيادة فرص التصادم بين مالكى المال الشائع وما ينشأ عن ذلك من منازعات ماكانت تثور لولا حالة الشيوع ، وبالتالى من شأنها اضعاف استغلال الأموال المملوكة على هذا الوجه ونقص الدخل القومى .

لذلك اعتبر المشرع حالة الملكية الشـائعة حالة طارئة ، وسـهل انهاءها من طريق القسمة اتفاقا او قضاء ، ومنع الاتفاق على البقـاء فى الشيوع الى أجل يجاوز خمس سنين (المواد ٤٣٤ وما بعدها) .

ومتى تمت قسـمة المـال الشـائع ، اعتبر كل شريك انه مالك للحصة المفرزة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشـيوع وانه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص (المادة ٨٤٣) ، وذلك فيما بين المتقاسمين دون توقف على شهر القسمة ، وبالنسبة الى الغير بشرط شهرها .

من ذلك يبين أن تصرف الشريك على الشيوع فى ملكيته الشائعة

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يجب ان يتقيد قبل القسمة بحقوق شركائه وان مصيره يتوقف بعد حصول القسمة على نتيجتها(١) .

٣٠٨ - ما يتقيد به المالك على الشيوع عند التصرف فى حقه قبل اجراء القسمة : وجوب الاقتصار على التصرف فى الحصة الشائعة - يتقيد المالك على الشيوع عند التصرف فى حقه قبل القسمة بألا يضر بحقوق شركائه ، ويقتضيه ذلك ان يراعى فى احلال المتصرف اليه فى حقه ان يكون احلاله فيه بحالته بحيث لا يحدث التصرف اى تغيير فى مركز الشركاء ، او بعبارة اخرى الا يتصرف الا فى حصته كلها او بعضها شائعة فى كل المال . فاذا راعى ذلك وقع تصرفه صحيحا وانتقل حقه الى المتصرف اليه وصار هذا شريكا فى الشيوع مع شركاء المتصرف الى ان تتم قسمة المال الشائع فيختص بجزء منه بقدر حصته الشائعة (٢) .

فاذا سجل هذا المشترى عقده قبل شهر عقد القسمة ، فانه يصبح غيرا بالنسبة الى عقد القسمة فى حكم المادة ١٠ من قانون الشهر وبالتالى لا يحتج عليه بهذه القسمة ، يستوى فى ذلك أن يكون شراؤه سابقا على اجراء القسمة أم لاحقا لها ، ويصبح فى الحالين شريكا فى العقار الشائع بقدر الحصة التى اشتراها . ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار قضاء او اتفاقا بل له ان يطلب اجراء قسمة جديدة اذا لم يرتض القسمة التى

---

(١) انظر :

M. Pupikofer, Valeur juridique de la vente et de l'hypothèque de biens indivis avant le partage, Gaz. Trib. Mixtes XXII 1932, p. 63.

(٢) انظر نقض مدنى ٢٦ يناير ١٩٧١ مجموعة احكام النقض ٢٢ - ١٣٢ - ٢٣ وقد جاء فيه أن مقتضى عدم حصول قسمة نهائية او فعلية فى الاطيان التى كانت موقوفة ومن بينها العقار موضوع التصرف هو استمرار حالة الشيوع بين الشركاء واعتبار البائعين الطاعنين مازالوا مالكين لانصبتهم على الشيوع فى هذا العقار ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وقرر ان هؤلاء البائعين لا يملكون القدر الذى تصرفوا فيه بالبيع الى الطاعن لاختصاص باقى الشركاء بالعقار موضوع التصرف بموجب قسمة النظر التى اصبحت قسمة فعلية ، ورتب على ذلك قضاءه برفض دعوى الطاعن بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له ، فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تمت دون ان يكون طرفا فيها (١) .

أما اذا رضي المشترى بالقسمة او لم يعترض عليها ، فان البائع اليه يصبح ملزما بان ينقل اليه ملكية القدر الذى باعه اليه شائعا فيما اختص به بمقتضي عقد القسمة ولا يجوز لأى من المتقاسمين الآخرين ان يعترض على ذلك (٢) .

٣٠٩ - تصرف الشريك فى المال الشائع كله او فى جزء مفرز منه - واذا لم يراع الشريك على الشيوع فى تصرفه ما تقدم، بان تصرف فى كل المال الشائع او فى جزء مفرز منه قبل اجراء القسمة بينه وبين سائر شركائه ، كان من الواضح ان تصرفه يرد فى هذه الحالة على حصته الشائعة فى المبيع وعلى حصص شركائه الشائعة فيه ايضا ، اى انه يعتبر صادرا من مالك بالنسبة الى حصة البائع ومن غير مالك بالنسبة الى حصص شركائه . وظاهر ان ازدواج تكييف هذا التصرف على هذا الوجه لابد ان يثير صعوبات جمة فيما يتعلق باعتبار التصرف صحيحا تغليبا لكونه صادرا من مالك او اعتباره قابلا للابطال تغليبا لكونه صادرا من غير مالك .

ومما يزيد الأمر تعقيدا اثر القسمة الكاشف ، اذ يترتب عليه ان يعتبر البائع بعد القسمة انه كان مالكا منذ الأصل كل المبيع اذا وقع هذا فى نصيبه ،او انه لم يملك شيئا منه قط اذا لم يقع شيء منه فى نصيبه . ولا شك ان من شأن هذه الاحتمالات ان تزيد صعوبة الفصل فى صحة التصرف او بطلانه فى الفترة السابقة على القسمة (٣) .

---

(١) نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض ١٦ - ١١٧٢ - ١٨٤،وايضا نقض مدنى ٢ ابريل ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض ١٥ - ١٠٣ - ٨١ ، ١٥ يناير ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض ١٠ - ٤٣ - ٥ .

(٢) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض ١٣ - ١٢٧ - ١٩ .

(٣) وتفاديا لهذه الصعوبات عالج المشرع السودانى الامر بان خول امين الشهر أن يرفض تسجيل أى **تصرف من جانب احد الشركاء فى المال** الشائع الى غير شريك له ما لم يوافق عليه سائر الشركاء او تتم قسمة المال الشائع قبل التسجيل . انظر كتاب قوانين السودان The Laws of the Sudan جـ ٧ فى شرح قانون التسجيل الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٢٥ بند ٣٠ حيث ورد فيه :

Where land is registered in the names of proprietors in undivided shares, the Registrar may refuse registration of any dealing with undivided share by any proprietors in favour of any person other than another proprietor unless the remaining proprietors consent or unless a partition is effected prior to registration.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

لذلك يتعين أن نبين فيما يتعلق بتصرف الشريك فى المال الشائع كله او فى جزء مفرز منه قبل الاتفاق مع شركائه على قسمة المال الشائع حكم هذا التصرف بعد ان تتم القسمة ، ثم نبين فى ضوء ذلك حكم هذا التصرف فى الفترة السابقة على حصول القسمة .

٣١٠ - حكم هذا التصرف بعد أن تتم القسمة - لم يرد فى القانون الفرنسي ولا فى التقنين المصرى الملغى فيما يتعلق بتصرف الشريك فى المال الشائع كله أو فى جزء مفرز منه نص على حكم هذا التصرف بعد ان تتم قسمة المال الشائع ، فوجب الرجوع فى شأنه الى القواعد العامة . ويؤدى تطبيق هذه القواعد وبخاصة قاعدة اثر القسمة الكاشف الى انه اذا وقع المبيع بموجب القسمة فى نصيب الشريك البائع ، صح البيع ونفذ لأنه يكون قد ورد على مال مملوك للبائع ، والا كان حكمه حكم بيع ملك الغير وجاز للمشترى ابطاله .

غير ان المشرع المصرى راى عند تنقيح القانون المدنى ان يضيق من دائرة البطلان فى هذه الحالة الأخيرة حرصا على استقرار المعاملات ، فنص فى المادة ٨٢٦ فقرة ثانية من التقنين الحالى على انه « اذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف اليه ، اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى ابطال التصرف » .

وقد قرر المشرع بذلك مبدأ الحلول العينى . وبمقتضاه يحل الجزء الذى وقع بالقسمة فى نصيب الشريك البائع محل الجزء الذى عين فى عقد البيع ويعتبر واردا عليه منذ ابرامه . فيتملكه المشترى بموجب العقد ولا يكون له اى حق على الجزء الذى عين اصلا فى العقد (١) . ومؤدى ذلك الا يعتبر البيع واردا على ملك الغير وان

---

(١) ويستوى فى ذلك أن تكون القسمة قد سجلت او لم تسجل ، لان تسجيلها غير مطلوب الا للاحتجاج بها على الغير ، ولان الغير فى قانون الشهر العقارى من كسب حقا عينيا على العقار . وقام بحفظه قانونا ، ولان حق مشترى الحصة المفرزة من المالك على الشيوع يتوقف مصيره على نتيجة القسمة ، فلا يعتبر له وجود قبل القسمة ،

==

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

لا يجوز للمشترى طلب ابطاله بناء على المادة ٤٦٦ ما دام قد وقع فى نصيب البائع جزء من المال الشائع .

فلا تثبت له صفة الغير فى هذا الخصوص ولا يكون له أن يتمسك بعدم تسجيل القسمة ولو كان قد سجل عقده . وقد أطرد قضاء محكمة النقض على ذلك حيث قررت أن الغير فى حكم المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس انه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة . وأما من تلقى من أحد الشركاء حقه المفرز ، فانه لا يعتبر غيرا ولو سبق الى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة اذ أن حقه فى هذا الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى اليها القسمة وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من أن التصرف إذا انصب على جزء مفرز من المال لشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة ، مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة . ومن ثم فانه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة الى ذلك الجزء ذاته طالما ان القسمة ، وان كانت لم تسجل ، تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه الى النصيب الذى اختص به البائع له بموجب تلك القسمة (نقض مدنى ٢ ابريل ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ - ١٠٣ - ٨١ ، وأيضا ٣٠ يناير ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض ٢٦ - ٣٠١ - ٦٥) ، وقضت فى حكم آخر بتاريخ ٢ ديسمبر ١٩٦٥ بأنه اذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقا على اجراء القسمة بين الشركاء ، فان المشترى فى هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة شريكا فى العقار الشائع ولا يكون له أى حق من حقوق الشركاء وبالتالى لا يلزم تمثيله فى القسمة . ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء فانها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها ويترتب عليها فى حقه ما يترتب عليها فى حق المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر اليه . فاذا وقع القدر المبيع المفرز فى نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر ، وان لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى البائع بطريق القسمة (نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ - ١١٧٢ - ١٧٤) . كما قضت فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ ابريل ١٩٧٢ بأنه اذا كان البيع قد ورد على حصة مفرزة ومحددة التزم البائعون باستنزالها من الاعيان الموقوفة قبل قسمتها ، فان مفاد ذلك ان الطاعنة (البائعة الاولى وشركاءها وافقوا على أن يخرج القدر المبيع من ملكيتهم قبل قسمتها بحيث لا يدخل فى أية قسمة تجرى بينهم فيما بعد ، مما مقتضاه أن الصفقة - فى مقصود المتعاقدين - وحدة قائمة بذاتها لا يمكن تفريقها على المشترى ، وان الالتزام فى مفهوم ارادتهما أو وفق الغرض الذى رميا اليه لا يحق تنفيذه مقسما بل يجب تنفيذه باعتباره كلا غير قابل للتجزئة ، ومن

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

غير ان المشرع لم يفته أن المشترى قد يتضرر من ذلك اذا كان قد قصد شراء الجزء المعين فى العقد لغرض لا يصلح له الجزء الذى وقع فى نصيب البائع ، فاجاز له ابطال العقد اذا كان يجهل وقت ابرامه ان المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، ولم يجز للمشترى ابطال العقد اذا كان يعلم أن البائع لا يملك الجزء المبيع مفرزا .

وظاهر ان هذا الحكم يختلف عن حكم بيع ملك الغير ، لأن هذا النوع الاخير من البيع يجوز للمشترى ابطاله بقطع النظر عن علمه أو عدم علمه بأن المبيع غير مملوك للبائع . ويمكن تفسير هذا الاختلاف بأن المشرع ، اذ قرر مبدأ الحلول العينى ، قد أزال بذلك السبب الذى من اجله كان هذا التصرف يعتبر واردا على ملك الغير ، ولا يبقى الا أن يعيب العقد غلط فى المبيع . فاذا كان المشترى عالما بأن البائع لا يملك الا على الشيوع ، اعتبر الطرفان متفقين على ورود البيع على حصة البائع الشائعة وعلى الجزء المفرز الذى ستتركز فيه هذه الحصة عند القسمة ، وامتنع ابطال العقد لانعدام الغلط . أما اذا كان المشترى يجهل ان البائع لا يملك الجزء المبيع مفرزا ، فلا يمكن اعتباره راضيا بشراء غير الجزء المعين فى العقد ، ويكون العقد وفقا للقواعد العامة باطلا بطلانا مطلقا للغلط فى ذاتية المبيع لأن البائع يعتبر بحكم القانون انه قد أراد بيع حصته الشائعة وما ستتركز فيه عند القسمة فى حين ان المشترى قد أراد شراء الجزء المعين فى العقد ، ولكن المشرع قرر بنص المادة ٨٢٦ فقرة ثانية تصحيح هذا العقد الباطل بابدال الجزء الذى وقع فى نصيب البائع بالجزء الذى سمى فى العقد اذا قبل المشترى ذلك (١) . فاذا تمسك المشترى بالبطلان كان ذلك دليلا على عدم قبوله هذا التصحيح، واذا سكت اعتبر سكوته قبولا ، ونفذ العقد فى الجزء المفرز الذى اختص به البائع عند القسمة .

=

ثم فاذا لم يكن قد جرى استبعاد الاطيان المبيعة قبل وقوع القسمة ،فان البيع الصادر الى المشترى ـ المطعون ضده الاول ـ يكون صحيحا ونافذا قبل البائعين جميعا أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة الاطيان حتى ولو وقع القدر المبيع فى نصيب واحد منهم ، وهذا الشريك وشأنه فى الرجوع على باقى شركائه طبقا للقواعد المقررة قانونا (نقض مدنى ٢٩ ابريل ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض ٢٣ ـ ٧٨١ ـ ١٢٢)

(١) براجع فى الفرق بين تصحيح العقد وبين تحول العقد الباطل الى عقد آخر السنهورى فى الوسيط جـ ١ ص ٥٠١ هامش .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

اما اذا لم يقع فى نصيب الشريك البائع شيء من المال الشائع بل اخذ فى مقابل حصته الشائعة مبلغا من النقود ، فلا ينطبق حكم المادة ٨٢٦ فقرة ثانية ويعتبر البيع واردا على ملك الغير ويجوز ابطاله بناء على المادة ٤٦٦ .

وليس شك فى ان حكم المادة ٨٢٦ فقرة ثانية مما يساعد على استقرار المعاملات لانه يسمح بتفادى البطلان فى كثير من الحالات التى يتصرف فيها الشريك فى جزء مفرز من العين الشائعة لا فى حصته الشائعة ذاتها . غير انه يؤخذ عليه انه قرر المبدأ ولم ينظم تطبيقه تنظيما كافيا ، فترك بعض الصعوبات التى يثيرها دون حل ، من ذلك ان المشرع افترض فى الحلول العينى ان الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب البائع عند القسمة يعادل فى القيمة الجزء الذى عين فى العقد ، ولا يتحقق ذلك الا اذا كان الشريك البائع قد باع جزءا مفرزا يساوى حصته الشائعة كلها دون زيادة او نقصان وكان الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بالقسمة يساوى ايضا حصته الشائعة تماما . اما اذا كان الجزء المبيع يزيد او ينقص عن قيمة الحصة الشائعة او كان النصيب المقسوم يزيد او ينقص عن قيمة تلك الحصة ، وان كان هناك معدل للقسمة ، كان من الصعب عمليا تطبيق الحلول العينى لصعوبة تعيين القدر الذى يحل فى البيع محل القدر المتفق عليه واثر زيادة هذا القدر او نقصه فى الثمن المسمى فى العقد ، كما يبين من عرض بعض هذه الصور ، فيما يلى :

فاذا كان الجزء المبيع مفرزا أكثر من قيمة الحصة الشائعة وتمت القسمة دون معدل ، كان النصيب المقسوم كله من حق المشترى ، وجاز له ان ينقص الثمن المسمى بنسبة الفرق بين قيمة الحصة الشائعة وقيمة الجزء المعين فى العقد . وكذلك اذا شمل البيع المال الشائع كله .

واذا اخذ الشريك البائع فى هذا الفرض ذاته معدلا للقسمة ، اختص المشترى بالنصيب المقسوم فى مقابل ما يساويه من الثمن واسترد باقى الثمن او اعفى منه .

واذا دفع الشريك البائع معدلا للقسمة ، اختص المشترى كذلك بالنصيب المقسوم ووجب تقويم هذا النصيب واجراء المقاصة بينه وبين

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الثمن المسمى فى العقد بقدر الأقل منهما والزام البائع او المشترى بالفرق حسب الاحوال .

واذا كان المبيع مفرزا اقل من قيمة الحصة الشائعة ، تعين تحديد قدر من النصيب المقسوم يختص به المشترى بدلا من الجزء المسمى فى العقد ، ويستوى فى ذلك أن تكون القسمة قد تمت بمعدل او دون معدل .

ولم يبين المشرع فى المادة ٨٢٦ طريقة تخصيص جزء للمشترى مما وقع بالقسمة فى نصيب البائع ، مع انه بين فى المادة ١٠٣٩ طريقة تخصيص جزء من العقار المرهون للدائن المرتهن مما وقع فى نصيب الراهن . فيمكن اتباع الطريقة ذاتها فى حالة البيع ، أى ان يطلب المشترى من القاضي اجراء هذا التخصيص بأمر على عريضة ، ثم يقوم هو بتسجيل هذا الامر خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه اى ذى شأن بتسجيل القسمة ، فيكون لهذا التسجيل اثر من وقت تسجيل العقد ويترتب عليه أن لا تنفذ فى حقه التصرفات التى صدرت من البائع فى الفترة ما بين تسجيل ابيع وتسجيل امر التخصيص .

ويبين من ذلك أن الامر يقتضي فى الكثرة الغالبة من الأحوال التى يؤدى فيها مبدأ الحلول العينى الى تفادى بطلان بيع الشريك جزءا مفرزا من العين الشائعة تقويم كل من الجزء المبيع مفرزا والحصة الشائعة والنصيب المقسوم وتحديد حق المشترى فى قدر من النصيب المقسوم يعين على أساس هذا التقويم واجراء تعديل فى الثمن المسمى زيادة او نقصا وتخويل احد العاقدين رجوعا على الآخر بالفرق . وظاهر ان تحقيق ذلك لابد أن يصاحبه فى العمل قيام الكثير من المنازعات وزيادة التعقيد فى المعاملات ، وكان حريا بالمشرع أن ينظم هذه المسائل العملية بالغة الأهمية .

٣١١ - (ب) حكم هذا التصرف قبل ان تتم القسمة : (١) فيما بين العاقدين - تقدم أن مصير التصرف كان وفقا للتقنين الملغى والقانون الفرنسي يتوقف على نتيجة القسمة ، فان وقع الجزء المبيع مفرزا فى نصيب الشريك البائع عند القسمة صح البيع ونفذ ، والا كان حكمه حكم بيع ملك الغير .

وقد حدا ذلك بعض الشراح والمحاكم الى القول بأن هذا البيع

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مادام معلقا على نتيجة القسمة يكون معلقا على شرط واقف هو وقوع الجزء المفرز فى نصيب البائع عند القسمة . فاذا تحقق هـذا الشرط نفـذ البيع بأثر رجعى ، والا صـار كأن لم يكن . ورتبوا على ذلك انه لا يجوز للمشترى ولاللبائع من باب أولى أن يطلب ابطال هذا البيع قبل القسمة لأن العقد المعلق على شرط واقف عقد صحيح غير قابل للطعن فيه لمجرد تعليقه على الشرط .

