

شرح أحكام القانون المدني

العقود المسماة

البيع، المقايضة، الإيجار، التأمين

القسم الأول

الدكتور

رضان محمد أبو السعود

أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

للمزيد من الحصريّات زوروا على مدونة الكتب الحصرية

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

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



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

منشورات الجاهلي الحقوقية

الْعُقُودُ الْمُسَحَّاةُ

القسم الاول

الدكتور

رضان محمد أبو السعور

أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

منشورات الحجابي الحقوقية

منشورات الحلبي الحقوقية

AL - HALABI
LEGAL PUBLICATIONS

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

© 2010

All rights reserved

ISBN 978-614-401-065-5



منشورات الحلبي الحقوقية

فرع اول:

بنية الزين - شارع القنطاري

مقابل السفارة الهندية

هاتف: 384581 (961-1)

هاتف خليوي: 640821 - 640544 (961-3)

فرع ثان:

سرايكو سكوير

هاتف: 612632 (961-1)

فاكس: 612633 (961-1)

ص.ب. 11/0478 بيروت - لبنان

E - mail elhalabi@terra.net.lb

www.halabilawbooks.com

لا يجوز نسخ أو استعمال أي جزء من هذا الكتاب في أي شكل من الأشكال أو بآية وسيلة من الوسائل - سواء التصويرية أم الإلكترونية أم الميكانيكية، بما في ذلك النسخ الفوتوغرافي والتسجيل على أشرطة أو سواها وحفظ المعلومات واسترجاعها - دون إذن خطي من الناشر. إن جميع ما ورد في هذا الكتاب من أبحاث فقهية وآراء وتعليقات وقرارات قضائية وخلاصاتها، هي من عمل المؤلف ويتحمل وحده مسؤوليتها ولا يتحمل الناشر أية مسؤولية لهذه الجهة. كما إن الناشر غير مسؤول عن الأخطاء المادية التي قد ترد في هذا المؤلف ولا عن الآراء المقدمة في هذا الإطار.

© All rights reserved

AL - HALABI Legal Publications

No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

بسم الله الرحمن الرحيم

« ذلك بانهم قالوا إنهما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا »

الآية ٢٧٥ من سورة البقرة

« واشهدوا إذا تبایعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد »

الآية ٢٨٢ من سورة البقرة

« يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع »

الآية ٢٧٥ من سورة البقرة

« صدق الله العظيم »

الكتاب الأول

العقود المسماة

الحمد لله رب العالمين

والصلاة والسلام على نبي الهدى والرحمة

وبعد فلقد سبق لنا إصدار مجموعة دروس فى عقد البيع عام ١٩٨٥
ضمنها خلاصة ما القيناه من محاضرات على طلاب كلية الحقوق فى مادة
العقود المسماة . وقد توخينا فى هذه الدروس الإيجاز مع الوضوح ، إيجاز يفى
بحاجة الطالب المبتدئ ، ووضوح فيه الكفاية لجلاء ما قد يعثور هذه المادة من
غموض فى بعض الأحيان .

هذا ولقد هيا لنا المولى سبحانه عز وجل الوقت لإعادة النظر فى هذه
الدروس ، فقمنا بمراجعة ما كتبناه واستكملنا ما كنا قد أجلناه لضيق الوقت .
فظهر هذا الكتاب فى عقد البيع متضمناً شرحاً لمواد هذا العقد فى التقنين المدنى
المصرى ، مذيلاً بهوامش تتضمن أحكام محكمة النقض المصرية حتى يكون
للنص القانونى مجالاً فى التطبيق العملى لزيادة الإيضاح ولبيان ما قد يكون
للقضاء من ملاحظات على النصوص التشريعية ، يمكن الاستفادة منها إذا ما
رؤى تعديل التشريع القائم . فصدرت الطبعة الأولى من هذا المؤلف عام ١٩٩٠ .
وفى الطبعة الثانية الحالية اكملنا هذا المؤلف بأحدث الأحكام الصادرة عن محكمة
النقض حتى عام ١٩٩٨ ، كما اشتملت هذه الطبعة على ما استحدثه قانون
التجارة الجديدة من أحكام تتعلق بموضوعات هذا المؤلف .

أملين من المولى عز وجل أن يعمم بها الفائدة ، إنه سميع مجيب .

رمضان أبو السعود

بسم الله الرحمن الرحيم

العقود المسماة

عنى المشرع المصرى فى الفصل الأول من الباب الذى خصصه لمصادر الالتزام بوضع أحكام عامة للعقود ، (المواد من ٨٩ إلى ١٦١ من القانون المدنى) مبيناً لركان العقد وأثاره وانحلاله . وهذه الأحكام تنطبق بصفة عامة على أى عقد من العقود . ومع ذلك فقد أتى المشرع فى الكتاب الثانى من القانون المدنى بتنظيم لما يسمى بالعقود المسماة ، عرض فيه لأنواع معينة من العقود ، مبيناً أحكام كل عقد منها مطبقاً عليها أحكامه العامة التى فصلها فى الكتاب الأول ، مضيفاً بعض الأحكام الخاصة التى قد ينفرد بها كل عقد من هذه العقود المسماة . فهل يعنى تخصيص المشرع للكتاب الثانى من القانون المدنى للعقود المسماة ، إن هناك عقود أخرى غير مسماة .

العقود المسماة والعقود غير المسماة :

ترجع بذور التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة إلى القانون الرومانى . ففى هذا القانون لم يكن الاتفاق مرادفاً للعقد ، ولم يكن التراضى الحاصل بين طرفين كافياً لإنشاء عقد مدنى صحيح ملزم ، بل كان يجب أن يفرغ هذا التراضى فى شكل معين يتخذ إعلاناً خارجياً . وتلك هى العقود الشكلية ، ومن أمثلتها فى القانون الرومانى عقد الاستدانة والعقد اللفظى والعقد الكتابى . هذه الأشكال الأولى للعقود الرومانية سرعان ما تطورت بفعل تطور العلاقات الاقتصادية وما اقتضته من مرونة وسرعة فظهرت أنواع جديدة من العقود ، هى العقود العينية والعقود الرضائية وأخيراً العقود غير المسماة . والعقود الأخيرة كانت تعد إتفاقات ملزمة للجانبين إلا أنها مع ذلك لا تصبح ملزمة إلا بمساعدة عقد شكلى ، ومن ناحية أخرى فإن هذه العقود ما كانت لتدخل فى إطار العقود العينية أو الرضائية (والواقع أن العقود العينية والرضائية لم تتكون إلا إستثناء من عقد شكلى قديم) .

وكانت العقود غير المسماة تفترض لقيامها شروطاً أكثر تحديداً كما كانت ضيقة الحدود . فالعقد نفسه لا يتكون بمحض تراضى الطرفين ، بل كان لا بد

لنشأة هذا العقد غير المسمى من أن يقوم أحد أطرافه بتنفيذ التزامه ، وهو إذا قام بذلك منحه القانون دعوى وتكون العقد بالتالى . وقد نتج عن ذلك أن العقود غير المسماة فى القانون الرومانى أصبحت مجموعة محددة ومعينة من العقود وعن طريقها زادت وسائل الالتزام لدى الرومان ، أى زادت عدد العقود الملزمة ، فقد خلق طريق جديد للعقد الإلزامى .

من ذلك يتبين أن العقد غير المسمى فى القانون الرومانى كان يختلف عن العقد المسمى فى هذا القانون ، حيث كان يجب لقيام العقد غير المسمى أن يقوم أحد أطرافه بتنفيذ التزامه على خلاف الحال فى العقد المسمى .

هذا هو معنى العقد غير المسمى فى القانون الرومانى ، أما فى القانون الحديث فتقوم التفرقة بين العقد المسمى والعقد غير المسمى لا على أساس التكوين وإنما على أساس وجود إسم معين للعقد وتنظيم قانونى خاص به .

فالعقد المسمى هو ذلك العقد الذى يعرف باسم خاص به لكثرة شيوعه وتداوله بين المتعاملين ، كما أن المشرع يعنى بوضع تنظيم قانونى خاص بهذا العقد .

أما العقد غير المسمى فهو غالباً عقد غير شائع فى الاستعمال (وقت وضع التقنين المدنى) ولذلك لم يعن المشرع بتسميته ولا بوضع تنظيم قانونى خاص له ، وإنما ترك لأطرافه حرية تكوينه وتحديد آثاره فى حدود الإطار العام للنظرية العامة للعقود .

والواقع أن التفرقة السابقة لا تعنى أن العقد المسمى أكثر أهمية من العقد غير المسمى على أساس قيام المشرع بتسمية العقد الأول وبوضع تنظيم قانونى خاص به .

فالمشرع عند وضعه للتقنين المدنى إهتم بالعقود الذائعة الانتشار فى العمل فقام بتنظيمها ، ومع ذلك فقد يظهر فى العمل عقود جديدة لم تكن فى ذهن المشرع فتخضع هذه العقود للقواعد العامة فى نظرية الالتزامات ، وقد يقوم المشرع فى وقت لاحق بوضع تنظيم لها فتصبح عقوداً مسماة بعد أن كانت غير مسماة .

فقد كان التقنين المدنى المصرى القديم لا ينظم عقود التأمين والتزام المرافق

العامّة والمقامرة والرهان . بينما قد نظمها التقنين الجديد . بل أن هذا التقنين لم يتناول ضمن ما تناوله من عقود ، عقد النشر ، فأصبح العقد الأخير من طائفة العقود غير المسماة . إلا أن المشرع المصري في وقت لاحق وضع تنظيماً إلى حد ما لهذا العقد فأصبح من العقود المسماة . (انظر القانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ وتعديلاته الخاص بحماية حق المؤلف) .

إن النظرة الفاحصة المتأملة للعقود المسماة وغير المسماة تبين أن العقود الأخيرة ليست بذات النطاق الضيق ، بل هي أرحب من ذلك ، كما أنها أظهر وأجلى من العقود المسماة في تأكيد المبادئ العامة لنظرية الالتزام . فمن المعلوم أن من المبادئ الأساسية في هذه النظرية مبدأ سلطان الإرادة ، فلإرادة الحق في أن تنشئ ما تشاء من العقود في حدود المبادئ والقواعد العامة . هذا المبدأ لا يظهر بجلاء إلا في العقود غير المسماة ، فهي ترجمة فعلية حقيقية لهذا المبدأ (وذلك بخلاف الحال في الحقوق العينية ، حيث تقصر إرادة الأفراد عن إبتداع الحق للعيني أصلياً كان أم تبعياً) . بل إن هناك اتجاه في الفقه جدير بالتأييد يذهب إلى أن الأصل هو العقد غير المسمى أما الاستثناء فهو العقد المسمى .

غاية المشرع من تنظيم العقود المسماة :

الواقع أن بيان ما تقدم يدفعنا إلى تحديد الهدف الحقيقي من تنظيم المشرع لبعض العقود . فالعقود المسماة هي عقود ذات انتشار كثيرة الاستعمال وغالباً ما لا يتفق أطرافها على جميع المسائل التي تتضمنها هذه العقود ، فيأتي المشرع ويستلهم الإرادة الضمنية للأطراف موضعاً وكاشفاً لما كانت النية تتجه إليه ، فيقوم بتفصيل الحقوق والالتزامات المرتبطة بهذا العقد . وعلى ذلك فتنظيم العقد المسمى ليس بالتنظيم الأمر اللهم إلا في بعض المسائل التي تتصل بالنظام العام والآداب العامة .

وعناية المشرع بوضع هذا التنظيم قد يرجع إلى أنه يرى أن القواعد العامة في العقود يجب مخالفتها في هذا العقد أو ذاك ، أو أنها تحتاج إلى تحديد أكثر وادق ، أو أن هذا العقد يحتاج إلى تفصيلات أكثر غير واردة في القواعد العامة .

بعض صور للعقود غير المسماة :

رأينا أن العقد غير المسمى هو ذلك العقد الذي لم يعن المشرع بتسميته ولا

بوضع تنظيم قانونى خاص له . وعلى ذلك يخرج من نطاق العقود غير المسماة تلك العقود التى قد تبدو للموهلة الأولى أنها لا تدخل فى نطاق العقود المسماة . ومن أمثلة ذلك إتفاق شخص مع آخر على أن يكون للأول الحق فى إستخراج أشياء معينة من أرض الآخر نظير قسط معين أو مبلغ جزافى . فمثل هذا الاتفاق يتحلل إما إلى عقد إيجار أو عقد بيع على حسب الأحوال . وأيضاً فإن الاتفاق الذى يعطى الحق لأحد أطراف الاتفاق فى الحصول على محصول الأرض قد يتحلل هو الآخر إلى عقد بيع . وكذلك إشتراك التليفون فقد يتحلل إلى عقد إيجار أو عقد عمل ... وأيضاً فإن العقد المبرم بين صاحب السيارة ومالك الجراج هو عقد مسمى فهو عقد وديعة . وكذلك إذا استأجر شخص من صاحب جراج سيارة مع قائدها ، فإن مثل هذا العقد يعد عقد نقل أى عقد مسمى .

ومن أمثلة العقود غير المسماة العقود التى تشتمل على التصرف فى الشيء عن طريق الالتزام بالإطعام والإيواء . وكذلك عقد حوالة العملاء ، وأيضاً عقد التعليم وعقد العلاج ، فكل من هذين العقدين يختلف عن عقد المقاوله فى أن العمل الذى يلتزم معهد التعليم أو الطبيب القيام به إنما يرد على العقل أو الجسم البشرى بينما يرد العمل الذى يلتزم المقاول القيام به على شيء من الأشياء . ولا يمكن أن نسوى بين العقل أو الجسم وبين الأشياء . ومن أمثلة العقود غير المسماة فى القضاء المصرى ، إتفاق شخص مع مجلس مديرية على أن يملكه قطعه أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية ، ومن أمثلة العقود غير المسماة كذلك إتفاق مستشفى مع كلية الطب على أن تضع عدة أسرة تحت تصرفها لتعليم طلبتها والقيام بالأبحاث العلمية ، أو أن يتفق شخص مع آخر على أن يكشف له عن ميراث يجهله فيقوم بإثبات أحقيته له فى مقابل حصوله على نسبة منه .

هذه الأمثلة التى ذكرناها تمثل عقوداً غير مسماة بسيطة أى لا يمكن تحليلها إلى أكثر من عقد ، فهناك إلى جانب هذه العقود غير المسماة البسيطة عقوداً أخرى مركبة ، ومن أمثلتها عقد الإقامة فى الفنادق فهو يتحلل إلى عقد إيجار (الغرفة) وعقد إيجار خدمات (خدمة شخصية ، إنارة ، تدفئة) وبيع (للمأكولات) وديعة (للحقائب) .

ومن العقود غير المسماة المركبة كذلك العقد الذى يتم بين شخص وبين متعهد نقل الأثاث فهو يتحلل إلى عقد نقل وعقد تأجير خدمات ... وكذلك عقد تأجير مكان فى مسرح ، والعقد الذى يعطى الحق فى الدخول إلى حمام ، وكذلك عقد تأجير خزانة فى بنك ...

القواعد التى تخضع لها العقود غير المسماة :

كانت المادة ١٢٧ من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد تقضى بأنه :
١- تسرى على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التى يشتمل عليها هذا الفصل .

٢- أما القواعد التى ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة فى الفصول المعقودة لها ، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية .

وقد تم حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، وبرغم حذف هذا النص فإن القواعد العامة فى نظرية الالتزام والخاصة بتكوين العقد وأثاره وإنقضائه تنطبق بلا أدنى شك على العقود غير المسماة . ولا نجد صعوبة فى تطبيق هذه القواعد على العقود غير المسماة المركبة من أكثر من عقد ، وكذلك على بعض العقود غير المسماة البسيطة ، ومع ذلك فقد نصاف فى العمل عقداً غير مسمى ، لا تعد هذه القواعد العامة كافية لحكمه .

١- فبالنسبة للعقود غير المسماة المختلطة أى التى تتكون من أكثر من عقد فإن أمرها هين بسيط فما على القاضى إلا أن يطبق أحكام كل عقد من العقود الممتزجة فى عقد واحد فى نطاقه المحدد . غير أن هذا الامتزاج بين أكثر من عقد قد لا يجعل أحكام العقود الممتزجة كافية لحكم العقد غير المسمى ، بل إن هذا الامتزاج يولد خصوصيات تستدعى قواعد خاصة لحكمها ، وعندئذ على القاضى أن يلجأ إلى العادات وإلى تحليل هذا العقد لبيان غايته الاقتصادية حتى يتوصل إلى سد النقص فى أحكامه .

٢- أما بالنسبة للعقود غير المسماة الخاصة فإن القواعد العامة لا تسعف القاضى فى بيان أحكامها وعندئذ لا مناص من الرجوع إلى العادات إن

وجدت وكذلك إلى تحليل الغاية الاقتصادية من العقد وأيضاً إلى نية الأطراف الصريحة أو الضمنية . وكذلك يمكن الرجوع إلى القواعد المنطبقة على العقود المشابهة لهذا العقد غير المسمى حيث يمكن تقريب العقد غير المسمى إلى عقد آخر ومد أحكام الأخير إليه عن طريق القياس ، فإننا لم يسفر التقريب عن تعائل يسمح بإعمال القياس ، فإن إستنباط الأحكام التى تطبق على المسائل التى أغفل المتعاقدان تحديدها . إنما يكون بالرجوع إلى قواعد العدالة التى يحيل إليها المشرع لاستكمال مضمون العقد بوجه عام .

ونلاحظ أخيراً أن وضع العقد فى طائفة العقود المسماة (أو فى نوع منها بالذات) أو فى طائفة العقود غير المسماة إنما يجب أن يسبقه عملية تكييف للعقد . والتكييف هو إعطاء الوصف الحقيقى والدقيق للعقد لتحديد ماهيته وطبيعته وإدراجه فى طائفته التى ينتمى إليها .

معنى التكييف :

فالتكييف يقتضى بداءة العلم بما هية العقود المختلفة ومعرفة سماتها وخصائصها وأحكامها ، ثم يتلو ذلك تفسير إرادة المتعاقدين لمعرفة مضمونها فى شأن التعاقد المراد تكييفه ، وبعد ذلك تتم المقارنة والمقابلة بين ما انجبت إليه إرادة المتعاقدين وبين الطبيعة القانونية لكل عقد من العقود حتى يتسنى إعطاء الوصف القانونى الصحيح للرابطة التعاقدية ، وهذا هو تكييف العقود .

فالقاضى متى انتهى من تحصيل فهمه لواقع الدعوى ، فإنه يبحث بعد ذلك عما يجب تطبيقه من أحكام القانون على هذا الواقع ، ولما كانت أحكام القانون مطلقة عامة تتناول أنواعاً وأعداداً من الحوادث غير منحصرة ، وكانت هذه الحوادث لا تقوم إلا معينة ومشخصة ، وكان لكل معين منها خصوصية مستقل بها وتنتفى فى غيره ، فلا يكون الحكم واقعاً عليها إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمل ذلك المطلق أو ذلك العام . وقد يكون ذلك سهلاً وقد لا يكون ، وكله اجتهاد (١) وهذا الاجتهاد يطلق عليه « تكييف الواقع فى الدعوى » أو هو رد

(١) انظر الإمام الشاطبى فى الموافقات جـ ٤ ص ٤٨ و ٤٩ .

هذا الواقع إلى حكم القانون أو وضعه تحت عموم القاعدة القانونية المنطبقة عليه ، وعلى ذلك فإن تكييف القاضى عقداً أو تصرفاً إنما هو تسميته إياه باسم قانونى يحصل به لما لمسمى هذا الاسم من آثار وأحكام قانونية (١).

« فمثلاً لو باع إنسان لآخر خمسين قنطاراً من القطن يأخذها يوم كذا من مخزنه الفلانى بثمن قدره كذا للقنطار الواحد ، ثم احترق المخزن بما فيه قضاءاً وقدراً قبل موعد التسليم ، فاختلف المتبايعان فيمن يكون عليه ضمان هذه الصفقة ، أياكون الضمان على البائع فلا يكون له حق فى الثمن ، أم أن يكون الضمان من المشتري فيقضى عليه بالثمن ولو لم يتم تسليم المبيع ؟ فالقاضى متى تثبت من حصول البيع بظروفه وشروطه يتعين عليه - للحكم فيمن يكون هلاك المبيع من ضمانه - أن يبحث أولاً عن أى نوع من أنواع البيع يمكن إدخال صورة الدعوى تحت عمومها : أياكون هو بيع عين معينة ، أم بيعاً جزائياً أم بيعاً بالوزن . وبحثه هذا هو التكييف بعينه وظاهر أنه كله اجتهاد فى القانون لا يقع إلا بتعرف أنواع هذه البيوع وإدراك ما بين بعضها وبعض من فروق .

هذا ومتى أتم القاضى تكييف فهم الواقع على مقتضى القانون ، تناول القاعدة الواجب تطبيقها من مصادرها القانونية ، ثم أنزل حكمها على حاصل ذلك الفهم مكيفاً ، وهو اجتهاد آخر فى القانون . ففى المثل المتقدم الذكر متى فرغ القاضى من اعتبار صورة الدعوى صورة بيع بالوزن أى بعد أن يكون كيفها بهذا التكييف ، فإنه يبحث فى القانون عن حكم هلاك المبيع فى هذا النوع من البيوع ، فيجده منصوصاً عليه فى المادة (٤٢٩) من القانون المدنى فيقرر أن الهلاك هو على البائع ، ثم يقضى برفض دعواه » (٢).

(١) أنظر حامد فهمى ومحمد حامد فهمى فى (النقض فى المواد المدنية والتجارية) ص ١٦٤ و١٦٥.

وهذا التكييف الذى يحتاج إلى اجتهاد يطلق عليه علماء الأصول مصطلح « تنقيح المناط » - أنظر الموافقات جـ ٤ ص ٤٧ ، فمعنى تنقيح المناط : النظر فى وجود علة الحكم المعلولة بطريقة من طرقها فى غير محل الحكم سواء كانت العلة ثابتة فى الأصل بالنص أو الإجماع أو بغيرهما ، كما إذا ورد النص بأن علة اعتزال النساء فى الحيض هى الأذى فينظر فى تحقق الأذى فى النفس ، وكما إذا ثبت أن علة تحريم شرب الخمر الاسكار فينظر فى تحقق الاسكار فى نهيد آخر ...

(٢) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى - المرجع السابق - ص ١٦٦ .

الفرق بين التكييف والتفسير :

إن تكييف العقد يتوقف دائماً على تفسيره ، ومع ذلك فلا يجوز الخلط بين التفسير والتكييف ، فتفسير العقد إنما يعنى تحديد ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين فعلاً وواقعاً (١) ، كما أن التكييف يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتفسير إرادة

(١) قضى بأن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود بما تراه لوفى إلى نية عاقيدها بشرط ألا تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحتمله عبارات العقد . نقض ١٩٦٢/٥/٣١ - المجموعة - س ١٣ من ٧٣٤ ونقض ١٩٦٤/٣/٢٦ - المجموعة - س ١٥ من ٤١٨ ونقض ١٩٦٥/٦/٢٠ - المجموعة - س ١٦ من ٨٨٢ ونقض ١٩٧٤/٣/٢٦ - المجموعة - س ٢٥ من ٥٦١ ونقض ١٩٨٥/١٠/٢٤ في الطعن ١٢٧٢ س ٥١ ق ونقض ١٩٨٠/١٢/٢ - المجموعة - س ٣١ من ١٩٩٢ ونقض ١٩٨٦/٢/٢٣ في الطعن ١٧٥٦ س ٥٢ ق ونقض ١٩٨٦/١/٢ عنها تحت ستار التفسير إلى معنى آخر ، فإذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف لظاهرها فيجب عليه أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر مسلكه هذا . انظر نقض ١٩٧٧/١١/٣٠ - المجموعة - س ٢٨ من ١٧٢٤ ونقض ١٩٨٦/٥/٢٠ في الطعن ١٣٤٧ س ٥٢ ق . وقضى بأن لقاضي الموضوع السلطة التامة في فهم نصوص الاتفاق وتعرف مقصود المتعاقدين منها مستهدياً بالظروف التي أحاطت بتحريره وما يكون قد سبق أو عاصره من اتفاقات عن ذات موضوعها . وجوب الاعتداد بما تفيد عبارات الاتفاقات في جملتها لا بما تفيد عبارة منها مستقلة عن باقي عباراتها ، نقض ١٩٨٨/١٢/١٢ في الطعن ١١٩ س ٥٣ ق . وقضى بأن : تكييف العقود وتفسيرها واستظهار نية المتعاقدين من سلطة محكمة الموضوع طالما لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الظاهر لعباراتها . عدم تفيدها بما تفيد عبارة معينة منها بل بما تفيد في جملتها ولها استنباط القرائن من أي تحقيق قضائي أو إداري أو من وقائع الدعوى أو الأوراق المقدمة فيها ، ولا تلتزم بتعقب حجج الخصوم والرد عليها استقلالاً وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأن تقيم قضائها على أسباب سائغة تكفي لحملها . نقض ١٩٨٩/١/١٩ في الطعن ١٦٦٣ س ٥١ ق ونقض ١٩٩٠/٦/٢٨ في الطعن ٤٨٨ س ٥٧ ق وانظر نقض ١٩٩٢/٤/٥ في الطعن ٤٣٢٣ س ٦٢ ق و ١٩٩٣/٥/٣ - الطعنان رقما ٢٤٢٧ و ٢٤٦٦ س ٥٥ ق .

وإذا كانت لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين ، فإنه لا سلطان لمحكمة النقض عليها مادامت تلك الصيغ والشروط تعمل المعنى الذي حصلته . نقض ١٩٨٦/١٠/٢٢ في الطعن ١٧٨٠ س ٥١ ق ونقض ١٩٩٥/٣/٣٠ في الطعن ٤٨٤ س ٦٤ ق ونقض ١٩٩٦/٢/١ في الطعن ٨٢ س ٦٢ ق . كما أن لمحكمة الموضوع السلطة في تحديد الأساس القانوني الصحيح -

المتعاقدين ، حيث لا يتيسر بدون التفسير التوصل إلى تكييف العقد صحيحاً ، ومع ذلك فلا يجب الخلط بين التفسير والتكييف أو اعتبارهما شيئاً واحداً ، فالتفسير إنما يعنى معرفة حقيقة ما أراده الطرفان من خلال الألفاظ التى استعملوها ، وهذا بحث أساسه الواقع أو الموضوع ، أم التكييف فيهدف إلى معرفة طبيعة ما أراد الطرفان إبرامه ، أى تحديد الطبيعة القانونية لهذا التعاقد ، وهل هو من العقود المسماة حيث يمكن إدراج هذا التعاقد تحت وصف قانونى معين بأحد هذه العقود ، أم أنه يخرج عن نطاق تلك العقود المسماة ، بحيث لا يمكن وصفه إلا بوصف قانونى مشترك تشترك فيه طائفة معينة من العقود ، كان نصفه بأنه من عقود التبرع أو المعاوضة ، من عقود المدة أو من العقود الفورية ، من العقود الناقلة للحقوق أو الواردة على العمل إلى غير ذلك من الأوصاف المشتركة ، ولهذا يعد تكييف العقد ، على نقيض تفسيره ، من مسائل القانون لا من مسائل الواقع أو الموضوع ، (١) .

= للدعوى ولا يعد ذلك منها تغييراً لسببها أو موضوعها . فقد قضى بأن : « المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه متى كانت محكمة الموضوع قد انتهت إلى أن التكييف الصحيح للنظر فى موضوع الدعوى أنه وصية فإنه يتعين عليها أن تنزل عليه حكم القانون المنطبق على وصفه الصحيح ، ولا يعتبر ذلك منها تغييراً لسبب الدعوى لأنها لا تنقيد فى التكييف بالوصف الذى يعطيه المدعى للحق الذى يطالب به بل عليها أن تتحرى طبيعة هذا الحق لتصل بذلك إلى التكييف القانونى الصحيح للتصرف المنشئ لهذا الحق ، والذى يظل كما هو السبب الذى تقوم عليه الدعوى وتطبق المحكمة حكم القانون طبقاً للتكييف الصحيح » نقض ١٥/١٢/١٩٩٩ فى الطعن ٢٢٢٢ س ٦٨ ق . وأنظر نقض ٦/٥/١٩٨٧ فى الطعن ٦١٣ س ٥٢ ق . ولكن لا يجوز للقاضى الانحراف عن عبارات العقد الواضحة ، أما حمل عبارات العقد الواضحة على معنى يخالف ظاهرها فممنوط بوجود أسباب مقبولة لذلك ، وفى هذا تخضع محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض - نقض ٢٧/٥/١٩٩٦ فى الطعن ٤٨٨١ س ٦٥ ق أحوال شخصية ، وفى ذات المعنى نقض ١٨/١٢/١٩٨٨ - المجموعة س ٢٩ من ١٣٢٩ ، نقض ١١/٧/١٩٩٦ فى الطعن ٩٢٤٤ س ٦٥ ق .

(١) جلال على العنوى وأنور سلطان فى : العقود المسماة - عقد البيع - طبعة ١٩٦٦ فقرة ٢٧ ص ١٨ .

وقضى بأن : الهبة التى يشترط فيها المقابل لا تعتبر من التبرعات المحضة التى يجب أن توثق بعقد رسمى ، وأن التبرع بتقديم عقار لجهة إدارية لإقامة مشروع ذى نفع عام على أن تتحمل الإدارة بقيمة النفقات وإقامة المشروع لا يعتبر عقد هبة يخضع للأحكام المقررة -

وقد يحدث أن يعمد المتعاقدان إلى تكييف تعاقدتهما تكييفاً غير صحيح ، وفى هذه الحالة قد يلتبس هذا التكييف غير الصحيح بالصورية ، ومع ذلك يجب ألا نخلط بين صورية العقد وتكييفه .

فالصورية تنطوى على تصرف ظاهر يخفى وضعاً حقيقياً ، ولا تثار مشكلة التكييف إلا بعد الكشف عن صورية هذا التصرف الظاهر . وعلى ذلك كان من اللازم الكشف عن العقد الحقيقى الذى يستتر وراء العقد الظاهر ، وتلك مسألة واقع يجب إثارتها من صاحب المصلحة أمام المحكمة وحيث يقع عليه عبء إثباتها متقيداً بقاعدة عدم جواز إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة ، فإننا أفلح هذا المتعاقد فى إثبات صورية العقد الظاهر وكشف عن حقيقة التعاقد ، ثارت بعد ذلك مسألة منفصلة عن الأولى وهى تكييف هذا التعاقد الحقيقى وتلك مسألة قانون لا واقع .

أما التكييف غير الصحيح فلا ينطوى إلا على تصرف واحد كيفه المتعاقدان تكييفاً خاطئاً فلم يخفيا مضمون العقد الذى اتجهت إليه إرادتهما ، ولذلك لا نكون بصدد حالة من حالات الصورية ، وإنما بصدد تكييف غير صحيح لعلاقة حقيقية ، وفى هذا الصدد على المحكمة تصحيح هذا التكييف من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن تلقى عبء الإثبات على أحد المتعاقدين ، بل ودون حاجة إلى طلب إثبات من أحد ، كما لا يجوز للبائى أو الخلف الخاص إذا كان حسن النية أن يتمسك بالتكييف غير الصحيح ، لأنه لا يعد من قبيل الصورية التى تجيز لهما التمسك بالعقد الظاهر .

- فى القانون المدنى من وجوب إفراغه فى ورقة رسمية ، ولما كان الثابت من الأوراق - وعلى ما سجله الحكم المطعون فيه - أنه بمتنضى العقد المؤرخ .. التزم الطامن بتملك الوحدة المحلية الأرض موضوع التنازع لإقامة موقف السيارات الأجرة عليها ، وأن الجهة الإدارية قبلت ذلك منه ، وتسلمت هذه الأرض وأقامت بها المشروع المتفق عليه . فإن هذا التعاقد الذى تم بين طرفيه هو عقد من عقود المعارضة غير المسماة ، ولا يعتبر عقد هبة فلا تجب الرسمية لانعقاده ولا يجوز الرجوع فيه ، وذلك على الرغم مما يكون وارداً فيه من الفاظ التبهرع أو التنازل أو الهبة ، إذ أن هذه الألفاظ إنما تساق لبيان الباعث وراء التصرف دون أن تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته سائلة البيان ، نقض ١٩٩٧/٦/١ فى الطعن ٢٦٦٩ س ٥٨ ق .

وقد يحدث أن يعتمد المتعاقدان إلى تكييف تعاقدهما تكييفاً غير صحيح بقصد التهرب من تطبيق قاعدة قانونية أمرة لا يرغبان في إنطباقها ، فإن ذلك لا يعد من قبيل التحايل على القانون لتفادى تطبيق قاعدة من قواعد الأمرة . ذلك أن تكييف المتعاقدين لعقدتهما تكييفاً غير صحيح يعد - في ذاته - مخالفاً للقانون ، ومخالفة القانون تختلف عن مجرد التحايل عليه ، وهو الذى إنما يكون بالإلتجاء إلى وسيلة ليست في ذاتها مخالفة للقانون وإن كانت تؤدي إلى التهرب من أحكام قواعد الأمرة . ولهذا فإن تكييف المتعاقدان لعقدتهما تكييفاً غير صحيح لا ينطوى على مجرد تحايل على القانون ، وهو الذى يعد مخالفاً للقاعدة القانونية التى تحدد الخصائص التى كان يجب أن تتوافر في العقد المعروض حتى يمكن تكييفه بذلك التكييف (١) . وفي هذه الحالة على القاضى أن يصحح هذا التكييف الخاطى ويرد على المتعاقدين قصدتهما .

ويرى البعض (٢) : « إلى أن التحايل على القانون لا يقتضى حتماً أن يكون تكييف العقد تكييفاً غير صحيح ، فقد يكيف المتعاقدان تعاقدهما تكييفاً صحيحاً وهما مع ذلك يريدان التحايل على القانون ، فإذا أراد شخص أن يعطى الآخر أكثر من ثلث تركته بعد موته مع وجود ورثة له ، فهو إذا عمد إلى الوصية لم يستطع بلوغ هذا الغرض ، إذ لا تجوز الوصية بأكثر من ثلث التركة فيعمد إلى الهبة أو البيع ، ويتجرد عن الملك في الحال ، ولكنه يستبقى لنفسه فوائد هذا الملك عن طريق اشتراط حق المنفعة لنفسه طوال حياته ، ولا يقال أن المتصرف أراد الوصية وكيفها بأنها هبة ، بل هو أراد الهبة حقاً وتجرد عن ملك الرقبة في الحال مستبقياً لنفسه حق الانتفاع . فالتكييف هنا تكييف صحيح ، ولكن المتصرف قصد التحايل على القانون ، فيبقى التصرف على تكييفه الصحيح هبة لا وصية ، ولكن يرد على المتصرف قصده فلا ينفذ التصرف إلا من ثلث التركة . ومن ثم يجعل للمتصرف حكم الهبة من حيث عدم جواز الرجوع فيه دون قيد وذلك إعمالاً للتكييف الحقيقى ، ويجعل له حكم الوصية من حيث عدم

(١) جلال العبدوى - المرجع السابق - ص ١٩ - ٢٠

(٢) إسماعيل غانم في مذكرات على الألة الكتابة في عقد البيع - ص ٧ - ١٠

نفاذه إلا في ثلث التركة وذلك حتى يرد على المتصرف قصده المشوب بالتحايل على القانون .

ولا يأخذ القضاء لدينا بالرأى السابق ، فالمستقر أنه إذا تثبت القاضي من أن المتصرف أراد التجرد من ملك الرقبة في الحال وأصفاً التصرف بأنه هبة أو بيع ، قضى بنفاذ التصرف ولو زاد على ثلث التركة ، ولا ينقص التصرف إلى ثلث التركة إلا إذا كشف أن تكييف المتصرف لتصرفه غير صحيح ، وأنه أراد الوصية - أي عدم التجرد عن الملك إلا بعد الموت - وكيفها هبة أو بيعاً (١).

ضوابط التكييف :

رأينا أن التكييف إنما يعنى تحديد ما هيبة العقد ، فبالتكييف يتم وصف العقد وصفاً قانونياً بإعطائه اسماً من أسماء العقود المعروفة أو الاكتفاء بالقول بأنه عقد غير مسمى (٢).

(١) السنهوري في عقد البيع - الطبعة الثانية - ص ١١ في الهامش .

وقد يحدث أن يكون تكييف المتعاقدين لعقدما تكييفاً غير صحيح راجعاً إلى وقوعهما في غلط يصور لها طبيعة العقد على خلاف حقيقته ، فإن مثل هذا الغلط في التكييف يختلف تماماً عن الغلط الحائل أو المانع الذي يقال أنه ينصب على ما هيبة العقد ، ففي الغلط في التكييف لا تتجه إرادة أحد المتعاقدين إلى إبرام عقد تختلف طبيعته عن العقد الذي تتجه إليه إرادة المتعاقدين الآخر ، وإنما يتوهم المتعاقدان أن العقد الذي اتجهت إليه إرادتهما المشتركة هو مثلاً عقد إيجار بمقتضاه يستأجر السائق السيارة من مالكها ، بينما هو في حقيقته عقد عمل بمقتضاه يعمل السائق في خدمة صاحب السيارة وتحت إدارته ، ومثل هذا الغلط ليس غلط في الموضوع أو الواقع ، إنما هو غلط في القانون أو الوصف القانوني . كذلك لا يترتب على مثل ذلك الغلط عدم انعقاد العقد أو بطلانه أو قابليته للإبطال وإنما يقتصر الأمر على تصحيح وصفه القانوني . أما الغلط الحائل أو المانع فإن كلا من المتعاقدين يتوهم أن إرادة الآخر قد اتجهت إلى إبرام عقد يختلف عن العقد الذي تتجه إرادة الآخر إلى إبرامه . وهذا هو الشأن - مثلاً - حيث يعطى شخص نقوداً إلى آخر على أنها قرض فيتوهم الآخر أنها على سبيل الهبة ويأخذها على هذا الأساس . ومثل هذا الغلط يعد غلط في الواقع لا في القانون ، كما يترتب عليه عدم انعقاد العقد بسبب عدم تحقق التراضي عليه . جلال العدوي - المرجع السابق - فقرة ٢٠ ص ٢٠ - ٢١ .

(٢) ويتصل بموضوع التكييف - محل هذه الدراسة - مسألة أولية يمكن إدخالها أيضاً في مصطلح التكييف ، وهي مدى اعتبار العقد مدنياً فيخضع لأحكام القانون المدني -

= (لو القانون الخاص بصفة عامة) أو إدارياً فيخضع للقانون الإداري ، فتلك مسألة كثيرة ما تثار في بداية النزاع وبعد حسمها مدخلاً للتطبيق الصحيح لأحكام القانون . وقد يحدث أن ترفع الدعوى عن عقد واحد لدى جهتين قضائيتين مختلفتين - جهة القضاء العادي وجهة القضاء الإداري - ولم تتخل احدهما عن نظر الدعوى ، أو تخلت كليهما عنها ، هنا يثور موضوع تنازع الاختصاص ، وقد أناط المشرع بالمحكمة الدستورية النظر في فض هذا التنازع ، فيرفع الأمر إليها بطلب من نوى الشأن يبين فيه موضوع النزاع وجهات القضاء التي نظرت وما اتخذته كل منها في شأنه ، ويترتب على تقديم الطلب وقف الدعوى القائمة المتعلقة به حتى الفصل فيه (المواد ٢٥ و٢٦ من قانون المحكمة الدستورية) .

وفي شأن تكليف العقد الذي يدور حول اعتباره عقداً مدنياً أو إدارياً ، قضت محكمة النقض بأنه : « إذا كان الثابت من العقد المؤرخ ... والاشتراطات الملحق به أنه مبرم بين الهيئة الطاعنة (الهيئة العامة لميناء الاسكندرية) وهي إحدى أشخاص القانون العام - والمطعون ضده ، حيث عهدت الهيئة إليه تجديد أسقف ميناء الاسكندرية البحري مما يتعلق بتسيير مرفق عام ، وأنه نص في البند الرابع من تلك الاشتراطات على أن للهيئة الطاعنة الحق في تعديل العقد بالزيادة أو النقصان في حدود ٢٥ ٪ دون أن يكون للمقاول الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك . كما نص في البند السابع منها على جلقها في إلغاء العقد مع مصادرة التأمين ولو لم يصحبها ضرر ، وهي شروط استثنائية تخالف الشروط الملغوبة في العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص ، هذا بالإضافة إلى أن العقد أحال في بنده الثالث عشر على اللائحة المالية للهيئة الطاعنة باعتبارها مكملة ومتممة لها ، ومن ثم فإنه يكون عقداً إدارياً ينعقد الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عنه لمحاكم القضاء الإداري ، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر إذ اعتبره عقداً من عقود القانون الخاص ، فإنه يكون قد خالف القانون ولخطأ في تطبيقه ، نقض ٤/٤/٢٠٠٠ في الطعن ١٧٨ س ٦٦٩ .

كما قضت محكمة النقض بأنه : « متى كان العقد المبرم بين جامعة عين شمس وبين المطعون ضده بشأن إقامة خيام للجان الامتحان وتوريد مقاعدها - وقد تضمن تخويل الجامعة سلطة توقيع الغرامة على المطعون ضده عن تأخيرته في تنفيذ التزامه وسلطة التنفيذ المباشر وذلك بغير حاجة إلى تكليف رسمي أو اتخاذ أي إجراء آخر وتخويلها أيضاً الحق في استيفاء ما يستحق لها من غرامة ، فإن هذه الامتيازات التي يمنحها العقد للجامعة امتيازات غريبة على القانون الخاص وتخرج عن الملغوف عليه فيه وتكشف عن نية المتعاقدين في اختيار وسائل القانون العام ، وإذا كانت الجامعة وهي من أشخاص القانون العام طرف في العقد ، وكان العقد متصلاً بمرفق عام ويحقق غرضاً من أغراضه فإن هذا العقد يعتبر لذلك عقداً إدارياً . ولا يقدح في ذلك ما استند إليه الحكم المطعون فيه في اعتبار العقد مدنياً من أنه عقد اجارة مسمى في القانون المدني وله أحكامه الخاصة في هذا القانون ، ذلك أن الفيصـل في التمييز بين العقد الإداري ، والعقد المدني ليس بتسميته أو عدم تسميته في القانون المدني بل باستيفائه أو عدم استيفائه للشروط الثلاثة المتقدمة الذكر ، وهي أن يكون أحد أطراف العقد من أشخاص القانون العام وأن يكون العقد -

ويتطلب التكيف أولاً العلم بما هي العقود المختلفة ، ثم تفسير إرادة المتعاقدين لمعرفة مضمونها ، ثم مقابلة ومقارنة ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وبين الماهية القانونية لكل عقد من العقود حتى يتسنى وصف الرابطة التعاقدية وصفها الصحيح أى تكيفها .

- متصلاً بمرفق عام وأن يتضمن شروط غير مألوفة فى القانون الخاص . وحيث أن الموضوع صالح للحكم فيه ولما تقدم يتعين إلغاء الحكم المستأنف والقضاء بعدم اختصاص المحاكم العادية بنظر الدعوى ؛ نقض ١١/١١/١٩٦٥ - المجموعة س ١٦ ص ١٠٤٨ وانظر أيضاً نقض ١٦/١١/١٩٧١ - المجموعة - س ٢٢ ص ٩٠٠ - ٩٠١ ، ونقض ٢٨/٢/١٩٦٧ - المجموعة - س ١٨ ص ٦٨٤ ، ونقض ٩/٢/١٩٧٢ - المجموعة - س ٢٧ ص ٢٥٩ ونقض ١٩/٤/١٩٧٧ - المجموعة - س ٢٨ ص ٩٩٠ .

وقضت المحكمة الدستورية العليا بأنه : « يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة ، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره ، أو تنظيمه ، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهى انتهاز أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص . ولما كان العقد مثار النزاع قد أبرم بين الهيئة المدعية - الهيئة العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية - والمدعى عليه بقصد الاستفادة من خدمة المرفق الاقتصادى الذى تديره الهيئة ، دون أن تكون له أدنى صلة بتنظيم المرفق أو تسييره ، فإنه يخضع للأصل المقرر فى شأن العقود التى تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بخدماتها باعتبارها من روابط القانون الخاص لانتفاء مقومات العقود الإدارية فيها ، وبالتالي يكون العقد موضوع الدعوى عقداً مدنياً يخضع القضاء العادى بالفصل فيما يثار بشأنه من نزاع ، حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٧ لسنة ١ قضائية - تنازع - جلسة ١٩/١/١٩٨٠ . كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن : « نشاط شركة المعمورة للإسكان والتعمير فى قيامها على مرفق التعمير والإنشاءات السياحية بالمعمورة لا يعتبر من قبيل ممارسة السلطة العامة ولذلك فإن علاقتها بالمنتفعين بهذا المرفق ممن خولتهم حق شغل الكبائن العامة على شاطئ البحر لا تحكمها قرارات إدارية بالترخيص فى شغل تلك الكبائن بل تحكمها روابط تعاقدية نشأت بينها وبينهم ، وهى من روابط القانون الخاص وتخضع لأحكامه ، ومن ثم فإن ترخيص هذه الشركة للمدعى فى شغل أحد الكبائن المذكورة لا يعتبر قراراً إدارياً ، وإقامة الكبائن المذكورة فى منطقة اعتبرت فى مشروع التقسيم من المنافع العامة ليس من شأنه أن يغير من طبيعة العقد بين الشركة باعتبارها قائمة على مرفق عام اقتصادى وبين المدعى باعتباره من المنتفعين بهذا المرفق ، كما أن الشركة فى تعاقدتها مع هؤلاء المنتفعين لا تعتبر نابعة عن الدولة بل تقوم بذلك لحسابها وعلى مسئوليتها ، حكم المحكمة العليا فى الدعوى رقم ١٠ لسنة ٤ قضائية - تنازع - جلسة ٢٩/٦/١٩٨٤ ، وراجع حكم النقض فى ٢١/٥/١٩٨٢ فى الطعن ١٢٩٢ س ٤٧ ق - المجموعة - ص ٢٢ ص ٦١٨ .

فبالنسبة لتعريف العقود أشرنا إلى أن بداية التكييف هو العلم بما هيّة كل عقد ، وهذا ما يتحقق عن طريق تعريف العقود ، وفي هذا الصدد نجد أن المشرع في القانون المدني حرص - قبل البدء في بيان أحكام عقد معين - بوضع تعريف معين لهذا العقد .

وإذا كان المقصود بالتعريف ، بوجه عام ، هو إيضاح الفكر عن ما هيّة المعروف وهو ما يتحقق بطرق مختلفة ، فإن التعريف العلمي الكامل وهو ما يسميه المناطقة التعريف التحليلي أو « الحد » (١) هو الذي يمكن من تصور المعروف على حقيقته ويميزه عن غيره ، ويكون بالجنس والفصل ، فليجب أن تذكر فيه الصفة الذاتية العامة التي يشترك فيها المعروف مع غيره من الأنواع الأخرى وهذا هو « الجنس » والصفة أو الصفات الذاتية الخاصة به والتي تميزه عن الأنواع الأخرى وهذا هو « الفصل » . وإذا كان هذا هو الغرض من التعريف العلمي وطريقته فإنه لا يلزم عند تعريف عقد من العقود أن يتضمن التعريف كل ما يتعلق بهذا العقد ، فإن هذا لا يتحقق إلا بدراسة كاملة له وهو ما يجاوز الغرض من التعريف .

يكفى إذن لتعريف عقد من العقود أن يتضمن التعريف - إلى جانب الجنس وهو لفظ (عقد) الصفة أو الصفات الذاتية الخاصة به وهي التي تميزه عن

(١) وفي الفقه الإسلامي نلاحظ تقدماً مذهباً في شأن وضع التعريفات أو الحدود الفقهية التي تدخل في صميم عملية التكييف ، فانتبهت عناية علماء الفقه الإسلامي إلى التعريفات والحدود الفقهية المستعملة في الفقه ضابطين للمفاهيم التي أعطاهما العرف للتعابير اللغوية ، مما أضفى عليها صبغة المصطلح الدقيق . ونذكر من مؤلفات علماء الفقه الإسلامي في هذا الشأن : كتاب مفردات الفاظ القرآن ، للراغب الأصفهاني ، وكتاب الذريعة إلى معرفة ما أصلت عليه الشريعة ، وكتاب التعريفات للسيد الشريف الجرجاني ، وكتاب تعريفات ابن الكمال ، وكتاب الحدود الأنقية والتعريفات الدقيقة للشيخ زكريا الأنصاري ، وكتاب التوقيف على مهمات التعاريف للعلامة المناوي ، وكتاب أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للقونوي ، وبيان كشف الألفاظ للعلامة اللامشي ، والتعريفات الفقهية للبركي ، وطلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية للنسفي والكليات للكفوي . والحدود في الأصول للهاجي الأندلسي ، وكتب الأشباه والنظائر لابن النجيم والسيوطي والسبكي ، وشرح حدود ابن عرفة للعلامة الرصاع وغيرها .

غيره من العقود - وإذا كان الغرض من تعريف العقد هو تحديد ما هيته حتى يمكن تكييف الروابط العقدية التي تحدث في العمل تمهيداً لمعرفة القواعد التي تحكمها ، فإن الخصائص الذاتية التي يتضمنها التعريف لابد أن تكون من عناصر تكوينه لا من أثاره ، لأننا لو عرفنا العقد بأثاره لصادرنا على المطلوب ووقعنا في حلقة مفرغة ، ذلك أن أثار العقد لا يمكن معرفتها إلا بعد معرفة ماهيته ، (١).

وبناء على ما تقدم نقول أن كل عقد من العقود المسماة يختص بمجموعة من الأوصاف الخاصة به ، كما أن بعض أنواع العقود المسماة تشترك معاً في أوصاف متحدة ، وبناء على ما يختص به كل عقد مسمى من صفات ، وما تختص به كل مجموعة من العقود المسماة من أوصاف مشتركة ، تكون عملية التكييف قائمة على تلك الضوابط .

فأولاً ، بالنسبة للأوصاف القانونية الخاصة بالعقد المسمى :

فيلاحظ أن لكل عقد مسمى غاية خاصة تختلف عن غايات العقود المسماة الأخرى ، فعلى أساس اختلاف غايات العقود تتعدد تنظيماتها القانونية . وعلى ذلك فإن تكييف تعاقد ما للتعرف على ما إذا كان متصفاً بالوصف القانوني لأحد العقود المسماة إنما يكون بمقارنة ومقابلة غاية هذا التعاقد حسبما اتجهت إرادة عاقيه وبين الغاية التي يحققها كل عقد من العقود المسماة . فإذا انتهت تلك المقارنة والمقابلة إلى أن الغاية التي استهدفها المتعاقدان من تعاقدتهما تتفق مع الغاية التي يحققها أحد العقود المسماة ، فإن الوصف القانوني لهذا العقد المسمى يتحقق ويتفق بالنسبة للتعاقد محل البحث ، وعلى ذلك تسرى على هذا التعاقد القواعد الخاصة بهذا العقد المسمى .

ولكن إذا انتهت المقابلة والمقارنة على أن الغاية التي استهدفتها إرادة المتعاقدين من تعاقدتهما لا تتفق ولا تتقابل مع الغاية التي يحققها أي عقد من العقود المسماة ، أمكن أن نصف هذا التعاقد بأنه عقد غير مسمى ، إلا أن الأمر

(١) منصور مصطفى منصور في كتابه : مذكرات في القانون المدني - العقود المسماة - البيع والمقايضة والإيجار ، طبعة ١٩٥٧/٥٦ فقرة ٦ ص ٥ و ٦ .

يدق إننا تبين من تفسير العقد أن الغاية التي اتجهت إرادة المتعاقدين إلى تحقيقها هي مزيج من الغاية التي يحققها أكثر من عقد من العقود المسماة ، وهذا هو الشأن مثلاً ، حيث يكون انتقال ملكية الشيء ، ليس فقط لقاء ثمن نقدي ، وإنما أيضاً لقاء نقل ملكية شيء آخر . ففي هذه الحالة تكون الغاية التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين مزيجاً من الغاية التي يحققها عقد البيع وهي مبادلة حق مالي بثمان نقدي والغاية التي يحققها عقد المقايضة وهي مبادلة حق مالي بحق مالي آخر ليس أيهما من النقود . وفي هذه الحالة وما يماثلها من حالات ، يقتضى تكييف العقد الموازنة بين الغايتين اللتين اتجهت إرادة المتعاقدين إلى تحقيقها ، فإذا كانت إحدهما أساسية والأخرى ثانوية بالنسبة لها ، فإن العبرة في التكييف القانوني تكون بالغاية الأساسية التي اتجهت إرادة المتعاقدين إلى تحقيقها . أما إذا لم تكن إحدى تلك الغايتين ثانوية بالنسبة للأخرى ، وكان من الممكن تحليل العقد إلى شقين ، فإنه يعد عقد بيع في حدود الثمن النقدي من المقابل ، ويعد عقد مقايضة في حدود الشق العيني من المقابل ، وإلا فإن ذلك العقد يعد عقداً غير مسمى مادام ليس من الممكن تحليله إلى شقين ، (١) .

وقد يتبين للقاضي من تفسيره لإرادة المتعاقدين أن غايتهم من التعاقد كانت مزدوجة فهناك غاية مباشرة وأخرى غير مباشرة ابتغياها . نمثلاً في بيوع البورصة الآجلة تتجه إرادة المتعاقدين إلى غاية مباشرة يحققها عقد البيع وهي انتقال المبيع لقاء ثمن نقدي ، كما تتجه إرادتهما إلى غاية غير مباشرة من هذه العقود الآجلة ، وهي التأمين من تقلبات الأسعار . وكذلك في عقد الهبة ، فالغاية المباشرة التي تتجه إليها إرادة الأطراف هي في نقل المال الموهوب حال الحياة دون مقابل ، ولكن قد يتفقان - وتلك غاية غير مباشرة من العقد - على إدراج شرط في العقد يحتفظ بمقتضاه الوهاب بالحيازة والانتفاع مدى حياته ، بحيث تنتقل ملكية الرقبة فقط إلى الموهوب له حال حياة الوهاب أما حق الانتفاع فلا ينتقل إليه إلا بعد الوفاة ، وهذه الغاية الأخيرة تحققها الوصية ، وعلى ذلك هل يتم تكييف هذا التعاقد على أساس الغاية المباشرة واعتباره هبة أم

(١) جلال على العدوي- المرجع السابق - فقرة ٢٢ ص ٢٢ و ٢٣ .

يؤخذ بالغاية غير المباشرة فيتم تكييف هذا التعاقد على أساس أنه وصية ؟
اختلفت وجهات النظر في هذه المسألة .

يرى البعض وجوب الوقوف عند الغاية غير المباشرة لإرادة المتعاقدين ،
ذلك أن تلك الإرادة لا تستهدف في حقيقة الأمر غاية عملية هي وحدها التي
يجب الاعتداد بها في تكييف التصرف ، فحيث تقتضى تلك الإرادة تحقيق غاية
مباشرة يحققها عقد معين لكى تصل بطريق غير مباشر إلى تحقيق غاية أخرى
يحققها أصلاً تصرف آخر ، فإن هذه الغاية غير المباشرة تكون هي الغاية العملية
المستهدفة من التعاقد ، أما الغاية المباشرة الأخرى فلا تكون سوى غاية ثانوية
ليست منصوصة لذاتها ، ولذلك كانت العبرة في تكييف التصرف هي بغايته
العملية أو بغايته غير المباشرة ، وهذا ما اتجهت إليه أحكام القضاء في شأن بيع
الوفاء حيث لا تقف إرادة المتعاقدين عند الغاية التي يحققها بيع الوفاء وإنما تمتد
إلى غاية أخرى غير مباشرة هي المقصودة أصلاً من التعاقد ألا وهي الرهن .

ويذهب آخرون إلى أن العبرة في التكييف تكون على أساس النتيجة
القانونية التي ارتضاها أطراف التصرف كأثر له حتى ولو قصدا بتصرفهما
تحقيق غرض عملي آخر ، فالغرض العملي الواحد يمكن أن يتحقق عن طريق
أحد عقدين ، فمثلاً انتفاع شخص بملك غيره لقاء مبلغ مالى ، وتلك غاية
عملية ، يمكن أن يتحقق إما عن طريق إيجار وإما عن طريق بيع لحق الانتفاع .
ولذلك لا يجوز التعويل في تكييف هذا العقد على الغاية العملية التي اتجهت
إرادة المتعاقدين إلى تحقيقها ، وإنما تكون العبرة هي بالغاية القانونية التي
اتجهت إليها تلك الإرادة المشتركة . فيكيف التعاقد بأنه إيجار إذا ثبت أن إرادة
المتعاقدين قد اتجهت إلى تمكين أحدهما من الانتفاع بالشئ مدة معينة لقاء أجره
معينة ، ويكيف ذات التعاقد بأنه بيع لحق انتفاع إذا ثبت أن إرادة المتعاقدين قد
اتجهت إلى تقرير حق انتفاع على الشئ لقاء مبلغ معين بحيث لا يكون لهذا
المنتفع أن يقتضى من الطرف الآخر أن يمكنه من الانتفاع بالشئ . وبناء على
ذلك فحيث تتجه إرادة المتعاقدين إلى تحقيق نتيجة قانونية مباشرة بقصد
تحقيق غاية عملية غير مباشرة ، كانت العبرة في التكييف بالغاية القانونية
المباشرة التي ارتضت الإرادة المشتركة تحقيقها لا بالغاية العملية غير المباشرة .

وقد أخذت بعض الأحكام بهذا الاتجاه فى حالة اتجاه الإرادة المشتركة للمتعاقدين إلى تحقيق الغاية القانونية لعقد الهبة برغم وجود غاية عملية غير مباشرة من هذا التعاقد يتمثل فى الوصية

ويرجع البعض بحق (١) الاتجاه الأخير فى التكييف وذلك على أساس أن « تكييف التصرف يجب أن يكون على أساس الغاية القانونية المباشرة التى ارتضت إرادة الطرفين تحقيقها ، لا على أساس الغاية العملية غير المباشرة التى تكمن خلفها . ومما يؤيد ذلك أن الاعتداد بالغاية العملية غير المباشرة يتعارض مع ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين من أن يكون تحقيقها لا عن طريق العقد الذى يحققها أصلاً ، وإنما عن طريق العقد الآخر الذى يحقق الغاية المباشرة التى ارتضت إرادة الطرفين تحقيقها . فحيث نتج إرادة المتعاقدين بطريق غير مباشر إلى إضافة انتقال حق الانتفاع بالشئ إلى وفاة المتصرف مع انتقال ملكية الرقبة إلى المتصرف إليه فور التعاقد فإن الاعتداد فى تكييف التصرف بتلك الغاية غير المباشرة يؤدى إلى اعتبار التصرف وصية وبالتالي لا يكون ملزماً للمتصرف وأنا يجوز له الرجوع فيه ، وهذا ما يتعارض مع ما قد يثبت من أن إرادة الطرفين قد اتجهت إليه من أن يكون التصرف فى ملكية الرقبة تصرفاً باتاً ومنجزاً بحيث تنتقل حال حياة المتصرف إلى المتصرف إليه . ولهذا فإن هذا التصرف لا يمكن تكييفه بأنه وصية على أساس الغاية العملية غير المباشرة التى استهدفها إرادة المتعاقدين ، وإنما يجب تكييفه بأنه هبة على أساس الغاية القانونية المباشرة التى ارتضتها إرادة الطرفين ، ما لم يثبت أن إرادتهما قد اتجهت فى حقيقة الأمر إلى إبرام تصرفين مرتبطين أحدهما هبة للملكية الرقبة والآخر وصية بحق الانتفاع ، فعندئذ لا نكون بصدد تصرف واحد يستهدف تحقيق غاية مباشرة وأخرى غير مباشرة بحيث يتعين وصفه بوصف قانونى واحد ، وإنما نكون بصدد تصرفين مرتبطين يوصف كل منهما بالوصف القانونى الخاص به ، ومن ثم تسرى على كل منهما الأحكام الخاصة به .

ولا يقدح فيما نراه من وجوب الاعتداد فى تكييف التصرف بالغاية القانونية

(١) المرحوم العلامة جلال على العدوى - المرجع السابق - فقرة ٣٤ من ٢٥ - ٢٧ .

المباشرة التي ارتضتها إرادة المتعاقدين ما نصت عليه المادة (٩١٧) من التقنين المدني من أنه : « إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأي طريقة كانت بحياسة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقد دليل يخالف ذلك » ، فالواقع أن المشرع باشتراطه لإنطباق هذه المادة أن يكون التصرف لوأرث قد رأى أن اقتران ثبوت هذه الصفة للمتصرف إليه باحتفاظ المتصرف بالحياسة والانتفاع طوال حياته يعد قرينة قابلة لإثبات العكس على أن إرادة المتعاقدين لم تتجه إلى تمليك الرقبة للمتصرف إليه تملياً منجزاً ، وإنما اتجهت إلى أن تؤول الملكية إلى المتصرف إليه عند وفاة المتصرف على خلاف ما تقضى به قواعد الميراث .

إلا أنه إذا كان تكييف التصرف يجب أن لا يكون على أساس الغاية العملية غير المباشرة التي استهدفها إرادة المتعاقدين ، فإن الواقع أن هذه الغاية قد يكون لها أثرها لا على وصف التصرف وإنما على حكمه . فقد يكون تحقيق تلك الغاية عن طريق تصرف لم يوضع أصلاً لتحقيقها بقصد التحايل على القانون لتفادي تطبيق قاعدة أمرة من قواعده . وهذا هو الشأن - مثلاً - حيث يقصد الطرفان بهبة المال مع احتفاظ المتصرف بحياسته والانتفاع به طوال حياته تفادي تطبيق تلك القاعدة القانونية الأمرة التي تقضى بعدم نفاذ الوصية فيما يزيد على ثلث التركة . وفي هذه الحالة إذا كان يجب تكييف التصرف بالرغم من ذلك بأنه هبة لا وصية ، فإنه يجب رد سعى المتعاقدين عليها جزاءً لتحاييلهما ، وذلك بتطبيق القاعدة القانونية الأمرة التي أرادت تفادي تطبيقها ، بحيث لا يكون التصرف في حق الانتفاع نافذاً في حق الورثة إلا في حدود ثلث التركة .

ثانياً : وبالنسبة للأوصاف القانونية المشتركة لطائفة معينة من

العقود :

إذا ما أريد تكييف عقد ما لتحديد ما ينتمى إليه من طوائف العقود وبالتالي إخضاعه للأوصاف المشتركة لطائفة من تلك الطوائف ، فإن ذلك يتم وفقاً للأسس التي يقوم عليها تقسيم العقود إلى طوائف متعددة . فمثلاً الضابط في

تكييف العقد بأنه مدنى أم تجارى هو باعتبار إبرامه عملاً تجارياً أم لا ، وحيث يكون العمل تجارياً إذا كان بقصد المضاربة أو تحقيق الربح ، أو قام به تاجر لحاجات تجارته أو بمناسبتها . كما أن الضابط فى تكييف العقد بأنه من أعمال الإدارة أو أعمال التصرف هو : ما إذا كان يتوافر أو لا يتوافر له كل من الحد الإيجابى والحد السلبى لأعمال الإدارة .

فأما الحد الإيجابى لهذه الأعمال فهو أن يكون العمل مقصوداً به استغلال الشئ على الوجه المعتاد أو من مقتضيات هذا الاستغلال المعتاد الذى يتحدد مضمونه بالسعى إلى الحصول على ما يغله الشئ بحسب طبيعته أو تخصيصه . وأما الحد السلبى لأعمال الإدارة فهو ألا يترتب على العمل نقل ملكية عنصر أساسى من عناصر الذمة أو المساس به سواء من حيث قيمته أو ذاتيته أو الغرض الذى أعد له (١) .

كما أن الضابط فى تكييف العقد بأنه من عقود التبرع أو عقود المعاوضة هو بوجود أو انتفاء وجود نية التبرع والتى لا تتأثر بفرض المتصرف على المتصرف إليه أحياناً القيام بالتزام معين طالما أن المتصرف لم يتجرد فى هذه الحالة عن نية التبرع .

والضابط فى تكييف العقد بأنه من العقود الزمنية أو العقود الفورية هو بما إذا كان الزمن يتدخل أو لا يتدخل فى تحديد ما ينشأ عن العقد من كم الالتزامات . فإذا ثبت أن العقد كان مرتباً للالتزامات لا يتدخل عنصر الزمن فى تحديدها بصفة أصلية (وإن كان الزمن قد يتدخل أحياناً وبصفة عرضية لتأجيل تنفيذها إلى أجل أو أجال متعاقبة) فإن هذا العقد يكيف على أنه عقد فورى . أما إذا ثبت أن العقد يرتب الالتزامات يتدخل الزمن فى تحديدها بشكل أساسى وذلك لأنه إما أنه لا يمكن تحديد هذه الالتزامات إلا على أساس الزمن ، عد العقد هنا عقداً زمنياً مستمراً وإما أن الإرادة المشتركة قد اتجهت إلى تكرار حدوثها كل فترة زمنية معينة مما يجعل الزمن مقياساً لها ، عد العقد هنا عقداً من العقود الزمنية الدورية .

(١) المرجع السابق - فقرة ٢٥ من ٢٨ .

كما أن الضابط في تكييف العقد بأنه من العقود المحددة أو العقود الاحتمالية هو بما إذا كان يمكن أو لا يمكن تحديد قيمة وقدر الالتزامات المترتبة عليه وقت التعاقد . فإذا ثبت أن العقد كان سبباً لترتيب التزامات محددة القيمة والقدر وقت التعاقد كان العقد محدداً ، أما إذا ثبت أن التعاقد كان مرتبطاً بالالتزامات غير محددة القيمة وقت التعاقد بحيث لا يتمكن كل متعاقد من معرفة - وقت التعاقد - ما يأخذه وما يعطيه ، فإن العقد يعد احتمالياً .

والضابط في تكييف العقد بأنه من العقود الملزمة للجانبين أو الملزمة لجانب واحد هو بما إذا كان يترتب عليه التزامات متقابلة تقع على عاتق كل طرف ، فإذا ثبت وجود هذا التقابل عدُ العقد تبادلياً ، أما إذا ثبت أن العقد لا ينشئ التزامات إلا في جانب أحد أطرافه عدُ العقد ملزماً لجانب واحد ، حتى ولو ثبت وقوع التزام على عاتق الطرف الآخر ليس مصدره ذات التعاقد وإنما واقعة قانونية أخرى (١).

ومن الثابت الذي لا خلاف عليه أن لمحكمة الموضوع ومن تلقاء نفسها أن تصحح تكييف العقود إذا كان في عدم صحة تكييفها مساس بالنظام العام (٢) . أما في غير هذه الحالة ، فيذهب اتجاه إلى أنه ليس لمحكمة الموضوع أن تعدل من تكييف الخصوم للتصرف القانوني ، ذلك أنه بتدخلها لتعديل هذا التكييف ما يعد مساساً بمبدأ حياد القاضي ومبدأ وجوب الفصل في الدعوى في حدود طلبات الخصوم ، كما أنه ليس لها أن تقضى بما يطلبه الخصم ولكن بناء على سبب قانوني آخر غير السبب الذي استند عليه هذا الخصم في دعواه كمصدر لحقه . وعلى ذلك إذا طالب أحد الخصوم خصمه بأن يرد ما استلمه الأخير منه على أساس الوديعة ، فليس للمحكمة أن تقضى بالرد على أساس عارية استعمال .

بينما يذهب اتجاه راجح في الفقه إلى أن قاضى الموضوع ولوانه مقيد بالوقائع والأدلة الثابتة في الدعوى ، إلا أنه ليس مقيد بتكييف الخصوم لهذه الوقائع ، فمتى اتضحت للقاضى نية المتعاقدين المشتركة كان عليه لزماً

(١) المرجع السابق - ص ٢٨ و ٢٩ .

(٢) المرجع السابق - فقرة ٢٧ ص ٣٠ .

استخلاص الطبيعة الحقيقية للعقد وتسميته باسمه القانوني الصحيح توطئه لمعرفة القواعد القانونية المنطبقة على هذا العقد ، وهو إذا قام بدوره هذا لا يكون قد قضى بما لم يطلبه الخصوم ، فمن سلطته أن يصحح من تلقاء نفسه تكييف الخصوم للتصرف القانوني مادام أن هذا التصحيح يستند على ذات الوقائع والأدلة الثابتة في أوراق الدعوى .

وتأخذ محكمة النقض لدينا بالاتجاه الأخير ، فمن المستقر في قضائها أن العبرة في تكييف العقود هو تحقيق ما عناه المتعاقدين منها ، وتعرف هذا القصد من سلطة محكمة الموضوع ، ومتى تبينت محكمة الموضوع إرادة المتعاقدين على حقيقتها ، فإن عليها أن تكيفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح غير مقيدة في ذلك بتكييف المتعاقدين (١).

كما قضت محكمة النقض (٢) بأن العبرة في تكييف العقود هي تحقيق ما عناه العاقدون وتعرف ذلك من سلطة محكمة الموضوع ، فمتى استظهرت قصد المتعاقدين ، وردته إلى شواهد وأسانيد تؤدي إليه عقلاً ، ثم كيفت العقد تكييفاً صحيحاً ينطبق على المعنى الظاهر لعباراته ، ويتفق مع قصد العاقدين الذي استظهرته ، فإنه لا يقبل من أيهم أن يناقش في هذا العقد ، ويرتب على ذلك أن المحكمة أخطأت في تكييف العقد ليتوصل إلى نقض حكمها ، ولما كانت الورقة المختلف على تكييفها هي ورقة عرفية مرقع عليها بختم الموصي ومعنونة بعبارة (وصية شرعية) وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص من هذه الورقة ، أن نية المورث قد اتجهت إلى الإيصاء ، وكانت الأسباب التي استند إليها الحكم تبرر قانوناً التكييف الذي كيفت به المحرر المتنازع عليه ، ولا يغير من ذلك أن الموصي قد صرح لمنفذ الوصية شراء أو استبدال قطعة أرض توقف لله من باب الصدقة الجارية .. لما كان ذلك كان النعي على الحكم بشأن تكييفه للتصرف بأنه وصية وليس وقفاً في غير محله .

(١) انظر نقض ١٩٧١/١٢/٢٨ - المجموعة س ٢٢ من ١١١٨

(٢) انظر نقض ١٩٧٣/١١/٢١ في الطعن ٢٣٤ س ٣٧ ق - المجموعة - س ٢٤ من ١١١٩ - ١١٢٠ .

كما قضت المحكمة العليا بأنه ولئن كان التصرف على ما عناه الطرفان من المحرر موضوع الدعوى هو ما يدخل في سلطة محكمة الموضوع إلا أنه متى استخلصت المحكمة ذلك ، فإن التكييف القانوني الصحيح لما قصده المتعاقدان وإنزال حكم القانون على العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

(١) وقضى بأنه : « إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأدلة سائفة إلى رفض الإدعاء بالتزوير ، وإلى أن العقد صدر صحيحاً من المورث ، وهو في حالة شيخوخة ، ولم يكن في حالة مرضية لا تسمح له بإصداره عن رضاه صحيح ، واستخلص الحكم من نصوص العقد وملابساته أن نية المورث اتجهت إلى أن تنتقل الملكية إلى بناته بعد أن يحصل إيجار السنة الزراعية التي أصدر فيها العقد ، وأن تصرفه إن لم يكن بيعاً فإنه يكون هبة منجزة استوفت الشكل القانوني ، وهو استخلاص سائغ يتضمن الرد على ما وجه إلى هذا العقد في دفاع الطاعن من أنه وصية مضافة إلى ما بعد الموت ، وكان لا يؤثر في ذلك أن يكون مشروطاً في العقد تأجيل التسليم إلى نهاية السنة الزراعية أو نقص الثمن المسمى بالعقد عن القيمة الحقيقية ، كما لا يؤثر في حديث الحكم عن هبة من المورث لولده الطاعن في تصرف سابق لا دليل عليه لأنه تحديد يستقيم بدونه قضاء الحكم ، فإنه لا يكون إذ قضى بصحة العقد باعتباره عقد بيع حقيقي أو هبة يسترها عقد بيع - قد أخطأ في الإسناد أو شابه تصور في التسبيب » . نقض ١١/١١/١٩٧٣ - المجموعة - س ٢٤ ص ٦٤ ، وأنظر نقض ١٩/٢/١٩٧٦ - المجموعة س ٢٧ ص ١٠٩٣ ونقض ١٥/٤/١٩٧٦ ذات المجموعة ص ٩٦٤ ونقض ٢٥/٤/١٩٦٨ - المجموعة - س ١٩ ص ٨٥٥ .

وقد استقر قضاء النقض على أن مناط تكييف العقد هو التعرف على قصد المتعاقدين ، وهذا من سلطة محكمة الموضوع ، غير أن التكييف القانوني لما عناه المتعاقدان مسألة قانونية تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض ؛ أنظر نقض ٧/١٢/١٩٦٧ - المجموعة - س ١٨ ص ١٨٣٤ ، نقض ٤/٢/١٩٦٩ - المجموعة س ٢٠ ص ٢٤٧ ونقض ١٤/٣/١٩٨١ - المجموعة - س ٣٢ ص ٨١٨ ونقض ١/٢/١٩٨٧ في الطعن ٨٦١ س ٥٤ ق ونقض ١١/١/١٩٨٢ - المجموعة س ٣٣ ص ٧٥ ونقض ٢٢/٢/١٩٨٧ في الطعن ١٣٨٨ س ٥٢ ق ونقض ٣٠/٣/١٩٩٥ في الطعن ٢١٠٧ س ٦١ ق ونقض ١١/١١/١٩٩٩ في الطعن ١٣٦٢ س ٦٣ ق . وأنظر في تكييف عقد تدريب فريق كرة القدم واعتبار محكمة الموضوع له عقد عمل ، ورقابة محكمة النقض على هذا التكييف الخاطئ ، واعتباره عقد مقارلة لانتفاء عنصر التبعية فيه : نقض ١/١/١٩٩٠ في الطعن ٣٠٧٠ س ٥٧ ق . وأنظر في تكييف عقد وضع سيارة بجراج عمومي لقاء مبلغ شهري وتكييف محكمة الموضوع له على أنه عقد ودیعة بأجر تنحسر عنه أحكام الإيجار ولا يترتب ثمة حق انتفاع على جزء محدد من الجراج .. وتأييد محكمة النقض لهذا التكييف : نقض =

سلطة محكمة النقض بالنسبة لتكييف العقود :

قد يحدث أن قاضى الموضوع فى تفسيره للعقد أو تكييفه له قد يخطئه التوفيق فيسئ تفسير العقد أو يخطئ فى تكييفه ، ولذلك كان لا مناص من وجود سلطة أعلى تراقبه فى هذا . وهذه السلطة هى محكمة النقض وهى محكمة قانون لا واقع حيث يقتصر دورها على بحث ما إذا كانت محكمة الموضوع قد طبقت حكم القانون تطبيقاً سليماً على الوقائع الثابتة لديها أم أنها خالفت أو أخطأت فى تطبيقه أو تفسيره ، فهى لا تراقب قاضى الموضوع فيما أثبتته واستخلصه من وقائع ، بل تسلم بالوقائع التى حصلها وينحصر دورها فى رقابته فى تطبيقه القانون على ما حصله من وقائع .

وعلى ذلك ففى شأن تفسير محكمة الموضوع للمتعاقد ، فالثابت أن

- ١٩/٢/١٩٩٧ فى الطعن ٦١٨١ س ٦٢ ق . وقضى بأن التعرف على قصد الطرفين من المحرر يعد من سلطة محكمة الموضوع ، أما تكييف هذا القصد فبعد مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ، نقض ١٩٩٦/٥/٢٧ فى الطعن ٤٨١ س ٦٥ ق أحوال شخصية ، وفى ذات المعنى نقض ١٩٩٥/١١/٢٧ فى الطعن ٣٥ س ٦٢ ق . وقضى بأنه : « لما كان الدلول اللغوى لعبارة « التشغيل للغير » هو المزاولة بالممارسة والتكرار ، وكان عقد المقاولة - وفقاً لأحكام القانون المدنى - من العقود السماة التى ترد على العمل ، يقوم فيها الماويل بأداء عمل أو شغل معين لحساب الغير ، فإن قدم الماويل مادة العمل كلها أو بعضها كان العقد مزيجاً من بيع ومقاولة ، فيقع البيع على المادة وتقع المقاولة على العمل مما لازمه انصراف عبارة « خدمات التشغيل للغير » فى خصوص نشاط المقاولات إلى عنصر العمل وحده دون المادة المستخدمة التى تنظم الضريبة عليها الجداول الخاصة بالسلع متى كان هذا العمل يزاول على وجه الممارسة والتكرار وكان القائم به من المكلفين بتحصيل وتوريد الضريبة العامة على المبيعات .. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى فى قضائه على عدم انصراف عبارة « خدمات التشغيل للغير » إلى عقود المقاولة بصلة مطلقة ، ورتب على ذلك عدم خضوعها للضريبة العامة على المبيعات دون أن يعرض لطبيعة عقود المقاولة التى يطلب المطعون ضده عدم مطالبتة بالضريبة عنها من حيث عناصرها ومدى استيفاء شروط استحقاقها فإنه يكون مشوباً بالقصور فى التسبيب » . نقض ١٩٩٨/٤/١٦ فى الطعن ٢٢١ س ٦٧ ق . وأنظر فى ذات المعنى نقض ١٩٩٩/١١/٩ فى الطعن ٤١٣٧ س ٦٧ ق ، وأنظر فى تكييف عقد العمل : نقض ١٩٦٢/٢/١٢ - المجموعة س ١٤ ص ٢٣٩ ونقض ١٩٧٦/٤/١٥ - المجموعة س ٢٧ ص ٩٦٤ ونقض ١٩٩٩/٦/١٢ فى الطعن ٤٣٧٣ س ٦٨ ق .

التفسير مسألة واقع لا قانون ، ويكون الفصل فيه لقضاة الموضوع لا رقابة عليهم من محكمة النقض ، فلمحكمة الموضوع السلطة فى تفسير عبارات العقود وتفهم نية المتعاقدين لاستنباط حقيقة الواقع فيها ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيما تراه سائغاً ولا يتنافى مع نصوص العقد .

ومع ذلك - وفى شأن التفسير - تبسط محكمة النقض رقابتها على قاضى الموضوع فى الأحوال الآتية :

١- إذا كانت عبارة العقد واضحة ولكن إنحرف القاضى عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين ، دون أن يبين فى أسباب حكمه لماذا عدل عن المعنى الظاهر إلى خلافه .

٢- وكذلك إذا فسر قاضى الموضوع العقد تفسيراً معيناً وكان معياره فى هذا التفسير هو وجوب الأخذ بالمعنى الحرفى للألفاظ لا بالنية المشتركة للمتعاقدين ، حيث يعد عندئذ مخالفاً لنص الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) مدنى والى تقضى بأنه : « أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات » (١) .

(١) أنظر : عبد الحى حجازى - النظرية العامة للالتزام - ج ١ - الكويت ١٩٨٢ - فقرة ٤٤١ ص ٥٨٠ و ٥٨١ . ويرى المرحوم العلامة عبد الحى حجازى أن هناك ما يطلق عليه التفسير الموضوعى ، وهو الذى لا يستهدف البحث عن نية المتعاقدين المشتركة بل يستهدف تحقيق إرادة المشرع ، فإنه يعد تبعاً لذلك مسألة قانونية ويكون بالتالى خاضعاً لرقابة محكمة النقض ، وهناك فروق بين التفسير الشخصى والتفسير الموضوعى من حيث ما تنصب عليه رقابة المحكمة العليا : (١) ففى التفسير الشخصى لا يخضع لرقابة المحكمة العليا إلا طريقة التفسير لا نتيجة التفسير ، أما التفسير الموضوعى فيخضع لرقابة المحكمة العليا نتيجة التفسير إذ أن هذه النتيجة تنحدر مباشرة من تطبيق قاعدة قانونية : ففى التفسير الشخصى يفرض القانون على القاضى طريقة معينة ولا يفرض عليه نتيجة ما . أما فى التفسير الموضوعى فلا يفرض القانون عليه طريقة بقدر ما يفرض نتيجة معينة أو معنى معيناً للعقد ، كان يفرض عليه أن يفسر الشك لمصلحة المدين أو أن يفسر الغموض فى عقد الأذعان لمصلحة الطرف المذعن ، ومن هنا يمكن القول أن القانون - لا القاضى - هو الذى يفسر العقد بطريقة مباشرة ، ومن ثم لا يستطيع القاضى أن يعطى للعقد -

٣- ويلاحظ أنه إذا استخدم قاضى الموضوع سلطته فى إكمال العقد إعمالاً لحكم المادة (٢/١٤٨) مدنى ، فإنه لا يبحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين ، فالتكميل يفترض عدم وجود الإرادة فى نقطة معينة ، أى أنه يفترض نقصاً فى تنظيم العقد ، وأن القاضى يقوم بسد هذا النقص نزولاً على حكم الشارع لا على إرادة المتعاقدين ، ومن ثم كان حكمه فى هذا الصدد متعلقاً بالقانون ، وكان بالتالى خاضعاً لرقابة المحكمة العليا ، مع هذه الملاحظة وهى أن وسائل تكميل العقد هى الرجوع إلى أحكام القانون وإلى العرف وإلى العدالة ، ولا مراء فى أن حكم القاضى فيما يتعلق بالرجوع إلى القانون وإلى العرف يكون متعلقاً بالقانون ويكون بالتالى خاضعاً لرقابة المحكمة العليا ، أما فيما يتعلق بالعدالة فيكون حكم قاضى الموضوع فيه متعلقاً بالواقع ويكون تبعاً لذلك خارجاً عن رقابة المحكمة العليا ، (١) .

هذا عن التفسير ، أما عن التكييف فلا مراء فى أن محكمة النقض وهى محكمة قانون تراقب قاضى الموضوع فى تكييفه للعقد ، فالمسألة متعلقة بالقانون لا بالواقع (٢) .

- معنى مخالف للمعنى الذى يراه القانون وإلا اعتبر مخالفاً للقانون . فإننا كانت ثمة عبارة فى عقد الأنعان تحتل أكثر من معنى فلا يجوز للقاضى أن يختار معنى يفاير المعنى الذى يحقق مصلحة الطرف المذعن ، وإلا اعتبر مخالفاً للقاعدة الواردة فى المادة ٢/١٥١ مدنى ...الخ (ب) فى التفسير الشخصى يتكون حكم التفسير من عنصرين : عنصر يتعلق بالقانون (مادة ٢/١٥٠ مدنى) وعنصر يتعلق بالوقائع (وهو الكشف عن النية المشتركة) أما فى التفسير الموضوعى فيتكون حكم التفسير من عنصر واحد هو تطبيق المادة الواجبة التطبيق (مادة ١٥١ مدنى بفقرتيها) ، أما العنصر الثانى وهو الكشف عن النية المشتركة فغير موجود ضرورة أن التفسير الموضوعى لا يلجأ إليه إلا عند استحالة الكشف عن هذه النية . معنى ذلك أن التفسير الموضوعى ينتهى دائماً بحكم يتعلق بالقانون ، لذلك كانت رقابة المحكمة العليا على قاضى الموضوع فى التفسير الموضوعى أوسع منها فى التفسير الشخصى ، المرجع السابق - فقرة ٤٤٢ ص ٥٨١ - ٥٨٣ .

(١) عهد الحى حجازى - المرجع السابق - فقرة ٤٤٢ ص ٥٨٣ و ٥٨٤ .

(٢) أنظر نقض ١٩٦٩/٢/٤ - المجموعة - س ٢٠ ص ٢٤٧ ونقض ١٩٧٠/٦/٢ - المجموعة - س ٢١ ص ٩٥١ ونقض ١٩٥٦/٢/٢ - المجموعة - س ٧ ص ١٥٣ . وقضى بأن : المادة ٦٤٦ مدنى عرفت : المقالة : بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ، وإن كان يبين مما تم الاتفاق عليه -

غير أن رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في شأن التكييف إنما تحددها حدود معينة تتمثل فيما يلي :

لولا : الثابت أن رقابة محكمة النقض على تكييف محاكم الموضوع للمعقود إنما يكون مبتغاه هو تثبيت القضاء واستقراره في تفسير القانون وتطبيقه . وعلى ذلك فالرقابة على التكييف ، لا تنيد بالفائدة المرجوة إلا في الصور التي تكون فيها ظروف الأحوال ، التي أحلها قاضي الدعوى في التكييف محل الاعتبار وجعلها مناط حكم القانون - فرق كونها مجردة - مما يتكرر اجتماعه ويكثر وقوعه وتعرض حوادثه على القضاء ، إذ في هذه الصور تستطيع محكمة النقض ضبط القاعدة القانونية التي يتعين الأخذ بها في التكييف بإبراز هذه الظروف فيها ، ومن الحق كذلك أن نقول أنه كلما تشعبت واشتبكت ظروف الأحوال الواقعية التي أثبتتها القاضى في حكمه وكان أحلها محل الاعتبار في التكييف ، ضعفت الفائدة المرجوة من الرقابة على التكييف في شأن توحيد القضاء واستقراره في تفسير القانون وتطبيقه .

وإن فمادام النظر الفقهي من جهة يقتضى أن يكون التكييف كله خاضعاً لرقابة محكمة النقض أيًا كانت الألفاظ التي رتب الشارع أحكامه على مدلولاتها، معرفة أو غير معرفة ، ومادام النظر العملي من جهة أخرى لا يشير ببسط هذه الرقابة إلا إذا أثمرت مراقبة التكييف في حل المسائل القانونية حلاً يمكن جمع كلمة القضاء عليه ، ومادام بعض ألفاظ القانون لا نبهامه في أصل وضعه أو في

- في العقدين - موضوع الدعويين الأصلية والفرعية - أن الطرفين قد اقرا بما بينهما جميع العناصر لعقد المفاولة ، إذا وقع التراخي بينهما على الشئ المطلوب من المظعون عليه بصفته ، وهو إقامة البنى والأمر الذي تعهد به الطاعنان بوصفهما ربا عمل ، ولم يرد بأى منهما ما يدل على قيام المظعون عليه بالعمل تحت إشراف الطاعنين ، أو بوصفه تابعاً لهما أو نائباً عنهما وكان تعهد المظعون عليه بالقيام به في كلا العقدين لم يتجاوز العمل المادى وهو محل المفاولة ، في حين أن محل الوكالة هو دائماً تصرف قانونى - على ما انفصحت به المادة ٦٩٩ مدنى - فإنه لا يحسب اعتبار العقدين سالفى الذكر عقدي وكالة ، ولا يغير من ذلك كون الطرفين يملكان العقار على الشيوخ ، إذ ليس من شأن هذه المشاركة أن تغير من صفة العقدين ، وأن تضاف على المظعون عليه صفة الوكيل مع صراحة مضمونهما في أن نية الطرفين قد اتجهت إلى إبرام عقدي مفاولة . وإذ خالف الحكم المظعون فيه هذا النظر، وكيف العقدين بأنهما عقد وكالة، وأقام قضائه في الدعويين الأصلية والفرعية على هذا الأساس فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه ، نقض ١٩٧٢/٣/٩ - المجموعة - س ٢٢ من ٢٧٧ .

استعماله أو في الاصطلاح عليه يصعب التحقق من دخول واقع الدعوى في عمومته أو إطلاقه - مادام الأمر كذلك فإنه يكون من حسن السياسة أن تحمل محكمة النقض تكليف قاضي الموضوع لفهم الواقع في الدعوى على الصحة فتتقضى برفض الطعن ، كلما تبين لها أن اللفظ الذي وقع التكييف على موجب شديداً للإبهام وأن القاضي عند محاولته إدخال فهم الواقع في عمومته أو إطلاقه كان متأثراً بظروف الدعوى الكثيرة المختلف بعضها عن بعض وأن الدعوى بظروفها هذه مما لا يتكرر وقوعه في الوجود ، وأن مراقبة التكييف - لذلك - لا تخرج قاعدة قانونية عامة يصح الرجوع إليها في القضايا الأخرى. نعم يكون من حسن السياسة أن تجرى محكمة النقض على ذلك ، على أن تحتفظ بحقها في الرقابة كلما كانت واقعة الدعوى بظروفها البسيطة مما يتكرر حدوثه في الوجود وكان من الممكن وضع قاعدة قانونية عامة تنطبق عليها وعلى أمثالها مجردة عما يلابسها من ظروف أخرى ؛ (١) .

ثانياً : وقد يعتمد تكييف التصرف القانوني على توافر أو انتفاء عنصر نفسي كنية التبرع ، والنية أمر قلبي لا يشترط القانون توافره حتماً من ظرف معين ، وإنما يستخلصها قاضي الموضوع من ظروف الدعوى وأحوالها .

« ولما كان التحقق من وجود أو انتفاء مثل هذا العنصر النفسي مما يستقل به قاضي الموضوع في حدود سلطته في تفسير العقد ، فإنه يكون من اليسير عليه من أجل اختيار تكييف دون آخر أن يستند إلى وجود أو انتفاء العنصر النفسي الذي يركز عليه التكييف ، ومن ثم تكون له سلطة واسعة في تكييف التصرف بحيث يصعب على محكمة النقض مراقبة تكييفه له . ذلك أنه حيث يستند القاضي في تكييفه للتصرف على وجود أو انتفاء العنصر النفسي الذي يركز عليه هذا التكييف ، فإن الطعن في حكمه بخطئه في التكييف ينطوي في حقيقة الأمر على طعن في تفسيره للتصرف ... إلا أن ذلك لا ينفي مبدأ رقابة محكمة النقض على التكييف . فكل ما هنالك أن الرقابة قد تشملها في بعض الحالات سلطة قاضي الموضوع في تفسير التصرف الذي يركز تكييفه على ما يسفر عنه هذا التفسير من وجود أو انتفاء عنصر نفسي ؛ (٢) .

(١) حامد فهمي ومحمد حامد فهمي - المرجع السابق - فقرة ٦٠ من ١٧٨ و ١٧٩ .

(٢) جلال على المدوي - المرجع السابق - فقرة ٤٢ من ٢٥ و ٢٦ .

تقسيمات العقود المسماة :

كان التقنين المدنى القديم ينظم العقود المسماة دون ترتيب أو تنسيق فكان ترتيبه على الوجه الآتى :

« البيع - المقايضة - الإيجار (إجارة الأشياء وعقد المقاولة وعقد العمل)
الشركة - العارية بنوعيتها (الاستهلاك والاستعمال) الايرادات المرتبة - الوديعة
- الكفالة - الوكالة - الصلح - الرهن - الفاروقة - الرهن العقارى » .

فنلاحظ على هذا التقنين أنه « وضع العقود المسماة بعضها إلى جانب بعض دون أن ينتظمها ترتيب يتمشى فيه مع منطق سليم ، فحشر الكفالة بين الوديعة والوكالة وجمع بين الإيجار والاستصناع والعمل فى باب واحد مع ما يوجد بين هذه العقود من تباين ، وفصل ما بين رهن الحيازة والرهن الأخرى فصلاً ينطوى على كثير من التحكم ، إذ وضع رهن الحيازة بين العقود المسماة ونقل سائر الرهون إلى الكتاب الذى خصصه لحقوق الدائنين .

أما التقنين المدنى المصرى الجديد « فقد راعى فى تبويب العقود المسماة أن يقف عند الموضوع الذى يرد عليه العقد ، فهناك عقود ترد على الملكية وهذه هى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح . وعقود ترد على المنفعة ، وهذه هى الإيجار والعارية ، وعقود ترد على فعل الإنسان ، وهذه هى عقود المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة ، وعقود احتمالية ترد على موضوع غير محقق ، وهذه هى المقامرة والرهان وعقد الإيراد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين . وقد أفرد لعقد الكفالة الباب الأخير لأن موضوع الكفالة يتميز عن موضوعات سائر العقود المسماة بأنه عقد تأمين شخصى ، فوجب تمييز الكفالة عن غيرها من العقود من ناحية فصلها عن التأمينات العينية من ناحية أخرى » (١) .

خطة البحث :

ندرس العقود المسماة على ذات الترتيب والتبويب الذى أخذ به المشرع المصرى . فندرس فى هذا المؤلف العقود التى ترد على الملكية ، عقدى البيع والمقايضة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥ .

القسم الأول

عقد البيع

فصل تمهيدى

التعريف بالبيع وتحديد عناصره وتمييزه عن غيره من العقود

المبحث الأول

التعريف بالبيع

من الملاحظ أن التقنين المدنى الجديد قد بدأ تنظيم العقود المسماة بتنظيم العقود التى ترد على الملكية ، ومن هذه العقود عقد البيع ويهمننا قبل أن نعرض لأحكام هذا العقد ، أن نبين ، خصائصه ، ولكن يسبق بيان هذه الخصائص التعريف بهذا العقد .

تعريف البيع :

ورد تعريف البيع فى المادة ٤١٨ من التقنين المدنى بأنه « عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر فى مقابل ثمن نقدي » .

يتبين من هذا التعريف أن للبيع طرفان ، بائع يلتزم بنقل ملكية شيء ، أو حقاً مالياً آخر كحق الانتفاع أو الارتفاق أو الرهن ، ومشتري يلتزم أن يفي للبائع مقابلاً نقدياً لهذا الشيء أو الحق ، ألا وهو الثمن . ونستنتج من ذلك أن البيع يعد من العقود التبادلية الملزمة للجانبين وأن عناصر البيع الجوهرية هى نقل الملكية والثمن . ونلاحظ أن آثار البيع أو الالتزامات المتولدة عن هذا العقد ، كالالتزام بالتسليم وبالضمان (التى تقع على عاتق البائع) ، والالتزام بدفع الثمن وبنفقات عقد البيع وبالتسليم (التى تقع على عاتق المشتري) لا يجب أن تدخل كعناصر فى عقد البيع .

ويمكن تحديد خصائص البيع بالآتى :

١- يعد البيع من المعاولات ، فالثمن يقابل الشيء أو الحق المالى الذى نقله البائع للمشتري

٢- كما يعد البيع من العقود التبادلية ، فكل طرف يلتزم قبل الآخر بالتزامات معينة وهذه الالتزامات تتقابل بعضها تجاه الأخرى .

٣- وأخيراً فإن البيع يعد من العقود الرضائية ، حيث يكفي لانعقاده تراضى أطرافه فلا يحتاج الأمر إلى شكل خاص (١) أو إلى تسليم ، وسنعرض فيما بعد لتفصيل أوفى لهذه الخصائص .

تطور البيع ،

لقد مر البيع بمراحل تطور كبيرة اقتصادية وقانونية حتى وصل إلى الصورة الحديثة التي نعرفها اليوم .

من الثابت أن المقايضة هي أصل البيع ، فقد كانت المقايضة في المجتمعات البدائية هي الطريقة الوحيدة لتداول الأموال . ولقد كانت هذه الطريقة للتداول مناسبة لوضع هذه المجتمعات حيث كانت حركة تداول الثروات بطيئة ومتناسبة مع قدرة الاكتفاء الذاتي . ومع تطور هذه المجتمعات بدت الحاجة إلى وسيلة أخرى للتداول جامعة شاملة إلى حد ما وتحقق المساواة في القيم المتبادلة . هذه الوسيلة الوسيطة هي المعادن الثمينة ، التي كانت تقدر عن طريق الميزان ، ثم ظهرت النقود كوسيلة للتبادل والتي كانت تعد جزءاً من معدن ثمين محدد قدره مقدماً . وعن طريق هذه النقود أصبح التبادل عملية قانونية يتم فيها التبادل لا سلعة بسلعة وإنما سلعة بمبلغ من النقود ، وعلى هذا حل البيع في المجتمعات الحديثة محل المقايضة ، ومع ذلك لم تختف المقايضة نهائياً في هذه المجتمعات ، بل ظل لها دوراً متواضعاً فيه . ونخلص مما تقدم أن البيع ما هو إلا الصورة المتطورة للمقايضة ، وهذا هو الذي يفسر كيف أن المقايضة في القانون المدني تخضع لذات قواعد البيع إلى حد ما .

التطور القانوني ،

لقد تولد البيع في القوانين الحديثة كنظام قانوني عن البيع في القانون

(١) نقض ١٩٩١/٢/٢٧ - الطعنان ٢٠٩٦ س ٥٧ ق و ٢٣٩ س ٥٨ ق ، وانظر أيضاً نقض ١٩٨٩/١/٢١ طعن ١٣٥١ س ٥٧ ق ، ونقض ١٩٦٣/١/١٠ - المجموعة س ١٤ ص ٩٣ ونقض ١٩٩٢/١/١٥ - طعن ١٧٤٢ س ٥٧ ق .

الرومانى . ومع ذلك فالبيع الذى تعرفه هذه القوانين يختلف أساساً عن البيع الرومانى . فهذا البيع الأخير قد مر بمراحل تطور كبيرة . فلقد أتت الصورة الأولى لهذا البيع بعد المقايضة التى عرضنا لها آنفاً ، وحيث إتخذت هذه الصورة صورة البيع النقدي الذى يتحقق عن طريق التصرف فى الشيء مقابل كمية معينة من المعادن مقدرة سلفاً . وكان البيع فى هذه الصورة الأولى غير محقق لنقل الملكية ، فالبايع لم يكن ملتزماً بنقل الملكية . وبعبارة أخرى فالبيع لم يكن عقداً ناقلاً للملكية . وفى عصر متأخر عرف الرومان البيع كعقد أو بعبارة أخرى كعملية قانونية مولدة للالتزامات بين الطرفين وليس عقداً ناقلاً للملكية ، فالبايع لم يكن ملتزماً إلا بتمكين المشتري من الحصول على المبيع ووضع يده عليه بصفته مالكا والانتفاع به إنتفاعاً هادئاً لا يعترض عليه أحد حتى إذا أراد إنتقال الملكية إليه كان من اللازم إتباع أوضاع وإجراءات خاصة . فإذا لم يتعرض للمشتري أحد لم يكن له حق مطالبة البائع بشيء ما وعلى الأخص نقل الملكية إلا إذا اتفق على عكس ذلك ، .

يستفاد مما تقدم أن البائع فى القانون الرومانى كان من الممكن أن يفى بالتزامه حتى ولو لم يكن مالكا للمبيع ، ولذلك كان بيع ملك الغير صحيحاً فى القانون الرومانى وذلك لاحتمال ألا يتعرض المالك الحقيقى للمشتري . ويرجع السبب فى ذلك إلى أن الرومان لم يكونوا يعتبرون عقد البيع عقداً ناقلاً للملكية ، فحق الملكية فى ذلك القانون كان مقصوراً على الرومان دون غيرهم ، ولذلك فإنهم رأوا إذا أوجبوا فى عقد البيع أن يكون ناقلاً للملك فلسوف تضيق دائرة المعاملات ولن تتسع لكل المتعاملين ولن تشمل كل الأشياء ، والحياة الاقتصادية كانت تفرض مثل هذا الاتساع .

والواقع أنه من الخطأ الاعتقاد بأن نقل الملكية لم يكن من طبيعة عقد البيع فى القانون الرومانى . فنقل الملكية لم يكن أمراً غريباً عن عقد البيع ، بل كان أمراً مألوفاً وغرضاً يسعى إليه المتبايعان ، والأدلة على ذلك كما يقرها شراح القانون الرومانى .

١- أن الرومان لم يعتبروا من عقود البيع ، ذلك العقد الذى يشترط فيه ألا يصبح المشتري مالكا للمبيع .

٢- أن الملكية وإن كانت لا تنتقل بمجرد العقد إلا أنها قد تنتقل فى هذا القانون إذا قام المتبايعان بإجراءات وأوضاع معينة وهى :

١- الإجراء الأول ومفاده أن يحضر المتبايعان وكذلك حامل الميزان وخمسة شهود على الأقل وأن يكون المبيع موجوداً فى مجلس العقد (وهذا فى البيوع المنقولة بطبيعة الحال) وأن يحضر المتبايعان سبيكة من النحاس ثم يمسك المشتري بالمبيع ويتفوه بعبارات معينة تأكيداً لحقه فى الملكية مع بيان ثمن المبيع ثم يضرب الميزان بسبيكة النحاس وبعد ذلك يعطى السبيكة للبائع .

ب- التنازل القضائى ، وصورته أن يلجأ للقاضى ويدعى ملكية المبيع وهو ممسك به ثم يقر له البائع بالملكية ويقضى القاضى بذلك . فتنتقل الملكية عندئذ إلى المشتري .

ج - التسليم الفعلى وكان يرتب هذا الأثر كذلك .

مفاد ما تقدم أن الرومان لم يتصوروا انتقال الملكية بمجرد العقد ، بل كان لا بد من إتباع إجراءات وأوضاع معينة حتى يتم هذا الانتقال ، ولذلك فقد اعتبروا التقادم من أسباب كسب الملكية .

٣- ومن المقرر كذلك أن المشتري يصبح مالكا للمبيع إذا حازه فى المدة المقررة لاكتساب الملكية بوضع اليد .

٤- أن القانون الرومانى كان يمنح المشتري الحق فى المطالبة بملكية المبيع إذا ثبت أنه كان راغباً فى الحصول على جميع حقوق المالك للمبيع وأن نية المتعاقدين قد إنصرفت إلى ذلك مع اشتراط أن يكون البائع مالكا للمبيع وأن يكون المشتري اهلاً للملك وأن يكون المبيع صالحاً للملك .

وفى القانون الفرنسى القديم لم تصبح هذه الإجراءات والأوضاع لازمة لانتقال الملكية وإنما كان التسليم هو شرط إنتقالها لديهم . ثم ما لبث أن هجر شرط التسليم الفعلى فى عقد البيع وإكتفى بالتسليم الصورى الذى يذكر فى العقد أنه قد تم . ومع ذلك فقد ظل البيع فى القانون الفرنسى القديم غير ناقل للملكية فى ذاته ، يؤكد ذلك أن الفقيه بوتيه قام بتعريف البيع على النحو الذى

عرفه به الرومان . ولذلك كان بيع ملك الغير صحيحاً فى القانون الفرنسى القديم .

هذا وقد عدل الفرنسيون فى قانون نابليون (القانون المدنى الفرنسى الحديث) عن التقاليد الرومانية واعتبروا البيع ناقلاً فى ذاته للملك . فقضت المادة ١١٣٨ من هذا التقنين على أن « الالتزام بتسليم شئء يعتبر تاماً بمجرد تراضى المتعاقدين ويترتب عليه أن يصبح الدائن مالكاً وأن يكون الشئء فى ضمانه من الوقت الذى كان يجب فيه تسليمه ولو لم يحصل التسليم بالفعل ، إلا إذا كان المدين مقصراً فى التسليم فإن محل الالتزام فى هذه الحالة يبقى فى ضمانه » .

سار التقنين المدنى القديم على نهج القانون الفرنسى فقرر « بأن التعهد بإعطاء شئء ينقل ملكيته بمجرد وجود التعهد إذا كان الشئء معيناً ومملوكاً للمتعهد » (مادة ١٤٥/٩١) . كما قضى فى المادة ١٤٦/٩٢ بأن « التعهد بإعطاء حق عينى على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق ... » وعلى ذلك أصبح عقد البيع فى القانون المدنى القديم ناقلاً للملك فى ذاته .

كما تأكد هذا المبدأ فى القانون المدنى الجديد فقد قضت المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق » ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

البيع فى الشريعة الإسلامية ،

عرفت الشريعة الإسلامية البيع فى صورته المتقدمة الحديثة ، بل وقد فرقت الشريعة الغراء بين البيع والمقايضة . فالبيع إما أن يكون ثمناً بمثمنين وهذا هو البيع المطلق أى بيع العين بالثمن . وإما أن يكون مثموناً بمثمنين وهذه هى المقايضة ، وهى مبادلة العين بالعين . وإما أن يكون ثمناً بثمن وهذا هو السلم أو بيع الدين بالعين ، أو بيع المؤجل بالمعجل أو هو شراء أجل بثمن عاجل .

والبيع فى الشريعة الإسلامية ينقل الملكية مباشرة وبمقتضى العقد ليصبح المشتري مالكاً للمبيع بمجرد العقد ، وذلك بخلاف الحال فى القانون

الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم . ويلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اهتموا بالبيع جل الاهتمام بل إن قواعد نظرية الالتزام لم تنقرر فى الفقه الإسلامى إلا فى رحاب عقد البيع .

القواعد التى تحكم تنظيم عقد البيع ،

أ- عقد البيع كائى عقد يعد مصدراً من مصادر الالتزام . ولذلك يخضع هذا العقد بداهة للقواعد العامة فى نظرية الالتزام ، وعلى ذلك :

(١) يخضع البيع للقواعد العامة فى نظرية العقد والخاصة بتكوين العقد وشروط صحته بصفة عامة ، ولقواعد الرضا والأهلية والموضوع والسبب .

(٢) كما يخضع عقد البيع كذلك للقواعد العامة الواردة فى نظرية العقد والخاصة بآثار العقد وإنحلاله ، وسنرى خلال دراستنا أمثلة عديدة لهذا التطبيق .

ب- وبجانب هذه القواعد العامة التى يخضع لها عقد البيع ، هناك قواعد خاصة ينفرد بها هذا العقد . وهذه القواعد ترد إما فى الفصل الخاص بعقد البيع فى القانون المدنى وإما أن ترد فى قوانين خاصة لبعض أنواع البيوع .

فالقواعد العامة مثلاً تجعل لكل شخص الأهلية اللازمة فى البيع والشراء ، ومع ذلك فهناك نصوص فى القانون المدنى ، (فى خصوص حرية البيع) تحد من هذه الحرية والأهلية لبعض الأشخاص . وكذلك فإن القواعد العامة تسمح ببيع أى شئ تتوافر فيه شروط المحل ومع ذلك فهناك قواعد خاصة فى البيع تحول دون ورود هذا العقد على بعض الأشياء . وكذلك الحال بالنسبة للقواعد الخاصة بإنحلال العقد وفسخه ، فبجانب القواعد العامة فى هذا الشأن ، هناك قواعد خاصة يخضع لها البيع .

المبحث الثانى

عناصر عقد البيع

يتحلل عقد البيع إلى عنصرين أساسيين هما : نقل الملكية والثمن . ونعرض لكل عنصر من هذه العناصر بشئ من التفصيل .

الفرع الأول

نقل الملكية

مفهوم نقل الملكية :

رأينا أن البيع الحديث يختلف عن البيع فى القانون الرومانى ، حيث أصبح الالتزام بنقل الملكية عنصراً جوهرياً فى البيع ، فلا يمكن أن نتصور بيعاً لا يولد مثل هذا الالتزام . وقد رأينا أن البيع فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم لم يكن محققاً لهذه النتيجة المترتبة على البيع ، فمجرد التراضى أصبح كافياً لنقل الملكية فى القوانين الحديثة .

يفترض البيع إذن نقل الملكية على المبيع ، ويتبع ذلك أننا لا نكون بصدد عقد بيع إذا أنصب العقد على حق متفرع من حق الملكية ، كالانتفاع والارتفاق والحكر وإذا كان التصرف فى هذه الحقوق يطلق عليه تجاوزاً بيعاً ، إلا أن البيع هنا ينقصه الخصيصة الأساسية للبيع ألا وهى نقل الملكية . ولذلك فمثل هذا التصرف يعد من قبيل العقود غير المسماة التى تقترب وتشتبه بالبيع . وإذا كان ذلك يتسق مع تعريف البيع فى القانون الفرنسى إلا أنه لن يصبح كذلك فى القانون المصرى ، فقد رأينا أن تعريف البيع فى القانون المصرى ، أنه عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر ، فالملكية قد تنصب إذن على الشيء فى ذاته أو على حق مالى آخر متصل بهذا الشيء ، فقد لا يرد النقل على الشيء ذاته وإنما على حق آخر متفرع عن حق ملكيته .

فنقل الملكية إذن يعتبر أثراً أساسياً مرتبطاً بالعملية القانونية المسماة بالبيع . وكل تعاقد لا يرتب مثل هذا الأثر لا يعد بيعاً وإنما قد يعد عقداً مسمى أو عقد غير مسمى على حسب الأحوال . وبناء على ذلك فالبيع الرومانى لا يعد بيعاً وإنما يعد عقداً غير مسمى (وهو البيع الذى يكون فيه البائع غير مالك للشيء المبيع وإنما سيصبح مالكة بعد ذلك ، فالبايع هنا إنما يتعامل فى ملك الغير) ويتحلل هذا العقد إلى عقد مولد للالتزام بعمل أو تعهد عن الغير وهذا الذى يفسر كيف أن بيع ملك الغير يعد باطلاً حيث أنه يتخلف فيه هذا العنصر الأساسى وهو نقل الملكية . ولنا عودة إلى هذا الموضوع .

ولكن متى تنتقل الملكية إلى المتصرف إليه ؟ هل تنتقل فوراً بمجرد التراضى أو إنه من الممكن أن يتراخى نقل الملكية إلى ما بعد ذلك إستناداً إلى نص فى القانون أو الاتفاق ؟

القاعدة فى هذا الصدد أن الملكية تنتقل بقوة القانون بمجرد التراضى ومع ذلك إذا كان هذا يصدق على بيع المنقول المعين بالذات فى القانون المصرى إلا أنه لا يصدق فى حالة البيوع العقارية (خلافاً للحال فى القانون الفرنسى) .

فالقانون المصرى وابتداء من تاريخ إدخال نظام التسجيل ، قد إشتراط لنقل الملكية فى العقار حتى بالنسبة للمتعاقدین أن يتم تسجيل العقد ، بينما لا يعلق القانون الفرنسى نقل ملكية العقار فيما بين المتعاقدین على هذا الشرط ، وإنما يعده شرطاً لازماً فحسب للاحتجاج بنقل الملكية بالنسبة لغير المتعاقدین .

فالباع فى القانون المصرى كما رأينا عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر ... فالالتزام بنقل الملكية يترتب على عقد البيع الصحيح باعتبار أن هذا الالتزام يعد أثراً مباشراً مترتباً على العقد . وفى خصوص هذا الالتزام تقضى المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى بأن : الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل . فيستفاد من هذا النص ومن تعريف البيع الوارد فى المادة ٤١٨ مدنى أن نقل الملكية ما هو إلا التزام يقع على عاتق البائع ومترتباً على عقد البيع . فالعقد بذاته لا ينقل الملكية وإنما يقتصر فحسب على توليد التزام بنقلها ، هذا الالتزام يتم تنفيذه بقوة القانون ومن تلقاء نفسه بمجرد نشوئه إذا كان محل العقد شيئاً معيناً بالذات يملكه البائع . وإذا كان الأمر كذلك فإن معنى هذا أن نقل الملكية على الشيء المعين بالذات يتم بمقتضى العقد (طالما أن الالتزام ينفذ بقوة القانون ومن تلقاء نفسه بمجرد نشأته) فالعقد إذن ناقل للملك فى هذا الفرض . أما إذا ورد عقد البيع على عقار فإن الالتزام بنقل الملكية لا ينفذ بمجرد نشأته وبقوة القانون وإنما يجب أن تراعى قواعد التسجيل فى هذا الصدد ، فالتسجيل لا يمنع من نشأة الالتزام بنقل الملكية حيث ينشأ هذا الالتزام بمقتضى العقد والتسجيل ، إنما ينفذ الالتزام لا ينشئه .

من كل ما تقدم يتضح أن عقد البيع فى الشيء المعين بالذات ينقل الملكية فوراً وبمجرد العقد ذاته حيث ينفذ الالتزام بمجرد نشأته ، وإذا كان الأمر كذلك وكان الالتزام بنقل ملكية الشيء المعين بالذات ينفذ بمقتضى القانون بمجرد نشأته فما هى فائدة القول بوجود مثل هذا الالتزام ؟ الواقع أن هذا الالتزام ما هو إلا التزام مفروض قائم على التصور ، وفى إعتقادنا أن الأمر لا يحتاج إلى كل هذه الصنعة القانونية ، فإذا كان العقد ينشئ الالتزام وأن هذا الالتزام ينفذ بمجرد نشأته ، فإن الأصح أن يقال إن العقد إذن هو الذى نقل الملكية بدون حاجة إلى تصور وجود التزام موهوم لا وجود له من حيث الواقع ولا يحتاج الأمر بعد ذلك إلى البحث عن أطراف مثل هذا الالتزام المفروض ولا عن كيفية تنفيذه . ولذلك يمكن أن نعتبر أن الوضع فى القانون المصرى لا يختلف عن الوضع فى القانون الفرنسى وبذلك يكون إنتقال الملكية بمجرد العقد هو آخر مراحل التطور فى هذا الشأن .

ونلاحظ أن القائلين بفصل الالتزام بنقل الملكية عن العقد ذاته ، أو بين التمييز بين الالتزام بنقل الملكية وبين نقلها بالفعل ، إنما يذهبون إلى ذلك تبريراً لإنتقال الملكية بالتسجيل فى العقارات ، فالعقد لديهم لا ينقل الملكية بنفسه بل يقتصر على إنشاء التزام بنقلها ، أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم إلا بالتسجيل . ونحن لسنا فى حاجة إلى هدم المبدأ تبريراً للاستثناء . فالأصح أن يقال إن العقد بذاته ينقل الملكية مع وجود إستثناء خاص بالعقارات . وهذا ما نعتقد أنه يتسق مع صياغة المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى التى تقول بأن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

القاعدة العامة إذن أن الملكية تنتقل بمجرد العقد ، ومع ذلك فهناك حالات لا تنتقل فيها الملكية منها :

١- إن البيع الذى يبرمه شخص مسخر لمصلحة جمعية لم تشهر ولم تكتسب بالتالى الشخصية القانونية هو بيع لا تنتقل فيه الملكية لعدم وجود المشتري .

٢- ويذهب البعض إلى أن البيع الذي لا يتناول تراضى أطرافه كل شروط وأوضاع البيع بالرغم من أن هناك اتفاق وتراضى على الشيء المبيع والثمن (وحيث كانت الشروط الأخرى أساسية بالنسبة للمتعاقدین) فإن العقد لا يتم وبالتالي لا تنتقل الملكية .

٣- ولا تنتقل الملكية كذلك إذا أبطل العقد لعيب في الرضا أو لعدم الأهلية أو لتخلف المحل .

٤- وكذلك الحال إذا كان البيع صورياً وتقررت صورته.

٥- وأيضاً إذا كنا بصدد وعد بالبيع وليس ببيع نهائي .

٦- والبيع المعلق على شرط واقف لا ينقل الملكية قبل تحقق الشرط ، مثال ذلك البيع بشرط التجربة حيث نقضى المادة ٤٢١ من القانون المدني في فقرتها الثانية بأن يعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع .

٧- وأخيراً فإن بيع ملك الغير لا ينقل الملكية حيث يتخلف عنصراً أساسياً في العقد هو تملك البائع للشيء المبيع .

ونلاحظ أن هذه الحالات التي لا تنتقل فيها الملكية إنما هي حالات لا يعتبر فيها عقد البيع موجوداً ، فهو لم ينعقد صحيحاً بعد .

وإذا كانت هناك حالات لا تنتقل فيها الملكية ، فإن هناك حالات يتأخر ويتراخى فيها هذا الانتقال إما بنص في القانون أو الاتفاق :

١- فإذا كان محل المبيع شيئاً لم يعين إلا بنوعه فإن الملكية لا تنتقل إلا بعد إفراد وتعيين وتجنيد هذا الشيء . فقد قضت المادة ٢٠٥ من القانون المدني بأنه « ١- إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء » . والسبب في ذلك واضح « ذلك أن الشيء قبل تعيينه غير معروف ، فهناك إذن إستحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته أو أي حق عيني آخر يتعلق به إلى الدائن قبل هذا التعيين » .

وفي هذا الصدد نميز بين البيع بالنوع أو التقدير والبيع بالجزاف . فبيع

الشيء الذى لم يعين إلا بنوعه ، كما إذا باع شخص مائة قنطار من القطن الموجود بمخزنه أو الموصوف بوصف معين سواء باعها بسعر إجمالى أو بسعر الوحدة ، فإن ملكية المائة قنطار لا تنتقل إلى المشتري إلا عند إفراز هذا المقدار وإعداده للتسليم ، سواء سلم للمشتري أو لم يسلم . أما إذا باع هذا الشخص القطن الذى فى مخزنه سواء بسعر إجمالى أو بسعر الوحدة ، فى هذا البيع الجزاف تنتقل ملكية القطن الموجود فى مخزنه إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع .

ب- وكذلك إذا ورد البيع على شيء مستقبل ، فإن الملكية لا تنتقل إلا بعد وجود هذا الشيء ، فالمبدأ العام أنه : يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً (مادة ١٣١ من القانون المدنى) . فمن باع لشخص منزلاً لم يبدأ بناؤه بعد على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء ، فالبيع هنا إنما هو لشيء مستقبل محقق الوجود ، حيث تنتقل الملكية بعد وجود الشيء . وإذا التزم شخص بتقديم عمله وبمادة هذا العمل تجاه شخص آخر كرسام التزم برسم لوحة معينة أو مقاول التزم ببناء مبنى معين وكانت المادة على حسابه أو ترزى التزم بتفصيل بدلة لشخص آخر والتزم بشراء القماش ، فالقاعدة فى هذا الصدد أنه إذا كانت الخامات أكبر قيمة من العمل فالعقد بيع وليس مقاوله وهو بيع لأشياء مستقبلية . ولكن متى تنتقل ملكية هذه الأشياء ؟ أبعد الانتهاء من العمل ، أم يقتضى هذا الانتقال تسليم الشيء ؟ الواقع أن الملكية تنتقل هنا بمجرد إتمام العمل وحتى قبل التسليم . ولا يخفى ما فى ذلك الرأى من فائدة للمشتري حيث يتمكن من الاحتجاج بحقه إذا أفلس هذا المقاول البائع فيما بين إتمام العمل والتسليم . ومع ذلك وبجانب هذه الفائدة فهناك خطر قد يتعرض له المشتري وهو أن تبعة الهلاك ستكون عليه إذا حدث وهلك الشيء فى الفترة بين إتمامه وبين تسليمه . (وذلك فى القانون الفرنسى) .

ج- إذا كان البيع مشتملاً على التزام تخييرى بالنسبة للمحل ، فلا تنتقل الملكية إلا عند استعمال هذا الخيار وتعيين المحل .

د- وقد يتأخر ويتراخى إنتقال الملكية إذا كان البيع معلقاً على شرط واقف ويعد البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف . وكذلك ففى البيع بالتقسيط يعد البيع أيضاً معلقاً على شرط واقف . فقد قضت المادة ٤٣٠ من القانون المدنى بأنه « إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على إستيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع » . فالتاجر الذى يبيع سيارة بثمن مؤجل أو بثمن مقسط واشترط البائع على المشتري أن يكون البيع معلقاً على شرط واقف وهو وفاء المشتري بالثمن المؤجل فى الميعاد أو وفى بالاقساط جميعها فى المواعيد المتفق عليها « فإن البيع بهذا الشرط يكون صحيحاً ويجب إعمال الشرط ... وفى هذه الحالة تنتقل الملكية معلقة على شرط واقف إلى المشتري ويستبقى البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ وكل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ هنا حادث واحد ، هو أن يوفى المشتري بالثمن أو بأقساطه فى الميعاد المحدد فإذا فعل تحقق الشرط الواقف وانتقلت الملكية بآنة بأثر رجعى إلى المشتري» .

أهمية تحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية :

يبدو أهمية هذا التحديد فى النقاط الآتية :

- ١) من وقت إنتقال الملكية يكون للمشتري الحق فى التصرف فى المبيع ولو قبل أن يتسلم الشيء المبيع من البائع سواء أكان البيع منقولاً أو عقاراً .
- ٢) ومن وقت إنتقال الملكية يكون للمشتري ثمار المبيع ونماؤه ، كما يكون عليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب (مادة ٤٥٨ مدنى) .
- ٣) وتبدو أهمية هذا التحديد كذلك فى حالة إفلاس البائع ، فإذا أفلس البائع بعد قبضه الثمن وقبل التسليم فإن المبيع يكون داخلاً فى ملك المشتري فيحق له أن يأخذه بلا أى نزاحم من دائنى البائع المفلس .
- ٤) وكذلك فإن إنتقال الملكية لا يحدث أثره بالنسبة للمتعاقدين فقط وإنما بالنسبة لورثتهم كذلك . فإذا توفى البائع قبل التسليم وبعد قبض الثمن فلا يملك ورثته التصرف فى المبيع فهو من حق المشتري وورثته إذا توفى هو الآخر قبل التسليم .

هـ) تكون تبعة الهلاك قبل التسليم على المشتري فى القانون الفرنسى وعلى البائع فى القانون المصرى .

الفرع الثانى

التمن النقدي

شروط التمن :

لا بد من وجود التمن فى البيع باعتباره مقابلاً وسبباً لنقل ملكية الشيء إلى المشتري فالبيع كما رأينا من عقود المعاوضة ولذلك لا بد له من التمن (١) وبدونه لا نكون بصدد عقد بيع . هذا التمن الذى يعد هو الآخر عنصراً جوهرياً فى عقد البيع لا بد له من شروط :

أولاً ، أن يكون التمن نقدياً ،

يجب أن يكون المقابل الذى يدفعه المشتري مبلغاً من النقود . ولذلك إذا كان هذا المقابل شيئاً من الأشياء فلا نكون بصدد عقد بيع وإنما عقد مقايضة . أما إذا كان المقابل المدفوع عبارة عن خدمات أدت للبائع من قبل المشتري فالعقد هنا غير مسمى وليس بيعاً حيث كان هذا المقابل عبارة عن عدة التزامات بعمل تمت لمصلحة البائع ، فلا بد إذن أن يكون التمن نقدياً . ولكن ما الحكم إذا اتفق فى البيع على أن يكون المقابل من المثليات أو من الأوراق المالية ؟ الواقع أنه إذا كان المقابل شيئاً مثلى ذا سعر معروف فى البورصة أو فى السوق ، إلا أن هذا المقابل لازال غير نقدي فلا يعتبر العقد بيعاً وإنما مقايضة .

وكذلك الحال عند تعيين التمن بالأسهم أو السندات أو بالسبائك الذهبية فلو أن كل هذه المثليات من السهل معرفة قيمتها بأسعار البورصة إلا أن المقابل

(١) انظر نقض ١٩٣٨/٦/٩ طعن ٢٥ س٨ق ، نقض ١٩٤٦/٥/٢٢ طعن ٨٨ س ١٥ ق ، نقض ١٩٦٥/١٢/١٦ - المجموعة س ١٦ ص ١٢٩١ . نقض ١٩٧٥/٦/٢٥ طعن ٥٢٦ س ٤١ ق ، نقض ١٩٧٧/٢/٢٢ طعن ٢٩١ س ٤٢ ق ، نقض ١٩٧٩/٢/٢١ . مجموعة أحكام النقض ، س ٢٠ العدد الأول رقم ١١٠ ص ٥٨٢ .

أيضاً لا يزال غير نقدي فيعتبر العقد مقايضة . ولكن يختلف الحكم إذا حدد المقابل بالثمن النقدي ومع ذلك فقد اشترط أن يدفع هذا المقابل من المثلثات المحددة السعر كالأسهم والسندات والحبوب والأقطان ذات السعر المعروف في البورصة، فالعقد هنا بيع . وكذلك الحال إذا قام المشتري بدلاً من وفاء الثمن النقدي مباشرة للبائع قام بتحويل مبلغ له في ذمة الغير إلى هذا البائع . وقد يقوم المشتري وفاء لدين الثمن بإعطاء بئعه عقاراً يملكه ، فإذا كان هذا الوضع يعد وفاء بمقابل إلا أنه تتوافر فيه جميع أركان البيع من الرضا والبيع والثمن الذي تسرى عليه جميع أحكام البيع وعلى هذا نصت المادة ٣٥١ من القانون المدني (١) .

ويصح ألا يكون المقابل مبلغاً مجمداً في شكل رأس مال وإنما من الممكن أن يكون الثمن إيراداً دائماً أو إيراداً مرتباً لمدة الحياة ، طالما كان هذا الإيراد مبلغاً من النقود . ولا يختلف الحال هنا إذا كان قد إتفق على أن يكون المقابل مبلغاً من النقود مع تحويل هذا المقدار إلى إيراد مؤبد أو إيراد مرتب لمدة الحياة ، أو أن يتفق من أول الأمر على أن يكون المقابل إيراداً مؤبداً أو مرتباً لمدة الحياة ، فالعقد هنا بيع وليس مقايضة كما ذهب البعض الذي رأى أن المقابل يتحلل هنا إلى حق في الإيراد وهذا الحق لا يعد مبلغاً من النقود وبالتالي لا يعتبر العقد بيعاً .

ولكن يختلف الحال إذا اتفق شخص مع آخر على أن يبيعه شيئاً معيناً في مقابل أن يلتزم البائع بإطعامه وكسوته وإسكانه ، فمثل هذا المقابل الذي يلتزم به المشتري ليس مبلغاً من النقود وإنما هو التزام بعمل يقع على عاتقه ، كما لا يعد هذا العقد مقايضة حيث يجب في المقايضة أن يكون التزام كل من الطرفين هو بنقل ملكية أو حق مالى ، ولذلك فالعقد هنا عقد غير مسمى .

(١) تقضى المادة ٣٥١ مدني بأن « يسرى على الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى في مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمن الاستحقاق وضمن العيوب الخفية ، ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات » .

وقد يكون الثمن نقدياً في شق منه وعينيّاً في الشق الآخر ، كمن يبيع داره في مقابل أن ينقل له المشتري ملكية سيارة ومبلغ ألف جنيه مثلاً . هنا يجب أن ننظر إلى العنصر الغالب في العقد ، فإذا كان هذا العنصر هو النقود كان العقد بيعاً كمن يبيع داره في مقابل عشرة آلاف جنيه وسيارة يملكها المشتري تقدر بمبلغ خمسمائة جنيه مثلاً . أما إذا كان العنصر الغالب هو المقابل غير النقدي فالعقد يعد مقايضة كمن يبيع داره في مقابل دار يملكها المشتري مع مبلغ خمسون جنيهًا . فهذا المبلغ الأخير ما هو في حقيقة الأمر سوى المعدل الذي يحققه التوازن في عقد المقايضة ، ولذلك فالعقد مقايضة وليس بيعاً . أما إذا لم يتبين حقيقة العنصر الغالب في العقد وهل هو المبلغ النقدي أم الشيء الآخر فعند وجود هذا الشك يمكن اعتبار العقد مزدوجاً ، فيعتبر بيعاً في حدود المقابل النقدي ومقايضة في حدود المقابل العيني .