ويعترض على هذا الرأى بأن فيه مغالاة فى تشبيه العقد الصـادر من المالك على الشيوع بالعقد المعلق على شرط واقف ، ذلك أن الشرط يتقرر باتفاق الطرفين ويكون أثره الرجعى مبنيـا على اتفاق الطرفين الضمنى ، ويترتب على تعليق العقد على الشرط الا ينتج العقد أى أثر قبل تحقق الشرط . أما توقف مصير بيع الشريك على نتيجة القسمة ، فليس نتيجة لارادة العـاقدين بل لتقرير المشرع قاعدة اثر القسـمة الكاشف . ومن المسلم أن البيع ينقل فى هذه الحالة الى المشترى حقوق البائع الشائعة فى الجزء المفرز من وقت ابرامه أو من وقت تسجيله اذا كان المبيع عقارا(١) ، فلا يصدق عليه القول بأنه معلق على شرط واقف. هذا فوق أن القول بذلك يترتب عليه من الناحية العملية اطالة تعليق مصير التصرف الى أن تحصل القسمة ، وقد يتأخر حصولها زمنا طويلا او لا يقع ابدا ، فيؤدى ذلك الى عدم استقرار العلاقات .

لذلك قال فريق آخر ان العقد فى هذه الحالة يكون باتا ووارداً على حصة البائع فى الجزء المفرز المبيع وعلى حصص شركائه ايضا فى هذا الجزء ، أى انه يرد على مال مملوك للبائع بنسبة حصته الشائعة وعلى مال غير مملوك له فيما يتعلق بحصص شركائه . وبناء على ذلك يجـوز للمشترى من وقت ابرام العقد ودون انتظار لنتيجة القسـمة أن يطلب ابطال العقد بالنسبة الى حصص الشركاء فقط او أن يطلب ابطاله كله لعدم تفرقة الصفقة .

وظاهر أن هذا الرأى أقرب من سابقه الى القواعد العامة وادعى الى استقرار المعاملات من حيث انه يعجل بالفصـل فى صحة التصرف أو عدم صحته ولا يطيل تعليقه .

---

(١) استئناف مصر ٢٤ ابريل ١٩٤٠ المحاماة ٢١ ـ ٤٦ ـ ٢١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقد اشارت محكمة النقض الى هذا الخلاف فى حكمها الصادر فى ١٦ يونيه ١٩٣٢ حيث قالت « انه وان اختلف الفقه والقضاء فى حكم بيع الشريك جزءا مفرزا من مال مشاع ، هل يقع صحيحا فى حصة البائع منه وباطلا فى حصص شركائه ، أم يقع موقوفا على نتيجة القسمة بين جميع الشركاء ، فانما وقع اختلافهم هذا فى تقدير حكم هذا العقد بين عاقديه . فمن ذهب الى اعتباره باطلا جعل للمشترى حق ابطاله من يوم العقد لما فيه من تفريق الصفقة عليه . ومن راى انه بيع موقوف لم يجعل المشترى سبيلا على البائع الا بالقسمة وبخروج المبيع من حصة بائعه . اما فى تقرير حكم العقد فى علاقة المشترى مع من يدعى استحقاق المبيع لنفسه .. فلا خلاف فى انه ..(١) » .

هذا فى ظل التقنين الملغى . فهل حسم التقنين الحالى هذا الخلاف؟

يبدو اول الأمر ان المادة ٨٢٦ اذ نصت على حق المتصرف اليه حسن النية فى ابطال العقد بعد حصول القسمة وعدم وقوع الجزء المفرز الذى ورد عليه التصرف فى نصيب البائع ، وسكتت عن حقه فى الابطال فيما قبل القسمة ، قد اعتمدت الراى القائل فى ظل التقنين الملغى بعدم جواز الابطال قبل القسمة .

ولكن بامعان النظر فى تاريخ هذا النص يبين أن المشرع لم يقصد به قط هذه النتيجة ، وانما قصد فقط تقرير مبدأ الحلول العينى علاجا للمضار التى تترتب على أثر القسمة الكاشف بعد وقوع القسمة .

وظاهر أن الحلول العينى لا يتضح اثره الا بعد القسمة . اما قبل ذلك وما دام الشيوع قائما ، فان كل واحد من الشركاء يملك حصته شائعة فى كل جزء من المال الشائع ، واذا باع ايهم جزءا مفرزا فانما يبيع بذلك - فوق حصته الشائعة فى هذا الجزء - حصص شركائه فيه أيضا ، ويعتبر البيع واردا على ملكه فيما يتعلق بحصته وعلى ملك الغير فيما يتعلق بحصص شركائه . فيجوز للمشترى ، سواء علم بان البائع لا يملك المبيع مفرزا او لم يعلم ، ان يطلب قبل القسمة ابطال البيع فيما يتعلق بحصص الشركاء على الأقل وفقا للمادة ٤٦٦ أو يبطله كله

---

(١) نقض مدنى ١٦ يونيه ١٩٣٢ المحاماة ١٣ - ١٦١ - ٦٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

لعدم تفريق الصفقة . ومما يعزز القول بذلك أن المادة ٨٢٦ اعترفت للمتصرف اليه حسن النية بحق ابطال التصرف بعد القسمة ، فلابد أن يكون البطلان قائما من قبل القسمة اذ لا يتصور أن تجعل القسمة العقد الصحيح ينقلب باطلا ، وانما يتصور العكس أى ان تجعل القسمة العقد القابل للابطال عقدا صحيحا أو أن تحد من امكان ابطاله ، فيتصور أن يرتب المشرع عليها وعلى تقرير مبدأ الحلول العينى سلب المشترى الذى كان يعلم ان البائع لا يملك المبيع مفرزا حقه فى ابطال البيع ، باعتبار أن تقرير الحلول العينى يزيل عيب بيع ملك الغير ، ولكن لا يتصور أن يرتب عليهما سلب المشترى الذى كان يجهل حالة الشيوع حقه فى ابطال البيع للغلط فى المبيع اذ أن تطبيق الحلول العينى لا يلغى وقوع المشترى فى ذلك الغلط .

فيخلص من ذلك أن بيع الشريك حصة مفرزة يكون حكمه قبل القسمة حكم بيع ملك الغير فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين على الاقل ، فيجوز للمشترى ابطاله سواء كان عالما بالشيوع أو غير عالم(١)، ولكن يشترط فى الحالة الأولى أن يطلب المشترى ابطال البيع قبل حصول القسمة ، والا سقط حقه فى ذلك خلافا للمشترى حسن النية . وليس للبائع بمقتضى أحكام بيع ملك الغير أن يطلب ابطال العقد بأى حال(٢) . غير أنه اذا رفع المشترى دعوى صحة العقد ونفاذه ، لم يجز الحكم له بذلك لأنا رأينا أن من شروط هذه الدعوى أن يكون العقد صحيحا وأن يكون تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية ممكنا ، وفى حالتنا يتعذر نقل ملكية حصص سائر الشركاء فى المال الشائع الى المشترى

---

(١) قارن عكس ذلك السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٣٠١ هامش ٢ حيث يبنى رأيه على أن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير فى أن هذه الحصص قد تقع فى نصيب الشريك البائع عند القسمة ، فيعتبر بفضل الاثر الكاشف للقسمة أنها كانت مملوكة للشريك البائع وقت البيع ، فلا يكون قد باع ما لا يملك . هذا الى أن المشترى - وهو يعلم ان البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذى ببيعه - يكون قد ارتضى شراء ماستتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة .

(٢) قرب أحكام النقض المدنى ٧ ديسمبر ١٩٥٠ فى الطعن رقم ٤٧ سنة ١٩ ق و ٥ فبراير ١٩٤٩ فى الطعن ٣٠ سنة ١٨ ق ، و ٣٠ يونيه ١٩٥٥ فى الطعن رقم ١١١ سنة ٢٢ ق فى فهرس ٢٥ سنة جـ ١ ص ٣٧٤ و ٣٧٥ نبذ ١٨٣ و ١٨٥ و ١٨٦ على التوالى :

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فيمتنع الحكم له بصحة العقد ونفاذه الى أن تحصل القسمة (١) . كما يمتنع أيضا الحكم للمشترى بتسلم الجزء المفرز المبيع اليه(٢) .

أما بعد القسمة ، فان وقع المبيع فى نصيب البائع صح البيع ونفذ . وان وقع غيره فى نصيب البائع ، وجب أن نفرق بين المشترى العالم بالشيوع والمشترى غير العالم وكان للاخير دون الأول حق الابطال .

---

(١) فى هذا المعنى نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ـ١٧٢ـ ١٨٤ وقد جاء فيه انه « لا يجوز الحكم للمشترى بصحة ونفاذ البيع فى قدر مفرز اذا كان المبيع شائعا ما لم يثبت حصول قسمة نافذة ووقوع القدر المبيع فى نصيب البائع له بمقتضى هذه القسمة ، ذلك ان البائع له لم يكن يملك وضع يده مفرزا على حصته قبل حصول القسمة الا برضاء باقى الشركاء جميعا ولا يمكن أن يكون للمشترى حقوق أكثر مما كان لسلفه ولان القضاء بالتسليم فى هذه الحالة يترتب عليه اقرار جزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون . ويخلص من مدونات هذا الحكم ـ خلافا لما ورد فى تلخيصه هذا ـ انه لم يعرض لجواز الحكم بصحة ونفاذ العقد ، وانما عرض فقط لجواز الحكم بالتسليم فيما لو حكم بصحة ونفاذ البيع ، فنفاه ، الامر الذى يفيد بمفهوم المخالفة انه لو كان مطلوبا منه الحكم بصحة ونفاذ العقد ، لرفض هذا الطلب .

(٢) قضت محكمة النقض بذلك فى حكمها الصادر بجلسة ٣ ديسمبر ١٩٧٤ حيث قررت أنه لا يجوز للمشترى لقدر مفرز فى العقار الشائع أن يطالب بالتسليم مفرزا لان البائع له ـ الشريك على الشيوع ـ لم يملك وضع يده على حصة مفرزة قبل حصول القسمة الا برضا باقى الشركا جميعا ،ولا يمكن ان يكسون للمشترى حقوق أكثر مما كان للبائع ،هذا الى ما يترتب على القضاء بالتسليم فى هذه الحالة من افراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون (مجموعة أحكام النقض ٢٥ ـ ١٢٢٤ ـ ٢٢٦) . والنظر أيضا حكم ٢ ديسمبر ١٩٦٥ المشار اليه فى الهامش ١ .

ومع ذلك انظر نقض مدنى ١٧ فبراير ١٩٧٥ (مجموعة أحكام النقض ٢٦ ـ ٤٠٢ ـ ٨٣) وقد جاء فيه أن بيع الشريك المشتاع لقدر مفرز من نصيبه ، وان كان لا ينفذ فى حق باقى الشركاء بل يظل معلقا على نتيجة القسيمة ، الا انه يعتبر صحيحا ونافذا فى حق الشريك البائع ومنتجا لاثاره القانونية على نفس المحل المفرز المتصرف فيه قبل القسمة . أما بعد القسمة فاستقرار التصرف على ذات المحل رهين بوقوعه فى نصيب الشريك البائع . فان وقع فى غير نصيبه ورد التصرف على الجزء الذى يقع فى نصيبه نتيجة للقسمة . ويترتب على ذلك انه اذا سجل المشترى القدر مفرز من الشريك المشتاع عقد شرائه ، انتقلت اليه ملكية هذا القدر المفرز فى مواجهة البائع له فى فترة ما قبل القسمة بحيث يمتنع على البائع التصرف فى هذا القدر الى الغير . فان تصرف فيه كان بائعا لملك الغير فلا يسرى هذا البيع فى حق المالك الحقيقى وهو المشترى الاول الذى انتقلت اليه ملكية هذا القدر من وقت تسجيل عقد شرائه ..

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٣١٢ - (٢) بالنسبة الى شركاء البائع - قبل القسمة يكون التصرف الوارد على الحصة المفرزة نافذا فى حق شركاء البائع فيما يتعلق بحصة الاخير وغير نافذ فى حقهم فيما يتعلق بحصصهم ، فيترتب عليه ان يحل المشترى فى الجزء المفرز محل البائع اليه فتكون له حصته الشائعة فيه، ويعتبر هو لا البائع شريكا لسائرالشركاء ، له ما لهم وعليه ما عليهم . ولذلك لا يجوز لهم أن ينزعوا منه هذا الجزء ولا أن يرفعوا عليه دعوى الاستحقاق ، لأن ذلك يقتضي أن تكون الملكية خالصة لهم وان لا يكون للمشترى اى نصيب فيها . وهذا لن يتحقق الا بتمام القسمة ووقوع الجزء المبيع مفرزا فى نصيب غير البائع والمشترى . ولذلك قضت محكمة النقض بانه فى تقرير حكم العقد فى علاقة المشترى مع من يدعى استحقاق المبيع لنفسه ، سواء أكان هذا المدعى شريكا فى المال المشاع ، أم متلقيا ملكه من شريك فيه على المشاع ، لا خلاف فى انه ليس للمستحق ان يدعى الاستحقاق فى المبيع الا بعد قسمة المال الشائع ووقوع المبيع فى نصيبه هو لا فى نصيب البائع الى ذلك المشترى وكل ادعاء منه قبل ذلك يكون سابقا لأوانه خليقا بأن تحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو برفضه (١) .

ولكن ذلك لا يمنع الشركاء من مطالبة المشترى بأن يتفق معهم على كيفية الانتفاع بالجزء الذى ورد عليه البيع باعتبارهم شركاء فيه على الشيوع (٢) ومن مطالبتهم اياه بقسمة هذا الجزء اتفاقا أو قضاء .

ومن المسلم أن عقد المشترى يعتبر سببا صحيحا يسمح له متى حاز المبيع بحسن نية أن يتملكه بالتقادم القصير اى بمضي خمس سنوات (٣) .

---

(١) نقض مدنى ١٦ يونيه ١٩٣٢ المحاماة ١٣ - ١٦١ - ٦٤ ، نقض مدنى ٢٨ يونيه ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ - ٧٦٠ - ١٠٧ ، ٣٠ يوليه ١٩٥٥ مجموعة المحاماة إلنقض ٦ - ١٢٤١ - ١٨٠ .

(٢) استئناف مصر ٢٤ أبريل ١٩٤٠ المحاماة ٢١ - ٤٦ - ٣١ .

(٣) نقض ١٦ يونيه ١٩٣٢ المشار اليه آنفا ، وأيضا نقض مدنى ١٦ اكتوبر ١٩٥٨ المحاماة ٣٩ - ٨٦٤ - ٢٩٩ مجموعة أحكام النقض ٩ - ٦٥٥ - ٨٢ وقد جاء فيه أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على انه اذا باع الشريك المشتاع جزءا مفرزا محدودا فان بيعه يصلح لان يكون سببا صحيحا يتملك به المشترى المبيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توفر حسن النية ، ذلك أن هذا البيع ينقل الملك بطبيعته ولذاته وبصرف النظر عن كون البائع مالكا للمبيع كله أو بعضه . قارن عكس ذلك البدراوى ص ١٦٤ فقرة ١٢٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

اما بعد القسمة فيختص كل من الشركاء بما وقع فى نصيبه ، ولا ياخذ المشترى الا نصيب البائع اليه فى حدود ما اشتراه منه ، ولا يكون له إذا لم يقع الجزء المفرز الذى اشتراه فى نصيب البائع اليه بموجب القسمة ان يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة الى ذلك الجزء ذاته طالما ان القسمة وان كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه الى النصيب الذى اختص به البائع اليه بموجب تلك القسمة (١) .

٣١٣ - ما يتقيد به المالك على الشيوع عند التصرف فى حقه بعد اجراء القسمة وقبل تسجيلها - متى تمت القسمة احدثت اثرها فيما بين المتقاسمين دون توقف على شهرها ، لانها من العقود المقررة التى لا يلزم فيها الشهر الا للاحتجاج بها على الغير .

ومؤدى ذلك ان القسمة تنتج اثرها فيما بين المتقاسمين الذين اشتركوا فيها دون حاجة الى شهرها (٢) اى ان كلا من المتقاسمين يصبح فى علاقته بسائر المتقاسمين مالكا دون غيره الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه ، وذلك بأثر رجعى يستند الى تاريخ بدء الشيوع .

فاذا اراد احدهم ان يتصرف فى حقه ، تعين عليه ان يقصر تصرفه على النصيب المفرز الذى خصه بموجب القسمة ، لانه اذا تصرف فى جزء مفرز جعلته القسمة من نصيب غيره ، كان تصرفه واردا على ملك الغير ، وعاجزا بالتالى عن ان ينقل الى المتصرف اليه الحق موضوع التصرف ، وجاز للمتقاسم الذى ورد التصرف على ملكه التمسك بعدم نفاذ هذا التصرف فى حقه ، وحق للمتصرف اليه طلب ابطال التصرف .

وعلى ذلك فاذا تصرف الشريك المتقاسم بعد القسمة وقبل تسجيلها فى الجزء المفرز الذى آل اليه بموجب القسمة ، كانت القسمة حجة على المتصرف اليه ولم يجز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها (٣) ، اما على أساس انه لا يعتبر من الغير فى حكم المادة ١٠ من

---

(١) نقض مدنى ٢ ابريل ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ - ٥٠٣ - ٨١ .

(٢) نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ - ٤١٢ - ٥٨ .

(٣) ومن باب اولى يكون الامر كذلك اذا حصل التصرف بعد تسجيل القسمة ، ولا يثير ذلك حينئذ اى صعوبة .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

قانون الشهر العقارى لأنه قد تلقى حقه على أساس القسمة التى تمت لاعلى اساس ان الشيوع مازال قائما،واما علىأساس انهبشرائه الجزءالمفرز الذى اختص به الشريك البائع بمقتضي القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها (١) .

اما اذا تصرف فى جزء مفرز غير الجزء الذى وقع فى نصيبه بمقتضي القسمة غير المسجلة ، فان المتصرف اليه لا يتلقى حقه على اساس القسمة ، اذ هو قد انكرها بشرائه ما لم تخصصه للبائع اليه ، وانما على اساس أن الشيوع مازال قائما رغم اجراء القسمة ، ومن ثم فانه اذا سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر من الغير ولا يحتج عليه بالقسمة التى تمت ويكون له اذا لم يرتضها ان يطلب اجراء قسمة جديدة (٢) .

وكذلك من باب أولى اذا تجاهل أحد المتقاسمين القسمة وتصرف فى حصته شائعة بالرغم من حصول القسمة غير المسجلة ، فان المتصرف اليه يعتبر متى قام بشهر تصرفه قبل شهر القسمة غيرا بالنسبة اليها، فلا يجوز الاحتجاج بها عليه، ويحل محل سلفه فى حقوقه الشائعة ويصبح شريكا فى العقار الشائع وبالتالى صاحب شأن فى قسمة العقار ، ويكون له ان يطلب اجراء قسمة جديدة يشترك هو فيها .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه اذا اشترى من احد الشركاء نصيبه أو بعضه شائعا وسجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة اعتبر المشترى من الغير ، وبالتالى لا يحتج عليه بهذه القسمة ، يستوى فى ذلك أن يكون شراؤه سابقا على اجراء القسمة أم لاحقا لها ، ويصبح فى الحالين شريكا فى العقار الشائع بقدر الحصة التى اشتراها ، ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقا ، وله ان يطلب اجراء قسمة جديدة اذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها (٣) .

---

(١) نقض مدنى ١٥ يناير ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ - ٤٣ - ٥ ، وايضا نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ - ١١٧٢ - ١٨٤ .

(٢) و (٣) نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ - ١١٧٢ - ١٨٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الثالث

بيع الحقوق المتنازع فيها

٣١٤ - تعريف بيع الحقوق المتنازع فيها وحكمه - يعتبر البيع واردا على حق متنازع فيه اذا كان محله مجرد ادعاء حق شخصي أو حق عيني او كان موضوع الحق المبيع قد رفعت به دعوى او قام فى شأنه نزاع جدى (المادة ٤٦٩ فقرة ثانية مدنى) .

وقد تقدم ان الحقوق المتنازع فيها لا يجوز للقضاة واعوانهم شراؤها اذا كان الفصل فى المنازعات المتعلقة بها من اختصاص المحاكم التى يباشرون اعمالهم فى دائرتها (المادة ٤٧١ مدنى) ، وانه لا يجوز للمحامين ان يتعاملوا مع موكليهم فى هذه الحقوق اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها (المادة ٤٧٣ مدنى) (١) .

ويترتب على ان المبيع مجرد ادعاء حق رفعت به دعوى او قام بشأنه نزاع جدى ، ان المشترى يكون ساقط الخيار لانه قبل ان يخاطر بما يبذله فى البيع من ثمن وان البائع لا يكون ملزما بضمان التعرض والاستحقاق (٢) (فى هذا المعنى المادة ٤٤١/٣٥٣ مدنى قديم) . والغالب ان يكون الحق المتنازع فيه حقا شخصيا ، فتتبع فى بيعه احكام حوالة الحقوق . غير ان المشرع قد رتب حكما خاصا على كون المبيع متنازعا فيه اذ نص فى المادة ٤٦٩ فقرة اولى مدنى على انه « اذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل الى شخص آخر ، فللمتنازل ضده ان يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » ، اى انه جعل للمتنازل ضده عن الحق المتنازع فيه رخصة التخلص من هذا الحق فى مقابل رده الى المتنازل اليه الثمن الذى دفعه وملحقاته .

فاذا كان الحق المبيع حقا شخصيا فان المدين به يجوز له ان

---

(١) انظر ما تقدم فى نبذة ١١٠ ص ١٨٣ ونبذة ١١٥ ص ١٨٩ .

(٢) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٠٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

يتخلص من هذا الدين بأن يحلّ محل المشترى فى شرائه فيصبح دائنا ومدينا لنفسه فينقضي دينه باتحاد الذمة . واذا كان المبيع حقا عينيا فان استرداده يكون شراء فيه معنى الصلح بين الطرفين اللذين نشأ النزاع بينهما قبل بيع الحق المتنازع فيه .

وحكمة الترخيص للمتنازل ضده باسترداد الحق المبيع من المتنازل اليه ، هى الرغبة فى منع المضاربة وفى وضع حد للمنازعات ، اذ ان من يشترى حقا متنازعا عليه يغلب فيه أن يكون مضاربا على احتمال كسب الدعوى المتعلقة بهذا الحق ، وليس هذا النوع من المضاربة مما يستحق التشجيع ، بل بالعكس من ذلك تجب محاربته لأن من شأنه أن يوسع المنازعات وأن يدخل فيها عناصر غريبة عنها لا هم لها الا الربح منها . وليس أجدى فى محاربتها وقصر شرها من الترخيص لكل من طرفى المنازعة أن يبيع حقه والترخيص للطرف الآخر الذى لم يبع حقه بأن يسترد من المشترى الحق المبيع وأن يحل فيه محله ، فيضع بذلك حدا للمنازعة (١) .

٣١٥ - متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه - فى القانون الفرنسي لا يجوز استرداد الحق المبيع الا اذا كان موضوع هذا الحق قد رفعت به فعلا دعوى أمام القضاء (المادة ١٧٠٠ مدنى فرنسي) . أما فى القانون المصرى ، فقد نصت المادة ٤٦٩ مدنى على جواز استرداد الحق المبيع اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو اذا قام فى شأنه نزاع جدى ، أى انها لم تقصر حق المتنازل ضده فى استرداد الحق المتنازل عنه على الحالة التى يكون فيها هذا الحق الاخير محل دعوى مرفوعة فعلا ، بل أجازت الاسترداد لمجرد قيام نزاع جدى فى شأن الحق المتنازل عنه . ويشترط فى هذا النزاع أن يكون متعلقا بموضوع الحق بالذات ، أى بنشوء الحق أو بانقضائه أو بمداه أو بمقداره أو بدفع موضوعى يرمى الى ابطال الحق أو انقضائه (٢) .

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٠٤ ، بودرى لاكانتيرى وسينا نبذة ٩١٤ ص ٩٣٤ .

(٢) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ١٩٨ هامش ٣ ، نقض مدنى ٧ ابريل ١٩٣٨ فهرس أحكام النقض فى ٢٥ سنة ص ٣٦٨ نبذة ١٣٨ ، أوبرى ورو جـ ٥ نبذة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٨ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

على انه لا يجوز الاسترداد ولو كان الحق المتنازل عنه محل دعوى مرفوعة فعلا او محل نزاع جدى فى الأحوال الآتية :

١ - اذا كان المشترى غير عالم وقت البيع بالنزاع المتعلق بالحق المبيع ، لانه فى هذه الحالة تنتفى عنده فكرة المضاربة علة تشريع حق الاسترداد (١) .

٢ - اذا كان النزول عن الحق دون مقابل ، اذ اشترطت المادة ٤٦٩ فقرة اولى فى جواز الاسترداد ان يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حاصلا بمقابل (٢) ، اما اذا كان حاصلا على سبيل التبرع فلا يجوز فيه الاسترداد لانعدام الحكمة منه ، حيث ان التبرع ينفى فكرة المضاربة التى شرع الاسترداد لمحاربتها (٣) ، الا اذا كانت هبة الحق المتنازع فيه بعوض وكان هذا العوض يبلغ من الاهمية ان يجعل النزول عن هذا الحق بمقابل ، فيجوز فيه الاسترداد (٤) .

٣ - اذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد كما فى بيع التركة ، فان الحق المتنازع فيه يفقد ذاتيته فى هذه الحالة وتنعدم بشأنه فكرة المضاربة .

٤ - اذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة او ملاك وباع احدهم نصيبه الى الآخر ، اذ يغلب فى هذه الحالة ان يكون دافع المشترى الى الشراء اضطراره الى ذلك بحكم اشتراكه فى الميراث او فى الشيوع ،

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٠٤ ، ونقض مدنى ٢٦ ابريل ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ١ - ٣٨٩ - ١٧٨ ، وفى هذا المعنى منصور نبذة ١١٨ ص ٢٧٠ ، اسماعيل غانم ص ٢٢٨ ، لبيب شنب نبذة ٢٣٥ ص ٢٨٤ ، وعكس ذلك السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ١٩٦ هامش ٣ .

(٢) يرى البعض انه يجب ان يكون التصرف فى الحق المتنازع فيه بيعا (البدراوى نبذة ٤٠٦ ص ٥٦٢) ، ولكن الراجح انه يكفى ان يكون التصرف بمقابل ولو لم يكن بيعا كالمقايضة والهبة بعوض (انظر منصور نبذة ١١٨ ص ٢٦٨ ، اسماعيل غانم ص ٢٨٠ ، لبيب شنب ص ٢٨٥) ومن هذا الرأى الاستاذ السنهورى ولكنه يشترط ان يكون المقابل نقدا او اشياء مثلية (الوسيط جـ ٤ نبذة ١٠٥ ص ٢٠٠) .

(٣) انور سلطان من ٤١٩ هامش ١ ، أمام ص ٤٧٦ نبذة ٢٩٠ ، منصور نبذة ١١٨ ، اسماعيل غانم ص ٢٧٩ ، لبيب شنب نبذة ٢٣٥ ص ٢٨٥ .

(٤) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٢٠٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حتى يمنع دخول شريك جديد معه ويقلل عدد شركائه وفرص الخلاف فى شأن المال الشائع ، فتكون فكرة المضاربة منعدمة .

٥ - اذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق فى ذمته ، فان البيع يكون فى هذه الحالة وفاء بمقابل فتنعدم فيه فكرة المضاربة اذ أن المتنازل اليه يقصد أن يستوفى حقه أكثر من أن يشترى حقا متنازعا فيه .

٦ - اذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقارا مرهونا تأمينا له وبيع العقار الى آخر ثم اشترى هذا الاخير الحق المتنازع فيه ، فان حائز العقار ، اى مشترى العقار المرهون ، يكون فى هذه الحالة متقيا شرا أكثر منه مضاربا (١) .

وقد نصت على اربع الحالات الاخيرة المادة ٤٧٠ مدنى .

٣١٦ - كيف يكون الاسترداد - يتم استرداد الحق المتنازع فيه باعلان المتنازل ضده رغبته فى الاسترداد ، سواء كان ذلك بعمل قضائى أو بعمل غير قضائى .

فاذا كان الحق المتنازع فيه محل دعوى مرفوعة على المتنازل ضده ، جاز لهذا أن يتقدم فى تلك الدعوى بطلب استرداد الدين ، على أن يوجه الطلب الى المتنازل اليه ان كان مائلا فى الدعوى أو يدخله فيها لتوجيه هذا الطلب اليه . فان لم تكن الدعوى قد رفعت أو كانت قد رفعت وصدر فيها حكم لم يحز بعد قوة الامر المقضي ، جاز للمتنازل ضده توجيه طلب الاسترداد الى المتنازل اليه فى دعوى يرفعها عليه ابتداء فى الحالة الاولى أو بسلوك سبيل الطعن فى الحكم الابتدائى فى الحالة الثانية (٢) .

---

(١) ولا محل لاسترداد الحق المبيع المتنازع فيه اذا بيع لاحد رجال القضاء أو أعوانهم خلافا للحظر الوارد فى المادة ٤٧١ مدنى ، اذ فى هذه الحالة يقع البيع باطلا ، أى انه يعتبر كأن لم يكن ، فيفقد الحق فى الاسترداد أهم شروطه وهو ورود بيع صحيح على الحق المتنازع فيه (فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٢١٣) .

(٢) واذا كان المتنازل اليه قد نزل بدوره الى آخر عن الحق المتنازع فيه فيكون توجيه طلب الاسترداد الى هذا الاخر الذى انتقل اليه الحق بالتنازل الثانى .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويجوز طلب الاسترداد فى اى وقت طالما ان الحق المتنازع فيه لم يفصل فيه بحكم نهائى .

وقد نصت المادة ٤٦٩ فقرة اولى مدنى على ان للمتنازل ضده ان يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع . وكانت المادة ٤٤٢/٣٥٦ مدنى قديم تنص على انه يجوز للمدين ان يتخلص من الدين المبيع بدفعه للمشترى الثمن الحقيقى الذى اشترى به وفوائده والمصاريف المنصرفة، وقد استنبط البعض من ذلك ان الاسترداد لا يتم الا اذا دفع المشترى فعلا الثمن وملحقاته او على الاقل اذا عرض هذه المبالغ عرضا حقيقيا اتبعه بايداعها ، ولكن الراى الذى رجح فى هذا الشأن كما فى شأن استرداد المبيع وفاء انه يكفى اعلان الرغبة فى الاسترداد مع ابداء الاستعداد لدفع المبالغ المطلوبة . وقد حسم القانون الحالى هذا الخلاف باخذه صراحة بالراى العكسي حيث نص على ان تخلص المتنازل ضده من المطالبة بالحق المتنازع فيه لا يتم الا اذا رد هذا الاخير الى المتنازل له الثمن والمصروفات والفوائد . فيتعين ان يرد المدين الى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه هذا فى مقابل التنازل . فاذا ثبت ان الثمن الذى ذكر فى التنازل ثمن صورى اى ان الطرفين لم يقصدا ان يدفعه المتنازل له الى المتنازل وانما قصدا ان يدفع مبلغا اقل منه ، فلا يلزم المتنازل ضده ان يرد الا هذا المبلغ الاخير الذى يمثل الثمن الحقيقى للتنازل . ويتعين ان يدفع المتنازل ضده الى المتنازل اليه الفوائد القانونية (بسعر ٤٪ فى المواد المدنية او ٥٪ فى المواد التجارية) من الوقت الذى دفع فيه هذا الاخير الثمن الحقيقى .

يضاف الى ذلك مصروفات التنازل عن الحق المتنازع فيه كرسوم العقد الرسمى او رسوم التصديق على الامضاءات ورسوم التمغة واتعاب السمسرة واتعاب المحامى الذى تولى عقد التنازل الخ (١) .

ولا يتم الاسترداد الا اذا دفع المتنازل ضده هذه المبالغ جميعا او

---

(١) واذا قدم طلب الاسترداد بعد تنازل المتنازل اليه الاول الى آخر ووجه الى هذا الاخير تعين على المسترد ان يرد الثمن الذى بذله هذا بقطع النظر عن الثمن الذى دفعه المتنازل اليه الاول ، وكذلك مصروفات التنازلين وفوائد المبالغ التى دفعها المتنازل اليه الثانى من وقت دفعها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

قام بعرضها عرضا حقيقيا طبقا لاحكام قانون المرافعات . أما اكتفاؤه بابداء رغبته فى الاسترداد واستعداده لدفع المبالغ المذكورة فلا يفيد ولا يغنى عن دفعها فعلا .

٣١٧ - آثار استرداد الحق المتنازع فيه - يترتب على الاسترداد ان يحل المسترد محل المتنازل اليه فى الصفقة التى عقدها هذا مع المتنازل، ويكون حلوله بأثر رجعى ، فيعتبر المسترد متلقيا الحق المتنازل عنه مباشرة من المتنازل ويعتبر المسترد منه انه لم يملك هذا الحق فى اى وقت من الاوقات . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ - فى العلاقة ما بين المسترد والمسترد منه يحل الاول محل الثانى فى الصفقة دون ان يعتبر خلفا له ، فلا تنفذ قبل المسترد تصرفات المسترد منه فى الحق المتنازل عنه فى الفترة ما بين البيع والاسترداد ولا الحجوز الموقعة على هذا الحق فى ذمة المسترد منه (١) ، ويجب على المسترد أن يرد الى المسترد منه ثمن البيع وملحقاته اذا كان المسترد منه قد دفع الثمن الى البائع ، والا جاز للمسترد أن يدفعه مباشرة الى البائع على أن يكون ذلك فورا .

٢ - وفى العلاقة ما بين المسترد والبائع يكون للأخير حسب الرأى الراجح اذا لم يكن قد قبض ثمن المبيع من المسترد منه ان يطالب المسترد مباشرة بهذا الثمن اى انه تكون له دعوى مباشرة قبل المسترد ، لان هذا لا يعتبر خلفا خاصا للمسترد منه وتصبح العلاقة مباشرة بينه وبين البائع (٢) ، ويكون البائع ملزما بالضمان قبل المسترد لا قبل المسترد منه اذا كان عقد البيع يلزمه بالضمان ، كما لو كان البائع دائنا ظاهرا او وارثا ظاهرا ثم طالب الدائن او الوارث الحقيقى بالحق المتنازع فيه بعد التنازل عنه وحصول الاسترداد .

٣ - وفى العلاقة ما بين البائع والمسترد منه يجوز للأخير اذا لم يكن قد دفع الثمن أن يدخل البائع فى دعوى الاسترداد وان يطلب فى مواجهته تقرير براءة ذمته من الثمن وانتقال الالتزام به الى ذمة المسترد. فان لم يدخله فى الدعوى ، بقى البائع دائنا للمسترد منه بالثمن المتفق عليه وجاز له مطالبته به دون المسترد .

---

(١) و(٢) فى هذا المعنى كولان وكابيتان الطبعة الثامنة جـ ٢ نبذة ٦٢٥ ص ٥٦٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الرابع

بيع التركات

٣١٨ - تعريف بيع التركات وبيان صفته الاحتمالية - يعتبر البيع واردا على تركة أو على استحقاق فى تركة اذا باع الوارث الذى آلت اليه كل التركة أو بعضها الى وارث آخر أو الى أجنبى عن التركة جميع حقوقه فيها . فان باع الوارث نصيبه كله فى التركة الى باقى الورثة ، كان ذلك تخارجا من التركة لصالح أولئك الورثة (١) .

والمفروض فى هذا البيع أن التركة حاضرة لا مستقبلة اى أن البيع حاصل بعد وفاة المورث لا قبله لان بيع تركة انسان على قيد الحياة باطل لوروده على تركة مستقبلة (المادة ٢/١٣١ مدنى) .

والمفروض كذلك أن فى التركة بعض الحقوق على الاقل (٢) ، لانه اذا لم يكن فيها غير الديون فلا محل لبيعها . ولا يكون البيع واردا على هذه الحقوق بذواتها ولكنه يشملها فى جملتها باعتبارها هى والديون التى على التركة مجموعة قانونية واحدة .

فاذا كانت على المورث ديون ، فان مبدأ لا تركة الا بعد سداد الديون يقضي بأن الوارث لا يمتلك اى حق من حقوق المورث قبل سداد

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى أن بيع الوارث نصيبه من التركة هو بيع لمجموع من المال ، بما يشتمل عليه من حقوق وديون . وهو أعم من التخارج المعروف فى الشريعة الاسلامية ، فان التخارج مقصور على بيع الوارث نصيبه لباقى الورثة . أما هذا البيع فقد يكون لوارث أو لغير وارث (مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٠٧) .

(٢) وفى هذا يختلف بيع التركة عن التخارج فى الشريعة الاسلامية . انظر نقض مدنى ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ فهرس أحكام النقض فى ٢٥ سنة ص ١٠٠٧ نبذة ٥٢ وقد جاء فيه أنه « وان كان حكم الشريعة يقضى ببطلان التخارج اذا كان للتركة ديون على الغير ، الا أن القانون المدنى لم يأخذ بذلك ، فانه قد نص صراحة فى المادة ٣٥٠ مدنى (قديم) على أن بيع الاستحقاق فى التركة أو (التخارج) يشتمل حتما على بيع ما لها من الديون .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الديون ومـــا يقتضيه ذلك من تصفية بعض الاموال ، اى ان الوارث لا تكون له فى اثناء ذلك الا حقوق احتمالية تتوقف على نتيجة التصفية. غير ان هذه الحقوق الاحتمالية يجوز له بيعها . ويكون البيع فى هذه الحالة ذا صبغة احتمالية بارزة (١) .

ويكون البيع احتماليا ايضا ولو تم بعد التصفية او كان واردا على تركة خالية من الديون ، لان بيع التركة لا يقتضي بيان عناصرها المكونة لها على سبيل الحصر . اذ هو يشمل كل ما يدخل فى التركة ولو كان دخوله فيها غير معلوم بصفة مؤكدة وقت البيع .

٣١٩ ـ محل بيع التركة ـ يرد بيـــع التركة او بيع الحصـــة الشائعة فى التركة على كافة حقوق المورث وديونه التى خلفهـــا وقت موته ، ما عدا الاشياء المتعلقة بشخصه كالصور والتذكارات العائليـة والاوســمة والنياشين الخ ، ولو تم البيع بعـــد حدوث تغييرات فى محتويات التركة زيادة او نقصا . فاذا كان البـــائع قد استوفى بعض حقوق التركة قبل البيع او سدد بعض ديونها ، فان بيع التركة يشمل هذه الحقوق والديون ، ويتعين على البائع ان ينقل الى المشترى ما سبق ان حصله ويحق له ان يتقاضاه ما يكون قد سدده من ديون التركة .

غير انه يجوز للمتعاقدين ان يتفقا صراحة او ضمنا على اخراج اى عنصر من عناصر التركة من البيع المذكور . ولا شك فى انهما فى هـذه الحالة سيراعيان ذلك فى تقـــدير الثمن ، فيجوز مثلا ان يتفقا على ان يحتفظ البائع بما حصله من حقوق التركة او بما قبضه من ثمارهـا او بثمن ما باعه من اموالها او على ان لا يرد قيمة ما تبرع به من اموالها (٢).