ثانياً ، يجب أن يكون الثمن جدياً ،

إذا كان الثمن يعد عنصراً جوهرياً في البيع ، فإن هذا الثمن حتى يكتسب هذا الوصف يجب أن تتوافر فيه مقومات الثمن المقابل لنقل الملكية . يجب أن يكون الثمن جدياً ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان ثمناً حقيقياً ، وغير تافه أو بخرس .

أ- الثمن الحقيقي :

يكون الثمن حقيقياً (وجدياً تبعاً لذلك) إذا لم يكن ثمناً صورياً^(١) . فمعنى تحديد الثمن بشكل صوري أن البائع قد خرج من ذمته الشيء دون أن يقترب هذا الخروج بدخول المقابل ، فلا يعد العقد بيعاً وإنما هو هبة ، وهو هبة مستترة لا هبة صريحة إن لم يتضمن العقد ما يكشف عنها^(٢) . فتنعقد الهبة صحيحة حتى ولو لم يتوافر فيها شرط الرسمية ، إلا أن الأحكام الموضوعية في

(١) انظر نقض ١٩٧٣/١/٩ - المجموعة س ٢٤ رقم ٩ ص ٤٦ ، نقض ١٩٧٩/٣/١٤ المجموعة س ٣٠ العدد الأول رقم ١٤٤ ص ٧٨٦ ، انظر نقض ١٩٩٠/٢/١٥ - المجموعة س ٤١ ص ٥٠٣

(٢) نقض ١٩٧٢/٥/٢١ ، المجموعة ص ٢٣ رقم ١٨٠ ص ١١٤٢ ، نقض ١٩٦٨/٢/١٣ . المجموعة . س ١٩ ص ٢٧١ ، نقض ١٩٧٠/٣/٣١ - المجموعة - س ٢١ رقم ٨٥ ص -

الهيئة يجب أن تنطبق هنا . أما إذا إستبان من العقد أنه هبة ، فالهيئة هنا صريحة ولا تصح إلا إذا إستكمل العقد شروط الرسمية . ومن القرائن التي تقطع بذلك أن يبرئ البائع المشتري مثلاً فى عقد البيع ذاته من الثمن أو يهبه إياه (١) . ويختلف الأمر إذا اتفق على ثمن جدى فى العقد ثم قام البائع بعد ذلك بإبراء المشتري من الثمن أو هبته إياه ، فيبقى عقد البيع صحيحاً ولا يعد « إبراء المشتري من الثمن أو هبته له بعد ذلك من أسباب البطلان » .

ومن القرائن أيضاً التي تقطع بصورية الثمن أن يكون المشتري عاجزاً على وجه بين عن دفع الثمن « بحيث لا يعقل أن يكون البائع قد أخذ الأمر على محمل الجد وأن الثمن المذكور فى العقد ليس إلا ثمناً صورياً والعقد ليس إلا تبرعاً » (٢) .

وينهkB القضاء المصرى إلى أنه « لا يوجد تلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد وعلى ذلك لا يجوز أن يستفاد من إعسار المشتري وعلم البائع بهذا الإعسار أن الثمن صورياً فقد يؤمل البائع أن المشتري قد يصبح موسراً بعد أن كان معسراً وكذلك قد يكون المشتري موسراً ومع ذلك فقد يكون البيع صورياً . وعلى هذا إذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفاً ما كان صورياً ، فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشتري إثباتاً ليساره ومقدرته على دفع الثمن ، فإن هذا لا يقدم ولا يؤخر » (٣) .

ب- الثمن التافه :

قلنا إن الثمن حتى يعد مقابلاً لنقل الملكية يجب أن يكون جدياً . والثمن

٥٣١- ، نقض ١٩٧٢/٢/٦ - المجموعة - س ٢٤ رقم ٢٨ ص ١٥١ . وانظر أيضاً نقض ١٩٣٢/٦/٢ المحاماة س ١٣ رقم ٦١ ص ١٨٥ .

(١) نقض ١٩٢٨/٦/٩ - مجموعة عمر - ج ٢ - رقم ١٣٠ ص ٤٠٠ .

(٢) نقض ١٩٣٢/٦/٢ المشار إليه فيما تقدم .

(٣) واستخلاص توافر ركن الثمن من عدمه يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع متى

كان استخلاصها سائفاً . انظر نقض ١٩٧٢/٣/٧ - المجموعة - س ٢٣ رقم ١٧ ص ٢٩٨ ،

نقض ١٩٧٢/٣/٩ - المجموعة - س ٢٢ رقم ٥٥ ص ٢٤٩ ، ونقض ١٩٧٥/٦/٢٥ -

المجموعة - س ٢٦ رقم ٢٤٥ ص ١٢٨٧ .

لا يكون جدياً ولا ينعقد به البيع إذا كان ثمناً تافهاً (١) لا يتناسب على وجه الإطلاق مع قيمة المبيع . وذلك كمن يبيع سيارة قيمتها ألفاً بخمسين جنيتها . فالتصرف ليس بيعاً وإنما هو هبة مكشوفة وليست مستترة ، وبالتالي يجب فيها الرسمية . فالثمن التافع كالثمن الصوري لا ينعقد به البيع ، غاية الأمر أن الثمن الصوري هو ثمن يعادل قيمة المبيع ولا يقبضه البائع ، أما الثمن التافه فهو ثمن لا يتناسب مطلقاً مع قيمة المبيع ومع ذلك يقبضه البائع .

هذا وقد أثير في الفقه والقضاء البيع الذي يقوم فيه البائع ببيع عين يملكها مقابل إيراد مرتب لمدة الحياة إذا كان هذا المرتب يعادل ريع هذه العين أو أقل منها . فمن الفقهاء من ذهب إلى أن الثمن هنا لا يكون جدياً بل تافهاً . فالمشتري لا يدفع شيئاً إنما يأخذ من غلة العين ويدفع الإيراد المرتب للبائع فلا يدفع شيئاً من ماله الخاص ، فيكون قصد المتعاقدين من مثل هذا البيع نقل ملكية الرقبة إلى المشتري حال حياة البائع ونقل الملكية التامة إليه بعد وفاة الأخير . ولذلك فالعقد هنا هبة وليس بيعاً ، وهي هبة مكشوفة وليست مستترة ، يجب فيها الرسمية .

وهناك فريق آخر من الفقه يرى أن البائع قد تكون له مصلحة في التصرف في عقاره على هذا النحو (خاصة إذا كان الإيراد يعادل قيمة الريع) وهو في حصوله على إيراد ثابت رغم تغير الظروف إنما يأمن من أية تقلبات اقتصادية أو هلاك أو تخريب للعين ، لذلك يعد هذا الثمن المشتراط في العقد جدياً وليس تافهاً وإن كان بخساً ، وبخس الثمن لا يقلب العقد إلى هبة ، وإن كان يخول للبائع الحق في الطعن في هذا البيع (٢) .

(١) نقض ١٩٥١/٢/١ مجلة التشريع والقضاء ٤-١٤٦-٥٩ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن : على فرض أن الإيراد المقرر في العقد مدى حياة البائع هو دون ريع المنزل المبيع ، وإن هذا يجعل الثمن معدوماً فيعتبر العقد باطلاً كبيع ، فإن الحكم قد أقام قضاؤه على أساس أن العقد في هذه الحالة هبة صحيحة شكلاً لإفراغها في قالب بيع . نقض ١٩٥١/٤/٥ - المجموعة - س ٢ رقم ٩٦ ص ٥٧٣ .

المبحث الثالث

تمييز عقد البيع عن غيره من العقود

الفرع الأول

التمييز بين عقد البيع وعقد الإيجار

إن الفارق الأساسى بين البيع والإيجار يأتى من أن الإيجار يرد على منفعة العين المؤجرة فيلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم . أما فى البيع فإن العنصر الأساسى فيه هو نقل ملكية شيء أو حق مالى إلى مشتري ، ورغم وضوح هذا الفارق فقد يختلط عقد البيع بعقد الإيجار فى الصور الآتية :

(١) فقد يختلط عقد الإيجار بعقد البيع فى الاتفاق الذى يخول لأحد أطرافه الحصول على بعض الحاصلات كالحصولات غير الزراعية كالقمح والمعادن والبتروى والأحجار . واستناداً إلى أن الإيجار لا يرد إلا على المنفعة فإن يجب أن نفرق فى هذا الصدد بين الثمار والحاصلات . فالثمار تعد ناتجة عن الشيء بصفة دورية منتظمة دون أن يؤدى الحصول عليها إلى الانتقاص من الشيء ذاته . وتلك هى ثمار الأرض . أما الحاصلات فهى ما ينتج عن الشيء ويؤدى الحصول عليه إلى تناقصه وإلى التأثير فى الشيء ذاته . ومثال ذلك القمح والأحجار والمعادن والبتروى ، فمصير مثل هذه الأشياء هو النفاذ . وبناء على ذلك فالعقد الذى يرد على الحاصلات لا يعد إيجاراً وإنما هو دائماً بيع لهذه الحاصلات ، أما العقد الذى يرد على ثمار الشيء فقد يكون بيعاً لهذه الثمار إذا لم يقم صاحب الأرض بتسليم الأرض إلى المشتري وإنما اقتصر فقط على تسليمه ثمار الأرض ، ولا يلتزم المشتري فى هذا العقد بأية مصروفات خاصة بالزراعة . وقد يكون مثل هذا العقد إيجاراً للأرض خاصة إذا قام صاحبها بتسليم الأرض إلى المستأجر للانتفاع بها وحيث يلتزم بمصروفات الزراعة . (وقد يحدث أن يشترك المؤجر فى هذه المصروفات ولا يؤثر ذلك فى طبيعة العقد) .

لا يكون جدياً ولا ينعقد به البيع إذا كان ثمناً تافهاً (١) لا يتناسب على وجه الإطلاق مع قيمة المبيع . وذلك كمن يبيع سيارة قيمتها ألفاً بخمسين جنيتها . فالتصرف ليس بيعاً وإنما هو هبة مكشوفة وليست مستترة ، وبالتالي يجب فيها الرسمية . فالثمن التافع كالثمن الصوري لا ينعقد به البيع ، غاية الأمر أن الثمن الصوري هو ثمن يعادل قيمة المبيع ولا يقبضه البائع ، أما الثمن التافه فهو ثمن لا يتناسب مطلقاً مع قيمة المبيع ومع ذلك يقبضه البائع .

هذا وقد اثير في الفقه والقضاء البيع الذي يقوم فيه البائع ببيع عين يملكها مقابل إيراد مرتب لمدة الحياة إذا كان هذا المرتب يعادل ريع هذه العين أو أقل منها . فمن الفقهاء من ذهب إلى أن الثمن هنا لا يكون جدياً بل تافهاً . فالمشتري لا يدفع شيئاً إنما يأخذ من غلة العين ويدفع الإيراد المرتب للبائع فلا يدفع شيئاً من ماله الخاص ، فيكون قصد المتعاقدين من مثل هذا البيع نقل ملكية الرقبة إلى المشتري حال حياة البائع ونقل الملكية التامة إليه بعد وفاة الأخير . ولذلك فالعقد هنا هبة وليس بيعاً ، وهي هبة مكشوفة وليست مستترة ، يجب فيها الرسمية .

وهناك فريق آخر من الفقه يرى أن البائع قد تكون له مصلحة في التصرف في عقاره على هذا النحو (خاصة إذا كان الإيراد يعادل قيمة الريع) وهو في حصوله على إيراد ثابت رغم تغير الظروف إنما يأمن من أية تقلبات اقتصادية أو هلاك أو تخريب للعين ، لذلك يعد هذا الثمن المشتراط في العقد جدياً وليس تافهاً وإن كان بخساً ، وبخس الثمن لا يقلب العقد إلى هبة ، وإن كان يخول للبائع الحق في الطعن في هذا البيع (٢) .

(١) نقض ١٩٥١/٢/١ مجلة التشريع والقضاء ٤-١٤٦-٥٩ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن « على فرض أن الإيراد المقرر في العقد مدى حياة البائع هو دون ريع المنزل المبيع ، وإن هذا يجعل الثمن معدوماً فيعتبر العقد باطلاً كبيع ، فإن الحكم قد أقام قضاؤه على أساس أن العقد في هذه الحالة هبة صحيحة شكلاً لإفراغها في قالب بيع » . نقض ١٩٥١/٤/٥ - المجموعة - س ٢ رقم ٩٦ ص ٥٧٣ .

المبحث الثالث

تمييز عقد البيع عن غيره من العقود

الفرع الأول

التمييز بين عقد البيع وعقد الإيجار

إن الفارق الأساسى بين البيع والإيجار يأتى من أن الإيجار يرد على منفعة العين المؤجرة فيلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم . أما فى البيع فإن العنصر الأساسى فيه هو نقل ملكية شئ أو حق مالى إلى مشتري ، وبرغم وضوح هذا الفارق فقد يختلط عقد البيع بعقد الإيجار فى الصور الآتية :

(١) فقد يختلط عقد الإيجار بعقد البيع فى الاتفاق الذى يخول لأحد أطرافه الحصول على بعض الحاصلات كالحصولات غير الزراعية كالقمح والمعادن والبتروى والأحجار . واستناداً إلى أن الإيجار لا يرد إلا على المنفعة فإنه يجب أن نفرق فى هذا الصدد بين الثمار والحاصلات . فالثمار تعد ناتجة عن الشئ بصفة دورية منتظمة دون أن يؤدى الحصول عليها إلى الانتقال من الشئ ذاته . وتلك هى ثمار الأرض . أما الحاصلات فهى ما ينتج عن الشئ ويؤدى الحصول عليه إلى تناقصه وإلى التأثير فى الشئ ذاته . ومثال ذلك القمح والأحجار والمعادن والبتروى ، فمصير مثل هذه الأشياء هو النفاذ . وبناء على ذلك فالعقد الذى يرد على الحاصلات لا يعد إيجاراً وإنما هو دائماً بيع لهذه الحاصلات ، أما العقد الذى يرد على ثمار الشئ فقد يكون بيعاً لهذه الثمار إذا لم يقم صاحب الأرض بتسليم الأرض إلى المشتري وإنما اقتصر فقط على تسليمه ثمار الأرض ، ولا يلتزم المشتري فى هذا العقد بأية مصروفات خاصة بالزراعة . وقد يكون مثل هذا العقد إيجاراً للأرض خاصة إذا قام صاحبها بتسليم الأرض إلى المستأجر للانتفاع بها وحيث يلتزم بمصروفات الزراعة . (وقد يحدث أن يشترك المؤجر فى هذه المصروفات ولا يؤثر ذلك فى طبيعة العقد) .

ويرى البعض أن « العبرة هي بنية المتعاقدين ، هل أرادا بيعاً أو إيجاراً وتتخذ الظروف الخارجية قرائن قضائية على هذه النية ، وقاضى الموضوع هو الذى يستخلص من هذه القرائن ومن غيرها دلالتها ، وتقديره هنا موضوعي لا معقب عليه من محكمة النقض ، فقد يؤجر صاحب المنجم أو المحجر منجمه أو محجره ليستغله المستأجر فى مقابل أجره دورية ، فيكون العقد إيجاراً لا بيعاً وتسرى أحكام الإيجار وبخاصة ما يتعلق منها بتجديد الإيجار وبامتياز المؤجروبطريقة الشهر ، وكل هذا يختلف تماماً عن الأحكام الخاصة بعقد البيع » .

الواقع أنه لا يمكن التسليم بهذا الرأى ، فإذا كان صحيحاً أن العبرة هي بنية المتعاقدين ، فإنه لا مجال لأعمال هذه النية إذا اصطدمت بأحكام القانون وبتعريفه للبيع والإيجار وتحديد عناصرهما ، فلا شك أن مثل هذا العقد الوارد على الحاصلات سوف يؤدي بلا شك إلى التأثير فى الشيء ذاته بالانتفاص وفى النهاية بالنفاد ، ومثل هذا العقد لا يرد إذن على المنفعة وإنما وفى النهاية على أصل الشيء ، ولذلك لا يمكن أن يعد إيجاراً وإنما هو عقد بيع (١) .

(٢) وقد يخلط البيع بالإيجار فى حالة نزول المستأجر عن حقوقه إلى شخص آخر . فمثل هذا التنازل لا يعد إيجاراً وإنما هو بيع لحقوق المستأجر ولا يمكن أن يأخذ هذا النزول صورة الإيجار إلا فى حالة الإيجار من الباطن .

وعلى ذلك تسرى أحكام البيع على النزول عن الإيجار .

(٣) واختلاط البيع بالإيجار قد يحدث عندما يتفق شخص مع آخر على أن يؤجره شيء معين فى مقابل أجره معينة وعلى أن يملك المستأجر الشيء المؤجر بعد وفائه لعدد معين من أقساط الأجرة . مثل هذا الاتفاق يسمى بالبيع الإيجارى . وهذا الاتفاق يعد بيعاً لا إيجاراً ويحكمه نص المادة ٢٣٠ من القانون المدنى والتى قضت بأنه :

« إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على إستيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

(١) قانون نقض ١٩٥١/١٢/٦ - المجموعة - س ٣ رقم ٢١ ص ١٦١ .

ب) فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط . ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

ج) وإذا وفيت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع .

د) وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً .

يلاحظ أن البيع الإيجارى قد نشأ بمناسبة بيوع التقيسيط التى شاعت فى المعاملات الاقتصادية وتناولت غالبية المنقولات ذات القيمة كالسيارات والأجهزة الكهربائية والسلع المعمرة بوجه عام . بل إن البيع بالتقيسيط يتناول حالياً الأراضى والمباني .

والبيع بالتقيسيط قد يتضمن مخاطراً تحدى بالبائع ، فالشئ المبيع يتم تسليمه فور العقد إلى مشتريه قبل أن يقوم الأخير بوفاء كامل الأقساط . صحيح أن القواعد المدنية تتضمن حماية للبائع ، إلا أنها حماية ليست بالكافية . فللبائع عند عدم قيام المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الأقساط أن يقوم بالتنفيذ على أمواله جميعها ، كما يكون له الحق فى طلب فسخ البيع وإسترداد المبيع ، كما يكون له فى الحصول على مستحقاته أن يتمتع بالإمتياز البائع المقرر له بنص القانون .

ومع ذلك فهذه الحماية قد تبدو عديمة القيمة فى بعض الأحيان لإصطدامها بقواعد أخرى فى القانون ، من ذلك مثلاً أن إستعمال البائع للحق فى الفسخ وإسترداد المبيع قد يحول دون ترتبه لآثاره أن يكون المشتري قد تصرف فى المبيع إلى مشتري آخر جديد حسن النية ، فتقف قاعدة الحيازة فى المنقول عائقاً فى وجه البائع . ويحدث ذات الأثر عند رهن المشتري للمبيع أو وضعه فى العين المؤجرة حيث يتعطل إمتياز البائع لمصلحة الدائن المرتهن والمؤجر . وكذلك تشمل الحماية الواجبة للبائع عند تحقق إفلاس المشتري فإذا « بيعت المنقولات لأحد ثم أشهر إفلاسه فلا يكون للبائع الحق فى الدعوى بفسخ البيع ولا يجوز

له إقامة الدعوى بالاسترداد ... (مادة ٢٥٤ تجارى قديم) . فلا يكون له سوى الحق فى التقدم فى التفليسة باعتباره دائئاً عادياً (١) .

وعلى هذا فإن نظام البيع بالتقسيط لم يحقق للبائع حماية كافية من كل هذه الأخطار ، ولذلك كان لا بد للصنعة القانونية من أن تمد هذا البائع بوسيلة تحقق له هذه الحماية المنشودة .

وقد تمثلت هذه الوسيلة فى بادئ الأمر فى تضمين عقد البيع بالتقسيط شرطاً يسمى بشرط الاحتفاظ بالملكية ، حيث يخول هذا الشرط للبائع أن يحتفظ

(١) ونثبت هنا نصوص قانون التجارة الجديد والذى سيبدأ العمل به اعتباراً من أول أكتوبر

سنة ١٩٩٩ . فتقضى المادة (٦٢٩) من هذا القانون بأنه :

١ - إذا فسخ عقد البيع بحكم أو بمقتضى شرط فى العقد قبل صدور الحكم بشهر إفلاس المشتري جاز للبائع إسترداد البضائع كلها أو بعضها من التفليسة بشرط أن توجد عيناً .

٢ - ويجوز الاسترداد ولو وقع الفسخ بعد صدور حكم شهر الإفلاس بشرط أن تكون دعوى الاسترداد أو دعوى الفسخ قد رفعت قبل صدور هذا الحكم .

وتقضى المادة (٦٣٠) بأنه :

١ - إذا أفلس المشتري قبل دفع الثمن وكانت البضائع لا تزال لدى البائع ، جاز له حبسها .

٢ - وإذا أفلس المشتري بعد إرسال البضائع إليه وقبل دخولها مخازنه أو مخزن وكيله المكلف ببيعها ، جاز للبائع إسترداد حيازتها ، ومع ذلك لا يجوز الاسترداد إذا فقدت البضائع ذاتيتها أو تصرف فيها المفلس قبل وصولها ، بغير تدليس ، بموجب وثائق الملكية أو النقل .

٣ - وفى جميع الأحوال يجوز لأمين التفليسة ، بعد استئذان قاضى التفليسة ، أن يطلب تسليم البضائع بشرط أن يدفع للبائع الثمن المتفق عليه ، فإذا لم يطلب أمين التفليسة ذلك جاز للبائع أن يتمسك بحقه فى الفسخ وطلب التعويض والاشتراك به فى التفليسة .

وتقضى المادة (٦٣١) بأنه :

١ - إذا أفلس المشتري قبل دفع الثمن وبعد دخول البضائع مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها ، فلا يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع أو إسترداد البضائع ، كما يسقط حقه فى الامتياز .

٢ - وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من إسترداد البضائع أو الاحتفاظ بامتيازها عليها لا يحتج به على جماعة الدائنين .

بملكية المبيع حتى يفي المشتري بكامل الأقساط . ويعد هذا البيع معلقاً على شرط واقف هو وفاء المشتري بالثمن المؤجل في الميعاد أو وفائه بالأقساط جميعاً في المواعيد المتفق عليها . فتنتقل الملكية معلقة على هذا الشرط الواقف إلى المشتري وتبقى للبائع الملكية معلقة على شرط فاسخ هو عدم وفاء المشتري بالثمن المؤجل أو بالأقساط جميعها . وعلى هذا الحكم نصت المادة ٤٣٠ في فقرتها الأولى حيث قضت بأنه : « إذا كان البيع مؤجلاً للثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على إستيفاء الثمن كله ولو تم تسليم البيع » (١) .

وبموجب البيع بالتقسيط يتسلم المشتري حيازة العين المبيعة وإن كان حق ملكيتها كما رأينا معلقاً على شرط واقف ، وقد يقوم هذا المشتري ، قبل وفائه الثمن المؤجل أو الأقساط ، بالتصرف في العين المبيعة ، إما ببيع أو برهن ، فيكون هذا البيع أو الرهن معلقاً على شرط واقف . ولكن إذا حاز المشتري الجديد العين المبيعة بحسن نية وهو لا يعلم بأن ملكية البائع معلقة على شرط واقف فإنه يملكها بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول ، ولا يستطيع البائع إستردادها من هذا المشتري كما لا يكون له الحق في تحريك الدعوى العمومية ضد المشتري الأول عن جريمة التهديد ، فعقوبة التهديد لا توقع إلا بمناس عقود الأمانة كالإيجار والوديعة والعارية والرهن ولا يعد البيع بالتقسيط من هذه العقود (٢) .

(١) وفي قانون التجارة الجديد تفضى الفقرة الثانية من المادة (١٠٦) بأنه : « مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع » .

(٢) يلاحظ أن الفقرة الأولى من المادة (١٠٧) من قانون التجارة الجديد تفضى بأنه : « لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بإذن مكتوب من البائع وكل تصرف يجريه المشتري بالمخالفة لهذا الحكم لا يكون نافذاً في حق البائع إذا أثبت علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله » . كما تفضى الفقرة الثالثة من ذات المادة بأن : « يعاقب المشتري عند مخالفة أحكام الفقرة الأولى بالسجن مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز ٥٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة ١٨ مكرراً (١) من قانون الإجراءات الجنائية . وتأمّر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد -

وكذلك إذا أقلس المشتري قبل وفائه الثمن ، فلا يستطيع البائع إسترداد المنقول من تفليسة المشتري حيث لا يسرى إمتيازه على دائنى المدين المفلس ، فيتقدم للتفليسة باعتباره دائناً عادياً وليس ممتازاً ، كما لا يستطيع البائع إسترداد المنقول من تفليسة المشتري كما رأينا من قبل .

وإذا قام المشتري بوفاء الثمن المؤجل أو الأقساط جميعها ، فإن الشرط الواقف يتحقق وتنتقل الملكية ، إستناداً إلى الأثر الرجعى للشرط من وقت البيع إلى المشتري . وفى هذا المعنى تقضى الفقرة الثانية من المادة ٤٣٠ من القانون المدنى بأنه : « إذا وفيت الأقساط جميعاً ، فإن إنتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع » (١) .

أما إذا لم يفِ المشتري بالثمن أو بأقساطه ، فإن الشرط الواقف يتخلف ، كما يتحقق الشرط الفاسخ المعلقة عليه ملكية البائع ، فتزول ملكية المشتري بأثر رجعى وتعود هذه الملكية إلى البائع منذ البداية ، ويعتبر البيع كأن لم يكن ، على أن إسترداد البائع للمبيع لا يمنع من مطالبة المشتري بالتعويض عما أصاب البائع من أضرار نتيجة فسخ عقد البيع ، وقد يتمثل هذا التعويض فى إحتفاظ البائع بالأقساط التى دفعت طبقاً لشرط صريح فى العقد . ويعد هذا الشرط شرطاً جزائياً ، ولذلك يخضع من حيث تقديره وتناسبه مع الضرر الحاصل لتقدير قاضى الموضوع والذى يمكنه تخفيضه إذا وجده مبالغاً فيه . وعلى هذا الحكم نصت الفقرة الثالثة من المادة ٤٣٠ مدنى حيث قالت بأنه : « إذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضى

= صيرورة الحكم باتاً . ولا شك أن هذه الأحكام الجديدة التى أتى بها قانون التجارة الجديد تتفادى الكثير من المخاطر التى صاحبت نظام البيوع بالتقسيط ، وهذه الأحكام واجبة النفاذ إعتباراً من أول أكتوبر سنة ١٩٩٩ .

(١) وفى قانون التجارة الجديد تقضى الفقرة الأولى من المادة (١٠٦) بأنه : « إذا إحتفظ البائع بملكية المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأكملها ، إكتسب المشتري هذه الملكية بأداء القسط الأخير ويتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه » .

تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤، (١).

لا يحقق البيع بالتقسيط مع احتفاظ البائع بالملكية إذن الحماية الكافية للبائع . ولذلك تشهد المعاملات القانونية التجاء هذا البائع إلى وسيلة جديدة تحقق ما ينشده من حماية ، وتلك الوسيلة هي الإيجار المقترن بالبيع أو ما يسمى بالبيع الإيجارى .

وبمقتضى هذه الوسيلة يسمى البائع البيع إيجاراً ويبقى المشتري كالمستأجر وتهدو أقساط الثمن كأقساط الأجرة ، ثم يتفق على أنه إذا أوفى المستأجر (المشتري) أقساط الأجرة كاملة تملك الشيء المؤجر (المبيع) بمجرد وفائه لآخر قسط منها بدون أن يتحمل بأى مبلغ إضافى ، أو أنه يستطيع الاحتفاظ بالشيء ويتملكه إذا أبدى رغبته فى ذلك مقابل دفع مبلغ معين هو المتبقى من الثمن بعد إستنزال الأقساط . كما يتضمن مثل هذا الاتفاق ، أنه إذا تخلف المستأجر عن دفع قسط الأجرة وجب عليه رد الشيء مع احتفاظ البائع بالأقساط التى دفعت كلها أو بعضها إما لكونها أجرة أو كونها تعويضاً عن فسخ العقد .

مثل هذا الاتفاق يحقق للبائع الحماية التى لا يحققها له نظام البيع مع الاحتفاظ بالملكية . فهو يمكنه أولاً من إسترداد المبيع عند عدم وفاء المشتري (المستأجر) بأقساط الثمن . كما يكون له هذا الحق أيضاً بالنسبة للمشتري المفلس حيث يتمكن من إسترداد المبيع من التفليسة باعتباره مؤجراً وليس

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الحالى جـ ٤ ص ٤٩ . ويراعى أن المادة (١٠٥) من قانون التجارة الجديد تقضى بالآتى :

١- إذا لم يدفع المشتري أحد أقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تبين أنه قام بتنفيذ خمسة وسبعين فى المائة من التزاماته .

٢- وفى حالة الحكم بفسخ البيع يجب أن يرد البائع الأقساط التى قبضها بعد إستنزال ما يعادل أجرة الانتفاع بالمبيع بالإضافة إلى تعويض عن التلّف الذى لحقه بسبب الاستعمال غير العادى . ويقع باطلاً كل اتفاق على تحميل المشتري التزامات أشد من ذلك .

٣- الاتفاق على حلول الثمن بأكمله عند عدم دفع أحد الأقساط فى ميعاد إستحقاقه لا يكون نافذاً إلا إذا تخلف المشتري عن دفع قسطين متتاليين على الأقل .

بائعاً . كما يستطيع المطالبة بتوقيع عقوبة خيانة الأمانة على المشتري إذا قام الأخير بالتصرف فى الشيء المؤجر (المبيع) وذلك لأن عقد الإيجار يعد من عقود الأمانة .

فإذا وجد القاضى فى النزاع المطروح عليه عقداً من هذا القبيل ، فهل يعتمد تكييف المتعاقدين لعقدهما من أنه إيجار لا بيع ، أم أنه وبما له من سلطة تقديرية فى تكييف العقود يستطيع رفض هذا التكييف وإجراء الحكم القانونى الصحيح على العقد ؟

الواقع أن القاضى لا يستطيع مجازاة المتعاقدين فى تكييفهم للعقد ، فمثل هذا التكييف يتنافى مع أحكام عقدى البيع والإيجار .

فمقتضى هذا التكييف يعتبر العقد فى وقت من الأوقات إيجاراً معلقاً على شرط فاسخ وبيعاً معلقاً على شرط واقف ، والشرط واحد فى العقدين وهو الوفاء بكامل الأقساط . فإذا تحقق الشرط بوفاء هذه الأقساط فسخ الإيجار وتحقق البيع وانتقلت الملكية إلى المشتري بأثر رجعى من وقت العقد ، أما إذا تخلف هذا الشرط إنفسخ الإيجار واحتفظ المؤجر بالأقساط لكونها أجرة عن مدة الانتفاع السابقة ، فلم يتحقق هذا الشرط المعلق عليه البيع .

ومثل هذه الأحكام لا يمكن قبولها ، ذلك أنه من غير المعقول وصف عقد واحد بوصفين مختلفين فى وقت واحد إذا كان هذان الوصفان متعارضان من حيث الطبيعة كالبيع والإيجار . كما أن هذا التكييف « يؤدى إلى وجود عقد بيع بدون ثمن ، ذلك أنه إذا فسخ الإيجار بالوفاء بكافة الأقساط ، فلن يكون للفسخ أثر رجعى ، فالإيجار من العقود الزمنية أو عقود المدة ، ومن المسلم أنه ليس للفسخ أثر رجعى فى هذا النوع من العقود ، ومع ذلك فإن المدة ما بين إنعقاد العقد والوفاء بكافة الأقساط تعتبر فترة إيجار ، وتعتبر الأقساط التى دفعت أجرة فى مقابل الانتفاع بالشيء ، فإذا كان الأقساط أجرة فى الإيجار ، فأين الثمن فى البيع ؟

كما أن البيع موجود منذ البداية ولا يعلق على شرط سوى أثر من آثاره هو إنتقال الملكية ، أما سائر آثاره فناشئة منذ إنعقاده . فمنذ ذلك الوقت يقوم

المشتري بدفع أقساط الثمن ، وقد يلتزم أيضاً بدفع جزءاً منه متبقى منه فى النهاية ، وهذا الالتزام لا ينشأ إلا من عقد بيع موجود ، فالالتزام البائع بالتسليم والالتزام المشتري بدفع الثمن هما التزامان غير مشروطين وينشآن من العقد ومن وقت العقد .

كما أن مجارة المتعاقدين فى تكييفهما للعقد من أنه بيع إيجارى فيه إضرار بالغ بالمشتري ، فهو عند عدم وفائه بالأقساط يتعرض لفسخ العقد ورد الشئ وعدم الحصول على الأقساط التى دفعها للبائع والتى غالباً ما تكون أكثر بكثير من قيمة الانتفاع بالمبيع . ولهذه الأسباب قضى المشرع فى الفقرة الأخيرة من المادة ٤٣٠ من القانون المدنى بأن « تسرى أحكام الفقرات الثلاثة السابقة ولو سمي المتعاقدين البيع إيجاراً » .

وبمقتضى هذا النص يعتبر البيع الإيجارى أو الإيجار السائر للبيع ، بيعاً محضاً وتسرى عليه أحكام الفقرات الثلاث الأولى من نص المادة ٤٣٠ السابق ذكرها والخاصة بالمبيع بالتقسيط واحتفاظ البائع بالملكية . فتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري معلقة على شرط واقف منذ إبرام العقد ، كما أن العقد هنا لا يعتبر من عقود الأمانة ، فإذا تصرف المشتري فى المبيع فهو يتصرف فيما يملك ولا يمكن توقيع عقوبة التبديد عليه . كما أن البائع لا يستطيع إسترداد المبيع من تفليسة المشتري .

والواقع أن المشرع قد أراد من نص الفقرة الأخيرة من المادة ٤٣٠ أن يرد الأمور إلى نصابها الصحيح ويقطع كل سبيل أمام الباعة بالتقسيط ، فهو يكشف عن حقيقة العقد ويعطى له وصفه الصحيح ، ولذلك فإن على القاضى أن يلتزم بتكييف المشرع لهذا العقد ، حتى ولو إتجهت نية المتعاقدين إلى عكس هذا التكييف ، أى حتى ولو إتجهت نيتهم بالفعل إلى الإيجار والبيع معاً . ولكن الأخذ بهذا التكييف الإلزامى يتوقف على توافر شرط أساسى فى العقد ، هذا الشرط هو أن يكون المقابل فى العقد قد إتفق على وفائه مقسطاً حتى يمكن تطبيق حكم الفقرات الثلاث الأولى من المادة ٤٣٠ من القانون المدنى .

على أية حال فإن المشرع لم يشأ فى النهاية أن يترك البائع فى البيوع بالتقسيط بلا حماية ، فأصدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ وضمنه حكمان

يحققان تلك الحماية . فقصت المادة ٤٢ من هذا القانون بأن « يحظر على المشتري بدون إذن سابق من البائع ، أن يتصرف بأى نوع من أنواع التصرفات فى السلعة موضوع التفسير قبل الوفاء بقيمتها » . كما قضت المادة ٤٥ من هذا القانون بمعاقبة المشتري الذى يخالف هذا الحكم بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين (١)

غير أن تطبيق هذه الحماية يقتصر فقط على حالات البيع بالتفسير الصارة من تاجر محترف لهذا النوع من البيوع وأن يكون المبيع من المنقولات المادية (كالسيارات والأدوات الكهربائية) دون المنقولات المعنوية .

٤- وقد يختلط البيع بالإيجار فى صورة الإيجار المقترن بالوعد بالبيع . فيصدر العقد على أنه إيجار فقط ثم يقرن هذا الإيجار بوعد ببيع العين المؤجرة إلى المستأجر إذا أبدى رغبته فى شرائها خلال مدة الإيجار مقابل ثمن معين . ويحدث ذلك غالباً فى إيجار العقارات . وهذه الحالة تختلف عن حالة البيع الإيجارى ، ذلك أن الثمن المشترط فى الإيجار المقتن بوعده بالبيع مستقل تقديره عن أقساط الأجرة المدفوعة ويتناسب هذا الثمن مع قيمة العين ، كما تعد أقساط الأجرة أقساطاً حقيقية لمقابل الانتفاع بالشئ المؤجر . معنى ذلك أننا نكون بصدد إيجار ابتداء وبيع انتهاء إذا أبدى الموعود له رغبته فى الشراء ، فلا تنتقل الملكية إلى المستأجر منذ بداية العقد ، ولا يستطيع التصرف فى الشئ ، كما يجوز للمؤجر إسترداد الشئ من تفليسة المستأجر .

فإذا أظهر المستأجر الموعود له رغبته فى الشراء إنتهى عقد الإيجار وتم عقد البيع وتنتقل ملكية الشئ لا من وقت عقد الإيجار وإنما من وقت إظهار رغبة المستأجر فى الشراء . وعلى ذلك يختلف الإيجار المقتن بوعده بالبيع عن الإيجار المقتن بالبيع أو البيع الإيجارى ، ذلك أن الشئ تنتقل ملكيته فى هذا البيع الأخير منذ بداية العقد لا من وقت لاحق لذلك .

٥- وقد تدق التفرقة بين البيع والإيجار فى حالة عقد بيع الانتفاع ، حيث يثور الشك حول ما إذا كان انتفاع الشخص بملك غيره يستند إلى عقد إيجار أم إلى عقد بيع للانتفاع .

(١) انظر المادة (١٠٧) من قانون التجارة الجديد . والسابق إثباتها فى هامش (٢) ص ٢٢

يرى البعض « وجوب التقيد بالوصف الذى وصف به المتعاقدان عقدهما ، مادام أنه لا يمكن التحقق من أن هذا الوصف لا يصدق على العقد الذى إتجهت إليه حقيقة إرادة المتعاقدين ... » . والواقع أننا لسنا فى حاجة إلى أن نتقيد بوصف المتعاقدين لتعاقدتهما ، فإذا ثبت من شروط هذا التعاقد أن مقومات وأحكام حق الانتفاع قد إشتمل عليها هذا التعاقد ، فالعقد عندئذ يعد بيعاً لحق الانتفاع حتى ولو كان المتعاقدان قد سمياه إيجاراً . ومن مشتعلات هذا العقد والتى تفصح عن أن المتعاقدين قد تراضيا على البيع دون الإيجار ، أن يرد فى العقد أن مالك الشيء لا يلتزم بأى التزام متفرع عن الالتزام الرئيسى العام بتمكين المستأجر من الانتفاع .

الفرع الثانى

تمييز عقد البيع عن عقد المقايضة

المقايضة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر (مادة ٦٤٦ من القانون المدنى) .

فإذا كان الصانع لم يقدم شيئاً خلاف عمله فالأمر واضح جلى ، فالعقد مقايضة أما إذا التزم الصانع بتوريد أشياء ، أى بتوريد مادة العمل ذاته ، فإن مثل هذا التوريد قد يدفعنا إلى القول بأن العقد هنا يعد بيعاً لأشياء مستقبلية . والواقع أنه قد تضاربت آراء الفقه والقضاء فى حقيقة هذا العقد عندما يتعهد المقاول بتقديم مادة العمل ، والرأى الراجح فقهاً وقضاً أن مثل هذا العقد يعد بيعاً لأشياء مستقبلية إذا كانت قيمة العمل ثانوية بالنسبة لقيمة المواد ، بينما يعد العقد مقايضة إذا كانت قيمة المواد ثانوية بالنسبة لقيمة العمل ، ومن ثم يكون العقد الذى يلتزم به صاحب المصنع أن يورد مصنوعات إلى العميل ، كما إذا تعهد بتوريد آلات أو أجهزة أو أسلحة أو بواخر أو سيارات أو غير ذلك هو بيع أشياء مستقبلية . أما إذا كانت الخامات أقل قيمة من العمل كالرسام يورد القماش أو الورق الذى يرسم عليه والألوان التى يرسم بها ، فهذه الخامات أقل بكثير من قيمة عمل الفنان ويكون العقد مقايضة لا عقد بيع . والخياط (التريزى) إذا ورد

القماش وكانت قيمته أقل من قيمة العمل فالعقد مقاول وإذا كانت قيمته أكبر فالعقد بيع . وقد تتقارب قيمة القماش وقيمة العمل فالعقد يكون فى هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاول . أما الما قول الذى يتعهد بإقامة مبنى ، فإن كانت الأرض التى يقام عليها المبنى ملكاً لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقاول ، وإن كانت الأرض ملكاً للمقا ول فالعقد بيع للأرض فى حالتها المستقبلية أى بعد أن يقام عليها المبنى .

والواقع أنه قد فات هذا الرأى إلى أنه فى عقد المقاوله :

١- يجوز أن يقتصر الما قول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى عمله .

٢- كما يجوز أن يتعهد الما قول بتقديم العمل والمادة معاً (مادة ٦٤٧ مدنى) .

وهذا النص لم يفرق فى الحكم بين حالة كون المواد التى قدمها الما قول أكثر قيمة من عمله أو أقل ، فمهما كانت قيمتها فالعقد يجب أن يكون مقاوله وليس بيع . ولذلك فالأرجح هو ما يذهب إليه فريق آخر من الفقه بأن العقد « يعد عقد بيع لشيء مستقبل أو عقد مقاوله وفقاً للمعيارين التاليين : فأما المعيار الأول فهو ما إذا كان يعتد أو لا يعتد فى العقد بالاعتبار الشخصى ، ذلك أنه بينما يعتد بالاعتبار الشخصى فى عقد المقاوله ، لا يعتد بهذا الاعتبار فى عقد البيع . ولهذا يعد العقد عقد مقاوله إذا كان لشخص من يقوم بصنع الشيء اعتبار فى التعاقد (أى كانت قيمة المواد) . وأما المعيار الثانى فهو ما إذا كان من يقوم بصنع الشيء سيقوم بصنعه خصيصاً لحساب الطرف الآخر ، عندئذ يعد العقد عقد مقاوله ، أم أنه كان سيقوم بصنعه أصلاً لحسابه ثم يعرضه بعدئذ ، فيعد العقد عقد بيع لشيء مستقبل .

الفرع الثالث

تمييز عقد البيع عن عقد المقايضة

الأساس فى البيع كما رأينا هو نقل الملكية مقابل ثمن نقدى ، أما المقايضة فهى « عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر ، على سبيل التبادل

ملكية مال ليس من النقود ، (مادة ٤٨٢ من القانون المدني) .

فإذا اتفق البائع على أن يكون المقابل هو شيء معين يملكه المشتري فالعقد مقايضة وليس بيعاً ، وكذلك إذا اتفق شخص مع آخر على أن يبيع له سيارته في مقابل أخذ شيئين يملكهما المتعاقد الآخر إما سيارة أخرى أو مبلغ من النقود ، فالعقد هنا يكون بيعاً أو مقايضة بحسب المقابل الذي يختاره المتعاقد الآخر .

وإذا كان المقابل الذي يلتزم به الطرف الآخر هو مبلغ من النقود وشيء آخر يملكه ليس بالنقود ، فيذهب القضاء الفرنسي إلى أن مثل هذا الاتفاق يتحلل إلى عقدين مقايضة وبيع . وقد إنتقد هذا الرأي على أساس أنه يتجاهل إرادة المتعاقدين من إعتبار مثل هذا الاتفاق وحدة واحدة ، ولذلك فالأصح أن نأخذ بالعنصر الغالب في هذا الاتفاق ، فإذا كان هذا العنصر هو مبلغ من النقود فيعد العقد بيعاً وليس مقايضة . أما إذا كان هذا العنصر الغالب هو الشيء الذي قدمه الطرف الآخر فالعقد مقايضة وما مبلغ النقد الذي التزم به الطرف الآخر سوى المعدل في المقايضة .

أما إذا كان لم يمكن تحديد العنصر الغالب في هذا الاتفاق فلا مناص عندئذ من تحليل العقد إلى شقين « بحيث يعد عقد بيع في حدود الشق النقدي من المقابل ويعد عقد مقايضة في حدود الشق العيني من ذلك المقابل ، فإن لم يكن من الممكن تجزئة العقد على هذا النحو ، فإنه يعد عندئذ عقداً غير مسمى » .

وأخيراً فتدق التفرقة بين عقد البيع وعقد المقايضة عندما يكون المقابل أوراقاً مالية أو سبائك ذهبية أو كمية معينة من الأقطان أو الحبوب . الواقع أن مثل هذا المقابل وإن كان من الممكن معرفة مقداره النقدي بمعرفة أسعار السوق والبورصات ، إلا أن هذا المقدار غير معلوم وقت التعاقد ، ولهذا يعد هذا العقد مقايضة وليس بيعاً ، أما إذا كان المقابل هو إيراد مرتب لدى الحياة . ففي نظر البعض يعد العقد مقايضة لأن المقابل ليس نقوداً وإنما هو الحق في المرتب أو الإيراد . بينما يرى آخرون أن العقد يعد بيع قدر الثمن فيه - وهو نقود - على وجه احتمالي في صورة الإيراد .

الفرع الرابع

التمييز بين عقد البيع وعقد الوديعة

الوديعة هي عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يردّه عيناً (مادة ٧١٨ مدنى) .

وقد تختلط الوديعة بالبيع فى الصورة الآتية : قد يحدث أن يقوم تاجر الجملة بإيداع بعض بضائعه لدى تاجر التجزئة لبيعها ، وقد يقوم مؤلف بوضع بعض مؤلفاته لدى ناشر يتولى بيعها ، فهل يعد مثل هذا الاتفاق بيعاً أم وديعة .

قضت محكمة النقض المصرية فى هذا الصدد بأن « التزام المودع لديه برد الشيء بعينه عند طلبه شرط أساسى فى وجود عقد الوديعة ، فإن انتفى هذا الشرط إنتفى معه معنى الوديعة » (١) . ويرى البعض أن العقد هنا يعد بيعاً معلقاً على شرط واقف إذا كان من تسلم الشيء سيقوم ببيعه لحسابه ويحتفظ لنفسه بفارق الثمن .

والواقع أننا نرى أن مثل هذا العقد يعد عقد وكالة بالبيع وليس بيعاً أو وديعة ، فالبيع يستلزم نقل الملكية فوراً مع دفع المقابل النقدى والأمر ليس كذلك هنا ، والوديعة تستلزم رد الشيء عيناً الأمر الذى لا يتوافر هنا .

الفرع الخامس

التمييز بين عقد البيع وعقد الوكالة

الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل (مادة ٦٩٩ من القانون المدنى) . وقد يشتهر عقد الوكالة بعقد البيع ، فقد

(١) نقض جنائى ١٩٣٢/٢/٢١ مجموعة عمر الجنائية ج ٢ رقم ٢٢٧ ص ٤٨٨ . وانظر أحكام النقض الآتية فى التفرقة بين البيع والوديعة : نقض جنائى ١٩٤٠/١١/٢٥ المحاماة س ٢١ رقم ٢٤٧ ص ٥٤٩ ، نقض مدنى ١٩٣٨/٦/٢٢ مجموعة عمر ج ٢ رقم ١٣١ ص ٤٠١ .

يحدث أن يقوم شخص بتسليم آخر شيء يملكه على أن يقوم الأخير ببيع هذا الشيء للغير ، وقد لا يتبين ماذا يقصده الطرفان من هذا الاتفاق ، هل يقصدان أن يتم العمل القانوني (البيع) لحساب الطرف الأول فيكون العقد وكالة ، أم يقصد أن يتم ذلك لحساب الطرف الثاني فيكون العقد بيعاً يقصد به أن تنتقل الملكية إلى هذا الطرف على أن يبيع الشيء بعد ذلك لحسابه الخاص (١) .

الواقع أن العبرة في هذا الصدد بنية المتعاقدين وبشروط التعاقد ، مع ملاحظة أن هناك ظروفاً قد ترجح تكيف على آخر ، فإذا كان الطرف الثاني يحترف السمسرة أو الوكالة بالعمولة فإن العقد الذي يجريه مع الغير يتم لحساب الطرف الأول فيعتبر العقد وكالة . وكذلك إذا اتفق على أن يدفع الطرف الثاني ثمناً محدداً للأشياء المسلمة إليه بنقض النظر عن الثمن الذي يبيع به هو . فإن العقد يعد بيعاً .

وقد يحدث أن يتفق شخص مع آخر على أن يشركه معه في شيء يشتريه ، فهل يعتبر هذا العقد بيعاً يلزم الطرف الأول أن يبيع للطرف الثاني حصة مع من هذا الشيء ، أم أنه يعد عقد وكالة يشتري بمقتضاه الطرف الأول الشر أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن الطرف الآخر ؟ الواقع أننا نميل إلى إعتبار مثل هذا الاتفاق بيع وليس وكالة .

وقد تختلط الوكالة بالبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير :

والبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير هو البيع الذي يقرر فيه المشتري أنه يشتري لنفسه أو لحساب شخص آخر يحتفظ بإسمه مؤقتاً .

فقد يريد شخص شراء شيء معين من شخص آخر وهو يعلم أنه إذا تق بنفسه للشراء فقد يغالى البائع في تقدير الثمن (بسبب ثراء المشتري مثلاً أو قد يمتنع عن إتمام البيع مثلاً لسبب أو لآخر ، فيتفق مع شخص آخر على أن يقوم بشراء هذا الشيء على أن يحتفظ (الشخص الآخر) لنفسه بحق التقرير بالشراء عن الغير . وهذا المشتري عن الغير لا يمكن أن يعد وكيلاً ، فالوكالة

(١) انظر نقض ١١/٢٦/١٩٦٤ - المجموعة من ١٥ من ١٠٧٣ .

تفترض أن يعلن الوكيل أنه يتعامل لحساب شخص معين ، وقد يريد الشخص الأخير إخفاء اسمه من الصفقة . كما لا يعد هذا المشتري عن الغير وسيطاً مسخراً فالمسخر يقع العقد له ثم يقوم بنقله بعد ذلك إلى من وسطه في الشراء . أما البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير فإن الوسيط يعلن للبائع أنه يشتري لحساب شخص آخر له الحق في الاحتفاظ بإسمه مؤقتاً ، فإذا لم يعلن الوسيط هذا الاسم إعتبر أصيلاً في الصفقة ، أما إذا أعلنه إنعقد البيع لحساب الأصل واعتبر الوسيط نائباً (١) .

ويتحقق هذا البيع كذلك في خصوص من يعلم بحاجة غيره لشيء معين ، فيقوم بشراء هذا الشيء مع التقرير بأنه يشتري عن الغير ، فإذا قبل الغير الصفقة ، أعلن الوسيط عن إسم المشتري ، وإذا لم يقبلها احتفظ بالصفقة لنفسه . وكذلك قد يقوم الشخص بشراء الشيء ويحتفظ لنفسه بالحق في التقرير بالشراء عن الغير ، ثم يبحث عن تكون له مصلحة في هذه الصفقة فيعلن عن إسمه وإلا احتفظ لنفسه بها إذا وجد حاجة في ذلك .

والبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير يجب لتوافره تحقق شرطان :

١- أن يحتفظ المشتري عند الشراء بحقه في التقرير بالشراء عن الغير فيقرر بأنه يشتري لنفسه أو لغيره (٢) .

٢- أن يتفق مع البائع على مدة معينة يعلن خلالها اسم من اشتري له ويغلب أن تكون هذه المدة قصيرة حتى لا يبقى البائع معلقاً مدة طويلة . فإذا لم يعلن المشتري الظاهر عن إسم المشتري الحقيقي في الميعاد المتفق عليه فإنه يبقى مشترياً نهائياً للشيء ، وإذا نزل عن الشيء للغير بعد الميعاد المتفق عليه فإن نزوله يعتبر بيعاً جديداً .

(١) انظر نقض ١٩٦٤/١١/٢٦ - المجموعة - س ١٥ من ١٠٧٣ .

(٢) نقض ١٩٧١/١/٢ - المجموعة - س ٢٢ رقم ٢٦ من ١٤٨ . وانظر نقض ١٩٨١/٤/١٥ المجموعة س ٢٢ من ١١٢٣ .

ويترتب على البيع مع الحق فى التقرير بالشراء عن الغير الأحكام الآتية :

١- أن المشتري الظاهر ليس مجبراً على إعلان اسم المشتري الحقيقى ، فقد يرى أن يحتفظ لنفسه بالصفقة وذلك عن طريق تفويت ميعاد الإعلان . وقد يستفاد هذا الإبقاء للصفقة لمصلحته من مجرد قيامه بالتصرف فى الشيء بأى نوع من أنواع التصرفات .

٢- يجب أن يصدر قبول للصفقة من المشتري الحقيقى وأن يكون هذا المشتري أهلاً للقبول .

٣- أن قبول المشتري الحقيقى للصفقة يجب أن يتم بذات الشروط التى أبرم بها العقد الذى تم بين البائع والمشتري الظاهر . فإذا اختلفت هذه الشروط كنا أمام بيعين مختلفين وليس بيعاً واحداً .

٤- يجوز للمشتري الظاهر أن يطالب بأجر نظير ما قام به من عمل ويتمتع القضاء بسلطة تقديرية فى تحديد هذا الأجر إذا كان يتمثل فى زيادة فى الثمن .

٥- إذا قرر المشتري الظاهر أنه اشترى عن الغير وأعلن اسم الأخير فى الميعاد المتفق عليه ، فإنه يعتبر كأن لم يكن مالكاً أبداً لهذا الشيء ، فتنتقل ملكية الشيء مباشرة من البائع إلى المشتري الحقيقى غير مثقلة بالحقوق والتكاليف التى قررها المشتري الظاهر ، كما لا تتقرر رسوم جديدة على البيع خلاف الرسوم الأولى المحصلة من المشتري الظاهر ، فالبيع واحداً وليس بيعين .

كما يكون من حق المشتري الحقيقى مطالبة البائع بكافة التزاماته المترتبة على البيع مباشرة بدون وساطة المشتري الظاهر . وكذلك فإنه يقع على المشتري الحقيقى عبء تنفيذ التزامات المشتري فى عقد البيع ، فلا يرجع البائع على المشتري الظاهر بشيء .

وإذا كان المشتري الظاهر قد دفع جزءاً من الثمن فإنه يطالب المشتري الحقيقى بوفائه ، إما بدعوى الوكالة إذا كان كان هناك اتفاق بينه وبين المشتري الحقيقى ، وإما بدعوى الإثراء بلا سبب إذا تخلف وجود مثل هذا الاتفاق . وهو

في رجوعه على المشتري الحقيقي بما وفاه لا يتمتع بامتياز البائع فهو ، لم يكن بائعاً في أى وقت من الأوقات . على أنه ليس هناك ما يمنع من أن يلتزم المشتري الظاهر بالثمن قبل البائع فيعتبر كفيلاً عن المشتري الحقيقي ونائباً عنه في الشراء في ذات الوقت .

والبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير لم يتقرر بنص في القانون المدني الفرنسى إلا أن هذا البيع كان معروفاً في البيوع الجبرية وانتقل منها إلى البيوع الاختيارية . فصدرت في فرنسا عدة قوانين للتسجيل أقرت بمشروعيتها في البيوع الاختيارية على شرط أن يحتفظ المشتري الظاهر بحق الاختيار عن المشتري الحقيقي صراحة في العقد ، وعلى شرط أن يقر بإسم المشتري الحقيقي في خلال أربعة وعشرين ساعة ، فإن لم يفعل ذلك وجب عليه أن يدفع رسوم التسجيل مرتين فالبيع لا يعتبر بيعاً واحداً .

أما في مصر فإن القانون المدني المصرى كالقانون المدني الفرنسى لم يتضمن نصاً يجيز مثل هذا البيع ، ومع ذلك فالقواعد العامة لا تحول دون إقراره ، وإن كانت المحاكم المختلطة قد ذهبت إلى أن التقرير بالشراء من الغير لا يجوز إلا في البيوع القضائية .

وعلى أية حال فقد أورد المشرع نصاً في قانون المرافعات يجيز به مثل هذا النظام حيث قضت المادة ٤٤٤ بأنه « يجوز لمن حكم بإيقاع البيع عليه أن يقرر في قلم كتاب المحكمة قبل إنقضاء الثلاثة أيام التالية ليوم البيع أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين إذا وافقه الموكل على ذلك » .

ويشترط لإعمال هذا الحكم ألا يكون المشتري الحقيقي (الموكل) من الأشخاص ممنوعين من الشراء (التقدم للمزايدة) وإلا اتخذ هذا النظام وسيلة للتحايل على أحكام القانون .

ولكن لا يشترط أن يحتفظ الراسى عليه المزاد بحق التقرير بالشراء عن الغير في قائمة البيع بل يكون له هذا الحق ولو لم يعلن ذلك عند تقدمه للمزايدة. وإذا أراد الراسى عليه المزاد إستعمال هذا الحق فعليه أن يعلن إسم موكله (المشتري الحقيقي) وفى خلال المدة الثابتة بالنص ، على أن يكون ذلك فى شكل معين هو تقرير يقدمه إلى قلم كتاب المحكمة ، فلا يجوز أن يتم ذلك بوسيلة أخرى .

وأخيراً فإنه من استعراض أحكام البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير يتبين أن هذا النظام يختلف عن الوكالة بالبيع .

فالوكيل بالبيع لا يبقى البيع لحسابه لأنه لم يتعامل مع البائع لحساب نفسه ، أما من يشتري مع احتفاظه بحق التقرير بالشراء عن الغير فإنه يتعامل من أجل نفسه ومن أجل الغير كذلك ، فله أن يحتفظ بالمبيع أو أن يقرر أنه للغير ، وفي الحالة الأخيرة فقط يعتبر وكيلاً عن المشتري الحقيقي ، إلا أنه ليس ب لازم أن يعلن عن صفته هذه قبل إبرامه للبيع .

هذا وقد قضت محكمة النقض لدينا بأن « تكييف العلاقة القانونية بين المشتري الذي يحتفظ بحق إختيار الغير وبين المشتري المستتر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التي تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين بالنسبة إلى الغير غير جار على إطلاقه ، فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التي يخضع لها شرط إختيار الغير والآثار التي تترتب عليه تناقضاً ، فإسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع ، وبقاء العين في ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه في الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه ، وهي أحكام مقررة في شرط إختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماماً . ولئن كان الفقه والقضاء في فرنسا قد ذهبوا في تبرير إسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول ، وهو أهم ما يقصد من شرط إختيار الغير ، إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير ، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاً مقصوداً على حالة ما إذا أعمل المشتري حقه في إختيار الغير في الميعاد المتفق عليه مع البائع ، أما قبل ذلك أو إذا لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد ، فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة» (١) .

(١) نقض ١٩٥٠/٢/٩ - مجموعة القواعد في ربيع قرن ، قاعدة رقم ١٤٨ من ٣٦٩ وانظر أيضاً نقض ١٩٧٣/١/١١ - المجموعة س ٢٤ رقم ١٤ من ٧٣ .

الفرع السادس

تمييز عقد البيع عن عقد العارية

يختلف عقد البيع عن عقد العارية في أن الأخير عقد يلتزم به المبيع أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستغله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يردّه بعد استعماله (مادة ٦٢٥ مدني) .

وقد تختلط العارية بالبيع في الحالة التي يكون فيها المبيع معبأ في أوعية خاصة ، تسلم إلى المشتري مقابل دفع مبلغ معين يرد له عند قيامه برد الوعاء ففي مثل تلك الحالة يثور التساؤل حول ما إذا كنا بصدد بيع للأوعية تقترن بوعده بإستردادها مقابل رد ما دفعه المشتري وعندئذ لا يكون المشتري ملزماً بالرد ، أو بصدد إعارة للأوعية مقترباً بدفع تأمين عنها ، وعندئذ يكون مستعيرها ملزماً بردها . لا شك أن العبرة في ذلك بنية المتعاقدين . وتتجه محكمة النقض الفرنسية إلى أن العقد يعد في هذه الحالة عقد عارية تقترن بتأمين ما لم يتبين أن إرادة المتعاقدين قد إتجهت إلى البيع قد إقترن بالوعد بإسترداد الأوعية ، .

الفرع السابع

تمييز عقد البيع عن الوفاء بمقابل

الوفاء بمقابل هو قبول الدائن في إستيفاء حقه مقابلاً يستعاض به عن الشيء المستحق له . ويسرى على الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى في مقابله الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وإنقضاء التأمينات ، (مادة ٣٥١) . فيعد الموفى في الوفاء بمقابل في مركز البائع ويعد الموفى له في مركز المشتري فتسرى أحكام البيع على هذه العلاقة فيكون للموفى إمتياز البائع إذا كان له محل ، كما يكون للموفى له الحق في ضمان العيوب الخفية وفي ضمان الاستحقاق . كما تسرى على هذه العلاقة باعتبارها وفاء لالتزام أحكام الوفاء .

فالوفاء بمقابل لا يعد إذن بيعاً بسيطاً وإنما يعد بيعاً مقترناً بعملية تجديد للدين بتغيير محله .

الفرع الثامن

تمييز عقد البيع عن عقد القرض

قد يختلط عقد البيع بعقد القرض في التصورة الآتية : قد يرغب شخص في إقتراض مبلغ معين من آخر ، فيعمد إلى شراء شيء من المقرض بثمن مؤجل ثم يبيعه بثمن معجل فيصبح مدينًا بالثمن المؤجل ويتقاضى في الوقت ذاته الثمن المعجل ويرجع الشيء إلى مالكه كما كان .

الواقع أن مثل هذا البيع إنما يخفى في حقيقة الأمر قرضاً ، فالبايع هنا يعد مقرضاً والمشتري مقترضاً ، أما فوائد القرض فهي الفارق بين ثمن الشراء وقيمة البيع الذي أجراه المقرض ، وقد يلجأ المتعاقدان إلى هذه الوسيلة للتهرب من الأحكام القانونية الخاصة بالحد الأقصى للفوائد ، ومتى تبين للقاضي من نية المتعاقدين أن هذا البيع ما هو في حقيقة الأمر إلا قرضاً برها فاحش ، فعليه إهدار الوصف الذي سبغه المتعاقدان على تعاقدتهما وإجراء أحكام القرض عليه ورد الفوائد إلى حدودها القانونية .

الفرع التاسع

تمييز عقد البيع عن الرهن

قد يختلط عقد البيع بعقد الرهن عندما يتفق في عقد البيع على أن يكون للبائع الحق في إسترداد العين المبيعة خلال مدة معينة مقابل رد الثمن الذي دفعه المشتري مع المصروفات الخاصة بعقد البيع وبالإسترداد وما قد يكون أنفقه المشتري من نفقات أثناء وجود المبيع تحت يده . هذه العملية القانونية تعرف بالبيع الوفائي^(١) وقد كان مشروعاً في مرحلة معينة من مراحل القانون المدني

(١) انظر نقض ١٩٨١/٦/٢٥ - المجموعة س ٢٢ من ١٩٤٨ ونقض ١٩٨٣/٤/١٥ - -

والبيع الوفاى يعد رهناً فى حقيقة الأمر ، فالمشتري يعد هو المقرض أو الدائن المرتهن ، كما يعد البائع هو المقرض أو المدين الراهن ، والشئ المبيع يعد بمثابة المال المرهون . هذا مع ملاحظة أن هناك فارقاً أساسياً فى هذه العملية القانونية بين البيع والرهن . ففى البيع الوفاى يتمتع المشتري والدائن المقرض بضمانة كبرى تتمثل فى إنتقال ملكية الشئ إليه ، أما فى الرهن فإن الدائن المرتهن لا يكتسب على الشئ المرهون إلا حقاً عينياً تبعياً .

وقد كان بيع الوفاء كما أشرنا سابقاً جائزاً وقت صدور التقنين المدنى المصرى القديم حتى تم إلغائه (فى خصوص بيع الوفاء الوارد على عقار) بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣^(١) وذلك لأن بيع الوفاء كثيراً ما يخفى قرضاً برأ فاحش مضموناً برهن وتكون الفوائد الربوية هى حصيلة الفارق بين ثمن البيع والثمن المسترد بمقتضاه المبيع ، كما كان البيع الوفاى يتخذ ذريعة للتخلص من أحكام الرهن وعلى الأخص الحكم الخاص بعدم جواز اشتراط تملك الدائن المرتهن للشئ المرهون عند عدم الوفاء . على أية حال فقد أصبح بيع الوفاء محرماً فى القانون المدنى المصرى الجديد ، حيث قضت المادة ٤٦٥ بأنه « إذا احتفظ البائع عند البيع بحق إسترداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً » .

ومن قضاء النقض فى هذا الشأن ما قضت به المحكمة من أن « عقد البيع الذى يخفى رهناً يستطيع البائع فيه إسترداد المبيع إذا هو رد الثمن إلى المشتري، إنما هو صورة من بيع الوفاء الذى حظره المشرع بالنص على بطلانه فى المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى ، للمتعاقدين أن يثبت بكافة الطرق - ومنها البيّنة والقرائن - أن العقد لم يكن بيعاً باتاً وإنما هو على خلاف نصوصه ، يخفى رهناً ، والغير لا يتقيد بشرط الكتابة فى إثبات ما يخالف العقد المكتوب - والصورية النسبية التى تقوم على إخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلاً على

- المجموعة س ٢٢ ص ٣١٤ ونقض ١٩٨٢/١١/٢٥ - طعن ٢٢٢ س ٤٩ ق و ١٩٨٤/٦/٢١

- طعن ٦٢٤ س ٥١ ق ١٩٨٤/٦/٢٨ - طعن ١١٢ س ٥١ ق و ١٩٨٥/٥/٩ - طعن ٢٤٤ و

٩٥٢ س ٥١ ق و ١٩٨٦/٦/١٥ - طعن ٦٢٢ س ٥٢ ق .

(١) انظر نقض ١٩٨٧/٢/١١ - طعن ١١٩ س ٥١ ق .

الفرع العاشر

تمييز عقد البيع عن عقد الهبة

الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض. فهي بذلك تشبه بالبيع في أنها تنقل الملكية وتختلف عنه في أن هذا النقل يتم دون مقابل، وعلى ذلك إذا ثبت أن البيع قد تم دون مقابل فالعقد هبة وليس بيع (٢). ولكن يدق الأمر عندما يلتزم الموهوب له بدفع عوض ما، فقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٤٨٦ / ٢ مدني بأنه «يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين». فإذا كان الموهوب له قد دفع مقابلاً للشيء الموهوب أي كان هذا المقابل فالعقد يظل هبة ولا ينقلب بيعاً طالما كانت نية التبرع موجودة لدى الواهب، ويظهر ذلك بوضوح إذا كان هذا المقابل قد إشتراط لمصلحة شخص آخر، وقد يكون الشخص الأخير هو المستفيد حقيقة من الهبة (٣).

(١) نقض ١٩٧١/٤/٢٧ - المجموعة - س ٢٢ رقم ٩٠ من ٥٧١، نقض ١٩٧٠/٥/٢٨ - المجموعة - س ٢١ رقم ١٥١ من ٩٥٤، نقض ١٩٨٢/٦/٣٠ طعن رقم ٢٠٧ س ٢٥٠، ١٩٨٤/٦/٢٨ طعن ١١١٣ س ٥١، نقض ١٩٨٤/٦/٢١ طعن ٦٢٤ س ٥١. وانظر نقض ١٩٦٤/١٢/٣ - المجموعة س ١٥ من ١٠٩١، ١٩٦٥/٥/١٣ - المجموعة س ١٦ من ٥٧٧ و ١٩٦٨/٥/٢٥ - المجموعة س ١٩ من ١٠٤٥ و ١٩٦٩/١/٢٣ - المجموعة - س ٢٠ من ١١٤ و ١٩٧٦/٣/١٥ - المجموعة - س ٢٧ من ٦٥٣ و ١٩٨١/٥/٩ - المجموعة س ٣٢ من ١٣٨٨.

(٢) انظر نقض ١٩٤٩/١/٣٠ - طعن ٨٢ س ١٧ ونقض ١٩٣٩/٦/٨ طعن ٧٩ س ٨ق ونقض ١٩٥٦/١/٥ - المجموعة س ٧ من ٤٣ ونقض ١٩٧٢/٦/٢١ - المجموعة س ٢٣ من ١١٤٢.

(٣) قضى بأنه: «إذا كان الظاهر من عقد البيع أنه دفع مقابل ثمن معين، وكان منصوصاً فيه على أن البائع تبرع لولده المشتري بهذا الثمن وعلى أن المشتري التزم بتجهيز اختيه وبالاتفاق عليهما وعلى أمه بعد وفاة أبيه، واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة فإنها لا تكون قد أخطأت في تكييفه، فإن مجرد النص على أن الوالد تبرع بالثمن تكفي لاعتباره -

ومع كل ما تقدم فإن البيع قد يتخذ ستاراً للهبه (١) وتكون الهبة صريحة عندما يذكر في عقد البيع ثمناً ثم يهب البائع الثمن إلى المشتري أو يبرئه منه فهذه هبة صريحة مكشوفة لا مستترة فتسرى على العقد قواعد الهبة ، ما تعلق منها بالشكل والموضوع

وقد تكون هذه الهبة مستترة عندما يذكر مثلاً في عقد البيع أن البائع قد قبض الثمن ولكنه في حقيقة الأمر لم يقبضه ، فالبيع هنا صوري وطبقاً لقواعد الصورية فإن العقد الحقيقي وهو الهبة هو الذي يسرى في علاقة المتعاقدين والخلف العام . غاية الأمر أن هذه الهبة المستترة وإن كانت تخضع لأحكام الهبة الموضوعية ، فهي لا تخضع لأحكامها الشكلية فتعفى من شرط الرسمية (٢) . فقد قضى المشرع في المادة ٤٨٨ بأن : تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر ، (٣).

-العقد هبة مكشوفة ، أما ما التزم به الموهوب له في ذيل هذا العقد من تجهيز لختيه ومن الاتفاق عليهما وعلى والدته بعد وفاة أبيه فلا يعدل أن يكون مقابلاً ولا يخرج عقدهما عن طبيعته ، نقض ١٩٤٦/٥/٢٢ - طعن ٨٨ س ١٥ ق ١ .
(١) انظر نقض ١٩٥١/٤/٥ - طعن ١٧٧ ص ١٨ ق ١ .

(٢) قضى بأنه : إذا كان الظاهر من صريح نصوص العقد المسجل وملابساته أنه عقد تملك قطعي منجز ، وأن الملكية قد انتقلت بموجبه قدرأ إلى المتصرف إليه ، فإن اتفاق البائع والمشتري على بقاء العين المبيعة تحت يد البائع بعد البيع لينتفع بها هو طول حياته لا يمنع من أن تكون ملكية الرقبة قد إنتقلت فوراً ، ومن الخطأ الحكم باعتبار هذا العقد وصية ، وإذا كان المستخلص من كافة ظروف الدعوى أن المشتري - وهو حفيد البائع - لم يكن في حالة تمكنه من دفع الثمن المبين في العقد ، وأن هذا الثمن لم يكن إلا صورياً ، فإن العقد يكون في الحقيقة عقد تبرع ولكنه منجز ، أي هبة مستترة في عقد بيع وهي صحيحة ولو لم تكن بعقد رسمي ، نقض ١٩٣٩/٤/١٢ - طعن رقم ٥١ س ٨ ق ، وفي ذات المعنى نقض ١٩٣٢/٦/٧ طعن ٧ س ٢ ق

(٣) قضى بأنه : إذا كان البين من عقد البيع أنه ينص على أن المورث قد باع العقار محل النزاع إلى نفسه بصفته ولياً شرعياً لأولاده القصر ودفع الثمن تبرعاً منه لأولاده المذكورين ورات المحكمة أن الادعاء بأن دفع المورث الثمن بصفته ولياً شرعياً بغيره أنه من مال القاصر لا يتسق وباقي عبارات العقد من أن المورث قد تبرع بالثمن ووجهه لأولاده القصر الذي اشترى العقار لهم والتزم بعدم الرجوع في تبرعه بما يدل على أنه قد تبرع بالثمن في العقد الأمر الذي يلحظ عن أن المتصرف هبة سافرة ، وليس بيعاً إذا لم =

وقد قضت محكمة النقض المصرية فى هذا الشأن ، بأن المادة ٤٨٨ من القانون المدنى تجيز حصول الهبة تحت ستار عقد آخر . كل ما يشترطه القانون لصحة الهبة المستترة أن يكون العقد الساتر للهبة مستوفياً الشروط المقررة له فى القانون ، (١).

الفرع الحادى عشر

تمييز البيع عن الوصية

الوصية هى تملك للعين بلا مقابل مضاف إلى ما بعد الموت . فهى تعادل البيع فى أنها تنقل الملك ، إلا أنها تختلف عنه فى أمور : الأمر الأول أن هذا التملك لا يتم فوراً كما فى البيع وإنما يتراخى حدوثه إلى ما بعد الوفاة ، والأمر الثانى أن هذا التملك لا يتم فوراً كما فى البيع وإنما يتراخى حدوثه إلى ما بعد الوفاة ، أما الأمر الثالث الذى يختلف فيه الوصية عن البيع فهو أن العقد الأخير لا بد فيه من توافق إرادتين هما إرادة البائع والمشتري ، أما الوصية فهى تحدث بإرادة الموصى وحده بل إنها ترتب أثرها عند وفاة الموصى ولو لم يعلم بها الموصى له .

وقد يتخذ البيع ساتراً للوصية وذلك تحايلاً على أحكام القانون المقيدة لحرية الإيصاء فمن المعلوم أن الوصية لا تنفذ من غير إجازة الورثة إلا فى حدوث ثلث التركة (مادة ٧٣ من قانون الوصية) . فيلجأ الطرفان إلى إظهار الوصية بمظهر البيع فيذكر فى العقد ثمن صورى لم يلتزم به المشتري فى

- تستوف بيانات العقد أحد أركان البيع وهو الثمن ومن ثم فلا يصلح لستر الهبة الحاصلة بموجبه والتي تعتبر باطلة لعدم إتخاذها الشكل الرسمى ولا تعتبر وصية لأن العقد غير محرر بخط المورث ولم يصدق على توقيعه عليه ، فإن الحكم المطعون فيه إننا خالف هذا النظر يكون مخطئاً فى تطبيق القانون ، نقض ١٩٧٨/٣/٢٩ - المجموعة - س ٢٩ من ٨٩١ ، وفى ذات المعنى نقض ١٩٨٢/٥/١٣ - المجموعة س ٢٣ من ٥١٧ .

(١) نقض ١٩٧٩/٣/١٤ - المجموعة س ٣٠ من ٩٨٤ ونقض ١٩٨٣/١٢/١٥ - المجموعة س ٢٤ من ١٨٢٣ .

حقيقة الأمر كما يحرصان على أن تبقى للبائع المزايا العملية للملكية فيحتفظ
البائع بحق الانتفاع بالعين المبيعة طوال حياته وقد يشترط هذا البائع على
المشتري منع التصرف في العين المبيعة طوال حياة البائع . وقد أثير مثل هذا
التصرف كثيراً في القضاء المصري ، وقد إستقرت أحكام هذا القضاء على حق
المحاكم في إستخلاص قرينة قضائية تفيد أن التصرف وصية لا بيع (١) . والورثة
وهم الذين لهم الحق في إثبات صورية هذا البيع الذي تم تحايلاً على أحكام
القانون ، يكون لهم هذا الحق في إثبات الصورية بأية طريق من طرق الإثبات
حتى بالبيئة والقرائن .

ومن القرائن القضائية التي إستخلصتها المحاكم وإعتبرت بمقتضاها
التصرف وصية لا بيع كون التصرف المطعون فيه قد تم دون مقابل وقد يظهر
ذلك إذا قام البائع بإبراء المشتري من الثمن أو كان المتصرف إليه فقيراً لا
يستطيع دفع الثمن بأي حال . وكذلك قد تستخلص هذه القرينة من كون
المتصرف قد ظل محتفظاً بحق الانتفاع بالعين المتصرف فيها طوال حياته ، أو أن
المتصرف إليه لم يكن يعلم بحصول التصرف إطلاقاً .

ولكن إذا ثبت أن التصرف قد تم بمقابل ، عندئذ لا يأخذ هذا التصرف حكم
الوصية حتى ولو إحتفظ البائع بحق الانتفاع بالعين المبيعة طوال حياته ، بل
وحتى لو إشتراط على المشتري ألا يتصرف في العين طوال حياة البائع ، فمثل
هذه الشروط جائزة قانوناً ولا يترتب على مجرد إقترانها بالبيع إعتباره وصية .
وكذلك إذا ثبت أن المتصرف قد تم بدون مقابل ولكن مع إنتقال ملكية العين فعلاً
وفوراً إلى المتصرف إليه ، فإن التصرف هنا لا يعد وصية كذلك ، وإنما يكون إما
هبة صريحة أو مستترة على حسب الأحوال ، فلا تنطبق على مثل هذا التصرف
قواعد الوصية .

على أية حال فإنه إلى جانب القرائن القضائية التي يستطيع القضاء

(١) انظر نقض ١٩٦٩/١/٢ - المجموعة - س ٢٠ رقم ٤ من ٢٢ ، نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ -
المجموعة - س ٢٥ رقم ١٢٥ من ٧٦١ ، نقض ١٩٦٨/١١/١٤ - المجموعة س ١٩ رقم ٢٠٥
من ١٣٦٢ .

إستخلاصها من ظروف التصرف ، فقد حرص التقنين المدنى على تقرير قرينة قانونية يستفاد من توافرها أن التصرف وصية لا بيع . فقضت المادة ٩١٧ مدنى بأنه « إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة بحياسة العين التى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته إعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك » .

شروط إعمال القرينة القانونية على التحايل ،

الشرط الأول ،

أن يكون المتصرف إليه بالبيع (وتأخذ الهبة حكم البيع فى هذا الشأن) من الورثة للمتصرف . فإذا لم يكن المتصرف إليه وارثاً إمتنع على المدعى التمسك بهذه القرينة وعليه أن يلجأ إلى طرق أخرى لإثبات حقيقة التصرف .

ولكن ما هو الوقت الذى يعتد به لتحديد صفة المتصرف إليه من كونه وارثاً أم لا ؟ يأخذ فى هذا الصدد بوقت وفاة المتصرف ، ففى هذا الوقت يتحدد الورثة أم أن يأخذ بوقت صدور التصرف ، فمن كان وارثاً فى هذا الوقت إنطبقت القرينة حتى ولو لم يصبح كذلك عند وفاة المتصرف ؟

اختلف الفقه فى هذا الشأن .

يذهب اتجاه أول إلى أن العبرة فى تحديد صفة الوارث هو بوقت وفاة المتصرف لا بوقت انعقاد التصرف . فمن كان وارثاً وقت التصرف . ولم يكن وارثاً وقت الوفاة وجب إعتباره غير وارث . حيث أن هذه هى نفس القاعدة المطبقة شرعاً وقانوناً فى البيع لوارث فى مرض الموت . « فالعبرة هناك فى تحديد صفة الوارث إنما تكون بالرجوع إلى وقت الموت لا وقت البيع وهذا طبيعى حيث أنه لا يمكن وصف الشخص بأنه وارث إلا إذا قام بالفعل سبب الإرث وقت إستحقاقه ، ثم أن الوصية لا تثبت إلا بموت الموصى مصرّاً عليها » .

ويذهب اتجاه آخر إلى أن قياس هذه القاعدة على قاعدة التصرف الصادر من المورث فى مرض الموت هو قياس مع الفارق « ذلك أنه فى حالة البيع لوارث فى مرض الموت لا تعد صفة الوارث قرينة على نية الإيصاء . أما فى حالة

التصرف لوارث مع إحتفاظ المتصرف بالحيازة والانتفاع طوال حياته ، فإن صفة الوارث تعد عنصراً من عناصر القرينة التى أقامها المشرع على توافر نية الإيصاء، ولما كان تحديد نية المتصرف يجب أن يكون وقت صدور التصرف فإنه يجب الرجوع إلى هذا الوقت لتحديد ما إذا كان المتصرف إليه ثبتت له صفة الوارث التى تعد عنصراً أساسياً من عناصر القرينة التى أقامها المشرع على إتجاه نية المتصرف إلى الإيصاء . يضاف إلى ذلك أن إعتداد الفقه الإسلامى بوقت الوفاة فى تحديد صفة الوارث مرتبطة بالأساس الذى يقوم عليه عدم نفاذ البيع لوارث فى مرض الموت إلا إذا أجازته الورثة ، فهذا الحكم الشرعى الذى لم يأخذ به القانون الوضعى يقوم على أساس وجوب عدم حصول الوارث على ما يزيد على نصيبه الشرعى دون إجازة باقى الورثة ولهذا كان لا بد من الرجوع إلى وقت الوفاة باعتباره وقت الميراث لتحديد ما إذا كان من اشترى من المورث فى مرض الموت وارث أو غير وارث . ولما كان هذا الاعتبار الذى يقوم على أساسه حكم الشريعة الإسلامية واتجاه فقهاء لا يتوافر فى حالة التصرف لوارث مع إحتفاظ المتصرف بالحيازة والانتفاع طوال حياته ، كان القياس غير جائز . ولهذا يرى هذا الفقه ، أن الوقت المعتبر فى تحديد صفة الوارث فى حالتنا لا يجب أن يكون وقت الوفاة ، وإنما وقت صدور التصرف باعتباره الوقت الذى يجب الرجوع إليه لتحديد نية المتصرف ، ومن ثم يجب الرجوع إليه لتحديد توافر عناصر القرينة التى أقامها المشرع على إتجاه هذه النية إلى الإيصاء .

وفى مجال المفاضلة بين الرايين السابقين ، تؤيد الرأى الثانى ، فبالإضافة إلى ما به من منطق فإنه يجب ألا ننسى أن نص المادة ٩١٧ من القانون المدنى المصرى يتحدث عن موقف معين يختلف هذا الموقف أساساً عن موقف المريض مرض الموت والذى قد يصدر عنه تصرف معين . فالموقف الأول خاص بشخص أراد أن يحابى أحد ورثته فيقوم بإبرام بيع صورى لهذا الوارث المحتمل يحتفظ فيه بحق الانتفاع مدى حياته وبحيازة الشئ المبيع ، فالإرادة قد إتجهت إلى التصرف لشخص يتمتع بصفة الوارث وقت صدور التصرف . ولذلك يجب لمعرفة صفة الوارث المتصرف إليه أن يرجع إلى وقت صدور التصرف ، فهذا الوقت هو الذى يتفق مع حقيقة نية المتصرف وعلى ذلك لا تتوافر شروط القرينة على التحايل إذا تم التصرف لشخص لم يكن وارثاً وقت صدور التصرف ثم أصبح كذلك عند وفاة المتصرف .

الواقع أن السبب في التجاء المتصرف إلى هذه الوصية المستترة لأحد ورثته هو أن الوصية للوارث كما قلنا لا تنفذ بغير إجازة الورثة إلا في حدود ثلث التركة وقد يحدث ألا يكون للمورث ابن يرثه فيلجأ إلى هذه الوصية المستترة لابنته أو زوجته بكل ماله ، حيث لا يريد لها وصية لا تنفذ إلا في حدود الثلث .

وإذا تصرف المورث إلى غير وارث واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع وبحياة العين المتصرف فيها ، هنا لا يتوافر الشرط الأول لإعمال القرينة القانونية على التحايل وبالتالي لا يمكن إعمال حكم المادة ٩١٧ من القانون المدني . ومع ذلك فقد يؤخذ من هذا التصرف ومن ظروفه عناصر قرينة قضائية بأن هذا التصرف وصية لا بيع . ويحدث ذلك غالباً عندما يكون ورثة المتصرف من غير الأقربين ويريد أن تذهب أمواله إلى من كان له به علاقة وثيقة من غير الورثة .

الشرط الثاني ،

ويستفاد أيضاً من نص المادة ٩١٧ بأنه يشترط أن يحتفظ المتصرف بأية طريقة كانت بحياة العين التي تصرف فيها ^(١) . واحتفاظ المتصرف بحياة العين المتصرف فيها . قد يحدث بوسيلة من عدة وسائل . فقد يشترط وجود الحياة لديه بشرط في التصرف ، ونرى أن اشتراط منع المتصرف إليه من التصرف في العين طوال حياة المتصرف لا ينهض قرينة على وجود العين في حياة المتصرف . فبرغم وجود الشرط المانع فقد توجد العين مع ذلك في حوزة المتصرف إليه . ولكن تستفاد حياة المتصرف للعين المبيعة إذا استبقى لنفسه في التصرف ، الحق في الانتفاع كما يمكن تحقيق حياة المتصرف للعين عن طريق إستئجاره لها من المتصرف إليه طوال حياته بأجر يحصل على مخالصة به دون أن يدفع شيئاً . وتستفاد حياة المتصرف للعين من مثل هذه الظروف ومن إستمراره مثلاً في دفع الضرائب والتكاليف المقررة على العين أو التقاضى بشأنها .

(١) نقض ١٩٧٢/٢/٧ - المجموعة - س ٢٢ رقم ٤٧ من ٢٩٨ ، نقض ١٩٦٧/١٢/١٩ - المجموعة - س ١٨ رقم ٢٨٦ من ١٨٨٥ ، نقض ١٩٧٢/٢/٦ - المجموعة س ٢٤ رقم ٢٨ من ١٥١ .

أن يحتفظ المتصرف بحقه فى الانتفاع بالعين المتصرف فيها مدى حياته .
ويكون للمتصرف مثل هذا الحق إستناداً إما إلى حق عينى بأن يحتفظ لنفسه
بحق الانتفاع عن طريق شرط فى التصرف ، وإما عن طريق حق شخصى بأن
كان المتصرف مستأجراً للعين أو مستعيراً لها طوال حياته .

فلا يكفى مجرد الانتفاع الفعلى إن لم يستند إلى حق قانونى يخوله . هذا
وقد قضت محكمة النقض بأن « المقصود من الاحتفاظ بالحق فى الانتفاع وفقاً
للمادة ٩١٧ مدنى هو أن يكون المتصرف هو المنتفع بالعين مدى حياته مستنداً
إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريده منه . ويكون ذلك إما عن طريق
إشتراط المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين ، أو عن طريق الإيجار مدى
الحياة ، أو عن طريق آخر مماثل . ومن ثم لا يكفى لقيام القرينة القانونية أن
يحتفظ المتصرف بالحياة والانتفاع لحساب الغير ولو كان ذلك لدى حياة
المتصرف ، إذ يكون الحق فى الانتفاع فى هذه الحالة مقررراً لهذا الغير . كما لا
يكفى أن ينتفع المتصرف بالعين إنتفاعاً فعلياً حتى وفاته ، دون أن يكون مستنداً
فى هذا الانتفاع إلى مركز قانونى يخول له حقاً فى الانتفاع . ومفاد ما تنص
عليه المادة ٩١٧ مدنى هو أن القرينة التى تضمنتها لا تقوم إلا باجتماع شرطين:
أولهما هو احتفاظ المتصرف بحياة العين المتصرف فيها ، وثانيهما احتفاظه
بالحق فى الانتفاع بها ، على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته . فإذا كان
الحكم المطعون فيه قد إنتهى بأسباب سائغة إلى أن حياة المورث للأعيان المبيعة
منه إلى ورثته وإستغلاله لها بعد البيع لم يكن لحساب نفسه ولكن لحسابهم
تنفيذاً للتوكيل الصادر منهم إليه ، فإن الحكم يكون قد نفى احتفاظ المورث
بحقه فى الانتفاع بالأعيان المتصرف فيها مدى حياته ، مما تنتفى معه القرينة
القانونية الواردة فى المادة ٩١٧ مدنى ، (١) .

(١) انظر الأحكام الآتية التى فرقت بين البيع والوصية وبين البيع والهبة : نقض ١٩٢٨/٦/٢٢
- مجموعة عمر ج ٢ رقم ١٢٢ ص ٤٠١ ، نقض ١٩٢٨/٦/٢٢ - المرجع السابق - ج ٢ رقم
١٣٤ ص ٤٠٢ ، نقض ١٩٣٩/٤/١٣ - المرجع السابق - ج ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧ ، نقض
١٩٤٨/٢/١١ - المرجع السابق - ج ٥ - رقم ٢٨٦ ص ٥٦٤ ، نقض ١٩٤٥/٢/٨ - -

= المرجع السابق - ج ٤ رقم ٢١٨ من ٥٨٧ ، نقض ١٩٤٩/٥/١٩ - المرجع السابق - ج ٥
رقم ٢٨٦ من ٥٦٤ ، نقض ١٩٤٥/٣/٨ - المرجع السابق - ج ٤ رقم ٢١٨ من ٥٨٧ ، نقض
١٩٤٩/٥/١٩ - المرجع السابق - ج ٥ رقم ٤٢٢ ، من ٧١٨ ، نقض ١٩٣٩/٦/٨ - المرجع
السابق - ج ٢ رقم ١٨٨ من ٥٧٤ ، نقض ١٩٤٩/١٢/٢٩ - المجموعة - س ١ رقم ٤٤ من
١٥٢ ، نقض ١٩٥١/١٢/٢٠ - المجموعة - س ٣ رقم ٤٦ من ٢٥٦ ، نقض ١٩٥٢/١/٢٤ -
المجموعة - س ٣ رقم ٦٩ من ٤٠٦ ، نقض ١٩٥٠/٣/٢٠ - المجموعة - س ١ رقم ٧٦ من
٢٨٩ ، نقض ١٩٥٢/٣/٦ - المجموعة - س ٣ رقم ١٠٢ من ٥٩٧ ، نقض ١٩٥٢/٤/١٠ -
المجموعة - س ٢ رقم ١٣٠ من ٨٩٧ ، نقض ١٩٥٢/٥/٢٢ ، المجموعة - س ٣ رقم ١٧٢
من ١١٢٠ ، نقض ١٩٥٤/١٠/٢٨ ، المجموعة - س ٦ رقم ١ من ٣٢ ، نقض ١٩٥٦/١/٥ -
المجموعة - س ٨ رقم ٢ من ٤٣ ، نقض ١٩٥٦/١/٢٦ - المجموعة - س ٧ رقم ١٥ من ١٢٥ ،
نقض ١٩٥٦/٢/٢ - المجموعة - س ٧ رقم ١٢ من ١٤٨ ، نقض ١٩٥٦/٢/٩ - المجموعة
- س ٧ رقم ٢٦ من ٢٠٥ ، نقض ١٩٥٦/٣/١٥ - المجموعة - س ٧ رقم ١٤٥ من ٣٠٦ .
وانظر في شروط أعمال القرينة الواردة بنص المادة ٩١٧ مدنى لحكام التقنين الآتية :
يشترط لأعمال القرينة أن يكون المتصرف إليه وارثاً للمتصرف : نقض ١٩٧٩/٤/٥ طعن
١١٣ س ٤٦ ق ، نقض ١٩٦٨/١١/١٤ الطعن ٤٨٧ س ٣٤ ق . عدم انطباق المادة ٩١٧ إننا لم
يكن المتصرف إليه وارثاً : نقض ١٩٧٥/٦/٢٦ طعن ١٥٥ س ١٤ ق ، نقض ١٩٧١/٣/١١
طعن ٣٦٩ س ٣٦ ق و ١٩٦٩/١/٢ طعن ٥٧٧ س ٣٤ ق ، ١٩٧٧/٢/١ طعن ٦٥ س ٤١ ق .
يجب أن يحتفظ المورث بحيازة العين التي تصرف فيها مدى حياته : نقض ١٩٧٣/١/٣٠
طعن ٤٧١ س ٣٧ ق ، وإن يحتفظ بحقه في الانتفاع بها مدى الحياة : نقض ١٩٧٣/٢/٦
طعن ٩ س ٣٨ ق و ١٩٧٢/٣/٧ طعن ٨٩ س ٣٧ ق ، ١٩٧٠/٦/١٦ طعن ١٨١ س ٣٦ ق ،
١٩٧٧/٤/١٠ طعن ١٠٩ س ٣٨ ق ، ١٩٧٢/٣/٧ طعن ٨٩ س ٣٧ ق ، نقض ١٩٧٠/٦/١٦
طعن ١٨١ س ٣٦ ق ، ١٩٦٨/٤/١٨ طعن ٢٩٤ س ٤ ق ، ١٩٦٧/١٢/١٩ طعن ١٦٤ س ٣٢ ق ،
١٩٧١/١٢/٣١ طعن ٢٧٧ س ٣٦ ق ، نقض ١٩٦٩/٤/١ طعن ١٥١ س ٣٥ ق ، نقض
١٩٦٨/٤/١٨ طعن ٢٩٤ س ٣٤ ق ، ١٩٦٧/١٢/١٩ طعن ١٦٤ س ٣٢ ق ، ١٩٦٥/٦/٢٤
طعن ٤٠٩ س ٣٠ ق ، ١٩٦٦/١٠/٢٥ طعن ٦٩ س ٣٢ ق و ١٩٦٦/١١/٢٩ طعن ١٨٧
س ٣٢ ق ، ١٩٦٥/٦/٢٤ طعن ٤٠٩ س ٣٠ ق ، ١٩٦٤/٥/١٤ طعن ١٦٧ س ٢٩ ق ،
و ١٩٦٣/٤/٢٥ الطعنان ٤٥٩ و ٤٧١ س ٢٦ ق ، عدم جواز التمسك بقرينة المادة ٩١٧ لأول
مرة أمام محكمة النقض : نقض ١٩٧٨/٣/١٤ طعن ٢٩٤ س ٤٤ ق ، ١٩٨١/١١/١١ طعن
٦٠٨ س ٤٤ ق ، ونقض ١٩٨١/٦/٤ طعن ٣٧٢ س ٤٧ ق ، ١٩٨١/٥/٢٧ طعن ٦٥٢
س ٤٨ ق ، ١٩٨١/٢/٢٥ طعن ٦٨٨ س ٤٨ ق ، ١٩٧٣/١٢/١٨ طعن ٢٣٩ س ٣٨ ق ، جواز
التمسك بها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف : نقض ١٩٧٨/١١/٢٨ طعن ٨٥٥ س ٤٥ ق ،
القرينة القضائية المستفادة من نص المادة ٩١٧ في حالة التصرف إلى غير وارث =

ويقع عبء إثبات إحتفاظ المتصرف بالحيازة والانتفاع على الوارث الطاعن فى هذا التصرف أو على الدائن ، كما يمكن للمتصرف نفسه أن يطعن فى تصرفه على أساس أنه وصية لا بيع فيقع عليه عبء إثبات ذلك .

ويلاحظ أخيراً أن هذه القرينة القانونية ليست بالقرينة القاطعة ، بل يجوز إثبات عكسها عن طريق تقديم قرائن أخرى قضائية على ذلك . فيجوز للمشتري من المورث أن يثبت أن هذا التصرف «و بيع لا وصية ، ودليكه على ذلك أن البيع قد سجل وقد نقل التكليف إليه أو أن البائع قد تنازل عن حقه فى الانتفاع ، أو أن إحتفاظه بالعين إنما يرجع « إلى أن المشتري مازال قاصراً وقد باشر البائع الحيازة نيابة عنه باعتباره وليه ، وإن إحتفاظ البائع بمنفعة العين مدى حياته مقابل إنقاص الثمن بما يتناسب مع هذه المنفعة .

فإذا أمكن للمتصرف إليه دحض هذه القرينة القانونية بإثبات عكسها إعتبر التصرف بيعاً منجزاً أو هبة منجزة فتسرى عليه أحكام البيع والهبة لا أحكام الوصية . أما إذا لم يفلح فى ذلك فإن القرينة القانونية تأخذ مداها وإعتبر التصرف وصية لا بيع أو هبة وبالتالي لا تنفذ فى حق الورثة فيما يجاوز الثلث إلا إذا أجازوها ، ولا تسرى فى حق دائنى التركة أصلاً بل يقدم حق الدائن على حق الموصى له ويجوز للموصى فى حال حياته أن يعدل عن الوصية فتسقط بالعدول عنها ، وكذلك تسقط إذا مات الموصى له قبل موت الموصى « .

خطة البحث فى عقد البيع :

بعد أن عرضنا لأركان عقد البيع وللتمييز بينه وبين العقود الأخرى التى قد يختلط بها ويتشابه ، ندرس بعد ذلك هذا العقد فى بابين :

- خضوعها لمطلق تقدير محكمة الموضوع : نقض ١٩٧٥/٦/٢٦ طعن ١٥٥ س٤١ ق ١٩٧١/٢/١١ طعن ٣٦٩ س٣٦ ق ١٩٦٩/١/٢ و ١٩٦٩/١/٢٢ طعن ٥٧٧ س٣٤ ق ١٩٦٨/٤/١٨ طعن ٢٩٤ س٣٤ ق ١٩٦٧/١٢/١٩ طعن ١٦٤ س٣٢ ق ونقض ١٩٦٩/٤/٢٢ طعن ٧٩ س٣٥ ق . للوارث الحق فى إثبات أن العقد يخفى وصية ، بكل طرق الإثبات : نقض ١٩٦٨/٤/١٨ طعن ٢٩٤ س٣٤ ق . قبول قرينة المادة ١١٧ للدليل العكسى : نقض ١٩٦٧/١٢/١٩ طعن ١٦٤ س٣٢ ق ، و ١٩٦٤/٥/١٤ طعن ١٦٧ س٢٩ ق و ١٩٦٢/٤/٢٥ المشار إليه من قبل .

الباب الأول

أركان عقد البيع

تمهيد وتقسيم :

يعد عقد البيع من العقود الرضائية حيث ينعقد هذا العقد ويرتب آثاره بمجرد حصول التراضي دون حاجة إلى إفراغه في شكل معين ، ولذلك يعد التراضي هو الركن الأساسي في عقد البيع ، أما ما يقال بعد ذلك من وجود أركان أخرى للعقد كالمحل والسبب ، فحقيقة الأمر أن هذه ليست بالأركان إنماتعد قيوداً ترد على مضمون التراضي ، فالتراضي يجب أن يكون له سبب مشروع ، كما يجب أن يكون مضمونه ممكناً ومشروعاً .

والتراضي في عقد البيع لا يأخذ شكلاً واحداً بل قد تتعدد صورته وأشكاله وعلى هذا ندرس أركان البيع في فصلين :

الفصل الأول : وجود التراضي في عقد البيع .

الفصل الثاني : صور التراضي في عقد البيع .

الفصل الأول

وجود التراضى فى عقد البيع

تمهيد وتقسيم :

تقضى القواعد العامة بأن « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » (مادة ٨٩ من القانون المدنى) .

وقد حرص القانون المدنى على بيان ما يجب أن يشملته هذا التراضى ، فتقضى المادة ٩٥ مدنى بأنه « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، إعتبر العقد قد تم . وإذا ما قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة » .

فالتراضى يجب إذن أن يشمل المسائل الجوهرية فى عقد البيع ، فما هى هذه المسائل ؟ رأينا أن البيع ما هو إلا انتقال للملكية الشئ أو الحق المالى مقابل مبلغ من النقود ، فعناصر البيع الأساسية إذن هى نقل الملكية للشئ أو الحق والثمن وهذا ما يجب أن يشملته التراضى ، فندرس فى هذا الفصل المسائل الآتية :

المبحث الأول : التراضى على المبيع .

المبحث الثانى : التراضى على الثمن .

المبحث الأول

التراضى على المبيع

خطة البحث :

يجب قبل أن يقع التراضى على المبيع ذاته ، أن يقع هذا التراضى أولاً على البيع بأن تتجه إرادة الطرفين إلى هذا العقد ، فإذا إتجهت إرادة طرف إلى البيع

بينما إتجهت إرادة الطرف الآخر إلى عقد آخر . فالعقد لا ينعقد حتى ولو سمي الطرفان هذا العقد بيعاً (١) .

وبجانب هذا التراضى على البيع ذاته ، يجب أن يتحقق أيضاً على المبيع والتراضى على المبيع لا يتحقق إلا إذا تناول شيئاً موجوداً ومعيناً وصالحاً للتعامل فيه ومطوئاً للبائع . وعلى ذلك تتحدد مسائل هذا المبحث .

الفرع الأول : وجود المبيع .

الفرع الثانى : تعيين المبيع .

الفرع الثالث : صلاحية التعامل فى الشيء المبيع .

الفرع الرابع : ملكية البائع للمبيع .

الفرع الأول

وجود المبيع

وجود المبيع أو قابليته للوجود :

لا تختلف الشروط اللازم توافرها فى المبيع عن الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام بصفة عامة . ومن هذه الشروط أن يكون المبيع موجوداً أو قابلاً للوجود . فإذا لم يوجد المبيع وقت إنعقاد البيع ، كان البيع باطلاً لتخلف المحل . وعلى ذلك فإن حوالة حق تقادم أو إنقضى لا تعد بيعاً ، وإيضاً فإن بيع أسماك فى بحيرة ، أو بيع شيء هلك قبل البيع ، يعد بيعاً باطلاً . أما إذا كان هلاك الشيء جزئياً فإن البيع لا يكون باطلاً فى مجموعه ، وإنما يبطل فقط بالنسبة للشق الذى هلك ما لم يتبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الهالك . وإذا بيعت عدة أشياء بثمن إجمالى وهلك بعضها قبل العقد فيرى البعض أن البيع يعد باطلاً هنا ، بينما يرى آخرون أنه ليس للمشتري أن يتمسك بالبطلان إلا إذا أثبت أن نيته قد اتجهت إلى شراء الكل دون البعض . أما إذا تحددت للأشياء المبيعة فى صفقة واحدة أثماناً محددة وهلك بعضها فإن

(١) انظر نقض ١٩٦٩/٦/١٩ - المجموعة س ٢٠ من ١٠١٧ .

العقد لا يبطل إلا بالنسبة للأجزاء الهالكة . وكذلك يعد بيع أسهم الشركة الباطلة بيعاً باطلاً . وكذلك أيضاً بالنسبة لبيع أسهم شركة حكم ببطلانها بعد البيع .

يشترط إذن فى البيع أن يكون موجوداً . ومع ذلك لا يشترط أن يكون موجوداً حالاً بل يكفى لانعقاد العقد أن يكون هذا المبيع محتمل الوجود أى له وجود فى المستقبل . فنعرض إذن لبيع الأشياء المستقبلية :

بيع الأشياء المستقبلية :

تقضى المادة ١/١٣١ من القانون المدنى بأنه « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً » . فبيع الشيء المستقبل جائز ، ومن ذلك مثلاً بيع المصنع لبعض منتجاته التى لم يتم إنتاجها بعد ، أو بيع منزل لم يتم بنائه بعد ، وكذلك بيع المحاصيل المستقبلية قبل إنباتها .

وفى خصوص بيع الأشياء المستقبلية يجب أن نميز بين أن يكون البيع قد ورد على مجرد فرصة قد تتحقق وقد لا تتحقق ، وبين بيع الشيء المستقبل المحقق الوجود . وقد بين حكم محكمة استئناف مصر حكم هذا البيع بنوعيه فقد قضى هذا الحكم بأن « بيع الأشياء المستقبلية نوعان :

الأول : يجازف فيه المشتري فى وجود المبيع نفسه وهو ما يسمى ببيع الغرر كببيع أوراق اليانصيب أو بيع الصياد ضربة شبكته .

والثانى : يجازف فيه المشتري فى قدر المبيع وكميته فقط ، ك شراء الفحم الذى ينتج من قاطرات السكك الحديدية فى مدة مستقبلية ومنطقة معينة . وحكم النوع الأول أنه ينعقد منجزاً ويجب على المشتري أداء الثمن مهما كانت النتيجة وجد المبيع أم لم يوجد . وحكم النوع الثانى أن يكون معلقاً على شرط واقف هو وجود المبيع فى المستقبل مهما كان مقداره . ويشترط فى النوعين أن يكون وجود المبيع أو عدم وجوده متروكاً رهن ظروف لا دخل لأحد المتعاقدين فيها^(١) .

وللتمييز بين نوعى البيع المستقبل السابق بيانهما ، يرجع إلى نية المتعاقدين وإلى ظروف التعاقد وخصوصاً الثمن المتفق عليه وعلاقته بقيمة المبيع

(١) استئناف مصر ١٨/١١/١٩٤٨ - المجموعة الرسمية س ٥٠ رقم ٨١

فإذا كان الثمن مقارباً لقيمة المبيع كان البيع معلقاً على شرط واقف هو وجود البيع . أما إذا كان الثمن لا يتناسب مع قيمة المبيع عدّ العقد من عقود الغرر وإذا تعذر على القاضى إستخلاص هذه النية وجب عليه إعتبار العقد معلقاً على شرط وجود المبيع لأن الغالب أن يخاطر المشتري فى مقدار المبيع لا فى وجوده .

فالببيع قد يرد إذن على شىء غير موجود ولكنه محتمل الوجود ومثل هذا البيع يعد من العقود الاحتمالية ، ومن أمثلته بيع الحقوق المتنازع فيها .

وإذا كان بيع الشىء المستقبل جائز على وجه العموم فإن المشرع قد يورد إستثناء على هذا المبدأ ، وهذا ما فعله فى خصوص بيع التركة المستقبلية .

فنعرض لبيع الحقوق المتنازع فيها أولاً ، ثم نعرض بعد ذلك لبيع التركة المستقبلية .

المطلب الأول

بيع الحقوق المتنازع فيها (حق الاسترداد)

تقضى المادة ٤٦٩ من القانون المدنى بأنه :

(١) إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذ هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع .

(٢) ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى .

نخلص من هذا النص إلى أنه يجوز بيع الحق المتنازع فيه ، فينتقل الحق بصفته إلى المشتري فيحل محل البائع فيه ، فإذا ثبت الحق للبائع فإنه يثبت للمشتري كذلك ، وإذا لم يثبت لم يثبت للمشتري شىء ، فالبائع عندما باع الشىء المتنازع فيه فهو قد باع شيئاً محتمل الوجود فلا يضمن وجود هذا الشىء . وبناء على ما تقدم فإن المشتري يراعى فى تقدير الثمن للحق المتنازع فيه هذا الاحتمال فيقدر الثمن على حسب قوة هذا الحق أو ضعفه . ولذلك لا

يخلو موقف المشتري من معنى المضاربة بقصد الربح ، لذلك قرر القانون أحكاماً معينة تحد من هذا المعنى وذلك بإجازته إسترداد الحق المتنازع فيه ومنع هذا الاسترداد عندما لا يتحقق في البيع معنى المضاربة . فنعرض لهذه الأحكام ، إلا أنه يجدر بنا قبل أن نعرض لها ، أن نحدد أولاً معنى الحق المتنازع فيه .

معنى الحق المتنازع فيه :

عرفت المادة ٢/٤٦٩ الحق المتنازع فيه بأنه الحق الذي يكون موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدى . فبعد الحق متنازعا فيه في حالتين :

(١) إذا رفعت بشأن الحق دعوى أمام القضاء . فالدعوى يجب أن تنصب على موضوع الحق ، وبالتالي لا يعد الحق متنازعا فيه إذا كان النزاع لا يمس أصل الحق أى لا يتعلق بوجوده أو مقداره أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو السقوط بمضى المدة ، وعلى هذا النحو لا يعد الحق متنازعا فيه إذا كان النزاع متعلقا بعراقيل تعترض السداد بفعل المدين كالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة للمدعى . وعلى ذلك فشراء الدين بأقل من قيمته بغير ضمان لا يعد شراء لحق متنازع فيه (١) ، فقد رأينا أنه يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع فيها أن يكون قائما بشأنه وقت النزول عنه خصومة أمام القضاء (٢) ، وأن يكون النزاع فيها منصبا على أصل الحق .

ويراعى أن الحق يظل متنازعا فيه مادامت الدعوى به قائمة ، فإذا انتهت الدعوى بصدور حكم نهائى لم يعد الحق متنازعا فيه . والحكم يعد نهائيا إذا لم يكن قابلا للطعن فيه بطرق الطعن العادية وهى المعارضة والاستئناف ، حتى ولو كان الحكم قابلا للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية كالنقض والتماس إعادة النظر ، فإذا طعن فعلا في الحكم بهذه الطرق عاد للحق صفة المنازعة .

(١) نقض ١٩٣٨/٤/٧ طعن ٨٢ ص ٧ ق .

(٢) نقض ١٩٣٤/٤/٢٦ طعن ٨٢ س ٣ ق ؛ وقضى بأن : « تسك الطاعن بأن المطعون ضده قد إشتري حقا متنازعا فيه هو دفاع يخالطه واقع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض » . نقض ١٩٦٧/٨/١٥ - المجموعة س ١٨ ص ١٥٠٠ .

(٢) أن يقوم بشأن الحق نزاع جدى حتى ولو لم يصل الأمر إلى رفع دعوى أمام القضاء ، أما احتمال النزاع فى الحق فلا يجعله متنازعا فيه يخول حق الاسترداد .

ويلاحظ أنه يجب أن يترك لقاضى الموضوع تقدير ما إذا كان الحق متنازعا فيه أم لا بدون معقب عليه من محكمة النقض (١) .

وعلى أية حال فإنه يجب لاستعمال رخصة وسترداد الحق المتنازع فيه أن يكون الحق متنازعا فيه وقت النزول به إلى الغير . فلو بدأ الحق متنازعا فيه ثم انحسم النزاع فنزل عنه صاحبه بعد ذلك ، لم يجز الاسترداد ، ولو كان الحق وقت أن نزل عنه صاحبا غير متنازع فيه ثم نوزع فيه بعد ذلك لم يجز الاسترداد كذلك .

الحكمة من تقرير حق الاسترداد :

تقضى المادة ١/٤٦٩ من القانون المدنى بأنه « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه إلى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن وقت الدفع » (٢) . والحكمة من تقرير حق الاسترداد للحق المتنازع فيه هو رغبة المشرع فى تقليل المنازعات والقضايا وعدم تشجيع المضاربين والمرابين على شراء الحقوق المتنازع فيها ومنعهم من مقاضاة المدينين بلا شفقة ولا رحمة ، خصوصا وأنه لا فائدة لصاحب الحق من بيعه بثمن بخس ، وكان الأولى أن يصطلىح عليه مع خصمه فالمشرع قصد من النص على خيار الاسترداد تثبيط

(١) قضى بأن « تمسك الطاعن بأن المطعون ضده قد اشترى حقا متنازعا فيه هو دفاع يخالطه واقع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض » نقض ١٩٦٧/٨/١٥ طعن ١٩٣ س ٣٤ . ولكن « محكمة الموضوع ، إذ تفصل فى وصف كون الوقائع التى اثبتتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى إعتبار الحق المبيع متنازعا فيه ، إنما تفصل فى مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض » نقض ١٩٣٤/٤/٢٦ طعن ٨٢ ص ٣ ق .

(٢) قضى بأن « حق الاسترداد مقرر للمتنازل ضده وهو من ينازع البائع فى الحق المبيع ولغير مقرر للبائع » نقض ١٩٩٤/٢/٣١ - طعن ٣٣١٠ س ٥٨ ق .

هذه البيوع مما يفسح المجال للصالح بين طرفي الخصومة ، أما المشتري فهو مضارب لا داعي للاهتمام بأمره .

نطاق تطبيق حق الاسترداد :

١ - لا يجوز إسترداد الحق المتنازع فيه إلا إذا كان النزول عن هذا الحق قد تم بمقابل . ويتسق ذلك من الحكمة من تخويل الحق في الاسترداد وهو منع المضاربة على الحقوق . ولذلك إذا نزل صاحب الحق عنه للغير تبرعاً لم يجز الاسترداد وذلك لأن « التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولا يمكن وصف المتبرع له أنه يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة » (١) .

ويرى فريق من الفقه أنه إذا وهب صاحب الحق المتنازع فيه حقه للغير بعوض فإنه إذا كان هذا العوض يكاد أن يكون مقابلاً للحق فإنه يجوز الاسترداد أما إذا كان تافهاً إمتنع على المدين إسترداد الحق .

الواقع أنه لا يمكن التسليم بهذا الرأي ، فمثل هذا الاتفاق يعد هبة أي كان قدر العوض ، والمشرع قرر بوضوح أن يكون الاسترداد في حالة بيع الحق أو النزول عنه بمقابل .

ويرى فريق آخر من الفقه أن المقابل يمكن أن يكون عينياً كما هو الحال في المقايضة فيدفع المسترد للمقايض البديل الذي قايض به وقت المقايضة ، بينما يذهب إتجاه آخر « إلى قصر الاسترداد على حالة ما إذا كانت المقايضة على الحق المتنازع فيه مقابل أشياء مثلية حتى يتمكن المسترد أن يدفع مثلها للمشتري . أما إذا كانت المقايضة على الحق المتنازع فيه في مقابل شيء قيمي ، فلا يجوز الاسترداد لأن المسترد لا يستطيع أن يدفع للمشتري مثل العوض الذي دفعه وإنما قيمة هذا العوض والقيمة لا تجزئ عن المثل » .

ونميل إلى ترجيح الاتجاه الأول الذي لا يقصر الاسترداد على حالة كون المقابل شيئاً مثلياً ، ذلك أن المقايضة تسرى عليها أحكام البيع بصفة عامة ، ولذلك لا محل للتقييد في هذا الشأن .

(١) السنهوري في الوسيط ج ٤ طبعة ثانية ص ٢٥٤

ولا يشترط أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه قد تم بطريق البيع ، فقد يحدث ذلك عن طريق الصلح وبمقابل نقدي . من ذلك أن يكون الحق يتنازعه شخصين كل يدعيه لنفسه ، كما أن المدين يتنازع هو الآخر في الحق . فإذا تنازل أحد مدعى الحق للآخر تصالحا في مقابل مبلغ من النقود ، فيجوز للمدين أن يسترد الحق مقابل رد المبلغ للمتنازع الأول .

وقد يقترن النزول عن الحق المتنازع فيه بوفاء بمقابل ، مثال ذلك أن يكون صاحب الحق المتنازع فيه مديناً بمبلغ من النقود لشخص آخر فيقضى دينه عن طريق النزول ولهذا الشخص عن الحق المتنازع فيه ، وعندئذ يجوز للمدين في هذا الحق الأخير أن يسترده إذا وفى للدائن الدين الذي كان يطالب به صاحب الحق .

ويرى البعض وجوب قصر الاسترداد على البيوع الاختيارية ، فنص المادة ٤٦٩ مدنى يفهم منه أن الحق إنتقل إلى الغير عن طريق التنازل من صاحبه ، والتنازل هو تصرف إختيارى ، ثم إن البيوع القضائية تفتح الباب أمام الجميع ، فتنتفى مظنة المضاربة والاستغلال لدى الراسى عليه المزا . وفضلاً عن ذلك لو سمحنا بالاسترداد لحجم المزايدون عن الدخول في المزا . بينما يرى فريق آخر إلى أن نص المادة ٤٦٩ لا يعبر عن المعنى الحقيقي الذي ينصرف إليه النص ، والمعبرة يجب أن تكون بالمعنى لا بالألفاظ ، يضاف إلى ذلك أن مظنة المضاربة لا تنتفى في البيوع القضائية ، إذ ليس ثمة ما يمنع من أن يكون المزايد مضارباً ، وأخيراً فإن الاسترداد لا يقصد به منع المضاربة فحسب بل يقصد به أيضاً حسم النزاع وهذا يتحقق في البيوع القضائية ، ونؤيد الاتجاه الأخير فليس ثمة ما يمنع الاسترداد في حالة ما إذا بيع الحق المتنازع فيه بيعاً قضائياً .

وقد يحدث ألا يتنازل صاحب الحق المتنازع فيه عن حقه للغير بمقابل وإنما يقوم بتوكيل هذا الغير بمباشرة هذا الحق وتثبيته في مقابل أن يستحق الوكيل جزءاً من الحق وعلى أن يتحمل الأخير بمصروفات المطالبة . في مثل هذا الغرض لا يجوز الاسترداد حيث تنتفى الحكمة منه .

٢- ويجوز الاسترداد بالنسبة لأي حق عينيّاً كان أم شخصياً . فيجوز للمدين في الحق الشخصى أن يتخلص من الدين عن طريق رده للمحال

له ما دفع من ثمن ، على أن استرداد الحق الشخصى يكون عندما يرد النزاع على أصل الحق لا على توافعه أو تأميناته . إلا إذا كان الحق نفسه لا قيمة له بدون هذه التأمينات .

والحق العينى المتنازع فيه يجوز إسترداده هو الآخر . وفيما يتعلق باسترداد حق الملكية المتنازع فيه ، قد يحدث أن يتنازع شخصان ملكية عقار ويكون هذا العقار فى حيازة أحدهم . فإذا قام الأول ببيع حق إدعائه فيه إلى أجنبى فإنه يجوز للمدعى عليه وهو الحائز أن يسترد الحق المدعى به برد الثمن والمصروفات إلى هذا الأجنبى ، أما إذا كان البائع هو الحائز للعقار ، فيذهب رأى إلى جواز الاسترداد طالما كان أساس هذا الحق هو منع المضاربة ، وهذه الحكمة متوافرة فى حالة المدعى والمدعى عليه على السواء . بينما ذهب آخرون إلى عدم جواز هذا الاسترداد طالما أن الحكمة من الاسترداد هى حسم المنازعات فلا يحق للمدعى وهو الذى خلق المنازعة وأنشأ الخصومة أن يسترد الحق توكيلاً لخصومة هو المتسبب فيها . وهذا الرأى الأخير هو الذى أخذت به المحاكم المختلطة .

ونعتقد أن الرأى الأخير يتفق مع الحكمة التشريعية من تقرير خيار الاسترداد فلم تعد هذه الحكمة قاصرة على منع المضاربة وإنما أيضاً وبالدرجة الأولى تهدف إلى حسم المنازعات .

٢- يستوى بعد ذلك أن يعلم المشتري بالنزاع فى الحق الذى إشتراه أو لا يعلم بذلك . ولكن إذا كان لا يعلم بالنزاع على الحق فإنه يجوز له عندئذ أن يرجع بالضمان على البائع .

كيف يكون الاسترداد :

يقع الاسترداد عن طريق إعلان يوجه من المدين إلى المشتري يفصح فيه عن رغبته فى إسترداد الحق ، ولا يخضع هذا الإعلان إلى شكل خاص .

وقد يحدث أن تتم هذه الرغبة فى الاسترداد فى أثناء سير الدعوى القائمة بين الدائن والمدين ، فسواء كانت هذه الدعوى مرفوعة من المدين أو الدائن أو من المشتري للحق المتنازع فيه ، فإن المدين يستطيع أن يتوجه بطلبه إلى المشتري من الدائن فى أثناء الدعوى ، وهذا الطلب يجب أن يكون طلباً أصلياً لا احتياطياً .

فإننا طلب المدين طلباً أصلياً هو الحكم بعدم صحة الدين أو بانتقضائه مثلاً ، وطلباً احتياطياً وهو إسترداد الحق من المشتري ، لم يجز مثل هذا الطلب ، لأن الاسترداد على هذا النحو يكون إسترداداً لحق غير متنازع فيه إذ هو لا يقوم إلا بعد تصفية النزاع وإقرار الدين قضاء . فهذا الطلب الاحتياطي ليس من شأنه أن يضع حداً للخصومة ، إذ هو لا يوجد إلا بعد القضاء فيها . وقد قضت محكمة النقض بأن « المادة ٣٥٤ مدنى قديم والمقابلة للمادة ٤٦٩ مدنى جديد ، لا تخول المدين الحق فى الاسترداد للمدين المبيع بعرض الثمن على المشتري إلا إذا كان ذلك حاصلًا بصفة أصلية وبغير منازعة فى أصل الدين رغبة فى إنهاء الخصومة صلحاً على هذا الأساس » .

أما إذا لم تكن هناك دعوى أو كانت ثم صدر حكم فيها قابل للطعن فيه بالطرق العادية ، فيكون طلب الاسترداد عن طريق إعلان يوجه من المدين إلى المشتري .

ولكن هل يلزم أن يصحب طلب الاسترداد عرض الثمن وملحقاته عرضاً حقيقياً ؟ يرى البعض وجوب ذلك ، لأن نص المادة ١/٤٦٩ صريح فى أن « للمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذ هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من يوم الدفع » . فالحكمة من الاسترداد هى حسم المنازعات وهذا لا يتم إلا إذا دفع المدين الثمن والمصروفات أو عرضها عرضاً حقيقياً .

والواقع أننا نميل إلى رأى غالبية الشراح الذين يذهبون إلى عدم وجوب مثل هذا العرض . فالقانون لم يشترطه ، كما أنه لا ضرر من ذلك على المحال له فإن المدين إذا لم يقم بالدفع فعلاً بقى المحال له مالكا للمدين وجاز له مقاضاة المدين والتنفيذ على ماله .

ما يجب على المسترد سدادده :

يلتزم المتنازل ضده (المسترد وفقاً للمادة ١/٤٦٩ مدنى) بأنه يدفع للمتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه ، والمصروفات وفوائد الثمن من يوم الدفع .

أ- الثمن الحقيقى :

يلتزم المسترد أولاً بدفع الثمن الحقيقى الذى دفعه المشتري لشراء الحق

المتنازع فيه . فإذا كان هذا الثمن مبالغاً فيه ، أى كان ثمناً صورياً ، فللمتنازل ضده أن يثبت صورية الثمن بكافة طرق الإثبات . وإذا كان المشتري لم يدفع الثمن الحقيقي للبائع بعد ، فإن المسترد يلتزم بدفع هذا الثمن للبائع . اشارة . وإذا كان البائع قد منح المشتري أجلاً للوفاء ، يستفيد المسترد من هذا الأجل وللقاضى أن يلزمه بتقديم تأمين كاف يضمن السداد . أما إذا كان المشتري قد باع هو الآخر الحق المتنازع فيه فإن المسترد يسترد الحق من المشتري الأخير ، فإذا كان قد باعه بنفس الثمن فلا إشكال فى الأمر ، أما إذا باعه بثمن أقل أو أكثر من الثمن الأول فهناك رأيان فى المسألة .

من الفقهاء من رأى أن المسترد يلتزم بدفع الثمن الذى دفعه المشتري الثانى أى كان قدره ، أكثر أو أقل من الثمن الذى دفعه المشتري الأول . وهناك من رأى عكس ذلك هو أن المسترد يلتزم أن يدفع للمشتري الثانى الثمن الذى دفعه المشتري الأول للبائع ، إلا أننا نميل إلى ترجيح الرأى الأول ، فوفاء المسترد للثمن الذى دفعه المتنازل له الأخير هو الذى يتفق مع الحكمة التشريعية من خيار الاسترداد وهو منع المضاربة على الحقوق .

ب- فوائد الثمن :

والمقصود هنا الفوائد القانونية للثمن من وقت الدفع ، أى من وقت دفع المشتري للثمن لا من وقت المطالبة القضائية . وقد قصد بذلك « تعويض المتنازل له عن المدة التى يبقى فيها محروماً من الثمن لا ينتفع به ، وفى مقابل ذلك يرد المشتري للمدين ثمرات الحق المتنازع فيه ، فإذا كان ديناً ينتج فوائد ، تقف هذه الفوائد ولا يدفعها المدين للمشتري منذ اليوم الذى دفع فيه المشتري الثمن للدائن ، وإذا كان عقاراً رد المشتري ثمراته من ريع أو محصولات للمتنازل ضده » .

وإذا كان الثمن مؤجلاً واتفق على سريان الفوائد من وقت البيع ، فإن المسترد يلتزم بدفع الثمن مع فوائده المتفق عليها بخلاف الفوائد القانونية التى اشرنا إليها سابقاً .

ج- المصروفات :

يلتزم المسترد أخيراً بدفع كل المصروفات التى تكبدها المشتري ، وتلك هى

مصرفوات التنازل كمصاريف عقد البيع وأتعاب المحامى الذى يقوم بتحرير العقد ومصرفوات التسجيل والدمغة ومصرفوات إعلان الحوالة وهكذا ... كما يلتزم المسترد بدفع مصرفوات الاسترداد أيضاً ، فيلتزم المسترد بدفع مصرفوات دعوى المطالبة بالحق التى رفعها المشتري على المسترد ، كما يرد المسترد مصرفوات دعوى المطالبة بالحق التى رفعها البائع عليه والتى انتهت دون حكم « فاستعمال المدين لحقه فى الاسترداد ، قد منع المحكمة من الحكم عليه بمصاريف الدعوى التى كان سيتحملها فى حالة خسرتها ، وخسران المدين الدعوى هو الاحتمال الراجح بدليل إستعماله حقه فى الاسترداد » .

والتزام المسترد بدفع كل هذه المصرفوات يتقيد بأن تكون هذه المصرفوات حقيقية غير مبالغ فيها ، فإذا كان المشتري قد أنفق مصرفوات مبالغاً فيها بسبب مبالغته فى الثمن ، لم يلتزم المسترد إلا بدفع المصرفوات التى تتناسب مع الثمن الحقيقى .

طبيعة الاسترداد وآثاره :

لا يمكن إعتبار الاسترداد شراء للحق المتنازع فيه من المتنازل له ، فلو كان الأمر كذلك لما كان للاسترداد أثر رجعى ولبقيت الحقوق التى إكتسبها الغير من المتنازل له ، وهذا يتعارض بشكل مطلق مع آثار الاسترداد . كما أن البيع يبقى على العلاقة بين المتنازل والمتنازل له على حالها ولم يكن من حق المتنازل أن يرجع مباشرة على المسترد لاقتضاء الثمن إذا لم يكن المتنازل له قد وفاه .

ولذلك يذهب رأى إلى إعتبار أن الاسترداد ينطوى « على حلول شخصى بمقتضاه محل المسترد قبل البائع محل المشتري ، وهذا ما يمليه ما يجب أن يكون عليه الاسترداد من أثر رجعى ، كما يمليه وجوب قياس الاسترداد على الشفعة التى قطع المشرع بأنه يترتب عليها حلول الشفيع قبل البائع محل المشتري فى عقد البيع » .

والواقع أن الاسترداد « لا يعدو أن يكون وسيلة لإبراء ذمة المدين من الدين المتنازع فيه أو كف النزاع عن الحق . فهو وسيلة وضعت لصالح المتنازل ضده ، يقصد منها إستبعاد المتنازل إليه وإنهاء النزاع وتطهير الحق مما لحقه من شائبة النزاع ، فيجربى الأمر كما لو تصالح المسترد مع المتنازل . ولهذا يعد الاسترداد

وسيلة خاصة لإبراء الذمة عن طريق تعويض صاحب الحق وقت الاسترداد فى حدود المبلغ الذى دفعه فى مقابل تلقى هذا الحق ، ولهذا عبر القانون المصرى عن حق الاسترداد بقوله « للمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة » .

وبناء على هذا التكييف نستطيع أن نحدد آثار الاسترداد فيما يلى :

أولاً ، العلاقة بين المشتري والمسترد ،

يحل المسترد محل المشتري فى الحق المسترد ولا يعتبر الاسترداد شراءً جديداً للحق من البائع . بل إن البيع الصادر للمشتري يعتبر كأن لم يكن ويترتب على ذلك أن المشتري يعتبر كأنه لم يتلق هذا الحق من البائع وبالتالي تسقط جميع الحقوق والتكاليف التى رتبها على الحق قبل الاسترداد . « فإذا كان الحق المتنازع فيه عقاراً سقط كل ما رتبه المشتري على هذا العقار من رهون أو تصرفات أخرى كحقوق إرتفاق أو حقوق إنتفاع وتسقط الحجز التى يكون دائن المشتري قد وقعها تحت يد المتنازل ضده إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً ، إذ هى تعتبر واردة على حق ليس للمشتري » .

ثانياً ، العلاقة بين البائع والمشتري ،

تبقى هذه العلاقة كما هى فالاسترداد لم يوجه إلا للمشتري لا البائع وبالتالي يظل المشتري ملتزماً بكافة الالتزامات الناشئة عن البيع قبل البائع ، فيكون للأخير أن يطالبه بالثمن وبسائر الالتزامات الأخرى . بل لا يستطيع المشتري أن يرجع بالضمان على البائع إلا إذا كان يجهل أنه اشترى حقاً متنازعا فيه .

ثالثاً ، العلاقة بين البائع والمسترد ،

يعد المسترد مديناً بالحق المتنازع فيه للبائع فالاسترداد لا ينقل الحق من هذا البائع إنما هو ينهى النزاع على الحق . فالحق لا ينتقل إذن من البائع إلى المسترد إنما ينقطع بشأنه النزاع ولا يكون من حق البائع أن يطالب المسترد بهذا الحق . وإذا كان المشتري لم يقم بعد بوفاء الثمن فإن البائع لا يمكنه أن يطالب المسترد بهذا الثمن مباشرة وإنما يستطيع أن يقوم بذلك عن طريق إستعمال دعوى مدينه المشتري قبل هذا المسترد ، أما من يذهب إلى القول بحلول المسترد

محل المشتري قبل البائع فيرى أن تسقط عن المشتري التزاماته قبل البائع ويحل المسترد محله فيها ، بحيث يكون للمشتري إذا لم يكن قد دفع الثمن أن يطلب في مواجهة البائع تقرير براءة ذمته من الثمن وتحويل الالتزام به إلى ذمة المسترد .

حالات لا يجوز فيها الاسترداد :

رأينا أن المشرع قرر خيار الاسترداد توخياً لحكمة معينة هي منع المضاربة على الحقوق ، وبالتالي إذا إنتفت هذه المضاربة لم يجز هذا الخيار . وعدم جواز الاسترداد يتحقق في أربع حالات نص عليها المشرع في المادة ٤٧٠ من القانون المدني .

١- إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد كما هو الحال في بيع التركة . والحكمة من منع الاسترداد في هذه الحالة أن الحق المتنازع فيه يفقد ذاتيته ، حيث أن هذا النوع من البيوع ينطوي على بيع لمجموع من المال بما له من حقوق وما به من ديون وذلك دون نظر إلى أى عنصر معين بالذات داخل هذا المجموع وبالتالي تنعدم لدى المشتري فكرة المضاربة .

ومنع الاسترداد في هذه الصورة مشروط بأن يكون الثمن الذي بيعت به الصفقة كلها قد حدد لهذا الصفقة بدون نظر إلى عناصرها، أما إذا حدد الثمن على أساس مفردات الصفقة ، فإن الحق المتنازع فيه لا يفقد ذاتيته عندئذ ، ويجوز بشأنه الاسترداد .

٢- إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر . والحكمة من منع الاسترداد في هذه الحالة أن شراء الشريك نصيب شريكه لا يقصد به غالباً المضاربة وإنما هو « قسمة أو خطوة نحوها » ، ويضاف إلى ذلك أننا لو أبحنا استرداد الجزء المبيع من الحق فلن ينتهي بذلك النزاع فيه بينه وبين المشتري للنصيب الأصلي لهذا الأخير .

ويلاحظ أن البيع المانع للاسترداد هنا هو البيع الحاصل للشريك في الحق أما إذا حصل البيع لأجنبي عندئذ يجوز الاسترداد . وكذلك الحال لو صدر البيع من أجنبي للشركاء في الحق كما لو كان هناك شريكين في حق ينازعهما أجنبي

يدعى ملكية الحق معهما ، وكان الحق متنازعا فيه مع المدين به . فإذا نزل هذا الأجنبي عن هذا الحق للشريكين ، جاز للمدين أن يسترد الحق في هذه الحالة .

٣- إذا نزل المدين للدائن عن الحق المتنازع فيه وفاء للمدين المستحق في ذمته . أراد الدائن في هذا الغرض أن يستوفي حقه من مدينه ، فيقبل أن يحل محل مدينه في حق متنازع فيه في ذمة الغير في مقابل إبراءه لمدينه . فهذا الدائن لم يقصد المضاربة إذن وإنما قصد إستيفاء حقه وبالتالي لا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يتخلص من مطالبة الدائن له باسترداد هذا الحق ، فنحن بصدد وفاء بمقابل لا مضاربة على الحق .

٤- إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقارا وبيع الحق لحائز العقار . يتعلق هذا الاستثناء بعقار مرهون بيع لأحد الأشخاص ، وكان الرهن ضمانا لمدين متنازع فيه على مالك العقار ، ويكون لحائز العقار في هذه الحالة الحق في تطهيره من الحقوق التي تنقله ، إلا أنه بدلاً من أن يلجأ إلى إجراءات التطهير المعقدة يعمد إلى شراء الحق المتنازع فيه فيخلص له العقار ولا يستطيع الدائن أن يتتبع العقار تحت يده ، كما لا يستطيع المدين بالمدين المتنازع فيه إسترداده في هذه الحالة ، فالدافع للحائز في شراء الحق المتنازع فيه ليس المضاربة وإنما هو تخليص العقار من الدين والحيلولة بين الدائن وبين إتخاذ إجراءات التطهير في مواجهته .

المطلب الثاني

بيع التركة المستقبلية

تقضى المادة ١٢١ من القانون المدني في فقرتها الثانية بأن « التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون » .

الحكمة من تحريم التعامل في التركة المستقبلية :

يرجع أصل هذا التحريم للتعامل في التركات المستقبلية إلى القانون الروماني حيث رأى الرومان أن التعامل في التركة قبل وفاة صاحبها يحمل

خطراً كبيراً على حياة المورث ، فهو لا يخرج عن كونه مضاربة على حياته ،
وتلك المضاربة قد تدفع أصحابها إلى القضاء على حياته .

وإذا كان ذلك هو سبب منع التعامل في التركة المستقبلية في القانون
الروماني فقد أجاز هذا القانون مثل هذا التعامل إذا تم برضاء المورث فهو أقدر
الناس على العلم باحتمال الخطر .

على أن تحريم التعامل في التركة المستقبلية في القانون الفرنسي والمصري
لا تقف أسبابه عند هذا السبب الروماني ، فقد رأت هذه القوانين أن مثل هذا
التعامل فضلاً عن كونه متضمناً لمعنى المضاربة على حياة الإنسان وهو على
قيد الحياة مما قد يدفع إلى القضاء عليه ، فإن فيه تشجيعاً للمرابين والمضاربين
على إستغلال حاجة الشخص الذي تدفعه حاجته إلى بيع أمواله الحالية
والمستقبلية بثمن بخس وفي ذلك إضراراً بالحياة الاقتصادية . كما أن الوارث
الذي يتعامل في تركة مستقبلية يغلب أن يكون نزقاً لا يقف عند تهديد ما يصل
إلى يده من المال في الحال ، بل يبدد كذلك ما يحتمل أن يملكه في المستقبل .
فتحريم هذا التعامل تقرر لحمايته له من نزقه .

المقصود بالتركة المستقبلية :

التركة هي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات منظورة
إليه وقت موته . ويسرى التحريم على أي تعامل في هذه التركة المستقبلية أو في
أي عنصر من عناصرها يعتبر أنه داخلاً ضمن أموال التركة . فإذا وقع التعامل
على مال لم ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ، فإنه يصح . وعلى ذلك
لا يعتبر باطلاً أن يبيع شخص كل ماله الحاضر ، ولكن إذا تصرف في كل ماله
الحاضر والمستقبل إلى وقت موته ، عد هذا تعاملاً في تركة مستقبلية .

ولا يهم بعد ذلك أن يكون مصدر التركة هو الميراث أو الوصية ، فإذا كان
يحرم على الوارث أن يبيع نصيبه في تركة مستقبلية ، فإن يحرم كذلك على
الموصى له أن يبيع ما أوصى له به مستقبلاً .

التصرفات التي يسرى عليها التحريم :

يستفاد من عبارة نص المادة ٢/١٣١ مدني أن حظر التعامل في تركة إنسان

على قيد الحياة هو حظر عام يسرى على جميع التصرفات سواء اكانت بيعاً أم مقيضة أو شركة أو صلحاً ... كما يسرى الحظر سواء صدر التصرف من الوارث أو من المورث وذلك أن إباحة تعامل المورث فى تركة مستقبله قد يؤدى إلى الخروج على أحكام الموارث والوصايا وهى أحكام متعلقة بالنظام العام .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن « كون الإنسان وارثاً أو غير وارث ، وكونه يستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره ، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيه شرعاً ، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام . والتحايل على مخالفة هذه الأحكام بائناً بطلاناً مطلقاً لا تلحقه إجازة ، ويحكم القاضى من تلقاء نفسه به فى أى حالة كانت عليها دعوى . وتحريم التعامل فى التركات المستقبلية يأتى نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أى إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث عنه ، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً أو من جهة الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه ، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هى ماله فى حالة وفاته قبلها ، فإن التكييف الصحيح الواضح لتصرفهما هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر ، وأنه إتفاق 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 ... » .

ويلاحظ أن ثمة فرق بين أن يبيع الوارث ماله معيناً على أنه سيؤول إليه فى تركة مورثه ، وهذا بيع باطل لأنه تعامل فى تركة مستقبله - وبين أن يبيع هذا المال المعين على أنه ملكه فى الحال ... وهذا بيع ملك الغير وهو قابل للإبطال . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً لمورثه واشترط أن البيع لا ينفذ إلا بعد موت المورث ، فهم من ذلك أن البائع يتصرف فى حق من حقوقه المحتملة فى تركة مستقبله ، وكان البيع باطلاً .

الجزاء على حظر التعامل فى التركة المستقبلية :

رأينا أن أسباب حظر التعامل فى التركات المستقبلية إنما يستند إلى إعتبارات

متعلقة بالنظام العام والآداب العامة ، لذلك كان من الطبيعي أن يكون الجزاء على هذا الحظر هو البطلان المطلق الذي لا تصححه إجازة ، والذي تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها في أية حالة تكون عليها الدعوى ، والذي يمكن أن يتمسك به كل ذي مصلحة .

الفرع الثاني

تعيين المبيع

تقسيم :

تقضى القواعد العامة أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين كما تقضى هذه القواعد أيضاً أن المحل إذا لم يكن معيناً أو قابلاً للتعيين كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً . وفي خصوص عقد البيع لم يكتف المشرع بتطبيق تلك القواعد العامة على هذا العقد ، فبالإضافة إلى وجوب أن يكون محل الالتزام في عقد البيع (المبيع) معيناً أو قابلاً للتعيين ، قضى المشرع بوجوب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع . فنبحث في هذا الفرع المسائل الآتية :

أولاً : تعيين المبيع .

ثانياً : العلم بالمبيع .

المطلب الأول

تعيين المبيع

تمهيد :

التراضى على المبيع (١) يقتضى بالضرورة أن يكون هذا المبيع معيناً أو قابلاً للتعيين . فإذا كان الشيء المبيع من الأشياء القيمة التي تعين بالذات فإنه يجب

(١) انظر نقض ١٩٤٧/١١/٣٠ طعن ٩٦ س١٦ ق ونقض ١٩٨٢/٤/٢٦ - للمجموعة س٢٤ ص ١٠٤٦ وقضى بأن العبرة في تحديد البيع المحكوم بصحة التعاقد عنه هي بما ورد من ذلك في العقد لا بما يكون قد ورد في صحيفة دعوى صحة التعاقد . نقض ١٩٨٧/١١/٢٦ - الطعن ٦٧٠ س٥٢ ق . وقضى بأن العبرة في تعيين محل البيع هو بما إنصرفت إليه إرادة-

تعيين هذا الشيء تعييناً يميزه عن غيره من الأشياء . فمن يبيع داراً فعليه أن يحدد موقعها ومساحتها وأوصافها الأخرى ، ومن يبيع أرضاً له ، عليه تحديد مساحتها وحدودها وهكذا .. (١).

أما إذا ورد البيع على أشياء مثلية أى غير معينة بالذات ، فإنه يجب تعيينها تعييناً نافياً للجهالة . والشيء المثلى يجب أن يعين بجنسه ونوعه ومقداره (٢) (مادة ١٣٣ فقرة أولى من القانون المدنى) ... فإذا بيعت أقطاناً مثلاً ، وجب ذكر جنسها (وهى مثلاً أقطان جيزة أو أشمونى مثلاً) ونوعها (قصيرة التيلة أو طويلة التيلة) ومقدارها (مائة قنطار مثلاً) . فإذا لم يحدد المقدار فإنه يجب أن يتضمن العقد ما يمكن به تحديد هذا المقدار ، فمن يبيع أغذية تلزم لإطعام عمال مصنع معين فى مدة معينة فإن مقدار هذه الأطعمة وإن كان غير محدد فى العقد إلا أنه قابلاً للتحديد حسب إحتياجات عمال المصنع .

وإذا لم يذكر فى العقد درجة جودة المبيع بجانب ذكر جنسه ونوعه ومقداره فإن البائع يلتزم بتسليم شيء من الصنف المتوسط إذا لم يكن من الممكن إستخلاص درجة الجودة المطلوبة من العرف أو من ظروف التعاقد (٣) .

فتعيين البيع إذا لم يكن من القيميات قد يتم بالتقدير وقد يحصل البيع جزافاً ، وقد يتم البيع بالعينة ، وإذا كان من اللازم تعيين المبيع على النحو المتقدم تعييناً كافياً ، فإن ذلك لا يحول دون أن يكون المبيع مجموعاً من المال كما هو الحال فى بيع التركة .

= المتعاقدين ، وفقاً للتحديد الذى تضمنته عقد البيع ، أن إستخلاص نية المتعاقدين ، وما إنعقد اتفاقهما عليه فى خصوص تعيين المبيع مما تستقل به محكمة الموضوع متى كان إستخلاصها سائفاً ، نقض ١٩٩٦/٣/٢٧ - الطعن ٤٢٢٩ س ٦٤ ق .

(١) انظر نقض ١٩٤٨/٢/٩ - طعن ٩٦ س ١٧ ق ، ونقض ١٩٥٠/١٢/٣١ - طعن ٢٢٠ س ١٨ ق ونقض ١٩٥٥/٥/١٢ - طعن ١٠٦ س ٢٢ ق و ١٩٥٨/١/٩ - طعن ٢٤٣ س ٢٢ ق . ونقض ١٩٨٦/٥/٢٠ - طعن ١٤٤٠ س ٥٢ ق ونقض ١٩٩٢/٦/٣٠ - طعن ١٥١ س ٦١ ق .

(٢) نقض ١٩٥٨/٣/٢٠ - المجموعة س ٩ ص ٢٢٣ و ١٩٥٩/١١/١٢ - المجموعة س ١٠ ص ٦٤١ ، ونقض ١٩٧٣/١٢/٣٠ - المجموعة س ٢٤ ص ١٣٣٦ ونقض ١٩٨٦/٥/٢٠ - طعن ١٤٤٠ س ٥٢ ق .

(٣) وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ١٣٣ مدنى والتي قضت بأنه « وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته . ولم يمكن إستخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط »

(أ) البيع بالتقدير

البيع بالتقدير أو المقدار لا يكون كما قلنا إلا إذا كان المبيع من المثليات . فيتم التعيين عن طريق الوزن أو الكيل أو المقاس أو العدد .

فالبيع بالتقدير يعد كذلك إذا احتاج في تعيينه إلى وزن أو كيل أو مقياس أو عدد . ويجب أن يكون تقدير المبيع على هذا النحو واقعاً من البائع أو نائبه بحضور المشتري أو نائبه .

(ب) البيع الجزاف

تقضى المادة ٤٢٩ من القانون المدني بأنه « إذا كان البيع جزافاً ، إنتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذى تنتقل به فى الشيء المعين بالذات ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع » .

يرد البيع بالجزاف إنن على المثليات ، إلا أن المبيع هنا يحدد بطريقة جزافية لا تتوقف على الوزن أو المكيال أو المقاس أو العدد ، وإنما يحدد البيع بالذات لا بالجنس والنوع والمقدار . مثال ذلك بيع التاجر لكل القمح الموجود فى مخزنه وكان هذا المخزن معيناً تعييناً كافياً . فالبيع هنا لا يكون بالتقدير وإنما تم جزافاً^(١) .

ويعد البيع أنه قد تم جزافاً كذلك إذا لم يقم البائع ببيع كل ما فى مخزنه وإنما باع فحسب جزءاً شائعاً منه ، كما لو باع ثلث ما فى مخزنه من الأقطان .

كما لا يؤثر فى كون البيع أنه قد تم جزافاً أن يذكر فى العقد مقدار المبيع كما لو باع التاجر كل ما فى مخزنه من أقطان والبالغة مائتى قنطار مثلاً . فالمبيع هنا تم جزافاً لأن المبيع لم يحتاج فى تعيينه إلى وزن ، كل ما هناك أن ذكر المقدار فى العقد إنما قصد به أن يحتفظ المشتري بحقه فى الرجوع على

(١) انظر نقض ١٢/٦/١٩٥١ ، مجموعة القواعد فى خلال ربع قرن قاعدة ١٢٨ ص ٣٦٦ . وانظر فى تعريف البيع الجزاف نقض ٢٨/٣/١٩٦٨ - المجموعة - س ١٩ رقم ٩٤ ص ٦٢٢ .

البائع إذا نقص المبيع عن الحد المذكور فى العقد .

ويعد البيع أيضاً أنه قد تم جزافاً حتى ولو إحتاج تحديد الثمن إلى تقدير المبيع كما لو باع تاجر الأقطان كل القطن الذى فى مخزنه ، بسعر عشرة جنيهات للقنطار الواحد . فالعبرة فى كون البيع قد تم جزافاً أن يكون المبيع قد حدد بغير حاجة إلى تقدير ، حتى لو إحتاج الثمن إلى هذا التقدير . فقد قضت المادة ٤٢٩ من القانون المدنى بأن « يكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع » . وبناء على ذلك إذا باع هذا التاجر عشرة قناطير من القطن الموجود فى مخزنه بثمن إجمالى ، كان البيع بالتقدير وليس جزافاً ، لأن المبيع قد حدد بالوزن .

وللتمييز بين بيع التقدير والبيع الجزاف أهمية كبيرة :

(١) من حيث انتقال الملكية :

تنتقل الملكية فى البيع الجزاف بمجرد إنعقاد العقد ولا تنتقل كذلك فى البيع بالتقدير ، حيث يتراخى إنتقال الملكية إلى وقت إفراز المبيع بالطريقة التى بينهاها فيما سبق . فتنتقل الملكية فى البيع بالتقدير إنز بالإفراز وليس بمقتضى العقد كما فى البيع بالجزاف . ويترتب على ذلك أن تكون ثمار المبيع ونماؤه من حق المشتري من وقت إنعقاد البيع وذلك فى البيع بالجزاف ، ولا تكون للمشتري فى البيع بالتقدير إلا من وقت الإفراز .

(٢) من حيث تبعه الهلاك :

إن تبعه الهلاك تكون دائماً على عاتق البائع قبل التسليم حتى برغم إنتقال الملكية إلى المشتري وعلى ذلك يستوى الحكم فى البيع بالجزاف والبيع بالتقدير فى هذا الشأن غاية الأمر أنه فى البيع بالجزاف إذا أعذر البائع المشتري ليتسلم المبيع ثم هلك الشيء فإن المشتري هو الذى يتحمل تبعه الهلاك . أما إذا أعذر البائع المشتري فى البيع بالتقدير لإفراز المبيع فلم يقبل المشتري ثم هلك المبيع فإن البائع هو الذى يتحمل تبعه الهلاك .

(ج) البيع بالعينة

تقضى المادة ٤٢٠ من القانون المدنى بأنه :

١ - إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها .

٢ - وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق .

قد لا يكتفى المتعاقدان بتحديد المبيع عن طريق جنسه ، ونوعه ، ومقداره ، بل يقوم أحدهما بائعاً ومشترياً (وغالباً ما يكون هو البائع) بتقديم عينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها (١) . والبيع بالعينة يغني عن تحديد المبيع بالجنس والنوع والجودة فالمبيع يجب أن يكون مطابقاً للعينة من حيث الجنس والنوع والجودة ، كما لا يخفى أيضاً أن البيع بالعينة يغني عن رؤية المبيع فقد رأى المشتري المبيع مصغراً . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أن « هذا النص - المادة ٤٢٠ - جديد لا نظير له في التقنين الحالي - القديم - وهو يعالج حالة كون البيع مبنياً على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدان فوجب أن يكون المبيع كله مطابقاً لهذا النموذج . وقد يحدث أن المشتري لا يكون قد سبق له رؤية المبيع وإكتفى برؤية النموذج ، وهذا ما يجعل للمسألة اتصالاً بخيار الرؤية وهو موضع النص السابق » .

ويختلف البيع بالعينة عن البيع بالمواصفات التي تتوافر في مثال يقدمه البائع إلى المشتري (٢) ، ففي البيع الأول يجب أن يكون المبيع مطابقاً كل المطابقة للعينة . أما في البيع الثاني فيكفي أن يشتمل المبيع على العناصر الأساسية التي يقوم عليها النموذج أو المثال حتى ولو وجدت فروق بسيطة بين المبيع وبين المثال أو النموذج مادام المبيع صالحاً للغرض المخصص له . وتفهم نية المتعاقدين

(١) قضت محكمة النقض بأن « التعاقد بالعينة لا يؤثر في صحة إنعقاده عدم توقيع الملتزم على العينة وإن جاز أن يكون ذلك مثار خلاف عند تنفيذ العقد . ولا لرقابة محكمة النقض على محكمة الموضوع فيما تقرره من أن العقد قد تم على عينة معينة وإن العاقد قد عاينها ، نقض ١٥/٥/١٩٤٧ - مجموعة القواعد في ربع قرن رقم ١٥ ص ٢٤٦ .

(٢) وقضت محكمة النقض « أن تفهم نية المتعاقدين لمعرفة إن كانت قد اتجهت إلى البيع بالعينة أم إلى البيع بحسب المواصفات الواردة في العقد هو مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع متى أقام قضاؤه فيها على استخلاص سليم » . نقض ١٦/١٠/١٩٥٢ - المرجع السابق - رقم ١٧ ص ٢٤٦ .

لمعرفة ما إذا كانت قد إتجهت إلى البيع بالعينة أم البيع بحسب المواصفات هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع . فإذا تبين من ظروف التعاقد أن المشتري نظر إلى مواصفات المبيع أكثر مما نظر إلى الوحدة التى قدمها البائع ، فإن هذه الوحدة لا تعدو أن تكون مثلاً من أمثلة المبيع ، ومن ثم لا يعد البيع بيعاً بالعينة بحقيقة معناه .

أحكام البيع بالعينة :

أولاً : إذا تم البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً للعينة ، فإذا لم يتحقق هذا التطابق فإن للمشتري رفض المبيع حتى ولو أثبت البائع أن المبيع أعلى صنفاً أو أجود من العينة ذاتها ، فقد التزم البائع بشيء معين فلا يستطيع أن يقدم شيئاً آخر حتى ولو كان أجود من الشيء الأول .

أما إذا كان المبيع مطابقاً للعينة فليس للمشتري أن يرفضه تحت أى حجة بدعوى أنه غير ملائم لحاجته مثلاً .

وإذا نازع المشتري فى مطابقة المبيع للعينة فعلى البائع أن يثبت هذه المطابقة وفى هذه الحالة يجوز اللجوء إلى الخبراء فى هذا الصدد وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أنه إذا احتفظ « المشتري بالعينة كان هو المكلف بإثبات عدم مطابقة البيع للعينة » (١).

ثانياً : وإذا كان المبيع غير مطابق للعينة « جاز للمشتري أن يرفض تسلّم المبيع وله أن يفسخ البيع لعدم قيام البائع بالتزامه » فالبايع هو المسئول عن مطابقة المبيع للنموذج . فالمشتري عند عدم تحقق هذا التطابق له أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني أو بتسليم مبيع مطابقاً للعينة ، بل ويستطيع المشتري أن يحصل على شيء مطابق للعينة على نفقة البائع بعد إستئذان القاضى أو بدون إستئذانه فى حالة الاستعجال (مادة ٢٠٥ مدنى) .

كما يكون للمشتري بدلاً من المطالبة بالتنفيذ العيني أن يطلب فسخ البيع والتعويض عما أصابه من ضرر إذا كان لذلك محل .

(١) استئناف مختلط ١٩٣٧/٦/٢٢ - المجموعة س ٢٩ ص ٥٧١ وانظر نقض ١٩٥٩/١٠/١٥ - المجموعة - س ١٠ ص ٥٦٧ .

وأخيراً فإنه يجوز للمشتري أن يقبل هذا المبيع غير المطابق للعينه على أن يكون له الحق فى طلب إنقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل من قيمة الشئ المطابق للعينه . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن : البائع لا تبرأ ذمته إلا إذا قدم بضاعة تطابق العينه التى جرى التعاقد عليها ، فمن الخطأ القول بأنه إذا إمتنع على البائع أن يحصل على بضاعة مطابقة للعينه المتعاقد عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه فإن كان دون العينه جودة أو نقارة التزم بفروق الثمن لمصلحة المشتري ، (١) . على أن المشتري يستحق هذه الفروق إذا قبل المبيع غير المطابق للعينه حتى ولو كان الخلاف بين المبيع والعينه طفيفاً لا يؤثر فى جوهر المبيع أو صلاحيته .

ثالثاً : يخضع إثبات العينه للقواعد الآتية :

(١) إذا كانت العينه موجودة لم تهلك وكان المطلوب هو إثبات ذاتية العينه فإن مقتضى القواعد العامة إن من كانت فى حوزته العينه يكون هو المدعى عليه والآخر هو المدعى ، وعلى الأخير يقع عبء إثبات أن الشئ الذى بحوزة الطرف الأول ليس هو العينه المتفق عليها .

(٢) أما إذا هلكت العينه أو فقدت بخطأ أو بغير خطأ ، فإنه إذا فقدت وهى فى حوزة المشتري وإدعى الأخير أن المبيع غير مطابق لها كان عليه عبء إثبات ذلك . أما إذا فقدت أو هلكت العينه وهى فى حوزة البائع وإدعى المشتري أن المبيع غير مطابق للعينه التزم البائع بإثبات مطابقة المبيع للعينه ، ويتم هذا الإثبات بكافة الطرق .

طبيعة البيع بالعينه :

يعد البيع بالعينه بيعاً باتاً من الوقت الذى اتفق فيه المتعاقدان على النموذج الذى تم البيع على أساسه . وما العينه إلا طريقة من طرق تعيين المبيع فحسب . وذلك ليس صحيحاً ما يذهب إليه البعض من أن البيع بالعينه يعد بيعاً معلقاً على شرط واقف هو تحقق المطابقة ، أو معلقاً على شرط فاسخ هو عدم تحقق هذه المطابقة .

(١) نقض ١٩٤٨/١٢/٩ طعن ٩٦ س ١٧ ق .

(د) بيع التركة

سبق أن بينا أن بيع التركة المستقبلية يعد بيعاً باطلاً بطلاناً مطلقاً ، ولو تم البيع برضاء المورث . أما بيع الوارث لنصيبه في التركة بعد وفاة المورث ، أي بعد إفتتاح التركة فلا يعد باطلاً . وبيع الوارث لنصيبه في التركة يعد بيعاً جزافاً أي بيع لمجموع ما يتلقاه الوارث من الحقوق ، وهذا البيع قد يتم لأجنبي عن الورثة وقد يتم لأحدهم . فإذا تم لأحد الورثة كنا بصدد تخارج بين الورثة يخضع لحكم المادة ٤٨ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث والتي تقضى بأن « التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم . فإذا تخارج أحد الورثة مع أحد منهم إستحق نصيبه وحل محله في التركة ، وإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبتهم فيها ، وإن كان المدفوع من مالهم ولم ينص في عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بالسوية بينهم » .

وبيع النصيب في التركة يختلف عن بيع الوارث لعين من أعيانها التي ورثها فالبيع الأخير يعد بيعاً عادياً وليس بيعاً لتركة .

هذا وقد عنى المشرع بإيراد أحكام خاصة يخضع لها بيع النصيب في التركة وذلك بسبب ما يتميز به هذا البيع من أنه قد تم على وجه الاحتمال متضمناً شيئاً من « المجازفة والمضاربة » ، إذ بمقتضاه يستولى المشتري على جميع حقوق الوارث في التركة بالغة ما بلغت ، بعد أن يخصم منها جميع ما يخصه من ديون التركة بالغة ما بلغت كذلك ، فالعقد إذن من العقود الاحتمالية لما قد يظهر من التفاوت العظيم بين الثمن الذي يدفعه المشتري وبين ما يؤول إليه في نهاية الأمر .

ويخضع بيع التركة لأحكام خاصة نعرض لها فيما يلي :

أولاً : ضمان البائع بثبوت وراثته :

تقضى المادة ٤٧٢ من القانون المدني بأن « من باع تركة ، دون أن يفصل مشتملاتها ، لا يضمن إلا ثبوت وراثته ما لم يتفق على غير ذلك » . يعد هذا البيع من بيوع الغرر ، فكان لا بد من وضع حد أدنى لتأمين المشتري في هذا

البيع . ويتمثل هذا التأمين فى الضمان القانونى المقرر على عاتق البائع ، فطالما كان البيع جزائياً فإن البائع لنصيبه فى التركة لا يضمن للمشتري دخول مال معين فى هذا النصيب ، كما لا يضمن ألا يقل هذا النصيب عن قيمة معينة . فإذا إشتري المشتري نصيب البائع فى التركة معتقداً أن مالاً معيناً يدخل فيها ، أو أن هذا النصيب يبلغ حداً معيناً ، ثم إتضح بعد ذلك عكس هذا الاعتقاد ، فلا يرجع المشتري على البائع بالضمان ، بل ولا يرجع بالضمان كذلك إذا تبين أن هذا النصيب المباع عديم القيمة وذلك لإستفراق التركة بالديون .

ومع ذلك يضمن البائع للمشتري أموراً ثلاثة . فهو يضمن أولاً وجود التركة ويضمن ثانياً ثبوت صفته كوارث ، ويضمن ثالثاً أن نصيبه فى التركة هو النصيب المبين فى العقد . فيرجع المشتري على البائع بالضمان إذا تبين أن التركة المباع فيها نصيب البائع لا وجود لها ، أو أن المشتري لم يكن وارثاً ، فيعتبر أنه قد باع ما لا يملك (بيع ملك الغير) ، أو أن نصيبه فى الميراث المباع لم يكن هو النصيب المبين فى العقد . أما ما يشتمل عليه هذا النصيب فلا يضمنه البائع ، فلا يرجع المشتري على البائع بالضمان إذا استحققت عين من الأعيان الداخلة فى النصيب أو إتضح عدم ملاءة المدين للتركة .

ويضمن البائع للمشتري فعله الشخصى فإذا أتى البائع عملاً شخصياً يتعارض مع كونه وارثاً باع نصيبه ، كان يقوم ببيع حصة منها أو يقرر عليها حقاً عينياً للغير ، فإنه يتعرض عندئذ للضمان .

تلك هى أحكام الضمان القانونى فى خصوص بيع التركة ، على أن يجوز الاتفاق على تعديل هذه الأحكام إما بالتشديد وإما بالتخفيف .

ومن أمثلة الاتفاق على تشديد الضمان ، إتفاق المشتري مع الوارث على أن يضمن له بلوغ الحصة المبيعة قيمة معينة ، أو يضمن له إشتغال الحصة المبيعة على مال معين بالذات ، وقد يكون مثل هذا الاتفاق ضمنيّاً كما لو ذكر الوارث فى عقد البيع مشتملات الحصة المبيعة فيفهم من ذلك أنه ضمن للمشتري إشتغال الصنف على هذه العناصر .

ومن أمثلة الاتفاق على تخفيف الضمان ، إتفاق الوارث مع المشتري على ألا يضمن وجود ورثة آخرين معه يشتركون فى النصيب المباع ، ويعد البيع عندئذ

وارداً على مجرد دعوى البائع باستحقاقه فى التركة . على أنه إذا كان الوارث البائع يعلم وقت البيع أنه لا حق له فى الميراث ، عندئذ يستطيع البائع أن يرجع عليه بالضمان فالبيع قد تم بطريق الغش .

ثانياً : نقل ملكية الحصة المبيعة إلى المشتري :

تقضى المادة ٤٧٤ من القانون المدنى بأنه « إذا بيعت تركة فلا يسرى البيع فى حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق إشتملت عليه التركة فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات » .

رأينا أن بيع التركة ما هو إلا بيع جزافى لمجموع من المال ، هذا المجموع قد يشتمل على عقارات ومنقولات .

فبالنسبة للعقارات أو الحقوق العينية العقارية الأصلية ، فإنها لا تنتقل إلى المشتري إلا بالتسجيل ، فالتسجيل لازم لهذا الانتقال سواء بالنسبة للمتعاقدین أو بالنسبة للغير .

أما إذا اشتملت التركة على منقولات فإن ملكيتها تنتقل للمشتري بمقتضى العقد . وقد تشتمل التركة على حقوق شخصية قبل مدينى التركة ، فتنتقل هذه الحقوق كذلك إلى المشتري بمقتضى العقد ، غاية الأمر أن نفاذ حوالة هذا الحق قبل الغير المحال عليه لا بدلها من الإعلان أو القبول الثابت التاريخ .

وإذا كانت التركة مدينة ببعض الديون ، فإن هذه الديون لا تنتقل فى القانون المصرى إلى المشتري تطبيقاً للقاعدة القائلة بأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون فالوارث لا يبيع إلا ما خلص من نصيبه ، وعلى ذلك فالملكية لا تخلص للمشتري كذلك إلا بعد سداد ما على التركة من ديون ، فإذا سددت ، خلص للمشتري المتبقى من حق الوارث

ثالثاً : التزام الوارث بتسليم مشتعلات الحصة المبيعة إلى المشتري :

يلتزم الوارث بتسليم كل مشتعلات نصيبه فى التركة إلى المشتري ، فالبيع قد حدد جزافاً على كل هذا النصيب وبالتالي يلتزم البائع بتسليم

المشتري كل مشتعلات هذا النصيب حتى ما تصرف فيه منها قبل ذلك .
وتطبيقاً لما تقدم قضى المشرع فى المادة ٤٧٥ مدنى بأنه إذا كان البائع قد إستوفى
بعض ما للتركة من ديون أو باع شيئاً مما إشتعلت عليه ، وجب عليه أن يرد
للمشتري ما استولى عليه ما لم يكن عقد البيع قد إشتراط صراحة عدم الرد
«فبمقتضى البيع تنتقل حصة الوارث كلها إلى المشتري ، فإذا كان البائع قد
سبق له التصرف فى عين من أعيان التركة أو إستوفى ديناً من ديونها أو
إستهلك عنصراً من عناصرها وجب عليه أن يرد للمشتري ما استولى عليها
منها . أما إذا كان تصرف البائع فى أعيان التركة قد تم تبرعاً فإنه يلتزم كذلك
بأن يرد إلى المشتري قيمة هذه الأعيان التى تبرع بها ما لم يتفق فى عقد البيع
على عكس ذلك » .

ويلاحظ أن العبرة فى التسليم هو بوقت إنعقاد البيع لا بوقت وفاة المورث ،
فيلتزم البائع بتسليم الأعيان بحالتها الموجودة عليها وقت البيع . وعلى ذلك إذا
زادت قيمة التركة بفعل الوارث بعد وفاة المورث وقبل البيع فإن هذه الزيادة
تكون من حق المشتري (مثل تحسينات أجريت أو تأميمات قررت) ، كذلك إذا
نقصت قيمة التركة بعد وفاة المورث وقبل البيع فإن المشتري هو الذى يتحمل
قيمة هذا النقص .

وأخيراً فإن التزام البائع بتسليم مشتعلات حصته من الميراث ينحصر
فحسب فى أعيان التركة ذات القيمة المالية ، وعلى ذلك لا تدخل ضمن مشتعلات
التسليم ما لا تكون له قيمة مالية ، كأوراق الأسرة وبراءات الاختراع والرتب
والنياشين والصور العائلية ، كما لا يدخل ضمن هذه المشتعلات ما يحصل
عليه الوارث بصفته الشخصية كمبالغ التأمين على الحياة المشترطة لصاحبه
فهى تدخل مباشرة فى ذمة الوارث بدون أن تمر بتركة المؤمن له ، كما لا تدخل
ضمن هذه المشتعلات بطبيعة الحال ما يتفق على عدم دخوله فيها فى عقد
البيع .

رابعاً : التزام المشتري قبل البائع :

يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه للبائع مع فوائده ومصرفاته طبقاً
للقواعد العامة ، ويضمن هذا الثمن طبقاً للقواعد العامة بامتنياز البائع مع
ملاحظة وجوب قيد هذا الامتنياز إذا ورد هذا الامتنياز على عقار .

وتقتضى المادة ٤٧٦ من القانون المدنى بأن « يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ، ويحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك ، فيلتزم المشتري أولاً بدفع ما عسى البائع أن يكون قد أنفقه فى سبيل التركة كضريبة التركات ونفقات تجهيز الميت ، ولكن لا يلتزم المشتري برد ديون التركة حيث لا يلتزم بها الوارث ذاته فالبيع قد ورد على نصيبه فى الميراث بعد إستنزال ديون التركة . ولكن إذا قام الوارث البائع بسداد ما على التركة من ديون من أمواله الخاصة ، وجب على المشتري عندئذ أن يرد إلى الوارث مقدار ما وفاه ، ويراعى أنه إذا كان البائع دائناً للتركة فإن بيعه لنصيبه فى الميراث لا يمنعه من المطالبة بدينه وهو يطالب المشتري بذلك ولا يستطيع الأخير أن يمنع هذا الرجوع بدعوى الضمان الشخصى حيث لا يعد مطالبة البائع بدينه فعلاً شخصياً موجباً للضمان . أما إذا كان البائع هو المدين للتركة فإنه يلتزم برد ما فى ذمته من ديون إلى التركة .

وعلى أية حال فإن الأحكام التى قررها المشرع فى هذا الصدد من الممكن الخروج عليها باتفاق خاص فى عقد البيع .

المطلب الثانى

العلم بالمبيع

تمهيد :

رأينا أنه يجب أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعيين وهذا محض تطبيق للقواعد العامة فى محل الالتزام . غير أن المشرع فى عقد البيع لم يكتف بحكم هذه القواعد ، بل أوجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً . فتقتضى المادة ٤١٩ من القانون المدنى بأنه :

- ١- يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ، ويعتبر العلم كافياً إذا إشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه .
- ٢- وإذا ذكر فى عقد البيع أن المشتري عالماً بالمبيع سقط حقه فى طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا ثبت تدليس البائع .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية تعليقا على هذا النص أن : هذا النص يلخص خمسة نصوص في التقنين المدني الحالي (السابق) هي المواد ٢٤٩ - ٢٥٣ / ٢١٥-٢١٩ ، على وجه يوفق بين خيار الرؤية المعروف في الشريعة الإسلامية وبين المبادئ العامة للقانون المدني ، وهذه لا تشترط رؤية المبيع بل تقتصر على اشتراط أن يكون معينا تعيينا كافيا ، فقرر المشروع وجوب أن يكون المشتري عالما بالشئ المبيع علما كافيا .

فالقواعد العامة كما قلنا تكتفي بوجوب تعيين المبيع تعيينا نافيا للجهالة ولا تتطلب رؤية المشتري للمبيع ، غاية الأمر أنه إذا وقع المشتري في غلط في صفة جوهرية في المبيع ، فإن عليه إثبات هذا الغلط حتى يتوصل إلى إبطال البيع ، لكن القانون المدني الجديد أضاف حكما جديدا في هذا الشأن هو رؤية المشتري للمبيع ، فما المقصود أولاً برؤية المشتري للمبيع في الشريعة الإسلامية وهي التي إستقى منها حكم القانون المدني الجديد .

خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية :

يقصد بخيار الرؤية في الشريعة الإسلامية أن يكون لأحد المتعاقدين أو كليهما عند رؤية محل العقد الحق في نسخه أو إلغائه بسبب عدم رؤية محله عند إنشاء العقد أو قبله . ويثبت هذا الحق في المذهب الحنفي في عقد البيع للمشتري لا البائع ولو كان الأخير قد باع ما يملك دون أن يراه ، فمن يشتري دارا معينة بالذات ولم يكن قد رآها وقت العقد أو قبل ذلك يثبت له الحق في خيار الرؤية إذا رآها ، ولو كان قد اشترى هذه الدار على صفة معينة ووجدها بالصفة التي اشتراها عليها ، فلا يغني الوصف عن الرؤية . والوقت المعتبر لثبوت خيار الرؤية للمشتري هو وقت الرؤية لا قبلها ، وبناء على ذلك لو أجاز المشتري البيع قبل الرؤية ورضى بالبائع ، كان له رغم هذا النزول أن يرد المبيع إذا رآه ، فنزوله عن الخيار قبل ثبوت الحق فيه لا يجوز . ومع ذلك فالمشتري له الحق في فسخ البيع حتى قبل أن يراه لا لأنه لم ير محله ، ولكن لأن البيع طالما كان واردا على الأعيان الغائبة فهو عقد غير لازم وعدم اللزوم يجعل للمشتري الحق في نسخه قبل أن يرى محله .

ورؤية المبيع في الشريعة الإسلامية لا تتحقق فقط بمقتضى الإبصار بل

تتحقق بفعل ما يؤدي إلى العلم بالمبيع كالشم إذا كان المبيع من المشمومات والذوق إذا كان من الأطعمة وبالحس واللمس ، وقد يكتفى برؤية بعض المحل إذا كان هذا كافياً لمعرفة كله ، كما هو الحال في الحبوب والمثلثات بوجه عام .

ويسقط خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية بعدة مسقطات وهي :

١- رؤية المبيع وقبول المشتري له صراحة أو ضمناً .

٢- موت المشتري قبل الرؤية حيث يستقر البيع بموته ولا ينتقل خيار الرؤية إلى ورثته ، فهو لا يورث لأنه إرادة ومشينة والوارث لا يرث مورثه في رغبته .

٣- هلاك المبيع أو تعيبه أو فقده قبل رؤية المشتري له .

٤- تصرف المشتري في المبيع تصرفاً يوجب حقاً للغير كبيعه أو رهنه أو إجارته .

أما إذا تصرف تصرفاً لا يوجب حقاً للغير ، أي أنه يمكن الرجوع فيه كالهبة من غير تسليم والإعارة أو عرضه للبيع أو طلب الأخذ بالشفعة بسببه ، فإن الخيار لا يسقط إلا بالرؤية .

تلك هي أحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية وهي أحكام لا تتفق تماماً مع أحكام العلم بالمبيع الواردة في نص المادة ٤١٩ مدني ، فلا زالت هناك فروق بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني في هذا الشأن ، وهذه الفروق هي :

١- أن المادة ٤١٩ تقضى بأنه يعتبر علماً كافياً بالمبيع إشتغال العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من معرفته ، معنى ذلك أن تعيين المبيع في العقد يسقط خيار الرؤية على حين أن هذا التعيين لا يسقطه في الشريعة الإسلامية . حيث يثبت خيار الرؤية حتى ولو وصف المبيع وصفاً كافياً وحتى لو وجده المشتري على نحو ما وصف .

٢- أن المادة ٤١٩ من القانون المدني تقضى بأنه إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالماً بالمبيع ، يسقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به ، أي أن ذكر علم المشتري بالمبيع بالعقد يسقط الخيار في حين لا يسقطه في نظر الشريعة الإسلامية .

كيف يتحقق العلم بالمبيع فى القانون المدنى :

يتحقق العلم بالمبيع بدهاءة برؤيته ومعاينته . ويجب لإسقاط حق المشتري فى الإبطال إذا رأى المبيع أن يكون عالماً بأن هذا المحل هو الذى رآه من قبل ولا يتغير المحل وقت العقد عن الصفة التى كان عليها عند رؤيته له . غير أن الرؤية ليست هى الطريق الوحيد للعلم بالمبيع ، فقد بين لنا القانون المدنى طرقاً أخرى للعلم بالمبيع وهى :

أولاً : بيان المبيع وأوصافه الرئيسية :

قد يتولى البائع تعيين المبيع فى العقد تعييناً كافياً نافياً للجهالة بحيث يتميز المبيع عن غيره ، إلا أن هذا التعيين الكافى (والذى تفرضه القواعد العامة) قد لا يكون كافياً بالنسبة للمشتري بالذات ، بل يجب فضلاً عن ذلك أن تذكر أوصاف المبيع الأساسية التى من شأنها أن تعطى المشتري فكرة تامة وواضحة عن المبيع ، فلا يكفى أن يبيع داراً له فى مدينة كذا ولا يكون له غيرها فى هذه المدينة ، فالمبيع معين هنا تعييناً كافياً ، إلا أنه يجب فضلاً عن ذلك أن توصف هذه الدار بأوصافها الأساسية من المساحة والموقع والمشمولات حتى تتجسد صورة المبيع فى ذهن المشتري .

ثانياً : إقرار المشتري فى العقد بأنه عالماً بالمبيع :

إذا أقر المشتري فى العقد أنه سبق أن رأى المبيع فإنه يؤخذ بإقراره ويكون حجة عليه ولا يستطيع بعد ذلك أن يظعن فى البيع بحجة عدم رؤيته للمبيع . ولكن إذا كان إقرار المشتري بالعلم قد بنى على أساس تدليس من البائع بأن قام بإطلاعه على عين أخرى أوهمه أنها هى المبيع ، أو أوهمه أن الشيء الذى سبق له رؤيته هو ذات المبيع ، كان ذلك تدليساً من البائع ولا يؤخذ بإقرار المشتري فى العقد ويكون له الحق فى طلب الإبطال .

الجزاء على عدم العلم بالمبيع :

إذا تحقق عدم علم المشتري بالمبيع على النحو السابق بيانه ، كان له الحق فى طلب إبطال البيع . والبطلان هنا ليس بطلاناً مطلقاً وإنما هو بطلان نسبى وهذا البطلان مقرر لمصلحة المشتري فلا يكون لسواه . فلا يثبت هذا الحق

للبيع ، فإذا باع شخص عيناً لم يرها (كأن يكون قد ورثها وباعها قبل رؤيتها) فلا تقبل منه دعوى الإبطال لعدم رؤيته وإنما له الحق فى طلب الإبطال على أساس آخر هو الغلط إذا توافرت شروطه .

ويكون للمشتري هذا الحق إذا توافر سببه بدون حاجة إلى إثبات أى تبرير كأن يثبت تخلف صفة جوهرية فيه مثلاً ، كما لا يكلف المشتري بإثبات عدم علمه بالمبيع حتى يتوصل إلى إبطال البيع ، فالمبيع لم يكن تحت يده ، وعلى البائع إذا ادعى أن المشتري عالماً بالمبيع أن يثبت ذلك ، أما إذا كان المبيع من الأشياء التى جرى فيها عادة التعامل على معاينة المشتري لها قبل شرائها ، فإنه إذا ادعى المشتري عدم علمه بالمبيع فعليه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات حيث أننا أمام واقعة مادية يجوز إثباتها بأى طريق .

سقوط الحق فى الإبطال :

يسقط الحق فى الإبطال لعدم رؤية المبيع بالأسباب الآتية :

١- عدم استعمال الحق فى الإبطال بعد مضى ثلاث سنوات من تاريخ العلم الكافى بالمبيع أو بمضى خمسة عشر عاماً من تاريخ عقد البيع طبقاً للقواعد العامة فى البطلان النسبى .

٢- إجازة العقد صراحة أو ضمناً وهذه الإجازة تصدر من المشتري صاحب الحق فى الإبطال .

٣- يرى البعض سقوط الحق فى الإبطال إذا تعيب المحل فى يد المشتري لأنه لا يجوز له أن يرده إلى صاحبه معيباً وقد تسلمه سليماً ، بينما ذهب آخرون إلى أن تعيب أو هلاك المبيع فى يد المشتري لا يحول دون طلب الإبطال فالمادة ١٤٢ مدنى تقرر صراحة فى حالتى إبطال العقد وبطلانه أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل، فهى تجيز للمتعاقد طلب الإبطال حتى ولو إستحال إعادته إلى الحالة التى كان عليها قبل العقد .

٤- ويرى البعض أن طلب الإبطال لا يسقط بموت المشتري بل ينتقل هذا الحق إلى ورثته استناداً إلى ما قرره محكمة النقض بثبوت الحق فى الشفعة للورثة حيث يقاس خيار الرؤية على خيار الشفعة .

الفرع الثالث

صلاحية التعامل في المبيع

تمهيد :

الأصل في القواعد العامة أن محل الالتزام يجب أن يكون مشروعاً وصالحاً للتعامل فيه ، فإذا كان التعامل في الحق المبيع يصطدم بقاعدة أمره متصلة بالنظام العام والآداب لم يكن هذا التعامل مشروعاً ، ويعد العقد عندئذ باطلاً مطلقاً . والشئ المبيع لا يكون صالحاً للتعامل فيه إذا كانت طبيعته تجافى هذا التعامل أو كان التعامل في هذا الشئ غير مشروع .

عدم الصلاحية الراجعة إلى طبيعة الشئ :

١- فقد يكون الشئ لا يصلح بطبيعته المادية أن يكون محلاً للمبيع كاشعة الشمس والهواء وماء البحار إلا إذا أمكن حصر مثل تلك الأشياء كالحصول على مياه معدنية من منبعها وتعبئتها في زجاجات .

٢- وقد يكون الشئ متصلاً بشخص صاحبه بحيث لا يتصور انفصاله عنه كما هو الشأن في حق الاستعمال والسكنى . فقد قضت المادة ٩٩٧ من القانون المدني بأنه « لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي » .

وقد يكون الشئ متصلاً بصاحبه بمقتضى الاتفاق فلا يكون محلاً للمبيع ، ومن ذلك مثلاً الهبة والوصية المقترنة بشرط عدم التصرف في الشئ الموهوب أو الموصى به .

٣- وقد لا يصلح الشئ للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض المخصص له ، ومثال ذلك الأموال العامة . فقد قضت المادة ٨٧/٢ من القانون المدني بأنه « هذه الأموال - الأموال العامة - لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم » . فالمال العام يخصص للمنفعة العامة وطالما كان هذا التخصيص قائماً إمتنع التصرف فيه لئلا يتعطل مثل هذا التخصيص . وبناء على ذلك يسمح بالتصرف في المال العام إذا لم يتعارض هذا التصرف مع تخصيصه للمنفعة

العامّة . فيصح تنازل الدولة عن بعض أموالها العامّة لإحدى الهيئات أو الجهات الإدارية . كما يصح أن يكون المال العام محلاً للتعامل مع الأفراد إذا لم يتعارض هذا مع تخصيصه للمنفعة العامّة ، كمنح التزام مرفق عام لشخص يديره . وإذا فقد المال العام صفته العامّة بانتهاء تخصيصه للمنفعة العامّة أصبح محلاً مشروعاً للتعامل .

كذلك فإن المال الموقوف لا يصلح للتعامل فيه طالما بقي موقوفاً .

عدم الصلاحية الرجعة إلى مخالفة التعامل للنظام العام والآداب :

تقضى المادة ١٣٥ من القانون المدني بأنه « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً » . والمشرع قد يحرم التعامل في بعض الأشياء بنص خاص يستوحى فيه أيضاً فكرة النظام العام والآداب ، فنعرض لبعض أنواع التعامل عبر المشروع :

(أ) لا يجوز التعامل في الحقوق اللصيقة بالشخصية :

فلا يجوز النزول عن الحرية الشخصية ولا يجوز بيع الناخب لصوته لمرشح معين ، ولا يجوز البيع أو التنازل عن وظيفة عامة أو عن الاسم أو عن حق الأبوة أو البنوة أو الأهلية أو الولاية ، ولا يجوز بيع الإنسان كرقيق ولا يجوز بيع دار خصص للقماز أو الدعارة . ولا يجوز بيع المواد المخدرة أو المواد السامة أو الحيوانات الموبوءة أو الأسلحة أو الذخائر ...

(ب) بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء :

تقضى المادة ٤٧١ من القانون المدني بأنه « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا ، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلاً » .

سبق أن رأينا أن الحكمة من جواز استرداد الحق المتنازع فيه هو منع المضاربة وتأييد الخصومات ، هذه الحكمة في شقها الأول متوافرة أيضاً إذا كان مشترى الحق المتنازع فيه من عمال القضاء . غير أن المنع هنا لا تتوقف حكمته

عند هذا الحد ، بل أن هذا المنع قد يقصد به كذلك الضرب على أيدي مستغنى النفوذ في مثل هذه البيوع .

وقد سبق لنا أيضاً تعريف الحق المتنازع فيه ، فلا نعود إليه ، إنما يقتصر بحثنا على تحديد الأشخاص الممنوعون من الشراء ونطاق هذا المنع وشروطه وأخيراً نعرض لحكم المادة ٤٧٢ مدنى الخاصة بمنع تعامل المحامى فى الحق المتنازع فيه .

أولاً ، الأشخاص الممنوعون من الشراء ،

لقد حددت المواد السابقة هؤلاء الممنوعين من الشراء بأنهم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون والمحضرون وكتبة المحاكم ، وهذا التحديد قد ورد على سبيل الحصر فلا يجوز القياس عليهم ، وبالتالي لا يدخل فى دائرة المنع الخبراء ووكلاء المحامين وكتبتهم وخدم المحاكم وحجابه وفراشيها والحراس ورجال الشرطة ومأمورى الضبطية القضائية . ولفظ القضاة الوارد فى النص يشمل كل من شغل هذه الوظيفة سواء أكان قاضياً بالمحاكم الجزئية أو الابتدائية أو الاستئنافية أو النقض فالمستشار يعتبر قاضياً هو الآخر .

وكذلك يدخل فى دائرة المنع أيضاً مستشارو وقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية وبعبارة عامة فإن نطاق المنع يشمل قضاة كل أنواع المحاكم سواء أكانت مدنية أو تجارية أو إدارية أو استئنافية :

ثانياً ، نطاق المنع من الشراء ،

رأينا أن النصوص السابقة قضت بأنه لا يجوز لعمال القضاء السابق تحديدهم أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، وعلى ذلك لا يجوز لقاضى المحكمة الجزئية أن يشتري الحق المتنازع فيه إذا كان الاختصاص بالنظر فى هذا النزاع لمحكمة ، وإنما يجوز له شراء هذا الحق إذا كان الاختصاص بنظره لقاضى جزئى آخر ، حتى لو كان الأخير تابعاً لذات المحكمة الابتدائية التابع لها الأول . وقاضى المحكمة الابتدائية يمتنع عليه شراء الحق المتنازع فيه إذا كان النظر فى هذا النزاع من

إختصاص محكمته أو أى محكمة أخرى جزئية تابعة لها حتى ولو كان النزاع يدخل فى الاختصاص النهائى للمحكمة الجزئية ، لأن مجرد احتمال رفع إستئناف ولو غير مقبول يكفى لإلقاء ظل من الشبهة . أما مستشار محكمة الاستئناف فيمتنع عليه شراء الحق المتنازع فيه إذا كان النظر فى النزاع من إختصاص محكمته بما فى ذلك إختصاص المحاكم الكلية والمحاكم الجزئية التابعة لهذه المحكمة . ولما كانت محكمة النقض يشمل اختصاصها كل أنحاء الوطن فإنه يمتنع على مستشاريها شراء أى حق متنازع فيه ، حتى ولو كان الحكم فيه غير قابلاً للطعن فيه .

ويشمل المنع كما قلنا أعضاء النيابة العامة وهؤلاء يتدرجون فى وكالاتهم من معاون نيابة إلى نائب عام ، فلا يدخل فى نطاق الحظر أعضاء النيابة الإدارية حيث لم ينصرف ذهن المشرع إليهم لعدم وجود هذه النيابة وقت وضع القانون . وكما هو معلوم فإن لكل عضو من أعضاء النيابة دائرة اختصاص محددة يمتنع عليه فيها شراء حقاً متنازعا فيه على النحو الذى رأيناه بالنسبة للقضاة .

ويمتد الحظر كذلك إلى المحامين وهم من كانوا أعضاء فى نقابة المحامين حتى ولو كانوا تحت التمرين . فيمتنع على المحامى شراء الحق المتنازع فيه إذا كان النظر فى النزاع من إختصاص المحكمة المقيد أمامها . فمن كان مقيداً أمام المحاكم الجزئية يمتنع عليه شراء أى حق متنازع فيه من إختصاص أى محكمة جزئية فى أى جزء من البلاد ، ومن كان مقيداً أمام المحاكم الابتدائية يمتنع عليه شراء أى حق متنازع فيه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى إختصاص أى محكمة ابتدائية فى أى جهة من البلاد ، ومن كان مقيداً أمام محكمة الاستئناف أو محكمة النقض يحظر عليه شراء أى حق متنازع فيه .

هذا وقد وجدت بعض الآراء التى أرادت التخفيف من هذا المنع المطلق ، فمن قائل بقصر المنع على حالة ما إذا كان المشتري محامياً عن أحد المتنازعين ومن ذهب إلى قصر المنع على المحاكم التى يتراعى أمامها المحامى بصفة مستمرة أو المحكمة التى يباشر عمله فعلاً فى دائرتها . غير أن كل هذه الآراء لا تلقى تأييداً فى الفقه لعدم وجود سند قانونى لها .

ويقصد بكتابة المحاكم الداخلون فى نطاق الحظر ، ليس فحسب كتاب الجلسات وإنما كل من يعمل موظفاً إدارياً أو كتابياً بالمحكمة ، ككتاب قسم

الحسابات والأرشيف والسكترارية . والكاتب يعمل دائماً فى دائرة إختصاص محكمة معينة يمتنع عليه شراء الحق المتنازع عليه إذا كان داخلاً فى إختصاص هذه المحكمة . وما يقال على الكتبة يقال أيضاً على المحضرين .

ثالثاً : شروط المنع من الشراء :

١- يجب لكى يحرم عامل القضاء من شراء الحق المتنازع فيه أن يكون هذا العامل قد إكتسب هذه الصفة وقت الشراء ، أما إذا إكتسبها بعد ، فلا يبطل البيع ، فالقاضى الذى اشترى حقاً متنازعا فيه من إختصاص محاكم الاسكندرية ولم يكن قاضياً بها يعد شرائه صحيحاً حتى وإن نقل بعد ذلك قاضياً إلى محكمة الاسكندرية ، غاية الأمر أنه إذا عرض عليه النزاع المتعلق بهذا الحق وجب أن يتنحى عن نظر الدعوى .

٢- ويجب ثانياً أن يكون الحق متنازعا فيه وقت الشراء فإذا لم يكن كذلك أو كان متنازعا فيه وإنحسم النزاع فى شأنه أو لم يكن متنازعا فيه وقت الشراء وأصبح كذلك بعده فإن الشراء يعد صحيحاً (١) .

٣- يجب أن يكون عامل القضاء عالماً وقت الشراء بأن الحق متنازعا فيه وبأن النظر فيه يدخل فى إختصاص المحكمة التى يعمل أمامها فقد قضى بأنه : إذا تبين وقت تحويل السند أن المدعى لم يكن يعلم بأنه موضوع نزاع ، جاز التحويل له ، ولا يمكن أن ينسب إليه أنه اشترى ديناً متنازعا فيه . ويستوى بعد ذلك أن يكون الشراء وارداً على الحق ذاته أو حق متفرع عنه ، كما يستوى أن يكون شراء عامل القضاء للحق باسمه أو باسم مستعار كإسم زوجته أو ابنه أو قريبه أو صديقه . كما يسرى الحظر سواء على البيع أو على ما يشابهه كالمقايضة أو الوفاء بمقابل .

رابعاً : جزاء المنع :

يستفاد مما تقدم أن جزاء الحظر الوارد فى النص هو البطلان المطلق (٢)

(١) نقض ١٩٨٠/٥/١٥ - المجموعة س ٣١ من ١٣٧٣ ونقض ١٩٨٢/٥/٢٠ - المجموعة س ٣٢ من ٥٦١ .

(٢) نقض ١٩٨٠/٥/١٥ - المجموعة س ٣١ من ١٣٧٣ .

ومن مقتضى هذا البطلان ألا يكون لعقد البيع أثر لا بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير ، كما يجوز لكل ذى مصلحة (حتى البائع والمنازع فى الحق) التمسك بهذا البطلان ، كما أن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . فالبطلان هنا متعلق بالنظام العام حيث أنه قائم على أساس استعمال عامل القضاء لنفوذه بين المتقاضين .

هل يجوز لعامل القضاء استرداد ما عليه من حق متنازع فيه ؟

سبق أن بينا أن المشرع فى المادة ٤٦٩ مدنى قد جعل للمدين الحق فى إسترداد الدين المتنازع فيه إذا نزل عنه صاحبه بمقابل لآخر ، فهل يجوز إعمال هذا الحكم فى حالة ما إذا كان المدين فى الدين المتنازع فيه عاملاً من عمال القضاء ؟

يذهب رأى إلى أن « منع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها لا يجب أن يؤدى إلى حرمانهم كذلك من إسترداد ما عليهم من هذه الحقوق ، لأن الاسترداد لا يقصد به المضاربة كالشراء ، بل يقصد به إنهاء الخصومات ، وهى غاية حميدة لا يجب إنكارها على الساعين إليها ، وهذا هو الرأى الذى يعيل إليه المشرع فى التقنين الجديد » .

إلا أننا نرى عدم الأخذ بهذا الاتجاه وترجيح إتجاه غالبية الشراح فى فرنسا ومصر من أنه ليس لعامل القضاء إسترداد ما عليه من حقوق متنازع فيها إذا نزل عنها أصحابها بمقابل . وذلك لأن الاسترداد المنصوص عليه فى القانون قد قصد به رعاية مصلحة خاصة هى مصلحة المدين ، فى حين أن المنع من الشراء الوارد فى المادة ٤٧١ مدنى قد قصد به رعاية مصلحة عامة والمصلحة العامة أحق بالترتيب من المصلحة الخاصة كما يجب ألا ننسى أن إسترداد عامل القضاء للحق المتنازع فيه لا يخلو من شبهة إستغلال النفوذ أو على الأقل فإنه بهذا الاسترداد للحق المتنازع فيه ، قد ألقى ظلاً من الشبهة فى حيدة رجل القضاء .

تعامل المحامى فى الحق المتنازع فيه :

رأينا أن المحامى يدخل فى نطاق الحظر الوارد بالمادة ٤٧١ مدنى ومع ذلك فقد أتت المادة ٤٧٢ مدنى لتقضى ببطلان تعامل المحامى مع موكله فى الحق

المتنازع فيه . فقد قضت هذه المادة بأنه لا يجوز للمحاميين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع فيها سواء اكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً .

نلاحظ هنا أن نص المادة ٤٧١ كان كافياً لتحقيق غرض المشرع في هذا الشأن ومع ذلك فالأمر لا يخلو من فائدة من تقرير نص خاص بهذا المنع وبهذه الصياغة . فنص المادة ٤٧٢ يقصر المنع على حالة تعامل المحامي في الحق الموكل بالدفاع عنه سواء اكان موكلاً أصلياً من صاحب الحق أو كان موكلاً من المحامي الأصلي في الحضور في الدعوى ، إلا أن نص المادة ٤٧٢ أوسع نطاقاً من نص المادة ٤٧١ فهي تحرم كل ضروب التعامل في الحق المتنازع فيه سواء اكان بيعاً أم مقايضة أم هبة أو شركة أو إقراض للحق أو أخذ جزء من الحق كأنعاب في الدعوى . وحرمان التعامل هنا في الحق المتنازع فيه مطلق ، سواء تم عن طريق المحامي أو عن طريق شخص آخر يسخره لهذا الغرض ، أما إذا إنتهى النزاع في الحق فلا مانع عندئذ من تعامل المحامي فيه .

وعدم التعامل قائم على إعتبارات متعلقة بالنظام العام إذ يخشى إذا سمح بمثل هذا التعامل أن يقوم المحامي باستغلال موكله خاصة وهو الشخص الذي يعلم خفايا الدعوى وإحتمالات الكسب والخسارة فيها (١).

(ج) عدم مشروعية شراء ما يزيد على الحد الأقصى للملكية الزراعية :

وضع المشرع في القانون رقم ١٩٦٩/٥٠ حداً أقصى لما يجوز تملكه من الأراضي الزراعية وما في حكمها بخمسين فداناً للفرد ومائة للأسرة ، ثم قضى في الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من هذا القانون بأن « كل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلاً ولا يجوز شهره » . فالعقود المبرمة بعد صدور القانون رقم ١٩٦٩/٥٠ تعد باطلة لمخالفتها النظام العام متى كانت مؤدية إلى زيادة ملكية المتصرف إليه عن الحد الأقصى ، ومثل هذا التصرف لا يجوز تسجيله .

(١) انظر نقض ١٩٦٤/٣/١٩ - المجموعة - س ١٥ رقم ٦٣ ص ٢٨٢ وانظر في حق المحامي في شراء الحق الذي إنتهى النزاع عليه من موكله : نقض ١٩٨٤/٦/١٢ طعن ٣٠٧ س ٥١ ق .

ولكن ما الحكم إذا كان المتصرف إليه يملك وقت صدور القانون قدراً أقل من الحد الأقصى ثم إشتري بعقد أدى إلى زيادة ملكيته عن هذا الحد الأقصى . فهل يعتبر العقد صحيحاً في القدر الذي يؤدي إلى مجاوزة ملكية المتصرف إليه عن الحد الأقصى وباطلاً فيما عدا ذلك ؟ فإذا كان المشتري مالكا لثلاثين فدانا وقت صدور القانون ثم إشتري خمسين فدانا بعد ذلك ، هل يبطل العقد كله ، أم يبطل في حدود ثلاثين فدانا فقط ؟

ترى الغالبية ، بطلان مثل هذا العقد برمته فحيث يكون العقد هو الذي جعل المتصرف إليه يملك أكثر من خمسين فدانا فإنه يبطل بالنسبة للصفقة كلها وليس بالنسبة للجزء الذي يكون قد جعل الملكية مجاوزة للحد الأقصى ، فالصفقة لا تتجزأ والنص على البطلان عام لا يفرق بين حالة وأخرى .

ويذهب رأى آخر نفضله إلى أن « الحقيقة أن النص الخاص بالبطلان لا يقف عقبة في سبيل القول بإعتبار الصفقة صحيحة في الجزء الذي لا يجعل ملكية المتصرف إليه تزيد على الحد الأقصى المقرر قانوناً في حدود ثلاثين فدانا في المثل السابق ، فالبطلان يستهدف عدم السماح بقيام ملكية تزيد على الحد الأقصى ، ومن ثم فلا داعي للقول بالبطلان إذا كان من شأن تبعض الصفقة عدم زيادة الملكية عن ذلك الحد ، فالبطلان مقرر لحالة الزيادة عن القدر المسموح به ، فإن لم يترتب على التصرف زيادة على ذلك الحد فلا بطلان والمشكلة الحقيقية تكمن في إمكان تجزئة الصفقة من عدمه ، ونرى أن تلك المسألة مسألة واقع يجب أن يترك تقديره لقاضي الموضوع تبعاً للظروف ، فمن المقطوع به أن هناك صفقات لا تقبل التجزئة ، كما توجد أيضاً صفقات تقبل التجزئة ، كما لو كان البيع منصباً على عدة قطع في أماكن متفرقة ، فإن كانت الصفقة لا تقبل التجزئة فيجب إعتبار العقد برمته باطلاً ، أما إذا كانت تقبل التجزئة فيجب إعتبار العقد صحيحاً في الجزء الذي يجاوز الحد الأقصى للملكية » .

(د) عدم مشروعية شراء الأجانب لبعض الأموال في مصر :

الأصل أن الأجنبي كالمصري سواء بسواء في التعامل في الأموال الموجودة بمصر ومع ذلك ولاعتبارات متعلقة بأمن الوطن وبمصلحة الاقتصاد القومي يرد الحظر في بعض القوانين على الأجانب في التعامل في بعض الأموال ، ومن أمثلة ذلك ، ما تقضى به المادة الأولى من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٢ بأن

يحظر على الأجانب سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتبارية تملك الأراضي الزراعية وما فى حكمها من الأراضى القابلة للزراعة والبور والصحراوية ويشمل الحظر الملكية التامة كما يشمل ملكية الرقبة أو حق الانتفاع (١) .

الفرع الرابع

ملكية البائع للمبيع

تمهيد :

قلنا إن الخصيصة الأساسية فى عقد البيع هى فى نقل الملكية من البائع إلى المشتري . ونظراً لأن السلف لا يستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر من حقه لذلك وجب أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى يستطيع أن ينقل هذا الحق إلى المشتري « فإذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع ... » (مادة ٤٦٦ من القانون المدنى) . فقابلة بيع ملك الغير للبطلان إنما يعد نتيجة طبيعية ومنطقية لكون نقل الملكية اثرًا مباشرًا مترتباً على البيع .

وقبل أن نعرض لأحكام بيع ملك الغير نحدد أولاً المقصود بهذا البيع وتمييزه عن بعض البيوع الأخرى التى تختلف عنه .

المطلب الأول

المقصود ببيع ملك الغير

تقضى المادة ١/٤٦٦ من القانون المدنى بأنه « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل ... » .

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى شرح أحكام القانون الزراعى طبعة ١٩٧٩ من ص ٢٢١ إلى ص

فبيع ملك الغير لا يكون كذلك إلا إذا كان وارداً على شيء معين بالذات لا يملكه البائع وبناء على ذلك لا تعد البيوع الآتية بيعاً لملك الغير :

١- بيع الشيء غير المعين بالذات :

إذا باع شخص شيئاً غير معين بالذات كمائة قنطار من القطن لا يملكه ، فلا يعد هذا بيعاً لملك الغير ، وإن كان هذا البيع قد ورد على شيء لا يملكه البائع . حيث يجب التفرقة بين بيع شيء مملوك للغير وبيع شيء آخر غير مملوك للبائع . فالشيء غير المعين بالذات لا يمكن أن يقال إن البائع له مالك له أو غير مالك حيث لا يتحقق ذلك إلا عند تعيين المبيع بالذات . وفي المثل السابق يلتزم البائع بنقل ملكية هذا الشيء القابل للتعيين وعليه تعيينه إن كان موجوداً أو إيجاداً إن كان غير موجود ثم نقل ملكيته إلى المشتري .

٢- بيع الشيء المعلق على إكتساب البائع ملكيته :

قد يبيع شخص شيئاً معيناً بالذات لا يملكه وقت التعاقد ويعلق البيع على شرط تملكه لهذا المبيع . فالبيع هنا لا يعد بيعاً باتاً وإنما هو بيع معلق على شرط واقف هو إمتلاك البائع للمبيع . فإذا تحقق الشرط إنتقلت الملكية إلى المشتري ، أما إذا لم يتحقق الشرط سقط البيع ... وهذا البيع المعلق على شرط تملك البائع للمبيع لا يعد بيعاً لملك الغير حيث أن البيع الأخير يعد بيعاً لشيء معين بالذات مملوك للغير ويتم البيع باتاً غير معلق على شرط . ومن أمثلة هذه البيوع المعلقة على شرط واقف أن يبيع شخص شيئاً معيناً بالذات ويعلق البيع على شرط تملكه لهذا الشيء عند بيعه بالمزاد ورسو مزاده عليه .

٣- التعهد عن الغير بأن يبيع ما يملكه :

قد يتعهد شخص قبل آخر بأن يبيع الغير ما يملكه . فلا يعد هذا بيعاً لملك الغير .

وقد يتعهد شخص بأن يبيع لآخر شيء معين بالذات غير مملوك له في الحال وإنما سيعمل على إكتساب ملكيته ، فهذا أيضاً لا يعد بيعاً لملك الغير ، بل لا يعد بيعاً من أساسه ، فالبائع هنا لم يلتزم بنقل ملكية الشيء المعين بالذات للمشتري وإنما التزم بعمل معين هو كسب ملكية هذا الشيء أولاً ثم نقل

ملكيتة بعد ذلك إلى المشتري وهذه الحالة تختلف كذلك عن التعهد عن الغير ،
ففى التعهد عن الغير « يلتزم المتعهد بأن يجعل المتعاقد يكسب ملكية الشيء
عن الغير رأساً فلا تنتقل إليه أولاً ثم ينقلها هو إلى المشتري » .

٤- الوعد بالبيع الصادر من غير مالك ،

قد يصدر الوعد بالبيع للشيء المعين بالذات عن غير مالكه ، ولا يعتبر هذا
بيعاً لملك الغير . ذلك أنه إذا أبدى الموعود له رغبته فى الشراء وكان الواعد قد
أصبح مالكا لهذا الشيء ، تم البيع . أما إذا كان الواعد غير مالك ولم يصبح
كذلك ، إعتبر هذا الوعد بالبيع بيعاً لملك الغير وإنطبقت أحكام الأخير .

٥- بيع المالك تحت شرط ،

قد يحدث أن يبيع الشخص الشيء المعين بالذات والمملوك له تحت شرط
واقف أو فاسخ ، والبيع هنا لا يعد بيعاً لملك الغير (١) ، فتنقل الملكية إلى
المشتري بهذا الوصف فيكون مالكا للمبيع تحت شرط واقف أو فاسخ . فإذا
تحقق الشرط الواقف أو لم يتحقق الشرط الفاسخ أصبحت ملكية المشتري بآتة .
أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ فقد أصبح المشتري غير
مالك وجاز له أن يطلب إبطال البيع باعتبار أن البائع قد باع ما لا يملك إلا إذا ثبت
أن المشتري قد إشتري مجرد الأمل فى الملكية بأن يتحقق الشرط الواقف أو
يتخلف الشرط الفاسخ .

٦- بيع الشريك للمال الشائع ،

قد يكون الشيء المعين بالذات مملوكاً لعدة شركاء . فالمال شائع بينهم
ويملك كل منهم حصته الشائعة ملكية تامة . وكل شريك مشتاع يعتبر مالكا
ولئن كان يرمز إلى حق ملكيته بحصة معنوية أو حسابية معينة ، إلا أن حقه -
مادام يتزاحم معه ملاك آخرون على نفس المحل بمجرد حصص رمزية - لا
يتصور واقعاً إذن إلا على الشيء الشائع كله ، طالما حالة الشيوع قائمة لم
تفرضها القسمة بإفراز جزء مادي محدد يتقرر بالنسبة له . وبيع الشريك

(١) انظر تطبيقا لذلك فى حكم النقض ١٨ / ٥ / ١٩٦٧ المجموعة س ١٨ رقم ١٥٤ ص ١٠٣

المشتاع قد يرد على الشيء الشائع كله وقد يرد على حصة شائعة أو مفرزة .

أ- بيع الشريك المشتاع لكل الشيء الشائع ،

رأينا أن الشريك المشتاع يرد حقه على كل الشيء الشائع طوال فترة الشيوع . فإذا تصرف هذا الشريك بالبيع في كل الشيء الشائع فلا يعد تصرفه بيعاً ملك الغير ، وبالتالي لا يعد هذا البيع قابلاً للإبطال في القدر الزائد على حصة الشريك المتصرف ، فتصرفه صحيح على كل الشيء الشائع بإعتباره تصرفاً صادراً من مالك . ولكن لما كان حقه في الملكية وفي التصرف مقيد بما لبقية المشتاعين من حقوق مماثلة ، كان تصرفه رغم صحته يعتبر غير نافذ في حق باقي المشتاعين . ويظل كذلك بعد القسمة حماية لما يقع بها من نصيب لكل منهم . ومادام التصرف صحيحاً فيما بين أطرافه على أساس إعتباره صادراً من مالك ، فلا يجوز للمتصرف إليه قبل القسمة طلب إبطاله إلا على أساس عيب يشوب إرادته كعيب الغلط الناشئ عن جهله بعدم تملك الشريك المتصرف للعين المتصرف فيها ملكية مفرزة خالصة له .

ب- بيع الشريك المشتاع لحصة مفرزة في الشيء الشائع ،

تقضى المادة ٢/٨٢٦ من القانون المدني بأنه إذا كان التصرف منصفاً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة (١) . وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين

(١) قضى بأنه إذا كان البيع منصفاً على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقاً على إجراء القسمة بين الشركاء ، فإن المشتري في هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدني - حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة - شريكاً في العقار الشائع ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء وبالتالي لا يلزم تمثيله في القسمة . ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء فإنها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفاً فيها ويترتب عليه في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه ، فإذا وقع القدر المبيع المفرز في نصيب الشريك البائع خلس له هذا القدر وإن لم يقع إنتقال حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة . -

المتصرف فيها ملكية مفرزة ، الحق فى إبطال التصرف إستناداً إلى التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع على المال الشائع من أنه حق ملكية ، فإنه يتبع من ذلك أن تصرفه فى جزء مفرز من الشيء الشائع يعد تصرفاً صادراً من مالك وإن كان غير نافذ فى حق باقى الشركاء (١). ولذلك لا يعد هذا البيع الصادر من الشريك المشتاع بيعاً للملك الغير ، وبالتالي لا يجوز للمشتري من هذا الشريك طلب إبطال هذا البيع على أساس صدوره من غير مالك سواء أكان يعلم أو يجهل أن البائع مجرد مالك على الشيوع . ولكن إذا قفل فى وجه هذا المشتري باب الطعن فى هذا البيع على أساس صدوره من غير مالك فإنه يكون له مع ذلك أن يطعن فى هذا البيع ، وطبقاً للقواعد العامة المتعلقة بعيوب الإرادة ، بالإبطال على

= نقض ١٩٦٥/١٢/٢ - المجموعة - س ١٦ رقم ١٨٤ من ١١٧٢ . وانظر أيضاً نقض ١٩٨٣/١١/٣ طعن ٢٠٥ س ٥٠ ق والذي جاء فيه : أن مؤدى نص المادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - اعتبار المتقاسم - فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين ، مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه ولكن لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة . وانظر فى ذات المعنى أيضاً ، نقض ١٩٦٤/٤/٢ - المجموعة - س ١٥ من ٥٠٣ ، نقض ١٩٨٠/٢/١٢ المجموعة س ٣١ رقم ٩٢ من ٢٧٦ . وانظر تطبيقاً للمادة ٢/٨٢٦ مدنى ، نقض ١٩٨٠/٢/٢٥ - المجموعة - س ٣١ رقم ١٧٥ من ٨٨٨ ، نقض ١٩٥٠/١٢/٧ - المجموعة - س ٢ رقم ٢٧ من ١٢٨ ، نقض ١٩٦٤/٤/٢ - المجموعة - س ١٥ رقم ٨١ من ٥٠٣ ، نقض ١٩٧٥/١/٣٠ - المجموعة - س ٢٦ رقم ٦٥ من ٢٠١ ، ١٩٦٥/١٢/٢ - المجموعة - س ١٦ رقم ١٨٤ من ١١٧٢ ، نقض ٧٣/١٢/٢ - المجموعة - س ٢٥ رقم ٢٢٦ من ١٣٢٤ ، نقض ١٩٨٠/٢/١٢ - المجموعة - س ٣١ رقم ٩٢ من ٤٧٦ . وانظر أيضاً نقض ١٩٨٠/٢/٢٥ - المجموعة س ٣١ من ٨٨٨ ، ١٩٦٥/١٢/٢ - المجموعة س ١٦ من ١١٧٢ و ١٩٨١/١/٢٠ - المجموعة س ٣٢ من ٢٣٥ و ١٩٨١/١/٢٧ - المجموعة س ٣٢ من ٣٤٩ و ١٩٨١/٣/١٠ - المجموعة س ٣٢ من ٧٧٩ و ١٩٨١/١٢/٢ - المجموعة س ٣٢ من ٢٢٧٧ و ١٩٨٢/١١/٤ - المجموعة س ٣٣ من ٨٧٥ و ١٩٨٣/١/٣٠ - المجموعة س ٣٤ من ٣٤٠ و ١٩٨٥/١١/١٤ - الطعن ٢٥٣ س ٥٢ ق و ١٩٨٦/٢/٢٠ - طعن ٢٣٩٢ س ٥٢ ق و ١٩٨٧/٦/٩ - الطعن ٩٠٣ س ٥٢ و ٥٧٤ س ٥٤ ق و ١٩٨٨/٦/٢٢ - طعن ١٦٥١ س ٥٥ ق و ١٩٨٨/١٢/٢٨ - طعن ٢٦١ س ٥٥ ق و ١٩٩٠/٧/٢٥ - طعن ٣٨٣ س ٥٧ ق و ١٩٩١/١/١٧ - المجموعة س ٤٢ من ٢٢٣ و ١٩٩١/١٠/٢٣ - المجموعة س ٤٢ من ١٥٣٥ و ١٩٩١/١٢/٢٦ - المجموعة س ٤٢ من ١٩٨٠ و ١٩٩٤/١/١٩ - المجموعة س ٤٥ من ٢٠٤ و ١٩٩٧/٥/٢٤ - الطعن ٤٤٣٨ س ٦١ ق . (١) نقض ١٩٥٥/٦/٣٠ - طعن ١١١ س ٢٢ ق و ١٩٥٦/٦/٢٨ - المجموعة س ٧ من ٧٦٠ .

أساس وقوعه في غلط جوهري خاص بحقيقة ملكية البائع . فإذا كان المشتري يعلم أن البائع مالك على الشيوع ، فلن يستطيع مالب الإبطال على أساس صدور البيع من غير مالك ، فقد بينا عدم صحة هذا القول ، ولا على أساس الغلط طالما توافر لديه هذا العلم . بل إنه حتى بعد إتمام القسمة ووقوع الجزء المبيع في غير ملك البائع ، فإنه لا يجوز للمشتري أيضاً طلب الإبطال بل ينتقل إليه الحق أو الحصة التي وقعت في نصيب البائع بمقتضى القسمة . أما إذا كان المشتري يجهل أن البائع لا يملك الجزء المبيع ملكية مفرزة فإن له عندئذ طلب الإبطال على أساس وقوعه في هذا الغلط الجوهري وليس على أساس صدور البيع من غير مالك .

ج- بيع الشريك المشتاع لحصة شائعة في المال الشائع ،

تقضى المادة ١/٨٢٦ من القانون المدني بأن « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها ... » .

فإذا باع هذا الشريك حصته الشائعة فهو يبيع ما يملك ، فتنتقل ملكية الحصة الشائعة إلى المشتري ويحل الأخير محل البائع شريكاً لباقي الشركاء ولا يكون له الحق في طلب إبطال التصرف لا على أساس صدوره من غير مالك ولا على أساس وقوعه في الغلط .

المطلب الثاني

حكم بيع ملك الغير

طبيعة الجزاء ،

رأينا أن المادة ١/٤٦٦ من القانون المدني تقضى بأنه « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع ... » فحكم بيع ملك الغير أنه يقع قابلاً للإبطال ولكن ما حقيقة هذا البطلان المنصوص عليه في هذه المادة ؟

تضاربت آراء الفقه الفرنسي حول حقيقة البطلان المترتب على بيع ملك الغير . فيقضى القانون المدني الفرنسي في المادة ١٥٩٩ بأن يصبح بيع ملك

الغير باطل وبأن للمشتري الحق في التعويض إذا كان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع .

١- فقد ذهب رأى إلى أن البطلان المنصوص عليه في هذه المادة ما هو إلا فسخ للعقد لاستحالة تنفيذه . ولكن يبدو فساد هذا الرأي أمام نص القانون الصريح الذي يقضى بالبطلان . وكذلك إذا كان الجزاء هو الفسخ لكان للقاضي السلطة التقديرية طبقاً للقواعد العامة في إجابة المشتري إلى طلبه ولما أمكنه من القضاء به إذا تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري بعد رفع الدعوى ، وفي ذلك تعارض واضح مع ما يقضى به القانون (١) .

٢- وهناك من رأى أن هذا البطلان يكون مطلقاً لانعدام سبب العقد (٢) . لأن المشتري يلتزم بدفع الثمن بلا سبب . والقول بالبطلان المطلق يتعارض كثيراً مع الآثار الخاصة ببيع ملك الغير ، هذا بالإضافة إلى أن هذا العقد لا يخلو من السبب ، فسبب التزام المشتري بأداء الثمن هو في التزام البائع بنقل ملكية شيء غير مملوك له ، فإذا استحال عليه تنفيذ هذا الالتزام فالجزاء هو الفسخ وليس البطلان (٣) .

٣- وذهب آخرون إلى أن هذا البطلان يعد بطلاناً نسبياً (٤) ، إما لغلط في شخص البائع حيث توهم المشتري أنه مالك للمبيع ، وإما لغلط في المبيع حيث يتوهم المشتري أنه مملوك للبائع . ويذهب هذا الرأي إلى أن القانون قد جعل للمشتري الحق في طلب الإبطال حتى لو كان يعلم أن المبيع مملوك للغير .

٤- وتذهب غالبية الفقه الفرنسي الحديث إلى أن دعوى بطلان ملك الغير التي يرفعها المشتري ما هي إلا دعوى ضمان الاستحقاق يلجأ المشتري إلى

(١) انظر في الفقه الفرنسي : كوليه دي سانتير جـ ٧ فقرة ٢٨ مكرر ، بغدوار في الملكية والعقد ص ٥١٦ ، جودمييه في النظرية العامة للالتزامات ص ١٠٧ و ١٠٨ ، كولان وكاهيتان جـ ٢ فقرة ٨٦٩ . وفي الفقه المصري انظر جميل الشرقاوي - رسالة في البطلان - فقرة ١٠٣ ص ٢٩٣ - ٢٩٦ .

(٢) لوهرى ودو جـ ٥ فقرة ١١٧ ص ١٠٧ - ١٠٨ .

(٣) بودري وسينيا فقرة ١١٧ ص ١٠٨ - ١٠٩ .

(٤) جوسران ج ٢ فقرة ١٠٤٣ و ١٠٤٥ .

رفعها قبل أن ترفع عليه هو من المالك الحقيقي (١)

على أية حال فإن القانون المدنى المصرى صريح فى جعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال وليس باطلاً بطلاناً مطلقاً ، بدليل أنه قضى بأنه « إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وإنقلب صحيحاً فى حق المشتري » . كما قضى أيضاً بأن البيع ينقلب صحيحاً فى حق المشتري إذا ألت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد .

ومع صراحة نصوص القانون فى اعتبار ملك الغير قابلاً للإبطال فإن هناك من يجادل فى هذا الحكم :

١- ذهب رأى إلى أن بيع ملك الغير يقع باطلاً مطلقاً لاستحالة المحل إستحالة مطلقة فى الظروف الخارجية المحيطة بالبائع . ويترتب على هذا البطلان المطلق أن يتحول عقد بيع ملك الغير من بيع ناقل للملكية فوراً إلى بيع منشئ لالتزامات فحسب ، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الأول لا يمكن إنعقاده بسبب عدم ملكية البائع (٢).

والواقع أنه يستحيل الأخذ بهذا الرأى فهو :

أولاً : يتعارض مع نصوص القانون الصريحة فى جعل هذا البطلان نسبياً لا مطلقاً .

ثانياً : لأنه يتعارض كذلك مع نظرية تحول العقد حيث تقضى هذه النظرية بأن تكون نية المتعاقدين المحتملة قد إنصرفت إلى العقد الجديد وقت العقد لا بعد ذلك . « ونية المشتري المحتملة تستعصى على هذا التأويل فإما أن تكون هذه النية قد إنصرفت احتمالاً إلى العقد الجديد منذ البداية ، فلا يجوز إثبات العكس ويتبقى ألا يجوز للمشتري تبعاً لذلك أن يطلب إبطال البيع ، وإما ألا تكون قد إنصرفت إلى العقد الجديد فلا يكون هناك تحول وينبغى أن يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح » .

(١) بهيكل جـ ١١ فقرة ١٠٤ ، بلانويل وريبير وهامل جـ ١٠ فقرة ٤٥ ، بلانويل وريبير وهولانجه جـ ٢ فقرة ٢٣١٧ .

(٢) سليمان مرقس - عقد البيع - ١٩٨٠ فقرة ٢٠٥ ص ٥٢٩-٥٣١ .

٢- كما يذهب رأى آخر إلى اعتبار عقد بيع ملك الغير عقداً موقوفاً على النحو المعروف فى الفقه الاسلامى فبيع ملك الغير هـ هو بيع غير نافذ فى حق المالك وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله عديم الأثر فيما بين المتعاقدين وليس ذلك معناه أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، فالعقد يعد فى هذه الصورة عقداً موقوفاً والعقد الموقوف موقوف أثره على الإقرار الصادر من المالك فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك ، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كانه (١) .

وقد أخذ على هذا الرأى ما يلى :

أولاً : أنه لو كان بيع ملك الغير عقداً موقوفاً لما أنتج أى أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقى كما تقضى بذلك قواعد الفقه الاسلامى ، ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره كما لو كان شأنه فى ذلك شأن أى عقد قابل للإبطال .

ثانياً : الأخذ بنظرية العقد الموقوف لا يكون له محل إلا إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه . ولدينا هنا هذا النص الذى يجعل مثل هذا البيع باطلاً نسبياً وليس عقداً موقوفاً .

والواقع أننا لم نكن فى حاجة إلى كل هذا الجدل أمام صراحة نص القانون فى جعل الجزاء المترتب على بيع ملك الغير هو البطلان النسبى . فبعد أن قرر المشرع مبدأ البطلان قرر من الأحكام القانونية ما يفصح بأن هذا البطلان نسبى وليس بمطلق .

١- فطلب البطلان جوازى للمشتري ، فلا تستطيع أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها .

٢- كما يخضع هذا العقد للإقرار والإجازة فى حين أننا لو كنا بصدد بطلان مطلق لما أجاز مثل هذا الإقرار وتلك الإجازة

٣- كما يمتنع الحكم بالبطلان وينقلب العقد صحيحاً إذا ألت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد وهذا ما لا نجده متحققاً إذا اعتبر مثل هذا البيع باطلاً مطلقاً

(١) شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العينى ، ط٢ فقرة ٩٢

وقد دفع هذا البطلان النسبى بعضاً من الفقهاء إلى التماس سببه فى إطار القواعد العامة . ولما كانت أسباب البطلان النسبى محدودة فى هذه القواعد . فقد ذهب بعض منهم إلى التماس الأمر فى البطلان المطلق ، ولكن إذا تبين لنا أن المشرع لم يحصر البطلان النسبى فى الحالات المنصوص عليها فى القواعد العامة فى الالتزامات بل قرر حالة أخرى للبطلان النسبى فى الباب المخصص للبيع ، لما كنا فى حاجة إلى كل هذا الخلاف .

المطلب الثالث

آثار بيع ملك الغير

نعرض لهذه الآثار أولاً بالنسبة للمتعاقدين ، وثانياً بالنسبة للمالك الحقيقى :

١- آثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين :

رأينا أن بيع ملك الغير يقع باطلاً بطلاناً نسبياً ، والقاعدة العامة فى البطلان النسبى أنه « إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً فى إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق » (مادة ١٢٨ مدنى) وقد قضت المادة ٤٦٦ بأنه « ١- إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع ... » .

أ- حق المشتري فى طلب الإبطال :

للمشتري أن يتمسك بإبطال البيع (١) ، وله أن يستخدم هذا الحق إما فى

(١) قضى بأن : « بطلان ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد ، وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه ، فإن عقد البيع يبقى قائماً منتجاً لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطلب البائع بتنفيذ التزاماته ويعد هذا منه إجازة للعقد » . نقض ١٩٦٣/١/٤ - المجموعة س ١٤ ص ٢٩٨ ، وتثبت فى هذا البيع الشفعة ثبوتها فى كل بيع تم مستوفياً لأركانه - نقض ١٩٧٩/١/١٠ - المجموعة س ٣٠ ص ١٧٣ ، وإذا طلب المشتري رفض دعوى الفسخ المقامة عليه فيعد ذلك منه إجازة للعقد - نقض ١٩٨٢/٤/٢٠ المجموعة س ٣٤ ص ١٠٢٢ ، وانظر نقض =

صورة دعوى مبتدأة يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن ، وإما فى صورة دفع
إذا ما بادر البائع برفع الدعوى عليه مطالباً بالثمن . وللمشتري الحق فى طلب
الإبطال سواء أكان يعلم أن البائع غير مالك للمبيع أو كان يجهل ذلك ، فلا عبء
بعلمه أو بجهله أو بحسن نيته أو بسوئها فى هذا الشأن . كما يكون للمشتري
هذا الحق حتى قبل أن يرفع عليه المالك الحقيقى دعوى الاستحقاق .

وللمشتري الحق فى طلب إبطال البيع سواء كان البيع « اختيارياً أم جبرياً
مدنياً كان أم تجارياً ، ولو أنه بالنسبة للبيع التجارى قلما تتحقق شروط دعوى
البطلان لأن المبيع يكون عادة من الأشياء المعينة بالنوع ، على حين أنه يشترط
لرفع هذه الدعوى أن يكون المبيع من الأشياء المعينة بالذات ، وحتى إذا تحقق
هذا الشرط فقد لا يلجأ المشتري إلى طلب البطلان اعتماداً على ما فى قاعدة
الحيازة فى المنقول بحسن نية سند الملكية من حماية كافية ، أما إذا سقطت هذه
الحماية كما لو كان المبيع شيئاً مسروقاً أو ضائعاً تعين عليه طلب البطلان .

ويكون للمشتري هذا الحق أيضاً سواء كان البيع وارداً على عقار أو منقول
سجل هذا البيع العقارى أم لم يسجل . فقد قضت المادة ٤٦٦ من القانون المدنى
بأنه « ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أم لم يسجل » .

فبيع العقار وإن كان يلزم فيه التسجيل لنقل الملكية إلا أن هذا التسجيل لا
يغير من طبيعة عقد البيع وأنه عقداً ناقلاً للملكية فى الحال . ولذلك فإن بيع
عقار الغير قبل التسجيل يقع قابلاً للإبطال ويكون كذلك أيضاً بعد التسجيل ...
ولذلك ليس صحيحاً ما يذهب إليه البعض من أن بيع عقار الغير صحيح قبل
التسجيل ، قابل للإبطال بعده ، فالتسجيل كما قيل بحق « لا يبطل عقداً
صحيحاً ولا يصحح عقداً باطلاً ، فلو كان بيع عقار الغير صحيحاً قبل التسجيل
فإنه ينبغى أن يستمر صحيحاً بعده ، ولما كان بيع عقار الغير قابلاً للإبطال قبل
التسجيل فإنه يجب أن يستمر قابلاً للإبطال بعد التسجيل » .

ويراعى أن العبارة فى توافر شروط قبول دعوى الإبطال هى بوقت رفع

= ١٩٨٧/٢/١٤ - الطعن ١٣٥١ س ٥٤ ق ٧/٢٥/١٩٩٠ - المجموعة س ٤١ ص ٤٨٤
و ١٩٩٤/١/٩ - الطعن ٣٢٧٣ س ٥٩ ق .

الدعوى . فإذا قام المشتري برفع دعوى الإبطال ثم حدث أن أقر المالك الحقيقي البيع وذلك قبل صدور الحكم ، فإنه يتعين على القاضى إذا تمسك المشتري بالبطلان أن يقضى به . ولكن إذا كان المشتري قد إشتري المبيع وهو يعلم أن البائع غير مالك له ، فإنه فى هذه الحالة إذا أقر المالك الحقيقى البيع بعد رفع دعوى البطلان إمتنع على القاضى أن يقضى به إذا ما أراد المشتري أن يبطل العقد . والقول بغير ذلك يتعارض مع المبادئ العامة التى تقضى بعدم جواز التعسف فى إستعمال الحق . بل أن هذا المبدأ من الممكن أن يسرى كذلك فى حالة عدم علم المشتري بعدم تملك البائع للمبيع أى وقوعه فى غلط فى هذا الخصوص ، فقد قضت المادة ١٢٤ من القانون المدنى بأنه « ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه ، إذا أظهر الطرف الآخر إستعداده لتنفيذ هذا العقد » .

والحق فى الإبطال لا يكون إلا للمشتري ، فهو الذى تقرر لمصلحته هذا البطلان . ومع ذلك فهناك رأى فى الفقه الفرنسى يمنح الحق فى الإبطال للبائع إذا كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له . بينما يذهب آخرون إلى عكس ذلك ، وذلك لأن التزام البائع بالضمان يتعارض مع منحه هذا الحق ، ولأن البائع حتى ولو كان حسن النية فهو مقصر فى بيعه ما هو ليس بمالكة . أما مالك الشيء فلا يستطيع كذلك رفع دعوى البطلان ، وإنما له رفع دعوى الاسترداد ضد حائز الشيء ولن يحتج عليه بهذا البيع لأنه غير نافذ فى حقه .

متى يسقط حق المشتري فى طلب الإبطال ،

وضعت المادة ١٤٠ من القانون المدنى مبدأ عاماً فى سقوط دعوى الإبطال فقضت بأنه « ١ - يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات » . ولما كانت دعوى بطلان ملك الغير ما هى إلا إحدى دعاوى البطلان النسبى فإنها تخضع لذات القاعدة التى تخضع لها الدعاوى الأخيرة ولذلك فإن هذه الدعوى تسقط بمضى ثلاث سنوات ، ولكن متى تبدأ هذه المدة ؟ لقد عנית الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ بتحديد مبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية (من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب) وفى حالة الغلط

والتدليس (من اليوم الذى ينكشف فيه) وفى حالة الإكراه (من يوم إنقطاعه)
إلا أنها لم تعن ، وهذا أمر طبيعى لأنها لم تتعرض للبطلان النسبى الناتج من
بيع ملك الغير ، ببيان مبدأ التقادم بالنسبة لهذه الدعوى . ومع ذلك فيمكن أن
نستخلص قاعدة عامة من الأمثلة التى ضربها المشرع للبطلان النسبى . وهذه
القاعدة تنضى بأن يتمكن من تقرر له الحق فى الإبطال من رفع هذه الدعوى
خلال المدة التى يتمكن فيها من رفعها ، أو بعبارة أخرى فإن مدة التقادم تبدأ من
تاريخ تمكنه من رفع هذه الدعوى ، أى تبدأ هذه المدة من وقت علم المشتري بعدم
تملك البائع للمبيع . وعلى أية حال فإن هذه الدعوى تسقط بمضى خمسة عشر
سنة من وقت تمام العقد ، وذلك طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة ١٤٠ من القانون
المدنى .

ب- حق المشتري فى التعويض ،

تنضى المادة ٤٦٨ من القانون المدنى بأنه : « إذا حكم للمشتري بإبطال البيع
وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع
حسن النية » ، فللمشتري إذن الحق فى مطالبة البائع بالتعويض إذا ما أبطل
البيع ، عن الأضرار التى أصابته والمكاسب التى فاتته بسبب هذا الإبطال .
ويشترط لذلك أن يكون المشتري حسن النية ، أما إذا كان يعلم أن المبيع غير
مملوك للبائع فهنا لا يتصور أن ضربه ما قد أصابه من إبطال البيع ، فيقتصر
حقه على المطالبة بالثمن دون تعويض (١) . بل ودون مصروفات البيع التى أنفقتها
فى نظر بعض الفقهاء .

ونلاحظ أنه حتى بالنسبة للمشتري سىء النية فإنه يجوز له أن يتفق مع
البائع على حقه فى الرجوع عليه بالتعويض بجانب إسترداده الثمن إذا قام المالك
الحقيقى بمقاضاته وبإسترداد المبيع من تحت يده . « يأخذ هذا الاتفاق حكم
التشديد فى الضمان » .

وحق المشتري فى التعويض لا يتأثر بحسن أو بسوء نية البائع ، فحتى

(١) نقض ١٩٤٦/٦/١١ - المجموعة - س ١٥ ، رقم ١٢٨ ص ٨١٤ ، ونقض ١٩٦٧/٧/١٥ -
المجموعة س ١٨ ص ١٥٠٠ .

البائع حسن النية يعد بائعاً مقصراً أدى تقصيره إلى إلحاق الضرر بالمشتري ولذلك عنى القانون بالنص على حق المشتري فى التعويض فى هذه الحالة أيضاً.

ويذهب رأى إلى أن مصدر حق المشتري فى التعويض هنا يرجع إلى الخطأ التقصيرى فى حالة سوء النية وإلى نظرية الخطأ عند تكوين العقد فى حالة حسن نية البائع (١). ويذهب آخرون إلى أن مصدر الحق فى التعويض إذا كان البائع حسن النية هو أنه يعد مقصراً إذا باع ما لا يملك ، وإلى إختلاسه مال الغير إذا كان سىء النية (٢). بينما يرى فريق ثالث أن مصدر الحق فى التعويض هو خطأ البائع لأنه باع ما لا يملك إلا أن مسئوليته هنا ليست تعاقدية لأن العقد قد أبطل ، ولا هى بمسئولية تقصيرية لأن الخطأ وقع بمناسبة عدم تنفيذ العقد ولكنه خطأ يتقدم العقد (٣).

والواقع : أن الأساس المقبول لرجوع المشتري بالتعويض إنما يكمن أيضاً فى نص المادة ١٤٤ من القانون المدنى التى تقضى بأنه : إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد .

فعقد بيع ملك الغير يتحول بعد القضاء بإبطاله إلى عقد ملزم للبائع بالتعويض على أساس أنه العقد الذى كانت ستصرف إليه نية المتعاقدين لو علما بأن البيع مصيره البطلان .

زوال البطلان بإجازة المشتري للبيع ،

طالما كان الإبطال مقررًا لمصلحة المشتري فإنه يكون للأخير الحق فى إجازة البيع صراحة أو ضمناً (٤)، ويستفاد ذلك من نص المادة ٤٦٦ مدنى عندما قضت

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٩٣ .

منصور مصطفى منصور - فقرة ١١٤ ص ٢٥٢ ، اسماعيل غانم ص ١٨ .

(٢) بلانويل وريبير وهولانجيه جـ ٢ فقرة ٢٢١٩ .

(٣) بيلان جـ ١١ فقرة ٩٨ ص ٩٧ .

(٤) انظر نقض ١٩٦٣/١/٤ - المجموعة - س ١٤ ٢٩٨ ، نقض ١٩٦٣/٣/١٤ طعن ٢٤٣ -

بأنه ، وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد ، وقد تستفاد هذه الإجازة الضمنية من تنفيذ المشتري للبيع إختيارياً كان يدفع الثمن ويطالب البائع بتسليم المبيع مع علمه بعدم تملكه له . وهذه الإجازة التي تزيل البطلان تجعل العقد صحيحاً فيما بين أطرافه . وبالتالي يصبح البائع ملتزماً بنقل الملكية وبالضمان ، ويلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع . وطالما كان البائع غير مالك للمبيع فإنه يستحيل عليه تنفيذ التزامه هذا وبالتالي يجوز للمشتري رفع دعوى الفسخ عليه ، كما يكون له رفع دعوى ضمان الاستحقاق على هذا البائع إذا تعرض له المالك الحقيقي . ويلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق ، فإن الاستحقاق إذا كان كلياً كان هذا هو بيع ملك الغير ، إذ يكون قد إتضح أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لأجنبي . ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكتملة لأحكام بيع ملك الغير . ويترتب على ذلك أن المشتري في بيع ملك الغير يكون بالخيار ، إذا استحق المبيع في يده ، بين فسخ البيع (١) أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق ، ويلاحظ أنه إذا اختار الفسخ ، فليس له أن يطالب البائع حصة الثمن بتعويض ويستطيع أن يطالبه به لو اختار إبطال العقد .

زوال البطلان بأبولة ملكية المبيع إلى البائع ،

تقضى المادة ٤٦٧ من القانون المدني بأنه ، وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد (٢) فإذا تملك البائع المبيع بأي سبب من الأسباب كان يكون قد إشتراه من مالكه أو تلقى

س ٢٨ ق . انظر أيضاً نقض ١٩٨٣/٤/٢٠ طعن ١٩٧٢ س ٤٩ ق . نقض ١٩٨٨/١١/٣٠ الطعن ١٥٧٦ س ٥٥ ق .

(١) قضى بأنه ، لئن أجازت المادة ٤٦٦ من القانون المدني للمشتري في حالة بيع ملك الغير أن يطلب إبطال هذا البيع إلا أنها لم تمنعه من المطالبة بفسخ العقد على أساس أن البائع قد أخل بالتزامه بنقل الملكية ، نقض ١٩٧٧/١/١١ طعن ٢٥٦ س ٤٢ ق .

(٢) انظر نقض ١٩٤٤/٦/٨ - طعن ١١٢ س ١٢ ق ونقض ١٩٨٥/١٢/٢٥ - طعن ١٦١٨ س ٥٠ وانظر نقض ١٩٨٨/٦/١٦ طعن ١٩٠ س ٥٥ ق .

ملكته بالميراث أو الوصية إمتنع على المشتري المطالبة بإبطال البيع .

ويرى البعض أنه يجب لحرمان المشتري من التمسك ببطلان العقد أن تقول ملكية المبيع إلى البائع قبل رفع دعوى البطلان . حيث أن شروط قبول هذه الدعوى تتحدد بوقت رفعها . إلا أننا نرى مع ذلك أن تمسك المشتري بالإبطال بعد أن ألت ملكية المبيع إلى البائع قبل النطق بالحكم إنما يعد تعسفاً في استعمال الحق في التمسك بالبطلان ، ويستوى في ذلك أن يكون المشتري عالماً بعدم تملك البائع للمبيع أو غير عالم بذلك .

وإذا اكتسب البائع ملكية المبيع وتمكن من تنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المشتري فإن المبيع يدخل ذمة الأخير محملاً بكافة الحقوق التي رتبها المالك الحقيقي قبل أن تنتقل الملكية منه إلى البائع .

هل يزول البطلان بتملك المشتري المبيع بوضع اليد ؟

قد يحدث ويكتسب المشتري ملكية المبيع لا عن طريق أيلولة ملكية المبيع إلى البائع ولكن عن طريق التقادم المكسب القصير (إذا كان حسن النية) أو التقادم الطويل (إذا كان سيء النية) أو بمقتضى الحيازة في المنقول سند الحائز . فهل يزول حقه في الإبطال بعد إكتسابه لملكية المبيع بهذا الطريق ؟

يرى البعض أن المشتري يمتنع عليه في مثل هذه الأحوال التمسك بإبطال العقد ذلك لأنه قد تمتع بمزايا الملكية من وقت الشراء كما أنه قد إستند على العقد في التمسك بوضع اليد في بعض الحالات . بينما يرى آخرون عدم حرمان المشتري من الحق في التمسك بالإبطال في هذه الأحوال ، لأن التمسك بمثل هذا الدفع قد لا يقبله ضمير المشتري ونحن نميل إلى ترجيح الرأي الأول الذي يتفق مع قواعد عدم جواز التعسف في استعمال الحق .

٢- آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي :

رأينا أن المادة ٤٦٦ من القانون المدني تقضى بأنه « وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المباعة ولو أجاز المشتري العقد ، فالقاعدة إذن هي عدم نفاذ هذا البيع في حق المالك الحقيقي للمبى ، مع ومع ذلك فقد يقوم هذا المالك بإقرار مثل هذا البيع :

أ- حالة عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع ،

يعد المالك الحقيقي للمبيع أجنبياً عن البيع فلا يسرى في حقه حتى ولو أجازته المشتري (١) . ويستطيع هذا المالك أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق يسترد بمقتضاها المبيع من تحت يد هذا المشتري ، كما له أن يطالبه بالتعويض إذا كان ساء النية (٢) . وقد تصطدم هذه الدعوى بقاعدة أخرى يستفيد منها المشتري في دفع دعوى المالك وهي قاعدة تملك المشتري للمبيع بوضع اليد على النحو الذي رأيناه .

كما يكون للمالك الحقيقي أن يرجع على البائع بالتعويض إذا لم يفلح في إسترداد المبيع من المشتري أو إذا أفلح في هذا الاسترداد إلا أن أضراراً قد أصابته من جراء تملك المشتري للثمن (إذا كان حسن النية) وقد يرجع عليه بالتعويض لسبب آخر هو ما أصابه من ضرر نتيجة خروج المبيع من تحت يده وأساس التعويض هنا هو خطأ البائع فإذا إنتفى هذا الخطأ وكان حسن النية امتنع الرجوع عليه بالتعويض .

ب- حالة إقرار المالك الحقيقي للبيع ،

تقضى المادة ١/٤٦٧ من القانون المدني بأنه : إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري ، فبالإقرار يصح عقد بيع ملك الغير ويزول البطلان (٣) وتنتقل الملكية من المالك الحقيقي إلى المشتري ، فالإقرار لا يصح هذا العقد فحسب ، وإنما هو أبعد أثراً من ذلك ، فهو ينقل الملكية إلى

(١) نقض ١٩٧٩/٣/٢٩ - المجموعة - س ٣٠ العدد الأول رقم ١٨١ من ٩٨٠ ، و ١١/١٢/١٩٧٧ - المجموعة س ٢٨ من ١٦٥٩ و ١٩٧٩/١/٢٤ - المجموعة - س ٣٠ من ٢١٢ و ١٩٨٢/١١/٧ - طعن ٨٠٢ س ٤٩ ق و ١٩٨٩/٤/٥ طعن ١٨٣ س ٦ ق .

(٢) نقض ١٩٧٧/١١/١٠ - المجموعة - س ٢٨ رقم ٢٨٥ من ١٨٥٩ . وانظر أيضاً نقض ١٩٧٩/١/٢٤ - المجموعة - س ٣٠ العدد الأول من ٣٦٢ والذي جاء فيه أن المالك الحقيقي له أن يتمسك بعدم نفاذ البيع في مواجهته إذا كان المشتري قد سجل البيع ، أما إذا كانت الملكية مازالت باقية للمالك الحقيقي لعدم التسجيل فإنه يكفي أن يطلب طرد المشتري من ملكه لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ في مواجهته .

(٣) نقض ١٩٦٨/٤/١٨ - المجموعة - س ١٩ من ٧٨٠ .

المشتري . والإقرار الصادر من المالك الحقيقي قد يكون صريحاً وقد يكون
ضمنياً ، ومن صور الإقرار الضمني توقيع المالك الحقيقي على عقد البيع
الصادر من غيره ببيع ملكه هو باعتباره ضامناً متضامناً مع البائع . وقد قصى
بأنه لا يكون إقرار المالك الحقيقي للبيع إقراراً ضمنياً بمجرد قبضه للثمن بل لا
بد أيضاً أن يعرف أن هذا هو ثمن ماله المبيع (١)

وللإقرار أثر رجعي حيث يجعل العقد صحيحاً من وقت صدوره فيسرى
العقد في حق المالك الحقيقي من وقت الإقرار ، وبالتالي فإن الملكية لا تنتقل إلى
المشتري إلا من وقت الإقرار بالنسبة لحقوق الغير التي رتبها المالك الحقيقي على
المبيع حيث تنتقل الملكية إلى المشتري مثقلة بهذه الحقوق . وإذا أصبح العقد
صحيحاً بهذا الإقرار فيبقى كل طرق من أطراف العقد ملزماً بالتزاماته فيظل
البائع ملتزماً بالضمان (ضمان الاستحقاق الجزئي في حالة انتقال الملكية
مثقلة بالحقوق التي رتبها المالك الحقيقي) ويبقى المشتري ملزماً بدفع الثمن
والمصروفات ويتسلم المبيع .

وللإقرار أثر أبعد من ذلك ، فعندما يقضى المشرع بأنه : إذا أقر المالك البيع
سرى العقد في حقه وإنقلب صحيحاً في حق المشتري ، فإنه يجب علينا أن
نطرح سؤالاً وهو ما معنى سريان العقد في حق المالك الحقيقي إذا ما أقر الأخير
البيع ؟

يصعب في هذه الحالة إعتبار البائع فضولياً ، فإذا أقر المالك الحقيقي البيع
إنقلبت الفضالة إلى وكالة ، وذلك بسبب أن الفضالة تقتضي أن يتولى شخص
عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر وقد لا تتوافر في بيع ملك
الغير مثل هذا الشأن العاجل . والواقع أن هذا الإقرار لا يجعل المالك الحقيقي
طرفاً في عقد البيع الحاصل من البائع وإنما يجعله مستفيداً من هذا العقد أو

(١) انظر في الإقرار الضمني من قضاء النقض : حكم ١٩٥٠/٤/٢٠ - مجموعة القواعد في
ربع قرن رقم ١٢٥ ص ٢٦٧ ، نقض ١٩٤٩/١٢/١٧ - المجموعة س ١ رقم ٢١ ص ١٠٦ ،
نقض ١٩٥٠/٤/٢٠ س ١ رقم ١١١ ص ٤٢٢ ، نقض ١٩٦٧/١٢/٢٨ - المجموعة - س ١٨
رقم ٢٩٢ ص ١٩٢٢ ، نقض ١٩٨٩/٢/١٦ - الطعن ١٨٢٥ س ٥٨ ق و ١٩٩٦/٤/١٨ -
طعن ٢٥٥٢ س ٥٨ ق .

بعبارة أدق مستفيداً من مركز البائع فى هذا العقد ، وهذا هو مفهوم السريان فى حق المالك الحقيقى ، فيستطيع أن يطالب المشتري بالثمن وسائر حقوق البائع الأخرى وذلك بعد أن نقل هذا الإقرار ملكية المبيع إلى المشتري .

المبحث الثانى

التراضى على الثمن

تمهيد :

رأينا أن الثمن يعد عنصراً جوهرياً فى عقد البيع ، وتحدثنا عن الشروط الواجب توافرها فى الثمن من أن يكون مبلغاً نقدياً وجدياً فى ذات الوقت وقلنا إننا لانكون بصدد عقد بيع إذا لم يكن الثمن نقدياً أو كان صورياً أو تافهاً والجديد فى الأمر هنا هو أن نعرض لمدى حرية المتعاقدين فى تقدير الثمن وفى كيفية هذا التقدير ثم نعرض أخيراً لحكم القانون فى خصوص الثمن فى بيع عقار غير كامل الأهلية .

الفرع الأول

حرية المتعاقدين فى تقدير الثمن

الأصل أن للمتعاقدين فى عقد البيع كامل الحرية فى تحديد الثمن الذى يلتزم به المشتري ، غير أن هذه الحرية قد ترد عليها بعض القيود .

١- ضرورة تحديد الثمن على أساس السعر الإلزامى للعملة الورقية :

فى مصر قضى الأمر العالى الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بفرض سعر إلزامى للعملة الورقية التى يصدرها البنك الأهلى (البنك المركزى الآن) كما قضى صراحة ببطلان شرط الدفع بالذهب ، سواء إتفق على الدفع بالذهب أو بما يعادل قيمة الذهب وقت الوفاء . كما نص المرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٣٥ على بطلان شرط الدفع بالذهب فى جميع المعاملات الداخلية منها والخارجية ولاتزال هذه القوانين سارية حتى اليوم ؛ لأن التقنين المدنى الجديد

لم يعرض لهذه المسألة بل تركها للتشريعات الخاصة بإعتبارها من المسائل الاقتصادية المتغيرة . وقانون سنة ١٩٢٥ هو التشريع الخاص الذى لازال قائماً والذى يرجع إليه فى بطلان شرط الذهب دون تمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية .

فإذا اتفق فى عقد البيع على التزام المشتري بدفع الثمن ذهباً أو على أساس الذهب كان الشرط باطلاً وحق المشتري أن يدفع الثمن من العملة الورقية المصرية ولا يبطل البيع كله إلا إذا كان الشرط هو الدافع للتعاقد .

والأصل كذلك أن يتم التعامل فى الداخل (أى فى المعاملات الداخلية) على أساس العملة الورقية المصرية دون العملات الورقية الأجنبية ، ومع ذلك فقد يسمح المشرع بالتعامل على أساس النقد الأجنبى فى بعض المعاملات وفى بعض المناطق كما هو الشأن فى البيوع الحاصلة فى المناطق والأسواق الحرة (١).

٢- تحديد الثمن دون الرجوع إلى إرادة البائع :

قد يتم تقدير الثمن دون تدخل من إرادة البائع . ويحدث ذلك فى البيوع الجبرية ، كالبيع بالمزاد العلنى ونزع الملكية للمنفعة العامة . فلا تتدخل إرادة البائع فى تحديد الثمن فى مثل هذه البيوع ، حيث يتم هذا التحديد طبقاً لرغبات المشتري (وذلك على أساس من الثمن الأساسى والتزايد عليه) أو يتم طبقاً لإرادة الجهة النازعة للملكية فى حدود ما يقضى به قانون نزع الملكية للمنفعة العامة .

٣- تحديد الثمن دون الرجوع إلى إرادة المتعاقدين :

قد يتم تحديد الثمن لبعض السلع دون الرجوع لإرادة البائع والمشتري كما هو الحال فى التسعير الجبرى السلع . فيلتزم البائع والمشتري بهذا السعر الإلزامى . وإذا خالف المتعاقدان أو أيهما هذا السعر تعرضا للجزاء الجنائى ، وبجانب هذا الجزاء الجنائى ، هناك جزاء مدنى من المفروض توقيعه فى هذه

(١) انظر نقض ١٩٨٦/١١/٢٧ - طعن ١٤٨ س ٥٢ ق ونقض ١٩٨٨/١٢/٧ - طعن ٢٤٧٩ س ٥٤ ق .

الحالة ، فهل يتمثل هذا الجزاء فى بطلان البيع المخالف للسعر الإلزامى أم يقتصر فقط على تخفيض الثمن إلى السعر المحدد دون النظر إلى إرادة المتعاقدين ؟

الواقع أن تحديد الحكمة التى يبتغيها المشرع من تحديده لأسعار بعض السلع تحديداً إلزامياً يقتضى القول ببطلان الشرط المخالف دون بطلان البيع كله . « خصوصاً وأن المشرع قد اتبع الطريق ذاته بصدد سعر الفائدة ، والمسألة فيها شبيهة بالتسعير الجبرى ، فنصت المادة ٢٢٧ (من القانون المدنى) على حد أقصى للفائدة هو ٧٪ وقضت بأنه إذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر » .

الفرع الثانى

كيفية تقدير الثمن

تمهيد :

قلنا إن الثمن يجب أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير وليس ذلك إلا تطبيقاً للقاعدة العامة التى تقضى بوجوب أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين . ولكن قد لا يحدد الثمن بهذه الطريقة فيكون الثمن قابلاً للتقدير . وقد قضت المادة ١/٤٢٢ من القانون المدنى بأنه : « يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد » .

اتفاق المتعاقدين على تقدير الثمن أو قابليته للتقدير :

قلنا إنه يجب أن يكون الثمن مقدراً فى عقد البيع أو قابلاً للتقدير . وهذا التقدير أو القابلية للتقدير يجب أن يتم باتفاق كل من البائع والمشتري ، فلا يستقل أحدهما بإجرائه ، ذلك أنه إذا قام البائع بهذا التقدير فقد يغالى فيه ويغبن المشتري ، وكذلك إذا قام به المشتري فقد يبخس المبيع ، ولذلك كان لا بد من إتفاق المتبايعان على هذا التقدير أو القابلية للتقدير (١) . وعلى ذلك لا يكون الثمن

(١) وقد يكون مقدار الثمن مفروضاً على البائع ، كما فى حالة التسعير الجبرى وفى حالة تسعير المرافق العامة للمياه والغاز والكهرباء والتليفون ... وفى حالة نزاع الملكية للمنفعة ..

مقدراً أو قابلاً للتقدير إذا اتفق على أن يكون الثمن هو الثمن العادل ، أو أن يباع الشيء بما يساويه من القيمة ، فمثل هذا الاتفاق يجعل البيع باطلاً لعدم تقدير الثمن وعدم إمكانية هذا التقدير .

وعلى هذا النحو يكفي أن يكون الثمن قابلاً للتقدير وذلك بشرط أن تكون أسس هذا التقدير قد اتفقت عليها المتبايعان (١) .

وأياً كانت أسس تقدير الثمن فإنه يشترط في هذه الأسس عدة شروط إذا تخلفت لم يكن الثمن قابلاً للتقدير ومنها :

أولاً : يجب ألا يكون تقدير الثمن متوقفاً على محض إرادة أحد المتعاقدين فقد بينا أن ذلك قد يؤدي إلى غبن المشتري أو بخس المبيع ، ونضيف إلى ما تقدم أنه إذا ترك التحديد لمحض إرادة المشتري ، فمعنى ذلك أن الالتزام قد علق على شرط إرادى محض فلا يكون الالتزام قائماً وإنما يبطل . ولكن يصح تعليق تقدير الثمن على إرادة أحد المتبايعين إذا لم يعلق هذا التحديد على محض إرادته ، كما هو الحال إذا اتفق على أن يقوم البائع بتقدير الثمن على أساس ما أنفقه في إنتاج المبيع أو على أساس أن يقوم المشتري بهذا التقدير على أساس ما يدفع في شيء مقابل من نفس النوع ومن بائع آخر .

ثانياً : ويجب ألا تكون الأسس التي إتفق عليها في تقدير الثمن مفضية إلى النزاع أو الغش كما هو الحال في تقدير الثمن على أساس الثمن العادل أو على أساس ما يساويه المبيع ، لأن من شأن ذلك أن يفضى إلى النزاع .

ثالثاً : كما يجب ألا يكون أساس تقدير الثمن ما يعرضه غير المشتري فمثل هذا الاتفاق قد يؤدي إلى الغش ، فقد يدس المشتري شخصاً يعرض ثمناً أقل أو يقوم البائع بدس شخص يعرض ثمناً أعلى .

- العامة . وقد يشترط بائع الجملة على بائع التجزئة سعراً معيناً يلتزم به .

(١) قضى بأن الثمن وإن كان يعتبر ركناً أساسياً في عقود البيع إلا أنه وعلى ما يستفاد من نص المادتين ٤٢٣ و ٤٢٤ من القانون المدني ، لا يشترط أن يكون الثمن معيناً بالفعل في عقد البيع بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمناً على الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد ، نقض ١٩٨٠/١/٢٨ - المجموعة - س ٣١ رقم ٦٤ ص ٣١٨ .

تحديد أسس تقدير الثمن :

أورد المشرع أسساً لتقدير الثمن فى المادتين ٤٢٣ و ٤٢٤ من القانون المدنى، بينما اضاف الفقه أسساً أخرى فى هذا الشأن ، فنعرض للأسس التشريعية وتلك التى إستنبطها الفقه .

أولاً ، تقدير الثمن على أساس سعر السوق :

قضى المشرع فى المادة ٢/٤٢٣ من القانون المدنى بأنه : إذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب عند الشك أن يكون الثمن هو سعر السوق فى المكان والزمان الذى يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري ، فإذا لم يكن فى مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف أن تكون أسعاره هى السارية .

فقد يتفق المتبايعان على أن يكون الثمن هو سعر السوق ، فالثمن هنا ليس مقدراً وإنما هو قابل للتقدير على أساس الرجوع إلى سعر السوق (١) . وقد يتفق المتبايعان على سعر سوق معين فى مكان وزمان معينين ، ولا يكون ذلك مثاراً لإشكال ، إلا أنهما قد يتفقا على سعر السوق دون بيان أى سوق يقصدانه عندئذ يقضى المشرع ، استكمالاً لإرادة المتعاقدين ، بأن يكون سعر السوق هو سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري ، فإذا لم يكن فى هذا المكان سوق يتحدد على أساسه السعر ، فإنه يجب الرجوع إلى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف أن تكون أسعاره هى السارية .

ثانياً ، تقدير الثمن على أساس السعر المتداول فى التجارة أو السعر

الذى جرى عليه التعامل بين المتبايعين ،

تقضى المادة ٤٢٤ من القانون المدنى بأنه : إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويّا اعتماد السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما، قد لا يتفق المتبايعان على تحديد ثمناً للمبيع ، إلا أن ظروف التعاقد

(١) انظر نقض ١٩٥٧/٦/٢٧ - المجموعة - س ٨ من ٦٤٢ .

وملايساته تفصح على أنهما قد إرتضيا ضمناً أن يكون الثمن هو السعر المتداول
فى التجارة وحيث يعد هذا السعر قابلاً للتقدير . وقد يكون هذا السعر متداول
- وهو سعر البورصة أو سعر السلعة - فى السوق المحلى ، ويستعين القاضى
عند غموض هذا السعر بأهل الخبرة من التجار .

وقد يحدث أن يكون بين المتبايعين تعامل سابق فى ذات السلعة وظل البائع
مورداً لها للمشتري دون ذكر الثمن فى العقد ، فيستفاد من ذلك أنهما قد
إرتضيا أن يكون السعر هو السعر الذى تعامللا بمقتضاه سابقاً .

ثالثاً ، تقدير الثمن على أساس الثمن الذى اشترى به البائع ،

قد لا يتفق المتعاقدان بطريقة مباشرة على سعر معين للمبيع فى عقد البيع
وإنما قد يحددا هذا السعر بطريقة غير مباشرة على أساس أن يكون هو السعر
الذى اشترى به البائع ، أو أقل أو أكثر إلى حد معين . كما يجوز أن يحددها على
أساس ثمن التكلفة مع إضافة ربح معين أو متوسط الأثمان التى باع بها التاجر
فى وقت معين أو على أساس التسعيرة الرسمية . ففى مثل هذه الحالات يعتبر
الثمن الذى اشترى به البائع عنصراً جوهرياً لا بد من إثباته حتى يمكن تحديد
ثمن المبيع . والذى يقوم بهذا الإثبات هو البائع ، وللمشتري أن يطعن فى هذا
الإثبات إذا كان مخالفاً للحقيقة بكافة طرق الإثبات ، فهو لا يثبت تصرفاً قانونياً
وإنما واقعة مادية .