٣١٩ ـ آثار بيع التركات : (أ) فيما بين العاقدين ـ يترتب على بيع التركة فيما بين العاقدين : (اولا) نقل الحقوق الداخلة فى التركة من البائع الى المشترى ، و (ثانيا) التزامات على البائع واخـرى على المشترى .

٣٢٠ ـ (١) انتقال حقوق التركة الى المشترى ـ ولان هـــذا

---

(١) المذكرة الايضاحية فى الموضع الســـابق ، منصور نبذة ١٢٦ ص ٢٧٦ ، لبيب شنب نبذة ٢٤٨ ص ٣٠٢ .

(٢) استئناف مصر ١١ فبراير ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ـ ٨٥١ ـ ٤٢٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

البيع وارد على التركة كلها أو على حصة شائعة منها باعتبارها مجموعا من الاموال ، فانه ينقل بذاته ملكية التركة او الحصة المبيعة الى المشترى من وقت انعقاده ، فيحل المشترى محل الوارث البائع فى حقه فى تلك التركة كمجموعة من الاموال (١) دون أن يحله محله فى صفة الوراثة لان هذه الصفة مما يتصل بالشخص ولا يرد عليها التعامل (٢) . فيصبح من يشترى حصة فى تركة شريكا لباقى الورثة فى مجموع هذه التركة دون حاجة فى ذلك الى اى اجراء خاص كالتسجيل بالنسبة للعقارات أو اعلان الحوالة بالنسبة للحقوق الشخصية .

ويترتب على ذلك أن المشترى يصبح صاحب حق فى التركة بنسبة النصيب الذى اشتراه ، فيلزم اشتراكه أو تمثيله فى كل دعوى يرفعها دائن المورث على الورثة او يرفعها الورثة على مدين المورث وذلك لانه صار بالبيع خلفا للوارث البائع ، وانقطع تمثيل هذا الاخير للتركة واصبح المشترى هو الممثل لها فى حدود النصيب الذى اشتراه .

ويتم انتقال الحق فى التركة أو فى نصيب منها من البائع الى المشترى بمجرد البيع سواء فيما بين الطرفين او بالنسبة الى سائر الورثة أو الغير .

فاذا رفع دائن التركة الدعوى على الوارث البائع بعد البيع ، جاز لهذا الوارث دفعها بانعدام الصفة وجاز للمشترى التدخل فيها وطلب

---

(١) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٣١ ص ٢٤٣ ويعترض الاستاذ لبيب شنب على ذلك ويرى فيه تعارضا مع القول بأن الملكية لا تنتقل فى كل حق على حدة الا باتخاذ الاجراءات التى يتطلبها القانون لذلك ، اذ أن ذلك يجعل انتقال التركة بمجرد العقد عديم الفائدة ، ويقول أن التركة لا قيمة لها الا بالاموال التى تدخل فى تكوينها ، فاذا كانت هذه الاموال لا تنتقل الى المشترى ، فما قيمة انتقال التركة (لبيب شنب نبذة ٢٥٠ ص ٣٠٥) . .

ونحن لا نرى وجها للاعتراض على ما بيناه فى المتن . وقد أوضحنا فيما يلى ثمرة القول بأن التركة أو الحصة المبيعة تنتقل من البائع الى المشترى بمجرد العقد ؛ فوق أن هذا القول فى ذاته هو الذى يتفق مع المبادىء العامة .

(٢) السنهورى فى المرجع السابق ص ٢٤٣ هامش ٢ . فاذا كان المورث قد رتب حقوقا للوارث بصفته وارثا ولكنه جعلها تنشأ مباشرة فى ذمة الوارث دون أن تمر بذمته هو كما فى الاشتراط أو التأمين لمصلحة الوارث . فان هذه الحقوق تبقى للوارث بالرغم من بيعه التركة أو نصيبه فيها لانها لا تعتبر جزءا من التركة وان ثبتت للوارث بصفته والوارث (انظر السنهورى فى المرجع السابق ، البدراوى نبذة ٤١٤ ص ٦٠٤) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

رفضها موضوعا . غير انه يشترط لقبول ذلك منهما ثبوت تاريخ البيع قبل رفع دعوى الدائن وذلك تطبيقا للمادة ٣٩٥ مدنى .

هذا فيما يتعلق بانتقال الحق فى التركة أو الحصة المبيعة كمجموع من الاموال . أما فيما يتعلق بانتقال الحق فى مفرداتها كل منها على حدة ، فيسرى ما تقضي به القواعد العامة فى شان كل منها ، وفى هذا تقول المادة ٤٧٤ مدنى « اذا بيعت تركة فلا يسرى البيع فى حق الغير الا اذا استوفى المشترى الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة ، فاذا نص القانون على اجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب ايضا أن تستوفى هذه الاجراءات » . والمقصود بالحق فى هذا النص ليس الحق فى التركة او فى الحصة المبيعة كمجموع ، بل كل حق على حدة من مفردات تلك التركة .

فاذا كانت فى التركة منقولات مادية انتقلت ملكيتها الى المشترى بمجرد انعقد فى حدود الحصة المبيعة دون حاجة الى اى اجراء خاص او تسليم او غيره وذلك سواء فيما بين العاقدين او بالنسبة الى الغير . فيصبح المشترى شريكا لباقى الورثة فى كل منقول داخل فى التركة ويجوز له بهذا الوصف ان يطالبهم بقسمة المنقولات قسمة نهائية او قسمة مهاياة .

أما العقارات الداخلة فى التركة ، فلا تنتقل ملكية كل منها الى المشترى حتى فى علاقته بالوارث البائع الا بتسجيل عقد البيع مع ما يثبت دخول كل من هذه العقارات فى التركة فعلا ، كمستخرج رسمى من سجل المكلفات باسم المورث . والى ان يتم هذا التسجيل بالنسبة الى جميع عقارات التركة يكون المشترى مالكا الحق فى التركة او فى حصة شائعة منها باعتبارها مجموعا من المال ولكنه لايكون مالكا العقار الذى لم يتم تسجيل البيع بالنسبة اليه . فان باع الوارث هذا العقار الى مشتر ثان وتمكن هذا من تسجيل عقده قبل أن يتمكن مشترى التركة من التسجيل انتقلت اليه الملكية دون مشترى التركة ولم يكن لهذا الاخير سوى الرجوع بالتعويض على الوارث البائع .

فاذا وجدت فى التركة حقوق دائنية ، فتسرى عليها أحكام حوالة الحقوق ، وينتقل كل من هذه الحقوق الى المشترى فى حدود النصيب الذى اشتراه فى التركة بمجرد العقد ، ولكن انتقاله لا ينفذ

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

قبل المدين ولا ازاء الغير الا اذا قبل المدين الحوالة فى محرر ثابت التاريخ او اعلن بها وفقا لأحكام المادة ٣٠٥ مدنى .

٣٢١ - (٢) التزامات البائع - يلتزم البائع اولا بأن يسلم المشترى مشتملات التركة من عقارات ومنقولات بالحالة التى تكون عليها وقت البيع ، لأن كل زيادة فى القيمة عن وقت موت المورث او نقص فيها بالنسبة لأى من هذه العقارات او المنقولات يعتبر انه قد دخل فى تقدير الطرفين عند تحديد ثمن البيع .

فلا يكون للوارث البائع أن يطالب المشترى بشيء مقابل ما انفقه على بعض اعيان التركة حتى وقت البيع ولا يكون للمشترى أن يطالب البائع بشيء نظير ما اصاب بعض هذه الاعيان من تلف فى الفترة ما بين موت المورث وحصول البيع .

ولكن لأن البيع يعتبر واردا على جميع مشتملات التركة وقت موت المورث ، فانه يشمل جميع الحقوق التى كانت قائمة فى ذمة المورث عند وفاته وثمارها . ولو كان بعضها قد انقضي بالوفاء فى الفترة ما بين موت المورث والبيع . ولذلك نصت المادة ٤٧٥ مدنى على انه اذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون او باع شيئا مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشترى ما استولى عليه ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد ، فيلزم البائع بأن يرد الى المشترى ما حصله من الحقوق التى كانت داخلة فى التركة وقت وفاة المورث او التى دخلت فيها بعد ذلك . فاذا كان الوارث قد حصل ثمار بعض اعيان التركة او قبض بعض الديون المستحقة لها او باع منقولاتها ، التزم أن يرد للمشترى قيمة ذلك ما لم يكن قد احتفظ بها صراحة عند البيع .

وهو يلتزم ثانيا بضمان محدود ، ذلك أن عقد بيع التركة ، مع انه عقد احتمالى لا يترتب عليه فى الأصل ضمان ، يلزم البائع ان يضمن على الاقل وراثته لهذه التركة . ويترتب هذا الضمان فى ذمته بحكم القانون ، اذ نصت المادة ٤٧٣ مدنى على أن « من باع تركة ، دون ان يفصل مشتملاتها . لا يضمن الا ثبوت وراثته ما لم يتفق على غير ذلك» . وظاهر أن هذا النص مقرر لارادة الطرفين فيجوز لهما الاتفاق على زيادة هذا الضمان او نقصه او استبعاده استبعادا تاما ، بل يجوز الاتفاق على اعفاء البائع حتى من ضمان وراثته ، وفى هذه الحالة اذا

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ثبت بعد البيع أن البائع لم يكن وارثا أصلا لم يكن للمشترى رجوع عليه الا اذا اثبت أن البائع قد دلس عليه واوهمه انه وارث مع علمه بعدم صحة ذلك .

٣٢٢ - (٣) التزامات المشترى - يحل المشترى محل البائع فى جميع حقوقه فى التركة ، فيتحمل نتيجة التصفية بدلا منه ، ويأخذ نصيبه فى صافى الاموال ، ويدفع ما يقابل نصيبه فى الاموال التى يراد تفادى بيعها سدادا لديون التركة . واذا كان البائع قد سبق أن سدد من ماله الخاص شيئا من ديون التركة او انفق عليها مصروفات ضرورية او نافعة ، التزم المشترى أن يرد الى البائع ما سدده من ديون أو ما يستحقه فى مقابل ما انفق من مصروفات ، واذا كان البائع دائنا للتركة وجب على المشترى أن يسدد له دينه او أن يحاسبه عليه ، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك (المادة ٤٧٦ مدنى) .

٣٢٣ - (٤) آثار بيع التركة بالنسبة الى الغير - نصت المادة ٤٧٤ مدنى على انه « اذا بيعت تركة فلا يسرى البيع فى حق الغير الا اذا استوفى المشترى الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة . فاذا نص القانون على اجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين وجب ايضا ان تستوفى هذه الاجراءات » .

ولم يتناول هذا النص الا أمر نقل حقوق التركة ، فان كانت تلك الحقوق عينية فان نقلها لا يتم بالنسبة الى الغير الا بشهر البيع ، وان كانت حقوقا شخصية وجب فى نقلها بالنسبة للغير أن يستوفى البيع ما يلزم لذلك فى حوالة الحقوق ، اى اعلان مدينى التركة بهذا البيع او قبولهم اياه فى ورقة ثابتة التاريخ .

أما ديون التركة فلابد من وفائها من أموال التركة .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الخامس

البيع فى مرض الموت

٣٢٤ - علة افراد حكم خاص للبيع الذى يصدر من البائع فى مرض موته - الاصل ان الانسان يملك ان يتصرف فى جميع امواله لمن يريد ، وان حريته فى ذلك لا يحد منها الا حبه لنفسه وحرصه على الا يتجرد من ماله حال حياته ، فيجوز للمرء ان يبيع او يهب كل امواله او بعضها دون ان يكون لأحد حق مراجعته او الاعتراض عليه ، لانه انما يتصرف بذلك فى خالص حقه . اما ان احتفظ بأمواله طوال حياته وتصرف فيها كلها او بعضها تصرفا لا ينفذ الا بعد موته ، فان هذه التصرفات لا يعود منها عليه اى ضرر طالما انها لن تنفذ حال حياته ، وانما يقتصر اثرها على اخراج المال المتصرف فيه من تركته ، فيضار الورثة بذلك من دونه . وهذا هو شأن الوصية .

لذلك فرض المشرعون فى اكثر البلاد قيودا على الحق فى الايصاء ، فقيدوا الموصي فيما يجوز له الايصاء به ، وحددوا له قدرا من ماله يكون له فيه حق الايصاء quotité disponible وقدرا لا يجوز فيه الايصاء مراعاة لحق الورثة الشرعيين réserve légitime بحيث لا تنفذ الوصية اذا جاوزت القدر الاول الا فى حدوده .

فاذا اراد اى شخص ان يتصرف الى غيره تبرعا بكل ماله او بما يجاوز منه القدر الجائز الايصاء به لم يكن لم من سبيل الى ذلك الا ان يهب غيره هذا المال حال حياته ، فتنفذ الهبة فى حقه اولا ثم فى حق ورثته من بعده . ولم ير المشرع داعيا لتقييد حق الشخص فى التبرع حال حياته لانه قدر ان حرص المرء على الا يجرد نفسه من ماله كفيل بالحد من رغبته فى التبرع طالما بقى له الامل فى حياة لا يعرف مداها ، ولكنه قدر ايضا ان هذا الحرص يزول متى شعر الشخص بدنو اجله وقرب انتقال امواله الى ورثته اذ تنطلق حينئذ رغبته فى ايثار بعض الناس على ورثته كلهم او بعضهم ، فيهب الاولين من امواله اكثر من القدر الذى يجوز له الايصاء به فلا تؤثر الهبة عليه تأثيرا يذكر اذا ما مات

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بعدها بقليل ولكنها تؤثر على حق الورثة بقدر ما تنقص من أموال التركة التى كان يجب أن تؤول اليهم لولا هذه الهبة . وظاهر أن أكثر ما يشعر المرء فيه بدنو أجله يكون اذا ما مرض مرضا تغلب فيه الوفاة ، ويسمى هذا المرض مرض الموت اذا أفضي الى الوفاة فعلا . لذلك رأى المشرع المصرى أن يفرض على التبرع الحاصل فى مرض الموت مثل القيود التى قيد بها الوصية ، بل أعطى هذا التبرع حكم الوصية وجعله غير نافذ فى حق الورثة فيما يجاوز القدر الجائز الايصاء به الا اذا أقروه بعد موت المتبرع(١) . وقد اقتبس هذا الحكم من الشريعة الاسلامية . ولذلك يجب الرجوع اليها فى تعريف مرض الموت .

٣٢٥ - تعريف مرض الموت - يعرف فقهاء الشريعة الاسلامية مرض الموت بأنه المرض الذى يغلب فيه الهلاك ويتصل الموت به فعلا(٢).

ويؤخذ من هذا التعريف ضرورة توافر شرطين فى المرض الذى يعتبر مرض موت : الاول أن يغلب فيه الهلاك ، والثانى أن يتصل به الموت فعلا ،اى أن يموت المريض قبل أن يشفى من مرضه ولو كان موته بسبب آخر غير ذلك المرض(٣) . ولا يشترط أن يكون المرض قد أثر على نفسية المريض أو ادراكه (٤) .

---

(١) ويلاحظ أنه اذا كانت الوصية سافرة ، أى أنها ناطقة باضافة التبرع الى ما بعد الموت فلا محل للبحث فيما اذا كانت وقعت فى مرض الموت أو حال الصحة (نقض مدنى ٢٣ فبراير ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ - ٣٤٤ - ٣٤) .

(٢)انظر النصوص التى أشار اليها السنهورى فى الوسيط جـ٤تبذة ١٧٥ ص ٣١٣ .

وانظر نقض مدنى ٧ يونية ١٩٥١ التشريع والقضاء ٥ مدنى ١٢٠ - ٥٤ وقد جاء فيه أنه متى كان الحكم المطعون فيه اذ اعتبر أن المورث كان مريضا مرض الموت وقت تحريره عقدى البيع المصادرين منه الى زوجته قد اقتصر على تقرير ان المورث كان مريضا مرضا انتهى به الى الوفاة دون ان يبين نوع هذا المرض وهل كان الهلاك غالبا فيه وقت حصول التصرف المطعون فيه ، وهو بيان لازم لمعرفة هل يصح اعتباره مرض موت أم لا ، فانه يكون مشوبا بالقصور فى أسبابه مما يبطله .

(٣) قرب السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٣١٤ وما بعدها ، وهو يضيف الى هذين الشرطين شرطا ثالثا ، وان يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التى يقوم الاصحاء عادة بمباشرتها .

(٤) نقض مدنى ٧ يونيه ١٩٥٦ مجموعة أحكام ٧ - ٨٨٧ - ٩٥ ، وأيضا نقض مدنى ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ - ٨٨ - ١٧ وقد جاء فيه أن الحالة النفسية للمريض من رجاء ويأس ، وان كانت هى الحكمة التى من أجلها قرر الفقهاء قاعدة ان المرض لا يعتبر مرض الموت اذا طال أمده عن سنة الا اذا اشتد ، الا أنه لا يسوغ التحدى بحكمة مشروعية هذه القاعدة فى كل حالة للقول بتوافرها أو انعدامها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويرجع فى تقدير غلبة الهلاك الى رأى الأطباء (١) ، ولا يلزم أن يقعد المرض صاحبه ولا أن يعجزه عن القيام بمصالحه خارج البيت أو داخله(٢) بل يكفى أن يكون المرض من الأمراض التى تسبب الموت عادة كالسرطان والكوليرا والذبحة الصدرية الخ . وان يعلم المريض ذلك لأن المعول عليه هو ما يبعثه المرض فى النفس من شعور بدنو الأجل يحمل المريض على ابرام تصرفات ما كان يبرمها لو لم يشعر بذلك (٣) . ويلحق بالمرض من هذه الناحية كل خطر يحيط بالشخص ويجعل موته قريب الاحتمال كالمحكوم عليه بالاعدام والراكب فى سفينة مشرفة على الغرق والمقدم على تجربة السفر الى القمر أو المريخ فى احدى سفن الفضاء الخ .

وتنتفى غلبة الهلاك اذا ازمن المرض وظل على حاله أكثر من سنة دون ازدياد (٤) ، فلا يعتبر المرض مرض موت الا من وقت حدوث

---

(١) ولكن يبقى للقاضى فى النهاية بعد سماع رأى الاطباء تقدير ما اذا كان المرض مما يغلب فيه الهلاك عادة ، وهو يراعى فى هذا التقرير ظروف كل دعوى على حدة ، ولا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض .

(٢) قارن عكس ذلك السنهورى فى الموضع السابق الاشارة اليه ، وهو يشير الى وجود خلاف فى الرأى على هذا الشرط ويبسط أوجه الخلاف (ص ٣١٥ و ٣١٦) . ويبدو أن محكمة النقض تميل الى الاخذ بهذا الشرط اذ تقضى بأن أداء المورث بعض الاعمال فى فترات متقطعة من مدة مرضه ، كقبضه مبلغا من المال وفكه رهنا حيازيا وحصول هذه الاعمال منه قبل وبعد تحرير العقدين المطعون فيهما بصدورهما فى مرض الموت ، ذلك ليس من شأنه أن ينفى ما انتهت اليه المحكمة من أن المورث كان فى فترة اشتداد مرضه عاجزا عن اعماله العادية حتى أنه انأب عنه غيره فى مباشرتها لان قيامه بمثل ما قام به لا يمنع من اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهى بموته (نقض مدنى ٢٥ اكتوبر ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ - ١ - ١) .

(٣) فاذا لم يكن المرض مما يغلب فيه الهلاك ، فلا يصح اعتباره مرض موت ولو اعجز المريض عن القيام بمصالحه، كما هو شأن من أصيب بمرض فى عينيه أو بكسر فى ساقه ،

(٤) نقض مدنى ٢١ ابريل ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ - ١٠٢٠ - ١٣٢ وقد جاء فيه أن من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت على ما جرى به قضاء هذه الحكمة ان يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض فيه بدنو أجله وينتهى بوفاته . فاذا استطال المرض لاكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم برء صاحبه منه ، وتكون تصرفات المريض فى هذه الفترة صحيحة ، ولا تعد حالته من حالات مرض الموت الا فى فترة تزايدها واشتداد وطأتها ، اذ العبرة بفترة الشدة التى تعقبها الوفاة .

وفى هذا المعنى أيضا نقض ٨ مايو ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ - ١٠٤٨ - ١٥٨ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مضاعفات جديدة يغلب معها هلاك المريض وبشرط ان تتصل هذه المضاعفات بالموت فعلا (١) .

فاذا كان المرض مما يغلب فيه الهلاك ، ولكنه لم يتصل بالموت فعلا ، بل شفى منه المريض ، فان ما يتم فى اثنائه من تصرفات يأخذ حكم التصرفات التى تتم حال الصحة ، ولو كان الواقع ان المريض لم يبرمه الا لاعتقاده بدنو اجله وذلك لأن حكم تصرف المريض فى مرض الموت انما شرع لمصلحة الورثة لا لمصلحة المتصرف نفسه ، فاذا شفى المريض انتفى حق الورثة فى الطعن فى تصرفه والتزم المتصرف بما أبرم من تصرفات حال مرضه .

وكذلك اذا مرض الشخص مرضا انتهى بموته دون ان يكون ذلك المرض مما يغلب فيه الهلاك كالانفلونزا البسيطة والروماتزم العادى وامراض العيون او الاسنان والجراح الخفيفة والخراجات الخ ، فان مرضه لا يعد مرض موت ، ويكون حكم ما أبرمه من تصرفات فى اثناء هذا المرض حكم التصرفات المبرمة حال الصحة .

ويعتبر وقوع التصرف حال مرض الموت او حال اشتداد المرض الذى ازمن وانتهى الى الموت من مسائل الواقع التى لا يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض ، على ان يبين نوع المرض ويقيم حكمه على أسباب سائغة (٢) . وتجرى محكمة النقض على نقض الاحكام التى

---

(١) قضت محكمة النقض بأن العبرة فى اعتبار المرض الذى يطول أمده عن سنة مرض موت هى بحصول التصرف خلال فترة تزايده واشتداد وطأته على المريض للدرجة التى يغلب فيها الهلاك وشعوره بدنو أجله ثم انتهاء المرض بوفاته (نقض مدنى ١١ يونيه ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ - ٤٧٦ ٧٢) ، وبأن « المرض الذى يطول أمده عن سنة لايعتبر مرض موت الا اذا اشتدت وطأته ، وهو لا يعتبر الا فى فترة الشدة الطارئة . وحكمة ذلك أن فى استطالة المرض على حاله ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة ويلحق المرض بالمألوف من عاداته وان فيما يصيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعره بدنو أجله، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض هو من الامور الموضوعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ، ولا سبيل للجدل فيه أمام محكمة النقض » نقض مدنى ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ - ٨٨ - ٧) .

(٢) نقض مدنى ٢٣ يونيه ١٩٦٠ مجموعة احكام النقض ١١ - ٤٣٢ - ٦٨ ، وايضا ١١ يونية ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ - ٤٧٦ - ٧٢ . نقض أحوال شخصية ١١ فبراير ١٩٧٦ فى الطعن رقم ١٦ سنة ٤٤ ق (لم ينشر) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

تقتصر على اثبات وقوع التصرف فى أثناء مرض انتهى الى الموت دون ان تبين نوع هذا المرض وهل كان الهلاك غالبا فيه وقت حصول التصرف المطعون فيه (١) ، اى انهـا تحتفظ لنفسـها برقابة تكييف المرض الذى صدر التصرف فى أثنائه بأنه مرض موت أم لا (٢) .

٣٢٦ - حكم الشريعة الاسـلامية فى التصرفات التى تتم فى مرض الموت - تقيد الشريعة الاسلامية التصرفات التى تصدر من الشخص فى مرض الموت بما يجعلها تقريبا فى حكم الوصية .

وهى فى الوصية تفرق بين الايصـاء الى وارث والايصـاء الى غير وارث . وفى الأولى تجعـل الوصية معلقا نفاذها على اجازة الورثة أيا كان القدر الموصي به ، وفى الثانية تجعلها نافذة فى حق الورثة فى حدود ثلث التركة دون اجازة منهم ، وفيما يجاوز ذلك باجازتهم . والمعـول عليه فى تعيين الورثة الذين يملكون الاجازة ثبوت الوراثة لهم وقت وفاة الموصي .

وتعتبر الشريعة الاسلامية الهبات التى تصدر من الشـخص فى مرض موته فى حكم الوصية وتطبق عليها الاحكام المتقدمة . فالهبة تكون وقت ابرامها صحيحة ونافذة ولو صدرت من الواهب فى أثناء مرضه .

---

(١) نقض مدنى ٧ يونيه ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ - ٩٤٠ - ١٤٨ ، وأيضـا نقض مدنى ١٢ يناير ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ - ١٧٢ - ٤٩ ، وأيضا نقض مدنى ٣٠ ابريل ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ - ٦٢٦ - ٩٨ وقد جاء فيـه أن حالة مرض الموت مشروطة شرعا بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك . فاذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى فى اعتبار أن المورث كان مريضا مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأنه فعد عن مزاولة اعماله خارج المنزل فى الشهور السـتة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان نوع المرض الذى انتاب المورث وتحقق عليـه الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه ، فان ذلك الحكم يكون قاصرا قصورا يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت .

(٢) انظر نقض مدنى ٣ فبراير ١٩٤٩ فهرس الخمسة وعشرين سنة لاحكام النقض ص ٩٥٨ نبذة ١١٤ (وقد رفض اعتبار الروماتيزم مرض موت) ، نقض مدنى ٣٠ ديسمبر ١٩٤٣ الفهرس المشار اليه ص ٩٥٩ نبذة ٢١ (وقد رفض اعتبـار مرض الفالج مرض موت) ، وقضت بأنه لا ينفى مرض الموت أو اشتداد وطأته مجرد الوفاة فى المستشفى بالتهاب رئوى اثر عملية جراحية (نقض مدنى ٧ يونيه ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ - ٦٨٧ - ٩٥) ، ولا مباشرة التصرفات السابقة أو اللاحقـة للتصرف المطعون فيه (نقض مدنى ٢٥ اكتوبر ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ - ١ - ١) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فاذا شفى الواهب بقيت للهبة صحتها ونفاذها ، والا اصبحت غير نافذة فى حق ورثة الواهب الذين تثبت لهم هـذه الصفة وقت موته بالقيـود التى تقدم ذكرها فى شأن الوصية .

وقد طبقت الشريعة الاسلامية هـذه الاحكام على البيع الذى يصدر من الشخص فى مرض موته مع بعض تعديلات بسيطة اقتضتها طبيعة البيع ، ففرقت بين البيع الى غير وارث والبيع الى وارث .

وفى الحالة الاولى اعتبرت البيع صحيحا ونافذا اذا تم بثمن المثل او دونه بقليل ، وكذلك اذا تم بثمن دون المثل بكثير وكان الفرق يخرج من ثلث التركة . أما اذا كان الفرق أكثر من الثلث ، كان للورثة حق مطالبة المشترى بتكملة الثمن بحيث ينقص هذا الفرق الى ثلث التركة او يفسخ البيع .

وفى الحالة الثانية لا يكون البيع نافذا فى حق سائر الورثة الا اذا أجازوه (١) . وتكون الاجازة ضرورية وفقا لمذهب الامام ابى حنيفة ولو كان البيع بثمن المثل لثبوت حق الورثة جميعا فى أعيان التركة ذاتها(٢) . أما الصاحبان فلا يشترطان الاجازة الا اذا كان فى البيع محاباة فى الثمن لانهما يعتبران حق الورثة متعلقا بمالية التركة لا بأعيانها .

٣٢٧ - حكم التقنين المصرى الملغى - نص التقنين الملغى على حكم البيع الذى يصـدر فى مرض الموت فى المواد ٢٥٤ - ٢٥٦/٣١٠ - ٣٢٣ وأخذ فيها بحكم الشريعة الاسلامية مع بعض التعديل . ففرق مثلها بين البيع لوارث والبيع لغير وارث .

وفيما يتعلق بالحالة الاولى نصت المادة ٢٥٤ على أن « لا ينفـذ البيع الحاصل من المورث وهو فى حالة مرض الموت لأحد ورثته الا اذا اجازه باقى الورثة » . ويبين من هذا النص انه افترض ان البيع للوارث كله محاباة اى دون ثمن اصلا ، فطبق عليه حكم الوصية كاملا . غير ان هذا الفرض قابل لاثبات العكس فيجوز للمشترى أن يثبت أن البيع تم بثمن المثل . ولكن المشرع لم يصرح بحكم البيع عند ثبوت ذلك . وقد

---

(١) المادة ٢٦٤ من مرشد الحيران .

(٢) المادة ٢٦٣ من مرشد الحيران .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

تقدم أن الامام ابا حنيفة يرى أن ذلك لا يغنى عن اجازة الورثة ، وأن الصاحبين يقولان فى هذه الحالة بنفاذ البيع دون حاجة الى الاجازة . وقد أخذت المحاكم المختلطة فى ذلك برأى الامام ، ولكن رأى الصاحبين هو الذى رجح فى القضاء الوطنى وفى الفقه المصرى .

وفيما يتعلق بالحالة الثانية نصت المادتان ٢٥٥ و ٢٥٦ على أن « يجوز الطعن فى البيع الحاصل فى مرض الموت لغير وارث اذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال البائع » ، « فاذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع الزم المشترى بناء على طلب الورثة اما بفسخ البيع او بأن يدفع للتركة ما نقص من ثلثى مال المتوفى وقت البيع ، وللمشترى المذكور الخيار بين الوجهين المذكورين » .

وقد أخذ على هذين النصين أنهما ابتعدا عن حكم الشريعة الاسلامية فى اكثر من موضع .

فبينما تقضي الشريعة الاسلامية بصحة البيع الصادر لغير وارث بثمن المثل او دونه بقليل ، وتجعل اجازة الورثة غير ضرورية فى الحالة التى يكون فيها البيع ساترا هبة او محاباة تجاوز قيمتها القدر الجائز الايصاء به ، فان التقنين الملغى كان ينشيء قرينة قاطعة على أن البيع الذى يتم فى مرض الموت انما كله هبة مستترة فى صورة عقد بيع ، وبناء على ذلك يعول فى تقدير نفاذه على قيمة المبيع كله لا على قيمة ما وقعت فيه المحاباة فحسب .

وكذلك فيما يتعلق بتقدير النسبة بين المبيع وأموال المورث ، فالشريعة الاسلامية تعول على النسبة بين القدر المحابى فيه وبين تركة المتصرف ، فتجعل البيع نافذا فى حقوق الورثة اذا كان القدر المحابى فيه يخرج من ثلث التركة اى من ثلث صافى أموال المتصرف التى يتركها عند موته ، فى حين ان التقنين الملغى كان يشترط فى نفاذ البيع فى حق الورثة أن تكون قيمة المبيع بحيث لا تجاوز ثلث قيمة أموال المتصرف وقت صدور البيع منه .

وقد حار الشراح فى تعليل هذا الاختلاف ، وانتهت غالبيتهم الى انه اختلاف غير مقصود لأنه لا يوجد ما يدل على ان المشرع المصرى قصد أن يحيد عن حكم الشريعة الاسلامية ، وقالوا بضرورة تفسير هذه

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

النصوص بما لا يخرج عن حكم تلك الشريعة (١) .

٣٢٨ ـ حكم التقنين المدنى الحالى ـ قبيل صدور التقنين المدنى الحالى صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوصية ، مقننا أحكام الشريعة الاسلامية مع تعديل جوهرى فيها من شأنه أجازة الوصية لوارث بالشروط والقيود التى تجوز بها الوصية لغير الوارث (المادة ٣٧ من القانون المذكور) ، فتعين مراعاة ذلك عند تنقيح القانون المدنى فيما يتعلق بتصرفات المريض وبالبيع الذى يصدر فى مرض الموت ، حيث قنن التقنين الحالى أحكام الشريعة الاسلامية فى هذا الشأن مع تحاشي الاخطاء التى كان قد وقع فيها التقنين الملغى ، بأن تناول فى المادة ٩١٦ حكم التبرعات التى تقع فى مرض الموت ، ثم تناول فى المادتين ٤٧٧ و ٤٧٨ حكم البيع فى مرض الموت (٢) .

٣٢٩ ـ (أ) حكم تبرعات المريض ـ اذا تبرع المريض نفذ التبرع فى حقه حال حياته . فاذا انتهى به المرض الى الموت ، سرت على تبرعه أحكام الوصية بمعنى أن هذا التبرع ، سواء كان لوارث أو لغير وارث ، ينفذ فى حق الورثة فى حدود ثلث التركة دون حاجة الى اجازتهم ، ويتوقف على أجازتهم فيما يجاوز هذا القدر .

ويشترط فيما ينطبق عليه حكم الوصية وفقا للمادة ٩١٦ فقرة

أولى توافر شرطين : الاول أن يكون قد تم فى مرض الموت ، والثانى أن يكون تبرعا ، فاذا صدر التبرع فى حال الصحة أو صدر البيع بثمن المثل فى مرض الموت ، كان التصرف صحيحا نافذا فى حق الورثة . والاصل أن يكون على الورثة الذين يطعنون فى تصرف مورثهم بأنه تبرع وقع فى مرض الموت عبء اثبات هذين الشرطين .

ويقتضي ذلك أولا أن يثبت الورثة أن مورثهم قد انتابه مرض يغلب فيه الهلاك وأن هذا المرض قد انتهى الى موته ، وان يثبتوا تاريخ بدء

---

(١) انظر فى ذلك الهلالى وحامد زكى نبذة ٢١٦ وما بعدها ، كامل مرسى نبذة ٢٦٠ وما بعدها ، أمام (فى كتابنا المشترك) نبذة ٢٩١ .

(٢) راجع ما تقدم فى نبذة ٢٩ ص ٣١ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هـذا المرض ، ويكون اثبات هـذا كله فى الغالب بتقارير الاطبـاء (١) ، وبشهادات الشهود (٢) .

ومتى ثبت مرض الموت وتعين تاريخه ، بقى على الورثة أو يثبتوا ان التصرف الصادر من مورثهم والذى يطعنون فيه قد صدر منـه بعد التاريخ الذى ابتدأ فيه مرض الموت . والغالب أن يكون هذا التصرف مدونا فى ورقة رسمية او عرفية . وفى الحالة الاولى تكفى مقارنة تاريخ الورقة الرسمية بتاريخ بدء المرض للجزم بصدور التصرف فى مرض الموت او قبله . أما فى الحالة الثانية فيحتمل أن تكون الورقة العرفية قـد حررت بعد بدء مرض الموت وأن تكون قد أرخت بتاريخ سابق على ذلك لكى تبدو سابقـة على مرض الموت تفاديا لتطبيق حكم الوصية على التصرف المدون فيها . فان كان تاريخ الورقة العرفية ثابتا بوجه رسمى، كان شأنه شأن تاريخ الورقة الرسمية ، والا تعين البحث فى مدى حجيته بالنسبة الى الورثة .

وقد كان الامر محل خلاف فى ظل التقنين الملغى ، وكانت أغلبية الفقه والقضاء تعتبر الوارث الذى يطعن فى تصرف مورثه بصدوره فى مرض الموت غيرا فيما يتعلق بثبوت تاريخ الورقة العرفية المدون فيهـا هذا التصرف ، وبالتالى لا تسلم بأى حجية لهذا التاريخ على الوارث ما دام التاريخ غير ثابت بوجه رسمى ، وتعتبر التصرف المدون فى الورقة العرفية تاليا لبدء مرض الموت لمجرد عدم ثبوت تاريخ هذه الورقة بوجه رسمى طبقا للمادة ٢٢٨ مدنى قديم المقابلة للمـادة ٣٩٥ من التقنين الحالى (٣) .

وقد بينا خطأ هذا الرأى ومخالفته للمبادىء العامة فى بحثنـا فى قوة المحررات العرفية فى الاثبات وحجية تاريخها على الوارث الذى يطعن فيهـا بصـدورها فى مرض الموت (مجلة القـانون والاقتصـاد س ١٤ ص٢٨٧ الى ٣٠٤) حيث قلنا انه يترتب على هذا الرأى ان كل شخص يموت عقب مرض كان يخشى منه هلاكه ـ وهذا هو الغالب فى الموت ـ

---

(١) نقض مدنى ٥ أكتوبر ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣-١-١ ، وايضا ٢٣ مارس ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ ـ ٣٦٥ ـ ٩٢ .

(٢) نقض ٢ مارس ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ ـ ٣٠٦ ـ ٨٠ .

(٣) انظر عرض هذا المذهب فى كتابنا أصول الاثبات سنة ١٩٥٢ هامش ص ٩٧ ، وفى كتابنا الاخير فى الادلة الخطية واجراءاتها ، سنة ١٩٦٧ ص ١٩٤ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولو لم يطل هذا المرض غير أيام قليلة ، لا يمكن الاحتجاج على ورثته بتاريخ المحررات العرفية التى صدرت منه طوال حياته الا اذا كان هذا التاريخ ثابتا بوجه رسمى . ومؤدى ذلك انه يتعين على كل من يتعامل مع آخر بورقة عرفية أن يسجل تاريخها فى الحال ، خشية أن يمرض المتعامل معه قبل موته مباشرة ، ولو بعد عمر طويل ، فيتعذر الاحتجاج على ورثته بتاريخ هذه الورقة . وبتعبير آخر ان القول بأن وارث المريض مرض الموت يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات الصادرة من المورث يجعل من الناحية العملية تسجيل التاريخ ضرورة لازمة فى كافة المحررات العرفية وفى جميع الأحوال ، فيصبح شرط تسجيل التاريخ قاعدة عامة ، خلافا لما قصده المشرع من جعله حماية استثنائية ، ولا يخفى ما ينطوى عليه هذا التعميم من ارهاق للمتعاملين ومن عرقلة للمعاملات ، وخلصنا الى ان الوارث فى هذه الحالة لا يعتبر فيما يتعلق بثبوت تاريخ الورقة العرفية الموقعة من مورثه غيرا بل خلفا عاما يحتج عليه بتاريخ تلك الورقة كما كان يحتج به على مورثه حجية قابلة لاثبات العكس ، ويقع عليه هو عبء اثبات عدم صحة التاريخ المدون فى الورقة العرفية ووقوع التاريخ الحقيقى الذى حررت فيه هذه الورقة فى أثناء مرض الموت (١) . وقد أقرنا الاستاذ السنهورى على تخطئة ذلك الرأى حيث قال فى كتابه الوسيط : (جـ ٢ ص ٢٠٦ هامش ١) : « وقد أخذ الفقه المصرى يتحول عن هذا الرأى الخاطىء الذى يذهب الى اعتبار الوارث من الغير فى التصرفات الصادرة من مورثه فى مرض الموت . ويرجع الفضل فى هذا التحول الى الاستاذ سليمان مرقس ، فقد اثبت فى مقاله القيم ... خطأ الرأى الشائع فى الفقه المصرى ، ثم خلص من ذلك الى التنبيه لما لهذا الرأى الخاطىء من أثر عملى سيء » . وقد أخذ المشرع بذلك فى التقنين الحالى حيث قرر فى المادة ٩١٦ فقرة ثانية ان « على ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق (٢) .. » .

---

(١) راجع فى تفاصيل هذا الموضوع وآراء الشراح واحدث احكام المحاكم كتابنا فى الادلة الخطية واجراءاتها سنة ١٩٦٧ ص ١٩٤ وما بعدها ، وانظر بوجه خاص نقض مدنى ٩ يناير ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض ١٥ - ٤٣ - ١٠ ، ١٢ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ - ١٢٣ - ١٧ .