رابعاً ، تفويض الغير فى تقدير الثمن ،

أجاز المشرع الفرنسى فى المادة ١٩٥٢ مدنى فرنسى للمتعاقدين تفويض
الغير فى تحديد الثمن . ولا يوجد نص مماثل فى القانون المدنى المصرى . إلا أنه
ليس فى هذا القانون ما يحول دون تفويض الغير بتحديد الثمن ، وبالتالي
الأخذ بالأحكام التى سنعرض لها الآن .

فقد لا يتولى المتبايعان تقدير الثمن بنفسيهما بل قد يتفقان على ترك هذا
التقدير لأجنبى عنهما . وليس فى القانون ما يمنع ذلك . كل ما فى الأمر أن
البيع لا يتم إلا من وقت إتفاق المتبايعان على المفوض . ففى هذا الوقت يعتبر عقد
البيع مستوفياً لعناصره حيث يعد الثمن قابلاً للتقدير . ويعتبر التقدير الذى
يضعه المفوض ملزماً للمتبايعين . ويثار بالنسبة لتفويض الغير فى
تقدير الثمن المسائل الآتية :

أولاً : إذا اتفق الطرفان على ترك تقدير الثمن للمفوض فإن عقد البيع لا ينعقد إلا من وقت حصول الاتفاق على شخص من يقوم بالتقدير (١) ، وإذا اتفقا على ترك التقدير لمفوض يعينه فيما بعد فالعقد لا ينعقد إلا عند حصول هذا الاتفاق اللاحق . ولا يجوز للمحكمة تعيين المفوض إذا رفض أحد الأطراف الاشتراك في تعيينه أو تعنت في هذا التعيين ، فالقاضي لا يستطيع تقدير الثمن بنفسه حتى ولو عهد إليه طرفاً عقد البيع ذلك ، فليست مهمة القاضي إكمال العقود التي لم تتم بل حسم الخلاف في عقود تمت . ومع ذلك يجوز للمتبايعان الاتفاق على تفويض القاضي في تعيين المفوض . فإذا إستحال على الأخير تقدير الثمن كان للقاضي الحق في تعيين مفوض بدله دون حاجة إلى اتفاق جديد بين أطراف البيع على ذلك .

وقد يترك المتبايعان تعيين المفوض لأجنبي ، فالبيع لا يتم في هذه الحالة بتعيين الأجنبي الذي سيقوم بتعيين المفوض بل يتم البيع في اللحظة التي يقوم فيها هذا الأجنبي فعلاً بتعيين المفوض .

وإذا رفض أحد المتبايعان الاشتراك في تعيين المفوض أو تعنت في الاختيار فإنه يكون مسئولاً عن تعويض الطرف الآخر ، ولن تكون أساس المسؤولية عن التعويض هو عقد البيع ، فالفرض أنه لم يتم ، وإنما تتحدد المسؤولية هنا على أساس أنها إخلال بالتزام عقدي ناتج من عقد غير مسمى بين الطرفين ومحلله الاتفاق على تعيين المفوض .

ثانياً : أما عن حكم البيع الذي يتم تقدير الثمن فيه عن طريق المفوض فهو بمثابة بيع معلق على شرط واقف هو تقدير المفوض للثمن . فإذا قام بهذا التقدير تم البيع لا من وقت التقدير وإنما من وقت العقد استناداً إلى الأثر الرجعي للشرط ، فتنتقل الملكية في المنقول المعين بالذات من وقت البيع ، وفي العقار من وقت التسجيل ولو سجل العقد قبل تقدير المفوض للثمن . أما إذا تخلف هذا الشرط الواقف فلم يتم المفوض بتقدير الثمن لأي سبب ، كأن يكون قد رفض هذه المهمة أو إستحال عليه التقدير لعدم درايته أو مات قبل هذا

(١) نقض ١٩٨٨/٥/٨ - طعن ٤٢٩ س ٥٠ ق .

المقدير ، فإن التزام المشتري بدفع الثمن يعتبر كأن لم يكن ، بالتالى لا يتم البيع ، فلا يستطيع القاضى إجبار المفوض على تقدير الثمن أو أن يقوم بتعيين مفوض بدلاً عنه ، أو أن يقوم بهذا التقدير بنفسه . وفى هذه الحالة يكون من حق المتبايعان الاتفاق على شخص آخر يقوم بالمهمة ، فإذا قام بتقدير الثمن إعتبر أن البيع قد تم من وقت تعيين هذا المفوض الجديد .

وإذا قام المفوض بتقدير الثمن ، فإن هذا التقدير يلزم كلاً من البائع والمشتري إلا إذا اتضح أن المفوض قد خرج عن حدود المهمة التى رسمت له أو تأثر فى تحديد الثمن بغلط أو تدليس أو إكراه أو إستغلال ، فإذا أصيب أحد المتعاقدين بضرر من جراء هذا التقدير ، فإنه لا يرجع على المتعاند الآخر بالتعويض ، وإنما يرجع فحسب على المفوض ، وليس للقاضى أن يقوم بتعديل الثمن الذى توصل إليه المفوض حتى ولو كان القاضى هو الذى عين المفوض بناء على تكليف من المتبايعين .

ثالثاً : وقد اختلف الفقهاء فى تحديد طبيعة مهمة المفوض . فالمفوض لا يعتبر خبيراً لأن رأى الخبير غير ملزم . كما أنه لا يعتبر محكماً لأن التحكيم يفترض وجود نزاع ولا نزاع بين المتبايعين على تقدير الثمن وإنما هما متفقان على ترك هذا التقدير لأجنبى عنهما .

ولذلك يرى جانب من الفقه اعتبار المفوض وكيلاً عن المتبايعان ، بينما يرفض الكثيرون هذا الرأى وذلك على أساس :

١- أنه لا يجوز أن يكون شخص واحد نائباً عن طرفى العقد . وقد رد على هذا الاعتراض بأن « هذا يجوز بإجازة لاحقة وهنا يوجد ما هو أقوى من الإجازة اللاحقة فالمتبايعان اقرا معاً أن يقوم المفوض بتقدير الثمن » .

٢- كما قيل إن الوكيل يجوز عزله والمفوض هنا لا يجوز أن يستقل أحد المتعاقدين بعزله . ويرد على ذلك بأن الوكيل الذى عيناه معاً يجوز عزله باتفاقهما معاً أيضاً .

٣- كما قيل أيضاً إن المفروض فى الوكالة أن يكون الوكيل منفذاً لإرادة الموكل ، أما هنا فالمفوض يفرض إرادته على موكله . إلا أن هذا الاعتراض لا يكون

له محل إذا علمنا أن النائب إنما يجرى التصرف بإرادته هو لا بإرادة الأصل وتنفذ تلك الإرادة في حق الموكل لأنه قد ارتضى ذلك مقدماً .

٤- كما يضيفون إلى حججهم حجة أخرى مفادها أن الوكالة لا تكون إلا في الأعمال القانونية بينما تحديد الثمن هو عمل مادي .

والواقع أننا إذا نظرنا إلى عناصر عقد البيع لوجدناها تنحصر في نقل الملكية وفي الثمن . فالثمن عنصر جوهري في عقد البيع أو في التصرف القانوني . والتصرف الذي لا يتفق فيه على الثمن هو اتفاق ناقص لعنصر من عناصره . أما إذا اتفق على أن يكون البيع عوضياً في مقابل ثمن فإن العقد يعتبر مشتملاً لعناصره القانونية ، غاية الأمر أن تقدير الثمن يتخلف في التصرف . وهذا التقدير وإن لم يكن من عناصر عقد البيع الجوهرية إلا أنه يعد من العناصر اللازمة له والتي يلزم فيها التراضي أيضاً بين المتبايعين ، أما إذا قبل هؤلاء أن تحل إرادة أخرى محل إرادتهما في القيام بهذا التقدير ، فإن صاحب هذه الإرادة إنما يساهم في حقيقة الأمر في إكمال التصرف القانوني لعناصره ، وعلى ذلك لا يمكن إعتبار عمله من الأعمال المادية وإنما هو من الأعمال القانونية ، ولهذا نرفض رأى غالبية الفقه فيما يذهبون إليه من اعتبار الاتفاق على تعيين المفوض بمثابة عقد غير مسمى . فالمفوض إنما هو وكيل عن المتبايعين .

الحكم في حالة ترك المتبايعين الثمن غير مقدرو وغير قابل للتقدير

قلنا إن الثمن يعد ركناً في عقد البيع ، أما إذا لم يتفق المتعاقدان لا صراحة ولا ضمناً ، على تحديد الثمن أو على جعله قابلاً للتحديد ببيان الأسس التي يحدد بمقتضاها ، فإن البيع يكون باطلاً لفقده ركناً من أركانه ، (١) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي - ج ٤ - ص ٣٣ .

الفرع الثالث

الغبن في بيع عقار غير كامل الأهلية (دعوى الغبن الفاحش)

تمهيد :

سبق أن قلنا إن الثمن يجب أن يكون جدياً ، ولذلك فإن الثمن غير الجدى أى التافه لا ينعقد به البيع لتخلف المقابل النقدي اللازم لقيام هذا العقد ، وقلنا أيضاً إن بخس الثمن لا يقلب البيع إلى هبة وإن كان يجعل للبائع الحق في الطعن في هذا البيع إذا وجد مقتضى لذلك . فالأصل إذن أن عدم التعادل بين الثمن وقيمة المبيع لا يؤثر في عقد البيع إلا إذا كان ذلك (عدم التعادل) ناتجاً عن إستغلال أحد المتعاقدين لما بالآخر من طيش بئى أو هوى جامع ، فيكون لمن كان ضحية لهذا الاستغلال الحق في طلب إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات أو رفع الإلتزام المقابل إلى الحد الذى يراه القاضى كافياً لرفع الغبن ، وذلك كله بالتطبيق للمادة ١٢٩ من القانون المدنى .

هذا الغبن الذى الذى تحدثت عنه المادة ١٢٩ إنما يتعلق بعيب في الرضا ولذلك ينظر إلى عدم التعادل نظرة شخصية خاصة بالمتعاقدين الذى وقع ضحية لهذا الاستغلال . ومع ذلك فقد أتى المشرع بحالة واحدة ينظر فيها إلى عدم التعادل نظرة موضوعية وهى حالة بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية . فإذا كان الثمن في هذا البيع بخساً في حدود معينة أمكن الطعن في البيع بدعوى الغبن الفاحش ، وذلك خارج نطاق إرادة البائع ناقص الأهلية وما إذا كان قد شابها عيب من عيوب الإرادة أم لا . فقضت المادة ٤٢٥ من القانون المدنى بأنه :

« (١) إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .

(٢) ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع .

فنعرض لشروط دعوى الغبن الفاحش ثم نفصل أحكامها .

شروط الطعن بدعوى الغبن الفاحش ،

يستفاد من النص الذى عرض لهذه الدعوى أنه يجب توافر شروط لإمكان رفعها .

أولاً : أن يكون صاحب العقار المبيع غير كامل الأهلية ،

فكامل الأهلية له الحرية فى بيع عقاره بأى ثمن يشاء قل هذا الثمن أو كثر ثمادام الثمن جدياً فلا مطعن عليه إلا أن يكون المتعاقد الآخر قد إستغل فى البائع طيش بين أو هوى جامع . عندئذ يطعن فى هذا البيع بالاستغلال (الذى معياره ذاتى) لا بالغبن (نو المعيار الموضوعى)

فيجب أن يكون صاحب العقار المبيع غير كامل الأهلية أيأ كان سبب عدم إكتمال أهليته . فيجوز أن يكون صاحب العقار المبيع فاقد الأهلية أو ناقصها ، فيكون صبياً غير مميزاً أو مجنوناً أو معتوهاً ، فيقوم الولى أو الوصى أو القيم بالنيابة عنهم بإبرام البيع . ويجوز أن يكون صبياً مميزاً أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة ويبيع بالنيابة عنهم الولى أو الوصى أو القيم أو أن يقوموا بأنفسهم مباشرة بالبيع . أما البيع الحاصل بالنسبة لعقار الغائب والمحجور عليه لعقوبة جنائية أو من أصيب بعجز فأقيم له مساعد قضائى فإنه لا يمكن الطعن فيه بالغبن حيث لا يعد هؤلاء ناقصو أهلية وإنما حكمهم حكم كامل الأهلية فى هذا الشأن .

ويرى البعض أنه إذا كان ناقص الأهلية أهلاً لبيع عقار معين فإنه لا يجوز الطعن فى هذا البيع بالغبن ، ويحدث ذلك بالنسبة للقاصر "ذى بلغ السادسة عشرة من عمره ، فهو أهل للتصرف فيما يكسبه من عمله ، فإذا اشترى من هذا الكسب عقاراً فهو يشتريه بإعتباره كامل الأهلية ، ويحل هذا العقار محل النقود التى كسبها حلولاً عينياً . فإذا باعه بعد ذلك فهو يبيعه أيضاً بإعتباره كامل الأهلية فلا يجوز الطعن فى بيعه على أساس الغبن .

الواقع أنه إذا صح للقاصر أن يشتري عقاراً من حصيلة ما يكسبه من عمله إلا أنه عندما يبيع هذا العقار فإننا نكون بصدد بيع لعقار غير كامل الأهلية فالحكمة من النص هى حماية القاصر الذى لا تتوافر لديه أحياناً البصر بحقيقة الصفقة ، وهذه الحماية لا يجب أن تسحب إذا كان البيع الصادر عن القاصر قد

تم من حصيلة ما اكتسبه من عمله ، كما أن النص المقرر للحكم جاء عاماً فلا محل لتقييده .

وإذا كان صاحب العقار غير كامل الأهلية فإنه يجوز له الطعن بالغبن ولا يهم بعد ذلك أن يكون قد باشر البيع بنفسه أو عن طريق نائب عنه .
فإذا قام عديم الأهلية ببيع عقاره ، فالبيع هنا باطلاً بطلاناً مطلقاً ، ولا محل للكلام عن الغبن .

أما إذا كان ناقص الأهلية هو الذى باشر البيع ، فإنه يكون له الحق إما فى رفع دعوى طلب الإبطال لنقص الأهلية ، وإما رفع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن (ويكون للبائع أن يختار أى الدعويتين يشاء) ، وقد تكون له مصلحة فى إختيار دعوى تكملة الثمن ، ذلك أن دعوى الإبطال من شأنها أن تعيد إليه العقار المبيع ، فإذا كانت قيمة العقار قد إنخفضت بعد بيعه إلى أقل من أربعة أخماس قيمة المبيع ، فإن من مصلحة البائع ، إذا كان البيع مشتملاً على غبن يربو على خمس قيمة العقار وقت البيع أن يلجأ إلى الطعن بالغبن فيكمل له الثمن إلى أربعة أخماس تلك القيمة .

ويلاحظ أن قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ قد أخضع البيوع الخاصة بعقارات ناقصى الأهلية وعديميها لإنن خاص من المحكمة بذلك ، فقد إشتراط لصحة هذه البيوع إنن المحكمة ، إلا أن يكون التصرف صادراً من الأب فيما لا يتجاوز قيمته ثلاثمائة جنيه ، وإجاز للمحكمة أن ترفض الإنن إذا كان البيع بغبن يزيد على خمس القيمة . وبناء على هذه الأحكام الواردة فى قانون الولاية على المال ، أصبح تطبيق الحكم الوارد فى المادة ٤٢٥ أمراً نادراً ... فالمحكمة لن تأذن فى البيع إلا بعد التحقق من أنه لا يتضمن غبناً لصاحب العقار غير كامل الأهلية . ومع ذلك فيمكن تصور تطبيق نص المادة ٤٢٥ من القانون المدنى فى حالتين ، حالة البيع الصادر من الأب إذا لم تتجاوز قيمته ثلاثمائة جنيه (١) ، وحالة البيع الصادر من ناقص الأهلية نفسه على النحو الذى أشرنا إليه سابقاً .

(١) انظر نقض ١٩٨٠/٥/١٩ طعن ٩٥٧ س ٤٩ ق .

ثانياً ، أن يكون المبيع عقاراً ،

قصر المشرع دعوى الغبن على البيوع العقارية فحسب دون المنقولات والمقصود بالبيع العقارى هنا ليس بيع العقار ذاته وإنما بيع أى حق عينى عقارى فإذا كان المبيع حق ملكية على عقار ، دار أو أرض ، فإنه يخضع لهذه الدعوى وكذلك إذا كان البيع لحق عينى دون حق الملكية مادام هذا الحق العينى وارداً على عقار ، كبيع حق الانتفاع بالدار أو الأرض أو حق الرقبة أو حق الارتفاق أو حق الحكر ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون العقار المبيع مفزاً أم شائعاً .

وأما حوالة الحق الشخصى غير العقارى ولو كان هذا الحق مكفولاً بتأمين عينى عقارى (رهن رسمى أو اختصاص أو امتياز) فلا يعتبر بيعاً لعقار وإنما هو بيع واقع على حق شخصى غير عقارى . أما إذا كان الحق الشخصى واقعاً على عقار وذلك كحوالة من المشتري القاصر أو المحجور عليه لعقار إشتراه ولم يسجل عقد البيع فإن هذه الحوالة تعتبر بيعاً لعقار وتخضع لدعوى الغبن الفاحش .

وإذا كان البيع وارداً على منقول فلا يجوز الطعن فيه بهذه الدعوى مهما كان عدم التعادل بين المبيع والتمن . فالمشرع لم يقصد بهذه الدعوى سوى حماية القاصر فى البيوع العقارية فحسب . ولذلك لا محل لرفع هذه الدعوى إذا وقع غبن فاحش فى بيع القاصر لسيارة أو لسندات أو لآلات أو محلاً تجارياً . وإنما تحمى هذه البيوع عن طريق دعوى أخرى هى دعوى الاستغلال إذا توافرت شروطها ، كما أن قانون الولاية على المال وضع شروطاً لحماية القاصر فى مثل هذه البيوع فقصى بوجوب الحصول على إذن المحكمة لإتمامها . والمشرع فى هذا الصدد إنما كان متأثراً بالنظرة القديمة للمنقولات وهى أنها أقل قيمة من العقارات التى تعتبر فى نظره أهم الثروات ، على أن هذه النظرة لم تعد تتفق مع الواقع الحالى ، فقد أصبحت لبعض المنقولات قيمة كبيرة تفوق أحياناً قيمة العقارات . ويراعى أنه إذا باع القاصر العقار بقصد هدمه (أى بإعتباره منقولاً بحسب المال) أو باع محصولات وهى فى الأرض بقصد قلعها أو باع ما فى باطن الأرض من أحجار أو معادن ، فإن هذه البيوع لا تعتبر ببيوعاً عقارية وإنما هى بيوع لمنقولات بحسب المال ولا تخضع بالتالى لدعوى الغبن الفاحش .

وإذا باع القاصر مجموع من المال صفقة واحدة وبثمن واحد وكانت الصفقة تتضمن عقارات ومنقولات ، فإنه إذا أمكن تجزئة الصفقة بين العقارات والمنقولات أمكن الطعن فى العقار دون المنقول ، أما إذا لم يكن من الممكن تجزئة الصفقة جاز الطعن فى البيع كله بالغبن ، على ألا يدخل فى حساب الغبن إلا قيمة العقار وحده منسوبة إلى حصته فى الثمن .

ثالثاً ، ألا يكون البيع قد تم كنص القانون بطريق المزااد العلنى ،

قضت المادة ٤٢٧ من القانون المدنى بأنه « لا يجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزااد العلنى » .

يستفاد من هذا النص أن دعوى الغبن الفاحش لا تحمى سوى البيع للعقار لا شرائه . فإذا إشتري ناقص الأهلية عقاراً بغبن فاحش فلا يستفيد من نص المادة ٤٢٥ ، وإن كان فى إمكانه رفع دعوى الاستفلال إذا توافرت شروطها ، هذا فضلاً عن الحماية التى يقرها قانون الولاية على المال فى هذا الصدد من اشتراط الحصول على إذن من المحكمة قبل إتمام الشراء .

وعلى هذا إذا لم يكن العقد بيعاً فلا يجوز الطعن بدعوى الغبن الفاحش فيمتنع هذا الطعن إذا قدم القاصر عقاراً يملكه كحصة فى شركة ، أما إذا ثبت صورية العقد وأن تقديم الحصة إنما كان عن طريق البيع ، جاز هذا الطعن . وإذا قدم العقار كوفاء بمقابل فإنه يجوز حينئذ الطعن بالغبن فالوفاء بمقابل يتحلل إلى وفاء وبيع . أما البيوع الاحتمالية كبيع العقار بثمن إشتراط أن يكون إيراداً مرتباً لمدى الحياة ، أو كبيع حق الانتفاع أو بيع التركة ، ففى هذه البيوع لا يعرف الثمن على وجه التأكيد إنما يتم تقديره على أساس الاحتمال ولذلك لم يكن من الجائز الطعن فى البيوع الاحتمالية بدعوى الغبن ، ومع ذلك فإن الاتجاه الحديث فى الفقه والقضاء الفرنسيين يذهب إلى أن الغبن من الممكن أن يدخل فى مثل هذه البيوع الاحتمالية وبالتالي يمكن الطعن عندئذ بدعوى الغبن . فالبيع فى مقابل إيراد مرتب يقل عما يفله العقار يتضمن غبناً واضحاً ، ولا يهم بعد ذلك مجموع ما سيدفعه المشتري فهو غير معروف ، لأننا لا نعرف وقت موت صاحب الإيراد المرتب ، وعلى أية حال فإن مجموع ما سيدفعه المشتري من إيرادات سيقبل بالتأكيد عن دخل العقار وحينئذ يمكن الطعن فى مثل هذا البيع بدعوى الغبن الفاحش .

فالببيع العقاري إذن هو الذى يخضع لهذه الدعوى طالما كان خاص بعقار غير كامل الأهلية . أما البيع الخاص بطريق المزاد العلنى كنص القانون فهو بيع يمكن معه الحصول على أعلى ثمن للعقار وبالتالي لا يتحقق الغبن . أما إذا بيع العقار بالمزاد العلنى بثمن يقل عن قيمته بأكثر من الخمس ، فإن هذا البيع أيضاً لا يجوز الطعن فيه بالغبن لأن معنى رسو المزاد بهذا الثمن ، أن المبيع لم يجد مشترياً بأكثر من هذا الثمن . فضلاً عن أن إباحة الطعن فى هذا البيع بالغبن قد يؤدى إلى إحجام المزايدى عن الدخول فى المزاد لما قد يتهدد البيع من الطعن بالغبن ، وبالتالي لن يحصل هذا البيع الذى تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى على أعلى ثمن ممكن .

والبيع بالمزاد العلنى الذى يمتنع الطعن فيه بدعوى الغبن الفاحش هو البيع الذى يحتم القانون إجراؤه بالمزاد العلنى سواء تم هذا البيع بناء على نص فى القانون المدنى أو فى قانون المرافعات أو فى أى قانون آخر . وبناء على ذلك يمتنع الطعن بالغبن : أولاً : إذا بيع عقار غير كامل الأهلية بالمزاد العلنى تنفيذاً لدين عليه (أى بموجب نص فى قانون المرافعات) . ثانياً : إذا بيع العقار المملوك لغير كامل الأهلية لعدم إمكان القسمة عيناً (أى بناء على نص فى القانون المدنى) . ثالثاً : إذا بيع عقار غير كامل الأهلية بالمزاد العلنى تنفيذاً لأمر المحكمة التى اذنت بالبيع (بناء على نصوص قانون الولاية على المال) .

أما إذا أراد القاصر بيع عقاره بالمزاد العلنى خارج تلك النصوص أى لم يكن ملزماً بإجرائه عن طريق المزاد . فإنه يجوز الطعن عندئذ فى هذا البيع بدعوى الغبن الفاحش لتخلف الضمانات التى وضعها المشرع فى البيع بالمزاد العلنى عندما يجرى هذا البيع بناء على نص فى القانون .

والمزاد الذى يحول دون إمكان الطعن فى البيع بدعوى الغبن الفاحش يستوى أن يكون مزاداً قضائياً أو إدارياً ، كما إذا بيع عقار القاصر بالمزاد إستيفاءً للضرائب المستحقة عليه .

وإذا نزع ملكية عقار القاصر للمنفعة العامة طبقاً للقانون المنظم لذلك وكان التعويض غير كاف ومنطوياً على غبن فاحش ، فإنه لا يجوز للقاصر مع ذلك الطعن فى هذا التقدير بدعوى الغبن الفاحش ، فتحديد المقابل قد تم هنا بمقتضى القانون .

رابعاً ، أن يكون الثمن أقل من قيمة العقار المبيع وقت البيع بأكثر من
الخمس ؛

إن معيار الغبن يعد معياراً موضوعياً وليس شخصياً كما هو الحال في
الاستغلال . والغبن لا يكون فاحشاً إلا إذا زادت قيمة العقار وقت البيع على غبن
بأكثر من خمس القيمة ، وبناء على ذلك إذا بيع عقار غير كامل الأهلية بأربعة
أخماس قيمته أو يزيد فلا يتحقق الغبن الفاحش الموجب للطعن .

والعبرة في تقدير قيمة العقار هو وقت البيع (١) . فقد قضت المادة ٤٢٥
من القانون المدني بأنه « يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم
العقار بحسب قيمته وقت البيع » فإذا زادت قيمة العقار وقت الطعن بما يجاوز
الخمس فلا محل للطعن في هذا البيع . وكذلك إذا كانت قيمة العقار وقت البيع
أزيد من الثمن بما يجاوز الخمس فتقبل الدعوى حتى ولو إنخفضت قيمة العقار
وقت رفع الدعوى وأصبحت مساوية للثمن . ولا يدخل في تقدير الثمن بطبيعة
الحال المصروفات فهي « لا تعود على صاحب العقار بفائدة » .

وإذا بيع العقار تنفيذاً لوعده سابق صادر من البائع للمشتري ، فهل يعتد
في تقدير قيمة العقار بوقت البيع النهائي أي عندما يظهر الموعد له رغبته في
الشراء أم يتم هذا التقدير في وقت الوعد ؟ الواقع أن البيع لا يتم إلا بظهور رغبة
الموعد له بالشراء ولذلك يعتد بهذا الوقت في تقدير قيمة المبيع .

أحكام دعوى الغبن الفاحش ؛

رأينا أن الفقرة الأولى من نص المادة ٤٢٥ من القانون المدني تقضى بأنه
« إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد
على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل » .
فللبائع الحق في رفع دعوى تكملة الثمن على المشتري ، فإذا لم يوف
الأخير بفارق الثمن كان للبائع الحق في رفع دعوى الفسخ . فنعرض لكل من
الدعويين .

(١) وتقديرهما إذا كانت قيمة العقار تزيد على الثمن بأكثر من خمس قيمة العقار وقت البيع ،
هو من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاهاً على أسباب سائغة . انظر نقض
١٩٧٦/٢/٣ - المجموعة - س ٢٧ رقم ٨١ من ٢٧٦ .

إذا توافرت الشروط المتقدمة كان للبائع الحق فى رفع دعوى تكملة الثمن على المشتري . وهذه الدعوى ليست دعوى إبطال ، فالغبن لا يعد سبباً من أسباب إبطال العقد وإنما يعد سبباً مسوغاً لاستكمال الثمن . ولا يعد الغبن مبطلاً للعقد إلا إذا كان نتيجة لغلط أو تدليس .

والثمن لا يكمل إلى ثمن المثل وإنما يكمل فقط إلى أربعة أخماس هذا الثمن فحسب ، فالمشروع لم يسمح ببيع عقار القاصر بأقل من أربعة أخماس قيمته .

والذى يرفع دعوى الغبن هو صاحب العقار المبيع بنفسه أو عن طريق ورثته من بعده أو بواسطة وليه أو وصيه أو القيم عليه .

وترفع هذه الدعوى على المشتري أو على ورثته من بعده ، ففارق الثمن يعد ديناً فى تركة المشتري .

ودعوى الغبن ترفع إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المشتري لا المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار ، فهذه الدعوى ليست دعوى عقارية وإنما هى دعوى شخصية أى للمطالبة بحق شخصى .

فإذا تأكد للمحكمة أن عقار غير كامل الأهلية قد بيع بأقل من قيمته بغبن يزيد على الخمس فإنها تحكم على المشتري بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس الثمن الحقيقى للعقار وقت البيع . فإذا قام المشتري بوفاء هذا الفارق فلا إشكال فى الأمر ، أما إذا لم يتم بذلك كان من حق البائع التنفيذ بالحكم على جميع أموال المدين (المشتري) بما فيها العقار المبيع . ويعد الفارق فى الثمن جزءاً من الثمن وبالتالي فإنه يضمن بامتياز البائع ، كما يكون للبائع أن يحبس المبيع تحت يده إذا لم يكن قد سلمه بعد إلى المشتري حتى يستوفى باقى الثمن المستحق له .

هذا وقت نصت المادة ١/٤٢٦ من القانون المدنى بأن « تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع » . فللقاصر أو وصيه رفع دعوى تكملة الثمن طوال المدة التى يبقى فيها القاصر غير كامل الأهلية ، فإذا بلغ سن الرشد فإنه يجب أن ترفع الدعوى فى خلال ثلاث سنوات من هذا التاريخ ، أما إذا مات صاحب العقار قبل إنقضاء هذه المدة ، كان لورثته الحق فى رفع الدعوى فى

المدة الباقية . أما إذا مات صاحب العقار قبل بلوغه سن الرشد كان للورثة الحق في رفع دعوى تكملة الثمن في خلال الثلاث سنوات التي تلى وقت الوفاة .
وهذه المدة المنصوص عليها في المادة ١/٤٢٦ من القانون المدني هي مدة تقادم وليست مدة سقوط ولذلك يرد عليها أسباب انقطاع التقادم إلا أنها لا توقف فوقف التقادم لا يكون إلا في التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات (مادة ٢٨٢ مدنى) .

٢- دعوى الفسخ ،

جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أنه : إذا حكم بالتكملة ولم يدفعها إلى البائع ، جاز فسخ البيع - لا إبطاله (١) - تطبيقاً للقواعد العامة ، فإذا رفعت الدعوى على المشتري وحكم عليه بتكملة الثمن ولم يف به مع ذلك ، كان للبائع الحق في رفع دعوى الفسخ باعتباره بائعاً لم يستوف الثمن بأكمله . كما يكون له الحق في استرداد العنار بعد الفسخ من المشتري .

ودعوى الفسخ تعد دعوى مستقلة عن دعوى تكملة الثمن فلا تخضع للتقادم الذي تخضع له الدعوى الأخيرة ، فدعوى الفسخ لا تتقادم إلا بالتقادم الطويل أى بخمسة عشر سنة من وقت تحقق سبب الفسخ ، أى من الوقت الذي يتحقق فيه إمتناع المشتري عن دفع فارق الثمن .

وإذا إسترد البائع العقار من المشتري بعد الفسخ وامتنع الأخير عن الوفاء بباقي الثمن فإن هذا الاسترداد لا يجوز أن يلحق ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع (مادة ٢/٤٢٦ مدنى) فإذا قام المشتري بالتصرف في العقار إلى مشتري حسن النية ، فلا يجوز للبائع استرداد العقار من يد هذا المشتري الأخير ولا يكون له إلا الرجوع بالتعويض على المشتري منه . وكذلك الحال أيضاً إذا رتب المشتري على العقار حقاً عينياً للغير حسن النية ، فإن هذا العقار إذا استرده البائع إنما يسترده مثقلاً بهذه الحقوق . وعلى أية حال فإن المتصرف إليه من المشتري يعد سوء النية من وقت تسجيل البائع لصحيفة دعوى الفسخ .

(١) قارن نقض ١٩٥٦/٦/٢٨ - المجموعة س٧ ص ٧٦٠

الفصل الثانى

صور التراضى على عقد البيع

تمهيد :

قد يتم عقد البيع بين البائع والمشتري بالأصالة عن نفسيهما ، وقد يتم هذا العقد بطريقة النيابة . والتبايع عموماً قد تتعدد صور التراضى عليه ، فقد يكون الإيجاب بالبائع صادراً إلى شخص غير معين ، وهذا ما يحدث فى البيوع التى تتم بطريق الإعلان ، كما أن البيع قد تسبقه مرحلة تمهيدية تأخذ شكل المفاوضات بين المتعاقدين تنتهى بوعدب البيع أو عقد بيع ابتدائى ، وقد يصحب ذلك دفع عربون من أحد المتعاقدين . فنعرض فى مبحث أول لصور التراضى فى عقد البيع بصفة عامة ، وفى مبحث ثانى نعرض للتبايع بطريقة النيابة .

المبحث الأول

صور التراضى فى عقد البيع بصفة عامة

الفرع الأول

التراضى فى البيوع التى تتم بطريق الإعلان

الإيجاب عن طريق عرض البضائع :

طبقاً للقواعد العامة فى نظرية الالتزام ، فإنه ليس بلازم لكى يعتبر التعبير عن الإرادة إيجاباً أن يكون موجهاً إلى شخص معين بالذات ، وإنما من الممكن أن يكون موجهاً إلى الجمهور طالما أنه ينطوى على نية التعاقد مع أى شخص يظهر رغبته فى قبوله . ولذلك تكثر فى مجال التجارة صورة عملية للإيجاب ، تلك التى تتم عن طريق عرض البضائع فى واجهات المحال التجارية مع وضع بيان بأثمانها عليها .

فإذا قبل أحد الأشخاص الشراء بالثمن المعروض على السلعة ، تم البيع والتزم البائع بتسليمه السلعة المعروضة أو سلعة أخرى تماثلها تماماً .

ومفاد ما تقدم أن الإيجاب فى هذه الحالة يظل قائماً طالما ظلت البضاعة معروضة فى واجهة المحل وعليها أثمانها ، ولكن للتاجر الحق فى العدول عن هذا الإيجاب إما بسحب هذه البضائع من واجهة المحل أو بإبقائها مع تغيير أثمانها .

وإذا كانت السلعة معروضة - ليس فى واجهة المحل - وإنما فى داخله ، فنفرق هنا بين ما إذا كان دخول المحل مباحاً للجمهور ، أو كان غير مباح حيث لا تعرض السلعة على المشتري إلا بناء على طلبه . وفى الحالة الأولى تسرى الأحكام التى رأيناها فى خصوص عرض السلع فى واجهة المحل ، أما فى الحالة الثانية فلا يعد عرض السلعة مع بيان ثمنها داخل المحل إيجاباً ، إنما المقصود من كتابة الثمن على السلعة فى الحالة الثانية هى التذكير بالثمن الذى سيتخذه أساساً للمساومة مع المشتري . وعلى ذلك لا ينعقد البيع فى الحالة الأخيرة إلا بعد الاتفاق على الثمن .

الإيجاب عن طريق عرض السلع بوسيلة النشرات والإعلانات ،

قد يتخذ الإيجاب صورة عرض البضائع عن طريق النشرات والإعلانات والكتالوجات التى ترسلها المحال التجارية إلى الناس فى منازلهم . ولكى نكون بصدد إيجاب ملزم فى مثل هذه الحالات يجب أن يذكر ثمن السلعة فى النشرة أو الإعلان ، فإذا لم يذكر هذا الثمن فلا نكون بصدد إيجاب وإنما بصدد إعلان فقط عن هذه السلعة .

والقاعدة فى هذا الصدد أن التاجر يلتزم بالإيجاب الوارد فى النشرة والإعلان الذى أرسله للجمهور ، فإذا تقدم أحد للشراء التزم بتسليمه السلعة بذات الثمن المذكور دون أن يكون له أن يحتج بارتفاع الأسعار ، اللهم إلا إذا كانت قد مضت فترة طويلة بين إرسال النشرة وتقدم العميل للشراء . أما إذا كانت النشرة أو الإعلان لم يتم إرساله إلى شخص معين وإنما كانت النشرات أو الإعلانات تعطى لأى شخص حيث لم يقصد التاجر إرسالها إلى شخص معين بالذات ، عندئذ لا نكون بصدد إيجاب من التاجر يلتزم به وإنما نكون بصدد

دعوة إلى التعاقد ، حيث أنه إذا تقدم أحد للشراء ، عدّ هذا التقدم إيجاباً يلزمه قبول مطابق من التاجر.

ولكن إذا كنا قد اعتبرنا أن الإيجاب يكون ملزماً في حالة عرض البضاعة عن طريق الإعلان أو النشرة المرسلة إلى شخص معين ، فإن التاجر لا يلتزم بالبيع إلا في حدود ما بقى عنده من هذه السلعة . وعلى ذلك إذا نفذت السلعة ثم جاء عميل ممن أرسلت له النشرة يطلبها ، فإن للتاجر أن يعتبر هذا النفاذ بمثابة رجوع منه عن إيجابه ، ويجرى العرف على أن ينتج الرجوع أثره من غير حاجة إلى إعلان ، وعلى ذلك لا يلتزم التاجر في هذه الحالة بإجابة العميل إلى طلبه .

ويلاحظ أنه إذا أرسل التاجر الإعلان أو النشرة إلى عميل معين ، فإنه لا يظل على إيجابه بغير حد للمدة إذا لم تذكر مدة للإيجاب في الإعلان أو النشرة ، وإنما يفترض أن التاجر إنما قصد أن يقوم إيجابه في خلال مدة معقولة تحدد حسب ظروف المتجر ونوع البضاعة والمتعاملون في التجارة . وبناء على ذلك إذا تقدم عميل للشراء بعد فوات هذه المدة التقديرية حق للتاجر أن يرفض التعاقد معه .

وقد يحدث ألا يكون عند التاجر شيء من السلعة التي عرضها على العميل في النشرة أو الإعلان الذي أرسله إليه ، وفي هذه الحالة يعد إيجاب التاجر هنا متضمناً التزاماً بتوريد هذه السلعة المعروضة في النشرة مع ثمنها إلى العميل الذي يوافق على شرائها ، ولا يستطيع التاجر هنا ، ألا يوردها تحت حجة أنها لم تكن لديه وقت أن أرسل النشرة . وإذا أعلن التاجر في النشرة أو الإعلان عن إستعداده لتقسيط الثمن أو تأجيله ، التزم بذلك تجاه كل عميل يتقدم للشراء ، إلا إذا كان العميل من الأشخاص الذين لا يجوز لهم الاستفادة من الأجل .

ونشير أخيراً إلى نص كان وارداً في المشروع التمهيدى للقانون المدنى هو نص المادة ١٤٣ وكان يقضى بأنه :

١- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً .

٢- أما النشر أو الإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدنى المصرى تعليقا على النص السابق ما يلى : « وقد تقدم فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من المشروع أن النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يجرى التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد تعتبر فى الأصل دعوة لحث الناس على الإيجاب . فلا ينصرف حكم النص فى الصورة التى يواجهها إلى الإيجاب النهائى الملزم الذى ينقلب إلى ارتباط تعاقدى متى إقترن به القبول ، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة للتقدم بالإيجاب . والاستجابة لهذه الدعوى هى التى تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً ، يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع » (١) .

الفرع الثانى

الوعد بالبيع

صور الوعد بالبيع :

قد يحدث فى الواقع ألا يتفق المتبايعان على أن تبرم الصفقة المقصودة مباشرة ، وإنما يقتصر هذا الاتفاق على أن يعد أحدهما الآخر بإبرام الصفقة معه إذا رغب هذا الآخر فى ذلك خلال مدة معينة ، وهذا هو الوعد بالتعاقد ، والوعد بالتعاقد قد يتخذ فى صدد البيع صورة من ثلاث :

الأولى : ويكون فيها الوعد بالبيع من جانب واحد ، ومثاله أن يعد شخص آخر أن يبيعه شئ معين إذا رغب هذا الآخر فى شرائه خلال مدة معينة . وفى هذه الصورة يكون الواعد ملزماً بالبيع إذا أظهر الطرف الآخر رغبته فى الشراء خلال المدة المتفق عليها ، أما الطرف الموعود له ، فيكون حراً بين إظهار رغبته فى الشراء فيتم البيع نهائياً ، أو ألا يظهر هذه الرغبة فيسقط الوعد (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٥ فى الهامش .

(٢) انظر نقض ١٩٨٣/٤/١٢ المجموعة س ٣٤ ص ٩٤٨ ، ونقض ١٩٤٤/٥/٦ طعن ٢٠٢ س ٢١ ق ، وانظر أيضاً نقض ١٩٨٤/٦/١٢ - المجموعة - س ٣٥ ص ١٦٢٧ .

وفى هذه الصورة الأولى نكون إذن أمام وعد بالبيع ، وهو عقد يتم بتلاقى إرادتين : إيجاب من الواعد وقبول من الموعود له ، ويمهد لنشأة عقد بيع فى المستقبل ، ويعد هذا الوعد - كما أشرنا - ملزماً لجانب واحد هوالبائع الواعد .

الثانية : وقد يحدث مثلاً أن يؤجر شخص إلى آخر قطعة أرض أو مبنى معين ثم يشترط المستأجر أن يشتريها إذ هو (أى المؤجر) أبدى رغبته فى بيعها له خلال مدة معينة تغلب أن تكون هى مدة الإيجار ، وهذا هو الوعد بالشراء ، وهو وعد ملزم لجانب واحد أيضاً .

الثالثة : ويكون فيها الوعد متبادلاً بين الطرفين ، فمثلاً يكون صاحب الشئ ملزماً ببيعه إذا أبدى المتعاقد الآخر رغبته فى ذلك خلال مدة معينة ، كما يكون المتعاقد الآخر ملزماً بشراء هذا الشئ إذا أبدى صاحب الشئ رغبته فى بيعه خلال مدة معينة ، فكلأ من المتعاقدين يعد واعدًا وموعودًا له ، فهو وعد مزدوج وهذا ما يطلق عليه الوعد بالبيع وبالشراء .

التمييز بين الوعد بالبيع والإيجاب الملزم بالبيع ،

قد يتشابه الوعد بالتعاقد مع الإيجاب ، خاصة إذا كان الإيجاب ملزماً . فإذا كنا بصدد وعد بالبيع صادراً من صاحب الشئ لشخص آخر ، فإن الواعد يلتزم بإبرام عقد البيع إذا أبدى الموعود له رغبته فى شرائه خلال فترة معينة ، فإذا ظهرت هذه الرغبة ومع ذلك لم يبر الواعد بوعده فيستطيع الموعود له أن يلجأ إلى القضاء مستصديراً حكماً بإيقاع البيع . وكذلك إذا كنا بصدد إيجاب بالبيع وكان هذا الإيجاب ملزماً ، إمتنع على الموجب الرجوع فى إيجابه خلال مدة الزامه . فإذا قبل من وجه إليه الإيجاب هذه الصفقة إنعقد العقد حتى ولو كان الموجب قد رجع فى إيجابه خلال الفترة التى ينبغى أن يبقى فيها ملزماً بإيجابه .

ولذلك يأتى التشابه بين الوعد وبين الإيجاب الملزم فى أن العقد ينعقد إذا رغب الموعود له فى الصفقة أو قبل من وجه إليه الإيجاب حتى ولو كان الواعد قد حنث بوعده أو كان الموجب قد رجع عن إيجابه .

وبرغم هذا التماثل بين الوعد بالبيع والإيجاب الملزم به ، فلازال الاختلاف بينهما قائماً وأساسياً :

أولاً : فى الإيجاب ، إذا قبل من وجه إليه الإيجاب الصفقة إنعقد العقد فوراً بمجرد علم الموجب بالقبول حتى ولو كان هذا الموجب قد رجع عن إيجابه طالما كان هذا الإيجاب ملزماً .

أما فى الوعد بالبيع فإنه إذا أظهر الموعود له رغبته فى إبرام العقد وكان الواعد قد نكل عن وعده ، فإن العقد لا ينعقد إلا إذا حصل الموعود له على حكم بذلك من القضاء ، فينعقد العقد من تاريخ صدور هذا الحكم .

ثانياً : إذا مات الموجب له قبل أن يصدر منه قبول لا ينعقد العقد ، ذلك أنه إذا مات من وجه إليه الإيجاب إستحال عليه إصدار القبول . أما إذا مات من وجه الإيجاب فإنه يستحيل عليه أن يعلم بالقبول الصادر ممن وجه إليه الإيجاب ، فلا ينعقد العقد فى الحالتين .

أما فى الوعد بالبيع فإننا نكون بصدد عقد كامل مرتب لالتزامات متقابلة فى ذمة أطرافه . فإذا مات الواعد إنتقل الالتزام بإبرام العقد إلى ورثته ، فإذا أظهر الموعود له رغبته فى إبرام العقد إنعقد العقد مع هؤلاء الورثة الذين يلتزمون بإبرامه . وكذلك الحال إذا مات الموعود له ، حيث ينتقل الحق فى التمسك بإبرام العقد إلى ورثته ، فيستطيعون إلزام الواعد بإبرامه إذا ما رغبوا فى ذلك .

وبعد هذا التوضيح نعرض الآن لدراسة وتفصيل أنواع الوعد فى صدد عقد البيع :

(١) الوعد بالبيع :

وتلك الصورة من صور الوعد هى الأكثر انتشاراً فى الحياة العلمية حيث يحدث كثيراً أن يجد الشخص نفسه فى حاجة إلى الحصول من آخر على وعد بالبيع دون أن يتقيد هو بالشراء . ومثاله أن يستأجر شخص قطعة أرض ليقوم عليها مصنعاً لمدة خمس سنوات مثلاً ويخشى أن ينتهى الإيجار فيضطر إلى ترك الأرض إذا لم يرغب مالكها فى تجديد عقد الإيجار ، كما أنه لا يستطيع أن يشتريها فوراً بدلاً من استئجارها ، فيتفق هذا الشخص مع المالك على أن يقوم الأخير ببيع الأرض المؤجرة له إذا أبدى رغبته فى شرائها بثمن محدد متفق عليه خلال فترة زمنية معينة . وقد يريد مستأجر الأرض إجراء بعض الإصلاحات فيها ، ولكنه يخشى أن ينتهى الإيجار بعد مدة ولا يستفيد من هذه

الاصلاحيات التى أجراها بالعين بالقدر الذى أنفقه عليها ، لذلك قد يحصل هذا المستأجر على وعد من المؤجر بأن يبيعه الأرض إذا رغب هو - أى المستأجر - فى شرائها أثناء مدة عقد الإيجار أو عند نهايته وذلك بثمن يتفق عليه مقدماً .

ومن صور الوعد بالبيع - فى الحياة العملية - أيضاً ما تلجأ إليه شركات البناء العقارية من تضمين عقود الإيجار الصادرة منها وعداً ببيع العين إلى المستأجر ، وقد تلجأ بعض الشركات الصناعية إلى الحصول من ملاك الأراضي المجاورة لمصانعها على وعد ببيعها ضماناً لتوسيع المصانع . وقد تلجأ إحدى الشركات التى تبحث عن معادن فى أرض معينة إلى الحصول من صاحب الأرض على وعد ببيعها إذا إحتوت على معادن .

وقد قضى بأنه إذا تعمد المشتري من الحكومة فى عقد البيع بأن يرد إليها كل أو بعض ما اشتراه منها فى نظير ما يقابله من الثمن المتعاقد عليه إذا لزم للمنفعة العامة ، فهذا الشرط إنما هو شرط شخصى يترتب عليه حق عينى وهو يعتبر بمثابة وعد بالبيع موقوف تنفيذه على إرادة أحد المتعاقدين (١).

وقد يحدث أن نكون بصدد وعد بالبيع وذلك فى البيوع التى تتم بطريق المزاد ، فقد يحول سبب دون تقدم شخص للمزايدة بنفسه ، فيتفق مع آخر على التقدم للمزايدة ، بعد أن يحصل منه على وعد ببيع العين له إذا رسا مزادها عليه . وقد قضى بأن تحدى المدين بأن من استخدمه للدخول فى المزايدة يعتبر فى القانون نائباً عنه بطريق إعاره الاسم ، وأن المعار اسمه لا يتملك فى حق الأصل - هذا التحدى محله أن يكون الثابت فى الدعوى أن من رسا عليه المزاد كان عند رسو المزاد عليه معيراً إسمه . أما إذا كان الثابت أن الراسى عليه المزاد إنما وعد المدين بأن يبيع له الأطليان عند رسو المزاد عليه إذا دفع له الثمن والمصروفات ، فذلك لا يصح التحدى به فى إنكار الملكية على الراسى عليه المزاد (٢).

(١) استئناف مصر فى ١٩٢٨/١٢/٥ - المجموعة الرسمية - ٣٠ رقم ٤٢ ص ١٠١ .

(٢) نقض ١٩٤٨/٤/٢٩ - مجموعة القواعد - ج ٥ رقم ٢٠٨ ص ٦١٢ .

شروط صحة وانعقاد عقد الوعد بالبيع :

تقضى المادة ١٠١ مدنى بأن :

١- الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها .

٢- وإذا اشترط القانون لتتمام العقد إستيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد .

أشرنا من قبل إلى أن الوعد بالبيع يختلف عن مجرد الإيجاب الملزم به ، فهو عقد كامل . كما يختلف عن العقد الابتدائى فى أنه عقد تمهيدى وليس بعقد نهائى . فهو أكثر من الإيجاب لأنه إيجاب قد اقترن به قبول ، وهو دون العقد النهائى حيث يعد مرحلة تمهيدية له . وطالما كان الوعد بالبيع عقد كامل ، فيلزم أن تتوفر فيه أركان العقد بصفة عامة من رضا ومحل وسبب .

فلا بد من تراضى الأطراف على الوعد بالبيع ، وأن يكون كل منهما متمتعاً بالأهلية اللازمة لإبرامه ، وخاصة يجب أن يكون الواعد أهلاً لمباشرة العقد النهائى وذلك لأنه يلتزم نهائياً بمجرد الوعد .

فينعقد عقد البيع إذا أظهر الموعود له رغبته فى التعاقد حتى ولو فقد الواعد أهليته بعد الوعد . أما الموعود له بالبيع ، فينظر إلى أهليته وقت إنعقاد عقد البيع النهائى ، فهو الوقت الذى يلتزم فيه نهائياً بالعقد ، أما قبل ذلك فلا يلتزم بشىء . ولذلك يكتفى فى أهلية الموعود له ، أن تكون لديه أهلية مباشرة الأعمال النافعة نفعاً محضاً . ويلزم أيضاً أن يكون الرضاء سليماً منزهاً عن العيوب التى تصيب الإرادة ، كما يلزم أن يكون محل الوعد مشروعاً وأن يكون السبب الدافع إليه مشروعاً كذلك .

وبناء على ما تقدم لا يصح الوعد بالبيع إذا أنصب على شىء غير ممكن قانوناً ، كما يبطل الوعد إذا كان محله شيئاً خارج عن دائرة التعامل ، وكذلك لا يصح الوعد بالبيع إذا كان موضوعه وعداً ببيع حقاقى تركة مستقبلية .

وبجانب هذه الأركان العامة التى تلزم لإنعقاد وصحة الوعد بالبيع ، فقد

عننى المشرع بإيراد أركان خاصة يلزم توافرها أيضاً فى الوعد بالبيع أشارت إليها المادة ١٠١ مدنى .

فالوعد بالبيع ما هو إلا مرحلة تمهد لعقد البيع النهائى أو هو خطوة نحو ذلك ، ولهذا يجب أن يتوافر فى هذا الوعد الشروط الآتية :

١- يجب أولاً أن يتضمن الوعد بالبيع جميع المسائل الجوهرية لهذا العقد(١) ، فيجب أن يشتمل الوعد بالبيع على تعيين المبيع وتقدير الثمن .

وعلى ذلك لا يعتبر بيعاً ولا وعداً بالبيع العقد الذى يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يحصل لمصلحة الطرف الآخر على ملكية عقار مملوك لشخص ثالث عن طريق بيعه مقابل مبلغ معين .

كما لا يعتبر وعداً بالبيع ، أن يعد شخص آخر على أن يبيع له أرضاً معينة دون تحديد للثمن المراد إقتضائه مقابلاً للبيع . وهذا الثمن يجب أن يكون محدداً بمعرفة الطرفين فى عقد الوعد ذاته ، أو على الأقل أن يتضمن هذا العقد بيان الأسس التى سيحدد بمقتضاها فيما بعد (مادة ٤٢٢ مدنى) . أو أن يتفق الطرفان على تعيينه بمعرفة خبير يسميانه فيه . أما طريقة دفع الثمن فيجوز للمتعاقدين الاتفاق فى عقد الوعد على أنها تحدد وقت التعاقد النهائى ، ولا يعد ذلك شرطاً معلقاً عليه إنعقاد البيع إلا إذا تبين ذلك صراحة أو ضمناً من عقد الوعد .

٢- ويلزم ثانياً فى الوعد بالبيع أن تتحدد فيه المدة التى يجب خلالها أن يعلن الموعود له رغبته فى إبرام العقد ، فإذا لم تتحدد هذه المدة وقع الوعد باطلاً. وهذه المدة قد تحدد صراحة بشهر أو بسنة مثلاً أو أكثر أو أقل . وقد تحدد هذه المدة ضمناً حيث تستخلص من ظروف الحال ، وذلك كالوعد ببيع شئ معين سيعرض فى معرض يقام خلال مدة معينة .

وقد يتفق المتعاقدان على أن تكون مدة الوعد هى المدة المعقولة ، فمثل هذا

(١) نقض ١٩٦٤/١/٢٢ - المجموعة - س ١٥ رقم ٢٢ ص ١١٥ . وانظر نقض ١٩٦٥/١٢/١٦ - المجموعة - س ١٦ ص ١٢٩١ . وانظر نقض ١٩٨٤/٦/١٢ - طعن ٣٦٣ س ٥١ ق .

الاتفاق يصح ، لأن المدة وإن كانت غير محددة بالضبط ، إلا أنها تقبل التحديد فإذا اختلف الطرفان فى تحديدها ، قام القاضى بهذا التحديد

ويراعى أنه إذا انقضت المدة التى يلزم فيها إظهار الموعد له لرغبته فى التعاقد ، تحلل الواعد من وعده بقوة القانون دون حاجة منه إلى إعذار أو إنذار الموعد له .

٣- ويلزم أخيراً أن يفرغ الوعد بالتعاقد فى ذات الشكل الذى يتطلبه القانون لإنعقاد العقد النهائى الموعد به . فقد أشرنا إلى أن نص الفقرة الثانية من المادة ١٠١ مدنى تقضى بأنه « إذا اشترط القانون لتعام العقد إستيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد » .

ولكن يلاحظ أن عقد البيع يعد عقداً رضائياً ولذلك كان الوعد به رضائياً كذلك فلا يشترط لإنعقاده شكل خاص . وعلى ذلك لا يدخل الوعد بالبيع فى مضمون الفقرة الثانية من المادة ١٠١ مدنى المشار إليها . هذا ما لم نكن فى صدد حالة إستثنائية يكون فيها البيع شكلياً ، كبيع السفينة وبيع براءات الاختراع والعلامات التجارية ، عندئذ يجب أن يستوفى الوعد بهذا البيع ذات الشكل الخاص الذى يجب أن يستوفيه البيع .

ومن قضاء محكمة النقض المصرية - فى شأن شروط انعقاد الوعد بالبيع - نذكر ما قضت به من أنه « يشترط لإنعقاد الوعد بالبيع سواء فى القانون المدنى القديم أو فى القانون القائم إتفاق الواعد والموعد له على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعد به فضلاً عن المدة التى يجب فيها على الموعد له إظهار رغبته فى الشراء وذلك حتى يكون السبيل مهياً لإبرام العقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعد له دون حاجة إلى اتفاق على شئ آخر والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان البيع وشروطه الأساسية التى يرى العاقدان الاتفاق عليها والتى ما كان يتم البيع بدونها (١) .

(١) نقض ١٩٦٤/١/٢٢ السابق الإشارة إليه .

ويراعى أخيراً أنه إذا لم ترد في الوعد المسائل الأخرى الخاصة بالتزامات البائع والمشتري ، وأبرم عقد البيع بعد ذلك بظهور رغبة الموعود له في الشراء ، فإن بقية شروط البيع تستخلص من أحكام القانون (١) .

الآثار التي تترتب على الوعد بالبيع :

إذا توافر في الوعد ما سبق أن بيناه من شروط ، انعقد الوعد صحيحاً ويلتزم الواعد بإبرام العقد الموعود به إذا أعلن الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها .

فقبل إعلان الموعود له رغبته في إبرام عقد البيع لا يصلح الوعد لكى يرتب التزامات عقد البيع الموعود به ، وإنما يقتصر هذا الوعد على ترتيب التزامات شخصية بين أطرافه ، وعلى ذلك فإن الموعود له لا يكتسب بمجرد الوعد حقاً عينياً على المبيع ، وإنما يعد مستفيداً فقط من التزام الواعد بإبرام هذا العقد إذ هو أعلن رغبته في إبرامه .

وكذلك لا تكون للموعود له ثمار الشيء المبيع أو نمائه في فترة الوعد ، وكذلك إذا تصرف الواعد فتصرفه صحيح باعتباره مالكا للشيء ، ولا يستطيع الموعود له إلا أن يرجع على الواعد - إذا تصرف في الشيء - بالتعويض . وإذا هلك الشيء الموعود ببيعه قبل إبرام العقد النهائي هلاكاً كلياً بفعل القوة القاهرة ، فإنه يهلك على الواعد لأنه المالك (٢) ، فلا ينعقد البيع لتخلف المحل ، ولا يلزم الواعد بأى تعويض . ويأخذ حكم الهلاك الكلى حالة نزاع ملكية العقار للمنفعة العامة . أما مبلغ التعويض الذى تدفعه جهة الإدارة فى مقابل نزاع الملكية فيكون من حق الواعد فى نظر البعض ، بينما يرى آخرون تطبيق نظرية الحلول العينية التى تقضى بانتقال حق الموعود له إلى مبلغ التعويض وإلى مبلغ التأمين إذا هلك الشيء وكان مؤمناً عليه .

أما إذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً ، فمن الممكن أن يتم البيع بالنسبة للجزء

(١) نقض ١٩٨٠/٢/٢٧ - المجموعة - س ٣١ رقم ١٢١ ص ٦١٨ .

(٢) قارب نقض ١٩٣٨/١/١٣ - طعن ٥١ ص ٧٧ .

الباقى إذا اختار الموعد له ذلك وعندئذ ينعقد البيع النهائي بالثمن المتفق عليه بغير نقص . وإذا كان الشيء مؤمناً عليه وهلك شيء منه ، فإن عوض التأمين الذى يدفع فى مقابل الجزء الهالك يكون من حق الموعد له إذا قبل الشراء ويلاحظ أن الحق الشخصى الذى يتولد عن الوعد ، من الممكن النزول عنه للغير ، فهو يعد من قبيل الحقوق المالية التى يمكن التصرف فيها للغير ما لم يوجد إتفاق يمنع ذلك ، وهذا النزول إذا سمح به يتم وفقاً لإجراءات حوالة الحق كما يلاحظ أن هذا المنع من حوالة الحق الناشئ عن الوعد من الممكن أن يتم بنص صريح فى العقد ، كما قد يستفاد ضمناً من الظروف أو من طبيعة المعاملة ويلاحظ كذلك أن الحق الناشئ عن الوعد يقبل الانتقال إلى الورثة إيجاباً وسلباً .

أما عن آثار الوعد بالبيع إذا ما انقضت المدة دون أن تظهر رغبة الموعد له فى الشراء ، فقد رأينا أنه يلزم لصحة الوعد بالبيع أن تتحدد مدة يجب أن يعلن فيها الموعد له رغبته فى الشراء ، فإذا انقضت هذه المدة بدون إعلان هذه الرغبة سقط الوعد بالبيع من تلقاء نفسه وبلا إنذار أو تنبيه ، ذلك أن الموعد له لم يلتزم بشيء ، بل كان له الخيار إن شاء قبل إيجاب الواعد ودفع الثمن خلال الأجل المتفق عليه ، وإن شاء تحلل من الاتفاق دون أية مسئولية عليه . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا أظهر الموعد له رغبته فى الشراء ولكن بعد إنقضاء المدة المحددة ، وكذلك أيضاً إذا ما أعلن الموعد له - حتى قبل إنقضاء المدة المحددة - عدم رغبته فى الشراء ولو ضمناً كان يتعامل مع الواعد فى الشيء على اعتبار أن الواعد هو المالك المستقر فاستأجره منه مثلاً لمدة تجاوز مدة الوعد . ذلك أن إعلان الموعد له عدم رغبته فى الشراء يعد بمثابة نزول منه عن حقه الذى استمده من الوعد . وقد يحدث وأن يكون الموعد له قد دفع عربوناً للواعد ، عندئذ يخسر الموعد له هذا العربون إذا لم يبذل رغبته فى الشراء ، ويتحلل الواعد من وعده ، فلا يجوز للموعد له أن يحتج بعدم إعداره وأنه كان مستعداً لدفع باقى الثمن .

أما إذا أظهر الموعد له رغبته فى الشراء فى خلال المدة المحددة ، فينبغى أن يراعى أولاً أن إظهار الرغبة لكى يؤدى أثره من حيث إنعقاد العقد النهائي ، يجب أن يصل إلى علم الواعد ، وذلك بالتطبيق للمادة ٩١ مدنى والتى تشترط لكى ينتج التعبير عن الإرادة أثره ، أن يصل هذا التعبير إلى علم من وجه إليه ، ولا

ينعقد العقد إلا من هذا الوقت ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم
يقم الدليل على عكس ذلك . وقضى بالتطبيق لذلك « أن ذهاب الموعود له
بالشراء إلى محل إقامة الواعد ومقابلة ابن هذا الأخير وإبداء رغبته له في الشراء
واستعداده لدفع الثمن يعتبر قرينة على علم الواعد بالقبول ويقع على عاتقه
عبء نفي هذه القرينة » (١) .

وقد تظهر رغبة الموعود له بطريقة ضمنية كما إذا تصرف في الشيء
الموعود ببيعه له ، ببيع أو إيجار أو غير ذلك ، الأمر الذي يستخلص منه نيته في
أنه اعتبر الشيء مملوكاً له فتصرف فيه على هذا النحو ، وفي حالة إظهار الرغبة
بطريقة ضمنية ، فإنه يمكن إقامة الدليل على ذلك بالبيّنة والقرائن ، ويتمتع
قاضي الموضوع بسلطة تقديرية في استخلاص هذا الأمر .

فإذا أبدى الموعود له رغبته في إبرام العقد خلال المدة المتفق عليها (٢) ، التزم
الواعد بأن يبر بوعده فيبرم عقد البيع المتفق عليه ، ويتم العقد بمجرد ظهور
هذه الرغبة دون حاجة إلى صدور رضاء جديد من الواعد ، ويعتبر العقد أنه قد
تم من تاريخ إعلان الرغبة لا من تاريخ إبرام عقد الوعد (٣) .

وقد يشترط الطرفان في الوعد - لصحة إظهار الرغبة - القيام بعمل
معين ، فلا ينعقد العقد بمجرد إظهار الرغبة ، وإنما يجب أن يقتزن ذلك بالعمل
المتفق عليه في الميعاد المحدد لإظهار الرغبة . ومثال ذلك أن يشترط في الوعد أن
تظهر الرغبة في الميعاد المحدد مع دفع الثمن . فإذا ظهرت الرغبة في الميعاد دون
هذا الدفع ، أو فات الميعاد بدون دفع ، سقط الوعد . ولكن يجب أن يكون
واضحاً أن الطرفين قصدا عدم ترتيب أي أثر لإظهار الرغبة إذا لم يقيم الموعود له
بدفع الثمن . فإذا اتفق في الوعد مثلاً على أنه سيتفق عند إظهار الرغبة على

(١) نقض ١٩٥٤/٥/٦ طعن ٢٠٢ س ٢١ ق .

(٢) وقد يعدل الموعود له عن التعاقد ، فينقضي الوعد ، ومثال ذلك أن يطلب الموعود له بالشراء
من الراعد أن يؤجره أحياناً تشمل العين المتعاقد بينهما على بيعها - نقض ١٩٤٦/٦ -
طعن ٩٠ س ١٥ ق .

(٣) انظر نقض ١٩٨٠/٢/٢٧ - المجموعة س ٣١ ص ٦١٨ ونقض ١٩٩٠/١/٢٤ - المجموعة
س ١١ ص ٢٤٣ .

كيفية دفع الثمن ، فليس معنى هذا أن الطرفين جعلاً من هذا شرطاً لانعقاد البيع عند إظهار الرغبة ، .

ويلاحظ أن إظهار الرغبة يجب أن يتم بغير قيد أو شرط ، فإذا تضمن إعلان الرغبة قيداً أو شرطاً ، عدّ ذلك تعديلاً في الوعد فلا يترتب عليه أى أثر ، ما لم يحوز هذا التعديل قبولاً من جانب الواعد (١) .

أما إذا امتنع الواعد بعد قبول الموعود له الشراء عن إبرام العقد النهائي وكان الأمر يتطلب تدخل الواعد شخصياً ، كما هو الحال في البيع العقاري ، حيث يلزم قيام البائع بالتوقيع على العقد النهائي أمام الموثق ، فإن مسئولية الواعد تشغل عندئذ ، ويجوز للموعود له أن يلجأ إلى القضاء مطالباً بتنفيذ التزام الواعد تنفيذاً عينياً . ويتم هذا التنفيذ العيني عن طريق إصدار حكم من المحكمة بإيقاع البيع للموعود له ، فيقوم الحكم مقام العقد ، وإذا سجل هذا الحكم إنتقلت الملكية - في البيع العقاري - إلى المشتري الموعود له من تاريخ هذا التسجيل . فقد قضت المادة ١٠٢ مدني بأنه : إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد ، وبخاصة ما تعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الأمر المقضى به مقام العقد ، .

ويرى البعض أنه إذا كان الوعد بالبيع مدوناً في محرر يحمل توقيع الواعد توقيعاً مصدقاً عليه ، جاز للموعود له أن يستغنى عن إصدار حكم يقوم مقام عقد البيع ، بأن يسجل عقد الوعد المصدق عليه وإقرار منه مصدقاً عليه أيضاً بقبول الشراء بناء على الوعد ، فيقوم تسجيل هاتين الوثيقتين مقام تسجيل عقد البيع ، .

أما إذا كان الشيء الموعود ببيعه شيئاً معيناً بالذات ، وتصرف فيه البائع الواعد قبل صدور هذا الحكم ، عندئذ لا يكون للموعود له بعد صدور هذا الحكم إلا المطالبة بالتعويض .

وأخيراً إذا تم العقد النهائي يصبح الواعد بائعاً والموعود له مشترياً ويلتزم

(١) انظر نقض ١٦/١٢/١٩٦٥ - المجموعة - س ١٦ رقم ٢٠٢ ص ١٢٩١ .

كل منهما بالالتزامات التي تنشأ عن عقد البيع .

فيلتزم الواعد بالاشتراك في تحرير العقد وإمضائه ، والقيام بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية ، وإلا كان للموعد له اللجوء إلى دعوى صحة التعاقد كما أشرنا من قبل . كما يلتزم الموعد له بالتزامات المشتري من دفع الثمن وتسليم المبيع . هذا مع ملاحظة أن الثمن المحدد الذي يلتزم به الموعد له ، هو الثمن المحدد في عقد الوعد بالبيع حتى ولو زادت قيمة المبيع بعد ذلك بفتح شارع أو ميدان جديد يتصل به . أما إذا كان ارتفاع قيمة المبيع بسبب زيادة مقداره بالالتصاق الطبيعي مثلاً ، وقبل الموعد له الشراء ، فإن البيع ينعقد بالنسبة للمقدار الأصلي فقط بالثمن المحدد في عقد الوعد ، ولا يلزم الواعد بتسليم الجزء الزائد إلا إذا دفع المشتري قيمته .

وأخيراً يكون للموعد له الحق في ثمرات البيع من وقت ظهور رغبته في الشراء لا من وقت صدور الوعد بالبيع .

(٢) الوعد بالتفضيل :

يعد الوعد بالتفضيل صورة من صور الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، وهو إتفاق يتعهد بمقتضاه الواعد بتفضيل الموعد له على غيره في حالة تصرفه في العين بالبيع ، ويكون الثمن في هذه الحالة هو الثمن الذي يعرضه الغير ويرضى به الواعد . وعلى ذلك فالواعد هنا لم يلتزم ببيع الشيء ، وإنما التزم بأنه إذا رغب في بيع هذا الشيء وجب عليه أن يعرضه أولاً على الموعد له . ويتصادف وجود الوعد بالتفضيل غالباً في عقد الإيجار حيث يتفق المؤجر مع المستأجر على تفضيل الأخير في بيع العين المؤجرة له إذا ما رغب المؤجر في بيعها ، وقد يوجد هذا الوعد في عقد البيع ، ليضمن البائع الحصول على العين إذا أراد المشتري بيعها فيما بعد .

وإذا كان الوعد بالتفضيل صورة من صور الوعد بالبيع ، إلا أنه يختلف عنه فيما يلي :

١- إن الوعد بالتفضيل يعد عقداً معلقاً على شرط واقف هو عرض العين للبيع .

٢- إن الموعود له لا يستطيع حوالة حقه إلى آخر ، وذلك لأن طبيعة هذا العقد تفترض عدم جواز الحوالة ، وذلك إلا إذا اتفق على غير ذلك .

٣- إن الثمن فى عقد الوعد بالتفضيل غير محدد ولكنه قابل للتحديد ، ولكن ليس هناك ما يمنع أصلاً من جواز تحديد الثمن فى عقد الوعد بالتفضيل .

وإذا كان عقد الوعد بالتفضيل يعد عقدًا معلقًا على شرط ، فلا يجب أن ينصرف الذهن إلى أن هذا الشرط يعد شرطًا إراديًا محضًا من جانب المدين ، فالواقع ليس كذلك ، لأن إرادة الواعد ببيع الشيء ليست إرادة محضة ، بل هى متصلة بظروف خارجية قد تدفعه أن يمتنع عن بيعه مع شدة رغبته فى ذلك ، فالشرط إذن - وكما يرى جانب كبير من الفقه - يعد شرطًا مختلطًا وليس شرطًا إراديًا محضًا .

بينما يرى آخرون إلى أن الوعد بالتفضيل هو فى الحقيقة وعد بالبيع فى طريق التكوين تعين فيه من الآن المستفيد الاحتمالى ، وهذا المستفيد لم يكسب من الواعد حقًا فى الشراء ولو معلقًا على شرط ، ولكنه كسب حقًا يخوله منع الواعد من التعاقد مع الغير . وهو يتحول إلى وعد بالبيع إذا قرر الواعد بيع الشيء ، فعندئذ يصبح المستفيد فى مركز الدائن بوعده بالبيع . ومتى نشأ هذا الحق فى الشراء فهو لا ينشأ إلا من هذا الوقت وبدون أثر رجعى ، على عكس ما كان يجب أن يثبت منطقيًا على إعتبار الوعد بالتفضيل وعدًا بالبيع معلقًا على شرط واقف .

ويراعى أن أركان عقد الوعد بالتفضيل هى بذاتها ، أركان عقد الوعد بالبيع ، وعلى ذلك يجب أن يشتمل الوعد بالتفضيل على تحديد الشيء الموعود به والثمن الذى سيبيع به والمدة التى يلزم فى خلالها أن يعرض الواعد الشيء على الموعود له إذا ما أراد بيعه .

هذا ويرى البعض أنه طبقًا لمبدأ سلطان الإرادة فإنه يجوز ألا يحدد المتعاقدان فى عقد الوعد بالتفضيل لا الثمن ولا المدة ، حيث يقتصر الواعد على أن يلتزم بأنه فى أى وقت يعتزم فيه بيع الشيء يعرضه أولاً على الموعود له ليشتريه بالثمن الذى يمكن به بيعه للغير .

على أى حال يلتزم الواعد إذا أراد بيع الشيء بإعلان هذه الرغبة للموعد له، فإذا لم يعلنه برغبته فى التصرف وباع الشيء لآخر ، فإنه يلتزم بتعويض الموعد له .

وينبغى أن يراعى أنه لا يعتبر إخلالاً بالالتزام الناشئ عن عقد الوعد بالتفضيل ، أن يتصرف الواعد فى الشيء محل الوعد بالهبة أو المقايضة ، ذلك أن الهبة تتم دون مقابل ، أما المقايضة فتتم مقابل شيء لا يستطيع الموعد له إعطائه للواعد ، فى حين أن التزام الواعد قاصر على التصرف فى العين بالبيع بأى ثمن نقدى .

(٢) الوعد بالشراء ،

على عكس الوعد بالبيع ، فإنه فى الوعد بالشراء يلتزم الواعد بشراء شيء معين إذا أبدى الموعد له (أى مالك هذا الشيء) رغبته فى بيعه فى خلال مدة معينة .

ومن أمثلة الوعد بالشراء أن يكون صاحب الشيء لم تنعقد نيته بعد فى بيع الشيء ثم يتقدم إليه آخر لشراؤه فيحصل منه على وعد بالشراء عندما يعقد النية على هذا البيع ، أو أن يكون قد بت عزمه على البيع ولكنه يريد ثمناً أعلى ، فيحصل ممن تقدم له على وعد بالشراء بالثمن الذى يعرضه ، فإن وجد بعد ذلك من يعرض ثمناً أعلى باعه الشيء وإلا باعه للواعد بالشراء .

ومن أمثلة هذا الوعد أيضاً ما يحدث بمناسبة البيوع التى تتم بطريق المزاد العلنى ، فمثلاً فى حالة تنفيذ الدائن على عقار مدينه ، فإن لهذا المدين مصلحة فى أن يباع العقار بأعلى ثمن ممكن ، ولذلك يتفق مع شخص على دخول المزايده ورفع الثمن إلى حد معين . وهذا الاتفاق يعتبر وعداً بالشراء يلتزم بمقتضاه الواعد بشراء العين بالثمن المحدد فى العقد ، وينقضى التزامه إذا أدت المزايده إلى رفع الثمن عن المبلغ المعين فى عقد الوعد بالشراء ، وإذا رسا المزاد على غيره بثمن أقل من هذا المبلغ التزم بدفع الفرق للموعد له .

وقد قضى بأنه إذا اتفق المدين مع آخر على شراء العقار المنزوع ملكيته إتقاء لخطر المجازفة ، وسعياً وراء وراء الحصول على ثمن ثابت قدر أنه مناسب

لتزيمه العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالتنفيذ بضمنان حصولهم على كامل حقوقهم ، والتزم المشتري بالتدخل فى المزاو والمزايدة حتى يصل بالثمن إلى الحد المتفق عليه ، بحيث إذا اضطر إلى الزيادة فى الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذا الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البائع بها ، فإن الدفع ببطلان هذا الاتفاق لمخالفته للنظام العام وإنعدام سبب إستحقاق المشتري للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس . ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الإخلال بحرية المزايدة أو إبعاد المزايدى عن محيطها ، بدليل أن المتعاقدين قررا إحتمال رسو المزاو على غير المشتري من المدين بثمان يزيد على الثمن المسمى مما يدل على إنتفاء فكرة المساس بحرية المزايدة . فضلاً عن تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه (١) .

أما عن أركان عقد الوعد بالشراء فهى بذاتها أركان عقد الوعد بالبيع ، فنحيل إلى ما قلناه هناك .

ويلاحظ أن العقد النهائى لا يتم إلا فى الوقت الذى يبدى فيه الموعود له رغبته فى البيع . وإذا أعلن الموعود له عن هذه الرغبة وامتنع الواعد عن تنفيذ التزامه جاز اللجوء إلى القضاء للحكم بثبوت البيع .

أما الموعود له فلا يلتزم بشىء بمقتضى الوعد ، فله أن يبيع الشىء لغير الواعد أو أن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات ، كما أن ملكية الشىء وثماره تكون له ، وإذا هلك العين فإنها تهلك على الموعود له ، ويمتنع إنعقاد البيع إذا كان الهلاك كلياً ، أما إذا كان جزئياً ، وأبدى الموعود له رغبته فى البيع ، فإن الواعد أن يعدل عن الصفقة أو أن يتممها مع إنقاص الثمن .

(٤) الوعد المتبادل بالبيع والشراء ،

تقضى المادة ١/١٠١ مدنى بأن « الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التى يجب إبرامه فيه » .

(١) نقض ١٩٥٥/١/٣٠ - المجموعة - س ٦ رقم ٦٣ ص ٥٠٧ .

يستفاد من النص السابق أن المشرع يعامل الوعد المتبادل بالبيع والشراء معاملة الوعد الصادر من جانب واحد من حيث إرجائه التعاقد النهائي حتى ظهور رغبة الموعود له . وهذه المادة تفترض أن العقد الذي يعد فيه أحد الطرفين بالبيع في زمن مستقبل ، والآخر بالشراء في ذات الوقت ، يتضمن في حقيقة الأمر وعداً بالبيع ووعداً بالشراء ، وكل من الوعدين ملزم لجانب واحد . وبناء على ذلك يظل البيع النهائي معلقاً على رغبة الأول في البيع أو على رغبة الثاني في الشراء ، ومتى أبدى أحدهما رغبته إنعقد البيع .

وتختلف هذه الحالة عن حالة الوعد المتبادل بالبيع والشراء الملزم للجانبين ، ويحدث ذلك عندما يلتزم صاحب الشيء ببيعه إلى الطرف الآخر وفي ذات الوقت يلتزم الطرف الآخر بشرائه منه ، فهنا يوجد عقد وعد متبادل ملزم للجانبين ، ويختلف هذا الوضع عن الوضع السابق في أنه في الوضع الأخير يوجد عقدان كل منهما ملزم لجانب واحد وهنا لا بد أن يتم البيع بل هو قد تم فعلاً ، فقد التزم صاحب الشيء ببيعه والتزم الطرف الآخر بشرائه منه فيكون البيع ملزماً للجانبين ، أما في الوضع السابق فقد لا يتم البيع أصلاً .

وقد ذهبت أحكام القضاء المصري إلى إعتبار الوعد المتبادل الملزم للجانبين بمثابة عقد بيع كامل الأركان . فقد قضى بأنه « إذا كان الثابت في الدعوى أن .. وعد بشراء قطعة الأرض الواردة بالاتفاق المؤرخ ... وبالسعر المحدد به ، كما وعد الشركة المطعون عليها بأن تبيعه القطعة بذات السعر ، فإن هذا الوعد المتبادل بالبيع من جانب الشركة والشراء من جانب ... هو بيع تام للطرفين ، تترتب عليه كل الآثار التي تترتب على البيع ولا يؤثر عليه إرجاء التحديد النهائي لمساحة المبيع » (١) .

(١) نقض ١٩٧٢/٥/٢٥ - المجموعة - س ٢٢ ص ١٠١٠ .

الفرع الثالث

البيع الابتدائي

ماهية عقد البيع الابتدائي :

يبدأ التعاقد غالباً باستطلاع مدى إستعداد الطرف الآخر للتعاقد ، أى أن البيع يسبقه عادة مفاوضات بين الطرفين تشمل شروط التعاقد الخاصة بقيمة المبيع ومشتملاته وميعاد التسليم وكيفية دفع الثمن وشكلاً ... وقد تسفر هذه المفاوضات عن مشروع يجوز لكل من المتعاقدين أن يعدل عنه (١) ، كما يجوز لهما أن يحولاه إلى عقد بيع بات بمقتضى إتفاق لاحق يسرى من وقت إنتامه لامن وقت وجود المشروع ، وقد تنتهى المفاوضات إلى إتمام عقد بيع ابتدائي يتفق فيه أطرافه على جميع شروط البيع مع تحديد أجل لتحرير العقد النهائي .

ويلجأ المتعاقدان إلى هذا الشكل الأخير من أشكال التعاقد لأسباب عديدة . فقد يريد المشتري أن يتمهل فى إبرام العقد النهائي وذلك لتدبير ثمن الصفقة مثلاً أو يريد البائع، عما يتعلق بها من حقوق الغير ، فإننا قام بهذا التدبير أو تأكد من خلو الصفقة من حقوق متعلقة بالغير ، إستبدل العقد الابتدائي بالعقد النهائي أما إذا حدث خلاف ذلك أمكنه طلب فسخ عقد البيع الابتدائي .

وقد يلجأ المتعاقدان إلى عقد البيع الابتدائي إذا كان هذا العقد وارداً على عقار ، ومن المعلوم أن ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بالتسجيل الذى يقتضى إجراءات معينة تسبقه وتستغرق كثيراً من الوقت ولذلك يلجأ المتعاقدان إلى إفراغ تراضيهما فى صورة عقد بيع ابتدائي حتى يتقيد كل منهما بالعقد إلى حين التسجيل .

وعقد البيع الابتدائي لا يعد وعداً بالبيع ، إنما هو اتفاق كامل تام ، حيث تضمن العقد الابتدائي شروط البيع كما يتضمن المدة التى يبرم فيها العقد النهائي ، فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وبتسليم المبيع إليه كما

(١) نقض ١٩٧٥/١٢/٩ س ٢٦ رقم ٢٩٩ ص ١٥٩٢ .

يلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع .

غير أن عقد البيع الابتدائي يختلف مع ذلك عن العقد النهائي . فإذا كان العقد الأول يرتب ذات الالتزامات التي يربتها العقد النهائي ، إلا أن المتعاقدين لا يقصدا أن تترتب هذه الالتزامات فور العقد الابتدائي ، وإنما قصدا ترتيبها بعد تحرير العقد النهائي ، ولذلك تبقى هذه الالتزامات قائمة تنتظر التنفيذ ، فإذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية وذلك عن طريق إمتناعه عن تحرير العقد النهائي في الميعاد المتفق عليه ، أمكن للطرف الآخر أن يجبره على هذا التنفيذ عن طريق الالتجاء إلى القضاء وإستصدار حكم بصحة التعاقد (أى بوقوع البيع النهائي) ، ويقوم هذا العقد مقام العقد النهائي ، فيمكن للمشتري في بيع العقار أن يسجل هذا الحكم فتنتقل إليه الملكية من تاريخ تسجيل الحكم .

الفرع الرابع

البيع بالعربون

تعريف العربون ودلالته :

الملاحظ أنه إذا إنعقد العقد صحيحاً فلا يجوز لأى من طرفيه التحلل منه بدون التراضى على ذلك ، ومع هذا فهناك ضرب من ضروب التعاقد يسمح فيه للمتعاقد بالتحلل من العقد أو بالعدول عنه ويحدث ذلك في حالة التعاقد بالعربون .

والعربون هو مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد ، ويحدث ذلك غالباً في عقود البيع والإيجار ، فيدفع المشتري جزءاً من الثمن ، وليس هناك ما يمنع أن يقوم كل طرف من أطراف العقد بدفع مبلغ عربون للمتعاقد الآخر .

وإذا قام أحد أطراف العقد بدفع مثل هذا المبلغ للمتعاقد الآخر ، فإنه يقصد من ذلك تحقيق هدف من هدفين وفقاً لما تقصده الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، فقد يهدف المتعاقد من دفع مبلغ العربون أن يكون له الحق في العدول عن العقد

فى إبرمه مقابل ترك مبلغ العربون للمتعاقد الآخر . ويعد العربون هنا ثمناً العدول ، فيعد الطرف الذى دفع العربون وكأنه قد إشتري العدول مقابل أن يترك العربون ، ويعد الطرف الذى قبض العربون إذا عدل عن الصفقة وكأنه قد إشتري الحق فى العدول مقابل رد العربون مضاعفاً .

وقد يقصد المتعاقد من دفع مبلغ العربون تأكيد العقد باعتبار أن دفع العربون هو دليل نية المتعاقدين فى تنفيذ العقد ، فيعتبر العربون بمثابة بدء تنفيذ للتعاقد ، وبالتالي لا يكون لأى من الطرفين الحق فى العدول^(١) ، فإذا لم يقم أحدهما بالتنفيذ تعرض للجزاء المنصوص عليه فى المسئولية التعاقدية . فيحق للطرف الآخر أن يطلب التنفيذ العينى أو التعويض أو الفسخ ، وفى حالة الفسخ يجوز للمحكمة أن تقضى بتعويض تكميلى قد يكون مساوياً للعربون أو أكثر أو أقل وذلك طبقاً للقواعد العامة فى تقدير التعويض عن عدم التنفيذ .

فالإرادة المشتركة للمتعاقدين لها الحق فى تحديد دلالة العربون وما إذا كانت هذه الدلالة هى تأكيد للعقد ، أم إعطاء حق العدول عن العقد لمن دفع مبلغ العربون^(٢) . وللقاضى الحق فى الكشف عن قصد المتعاقدين من شروط العقد ومن الظروف^(٣) ، فقد يتفق الطرفان صراحة على دلالة العربون ، وقد يكشف القاضى عن نيتهما من ظروف التعاقد ، فقد يتفق على أن يكون العربون مبلغاً كبيراً فيكتشف القاضى من ذلك أن ضخامة مبلغ العربون إنما يدل على أن المتعاقدين قد إتجهت نيتهما إلى أن يكون العربون جزءاً من الثمن وتأكيداً للعقد.

فإذا لم يتبين من هذه الإرادة المشتركة حقيقة ما قصده المتعاقدان من دفع

(١) انظر نقض ١٩٤٤/٤/٢٠ - طعن ٨٨ ص ١٢ ق

(٢) نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ - المجموعة س ٢١ ص ٢٤٤

(٣) نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ - المجموعة س ٢١ ص ٢٤٤ و ١٩٦٦/٤/٢٥ - المجموعة س ١٩ ص ٨٥٥ وانظر أيضاً نقض ١٩٤٦/٢/٢١ - طعن ٦٢ س ١٥ ق و ١٩٤٤/٤/٢٠ - طعن ٨٨ س ١٢ ق و ١٩٢٢/١/٥ - طعن ٤٨ و ٥٣ س ٢ ق ، ونقض ١٩٥١/١٢/٢٧ - طعن ١٢٨ س ١٩ ق و ١٩٥٣/٢/١٢ - طعن ٤٢١ س ٢١ ق و ١٩٥٦/٢/٢٢ - المجموعة س ٧ ص ٣٦٩ و ١٩٥٦/٤/٥ - المجموعة س ٧ ص ٥٠٨

العربون ، فإن القوانين تختلف فيما بينها فى الأخذ بدلالة دون أخرى من دلالات دفع العربون . فمن القوانين ما يعتبر دفع مبلغ العربون بمثابة تأكيد للعقد وبدءاً لتنفيذه وذلك فى القانون الألمانى والقانون السويسرى والقانون البولونى، ومنها ما يعتبره أنه قد دفع بقصد تمكين المتعاقد الذى دفعه من العدول عن العقد وذلك كالقانون الفرنسى .

شيوخ العربون فى عقد البيع :

يعد عقد البيع من أكثر العقود التى يتم فيها حصول العربون ، فكثيراً ما يقع الاتفاق على العربون فى البيع الابتدائى ، حيث يبرم المتعاقدان بيعاً ابتدائياً ، ويحددان فيه ميعاداً لإبرام البيع النهائى ، ويتفقان فى البيع الابتدائى على عربون يدفعه المشتري للبائع ، فإذا إمتنع المشتري عن إبرام البيع فى الميعاد المحدد ، خسر العربون الذى دفعه للبائع وسقط البيع الابتدائى ، أما إذا كان الامتناع من جهة البائع ، فإنه يلتزم برد ضعف العربون الذى قبضه مع سقوط عقد البيع الابتدائى أيضاً .

ويلاحظ أن العربون باعتباره وسيلة لنقض العقد لا يكون إلا فى العقود الملزمة للجانبين ، فإذا كان فى عقد ملزم لجانب واحد كالوعد بالبيع ، فلا يفيد خيار العدول ، لأن أحد المتعاقدين وهو الموعد له ليس ملزماً إبتداءً بتنفيذ الوعد، ومع ذلك يجوز للواعد دفع العربون واشتراط خيار العدول لنفسه ، إلا أن الموعد له لا يلزم فى حالة عدم إستيفاء الوعد برد ضعفه .

أحكام البيع بالعربون :

تقضى المادة (١٠٣) من القانون المدنى بأن :

١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢- فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ، وهذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر .

فدفع العربون وفقاً للقانون المدنى يفيد أن لكل من طرفى العقد الحق فى العدول عن التعاقد طالما أن هذا المبلغ قد دفع وقت إبرام العقد لا بعده . ولكن

هذه الدلالة من الممكن إثبات عكسها إذا قضى الاتفاق بين المتعاقدين على أن دفع مبلغ العربون إنما يفيد تأكيد العقد . وهذا الإثبات العكسى يتم عن طريق كل طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن (١) .

فإذا لم يستبين من العقد دلالة صريحة من شروطه على حكم العربون ، فإنه من الممكن إستخلاص هذه الدلالة من محض القرائن كما إذا كانت الصفقة خاصة ببيع عقار بثمن قدره ألفاً من الجنيهات ، دفع منها وقت العقد ألف وخمسمائة ، عندئذ يفهم من دفع هذا العربون أنه تأكيد للعقد فلا يستطيع أى من العاقدين العدول عنه ، ويتم خصم المبلغ من مقدار المقابل الإجمالى المستحق.

فإذا لم يقدّم الدليل على أن دفع العربون قد قصد به تأكيد العقد ، فإن المشرع يقضى عندئذ بأن دفع العربون إنما يدل على أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عن العقد ما لم يثبت أن المتعاقدين قد إتفقا على أن يكون لأحدهما وحده دون الآخر الحق فى هذا العدول ، فلا يجوز فى هذه الحالة للمتعاقدين الآخر العدول عن العقد حتى ولو كان هو الذى دفع مبلغ العربون ، حيث يعتبر العقد باتاً ومؤكداً بالنسبة له (٢) .

وإذا لم يعين للعدول مدة فى العقد ، فإنه يجوز لكل من له هذا الحق أن يعدل عن العقد حتى وقت التنفيذ ، طالما أنه لم ينزل عن حقه هذا صراحة أو ضمناً ، فالبايع الذى أظهر نيته فى أن يعضى فى العقد دون إستعمال حقه فى العدول وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على إتمامها فإن موقفه هذا يدل على نزوله عن الحق فى العدول عن العقد ، وأن الصفقة تعتبر بالنسبة له صفقة باتة نهائية .

وإذا قام أحد المتعاقدين باستعمال حقه فى العدول عن العقد ، وجب عليه أن

(١) نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ - المجموعة - س ٢١ رقم ٥٦ من ٣٤٤ ونقض ١٩٧٠/٤/٣٠ - المجموعة - س ٢١ رقم ١٢٠ من ٧٤٣ ونقض ١٩٨٠/١٢/٢ - المجموعة - س ٣١ رقم ٣٧٠ من ١٩٩٢ .

(٢) نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ - المجموعة - س ٢١ من ٣٤٤ و ١٩٨٠/١٢/٢ - المجموعة س ٣١ من ١٩٩٢ و ١٩٨٧/٣/٢١ - طعن ١٦٣٧ س ٥٣ ق و ١٩٨٨/٥/١١ - طعن ٧٢ س ٥٥ ق .

يدفع للطرف الآخر المقابل لهذا العدول

فإذا كان هذا الطرف هو الذى دفع مبلغ العربون فإنه يفقده بهذا العدول أما إذا كان هو الذى قبضه فإنه يلتزم عندئذ برد ضعف هذا المبلغ الذى قبضه أن يرد العربون ويرد مثله إلى المتعاقد الآخر .

فالعربون يعتبر مقابلاً لحق المتعاقد فى العدول عن العقد . ولذلك فهو يفقده أو يرد ضعفه حتى ولو لم يترتب على العدول أى ضرر للطرف الآخر فدفع العربون لا يعتبر تعويضاً عن ضرر وإنما هو مجرد مقابل للحق فى العدول عن العقد ، ولذلك يلتزم المتعاقد الذى عدل عن العقد بدفع مبلغ العربون أو رد ضعفه حتى ولو كان المتعاقد الآخر لم يصبه أى ضرر من جراء هذا العدول.

كما لا يلتزم المتعاقد الذى عدل عن العقد إلا بدفع مبلغ العربون أو رد ضعفه إلى الطرف الآخر ، حتى لو كان هذا الأخير قد أصابه ضرر من جراء هذا العدول يزيد كثيراً عن مقدار ما سيدفعه الطرف الذى عدل عن العقد (١) .

ويلاحظ أخيراً أن البيع بالعربون يعد بيعاً معلقاً على شرط واقف هو عدم استعمال خيار العدول أثناء المدة المتفق عليها . ذلك أن الغالب أن إرادة الأطراف تتجه إلى وقف كل آثار العقد خلال المدة المحددة لاستعمال خيار العدول .

المبحث الثانى

التبايع بطريق النيابة

جواز أن يتم البيع بطريق النيابة ،

يجوز أن يتم عقد البيع بطريق النيابة ، فيباشر البيع نائب عن البائع ،

(١) انظر نقض ١٩٧٥/١٢/٩ - المجموعة - س ٢٦ رقم ٢٩٩ ص ١٥٩٢ وجاء فيه أن مطالبة المشتري برد ضعف العربون الوارد فى الاتفاق لتخلف البائع عن تنفيذ صفقة البيع المتفق عليها ، تكون بطريق الدعوى العادية وليس عن طريق أمر الأداء لأن المطالب به ليس ثابتاً كله فى الاتفاق

ويباشر الشراء نائب عن المشتري ، وقد يتم البيع ، والشراء عن طريق نائبين .
وتطبق عندئذ القواعد العامة فى النيابة فى التعاقد .

وفى النيابة تحل إرادة النائب محل إرادة الأصل ، فالتصرف القانونى وإن كان ينتج أثره المباشر فى حق الأصل ، إلا أنه يبرم مع ذلك بإرادة النائب لا بإرادة الأصل . ويشترط لتحقيق النيابة أثرها ، أن تجرى إرادة النائب فى الحدود المرسومة للنيابة ، وأن يكون التعامل باسم الأصل لا باسم النائب .

وتنقسم النيابة من حيث مصدر سلطة النائب إلى نيابة قانونية وأخرى إتفاقية . والنيابة القانونية مصدرها نص القانون كما هو الحال فى نيابة الولى (الأب أو الجد الصحيح) ، والوصى والقيم ووكيل الغائب ووكيل دائنى التاجر المفلس (السنديك) . فالقانون هو الذى يقرر النيابة فى مثل هذه الحالات كما يحددها نطاقها . أما النيابة الاتفاقية فمصدرها الاتفاق المبرم بين الأصل والنائب كما هو الحال فى الوكالة ، فيحدد عقد الوكالة سلطة الوكيل . ولما كان التبائع عن طريق الوكالة الاتفاقية يدخل فى دراسة عقد الوكالة فلن نعرض له هنا ، غير أننا نعرض للتبائع الذى يتم عن طريق نائب قانونى ، كما نعرض لحكم بيع النائب لنفسه .

الفرع الأول

التبائع عن طريق نائب قانونى

التبائع عن طريق الولى :

الولى هو أبو القاصر أو جده ، وقد تتسع ولاية الأب عن ولاية الجد بالتفصيل الآتى :

تقضى المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ (قانون الولاية على المال - فى مصر) بأنه لا يجوز للأب أن يتصرف فى عقار القاصر ، أو فى محله التجارى أو فى أوراقه المالية إذا زادت قيمة أى منها على ثلاثمائة جنيه ، إلا بإذن المحكمة . ولا يجوز للمحكمة فى هذه الأحوال أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد

على خمس القيمة . وتقضى المادة الثامنة من القانون السابق بأنه « لا يجوز للأب أن يتصرف في أموال القاصر ، عقارية كانت أو منقولة ، ولو لم تجاوز قيمتها ثلاثمائة جنيه ، إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها ، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بالآ يتصرف ولى القاصر في المال الموروث » . وتقضى المادة ١٢ بأنه « لا تسرى القيود المنصوص عليها في هذا القانون على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أم مستتراً ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال » .

ويستفاد من النصوص السابقة أن للأب أن يتصرف في منقولات إبنه الصغير أياً كانت قيمتها بدون إذن المحكمة (١) ، إلا إذا كانت هذه المنقولات أوراقاً مالية أو محلاً تجارياً ولم تكن قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع ، فيجب الحصول على إذن المحكمة إذا زادت قيمة هذه الأموال على ثلاثمائة جنيه . أما عقارات القاصر فيجوز للأب أن يتصرف فيها بدون إذن من المحكمة إذا كانت قيمتها لا تزيد على ثلاثمائة جنيه ، أو كانت قيمتها تزيد على هذا المبلغ ولكنها آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع وإلا فيجب الحصول على إذن المحكمة . وإذا كانت الأموال عقارات أم منقولات أياً كانت قيمتها - قد ورثها القاصر من مورث أوصى بالآ يتصرف ولى القاصر في المال الموروث ، عندئذ يجب الحصول على إذن المحكمة (٢).

أما الجد فطبقاً لقانون الولاية على المال لا يجوز له التصرف في مال القاصر ، منقولاً أو عقاراً ، إلا بإذن المحكمة .

التبائع عن طريق الوصى والقيم والوكيل عن الغائب :

طبقاً للمادة ٣٩ من قانون الولاية على المال لا يجوز للوصى أن يتصرف في أموال القاصر عقاراً أم منقولاً إلا بإذن من المحكمة ، وسواء أكان التصرف

(١) نقض ١٩٨٠/٥/١٩ - المجموعة - س ٣١ رقم ٢٧٢ من ١٤٣٩ .

(٢) نقض ١٩٥٦/٦/٧ - المجموعة - س ٧ رقم ٩٩ من ٧١٤ ، نقض ١٩٧٨/٣/٢٩ - المجموعة - س ٢٩ رقم ١٧٧ من ٨٩١ ، نقض ١٩٧٩/٣/١٤ - المجموعة س ٣٠ العدد الأول رقم ١٤٤ من ٧٨٦ ، نقض ١٩٨٠/٥/١٩ - المجموعة - س ٣١ رقم ٢٧٢ من ١٤٣٩ المشار إليه .

بيعاً أم شراءً . كما لا بد من الحصول على إذن خاص إذا أراد الوصى شراء مال القاصر لنفسه أو بيع ماله للقاصر ، ويطلب تعيين وصى خاص للتعاقد معه . (م ٣١ من قانون الولاية على المال) .

وتسرى هذه الأحكام على القيم والوكيل عن الغائب (مادة ٧٨ من قانون الولاية على المال) .

على أنه يلاحظ أن هناك أنواعاً من أعمال البيع والشراء تلحق بأعمال الإدارة ، ولذلك للوصى ومن فى حكمه أن يباشرها دون حاجة إلى إذن من المحكمة ، كبيع الحاصلات المملوكة للقاصر أو شراء ما يلزم لأرض القاصر الزراعية .

الفرع الثانى

بيع النائب لنفسه

القاعدة العامة فى شأن تعاقد الشخص مع نفسه :

طالما أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل فى التعاقد بالنيابة ، فمن الممكن أن نتصور أن يكون الشخص نائباً عن كل من المتعاقدين ، فيصح أن يبرم الشخص العقد بصفته أصيلاً عن نفسه ، وأن يكون نائباً عن غيره ، كما إذا وهب الأب مالاً لإبنه بصفته الشخصية ثم قبل الهبة بصفته ولياً عن الاثنين .

والأصل أن قواعد النيابة لا تحول دون انعقاد العقد فى الصور السابقة ، فالنائب يعبر هنا عن إرادتين متميزتين ، ولكل منها مصلحة متميزة عن الأخرى ، غير أن مثل هذا التعاقد قد يثير شيئاً من الشك والريبة والذى يرجع إلى تضارب المصالح بين طرفى العقد. فمن الجائز أن يؤثر التعاقد مع نفسه مصلحته هو على مصلحة من ينوب عنه . أو أن يؤثر مصلحة أحد ممن ينوب عنهما على حساب الآخر . لذلك لم تتفق القوانين على حكم مثل هذا التعاقد . فعنها من يجيزه كقاعدة عامة ويحرمه إستثناء فى بعض الحالات التى يثار فيها مثل تلك الريبة . ومنها من يحرمه كقاعدة عامة ويجيزه فى حالات لا يتوافر فيها مثل هذا الشك .

وفى القانون المصرى تقضى المادة ١٠٨ من القانون المدنى بأنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو ، أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل . على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » .

فالقاعدة أنه لا يجوز من حيث الأصل أن يتعاقد الشخص مع نفسه سواء تم التعاقد لحساب نفسه ، كما لو كان موكلأ ببيع شىء معين فاشتراه لنفسه ، أو تعاقد لحساب غيره وكان نائباً عن طرفى العقد ، كما لو كان موكلأ ببيع شىء معين فاشتراه لحساب شخص وكله فى الشراء .

ويترتب على مخالفة قاعدة التحريم السابقة أن العقد لا ينعقد فى حق الأصيل ، فقد خرج النائب عن حدود نيابته . ولكن ينعقد هذا العقد فى حق الأصيل إذا أقره ، وهذا ما عناه المشرع بقوله « أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد » .

ويراعى أن هذا الحظر يقوم على أساس تحديد مدى نيابة النائب ، وهذا التحديد يتفق غالباً مع إرادة الأصيل ، فمن ينبى غيرهِ فى عمل قانونى معين لا يقصد فى الغالب أن تتسع سلطة النائب إلى حد أن يتعاقد مع نفسه ، فإنه يكون قد خرج عن حدود نيابته فلا يعتبر تعاقد نافذاً فى حق الأصيل .

وعلى ذلك يجوز للأصيل أن يرخص للنائب فى التعاقد مع نفسه ، فقاعدة التحريم ليست بقاعدة أمره فيصح إستبعادها بمثل هذا الترخيص .

كما يجوز الخروج على قاعدة تحريم تعاقد النائب مع نفسه إذا أجاز ذلك القانون ، من ذلك مثلاً أن المادة ١٤ من قانون الولاية على المال تقضى بأن « للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك » . ويراعى أن الحكم الوارد بهذا النص قاصر فقط على الأب دون غيره من الأولياء حيث لا يتوافر فى الأب الحكمة من التحريم ، وحيث يتوافر لديه الرغبة فى تحقيق مصلحة ولده ورعايتها . كما يقضى العرف التجارى بجواز تعاقد النائب مع نفسه كما هو الحال فى تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى العقد وفقاً لأحكام القانون التجارى .

تطبيقات خاصة لحالة بيع النائب لنفسه :

أورد المشرع عدة تطبيقات لحالة بيع النائب لنفسه ، وهى : تقضى المادة ٤٧٩ مدنى بأنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى إتفاق أو نص أو أمر من السلطات المختصة أن يشترط لنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلنى ، ما نيط به بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه فى قوانين أخرى » .

وتقضى المادة ٤٨٠ مدنى على أنه « لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها ، أو فى تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار » .

وتقضى المادة ٤٨١ مدنى بأنه « يصح العقد فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا أجازته من تم البيع لحسابه » .

الأشخاص الذين يسرى فى شأنهم المنع :

يتبين من النصوص المتقدمة أن المنع يشمل :

١- من كان نائباً عن غيره فى بيع مال هذا الغير ، فلا يجوز له شراء هذا المال لنفسه وذلك لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشترى مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعاً .

هذا النائب قد يكون نائباً اتفاقياً وتلك هى الوكالة ، فمن وكل غيره فى بيع مال له ، لا يجوز للوكيل أن يشتري هذا المال لنفسه سواء باسمه أو باسم مستعار . ويراعى أن كون النائب قد اشترى لنفسه باسم مستعار تعد مسألة واقع يفصل فيها قاضى الموضوع دون تعقيب عليه من المحكمة العليا ، ويجوز إثبات هذه المسألة بكافة طرق الإثبات .

وقد يكون هذا النائب منوطاً به إدارة المال وبيعه فيشتريه لحسابه ، وهذا ما لا يجوز ، ومثاله مصرفى التركة أو الشركة ، ويلحق بهذا النائب - فى القانون اللبنانى - من يتولى إدارة مال من أموال الدولة والمؤسسات العامة أو أموال البلديات . والمنع هنا قاصر على الذين يتولون إدارة تلك الأموال فقط ، فلا ينصرف إلى أعضاء المجالس التى تتولى الإدارة مثل أعضاء المجلس البلدى أو أعضاء مجلس إدارة المؤسسة . وهو ينصرف إليهم بصفة شخصية لا لأنهم

يمثلون الدولة أو المؤسسة في عقد البيع فحسب ، بل لأن من طبيعة عملهم كمديرين أن يحافظوا على مصالح الهيئات التي يعملون فيها .

وقد تكون نيابة النائب مصدرها نص القانون ، كالولي الذي لا يجوز له أن يشتري مال الصغير لنفسه ، لا بإسمه ولا باسم مستعار . ولكن يجوز الخروج على هذا المنع في هذه الحالة بشرط الحصول على إذن المحكمة .

٢- ولا يجوز للسمسار ، إذا عهد إليه شخص في بيع مال له ، أن يشتري هذا المال لنفسه ، ذلك أن السمسار إما أن يكون لديه توكيل بالبيع ، فيصبح وكيلاً ويمنع ككل وكيل من شراء ما وكل في بيعه . وإما ألا يكون لديه توكيل ، فعندئذ لا يكفي رضائه بشراء الشيء لنفسه ، بل يجب قبول المالك ، وفي هذا ما يجعل الشراء جائزاً . ومثل السمسار الخبير الذي يعهد إليه في تقويم الشيء ، ولا يجوز له أن يشتريه لنفسه لتعارض المصلحة إذ أن ذلك يحمله على أن يبخر تقويم الشيء ، حتى ينتفع هو من بخس الثمن . والخبير كالسمسار ، إما أن يكون لديه توكيل فيكون حكمه حكم الوكيل لا يجوز له شراء الشيء لنفسه ، وإما ألا يكون لديه توكيل فلا بد في هذه الحالة من قبول المالك .

ويراعى أخيراً أن هؤلاء الممنوعين من الشراء ، لا يجوز لهم الشراء ولو تم بيع المال في المزاد العلني ، وسواء كان الشراء بأسمائهم أم بأسماء مستعارة على نحو ما بينا .

الجزاء على المنع ،

يذهب جانب من الفقه إلى أن جزاء المنع من الشراء هو البطلان النسبي ، وعلى ذلك فإن شراء النائب للمال المعهود إليه في بيعه - يعد قابلاً للإبطال - لمصلحة الأصيل ، وعلى ذلك ترد عليه الإجازة .

ولقد أخذت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني بهذا الرأي قائلة «ولهذه العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلاً للإبطال لمصلحة الأصيل ... ومن الواضح أن البطلان المقرر في هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص»^(١). وقد «أجاز المشروع تصحيح البيع - وهو باطل بطلاناً نسبياً لمصلحة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٠٦ .

البائع وقد قرر البطلان نص خاص لعلّة تعارض المصلحة - لا بإجازة من تم البيع لحسابه فحسب ، بل كذلك بإذن القضاء فى البيع قبل حصوله كالوصى يستأذن المجلس الحسبى ، (١) .

وقد أخذ على هذا الرأى أنه يتعارض مع المبادئ العامة فى البطلان . إذ أن الأصل فى البطلان أن يكون مطلقاً ، وأن البطلان النسبى لا يكون إلا فى حالة نقص الأهلية أو عيوب الرضاء .

ويذهب الرأى التراجع إلى أن « تحريم بيع النائب لنفسه إنما يقوم على تهيئة قانونية هى أن الأصل عندما أناب النائب فى بيع ماله لم يدخل فى هذه الإنابة أن يكون النائب هو المشتري سواء لنفسه أو بالنيابة عن غيره ، وإلا كان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى إنابته فى البيع . فإذا ما باع النائب المال لنفسه ، سواء باعتباره أصيلاً فى الشراء أو باعتباره نائباً عن غيره فيه ، يكون قد جاوز حدود نيابته ، فلا ينفذ تصرفه فى حق الأصل إلا إذا أجازته هو ، (٢) .

وقريب من هذا الرأى ما يذهب إليه البعض من أن الشراء قبل الإجازة يكون عقداً موقوفاً ، على غرار العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى ، وإجازة الأصل تجعله ينفذ (٣) .

على أى حال يترتب على ما تقدم النتائج الآتية :

- ١- يحق للأصيل - إذا ما رأى ذلك - أن يجيز النائب مقدماً فى الشراء لنفسه ، حيث يكون التصرف قد دخل فى حدود النيابة .
- ٢- فإذا لم تكن هناك إجازة مقدماً للشراء ، فللأصيل أن يجيز الشراء بعد تمامه ، فالإجازة اللاحقة تأخذ حكم الوكالة السابقة .
- ٣- وإذا كنا بصدد نيابة قانونية أو قضائية كنيابة الولى أو الوصى أو القيم ، فالقانون هو الذى يتولى بنفسه رسم حدود النيابة . وفى هذا الصدد قد يجيز القانون الولى فى شراء المنقول المملوك للصغير ، أو فى شراء عقاره بإذن من المحكمة . وهكذا الحكم أيضاً فى شأن الوصى والقيم والوكيل عن الغائب حيث لا يجوز لهم الشراء من أموال الخاضع لولايتهم إلا بإذن من المحكمة .

(١) المرجع السابق ج ٤ ص ٢٢٠ .

(٢) السنهورى - المرجع السابق - ص ١٤٠ .

(٣) منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - لفرة ١٢٤ ص ٣٠٢ - ٣٠٤ .

الباب الثانى

آثار عقد البيع

تمهيد وتقسيم :

رأينا أن عقد البيع يعدّ عقداً ملزماً للجانبين ، حيث يلتزم البائع بنقل الملكية ، ويلتزم المشتري بدفع الثمن ، كما توجد التزامات أخرى تقع على عاتق كل من البائع والمشتري .

الفصل الأول

التزامات البائع

تقسيم :

يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، كما يلتزم بتسليمه له وبضمان التعرض والاستحقاق ، كما يلتزم أخيراً بضمان العيوب الخفية .
فنعرض لكل من هذه الالتزامات .

المبحث الأول

الالتزام بنقل ملكية المبيع

تقسيم :

عرضنا في الفصل التمهيدي من هذا الكتاب لعناصر عقد البيع ومنها نقل الملكية ، وكان ذلك ضرورياً للترقية بين البيع وغيره من الأنظمة القانونية ، أما الآن فننصل القول في هذا الالتزام مفرقين بين نقل الملكية في المنقول ونقلها في العقار .

الفرع الأول

نقل الملكية في المنقول

المنقول إما أن يكون منقولاً معيناً بالذات وإما أن يكون معيناً بالنوع ، فنعرض لكل من النوعين .

١- نقل الملكية في المنقول المعين بالذات :

أشرنا من قبل إلى أن الملكية - إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات - تنتقل إلى المشتري فوراً بمجرد تمام العقد ، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير .

فهى - أى الملكية - تنتقل بمجرد تمام العقد فيما بين المتعاقدين (١) ، حيث يصبح المشتري مالكا فور العقد ويستطيع أن يتصرف فى المبيع حتى قبل أن يتسلمه من البائع .

كما أنها تنتقل أيضاً بمجرد تمام العقد بالنسبة إلى الغير (٢) وعلى ذلك إذا قام البائع - بعد تمام العقد - ببيع الشيء ذاته إلى مشتري آخر ، فإنه يبيع ما لا يملك ، حيث تكون الملكية قد إنتقلت بالنسبة إلى المشتري الأول ، وبالنسبة أيضاً للمشتري الثانى الذى يعد غيراً . وعلى ذلك يكون للمشتري الأول إسترداد المبيع من البائع دون أن يكون للمشتري الثانى هذا الحق ، وإنما لا يبقى له سوى المطالبة بالتعويض الذى يسأل عنه البائع .

ولكن إذا قام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري الثانى وكان الأخير حسن النية لا يعلم بالبيع الأول ، فإنه يملك المبيع طبقاً لقاعدة الحيازة لا بمقتضى عقد البيع .

وفى شأن نقل الملكية فى المنقول المعين بالذات ، تقضى المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى بأن : الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم

نقل الملكية فى البيع الجزاف :

سبق أن اشرنا إلى أن المادة ٤٢٩ من التقنين المدنى تقضى بأنه : إذا كان البيع جزافاً ، إنتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذى تنتقل به فى الشيء المعين بالذات :

ولقد سبق أن عرضنا للبيع الجزاف ، محددين طبيعته وكيفية إنتقال الملكية فيه وقلنا إن حكمه كحكم بيع الشيء المعين بالذات ، فتختلف فيه الملكية بمجرد تمام العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة إلى الغير (٣) .

(١) انظر نقض ١٩٧٩/٢/٥ - المجموعة س ٣٠ رقم ٩٧ ص ٤٨٢ .

(٢) انظر نقض ١٩٧٢/١٠/٢٨ - المجموعة - س ٢٢ رقم ١٩٢ ص ١٢٢٥ ، ونقض ١٩٨٢/١١/١٨ المجموعة س ٢٢ ص ٩٤٤ .

(٣) وانظر أيضاً نقض ١٩٦٨/٣/٢٨ - المجموعة - س ١٩ رقم ٩٤ ص ٦٢٢ .

٢- نقل الملكية فى المنقول المعين بالنوع :

إذا كان المبيع منقولاً لم يعين إلا بنوعه ومقداره (أى كان من المثليات) فإن الملكية - كما أشرنا من قبل - لا تنتقل إلى المشتري إلا بإفراز المبيع ، وهى تنتقل بالإفراز حتى ولو تأخر التسليم بعد ذلك .

فتقضى المادة ٢٠٥ من القانون المدنى بأنه :

١٥- إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شىء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشىء .

٢- فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شىء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد إستئذان القاضى أو دون إستئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشىء من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض .

كما قضت المادة ٩٢٢ مدنى بأن « النقل الذى لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقاً للمادة ٢٠٥ » .

فطبقاً لهذه النصوص - وكما أشرنا من قبل - فإن المنقول المعين بالنوع لا تنتقل ملكيته إلا إذا تعين ، والتعيين يتم عن طريق الإفراز ، وفرض المبيع إما أن يكون عن طريق عدّه أو وزنه أو كيّله أو مقاسه . وإما أن يكون عن طريق تسليمه ، وإما عن طريق وضع علامات المشتري عليه أو بأى طريق آخر يؤدى إلى تعيينه .

فإذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه من إفراز المبيع ، جاز للمشتري أن يحصل على شىء من النوع ذاته على نفقة المدين ، فيقوم بشراؤه بنفسه ويرجع بالثمن والمصروفات على البائع ، وله أيضاً أن يرجع بالتعويض عما قد يكون قد أصابه من ضرر أو خسارة بسبب تأخر البائع فى تنفيذ التزامه .. والمشتري لا يقوم بالحصول على الشىء على نفقة المدين إلا بعد إستئذان القاضى ، فإذا كانت الظروف لا تحتمل الإبطاء كان له ذلك دون إستئذان ولكن بعد إعدار البائع .

نقل الملكية فى الأشياء المصدرة إلى المشتري :

يلاحظ أن انتقال الملكية فى الببوع التجارية لا يتم إلا بالإفراز طبقاً للقواعد

العمامة التى عرضناها من قبل ، غير أن الإفراز هنا له صورة محددة وهو التسليم . فإذا لم يوجد إتفاق مخالف ، فإن الملكية تنتقل إلى المشتري وقت التسليم . أما قبله فالملكية لازالت للبائع ، وهو الذى يتحمل تبعه هلاكها قبل التسليم ، فإذا تم التسليم ، إنتقلت الملكية وتبعه الهلاك إلى المشتري .

هذا التسليم إما أن يتم عند شحن البضاعة - أى فى مكان التصدير - وبالتالي تنتقل الملكية إلى المشتري فى هذا الوقت ويصبح هلاكها فى الطريق عليه . وإما أن يتم التسليم عند التفريغ - أى فى مكان الوصول ، وعندئذ لا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا من هذا الوقت فإذا هلكت فى الطريق فإنها تهلك على البائع لأنه هو المالك لها (١) . فإذا لم يتفق المتبايعان على أمر من هذين الأمرين وجب تطبيق أحكام المادة ٤٣٦ مدنى - فى المسائل المدنية - التى تقضى بأنه « إذا رجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وتنطبق الأحكام السابقة إذا كان المبيع منقولاً غير معين إلا بنوعه ، أما إذا كان منقولاً معين بالذات ، إنتقلت ملكيته إلى المشتري من وقت العقد ، ولكن التسليم لا يتم إلا فى مكان التفريغ ، فتكون تبعه الهلاك قبل التسليم على البائع لا على المالك . وسنزيد هذا الأمر تفصيلاً فيما بعد .

الفرع الثانى

نقل الملكية فى العقار

اشتراط التسجيل لنقل الملكية فى العقار،

تقضى المادة ٢٠٤ مدنى بأن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » .

(١) وتقضى المادة (١/٩٤) من قانون التجارة الجديد بأنه : « إذا قام البائع بناء على طلب المشتري بإرسال المبيع إلى غير المكان المعين لتسليمه ، كانت تبعه الهلاك على المشتري من وقت تسليم المبيع إلى من يتولى نقله ، إلا إذا اتفق أو نص القانون على غير ذلك » .

كما تقضى المادة ٩٣٢ مدنى بأن « تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية » .

ومن هذه النصوص التى أشارت إليها المادة ٩٣٢ ، نجد نص المادة ٩٣٤ مدنى الذى يقضى بأنه :

« ١- فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى ، ٢- ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها ، سواء كانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر » .

يضع المشرع فى النصوص السابقة المبدأ فى إنتقال الحق العينى الأسمى على العقار وهو وجوب التسجيل أو القيد ، وقبل أن نفصل الأحكام الخاصة بالتسجيل علينا إلقاء بعض الضوء على تطور مراحل الشهر العقارى .

المطلب الأول

تطور نظام الشهر العقارى

تطور نظام الشهر العقارى :

نلاحظ فى البداية أن التقنين المدنى القديم يعد هو أول تشريع يقرر نظام الشهر العقارى فى مصر . وقد أخذ هذا التقنين بنظام الشهر الشخصى وهو نظام فرنسى . ولذلك تطلب المشرع فى المادة ٦٣٦ من التقنين المدنى الأهلى والمادتين ٧٦٥ و ٧٦٦ من القانون المدنى المختلط ضرورة توافر نوعين من الدفاتر الهجائية الخاصة بنظام الشهر العقارى ، وقد خصص النوع الأول لأسماء الأشخاص الذين صدرت عنهم التصرفات العقارية واجبة الشهر . وقد إستلزم المشرع أن يذكر فى هذا السجل اسم من صدر عنه التصرف (مالكاً أو مديناً) وكذلك اسم المالك القديم الذى انتقلت منه الملكية إلى المالك أو المدين الحالى على شريطة أن يكون التصرف السابق مشهوراً . أما النوع الثانى من هذا

الدفاتر فقد خصص لأسماء الملاك السابقين المبيينين بالعقد أو السند أو الحكم المراد تسجيله ولكنهم لم يسجلوا من قبل التصرفات التى ألت بموجبها الملكية إليهم .

والواقع أن الذى دفع المشرع إلى إيجاد هذين النوعين من الدفاتر- فى ظل التقنين المدنى القديم - هو أن هذا التقنين كان يقضى بأنه « فى حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها » معنى ذلك أن تسجيل العقد الأخير كان كافياً لجعل كافة العقود السابقة المتتالية صحيحة فى مواجهة الغير رغم عدم تسجيلها ، « لذلك كان من العدالة أن يعلم الغير بطريق غير مباشر بكافة التصرفات السابقة غير المسجلة وذلك بتقيد أسماء جميع الملاك السابقين غير المسجلين فى دفتر هجائى مستقل » .

هذا وقد صاحب نظام الشهر الشخصى فى خلال فترة العمل بالتقنين المدنى القديم عدة عيوب أو أجه للنقص نذكر منها :

(١) أن التقنين المدنى القديم كان يفرق فى أثر التسجيل بين المتعاقدين وبين الغير . فبالنسبة للمتعاقدين كان العقد كافياً لانتقال الملكية فيما بينهم ، فلم يكن لعدم التسجيل من جزاء بالنسبة إليهم ، فلم يشترط التسجيل إلا للاحتجاج بنقل الملكية على الغير ، حتى أصبحت القاعدة فى ظل هذا التقنين هو فى كون التسجيل أمراً اختيارياً ، مما ترتب عليه أن أصبح جانب كبير من المعاملات العقارية بعيداً عن نظام التسجيل الذى استحدثه هذا التقنين . فضلاً عن أن التفرقة بين المتعاقدين والغير بالنسبة لأثر التسجيل كانت تؤدي إلى فتح باب التحايل والإضرار بحقوق المتعاملين ، فإذا باع (أ) لـ (ب) عقاراً بعقد لم يسجل ، ثم قام (أ) ببيع العقار مرة ثانية إلى (ج) بعقد مسجل ، فإن الملكية تنتقل إلى (ج) حيث لا وجود للعقد الأول بالنسبة له « وهى نتيجة إن كانت مقبولة فى نظام يرتب على التسجيل نقل الملكية بالنسبة للمتعاقدين والغير على السواء حيث يكون منطقياً فى هذه الحالة أن (أ) مازال مالكا للعقار طالما لم يسجل (ب) عقده ، فهى غير مقبولة فى نطاق أحكام التقنين المدنى التى ترتب على مجرد إبرام عقد البيع الأول انتقال الملكية إلى (ب) نهائياً ، بحيث إنا أعاد (أ) بيع العقار فإنه يكون قد باع ما لا يملك » .

(ب) ومن العيوب الأساسية التى صاحبت نظام التسجيل فى ظل التقنين المبنى القديم ، أن هذا التقنين لم يحدد بطريقة واضحة التصرفات التى يجب شهرها فقد حدد هذا التقنين الحقوق الخاضعة للشهر ، بالحقوق بين الأحياء الأيلة من عقود إنتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقارى أو المشتمة على ترك هذه الحقوق ، وقد أدت هذه الصياغة إلى عدم خضوع حق الإرث للشهر وكذلك الوقف .

ويلاحظ أيضاً أن التقنين القديم كان يقضى بأن « الأحكام المتضمنة لبيان الحقوق التى من هذا القبيل والمؤسسة لها يلزم تسجيلها أيضاً » . ولكن لم تبين هذه الفقرة ما المقصود بتلك الأحكام الواجب تسجيلها وتلك التى تعفى من هذا التسجيل . كما يلاحظ كذلك أن التقنين القديم كان يوجب تسجيل بعض الحقوق العينية التبعية بينما القيد هو الوسيلة الطبيعية لشهر تلك الحقوق .

(ج) ومن العيوب التى صاحبت نظام الشهر القديم هو تعدد الجهات القائمة بعملية الشهر ، فهناك المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية والمحاكم الشرعية وذلك تبعاً لتعدد الجهات القضائية الموجودة فى ذلك الوقت . وقد ترتب على هذا العيب « أن من أراد التعامل بشأن عقار معين وجب عليه الالتجاء إلى هذه الجهات الثلاثة للوقوف على المركز القانونى للعقار موضوع التعامل حيث لا يكفى الرجوع إلى جهة دون أخرى » .

لكل هذه العيوب ، كان لا بد للمشرع المصرى من إجراء إصلاح ضرورى لنظام الشهر ، ولكن لم يكن من المستطاع أن يأخذ المشرع فوراً بنظام السجل العينى ، وإنما كان لا بد من مرحلة انتقالية ، يتفادى فيها هذه العيوب السابقة . وتمهد فى ذات الوقت لإدخال نظام السجل العينى فى مصر . ولذلك أصدر المشرع قانونى التسجيل رقم ١٨ و ١٩ لسنة ١٩٢٣ .

وقد قضت تلك القوانين بضرورة التسجيل لنقل الملكية والحقوق العينية العقارية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير . « ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم . ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين »

ويلاحظ أن المشرع قصد من تقرير القاعدة المتقدمة التمهيد لإدخال نظام السجل العيني ، فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقوانين السابقة ، أن هذه القاعدة التي هي شرط أساسى لنظام السجلات العقارية إن لم تكن لازمة فهي على الأقل ضرورية لنظام يتخذ تمهيداً لتلك السجلات .

وإذا كان المشرع قد قضى على بعض العيوب التي صاحبت نظام التسجيل السابق فلم يعد التسجيل إختيارياً كما كان من قبل . كما عمل المشرع على توسيع منطقة التسجيل بأن أضاف إليها العقود والأحكام المقررة للحقوق العينية كالقسمة والصلح ، كما إستلزم شهر دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع والاستحقاق ، كما أوجب تسجيل الحقوق الشخصية المضمونة بتأمين عقارى حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير ، إلا أن المشرع المصرى لم يتمكن برغم ما تقدم من إزالة جميع العيوب التي لحقت بنظام الشهر الشخصى . كما بقيت الجهات المختصة بالشهر متعددة تبعاً لتعدد جهات القضاء ، كما بقيت بعض التصرفات والوقائع القانونية خارج نطاق الشهر . ولذلك كان لزاماً أن يتدخل المشرع لإجراء بعض التعديلات على نظام التسجيل السابق يتلافى بمقتضاه تلك العيوب .

ولذلك صدر قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، وقد أوضح المشرع في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن : نظام السجل العيني غير مستطاع إدخاله وتطبيقه إلا على سبيل التدريج ، إذ من جانب لم تتم إعادة مسح البلاد جميعها ، وحتى في المناطق التي تمت فيها المساحة الحديثة وهي تبلغ نصف مساحة البلاد تقريباً ، لن يستطاع إدخال هذا النظام عليها دفعة واحدة بسبب عدم دقة البيانات الخاصة بالملكية والحقوق العينية . ولذلك فالمفروض البدء بتطبيق هذا النظام في مناطق محصورة الواحدة تلو الأخرى ، ومؤدى هذا أن بقية المناطق يظل يعمل فيها بنظام التسجيل الشخصى .

واضح مما تقدم أن المشرع قد قصد بإصداره للقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أن يكون خطوة نحو الطريق ، أى خطوة نحو إدخال نظام السجل العقارى في مصر . فضلاً عما حققه هذا القانون من توحيد لجهات الشهر العقارى .

ويرى البعض بأنه لا زال هناك عيباً في نظام الشهر لم يفلح القانون

الجديد فى تلافيه أو القضاء عليه « فلا زالت التفرقة بين الحقوق العينية الأصلية والتبعية من حيث أثر الشهر قائمة ، وهى تفرقة تحكمية لم يعالجها قانون تنظم الشهر العقارى وهو يمهّد لنظام السجل العينى ، فبينما يترتب على عدم شهر التصرفات المنشئة أو الناقلة أو المغيرة أو المزيله للحقوق العينية العقارية الأصلية ، أن هذه الحقوق لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير ، نجد أنه يترتب على عدم شهر التصرفات المقررة أو الكاشفة للحقوق العينية الأصلية ، والتصرفات المنشئة أو المقررة للحقوق العينية التبعية أنها لا تكون حجة على الغير فقط مع سريان حجيتها كاملة بين أطرافها . ولا شك أن هذا سوف يؤدى إلى بقاء الكثير من التصرفات بعيداً عن نطاق الشهر ، وهو ما يتعارض مع نظام السجل العينى الذى يستلزم إخضاع كافة التصرفات التى يترتب عليها تعديل أو تغيير فى الملكية أو الحقوق العينية لنظام الشهر ، .