(٢) ولا عبرة ببقية النص التى تقول بعدذلك « ... ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا » لان هذه العبارة الاخيرة قد جاوزت قصد المشرع كما اثبتنا ذلك فى كتاب أصول الاثبات فى المواد المدنية سنة ١٩٥٢ ص ٩٩ فى الهامش وفى موجز =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وخلاصة القول فيما يتعلق باثبات حصـــول التصرف فى مرض الموت أن التاريخ العرفى للتصرف يكون حجة على الورثة ، ويقع عليهم هم عبء اثبات أن ذلك التصرف قد وقع فى تاريخ لاحق للتاريخ المذكور حصوله فيه بحيث يكون تاليا لبدء مرض الموت (١) .

وفيما يتعلق بالشرط الثانى ، قـــد أعفى المشرع الورثة من عبء اثبات تبرعية التصرف ، اذ نص فى المادة ٩١٦ فقرة ثالثة على أنه « اذا اثبت الورثة ان التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت، اعتبر صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » ، أى أن المشرع قد أنشأ قرينة قانونية بســيطة على أن كل تصرف يثبت وقوعه فى مرض المــوت يكون تبرعا ، وبالتالى تسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يثبت المتصرف اليه أن التصرف لم يكن تبرعا بل بمقابل ، وحينئذ لا يسرى عليه حكم المادة ٩١٦ بل يسرى عليه حكم المادة ٤٧٧ الخاصة بالبيع فى مرض الموت . ويجوز اثبات المعاوضة بكافة الطرق ولو كانت قيمة العقد تجاوز نصاب البينة ، وذلك وفقا للقاعدة العامة فى اثبات عكس القرائن القانونية ، ولا يجوز الاستناد فى ذلك الى نص العقد ذاته ولو كان واردا فيه أن المتصرف قبض الثمن كله فور التعاقد لان المشرع بانشائه القرينة المذكورة قـــد أهدر نص العقد فى هذا الشأن واصبح يتعين اثبات المعاوضة بغير هذا النص .

٣٣٠ - (ب) حكم بيع المريض - تنص المادة ٤٧٨ على أنه :

١ - اذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، فان البيع يسرى فى حق الورثة اذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته .

---

(١) أصول الاثبات سنة ١٩٥٧ ص ٧٤ ، وأخيرا فى كتابنا فى الادلة الخطية واجراءاتها سنة ١٩٦٢ ص ١٩٩ وما بعدها . انظر أيضا فى هذا المعنى الاستاذ السنهورى فى الوسيط جـ ٢ ص ٢٥٨ وما بعدها وهوامشها .

(٢) وصـــدور حـكم بصحة توقيع عقد البيع لا يمنع من الطعن فى العقد بصـــدوره فى مرض الموت ومن اثبات أنه صدر فى تاريخ سابق على التاريخ المدون فيه (نقض مـدنى ٤ مايو ١٩٥١ التشريع والقضاء ٥ مدنى ٩٤ - ٣٣) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٢ - أما اذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فان البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة الا اذا اقروه أو رد المشترى ما يفى بتكملة الثلثين .

٣ - ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ » .

ويؤخذ منها بطريق مفهوم المخالفة انه اذا كان البيع بثمن المثل ، فانه مع صدوره من البائع فى مرض موته يكون نافذا فى حق الورثة دون حاجة الى اجازتهم أو اقرارهم اياه (١) . وهـذا مطابق لرأى الصاحبين ومخالف لرأى الامام ابى حنيفة .

أما اذا كان البيع بأقل من ثمن المثل فان القدر المحابى به تسرى عليه أحكام الوصية .

فاذا كان هذا القدر يخرج من ثلث التركة ، فان البيع ينفذ فى حق الورثة دون حاجة الى اقرارهم اياه . ويحسب قدر المحاباة بقدر الفرق بين ثمن المبيع وقيمته وقت موت البائع لا وقت العقد ، ويحسب ثلث التركة مع دخول المبيع فيها (٢) .

أما اذا كان القدر المحابى به يجاوز ثلث التركة ، فان البيع فيما يتعلق بالقدر من المحاباة الذى يجاوز الثلث لا ينفذ فى حق الورثة الا اذا اقروه أو قبل المشترى أن يزيد الثمن بمقدار الفرق بين القدر المحابى به وثلث التركة (٣) .

ويستوى فى كل ما تقدم أن يكون البيع صادرا لوارث أو لغير وارث (المادة ٤٧٧ / ١ مدنى والمادة ٣ من القانون ١٩٤٦/٧١) .

٣٣١ - اقرار البيع فى القدر المحابى به الذى يجاوز ثلث التركة - تعتبر الشريعة الاسلامية البيع الصادر فى مرض الموت موقوفا على اجازة الورثة فيما يتعلق بالقدر المحابى به الذى يجاوز ثلث التركة ، وتنظم

---

(١) ويستوى فى ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث (السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٨٤) .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٨٥ .

(٣) المرجع السابق نبذة ١٨٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القواعد التى تحكم هذه الاجازة . اما القانون المدنى فيعتبر ذلك البيع صحيحا بين العاقدين ولكنه غير نافذ فى حق الورثة الا اذا أقروه . وكثيرا ما خلط الفقه والقضاء بين التصويرين واستعملوا لفظ الاجازة الذى يعبر عن التصوير الشرعى بدلا من لفظ الاقرار الذى يعبر عن تصوير القانون الوضعى (١) .

وقد حرص المشرع فى التقنين الحالى على أن يستعمل فى المادة ٤٧٧ فقرة ثانية لفظ الاقرار ، فنص على أن لا يسرى البيع فى حق الورثة الا اذا أقروه .

والمقصود بالورثة الذين يثبت لهم حق اقرار التصرف الاشخاص الذين ينحصر فيهم ارث المتصرف وقت موته (٢) . ولا يعتد باقرارهم السابق على موت المتصرف ولو دونوه كتابة فى ذيل المحرر المثبت لتصرف المريض ، لان حقهم فى الارث وبالتالى فى اقرار تصرفات المورث لا يثبت لهم الا عند موت الاخير ، ولا يجوز لهم النزول عن هذا الحق قبل قيامه .

ويشترط فى صحة اقرار الورثة تصرفات مورثهم الصادرة منه فى مرض موته ، فوق صدور هذا الاقرار بعد موته ، ان يكون الورثة من اهل التبرع عالمين بما يجيزونه ، فيجب أن يكون الوارث المقر عاقلا بالغا رشيدا ، والا فانه لا يكون أهلا للتبرع ويقع اقراره باطلا بطلانا مطلقا ، لأنه اسقاط دون مقابل لحق ثابت فى التركة ، فيكون غير البالغ رشيدا معدوم الاهلية بالسبة اليه . ويجب أن يكون الاقرار صادرا من الوارث عن بينة من الأمر ، اى أن يكون الوارث عالما بأن تصرف مورثه غير نافذ فى حقه بسبب صدوره فى مرض الموت وأنه يملك التمسك بعدم نفاذه وعدم اقراره ، والا كان الاقرار ذاته قابلا للابطال .

فان اقر الورثة التصرف صار نافذا فى حقهم كما لو كان صادرا من مورثهم حال صحته ، وان لم يقروه لم ينفذ فى حقهم فيما يتعلق بالقدر المحابى به الزائد على ثلث التركة . وان اقره البعض دون البعض الآخر نفذ فى حق من أقروه فقط بنسبة انصبتهم فى الميراث ولم ينفذ فى حق الآخرين بالنسبة الى انصبتهم .

---

(١) قرب نبذة ٢٢٧ ونبذة ٢٤٦ من كتابنا فى نظرية العقد سنة ١٩٥٦ ، وشرح القانون المدنى ، جـ ٢ ، فى الالتزامات سنة ١٩٦٤ ص ٢٠٤ .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٨٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويترتب على عدم اقرار الورثة كلهم أو بعضهم البيع فيما يتعلق بالقدر المحابى به الزائد على ثلث التركة أن يلتزم المشترى بأن يرد الى التركة ذلك القدر كله أو بعضه الذى يخص الورثة الذين لم يقروا البيع أو قيمته . ومؤدى هذا الالتزام بالرد أن الجزء الواجب رده يعتبر بيعه - بالنسبة الى الورثة الذين لم يقروا البيع - موقوفا نفاذه فى حقهم على دفع قيمته الى التركة . فاذا لم يقم المشترى بدفع هذه القيمة اعتبر القدر المذكور باقيا على ذمة التركة وجاز للورثة استرداده .

٣٣٢ - حماية الغير الذى تعامل مع المشترى بحسن نية - على أن الغالب أن تمضي فترة غير قصيرة بين صدور البيع فى مرض الموت وبين وفاة المتصرف وظهور عدم نفاذ البيع فى حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة . وفى هذه الاحوال يحدث كثيرا أن يتصرف المشترى الى آخر أو يرتب له حقا عينيا على المبيع . فمتى حدثت الوفاة وظهر أن الورثة لا يقرون التصرف واستعملوا حقهم فى أن يستردوا من المشترى القدر المحابى به الذى يجاوز ثلث التركة ، كان لهم وفقا للقواعد العامة أن يستردوه ولو من الغير الذى تلقى ملكيته من المشترى. وعندئذ يضار ذلك الغير بتطبيق أحكام البيع الصادر فى مرض الموت . فاذا كان هذا الغير قد تلقى حقه بحسن نية وبعوض ، فان السماح بالحاق الضرر به من هذا الطريق يكون من الظلم البين ، فتقتضي العدالة حماية الغير حينئذ من الضرر الذى يصيبه من تطبيق تلك القواعد . ولذلك نصت المادة ٤٧٨ على أن « لا تسرى أحكام المادة السابقة اضرارا بالغير حسن النية اذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة » .

وبناء على ذلك فان من يكسب حقا على المبيع الذى يطالب الورثة باسترداده تطبيقا لأحكام البيع الصادر فى مرض الموت يحميه القانون ضد هذا الاسترداد اذا توافر فيه شرطان : الاول أن يكون هذا الغير قد كسب حقه على المبيع بعوض (١) . والا فان الورثة يكونون أولى منه

---

(١) يلاحظ ان قصر هذه الحماية على الغير الذى كسب حقه بعوض يصطدم فيما يتعلق بالحقوق العقارية مع نص المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى الذى يطلق الحماية لمن كسب حقا عقاريا بحسن نية قبل تسجيل صحيفة الدعوى دون تفرقة بين ما اذا كان قد كسب هذا الحق بعوض أو بغير عوض . ويمكن اعتبار نص المادة ٤٧٨ مدنى ناسخا حكم المادة ١٧ شهر عقارى فى هذا الخصوص نسخا جزئية ضمنيا ، يؤدى الى قصر الحماية فى هذه الحالة على من كسب حقه بعوض (انظر فى هذا المعنى حشمت ابو ستيت فى الالتزامات ط ٢ ص ٢٦٢ هامش ١) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بالحماية . ويلاحظ انه اذا كان المبيع عقارا فان الغير لا يعتبر انه كسب عليه حقا الا اذا قام بتسجيل السند المنشىء لحقه متى كان هذا الحق عينيا اصليا ، أو بقيد حقه اذا كان من الحقوق العينية التبعية كالرهن والاختصاص . والشرط الثانى أن يكون الغير حسن النية أى أن يجهل وقت تعامله مع المشترى ما يهدد حقه بالزوال .

فاذا توافر هذان الشرطان جاز للغير أن يدفع دعوى الورثة التى يطلبون بها استرداد القدر المحابى به فيما يجاوز ثلث التركة ، وأن يحتفظ بحقه الذى كسبه . فان كان قد تلقى الملكية من المشترى لم يجز نزعها منه ، وان كان قد ترتب له حق عينى تبعى على المبيع استرد الورثة ملكية المبيع من المشترى محملة بهذا الحق الاخير لمصلحة الغير(١)

٣٣٣ - قصر تطبيق هذه الاحكام على المصريين دون الأجانب - يبين مما تقدم أن القانون المصرى يلحق البيع الصادر فى مرض الموت بالوصية ويطبق عليه أحكامها .

ولأن الوصية تعتبر من مسائل الاحوال الشخصية التى يطبق فيها القانون تطبيقا شخصيا ، فان أحكام البيع الصادر فى مرض الموت تطبق أيضا تطبيقا شخصيا ، فتسرى على المصريين دون الأجانب(٢) .

واذا قلنا ان هذه الاحكام تطبق تطبيقا شخصيا ، فان المقصود بذلك تطبيقا شخصيا فى ميدان التنازع الدولى للقوانين حيث يكون التنازع بين قوانين جنسيات مختلفة . أما فى ميدان التنازع الداخلى للقوانين حيث يكون التنافس بين قوانين ديانات مختلفة لطوائف المصريين المتعددة ، فان أحكام البيع فى مرض الموت لا تطبق تطبيقا شخصيا لانها كاحكام المواريث والوصية والأهلية صارت موحدة تسرى على جميع المصريين على اختلاف دياناتهم .

« تم بعون الله تعالى »

---

(١) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ ٤ ص ٣١١ فى الهامش ١ ، كامل مرسى نبذة ٢٦٤ ص ٥٠١ ، البدراوى نبذة ٤٢٤ .

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ ٤ نبذة ١٨٨ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

اهـم المراجـــع

(اولا) فى القانون المصرى وسائر القوانين العربية والشريعة الاسلامية

احمد فتحى زغلول
شرح القانون المدنى القاهرة سنة ١٩١٣
احمد نجيب الهلالى
شرح القانون المدنى فى العقـود ، الجـزء الاول فى البيع والمقاولة والمقايضة ، القاهرة ١٩٢٥
احمد نجيب الهلالى . وحامد زكى
شرح عقد البيع والمقايضة القاهرة ١٩٣٩
اسماعيل غانم
مذكرات فى عقد البيع سنة ١٩٥٨
السنهورى (عبد الرزاق)
نظرية العقد سنة ١٩٣٤
الوسيط جـ ٤ عقد البيع القاهرة سنة ١٩٦١
البدراوى (عبد المنعم)
عقد البيع فى القانون الدنى سنة ١٩٥٧
امام (محمد على)
بالاشتراك مع سليمان مرقس
شرح عقد البيع سنة ١٩٥٣
انور سلطان
شرح عقدى البيع والمقايضة سنة ١٩٥١
انور سلطان وجلال العدوى
عقد البيع سنة ١٩٦٦
بهجت بدوى (محمد حلمى)
أصول الالتزامات ، الكتاب الاول فى نظرية العقد القاهرة ١٩٤٣
توفيق حسن فرج
عقد البيع والمقايضة فى القانون اللبنانى بيروت سنة ١٩٦٨
جاك الحكيم
عقد البيع ، دمشق سنة ١٩٧٣
جرانمولان
فى العقود فى القانون المصرى ، رين Rennes
جميل الشرقاوى
محاضرات فى عقد البيع ١٩٥٦/١٩٥٧

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

حلمى عيسي
شرح البيع سنة ١٩١٦
حشمت أبو ستيت (أحمد)
نظرية الالتزام ، القاهرة سنة ١٩٤٥
خميس خضر
عقد البيع فى القانون المدنى القاهرة ١٩٧٢
دى هلتس
الموسوعة الهجائية فى شرح القانون المدنى الجزء الرابع كلمة Vente سنة ١٩١٢
زهدى يكن
عقد البيع فى القانون اللبنانى ، بيروت سنة ١٩٦٧
سليمان مرقس
أصول الاثبات فى المواد المدنية طبعة ثانية سنة ١٩٥٢
الادلة الخطية واجراءاتها سنة ١٩٦٧
التأمينات العينية ط ٢ سنة ١٩٥٩
شرح قانون ايجار الاماكن الطبعة السابعة ١٩٧٧/١٩٧٨
موجز البيع والايجار سنة ١٩٥٨
سليمان مرقس ومحمد على امام
عقد البيع القاهرة ١٩٥٣
شحاتة (محمد على)
البيع والشراء التاجيرى والبيع التأمينى ، مكتبة النهضة المصرية ١٩٦٢
عباس حسن الصراف
شرح عقدى البيع والايجار فى القانون المدنى العراقى ، بغداد سنة ١٩٥٦
عبد الفتاح عبد الباقى
محاضرات فى العقود ، الجزء الثانى ، عقد البيع سنة ١٩٥٦
على الخفيف
فى المعاملات الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢
محمد احمد ابو زهرة
فى الملكية والعقد ، القاهرة ١٩٣٩
قدرى (محمد)
مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان فى المعاملات الشرعية ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الاميرية بمصر سنة ١٩٠٩ .
قانون العدل والانصاف

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

كامل مرسي (محمد)
العقود المسماة جـ ٦ عقد البيع وعقد المقايضة سنة ١٩٥٣
لبيب شنب (محمد)
شرح احكام عقد البيع سنة ١٩٦٢
منصور مصطفى منصور
البيع والمقايضة والايجار سنة ١٩٥٧
مصطفى الزرقا
عقد البيع والمقايضة فى القانون السورى ط ٥ سنة ١٩٦٣
هـالتون
شرح القانون المدنى جزآن ١٩٠٤ و ١٩١١
والتون
فى الالتزامات جزآن ١٩١٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ثانيـا ـ فى القانون الفرنسي :

Aubry et Rau, Cours de Droit Civil françis, 6ème éd. Paris, 1947.

Baudry-Lacantinnerie et Saignat, Du Conteat de vente, Paris, 1908.

Beudant et Brethe de la Gressey, Cours de Droit Civil français, t. XI, La vente et le louage, 2e éd., Paris, 1938.

Boyer H., Des promesses unitatérales de vente d'immeubles, thèse, Toulouse, 1939.

————, Des promesses synallagmatiques de vente, Rev. trim. de Droit civil, 1949, p. 1 et s.

Cavaroc, Wahl, La Iésion dans la promesse de vente unilatérale, Rev. trim. de Droit Civil, 1927, pp. 571 et s.

Colin, Capitant et Lamorandière, Cours élémentaire de Droit civil.

De Page H., Traité élémentaire de Droit civil belge, t. IV, Bruxelles, 1939.

Foissin, Des promesses de vente, thèse, Toulouse, 1924.

Gross, Bernard, La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, Paris, 1964.

Josserand L., Cours de Droit civil français t. II, 2e éd. 1933.

Levrier, Contribution à l'étude des promesses de vente, thèse, Bordeaux, 1921.

Mazeaud (H., L. et J.). Leçons de Droit civil, t. II, 1960.

Plamiol, Ripert et Hamel, Traité théorique et pratique de Droit civil, t. X, La vente et le louage, 2e éd. Paris, 1956.

Planiol, Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de Droit civil, t. II, éd. 1952.

Savatier R., Cours de Droit civil, t. II, Paris, 1944,

Trouillier et Lacan, Les locations-ventes, Paris, 1935.

Weinstock A., La location-vente d'après la jurisprudence de la Cour de Cassation, Paris, 1943.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المؤلف

اولا - الكتب :

(أ) باللغة العربية :

١ - فى نظرية دفع المسئولية المدنية ، رسالة الدكتوراه سنة ١٩٣٦
٢ - أصول الاثبات فى المواد المدنية ، الطبعة الاولى سنة ١٩٤٨ ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٥٢ .
٣ - عقد البيع (بالاشتراك مع الاستاذ الدكتور محمد على امام) سنة ١٩٥٣ .
٤ - موجز المدخل للعلوم القانونية ، سنة ١٩٥٣ .
٥ - شرح عقد الايجار ، الطبعة الاولى سنة ١٩٥١ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ والثالثة سنة ١٩٦٨ .
٦ - الفعل الضار ، الطبعة الاولى ١٩٤٨ ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦
٧ - دروس فى المسئولية المدنية مع التعمق (لطلبة الدراسات العليا) ١٩٥٤ - ١٩٥٥
٨ - نظرية العقد ، سنة ١٩٥٦ .
٩ - موجز أصول الاثبات ، سنة ١٩٥٧ .
١٠ - أحكام الالتزام ، سنة ١٩٥٧ .
١١ - موجز البيع والايجار ، سنة ١٩٥٨ .
١٢ - المسئولية المدنية فى قوانين البلاد العربية ، جزآن سنة ١٩٥٨ و١٩٦٠ .
١٣ - التأمينات العينية ، الطبعة الاولى سنة ١٩٥١ ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٩ .
١٤ - عقد الكفالة ، الطبعة الاولى سنة ١٩٥١ ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٩ .
١٥ - أصول الالتزامات ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، سنة ١٩٦٠
١٦ - الفعل النافع ، سنة ١٩٦٠ .
١٧ - الاثراء على حساب الغير فى تقنينات البلاد العربية ، الجزء الاول فى الاحكام العامة سنة ١٩٦١ ، والجزء الثانى فى قبض غير المستحق سنة ١٩٦٢ ، والجزء الثالث فى الفضالة سنة ١٩٦٣ .
١٨ - شرح القانون المدنى : مجموعة من اربعة اجزاء ، صدر منها الجزء الاول فى المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدى من

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

التقنين المدنى سنة ١٩٦٧ ، والجزء الثانى فى الالتزامات والاثبات سنة ١٩٦٤ ، والجزء الثالث المجلد الاول فى عقد البيع سنة ١٩٦٨ . والمجلد الثانى فى عقد الايجار سنة ١٩٦٨ .

١٩ ـ الادلة الخطية واجراءاتها فى تقنيات البلاد العربية سنة ١٩٦٧ .

٢٠ ـ مسئولية الراعى المفترضة عن فعل المرعى (دراسة فى القانون المدنى مع التعمق والمقارنة بين القانون الفرنسي وقوانين البلاد العربية) ، سنة ١٩٦٧ .

٢١ ـ شرح قانون ايجار الاماكن ، الطبعة الاولى سنة ١٩٥١ والثانية سنة ١٩٥٤، والثالثة سنة ١٩٥٩ ، والرابعة سنة ١٩٦٤/١٩٦٦ والخامسة سنة ١٩٧٠ ، والسادسة سنة ١٩٧٣ ، والسابعة فى جزئين سنة ١٩٧٧ و سنة ١٩٧٨ .

٢٢ ـ الاقرار واليمين واجراءاتهما فى تقنينات البلاد العربية سنة ١٩٧٠ .

٢٣ ـ شهادة الشهود وحجية الشيء المحكوم فيه والخبرة والمعاينة فى تقنينات البلاد العربية سنة ١٩٧٣ .

٢٤ ـ قواعد تقييد الادلة واطلاقها سنة ١٩٧٤ .

٢٥ ـ المسئولية المدنية فى قوانين البلاد العربية ، طبعة موسعة الجزء الاول فى الاحكام العامة سنة ١٩٧١ .

٢٦ ـ دروس فى فلسفة القانون القيت على طلبة الدراسات العليا بجامعتى بغداد وعين شمس ١٩٦٩ ـ ١٩٧٤ .

(ب) باللغة الفرنسية :

27. Essai d'une théorie générale sur les causes légales d'exonération de la responsabilité civile, thèse, Le Caire, 1936.
28. Introduction à l'étude du Droit Civil (avec la collaboration de M. le Prof. Ch. Chehata), 1938.
29. Les obligations, Tome I, Le Contrat (1947).
30. Le louage de choses, 1947.
31. Le Contrat de vente, 3ème édition, 1960.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ثانيا ـ البحوث والمقالات :

(أ) باللغة العربية :

٣٢ ـ مسئولية الطبيب ومسئولية ادارة المستشفى (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، عدد يناير ١٩٣٧) .

٣٣ ـ تعليقات على ثمانية أحكام فى المواد المدنية المختلفة (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، عدد ابريل ١٩٣٧ (.

٣٤ ـ تعليقات على ثمانية أحكام فى المسئولية المدنية (مجلة القانون والاقصاد ، السنة السابعة ، عدد ابريل ١٩٣٧) .

٣٥ ـ مسئولية الاب عن أعمال ولده ومقدار ارتباطها بسن الولد (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، عدد مايو ١٩٣٧) .

٣٦ ـ تعليقات على ستة أحكام فى المسئولية المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، عدد نوفمبر ١٩٣٧) .

٣٧ ـ فى تعيين مدى مسئولية السيد عن فعل تابعه (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثالثة عشرة ، عدد يناير وفبراير ١٩٤٣) .

٣٨ ـ تعليقات على ستة أحكام فى المسئولية المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثالثة عشرة ، اعداد مارس وابريل ومايو ١٩٤٣) .

٣٩ ـ قوة المحررات العرفية فى الاثبات وحجية تاريخها على الوارث الذى يطعن فيها بصدورها فى مرض الموت (مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة عشرة ، عددى مارس ومايو ١٩٤٤) .

٤٠ ـ تكييف الفعل الضار واختصاص المحاكم الجنائية بالدعاوى المدنية وأثر حكم البراءة فى دعوى التعويض (مجلة القانون والاقتصاد،السنة الخامسة عشرة ، عددى يناير ومارس ١٩٤٥)

٤١ ـ مسئولية المتبوع بوجه عام ومسئولية المتبوع العرضي بوجه خاص (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة عشرة ، عددى نوفمبر وديسمبر ١٩٤٥) .

٤٢ ـ متى تنتهى مسئولية الاب المفترضة عن أفعال ولده ؟ (مجلة القانون والاقتصاد ، عدد مارس ١٩٤٦) .

٤٣ ـ تعليقات على خمسة أحكام فى المواد المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة عشرة ، عدد يونية ١٩٤٧) .

٤٤ ـ انتقال حق التعويض الى ورثة المجنى عليه (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة عشرة عدد مارس ١٩٤٨) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٤٥ ـ تعليقات على أربعة أحكام فى المسئولية المدنيـــة (مجلة القـانون والاقتصاد السنة التاسعة عشرة ، عدد مارس ويونيه ١٩٤٩) .

٤٦ ـ تعليق على حكم لمحكمة النقض فى المسئولية عن اصابات العمـــل (مجلة التشريع والقضاء ، السنة الاولى ١٩٤٩ ، العدد الخامس عشر) .

٤٨ ـ المسئولية عن فعل الغير والمسئولية الناشئة عن الاشياء فى التقنين المدنى الجديد (مجلة التشريع والقضاء ، السنة الاولى ١٩٤٩ ، العدد السادس عشر) .

٤٩ ـ المسئولية العقدية عن حوادث نقل الركاب ، تعليق على حـكم استئناف الاسكندرية (مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثانية ١٩٥٠ ، العدد الخامس عشر) .

٥٠ ـ تعليق على حكم لمحكمة النقض فى انتقال حق المضرور فى التعويض عن الضرر الادبى الى ورثته (مجلة التشريع والقضاء ، السـنة الرابعة ١٩٥٣ ، العدد ١٣) .

٥١ ـ تعليق على حكم لمحكمة النقض فى تعيين السبب فى دعوى المسئولية المدنية (مجلة التشريع والقضاء ، السنة الرابعة ١٩٥٣، العدد١٤)

٥٢ ـ تعليق على حكم لمحكمة النقض فى اختصاص المحـكمة الجنائيـة بدعوى التعويض عن الاخلال بالعقد (مجلة التشريع والقضاء ، السنة الرابعة ١٩٥٣ ، العدد ١١) .

٥٣ ـ تعليق على حكم مصر الابتدائية (ايجارات) فى عدم جواز الطعن فى الاحكام بدعوى بطلان مبتدأة (مجلة التشريع والقضاء ، السنة السادسة ، سنة ١٩٥٤ ، العدد ١٦) .

٥٤ ـ تعليق على حكم مصر الابتدائية (عمال) فى حق رب العمـل فى اعادة تنظيم عمله بسبب أزمة اقتصادية وحقه فى فصـل العمال لهذا السبب (مجلة التشريع والقضاء السنة السادسة ، ١٩٥٣، العدد الثانى) .

٥٥ ـ تعليق على حكم ابتدائى مصر (ايجارات) فى حق المالك فى طلب الاخلاء للهدم واعادة البناء بشكل أوسع وضرورة تقيـده فى ذلك بانتهاء مدة العقد (مجلة التشريع والقضاء ، السنة السادسة ، ١٩٥٤ العدد ٥) .

٥٦ ـ بعض ملاحظات واقتراحات متعلقـة بنصـوص التقنين المـدنى بمناسبة توحيد القانونين المصرى والسـورى (مجلة القـانون والاقتصاد ، السنة التاسعة والعشرين ، ١٩٥٩) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٥٧ ـ في مسئولية الناقل الجوى للركاب (تعليقات على حكمين : استئناف ٢١ مايو ١٩٥٧ ونقض ١٥ مايو ١٩٥٨) ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة الثالثة ، العدد الثانى .

٥٨ ـ نظرية وضع المصالح فى كتاب الدكتور ثروت انيس الاسيوطى ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الحادية والثلاثون ١٩٦١ ص ١٧٣ وما بعدها .

٥٩ ـ القانون المصرى الجديد للاثبات ومقارنته بقوانين البلاد العربية ، مجلة معهد البحوث والدراسات العربية السنة الاولى سنة ١٩٦٩

٦٠ ـ فى ضبط معيار الخطأ ، مجلة « المحامون » التى تصدرها نقابة المحامين بدمشق سنة ١٩٧٠ .

٦١ التشريع المصرى الجديد لتنظيم ايجار الاماكن (القانون ٥٢/١٩٦٩) مجلة معهد البحوث والدراسات العربية ، المجلد الثانى سنة ١٩٧٠) .

٦٢ ـ القانون المدنى العربى الموحد ، (تقرير أعد بتكليف من جامعة الدول العربية) ، منشور فى مجلة القضاء والتشريع بتونس سنة ١٦ عدد ١٠ بتاريخ ديسمبر ١٩٧٤ .

(ب) باللغة الفرنسية :

٦٣ ـ نظرية الهلاك فى القانونين المصرى والفرنسي المقارنين (مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ، عدد ديسمبر سنة ١٩٣٦)

La question des risques en Droit Egyptien et en Droit français comparés, (Al Qanoun wal Iqtisad) VIe année, 1936, pp. 322 à 351.

٦٤ ـ نظرية الصالح المختلط ونظرية التفرع والتبعية أمام محكمة النقض المصرية (مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ، عدد نوفمبر سنة ٩٣٦)

La théorie de l'intérêt mixte et celle de l'accessoire devant la Cour de Cassation égyptienne (Al Qanoun Wal Iqtisad, VIe année, 1936).

٦٥ ـ التزام النفقات فى القانون المختلط (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، عدد فبراير سنة ١٩٣٧) .

De l'obligation alimentaire en Droit mixte, (Al Qanoun Wal Iqtisad, VIIe année 1937, pp. 96 à 109).

٦٦ ـ المسئولية عن الاشياء فى القانون المصرى ، تقرير مقدم للمؤتمر الثانى للقانون المقارن ، (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، عدد مايو ١٩٣٧) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

La responsabilité du fait des choses en droit égyptien. Rapport présenté au 2ème Congrés International de Droit comparé tenu à la Haye en 1937, (Al Qanoun Wal Iqtisad, VIIe année 1937), pp. 313-327.

٦٧ ـ مقال فى اسباب دفع المسئولية المدنية (مجلة مصر القضائية ، السنة الخامسة ، سنة ١٩٣٦ ، العدد رقم ١٥٨) .

Aperçu des causes légales d'exonération de la responsab'lité civile, (L'Egypte judiciaire, Ve année 1936, No. 158).

٦٨ ـ مقال فى ضرورة اخضاع المحاكم المختلطة لرقابة محكمة النقض المصرية (مجلة مصر القضائية ، السنة السادسة ، سنة ١٩٣٨ ، العدد ١٥٣) .

De la nécessité de soumettre les Tribunaux Mixtes au contrôle de la Cour de Cassation égyptienne, (L'Egypte Judiciaire, VIe année 1937, No. 153).

٦٩ ـ مقال فى فضل بعض نظم الشريعة الاسلامية على ما يقابلها من نظم القوانين الحديثة (مجلة مصر القضائية ، السنة السادسة سنة ١٩٣٧ ، العدد ١٥٤) .

De la supériorité de certaines institutions du Droit Musulman sur celles des législations modernes (L'Egypte Judiciaire, VIe année 1937, No. 154).

٧٠ ـ تقرير عن التقنين المدنى الجديد ، مصادره وميزاته ووظيفته فى توحيد قوانين بلاد الشرق الادنى (مجلة القانون والاقتصاد ، عدد سبتمبر وديسمبر ، سنة ١٩٥٢) .

Le nouveau Code Civil égyptien (sources, caractéristiques et possibilités d'avenir), Rapport présenté au Symposium International de Sciences Sociales tenu à Athènes en 1952, (Al Qanoun Wal Iqtisad, XXIIème année, 1952, pp. 239 à 264.

٧١ ـ الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية أمام محكمة النقض المصرية

La Cour de Cassation égyptienne contre le cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, Proche — Orient, Etudes Juridiques, Beyrouth 1969.

٧٢ ـ التشريع المصرى الجديد لتنظيم ايجار الاماكن .

La nouvelle loi égyptienne sur les baux à loyer.

مجلة معهد البحوث والدراسات العربية ، المجلة الثانى ، سنة ١٩٧٠ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فهـــرس الكتـــاب

مقـــدمة

صفحة

تمهيـــد

العقود المسماة والعقود غير المسماة ١
طبيعة الاحكام التى تنظم العقود المسماة وفائدتها العملية ٢
اهمية التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة ٥
العقود المركبة أو المختلطة ٦
اهمية عقد البيع ٧
تنظيم عقد البيع فى التقنين الملغى واهم التعـديلات التى ادخلهـا عليه التقنين الحالى ٨
تقسيم دراسة عقد البيع ١١

القســـم الأول

فى البيع بوجه عـــام

فصل تمهيدى فى التعريف بالبيع وخصائصه

تاريخ عقد البيع ١٢
تعريف البيع فى التقنين المدنى الفرنسى ١٣
تعريف البيع فى الشريعة الاسلامية ١٤
تعريف البيع فى القانون المصرى ١٥
خصائص عقد البيع ١٦
اختلاط بعض العقود بعقد البيع ٢١
احوال اختلاط البيع بالايجار ٢١
اشتباه البيع بعقد المقاولة ٢٦
اشتباه البيع بالوكالة ٢٧
اشتباه البيع بالوديعة ٢٨
اشتباه البيع بالقرض بربا ٢٨
اشتباه البيع بالهبة ٢٩
اشتباه البيع بالمقايضة ٣١
اشتباه البيع بالوصية ٣١
تكييف العقد بأنه بيع وليس وصية ٣٩

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الباب الأول

ابرام عقد البيع

صفحة

اركان البيع وشروط صحته ٤٥

الفرع الأول

أركان البيع

الفصل الأول ـ ركن الرضا

وجود الرضا ٤٦
الاتفاق على المبيع ٥٣
الاتفاق على الثمن ٥٤
الاتفاق على طبيعة العقد ٥٥

المبحث الأول ـ الايجاب الموجه الى الجمهور

صورة الايجاب الموجه الى الجمهور ٥٧
عرض السلع في المتاجر ٥٨
الاعلان عن السلع في الصحف أو في نشرات خاصة ٥٩

المبحث الثاني ـ البيوع الموصوفة

حكم أوصاف الرضا بوجه عام ٦٠
(١) البيع بشرط التجربة ٦٣
(٢) البيع بشرط المذاق ٦٦
مقارنة بين البيع بشرط المذاق والبيع بشرط التجربة ٦٩
(٣) البيع مع الاحتفاظ بحق العدول ٧٠
(٤) البيع بالعربون ٧١
(٥) بيع الوفاء وبطلانه في القانون الحالي ٧٨
(٦) البيع مع الاحتفاظ بالملكية الى حين استيفاء الثمن ٨٠
(٧) البيع مع خيار التعيين ٨٨
(٨) البيع مع احتفاظ المشترى بحق احلال غيره محله ٩٠

المبحث الثالث ـ الوعد بالبيع والوعد بالشراء

التمييز بين مجرد الرغبة والايجاب ومشروع البيع والوعد بالشراء ٩٣
صور الوعد بالبيع أو بالشراء ٩٥

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صفحة

النصوص المتعلقة بالوعد بالبيع أو بالشراء ٩٦
أركان الوعد بالبيع ٩٨
١ - الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد : ١٠٤
(أ) ماهيته وأهميته العملية وتكييفه القانونى ١٠٤
(ب) آثار الوعد بالبيع فى ذاته ١٠٦
(جـ) استعمال الموعود له حقه فى قبول الشراء ١٠٩
(د) آثار قبول الموعود له الشراء ١١٠
(هـ) ليس لقبول الشراء أثر رجعى ١١٢
٢ - الوعد بالتفضيل ١١٢
٣ - الوعد بالشراء ١١٤
٤ - الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء أو الوعد الملزم للجانبين ١١٦

المبحث الرابع - التبايع بطريق النيابة

احالة الى القواعد العامة ١١٨
تعاقد الشخص مع نفسه بالبيع وبالشراء ١١٩
التعاقد بالبيع أو الشراء باسم مستعار أو بواسطة شخص مسخر ١٢١

المبحث الخامس - تفسير عقد البيع

تفسير البيع فى القانون الفرنسى ١٢٤
تفسير البيع فى القانون المصرى ١٢٥

الفصل الثانى - محل البيع

ازدواج المحل فى عقد البيع ١٢٧

المبحث الأول - المبيع

المبيع هو المال لا الشيء ١٢٧
الشروط الواجب توافرها فى المبيع ١٢٨

المطلب الأول - شرط وجود المبيع

وجود المبيع وقت العقد والفروض المختلفة فى شأنه ١٢٩

§ ١ - هلاك المبيع وقت العقد

هلاك المبيع هلاكا كليا وقت العقد ١٣٠
تطبيق ذلك على بيع أسهم الشركات التى حكم ببطلانها بعدم البيع ١٣٢
هلاك المبيع هلاكا جزئيا وقت العقد ١٣٣

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صفحة

§ ٢ — بيع الاموال المستقبلة ٠

تاريخ المسألة ١٣٤
حكم التقنين المدنى الحالى فى بيع الاموال المستقبلة : ١٣٩
(ا) القاعدة : جواز بيع الاموال المستقبلة ١٣٩
(ب) الاستثناء : تحريم بيع التركة المستقبلة ١٤٣

المطلب الثانى — تعيين المبيع

طريقة تعيين المبيع ١٤٦
تعيين الأشياء القيمية ١٤٦
تعيين الأشياء المثلية ١٤٧

المطلب الثالث — جواز التعامل فى المبيع

تقسيم الأشياء من حيث جواز التعامل فيها أو عدمه ١٥٠
الاشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها ١٥١
الاشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون ١٥١
بيان ما لا يجوز بيعه : ١٥٢
(ا) الحقوق غير المالية ١٥٢
(ب) الاشياء الخارجة عن التعامل ١٥٢
(ج) بعض الحقوق المالية ١٥٣
حكم بيع التاجر وارباب المهن لحرة صلتهم بعملائهم ١٥٣

المطلب الرابع — ملكية المبيع للبائع

النص على هذا الشرط وحكمته ١٥٥
الاحوال التى تشترط فيها ملكية المبيع للبائع ١٥٦
الاحوال التى لا يشترط فيها أن يكون المبيع مملوكا للبائع ١٥٧
ضرورة التمييز فيما يتعلق بهذا الشرط بين نوعين من البيوع ١٥٨

المبحث الثانى — الثمن

تعريف الثمن وشروطه ١٥٩
الشرط الاول : أن يكون الثمن مبلغا من النقود ١٥٩
الاتفاق على أن يكون مقابل المبيع مبلغا من النقود ومالا آخر ١٦٠
الاتفاق على أن يكون مقابل المبيع سبائك ذهبية أو أوراقا مالية ١٦٢
الاتفاق على أن يكون مقابل المبيع ايرادا مرتبا ١٦٢
الشرط الثانى : أن يكون الثمن معينا أو قابلا للتعيين ١٦٣
بيان الاسس التى يقوم عليها حساب الثمن ١٦٤

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صفحة

الاتفاق على البيع بسعر السوق ١٦٦
الاتفاق على أن يتولى أجنبى تحديد الثمن ١٦٧
تعيين الثمن أو الاسس التى يقوم عليها تعيينا ضمنيا ١٧١
حرية العاقدين فى تحديد الثمن وما يرد عليها من قيود ١٧١

الشرط الثالث : أن يكون الثمن حقيقيا ١٧٣
الثمن الصورى ١٧٣
الثمن التافه ١٧٧
الثمن البخس ١٧٨

الفصل الثالث - عدم النص المانع من البيع

احالة الى القواعد العامة ١٨١
أثر النصوص المانعة من البيع ١٨٢
(أ) منع رجال القضاء وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها ١٨٣
حكمة تحريم البيع الى رجال القضاء وأعوانهم ١٨٣
قصر التحريم على أشخاص معينين على سبيل الحصر ١٨٤
قصر التحريم على شراء أموال معينة ١٨٥
استثناء: جواز استرداد عمال القضاء ماعليهم منحقوق متنازعفيها ١٨٨
(ب) منع تعامل المحامى مع موكله فى الحق المتنازع فيه ١٨٩
(جـ) حظر شراء أطيان زراعية ترفع مجموع مايملكه المشترى الى أكثر من خمسين فدانا ١٩٦
(د) حظر شراء الاجانب الاراضى الزراعية والصحراوية أو العقارات الواقعة بمناطق الحدود ١٩٦
(هـ) حظر تملك غير المصريين العقارات المبنية والاراضي الفضاء ٢٠١
قاعدة الحظر وجزاؤها ٢٠٢
الحالات الاستثنائية التى يجوز فيها لغير المصرى تملك عقارات مبنية أو أراضى فضاء ٢٠٤
القيود الخاصة بتملك أراضى فضاء وجزاؤها ٢٠٥
التزام خاص بالملاك غير المصريين لاراضى فضاء تملكوها طبقا للقانون العام قبل بدء العمل بالقانون ١٩٧٦/٨١ ٢٠٦
(و) حظر بيع الاراضى المقسمة المعدة للبناء الا بعد صدور القرار الوزارى باعتماد تقسيمها (انظر حكم نقض مدنى ١٩ مارس ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥-٣٦٥-٦١،وايضا ٢٥ مايو ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ - ١٠٤٠ -
(ز) حظر التصرف فى العقارات المشتراة من الدولة قبل أداء ثمنها كاملا وملحقاته (القانون رقم ١٩٦٤/١٠٠ ونقض مدنى ٢١ يناير ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض ٢٧ - ٢٥٧ - ٦٠).