والواقع أن تلافى العيوب السابقة مع العيوب المترتبة على الأخذ بنظام الشهر الشخصى لا يتسنى إلا بإدخال نظام الشهر العينى . ولذلك أصدر المشرع القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالسجل العينى . ولكن لم يكن من المتوقع أن يسرى هذا النظام الجديد فوراً ، فمثل هذا السريان الشامل يقتضى العديد من عمليات المسح وعمليات هندسية أخرى . ولذلك نص هذا القانون على إستمرار العمل بقانون الشهر العقارى إلى حين صدور قرارات من وزير العدل بتعيين المناطق التى يسرى عليها قانون السجل العينى وتاريخ هذا السريان . هذا وقد صدرت عدة قرارات بشأن هذا السريان ، ومع ذلك لا نستطيع أن نقول، أن نظام السجل العينى قد دخل فعلاً فى حيز التنفيذ بشكل شامل .

هذا وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٩٣٤ تقضى بأن « يبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر ، .

تقسيم :

بعد أن عرضنا لتطور نظام الشهر ، نعرض وفى إيجاز للمحررات الواجبة الشهر وإجراءات هذا الشهر فى القانون المصرى .

أولاً : المحررات الواجبة الشهر :

وردت المحررات الواجبة الشهر فى قانون تنظيم الشهر العقارى فى المواد من ٩ إلى ١٩ . كما وردت تلك المحررات فى قانون السجل العينى فى المواد ٢٦ وما بعدها .

(١) التصرفات والأحكام المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية أو الناقلة أو المعدلة أو المزيله لها :

تقضى الفقرة الأولى من المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى بأن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية » .

وتقضى المادة ٢٦ من قانون السجل العينى بأن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب قيدها فى السجل العينى ، ويدخل فى ذلك الوقف والوصية » .

نلاحظ على ما تقدم أن نص قانون السجل العينى مأخوذ من نص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى مع إحلال لفظ « القيد » محل لفظ « التسجيل » .

(١) التصرفات الواجبة الشهر :

فطبقاً للنصوص المتقدمة يخضع لنظام التسجيل أو القيد ما يلى :

أ- العقود : وهى :

(١) العقود المنشئة لحق عينى عقارى أصلى ، ومثالها العقد الذى ينشئ لأحد أطرافه حقاً فى الانتفاع أو الاستعمال أو الارتفاق أو الحكر .

(ب) العقود الناقلة لحق عينى عقارى أصلى ، ومثالها عقد البيع العقارى وعقد الهبة والمقايضة بالعقار ...

(جـ) العقود المعدلة لحق عينى عقارى أصلى ، فقد تثبت الملكية بوضع

معين لشخص ثم يأتى العقد ليغير أو يعدل من هذا الوضع الذى كانت عليه الملكية ، فقد تثبت الملكية لشخص وهى مقترنة بشرط مانع من التصرف فيأتى العقد ويجعل هذا الحق قابلاً للتصرف .

(د) العقود المزیلة لحق عینى عقارى أصلى ، ومثالها العقد الذى ینهى حق الانتفاع قبل إنتضاء مدته ...

(ب) التصرفات الصادرة من جانب واحد : وهى :

الوقف ، والوصية ، وإنشاء المؤسسة ، والتصرفات الإدارية التى تتناول حقوقاً عينية عقارية ، كقرارات نزح الملكية للمنفعة العامة .

(٢) الأحكام المنشئة الواجبة الشهر أو القيد :

ومن أمثلة الأحكام الواجبة التسجيل أو القيد نذكر :

(أ) الأحكام الصادرة فى دعاوى صحة التعاقد ، فهناك الأحكام المثبتة للعقود المنشئة لحق عینى عقارى أصلى ، كإنشاء حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى والارتفاق . وهناك أيضاً الأحكام المثبتة للعقود الناقلة للحق العینى الأصلى العقارى ، كحق الملكية والانتفاع ، وكذلك الأحكام المثبتة للعقود المزیلة أو المنهية لتلك الحقوق .

(ب) الأحكام المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية ، ومن هذه الأحكام ، حكم مرسى المزداد ، والحكم الصادر بثبوت الشفعة

(ج) التصرفات والأحكام الكاشفة أو المقررة للحقوق العينية العقارية الأصلية :

(أ) التصرفات الكاشفة الواجبة الشهر أو القيد :

تقضى المادة ١٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى بأن « جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ... ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً موروثة » . كما تقضى المادة ٢٧ من قانون السجل العینى بأنه « يجب كذلك قيد جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ...

ويسرى هذا الحكم على القسمة ولو كان محلها أموالاً موروثة .

١- العقود الكاشفة :

ومن أمثلة هذه العقود ، عقد القسمة الاتفاقية أو الرضائية ، وعقد الصلح .

٢- التصرفات الكاشفة ، كالإقرار ، والإجازة ، وترك الحق فى التقادم .

(٢) الأحكام الكاشفة الواجبة الشهر أو القيد :

رأينا أن المواد ١٠ من قانون تنظيم أشهر عقارى و٢٧ من قانون السجل العينى توجب شهر أو قيد « الأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية » . ومن هذه الأحكام :

١- الأحكام الصادرة فى دعاوى صحة التعاقد الخاصة بعقدى القسمة والصلح إذا وقعا على عقار .

٢- الأحكام الكاشفة التى لا تتصل بعقود سابقة ، ومن أمثلتها : الحكم الصادر فى القسمة القضائية العقارية ، والحكم الصادر نتيجة صلح ، وحكم مرسى المزاed إذا رضى المزاed على أحد الشركاء .

(٣) الدعاوى الخاضعة للشهر أو القيد :

تنص الفقرة الأولى من المادة ١٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى بأنه « يجب التأشير فى هامش تسجيل المحررات واجبة الشهر بما تقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأسمى لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى » .

وتقضى المادة ٣٢ من قانون السجل العينى بأن « الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى ولا تقبل الدعاوى إلا بعد شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل العينى بمضمون هذه الطلبات » .

ونذكر من الدعاوى الواجبة الشهر طبقاً لقانون الشهر العقارى :

١- دعوى الطعن ببطلان التصرف أو الطعن بصوريته .

٢- دعاوى الفسخ والانفساخ والرجوع والحل والانحلال .

٣- دعاوى الطعن بإبطال التصرف .

٤- دعاوى الطعن بنقض القسمة الرضائية .

٥- دعاوى الطعن فى نفاذ التصرف .

٦- دعاوى صحة التعاقد .

٧- دعاوى إستحقاق الحقوق العينية العقارية .

أما فى ظل قانون السجل العينى ، فقد استبعد المشرع من نطاق الدعاوى التى يجب التعليق بها ، دعاوى الطعن فى الحقوق المقيدة فى السجل العينى التى تقابل ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى.

وبناء على ذلك يشمل اصطلاح الدعاوى فى المادة ٢٢ من قانون السجل العينى ، دعاوى الاستحقاق ودعوى الإقرار بالحق العينى ودعوى الإنكار للحق العينى . كما تشتمل هذه الدعاوى على الدعاوى التى ترفع بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات التى يجب قيدها فى السجل العينى طبقاً للمواد ٢٦ و ٢٧ و ٢٩ من قانون السجل العينى حيث أن الأحكام التى تصدر فى هذه الدعاوى هى أحكام واجبة القيد بصريح نصوص المواد المذكورة ، مما يجعل التعليق بصحف الدعاوى الخاصة بها أمراً ضرورياً يتفق مع الحكمة من إجراء التعليق . ذلك أن أمد التقاضى قد يطول ، الأمر الذى قد يؤدى إلى التصرف فى الحقوق التى رفعت بشأنها هذه الدعاوى قبل صدور الأحكام فيها وقيدها فى السجل العينى ، مما يقتضى إعلام الكافة باحتمال صدور أحكام فى هذه الدعاوى لصالح المدعين وبذلك يمكن أن ينسحب أثر قيد الحكم إلى تاريخ التعليق بالدعاوى .

أما دعاوى صحة التعاقد ، فيلاحظ أن المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العينى قد إستبعدتها إستناداً إلى مبدأ اشتراط الرسمية للقيد فى السجل العينى . إذ أن الحكم بصحة التعاقد ، طبقاً لأحكام قانون السجل العينى ، لا يمكن قيده فى السجل ليستغنى به عن المحرر الرسمى .

بينما يرى البعض ، أن اشتراط الرسمية للقيد فى السجل العينى هو أمر مختلف كلية عن اشتراط الرسمية لانعقاد التصرف . فاشتراط الرسمية للقيد فى السجل العينى يعنى أن التصرف ينعقد صحيحاً بغير هذه الرسمية ، طالما

انه من التصرفات التى لم يشترط فيها المشرع أن تتم فى الشكل الرسمى .
ويكفى أن يفرغ التصرف فى الشكل الرسمى قبل التأشير على مشروع المحرر
المتضمن لهذا التصرف بالصلاحية للقيد بأمورية السجل العينى . وانعقاد
التصرف صحيحاً خارج أمورية السجل العينى إنما يعنى جواز رفع دعوى
بصحة هذا التصرف للتوصل إلى قيد الحكم الذى يصدر فى الدعوى فى السجل
العينى .

أما اشتراط الرسمية لانعقاد التصرف فإنها تعنى أن التصرف لا ينعقد
أصلاً إذا لم يتم فى الشكل الرسمى ابتداءً . ومن ثم فلا يجوز رفع دعوى بصحة
التصرف لعدم وجود هذا التصرف قانوناً (كالرهن الرسمى والهبة) . أما
التصرفات التى لم يشترط المشرع لانعقادها أن تتم فى هذا الشكل الرسمى
كالبيع ، فإنه يمكن رفع دعوى صحة التعاقد بشأنها . ويمكن عند تقديم الطلب
لأمورية السجل العينى لقيد حكم صحة التعاقد فى السجل العينى أن يفرغ
مشروع الإقرار بالبيانات المساحية لقيد هذا الحكم فى الشكل الرسمى إعمالاً
للمادة ٩ من قانون السجل العينى .

ثانياً ، إجراءات الشهر ،

١- إجراءات الشهر فى قانون تنظيم الشهر العقارى :

وردت إجراءات الشهر فى الباب الثانى من قانون تنظيم الشهر العقارى ،
فى المادة ٢٠ وما بعدها .

فـ : تتم إجراءات الشهر فى جميع الأحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو
من يقوم مقامهم ، المادة ٢٠ .

وـ : تقدم طلبات الشهر للأمورية التى يقع العقار فى دائرة إختصاصها
على النموذج الذى يعد لذلك ، ويصدر به قرار من وزير العدل نظير رسم لا
يجاوز مائتين وخمسين مليماً . ويجوز تقديم الطلبات على غير هذا النموذج ،
مادة ٢١ .

وـ : يجب أن تشتمل الطلبات ... على ما يأتى :

١- البيانات الدالة على شخصية كل طرف وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه
وجنسيته ومحل إقامته واسم أبيه وجده لأبيه .

٢- بيان صفات من يقومون مقام غيرهم ومدى سلطاتهم .

٣- البيانات اللازمة والمفيدة فى تعيين العقار وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده ، فإذا كان من الأراضى الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة وإذا كان من أراضى البناء أو من العقارات المبنية فيها وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد .

٤- موضوع المحرر المراد شهره وبيان المقابل أو مقدار الدين إن وجد .

٥- البيانات الخاصة بالتكليف إذا كان موضوع المحرر يقتضى تغييراً فى دفاتر التكليف .

٦- البيانات الخاصة بأصل حق الملكية أو الحق العينى محل التصرف وذلك فى العقود والإشهادات ، وكذلك أحكام صحة التعاقد ، والقسمة وتثبيت الملكية إذا بنيت على الإقرار بأصل الحق أو التسليم للمدعى بطلباته ، وأحكام توثيق الصلح بين الخصوم وإثبات ما اتفقوا عليه فى محضر الجلسة وأوامر الاختصاص .

٧- بيان الحقوق العينية المقررة على العقار المتصرف فيه وعلى الأخص إرتفاقات الرى والصرف ، ويجب أن يقرن الطلب بالأوراق المؤيدة للبيانات المذكورة فى الفقرات ٣ ، ٥ ، ٦ ، مادة ٢٢ .

وتعيد مأمورية الشهر العقارى للطالب نسخة من الطلب مؤشراً عليها برأيها فى قبول إجراء الشهر أو بيان ما يجب أن يستوفى فيه .

ويقدم صاحب الشأن بعد التأشير على الطلب بقبول إجراء الشهر مشروع المحرر المراد شهره للمأمورية المختصة ومع الصورة المؤشر عليها من هذا الطلب . وتؤشر المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر بعد التثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به .

وتقدم لمكتب الشهر المختص المحررات التى تم التأشير على مشروعاتها بصلاحيته للشهر ، بعد توقيعها أو بعد التصديق على توقيعات ذوى الشأن فيها إن كانت عرفية . ويحصل التأشير على المحررات الواجب شهرها بطريق التسجيل ، وعلى قوائم القيد فى حالة المحررات الواجب شهرها بطريق القيد ، ويتم التصوير والحفظ وغير ذلك من الإجراءات طبقاً لللائحة التنفيذية لقانون

تنظيم الشهر العقارى المنصوص عليها فى المادة ٨ من هذا القانون (المواد ٢٦ و ٢٩ و ٣٢) .

ب- إجراءات القيد فى السجل العينى :

السجل العينى « هو مجموعة الصحائف التى تبين أوصاف كل عقار وتبين حالته القانونية ، وتنص على الحقوق المترتبة له أو عليه ، وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به » . المادة الأولى من قانون السجل العينى . وتقسم البلاد من مدن وقرى إلى أقسام مساحية ، يصدر قرار من وزير العدل بتعيينها . ويخصص سجل عينى لكل قسم مساحى ، ويتكون القسم المساحى من وحدات عقارية .

ويفرد فى السجل العينى للقسم المساحى صحيفة خاصة بكل وحدة عقارية ، ترقم وفقاً للقواعد الخاصة بكيفية إمساك السجل . وتبين اللائحة التنفيذية كيفية إمساك السجل العينى ، وكذلك الوثائق المتعلقة به .

ويلحق بكل سجل عينى للقسم المساحى فهرس شخصى هجائى يكون فيه لكل مالك صحيفة خاصة يبين فيها الوحدات العقارية التى يملكها فى هذا القسم المساحى ، وتدون بيانات هذا الفهرس من واقع البيانات المثبتة فى السجل العينى .

ولا يعيننا هنا أن نعرض لإثبات الحقوق فى السجل العينى لأول مرة ، ولا لكيفية التغيير والتصحيح فى بيانات السجل العينى وإنما نعرض فحسب لإجراءات القيد فى هذا السجل على وجه العموم .

فإذا ما أعد السجل العينى فى قسم مساحى وأثبتت فى صحائفه الحقوق لأول مرة ، فإن جميع التصرفات والأحكام واجبة الشهر التى تصدر منذ بدء سريان نظام السجل العينى فى هذا القسم المساحى يجب قيدها فى السجل العينى بالطريقة الآتية :

« تقدم طلبات القيد إلى مأمورية السجل العينى التى يقع العقار فى دائرة إختصاصها وفقاً للإجراءات والأوضاع المشار إليها باللائحة التنفيذية » ، مادة ٤٦ .
« يجب أن تشتمل الطلبات المنصوص عليها فى المادة السابقة فضلاً عما يتطلبه القانون فى أحوال خاصة على البيانات التى تحددها اللائحة التنفيذية .

ويجب أن يرفق بالطلب صحيفة الوحدة العقارية والمستندات المؤيدة للبيانات المذكورة وفقاً لما ترضحه اللائحة .

وتدون الطلبات على حسب تواريخ وساعة تقديمها بدفتر يعد لذلك بالأمورية وترقم الطلبات بأرقام مسلسلّة ويبين في هذا الدفتر مراحل العمل في الطلبات ، مادة ٤٧ .

« لا يقبل في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادات المستخرجة من السجل العيني » مادة ٤٨ .

« وإذا قدم للامورية أكثر من طلب في شأن عقار واحد ، وجب أن تبحث هذه الطلبات وفقاً لأسبقية تدوينها في دفتر أسبقية الطلبات وأن تنقضى بين إعادة الطلب السابق مؤشراً على المحرر الخاص به بالصلاحية وإعادة الطلب اللاحق مؤشراً عليه بذلك ، فترة معادلة للفترة التي تقع بين ميعاد تدوين كل منهما على ألا تتجاوز هذه الفترة سبعة أيام وعلى أن تحسب من تاريخ الإرسال » مادة ٥٠ .

« إذا لم يتيسر إتمام الإجراءات الخاصة بالطلب الأسبق بسبب نقص أو عيب في البيانات أو الأوراق أخطر صاحب الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول لتلافى هذا النقص أو العيب خلال أجل لا يجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ الإرسال ، فإذا لم يفعل رفع الأمر إلى أمين السجل العيني .

وللأمين أن يصدر قراراً مسبباً بسقوط أسبقية هذا الطلب أو يوقف الإجراءات الخاصة بالطلبات التالية على حسب الأحوال .

ويراعى حكم المادة السابقة في إبلاغ القرار الصادر بسقوط الأسبقية عند إعادة الطلبات اللاحقة للطلب الذي تقرر سقوط أسبقيته بشرط مراعاة الميعاد الموضح بالمادة التالية ، مادة ٥١ .

« لمن أشر على طلبه باستيفاء بيان لا يرى وجهاً له ، ولن تقرر سقوط أسبقية طلبه بسبب ذلك أن يطلب إلى أمين السجل العيني خلال عشرة أيام من وقت إبلاغ قرار الاستيفاء أو السقوط إليه قيد المحرر في دفتر العرائض وذلك بعد توثيقه وبعد أداء الرسم وإيداع كفالة قدرها نصف في المائة من قيمة الالتزام الذي يتضمنه المحرر على ألا يزيد مقدار هذه الكفالة على عشرة جنيهات ، إلا

أصبح القرار نهائياً . ويجب أن يبين فى الطلب الأسباب التى يستند إليها الطالب .

وفى هذه الحالة يجب على أمين السجل العينى بعد توثيق المحرر قيد الطلب فى دفتر العرائض ثم رفع الأمر إلى اللجنة القضائية المشار إليها فى المادة ٢١ ، ويوقف فحص الطلبات اللاحقة إلى أن يصدر قرار اللجنة ، مادة ٥٢ .

« تصدر اللجنة قراراً مسبباً على وجه السرعة إما بتأييد ورفض قيد المحرر فى السجل العينى أو بجواز هذا القيد وذلك تبعاً لتحقيق أو تخلف الشروط التى يتطلب القانون توافرها لقيد المحرر فى السجل العينى .

ويجب أن يتضمن قرارها مصادرة الكفالة أو ردها للمتظلم إذا وجد أن تظلمه مبنى على أسباب جدية .

ولا يجوز الطعن فى قرار اللجنة بأى طريق من طرق الطعن ، مادة ٥٣ .

« إذا صدر قرار اللجنة بقيد المحرر فى السجل العينى وجب إجراء ذلك حسب ترتيب قيد الطلب المتعلق به فى دفتر العرائض .

« وإذا صدر القرار برفض قيد المحرر فى السجل وجب التأشير بما يفيد ذلك فى دفتر العرائض أمام الطلب المتعلق به ويرد المحرر لصاحب الشأن بعد التأشير عليه بمضمون القرار وتاريخه ، مادة ٥٤ .

« لأمين السجل العينى أن يرفض إجراء القيد إذا لم يستوف الطلب الشروط اللازمة ، وعليه أن يذكر أسباب هذا الرفض على الطلب وفى دفتر العرائض وإبلاغها كتابة للطالب مع تحديد ميعاد أسبوعين له من تاريخ الإرسال لتقديم اعتراضاته على هذا الرفض .

ويصبح قرار الأمين نهائياً إذا مضى الميعاد المذكور دون تقديم الاعتراض ، مادة ٥٥ .

« لمن يرفض اعتراضه أن يطلب إلى أمين السجل العينى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إرسال قرار الرفض إليه رفع الأمر إلى اللجنة القضائية المشار إليها فى المادة ٢١ من هذا القانون .

وتصدر اللجنة قرارها على وجه السرعة إما بتأييد رفض القيد أو تنفيذ الطلب ، مادة ٥٦ .

وإذا توافرت الشروط المتقدمة ، يتم القيد فى السجل العينى بالمطابقة للمستندات المقدمة وبترتيب الطلبات فى دفتر العرائض ويؤرخ بنفس تاريخ هذا القيد ويتم بكل عناية وبخط واضح دون كشط أو محو أو شطب أو تحشير ، مادة ٥٧ .

و كل من توصل إلى قيد محرر لسلب عقار مملوك للغير أو ترتيب حق عينى عليه مع علمه بذلك يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضى بها أى قانون آخر .

ويعاقب على الشروع فى هذه الجريمة بنصف العقوبة ، مادة ٦٥ .
« تسلم لكل مالك صورة من الصحيفة العقارية وتسمى تلك الصورة (سند الملكية) وفى حالة امتلاك شخصين أو أكثر لعقار على الشيوع تسلم لكل منهم صورة من سند الملكية باسم جميع المشتاعين بعد أداء رسم قدره مائة قرش ، مادة ٥٨ .

« تسلم لغير الملاك من ذوى الشأن بناء على طلبهم شهادة بها البيانات الخاصة بهم فى السجل العينى بعد أداء الرسم المقرر ، .

المطلب الثانى

عقد البيع العقارى فى ظل قوانين الشهر العقارى والسجل العينى

هل يعد التسجيل أو القيد ركناً فى عقد البيع العقارى ؟

رأينا منذ قليل ما يتطلبه قانون الشهر العقارى وقانون السجل العينى من إجراءات ، فهل تعنى هذه الإجراءات أن عقد البيع العقارى لم يعد اليوم عقداً رضائياً وإنما أصبح عقداً شكلياً ؟

الواقع أنه فى ظل قانون الشهر العقارى لا يزال عقد البيع من عقود التراضى ، فالبيع غير المسجل لا يزال عقد بيع له هذه الصفة وهو ينتج كافة آثار عقد البيع ما عدا نقل الملكية بالفعل (١) .

(١) نقض ١٩٦٨/٢/١٣ - المجموعة - س ١٩ رقم ٤٠ ص ٢٧١ .

فيلاحظ أن المشرع قد قضى في المادة الأولى - فقرة ثانية - من قانون التسجيل الصادر سنة ١٩٢٣ (وتقابلها المادة التاسعة فقرة ثانية - من قانون تنظيم الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦) بأنه يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها (وهى الحقوق العينية العقارية الأصلية) لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة لغيرهم .

وقد رأى البعض - تفسيراً لهذا النص - أن عقد البيع العقاري غير المسجل يقع باطلاً ، ويتحول إلى عقد غير مسمى ينشئ التزامات شخصية . غير أن هذا الرأى لم يلق أى قبول فى الفقه ، فالمشرع لم يجعل التسجيل شرطاً أو ركناً لانعقاد العقد ، كما أنه لم ينص صراحة على أن يكون جزاء تخلفه هو البطلان . ولذلك إستقر الفقه والقضاء - ومنذ أمد طويل - على أن البيع غير المسجل ينتج كافة آثار عقد البيع ما عدا نقل الملكية بالفعل (١) .

وفى ظل قانون السجل العيني يلاحظ أن المادة ٢٦ قضت فى فقرتها الثانية والثالثة بأنه « يترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة لغيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » .

فالمشرع قد نقل هنا حكم المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري مع إستبدال كلمة التسجيل بكلمة القيد ، وبناء على ذلك يصبح عقد البيع العقاري غير المقيد فى السجل العيني صالح لإنتاج كافة آثاره ما عدا نقل الملكية . فالجزاء على عدم القيد فى السجل العيني هو عدم نشأة الحق العيني العقاري لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم .

البيع غير المسجل لا ينقل الملكية ولكنه ينشئ التزاماً فى جانب البائع بنقلها :

قلنا إن البيع غير المسجل (أو غير المقيد فى السجل العيني) لا ينقل الملك

(١) أنظر نقض ١٩٣٣/١/٥ - مجموعة عمر - ج ١ رقم ٩١ من ١٦٣ ، نقض ١٩٣٦/٦/٤ - المرجع السابق - رقم ٣٧٤ من ١١٥٠ ، نقض ١٩٣٩/٦/١ - المرجع السابق - ج ٢ رقم ١٨٧ من ٥٦٧ ، نقض ١٩٤١/١١/٦ - المرجع السابق - ج ٣ رقم ١٥٥ من ٣٨٥ .

من البائع إلى المشتري ، حيث لا يتم هذا النقل إلا بالتسجيل أو القيد ، ولكن هذا البيع يرتب التزاماً على عاتق البائع باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل الملكية

هذه الإجراءات تتطلب تدخل البائع حيث لا بد من إقراره بصور البيع منه وأن يكون توقيعه صحيحاً مصدقاً عليه . وللمشتري الحق في مطالبة البائع - تنفيذاً لهذا الالتزام - بأن يتخذ تلك الإجراءات التي تؤدي إلى تسجيل العقد أو قيده وبالتالي إلى نقل الملكية .

ولكن قد ينكر البائع صدور البيع منه وقد يمتنع عن الذهاب إلى جهة الشهر للتصديق على توقيعه أو يمتنع عن إتخاذ إجراءات مطلوبة منه لإجراء هذا التسجيل أو القيد ، هنا يجوز للمشتري أن يطالب بتنفيذ التزام البائع بنقل الملكية تنفيذاً عينياً وذلك عن طريق دعوى صحة التعاقد ، ودعوى صحة التوقيع.

وقبل أن نعرض لدراسة هذه الدعاوى ، نعرض أولاً لمفهوم التزام البائع بنقل ملكية العقار للمشتري .

مفهوم التزام البائع بنقل ملكية العقار إلى المشتري :

تقضى المادة ٤٢٨ من التقنين المدني بأن « يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل هذا الحق مستحيلاً أو عسيراً » .

ويذهب الفقه السائد إلى أن النص السابق يشير إلى وجود أعمال ضرورية إيجابية وسلبية لا بد أن يقوم بها البائع أو يكف عنها حتى يمكن أن ينتقل الحق المبيع إلى المشتري ، من ذلك (أخذاً بما جاء بالذاكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي) تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل وتصديق البائع على إمضائه تمهيداً لتسجيل العقد ، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع ، وفرض المثليات ، والامتناع عن التصرف في العين تصرفاً يضر بالمشتري . ومعنى ذلك أن هناك نوعين من الأعمال يلتزم البائع بهما ، أعمالاً إيجابية وأخرى سلبية (١).

(١) انظر استئناف مختلط ١٩٢٦/١٢/٢١ م ٢٩ ص ١٠١ و ١٩٢٨/٢/٧ م ٤٠ ص ١٨٦

أما الأعمال الإيجابية التي من شأنها التمهيد لنقل الملكية ، فمثلها في العقار تصديق البائع على إمضائه حتى يتمكن المشتري من تسجيل العقد (١) وشهر حق الإرث الواجب حصوله قبل تسجيل البيع ، وتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل كمستندات ملكية البائع وشهادة الضريبة العقارية وبيان حدود العقار . أما بيان ما على العقار من حقوق وتكاليف ، وشطب هذه الحقوق والتكاليف ، فهذا لا يبدو ضرورياً لنقل الملكية ، ولكنه لا يزال عملاً يلتزم به البائع ، ويدخل في التزامه العام بضمان الاستحقاق . كذلك تقديم العقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى في حق المشتري ، كعقد إيجار واقع على العين المبيعة وثابت التاريخ بحيث يسرى في حق المشتري وبيان بما لا يزال باقياً في ذمة المستاجر من الأجرة ، وكعقد رهن ثقل به المبيع فأصبح للدائن المرتهن حق تتبع العين في يد المشتري ، وهو ليس ضرورياً لنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وإن كان لا يزال التزاماً في ذمة البائع تابعاً لالتزامه العام بضمان الاستحقاق .

أما الأعمال السلبية التي يلتزم البائع بالكف عنها حتى يتيسر نقل الملكية

(١) ويلاحظ أن كتابة العقد وما يسبق ذلك من إجراءات في قسم المساحة وإعداد العقد بوجه عام للتسجيل يقع على المشتري لا على البائع ، وليس البائع ملزماً إلا بتقديم البيانات اللازمة لإعداد العقد للتسجيل . وقد قضى بأن أحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٢ والقرارات الصادرة بتنفيذه تحتم دفع رسوم التسجيل مع رسوم التصديق على الإمضاءات عند تقديم العقد للتوقيع عليه ، ولما كان المشتري هو الملزم بدفع هذه الرسوم ، فإنه هو الذي يكون عليه تجهيز العقد بناء على البيانات التي يحصل عليها ، سواء من البائع أو من الأوراق ، وبعد ذلك يكون له أن يطلب البائع بالحضور إلى قلم كتاب المحكمة لإمضاء العقد . وإن فمن الخطأ أن تعتبر المحكمة البائع ملزماً بتجهيز العقد وتقديمه للمشتري لإمضائه خصوصاً إذا كان العقد الابتدائي صريحاً في أن البائع غير ملزم إلا بإمضاء العقد النهائي وكان المشتري لم يطلب من البائع في الإنذار الذي وجهه إليه إلا الحضور إلى قسم المساحة لتحرير العقد النهائي . نقض ١٩٤٢/٥/٢٨ مجموعة عمر ج ٢ رقم ١٦٤ ص ٤٦٨ . وقضى بأنه : « إذا استخلص من نص العقد إن المشتري هو الذي يحضر العقد النهائي وإن ما يلتزم به البائع هو أن يذهب إلى المشتري في اليوم الذي يحدده إلى ديوان المساحة لمراجعة العقد والمصادقة عليه أمام رئيس القلم تعين على المشتري ، بدلاً من إنذار البائع بتحرير العقد النهائي في أجل معين وهو عمل لم يلتزم به ، أن يحدد في إنذاره يوماً للذهاب إلى ديوان المساحة ، نقض ١٩٥١/٣/٨ مجموعة النقض س ٢ رقم ٧٨ ، ص ٤٢٢ .

إلى المشتري ، فمثالها أن يتصرف البائع فى العقار بحيث يتمكن المشتري الثانى من التسجيل قبل المشتري الأول ، وأن يتصرف البائع فى المنقول بعد البيع ويسلمه للمشتري الثانى إذا كان هذا حسن النية . فيجب أن يكف البائع عن هذه الأعمال وأمثالها التى من شأنها أن تجعل نقل الملكية إلى المشتري مستحيلاً ، ويمكن أن يندرج هذا الالتزام أيضاً تحت الالتزام العام بضمان التعرض والاستحقاق . ومثل ذلك أيضاً أن يلحق البائع بالمبيع تلفاً أو تخريباً بحيث تهلك العين هلاكاً كلياً أو جزئياً فيتعذر إنتقال ملكيتها خالصة إلى المشتري ، وهذا يمكن أيضاً إدخاله تحت التزام البائع بضمان التعرض . وهناك من الأعمال ما لا يجعل نقل الملكية للمشتري مستحيلاً ولكنه يجعله عسيراً . وهذه أيضاً يجب على البائع الكف عنها ، مثل ذلك أن يخفى البائع بعض المستندات الضرورية اللازمة للتسجيل ، وحيث يمكن للمشتري الحصول عليها ولكن بمشقة بالغة ، فإخفاؤها يجعل نقل الملكية عملاً شاقاً أو عسيراً ، ومن ثم يلتزم البائع بالكف عنه (١) .

والذى نراه من صياغة المادة ٤٨٢ من القانون المدنى أنها تشتمل على التزامين واقعين على عاتق البائع (٢) .

الالتزام الأول إيجابى : وهو التزام بعمل ، ومضمونه القيام بكل ما هو لازم من الأعمال التى تتعلق بنقل ملكية الحق المبيع .

الالتزام الثانى سلبى : ويتمثل فى التزام البائع بالامتناع عن كل ما هو من

(١) السنهورى - المرجع السابق طبعة ٨٦ - فقرة ٢٢٥ ص ٥٢٢-٥٢٥ وأنظر فى ذات المعنى : محمد على إمام وسليمان مرقص فقرة ١٦٥ ص ٢٦٠ و ٢٦١ ، عهد المنعم البدرائى - طبعة ١٩٥٧ - فقرة ٢٢٧ ص ٣٥٢ ، والوجيز له فقرة ١٣٧ ص ٢٢٧-٢٢٨ ، عهد العزيز عامر فقرة ١٠٥ ص ١١٨ و ١١٩ ، منصور مصطفى منصور فى مذكرات فى القانون المدنى ، العقود المسماة ، البيع والمقايضة والإيجار ، طبعة ١٩٥٧ فقرة ٦٨ ص ١٠٧ ، إسماعيل غانم فقرة ٨٤ ص ١١٨ و ١١٩ ، أنور سلطان وجمال العدوى فى طبعة ١٩٦٤ فقرة ٢٦٠ ص ١٨٦ وطبعة ١٩٦٦ فقرة ٢٦١ ص ٢٠٢ ، محمد لبيب شنب ومجدى صبحى خليل فقرة ٧٠ ص ١١١ ، توفيق فرج فقرة ١٦ ص ٣١ ، جميل الشرقاوى فقرة ٤٨ ص ١٢١ ، ناجى ياقوت فقرة ٤٣ ص ٥٢ ، بهرام عطا إله ص ١١٢ .

(٢) لو هو التزام ذو شقين إيجابى وسلبى .

شأنه أن يعوق نقل الملكية إلى المشتري .

« فإذا كانت ملكية العين المبيعة لا تنتقل على مقتضى قانون التسجيل مباشرة وبمجرد البيع - أى أن حق المشتري ليس حقاً عينياً ، إلا أن حقه بالنسبة للعين المبيعة قد ترتب فى ذمة البائع بمجرد البيع ، بمعنى أنه أصبح للمشتري حق مطالبة البائع باستيفاء الإجراءات التى توصله إلى تملك العين التى تعهد البائع بنقل ملكيتها إليه سواء بتكليفه بتسجيل العقد أو بالامتناع عن كل عمل يعوق تسجيله ، لأن البيع فى ذاته وإن كان لا ينقل الملكية من نفسه إلا أنه يعطى المشتري حق مطالبة البائع قضائياً بنقل الملكية » (١) .

أ- أن التزام البائع بتمكين المشتري من التسجيل والامتناع عن كل ما من شأنه أن يعيقه هو التزام مقرر لمصلحة المشتري :

يلاحظ أنه من شأن التسجيل نقل الملكية - فى العقار - من البائع إلى المشتري ، والتسجيل لا شك يحقق فائدة مؤكدة للمشتري ، حيث يصبح بعد إنتمائه مالكا ، كما يحسون حقوقه من أى عبث أو ضياع قد يلحقه بفعل البائع أو بتواطؤ منه ، أو من الغير . ومعنى ذلك أن التسجيل شرع لمصلحة المشتري (٢) .

(١) استئناف مخطط ١٩٢٦/١٢/٢١ المحاماة س٨ رقم ١٨٦ ص ٢٢٨ . وانظر الأحكام الآتية التى اشارت إلى هذه الإلتزامات . استئناف مخطط ١٩١٩/١٠/٢٨ ص ٢٢م ١٩١٤/٦/١١ ص ٢٦م ٢٤٢ و ١٩٢٢/١١/١٢ ص ٣٦م ١٥ طنطا الابتدائية ١٩٢٦/٤/٦ المحاماة س٦ رقم ٤٤٦ ص ٧٢٤ ، بنى سويف الكلية ١٩٢٦/٥/١٢ المحاماة س٦ رقم ٤٩٦ ص ٨٠٦ ، جرجا الجزئية ١٩٢٦/١٠/٦ المحاماة س٧ رقم ١٠٣ ص ١١٤ ، إسكندرية الابتدائية الأهلية ١٩٢٦/١٠/١٦ المحاماة س٧ رقم ٥١٥ ص ٩٠٣ ، طنطا الابتدائية الأهلية ١٩٢٦/١١/٢٣ المحاماة س٨ رقم ٣٦ ص ٧١ ، استئناف مصر الأهلية ١٩٢٨/١٢/٢٥ المحاماة س٩ رقم ٥٠ ص ٢٧٥ ، استئناف مخطط ١٩٢٩/٢/٥ المحاماة س٩ رقم ٥٥٢ ص ١٠٢ ، ١٩٢٢/٣/٢٨ المحاماة س١٤ رقم ٣٧٨ قسم ثان ص ٧٣٧ ، ١٩٢٨/٣/٢٢ م ٤٠ ص ٢٤٧ ، ١٩٢٨/٢/٧ ، ١٩٢٢/١٢/١٣ م ٤٥ ص ٦٩ ، المنصورة الابتدائية ١٩٢٥/١٠/١١ المحاماة س٦ ص ٨٠٥ رقم ٤٩٥ ، سملوط الجزئية ١٩٢٦/٥/٣٠ المحاماة س١١ رقم ١١٤ ص ١٨٨ ، أبو تيج الجزئية ١٩٣٠/١/٢٥ المحاماة س١١ رقم ١١٤ ص ١١٨ .

(٢) المنصورة الكلية ١٩٣٠/١٠/٢١ المحاماة س١١ رقم ١٥٩ ص ٢٨٧ . وانظر حكم الدوائر المجتمعة الأهلية فى ١٩٢٧/٦/٣ مجموعة أحكام الدوائر المجتمعة ، طبع بولاق ص ٧١ .

فعليه تعود الفائدة من التسجيل وعليه يلقي عبء طلب إتمامه ويلزمه تحمل نفقاته (١) .

وإذا كان البائع يلتزم بالقيام بما هو ضروري لنقل الملكية إلى المشتري وبالامتناع عن أى عمل من شأنه أن يعوق هذا النقل ، فإن مثل هذا الالتزام بشقه الإيجابى وشقه السلبي هو التزام مقرر لمصلحة المشتري .

ويمكن أن توصف التزامات البائع هذه بأنها فى حقيقتها تعبر عن التزامه بضمان نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري (٢) ، فقانون التسجيل ومن بعده قانون التنظيم الشهر العقارى ، لم يهدما الأساس القانونى المجمع عليه من أن البيع العقارى يتم برضاء المتعاقدين ، غاية الأمر أن القانون يعلق نقل الملكية على التسجيل ، فالمقد العرفى يولد جميع الحقوق ومنها التزام البائع بنقل الملكية (٣).

وإن أساس المعاملات هو الوفاء بالعهد وأن لا يمهّد لمن تعهد بشيء أى سبيل للفرار من تعهده أو نقض ما تم من جهته وإلا انهار صرح التعامل واختل ميزانه بين الناس ، لذلك لا يمكن تفسير قانون التسجيل فى غير هذا الضوء أى شرف المعاملة ووفاء المتعهد بتعهده (٤) .

وينبنى على ما تقدم النتائج الهامة الآتية :

١- عدم جواز تمسك البائع بعدم تسجيل المشتري لعقد البيع :

طالما أن الالتزام المشار إليه منذ قليل مقرر لمصلحة المشتري وأن الأخير

(١) محمود شوقي - المرجع السابق - ص ١٢ .

(٢) قضى بأن : التعهد الشخصى الأساسى الذى يلتزم به البائع طبقاً لعقد البيع هو طبقاً للشروط المتعارفة نقل الملكية للمشتري وخاصة بالنسبة للمواد العقارية ، والمعارة فى تنفيذ الإجراءات الشكلية التى ينص عليها القانون استثناءً مختلط ١٩٢٢/٢/٢٨ المحاماة س ١٤ رقم ٢٧٨ قسم ثان ص ٧٢٧ .

(٣) أنظر نقض ١٩٥٣/١١/٢١ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٥٠ ص ٢٥٢ والذى قضى بأن من أهم التزامات البائع ضمان إنتقال ملكية المبيع إلى المشتري . وأنظر نقض ١٩٥١/١٢/٦ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٥٤ ص ٢٥٢ و ١٩٥٢/٦/٤ المرجع السابق رقم ٩٠ ص ٢٦٠ و ١٩٥٨/٢/١٨ السنة ٩ ص ٧٧٦ و ١٩٥٩/٢/١٧ السنة ١٠ ص ٨١٠ .

(٤) مصر الكلية ١٩٣٢/١٠/٢٥ المحاماة س ١٤ رقم ١٨١ قسم ثان ص ٣٥٥ .

هو صاحب المصلحة في التسجيل ، فإن من المنطق أن يترتب على ذلك ، عدم جواز تمسك البائع بعدم تسجيل المشتري لعقد البيع العقاري^(١) ، حيث يكون التسجيل رخصة للمشتري إن شاء عمله وإن شاء أهمله وتحمل عواقبه^(٢) .

٢- عدم جواز إستفادة البائع من تقصير المشتري الناتج عن عدم تسجيل عقد البيع :

طالما أن البائع يلتزم بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري ويضمن هذا النقل ، وطالما كان التسجيل مقررأ لمصلحة هذا المشتري ، يجريه في الوقت الذي يشاء . فإنه يكون من المنطقي إذا قصر وتقاعدس المشتري عن إجراء هذا التسجيل ألا يستفيد البائع من ذلك الإهمال والتقصير ، طالما لم يصبه ضرر من ذلك .

فالقاعدة : أنه لا يجوز للبائع نقض ما تم من جهته ، ولا يجوز له الانتفاع بتقصير المشتري طالما لم يصبه ضرر من هذا التقصير كما لا يجوز له أن يتصيد ملكية تضيع بمجرد عمل شكلي يمكن أن يقوم به المشتري في أية لحظة^(٣) .

وينبنى على تلك القاعدة النتائج الآتية :

أ- لا يجوز للبائع أن يطلب تثبيت ملكيته على العقار المبيع بعد صدور البيع الأول منه :

من المبادئ التي استقر عليها قضاء النقض أنه : ليس للبائع لعدم تسجيل

(١) الرقائيق الكلية الأهلية ١٩٢٩/٥/٩ المحاماة س ١٠ رقم ٩١ ص ١٧٥ وانظر إستئناف مصر ١٩٣٢/٢/٢٢ المحاماة س ١٢ رقم ٣٦ ص ٩٢ والذي قضى بأنه : لا يجوز للبائع في علاقته بالمشتري أن يتمسك بعدم تسجيل عقد البيع ليستمر في منازعته للمشتري فيما باع له . وقضى بأنه ليس للوارث أن يتمسك بعدم التسجيل ، نقض ١٩٤١/١/٢٢ مجموعة القواعد رقم ٥٢ ص ٢٥٣ .

(٢) قضى بأن : إهمال المشتري في تسجيل عقد مشتراه يجعله مسئولاً ولو جزئياً عما ينشأ من الضرر عن عدم التسجيل كما لو تمكن البائع من رهن العين المبيعة قبل إتمام تسجيل عقد البيع ، استئناف مختلط ١٩٢٨/٦/١٤ المحاماة س ٩ رقم ٨٣ ص ١٢٧ .

(٣) استئناف مختلط ١٩٢٧/٥/٢٢ المحاماة س ٨ رقم ٢٣١ ص ٢٠٨ وقضى بأنه : لا يجوز للوارث في مواجهة المشتري أن يدعى أى حق على العقار يتعارض مع التزام البائع ، نقض ١٩٤٤/٢/٢ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٥٢ ص ٢٥٣ .

العقد وتراخى الملكية بسببه أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشتري لأن من يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز أن يدعيها لنفسه ، (١) .

فـ « للبائع بعقد لم يشهر الحق في طلب تثبيت ملكيته إلى العقار المبيع ضد من ينازعه فيه عدا المشتري الذى يلتزم البائع بعدم التعرض له بمقتضى الضمان الذى يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مشهراً » ، (٢) .

وكما يجرى هذا الحكم على البائع نفسه يجرى على ورثته أيضاً فقد ، قضى بأنه « ليس للبائع - لعدم تسجيل عقد البيع وتراخى إنتقال الملكية - أن يطلب الحكم على المشتري بتثبيت ملكيته هو للمبيع ، لأن من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز أن يدعيه لنفسه وكما يجرى هذا الحكم على البائع فهو يجرى على من يخلفه فى تركته ، فإن على الوارث - كمورثه - أن يقوم للمشتري بالإجراءات القانونية اللازمة لإجراء التسجيل ، من الاعتراف بصور العقد بالأوضاع المعتادة أو بإنشاء العقد من جديد بتلك الأوضاع ومتى وجب هذا

(١) نقض ١٩٣٢/١٢/٢٢ طعن ٥٢ س٢ق ، نقض ١٩٣٢/١١/١٧ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٥١ ص ٣٥٢ ، و ١٩٣٦/٦/٤ المحاماة س ١٧ رقم ١٣٩ ص ٢٧٩ ، و ١٩٥٣/١١/٢١ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٥٠ ص ٣٥٢ ، وأنظر استئناف مصر ١٩٣٧/١/١٩ المحاماة س ١٧ رقم ٥٣٤ ص ١٠٥٠ واستئناف مصر ١٩٣٨/١٢/١٣ المحاماة س ١٩ رقم ٤٩١ ص ١٢٥٩ ، وحكمها فى ١٩٣٧/٥/٢٢ (المجموعة الرسمية س ٢٨ ص ٦١) والذى قضى بأنه « إننا لم يسجل المشتري عقد شرائه الصحيح فليس للبائع أن يطلب تثبيت ملكيته على المبيع إرتكائاً على أن العقد غير المسجل أصبح فى حكم العدم لأن التسجيل إجراء شكلى فى عقود التراضى وليس ركناً من أركان صحتها » . وأنظر المنصورة الابتدائية ١٩٣٤/٢/١١ المجموعة الرسمية س ٣٥ ص ٧٢ ونقض ١٩٣٦/٦/٤ المرجع السابق س ٣٨ ص ١١ ، ونقض ١٩٣٨/١٢/١٥ المرجع السابق س ٤٠ ص ٨١ .

(٢) نقض ١٩٥٨/١٢/١٨ مجموعة النقض س ٩ ص ٧٧٦ ، وأنظر استئناف مصر ١٩٣٧/١/١٩ المحاماة س ١٧ رقم ٥٣٤ ص ١٠٥٠ حيث قضى هذا الحكم بأنه « لا يجوز للبائع أن يطلب تثبيت ملكيته لما حصل التصرف فيه لأنه خرج من ملكه فعلاً فضلاً عن أنه ملزم قانوناً بنقل هذه الملكية إلى المشتري والتصديق على العقد لتسجيله ، وإعطاء هذا الحق للبائع فيه نقض لما تم من جهته » . وأنظر استئناف مختلط ١٩٣٩/١٢/١٥ المحاماة س ١٢ رقم ٣٨٩ ص ٧٨٢ والذى قضى بأنه « لا يحق لطرف أن يحتج بعدم التسجيل بالنسبة للمتعاقدين معه وكذا لمن تلقوا الحق عنه كالمشتري والمتنازل له أو الدائن المرتهن » . وأنظر نقض ١٩٩٥/١/٢٩ - طعن ٥٠٨٢ س٢ق .

على الوارث فلا يقبل منه أيضاً أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشتري (١)

كما يجرى الحكم السابق أيضاً على دائن البائع ، فقد قضى بأنه : لما كان قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٢ ، فيما عدا تعليق نقل الملكية من البائع إلى المشتري على حصول التسجيل ، لم يغير شيئاً من طبيعة عقد البيع وحيث أنه من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها القانونية بين المتعاقدين بالوفاء بتعهداته التي يوجبها عليه القانون ، وشروط العقد ، وفي مقدمتها التزام المشتري بدفع الثمن إلى البائع والتزام البائع بتسليم المبيع ونقل الملكية إلى المشتري ، ولما كان الدائن العادي يعتبر خلفاً عاماً لمدينه كالوارث لمورثه ، وكان الخلف العام يحل محل سلفه في كل ما له وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه وتلزمه جميع تعهداته ، لما كان ذلك كذلك فإنه إذا مات البائع قبل الوفاء بتعهدده بنقل الملكية لا يكون لدائنه العادي أن يدعى في مواجهة المشتري أي حق على العقار المبيع يتنافى مع تعهد البائع . ولا يجوز لهذا الدائن إجراء التنفيذ على العقار باعتبار أنه كان مملوكاً للمورث وقت وفاته . وخصوصاً إذا كان المشتري قد سجل حكماً صدر له على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ (٢).

ب- لا يجوز للبائع أن يتصرف ثانياً في العقار الذي باعه بعقد لم يسجل :

من الثابت أن قانون تنظيم الشهر العقاري - ومن قبله قانون التسجيل - يقضى بأن الملكية - في العقارات - لا تنتقل إلا بالتسجيل بالنسبة للغير وبالنسبة للمتعاقدين . ومعنى ذلك أن البائع - وقبل أن يتم تسجيل عقد البيع الصادر عنه - يعد أنه مازال هو المالك للعقار ، وبإمكانه أن يتصرف فيه ثانية إلى

(١) نقض ١٩٢٢/١١/١٧ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٥١ ص ٢٥٢ ، وانظر أيضاً نقض ١٩٤١/١/٢٢ - المرجع السابق رقم ٥٢ ص ٢٥٢ ، حيث قضى الحكم الأخير بأنه ليس للوارث أن يتمسك ضد المشتري بعدم تسجيل العقد الصادر له من مورثهم ، وانظر إستئناف مصر ١٩٢٨/١٢/١٣ في المحاماة س ١٩ رقم ٤٩١ ص ١٢٥٩ ، وإستئناف مصر في ١٩٢٢/٢/٢٢ المحاماة س ١٣ رقم ٣٦ ص ٩٣ .

(١١٨) انظر نقض ١٩٤٤/٣/٢ - مجموعة القواعد ج ١ رقم ٥٢ ص ٢٥٢ .

مشتري ثان ، والذي إذا بادر بتسجيل عقده ، إنتقلت ملكية العقار إليه دون المشتري الأول . وعلى ذلك يبدو من الغريب أن نقول بعدم جواز أن يتصرف البائع ثانية فى العقار الذى باعه من قبل بعقد لم يتم شهره ، ولكن - فى الحقيقة - ليس ذلك بغريب .

فـ « بالبيع الأول قد إنقطعت الرابطة بين البائع والمشتري الأول الذى لم يسجل ، إذا أخذ البائع الثمن وانصرف وأخذ المشتري العقار وانصرف به لحال سبيله . وأصبح العقار حلالاً فى يد المشتري ، وهو شأنه إن شاء سجل أو لم يسجل ، فالأمر معقود برغبته لا شأن للبائع به . وإن كانت الملكية على اسم البائع اسماً ظاهراً فهى عليه صورة . وأما حقيقة ومزايا الملكية وحقوق الملكية ومظاهر الملكية ، فهى بيد المشتري غير المسجل . فله الاستغلال وجنى الثمرة وله التصرف بالبيع والرهن ، وله البناء والسكنى ، وله كل مزايا الملكية ، وليس للبائع شبه حق أو ظل حق فى التعرض له مطلقاً ، ولو أنه يحمل لقب الملكية . ولدائنى المشتري حق التنفيذ على العقار ، باعتباره ملكاً له (١) ، وللجار حق الشفعة فيه ضد المشتري غير المسجل ، وإذا بنى البائع فى العقار المبيع فإنه يعتبر أنه بنى فى ملك الغير ، فما هو إنن ما يبقى بعد ذلك من حقوق الملكية ومزايا الملكية بيد البائع الذى إنصرف لحاله ؟

لم يبق للبائع شىء وزال كل ما يتصل به وبالعقار الذى أصبح للمشتري وحده . فهل يجوز بعد ذلك أن يتصرف البائع فى تصرف فى ذلك العقار وقد بينت جميع الوجوه التى زال فيها العقار عن حظيرة البائع ودخل حظيرة المشتري ؟

إن كانت الملكية بقيت له اسماً فهل معنى ذلك وبعد قانون التسجيل ، وبعد قرار المادة الأولى منه فى أن الملكية لا تنتقل بين الطرفين إلا بالتسجيل ، يبقى له حق أو شبه أى حق ؟ فإذا تصرف فى العقار فهل لا يرى أنه اعتدى حقيقة

(١) قضى بأن « التسجيل شرع لمصلحة المشتري فليس له إذا لم يسجل عقده أن يدفع طلب نزع الملكية الموجه ضده بعدم تسجيل هذا العقد لأن إملكه كلها تضمن سداد ديونه » .
المنصورة الكلية ٢١/١٠/١٩٣٠ المحاماة س ١١ رقم ١٥٩ من ٢٨٧ .

وقانوناً على حقوق زالت عنه وانتقلت إلى المشتري ، وإن في تصرفه إعتداءً صارخاً على حقوق المشتري ؟ وهل يستطيع الإضرار بالمشتري وهو ضامن له قانوناً ضماناً مستفاداً من البيع لهذا المشتري الأول (١) ؟

وعلى ذلك يبدو أن المنطق القانوني السليم يقضى بعدم جواز قيام البائع بالتصرف في عقاره مرة ثانية بعد أن باعه في المرة الأولى بعقد لم يتم شهره .

« وكيف يبيع ثانياً والعقار باسمه بسبب عدم تسجيل التصرف الأول ؟ هل بسبب عدم تسجيل التصرف الأول تعود جميع حقوق الملكية إليه فينزل عنها للمشتري الثاني نزولاً خالصاً ؟

إن أصول التسجيل إنما تخالف المنطق على طول الخط وتصدم العدالة في ناحية ، وتأخذ بالعدالة في الناحية الأخرى . أما أنها تخالف المنطق ، فلأن البائع وقد نزل عن عقاره للمشتري الأول ، فإن هو جاء وباع ثانياً فقد تصرف في غير ما يملك ، ولا يجوز حينئذ أن يملك الغير ما لا يملك . ولكن مع ذلك ينفذ تصرفه الثاني دون الأول إذا سجل الثاني ولم يتسجل الأول .

وأما خذلها للعدالة في ناحية وعونها لها في الناحية الأخرى ، فإن أصول التسجيل تؤيد المشتري الثاني الذي سجل لعذره في عدم وجود تسجيل سابق ، وتضحي بالمشتري الأول لأنه لم يسجل وعليه وحده تبعه عمله .

كل هذه الأصول القانونية المستفادة من التسجيل ، إنما تقررت لحماية الغير ، وحماية المشتري الثاني ، لا لحماية ذلك المعتدى الذي يبيع مرة فيخرج عن العقار خروجاً ثم يبيع ثانياً فيفتصب حقوق المشتري الأول ويسلمها إلى المشتري الثاني ... (٢) .

وبناء على ما تقدم فإنه يبدو من المنطقي كذلك أن يعاقب البائع الذي يتصرف في العقار الذي سبق أن باعه بعقد لم يشهر - مرة ثانية بعقوبة النصب بالتطبيق للمادة ٢٣٦ من قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ والتي

(١) عبد السلام نهني في الغش والتواطؤ - المرجع السابق - فقرة ١٢٩ ص ١٥٩ و ١٦٠ .

(٢) المرجع السابق فقرة ١٤٠ و ١٤١ ص ١٦٢ و ١٦٣ .

تعاقد على كل من يتصرف فى مال ثابت أو منقول ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه (١) .

ولا يقف حائلاً دون هذا العقاب وجود قانون تنظيم الشهر العقارى والذى يجعل الملكية ما تزال على اسم البائع المتصرف ثانية . فإن « قانون التسجيل لم يوضع حماية لذلك البائع المعتدى الآثم ، إنما وضع وروعيت فيه حماية جماعات الغير ، ومنهم المشتري الثانى . ولم يدر مطلقاً ، بخلد الشارع أن يريد به حماية البائع ، وإن يبقى لديه الملك ظاهراً ليضلل به الناس ويخدعهم ويعمل على سلب أموالهم خدعة وخلصه . إنما هو أراد وأراد فقط أن يكون التسجيل أمانة قاطعة لدى « المشتري الثانى » فى نقل الملكية ، وأنه ليس بعد التسجيل معذرة لمن اشترى من قبل ولم يسجل ، وأن ليس له الادعاء بعلم المشتري الثانى وسوء نيته ... ولقد أراد الشارع بقانون التسجيل أن يعقد للمعاملات جوً هادئاً سليماً تعلوه الطمأنينة ويحدوه الهدوء بالقضاء على سوء النية قضاء بخلق القرينة القانونية القاطعة وجعلها سوراً منيعاً تعصم الثقة العقارية من تبايع وتقاوض

(١) يلاحظ أن نص المادة ٢٢٦ للمشار إليه فى المتن مأخوذ من نص المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات الذى وضع فى عام ١٩٠٤ ولم يكن موجوداً بقانون العقوبات الذى وضع قبل عام ١٩٠٤ والموضوع عام ١٨٨٢ ولقد أدخل النص الجديد بناء على رغبة ممثلى الأمة فى ذلك الحين - عام ١٩٠٤ - فلقد شاء ممثلو الأمة فى ذلك الحين إلا أن يتناول نص المادة ٢٩٢ تلك العبارة التى طلب إضافتها سنة ١٩٠٤ وهى معاقبة المتهم بعقوبة النصب فى حالة « التصرف فى مال ثابت أو منقول ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه » وقال ممثلو الأمة فى ذلك الحين فى سبيل تعليل رغبتهم « أن يدخل فى العقوبة أولئك المحتالون الذين يبيعون عقارهم إلى شخص ، ثم قبل تسجيل العقد أو بعده ، يبيعون أو يرهنون هذا العقار إلى شخص آخر ، ويأكلون بذلك ما يأخونه ثمتاً أو ديناً . فإذا أراد أحد المتعاقدين معهم أن يرجع عليهم بما دفع لا يجد فى أيديهم شيئاً ، ويضيع عليه ما دفع . فهؤلاء من أشد النصابين الذين تجب عقوبتهم » . وقد تعينت العلة الصحيحة لإدخال عقوبة عن التصرف فى غير المملوك للمتصرف ، وهى الخسب على أيدي المخادعين النصابين الذين يعملون على بيع ما لا يملكون ، أو بيع ما لا يقدرون على بيعه ، لإنتفاء التفويض إليهم فى البيع من المالك الأصل . فهؤلاء من أشد النصابين نصباً الذين تجب عقوبتهم ، للخراب على أيديهم والعمل على حماية الناس المخدوعين فيهم » . عبد السلام زهنى - المرجع السابق - فقرة ١٢٥ ص ١٥٢ .

وما إليهما ، من أن تعصف بها من جديد عاصفة سوء النية أو مجرد العلم ،
والتي قضى عليها القضاء المبرم . ليس فى صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢٣
إلغاء وإبطال للمادة ٢٩٢ عقوبات الخاصة بالنصب والتي نقلها الشارع نقلاً سنة
١٩٣٧ وأودعها المادة ٣٣٦ عقوبات . ولم يمس جريمة « التصرف أكثر من مرة »
بأى مساس ما . بل بقيت الجريمة قائمة على قدميها ، ولما وضع قانون العقوبات
الجديد سنة ١٩٣٧ كان الشارع يريد ويريد بقاء تلك الجريمة ، لا فى صورة
واحدة ، وهى حالة التصرف الثانى بعد التصرف الأول المسجل ، أى فى حالة
زوال الملك عن البائع بعد التسجيل للتصرف الأول ، بل كان يريد بقائها على
صورها المختلفة ومهما تعددت أشكالها . وكانت النية التشريعية المبتغاة سنة
١٩٣٧ هى نفس النية المرغوب فيها سنة ١٩٠٤ ، وهى نية الضرب على أيدى
الطغاة المحتالين . ولم يصدر عن الشارع سنة ١٩٣٧ ما يشير ولو من بعيد عن
رغبة منه فى أن يكون لقانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ أثر يغير من جريمة «
التصرف أكثر من مرة » أو يمسها فى أى عنصر من عناصرها وما كان الشارع
سنة ١٩٣٧ فى حاجة ما إلى تغيير أو مساس لتلك الجريمة مادام أنه يرى أن
قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ لم يوضع ولم تتقرر أصوله على شدتها إلا
لحماية جماعات الغير . وأما البائع فما كان فى حاجة لإحاطته بأنواع من
الحماية، مادام القانون المدنى قد أقرها له من قبل (١) .

هذا وقد سبق لبعض المحاكم الجزئية أن قضت بعقوبة النصب على البائع
الذى يبيع مرة ثانية برغم سبق بيعه للعقار من قبل بعقد لم يسجل .

فقد قضت محكمة جرجا الجزئية فى ١٩٢٦/١١/٣٠ (٢) بأن يعاقب
بمقتضى المادة ٢٩٢ عقوبات (والمقابلة للمادة ٣٣٦ من قانون العقوبات الحالى)
من باع عقاراً لآخر بعقد لم يسجل ثم باعه لثالث فُسجل عقده ونقل ملكيته
إليه . ولا يجوز للبائع أن يحتج بتقصير المشتري الأول فى تسجيل عقده أو بعدم
نقل الملكية إليه لعدم التسجيل طبقاً لأحكام قانون التسجيل الجديد ، .

(١) عبد السلام زهنى - المرجع السابق - فقرة ١٤٩ و ١٥٠ - ص ١٧٢ و ١٧٣ .

(٢) المحاماة س ٨ رقم ٢٦٧ ص ٣٧٩

كما قضت محكمة سمالوط الجزئية فى ١٢/٣/١٩٢٦ (١) بأن « الوارث الذى يتصرف بالبيع فى عقاره باعتباره مالكا له مع علمه بأن المورث سبق أن باعه بعقد لم يسجل يعاقب طبقاً للمفكرة الثانية من المادة ٢٩٢ عقوبات ولو سجل المشتري منه عقده » .

وأما عن المحاكم الكلية فلقد سبق لمحكمة الاسكندرية الابتدائية الأهلية أن قضت فى ١٩٢٧ (٢) بأنه « وإن نص قانون التسجيل الجديد على عدم نقل الملكية بين المتعاقدين إلا بالتسجيل ، إلا أن هذا لا يمنع المشتري من مطالبة بائه بتنفيذ البيع وعلى ذلك فلا يملك البائع فى هذه الحالة التصرف ثانياً فى العين المباعة للغير ، فإن فعل وقع تحت طائلة القانون » (مادة ٢٩٢ عقوبات) .

ويؤيد القضاء السابق جانب من الفقه الجنائى حيث يذهب إلى عدم الضرورة فى إجتماع شرط عدم الملكية وشرط عدم ثبوت حق التصرف للقضاء بعقوبة النصب على كل من تصرف « فى مال ثابت أو منقول ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه » . حيث أنه من مصلحة الجماعة أن لا يفلت التواطؤ منجزاء الجنائى وأنه لا بد من الضرب على أيدي المفتالين للحقوق بما يحقق رغبة واضعى المادة ٢٩٢ عقوبات سنة ١٩٠٢ والمطابقة للمادة ٣٣٦ الموضوعية سنة ١٩٢٧ وإن كان هذا الرأى لم يرد تطبيق العبارة من المادة ٣٣٦ والخاصة بالتصرف مرتين إلا فى عبارتها الثانية « ولا له حق التصرف فيه » لا فى عبارتها الأولى « ليس ملكاً له » وكل ذلك على أساس أن الملك لا زال على البائع مادام لم يحصل تسجيل للعقد الأول ، وأن الحقوق التى تقررت للمشتري الأول لا يجوز للبائع المساس بها والتصرف فيها وإلا وقع تحت طائلة نص العبارة الثانية المذكورة وهى « ولا له حق التصرف فيه » ذلك أن حرف الواو الذى يتوسط الشرطين إن كان فى فقه اللغة يفيد العطف عادة فإنه يفيد التثنية أحياناً ، فيجوز فى صحيح اللغة أن ترد « الواو » بمعنى « أو » وعلى ذلك

(١) المحاماة س ٨ رقم ٣٦٩ ص ٥٦٣ .

(٢) المحاماة س ٨ رقم ٣٣٩ ص ٥١٦ .

فدلالتها لا تقتصر على الجمع بل تفيد كذلك التمييز (١) .

ولكن لا تأخذ محكمة النقض بالرأى السابق وتسير في اتجاه آخر أخذة في ذلك بظاهر النص المستفاد من الألفاظ المستخدمة فيه .

فقد قضت المحكمة العليا في ١٩٣١/٢/٥ (٢) بأنه : لما صدر القانون رقم ١٩/١٨ سنة ١٩٢٣ ، وأوجبت المادة الأولى منه تسجيل التصرفات التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله ، ورتبت على عدم تسجيلها أن هذه الحقوق لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين المتعاقدين ، ولا بالنسبة لغيرهم ، فلما صدر هذا القانون معدلاً لقواعد نقل الملكية على هذا النحو ، أصبح عقد البيع لا ينقل ملك المبيع إلى المشتري إلا بالتسجيل . وقد ترتب على ذلك أنه إذا كان المشتري الأول لم يسجل ، وباع العقار مرة أخرى إلى آخر وسجل هذا المشتري عقده ، فإن الملكية تنتقل إليه هو بالتسجيل ولا عقاب على البائع في هذه الحالة ، لأن البائع الأول الذي لم يسجل عقده لم تخرج الملكية من يده قط ، ولأنه وقت صدور البيع الثانى كان القانون لا يزال يعتبره مالكا للعين المباعة ولا دخل لحسن النية أو سوءها فيما

(١) انظر مصطفى القللى في شرح قانون العقوبات ص ٢٠٩ - ٢٢٤ وانظر مقالة له في مجلة القانون والإقتصاد ص ٨ من ٨٢٥-٨٤٤ ، حسن أبو السعود فقرة ٥٧٧ ص ٧٥٠ وما بعدها من مؤلفه قانون العقوبات المصرى : الجرائم الماسة بسلامة الجسم والسرقة والنصب . وانظر عكس ذلك (والأخذ بالاتجاه الآخر المؤيد لمحكمة النقض) للمؤلفات الآتية : محمود مصطفى في : شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، ١٩٦٤ فقرة ٤٦٩ ص ٥١٨ ، رؤوف عبيد ، جرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال ، ١٩٦٥ ص ٤١٥ ، محمود نجيب حسنى ، دروس في قانون العقوبات ، فقرة ٢٨٤ ص ٤٠٩ ، عمر السعيد رمضان في : شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، ١٩٦٥ فقرة ٤٥٢ ص ٥٧٥ ، عبد المهيمن بكر في : القسم الخاص في قانون العقوبات ، طبعة سابعة ١٩٧٧ ص ٨٨٠ ، فتحى سرور في شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، ١٩٦٨ فقرة ٥٠٩ ص ٧٣٠ ، عوض محمد عوض ، جرائم الأشخاص والأموال ، فقرة ٢٦٩ ص ٢٨٢ . وانظر أيضاً في عدم ارتكاب البائع لجريمة النصب في حالة البيع الثانى : أحمد أمين ، شرح قانون العقوبات الأهلى - القسم الخاص ، ص ٧٢٨ ، جندى عبد الملك ، مجموعة المبادئ الجنائية ، ص ٦٩٨ ، صليب سامى في مقال المشار إليه من قبل : النعامة ص ٨ من ٦٧١ .

(٢) مجموعة أحكام النقض ص ٢ رقم ١٧٤ ص ٢٢٥ ، النعامة ص ٨ رقم ٢٦٧ ص ٢٧٩ .

يتعلق بعلاقة البائع بالمشتريين الأول والثاني ، كما لا دخل لحسن نية المشتري الثاني ولا لسوئها وقت شرائه ، لأن إنتقال الملكية أصبح بحكم قانون التسجيل مرتبطاً بالتسجيل وحده ، ولأن الأسبقية بين المتزاحمين أصبحت لمن إنتقلت إليه الملكية فعلاً بالتسجيل ، (١) .

(١) قطباً لهذا الحكم لا عقوبة ما دام التصرف الثاني - وهو المقصود بالعقوبة الجنائية ، ناقلاً للملكية - ويبدو أن أساس رأى النقض هذا هو ما اعتقدته المحكمة من أن المادة ٢٩٣ عقوبات (المقابلة للمادة ٢٣٦) إنما قررت العقوبة للتصرف الثاني ، لأن القاعدة في نقل الملكية قبل قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ، ترجع لمجرد التعاقد عليها بين الطرفين وإن التسجيل قبل سنة ١٩٢٣ كان لحماية الغير فقط . فإذا إنتقلت الملكية بين العائدين لمجرد التعاقد عليها فقد زالت الملكية عن البائع فإذا باع ثانياً ، كان تصرفه الثاني مؤاخذاً عليه جنائياً . هذا التصرف الثاني - في نظر النقض - هو العمل الإجرامى الذى يعاقب عليه فإذا صدر صحيحاً فلا عقوبة . وهو هو في نظر النقض واحد لم يلحقه تغيير ما بعد صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ . فلأجل تأنيث التصرف الثاني في نظر النقض يجب أن يكون هذا التصرف الثاني تصرفاً إجرامياً ، ولا إجرام في نظر النقض ما دام البائع لا يزال يحمل اسم الملكية بعد تصرفه الأول غير المسجل . ومع ذلك فقد تخيل حكم النقض المشار إليه حالة يعاقب عليها البائع الذى تصرف مرتين ويعاقبه على التصرف الثاني بأن قال بأن النصب يقع في حالة ما إذا اتفق البائع مع المشتري الأول بعقد لم يسجل بعد ثم لوهم المشتري الثاني فباع له وهو يعلم أن المشتري الأول على وشك تسجيل عقده قبل أن يدرك المشتري الثاني تسجيل عقده هو ، وأن هذا المشتري الثاني ستضيق عليه حتماً العين ، وفي هذه الحالة يكون البائع قد نصب على المشتري الثاني . ويقول النقض عن هذه الصورة الأخيرة التى تخيلها هو أن جريمة البائع لا تكون مما تنطبق عليه العبارة الثانية للمادة ٢٩٣ (المقابلة للمادة ٢٣٦) وهى الخاصة بالتصرف في غير المملوك ، بل هى من جرائم النصب العادية المنصوص عليها بالعبارة الأولى من المادة ولا بد فيها من إثبات الطرق الاحتمالية . ويقول العلامة الفذ عهد السلام ذهنى عن الحالة المتقدمة (المرجع السابق فقرة ١٤٥ من ١٦٨) : « على أنه في تلك الصورة التى تخيلها النقض ، فإن النصب قد وقع بالفعل لمجرد حصول التصرف الثاني ، وليس أدل على ذلك من شعور الحكم المتقدم من توقيع العقوبة على البائع ، ذلك البائع الذى انتوى النكاية بالمشتري الثاني وأراد له الضرر وإيقاعه في حبال خنثه وشباك مكره ، بما أوهم به المشتري الثاني في أنه لم يسبق له تصرف في العقار ، هذا الإحساس من جانب النقض بتوقيع العقوبة على البائع في تلك الحالة التى تخيلها ، مما يشير حقاً بأن الإحساس النفساني إزاء البيعين لا بد له وأن يخرج حتماً عما يمكن أن يخلق له من جو يجحد فيه ويضعف من شأنه . وأما القول من جانب النقض بأن الحالة المتخيلة هذه من اللازم فيها أن يكون بها طرق إحتيالية ، لتدخل في دائرة النصب -

كما قضت في ١٩٤٢/٥/٢٦ (١) بأن : القانون في جريمة النصب باستعمال طرق احتيالية من شأنها إيهام المجنى عليه بوجود مشروع كاذب أو إحداث الأمل بحصول ربح وهمي يستلزم أن تكون هذه الطرق من شأنها توليد الاعتقاد في نفس المجنى عليه بصدق ما يدعيه المتهم ، وأن يكون متوافراً فيها الكذب من جانب المتهم ، وأن يكون الكذب قد أيدته أقوالاً أو مظاهر خارجية . فإذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أن المتهم ، مستعيناً ببعض السماسرة ، أوهم المجنى عليهم برغبته في أن يبيع لكل منهم المنزل المملوك له ولوالدته ولأخوته ، وقدم إلى كل منهم مستندات الملكية والتوكيل الصادر إليه من شركائه ، وكان في كل مرة يحصل على مبلغ يدفع مقدماً على سبيل العربون ويحرر بالبيع عقداً ابتدائياً ثم يمتنع عن إتمام الصفقة بعقد نهائى قابل للتسجيل ، فإن استعانت بالسماسرة لإيجاد مشتري للمنزل وتقديمه مستندات الملكية وعقد الإيجار وسند الوكالة عن والدته وأخوته ، وإمضاء هؤلاء وتقريرهم بالموافقة على البيع ، كل هذا لا يكون طرقاً احتيالية بالمعنى القانوني ، لأنه يتعلق بوقائع صحيحة لا نزاع فيها ، ولأن عقود البيع الابتدائية الصادرة من المتهم للمجنى عليهم السابقين ، لا يصح أن تعتبر مشروعات كاذبة بالنسبة لللاحقين ، لأن المتهم كان يملك في كل عقد منها حق التصرف بسبب عدم إنتقال الملكية إلى أحد من المشترين لعدم تسجيل تلك العقود . ولأنه إذا كان المتهم قد بيت النية على عدم

- العادى ، دون النصب بالبيع مرتين ، فهو تزيد في القول وتخريج للواقع بما لا ياتلف مع وجوده وطبيعته . ذلك لأن في التصرف مرتين معنى الإحتيال وهو يحمل في التصرف الثانى عناصر ذلك الإحتيال ، وهو إيهام المشتري .. الثانى ببقاء العين على البائع ، مع أنها تولت عنه بالتصرف الأول ، وزالت حقوقه فيها ، وإن لا رجعة له عليها ، وإن أمره بها قد انتهى. وإن العين دخلت في حظيرة المشتري الأول وأصبحت عنصراً من عناصر ماله يتصرف فيه ويستطيع أن يبنى ويهدم ويؤجر ، بل ولدائنيه حق التنفيذ عليها على اعتبارها من ماله لا من مال البائع ، وإذا بنى البائع في العقار اعتبر أنه بنى في عقار الغير ، أى بنى بسوء نية ، ألا يعتبر كل ذلك ، وقيام العقيدة لدى البائع في أن صلت بالعقار قد انتهت ألا يعتبر أن فيه معنى الإيهام والإيهام كله في خدع المشتري الثانى خدعاً ظاهراً ، . وأنظر أيضاً مقالة عبد السلام ذهني في قانون التسجيل الجديد والمبادئ القانونية من قبل - المحاماة سنة ٦٢٦ هـ .

(١) المحاماة ص ٢٢ رقم ١٠٤ ص ٢٢٩ .

إتمام أية صفقة ، فإن نيته هذه لم تتعد شخصه ، ولم يكن لها أى مظهر خارجي يدل عليها وقت التعاقد ، فلم يكن لها أى تأثير فى حمل المجنى عليه على دفع المبالغ التى استولى منه عليها « (١).

(١) والواقع أن الذى يجب ملاحظته على جريمة النصب المنصوص عليها فى المادة ٢٣٦ عقوبات أنها تتضمن أمرين مختلفين . الأول : هو جريمة النصب فى ذاتها ، وهى جريمة لا تتم إلا بالإحتيال على المجنى عليه . والإحتيال هو الإستعانة بطرق إحتيالية تدليسية ولا يتم هذا إلا إذا عاصرت مظاهر خارجية من جانب المتهم تؤيد ما ذهب إليه من الأكاذيب وتلفيق وقائع مزيفة . والأمور الخاصة بالوقائع المكنوبة وردت فى القانون على سبيل الحصر ، وهى المشروع الكاذب والواقعة المزورة والربح الوهمى وما إلى ذلك مما هو وارد بالنص . ومحل المؤاخذه الجنائية هو الإفتراء على الحقيقة وتلفيق الوقائع تلفيقاً لا اثر له فى عالم الصحة واليقين ، بأمل الحصول على مال .

وقد تبلغ الحيلة من المتهم أن يلجأ وهو فى طريق الإحتيال إلى الإستعانة بأمر ووقائع صحيحة لا غبار عليها ليستر بها ما انعمدت عليه نية للإيقاع بغريسته . ولكن كيف يمكن التوفيق بين الإدلاء بوقائع صحيحة والإحتيال بطريق النصب ؟ لن هذا ليس بالأمر البعيد ، فهو نوع من أنواع الإحتيال الدقيق وسبك الإقناع الوقتى والتأثير النفسى الخاطف على الغريسة ، حتى إذا ما اطمانت هذه الأخيرة إلى صدق الواقعة المدلى بها تستتر وراءها النية المعقودة على السلب والنهب ، اندفعت إلى بناء الإقناع فتتخدر أعصابها وتنحدر إلى الوثوق بما إندلفت إليه ، حتى إذا ما دفعت المال وجاءت تطلب الحقيقة المشروعة وهو الشيء موضوع التبائع مثلاً ، ذلك الشيء الذى رأت العين العادية ورأت ماله والمات بسند الملكية فيه لم يبق معه شبهة للزور أو الجحود فى موطن البت عاجلاً ، إذا جاءت فطلبت الحقيقة تلاشت أمامها هذه الحقيقة ، ورأت أن الشيء قد اختفى ... وأن لا سبيل إلى الحصول عليه ، وأن ماله قد توارى ، وأن المحتال قد إنزوى . وقد يكون حضور المالك بجانب المحتال من المظاهر الخارجية للإحتيال ، سواء كان المالك شريكاً للمحتال ، أو كان ضحية من ضحاياه ، فقد أراد به الضرر أيضاً ... عبد السلام زهنى فقرة ١٣٤ ص ١٥٠ و ١٥١ .

وأما الأمر الثانى للنصب المنصوص عليه بالمادة ٢٣٦ عقوبات فهو مقصور على حالة خاصة لا حاجة فيها للإستعانة بالطرق الإحتيالية إذ بمجرد إظهار رغبة المحتال فى التصرف فى ما ليس بماله وظهور رغبة المتصرف إليه فى التعاقد معه ، وتقابل الرغبةين بما تم به العقد ، تم عندئذ وقرع جريمة النصب بلا حاجة إلى رسائل إحتيالية ولا إلى مظاهر خارجية . هذا الوجه الثانى للنصب خاص فقط بحالة « التصرف فى مال ثابت أو منقول ليس ملكاً له » أى للمتهم بالنصب ولا له حق التصرف فيه . فلمجرد تلاقي الرغبة فى التبائع عن المنقول أو العقار ، أو فى تقرير حق عيني ، تقع جريمة النصب ، إذا كان البائع أو المقرر للحق العيني للمنقول أو العقار لا يملك الشيء محل التبائع أو ليس له حق التصرف فيه .

وقد إستقرت أحكام النقص على المبادئ السابقة ، فلأجل أن يكون البيع الثانى مكوناً لجريمة النصب يجب أن يثبت أن هناك تسجيلاً مانعاً من التصرف مرة أخرى . إذ بهذا العمل - التسجيل - وحده الحاصل طبقاً لأحكام قانون التسجيل تزول أو تنقيد حقوق البائع بحسب طبيعة التصرف موضوع التسجيل (١).

وطبقاً أيضاً لقضاء النقص - لا عقاب على البائع بالنسبة للبيع الأول إذا باع ثانياً وبإراد المشتري الثانى إلى تسجيل عقده ، وضاعت بالتالى الصفة على المشتري الأول، والذي يحول دون العقاب هنا هو أن البائع فى البيع الأول كان مالكا وله حق التصرف فيما باعه .

والواقع أن العبارة التى وردت فى نص المادة ٢٢٦ من قانون العقوبات وهى « ولا له حق التصرف فيه » إنما قد وضعت خصيصاً فى النص المشار إليه لمعاقبة المالك الذى ليس له حق التصرف فى ماله والذي يحتال بواسطة الإيهام باستعمال ذلك الحق الذى سلب منه .

فالواقع العملى أن حالة المالك المحتال الذى ليس له حق التصرف هى أخطر صور الاحتيال بطريق التصرف فى عقار أو منقول . ذلك أن غير المالك يدعم إدعائه بأمور خارجية كأوراق صادرة من الغير أو مظاهر خارجية حتى يحمل المتصرف معه على تصديقه والتعاقد معه ، وبذلك يمكن معاقبته على النصب باستعمال طرق احتيالية ، أما من لم تكن له صلة بالعقار أو المنقول ولم يعزز إدعائه الملكية بشيء ما فقل من يصدقه ويطمئن إلى مجرد إدعائه الكاذب .

(١) انظر نقص ١٩٢٢/١١/٢٠ مجموعة القواعد ج ١ رقم ١٦٠ من ٢٠٩ ، وانظر أيضاً نقص ١٩٢٤/٣/١٩ - المرجع السابق رقم ٢٢٦ من ٣٠٢ ، نقص ١٩٧٩/١١/٨ مجموعة أحكام النقص س ٣٠ من ٧٩٦ وقد قضى الحكم الأخير بأنه « لا تتحقق جريمة النصب بطريق الإحتيال القائمة على التصرف فى مال ثابت ليس ملكاً للمتصرف ولا له حق التصرف فيه إلا باجتماع شرطين (الأول) أن يكون العقار المتصرف فيه غير مملوك للمتصرف (والثانى) ألا يكون للمتصرف حق التصرف فى ذلك العقار . ومن ثم فإنه يجب أن يعنى حكم الإدانة فى هذه الحالة ببيان ملكية المتهم للعقار الذى تصرف فيه ، وما إذا كان له حق فى هذا التصرف من عدمه ... » وانظر فى ذات المعنى نقص ١٩٨٠/٥/٤ المجموعة س ٢١ من ٥٦٧ .

أما المالك الذى ليس له حق التصرف فهو الذى يعد خطراً حقاً ، إذ من السهل أن يخذع الناس بمظهر الملكية فيستغل جهلهم لما دخل على حقه فى التصرف من القيود وبسلبهم مالهم بتصرفه فى ماله تصرفاً لا يملكه قانوناً^(١).

فإذا حدث وباع (أ) عقاراً مملوكاً له إلى (ب) وقبل أن يسجل (ب) أسرع (أ) وباع العقار ثانية إلى (ج) واستولى منه على مبلغ من المال ثمناً للعقار وكان (ج) حسن النية لا يدري من أمر البيع الأول شيئاً ثم أسرع (ب) وسجل عقده . فى هذا المثل تنتقل الملكية إلى (ب) من يوم التسجيل وحيث يعد (أ) مالكا إلى حين التسجيل وعلى ذلك لا يمكن مسامحة (أ) ومعاقبته على جريمة النصب على أساس أنه باع عقاراً مملوكاً لغيره ، لأنه وقت البيع الثانى الصادر إلى (ج) كان مالكا فعلاً . وهذا هو رأى محكمة النقض وهى لم تعاقب (أ) على أى أساس آخر .

ومع ذلك فيمكن عقاب (أ) على أساس آخر هو كونه مالكا إحتال على سلب (ج) مبلغاً من المال بطريق التصرف فى عقار لم يكن له حق التصرف فيه برغم أنه مازال مالكا له وقت التصرف .

ولكن كيف يقال أن (أ) مالكا وليس له حق التصرف فى عقاره طالما أن قانون التسجيل يجعله مالكا إلى حين حصوله ؟

الواقع أن البائع يظل حتى بعد البيع الأول مالكا للعقار إلى حين تسجيل عقد البيع ، وأنه فى خلال هذه المدة يستطيع فعلاً أن يبيع العقار ثانية ، وإذا سجل المشتري الثانى قبل المشتري الأول انتقلت إليه الملكية ، كل هذا صحيح

(١) يراعى أن تعليقات الحقانية على نص المادة ٢٩٢ عقوبات قديم وهى المقابلة للمادة ٢٣٦ عقوبات حالى - يلهم منها أن هذا الرأى المثبت فى المتن يتفق ونية المشرع . لقد جاء فى هذه التعليقات « وقد يجوز أن العين لم تكن قط ملكاً للمتهم أو لا يجوز له أن يتصرف فيها التصرف الذى يريد إجرائه لسبق تصرفه فيها » . فهى تذكر للعقاب حالتين حالة الشخص الذى لم يكن قط مالكا ، وحالة الشخص الذى كان مالكا للعين ثم تصرف فيها . وهذه الحالة الثانية لها صورتان ، الأولى التصرف الذى تزول به الملكية ، والثانية التصرف الذى لم تنتقل به الملكية بعد وإنما لا يجوز له قانوناً أن يتصرف بعده مرة ثانية .

ولكن هل معنى هذا أن البائع عندما باع العقار ثانية كان له قانوناً حق التصرف؟

الثابت فقهاً وقضاً - وهو ما تستقر عليه أحكام النقض - أن عند البيع العقاري ينعقد بمجرد العقد الابتدائي ، أو العرفي ، وتترتب عليه آثاره من حقوق والتزامات سواء فيما يتعلق بالبائع أو فيما يتعلق بالمشتري ، وكل ما هنالك أن إنتقال الملكية وهو أثر من آثار العقد ، وليس ركناً من أركانه ، لا يتحقق إلا من تاريخ التسجيل أو « يتراخى إلى ما بعد التسجيل » كما تقول محكمة النقض ، وذلك بناء على إرادة المشرع نفسه بمقتضى قانون التسجيل لحكمة ارتأها .

ومن الالتزامات التى تترتب على عقد البيع العرفي قبل البائع التزامه بنقل الملكية إلى المشتري . فعليه أن يمكن المشتري (الأول) من التسجيل . ولذلك جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل « ... أما من صدر منه التصرف فليس عليه إلا أن يمتنع عن أى عمل يعرقل التسجيل » .

ولذلك يرى البعض « أن من أهم مظاهر هذا الالتزام هو عدم تعرض البائع للمشتري بنفسه والامتناع عن إجراء تصرفات من شأنها أن تعوق تسجيل المشتري الأول وإنتقال الملكية إليه . وإذن فإذا باع ثانية إلى شخص آخر فإن البيع الثانى يعد إخلالاً بالالتزام عقدي التزم به فى عقد البيع الأول ، أو بعبارة أخرى أن المالك الذى باع عقاره ليس له قانوناً بيعه ثانية إلى شخص آخر فقد انقضت حقه فى التصرف بموجب البيع وتعلق بالعقار والتصرف فيه حق للغير . أما كون القانون يرتب على التصرف الثانى نقل الملكية بالتسجيل فما ذلك إلا حكم يراد به حث المشتري الأول على التسجيل ومجازاته إذا أهمل ، وصون حقوق الناس الذين قد يتعاقدون مع المالك فى حالة عدم الإشهار ويسارعون بتسجيل عقودهم فالقانون المدنى يرتب على هذا التصرف غير الجائز قانوناً أثراً من حيث صلاحيته أساساً للتسجيل ونقل الملكية ... » (١).

(١) « وليس هذا بالغريب الشأن ، ففى القانون المدنى أمثلة من هذا القبيل . فمثلاً فى حالة الوارث الظاهر ، أى الذى يتقدم للميراث مع وجود وارث أولى منه لا يعرفه الناس ، غير أن تصرفات هذا الشخص فى أموال التركة بالبيع والهبة والإيجار ... إلخ تعتبر طبقاً للرأى السائد صحيحة وناقذة حتى قبل الوارث الحقيقى إذا ما عرف فيما بعد ولو أن الوارث الظاهر ليس له فى الواقع حق التصرف لوجود وارث يحجبه وسيان فى ذلك كان حسن -

والذى نراه هو أنه يجب التمييز بين مسألة سلطة التصرف وبين مسألة إنتقال الملكية فى العقار بالتسجيل . فمالك العقار قبل أن يبيعه له سلطات الملكية على عقاره وهى تمثل فى ذات الوقت مزايا الملكية التى منحها له المشرع ، ومن أهم هذه السلطات سلطة التصرف القانونى فى ملكه . فإذا قام ببيع عقاره فقد إستنفذ هذه السلطة وبما يستتبعها من إستنفاد السلطات الأخرى (الاستعمال والاستغلال) وبالتالى يمتنع عليه إجراء تصرف آخر على ذات العقار ، ولا يمكن منطقاً أو قانوناً أن تظل له هذه السلطة بسبب عدم تسجيل المشتري منه لعقد البيع . فسلطة التصرف قد إستنفدها ولا شأن لعدم التسجيل فى إبقاء هذه السلطة له . وبعبارة أخرى لا يمكن أن يؤثر فى إستنفاد هذه السلطة عدم إنتقال الملكية إلى المشتري لعدم إجراء التسجيل . فالتسجيل قد شرع لمصلحته فله إجرائه أو عدم إجرائه ولا يجوز أن يؤثر عدم التسجيل فى حقوق هذا المشتري ، وفى إنكار أمر قد حدث فعلاً وهو أن البائع قد تصرف وإستنفذ سلطته فى ذلك .

ومما يؤيد ما تقدم أنه قد ورد فى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى (ج ٤ ص ٤١٢) أن البائع يلتزم « بالامتناع عن التصرف فى العين تصرفاً يضر بالمشتري » وليس أبلغ فى تحقق هذا الإضرار من قيام البائع - بعد بيعه للعقار - ببيعه مرة ثانية لمشتري آخر مما يلحق أكبر الضرر بالمشتري الأول الذى لم يسجل عقده .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فقد أشرنا - وبالتفصيل - إلى أنه فى البيع العقارى غير المسجل يتعلق حق المشتري بالعقار المبيع ، وهذا التعليق يقتضى لزوماً منع البائع من التصرف ثانية فى العقار . وفى الفقه الإسلامى ، القاعدة « أن من تصرف فى عين تعلق بها حق لله تعالى أو لآدمى معين ، إن

- النية أو سبب النية . والحكمة فى ذلك هو حماية الجمهور العديد الذى يمكن أن يتعامل مع الوارث الظاهر . فتصرف هذا الوارث باطل فى الحقيقة لصوره من شخص ليس له حق التصرف ومع كل يجيزه القانون المدنى ويرتب عليه كل آثاره للحكمة التى ذكرناها ، مصطفى القللى فى مقاله عن « النصب بطريق التصرف فى عقار لو منقول » مجلة القانون والإقتصاد - ص ٨٤١ .

كان الحق مستقراً فيها بمطالبة من له الحق بحقه أو يأخذه بحقه لم ينفذ التصرف (١) .

وبناء على ذلك لا يجوز للبائع أن يتصرف ثانياً في العقار الذي باعه من قبل بعقد لم يسجل (٢) وإذا حدث منه ذلك ، عدّ مرتكباً لجريمة النصب المنصوص عليها في المادة ٢٣٦ عقوبات (٣) وذلك في حق المشتري الأول إذا بادر المشتري الثاني بتسجيل عقده ، وفي حق المشتري الثاني إذا باع له العقار وهو

(١) انظر القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب - القاعدة الثالثة والخمسون ص ٨٦ .

(٢) وقد سبق لنا أن أوردنا حكم محكمة الدنيا الشرعية في ١٩٢٧/٦/١ - المحاماة ص ٢٠ رقم ٢٤٢ ص ٦٩٦ والذي قضى بأن البيع ولو بعقد .. عرقى غير مسجل بل ولو شفاة ما دام مستوفياً لشروطه يخرج المبيع عن ملك البائع ويدخل العين في ملك المشتري . وانظر حكم الاستئناف المختلط ١٩٢٧/١/١٨ المحاماة ص ٨ رقم ٤٠٦ ص ٦١٤ . وانظر أيضاً في منع البائع من التصرف في العقار الذي باعه عرفياً ، إسكندرية الأهلية الابتدائية ١٩٢٧/١١/٢٧ المحاماة ص ٨ رقم ٢٣٩ ص ٥١٦ . وانظر عكس ذلك في نقض ١٩٢٥/١٢/١٢ المحاماة ص ١٦ رقم ٢٥٢ ص ٥٧٠ والذي قضى بأن : المتصرف إليه إلى وقت التسجيل ليس له سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها ، وفي تلك الفترة إذا تصرف المتصرف لشخص آخر فإنه يتصرف فيما يخصه ملكاً تاماً .

(٣) ومما هو جدير بالملاحظة أن قضاء المحاكم المختلطة كان يسير على مبدأ مناقض لمبدأ محكمة النقض المصرية حيث كان يذهب إلى أن التسجيل لا يطهر العقد المشوب بالتواطؤ ، ومن الأحكام الهامة التي ذهبت إلى ذلك نذكر حكم استئناف مختلط في ١٩٢٧/١٢/٢٨ م ٣١ ص ١٧٦ وحكم ١٩٢٩/١٢/١٩ م ٣١ ص ١٨٠ ، و ١٩٣٩/٣/٩ م ٣١ ص ١٧٦ و ١٩٤٠/٣/١٢ م ٣١ ص ١٧٥ و ١٨٧ ، ١٩٤٠/٣/١٢ م ٣١ ص ٢٩٢ رقم ٢١ والذي قرر المبادئ الآتية : ١- ولو أن قانون ١٩٢٣/٦/٢٣ قد نص على أن الملكية لا تنتقل حتى بين المتعاقدين إلا بالتسجيل ، فإن غرض الشارع إنما هو القضاء على المنازعات التي كانت قائمة قبل صدوره حول بحث سوء نية المشتري المسجل الثاني لمجرد علمه بالبيع الأول ، ذلك البحث الذي اضطربت بشأنه الأحكام والفقه . ٢- أن البيع الأول غير المسجل ولو أنه لا ينقل الملكية إلا أنه لم يتأثر في كيانه القانوني وفي أركانه الأساسية لإيقاع البيع بقانون التسجيل وكل ما تأثر به هو تأجيل نقل الملكية . ٣- إذا كان البيع الثاني المسجل نتيجة تواطؤ وتبليس (يقطع النظر عن مسوريته وجديته) بين البائع والمشتري المسجل عقده . فليس لهذا الأخير أن يحتج براء تسجيل العقد وبدفع بعدم وجود صفة للمشتري غير المسجل في رفع الدعوى . وذلك لأن التبليس والغش لا يمكن أن يترتب عليهما حق ، ولا يمكن أن يكون قانون التسجيل قد صدر حماية للغش والتبليس .

يعلم أن المشتري الأول على وشك تسجيل عقده قبل أن يدرك المشتري الثاني تسجيل عقده هو

ويلاحظ أن قضاء النقص السابق عرضه - وبرغم ما به من خروج على المنطق السليم - قد استمر إلى ما يقرب من الخمسين عاماً ، الأمر الذى أدى إلى إستفحال جرائم النصب التى يكون محورها التصرف الثانى والثالث على عقار لم يتم شهر عقود بيعه السابقة ، وذلك ارتكافاً إلى هذا القضاء الذى لا يعاقب البائع الذى يتصرف ثانية طالما لازالت الملكية على إسمه نزولاً على مقتضيات عدم التسجيل . ولكن لم يكن فى الإمكان أن يستمر هذا الوضع بعد ظهور نظام تمليك الوحدات السكنية . ويرغم أزمة الإسكان الطاحنة التى أمسكت برقاب العباد وكان من أثارها ظهور نتائج اجتماعية شاذة فى المجتمع المصرى لم نشهدها من قبل وأدت إلى زعزعة كيان الأسرة المصرية بل والأمن الاجتماعى والأمن المدنى فى مجتمعنا ، برغم هذا نجد من يدفع كل مدخراته الحالية والمستقبلية فى وحدة سكنية يشتريها بعقد بيع ابتدائى ، غالباً ما يتراخى تسجيله لعقبات كثيرة - ضحية لبائع يعيد التصرف فى هذه الوحدة السكنية بعقد مسجل يضيع بمقتضاء على المشتري الأول كل ما دفعه بل ويضيع مستقبله أيضاً . لم يكن فى الإمكان أن يستمر هذا الوضع نزولاً على مقتضيات نظام الشهر العقارى ، فصدر القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ متضمناً نص المادة ١/٨٢ والتى تقضى بأن « يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة شهور ، وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز ألفى جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من أجر مكاناً أو جزءاً منه ، أو باعه ، ولو بعقد غير مشهر ... وكان ذلك التاجير أو البيع .. على خلاف مقتضى عقد سابق ، ولو كان غير مشهر ، صادر منه أو من أحد شركائه أو نائبهم ، ويفترض علم هؤلاء بالعقد الصادر من أيهم » (١) .

(١) ورد فى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون تعليقاً على هذا النص « حرم المشروع واقعة تاجير المكان الواحد أو بيعه ... على خلاف مقتضى عقد سابق ، سواء كان المتعاقد هو المالك أو غيره ، وسواء كان العقد مشهراً أو غير مشهر ، وذلك سداً لكل أبواب التحايل مع إفتراض العلم بالعقد السابق فى حالات معينة » ، انظر النشرة التشريعية ٨٤ أغسطس ١٩٧٧ ص ٥٩ - ٤٠

فبمقتضى هذا النص لم يعد فى إمكان بائع الوحدة السكنية بعقد لم يشهر أن يبيعها ثانية حتى ولو بعقد عرفى كذلك وإلا عوقب بما إشتعل عليه النص من عقوبات . وبعبارة أخرى طالما أنه باع فى المرة الأولى فقد إستنفد سلطة التصرف فى العين ، فلا يجوز له أن يبيعها مرة ثانية ، ولا شأن للتسجيل فى كل ذلك .

ثم خطا المشرع خطوة أبعد من ذلك فأصدر القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨١ لتنص المادة ١/٢٢ منه على أن : يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها فى قانون العقوبات ، المالك الذى ... يؤجرها (أى الوحدة السكنية) لأكثر من مستأجر ، أو يبيعها لغير من تعاقد معه على شرائها ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً .

ومعنى هذا النص الجديد أن بائع الوحدة السكنية (والبيع هنا يعد بيعاً عقارىً واجب التسجيل) إذا ما صدر عنه عقد بيع عرفى (ابتدائى) لهذه الوحدة ، فلا يجوز له وقد استنفد سلطة التصرف فى تلك الوحدة ، أن يعيد بيعها مرة أخرى ولو بعقد عرفى ، وإذا حدث منه ذلك عدّ مرتكباً لجريمة النصب المنصوص عليها فى المادة ٢٣٦ من قانون العقوبات .

ومعنى ذلك - أيضاً - أن المشرع قد حسم أخيراً هذا الخلاف الذى نشب فى تفسير المادة ٢٣٦ عقوبات والتى قضت بعقاب كل من يتصرف فى عقار ليس مملوكاً له وليس له حق التصرف فيه ، وانتصر إلى التفسير المنطقى الذى يتمشى مع طبيعة عقد البيع العقارى غير المسجل .

بل لقد ذهب المشرع إلى أكثر ما كان متوقعاً عنه حيث قضى ببطالان عقد البيع الثانى حتى ولو كان هذا العقد مسجلاً .

وفى شأن هذا البطلان قضت محكمة النقض بأن : مفاد نص المادة ١٣٥ مدنى والمادة الأولى من الأمر العسكرى رقم ٤ لسنة ١٩٧٣ أن بيع المالك المكان أو جزء منه لمشتري ثان بعقد لاحق بعد سبق بيعه لمشتري آخر يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفة ذلك للنظام العام ، إذ أن مقتضى تحريم بيع المكان المبنى يرتب البطلان ، وهو ما اتجه إليه المشرع منذ أصدر الأمر العسكرى رقم ٤ لسنة ١٩٧٣ حتى صدور القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ثم القانون رقم ١٢٦ لسنة

١٩٨١ الذى نص فى المادة ٢٢ منه على أن يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها فى قانون العقوبات المالك الذى يبيع وحدة من المبنى لغير من تعاقد معه على شرائها ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً .

ولكن هذا التطور التشريعى الجديد هل يمتد ليشمل البيوع العقارية الأخرى - أى غير الواردة على الوحدات السكنية - لا نعتقد ذلك . ومع هذا فيمكن اعتبار هذا التطور التشريعى الجديد بمثابة توجيهاً لقضاء النقض فى سبيل طرح تفسيره للمادة ٢٣٦ عقوبات والأخذ بالتفسير الآخر الذى عرضنا له فى حينه .

١- دعوى صحة التعاقد :

من الثابت أن البيع غير المسجل (أو غير المقيد فى السجل العينى) لا ينقل الملك من البائع إلى المشتري حيث لا يتم هذا النقل إلا بالتسجيل أو القيد .

ولكن يرتب هذا البيع التزاماً على عاتق البائع باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل الملكية . وتتطلب هذه الإجراءات تدخل البائع حيث لا بد من إقراره بصدور البيع منه ، وأن يكون صحيحاً مصداقاً عليه . وللمشتري الحق فى مطالبة البائع - تنفيذاً لالتزامه - بأن يتخذ تلك الإجراءات التى تؤدى إلى تسجيل العقد وبالتالي إلى نقل الملكية .

ولكن قد ينكر البائع صدور البيع منه ، وقد يمتنع عن الذهاب إلى جهة الشهر للتصديق على توقيعه ، أو يمتنع عن إتخاذ إجراءات مطلوبة منه لإجراء هذا التسجيل ، هنا يجوز للمشتري أن يطلب تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية تنفيذاً عينياً وذلك عن طريق دعوى صحة التعاقد . ويطلق عليها فى العمل «دعوى صحة ونفاذ عقد البيع» ، وحيث يلجأ إليها المشتري للحصول على حكم بثبوت البيع يقوم مقام العقد الصالح للشهر ، وإذا صدر الحكم فى هذه الدعوى لصالح المشتري ، أصبح فى حوزته سنداً رسمياً (هو الحكم) متى قام بتسجيله ، إنتقلت إليه الملكية دون حاجة لتدخل من البائع .

وفى شأن دعوى صحة التعاقد ، نعرض أولاً للأساس القانونى الذى تستند إليه هذه الدعوى ، ثم نعرض بعد ذلك لأحكامها :

أولاً، الأساس القانوني الذي تستند إليه دعوى صحة التعاقد ،

من السهل أن نتبين الأساس القانوني الذي تستند إليه دعوى صحة التعاقد، وذلك في ظل التقنين المدني الحالي (١) حيث تقضى المادة ٢١٠ من هذا التقنين بأنه « في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » (٢).

وإذا كانت هذه المادة تضع المبدأ العام في التنفيذ العيني بالنسبة للالتزامات التي تسمح طبيعتها أن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العيني فيها (٣)، فإن المثل الذي كان يراود المشرع عند وضعه لهذا النص هو في تنفيذ التزام بائع العقار بنقل الملكية تنفيذاً عينياً . حيث ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما نصه « يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العيني أحياناً ، برغم ضرورة وفاء المدين نفسه بما التزم به . فإذا امتنع البائع مثلاً عن التصديق على إمضائه في عقد البيع ، فلم يتيسر التسجيل ، جاز للمشتري أن يستصدر حكماً بصحة التعاقد ، فيكون هذا الحكم بمنزلة العقد ، وتنتقل إليه ملكية

(١) أما في ظل التقنين المدني القديم فلا نجد مقابل لنص المادة ٢١٠ من التقنين المدني الجديد . ومع ذلك فالملاحظ أن أحكام القضاء في ظل التقنين القديم كانت تؤسس دعوى صحة التعاقد - غالباً - على الفقرة الثانية من المادة ١١٧ من التقنين المدني القديم والتي تقضى بأنه « ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل على الإذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بإزالة ما فعله مخالفاً لتعهدده مع إلزامه بالمصاريف وهذا وذلك مع مراعاة الإمكان بحسب الأحوال » .

(٢) ويلاحظ أن هذه المادة تقابل في المشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي المادة ٢٨٧ والتي كانت تقضى بأنه «١- في الإلتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ ، إذا سمحت طبيعة الإلتزام بذلك . ٢- ويكون الأمر كذلك بوجه خاص ، إذا كان المدين ملزماً أن يقوم بإجراء .. يقتضيه تنفيذ التصرف » وقد تم حذف الفقرة الثانية من هذا النص عند مناقشة المشروع في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وذلك « لأنها تتضمن حكماً تطبيقياً لا حاجة إلى أفراد نص خاص له » . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٩ - ٣١ .

(٣) ويلاحظ أن من تطبيقات هذا المبدأ ما نص عليه المشرع في المادة ١٠٢ من التقنين المدني الحالي بأنه « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد » .

فمن الثابت أن الملكية في العقار لا تنتقل إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع (٢) و يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري ... (المادة ٢٨٤ من القانون المدني) . فإذا قام البائع - وهو المدين بهذا الالتزام - بما يجب عليه من إجراءات لنقل الملكية أو الحق العيني بصفة عامة ، كان ذلك منه وفاءً اختيارياً ، وإلا جاز للدائن - المشتري - أن يلجأ إلى طلب الوفاء القهري ، ويتم ذلك تطبيقاً للمادة ٢١٠ المشار إليها بأن يطلب من المحكمة الحكم بثبوت التعاقد ، وعندئذ يقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه ، ويسجل الدائن هذا الحكم ، فتنتقل إليه الملكية التي التزم المدين (البائع) بنقلها إليه ، فيكون التزام المدين بذلك قد تم تنفيذه عينياً بالرغم منه (٣) .

(١) .. وكذلك إذا وعد شخص بإبرام عقد وامتنع عن الوفاء بوعده ، جاز للمحكمة أن تحدد له ميماً للتنفيذ ، فإذا لم يتم الوفاء في خلال هذا الميعاد ، حل حكم القضاء محل العقد المقصود إبرامه . فلي كل من هذين التطبيقين يقوم الحكم مقام التنفيذ العيني ، ويفنى عنه ... مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٢٩ و ٥٣٠ .

(٢) حيث نقض المادة ٢٠٤ من القانون المدني بأن الالتزام بنقل الملكية لو أتي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

(٣) أنظر : الوسيط للسنيهوري ج ٢ فقرة ٤٢٧ ص ٧٩٤ . سليمان مرقص في شرح القانون المدني - الالتزامات - ١٩٦٤ فقرة ٦٠٢ ص ٥٨٤ و فقرة ٦٠٣ ص ٥٨٧ . وأنظر من مؤلفات البيع ، السنيهوري في الوسيط ج ٤ الطبعة الثانية ١٩٨٦ فقرة ٢٧٤ ص ٦١٢ ، جميل الشرفاوي في شرح العقود المدنية - البيع والمقايضة - ١٩٧٥ ص ١٥٧ ، سليمان مرقص ومحمد علي إمام : عقد البيع في التقنين المدني الجديد ، ١٩٥٢ فقرة ١٦٦ ص ٢٦٤ ، عبد المنعم البدر في شرح عقد البيع في القانون المدني ، الطبعة الأولى ١٩٥٧ فقرة ٢٣٠ ص ٣٥٨ . وأنظر له الوجيز في عقد البيع ١٩٧٠ فقرة ١٤٠ ص ٢٣٠ ، إسماعيل غانم في الوجيز في عقد البيع ١٩٦٢ فقرة ١١١ ص ١٥١ ، محمد لبيب شنب ومجدى صبحى خليل في شرح أحكام عقد البيع ١٩٦٨ فقرة ٨٤ ص ١٢٨ ، أنور سلطان وجلال العدوي في الموجز في العقود المسماة - الجزء الأول - البيع - ١٩٦٤ فقرة ٢٨٥ ص ٢٠٦ ولهما أيضاً العقود المسماة - عقد البيع - ١٩٦٦ فقرة ٢٨٦ ص ٢٢٤ ، توفيق حسن فرج في عقد البيع والمقايضة ١٩٦٩ فقرة ١٢٣ ص ٢٠٦ ، محمد علي عمران في الوجيز في شرح عقدي البيع والتأمين فقرة ٨٦ ص ١٩٤ ، خميس خضر في عقد البيع في القانون المدني ١٩٧٢ فقرة ٨٥ ص ١٢٦ ، محمد ناجي ياقوت في العقود المسماة (البيع - الإيجار - المقارلة) ١٩٨٤/٨٢ =

= فقرة ٥٧ من ٦٤ ، عبد العزيز عامر في عقد البيع ١٩٦٧ فقرة ١٢٤ من ١٦٧ . أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى في شرح القانون المدنى - عقود البيع والحالة والمقايضة ١٩٥٤ الطبعة الثانية فقرة ٢٦٥ من ٢٦٥ ، سليمان مرقص في شرح القانون المدنى ٣- المجلد الأول - عقد البيع الطبعة الرابعة ١٩٨٠ فقرة ١٧٦ من ٣١٧ ، مصطفى الجمال في عقد البيع - على الآلة النسخة ١٩٨٠ فقرة ١١٠ من ٩٥ ، بهرام عطا الله في دعوى صحة التعاقد على البيع ١٩٨٢ من ٣٦٤ . هذا وقد صدر عن القضاء المصرى العديد من الأحكام التى ردت كون دعوى صحة التعاقد هى وسيلة لتنفيذ إلزام البائع تنفيذاً عينياً . ومن هذه الأحكام:

مصر الابتدائية الأهلية ١٩٢٥/٢/٤ المحاماة س٨ رقم ٢٨ من ٥٢ وحكمها فى ١٨/١٠/١٩٢٦ المحاماة س٧ رقم ٢٨٦ من ٥٧٨ ، طنطا الابتدائية ١٩٢٦/٤/٦ المحاماة س٦ رقم ٤٤٦ من ٧٣٤ ، بنى سويف الكلية ١٩٢٦/٥/١٣ المحاماة س٦ رقم ٤٩٦ من ٨٠٦ . اسكندرية الابتدائية الأهلية ١٩٢٦/١٠/١٦ المحاماة س٧ رقم ٥٢٥ من ٩٠٣ طنطا الابتدائية الأهلية ١٩٢٦/٢/٢٣ المحاماة س٨ رقم ٢٦ من ٧١ إسكندرية الابتدائية ١٩٢٧/١٠/٢٤ المحاماة س٨ رقم ١٦٤ من ٢٢٢ وحكمها فى ١٩٢٧/١١/٢٧ المحاماة س٨ رقم ٢٢٣ من ١٥٦ ، أسيوط الابتدائية ١٩٢٣/١٢/٢١ المجموعة الرسمية ٥-٨-١٩٠ ، دكرنس الجزئية ١٩٣٢/٢/٢٠ المحاماة س١٤ رقم ١٠٦ قسم ثان من ٢١١ ، إسنا الجزئية ١٩٣٠/٢/٢٢ المحاماة س١٢ رقم ٤٤ من ٨٩٢ ، فاقوس الجزئية ١٩٢٦/٢/٢٣ المحاماة س٧ رقم ١٦٦ من ٢٣٠ ، منفى لوط الجزئية ١٩٢٦/٦/١٧ المحاماة س٧ رقم ٣٢ من ٥٢ ، جرجا الجزئية ١٩٢٦/١٠/١٦ المحاماة س٧ رقم ١٠٢ من ١٤٤ ، استئناف مصر فى ١٩٣٠/٢/١٩ المحاماة س١١ رقم ١٤١ ، من ٦٥٤ ، استئناف مصر الأهلية ١٩٢٨/١٢/٢٥ المحاماة س٩ رقم ٥٠ من ٧٥ ، وحكمها فى ١٩٢٧/٥/١٢ المجموعة الرسمية س٢٨ من ٦١ ، استئناف أسيوط فى ١٩٣٥/١/١٣ المجموعة الرسمية س٣٦ من ٩٢ ، وحكمها فى ١٩٣٨/١/١٥ المجموعة الرسمية س٣٩ من ٨٧ ، مصر المختلطة ١٩٢٦/١/٢١ المحاماة س٦ رقم ٧٠٥ من ٨٢٥ . استئناف مختلط ١٩٢٩/٢/٥ فى المحاماة س٩ رقم ٥٥٢ من ١٠٢٠ ، وحكمها فى ١٩٢٦/١٢/٢١ فى المحاماة س٨ رقم ١٨٦ من ٢٣٨ ، و ١٩٣١/٢/٢٤ المحاماة س١٢ رقم ٢٧٧ من ٥٥٧ ، و ١٩٣٣/٢/٢٨ المحاماة س١٤ رقم ٢٧٨ قسم ثان من ٧٣٧ . و ١٩٣١/٢/١٠ المحاماة س١١ رقم ٥٥ من ١٠٨٩ .

وأنظر أحكام النقض الآتية :

نقض ١٩٣٥/٢/٢٣ المجموعة الرسمية س٤٠ من ١٨٥ ، ١٩٣٥/٦/٢٠ مجموعة القواعد ج١ رقم ٥٥ من ٣٥٣ ، ١٩٤٣/١/٢٣ المجموعة الرسمية س٤٢ من ١٩٣ ، ١٩٤٤/٤/٦ مجموعة القواعد ج١ رقم ٩٣ من ٦٣٧ ، ١٩٤٤/٤/٢٠ المرجع السابق رقم ٩٤ من ٦٢٧ ، ١٩٤٥/١/٣١ فى المجموعة الرسمية س٤٧ من ٤٠ ، ١٩٥١/٤/١٩ مجموعة القواعد ج١ رقم ١٩٢ من ٢٧٦ ، ١٩٥٨/٥/١٥ مجموعة النقض س٩ من ٤٩٤ ، نقض ١٩٦٦/٤/٢١ طعن ٢٨١ من ٣٢٢ ، ١٩٦٦/٥/٩ طعن ٢٩٠ من ٣٢٢ ، ١٩٦٨/١٢/٢١ طعن ٤٥٥ من ٤٣٤ ، ١٩٦٩/٤/٣ طعن ١٤٨ من ٣٥ ، ١٩٦٩/٦/٥ طعن ٣٣٨ من ٣٥ ، ١٩٧٥/٢/٢٥ طعن ١١ من ٤٠ ، ١٩٧٦/١٢/٢١ طعن ٣٦٩ من ٤٢٢ ، ١٩٧٩/١١/١٥ طعن ٨٨٠ من ٤٢٢ .

هذا هو الأساس القانوني الذي تستند إليه دعوى صحة التعاقد ، فهي ليست سوى إستخدام الدائن لحقه في الزام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً .
ومع ذلك فيرى البعض (١) أنه « بالإضافة إلى تأسيس دعوى صحة التعاقد على أنها دعوى تنفيذ عينية فإنه يمكن أيضاً اعتبارها « دعوى تعويض عينية » ، فقيام حكم المحكمة محل توقيع البائع المصدق عليه يعتبر خير تعويض للمشتري فما التزم به البائع يجب أن ينفذ عيناً ، وإذا لم يتم التنفيذ فلا مناص من تعويض المشتري . وخير تعويض في هذه الحالة هو التعويض العيني وإحلال حكم القاضى محل توقيع البائع وتسجيل الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد لنقل الملكية إلى المشتري » (٢).

والواقع أنه في مجال دعوى صحة التعاقد فإن الأمر لا زال متعلقاً بتنفيذ التزام المدين تنفيذاً عينياً ، وبالتالي فلا محل للكلام عن التعويض - عينياً كان أم نقدياً - إلا إذا استحال تنفيذ التزام المدين عيناً . وما يتوصل إليه المدين في

- ١٩٨٠/١/٣١ طعن ٤٥١ س ٤٨ ق ، ١٩٨١/١٢/١٠ طعن ٨٩٩ س ٤٣ ق ، ١٩٨١/١١/٢٦ طعن رقم ١٣٩٢ س ٤٨ ق ، ١٩٨٢/١٢/٢ طعن ٨٩٠ س ٤٨ ق ، ٨٤/٢/٢٣ طعن ١٠١٧ س ٤٩ ق ، ١٩٨٤/٣/١٣ طعن ٩٠٠ س ٥٠ ق ، ونقض ١٩٨٤/١٢/١٢ طعن ٢٢ س ٥١ ق .
(١) بهام عطا الله - المرجع السابق - ص ٣٦٥ و ٣٦٦ .

(٢) ويبدو أن هذا الرأي كان متأثراً بما ورد في بعض الأحكام . من ذلك مثلاً ما قضت به محكمة طنطا الابتدائية في ١٩٢٦/٤/٢٦ (الحاماة س ٦ رقم ٤٤٦ ص ٧٣٤) والذي قضى بأنه « يترتب على عقد البيع الصحيح غير المسجل إلزام البائع بعمل الإجراءات القانونية لتسجيله وتسليم المبيع للمشتري وضمان عدم المنازعة فيه كما يترتب عليه إلزام المشتري بدفع الثمن ، فإذا امتنع البائع عن القيام بعمل الإجراءات القانونية الموصلة للتسجيل ، كان للمحكمة أن تحكم عليه بالتعويضات وهذه التعويضات لا تكون دائمة مالية بل ويجوز أيضاً أن تكون عينية لأن القاضى ملزم بالحكم بالوفاء عيناً إلا إذا مس حكمه حرية البائع الشخصية . فإذا رفض البائع إتمام الإجراءات اللازمة لتمام البيع كان للمشتري الحق في مقاضاته للحصول على حكم يقوم مقام العقد المصدق عليه رسمياً ليستطيع بذلك تسجيله » . وأنظر أيضاً حكم إسكندرية الابتدائية الأهلية في ١٩٢٦/١٠/١٦ (الحاماة س ٧ رقم ١٥ ص ٩٠٢) والذي جاء فيه « أنه إذا امتنع البائع عن القيام بالتزاماته يحكم عليه بالتعويضات وهذه التعويضات كما أنها تكون مالية ، قد تكون عينية ، فيجوز للمشتري أن يطلب الحكم بالملكية ويقوم الحكم المصدق عليه رسمياً مقام العقد المسجل » .

دعوى صحة التعاقد ليس بتعويض وإنما هو تنفيذ لالتزام المدين . وعلى ذلك فمن الخطأ القول بتأسيس دعوى صحة التعاقد على أنها دعوى تعويض عينية (١) .

(١) كما أن للتعويض العيني مجال مختلف ، ولا يصر إليه إلا في أحوال مختلفة بعيدة كل البعد عن مجال التنفيذ العيني للالتزام . فقد قضت محكمة النقض بأن : التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل ، ولا يصر إلى عوضه أى التعويض النقدي إلا إذا إستحال التعويض عينياً ، فإذا رفع المضرور دعواه مطالباً بتعويض نقدي ، وعرض عليه المدعى التعويض عينياً - كرد الشيء المقتصب - وجب قبول ما عرضه ، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذ هي أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدي . وعلى ذلك فإذا إستولت جهة الإدارة على عقار دون إتخاذ إجراءات نزع الملكية ، فقاضاها المالك مطالباً بقيمة العقار ، وأهدت الإدارة أثناء سير الدعوى إستعدادها أن ترد الأرض المقتصبة ، وقضت المحكمة للمدعى بقيمة الأرض ودون أن تعتد بإستعداد المدعى عليها للرد ودون أن تنفى إستحالة الرد أو جدية الإستعداد له ، فإن حكمها يكون قد خالف القانون ، نقض ١٩٤٨/١٢/٢٦ مجموعة عمر ج ٥ رقم ٢٥٢ ص ٦٨٢ . ونضيف إلى ما تقدم أيضاً إلى أن البائع - في البيع العقاري غير المسجل ليس له أن يختار التنفيذ بطريق التعويض . فقد قضى بأنه : لا يجوز للبائع عند عدم تسجيل عقد البيع أن يختار بمحض رغبته الحق في إلزامه بالتعويض فقط ، دون إلزامه بتنفيذ البيع الصادر منه ، وإلا تهددت ، المعاملات بين الأفراد من جراء تعسف أحد المتعاقدين وتمسكه بإختيار طريق ضار بالعائد الآخر ، مصر المختلطة في ١٩٢٦/١/٢١ المحاماة س ٦ رقم ٥٠٧ ص ٨٢٥ . وانتظر عبد السلام دعوى في الوجه النقض التشريعي لقانون التسجيل الجديد ، المحاماة س ٧ ص ٤٢٩ حيث يقول : « إن الإلتزامات الشخصية للنوّه عنها بالمادة الأولى من قانون التسجيل ليست هي مجرد المطالبة بالتعويضات نظير عدم تمكين المشتري من التسجيل لعقد البيع ، إنما هي الإلتزامات الناشئة عن طبيعة العقد الخاص بالحق العيني العقاري ، وعلى ذلك يجوز المطالبة قضائياً بالحكم بصحة العقد في ذاته وهو غير مسجل ، وكل ذلك يرجع إلى أن الإلتزامات الناشئة عن طبيعة العقد إلتزامات مستقاة من نلس العقد ، بإعتبار أن البائع هو بائع ملزم بواجبات وله حقوق ، وبإعتبار أن المشتري يلتزم هو الأخير بواجبات وله حقوق بإعتباره مشترياً . وإن تسجيل العقد لا ينصرف إلا لنقل الملكية من حيث هي » . وانتظر أيضاً صليب سامي في « التسجيل وإشهار التصرفات العقارية » المحاماة س ٨ ص ٦٦٦ ، حلمي بهجت بدوى في تعليقات على الأحكام المدنية - أثر عقد البيع غير المسجل - القانون والإقتصاد السنة الثالثة ص ٧٢٨ حيث يقول : « إن حق المشتري لا يقتصر على التعويضات ولا يجوز أن يتخلص البائع من إلتزامه بأن يرد الثمن والتعويضات للمشتري » .

وإذا كانت دعوى صحة التعاقد تستند إلى التزام البائع بنقل الملكية وإمكانية تنفيذه عيناً ، فإنه ليبعدو غريباً ما قضت به محكمة النقض المصرية عن أحقية البائع - فى البيع العقارى غير المسجل - من رفع دعوى صحة التعاقد .

فقد قضت بأنه « لا يحدد القانون الدعاوى التى يجوز رفعها ، وإنما يشترط لقبول الدعوى أن يكون لصاحبها مصلحة قائمة يقرها القانون ، وتكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه . وإذا كان الطاعنان قد طلبا بدعواهما الحكم بصحة التعاقد عن عقد البيع الصادر منهما إلى المطعون عليه ، وتمسكا بقيام مصلحة لهما فى الحصول على الحكم ، لأن البيع تم وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ويجب تسجيله ، وأنهما لن يتمكننا قبل التسجيل من قيد حق الامتياز المقرر لهما على العين المباعة وأن تكليف الأطيان لا ينتقل إلى اسم المطعون عليه إلا بعد إتمام التسجيل مما يعرضهما لدفع الضرائب المستحقة على الأطيان ، وكان يبين من الحكم الابتدائى - الذى أيدته وأحال إلى أسبابه الحكم المطعون فيه - أنه قضى برفض دعوى الطاعنين إستناداً إلى أن البائع لا يملك رفع دعوى صحة البيع ، دون أن ينفى الحكم وجود مصلحة للطاعنين فى إقامة دعواهما ، فإنه يكون قد أخطأ فى القانون بما يوجب نقضه » (١) .

وقد استند البعض على هذا الحكم وإستنتاج « أن المشتري يلتزم أيضاً بالسير فى إجراءات نقل الملكية . إذ قد يقوم لدى البائع مصلحة فى أن تتم إجراءات التسجيل بحيث تنتقل الملكية إلى المشتري ، وهنا إذا امتنع المشتري أو تقاعس فقد يكون للبائع مصلحة فى أن يرفع دعوى صحة التعاقد فله ذلك طالما أن مصلحته مشروعة ، فدعوى صحة التعاقد متاحة للمشتري وللبيع على السواء » (٢) .

والواقع أنه لا يمكن التسليم بهذا القضاء ولا بتلك النتيجة التى رتبها عليه البعض وذلك إستناداً إلى ما يلى :

(١) أنظر نقض ١٩٧٦/٢/٢٦ طعن ٢٤٦ س ٤٠ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ص ١٢٢ .

(٢) بهام عطا الله - المرجع السابق - ص ١١٢ .

أولاً : أن التسجيل شرع لمصلحة المشتري ، وبالتالي فله أن يجريه أو يتقاعس عن إجرائه دون مسئولية عليه ، مع تحمله بكافة النتائج التي تترتب على عدم التسجيل .

ثانياً : أن دعوى صحة التعاقد إنما هي دعوى بطلب التنفيذ العيني للالتزام البائع ، ومعنى رفعها من البائع أن تكون دعوى تنفيذ للالتزام المشتري ، ولكن هل يلتزم المشتري هنا بأن يتخذ ما يلزم لنقل الملكية إلى نفسه ؟

ثالثاً : أن امتناع المشتري عن إجراء التسجيل باعتباره حقاً له ، لا يجب أن يؤثر في أن هذا المشتري يجب ألا يكون في ذلك متعسفاً في استعمال حقه وإلا جاز للبائع مقاضاته طبقاً لقواعد التعسف ، وليس برفع دعوى صحة التعاقد .

رابعاً : أنه إذا ثبت تعسف المشتري في إجراء التسجيل فللبائع أن يرفع دعواه عليه لإلزامه بإتمام التسجيل باعتبار ذلك هو الجزاء على التعسف ، ولا تكون الدعوى في هذه الحالة دعوى صحة تعاقد .

خامساً : ومما يؤكد صحة ما تقدم أن حكم النقض المشار إليه لم يذكر صراحة وبشكل قاطع أن من حق البائع رفع دعوى صحة التعاقد ، وإنما كل ما قاله هو أن القانون لم يحدد الدعاوى التي يجوز رفعها وإنما تقبل أى دعوى تسندها مصلحة ، وأعطى مثلاً لهذه المصلحة ، من الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى أن يضيع دليلاً عند النزاع فيه . ومعنى هذا أن للبائع أن يطلب إلزام المشتري بالتسجيل لدفع هذا الضرر المحقق ، ومثل هذه الدعوى لا نعتقد أنها تدخل ضمن دعاوى صحة التعاقد .

نخلص مما تقدم أن دعوى صحة التعاقد تقوم على التزام نشأ عن عقد البيع العقاري .

ثانياً ، أحكام دعوى صحة التعاقد ،

يراعى : أن الدعوى بصحة ونفاذ العقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام مقام العقد المسجل في نقل الملكية ، وهذا يقتضى أن يفصل القاضى في أمر صحة البيع ويتحقق من إستيفائه للشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ثم يفصل في أمر إمتناع البائع عن

كما يجب أن تتحقق المحكمة من نشوء الالتزام بدفع الثمن والوفاء فعلاً بهذا الالتزام . فمتى كان الثابت أن المشتري دفع جزءاً من ثمن المبيع عند تحرير عقد البيع واتفق على سداد الباقي عند تحرير العقد النهائي وأن البائع تمسك أمام محكمة الموضوع بأن المشتري لم يوف بكامل الثمن المستحق في ذمته ، فإن الحكم يكون قد خالف القانون إذ قضى بصحة ونفاذ العقد دون أن

(١) قضى بأن : الدعوى بصحة ونفاذ العقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام مقام العقد المسجل في نقل الملكية وهذا يقتضى أن يفصل القاضي في أمر صحة البيع من إستيفائه للشروط اللازمة لإنعقاده وصحته ثم يفصل في أمر إمتناع البائع عن تنفيذ إلتزاماته ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لأن يثار فيها كل أسباب البطلان ، إذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد ، وعلى ذلك فإنه إذا فات الخصم إبداء سبب من هذه الأسباب كان في إستطاعته إبدائه في تلك الدعوى ثم حكم بصحة العقد ونفاذه ، فإن هذا الحكم يكون مانعاً لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد إستناداً إلى هذا السبب ، ولا يصح قياس هذه الحالة على صورة رفع دعوى بطلب بطلان عقد بسبب من أسباب البطلان ، إذ في هذه الصورة تنحصر وظيفة المحكمة في بحث هذا السبب وحده فترفضه أو تقبله ، وهي حين تنتهي إلى رفضه يقتصر قضائها على هذا الرفض ولا يتعدى ذلك إلى القضاء بصحة العقد . ومن ثم فإن حكمها برفض هذا السبب لا يمنع الخصوم من رفع دعوى جديدة بطلب بطلان ذات العقد لسبب آخر من أسباب البطلان . إما في دعوى صحة ونفاذ العقد فالأمر مختلف إذ المحكمة لا تقف عند رفض أسباب البطلان الموجهة إلى العقد بل أنها تجاوز ذلك إلى البحث في صحة العقد ولا تقضى بصحته ونفاذه إلا إذا تحقق لها من الأوراق المقدمة إليها أن التصرف الذي يتناوله العقد صحيح ونافذ ، نقض ١٩٦٦/٤/٢١ مجموعة أحكام النقض . ٢٠ - ٨٩٩ - ١٢٢ وقضى بأنه : يجوز التدخل في دعوى صحة التعاقد لمن يدعون أنهم مالكون للأطيان المبيعة حيث أن تدخلهم يعد تدخلاً إختصاصياً يطلب به المتدخلون حقاً ذاتياً لأنفسهم ويوجب على المحكمة المنظورة أمامها الدعوى قبول تدخلهم بإعتباره مرتبطاً بالدعوى الأصلية ، ويتعين عليها ألا تحكم بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه بعد الفصل في موضوع طلبهم وذلك بإعتبار أن هذا البحث هو مما يدخل في صميم الدعوى المطروحة عليها وعلى أساس أن الحكم الذي تصدره المحكمة بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة يتوقف على التحقق من عدم سلامة إدعاء المتدخلين ، نقض ١٩٧٠/٢/٣ المجموعة ٢١-٢٢١-٣٥ .

يقيم الدليل على وفاء المشتري بكامل الثمن .. (١) .

كما يجب التحقق من نشوء الالتزام بنقل الملكية على عاتق البائع وكون هذا الالتزام مستحق الأداء لا يعطله أى دفع من الدفع (٢) .

كما يجب التحقق من إمكانية تنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً جبرياً . وبناءً على ذلك يجوز فى دعوى صحة التعاقد إبداء الدفع من البائع لكى يتوصل إلى عدم إمكانية تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، فله أن يدفع بالصورية وبالبطلان لانعدام الرضا أو لعدم مشروعية المحل أو السبب ، أو بالإبطال لعيب فى الرضا أو لنقص فى الأهلية . كما يجوز للبائع أن يدفع هذه الدعوى بدعوى فرعية بفسخ البيع لعدم وفاء المشتري بالتزاماته (٣) .

(١) قضى بأنه : متى كان الثابت أن المشتري دفع جزءاً من ثمن المبيع عند تحرير عقد البيع وإتفق على سداد الباقي عند تحرير العقد النهائي وأن البائع تمسك أمام محكمة الموضوع بأن المشتري لم يوف بكامل الثمن المستحق فى ذمته ، فإن الحكم يكون قد خالف القانون إذا قضى بصحة ونفاذ العقد دون أن يقيم الدليل على وفاء المشتري بكامل الثمن ، كما أنه يكون قد عاره قصور فى التسبيب إذ لم يرد على دفاع البائع فى هذا الخصوص : نقض ١٩٥٧/٤/٢٥ المجموعة ٨-٥٤١-٤٧ ، وانظر أيضاً نقض ١٩٥٧/١١/١٤ المجموعة ٨-٨٧-٧٨٩ ، نقض ١٩٦١/٤/٢٠ المجموعة ١٢-٣٧٦-٥١ ، وقضى بأن الحكم برفض دعوى صحة التعاقد لعدم قيام المشتري بالتزاماته بدفع كامل الثمن لا يمنع المشتري من العودة إلى دعوى صحة التعاقد إذا قام بإيفاء البائع باقى الثمن . نقض ١٩٦٥/١١/٤ المجموعة ١٦-٩٧٣-١٥٤ . ولكن إذا حكم نهائياً بصحة العقد دون الفصل فى أمر الباقي من الثمن فإن هذا لا يمنع البائع من المطالبة به أو طلب فسخ العقد بدعوى جديدة ، إذ تختلف دعوى صحة العقد عن دعوى النسخ سبباً وموضوعاً . نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ المجموعة ٢١-٣٦٤-٥٠ .

(٢) قضى بأنه : ما دامت محكمة الموضوع قد سجلت على المشتري بحق أنه عجز عن إثبات وفائه بالثمن بما يثبت به قانوناً ، فإنه لا يجوز له أن يطلب إجبار البائع على تنفيذ التزاماته التى من شأنها نقل الملكية عن طريق دعوى صحة التعاقد أو صحة ونفاذ العقد لأن من حق البائع أن يحبس إلتزامه حتى يقوم المشتري بتنفيذ ما حل من إلتزاماته : نقض ١٩٦٧/٣/٣٠ المجموعة ١٨-٧٤٤-١١٤ . وانظر نقض ١٩٤٧/٥/٨ مجموعة القواعد ٥ من ٤٣٤ ، نقض ١٩٥١/٣/٢٢ المجموعة ٢-٤٤٤-٨٢ ، نقض ١٩٧١/٣/١٨ المجموعة ٢٢-٣٤٧-٥٥ .

(٣) نقض ١٩٤٧/٥/٨ مجموعة القواعد ٥-٣٤٤-١٩٩ . وإذا صدر الحكم بصحة التعاقد وأصبح نهائياً امتنعت المنازعة فى البيع بأى وجه من وجه المنازعة ، راجع نقض ١٩٧٥/٥/٨ المجموعة ٢٦-٩٤٩-١٨٢ . وقضى بأن الغرض من دعوى صحة التعاقد هو -

ولا يتحقق شرط إمكانية تنفيذ الالتزام بنقل الملكية تنفيذاً عينياً ، إذا كان هذا الالتزام مستحيلاً تنفيذه منذ نشأته ، ويحدث هذا فى بيع ملك الغير أو فى بيع شيء غير قابل التعامل فيه

وينبغى أن يراعى أن المحكمة لا يمكنها أن تقضى بصحة ونفاذ عقد البيع العقارى لصالح المشتري إلا إذا كانت ملكية المبيع ثابتة للبائع ، وأنه لم يصدر منه أى تصرف مسجل ناقل لهذه الملكية إلى شخص آخر . فإذا ثبت أن البائع لم تنتقل إليه الملكية حتى تاريخ الفصل فى الدعوى ، إمتنع على المحكمة أن تقضى بصحة ونفاذ البيع لصالح المشتري (١) .

وقد يكون هذا الشرط متحققاً فعلاً وقت رفع الدعوى ، ويريد البائع أن يفوت على المشتري فرصة الحصول على هذا الحكم – فيبادر إلى التصرف فى المبيع تصرفاً مسجلاً – وعندئذ يمتنع على المحكمة إجابة المشتري إلى طلبه ويقتصر حقه على محض طلب التعويض .

- إجبار البائع على تنفيذ إلتزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً . فإذا كان هذا التنفيذ أصبح غير ممكن لوروده على شيء غير قابل للتعامل فيه ، فإن طلب صحة ونفاذ عقد البيع يكون متعين الرفض . نقض ١٩٦٨/١١/٢١ للمجموعة ١٩-١٣٩٨-٢١١٠ .

(١) قضى بأن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى إستحقاق مالا يقصد بها تنفيذ إلتزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه . نقض ١٩٧٤/١٠/١٥ للمجموعة ٢٥-١١٢٥-١٩٠ . نقض ١٩٧٥/٢/٢٥ فى المجموعة ٢٦-٤٧٨-٩٧ . وفى حالة التدخل الإختصاصى فى دعوى صحة التعاقد يتعين على المحكمة ألا تحكم بصحة التعاقد إلا بعد الفصل فى طلب المتدخلين وذلك على أساس أن الحكم الذى تصدره المحكمة بصحة التعاقد أو بإلغائه الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة يتوقف على التحقق من عدم سلامة إدعاء المتدخلين . نقض ١٩٧٠/٢/٣ للمجموعة ٢١-٢٢١-٣٥ ، نقض ١٩٧٥/٢/١٢ للمجموعة ٢٦-٣٦٤-٧٧ . نقض ١٩٧٣/١٢/١٠ للمجموعة ٢٤-١٣٣٦-٢٢٩ . وقضى بأن المشتري أن يختصم بائع بائع للحكم فى مواجهته فى دعوى صحة التعاقد ، فإذا أنكر بائع البائع صدور العقد المقول بصدوره منه إلى البائع وجب إعتبار النزاع الخاص بالعقد الصادر بين البائع وبائع البائع مطروحاً على المحكمة لتفصل فيه . نقض ١٩٧٢/١١/١٦ للمجموعة ٢٣-١٢٥٠-١٩٧ . وأنظر نقض ١٩٦٦/٥/١٩ للمجموعة ١٧-١١٩٦-١٦٤ ، نقض ١٩٦٩/٤/٨ للمجموعة ٢٠-٥٧١-٩٣ ، نقض ١٩٦٩/٦/٥ للمجموعة ٢٠-٨٨٦-١٤٠ .

ولذلك تبدو خطورة هذا الموقف ، ولكن بإمكان المشتري رافع الدعوى أن يتفادى هذا الخطر بالمبادرة بتسجيل صحيفة دعواه ، حتى إذا تحصل على الحكم ، قام بالتأشير به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فيتمكن بذلك من الاحتجاج بحكمه على كل من تلقى حقاً من البائع بعد إجراء تسجيل تلك الصحيفة .

فتتقضى المادة ١٥ من قانون تنظيم الشهر العقاري بأنه « يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطاعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى .

ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية .

وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة » .

وتتقضى المادة ١٦ من ذات القانون بأن « يؤشر بمنطوق الحكم النهائي في الدعاوى المبينة بالمادة السابقة في ذيل التأشير بالدعوى أو في هامش تسجيلها . ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عقب تسجيل هذه الأحكام » (١) .

أما في ظل قانون السجل العيني فيلاحظ أن المادة ٣٢ من هذا القانون تقضى بأن « الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير في بيانات

(١) اعتبرت محكمة النقض - على ضوء ما كان يجرى عليه العمل فعلاً قبل صدور قانون تنظيم الشهر العقاري - دعوى صحة التعاقد هذه ، دعوى إستحقاق مآلاً ، واخضعتها للشهر كدعاوى الإستحقاق التي كانت واجبة التسجيل طبقاً لقانون التسجيل . ثم جاء قانون تنظيم الشهر العقاري ليقتن هذا القضاء ويقضى بتسجيل دعاوى التعاقد على حقوق عينية عقارية .

السجل العيني ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير
فى السجل بمضمون هذه الطلبات » .

وتعليقاً على هذه المادة قررت المذكرة الإيضاحية أنها تقابل الفقرة الثانية
من المادة ١٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى . ثم قررت أنه « وتأسيساً على
مبدأ اشتراط الرسمية للقيد فى السجل العيني المشار إليه فى المادة ٢٩ يقتضى
عدم قبول دعاوى صحة التعاقد » .

وبناء على ما تقدم يتحدد نطاق الدعاوى التى يجب التعليق بها فى السجل
العيني .

فقد إستبعد المشرع من نطاق الدعاوى التى يجب التعليق بها ، دعاوى
الطعن فى الحقوق المقيدة فى السجل العيني التى تقابل ما نصت عليه الفقرة
الأولى من المادة ١٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى .

ويشمل إصطلاح الدعاوى فى المادة ٢٢ من قانون السجل العيني ، دعاوى
الاستحقاق ودعوى الإقرار بالحق العيني ودعوى الإنكار للحق العيني . ويجب
أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العيني بما يقتضيه
مضمون هذه الطلبات ، والتعليق فى السجل بهذه الطلبات بما فيها طلب إجراء
التغيير فى بيانات السجل .

كما تشمل هذه الدعاوى ، الدعاوى التى ترفع بصحة أو نفاذ تصرف من
التصرفات التى يجب قيدها فى السجل العيني طبقاً للمواد ٢٦ و ٢٧ و ٢٩ من
قانون السجل العيني . حيث أن الأحكام التى تصدر فى هذه الدعاوى هى أحكام
واجبة القيد بصريح نصوص المواد المذكورة ، مما يجعل التعليق بصحف
الدعاوى الخاصة بها أمراً ضرورياً يتفق مع الحكمة من إجراء التعليق . ذلك أن
أمد التقاضى قد يطول ، الأمر الذى قد يؤدى إلى التصرف فى الحقوق التى
رفعت بشأنها هذه الدعاوى قبل صدور الأحكام فيها وقيدها فى السجل العيني ،
مما يقتضى إعلام الكافة بإحتمال صدور أحكام فى هذه الدعاوى لصالح المدعين
وبذلك يمكن أن ينسحب أثر قيد الحكم إلى تاريخ التعليق بالدعاوى .

وفى شأن تقادم دعوى صحة التعاقد قضت محكمة النقض بأن « من
أحكام عقد البيع المقررة بالمادتين ٢٢٦ و ٣٠٠ من القانون المدنى القديم والمادة

٤٣٩ من القانون المدنى الجديد التزام البائع بضمان عدم منازعة المشتري فى البيع ، فيمتنع عليه أبداً التعرض للمشتري ، وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب العقد إلا إذا توافرت لديهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وإذن فمتى كانت الطاعة قد أقامت الدعوى بطلب إثبات صحة التعاقد للبيع الصادر إليها من مورث المطعون عليهم مع إلزامهم بتسليم الأطنان المبيعة ، وكان دفاع المطعون عليهم بسقوط حق الطاعة لعودها عن رفع دعواها أكثر من خمس عشرة سنة بعد تاريخ صدور العقد هو من قبيل المنازعة الممتنعة عليهم قانوناً بمقتضى الزام القانون مورثهم بالضمان السالف الذكر ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضائه برفض دعوى الطاعة إستناداً إلى هذا الدفع يكون قد خالف القانون ، (١) .

ويتبين من هذا القضاء أن أساس التزام البائع وورثته فى عدم التمسك بالتقادم هو أن ذلك كان نتيجة وجود التزام يقع على عاتق البائع بمنع التعرض للمشتري . هذا الالتزام هو المنصوص عليه فى المادة ٤٣٩ من التقنين المدنى (٢) . وقد إستقر قضاء النقض على أن عقد البيع غير المسجل ينشئ التزاماً يقع على عاتق البائع (وورثته) بعدم التعرض للمشتري ، فعقد البيع سواء كان مسجلاً أو غير مسجل يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة .. وأما عدم تسجيل المشتري عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حق الضمان ... ، (٣) .

(١) نقض ١٩٥٤/٣/٤ طعن ٦٤ س٢١ ق ، وانظر فى ذات المعنى ، نقض ١٩٦٣/٣/٢١ طعن ٢٦١ س٢٨ ق ، نقض ١٩٦٣/٣/٢٨ طعن ٢٨ س٢٨ ق ، نقض ١٩٦٦/١/١٢ طعن ٢٢٠ س٣١ ق ، نقض ١٩٦٩/١/١٦ طعن ٥٧٥ س٤ ق وانظر نقض ١٩٨٥/١/٢٤ طعن ١٢٩٦ س٥١ ق و ١٩٨٥/١٢/١٢ طعن ٥٤٧ س٥٢ ق و ١٩٩٠/١/٢٥ طعن ١٧٢٩ س٥٧ ق .

(٢) فمن وجب عليه الضمان إمتنع عليه التعرض .

Quem de evictione tenet actio , eundem " agentem repelit exception " .

(٣) نقض ١٩٣٦/٢/٢٠ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٨٧ ص ٥٢٩ وانظر أيضاً نقض ١٩٧٠/٤/١٦ طعن ١٠ س٣٦ ق . وقد قضى بأن : للبائع بمقدد لم يشهر الحق فى طلب تثبيت ملكيته إلى العقار المبيع ضد من ينازعه فيما عدا المشتري الذى يلتزم البائع بعدم -

والواقع أننا نرى أن السبب في عدم جواز دفع البائع دعوى صحة التعاقد بالتقادم المسقط إنما يرجع إلى الالتزامات التي فرضتها عليه المادة ٤٢٨ من التقنين المدني ، فقد رأينا أنه يلتزم - إيجاباً - بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري ، وسلبياً ، بالكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل هذا الحق مستحيلاً أو عسيراً . وأن هذه الالتزامات إنما هي التزامات مقررة لمصلحة المشتري . ولا شك أنه مما يتعارض مع هذه الالتزامات أن يسمح للبائع بدفع دعوى صحة التعاقد بالتقادم المسقط . بل ويمكن أن نرد التزام البائع بمنع التعرض إلى هذه الالتزامات المنصوص عليها في المادة ٤٢٨ من التقنين المدني . ولكن يحق التساؤل عما إذا كانت الالتزامات المقررة بالمادة ٤٢٨ سالفه البيان لا يرد عليها التقادم المسقط ؟

الواقع أنه برغم استقرار الفقه والقضاء على أن الالتزام بعدم التعرض هو التزام أبدى (١) وأن محكمة النقض المصرية ترجع عدم إمكانية تمسك البائع

= التعرض له بمقتضى الضمان الذى يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مشهراً . نقض ١٩٥٨/١٢/١٨ المجموعة س ٩ ص ٧٧٦ ، وانظر أيضاً نقض ١٩٣٦/٢/١٢ المحاماة س ١٦ رقم ٢٩٥ ص ٨٦١ . وانظر حكم طنطا الكلية فى ١١/١/١٩٣٤ للمحاماة س ١٥ رقم ٨٩ قسم ثان ص ١٨٨ والذى قضى بأن : البائع وهو ضامن قانوناً عدم تعرض الغير للمشتري ليس له أن يتعرض له بنفسه من باب أولى ، وينتقل هذا التحريم إلى ورثة البائع لأنهم مطالبون بجميع الإلتزامات التى على مورثهم ، وهو يسرى حتى ولو كانوا قد وضعوا اليد على الشيء المبيع مدة تزيد عن خمسة عشر عاماً بنية التملك بعد صدور البيع . وانظر نقض ١٩٧٠/٤/١٦ طعن ١٠ س ٣٦ ق ، نقض ١٩٥٩/١٢/١٧ مجموعة النقض س ١٠ ص ٨١٠ ، نقض ١٩٢٦/٦/٤ المحاماة س ١٧ رقم ١٣٩ ص ٢٧٩ والذى قضى بأنه : ليس لبائع لعدم التسجيل للعقد وتراخت الملكية بسببه أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشتري لأن من يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعى لنفسه ، وانظر فى ذات المعنى نقض ١٩٣٢/١٢/٢٢ طعن رقم ٥٢ س ٢ ق ، نقض ١٩٦٦/٢/١ مجموعة س ١٧ رقم ٢٠٥ ص ٢٧ وراجع أيضاً نقض ١٩٦١/١/١٦ المشار إليه من قبل وإيضاً نقض ١٩٤٦/٤/١١ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٧٥ ص ٣٥٧ .

(١) إنسيكلوبيدى بالوز ، طبعة ثانية ، ج ٥ لفظ بيع فقرة ٢٢٧ . وانظر نقض فرنسى ١٩١٢/٥/١٣ بالوز ١٣-١٤ - وسبويه ١٤-١٥-٢٠٩ وتعليق أبيير ، أورليانز ١٩٥٥/١٠/٢٥ بالوز ١٩٥٦ الأحكام المختصرة ٢١٤ . وانظر نقض مصرى ١٩٦٣/٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض س ١٤ رقم ٦٢ ص ٣٦٨ ، و ١٩٦٣/٢/٢١ المرجع السابق رقم ٥٦ ص ٣٥٥ .

بالتقادم المسقط لدفع دعوى صحة التعاقد إلى هذا الالتزام الأبدى ، فيعد الأمر إذن سهلاً ميسوراً ، إلا أننا سنبحث برغم ذلك عن سبب آخر لعدم سقوط الالتزامات المقررة في المادة ٤٢٨ مدنى

لقد ثار الخلاف فى الفقه حول ما إذا كان التقادم يسقط الدعوى دون الحق .
أم أنه يسقطهما معاً .

فيذهب الرأى السائد^(١) إلى أن التقادم يسقط الدعوى والحق معاً ، فليست الدعوى سوى الحق ، ولا يوجد حق بدون دعوى ، كما لا توجد دعوى بدون حق ، وأن موضوع الدعوى هو نفسه موضوع الحق ، وتشارك الدعوى الحق فى خصائصه ومصيره فتكون مثله عينية أو شخصية ، عقارية أو منقولة .

بينما يذهب رأى آخر إلى أنه يجب عدم الخلط بين الدعوى والحق حيث يختلفان من حيث العناصر والسبب وشروط الاستعمال والآثار . وهذا يصدق على السواء عند من يعتبرون الدعوى وسيلة قانونية أو حقاً خاصاً^(٢) .

وتتميز الدعوى عن الحق بسببها ، فسبب الحق (أى مصدره) هو العمل القانونى أو الواقعة القانونية اللذين ينشئان الالتزام ، والحق بالتالى . أما الدعوى فسببها على العكس من ذلك ، نزاع بين المدعى والمدعى عليه حول وجود الحق . فالدعوى لا تنشأ إلا من واقعة إنكار الحق أو الاعتداء عليه^(٣) .

وتتميز الدعوى عن الحق من حيث موضوعها ، فموضوع الدعوى متغير ،

(١) انظر بيدان ولاجارد ج ٩ فقرة ١٠٨٨ ، استئناف مصر ١/١/١٩٣١ المجموعة الرسمية س ٢٢ رقم ١٩٢ ص ٢٩٦ . السنهورى ج ٢ فقرة ٦٧٤ ص ١١٦٨ .

(٢) « فإذا اعتبرنا الدعوى وسيلة قانونية لم يكن لنا أن نخلط بينها وبين الحق . إذا لم يذهب أحد إلى أن الحجز مثلاً أو الحق فى العبس - وهما من الوسائل القانونية - يختلفان بالحق الذى يحميان . فلماذا لا نقرر نفس الحقيقة بالنسبة للدعوى وهى ليست سوى وسيلة قانونية . وإذا اعتبرنا الدعوى فى ذاتها حقاً ، كانت حقاً خاصاً ، هذا الحق هو الحق فى طلب الحماية القضائية وطلب معونة السلطات العامة للعمل على إحترام الحق الذى يهدده خطراً أو يقع عليه إعتداء » . عهد المنعم الهدراوى « أثر مضى المدة فى الإلتزام » رسالة دكتوراه من جامعة فؤاد الأول . على الألة النسخة رقم ١٨ ص ١٩١ ، ويلاحظ أننا لم نرجع إلى النسخة المطبوعة من هذه الرسالة القيمة لتعذر الحصول عليها

(٣) عهد المنعم الهدراوى - المرجع السابق . ص ١٩٢ فقرة ١٨

ويختلف باختلاف الأحوال إذ قد يكون الزام المدعى عليه بالقيام بأمر معين أو الامتناع عن عمل ما ، وقد يكون هو الاعتراف بحالة واقعة (كدعوى تقرير الحق) وقد يكون موضوع الدعوى أيضاً إجراءً وقتياً أو تحفظياً ، بل قد يكون موضوعها إنشاء مركز قانونى جديد . فحق الملكية مثلاً ، يجب عدم خلطه بدعوى الاستحقاق ، إذ أن هذه الدعوى لا تنشأ إلا إذا أنكر هذا الحق ، أو وقع عليه اعتداء ، وبالنسبة للالتزام بالامتناع يكون موضوع الدعوى الناشئة بسبب الخروج على هذا الالتزام مغايراً بالطبع لموضوع الالتزام نفسه ، إذ الغالب أن يكون موضوع الدعوى فى هذه الحالة هو تعويض الضرر الواقع نتيجة لمخالفة الالتزام (١) .

وتتميز الدعوى عن الحق كذلك من حيث آثارها ، فالدعوى تضيف شيئاً إلى الحق ، فهى تضيف إليه عنصراً جديداً لم يكن يتضمنه من قبل . فبواسطة الحكم تمكن الدعوى للدائن من الحصول على الأمر الذى يحق له إقتضاؤه من المدين الذى يرفض هذا الأخير أدائه . أما هذا العنصر الجديد فيظهر على وجه الخصوص فى الحالات التى يكون فيها تدخل السلطة القضائية لازماً لتحديد حق الدائن كما هو الحال بالنسبة للفعل الضار (٢) .

وبعد أن ميز الرأى السابق بين الحق والدعوى على هذا النحو ، ذهب إلى اعتبار التقادم سبباً لسقوط الدعوى دون الحق ذاته ، فمتى تم التقادم سقطت الدعوى ولم يكن للدائن بعد ذلك أن يلجأ إلى طلب الحماية القانونية . ولكن الحق يبقى وإن كان بلا دعوى ، فتقادم الدعوى لا يؤثر إذن على الحق ، مادامت الدعوى مستقلة عن الحق . ولا يجب أن تدهشنا هذه النتيجة مادام أن القانون

(١) المرجع السابق فقرة ١٩ ص ١٩٢ ، وينتج مما تقدم أن الحق الواحد قد ينشأ عنه أكثر من دعوى .. فالمالك مثلاً يوجد تحت تصرفه عدة دعاوى . فهو يستعمل أحياناً دعوى الاستحقاق ، وفى أحيان أخرى يستعمل دعوى الإنكار وفى أحوال دعوى شخصية بتعويض الضرر . وفى العقود الملزمة للطرفين ، إذا لم يتم أحد الطرفين بتنفيذ إلتزامه استطاع الطرف الآخر إستعمال دعوى الفسخ أو دعوى التنفيذ العينية ، المرجع السابق فقرة ٢٠ ص ١٩٢ .

(٢) المرجع السابق فقرة ٢١ ص ١٩٤ و ١٩٥ .

الوضعي يسلم بوجود حقوق غير محمية بدعوى . والواقع أن الدعوى هي من الوسائل القاء رنية التي ينظمها المجتمع لحماية الحق ، ولذلك فليست عنصراً في الحق ذاته ، والمشرع له الحرية في تنظيم هذه الوسائل التي يقررها حماية للحقوق ، وله - بمقتضى هذه الحرية - أن يضع أجلاً لاستعمال هذه الوسائل . فإذا فات هذا الأجل قفل باب القضاء أمام صاحب الحق ، وأصبح تنفيذ حقه متروكاً لإرادة المدين وحدها (١).

ولا شك أن الرأي الأخير يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية الفراء ، فالقاعدة في الفقه الإسلامي أن سكوت رب الدين عن المطالبة بدينه مهما طال أمده لا يسقط حقه ولا يبرئ ذمة المدين ، وإنما يسقط الحق وتبرأ ذمة الغريم بالوفاء بطريق من طرقه المختلفة ، فقد ورد في الحديث الشريف : لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم (٢).

(١) المرجع السابق فقرة ٢٢ ص ١٩٦ و فقرة ٣٠ ص ٢٠٠ و ٢٠١ ، وانظر تعليق لأبيه على نقض مدني فرنسي ١٨٨٨/٤/٢٥ سيريه ٨٩-١-٥٠ حيث يقرر أن التقادم يتعلق بالدعوى أكثر من تعلقه بالإلتزام . وانظر أيضاً لوهرى ودوج ١٢ فقرة ٧٧٥ ص ٥٦٤ و ٥٦٥ . بلانيول وديبر ودولان ج ٧ فقرة ١٢٢٥ ص ٧٢٤ و فقرة ١٢٩٣ ، جوسران ج ٢ فقرة ٩٩٥ ص ٥٢٤ .

(٢) أحمد أبو الفتح في المعاملات الشرعية ج ١ ص ١٠٢ . وفي العصر الحديث أدخل سلاطين آل عثمان إستثناء هاماً على مبدأ عدم تآثر الحقوق بمضى المدة ، فقرروا أن القاضي يجب ألا يسمع الدعوى التي ترفع بعد حلول الدين بخمس عشر سنة ، ولكن هذا الحكم الجديد لم يؤثر على مبدأ عدم سقوط الحقوق بمضى المدة . فالحق يبقى أبدياً ، ولكن يستطيع المدين أن يدفع الدعوى المتأخرة بدفع ويقوم هذا الدفع على أساس إفتراض الغش . فمن يظل خمسة عشر عاماً دون المطالبة يفترض أنه غير محق في إدعائه . وهذا هو الأساس الذي يقوم عليه نظام عدم سماع الدعوى لمضى الزمن ولذلك إذا أقر المدين بالدين ، أو إن أظهر إنتفاء أية شبهة غش من جانب المدعي ، فإن منع من رفع الدعوى بسبب غيابه أو الحجر عليه أو بحبس المدعي عليه ، سمعت الدعوى . ولذلك فإن فقهاء الشريعة الفراء يلحقون نظام عدم سماع الدعوى لمضى الزمن بدراسة نظرية الدعوى . ولا يلحقونه بالحق ذاته فهذا النظام هو من باب تنظيم الوظيفة القضائية . لو كما يقوون من باب تخصيص القضاء ولهذا استلزم الفقهاء أن يتجدد هذا المنع بواسطة كل سلطان فكان فقهاء الشريعة الإسلامية يميزون بين الدعوى وهو من خصائص السلطة العامة وبين الحق . أنظر عبد المنعم البدر أوى - المرجع السابق - ص ٢٢٨ و ٢٨٩ محمد عبد اللطيف ، التقادم المكسب والمسقط الطهمة الأولى ٩٥٨ فقرة ١٠٠ ص ١١ وما بعدها . على زكي العرابي في -

وبتطبيق الرأى الثانى الذى نراه جديراً بالاتباع على تقادم دعوى صحة التعاقد . نقول إن هذه الدعوى كما رأينا تعد تنفيذاً عينياً لالتزام المدين بنقل الملكية . وفى هذا الصدد نفرق بين هذا الالتزام وإيضاً الالتزامات الأخرى المنصوص عليها فى المادة ٤٢٨ مدنى وبين دعوى صحة ونفاذ عقد البيع .

فهذه الالتزامات لا تسقط بالتقادم فهى - بالمقابل - حقوق للمشتري نشأت عن عقد البيع ولا يرد عليها التقادم المسقط لأن هذا التقادم لا يتناول الحق . أما دعوى صحة التعاقد فمن المتصور أن تسقط بالتقادم ولكن متى يبدأ هذا التقادم ؟ ان الدعوى لا تنشأ إلا من واقعة إنكار الحق أو الاعتداء عليه وعلى ذلك فإن سريان التقادم لا يبدأ من يوم نشوء الحق بل من يوم نشوء الدعوى أى من اليوم الذى يحال فيه بين صاحب الحق واستعماله ، وبناء على ذلك لا تبدأ مدة السقوط بالتقادم من تاريخ عقد البيع غير المسجل وإنما تبدأ من اليوم الذى يتأكد فيه أن البائع قد حال بين المشتري واستعمال حقه (١) . وبناء على ذلك أيضاً فإنه إذا قام المشتري بإصدار البائع بضرورة تنفيذ التزامه بنقل الملكية فمن وقت هذا الإنذار وامتناع البائع عن التنفيذ تبدأ مدة سقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم . ولكن إذا لم يقم المشتري بهذا الإنذار ، فمن حقه أن يرفع دعواه فى أى وقت - ولا يملك البائع دفعها بالتقادم - وهى لا تسقط فى هذه الحالة إلا إذا ترك دعواه أو انتهت الخصومة بغير حكم حيث يسرى التقادم عندئذ ، وهذا هو الحل الأقرب إلى المنطق وإلى طبيعة البيع العقارى غير المسجل وطبيعة دعوى صحة التعاقد .

- « طبيعة التقادم فى القانون الوضعى وفى الشريعة » القانون والاقتصاد س٢ ص٨٦٨ ، ومقال للأستاذ أحمد إبراهيم فى المجلة السابقة ص٨٧٢ ، حامد زكى التقادم فى القانون - المرجع السابق - ص٨٧ وانظر حكم الدوائر المجتمعة لحكمة استئناف مصر فى ١٩٢٩/٥/٤ المحاماة س٩ رقم ٥٢٣ ص ١٥٥ .

(١) ويلاحظ أنه إذا اعتبر دفع البائع الدعوى بالتقادم تعرضاً - كما يرى البعض - فإن هذه الدعوى لا تسقط بالمدة الطويلة إلا من تاريخ المنازعة الفعلية لا من تاريخ البيع . انظر الأحكام الآتية : نقض ١٩٤٠/١٢/٥ المجموعة الرسمية ٢٤-٤٠-١٠٩ ، نقض ١٩٢٢/٣/٢ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٧٢ ص ٢٥٦ ، استئناف مختلط دوائر مجتمعة ٢٢/٥/٢٥ محاماة س ١١ رقم ٣٩٥ ص ٧٦٥ ، نقض ١٩٢٢/٤/٢٨ المحاماة س ١٢ رقم ١٦ ص ٤٧ ، استئناف مصر ١٩٣١/٢/٢٥ المحاماة س ١٢ رقم ٢١٧ ص ٤٣٥ .

تلك هي احكام تقادم دعوى صحة التعاقد طبقاً للرأى الذى رجحناه فى شأن حكم التقادم وهل يتناول الحق والدعوى معاً أم يتناول الدعوى دون الحق . ولكن سبق لنا أن قلنا إن للمشتري فى البيع العقارى غير المسجل رخصة فى إجراء التسجيل ، ونضيف الآن إلى أنه إذا ما شاء للمشتري إستعمال تلك الرخصة فعندئذ تنقلب هذه الرخصة إلى حق فى التسجيل يقابله التزام البائع بتمكين المشتري منه . ومعنى ذلك أنه قبل إستعمال تلك الرخصة لا محل للتكلم عن التقادم ، حيث يكون هناك محلاً لهذا الكلام بعد إنقلاب الرخصة إلى حق ، فالتقادم لا يتناول الرخص .

وبناء على ما تقدم لا تبدأ مدة التقادم من تاريخ عقد البيع الابتدائى حيث أنشأ هذا البيع رخصة ، وإنما تبدأ مدة التقادم من وقت إستعمال الرخصة أى من وقت تحولها إلى حق . وهى تتحول إلى ذلك بإذار المشتري البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية وكذلك من وقت رفع الدعوى عليه . فإذا سكّت المشتري مدة خمسة عشر عاماً بعد إذاره البائع أو بعد رفع دعواه وتقاعسه عن السير فيها أو إنتهائها بغير حكم ، هنا يسقط حق المشتري فى دعواه . وتتماثل هذه الحلول مع تلك التى إنتهينا إليها بالأخذ بالرأى الثانى المشار إليه .

٢- دعوى صحة التوقيع :

وقد يلجأ المشتري إلى رفع دعوى « صحة التوقيع » على البائع ، وهذه الدعوى تعد من الدعاوى التحفظية التى شرعت لكى يطمئن عن طريقها الشخص الحاصل على محرر عرفى من آخر إلى أن ذلك الآخر المنسوب إليه 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 . أما أثر هذه الدعوى فهو أن الحكم الذى يصدر فيها بصحة التوقيع يقوم مقام التصديق على توقيع العاقدین على العقد العرفى ، وهو بالتالى يجعل العقد غير المصدق على توقيعه قابلاً للشهر إذا توافرت فيه سائر الشروط الأخرى اللازمة لذلك .

وتتقادم دعوى صحة التوقيع بخمس عشرة سنة من تاريخ توقيع الورقة .
شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى .

وكما يجوز للمشتري رفع هذه الدعوى على البائع ، يجوز له أيضاً رفعها على وارث البائع إذا كان قد مات . ولكن إذا أنكر وارث البائع توقيع مورثه على سند البيع وأنكر حق مورثه في هذا السند ، لم يعد المشتري يستطيع أن يقدم لإثبات صحة التوقيع من أوراق المضاماة سوى خط البائع أو إمضاءه أو ختمه أو بصمة إصبعه الموضوع على أية أوراق رسمية .

آثار البيع المسجل ،

لا شك أن كافة الآثار التي تترتب على البيع غير المسجل - والمشار إليها منذ قليل - تترتب أيضاً بعد تسجيل البيع ، فيبقى البيع - بعد تسجيله - منشئاً للالتزامات السابقة الإشارة إليها في جانب البائع والمشتري .

ولكن الجديد هنا ، هو أن هذا التسجيل ينقل ملكية العقار فعلاً من البائع إلى المشتري بمجرد التسجيل ، متى كان العقار - وقت بيعه - مملوكاً للبائع . هذا التسجيل ينقل الملك فيما بين المتعاقدين ^(١) ، وبالنسبة للغير . وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض بأن « الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده ، وإنما تنتقل بأمرين : أحدهما أصلي أساسي وهو العقد الصحيح الناقل للملكية ، وثانيهما تبعي وهو التسجيل ، وإن فالعقود الصورية المبنية على الغش والتدليس لا يصححها التسجيل » ^(٢) .

ويترتب على ما تقدم ما يلي من نتائج :

١- طالما أن الملكية قد إنتقلت إلى المشتري بعد التسجيل ، فلأخير الحق في التصرف في العقار ولو قبل التسليم ، وإذا أفلس البائع قبل التسليم ، جاز للمشتري إسترداد العقار من تفليسة البائع دون مزاحمة من دائنيه .

(١) انظر كتابنا الوسيط في الحقوق العينية الأصلية طبعة ١٩٨٦ ص ٢٢٧ - ٢٣٠

(٢) نقض ١٩٦٥/١/٢١ - المجموعة - س ١٦ رقم ١٢ ص ٧٣ ، نقض ١٩٧٥/١٠/٢٨ ،
المجموعة - س ٢٦ رقم ٢٥٨ ص ١٣٥٤

ولكن هل للتسجيل أثر رجعي ، بمعنى أن الملكية تثبت للمشتري من وقت البيع لا من وقت التسجيل ؟

يذهب رأى إلى أن للتسجيل أثر رجعي فيما بين المتعاقدين^(١) ، وذلك على أساس أن هذا الرأى هو الذى يفسر كون ثمار المبيع تكون للمشتري من وقت تمام البيع لا من وقت التسجيل ، وعليه تكاليف المبيع من وقت تمام البيع كذلك (م ٤٥٨ مدنى) ، وهو يفسر أيضاً أن البائع إذا بنى فى الأرض المباعة قبل التسجيل يعامل معاملة البانى سىء النية ، كما يفسر كذلك أنه إذا تصرف المشتري فى المبيع قبل أن يسجل عقد شرائه فإنه يعتبر فى بعض الفروض فى منزلة من يتصرف فيما يملك .

كما يستطرد أنصار هذا الرأى بوصفه بأنه وحده القول الحق . فلو فرض أن مشترياً لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لهذا العقار وتوافرت شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الشفعة ثم سجل عقده ، فلو أخذ بالأثر الرجعى للتسجيل لاعتبر المشتري مالكا للعقار المشفوع فيه ولأمكنه الأخذ بالشفعة . ولو فرض أن شخصاً باع داراً وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه أجر البائع الدار لشخص آخر ، ثم سجل المشتري ، فالأخذ بالأثر الرجعى يترتب عليه أن المشتري يكون قد إنتقلت إليه الملكية قبل صدور عقد الإيجار ، فلا يسرى الإيجار فى حق المشتري ، ففى الفروض المتقدمة وأمثالها يبدو أن القول بالأثر الرجعى هو القول الحق .

كما يقولون إن هذا الرأى هو الذى يتفق مع الحكمة مع نظام الشهر وهو إعلام الغير بحدوث التصرف وليس نقل الحق . وهذا الرأى هو الذى يتفق مع نصوص القانون ، فالمادة التاسعة من قانون الشهر العقارى توجب تسجيل البيع ، ويترتب على عدم تسجيله أن الملكية لا تنتقل ، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير . ويؤخذ من ذلك أن البيع إذا سجل إنتقلت الملكية من فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . هذا كل ما ورد فى النص صراحة أو دلالة .

(١) عبد السلام زهنى فى الأموال ج ٢ فقرة ٦٢٧ ، مقال له فى الحاماة ص ٦٠٦-٦٠٧ .
السنهورى - الوسيط - ج ٤ ط ثانية فقرة ٢٨٢-٢٨٦ ، ص ٦٦٥-٦٨٥ .

ولم يعرض النص لتحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إذا ما سجل البيع . فوجب أن نرجع فى ذلك إلى مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى وإلى طبيعة البيع بعد صدور قانون الشهر العقارى . فمهمة التسجيل تحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا يمكن أن يكون إلا وقت إجراء التسجيل .

وطبيعة البيع تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية فيما بين المتعاقدين ، فمادامت الملكية تنتقل بالبائع وجب أن تنتقل عند تمامه ، ولا تحول مهمة التسجيل دون ذلك . ثم صدر التقنين المدنى الجديد بعد صدور قانون الشهر العقارى ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٩٣٤ من هذا التقنين على أنه « فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد ما يأتى : « أما فى العقار فلا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة ، فيما يبين المتعاقدين ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل لأن سبب نقل الملكية هو العقد » .

ويذهب رأى آخر ، هو رأى غالبية الفقهاء وكذلك محكمة النقض المصرية إلى أنه مادام التسجيل يعتبر ركناً جوهرياً - إلى جوار العقد - لإنشاء أو نقل الحقوق العينية الأصلية العقارية ، فمقتضى ذلك أن لا يتحقق هذا الإنشاء أو النقل بالعقد أو من تاريخه ، وإنما يتحقق من تسجيله ومن تاريخ هذا التسجيل ، خاصة وأنه ليس من المقبول القول بأن التسجيل يعتبر بمثابة شرط واقف إذا تحقق إرتد أثره إلى وقت إنعقاد العقد ، إذ من المسلم أن الشرط حدث عارض ولكن الإرادة ترتب الأثر القانونى على حدوثه أو تخلفه ، مما يعنى أن الأثر القانونى يمكن تصور ترتيبه فى الأصل بدون الشرط ، وليس الحال كذلك فى التسجيل ، فهو ركن ضرورى لا يتصور ترتيب إنتقال الملكية والحقوق العينية الأصلية بدونه ، والقانون يفرض إجراءه لتحقيق هذا الأثر دون دخل للإرادة فى تطلبه أو قدرة لها على التحلل منه .

وفى مجال المفاضلة بين الرايين السابقين نميل إلى ترجيح الراى الأول لذات الأسباب التى بنى عليها فهى الأكثر منطقاً والأقرب إلى القواعد العامة والأكثر اتساقاً مع نظام الشهر الشخصى .

٢- والتسجيل ينقل الملكية أيضاً بالنسبة إلى الغير ومن وقت إجراء التسجيل . ويترتب على ذلك أنه إذا باع شخص عقاراً مملوكاً له لمشتري ثم باع ذات العقار لمشتري ثان ، وسجل المشتري الثانى قبل أن يسجل المشتري الأول ، فإن المشتري الثانى يعتبر من الغير بالنسبة إلى المشتري الأول ، ولا يحتج عليه بالبيع الصادر إلى المشتري الأول إلا من وقت تسجيله ، أى فى وقت متأخر عن تسجيل عقده هو . وعلى ذلك لا ينفذ فى حقه البيع الأول وبالتالي يفضل على المشتري الأول.

وإذا حدث ووضع مشتري العقار بعقد غير مسجل يده على العقار ، وتملكه بالتقادم قبل صدور عقد بيع ثان من المالك الأصلى إلى المشتري الآخر الذى باءر بتسجيل عقده ، فمثل هذا البيع الثانى يعد أنه قد صدر من غير مالك ، لأن ملكية العقار قد إنتقلت إلى المشتري الأول بالحيازة قبل تسجيل عقد البيع الثانى .

ولكن هل يكون للتسجيل هذا الأثر حتى ولو كان البائع سىء النية فى تصرفه للمشتري الثانى ؟ تذهب محكمة النقض المصرية إلى إطلاق اثر التسجيل ، فالتواطؤ لا يفسد العقد المسجل ، حيث لا يجوز الطعن فى هذا العقد إلا بدعوى الصورية أو بالدعوى البوليصية .

وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه : وفقاً لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد شرائه ، ولا يحول دون إنتقالها إليه أن يكون عالماً بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف فى المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده . ولا يحول دون إنتقال الملكية للمشتري الثانى الذى سبق فى التسجيل إلا كون عقده صورياً . وأنه لا ينتج فى إثبات تلك الصورية مجرد علم المشتري وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل (١) .

(١) نقض ١٩٥٣/١٢/٣١ - المجموعة - س.ه رقم ٥٤ ص ٢٥٢ ، نقض ١٩٥١/٦/٧ - المرجع -

أما الفقه فهو منقسم فى هذه المسألة ، فهناك من ذهب إلى وجوب حسن النية لصحة التسجيل ، حيث يكفى لاعتبار المشتري الثانى سوء النية أن يكون عالماً بالتصرف الأول ولا يشترط تواطؤه مع البائع ، ويستند هذا الرأى إلى نص المادة ١٧/٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى^(١) .

ويرى آخرون أن حسن النية لا يشترط لصحة التسجيل ، ولكن يشترط عدم التواطؤ ، فتواطؤ المشتري الثانى مع البائع يفسد التسجيل ويجعله غير نافذ فى حق المشتري الأول^(٢) .

وتذهب الأكثرية إلى تأييد موقف محكمة النقض^(٣) .

أما عميد الفقه المدنى المرحوم الأستاذ عبد الرزاق السنهورى فيرى أنه «يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، فكل تصرف يكون ثمرة للتواطؤ لا يسرى تسجيله فى حق الغير ، وبذلك تحمى مصالح الناس من أن يعرضها للمضاياع التدليس والغش . ونستطيع أن نوجه هذا الرأى ، من الناحية الفنية ، بأحد طريقين : الطريق الأول ، وهو الطريق المالكوف ، يكون بالقول بأن الغش يفسد التصرف ، فالعقد المسجل إذا كان ثمرة الغش والتواطؤ وجب أن يكون باطلاً ، والتسجيل لا يصححه ، والطريق الثانى هو الطعن فى العقد المسجل بالدعوى البوليصة ، ولكن على أن يؤخذ بتطبيق خاص للدعوى البوليصة عندما يتركز حق الدائن فى عين مملوكة للمدين . وفى الحالة التى نحن بصددنا قد تركز حق المشتري الأول فى العقار المبيع ، فيعتبر البائع فى حالة إعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البوليصة مادام المشتري الأول لا يستطيع

- السابق - س ٢ رقم ١٤٩ من ٩٤٤ ، نقض ١٩٥٢/٥/٢٩ المرجع السابق - س ٢ رقم ١٧٩ من ١١٢٨ ، ١٩٥٤/٤/٣ - المرجع السابق - س ٥ رقم ٩١ من ٥٧٢ ، نقض ١٩٥٥/٢/٣ - المجموعة - س ٦ رقم ٧٥ من ٥٨١ و ١٩٥٥/١١/١ - المجموعة س ٦ رقم ٢١٠ من ١٥٣٦ و ١٩٥٧/٢/١٤ - المجموعة - س ٩ من ١٥٢ و ١٩٦٩/٦/٢٦ - المجموعة س ٢٠ رقم ١٦٧ من ١٠٨٤ .

(١) أنور سلطان - فى البيع - فقرة ١٨٢ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي - فقرة ١٠٥ - ١٠٧ .

(٣) محمد على إمام - فقرة ١١٧ من ٢٩٨ و ٢٩٩ ، عبد المنعم البدرلى - فقرة ٢١٨ - ٢١٩ ، جميل الشرقاوى من ١٨٠ ، منصور مصطفى منصور - فقرة ٧٢ من ١٢٥ و ١٢٦ .

أن يصل إلى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطالب ، بدلاً من التعويض ، بالتنفيذ العيني . فيطالب المشتري الأول إذن بالتنفيذ العيني وهو تملك العقار ، ويعتبر البائع في هذا الخصوص معسراً حتى لو كانت عنده أموال كافية تفي بتعويض المشتري الأول عن فوات تملكه العقار . ومن ثم يجوز للمشتري الأول الطعن في البيع المسجل بالدعوى البوليصة ، فيجعله غير نافذ في حقه ، ويتمكن بذلك من رد العقار إلى ملك البائع ، ويتملكه بعد ذلك بتسجيل سنده^(١) .

المبحث الثاني

الالتزام بتسليم المبيع

تمهيد وتقسيم :

رأينا أن البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، هذا النقل لا فائدة منه بالنسبة إلى الأخير إذا لم يتضمن تسليمه العين المبيعة حتى يتمكن من حيازتها والاستفادة بها . ولذلك تقرر المادة ٢٠٦ مدني بأن : الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم . وقد طبق المشرع هذه القاعدة العامة على عقد البيع حيث قضت المادة ٤٢١ مدني بأن « يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع »^(٢) .

(١) السنهوري - المرجع السابق - فقرة ٢٩٠ ، ص ٧٠٥ - ٧٠٨ .

(٢) قضى بأن التزام البائع بتسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع ، بل يعد أهم التزامات البائع التي تترتب بمجرد العقد ولو لم ينص عليه فيه - نقض ١٩٢٨/٢/٣ - طعن ٧٣ س ٧ ق - وقضى بأنه : ولئن كانت ملكية العقار المبيع لا تنتقل إلى المشتري قبل تسجيل عقد البيع إلا أن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري ولو لم يسجل العقد ، وبذلك تكون للمشتري ثمرة المبيع من تاريخ إبرام البيع ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك : نقض ١٩٦٩/١/٢٣ - المجموعة س ٣٠ ص ١٥٠ ، وانظر أيضاً نقض ١٩٧١/٤/٨ - المجموعة س ٢٢ ص ٤٤٣ ، نقض ١٩٧٣/١/٢٥ - المجموعة س ٢٤ ص ٩٨ و ١٩٧٦/٢/١٧ - المجموعة س ٢٧ ص ٤٥٣ و ١٩٧٩/٥/٢٨ - المجموعة س ٣٠ ص ٤٦١ و ١٩٨٠/١/١٧ - المجموعة س ٣١ ص ١٩٠ و ١٩٨١/٤/٢٥ - المجموعة س ٣٢ ص ١٢٦٢ و ١٩٨٣/٥/٣ - المجموعة س ٢٤ ص ١١١٦ و ١٩٨٤/٥/٢٤ طعن ١٥٩٦ س ٥٠ ق و ١٩٨٩/٦/١٤ طعن ٦٠٧ س ٥٦ ق و ١٩٩٢/١٢/٣٠ - المجموعة س ٤٣ ص ١٤٥٨ .

ويعد الالتزام بالتسليم فى القانون المدنى التزاماً بتحقيق نتيجة على عكس الحال فى القانون الفرنسى حيث يعد الالتزام بالتسليم التزاماً ببذل عناية يختلط بالالتزام بالمحافظة على المبيع .
وللتسليم أهمية بالغة بالنسبة إلى عقد البيع يمكن أن تظهر فى النواحي الآتية :

١- بالتسليم يتمكن المشتري من الاستفادة من المبيع والانتفاع به تحقيقاً للقصد من شرائه .

٢- ويترتب على التسليم ، التزام المشتري - إذا كان المبيع منتجاً لثمار - بفوائد الثمن المتأخر فى ذمته .

٣- إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات ، وتصرف فيه البائع لشخصين ، وتسلمه المشتري الثانى ، فإنه يفضل على المشتري الأول برغم أن الملكية قد إنتقلت بالعقد إلى المشتري الأول ، وذلك لأن قاعدة إنتقال الملكية بمجرد العقد يعطلها فيما يتعلق بالمنقولات ، قاعدة الحيازة فى المنقول بحسن نية سند الملكية ، وهنا يبرز أهمية التسليم فى هذه البيوع .

٤- إن التسليم يعد هو الطريق الذى تنتقل به الملكية فى بعض البيوع ، كبيع الأشياء المعينة بالنوع ، حيث أن الملكية فى هذه البيوع لا تنتقل إلا بفرز البيع ، وفرز البيع يكون عادة عند التسليم ، وفى هذه الحالة تختلط عملية التسليم بنقل الحق فيه .

٥- كما أن المشرع المصرى قد ربط تبعة هلاك المبيع فى عقد البيع بتنفيذ الالتزام بالتسليم .

وفى صدد الالتزام بتسليم المبيع نعرض للمسائل الآتية :

أولاً : لحل التسليم ، حيث نعرض لما يجب تسليمه .

ثانياً : لكيفية التسليم ومكانه وزمانه ونفقته .

ثالثاً : للجزاء الذى يترتب على إخلال البائع بالتزامه التسليم .

رابعاً : لضمان البائع للمبيع قبل التسليم .

الفرع الأول

محل التسليم

تسليم الشيء المبيع بحالته وملحقاته :

يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع بحالته التي كان عليها وقت البيع ، ويتضمن هذا تسليم المبيع ذاته وبصفاته المحددة وكميته المتفق عليها ، فضلاً عن تضمينه تسليم ملحقات المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين .
وذلك كله على التفصيل الآتي :

المطلب الأول

تسليم المبيع بحالته

تقضى المادة ٤٣١ من التقنين المدني بأن :

« يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع » .

يجب على البائع تسليم المبيع ذاته بالوصف المتفق عليه :

يلتزم البائع بتسليم المبيع بحالته وأوصافه المتفق عليها (١) ، فإذا لم ينص الاتفاق على الحالة التي يجب تسليم المبيع عليها ، فإنه تراعى القواعد الآتية :

١- إذا كان محل البيع شيئاً معيناً بالذات (شيئاً قيمياً) ، التزم البائع بتسليم الشيء بالحالة التي كان عليها وقت البيع (٢) فطبقاً للمادة ٤٣١ مدنى مصرى يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت

(١) انظر نقض ١٩٨٤/٥/٢٤ - طعن ٣٥٩٦ س ٥٠ ق ونقض ١٩٧٤/١٢/٣ - المجموعة س ٢٥

س ١٣٢٤ ونقض ١٩٨٨/١٢/٢٨ - طعن ٢٦١ س ٥٥ ق .

(٢) انظر نقض ١٩٩٠/١/١٢ - طعن ١٧٣٧ س ٥٧ ق

البيع . وعلى ذلك يلتزم البائع بالآلا يحدث فى المبيع أى تغيير لا بالزيادة أو النقصان (١) ولذلك ألزمته المادة ٢٠٦ - مدنى - بالمحافظة على المبيع لحين تسليمه . وإذا هلك المبيع قبل التسليم تحمل البائع تبعه الهلاك أو التلف ، ما لم يثبت أن الهلاك أو التلف راجع إلى خطأ المشتري (المواد ٤٢٧ و ٤٢٨ مدنى) .

وإذا زاد المبيع بعد البيع وقبل التسليم فهو من حق المشتري ، حيث تقضى المادة ٢/٤٥٨ مدنى بأن : للمشتري ثمر البيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

٢- أما إذا كان المبيع من المثليات التى تعين بالنوع ، لم يكن فى الإمكان تعيين حالة المبيع وقت العقد ، لأنه غير معين بالذات فى هذا الوقت . وفى هذا الصدد قضت المادة ١٢٢ مدنى بأنه : يكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ، ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، ألزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط . وبناء على هذا النص فإن حالة مثل هذا البيع يعينه الاتفاق إن وجد ، فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق ، تم التعيين طبقاً للعرف أو أية ظروف أخرى ملائمة ، فإذا لم توجد ، وجب تسليم المبيع من صنف متوسط ، لا من صنف جيد حتى لا يفبن البائع ، ولا من صنف ردى حتى لا يضار المشتري .

٢- وإذا كان البيع قد تم على مقتضى عينة أو نموذج ، ألزم البائع بأن يقدم شيئاً أو أشياء مطابقة للعينة أو النموذج ، فإن لم يفعل ، كان للمشتري أن يلزمه بذلك ، كما له الحق فى مطالبته بالفسخ مع التعويض (٢) .

ما الحكم إذا تغيرت حالة المبيع ؟

رأينا أن البائع يلتزم بتسليم المبيع بحالته التى كان عليها وقت البيع ،

(١) أنظر نقض ١٩٢٢/١٢/٨ - طعن ٥٦ س٢ ق .

(٢) نقض ١٩٥٩/١٠/١٥ - المجموعة س ١٠ ص ٥٦٧ و ١٩٥٩/١١/١٢ - المجموعة س ١٠ ص ٦٥٩ .

وبالتالى لا يجوز له أن يغير من هذه الحالة ، بل عليه التزام بالمحافظة على هذه الحالة حتى يتم تسليم المبيع إلى المشتري .

فإذا تسلم المشتري المبيع دون تحفظ ، إعتبر أن المبيع قد حصل تسليمه بالحالة التى كان عليها وقت البيع ، وعدّ ذلك من المشتري رضاء بالمبيع وإقراراً بمطابقة الشيء المسلم للمبيع بأوصافه المتفق عليها . هذا الرضاء قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً يستنبطه القاضى من الظروف والقرائن . فمثلاً يمكن إعتبار إستعمال المشتري للمبيع رضاء منه به ، كما يعد سكوته عن الاعتراض مدة زمنية مع تمكنه من ذلك رضاء بالمبيع وهكذا .

وإذا اعترض المشتري عند التسليم أو عند معاينته للشيء واختباره له بعد التسليم ، بأن المبيع ليس بالحالة الواجبة ، كان على البائع عبء إثبات أن المبيع لم تتغير حالته عما كان عليه وقت البيع ، لأنه هو المدين بالتسليم فيقع عليه عبء الإثبات .

فإذا عجز البائع عن إثبات ذلك ، وثبت تغير فى حالة المبيع وتضرر المشتري من ذلك ، كان البائع مسئولاً عن ذلك ، سواء كان هذا التغير قد تم بفعله أو خطئه أو بفعل الغير ، ويرجع المشتري عليه إذا كان هناك محلاً للرجوع ، ما لم يثبت أن تغير حالة المبيع ترجع إلى سبب أجنبي عن البائع كالقوة القاهرة أو خطأ المشتري ذاته . فإذا كان السبب الأجنبي خطأ شخص آخر كالمشتري أو غيره ، برئت ذمة البائع وتحمل ذلك الشخص نتيجة التغير الضرر بحالة المبيع وإلا إعتبر هذا التغير الضرر من قبيل الهلاك الجزئى الذى يقع قضاءً وقدرًا ، وكانت تبعته على البائع طالما أنه قد حدث قبل التسليم وذلك طبقاً للقاعدة المقررة من أن تبعة الهلاك على المدين قبل التسليم .

وإذا كان التغير فى حالة المبيع نافعاً ، فإنه إذا حدث بغير فعل البائع ، كانت الزيادة من حق المشتري ، أما إذا كان التغير بالزيادة - راجعاً إلى فعل البائع ، فإنه تطبق فى هذه الحالة أحكام البناء فى ملك الغير بسوء نية لأن البائع بعد أن باع كان عالماً أنه بنى فى مال تعهد بنقل ملكيته إلى المشتري .

هذا ويلاحظ أنه طالما التزم البائع بتسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت

البيع ، إمتنع عليه تسليم شيء آخر ولو كان أفضل مما التزم به ، ويلزم
بتسليم كل المبيع لا بجزء منه فقط

تسليم المبيع بالقدر المتفق عليه :

تقضى المادة ٤٢٢ مدنى بأنه :

١٠- إذا عين فى العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولاً عن نقص هذا القدر
بحسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز
للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع ، إلا إذا أثبت أن هذا النقص من
الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد .

٢- أما إذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى
العقد وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشتري ، إذا كان المبيع
غير قابل للتبعيض ، أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن
يطلب فسخ العقد ، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه .

يتعلق هذا النص بكون البائع قد ضمن للمشتري قدراً معيناً من المبيع ،
كما فى حالة كون المبيع قطعة أرض وبيعت بمساحة معينة (١) ، أو كان المبيع
بوجه عام من المثليات أو المقدرات ، أى الأشياء التى تعد أو تقاس أو توزن أو
تكال ، وذكر فى العقد المقدار المبيع . فإذا كان المبيع إشتمل على القدر المتفق عليه ،
لا إشكال فى الأمر ، أما إذا حدث إختلاف فى المقدار بالزيادة أو النقصان ، هنا
يصح الكلام عن مدى حق كل متعاقد فى الرجوع على الآخر فى حالة نقص
المبيع أو زيادته .

فنعرض لهذه المسائل تباعاً

١- حالة النقص أو العجز فى المبيع ،

يتبين من نص المادة ٤٢٢ من التقنين المدنى أن على البائع أن يضمن
للمشتري القدر الذى حدده العقد للمبيع ، فإذا لم يوجد إتفاق ، فإنه يرجع إلى ما
يقضى به العرف فى التعامل ، وقد يسمح هذا العرف بالتجاوز - فى حالة

(١) أنظر نقض ١٩٤٤/٥/٤ - طعن ٨٩ س ١٢ ق

النقص - عن قدر معين من المبيع . أما إذا تجاوز النقص أو العجز القدر المسموح به عرفاً ، كان للمشتري أن يرجع على البائع لمطالبته بالتعويض عن هذا النقص ، وقد يتمثل هذا التعويض فى إنقاص الثمن بقدر العجز الحاصل فى المبيع ، وليس من الضروري أن يكون إنقاص الثمن بنسبة ما نقص من المبيع ، فقد يكون الضرر أكثر أو أقل من ذلك ، فالتعويض يقدر دائماً بالضرر^(١) . ولا فرق فى هذه الحالة بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض أو غير قابل له ، وبين ما إذا تعين الثمن بسعر الوحدة أو تعين جملة واحدة^(٢) . ولكن يشترط لإعمال تلك الأحكام أن يكون المبيع قد تعين فى العقد^(٣) ، أما إذا لم يتعين مقداره ، كما لو اقتصر الأمر فى بيع قطعة أرض على بيان حدودها ، فلا يلتزم البائع إلا بتسليم ما يدخل فى هذه الحدود فقط ، حتى ولو ترتب على ذلك إستلام المشتري لمساحة أقل مما كان يعتقد .

أما إذا كان النقص أو العجز جسيماً ، فللمشتري الحق فى طلب فسخ العقد إذا أثبت أن العجز من الجسامة بحيث أنه لو علمه لما أقدم على إبرام العقد^(٤) .

٢- حالة الزيادة فى المبيع :

تعرضت الفقرة الثانية من المادة ٤٣٣ مدنى لحكم هذه الحالة ، وهذا النص من النصوص المكملة أو المفسرة لإرادة المتعاقدين . وعلى ذلك إذا وجد إتفاق فى شأن تلك الزيادة ، وجب العمل به ، فإن لم يوجد ، طبقت أحكام العرف إن وجدت ، فإن لم يوجد إتفاق ولا عرف ، وجب التفرقة بين ما إذا كان الثمن مقدراً

(١) نقض ١٩٥٩/١١/١٢ - المجموعة - س ١٠ ص ٦٤١ ، نقض ١٩٨٠/٤/٢٨ - المجموعة - س ٣١ ص ١٢٥٢ .

(٢) نقض ١٩٧٠/١١/٢ - المجموعة - س ٢١ رقم ١٧٨ ص ١١٠٥ .

(٣) قارب نقض ١٩٥٥/٥/١٢ - طعن ١٠٦ س ٢٢ق ونقض ١٩٥٧/٥/١٦ - المجموعة س ٨ ص ٤٧٩ . وانظر أيضاً نقض ١٩٩٨/٥/١٠ طعن ٢٤٨٢ س ٦٧ق .

(٤) نقض ١٩٣٢/١٢/٨ طعن ٥٦ س ٢ق . وقد يجتمع للمشتري دعويين إحداهما بضممان مسئولية البائع عن عجز المبيع والأخرى بضممان العيوب الخفية ولا تؤدي إحداهما إلى أن تجب الأخرى أو تغنى عن سريان أحكامها أو يترتب عليه إندماجهما لتمايز كل منهما عن الأخرى فى الشروط والأحكام والتقدم الذى يسرى عليها - نقض ١٩٩٨/٥/١٠ - مشار إليه منذ قليل .

بحساب الوحدة ، أو مقدراً جملة واحدة (١) .

(١) فإذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وتبين عند التسليم وجود زيادة في المبيع عن المذكور في العقد ، في هذه الحالة نفرق بين كون المبيع قابلاً للتبعيض أم لا .

فإذا كان المبيع لا يقبل التبعيض ، وبيع بسعر الوحدة ، وجب على المشتري أخذ المبيع كله ودفع ما يقابل الزيادة (٢) ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له طلب الفسخ .

أما إذا كان المبيع قابلاً للتبعيض - أي لا تصره القسمة - جاز للمشتري رد القدر الزائد ، ولم يكن للبائع إجباره على أخذه ودفع ما يقابله من الثمن ، لأن التراضي قد تم على مقدار معين ، ولأن التبعيض هنا لا يضير البائع (٣) .

(٢) أما إذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة ، ثم تبين أن قدر المبيع أكبر مما ذكر في العقد ، فالغالب أن قدر المبيع في هذه الحالة يعتبر وصفاً لا أصلاً ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن ، ولذلك يبقى البيع ولا يطالب المشتري بزيادة في الثمن أو برد الزيادة ولو كانت مما يمكن ردها ، وذلك كله ما لم يوجد

(١) قضى بأنه : إذا وجدت زيادة بالمبيع المعين بالذات أو المبين المقدار في عقد البيع ، ولم يكن هناك إتفاق خاص بين الطرفين بخصوصها أو عرف معين بشأنها فإن العبرة في معرفة أحقية المشتري في أخذ هذه الزيادة بلا مقابل أو عدم أحقيته في ذلك على مقتضى حكم المادة ٤٣٣ من القانون المدني هي بما إذا كان ثمن المبيع قدره جملة واحدة أم أنه قد حدد بحساب سعر الوحدة ، أما التمييز بين البيع الجزافي والبيع بالتقدير فأمر يتعلق بتحديد الوقت الذي تنتقل فيه ملكية المبيع للمشتري في كل منهما وتعيين ما إذا كان البائع أو المشتري هو الذي يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم ، وإذا أقام الحكم المطعون فيه قضائه بأحقية المشتري في أخذ الزيادة التي ظهرت بالمبيع بلا مقابل عملاً بالمادة ٤٣٣ مدني على مجرد إعتباره البيع جزافاً مع أنه ليس من مؤدى ذلك حتماً إعمال حكم هذه المادة ومناطه أن يتفق على ثمن المبيع جملة لا بحساب سعر الوحدة ، فإن الحكم يكون قاصراً البيان ، نقض ١٩٦٢/٣/٢٨ - المجموعة س ٢٤ ص ١١٧ .

(٢) يراعى أن تقدير قيمة الزيادة تكون بتقدير قيمتها في تاريخ العقد لا في تاريخ رفع الدعوى - أنظر نقض ١٩٩٦/١١/٢١ - الطعن ٩٦٠ س ٦٠ ق .

(٣) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦١ ، وأنظر نقض ١٩٧٨/١١/٢٧ - المجموعة س ٢٩ ، رقم ٣٤٢ ص ١٧٧٧ .

سقوط الدعوى الناشئة بسبب العجز أو الزيادة ،

رأينا أنه ينشأ عن وجود العجز والزيادة في مقدار المبيع ثلاث دعاوى :

١- دعوى إنقاص الثمن ، وتكون للمشتري إذا كان هناك نقص في المبيع وهذه الدعوى تختلف عن دعوى الضمان ، فدعوى العجز ترجع إلى أن البائع لم يقدّم بتنفيذ التزامه بالتسليم على النحو المتفق عليه ، بينما دعوى الضمان تنشأ من منازعة الغير للمشتري

٢- دعوى فسخ البيع ، وتكون للمشتري - أيضاً - إذا كان هناك نقص جسيم في المبيع ، أو كانت هناك زيادة وكان المبيع لا يقبل التبعيض ، وقدر الثمن بحساب الوحدة .

٣- دعوى تكملة الثمن ، وهي للبائع ، إذا كانت هناك زيادة في المبيع وكان لا يقبل التبعيض ، وقدر الثمن بحساب الوحدة (٢) .

وفي شأن هذه الدعاوى ، راعى المشرع مبدأ استقرار التعامل ، فحكم بتقادمها أو بسقوطها بفوات مدة زمنية قصيرة ، حتى لا يبقى البائع مهدياً مدة طويلة برجوع المشتري عليه بإنقاص الثمن أو بفسخ البيع ، وحتى لا يبقى المشتري أيضاً مهدياً مدة طويلة برجوع البائع عليه بتكملة الثمن .

وذلك على التفصيل الآتي :

تقضى المادة ٤٣٤ مدني بأنه :

« إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة (٣) ، فإن حق المشتري في طلب إنقاص

(١) وقد يحدث الاتفاق المخالف عندما يذكر في العقد قدر المبيع (غير معين المقدار أصلاً) على وجه التقريب وما يقابل هذا القدر من الثمن الإجمالي تحت العجز والزيادة ، وعلى ذلك إذا ظهر عجز أو زيادة تتم الحاسبة عليه وفقاً للسعر المتفق عليه وقت التعاقد . انظر نقض ١٩٩٦/١٢/٢١ مشار إليه من قبل

(٢) نقض ١٩٧٥/١٢/٣٠ - المجموعة - ص ٢٦ من ١٧٢٧

(٣) يلاحظ أن هذا التقادم الحولي لا يسرى على مطالبة البائع بالقدر الزائد الذي استولى عليه المشتري مما لا يدخل في عقد البيع لأنه يمدد سبباً له ومن ثم لا تتقادم دعوى المطالبة به بالتقادم الحولي المنصوص عليه في المادة ٤٣٤ مدني مصر . انظر نقض ١٩٦٧/٥/١٨ -

الثلث أو في طلب فسخ العقد ، وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا (١) .

فطبقاً لهذا النص يبدأ سريان التقادم الحولى من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا ، أى من وقت التسليم المادى الذى يحقق دخول الشيء فى حيازة المشتري ، حيث يستطيع المشتري من هذا الوقت أن يتبين ما إذا كان المبيع فيه نقص يوجب إنقاص الثمن أو فسخ البيع ، أو فيه زيادة توجب عليه تكملة الثمن ، فيطلب الفسخ حتى يتخلص من دفع تلك التكملة .

وتسرى هذه المدة - السنة (٢) - فى حق جميع الأشخاص حتى ولو كانوا من الغائبين أو لم تتوافر فيهم الأهلية ، فالقاعدة هى فى سريان مدة التقادم الأقل من خمس سنوات (م ١/٢٨٢ مدنى) فى حق هؤلاء ، فلا توقف المدة بسبب ذلك . ولكن تخضع هذه المدة للانقطاع ، ويجب لقطعها أن ترفع الدعوى بالمطالبة بالعجز أو بقيمة الزيادة فى خلالها ، ولا يكفى مجرد الانذار . ولا يجوز الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو على نقصها ولا على النزول عن التقادم قبل كشف العجز أو الزيادة التى تنشأ الدعوى بسببها . ويجوز الدفع بهذا التقادم فى

- - المجموعة - س ١٨ رقم ١٥٤ من ١٠٣٠ ، نقض ١٩٧٨/١١/٢٧ ، المجموعة س ٢٩ من ١٧٧٧ ونقض ١٩٩٠/٢/٢٢ - طعن ٨١٢ س ٥٣ ق .

(١) ولقد راعى المشرع فى هذا النص أن يتناذى العيوب التى كانت موجودة فى نص المادة ٢٩٦ مدنى قديم والتى كانت محل خلاف فى الفقه . فلقد كانت المدة تسرى فى التقنين القديم من تاريخ العقد ، لا من تاريخ التسليم الفعلى ، أى فى وقت يصح ألا يكون المشتري أو البائع قد علم فيه بسبب نشوء دعواه ، ولذلك جاء النص الجديد متلافياً هذا العيب .

(٢) قضى بأن : تطبيق المادة ٤٢٢ من القانون المدنى بشأن مسئولية المشتري عن تكملة الثمن إذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد والمادة ٤٢٤ منه بشأن تقادم حق البائع فى طلب تكملة الثمن بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا ، إنما يكون وفقاً لما صرح به المادة ٤٢٢ فى صدرها فى حالة ما إذا كان مقدار المبيع قد عين فى العقد ، أما إذا لم يتعين مقداره أو كان مبيناً به على وجه التقريب فإن دعوى البائع لا تتقادم بسنة ، بل تتقادم بخمس عشرة سنة ، نقض ١٩٧٥/١٢/٣٠ المجموعة س ٢٦ من ١٧٢٧ .

أية حالة كانت عليها الدعوى أمام محكمة الموضوع ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف .

ويجوز النزول عن أى من هذه الدعاوى الثلاث - المشار إليها - صراحة أو ضمناً ، ويعد نزولاً ضمناً عن دعوى إنقاص الثمن ودعوى الفسخ وضع يد المشتري على المبيع دون تحفظ بعد علمه بالعجز . وإذا نزل البائع عن دعوى تكملة الثمن بنسبة زيادة المبيع سقطت تبعاً لذلك دعوى الفسخ التي يخولها القانون للمشتري في حالة الزيادة في المبيع لأن الغرض منها تجنب المشتري التزامه بزيادة الثمن ، فتتعدم علتها بنزول البائع عن حقه في الزيادة .

المطلب الثاني

تسليم ملحقات المبيع

تقضى المادة ٤٣٢ مدنى بأن :

« يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » .

والملاحظ أن المشرع لم يعط أمثلة لما يعتبر من ملحقات المبيع ، بل ترك تحديد ذلك إلى الاتفاق والعرف وطبيعة الأشياء (١) .

ونعرض في هذا الصدد لتحديد وتعريف ملحقات المبيع ، ثم نخرب أمثلة لما يعد من الملحقات .

(١) فتحديد ملحقات المبيع يستخلص من قصد المتعاقدين ، فإذا لم يتفق المتعاقدان عليها صراحة أو ضمناً ، فإن لمحكمة الموضوع أن تستخلص ذلك من طبيعة الشيء وعرف الجهة ، باعتباره مسألة تتعلق بتفسير العقد وبما لها من سلطة في تفسيره توصل إلى مقصود العاقد على أن تبين في أسباب حكمها كيف استخلصت المعنى الذي إقتنعت به ورجحت أنه مقصود العاقد بحيث يتضح من هذا البيان إنها قد التزمت في تفسيرها بما تحمله من عبارات العقد وبما يجرى به العرف ويرشد إليه القصد من العقد وطبيعة محله - نقض من طعن ١٩٨٠ / ٢ / ٢ طعن ٩٧٢ س ٤٥ ق .

أولاً : تحديد معنى ملحقات المبيع :

لا تعد ملحقات المبيع من أصله ، ولا من نمائه ، ولا من منتجاته ، ولا من ثمراته . وإنما هي شيء غير الأصل والنماء ، وهي ملحقة بالأصل وليست هي الأصل ذاته . وهي ليست متولدة عن الأصل ، لا بصفة عارضة كالمنتجات ، ولا بصفة دورية كالثمرات ، بل هي شيء مستقل عن الأصل وغير متولد عنه ، ولكنه أعد بصفة دائمة - لا مؤقتة - ليكون تابعاً للأصل وملحقاً به ، وذلك حتى يمكن استعمال هذا الأصل في الغرض المقصود منه أو لاستكمال هذا الاستعمال ، أو بعبارة أعم : كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء .

والأصل أن ملحقات المبيع تعين حسب قصد المتعاقدين (١) ، فإذا لم يوجد بينهما اتفاق على ذلك ، تم تعيين الملحقات حسب طبيعة الشيء ، أو وفقاً لعرف الجهة (٢) .

ثانياً : أمثلة لما يعد من الملحقات :

يشمل المبيع بوجه عام وأياً كان ، كافة الأوراق والمستندات المتعلقة به ، كمستندات الملكية ، وعقود الإيجار التي تسرى في حق المشتري وصورة من المستندات التي يحتفظ بها البائع لاشتغالها على حقوق أخرى غير حقوق المشتري ، كما يلحق بالمبيع حقوق الارتفاق التي قد تكون مرتبة له ، وكذلك بوالص التأمين المعقودة بشأن المبيع ويعد المشتري بالنسبة لها خلفاً خاصاً .
وتعرض فيما يلي لبعض التطبيقات لما يعد من الملحقات :

أ- ملحقات العقار :

يعد من ملحقات العقار جميع الأشياء التي لا يمكن فصلها عنه ، وإذا فصلت فانتفاع بالعقار ، كما يشمل كل ما هو ضروري للانتفاع به .
فيدخل في بيع العقار الحقوق العينية المخصصة للانتفاع به واستعماله ،

(١) انظر نقض ١٩٥١/١١/٢٢ - طعن ١٨٧ س ١٩ ق و ١٩٧٠/١/١٥ - المجموعة س ٢١ ص ١١٢ .

(٢) انظر نقض ١٩٨١/٤/١١ - المجموعة س ٣٢ ص ١٠٩١ و ١٩٨١/١١/٣٠ - المجموعة س ٣٢ ص ٢١٧٢ .

كالارتفاق (١) بالمجرى والمرور وغيرها . أما دعاوى التعويض قبل الغير فلا تعد من الملحقات ويعد من الملحقات عقود التامير ، والحقوق والدعاوى المرتبطة بالعقار ، كدعوى الضمان ضد المقاول والمهندس المعماري ، ودعوى الضمان قبل البائع الأصلي .

كما يعد من الملحقات الأشياء المادية المخصصة للانتفاع بالعقار وإستعماله . كالمفاتيح والمرايا المثبتة بالحوائط والتماثيل ، والأفران المثبتة فى المطابخ والمغاسل المثبتة فى الحمامات ولا تلحق بها المرايا غير المثبتة ولا الثريات المعلقة . ويدخل فى بيع المنزل الحديقة الداخلة فى السور المحيط بالمنزل ، والحوائط المشتركة مع الجيران ، ولا يدخل فى البيع المنقولات الموجودة بالمنزل ، اللهم إلا إذا اشتمل البيع على المنزل والأثاث الموجود به

وبيع أرض زراعية يشمل ، حقوق الارتفاق والمزروعات غير الناضجة ، أما الناضجة فلا تدخل فى الملحقات ، وتدخل الطرق الخاصة المتصلة بالطريق العام ضمن الملحقات . ويدخل فى الأرض الزراعية ما أضيف إليها من زيادة بسبب طمس النهر . ويشمل بيع « العزبة » ملحقاتها من المواشى والآلات الزراعية وغيرها مما يعد عقاراً بالتخصيص ، وإيضاً المخازن وزراعى المواشى وبيوت الفلاحين ... إلخ .

وبيع « بستان » يشمل الأشجار المغروسة والثمار غير الناضجة ولكن لا يعد من الملحقات الشجيرات المزروعة فى لوعية أو التى أعدت للنقل .

ب- ملحقات المنقول ،

ملحقات المنقول هى أيضاً كل ما أعد لاستعماله بشكل دائم . وبناء على ذلك :

فبيع الجواد الأصيل يشمل تسليم الأوراق المثبتة لنسبه . وبيع الدابة يشمل الرسن ، وبيع الحيوان يشمل الولد الرضيع لا الذى شب عن الرضاع إذا كان قد ولد قبل البيع . ويدخل أيضاً الصوف الشعر ولو كان مهياً للجز وإن

(١) انظر نقض ١٩٧٠/١/١٥ طعن ٤٥٩ س ٣٥ ق ونقض ١٩٤٩/١/١٣ - طعن ٣ س ١٨ ق.

كان المبيع سيارة ، شمل البيع عجلاتها الاحتياطية وأدوات الرفع والرخصة
ومستندات الملكية ووثيقة التأمين

وإذا كان المبيع مؤلفاً أو لوحة رسم أو تمثالاً أو غير ذلك من الأعمال الأدبية
والفنية ، فإنه يعد من الملحقات طبع الكتاب أو تصوير اللوحة أو عمل نموذج من
التمثال . غير أنه إذا باع المؤلف عدداً من النسخ أو باع كل النسخ التي تولى
بنفسه طبعها وتكلفتها ، لا يحق للمشتري إعادة طبع الكتاب . وإذا كان المبيع
إختراعاً شملت ملحقاته المستندات التي تشمل سر الاختراع وكيفية الإفادة منه .
وبيع الأسهم والمستندات لا يشمل تسائم الأرباح (الكوبونات) المستحقة
قبل البيع إلا باتفاق خاص ، أما التي تستحق من بعد البيع فهي من الثمرات لا
الملحقات .

وبيع مكتب من مكاتب الأعمال أو من مكاتب المحاماة يشمل كافة المستندات
وملفات القضايا حتى التي صدرت فيها أحكام نهائية ، وإنما يحق للبائع الاطلاع
على هذه الملفات في نفس المكتب - دون أن يكون له الحق في نقلها - إذا كان هذا
الاطلاع لازماً لتمكينه من مطالبة عملائه بأتعابه .

وإذا كان المبيع منقولاً فلا يعد من ملحقاته ما قد يوجد بداخله من الأشياء
الثمينة ، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك . فبيع ساعة من الفضة لا يدخل في
ملحقاتها السلسلة الذهبية التي قد تكون أكبر قيمة من الساعة ذاتها ... إلخ .

جـ- ملحقات المحل التجاري ،

يعد المحل التجاري منقولاً معنوياً ، ويتكوّن هذا المحل من عناصر معنوية
وأخرى مادية . والأولى هي الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والعلامات
والبيانات التجارية ، والحق في الإجارة ، وحقوق الملكية الفنية والأدبية
والصناعية ، والرخص والإجازات التي تمنحها جهة الإدارة للسماح بالإتجار في
سلع معينة أو لإستغلال محلات من نوع معين .

أما بالنسبة للاسم التجاري - اسم البائع - فيرى البعض عدم جواز
إستعمال المشتري للاسم القديم إلا المدة الضرورية لضمان إستمرار العملاء في
التعامل مع المحل ، ويرى آخرون جواز إستعمال الاسم القديم إذا ما أضيف إليه

لفظ « خليفة » لأن المشتري بوضع الاسم على هذه النحو يقرر حقيقة واقعية لا سبيل إلى إنكارها . كما أنه لا يستعمل الاسم القديم استعمالاً مباشراً .

ومثال العناصر المادية ، المهمات كآلات المصنع ، والأثاث التجارى كالمقاعد والمكاتب والمخازن ، والسلع وهى المنقولات المعدة للبيع .

والأصل أن يدخل فى بيع المحل التجارى كافة العناصر المتقدمة - والتى هى أجزاء المحل التجارى - والتى يتفق عليها الطرفان ، أما ملحقات المحل التجارى فتشمل بوليصة التأمين ومستندات الملكية ودفاتر الحسابات وعناوين العملاء ونحو ذلك .

ثمر المبيع ونماؤه :

تقضى المادة ٤٥٨/٢ مدنى بأنه :

« وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » .

حرص المشرع فى هذا النص على إعتبار ثمار المبيع ونماؤه من ملحقات عقد البيع وتعد من حق المشتري (١) منذ العقد ، سواء أكانت ثماراً طبيعية ككلا المراعى ونتاج المواشى ، أو مستحدثة كثمار الأراضى الزراعية ، أو مدنية كالأجر وأرباح الأسهم والسندات . وللمشتري أيضاً سائر المنتجات أى الحاصلات من وقت البيع .

وللمشتري الحق فى هذه الثمار والنماء من يوم العقد ، حتى ولو لم تنتقل إليه الملكية بمجرد العقد ، كما إذا اشترى عقاراً ولم يتم التسجيل بعد (٢).

(١) نقض ١٩٦٩/١/٢٣ - المجموعة - س ٢٥ رقم ٢٥ من ١٥٠ .

(٢) قضى بأنه : « لما كان من آثار عقد البيع تطبيقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تنتقل منفعة المبيع إلى المشتري من تاريخ إبرام العقد فيكون له حق ملكية الثمرات ، والثمار فى المنقول والعقار على السواء مادام المبيع شيئاً معيناً بالذات من وقت تمام العقد ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو نص مخالف ، ويستوى فى بيع العقار أن يكون مسجلاً أو غير مسجل ، لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري ولو لم يسجل العقد » نقض ١٩٨٧/٦/٢٣ - طعن ٢٥٣١ س ٥٢ ق ، وانظر فى ذات المعنى نقض ١٩٨٦/١١/١٢ - طعن ١٧٥٠ س ٥٥ ق ونقض ١٩٩٠/٢/١ -

وفى مقابل حق المشتري فى الثمار والنماء ألزم المشرع المشتري بتكاليف المبيع من ضرائب ومصروفات صيانة ومصروفات إستغلال من يوم البيع كذلك.

الفرع الثانى

كيفية التسليم

تقسيم :

يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري فى الزمان والمكان المتفق عليه ، وتكون نفقات التسليم أصلاً على البائع . فنعرض فى هذا الفرع للمسائل الآتية :

١- طريقة التسليم . ٢- زمان التسليم ومكانه .

٣- نفقات التسليم .

المطلب الأول

طريقة التسليم

تقضى المادة ٤٣٥ مدنى بأنه :

١- يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه إستيلاءً مادياً ، مانام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المبيع .

- طعن ١١٩٦ س ٥٣ ق و ١١/٢٢ / ١٩٩٠ - طعن ٢٢٢ س ٥٧ ق وحيث قضى هذا الحكم بأن عقد البيع ينقل إلى المشتري جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الناصب منها ومطالبة بالرعي بوانظر نقض ١٩٩٢/٤/١١ طعن ٨٤١ س ٥٩ ق.

٢- ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد إستبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية .

عناصر التسليم :

يتبين من النص المتقدم أن التسليم يفترض أمرين لا يتم إلا بهما :

الأمر الأول : وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه إستيلاءً مادياً . فلا يشترط إذن أن تنتقل الحيازة فعلاً إلى المشتري بحيث يستولى عليه إستيلاءً مادياً ، وإنما المقصود أن على البائع أن يخلو بين المشتري والشيء المبيع دون عائق من جانبه أو من جانب الغير يحول دون تمكن المشتري من حيازته والانتفاع به . ومادام المشتري تمكن من المبيع على هذا النحو فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم حتى قبل أن يستولى المشتري على المبيع ، بل وحتى لو لم يستول عليه أبداً . والسبب فى ذلك أن التسليم يقتضى إشتراكاً من البائع والمشتري ، فإذا كان التسليم واجباً على البائع ، فهو واجب أيضاً على المشتري ، وبناء على ذلك تبرأ ذمة البائع من هذا الالتزام إذ قام بوضع المبيع تحت تصرف المشتري على الوجه المتقدم ، حتى ولو لم يتسلمه بالفعل لتقصير منه أو تأخير من جانبه (١) .

الأمر الثانى : أن يعلم البائع المشتري بأنه وضع المبيع تحت تصرفه ، وذلك حتى يتمكن من تسلمه بالفعل ، وحتى لا يشك فى حقيقة وضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري بالفعل . ولا يوجد شكل معين لهذا الإعلام ، فقد يكون بإنذار رسمى ، أو بكتاب مسجل أو غير مسجل ، وقد يكون شفاهة ، وفى هذه الحالة يقع على البائع عبء إثبات أنه قام بهذا الواجب وأنه أخطر المشتري فعلاً بوضع المبيع تحت تصرفه .

(١) أنظر نقض ١٩٣٨/٢/٣ - طعن ٧٣ س٧ق و ١٩٥٨/٣/١٣ - المجموعة س٩ ص٢٠٤ ونقض ١٩٥٩/٦/٢٥ - المجموعة س١٠ ص٤٩٩ ونقض ١٩٦٢/١١/٨ - المجموعة س١٣ ص٩١٢

فإذا اجتمع العنصران المتقدمان يعد البائع أنه قد قام بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع (١) .

ويحدث غالباً أن يتم تنفيذ الالتزام بالتسليم بطريقة التسليم الفعلي للمبيع . فمناط التزام البائع بتسليم العين المبيعة تسليماً فعلياً إلى المشتري أن يكون البائع هو الحائز الفعلي للمبيع بوصفه مالِكاً له أو أن يتفق المتبايعان على هذا التسليم الفعلي في عقد البيع أو في اتفاق لاحق (٢) . ويحدث التسليم الفعلي بتسلم المشتري للمبيع بالفعل والاستيلاء عليه إستيلاء مادياً وفرض سيطرته المادية عليه . ولكن التسليم الفعلي ليس بشرط ، فالمرجع يفترض تمام التسليم متى توافر عنصره .

كيفية تسليم العقارات

يكون تسليم العقار بالتخلي عن حيازته وعدم مباشرة أى عمل من أعمال الاستعمال أو الانتفاع عليه . فإذا كان المبيع من المباني ، فعلى البائع إخلاؤه وإخراج ما به من أثاث وأمتعة . وإذا كان أرضاً زراعية وجب على البائع الامتناع عن زراعتها والكف عن جنى محصولها . وإذا كان العقار مؤجراً ، فعليه إخراج المستأجر إلا إذا كانت الإجارة نافذة قانوناً في مواجهة المشتري ، وعندئذ يمتنع عليه قبض الأجرة ، فهي من حق المشتري .

كما يلتزم البائع بتسليم مفاتيح المنزل إلى المشتري ، وتسليمه أيضاً مستندات ملكية ، حتى يتمكن المشتري من تقديمها إلى جهة الشهر لإجراء

(١) قضى بأن « مؤدى نص المادة ٤٣٥ من القانون المدني أن تسليم المبيع يتم برضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل مع إعلام المشتري أن المبيع قد وضع تحت تصرفه ، ولم يشترط المشرع التسليم الفعلي بل يفترض تمام التسليم متى توافر عنصره ، ولو لم يستول المشتري على المبيع إستيلاء مادياً ، فإذا تم التسليم على هذا الوجه إنتقض التزام البائع به وبرئت ذمته منه ، نقض ١٩٨٨/١١/٢٩ طعن ١٤٢٥ س ٥٦ ق .

(٢) أنظر نقض ١٩٨٩/٣/٢٨ طعن ٦٦ س ٥٧ ق وأنظر نقض ١٩٧٨/٤/١٢ طعن ٤٤٢ س ٤٤ ق ونقض ١٩٩٠/٦/١٩ طعن ٥٣٩ س ٥٨ ق و ١٩٩١/١/٢ المجموعة س ٤٢ ص ٢٥٤ ونقض ١٩٩٤/١٢/٢٩ - المجموعة س ٤٥ ص ١٧٤٠ ونقض ١٩٨٨/١١/٢٩ طعن ١٤٢٥ س ٥٦ ق

التسجيل ، كما يلتزم بتسليمه هو المصن التامين على العقار إن وجبت .

كيفية تسليم المنقولات :

يتم تسليم المنقول عادة بتسليمه مادياً أى بمناولة البائع الشيء للمشتري . ويحدث التسليم هنا برفع الشيء من محل البائع أو بتسليمه فى أى مكان لحساب المشتري . وقد يحدث التسليم بتسليم المشتري مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أى مكان آخر يحتوى على المنقول بشرط عدم وجود عائق يحول دون وضع يد المشتري عليه (١) .

وقد يتم التسليم عن طريق تحويل سند الشحن أو الإيداع أو التخزين للمشتري ، إن كان المنقول مشحوناً أو مودعاً أو مخزوناً فى جهة ما ، أو بتسليم السند للمشتري إذا كان السند لحامله . وإذا حدث وتسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر المنقول ذاته وكان كلاهما حسن النية ، فإن الأفضلية تكون لمن تسلم المنقول ، لأنه إذا تعارض التسليم الحقيقى مع التسليم الرمزي كانت الأفضلية للأول .

وقد يتم التسليم الرمزي عن طريق وضع المشتري إسمه أو علامته على المنقول بحضور البائع ورضاه .

وقد يحدث التسليم عن طريق التخلية ، كما إذا كان المبيع محمولاً لاتزال قائمة فى الأرض أو ثماراً لاتزال فوق الأشجار ، فيخلى البائع ما بينها وبين المشتري حتى يستولى عليها . وقد يحدث ذلك بإفراز الشيء المعين بنوعه فقط فى حضور المشتري ودعوته لتسلمه ، ويقع الإفراز بالعد أو الكيل أو الوزن أو المقاس .

تلك هى بعض تطبيقات، لتسليم المنقول ، وقد تكفى وسيلة منها لتحقيق التسليم فى حالة دون أخرى . فمثلاً تصدير البضائع من البائع إلى المشتري يعد تسليمًا إذا كان مشروطاً فى عقد البيع حصول التسليم فى ميناء التصدير ، ولا يحد كذلك إذا كان مشروطاً حصوله فى ميناء الوصول مع العلم بأنه فى حالة

(١) نقض ١٩٤٧/١/٣٠ - مجموعة عمر ج ٥ - رقم ١١٧ من ٢٢٧

سكوت المتعاقدين عن تحديد مكان التسليم فيفترض أن مكان التسليم هو المكان الذى تصل فيه البضاعة إلى المشتري (م ٤٣٦ مدنى) (١) .

كيفية تسليم المنقولات المعنوية :

إن طريقة التسليم - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - تتكيف حسب طبيعة المبيع . وبناء على ذلك إذا ورد البيع على حق المرور ، فإن تسليمه يكون بتسليم سنده ، إن كان له سند سابق أو بالترخيص للمشتري فى استعمال هذا الحق بشرط ألا يحول حائل دون هذا الاستعمال .

وإذا كان المبيع حقاً شخصياً كحوالة الحق ، فإن تسليمه يقتضى وضع الحق تحت تصرف المحال له بتسليمه سند الحق وتسليم ما يثبت نفاذ الحوالة فى مواجهة المحال عليه .

التسليم الحكمى أو المعنوى :

أشارت إلى هذه الطريقة الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدنى بقولها : « ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » (٢) . ويتميز التسليم الحكمى عن التسليم الفعلى بأنه إتفاق أو تصرف قانونى وليس بعمل مادى ، وله صورتان :

الأولى : ويكون فيها الشيء فى حيازة المشتري قبل البيع عن طريق إجارة أو وديعة أو عارية أو رهن حيازى أو نحو ذلك ... ثم يقع البيع ، فيستمر المشتري حائزاً للمبيع ولكن لحساب نفسه ، أى تتغير نيته فى الحيازة .

الثانية : أن يبقى المبيع فى حيازة البائع بعد البيع ، ليس بصفتة مالكا للشيء ، بل كمستأجر له أو مرتهناً إياه ، أو مودعاً لديه أو مستعيراً له أو غير ذلك مما يترتب على عقد يتم بين المشتري والبائع بعد البيع ويستلزم نقل

(١) طريقة التسليم تتكيف حسب طبيعة المبيع - المذكرة الإيضاحية - ج ٤ ص ٦٩ ، ويقع عبء إثبات تسليم المبيع على عاتق البائع بغض النظر عما إذا كان هو المدعى أو المدعى عليه .
نقض ١٩٥٢/١٢/١٨ - المجموعة فى ربيع قرن قاعدة ٢٣ ص ٢٨ ، ١٩٥٢/١٢/٨ - المرجع السابق - قاعدة ٢٨٦ ص ٨٠ ، نقض ١٩٥٩/١١/١٢ - المجموعة - ص ١٠ ص ٦٤١ .
(٢) أنظر نقض ١٩٨٥/٢/٢١ - الطعن ٦٣٢ ص ٥١ .

حياسة الشيء من المشتري إلى البائع .

والتسليم فى هذه الصورة وإن كان ينتج أثره فيما بين المتعاقدين إلا أنه لا يمكن أن يضر بالغير حسن النية ، فإذا تصرف البائع فى المنقول مرة ثانية وتسلمه المشتري الثانى ، فإنه يفضل المشتري الأول ، وذلك لأن التسليم الأول كان حكماً أو معنوياً خالياً من أى مظهر خارجى يستدل منه على حصول البيع الأول .

المطلب الثانى

زمان التسليم ومكانه

زمان التسليم :

يجب أن يتم التسليم فى الوقت الذى حدده العقد (١) ، فإذا لم يتضمن العقد حكماً بهذا الخصوص ، رجعنا إلى القواعد العامة ، حيث تقضى المادة ١/٣٤٦ مدنى بأنه : يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً فى ذمة المدين ، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، (٢).

يستفاد مما تقدم أنه على البائع تسليم المبيع فى الأجل المتفق عليه (٣) ، فإذا

(١) قضى بأن التعرف على تاريخ تسليم المشتري للمبيع هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاؤه على أسباب سائفة لها معينها فى الأوراق - نقض ١٩٩٠/٢/١ - طعن ١٩٩٦ س ٥٢ ق .

(٢) قضى بأنه : من المقرر وفقاً لنص المادة ٤٣٦ مدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن الإلتزام بالتسليم من الإلتزامات الأصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد وهو واجب النفاذ بمجرد تمام البيع ولو كان الثمن مؤجلاً ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ، نقض ١٩٨٤/٢/٢١ - طعن ١٨٢ س ٥٠ ق . وانظر نقض ١٩٢٨/٢/٣ - طعن ٧٢ س ٧٢ ق ، ويقوم مقام التسليم أن يقوم البائع بعرض المبيع عرضاً حقيقياً متى كان العقد لم يحدد ميعاداً للتسليم . انظر نقض ١٩٥١/٢/٢٨ طعن ١٤٤ س ١٨ ق .

(٣) انظر نقض ١٩٥٧/٦/٢٧ - المجموعة س ٨ ص ٦٤٣ ونقض ١٩٥٩/١٠/٢٢ - المجموعة س ١٠ ص ٥٩٠ ونقض ١٩٥٩/١١/١٢ - المجموعة س ١٠ ص ٦٤١ ونقض ١٩٦٧/١٢/١٢ - المجموعة س ١٨ ص ١٨٦٠ .

لم يوجد اتفاق ، فقد يقضى العرف بالتسليم فى ميعاد معين (١) ، ويحدث ذلك كثيراً فى التعامل التجارى حيث يحدد العرف مهلة معينة لتسليم المبيع فإذا تخلف الاتفاق والعرف فقد تقتضى طبيعة المعاملة تأخير التسليم إلى وقت معين ، ويحدث ذلك إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع وكان المفهوم أن البائع سيحصل على المقادير المتفق على بيعها من السوق ثم يسلمها بعد ذلك إلى المشتري ، فطبيعة المعاملة هنا تقتضى تأخير التسليم حتى يتمكن البائع من الحصول على تلك المقادير من السوق . فإذا لم يوجد إتفاق أو عرف أو طبيعة خاصة للتعامل تقتضى تأخير التسليم ، وجب أن يكون التسليم فوراً بمجرد العقد ، إلا إذا وجدت ظروف تبرر أن يمنح القاضى البائع مهلة فى التسليم

مكان التسليم ،

يلاحظ أن المشرع لم يشأ أن يورد بين أحكام البيع نصوصاً تبين مكان التسليم وذلك اكتفاءً بما أورده فى القواعد العامة من أحكام فى هذا الخصوص .

فطبقاً لنص المادة ٢٤٧ مدنى فإنه :

١- إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢- أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال ،

ولكن عاد المشرع فأشار إلى هذه الأحكام عندما عرض لالتزام المشتري بإستلام المبيع ، فقرر فى المادة ٤٦٣ مدنى بأنه : إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع

وبناء على هذه النصوص .

(١) إذا كان المبيع معيناً بالذات وجب تسليمه فى المكان الموجود فيه وقت

(١) أنظر نقض ١٩٣٨/٢/٣ . طعن ٧٣ س ٧٧ .

البيع ، ما لم يتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك . وإذا ذكر في العقد أن المبيع موجود في محل غير المكان الموجود فيه حقيقة ، التزم البائع بنقل المبيع إلى المكان المذكور في العقد مع تحمل مصاريف هذا النقل . وإذا تحدد مكان تسليم المبيع ، وجب على البائع أن يسلمه في هذا المحل وللمشتري رفض التسليم في مكان آخر . وإذا عين العقد مكانين يصح أن يتم التسليم في أحدهما ، وجب أن يقع التسليم كاملاً في أحد هذين المكانين وفقاً لما يختاره البائع ، وليس له تجزئة التسليم ، فللمشتري الحق في ألا يقبل سوى التسليم الكامل .

(٢) أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع فقط ، أو كان حقاً شخصياً حوله الدائن فإن التسليم يكون في موطن البائع أو في مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال ، لأن الأصل هو أن على الدائن (أى المشتري) أن يسعى إلى إستيفاء حقه دون أن يسعى المدين (أى البائع) إلى الوفاء به .

(٣) وقد ينص القانون أحياناً على تعيين مكان التسليم (وزمانه أيضاً) من ذلك ما ورد في المادة ٤٣٦ مدنى بخصوص المبيع الواجب تصديره للمشتري من أنه : « إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

ومعنى ما تقدم ، أن المبيع إذا كان واجب التصدير إلى المشتري في مكان غير المكان الذى هو فيه ، فإن مكان التسليم هو المكان الذى يصل فيه الشيء إلى المشتري ، أى العبارة فى بيع البضائع المصدرة بالوصول لا بالتصدير ، إلا إذا إتفق على عكس ذلك .

« ويجب التمييز فى هذا الصدد بين الشيء المعين بالذات والشيء المعين بنوعه . فإذا كان المبيع المصدر منقولاً معيناً بالذات ، إنتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد البيع ، وكان زمان التسليم ومكانه عند التفريغ وفى لحظة الوصول ، وكانت تبعة هلاكه على البائع قبل التسليم ، فيكون خطر الهلاك فى الطريق على البائع لا على المشتري . أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بنوعه ، ويغلب أن تكون بضاعة يصدرها تاجر إلى تاجر آخر ، فإن ملكية البضاعة لا تنتقل إلا بالإفراز ، والإفراز يتم عند التسليم . وزمان التسليم فى هذه الحالة أيضاً وقت التفريغ ، ومكانه محطة الوصول فتنتقل الملكية إذن عند التفريغ . ولما كان

خطر هلاك البضائع التى تخرج من مخزن البائع فى الطريق على من يملكها (م ٩٤ تجارى) ، فإن تبعة الهلاك تكون على البائع إذ هو المالك إلى أن تصل البضائع محطة التفريغ ، (١) .

المطلب الثالث

نفقات التسليم

١- نفقات التسليم :

طبقاً للقواعد العامة فإن مصاريف الوفاء تكون على المدين بالالتزام وذلك طبقاً للعادة ٢٤٨ مدنى والتى تقضى بأن « تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » . فالأصل إذن هو أن البائع - وهو المدين بالتسليم - هو الذى يتحمل نفقاته . وتشمل مصاريف التسليم كل النفقات اللازمة لوضع المبيع تحت تصرف المشتري . ويدخل فى هذه النفقات مصروفات الوزن والقياس والكيل والعد ، ويدخل فيها أيضاً نفقات حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم إذا لم يوجد المبيع فى هذا المكان فعلاً ووجب نقله إلى مكان آخر . أما الرسوم الجمركية فيتحملها البائع إذا كان قد إشتراط أن يتم التسليم فى موطن المشتري . ولذلك لا يحق للبائع المطالبة بزيادة الثمن إذا إرتفعت هذه الرسوم فى الفترة ما بين العقد والتسليم ، وإيضاً لا يحق للمشتري المطالبة بتخفيض الثمن إذا حدث العكس وإنخفضت قيمة الرسوم .

فيعد من مصاريف التسليم نفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم ونفقات إعداد المبيع للتسليم ، ونفقات فرزته تمهيداً لتسليمه بالقياس أو الوزن أو الكيل أو العد ، ونفقات الرسول المكلف بتسليم مستندات الملكية أو مفاتيح المنزل المبيع ، ونفقات إخلاء العين المبيعة عند إنشغالها ، ونفقات محو الرهن المترتب على المبيع . وإذا كان المبيع غير مادي فيتحمل البائع المصاريف اللازمة لإنشاء الحق أو نقله ، كالمصاريف اللازمة لاستخراج المستندات المثبتة لوجود الحق . حتى يمكن تسليمها للمشتري .

(١) السنهاوى - المرجع السابق - فقرة ٢١١ من ٧٦٥ - ٧٦٦

ب- نفقات التسليم :

تقضى المادة ٤٦٤ مدنى بأن : نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو إتفاق يقضى بغير ذلك .

ومعنى ما تقدم أن تكون مصروفات التسلم على المشتري لا على البائع .
وعلى أى حال فإن للمتعاقدين الحرية فى الاتفاق على كيفية توزيع نفقات التسليم والتسلم فيما بينهما ، فقد يحدث أن يتفق المشتري مع البائع على أن يكون التسليم خالصاً من أجر النقل والرسوم الجمركية ، وفى هذه الحالة يتحمل البائع أجرة الشحن والرسوم الجمركية سواء المحصلة وقت خروج البضاعة من موطن البائع ، أو فى أثناء عبورها فى الطريق أو عند وصولها إلى بلد المشتري .

فإذا لم تفصح إرادة المتعاقدين عن أحكام مخالفة فى هذا الخصوص ، كان معنى ذلك رضائهما باتباع العادات التجارية السائدة ، فإذا لم توجد العادات وجب إتباع الأحكام السابقة .

الفرع الثالث

الجزاء على الإخلال بالتزام التسليم

تطبيق القواعد العامة :

تقضى المادة ١/١٥٧ مدنى بأنه : فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إذا كان له مقتضى .
وطبقاً لهذه المادة إذا أخل البائع بالتزام التسليم ، فامتنع عن التسليم (١) ،

(١) وقد يمتنع البائع عن التسليم لتعلق حق الغير بها تعلقاً قانونياً فإستعمال عليه الوفاء بالتزامه بالتسليم عيناً . انظر نقض ١٧/١٢/١٩٧٠ - المجموعة س ٢١ ص ١٢٥٥ و ٢٦/١٢/١٩٨٤ - طعن ٧٢٦ س ٥١ ق ١٧/٧/١٩٩١ - طعن ٢٤٩٨ س ٥٧ ق و ٢٢/١٢/١٩٩٣ - طعن ٢٩٧٣ س ٥٩ ق

أو سلم المبيع في غير الحالة التي كان عليها وقت البيع ، أو تأخر في التسليم عن زمانه ، أو أراد تسليم المبيع في غير مكانه ، فإن المشتري بإمكانه أن يطالبه بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكناً (١) كما يستطيع أن يطلب فسخ البيع (٢) ، وله في الحالتين أن يطلب تعويضاً عما يكون قد لحقه من ضرر من جراء إخلال البائع بالتزامه ، (٣) ويتم كل ذلك طبقاً للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد وفي قواعد تنفيذ الالتزام ، فنحيل إلى هذه القواعد .

حق البائع في حبس المبيع :

وطبقاً للقواعد العامة أيضاً يستطيع البائع أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري ، إذا لم يقدّم الأخير بدفع الثمن أو ما تبقى منه . وبالإضافة إلى هذا الحكم المقرر حرص المشرع على النص على حق البائع في حبس المبيع .

فتقضى المادة ٤٥٩ مدني بأنه :

١٥- إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع .

(١) نقض ١٩٧٥/١٢/١٧ - المجموعة - س ٢١ رقم ٢٠٤ ص ١٢٥٥ .

(٢) نقض ١٩٥٢/١٢/٢٥ - المجموعة في ربع قرن - قاعدة ٢٥٠ ص ٨٥٢ .

(٣) نقض ١٩٥٢/١٢/١٨ - المجموعة - س ٤ رقم ٢٨ ص ٢٢٣ ونقض ١٩٥٢/٥/٢٢ - المجموعة - س ٣ رقم ١٦٧ ص ١٠٨٨ .

وقضى بأن النص في المادة ١/٢٢٠ من القانون المدني أنه لا ضرورة لإعذار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، يدل على أنه لا ضرورة لإعذار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، مما مؤداه أنه إذا التزم البائع بتسليم المبيع في ميعاد معين - وكان موضع إعتبار المتعاقدين - فإن تأخيرته في تنفيذ الالتزام عن الموعد المحدد يستوجب مساءلته قبل المشتري بالتعويض عن الأضرار التي تكون قد لحقت به من جراء هذا التأخير حتى ولو كان التسليم قد تم فيما بعد وذلك لوقوع الإخلال به في حينه وتحقق الضرر فعلاً نتيجة له بما لا يجدي تداركه أو جبره التسليم اللاحق وهو ما يضحى معه تنفيذ الالتزام في شقه المتعلق بالتسليم في الميعاد المحدد غير ممكن بفعل المدين . بما لا ضرورة معه لإعذاره، نقض ١٩٨٤/١٢/١١ - طعن ٢١٩٦ س ٥١ ق

٢- وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٢ ،

يلاحظ أن الأحكام المقررة في المادة السابقة ما هي إلا محض تطبيق للقواعد العامة في الحق من الحبس وفي الدفع بعدم التنفيذ .

فإذا كان للمشتري الحق في المطالبة بتسليم المبيع ، فعليه أن يدفع الثمن أولاً ، فإذا تخلف عن تنفيذ هذا الالتزام حق للبائع أن يدفع دعوى المشتري بتسليم المبيع ، بوجوب الوفاء بالثمن ، أي له الحق في حبس المبيع حتى يفي المشتري بالثمن .

والحق في الحبس - طبقاً للقواعد السابقة - لا يكون إلا إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع ولم يدفع ، سواء في ذلك كان تسليم المبيع ودفع الثمن واجبي الأداء فور العقد أم مؤجلين وحل الأجل المحدد للوفاء بهما ولم يدفع المشتري الثمن ، أو كان التسليم واجب الوفاء به في الحال والثمن مؤجلاً ، وحل ميعاد دفع الثمن قبل أن يطالب البائع بالتسليم ، فللبائع حبس المبيع حتى يقوم المشتري بدفع الثمن ، ويطبق ذات الحكم إذا كان التسليم مؤجلاً ودفع الثمن معجلاً وحل ميعاد التسليم ولم يكن المشتري قد وفى الثمن بعد .

وإذا كان البيع مشتملاً على عدة أشياء بيعت جملة واحدة ، فللبائع أن يحبسها جميعها حتى يستوفي مجموع أثمانها ، ولو كان قد عين في العقد ثمن كل منها على حدة ، لأن المتعاقدين قد نظرا إلى العقد على إعتبار أنه صفقة واحدة .

ويظل حق البائع في الحبس قائماً حتى يستوفي ما هو مستحق له ، ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ، وفي هذا خروج على حكم المادة ١/٢٤٦ مدنى والتي تسقط الحق في الحبس إذا قدم طالب التنفيذ تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه .

وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٢ مدنى . ويسقط الأجل إذا شهر إفلاس المشتري أو إعساره

كما يسقط الأجل إذا أضعف المشتري بفعله - إلى حد كبير - ما قدمه

للبيع من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون . غير أنه يفرق بين كون إضعاف التأمينات الخاصة قد حدث بفعل المشتري ، هنا للبيع الخيار بين استيفاء الثمن فور الوقت وبين المطالبة بتأمين إضافي ، وبين كون هذا الإضعاف يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المشتري فيه ، حيث يسقط الأجل ما لم يقدم المشتري للبيع ضماناً كافياً .

كما يسقط الأجل إذا تخلف المشتري عن تنفيذ ما وعد به من تقديم تأمينات خاصة للبيع ، كما لو رهن للبيع عقاراً ضماناً للوفاء بالثمن ثم ظهر أن العقار مملوك للغير .

انقضاء حق البيع فى الحبس :

يظل البيع محتفظاً بحقه فى الحبس حتى يستوفى الثمن بكامله ، ولا يسقط الالتزام بدفع الثمن بالتقادم طالما بقى المبيع المحبوس فى يد البائع ، لأن ذلك يعد إقراراً ضمنيّاً مستمداً من المشتري بدين الثمن ومن ثم يقطع التقادم . ولا يسقط الحق فى الحبس حتى ولو قام المشتري بتنفيذ جزء من التزامه . وليس للمشتري أن يطالب بتسليم جزء من الشيء المحبوس فى مقابل الجزء الذى وفى به من الثمن ، هذا مع ملاحظة عدم جواز تعسف البائع فى استعمال هذا الحق ، حيث لا يجوز له التمسك بالحبس إذا كان المشتري قد قام بدفع الجزء الأكبر من الثمن ولم يبق منه إلا جزءاً يسيراً أو تافهاً لا يبرر استمرار حبس الشيء جميعه .

غير أن حق البيع فى الحبس ينقضى بأحد الأسباب الآتية :

١- إذا خرج المبيع من حيازة البائع خروجاً إرادياً ، كما لو سلم البائع المبيع إلى المشتري ، أو نفذ عليه دائنو المشتري ، وسلم المبيع إلى الراسى عليه المزداد . ولكن إذا كان خروج الشيء من تحت يد البائع بسبب بيعه بناء على إذن القضاء إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه من الهلاك أو التلف ، إنتقل الحق فى الحبس فى هذه الحالة إلى الثمن .

ويشترط فى الخروج الإرادى المسقط لحق البيع فى الحبس أن يكون خروجاً حقيقياً ، لأن الخروج الحكمى كتسليم السندات المعطاة عن المنقول المعهود به إلى أمين النقل ، لا ينقضى به الحق فى الحبس .

أما إذا خرج المبيع من تحت يد البائع خلصة أو غصباً ، فإن الحبس لا ينقضى ، وإنما للبائع أن يسترد المبيع ممن هو فى حيازته إذا طلب ذلك قبل إنقضاء سنة من وقت الخروج (م ٢٤٨ / ٢ مدنى) . وللبائع إسترداد المبيع حتى ولو كان منقولاً وانتقلت حيازته إلى شخص حسن النية .

٢- ويسقط الحق فى الحبس إذا منح البائع المشتري أجلاً جديداً بعد البيع لدفع الثمن ولم يتحفظ فى شأن الحق فى الحبس (١) . ولكن لا يسقط الحق فى الحبس إذا كان منح الأجل قد تم من القاضى ، حيث لا يفترض فى هذه الحالة تنازل البائع عن حقه فى الحبس .

٣- ويسقط الحق فى الحبس كذلك إذا هلك المبيع المحبوس ، وفى هذه الحالة يتحمل المشتري تبعه الهلاك ، ويظل المشتري ملزماً بالوفاء بالثمن مع ذلك . فقد قضت المادة ٤٦٠ مدنى بأنه « إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » . والعلة فى ذلك أن بقاء المبيع تحت يد البائع وهو حابس له لم يكن بسبب تقصيره فى تنفيذ التزامه بالتسليم ، ولكن بسبب تقصير المشتري فى الوفاء بالثمن ، والبائع لم يحبس البيع إلا استعمالاً لحق خوكة له القانون بقصد حمل المشتري على الوفاء بالتزامه .

المحافظة على الشيء المحبوس :

تقضى المادة ٢٤٧/٢ مدنى بأنه :

« على الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة وعليه أن يقدم حساباً عن غلته » .

وأحكام رهن الحيازة المشار إليها هى :

ما جاء فى المادة ١١٠٣ مدنى من أنه « إذا تسلم الدائن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يد له فيه » .

(١) انظر حكم نقض ١٩٧٧/٢/٢٢ - المجموعة - س ٢٨ رقم ٩٦ ص ٥٠٥ .

وينبثق عن التزام الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس ، التزام آخر يتضمن عدم إختزانه للشيء إذا كان من الأشياء السريعة التلف أو الهلاك ، بل يجب عليه إتخاذ إجراءات بيع تلك الأشياء بعد إستئذان القضاء ، دون أن يعد ذلك تنازلاً منه عن الحق فى الحبس ، بل ينتقل هذا الحق إلى الثمن .

الفرع الرابع

ضمان البائع للمبيع قبل التسليم

القواعد العامة فى تحمل تبعة الهلاك ،

قد يهلك المبيع المعين بالذات (١) فى الفترة ما بين تمام العقد والتسليم بفعل القوة القاهرة أو بسبب أجنبى عن المتعاقدين ، فيستحيل على البائع تنفيذ إلتزامه بالتسليم ، فتثار هنا مشكلة تبعة الهلاك وتحديد الطرف الذى يتحملها . الأصل أنه فى العقود الملزمة للجانبين إذا إنقضى التزام بسبب إستحالة تنفيذه ، إنقضت معه الإلتزامات المقابلة وانفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون . فإذا انقضى الإلتزام لاستحالة تنفيذه - بسبب أجنبى - فلا يستطيع المدين الذى استحال تنفيذ التزامه أن يطالب الطرف الآخر بالتنفيذ لالتزامه المقابل لما بين الإلتزامين من إرتباط . ولهذا يقال إن المدين هو الذى يتحمل تبعة الهلاك فى العقود الملزمة للجانبين . ويقصد بالمدين هنا ، الطرف الذى استحال تنفيذ التزامه . فتتخى المادة ١٥٩ مدنى بأنه : فى العقود الملزمة للجانبين إذا إنقضى الإلتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه .

تلك هى القاعدة العامة فى تحمل تبعة الهلاك إذا إستحال تنفيذ الإلتزام قبل التسليم ، فهل تطبق تلك القاعدة على عقد البيع ؟ .

(١) أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع ، فلا تثار مشكلة تبعة الهلاك قبل التسليم ، ذلك لأن ذاتية المبيع لم تتحدد حتى يقال أنه هلك ، فالمثلثات لا تهلك ، وهذا كله ما دامت ذاتية المبيع لم تتحدد . أما إذا تحددت بالإفراز ، أصبح المبيع معيناً بالذات وثار تبعة لذلك مشكلة تبعة الهلاك .

يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد خالف القاعدة العامة التي تقضى بأن إستحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين يسقط عن الطرف الآخر التزامه المقابل ، فيستفاد من نص المادتين ١١٢٨ و ١٦٢٤ مدنى فرنسى أن المبيع يكون فى ضمان المشتري بمجرد تمام عقد البيع ، فإذا هلك فى الفترة ما بين العقد والتسليم سقط عن البائع التزامه بالتسليم ، ويبقى المشتري - مع ذلك - ملزماً بالثمن .

وقد اختلف الشراح الفرنسيون فى تبرير خروج المشرع على حكم القواعد العامة فى هذا الصدد ، والراجع فى الفقه الفرنسى ، أن المشرع الفرنسى قد ربط تبعة الهلاك بنقل الملكية . فيقضى القانون الفرنسى بأن ملكية الشيء وتبعة هلاكه تنتقلان بالعقد ، فمتى تم العقد الناقل للملكية إنتقلت الملكية إلى المتعاقد الآخر وتحمل هذا تبعة هلاك الشيء باعتباره مالكا ، وعلى ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، وإنما على مالك الشيء . وقد طبق المشرع الفرنسى هذه القاعدة على عقد البيع فى المادة ١٦٢٤ وعلى عقد المقايضة فى المادة ١٧٠٧ مدنى فرنسى . وبناء على ذلك إذا اتفق على تأجيل انتقال الملكية كان الهلاك على البائع رغم تسلم المشتري للمبيع ، لأن البائع وقد ظل مالكا لحين حلول الأجل يبقى متحملاً لتبعة هلاك المبيع .

ويبدو ما فى الحل الفرنسى من عدم عدالة ، حيث يترتب على الأخذ به التزام المشتري بدفع الثمن رغم هلاك المبيع قبل التسليم ، وهو لازال فى حوزة البائع .

تبعة هلاك المبيع فى القانون المدنى :

عالج المشرع مسألة تبعة الهلاك قبل التسليم فى المادتين ٤٣٧ و ٤٣٨ من التقنين المدنى . وفرق المشرع بين حالة الهلاك الكلى قبل التسليم ، وبين حالة الهلاك الجزئى أو نقص قيمة المبيع لتلف أصابه فنعرض لهاتين الحالتين .

المطلب الأول

تبعة الهلاك الكلى قبل التسليم

تقضى المادة ٤٣٧ مدنى بأنه :

« إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد، للبائع فيه ، إنفسخ البيع وإسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع » .

يتبين من هذا النص أن المشرع لم يسلك مسلك المشرع الفرنسى فى موضوع تحمل تبعة هلاك المبيع ، وإنما أخذ بالقاعدة العامة فى العقود الملزمة للجانبين والتي تجعل تبعة هلاك محل الالتزام على المدين به .

فالتزام البائع بالتسليم هو التزام بتحقيق غاية لأنه متفرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع ، ويترتب على كونه التزاماً بتحقيق غاية ، أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم إنما تكون على عاتق البائع حتى ولو أصبح المشتري مالكا للمبيع قبل هلاكه .

فلقد ربط المشرع تبعة الهلاك بتنفيذ الالتزام بالتسليم ولم يربطها بانتقال الملكية ، لئلا أن ينفذ البائع التزامه بالتسليم تظل تبعة الهلاك عليه ، فهلاك الشيء سيبرئه من التزامه هذا فيسقط التزام المشتري بدفع الثمن وينفسخ البيع بقوة القانون .

ويقصد بالهلاك الكلى زوال المبيع من الوجود بمقوماته المادية (١) ، وبالتالي لا يعد هلاكاً بيع البضائع بأمر من القضاء خشية تلفها حتى يفصل فى النزاع القائم بشأنها .

فإذا هلك المبيع هلاكاً كلياً قبل التسليم إنفسخ العقد من تلقاء نفسه بغير حاجة إلى التقاضى ، بل وبغير حاجة إلى إعذار . على أن الالتجاء إلى القضاء قد

(١) نقض ١٩٥٧/٢/٢١ - المجموعة - س ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨ ، نقض ١٩٧١/٢/١٦ - المجموعة - س ٢٢ رقم ٣٢ ص ١٨٨ ، نقض ١٩٧٧/٤/٥ - المجموعة - س ٢٨ رقم ١٥٦ ص ٩٠٩ .

يكون ضرورياً عند منازعة أحد الطرفين فى وقوع الفسخ . غير أن المحكمة فى هذه الحالة يقتصر دورها على التأكد من هلاك المبيع وإستحالة تنفيذ التزام البائع بالتسليم ، فإذا تحققت من ذلك ، حكمت بوقوع الفسخ بقوة القانون ويلتزم البائع برد الثمن إلى المشتري إذا كان قد قبضه من قبل .

وبناء على كل ما تقدم إذا كان المبيع معيناً بالذات ، فإن تبعة هلاكه تنتقل ، لا مع الملكية ، بل مع إنتقال الحيازة . فلو كان المبيع عقاراً ، وهلك قبل التسليم وقبل التسجيل ، كان هلاكه على البائع ، أما إذا هلك بعد التسليم وقبل التسجيل ، كان هلاكه على المشتري ، فمتى إنتقلت الحيازة إلى المشتري بالتسليم ، كانت تبعة الهلاك عليه حتى ولو لم تنتقل إليه الملكية ، أما إذا لم تنتقل الحيازة إلى المشتري بالتسليم ، كانت تبعة الهلاك على البائع حتى ولو إنتقلت الملكية إلى المشتري بالتسجيل .

أما إذا كان المبيع غير معين بالذات ثم عين بعد ذلك ، فإنه يبقى فى ضمان البائع حتى التسليم ، فإن هلك قبل ذلك ، هلك على البائع برغم تعيين المبيع قبل الهلاك وبرغم إنتقال ملكيته إلى المشتري بالتعيين . أما إذا هلك بعد التسليم فإنه يهلك على المشتري بسبب تنفيذ التزام البائع بالتسليم وبالتالي إنتقلت حيازته إلى المشتري فأصبحت تبعة الهلاك عليه .

ويلاحظ أن المشرع قد ربط تبعة الهلاك بتنفيذ التزام البائع بالتسليم ، ولم يربطها بالتسليم الفعلى ، وبالتالي تبرأ ذمة البائع من التزامه بالتسليم إذا هو نفذه بأن وضع المبيع تحت تصرف المشتري حيث يتمكن الأخير من حيازته دون عائق وإخطاره بذلك ، ولا يشترط إستلام المشتري للمبيع فعلاً ، فقد يحدث أن يتعنت المشتري دون مبرر فى إستلام المبيع ، فتوقياً لتحميل البائع تبعة الهلاك فى مثل هذه الحالة ، أجاز له المشرع أن يعذر المشتري لإستلام المبيع . ومن وقت هذا الإعذار يعتبر المبيع فى حكم المسلم للمشتري ، فإن هلك ، هلك عليه لا على البائع .

ويترتب على ما تقدم أيضاً ، أنه إذا كان المبيع فى حيازة البائع وحابساً له إستعمالاً لحقه فى الحبس ، كان هلاكه على المشتري ، ذلك أن المانع من التسليم راجع إليه . فتقضى المادة ٤٦٠ مدنى بأن : إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس

له كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع هلك بفعل البائع ؛
ويلاحظ أن تبعة الهلاك تكون على عاتق المشتري كذلك إذا وضع الأخير يده
على المبيع قبل دفع الثمن وبغير إذن البائع .
كما يجوز الاتفاق في عقد البيع على أن يتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع
من وقت التعاقد أو من وقت إنتقال الملكية ، لا من وقت التسليم ، فأحكام ضمان
المبيع ليست من النظام العام .

المطلب الثاني

تبعة الهلاك الجزئي أو نقص القيمة لتلف المبيع قبل التسليم

تقضى المادة ٤٢٨ مدنى بأنه :

« إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن
يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ،
وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن » .
يستفاد من هذا النص ما يلى :

١- إذا كان الهلاك الجزئى أو نقص القيمة راجعاً إلى فعل البائع ، عدّ الأخير
مسئولاً عن ذلك الهلاك . بل ومسئولاً أيضاً عن التعويض ، وذلك طبقاً للقواعد
العامّة ، برغم عدم تصريح نص المادة ٤٢٨ مدنى بذلك .

٢- أما إذا كان الهلاك الجزئى أو نقص القيمة راجعاً إلى فعل المشتري ، كان
هو المسئول ، وعليه أن يدفع الثمن كاملاً للبائع .

٣- وقد يحدث الهلاك الجزئى أو نقص القيمة بفعل القوة القاهرة أو
الحادث المفاجئ . وفى هذه الحالة تكون تبعة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة قبل
التسليم على البائع . وذلك لذات الأسباب التى ذكرناها فى حالة الهلاك الكلى
ويترتب على ما تقدم أن المشتري فى حالة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة
يكون بالخيار بين الفسخ أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من المبيع أو
نقص من قيمته ، دون أن يكون له حق فى التعويض وذلك بسبب حدوث الهلاك

الجزئى أو التعيب بفعل القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ . ولكن إذا كان الهلاك أو نقص القيمة لم يصل من الجسامة إلى القدر الذى كان لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، لم يكن للمشتري حق الفسخ ، وإنما يكون له حق إنقاص الثمن فقط ويراعى أنه يمتنع على المشتري الفسخ حتى لو كان الهلاك أو النقص وصل إلى هذا القدر من الجسامة ، إذا كان قد رتب للغير حسن النية حقاً عينياً على المبيع ، فلا يملك المشتري عندئذ سوى إنقاص الثمن .

٤- وإذا قام البائع بإعذار المشتري لتسلم المبيع ، أو قام بحبس المبيع لعدم الوفاء بالثمن ، فإن الهلاك الجزئى أو نقص القيمة إذا طرأ بعد ذلك على المبيع ، كانت تبعته على المشتري .

المبحث الثالث

ضمان التعرض والاستحقاق

مفهوم هذا الضمان :

يلتزم البائع بمقتضى عقد البيع بتمكين المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة مستمرة لا يعكرها تعرض صادر من الغير أو منه شخصياً ، ويتمثل هذا الضمان فى وجوب إمتناعه عن التعرض للمشتري فى حيازته للشيء المبيع (ضمان التعرض الشخصى) ، وفى منع تعرض الغير للمشتري (ضمان تعرض الغير) ، وأخيراً فى تعويض المشتري إذا انتهى التعرض باستحقاق المبيع (ضمان الاستحقاق) .

وبناء على ما تقدم يمكن تعريف التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق بأنه ضمان البائع أى فعل صادر منه نفسه أو من غيره ، ويكون من شأنه أن يحرم المشتري من كل أو بعض ملكية أو استعمال الشيء المبيع .

ويعد الالتزام بالضمان متصلاً إتصلاً وثيقاً بالالتزام بالبائع بنقل الملكية . حيث أن هذا النقل يقتضى حيازة المشتري للمبيع وتمتعه به وبكل ما تخوله ملكيته على المبيع من سلطات ، ولن يتحقق ذلك إذا تعرض البائع نفسه أو الغير

للمشتري في حيازته للمبيع أو في إستعماله له .

والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق نيس قاصراً على عقد البيع^(١) ، بل يمتد إلى كل عقد ناقل للملكية ، بل إلى كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع ، خاصة إذا كان العقد من المعاوضات . فهو موجود في المقايضة (م ٤٨٥ مدنى) وفي عقد الشركة (م ٥١١ مدنى) وفي عقد القرض (م ٥٤٠ مدنى) ، وفي عقود الإيجار (م ٥٧١ مدنى) . كما تخضع قسمة المال الشائع لأحكام هذا الضمان^(٢).

وإذا كان الأمر كذلك ، فلقد كان من المنطق جعل ضمان التعرض والاستحقاق نظرية عامة في العقد دون أن يقتصر على عقد البيع . ولكن لما كان عقد البيع هو الذى يغلب فيه إستعمال هذا الضمان ويكون تنظيم هذا العقد ناقصاً لو خلا منه ، فقد درجت التقنيئات ومنها لتقنين المدنى المصرى ، على إدماج هذا الضمان في عقد البيع بإعتباره أبرز مكان له .

وفي شأن دراسة ضمان التعرض والاستحقاق نعرض لما يلى :

ولاً : ضمان التعرض الصادر من البائع .

ثانياً : ضمان التعرض الصادر من الغير .

الفرع الأول

التعرض الصادر من البائع

تقسيم :

نعرض في دراسة ضمان التعرض الصادر من البائع للمسائل الآتية :

-
- (١) يراعى أن مناط إلزام البائع بضمان التعرض ألا يكون عقد البيع ذاته باطلاً ، فإذا كان كذلك كان لكل من المتعاقدين عملاً بنص المادة ١٤١ مدنى أن يتمسك بهذا البطلان سواء عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى - نقض ١٩٨٧/٣/٢١ - طعن ١٤٠٥ س ٥٣ ق
- (٢) نقض ١٩٩٥/١/٣١ - الطعن رقم ١٣٠٩ و ١٤٨٨ س ٦٤ ق

١- متى يقوم هذا الضمان .

٢- ما يترتب على قيام الضمان (أو آثار الضمان) .

٣- الاتفاق على تعديل أحكام الضمان

المطلب الأول

متى يقوم ضمان التعرض الصادر من البائع

تقضى المادة ٤٣٩ مدنى بأنه :

« يضمن البائع عدم التعرض للمشتري 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 المشتري . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه » .

يراعى أولاً أن أحكام ضمان التعرض تسرى سواء كان عقد البيع مسجلاً أم لا (١) ، وبعد هذا الملاحظة ، نعرض الآن لأحكام المادة ٤٣٩ مدنى فى النقاط الآتية:

أولاً : أعمال التعرض الصادرة من البائع :

يشترط لقيام هذا الضمان أن يصدر من البائع عمل من شأنه أن يحول

(١) انظر نقض ١٩٦٩/١/١٦ - المجموعة س ٢٠ من ١٢٨ ونقض ١٩٧٠/٤/١٦ - المجموعة س ٢١ من ٦٥٨ ونقض ١٩٧٥/٤/٢٩ - المجموعة س ٢٦ من ٨٤٤ وحيث جاء فى هذا الحكم أنه « لا يترتب على عدم تسجيل المشتري عقد شرائه سقوط حقه فى الضمان ، لأن التزام البائع به هو من الإلتزامات الشخصية التى تنشأ عن عقد البيع بمجرد إنعقاده ، ويتعين على البائع تنفيذ هذا الإلتزام تنفيذاً عينياً بأن يدفع إدعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التى يملكها حتى يكف عن تعرضه للمشتري ، فإننا لم ينجح البائع فى ذلك وجب عليه تنفيذ إلتزامه بالضمان عن طريق التعويض ويختل هذا الإلتزام من البائع إلى ورثته » وانظر نقض ١٩٨٥/١٢/١٢ - طعن ٥٤٨ س ٥٢ ق ونقض ١٩٨٥/١٢/٢٢ - طعن ٢٣٩٥ س ٥١ ونقض ١٩٨٨/٢/٢٨ - طعن ١٧٩ س ٥٢ ق

١ - وقوع التعرض :

يجب أن يقع من البائع تعرض فعلى للمشتري ، أما مجرد إحتمال وقوعه فلا يكفى فى هذا الصدد . وعلى ذلك إذا هدد البائع المشتري بالتعرض ولكنه لم ينفذ ما هدد به ، فلا يقوم الضمان .

وعلى ذلك إذا باع البائع المبيع مرة ثانية وبأمر المشتري الثانى بتسجيل عقده قبل المشتري الأول ، فانتقلت إليه ملكية العقار دون المشتري الأول ، غير أن المشتري الثانى لم يتخذ أى إجراء لنزع العقار من يد المشتري الأول ، فليس لهذا المشتري أن يحتج على البائع بضمان تعرضه الناشئ من بيعه للعقار مرة أخرى ، بل ليس له أن يرفع دعوى إبطال بيع ملك الغير ، لأن البيع الثانى صدر من مالك لعدم تسجيل البيع الأول ، ولكن له فقط رفع دعوى الفسخ لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية .

ويترتب على أنه لا بد من وقوع التعرض ، أن البيع يبقى منشئاً لالتزام البائع بضمان التعرض ، ولا يسرى التقادم إلا من وقت التعرض فعلاً^(٢) .

٢ - أن يتضمن التعرض عملاً من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً دون إنتفاع المشتري بملكية المبيع :

وأعمال التعرض الصادرة من البائع قد تكون مبنية على سبب مادى ، وقد تكون مبنية على سبب قانونى :

أ - التعرض المبني على سبب مادى :

ومثاله ما يحدث فى بيع المحل التجارى ، حيث يعتبر تعرضاً مادياً كل الأعمال والمحاولات التى من شأنها أن يحتفظ البائع أو يسترد عملاء المحل كلهم أو بعضهم^(٣) . ويحدث ذلك إذا فتح البائع محلاً آخر فى ذات الحى لمباشرة ذات

(١) نقض ١٩٨٠/٣١ - المجموعة - س ٣١ رقم ٧٢ ص ٣٦٦ .

(٢) السنهورى - المرجع السابق - ص ٧٩٥ - ٧٩٦ وانظر نقض ١٩٥٤/٣/٤ - الطعن ٦٤ س ٢١ ق ونقض ١٩٦٣/٣/٢١ - المجموعة س ١٤ ص ٣٥٥ .

(٣) نقض ١٩٥٦/٣/٨ - المجموعة - س ٧ رقم ٤٢ ص ٢٩١ ونقض ١٩٦٢/٦/٧ المجموعة س ١٢ ص ٧٦٤

التجارة ، أو فى حى قريب تحت ذات الاسم التجارى ، أو بإرسال نشرات إلى عملائه السابقين ، أو غير ذلك من الأعمال التى تهدف إلى جذب عملاء المحل المبيع . ودعوى المشتري هنا تؤسس - لا على المسئولية التقصيرية - وإنما على أساس المسئولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالتزام الضمان .

ومثال التعرض المادى أيضاً فى عقد النشر ، طبع المؤلف للمصنف مرة أخرى عند ناشر آخر وقبل أن تنفذ الطبعة المنشورة بناء على عقد سابق للنشر . ومنها استمرار بائع براءة الاختراع فى إستغلال الاختراع بنفسه بطريق مباشر أو غير مباشر^(١) .

وجزاء التعرض المادى الصادر من البائع هو منع الأعمال المنافية والمعارضة لالتزام الضمان^(٢) ، مع التعويض .

ب- التعرض المبنى على سبب قانونى :

ويحدث إذا ادعى البائع حقاً على المبيع فى مواجهة المشتري^(٣) ، سواء كان

(١) ولكن لا يعد تعرضاً مادياً إستعمال البائع أرضه المجاورة للأرض المبيعة ، حيث له القيام بكافة الأعمال المادية المشروعة التى يخولها له حق الملكية ، دون تعسف منه فى ذلك .

(٢) قضى بأن : التعرض الشخصى الذى يضمنه البائع فى مفهوم المادة ٤٢٩ من القانون المدنى هو كل عمل يعكر على المشتري حقه فى حيازة المبيع والإنتفاع به ، فلا يدخل فى ذلك ما يهدده البائع فى دعوى صحة التعاقد التى يقيمها على المشتري من دفع أو طلبات يهاجم بها إجراءات الخصومة سواء لعوار قبها أو لسقوطها أو إنقضائها بمضى المدة ، إلا لا يعتبر هذا من قبيل التعرض لحقوق المشتري الناشئة عن عقد البيع ، نقض ١/٣١/١٩٨٠ - المجموعة س ٢١ ص ٣٦٦ . وقضى بأنه : لما كان من آثار الأخذ بالشفعة أن الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوتها يعتبر سنداً للملكية الشفيع فتنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع الذى يحل محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته قبل البائع .. ومن ثم فإن طلب الأخذ بالشفعة يمتنع على البائع فى مواجهة من إشتري منه العقار حتى ولو انتقل إليه حق الشفعة بطريق الإرث ، لأن فى ذلك تعرضاً منه للمشتري فى العقار المبيع وإخلالاً بالتزامه الأبدى وليد عقد البيع ونقضاً لهذا العقد ، نقض ١٦/٦/١٩٨٨ - طعن ١٩٢٠ س ٥٥ ق .

(٣) نقض ١٢/٧/١٩٥٩ - المجموعة - س ١٠ ص ٨١٠ ، نقض ١/٢/١٩٦٦ - المجموعة - س ١٧ رقم ٢٧ ص ٢٠٥ ، نقض ٢١/٥/١٩٧٣ - المجموعة - س ٢٤ ص ٧٢٥ ، نقض ١٦/٥/١٩٧٢ - المجموعة - س ٢٢ رقم ١٤٥ ص ٩٢٢ .

الحق المدعى به سابقاً على البيع أو لاحقاً له

ومثال الحق السابق على البيع أن يكون على العقار المبيع ولصالح عقار آخر يملكه البائع إرتفاقاً غير ظاهر لم يقم البائع بإعلام المشتري به وقت البيع فمثل هذا الارتفاق لا يجوز للبائع التمسك به في مواجهة المشتري .

وايضاً أن يبيع البائع عقاراً ، وقبل أن يسجل المشتري البيع ، يرفع البائع على المشتري دعوى إستحقاق باعتباره لازال مالكا للعقار ، هنا يستطيع المشتري دفع دعوى البائع بضمان التعرض . « فمن وجب عليه الضمان إمتنع عليه التعرض » (١). أو بعبارة أخرى لا يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الضمان . أو أن يقال إن الاسترداد والضمان لا يجتمعان .

ومثال الحق اللاحق على البيع ، أن يبيع شخصاً عيناً غير مملوكة له ، ثم يصبح مالكا لها بسبب من أسباب الملك كالإرث أو الوصية أو الشراء من المالك الحقيقي أو الشفعة ، فيحتج على المشتري بهذا الملك الجديد بعد البيع ، ويريد إسترداد العين منه ، عندئذ يجوز للمشتري دفع إدعاء البائع هنا بالضمان . وعلى ذات الأساس أيضاً يمتنع على بائع ملك الغير طلب إبطاله .

وكذلك لا يجوز للمتقاسم الذي باع عقاراً داخلاً في نصيبه الذي آل إليه بالقسمة أن يطلب إبطال القسمة ، لأن من شأن هذا الطلب نزع العقار المبيع من المشتري .

وايضاً إذا تصرف الشركاء على الشيوع في المال الشائع بالبيع ، فلا يجوز لأحدهم بعد ذلك التعرض للمشتري إذا تبين أن أحد البائعين لم يكن مالكا وقت البيع .

هل يجوز للبائع تملك المبيع بالتقادم :

قد يحدث أن يبيع البائع عيناً لا يملكها ولكنه كان حائزاً لها ، ثم تملكها بعد ذلك بالتقادم . هنا نكون بصدد بيع ملك الغير ، ينقلب صحيحاً وتنقل الملكية

(١) نقض ١٩٦٣/٣/٢٨ - المجموعة س ١٤ من ٢٣٩٨ نقض ١٩٨٠/٦/١٠ طعن ١٢٦٩

من البائع إلى المشتري بعد أن يملك البائع العين بالتقادم .

ولكن قد يحدث أن يبيع البائع عيناً يملكها ولم يتم بتسليمها إلى المشتري
وبقى حائزاً لها حتى يملكها بالتقادم

فهل يجوز للبائع أن يتمسك بهذا التقادم في مواجهة المشتري أم يعد ذلك
تعرضاً منه ومن ثم يجب أن يمتنع عنه ؟

يذهب الفقه الفرنسي إلى أن التزام البائع بضمان التعرض الشخصي هو
الالتزام مؤبد وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن ضمان البائع
للمبيع يعد مانعاً له من إكتساب ملكيته بالتقادم مهما طالّت مدته ، وأن البائع
الذي لم يتم بتسليم المبيع ويستمر حائزاً له ، لا يجوز له أن يدعى في مواجهة
المشتري بتملكه للمبيع بالتقادم .

أما محكمة النقض المصرية - ويساندها في ذلك العديد من الشراح - فلقد
ذهبت إلى العكس وأجازت للبائع وضع اليد التمسك بالتقادم المكسب ضد
المشتري استناداً إلى أنه : « متى كان الأساس التشريعي للتمسك بالتقادم الطويل
هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتمسك لدى وضع اليد ،
كان القول بأن تمسك البائع بإكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه في المدة
الطويلة بعد بيعه وإنتقال ملكيته إلى المشتري يعتبر من جانبه تعرضاً لا يتفق
وواجب الضمان المفروض عليه قانوناً - كان هذا القول مخالفاً للقانون - ولما
كان الحكم قد أقام قضاءه على هذا الأساس الخاطيء ولم يتعرض لبحث هل
وضع اليد في هذه الحالة إستوفى أو لم يستوف الشروط القانونية التي تجعله
سبباً مشروعاً للملك - لما كان ذلك تعين نقض هذا الحكم » (١) .

(١) نقض ١٩٤٩/١٢/٨ - المحاماة ٣٠ رقم ٣٥٧ ، ص ٧٢٩ ، نقض ١٩٥٤/٣/٤ - المحاماة
٣٥ رقم ١١٣٤ ص ٥١١ ، نقض ١٩٥٢/١/١٠ - المجموعة س ٢ رقم ٦٢ ص ٣٦٨ ، نقض
١٩٦١/١٠/٢٦ - المجموعة س ١٢ رقم ٩٥ ص ٦١٤ ، نقض ١٩٦٣/٣/٢٨ - المجموعة
س ١٤ رقم ٢٦٢ ص ٣٩٨ ، نقض ١٩٦٦/١/١٣ - المجموعة س ١٥ رقم ١٧ ص ١٢٢ ، نقض
١٩٦٩/١/١٦ - المجموعة س ٢٠ رقم ٢١ ص ١٤٨ ، نقض ١٩٨١/٦/٢٥ - المجموعة س ٣٢
ص ١٩٣٩ ، نقض ١٩٨٣/٢/٢٠ - الطعن ٤١٣ س ٤٩ ق و ١٢/١٢ - الطعن ٥٤٧
س ٥٢ ق

وقضى بأن ملكية العقار تظل معقودة لصاحبها إلى أن يملكها منه غيره بطريق من -

ومفهوم هذا الحكم أنه إذا حصل تعرض للمشتري من البائع فى أى وقت ولو بعد تمام البيع بأكثر من خمس عشرة سنة ، وجب على البائع الضمان - وهذا هو مفهوم القول بأن ضمان التعرض هو الزام مؤبد - ولكن إذا سكت المشتري عن هذا التعرض بعد وقوعه ، ومضى على وضع يد البائع المدة الطويلة، إنقلب سبباً مشروعاً للتملك لا يحول بونه التزام البائع بالضمان . فالتقادم سبب قانونى للتملك لإعتبارات ترجع إلى وجوب إستقرار التعامل .

ثالثاً ، المدين فى الالتزام بضمان التعرض :

يعد البائع هو الملتزم بضمان التعرض^(١) ، وفى هذا الصدد يذهب شراح

=طرق كسب الملكية ولا تقبل منه قبل ذلك محاولة كسب ملكية مال هو فى ملكيته فعلاً ، ومن ثم فإن من باع العقار الذى يملكه لا يجوز له التحلل من الإلتزامات الناشئة عن هذا البيع بحجة معاونه إكتساب ملكيته من المشتري بطريق التقادم إلا بعد أن تكون الملكية قد إنتقلت من ذلك البائع إلى هذا المشتري فعلاً وليس قبل ذلك ، نقض ١٩٨٥/١/٢٤ - الطعن ١٢٩٦ س ٥١ ق .

(١) وينتقل هذا الإلتزام إلى ورثة البائع ، فقد قضى بأنه : « ليس لورثة البائع دفع دعوى المشتري بتثبيت ملكيته وتسليم المبيع بالتقادم إستناداً إلى عدم تسجيل عند البيع أو الحكم الصادر بصحته مدة تزيد على خمس عشر سنة ، ذلك لأن البائع يلتزم قانوناً بضمان عدم التعرض للمشتري فى الإنتفاع بالمبيع لو منازعته فيه ، وهذا الإلتزام أبدي يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر وينتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب العقد إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم من تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية ، نقض ١٩٦٣/٣/٢٨ - المجموعة س ١٤ ص ٢٩٨ . ويأخذ حكم البائع - فى هذا الصدد - كفيل البائع المتضامن ، فقد قضى بأن : « من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن من أهم إلتزامات البائع ضمان إنتقال ملكية المبيع إلى المشتري فلا يجوز له - كأصل عام - طلب تثبيت ملكيته إلى العقار المبيع قبل مشتريه لمجرد أن هذا الأخير لم يسجل عقد شرائه ، وأن الكفيل المتضامن يعتبر فى حكم المدين المتضامن من حيث جواز مطالبة الدائن له منفرداً دون إلتزام بالرجوع أولاً على المدين أو حتى مجرد إختصامه فى دعواه بمطالبة الكفيل ، ومن ثم فإنه متى كان محل البيع عيناً معينة حق للدائن أن يضع يده عليها ما دامت مملوكة للمدين البائع وقت البيع أو آلت ملكيتها إليه أو إلى ضامته بعده طالما أنه لم يكن لأحد غيرهما أى حق عينى عليها ، فإذا ضمن الكفيل للمشتري نقل ملكية العين التى إشتراها ثم تملك الضامن هذه العين بعقد صادر له من بائعها فإنه يكون للمشتري بمقتضى هذا الضمان أن يطالب الضامن بهذه العين بعد أن آلت إليه ملكيتها لأنها متى =

القانون الفرنسى - ومعهم بعض شراح القانون المصرى - إلى أن الالتزام بضمان التعرض الشخصى ليس مقصوراً على البائع ، بل ينتقل بوفاته إلى ورثته الذين يلتزمون بعدم التعرض للمشتري فى حياته للمبيع . فالوارث لا يمكنه إسترداد الشيء المملوك له الذى باعه مورثه وهو غير مالك له ، وهو لا يستطيع ذلك لا بالنسبة لكل المبيع ولا بالنسبة لما يزيد على حصته فى التركة .

غير أن رأى الراجح فى الفقه المصرى يذهب إلى العكس قائلاً بأنه إذا باع شخص عيناً مملوكة لوارثه ثم مات ، فإن الوارث يستطيع أن يسترد العين من المشتري ولا يجوز للمشتري أن يحتج عليه بأنه ملتزم بالضمان وراثه عن مورثه . فإن الالتزام لم ينتقل إليه ، لأن هذا الدفع - بالضمان - إنما يوجه إلى التركة لا إلى الوارث . وإذا وجه إليه فيجب أن يكون مستنداً فى تعرضه لحقه فى الإرث أى باعتباره وارثاً ، أما الوارث فى هذه الحالة يطالب بحق خاص به فلا يجوز حرمانه منه . وللمشتري فى هذه الحالة أن يرجع على التركة بضمان الاستحقاق مطالباً بقيمة انبيع والتعويضات المستحقة على هذا الأساس . وهو يستطيع أن يرجع على أعيان التركة حتى ولو إنتقلت إلى غير الورثة (١) .

وكذلك لا ينتقل الالتزام بالضمان إلى الخلف الخاص . فلو باع شخص عقاراً ، ثم أوصى به لآخر ، وسجل الموصى له الوصية - بعد موت الموصى - قبل تسجيل المشتري ، فإن الأخير لا يمكنه أن يحتج على الموصى له بأنه ملتزم بالضمان ليسترد منه العقار ، لأن الالتزام بالضمان لم ينتقل من الموصى إلى

- صحت الكفالة لا تبرأ ذمة الكفيل المتضامن من التزامه نحو الدائن إلا بانقضاء هذا الالتزام بإحدى وسائل الإنقضاء التى حددها القانون ، ومن ثم لا يقبل من الكفيل أن يواجه الدائن بما ينطوى على إنكار حقه فى إنقضاء الوفاء منه بحجة أنه أصبح شخصياً المالك للشيء محل الالتزام دون المدين الأسمى سواء كان هذا الإنكار صريحاً فى صورة دفع لدعوى الدائن التى يطلبه فيها بالوفاء أو ضمناً فى صورة دعوى يرفعها هذا الكفيل ضد الدائن بثبوت ملكيته لهذا الشيء بما يعنى معارضته حق الدائن ، إذ أن من التزم بالضمان إمتنع عليه التعرض . ومن يضمن نقل الملكية لغيره ، لا يجوز له أن يدعيها لنفسه ، نقض ١٩٩٥/١/٢٩ - الطعن رقم ٥٠٨٢ س ٦٢ ق .

(١) عبد المنعم البدرأوى - فى الموجز فى عقد البيع ١٩٧٠ - فقرة ١٨٩ ص ٢٩٦ و ٢٩٧ . وأنظر نقض ١٩٥٧/١٢/٢٦ - المجموعة س ٨ ص ٩٦٠

الموصى له ، بل يبقى فى التركة . وللمشتري أن يرجع بالتعويض على التركة .
وأيضاً لا يتعدى التزام البائع بالضمان إلى دائته ، فلو أن شخصاً باع عقاراً
مملوكاً له ، وبادر دائته بالتنفيذ على العقار قبل تسجيل المشتري للمبيع ، فمن
حق الدائن الاستمرار فى التنفيذ ولا يجوز الاحتجاج عليه بأنه ملتزم بالضمان
عن مدينه .

ويلاحظ أن التزام البائع بضمان تعرضه الشخصى هو التزام بامتناع عن
عمل ، وهو التزام غير قابل للانقسام حتى ولو كان المبيع ذاته قابلاً للتجزئة ،
لأن الحيابة إما أن تكون هادئة أو غير هادئة ، والتعرض للمشتري ولو فى جزء
صغير من المبيع من شأنه أن يعكر تلك الحيابة .

ويترتب على ذلك أنه إذا تعلق هذا الالتزام بذمة أكثر من شخص واحد ، لم
ينقسم الالتزام على المدينين المتعدين ، بل يكون كل منهم مدينًا بالالتزام كله .
وبناء على ذلك إذا تصرف شخص فى مال مملوك لأحد ورثته بالمبيع ، ثم
توفى ، وورث المالك الحقيقى نصف التركة مثلاً ، لم يجز له أن يطالب بإسترداد
نصف المبيع بحجة إنه لم يرث من البائع إلا النصف ، فلا يرث من الالتزام
بالضمان إلا النصف كذلك ، بل عليه تنفيذ الالتزام بالضمان بالنسبة لكل المبيع
والرجوع على الوارث الآخر بنصيبه .

ثانياً : الدائن فى الالتزام بضمان التعرض :

الدائن فى الالتزام بالضمان هو المشتري ، وينتقل حقه فى الضمان إلى
خلفه العام - الوارث ، وينتقل كذلك إلى خلفه الخاص فى العين المبيعة ، حيث
يلتزم البائع بضمان التعرض ليس فقط فى مواجهة المشتري الأول وإنما فى
مواجهة المشتري من هذا الأخير . كما يستفيد دائن المشتري من ضمان البائع
للتعرض ، فلو أن البائع باع ما لا يملك ثم ملك بعد ذلك ، فلا حق له فى
إسترداد المبيع من المشتري لإلتزامه بالضمان ، ولا يستطيع أيضاً أن يمنع دائن
المشتري من التنفيذ على المبيع لأن الدائن يستفيد من هذا الالتزام .

رابعاً : البيوع المنشئة ل ضمان التعرض :

يعد كل بيع منشئاً للالتزام بضمان التعرض الشخصى ، لا فرق فى ذلك

بين البيع المسجل والبيع غير المسجل (١) ، فلو باع شخص عيناً ثم باعها مرة ثانية لمشتري ثان سجل عقده ، كان البائع ملزماً بالضمان قبل المشتري الأول كما يلتزم البائع بالضمان إذا صدر التعرض من دائن في بيع غير مسجل ، كما يوجد ضمان التعرض في البيع بالمزاد سواء أكان المزاد قضائياً أو إختيارياً أو إدارياً

المطلب الثانى

آثار الالتزام بضمان التعرض الشخصى

يعد التزام البائع بضمان التعرض الشخصى من الالتزامات الدائمة ، حيث يمتنع على البائع التعرض للمشتري فى أى وقت حتى ولو مضى أكثر من خمسة عشر سنة على البيع (٢) . غير أنه إذا وقع التعرض نشأ للمشتري التزاماً جزائياً بالتعويض ، فإذا لم يطالب المشتري بتنفيذ هذا الالتزام الأخير لمدة خمسة عشر عاماً ، سقط هذا الالتزام الجزائى بالتعويض بالتقادم .

وإذا أخل البائع بالتزامه بعدم التعرض وجب التمييز من حيث الجزاء المترتب على هذا الإخلال بين التعرض المادى والتعرض القانونى :

(١) فإذا كان تعرض البائع للمشتري قائماً على أعمال مادية محضة ، وجب تطبيق القواعد العامة ، فيجوز التنفيذ العينى إذا كان ممكناً ، وذلك بإزالة كل أثر مادى للمخالفة ، فضلاً عن التعريض إن كان له محل . كما يجوز الحكم بالتنفيذ عن طريق التعويض ، كما يجوز طلب الفسخ القضائى أيضاً لعدم التنفيذ

(٢) أما إذا كان التعرض قائماً على تصرف قانونى صادر عن البائع أو عن

(١) نقض ١٩٦٩/١/١٦ - المجموعة - س ٢٠ رقم ٢١ ص ١٢٨ ، نقض ١٩٧٠/٤/١٦ - المجموعة - س ٢١ رقم ١٠٥ ص ٦٥٨ ، وانظر أيضاً نقض ١٩٢٦/٢/١٢ - مجموعة عمر ج ١ رقم ٢٢٦ ص ١٤٠٩ ، ١٩٥٨/١٢/١٨ - المجموعة س ٩ ص ٧٧٦ ، نقض ١٩٦٦/١/١٢ - المجموعة - س ١٧ رقم ١٧ ص ١٢٣

(٢) نقض ١٩٦٩/١/١٦ المشار إليه من قبل ، و ١٩٧٠/٤/١٦ المشار إليه من قبل .

وارثه ، مثال ذلك أن يبيع البائع عقاره مرة ثانية إلى مشتري ثان بادر إلى تسجيل عقده قبل المشتري الأول ، هنا يرجع المشتري الأول بالتعويض على البائع إما بمقتضى إستحقاق الغير للمبيع ، وإما بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر عنه وذلك لأن الغير هنا قد إستمد حقه من البائع نفسه .

وإذا كان التعرض قائماً على أساس إدعاء البائع حقاً له على ما باعه ، إستطاع المشتري أن يحصد هذا الادعاء عن طريق الدفع بالضمان ، فلا يستطيع البائع إسترداد ما باعه لأن من وجب عليه الضمان إمتنع عليه التعرض والاسترداد.

المطلب الثالث

الاتفاق على تعديل أحكام الضمان

نقضى المادة ٤٤٦ مدنى بأنه :

« إذا إتفق على عدم الضمان ، بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أى إستحقاق ينشأ عن فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك ».

يلاحظ أن هذا النص يتعرض لحالة واحدة من حالات الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض (١) ، ولكن يوجد بجانبها حالات أخرى ، كما سيأتى تفصيلاً:

(١) قضى بأنه : « إذا كان الأصل أنه يجوز للمشتري عند حصول تعرض له فى الإنتفاع بالمبيع أو عند إستحقاق هذا المبيع أن يرجع على البائع بالتعويضات إذا كان المشتري يعلم وقت البيع بسبب التعرض أو الإستحقاق ، إلا أن إلزام البائع القانونى بالضمان يقبل التعديل بإتفاق العاقدین سواء على توسيع نطاقه أو تضيق مداه أو الإبراء منه بحسب الغرض الذى يقصده من إتفاقهما وأنه وإن كان إشتراط الضمان فى عقد البيع بالفاظ عامة لا يعتبر تعديلاً فى الأحكام التى وضعها القانون لهذا الإلتزام ، إلا أنه إذا كان المشتري والبائع كلاهما عالين وقت التعاقد بسبب التعرض أو الإستحقاق فإنه فى هذه الحالة يدل النص على شرط الضمان فى العقد - وهو أصلاً لا حاجة له - على أن الغرض منه هو تأمين المشتري من الخطر الذى يهدده تأميناً لا يكون بإلتزام البائع بالتضمينات علاوة على رد الثمن فى حالة إستحقاق المبيع » نقض ١٩٦٤/٧/٧ - للجمعية س ١٥ ص ٩٢٠ .

(١) قد يحدث الاتفاق بزيادة الضمان وهذا جائز . فيصح الاتفاق - في بيع المتجر مثلاً - على التزام البائع بالألا ينشئ إلى جانب المتجر المبيع متجراً آخر يباع فيه السلعة الأصلية أو سلعة أخرى إن أراد المشتري ذلك .

(٢) ويصح الاتفاق على إنقاص الضمان ، كأن يشترط بائع المتجر على المشتري عدم منعه من إنشاء متجر يبيع فيه بعض السلع التي يتعامل فيها المتجر المبيع .

(٣) ولكن لا يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان الناشئ عن فعل البائع إسقاطاً تاماً ، ويكون مثل هذا الاتفاق باطلاً^(١) . ويجوز للمشتري الرجوع عليه بالضمان كاملاً كما لو كان البيع خالياً من هذا الشرط . وكذلك فإن الشرط العام بعدم الضمان الذي قد يرد في عقد البيع لا يمكن أن يعفى البائع من ضمان أفعاله الشخصية . يستوى في ذلك أن يكون سبب التعرض سابقاً على البيع أم لاحقاً له . فمثلاً لو باع شخص عقاراً إلى مشتر ثم باعه مرة ثانية إلى مشتري ثان بادر إلى تسجيل عقده قبل المشتري الأول ، كان البائع ضامناً لتصرفه هذا حتى ولو اشترط عدم الضمان . فلا يجوز للبائع أن يشترط عدم مسئوليته عن فعله ، كما لا يستطيع أن يشترط عدم مسئوليته عن غشه أو عن تقصيره .

ويذهب الفقه السائد إلى أنه إذا كان شرط عدم الضمان الوارد في عقد البيع بصيغة مطلقة يعد باطلاً لا أثر له إذا كان سبب الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع، إلا أنه يجوز - مع ذلك - أن يشترط البائع عدم الضمان بخصوص سبب معين بالذات ولو كان راجعاً إلى فعله ، بشرط ألا يكون المقصود منه إعفاء البائع من مسئوليته عن الخطأ الجسيم . مثال ذلك أن يبيع شخص صاحب مصنع أرضاً مجاورة لمصنعه ويشترط عدم ضمان الأضرار التي قد يحدثها تشغيل المصنع للمشتري ، لأن من المفهوم في هذه الحالة أن المشتري قد أدخل في حسابه عند تقدير الثمن احتمال تحقق هذا الضرر

(١) نقض ١٧/٢/١٩٢٨ - مجموعة عمر ج ٢ رقم ٩٧ ص ٢٩١ .

الفرع الثانى

التعرض الصادر عن الغير

تقسيم :

نعرض فى دراسة ضمان التعرض الصادر عن الغير للمسائل الآتية :

- ١- متى يقوم هذا الضمان .
- ٢- ما يترتب على قيام الضمان (أو آثار الضمان) .
- ٣- الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .

المطلب الأول

متى يقوم ضمان التعرض الصادر عن الغير

النصوص القانونية :

سبق أن أوردنا نص المادة ٤٣٩ مدنى عندما تحدثنا عن ضمان البائع للتعرض الشخصى الصادر منه . وهذه المادة أيضاً تضع أحكام ضمان التعرض الصادر عن الغير . فيضمن البائع عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه إذا كان التعرض من « فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه » .

وفى شأن دراسة ضمان التعرض الصادر عن الغير نعرض للمسائل الآتية:

أولاً : أعمال التعرض الصادرة عن الغير :

حتى يقوم ضمان البائع للتعرض الصادر عن الغير يجب توافر الشروط الآتية :

(١) وقوع التعرض فعلاً :

يجب لقيام هذا الضمان أن يقع التعرض فعلاً عن الغير ، أى من أجنبى

ليس طرفاً في عقد البيع ، فيدعى هذا الأجنبي حقاً على المبيع ، ويرفع بشأن هذا الحق المدعى به دعوى على المشتري (١). وتختلف هذه الدعوى باختلاف الحق الذى يدعيه الغير على المبيع . فقد تكون دعوى إستحقاق كلى يطالب فيها الغير بملكية المبيع كله ، أو دعوى إستحقاق جزئى يطالب فيها الغير بجزء من المبيع ، أو دعوى رهن يطالب فيها الغير بدين مضمون برهن مقرر على المبيع ، أو دعوى إرتفاق يطالب فيها الغير بحق إرتفاق على المبيع ، أو دعوى ثبوت علاقة إيجارية ونفاذها فى مواجهة المشتري . وقد تكون الدعوى من المشتري على الغير ، ويتصور ذلك إذا كان المبيع فى حيازة هذا الغير ، فيرفع المشتري دعوى يطالب فيها بالمبيع ، فيحتج الغير بحق له على هذا المبيع (٢) .

غير أنه ليس بلازم لوقوع التعرض ، أن ترفع دعوى أمام القضاء على المشتري أو منه ، فقد يقع التعرض من الغير دون أن ترفع به دعوى . ويتصور ذلك إذا إعتقد المشتري أن للغير حقاً على المبيع ، فسلم له بادهائه أو صالحه عليه ، أو دفع الدين المضمون بالرهن وهكذا ... ولكن يعد المشتري فى هذه الحالة مخاطراً بحقه فى الضمان إذا ما قام البائع بإثبات أن الغير لم يكن له حقاً على المبيع خلافاً لما إعتقد المشتري ، وعندئذ يفقد الأخير حقه فى الضمان ، بل وحتى إذا لم يستطع البائع إثبات ذلك ، فإن له طبقاً للمادة ٤٤٢ مدنى أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع فوائده القانونية والمصروفات .

وأيضاً يعتبر التعرض واقعاً فعلاً دون أن ترفع به دعوى فى المثال الآتى : أن يكون البائع غير مالك للمبيع ، ثم يملك المشتري هذا المبيع - بعد البيع - بسبب آخر غير البيع بطبيعة الحال ، كأن يرثها عن مالكها الحقيقى أو يشتريها منه أو يكون موصى له بها . فتكون العين المباعة فى هذه الحالة قد إستحققت للمالك الحقيقى ثم إنتقلت ملكيتها بعد ذلك من المالك الحقيقى إلى المشتري ،

(١) نقض ١٩٤٠/١٢/٥ مجموعة عمر ج ٣ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ ، نقض ١٩٣٣/٢/٣٠ - مجموعة عمر ج ١ رقم ٤٠ ص ٧٦ . وأنظر نقض ١٩٩٢/١٢/١٥ - طعن ٤٨٦٦ س ١٦٣ ونقض ١٩٩٢/١/٢١ - طعن ٣٠٥٠ س ٦٠ ق .
(٢) أنظر نقض ١٩٤٠/١٢/١٤ - الماماة س ٢٠ ص ١٣٦٤ .

أى تكون العين قد استحققت فعلاً ، فوجب على البائع ضمان الاستحقاق .

ويترتب على أن ضمان الاستحقاق لا يتحقق إلا من وقت وقوع التعرض أى ثبوت الاستحقاق ، أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من وقت ثبوته (١) .

(٢) أن يكون التعرض هو ادعاء الغير حقاً على المبيع ،

لا يضمن البائع للمشتري سوى التعرض القانونى الصادر عن الغير . وهنا يختلف ضمان البائع لتعرض الغير عن ضمان تعرضه الشخصى حيث يشمل الضمان الأخير أفعال التعرض المبنية على سبب مادى .

فإذا تعرض أجنبى للمشتري فى حيازته للمبيع دون أن يدعى هذا الأجنبى حقاً على المبيع ، كان تعرضه مبنياً على أسباب مادية لا يضمنها البائع (٢) ، ومثالها إنتزاع الأجنبى للمبيع من المشتري عنوة ، أو كسرقة المبيع أو إغتصابه ، وإنما للمشتري فى مثل تلك الحالات أن يستخدم الوسائل التى منحها له القانون لحماية حقه ، كدعوى منع التعرض ودعوى إسترداد الحيازة ، أو أى وسيلة قانونية أخرى يدفع به إعتداء الغير على ملكه ، وليس للبائع شأن فى كل ذلك .

فيجب لتحقق ضمان البائع لتعرض الغير ، أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانونى (٣) ، بأن يدعى الغير - كما أسلفنا - حقاً على المبيع (٤) ويرفع

(١) نقض ١٩٣٢/٤/٢٨ مجموعة عمر ج ١ رقم ٤٧ من ١٩٩٩/٥/١٢/١٩٤٠ - المرجع السابق - ج ٢ رقم ٧٩ من ٢٨٠ .

(٢) نقض ١٩٣٧/١١/١٨ - مجموعة عمر ج ٢ رقم ٧٢ من ١٩٤٠ وانظر أيضاً نقض ١٩٦٢/٥/٢ - المجموعة - س ١٤ من ٦٣١ ، نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ - المجموعة - س ٢١ رقم ١٢٥ من ٧٧٢ .

(٣) نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ - المجموعة - س ٢٩ رقم ٢٢٥ من ١١٤٥ .

(٤) قضى : بأن البائع يضمن المبيع من كل تعرض للمشتري يستند إلى حق أو وجه قانونى . ويشمل ذلك وجود دين شخصى على مورث البائع وحصول الدائن على حكم بدينه ثم على حق إختصاص على المبيع ، نقض ١٩٤٦/١/٢٤ - طعن ١٠ س ١٥ ق . كما يعد البائع ضامناً إذا باع المنقول إلى مشتر ثان بعد البيع الأول فهو يعد بائعاً لما لا يملك ، فيتحقق =

به دعوى (١) ، أو ترفع عليه دعوى به من المشتري . ولا يشترط أن يكون الحق المدعى به ثابتاً ، بل يكفي مجرد الادعاء به حتى ولو كان ظاهر البطلان . ولا يشترط فى الحق الذى يدعيه الغير أن يكون حقاً عينياً (٢) ، بل يجوز أن يكون حقاً شخصياً ، كحق إيجار على العين المبيعة يحتج به فى مواجهة المشتري .

(٢) أن يكون سبب التعرض سابقاً على البيع أو تالياً له ولكنه مستمد من البائع ،

يستفاد من نص المادة ٤٣٩ مدنى بأنه يشترط لتحقيق ضمان البائع لتعرض الغير ، أن يكون الحق الذى يدعيه الغير على المبيع موجوداً قبل البيع الصادر إلى المشتري (٣) ، أو بعبارة أخرى يجب أن يثبت أن البائع وقت أن باع قد باع شيئاً مثقلاً بحق للغير موجب للضمان (٤) .

وعلى ذلك إذا ادعى الغير أنه إشتري المبيع بعد البيع من غير البائع ولم يكن الأخير مالكا للمبيع ، لم يتحقق الضمان ، لا لأن الحق المدعى به تالياً للبيع

- الضمان إذا إنتزع المشتري الثانى المبيع من المشتري الأول ، نقض ١٨/١١/١٩٨٢ - المجموعة س ٣٣ ص ٩٤٤ .

(١) ولكن إذا كان الغير قد رفع الدعوى على البائع دون إدخال المشتري ، فالحكم الصادر فيها لا يكون حجة على المشتري ، وبالتالي لا رجوع له على البائع بالضمان ، نقض ٥/٤/١٩٥١ - المجموعة - س ٢ رقم ٩٨ ص ٥٩٢ ، نقض ٢٣/٢/١٩٥٦ المجموعة - س ٧ رقم ٢٥ ص ٢٥٠ .

(٢) أنظر نقض ١٩/١/١٩٧٨ - المجموعة - س ٢٩ رقم ٥٥ ص ٢٦٥ ، نقض ٢٤/١/١٩٤٦ - مجموعة عمر ج ٥ رقم ٢٩ ص ٧١ ، نقض ١٦/٥/١٩٧٢ - المجموعة - س ٢٢ ص ٩٣٢ .

(٣) نقض ١٢/١٢/١٩٦٦ - المجموعة - س ١٧ رقم ٢٦٩ ص ١٨٦٩ وأنظر نقض ٢٨/٤/١٩٨٥ - الطعن ٢١٥٤ س ٥٤ ق .

(٤) وعلى ذلك لا محل لإثارة ضمان البائع إذا أثبت أن المتعرض للمشتري وهو من الغير لم يكن على حق فى تعرضه وإن البائع قد باع ما يملك - نقض ٢/٥/١٩٦٣ - المجموعة س ١٤ ص ٦٣١ - ويشترط لقيام ضمان البائع أن يكون مصدر الحق العينى الذى يدعيه الغير هو فعل البائع - مثال من إمتياز دين الضرائب الذى ينصب على المنشأة التى إشتراها المشتري ، فوجود هذا الحق العينى التبعى يرجع إلى فعل البائع - نقض ١٦/٥/١٩٧٢ - المجموعة س ٢٢ ص ٩٣٢ ، وقارب نقض ١٩/١/١٩٧٨ - المجموعة س ٢٩ ص ٢٦٥ .

فحسب ، ولكن لأن هذا الحق لا يحتج به على المشتري إذ هو مستمد من غير المالك . ولكن إذا ادعى أنه اشتراه من غير البائع وكان الأخير هو المالك الحقيقي تحقق الضمان بالرغم من أن حق الغير ثبت بعد البيع . لأن المستحق في هذه الحالة ، ليس هو الغير وإنما هو المالك الحقيقي الذي باع للغير ، وهذا حقه ثابت قبل البيع .

وإذا ادعى الغير أنه إستاجر العين المبيعة بعد البيع ، لم يكن البائع ضامناً . لأن الحق المدعى به تالياً للبيع وأنه لا يحتج به أصلاً على المشتري .

ولكن قد يكون الحق المدعى به لاحقاً للبيع ومع ذلك يمكن الاحتجاج به على المشتري ، ولكن لا يسأل البائع عن ضمانه . مثال ذلك أن يتمسك المستأجر للعين المبيعة - وكان الإيجار قبل البيع - بامتداد عقد الإيجار بموجب قانون خاص صدر بعد البيع ، فهنا يتمسك المستأجر بحق لم يثبت له إلا بعد البيع ، فلا يضمنه البائع . ولكن إذا صدر هذا القانون قبل البيع ، كان البائع ضامناً .

وبناء على ما تقدم أيضاً لا يسأل البائع عن مصادرة المبيع بعد البيع أو الاستيلاء عليه أو نزع ملكيته بواسطة السلطات العامة^(١) ، ولا عن التقادم الذي إكتسب به الغير ملكية المبيع بعد البيع^(٢) حتى ولو بدأ في السريان قبل البيع . بشرط ألا يكون على وشك التمام وقت البيع .

ولكن يسأل البائع عن تعرض الغير ولو كان سببه لاحقاً لعقد البيع إذا كان هذا السبب راجعاً إلى فعله ، لأنه في هذه الحالة يكون قد خالف التزامه بالامتناع عن كل عمل من شأنه إحداث تعرض للمشتري . وعلى ذلك إذا باع شخص عقاراً مرتين ، وسجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول فإن المشتري الثاني وقد تملك المبيع بالتسجيل يكون حقه لاحقاً للبيع الأول ومع ذلك يكون البائع مسؤولاً عن الضمان قبل المشتري الأول . لأن حق

(١) كما لا يعد التاميم تعرضاً موجباً لضمان الإستحقاق نقض ١٩٧٨/٤/٣ المجموعة
س ٢١ ص ٧٧٢

(٢) أما إذا استكملت مدة التقادم قبل البيع ، ثم بيعت العين بعد ذلك . سئل البائع عن الضمان .
نقض ١٩٤٩/٣/٢١ مجموعة عمر ج ٥ رقم ٢ ع س ٤٤ ق

المشتري الثانى مستمد من البائع نفسه . وكذلك الحال أيضاً إذا كان المبيع منقولاً وسلمه البائع للمشتري الثانى حسن النية ، وأيضاً إذا رهن المالك العقار ثم باعه ، وقيد الدائن المرتهن رهنه قبل تسجيل المشتري .

ولا يشترط لضمان البائع للتعرض الصادر عن الغير أن يكون المشتري وقت البيع غير عالم بالحق الذى يدعيه الغير ، أو أن يكون البائع عالماً بهذا الحق (١) . على أن حق الارتفاق يكفى لعدم الضمان فيه أن يكون المشتري عالماً به ، أو أن يكون ظاهراً بحيث يستطيع المشتري أن يعلم به .

ولكن لا يسأل البائع عن الضمان إذا كان سبب الاستحقاق راجعاً إلى فعل المشتري أو إهماله . مثال ذلك إذا أهمل المشتري فى التمسك بالتقادم وذلك لكى يدفع دعوى الاسترداد المقامة عليه ، الأمر الذى كأن سيؤدى إلى رفض هذه الدعوى .

وكذلك إذا إترف المشتري بالحق للغير دون أن ينتظر صدور حكم قضائى وبعد أن أخطر البائع ولم يتدخل ، فإن المشرع يعطيه الحق فى الرجوع على البائع بالضمان ، ولكنه يفقد هذا الضمان إذا أثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه ، فسبب الاستحقاق ، هنا يرجع إلى خطأ المشتري ؛ فلا ضمان له.

ثانياً : المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر عن الغير :

يعد البائع هو المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر عن الغير (٢) ، ولا ينتقل هذا الالتزام إلى خلفه العام ، بل يبقى ديناً فى تركته ، فلو أن شخصاً باع عيناً غير مملوكة له ثم مات ، فإن المالك الحقيقى إما أن يسترد العين من المشتري ، ويرجع الأخير بالتعويض على التركة لا على الوارث ، وإما أن لا يستطيع الاسترداد إذا كان المبيع منقولاً وتملكه المشتري حسن النية بالحيازة ، فيرجع المالك الحقيقى بالتعويض على التركة أيضاً .

(١) انظر نقض ١٩٨٦/١١/٥ - الطعن ٦٠٥ س ٥١ ق .

(٢) نقض ١٩٤٥/٥/٣ - مجموعة عمر - ج ٤ رقم ٢٥٠ ص ٦٦٨ .

وأيضاً لا ينتقل الالتزام بضمان الاستحقاق إلى الخلف الخاص . فلو أن شخصاً باع عيناً لمشتري أول وانتقلت إليه الملكية ثم باعها لمشتري ثان ، رجع الأخير على البائع لا على المشتري الأول . كما لا يتعدى التزام البائع بالضمان إلى دائته (١) كما سبق وأشرنا في موضع سابق . ولكن يكون كفيل البائع ملزماً بهذا الضمان ، فإذا استحققت العين للكفيل فلا حق له في استرداد المبيع من المشتري ، لأنه كفيل البائع ضامن كالبائع ، ومن وجب عليه الضمان إمتنع عليه الاسترداد .

كما يعد التزام البائع - في حالة تعدد البائعين - التزاماً غير قابل للانقسام إذا كان المشتري يطالب بتنفيذ هذا الالتزام عيناً ، أم إذا كان التنفيذ بالتعويض ، إنقسم الالتزام بطبيعة الحال .

ثالثاً ، الدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر عن الغير ،

يعد المشتري هو الدائن في هذا الالتزام ، وينتقل هذا الالتزام إلى خلفه العام ، فللوارث أن يرجع على البائع كما كان مورثه يستطيع أن يرجع .

كما ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف الخاص . فإذا باع شخص عيناً إلى مشتري ، ثم باع الأخير العين إلى مشتري ثان ، التزم البائع الأول بضمان التعرض الصادر عن الغير في مواجهة ليس فقط المشتري الأول وإنما أيضاً في مواجهة المشتري الثاني . فإذا إسترد الغير العين المباعة من المشتري الثاني ، كان لهذا الأخير أن يرجع بضمان الاستحقاق على المشتري الأول وهو بائع له ، كما يستطيع أن يرجع بهذا الضمان على البائع الأول عن طريق دعوى إستعمال حقوق الدين (م ٢٣٥ مدنى) وهو في هذا الرجوع يتعرض لمزاحمة دائنى المشتري الأول ، وهذا هو منطق الرجوع بالدعوى غير المباشرة .

ولكن بإمكان المشتري الثانى - طبقاً للرأى السائد - أن يرجع على البائع الأول بالدعوى المباشرة ، لأنه بالبائع انتقلت إليه ملكية المبيع وجميع ملحقاته ومنها دعوى الضمان التى كانت للبائع ، وتفضل هذه الدعوى المباشرة الدعوى

(١) نقض ١٩٨٠/٤/٣ - المحاماة - س ٣١ رقم ٢٠٠ ص ١٠٢٧ .

غير المباشرة من ناحيتين : ١- أن المشتري الثانى لا يتحمل فيها مزاحمة دائنى المشتري الأول . ٢- أن المشتري الثانى لا يستطيع الرجوع بالدعوى غير المباشرة على البائعين السابقين إلا إذا كان له الرجوع بدعوى ضمان الاستحقاق على البائع له ، فإذا لم يكن له هذا الحق ، كما لو اشترط عليه عدم الضمان ، امتنع عليه الرجوع على الباعة السابقين بالدعوى غير المباشرة ، ولكن لما كان البائع له قد نقل إليه ملكية المبيع ودعوى الضمان التى كانت له ضد الباعة السابقين ، كان له الرجوع عليهم بالدعوى المباشرة (١) .

رابعاً ، البيع الذى ينشأء الضمان ،

قلنا فى شأن التزام البائع بضمان التعرض الشخصى إن هذا الالتزام بالضمان يوجد فى كل بيع (٢) ، مسجل أم غير مسجل (٢) ، مساومة أو بيع بالمزاد ، قضائياً ، أم إدارياً ، وما قلناه هناك يسرى هنا .

غير أنه فى بيوع المزاد ، وفى حالة إستحقاق المبيع ووجوب الضمان - هناك من رأى أن الراسى عليه المزاد يرجع على الدائنين لأنهم فى مركز البائع بالنسبة لقبض الثمن ، وخاصة أن الغالب أن يكون الرجوع على المدين بلا فائدة لإعساره أو إفلاسه . كما أنه لا محل للاحتجاج بأن الدائنين ليسوا بمالكين ، فالضمان واجب حتى ولو ظهر أن البائع باع ملك غيره ، ولكن فات هذا رأى أن البائع فى الحالة الأخيرة يدعى ملكيته للمبيع ، بخلاف الحال بالنسبة للدائنين .

والراجع أن الضمان فى هذه الحالة يكون على المدين برغم أن البيع تم جبراً عنه ، غير أن هذا لا يمنع من مسئولية الدائنين المنفذين والدائنين القابضين

(١) هذا هو السائد فقهاً ، أما نحن فلا نرى فى رجوع المشتري الثانى فى هذه الحالة إستعمالاً للدعوى المباشرة ، حيث لا وجود لهذه الدعوى فى حالات إنتقال الحق ، أنظر رسالتنا عن الدعوى المباشرة ، الاسكندرية ١٩٧٤ .

(٢) : فالرجوع بضمان إستحقاق المبيع لا يكون -- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا على أساس قيام عقد البيع ، نقض ١٩٨٥/٥/١٥ - طعن ٥٠٤ س ٥١ ق .

(٣) قضى بأن : تراخى المشتري فى تسجيل عقد شرائه - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا يسقط عن البائع إلتزامه بالضمان ولو كان هذا أتراخى قد ترتب عليه نزاع ملكية العين المباعة من تحت يد المشتري ، نقض ١٩٦٦/٢/١ - المجموعة س ١٧ ص ٢٠٥ .

للثمن ، فيستطيع الراسى عليه المزاىء الرجوع على هؤلاء ، إذا أثبت أن الدائنين كانوا يعلمون أن العين التى باعوها بالمزاىء غير مملوكة للمدين ، أو كان ينبغي عليهم تلك المعرفة ، فيرجع عليهم الراسى عليه المزاىء طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية ، فإذا لم يستطيع الراسى عليه المزاىء إثبات ذلك ، فله أن يعتبر أن هذا البيع بيعاً للملك الغير ، فيطلب إبطاله وإسترداد الثمن الذى دفعه ، فيرجع على الدائنين الذين إستوفوا الثمن بدعوى الإثراء بلا سبب .

المطلب الثانى

آثار الالتزام بضمان التعرض الصادر عن الغير

التنفيذ العينى والتنفيذ بطريق التعويض :

يعد الالتزام بضمان التعرض التزاماً بعمل ، والأصل أنه يجب تنفيذه عيماً طالما كان هذا التنفيذ العينى ممكناً ، ويتحقق هذا التنفيذ عن طريق تدخل البائع بجعل الغير الذى تعرض للمشتري يكف عن تعرضه وينزل عن إدعائه . فإذا لم يستطع البائع تنفيذ هذا الالتزام أو عجز عنه ، أو كان لا جدوى منه لإنعدام فائدته (كما لو سبق الاستحقاق صدور حكم قضائى) ، وتمكن الغير من إثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به ، وجب عندئذ أن يقوم البائع بتنفيذ التزامه بضمان التعرض عن الغير عن طريق التعويض ، فيقوم بتعويض المشتري عما أصابه من ضرر بإستحقاق المبيع فى يده ، وهذا هو ضمان الاستحقاق .
فنعرض للتنفيذ العينى ، ثم للتنفيذ عن طريق التعويض .

(أولاً) التنفيذ العينى (ضمان التعرض بطريق التدخل) :

تقضى المادة ٤٤٠ من التقنين المدنى بأنه :

١- إذا رفعت على المشتري دعوى بإستحقاق المبيع وأخطر بها البائع ، كان على البائع ، بحسب الأحوال ووفقاً لقانون المرافعات أن يتدخل فى الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله .

٢- فإذا تم الإخطار فى الوقت الملائم ولم يتدخل البائع فى الدعوى ، وجب عليه الضمان ، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه

٣ وإذا لم يحظر المشتري البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حار قوة الأمر المقضى فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق .

وتنقضى المادة ٤٤٦ مدنى بأن

« يثبت حق المشتري فى الضمان ولو إعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق . دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى ، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل ، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه » .

يستفاد من النصوص المتقدمة أنه إذا حصل تعرض للمشتري من الغير كان التنفيذ العيني هو الأصل ، فترفع الدعوى من الغير على المشتري وعندئذ يتحقق التزام البائع بضمان تعرضه للغير ، ويبدأ فى تنفيذ التزامه عينياً ، فيتدخل فى الدعوى المرفوعة أو يحل محل المشتري فيها ويمنع إدعاء الغير بكافة الوسائل القانونية حتى ينتهى الأمر بـ كم برفض الدعوى ، وعلى ذلك يكون قد نفذ التزامه فعلاً .

وفى صدد تنفيذ التزام البائع عينياً عن طريق التدخل فى الدعوى المرفوعة على المشتري ، نعرض للفروض الآتية :

(١) تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق :

إذا حدث ورفع الغير على المشتري دعوى الاستحقاق ، وجب على هذا الأخير إخطار البائع فى الوقت الملائم ودعوته ليتدخل فى الدعوى ، حتى ينفذ التزامه بمنع تعرض الغير لتنفيذ عينياً^(١) . وليس للإخطار شكل خاص ، فيصح أن يكون شفويًا مع وقوع عبء الإثبات على المشتري . ويكفى أن يخطر

(١) أنظر نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ - المجموعة - س ١٩ رقم ٥٢ من ٤٥ . وقضى بأن « التعرض القانونى الصادر من الغير قد يتحقق فى صورة رفع دعوى وعندئذ يتعين على المشتري إخطار البائع فى وقت ملائم عملاً بالمادة ٤٤ مدنى . أما إذا وقع التعرض من الغير دون رفع دعوى وأقام المشتري دعواه على البائع بالضمان فلا يكون هناك محل للإخطار » نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ - المجموعة س ٢٩ من ١١٤٥

المشتري البائع ، ولكن ليس واجباً عليه إدخاله فى الدعوى .

ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يبادر المشتري إلى إدخال البائع فى الدعوى المرفوعة عليه بإعتباره ضامناً وذلك طبقاً للمادة ١١٧ من قانون المرافعات والتي تقضى بأن « للخصم أن يدخل فى الدعوى من كان يصح إختصاصه فيها عند رفعها . ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة مع مراعاة حكم المادة ٦٦ » . وتقضى المادة ١١٩ من قانون المرافعات بأنه « يجب على المحكمة فى المواد المدنية إجابة الخصم إلى طلب تأجيل الدعوى لإدخال ضامن فيها إذا كان الخصم قد كلف ضامنه الحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلامه بالدعوى أو قيام السبب الموجب للضمان أو إذا كانت الثمانية الأيام المذكورة لم تنقضى قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى . وفيما عدا هذه الحالة يكون التأجيل لإدخال الضامن جوازياً للمحكمة ويراعى فى تقدير الأجل مواعيد الحضور . ويكون إدخال الخصم للضامن بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى » .

وبناء على هذه النصوص إذا كلف المشتري البائع فى خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلانه بدعوى الاستحقاق بالحضور ولم يتمكن من تحديد جلسة له إلا فى وقت متأخر عن الجلسة المحددة لنظر دعوى الاستحقاق ، أو كان تاريخ نظر الدعوى الأخيرة سابقاً على إنقضاء الثمانية أيام المشار إليها ، وكانت الدعوى مدنية ، وجب على المحكمة إجابة المشتري إلى تأجيل نظر دعوى الاستحقاق إلى الجلسة المحددة لحضور البائع ضامناً . فإذا لم يكن المشتري قد تمكن من تكليف البائع بالحضور لعدم إنقضاء الثمانية الأيام قبل تاريخ جلسة دعوى الاستحقاق ، راعت المحكمة فى تقدير المدة التى تؤجل فيها دعوى الاستحقاق المواعيد اللازمة لتكليف البائع بالحضور وفق الأوضاع العادية ، وتحسب فى ذلك مواعيد المسافة .

ولكن إذا كان المشتري هو الذى رفع الدعوى على الغير يطالبه فيها برد المبيع ، أو رفع الدعوى على جاره يطالبه فيها بتقرير حق إرتفاق للعقار المبيع داخل فى نطاق البيع ، فإن ميعاد الثمانية أيام يسرى من وقت قيام السبب الموجب للضمان ، أى من وقت أن ينكر المدعى عليه دعوى المشتري .

وفى غير ذلك من الأحوال يكون التأجيل لإدخال البائع ضامناً فى الدعوى

جوازيًا للمحكمة ولكن إذا كان تحقيق دعوى الاستحقاق المرفوعة من الغير . أو الدعوى المرفوعة من المشتري على الغير . يستلزم زمنًا غير قصير ، لم يعد هناك داع يدفع المشتري إلى طلب التأجيل . وكان له أن يدخل البائع ضامنًا في أية جلسة من جلسات الدعوى الأصلية

ويلاحظ هنا أن تحريك دعوى الضمان بطلب عارض أثناء نظر دعوى الاستحقاق يعد أفضل بكثير من انتظار الفصل في الدعوى الأخيرة ثم الرجوع بعد ذلك على البائع . وذلك للأسباب الآتية

أ- لا شك في إستفادة المشتري من دفاع البائع في الدعوى الأصلية ، إذا ما حركت دعوى الضمان بطلب عارض .

ب- أن في إجتماع دعوى الضمان مع دعوى الاستحقاق في وقت واحد ما يوفر في الوقت والنفقات ، حيث يكون في وسع المشتري إستصدار حكم له على البائع له في الوقت الذي يصدر فيه الحكم في دعوى الاستحقاق المرفوعة من الغير .

ج- ولأن للمشتري الحق في أن يطلب إخراجه من الدعوى الأصلية (دعوى الاستحقاق) ، فلا يتحمل مصاريفها في حالة الحكم لمصلحة خصمه ، حيث تجبز المادة ١٢١ مرافعات لطالب الضمان (المشتري) أن يطلب إخراجه من الدعوى إذا لم يكن مطالبًا بالتزام شخصي . كأن يطالبه مدعى الاستحقاق مثلاً بتعويض عن التلف الذي وقع منه والثمار التي قبضها . ولكن يجوز لرافع الدعوى أن يعارض في إخراج المشتري حتى يكون الحكم حجة في مواجهته . وخاصة إذا كان قد تسلم المبيع

على أي حال ، فإذا لم يتدخل البائع ضامنًا في الدعوى وإكتفى بإخطاره بها في الوقت الملائم . وجب على البائع أن يتدخل . فتقضى المادة ١٢٦ مرافعات بأنه « يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضمًا لأحد الخصوم أو طالبًا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى . ويكون التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهًا في الجلسة في حضورهم ويثبت في محضرها ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة » . وطبقًا لهذا النص أيضًا يجوز للبائع أن يتدخل في الدعوى حتى ولو لم يخطر بها وإنما علم برفعها عن

طريق آخر . كما يجوز لدعى الاستحقاق أن يطلب إدخال البائع فى الدعوى .

فإذا تدخل البائع ضامناً فى دعوى الاستحقاق أو أدخل فيها على نحو ما أسلفنا ، التزم بدفع إدعاء المتعرض ، حتى يكف عن إدعائه وتعرضه ، أو يحصل على حكم قضائى برفض هذا الادعاء (١) ، وهنا يعد البائع أنه نفذ التزامه بمنع تعرض الغير تنفيذاً عينياً .

أما إذا فشل البائع فى ذلك ، فإن التزامه بضمان التعرض يتحول إلى تعويض حيث يصبح ضامناً لاستحقاق المبيع . وفى هذا الخصوص ، تقضى المادة ١٢٠ مرافعات بأن « يقضى فى طلب الضمان وفى الدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك وإلا فصلت المحكمة فى طلب الضمان بعد الحكم فى الدعوى الأصلية » . و « إذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية يكون الحكم الصادر على الضامن عند الاقتضاء حكماً للدعى الأصلية ولو لم يكن قد وجه إليه طلبات . ويجوز لطالب الضمان أن يطلب إخراجه من الدعوى إذا لم يكن مطالباً بالتزام شخصى » (م ١٢١ مرافعات) .

(٢) عدم تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق :

وقد يرجع عدم تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق المرفوعة على المشتري ، إلى أنه لم يشأ أن يتدخل برغم إخطار المشتري إياه ، وقد يرجع عدم تدخله إلى عدم إخطار المشتري إياه بالدعوى المرفوعة عليه .

(أ) عدم تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق بالرغم من إخطار المشتري إياه :

قد لا يتدخل البائع فى الدعوى المرفوعة من الغير على المشتري برغم إخطار الأخير له برفعها فى الوقت المناسب ، هنا يعد البائع مقصراً فى التزامه قبل المشتري . فما الجزاء المتصور وقوعه على هذا البائع المقصر ، أن الأمر لا يخلو من فروض .

١ - فإذا لم يتدخل البائع فى الدعوى برغم إخطاره . ونجح المشتري وحده

(١) نقض ١٩٥٣/٦/٤ - مجموعة القواعد فى ربيع قرن - قاعدة رقم ٦٠ ص ٣٥٩ .

فى دفع دعوى المتعرض وحصل على حكم نهائى برفض طلبات الأخير فقد إنتهى التعرض ولم يبق للمشتري سوى الرجوع على البائع بما عساه أن يكون قد تكبده من نفقات وأضرار

٢- أما إذا صدر حكم نهائى فى الدعوى لمصلحة المتعرض - ولم يكن البائع قد تدخل برغم إخطاره - وجب عليه الضمان « إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه » . وعلى ذلك إذا لم يرتكب المشتري تدليسا أو خطأ جسيما فى الدعوى المرفوعة عليه من الغير ، وثبت إستحقاق الغير للمبيع ، فإن الحكم الذى يصدر بالاستحقاق يكون حجة على البائع لمصلحة المشتري فى دعوى ضمان الاستحقاق . والبائع هو المكلف أصلاً بإثبات أن الحكم بالاستحقاق كان نتيجة تدليس من المشتري أو نتيجة خطأه الجسيم . وليس بخاف أن البائع لا يستطيع التخلص من دعوى الضمان التى يرفعها المشتري بدعوى أنه كانت لديه أسباب ووسائل للدفاع من شأنها إفساد إدعاء المتعرض ، فليس له ذلك ، فلقد أخطر فى وقت مناسب ولم يتدخل ، فلا يستطيع البائع أن يدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات إلا إذا أثبت أن الحكم النهائى الصادر فى دعوى الاستحقاق كان نتيجة تدليس وغش المشتري أو خطأه الجسيم .

ويلاحظ أن الحكم بالاستحقاق - فى الحالة المتقدمة - وإن كان يعد حجة للمشتري ضد البائع فى دعوى ضمان الاستحقاق ، إلا أنه لا يعد حجة للمتعرض المستحق على البائع ، مادام هذا المتعرض لم يدخل البائع فى الدعوى ليكون الحكم حجة عليه .

٣- ولكن قد يرى المشتري عدم جدوى السير فى دعوى المتعرض - فى حالة إخطار البائع بوجوب التدخل ورفضه لذلك - وقامت القرائن على أن البائع ليس لديه ما يدفع به دعوى المستحق بدليل عدم تدخله رغم إخطاره ، فله عندئذ الحق فى إنهاء النزاع دون حاجة لإنظار صدور حكم فى الدعوى توفيراً للوقت ، فيعترف للغير بحقه أو يتصالح معه على هذا الحق دون الانتظار لصدور حكم قضائى عندئذ يحق للمشتري أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع ، ولكن للأخير الحق فى أن يدفع رجوع المشتري عليه إذا أثبت أن الغير لم يكن على حق

فى دعواه ، وإن المشتري قد تسرع فى الإقرار أو الصلح . كما يستطيع البائع أن يثبت أن المشتري لم يكن حسن النية فى إقراره أو صلحه ، وعند ذلك لا يقتصر على دفع رجوعه عليه بالتعويضات ، بل ويرجع عليه كذلك بالتعويض إن كان للتعويض مبرر ومقتضى .

(ب) عدم تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق ولم يكن المشتري قد أخطره بها :

فى هذه الحالة إذا تمكن المشتري من دفع دعوى المتعرض ، فلا إشكال ، حيث ينتهى التزام البائع بضمان تعرض الغير . أما إذا أقر المشتري بحق المتعرض أو صالحه ، أو قضى للمتعرض بطلباته بمقتضى حكم نهائى ، وأراد المشتري أن يرجع على البائع بموجب ضمان الاستحقاق ، هنا يستطيع البائع دفع هذه الدعوى إذا أثبت أن تدخله فى الدعوى - لو مكنه المشتري من ذلك فى الوقت المناسب - كان سيؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق ، فلا يكلف البائع إذن - لرد دعوى الاستحقاق - بإثبات تدليس أو خطأه الجسيم .

(ثانياً) التنفيذ بطريق التعويض (ضمان الاستحقاق) :

متى يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق ؟

إذا استحال على البائع تنفيذ التزامه عيناً ، رجع المشتري عليه بالتعويض عن الاستحقاق الكلى أو الجزئى الذى وقع له ، وهذا ما يطلق عليه بضمان الاستحقاق .

وللمشتري أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع فى الأحوال الآتية :

١- إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه ، فتدخل البائع فى الدعوى ولم ينجح فى دفع دعوى المتعرض (١).

٢- إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، ولم يتدخل الأخير فى الدعوى ، وحكم للمتعرض ، ولم يستطع البائع إثبات تدليس المشتري أو خطأه الجسيم

(١) انظر نقض ١٩٧٥/٤/٢٩ - المجموعة - ص ٢٦ رقم ١٦٥ ص ٨٤٤

٢- إذا أخطر المشتري البائع بالدعوى فلم يتدخل فيها الأخير ، وأقر المشتري بحق المتعرض أو تصالح معه ولم يستطع البائع أن يثبت أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه (١)

٤- إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى وحكم للمتعرض ، ولم يثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان سيؤدي إلى رفضها

٥- إذا سلم المشتري للمتعرض بحقه بدون دعوى ، ولم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه .

ففي هذه الحالات يحق للمشتري أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ، ولا يخلو رجوعه من أحوال ثلاثة ، فإما أن يكون الاستحقاق كلياً ، وإما أن يكون جزئياً ، وإما يقتصر على مجرد دفع المشتري للمتعرض شيئاً في مقابل إدعائه صلحاً أو إقراراً بهذا الادعاء ، ويتخلص البائع من ضمان الاستحقاق إذا وفى ما أداه المشتري في هذا الغرض . ونعرض فيما يلي لهذه الأحوال .

١- الاستحقاق الكلي :

تقضى المادة ٤٤٣ من التقنى المدنى بما يلى :

« إذا استحق كل المبيع ، كان للمشتري أن يطلب من البائع :

١- قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .

٢- قيمة الثمار التى ألزم المشتري بردها لمن إستحق المبيع .

٢- المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سىء النية .

٤- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٤٠

٥- وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب إستحقاق المبيع .

(١) نقض ٢٧/٤/١٩٧٨ المجموعة س٣٩ رقم ٢٢٥ ص ١١٥

كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله.

وقبل أن نبين ما يرجع به المشتري على البائع في حالة الاستحقاق الكلى ، نبين أولاً المقصود بهذا الاستحقاق .

(أ) معنى الاستحقاق الكلى :

الاستحقاق الكلى هو نزع المبيع كله من يد المشتري لثبوت حق للغير عليه مما يضمنه البائع : أى لكون البائع غير مالك للمبيع ، أو لقيام البائع بالتصرف فى المبيع بعد البيع لشخص آخر تمكن من إكتساب ملكيته لسبق تسجيله أو بسبب حيازته للمنقول بحسن نية .

وقد يكون سبب الاستحقاق تنفيذ الدائن المرتهن على العقار المبيع تحت يد المشتري . وقد يكون سببه دعوى مرفوعة على البائع - كدعوى بطلان أو فسخ أو إلغاء - ثم يحكم فيها ضده ، فتسقط الملكية عن المشتري لإبطال أو فسخ أو إلغاء سند ملكية البائع له .

ويلاحظ أنه كثيراً ما يكون سبب إنتزاع المبيع من يد المشتري ، هو صدور حكم نهائى لصالح الغير ، غير أن ثبوت الاستحقاق بحكم ليس شرطاً لرجوع المشتري بالضممان . فقد يستحق المبيع دون حكم ، ومثاله أن يكون المبيع فى حيازة الغير ويحاول المشتري وضع يده عليه فيتعرض له هذا الغير ويفلح فى إثبات ملكيته للمبيع .

(ب) ما يرجع به المشتري فى حالة الاستحقاق الكلى :

حددت المادة ٤٤٣ مدنى عناصر التعويض فى ضمان الاستحقاق الكلى وذلك على النحو الآتى :

١ - قيمة المبيع :

الزم المشرع فى المادة ٤٤٣ مدنى البائع برد قيمة المبيع وقت الاستحقاق إلى المشتري . ويكون تقدير قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا وقت البيع ، فيلزم البائع برد هذه القيمة (١) لا برد الثمن الذى قبضه ، وذلك لأن المشتري يطالب

(١) نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ - المجموعة - س ٢٩ رقم ٢٢٥ من ١١٤٥ . وانظر أيضاً نقض ١٩٢١/١١/١٩ طعن ١١ س ١٠ .

بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية لا على أساس الفسخ أو الإبطال حتى يقال بإلزام البائع برد الثمن . وهذا التعويض يكون بقدر الخسارة الفعلية ، وخسارة المشتري الفعلية وقت حصول الضرر (أى الاستحقاق) تتمثل فى قيمة المبيع فى هذا الوقت .

ويترتب على ذلك أن على البائع - أن يدفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق ولو زادت على الثمن الذى قبضه من المشتري ، كما لا يكون للمشتري أيضاً المطالبة بالثمن فى حالة نقصان قيمة المبيع عن هذا الثمن لأى سبب من الأسباب ، أى سواء رجع نقصان القيمة إلى فعل المشتري كهدمه بعض المبيع أو إتلافه أو إساءة إستعماله ، أو كان النقص لا يد له فيه ، كما لو كان سببه هبوط الأسعار مثلاً أو مجرد مضي الزمن . ولكن يجوز للمشتري - إذا نقصت قيمة المبيع عن الثمن وقت الاستحقاق - أن يطلب فسخ البيع أو إبطاله فيسترد الثمن بدلاً من رجوعه بضمنان الاستحقاق (١) .

ويأخذ المشتري قيمة المبيع وقت الاستحقاق (٢) دون تفرقة بين ما إذا كان حسن النية أو سيئها أى دون تفرقة بين ما إذا كان يعلم وقت البيع بالاستحقاق أم لم يكن يعلم ، ودون تفرقة أيضاً بين حسن نية البائع أو سوءها ، فسواء كان يعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع أو لا يعلم بذلك ، فهو ملزم برد قيمة المبيع وقت الاستحقاق للمشتري .

(١) قضى بأن « المشرع وإن كان قد أجاز للمشتري - طبقاً للمادة ٤٤٢ مدنى - الرجوع على البائع له - وفى حالة إستحقاق المبيع - بضمنان الإستحقاق إلا أنه لم يمنعه من المطالبة بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع قد أخل بالتزامه ، وإلى ذلك أشارت المادة السابقة ذكرها بقولها « كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » ومن مقتضى ذلك أنه فى حالة القضاء بالفسخ تترتب الآثار التى نصت عليها المادة ١٦٠ مدنى وهى أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد فيرد كل منهما ما تسلمه بمقتضى العقد بعد أن تم فسخه . نقض ١٩٦٧/٨/١٥ - المجموعة س ١٨ ص ١٥٠٠ ، وانظر أيضاً نقض ١٩٧٨/١/١٦ - المجموعة س ٢٩ ص ٢٦٥ ونقض ١٩٨١/٤/١٥ - الطعن ١١٦٤ س ٤٧ ق .

(٢) نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ - المجموعة س ٢٩ ص ١١٤٥ ، ويراعى أن تقدير قيمة المبيع وقت الإستحقاق هو مما يستقل به قاضى الموضوع - الحكم السابق .

كذلك - يحق للمشتري المطالبة بالفوائد عن قيمة المبيع وقت الاستحقاق ومن هذا الوقت (١) وذلك إستثناءً من القواعد العامة التى تقضى بأن الفوائد لا تسرى عند عدم الاتفاق إلا من يوم المطالبة الرسمية القضائية بها . وحكمة هذا الاستثناء ظاهرة ، فالمشتري سيحرم من المبيع ومن الانتفاع به أو استعماله أو الحصول على ثماره إذا كان المبيع منتجاً لثمار من يوم الاستحقاق ، ويلتزم البائع بهذه الفوائد حتى ولو كان المبيع غير منتج لثمار .

٢- قيمة الثمار التى ردها المشتري للمستحق :

يلتزم البائع بأن يعرض المشتري عن قيمة الثمار التى ألزم الأخير بردها إلى المستحق . والأصل أن المشتري لا يلزم برد الثمار للمستحق - أى المالك الحقيقى - إلا إذا كان سىء النية ، أما إذا كان حسن النية فيتملكها ولا يحكم عليه بردها . وحسن النية اللازم لتملك الثمار يجب أن يتوافر وقت القبض ، فإذا ثبت سوء نية المشتري فى هذا الوقت ، أى كان عالماً أن المبيع مملوك للغير - فيلتزم برد الثمار للمالك الحقيقى بعد خصم ما أنفقه فى إنتاجها ، والرجوع بقيمتها على البائع بشرط أن يكون حسن النية وقت البيع .

ولا تعارض هناك بين أن يكون المشتري سىء النية بالنسبة لتملك الثمار ، وحسن النية بالنسبة لمطالبة البائع بقيمتها ، لأن العبرة بحسن النية لتملك الثمار هو وقت الجنى ، والعبرة بحسن النية للرجوع على البائع بقيمتها هو وقت البيع . وعلى ذلك يصح أن يكون المشتري حسن النية وقت العقد أى معتقداً أنه إشتري من المالك الحقيقى ، ثم يعلم بعد ذلك أنه تعامل مع غير المالك ويستمر على جنى ثمار المبيع ، فيلتزم برد الثمار للمستحق من وقت أن أصبح سىء النية ، ويكون له الرجوع بقيمتها على البائع لأنه كان حسن النية وقت البيع . ولما كان المشتري يعتبر سىء النية من وقت رفع دعوى الاستحقاق عليه ، فقد عوضه المشرع عن ثمار المبيع من هذا الوقت بالفوائد القانونية لقيمة المبيع، (٢).

(١) نقض ١٩٢٢/١١/٢٤ طعن ٢٨ ص ٢٢ .

(٢) أنود سلطان - المرجع السابق - فقرة ٢١٦ ص ٢٤٨ .

٣- المصروفات التي أنفقها المشتري على المبيع :

تتنوع المصروفات التي ينفقها المشتري على المبيع على النحو الآتي :

أ- فهناك المصروفات الضرورية وهي اللازمة لحفظ الشيء وصيانتة . وهذه المصروفات يأخذها المشتري من المستحق ، سواء كان عالماً وقت البيع بسبب الاستحقاق - سوء النية - أو كان لا يعلم بهذا السبب - حسن النية - وحيث تقضى المادة ١/٩٨٠ مدنى بأن « على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية » وعلى ذلك لا رجوع للمشتري بهذه المصروفات على البائع .

ب- وهناك المصروفات النافعة وهي التي لا تقوم ضرورة تستلزم إنفاقها، وإنما يترتب عليها زيادة فى قيمة المبيع أو الانتفاع به . وتلك المصروفات لا يحق للمشتري أن يطالب بها كاملة وإنما تسرى عليها الأحكام الآتية :

فإذا كان المشتري - سوء النية - أى يعلم وقت إنفاقه لهذه المصروفات بسبب الاستحقاق ، كان للمستحق أن يطلب منه إزالة ما أقامه فى المبيع على نفقته مع التعويض إن كان له مقتضى ، أو يطلب إستبقائها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى قيمة المبيع بسبب ما أقامه فيه (م ٩٢٤ مدنى) .

أما إذا كان المشتري حسن النية ، أى لا يعلم بسبب الاستحقاق وقت الإنفاق - فلا يجوز للمستحق طلب إزالة ما أقامه المشتري - بل يلتزم بالاحتفاظ به مع دفع قيمة المواد وأجرة العمل ، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى قيمة المبيع بسبب ما أقامه فيه (م ٩٢٥ مدنى) .

تلك هي حدود رجوع المشتري على المستحق ، أما عن رجوعه على البائع ، فله أن يطالب هذا الأخير ، بما لم يستطع أن يلزم به المستحق (م ٤٤٣ / ٣ مدنى) وذلك كعنصر من عناصر التعويض فى ضمان الاستحقاق ويستوى فى هذا الرجوع أن يكون المشتري غير عالم بسبب الاستحقاق ، وقت البيع أو عالماً بذلك . هذا ملاحظة أنه إذا أهمل المشتري فى الرجوع على المستحق، فلا يستطيع بعد ذلك أن يطالب به البائع ، لأن الأصل أن البائع لا يلزم إلا بالفرق

فقط أى بما لم يستطع المشتري أن يستوفيه من المستحق ويبرر هذا الحكم بأن للمشتري الحق فى حيس المبيع حتى يدفع له المستحق ما يجب عليه من تعويض

جـ وأخيراً هناك المصروفات الكمالية التى يقصد بها الزخرفة والريشة وما شابه ذلك وتلك المصروفات التى لا يحق للمشتري مطالبة المستحق بشيء منها ، وإنما له الحق فى إزالتها مع إعادة المبيع إلى حالته الأولى ، إلا إذا إختار المستحق أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة (م ٩٨٠ / ٣ مدنى) أما فى علاقة المشتري بالبائع ، فللمشتري أن يطالب البائع بقيمتها بشرط أن يكون البائع سىء النية أى عالماً بسبب الاستحقاق وقت البيع (م ٢/٤٤٣ مدنى) .

٤- مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان :

ومن عناصر التعويض فى ضمان الاستحقاق ، أنه يجوز للمشتري إلزام البائع بمصاريف الدعوى التى تحملها . فله أن يرجع عليه بمصاريف دعوى الضمان التى رفعها على البائع بطريق أصلى أو فرعى . وله كذلك الحق فى إقتضاء المصاريف التى تحملها فى دعوى الاستحقاق التى رفعت عليه من الغير . ويستثنى من ذلك المصروفات التى كان المشتري يستطيع تفاديها لو أنه أخطر البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم . وعلى البائع عبء إثبات أن المشتري كان يستطيع إنقاء المصروفات على النحر السابق .

ويدخل فى مصروفات الدعوى ليس فقط رسوم التقاضى ، وإنما أيضاً أتعاب المحاماة وسائر المصروفات .

٥- ما لحق المشتري من الخسارة وما فاته من الكسب :

يلاحظ أن المبالغ السابق بيانها تمثل التعويض الواجب للمشتري بكافة عناصره ، غير أن المشرع أضاف إلى ذلك عبارة « وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب إستحقاق المبيع » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه « ليس فى ذلك إلا تذكير بالقواعد العامة (١) »

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٩٧ .

وحيث تقضى هذه القواعد فى شأن المسئولية العقدية بأن يشمل التعويض كل ما لحق الدائن من خسارة متوقعة أو فاته من كسب متوقع . وقد يكون هذا وذاك عنصرين جديدين فى التعويض بالإضافة إلى العناصر السابقة .

وعلى هذا الأساس يحق للمشتري أن يطالب البائع بالمصاريف التى تحملها فى سبيل معاينة المبيع ، ومصاريف تحرير العقد والدمغة والتسجيل والسمسة ومصاريف تسليم المبيع ، ومصاريف الانتفال من العقار الذى إستحق للغير إلى مكان آخر ليقيم فيه أو يباشر فيه تجارته أو صناعته ، ويصح أيضاً أن يطالبه بالفرق بين قيمة المبيع وقت الاستحقاق والضمن الذى دفعه إذا كانت قيمة المبيع قد هبطت عند الاستحقاق (١) .

٢ - الاستحقاق الجزئى :

تقضى المادة ٤٤٤ من التقنين المدنى بأنه :

١- إذا إستحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلاً بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرها لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

٢- فإذا إختار المشتري إستبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقت له لم تبلغ القدر المبين فى الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما

(١) قضى بأن : لقاضى الموضوع متى إنفسخ البيع بسبب إستحقاق المبيع ، ووجب على البائع رد الثمن مع التضمينات ، أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين ، يلزم به البائع ، علاوة على الثمن ، لو أن يحتسب عليه الثمن بالفوائد التى يعرض بها على المشتري ما خسره ، وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانوناً بسبب نزاع الملكية والإستحقاق ، وليس على القاضى إذا أجرى الفوائد التعويضية على البائع أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار إليها فى المادة ١٢٤ من القانون المدنى القديم الذى يحكم واقعة النزاع ، نقض مدنى ١٩٧٢/٢/٢٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٢ رقم ٤١ من ٢٦١ . وأنظر نقض ١٩٧٢/٥/١٦ - المجموعة - س ٢٢ من ٩٢٢ والذى جاء فيه أنه : إذا كان الحكم المنصوص فيه إنما أعمل فى قضائه بالتعويض بما إنفق عليه المتعاقدان فى عقد البيع ، وما ورد عن ضمان الضامن المتضامن مع البائع ، وكان يجوز للمشتري الإتفاق على أن يعرضه البائع فى حالة حصول تعرض له فى إنتفاعه بالمبيع ، كما يحق للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه فى العقد ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

وقبل أن نبين حقوق المشتري في حالة الاستحقاق الجزئي ، نعرض أولاً
للمقصود بهذا الاستحقاق الجزئي

(أ) معنى الاستحقاق الجزئي :

يتحقق الاستحقاق الجزئي بطرق مختلفة فقد يتحقق إذا إستحق جزء من
المبيع للغير سواء كان هذا الجزء جزءاً منفرداً أو حصة شائعة فيه . وقد يتبين أن
المبيع مرهون أو مثقل بحق إختصاص أو حق امتياز ، أو ثبت أن حق ارتفاق المبيع
- المقرر لمصلحته - ليس موجوداً . أو إذا نُزِع بعض المبيع اقتضاءً لحق دائن
مرتهن . وقد يكون المبيع مثقلاً بتكليف ، كحق ارتفاق عليه ليس ظاهراً ولم
يذكره البائع للمشتري ، أو مثقلاً بحق إنتفاع أو حكر . ففي جميع الأحوال التي
يستحق فيها بعض المبيع أو يكون مثلاً بتكليف ، يتحقق هنا الاستحقاق
الجزئي للمبيع .

وبالنسبة لحقوق الارتفاق والتكاليف الأخرى على المبيع ، فإن الأمر يحتاج
إلى توضيح فنقول :

إن المشتري - في حالة ظهور تكليف على المبيع - يفقد جانباً من الانتفاع
المقصود من العين المبيعة ، ولذلك يكون له الحق في طلب فسخ البيع إذا كانت
الخسارة التي لحقت به من وجود هذه التكاليف جسيمة . أو إستبقاء المبيع مع
التعويض إذا كانت الخسارة يسيرة بحيث ما كانت تمنعه من إتمام الصفقة لو
علم بالتكليف وقت التعاقد . ويدخل في معنى التكليف كل حق عيني مقرر على
المبيع إذا كان من شأنه تقييد إنتفاع المشتري به كحقوق الارتفاق والانتفاع
والاستعمال والسكنى .

ولا شك في إعتبار وجود حقوق ارتفاق على العقار المبيع من التكاليف التي
يسأل عنها البائع إذا لم يكن قد أبان عنها الأخير للمشتري وقت البيع ، لما تؤدي
إليه هذه الحقوق من إنقاص قيمة العقار وانتفاع المشتري به وإستعماله له
ولكن هل يشمل ضمان البائع ما يطلق عليه الارتفاقات القانونية ؟

الواقع أن هذه الارتفاقات تتقرر بنص خاص في القانون ، ولا يتعلق

إنشاؤها برضاء مالك العقار المرتفق به . ولذلك يذهب جمهور الشراح إلى إخراجها من ضمان البائع لأنها مفروضة على جميع العقارات ، ومن ثم لا يجوز للمشتري أن يجهلها أو يتضرر منها

ومع ذلك يذهب البعض^(١) إلى عدم التسليم بما يكاد ينعقد عليه إجماع الشراح دون تمييز ، ويقولون : إنه في « حقوق الارتفاق القانونية يدخل الشراح كثيراً من القيود القانونية على الملكية العقارية والتي لا يمكن أن تعد حقوق إرتفاق بالمعنى الدقيق . ومثالها بعض القيود الواردة في المجموعة المدنية في الباب الخاص بالملكية وتحت عنوان القيود التي ترد على حق الملكية ، كالقيود الخاصة بفتح المجلات (م ٨١٩ إلى ٨٢١) ، والقيود الناشئة من وجود الحائط المشترك (م ٨١٤ إلى ٨١٨) ، والقيود الخاصة بوضع الحدود على الأملاك المتلاصقة (م ٨١٣) ، والقيود الخاصة بالمسافات الواجب مراعاتها عند إنشاء المصانع والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران وفقاً لما ترسمه اللوائح وبالشروط التي تفرضها (م ٨٢٢) . هذه في الواقع ليست حقوق إرتفاق لأنها لا تحد من منفعة عقار لخدمة عقار مجاور ، وإنما هي قيود مفروضة على المالك في استعماله ملكه ، وهي قيود عامة ترد على جميع الملكيات . ولذلك كان من الجائز القول بأن البائع لا يضمنها ، وليس بشرط أن يخطر المشتري بها ومن هذا القبيل أيضاً ما توردته اللوائح المختلفة والقوانين على بعض الملكيات من قيود كقيود التنظيم والبناء والقيود المفروضة على الملاك والمجاورين للترع العامة والمصارف والمنصوص عليها في القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ الخاص بالرى والصرف والقيود المقررة على الأملاك المجاورة للأماكن الحربية والمطارات ، وغيرها .

ولكن إلى جانب هذه القيود التي ترد على الملكية - والبعض منها مقرر للصالح العام والبعض الآخر للصالح الخاص - نجد أن المشرع يجيز ، في بعض الأحيان وعند توافر شروط معينة ، تقرير إنشاء حقوق الارتفاق بالمعنى

(١) عبد النعم البدرأوى - المرجع السابق - فقرة ٢٠ ص ٣١٠ - ٣١١ وأنظر مؤلفه : شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية - ١٩٦٨ رقم ٧٢ ص ١٠٧

المعروف لصالح عقار على عقار المملوك للغير بحيث لا يشأ هذا الحق إلا إذا طلبه من يريد تقريره فإذا طلبه أمكن أن يتقرر على الرغم من إرادة المالك ومثال ذلك حق المرور القانوني الذي ينقرر لمالك العقار المحبوس عن الطريق العام (م ٨١٢) وحق الشرب وحق المجرى وحق الصرف وهي حقوق تنقرر على ملك الشخص وعلى الرغم منه إذا طلبها الغير وتوافرت الشروط التي يستلزمها القانون في المواد من ٨ ٨ إلى ٨١١ من المجموعة المدنية والقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ الخاص بالرى والصرف هذه النصوص السابقة جميعاً لا تقتصر على تقييد حق المالك ، ولكنها تعطى لمن تقرر له حق إرتفاق بالمعنى المعروف ، بل إنها تنشئ أخطر نوع من الارتفاقات وهي الارتفاقات الإيجابية أي تلك التي تخول صاحبها سلطة القيام بأعمال مادية معينة على عقار الغير ولكن نظراً لأن هذه الارتفاقات لم تقرر بفعل الإنسان وإنما بنص القانون فإنها تسمى بالارتفاقات القانونية . فهل هذه الارتفاقات لا يضمنها البائع إذا لم يخطر عنها المشتري أو إذا لم تكن ظاهرة ؟ يقول الشراح إن البائع لا يضمن الارتفاقات القانونية لكونها مقررة على جميع العقارات . وهذا كلام غير دقيق فليس معنى كون الارتفاق قانونياً أنه يوجد بمجرد النص عليه . ولكنه لا يمكن أن ينشأ إلا إذا طالب به من يريد أن يقرره فليست جميع الأراضي محملة بحقوق مرور أو صرف أو شرب لصالح بعضها البعض ، حتى يقال إن هذا هو الوضع العادى لهذه الأراضي . إن هذه الحقوق مرتبة على البعض منها فقط ، لأنها وإن إستندت في وجودها إلى نصوص القانون ، إلا أنها لا توجد إلا إذا توافرت شروطها وبناء على طلب صاحب المصلحة

ولهذا كله وجب ألا يستثنى من ضمان البائع هذا النوع الأخير من الارتفاقات القانونية فالبائع يضمنها ما لم يحطر بها المشتري ، أو كانت ظاهرة ،

والواقع أنه لا يمكن التسليم بالرأى المتقدم . فالحق القانوني في المرور وحق الشرب وحق المجرى . لا تعد إرتفاقات ، وإنما هي قيود قانونية واردة على حق الملكية ، فهي لا تمثل عبئاً استثنائياً ، وإنما هي الوضع العادى المألوف لكل الملكيات التي توجد في ذات الظروف ولا يهم بعد ذلك أن يطالب بها المستفيد منها أو لا يطالب . فحتى إذا لم يطالب بها المستفيد منها وقت صدور البيع

للمشتري صاحب العقار الذي سيحمل به هذا القيد ، فإنه بإمكانه أن يطالب به من بعد ولا نثار عندئذ مسألة ضمان البائع لها . غاية الأمر أن وجود مثل هذه القيود على العين المبيعة إنما يؤثر في تحديد الثمن المتفق عليه ولا يتصل بضمان البائع . وحيث يجب على البائع ألا يستفيد من جهل المشتري بوجود تلك القيود للحصول على ثمن أعلى

هذا وقد قضت المادة ٢/٤٤٥ مدني بأنه : يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد إشتراط عدم الضمان إذا كان الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري ، فالأصل أن البائع لا يضمن الارتفاقات الظاهرة ، والارتفاق الظاهر هو ذلك الارتفاق الذي تدل عليه علامة مادية ظاهرة ، سواء وجدت هذه العلامة في العقار المرتفق به أو في العقار المرفق . كمرور في الطريق على الأرض المبيعة أو مجرى أو مظل تلجأ عليها . فإذا لم يكن الارتفاق ظاهراً كارتفاق بعدم البناء أو بعدم التعليق فيضمنه البائع ما لم يكن قد أبان عنه للمشتري وقت البيع .

وهذا الضمان لا ينصرف فحسب إلى حقوق الارتفاق بل إلى كافة الحقوق العينية أو الشخصية التي يمكن أن يحتج بها في مواجهة المشتري ، ولذا يتعين على البائع إخطاره بها وإلا لزمه الضمان . ولا محل لهذا الإخطار إذا علم المشتري بهذه الحقوق وقت التعاقد .

ولقد اختلف الفقهاء حول ما إذا كان تسجيل حق الارتفاق غير الظاهر يقوم مقام إعلام البائع المشتري بوجودها ، وبعبارة أخرى هل يعد تسجيل حق الارتفاق الخفي كافياً لإثبات علم المشتري به ؟

يذهب بعض الفقهاء إلى أن العلم المفروض والمستفاد من التسجيل يغني عن العلم الحقيقي المستفاد من ظهور الارتفاق والإخطار به . وعلى ذلك فشهر حق الارتفاق يقوم مقام إعلان البائع للمشتري بوجوده ، وبالتالي فلا يضمنه البائع ولو لم يعلم به المشتري علماً حقيقياً .

ويذهب آخرون إلى أن الارتفاق إذا كان مسجلاً وقت البيع ، فيفترض علم المشتري به وبالتالي فلا يضمنه البائع . أما إذا كان مسجلاً بعد البيع فإن هذا التسجيل لا يقوم مقام إخطار البائع المشتري بوجوده . حيث لا يمكن إلزام المشتري بالاطلاع على دفاتر التسجيل بعد إبرام عقد البيع

ويرى فريق ثالث إلى أن العلم القانونى المستفاد من التسجيل وحده لا يغنى عن العلم الفعلى الثابت بالإخطار ، فالتسجيل شرع لمصلحة المشتري لا لمصلحة البائع فلا يجب أن يستفيد منه هذا الأخير للتخلص من ضمان واجب عليه .

ويرى آخرون أن علم المشتري بحق الارتفاق مسألة واقعية تتوقف على ظروف كل دعوى على حدة ، وأن التسجيل وإن كان لا يكفى بمفرده للدلالة على هذا العلم ، إلا أنه يعتبر قرينة يستطيع القاضى أن يستند عليها بالإضافة إلى قرائن أخرى فى إستخلاص علم المشتري بهذا الحق .

ويفرق رأى آخر بين شهر حق الارتفاق عن طريق نظام الشهر الشخصى ، وبين شهره عن طريق القيد فى السجل العينى ، وعلى ذلك يعتبر كل تكليف أو عبء على المبيع مقيد فى السجل العينى من قبيل الأعباء المعلنة التى لا يضمنها البائع .

على أى حال تمتى تحققت مسئولية البائع عن الارتفاقات والأعباء والتكاليف التى لم يخطر بها المشتري ولم تكن ظاهرة ، كنا بصدد حالة من حالات الاستحقاق الجزئى .

(ب) حقوق المشتري فى حالة الاستحقاق الجزئى :

يستفاد من نص المادة ٤٤٤ مدنى أن المشرع يفرق فى حالة الاستحقاق الجزئى بين أمرين ، بين كون الاستحقاق جسيماً أو غير جسيم .

١- فإذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئى قد بلغت قدرًا من الجسامة لو علم به المشتري وقت البيع لما أتمه ، كما لو كانت الأرض التى إشتراها قد قصد بناء مصنعاً عليها ثم إستحق بعضها بحيث لم تعد تصلح لبناء هذا المصنع - وتقدير ذلك يخضع لقاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض - فى هذه الحالة يكون المشتري مخيراً بين إستبقاء المبيع مع التعويض عما أصابه من الخسارة بسبب الاستحقاق الجزئى وبين رد المبيع (أو رد ما تبقى منه) وما أفاده منه ، مع مطالبته بالتعويضات التى يستحقها فى حالة الاستحقاق الكلى . وهو إذا اختار الأمر الثانى كنا بصدد تطبيق قواعد

٢- أما إذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئى ليست جسيمة بالقدر الذى لو علمه لما أتم البيع ، لم يكن أمام المشتري فى هذه الحالة إلا أن يرجع على البائع بالتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب هذا الاستحقاق الجزئى وذلك طبقاً للقواعد العامة .

توقى المشتري إستحقاق المبيع :

تقضى المادة ٤٤٢ مدنى بأنه :

« إذا توقى المشتري إستحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » .

يستفاد من هذا النص أن المشرع أراد أن ييسر على البائع - فى حالة الاستحقاق الكلى والجزئى تيسيراً كبيراً . فلو ظهر أن الأجنبى كان على حق فى دعواه وأن المشتري أراد توقى الحكم باستحقاق المبيع كلياً أو جزئياً ، فاتفق مع المتعرض على ذلك فى مقابل مبلغ من النقود أو فى مقابل شيء آخر يؤديه له ، صلحاً كان ذلك أم وفاءً بمقابل ، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفعها ، وسواء تدخل البائع فى هذه الدعوى عند رفعها أو لم يتدخل ، فإن للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد إلى المشتري ما يعرضه تماماً عما دفعه للمستحق ، وهو المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية والمصروفات ، فإذا إسترد من البائع قيمة هذا المال ، فإنه يكون بذلك قد إستبقى المبيع وإسترد خسارته ، فلم ينله أى ضرر ، وهذا الضرب من الاسترداد نادر ، وليس له نظير فى التقنين المدنى إلا فى حالات ثلاثة : الشفعة وإسترداد الحصة الشائعة وإسترداد الحق المتنازع فيه (٢) .

ويلاحظ أن البائع لا يستعمل حق الاسترداد إلا إذا وجد أن المبلغ الذى

(١) لنظر نقض ١٩٩٥/١١/٢١ - الطعن ٢٠١٤ س ٦٤ ق .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٩١ - ٩٢

سيرده إلى المشتري أقل من التعويضات التي كان سيدفعها بسبب ضمان الاستحقاق ، وبفرض أن حق المتعرض لا يستطيع البائع أن يدفعه . ومعنى ذلك أن البائع حر في استعمال حق الاسترداد أو عدم استعماله ، وهو لا يستعمله في حالتين :

١- إذا كان يستطيع دفع إ دعاء المتعرض ، ويعتقد أن المشتري قد تسرع في الصلح معه ، ففي هذه الحالة لا يكون مسئولاً عن الضمان إذا أثبت أن المتعرض لا حق له في دعواه .

٢- إذا كانت التعويضات الواجبة عليه بسبب ضمان الاستحقاق لا تزيد على المبلغ الواجب رده للمشتري بموجب استعمال حق الاسترداد (١) .

ويلاحظ أن الحكم الوارد في النصوص المتقدمة لا يطبق إلا إذا كان المشتري قد تولى استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق . وفي هذه الحالة يبقى عقد البيع الأصلي قائماً ، ويعتبر المشتري متلقياً ملكية المبيع من البائع لا من المتعرض . أما إذا لم يتوق المشتري هذا الاستحقاق ، وقضى للمستحق ، فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة . أما لو قضى للمستحق بالمبيع أو بحقه عليه ، ثم دفع المشتري شيئاً له وأمسك المبيع أو نزل له عن حقه عليه ، وكان هذا منه شراء للمبيع أو للحق من المستحق ، فله أن يرجع على البائع بأحكام ضمان الاستحقاق وذلك لأن إمساكه للمبيع كان بسبب آخر غير عقد البيع ، ولم يكن للبائع أن يتخلص من هذا الرجوع بدفع ما دفعه المشتري للمستحق .

(١) السنهاوى - المرجع السابق - ص ٨٧٨ . ويلاحظ أن الإتفاق الذى يتم بين المشتري والمتعرض قد يكون صلحاً لا يدفع فيه المشتري للمتعرض مبلغاً من النقود . فقد يكون المستحق إرتفاق للمبيع ينكره المتعرض ، فيتفق معه المشتري على أن يكف عن إنكاره في نظير ترتيب حق إرتفاق مقابل لعقار المتعرض على المبيع . وفي هذه الحالة لا يتخلص البائع من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد ، إلا إذا دفع للمشتري قيمة حق الإرتفاق الجديد الذى أنشئ على العقار المبيع لعقار المتعرض والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت إنشاء الإرتفاق ومصرفات الصلح . وقد يكون الإتفاق الذى يتم بين المشتري والمتعرض وفاء بمقابل ، كأن يكون المبيع مرهوناً في دين ، فيتفق المشتري مع الدائن المرتهن على أن يدفع له مقابلاً لهذا الدين سيارة مثلاً . وفي هذه الحالة لا يتخلص البائع من التزامه بالضمان باستعمال حق الاسترداد إلا إذا دفع للمشتري قيمة هذه السيارة وقت تسليمها للدائن والفوائد القانونية لهذه القيمة ومن وقت التسليم ومصرفات الإرتفاق الذى تم بين المشتري والمتعرض . السنهاوى - المرجع السابق - ص ٨٧٨ و ٨٧٩ .

المطلب الثالث

الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر عن الغير

تقضى المادة ٤٤٥ من التقنين المدني بأنه

- ١- يجوز للمتعاقدين بإتفاق خاص أن يزيوا ضمان الاستحقاق لو أن ينقصا منه ، لو أن يسقطا هذا الضمان .
- ٢- ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد إشتراط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، لو كان البائع قد إبان عنه للمشتري .
- ٣- ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان لو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى .

وتقضى المادة ٤٤٦ مدنى بأنه :

- ١- إذا إتفق على عدم الضمان ، بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أى إستحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك .
 - ٢- أما إذا كان إستحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشتري ساقط الخيار .
- يستفاد من هذه النصوص أن أحكام ضمان الاستحقاق ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على تعديلها على التفصيل الآتى :

أولاً ، الاتفاق على زيادة الضمان :

إذا ما أراد المتعاقدان الزيادة فى أحكام الضمان ، أى إرادوا التشديد فيه ، فلا بد أن يتضمن العقد شرطاً واضحاً صريحاً يحدد الوقائع والأفعال التى يضمنها البائع زيادة على ما يضمنه طبقاً لأحكام القانون . أما ما يساق فى عبارات عامة غامضة لا تدل على وجه الزيادة أو التشديد فى الضمان ، فإنها لا تعدل شيئاً فى أحكام الضمان المقررة فى القانون ، وإنما تعد ترديداً للقواعد العامة فى هذا الشأن ومثالها ما يرد فى أغلب العقود من أن « البائع ضامن لجميع أسباب

التعرض القانوني والمادي ، أو أن البائع ضامن لجميع أسباب التعرض والاستحقاق والرهن والتصرفات السابقة على البيع ، أو نحو ذلك (١) .

وإنما يجب إذا قصد التشديد في أحكام هذا الضمان أن توضح على وجه الدقة الأفعال التي يلتزم البائع بضمانها ولم يكن في الأصل وطبقاً للقواعد العامة ملزماً بها (٢) . فيصح بنص صريح في العقد الاتفاق على ضمان البائع للتعرض المادي الصادر عن الغير ، كما يصح الاتفاق على أن الاستحقاق الجزئي أي كانت درجته يخلو للمشتري رد المبيع أو ما تبقى منه مع إقتضاء التعويض وفقاً لأحكام الاستحقاق الكلي ، حتى ولو لم يكن الاستحقاق الجزئي جسيماً . كما يصح الاتفاق على أن للمشتري الرجوع بالضمان على البائع في حالة ظهور رهن مقيد على المبيع ولو لم يتعرض له الدائن المرتهن ، أو أن يشترط المشتري على البائع أن يرجع عليه بالضمان إذا نزعت ملكية المبيع بعد البيع للمنفعة العامة . كما يصح الاتفاق على أن يكون للمشتري الرجوع بالمصرفات الكمالية ولو لم يكن البائع سيء النية .

ثانياً : الاتفاق على إنقاص الضمان :

ويعد الاتفاق على إنقاص الضمان من أكثر الاتفاقات شيوعاً في عقود البيع . وتتناول مثل هذه الاتفاقات الأعمال الموجبة للضمان فتقلل منها ، أو مقدار التعويض المستحق ، فتنتقص منه .

ومثال تلك الاتفاقات اشتراط البائع على المشتري عدم ضمانه لما عسى أن يظهر على المبيع من حقوق الارتفاق الخفية التي لا يعلم بها البائع وقت البيع ، أو يتفق على أن البائع لا يضمن صحة براءة الاختراع التي تنازل عنها ، أو لا يضمن إستحقاق المبيع في حالة تحقق الشرط الفاسخ المعلقة عليه ملكيته . ومثاله أيضاً اشتراط البائع عند الاستحقاق الكلي ، ألا يرجع عليه المشتري إلا بالثمن ولو نقص عن قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، أو ألا يرجع عليه

(١) أنظر نقض ١٩٣٢/٣/٣ - مجموعة عمرج ١ - رقم ٤٠ من ٧٦ و نقض ١٩٦٤/٧/٧ - المجموعة - س ١٥ رقم ١٤١ من ٩٢٠ . وأنظر نقض ١٩٥١/٢/١ - طعن ١٩١ س ١٨ ق .
(٢) أنظر نقض ١٩٣٢/٣/٣ - مشار إليه من قبل .

بالمصروفات أصلاً ولو كانت نافعة ولم يستردها المشتري من المستحق كاملة ، أو
إلا يرجع عليه بتعويض أصلاً ، فلا يسترد إلا الثمن أو لا يسترد إلا قيمة المبيع
وقت الاستحقاق .

على أن الاتفاق على إنقاص الضمان لا يكون صحيحاً إذا كان البائع قد
أخفى عن عمد سبب الاستحقاق ، لأن ذلك الإخفاء يعد من قبيل الغش المفسد
للتصرف (م ٢/٤٤٥ مدني) . ولا يجوز طبقاً للقواعد العامة إشتراط عدم
المسئولية عن الغش حتى ولو كانت المسئولية عقدية .

ويلاحظ أن مجرد علم البائع بحق الغير وقت البيع لا يكفي للقول بأنه
إخفاء عمداً عن المشتري ، ثم إشتراط عدم الضمان ، فقد يكون المشتري عالماً
بهذا الحق كالبائع ، ورضى بهذا الشرط ، ففي هذه الحالة لا يبطل . ولكن قد لا
يكون المشتري عالماً بهذا الحق ، ولكن لا يعد البائع أنه كتم عنه هذا الحق ، إذا
اعتقد أن المشتري عالماً به عندما إشتراط عدم ضمانه إياه . أما إذا كان البائع يعلم
بحق الغير ويعلم في ذات الوقت أن المشتري لم يعلم به ، وإشتراط عدم الضمان
مع ذلك ، فإنه يكون في هذه الحالة قد تعمد إخفاء حق الغير ، ويكون الشرط
باطلاً^(١).

ويراعى أن الاتفاق على إنقاص الضمان يظل صحيحاً حتى ولو كان سبب
الاستحقاق آتياً من جهة البائع . ولكن يبطل هذا الاتفاق إذا كان سبب الاستحقاق
راجعاً إلى غش البائع . وبالتالي لا يجوز أن يشترط البائع عدم الضمان
للاستحقاق المترتب على بيعه للمبيع مرة أخرى لمشتري ثان يتقدم على المشتري
الأول فيسبقه إلى التسجيل في العقار أو إلى الحيازة في المنقول .

ثالثاً ، الاتفاق على إسقاط الضمان ،

يجوز للبائع أن يشترط على المشتري إسقاط ضمان الاستحقاق إطلاقاً

(١) ولكن إذا كان البائع والمشتري عالين بحق الغير وقت البيع ، فلا يعد ذلك كافياً للقول بأن
هناك شرطاً ضمنياً بعدم ضمان البائع لهذا الحق ، والسبب في ذلك أنه برغم هذا العلم
فقد أمل المشتري في أن يدفع البائع عنه تعرض الغير ، فإذا لم يتحقق ذلك ، بأن أخفق
البائع في دفع تعرض الغير ، فإستحق المبيع كله أو بعضه ، رجع المشتري بالضمان على
البائع .

بشرط عام يضمنه عقد البيع ، فلا يكون البائع مسئولاً إذا إستحق المبيع كلياً أو جزئياً (١).

ولكن يشترط لصحة هذا الشرط ألا يكون البائع قد تعمد إخفاء حق الغير ،
والأ يكون الاستحقاق ناشئاً عن فعله (٢) (المواد ٢/٤٤٥ و ١/٤٤٦ مدنى)
والسبب فى ذلك هو فى ضرورة مراعاة حسن النية الواجب توافره فى كافة
المعاملات . فمما يتعارض مع حسن النية ، إشتراط البائع عدم الضمان ، مخفياً
فى ذات الوقت عن المشتري سبب الاستحقاق أو أن يتسبب بفعله فى إستحقاق
المبيع .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن شرط عدم الضمان الوارد بعبارة
عامة ليس له أثر مطلق فى إعفاء البائع من كل مسئولية ، بل إن له أثراً مقيداً ،
حيث يبقى البائع مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، ولا يعنى إلا من
بنود التعويضات فقط .

ولكن هناك حالتين يترتب فيهما على شرط عدم الضمان ، إسقاط الضمان
كلية وإعفاء البائع حتى من رد قيمة المبيع وهما :

١- إذا اثبت البائع أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق .
فشراء المشتري المبيع مع علمه بسبب الاستحقاق وقبوله شرط عدم الضمان
معناه أن المشتري قد إرتضى إعفاء البائع من كل ضمان ، وأنه اشترى مخاطراً ،
فعليه تحمل نتيجة مخاطرته كاملة .

٢- إذا اشترى المشتري المبيع ساقط الخيار ، لم يكن له بعد ذلك رجوع
بشئ على البائع لو إستحق المبيع للغير بسبب لا يرجع إلى البائع بطبيعة
الحال . فعقد البيع فى هذه الحالة يعتبر من عقود الغرر أو المخاطرة فيسقط كل
رجوع للمشتري على البائع إذا وقع له الاستحقاق .

(١) والشرط العام وإن كان لا يفيد فى تشديد الضمان كما رأينا ، إلا أنه يعتبر فى إسقاط
الضمان . والسبب فى ذلك أن زيادة الضمان تستدعى تحديد محل الإلتزام المشدد ، وهو ما
لا يتحقق بالشرط العام ، بينما فى حالة إسقاط الضمان يعتبر محل الإلتزام محدداً ولذلك
تكفى الإشارة إليه .

(٢) انظر نقض ١٧/٤/١٩٢٨ - الطعن ٧٩ س ٧ق .

ولا يشترط فى إعفاء البائع من الضمان على النحو المتقدم الفاظ خاصة ، أو أن يكون شرط إسقاط الضمان مقترناً بعبارة أن المشتري قد إشتري ساقط الخيار . بل يكفى فى ذلك أن يكون شرط إسقاط الضمان واضحاً فيه أن المقصود به هو جعل البيع عقداً إحتمالياً ، وأنه فى حالة إستحقاق المبيع لا يكون البائع مسئولاً عن شىء . فيجوز أن يصاغ شرط عدم الضمان بما يفيد هذا المعنى دون أن يذكر أن المشتري قد إشتري ساقط الخيار ، كأن يذكر أن المشتري لا يرجع حتى بقيمة المبيع ، أو يذكر البائع أنه لن يرد شيئاً على وجه الإطلاق ... أو نحو ذلك . بل يجوز أن يكتفى المتعاقدان بذكر أن المشتري قد إشتري ساقط الخيار ، دون أن يذكر شرط إسقاط الضمان . ذلك أن شراء المشتري ساقط الخيار يفترض حتماً شرط إسقاط الضمان ، أما شرط إسقاط الضمان فلا يفترض أن المشتري قد إشتري ساقط الخيار .

تقديم الالتزام بضمان الاستحقاق ،

يلاحظ أن التزام البائع بدفع التعرض الصادر عن الغير ، هو التزام يتولد عن ذات البيع ، فلا يسقط بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ العقد . فالبائع ملزم بدفع تعرض الغير ولو جاء بعد هذه المدة ، متى توافرت فيه شروط التعرض الذى يلزم قانوناً بضمانه (١) .

(١) تستقر أحكام النقص على أن إلتزام البائع بضمان عدم التعرض هو إلتزام لا يسقط عنه وعن ورثته أبداً حتى ولو لم يشهر عقد البيع - نقض ١٦/١/١٩٦٩ - المجموعة س ٢٠ من ١٢٨ ، نقض ١٠/٦/١٩٨٠ - المجموعة س ٣١ من ١٧٢٦ ، نقض ٢٨/١/١٩٨٧ - طعن ٥٢٣ س ٥٦ ق ، نقض ٢٤/٥/١٩٨٨ الطعن ١٥٤٢ س ٥٤ ق ، نقض ١٦/٦/١٩٨٨ - الطعن ١٩٢٠ س ٥٥ ق ونقض ٢٤/٤/١٩٩١ - الطعن ٢٢٦٣ س ٥٨ ق ونقض ٢٦/٥/١٩٩١ - الطعن ٥٥٧ س ٥٦ ق ونقض ١٥/١/١٩٩٢ - المجموعة س ٤٢ من ١٦٦ ونقض ٢١/٤/١٩٩٢ - المجموعة س ٤٢ من ٦٢٨ ونقض ٢٣/١٠/١٩٩٤ - المجموعة س ٤٥ من ١٢٨٢ ، وأنظر نقض ٢٠/١٢/١٩٨٤ - طعن ٢١٢٩ س ٥١ ق ، ونقض ١٣/١/١٩٦٦ - المجموعة س ١٧ من ١٢٢ وقضى : بأن حق المشتري فى رفع دعوى الضمان على البائع لا يتوقف وجوده على صدور حكم قضائى بنزع ملكية المشتري عن العقار المبيع ، بل يكفى لنشوء هذا الحق أن يحرم المشتري فعلاً من العقار لأى سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه ، أو ليس فى مقدوره دفعه ، وإذا كانت مدة التقادم المسقط للحق لا تبتدىء إلا من وقت وجود هذا الحق . كان التقادم فى دعوى الضمان يسرى من تاريخ المنازعة فى الملك على المعنى السابق ، نقض ٢٨/٤/١٩٢٣ - الطعنان رقماً ٣٦ س ١ ق و ٦ س ٢ ق .

فإذا حدث التعرض ونجح المتعرض في إستصدار حكم نهائي بإستحقاقه للمبيع ، ثبت للمشتري ضمان الاستحقاق ويحق له الرجوع على البائع بما يخوله له هذا الضمان من حقوق خلال الخمسة عشر سنة التالية لصدور الحكم النهائي بإستحقاق المبيع للغير . فإذا تراخى المشتري وسكت عن مطالبة البائع له بالضمان طوال تلك المدة سقط حقه بالتقادم .

ويبدأ سريان التقادم المسقط (وهو خمسة عشر سنة) (١) لضمان الاستحقاق إعتباراً من تاريخ صدور الحكم النهائي بالاستحقاق لا من وقت رفع الدعوى . هذا وقد أشارت المادة ٢/٣٨١ مدنى إلى ضمان الاستحقاق صراحة حين قررت أنه بالنسبة لضمان الاستحقاق لا يسرى التقادم إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق . ولا يثبت ذلك الاستحقاق إلا بمقتضى حكم نهائى بطبيعة الحال (٢) .

ويراعى أخيراً أن الدفع بتقادم دعوى ضمان الاستحقاق يعد من الدفع المتعلقة بموضوع الدعوى ، فلا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض (٣) .

المبحث الرابع

ضمان العيوب الخفية

تمهيد :

يلتزم البائع ، بالإضافة إلى التزامه بضمان عدم التعرض للمشتري في وضع يده على المبيع وحيازته وحيازته هادئة ، أن يضمن للمشتري حيازة نافعة مجدية ، لأن المشتري نظر عند تحديد الثمن إلى الفائدة المرجوة من المبيع ، فإذا

(١) نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ - المجموعة س ٢٩ ص ١١٤٥ .

(٢) وقد إضطرت أحكام النقض على ذلك أنظر مثلاً : نقض ١٩٦٦/٣/١٠ المجموعة س ١٧

رقم ٧٧ ص ٥٦٤ ، نقض ١٩٧٢/٢/٢٩ - المجموعة س ٢٣ رقم ٤١ ص ٢٦١ .

(٣) نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ ، مشار إليه منذ قليل .

كان فى المبيع عيب ينقص من قدر هذه الفائدة ، كان وجود الثمن تحت يد البائع بلا مبرر مشروع .

والعيب الخفى كما عرفت محكمة النقض المصرية هو الآفة الطارئة التى تتخلو منها الفطرة السليمة للمبيع (١) . والعيب الخفى يختلف عن الغلط فى صفة جوهرية فى الشئ المباع ، ففى العيب الخفى يشتري الإنسان الشئ الذى يريده ، غير أن هذا الشئ يكون معيباً بعيب ينقص من قيمته أو من نفعه ، على حين أنه فى حالة الغلط لا يحصل على الشئ الذى يريده (٢) .

هذا وقد أورد التقنين المدنى الجديد ضمان العيوب الخفية وكذلك ضمان الصفات التى كفل البائع للمشتري وجودها فى المبيع فى المواد ٤٤٧ إلى ٤٥٤ ، ثم الحق بها موضوع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة وذلك فى المادة ٤٥٥ .

ولكن يتجاوز نطاق ضمان العيوب الخفية عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية ، بل وإلى كل عقد ناقل للانتفاع ، إذا كان من عقود المعاوضات . فمن ينقل الملكية أو الانتفاع إلى آخر يجب عليه أن ينقل حيازة مفيدة تمكن من إنتقلت إليه من الانتفاع بالشئ فيما أعد له ، ولذلك يجب أن يضمن العيوب الخفية التى تؤثر فى هذا الانتفاع .

خطوة البحث :

سنتناول فى بحث ضمان العيوب الخفية المسائل الآتية :

- ١- متى يقوم هذا الضمان .
- ٢- ما يترتب على قيام الضمان (أو آثار الضمان) .
- ٣- الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .
- ٤- ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة .

(١) نقض ١٩٤٨/٤/٨ - مجموعة القواعد القانونية جـ- رقم ٢٩٦ ص ٥٨٧ .

(٢) أنور سلطان - المرجع السابق - فقرة ٢٣٠ ص ٢٥٢ و ٢٥٣ .

الفرع الأول

متى يقوم ضمان العيوب الخفية

تقسيم :

نعرض هنا - كما عرضنا في دراسة الالتزامات السابقة - للعيوب الموجبة للضمان ثم للمدين في الضمان ، والدائن في الضمان ، والبيع الذي ينشأ هذا الضمان .

المطلب الأول

العيوب الموجبة للضمان

النصوص القانونية :

تقضى المادة ٤٤٧ من التقنين المدنى بأن :

١- يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشتري وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذى أُعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده .

٢- ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان للمشتري يعرفها وقت البيع . أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى . إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه ،

وتقضى المادة ٤٤٨ مدنى بأنه :

« لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه » .

ويستفاد من النصوص المتقدمة أنه يشترط في العيب في المبيع الموجب للضمان توافر عدة شروط :

- ١- أن يكون العيب مؤثراً .
 - ٢- وأن يكون العيب قديماً .
 - ٣- وأن يكون خفياً .
 - ٤- وأن يكون غير معلوم للمشتري .
- ونعرض لهذه الشروط تباعاً فيما يلي :

أولاً ، يجب أن يكون العيب مؤثراً ،

لا يضمن البائع عيب المبيع إلا إذا كان على قدر من الجسامة والأهمية تؤدي إلى نقص في قيمة المبيع أو في نفعه . هذا العيب المؤثر الموجب للضمان هو ذلك العيب الذي يقع في مادة الشيء المبيع .

ويستفاد من المادة ٤٤٧ مدني أن العيب يكون مؤثراً في حالتين :

١- فقد يترتب على العيب نقص في قيمة المبيع نقصاً محسوساً ، فيجوز للمشتري الرجوع على البائع بسبب هذا العيب ، حتى ولو كان الشيء رغم تعييبه صالحاً للاستعمال المقصود ، ومثاله إذا كان المبيع سيارة صالحة لجميع الأغراض المقصودة ولكن بها عيب خفي في مقاعدها أو غير ذلك ...

٢- وقد يترتب على العيب حدوث نقص في الانتفاع بالشيء المبيع دون أن ينقص هذا العيب من قيمته الفعلية ، وهنا يرجع المشتري كذلك على البائع بضمان هذا العيب ، كما إذا كان المبيع آلة معينة بها عيب خفي يجعلها غير صالحة لبعض المنافع ، ولكنها ورغم وجود هذا العيب لاتزال محتفظة بقيمتها المادية .

ويلاحظ أن تقدير النقص في منفعة الشيء يرجع إلى « معيار مادي فينظر إلى قصد المتعاقدين كما هو مبين في العقد - أي الإرادة الظاهرة - وإلى طبيعة الشيء ، وإلى الغرض الذي أعد له » (١) .

١- فقد يذكر المشتري في عقد البيع الأغراض المقصودة من المبيع ، وعندئذ

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ١١٠ .

يجب إعتبار كل هذه الأغراض منافع مقصودة من المبيع ، وعلى ذلك يجب ألا يكون في المبيع عيب يخل بها إخلالاً محسوساً ، حتى ولو لم تكن هذه الأغراض من الأغراض المألوفة .

هذا وقد يضمن البائع للمشتري توافر صفات معينة في المبيع ، فإذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم تلك الصفات كان هذا عيباً مؤثراً موجباً للضمان^(١) . حتى ولو لم يكن خلل المبيع من هذه الصفات هو في ذاته عيب مألوف في التعامل بين الناس ، مادام البائع قد كفلها للمشتري^(٢) (م ١/٤٤٧ مدني) . وهذا ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي بخيار فوات الوصف المرغوب فيه . وليس بشرط أن تذكر هذه الصفات صراحة في العقد ، بل يكفي أن تذكر ضمناً^(٣) .

(١) انظر نقض ١٩٧٠/٣/١٩ - المجموعة - س ٢١ رقم ٧٦ من ٤٧٥ و ١٩٧٥/١٠/٢٨ - المجموعة - س ٢٦ رقم ٢٠٧ من ١٣٤٥ ، نقض ١٩٦٩/٦/١٥ - المجموعة - س ٢٠ رقم ١٢٦ من ٧٩٦ ، نقض ١٩٧٠/٤/٢٣ - المجموعة - س ٢١ رقم ١١٣ من ٦٩٧ .
ولقد جاء في هذا الحكم أن : ضمان البائع للمشتري إغفال المقار المبيع قدر معيناً من الربح يعتبر كفالة من المشتري لصلة في المبيع مما تعنيه المادة ٤٤٧ مدني بقولها ... وتختلف الصلة التي كفل البائع وجودها في المبيع وإن لم يكن عيباً في المبيع بمعناه التقليدي الدقيق لأن العيب الخفي كما عرفت هذه المحاكم هو الآلة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع ، إلا أنه وقد اُخذ بالمرء حاله تخلف الصلة بالعيب الخفي وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان فإن رجوع المشتري على البائع في حالة تخلف صلة في المبيع كفل له البائع وجودها فيه إنما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية . ولا يكون للمشتري أن يرجع على البائع على أساس أنه قد اُخل بالتزام آخر مستقل عن التزامه بالضمان ، وإذا كان القانون قد اشترط في العيب الذي يضمنه البائع أن يكون مؤثراً أو خفياً إلا أنه لم يشترط ذلك في حالة تخلف الصلة التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع ، فمجرد ثبوت عدم توافر هذه الصلة في المبيع وقت التسليم موجب لضمان البائع متى قام المشتري بإخطاره وذلك إذا كانت أهمية الصلة التي تخلفت وسواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم ، يستطيع تبينها لو لا يستطيع .

(٢) انظر نقض ١٩٧٨/٥/٢ - الطعن ١٠٠٨ س ٦٤٢ ونقض ١٩٨٩/١/٢٠ الطعن رقم ٩٨٨ من ٥٢٣ ق

(٣) ويعتبر من قبيل اشتراط صفات معينة في المبيع أن يتم البيع طبقاً لنموذج معين

٢- فإذا لم يتضمن العقد - صراحة أو ضمناً - ذكراً للمنافع المقصودة من المبيع ولم يكفل البائع للمشتري وجود صفات معينة فيه ، وجب الرجوع فى تحديد هذه المنافع إلى طبيعة الشيء ، كما إذا كان المبيع داراً للسكنى ، أو أرضاً زراعية ، أو كان المبيع متجرّاً ، أو حقّاً شخصياً ، وعلى ذلك إذا كان المبيع شيئاً مادياً كانت العيوب مادية ترجع إلى طبيعة المبيع ، وإذا كان شيئاً معنوياً رجعت العيوب كذلك إلى طبيعة المبيع وكانت شيئاً معنوياً كذلك .

وقد يخصص من طبيعة الشيء الغرض الذى أُعد له هذا الشيء ، فيرجع إلى هذا الغرض لتحديد المنافع المقصودة منه والعيوب التى تخل بهذه المنافع ، كما لو كان المبيع مثلاً فرساً للسباق . وعلى ذلك لا يعد العيب مؤثراً ، وبالتالي لا ضمان على البائع بسببه ، إذا كان من شأنه أن يفوت على المشتري الانتفاع بالشيء فى وجه خاص غير الوجوه المألوفة ، إلا إذا كان المشتري قد نص على هذا الانتفاع الخاص فى العقد .

وبناء على ما تقدم لا محل للضمان إذا كانت العيوب لا تنقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به إلا نقصاً خفيفاً . ويرجع فى تحديد ذلك إلى قاضى الموضوع ، أو كان العيب قد جرى العرف على التسامح فيه (م ٤٤٨ مدنى) لأن مثل هذا العيب لا يؤثر فى قيمة المبيع أو فى صلاحيته للغرض الذى أُعد له .

ويعد العيب مما ينقص من الانتفاع بالشيء المبيع نقصاً خفيفاً إذا كان كل ما ترتب عليه مجرد المضايقة فى استعمال الشيء ، كما لو كانت الحواجز الفاصلة بين شقق العقار غير عازلة للصوت بدرجة كافية ، أو كان هناك مجرد اختلاف بسيط فى جودة المبيع ، كوجود مواد غريبة فى حب السمس ببنسبة تزيد قليلاً عن النسبة المتفق عليها بين المتعاقدين .

ولكن إذا كان العرف قد جرى على التسامح فى بعض العيوب ، فإن العرف المحلى قد يوجب الضمان فى بعض الأحيان ، ولذلك يتعين الرجوع إلى هذا العرف لمعرفة ما إذا كان هناك محلاً للضمان أم لا .

ثانياً ، يجب أن يكون العيب قديماً ،

لا يضمن البائع عيب المبيع إلا إذا كان قديماً . ويقصد بقدم العيب أن يكون

موجوداً في المبيع وقت البيع ويبقى حتى التسليم ، فيضمنه عندئذ . وقد يحدث العيب بعد البيع وقبل التسليم ويبقى إلى هذا الوقت . فيكون موجوداً وقت التسليم فيضمنه البائع أيضاً . وواضح من هذا أن المشرع المصري قد أحاط بالقاعدة المقررة في حالة هلاك المبيع ، من أن الضمان على البائع إلى حين التسليم سواء أكان المبيع من الأشياء المعينة بالذات أم بالنوع . أما العيب الطارئ على المبيع بعد التسليم فلا يضمنه البائع .

ويراعى أخيراً أنه يكفي لتحقيق الضمان ، أن يثبت أن العيب كان موجوداً في المبيع قبل تسليمه - بحيث تعذر على المشتري إكتشافه - وإن لم تستفحل نتائجه إلا بعد ذلك ، وهذا ما يحدث بالنسبة لحيوان مباع أصيب بجرثومة المرض وهو في يد البائع ، وظهر المرض واستفحل بعد ذلك ، أو كان التسويس قد بدأ في الأخشاب أو الغلال المبيعة ثم إنتشر بعد التسليم . وهذا ما يحدث كثيراً في البضائع المصدرة بطريق البحر ، حيث ينتشر العيب أثناء نقلها وبعد إنتقالها إلى حيازة المشتري .

ثالثاً ، يجب أن يكون العيب خفياً ،

ويجب لتحقيق ضمان البائع أن يكون العيب خفياً ، فلا يضمن البائع العيب الظاهر الذي كان في وسع المشتري أن يعلم به وقت البيع (١) . فمن يقدم على

(١) قضى بأن المادة ٣٢٠ - مدنى قديم - تنص على أنه « لا وجه لضمان البائع إذا كان العيب ظاهراً أو علم المشتري به علماً حقيقياً » وهذا النص صريح في أن الضمان ينتفى في حالتين كل واحدة منهما متميزة عن الأخرى فحيث يكون العيب ظاهراً كان كافياً في نفي الضمان بلا حاجة إلى تعرى العلم الحقيقي به . والعيب يعتبر في حكم القانون ظاهراً متى كان يدركه النظر اليقظ ولو لم يكن في متناول إدراك غيره فليس معيار الظهور في العيب معياراً شخصياً يتفاوت بتفاوت المشتري في الأنظار المختلفة بل معياراً متعيناً بذاته مقدراً بمستوى نظر الشخص الفطن المتنبه للأمور فإنما ما أثبت الحكم أن عدم إنبات البذور التي هي محل الدعوى إنما يرجع إلى تسوس بعضها . وأثبت أن المشتري - وهو عمدة ومن كبار المزارعين لا يصعب عليه كشف تسوس هذه البذور عند ورودها إليه ، ثم خلص من ذلك إلى القول بأن العيب كان ظاهراً وأسس على ذلك قضائه برفض دعوى المشتري فإنه لا يكون قد خالف القانون ، نقض ١٩٤٧/١٢/٤ - طعن ١٠٢ س ١٦ ق .

شراء شيء دون أن يفحصه ليتبين ما به من عيوب يعد مقصراً ، وعليه أن يتحمل نتيجة هذا التغيير ، أو أن يفترض أنه قد قبل المبيع على ما به من عيوب. وتكون العيوب خفية إذا أثبت المشتري أنه كان لا يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد ، ما لم يكن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو تعمد إخفاؤه غشاً منه (م ٢/٤٤٧ مدنى) .

وعلى ذلك يكون العيب ظاهراً - وبالتالي لا يضمنه البائع - إذا كان المشتري يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ، ويكون العيب خفياً إذا كان يجوز على المشتري رغم فحص المبيع بعناية الرجل العادى (١) ، ويعنى هذا أن العيب قد وصل من الخفاء درجة لا يمكن أن يتبينه إلا خبير متخصص ، كما لو إحتاج الأمر إلى اللجوء إلى وسائل وطرق فنية ليست فى متناول الرجل العادى ، أو إحتاج الأمر إلى معرفة تخصصية ، أو تحليلاً كيميائياً أو ما شابه ذلك من الوسائل التى لا يلجأ إليها الناس عادة فى المعاملات المألوفة ولا يستطيعها الرجل العادى (٢) . أما إذا تبين وجود العيب بعناية الرجل العادى فى المألوف فى المعاملات ، لم يكن عيباً خفياً حتى ولو كان المشتري بالذات لم يتمكن من إكتشافه لنقص فى خبرته تقل عن مستوى الخبرة العادية، فلقد كان من الواجب عليه الالتجاء إلى من يسترشد برأيه من الناس العاديين . ومعنى ذلك أن معيار الظهور فى العيب ليس معياراً شخصياً يتفاوت بتفاوت المستوى فى الأنتظار المختلفة ، إنما هو معيار معين بذاته مقدراً بمستوى نظر الشخص الفطن اليقظ المتنبه للأمور.

(١) « يعتبر العيب خفياً متى كان للمشتري غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه ، أو إذا لم يكن من الممكن إكتشافه بالفحص المعتاد الذى تعارف الناس على القيام به ، بل كان يتطلب خبرة خاصة وفحصاً معيناً ، أو كان من السهل إكتشافه بالفحص المعتاد وأثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه ، نقض ١٤/٥/١٩٦٢ المجموعة س ١٢ ص ٨٠٨ ، ولا يمنع من طلب الفسخ للعيب الخفى أن يكون المشتري قد أقر عند تسلم المبيع بأنه عاينه معاينة نافية للجهالة - الحكم السالف .

(٢) قضى بأن « طلب الفسخ للعيب الخفى لا يمنع منه أن يكون المشتري قد أقر عند تسلم المبيع بأنه قد عاينه وفحصه بمعرفة أحد رجال الفن ، نقض ٢/٥/١٩٤٦ طعن ٧٦ س ١٠ ق .

كما يعد العيب خفياً - ولو كان من السهل إكتشافه بعناية الرجل المعتاد .
إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب (١) (م ٤٤٧/٢ مدنى)
فيعد البائع فى هذه الحالة وكأنه قد ضمن خلو المبيع من هذا العيب
بالذات ، وبالتالي لا يكلف المشتري نفسه بفحص المبيع للتأكد من خلوه من هذا
العيب .

كما يعد العيب خفياً - من باب أولى - إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب
غشاً منه (م ٤٤٧/٢ مدنى) فيكون البائع هنا قد ارتكب خطأ جسيماً
يستغرق خطأ المشتري فى عدم فحصه للمبيع بعناية الرجل المعتاد (٢) .

رابعاً ، يجب أن يكون العيب غير معلوم من المشتري ،

قد يكون العيب خفياً ، ومع ذلك فلا يضمنه البائع ، إذا كان المشتري على
علم به وقت أن تسلم المبيع . فهذا العلم والسكوت عليه يعد رضاً منه به ونزولاً
عن حقه فى الرجوع بالضمان (م ٤٤٧ مدنى) .

وإثبات علم المشتري بالعيب الخفى يقع على البائع ، فعليه إثبات أن
المشتري كان يعلم بالعيب وقت التسليم (٢) ، والعلم واقعة مادية بإمكان البائع
إثباتها بكافة طرق الإثبات ومنها البيّنة والقرائن .

وقد يحدث أن يكون العيب موجوداً وقت البيع ولا يعلم به المشتري ، ولكنه
علم به وقت التسليم فلم يعترض ، هنا يسقط ضمان البائع . أما العيب الذى
يحدث بعد البيع وقبل التسليم فيجب لإسقاط ضمان البائع أن يثبت الأخير علم
المشتري بالعيب وقت التسليم وإلا وجب عليه الضمان .

وعلم المشتري بالعيب المسقط للضمان على النحو المتقدم هو العلم
الحقيقى لا الافتراضى (٤) ، ومن ثم فإن نشر مرسوم اعتماد وقوع العقار المبيع

(١) نقض ١٤/٥/١٩٦٢ - مشار إليه من قبل ، انظر نقض ٢٦/١/١٩٦٧ - المجموعة س ١٨
ص ٢٦٤ .

(٢) انظر نقض ٢٣/٤/١٩٧٠ - مجموعة أحكام النقض - س ٢١ ، رقم ١١٢ ص ٦٩٧

(٣) انظر نقض ٢٠/١٠/١٩٦٦ - المجموعة - س ١٥ ص ١٥٥٢ .

(٤) قضى بأن : المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن العيب فى المبيع يعتبر خفياً متى كان -

داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لا يدل بذاته على علم المشتري بهذا العيب^(١) .

ومتى وجد بالمبيع عيب مؤثر قديم خفى ، ضمنه البائع سواء كان قد علم بوجوده أم لم يكن عالماً به (م ١/٤٤٧ مدنى) فعلم البائع من عدمه لا يؤثر فى هذا الضمان . لكن قد يؤثر هذا العلم فى الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالتشديد أو بالتخفيف أو بالإسقاط ، وقد يؤثر كذلك فى مقدار التعويض المستحق للمشتري بسبب هذا العيب ، وإيضاً قد يؤثر فى مدة تقادم الضمان بإطالتها .

المطلب الثانى

المدين فى ضمان العيوب الخفية

يعد البائع هو المدين فى الالتزام بضمان العيوب الخفية ، ولا ينتقل هذا الالتزام إلى خلفه العام ، بل يبقى ديناً فى تركته . ولا يتصور انتقال هذا الالتزام إلى خلفه الخاص .

ويتحمل دائن البائع التزام البائع بضمان العيوب الخفية طبقاً للقواعد العامة ، وحيث يصبح المشتري هو أيضاً دائناً للبائع ، فيشارك سائر دائنى البائع مشاركة الغرماء . كما يكون كفيل البائع ملزماً كالأخير بهذا الضمان ، فيصح رجوع المشتري عليه طبقاً لقواعد الكفالة .

كما يعد الالتزام بضمان العيوب الخفية قابلاً للانقسام ، فى حالة تعدد البائعين . وقد سبق بيان ذلك .

= المشتري غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه لو إذا كان من الممكن إكتشافه بالفحص المعتاد الذى تعارف الناس على القيام به كان يتطلب خبرة خاصة وفحصاً معيناً لا يتوافران فى المشتري ، وكان العلم الذى ينبغى به ضمان العيب هو العلم الحقيقى بون العلم الافتراضى وهو ما لا يكفى للدلالة عليه مجرد إقرار المشتري فى عقد البيع بمعاينته للمبيع المعاينة التامة النافية للجهالة لو قلة ثمن المبيع ، نقض ١٩٨٥/٢/٢٨ - المجموعة س ٢٦ ص ٢٢ وأنظر أيضاً نقض ١٩٩٣/١١/١٧ - طعن ٢٢٩٦ س ٥٥ ق .

(١) نقض ١٩٦٢/٦/١٤ - مجموعة القواعد القانونية خلال ربع قرن - قاعدة ١٢ ص ٨٠٨ .

المطلب الثالث

الدائن في ضمان العيوب الخفية

يعد المشتري هو الدائن في الالتزام بضمان العيوب الخفية . وينتقل حقه إلى ورثته ، وينقسم الضمان بينهم كل بقدر نصيبه في العين المبيعة . ولكن يجوز للبائع أن يطالبهم بالاتفاق على رد العين المبيعة ، فلا يرد عليه بعض الورثة جزءاً من العين حتى لا تتفرق عليه الصفقة .

كما ينتقل حق المشتري إلى خلفه الخاص . فلو باع المشتري العين التي اشتراها إلى مشتر ثان ، كان للأخير أن يرجع بدعوى سلفه - المشتري الأول - على البائع ، حيث تعد الدعوى من ملحقات المبيع . ونحيل في دعاوى المشتري الثاني قبل البائع الأول لما قلناه سابقاً في دعوى ضمان التعرض .

المطلب الرابع

البيع الذي ينشئ ضمان العيوب الخفية

تقضى المادة ٤٥٤ من التقنين المدني بأنه :

« لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد » .

يقوم ضمان العيوب الخفية في كل بيع ، مسجل أو غير مسجل ، عقارى أم بيع لمنقول ، شيئاً مادياً أم كان بيعاً لشيء غير مادي . كما يجوز للشفيع أن يرجع على البائع بهذا الضمان - فقد حل محل المشتري - ، ويجوز ذلك أيضاً للمسترد لحصة شائعة في منقول باعها شريك في الشيوع لأجنبي

ولكن لا يقوم ضمان العيوب الخفية في البيوع القضائية ، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد . والعلة في ذلك أن البيع بالمزاد سواء كان من جهة القضاء أو من جهة الإدارة « قد أعلن عنه » ، وأتيحت الفرصة للمزايدين أن يفحصوا الشيء قبل الإقدام على المزايدة ، فيحس بعد أن إتخذت كل هذه

الإجراءات إلا يفسخ البيع لسبب كان يمكن تلافيه ، فتعاد إجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبئها المدين ، (١) .

ومثال تلك البيوع بيع أموال المدين ، وبيع أموال ناقصى الأهلية ، وبيع الإدارة أموال المكلف بالضريبة إقتضاء لها أما البيوع الاختيارية التى تجرى بطريق المزاد ، فيقوم فيها ضمان العيوب الخفية

ويذهب البعض إلى أن النص المتقدم لا ينصرف إلا إلى البيوع التى يتعين تدخل المحكمة فيها ، أما البيوع التى يكون تدخل المحكمة فيها عارضاً كما فى القسمة بطريق التصفية إذا كان جميع المتقاسمين كاملى الأهلية ، فلا يشملها ذلك النص . بل يجب معاملتها معاملة البيوع العادية ، وبالتالي لا يحرم المشتري فيها من حقه فى الرجوع على البائعين بضمان العيوب الخفية .

الفرع الثانى

الآثار المترتبة على قيام ضمان العيوب الخفية

تقسيم :

إذا وجد بالمبيع عيباً خفى توافرت فيه الشروط المتقدمة ، ثبت للمشتري الحق فى الضمان ، فعليه أولاً أن يبادر بإخطار البائع بالعيب ، ثم يرجع عليه بالضمان فى خلال مدة زمنية قصيرة وإلا سقطت دعواه بالتقادم .
فنعرض لهذه المسائل تباعاً

المطلب الأول

تحقق المشتري من حالة المبيع وإخطار البائع بالعيب

نقضى المادة ٤٤٩ من التقنين المدنى بأنه :

١٠ إذا نسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ج ١ ص ٢٩

يتمكن من ذلك ، وفقاً للمألوف فى التعامل . فإذا كشف عيباً يضمنه البائع .
وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فإن لم يفعل إعتبر قابلاً للمبيع .
٢- أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه
المشتري ، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره ، وإلا إعتبر قابلاً للمبيع
بما فيه من عيب .

ويستفاد من هذا النص أن على المشتري واجبات معينة فى هذا الخصوص :

إخطار البائع بالعيب :

أوجب المشرع فى النص المتقدم على المشتري أن يتحقق من حالة المبيع
عند إستلامه . ولم يحدد المشرع مهلة لذلك ، بل ترك الأمر للظروف .

فالمشتري مسئول عن التحقق من حالة المبيع بمجرد أن يتمكن من ذلك ،
وفقاً للمألوف فى التعامل . فمن يشتري سيارة فإنه لا يعتبر قابلاً لها بما فيها
من عيوب بمجرد إستلامها ، بل لا بد له من مهلة معقولة تمضى وفقاً للمألوف
فى التعامل يتمكن فيها المشتري من تجربة السيارة وإكتشاف ما بها من عيوب .
فإذا هو أعمل فى فحص الشيء عد قابلاً للمبيع بحالته وسقط ضمان العيوب
الخفية ، ومفروض هنا أن يكون العيب ظاهراً مما يمكن الكشف عنه بالفحص
المعتاد .

أما إذا كان العيب يحتاج فى الكشف عنه إلى خبرة فنية ، فإن المشتري لا
يعد مسئولاً عن عدم ظهور العيب عن طريق الفحص المعتاد بمجرد الاستلام ،
ولا يسقط حقه فى الضمان إلا إذا ظهر العيب بالفعل أو تأكد من ظهوره بعد
الفحص الفنى ولم يبادر إلى إخطار البائع به . ومعنى ذلك أن الكشف عن العيب
الذى من شأنه أن يسقط حق المشتري فى الضمان إذا لم يبادر إلى إخطار البائع
به ، هو ذلك الكشف الذى يترتب عليه علم المشتري بالعيب علماً يقينياً لا ظنياً .

فإذا ظهر للمشتري عيب واجب الضمان تعين عليه بعد ذلك أن يبادر إلى
إخطار البائع به (١) فى مدة معقولة ودون إبطاء ، أى فى الوقت الملائم ، والأمر

(١) ولا يشترط شكل خاص فى هذا الإخطار ، فيصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير =

فى ذلك متروك لتقدير قاضى الموضوع . فإذا لم يحدث هذا الإخطار إعتبر المشتري قابلاً للمبيع بالعيب الذى وجده فيه ، وسقط عن البائع التزامه بالضمان ، إلا إذا كان سىء النية أى كان يعلم بوجود العيب وأخفاه عمداً عن المشتري غشاً منه ، فإن الضمان يكون واجباً فى هذه الحالة على البائع حتى ولو إشتراط عدم الضمان .

المطلب الثانى

دعوى ضمان العيوب الخفية

تقضى المادة ٤٥٠ من التقنين المدنى بأنه :

« إذا أخطر المشتري البائع بالعيب فى الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين فى المادة ٤٤٤ » .

الملاحظ أن التقنين المدنى الجديد « لم يرداعياً لتعدد الأحكام فى ضمان الاستحقاق وفى ضمان العيب ، فإن الضمانين مردهما إلى أصول واحدة فى القواعد العامة . فالواجب إذن فى ضمان العيب تطبيق ما تقرر فى ضمان الاستحقاق . ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسيم يكون المشتري مخيراً فيه بين الفسخ أو إبقاء البيع مع التعويض عن العيب طبقاً لما تقضى به القواعد العامة ، فيعوض المشتري عما أصابه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب . وإذا لم يكن العيب جسيماً ، فلا يكون للمشتري إلا التعويض . ويزيد التعويض أو ينقص تبعاً لما إذا كان البائع سىء النية أى يعلم بالعيب ، أو حسن النية أى لا يعلم به . وفى الحالة الأولى يعوض الضرر المباشر حتى لو لم يكن متوقعاً ، وفى الحالة الثانية لا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع » (١) .

= مسجل ، أو شفوي ، أو إنذار على يد محضر ، وعلى المشتري عبء إثبات حصول هذا الإخطار ، وله هذا الإثبات بكافة الطرق . لأنه واقعة مادية - حتى بالهيئة والقرائن وللمشتري الحق فى طلب معاينة المبيع بواسطة خبير لإثبات العيب ، ولكن ليس ذلك واجباً عليه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٢٢ و ١٢٤ .

١- إذا كان العيب جسيماً ، أى إذا كانت الخسارة المحققة للمشتري من ذلك العيب قد بلغت قدرًا من الجسامة لو علمه لما أتم العقد ، كان المشتري مخيراً بين رد المبيع بالعيب وما أفاده منه إلى البائع والمطالبة بالمبالغ التى كان يطالب بها فى حالة الاستحقاق الكلى ، وبين إستبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار بسبب هذا العيب . ويجرى تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة ، فهو يشمل ما أصاب المشتري من خسارة وما فاته من كسب .

وإذا ما قام المشتري برد المبيع إلى البائع (١) ، فهو يردّه بذاته ويرد ما أفاده من ثمراته من وقت البيع ويأخذ من البائع فى مقابل ذلك قيمة المبيع غير معيب وقت البيع مع الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت البيع ، ولا يكون له المطالبة بقيمة الثمار فقد أخذ الفوائد مقابلاً لها ، وله كذلك إسترداد المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية إذا كان البائع سىء النية ، وجميع مصروفات دعوى الضمان ، وبوجه عام التعويض عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب . وهذا التعويض يزيد أو ينقص تبعاً لما إذا كان البائع سىء النية أى عالماً بالعيب أو حسن النية لم يعلم به . فالبائع سىء النية يلتزم بالتعويض عن جميع الأضرار المباشرة حتى ولو لم تكن متوقعة عند التعاقد ، أما البائع حسن النية فلا يلتزم إلا بتعويض الأضرار المباشرة المتوقعة .

والمشتري هو المكلف بإثبات سوء نية البائع أى علمه بوجود العيب الخفى ، إلا إذا كان البائع هو صانع المبيع فيفترض علمه بما فى المبيع من عيوب خفية . وكذلك يعفى المشتري من إثبات سوء نية البائع فى حالة كون البائع قد إعتاد الاتجار فى أمثال المبيع ، ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة الأخيرة إثبات حسن نيته ، أى إثبات جهله بما فى المبيع من عيوب .

٢- أما إذا لم يكن العيب جسيماً على النحو المتقدم ، فلا يكون للمشتري إلا أن يطالب البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب ، وبظل البيع قائماً .

(١) نقض ٢٠/١٠/١٩٦٦ - المجموعة س ١٧ ص ٥٥٢ .

هذا مع ملاحظة أن الأحكام السابقة لا تحول دون حرمان المشتري من حقه الثابت طبقاً للقواعد العامة وذلك في طلب التنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكناً ، فله أن يطلب إصلاح المبيع أو إستبداله بغيره إن كان ذلك ميسوراً وكل ذلك على نفقة البائع .

هلاك المبيع المعيب :

تقضى المادة ٤٥١ مدنى بأن :

« تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان » .

والفرض هنا أن المبيع قد هلك بعد أن تسلمه المشتري ، لأنه لو هلك قبل ذلك لكان هلاكه على البائع ولا محل للكلام عن ضمان العيوب الخفية ، فإذا هلك المبيع وهو فى يد المشتري ، فإن هذا الهلاك لا يسقط دعوى ضمان العيوب الخفية ، فيحق للمشتري أن يطالب البائع دائماً بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب العيب وذلك فى حالة إستبقاء المشتري للمبيع . ولكن إذا كان العيب جسيماً مخولاً للمشتري رد المبيع ، فلا يحق له الرجوع على البائع بالتعويض الكامل عن كل المبيع إلا إذا كان هلاك المبيع لا يرجع إلى فعل المشتري . وهو يكون كذلك إذا كان الهلاك قد حدث بسبب العيب أو بسبب أجنبى ، وعندئذ يكون له الحق فى المطالبة بالتعويض الكامل ولا يكون مطالباً برد المبيع حيث إستحال عليه ذلك بسبب أجنبى ، ولكن عليه أن يرد إلى البائع ما أتاده من المبيع . أما إذا هلك المبيع بفعله ، فلا يستطيع الرجوع على البائع بكامل التعويض فقد تعذر عليه رد المبيع لسبب يرجع إليه ، وعلى ذلك يكتفى المشتري بمطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب .

الحكم فى حالة ظهور عيب آخر فى المبيع :

إذا ظهر فى المبيع عيب جديد بعد التسليم ، فإنه إذا كان تحقق هذا العيب بسبب أجنبى ، فإن ذلك لا يمنع المشتري من رد المبيع وأخذ تعويض كامل . أما إذا كان العيب الجديد راجعاً إلى فعل المشتري ، حال ذلك دون الرد ، ويقتصر حق المشتري فى هذه الحالة على أخذ تعويض من البائع بسبب العيب الجديد مع إستبقاء المبيع .

الحكم فى حالة تصرف المشتري فى المبيع المعيب :

إذا تصرف المشتري فى المبيع المعيب بعد إطلاعه على العيب، عد ذلك منه نزولاً ضمنياً عن حقه فى الضمان ، إلا إذا احتفظ بحقه قبل التصرف ، وعندئذ لا يرجع إلا بتعويض عن العيب لأنه إستبقى المبيع وتصرف فيه ، أو إلا إذا رجع عليه من إشتري منه بضمان هذا العيب وعندئذ يصح له هو أن يرجع على بائعه. أما إذا تصرف المشتري فى المبيع المعيب قبل إطلاعه على العيب ، إستحال عليه عندئذ رد المبيع إلى بائعه بالعيب ، حيث يتعذر عليه إسترداده ممن اشتراه فهو ضامن للتعرض . ولا يبقى أمام هذا المشتري (الأول) إلا أن يرجع على بائعه بتعويض الضرر الذى أصابه بسبب العيب . ولكن إذا ما قام المشتري الثانى برد المبيع بالعيب إلى المشتري الأول ، إستطاع الأخير رده إلى بائعه بذات العيب . ويأخذ ترتيب المشتري على المبيع المعيب حقوقاً عليه للغير ، حكم التصرف فى المبيع المعيب .

الحكم فى حالة زوال العيب :

إذا زال العيب زوالاً نهائياً سواء كان ذلك قبل رفع دعوى الضمان أو فى أثناء نظرها ، فلا يرجع المشتري على البائع بالضمان لزوال السبب وإرتفاع الضرر . أما إذا لم يكن زوال العيب نهائياً ، بل كان بطبيعته قابلاً للرجوع ، ظل المشتري له الحق فى الرجوع بالضمان .

ونشير أخيراً إلى أن أحكام ضمان العيوب الخفية ليست من النظام العام ، فيجوز للمشتري بعد ثبوت الحق له فى الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية ، أن ينزل عنها صراحة . كما أن النزول عن الضمان بالنسبة لعيب معين لا يمنع من ثبوت الضمان بالنسبة لعيب آخر يظهر بعد ذلك .

المطلب الثالث

تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية

تنضى المادة ٤٥٢ من التقنين المدنى بأن :

١٥- تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا إنقضت سنة من وقت تسليم المبيع

ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢- على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعتمد إخفاء العيب غشاً منه .

١- مدة تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية :

قرر المشرع مدة قصيرة لتقادم هذه الدعوى تحقيقاً للاستقرار المنشود في التعامل فجعلها تقادم بسنة واحدة (١) تبدأ من وقت التسليم حتى ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، فمن وقت التسليم يستطيع المشتري فحص المبيع لتبين ما إذا كان فيه عيب موجب للضمان أم لا ، ولا يكفي في هذا الصدد التسليم الحكمي لأن هذا التسليم لا يهيئ للمشتري فرصة التحقق من حالة المبيع .

وتخضع مدة السنة لقواعد قطع التقادم ولكنها لا توقف في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، ولو لم يكن له نائب يمثله قانوناً لأن المدة لا تزيد على خمس سنوات (م ٢/٢٨٢ مدنى) وتوقف المدة إذا وجد سبب للوقوف غير الأسباب المتقدمة (م ١/٢٨٢ مدنى) .

ولا يجوز الاتفاق على تقصير هذه المدة ، ولكن يجوز الاتفاق على إطالتها (٢) (م ١/٤٥٢ مدنى) وعلى أى حال فإن مدة التقادم فى دعوى ضمان العيوب الخفية تكون أكثر من سنة وذلك فى حالتين :

١- إذا تم الاتفاق بين المتعاقدين على إطالتها . كما يجوز للبائع بعد تمام السنة أن يتنازل عن التقادم بعد أن اكتمل (م ٢/٢٨٨ مدنى) .

(١) أنظر نقض ١٩٧٨/٤/٢٧ - المجموعة - س ٢٩ رقم ٢٢٥ من ١١٤٥ . وأنظر نقض ١٩٩٤/٢/٢٠ طعن ٣٧١٢ س ٥٩ ق .

(٢) أنظر نقض ١٩٨٨/٦/٥ - طعن ١٤٧٠ س ٥٥ ق .

٢- إذا اثبت المشتري أن البائع قد تعمد إخفاء العيب عنه غشاً (١) فعند ذلك تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت البيع لا من وقت التسليم

الفرع الثالث

الاتفاق على تعديل أحكام الضمان

تقضى المادة ٤٥٣ من التقنين المدني بأنه

« يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيذا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه ،

جواز الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية ؛

من الثابت أن أحكام الضمان للعيوب الخفية ليست من النظام العام ولهذا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تعديلها عن طريق تخفيف الضمان أو تشديده أو حتى إسقاطه كله .

ولم يستثن المشرع من هذه الاتفاقات ، إلا الاتفاقات الخاصة بإنقاص الضمان واتفاقات إسقاطه في حالة غش البائع الناشئ عن تعمد إخفاء العيب . فمثل هذا الإخفاء الذي تم عن غش من شأنه أن يبطل شرط عدم الضمان أو إنقاصه ، ولا يكفي في هذا الصدد أن يكون البائع عالماً بالعيب ، بل يجب أيضاً أن يتعمد إخفاؤه ، فإذا كان البائع عالماً بالعيب ولم يتعمد إخفاؤه عن المشتري وإشترط عدم ضمانه لهذا العيب ، جاز شرط عدم الضمان .

ويلحق الشراح بهذه الحالة حالة ما إذا كان العيب ناشئاً عن فعل البائع ففي هذه الحالة يضمن البائع العيب حتى ولو إشترط عدم ضمان ما في المبيع من عيوب إلا إذا بين العيب للمشتري . ومثال ذلك صاحب مصنع يبيع شيئاً من

(١) انظر نقض ١٩٧٠/٢/٢٣ المجموعة من ٢١ رقم ١١٣ من ١٩٧٠ نقض ١٩٧٥/١/٢٨ - المجموعة من ٢٦ من ١٣٤٥ وانظر نقض ١٩٨٥/١٢/٣١ طعن ٢٧ من ٢٠٢ و

منتجاته وهو يعلم أن بها عيباً . فهذا البائع يضمن العيب ولو إشتراط على المشتري عدم الضمان .

أما الاتفاق على زيادة الضمان فليس هناك أى قيد قانونى عليه .

١- زيادة الضمان :

ياخذ الاتفاق على زيادة الضمان صوراً متعددة ، وهو قد يتعلق بأسباب الضمان أو بمدى التعويض المستحق عند تحقق الضمان . فقد يشترط فى عقد البيع على ضمان البائع للعيوب حتى ولو كانت ظاهرة بحيث كان المشتري بإمكانه تبينها لو أنه فحص المبيع . ويكون من أثر هذا الاتفاق أنه إذا تسلم المشتري المبيع دون معارضة ، فلا يعد ذلك منه نزولاً ضمنياً أو قبولاً للمبيع بحالته . ومثاله أيضاً الاتفاق على أن يكون للمشتري - فى حالة ظهور عيب فى المبيع يجيز له رده - الحق فى أن يسترد المصروفات الكمالية حتى ولو كان البائع حسن النية ، أو أن يسترد أعلى القيمتين قيمة المبيع سالماً أو الثمن . ومنها الاتفاق على أن يكون للمشتري الحق فى الرجوع على البائع بالضمان بعد مضى أكثر من سنة على التسليم الفعلى . ومثاله أيضاً الاتفاق على أن يكون للمشتري الحق فى رد المبيع مع المطالبة بقيمته والتعويض لمجرد ظهور أى عيب حتى ولو لم يكن جسيماً .

٢- إنقاص الضمان :

وتلك هى الاتفاقات الأكثر شيوعاً فى العمل ، وهى تتعلق إما بأسباب الضمان أو بمدى التعويض المستحق عند تحقق الضمان . ومثالها أن يشترط البائع على المشتري ألا يضمن له عيباً معيناً يذكره بالذات ، أو ألا يضمن له العيوب التى لا تظهر إلا بالفحص الفنى المتخصص أو عدم ضمان لون المبيع أو صبغته . ومثاله إشتراط البائع - إذا رد المشتري المبيع إليه - ألا يرد للمشتري إلا أقل القيمتين قيمة المبيع سليماً أو الثمن ، أو ألا يرد إلا قيمة المبيع سليماً دون دفع أى تعويض آخر

٣- إسقاط الضمان :

يجوز للمتعاقدين الاتفاق على إسقاط الضمان ، كما لو أقر المشتري فى

العقد أنه اشترى ساقط الخيار ، وفى هذه الحالة لا يجوز له الرجوع بالضمان على البائع بأى عيب كان حتى ولو كان البائع يعلم بوجوده طالما أنه لم يتعمد إخفاؤه .

وغالباً ما يتضمن العقد عدم الضمان بنص صريح ، إلا أن هذا الشرط قد يستنتج من ظروف الحال ، كبيع شئ بثمن بخس لا يتناسب إطلاقاً مع قيمته لو كان سليماً (١) .

الفرع الرابع

ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة

تقضى المادة ٤٥٥ مدنى بأنه :

« إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار ، وإلا سقط حقه فى الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره » .

يعد هذا النص من النصوص المستحدثة فى التقنين المدنى الجديد . وقد نقله المشرع المصرى عن المادة ٢٧٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى .

وحوب اشتراط هذا الضمان فى العقد :

هذا الضمان الذى تشير إليه المادة ٤٥٥ مدنى كثير التنوع فى بعض أنواع

(١) « ويترتب على شرط عدم الضمان اثره كاملاً من حيث إعفاء البائع من الضمان كلية ، فلا يحق للمشتري أن يرجع عليه بأى شئ » . وفى هذا يختلف شرط عدم ضمان العيب عن شرط عدم ضمان التعرض والإستحقاق الذى يقتصر اثره على إعفاء البائع من التعويض دون رد قيمة المبيع وقت الإستحقاق ، إلا أن يكون المشتري عالماً بسبب الإستحقاق أو اشترى ساقط الخيار . فالبائع الذى يشترط عدم ضمان العيب لا يسأل عن رد قيمة المبيع ولا عن التعويض حتى ولو كان العيب جسيماً . ولا يجوز بدون نص خاص مد الحكم الإستثنائى الوارد فى المادة ٢/٤٤٦ مدنى بخصوص شرط ضمان الإستحقاق على الشرط المسقط لضمان العيب » . عبد المنعم البدر - المرجع السابق - فقرة ٢٥٧ ص ٢٧٥ .

البيوع الخاصة بالآلات كالسيارات والساعات وأجهزة الراديو والتلفزيون والفيديو والكمبيوتر وأجهزة التبريد والتدفئة والأجهزة الكهربائية المنزلية كالثلاجات والغسالات وما شابه ذلك . ففى مثل هذه البيوع قد يضمن البائع للمشتري صلاحية المبيع للعمل مدة قد تطول أو تقصر - حسب الاتفاق - بحيث يكون مسئولاً عن أى خلل يطرأ على المبيع فى خلال هذه المدة والمشتري فى هذه البيوع لا يقتنع بزيادة ضمان البائع بإشتراط خلو المبيع من العيوب فحسب ، وإنما يشترط صلاحية المبيع بغض النظر عما إذا كان فيه عيب أم لا

ويتميز هذا الضمان بالأحكام الآتية :

١- أن هذا الضمان يعد شاملاً لأى نوع من أنواع الخلل فى المبيع حتى ولو لم يصدق على هذا الخلل وصف العيب الخفى . حيث يكفى ألا يكون المبيع صالحاً للعمل حتى يتحقق هذا الضمان . كما أن هذا الضمان لا يحول دون ضمان البائع للعيوب الخفية وذلك بالشروط والمواعيد التى رأيناها عند دراسة الضمان الأخير .

٢- أن لهذا الضمان مدة محدودة مقررة بالاتفاق ، وقد تكون هذه المدة أقصر أو أطول من مدة السنة المحددة للضمان العادى . وهذه المدة يقدرها المشتري حسب نظره فى كفايتها أو عدم كفايتها لتجربة صلاحية المبيع للعمل .

٣- أنه يجب على المشتري - فى حالة حدوث الخلل - إخطار البائع فى خلال شهر من وقت ظهوره وإلا سقط هذا الضمان . وهذا ما يجعل الضمان هنا مختلفاً عن الضمان العادى حيث قرر المشرع فى الضمان الأخير وجوب الإخطار فى الوقت الملائم . وعلى أى حال يجوز للمتعاقدین الاتفاق على أن تكون مدة الإخطار فى ضمان الصلاحية أكثر من شهر أو أقل .

٤- أن المشرع قد حدد لرفع الدعوى بالضمان أجلاً هو ستة أشهر من وقت الإخطار ، ويختلف هذا الأجل عن الأجل المحدد لرفع دعوى ضمان العيوب الخفية وهى مدة سنة من تاريخ التسليم الفعلى . ويلاحظ أن مدة الستة أشهر هى مدة سقوط لا تقادم وهى ليست من النظام العام فيجوز إطالتها أو تقصيرها بالاتفاق .

٥- أما ما يرجع به المشتري على البائع في ضمان الصلاحية فغالباً ما يحدده الاتفاق ، كأن يتعهد البائع بإصلاح الخلل على نفقته أو يقوم بتغيير الأجزاء غير الصالحة ، أو يستبدل المبيع بغيره جديداً

فإذا لم يتبين من الاتفاق ما يرجع به المشتري على البائع ، كان من الواجب تطبيق القواعد العامة في الضمان ، فيرد المشتري المبيع أو يستبقيه مع التعويض إن كان الخلل جسيماً ، أو التعويض فقط إذا كان غير جسيم .

الفصل الثانى

التزامات المشتري

تحديد هذه الالتزامات :

تكلم التقنين المدنى عن التزامات المشتري فى المواد من ٤٥٦ إلى ٤٦٤ مخصصاً الجزء الأكبر من هذه النصوص للالتزام الرئيسى الواقع على عاتق المشتري وهو التزامه بدفع الثمن . على أن المشتري يلتزم فضلاً عن ذلك بدفع نفقات العقد ومصروفاته ، ويتسلم المبيع .

وعلى ذلك نعرض لالتزامات المشتري فى ثلاثة مباحث .

المبحث الأول

التزام المشتري بالوفاء بالثمن

خطة البحث :

سبق أن عرضنا للثمن كركن فى عقد البيع ، ولن نعرض هنا إلا للمسائل الخاصة بالالتزام بدفع الثمن وكيفية الوفاء به وزمان الوفاء ومكان والجزاء المقرر للإخلال بهذا الالتزام والضمانات التى كفل بها المشرع حق البائع فى إستيفاء الثمن .

الفرع الأول

ما يجب على المشتري الوفاء به

يجب على المشتري دفع الثمن وفوائده :

يشمل الالتزام بالوفاء بالثمن ، دفع المشتري الثمن المتفق عليه ، ودفع فوائد الثمن فى بعض الأحوال

١- دفع الثمن ،

كانت المادة ٦٠٢ من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى تقضى بأن « يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه وبالشروط التى يقررها العقد ، وهو الذى يتحمل نفقات الوفاء » وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد : « هذه النصوص تقرر التزام المشتري بدفع الثمن ، وتبين ما الذى يجب أن يدفعه وفاء لهذا الالتزام . فهو يدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التى يقررها العقد ، فقد يتفق على أن يدفع الثمن أقساطاً أو جملة واحدة ، ويتحمل نفقات الوفاء وفقاً للقواعد العامة لأنه هو المدين بالثمن ، فعليه نفقات البريد أو غير ذلك من وسائل النقل إذا حمل الثمن إلى مكان بعيد » (١) . هذا وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لأنه مستفاد من القواعد العامة .

فالثمن هو مبلغ من النقود يتفق عليه المتبايعان ، ويجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير ، وأن يكون جدياً لا صورياً ولا تافهاً . وإذا توافرت فى الثمن هذه الشروط وجب على المشتري الوفاء به فى الزمان والمكان المحددين فيما بعد . كما يلتزم المشتري بدفع مصروفات الوفاء بالثمن ، كنفقات إرساله بالبريد أو عن أى طريق آخر (المادة ٢٤٨ مدنى) .

أما عن طريق الوفاء بالثمن وشروط صحة هذا الوفاء فتخضع للقواعد العامة المقررة فى الوفاء بالالتزام . ويجوز للمشتري عرض الثمن على البائع وإيداعه لحسابه إذا وجد ما يبرر ذلك وفقاً للقواعد المقررة فى العرض والإيداع (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ١٤٠ .

(٢) قضى بأن « المشتري لا يكون قد وفى بالتزاماته كاملة إذا لم يودع الثمن وما يستحق عليه من فوائد حتى وقت الإيداع ، وبدون هذا الإيداع الكامل لا يمكن تلافى الغشخ المترتب على عدم قيام المشتري بالتزاماته المنصوص عليها فى العقد » نقض ١٩٥٢/٣/٦ - الطعن ١٠٦ س ٢٠ ق . وانظر نقض ١٩٥٠/٥/٢٥ - الطعن ١٥٤ س ١٨ ق والمرضى يجب أن يكون نقوداً « فإذا كان المشتري قد أودع حال المرافعة شيكاً لأمر البائع واعتبر الحكم هذا الإيداع وفاء بالثمن مبرراً لئلا لئمة المشتري من الدين فإنه يكون قد خالف القانون . ذلك لأن الشيك وإن كان يعتبر أداة وفاء إلا أن الالتزام المترتب فى ذمة الساحب لا ينقضى بمجرد سحب الشيك بل بقيام المسحوب عليه بدفع قيمته للمستفيد » نقض ١٩٥٧/٦/١٢ - المجموعة س ٨ ص ٥٧٦ . وإذا تم العرض أمام المحكمة حال المرافعة فلا يلزم لصحته إتخاذ إجراءات أخرى »

تقضى المادة ٤٥٨ مدنى بأنه :

١- لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضى بغيره .

٢- وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضى بغيره .

يستفاد من هذا النص أن المشتري يملك ثمار المبيع ونماؤه ومتحماً لنفقاته من وقت تمام البيع . وفى المقابل يلزم المشتري بدفع الفوائد القانونية للثمن إذا لم يكن قد وفاه فور البيع .

فنعرض لهاتين المسألتين .

أ- تملك المشتري لثمار المبيع ونماؤه وتحمله لنفقاته :

من وقت أن تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري يصبح له الحق فى ملك ثمار المبيع ونماؤه ويكون عليه تكاليفه . وبناءً على ما عرضنا له فى مواضع سابقة ، يملك المشتري الثمرات والنماء فى المنقول والعقار - مادام المبيع شيئاً معيناً

- كإعلان هذا العرض - نقض ١٩٦٢/٣/٢٨ - المجموعة س ١٤ من ٢٩٨ . وأنظر نقض ١٩٦٦/١١/١٥ - المجموعة س ١٧ من ١٦٨٨ ونقض ١٩٦٧/١/٢٤ - المجموعة س ١٨ من ٢١٨٧ ونقض ١٩٧٠/٢/٢ - المجموعة س ٢١ من ٣٤٤ و ١٩٧٠/٤/١٤ - المجموعة س ٢١ من ٦٠٤ ونقض ١٩٧٢/٤/٢٩ - المجموعة س ٢٣ من ٧٨١ ونقض ١٩٨١/١١/١٨ - المجموعة س ٣٢ من ٢٠٥٢ ويشترط لإعتبار الإيداع مبرراً للذمة إلا يكون الصرف معلقاً على شرط لا يحق للمودع فرضه - نقض ١٩٨٢/٦/١٥ - المجموعة س ٣٢ من ٧٥٧ ونقض ١٩٨٢/١١/١٨ - المجموعة س ٢٢ من ٩٣٤ . نقض ١٩٨٣/٥/٢٤ - المجموعة س ٢٤ من ١٢٩٢ و ١٩٨٣/١١/٢٤ - المجموعة س ٢٤ من ١٦٩٢ ، ويراعى أن الاستناد إلى العرض والإيداع فى براءة الذمة من باقى الثمن ينطوى على طلب القضاء بصحتهما - نقض ١٩٨٤/١١/٧ - المجموعة س ٢٥ من ١٨٠٢ وأنظر نقض ١٩٨٧/٣/٢٦ - الطعن ٢٥٧ من ٢٤٢ ونقض ١٩٨٨/١١/٢٩ - الطعن ٧٧٤ من ٥٦ ق ، وأن الإيداع المباشر لا يستلزم إعلان الدائن بصورة من محضر الإيداع حيث يقتصر ذلك على حالة الإيداع الذى يسبقه إجراء عرض حقيقى بإعلان الدائن على يد محضر - نقض ١٩٩٤/٩/٢٨ - الطعن رقم ٧٠ من ٦٠ ق

بالبذات - من وقت تمام العقد (١) ، ويستوى فى بيع العقار أن يكون مسجلاً أو غير مسجل (٢) لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري ولو لم يسجل العقد. أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بنوعه ، فإن ملكيته لا تنتقل إلا بالإفراز ومن وقت الإفراز يملك المشتري ثمرات المبيع ونماؤه سواء تم التسليم عند الإفراز أم بعده . فالثمار والنماء التى تتحقق من وقت التسليم عند تراخيه عن الإفراز ، تكون ملكاً للمشتري لأنه هو المالك للمبيع .

ولا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن يكون للمشتري ثمار المبيع من أى وقت آخر ، من تاريخ سابق على تسجيل العقد أو على البيع نفسه أو على التسليم (٣) .

ومتى ثبت للمشتري الحق فى ثمرات المبيع ونماؤه من وقت البيع ، فعليه أيضاً تكاليفه من هذا الوقت ، كالخرائب ونفقات حفظ المبيع وصيانته ونفقات الاستغلال ، لأن المبيع لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف والغرم بالغنم . ويراعى أخيراً أن الأحكام السابقة ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على أن تكون ثمرات المبيع للبائع مدة معينة أو إلى وقت التسليم ، أو يتفق على أن تكون تكاليف المبيع أو الخرائب على البائع إلى وقت التسليم (٤) .

(١) انظر نقض ١٩٣١/١٢/١٠ - طعن ١٠ س ١ ق و ١٩٣٦/٦/٤ - طعن ١٢ س ٦ ق و ١٩٥١/٢/١٥ المجموعة س ، ص ٣٥١ و ١٩٦٢/١٢/٢٠ - المجموعة س ١٢ ص ١١٥٩ وقضى بأن حق المشتري فى الثمار يعد أثراً من آثار عقد البيع وهو له من وقت تمام البيع ومن ثم فلا يعد حصوله عليها إثراء بلا سبب - نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ - المجموعة س ١٢ ص ١١٥٩ ونقض ١٩٨٧/٣/٢٦ - طعن ٢٥٧ س ٤٢ ق ونقض ١٩٩٠/٢/١ - المجموعة س ٤١ ص ١٤٠ و ١٩٩٠/٥/٢٤ - طعن ٤١٨ س ٥٦ ق .

(٢) نقض ١٩٧٣/١/٣ - المجموعة - س ٢٤ رقم ٢ ص ٩ ، نقض ١٩٧٧/٦/٢٨ - المجموعة س ٢٨ رقم ٢٦٦ ص ١٥٣٢ ، نقض ١٩٧٨/٣/٢٩ - المجموعة - س ٢٩ رقم ١٧٨ ص ٨٩٥ . نقض ١٩٨٢/١١/٢٤ طعن رقم ٥٦١ س ٥٠ ق .

(٣) نقض ١٩٥١/٤/٥ - المجموعة - س ٢ رقم ١٠٦ ص ٦٣٦ ونقض ١٩٦٤/٧/٢ - المجموعة س ١٥ ص ٨٩٥ .

(٤) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٤٠ - ١٤١ . وانظر أيضاً نقض ١٩٦٤/٧/٢ - المجموعة - س ١٥ رقم ١٢٩ ص ٨٩٥ .

ب- مدى استحقاق الفوائد القانونية على الثمن :

إذا كان المشتري لم يدفع الثمن بعد إلى البائع ، لأن الثمن كان حالاً واجب الأداء ولم يدفعه المشتري ، أو لأن الثمن كان مقسماً أو مؤجلاً إلى وقت معين . فلقد تعرضت المادة ١/٤٥٨ مدنى للحالات التى يلتزم فيها المشتري بدفع فائدة قانونية عن الثمن .

وطبقاً للمادة ١/٤٥٨ مدنى فإن المشتري يلتزم بدفع فوائد عن الثمن فى هذه الحالات :

١- يجوز الاتفاق فى عقد البيع على أن يدفع المشتري فوائد عن الثمن المستحق فى ذمته . وتكون الفوائد عندئذ فوائد إتفاقية لا قانونية .

فقد يحدث إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسماً أن يقع الاتفاق على أن يستحق البائع فائدة على هذا الثمن المؤجل أو القسط طوال فترة التأجيل . ويدفع المشتري هذه الفائدة التعويضية - ويظل المشتري دافعاً للفوائد المتفق عليها طوال فترة الأجل الممنوح له لوفاء الثمن ، فإذا حل هذا الأجل إستمرت الفوائد فى السريان بالسعر المتفق عليه ولكن باعتبارها فوائد تأخيرية . وتخضع هذه الفائدة الاتفاقية للحد الأقصى المنصوص عليه فى القانون وهو ٧٪ (م ١/٢٢٧ مدنى) .

وقد يحدث أن يتفق على تحديد سعر للفائدة التى تستحق عند تأخير المشتري فى دفع الثمن . وتفترض هذه الحالة أن المشتري قد منح أجلاً لدفع الثمن وإتفق على أنه إذا لم يتم دفع هذا الثمن فى ميعاده وجبت عليه الفوائد من هذا التاريخ بسعر معين بشرط ألا يتجاوز الحد الأقصى ٧٪ ويكون مثل هذا الاتفاق تحديداً للفوائد التأخيرية وموجباً لسريانها بمجرد حلول الأجل وذلك إستثناء من القاعدة العامة التى تقضى بعدم سريانها إلا من تاريخ المطالبة القضائية .

وقد لا يوجد اتفاق على الفوائد ، ولكن يوجد عرف يقضى بدفعها ، كما إذا كان الثمن يدخل فى حساب جار بين المشتري والبائع ، ويقضى العرف بحساب الفوائد القانونية على الحساب الجارى

٢- فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، تكون الفوائد مستحقة من وقت تسليم البائع المبيع للمشتري ، وكان المبيع قابلاً لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى (١) ، سواء كانت الثمار طبيعية أم صناعية أم مدنية . فإذا كان المبيع منزلاً يصلح للاستغلال أو أرضاً تصلح للزراعة وسلمها البائع للمشتري ، إستحققت الفوائد على الثمن المستحق من وقت التسليم حتى ولو ظل المنزل بغير إستغلال والأرض بدون زراعة . ولكن إذا كانت الأرض أرض فضاء للبناء ولا تصلح لغير ذلك فهي غير قابلة لإنتاج الثمار والإيرادات الأخرى ، فلا يستحق عن ثمنها فوائد من وقت التسليم إلا إذا وجد إتفاق على غير ذلك .

فالفوائد تستحق إذن من وقت تسليم المبيع - أى تنفيذ التزام البائع بالتسليم - القابل لإنتاج الثمار والإيرادات الأخرى من وقت التسليم حتى ولو كان هذا التسليم حكماً ، وسواء تسلم المشتري المبيع أم لم يتسلمه ، فيكفى إعدا البائع بتسليم المبيع . وتستحق الفوائد هنا بغير حاجة إلى اتفاق على ذلك ، طالما لم يوجد اتفاق على العكس (٢) .

ويراعى أن المقصود بالتسليم هنا ، هو التسليم اللاحق للعقد ، فإذا كان المشتري حائزاً للمبيع قبل البيع فلا تسرى عليه فوائد الثمن إلا من تاريخ البيع ، لأن التزامه بدفع الثمن لم ينشأ إلا من هذا الوقت . وإذا حصل تسليم جزئى للمبيع فلا يلتزم المشتري إلا بجزء من الفوائد تعادل جزء الثمن المقابل للجزء المسلم .

(١) يراعى أن قاعدة عدم جواز الجمع بين فوائد الثمن وثمرات المبيع لا تتعلق بالنظام العام بل يجوز الإتفاق على ما يخالفها - نقض ١٦/٤/١٩٨١ - المجموعة س ٣٢ ص ١١٤٤
(٢) انظر نقض ٥/٤/١٩٥١ - طعن ٢٨ س ١٩ ق و ٩/١٢/١٩٤٨ - طعن ١٢١ س ١٧ ق و ٢٥/٥/١٩٥٠ - طعن ١٥٤ س ١٨ ق و ٦/٢/١٩٥٢ - طعن ١٠٦ س ٢٠ ق و ١٤/٦/١٩٦٢ - المجموعة س ١٢ ص ٨٠٨ و ٣٠/٦/١٩٦٦ - المجموعة س ١٧ ص ١٤٩٠ و ١٨/٥/١٩٦٧ - المجموعة س ١٨ ص ١٠٦٨ و ٣٠/١٢/١٩٧٥ - المجموعة س ٢٦ ص ١٧٢٧ و ١/٤/١٩٨١ - المجموعة س ٢٢ ص ١٠١٧ و ١٣/٥/١٩٨٢ - المجموعة س ٢٣ ص ٥١٧ و ١٣/٢/١٩٨٦ - طعن ١٢٥ س ٥٢ ق و ٢١/١/١٩٨٧ - طعن ٢٠٨١ س ٥٢ ق و ١٢/٥/١٩٨٧ طعن ٤٧ س ٥٤ ق و ٢٨/١/١٩٩٠ - المجموعة س ٤١ ص ٢٧ و ٢٨/١/١٩٩٠ - المجموعة س ٤١ ص ٢٧٠ و ٢٤/٢/١٩٩٤ - المجموعة س ٤٥ ص ٤٢٩ و ٢٤/٢/١٩٩٤ - المجموعة س ٤٥ ص ٤٢٩ و ٢١/١١/١٩٩٥ - طعن ١٤ س ٣ ق و ٦٤

ويلاحظ أن حكم القانون بإلزام المشتري بفوائد الثمن عن المبيع المثمر الذى تسلمه ، منتقد من الشراح ، لأن المبيع ولو لم يكن قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات ، إلا أن المشتري قد ينتفع به عن طريق آخر كالزينة أو المتعة ، كما هو الشأن بالنسبة للحلى والصور وغيرها ، ولا يصح أن ينتفع المشتري من هذه الفوائد ولا يلتزم بدفع فوائد الثمن ، ولذلك كان من الواجب ، تحقيقاً للعدالة ، أن يعمم الحكم على كافة الحالات التى يتسلم فيها المشتري المبيع (١) .

على أى حال تجب الفوائد فى حالة تسلم المشتري للمبيع القابل لإنتاج الثمار والإيرادات ، سواء كان الثمن حالاً أم مؤجلاً أو مقسطاً ، وتسرى بسعرها القانونى ، ٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية (٢) وتظل سارية من وقت التسليم حتى وقت دفع الثمن . ويبدو أن هذا الحكم يعد إستثناء من القاعدة التى تقضى بعدم سريان الفوائد القانونية إلا من تاريخ المطالبة القضائية (٣) ويمكن تبرير هذا الاستثناء بما أوردته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد (٤) بقولها : ولما كان الثمن هو الذى يقابل المبيع ، وفوائد الثمن هى التى تقابل ثمرات المبيع ، فإنه إذا إستحق الثمن وأعذر المشتري بالدفع ، كان الثمن وفوائده للبائع والمبيع وثمراته للمشتري ، وفى أية حالة يتمكن فيها المشتري من الاستيلاء على ثمرات المبيع ، حتى ولو لم يكن الثمن مستحقاً ، فإنه يلتزم بدفع الفوائد بالسعر القانونى ، كما إذا سلم البائع المبيع وكان قابلاً أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ولو لم ينتج ذلك بالفعل ،

ويراعى أخيراً أن حكم المادة ٤٥٨/١ مدنى الخاص بإستحقاق الفوائد فى الحالة المتقدمة ، ينصرف إلى كافة أنواع البيوع (٥) ، سواء كانت بيوعاً إختيارية

(١) قارن نقض ١٩٤٨/١٢/٩ مجموعة عمر جـ ٥ رقم ٣٥٠ ص ٦٧٩ .

(٢) أنظر نقض ١٩٧٥/١٢/٣٠ - المجموعة - س ٢٦ ، رقم ٢٢٢ ص ١٧٢٧ .

(٣) أنظر نقض ١٩٦٦/٦/٣٠ - المجموعة - س ١٧ ص ١٤٩٠ . نقض ١٩٨١/٤/١ طعن رقم ١٣٣ س ٥٠ ق

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٤٠

(٥) ويسرى هذا الحكم على البيوع المسجلة وغير المسجلة - نقض ١٩٨٢/٣/٢٥ - المجموعة س ٣٣ ص ٢٢٥ ونقض ١٩٨٦/٣/٢٥ - طعن ٢٤٠٣ س ٥٢ ق و ١٩٨٦/١١/١٢ - طعن ١٧٥٠ س ٥٥ ق و ١٩٩٠/١/٣٠ - طعن ١٥٧٩ س ٥٧ ق

أم جبرية ، كما ينصرف كذلك إلى حالة نزاع الملكية للمنفعة العامة إذا إستولى نازع الملكية على العقار المنزوع ملكيته قبل دفع التعويض المستحق للمالك أو قبل إيداعه خزانة المحكمة .

٢- فإذا لم يسلم البائع المبيع إلى المشتري أو تسلمه ولم يكن قابلاً لإنتاج الثمار والإيرادات الأخرى ، ولم يكن هناك إتفاق على أن يدفع المشتري فوائد عن الثمن ، فإن الفوائد لا تستحق على الثمن إلا فى حالة واحدة هى أن يكون الثمن مستحق الوفاء وأعذر البائع المشتري أن يدفعه . فمن وقت الإعذار تجب الفوائد القانونية بالأسعار المشار إليها فيما تقدم . وتبقى الفوائد سارية حتى تاريخ الوفاء بالثمن . ويعد هذا الحكم إستثناء من القاعدة التى تقضى بأن الفوائد القانونية لا تسرى إلا من وقت المطالبة القضائية . وعلة هذا الاستثناء أن المشتري ليس كغيره من المدينين من ناحية الضيق المالى ، فلا يجب أن يعامل مثلهم ، خصوصاً أنه يجد فى الانتفاع بالمبيع ما يعوضه عن هذه الفوائد .

ويلاحظ أنه إذا كان الثمن مؤجلاً فلا يترتب على حصول الإعذار إستحقاق الفوائد إلا إذا وقع الإعذار بعد إنقضاء الأجل ، أما الإعذار السابق على حلول الأجل فلا أثر له . ويعتبر إعذاراً كافياً رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة .

وأخيراً فإن الفوائد المستحقة عن ثمن المبيع القابل لإنتاج الثمار والإيرادات الأخرى تتقادم بخمس سنوات من تاريخ إستحقاقها نزولاً على حكم المادة ٣٧٥ مدنى بإعتبارها حقاً دورياً متجدداً (١).

الفرع الثانى

الزمان والمكان اللذين يجب فيهما الوفاء بالثمن

المطلب الأول

زمان الوفاء بالثمن

تقضى المادة ٤٥٧ من التقنين المدنى بأنه :

(١) انظر نقض ١٩٧٥/١٢/٣٠ - المجموعة - س ٢٦ من ١٧٢٧ .

١١- يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

٢- فإذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن ، حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن ، على أن يقدم كفيلاً .

٣- ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما إذا كشف المشتري عيباً فى المبيع .

يستفاد من النص المتقدم أن الثمن يكون واجب الأداء وقت تسليم المبيع . ما لم يوجد إتفاق أو عرف مخالف ، ويجوز للمشتري - عند إستحقاق الثمن - أن يحبسه فى حالات معينة . فنعرض لهذه الأمور .

أولاً : متى يكون الثمن مستحق الدفع

يتحدد زمان الوفاء بالثمن أولاً باتفاق المتعاقدين ، فيصح الاتفاق على دفع الثمن قبل تسليم المبيع (١) أو بعد تسليمه ، أو فور التعاقد . فإذا تخلف مثل هذا الاتفاق ووجد عرف يحدد زمان الوفاء بالثمن ، طبقت أحكام العرف فى هذا الصدد (٢) .

فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف كأن الثمن مستحق الوفاء وقت التسليم (٣) ، فلقد جعل المشرع الوفاء بالثمن مستحقاً فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة فى وقت واحد (٤) . وعلى ذلك إذا لم يتفق فى العقد على

(١) قارن نقض ١٩٥٢/١٢/٢٥ - طعن ١٤٩ س ٢٠ ق .

(٢) لا محل للرجوع إلى العرف لبيان ميعاد دفع الثمن وطريقة الدفع إذا إتفق على دفع الثمن جميعه فى ميعاد معين - نقض ١٩٦٢/٥/٢ - المجموعة س ١٢ ص ٥٧١ .

(٣) انظر نقض ١٩٢٨/٢/٢ - طعن ٧٢ س ٧ ق ، ويقوم مقام التسليم الفعلى أن يقوم البائع بعرض المبيع عرضاً حقيقياً ، عندئذ يستحق الوفاء بالثمن فوراً - نقض ١٩٥٨/٢/١٢ - المجموعة ٩ ص ٢٠٤ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٣٦ .

ميعاد للوفاء بالثمن ، وكان تسليم المبيع مؤجلاً ، إستفاد المشتري من هذا الأجل.

وإذا لم يحدد فى العقد ميعاداً لتسليم المبيع ، فإن المبيع يكون واجب التسليم فور العقد ، وبالتالي يكون الثمن مستحق الوفاء فور تمام البيع أيضاً .

وقد لا يحدد فى العقد ميعاداً للتسليم ، فيكون المبيع واجب التسليم فور تمام البيع ، ولكن يحدد لدفع الثمن أجل معين أو أن يدفع أقساطاً ، فى هذه الحالة يتم دفع الثمن فى مواعيده المتفق عليها ، ويتم تسليم المبيع فور التعاقد ، فلا إرتباط هنا بين وقت دفع الثمن ووقت تسليم المبيع .

وإذا كان المبيع قدراً معيناً من المثليات لا يتم تسليمها جملة واحدة ، بل مجزأة ، فهل يجزأ الوفاء بالثمن كذلك فيدفع المشتري نسبة من الثمن مقابل كل حصة مسلمة ، أم أن يحق له أن يمتنع عن الوفاء حتى يتم تسليم المبيع بكاملة ؟

يرجع فى هذا الصدد لاتفاق المتعاقدين ، فقد يتفقا على تجزئة التسليم ، وعندئذ يجب على المشتري عند تسلم كل جزء دفع حصته من الثمن . أما إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق ، فلا يحق للبائع أن يطلب جزءاً من الثمن فى مقابل تسليم جزء من القدر المبيع ، بل يكون للمشتري الامتناع عن دفع الثمن حتى تمام تسليم جميع المبيع .

وإذا تضمن الاتفاق شرطاً يقضى بأن المشتري لا يدفع الثمن إلا فى الوقت الذى يريده على أن يقوم بدفع فوائده إلى البائع وإلى حين الوفاء ، فإن من الواجب تطبيق حكم المادة ٢٧٢ مدنى والتي تقضى بأنه : إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضى ميعاداً مناسباً لحلول الأجل مراعيًا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه .

وإذا منح البائع المشتري مهلة لدفع الثمن ، فيرجع إلى اتفاق المتعاقدين بشأنها (١) .

(١) ويجوز للمحكمة منح المدين أجلاً للوفاء بالثمن بدلاً من القضاء بالفسخ ، ولها -

ويراعى أن قاعدة دفع الثمن وقت تسليم المبيع يفترض فيها أن الثمن يدفع للبائع أو لنائبه ، أما إذا إشتراط البائع على المشتري دفع الثمن لشخص آخر ، إنتفى هذا الارتباط وتعين الرجوع إلى القواعد العامة . فيكون الوفاء بالثمن فور تمام البيع حتى لو إشتراط لتسليم المبيع ميعاد متأخر

وإذا كان الأصل أن دفع الثمن يتم فى وقت تسليم المبيع . إلا أن هذا لا يعنى بالضرورة قيام قرينة قانونية على أن التسليم يفيد سبق سداد الثمن . فرغم تسلم المشتري للمبيع يظل هو الملزم بإثبات براءة ذمته من الثمن . على أن ذلك لا يحول دون إستخلاص قرينة قضائية من هذه الواقعة

ثانياً : حبس المشتري للثمن

حكم القواعد العامة فى هذا الصدد :

يعد عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين ، وفى تلك العقود إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ الذى يعد تطبيقاً للحق فى الحبس .

وتطبيقاً لهذه القواعد ، يجوز للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن إذا لم يقم البائع بتنفيذ أحد التزاماته المترتبة على عقد البيع ، كإمتناعه عن تسليم العين المباعة ، أو إمتناعه عن نقل الملكية إلى المشتري ... الخ .

وهذا الحق الثابت للمشتري فى الامتناع عن دفع الثمن مقرر إذن طبقاً للقواعد العامة وبدون حاجة إلى نص خاص ، ويقوم هذا الحق فى كل حالة يمتنع فيها البائع عن تنفيذ أحد التزاماته .

غير أن المشرع فى خصوص عقد البيع لم يكتف بالقواعد العامة ، وإنما أورد نصاً خاصاً - أشرنا إليه منذ قليل - يقرر الحق فى الحبس للمشتري

=مطلق التقدير فى إستعمال تلك الرخصة حسبما تراه من ظروف كل دعوى بغير معقب عليها - نقض ١٩٥٠/٢/٢٣ . الطعن ١٥٥س ١٨ق و ١٩٥٠/٥/٢٥ الطعن ١٥٤س ١٨ق و ١٩٦٩/٢/١٣ - المجموعة س ٢٠ من ٢٢٥ ونقض ١٩٦٩/١٢/٢٣ - المجموعة س ٢٠ من ١٢١٦ ونقض ١٩٨١/٦/٢ س ٣٢ من ١٦٨٣

ويلاحظ على نص المشرع هنا ، أنه يؤكد تطبيق القاعدة العامة في الحق في الحبس بالنسبة لحالة وقوع تعرض فعلى للمشتري وكشف عيب في المبيع مما يضمنه البائع ، حيث نكون هنا بصدد إخلال من البائع بأحد التزاماته ، الأمر الذي يخلو للمشتري حقاً في حبس الثمن .

ولكن يتوسع المشرع في هذا النص الخاص ، في نطاق الحق في الحبس ، لأن النص يجيز للمشتري حبس الثمن ليس فقط إذا وقع تعرض وحصل إخلال فعلى بالالتزام ، بل حتى لو خيف أن يقع هذا التعرض أو أن يستحق المبيع . ذلك أن مجرد الخوف ومحض الاحتمال لا يعد دليلاً على إخلال البائع بالتزاماته ، ومن ثم كان من المتعين ألا يؤثر هذا الخوف على حق البائع في إقتضاء الثمن ، ولكن توسع المشرع هنا في نطاق الحق في الحبس ، وإكتفى لتقريره بإحتمال وقوع التعرض متى كان له ما يبرره .

حالات الحق في الحبس في عقد البيع المقررة للمشتري :

بإستقراء النصوص السابق إيرادها يتبين أن المشرع قرر للمشتري الحق في الحبس في الحالات الآتية :

الحالة الأولى :

إذا تعرض أحد للمشتري في وضع يده على المبيع مستنداً إلى حق سابق على البيع أو أيل من البائع . فووقع هذا التعرض يوجب ضمان التعرض والاستحقاق . فإذا كان المشتري لم يدفع الثمن بعد ، جاز له حبس هذا الثمن حتى ولو كان مستحق الوفاء ، ذلك أنه إذا تحقق الضمان كان على البائع أن يدفع قيمة المبيع ، وبالتالي جاز له حبس الثمن ليكفل رجوعه بالقيمة على البائع .

وشرط الحبس في هذه الحالة أن يكون للمشتري الحق في الرجوع على البائع بسبب التعرض . وعلى ذلك إذا إشتري المشتري المبيع ساقط الخيار مثلاً أو إشتراط البائع عدم الضمان مع ثبوت علم المشتري وقت البيع بسبب التعرض ، لم يكن للمشتري رجوع على البائع ، وبالتالي لم يكن له الحق في حبس الثمن إذا وقع له تعرض من الغير .

ولكن إذا كان التعرض في جزء من المبيع فقط ، فلا يجوز للمشتري أن

يحبس عن البائع إلا قيمة هذا الجزء ، ولا يجوز له حبس جميع الثمن بدعوى أنه يستحق تعويضاً من البائع ، وذلك لأن الحكم بالتعويض أمر غير مؤكد ، ولأن المشرع أجاز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن إذا قدم كفيلاً به ، ولم يلزمه بتقديم كفيل بالتعويض . وإذا حصل خلاف على قيمة الجزء الواقع عليه التعرض ، أمكن الرجوع إلى القضاء لتقدير قيمة هذا الجزء (١) .

الحالة الثانية ،

إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، و بعبارة أخرى إذا وجدت أسباب يخشى معها على المبيع أن يستحق . فللمشتري الحق في حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب من الأسباب التي قد تؤدي إلى نزع الملكية كلها أو بعضها من تحت يده . ويكفي في هذه الحالة أن يكون هناك ثمة احتمال لأن ينزع المبيع كله أو بعضه من يد المشتري ، وإن لم يقع تعرض أو إستحقاق بالفعل . وبتبيين هنا الفارق بين حق المشتري في حبس الثمن وحقه في الرجوع بضمان التعرض ، فالمشتري لا يحق له الرجوع على البائع لمجرد خشيته أن ينزع المبيع من تحت يده ، بل عليه الانتظار حتى يقع التعرض بالفعل ، أما هنا فيجوز له حبس الثمن لمجرد قيام هذه الخشية .

ولكن يشترط القضاء أن يكون السبب الذي يخشى معه على المبيع أن يستحق ، جدياً ، فالتوهم لا يكفي ، والأمر متروك لتقدير محكمة الموضوع وظروف الحال (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه « يشترط لقصر حق المشتري في الحبس على جزء من الثمن يتناسب مع الخطر الذي يهدده ، أن يكون عالماً وقت إستعمال حق الحبس بمقدار هذا الخطر ، وإذ يبين من الحكم الابتدائي أنه رفض حق الطاعنين في حبس باقي ثمن الأرض المبيعة ، إستناداً إلى مجرد القول بأن وجود قيد تسجيل تنبيه نزع الملكية على الأرض وفاء لمبلغ ٧٩٨٦ جنيهاً لا يكفي كمبرر لحبس كل الباقي من الثمن وقدره ٢٤٤٩٥ جنيهاً ودون أن يستظهر الحكم علم الطاعنين بمقدار هذا الدين في الوقت الذي إستعملوا فيه حقهم في الحبس ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبيب » . نقض ١٩٧٩/٥/٣١ - المجموعة - س ٣٠ العدد الثاني رقم ٢٧٥ ص ٤٨٨ .

(٢) وقد قضى بأن « مجادلة الطاعنة في جدية الأسباب التي تخول المطعون ضدهم حق حبس الباقي من الثمن والوفاء به بطريق الإيداع مجادلة موضوعية غير مقبولة طالما أن الحكم -

ومن الأمثلة الواردة فى أحكام القضاء على عدم جدية السبب : منها أن طلب الشفعة لا يعد سبباً كافياً لحبس المشتري الثمن ، فإذا لم يدفع من يطلب الأخذ بالشفعة الثمن إلى البائع ، وجب على المشتري نفسه دفعه إليه . ولا يكفى كذلك مجرد إعلان الراسى عليه المزاد بسبب الاستحقاق . وإذا مضى وقت كاف لتملك المشتري المبيع بالتقادم ولم يعد يخشى التعرض ، فليس له أن

= المطعون فيه قد أقام قضاؤه فى ذلك على أسباب سائفة ولها سندها فى الأوراق وتكفى لحمله . نقض ١٩٧٥/١٢/١٠ - المجموعة س ٢٦ رقم ٣٠١ ص ١٦٠٦ . نقض ١٩٧٤/١١/٢٥ - المجموعة - س ٢٥ رقم ٢١٨ ص ١٢٧٨ ، وانظر أيضاً فى ذات المعنى نقض ١٩٧٩/٥/٣١ - المجموعة - س ٢٠ العدد الثانى رقم ٢٧٥ ص ٤٨٨ ، نقض ١٩٨١/٤/٢٢ طعن رقم ١١٩٢ س ٤٤٧ ق .

ونقضى بأن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يخلو المشتري حق حبس الثمن حتى يتحقق من خلوها من هذه التسجيلات . نقض ١٩٤٢/٥/٢٨ - طعن ٤٨ س ١١ ق ونقضى بأنه إذا استظهرت محكمة الموضوع من وثائق الدعوى المرفوعة من البائع على المشتري بطلب نسخ البيع ، أن المشتري لم يكن عند البيع على بينة من أمره ثبت مسجل على العين المبيعة ، ولا أن صاحب هذا الدين قد شرع من أجله فى إجراءات نزع الملكية التى لو شكت على التمام ، وذلك لأن إشارة البائع فى العقد إلى حق الإمتياز الثابت لهذا الدين لم تكن لتفيد إلا أنه مجرد حق مزعوم ، وبناء على هذا اعتبرت المشتري محققاً فى حبس باقى الثمن إذ هو لم يقبل دفعه فى ميعاده إلا على أساس تلك الإشارة الخادعة ، لم تأبه لما نص عليه فى العقد من أن وجود الحق الذى يدعيه الدائن لا يمنع من دفع باقى الثمن إذ هى اعتبرته شرطاً قائماً على الفسخ ، وعلى هذا كله أقامت قضايتها برفض دعوى البائع فإنها تكون قد طبقت القانون تطبيقاً صحيحاً ، نقض ١٩٤٥/٤/٢٦ - طعن ١١٣ س ١٤ ق ، وانظر نقض ١٩٤٧/١٢/٤ - طعن ١٢٤ س ١٥ ق . نقض ١٩٤٣/٥/٢٠ - طعن ٦ س ١٣ ق و ١٩٤١/١/١٦ - طعن ٤٧ س ١٠ ق ، نقض ١٩٥٧/٤/٤ - المجموعة س ٨ ص ٢٥٣ و ١٩٦٧/١/١٩ - المجموعة س ١٨ ص ١٤٢ و ١٩٧٤/٢/١١ - المجموعة س ٢٥ ص ٢٢٧ و ١٩٨٠/١٢/٣٠ - المجموعة س ٢١ ص ٢١٦٢ ونقض ١٩٨١/٤/٩ - المجموعة س ٢٢ ص ١٠٨٥ و ١٩٨١/٤/٢٢ - المجموعة س ٢٢ ص ١٢١٢ و ١٩٨١/٥/٤ - المجموعة س ٢٢ ص ١٣٦٦ و ١٩٨١/١١/١٨ - المجموعة س ٢٢ ص ٢٠٥٢ و ١٩٨٢/٦/١٥ - المجموعة س ٢٢ ص ٧٥٧ ، و ١٩٨٢/١١/١٨ - المجموعة س ٢٢ ص ٩٣٤ و ١٩٨٣/٤/٢٨ - المجموعة س ٢٤ ص ١٠٩٩ و ١٩٨٤/٥/٦ - المجموعة س ٢٥ ص ١١٨٦ و ١٩٨٦/١/٩ - الطعن ١٥٠٢ س ٥٢ ق و ١٩٨٧/١/٢٠ - طعن ٩٥٤ س ٥٢ ق ، و ١٩٨٧/٤/١٩ - طعن ٥١٨ س ٥٢ ق و ١٩٨٩/١/٢٩ - طعن ١٩٣٢ س ٥٦ ق و ١٩٩٠/٧/٣١ - طعن ١٧٥٨ س ٥٩ والطعن ٢٨١٧ س ٥٩ ق و ١٩٩١/٥/٢٦ - طعن ٥٧٨ س ٦٠ ق

يحبس الثمن . ولا يكفي ظهور جز في المقدار لحبس كل الثمن ، ويكفي في هذه الحالة حبس ما يقابل العجز من الثمن . وليس للمشتري أن يحبس الدفعة المستحقة من الثمن إذا كان لا يزال باقياً من الثمن دفعات لم تحل وتكفي لتغطية ما هو مهدد به من إستحقاق جزئي . وإذا لم يحبس المشتري دفعة من الثمن ، فهذا لا يمنعه من حبس الدفعات الأخرى التي تستحق بعد ذلك . وكذلك مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المباعة لا يخول المشتري الحق في حبس الثمن حتى يتحقق من خلوها من هذه التسجيلات (١) ولكن لا يكلف المشتري في حالة حبس الثمن بإثبات صحة حق المتعرض ، بل يكفي أن يبين أن هذا الحق له أساس ولو في الظاهر فحسب .

ومن الأمثلة على جدية السبب :

ما قضت به محكمة النقض المصرية من أن « المشرع لم يقصر حق المشتري في حبس الثمن على حالة وقوع تعرض له بالفعل وإنما أجاز له هذا الحق أيضاً ولو لم يقع هذا التعرض إذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده ، فمجرد قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده ، وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له ، أو كان في العقد شرط يمنعه من استعماله . وعلم المشتري وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطاً بالخطر الذى يتهدهه ويكون في نفس الوقت معتمداً على البائع في دفع هذا الخطر قبل إستحقاق الباقي في ذمته من الثمن مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار . وإذا كان إكتشاف المشتري أن المبيع أو بعضه غير مملوك للبائع يعتبر من الأسباب الجدية التى يخشى معها نزع المبيع من تحت يده فإنه يجوز للمشتري أن يحبس ما لم يؤده من الثمن حتى ولو كان المالك الأصلي لم يرجع عليه بدعوى الاستحقاق أو ينازعه بعد في المبيع » (٢).

(١) نقض ١٩٤٣/٥/٢٨ - مجموعة القواعد - ج ٢ ص ٤٦٨ رقم ١٦٤ .

(٢) نقض ١٩٦٧/١/١٩ - المجموعة - س ١٨ رقم ٢٤ ص ١٤٢ ، نقض ١٩٨١/٢/١٠ - المجموعة س ٢٢ ص ٤٧٢ .

ومنها أيضاً إكتشاف المشتري أن البائع قد ملك المبيع بـرسو المزاد ولم يدفع الثمن ، فأصبح مهدك بإعادة المزاد عليه ، عندئذ يحق للمشتري حبس الثمن .

ومنها إكتشاف المشتري أن ملكية البائع كانت معلقة على شرط فاسخ وخشى أن يكون هذا الشرط قد تحقق أو معلقة على شرط واقف وخشى عدم تحقق هذا الشرط أو أن البائع إشتري المبيع ولم يدفع الثمن فأصبح البيع الصادر له مهدك بالفسخ ، وبخاصة إذا كان البائع الأول قد رفع دعوى فسخ وسجل صحتها قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه (١).

ومنها أيضاً ظهور أن المبيع مثقل بحق رهن (٢) أو حق اختصاص (٣) ، أو حق ارتفاق ولو لم يتعرض صاحبه فعلاً للمشتري في إنتفاعه بالمبيع .

ومنها أيضاً وجود قيود على المبيع لم يتم شطبها حتى ولو أكد البائع للمشتري زوال أسباب تلك القيود ، فمن حق المشتري أن يطلب من البائع شطب هذه القيود . هذا ما لم يكن واضحاً وضوحاً كافياً أن هذه القيود لا قيمة لها إطلاقاً (٤) .

ومنها أيضاً ما قضى به من أنه : لو صح القول بأن دعوى الشفعة لا تهدد حق المشتري المشفوع منه لأن حقه في إسترداد ما دفعه من الثمن إلى البائع مضمون قبل الشفيع مما لا يجيز له حبس الثمن ، فإن هذا القول لا يصدق على المشتري الثانى للعقار الذى لم يختصم فى دعوى الشفعة ، إنما يكون فى هذه الحالة مقطوع الصلة بالشفيع ولا يحق له الرجوع عليه بما عسى أن يكون قد دفعه إلى البائع له ، ومن ثم يستهدف حقه للضياع بعد أن يكون العقار المشفوع فيه قد نزع ملكيته منه . وعلى ذلك يجوز لهذا المشتري الثانى حبس الثمن ،

(١) انظر نقض ١٩٧٤/١١/٢٥ - المجموعة س ٢٥ رقم ٢١٨ ص ١٢٢٨

(٢) نقض ١٩٧٥/١٢/١٠ - المجموعة - س ٢٦ رقم ٣٠١ ص ١٦٠٦

(٣) نقض ١٩٤٥/٤/٢٦ - مجموعة القواعد القانونية - ج ٤ رقم ٢٤٥ ص ٦١٥ . وانظر نقض ١٩٤٤/١٢/٢١ - طعن ٢٠ س ١٤

(٤) انظر فى شأن القيود المتعلقة بالمبيع والنسب للبائع حبس الثمن : نقض ١٩٤٥/٤/٢٦ السابق ذكره ، نقض ١٩٧٠/٦/١٤ - المجموعة - س ٢١ ص ٦٠٤ .

وأيضاً للمشتري حبس الثمن إذا لم يتم البائع بتطهير العين في الميعاد المستخلص من شروط العقد ، وليس للبائع في هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لحبس المشتري الثمن (٢) .

ومن الثابت - وفقاً لما جرت عليه أحكام النقض المصرية - أن علم المشتري وقت الشراء بسبب نزاع الملكية لا يسقط حقه في حبس الثمن ، ما لم يكن قد نزل عنه ، لأنه قد يكون محيطاً بالخطر الذي يتهدهده ويكون في ذات الوقت معولاً على البائع في دفع هذا الخطر قبل إستحقاق الباقي في ذمته (٣).

الحالة الثالثة ،

أن يكتشف المشتري عيباً في المبيع وكان من العيوب التي يضمنها البائع . وفي هذه الحالة للمشتري الحق في حبس الثمن . ولكن يشترط لإستعمال الحق في الحبس هنا ، ألا يكون المشتري قد إشتري ساقط الخيار .

أحكام الحق في الحبس في الحالات المتقدمة ،

يشترط لاستعمال الحق في الحبس في الحالات المتقدمة ألا يكون هناك إتفاق بين المتعاقدين على حرمان المشتري من هذا الحق إذا تحقق سبب من أسباب الحبس السابق بيانها . فالحق في الحبس ليس من النظام العام (٤) ، وإنما تقرر لمصلحة المشتري ، ولأخير النزول عنه قبل تحقق سببه أو بعد ذلك (٥) .

(١) نقض ١٩٥٧/٤/٤ المجموعة س ٨ رقم ٢٤ من ٣٥٢ .

(٢) انظر نقض ١٩٤٥/٤/٢٦ السابق الإشارة إليه

(٣) انظر نقض ١٩٨٠/١/٢٢ طعن رقم ١٥٠ من ٤٧ ونقض ١٩٨١/٢/١٠ - طعن رقم ٧١١ من ٤٧ . وانظر في ذات المعنى أيضاً نقض ١٩٧٥/١٢/١٠ المشار إليه فيما تقدم ، نقض ١٩٦٧/١/١٩ المجموعة - س ١٨ من ١٤٢ ، نقض ١٩٧٠/٤/١٤ - المجموعة - س ٢١ رقم ٩٧ من ٦٠٤ ، نقض ١٩٧٤/١١/٢٥ - المجموعة - س ٢٥ رقم ٢١٨ من ١٢٧٨ .

(٤) فالمحكمة لا تملك أعمال أحكام حق الحبس ما لم يطلبه صراحة صاحب الحق فيه - نقض ١٩٨٠/٦/٣ المجموعة س ٣١ من ١٦٦٣ .

(٥) انظر نقض ١٩٦٧/١/١٩ - المجموعة - س ١٨ من ١٤٢ ، نقض ٧٠/٤/١٤ المشار إليه

ويجب في هذا النزول أن يكون واضحاً لا لبس فيه فلا يكفى وعد المشتري بعد كشفه قيام موجب الحبس أن يدفع الثمن في ميعاد معين فقد يحمل هذا الوعد على إن المشتري أراد أن يفسح الوقت أمام البائع لإزالة سبب الحبس كذلك لا يكفى أن يكون المشتري قد تعهد بدفع الثمن لأجنبي لسقوط حق الحبس ، فإن المشتري يستطيع أن يحتج بحقه في الحبس قبل الأجنبي كما يحتج به قبل البائع ، كما أن قبول المشتري لحالة للثمن لا يستخلص منه نزول هذا المشتري عن حقه في الحبس .

على أى حال إذا تحققت حالة من حالات الحبس المتقدمة ، أو أخل البائع بأى التزام من التزاماته الناشئة عن عقد البيع ، كان للمشتري الحق في حبس الثمن ويظل حابساً له حتى ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق ، أو حتى يحسم النزاع بصدد العيب ، أو حتى يقوم البائع بتنفيذ التزاماته (١).

وإستعمال المشتري للحق في الحبس يقتضى ألا يكون قد سبق له دفع الثمن ، فإذا تحقق ذلك ، لم يجز للمشتري أن يطالب البائع بإسترداد الثمن حتى يتسنى له حبسه .

وإذا سلم المشتري الثمن إلى محام أو وسيط كان قائماً بتحرير عقد البيع بعد إستخراج شهادة بخلو المبيع من الرهون والتكاليف الأخرى ، فلقد ذهب البعض إلى أنه إذا نص في العقد على أن البائع قد تسلم الثمن ، فلا يجوز للمشتري إسترداده من المحامى أو الوسيط لأنه تحت يده لحساب البائع ، أما إذا لم ينص على ذلك في العقد ، فيجوز عندئذ إسترداده منه ، لأن المحامى أو الوسيط يكون في هذه الحالة وكيلاً عن المشتري وأميناً على الثمن . وذهب آخرون إلى أنه إذا ثبت أن الثمن سلم للمحامى أو الوسيط على ألا يدفع للبائع إلا بعد الكشف عن العقار وظهور أنه خال من الرهون والتكاليف الأخرى . وجب

(١) « أما إذا تخلف المشتري بالوفاء بباقي الثمن بغير حق فإن ذلك يجعله مخلاً بالتزامه قبل البائع وليس له الحق في حبس باقي الثمن لأنه توافر لديه علمه بالمبيع وسند ملكية البائع له عند تحرير العقد فضلاً عن أنه تنازل عن حقه في حبس الثمن بموجب الإتفاق في العقد، نقض ١٩٨٠/٣/٢٥ المجموعة س ٣١ ص ٨٨

عندئذ إعتبار المحامى وكيلاً عن البائع والمشتري معاً ، وجاز للأخير إسترداد الثمن منه

وعلى أى حال إذا كان المشتري لم يدفع الثمن ، وتحققت حالة من الحالات الموجبة لحبس الثمن ، كان للمشتري أن يحبسه ولا يستطيع البائع أن يطالبه بالوفاء به . بل ولا يستطيع أن يطالبه بإيداعه خزانة المحكمة ، فهو بالخيار بين أن يبقيه ديناً فى ذمته أو أن يودعه فى خزانة المحكمة كما يشاء ، بل وله بعد إيداعه وقبل قبول الإيداع أو الحكم بصحته أن يسترده ويحبسه تحت يده . غير أن للمشتري مصلحة ظاهرة فى إيداع الثمن خزانة المحكمة وذلك لقطع سريان الفوائد إن كانت مستحقة على الثمن ، حيث أن الفوائد لا ينقطع سريانها إذا بقى الثمن فى ذمته ولو كان حاسباً له (١) وتنقطع هذه الفوائد بالإيداع الصحيح (٢) .

سقوط حق المشتري فى الحبس :

يسقط حق المشتري فى حبس الثمن فى الأحوال الآتية :

أولاً : إذا تنازل المشتري عن الحق فى حبس الثمن فى عقد البيع ، كما لو اشترط عليه البائع دفع الثمن ولو حصل له تعرض فى وضع يده على البيع . (المادة ٤٥٧ / ٢ مدنى) .

ثانياً : إذا كان المشتري محروماً من الرجوع على البائع بالضمان ، كما لو إشتري ساقط الخيار ، أو كان عالماً بسبب الاستحقاق وإشترط عليه البائع عدم الضمان . والعلة فى ذلك هى أنه بفرض ثبوت الاستحقاق ، فلن يستطيع المشتري الرجوع على البائع بقيمة المبيع مع التعويض ، ولذلك لا يكون له من باب أولى حبس الثمن فى حالة ظهور خطر الاستحقاق . ولكن لا تتوافر هذه العلة فى شرط عدم الضمان العام ، لأن التزام البائع برد قيمة المبيع يظل قائماً وإن سقط عنه الالتزام بدفع التعويض ، وعندئذ يجوز للمشتري حبس الثمن .

ثالثاً : إذا زال سبب أو موجب الحبس ، بأن ينقطع التعرض بنزول المتعرض

(١) انظر نقض ١٩٤٨/١٢/٩ - مجموعة عمر - ج ٥ رقم ٢٥٠ من ٦٧٩ .

(٢) نقض ١٩٥٠ / ٣ / ٢٥ - المجموعة س ١ رقم ١٢٤ من ٥٢٤ .

عما يدعيه ، أو بزوال الخطر يدفع البائع للدائن المرتهن على المبيع المبلغ المضمون بالرهن أو شطب القيد المأخوذ على المبيع ، أو أصلح البائع العيب الذى إكتشفه المشتري فى المبيع وهكذا . (م ٤٥٧ / ٢ مدنى)

وأبعداً : إذا قدم البائع كفيلاً للمشتري ، كفالة شخصية أو كفالة عينية تضمن له ما عسى أن يترتب على ضمان التعرض أو الاستحقاق أو العيب من تعويض (م ٤٥٧ / ٢ مدنى)

وتقدم الكفالة فى حدود الثمن الجائز حبسه ، فإذا زاد التعويض عن ذلك لم تكن الكفالة واجبة إلا بمقدار الثمن وحده الذى يحق للمشتري أن يحصل على ضمان لاسترداده من البائع إذا كان هناك محلاً للإسترداد .

وتقديم الكفالة يعد حقاً للبائع ، فإذا لم يشأ تقديمها لم يستطع المشتري إجباره على ذلك ، وليس له عندئذ سوى حبس الثمن .

وللمشتري حبس الثمن ولو عرض البائع كفيلاً ، إذا اتفق فى العقد على أن يقوم المشتري بتطهير العقار ، وذلك لأن التطهير يستلزم بقاء الثمن فى يد المشتري لسداد ديون الدائنين المرتهنيين . ولكن إذا مضت المدة المحددة فى العقد لتطهير العقار دون أن يقوم المشتري بهذا الإجراء ، كان للبائع إذا قدم كفيلاً ، أن يطالبه بدفع الثمن على أن يقوم هو بتطهير العقار من الرهون التى عليه ، فإن رفض المشتري ذلك جاز فسخ العقد .

هذا وقد قضت محكمة النقض بأن البيع إذا كان ملحوظاً فيه وفاء الديون التى على العين المباعة من الثمن ، أغنى عن تقديم الكفالة أن يطلب البائع من المشتري إيداع الثمن خزانة المحكمة على ذمة الدائنين للوفاء بديونهم (١).

المطلب الثانى

مكان الوفاء بالثمن

تقضى المادة ٤٥٦ من التقنين المدنى بأنه :

(١) نقض ١٩٤٤/١٢/٢١ مصرية القواعد جـ ٤ رقم ١٧٥ ص ٤٩٧

١٥- يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

٢- فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشتري وقت إستحقاق الثمن ، .

فرّق المشرع بين ما إذا كان الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع ، وبين أن يكون مستحقاً فى وقت غير وقت تسليم المبيع .

أولاً : الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع :

فإذا كان الثمن مستحق الوفاء وقت تسليم المبيع ، فإنه يكون واجب الأداء فى المكان الذى يسلم فيه المبيع لا فى موطن المشتري ، وذلك خلافاً للقواعد العامة . والسبب فى هذا الخروج أن البيع وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة ، ولما كان نقل الثمن أيسر من نقل المبيع ، تعين الوفاء به فى مكان تسليم المبيع ، كل هذا ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضى بغيره .

وبناء على ما تقدم إذا كان الثمن واجب الأداء فور العقد وبالتالي فى مكان تسليم المبيع ، ثم قام البائع - مجاملة منه للمشتري - بتسليمه المبيع دون قبض الثمن ، فلا يجوز أن يترتب على هذا إساءة إلى حقوق البائع فيصبح الثمن مستحق الأداء فى موطن المشتري ، بل يظل واجب الوفاء فى مكان التسليم .

والحكم السابق لا ينطبق إلا إذا كان الثمن واجب الأداء للبائع نفسه . أما إذا إشتراط البائع الوفاء بالثمن لشخص غيره ، فإن معنى ذلك أن البائع قد فصل بين تنفيذ التزامه بالتسليم والتزام المشتري بدفع الثمن ، ولم يعد من الجائز إفتراض أن الطرفين قد قصدا تنفيذهما جملة واحدة ، فيجرب تنفيذ كل منهما على إنفراد ، وعلى ذلك يكون الوفاء بالثمن فى موطن المشتري وهو المدين بالثمن ، وهذا ما تقضى به القواعد العامة .

ويراعى أنه لما كان التزام البائع بتسليم المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن واجبي الأداء فى زمان ومكان واحد ، تعين على المشتري إذا طلب فسخ البيع لعدم وفاء البائع بالتزامه ، أن يدعم حقه فى هذا الطلب بعرض الثمن عرضاً

حقيقياً بشرط أن يكون العرض والإيداع الذى يعقبه خالياً من أى قيد أو شرط يبطله كوسيلة للوفاء .

ثانياً : الثمن مستحق الدفع فى غير وقت تسليم المبيع :

فإذا لم يكن الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع ، كما لو إتفق على أداء الثمن قبل التسليم أو بعده ، فعندئذ تنتنى الحكمة من جعل مكان دفع الثمن هو مكان تسليم المبيع ، ونعود فى هذه الحالة إلى القاعدة العامة الأصلية التى تقضى بأن يكون الوفاء فى موطن المدين بالالتزام . فيكون دفع الثمن واجب الأداء فى موطن المشتري وقت استحقاق الثمن (١) . وهذا أيضاً ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه .

الفرع الثالث

جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالثمن

حقوق البائع طبقاً للقواعد العامة فى حالة عدم الوفاء بالثمن :

إذا أخل المشتري بالتزامه بدفع الثمن إلى البائع فى ميعاده ، كان للبائع طبقاً للقواعد العامة - وباعتبار أن عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين والمنشئة لالتزامات متقابلة - الحق فى المطالبة بالتنفيذ العيني ، فينفذ بحقه حجزاً على أموال المدين وله فى ذلك حق إمتياز البائع فيتقدم على سائر دائئى المشتري (٢) .

كما أن للبائع فى سبيل إجبار المشتري على الوفاء بالثمن ، أن يقوم بحبس

(١) أنظر نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ - المجموعة س٨ من ٥١٠ ونقض ١٩٧٨/١٢/٢١ - المجموعة س٢٩ من ١٩٩٨ ونقض ١٩٨٢/٥/٢٠ - المجموعة س٣٣ من ٦٠٧ و ١٩٨٣/١/٢ - الطعن ١٢٩٩ س٥١ ق ، وأن الإنتقال إلى موطن المشتري ومطالبة بوفاء الثمن وإمتناعه عنه إنما يعد واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة - نقض ١٩٨٣/١/٢ - طعن ١٢٩٩ س٥١ ق ، وأنظر نقض ١٩٨٦/١٢/٢ - الطعن ٥٢ س٥١ ق ونقض ١٩٨٧/٦/٩ - الطعن ٤٥٨ س٥٤ ق .

(٢) نقض ١٩٦٩/٦/٣ - المجموعة - س٢٠ رقم ١٢٣ من ٨٤٥ .

المبيع إذا لم يكن قد سلمه إليه . وقد قررت هذا الحق المواد ٤٥٩ و ٤٦٠ من التقنين المدنى ، وقد سبق لنا دراسة حق البائع فى حبس المبيع وذلك عندما عرضنا لالتزام البائع بتسليم المبيع . وقد رأينا أن المشرع لم يخرج فى هذه النصوص عن القواعد العامة فى الحق فى الحبس إلا من حيث أن حق البائع فى الحبس لا يسقط إذا قدم المشتري رهناً أو كفالة .

وللبائع أخيراً أن يطلب فسخ البيع وذلك طبقاً للقواعد العامة . وهذا ما ننتقل إلى بيانه الآن :

حق البائع فى الفسخ ، تطبيق القواعد العامة فى هذا الشأن :

للبائع - أخيراً - أن يطلب فسخ البيع وفقاً للقواعد العامة ، إذا لم يتم المشتري بالوفاء بالثمن ولم يطلب البائع التنفيذ الجبرى بالثمن .

وهذه القواعد العامة وردت فى التقنين المدنى فى المواد ١٥٧ و ١٥٨ .

هذا ولقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد يورد نصوصاً يطبق فيها القواعد العامة السابقة على عقد البيع بالذات (المواد ٦٠٩ إلى ٦١٣ من المشروع) ولكن تم حذف هذه النصوص لأنها لم تكن تضيف جديداً للقواعد العامة . واقتصر التقنين الجديد على إبقاء نص واحد خاص بفسخ العقد هو نص المادة ٤٦١ ، وذلك نظراً لأن هذا النص يقرر حكماً إستثنائياً فى خصوص بيع العروض وغيرها من المنقولات .

ولذلك لن نعرض للقواعد العامة فى الفسخ ، لسبق دراستها فى مصادر الالتزام ، وإنما نكتفى هنا بدراسة أحكام المادة ٤٦١ مدنى .

حالة خاصة بالفسخ فى بيع المنقول فى القانون المصرى :

تقضى المادة ٤٦١ من التقنين المدنى بأنه :

« فى بيع العروض وغيرها من المنقولات ، إذا إتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا إختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره » .

يستفاد من هذا النص أنه فى بيع المنقول وغيره من العروض ، يوجد إتفاق

يعد بمثابة الشرط الفاسخ فى أقوى درجاته ، بمعنى الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار . وهذا الاتفاق هو فى إتفاق البائع والمشتري على تحديد ميعاد معين لدفع الثمن وتسليم المبيع ، فإذا لم يدفع المشتري الثمن فى الميعاد إعتبر البيع مفسوخاً بقوة القانون .

ولا شك فى مخالفة هذا الحكم للقواعد العامة . ووجه هذه المخالفة هو ما قرره النص من وقوع الفسخ بقوة القانون دون حاجة إلى حكم أو إعدار . ودون أن يتضمن العقد شرطاً يقضى بوقوع مثل هذا الفسخ . فالقواعد العامة تقضى بأن الفسخ لا يقع إلا إذا سبقه إعدار من الدائن لمدينه بالوفاء وإلا ففسخ البيع ، ثم أن الفسخ لا يقع إلا بحكم من القضاء ، وأخيراً فيجوز الاتفاق بشرط صريح فى العقد على وقوع الفسخ دون حاجة إلى إعدار أو حكم قضائى . أما فى شأن نص المادة ٤٦١ مدنى ، فإن الفسخ يقع حتماً وبقوة القانون دون حاجة إلى إعدار ولا حكم من القضاء لمجرد عدم دفع المشتري الثمن المتفق عليه .

والحكمة من مخالفة المشرع للقواعد العامة فى الفسخ ، هى كثرة تقلب أسعار العروض والمنقولات ، وما تتعرض له البضائع من تلف بمرور الوقت ، وما تتطلبه التجارة من سرعة فى التعامل وتصفية للمراكز . فحماية للبائع من كافة هذه الأخطار رأى المشرع أن يعتبر البيع مفسوخاً بمجرد تأخر المشتري عن دفع الثمن - إننا ما اختار البائع ذلك - حتى لا يتضرر البائع من التأخير والمصروفات التى تقتضيها الدعوى التى قد يضطر إلى رفعها إذا ما ألزم باللجوء إلى الوسائل العادية للوصول إلى الفسخ . ومعنى ذلك - وبعبارة أخرى - أن المشرع قد فرض أن إتفاق بائع المنقول مع مشتريه على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع ، ينطوى هذا الاتفاق على شرط فاسخ بموجبه يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار إذا ما حل ميعاد تسليم المبيع ودفع الثمن ولم يتقدم المشتري لدفع هذا الثمن .

وهذا الذى فرضه المشرع قابل لإثبات العكس ، فقد يذكر فى البيع أنه لا يفسخ إلا بعد إعدار أو أنه يجوز مد الأجل لدفع الثمن ... الخ فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق وحل ميعاد تسليم المبيع ودفع الثمن ، ولم يتقدم المشتري لوفائه ، إعتبر البيع مفسوخاً دون حاجة إلى حكم أو إعدار وكان البائع فى حل من أن

يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه ، وله أن يتصرف فيه مرة أخرى ، وباعتبار تصرفه بيعاً جديداً لم يسبقه بيع آخر . على أن إنفساخ البيع فى هذه الحالة لا يتم إلا باختيار البائع (١) ، فله إلا يعتبر البيع مفسوخاً ، وأن يطالب المشتري بتنفيذه بالرغم من تأخر الأخير فى دفع الثمن ، وإلا لاستطاع المشتري أن يفسخ البيع إذا شاء بأن يتأخر عن دفع الثمن . وإذا إختار البائع الفسخ أو التنفيذ وأقره المشتري على ما إختاره ، لم يعد يستطيع الرجوع فيما إختار .

ويلاحظ أن حكم المادة ٤٦١ مدنى عام التطبيق ، يسرى على البيوع المدنية والتجارية على السواء .

غير أنه يشترط لإمكان تمسك البائع بحكم المادة ٤٦١ ما يلى من شروط :

أولاً : أن يكون المبيع من العروض أو غيرها من المنقولات المادية ، فلا يسرى الحكم على بيع العقارات ؛ ويعتبر من الأموال المنقولة الأسهم والسندات التى تباع فى البورصة أو خارجها (٢) ، كما لا يسرى الحكم على بيع المتجر لأنه منقول معنوى .

ثانياً : أن يكون هناك ميعاد واحد محدد لدفع الثمن وتسليم المبيع . وهذا الميعاد قد يتفق عليه صراحة أو ضمناً أو عرفاً ، ويعتبر من قبيل الاتفاق الضمنى أن يكون العرف قد جرى على تحديد ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع وسكت المتعاقدان عن ذكر ما يخالفه . فمثلاً فى بيع المنقولات محولاً بقيمتها على المشتري ، يجرى العرف بأن يتسلم المشتري المبيع ويدفع ثمنه بمجرد وصوله بالجمرك أو البريد ، فإن قصر فى الوفاء بالثمن جاز للبائع التصرف فيه (٣).

وعلى ذلك لا يسرى حكم المادة ٤٦١ مدنى فى الحالة التى لم يتفق فيها الطرفان على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع ، فصار الثمن واجب الدفع فى الحال والمبيع واجب التسليم فوراً (٤) كما لا يسرى الحكم فى حالة ما إذا حدد

(١) انظر نقض ١٩٧٩/١٢/٣١ - المجموعة - س ٢٠ عدد ثالث ص ٤٢٢ .

(٢) وينصرف ذلك إلى البيع سواء أكان مديناً أو تجارياً - نقض ١٩٨١/٥/٤ المجموعة س ٢٢ ص ١٣٦٦ .

(٣) أنور سلطان - المرجع السابق - ص ٢٩٧ فقرة ٢٧٤ .

(٤) نقض ١٩٦٢/٥/٣ - المجموعة - س ١٢ ص ٧٥١ .

ميعاد لدفع الثمن غير الميعاد الذى حدد لتسليم المبيع ، أو حدد ميعاد لدفع الثمن دون أن يحدد ميعاد لتسليم المبيع . أما إذا حدد ميعاد لتسليم المبيع دون أن يحدد ميعاد لدفع الثمن ، فإن الثمن يكون واجب الأداء فى ميعاد تسليم المبيع ، وبالتالي ينطبق حكم المادة ٤٦١ مدنى . أما إذا كان الأجل محددًا لحصول البائع على المبيع وتسليمه للمشتري ، فلا يعفى البائع من واجب التنبيه رسمياً على المشتري بالتسليم والوفاء (١) .

ثالثاً : أن يتأخر المشتري عن الوفاء بالثمن فى الميعاد ، فإذا وفى الثمن فى الميعاد ، إمتنع على البائع التمسك بالمادة ٤٦١ مدنى ولو لم يقم المشتري بتسليم المبيع فعلاً . وفى الحالة الأخيرة لا يستطيع البائع التوصل إلى فسخ البيع لعدم قيام المشتري بإستلام المبيع إلا بعد إعذاره وإستصدار حكم بذلك من القضاء نزولاً على مقتضى القواعد العامة .

رابعاً : ألا يكون التأخير فى إستلام المبيع ناشئاً عن تقصير البائع . وعلى المشتري إعذار البائع بمنع وقوع الفسخ إذا كان الاستلام مشروطاً فى موطنه (موطن البائع) أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله . فإذا كان مشروطاً فى موطن المشتري أو فى مكان آخر خلاف مكان وجود المبيع وقت البيع ، فلا يجوز للبائع التمسك بوقوع الفسخ إلا إذا كان قد نقل المبيع إلى مكان تسليمه فى الميعاد المتفق عليه (٢) .

فإذا توافرت الشروط المتقدمة ، كان للبائع إعتبار العقد مفسوخاً وإلا تعين الرجوع إلى القواعد العامة . كما يلاحظ فى النهاية أن حكم المادة ٤٦١ مدنى ليس من النظام العام ، فيجوز للمتعاقدین الاتفاق على إستبعاده .

(١) نقض ١٢/١/١٩٤٤ - مجموعة عمر - ج ٤ رقم ٩١ من ٢٤٧ .

(٢) أنور سلطان - المرجع السابق - من ٢٩٧ .

المبحث الثانى

التزام المشتري بدفع نفقات ومصروفات البيع

تقضى المادة ٤٦٢ من التقنين المدنى بأنه :

« نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

مصاريف العقد :

يلتزم المشتري بدفع مصاريف عقد البيع التى تشمل مصاريف تحرير العقد سواء كتب فى ورقة عرفية حيث يتحمل المشتري رسوم الدمغة ، أو فى ورقة رسمية فيتحمل المشتري رسوم الورقة الرسمية ، كما تشمل أتعاب المحامى الذى قام بإعداد العقد وتسجيله ، وتشمل أيضاً مصروفات الكشف عن حالة العقار المبيع لدى جهات الشهر العقارى للتحقق مما عليه من حقوق الغير ، ونفقات ورسوم التصديق على التوقيعات ورسوم التسجيل ، كما تشمل مصروفات قيد إمتياز البائع على المبيع إذا حدث تأخر فى دفع الثمن كله أو بعضه ، ومصروفات شطب هذا القيد بعد الوفاء بالثمن . أما شطب القيود المشهورة لحقوق وتكاليف رتبها البائع على المبيع فيتحملها البائع لا المشتري . أما مصروفات تطهير العقار إذا لجأ المشتري إلى تطهيره فتكون على البائع لا على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق مخالف . أما مبالغ السمسرة ، فلقد جرى العرف على أن تكون مناصفة بين البائع والمشتري يدفعها كل منهما مباشرة إلى السمسار . وللمشتري الحق فى الرجوع بمصاريف العقد التى تحملها إذا فسخ البيع لعدم وفاء البائع بالتزاماته .

كل هذه المصروفات يتحملها المشتري - فى الحدود المتقدمة - فلا يرجع بشئ منها على البائع إلا إذا وجد اتفاق أو عرف مخالف .

أما إذا قام البائع بدفع بعض هذه المصروفات ، فيرجع بها على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف . وللبائع فى سبيل رجوعه على المشتري كل الضمانات التى له فى الرجوع عليه بالثمن ، ومنها حبس المبيع ، وفسخ البيع ،

كما له إمتياز البائع على المبيع لضمان إسترداد هذه المصروفات . كما يمكن أن يرجع على المشتري بفوائد ما أنفقه من هذه المصروفات قياساً على حالة رجوع الوكيل بما أنفقه مع الفوائد من وقت الإنفاق .

أما فى علاقة كل من البائع والمشتري بالغير فيما يتعلق بمصروفات العقد فتحددها العلاقة القانونية بينهما وبينه ، فأتعاب المحامى مثلاً يرجع بها على كل من البائع والمشتري إذا وكلاه معاً وفقاً للعادة ٧١٢ مدنى والتي تجعل الموكلين المتعديين مسئولين بالتضامن نحو الوكيل .

المبحث الثالث

التزام المشتري بتسلم المبيع

تقضى المادة ٤٦٣ من التقنين المدنى بأنه :

« إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن » .

وتقضى المادة ٤٦٤ مدنى بأنه :

« نلفقات تسلّم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو إتفاق يقضى بغير ذلك » .

ونعرض فى شأن التزام المشتري بإستلام المبيع للمسائل الآتية :

مضمون الالتزام بالتسلم :

قلنا من قبل إن تنفيذ التزام البائع بالتسليم يكون بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به الانتفاع المقصود دون عائق ولو لم يستول عليه إستيلاء مادياً مادام البائع قد أخطره بذلك . فإذا قام البائع بهذا الأمر يكون قد برئت ذمته من الالتزام بالتسليم ، ويجب على المشتري أن يتسلمه ، فإن لم يفعل ، يكون البائع قد نفذ التزامه ولم ينفذ المشتري التزامه بالاستلام ، وبالتالي لا يعد المشتري حائزاً للمبيع .

وتظهر أهمية وجوب تنفيذ المشتري لالتزامه بإستلام المبيع فى حالة ما إذا كان التسلم واجباً فى موطن البائع أو فى موطن آخر غير موطن المشتري وكان المبيع منقولاً . وفى هذه الحالة إذا لم يتقدم المشتري لاستلام المبيع من مكانه المتفق عليه إلى المكان الذى يريده ، لىخلى مكان شغله لدى البائع ، كان المشتري مخلاً بالتزامه بإستلام المبيع ، وكان للبائع الحق فى إعذاره والزامه بإستلامه أو طلب فسخ البيع .

وتسلم المبيع كتسليمه يكون بالأعمال التى تتفق مع طبيعة المبيع ، وقد سبق بيان ذلك .

زمان ومكان تسلم المبيع :

« كما أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، كذلك المشتري ويلزم بتسلمه . وزمان التسلم ومكانه يحددهما عقد البيع ، وهما يكونان عادة زمان ومكان التسليم . فإذا لم يوجد إتفاق أو عرف يحدد ذلك ، وجب أن يتم التسلم دون إبطاء بمجرد التسليم من البائع ، إلا ما يقتضيه التسلم من زمن ، وجب أن يكون فى مكان التسليم » (١) .

ويلاحظ أن تحديد مكان التسليم والتسلم له أهمية كبيرة ، لأن هو الذى يبين الحد بين النفقات التى يتحملها البائع فى تنفيذ التزامه بالتسليم والنفقات التى يتحملها المشتري فى إستلام المبيع .

نفقات تسلم المشتري للمبيع :

يتحمل المشتري ما تقتضيه عملية تسلم المبيع من نفقات ، وهى نفقات نقل المبيع من مكان التسليم والتسلم إلى المكان الذى يريده ، ويدخل فيها أيضاً نفقات القبض والمشال والنقل والتفريغ والرسوم التى تجبى على المبيع وقت خروجه من مكان التصدير ورسم الترانزيت أثناء العبور والرسوم التى تجبى عند وصول البضاعة إلى محطة التفريغ إذا كان مكان التسلم هو محطة الشحن، بينما يتحملها البائع إذا كان مكان التسلم هو محطة التصدير .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٦٢ .

وكل ذلك ما لم يقضى الاتفاق أو العرف بغيره . فقد يقضى العرف التجارى بأن مصروفات التفريع تكون على المشتري ، فيتحملها حتى ولو كان التسلم فى محل التفريع . وقد يتفق على أن يكون التسليم خالصاً من أجر الشحن ومن الرسوم الجمركية ، وعندئذ يتحمل البائع الرسوم التى تجبى فى نقل المبيع وقت الخروج وأثناء العبور وعند الوصول ولو كان التسلم فى مكان الشحن . غير أن البائع لا يتحمل الرسوم التى تجبى على إستهلاك المبيع فى هذه الحالة ، بل الذى يتحملها هو المشتري لأنه هو الذى يستهلكها ، وذلك ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك (١) .

الجزاء على إخلال المشتري بالتزام تسلم المبيع :

إنما قام البائع بالتزامه بالتسليم ولم يقم المشتري مع ذلك بإستلام المبيع على النحو المتقم ، عد ذلك إخلالاً منه بالتزامه . وجاز للبائع إعذاره . فإذا تم هذا الإعذار تحمل المشتري تبعه هلاك المبيع وتلفه فى القانون المصرى .

وللبائع أن يطالب المشتري بتنفيذ التزامه عيناً وذلك بعد الإعذار ، وعلى ذلك إذا كان المبيع عقاراً لم شئناً معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للبائع أن يطلب من القضاء وضعه تحت الحراسة ، وإذا كان منقولاً كان له أن يحصل على ترخيص من القضاء بإيداعه فى مكان معين على نفقة المشتري حتى لا يظل شاغلاً مخازنه . وقد يتم ذلك أيضاً عن طريق الحكم على المشتري بغرامة تهديدية يدفعها عن كل يوم من أيام التأخر عن التسلم .

وللبائع - علاوة على المطالبة بالتنفيذ العينى - الحق فى أن يطلب فسخ العقد طبقاً للقواعد العامة .

وإذا كان من الواجب تسليم المبيع على دفعات متوالية ، وتخلف المشتري عن إستلام الدفعة الأولى ، كان للبائع المطالبة بالتنفيذ العينى أو بفسخ العقد . ولكن التخلف عن تسليم الدفعات الأخيرة لا يمس ما تم تسليمه من الدفعات الأولى .

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٦٢- ١٦٣ .

وللبائع - سواء طلب التنفيذ العيني أو الفسخ - الحق فى طلب التعويض عما يكون قد أصابه من الضرر بسبب تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بإستلام المبيع ، كأجرة المكان الذى بقى مشغولاً بالمبيع بعد أن حل ميعاد إستلامه .

ويلاحظ أخيراً أنه يجوز للبائع - بمقتضى نص المادة ٣٣٧ مدنى - بعد إستئذان القضاء ، أن يبيع بالمزاد العلنى الشيء المبيع إذا كان من الأشياء التى يسرع إليها التلف ، أو التى تكلف نفقات باهظة فى إيداعها أو حراستها ، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة . فإذا كان الشيء له سعر معروف فى الأسواق ، أو كان التعامل فيه متداولاً فى البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف .

القسم الثانى

عقد المقايضة

تعريف المقايضة وطبيعتها :

تقضى المادة ٤٨٢ من التقنين المدنى بأن :

« المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود » .

وتقضى المادة ٤٨٣ مدنى بأنه :

« إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً » .

يستفاد من النصوص المتقدمة أن عقد المقايضة كمقد البيع يعد من عقود التملك بمقابل ، غير أن المقايضة مبادلة شىء بشىء لا يكون أيهما مبلغاً من النقود . مثل عاقد يتعهد بتملك العاقد الآخر شيئاً أو حقاً مالياً على سبيل التبادل ، ولذلك يعتبر كل مقايض بائعاً ومشترياً فى وقت واحد ، فهو بائع للشىء الذى قايض به ومشترياً للشىء الذى قايض عليه .

وترد المقايضة عادة على حق الملك التام سواء كان مفرداً أم شائعاً ، غير أن هذا لا يحول دون أن ترد المقايضة على أى حق آخر من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، فالقاعدة أن كل ما يمكن بيعه يمكن المقايضة عليه ، ومع ذلك يجوز أن يكون العوض ملكية رقبة أو حق انتفاع^(١) أو حق ارتفاق . ولكن إذا كان العوض خدمة أو عملاً يقدمه أحد المتعاقدين ، فلا يعد العقد مقايضة بل عقداً غير مسمى .

على أن المقايضة يجوز أن تقترن بمعدل نقدى ، فيما إذا كانت الأشياء المتقايض عليها لها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين ، فإنه يجوز طبقاً لنص

(١) أنظر نقض ١٩٨٤/١/١ - طعن ١٨٤ س ٥٣ ق.

القسم الثانى

عقد المقايضة

تعريف المقايضة وطبيعتها :

تقضى المادة ٤٨٢ من التقنين المدنى بأن :

« المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود » .

وتقضى المادة ٤٨٣ مدنى بأنه :

« إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً » .

يستفاد من النصوص المتقدمة أن عقد المقايضة كمقد البيع يعد من عقود التملك بمقابل ، غير أن المقايضة مبادلة شىء بشىء لا يكون أيهما مبلغاً من النقود . مثل عاقد يتعهد بتملك العاقد الآخر شيئاً أو حقاً مالياً على سبيل التبادل ، ولذلك يعتبر كل مقايض بائعاً ومشترياً فى وقت واحد ، فهو بائع للشىء الذى قايض به ومشترياً للشىء الذى قايض عليه .

وترد المقايضة عادة على حق الملك التام سواء كان مفرداً أم شائعاً ، غير أن هذا لا يحول دون أن ترد المقايضة على أى حق آخر من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، فالقاعدة أن كل ما يمكن بيعه يمكن المقايضة عليه ، ومع ذلك يجوز أن يكون العوض ملكية رقبة أو حق انتفاع^(١) أو حق ارتفاق . ولكن إذا كان العوض خدمة أو عملاً يقدمه أحد المتعاقدين ، فلا يعد العقد مقايضة بل عقداً غير مسمى .

على أن المقايضة يجوز أن تقترن بمعدل نقدى ، فيما إذا كانت الأشياء المتقايض عليها لها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين ، فإنه يجوز طبقاً لنص

(١) أنظر نقض ١٩٨٤/١/١ - ملعن ١٨٤ س ٥٢ ق.

المادة ٤٨٣ مدنى ، تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً . ولكن لا يترتب على وجود هذا المعدل إعتبار العقد بيعاً إلا إذا كان المعدل هو العنصر الغالب (١) ، أى كان هو المقصود من التعاقد ، وقد سبق لنا التعرض - فى مقدمة هذا الكتاب - لبيان الفارق بين البيع والمقايضة .

تطبيق أحكام البيع على المقايضة :

تقضى المادة ٤٨٥ من التقنين المدنى بأنه :

« تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذى قايض به ومشترياً للشيء الذى قايض عليه » .

« فالمقايضة تسرى عليها فى الأصل أحكام البيع ، فيعتبر كل متقايض بائعاً للشيء الذى كان مملوكاً له وقايض به ومشترياً للشيء الذى كان مملوكاً للطرف الآخر وقايض هو عليه ، غير أن طبيعة المقايضة والتى ترجع إلى عدم وجود بيع وثمان بل مبيع ومبيع قد تقتضى بعض مفارقات عن أحكام البيع وهى متعلقة بالثمن وبالتزامات المشتري الراجعة إلى الثمن لتعارض هذه الأحكام مع طبيعة المقايضة ، وكذلك ما ورد فى حكم المادة ٤٨٤ من القانون للفتى بشأن مصروفات عقد المقايضة . وفيما عدا ذلك فإن الآثار التى تترتب على المقايضة هى نفس الآثار التى تترتب على البيع من حيث التزامات البائع ومنها التزامات كل متقايض بضمان التعرض والاستحقاق » (٢).

أحكام البيع التى تسرى على المقايضة :

للمقايضة كالبيع من العقود الرضائية ، تتم بتوافق الإيجاب والقبول ، ولا يشترط فيها شكل خاص . ويثبت العقد طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات وأركان لتقليضة التراضى والمحل والسبب .

(١) نقض ١٩٣٥/٥/٣٠ - طعن ٩٧ س٤ ق .

(٢) نقض ١٩٨٤/١/١ طعن رقم ١٨٤ س٥٢ ق ، نقض ١٩٨٤/٦/١٤ ، طعن رقم ٤٢ س٥١ ق . ونظر نقض ١٩٣٧/١/٧ - طعن ٣٩ س٦ ق ونقض ١٩٨٩/٣/٢٢ - طعن ١٦٧٨ س٦٦ ق .

وبالنسبة للتراضى تسرى أحكام البيع ، فلا بد من وجود التراضى وأن يكون صحيحاً صادراً عن ذى اهلية وخالياً من عيوب الرضا .

والركن الثانى فى المقايضة هو الشيثان المقايض بهما ، ويشترط فى كل منهما ما يشترط فى المبيع ، من حيث الوجود والتعيين الكافى وصالحاً للتعامل فيه ومشروعاً وأن يكون الشيء مملوكاً للمتقايض .

أما الركن الثالث فهو السبب ، وتسرى هنا أيضاً الأحكام العامة المقررة فى نظرية السبب .

أما الآثار التى تترتب على المقايضة فهى ذات الآثار التى تترتب على البيع .

فبالنسبة لنقل الملكية ، يلتزم كل متعاقد فى المقايضة بالقيام بالإجراءات اللازمة لنقل ملكية الشيء الذى قايض به إلى المتعاقد الآخر . والملكية كما فى البيع تنتقل بمجرد التعاقد إذا كان الشيء منقولاً معيناً بالذات ، أما إذا كان منقولاً معيناً بالنوع فقط فلا تنتقل إلا بالإفراز ، وإذا كان عقاراً فلا تنتقل الملكية فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل . ويجوز أن تكون المقايضة سبباً صحيحاً فى تملك العقار بالتقادم القصير وفى تملك المنقول بالحيازة .

ويلتزم كل متقايض بتسليم الشيء الذى قايض به إلى المتقايض الآخر فى الحالة التى كان عليها وقت المقايضة ، وتسرى فى هذا الصدد أحكام البيع من حيث العجز والزيادة فى مقدار المبيع ، وطريقة التسليم وزمان التسليم ومكانه ونفقاته ، وجزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم ، كما يتحمل كل متقايض تبعه هلاك الشيء الذى قايض به إذا وقع الهلاك قبل التسليم على نحو ما رأيناه بالنسبة للبيع .

كما تسرى على المقايضة أحكام البيع الخاصة بضمان العيوب الخفية . وإيضاً الأحكام الخاصة بضمان الاستحقاق الكلى والجزئى . ولذلك إذا تبين لأحد المتقايضين أن الشيء الذى قايض عليه مملوك للغير ، جاز له أن يطلب فسخ المقايضة وأن يمتنع عن تسليم الشيء الذى قايض به إذا لم يكن قد سلمه بعد ، أو أن يطلب إبطال العقد ولو كان المالك الحقيقى لم يتعرض له بعد ، أو

يطالب بالتعويض بدعوى خاصة وبضمان الإستحقاق إذا وقع له التعرض فعلاً^(١) .

ولكل متقايض الحق في حبس الشيء الذى قايض به أو فسخ المقايسة إذا إستحق الشيء الذى قايض عليه أو ظهر فيه عيب يوجب الضمان .

أحكام البيع التى لا تسرى على المقيضة :

لا تسرى على المقيضة أحكام البيع التى لا تتفق مع طبيعتها ، ومن هذه الأحكام نذكر :

١- لا تسرى على المقيضة الأحكام الخاصة بالثمن أو بالتزامات المشتري الراجعة إلى الثمن . ولكن إذا دخل عنصر النقد فى المقيضة - فى المقيضة بمعدل - سرت أحكام الثمن على هذا المعدل وحده بالقدر الذى لا يتعارض مع عقد المقيضة .

٢- لا تسرى على المقيضة الأحكام الخاصة بدعوى تكملة الثمن فى حالة بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية ، فالمشرع راعى أن الدافع إلى البيع يكون عادة الحاجة إلى مبلغ نقدي ، فى حين أن هذه الحاجة لا تتوافر فى المقيضة إذ لا ثمن فيها . وهذه القاعدة صحيحة حتى ولو تضمنت المقيضة معدلاً من النقود ، لأن المعدل لا يعتبر ثمناً .

٣- لا تسرى على المقيضة الأحكام الخاصة بالعربون ، حيث لا عربون فيها ، ولا أحكام البيع بالتقسيط ، ولا أحكام إسترداد الحق المتنازع فيه ولا أحكام المعجز فى المقدار .

٤- لا يوجد حق امتياز لأى من المتقايزين على الشيء الذى قايض به ، فالامتياز تقرر لضمان الثمن ، ولا ثمن هنا .

٥- لا شفعة فى المقيضة .

٦- بالنسبة لمصروفات البيع ، فتخضع المادة ٤٨٣ مدنى بأن « مصروفات عقد المقيضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايزان مناصفة ، ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك » .

(١) نقض ١٩٤١/٣/٢٧ - مجموعة القواعد - ج٢ رقم ١٩ من ٢٢٧ .

فالأصل أن النفقات الخاصة بعقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل وغير ذلك من المحروقات تكون على المشتري دون البائع ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ، أما فى المياضة فيتحملها المتقايسان مناصفة ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك (١).

تم بحمد الله وتوفيقه

الاسكندرية فى اكتوبر ٢٠٠٢.

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج١ ص ٢٢٩ .