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صفحة

الفصل الرابع - ركن السبب في عقد البيع

احالة الى القواعد العامة ٢٠٨

الفصل الخامس - جزاء شروط الانعقاد

احالة الى قواعد البطلان المطلق ٢٠٩

الفـرع الثـانى

شروط صحـة البيـع

الفصل الأول - سلامة الرضا

احالة الى القواعد العامة ٢١١
بعض تطبيقات التدليس والاكراه فى عقد البيع ٢١١

§ ١ - الغلط فى صفات المبيع وعدم العلم الكافى به

احكام الغلط فى صفات المبيع ٢١٤
حكم عدم العلم بالمبيع ٢١٥
خيار الرؤية فى الشريعة الاسلامية ٢١٥
احكام العلم بالمبيع فى التقنين المدنى الملغى ٢١٦
احكام العلم بالمبيع فى التقنين المدنى الحالى ٢١٩

§ ٢ - الغبن والاستغلال

تعريف الغبن وتاريخه ٢٢١
حكم الغبن فى الشريعة الاسلامية ٢٢٣
حكم الغبن فى القانون الفرنسى ٢٢٣
حكم الغبن فى التقنين المصرى الملغى ٢٢٥
حكم الغبن فى التقنينات الحديثة ٢٢٧
حكم الغبن فى التقنين المصرى الحالى ٢٢٧
(١) تطبيق نظرية الاستغلال على عقد البيع ٢٢٨
(ا) شروط الطعن فى العقد بالاستغلال ٢٢٩
(ب) احكام الطعن بالاستغلال ٢٣١
(٢) حكم خاص بالغبن فى حالة بيع عقار مملوك لغير كامل الاهلية ٢٣٢

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صفحة

الفصل الثانى - اهلية العاقدين

للتمييز بين الاهلية والولاية ٢٣٨

المبحث الاول - فى الاهلية

الاهلية اللازمة لعقد البيع ٢٣٨

احوال يملك فيها الصبى المميز او من فى حكمه اهلية البيع والشراء ٢٤٢

المبحث الثانى - فى الولاية

الولاية اللازمة لعقد البيع ٢٤٤

تعيين حدود الولاية فى الاحوال المختلفة ٢٤٤

(ا) فى أحوال النيابة الاتفاقية ٢٤٥

(ب) فى أحوال النيابة القانونية ٢٤٦

(١) سلطة الاولياء الشرعيين ٢٤٦

(٢) سلطة الاوصياء والقامة ووكلاء الغائبين ٢٤٨

(٣) سلطة الحارس القضائى ٢٤٨

عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه بالبيع والشراء الا فى حالات استثنائية ٢٤٩

الفصل الثالث - جزاء شروط الصحة

احالة الى قواعد البطلان النسبى ٢٥٠

الفرع الثالث

اثبات البيع

احالة ٢٥٢

الباب الثانى

آثار عقد البيع

نقل ملكية المبيع وترتيب التزامات فى جانب كل من البائع والمشترى ٢٥٣

الفصل الاول - التزامات البائع

المبحث الاول - الالتزام بنقل ملكية المبيع

من مستلزمات البيع فى القانون الحديث انشاء التزام بنقل ملكية المبيع ٢٥٤

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صفحة

المبحث الثانى - نقل الملكية فى المنقول المعين بالذات

قاعدة انتقال الملكية بمجرد العقد ٢٥٦
شروط تطبيق هذه القاعدة ٢٥٩
مساوىء هذه القاعدة بالنسبة الى الغير ٢٦٣
علاج هذه المساوىء من طريق قاعدة « الحيازة فى المنقول سند دالملكية » ٢٦٤
تقييد قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ٢٦٩

المبحث الثالث - نقل ملكية المنقول المعين بالنوع

انتقال الملكية فى المنقول المعين بالنوع بفرزه ٢٧١

المبحث الرابع - نقل ملكية العقار المبيع

تطور انتقال ملكية العقار فى القانون الحديث ٢٧٢

§ ١ - نظام الشهر العقارى ووسائله بوجه عام

ضرورة الشهر العقارى وأهميته فى العصر الحديث ٢٥٧
(ا) نظام الشهر الشخصى ٢٧٦
(ب) نظام الشهر العينى أو نظام السجلات العقارية ٢٧٨
(ج) نظام الشهر المصرى المعمول به حتى الآن ٢٨٠
وسائل الشهر العقارى فى التظام الشخصى للشهر ٢٨١

§ ٢ - التسجيل واجراءاته والتصرفات التى تخضع له

التصرفات التى يجب تسجيلها ٢٨٢
اجراءات التسجيل ٢٨٣
التسجيل ليس ركنا فى العقد بل مجرد اجراء لازم لتنفيذ الالتزام بنقل ملكية العقار المبيع ٢٨٥
عقد البيع الابتدائى (غير المسجل) وعقد البيع النهائى (المسجل) ٢٨٦
آثار عقد البيع غير المسجل ٢٨٧

§ ٣ - الالتزام بنقل ملكية العقار المبيع وتنفيذه وفقا لقانون التسجيل وقانون الشهر العقارى

محل الالتزام وطرق تنفيذه ٢٩١
(أولا) التنفيذ الاختيارى واثاره ٢٩٢
ليس للتسجيل أثر رجعى ٢٩٤
أثر التسجيل عند تزاحم المشترين ٢٩٦

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صفحة
(ا) تزاحم المشترين من بائع واحد ٢٩٦
لا أثر لسوء نية من سبق الى تسجيل عقده : ٢٩٧
(١) فى ظل التقنين الملغى وقانون التسجيل ٢٩٧
(٢) فى ظل قانون الشهر العقارى ٣٠٢
(ب) تزاحم المشترين من بائعين مختلفين وبخاصة المشترى من المورث والمشترى من الوارث ٣٠٦
(ثانيا)التنفيذ العينى الجبرى للالتزام بنقل ملكية عقار ٣١٦
دعوى صحة التعاقد وشرطها الاساسى ٣١٧
تسجيل الدعاوى ٣٢٤
التمييز بين دعاوى صحة التعاقد وبين دعوى صحة التوقيع ٣٣٢
(ثالثا) التنفيذ بمقابل فى الالتزام بنقل ملكية عقار ٣٣٤
جواز طعن المشترى الذى لم يسجل عقده بالدعوى البولصية فى عقد المشترى الذى سبق الى تسجيل عقده ٣٣٥

المبحث الثانى ـ الالتزام بتسليم المبيع

أهمية الالتزام بالتسليم ٣٣٨
(١) تعريف التسليم ٣٤٠
(٢) طريقة التسليم ٣٤١
التسليم القانونى والتسليم الحكمى ٣٤٢
(٣) محل الالتزام بالتسليم ٣٤٦
(ا) المبيع ذاته : الحال التى يجب تسليمه عليها ٣٤٦
القدر واجب التسليم ٣٤٩
(ب) ملحقات المبيع ٣٥٦
(٤) الوقت الذى يجب فيه التسليم ٣٥٨
حق البائع فى حبس المبيع ٣٥٨
(٥) مكان التسليم ٣٦٠
(٦) نفقات التسليم ٣٦١
(٧) هلاك المبيع هلاكا كليا أو جزئيا ٣٦١
جزاء الاخلال بالالتزام بالتسليم ٣٦٢

المبحث الثالث ـ التزام الضمان

نوعا الضمان : ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية ٣٦٤

§ ـ ضمان التعرض والاستحاق

أنواع التعرض ٣٦٦
ضمان التعرض الشخصى ٣٦٦

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صفحة

ضمان التعرض الصادر من الغير ٣٧٢
محل الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق ٣٧٤
عدم قابلية الالتزام بالضمان للتجزئة ٣٧٧
التزام الضمان الاصلى والتزام الضمان الجزائى ٣٧٨
شرط نشوء التزام الضمان الجزائى ٣٨٠
أحوال الاستحقاق الكلى ٣٨٣
مدى الالتزام الجزاءى فيها ٣٨٥
حق المشترى فى فسخ البيع وفى ابطاله ٣٩٠
أحوال الاستحقاق الجزئى وحكمها ٣٩١
الاتفاقات المعدلة لاحكام الضمان ٣٩٣

§ ٢ ـ ضمان العيوب الخفية

تحديد ضمان العيوب الخفية وأحواله ٣٩٥
شروط العيب الموجب للضمان : ٣٩٨
(١) أن يكون قديما ٣٩٨
(٢) أن يكون مؤثرا ٤٠٠
(٣) أن يكون خفيا ٤٠١
علم البائع لايشترط ٤٠٦
وجوب مبادرة المشترى الى اخطار البائع بالعيب ٤٠٦
محل التزام البائع ٤٠٨
جزاء اخلال البائع بالتزامه ضمان العيوب الخفية ٤٠٩
حماية الدائنين المرتهنين فى حالة الفسخ ٤١٢
تعدد المبيع وظهور العيب فى بعضه دون البعض ٤١٣
حكم العيب الطارىء ٤١٣
حكم هلاك المبيع المعيب ٤١٤
سقوط الحق فى الضمان ٤١٧
البيوع التى لا يثبت فيها ضمان العيوب الخفية ٤١٨
الاتفاق على تعديل أحكام الضمان ٤١٩
انتقال حق الضمان الى من تنتقل اليه ملكية المبيع ٤٢٠
دعوى فسخ البيع بسبب العيب الخفى ودعوى ابطاله لغلط المشترى ٤٢١

الفصل الثانى ـ التزامات المشترى

المبحث الاول ـ التزام المشترى بالثمن

حكم القواعد العامة والنصوص المتعلقة بالتزام المشترى بالثمن ٤٢٢
المكان الذى يجب فيه وفاء الثمن ٤٢٤

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صفحة

الوقت الذى يجب فيه وفاء الثمن ٤٢٦
ملحقات الثمن : ٤٢٧
(ا) فوائد الثمن ٤٢٨
(ب) تكاليف المبيع ٤٣٣
حق المشترى فى حبس الثمن ٤٣٣
حق البائع فى التغلب على حق المشترى فى الحبس ٤٣٨
حق المشترى فى طلب خفض ما لم يدفعه من الثمن اذا صار مرهقا له بسبب ظروف طارئة ٤٤٠
جزاء الاخلال بالتزام المشترى بدفع الثمن ٤٤٦

المبحث الثانى - التزام المشترى بنفقات عقد البيع وبتسلم المبيع

(أولا) محل الالتزام بنفقات العقد ٤٤٧
جزاء الالتزام بنفقات العقد ٤٤٨
(ثانيا) محل التزام المشترى بتسلم المبيع وزمانه ٤٤٩
جزاء التزام المشترى بتسلم المبيع ٤٥٠

الباب الثالث

انحلال عقد البيع

المبحث الاول - اسباب الانحلال وطرقه

بطلان العقد ٤٥١
تخلف الشرط الواقف ٤٥١
اتفاق العاقدين على الغاء العقد . ٤٥١
ابطال سند ملكية البائع أو فسخه ٤٥٢

§ ١ - الفسخ لعدم وفاء احد المتعاقدين التزامه

شروط استعمال حق الفسخ ٤٥٤
كيف يكون الفسخ ٤٥٧
فسخ العقد من تلقاء نفسه ٤٥٩
(ا) بناء على اتفاق سابق ٤٥٩
(ب) بناء على نص فى القانون ٤٦١

§ ٢ - انفساخ البيع لهلاك المبيع بسبب اجنبى

وضع المسألة ٤٦٤
تقرير القاعدة فى العقود الملزمة للجانبين ٤٦٥
حكم الهلاك فى عقد البيع وسائر العقود الناقلة للملكية ٤٦٧
(ا) فى القانون الفرنسى ٤٦٧

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صفحة

الفصل الثانى ـ بيع ملك الغير وبيع المال المملوك شيوعا

الصلة بين بيع ملك الغير وبيع المال المملوك شيوعا ٥٠٦

المبحث الاول ـ بيع ملك الغير

تذكرة بما سبق ٥٠٧
النصوص الخاصة ببيع ملك الغير ٥٠٨
أحكام بيع ملك الغير ٥٠٩
١ ـ انتاج بيع ملك الغير آثار العقد الصحيح ٥١٠
٢ ـ حق المشترى فى طلب ابطال المبيع ٥١١
٣ ـ حرمان البائع من حق ابطال البيع ٥١٤
٤ ـ عدم نفاذ بيع ملك الغير فى حق المالك الحقيقى ٥١٥
٥ ـ زوال قابلية العقد للابطال باقرار المالك أو بأى طريق آخر
يتحقق به انتقال الملكية الى المشترى : ٥١٦
(ا) اقرار المالك العقد ٥١٦
(ب) كسب البائع الملكية ٥١٨
(جـ) كسب المشترى الملكية من طريق الحيازة ٥١٨
٦ ـ حق المشترى فى التعويض عن البطلان ٥١٩
تأصيل أحكام بيع ملك الغير ٥٢٠
(ا) نظرية الفسخ ٥٢١
(ب) نظرية البطلان المطلق ٥٢٣
(جـ) نظرية العقد الموقوف ٥٢٤
(د) نظرية البطلان النسبى ٥٢٦
(هـ) رأينا فى الموضوع ٥٢٧
حكم بيع العقار المملوك للغير بعد صدور قانون التسجيل ٥٣٠

المبحث الثانى ـ بيع المال المملوك شيوعا

تعريف الملكية الشائعة ومدى حق المالك على الشيوع ٥٣٢
مايتقيد به المالك على الشيوع عند التصرف فى حقه قبل القسمه : ٥٣٣
وجوب الاقتصار على التصرف فى الحصة الشائعة
تصرف الشريك فى المال الشائع كله أو فى جزء مفرز منه ٥٣٤
(ا) حكم هذا التصرف بعد القسمة ٥٣٥
(ب) حكم هذا التصرف قبل القسمة ٥٣٩
١ ـ فيما بين العاقدين ٥٣٩
٢ ـ بالنسبة الى شركاء البائع ٥٤٤
مايتقيد به المالك على الشيوع عند التصرف بعد القسمة وقبل تسجيلها ٥٤٥

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صفحة

(ب) في القانون المصرى القديم ٤٦٩
في القانون المصرى الحالى ٤٧٣
التقارب بين القانون الفرنسى والقانون المصرى ٤٧٦
حكم الهلاك الجزئى ٤٧٧

المبحث الثانى ـ آثار انحلال عقد البيع

§ ١ ـ فيما بين البائع والمشترى

وجوب اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد ٤٧٨
ما يجب على المشترى رده ٤٧٩

§ ٢ ـ بالنسبة الى الغير

القاعدة العامة ٤٨١
الإستثناء الخاص ببيع المنقول ٤٨٢
الاستثناء الخاص بالعقار ٤٨٣

القسم الثانى

أحكام خاصة ببعض أنواع البيع

الفصل الاول ـ بيع الوفاء

تعريف بيع الوفاء وتكييفه ٤٨٦
تاريخ بيع الوفاء فى القانون المصرى وتحريم التقنين الحالى اياه ٤٨٦
استمرار العمل بأحكام التقنين الملغى على عقود بيع الوفاء المعقودة قبل العمل بالتقنين الحالى ٤٩٢
حكم بيع الوفاء فى التقنين الملغى ٤٩٣
١ ـ الشرط الوفائى ٤٩٣
٢ ـ مدة الحق فى الاسترداد ٤٩٥
٣ ـ استعمال الحق فى الاسترداد ٤٩٨
(ا) من يجوز له الاسترداد ٤٩٨
(ب) من يطلب منه الاسترداد ٤٩٩
(حـ) حق المشترى فى عدم تجزئة الصفقة عليه ٤٩٩
(ا) فى أثناء مدة خيار الاسترداد ٥٠٠
٤ ـ آثار بيع الوفاء ٥٠٢
(ا) فى أثناء مدة خيار الاسترداد ٥٠٢
(ب) عند انقضاء مدة الخيار ٥٠٣

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صفحة

الفصل الثالث - بيع الحقوق المتنازع عليها

تعريف بيع الحقوق المتنازع عليها وحكمه ٥٤٧
متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه ٥٤٨
كيف يكون الاسترداد ٥٥٠
آثار استرداد الحق المتنازع فيه ٥٥٢

الفصل الرابع - بيع التركات

تعريف بيع التركات وبيان صفته الاحتمالية ٥٥٣
آثار بيع التركات :
(أ) فيما بين العاقدين ٥٥٤
١ - انتقال حقوق التركة الى المشترى ٥٥٤
٢ - التزامات البائع ٥٥٧
٣ - التزامات المشترى ٥٥٨
(ب) آثار بيع التركة بالنسبة للغير ٥٥٨

الفصل الخامس - البيع فى مرض الموت

النصوص الخاصة بالبيع فى مرض الموت وحكمة تقريرها ٥٥٩
المقصود بمرض الموت ٥٦٠
حكم الشريعة الاسلامية فى التصرفات التى تتم فى مرض الموت ٥٦٣
حكم التقنين المصرى الملغى ٥٦٤
حكم بيع المريض فى التقنين الحالى ٥٦٦
اقرار البيع فى القدر المحابى به الذى يجاوز ثلث التركة ٥٧٠
حماية الغير أصحاب الحقوق العينية حسنى النية ٥٧١
قصر تطبيق هذه الاحكام على المصريين دون الاجانب ٥٧٣

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria