



**كلية: الحقوق**

# **الوجيز في عقد البيع في ظلال القانون المدني المصري**

**مؤلف**

**خالد جمال أحمد حسن**

أستاذ القانون المدني وعميد كلية الحقوق الأسبق - جامعة العلوم التطبيقية بمملكة البحرين، ووكيل كلية الحقوق الأسبق - جامعة أسيوط ، والمحامي بالنقض والدستورية والإدارية العليا.

طبعة عام: ( ١٤٤٢ هـ - ٢٠٢١ م ).

## المقدمة

لا غرو أن يحتل عقد البيع مركز الصدارة بين العقود المسماة ، فهو أكثر العقود انتشاراً وديوعاً على الإطلاق ، فحياة الناس لا تفتقر عن التعامل عليه بيعاً أو شراءً في كل لحظة من لحظات حياتهم اليومية ، ولهذا حظي هذا العقد قديماً وحديثاً باهتمام واضعي القوانين ، وقد أفرد له واضع القانون المدني المصري المواد من ٤١٨ : ٤٨١ منظماً أحكامه بصورة تفصيلية بدءاً من تعريفه وتمييزه عن غيره من العقود التي قد تشبهه معه أو تختلط به ، فضلاً عن بيان ما يفرضه هذا العقد من التزامات متبادلة على عاتق الطرفين ، سواء كانت هذه الالتزامات ملقاة على عاتق البائع ، مثل التزامه بالقيام بما هو ضروري لنقل ملكية الحق المبيع إلى المشتري والتزامه بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، على أن يشمل التزامه بالتسليم تسليمه ملحقات هذا الشيء المبيع وكل ما أُعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين أو التزامه بضمان التعرض ، سواء كان تعرضاً شخصياً (مادياً كان أو قانونياً) أم كان تعرضاً صادراً عن الغير شريطة أن يكون تعرضاً قانونياً ، والتزامه بضمان استحقاق الغير للمبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً ، وأخيراً التزامه بضمان العيوب الخفية في هذا المبيع ، أم كانت ملقاة على عاتق المشتري مثل التزامه بدفع الثمن ، حيث يلتزم المشتري بدفع الثمن في الزمن والمكان اللذين يسلم فيهما المبيع ، هذا ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يقضي بغير ذلك .

كما أفرد واضع القانون المدني المصري أحكاماً خاصة لبعض أنواع معينة من البيوع مثل بيع ملك الغير ، وبيع التركة ، وبيع الحقوق المتنازع فيها ، وبيع المريض مرض الموت .

## **فصل تمهيدي**

### **ماهية عقد البيع**

**تمهيد :**

يجدر بنا أن نستهل هذا الفصل بتعريف عقد البيع، ثم نبين ما يتسم به من خصائص ومميزات، ثم نبرز مدى اختلافه وتميزه عن غيره من العقود التي قد تقترب في مضمون أحكامها منه أو تتشابه في بعض آثارها معه، وذلك كل في بحث مستقل به.

**المبحث الأول: تعريف عقد البيع .**

**المبحث الثاني: خصائص عقد البيع .**

**المبحث الثالث: تمييز عقد البيع عن غيره من العقود المتشابهة معه .**

## المبحث الأول

### تعريف عقد البيع

لقد عرفت المادة رقم: ( ٤١٨ ) مدني مصري عقد البيع قائلة " البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي.

ويتميز هذا التعريف بأنه يبرز سعة نطاق محل البيع، بحيث لا يكون مقصورا وحسب على حق الملكية، بل يمتد ليشمل غيره من الحقوق الأخرى سواء العينية منها (مثل حق الانتفاع وحق الارتفاق) أو الشخصية (مثل حوالة الحق) أو الذهنية (مثل حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية)، ويتجلى ذلك واضحا في قوله "البيع عقد على تمليك شيء أو نقل حق مالي آخر....." (١).

هذا فضلا عن إبرازه للطبيعة النقدية للمقابل المبذول عوضا عن المبيع من جانب المشتري، إذ ينبغي أن يكون الثمن من النقود تمييزا للبيع عن المقايضة التي هي مبادلة مال غير نقدي بمال غير نقدي، وعن الصرف الذي يمثل مبادلة مال نقدي بمال نقدي. وأخيراً: يبرز هذا التعريف أيضا اشتغال البيع على المبيع وكل ما يعد ملحقاته وتوابعه كأصل عام ما لم يتفق على عكس ذلك، ويجري الاحتكام في تحديد ما يعد من ملحقات المبيع وتوابعه إلى طبيعة المعاملة وعرف الجهة وقصد المتعاقدين.

---

(١) انظر في ذلك المعنى: أ.د/ منصور مصطفى منصور "العقود المسماة" ص ١٢ وما بعدها، طبعة عام ١٩٥٦م القاهرة، أ.د/ ليلي عبد الله سعيد "العقود المسماة (عقد البيع) بند ١١ ص ١٦، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٣م، مطبعة جامعة البحرين.

## المبحث الثاني

### خصائص عقد البيع

يتسم عقد البيع بخصائص جوهرية، منها ما هو مشترك فيه مع غيره من العقود فتكون بمثابة خصائص عامة، ومنها ما ينفرد بها عن غيره من العقود فتكون بمثابة خصائص خاصة مميزه لهذا العقد عن غيره من العقود القريبة منه أو المتشابهة معه، وذلك كله على التفصيل الآتي:-

### المطلب الأول

#### الخصائص العامة لعقد البيع

##### أولاً: عقد البيع عقد رضائي

لا جرم أن عقد البيع يعد - كأصل عام - أحد العقود الرضائية، حيث يكفي مجرد التراضي بين طرفيه لصحة انعقاده، بتبادلها التعبير بين إرادتين متطابقتين صراحة أو ضمناً، دون حاجة إلى إفراغ ذلك التراضي في شكل معين أو مباشرة إجراء آخر معه<sup>(٢)</sup>.

ويبقى عقد البيع محتفظاً بهذه الخاصية ولو كان المبيع عقاراً واشترط القانون تسجيل العقد لانتقال الملكية فيه، وذلك على أساس أن التسجيل لا يلزم في العقد ذاته وإنما يلزم في المحرر المثبت للعقد، ومن ثم فإنه إذا لم يجر تدوين محرر بعقد بيع العقار فإن ذلك لا يمنع من صحة انعقاد العقد، إذ ينعقد بمجرد التراضي ويجري إثبات العقد بطريق الإقرار أو اليمين أو غيرهما من وسائل الإثبات الأخرى، ويقوم الحكم المثبت لهذا العقد مقام المحرر الذي يصدر عن الطرفين من حيث التسجيل<sup>(٣)</sup>.

(٢) وبذلك لا يكون عقد البيع عقداً شكلياً حيث لا يلزمه شكل معين، كما أنه ليس عقداً عينياً حيث لا يلزم لانعقاده تسليم المبيع أو دفع الثمن (انظر نفس المعنى: أ.د./ عبد المنعم البدر أوي "عقد البيع والمقايضة"، بند رقم ٢، ص ٤، طبعة عام ١٩٥٨م).

(٣) أ.د./ سليمان مرقس - المرجع السابق - بند ١٤، ص ١٩. فاشتراط القانون تسجيل عقد البيع الوارد على عقار، لا يعني أن التسجيل أضحي ركناً شكلياً في هذا العقد، بل يبقى عقد البيع وإن ورد على عقار عقداً رضائياً - مثله

بيد أن رضائية عقد البيع ليست من النظام العام، ومن ثم يجوز للراغبين في التعاقد الاتفاق على إفراغ رضاها في شكل معين ( كما لو اتفقا على تدوينه في محرر رسمي أو عرفي)، وعندئذ لا ينعقد العقد إلا مع استيفاء هذا الشكل المتفق عليه، وعندئذ يصبح العقد بناء على هذا الاتفاق عقد شكلياً.

وقد يحدث أن يشترط القانون نفسه شكلاً معيناً في بعض عقود البيع، في بيع السفينة البحرية كلها أو في جزء منها ( حيث تنص المادة ١/١١ من قانون التجارة البحرية المصرية على أنه تقع التصرفات التي يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية على السفينة بمحرر رسمي وإلا كانت باطلة "، واشترط الكتابة في عقد البيع المتجر ( حيث تنص المادة ١/٣٧ من قانون التجارة المصري على أن " كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو إنشاء حق عيني عليه أو تأجير استغلاله يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً. " وعندئذ لا ينعقد العقد إلا عند مراعاة هذا الشكل المنصوص عليه قانوناً، وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

### ثانياً: عقد البيع عقد ملزم للجانبين:

يعد عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين، نظراً لما يربته على عاتق طرفيه من التزامات متقابلة أو متبادلة، يصير معها كل واحد منهما مدينا ودائناً في نفس الوقت في مواجهة الآخر، فإذا كان البائع ملتزماً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري سواء بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وتسليمه له حينما يكون المبيع منقولاً معيناً بالذات حيث تنتقل الملكية بمجرد العقد، باتخاذ إجراء معين مثل التسجيل إذا كان المبيع عقاراً، ومثل الإفراز إذا كان المنقول معيناً بالنوع، وضمان كل من التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، فإن المشتري يكون ملتزماً في مواجهة البائع بدفع الثمن والمصروفات.

ولعل هذا التبادل أو التقابل يخلق ترابطاً وثيقاً بين التزامات طرفي عقد البيع بحيث يرخص لكل عاقد منهما أن يمتنع عن تنفيذ التزامه عند مطالبته بالتنفيذ كوسيلة للضغط

---

مثل عقد بيع المنقول - بحيث ينعقد بمجرد التراضي دون أن يحتاج في انعقاده إلى إفراغه في قالب مكتوب، وتكون كتابته في محرر مجرد وسيلة لازمة لجعله صالحاً للتسجيل فقط وليست ركناً لازماً في انعقاده.

على إرادة العاقد الآخر لحمله على التنفيذ أولاً أو ليبيدي على الأقل استعداده لإجراء هذا التنفيذ (م ١٦١ مدني مصري<sup>(٤)</sup>).

كما أنه إذا بطل التزام أحد الطرفين أو استحال تنفيذه استحالة مطلقة بطل التزام الطرف الآخر أو انقضى بانفساخ العقد بقوة القانون بسبب هذه الاستحالة<sup>(٥)</sup> (م ١٤٢، ١٤٩ مدني مصري<sup>(٦)</sup>).

كما أن لكل عاقد الحق في طلب التنفيذ العيني الجبري إذا لم يبذله له العاقد الآخر رغم إعداره مختاراً، أو يطلب فسخ العقد مع بالتعويض في الحالتين إن كان لذلك مقتضى كما له طلب التنفيذ بمقابل أو بطريقة التعويض إذا استحال التنفيذ العيني أو كان مرهقاً للمدين إرهاقاً جسيماً (م ٢٠٣ مدني مصري).

### ثالثاً: عقد البيع عقد معاوضة:

يعد عقد البيع من عقود المعاوضة لأن كل عاقد فيه يتلقى عوضاً أو مقابلاً لما يبذله للعاقد الآخر من أداء، فإذا كان البائع يبذل للمشتري المبيع فينتقل له - من ثم - ملكيته، فإن المشتري يدفع له ثمناً نقدياً عوضاً له عن هذا المبيع<sup>(٧)</sup>.

وبذلك يكون البيع من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر، ولذا يلزم لصحته أن تتوافر لدى طرفيه - كقاعدة عامة - أهلية التصرف في العوض المبذول في العقد

(٤) حيث تنص هذه المادة على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به. هذه المادة " . تقابل المادة ١٥٠ م مدني بحريني والمادة ٢١٩ مدني كويتي .

(٥) انظر في نفس هذا المعنى إلى أ.د/ سليمان مرقس - المرجع السابق - بند ١٥ ص ٢٢، أ.د/ محمد يوسف الزغبى " العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني "، بند رقم ١١، ص ٢٢، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٤ م، الناشر مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان. الأردن.

(٦) حيث تنص المادة ١/١٤٢ مدني مصري على أنه " في حالي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل " . هذه المادة تقابل المادة ١١٩ مدني بحريني ، والمادة ١/١٨٧ مدني كويتي .

كما تنص المادة ١٥٩ مدني مصري على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المتقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه. " . هذه المادة تقابل المادة ١/١٤٥ مدني بحريني ، والمادة ١/٢١٥ مدني كويتي.

(٧) والعوض أو المقابل النقدي يمثل عنصراً مميزاً للبيع عن المقايضة التي تمثل مبادلة مال غير نقدي بمال غير نقدي. ويلزم في هذا العوض النقدي أن يكون حقيقياً لا صورياً، جدياً لا تافهاً.

وذلك ببلوغهما سن الرشد ( وهي إحدى وعشرون عاماً <sup>(٨)</sup> ) وإلا كان هذا التصرف باطلاً عند انعدام الأهلية ، أو قابلاً للإبطال لصالح من كان ناقص الأهلية منهما.

#### رابعاً : عقد البيع عقد مسمى:

يعد عقد البيع من العقود المسماة ، نظراً لأن واضع القانون قد أفرد له أحكاماً خاصة تنظمه بين نصوص القانون المدني <sup>(٩)</sup> ، واختار له اسماً معيناً يميزه عن غيره من واقع مضمونه أو تبعاً للاسم الشائع له في محيط التعامل ، وذلك نظراً لما يحظى به عقد البيع من أهمية كبيرة في محيط المعاملات اليومية بين الأفراد .

ومن ثم فإنه إذا أثير نزاع حول عقد البيع في أى مسألة من مسائله، يعتمد القاضي مباشرة إلى النصوص الخاصة الواردة بشأنه في القانون المدني ، ولا يلجأ إلى القواعد العامة في العقود إلا إذا خلت النصوص الخاصة من تنظيم قانوني للمسألة موضوع النزاع .

#### خامساً : عقد بيع من العقود المحددة:

يعد عقد البيع بصفة عامة من العقود المحددة ، وذلك نظراً لأنه في مقدور كل عاقد في عقد البيع بائعاً كان أو مشترياً أن يحدد لحظة إبرام العقد - ولو على وجه تقريبي - مقدار أو حجم المنفعة أو الفائدة التي تعود عليه من وراء هذا العقد <sup>(١٠)</sup> وهو بذلك يختلف عن العقد الاحتمالي - مثل عقد التأمين - الذي لا يتسنى فيه لكل عاقد

(٨) تنص المادة ٤٤ مدني مصري على أن " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية." ، وتنص المادة ٣/٤٥ مدني مصري على أن " سن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة." وسن الرشد في فرنسا هي ثمانى عشرة سنة (م ٤٨٨ من القانون المدني الفرنسي)

(٩) فقد جعل واضع القانون المدني المصري لعقد البيع أحكامه وقواعده الخاصة به في المواد ٤١٨ : ٤٨١ م . وهذه المواد تقابل المواد من ٣٨١ منه حتى المادة ٤٤٧ من التقنين المدني البحريني .

(١٠) فالعقد المحدد Le contrat déterminé هو العقد الذي يتسنى فيه لكل عاقد أن يقرر - ولو على نحو تقريبي - لحظة إبرام العقد حجم الفائدة التي تعود عليه من وراء هذا العقد " انظر في ذلك إلى : د / خالد جمال أحمد " النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني ، مصادر الالتزام . دراسة مقارنة ، ص ١٦ ، الطبعة الثانية عام ١٩٢٣ - ٢٠٠٢ م ، مطبعة جامعة البحرين .



تحديد قدر أو حجم التزاماته لحظة إبرام العقد لتوقف ذلك على شيء احتمالي غير محقق الوقوع أصلاً أو محقق الوقوع لكن غير معروف وقت تحققه (١١) .

بيد أنه قد يحدث أن يكون البيع عقد احتمالي ، وذلك حينما يربط التزام أحد العاقدين بحدث غير معروف وقت تحققه ، كما لو بيع شيء مقابل ثمن يدفع في شكل إيراد مرتب مدى حياة البائع ، فيضحي بذلك مقدار الثمن رهيناً بطول أو قصر حياة البائع ، وهذا أمر يستحيل تحديده لحظة إبرام العقد ، حيث لا يعلمه أحد إلا الله سبحانه وتعالى المحيى والمميت (١٢) .

وتتجلى قيمة التفرقة بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي عند الإدعاء بوجود الغبن فيهما ، حيث لا يؤثر الغبن وحده في صحة العقود الاحتمالية، لأن طبيعة هذه العقود تفترض احتمال وقوع الغبن في الالتزامات المتبادلة بين أطرافها ، بخلاف الحال في العقود المحددة ( مثل عقد البيع ) إذ يؤثر الغبن وحده - وإن لم يصاحبه استغلال - في صحة مثل هذه العقود في بعض الحالات.

#### سادساً : عقد البيع من العقود الفورية:

يمثل عقد البيع أحد العقود الفورية ، نظراً لأنه بحسب طبيعته يجرى تنفيذه فور تمامه دون أن يكون للزمن أى دور في تحديد حجم ومقدار الأداءات الملقاة على عاتق البائع أو المشتري . ولا يقدح في فورية عقد البيع أن يتراخى فيه التنفيذ لأجل يتفق عليه طرفاه أو لكون محل العقد<sup>١٣</sup> شيئاً مستقبلاً .

(١١) فعقد التأمين من العقود الاحتمالية حيث لا يتسنى فيه لكل عاقد ( سواء كان مؤمناً أم مؤمناً له ) أن يحدد وقت إبرام العقد مقدار التزاماتها لتوقف ذلك على تحقق الخطر المؤمن منه ، وهذا الخطر المؤمن منه يكون غير محقق الوقوع كما هو الحال في التأمين على الأشياء ، فمثلاً إذا أمن شخص على مصنعه ضد خطر الحريق ، فقد يقع هذا الخطر وقد لا يقع ، وقد يكون هذا الخطر المؤمن منه محقق الوقوع ولكن غير معروف وقت تحققه ، كما هو الحال في التأمين على الحياة ضد خطر الموت ، فالموت بوصفه أحد الأخطار وإن كان محقق الوقوع إلا أنه غير معروف وقت حدوثه .

(١٢) انظر في نفس المعنى : أ . د / آدم وهيب النداوى " شرح القانون المدني ، العقود المسماة في القانون المدني ، البيع والإيجار ، ص ٢٤ ، الطبعة الأولى عام ١٩٩٩ م ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن . عمان ، د / حمدى محمد عطيفى " القانون المدني العقود المسماة ( البيع والإيجار التأمين ) ، ص ١٣ ، طبعة عام ١٩٩٨ م ، ١٩٩٩ م مطابع فوتيادس وشركاه .

وهو بذلك يختلف عن العقود الزمنية التي يلعب فيها الزمن دوراً أساسياً في تحديد حجم أداء طرفيه مثل عقد الإيجار الذي يلعب فيه الزمن دوراً رئيسياً في تحديد حجم المنفعة والأجرة المقابلة لها.

وتتجلى أهمية التفرقة بين عقد البيع بوصفه نموذجاً للعقد الفوري وعقد الإيجار بوصفه نموذجاً للعقد الزمني من حيث أثر الفسخ أو البطلان ، فحينما يفسخ العقد أو يقضى ببطلانه يكون للفسخ أو البطلان أثر رجعي يعود فيها العاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، وهذا أمر غير متصور في عقد الإيجار ، لأنه بحسب طبيعته كعقد زمني لا يتصور أن يكون لفسخه أو لبطلانه أثر رجعي بالنسبة للماضي ، ويقتصر أثرهما على المستقبل فقط ، هذا فضلا عن التفاوت في مدى أو حجم تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليهما ، حيث تتيح العقود الزمنية بحسب طبيعتها المجال رحبا لتطبيق النظرية عليها عند حدوث اختلال فادح بين الالتزامات المتبادلة ، بعكس العقود الفورية التي يجرى تنفيذها فور إبرامها دون أدنى تراخٍ يسمح بتطبيق هذه النظرية ، ولذا يندر تطبيق هذه النظرية على العقود الفورية ، ويحدث ذلك حينما يتراخى التنفيذ بناء على اتفاق بين طرفي العقد بعض الوقت فتطراً خلاله ظروف طارئة تحدث اختلالا فادحا بين التزاماتهما <sup>(١٤)</sup> .

وينبغي مراعاة أن البيع وإن كان بحسب طبيعته عقدا فوريا أو منجزا بحيث ينتج أثره فور إبرامه ، إلا أنه ليس ثمة مانع قانوني يحول دون تعليق آثاره كلها أو بعضها على أجل معين يحدده الطرفان ، شريطة ألا تضاف هذه الآثار إلى موت البائع ، لأنه سيضحي بالتصرف مع هذه الإضافة تصرفا واردا على جزء من تركة مستقبلية فيكون باطلا عملاً بنص المادة ١٣١ مدنى مصري (حيث تنص على أن : ١- يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا . ٢- غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون <sup>(١٥)</sup> ) أو يكون في

<sup>(١٤)</sup> د / خالد جمال أحمد - المراجع السابق - ص ٢٦ ، طبعة ٢٠٠١ م .  
<sup>(١٥)</sup> هذه المادة تقابل المادة ١٠٤ مدنى بحريني ، والمادة ١٦٩ مدنى كويتي .

حكم الوصية إذا ثبت أن البيع قد تم بغير مقابل وأضيف انتقال الملكية إلى ما بعد موت البائع أو كان العقد ينقل إلى المشتري ملكية الرقبة مع احتفاظ البائع لنفسه بحق الانتفاع بالعين المبيعة مدى حياته ، وكان المشتري أحد الورثة (١٦)

#### سابعاً : عقد البيع من العقود البسيطة:

يمثل عقد البيع نموذجاً للعقد البسيط الذى ينظم موضوعاً واحداً دون أن تتداخل معه موضوعات عقود أخرى غيره ، فالبيع يعالج موضوعاً واحداً متمثلاً فى نقل ملكية المبيع إلى المشتري مقابل الثمن النقدي الذى يحصل عليه البائع ، دون أن تختلط معه موضوعات أخرى مغايرة له تدخل عادة فى مضامين عقود أخرى غيره ، حتى وإن تعدد المبيع ، فهذا لا يغير فى مضمون عقد البيع .

وهو بذلك يختلف عن العقد المركب أو المختلط الذى يعالج - رغم كونه عقداً واحداً - عدة موضوعات مختلفة ، كل واحد من هذه الموضوعات يمثل موضوعاً لعقد ما من العقود ، فيحقق فى آن واحد مجموعة من الأغراض التى يحققها أكثر من عقد ، مثل عقد الفندق فهو ينظم عدة موضوعات متباينة لأكثر من عقد ، فى وقت واحد بين النزيل وصاحب الفندق ، فيحقق للنزيل جملة من الأغراض التى تحققها مجموعة من العقود ، إذ يحقق له الغرض الذى يقصد من عقد الإيجار بالنسبة للغرفة ، ويحقق له الغرض الذى يقصد من عقد العمل بالنسبة للخدمة ، ويحقق له الغرض الذى يقصد من عقد الوديعة بالنسبة لأمواله وأمتعته الشخصية التى يودعها فى ودائع الفندق ، ويحقق له الغرض الذى يحققه عقد البيع بالنسبة لما يبيعه له الفندق من مأكولات ومشروبات . (١٧)

---

(١٦) حيث تنص ٩١٧ مدنى مصري على ذلك بقولها "إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقر دليل يخالف ذلك." .

(١٧) د / خالد جمال أحمد - المراجع السابق - ص ٢٧ .

## المطلب الثاني

### الخصائص الخاصة لعقد البيع

أولاً : عقد البيع عقد ناقل للملكية أو لأى حق مالى آخر

لا جرم أن من أبرز خصائص عقد البيع أنه عقد ناقل للملكية أو لأى حق عيني آخر ، حيث يترتب على مجرد توافر التراضى بين طرفى هذا العقد انتقال الملكية أو الحق العيني الآخر من البائع إلى المشتري ، متى كان المبيع منقولاً معيماً بالذات ومملوكاً لبائعه ، دون حاجة إلى مراعاة شكل معين أو مباشرة إجراء محدد<sup>(١٨)</sup>.

بل إن من الفقهاء من يرى أن البيع بمجرد إبرامه ينقل الملكية ولو كان المبيع عقاراً أو منقولاً معيناً بنوعه ، وفى ذلك يقول " إن المشرع الكويتى لا يضع ضمن التزامات البائع نقل الملكية ، فالملكية تنتقل بالعقد، بيد أن المشرع يتطلب لانتقالها شرائط معينة ، كالإفراز فى المنقول المعين بالنوع والتسجيل فى العقارات "<sup>(١٩)</sup>.

ولعل هذا النظر يوافق مسلك الفقه الإسلامى الذى يجعل عقد البيع ناقلاً للملكية المبيع إلى المشتري بمجرد إبرامه أياً كان محله الذى يرد عليه ( أى سواء كان عقاراً أو منقولاً) دون حاجة إلى شكل معين أو إجراء محدد.

بيد أن من الفقه القانونى من يرى أن البيع فى بعض الأحوال وإن لم ينقل الملكية فى ذاته ، إلا أنه يترتب التزاماً شخصياً على عاتق البائع بنقل الملكية إلى المشتري ، وعندئذ يتعين على البائع اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتنفيذ هذا الالتزام ، مثل قيامه بالإفراز فى بيع المنقول المعين بنوعه ، أو بالتسجيل فى بيع العقار<sup>(٢٠)</sup> .

(١٨) انظر فى نفس هذا المعنى : أ. د / ليلى عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند رقم ١١ ، ص ١٨ ، أ. د / أحمد السعيد الزقرد " الوجيز فى عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى " بند رقم ١٣ ، ص ١٦ ، بدون تاريخ نشر ، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر كلية الحقوق ، جامعة الكويت .  
(١٩) أ. د / حسام الدين الأهواني " عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى " بند ٢٢ ، ص ٢١ ، طبعة عام ١٩٨٩ م ، مطبوعات جامعة الكويت .

(٢٠) انظر فى ذلك المعنى : أ. د / سليمان مرقس - المرجع السابق بند رقم ١٨ ، ص ٢٥ ، أ. د / عبد المنعم البدرأوى " عقد البيع والمقايضة ، بند رقم ٢٦ ، أ. د / عبد الخالق حسن " الوجيز فى شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الثالث ، عقد البيع ، ص ١٣ .

ولقد مر البيع بتطورات متلاحقة إلى أن استقرت له أبرز خصائصه على الإطلاق باعتباره عقدا ناقلا للملك أو منشئا للالتزام على عاتق البائع بنقلها ، حيث لم يكن البيع فى ذاته ناقلا للملك فى القانون الرومانى ، بل ولا يلزم البائع حتى بنقلها إلى المشتري إلا إذا اتفق على ذلك صراحة ، بل كان يرتب على عاتق البائع مجرد الالتزام بنقل الحيازة الهادئة إلى المشتري ، أما نقل الملكية فكان لا يتحقق - سواء التزام البائع صراحة بنقلها أم لا - إلا بعد اتباع إجراءات شكلية محددة مستقلة عن عقد البيع مثل الإشهاد أو التنازل القضائى أو التسليم أو التقادم ، ثم انتقل ذلك الفكر إلى القانون الفرنسى القديم ، حيث لم تكن الملكية فيه تنتقل إلى المشتري إلا بالقبص أو بذكر ما يفيد القبض ولو لم يحدث فعلا، إلى أن استقر التطور على اعتبار البيع فى ذاته ناقلا للملك من خلال ما يرتبه العقد فى ذمة البائع من التزام بنقل ملكية المبيع أو حق عيني آخر إلى المشتري<sup>(٢١)</sup>.

وينبغى مراعاة أن البيع قد يكون ناقلا لحق الملكية أو لأى حق مالى آخر سواء أكان حقا عينيا آخر ( مثل حق الانتفاع أو حق الارتفاق ) ، أم حقا ذهنيا ، أم حقا شخصيا مثل حوالة الحق التى تجرى مقابل ثمن نقدي ، رغم أن البعض من الفقه من يقصر البيع على نقل الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو الحقوق الذهنية ، ومن ثم لا يكون البيع ناقلا للحقوق الشخصية بدعوى أن مثل هذه الحقوق لا تخضع لأحكام البيع إنما تخضع لأحكام حوالة الحق المنظمة فى باب النظرية العامة للالتزام<sup>(٢٢)</sup>.

### ثانيا : عقد البيع ينقل حق الملكية أو غيره مقابل ثمن نقدي

يتميز عقد البيع عن غيره من العقود الناقلة لحق الملكية أو غيره من الحقوق المالية الأخرى ، أن له مقابلا نقديا عوضا عن ذلك ، بحيث إذا انتقى المقابل أو

(٢١) انظر فى ذلك : أ. د / عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق - المجلد الرابع ، البيع والمقايضة ، بند رقم ، ص ، أ. د / خميس خضر " العقود المدنية الكبيرة " ، البيع والتأمين والإيجار ، بند رقم ٧ ، ص ١٦ ، ١٧ ، الطبعة الأولى ١٩٧٩م دار النهضة العربية بالقاهرة .

(٢٢) أ. د / عبد المنعم البدر أوى " العقود المسماة " ، ص ٣٧ ، طبعة عام ١٩٥٦م .

العوض لم يكن العقد بيعا ، بل هبة ، وإذا توافر المقابل أوالعوض ولم يكن ذا طابع نقدى ، لم يكن العقد بيعا ولكن مقايضة.

ويتحقق انعدام الثمن عملا إما بذكر ثمن فى العقد لايلتزم المشتري بدفعه من خلال ورود إعفاء له من أدائه بموجب اتفاق مستترمع البائع ، فيكون الثمن بذلك ثمنا صورياPrix Fictif، أو بتقدير ثمن للمبيع يبلغ حدا كبيرا من التفاهة بحيث لا يتناسب البتة مع قيمة المبيع ، فيكون أشبه بالمقابل المعدوم لشدة تفاهته أو لانعدام التناسب بينه وبين المبيع ، وهو مايعرف بالثمن التافه Le prix dérisoire<sup>(٢٣)</sup>.

---

(٢٣) انظر فى نفس المعنى ؛ أ. د / خميس خضر – المرجع السابق – بند رقم ٨ ، ص ١٨ ، أ. د / ليلي عبد الله سعيد – المرجع السابق – بند رقم ١٣ ، ص ٢٠.

## المبحث الثالث

### تمييز عقد البيع عن غيره من العقود المتشابهة معه

إنه بالرغم من الخصائص العامة والخاصة التي تكشف لنا بجلاء حقيقة وماهية عقد البيع بوصفه عقدا ناقلًا للملكية أولاًى حق مالى آخر مقابل ثمن نقدى ، إلا أنه قد يلتبس مع هذا العقد غيره من العقود ( المسماة منها أوجير المسماة ) ، الأمر الذى يوجب تمييزه عن العقود التى قد تشبهه معه تقترب منه حتى يتسنى لنا بعد معرفة التكييف الصحيح للعقد تطبيق أحكامه الخاصة به عليه ، وذلك على التفصيل الآتى :-

#### أولاً : التفرقة بين البيع والهبة

إنه وإن كان هذان العقدان يتشابهان فى كونهما ناقلين للملكية إلى المشتري أو الموهوب له ، إلا أنهما يختلفان فى أن البيع ينقل الملكية مقابل عوض نقدى ، بعكس الهبة فهى تصرف ناقل للملكية من الواهب للموهوب له بغير عوض.

ويتحقق الالتباس بين العقدين ( أى البيع والهبة ) حينما تكون الهبة بعوض ويكون العوض نقدياً ، وهنا يعول على نية الطرفين فى معرفة حقيقة التكييف الصحيح للعقد ، بحيث إذا كانت نية الطرفين قد انصرفت إلى البيع كان العقد بيعاً ، أما إذا كانت نية الطرفين قد انصرفت إلى تبرع أحدهما للآخر بشيء ما كان العقد هبة لابيعة ويسرى عليه ما يسرى على الهبة من أحكام سواء من حيث الشكل ( فيلزم حبسها فى شكل رسمى إذا كانت واردة على عقار ) أو من حيث الموضوع ، حتى وإن اشترط الواهب على الموهوب له دفع مقابل معين <sup>(٢٤)</sup> ، مادامت قد توافرت فى الواهب نية التبرع ،

(٢٤) وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٢/٤٨٦ مدنى مصرى على أنه " يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين " .

ويتجلى ذلك بصورة أكثر وضوحاً حينما يكون المقابل المطلوب فى الهبة مشروطاً لمصلحة شخص آخر غير الواهب (٢٥).

ويتولبالقاضى أمر تقدير توافر نية التبرع أو نية المعاوضة لدى العاقد ، فتلك مسألة واقع تخضع لمطلق سلطته التقديرية دون أدنى رقابة عليه من محكمة التمييز أو محكمة النقض ، مادام قد أقام قضاءه على أسباب سائغة ومقبولة تبرره .

كما قد يحدث أن تستتر الهبة فى بيع صورى ، وعندئذ تصح الهبة قانوناً دون أن يلزم افراغها فى ورقة رسمية ، وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٤٨٨ مدنى مصرى على أن " تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ، مالم تتم تحت ستار عقد آخر .

### ثانياً : التفرقة بين البيع والإيجار

لاجرم أن البيع يغاير الإيجار فى حقيقته وكنهه ، فالبيع يرد على ملكية الشئ، فى حين يرد الإيجار على منفعة الشئ (٢٦) ، حيث يلتزم البائع بنقل ملكية شئ معين إلى المشتري مقابل عوض نقدى محدد ، فى حين يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة لقاء أجرة محددة .

هذا فضلاً عن أن البيع - يعد بوجه - عام نموذجاً للعقد الفورى ، فى حين يمثل عقد الإيجار نموذجاً للعقد الزمنى ، بحيث يتلاشى دور الزمن فى عقد البيع ، فلا يكون

(٢٥) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كان الظاهر من عقد البيع أنه وقع مقابل ثمن معين ، وكان منصوباً فيه على أن البائع تبرع لولده المشتري بهذا الثمن ، وعلى أن المشتري التزم بتجهيز أختيه وبالإعناق عليهما وعلى أمه بعد وفاة أبيه . واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة ، فإنها لا تكون قد أخطأت فى تكييفه . فإن مجرد النص على أن الوالد تبرع بالثمن يكفى لاعتبار العقد هبة مكشوفة ، أماما التزم به الموهوب له فى ذيل هذا العقد من تجهيز أختيه ومن الإعناق عليهما وعلى والدته بعد وفاة أبيه ، فلا يعدو أن يكون مقابلاً للهبة ، ولا يخرج عقدها عن طبيعته ( نقض مدنى مصرى ٢٣ مايو ١٩٤٦م - أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، - ج ٢ ، ص ١١٩٢ .

(٢٦) حيث تنص المادة ٥٥٨ من القانون المدنى المصرى الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين بمدة معينة لقاء أجر معلوم ، وتنص المادة ٥٠٥ مدنى بحرينى على أن " الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين لمدة محددة لقاء أجرة معلومة " ، هذه المادة وتلك تقابلان المادة ٥٦١ من القانون المدنى الكويتى .



له من أثر فى تحديد حجم الأداءات الملقاة على عاتق طرفيه ، فى حين يلعب الزمن دوراً أساسياً فى تحديد حجم أو مقدار أداء كل من المؤجر والمستأجر (٢٧).

بيد أنه قد يحدث أن يلتبس البيع بالإيجار فى بعض الأحوال ، كما هو الحال عند ورود العقد على ثمار الشئ ومنتجاته دون الشئ ذاته ، وفى حالة البيع الإيجارى ، وفى حالة التأجير التمويلي ، وذلك على التفصيل الآتى :-

#### ١- ورود العقد على ثمار الشئ أو منتجاته

حينما يرد العقد على ثمار الشئ أو منتجاته يثور التساؤل حول تكييف هذا العقد هل هو بيع لهذه الثمار أو المنتجات (٢٨) أم تأجير للشئ ذاته فيكون للمستأجر ثماره أو منتجاته ؟

لاجرم أن العبرة تكون بما انصرفت إليه نية طرفى العقد ، هل انصرفت إلى البيع أم إلى الإيجار ، وللقاضى تقدير ذلك فى ضوء ظروف العقد وملابساته ، دون أن يخضع فى ذلك لرقابة محكمة التمييز أو النقض ، مادام قد أقام قضاءه على أسباب سائغة تبرره (٢٩).

فقد يكون قصد الطرفين من ورود العقد على الثمار ( بوصفها منفعة دورية متجددة لاتؤثر فى أصل الشئ كمحصول الأرض الزراعية ) هو الإيجار وليس البيع ، فيكون العقد واقعا على منفعة الأرض المتجددة ( أى ثمارها ) ، وعندئذ تسلم الأرض إلى المستأجر وتكون مصروفات الزراعة عليه ، وقد يكون قصد الطرفين هو البيع وليس الإيجار ، وذلك حينما يبيع صاحب الأرض محصولها أو ثمرتها للمشتري ، وتكون

---

(٢٧) د / خالد جمال أحمد - المرجع السابق - ص ٢٥.  
(٢٨) ويقصد بثمار الشئ كل ما ينتج عنه على نحو دورى من غير أن ينقص من أصله مثل حاصلات الأرض الزراعية وثمار الحدائق ، فى حين يقصد بمنتجات الشئ ما ينتج عن الشئ بصورة غير دورية مع انتقاصه من أصله مثل ما يستخرج من أحجار من المحاجر أو معادن من المناجم ( انظر فى نفس المعنى : أ. د / خميس خضر - المرجع السابق - بند ١٢ ، ص ٢٤ ، أ. د / محمد حسين منصور المرجع السابق - ص ١٨ ، أ. د / على نجيدة - المرجع السابق - ص ١٧ ، ١٨ .  
(٢٩) انظر فى ذلك المعنى : أ. د / عبد الرزاق السنهورى - المراجع السابق - ج ٤ بند ١١ ، ص ٢٦ ، طبعة عام ٢٠٠٤م ، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغى ، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية .

الأرض فى حيازته ويتولى عبء زراعتها ومصروفات هذه الزراعة ، على أن يسلمه فقط محصولها (٣٠).

ونفس الأمر بالنسبة للمنتجات ، فإنه وإن كان الغالب فى العقد الذى يرد على المنتجات - بوصفها منفعة غير متجددة تنقص من أصل الشئ ذاته - أن يكون بيعاً لهذه المنتجات وليس إيجاراً لها (٣١) ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من انصراف نية الطرفين عند التعامل على هذه المنتجات إلى الإيجار وليس للبيع ، فقد يرى صاحب المنجم أو المحجر تأجيله لمستأجر ليستغله مقابل أجرة دورية ، فنكون بصدد عقد إيجار وليس عقد بيع (٣٢).

## ٢- حالة البيع الإيجاري

يتفق الطرفان فى هذا التعاقد على أن يسلم أحدهما للآخر شيئاً على سبيل الإيجار لمدة معينة ، يلتزم خلالها المستأجر بدفع الأجرة المتفق عليها ، بحيث إذا استمر على الوفاء بهذه الأجرة طوال هذه المدة انقلب العقد إلى بيعاً وعدت الأجرة المدفوعة أقساط ثمن الشئ ، أما إذا تخلف عن دفع الأجرة فى موعدها المحدد التزم برد الشئ إلى صاحبه ، مع احتفاظ الأخير بما دفع له من أجرة قبل ذلك بوصفها مقابل الانتفاع بالشئ طوال المدة التى بقى فيها الشئ فى حوزة المستأجر (٣٣).

ويعتمد العاقدان فى هذا النوع من التعاقد إلى إخفاء البيع بالتقسيط فى صورة إيجار بهدف تحقيق الحماية الفاعلة للبائع من زاويتين (٣٤) : أولاهما : إن إخفاء البيع فى

(٣٠) انظر فى نفس المعنى : أ. د. / عبد الرزاق السنهورى - الموجع السابق - بند ١١ ، ص ٢٧ ، ٢٨ ، المجلد الرابع ، البيع .

(٣١) انظر فى نفس المعنى : أ. د. / خميس خضر - المرجع السابق - بند ١١ ، ص ٢٤ . إذ يقول فى تقرير تكون العقد الذى يرد على المنتجات ( أو الحاصلات ) بيعاً لها وليس تأجيراً للشئ الأصلي " ذلك أن الإيجار يقتضى أن يرد المستأجر الشئ المؤجر بحالته التى تسلمها بها ، وهذا يتناقض مع تخويل المتعاقد مع المالك حق الحصول على الحاصلات إذ أنها تنقص من الأرض ومصيرها إلى النفاذ "

(٣٢) انظر فى نفس المعنى : أ. د. / محمد حسين منصور " أحكام البيع " ص ١٧ ، ١٨ ، طبعة عام ٢٠٠٢ م ، مطبعة الانتصار بالإسكندرية ، أ. د. / رمضان أبو السعود " شرح العقود المسماة فى عقدى البيع والمقايضة " ، ص ٥٣ ، طبعة ٢٠٠٣ م ، دار الجامعة الجديدة والنشر بالإسكندرية .

(٣٣) انظر فى هذا المعنى : أ. د. / شكرى سرور " شرح أحكام عقد البيع " ، ص ٢٢ ، الطبعة الثانية عام ١٩٩٨ م ، أ. د. / ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ٢١ ، ص ٢٨ ، ٢٩ ، أ. د. / على نجيدة " الوجيز فى عقد البيع " ، ص ١٣ ، طبعة عام ٢٠٠٣ ، دار النهضة العربية .

(٣٤) انظر فى نفس المعنى : أ. د. / على نجيدة - المرجع السابق - ص ١٤ ، أ. د. / ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ٢١ ، ص ٢٩ .

شكل الإيجار يجعل يد المنتفع على الشئ يد أمانة ، بحيث لا يملك سلطة التصرف في هذا الشئ ، وإلا أعد مرتكباً لجريمة خيانة أمانة ، نظراً لأن عقد الإيجار من عقود الأمانة ، بخلاف الحال لو كان العقد موصوفاً على أنه بيع ، إذ سيكون مالكا للشئ المبيع ولو كانت ملكية معلقة على شرط واقف ، ألا وهو سداد كامل الأقساط .

وثانيهما : أنه إذا أفلس المنتفع وكان العقد موصوفاً على أنه إيجار كان من حق المؤجر الدخول في التفليسة واسترداد الشئ المؤجر بوصفه مالكا له ، بعكس الحال لو وصف العقد على أنه بيع ، حيث لا يكون البائع سوى مجرد دائن عادي ، فيدخل في التفليسة مع جماعة الدائنين ليقسم معهم أموال المدين قسمة غرماء ( أى يجرى التقسيم بينهم بحسب نسبة دين كل واحد منهم ) .

وقد حسم القانون الخلاف حول التكييف الصحيح لهذا العقد فجعله بيعاً - ولو سماه العاقدان إيجاراً - معلقاً على شرط واقف ألا وهو سداد جميع أقساط الثمن (م ٤٣٠ مدني مصري<sup>(٣٥)</sup>) .

### ٣- حالة التأجير التمويلي أو الائتماني

يتفق العاقدان في هذا العقد على أن يقوم أحدهما بشراء شئ معين سواء أكان منقولاً أم عقاراً ، على أن يقوم بتأجيره إلى الآخر مقابل أجره دورية خلال مدة معينة ، يكون للمستأجر عند انتهائها الخيار بين تملك هذا الشئ مقابل ثمن يراعى في تحديده ما سبق أن دفعه من أقساط دورية مقابل الانتفاع به ، أو تجديد استئجاره أو إنهاء الإيجار ورده إلى صاحبه .

وبلاحظ على هذا العقد أنه يضم ثلاثة أشخاص هم : الشركة الممولة التي تقوم بشراء العقار أو المنقول ، والبائع أو الصانع أو المورد الذي يبيع المنقول أو العقار ،

<sup>(٣٥)</sup> حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها (١- إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع " ٢- فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقدان أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منها تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط. ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤. ٣- وإذا وفيت الأقساط جميعا ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستندا إلى وقت البيع. ٤- وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً (هذه المادة تقابل المادة ٣٩١ مدني بحريني والمادة ٤٦٤ مدن كويتي .

والمستأجر الذى ينتفع بالعقار أو المنقول خلال المدة المتفق عليها نظير أقساط دورية يدفعها .

ويبدو لى من طبيعة هذا العقد أنه عقد إيجار يتضمن وعدا ملزما من جانب واحد ( حيث تعد فيه الشركة الممولة المستأجر ببيع العقار أو المنقول إذا قبل شراؤه بسعر معين خلال موعد محدد ) بإبرام عقد بيع للمنقول أو العقار المنتفع به إذا قبل المستأجر شراؤه بسعر معين خلال المدة المتفق عليها فى الوعد (٣٦) .

### ثالثاً : التفرقة بين عقد البيع وعقد المقاولة

تعد المقاولة عقداً يلزم فيه المقاول بأداء عمل معين لغيره دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه ( م المادة ٦٤٦ مدني مصري)

ويتجلى واضحاً من هذا النص أن عقد المقاولة يرد على العمل ، على نحو يميزه عن عقد البيع الذى يرد على الملك (٣٧). بيد أنه قد يحدث أن يختلط عقد البيع بعقد المقاولة ، وذلك حينما يلتزم المقاول ليس فقط بأداء العمل المتفق عليه ولكن بتقديم الأدوات أو المواد التى يحتاجها هذا العمل أيضاً ، كأن يلتزم مقاول البناء بتقديم مواد البناء ، أو يلتزم الترزى بتقديم القماش الذى يحيكه للشخص ، أو يلتزم الرسام بتقديم أدوات الرسم ( اللوحة والريشة والألوان ) اللازمة للعمل الفنى المتفق علي رسمه ، ففي مثل هذه الأمثلة وأشباهها أو نظائرها هل يكون العقد بيعاً أم مقاوله ؟

يستقر الرأى فى الفقه والقضاء على أن العبرة تكون للعنصر الغالب على العقد ، فإن كان الغالب فى العقد هو العمل ، بحيث يبدو معه تقديم الأدوات أو المواد من قبل الصانع أو المقاول أمراً ثانوياً أو تابعا للعمل ، كان العقد مقاوله ، مثال ذلك أن يقدم المقاول كل أو بعض مواد البناء ليبنى لرب العمل عمارة سكنية على أرض مملوكة للأخير أو يقدم الرسام أدوات الرسم التى يرسم بها . فى حين أنه إذا كانت قيمة الأدوات

(٣٦) انظر فى نفس هذا المعنى : أ.د / أحمد سعيد الزقرد - المرجع السابق - بند ٣٣ ، ص ٣٠ ، ٣١ .  
(٣٧) حيث يتضح بجلاء أن العقد عقد مقاوله إذا تعهد المقاول ببذل العمل وتعهد رب العمل بتقديم المادة التى يرد عليها العمل ، مثل تقديم المرء قماشاً ليحيكه له الترزى ثوباً ، وتقديم رب العمل الأرض والمواد التى يبنى عليها المقاول البناء الذى يتفق عليه .

أو المواد أو الخامات أكبر من قيمة العمل كان العقد بيعاً ، مثال ذلك أن يقدم التزوى القماش الذى يصنع منه الثوب أو يقدم المقاول الأرض التى يبنى عليها البناء أو يقدم النجار الخشب الذى يصنع منه الأثاث <sup>(٣٨)</sup> . أما إذا كانت قيمة العمل تقترب من قيمة المواد أو الخامات التى يرد عليها العمل كان العقد مزيجاً من بيع ومقولة <sup>(٣٩)</sup> .

#### رابعاً : التفرقة بين عقد البيع وعقد المقايضة

لقد عرفت المادة ٤٨٢ مدني مصري المقايضة قائلة " المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر، على سبيل التبادل، ملكية مال ليس من النقود <sup>(٤٠)</sup> . ويستفاد من هذا التعريف أن المقايضة عقد يقايض فيه كل طرف الآخر على مال غير نقدي ، وبذلك تختلف المقايضة عن البيع ، حيث يكون البذل أو العوض فى البيع دائماً من النقود .

فالمقايضة وإن تشابهت مع البيع فى كونها عقد ناقل لملكية شئ بمقابل ، إلا أن طبيعة هذا المقابل يختلف فى المقايضة عنه فى البيع ، فالمقابل الذى يقدم نظير نقل ملكية شئ معين هو مال نقدي ، فى حين أنه يكون غير نقدي فى عقد المقايضة .

ويعتبر المقايض بائعاً ومشترياً فى آن واحد ، فهو بائع لما قدّم من بذل غير نقدي، ومشتري لما تلقاه عن المقايض الآخر أو ما بذله له هذا الأخير ، ولذا تسرى على علاقتهما أحكام عقد البيع بالقدر الذى لا يتعارض مع طبيعة المقايضة ، فتخضع علاقة المتقايضين لذات علاقة البائع والمشتري ، سواء فى أركان العقد أو فى خصوص الآثار المتولدة عنه ، بحيث يلتزم كل مقايض بنقل ملكية الشئ الذى قايط به إلى الطرف الآخر ، فضلاً عن التزامه بتسليمه وبضمان التعرض له فيه ، وضمان

<sup>(٣٨)</sup> انظر فى هذا المعنى إلى : أ. د / عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - بند ١١ ، ص ٣٠ ، ٣١ ، أ. د / محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ٢٠ ، ٢١ ، أ. د / رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٦٣ ، ٦٤ ، أ. د / على حسين نجيد - المرجع السابق - ص ٢٢ ، ٢٣ .

<sup>(٣٩)</sup> انظر فى ذلك إلى : أ. د / عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - بند رقم ١١ ، ص ٣١ ، أ. د / سمير تناعو ( عقد بيع ) ص ٢٥ ، ٢٦ ، بدون تاريخ نشر ، الفنية للطباعة والنشر بالإسكندرية .

<sup>(٤٠)</sup> هذه المادة تقابل ٤٤٨ المادة مدني بحريني والمادة ٥٢٠ مدني كويتي . وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٤٨٥ مدني مصري على أن " تسرى على المقايضة أحكام البيع ، بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل المتقايضين بائعاً للشئ الذى قايط به ومشترياً للشئ الذى قايط عليه . وهذه المادة تقابل ٤٥٠ مدني بحريني والمادة ٥٢٢ مدني كويتي .

استحقاقه كلياً أو جزئياً، ولا تستبعد من ثم من أحكام البيع إلا ما يتعارض منها مع طبيعة المقايضة مثل الأحكام الخاصة بالثمن ، لأن البديلين من غير النقود بخلاف البيع ، الذى يلزم أن يكون فيه أحد البديلين أو العوضين من النقود.

وتدق التفرقة بين البيع والمقايضة فى بعض الفروض ، منها فى الفرض الذى ينقل فيه عاقد ملكية شئ معين إلى آخر جاعلاً له الخيار بين بديلين ، أحدهما نقدي والآخر غير نقدي ، حيث يتعذر ابتداء معرفة طبيعة العقد المبرم بين الطرفين ، هل هو البيع أم المقايضة ، وينتظر إلى حين يقع اختيار صاحب الخيار أحد البديلين ، بحيث تتحدد فى ضوء اختياره طبيعة هذا العقد ، فيعد بيعاً إن اختار بذل البديل النقدي ، ويعد مقايضة إن اختار بذل البديل غير النقدي <sup>(٤١)</sup> ابتداءً وانتهاءً .

كما تدق التفرقة ابتداءً وانتهاءً فى الغرض الذى يكون فيه أحد البديلين متضمناً عنصرين أحدهما نقدي والآخر غير نقدي ، كما لو كان أحد البديلين بيتاً جديداً والبديل الآخر مكون من بيت قديم ومبلغ من النقود ، هل يكون العقد بيعاً أم مقايضة ، يستقر رأى فى الفقه على ضرورة التعويل على القيمة الأعلى بين عنصرى البذل ، بحيث تكون له الغلبة على الآخر ، ومن ثم إذا كانت قيمة البيت القديم ( بوصفه أحد عنصرى البذل المقابل للبيت الجديد ) هى الأكبر من قيمة المبلغ النقدي كان العقد مقايضة ، والعكس صحيح ، بحيث إذا كانت قيمة المبلغ النقدي أكبر من قيمة البيت القديم كان العقد بيعاً <sup>(٤٢)</sup>.

كما يثور التساؤل حول طبيعة العقد ( هل هو بيع أم مقايضة ) فى الفرض الذى تنتقل فيه ملكية شئ معين مقابل سبائك ذهبية أو أوراق مالية ، هل يعد العقد بيعاً على أساس أن السبائك الذهبية أو الأوراق المالية من النقد ، أم يعد مقايضة على أساس أن السبائك الذهبية أو الأوراق المالية ، وإن أمكن معرفة قيمتها بالنقود وقت العقد من خلال

<sup>(٤١)</sup> أنظر فى نفس المعنى أ . د / السنهوري - المرجع السابق - بند ١١ ، ص ٢٩ ، أ . د / سمير تناغو - المرجع السابق - ص ٢٣ ، ٢٤ .

<sup>(٤٢)</sup> أنظر فى ذلك المعنى : أ . د / السنهوري - المرجع السابق - بند ١١ ، ص ٢٩ ، ٣٠ ، أ . د / سمير تناغو - المرجع السابق - ص ٢٤ ، أ . د / رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٦٥ ، أ . د / على حسين نجيدة - المرجع السابق - ص ٢٠ .

معرفة سعرها في السوق ، إلا أنها ليست نقوداً ؟ ، لقد استقر الرأي على أن العقد يكون مقايضة بالنظر إلى طبيعة البدلين وقت إبرام العقد (٤٣).

كما يثور اللبس أيضاً بين العقدين في الفرض الذي يكون فيه أحد البدلين إيراداً مرتباً مدى الحياة ، حيث ذهب البعض إلى أن العقد يكون مقايضة ، لأن المقابل ليس بنقود ، بل هو الحق في المرتب ، ولكن الراجح في الفقه أن العقد يكون بيعاً ، لأنه جرى تحديد البديل فيه وهو الثمن من النقود ، حتى وإن قدر هذا الثمن على وجه احتمالي في شكل الإيراد (٤٤) .

وقد نص القانون صراحة على أن مصروفات عقد المقايضة يتحملها المتقايضان مناصفة بينهما ، مالم يتفقا على خلاف ذلك ، كأن يتفقا على أن يتحمل أحدهما ثلثي هذه المصروفات ، والآخر الثلث الباقي أو أكثر أو أقل من ذلك حسب مايرتضيانه في هذا الخصوص ، هذا بخلاف الحال في عقد البيع ، حيث ينص القانون على أن يتحمل المشتري وحده مصروفات عقد البيع ، هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك (٤٥) .

### خامساً : التفرقة بين البيع والوكالة

الوكالة عقد يلتزم بموجبه الوكيل بمباشرة عمل قانوني معين لحساب الموكل (٤٦) . وإذا كان معنى الوكالة على هذا النحو يبرز بوضوح اختلافها عن عقد البيع ، حيث ترد الوكالة على العمل القانوني الذي يباشره الوكيل لحساب الموكل ، في حين يرد عقد البيع على نقل ملكية شيء أو حق مالي آخر إلى المشتري مقابل ثمن نقدي ، إلا أنه قد تدق التفرقة بينهما في بعض الأحوال على نحو يتعذر فيها معرفة حقيقة العقد الذي تم

(٤٣) انظر في نفس المعنى : المرجع السابق في نفس مواضعها .

(٤٤) انظر في نفس المعنى : أ . د / توفيق حسن فرج " عقد البيع " ص ٥٥ ، طبعة عام ١٩٧٠م ، أ . د / منصور مصطفى منصور " العقود المسماة " ، ص ٢٧ ، طبعة عام ١٩٥٦م / ١٩٥٧م ، أ . د / علي حسين نجيدة - المراجع السابق - ص ٢١ .

(٤٥) حيث تنص ٤٦٢ مدني مصري على أن " نفقات عقد البيع ورسوم ( الدمغة ) والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك " . هذه المادة تقابل المادة ٤٣٥ مدني بحريني ، والمادة ٥٠٧ مدني كويتي .

(٤٦) تنص المادة ٦٩٩ مدني مصري على أن " الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل " . هذه المادة تقابل المادة ٦٤٠ مدني بحريني ، والمادة ٦٩٨ مدني كويتي .

إبرامه بين طرفي العقد ، هل هو بيع أم وكالة ، ويحدث ذلك حينما يسلم شخص شيئاً يملكه لآخر على أن يقوم هذا الأخير ببيعه للغير ( كما لو سلم صاحب مصنع بعض منتجاته إلى صاحب متجر ليتولى تصريفها ) دون أن يكشف عن قصدهما في هذا العقد ، هل قصداً به البيع أم الوكالة ، والأمر ههنا رهين بما انصرفت إليه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد ، هل انصرفت إلى نقل ملكية الشيء محل العقد مقابل ثمن معين ، فيكون العقد بيعاً ويقوم المشتري ببيعه بعد ذلك لحسابه <sup>(٤٧)</sup> ، أم أنها انصرفت إلى أن يتولى المستلم بيع الشيء لحساب مالكه ، فيكون العقد وكالة .

ويستعان في هذا الغرض ببعض ظروف العقد وملابساته للوقوف على قصد العاقد من العقد ، فمثلاً حينما يكون الطرف المستلم للشيء محل العقد سمساراً أو وكيلًا بالعمولة ، فإنه يرجح معه أن يكون العقد عقد وكالة وليس عقد بيع <sup>(٤٨)</sup>.

كما يثور اللبس بين العقدين في حالة الاسم المستعار أو الاسم المسخر، وذلك حينما أكلف شخصاً مثلاً بأن يشتري لى شيئاً باسمه ، فيبرم العقد مع العاقد الآخر ( البائع ) وكأنه يشتري الشيء باسمه ولحسابه ، ثم بعد ذلك ينقل ملكيته للموكل بموجب عقد التسخير المبرم بينهما <sup>(٤٩)</sup>.

### سادساً : التفرقة بين البيع والقرض

لقد عرفت المادة ٥٣٨ مدني مصري عقد القرض قائلة " القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أى شئ مثلي آخر ، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته. " .

ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا الفرق بين عقد البيع وعقد القرض غير أنه قد يحدث التباس بينهما في الفرض الذي يتم فيه الإقراض في شكل بيعين متتاليين ، فيكون

<sup>(٤٧)</sup> ومما تجدر الإشارة إليه أن العقد يظل في مثل هذا الفرض بيعاً ، مادامت نية الطرفين قد انصرفت إلى البيع ، حتى وإن اتفقا الطرفان على رد الشيء لبائعه إن عجز المشتري عن تصريفه أو بيعه ثانية ، إذ سيكون العقد بيعاً معلقاً على شرط فاسخ هو تعذر بيع الشيء . وهذا ما يحدث كثيراً بين الشركات المنتجة للسلع والبضائع وأصحاب المتاجر حيث تبيعهم هذه الشركات سلعتها وبضائعها بيعاً معلقاً على شرط فاسخ هو عدم قدرة أصحاب المتاجر على تصريف بعض هذه السلع أو الخدمات .

<sup>(٤٨)</sup> انظر في نفس هذا المعنى : أ . د / رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٦٠ .  
<sup>(٤٩)</sup> انظر في نفس هذا المعنى : أ . د / عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - بند رقم ١١ ، ص ٣٢ .



أحدهما بثمن مؤجل ، ويكون الآخر بثمن معجل ، وذلك بقصد التحايل على أحكام القانون التي تحظر الربا أصلاً أو التي تحظر الإقراض بربا فاحش يزيد عن القدر المرخص به قانوناً (والمحدد بنسبة ٤ % في المسائل المدنية ، ٥ % في المسائل التجارية ، بما لا يزيد عن ٧ % ) ، مثال ذلك: أن يرغب شخص في الاقتراض بربا من آخر لكن لا يريد إظهار العقد في صورة عقد قرض بربا ، فيعتمدان إلى الاتفاق على إبرام عقد بيع لشيء يملكه المقرض مقابل ثمن مؤجل ، ثم يعود المقرض لبيع ذات الشيء للمقرض بثمن معجل ، ويقبض المقرض الثمن المعجل الذي عادة مايكون أقل من الثمن المؤجل ليكون الفرق بينهما هو الفائدة الربوية التي يحصلها المقرض مقابل انتفاع المقرض بمبلغ القرض (٥٠).

وقد يعمدان إلى ذات الأسلوب للتحايل على السعر القانوني للفائدة الربوية في القوانين التي ترخص في تحصيل الفوائد الربوية بما لا يزيد عن قدر معين (٥١).

وإذا تبين للقاضي حقيقة الإرادة المشتركة للطرفين ، وأنها انصرفت إلى القرض وليس إلى البيع ، اعتبر العقد قرضاً بفائدة لاتجاوز سعرها القانوني ( وذلك في الدول التي تجيز قوانينها الربا مثل مصر (٥٢) أو اعتبره قرضاً مع إبطال الفائدة الواردة بشأنه

(٥٠) انظر في نفس المعنى : أ. د / عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - بند ١١ ، ص ٣٣ ، أ. د / سليمان مرقس - المرجع السابق - بند ٢٧ ، ص ٣٥ -

أ. د / سمير تناعو - المرجع السابق - ص ٢٧ ، ٢٨ .  
(٥١) والفائدة الربوية ، سواء أكانت تعويضية ( أي تحصل في مقابل الانتفاع بمبلغ القرض أو الدين ) أم تأخيرية ( أي تحصل في مقابل تأجيل سداد الدين أو القرض إلى أجل مستقبلي معين يتفقان عليه الطرفان ) هي في اعتقادي ربا من كبائر الذنوب والآثام في الشريعة الإسلامية ، بل هي من أكبر الكبائر ، ولما كانت الشريعة الإسلامية في مبادئها العامة أو الكلية تمثل مصدراً رئيسياً للتشريع وفق صريح نص المادة الثانية من الدستور البحريني ، وتمثل المصدر الرئيسي للتشريع وفق صريح نص المادة الثانية من الدستور المصري ، لذا باتت النصوص التشريعية التي ترخص في الفائدة الربوية نصوصاً غير دستورية ، سواء في إطار المعاملات المدنية ( ويحمد للقانون المدني البحريني أو القانون المدني الكويتي تحريمه للربا في أي شكل من أشكالها ، بعكس القانون المدني المصري الذي جوز الاتفاق على الفائدة الربوية ) أم في إطار المعاملات التجارية .

ولا جرم أن الحكم بعدم دستورية النصوص المرخصة في الربا أو حتى تدخل السلطة التشريعية لإلغائها يمثل عودة محموداً إلى الله عز وجل ، وتصالحاً طبيعياً مع نصوص قرآنه العظيمة التي تعلن حرباً لا هوادة فيها ولا شكل لها ( لأن لفظ الحرب الوارد في القرآن ضد المرائين جاء بصيغة النكرة ، مما يجعله يفيد عموم الحرب ) على من يصبر على الربا ، وصدق الله إذ يقول " ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ \* فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتِغُوا فَلََكُمْ رَأْسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ) الْآيَاتَانِ ٢٧٨ ، ٢٧٩ من سورة البقرة .

(٥٢) حيث يجيز القانون المدني المصري - للأسف الشديد - الفائدة الربوية سواء أكانت تعويضية أم تأخيرية ، ٤ % في المسائل المدنية ، ٥ % في المسائل التجارية بما لا يزيد على ٧ % ( انظر في ذلك إلى المادتين ٢٢٦ ، ٢٢٧ مدني مصري ) وهذا النص غير دستوري لأنه يصطدم بنص المادة الثانية من الدستور المصري والذي يجعل مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ، ولا ينبغي للفرع أن يخالف أصله ومصدره .

وفقاً للنظرية البطلان الجزئي للعقد<sup>(٥٣)</sup> ، ولم يعتد بالبيعين بوصفهما بيعين صوريين للتحايل على القرض برّياً).

### سابعاً : التمييز بين البيع والوديعة

الوديعة عقد يلتزم فيه شخص يتسلم شئ من مالكة على سبيل الوديعة ، مع الالتزام بالمحافظة عليه خلال مدة الإيداع ، ورده عينا عند انتهاء العقد<sup>(٥٤)</sup> .

وبذلك يتضح لنا الفرق جلياً بين الوديعة والبيع ، ففي الوديعة يبقى المال المودع على ملك المودع ولا ينتقل إلى المودع لديه ، بل يلتزم برده عينا إلى المودع عند انتهاء الوديعة ، بعكس البيع الذي تنتقل فيه ملكية المبيع إلى المشتري مقابل ثمن نقدي<sup>(٥٥)</sup> .

بيد أنه قد تدق التفرقة بين الوديعة والبيع حينما يجرى تسليم شئ من مالكة إلى آخر مع تفويضه ببيعه كله أو بعضه ، مع التزامه برد ذات الشئ أو مابقى منه أو رد الثمن المدفوع فيه عند بيعه ، كما لو سلم مؤلف عدداً من مصنفه إلى دار نشر لتتولى بيعها بسعر معين مقابل أن تحصل الدار على نسبة معينة من ثمن بيع نسخ هذا المصنف ، وعندئذ يكون العقد وديعة مصحوبة بإنابة أو توكيل الدار في بيع نسخ المصنف المودعة لديها ، وقد يحدث أن ينقل المالك ملكية الشئ لآخر مع الاحتفاظ له بحق ردها إلى المالك إذا عجز عن بيعه للغير ، كما لو سلمت لآخر عدداً من نسخ أحد مؤلفاتي مقابل ثمن معين ، مع الاحتفاظ له بحق ردها إذا لم يتمكن من بيعها ، فيكون العقد بيعاً مقترناً بشرط فاسخ .

<sup>(٥٣)</sup> إذ تنص المادة ١٢٢ مدني بحريني على هذه النظرية بقولها " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن أحد المتعاقدين ما كان ليبرم العقد بغير الشق الباطل أو القابل للإبطال فيبطل العقد كله " هذه المادة تقابل المادة ١٩٠ مدني كويتي ، والمادة ١٤٣ مدني مصري .  
<sup>(٥٤)</sup> حيث تنص المادة ٧١٨ مدني مصري على أن " الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عينا " . هذه المادة تقابل المادة ٧٢٠ مدني كويتي ، والمادة ٦٦٢ مدني بحريني .

<sup>(٥٥)</sup> فالوديعة يرد على عمل معين متمثل في المحافظة على الشئ المودع ورده عينا لصاحبه عند انتهاء العقد ، بخلاف البيع فيرد على الملك .

وعلى قاضي الموضوع أن يكيف العقد تكييفه الصحيح حسبما يظهر له من ظروف العقد وملابساته والتي تكشف له عن قصد العاقدين من هذا العقد ، وهل انصرف هذا القصد إلى الوديعة أم إلى البيع ، دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز أو النقض ، متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تبرره .

### ثامنا : التفرقة بين البيع و الوصية

الوصية Le testament هي تصرف قانوني من جانب الموصي يثبت تملك الموصى له للمال الموصى به بعد وفاة الموصي بغير عوض<sup>(٥٦)</sup> . ومن هذا التعريف يتضح لنا تميز الوصية عن البيع من زوايا عدة ، على الرغم من أنهما يثبتان الملك لأحد طرفي التصرف ، فمن زاوية أولى أنها تصرف انفرادي من قبل الموصي ، ومن ثم لا تحتاج في نشأتها لقبول الموصى له ، إنما يتعين القبول من الموصى له للزوم الوصية ولنفاذها في حقه ، بخلاف البيع فهو عقد ينشأ بتلاقى إرادتي البائع والمشتري ، ومن زاوية أخرى فالوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، بخلاف البيع فهو تصرف منجز ينقل الملك إلى المشتري - كقاعدة عامة - بمجرد العقد دون حاجة إلى إجراء آخر أو إجراء مباشرة إجراء معين في حياة البائع ، وأخيراً فإن الوصية هي من أعمال التبرع ، حيث ينقل الموصي للموصى له ملكية المال الموصى به بغير مقابل ، في حين أن البيع من أعمال المعاوضة ، لأن كل عاقد فيه ( بائعاً كان أو مشترياً ) يتلقى عوضاً لما يبذله للآخر<sup>(٥٧)</sup> .

بيد أنه رغم كل مظاهر التفرقة سالفة الذكر فقد تدق التفرقة بين البيع والوصية ، وذلك حينما يعتمد العاقدان إلى إخفاء الوصية تحت ستار البيع ، وذلك بقصد التحايل على أحكام الوصية ، وكأن يراد الإيحاء بقدر يزيد عن ثلث التركة فيخفى المرء الوصية تحت ستار البيع ، وعندئذ يكون لكل ذي مصلحة إثبات حقيقة التصرف بوصفه

<sup>(٥٦)</sup> انظر في نفس المعنى : أ . د / ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٨ ، ص ٢٣ . حيث تقول : " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد موت الموصي بدون عوض " .

<sup>(٥٧)</sup> انظر في نفس المعنى إلى : أ.د/ سليمان مرقس - المرجع السابق - بند ٢٩ ، ص ٣٩ ، أ.د/ سمير تناعو - المرجع السابق - ص ٢٩ ، أ.د / ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ١٨ ، ص ٢٣ .

وصية وليس بيعاً حتى لا يسرى التصرف فى حق الورثة إلا فى حدود ثلث التركة ، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ، كأن يثبت مثلاً أن المشتري لم يدفع عوضاً أو أن البائع قد تنازل له عن هذا العوض أو أن المشتري صغير لا كسب ولا مال له حتى يدفع منه ثمن المبيع أو يثبت أن البائع لا يزال محتفظاً بحيازة العين المبيعة وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته<sup>(٥٨)</sup>.

### تاسعاً : التفرقة بين البيع والوفاء بمقابل

الوفاء بمقابل هو اتفاق يرضى فيه الدائن باستيفاء شئ آخر عوضاً عن محل الالتزام الأسمى<sup>(٥٩)</sup> . ولعل هذا هو عين ما أورده القانون عن مضمونه ، حيث جاء فى المادة ٣٥٠ مدني مصري أنه " إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشئ المستحق قام هذا مقام الوفاء. " (٦٠) . مثال ذلك أن يرضى الدائن بأن ينقل إليه مدينه ملكية منزله بديلاً عن مبلغ الدين الذى له عنده .

والوفاء بمقابل فى مضمونه قد يختلط بالبيع - على الرغم من اختلافهما ، ذلك أن المقابل فى البيع يكون نقداً - لأنه ينقل ملكية الشئ المعطى مقابل الالتزام الأسمى من المدين إلى الدائن ، ولذا تسرى عليه أحكام البيع فيعامل الموفى معاملة البائع ويعامل الموفى له معاملة المشتري ، وذلك فيما يتعلق بالأهلية اللازمة فى العاقدين ، وبضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، كما يختلط الوفاء بمقابل بأحكام الوفاء نظراً لما يترتب عليه من براءة لزمة المدين ، ولذا تسرى عليه الأحكام الخاصة بالوفاء بالديون ، وعلى وجه الخصوص تلك التى تتعلق بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات .

ولعل هذا هو عين ما نصت عليه المادة ٣٥١ مدني مصري بقولها " يسري على

---

(٥٨) ولعل هذا هو عين ما نصت عليه المادة ٩١٢ مدني بحريني حيث قالت " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، مالم يقر الدليل على عكس ذلك " هذا النص يقابل المادة ٩١٧ مدني مصري ، والمادة ٩٤٣ مدني كويتي .

(٥٩) انظر فى نفس المعنى : أ . د / ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند ٢٢ ، ص ٣٠ ، أ . د / محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ٢٩ .

(٦٠) هذه المادة تقابل المادة ٣٤١ مدني بحريني ، والمادة ٤١٤ مدني كويتي.

الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى في مقابله الدين ، أحكام البيع ، والأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية. ويسرى عليه من حيث إنه يقضي الدين أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات. (٦١) .ولقد اختلف الفقهاء حول التكييف القانوني الصحيح لمقابل الوفاء فمنهم من اعتبره بيعاً مصحوباً بمقاصة (على أساس أن الدائن والمدين يتفقان على قيمة الدين الذي في ذمته ، ويتم البيع على هذا النحو فيصير الدائن بموجبه مديناً بثمن معادل لقيمة دينه قدرأً ونوعاً ، فتقع مقاصة قانونية بين الدين والثمن ، ويكون المدين ملتزماً بنقل ملكية المقابل إلى الدائن) ، ومنهم من اعتبره عملاً قانونياً مركباً فهو مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية ، فهو تجديد للدين بموافقة الطرفين بتغيير محله حيث يستعاض عن الدين الأصلي ( أو محل الوفاء الأصلي ) بالدين الجديد وهو المقابل الذي يجري نقل ملكيته إلى الدائن ، ويترتب على هذا التجديد انقضاء الدين الأصلي وتأميناته ، كما أنه وفاء أيضاً نظراً لأن الدين الجديد ( والمتمثل في المقابل المستعاض به عن الدين الأصلي ) ينقضي بالوفاء به عيناً عن طريق نقل ملكيته فعلاً إلى الدائن (٦٢)

(٦١) هذه المادة تقابل المادة ٣٤٢ مدني بحريني ، والمادة ٤١٥ مدني كويتي .  
(٦٢) انظر في ذلك المعنى: أ. د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - بند ١١ ، ٣٠ .

# الباب الأول

## أركان عقد البيع

## الباب الأول

### أركان عقد البيع

يمثل عقد البيع أحد العقود الرضائية ، إذ ينعقد هذا العقد بين طرفيه مرتبا كافة آثاره بمجرد تبادلها التعبير عن إرادتين متطابقتين لنقل ملكية شئ أو حق مالى آخر مقابل ثمن نقدى ، دون حاجة إلى إفراغ هذا التراضى فى قالب محدد أو مباشرة عمل أو إجراء معين معه .

ويلزم لانعقاد عقد البيع - مثله فى ذلك مثل غيره من العقود الرضائية - أن تتوافر له الأركان العامة لأى عقد رضائى ، ألا وهى ركن الرضا ، وركن المحل ، وركن السبب ، كما يلزم لصحته أن تتوافر فى طرفيه أهلية التعاقد ، وأن يكون رضاها خالياً من عيوب الإرادة مثل عيب الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال .

ونظراً لأن واضع القانون المدنى المصرى قد أفرد أحكاماً خاصة بركنى التراضى والمحل فى عقد البيع ، ولم يورد أحكاماً خاصة بركن السبب ، لذا سنقتصر عرضنا المفصل لهذين الركنين مكتفين فى خصوص ركن السبب فى عقد البيع بالإحالة بشأنه على القواعد العامة لركن السبب فى العقود (٦٣) .

---

(٦٣) انظر فى ذلك المعنى : أ.د/ عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق - بند ١٦ ، ص ٤٠ ، حيث يقول سيادته : " والسبب فى عقد البيع لا جديد يقال فيه يزيد على ما قيل فى نظرية السبب فى العقد بوجه عام ..... " وبذلك يخضع السبب فى عقد البيع لحكم القاعدة العامة فى السبب التى تجعل العقد باطلاً عند انعدام السبب أو عدم مشروعيته  
(راجع فى ذلك كل من : م ١٣٦ مدنى مصرى ، م ٥ / ١١١ مدنى بحرينى ، م ١٧٦ مدنى كويتى ) .

## الفصل الأول

### الرضا في البيع

يمثل الرضا ركناً لازماً لانعقاد أي عقد بصفة عامة ولانعقاد عقد البيع بصفة خاصة ، وكيف لا وهو اللبنة الأولى في تكوين العقد ، ومن ثم يجب أن يكون الرضا موجوداً بتطابق إرادتي البائع والمشتري حول العناصر الأساسية المتصلة بالعقد ، كما يلزم أن يكون الرضاء الصادر عن أيهما صحيحاً بتوافر الأهلية اللازمة لإبرامه هذا العقد ، فضلاً عن سلامة رضائه من أي عيب من عيوب الإرادة ( مثل عيب الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ) .

## المبحث الأول

### وجود التراضي

يتحقق وجود الرضا في عقد البيع ( أو غيره من العقود ) بصدر إيجاب مستوف شروطه اللازمة لصحة اقتران القبول به ( وذلك بأن يكون إيجاباً كاملاً ، وباتاً أو حاسماً ، وموجهاً إلى من يعنيه هذا الإيجاب <sup>(٦٤)</sup> ) من أحد طرفيه وهو الموجب ( سواء أكان هو الراغب في البيع أم الشراء ) ، كما يلزم أن يصادفه قبول مطابق له تطابقاً تاماً من طرف آخر يسمى القابل ( ويلزم في هذا القبول أن يكون حراً ، وأن يكون مطابقاً للإيجاب دون تعديل أو تحفظ ، وأن يتصل بعلم الموجب ، وأن يصدر في الوقت المناسب والشكل المطلوب له قانوناً أو اتفاقاً <sup>(٦٥)</sup> ) .

ويستوي أن يصدر هذا الإيجاب من الراغب في البيع أو من الراغب في الشراء ، ما دام أنه إيجاب صالح لاقتران القبول ، وأنه قد اقترن بهذا القبول المطابق له فعلاً

<sup>(٦٤)</sup> انظر إلى عرض مفصل للإيجاب وشروط صحته إلى مؤلفنا " الوسيط في مصادر الالتزام " دراسة في ظلال القانون المدني المصري " ص ٣٠ وما بعدها ، مطبعة جامعة بداري ، طبعة عام ٢٠٢٠م ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، ومؤلفنا الآخر بعنوان " النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني ، مصادر الالتزام ، ص ٣٢ وما بعدها ، الطبعة الثانية ، عام ٢٠٠٢ هـ ، مطبعة جامعة البحرين .  
<sup>(٦٥)</sup> انظر في ذلك إلى المؤلفين السابقين لي في نفس المواضيع السابقة .



واتصل بعلم الموجب (٦٦) .

ولا يلزم في التعبير عن إرادة البيع أو الشراء شكل خاص ، فيجوز أن يكون التعبير صريحاً ( كأن يصدر بطريق القول أو الكتابة أو الإشارة أو المناولة الفعلية أى بطريق المعاطاة أو باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك حول دلالة البيع أو الشراء ) كما يجوز أن يكون التعبير ضمناً (٦٧) ( وذلك بالاستدلال على حصوله بطريق غير مباشر من موقف خاص بين طرفي العقد ) ، ما دام لم يشترط الطرفان أو القانون أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً (٦٨) .

وينبغي أن تتلاقى إرادة الموجب وإرادة القابل حول جميع المسائل الجوهرية المتصلة بعقد البيع ، بحيث يتحقق رضاهما حول ما ية العقد أو طبيعته بحيث تتصرف إرادتهما فعلاً إلى البيع ( وبالتالي لا ينعقد عقد البيع إذا انصرفت إرادة أحدهما إلى البيع وانصرفت إرادة الآخر إلى الوديعة أو العارية ) ، فضلاً عن توافق إرادتهما حول ذاتية المحل الذي يرد عليه عقد البيع ( ومن ثم لا ينعقد البيع إذا انصرفت إرادة البائع إلى بيع منزله القديم أو سيارته القديمة في حين انصرفت إرادة المشتري إلى شراء المنزل الجديد أو السيارة الجديدة للبائع ) ، وأخيراً يجب أن تتلاقى إرادة الطرفين حول الثمن ، بحيث يقبل القابل الشراء أو البيع بذات السعر الوارد في الإيجاب دون نقصان (٦٩) .

(٦٦) حيث تنص المادة ٩١ مدني مصري على أنه " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به. ما لم يعم الدليل على عكس ذلك " . هذه المادة تقابل المادة ٣٣ مدني بحريني ، والمادة ٣٦ مدني كويتي .

(٦٧) ويقصد بالتعبير الضمني ذلك التعبير الذي يتم من خلال اتباع أسلوب غير مألوف في التعامل بين الناس ، ولكنه في إطار العلاقة الخاصة بين طرفي العقد لا يمكن حمله إلا على إرادة التعاقد ، مثال ذلك أن يقوم شخص ببيع شيء معروض عليه أن يشتريه ، فلا يمكن حمل تصرفه ببيع هذا الشيء لشخص ثالث إلا على محمل القبول لشراء هذا الشيء ، وهذا يستفاد ضمناً من قيامه ببيعه لآخر ( راجع ذلك في مؤلفنا السابق ، ص ٢٧ )

(٦٨) حيث تنص المادة ٩٠ مدني مصري على أن " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود منه ، وذلك ما لم يتطلب القانون في حالة خاصة حصول التعبير عن الإرادة على نحو معين " ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يكون صريحاً " . هذه المادة تقابل المادة ٣٢ مدني بحريني ، والمادتين ٣٤ ، ٣٥ مدني كويتي .

(٦٩) وينثار التساؤل هنا حول الفرض الذي يقبل فيه المشتري العقد بسعر أزيد من المعروض عليه ، حيث يرى البعض انعقاد العقد بالسعر الأقل الذي عرضه البائع ، على أساس أن قبول المشتري بالسعر الأزيد يجعل إرادته متضمنة القبول بالسعر الأقل ، فيدخل بذلك القليل في الكثير ، وإن كان البعض الآخر يحذّر التفرقة بين حالتين : أحدهما إذا قبل المشتري السعر الأزيد عن غلط متوهماً أنه السعر الذي طلبه البائع ، فعندئذ ينعقد بالسعر الأقل الذي سماه البائع ، وثانيهما إذا زاد المشتري عند قصد ( أى رغم علمه بالسعر الأقل المعروض عليه من البائع ) كما لو ارتأى أن المبيع يساوي أكثر من السعر المعلن له ، فعندئذ تكون العبرة بالسعر الأزيد بوصفه السعر المسمى أخيراً ، ولكن لا يمثل التعبير عنه قبولاً في الحقيقة بل يعد إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول من جانب البائع وفقاً لصريح نص القانون الذي يقضى بأنه إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد فيه أو ينقص منه أو يعدل به عد رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول ( م ٩٦ مدني مصري ، ٤١ / ج مدني بحريني ، م ٤٣ / ٣ مدني

فإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية سألقة الذكر ( طبيعة العقد ، المحل ، الثمن ) ، انعقد العقد بتراضيهما على تلك المسائل ، حتى وإن لم يتفقا على المسائل الثانوية مثل زمان ومكان تسليم المبيع ودفع الثمن ، ومن يتحمل منهما مصروفات العقد ، حيث يتضمن القانون قواعد قانونية مكملة تنظم هذه المسائل عند إغفال العاقدین أمر تنظيمها ، فمثلاً ينص القانون على أن يجرى تسليم المبيع فور انعقاد العقد ، مادام لم يتفق على غير ذلك ( م ٤٥٦ ، ٤٥٧ / أ مدني مصري (٧٠) ) ، وينص على تحمل المشتري جميع مصروفات البيع ( مثل مصروفات إبرام العقد ، ورسوم التسجيل ، ونفقات الوفاء بالثمن ، ونفقات تسليم المبيع ) ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ( م ٤٦٣ ، ٤٦٤ مدني مصري (٧١) ) .

بيد أنه إذا بحث العاقدان في مسألة ما من المسائل الثانوية ولم يهتديا إلى حل بشأنها ، وظهر من إرادتهما أن العقد لا ينعقد إلا بالاتفاق عليها لم ينعقد العقد إلا إذا اتفقا عليها ، على اعتبار أن ذلك يوافق مقصود الإرادة المشتركة لطرفي العقد ، بعكس الحال إذا انصرف نية الطرفين إلى ترك المسائل الثانوية ليتفقا عليها فيما بعد دون أن يعلق انعقاد العقد على حصول مثل هذا الاتفاق ، مكتفين بالاتفاق على كل المسائل الجوهرية ، فإن العقد ينعقد وإن اختلفا حول أمر تنظيم هذه المسائل القانونية ، حيث يتولى قاضي الموضوع مهمة الفصل فيها حسب طبيعة العقد والعرف والعدالة (م

كويتي ) ، ويمكن حمل سكوت البائع عن قبول السعر الأزدي الذي عرضه المشتري على محمل القبول ، باعتباره إيجاباً يتمخض عن منفعة محضة له وفقاً لصريح نص القانون ( أي المادة ٩٨ مدني مصري ، ٤٢/ب مدني بحريني ، م ٤٤ مدني كويتي ) ( انظر في نفس المعنى إلى أ.د/ سليمان مرقس - المرجع السابق - بند ٣٣ ، ص ٧١ ، ٧٢ .

(٧٠) حيث تنص ٤٥٦ مدني مصري على أن " ١- يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " . ٢- فإذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق على المبيع أو أيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً " . ٣- ويسري حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع . كما تنص المادة ١/٤٥٧ مدني مصري على أن " يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " . هاتان المادتان تقابلان المادتين ٤٢٧ ، ٤٢٨ مدني بحريني

، وتقابلان المادتين ٥٠٠ ، ٥٠١ مدني كويتي . (٧١) حيث تنص المادة ٤٦٣ مدني مصري على أن إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن " كما تنص المادة ٤٦٤ مدني مصري على أن " نفقات تسليم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك " هاتان المادتان تقابلان المادة ٤٣٥ مدني بحريني ، والمادة ٥٠٧ مدني كويتي .

٩٥ مدني مصري (٧٢).

والأصل في الإيجاب في البيع ( أو غيره من العقود ) أن يكون غير ملزم للموجب ، بحيث يكون لمن صدر عنه هذا الإيجاب حق العدول عنه قبل قبوله من الموجب له ، ما دام أن الموجب لم يقرن إيجابه بميعاد معين أو لم يقتض العرف أو طبيعة المعاملة الصادر بشأنها الإيجاب ميعادا محددا يلتزم خلاله الموجب بالبقاء على إيجابه .

ويتحقق ذلك الإيجاب غير الملزم L'offre non obligatoire عادة في التعاقد بين حاضرين سواء أكان يجمعهما مجلس عقد حقيقي ( بأن كانا حاضرين في زمان واحد ومكان واحد وجها لوجه ) أم مجلس عقد حكى ( بأن كانا على اتصال مباشر في زمان واحد دون أن يجمعهما مكان واحد ، كما هو الحال في التعاقد بطريق المسرة - أى التليفون - حيث يكون للموجب أن يعدل عن إيجابه طالما لم يصدر عن الموجب له قبول للإيجاب (م ٩٤ مدني مصري ، م ٣٨ مدني بحريني ، ، م ١/٤١ مدني كويتي (٧٣) .

في حين يتحقق الإيجاب الملزم L'offre obligatoire عندما يصدر الإيجاب مقترناً بميعاد ، سواء عين الموجب بنفسه هذا الموعد ليلتزم خلاله بالبقاء على عرضه أو اقتضته طبيعة المعاملة أو ظروف العقد وملابساته (م ٩٣ مدني مصري ، م ٣٩ مدني بحريني ، م ٢/٤١ مدني كويتي) ، فمن يقول لآخر بعثك سيارتي بمبلغ معين إن وافقت على شرائها بهذا السعر خلال عشرة أيام ، يلتزم بالبقاء على إيجابه خلال هذه المدة ، ولم يجز له العدول عنه إلى أن تنتهي هذه المدة ، ويمكن للموجب له القبول في أى يوم خلال مدة العشرة أيام فينعقد العقد بقبوله ، ومن يرسل لآخر برقية في مكان آخر بعيد عنه يعلنه فيها عن رغبته في بيع منزل له ، يلتزم بالبقاء على إيجابه مدة معقولة مادام يحدد لإيجابه موعداً معيناً يلتزم فيه بالبقاء عليه ، وتقدر هذه المدة

(٧٢) حيث تنص هذه المادة على أنه " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة. " هذه المادة تقابل المادة ٤٣ مدني بحريني والمادة ٥٢ مدني كويتي .

(٧٣) راجع مؤلفنا " النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني ، مصادر الالتزام " ، ص ٣٤ ، ٣٥ .

المعقولة بالوقت الكافي اللازم لوصول البرقية للموجب له ، فضلا عن الوقت الكافي اللازم لإرسال الرد عليها قبولاً أو رفضاً<sup>(٧٤)</sup> .

والغالب في الإيجاب أن يكون موجها لشخص معين يختاره الموجب ، فينعقد العقد بقبوله لهذا الإيجاب قبولاً مطابقاً ، بيد أنه قد يكون موجهاً إلى شخص غير معين ، فيتعين ذلك الشخص في المستقبل عند صدور القبول منه واتصاله بعلم الموجب ، فمثلاً عندما أعلن في إحدى الصحف عن رغبتى فى بيع شقة ذات مساحة معينة ومكان معين وطابق معين وبمواصفات محددة فى مقابل مبلغ معين من المال ، يكون الموجه إليه الإيجاب شخصاً غير معين ، لكن يتعين فى المستقبل عن طريقه هو حينما يأتى إلى أو يتصل بى هاتفياً معلناً عن قبوله التعاقد معى بذات الشروط الواردة فى الإيجاب المعلن عنه فى الصحيفة<sup>(٧٥)</sup> .

والغالب الأعم أن يتولى كل عاقد بنفسه مهمة التعبير عن إرادته فى البيع أو الشراء ، باعتباره أولى الناس بتصريف شئون نفسه وأحرصهم على تحقيق مصالحه الخاصة ورعايتها عند التعاقد ، غير أنه قد تبدو الحاجة ملحة فى بعض الأحوال لنيابة آخر عن أحد طرفى العقد ، إما لضيق وقت الأصيل أو لعدم خبرته بمحل العقد أو لعدم توافر الأهلية اللازمة لإبرام البيع معه ( سواء أكان ذلك راجعاً إلى صغر سنه أو إلى وجود عارض من عوارض الأهلية أو مانع من موانعها لديه ) ، ليتولى من خلالها النائب التعبير عن إرادته<sup>(٧٦)</sup> لحساب البائع أو لحساب المشتري ( سواء جرى التعاقد بين البائع ونائب المشتري أو بين المشتري ونائب البائع أو بين نائبين ينوب أحدهما عن المشتري والآخر عن البائع ) أو يتولى التغيير عن إرادتي البائع والمشتري وفى آن واحد

<sup>(٧٤)</sup> راجع مؤلفنا السابق ، ص ٣٥ .

<sup>(٧٥)</sup> راجع مؤلفنا السابق ، ص ٣٤ .

<sup>(٧٦)</sup> ذلك إن من أهم ما يميز النائب عن غيره أنه يعبر عند إبرام التصرف القانونى لحساب الأصيل عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فهو ليس مجرد رسول يقف دوره عند حد التعبير الحرفي عن إرادة الأصيل دون أن يكون لإرادته أى دور فى إبرام التصرف ، فالنائب يحظى رغم عمله لحساب الأصيل بقدر واف من السلطة فى مباشرة أعمال نيابته ، ويساهم مع من يتعامل معه فى تحديد شروط التصرف القانونى موضوع النيابة فى ضوء تعليمات الأصيل ، مما يجعل إرادته محل اعتبار فى خصوص عيوب الإرادة وضمان العيوب الخفية وليست إرادة الأصيل ، بعكس الحال حينما يكون النائب مجرد رسول فتكون العبرة عندئذ بإرادة الأصيل وليس بإرادة النائب ( م ١٠٤ مدني مصري ، م ٦١ مدني بحريني ، م ٥٦ مدني كويتي ) .

متعاقداً بذلك مع نفسه ، وذلك حينما يكون مرخصاً له قانوناً في ذلك أو مأذوناً له بهذا التعاقد من جانب الأصل (٧٧) ، فينصرف أثر العقد مباشرة إلى الأصل الذي جرى التعاقد باسمه ولحسابه عن طريق نائبة أيا كانت طبيعة تلك النيابة ( أى سواء كانت نيابة اتفاقية أو قضائية أو قانونية ) .

وللموجب له الحرية الكاملة في قبول الإيجاب المعروض عليه أو رفضه وليس للموجب الرجوع عليه بشئ إن أضره من جراء الرفض (٧٨) ولو لم يبد أسباباً لرفضه ، هذا ما لم يتبين أن الموجب له هو من دعا الموجب واستحثه لتقديم إيجابه ، حيث يتعين عليه حينئذ إما أن يقبله أو يرفضه رفضاً مبرراً ، وإلا عد متعسفاً في استعمال رخصة القبول أو الرفض لما جرى عرضه عليه.

ويعتد بالقبول الصادر من الموجب سواء تم التعبير عنه بصورة صريحة ( أى باتباع الأسلوب المألوف والمتعارف عليه في الكشف عن الإرادة ، سواء تم ذلك بطريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو المناولة الفعلية أو باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في دلالة المعبر عن إرادته في القبول ) أو بصورة ضمنية ( أى باتباع أسلوب غير مألوف

---

(٧٧) ويتحقق تعاقد النائب مع نفسه حينما يكون نائباً عن أحد طرفي العقد وأصيلاً عن نفسه ( كما لو كان ملكاً يبيع شيئاً معين لشخص معين فيشتره لنفسه ، أو ملكاً بشراء شيء معين لشخص معين فيبيعه شيئاً يملكه ) أو يكون نائباً عن طرفي العقد ( كما لو كلفه شخص يبيع منزله الكائن في مكان معين وكلفه آخر بشراء منزل له في نفس المنطقة ، فتعاقد مع نفسه لحسابهما بوصفه نائباً عن الطرفين ) . والأصل أن تعاقد النائب مع نفسه عبر جائز قانوناً نظراً لأن النائب في مثل هذا التعاقد في أى من صورتيه سيعبر عن مصلحتين متعارضتين ، يكون معها ظنيّاً في نيابته ويضحى متهماً في أنه سيرجح مصلحة على حساب الآخر ، وذلك أنه إن تعاقد بوصفه نائباً عن طرفي العقد فكيف يكون حكماً وخصماً في آن واحد وكيف يحقق مصلحة الطرفين رغم تعارضهما دون محاباة أو تحيز لأحدهما دون الآخر ، ويزداد الأمر ريباً وشكاً في عدالته حينما يكون نائباً عن طرف وأصيلاً عن نفسه . ولذلك نصت المادة ١٠٨ مدني مصري على أنه " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصل. على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة " . هذه المادة تقابل المادة ٦٧/ب مدني بحريني، والمادة ٦٢ مدني كويتي . بل لم يكتفِ واضع القانون المدني المصري - بعكس القانون المدني البحريني والقانون المدني الكويتي بهذا النص العام في مطلق التعاقد مع النفس من قبل النائب أيا كانت طبيعة هذا العقد ( أى سواء كان بيعاً أم غيره ) بل أورد فيه نصاً خاصاً في بيع النائب لنفسه، حيث تنص المادة ٤٧٩ مدني مصري على أنه " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما ينط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى " .

(٧٨) ذلك أن حينما يرفض العرض المقدم له فهو يمارس حقاً من حقوقه أو يستعمل بمعنى أدق رخصة مقررته له ، ولا يسأل من يستعمل حقاً أو يمارس رخصة في إطار مشروع عما يسببه هذا الاستعمال أو تلك الممارسة من مضار لغيره ، وفي ذلك تنص المادة ٤ مدني مصري على أن " من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر. " . هذه المادة تقابل المادة ٢٧ مدني بحريني وليس لهما ما يقابلهما في القانون المدني الكويتي .

فى التعامل بين الناس ولكن فى إطار العلاقة الخاصة بين البائع والمشتري لا يمكن حملة إلا محل قبول التعاقد ، كأن يعرض شخص على آخر شراء شئ معين ، فيقوم هذا الأخير ببيعه إلى شخص ثالث ، حيث لا يمكن حمل تصرفه فى الشئ المعروض عليه شراءه بالبيع لشخص ثالث إلا على محمل القبول له .

ويلزم للاعتداد بهذا القبول أن يصل فعلاً إلى علم من وجه إليه <sup>(٧٩)</sup> ، فضلاً عن ضرورة تطابقه مع الإيجاب تطابقاً تاماً ، وصدوره فى الوقت المناسب له ( وذلك بصدوره خلال مدة صلاحية الإيجاب لاقتتران القبول ، أو بمعنى آخر أن يصادف هذا القبول إيجاباً قائماً يصلح لأن يقتترن به قبول الموجب له ) ، وأخيراً يلزم أن يظهر هذا القبول فى الشكل المطلوب فيه <sup>(٨٠)</sup> قانوناً أو اتفاقاً ( ذلك وإن كان لا يلزم فى القبول شكل معين عند التعبير عنه فيصح أن يكون صريحاً أو ضمنياً ، إلا أنه إذا اشترط فيه شكل معين فلا يجزئ إلا هذا الشكل المطلوب فيه ، بل إنه إذا اشترط فى القبول الصريح أن يتم فى صورة معينة من صوره فلا تجزئ غير تلك الصورة من صور القبول الصريح الأخرى ، كما لو اشترط فيه أن يكون مكتوباً ، فلا يغنى عنه القبول بالقول أو بالإشارة).

ويتحقق التراضى الذى ينعقد به العقد عند اقتران القبول بالإيجاب فى زمان ومكان مجلس العقد ، هذا إذا كان التعاقد بين حاضرين أو فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول إذا كان التعاقد بين غائبين <sup>(٨١)</sup> .

---

(٧٩) حيث تنص ٩١ مدني مصري على أن " ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به. ما لم يقم الدليل على عكس ذلك " ، هذه المادة تقابل المادة ٣٣ مدني بحريني ، والمادة ٣٦ مدني كويتي .  
(٨٠) لمزيد من البيان والتفصيل حول القبول والشروط اللازمة لصحة الاعتداد به يمكن الرجوع إلى مؤلفنا فى النظرية العامة للالتزام فى القانون المدنى البحرينى ، مصادر الالتزام ، ص ٣٧ : ٤٠ .

(٨١) حيث تنص المادة ١/٩٧ مدني مصري بقولها "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك " . وتنص المادة ٤٥ مدني بحريني على أنه " التعاقد بالمراسلة يعتبر أنه قد تم فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد عرف

والأصل العام في البيع أنه عقد رضائي ، أى يكفي لانعقاده مجرد التراضي بتطابق إرادتي طرفيه دون حاجة إلى إفراغ ارتيهما في شكل خاص ، هذا ما لم ينص القانون على اشتراط الكتابة لصحة انعقاده في بعض الحالات الاستثنائية مثل بيع السفينة أو البيع مقابل إيراد مرتب مدى الحياة أو بيع المؤلف لحقه المالى على مؤلفه ، أو يتفق الطرفان على ضرورة الكتابة لصحة انعقاد البيع ، فعندئذ يلزم لصحة انعقاد العقد إفراغ البيع في الشكل المطلوب له قانوناً أو اتفاقاً حماية لحياة المورث من أن تكون هدفاً من جانب ورثته لاستعجالهم موته طمعاً في الحصول على أنصبتهم من التركة ، وحماية للوارث نفسه في ذات الوقت من طيشه وتهوره الذى قد يدفعه إلى التهاون في بيع ما سيؤول إليه من تركة مورثه بأبخس الأثمان ليحصل على ما يقابلها من المال على وجه السرعة ، لاسيما وأن الوارث بصفة عامة قبل أن يدخل نصيبه من التركة في ذمته لا يستشعر قيمة هذا النصيب ، ومن ثم قد لا يتردد في بيعه بأى مقابل سريع قبل موت موته ولا ينظر إلى ما بعد وفاة هذا المورث <sup>(٨٢)</sup> .

ويتجه البعض إلى أن اشتراط وجود المبيع أو قابليته للوجود هو خاص بالمبيع المعين بالذات ، ومن ثم فهو لا يلزم في المبيع المعين بالنوع ( أى في المثليات <sup>(٨٣)</sup> ) ، على أساس أنه موجود دائماً في الأسواق ، فهو من المثليات التى لا تهلك <sup>(٨٤)</sup> .

---

أو اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك" وهذا عين ما نصت عليه وهذه المادة أو تلك تقابل المادة ٤٩ مدني كويتي .

<sup>(٨٢)</sup> انظر في ذات المعنى : أ. د / أحمد عبد العال أبوقرين - المرجع السابق - ص ١١٨ . حيث يقول سيادته في تبرير خطر التعامل على تركة الإنسان قبل وفاته " ... لأن مثل هذا التصرف ينطوى على المضاربة في حياة الشخص وهو ما يتعارض مع الآداب العامة ، كما أنه قد يغرى الوارث بالتعجيل بحياة المورث مما قد يدفعه إلى الاعتداد على حياته وهو ما يخالف النظام العام " .

<sup>(٨٣)</sup> ويقصد بالأشياء المثلية des choses fungibles تلك الأشياء التي لها في الأسواق أشباه ونظائر ، بحيث يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء أو هي الأشياء التي لا يختلف أحادها عن بقيتها اختلافاً يعتد به عند الوفاء ، على نحو يحقق التماثل بينها وإن اختلفت ، وتقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن ( انظر في ذلك : د / خالد جمال أحمد " النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني " ، مصادر الالتزام ، ص ٨٦ ، الطبعة الثانية عام ٢٠٠٢م ، مطبعة جامعة البحرين ) .

<sup>(٨٤)</sup> انظر في ذلك إلى : أ. د / سمير تناعو - المرجع السابق - بند ١٧ ، ص ٦٩ ، أ. د / على نجيدة - المرجع السابق - ص ٥١ .

ولا جرم أنه يستفاد من إباحة القانون التعامل على الشيء غير الموجود لحظة التعاقد مادام أنه قابل للوجود في المستقبل ، صحة بيع الأشياء المستقبلية مثل بيع محصول أرض قبل بدو صلاحه ونضج ثماره، وبيع شقة قبل تمام بنائها ، إلا أنه خطر مثل هذا التعامل في حالتين <sup>(٨٥)</sup> :

١- **الحالة الأولى:** إذا كان وجود الشيء في المستقبل رهيناً بمحض الصدفة . وذلك يحدث عندما يكون وجود الشيء في المستقبل أمراً محتملاً قد يحدث وقد لا يحدث ، مثال ذلك في بيع شخص لآخر ما يصيده بضربة بندقية من طير أو بضربة شبكة صيد سمك في البحر من أسماك، فهو بيع فيه مقامرة وغرر ولهذا لا يصح التعامل به <sup>(٨٦)</sup> .

٢- **الحالة الثانية:** التعامل على تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه . وذلك بيد أنه حتى في الحالة التي لا تلزم فيها الكتابة بوصفها ركناً في العقد ، فإنه عادة ما يحرص كل من طرفي العقد على الكتابة لإثبات العقد ، لاسيما إذا زادت قيمة العقد عن نصاب الإثبات بشهادة الشهود ، فتكون الكتابة لازمة لإثبات العقد وإن لم تلزم لانعقاده ، وهذا لا يغير مطلقاً من الطبيعة الرضائية لعقد البيع <sup>(٨٧)</sup> .

وإذا كان الأصل أن يقع التراضي على البيع منجزاً ، إلا أنه ليس ثمة مانع قانوني يحول دون اقتران البيع بشرط واقف أو شرط فاسخ حسب ما يتفق عليه بين طرفي العقد ، بحيث لا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا عند تحقق الشرط الواقف ، أو تنتقل هذه الملكية إلى المشتري فور التراضي وتزول بعد ذلك عند تحقق الشرط الفاسخ ، كما يجوز إضافة البيع إلى أجل واقف أو تأجيل تسليم المبيع أو الوفاء بالثمن إلى زمن مستقبلي <sup>(٨٨)</sup> .

<sup>(٨٥)</sup> إذ تنص المادة ١٣١ مدني مصري على أنه " ١- يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً " ٢- غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون. هذه المادة تقابل المادة ١٠٤ مدني بحريني، والمادة ١٢٩ مدني عراقي، والمادتين ١٦٨، ١٦٩ مدني كويتي .

<sup>(٨٦)</sup> انظر في ذلك المعنى : أستاذنا الدكتور / عبد الناصر العطار - المرجع السابق - بند ١٦ ، ص ٢٨ ، أ . د / عبد الخالق حسن " الوجيز في شرح قانون المعاملات المدينة لدولة الإمارات العربية المتحدة " الجزء الثالث ، عقد البيع ، ص ٥٦ ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٢ م . أكاديمية شرطة دبي .

<sup>(٨٧)</sup> انظر في نفس المعنى : أ . د / سمير تناعو " عقد البيع " ، بند ١١ ، ص ٤٣ ، طبعة عام ٢٠٠٥ م منشأة المعارف بالإسكندرية ، أ . د / علي نجيدة " الوجيز في عقد البيع " ، ص ٣٠ ، طبعة عام ٢٠٠٣ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .

<sup>(٨٨)</sup> انظر في ذات المعنى : أ . د / عبد الناصر العطار " العقود المسماة " البيع ، الإيجار ، التأمين " ، بند ٦ ، ص ١٢ ، ١٣ .



ولا يجوز قانوناً توقيت البيع لمنافاة ذلك للطبيعة الفنية لعقد البيع الذي ينقل ملكية المبيع إلى المشتري على سبيل التأييد وليس على سبيل التأكيد<sup>(٨٩)</sup> ويجوز أن يرد البيع على أشياء متعددة يختار البائع أو المشتري حسب الاتفاق بينهما أحد هذه الأشياء الذي يتم الوفاء فيكون التزام البائع التزاماً تخييرياً<sup>(٩٠)</sup>، كما يجوز أن يرد البيع على شئ واحد ويتفق على أن يكون للبائع الخيار في أن يوفى به أو بشئ آخر بدلاً منه ، فيكون التزامه في العقد التزاماً بدلياً<sup>(٩١)</sup> .

---

(٨٩) راجع في نفس المعنى المرجع السابق في ذات الموضوع سالف الذكر .  
(٩٠) يمكننا تعريف الالتزام التخيري بأنه الالتزام الذي يرد على عدة محال وتبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا وفي واحداً منها (انظر مؤلفنا "الوسيط في أحكام الالتزام والإثبات" ص ١٦٦ ، طبعة عام ٢٠٢٠م ، مطبعة بداري ) .  
(٩١) يمكننا تعريف الالتزام البدلي بأنه ذلك الالتزام الذي يكون محله شيئاً واحداً أصلياً ويتفق الطرفان لحظة التعاقد على أن تبرأ ذمة المدين إذا وفي شيئاً آخر بدلاً منه ( انظر مؤلفنا السابق مباشرة ص ١٦٩ ) .

## المبحث الثاني

### صحة التراضي

#### Validité du consentement

لا يكفي في الرضاء سواء في عقد البيع أو غيره من العقود أن يكون موجودا ، بل يلزم أيضا أن يكون صحيحا ، وهذا يقتضي توافر الأهلية القانونية اللازمة لصحة التعبير عن الإرادة تعبيرا منتجا لآثاره في جانب كلا من البائع والمشتري ، هذا فضلا عن ضرورة سلامة رضائهما من العيوب المفسدة للرضاء مثل عيب ، الغلط ، وعيب التدليس ، وعيب الإكراه ، وعيب الاستغلال .

### المطلب الأول

#### الأهلية في عقد البيع

#### La capacité dans le contrat de vent

#### الأصل العام : وجوب كمال أهلية الأداء لصحة عقد البيع

ينبغي لصحة انعقاد البيع توافر الأهلية لدى البائع والمشتري ، والأهلية المطلوبة هنا هي أهلية الأداء Capacité d'exercice ، ليكونا قادرين على التعبير عن إرادتهما تعبيرا يعتد به قانونا (أي لترتيب آثاره القانونية)<sup>(٩٢)</sup> . ومناطق من هذه الأهلية هو الإدراك أو التمييز Le discernement ، ولذا فهي تدور معه انعداما وانتقاصا واكتمالا بحسب درجته (حيث تتعدم الأهلية بانعدام التمييز لدى الشخص ، وتتنقص بانتقاصه ، وتكتمل باكتماله ) .

<sup>(٩٢)</sup> (حيث يقصد بأهلية الأداء " قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية في حقه وذمته " (ا.د / حسن كيرة " المدخل إلى القانون " بند ٢٩٠ ، ص ٥٧٢ ، الطبعة السادسة عام ١٩٩٣ م ، منشأة المعارف بالإسكندرية ) .

وقد ربط واضع القانون درجات الإدراك أو التمييز في الإنسان بمراحل عمره أو سنه، فأثبت الانعدام لإدراكه أو تمييزه إذا كان دون السابعة من عمره، وأسماءها مرحلة انعدام التمييز (٩٣)، وتبعاً لذلك تكون أهليته منعدمة، وينتقص إدراكه أو تمييزه ببلوغه سن السابعة من عمره إلى ما دون سن الواحد والعشرين عاماً، وتسمى مرحلة نقصان التمييز، وتكون أهليته ناقصة على إثر ذلك، وأخيراً يكتمل الإدراك أو التمييز لدى الشخص ببلوغه سن الواحد والعشرين عاماً دون أن يعترضه عارض من عوارض الأهلية (مثل الجنون والعتة والغفلة)، وتسمى مرحلة اكتمال التمييز، وتكون للإنسان أهلية أداء كاملة نتيجة لذلك.

ونظراً لأن عقد البيع من عقود المعاوضة، أي من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، لأن كل عاقد يحصل فيها على أداء معين عوضاً عن الأداء الذي يبذله للعاقد الآخر، فإنه يجب أن تتوفر في كل من البائع والمشتري أهلية أداة كاملة، حتى ينقصد العقد منه صحيحاً غير مهدد بالإبطال لسبب راجع إلى الأهلية، فإن كان أحدهما ناقص الأهلية كان عقد البيع صحيحاً ومنتجاً لآثاره مع قابليته للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية، ما لم يجزه ناقص الأهلية بعد بلوغه سن الرشد، أو يجزه وليه أو وصيه أو غيرهما قبل بلوغه سن الرشد (٩٤)، وإن كان أحدهما عديم الأهلية لم يكن أهلاً لأي تصرف قانوني أياً كانت طبيعته (سواء كان ضاراً ضرراً محضاً مثل التبرع لغيره أو دائراً بين النفع والضرر مثل البيع أو حتى نافعاً نفعاً محضاً مثل قبول التبرع من غيره (٩٥)) وكان تصرفه هذا باطلاً بطلاناً مطلقاً دون أن يصح ورود الإجازة عليه، لأن العقد الباطل لا ترد عليه الإجازة أبداً ويكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان،

(٩٣) حيث تنص المادة ٢/٤٥ مدني مصري على أنه " وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز. " هذه المادة تقابل المادة ٧٣/ب مدني بحريني، والمادة ٢/٨٦ مدني كويتي.

(٩٤) تنص المادة ١١١ مدني مصري " ١- إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحاً متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً. ٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويؤول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون " هذه المادة تقابل المادة ٧٣ مدني بحريني (٩٥) تنص المادة ٤٥ مدني مصري على أنه " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون " هذه المادة تقابل المادة ٧٣ مدني بحريني، والمادة ١/٨٦ مدني كويتي.

بل وللمحكمة أن تقضي به ولو من تلقاء نفسها بوصفها حارسة للنظام العام في المجتمع من التصرفات الباطلة <sup>(٩٦)</sup> .

وينبغي مراعاة أن شرط الأهلية شرط لازم ابتداء وليس شرط بقاء ،ومن ثم يصح العقد بتوافر الأهلية ابتداء حتى وإن طرأ عليها بعد العقد عارض من عوارض الأهلية ، بل حتى وإن كان هذا العقد عقداً ابتدائياً <sup>(٩٧)</sup> .

### الاستثناء : انعقاد عقد البيع صحيحاً رغم نقص الأهلية

على خلاف الأصل العام سالف الذكر قد ينعقد عقد البيع صحيحاً من الشخص رغم نقص أهليته في بعض الحالات الاستثنائية ،ومن ثم يكتفى ببلوغه سن التمييز ولو لم يصل إلى سن الرشد ، وذلك في الحالات الآتية .:

١- للقاصر أهلية إبرام عقد العمل :إذ تنص المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٥٢م على أنه " للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي وفقاً لأحكام القانون وللمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذي شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبلة أو لمصلحة أخرى ظاهرة " <sup>(٩٨)</sup>

ويبين لنا من هذا النص أن القاصر يعامل معاملة كامل الأهلية فيرخص له في أن يتولى بنفسه لنفسه مهمة إبرام عقد العمل بوصفه عاملاً دون حاجة إلى استئذان أحد ، على الرغم أن هذا العقد يمثل بالنسبة له تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً إذا كان لا يحصل على أجر عنه كما لو كان عقد تمرين له على نشاط محدد ، أو يمثل تصرفاً دائراً بين النفع والضرر إذا كان يأخذ أجراً لعمله .

<sup>(٩٦)</sup> حيث تنص المادة ١/١٤١ مدني مصري على أن " - إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة " هذه المادة تقابل المادة ١١٨ مدني بحريني ، والمادة ١/١٨٤ مدني كويتي .

<sup>(٩٧)</sup> نقص مدني ١٩٤١/١١/٦م ، طعن رقم ٢٣ ، ص ١١ ق مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض المصرية ، ج ١ ، ص ٣٤٥ ، رقم ٧ ، نقص مدني مصري ١٩٧٦/٢/٣م س ٢٧ ، ص ٣٧٦ .

<sup>(٩٨)</sup> وهو عين ما نصت عليه المادة ٢/٤٤ من قانون الولاية على المال البحريني على أن " للمجلس أن يأذن للقاصر الذي بلغ السادسة عشرة من عمره في أن يبرم عقد العمل وفقاً لأحكام قانون العمل . وله بناء على طلب الإدارة أو أحد ذوي الشأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبلة أو لمصلحة ظاهرة " .

وإذا كان عقد العمل المبرم من قبل العامل الذى بلغ السادسة عشرة من عمره وأذن له من قبل المجلس ينعقد صحيحا ، إلا أنه من حق المحكمة في مصر أو مجلس الولاية على أموال القاصرين في البحرين إنهاء هذا العقد بناء على طلب ذي الشأن إذا اقتضت مصلحة القاصر ذلك ، كما لو كان العمل شاقا بما لا يتناسب مع صغر سنه أو كان يضر بمستقبله الدراسي أو كان طالب الإنهاء يرغب فى توجيه القاصر إلى عمل آخر يتناسب مع عمره وقدرته ومهاراته الخاصة، هذا مع مراعاة أنه إذا قررت المحكمة في مصر أو قرر المجلس في البحرين إنهاء عقد العمل لم يكن لهذا القرار أثر رجعى ، ومن ثم يقتصر أثره على المستقبل دون أن يرتد إلى الماضي .

٢- للقاصر الذى بلغ السادسة عشرة من عمره أهلية التصرف فى كسب عمله :

إذ تنص المادة ١/٦٣ من قانون الولاية على المال المصري على أن " يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشر أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ولا يجوز أن يتعدى اثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته " (٩٩) .

ويظهر لنا من هذا النص أن القانون يعترف للقاصر بأهلية كاملة فى التصرف فيما يكسبه في عمله من كسب (سواء أكان نقدا أو عينا ) ما دام قد بلغ السادسة عشرة من عمره ، وأيا كان نوع هذا التصرف ، أى سواء كان دائرا بين النفع و الضرر مثل البيع أو المقايضة أم كان ضارا ضررا محضا مثل التبرع شريطة أن يكون تصرفه فى حدود المال المكتسب من عمله دون أن يتجاوزه إلى أمواله الأخرى ، وذلك رعاية للقاصر وحفاظا له على باقي عناصر ذمته المالية العامة الأخرى .

(٩٩) هذه المادة تقابل المادة ٢/٤٤ من قانون الولاية على أموال القاصرين البحريني.

٣- للقاصر أهلية التصرف في ماله المخصص لنفقته :

إذ تنص تقابل المادة ١/٦٣ من قانون الولاية على المال المصري " للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط " (١٠٠) .

ويظهر لنا من هذا النص أن القاصر الذي بلغ السابعة من عمره إلى ما قبل بلوغه سن الرشد متى أذن له في تسلم مال معين بقصد النفقة عليه أو وضع له المال لأغراض نفقته اليومية في حياته المعيشية (سواء جعلت له يومياً أو أسبوعياً أو شهرياً أو سنوياً) كان ذا أهلية كاملة في التصرف فيه بكل أنواع التصرف (أي سواء كان هذا التصرف دائراً بين النفع والضرر كما لو اشترى طعاماً أو شرباً أو ملبساً لنفسه ، أو كان التصرف ضاراً ضرراً محضاً كما لو تبرع منه على الفقراء والمساكين ، شريطة أن يقتصر التزامه في هذه التصرفات على حدود المال المخصص لأغراض نفقته دون أن يتجاوزها إلى بقية أمواله الأخرى رعاية له وحفاظاً له على باقي أمواله .

٤- للقاصر المأذون له بالزواج حرية التصرف في المهر والنفقة :

إذ تنص المادة ٦٠ من قانون الولاية على المال المصري على أنه " إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال كان ذلك إذناً له في التصرف في المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق " .

يتضح لنا من هذا النص أن القاصر إذا كان ذا مال وأذنت له المحكمة في الزواج ، كان ذلك الإذن إذناً له في التصرف في ماله في حدود ما يلزم لزوجته من مهر ونفقة لإتمامه ، ويعامل في خصوص ذلك معاملة كامل الأهلية ، ويكون للزوجة القاصر حق التصرف في مهرها ونفقتها دون حاجة في الرجوع في ذلك قانوناً إلى وليها أو وصيها ، غير أننا ننصح لها بالرجوع ابتداءً إلى وليها أو وصيها قبل هذا التصرف تدعيماً لوشائج القرى وأواصر المحبة بينهما ، وإن لم يكن مُلْزماً لها قانوناً .

---

(١٠٠) هذه المادة تقابل المادة ٤٣ من قانون الولاية على المال البحريني .

٥- للقاصر ذى الثامنة عشر من عمره أهلية إدارة أمواله متى أذن له فى ذلك :

إذ تنص المادة ١١٢ مدني مصري على أنه " إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسليم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون " (١٠١) . ويفهم من هذا النص أن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذن له من المحكمة فى مصر فى تسلم أمواله كلها أو بعضها بناء على طلبه أو طلب وليه أو وصيه، كانت له أهلية كاملة فى مباشرة كافة الأعمال اللازمة لإدارة هذه الأموال، سواء ما كان منها من قبيل أعمال الإدارة بحسب طبيعته ( مثل قيامه بزراعة الأرض وفلاحتها وتفتيتها من الأشواك والحشائش، أو بتأجيرها للغير وقبض أجرتها ) أو ما كان منها من قبيل أعمال التصرف اللازمة لإدارة هذه الأعمال ( مثل شراء الأسمدة والبذور وأدوات الفلاحة والري للأرض الزراعية ) ، فهذه التصرفات تعد صحيحة بصورة نهائية وغير قابلة للإبطال بحكم النص سالف الذكر خروجاً على مقتضى القاعدة العامة التى تجعل من تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر صحيحة مع قابليتها للإبطال لمصلحة القاصر .

وهذا ما أكدته المادة ٦٤ من قانون الولاية على المال المصري بنصها على أن " يعتبر القاصر المأذون من قبل وليه أو المحكمة أو نص القانون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفى التقاضى فيه " (١٠٢) .

٦- للقاصر أهلية الاتجار فى أمواله متى بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذن له المجلس فى ذلك : تنص المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال المصري على أنه " لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة فى ذلك إذناً مطلقاً أو مقيداً " (١٠٣) .

(١٠١) وتنص المادة ١/٣٩ من قانون الولاية على المال البحريني على أنه " يجوز للمجلس بعد سماع أقوال الولي أو الوصي أن يأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة من عمره إذناً مطلقاً أو مقيداً فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وذلك بناء على طلب القاصر أو الولي أو الوصي " .

(١٠٢) هذه المادة تقابل المادة ٤٥ من قانون الولاية على المال البحريني .

(١٠٣) هذه المادة تقابل المادة ٢/٣٩ من قانون الولاية على المال البحريني .

يستفاد من ظاهر النص أن القاصر يعامل معاملة كامل الأهلية فيتاجر في أمواله ويباشر بشأنها جميع أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر فيشتري أو يبيع أو يقايض أو يراهن ،متى بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنت له المحكمة في مصر في الاتجار في أمواله .

فالمحكمة في مصر (أو مجلس الولاية على أموال القاصرين) هي وحدها الجهة التي تملك الإذن للقاصر بالاتجار في أمواله ، ومن ثم لا يملك الولي أو الوصي الإذن للقاصر بذلك ، نظرا لأن حدود ولاية أى منهما فى طلب الإذن للقاصر مقصورة على أعمال الإدارة فقط دون أعمال التصرف ، والاتجار في الأموال هو من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة .

ولا جرم أن مدى أو نطاق أهلية القاصر يتحدد في حدود الإذن الصادر له من المحكمة في مصر ، فقد يكون الإذن مطلقا غير مقيد فيكون للقاصر أهلية الاتجار في كل أمواله ، وقد يكون الإذن مقيدا بنسبة معينة من أمواله أو بنوع معين منها فعندئذ تكون أهليته محدودة فى إطار القدر أو النطاق المأذون له بالاتجار فيه .

وإذا كان القانون قد أجاز لناقص الأهلية مباشرة عقد البيع على سبيل الاستثناء على نحو ما رأينا أنفا ،فقد منع فى حالات أخر الشخص الرشيد كامل الأهلية من مباشرة هذا العقد على سبيل الاستثناء أيضا حفاظا على سمعته ودفعاً لمظان الشبهة والتهمة عن شرفه وسمعته ، نذكر منها على سبيل المثال ما يلى :

١- ما تنص عليه المادة ٤٧١ مدني مصري " 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 باطلا.(١٠٤) .

(١٠٤) هذه المادة تقابل المادة ٤٤٠ مدني بحريني، والمادة ٥١٣ مدني كويتي .



٢- كما تنص المادة ٤٨٠ مدني مصري على أنه " لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار. (١٠٥).

## المطلب الثاني

### عيوب التراضي في عقد البيع والعلم الكافي بالمبيع

ليست هناك أحكام خاصة الرضاء من العيوب المفسدة له مثل عيب الغلط، وعيب التدليس، وعيب الإكراه، وعيب الاستغلال، فهو كغيره من العقود ينعقد صحيحا قابلا للأبطال لمصلحة العاقد الذي وقع في عيب من هذه العيوب .

وبناء على ما سبق ينتفى مبرر أفراد دراسة خاصة مستفيضة لتطبيق أحكام عيوب التراضي على عقد البيع، ولم يعد من جديد يجدر ذكره في شأن تطبيق عيوب التراضي في خصوص عقد البيع (١٠٦) .

بيد أن واضع القانون المدني المصري لم يكتف بالقواعد العامة في التراضي التي تجعل العقد قابلا للإبطال عند فساد رضاء العاقد بأحد عيوب الإرادة، بل قرر حكما جديدا اشترط فيه ضرورة تحقيق علم المشتري بالمبيع علما كافياً وإلا كان من حقه طلب إبطال العقد، إذ تنص المادة ٤١٩ مدني مصري على أنه " ١ - يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه.

٢- وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع " (١٠٧) .

(١٠٥) هذه المادة تقابل المادة ٤٤١ مدني بحريني، والمادة ٥١٤ مدني كويتي .  
(١٠٦) راجع تفصيلا عيوب التراضي لدى د/ خالد جمال أحمد "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني"، دراسة مقارنة " مصادر الالتزام، ص ٤٨، الطبعة الثانية عام ٢٠٠٢م مطبعة جامعة البحرين .  
(١٠٧) هذه المادة تقابل المادة ٤٥٦ مدني كويتي .

وقد قيل فى تبرير هذا الحكم الجديد أن واضع القانون إراد أن يوفق بين خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية الذى يتطلب قدرا كبيرا من علم المشتري بالمبيع وبين القواعد العامة فى القانون المدنى التى تستلزم قدرا محدودا من العلم بالمبيع يتحقق بمجرد تعيين المبيع تعيينا كافيا<sup>(١٠٨)</sup> .

ونظرا لما يمثله خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية من قيمة خاصة لأحكام العلم بالمبيع فى القانون بوصفه مصدرا تاريخيا لهذه الأحكام ،لذا يجدر بنا قبل تناول أحكام العلم بالمبيع أن نعرض سريعا على أحكام خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية ،على النحو الآتى :-

**الفرع الأول : خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية .**

**الفرع الثانى : أحكام العلم بالمبيع فى القانون .**

**الفرع الأول: خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية**

**أولا : معنى خيار الرؤية**

يطلق لفظ الخيار بصفة عامة ويراد به أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما حق إمضاء العقد أو فسخه .وقد رخص فيه ليكون وسيلة إلى تمام الرضاء وسلامته وابتثائه على أساس صحيح ،ومن بين أنواع الخيارات التى تثبت فى العقود خيار الرؤية وهو يعنى ما يثبت لأحد العاقدين عند رؤية محل العقد من حقه فى إمضاء العقد أو فسخه نظرا لعدم رؤيته إياه قبل إبرام العقد أو لحظة إبرامه<sup>(١٠٩)</sup> .

<sup>(١٠٨)</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصرى ،ج٤، ص١٨، د.خمس خضر "العقود المدنية الكبيرة (البيع والتأمين والإيجار) ،بند ٢٥ ص ٥٥ ،الطبعة الأولى عام ١٩٧٩ م ،دار النهضة العربية بالقاهرة ،د/ حمدى محمد عطيفى "العقود المسماة (البيع -الإيجار - التأمين)، ص٣٧، طبعة عامة ١٩٩٨/١٩٩٩ م ،طبع بمطابع فوتيادس وشركاه بالقاهرة .

<sup>(١٠٩)</sup> د.خمس خضر المرجع السابق -بند ٢٦، ص ٥٥

## ثانيا :الأساس الشرعى لخيار الرؤية

ويجد خيار الرؤية أساسه الشرعي في الحديث النبوي الشريف الذى قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم "من اشترى شيا لم يراه ،فهو بالخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه وإن شاء تركه " (١١٠) .

## ثالثا: صاحب الحق فى خيار الرؤية

يثبت خيار الرؤية للمشتري باتفاق فقهاء الأحناف عملا بظاهر الحديث الشريف سالف الذكر ،واختلفوا فى ثبوته للبائع فقيل يثبت هذا الخيار للبائع كما يثبت للمشتري ،وذلك لتوافر ذات العلة التى شرع من أجلها الخيار لدى البائع مثله فى ذلك مثل المشتري ، وبذلك يكون إثبات الشرع خيار الرؤية للمشتري قد جاء صراحة ، وإثباته هذا الخيار للبائع قد جاء دلالة أو ضمنا (١١١) وقيل لا يثبت هذا الخيار للبائع وإنما يقتصر على المشتري ،واستدلوا فى ذلك بما روى عن سيدنا عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه باع أرضا له إلى سيدنا طلحة بن عبيد الله ، ولم يكن أحدهما قد رأى هذه الأرض ،فقيل لسيدنا عثمان لقد غبنت فقال لى الخيار لأنى بعت ما لم أراه، وقيل لسيدنا طلحة لقد غبنت .فقال لى الخيار لأنى اشتريت ما لم أراه ، واحتكما فى ذلك إلى سيدنا جبير بن مطعم رضى الله عنه فقضى بالخيار لطلحة وحده دون عثمان ، وكان ذلك بحضرة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم فلم يردده أحد منهم فى هذا القضاء فكان سكوتهم إجماعا على صحة قضائه (١١٢) .

هذا فضلا عن أن قياس البائع على المشتري فى إثبات الخيار له فى بيع ما لم يره قبل البيع قياس مع الفارق ،ذلك أن البائع أكثر قدرة واستطاعة على رؤية المبيع

---

(١١٠) أخرجه الدار قطني فى سننه حديث رقم ٢٧٧٧ ، وأخرجه البيهقي فى السنن الصغير حديث رقم ١٩١٧ ، وأخرجه البيهقي فى السنن الكبرى ، ج ٥ ، ص ٢٦٨ .  
(١١١) انظر فى ذلك إلى : الإمام الكاسانى فى كتابه " بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع " ج ٥ ، ص ٢٩٢ ، والأمام الزيلعى فى كتابه "تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق " ج ٤ ، ص ٣٥ .  
(١١٢) الإمام كمال الدين بن الهمام شرح فتح القدير " ج ٥ ، ص ١٣٧ .

نظرا لوجوده عادة بين يديه ،وحتى حينما يكون بعيدا عنه يكون فى مقدوره رؤيته ببسر قبل بيعه ،فإذا لم يفعل ذلك كان هذا تقصيرا منه غير مغتفر (١١٣).

ويثبت هذا الخيار للمشتري شرعا لا شرطا ، أى بحكم الشرع دون حاجة إلى اشتراط ، فلا يحتاج - من ثم - إلى اتفاق عليه بين طرفي العقد ، فمتى اشترى المرء شيئا لم يره ثبت له الخيار فى إمضاء العقد أو فسخه عند رؤيته ،ولا يحرمه من هذا الخيار ذكر أوصاف المبيع فى العقد أو تعيينه تعيينا دقيقا بل لابد من رؤيته مع ثبوت الخيار له بعد هذه الرؤية .

#### رابعاً : شروط المبيع محل الخيار الرؤية

لكي يثبت خيار الرؤية يجب أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين ( أي يجب أن يكون المبيع معينا بالذات ) ، فإن كان المبيع مما لا يتعين بالتعيين (أي مما يكون معينا بنوعه) لم يثبت خيار الرؤية لمشتريه (١١٤) ، وتطبيقا لذلك فإنهما (أى العاقدان ) " لو تبايعا عيناً بعين يثبت الخيار لكل واحد منهما ، ولو تبايعا دينا بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما ،ولو اشترى عينا بدين للمشتري الخيار ولا خيار للبائع " (١١٥).

والسبب في هذا الشرط أن المبيع إذا كان مما يتعين بالتعيين لا يكفى مجرد وصفه بل لابد من رؤيته لكمال الرضا به ،بخلاف المبيع المعين بنوعه فيجزئ وصفه في تحقيق كمال الرضاء به (١١٦)

كما يلزم أن يكون المبيع لم يره المشتري عند البيع ،فإن اشترى المبيع وقد رآه قبل البيع مباشرة أو رآه لحظة إبرام البيع ، فلا خيار له ، أما إن كان قد رآه قبل البيع بفترة ولم يره وقت الشراء ، وحيث التفرقة بين فرضين : أولهما إن كان المبيع لم يزل

(١١٣) العلامة الدكتور السنهورى " مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ،المجلد رقم ٤ ، ص ٢٣٠ ، الطبعة الثانية غام ١٩٩٨ منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت لبنان .

(١١٤) الفتاوى الهندية ج ٣ ، ص ٥٨ ، ابن عابدين "رد المختار" ج ٤ ، ص ٦٥

(١١٥) الكاسانى "بدائع الصنائع" ج ٥ ، ص ٢٩٢ .

(١١٦) فى نفس المعنى : الأستاذ /على الخفيف "أحكام المعاملات الشرعية" ص ٣٤٩ ، د/محمود جمال الدين ذكى "قانون عقد البيع فى القانون المدنى ، بند ٥٣ ، ص ١١٠ ، طبعة ١٩٧٣ م ، مطبعة جامعة الكويت .

على حاته كما رآه ، أيلم يتغير من وقت رؤيته من قبل لم يكن له خيار ،وثانيهما :إنه إن كان المبيع قد يتغير حاله عن وقت رؤيته قبل شرائه ،عد وكأنه شيء آخر لم يره المشتري فيكون له الخيار إذا رآه (١١٧).

#### خامسا: معنى الرؤية :

قد يتبادر إلى الذهن لأول وهله أن رؤية المبيع تتحقق فقط بمعاينته بالبصر ، والحقيقة أن هذه الرؤية بالبصر ما هي إلا مظهر واحد من مظاهر رؤية المبيع ،إذ تتحقق الرؤية بكل وسيلة يتسنى من خلالها علم المشتري بمحل العقد علما فعليا على الوجه الذى يناسب طبيعته ، فإن كان هذا المحل من المرئيات تحقق العلم به بالإبصار ، وإن كان من المطعومات تحقق العلم به بالتذوق، وإن كان من المشمومات تحقق العلم به بالشم ،وإن كان من الأشياء التى لا تدرك إلا باللمس ، تحقق العلم به باللمس مثل بعض الأقمشة (١١٨) .

ويكفي رؤية بعض المبيع إن كانت كافية فى العلم بكل المبيع ،كما هو الحال فى المثليات إذ لا يكون الاختلاف محل اعتبار بين أجزاء الأشياء المثلية ،بحيث تجزى رؤية البعض عن رؤية الكل ، بخلاف الحال إذا كانت أجزاء الشئ الواحد متفاوتة أو مختلفة بحيث لا تغني رؤية بعضها عن بعضها الآخر ،فعندئذ تجب رؤية جميع الأجزاء ،بحيث إذا رأى بعضها ولم ير بعضها الآخر ،كان بالخيار عند رؤية الأجزاء الأخيرة بين إمضاء العقد أو فسخه (١١٩) .

وينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار الغرض الذى ينشده المشتري من المبيع لتحقيق علمه الكافى به ، كمن يشتري شاة حلوبا للقنية لابد من نظره إلى ضرعها ، ومن يشتري شاة للحم لابد من الجس ، ولا يجرى فيها مجرد رؤية الشاتين من بعيد ، ذلك أن اللحم

---

(١١٧) الكاساني "بدائع الصنائع " ج٥، ص٢٩٢: ٢٩٣ .

(١١٨) الأستاذ /على الخفيف "أحكام المعاملات الشرعية "، ص٣٤٩ ، بدون سنة طبع وقد جرت طباعة هذا الكتاب على نفقة بنك البركة البحرينى للاستثمار .

(١١٩) الإمام الزيلعي - المرجع السابق -ج٤ ، ص٢٦ ، ٢٧ ، والأمام الكمال بن همام -المرجع السابق -ج٥، ص١٤٢: ١٤٤ .

مقصود  
الشاة والضرع مقصود من الحلوب ، ورؤيتهما من بعيد لا تفيد في العلم الكافي بهذين  
المقصودين (١٢٠) .

#### سادسا : وقت ثبوت خيار الرؤية :

يثبت للمشتري خيار الرؤية عند رؤية المبيع ، فإن رضى بالمبيع قبل أن يراه ،  
بقي على خياره ، وجاز له فسخ العقد إذا رآه ، لأن نزوله عن هذا الخيار قبل ثبوته لا  
يعتد به .

وقد ذهب بعض فقهاء الأحناف - ويمثل هذا الاتجاه الرأي الراجح فى الفقه  
الحنفى - إلى أن الخيار ليس له مدة محددة ينتهى بانتهائها ، ومن ثم فهو يبقى ثابتا  
لصاحبه منذ رؤية المبيع إلى أن يوجد ما يسقطه أو يبطله ، على أن ثبوته يرجع إلى  
اختلال الرضاء ، ولهذا فهو يبقى ما بقي سبب وجوده إلى أن يزول بصدور أساس ما  
يدل على الرضاء أو الفسخ أو حصول ما يسقطه (١٢١) .

فى حين ذهب البعض الآخر منهم إلى أن خيار الرؤية حق مؤقت يسقط بعد  
رؤية المبيع بالقدر الزمنى اللازم لتمكين المشتري من فسخ العقد أو إمضائه ، وبناء عليه  
إذا تمكن المشتري بعد رؤية المبيع من فسخ العقد ولم يفسخه سقط حقه فى الفسخ ، إذ  
يحمل امتناعه عنه رغم القدرة عليه عند الرؤية على الإجازة الضمنية للعقد (١٢٢) .

#### سابعا : أثر ثبوت خيار الرؤية

إذا ثبت خيار الرؤية للمشتري كان العقد غير لازم له ، ومن ثم لا يتحقق تمام  
حكم العقد إلا برؤيته للمبيع وإمضائه للعقد ، بمعنى أن العقد رغم انعقاده صحيحا بين  
طرفيه ونفاذه فى حقهما مرتبا آثاره ، فيثبت فيه الملك للمبيع للبائع ، والحق فى الثمن  
للمشتري ، إلا أنه لا تستقر هذه الآثار التى تمثل تماما للعقد أو لحكم العقد إلا برؤية

(١٢٠) الإمام الكاسانى - المرجع السابق - ج ٥ ، ص ٣٩٣ .  
(١٢١) الإمام كمال الدين بن الهمام شرح فتح القدير ج ٥ ، ص ١٤١ ، والكاسانى - المرجع السابق - ج ٥ ، ص ٢٩٢ .  
(١٢٢) انظر إلى المرجعين السابقين فى نفس الصفحات .

المبيع ، فخيار الرؤية يمنع من تمام حكم العقد ، ولا يتم حكم البيع مع ثبوت خيار الرؤية إلا برؤية المشتري للمبيع فعلاً وإمضائه العقد ، وفى ذلك يقول الإمام الكاسانى من فقهاء الحنفية " إن شراء ما لم يره المشتري غير لازم ، لأن عدم الرؤية يمنع من تمام الصفقة "(١٢٣)

### ثامناً: مسقطات خيار الرؤية :

#### يسقط حق المشتري في خيار الرؤية في أي من الحالات الآتية .:

١- الإجازة الصريحة أو الضمنية للعقد بعد رؤية المبيع : ذلك أن المشتري إذا أمضى العقد بعد رؤيته أصبح لازماً له وسقط حقه فى الخيار ، سواء تحقق إمضائه للعقد صراحة (أى بكل وسيلة صريحة أو مباشرة تعبر عن رضائه بالمبيع بعد رؤيته) أو دلالة وضماً (ويستفاد ذلك من كل تصرف أو فعل يكشف بصورة غير مباشرة عن رضائه بالمبيع بعد رؤيته له ، كأن يدفع للبائع ثمنه أو يقبضه منه أو يعرضه للبيع (١٢٤) أو يطلب الأخذ بالشفعة به (١٢٥) .

#### ٢- موت المشتري قبل ممارسة الخيار

ذلك أن المشتري إذا مات قبل أن يختار لزمه البيع بالموت ولم ينتقل -من ثم - إلى ورثته ، لأن خيار الرؤية رغبة أو مشيئة ممنوحة لشخص المشتري فلا تنتقل من بعده إلى ورثته (١٢٦) .

#### ٣- هلاك بعض المبيع أو تعيبه أو تغييره قبل الخيار

فقد جاء فى بدائع الصنائع للكاسانى أنه " ... إذا هلك بعضه أو انتقص بأن تعيب بأفة سماوية أو بفعل أجنبى أو بفعل البائع عند أبى حنيفة ومحمد (١٢٧) رحمهما

(١٢٣) الإمام الكاسانى -المرجع السابق- ص ٢٩٢ .  
(١٢٤) انظر فى ذلك ابن نجيم "البحر الرائق فى شرح كنز الدقائق" ج ٦ ، ص ٢٨ ، الإمام الكاسانى -المرجع السابق- ج ٥ ، ص ٢٩٦ ، الإمام الزيلعى "تبیین الحقائق" ج ٤ ، ص ٢٥ ، ٢٦ .  
(١٢٥) أ.د/ لىلى عبدالله سعيد -المرجع السابق- بند ٤٣ ، ص ٥٠ .  
(١٢٦) انظر فى ذلك : إلى الكمال بن الهمام -المرجع السابق- ج ٥ ، ص ٢٩٥ ، الزيلعى المرجع السابق -ج ٤ ، ص ٣٠ .  
(١٢٧) ومحمد هو الإمام محمد بن الحسن الشيبانى من أصحاب وتلاميذ أبى حنيفة النعمان رضى الله عنهما .

الله، أو ازداد فى يد المشتري زيادة منفصلة متولدة أو غير متولدة ، على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذى ذكرناه فى خيار الشرط والعيب .والأصل أن كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية (١٢٨)

#### ٤- تصرف المشتري فى المبيع

إذا تصرف المشتري فى المبيع وجبت التفرقة بين فرضين :

أ- الفرض الأول: التصرف فى المبيع قبل رؤيته: وعندئذ ننظر إلى هذا التصرف إن كان لازماً يوجب حقاً للغير كالبيع والهبة مع التسليم والإجارة سقط خياره حتى وإن نقض التصرف بعد ذلك إذا الخيار لا يعود بعد سقوطه ، أما إذا كان التصرف الصادر من المشتري قبل الرؤية ليس بلازم له كما لو عرضه فقط للبيع أو وهبه ولم يسلمه بعد، لم يسقط خياره ، لأن الخيار قبل الرؤية لا يسقط بالرضا الصريح ،ومن ثم فعدم سقوطه بالدلالة أولى وأؤكد (١٢٩) .

#### ب- الفرض الثانى: التصرف فى المبيع بعد الرؤية

إذا تصرف المشتري فى المبيع بعد رؤيته حمل ذلك على رضاه عنه ضمناً أو دلالة ، ومن ثم يسقط حقه فى الخيار ،لأن الخيار يسقط بعد الرؤية صراحة أو دلالة.

#### ٥- السكوت عن فسخ العقد بعد رؤيته

يترجح فى نظرى ذلك رأى المرجوح فى الفقه الحنفى والذى ينظر إلى حق الخيار بوصفه حقاً مؤقتاً يسقط بعد رؤيته إذا مضى زمن كاف لتمكين المشتري من فسخ العقد ، ورغم ذلك لم يفسخه ، إذ ينبغى حمل السكوت عن طلب الفسخ بعد رؤية المبيع خلال تلك الفترة المعقولة على الرضا بالمبيع دلالة أو ضمناً ، ومن ثم يسقط حقه فى الخيار على إثر ذلك .

ويراعى أن المذاهب الفقهية الثلاثة الأخرى تجعل من وصف البائع للمبيع وصفاً دقيقاً مسقطاً لخيار الرؤية أو تجعل من وصف المبيع وصفاً دقيقاً بمثابة رؤيته على

(١٢٨) الإمام الكاسانى - المرجع السابق - ج ٥، ص ٢٩٦، ٢٩٧ .  
(١٢٩) الإمام الكمال بن الهمام "شرح فتح التقدير، ج ٥، ص ١٤١، ١٤٢ .



نحو لا يسمح للمشتري معه فى الطعن فى العقد إلا عند وجود اختلاف بين المبيع والوصف المذكور له فيكون له من ثم خيار الخلف في الوصف (١٣٠) .

## الفرع الثانى

### أحكام العلم بالمبيع فى القانون

أولا : حقيقة العلم الكافى ووسائله

لقد اشترطت المادة ٤١٩ مدني مصري لاكتمال رضا المشتري أن يكون عالما بالمبيع علما كافيا ، فما هي حقيقة هذا العلم ، وما هي وسائل تحقيقه ؟

بادئ ذى بدء ينبغى التنويه إلى أن واضع القانون لم يكتف بالقواعد العامة فى المحل والتي تقتنع بمجرد تعيين المحل أو قابليته للتعيين ، بل تطلب لصحة رضا المشتري علمه بالمبيع علما كافيا، فما هى دلالة هذا العلم ، وكيف يجرى تحقيقه ؟

#### ١ - معنى العلم الكافى بالمبيع

اعتقد أن العلم الكافى بالمبيع يعنى معرفته معرفة تامة أو الإحاطة بكل جوانبه بالقدر الذى يحقق له العلم به ويرفع عنه معالم الجهل به أو مظاهر الالتباس بينه وبين أشباهه ونظائره من الأشياء. وهو بذلك يختلف عن مجرد تعيين المبيع تعيينا دقيقا والذى يتحقق عند ذكر بعض المعلومات التي تحدد المبيع تحديدا دقيقا يميزه عن غيره دون أن يحقق علم المشتري بهذا المبيع ، فعلى سبيل المثال إذا باع شخص منزلا لآخر تحقق تعيينه تعيينا دقيقا نافيا الجهالة بمجرد ذكر موقعه وحدوده على نحو يبرزه عن بقية المنازل المجاورة له ، لكن هذا لا يكفى فى تحقيق علم المشتري بالمنزل والذى يستوجب معرفته بمساحة المنزل وعدد طوابقه وغرفه ومساحة تلك الغرف .

(١٣٠) ابن رشد "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" ج٢، ص١٢٧، ص١٢٨ د / عبد الرزاق السنهورى "مصادر الحق فى الفقه الإسلامى" ج٤، ص٢٣٧: ٢٤٨ .

## ٢- طرق العلم الكافي بالمبيع أو وسائله

يستفاد من النص القانوني سالف الذكر أن العلم الكافي بالمبيع يتحقق بإحدى هذه الطرق الأربعة الآتية :

### ١- رؤية المبيع أو معاينته

رؤية المبيع تعنى معاينته أو مطالعته بحاسة من الحواس على الوجه الذى يناسب طبيعته ، فلا يقتصر معنى الرؤية على المعاينة بالبصر ، فما هي إلا واحدة من مظاهر رؤية المبيع ، إذ قد تتحقق الرؤية فى المطاعم بالتذوق ، وفى المشمومات بالشم ، وفى الأقمشة باللمس أو الجس . وهذا تطبيق محض للمذهب الحنفى فى خيار الرؤية والذى يكتفى برؤية المشتري للمبيع على الوجه الذى يناسب طبيعته ليتحقق له العلم به ، سواء تحقق له العلم فعلا أو لم يتحقق ، ذلك أن عدم علم المشتري بالمبيع علما كافيا رغم تمكنه من معاينة هذا المبيع يعد تقصيرا منه يتحمل وحده مغيبته (١٣١) ، كما يستوى أن يكون المشتري قد رأى المبيع بنفسه أو عن طريق نائب عنه ( كما لو كان المبيع يحتاج إلى معاينة خبير يستعين به المشتري ليتحقق له العلم الكافي به ) .

ب- ذكر الأوصاف الرئيسية للمبيع فى العقد: ويقوم مقام الرؤية فى تحقيق علم المشتري بالمبيع علما كافيا اشتمال العقد على بيان مفصل للأوصاف الرئيسية للمبيع فيعطى للمشتري فكرة واضحة وتامة عن المبيع تغنيه عن معاينته ومطالعته ، وهذه الطريقة تختلف عن مجرد التعيين الذى تقتضيه القواعد العامة لصحة انعقاد العقد ، فقد يعين البائع المبيع تعيينا كافيا يتحدد على ضوءه هذا المبيع ويتميز به عن غيره بصورة تدفع عنه مظاهر الالتباس بغيره ، ورغم ذلك لا يتحقق به علم المشتري بالمبيع ما لم تذكر كافة الأوصاف الرئيسية للمبيع التى تمكنه من الإحاطة به والعلم بمكوناته وأجزائه الرئيسية (١٣٢) .

(١٣١) انظر فى نفس المعنى إلى كلا من : ا. د. /خمس خضر ، بند ٢٨ ، ص ٥٩ ، ٦٠ ، ا. د. /سمير تناغو ، بند ١٦ ، ص ٦٦ .

(١٣٢) انظر فى نفس المعنى : ا. د. /أحمد عبد العال أبو قرين " عقد البيع فى ضوء الفقه والتشريع وأحكام القضاء " ص ٨٣ ، الطبعة الثالثة ٢٠٠٦ م دار النهضة العربية .

وبذلك يكون واضع القانون قد يسر على المتعاقدين سبيل تحقيق العلم بالمبيع علما كافيا في الفرض الذي يتعذر فيه على المشتري رؤية المبيع (سواء لعدم وجوده في مجلس العقد أو لبعده عن هذا المجلس )، فيقوم الوصف الدقيق لهذا المبيع مقام رؤيته (١٣٣) ، وفي هذا تطبيق لمسلك المذاهب الفقهية الثلاثة الأخرى التي تستغني عن الرؤية بوصف المبيع وصفا دقيقا (١٣٤) .

### ج- إقرار المشتري في عقد البيع بعلمه بالمبيع:

إذا أقر المشتري في عقد البيع بعلمه بالمبيع كان إقراره حجة عليه في تحقق علمه بالمبيع علما كافيا ، ولم يجز له من بعد الطعن في البيع لعدم علمه بالمبيع ، لأن هذا الإقرار منه يدل على أحد أمرين : إما أنه يتفق مع الواقع فيكون المشتري علم فعلا بالمبيع ، وإما أنه يخالف الواقع فيدل إقراره على عدم اكتراثه بالعلم بالمبيع أو تنازله عن هذا العلم (١٣٥) .

بيد أنه إذا ثبت أن هذا الإقرار قد صدر من المشتري نتيجة لتدليس البائع عليه ، كما لو أطلعه على عين غير تلك العين المبيعة أو دس له في العقد عبارة تفيد إقرار المشتري بالعلم بالمبيع ووقع المشتري على العقد دون الانتباه إلى وجود هذه العبارة (١٣٦) فإن له الطعن في سلامة هذا الإقرار بعيب التدليس ، فلا يعتد بهذا الإقرار ، ويكون له أن يطلب إبطال العقد لعيب التدليس أو لعدم العلم بالمبيع علما كافيا على إثر فساد الإقرار بسبب التدليس ، أيهما يختار المشتري ، وإن كان عادة ما يعتمد المشتري إلى طلب الإبطال لعدم العلم تأسيساً على أنه أيسر في الإثبات من عيب التدليس .

(١٣٣) انظر في نفس المعنى : أ.د/ أحمد عبدالعال أبو قرين " عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع وأحكام القضاء " ، ص ٨٣ ، الطبعة الثالثة ٢٠٠٦ م ، دار النهضة العربية .  
(١٣٤) انظر في ذلك إلى ابن رشد - المرجع السابق - ج ٢ ، ص ١٢٧ ، ١٢٨ ، د / عبد الرازق السنهوري " مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج ٤ ، ص ٢٣٧ : ٢٤٨ .  
(١٣٥) انظر في نفس المعنى : أ.د/ منصور مصطفى منصور " مذكرات في القانون المدني ، العقود المسماة ، البيع والمقايضة والإيجار ، بند ٤١ ، ص ٧١ ، طبعة عام ١٩٥٦ - ١٩٥٧ م ، دار لمعارف .  
(١٣٦) انظر في نفس المعنى : أ.د/ محمد إبراهيم دسوقي " القانون المدني ، العقود المسماة ، البيع ، الإيجار ، التأمين " بند ٢٤ ، ص ٣٥ ، طبعة عام ١٩٩٦ م .

## ثانيا : جزاء عدم العلم بالمبيع علما كافيا

يستفاد من النص القانوني المنظم لأحكام العلم بالمبيع ، أنه إذا لم يتحقق للمشتري العلم بالمبيع من خلال وسائله المقررة قانونا لذلك كان العقد قابلا للإبطال لمصلحة المشتري .

ولا شك أن هذا الجزاء يثير تساؤلا جوهريا حول حقيقة شرط العلم بالمبيع هل يعتبر شرطا خاصا لصحة الرضاء فى عقد البيع ، أم أنه يمثل تطبيقا للقواعد العامة فى تعيين المبيع أو فى الغلط ؟ بادرى ذى بدء ينبغى التأكيد على استقلال شرط العلم بالمبيع بوصفه شرطا خاصا لصحة الرضاء عن شرط تعيين المبيع ، بدليل أنه لا يمكن أن يكتفى بتعيين المبيع تعيينا كافيا فى سبيل تحقيق علم المشتري به ، ولهذا عمد واضع القانون إلى إشتراط العلم بالمبيع إلى جانب تعيين المبيع<sup>(١٣٧)</sup>.

هذا فضلا عن استقلاله عن أحكام الغلط ، ذلك أن المشتري من حقه أن يطلب إبطال العقد لعدم العلم بالمبيع حتى ولو لم يقع غلط جوهري ، ومن ثم لا يكلف إذن بإثبات وقوعه فى هذا الغلط الجوهري ، أو إثبات أن المتعاقد الآخر قد اتصل علمه بهذا الغلط<sup>(١٣٨)</sup> ، وهذا هو ما يكلف به المتعاقد عند طلب الإبطال لعيب الغلط .

وبذلك يضحى شرط العلم بالمبيع شرطا خاصا ومستقلا لتمام الرضاء وكمال صحته يختلف عن شرط تعيين المبيع وشرط سلامة الرضاء من عيب الغلط<sup>(١٣٩)</sup> ، ويترتب على تخلفه قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري وهو بطلان من نوع خاص لأنه سبب خاص ومستقل ، هذا مع مراعاة أن العقد مع تخلف هذا الشرط يبقى صحيحا بين طرفيه

<sup>(١٣٧)</sup> انظر فى نفس المعنى : د/ أحمد السعيد الزقرد " الوجيز فى عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى ، بنـ ٩٩ ص ٩٠ ، بدون تاريخ نشر ، شركة مطابع الوزان العلمية .

<sup>(١٣٨)</sup> ويتحقق اتصال علم العقاد الآخر بالغلط بوقوعه هو الآخر فى نفس الغلط ، فيكون الغلط مشتركاً بينهما أو بثبوت علم العقاد الآخر بهذا الغلط أو إمكانية علمه به وقدرته عليه حتى وإن لم يعلم به فعلا (م ١٢٠ مدنى مصرى ، ٨٤ مدنى بحرينى ، م ١٤٧ / ١ مدنى كويتى) .

<sup>(١٣٩)</sup> ويترتب على تخلف شرط تعيين المبيع بطلان العقد بطلانا مطلقا ، فى حين يترتب على فساد رضاء العقاد بعيب الغلط قابلية العقد للإبطال لمصلحة من وقع فى الغلط .

ومنتجا لآثاره إلى أن يقضى ببطلانه بناء على طلب المشتري ، فإذا أبطل العقد زالت آثاره بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد وليس فقط من تاريخ الحكم بالبطلان (١٤٠) .

### ثالثاً : أسباب سقوط حق المشتري في طلب الإبطال لعدم العلم بالمبيع

لم يورد واضع القانون نصاً خاصاً لتنظيم سقوط دعوى الإبطال لعدم العلم بالمبيع بعكس مسلكه في تنظيم دعوى الإبطال لعيوب الإدارة، لذا ينبغي الرجوع في ذلك إلى القواعد العامة في سقوط الحق في طلب الإبطال ، فضلاً عن القواعد المسقطة لخيار الرؤية في الفقه الإسلامي<sup>(١٤١)</sup> ، وبناء على ذلك تسقط دعوى الإبطال لعدم العلم بالمبيع لأحد الأسباب الآتية .:

١- إذا لم يتمسك المشتري بالإبطال خلال ثلاث سنوات من تاريخ العلم بالمبيع بما لا يزيد على خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد (١٤٠ مدني مصري) .

٢- الإجازة الصريحة أو الضمنية للعقد من المشتري (١٣٩ مدني مصري). ذلك أن المشتري إذا رأى المبيع وعلم به ثم أعرب عن رضائه به صراحة ( بقوله مثلاً رضيْتُ بالمبيع أو أجزتُ العقد ) ، أو ضمناً (وذلك بتصرفه في المبيع تصرفاً يفيد في إجازته للعقد كما لو باعه بعد العلم به أو رهنه) سقط حقه في طلب الإبطال لعدم العلم .

٣- تصرف المشتري في المبيع قبل العلم به تصرفاً يرتب حقاً للغير . ذلك أنه وإن كانت القواعد العامة لا تجعل تصرف البائع في المبيع قبل العلم به تنازلاً منه عن حقه في طلب الإبطال ، إذ لا يتحقق التنازل إلا مع ثبوت العلم بالمبيع ، غير أنه قياساً على اعتبار المشتري عالماً بالمبيع متى أقر في العقد بالعلم به حتى ولو لم يتحقق لديه العلم

(١٤٠) ذلك أن للبطلان أثراً رجعياً فيرتد أثره إلى وقت إبرام العقد ، ويعتبر العقد وكأنه لم يكن شيئاً مذكوراً منذ تكوينه

(١٤١) وذلك على أساس أن هذه القواعد العامة في البطلان تمثل مصدراً تاريخياً نشأت في ضوء ظلالها الوارفة أحكام العلم بالمبيع في القانون المدني المصري وغيره من القوانين المدنية العربية الأخرى مثل القانون المدني البحريني والقانون المدني الكويتي .

الفعلی ، يجوز اعتبار تصرف المشتري في المبيع قبل العلم به تنازلاً ضمناً عن حقه في طلب الإبطال لعدم العلم<sup>(١٤٢)</sup> .

٤- إذا تعيب المبيع في يد المشتري سقط حقه في طلب الإبطال ، لأن إجابته في طلبه تعنى الترخيص له في رد المبيع معيياً إلى البائع رغم استلامه منه سليماً ، وهذا ليس من العدالة في شيء .

٥- إذا تعذر رد المبيع بسبب هلاكه أو تلفه أو تعيبه سقط حق المشتري في طلب الإبطال لعدم العلم ، وذلك لأن خيار الرؤية لا يثبت في بعض المبيع ، فإما أن يرد المشتري المبيع كله أو يرضى به كله ، تفادياً لتجزئة الصفقة على البائع<sup>(١٤٣)</sup> .

٦- إذا نما المبيع أو زاد في يد المشتري ( سواء كانت هذه الزيادة متصلة به ومتولدة عنه مثل الزيادة في وزن الحيوان أو حجمه ، أم كانت الزيادة منفصلة عنه مثل نتاج الحيوان ) سقط حقه في طلب الإبطال لعدم العلم بالمبيع .

٧- إذا مات المشتري دون أن يرى المبيع فإن سقوط حقه في طلب الإبطال وعدم انتقاله - من ثم - وراثته على رأيين : يرى أحدهما أن هذا الحق يسقط بموت المشتري ولا ينتقل إلى وراثته ، وذلك قياساً على خيار الرؤية في الفقه الإسلامي الذي يمثل مصدراً تاريخياً لأحكام العلم بالمبيع في القانون<sup>(١٤٤)</sup> ، في حين يرى الآخر أن هذا الحق لا يسقط بموت المشتري وينتقل إلى وراثته من بعده ، وذلك قياساً على خيار الشفعة<sup>(١٤٥)</sup> ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بعدم سقوط الحق في طلب الشفعة - وهو خيار -

(١٤٢) إ.د/ منصور مصطفى منصور " مذكرات في القانون المدني ، العقود المسماة ، البيع و المقايضة والإيجار ، ص ٧٥ ، طبعة عام ١٩٥٦ - ١٩٥٧ م دار المعارف ، إ.د/ أحمد عبد العال أبو قرين - المرجع السابق - ص ٨٧ .  
(١٤٣) انظر في هذا المعنى : الشيخ / علي الخفيف " أحكام المعاملات الشرعية " ص ٤٢٦ ، بدون سنة طبع ، طبع هذا الكتاب على نفقة بنك البركة البحرين للاستثمار .  
(١٤٤) إ.د/ خميس خضر - المرجع السابق - بند ٣١ ص ٦٤ ، إ.د/ نبيل إبراهيم سعد " العقود المسماة الجزء الأول ، ص ١٣٠ ، طبعة عام ٢٠٠١ م منشأة المعارف بالإسكندرية ،  
إ.د/ سعيد سعد عبد السلام " الوجيز في العقود المدنية المسماة (المقابلة - البيع) ، ص ٢٩٦ ، طبعة عام ١٩٩٩ م ، دار النهضة العربية ، د / حمدي محمد عفيفي - المرجع السابق - ص ٤٦ ، إ.د/ محمد سعد خليفة ، د/ أحمد هيكمل " العقود المسماة في القانون المدني البحرين ، عقد البيع ، ص ٧٦ ، طبعة عام ٢٠٠٦ م مطبعة جامعة البحرين .  
(١٤٥) انظر في ذلك إلى : إ.د/ عبد المنعم البدر أوى " عقد البيع " ، بند ٣٥ ، ص ٧٥ ، طبعة عام ١٩٦٨ م .

بموت الشفيع ، إذ ينتقل إلى ورثته ، فكذلك الحال فى طلب الإبطال لعدم علم المشتري بالمبيع ، إذ ينتقل بعد موته إلى ورثته (١٤٦) .

#### رابعا :الفروق الجوهرية بين خيار الرؤية وأحكام العلم بالمبيع

على الرغم مما يمثله خيار الرؤية فى الفقه الإسلامى من مرجعية تاريخية لأحكام العلم بالمبيع فى القانون المدنى فى مصروغيرها من الدول العربية ، حيث نبتت أحكام هذا الأخير فى ظلال خيار الرؤية ، وما يجمعهما من وحدة فى الغاية والهدف ، إذ يهدفان إلى كمال سلامة الرضاء وتمام صحته ، إلا أنهما يختلفان فى بعض الفروق الجوهرية التى يمكن إبرازها فى النقاط الآتية:..

١- لا تتم الرؤية فى خيار الرؤية -حسبما رأينا فى الفقه الحنفى - إلا بمعاينة المبيع أو مطالعته فعلا بالوجه الذى يناسب طبيعته (أى سواء بالإبصار أو الشم أو التذوق أو اللمس ،كل بحسب ما يلائمه من هذه الطرق ) ، فلا يجزئ عنها أن يذكر فى العقد أن المشتري عالم بالمبيع أو تذكر فيه أوصافه الأساسية ،فى حين يتحقق العلم بالمبيع برؤية المبيع أو بغيرها من طرق العلم الأخرى التى أوردها النص القانونى المنظم فى القانون لأحكامه .

وأعتقد مع البعض (١٤٧) أن خيار الرؤية فى أحكامه يحقق مصلحة المشتري بشكل أفضل ، إذ يبقى له خياره فى إمضاء البيع أو فسخهما دام لم يره ، حتى وإن ذكر فى العقد علمه بالمبيع أو جاء فى العقد وصف دقيق عن أوصافه الرئيسية ، وهذا أكد فى تحقيق الحماية للمشتري ،لاسيما و أنه كثيرا ما نرى فى واقع الحياة عقودا يذكر فيها إقرار من المشتري بعلمه بالمبيع أو معاينته له على خلاف الحقيقة والواقع .

(١٤٦) نقض مدنى مصري ١٩٣٩/٦/٨ م ، نقض مدنى مصري ١٩٤٦/١/١٣ م ، مشار إليهما لدى أ.د/ إسماعيل غانم " مذكرات فى العقود المسماة " ، عقد البيع ، ص ٧٢ ، ٧٣ ، طبعة عام ١٩٥٨ م .  
(١٤٧) انظر فى نفس المعنى :د/ حمدى عفيفى - المرجع السابق -ص ٤٧ .

## الاختلاف من حيث دور إرادة المشتري في إزالة أثر العقد :

يستطيع المشتري الذي لم يرى المبيع أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى اتفاق مع البائع أو لجوء إلى القاضي لإيقاع الفسخ ، ومن ثم إذا لم يسلم البائع بحقه في إيقاع الفسخ واقتضى الحال عرض الموضوع على القاضي كان حكم القاضي كاشفاً للفسخ وليس منشئاً له <sup>(١٤٨)</sup> ، بعكس الحال في أحكام العلم بالمبيع إذ يجب على المشتري الذي لم يتوافر لديه العلم الكافي بالمبيع بأي من الطرق المقررة في القانون أن يلجأ إلى القاضي بدعوى طلب الإبطال لعدم العلم ، ولا يتسنى له الحصول على جزاء عدم العلم إلا عن طريق القضاء <sup>(١٤٩)</sup> وبذلك يكون حكم القاضي منشئاً لبطلان العقد أو انعدامه .

## ٢- الاختلاف من حيث الخضوع للتقادم :

يسقط حق المشتري في طلب الإبطال لعدم العلم بالمبيع في القانون المدني بمرور ثلاث سنوات من تاريخ تحقق العلم بالمبيع بما لا يزيد على خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد ، هذا بخلاف الحال في خيار الرؤية . فهو حق غير مؤقت - بحسب الرأي الراجح في الفقه الحنفي - ومن ثم يبقى للمشتري بعد رؤية المبيع حقه في إمضاء العقد أو فسخه دون أن ينتهي بمدة محددة ، <sup>(١٥٠)</sup> بيد أننا نؤيد الرأي المرجوح في الفقه الحنفي الذي يرى تأقيت خيار الرؤية بالزمن الكافي لتمكين المشتري من إمضاء البيع أو فسخه بعد رؤيته ، بحيث يحمل سكوته عن فسخ العقد بعد رؤيته بمدة معقولة على إجازته لهذا العقد إجازة ضمنية <sup>(١٥١)</sup> .

---

<sup>(١٤٨)</sup> فالحكم المنشئ ( أو حتى الاتفاق المنشئ ) هو الذى ينشئ أو يوجد مركزاً قانونياً جديداً لم يكن موجوداً قبل صدوره ، بخلاف الحكم الكاشف أو المقرر فهو الحكم الذى يقرر أو يكشف عن حالة أو مركز قانونى كان موجوداً قبل صدوره .

<sup>(١٤٩)</sup> انظر في نفس المعنى : د. البدر أوى - المرجع السابق - بند ٣٣

<sup>(١٥٠)</sup> انظر في ذلك : الإمام الكاسانى - المرجع السابق - ج ٥ ، ص ٢٩٢ ، الإمام كمال الدين بن الهمام - المرجع السابق - ج ٥ ، ص ١٤١ .

<sup>(١٥١)</sup> انظر في ذلك : الإمام كمال الدين بن الهمام - المرجع السابق - ج ٥ ، ص ١٤١ .



## **المبحث الثالث**

### **صور خاصة للتراضي في بعض عقود البيع**

توجد صور خاصة للتراضي في بعض عقود البيع نحاول أن نلقي الضوء عليها للوقوف على ما بها من أحكام خاصة في القانون المدني ، نذكر منها على سبيل المثال ما يلي :

المطلب الأول : الرضاء ف بيوع المزايذة .

المطلب الثاني : الرضاء في بيوع الإذعان .

المطلب الثالث : الرضاء في البيع بالعربون .

المطلب الرابع : الإيجاب الموجه للجمهور .

المطلب الخامس : الوعد بالبيع أو الشراء .

المطلب السادس : الوعد بالتفضيل .

المطلب السابع : البيع الابتدائي.

## المطلب الأول

### الرضاء في بيع المزايمة

قد يتبادر إلى الذهن للوهلة الأولى أن افتتاح المزاد على مبلغ نقدي محدد في بيع المزايمة يمثل إيجاباً أو عرضاً باتاً موجهاً إلى المزايدين ينعقد العقد بقبوله من أحدهما ، وهذا ظن خائب وتصور غير صحيح حيث لا يزيد عرض الشيء في المزاد وافتتاح هذا العرض بسعر معين عن كونه مجرد عرض مبدئي لتقديم العطاءات من قبل المزايدين أو هو بمثابة دعوة موجهة إلى جمهور المزايدين لتقديم إيجاباتهم أو عطاءاتهم .

فالإيجاب في عقود المزايمة يتمثل في العطاء الذي يقدمه المزايد L'enchessisseur وهذا العطاء يسقط بكل عطاء لاحق يزيد عليه ، حتى ولو ثبت أن العطاء اللاحق المسقط للعطاء السابق كان باطلاً (كما لو قدمه شخص عديم الأهلية) أو كان قابلاً للإبطال ( كما لو صدر عن ناقص الأهلية) ويتحقق القبول برسو المزاد على صاحب آخر عطاء (م ٩٩ مدني مصري (١٥٢) ) ، وإذا ظهر من شروط المزاد ضرورة مباشرة إجراء معين مع رسو المزاد لتمام انعقاد العقد ، فلا يتم العقد إلا بمراعاته.

(١٥٢) حيث تنص هذه المادة على أنه " لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً. " هذه المادة تقابل المادة ٥٥ مدني بحريني والمادة ٧٨ من القانون المدني الكويتي .

## المطلب الثاني

### الرضا في عقود الإذعان

يتميز عقد الإذعان Contrat d'adhesion بأن الإيجاب فيه يصدر من شخص ذي مركز اقتصادي كبير يسمح له باحتكار أداء بعض السلع والخدمات أو على الأقل يجعل من نطاق المنافسة في توفيرها للناس محدود النطاق في مواجهة شخص ذي مركز اقتصادي ضعيف (وهو شخص غير محدد بالذات نظراً لأن مثل هذا الإيجاب يكون موجهاً عادة إلى الناس كافة أو إلى فئة معينة أو شريحة محددة من فئات المجتمع وشرائحه) .

ولا شك في أن هذا التفاوت الكبير في المركز الاقتصادي بين الطرفين يسمح للطرف القوي وحده بأن ينفرد وحده بوضع كل بنود العقد وشروطه دون أن يترك للطرف الآخر الضعيف حتى فرصة مناقشته فيها، ومن ثم لا يكون أمامه إلا أن يقبل العقد كما هو فيذعن للطرف القوي فيما أملاه عليه من شروط أو يرفضه كما هو دون أن تكون له صلاحية طلب تعديل شروطه أو التحفظ عليها أو تقييد بعضها .

ولذا يمكن أن نعرف عقد الإذعان بأنه ذلك العقد الذي ينفرد فيه أحد العاقدين بوضع شروط العقد وبنوده دون أدنى مساهمة للعاقد الآخر الذي لا يملك لحاجته إلى محل العقد (على أساس أن العاقد الأول يحتكر أداء السلعة أو الخدمة التي يريدتها الثاني) إلا أن يذعن له في شروطه دون أن يكون له حق مناقشته فيها مثل عقود النقل والتأمين وتوريد المياه والكهرباء ، وعقود تركيب وتشغيل وسائل الاتصالات الحديثة مثل التليفون والإنترنت .

ويبدو أن واضع القانون قد استسلم للواقع الاقتصادي والاجتماعي الذي فرض هذا النوع من العقود فاعترف بصحة بنائها ، ولم يجعل من وجود الإذعان فيها سبباً مانعاً من قيام العقد أو مؤثراً على سلامة رضا المذعن فيه (فرفض بذلك قول من نفى عن

عقود الإذعان الطبيعية العقدية (١٥٣) ، فنصت المادة ١٠٠ مدني مصري على أنه " القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها " (١٥٤) .

وقد حرص واضع القانون على توفير صورتين من صور الحماية القانونية للطرف المذعن للتخفيف من حدة وغلواء هذا النوع من العقود ، تتجلى أولاهما في حق الطرف المذعن في اللجوء إلى القاضي لحمايته من عسف وجور الطرف المذعن له ، وجعل للقاضي سلطة تعديل البنود التعسفية لرفع مظاهر الشطط والتجاوز فيها أو إعفائه كلية منها ، وأبطل كل اتفاق على حرمان الطرف المذعن من هذه الصورة من صور الحماية ليتفادى ضغط الطرف الأقوى عليه لحمله على التنازل عن اللجوء إلى القاضي للتضرر من الشروط التعسفية الواردة في العقد . وتطبيقاً لذلك تنص " مادة ١٤٩ مدني مصري على أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك." (١٥٥)

كما تتبدى الصورة الثانية بوضوح فيث تقرير استثناء على القاعدة العامة في التفسير عند وجود شك في عبارات العقد ، فقد أوجب القانون على القاضي أن يفسر الشك دائماً لمصلحة الطرف المذعن بغض النظر عن مركزه القانوني في الالتزام ( أي سواء أكان دائماً أو مديناً في هذا الالتزام ) حتى ولو كان دائماً ، وهذا يمثل خروجاً على القاعدة العامة التي توجب على القاضي تفسير الشك لمصلحة المدين ، ومرد هذا الاستثناء إلى أن الطرف القوي أو الأقوى في عقود الإذعان هو الذي ينفرد بوضع بنود العقد فيمليها على الطرف المذعن دون أن يترك له أدنى مساهمة فيها ، بل ولا يسمح له

(١٥٣) فقد ذهب البعض إلى نفي الطابع العقدي عن هذه العقود والنظر إليها بوصفها مراكز قانونية منظمة بناء على إرادة واحدة إلا وهي إرادة الموجب ، ولذا فهو أقرب إلى اللائحة أو القانون منه إلى العقد ( نظر في ذلك إلى : أ.د. عبد المنعم البدرأوى " النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، بند ٥٢ ص ٧٦ ، طبعة عام ١٩٨٥ م ، مطبعة النسر الذهبى بالقاهرة )

(١٥٤) هذه المادة تقابل المادة ٥٧ مدني بحريني ، والتي تنص على أن " لا يمنع من قيام العقد أن يجيئ القبول من أحد طرفيه إذعانا للطرف الآخر ، بأن يرتضى التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقاً ولا يقبل مناقشة في شروطه " وتقابل المادة ٨٠ مدني كويتي.

(١٥٥) هذه المادة تقابل المادة ٥٨ مدني بحريني ، والمادة ٨١ مدني كويتي .

بحق مناقشته فيها ، لذا ينبغي أن يتحمل الطرف المذعن له مغبة ما قد يعتري بنود هذا العقد وشروطه من لبس أو غموض ، لاسيما وأنه يملك عادة من الوسائل والمقومات ما يمكنه من أن يضمن العقد بنوداً دقيقة المبنى واضحة المعنى (١٥٦) .

وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٢/١٥١ مدني مصري على أنه " ٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن " (١٥٧) .

### **المطلب الثالث**

#### **الرضاء في البيع بالعربون**

العربون Larrhes هو مبلغ من النقود يدفعه أحد العاقدين عند إبرام العقد إلى العاقد الآخر إما بقصد أن يكون جزءاً من تنفيذ العقد ( أو مقدمة لتنفيذه ) وإما ليكون مقابلاً لاستعمال أحدهما حق العدول عن تنفيذ العقد على أن يفقده من دفعه إن كان العدول منه أو يسترده مضاعفاً إذا كان العدول من الطرف الآخر .

ولا جرم أن المرجع في معرفة دلالة العربون في العقد هو النية المشتركة للعاقدين منه ، إذ يجب على القاضي صرفه إلى الدلالة التي يثبت انصراف قصد الطرفين إليها لحظة إبرام العقد ، وهذه النية المشتركة للطرفين قد يعبر عنها صراحة في العقد فيكشف الطرفان عن قصدتهما من العربون بصرفه صراحة إلى إحدى هاتين الداللتين ، وقد تستفاد هذه النية من ظروف العقد وملابساته ، كما لو كان الدافع للعربون في عقد البيع هو البائع وليس المشتري ، إذ لا يمكن حمل العربون إذن على أنه مقدمة لتنفيذ عقد البيع ، لأن الذي يلتزم بدفع الثمن هو المشتري وليس البائع ، أو كان العربون كبيراً فيقدر القاضي أن في ضخامته ما يفيد انصراف قصد الطرفين فيه إلى أن يكون جزءاً من تنفيذ العقد .

(١٥٦) انظر في ذلك المعنى : أ. د / عبد المنعم البدر اوي - المرجع السابق - بند ٥٣ ، ص ٧٨ .  
(١٥٧) هذه المادة تقابل المادة ٥٩ مدني بحريني ، والمادة ٨٢ مدني كويتي .

وإذا عجز القاضى عن الوقوف على قصد الطرفين من مبلغ العربون فإلى أى الدالتين ينبغي عليه صرف العربون إليها ؟

لقد تباينت مواقف القوانين فى هذا الخصوص ، إذ عمدت بعض القوانين إلى صرفه فى هذه الحالة إلى دلالة تأكيد انعقاد العقد ، وأنه مقدمة من مقدمات تنفيذه على حسب طبيعة العقد ( ومن ثم إذا كان العقد عقد بيع كان العربون جزءا من الثمن ، وإذا كان العقد عقد إيجار كان العربون جزءا من الأجرة .. الخ ) من هذه القوانين القانون الألماني والقانون السويسري والقانون البولوني ، والقانون العراقي (١٥٨) .

فى حين عمدت القوانين الأخرى بصرفه إلى دلالة العدول ، أي أنه يعد مقابل أو ثمن استعمال حق العدول عن العقد ، فيفقد دافعه إن كان العدول منه ، ويسترده مضاعفاً إن كان العدول ممن استلمه ، من هذه القوانين القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري والقانون المدني البحريني والقانون المدني الكويتي ، لذلك نصت المادة ١/١٠٣ مدني مصري على أن " دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك " .

وإذا ثبت انصراف قصد العاقدين فى عقد البيع إلى أن العربون جزء من الثمن لم يجز لآى منهما العدول عن العقد ، وإذا لم يقر أحدهما بتنفيذ العقد كان للآخر الرجوع عليه لحمله على تنفيذ التزامه جبرا عنه متى كان ممكنا أو طلب فسخ العقد ، هذا فضلا عن حقه فى طلب التعويض فى الحالتين إن كان لذلك مقتضى ، وهنا يكون التعويض رهيناً بالضرر وجودا وعدما ( ولذا إذا انتفى الضرر فلا تعويض ، ويوجد الحق فى التعويض مع وجود الضرر ) ورهيناً بقدره دون زيادة أو نقصان .

أما إذا كان قصد العاقدين من العربون فى عقد البيع أن يكون ثمناً أو مقابلاً لاستعمال حق العدول ، استحققه قابضه عند عدول دافعه ، واسترده دافعه مضاعفاً إن كان العدول ممن قبضه، ولا يرتبط استحقاقه عندئذ بثبوت ضرر لأحدهما من جراء

(١٥٨) إذ تنص المادة ١/٩٢ مدني عراقي على أن " يعتبر دفع العربون دليلا على أن العقد أصبح باتا لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك " .

عدول الآخر ، إذ يستحقه ولو انتفى الضرر ، لأنه ليس تعويضاً حتى يتعين ثبوت الضرر لاستحقاقه .

بل إن العاقد غير العادل عن العقد يأخذ العربون ولو ثبتت منفعته عند عدول الطرف الآخر ، لأن استحقاق العربون يثبت بمجرد العدول نظير استعمال حق العدول عن اتمام العقد وتنفيذه ، فلو دفعت مثلاً مبلغاً من المال على سبيل العربون مقابل استعمال حق العدول في عقد شراء بيت فإذا بالبائع يستعمل حقه في العدول عن إتمام العقد ، فعندئذ يكون لى الحق في استرداد العربون مضاعفاً ، حتى ولو ثبت أن عدول البائع عن العقد كان سبباً في شرائى بيت آخر أفضل من الأول وبسعر أقل .

وعند ثبوت دلالة العدول لمبلغ العربون ينبغى على الطرفين تحديد المدة التى يتعين خلالها استعمال خيار العدول وإلا حمل انقضاء هذه المدة على التنازل الضمنى عن هذا العدول وتعين اتمام العقد وتنفيذه ، وإذا لم تتحدد هذه المدة كان لأيهما حق العدول عن العقد خلال المدة المعقولة التى يقضى بها العرف أو تقتضيها طبيعة العقد أو ظروفه وملابساته ، إلى أن يصدر منهما ما يفيد تأكيد اتمام العقد وتنفيذه ، كما لو قام المشتري بدفع باقى الثمن وأخذه منه البائع دون اعتراض على العقد أو العدول عن اتمامه وللبائع أو المشتري أن ينازع الآخر فى المدة المعقولة التى يمكن للواحد منهما أن يستعمل حق العدول خلالها ، بل وله أن يطلب من القاضى أن يضرب لآخر موعداً محدداً يسقط حقه فى العدول بانقضائه ، أو أن ينذر أحدهما الآخر بتحديد مدة معينة يلتزم بممارسة حقه فى العدول خلالها وإلا سقط حقه فى هذا العدول بانقضائها.

ويعتبر البيع بالعربون - من وجهة نظرى - بيعاً معلقاً على شرط واقف وهو عدم استعمال حق العدول عن العقد خلال المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة ، ومن ثم لا ينعقد البيع ولا يرتب آثاره إلا عند تحقق الشرط الواقف بعدم استعمال أحدهما حقه فى العدول خلال المدة المحددة له ، وحصول ما يفيد تأكد تمام العقد وبناته ، وهذا التكييف القانونى للبيع بالعربون يتناغم مع مقصود العاقد من هذا البيع ، نظراً لأنهما كما يقول

البعض وبحق غالباً ما تتجه إرادتهما إلى توقيف كل آثار العقد خلال المدة المحددة لاستعمال خيار العدول (١٥٩) ، فى حين ذهب البعض الآخر إلى أنه بيع معلق على شرط فاسخ هو استعمال حق العدول ، ومن ثم ينعقد العقد وتترتب عليه آثاره منذ إبرامه ، وتكون معلقة فى زوالها على تحقق هذا الشرط الفاسخ ، فإذا عدل أحدهما عن العقد زالت آثاره بأثر رجعى ، وإذا تأكد تخلف الشرط استمرت آثاره بصورة نهائية وزوال ما كان يهددها من زوال (١٦٠) ، ويذهب رأى ثالث إلى أنه بيع بدلى ، بقوله " فالعقد يوجد به التزام أصلى والتزام احتياطى ، فالالتزام الأصلى بالنسبة للمشتري وبالنسبة للبائع هو دفع الثمن وتسليم المبيع ، ولكن تبرأ ذمته من ذلك الالتزام إذا أوفى بالالتزام البدلى المتمثل فى دفع العربون ، فالعربون بدل استحق بالعقد ودفعه هو تنفيذ للعقد لا فسخ له " (١٦١) .

(١٥٩) أ. د. عبد المنعم البدر اوي - المرجع السابق - بند ١٧٣ ، ص ٢٤٢ ، أ. د. عبد الحي حجازي " النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، ص ٨١ ، أ. د. خميس خضر - المرجع السابق - بند ٣٣ ، ص ٦٩ ، أ. د. رمضان أبو السعود " شرح العقود المسماة فى عقدي البيع والمقايضة " ، ص ١٦٣ ، طبعة عام ٢٠٠٠ م ، دار المطبوعات الجامعية .

(١٦٠) أ. د. جميل الشرفاوي " شرح العقود المدنية " الجزء الأول ، البيع والمقايضة والإيجار ، بند ٢٦ ، ص ٧١ ، ٧٢ .

(١٦١) أ. د. أحمد عبد العال أبو قرين - المرجع السابق - ص ٦٥ .



## المطلب الرابع

### الإيجاب الموجه للجمهور

الإيجاب L'offre هو العرض الذى يعرض فيه شخص على آخر التعاقد وفق شروط محددة وإرادة فى العرض (١٦٢) .

وهذا الإيجاب قد يكون موجهاً إلى شخص محدد يختاره الموجب على وجه التحديد دون غيره ، مثال ذلك أن أقوال لأحمد من بين مجموعة من الأشخاص أبيحك سيارتي ( مع مراعاة تحديد جميع أوصافها الجوهرية لها ) بمبلغ معين من المال ( مع بيان جنسه أو نوعه ومقداره ) ، وقد يكون الإيجاب موجهاً إلى شخص غير محدد ، وهو الذى يعين نفسه فى المستقبل عند إعلان قبوله المطابق للإيجاب إلى الموجب ، وهذا هو الذى يحدث فى الإيجاب الموجه إلى الجمهور L'offre du public .

ويثور التساؤل حول صور هذا الإيجاب ومدى صلاحيته لكى يقترن به القبول فينعقد به العقد ، أى مدى اعتباره إيجاباً صحيحاً من الناحية الفنية ؟

لا جرم أن الحكم على الشئ فرع من تصوره ، لذا ينبغى تحديد صور هذا الإيجاب على وجه الدقة لمعرفة واقع كل صورة على حده ، ثم ننزل على إثر ذلك الحكم المناسب لها، وذلك على التفصيل الآتى :

#### أولاً : عرض السلع المباشرة على الجمهور

إذا عرض التاجر سلعه مباشرة على الجمهور مع بيان دقيق لأثمانها ، كان هذا العرض إيجاباً صحيحاً صالحاً لاقتران القبول به قانوناً فينعقد به العقد أياً كانت طريقة العرض ( أى سواء كانت داخل المحال التجارية داخل الفاترينات أو خارج المحال التجارية على عربات أو ألواح من الخشب أو المعدن ) .

هذا على خلاف إذا ما تم عرض السلع دون بيان أثمانها فلا يعدو هذا العرض

(١٦٢) د / خالد جمال أحمد " النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى البحرينى ، مصادر الالتزام ، ص ٣٢ ، الطبعة الثانية عام ٢٠٠٢م ، مطبعة جامعة البحرين .

عن كونه مجرد دعوة موجهة إلى الراغبين في الشراء لتقديم إيجاباتهم ، فإذا طلب أحدهم سلعة من هذه السلع المعروضة محدداً لها سعراً معيناً ولم يعدل فيه البائع كان عرضه إيجاباً صحيحاً ينعقد به العقد إذا قبله البائع دون تعديل .

وإذا تقدم العميل بإيجابه إلى البائع الذي استحثه على تقديم الإيجاب بعرضه السلعة عليه مباشرة ، لم يجز للبائع رفض التعاقد معه إلا لمبرر مقبول ، وإلا كان من حق الموجب الرجوع عليه بالتعويض وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية ، ذلك أنه إذا كان من رفض قبول الإيجاب هو نفسه الذي دعا الموجب واستحثه على تقديم إيجابه ، وخلا رفضه من مبررات مستساغة له ، عُد رفضه مظهراً من مظاهر التعسف في استعمال الحق *Abus de droit* وجاز للمتضرر طلب جبره على التعاقد رغماً تعويضاً عن ضرره .

أما إذا عدّل البائع في الثمن المعروض عليه في إيجاب العميل ، اعتبر هذا التعديل رفضاً لهذا الإيجاب مما يؤدي إلى سقوط الإيجاب به ، غير أنه يحمل هذا الرفض في ثناياه معنى الإيجاب الجديد الموجه إلى العميل ، فإن قبله دون تعديل كان قبولاً مطابقاً لإيجاب البائع فينعقد به العقد .

ولقد كان المشرع التمهيدى للقانون المدني المصري ينص في المادة ١٤٣/١ منه على أن " ١- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً " (١٦٣) .

#### ثانياً : الإعلان عن السلع عن طريق النشرات أو وسائل الإعلام:

قد يحدث أن يعرض أصحاب المتاجر والمحلات عن سلعهم وبضائعهم عن طريق النشرات أو الدعايات المرسلة إلى الأفراد في منازلهم متضمنة أوصافاً دقيقة عن هذه السلع مع بيان أثمانها ما دامت ليست موجهة إلى شخص معين يقصده التاجر بالذات ، فهل تعد هذه العروض إجابات بآتة أو حاسمة يصح أن يقترن بها القبول فينعقد به العقد أم أنها لم تزل مجرد عروض مبدئية أو دعوات إلى التعاقد لم ترق إلى مصاف

(١٦٣) وقد نص القانون المدني الكويتي على ذلك في المادة ٢/٤٠ بقوله " ويعتبر إيجاباً على وجه الخصوص عرض البضائع مع بيان أثمانها ، وذلك مع عدم الإخلال بما تقتضيه التجارة من أوضاع " .

## الإيجابيات أو العروض الحاسمة ؟

أعتقد أن مثل هذه العروض وإن تضمنت كافة الخصائص الرئيسية للسلع أو البضائع المعلن عنها بوصفها إيجابيات كاملة ، إلا أنها لا تكون عروضاً حاسمة أو باتة ، لكونها معلقة على شرط ضمني مفاده وجود هذه السلع أو البضائع أو قابليتها للوجود وعدم نفاذها لحظة تقديم هذه العروض مما يفقدها طابع الحسم أو القطع أو البتات الذي يعد من أهم وأبرز الخصائص القانونية للإيجاب ١٦٤

فلا يكفي في العرض ليصير إيجاباً أن يكون كاملاً ( باحتوائه على كافة العناصر الأساسية للعقد ) ، بل يلزم أيضاً أن يكون نهائياً أو باتاً ، وإلا كان مجرد دعوة إلى التعاقد ، أو عرض بدون ارتباط أو التزام . une offre non ou obligation .

وعندئذ تمثل الرغبة المعلنة من العميل في شراء السلعة المعلن عنها إيجاباً موجهاً إلى صاحب المتجر أو المحل أو الفندق متى كان متضمناً كافة عناصر العقد الرئيسية فيصح أن يقترن القبول به لينعقد به العقد .

وإن كان من الفقه من يرى أن هذه النشرات أو الدعايات المرسلة إلى العملاء إذا تضمنت أثمان البضائع المذكورة فيها كنا بصدد إيجاب ملزم خلال المدة المحددة في الإعلان أو المدة المعقولة التي تستخلص من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة أو حتى نفاذ الكمية المعلن عنها (١٦٥) .

ويثار التساؤل حول الإعلان عن البيع في وسائل الإعلام المقروءة ( مثل الصحف والمجلات ) أو المسموعة (مثل المذياع) . أو المرئية (مثل التلفزيون وعبر الإنترنت ) ،

(١٦٤) انظر مؤلفنا " الوسيط في مصادر الالتزام " دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري ، ص ٣٢ ، طبعة عام ٢٠٢٠م ، مطبعة بداري بأسيوط ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة .  
(١٦٥) أ . د/ نبيل إبراهيم سعد " العقود المسماة ، الجزء الأول البيع ، ص ٨٠ ، طبعة عام ٢٠٠١ م . منشأة المعارف بالإسكندرية ، د/ جعفر الفضلي " الوجيز في العقود المدنية ( البيع - الإيجار - المقولة ) بند ٧٢ ، ص ٤٠ ، طبعة عام ١٩٩٧ م ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ، أ . د/ محمد سعد ، د/ أحمد هيكل - المرجع السابق - ص ٥٥ ، ٥٦ .

هل يعد الإعلان الوارد في هذه الوسائل الإعلامية إيجاباً يصح اقتران القبول به أم أنه يبقى مجرد دعوة إلى التعاقد لا ترقى إلى مصاف الإيجاب ؟

لا شك أن الحكم على صلاحية الإعلان الوارد عبر وسائل الإعلام المختلفة سألقة الذكر بوصفه إيجاباً صالحاً لاقتزان القبول به لنتوقف على توافر شرائط الإيجاب فيه ، إذ لا يكفى لاكتساب الإعلان أو العرض وصف الإيجاب مجرد كماله باحتوائه على كافة العناصر الجوهرية المرتبطة بالعقد موضوع العقد ، بل يلزم فيه أن يكون عرضاً نهائياً أو باتاً قطعياً ، على نحو يسمح بانعقاد العقد بقبوله قبولاً مطابقاً من الموجب له .

وبناء على ما سبق إذا أعلنت عن بيع منزل معين مملوك لى فى إحدى وسائل الإعلام سألقة الذكر وتضمن الإعلان كافة عناصر العقد الأساسية مع عدم تعليقه على شرط صريح ضمنى ، كان هذا الإعلان إيجاباً صالحاً لاقتزان القبول به ، فينعقد العقد فى الزمان والمكان اللذين يتصل فيهما علمى بقبول القابل .

ويختلف الحكم حينما يجرى الإعلان عن السلعة فى إحدى وسائل الإعلام دون أن يتضمن هذا الإعلان بياناً لأحد العناصر الأساسية للسلعة أو الخدمة محل العقد ، كما لو أعلنت فى التلفزيون أو فى مواقع الإنترنت أو على صفحات الجرائد عن بيع منزل لى ذى مواصفات محددة بكل دقة دون ذكر الثمن أو المقابل الذى أطلبه نظيراً له ، إذ لا يعدو هذا الإعلان عن كونه مجرد دعوة للتعاقد ولا يرقى إلى مستوى الإيجاب من الناحية الفنية .

ولا يغير من هذا الحكم كمال الإيجاب باحتوائه فى الفرض السابق على الثمن إذا تبين أن هذا الإيجاب رغم كماله معلق على شرط صريح أو ضمنى ، إذ يبقى مع هذا التعليق مجرد دعوة إلى تقديم الإيجاب وليس إيجاباً بالمعنى الفني الدقيق ، كما لو ذكرت فى الإعلان أن لى الحق فى تغيير الثمن فى حدود نسبة معينة عند التعاقد أو ذكرت عند عرضي بيع عدة منازل سكنية ستكون لمن يسبق من الراغبين فى شرائها إلى

التعاقد عليها قبل بيعها لآخرين غيره .

وينبغي أن يراعى أنه وإن كان الإيجاب الذى يتضمن كافة العناصر الأساسية للتعاقد يعد إيجاباً كاملاً ينعقد به العقد متى اقترن به القبول ، إلا أنه إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار لدى صاحب العرض فلا يصلح عرضه إيجاباً وإنما يعد مجرد دعوة إلى التعاقد أو يمثل عرضاً مبدئياً ، ويكون الإيجاب ههنا متمثلاً فى العرض المقدم ممن وجه إليه العرض الأول ، مثال ذلك أن أعلن فى الصحف أو التلفزيون أو على مواقع الإنترنت عن رغبتى فى تشغيل بعض المتخصصين فى ميدان المحاسبة بإحدى شركاتى مع بيان كافة العناصر الأساسية المرتبطة بهذا العرض ، فمثل هذا العرض لا يعد إيجاباً ، وإنما هو دعوة إلى التفاوض ، نظراً لأن شخصية المتعاقد محل اعتبار لدى صاحب الشركة، فهو لا يقبل أى شخص ، وإنما يريد أن يتقدم له عدد من الأشخاص المتخصصين ثم يختار من بينهم من يروق له ، ومن ثم تمثل الأوراق المقدمة من كل شخص يرغب فى هذه الوظيفة إيجاباً يحتاج إلى قبول من جانب صاحب الشركة .

كما ينبغي أن يراعى أن بعض الوسائل الإعلامية تتيح للراغبين فى التعاقد أن يكونا فى مجلس عقد واحد حكماً وذلك حينما يجمعهما زمان واحد وإن اختلف مكان وجودهما ، كما هو الحال عند عرض السلعة فى التلفزيون وتحديد ثمنها مع إمكانية الاتصال تليفونياً على الهواء مباشرة للتعاقد بشأنها ، فينعقد العقد بمجرد أن يتصل القبول بعلم الموجب فور صدور القبول من الموجب له .

ولقد نص المشروع التمهيدي للقانون المدنى المصرى على حكم الإعلان عن السلع فى وسائل الإعلام المختلفة فى المادة ٢/١٤٣ منه بقولها " 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 . "

وهذا عين ما نصت عليه المادة ٣/٤٠ مدنى كويتى بقولها " أما النشر والإعلان وإرسال أو توزيع قوائم الأسعار الجارى التعامل بها ، وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو لأفراد معينين فلا يعتبر متضمناً إيجاباً ، ما لم يظهر العكس من ظروف الحال".

## المطلب الخامس

### الوعد بالبيع أو الشراء

لم يورد واضع القانون المدني المصري أحكاماً خاصة بالوعد بالبيع أو بالشراء ، اكتفاءً بالتنظيم القانوني الوارد في الوعد بالتعاقد ضمن القواعد العامة للعقد ، وذلك في المادتين ١٠١ ، ١٠٢ منه (١٦٦) .

ولا شك في أن الوعد بالبيع أو بالشراء أياً كانت صورته يمثل أسلوباً عملياً لتحقيق مصالح الأشخاص في مآلهم ومستقبلهم نظراً لما يحققه لهم من ارتباط يساعدهم على ضمان تحقيق آمالهم التي يعجزون عن بلوغها في الحال ، فييسر لهم سبيل الحصول عليها في المال (١٦٧) .

**أولاً : صور الوعد بالبيع :** يتخذ الوعد بالبيع إحدى هذه الصور الثلاث :

#### ١ - الوعد بالبيع من جانب واحد :

وفي هذه الصورة يعد المالك شخصاً معيناً بأن يبيعه شيئاً معيناً بثمن معين إن أعلنه عن رغبته في شرائه إياه خلال مدة معينة ، مثال ذلك أن أقول لآخر أعذك ببيع شقتي الكائنة في مكان معين بسعر معين لك إن قبلت شراءها خلال شهر .

ففي هذه الصورة يكون الوعد عقداً ملزماً لجانب واحد وهو الواعد ، يلزمه بإبرام عقد بيع لشقته إلى الموعود له إذا أعلنه بقبول مطابق لعرضه في الوعد عن رغبته في شراء هذه الشقة خلال مدة الشهر المحددة في الوعد .

ومن ثم لا توجد أية التزامات على عاتق الموعود له ، فله أن يبدي رغبته في إبرام العقد الموعود به ، وله أن يتجاهل هذا الوعد الصادر له بترك مدة الوعد تمضي دون أن يكشف عن إرادته في قبول إبرام هذا العقد الموعود به ، وليس من حق الواعد أن

(١٦٦) هاتان المادتان تقابلان المادتين ٥٠ ، ٥١ مدني بحريني ، والمادة ٩١ عراقي ، والمادتين ٧٢ ، ٧٣ مدني

كويتي .  
(١٦٧) فالمرء الذي يريد شراء أو بيع شيء معين ولا تسمح له ظروفه بإنجاز البيع أو الشراء في الحال ، يجد ضالته في الوعد بالبيع أو بالشراء سبيلاً آمناً لتمكينه من الحصول على آماله حتى لا تضيق عليه الفرصة في البيع أو الشراء إذا لم يلجأ إلى مثل هذا النوع من التعاقد .

يتضرر من امتناع الموعود له عن إبداء رغبته في التعاقد معه خلال مدة الوعد ، لأن له مطلق الحرية في قبول أو رفض التعاقد معه ، دون أن يلتزم بشيء في مواجهة الواعد .

ويبقى الواعد خلال مدة الوعد وقبل قبول الموعود له للوعد مالكاً للشيء الموعود ببيعه إلى أن ينقصد العقد الموعود به بقبول الموعود له شراءه واتصال هذا القبول المطابق بعلم الواعد ، ويكون للواعد من ثم الحق في مباشرة جميع سلطات المالك عليه مادام لم ينقصد بعد العقد الموعود به .

وإذا أبدى الموعود له رغبته في إبرام العقد الموعود به خلال مدة الوعد التزم الواعد بتنفيذ عقد الوعد معه وإبرام عقد البيع الموعود به وإلا كان مخالفاً بالتزامه العقدي في عقد الوعد ، وكان من حق الموعود له اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد الموعود به ما دام ذلك لا يزال ممكناً (١٦٨) ، أما إذا تعذر ذلك بسبب يرجع إلى الواعد ( كما لو تصرف الواعد في الموعود ببيعه تصرفاً مادياً بإهلاكه إياه أو تصرفاً قانونياً يتعذر معه استرداده ، فلا يكون أمام الموعود له سوى الانتقال من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض لجبر ضرره الناتج عن إخلال الواعد بالتزامه العقدي في عقد الوعد بالبيع .

ويراعى أنه إذا مضت مدة الوعد دون أن يبدي الموعود له رغبته في إبرام عقد البيع الموعود به سقط الوعد بالبيع ، فإذا أبدى الموعود له بعد ذلك رغبة في التعاقد كان ذلك إيجاباً منه يحتاج ، متى كان مستوفياً لشرائط الإيجاب ، إلى قبول ما جانب الطرف الآخر لانقضاء عقد البيع به.

(١٦٨) تنص المادة ١٠٢ مدني مصري على هذا المعنى بقولها " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى جاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد " ولا يوجد في النصوص القانونية المنظمة للوعد بالتعاقد في القانون المدني البحريني أو الكويتي أو العراقي ما يقابل هذه المادة ، يبدو أن ذلك لا يمنع من إنزال حكمها باعتبارها تمثل تطبيقاً للقواعد العامة في تنفيذ الالتزامات . ذلك أن المدين الذي يتمتع عن تنفيذ التزاماته في العقد اختياراً ورضاءاً يجبر قضاءً على التنفيذ قيدا وكسراً . ما دام هذا التنفيذ لا يزال ممكناً ، إذ تنص المادة ٢٠٢ بحريني على أن " ينفذ الالتزام جبراً على المدين إذا لم ينفذه باختياره ، ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه " هذه المادة تقابل المادة ١٩٩ مدني مصري ، والمادة ١/٢٤٦ مدني عراقي ، والمادة ١/٢٨٤ مدني كويتي .



وإذا مات الواعد بالبيع أو فقد أهليته بعد الوعد وقبل انتهاء مدة الوعد لم يؤثر ذلك على بقاء وعده والتزام ورثته أو نائبه القانوني من بعده بإبرام عقد البيع الموعود به مع الموعود له متى أبدى رغبته في إبرام العقد خلال مدة الوعد وأعلن هذا القبول إلى ورثة الواعد في حالة وفاة الواعد أو إلى نائبه القانوني في حالة فقد الأهلية ( (١٦٩) ).

أما إذا مات الموعود له بالبيع أو فقد أهليته خلال مدة الوعد انتقل حق إبداء الرغبة في إبرام العقد الموعود به ( وهو حق ناشئ عن عقد الوعد فينتقل بموته إلى ورثته باعتبارهم خلفاً عاماً له ) إلى ورثته أو نائبه القانوني ، هذا ما لم يتبين من الظروف والشواهد أن شخصية الموعود له كانت محل اعتبار في عقد الوعد ، كما لو ثبت أن الواعد ما كان ليبرم هذا الوعد إلا مراعاة لشخص الموعود له ، فعندئذ يسقط الوعد بموت الموعود له ولا ينتقل أثر عقد الوعد إلى ورثة الموعود له ( (١٧٠) ).

## ٢ - الوعد بالشراء من جانب واحد:

وفي هذه الصورة يصدر وعد من شخص إلى صاحب شيء معين يتعهد له فيه أنه سيشتري منه هذا الشيء بثمن معين إن رضى ببيع إياه خلال مدة معينة ، وعندئذ يكون العقد ملزماً لجانب واحد وهو الواعد بالشراء إذ يلتزم بالشراء عند قبول البائع العقد معه خلال مدة الوعد ، أما الموعود له وهو صاحب الشيء الموعود بشرائه فلا التزام عليه

---

(١٦٩) إذ تنص المادة ٥١ /ب مدني بحريني على أنه " وإذا مات الواعد أو فقد أهليته لم يؤثر ذلك على قيام الوعد الموعود به متى كان الرضاء به قد تم على النحو المبين بالفقرة السابقة " هذه المادة تقابل المادة ٢/٧٣ مدني كويتي وليس لها مقابل في القانون المدني المصري أو العراقي ، بيد أن ذلك لا يحول دون تطبيق مضمون هذه المادة لأنه يعتبر تطبيقاً للقواعد العامة في أثر العقد ، حيث لا يحول موت أحد طرفيه دون التزام ورثته ( خلفه العام ) بهذا العقد في مواجهة الطرف الآخر ، نظراً لأن العقود التي يبرمها السلف - بصفة عامة - تنصرف من بعده إلى خلفه العام بما تتضمنه من حقوق وبما ترتبه من التزامات .

(١٧٠) إذ تنص المادة ٥١ /ج مدني بحريني على أنه " أما إذا مات الموعود له انتقل خيار قبول العقد الموعود بإبرامه إلى خلفائه ما لم تكن شخصية الموعود له محل اعتبار في الوعد " هذه المادة تقابل المادة ٣/٧٣ مدني كويتي ، وليس لها مقابل في مصر أو العراق لكن رغم ذلك يعمل بمضمونها وفق القواعد العامة في انتقال الخيارات إلى الورثة (مع مراعاة أن الخيار بالمعنى الفني الدقيق يختلف عن الرخصة ، فالخيار يتعلق بحق ثابت وموجود قبل استعماله لتثبيت هذا الحق أو تأكيده مثل خيار الموصى له في قبول الوصية فهي ثابتة له حتى قبل قبولها ويأتي هذا القبول لنفاذ الوصية وتأكيدها ، بعكس الرخصة فهي تتعلق ليس بموجوداً بعد ولا يثبت ولا يوجد إلا عند استعمال هذه الرخصة مثل رخصة القبول لعرض سلعة معينة معروضة عليك بسعر خيالي فحكك عليها لا يوجد إلا بعد استعمال رخصة القبول (ويراعى أننا نسمي رخصة القبول بخيار القبول وهي تسمية غير دقيقة وكثيراً ما يقع حتى واضع القانون في هذا الخلط) .

بشيء ، وهو بالخيار بين قبول التعاقد مع الواعد أو رفض التعاقد معه .

فإذا قبل الموعود له أن يتعاقد مع الواعد خلال مدة العقد انعقد العقد بهذا القبول من تاريخ حصوله دون حاجة إلى أي تدخل من جانب الواعد بالشراء ، نظراً لأنه سبق أن أعلن عن إرادته ( أي بوصفه موجباً ) في إبرام العقد الموعود به في عقد الوعد ، ومن ثم لا يحتاج الأمر إلى تعبيره عن إرادته مرة أخرى ، ويتعين عليه إذن تنفيذ التزاماته المتولدة عن عقد الشراء ، فإذا رفض التنفيذ كان من حق الطرف الآخر ( الموعود له ) الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بصحة التعاقد ليقوم مقام العقد الموعود به ( ١٧١ ) .

أما إذا رفض التعاقد مع الواعد بالشراء سقط الوعد بالشراء بهذا الرفض ، سواء أكان الرفض صريحاً أم كان الرفض ضميناً ( كما لو تصرف في الشيء الموعود بشرائه إلى شخص آخر غير الواعد ) كما يسقط الوعد بالشراء أيضاً بانقضاء مدة الوعد دون أن يبدي الموعود له قبولا في التعاقد مع الواعد .

وإذا مات الواعد بالشراء أو فقد أهليته لم يؤثر ذلك على بقاء الوعد والتزام ورثته أو نائبه القانوني به من بعده في حدود التركة إن أبدى الموعود له قبوله في التعاقد خلال مدة الوعد ، كما أنه إذا مات الموعود له بالشراء أو فقد أهليته انتقل حق إبداء الرغبة في التعاقد إلى ورثته أو نائبه القانوني خلال مدة الوعد .

٣- الوعد المتبادل بالبيع أو الشراء: في هذه الصورة يعد كل طرف من طرفي عقد الوعد الطرف الآخر بإبرام عقد بيع أو شراء شيء معين بسعر معين إذا طلب أحدهما ذلك خلال مدة الوعد ، فالوعد ههنا وعد بالبيع والشراء . Promesse de vente et d'achat في آن واحد، فهو وعد متبادل promessne neciporque يحتل فيه كل طرف مركز الواعد والموعود له ،

(١٧١) انظر في هذا المعنى : أ د / رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ١٥٦ ، أ . د / علي حسين نجيدة " الوجيز في عقد البيع " ، ص ٣٥ ، طبعة عام ٢٠٠٣ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، أ . د / أحمد عبد العال أبو قرين - المرجع السابق ص ٤٥ ، ٤٦ .

مثال ذلك أن يتواعد الطرفان في عقد الوعد على إبرام عقد بيع صفقة معينة خلال مدة الوعد.

ولقد اختلف الفقهاء حول التكييف القانوني للوعد المتبادل فذهب البعض (١٧٢) إلى أن الوعد المتبادل بالبيع والشراء هو بيع تام يرتب كافة آثار عقد البيع ، غير أن العاقدين أرجئاً تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه إلى فترة لاحقة لغرض ما ، فقد يلجأ المشتري لذلك لتدبير الثمن أو حتى يتأكد من خلو المبيع من القيود التي قد ترد عليه ، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية بقولها " الوعد المتبادل بالبيع والشراء هو بيع تام ملزم للطرفين تترتب عليه كل الآثار التي تترتب على البيع ... (١٧٣) وهذا ما ذهب إليه أيضا الفقه الفرنسي لا سيما وأن نص المادة ١٥٨٩ من القانون المدني الفرنسي تؤيد ذلك بقولها " الوعد بالبيع يعد بيعا حينما يتوافر رضاء متبادل من طرفي العقد بشأن المبيع والثمن (١٧٤) .

في حين يذهب البعض الآخر - وبحق - إلى التفرقة بين عقد الوعد بالبيع والشراء ، وعقد البيع الموعود بإبرامه ، فالأول وعد متبادل بالبيع والشراء يقتصر أثره على فرض التزامات شخصية متبادلة بين طرفي العقد ، فيلقي على عاتق كل واحد منهما التزاما بإبرام عقد البيع معه إذا طلب منه الآخر ذلك خلال مدة الوعد ، دون أن يرتب أى أثر من آثار عقد البيع ، بخلاف عقد البيع الموعود بإبرامه ، الذى إذا تم إبرامه فهو بيع تام يترتب على انعقاده كافة الآثار القانونية التى يترتبها عقد البيع ، فتنقل على أثره بصفة عامة ملكية المبيع إلى المشتري ويلتزم المشتري مقابل ذلك بدفع الثمن إلى البائع (١٧٥)

(١٧٢) انظر في هذا المعنى إلى أ. د/ السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني " ، العقود التي ترد على الملكية ، البيع والمقايضة ، بعد ٣٩ ، ص ١٠٠ ، أ. د/ محمد شكرى سرور " شرح أحكام عقد البيع . بند ١٤٠ ، ص ١٣٧ ، طبعة عام ١٩٩٧ ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، أ. د/ أحمد أبو قرين - المرجع السابق - ص ٥٠ ، ٥١ .

(١٧٣) نقض مدني مصري ١٩٧٢/٥/٢٥ م - مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ قضائية ، بند ١٥٧ ، ١٠١٠ .  
(١٧٤) L'article 1589 de code civil Francais dispose que " La promesse de vente vaut vente , Lorsqu'il ya consentement recipsoque des deux parties sur La chose et sur Le prix " (3)  
(١٧٥) انظر في هذا المعنى إلى: أ. د/ سليمان مرقس " شرح القانون المدني ج-٣ ، العقود المسماة ، عقد البيع ، بند ٦ ، ص ١٦ ، الطبعة الرابعة عام ١٩٨٠ م ، أ. د/ محمد سعد خليفة ، د/ أحمد هيكال المرجع السابق - ص ٩٢ ، ٩٣ .

ولا ريب في أن سقوط الوعد المتبادل بالبيع والشراء بمرور مدة الوعد دون أن يبدي أحد طرفيه رغبة في إبرام عقد البيع الموعود بإبرامه ، يؤكد انفصالهما عن بعضهما البعض انفصلاً تاماً .

### ثانياً: شروط صحة الوعد بالبيع

يلزم لصحة انعقاد عقد الوعد بالبيع أيًا كانت صورته أن تتوافر له أركان العقد وشروطه ، مثله في ذلك مثل أي عقد من العقود ، هذا مع مراعاة أن كمال الأهلية يلزم في الواعد بالبيع أو الشراء ، ولا يلزم ذلك في الموعود له ، إذ يكفي أن تتوافر لديه أهلية ناقصة ببلوغه سن التمييز ، على أساس أن عقد الوعد يمثل بالنسبة له تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً ، وإن كان يلزمه كمال الأهلية عند إبداء الرغبة في البيع أو الشراء لإبرام العقد الموعود به ، ويتعين كمال الأهلية في الواعد والموعود له في الوعد المتبادل بالبيع والشراء .

كما يلزم إلى جانب هذه الشروط العامة ، مراعاة شروط خاصة أوجبها القانون لصحة عقد الوعد بالبيع أو بالشراء ، إذ تنص المادة ١٠١ مدني مصري على ذلك بقولها " ١- الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها." . " ٢- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد".

### يمكن تفصيل هذه الشروط فيما يلي :

١- وجوب احتواء الوعد بالبيع أو بالشراء على جميع المسائل الجوهرية الخاصة بعقد البيع الموعود بإبرامه ، ولذا يلزم لصحة عقد الوعد ( سواء كان وعداً بالبيع أو وعداً بالشراء أو وعداً متبادلاً بالبيع والشراء معاً ) اتفاق طرفي عقد الوعد على المبيع وعلى الثمن الذي يدفع مقابل له بوصفهما يمثلان محلاً لعقد البيع الموعود بإبرامه .

ولا ينال من صحة الوعد بالبيع أيًا كانت صورته إغفال طرفي العقد عن الاتفاق

على المسائل التفصيلية الخاصة بعقد البيع الموعود بإبرامه ، ما دام قد اتفقا على كافة الأمور الأساسية الخاصة بهذا العقد .

٢- لزوم اتفاق طرفي عقد الوعد على مدة الوعد التي يجب إبداء الرغبة في إبرام العقد الموعود به خلالها وإلا سقط هذا الوعد وزالت آثاره ، سواء أكان الذي يملك حق إبداء تلك الرغبة هو أحد طرفي عقد الوعد بوصفه موعودا له ( وذلك حينما يكون العقد وعدا بالبيع أو وعدا بالشراء ) أو كان ذلك من حق أى من الطرفين معا على أساس أن كل واحد منهما يعد واعداً وموعوداً في آن واحد ( وذلك حينما يكون عقد الوعد وعدا متبادلاً بالبيع والشراء معا ) .

٣- ضرورة استيفاء الوعد بالبيع للشكل المطلوب قانوناً في عقد البيع الموعود بإبرامه ، والأصل العام أنه لا يلزم في الوعد بالبيع شكل معين ، نظراً لأن القانون لا يشترط في عقد البيع شكلاً معيناً ، فهو عقد رضائي بحسب الأصل ، هذا ما لم يشترط القانون في عقد البيع شكلاً معيناً فعندئذ يلزم أن يراعى ذات الشكل المطلوب قانوناً في الوعد بالبيع، فعلى سبيل المثال في بيع السفينة لا ينعقد العقد إلا إذا أفرغ في ورقة رسمية ، ولذا لا يصح الوعد ببيعها إلا إذا كان مستوفياً ذات الشكل اللازم في البيع الموعود به .

ويرجع اشتراط استيفاء عقد الوعد بالبيع ذات الشكل في عقد البيع الموعود به إلى الرغبة في تقادى محاولات الأفراد للتحاليل على الشكل القانوني اللازم في بعض البيوع ، وذلك عن طريق اللجوء إلى إبرام عقد وعد بالبيع أو بالشراء لا يراعى فيه الشكل المطلوب قانوناً ثم يصطنع طرفا عقد الوعد خصومة قضائية بينهما حتى يتمكنوا من استصدار حكم قضائي يقوم مقام عقد البيع الموعود به ويتهربا بذلك من مراعاة الشكل المطلوب قانوناً في عقد البيع .

## المطلب السادس

### عقد الوعد بالتفضيل

الوعد بالتفضيل promesse de préférence هو اتفاق بين طرفين يعد فيه أحدهما الآخر بتفضيله في بيع شيء يملكه إذا تصرف فيه بالبيع ، وذلك إذا قبل شراءه بالسعر المعروض عليه من الغير خلال مدة الوعد (١٧٦) .

ويظهر لنا من خلال هذا التعريف أن الواعد لم يبيع شيئاً للموعد له ولا يلتزم أيضاً بالبيع له ، وإنما يقتصر التزامه عند تقرير بيع الشيء أن يعرضه أولاً على الموعد له مفضلاً إياه على غيره من الراغبين في الشراء ، ولذا فهو وعد بالبيع معلق على شرط واقف وهو عرض الواعد الشيء للبيع (١٧٧) .

ويكثر وقوع الوعد بالتفضيل في عقود الإيجار ، وذلك عندما يعد المؤجر المستأجر بتفضيله في بيع العين المؤجرة له إذا قرر بيعها في المستقبل بسعر معين أو بالسعر الذي يعرضه عليه الغير ، كما قد يرد في عقود البيع وذلك حينما يريد البائع مستقبلاً شراء العين المباعة إذا ما رغب المشتري في بيعها في المستقبل أن يفضلها على غيره ممن سيرغب في شرائها.

وينبغي التنويه إلى أن الشرط الذي يعلق عليه الوعد بالتفضيل ليس شرطاً إرادياً محضاً على إرادة الواعد ، وإلا كان الالتزام معه باطلاً، ذلك أن إرادة البيع لدى الواعد ليست إرادة محضة، بل ترتبط بالظروف الخارجية المحيطة بالوعد والتي قد تدفعه دفعا إلى البيع وقد تثنيه عنه مع تمام رغبته في إتمامه على نحو يجعل الشرط المقترن بالوعد بالتفضيل شرطاً مختلطاً يخضع لإرادة المدين وغيرها من الظروف المحيطة بها وليس شرطاً إرادياً محضاً .

---

(١٧٦) انظر في نفس المعنى : أ.د/ محمد شكري سرور - المرجع السابق- بند ١١٣ ، ص ١٣١ ، أ.د/ أنور سلطان - المرجع السابق - بند ٨٠ ص ١٠٤ ، أ.د/ سمير تناعو - المرجع السابق - فقرة ١٢ ، ص ٥١ .  
(١٧٧) انظر في نفس المعنى : أ.د/ خميس خضر - المرجع السابق - بند ٣٨ ، ص ٧٥ ، أ.د/ رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ١٥٣ . أ.د/ ليلي عبد الله سعيد " الوجيز في شرح القانون المدني البحريني ، العقود المسماة . عقد البيع ، بند ٥٦ ، ص ٦٢ ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٣ م مطبعة جامعة البحرين .

ويلزم لصحة الوعد بالترفضيل احتواؤه على جميع العناصر الجوهرية المتصلة بالبيع الموعود بالترفضيل فيه ، ولذا يجب أن يتضمن وصفا دقيقا للشئ الموعود بالترفضيل عند بيعه، والمدة التي يتعين خلالها على الواعد عرض الشئ للبيع ، كما يتعين تحديد الثمن المراد إجراء البيع به أو على الأقل أن يذكر أن هذا الثمن يتحدد وفق ما يعرضه الغير من راغبى الشراء .

ويلتزم الواعد فى عقد الوعد بالترفضيل إذا قرر التصرف فى الشئ بالبيع عرضه أولاً على الموعود له ، فإذا قبل الموعود له شراؤه بذات السعر المحدد فى عقد الوعد بالترفضيل أو بالسعر الذى يتحدد على ضوء ما يعرضه الغير من راغبى الشراء انعقد عقد البيع بينهما وترتبت عليه آثاره ، متى اتصل هذا القبول بعلم الواعد ودون أن يحتاج إلى قبول جديد من جانب هذا الواعد .

وإذا حدث أن باع الواعد الشئ محل الوعد بالترفضيل دون أن يعرضه على الموعود له عُد ذلك إخلالاً بالتزامه العقدى الناشئ عن عقد الوعد بالترفضيل وانعقدت بذلك مسئوليته العقدية فى مواجهة الموعود له ، الذى يكون من حقه الرجوع عليه بالتعويض عن الأضرار التى لحقت به من جراء ذلك .

وينبغى مراعاة أن الإخلال الموجب مسئولية الواعد العقدية يتحقق عند تصرفه فى الشئ محل الوعد بالبيع دون سبق عرضه على الموعود له بالترفضيل ، ومن ثم إذا تصرف الواعد فى الشئ محل الوعد بالهبة أو المقايضة فلا مسئولية عليه فى مواجهة الموعود له ، لأن التصرف بالبيع ليس كالتصرف بالهبة أو بالمقايضة ، فالبيع مبادلة مال بثمن نقدي ، وهذا على خلاف الهبة فهي تتم بغير مقابل ، وعلى خلاف المقايضة التى تتم مقابل شئ لا يمكن للموعود له بذله للواعد ليفضله على المقايض .

وجدير بالذكر أن الوعد بالترفضيل يمثل صورة خاصة من صور الوعد بالبيع ، وذلك نظراً لما بين الوعد بالترفضيل والوعد بالبيع من فروق جوهرية يمكن إجمالها فى الآتى :

١- إن عقد الوعد بالبيع عقد بات ينشئ حقاً للموعد له منذ إبرامه في طلب إبرام العقد الموعد به ، فينعقد هذا العقد الموعد به بقبوله متى صدر منه هذا القبول خلال مدة الوعد واتصل بعلم الواعد ، في حين أن عقد الوعد بالتفضيل هو عقد وعد معلق على شرط واقف ، فلا ينشأ حق الموعد له في التفضيل منذ إبرامه ، وإنما يكون حقاً معلقاً على شرط واقف وهو رغبة الواعد في التصرف في الشيء محل الوعد بالبيع .

٢- إن شخصية الموعد له في الوعد بالتفضيل عادة تكون محل اعتبار في عقد الوعد بالتفضيل ، ولذا لا يجوز له النزول عن حقه في التفضيل بغير رضا الواعد ، على خلاف الحال في عقد الوعد بالبيع فعادة ما لا تكون شخصية الموعد له محل اعتبار في التعاقد مثله في ذلك مثل عقد البيع .

٣- إن الوعد بالبيع لا يصح إلا إذا تضمن اتفاق طرفي الوعد على الثمن الذي يدفع مقابلاً في عقد البيع الموعد به ، على عكس الوعد بالتفضيل الذي قد يحدد فيه الثمن ابتداءً بسعر معين ، وقد يتفق على أن يكون قابلاً للتحديد ، فيتفق على أن يكون بالسعر الذي يعرضه الغير على الواعد .

٤- إن الوعد بالبيع يفرض على الواعد التزاماً بالبيع في مواجهة شخص الموعد إذا رغب الأخير في التعاقد خلال مدة الوعد وفق الشروط الواردة في الوعد ، في حين أن الوعد بالتفضيل لا يفرض على الواعد التزاماً بالبيع في مواجهة شخص الموعد ، إنما يفرض عليه إن رغب في البيع بتفضيل الموعد له على غيره إن رضي بالشراء بثمن معين أو بالثمن الذي يحدده الغير .



## المطلب السابع

### عقد البيع الابتدائي

عقد البيع الابتدائي هو بيع بات يرجئ فيه الطرفان تنفيذ كل أو بعض آثار العقد إلى وقت إبرام العقد النهائي ، ويعتمد إليه الطرفان لاعتبارات عملية ، فقد يرغب المشتري في إنجاز عقد البيع مع إرجاء تنفيذ آثاره (فلا تنتقل الملكية ولا يلتزم بدفع الثمن) إلى حين تدبير ثمن المبيع أو يريد البائع بعض الوقت حتى يهيئ مستندات ملكيته أو تأتية البضاعة من الخارج ، فيلجأ أيهما إلى إبرام بيع بات في صورة عقد بيع ابتدائي تمهيداً لإبرام عقد نهائي في موعد معين يتفقان عليه (١٧٨) .

وبذلك لا يمثل هذان العقدان العقد الابتدائي والعقد النهائي عقدين مختلفين ، بل هما عقد واحد له صورته الابتدائية أو الأولية وصوته النهائية أو الختامية ، ولذا فإن هذه الصورة أو تلك تمثل وصفاً لا يرد على العقد في ذات أحكامه وإنما يرد على الهيئة أو الصورة التي تبدأ صياغته عليها إلى أن تتغير فيما بعد لتصير في شكلها النهائي (١٧٩) . وهو بذلك يختلف عن المشروع الذي يتفق فيه الطرفان على كافة عناصر عقد البيع ، دون أن يلتزما فيه بأى من آثار عقد البيع إلى حين إبرام عقد بيع نهائي ، فهذا المشروع غير الملزم لا يعد بيعاً ابتدائياً ولا بيعاً ، وإنما مجرد مشروع بيع غير ملزم (١٨٠) .

كما يختلف البيع الابتدائي عن الوعد المتبادل بالبيع والشراء ، فالأول بيع تام تترتب عليه جميع آثار عقد البيع ، غاية ما هنالك أن تنفيذه يؤجل إلى حين إبرام عقد البيع النهائي ، بخلاف الوعد المتبادل فهو ليس بيعاً ولا تترتب عليه أي من آثار البيع في الحال ، وإنما هو مجرد وعد بالبيع يلزم أياً من طرفي العقد بإبرام عقد البيع الموعد

(١٧٨) انظر في نفس المعنى : أ . د/ خميس خضر ، بند ٣٩ ، ص ٧٦ .  
(١٧٩) أ . د/ عبد الفتاح عبد الباقي ، موسوعة القانون المدني ، نظرية العقد والإدارة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي ، بند ٨٠ ، ص ١٨٤ ، طبعة عام ١٩٨٤ م .  
(١٨٠) انظر في نفس المعنى : أ . د/ ليلي عبد الله سعيد ، بند ٤٥ ، ص ٦١ ، أ . د/ أحمد عبد العال أبو قرين ، ص ٥٢ .

بإبرامه إذا رغب الآخر في ذلك خلال مدة الوعد (١٨١) .

ويمكن لأي من طرفي عقد البيع الابتدائي طلب إبرام العقد النهائي في الموعد المتفق عليه وتكون العبرة بالبنود المتفق عليها في العقد النهائي بوصفها تمثل تعبيراً عن الإرادة الجديدة للعاقدين فتكون ناسخة للشروط المعبرة عن إرادتهما القديمة في عقد البيع الابتدائي بأثر رجعي دون المساس بحقوق الغير التي كسبها بناء على العقد الابتدائي ( مثل حقوق الشفيع ، فإذا كان قد طلب الشفعة وسجل طلبه بعد إبرام عقد البيع الابتدائي وقبل إبرام عقد البيع النهائي ، أخذ الشفعة بناء على شروط البيع الابتدائي وإن خالفت شروط البيع النهائي )، وإذا لم يضع شروطاً جديدة بقيت شروط البيع الابتدائي شروطاً للبيع النهائي (١٨٢).

وإذا امتنع أحد الطرفين عن تحرير عقد البيع النهائي في الموعد المتفق عليه كان من حق الآخر اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي بصحة التعاقد بناء على عقد البيع الابتدائي ليقوم هذا الحكم مقام العقد النهائي ، وإذا قام بتسجيله انتقلت إليه ملكية العقار إلى المشتري . ونظراً لأن عقد البيع الابتدائي عقد تام يترتب كل آثار عقد البيع فإنه تجوز فيه المطالبة بالشفعة ، وتسري مواعيد الشفعة في حق الشفيع من تاريخ انعقاد عقد البيع الابتدائي.

(١٨١) انظر في نفس المعنى أ . د/ رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ١٥٨ ، ١٥٩ ، أ . د/ نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق - ص ١٠٦ ، ١٠٧ .  
(١٨٢) انظر في ذلك المعنى : أستاذنا الدكتور / عبد الناصر العطار " العقود المسماة " ( البيع - الإيجار - التأمين ) بند ١٢ ، ص ٢٢ ، طبعة عام ٢٠٠ / ٢٠٠١ م ، مطبعة النسر الذهبي بالقاهرة وإن كان من الفقهاء من خلط بين عقد البيع الابتدائي والوعد المتبادل بالبيع والشراء ، وفي ذلك يقول أحدهم " البيع الابتدائي هو الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين .. ويقول في موضع آخر من نفس الصفحة " أما الصورة الصحيحة للعقد الابتدائي فهي صورة الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين ... " ( أ . د/ سمير تناغو - المرجع السابق - بند ١٣ ، ص ٥٥ ) ، وتقول أيضاً الأستاذة الدكتورة / ليلى عبد الله سعيد " البيع الابتدائي هو الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين " - المرجع السابق - بنده ٤٥ ، ص ٦١ ، وهذا خلط واضح بين عقدين مختلفين ، ذلك أن الوعد بالبيع في أي صورة منصورة هو عقد تمهيدى يمهد لإبرام عقد آخر مغاير له هو العقد الموعود به ، ألا وهو عقد البيع ، في حين أن البيع الابتدائي هو بيع تام وكامل انصرفت إليه نية الطرفين ابتداء وانتهاءً ، وهو ليس عقد مغايراً لعقد البيع النهائي ، وإنما هو ذاته ، كل ما هنالك أن هذا البيع له صورته أو صيغته الابتدائية وصورته أو صيغته النهائية ، التي لا تعدم عن كونها مجرد وصف يلحق العقد في هيئته وصياغته دون أن تمس العقد في ذاته وطبيعته وما يتصل بها من أحكام ( انظر في نفس المعنى : أ . د/ عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - بند ٧٩ ، ص ١٦٧ ، أ . د/ نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق - ص ١٠٦ ) .

## **المبحث الرابع**

### **أوصاف التراضي في عقد البيع**

### **أو البيوع الموصوفة**

**تمهيد:**

الأصل في الرضاء سواء في عقد البيع أو غيره من العقود أن يكون بسيطاً فيؤتي أثره بمجرد اتصاله بعلم من وجه إليه دون أن يعلق على شرط أو يضاف إلى أجل ، بيد أنه قد يكون الرضاء موصوفاً فلا ينعقد به العقد بمجرد صدوره إنما يجري تعليقه على شرط ، فإن تحقق الشرط الواقف انعقد بأثر رجعي ، وقد يعلق على شرط فاسخ فينعقد العقد ويتم تنفيذه في هذه الحالة ويعلق زواله على تحقق هذا الشرط فإن تحقق زال بأثر رجعي .

وقد يكون الرضاء مضافاً إلى أجل ذلك فيؤثر في الالتزام من حيث تنفيذه (هذا إذا كان الأجل واقفاً ) أو من حيث زواله وانتهائه (هذا إذا كان الأجل فاسخاً) ، ويمكننا عرض نماذج للرضاء الموصوف في عقد البيع من خلال هذه العقود الآتية :-

**المطلب الأول : البيع بالعينة .**

**المطلب الثاني : البيع بشرط المذاق .**

**المطلب الثالث : البيع بشرط التجربة .**

## المطلب الأول

### البيع بالعينة

أولاً : ماهية البيع بالعينة .

البيع بالعينة vente sur échantillon هو عقد بات يجرى فيه تعيين المبيع عن طريق عينة منه يلزم أن يكون المبيع مطابقاً لها (١٨٣) .

فالعينة هي جزء صغير من المبيع يسهل فصله منه لعرضه على المشتري بوصفه أنموذجاً له أو صورة مصغرة منه ، فتقضى بذلك عن تعيين المبيع بذكر جنسه ونوعه وجودته ، كما تغنى عن رؤية المبيع ، نظراً لأنها تمكن المشتري من مطالعة ذات المبيع برؤية بعضه (١٨٤) ، مثال ذلك أن يقدم بائع القماش إلى المشتري قصاصة من ثوب القماش الذى سيبيعه منه أو يقدم البائع عينة من الحبوب أو الفاكهة التى سيبيعها للمشتري .

وتمثل العينة التى يسلمها أحد العاقلين - والغالب فيه أن يكون هو البائع - كما يقول البعض وبحق طريقاً لتعيين المبيع على درجة كبيرة من الدقة والانضباط (١٨٥) ، وكيف لا والعينة هي ذات المبيع مصغراً .

ثانياً : أحكام البيع بالعينة

١ - ضرورة مطابقة المبيع للعينة :

إذا تم البيع بالعينة ويحدث هذا عادة فى بيع المثليات مثل الحبوب والأقمشة

(١٨٣) انظر فى نفس المعنى: أ. د. / نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق - ص ١٣٨ ، ١٣٩ .  
(١٨٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدنى المصرى أن " هذا النص - أى المادة ٤٢٠ الخاصة بالبيع بالعينة - جديد لا نظير له فى التقنين الحالى - أى المدنى 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 واكتفى برؤية النموذج وهذا مما يجعل للمسألة اتصالاً بخيار الرؤية وهو موضع النص السابق " مشار إلى ذلك لدى : أ. د. / رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٨٣ .  
(١٨٥) أ. د. / سمير تناغو - المرجع السابق - ص ٧٥ .

والأقطن والأجهزة بأنواعها المختلفة (١٨٦) ، وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها (م ١/٤٢٠ مدني مصري (١٨٧) ) فإذا سلم البائع المشتري مبيعاً مطابقاً للعينة وجب عليه قبوله ولم يجز له رده بحجة أنه غير ملائم له أو أنه من نوع ردى أو درجة ليست جيدة ، إذ تبرأ ذمة البائع فى البيع بالعينة بمجرد تسليمه مبيعاً مطابقاً للعينة ، وإن كان هذا لا يحول دون المشتري والرجوع على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية إذا توافرت شروطها أما إذا كان المبيع غير مطابق للعينة كله أو بعضه جاز للمشتري رفضه ولو كان أفضل جودة من العينة ، إذ لا يجبر المشتري على قبول مبيع غير مطابق للعينة ولو كان أحسن من العينة نوعاً أو أفضل منها قيمة (١٨٨) .

وينبغي مراعاة أن عدم التطابق الذى يسمح للمشتري برفض المبيع يلزم أن يكون جوهرياً ، على أساس أن العرف يجرى على التسامح فى التفاوت البسيط أو الاختلاف البسيط جداً الذى لا يقدح فى تحقق التطابق المنشود عادة بين المبيع والعينة التى تمثل أنموذجاً له (١٨٩)

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " إذا كانت محكمة الموضوع قد قامت بفحص العينة وأجريت مقارنة بينها وبين البضاعة المبيعة فأسفر بحثها عن مطابقة العينة فى خصائصها التى رأت أن المتعاقدين قصداها ، فليس فى استظهارها فى هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة ما ينفى المطابقة ، طالما أنها قد انتهت بما لها من سلطة التقدير فى هذا الصدد إلى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروقاً لا يؤبه لها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة

(١٨٦) حمدي محمد عفيفي - المرجع السابق - ص ٤٩ .  
(١٨٧) إذ تنص هذه المادة على ذلك بقولها " إذا كان البيع (بالعينة) وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها. " هذه المادة تقابل المادة ٣٨٣ / أ مدني بحريني ، والمادة ٤٥٧ / ١ مدني كويتي .

(١٨٨) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " مؤدى ذلك - أى نص المادة ٢٤٠ مدني مصري - أن يقع على عاتق البائع الالتزام بتسليم شيء مطابق للعينة المتفق عليها ، فإذا لم يف بهذا الالتزام لم يكن له أن يطالب المشتري بأداء المقابل وهو الثمن " ( طعن رقم ٢٢٢ س ٢٥ ق جلسة ١٥/١٠/١٩٥٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٠ ، ص ٥٦٧ ) .

(١٨٩) انظر فى نفس المعنى : أ . د / أحمد السعيد الزقرد " الوجيز فى عقد البيع فى القانون المدني الكويتي " ، بند ٨٥ ، ص ٧٩ مطابع الوزان العالمية ، بدون تاريخ نشر .

## للعينة " (١٩٠) .

وإذا وجد المشتري أن المبيع غير مطابق للعينة كان من حقه طلب التنفيذ العيني جبراً عن المدين بإلزامه بتسليم مبيع مطابق للعينة ، كما أن له أن يحصل بنفسه على مبيع مطابق من الأسواق على نفقة البائع بعد استئذان المحكمة أو حتى دون استئذائها في حالة الاستعجال (٢٠٥ مدني مصري (١٩١)).

كما أن للمشتري طلب فسخ العقد لإخلال البائع بالتزامه بتسليم مبيع مطابق للعينة ، ويخضع هذا الطلب للسلطة التقديرية للمحكمة التي لها أن تجيبه إلى طلبه أو تقضى بالتنفيذ العيني ، وللمشتري الحق في طلب الحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء إخلال البائع بالتزامه بالتنفيذ العيني لالتزامه . ويجوز للمشتري الاستعاضة عن طلب التنفيذ العيني أو الفسخ بطلب إنقاص الثمن إذا ثبت أن قيمة المبيع المبذول له أقل من قيمة الشيء المطابق للعينة (١٩٢) .

## ٢ - إثبات العينة :

ينبغي أن نفرق في هذا الخصوص بين مسألتين :

### أ - الطعن في ذاتية العينة :

قد يطعن في حقيقة العينة وذاتيتها أي في مدى مطابقة العينة الموجودة في أيدي أحد العاقلين - والغالب فيه أن يكون المشتري - لتلك العينة المتفق عليها ، وفي هذا الفرض نظراً لعدم وجود حكم خاص في القانون المدني البحريني نرجع في ذلك إلى القواعد العامة في الإثبات ، والتي مؤداها أن من بيده العينة يكون مؤتمناً على العينة المتفق عليها ويكون معه الظاهر بذلك ، فيصير في مركز المدعى عليه ، وعلى من

(١٩٠) نقض مدني مصري ، طعن رقم ١٦٩ س ٢٥ ق ، جلسة ١٩٥٩/١١/١٢ مجموعة المكتب الفني، س ١٠ ، ص ٦٥٩ .

(١٩١) حيث تنص هذه المادة على أنه " ..... فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض .

" هذه المادة تقابل المادة، م ٢٠٨ مدني بحريني ، والمادة ٢٥٠ عراقي ، والمادة ٢٨٨ مدني كويتي . (١٩٢) انظر في نفس المعنى : أ. د/ سمير تناغو ، ص ٧٧ ، أ. د/ رمضان أبو السعود ، ص ٨٥ ، أ. د أحمد السعيد الزقرد ، بند ٨٥ ، ص ٧٩ .

يدعى خلاف هذا الظاهر فيزعم أن هذه العينة ليست هي ذات العينة المتفق عليها يقع عبء إثبات ما يدعيه ، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ، على أساس أنه يتصل بـ ثبات واقعة مادية .

#### ب - الطعن في مطابقة المبيع للعينة :

إذا أثير نزاع حول مطابقة المبيع أو عدم مطابقته مع العينة المتفق عليها ، فينبغي أن نفرق في هذا الخصوص بين هذين الفرضين :

١-الفرض الأول : إدعاء المطابقة مع وجود العينة: إذا أدعى المشتري عدم مطابقة المبيع للعينة الموجودة كان على البائع - وفقاً للرأى الغالب فى الفقه - بوصفه المدين بتسليم مبيع مطابق للعينة عبء إثبات هذه المطابقة (١٩٣).

وأعتقد من جانبى أن عبء الإثبات يقع على عاتق المشتري بوصفه هو من يدعى أمراً خلاف الأصل أو الظاهر ، إذ يفترض فى المبيع المقدم من البائع أنه مطابق للعينة المتفق عليها بحسب الأصل أو الظاهر ، ومن يدعى خلاف ذلك يقع عليه عبء الإثبات ، وله إثبات ذلك بكافة الطرق .

#### ٢-الفرض الثانى : إدعاء عدم المطابقة مع ضياع أو تلف أو أهلاك العينة:

لقد نظم القانون المدني المصري فى المادة ٢/٤٢٠ منه هذه الفرضية بنص صريح جاء فيه " وإذا تلفت (العينة) أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق " (١٩٤) .

ويفهم من هذا النص أنه إذا هلكت العينة أو ضاعت أو تلفت سواء أكان ذلك بخطأ من العاقد أو دون خطأ منه وأدعى عدم مطابقة المبيع للعينة كان من كانت

(١٩٣) د / جميل الشرقاوى " شرح العقود المدنية ( البيع والمقايضة ) بند ٢٨ ، ص ٦٢ ، طبعة عام ١٩٧٥ م .  
(١٩٤) هذه المادة تطابق المادة ٣٨٣/ب مدني بحريني ، والمادة ٢/٨١٨ مدني عراقى ، والمادة ٢/٤٥٧ مدني كويتي.

العينة في حوزته سواء أكان البائع أم المشتري هو المكلف بإثبات مطابقة أو عدم مطابقة المبيع لتلك العينة .

### ٣-ثالثاً: الطبيعة القانونية للبيع بالعينة .

يستقر الرأي لدى غالبية الفقهاء على أن البيع بالعينة بيع بات ، وما العينة فيه إلا مجرد وسيلة لتعيين المبيع ، وبناء عليه تعد المطابقة الواجبة بين المبيع والعينة شرطاً لازماً لصحة التسليم ، وليست شرطاً واقفاً أو فاسخاً يعلق عليه وجود البيع أو زواله (١٩٥).

وإن كان من الفقه من ارتأى أنه لا مانع من اتفاق البائع والمشتري على جعل مطابقة المبيع للعينة شرطاً بالمعنى الصحيح يعلق عليه التراضى ، بل ويرى أن مطابقة المبيع للعينة يعد شرطاً يتوقف عليه مصير العقد ، وهو شرط فاسخ إذ يلتزم البائع منذ البداية في هذا البيع لكن مع اشتراط زوال العقد إن تبين عدم مطابقة المبيع للعينة (١٩٦).

ويترجح في نظرى الرأي الأخير لأنه يتفق مع حقيقة هذا العقد ، على أساس أن إرادة الطرفين في هذا البيع تتجه صوب الدخول في العلاقة العقدية لكن مع تعليق رضاها على شرط فاسخ هو ثبوت عدم مطابقة المبيع للعينة المتفق عليها (١٩٧) .

(١٩٥) انظر في ذلك إلى : أ. د. عبدالرازق السنهورى - المرجع السابق - بند ١٢٦ ، أ. د. / توفيق حسن فرج " عقد البيع والمقايضة " بند ١٧ ، ص ٣٣ ، أ. د. / سليمان مرقس - المرجع السابق - بند ١١ ، ص ٢١ ،  
(١٩٦) أ. د. / عبد المنعم البدرأوى " الوجيز في عقد البيع " بند ١٠ ، ص ٢٤ ، طبعة عام ١٩٧٠ م ، أ. د. / رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٨٥ ، أ. د. / خميس خضره المرجع السابق - بند ٥١ ، ص ٩٠ .  
(١٩٧) أ. د. / جميل الشرقاوي " شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة ، بند ٢٨ ، ص ٦٢ ، طبعة عام ١٩٧٥ م .



## المطلب الثاني

### البيع بشرط المذاق

يجرى البيع بشرط المذاق La vene à la de'gustaion عادة في بيوع الأشياء التي لا يتحقق العلم الكافي بها من مجرد تعيينها أو بيان خصائصها أو حتى معاينتها ، إنما تحتاج إلى تذوقها من قبل الراغب في الشراء للوقوف على مدى ملاءمتها لذوقه الخاص ، مثل بيع المأكولات والمشروبات ، إذ تختلف حولها أذواق الناس ، ولذا فهي تحتاج إلى وقوف الأفراد على مذاقها قبل شرائها لتقدير مدى ملاءمتها أو عدم ملاءمتها لهم عن طريق حاسة التذوق .

واشتراط التذوق قبل إبرام عقد البيع قد يتفق عليه صراحة بين الراغبين في إبرام عقد البيع ، وقد يستفاد ضمن من طبيعة المحل الذي يرد عليه هذا العقد ، كما لو كان الشيء ممن لا تدرك حقيقته بصورة صحيحة إلا بتذوقه مثل الشاي والنبذ والخل وبعض أنواع الفاكهة .

وعادة ما يتذوق الراغب في الشراء الشيء بنفسه ليقدر مدى ملاءمته لذوقه الخاص ، بيد أنه لا مانع من أن يكلف شخصاً ذا خبرة في التذوق نيابة عنه ، كما هو الحال عند شراء بعض المشروبات بالجملة من الدول المنتجة لها ، إذ يعتمد التجار إلى الاستعانة بخبراء في التذوق للتأكد من كنه المنتج ودرجة جودته ونقاؤه .

والبيع بشرط المذاق في فرنسا أو مصر ليس بيعاً ، إنما هو مجرد وعد بالبيع ملزم لجانب واحد وهو الواعد بالبيع والذي يلتزم بتمكين الموعود له من تذوق الشيء الموعود ببيعه إن راق له شراؤه بعد تذوقه، فإن قبل الموعود له شراء الشيء بعد تذوقه خلال المدة المحددة اتفاقاً

أو عرفاً للقبول انعقد عقد البيع بينهما من تاريخ إعلان المشتري هذا القبول إلى البائع .

إذ يستفاد من النصين المنظمين ، لهذا البيع فى فرنسا ومصر أن العقد فى هذا النوع من البيوع لا ينعقد بين طرفيه إلا بعد التذوق والقبول، بل ومن تاريخ القبول وليس قبل ذلك التاريخ ، وهذا يؤكد أن هذا البيع قبل التذوق والقبول ليس بيعاً منجزاً أو باتاً كما أنه ليس بيعاً معلقاً لا على شرط واقف ولا على شرط فاسخ وإنما هو مجرد وعد ملزم بالبيع من جانب الواعد بالبيع ، ولا شئ على المشتري الذى له مطلق الحرية بعد التذوق فى قبول البيع أو رفضه (١٩٨).

وبذلك يلتزم الواعد بالبيع بتمكين الموعود له من تذوق الشئ الموعود ببيعه له ، وإلا كان من حق الموعود له جبره على التنفيذ وطلب الحكم عليه بغرامة تهديدية لحمل على التنفيذ ، فإن أصر على عدم التنفيذ لم يكن من سبيل أمام الموعود له سوى طلب التعويض (١٩٩) .

ومن ثم فلا ينعقد العقد بين طرفيه إلا من تاريخ القبول بوصفه الوقت الذى يتحقق فيه الشرط الواقف ، لكن مع مراعاة أن لتحقيق الشرط الواقف أثر رجعياً فيكون له آثاره من تاريخ التراضي على البيع بشرط المذاق وإذا مضت المدة المحددة لإعلان القبول بعد التذوق دون أن يبدى الموعود له رغبة فى القبول أو الرفض حمل سكوته على محمل الرفض وليس على محمل القبول (٢٠٠) .

والأصل العام أن يعتبر البيع بشرط المذاق فى القانون المدنى البحريني بيعاً معلقاً على شرط واقف ألا وهو قبول المشتري للشئ بعد تذوقه ، هذا ما لم تتصرف إرادة الطرفين أو تدلل الظروف على أن هذا البيع بيع معلق على شرط فاسخ ألا وهو عدم

(١٩٨) حيث تنص المادة ٤٢٢ مدنى مصرى على أنه " إذا بيع الشئ بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البيع إن شاء ، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول فى المدة التى يعينها الاتفاق أو العرف ، ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذى يتم فيه هذا الإعلان " كما تنص المادة ١٥٨٧ مدنى فرنسا على ذات المعنى بقولها " فى خصوص الخمر أو الزيت أو غيرهما من الأشياء التى جرت العادة على تذوقها قبل شرائها لا يترتب أى أثر للبيع مادام أن المشتري لم يتذوقها ولم يقبلها " .

“ Al'égard bu vin , de l'huile , et des autres chases que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat , ln'ya point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées”

وهذا عين ما نصت عليه المادة ٥٢٥ مدنى عراقى .  
(١٩٩) انظر فى ذلك : أ . د / عبد الناصر العطار – المرجع السابق – بند ٢٢ ، ص ٣٨ ، أ . د / خميس خضر –

المرجع السابق – بند ٤٠ ، ص ٧٧ ، ٧٨ ، أ . د / محمد شكرى سرور – المرجع السابق بند ١٤١ ، ص ١٥٦ .  
(٢٠٠) انظر إلى المراجع السابقة فى نفس المواضع .

قبول المشتري الشيء بعد تذوقه ، وهذا يعنى أن العقد قد انعقد بين طرفيه وترتبت عليه آثاره منذ تطابق الإرادتين على هذا البيع مع قابليته للزوال عند تحقق الشرط الفاسخ .

ويجب على المشتري أن يعلن عن إرادته قبولاً أو رفضاً لهذا العقد خلال المدة المتفق عليها أو خلال مدة معقولة يحددها له البائع ، وله مطلق الحرية في قبول العقد بعد التذوق أو رفضه ، فإذا مضت هذه المدة وسكت المشتري عن التعبير عن إرادته رغم تمكنه من مذاقه حمل سكوته بعد التذوق على محمل القبول وليس على محمل الرفض وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٣٨٤ مدني بحريني على أنه " في البيع بشرط التجربة أو المذاق في مدة معلومة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه .

" فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع ، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع أو مذاقه اعتبر سكوته قبولاً " .

" ويعتبر البيع بشرط التجربة أو المذاق معلقاً على شرط واقف وهو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ (٢٠١) .

---

(٢٠١) هذه المادة تقابل المادة ٤٥٨ مدني كويتي .

## المطلب الثالث

### البيع بشرط التجربة

البيع بشرط التجربة La vene à l'esai هو بيع معلق على شرط واقف هو قبول المشتري للمبيع بعد تجربته ، ما لم يتبين من الاتفاق أو الظروف تعليقه على شرط فاسخ.

ويقصد عادة من شرط تجربة المبيع التأكد من مدى ملائمة هذا المبيع للحاجة الشخصية للمشتري ، ولذا ينفرد وحده دون معقب على رأيه فى قبول المبيع أو رفضه بعد التجربة ، وليس من حق البائع الاعتراض على رفض المشتري قبول المبيع بعد تجربته وطلب خبير للتثبت من ملائمة المبيع لحاجة المشتري الشخصية أو لما أعد له ، ذلك أن المشتري وحده هو من له الكلمة الفصل بعد التجربة ويتحكم فى نتائجها قبولاً أو رفضاً (٢٠٢) .

بيد أنه ليس هناك ما يمنع من اتفاق الطرفين على أن الغرض من التجربة هو التأكد من صلاحية المبيع لما أعد له أو للغرض المقصود منه وليس التحقق من مواعنته مع حاجة المشتري الشخصية ، وهنا تكون الكلمة الفصل لأهل الخبرة على نحو يسمح للبائع إذا رفض المشتري المبيع أن يتظلم من هذا الرفض وتستعين المحكمة بخبير للتأكد من صلاحية هذا المبيع للأغراض المقصودة منه ، هذا مع مراعاة أنه عند الشك فى الغاية من تعليق البيع على التجربة وعدم وضوح قصد الطرفين من هذا التعليق صرفها إلى الأصل العام الذى يشير إلى أن الغاية من التجربة هو التثبت من مناسبة المبيع لحاجة المشتري الشخصية (٢٠٣) .

(٢٠٢) انظر فى ذلك إلى مجموعة الأعمال التحضيرية للمشروع التمهيدي للقانون المدنى المصرى والتى جاء فيها أن " للمشتري حرية القبول أو الرفض ، فهو وحده الذى يتحكم فى نتيجة التجربة ... فإن من المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التى يتطلب فيها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية ، فهو وحده الذى يستطيع أن يقرر ذلك " .  
(٢٠٣) انظر فى هذا المعنى إلى : أ . د / خميس خضر - المرجع السابق - بند ٣٢ ، ص ٦٧ ، ٦٨ ، أ . د نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق .

والأصل العام أن يتفق الطرفان على شرط تجربة المبيع صراحة ، لكن من الممكن أيضاً أن يستفاد ذلك ضمناً من طبيعة المبيع أو من العادة الجارية في بيع بعض الأشياء الدقيقة أو المعقدة من الأجهزة والآلات الميكانيكية ، وفي بيع الأشياء المستعملة من المركبات والأجهزة الكهربائية وفي بيع الملابس الجاهزة والأثاث والحيوانات .

ويعتبر البيع بشرط التجربة بيعاً معلقاً على شرط واقف وهو قبول المشتري للمبيع بعد تجربته ، هذا ما لم يتبين من اتفاق طرفي العقد أو من الظروف المحيطة بالتعامل أن البيع معلق على شرط فاسخ هو رفض المشتري للمبيع بعد تجربته (٢٠٤) .

ويلتزم البائع أياً كانت طبيعة البيع بشرط التجربة ( أى سواء أكان بيعاً معلقاً على شرط واقف أم بيعاً معلقاً على شرط فاسخ ) بتمكين المشتري من تجربة المبيع وإلا ألزمه بذلك جبراً عنه عن طريق القضاء عند الامتناع ، بل وله طلب الحكم عليه بالغرامة التهديدية للضغط على إرادته لحمله على تمكين المشتري من التجربة ، فإن أصر على الامتناع كان له طلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له ما يبرره (المادة ١/١٥٧ مدني مصري (٢٠٥) ) .

ويلتزم المشتري بتجربة المبيع خلال المدة المتفق عليها أو خلال مدة معقولة يحددها له البائع ، على أن يكون من حق المشتري التظلم من هذه المدة إذا كانت غير كافية لتجربة المبيع ، وله أن يجرى هذه التجربة بنفسه أو يستعين في ذلك بخبير أو فني لضمان تحقيق التجربة للغاية المرجوة منها والوقوف على وجه الدقة على حقيقة المبيع وما به من مزايا أو عيوب ، سواء تمت هذه التجربة في حضرة البائع أم في غيبته ، تحت حراسة البائع الفعلية أم تحت الحراسة الفعلية للمشتري (٢٠٦) .

كما يلتزم المشتري بإعلان البائع خلال المدة المتفق عليها أو المحددة من قبل

(٢٠٤) انظر في ذلك إلى كل من أ.د/ محمد حسين منصور ص ٤٩ ، أ.د/ محمد حسين منصور ص ٤٩ ، أ.د/ نبيل إبراهيم سعد ص ٨٥ ، أ.د/ محمد شكرى سرور ، بند ١٢٩ ، ص ١٤٦ ، ١٤٧ .

(٢٠٥) إذ تنص هذه المادة على أنه " في العقود الملزمة ، للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى " . هذه المادة تقابل ، المادة ١/٤٠ أ مدني بحريني والمادة ١/١٧٧ مدني عراقي ، والمادة ١/٢٠٩ مدني كويتي .

(٢٠٦) انظر في نفس المعنى : أ.د/ على نجيدة ص ٥٦ .

البائع عن موقفه من المبيع بعد تجربته سواء بالقبول أو بالرفض ، ذلك أن المشتري يسعى من وراء تجربة المبيع إلى الوقوف على مدى ملاءمته لحاجته الشخصية ، لذا يترك له حرية قبول المبيع أو رفضه شريطة أن يعلن ذلك إلى البائع بالوسيلة التي تمكنه من إقامة الدليل على حصولها ، إذ لم يشترط القانون شكلاً خاصاً في إعلان البائع بقبول المشتري أو رفضه فيجوز له إجراؤه بكافة الطرق (٢٠٧) .

ويستوى في القبول أو الرفض أن يتم بصورة صريحة أو بصورة ضمنية ، ولعل من أمثلة القبول الضمني أن يتصرف المشتري في المبيع بعد تجربته فيبيعه للغير ، إذ لا يمكن حمل تصرفه فيه إلا على محمل القبول ، كما نص القانون صراحة على اعتبار سكوت المشتري عن إعلان إرادته للبائع بالقبول أو الرفض حتى تنقضي المدة المحددة لذلك (بطريق الاتفاق أو عن طريق البائع) من قبيل القبول الضمني (١/٤٢١ مدني مصري (٢٠٨) ) ، وذلك يمثل خروجاً على القاعدة العامة في السكوت ، إذ لا ينبغي أن ينسب لسكوت أصلاً أي إرادة لا على محمل القبول ولا على محمل الرفض (٢٠٩) .

ويبقى المبيع على ملك بائعه قبل إعلان المشتري قبوله إلى البائع، فإذا اتصل القبول بعلم البائع انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري بأثر رجعي والترم المشتري بدفع الثمن إلى البائع، هذا إذا كان البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف ، فإذا تبين أن البيع معلق على شرط فاسخ انتقلت فيه ملكية المبيع إلى المشتري من تاريخ إبرام العقد مع كونها مهددة بالزوال إذا تحقق الشرط الفاسخ المتمثل في رفض المشتري للمبيع بعد تجربته خلال المدة المحددة لذلك ، هذا مع مراعاة أن تبعة هلاك المبيع لسبب أجنبي وقت الهلاك خلال فترة التجربة تقع على عاتق من له ملكية المبيع وهو البائع

(٢٠٧) انظر في نفس المعنى : أ.د / عبد الناصر العطار بند ٢١ ، ص ٣٧ .  
(٢٠٨) حيث تنص الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه " ..... فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً .  
" هذه المادة تقابل المادة ٣٨٤ مدني بحريني، والمادة ١/٥٢٤ مدني عراقي ، والمادة ٤٥٨ مدني كويتي .  
(٢٠٩) فالسكوت بمجرد لا يصلح أن يكون شكلاً من أشكال التعبير عن الإرادة لدى الساكت ، لأن الإرادة عمل إيجابي والسكوت عمل سلبي ، لذا لا يتصور أن تكون للسكوت أية دلالة على مكنون الإرادة سواء بالقبول أو الرفض .

إن كان شرط التجربة شرطاً واقفاً ، والمشتري إن كان شرطاً فاسخاً (٢١٠) .

**وقد أثير التساؤل حول حرية المشتري في القبول أو الرفض على إثر تجربة المبيع هل هي مطلقة دون إبداء أسباب للرفض أم أنها مقيدة ؟**

لا جرم أن الأمر رهين بالقصد من تجربة المبيع ، فإن كان القصد منه هو التحقق من مدى ملاءمته لحاجة المشتري الشخصية وهذا هو الأصل في الغاية من التجربة ، فسلطته في القبول أو الرفض مطلقة ولا معقب عليه في ذلك ، كما لا يطالب بإبداء أسباب ، أما إذ تبين من اتفاق الطرفين أو من ظروف التعاقد وطبيعة المبيع أن الغرض من تجربته هو التأكد من صلاحيته لما أعد له أو للغرض المقصود منه لم تكن حرية المشتري في القبول أو الرفض مطلقة وجاز للبائع أن يطعن على رفض المشتري للمبيع ، وإذا تبين للقاضي بعد الاستعانة بذى الخبرة صلاحية المبيع للغرض المنشود منه جاز له إلزام المشتري بالمبيع (٢١١) .

فإذا لم يظهر بوضوح قصد الطرفين من التعليق ، فإنه يغلب الاحتمال الأول على الاحتمال الثانى ، على أساس أن المشتري عادة ما يقصد من تجربة المبيع التثبت من مناسبته لظروفه الشخصية ، وهذا أمر نسبي يختلف باختلاف أذواق المشتري وثقافتهم ، حتى وإن كان الشئ المبيع صالحاً لما أعد له يقيناً (٢١٢) .

وإن كان من الفقه من ذهب إلى إطلاق حرية المشتري في القبول أو الرفض ولم يجز التعقيب عليه بشأنها ، على أساس أن البيع بشرط التجربة تختلط فيه العناصر الشخصية مثل ذوق المشتري ومزاجه الشخصي وثقافته بالعناصر الموضوعية مثل صلاحية المبيع وجودته ، بل وتغلب العناصر الأولى على الثانية ، الأمر الذى يقتضى

(٢١٠) انظر في نفس المعنى أ.د/ عبد الناصر العطار ، بند ٢١ ، ص ٣٧ ، أ.د/ نبيل إبراهيم سعد ، ص ٨٨ ، أ.د/ علي نجيدة ، ص ٥٩ ، أ.د/ سمير تناغو ، بند ٢١ ، ص ٨٧ ، ٨٨ ، أ.د/ أحمد عبد العال أبو قرين ، ص ٦٧ ، ٦٨

(٢١١) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ عبد الناصر العطار ، بند ٢١ ، ص ٣٧ ، أ.د/ محمد شكرى سرور ، ص ١٣٧ ، ص ١٥١ ، أ.د/ أحمد عبد العال أبو قرين ، ص ٦٦ ، ٦٧

(٢١٢) انظر في ذلك : أ.د/ عبد المنعم البدر أوى " الوجيز في عقد البيع " ، ص ١٦٧ ، بدون تاريخ نشر ، أ.د/ أحمد السعيد الزقرد ، بند ٩٠ ، ص ٨٤ .

أن يكون للمشتري حرية مطلقة في القبول أو الرفض (٢١٣) .

---

(٢١٣) انظر في نفس المعنى : أ.د / محمد شكرى سرور ، بند ١٣٨ ، ص ١٥٢ .



## الفصل الثاني

### الحل في عقد البيع

يرتب عقد البيع على عاتق طرفيه بوصفه عقد ملزماً للجانبين التزامات متبادلة ، إذ يلتزم البائع فيه بنقل حق مالى إلى المشتري مقابل أن يلتزم المشتري بدفع ثمن نقدي إلى البائع عوضاً له .

وبالبيع لا ينقل في الحقيقة إلى المشتري الشئ سواء أكان حق الملكية أو أى حق مالى آخر أن الفقه والقضاء درجا على إطلاق لفظ المبيع على الشئ وليس على الحق الذى يرد عليه ، وذلك رغبة في تيسير التعبير عن محل عقد البيع وبقبل هذا من باب التجوز مراعاة للاستعمال الدارج والمطرد لهذا اللفظ علماً وعملاً (٢١٤) .

وبذلك يمثل المبيع والثمن محلين لعقد البيع ، فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع ، ويلتزم المشتري بدفع الثمن .

---

(٢١٤) ويعجبني في هذا المقام ما ذكره البعض للسلامة من هذا الخلط " وإذا كنا سنشايح ذلك التقليد في تعبيرنا كثيراً فما ذلك إلا لمجرد تسهيل التعبير على أن يكون مفهوماً أن محل التزام البائع هو نقل الحق المالى ، وهو التزام بعمل ، وأن المبيع هو الحق المالى المراد نقله ، وأن الشئ هو محل الحق المبيع أما إذا كان المبيع حقاً مالياً غير الملكية فيذكر الحق المبيع ذاته " أ.د / خميس خضر - المرجع السابق .

## المبحث الأول

### المبيع

لم يفرد في الواقع واضعي القانون المدني للمبيع بوصفه محلاً لالتزام البائع في عقد البيع أحكاماً خاصة لما يلزم أن يتوافر فيه من شروط قانعة في ذلك بما أورده من أحكام عامة في شروط محل الالتزام في جميع العقود بما فيها عقد البيع ( وذلك في المواد من ١٣١ : ١٣٥ مدني مصري ) ( ٢١٥ ) وبناء عليه يلزم في المبيع أن يكون موجوداً أو على الأقل قابلاً للوجود ، كما يلزم فيه أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين ، ويلزم أيضاً أن يكون قابلاً للتعامل عليه ، وأخيراً يلزم أن يكون المبيع مملوكاً للبائع حتى يتسنى له نقل ملكيته للمشتري ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، وهذا ما سوف نشرحه تباعاً فيما يلي :-

### المطلب الأول

#### وجود المبيع أو قابليته للوجود

لا يشذ عقد البيع عن غيره من العقود في خصوص شروط محله ، إذ يلزم في المبيع بوصفه محلاً لالتزام البائع أن يكون موجوداً أو على الأقل قابلاً للوجود في المستقبل ، وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً .

وهنا نطرح تساؤلاً جوهرياً حول متى يشترط الوجود لحظة التعاقد في المبيع ، ومتى نكتفي فقط بقابليته هذا الشيء للوجود في المستقبل حتى وإن لم يكن موجوداً لحظة إبرام العقد ؟

لا شك أن الأمر رهين بما تتصرف إليه إرادة الطرفين لحظة التعاقد ، ذلك أن

(٢١٥) هذه المواد تقابل المواد من، ١٠٣ : ١١٠ مدني بحريني ، والمواد من ١٢٦ : ١٣٠ مدني عراقي ، والمواد من ١٦٧ : ١٧٥ مدني كويتي .

القانون لا يحتتم في المحل أن يكون موجوداً عند التعاقد، مادام أنه قابل للوجود في المستقبل ، ومن ثم يرجع في اشتراط هذا الوصف أو ذاك إلى ما اتفق عليه العاقدان عند التعاقد .

وبناء على إذا انصرفت الإرادة المشتركة للبائع والمشتري إلى التعامل على شئ موجود وقت العقد ثم تبين عدم وجوده كان البيع باطلاً، حتى وإن كان هذا المبيع كان قابلاً للوجود في المستقبل ، كما أنه إذا بيع شئ على أنه موجود وقت البيع ثم تبين هلاكه قبل البيع كان البيع باطلاً ، لكن إذا بيعت هذا الدار على أنها موجودة ثم هلكت بعد البيع وقبل تسليمها ، كان البيع صحيحاً ، لكنه يفسخ بقوة القانون إذا ثبت هلاكه لسبب أجنبي عن طرفي العقد ، أما إذا ثبت أن الهلاك يرجع إلى البائع ، فإنه يبقى العقد قائماً رغم ذلك ، ويكون للمشتري الخيار بين طلب فسخ العقد والتفويض بمقابل أو بطريق التعويض هذا مع عدم حرمانه من حقه في التعويض عن الضرر الذي أصابه إن كان له مقتضى .

أما إذا لم تتصرف إرادة البائع والمشتري إلى التعامل على شئ موجود فعلا وقت التعاقد ، فيكفي لصحة العقد أن يكون المبيع قابلاً للوجود في المستقبل ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في المحل والتي تجيز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً (٢١٦) ، وبناء عليه يجوز بيع الأشياء المستقبلية أي غير الموجودة عند التعاقد ، مادامت قابلة للوجود في المستقبل ، مثال ذلك بيع شقة في عمارة قبل تمام بنائها ، وبيع محصول أرض قبل بدو صلاحه ونضج ثماره .

ويرى البعض - وبحق - أن أهمية اشتراط وجود المبيع أو قابليته للوجود تتجلى بصورة أكبر في الأشياء القيمة ( أي الأشياء المعنية بالذات ) ، وتتضاءل تلك الأهمية

(٢١٦) إذ تنص المادة ١/١٣١ مدني مصري على هذا المعنى بقولها " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ، ..... " هذه المادة تقابل المادة ١٠٤ من القانون المدني البحريني والمادة ١٦٨ مدني كويتي ، والمادة ١/١٦١ مدني أردني .

حتى تكاد تتلاشى بالكلية في الأشياء المثلية (أي الأشياء المعينة بالنوع) ، نظراً لأن هذه الأخيرة موجودة دائماً في الأسواق ، ولذا صح أن يقال أن المثليات لا تهلك (٢١٧).

بيد أنه يحظر بيع الأشياء المستقبلية في حالتين :

١- إحداهما إذا كان وجود الشيء المبيع في المستقبل رهيناً بمحض الصدفة ، أي أن وجوده أصلاً في المستقبل أمر محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق ، فيكون بذلك أقرب إلى المقامرة ، مما يستوجب بطلان البيع في هذه الحالة ، مثال ذلك أن يبيع شخص لآخر ضربه شبكة صيد سمك أو ضربة بندقية صيد طير، فقد تسفر هذه الضربة عن سمك أو طير قل قدره أو أكثر ، وقد لا تسفر عن شيء أبداً فلا يصطاد البائع شيئاً من السمك أو الطير (٢١٨) .

٣- وأخراًهما : إذا كان المبيع تركة مستقبلية ، فقد حرم القانون التعامل على التركة المستقبلية بأي صورة من صور التعامل ومنها البيع ، فلا يجوز بيع شيء مملوك لشخص لا يزال على قيد الحياة ولو برضاء منه ، سواء صدر هذا البيع من الوارث المحتمل أو من المورث ، وذلك رعاية لفكرة النظام العام التي تستوجب المحافظة على سلامة وصحة المورث ، ورعاية للتركات المستقبلية من طيش الورثة المحتملين لها ، إذ لو جاز التعامل على تركة إنسان على قيد الحياة بالبيع مثلاً ثم تأخر موته بعد البيع لمدة طويلة لكان ذلك سبباً محفزاً للوارث في بعض الحالات للتعجل بموت المورث سواء باتخاذ الأسباب المباشرة ( كأن يقتل مورثه مباشرة بأي وسيلة من وسائل القتل ) أو غير المباشرة ( كأن يخفى عنه دواء يعلم بشدة حاجته إليه وحتمية وقوع الموت على إثر عدم تناوله وفق تقديرات الطب الحديث القائمة على الظن القريب من اليقين )، لا سيما على

(٢١٧) أ.د/ سمير تناغو - المرجع السابق - بند ١٧ ، ص ٦٩ .

(٢١٨) إذ تنص المادة ١٠٤ مدني بحريني على أنه " يجوز أن يرد العقد في شأن شيء مستقبل ما لم يكن وجود هذا الشيء رهيناً بمحض الصدفة .... " . هذه المادة تقابل المادة ١٦٨ مدني كويتي .

إثر ملاحقاته قضائياً من قبل المشتري الذي يطالبه بنقل ملكية الأشياء المباعة تنفيذاً لعقد بيع أي جزء من هذه التركات ، وبذلك يتضح أن هذا المنع يستهدف حماية للمورث من ظلم الوارث له ، هذا فضلاً عما في هذا المنع من رعاية للوارث نفسه وحماية له من شر نفسه ، سواء بالحيلولة دونه ومجرد التفكير في إيذاء مورثه للتعجيل بنيل ميراثه منه أو بتجنيبه مظاهر سوء التصرف في ما سيؤول إليه بمشيئة الله تعالى عند موت مورثه .

ذلك أن الإنسان لا يحسن تقدير قيمة المال المنتظر وراثته له ، فقبل موت مورثه لا يتورع الوارث في التصرف في تركة مورثه ولو بنصف قيمتها رغبة في الحصول على مال حال بدلاً من أن يبقى في انتظار مال مستقبلي لا يدري متى سيخلص له ، بل ربما يكون هو مورثاً لمن كان يتوقع أن يكون وارثاً له ، لا سيما وأن شواهد الواقع تؤكد كثرة احتمالية حصول ذلك الأمر ، بعكس الحال نرى حسن تصرف الإنسان فيما يكون بين يديه من ماله ، فبعد حصول الموت لمورثه وصيرورته بذلك وارثاً لماله أو لجزء من ماله، لا يرضى أن يفرط في جزء من حقه في التركة بأقل من قيمته الحقيقية ولو بشيء يسير ، وتلك هي طبيعة البشر .

وتطبيقاً لذلك نص القانون صراحة على بطلان التعامل ( بالبيع أو غيره ) على تركة إنسان لا يزال على قيد الحياة ، سواء تم ذلك منه أو عن طريق غيره برضاء منه ( ٢١٩ ) .

غير أنه يجوز التعامل على تركة الإنسان قبل موته على سبيل الاستثناء في

---

(٢١٩) تنص المادة ١٣١ مدني مصري على أنه " ١- يجوز أن يكون محل التزام شيئاً مستقبلاً " . " ٢- غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون " ، كما تنص المادة ١٠٤ مدني بحريني على أنه " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ما لم يكن وجود هذا الشيء رهيناً بمحض الصدفة " . غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، ولو تم منه أو برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون " ، كما تنص المادة ١٦٩ مدني كويتي على أنه " التعامل في تركة إنسان لا زال على قيد الحياة باطل، ولو تم منه أو برضاه، إلا في الأحوال الخاصة التي يجيزها القانون " ، كما تنص المادة ١٦٠ مدني أردني " ١- يجوز أن يكون محلاً للمفاوضات المالية الشيء المستقبلي إذا انتفى الغرر " . " ٢- غير أنه لا يجوز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون " .

الأحوال التي يرخص فيها القانون بذلك مثل هاتين الحالتين :

**الحالة الأولى :** جواز الوصية في حدود الثلث لوارث أو غير وارث . إذ يسمح القانون للإنسان في حياته أن يتصرف في جزء من تركته المستقبلية على سبيل الإيصاء تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت بما لا يزيد عن ثلث التركة ، فقد روي عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ " (٢٢٠) ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية : "بأنه من المقرر في قضاء محكمة النقض بأنه وإن كانت أحكام الإرث وتعيين نصيب كل وارث في التركة من النظام العام وكل تحايل على مخالفة هذه الأحكام وما يتفرع عنها من التعامل في التركات المستقبلية باطل بطلاناً مطلقاً بما يتنافى مع إمكان إجازة التصرف الذي ينشأ عنه هذا التحايل إلا أنه إذا كان التصرف وصية فإن المادة الأولى من قانون الوصية الصادر برقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وقد اعتبرتها تصرفاً في التركة مضافاً إلى ما بعد الموت فإنها تعد بذلك تعامللاً من الموصي في تركته المستقبلية بإرادته المنفردة، وقد أجازت استثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية من المبدأ القاضي ببطلان التعامل في التركة المستقبلية وهي تصح طبقاً للقانون المشار إليه للوارث وغير الوارث وتتفد من غير إجازة الورثة إذا كانت في حدود الثلث وذلك عملاً بالمادة ٣٧ من قانون الوصية المشار إليه (٢٢١) .

**الحالة الثانية :** جواز الإيصاء بقسمة أعيان التركة بين الورثة في حدود الشرع والقانون تفادياً لمظاهر الظلم التي كثيراً ما تقع من بعض الورثة في مواجهة البعض الآخر ، حيث أثبتت الممارسات الواقعية في حياتنا اليومية أنماطاً شتى من مظاهر هذا الظلم إذا ترك المرء أمر التوزيع في أيدي بعض الورثة بعد موته ، حيث ينفرد على سبيل المثال الذكور بالعقارات دون الإناث ويسمحون لهم بمشاركتهم في المنقولات فقط في حدود أنصبتهم الشرعية أو يأخذ الذكور القدر الكبير من التركة ولا يقدموا لأخواتهن إلا ما

(٢٢٠) الحديث صححه الإمام الألباني وقال : حديث حسن ، المصدر : إرواء الغليل : مشار إليه في الموسوعة الحديثية على الإنترنت : <https://dorar.net/hadith/sharh/65672>  
(٢٢١) طعن رقم ٤١٠ لسنة ٧٣ القضائية - أحوال شخصية ، جلسة بتاريخ ١٣/٤/٢٠١٠ م .

تجود به أنفسهم عليهن على سبيل المن أو المنحة بقدر يقل كثيراً عن مقدار حقهن الشرعي أو القانوني ، بحجة أن البنت ينبغي ألا تشارك إخوتها الذكور في الأرض ، فأرض كل عائلة عرضها ولا ينبغي التفريط في هذه الأراضي لعائلة أزواج بنات العائلة لاسيما إذا تزوجن البنات من خارج أبناء العائلة ، والأعجب أنك ترى من يحرم أخته حقها في أرض أبيها يطالب زوجته بأن تطالب إخوتها بنصيبها من أرض أبيها ، وينسى ذلك المسكين أن من يحرم أحداً من ميراثه في الدنيا يحرمه الله من ميراثه في الجنة بالآخرة (٢٢٢).

## المطلب الثاني

### تعيين المبيع أو قابليته للتعيين

يجب لصحة عقد البيع - في ضوء القواعد العامة - أن يكون المبيع معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين ، وهنا يثار هذا التساؤل كيف يتحقق للمبيع هذا الوصف أو ذاك ؟

لا جرم أن تعيين المبيع يفرض على البائع أن يزود المشتري بالبيانات اللازمة لكي تجلي له كنهه وحقيقته بحيث يتسنى له التعرف عليه وتمييزه عن غيره من الأشياء التي قد تشبهه معه أو تختلط به ، وهذا التعيين يختلف باختلاف طبيعة هذا المبيع أي بحسب كونه من الأشياء القيمية أم من الأشياء المثلية .

إذ يتعين الشيء القيمي (٢٢٣) بذكر أوصافه الأساسية التي تميزه عن غيره تمييزاً دقيقاً يمكن من التعرف عليه بكل دقة ، فالشقة المباعة تعين بذكر موقعها من العمارة الموجودة بها وفي أي طابق ورقم هذه الشقة بين شقق الطابق الواحد ومساحتها وعدد

---

(٢٢٢) فقد روي عن سيدنا أنس بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : "من فر من ميراث وارثه ، قطع الله ميراثه من الجنة يوم القيامة " رواه ابن ماجة في سننه ، ج ٢ ، كتاب الوصايا ، باب الحيف في الوصية ، رقم الحديث ٢٧٠٣ ، ص ٩٠٢ .

(٢٢٣) والشيء القيمي هو الشيء الذي يختلف أحاده عن بقيته اختلافاً يعتد به عند الوفاء ، بحيث لا يقوم بعضه مقام بعض الوفاء وإن تشابه .

غرفها ومطبخها وحمامها ، وتعيين قطعة أرض زراعية تم بذكر موقعها والحوض الموجودة به ورقم هذه الأرض ومساحتها وحدودها على اليمين وعلى اليسار والأرض المجاورة لها ، وتعيين السيارة يكون بذكر نوع السيارة وسنة صنعها ورقم موتورها ورقم شاسيها ورقمها المروري .

ويتعين الشيء المثلي (٢٢٤) أو الشيء المعين بالنوع بذكر جنسه ونوعه ومقداره ، فيقال مثلاً أن الشيء المباع هو مائة أردب من القمح المصري أو مائة كيلو من التفاح الأمريكي أو مائة متر من الصوف الإنجليزي ، وغالباً ما يتفق الطرفان على درجة الجودة المطلوبة في المبيع ، وعندئذ يتعين على البائع توفير درجة الجودة المطلوبة اتفاقاً في المبيع ، وللمشتري أن يرفض قبول غيرها ، أما إذا غفل الطرفان عن هذا الاتفاق أو تنازعا حوله ، ولم يتمكن من معرفتها عرفاً أو من ظروف العقد وجب على المدين تسليم الدائن شيئاً من درجة متوسطة ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٢/١٣٣ مدني مصري بقولها " .... وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط " (٢٢٥)

وجدير بالذكر أنه إذا جرى تحديد الجنس والنوع والمقدار في المبيع سمي البيع ههنا "بيع التقدير" ، في حين أنه إذا جرى تحديد الجنس والنوع دون تحديد المقدار سمي البيع "بيع الجراف" ، فبيع التقدير هو بيع يتم فيه تقدير المبيع بما يتناسب مع

---

(٢٢٤) والشيء المثلي هو الشيء الذي لا يختلف فيه أحاده عن بقيته اختلافاً يعتد به عند الوفاء بحيث يقوم بعضه مقام بعض في الوفاء وإن اختلف .

(٢٢٥) وهذا عين ما نصت عليه المادة ١٠٦ /ب مدني بحريني بقولها " وإذا تعلق الالتزام بشيء ، وجب أن يكون هذا الشيء محدداً بذاته ، أو بنوعه ومقداره ودرجة جودته ، على أن عدم تحديد درجة الجودة لا يؤدي إلى بطلان العقد ، فإذا لم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين حينئذ بأن يقدم شيئاً من صنف متوسط " . ونصت عليه المادة ٢/١٧٢ مدني كويتي بقولها " - وإذا تعلق الالتزام بشيء ، وجب أن يكون هذا الشيء محدداً بذاته ، أو بنوعه ومقداره ودرجة جودته ، على أن عدم تحديد درجة الجودة لا يؤدي إلى بطلان العقد ، ويلتزم المدين حينئذ بأن يقدم شيئاً من صنف متوسط " .



طبيعته ، أي بالعد إذا كان مما يعد (كأن يقال مائة تفاحة أمريكية مقابل ألف جنيه) ، وبالكيل إذا كان مما يكال (فيقال مائة أردب قمح مصري مقابل مائة ألف جنيه)، وبالوزن إذا كان مما يوزن (فيقال مائة كيلو أرز مصري بألف جنيه) ، وبالقياس إذا كان مما يقاس (فيقال عشرة قراريط من الأرض الزراعية مقابل خمسين ألف جنيه أو يقال مائة متر من الصوف المصري مقابل خمسة آلاف جنيه مصري) .

وبيع الجزاف هو بيع لم يتم فيه تحديد مقدار المبيع عند التعاقد بأي صورة من صور التقدير المناسبة لطبيعته ، أي سواء بالعد أو الكيل أو الوزن أو القياس ، ويقيم قدر المبيع بمجرد النظرة العامة أو الشاملة له دون تحديد دقيق لقدر المبيع ، وإن كان سيجري تحديده بعد ذلك ، كما لو أنني قلت لشخص معين بعني التفاح الموجود في مخزنك بمبلغ من المال مقداره عشرة آلاف جنيه دون أن يجري تقديره على وجه التحديد بكيله أو وزنه أو أقول له بعني الأرز الذي في مخزنك بمبلغ معين دون تقدير لقدر الكمية الموجودة بالمخزن من الأرز ، فيقول قبلت ، حتى وإن جرى بعد ذلك تحديد قدر هذا المبيع (٢٢٦) .

وبيع الجزاف بيع صحيح قانوناً ، لأنه وإن لم يجر فيه تقدير المبيع أو الثمن عند التعاقد ، إلا أنه مادام قابلاً للتقدير فإنه يصح معه البيع ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٤٢٩ مدني مصري بقولها " إذا كان البيع جزافاً، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات ، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع " (٢٢٧) .

ولم ينع واطئ القانون في خصوص عقد البيع بما تحققه القواعد العامة للمبيع من

---

(٢٢٦) أستاذنا الدكتور عبد الناصر توفيق العطار " البداية في شرح أحكام البيع " بند ٢٠ ، ص ٤٠ ، ٤١ ، مطبعة الليثي بالقاهرة ، طبعة عام ١٩٨٤ م .

(٢٢٧) وهذا عين ما نصت عليه المادة ٣٩٠ مدني بحريني بقولها " إذا كان البيع جزافاً ، انتقلت الملكية للمشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات ، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع " .

تعيين وتحديد أو قابلية للتعيين والتحديد ، بل اشترط ضرورة أن يكون المشتري عالماً بهذا المبيع كافياً نافياً للجهالة ، فكيف يتحقق ذلك العلم المطلوب على وجه الخصوص في المبيع في عقد البيع؟ تنص المادة ٤١٩ مدني مصري على أنه " ١- يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه.

٢- وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع " (٢٢٨). ويظهر جلياً من هذا النص أنه لا يكفي في خصوص عقد البيع مجرد تعيين المبيع أو قابليته للتعيين في ضوء القواعد العامة ، وإنما يلزم أن يعلم المشتري بالمبيع علماً كافياً .

وهنا يجب علينا في سبيل التحقق من توافر علم المشتري بالمبيع علماً كافياً أو عدم علمه به ، ينبغي علينا أن نفرق بين فرضين : ١- الفرض الأول : إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري قد علم بالمبيع علماً كافياً ، عد ذلك إقراراً منه بتحقيق هذا العلم ، وسقط حقه في طلب الإبطال بدعوى عدم علمه به علماً كافياً ، ما لم يثبت أن البائع قد دلس عليه غشاً منه كما لو أثبت أن البائع قد آريه شيئاً آخر غير المبيع موهماً إياه على أنه هو المبيع خلافاً للحقيقة ، فعندئذ يبقى حق المشتري قائماً في طلب الإبطال لعدم العلم بالمبيع علماً كافياً ٢- الفرض الثاني : أما إذا لم يذكر في عقد البيع علم المشتري بالمبيع علماً كافياً حتى وإن كان المبيع معيناً وفقاً للقواعد العامة ، فعندئذ لا

---

(٢٢٨) إذ تنص المادة ٣٨٢ مدني بحريني على ذلك بقولها " أ ) يجب أن يكون المبيع معلوماً للمشتري علماً كافياً ، وإلا كان له الحق في طلب إبطال البيع" . ب ) ويعتبر علماً كافياً بالمبيع ، اشتمال العقد على بيان أوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه" . ج ) وإذا ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع ، لا يكون له طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع" . د ) وإذا تسلم المشتري المبيع ولم يعترض عليه خلال فترة معقولة اعتبر ذلك قبولا له " . وقد نصت المادة ٤٥٦ مدني كويتي على ذلك بقولها " يجب أن يكون المبيع معلوماً للمشتري علماً كافياً ، وإلا كان له الحق في طلب إبطال البيع" . ٢- ويعتبر علماً كافياً بالمبيع ، اشتمال العقد على بيان أوصافه الأساسية، بيانا يمكن من تعرفه. ٣- وإذا ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع ، لا يكون له طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع. ٤- وإذا تسلم المشتري المبيع ولم يعترض عليه خلال فترة معقولة اعتبر ذلك قبولا له.

يتحقق علم المشتري بالمبيع علماً كافياً ما لم يتضمن هذا العقد وصفاً دقيقاً للمبيع كاشفاً له عن ماهيته ومبيناً له بوضوح أوصافه الأساسية بياناً يمكنه من التعرف عليه بحيث لا يختلط عليه هذا المبيع بغيره مما قد يقترب منه أو يتشابه معه ، وعندئذ يبقى للمشتري حق العدول عن إتمام العقد إذا تبين له أن المبيع شيء آخر غير ما جاء وصفه في العقد .

ويراعى أنه إذا تسلم المشتري المبيع ولم يعترض عليه خلال فترة معقولة عد ذلك رضاً ضمنياً به وفقاً للقواعد العامة في العقود ، ولم يجز له بعد ذلك رده للبائع بحجة غير مطابقته للمواصفات التي كان يرجوها فيه أو اختلافه عن المبيع الموصوف له وصفاً كاملاً في العقد.

### **المطلب الثالث**

#### **صلاحية المبيع للتعامل عليه**

الأصل العام أن جميع الأشياء أياً كانت طبيعتها أو نوعها (أي سواء كانت أشياء مادية أو معنوية، مثلية أو قيمية، منقولات أو عقارات) تصلح لأن تكون محلاً للتعامل عليها بين الأفراد، بحيث لا يخرج منها عن دائرة القابلية للتعامل إلا أشياء محدودة وضيقة النطاق تتمثل في الأشياء الآتية:

**أولاً : أشياء غير قابلة للتعامل بحسب طبيعتها:** توجد أشياء بحسب طبيعتها خارجة عن دائرة القابلية للتعامل عليها ، نظراً لكونها من الأشياء التي تستعصي على الخضوع لسيطرة أحد البشر، حيث يعجز الأفراد عن الاستئثار بحيازتها أو إخضاعها لسيطرة أحدهم أو بعضهم أي عدد منهم قل أو كثر ، مثل أشعة الشمس والهواء ومياه البحار والأنهار، فمثل هذه الأشياء لا يستأثر بها أحد الناس دون غيره من الناس ، بل هي فقط يستأثر بها وحده الله الواحد الأحد ، ومن رحمته جل وعلا جعلها الله متاحة للجميع من الناس ، بحيث ينتفع بها جميع الأشخاص من غير أن يحول انتفاع البعض منهمبها

دون انتفاع البعض الآخر بها .

بيد أنه نظرا لأن العلة من استبعاد هذه الأشياء من دائرة التعامل عليها ترجع إلى استحالة الاستئثار بها أو ببعض منها من قبل آحاد الناس، لذلك فإنه إذا انتفت هذه العلة وأمكن للأشخاص أن يستأثروا ببعض هذه الأشياء، فعندئذ يجوز لهم التعامل عليها، كما يحدث الآن من قيام بعض الأفراد بتعبئة المياه المعدنية في زجاجات لبيعها أو تعبئة الهواء في أنابيب الأكسجين لاستخدامها في الأغراض الطبية أو تجميع الحرارة المنبعثة من أشعة الشمس لاستعمالها في تسخين المياه أو للتدفئة أو لغيرها من الأغراض الأخرى .

**ثانياً: أشياء غير قابلة للتعامل عليها بنص القانون رغم قابليتها للتعامل بحكم طبيعتها:** توجد أشياء يخرجها القانون عن دائرة التعامل عليها بنصوص خاصة، رغم أنها بحسب طبيعتها هي من قبيل الأشياء القابلة للتعامل عليها، فقد يتدخل القانون فيخرج أشياء معينة من دائرة التعامل عليها إما حفاظاً على النظام العام والآداب (كحظر التعامل على المخدرات أو الأفلام الجنسية التي تخذش الحياء والذوق، والكتب والصورة الجنسية) أو مراعاة للمصلحة العامة للمجتمع (مثل الأشياء المملوكة للدولة أو لأحد أشخاصها المعنوية العامة، متى كانت مخصصة للمنفعة العامة، مثل الميادين العامة والشوارع العامة والأبنية العامة) (٢٢٩).

---

(٢٢٩) انظر مؤلفنا "الوسيط في مصادر الالتزام" دراسة مقارنة، ص ٨٣، طبعة عام ٢٠٢٠م

## المبحث الثاني

### الثمن

يمثل الثمن أحد البدلين في عقد البيع ، وهو محل التزام المشتري في مواجهة البائع ، بل هو يعد الالتزام الرئيسي الملقى على عاتق البائع ، وهو التزام مرتبط ومقابل للالتزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ومن ثم يستطيع المشتري إذا ما واجه تقصيراً من جانب البائع في اتخاذ ما يلزم من إجراءات لنقل ملكية المبيع إليه أو وجد أسباب قوية تشكك في ملكيته لهذا المبيع جاز له أن يتمتع قانوناً عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن إلى حين قيام البائع بنقل ملكية المبيع إليه أو اتخاذ إجراءات جادة لنقل هذه الملكية ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " التزام المشتري بدفع الثمن يقابله التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري ، فإذا وجدت أسباب جدية يخشى معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه كأن يكون غير مالك للعقار المبيع كان من حق المشتري أن يقف التزامه بدفع الثمن ، ولو كان مستحق الدفع حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه بالقيام بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري ، وذلك بتقديم المستندات الدالة على ملكيته واللازمة للتسجيل ، ويزول الخطر الذي يهدد المشتري ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له ، أو كان في العقد شرط يمنعه من استعماله " <sup>٢٣٠</sup> ، ويلزم في هذا الثمن أوصاف ثلاثة : أن يكون نقدياً ، وأن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير ، وأخيراً يلزم أن يكون جدياً ، وذلك كله على التفصيل الآتي :

**أولاً: نقدية الثمن :** لعل من أبرز ما يميز عقد البيع من غيره من عقود المعاوضة مثل عقد المقايضة ، أن الثمن بوصفه أحد البدلين فيه ذو طابع نقدي ، وهذا ما أشارت إليه بكل وضوح المادة ٤١٨ مدني مصري في تعريفها لعقد البيع بقولها " البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي " .

فهو الالتزام المقابل للالتزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ولا يصح العقد

(<sup>٢٣٠</sup>) نقض مدني مصري الطعن رقم ٤٦٩٥ لسنة ٦٨ قضائية جلسة بتاريخ ١٩٩٩/١/٣٠ م ، مكتب فني (سنة ٥٠ - قاعدة ٢٣٤ - صفحة ١١٩٧) .

أصلاً إذا لم يتم الاتفاق عليه بين طرفيه ، ولا يجزئ عنه أي مقابل مالي آخر غير النقود مثل الذهب والفضة أو الحبوب والقطن والأسهم والسندات ، فأى من هذه الأشياء يصلح بدلاً في عقود أخرى من عقود المعاوضة مثل عقد المقايضة .

ولا يؤثر في الطابع النقدي للثمن بوصفه أحد البدلين المتفق عليه نقداً بين الطرفين في عقد البيع ، أن يجري الوفاء بشيء آخر غير نقدي يقبله البائع من المشتري ، لأن العبرة في وصف العقد باعتباره عقد بيع هي بالطبيعة النقدية لأحد بدليه ، أي بطبيعة الالتزام الملقى على عاتقه بوصفه التزاماً نقدياً وقت نشوئه ، حتى وإن تغيرت طبيعته النقدية هذه عند الوفاء فصارت بعد موافقة البائع عليها ذات طبيعة عينية ، فمن باع سيارته بمبلغ نقدي كان عقده عقد بيع ، حتى وإن قبل البائع لحظة الوفاء بما عرضه عليه المشتري بدلاً منه من حرامات معينة من الذهب أو الفضة ، فهذا يسمى وفاءً بمقابل ، ويطبق كذلك نفس الحكم إذا كان البدلان من غير النقود ، حيث يبقى العقد عقد مقايضة ، حتى وإن قبل أحدهما عند الوفاء من الآخر بدلاً نقدياً .

وإذا حدث إن كان أحد البدلين مقابلاً مختلطاً (فكان خليطاً من النقد وغير النقد) ، فعندئذ تكون العبرة في وصف العقد بالطابع الغالب عليه ، فإن كان الغالب فيه هو العنصر النقدي على العنصر غير النقدي كان العقد عقد بيع ، وإن كان الغالب فيه هو العنصر غير النقدي على العنصر النقدي كان العقد عقد مقايضة ، فمن باع شقة قيمتها مليون جنيه مقابل تسعمائة ألف جنيه وحصان عربي ، كان العقد عقد بيع لغلبة العنصر النقدي على العنصر غير النقدي في مقابل الشقة ، بعكس الحال لو تم التعاقد على شقة قيمتها مليون جنيه مقابل عدد تسعة أحصنة ومائة ألف جنيه ، حيث يعد العقد عقد مقايضة لغلبة العنصر غير النقدي على البديل المقابل للشقة .

ويعد العقد عقد بيع إذا كان أحد البدلين نقدياً ، سواء جرى سداذه فور إبرام العقد بين طرفيه وهذا هو الأصل العام أو كان الوفاء به مؤجلاً إلى وقت لاحق على إبرام العقد (سواء كان الأجل أجلاً اتفاقياً ، أو أجلاً منحه القاضي للمشتري أو تبرع به الدائن

لمدينه مراعاة لظروفه الخاصة) ، وسواء أكان يؤدي دفعة واحدة أم على أقساط متعددة ، أم حتى كان يؤدي للبائع إيراداً مرتباً طيلة حياته ، فلا مانع قانوناً من أن يشتري شخص من آخر شقة سكنية معينة في مقابل أن يؤدي له المشتري مبلغاً نقدياً شهرياً قدره ألف جنيه طيلة حياة البائع ، إذ تنص المادة ١/٧٤١ مدني مصري على أنه " يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي إلى شخص آخر مرتباً دورياً مدى الحياة بعوض أو بغير عوض " ، وعندئذ يلزم أن يكون عقد البيع الذي تقرر فيه الإيراد المرتب مدى الحياة مقابلاً نقدياً بوصفه أحد البدلين عقداً شكلياً فيلزم أن يكون العقد مكتوباً حتى ينعقد صحيحاً ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٧٤٣ مدني مصري صراحة بقولها " العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً ، وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع" .

**ثانياً: تقدير الثمن أو قابليته للتقدير:** يلزم وفق القواعد العامة في المحل لصحة عقد البيع أن يكون الثمن معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين ، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير ، وإلا كان العقد باطلاً لعدم تقدير الثمن أو عدم قابليته للتقدير ، وهذا ما كشفت عنه بوضوح المذكرة الإيضاحية للقانون المدني بقولها " 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 " <sup>٢٣١</sup>؟ وهنا يثار التساؤل كيف يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير ؟

ويكون الثمن مقدراً إذا جرى تقديره صراحة من قبل طرفي عقد البيع بمبلغ نقدي معين ، مثال ذلك أن يتفق البائع والمشتري على أن ثمن الشقة هو نصف مليون جنيه مصري ، فيتحدد بإرادتين متطابقتين للطرفين ، وقد يجري تقدير الثمن ضمناً بإرادة مشتركة لهذين الطرفين ، كما لو سكت المشتري عن الاعتراض على فاتورة بيع السلعة عند تسلمه إياها من البائع ، فالبائع والمشتري باشتراكهما في تقدير الثمن هما أقدر الناس وأحرصهم على تحديد الثمن في عقد البيع بلا غلو أو شطط في زيادته أو

(<sup>٢٣١</sup>) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ، ص ٣٣ .

نقصانه عن قيمة المبيع .

ومن هنا لم يجز ترك تحديد مقدار الثمن لمحض إرادة أي من طرفي العقد (سواء كان بائعاً أو مشترياً) ، تفادياً لأي غلو أو شطط من جانب البائع برفع قيمة الثمن فوق قيمة المبيع بقدر كبير فيضرر بالمشتري ، أو من جانب المشتري بإنقاص قدر الثمن على نحو يجعله ثمناً بخساً أو زهيداً فيضرر بالبائع .

وإذا كان للبائع والمشتري الحرية الكاملة في تقدير قدر الثمن صراحة أو ضمناً بإرادتهما المشتركة ، إلا أنه قد تغل إرادة الطرفين في تحديد قدر الثمن في بعض الفروض الاستثنائية ، بحيث يجبر الطرفان قانوناً أو اتفاقاً على قدر معين للثمن في بعض السلع ، كما هو الحال في التسعير الجبري لبعض السلع ، حيث تحدد الدولة سعراً إلزامياً لبعض السلع دون أن تترك للبائع أو المشتري مهمة تقدير أثمانها ، وكما هو الحال في اتفاق تاجر الجملة مع تاجر التجزئة على أن يلتزم بائع التجزئة ببيع السلع التي يوردها له بأثمان معينة يلتزم بها مع المستهلكين المشتريين دون أي زيادة فيها أو نقصان .

ويكون الثمن قابلاً للتقدير ، إذا كان الطرفان ، وإن لم يحددا في عقد البيع للثمن قدراً معيناً صراحة أو ضمناً ، إلا أنهما اتفقا فيما بينهما على أسس معينة واضحة للثمن تجعله قابلاً للتقدير في المستقبل ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١/٤٢٣ مدني مصري بقولها "يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد " (٢٣٢) .

وهنا يثار التساؤل حول ما يعد من الأسس الصالحة والواضحة لتقدير قدر الثمن في عقد البيع ، أو بمعنى آخر ما الذي يعد مظهراً كافياً لجعل الثمن قابلاً للتقدير رغم عدم تحديده من قبل الطرفين بقدر معين ؟

لعل من بين صور تحديد الثمن وتقديره - في ضوء ما أورده النصوص القانونية -

(٢٣٢) هذه المادة تقابل صدر المادة ٣٨٥ مدني بحريني ، وصدر المادة ٤٥٩ مدني كويتي .



الصور الآتية :

### الاتفاق على اعتماد سعر السوق :

إذا اتفق الطرفان على اعتماد سعر السوق أساساً لتقدير قيمة المقابل النقدي للمبيع (الثن) ، كان الاتفاق على هذا النحو أساساً صالحاً لتقدير الثمن ، وكان الثمن - وإن لم يك مقدراً - قابلاً للتقدير ، وعندئذ يعتمد سعر السوق في الزمان والمكان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع ثمناً للمبيع ، فإذا لم يكن فيه سوق وجب اعتماد سعر السوق الذي يقضي العرف باعتماد سعره ، وهذا هو ما نصت عليه المادة ٢/٤٢٣ مدني مصري "وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق، وجب عند الشك، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية " .

وإذا حدث أن اختلفت الأسعار في يوم ذلك السوق المتفق على اعتماد سعره فكان هناك أكثر من سعر للمبيع في ذلك اليوم ، وجب اعتماد متوسط سعر المبيع في ذلك اليوم المختلفة أسعاره ، كما يراعى أن مدلول السوق المتفق على اعتماد سعر يومه يتسع ليشمل أي سوق يتداول فيه هذا المبيع على نطاق واسع سواء كان سوقاً منظمة مثل البورصة أو سوقاً غير منظمة مثل أي مكان يجتمع عليه الناس لبيع فيه المبيع بصورة رجة وواسعة المدى (٢٣٣) .

١- الاتفاق على اعتماد السعر المتداول سلفاً بين العاقدین ثمناً للمبيع: لا جرم أنه إذا كان ثمة تعاقد سابق بين شخصين جاز لهما الاتفاق صراحة (كما اتفقاً على ذلك صراحة في العقد) أو ضمناً (كما لو سبق أن ورد البائع للمشتري سلعة معينة في تعامل معين جرى بينهما متفقين فيه على سعر معين لها ، ثم استمر البائع في توريد هذه السلعة في عقود متتابعة بينهما من غير أن يتفقا صراحة على أثمانها في تلك العقود ،

(٢٣٣) د/ خميس خضر - المرجع السابق - ص ٩٣ .

حيث يفترض من سلوك البائع الذي يستمر في إرسال السلعة ومن سلوك المشتري في تلقيها دون اعتراض على استلامها ودون اتفاق صريح بينهما على سعرها رضاؤهما ضمناً باعتماد السعر الجاري بينهما في العقد السابق أساساً صالحاً للتقدير في هذه العقود اللاحقة عليه) ، على اعتماد السعر المتداول بينهما سلفاً أساساً لتقدير ثمن المبيع في أي اتفاقات لاحقة على هذا التعاقد السابق ، وكان هذا السعر أساساً واضحاً وصالحاً لتحديد قدر ثمن هذا المبيع في هذه الفرضية ، وهذا ما نصت عليه المادة ٤٢٤ مدني مصري بقولها " إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نوى اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما" .

٢- **الاتفاق على تفويض الغير لتقدير الثمن:** قد لا يتفق العاقدان على تقدير الثمن من خلالهما ، أي بأنفسهما ، ولكن يتفقا على تفويض شخص ثالث ليتولى مهمة تقدير ذلك الثمن نيابة عنهما ، وهذا يجعل الثمن وإن لم يكن مقدراً لكنه قابل للتقدير من خلال ذلك الشخص ، سواء تم هذا الاتفاق على هذه الطريقة في التقدير في عقد البيع نفسه أو في اتفاق لاحق على عقد البيع .

ويراعى أنه في حالة ورود الاتفاق على تفويض الشخص الثالث على تقدير الثمن في عقد البيع يكون هذا العقد عقد بيع معلق على شرط واقف ، بحيث لا يوجد عقد البيع إلا عند قيامه بهذه المهمة وعندها يكون عقد البيع موجوداً لا من تاريخ التقدير ولكن بأثر رجعي من تاريخ إبرام عقد البيع .

أما إذا تم الاتفاق على تعيين المفوض في اتفاق منفصل عن عقد البيع ، فعندئذ لا ينعقد عقد البيع بتاريخ انعقاده ولكن من تاريخ الاتفاق على تعيين هذا المفوض ويكون البيع معلقاً على شرط واقف هو إنجاز المفوض مهمته في التقدير ، بحيث إذا تمت عملية التقدير اعتبر البيع منعقداً بأثر رجعي من تاريخ الاتفاق على تعيين المفوض .

فإذا قام ذلك المفوض في أي من هذين الفرضين (سواء تم الاتفاق على هذه الكريقة

في ذات عقد البيع أم في اتفاق مستقل لاحق على هذا البيع) بمهمته وقدر هذا الثمن بمبلغ معين التزم الطرفان بهذا المبلغ ولم يجز لأيهما أن يتضرر من هذا التقدير (أي لا يجوز للمشتري أن يتضرر منه لكونه مبالغاً فيه ولا أن يتضرر منه البائع لكونه بخساً) ، وإذا لم يتم المفوض بهذه المهمة لأي سبب من الأسباب زال العقد بأثر رجعي ، ولم يجز للقاضي أن يجبر المفوض على هذا التقدير أو يعين مفوضاً آخر بدلاً عنه أو يتولى بنفسه مهمة التقدير ، لكون الثمن غير مقدر وغير قابل للتقدير ، وإذا اتفق الطرفان على حلول مفوض جديد محل المفوض الأول ، وقام المفوض الجديد بهذه المهمة وقدر ثمن المبيع تم البيع بعد حصول هذا التقدير بأثر رجعي لا من وقت التقدير ولكن من تاريخ تعيين هذا المفوض الجديد .

#### **بيد أنه يجوز الطعن في تقدير المفوض في أي من الحالات الآتية :**

أ- إذا جاوز المفوض حدود التفويض المقرر له ، كما لو حددا له عند تفويضه حداً أدنى وحداً لا يجوز له أن يتجاوزهما ، وإذا به يخرج على أي من هذين الحدين مخالفاً حدود نيابته .

ب- إذا ثبت وجود تواطؤ بين المفوض وأحد الطرفين للإضرار بالآخر ، فعندئذ يجوز للمتضرر من هذا التواطؤ الطعن على هذا التقدير الذي قصد به الإضرار به .

ج- إذا وقع المفوض نفسه في غلط جوهري بشأن المبيع عند تقدير قيمته ، فلم يستطع بسبب الغلط الجوهري أن يقدره التقدير المناسب له أو تعرض لتدليس من جانب أحد الطرفين فأوقعه في غلط جوهري مما أثر سلباً على حسن تقدير القيمة المناسبة للمبيع فجاءت مغالى فيها أو زهيدة بسبب الغلط الجوهري التلقائي (عيب الغلط) أو الغلط المدفوع (عيب التدليس) .

وجدير بالذكر أن هذه الصورة لم ينص عليها صراحة القانون المدني المصري ، وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني يتضمن حكماً يجوز عموماً للطرفين في باب الالتزامات الاتفاق على تكليف شخص أجنبي لتعيين الشيء محل الالتزام ، ثم رأت لجنة

المراجعة حذف هذا النص لكونه يتعلق بمسألة تفصيلية لا مبرر للاهتمام بها ، في حين نصت على هذه الصورة صراحة بعض التشريعات الحديثة مثل القانون المدني الفرنسي (٢٣٤).

### ٣- الاتفاق على اعتماد سعر شراء البائع مع تغيير محدد بمعرفة الطرفين :

قد يحدث أن يأتمن المشتري البائع ويودع فيه كل ثقته ويتفق معه على اعتماد السعر الذي سبق أن اشترى به البائع السلعة أساساً لتقدير ثمن ذات السلعة عند إعادة بيعها من جديد لشخص ثالث ، وهنا يجب أن يكون هذا السعر معلوماً للطرفين ، وأن يكون البائع أميناً وصادقاً في ذكر هذا الثمن الذي سبق أن اشترى به المبيع من قبل ، ومن هنا سميت البيوع التي تعتمد على صدق وأمانة البائع في ذكر الثمن الذي اشترى به السلعة التي سيبيعها لغيره ببيوع الأمانة .

ويراعى أن صور هذا النوع من البيوع لمتنوع وتختلف فيما بينها بحسب فحوى اتفاق الطرفين عند اعتمادهما سعر شراء البائع أساساً لتقدير ثمن المبيع الذي سيتم التعاقد عليه ، بحيث إن اتفاقاً على اعتماد قدر هذا السعر دون إدخال أي زيادة أو نقصان عليه بحيث يبيع له هذا المبيع بذات ثمنه الذي اشتراه به البائع من قبل سمي هذا البيع من بيوع الأمانة ببيع التولية ، حيث يوليه البائع ذات منزلته التي كان عليها في عقده الأول فيبيعه بمثل الثمن الذي سبق أن اشترى به هذا المبيع عند إبرامه معه العقد الجديد على نفس المبيع دون زيادة أو نقصان ، في حين أنه إذا اتفقا على أن يأخذ جزءاً من هذا المبيع بما يوازي قدره وقيمه من هذا الثمن الذي سبق أن دفعه فيه البائع عند شرائه له ، فيسمى ببيع الاشتراك أو الإشارك ، وإن اتفقا على اعتماد سعر شراء البائع مع إنقاص نسبة أو قدر معين منه معلوم يحدده الطرفان ، سمي البيع ههنا ببيع الوضعية ، وإن اتفقا على ثمن شراء البائع مع زيادة نسبة زائدة عليه مقدرة بقدر معين لصالح البائع يحددانها طرفا العقد فيما بينهما في العقد سمي البيع ببيع المراجعة .

(٢٣٤) م ١٥٩٢ مدني فرنسي قبل التعديل .

وجدير بالذكر أن واضع القانون المدني المصري لم ينظم هذا النوع من البيوع ، غير أن ذلك لا يمنع من جوازها انطلاقاً من حرية التعاقد في إنشاء العقود ما دامت لا تخالف النظام العام والآداب ،

#### ٤- ثالثاً :حقيقية الثمن وجديته

يلزم لصحة عقد البيع أن يكون الثمن حقيقياً ، ويكون الثمن حقيقياً إذا انصرفت إرادة الطرفين لحظة التعاقد إلى إلزام المشتري به فعلاً بعد تقديره بمبلغ نقدي معين ، في مقابل التزام البائع بنقل ملكية المبيع إليه ، أما إذا انصرفت نية الطرفين إلى عدم إلزام المشتري بدفع الثمن المذكور في العقد أصلاً ، نظراً لصوريته (٢٣٥) ، سواء كانت هذه الصورية صورية مطلقة (٢٣٦) كما لو ذكر طرفا التصرف أن العقد بيع له ثمن معين ولا وجود أصلاً للبيع بين الطرفين حتى يلتزم فيه المشتري بدفع الثمن ، أم كانت الصورية صورية نسبية (٢٣٧) ، اختلف فيهما العقدان الظاهر والصوري من حيث الطبيعة والنوع ، كما لو كان عقد البيع المذكور فيه الثمن عقد غير حقيقي إنما هو عقد بيع ظاهر صوري لستر عقد تبرع للمشتري بهذا المبيع ، أو اتفق العقدان في الطبيعة والنوع واختلفا فيما بينهما من حيث الشروط ، كما لو كان العقدان عقدي بيع لكن الظاهر منهما بثمن يقل عن الثمن الحقيقي بقصد التهرب من دفع رسم أو ضريبة عقارية تناسب الثمن الحقيقي للمبيع أو كتباً ثمناً في الظاهر يزيد عن الثمن الحقيقي بقصد إقصاء الجار أو الشريك عن طلب العقار المبيع شفعةً ، أو اتفق العقدان في الطبيعة والنوع واختلفا من

---

(٢٣٥) يقصد بالصورية La simulation إيجاد وضع ظاهر يضاد حقيقة الواقع (٢٣٦) فأما الصورية المطلقة La simulation absolue فهي الصورية التي تعد التصرف الظاهر ذاته، فتفتي له وجوده الظاهر في الحقيقة والواقع. مثال ذلك أن يبيع مدين جزءاً من ممتلكاته لإقصائه بعيداً عن دائرة الضمان العام للدائنين، ثم يتفق مع المشتري في ورقة مستترة تثبت انتفاء التعاقد بينه وبين البائع، وأن المال لم يخرج أصلاً من ملك صاحبه (راجع في ذلك كتابنا بعنوان " الوسيط في أحكام الالتزام وإثباته " ص ٢١٧ ، طبعة عام ٢٠٢٠ - ٢٠٢١ م ، مطبعة بداري بأسبوط) .

(٢٣٧) ويقصد بالصورية النسبية تلك التي يخفي فيها العقد الظاهر الصوري عقداً مستتراً حقيقياً مغايراً له في الطبيعة والنوع أو في شروط أو الأركان أو في الأشخاص (راجع في ذلك كتابنا بعنوان " الوسيط في أحكام الالتزام وإثباته " ص ٢١٧ ، طبعة عام ٢٠٢٠ - ٢٠٢١ م ، مطبعة بداري بأسبوط) .

حيث الأركان ، كما لو اشترى المشتري الشقة في الحقيقة لهدف غير مشروع وأخفى ذلك القصد غير المشروع في قصد آخر مشروع في الظاهر ، كما لو كتب في الظاهر أنه اشتراها ليفتحها مكتباً للاستيراد والتصدير ليخفي قصده غير المشروع والمتمثل في إدارتها لأعمال المقامرة .

كما يلزم في الثمن أن يكون جدياً ، وجدية الثمن لا تستلزم أن يتحقق التناسب التام بين ثمن المبيع وقيمته الحقيقية في السوق ، فهذا أمر وإن حرصا الطرفان على توحيه لكن يندر في واقع الحياة تحقيقه ، ولذا يكفي ألا يكون هزلي القدر أو القيمة ، بحيث ينعدم التناسب البتة بينهما ، ولذا صح ما استقر عليه الفقه والقضاء من جواز أن يكون الثمن بخساً لا يتحقق فيه التناسب بينه وبين قيمة البيع ، بحيث يوجد تفاوت ملحوظ بينهما لكنه تفاوت غير كبير لا يجعل الثمن المذكور قريباً من الانعدام ، وعدم جواز أن يكون تافهاً ينعدم فيه التناسب البتة بين هذا الثمن وقدر أو قيمة المبيع ، لدرجة تقربه من الانعدام أو تجعله شبيهاً به .

فالثمن التافه هو ثمن غير عادل لا يتناسب البتة مع قيمة المبيع أو هو ثمن يقل كثيراً عن ثمن المثل للمبيع ، بحيث يكاد يقترب من الانعدام ، كأن تباع شقة تساوي مليون جنيه بمائة ألف جنيه ، فالتفاوت كبير والاختلال واضح بين ثمن الشقة المذكور وقيمتها الحقيقية أو ثمن مثله من الشقق ، فالعقد في الحقيقة مع تافهة الثمن وإن بدا في ظاهره بيعاً فهو في حقيقته تبرع أو هبة مستترة في شكل بيع ، ولذا لم يصح انعقاد هذا العقد إلا في ورقة رسمية .

بيد أنه على سبيل الاستثناء يصح البيع رغم تافهة الثمن أو حتى رمزيته ، بل حتى وإن انعدم الثمن أو تلاشى بالكلية ، بل ويتصور أن يدفع البائع للمشتري مبلغاً من المال ، ويظهر ذلك في بيع الشركات المتعثرة التي تزيد ديونها عن رأسمالها ومهددة بالإفلاس<sup>(٢٣٨)</sup> .

(٢٣٨) انظر في ذلك : د/أحمد عبد العال أبو قرين " عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع وأحكام القضاء " ص ١٨١ ، طبعة عام ٢٠٠٦م ، دار أبو المجد للطباعة بالهرم ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة .

بعكس الحال الثمن البخس الذي وإن قلَّ قدره عن قيمة المبيع الحقيقية أو ثمن مثله ، إلا أنه ثمنٌ عادلٌ ، لأن التفاوتَ بينهما ليس فادحاً أو فجاً ، بحيث تجعله يقترب من الانعدام أو التلاشي ، كما لو بيعت الشقة التي تساوي مليون جنيه بثمانى مائة ألف جنيه ، فالتفاوت بين القيمتين المذكورة والحقيقية مع وجوده لا يبدو فادحاً أو جسيماً ، فيصحُّ العقدُ مع وجوده ، ولا يقدح في جدية الثمن .

بيد أنه وإن كان الثمن البخس ثمن جدي لا يسمح للبائع أن يطعن في البيع لسببه ، مهما كان فيه من غبن ، ما لم يكن هناك استغلال ، إلا أنه قد يرخص القانون في بعض الحالات الاستثنائية ، للشخص أن يطعن في العقد بسبب بخس الثمن إذا توافرت شروط معينة ، كما هو الحال في جواز الطعن في بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية ، إذا زاد الغبن فيه عن خمس القيمة .

#### هـ- الطعن بالغبن في بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية

تنص المادة ٤٢٥ مدني مصري على أنه " ١- إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوفر 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" .

إذ تنص المادة ١٦٣ مدني كويتي " إذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، أو لأحد من عديمي الأهلية أو ناقصيها، أو لجهة الوقف، جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر، أو التزامه هو، بما يرفع عنه الفحش في الغبن " . " ٢- ويعتبر الغبن فاحشاً إذا زاد، عند إبرام العقد، على الخمس " . " ٣- ولا يحول دون الطعن بالغبن أن يكون العقد قد أجري عن المغبون ممن ينوب عنه وفقاً للقانون، أو أذنت به المحكمة " . إذ تنص المادة ٩٩ مدني بحريني على أنه " أ- إذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة

، جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر ، أو التزامه هو ، بما يرفع عنه الفحش في الغبن".

" ب- ويسري الحكم المتقدم إذا نتج عن العقد غبن فاحش لعديمي الأهلية أو ناقصيها أو لجهة وقف". " ج- ويعتبر الغبن فاحشاً إذا زاد ، عند إبرام العقد ، على الخمس " . " د- ولا يحول دون الطعن بالغبن أن يكون العقد قد أجري عن المغبون ممن ينوب عنه وفقاً للقانون ، أو أذنت به المحكمة ، أو مجلس الولاية على أموال القاصرين". الأصل العام أن الغبن وحده (٢٣٩) في البيع (أو غيره من العقود الأخرى) ولو كان فاحشاً لا يجيز الطعن في العقد ، إلا إذا كان هذا الغبن ناتجاً عن استغلال أو غيره من عيوب الإرادة الأخرى ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١٦٢ مدني كويتي بقولها " الغبن الذي لا يكون نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال لا يكون له تأثير على العقد، إلا في الأحوال الخاصة التي يصرح بها القانون، ومع مراعاة ما تقضي به المواد التالية " ، ونصت عليه صراحة المادة ٩٨ مدني بحريني بقولها " لا تأثير للغبن على العقد إلا إذا كان نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، كل ذلك مع مراعاة الأحوال الخاصة المنصوص عليها في القانون ، ومع مراعاة ما تقضي به المواد التالية " .

بيد أن واضع القانون المدني المصري (وحذا حذوه واضع القانون المدني الكويتي وواضع القانون المدني البحريني) خرج هذا الأصل العام وأجاز الطعن في عقد البيع بالغبن وحده ولو لم يكن ناتجاً عن استغلال أو غلط أو تدليس أو إكراه ، عند توافر الشروط الآتية :

### الشرط الأول : أن يكون العقد بيعاً عادياً :

(٢٣٩) La lésion الغبن هو عدم التعادل الفادح بين التزامات طرفي العقد. بمعنى أن يكون ثمة اختلال بين مقدار ما يقدمه أحدهما للآخر ومقدار ما يأخذه منه (راجع في ذلك مؤلفنا " الوسيط في مصادر الالتزام في ظلال القانون المدني المصري " ص ٧٣ ، طبعة عام ٢٠١٩-٢٠٢٠م ، مطبعة بداري بأسيوط ) .



يستفاد من نص القانون المدني المصري سالف الذكر أنه يلزم في العقد الذي يجوز الطعن فيه بالغبن وحده أن يكون عقد بيع ، ومن ثم لا يجوز الطعن في غيره من العقود الأخرى مثل عوض عقد المقايضة أو في عوض الوفاء بمقابل أو في الحصة المقدمة في عقد شركة ، في التعويض المقدم عوضاً عن نزع ملكية عقار للمنفعة العامة (٢٤٠) ، وهو قصر منتقد لأن الغاية المنشودة من وراء هذا الاستثناء المجوز للطعن في العقد بالغبن وحده هي رعاية الطرف غير كامل الأهلية ، وهي جديرة بالاعتبار سواء كان العقد عقد بيع أو غيره من العقود ، ولذا يحمّد لوضع القانون المدني الكويتي ومن بعده واضع القانون المدني البحريني مد بساط الحماية لغير كامل الأهلية سواء كان العقد عقد بيع أو غيره من العقود ، تأسيساً على أن هذا ما يتناغم مع الحكمة من وراء هذا النص ، ولذا فقد جاء لفظ العقد فيهما عاماً أو مطلقاً دون تخصيص أو تقييد بنوع معين من العقود ، ولذا يشمل كل عقد فيه غبن بيعاً كان أو غيره من العقود الأخرى مثل المقايضة .

وينبغي مراعاة ضرورة أن يكون البيع بيعاً عادياً ، لأنه لا يسلم عادة من حصول الغبن الفاحش (٢٤١) فيه لغير كامل الأهلية ، ومن ثم لم يجز الطعن في البيع الذي يتم بموجب نص قانوني أي بالمزاد العلني ، سواء كان بيعاً قضائياً أو بيعاً إدارياً ، لأنه عادة ما يجري الحرص فيه على الوصول بالمبيع إلى أعلى سعر ، وهذا ما نصت عليه المادة ٤٢٧ مدني مصري بقولها " لايجوز الطعن بالغبن في بيع تم بنص القانون بطريق المزاد العلني " ، ونصت عليه المادة ١٦٥ مدني كويتي بقولها " لا يجوز الطعن بالغبن، في عقد تم بطريق المزايدة أو المناقصة، إذا كان ذلك قد حصل وفق ما يقضي به القانون " ، ونصت عليه المادة ١٠١ مدني بحريني بقولها " لا يجوز الطعن بالغبن ، في عقد تم بطريق المزايدة أو المناقصة ، إذا كان ذلك قد حصل وفق ما يقضي به

---

(٢٤٠) د/ عبد الناصر العطار – المرجع السابق – ص ٨٢ .  
(٢٤١) والغبن إما أن يكون يسيراً ويحدث هذا حينما يكون الاختلال الموجود بين الأداءين في العقد يسيراً أو قليلاً ، وإما أن يكون فاحشاً ويتحقق هذا حينما يكون الاختلال فادحاً أو جسيماً ، وفي كلا الحالين لا يجوز الطعن في العقد بالغبن وحده ولو كان فاحشاً إلا في حالات نادرة على سبيل الاستثناء (راجع مؤلفنا " الوسيط في مصادر الالتزام " – المرجع السابق – ص ٧٣) .

القانون ."

وجدير بالذكر أنه بالرغم أن من الفقه من ذهب إلى عدم جواز الطعن بالغبن في البيوع الاحتمالية ، لأنها بيع بحيث طبيعتها يتصور فيها عادة حصول الغبن ، إلا أن الرأي الراجح يرى جواز الطعن في البيوع العادية ، سواء كانت احتمالية <sup>(٢٤٢)</sup> أو محددة <sup>(٢٤٣)</sup> ، لأن خروج البيع بالمزاد العلني كان على سبيل الاستثناء بنص قانوني خاص ، فلا يقاس عليه غيره ولا يتوسع في تفسيره <sup>(٢٤٤)</sup> .

**الشرط الثاني: أن يكون العقد وارداً على عقار :** لم يزل واضع القانون المدني المصري متأثراً بنظرة القانون الفرنسي المتأثر بنظرة القانون الروماني إلى العقارات بوصفها أئمن وأعلى قيمة من المنقولات ، على الرغم من أن هناك بعض المنقولات ما يفوق بكثير قيم كثير من العقارات ، مما جعله يقصر الحماية ههنا على بيع العقار دون بيع المنقول ، وتلك حماية ناقصة ترى بعين واحدة ، ذلك أن حماية من جاء النص لحمايته ينبغي أن تكون متسعة لتشمله بالرعاية في أي مال يتعامل عليه منقولاً كان أو عقاراً لتحقيق بذلك الحكمة أو الغاية من وراء النص ، وإلا جاءت الحماية ناقصة ومبتسرة ، وهذا ما أدركته

---

(٢٤٢) أما العقد الاحتمالي Le contrat aléatoire فهو العقد الذي لا يتسنى فيه لكل عاقد تحديد قدر التزاماته لحظة إبرام العقد لتوقف ذلك على شيء احتمالي غير محقق الوقوع أو غير معروف وقت تحققه، مثال ذلك عقد التأمين حيث لا يتسنى لكل من المؤمن والمؤمن له أن يحدد وقت إبرام العقد مقدار التزاماتهما لتوقف ذلك على تحقق الخطر المؤمن منه، وهذا الخطر المؤمن منه قد يكون غير محقق الوقوع كما في التأمين على الأشياء فمثلاً إذا أمن شخص ضد خطر الحريق فقد يقع هذا الخطر وقد لا يقع، وقد يكون هذا الخطر محقق الوقوع ولكن غير معروف وقت تحققه كالتأمين على الحياة ضد خطر الموت، فالموت كخطر وإن كان محقق الوقوع إلا أنه لا يعرف أحد وقت حدوثه (راجع مؤلفنا " الوسيط في مصادر الالتزام " -المرجع السابق - ص ١٦ ، ١٧) .

(٢٤٣) العقد المحدد Le contrat déterminé هو العقد الذي يتسنى فيه لكل عاقد أن يقدر- ولو على نحو تقريبي - لحظة إبرام العقد حجم الفائدة التي ستعود عليه من وراء هذا العقد، كعقد البيع مثلاً إذ يمكن لكل من البائع والمشتري تقدير مقدار ما يعود عليهما من نفع من وراء هذا العقد . (راجع مؤلفنا " الوسيط في مصادر الالتزام " -المرجع السابق - ص ١٦) .

(٢٤٤) انظر في ذلك : د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ٨٢ .

بعض القوانين مثل القانون المدني الكويتي والقانون المدني البحريني ، إذ تمتد الحماية فيهما سواء كان محل العقد عقاراً أو منقولاً .

**الشرط الثالث :** أن يكون البائع غير كامل الأهلية: كان من المأمول في ظل استهداف النص المصري حماية غير كامل الأهلية أن يمد ظلال الحماية له سواء كان في مركز البائع أو في مركز المشتري ، فهذا ما يتناغم مع الحكمة من وراء النص ، لكن نظراً لأن النص جاء على سبيل الاستثناء مقصراً الحماية له حينما يكون في مركز البائع فقط ، فلا يجوز - من ثم - مع صراحة النص أن تمتد هذه الحماية عندما يكون في مركز المشتري ، تأسيساً على أن الاستثناء لا يجوز أن يقاس عليه ولا أن يتوسع في تفسيره ، لكن واضع القانون المدني المصري قصر هذه الحماية على غير كامل الأهلية أياً كان سبب عدم كمال أهليته (أي بسبب صغر السن أو بسبب عارض من عوارض الأهلية) حينما يكون في مركز البائع ، بحيث لا يشمل النص ههنا الغبن الذي يتعرض له غير كامل الأهلية إذا كان في مركز المشتري حتى ولو كان الغبن الذي تعرض له يزيد عن خمس القيمة ، وهذا قصور في النص المصري تداركه واضع القانون المدني الكويتي وواضع القانون المدني البحريني ، إذ يستوي فيهما للطعن في العقد أن يكون غير كامل الأهلية في مركز البائع أو مركز المشتري ، وسواء كان العقد بيعاً أو غيره ، وسواء كان محله عقاراً أو منقولاً .

وجدير بالذكر أن واضع القانون المدني في كل من الكويت والبحرين مد ظلال الحماية لتشمل إلى جانب غير كامل الأهلية ، الدولة والأشخاص المعنوية العامة ولجهة الوقف ، من باب الرعاية والحماية لهذه الشخوص التي يريد رعاية أموالها سواء كانوا في مركز البائع أو مركز المشتري .

**الشرط الرابع :** أن يوجد غبن في الثمن يزيد عن خمس قيمة المبيع وقت البيع : يلزم في الغبن أن يزيد عن خمس القيمة ، فهو القدر الذي تبدأ عنده هذه الحماية الاستثنائية الخاصة الواردة في هذا النص ، بحيث إذا كان الغبن في حدود الخمس أو أقل منه فلا

يجوز معه الطعن في العقد بالغبن وحده .

وهنا يجب مراعاة أن تقدير الغبن الحاصل في قيمة المبيع بما يزيد عن الخمس ، يكون بوقت البيع وليس وقت رفع الدعوى للطعن في العقد بالغبن ولا وقت الحكم فيها ، تأسيساً على أنه الوقت الذي تعيبت فيه إرادة العاقد (البائع) بالغبن ، وللقاضي أن يستعين في ذلك بأهل الخبرة .

فإذا توافرت الشروط الأربعة سالفة الذكر ، كان من حق غير كامل الأهلية أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس قيمة المبيع ، فليس من حقه طلب الإبطال ، إلا إذا توافر سبب آخر لطلب الإبطال مثل الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال أو نقص الأهلية، فالغبن ههنا لا يصلح سبباً لطلب الإبطال ، وإنما يصلح سبباً لرفع دعوى تكملة أربعة أخماس الثمن .

وتسقط هذه الدعوى في مصر بمضي ثلاث سنوات من تاريخ توافر كمال الأهلية لدى البائع أو من تاريخ موته إذا كان الموت سابقاً على تاريخ كمال الأهلية ، وهذا ما نصت عليه المادة ١/٤٢٦ مدني مصري بقولها " تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع " .

في حين تسقط دعوى الغبن في الكويت والبحرين بمضي سنة من تاريخ اكتمال الأهلية أو وفاة البائع ، بما لا يزيد على خمسة عشرة من تاريخ إبرام العقد ، حيث تنص المادة ١٦٦ مدني كويتي على أن " تسقط دعوى الغبن، إذا لم ترفع خلال سنة، تبدأ بالنسبة إلى الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ولجهة الوقف من وقت إبرام العقد، وبالنسبة لعديمي الأهلية وناقصيها من تاريخ اكتمال الأهلية أو الموت، وعلى أية حال تسقط الدعوى بمضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد " ، وتنص المادة ١٠٢ مدني بحريني " لا تسمع دعوى الغبن ، إذا لم ترفع خلال سنة ، وتبدأ السنة بالنسبة للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ولجهة الوقف من وقت إبرام العقد ،

وبالنسبة لعديمي الأهلية وناقصيها من تاريخ اكتمال الأهلية أو الموت، وعلى أية حال لا تسمع الدعوى بمضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد".

وجدير بالذكر أن واضع القانون المدني الكويتي وواضع القانون المدني البحريني أجازا للمتعاقد مع المغبون أن يتوقى أي تعديل في أثر العقد ، من خلال رفعه دعوى بطلب فسخ هذا العقد ، لكنهما قصرا هذه الرخصة على الفرضية التي يكون فيها المغبون شخصاً غير كامل الأهلية فقط ، بحيث إنهما لم يرخصا له في طلب هذا الفسخ توقياً لأي تعديل إذا كان هذا المغبون هو الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة أو جهة وقف ، وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ١٦٤ مدني كويتي بقولها " يجوز للمتعاقد مع المغبون أن يتوقى تعديل أثر العقد، بطلب الفسخ، وذلك ما لم يكن المغبون هو الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة " ، وذات ما نصت عليه المادة ١٠٠ مدني بحريني بقولها " يجوز للمتعاقد مع المغبون أن يتوقى تعديل أثر العقد ، بطلب الفسخ ، وذلك ما لم يكن المغبون هو الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة " .

## **الباب الثاني**

### **آثار عقد البيع**

لا شك أن عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين فيرتب التزامات متبادلة أو متقابلة على عاتق طرفي عقد البيع ، فيلتزم البائع بالتزامات معينة في مواجهة المشتري، وفي المقابل يلتزم المشتري بالتزامات معينة تجاه البائع ، فما هي هذه الالتزامات بقدر من البيان والتفصيل ؟

### **الفصل الأول**

#### **التزامات البائع في عقد البيع**

يرتب عقد البيع على عاتق البائع عدة التزامات في مواجهة المشتري ، هذه الالتزامات تتمثل فيما يلي : الالتزام بنقل ملكية المبيع ، والالتزام بتسليم المبيع ، والالتزام بضمان التعرض وضمان الاستحقاق ، والالتزام بضمان العيوب الخفية ، وسنعرض لها بالتفصيل تباعاً على النحو الآتي :

## **المبحث الأول**

### **الالتزام بنقل ملكية المبيع**

إن من أهم وأبرز الآثار التي يترتبها عقد البيع على عاتق البائع التزامه بنقل ملكية شيء معين أو نقل حق مالي آخر غير حق الملكية وارد على ذلك الشيء في مقابل التزام المشتري لهذا الشيء بدفع الثمن مقابلاً له ، بيد أن انتقال ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد إبرام العقد دون حاجة إلى إجراء معين لاحق على إبرام العقد ، لا يكون إلا إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات ، أما إذا كان منقولاً معيناً بالنوع فلا تنتقل الملكية بموجب العقد ذاته وإنما تحتاج إلى إجراء آخر يتم بعد العقد ألا وهو الإفراز ، كما أنه إذا كان محل البيع عقاراً فلا تنتقل الملكية بمجرد العقد إنما تحتاج إلى تسجيل عقد البيع أو تسجيل الحكم الصادر بصحة ونفاذ عقد البيع في دعوى صحة التعاقد ، حتى تنتقل الملكية إلى المشتري ، ونفصل ما أجمالناه سلفاً على التفصيل الآتي :

## **المطلب الأول**

### **نقل ملكية المنقول المعين بالذات**

**الأصل العام : انتقال ملكية المنقول المعين بالذات بموجب العقد فور إبرامه:**

إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات (أي مبينة جميع أوصافه وخصائصه على نحو يميزه عن غيره مما قد يشتبه معه مثل ذكر نوع السيارة وتاريخ وبلد صنعها ورقم موتورها ورقم شاسيها ورقم مرورها) وكان هذا المبيع مملوكاً لبائعه (لأن فاقده الشيء لا يعطيه ، فغير المالك لا يستطيع قانوناً نقل ما يبيعه إلى غيره مادام ليس مملوكاً له) ولم يكن ثمة اتفاق على تأجيل انتقال الملكية إلى المشتري بموجب اتفاق على ذلك بين الطرفين) انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري بموجب العقد ذاته فور إبرامه دون حاجة إلى إجراء

آخر غيره ، وهنا إذا لم يسلم البائع المبيع إلى المشتري ، وأراد المشتري أن يختصم البائع فلا يقبل منه ولا من موكله (محاميه) رفع دعوى بطلب إلزام البائع بنقل ملكية المبيع ، لأن ملكية المنقول المعين بذاته تتحقق بمجرد العقد ، وإنما يجب أن ينصب طلبه على إلزام البائع بتسليم المبيع إليه ، وهذا عين ما نصت عليه في المادة ٢٠٤ مدني مصري " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل" <sup>٢٤٥</sup> ،

والمادة ٩٣٢ مدني مصري بقولها " تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ وذلك مع مراعاة النصوص الآتية " ( <sup>٢٤٦</sup> ) .

#### الاستثناء : تعطيل القاعدة السابقة في هاتين الحالتين :

##### ١- الحالة الأولى : قاعدة الحيابة بحسن نية سند الحائز

بيد أنه وإن كانت ملكية المنقول المعين بالذات تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد ، حتى ولو لم يستلمه المشتري من البائع بعد ، فإذا باعه البائع إلى مشترٍ ثانٍ كان بيعه بيعاً لملك غيره ، ومن ثم لو طبقنا عليه أحكام بيع ملك الغير لقلنا أنه بيع غير نافذ في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره ، إلا أنه إذا كان المشتري الثاني حسن النية لم يكن يعلم بسبق بيعه من قبل إلى مشترٍ سابق عليه ، فإنه إذا سلم المبيع إلى المشتري الثاني ، وكان البيع له بحسب الأصل غير ناقل لملكية المبيع إليه ، وأن ملكية هذا المبيع قد

---

( <sup>٢٤٥</sup> ) إذ تنص المادة ٢٠٧ مدني بحريني على أنه " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ، ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " .

( <sup>٢٤٦</sup> ) إذ تنص المادة ٨٨٨ مدني كويتي " تنتقل الملكية ، كما تنتقل أو تنشأ الحقوق العينية الأخرى ، في المنقول والعقار بالتصرف القانوني إذا كان المتصرف هو صاحب الحق المتصرف فيه ، وذلك مع مراعاة أحكام المادتين التاليتين " .



سبق انتقالها إلى المشتري الأول بمجرد إبرام العقد معه من البائع المالك ، إلا أن حيابة المشتري الثاني لهذا المنقول بسند صحيح مع حسن نيته وقت الحيازة جعلها القانون سبباً في تعطيل تطبيق قاعدة انتقال ملكية المنقول المعين بالذات بمجرد العقد في مواجهة حائز المنقول بحسن نية وسند صحيح وتسمح في نفس الوقت بانتقال ملكية هذا المنقول إلى المشتري الثاني بموجب هذه القاعدة ، وذلك رغبة في تحقيق الاستقرار في المعاملات تدعيماً للحفاظ على الأوضاع الظاهرة وفقاً لمبدأ حيابة المنقول بحسن النية سند الحائز ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ١/٩٧٦ مدني مصري " من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقا عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته " (٢٤٧) ، هذا مع مراعاة أنه يبقى للمشتري الأول حق الرجوع على البائع وفق أحكام ضمان التعرض والاستحقاق .

## ٢- الحالة الثانية : الاتفاق على تعليق انتقال ملكية المبيع على شرط واقف .

كما يتعطل تطبيق القاعدة سالفة الذكر إذا تم الاتفاق بين طرفي عقد البيع على تأجيل نقل ملكية المبيع إلى المشتري على شرط واقف ، كما هو الحال في الاتفاق على عدم انتقال ملكية المبيع إلى المشتري في البيع بالتقسيط على سداد آخر قسط من أقساط الثمن ، حيث تبقى ملكية المبيع للبائع رغم إبرام عقد البيع وتسليم المبيع للمشتري ، فلا تنتقل هذه إلى المشتري إلا بعد سداد آخر قسط من ثمنه .

---

(٢٤٧) إذ تنص المادة ٩٠٦ مدني بحريني " من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقا عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته " ، وتنص عليه المادة ١/٩٣٧ مدني كويتي " من حاز بسبب صحيح منقولاً أو سنداً لحامله، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، وكان حسن النية وقت حيازته، أصبح صاحب الحق من وقت الحيازة " ..

## المطلب الثاني

### نقل ملكية المنقول المعين بالنوع

إذا كان المنقول معيناً بالنوع (كمائة أردب من القمح أو مائة كيلو من السكر أو مائة متر من القماش أو مائة تفاحة من التفاح) لم تنتقل ملكيته بمجرد العقد (أي فور إبرامه) إنما ينشأ عن عقد بيع هذا المنقول التزام شخصي باتخاذ ما يلزم من إجراء لنقل ملكية هذا المبيع للمشتري ثم تسليمه له ، ومن ثم يلزم لانتقال ملكية هذا المنقول القيام بإجراء لاحق على إبرام العقد لا يتم إلا باتخاذ ، ألا وهو الإفراز ، أي تجنيب أو فصل الكمية المتفق عليها من بين الأشياء المماثلة لها ، وتتم عملية الفصل بالطريقة أو الوسيلة التي تناسب طبيعة المبيع ، وبذلك تتم بالعد إن كان المبيع مما يعد ، وبالكيل إذا كان مما يكال ، وبالوزن إن كان المبيع مما يوزن ، وبالقياس إن كان المبيع مما يقاس ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٢٠٥ مدني مصري " إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء " (٢٤٨) والمادة ٩٣٣ مدني بحريني " المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقاً للمادة ٢٠٥ " (٢٤٩) .

وتتم عملية الإفراز في الزمان والمكان المتفقين عليه بين طرفي العقد ، فإذا لم يكن ثمة اتفاق تمت عملية الإفراز في زمان ومكان تسليم المبيع ، وبحصول عملية الإفراز تنتقل ملكية المبيع المعين بالنوع إلى المشتري سواء جرى التسليم أو لم يتم التسليم بعد . ويراعى أنه وإن كانت ملكية المنقول المبيع بنوعه تنتقل إلى المشتري بمجرد

---

(٢٤٨) إذ تنص المادة ٣٨٩ مدني بحريني " يترتب على البيع نقل ملكية المبيع ، إذا كان معيناً بالذات ومملوكاً للبائع ، فإن لم يعين المبيع إلا بنوعه ، لا تنتقل الملكية إلا بالإفراز . كل ذلك ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغيره ، ودون إخلال بقواعد التسجيل " .

(٢٤٩) إذ تنص المادة ٢٠٨ في فقرتها الأولى على أنه " إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء ..... " .

الإفراز حتى وإن لم تجر عملية التسليم ، إلا أنه إذا باع البائع هذا المبيع بعد إفرازه ، ومن ثم بعد انتقال ملكيته إلى المشتري الأول ، ويعتبر قد باع ما لا يملك ، فلا يملك من ثم نقل ملكيته إلى شخص آخر ، لكن إذا حصل أن باع البائع ثانيةً هذا المبيع الذي بين يديه ، وسلمه إلى مشترٍ ثانٍ فحاز هذا المشتري ذلك المنقول بعد استلامه له بحسن نية انتقلت إليه ملكية هذا المبيع وتعطلت القاعدة العامة في انتقال ملكية المنقول المعين بنوعه بالإفراز لصالح المشتري حسن النية تقديراً لمبدأ الحيازة في المنقول سند الحائز ، ومراعاة لثقته في الوضع الظاهر الذي يشهد بأن البائع يحوز المبيع فصار بالنسبة للمشتري وكأنه مالك لهذا المنقول ملكية حقيقية فيعتد بالعقد الصادر له وكأنه صدر صحيحاً من مالك حقيقي مراعاة لحسن نيته .

فإذا أخل البائع بالتزامه بالإفراز أو بالتسليم جاز للدائن أن يطلب من القاضي جبره على التنفيذ العيني لالتزامه عن طريق شراء كمية مماثلة للشيء المبيع على نفقة البائع بعد استئذان القاضي (في الظروف العادية) أو دون استئذان القاضي في ظروف الاستعجال (كما لو كانت هذه الكمية المطلوبة من الأطعمة أو الفاكهة لازمة لفندق لم يسلمها البائع للفندق في مساء يوم الخميس ولا يمكن الانتظار حتى بدء عمل القضاء المستعجل يوم السبت وإلا سيخسر الفندق كثيراً فيرخص له في الشراء من السوق تقادياً للخسارة) أو يطلب فسخ العقد بسبب امتناع البائع عن الإفراز والتسليم ويطلب استرداد الثمن ، هذا مع ثبوت حق المشتري في التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك هذا الإخلال في جميع الأحوال ، إذا كان هناك مقتضى لذلك التعويض ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٢/٢٠٨ مدني مصري بقولها " - فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض " (٢٥٠) .

(٢٥٠) إذ تنص المادة ٢٠٨ في فقرتها الثانية " فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد إذن القاضي أو دون إذنه في حالة الاستعجال . كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء ، دون إخلال في الحالتين بحقه في الحصول على تعويض إن كان له مقتضى " .

## المطلب الثالث

### نقل ملكية العقار

أولاً : لا تنتقل الملكية في بيع العقار بيعاً صحيحاً إلا بالتسجيل .

لقد كان الوضع في مصر قبل صدور قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣م أن ملكية المبيع ولو كان عقاراً تنتقل إلى المشتري بمجرد إبرام العقد بين طرفيه ، وتطبيقاً لذلك فقد قضي بأنه من " المقرر في ظل سريان أحكام القانون المدنى القديم وقبل تاريخ العمل بأحكام قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ الصادر فى ٢٦ / ٦ / ١٩٢٣ والمعمول به فى ١ / ١ / ١٩٢٤ أن الملكية فى العقار تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد التعاقد دون حاجة إلى التسجيل " <sup>٢٥١</sup> لكن بعد العمل بالقانون سالف الذكر إذا بيع العقار من مالك له وكان بيعه صحيحاً لم تنتقل الملكية بمجرد إبرام هذا العقد ، وإنما يلزم لانتقال الملكية وجوب تسجيل هذا العقد أو تسجيل الحكم النهائي الحائز لقوة الأمر المقضى به ، وهذا سواء بالنسبة للطرفين أو بالنسبة للغير ، ويقتصر أثر هذا العقد الصحيح قبل حصول التسجيل على هذا النحو على ترتيب التزامات شخصية على عاتق البائع باتخاذ ما يلزم من إجراءات لنقل هذه الملكية إلى المشتري ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٩٣٤ مدني مصري بقولها " 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 أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر " .

(<sup>٢٥١</sup>) نقض مدني مصري الطعن رقم ١٧٠٣ لسنة ٦٤ قضائية ، جلسة بتاريخ ٢٧/٥/٢٠٠٣ م ، مكتب فنى ( سنة ٥٤ - قاعدة ١٥٤ - صفحة ٨٩١ ) .

وتنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦م على أن " جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات، الوقف والوصية " . " وترتب علي عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلي غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن " .

### ثانياً : ما هو المقصود بالتسجيل ، وما هي أنواعه ومزاياه ؟

التسجيل هو إجراء من إجراءات الشهر اللازم للتصرفات القانونية الواردة على العقارات ، فإذا كانت الحياة الظاهرة للمنقول تكشف لكل من يهمله التعامل عليه من معرفة الحقوق الواردة عليه ، فإنه لا سبيل للعلم بالحقوق الواردة على العقار إلا بطريق الشهر الذي يحقق الكشف والعلانية لمن يريد التعامل على هذا العقار ، فيكون على بينة من أمره قبل الإقدام على التعامل عليه ، ولهذا أوجب واضع القانون في مصر ضرورة شهر الحقوق العينية الأصلية بطريق التسجيل (وهو إجراء لشهر الحقوق العينية الأصلية مثل حق الملكية والحقوق المتفرعة منه مثل حق الانتفاع وحق السكنى وذلك بإثبات أو نقل حرفي للمحررات المثبتة للتصرفات القانونية المراد شهرها)، وشهر الحقوق العينية التبعية بطريق القيد (وهو إجراء لشهر الحقوق العينية التبعية مثل حق الرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز ، ويتم بإثبات البيانات الجوهرية فقط الواردة في التصرف المراد شهره) أو التأشير الهامشي (وهو إجراء يفترض سبق وجود تسجيل أو قيد ، ثم يراد من خلاله إجراء تعديل أو تصحيح أو تكملة فيه بموجب تصرف جديد أو حكم قضائي نهائي) ، حتى تنشأ أو تنتقل سواء بين أطرافها أو بالنسبة للغير ، حتى تتحقق العلانية عند إنشاء أو نقل هذه الحقوق بما يصدر بشأنها من تصرفات قانونية .

وقد أخذ واضع القانون المصري بنظامين في التسجيل نظام التسجيل الشخصي

ونظام التسجيل العيني وذلك على التفصيل الآتي :

**نظام التسجيل الشخصي:** ويعتمد هذا النظام في ظل قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦م على أن ينشأ في كل مركز أو مدينة مكتب للشهر العقاري يدون الموظف المختص في سجله المفهرس بحسب أسماء الأشخاص المتصرفين ما يجريه هؤلاء الأشخاص من تصرفات بشأن العقارات ، ومن هنا جاءت تسميته بالسجل الشخصي ، فإذا أراد شخص أن يستعلم عن عقار مملوك لشخص معين ، وجب عليه أن يكون عالماً باسمه ثلاثياً حتى يتسنى لأمين السجلات بالشهر العقاري البحث عنه في الأسماء المقيدة عنده ، فإن وجد تصرفاً صادراً عن أحد الأشخاص أعطاه شهادة تفيد ذلك وإن لم يجد أعطاه شهادة تفيد عدم وجود تصرف على هذا العقار ، ونظراً لأن نظام التسجيل الشخصي يقوم على تدوين التصرفات الواردة على العقار على مسئولية طالب التسجيل دون النظر إلى صحتها من بطلانها ، ودون التأكد من جديتها أو صورتها ، ولذا فهو وسيلة للعلانية والكشف وليس وسيلة لتصحيح التصرف المشهر ولهذا صح القول بأن هذا التسجيل الشخصي لا يصح عقداً باطلاً ، هذا بالإضافة إلى أنه نظراً لطابعه الشخصي فهو يعتمد في عملية البحث ليس على العقار الوارد بشأنه التصرف وإنما على الشخص الصادر عنه التصرف فإن تشابه أسماء الناس واختلاطها ببعض البعض وإمكان صدور التصرف من غير ليس مالكاً لما تصرف فيه ، من شأنه أن يفقد البيانات الواردة فيه طابع الدقة ، لذا تعلقت آمال المعنيين بالشهر العقاري من الفقهاء والقضاة وموظفي الشهر إلى ضرورة الأخذ بنظام السجل العيني لتجنب مساوئ هذا السجل الشخصي .

وهذا ما أكدته **محكمة النقض المصرية** بقولها إنه من " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن التسجيل طبقاً لأحكام القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري هو نظام شخصي يجري وفقاً للأسماء لا بحسب العقارات وليست له حجية كاملة في ذاته فهو لا يصح العقود الباطلة أو يكمل العقود الناقصة بل تتم إجراءاته بناء على طلب أصحاب الشأن أو من يقوم مقامهم على ضوء البيانات التي أوجبت

المادة ٢٢ من القانون المذكور اشتمال طلبات الشهر عليها ومنها البيانات المتعلقة بأصل حق الملكية أو الحق العيني محل التصرف واسم المالك السابق أو صاحب الحق العيني وطريق انتقال الملكية أو الحق العيني إليه ومتى قامت مصلحة الشهر العقاري ببحث أصل الملكية أو الحق العيني في حدود هذه البيانات والأوراق المؤيدة لها فلا مسؤولية عليها إن هي اعتمدت هذه البيانات وتلك الأوراق وقامت بشهر المحرر وتسجيله استناداً إليها إذ تقع التبعة والمسؤولية على طالب التسجيل . وإتمام التسجيل ونقل الملكية لا يمنع أصحاب الشأن من منازعة من انتقلت إليه الملكية بهذا التسجيل بما يروونه من أسباب فتسجيل العقد أو عدم اختصام الشهر العقاري لا يحول دون نظر القضاء لهذه المنازعة والحكم فيها على خلاف ما ورد بالعقد المسجل غاية الأمر أن عدم اختصام الشهر العقاري لا يجعل الحكم الصادر في هذه المنازعة حجة عليه وإن كان يجوز لصاحب الشأن تدارك ذلك بدعوى أخرى بطلب إلزام الشهر العقاري بتعديل العقد المسجل وفقاً للحكم الصادر " ٢٥٢

**نظام التسجيل العيني :** ويعتمد هذا النظام في ظل قانون السجل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤م على أن تخصص لكل عقار صفحة تدون فيها جميع التصرفات القانونية التي ترد عليه أياً كانت أسماء أو أشخاص المتعاملين على هذا العقار ، ومن هنا جاءت تسمية هذا النظام بالسجل العيني ، وهو نظام يتيح بكل سهولة ويسر معرفة جميع التصرفات الواردة على العقار بض النظر عن أشخاص من صدرت عنهم هذه التصرفات ودون التباس أو اختلاط بمجرد الرجوع إلى الصفحة المخصصة لهذا العقار ، وهذا عين ما نصت عليه المادة الأولى من قانون السجل العيني بقولها " السجل العيني هو مجموعة الصحائف التي تبين أوصاف كل عقار وتبين حالته القانونية وتتص على الحقوق المترتبة له وعليه وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به " ، ونصت عليه المادة ٢/٤ من قانون السجل العيني بقولها " يخصص سجل عيني لكل قسم مساحي،

(٢٥٢) نقض مدني مصري الطعن رقم ٤٠٢٩ لسنة ٧٩ قضائية جلسة بتاريخ ٢٠١٢/٧/٩ م ، مكتب فنى ( سنة ٦٣ - قاعدة ١٥٥ - صفحة ٩٩٣ ) .

وتفرد في هذا السجل صحيفة خاصة بكل وحدة عقارية ترقم وفقاً للقواعد الخاصة بكيفية إمساك السجل " .

ويراعى أنه في هذا النظام يتم التأكد من صحة وجدية التصرفات المدونة فيه لأنه يخضع لإشراف قضائي ، حيث يتولى قاض مختص فحص أي محرر يراد إثباته في هذا السجل ليتأكد من جديته وصحته ونفاذه ، الأمر الذي يجعل لهذا النوع من السجل حجية مطلقة في مواجهة الكافة ، أي سواء بالنسبة لطرفي التصرف أو بالنسبة للغير ، ومن ثم يكون لا يكون مجرد وسيلة للعلانية والكشف ، بل وفي نفس الوقت وسيلة لتطهير التصرف من عيوبه المؤدية إلى بطلانه أو فسخه ، فيصير هذا السجل العيني - وليس التصرف ذاته - ناقلاً للملكية ، ولا يجوز من ثم من بعد إجرائه الطعن في هذا التصرف بأي سبب من أسباب الطعن ، ويكتفى فقط بثبوت حق المتضرر من هذا التصرف الباطل في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذه الحجية التي أضفاها السجل العيني على هذا التصرف الباطل .

وتطبيقاً لذلك فقد قضى بأن "القيد بالسجل العيني حجيته مطلقة في ثبوت صحة البيانات الواردة فيه في خصوص ملكية العقار المقيد باسم صاحبه ولو كان هذا القيد تم على خلاف الحقيقة م ٣٧ من القرار بقانون ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ علة ذلك اعتبار تلك الحجية هي جوهر نظام السجل العيني شرطه استقرار بيانات القيد وتطهرها من العيوب إما بفوات ميعاد الاعتراض دون الطعن فيها أو بالفصل في موضوع الاعتراض برفه بمعرفة اللجنة القضائية عدم اكتساب القيد الأول القوة المطلقة خلاف ذلك بل يظل الباب مفتوحاً للاعتراض عليه بمعرفة صاحب المصلحة أمام القضاء العادي بعد انتهاء المدة المحددة لعمل اللجنة القضائية بغير حسم لموضوع الاعتراض المقدم لها في الميعاد المواد ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٤، ٣٩ ق ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العيني " ٢٥٣

بيد أنه نظراً لما يحتاجه هذا النظام من حصر دقيق لجميع العقارات الموجودة على

(٢٥٣) نقض مدني مصري الطعن رقم ١٥٤٠ لسنة ٧٠ قضائية جلسة بتاريخ ١٧/٦/٢٠٠١ م ، مكتب فنى ( سنة ٥٢ - قاعدة ١٧٩ - صفحة ٩٠٧ ) .



مستوى الجمهورية وإفراد صحيفة مستقلة لكل عقار منها ، وعمل مسح هندسي لكل الأراضي في كل قسم مساحي ، وما يحتاجه تنفيذه من جهد ووقت ونفقات كثيرة ، لذا رغم صدور قانون لتطبيقه في مصر إلا من الناحية الواقعية لم يطبق إلا في مناطق معينة إلى أن يتم استيفاء ما يلزم من إجراءات لإمكانية تطبيقه على مستوى الجمهورية.

### ثالثاً : آثار عقد بيع العقار قبل التسجيل : يترتب على هذا العقد الآثار الآتية :

إن عقد بيع العقار عقد نافذ في حق طرفيه مرتباً لجميع آثاره باستثناء انتقال ملكية العقار ، فهي ملكية معلقة على شرط قانوني واقف ألا وهو تسجيل عقد البيع أو تسجيل الحكم النهائي القاضي بصحة ونفاذ عقد البيع ، ومن ثم لم يعد المشتري بموجبه مالكاً للعقار ، فهو له حق ملكية ، لكنها ملكية غير موجودة ، وفي نفس الوقت ليست عدماً ، فهي ملكية محتملة أو قابلة للوجود (أي على خطر الوجود والعدم) ، ومن ثم إذا باع المشتري هذا العقار عُذَ بائعاً لما لا يملك ، إلى أن يجري التسجيل لعقد بيع هذا العقار ، فعندئذ تنتقل إليه الملكية بأثر رجعي لا من تاريخ التسجيل ولكن بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد ، إن كان هناك من يرى أن الأثر الرجعي يتمتع في الشرط الواقف ههنا لأن التسجيل شرط غير إرادي اشترطه القانون ولم يسمح بترتيب أثره إلا من تاريخ التسجيل. وإذا بنى المشتري بعقد غير مسجل بناءً أو غرس غرساً في الأرض عُذَ بانياً أو غارساً في ملك غيره وسرت عليه قواعد الالتصاق فيكون هذا البناء أو الغراس مملوكاً للبائع إلى أن يتم التسجيل فعندئذ تنتقل الملكية إلى المشتري على البناء وما بني عليه أو على الأرض وما غرس عليه من غراس .

ولا يثبت للمشتري بعقد غير مسجل سوى الالتزامات الشخصية المتولدة بين الطرفين بموجب هذا العقد ، وهذا ما نصت عليه المادة ٢/٩ من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦م بأن " وترتب علي عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلي غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن " .

ومن ثم يثبت للمشتري بعقد غير مسجل أن يطلب من البائع أو ورثته تنفيذ الالتزام بنقل ملكية العقار إليه مختاراً وذلك من خلال قيامه باصطحاب الأوراق المثبتة لملكيته والذهاب معه إلى مكتب الشهر العقاري للتصديق أمام الموثق على العقد النهائي لتنتقل إليه ملكية العقار بذلك التسجيل ، فإذا امتنع البائع عن تنفيذ ذلك الالتزام مختاراً كان للمشتري حمله على هذا التنفيذ العيني جبراً عنه ، وذلك عن طريق استصدار حكم من القاضي يقوم مقام العمل الذي كان مطلوباً عنه ، من خلال رفع دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ثم تسجيل الحكم النهائي الصادر في تلك الدعوى لتنتقل الملكية بتسجيل هذا الحكم .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها بأنه " ولئن تراخى نقل الملكية في البيوع العقارية إلى التسجيل ، إلا أن البائع يظل ملزماً ، بموجب العقد بتسليم المبيع وبنقل الملكية ، كما يلتزم المشتري بأداء الثمن ، إلى غير ذلك من الالتزامات التي تترتب بين الطرفين على التقابل بمجرد انعقاد البيع " (٢٥٤) .

ويلتزم المشتري قانوناً - ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك - بتحمل مصروفات تسجيل عقد بيع العقار خروجاً على الأصل العام الذي يجعل مصروفات تنفيذ أي عقد على عاتق المدين به ، ولا شك أن تسجيل العقد إجراء لازم لتنفيذ التزامه باتخاذ ما يلزم من إجراءات لنقل ملكية العقار إلى المشتري ، وكان واضح القانون موقفاً في ذلك مراعاة منه للاعتبارات العملية أو الواقعية ، لأن البائع عادة ما يشعر بالخسارة عند البيع وإن ربح ، ولذا تشجيعاً له على إتمام إجراءات التسجيل وعدم التقاعس في مباشرتها نص القانون على أن يتحمل المشتري مصروفات هذا التسجيل ولم يكلف بها البائع ، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٤٦٢ مدني مصري بقولها " نفقات عقد البيع ورسوم ( الدمغة ) والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك "

---

(٢٥٤) نقض مدني مصري الطعن رقم ١٦٧٨١ لسنة ٨٤ قضائية الصادر بجلسته ٢٠٢٠/٣/٢ م .

(٢٥٥) .

يبقى البائع للعقار (وخلفه العام) بعقد غير مسجل مالكا للعقار إلى أن يتم تسجيله ، غير أنه يبقى البائع ملتزماً بموجب هذا العقد باتخاذ ما يلزم من إجراءات لنقل الملكية إلى المشتري ، كما يتمتع عليه أن يتعرض للمشتري في هذا العقار ، كما يضمن تعرض الغير له إذا كان تعرضاً قانونياً .

إن بيع العقار بعقد غير مسجل وإن لم ينقل الملكية إلى المشتري بعد إلا أنه لا يحرم الشفيع - جارا كان أو شريكاً - من رخصة طلب الشفعة ، ولا ينتظر حتى يتم التسجيل ، وإذا حصل أن بيع عقار مجاور أو مشترك مع العقار المباع بعقد غير مسجل ، كان مرخصاً للبائع أو ورثته حق طلب الشفعة عند بيع هذا العقار ، ولا يثبت هذا الحق للمشتري أو ورثته إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل .

لا يجوز للمشتري بعقد غير مسجل أو ورثته رفع دعوى استحقاق على البائع أو ورثته مطالباً بتثبيت ملكيته على العقار المبيع ، لأن هذه الدعوى لا ترفع إلا من مالك ، والمشتري أو ورثته قبل التسجيل لا يعد مالكا بعد ، بل لم تزل الملكية ثابتة للبائع ، ولكن من حق المشتري أو ورثته رفع دعوى صحة التوقيع أو رفع دعوى صحة التعاقد أو ما يسمى بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع .

**رابعاً : آثار عقد بيع العقار بعد التسجيل .**

إذا قام البائع بتنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري باتخاذ ما هو ضروري ولازم من الإجراءات لنقل ملكية هذا العقار المبيع للمشتري ، بالذهاب إلى

---

(٢٥٥) وهذا عين ما نصت عليه المادة ٥٠٧ مدني كويتي " يتحمل المشتري نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسلم المبيع وغير ذلك من مصروفات ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك " ونصت عليه المادة ٤٣٥ مدني بحريني " يتحمل المشتري نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسلم المبيع وغير ذلك من المصروفات ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك " .

مكتب التوثيق والتسجيل مصطحباً معه أوراق وسند ملكيته وعقد البيع الابتدائي للتصديق على عقد البيع النهائي أمام الموظف العام المختص (الموثق) ، وبإتمام إجراءات التسجيل تنتقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري أو ورثته من بعده ، ولا يكون لتحقق الشرط القانوني بالتسجيل أثر رجعي ، فلا تنتقل الملكية من تاريخ إبرام العقد ، إنما يكون له أثر فوري مباشر من تاريخ حصول التسجيل .

ويراعى أنه إذا توالى البيوع على عقار واحد فيلزم موالاة التسجيل حتى تنتقل الملكية بتسجيل العقد الأخير ، ومن ثم إذا اشترى " أحمد " من " محمد " عقار بعقد غير مسجل ، لم تنتقل الملكية إلى محمد ، فإذا باع " محمد " إلى " حسن " وقام " حسن " بتسجيل عقده لم تنتقل الملكية إلى " حسن " بهذا التسجيل ، لأن التسجيل وحده لا ينقل الملكية إلى المشتري الجديد إلا إذا كان البائع لهذا المشتري مالكا لما باعه له ، وذلك بتسجيل عقده ، ولذا يجب تسجيل عقود البائعين السابقين حتى تنتقل ملكية العقار بتسجيل العقد الأخير .

كما يراعى أنه إذا تعدد المشترون بعقود متتالية من بائع مالك واحد ، فعندئذ ننظر إلى عدة فروض مختلفة :

١- **الفرض الأول : التنازع بين عقد غير مسجل وعقد لاحق مسجل** ، كما لو باع محمد عقاراً له إلى " أحمد " بعقد غير مسجل ، ثم قام " محمد " بعد ذلك بإعادة بيع نفس العقار إلى " حسن " بعقد مسجل ، فعندئذ تنتقل الملكية إلى " حسن " على إثر تسجيل عقده ، حتى ولو كان سيء النية ، أي يعلم بسبق بيع العقار إلى مشتري سابق عليه ، بل واستقر الفقه والقضاء على ذلك (٢٥٦) ، لأن المفاضلة ههنا تقع بين عقد غير ناقل

(٢٥٦) انظر في ذلك : خميس خضر ، بند ٨٦ ، ص ١٣٩ ، وما بعدها ، إسماعيل غانم بند ١٠٩ ، ص ١١٠ ، ص ١٤٥ ، ١٤٦ ، أنور سلطان ، بند ١٧٥ ، ص ٢١١ ، البدر اوي ، بند ٢٠٣ ، ص ٢٠٧ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧١ ، ص ١١٥ ، أحمد عبد العال أبو قرين " عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع وأحكام القضاء " ، ص ٢٦٣ ، الطبعة الثالثة ٢٠٠٦ م ، دار أبو المجد للطباعة بالهرم ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، نقض مدني مصري ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ - مجموعة أحكام النقض - سنة ٢ ، ع ١ ، رقم ١٥ ، ص ٤٩٣ ، نقض ٨ فبراير ١٩٥٣ - مجموعة أحكام النقض - س ٤ ، ع ٢ ، رقم ٤٤ ، ص ٣٠٩ ، نقض ١٥ فبراير ١٩٦٦ - مجموعة أحكام النقض ، س ١٧ ، ص ٢٩٥ ، نقض ٢٦ يونيو ١٩٦٩ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٠ ، ص ١٠٨٤ ، نقض ٧ أبريل ١٩٧٠ - مجموعة أحكام النقض - س ٢١ ، ص ٥٨١ .

للملكية (عقد بيع عقار غير مسجل) وعقد ناقل للملكية (عقد بيع عقار مسجل) ، ومن ثم تكون الأفضلية للعقد الناقل للملكية على العقد غير الناقل لها ، وهذا أمر بدهي وطبيعي .

٢-الفرض الثاني : التزام بين عقد بيع غير مسجل وبين عقد عقار مسجل لاحق عليه مع ثبوت الغش أو التواطؤ في جانب المشتري الثاني مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول ، إن هناك من رأى أنه يبقى التفضيل لمن كان عقده مسجلاً حتى ولو كان أشد سوءاً من مجرد سوء النية بسبق علمه بحق المشتري الأول ، بل حتى ولو كان متواطئاً مع البائع للإضرار بالمشتري الأول ، لكنني لست مع هذا الرأي ، لأنه يتجاهل حصول الغش وتأثيره على التصرف والتسجيل ، ذلك أن التواطؤ أو الغش عمل غير مشروع يجعل مرتكبيه مسئولين عن ها العمل غير المشروع في حق المشتري الأول ، ومن ثم يكونا مسئولين على سبيل التضامن عن تعويضه عن هذا العمل غير المشروع ، وخير عقاب لهذا المشتري الغاش أن يعامل بنقيض قصده ، فيحرم من أثر تسجيل عقده لوقوع الغش منه ، لأن الغش يفسد التصرف ويفسد على إثر ذلك التسجيل الحاصل بعد هذا التصرف ، لأن التسجيل لا يصح تصرفاً فاسداً .

وإذا كان التزام بين عدة عقود صادرة من مالك واحد وكانت هذه العقود ذوات تواريخ إبرام مختلفة لكنها كانت جميعها مسجلة ، فإن العقد الأسبق في تاريخ التسجيل هو العقد المفضل على غيره من العقود المسجلة بعده ، فإذا جرت عملية التسجيل لهذه العقود المتزاحمة في ساعة واحدة كان التفضيل للأسبق منهم في رقم قيده في داخل دفتر الشهر أو التسجيل .

**خامساً : دعوى صحة التوقيع والفرق بينها وبين دعوى صحة التعاقد.**

إن دعوى صحة التوقيع هو دعوى شخصية يرفعها المدعي (أو ورثته) على المدعى عليه (أو ورثته) بهدف إثبات صحة نسبة التوقيع المذيل به المحرر العرفي - عقداً كان أو غيره - سواء كان توقيعاً بخطه أو بإمضائه أو بختمه أو ببصمة إصبعه ،

إلى من وقع ، دون النظر إلى مضمون أو محتوى هذا المحرر للحكم عليه بصحته أو عدم صحته ، فإذا كان المحرر عبارة عن عقد بيع عقار أو منقول ، فإن المشتري (أو ورثته) في هذه الدعوى يطلب من القاضي إثبات صحة توقيع البائع على هذا العقد في مواجهة البائع (أو ورثته) ، فإذا حضر المدعى عليه وكان هو البائع وأقر بنسبة التوقيع إليه (أو كان البائع متوفياً وحضر الورثة وأقروا بصحة نسبة التوقيع في عقد البيع إلى مورثهم) أو حضر المدعي وأنكر هذا التوقيع أي ادعى عدم صحة نسبة المحرر إليه (أو أنكر الورثة هذا التوقيع وأنكروا عدم علمهم به) وأجرى القاضي تحقيقاً (سواء عن طريق المضاهاة أو تحقيق الخطوط) تأكد على إثره من صحة نسبة المحرر إلى البائع المدعى عليه حكم القاضي بصحة التوقيع على عقد البيع من قبل البائع ، فيكون حكمه حجة على البائع وورثته في نسبة توقيعه على هذا المحرر ، دون أن تتجاوز إلى صحة ونفاذ العقد الوارد في هذا المحرر .

وهذا عين ما نصت عليه المادة ٤٥ من قانون الإثبات المصري بقولها "يجوز لمن بيده محرر غير رسمي أن يختصم من يشهد عليه هذا المحرر ليقر أنه بخطه أو إمضائه أو بختمه أو بصمة أصبعه ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الأداء، وذلك يكون بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة " (٢٥٧) .

وتنص المادة ٤٦ من قانون الإثبات المصري على أنه " إذا حضر المدعى عليه وأقر، أثبتت المحكمة إقراره ، وتكون جميع المصروفات على المدعي ويعتبر المحرر معترفاً به إذا سكت المدعى عليه أو لم ينكره أو لم ينسبه إلى سواه " (٢٥٨) .

وتنص عليه المادة ٤٨ من قانون الإثبات المصري بقولها " إذا أنكر المدعى عليه الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع فيجري التحقيق طبقاً للقواعد المتقدمة " (٢٥٩) .

(٢٥٧) هذه المادة تعادل المادة ٤٧ من قانون الإثبات البحريني .

(٢٥٨) هذه المادة تعادل المادة ٤٨ من قانون الإثبات البحريني .

(٢٥٩) هذه المادة تعادل المادة ٤٩ من قانون الإثبات البحريني .

وجدير بالذكر أن هذه الدعوى دعوى تحفظية يتغيا رافع الدعوى من ورائها (مثل المشتري أو ورثته) مجرد الحكم بصحة نسبة التوقيع إلى موقعه وهو البائع ، في مواجهة هذا البائع أو ورثته ، دون النظر إلى مضمون هذا المحرر أو محتواه للفصل في صحته ونفاذه أم لا ، ومن ثم يجوز للبائع أو ورثته من بعده رغم الحكم الصادر بصحة التوقيع أن رفع دعوى على المشتري أو ورثته للطعن في عقد البيع بالبطلان أو الفسخ ، أو الدفع بعدم التنفيذ ، كما يجوز للمشتري (أو ورثته من بعده) رفع دعوى صحة التوقيع ، حتى وإن كان القضاء قد سبق له أن حكم برفض دعوى صحة ونفاذ عقد البيع المرفوعة منه أو سبق أن حكم ببطلان عقد البيع ، متى كانت له مصلحة في ذلك ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " دعوى صحة التوقيع دعوى تحفظية الغرض منها إثبات أن التوقيع الموضوع على المحرر توقيع صحيح صادر من يد صاحبه ، ويكفي لقبول الدعوى وفقاً لما تقضي به المادة الثالثة من قانون المرافعات أن يكون لرافعها مصلحة قائمة يقرها القانون ، ولما كان الحكم في الدعوى السابقة برفض طلب الطاعن صحة ونفاذ البيع الصادر إليه من المطعون عليه لبطلانه لا ينفي أن للطاعن مصلحة في الحصول على حكم بصحة التوقيع على عقد البيع المشار إليه ، ذلك أن بطلان هذا العقد يترتب عليه طبقاً للمادة ١٤٢/١ من القانون المدني أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فيسترد كل متعاقد ما أعطاه ، مما يكون معه للطاعن مصلحة في طلب إثبات صحة توقيع المطعون عليه على المحرر سالف الذكر . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقرر أنه لا مصلحة للطاعن في رفع دعواه بصحة التوقيع على عقد البيع الصادر إليه من المطعون عليه بعد أن حكم ببطلان هذا العقد ورتب على ذلك قضاؤه بعدم قبول الدعوى فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (٢٦٠) .

(٢٦٠) نقض مدني مصري - الفقرة رقم ١ من الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣٩ ق - تاريخ الجلسة ١٩ / ١١ / ١٩٧٤  
مكتب فني ٢٥ رقم الصفحة ١٢٥٠ ، طعن رقم ٤١٩٣ لسنة ٦٤ قضائية جلسة بتاريخ ٢٨/٢/٢٠٠٤ م ، مكتب فني ( سنة ٥٥ - قاعدة ٤٧ - صفحة ٢٣٩ ) .

كما يراعى أن دعوى صحة التوقيع ليست من الدعاوى التي أوجب قانون الشهر العقاري تسجيل صحف دعاويها حتى تكون أحكامها ذات حجية في مواجهة من ترتبت لهم حقوق بعد هذا التسجيل لصحتها مثل دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ، ومن ثم فإنه لا يكون للحكم الصادر في دعوى صحة التوقيع من حجية إلا من تاريخ تسجيل هذا الحكم وليس من تاريخ تسجيل صحيفة هذه الدعوى .

في حين أن دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هي دعوى موضوعية لأنها تنصب رأساً على أصل أو موضوع التصرف محل الدعوى وهو عقد البيع للفصل في صحته ونفاذه ، وهي دعوى شخصية لأن المشتري يستند في رفعها على البائع على عقد بيع عقار غير مسجل ومثل هذا العقد لا ينقل له ملكاً وإنما يترتب له فقط التزامات شخصية ، ولذا فهو يرفعها بوصفه دائناً وليس بوصفه مالكاً يطالب فيها مدينه البائع باتخاذ ما يلزم من إجراءات لتمكينه من تسجيل هذا العقد ونقل ملكية العقار له على إثر هذا التسجيل ، وهي في نفس الوقت دعوى عينية عقارية لأنها تهدف إلى الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع وتسجيل هذا الحكم من أجل نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري ، مما يجعلها بمثابة دعوى استحقاق مآلاً ، ولهذا يجوز رفعها أمام محكمة موطن المدعى عليه بوصفها دعوى شخصية ، كما يجوز رفعها أمام محكمة موطن العقار المبيع بوصفها دعوى عينية عقارية .

وترفع هذه الدعوى من المشتري أو خلفه العام (مثل ورثته) ، كما يجوز رفعها من دائني المشتري وخلفه الخاص حفاظاً على الضمان العام المقرر لهم على أموال المشتري نيابة عن هذا المشتري بطريق الدعوى غير المباشرة (أي باسم ولحساب المشتري) ، تأسيساً على أن هذه الدعوى تتعلق بحق مالي (وليس حقاً أدبياً خاصاً بالمشتري ولا حقاً مالياً ذا طابع أدبي خاص به) فيمتنع على الدائن استعماله نيابة عن المشتري في مواجهة البائع ، بل ويجوز رفعها من البائع (أو ورثته) إذا كانت له مصلحة في ذلك ، كما يجوز لدائني البائع نفسه رفعها نيابة عنه بطريق الدعوى غير المباشرة إذا كانت لهم مصلحة في ذلك ، كما لو كان استيفاء ثمن العقار كله أو جزء



كبير منه معلقاً على شرط تسجيل العقد ورفض البائع ذلك التسجيل أو امتنع عنه فيعتمد الدائنون إلى ولوج سبيل هذه الدعوى تمهيداً للحصول على حكم نهائي بصحة ونفاذ عقد البيع وتسجيل هذا الحكم فتنقل الملكية إلى المشتري فيطالبونه من بعد بدفع الثمن أو دفع الجزء الكبير المتبقي منه .

ومراعاة للهدف أو الغاية من الدعوى ، لا تكون الدعوى مقبولة إذا كان متعذراً على البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري ، كما لو سبق أن قام مشترٍ آخر إلى تسجيل عقده فانتقلت إليه ملكيته ، بغض النظر عن تاريخ البيع له (أي سواء كان تاريخ البيع لهذا المشتري الأخير سابقاً أو لاحقاً على البيع للمشتري الراغب في رفع هذه الدعوى) ، ومن ثم صار التنفيذ العيني للالتزام البائع باتخاذ ما يلزم لنقل ملكية العقار المبيع إلى هذا المشتري غير ممكن .

وجدير بالذكر أنه بعد أن كان تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة ونفاذ عقد البيع إجراء اختياري يلجأ إليه المشتري إذا ما أراد أن يحتج على كل من كسب حقوقاً على ذات العقار في الفترة ما بين رفع هذه الدعوى وصدور حكم نهائي بصحة ونفاذ عقد البيع ، لاسيما وأن هذه الدعوى من الدعاوى الواجبة الشهر ، صار تسجيل صحيفة هذه الدعوى بموجب المادة ٦٥ التي أضيفت بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١م شرطاً لازماً لقبولها ، بحيث إذا لم تسجل يحكم القاضي بعدم قبول هذه الدعوى حيث تنص هذه المادة على أنه " ولا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفةا " .

وإذا تعدد المشترون لعقار واحد ، فلكل واحد منهم الحق في رفع دعوى صحة ونفاذ عقده ، بل إن صدور حكم نهائي لواحد منهم بصحة ونفاذ عقده لا يمنع غيره من رفع ذات الدعوى لعقده ، مادام لم يتم تسجيل هذا الحكم أو التأشير به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فمن يسبق إلى تسجيل حكمه تنتقل إليه الملكية .

ويستطيع المشتري (أو من يقوم مقامه من خلف عام أو خاص أو دائن) لعقار

بعقد غير مسجل رفع هذه الدعوى في أي وقت ، فلا يتقيد بوقت معين ، رغم أن حقه من الحقوق الشخصية التي تخضع عادة في انقضائها للتقادم الطويل (أي الذي مدته خمسة عشر عاماً) ، تأسيساً على أنه يمتنع على البائع أو ورثته الدفع بالتقادم ، لما فيه من تعارض مع التزامهم بعدم التعرض له ، هذا بالإضافة إلى أن هذه الدعوى بالنظر إلى غايتها والهدف منها وهو نقل حق عيني عقاري إلى المشتري ، تعد دعوى استحقاق مآلاً ودعوى الاستحقاق لا تسقط أبداً ولا تخضع للتقادم .

وبتسجيل الحكم النهائي الصادر بصحة ونفاذ عقد البيع تنتقل الملكية إلى المشتري رافع هذه الدعوى دون حاجة إلى تسجيل عقد البيع ذاته ، بعكس الحال في دعوى صحة التوقيع فلا تنتقل الملكية إلا بتسجيل العقد والحكم معا ، فلا يكفي تسجيل أحدهما دون الآخر .

وبصدور حكم نهائي بصحة ونفاذ عقد البيع في دعوى صحة التعاقد امتنع من بعد صدوره الطعن في العقد بالبطلان أو الفسخ ، لسبق فصل الحكم نهائياً فيما يجري الطعن به ، بعكس الحال في دعوى صحة التوقيع ، فإن صدور حكم نهائي بصحة التوقيع ، لا يمنع من الطعن في عقد البيع بما يشوب صحته أو نفاذه ، لأنه الحكم في هذه الدعوى لا حجية إلا فيما فصل من نسبة التوقيع إلى من انتهى الحكم إلى صحة نسبة التوقيع إليه .

## المبحث الثاني

### التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري

**أولاً : معنى التسليم وأهميته :** لا شك أن التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري هو أحد الالتزامات الناتجة عن عقد البيع حتى يتسنى للمشتري السيطرة على المبيع والانتفاع به بالوجوه التي أعد لها هذا المبيع .

ومعنى التسليم هو أن يضع البائع المبيع تحت سيطرة المشتري على نحو يمكنه من حيازته والانتفاع به دون عائق ، بحيث إذا كان المبيع داراً أخلاها له وسمح له بدخوله فيه وسكنه إياه مع تسليمه مفاتيح تلك الدار ، وإذا كان المبيع سيارة جعلها تحت تصرفه وسلمه إياها هي ومفاتيحها ، مع إعلامه بذلك بأي وسيلة من وسائل الإعلام شفويّاً كانت أو كتابية (وسواء كانت مسجلة أو غير مسجلة) ، وعلى البائع أن يجري الإعلام بالوسيلة التي تمكنه من إثبات حصوله إياه عند التنازع مستقبلاً بينهما بشأن حصوله أو عدم حصوله .

وتتجلى أهمية التسليم في تمكين المشتري من استعمال المبيع والانتفاع به بوجوه الاستعمال الذي أعد له ، سواء كانت ملكية هذا المبيع قد انتقلت إلى المشتري فعلاً (كما لو كان المبيع منقولاً معيناً بالذات فانتقلت إليه ملكية هذا المبيع بمجرد العقد أو كان هذا المبيع عقاراً وقد تم تسجيل العقد) أو كانت هذه الملكية لم تنتقل إليه بعد (كما لو كان المبيع عقاراً تم تسليمه قبل أن يتم تسجيل العقد) .

كما تظهر أهمية التسليم في تحديد من يتحمل تبعه الهلاك من طرفي العقد ، فقبل تسليم المبيع تكون تبعه هلاكه لسبب أجنبي لا يد لأحد طرفي العقد في حدوثه على عاتق البائع ، ما لم يقرم البائع بإعذار المشتري بالاستلام لكنه رفض الاستلام أو تأخر فيه ، فعندئذ تنتقل تبعه الهلاك إلى عاتق المشتري ، أما بعد التسليم فإن تبعه هلاك

المبيع تنتقل من على عاتق البائع إلى عاتق المشتري .

وأخيراً إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات ولم يجر تسليمه للمشتري بعد تسليمه فعلياً ، فإنه لا يكون في مأمن من احتمال تصرف البائع في هذا المبيع ثانية لمشتري ثان جديد على نحو يضر بحق المشتري الأول ، إذ سيكون من حق هذا المشتري الثاني إذا ما حاز المنقول المبيع حيازة فعلية أن يتمسك في مواجهة المشتري الأول بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ، ويحتج بهذه القاعدة في مواجهته ، ولا يكون أمام المشتري إلا الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق الكلي أو الجزئي ، ومن ثم إذا أراد المشتري لأي منقول معين بالذات أن يؤمن نفسه من تصرف البائع ثانية في المبيع أن يتسلم هذا المبيع تسليمياً فعلياً ، فيفوت عليه مضارته له على النحو الذي رأينا سابقاً .

**ثانياً : محل التسليم (المبيع وملحقاته) .** ويرد التسليم ليس فقط على المبيع وحده وإنما يشمل - إلى جانب المبيع ذاته - أجزاء هذا المبيع وثماره ونماءه ومنتجاته ، كما يشمل أيضاً ملحقاته ، فما هو مدلول هذه الأشياء التي تمثل محلاً للالتزام البائع بالتسليم ؟

إن أجزاء الشيء هي مكوناته التي يتكون منها ولا تتفصل عنه ، فأجزاء الدار هي أرضه والبناء القائم عليها والحديقة التي تتصل به والسور الذي يلتف حول هذه الدار وحول حديقته ، وأجزاء السيارة هي سقفها وأبوابها وإطاراتها وكل جزء من مكونات وأجزاء تلك السيارة مما لا ينفصل عنها ، وهذه يرد عليها التسليم باعتبارها تمثل المبيع ذاته وليست من ملحقاته ، لأنها مكوناته وتركيباته التي يتكون منها المبيع نفسه .

كما أن نماء المبيع يعني ما نمت أو زاد في المبيع ذاته بعد البيع مما لا ينفصل عنه ، مثل زيادة الدابة بعد بيعها وقبل تسليمها ، وزيادة أرض مبيعة مجاورة لبحر أو نهر بورود طمي البحر أو النهر إليها ، ومثل هذا النماء يرد عليه التسليم باعتباره هو من المبيع ذاته وليس من ملحقاته ، ولعل هذا هو ما يميز هذا النماء عن ثمار المبيع أو منتجاته أو ملحقاته .

وثمار الشيء هو كل ما يتولد عن الشيء ذاته أو يغله بصفة دورية من ثمار طبيعية (مثل ثمار الأشجار ومحاصيل الأراضي الزراعية ونتاج الدابة) أو ثمار مدنية (مثل أجرة الشقة المباعة من تاريخ بيعها وأرباح الأسهم والسندات) ، دون أن تمثل جزءاً من أصل هذا المبيع أو ذاته ، وهذه الثمار رغم تميزها عن المبيع ذاته إلا أنه يرد عليها هذا التسليم باعتبارها من قبيل المبيع ذاته وليست من قبيل ملحقاته .

ومنتجات المبيع هي كل ما يتولد عن المبيع ذاته على نحو عارض أو بصفة غير دورية مما يمس بأصله وذاته ، مثل ما يستقطع من المحاجر والمناجم من أحجار أو معادن ، وهذه المنتجات يرد عليها التسليم بوصفه من قبيل المبيع ذاته وليس من قبيل ملحقات هذا المبيع .

أما الملحقات فهي أشياء مستقلة عن أصل المبيع أو ذاته لكنها تلحق به مراعاة لطبيعة هذا المبيع وعرف الجهة وقصد العاقلين ، حتى يتسنى استعماله والانتفاع به للغرض المعد له ، فالأرض الزراعية يلحق بها أدوات الفلاحة الموجودة بها ، كما يلحق بها حقوق الارتفاق المرصودة لخدمة هذه الأرض لضمان استعمالها واستغلالها ، وبيع المصنع يشمل ملحقاته مثل مخازن هذا المصنع والعيادة الطبية المخصصة للكشف على عماله ، ومساكن عماله ، وبيع السيارة يشمل إلى جانب السيارة ذاتها ملحقاتها مثل رخصة هذه السيارة ومستندات ملكيتها .

ويجب على البائع التزام بالمحافظة على المبيع ذاته وثماره ونمائه ومنتجاته وملحقاته من تاريخ إبرام العقد ويقوم بتسليم كل ذلك إلى المشتري ، وهو التزام بتحقيق غاية أو نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية أو باتخاذ وسيلة ، هذا كله ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، كأن يتفق البائع والمشتري على أن تكون ثمار أو منتجاته للبائع بعد البيع إلى ما قبل إتمام التسليم أو يتفقا على أن يكون التزامه بالمحافظة على المبيع وما يعد جزءاً منه أو ملحقا من ملحقاته هو التزام ببذل عناية أو اتخاذ وسيلة وليس التزاماً بتحقيق غاية أو تحقيق نتيجة .

### ثالثاً : حالة المبيع وقت التسليم وهلاكه أو تلفه كلياً أو جزئياً

يجب على البائع تسليم المبيع بذات الحالة وذات القدر المتفق عليه مع المشتري ، وإلا كان مسئولاً مسؤولية عقدية تجاهه عن أي إخلال بهذا الالتزام ، وإذا حدث أن هلك المبيع كلياً أو تلف قبل التسليم لسبب أجنبي لا يد لأبي من طرفي العقد في حدوثه انفسخ العقد بقوة القانون وتحمل البائع وحده تبعه هذا الهلاك ، ولم يتحمل المشتري شيئاً عن ذلك الهلاك أو التلف ، ويكون - من ثم - له الحق في استرداد الثمن إن كان قد دفعه من قبل للبائع ، ولا يلتزم تجاهه بشيء من هذا الثمن إن كان لم يدفعه بعد ، هذا ما لم يهلك المبيع بعد إعدار البائع للمشتري باستلام المبيع ، فعندئذ يهلك المبيع على المشتري وليس على البائع إذا لم يستلمه المشتري رغم هذا الإعدار وكان الهلاك قد وقع بعد الإعدار ، وعندئذ إن كان المشتري كان قد دفع الثمن فلا يسترده ، وإن كان لم يدفعه يجبر على دفعه للبائع رغماً عنه عن طريق القضاء ، وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٤٣٧ مدني مصري بقولها " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسليم المبيع " (٢٦١) .

وإذا حدث الهلاك أو التلف لسبب يرجع إلى خطأ المشتري كان مسئولاً عن ذلك ووقعت تبعه الهلاك عليه ، ولم يجز له استرداد الثمن إن كان قد دفعه للبائع من قبل ، ويلتزم بدفعه له إن كان لم يدفعه بعد لسبب أو لآخر ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٠٦/أ مدني بحريني بقولها " إذا هلك المبيع أو تلف بفعل المشتري بقي ملتزماً بالثمن كاملاً " (٢٦٢) .

وإذا حدث أن كان الهلاك أو التلف جزئياً لسبب أجنبي عن أي من طرفي العقد

---

(٢٦١) وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٤٠٤ مدني بحريني ، والمدة ٤٧٨ مدني كويتي .  
(٢٦٢) وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ١/٤٨٠ مدني كويتي ، يعكس القانون المدني المصري الذي لم يورد نصاً خاصاً مماثلاً لهذا النص ضمن النصوص الخاصة بعقد البيع ، لكن هذا لا يمنع من إلزام المشتري بتحمل مسؤولية خطئه وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية .

فأدى ذلك إلى حصول نقص في المبيع ، فعندئذ ننظر إلى إن كان النقص جسيماً أم غير جسيم ، فإن النقص جسيماً كان المشتري بالخيار بين طلب الفسخ ، واسترداد الثمن الذي دفعه إن كان قد دفعه أو الاحتفاظ به وعدم الالتزام بسداده للبائع إن كان لم يدفعه بعد ، وبين طلب إنقاص الثمن بالقدر الذي يوازي هذا النقص الحاصل بسبب الهلاك أو التلف ، أما إن كان النقص غير جسيم لم يجز للمشتري طلب الفسخ وكان له فقط طلب إنقاص الثمن ، هذا ما لم يثبت المشتري للقاضي أنه لو كان يعلم قبل العقد بهذا القدر من النقص ما أقدم أصلاً على إبرام العقد بشرائه ، كما لو أثبت أنه اشترى قطعة الأرض بمساحتها المتفق عليها في العقد ليبينها فندقاً مثلاً وبعد نزاع ملكيتها من قبل الدولة للمنفعة العامة قبل تسليمها للمشتري يفوت عليه فرصة بناء قطعة الأرض فندقاً ، فعندئذ يرخص له في طلب الفسخ ، حتى ولو كان النقص ليس جسيماً ، ويخضع تقدير ذلك كله لسلطة القاضي التقديرية ، فهو الذي يقدر ابتداءً جسامته النقص أو عدم جسامته عند طلب المشتري للفسخ ، وعلى ضوء ذلك التقدير من قبل القاضي قد يستجيب أو لا يستجيب لطلبه الفسخ ، كما أن القاضي هو الذي يحدد القدر الذي يجري إنقاصه من الثمن بذات القدر الذي يوازي النقص الحاصل في المبيع ، عند طلب المشتري الإنقاص ، وله أن يستعين بالخبرة القضائية لمعرفة قدر هذا النقص الحاصل في المبيع والقدر الذي يوازيه في الثمن ليجري إنقاصه من كامل الثمن المتفق عليه في العقد ، وفي الحالتين سواء حكم القاضي بالفسخ أو بالإنقاص ليس من حق المشتري طلب التعويض ، لأنه ليس من خطأ ينسب إلى البائع في حصول هذا النقص في المبيع حتى يمكن الرجوع عليه بسببه ، فهو يرجع إلى سبب أجنبي عن طرفي العقد ، ولا يسأل أيهما عن تبعة ما يسببه السبب الأجنبي في المبيع .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٤٣٨ مدني مصري بقولها " إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري أما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن "

(٢٦٣) .

ويراعى أنه إذا حدث النقص في المبيع لسبب يرجع إلى البائع ، كان من حق المشتري الرجوع عليه بطلب الفسخ إذا كان النقص جسيماً أو طلب إنقاص الثمن إن كان النقص غير جسيم ، هذا مع ثبوت حق المشتري في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا النقص المتسبب فيه البائع بخطئه في أي من الحالتين ، أي سواء طلب الفسخ أم طلب الإنقاص .

رابعاً : أنواع التسليم (الفعلي ، الحكمي ، الرمزي) . يتحقق التسليم بحصوله بأي صورة من صور ، سواء كان تسليمًا فعلياً أو حكماً أو رمزياً ، ويتم التسليم الفعلي بوضع البائع هذا المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتسنى له حيازته والسيطرة عليه سيطرة مادية أو فعلية ، مع إخطاره بهذا بأي صورة من صور الإعلام أو الإخطار ، حتى وإن لم يستلمه المشتري استلاماً فعلياً أو لم يسيطر عليه سيطرة مادية ، إذ يكفي أن يكون في إمكان المشتري أن يسيطر عليه بعد تخلي البائع عنه وعدم وجود أي عائق مادي أو قانوني يحول بين المشتري والسيطرة عليه سيطرة مادية أو فعلية ، حتى وإن لم يحدث هذا فعلاً .

فيكفي على سبيل المثال إذا كان المبيع عقاراً أن يصحب البائع المشتري إلى العمارة التي بها الشقة المبيعة ويسلمه أوراق ملكيتها ومفاتيحها ، على نحو يمكنه من حيازتها حيازة فعلية ، حتى وإن لم يدخلها المشتري بعد ذلك لفترة طويلة ، وأن يأخذها إلى مكان السيارة أو يذهب بها إليه في موطنه ويعطيه مستندات ملكيتها ورخصتها ومفاتيحها ، حتى وإن لم يركبها المشتري فعلياً أو لم يقدها لفترة طويلة بعد ذلك .

ويتحقق التسليم الحكمي أو المعنوي بمجرد تغيير نية الحائز بناء على اتفاق الطرفين مع استمراره حيازته للمبيع التي كانت ثابتة له من قبل هذا البيع ، فمن يبيع داراً لغيره ثم يستأجرها منه قبل تسليمه لها ، يتحقق التسليم في هذا الفرض تسليمًا

---

(٢٦٣) وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٠٥ مدني بحريني ، والمادة ٤٧٩ مدني كويتي .



حكماً أو معنوياً بمجرد الاتفاق على تغيير نية البائع من حائز حيازة قانونية بوصفه كان مالكا للمبيع قبل بيعه إلى حائز له حيازة عرضية أو مؤقتة بوصفه مستأجراً أو صاحب حق شخصي ، ومن يشتري داراً كانت مؤجرة له ، يكفي أن يغير نيته من حائز حيازة عرضية بوصفه كان مستأجراً تلك الدار إلى حائز حيازة قانونية بوصفه صار مالكا جديداً للدار المؤجرة .

وأخيراً فإن التسليم الرمزي يتحقق بتسليم أداة أو رمز الشيء بوصفه الوسيلة التي تمكن من استلامه والسيطرة عليه سيطرة فعلية ، مثال تسليم الشخص مفتاح الشقة وليس الشقة ذاتها أو تسليمه مفتاح العريية وليس العريية ذاتها أو تسليمه سندات شحن البضاعة وليس البضاعة ذاتها .

#### خامساً : كيفية التسليم (زمانه ، مكان ، نفقاته) .

**زمن التسليم:** لا جرم إن لزوم التسليم في زمن معين يعد مصلحة خاصة للمشتري لا تتعلق بالنظام العام ، ولذا يجوز للطرفين الاتفاق على ما يخالفها ، فلهما تحديد زمن التسليم بالوقت الذي يروق لهما أو يروق لأحدهما ويقبله الطرف الآخر ، سواء كان فور إبرام العقد أو بعد ذلك بقليل أو كثير من الوقت ، فإذا لم يتفقا على وقت معين وجب التسليم فور إبرام العقد دون إبطاء أو تأخير ، وإلا كان من حق المشتري جبره على التسليم مادام ممكناً وغير مرهق للمدين البائع إرهاقاً جسيماً ، وجاز له طلب فسخ العقد ، إن أصر على عدم التنفيذ وتعذر حمله عليه جبراً عنه ، كما من حق المشتري طلب التعويض في الحالتين عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم التنفيذ أو التأخير في إجرائه إن كان له مقتضى .

**مكان التسليم:** إن تسليم البائع للمبيع إلى المشتري في مكان معين يمثل مصلحة خاصة للمشتري أو للبائع أو لهما معاً حسب الظروف والأحوال غير متعلقة بالنظام العام ، ولهذا يجوز لهما الاتفاق بينهما على المكان الذي يرتضيان فيه بينهما ، فإذا لم تتفقا على مكان معين ، وكان المبيع شيئاً معيناً وجب تسليمه في مكان وجوده لحظة

إبرام العقد بوصفه المكان الذي تتصرف إليه إرادة الطرفين المحتملة لحظة التعاقد ، ما لم يكن هذا الشيء دائم التنقل ، فعندئذ يجب تسليمه في مكان وجوده وقت التسليم مثل باخرة تم بيعها ولم يحدد بين الطرفين موعد تسليمها فعندئذ يجري تسليمها في مكان وجودها أو رسوها وقت التسليم .

فإذا كان المبيع منقولاً معيناً بالنوع وجب إفرازه بالطريقة التي تتناسب طبيعته ، ثم تسليمه للمشتري في موطن البائع وقت التسليم ، ما لم يكن المبيع مما يدخل في حرفة البائع أو تجارته ، فعندئذ يجب تسليمه في موطن أعماله أو حرفته .

وقد نصت المادة ٤٦٣ مدني مصري على أن " إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن " .

**نفقات التسليم:** إن تحمل أي من طرفي عقد البيع لنفقات إتمام البيع ونفقات تسليم هذا المبيع إلى المشتري يعد مصلحة خاصة للطرفين أو لأحدهما ، ولا شأن لها بالنظام العام ، ولذا يجوز لهما أن يتفقا على ما يروونه مناسباً فيما بينهما في خصوص من يتحمل منهما هذه النفقات ، فيجوز لهما أن يتفقا على أن يتحملها البائع وحده أو يتحملها المشتري وحده أو يتحملانها مناصفة أو بالنسبة التي يحددها فيما بينهما ، لكن إذا لم يتفقا أو اختلفا بشأنها فعندئذ يجب أن يتحملها البائع بوصفه هو المدين بالالتزام بالتسليم ، ومن ثم فمن الطبيعي أن تقع عليه نفقات تنفيذه لهذا الالتزام المكلف به ، ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٧٧ مدني كويتي بقولها " نفقات التسليم تكون على البائع ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك " ، ونصت عليه أيضاً المادة ٤٠٣ مدني بحريني بقولها " نفقات التسليم تكون على البائع ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك " .

أما القانون المدني المصري فقد خلا من نص خاص يحدد فيه من هو المسؤول من طرفي عقد البيع عن نفقات تسليم المبيع للمشتري ، ولذا نطبق ههنا ما أورده

القانون المدني المصري من قاعدة عامة بشأن الوفاء بالالتزام ، فالبائع هو المدين بالالتزام بتسليم المبيع للمشتري وعليه من ثم تقع نفقات الوفاء بهذا الالتزام مثل مصاريف نقل البضاعة إلى المشتري في المكان المحدد بينهما للتسليم ، هذا ما لم يوجد عرف أو اتفاق بين الطرفين يقضي بخلاف ذلك ، حيث نصت المادة ٣٤٨ مدني مصري على أن " تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك " .

أما نفقات تسلم المشتري للمبيع من مكانه المتفق عليه إلى موطنه أو إلى مكان آخر غيره ، فمثل هذه النفقات يتحملها المشتري وليس البائع ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك ، فعلى سبيل المثال إذا باع شخص بضاعة لآخر سيستوردها له من الخارج على أن يسلمها له ميناء وصولها ، فإن نفقات شحنها من ميناء الوصول ورسوم دخولها في ميناء الوصول وتسليمها للمشتري في ميناء الوصول تقع على عاتق البائع ، لكن نفقات تسلم المشتري لها في موطنه أو في موطن أعماله أو مكان ثالث فيتحملها المشتري وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٦٤ مدني مصري على أن " نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك " .

**سادساً : جزاء الإخلال بالتسليم .** إذا أخل البائع بالتزامه بتسليم المبيع للمشتري في أي صورة من صوره ، كما لو امتنع عن التسليم رغم قدرته على إجرائه ، أو تأخر في تسليمه أو رفض تسليمه في الزمان أو المكان المتفق عليه ، جاز للمشتري جبره على إجراء التسليم رغماً عنه ، كما لو كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ومملوكاً له ، جاز للمشتري بعد إعداره طلب التنفيذ العيني الجبري ، ما دام ذلك ممكناً ولم يكن مرهقاً للبائع إرهاقاً جسيماً .

وإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع ورفض البائع إفرازه وتسليمه للمشتري ، جاز للمشتري أن يجبره على ذلك بأن يشتري على نفقة هذا البائع وحسابه ما يماثله من السوق نوعاً وقدرًا ، وذلك بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالات الاستعجال .

كما يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد ليتخلص من عنت البائع المخل بالتزامه بالتسليم رغم قدرته عليه ، ويخضع طلبه هذا لتقدير القاضي الذي قد يجيبه سريعاً إلى طلبه إذا تبين له عنت البائع دون مبرر لذلك ، فيكون حكم القاضي عندئذ منشأً للفسخ ، وقد يكون القاضي مجبراً على الحكم بالفسخ إذا كان هناك شرط اتفاقي صريح بالفسخ ، وكان متفقاً فيه على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا أخل البائع بالتزامه بالتسليم سواء دون إعدار أو مع الإعدار حسب صيغة الاتفاق بين الطرفين ، وعندئذ يقع الفسخ بقوة الاتفاق وليس بحكم القاضي ، ويعد حكم القاضي كاشفاً للفسخ أو مقررأً له وليس منشأً له ، وقد لا يستجيب لهذا الطلب فيرفض طلب الفسخ ، ويستجيب لطلب البائع بمنحه أجلاً قضائياً مراعاة لظروفه التي ألمت به ، لاسيما إذا لم يترتب على ذلك الأجل ضرر جسيم بالمشتري .

وللمشتري الخيار بين طلب التنفيذ العيني الجبري أو طلب الفسخ عند إخلال البائع بالتزامه بالتسليم ، وطلبه أيهما قبل الحكم في الدعوى لا يحرمه من تعديل طلبه من أحدهما إلى الآخر حسب ما يراه محققاً لمصلحته ، كما يمكنه في الحالين أن يطلب تعويضه عن الأضرار التي لحقت به من جراء إخلال البائع بالتزامه بالتسليم ، وقد يتعين على القاضي الحكم بالتعويض بدلاً عن التنفيذ العيني إذا استحال تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم لسبب يرجع إليه أو تعذر حكم القاضي بهذا التنفيذ العيني الجبري رغم كونه ممكناً بسبب كونه مرهقاً للبائع إرهاقاً جسيماً .

أما إذا استحال تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم بعد البيع لسبب أجنبي عنه كما لو احترقت السيارة أو تهدم الشقة لسبب أجنبي عن البائع انقضى التزامه بقوة القانون وانفسخ العقد وتحمل البائع تبعه هذا الهلاك ، ولم يرجع عليه المشتري بشيء ، ويكون للمشتري إن كان قد سبق أن دفع الثمن أن يسترده ، وإن كان لم يدفعه لا يلتزم بشيء في مواجهته بعد زوال العقد بالانفساخ .

## المبحث الثالث

### الالتزام بضمان التعرض

أولاً : ماهية التعرض الذي يضمنه البائع : بادئ ذي بدء فإن التعرض للمشتري يعني حصول فعل مادي أو قانوني يعكر على المشتري صفو ممارسة أي من سلطاته الثلاث (استعماله أو استغلاله أو التصرف فيه) على المبيع ، سواء كان واقعاً من البائع أم كان واقعاً من الغير .

ولا يلتزم البائع إلا بضمان التعرض الصادر منه شخصياً سواء كان مادياً أو قانونياً ، ولا يضمن البائع تعرض الغير إلا إذا كان تعرضاً قانونياً ، فلا يضمن تعرض الغير إذا كان تعرضاً مادياً ، حيث يقع على المشتري نفسه واجب التصدي للغير في تعرضه المادي عن طريق اللجوء إلى الشرطة أو القضاء لدفع هذا التعرض .

والتزام البائع أو ورثته من بعده بضمان التعرض الصادر منه شخصياً (مادياً أو قانونياً) أو من غيره متى كان مستنداً لسبب قانوني آل إليه من البائع ، التزام عام في جميع البيوع أياً كان نوعها (أي سواء كانت بيعاً عادياً تمت بطريق المساومة أو بطريق المزاد ، وسواء كان المزاد اختيارياً أم إجبارياً مثل البيوع القضائية أو الإجبارية ، وهذا بعكس الحال في ضمان العيوب الخفية حيث تستبعد فيه البيوع القضائية أو الإدارية إذا تمت بطريق المزاد من هذا الضمان<sup>(٢٦٤)</sup>) وأياً كان محلها (أي سواء كانت

---

<sup>(٢٦٤)</sup> حيث تنص المادة ٤٥٤ مدني مصري على ذلك بقولها " لا ضمان للعيوب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد " ، ونصت عليه المادة ٤٢٤ مدني بحريني بقولها " لا ضمان للعيوب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا تمت بطريق المزايدة العلنية " ، ونصت عليه المادة ٣٩٧ مدني كويتي بقولها " لا ضمان للعيوب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا تمت بطريق المزايدة العلنية " .

بيوعاً واردة على منقولات أو عقارات) ، وسواء كان البيع ناقلاً للملك (أي كان مسجلاً عند وروده على عقار) أو غير ناقل للملك (أي غير مسجل عند وروده على عقار) ، بل هو التزام عام في جميع عقود المعاوضة التي يترتب عليها نقل أو إنشاء حق عيني أصلي أو تبعي (مثل المقايضة والشركة والقرض والرهن) أو حق شخصي (مثل الإيجار والعارية) .

كما يراعى أن التزام البائع بضمان التعرض غير قابل للانقسام ، بحيث إذا تعدد البائعون ، جاز للمشتري الرجوع عليهم جميعاً أو على أحدهم بضمان التعرض في المبيع كله وليس بقدر نصيبه أو حصته فقط ، ولو كان التعرض حاصلاً من أحدهم ، لأن ضمان التعرض مؤداه المحافظة على هدوء ممارسة المشتري لسلطاته على المبيع ، فإن تعرض أحدهم أو غير تلقى حقاً من أحدهم ، عكر ذلك صفو الحياة والانتفاع في كل المبيع ، بعكس ضمان الاستحقاق الذي يقبل الانقسام بحسب طبيعته لوروده على النقود التي يمكن تقسيمها وتجزأتها عند تعدد البائعين .

### ثانياً : شروط ضمان البائع للتعرض الحاصل للمشتري

لا يضمن البائع كل تعرض يصدر للمشتري في ممارسة سلطاته على المبيع ، بل لابد أن تتوافر فيه شروط حتى يضمنه البائع فيطالب بضمان استحقاق هذا المبيع للغير كلياً أو جزئياً ، هذه الشروط هي على التفصيل الآتي :

١- الشرط الأول : أن يكون التعرض صادراً من البائع أياً كان نوعه (سواء كان مادياً أو قانونياً) أو صادراً من الغير شريطة أن يكون قانونياً . ويقصد بالتعرض المادي أياً كان من صدر عنه (أي صدر عن البائع أو ورثته أو غيرهما) بأنه الذي يتولد عن فعل مادي يعكر به صفو ممارسة المشتري لأي من سلطاته عليه دون أن يركز فيه على حق قانوني يدعيه على هذا المبيع .

وهذا التعرض المادي إن صدر عن البائع أو ورثته ثبت للمشتري حق في ضمان البائع أو ورثته لهذا التعرض ، كما لو قام البائع أو ورثته بإتلاف المبيع أو الاستيلاء عليه ،

أو قام البائع بإعادة بيع العقار المبيع لمشتري ثانٍ سارع إلى تسجيل عقده قبل المشتري الأول ، فهذا التصرف القانوني الصادر عن البائع يعد عملاً مادياً بالنسبة للمشتري الأول لأنه لم يكن طرفاً فيه ، فإذا احتج المشتري الثاني بهذا العقد المسجل في مواجهة المشتري الأول ، ضمنه البائع بوصفه عملاً مادياً صادراً عنه شخصياً ، فضلاً عن كون تمسك المشتري به واحتجابه به على المشتري الثاني يمثل تعرضاً قانونياً صادراً عن الغير ، لأنه يستند فيه ذلك الغير كمشتري ثانٍ على حق قانوني تلقاه عن البائع ، أما إن صدر هذا التعرض المادي من الغير ، فلا شأن للبائع به ، ويقع على المشتري وحده مهمة التصدي له بنفسه ، بطلب وقفه من خلال الشرطة أو القضاء .

ويضمن البائع التعرض القانوني (أي الذي يستند فيه المتعرض إلى حق قانوني يدعيه على المبيع) سواء صدر هذا التعرض منه شخصياً (كما لو باع ملك غيره ابتداء ثم انتقلت إليه بعد البيع ملكية هذا المبيع بالميراث أو بالتقادم أو بالشراء) أو صدر من الغير بناء على حق يدعيه سبق أن تلقاه عن البائع قبل البيع أو بعد البيع (كما لو جاء للمشتري شخص يدعي حقاً عينياً أصلياً مثل حق الملكية على هذا المبيع كمشتري ثانٍ لعقار سبق إلى تسجيله قبل المشتري الأول ، أو دائن مرتتهن يتتبع العقار المبيع للحجز عليه بحق الرهن) .

**وقد أثير خلافٌ بين الفقه والقضاء حول مدى التزام البائع بضمان تعرضه للمشتري إذا وضع يده على العقار المبيع بعد بيعه مدة مكسبةً إياه بالتقادم أم لا ؟**

ذهب رأي في الفقه الفرنسي والفقه المصري إلى أن التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي التزام مؤبد ، ومن ثم لا يجوز أن يتملك هذا العقار المبيع بالتقادم ، لأن تمسكه بالتقادم المكسب منه أو من ورثته هو قبل اكتمال مدة التقادم من قبيل التعرض المادي وبعد اكتمال مدته إن أراد الاحتجاج عليه بحقه في التقادم المكسب هو من قبيل التعرض القانوني ، والبائع (أو ورثته) محظور عليه على الدوام التعرض للمشتري في المبيع بأي تعرض شخصي سواء كان مادياً أو قانونياً .

في حين يذهب رأي آخر في الفقه المصري تشايعه في ذلك محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها ، إلى أنه وإن كان التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي في مواجهة المشتري التزام مؤبد ، إلا أنه إذا وقع التعرض بالفعل من البائع (أو ورثته) مستمراً في وضع يده على هذا العقار المبيع مدة خمسة عشر عاماً سقط حق المشتري في رفع دعوى الضمان ، وجاز للبائع أن يملك هذا العقار بالتقادم .

ولا شك أن الرأي الأول هو الأولى بالتأييد ، لأن من يجب عليه الضمان لم يجز له التعرض ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن التقادم المكسب برمته سواء كان المتمسك بائناً أم غير هو وسيلة من وسائل الغصب أو أكل أموال الناس بالباطل الذي لا ينبغي التسليم به قانوناً (نظراً لمنافاته لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعد مصدراً للتشريع بنص الدستور ، ولا يجوز للتشريع أن يخالف مصدره وإلا كان مشوباً بعدم دستوريته) ، ويضاف إلى ذلك أنه إن كان التعرض صادراً من البائع (أو ورثته) ، فهو يمثل تنكراً صارخاً من جانبه في احترام العقد الصادر عنه ، وهدرراً ظاهراً في نفس الوقت لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد .

ولا يشفع لمحكمة النقض المصرية أن تبرر للبائع التمسك بهذا التقادم ، بحجة أن ن كسب الملك بالتقادم المكسب هو حق مقرر لأي شخص يجابه المالك في ملكه المدة المكسبة بالتقادم ، فلا ينبغي من ثم أن يحرم منه البائع ، لأن البائع ليس مثل الغير ، بل هو شخص تلقى عنه المشتري حقه بموجب عقد بيع ، فوجب عليه الضمان بناء على هذا العقد ، ومن يجب عليه الضمان يتمتع عليه التعرض ، وإن كنا لا نحبز التقادم المكسب كله فهو من قبيل الغصب كما سبق أن رأينا .

ويراعى أنه لكي يضمن البائع التعرض القانوني الصادر من الغير أن يحدث هذا التعرض بعد البيع وليس قبله ، وبناء عليه ليس من حق المشتري الثاني الذي اشترى عقاراً سبق بيعه لمشتري سابقٍ عليه بعقد مسجل فانتقلت إليه بذلك التسجيل ، أن يعتبر احتجاج هذا المشتري الأول عليه بحقه في ملكية هذا العقار المبيع من قبيل التعرض



القانوني له ، لأنه تعرض وقع قبل البيع الصادر له ، فلا يضمن البائع هذا التعرض ، وليس للمشتري إلا أن يتمسك بإبطال العقد وفقا لأحكام بيع ملك الغير .

ويتعين على المشتري إخطار البائع بأي وسيلة (سواء كان شفوية أو مكتوبة ، رسمية أو عادية ، المهم أن يوفر لنفسه دليلاً على حصول الإخطار) بتعرض الغير له تعرضاً قانونياً بوصفه هو الأعرف بما يدعيه الغير من حق تلقاه عن البائع ، وهو في نفس الوقت الأقدر على دحض حجته أو مزاعمه ، فإن أخطر المشتري البائع أو علم البائع بوسائله الخاصة وجب عليه التصدي لهذا التعرض القانوني ، فإن أفلح في دفع التعرض فقد أدى ما عليه من ضمان ، وإن تخلف عن التدخل رغم إخطاره أو تدخل ولكن أخفق في دفع التعرض وحكم للغير بحقه بحكم حاز قوة الأمر المقضي به كان مخلاً بالتزامه ورجع عليه المشتري بضمان الاستحقاق الكلي أو الجزئي حسب الأحوال .

أما إذا لم يخطر المشتري البائع بهذا التعرض ، ولم يعلم به البائع بوسائله الخاصة ، فحكم للغير بحقه الذي يدعيه على المبيع ، لم يسقط رغم هذا التقصير حق المشتري في الرجوع على بائه بضمان الاستحقاق الكلي أو الجزئي بحسب ما حكم به لصالح الغير ، هذا ما لم يثبت البائع أمام القاضي أنه لو أخطره المشتري بهذا التعرض في الوقت المناسب لنجح في رفض إدعاء الغير بحقه على المبيع .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٤٤٠ مدني مصري بقولها " ١- إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع ، كان على البائع بحسب الأحوال ،وفقاً لقانون المرافعات أن يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله.

٢- فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى، وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه" .

٣- وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة

الأمر المقضي، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق " (٢٦٥) .

وإذا أخطر المشتري البائع بالتعرض القانوني الحاصل من الغير في الوقت المناسب لكنه لم يتدخل البائع في الدعوى المرفوعة من قبل الغير ، ولم يحل محله بفعل ليصد به هذا التعرض ، على إثر رفع دعوى استحقاق من الغير على المشتري ، ، كان للمشتري إذا رأى رجحان حق الغير في تلك الدعوى أن يعترف له بهذا الحق أو يتصالح معه بشأنه توفيراً للوقت والجهد بدلاً من الاستمرار في دعوى يترجح فيها حق ذلك الغير على حقه الذي تلقاه عن البائع ، دون أن يؤثر ذلك السلوك منه على حقه في الرجوع على بائعه بالضمان ، مادام أن المشتري كان حسن النية في سلوكه هذا فلم يقصد بسلوكه سوى الاعتراف بحق الغير الراجح في تلك الدعوى وعدم الاستمرار من ثم في السير في دعوى ظاهرة الخسران لاسيما وأن الخصم الحقيقي فيها وهو البائع قد تخلى عن التدخل أو الدخول للتصدي لتعرض ذلك الغير في تلك الدعوى رغم إخطاره به ، ولم يثبت البائع أن تصالح هذا المشتري كان بقصد الإضرار بحق البائع أو التواطؤ فيه مع ذلك الغير للإضرار به أو فشل ذلك البائع في إثبات أن الغير لم يكن محقاً في تعرضه الذي لم يتصد له في دعوى الاستحقاق التي رفعها .

وهذا هو عين ما نصت المادة ٤٤١ مدني مصري على ذلك بقولها "يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها بفعل. كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم

---

(٢٦٥) وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٤٠٩ مدني بحريني بقولها " أ ) إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع كلياً أو جزئياً ، وجب عليه المبادرة بإدخال البائع فيها. ب ) فإذا لم يتم بإدخاله وصدر لصالح الغير حكم نهائي ، سقط الضمان عن البائع إذا أثبت أن إدخاله في دعوى الاستحقاق كان من شأنه أن يؤدي إلى رفضها" ، ونصت عليه المادة ٤٨٣ مدني كويتي بقولها " إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع كلياً أو جزئياً، وجب عليه المبادرة بإدخال البائع فيها. ٢- فإذا لم يتم بإدخاله وصدر لصالح الغير حكم نهائي، سقط الضمان عن البائع إذا أثبت أن إدخاله في دعوى الاستحقاق كان من شأنه أن يؤدي إلى رفضها.

يكن على حق في دعواه" (٢٦٦)

٢- **الشرط الثاني: أن يكون التعرض قد وقع بالفعل** : فلا يكفي مجرد احتمال التعرض للمطالبة بالضمان ، إنما لابد من حصوله فعلياً ، ومن ثم لا يكفي مجرد بيع قيام البائع بإعادة بيع ذات المبيع ثانية لمشتري جديد ، مادام أن المشتري الثاني لم يقيم في بيع العقار بتسجيل عقده قبل أن يسجل المشتري الأول عقده ، ولا يكفي مجرد أن يكون العقار المبيع مرهوناً للغير ، مادام أن ذلك الغير لم يتعرض له بتتبع العقار المرهون والتنفيذ عليه بحقه الشخصي المضمون برهن هذا العقار ، ولا يكفي مجرد احتمال قيام المالك الحقيقي بالرجوع على مشتري العقار من غير ماله ، إنما لابد أن يتعرض له المالك الحقيقي برفع دعوى استرداد هذا المبيع لاستحقاقه له .

ولا يكون للمشتري عند مجرد خوف احتمال هذا التعرض في الفروض السابقة دون وقوعه فعلياً أن يطلب من البائع التصدي لهذا التخوف الذي ينتابه ، ولا يكون إلا أن يطلب من القاضي فسخ العقد ويخضع طلبه هذا لتقدير القاضي الذي قد يستجيب له أو لا يستجيب أو أن يدفعه بحبس الثمن أو الباقي منه حتى يزيل له البائع هذه المخاوف التي تهدده أو أن يطلب من القاضي إبطال البيع الصادر من غير ماله إذا كان البائع قد باعه ملك غيره ويخشى أن يلاحقه المالك الحقيقي ويرفع دعوى استحقاق المبيع فيسترده منه ، مع ثبوت حقه في طلب التعويض في أي من هذه الخيارات إن كان له ثمة مقتضى لذلك .

٣- **الشرط الثالث: أن يكون من شأن هذا التعرض تعكير صفو ممارسة المشتري لأي من سلطاته على المبيع ، بحرمانه منها كلياً أو جزئياً** . فالتعرض الذي لا ينال من سلطة المشتري في ممارسة سلطاته على المبيع في أي صورة من صورها استعمالاً أو استغلالاً أو تصرفاً لا أثر له ، ولا يرتب ضماناً على البائع عند عدم التصدي له ، لأنه

(٢٦٦) ليس لهذا النص ما يعادله في القانون المدني البحريني أو القانون المدني الكويتي .

في مثل هذا الفرض لا يتحقق في التعرض الوصف اللازم لوجوب الضمان على عاتق البائع .

فإذا توافرت الشروط سألقة الذكر وجب على البائع التصدي للتعرض ودحض حجته والحصول على حكم لصالحه حائز لقوة الأمر المقضي به حتى يعد منفذاً للالتزامه تنفيذاً عينياً ، وإلا مخلاً بالتزامه بالضمان على نحو يوجب عليه الوفاء للمشتري بعناصر الاستحقاق الكلي أو الجزئي ، في ضوء أحكام ضمان الاستحقاق الكلي أو الجزئي .

ويبقى البائع ملتزماً بضمان تعرضه الشخصي سواء كان مادياً أو قانونياً ، وضمان التعرض القانوني الصادر عن الغير على نحو ما رأينا آنفاً ، ولو اتفق على عدم الضمان ، إذ يبطل مثل هذا الاتفاق ، ويجب الضمان رغم وجود هذا الاتفاق ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ١/٤٤٦ بقولها " إذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أي استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك " (٢٦٧) .

---

(٢٦٧) هذه المادة تعادل المادة ٤١٣/ب مدني بحريني ، والمادة ٢/٤٨٧ مدني كويتي .

## المبحث الرابع

### الالتزام بضمان الاستحقاق

أولاً : ماهية الالتزام بضمان الاستحقاق :

لا جرم أنه إذا استحق المبيع للغير كلياً أو جزئياً ، ولم يثبت أي تقصير في جانب المشتري في الإخطار عند حصول التعرض القانوني الصادر من الغير أو سوء نية في جانبه عند تسليمه أو تصالحه مع الغير رافع دعوى الاستحقاق أو ثبت ذلك لكن فشل البائع في إثبات تأثير ذلك على رفض دعوى استحقاق المرفوعة من قبل ذلك الغير ، كان من حق المشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق الكلي أو الجزئي بحسب حرمانه كلياً أو جزئياً من المبيع ، فيطالب البائع بتعويضه نقدياً عن ذلك وفق قواعد خاصة نص عليها القانون .

وللمشتري الخيار في الرجوع على البائع بالتعويض وفق هذه القواعد الخاصة الواردة في خصوص هذا الضمان أو يرجع عليه وفق القواعد العامة المقررة للتعويض عند طلب فسخ العقد أو طلب إبطاله بسبب بيع البائع له ملك غيره ، فإذا ولج أحد هذين السبيلين لم يجز له ولوج السبيل الآخر .

ويراعى أنه إذا تعدد البائعون لم يجز له الرجوع على أي واحد منهم إلا بقدر حصته في المبيع ، لأن الالتزام بضمان الاستحقاق بوصفه يرد على محل نقدي هو التزام قابل للانقسام أو التجزئة بعكس الالتزام بضمان التعرض الذي يرد على شيء معنوي غير قابل للانقسام والتجزئة ألا وهو ضمان هدوء حياة وانتفاع المشتري مما يعكر صفوها من تعرض شخصي أو تعرض قانوني صادر عن الغير ناتج عن حق تلقاه عن البائع ، هذا ما لم يوجد اتفاق بين المشتري والبائعين بالتضامن في رجوعه عليهم بضمان الاستحقاق على سبيل التضامن ، فعندئذ يكون من حقه الرجوع عليهم مجتمعين أو منفردين بكل عناصر ضمان الاستحقاق الكلي أو الجزئي ، ولا يجوز لأحدهم أن يرد

رجوعه عليه بألا يجاوز قدر نسبة حصته في هذا المبيع .

كما تجدر الإشارة إلى أن حق المشتري في الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق ليس حقاً مؤبداً ، بعكس الحال في ضمان التعرض الذي يعد التزام البائع به التزاماً مؤبداً بحيث يستطيع المشتري مطالبة البائع أو ورثته به في أي وقت عند حصول التعرض له مهما مضى على ذلك من تاريخ على إبرام العقد ، إذ يجب المطالبة خلال مدة معينة وهي خمسة عشر عاماً من تاريخ استحقاق الغير للمبيع بحكم نهائي حائز لقوة الأمر المقضي به ، وبناء عليه يسقط حق المشتري في الرجوع على البائع أو ورثته بضمان الاستحقاق بالتقادم الطويل ، بحيث إذا رفع المشتري أو ورثته دعوى ضمان الاستحقاق الكلي أو الجزئي بعد هذه المدة ، جاز للبائع أو ورثته الدفع بسقوط هذه الدعوى بالتقادم.

**ثانياً : عناصر الاستحقاق الكلي :**

إذا استحق المبيع للغير استحقاقاً كلياً ، فحرم المشتري على إثر ذلك منه حرماناً كلياً ، كان له المطالبة بتعويض - وفق قواعد خاصة - متضمن العناصر الآتية :

#### ١- قيمة المبيع وقت استحقاقه وفوائده القانونية من ذلك التاريخ :

إن أول ما يثبت للمشتري حق استرداده عند استحقاق الغير للمبيع كله ، أن يعوض عن قيمة المبيع وقت استحقاقه (أو وقت رفع دعوى الاستحقاق ، لأن من وقت استحقاق الغير للمبيع كله بحكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضي يكون من حقه رفع دعوى لطلب عناصر الاستحقاق الكلي) ، وليس ثمن المبيع الذي سبق أن دفعه للبائع ، كما أن قيمة هذا المبيع تقدر بقيمته وقت استحقاق المبيع ، وليس وقت إبرام العقد ولا وقت صدور حكم القاضي بتعويض المشتري ، وذلك تأسيساً على أن مسؤولية البائع عن ضمان الاستحقاق وهنا هي مسؤولية عقدية ، والتعويض فيها يقدر بقدر الضرر الذي أصابه وقت استحقاق الغير للمبيع ، والضرر الذي أصاب المشتري وهنا يتمثل في خسارته لقيمة المبيع وقت استحقاقه ، وليس ثمنه الذي دفعه فيه لحظة إبرام العقد ، وذلك بعكس الحال لأن أن المشتري طالب بفسخ العقد أو طالب بإبطاله ، فعندئذ

سيؤول كل أثر للعقد ويتم تحديد التعويض الذي لحق بالمشتري بعيداً عن نطاق العقد فهي - من ثم - مسئولية غير عقدية (أي تقصيرية) ، ومن ثم يعود العاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فيرد البائع إلى المشتري الثمن الذي سبق أن دفعه عند إبرام العقد ، ولذا إذا كانت قيمة المبيع قد نقصت عن ثمن المبيع ، فللمشتري أن يرجع على البائع وفق أحكام بيع ملك الغير أو في ضوء أحكام فسخ العقد ، لكن إذا كانت قيمة المبيع وقت الاستحقاق أعلى من ثمن المبيع (وهذا هو الغالب) فله أن يرجع عليه وفق عناصر ضمان الاستحقاق الكلي .

كما يلتزم المشتري بدفع قيمة الفوائد القانونية لقيمة المبيع وقت الاستحقاق من تاريخ الاستحقاق خروجاً على القواعد العامة التي تقضي بأن وقت استحقاق الفوائد القانونية يثبت من تاريخ المطالبة القضائية بها <sup>(٢٦٨)</sup> . ووما لا شك فيه أن أي نص تشريعي يقرر فائدة ربوية سواء كانت تعويضية (أي مقابل انتفاع المقترض بمبلغ القرض مدة القرض أو تعويض عن حرمان المقرض من مبلغ القرض مدة القرض) أو تأخيرية (أي مقابل التأخير في سداد مبلغ القرض عن الموعد المحدد للسداد) يعد تشريعاً مشوباً بعدم الدستورية ، وذلك لمخالفته لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تحرم الرباً وتعهده من كبائر الذنوب والآثام ، والتي تمثل المصدر الرئيسي للتشريع بموجب نص المادة الثانية من الدستور المصري .

٢- قيمة ثمار المبيع التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع : يثبت للمشتري الحق بصفة عامة في جني ثمار المبيع والاحتفاظ بها لنفسه من تاريخ إبرام العقد ، ولا يلتزم بردها إلى الغير الذي استحق المبيع ، إلا ما كان قد قبضه منها بعد علمه بسبب استحقاق الغير للمبيع ، لكن يشترط لاحتفاظ المشتري بثمار المبيع في الفترة ما بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ رفع الغير دعوى استحقاق المبيع أن يكون هذا المشتري حسن

---

(٢٦٨) إذ تنص المادة ٢٢٦ مدني مصري على أنه " إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره " .

النية ، أي لا يعلم بسبب استحقاق الغير لهذا المبيع ، ومن ثم إذا كان عالماً بسبب استحقاق الغير للمبيع قبل رفع دعوى الاستحقاق كان ملتزماً بردها إلى المشتري لأنه سيكون سيئ النية عند قبضها مع ثبوت علمه بسبب استحقاق الغير لهذا المبيع ، ولهذا فإنه إذا رد المشتري هذه الثمار للغير رجع بما رده منها على البائع ولو كان سيئ النية ، أي يعلم بسبب الاستحقاق .

إذ تنص المادة ٤٤٣ مدني مصري على أنه " إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع.

**٣- قيمة المصروفات النافعة والمصروفات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق :** جدير بالذكر إن المشتري لشيء معين عادة ما ينفق عليه أنواع مختلفة من المصروفات أو النفقات ، منها ما هو ضروري أو لازم لا غناء عنه ، ومنها ما هو حاجي أو نافع ، ومنها ما هو كمالي أو تحسيني .

فأما المصروفات الضرورية أو اللازمة ، فهي المصروفات التي يحتاج إليها الشيء المبيع للمحافظة عليه أو صيانتة ، وهذا النوع من المصروفات يرجع به المشتري على الغير المستحق للمبيع ، لأنها مصروفات لا تتفك عن المبيع ذاته فتلزم للحفاظ عليه وحمايته أياً كان شخص من يحوزه ، ولذا يرجع بها على صاحب هذا الشيء وهو الغير المستحق للمبيع ، وهذا ما نصت عليه المادة ١/٩٨٠ مدني مصري بقولها "على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية " . وبناء عليه لا تدخل أصلاً هذه المصروفات ضمن عناصر الاستحقاق الكلي التي يلتزم بها البائع في مواجهة المشتري ، وبمقدور المشتري أن يحبس هذا المبيع الذي يحوزه عن الغير المستحق له حتى يسدد له هذه المصروفات .

أما المصروفات النافعة أو الحاجية وهي المصروفات التي تزيد من قيمة المبيع أو ترفع من منفعة دون أن تكون ثمة ضرورة لإنفاقها ، مثل ما يغرسه المشتري في الأرض المبيعة من زرع أو ما يحدثه علي الأرض الفضاء من بناء ، فعندئذ نفرق بين ما إذا



كان المشتري وقت إنفاقها كان حسن النية (أي لا يعلم سبب استحقاق الغير للمبيع أو يعلم أنه ينفق على ملكه وليس على ملك غيره) أم كان سيء النية (أي يعلم وقت إنفاقها أنه ينفق على ملك غيره) ، فإن كان المشتري حسن النية ، فعندئذ لا يكون للغير المستحق للمبيع أن يطلب إزالة ما أحدثه المشتري في المبيع من زيادات فأنفق عليه هذه المصروفات ، ويكون بالخيار بين دفع هذه قيمة المصروفات أو دفع ما أحدثته في المبيع من زيادة ، أما إذا كان المشتري سيء النية ، فعندئذ يخير الغير المستحق بين طلب إزالة ما أحدثه من بناء أو غراس فأنفق عليه هذه النفقات على نفقة المشتري مع إلزامه بتعويضه عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك إن كان له مقتضى ، وبين طلب استبقائها دون إزالة مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة (أي بوصفها أطلالاً أو أنقاضاً إن كانت بناء أو بوصفها قشاً إن غراساً) أو دفع مقابل نقدي يساوي ما زاد من قيمة في المبيع بسبب إنفاق هذه المصروفات عليه ،

إذ تنص المادة ٩٢٤ مدني مصري في ذلك على أنه " ١ - إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت "

" ٢ - ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق الأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقي المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة " (٢٦٩) .

---

(٢٦٩) وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٨٥١ مدني بحريني بقولها " إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى ، بمواد من عنده ، على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره وأنه ليس له الحق في إحداثها ، كان لمالك الأرض أن يطلب إزالة المستحدثات على نفقة من أحدثها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك خلال سنة من وقت علمه بإحداثها ، فإن لم يطلب الإزالة ، أو طلب استبقاء المستحدثات التزم بدفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع ما زاد بسببها من قيمة الأرض " ، ونصت عليه المادة ٨٨٢ مدني كويتي بقولها " إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى ، بمواد من عنده ، على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره وأنه ليس له الحق في إحداثها ، أو كان جهله بذلك ناشئاً عن خطأ جسيم ، كان لمالك الأرض أن يطلب إزالة المستحدثات على نفقة من أحدثها مع التعويض إن كان

بيد أنه نظراً لأن الواقع العملي في غالب الحال ينبيء عن أن المشتري وإن رجع على الغير المستحق للمبيع بما أنفقه على هذا المبيع من مصروفات نافعة إلا أنه لا يستوفي منه كامل ما أنفقه من هذه المصروفات ، لذلك قرر القانون أن من حق المشتري أن يرجع على البائع ضمن عناصر الاستحقاق الكلي ما لم يستطع استرداده من المستحق من هذه المصروفات النافعة .

وأخيراً يقصد بالمصروفات الكمالية أو التحسينات تلك المصروفات التي لا تكون ضرورية لحفظه وصيانته ولا يكون من شأنها أن تزيد من قيمته أو من نفعه ، وإنما يكون من شأنها تجميل المبيع أو تزيينه مثل تسويره بأشجار أو زهور أو طلائه بدهان أو لصقه بمناظر طبيعية أو صناعية لتجميله ، فهذه المصروفات ، لا يحق للمشتري أن يرجع بها على المستحق للمبيع إلا إذا طلب هذا الأخير أن يستبقياها مقابل أن يدفع قيمتها مستحقة بعد الإزالة أو قيمة ما زاد على المبيع بسببها ، فإن لم يطلب المستحق إبقاءها لم يجز للمشتري أن يرجع عليه بشيء منها ، على أن يكون للمشتري الحق في إزالة ما أحدثه في المبيع بسبب هذه المصروفات شريطة أن يعيد المبيع إلى حالته الأولى قبل إجراء هذه التحسينات .

ولا يرجع المشتري على البائع بشيء مما أنفقه من مصروفات كمالية على المبيع إلا إذا كان البائع سيء النية يعلم وقت البيع بسبب استحقاق الغير للمبيع ، كما لو أنفق مالا في سبيل إعادة المبيع إلى حالته الأولى قبل إجراء التحسينات أو التجميلات عليه . ولذا تنص المادة ٣/٤٤٣ مدني مصري على أن يرجع المشتري على البائع - ضمن ما يرجع به على البائع من عناصر الاستحقاق الكلي - " المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية " .

---

له وجه وذلك خلال سنة من وقت علمه بإحداثها. فإن لم يطلب الإزالة ، أو طلب استبقاء المستحقات التزم بدفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع ما زاد بسببها في قيمة الأرض " .

٤- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق إلا ما كان يمكن عدم إنفاقه منها لو أخطر البائع في الوقت المناسب . إذ يدخل في عناصر الاستحقاق الكلي ما أنفقه المشتري من مصروفات في دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق مثل أتعاب المحاماة وأمانات الخبرة ومصروفات استخراج بعض المستندات اللازمة في أي من الدعويين ، لكن يخرج من هذه المصروفات فلا يدخل في الضمان ما يكون المشتري أنفقه دون الرجوع إلى البائع بحيث لو أخطره في الوقت المناسب لتجنب إنفاق هذه المصروفات ، مثال ذلك أن ينفق المشتري نفقات للحصول على مستند يوجد لدى نسخة منه أو يطلب خبرة في مسألة يعلم المشتري حقيقتها على نحو يقيني .

وهذا عين ما نصت عليه المادة ٤٤٣/٤ مدني مصري بقولها " جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٤٠ " .

٥- تعويض المشتري عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب مما سوى ما سبق من عناصر الضمان.

يدخل في عناصر الاستحقاق الكلي كل ما لحق المشتري من ضرر أو خسارة أو فاتته من كسب غير ما سبق من عناصر الاستحقاق الكلي ، مثل أتعاب السمسرة ، ومصروفات استلام المشتري للمبيع ، مثل مصروفات نقله من ميناء الوصل بوصفه مكان تسليم المبيع إلى موطن المشتري أو موطن أعماله .

ثالثاً : عناصر الاستحقاق الجزئي : إذا حدث أن استحق المبيع جزئياً ، بحيث لم يحرم المشتري من المبيع كله ولكن حرم من جزء منه ، فإن تحديد عناصر هذا الاستحقاق ليقضي التفرقة بين هذين الفرضين :

١- الفرض الأول : أن يكون هذا الاستحقاق الجزئي جسيماً بالنسبة للمشتري ، بحيث يفوت على هذا المشتري غرضه من شراء هذا المبيع ، كما لو ثبت أن المشتري لو كان يعلم بهذا الاستحقاق قبل الشراء لما أقدم عليه ، مثال ذلك أن يشتري شخص أرضاً زراعياً

ليجعلها حديقة غناء ، ثم يترتب على استحقاق الغير لجزء كبير منها أن تفوت عليه هذه الفرصة أو يشتري شخص أرض فضاء ليبنيها عمارة أو فندقاً أو مدرسة أو مستشفى خاص ، ثم يترتب على استحقاق الغير لجزء كبير منها إلى حرمانه من هذا الغرض ، وعندئذ يكون المشتري بالخيار بين أمرين :

أ- الأمر الأول : إما أن يرد إلى البائع ما تبقى بين يديه من هذا المبيع ، ويرجع عليه - من ثم - على إثر ذلك بجميع عناصر الاستحقاق الكلي سالفه الذكر ، لأنه برده هذا المتبقي من المبيع إلى البائع بعد استحقاق الغير للجزء الآخر منه ، يكون وضعه مماثلاً لوضع استحقاق الغير لكل المبيع ، فيكون من حق المشتري تحصيل كل عناصر هذا الضمان كاملة .

ب- الأمر الثاني : أن يحتفظ المشتري بالجزء المتبقي بين يديه بعد استحقاق الغير للجزء الآخر المحكوم به له بحكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضي ، ويكون من حقه قانوناً الرجوع على البائع بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء استحقاق الغير للجزء المحكوم له به .

٢-الفرض الثاني : أن يكون الاستحقاق الجزئي للغير غير جسيم بالنسبة للمشتري ، كما لو أنه لم يفوت هذا الاستحقاق الجزئي للمبيع على المشتري غرضه من الشراء ، وبقي في مقدوره رغم حصوله مثلاً أن يعمل الحديقة التي كان يحلم بها من وراء شراء الأرض الزراعية أو بقي في وسعه بناء الأرض المتبقية بعد هذا الاستحقاق لتكون عمارة أو فندقاً أو مدرسة مثلاً كان يحلم من قبل ، وعندئذ لا يكون أمام المشتري سوى حل واحد وهو الاحتفاظ بالجزء المتبقي من هذا المبيع مع ثبوت حقه في طلب تعويضه عن الضرر الذي أصابه من جراء استحقاق الغير للجزء المحكوم به لصالحه في دعوى الاستحقاق .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٤٤٤ مدني مصري بقولها " ١ - إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلاً بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرًا لو علمه

لما أتم العقد كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه".

"٢ - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق" (٢٧٠).

نظراً لأن واضع القانون لم يقيد حق المشتري في الرجوع على البائع بعناصر الاستحقاق الكلي أو الجزئي بضرورة كونه حسن النية (أي لا يعلم بسبب الاستحقاق)، بعكس ما إخطته في رجوع المشتري بالتعويض على البائع عند بيعه ملك غيره، فقد قيد هذا الرجوع بضرورة كون المشتري حسن النية، بحيث لم يكن يعلم أن البائع يبيعه ملك غيره، فقد أثير خلاف بين الفقهاء في هذا الشأن، فذهب رأي في الفقه<sup>٢٧١</sup> إلى أنه مادام لم يقيد واضع القانون حق المشتري في الرجوع على البائع في عناصر ضمان الاستحقاق الكلي أو الجزئي بضرورة حسن النية، فإن هذا يعني ثبوت هذا الحق بغض النظر عن كونه حسن النية أو سيئها، هذا بالإضافة إلى أنه في بعض الفروض قد يكون المشتري عالماً بسبب الاستحقاق ولا يقطع ذلك في سوء نيته، بل قد يكون حسن النية، مثال ذلك أن يشتري شخص مبيعاً مرهوناً ويتوقع أن البائع سيفلح في سداد الرهن مستقبلاً فيخيب ظنه ويتتبع الدائن المرتهن المبيع المرهون وينفذ عليه بحقه، وأخيراً فإن ذلك هو ما يتفق مع القواعد العامة في التعويض التي لا تشترط حسن النية في المضرور حتى يمكن تعويضه.

---

(٢٧٠) إذ تنص المادة ٤١١ مدني بحريني على نفس المعنى "أ" إذا استحق بعض المبيع، أو وجد مثقلاً بتكليف أو حق للغير، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يرد المبيع وما أفاده منه، على أن يعوض في حدود ما تقضي به المادة السابقة.

(ب) فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين بالفقرة الأولى، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق وفقاً لما تقضي به المادة السابقة.

(٢٧١) أ.د/ توفيق حسن فرج " أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان " بحث منشور بمجلة الحقوق، سنة ١٩٧٠م، عدد ١، ٢، ص ١٨٣ وما بعدها.

في حين ذهب رأي آخر <sup>(٢٧٢)</sup> -أؤيده- إلى وجوب حسن نية المشتري لاستحقاقه باقي عناصر الاستحقاق الأخرى غير قيمة المبيع ، وذلك حتى تستقيم الحلول القانونية لذات الموضوعات والمسائل المتشابهة ، فليس من المقبول أن نحرم المشتري من حقه في الرجوع على البائع بالتعويض في بيع ملك الغير إذا كان سيء النية (أي يعلم أن البائع يبيعه ملك غيره) ، ثم نسمح للمشتري من زاوية أخرى الرجوع عليه بكل عناصر التعويض الأخرى غير قيمة المبيع ولو كان سيء النية يعلم بسبب استحقاق الغير للمبيع وقت إبرام العقد ، وهذا ما مالت إليه محكمة النقض المصرية <sup>(٢٧٣)</sup> ، وهذا من شأنه أن يشجع على شيوع الأخلاق في التعامل ، وتلك مسألة حيوية للحفاظ على أرزاق المعاملين لتحفها البركة بدلاً من أن تحقق هذه البركة بسبب الغش وسوء النية ، وصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ يقول في الحديث الذي رواه عنه سيدنا حكيم بن حزام " البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما ، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما " <sup>(٢٧٤)</sup> .

ولقد كان مأمولاً في واضع القانون أن يقيم اعتباراً لحسن النية في كل أطراف العقود عموماً ، وفي عقد البيع خصوصاً ، بوصفه أحد أهم وأبرز عقود المعاوضة على الإطلاق ، ليس فقط في جانب المشتري عند رجوعه على البائع سواء في بيع ملك الغير أو في عناصر الاستحقاق الكلي أو الجزئي للمبيع ، بل وفي جانب البائع عند رجوع المشتري عليها في أيهما ، لكن للأسف الشديد لم يشترط واضع القانون ذلك ، ومن ثم لا تأثير لحسن نية البائع أو سوء نيته في رجوع المشتري عليه بالتعويض في أحكام بيع ملك الغير ولا في أحكام ضمان التعرض والاستحقاق ، باستثناء أن نطاق مسؤولية البائع العقدية يضيق عند ثبوت حسن نيته وفق القواعد العامة في تلك المسؤولية ، فيقتصر التعويض الذي يحكم به عليه على الضرر المباشر المتوقع دون غير المتوقع ، في حين يتسع هذا النطاق ليشمل جميع الأضرار المباشرة متوقعةً كانت

<sup>(٢٧٢)</sup> أ.د/عبد الناصر توفيق العطار - المرجع السابق - ص ٢٣٦ .

<sup>(٢٧٣)</sup> نقض مدني مصري ١٩٦٤/٧/٧م - مجموعة أحكام النقض - س ١٥ ، ص ٩٢٠ .

<sup>(٢٧٤)</sup> رواه البخاري في صحيحه ، رقم الحديث ٢٠٧٩ ، ورواه مسلم في صحيحه ، رقم الحديث ١٥٣٢ .

أو غير متوقعة عند ارتكابه غشاً أو خطأ جسيماً (أي عند ثبوت سوء نيته) .

قد يحدث أن يخشى المشتري استحقاق الغير للمبيع فيعمد قبل رفع دعوى الاستحقاق أو أثناء سيرها إلى توقي الحكم له باستحقاق المبيع ، فيعمد إلى توقي ذلك عن طريق التصالح مع الغير على أن يعطيه مبلغاً من النقود أو يعطيه شيئاً آخر غير النقود في مقابل أن يترك خصومته بشأن المبيع ، حتى يضمن احتفاظه بهذا المبيع ، المهم أن يتم هذا التصالح قبل صدور حكم نهائي في دعوى الاستحقاق ، وبعد ذلك يستطيع المشتري الرجوع على البائع بجميع عناصر الاستحقاق الكلي ، وهنا يرخص للبائع لكي يتخلص من تبعه الرجوع عليه بكل عناصر ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشتري المبلغ النقدي الذي قدمه للغير أو الأداء الذي بذله له وفوائده القانونية من تاريخ الوفاء وجميع المصروفات ، وهذا ما نصت المادة ٤٤٢ مدني مصري على أنه " إذا توقي المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات " (٢٧٥) .

ونظراً لأن أحكام ضمان البائع للتعرض والاستحقاق ليست من النظام العام ، لذا يجوز للبائع والمشتري الاتفاق على تعديل أحكامهما سواء بالزيادة فيها أو الإنقاص منها أو حتى بالإعفاء منها ، هذا ما لم يثبت سوء نية البائع بتعمده إخفاء سبب استحقاق الغير للمبيع أو كان استحقاق الغير للمبيع راجعاً إلى فعله ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٤٤٥ مدني مصري بقولها " ١- يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيذا ضمان الاستحقاق ، أو ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان " . " ٢- ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري . " ٣- ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي " ، ونصت عليه المادة ٤٤٦ / ١ بقولها " إذا اتفق على عدم

---

(٢٧٥) لم يرد في القانون المدني الكويتي ولا القانون المدني البحريني نص مماثل لهذا النص ، وإن كان غياب مثل هذا النص فيهما لا يمنع من إعماله ، لاسيما إذا انتفع البائع من تصرف المشتري .

الضمان بقي البائع مع ذلك مسئولا عن أي استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك .



## المبحث الرابع

### الالتزام بضمان العيوب الخفية

#### تمهيد

لا يكفي البائع أن يضمن هدوء انتفاع المشتري بالمبيع وملحقاته، فيضمن أي تعرض شخصي يصدر عنه سواء كان مادياً أو قانونياً ، كما يضمن تعرض الغير له فيه إذا كان تعرضاً قانونياً (أي مبنياً على حق قانوني يدعي تلقيه بشأن المبيع) وليس تعرضاً مادياً ، وإنما يلتزم أيضاً بسلامة هذا المبيع أو ملحقاته من أي عيب خفي يمنع أو ينقص من كمال هذا الانتفاع ، بل وألحق بهذا الضمان ضمان خلو المبيع من صفات تعهد البائع بتوافرها فيه ، وضمان خلوه من صفات يقتضيها الانتفاع بهذا المبيع وملحقاته .

أولاً : ماهية العيب الخفي الموجب للضمان .

١- معنى العيب الخفي الموجب للضمان .

لم يورد واضع القانون المدني المصري تعريفاً للعيب الخفي الموجب للضمان ، مكتفياً ببيان وصفه بأنه ذلك العيب المؤدي إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع أو ملحقاته أو إلى إنقاص قدر هذا الانتفاع ، غير أن الفقه والقضاء قد استقرا على تعريفه بأنه " تلك الآفة الطارئة التي يخلو منها أصل الفطرة السليمة للشيء " (٢٧٦) .

٢- التمييز بين العيب الخفي الموجب للضمان والغلط في توافر صفة جوهرية في محل العقد .

---

(٢٧٦) انظر في ذلك : عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص ٥٨٠ ، عبد المنعم البدر - المرجع السابق - ص ٥٣٧ .

وينبغي التمييز بين العيب الخفي الموجب للضمان وبين الغلط في توافر صفة جوهرية في الشيء محل العقد ، فالعيب الخفي هو آفة طارئة بالمبيع تخلو منها أصل الفطرة السليمة لها ، في حين الغلط في صفة جوهرية في محل عقد البيع فمعناه أن يتوهم المشتري من تلقاء نفسه وجود صفة جوهرية في المبيع أو ملحقاته على خلاف الحقيقة ، فالعيب الخفي موجب للضمان سواء أكان البائع يعلم به من قبل أم لا ، بعكس الغلط الجوهرية في صفة جوهرية المجيز لطلب الإبطال الذي لا يجيز للمشتري طلب الإبطال إلا إذا كان الغلط مشتركاً أو كان البائع يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه ، هذا فضلاً عن أن العيب الخفي الموجب للضمان يرخص للمشتري طلب التنفيذ العيني (إصلاح العيب الخفي) أو فسخ العقد أو إنقاص الثمن بقدر ما انتقص من المبيع ، إن كان الإصلاح مبهماً للبائع ، مع التعويض في أي من الحالات سألته الذكر إن كان له مقتضى ، بعكس الغلط في توافر صفة جوهرية في المبيع فلا يرخص له أكثر من طلب الإبطال فقط ، فلا مجال فيه لطلب التعويض ، لأنه ليس ثمة خطأ يمكن نسبته للبائع .

**ثانياً : شروط العيب الخفي واجب الضمان .**

يستفاد من هذا النص أنه لكي يضمن البائع العيب الموجود بالمبيع أو ملحقاته يجب أن يتوافر في العيب الشروط الآتية (٢٧٧):

#### ١- أن يكون العيب خفياً .

(٢٧٧) هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مفاد نص المادة ٤٤٧ من القانون المدني أنه يتعين لى تقوم مسؤولية البائع عن ضمان العيب الخفى في المبيع أن يكون هذا العيب كامناً في مادة الشيء المبيع ذاته وموجوداً فيه وقت أن تسلم المشتري المبيع من البائع وينقص من قيمته بحسب الغرض الذى أعد له ، كما يلزم أن يكون خفياً وهو يكون كذلك متى كان المشتري غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه ، أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذى تعارف الناس على القيام به بل كان يتطلب خبرة خاصة وفحصاً معيناً ، أو كان من السهل اكتشافه بالفحص المعتاد وأثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه ، وأنه متى كان هذا العيب خفياً على نحو ما تقدم فيفترض أن المشتري لا يعلم به فإذا أراد البائع التخلص من الضمان فعليه هو عبء إثبات أن المشتري كان يعلم بالعيب وقت تسليم المبيع . فإن عجز عن إثبات هذا العلم وتوافر في العيب باقى الشروط أنفة البيان انعقدت مسؤولية البائع عن الضمان بصرف النظر عما إذا كان هناك خطأ تقصيرى يمكن نسبته إليه من عدمه ، ومقتضى ذلك أنه بمجرد ثبوت الإخلال بالالتزام بضمان العيب الخفى تقوم المحكمة بتحديد عناصر الضرر الناشئ عنه لتقدير التعويض الجابر له " (نقض مدني مصري الطعن رقم ١٦٥١ لسنة ٦٨ قضائية جلسة بتاريخ ١٣/١٠/٢٠١٢ م ، مكتب فنى ( سنة ٦٣ - قاعدة ١٦٧ - صفحة ١٠٥٦ ) .

لا يضمن البائع العيب الظاهر ، إنما يضمن العيب الخفي ، إذ يفترض في العيب الظاهر أن المشتري عالم به وراض عن وجوده بدليل عدم اعتراضه عليه رغم ظهوره واضحاً من مجرد المطالعة العادية ، فيكون بذلك السلوك قد أسقط حقه في طلب الضمان ، بخلاف العيب الخفي الذي لا يظهر له بسهولة ويسر عند معاينته لأول مرة وفق معيار المشتري المعتاد ، ومن ثم لم يتوافر لديه العلم به ، وخفاء العيب يعني عدم ظهوره ، ويتحقق معنى الخفاء أو عدم الظهور في العيب على نحو موجب للضمان إذا ثبت أنه لم يكن في مقدور المشتري أن يتبينه من مجرد الفحص الظاهر للمبيع أو ملحقاته وفق عناية المشخص المعتاد ، مثل الرطوبة التي لا تتكشف من مجرد رؤية المبيع والبقاء بها بعض الوقت ، وإنما تحتاج إلى وقت طويل حتى يتسنى للمشتري أن يتعرف عليها .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " وجود عيب بالمبيع يمكن كشفه بالفحص المعتاد . التزام المشتري بإخطار البائع به خلال مدة مقبولة . اعتباره قابلاً للمبيع بحالته ويسقط حقه في الضمان بعدم إخطاره البائع أو إهماله في فحص المبيع ولو لم تكن مدة تقادم دعوى الضمان قد انقضت . العيب الذي لا يمكن كشفه بالفحص المعتاد . بقاء حق المشتري في الضمان طوال المدة اللازمة لإجراء الفحص الفني . اكتشافه العيب بالفحص . التزامه بإخطار البائع به بمجرد ظهوره وإلا عد قابلاً للمبيع بحالته وسقط حقه في الضمان ولو لم تكن مدة التقادم قد انقضت . م ٤٤٩ مدني " (٢٧٨) .

---

(٢٧٨) نقض مدني الطعن رقم ٤٨٩٩ لسنة ٦٩ قضائية جلسة بتاريخ ٢٧/٢/٢٠٠٠ م ، مكتب فني ( سنة ٥١ - قاعدة ٦٦ - صفحة ٣٦٣ ) .

وتقدير كون العيب خفياً أو ظاهراً مسألة موضوعية خاضعة للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع تفصل فيها بحسب ما يتراءى لها في ضوء الظروف والأحوال المصاحبة للتعاقد دون خضوع في ذلك لرقابة محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تبرره .

وذهب رأي في الفقه إلى أن العيب الذي تتفاقم درجة خطورته بعد التعاقد يكون مضموناً حتى ولو كان ظاهراً من قبل عند التعاقد ، كما أن العيب الذي لا يظهر إلا بعد الاستعمال لفترة ما يعد عيباً خفياً يتعين ضمان ظهوره بعد هذا القدر من الاستعمال (٢٧٩) .

وإذا كان الأصل العام أن البائع لا يضمن للمشتري العيب الظاهر ، إلا أنه إذا أثبت المشتري أن البائع قد عمد إلى إخفاء هذا العيب عنه غشاً منه أو أنه أكد له خلوه منه على خلاف الحقيقة ، فعندئذ يكون مسئولاً عن ذلك العيب ، بل وللمشتري إلى جانب طلب إصلاح العيب أو فسخ العقد الحق في طلب التعويض عن الغش أو التدليس الذي صدر عن البائع ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " مفاد نص المادة ٤٤٧ من القانون المدني أنه يتعين لكي تقوم مسئولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في المبيع أن تكون هذه العيوب كامنة في مادة الشيء المبيع ذاته وموجودة فيه وقت أن تسلم المشتري المبيع من البائع وأن تنقص من قيمته بحسب الغرض الذي أعد له كما يلزم أن تكون خفية وهي تكون كذلك كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ المشار إليها إذا اثبت المشتري أنه كان لا يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية

---

(٢٧٩) انظر في نفس المعنى : أ.د / عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ج ٢ ، ص ٩٣ .

الرجل العادي، ما لم يكن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو تعمد إخفاءه غشاً منه" <sup>٢٨٠</sup>

## ٢- أن يكون العيب مؤثراً .

لكي يضمن البائع العيب يجب أن يكون عيباً مؤثراً ، ويكون العيب مؤثراً في المبيع إذا كان من شأن وجوده أن ينقص من قيمة أو من ملحقاته أو أن ينقص من منفعة بحسب الغاية المقصودة منه بحسب طبيعته أو الغرض المعد له ولم يجر العرف على التسامح فيه .

وإذا كان العيب مؤثراً على نحو ما ألمحنا آنفاً ، فإنه يستوي أن يكون قديماً أو طارئاً ، كما يستوي أن يكون موجوداً بالمبيع ذاته أو بملحقاته ، كما يستوي أن يكون البائع عالماً به أم جاهلاً بوجوده ، بل ويستوي أن يكون موجوداً على الدوام أو على فترات متقطعة ، مادام أنه مؤثر في قيمة المبيع أو ملحقاته أو في الانتفاع بهما معاً أو في أي منهما .

ولا يضمن البائع العيب الذي يجري العرف على التسامح فيه لقلة تأثيره رغم وجوده ، كما لو كانت الرائحة المنبعثة من المبيع خفيفة أو الرطوبة الموجودة بها مألوفة ، وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٤٨ مدني مصري " لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه " <sup>(٢٨١)</sup> .

<sup>(٢٨٠)</sup> نقض مدني مصري الطعن رقم ٦٨٢٦ لسنة ٦٢ قضائية جلسة بتاريخ ٢٧/٤/٢٠٠٠ م ، مكتب فني (سنة ٥١ - قاعدة ١١٢ - صفحة ٦١٩) .

<sup>(٢٨١)</sup> إذ تنص المادة ٤١٦ مدني بحريني على ذات المعنى بقولها " لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه " ، ونصت عليه المادة ٤٩٠ مدني كويتي بقولها " لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه " .

### ٣- ألا يكون العيب معلوماً للمشتري .

الأصل أن المشتري لا يرضى وجود أي عيب في المبيع أو ملحقاته ، لذا يفترض عدم علمه بما يظهر به من عيوب بعد التعاقد ، إذ الطبيعي ألا يرضى في المبيع بأي عيب يحول دون الانتفاع به (أو ملحقاته) أو ينقص من قدر هذا الانتفاع نقصاناً كبيراً . ويتحقق علم المشتري بالعيب إذا ثبت أن المشتري قد عاينه بالفحص المعتاد أو كان البائع قد أعلمه به ، أو تحقق له علمه به عن طريق شخص آخر مثل خبير استعان به المشتري في معاينة هذا المبيع أو فحصه ، فإذا ثبت ذلك سقط حقه في طلب الضمان لهذا العيب .

وجدير بالذكر أن العلم المطلوب ههنا هو العلم الحقيقي ، فلا يكفي العلم الافتراضي الذي يستفاد من شيء آخر ككون الثمن أقل من ثمن المثل ، صحيح أن المشتري قد يرضى شراء شيء معيب ، ويراعى ذلك عند تقدير الثمن المناسب له ، ألا أن هذا ليس هو الأصل ، ألا أن المفترض هو عدم رضا المشتري بالشيء المعيب ما لم يثبت عكس ذلك ، أما المشتري فيفترض فيه جهله بهذا العيب ، ويقع على عاتق البائع عبء إثبات علم المشتري بالعيب ، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بوصفه واقعة مادية يجوز إثباتها بأي وسيلة من وسائل الإثبات ، ولا يهم علم البائع بالعيب أو عدم علمه ، فهو ضامن للعيب الخفي في المبيع أو ملحقاته سواء كان يعلمه أو لا يعلمه .

### ٤- ألا يكون العيب حاصلًا نتيجة فعل المشتري .

من الطبيعي أن يشترط في العيب الذي يضمنه البائع ألا يكون حاصلًا نتيجة لفعل المشتري ، لأنه لن يصير عيباً موجباً للضمان على عاتق البائع ، وإنما سيكون إتلافاً من المشتري يتحمل هو تبعته ، بل إنه حتى في الفرض الذي يكون فيه العيب موجوداً من قبل لكن ساهم المشتري بخطئه في تفاقمه أو زيادة تفاقمه ، فعندئذ لم يجر له الرجوع على البائع بالضمان إلا في حدود ما كان فيه العيب موجوداً قبل تدخل المشتري

بخطئه المؤدي إلى تفاقمه أو زيادة تفاقمه ، شريطة أن تتوافر في ذلك العيب قبل التفاقم أو زيادته شروط العيب الموجب للضمان .

**وتلحقبالعيبالخفيالموجبللضمانهاتانالصورتان :**

**أ- الصورة الأولى :** حالةتعهدالبائعبتوافرصفاتمعينةفيمبيع ، ثماتضغيرذلك،إذا تعهد البائع بضمان صفات معينة في المبيع سواء كانت جوهرية أو غير جوهرية ، كان ملتزماً بضمان وجودها فيه ، كما لوتعهدالبائعبعدموجودرطوبةشديدةبالمبيع أوعدموجودرائحةكريهةمنبعثةمنالمبيع،ثمتبينعكسذلك، فإذا لم تتوافر هذه الصفات كان ذلك في حكم العيب الخفي وسرت وهنا أحكامه تطبيقاً لنص المادة ١/٤٤٧ مدني مصري . أما إذا لم يتعهد البائع بضمان وجود مواصفات معينة في المبيع ، فليس للمشتري أن يرجع عليه لفوات وصف معين فيه إلا وفق أحكام الغلط الجوهري ، بأن يثبت المشتري وقوعه في غلط جوهري بشأن هذا الوصف وأن هذا الغلط قد اتصل بعلم البائع .

**ب- الصورة الثانية : ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة .**

قد يحدث ألا يكتفي المشتري بمسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية أو ضمان ما قد يشترطه عليه من ضمان توافر مواصفات معينة يريدها في المبيع ، إنما يريد فوق ذلك أن يضمن له البائع بقاء هذا المبيع صالحاً للغرض منه خلال مدة معينة وإلا كان مسئولاً تجاهه ، حتى ولو لم يكن بهذا المبيع أي عيب أو لم يتخلف عنه أي وصف معين اشترطه فيه ، فيتفق مع البائع على أن يكون ضامناً لصلاحية المبيع للعمل مدة معينة حتى يريح نفسه من مغبة أي أعطال تحدث للمبيع بعد البيع فتفسده أو تؤثر في صلاحيته للغاية المقصودة منه ، ويحدث هذا كثيراً في واقع الحياة في بيوع الأجهزة الكهربائية أو الإلكترونية أو السيارات ، فإذا وجد هذا الاتفاق كان البائع مسئولاً في مواجهة المشتري عن ضمان صلاحية المبيع للعمل خلال المدة المتفق عليها أياً كان سبب ذلك ، وألا تتعطل هذه الصلاحية أو تنقص لأي سبب سواء كان معروفاً أو غير

معروف ، به عيب أو ليست به أي عيوب ، وإلا مسئولاً عن الإخلال بهذا الالتزام وفق أحكام ضمان العيب الخفي ، ما لم يتفق الطرفان على جزاء آخر ، كأن يتفقاً مثلاً في نفس العقد المتضمن هذا الشرط على أن يتولى البائع إصلاح المبيع على نفقته وحسابه ليعيد له صلاحيته خلال المدة المتفق عليها أو أن يعطيه شيئاً آخر بدلاً منه .

ويجب على المشتري أن يبادر إلى إخطار البائع بالخلل الذي حدث للمبيع فأفقده صلاحيته للغرض المنشود منه أو أنقص قدرها خلال شهر من تاريخ حصول هذا الخلل ، فإن لم يتدخل البائع سريعاً بما يلزم لمعالجة هذا الخلل سواء بإصلاحه أو إبداله بآخر ، وجب على المشتري إن أراد الاحتفاظ بحقه في الرجوع على هذا البائع بالضمان أن يرفع عليه دعوى الضمان خلال مدة لا تزيد على ستة أشهر من تاريخ حصول هذا الإخطار ، وإلا سقط حقه في الرجوع عليه بالضمان .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٤٥٥ مدني مصري بقولها " إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل في مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار، وإلا سقط حقه في الضمان، كل هذا ما لم يتفق على غيره" (٢٨٢) .

**ألا يكون البيع بيعاً قضائياً أو بيعاً إدارياً تم بطريق المزاد .**

---

(٢٨٢) وهو ما نصت عليه المادة ٤٢٦ مدني بحريني بقولها " إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ثم ظهر خلل في المبيع خلالها ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار ، وإلا سقط حقه في الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على خلافه " ، ونصت عليه المادة ٤٩٩ مدني كويتي بقولها " إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ثم ظهر خلل في المبيع خلالها ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره. ٢- فإذا لم يقم البائع بإصلاح الخلل، كان للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض أو أن يستبقي المبيع ويطلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب الخلل. وفي الحالين يجب رفع الدعوى في مدة ستة شهور من تاريخ إخطار البائع بوجود الخلل. كل هذا ما لم يتفق على خلافه " .



فالبيع القضائي هو البيع الذي يتم تحت إشراف القضاء ، سواء كان إجبارياً أو اختيارياً مثل بيع أموال القاصر المحجور عليه ، وبيع أموال المفلس ، كذلك البيع الإداري وهو الذي يتم تحت إشراف جهة من جهات الإدارة العامة كبيع أموال من عليه ضريبة عامة اقتضاءً لها متى تم بطريق المزاد ، سواء كان هذا المزاد علنياً أم غير علني ، فكلاهما لا ضمان فيهما لما يظهر بهما من عيوب خفية ، وذلك تقديراً لما يجري بشأنهما من إعلانات سابقة على إجرائهما ، على نحو يتيح للراغبين في الشراء من فرصة كافية معاينة هذا المبيع وفحصه والتعرف على جميع مواصفاته ، فضلاً عن مراعاة ما تستلزمه هذه البيوع من جهد ووقت ومال في سبيل إتمامها .

### ثالثاً : جزاء الإخلال بهذا الالتزام.

ويستفاد من هذا النص ، أنه في مقدور المشتري (أو ورثته) إذا توافرت شروط العيب الموجب للضمان كان من حقه الرجوع على البائع (أو ورثته) بدعوى ضمان العيوب الخفية ، والتي يجب على المشتري أن يرفعها - إذا أراد الرجوع على البائع بالضمان - خلال سنة من تاريخ تسليمه المبيع وإلا سقط حقه في الرجوع بهذا الضمان ، هذا ما لم يتفق الطرفان على مدة أطول فيعمل بالمدة المتفق عليها أو يثبت تعمد البائع إخفاء العيب غشاً منه فعندئذ تسقط الدعوى بالتقادم الطويل ، وهذا ما نصت عليه المادة ٤٥٢ مدني مصري بقولها " ١- يسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت 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 لتتمام التقادم إذا ثبت به تعمد إخفاء العيب غشاً منه " (٢٨٣) ، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية

---

(٢٨٣) إذ تنص المادة ٤٢٣ مدني بحريني على أنه " (أ) لا تسمع دعوى ضمان العيب إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ، ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول " . (ب) وليس للبائع أن يتمسك بعدم سماع الدعوى ، إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه " ، ونصت عليه المادة ٤٩٦ مدني كويتي بقولها " تسقط دعوى ضمان العيب إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ، ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول. ٢- وليس للبائع أن يتمسك بالسقوط ، إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه " .

بقولها " لمقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مفاد النص في المادة ٤٥٢ من القانون المدنى يدل على أن الالتزام بضمان العيوب الخفية يسقط بمضى سنة من وقت تسلم المشتري للمبيع ، غير أنه إذا تعمد البائع إخفاء العيب عن غش منه فلا تسقط دعوى الضمان في هذه الحالة إلا بمضى خمس عشرة سنة من وقت البيع " ٢٨٤

وإذا توافرت شروط العيب الخفي الموجب للضمان ، كان للمشتري الرجوع على البائع بعناصر ضمان الاستحقاق الجزئي بحسب كون العيب جسيماً أو بسيطاً ، حيث أحال واضع القانون المشتري إلى أحكام ضمان الاستحقاق الجزئي الوارد في المادة ٤٤٤ مدني مصري ، حيث نصت المادة ٤٥٠ مدني على ذلك بقولها " إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤ .

كما يجوز للمشتري أن يترك الرجوع على البائع بضمان العيب الخفي ، ويرجع عليه وفق القواعد العامة في المسؤولية العقدية ، فيرجع عليه بالخيارات الآتية :

١- طلب التنفيذ العيني عن طريق إلزام البائع بإصلاح المبيع من العيب الموجود به ، كما أن للمشتري إجراء هذه الإصلاح بنفسه على نفقة البائع بعد استئذان القضاء أو دون استئذانه في حالات الاستعجال إذا كان هذا لا يبهظ البائع ، أي يكلفه تكلفة باهظة غير مألوفة ، وإلا وجب التحول إلى خيار آخر مثل التعويض أو إنقاص الثمن بقدر ما انتقص من المنفعة .

٢- طلب فسخ العقد إذا تعذر التنفيذ العيني كما لو كان الإصلاح متعذراً أو كان ممكناً لكن كان مبهظاً للبائع ، كان للمشتري طلب الفسخ أو طلب إنقاص الأجرة بقدر ما انتقص من المنفعة .

---

(٢٨٤) نقض مدني مصري طعن رقم ١٦٥١ لسنة ٦٨ قضائية جلسة بتاريخ ١٣/١٠/٢٠١٢ م ، مكتب فنى ( سنة ٦٣ - قاعدة ١٦٧ - صفحة ١٠٥٦ ) .

٣- طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء وجود العيب مع طلبه التنفيذ العيني

أو طلب الفسخ أو إنقاص الثمن إن كان ثمة مقتضى لذلك .

وإذا كان واضح القانون المدني المصري لم ينص على موعد لسقوط دعوى ضمان العيوب الخفية ، على عكس موقفه من النص على سقوط دعوى ضمان العيوب الخفية في عقد البيع بمضي سنة واحدة من وقت تسليم المبيع للمشتري ، فإن هذا يعني خضوعها في ذلك للتقادم الطويل بمضي خمسة عشرة سنة من وقت اكتشاف المستأجر لهذا العيب الخفي ، بوصفه يمثل القاعدة العامة في تقادم دعاوى المطالبة بالحقوق ، هذا ما لم ينص القانون على مدد أخرى أقصر أو أطول .

وأخيراً ، ينبغي التنويه إلى أن أحكام ضمان العيب الخفي هي أحكام مكملية أو مقررّة لا تتصل بالنظام العام ، تأسيساً على أنها تعالج مسألة خاصة تتعلق برعاية مصلحة المستأجر أو مصلحة المؤجر ، ولذا يجوز لهما الاتفاق على ما يخالفها ، سواء كان ذلك متمثلاً في التشديد من هذه المسؤولية أو التخفيف منها أو حتى بالإعفاء منها بالكلية ، بيد أنه يبطل الاتفاق على الإعفاء في حالتي الغش أو الخطأ الجسيم وفقاً للقواعد العامة ، كما نصت المادة: ٥٧٨ مدني مصري على بطلان تعديل أحكام ضمان المؤجر للتعرض أو ضمان العيوب الخفية في حالة وقوع غش من المؤجر ، وفي ذلك تنص هذه المادة على أنه " يقبض على كل اتفاق يتضمن إعفاء أو الحد من ضماننا أو التعرضاً والعيوب إذا كانا المؤجر قد أخف عن غش سببه هذا لضمان " .

## الفصل الثاني

### التزامات المشتري

#### تمهيد:

إذا كان عقد البيع يفرض على عاتق البائع التزاماً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فإنه يفرض في مقابل ذلك على عاتق المشتري (أو ورثته) الالتزام بدفع الثمن في مواجهة البائع (أو ورثته) ، ويقع على عاتقه وحده تحمل نفقات أو الوفاء بهذا الثمن ، وذلك باعتباره هو المدين بهذا الالتزام وعليه من ثم تقع تكاليف الوفاء به ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بعكس ذلك ، كما أنه إذا كان العقد يفرض على عاتق البائع الالتزام بتسليم المبيع للمشتري ، وعليه وحده بصفة عامة تحمل مصروفات هذا التسليم ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك ، فإن ذات العقد يفرض على المشتري الالتزام باستلام المبيع ، ويقع عليه وحده بصفة عامة عبء تحمل ما يلزم لهذا الاستلام من تكاليف أو مصروفات ، بوصفه المدين بهذا الالتزام ، وعليه من ثم نفقات هذا الوفاء ، كل هذا ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك ، وهذا كله على التفصيل الآتي :

## المبحث الأول

### الالتزام بالوفاء الثمن وتحمل تكاليف هذا الوفاء

أولاً : المدين بالوفاء الثمن . لا جرم أن المدين الأصلي في الوفاء بالثمن هو المشتري ، ثم ورثته من بعده ، وإذا تعدد المشترون ، كان كل مشتري مديناً بالوفاء بالثمن في حدود حصته في المبيع ، ولم يجز للبائع أن يطالب أياً إلا بمقدار نسبته في هذا المبيع ، ما لم يكن ثمة تضامن بين المشتريين المتعديدين لصالح البائع ، فعندئذ عند ثبوت التضامن يلتزم أي واحد منهم بسداد كامل الثمن ، ولا يجوز له عند رجوع البائع عليه بكل الثمن أن يدفع رجوعه بقصر مسؤوليته على قدر نصيبه في المبيع لأنه بموجب التضامن صار مديناً أصلياً في كامل الثمن وليس بقدر ما يوازي حصته في المبيع .

كما يصح الوفاء بالثمن من نائب المشتري فهو يأخذ حكم الوفاء الحاصل من المشتري شخصياً ، تأسيساً على أن هذا الوفاء الحاصل من النائب هو يمثل تصرفاً قانونياً صادراً عن نائب باسم ولحساب الأصل وهو المشتري ، سواء كانت هذه النيابة نيابة اتفاقية مثل الوكيل أو نيابة قانونية مثل الولي أو نيابة قضائية مثل الوصي .

بل ويجوز وفقاً للقواعد العامة في الوفاء أن يقع الوفاء بالثمن من الغير <sup>(٢٨٥)</sup> (ويقصد بالغير هنا كل من ليس مديناً بالوفاء أي غير المشتري وورثته ونائبه) ، سواء أكان ذلك الغير من الأغيار الذين لهم مصلحة في هذا الوفاء مثل الخلف الخاص للمشتري المشتري الجديد للمبيع من المشتري الأول أو المتنازل له عن حق الملكية أو حق الانتفاع أو حتى مستأجر هذا المبيع (مع مراعاة أن الغير الذي له مصلحة في الوفاء يستطيع أن يوفي بالثمن ولو رغماً عن الدائن وهو البائع بإيداعه لحسابه خزانة المحكمة إذا رفض قبوله منه بعد عرضه عليه عرضاً حقيقياً على يد موظف مختص ، كما يستطيع أن يوفي بهذا الثمن ولو رفض المدين حصول هذا الوفاء أو عارض في

---

(٢٨٥) راجع في ذلك مؤلفنا " الوسيط في أحكام الالتزام والإثبات " ص ٢٣ ، ٢٤ ، طبعة عام ٢٠٢٠ م ، مطبعة بداري بأسبوط .

حصوله) ، أم كان غيراً ليست له مصلحة في هذا الوفاء مثل شخص يتطوع بالوفاء بالثمن عن المشتري دون أن تكون له مصلحة ظاهرة في حصول هذا الوفاء ، وسواء وقع الوفاء من ذلك الغير بعلم المدين ودون معارضة منه في ذلك أو وقع منه دون علم هذا المدين أو بعلمه مع معارضته في حصوله (ذلك أنه إذا حصل الوفاء من الغير بعلم المدين وهو المشتري ودون معارضة منه في حصوله رجع الموفي عليه بقدر ما وفاه إلى البائع ، أما إن وفي بالثمن دون علم المشتري أو بعلمه مع معارضته في حصوله ، لم يجز للغير الموفي الرجوع عليه في وفائه بالثمن بقدر ما وفى به منه ولكن بقدر ما انتفع به المشتري من جراء وفائه بالثمن ، بحيث إذا ثبت أنه وفى بالثمن كاملاً عن المشتري ثم اتضح أن جزءاً من هذا الثمن كان سقط بالتقادم قل هذا الجزء أو كثر ، أو كان قد انقضى بالمقاصة أو بالإبراء لم يجز له الرجوع على المشتري بقدر ما دفع عنه للبائع ولكن بقدر ما انتفع هذا المشتري من جراء وفائه وهو في حدود الجزء الذي لم يسقط بعد من هذا الثمن ، أما ما وفاه زيادة عن مديونية المشتري مما سقط من الثمن أو انقضى فله الرجوع فيه على المستوفي سواء كان هو البائع أو ورثته وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب (٢٨٦)) ولا رجوع له فيه على المشتري أو ورثته .

**ثانياً : الدائن بالوفاء بالثمن .** لا شك أن الدائن بالثمن هو البائع ، ولذا يجب على المشتري أن يوفي بالثمن إلى البائع شخصياً أو إلى نائبه على أساس أن الوفاء للنائب يأخذ حكم الوفاء للدائن شخصياً ، حيث يجري الوفاء للنائب باسم ولحساب الأصيل وليس باسم ولحساب النائب ، ومن ثم ينصرف الوفاء ابتداءً وانتهاءً لحساب الأصيل وهو البائع ، أيا كانت طبيعة النيابة (أي سواء كانت نيابة اتفاقية كنيابة الوكيل أو نيابة قانونية كنيابة الولي أو نيابة قضائية كنيابة الوصي) ، كما يصح الوفاء للبائع في حسابه المصرفي لدى البنك ، حيث يعتبر البنك بمثابة وكيل عن عميله ، وعندئذ يقع الوفاء لا من تاريخ تحويل المبلغ إلى حساب البائع لدى البنك ولكن من تاريخ دخوله فعلاً في حساب البائع ، وفي حالة وفاة البائع يصح الوفاء لورثته باعتبارهم خلفاً عاماً

(٢٨٦) راجع في ذلك مؤلفنا السابق " الوسيط في أحكام الالتزام والإثبات " ص ٢٥ .

للبيع ، وعندئذ يجب على البائع أن يوفي كل وارث بمقدار حصته في الثمن وفق قواعد الميراث دون زيادة ، كما يصح الوفاء بالثمن للمتازل له عن هذا الثمن مثل المحال له الحق في الثمن .

وإذا تعدد البائعون ، وجب على المشتري أن يوفي كل واحد منهم بقدر حصته في المبيع دون زيادة ، هذا ما لم يكن المشتري قد اشترط عليهم التضامن لصالحه ، فعندئذ يجوز له أن يوفي أيّاً منهم بكامل الثمن وتبرأ ذمته بهذا الوفاء الحاصل لأحد البائعين ، ثم يقوم من استوفى الثمن من هؤلاء البائعين بتوزيعه بينهم كل بقدر حصته في المبيع .

وإذا وفى المشتري الثمن بطريق الخطأ إلى غير صاحب الحق فيه (أي غير هؤلاء الأشخاص سالف الذكر) فإن الأصل العام أن هذا الوفاء لا يصح قانوناً ولا تبرأ ذمته به في مواجهة الدائن بالوفاء ، ويجب عليه أن يجري الوفاء من جديد إلى صاحب الحق فيه حتى تبرأ ذمته بحصوله ، ذلك أن من وفى خطأ يوفي مرتين أو يطالب بالوفاء مرة أخرى من جديد وفاء صحيحاً لصاحب الحق فيه ، ثم له من بعد تمام هذا الوفاء أن يرجع على من وفاه خطأً أي بغير حق بدعوى استرداد غير المستحق إن كان المستوفي سيء النية عند الاستيفاء (أي استوفى وهو يعلم أنه يتلقى ما ليس مستحقاً له) أو بدعوى الإثراء بلا سبب إن كان حسن النية عند الاستيفاء (أي استوفى الثمن ظاناً بطريق الخطأ أنه صاحب حق في استيفائه) ، غير أنه على سبيل الاستثناء يعتد قانوناً بصحة الوفاء الحاصل للغير إذا أقر الدائن بالوفاء بصحة هذا الوفاء ، إذ يصير هذا المستوفي للثمن دون وجه حق بعد هذا الإقرار الذي له أثر رجعي وكأنه كان نائباً عنه في قبضه من تاريخ القبض وليس من تاريخ الإقرار ، أو عادت على البائع منفعة من جراء حصول هذا الوفاء وبقدر هذه المنفعة ، كما لو ثبت أن ذلك الغير الذي استوفى الثمن هو دائن البائع ، كان الوفاء قد حصل بحسن نية للدائن الظاهر أو الدائن الصوري ، وهو من يظهر أمام الناس على أنه الدائن الحقيقي ثم يتضح غير ذلك ، كما لو وقع الوفاء لمن تنازل له البائع عن الثمن ثم تبين بطلان حوالته بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً ثم حكم ببطلانها أو تم الوفاء لمن أوصى له البائع بالثمن ثم تبين بطلان

هذه الوصية أو عدم نفاذها في حق الموصي أو ورثته (٢٨٧) .

**ثالثاً : مكان الوفاء بالثمن .** لا جرم إن وفاء المشتري بالثمن للبائع في مكان معين مسألة خاصة لا شأن لها بالنظام العام ، ومن ثم يترك للطرفين حرية الاتفاق عليها حسبما يترأى لهما ، فقد يحدد الطرفان مكاناً معيناً يجب دفع الثمن فيه صراحة ، وقد يفقان عليه ضمناً كأن يتفقا على أن يسدد الثمن بشيك مسحوب على بنك معين ، مما يوجب الوفاء به لدى هذا البنك ، فإذا لم يتفق الطرفان على مكان معين يجب حصول الوفاء ، ولم يحدد العرف مكاناً معيناً يتعين الوفاء فيه ، فعندئذ نفرق بين فرضين : ١ - **الفرض الأول : أن يكون الثمن مستحق الوفاء في وقت تسليم المبيع** فعندئذ يجري تسليم الثمن في ذات مكان تسليم المبيع ، وذلك مراعاة لما بينهما من ارتباط وتقابل بوصفهما التزامين متقابلين ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ، وهذا ما نصت عليه المادة ١/٤٥٦ مدني مصري بقولها " يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك " (٢٨٨) .

ولعل هذا الحكم الخاص في عقد البيع يمثل خروجاً على القاعدة المكملية التي تمثل قاعدة عامة في تحديد مكان الوفاء إذا خلا الاتفاق أو العرف من تنظيم له ، والتي تقضي بأن يتم الوفاء في موطن المدين أو موطن أعمال مهنته أو حرفته إذا كان متصلاً بتلك الأعمال، وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٢/٣٤٧ مدني مصري بقولها

---

(٢٨٧) إذ تنص المادة ٣٣٣ مدني مصري على أنه " إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه ، وبقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته " ونصت عليه المادة ٣٢٤ مدني بحريني بقولها " إذا كان الوفاء لغير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه ، وبقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص ظاهر بمظهر الدائن " ، ونصت عليه المادة ٤٠٠ مدني كويتي بقولها " إذا كان الوفاء لغير الدائن ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه وبقدر هذه المنفعة أو تم الوفاء بحسن نية لشخص ظاهر بمظهر الدائن " .

(٢٨٨) وهو ما نصت عليه المادة ١/٤٢٧ مدني بحريني بقولها " يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك " ، ونصت عليه المادة ١/٥٠١ مدني كويتي بقولها " يكون الثمن مستحق الأداء في المكان الذي يتم فيه تسليم المبيع ..... " .



" أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال " (٢٨٩) .

٢- **الفرض الثاني :** إذا لم يكن الوفاء بالثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، فعندئذ يجب الوفاء به في موطن المشتري ، ، وهذا هو ما أورده واضع القانون ضمن النصوص الخاصة بعقد البيع فنصت عليه المادة ٢/٤٥٦ مدني مصري بقولها " فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن " (٢٩٠) ، وهو يوافق حكم القواعد العامة بشأن تحديد موطن الوفاء بالدين النقدي مثل ثمن المبيع ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك .

**رابعاً : زمان الوفاء بالثمن .** لا شك أن سداد المشتري ثمن المبيع في زمن معين شأن خاص بطرفي عقد البيع ، فلا يتصل بالنظام العام ، ومن ثم يترك لهما حرية الاتفاق على تنظيمه بما يروق لهما ، فإذا تراضى الطرفان على زمن معين يجب على المشتري سداد الثمن عند حلوله سواء فور إبرام العقد أو عند تسليم المبيع أو استلامه أو في أي وقت غير ذلك يرتضيانه فيما بينهما ، فلا يجوز للمشتري أن يتخلف عن الالتزام في هذا الزمان المتفق عليه ، فإن لم يتفقا على موعد معين ، أو اختلفا بشأنه ، عندئذ يتعين على المشتري أن يوفي بالثمن فور إبرام العقد دون إبطاء أو تأجيل ، وهذا تطبيق لحكم القواعد العامة في الوفاء بالالتزام ، وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ١/٣٤٦ مدني

---

(٢٨٩) وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٣٣٨ ب مدني بحريني بقولها " أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال " ، ونصت عليه المادة ١/٤١٢ مدني كويتي بقولها " يكون الوفاء في موطن المدين كما يجوز أن يكون في مكان عمله إذا كان الالتزام متعلقاً بهذا العمل " .

(٢٩٠) وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٣٨ مدني بحريني بقولها " ..... فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن ، وذلك كله ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك " ، ونصت عليه المادة ١/٥٠١ مدني كويتي بقولها " ..... فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع وجب أدائه في موطن المشتري " .

مصري بقولها " يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك " (٢٩١) .

ومن ثم يجب على المشتري الوفاء بالثمن بمجرد إبرام العقد وإلا كان مخالفاً بالتزامه بدفع الثمن على نحو يترتب مسؤوليته العقدية عن ذلك الإخلال ، هذا ما لم يكن القاضي قد منحه أجلاً قضائياً أو ما يسمى بنظرة الميسرة مراعاة لظروفه العسرة التي ألمت به فحالت دونه وسداد الثمن فور إبرام العقد ، ولم يلحق بالبائع ضرر جسيم من جراء هذا الأجل ، فعندئذ يؤجل له القاضي السداد إلى الموعد المضروب له ، وهذا ما نصت عليه المادة ٢/٣٤٦ بقولها " على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من التأجيل ضرر جسيم " (٢٩٢) ، ثم بحلول هذا الأجل القاضي يتعين على المشتري الوفاء بالثمن دون تأخير .

ويراعى أنه إذا كان المبيع عدة أشياء ولم يكن ثمة تجزئة في الوفاء به ، وجب الوفاء به دفعة واحدة ، وكان من حق المشتري ألا يدفع الثمن إلا بعد تمام التسليم ، أما إذا كان الوفاء بالمبيع مجزئاً ، أي ليس واجب الوفاء به دفعةً واحدةً ، كان من حق المشتري ألا يدفع للبائع من ثمن إلا ما يوازي ما قام هذا البائع بتسليمه إليه ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك .

**خامساً : نفقات الوفاء بالثمن .** نظراً لأن تحديد شخص من يتحمل نفقات الوفاء بالثمن يمثل مسألة خاصة لا شأن لها بالنظام العام ، لذا فقد ترك أمر تنظيمها لاتفاق طرفي

---

(٢٩١) وهو ما نصت عليه أيضاً المادة ٣/٣٣٦ مدني بحريني بقولها " يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص بغير ذلك " ، ونصت عليه المادة ١/٤١٠ مدني كويتي بقولها " يجب أن يتم الوفاء بمجرد ترتيب الالتزام في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلافه " .

(٢٩٢) وهو ما نصت عليه المادة ٢/٣٣٦ مدني بحريني بقولها " على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من التأجيل ضرر جسيم " ، ونصت عليه المادة ٢/٤١٠ مدني كويتي بقولها " ومع ذلك يجوز للقاضي، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل مناسب أو يقسط الدين عليه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم " .

عقد البيع يتفقان عليها حسب ما يريانه محققاً لمصلحتهما ، فقد يتفقا على أن يتحملها أحدهما أو يتحملانها مناصفة ، فإذا لم يتفقا عليها أصلاً أو تنازعا واختلفا حول من يتحملها منهما ، فعندئذ نطبق حكم القاعدة العامة في الوفاء بالدين فيتحملها المشتري بوصفه هو المدين بالوفاء بالثمن وتقع عليه -من ثم- نفقات الوفاء به مثل مصروفات الحوالة البريدية أو الحوالة المصرفية لإرسال ثمن المبيع لصالح البائع ، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٤٨ مدني مصري بقولها " تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

#### سادساً : جبر البائع على قبول الوفاء بالثمن .

من الطبيعي أن البائع يرحب بوفاء المشتري بالثمن ، لكن قد يحدث لسبب أو لآخر أن يمتنع البائع عن قبول الوفاء لسبب أو لآخر ، فعندئذ يمكن للمشتري أن يجبره على قبول الوفاء بالثمن رغماً عنه من خلال اتخاذ إجراءات العرض والإيداع ، ويودع هذا الثمن لحسابه بخزانة المحكمة ، وتبرأ ذمة المشتري بأثر رجعي بقبول البائع لهذا الثمن المودع لحسابه أو بصدور حكم قضائي بصحة العرض والإيداع عند رفضه لهذا القبول ، من تاريخ العرض وليس من تاريخ القبول ولا من تاريخ الحكم الصادر بصحة العرض والإيداع ، وهذا هو ما نصت عليه المادة ٣٣٩ مدني مصري بقولها " يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء ، إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات، أو تلاه أي إجراء مماثل ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته".

سابعاً : إثبات الوفاء بالثمن : لا شك أن الوفاء وفق رأي أغلب الفقهاء هو من قبيل التصرفات القانونية (أي من التصرفات الإرادية فيحتاج إلى إرادة) وليس من قبيل الأعمال المادية ، ثم هو من قبيل التصرفات القانونية من جانبين (أي يحتاج بصفة عامة إلى إرادة الموفي وإرادة الموفى له) وليس من قبيل التصرفات القانونية من جانب واحد ، ومن ثم يخضع في إثباته للقواعد العامة في الإثبات ، سواء في تحديد من يقع عليه عبء إثباته أو في تحديد ما يلزم من أدلة الإثبات في إثباته ، ففي خصوص

عبء الإثبات فإنه يقع على عاتق الموفي مديناً أو غيره ، ومن ثم يقع على المشتري عبء إثباته ، لأنه في ضوء القواعد العامة على الدائن عبء إثبات نشوء الالتزام ، في حين يقع على عاتق المدين عبء إثبات التخلص من هذا الالتزام بالوفاء أو غيره مما يقوم مقامه .

وفي خصوص ما يجب من أدلة الإثبات لإثبات حصول الوفاء ، فإن الأمر يختلف بحسب قيمة ما جرى الوفاء به من الثمن دفعة واحدة أو مقسطاً ، فإن زادت قيمة هذا الوفاء عن نصاب الإثبات بالبينة (أي كانت قيمة الوفاء ما زاد عن ألف جنيه مصري ، مع مراعاة أن نصاب الإثبات بالبينة هو في مصر هو ما كان في حدود ألف جنيه فأقل) ، فعندئذ يجب إثبات الوفاء بطريق الكتابة ، ولا يجوز الإثبات عندئذ بشهادة الشهود ، هذا ما لم يكن هناك مانع مادي أو أدبي حال دون وجود الدليل الكتابي ، أو كان هناك دليل كتابي لكنه فقد لسبب أجنبي لا يد للمشتري فيه ، فعندئذ يجوز الإثبات بغير الكتابة على سبيل الاستثناء فيما كان يجب إثباته بالكتابة .

ويراعى أنه إذا كان الوفاء بالثمن مقسطاً ، فإن وجود مخالصة مثبتة للوفاء بأحد أقساط هذا الثمن تعد قرينة على الوفاء بأقساط الثمن السابقة عليه ، هذا ما لم يثبت عكس ذلك.

### ثامناً : حبس الثمن

لقد أورد واضع القانون نصاً خاصاً منظمًا لحق المشتري في حبس الثمن ، ذكر فيها حالات ثلاث محددة يمارس خلالها المشتري حقه في الحبس للضغط على إرادة البائع لحمله على الوفاء ببعض التزاماته تجاهه ، بحيث اتخذ إخلال البائع بالتزاماته تجاه المشتري شكلاً مغايراً لما أورده في النص الخاص ، كان للمشتري ممارسه حقه في حبس الثمن وفق القواعد العامة المنظمة للحق في الحبس عموماً ، تأسيساً على كون عقد البيع هو أحد العقود التبادلية التي ترتبط فيها الالتزامات الملقاة على عاتق الطرفين ببعضها البعض بحيث يرخص لأيهما حبس ما تحت يده من أداء حال الأداء عن طرف

لحمل الطرف الآخر على أداء ما له عنده من أداء حال الأداء أيضا أولاً قبل أن يوفه بما له عنده تحت يده .

إذ تنص المادة ٤٥٧ مدني مصري في فقرتها الثانية أو الثالثة على أنه "٢- فإذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على المبيع أو آيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر. ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً. ٣- ويسري حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع".

ويظهر من نص المادة سالفه الذكر أن للمشتري ممارسة حقه في حبس الثمن في أي من الحالات الآتية :

١- الحالة الأولى : التعرض للمشتري بحق سابق على البيع أو لاحق عليه لكنه آيل من البائع أو تلقاه عنه .

لقد رخص القانون للمشتري ممارسة حقه في حبس الثمن إذا تعرض له غير في المبيع تعرضاً قانونياً مستنداً فيه إلى حق له سابق على البيع سواء كان قد تلقاه عن البائع أو عن غيره أو مستنداً إلى حق لاحق على البيع لكنه تلقاه أو آل إليه من البائع . فإذا كان التعرض صادراً من البائع نفسه كان ضامناً له سواء كانت تعرضاً مادياً أو تعرضاً قانونياً ، وعندئذ يستطيع المشتري أن يمارس حقه في حبس الثمن للضغط على إرادة البائع لحمله على الكف عن التعرض له في المبيع تعرضاً مادياً أو قانونياً .

٢- الحالة الثانية : إذا خيف نزع المبيع من يد المشتري : وهنا لا يلزم وقوع التعرض الفعلي للمشتري من جانب الغير حتى يتسنى له مباشرة حقه في حبس الثمن عن البائع ، إنما يكفي مجرد خشية حصوله ولو لم يقع بعد ، كما لو فوجيء المشتري بأن البائع باع له ملك غيره ، حتى ولو لم يتعرض له المالك الحقيقي فعلياً لطلب استرداد المبيع برفع دعوى استحقاق بشأنه ، أو اكتشف المشتري بعد البيع أن المبيع مثقل برهن أو

اختصاص أو امتياز ويخشى تتبع صاحب الحق العيني التبعية له تحت يده ، حتى ولو لم يتتبعه بعد .

وعندئذ يرخص للمشتري في حبس الثمن حتى يزول هذا الخطر أو يقدم المشتري كفيلاً يضمن للمشتري تبعه هذا الخطر .

٣- الحالة الثالثة : إذا اكتشف المشتري وجود عيب بالمبيع يضمنه البائع . ذلك أن البائع ملتزم بضمان العيوب الخفية في المبيع ، ومن ثم إذا اكتشف المشتري بعد البيع وجود عيب خفي بالمبيع ، كان البائع مخلاً بالتزامه بضمان العيب ، ومن ثم يجوز له الرجوع عليه بضمان هذا العيب ، كما يجوز له إن كان لم يوفه الثمن بعد أن يحبسه للضغط على إرادته لتنفيذ التزامه بضمان العيب الخفي ، كأن يطالبه قبل الوفاء بالثمن إصلاح العيب أو استبدال المبيع بآخر غير معيب ، وهذا يمثل تطبيقاً للقواعد العامة في ممارسة الحق في الحبس في الالتزامات المتبادلة .

**ويسقط حق المشتري في حبس الثمن عن البائع في أي من الحالات الآتية :**

١- إذا نزل المشتري عن حبس الثمن ، وسواء كان ذلك النزول باتفاق بينه وبين البائع أم كان بإرادة منفردة من قبل المشتري صراحة أو ضمناً .

٢- إذا زال سبب الحبس . كما لو قام البائع بإصلاح العيب الخفي الذي اكتشفه المشتري بعد البيع أو كف البائع عن تعرضه للمشتري أو سدد الدين المضمون برهن المبيع أو أفلح في دفع التعرض الحاصل من الغير .

٣- إذا قدم البائع كفالة شخصية (أي قدم شخصاً موسراً يمكن الرجوع عليه بالثمن الذي تخلى عن حبسه) أو قدم كفالة عينية (أي تأمين عيني يرد على عقار أو منقول يضمن له الرجوع بالثمن المتخلي عن حبسه) ، جاز له طلب استيفاء الثمن رغماً عن المشتري . ويرى البعض (٢٩٣) وبحق أنه على الرغم من أن سقوط حق المشتري في حبس الثمن في هذه الحالة يوافق حكم القواعد العامة في الحق في الحبس إلا أنه ما كان ينبغي

(٢٩٣) أ.د / عبد الناصر توفيق العطار - المرجع السابق - ص

لواضع القانون أن يسقط حق المشتري في حبس الثمن ، لأن الحبس أكثر فاعلية في حمل البائع على تنفيذ التزامه من تقديم هذه الكفالة ، هذا فضلاً عن أن تحقيق العدالة بين طرفي عقد البيع يقتضي التسوية بينهما في ممارسة حق الحبس ، فكما أن واضع القانون لا يسمح بسقوط حق البائع في حبس المبيع عن المشتري عند تأخيره في سداد ثمن المبيع حال الأداء حتى وإن قدم المشتري للبائع كفالة شخصية أو عينية تضمن له الوفاء بالثمن ، فإنه من العدالة أيضاً ألا يرخّص في سقوط حق المشتري عن ممارسة حقه في حبس الثمن عن البائع لحمله على الوفاء بالتزاماته ، ولو قدم البائع كفالة شخصية أو عينية لضمان الوفاء له بالثمن .

#### سابعاً : جزاء الإخلال بالتزام بدفع الثمن .

إذا أخل المشتري بالتزامه بدفع الثمن ، وهو أحد الالتزامات الرئيسية الملقاة على عاتقه ، جاز للبائع أن يلجأ إلى أحد الوسائل الآتية :

١- **ممارسة الحق في حبس المبيع** : يرخّص للبائع إن كان المبيع لم يزل في حيازته لم يسلمه للمشتري بعد ، أن يحبسه عنه للضغط على إراداته لحمله على التعجيل بدفع الثمن حال الأداء إليه ، وذلك وفقاً للقواعد العامة في الحق في الحبس ، بل ورخص القانون للبائع بنص خاص في الاستمرار في ممارسة حقه في حبس المبيع عن المشتري حتى يستوفي الثمن حال الأداء حتى وإن قدم المشتري كفالة شخصية أو عينية لضمان الوفاء بالثمن ، حيث تنص المادة ١/٤٥٩ مدني بحريني على أنه " إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة هذا مالم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع " ، كما رخص القانون للبائع في حبس المبيع عن المشتري ولو كان الثمن مؤجلاً ، مادام أن هذا الأجل قد سقط بقوة القانون (أي بسبب إضعاف الضمان الخاص إضعافاً كبيراً أو بسبب إفلاس المشتري أو إعساره أو عدم تقديمه للتأمينات أو الضمانات التي وعد

بتقديمها لضمان الوفاء بالثمن<sup>(٢٩٤)</sup> ، فنصت المادة ٢/٤٥٩ مدني مصري على ذلك بقولها " وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشتري لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ " (٢٩٥) وهذا يمثل خروجاً على القواعد العامة في الحق في الحبس والتي تقضي بانقضاء الحق في الحبس عند تقديم صاحب المال المحبوس كفالة شخصية أو عينية تضمن الوفاء بحق الحابس .

٢- **طلب التنفيذ العيني الجبري :** يرخّص للبائع ، الذي نفذ التزاماته في مواجهة المشتري ورغم ذلك عمد المشتري إلى عدم دفع الثمن حال الأداء ، أن يطلب من القضاء بعد إعدار المدين التنفيذ العيني الجبري ، فيأذن له بإيقاع الحجز بحقه في الثمن على أموال المشتري بما فيها المبيع نفسه ، ليأخذ حقه من ثمن بيعها بالمزاد العلني ، ويراعى أن وضع القانون قد قرر امتيازاً للبائع على المبيع (سواء كان عقاراً أو منقولاً) عند بيعه المزاد العلني ، بحيث يكون له أن يستوفي حقه في الثمن مقدماً على سائر دائني المشتري (عملاً بنص المادتين ١/١١٤٥ (٢٩٦) ، ١/١١٤٧ مدني مصري (٢٩٧) ) .

٣- **حق طلب الفسخ وفقاً للقواعد العامة .** نظراً لأن عقد البيع من العقود التبادلية ، فإن من العدالة في ضوء القواعد العامة أن يرخّص للبائع الذي نفذ كل ما عليه من التزامات

---

(٢٩٤) ذ تنص المادة ٢٧٣ مدني مصري على أن " يسقط حق المدين في الأجل : ١- إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون. ٢- إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين ، أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً. ٣- إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات " ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٢٥٤ مدني بحريني والمادة ٣٣٢ مدني كويتي .

(٢٩٥) وهو ما نصت عليه المادة ٢/٤٣٢ مدني بحريني بقولها " وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشتري لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً للمادة (٢٥٤) " ، ولم يورد القانون المدني الكويتي على هذه الفرضية ، حيث جاءت المادة ٥٠٣ منه خالية من الإشارة إلى هذه الفرضية .

(٢٩٦) حيث تنص هذه المادة على أنه " ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز على الشيء المبيع ..... " ، ونصت عليه المادة ١/١٠٥٠ أ مدني بحريني بقولها " ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على الشيء المبيع " ، ونصت عليه المادة ١/١٠٧٨ مدني كويتي بقولها " ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز على الشيء المبيع ..... " .

(٢٩٧) حيث تنص هذه المادة على أنه " ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع " ، ونصت عليه المادة ١/١٠٥٢ أ مدني بحريني " ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على العقار المبيع " ، ونصت عليه المادة ١/١٠٨٠ مدني كويتي " ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز على العقار المبيع " .



، بالحق في طلب فسخ عقد البيع ، إذا ثبت إخلال المشتري بالتزامه بدفع ثمن المبيع كله أو بعضه ، أن يطلب من القاضي فسخ العقد بعد إعداره إياه ، ليتخلص من البقاء في عقد هو يلتزم فيه في حين أن العاقد الآخر وهو المشتري غير ملتزم بما هو أهم وأبرز عليه فيه من التزامات ألا وهو التزامه بدفع الثمن .

وقد أورد واضع القانون حكماً خاصاً في بيع العروض وغيرها من المنقولات ، اعتبر فيه هذا البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه بقوة القانون دون حاجة إلى حكم قضائي أو إعدار ، إذا ثبت أنه قد تم تسليم المبيع وتم تحديد أجل معين لدفع الثمن فيه ، ولكن لم يتم المشتري بدفع الثمن رغم حلول الأجل ، واختار البائع هذه النتيجة ، فهو فسخ بقوة القانون مقرر لمصلحة البائع فله أن يختاره أو يتفق مع المشتري على تعطيله ، باشتراط حصول الإعدار قبل إيقاعه أو عدم إيقاعه أصلاً إلا وفقاً للقواعد العامة في الفسخ القضائي في العقود ، وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٦١ مدني مصري " في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعدار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره " .

٤- حق طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء إخلال المشتري بالتزامه بدفع الثمن ، إن طلب التعويض حق متاح لكل من يضرار من جراء إخلال أي من طرفي العقد بأي من التزاماته العقدية ، شريطة إثبات هذا الضرر ، وإثبات علاقة السببية بين هذا الضرر وبين ذلك الخطأ ، إن كان له مقتضى وفق القواعد العامة ، سواء كان هذا الطلب مقترناً مع طلب البائع فسخ العقد أو مع طلب التنفيذ العيني .

## **المبحث الثاني**

### **إلتزام المشتري باستلام المبيع وتكاليفه**

إذا كان عقد البيع يفرض على البائع التزاماً بتسليم المبيع إلى المشتري ، فإنه يفرض في نفس الوقت على عاتق المشتري التزاما باستلام المبيع من البائع ، ومن الطبيعي أن يتم التسليم والاستلام في زمان واحد ومكان واحد بحيث إنه في ذات الزمان والمكان اللذين يجري فيهما التسليم يتحقق فيهما أيضا الاستلام ، تأسيساً على أن أحدهما يمثل الوجه الثاني للآخر ، لكن لا مانع أن يختلف الزمان أو المكان أو هما معا في التسليم عنه في الاستلام ، حسب ما يتم الاتفاق عليه بين طرفي عقد ، نظرا لأن هذه مسألة خاصة تتعلق بمصلحة خاصة بأحد طرفي العقد أو بكليهما ينظمها حسب ما يريانه محققاً لمصلحتيهما ، ولا شأن لهذه المسألة بالنظام العام ، ولذا ينظمها واضع القانون بقاعدة مكملة وليس بقاعدة آمرة لترك للطرفين الحرية الكاملة في تنظيمها على النحو الذي يروق لهما .

وإذا لم يحدد الطرفان زمان ومكان استلام المبيع سواء (غفلا الاتفاق عليها أو اختلفا حولها) ، ولم يكن ثمة عرف منظم لهذه المسألة ، وجب تسليمه دون إبطاء أو تأخير فور إبرام العقد في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت إبرام العقد ، وهذا ما نصت عليه المادة ٤٦٣ مدني مصري " إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلى ما يقتضيه النقل من زمن".

كما أن للطرفين أن يتفقا على مسألة من يتحمل من طرفي العقد تكاليف استلام المبيع ، كما يروق لهما ، فلهما أن يتفقا على أن يتحملها البائع أو يتحملها المشتري أو يتحملها مناصفة بينهما أو بنسب أخرى ، لكن إذا لم يتفقا عليها ولم يكن ثمة عرف منظم لهذه المسألة ، تعين أن يتحملها المشتري ، لأنه هو المدين باستلام المبيع ، فعليه وحده إزنتع تكاليف الوفاء به ، وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٦٤ مدني مصري بقولها " نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك" (٢٩٨) .

---

(٢٩٨) وهذا ما نصت عليه المادة ٤٣٥ مدني بحريني بقولها " يتحمل المشتري نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسلم المبيع وغير ذلك من المصروفات ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك " ، ونصت عليه المادة ٥٠٧ مدني كويتي بقولها " يتحمل المشتري نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسلم المبيع وغير ذلك من مصروفات ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك " .

## **الفصل الثالث**

### **أحكام خاصة لبعض البيوع**

#### **تمهيد :**

بعد أن عرض واضع القانون تنظيمًا مفصلاً لعقد البيع ، أردف بعد ذلك نصوصاً خاصة عنيت بتنظيم بعض أنواع معينة من البيوع ، هي على الترتيب والتفصيل الآتي :

بيع الوفاء ، وبيع ملك الغير ، وبيع الحقوق المتنازع عليها ، وبيع التركة ، والبيع في مرض الموت ، وبيع النائب لنفسه .

ويراعى أنه تسري على هذه البيوع ما أورده القانون بشأنها من أحكام خاصة ، فإذا قصرت هذه النصوص عن تنظيم بعض جوانبها يتعين اللجوء في خصوصها إلى الأحكام العامة لعقد البيع لإكمال هذا النقص أو القصور .

وسنعرض بقدر من البيان والتفصيل أحكام هذه البيوع الخاصة تباعاً على التفصيل الآتي :

**المبحث الأول : بيع الوفاء .**

**المبحث الثاني : بيع ملك الغير .**

**المبحث الثالث : بيع الحقوق المتنازع عليها .**

**المبحث الرابع : بيع التركة .**

**المبحث الخامس : البيع في مرض الموت .**

**المبحث السادس : بيع النائب لنفسه .**

## المبحث الأول

### بيع الوفاء

**معنى بيع الوفاء وأهميته العملية وحكم القانون فيه:**

يقصد ببيع الوفاء ذلك البيع الذي يتراضى فيه البائع والمشتري على بيع المبيع للمشتري مع احتفاظ البائع في ذات العقد بحقه في استرداد نفس المبيع خلال مدة معينة إذا رد للمشتري الثمن ومصرفات العقد ومصرفات الاسترداد وما أنفقه على المبيع منذ شرائه لحين استرداده .

وقد ظهر هذا النوع من البيوع بحثاً من الفقه للناس عن حل بديل للوقوع في براثن الربا مخافة الوقوع في الحرام ، إذ يعتمد المرء من خلاله بدلاً من الاقتراض بربا عند الحاجة إلى المال ، إلى بيع مال معين من أمواله إلى مشترٍ بثمن معين ، ويتفق معه في ذات العقد على أن يكون من حقه أن يسترد هذا المبيع إذا رد له ثمنه وثمن مصرفات العقد ومصرفات استرداده وكل ما أنفقه المشتري من أموال على هذا المبيع منذ شرائه إلى حين استرداده ، إذا تحسنت ظروفه في المستقبل وتوافرت معه الأموال التي تسعفه في ذلك الاسترداد ، وبذلك يستطيع البائع أن يحل مشكلته الحالية المتمثلة في احتياجه إلى المال ، ثم لما تتحسن ظروفه في المستقبل يسترده نظير رد الثمن الذي سبق أن حصل عليه مضافاً إليه مبلغاً من المال يعوض المشتري عن مصرفات العقد إن كان هو الذي تحملها ويتحمل البائع أيضاً مصرفات الاسترداد .

وقد كان هذا البيع جائزاً في ظل التقنين المدني القديم ، ثم لما صدر التقنين المدني الجديد حازراً هذا النوع من البيوع ، واعتبر البيع الذي يتضمن شرطاً يرخص للبائع في استرداد المبيع خلال مدة معينة ، إذا رد البائع إلى المشتري الثمن والمصرفات ، حيث كانت المادة ٤٢١/٣٣٨ المعدلة بالقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣م تعرف هذا النوع

من البيوع بأنه " حق استرداد العين المبيعة مقابل دفع المبالغ المنصوص عليها في المادة ٣٤٤ في الميعاد المتفق عليه " .

ثم جاء التقنين المدني الجديد ونص في المادة ٤٦٥ منه على أنه " إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً " .

وقد جاء ذكرت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في تقريرها لبطان بيع الوفاء ما هو نصه " تناولت اللجنة بيع الوفاء وقد رأت بالإجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة جديدة في التعامل إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستاراً لرهن وينتهي الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس .

والواقع أن من يعمد إلى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة البيع بل يحصل عادة على ما يحتاج إليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة ، ويعتمد غالباً على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد ولكنه قل أن يحسن التقدير ، فإذا أخلف المستقبل ظنه وعجز وعجز عن تدبير هذا الثمن خلال هذا الأجل ضاع عليه دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته وتحمل غبناً ينبغي أن يدرأه القانون عنه " (٢٩٩) .

---

(٢٩٩) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٤ ، ص ١٦٤ .

## المبحث الثاني

### بيع ملك الغير

**أولاً :** معنى بيع ملك الغير . إن بيع ملك الغير هو بيع لشيء معين بالذات (سواء كان منقولاً أو عقاراً) صادر عن شخص غير مالك لمشتريٍ يجهل أو يعلم عدم ملكية البائع لما باعه له ، كما لو باع زوج ملك زوجته أو باعت زوجة ملك زوجها من غير أن يكون أحدهما نائباً عن الآخر في إبرام هذا البيع .

**ثانياً :** شروط بيع ملك الغير : يلزم لكي نكون بصدد بيع ملك الغير أن تتوافر الشروط الآتية :

**الشرط الأول :** أن يكون التصرف القانوني بيعاً : ويكون التصرف القانوني بيعاً إذا انصرفت نية الطرفين فيه إلى موضوع عقد البيع والذي مؤداه أن ينقل أحد الطرفين في الحال ملكية شيء معين بالذات إلى الطرف الآخر ، فلا يعد بيعاً ما يرد على منفعة الشيء سواء كان حقاً عينياً أصلياً (مثل تقرير حق انتفاع) أو حقاً شخصياً (مثل تأجير الشيء لمدة معينة) ، كما لا يعد بيعاً تعهد الشخص بأن يجعل مالك الشيء ينقل له ملكية هذا الشيء ، سواء كان ذلك بمقابل أو بغير مقابل ، فهذا يسمى عقد تعهد عن الغير ، بموجبه يلتزم أحد طرفيه وهو المتعهد بأن يجعل الغير يتعاقد مع المتعهد له فينقل له ملكية شيء معين إليه ، وهو التزام بتحقيق نتيجة إن أفلح المتعهد في جعل مالك الشيء يبيع المال للمتعهد له فقد حقق النتيجة المتعهد بها ، وإن أخفق فيها كان مسئولاً عن تعويض المتعهد له عن الضرر الذي أصابه من جراء رفض الغير التعاقد معه .

إذ تنص المادة ١٥٣ مدني مصري على أنه " ١- إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعده، فإذا رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به، أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثراً

إلا من وقت صدوره، مالم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول على الوقت الذي صدر فيه التعهد " .

١- **الشرط الثاني :** أن يكون المبيع شيئاً معيناً بالذات . لأن الشيء المعين بالذات هو الذي يمكن أن تنتقل ملكيته إلى المشتري في الحال فور إبرام العقد ، سواء كان المبيع عقاراً أو منقولاً ، وسواء جرى تسجيل العقد في بيع العقار أو لم يجر التسجيل العقد بعد ، لأن عقد بيع العقار هو بطبيعته عقد ناقل للملك (٣٠٠) ، لكن لاعتبارات واقعية اشترط القانون تسجيل عقد بيع العقار لانتقال هذا الملك إلى المشتري ، فتراخى على إثر ذلك انتقال هذا الملك إلى حين اتمام إجراءات التسجيل .

٢- أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع ، فلا ينتقل الملك فيه على الفور بمجرد إبرام العقد ، بل يلزم فيه الإفراز حتى يصبح شيئاً معيناً بالذات فتنتقل فيه الملكية بعد حصول الإفراز ، فلو باع شخصٌ لآخر كمية معينة من القمح لم يجر إفرازها بفصلها عن الاختلاط بجنسها من كميات القمح الأخرى ، لم يعد بائعاً لملك غيره لأنه قبل الإفراز يتعذر نسبة الكمية التي باعها إلى مالك معين ، حتى نقول أنه باع مالك غيره ، وبوسع البائع الذي باع لغيره أي كمية من القمح غير مفرزة ولو لم يكن مالكاً لها أن يأتي بهذه الكمية التي باعها من السوق ويفرزها عن مثيلاتها فتنتقل ملكيتها بعد هذا الإفراز إلى المشتري .

٣- **الشرط الثالث :** أن يكون المبيع غير مملوك للبائع ولا المشتري . فلا يكفي لاعتبار البيع بيعاً لملك الغير ألا يكون المبيع مملوكاً للبائع ، بل يلزم أيضاً ألا يكون مملوكاً للمشتري ، لأنه لو كان مملوكاً للمشتري لكان العقد باطلاً مطلقاً لاستحالة محله استحالة مطلقة ، إذ يتعذر على كل أحد أن ينقل لشخص ملكية شيء مملوك له أصلاً استحالة مطلقة .

ومن ثم إذا كان المبيع مملوكاً للبائع ملكية مشتركة أو شائعة ، لم يعد بائعاً لملك غيره إذا كان قد باع فقط حصته الشائعة ، لكن إذا باع كل المال الشائع ، كان بائعاً لملك

---

(٣٠٠) وجدير بالذكر أن من الفقه من ذهب إلى أنه لا تسري أحكام بيع ملك الغير في القانون على بيع المرء عقار مملوك لغيره ، بحجة أن عقد بيع العقار لا ينقل الملك إلى المشتري بمجرد إبرامه في القانون المصري وإنما يلزم لتحقيق ذلك تسجيل العقد ، فلا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل .



غيره من الشركاء على الشيوع في خصوص ما جاوز فيه حصته الشائعة ، كما لا يعد بائعاً لملك غيره من يبيع مبيعاً يملكه ملكية معلقة على شرط واقف أو ملكية معلقة على شرط فاسخ ، بل يعد بائعاً لما يملك ملكية محتملة إذا كان الشرط واقفاً (لأن حق المشتري لمال معلق على شرط واقف حق محتمل قابل للوجود ، فهو ليس موجوداً وليس معدوماً إنما هو حق ممكن الوجود إذا تحقق الشرط الواقف ، ويصبح عدماً إذا تخلف الشرط الواقف) أو ملكية موجودة وقائمة لكنها مهددة بالزوال إذا تحقق الشرط الفاسخ (ذلك أن حق المشتري لشيء معلق على شرط فاسخ ، هو حق موجود وقائم لكنه مهدد بالزوال إذا تحقق الشرط الفاسخ ، ويصبح هذا الحق عدماً إذا تحقق الشرط الفاسخ ، كما يصبح حقاً مؤكداً إذا تأكد تخلف هذا الشرط الفاسخ ، كمن يقول لإبنه السيارة لك ما لم ترسب في الامتحان فإذا به ينجح ويتخرج من الجامعة ويتأكد عدم رسوبه كشرط فاسخ لملكيته) .

**ثالثاً : حكم بيع ملك الغير .** إن عقد بيع ملك الغير في القانون المدني المصري هو بيع صحيح منتج لآثاره بين طرفيه من تاريخ إبرامه بينهما ، لكنه في نفس الوقت قابل للإبطال لمصلحة المشتري ما لم يجزه أو يسقط حقه في طلب الإبطال بالنزول عنه أو بالتقادم أو آيلولة ملكية المبيع للبائع أو يقره المالك الحقيقي ، وهو في نفس الوقت غير نافذ في حق المالك الحقيقي الذي يستطيع أن يتجاهله ويعتبره كأن لم يكن ، ما لم يقره ، وذلك كله على التفصيل الآتي :

١- **العقد صحيح منتج لآثاره بين طرفيه .** مما يؤسف له أن واضع القانون لم يشترط ملكية البائع لما يبيعه لغيره من مال ، حتى وإن كان مالاً معيناً بالذات ، وكان ينبغي أن يشترط ذلك ، بل ويرتب البطلان النسبي لمن كان حسن النية من طرفي عقد بيع ملك الغير جزاءً وفاقاً لبيع المرء لما لا يملك ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، بل إن واضع القانون لم يكتف بعدم اشتراط ملكية البائع لما يبيعه للآخرين من أملاك غيره ، بل عمد إلى اعتبار بيع المرء لملك غيره فيما بين طرفي هذا البيع بيعاً صحيحاً منتجاً لآثاره بين طرفيه ، فيطالب المشتري البائع بنقل ملكية المبيع إليه ، ويطالب البائع المشتري بدفع

التمن ، فإذا تعذر على البائع أن ينقل للمشتري ملكية هذا المبيع الذي لا يملكه ، كان من حق المشتري أن يطلب - وفقاً للقواعد العامة في العقود - فسخ هذا العقد بسبب إخلال البائع بالتزامه بأحد التزامات عقد البيع الرئيسية وهو نقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ، كما أن له - وفقاً للقواعد العامة في الحق في الحبس - أن يستعمل حقه في الحبس بحيث إن كان لم يدفع الثمن بعد أن يحبس عنه هذا لحمله على تنفيذ التزامه تجاهه بنقل الملكية إليه ، فإن تعذر عليه ذلك جاز له طلب الفسخ وطلب استرداد الثمن إن كان قد دفعه له ، فضلاً عن ثبوت حقه في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء بيعه ملك غيره وإخلاله - من ثم - بوصفه بائعاً عن الوفاء بالتزاماته العقدية وأبرزها عدم نقل ملكية المبيع إلى هذا المشتري ، شريطة أن يكون هذا المشتري حسن النية ، أي لم يكن يعلم لحظة إبرام العقد أن البائع يبيعه ملك غيره ، وإلا لم يجز له طلب التعويض إن كان سيء النية بحيث كان يعلم لحظة التعاقد أن البائع يبيعه ملك غيره .

كما نص القانون صراحة في خصوص تنظيمه لبيع ملك الغير على حق هذا المشتري في طلب إبطال عقد البيع ، وهو حق مقرر لمصلحة المشتري وحده ، وكأنه بمنحه المشتري (أو ورثته) رخصة طلب الإبطال قد اعتبر عقد بيع ملك الغير بيعاً باطلاً بطلاناً نسبياً مقررًا لمصلحة المشتري وحده ، فلا يصح من ثم أن يتمسك به الطرف الآخر وهو البائع (أو ورثته) ، كما لا يصح أيضاً للمالك الحقيقي أن يتمسك بهذا البطلان ، لأنه لم يتقرر البطلان لمصلحته وهو يعد من الأغيار بالنسبة لهذا العقد ما لم يقره ، ولا شأن له به ، ومن ثم فليس هذا العقد نافذاً في حقه أو حجة عليه حتى يتمسك بصحته أو ببطلانه .

ومما يؤسف له أن واضع القانون لم يشترط حسن نية المشتري لكي يرخص له في طلب الإبطال ، ولذا يجوز للمشتري أن يتمسك ببطلان عقد بيعه ملك الغير ولو كان سيء

النية ، وهذا ما نصت عليه المادة ١/٤٦٦ مدني مصري بقولها " 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 " (٣٠١) .

وكنتم أتمنى ألا يرخّص للمشتري في طلب الإبطال إلا إذا كان حسن النية أي يجهل لحظة إبرام العقد أن البائع يبيعه ملك غيره ، لأنه إذا كان حسن النية كان جديراً بالحماية والرعاية فيرخص له في التخلص من هذا العقد بطلب إبطاله ، لكن كيف يعقل أن يكون سيء النية يعلم منذ البداية أن البائع يبيعه ملك غيره ثم نقرر له الحماية فنجعل حق طلب الإبطال ، ولذا فإنني أرى أن المشتري سيء النية شخص غير جدير بهذه الحماية وينبغي أن يتحمل عاقبة شرائه من البائع ما لا يملكه فيكون عقده موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي .

ويتمتع المشتري بحقه في طلب إبطال بيعه ملك الغير ، سواء كان البائع نفسه حسن النية أو سيء النية ، لأنه في كلا الحالتين لا يملك البائع نقل ملكية مبيع مملوك لغيره ، فكان لزاماً على واضع القانون أن يرخّص للمشتري في طلب إبطال هذا البيع ، وهذا ما نصت عليه المادة .

واقترح أن يجعل حق طلب الإبطال في هذا البيع مقررّاً لمصلحة من كان حسن النية في هذا البيع من طرفي العقد سواء كان مشترياً أم كان بائعاً ، تقديراً لحسن نيته ، وتشجيعاً على شيوع حسن النية في كل العقود .

---

(٣٠١) لم يورد واضع القانون المدني البحريني ومن قبله القانون المدني الكويتي نصاً مماثلاً لهذا النص ، بل هما لم يوردا أصلاً بشأن تنظيم بيع ملك الغير إلا نصاً واحداً ، هو ما نصت عليه المادة ٤٣٦ مدني بحريني " إذا باع شخص مالا للغير فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع أو أقر المالك البيع " ، ونصت عليه المادة ٥٠٩ مدني كويتي بقولها " إذا باع شخص مالا للغير فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع أو أقر المالك البيع " .

ويسقط حق المشتري في طلب الإبطال في أي من الحالات الآتية :

أ- إذا صار البائع مالكا للمبيع بعد البيع ، فألت ملكية المبيع إلى البائع بعد البيع ، كما لو ورث المال الذي باعه للمشتري بعد البيع أو أوصى به المالك له ومات الموصي فعلا بعد البيع أو كسب البائع ملكية هذا المبيع المملوك لغيره بالتقادم بعد البيع ، وهذا هو ما نصت عليه المادة بقولها " - وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد " .

ب- كما يسقط حق المشتري في طلب الإبطال بالتنازل عن التمسك بهذا الإبطال صراحة أو ضمناً .

ت- ويسقط حق المشتري في طلب الإبطال إذا أقر المالك الحقيقي هذا البيع ، إذ تنتفي الحكمة من هذا الطلب بحصول هذا الإقرار ، إذ يصير العقد صحيحاً من تاريخ حصول هذا الإقرار ويعتبر وكأن البائع كان نائباً عنه في هذا البيع ، ويحتل المالك الحقيقي مركز البائع منذ ذلك الإقرار فيطالب المشتري بدفع الثمن إن كان لم يدفعه ، ويطالب البائع برده إليه إن كان قد حصله سلفاً من المشتري ، ويطالب المشتري المالك الحقيقي بجميع الالتزامات المترتبة على عقد البيع بنقل الملكية وتسليمه المبيع وضمنان التعرض والاستحقاق .

ث- وأخيراً يسقط حق المشتري في طلب الإبطال بالتقادم ، أي بمرور ثلاث سنوات على علمه بأن البائع قد باعه ما لا يملك ، أو مرور خمس عشرة عاماً من تاريخ إبرام العقد .

٢- بيع ملك الغير بيع غير نافذ في حق المالك الحقيقي . إن بيع ملك الغير وإن كان بيعاً

منتجاً لآثاره بين طرفيه ، إلا أنه بيع غير نافذ في حق المالك ، إلا إذا أقره ، ومن ثم بمقدور المالك الحقيقي أن يسترد المبيع من تحت يد من يحوزه بائعاً كان أو مشترياً بوصفه غاصباً ملك غيره ، ولا يستطيع المشتري ولو معه عقد بيع ولو كان مسجلاً أن يحتج على مالكة الحقيقي بشيء فالتسجيل لا ينقل الملكية وحده وإنما لابد من وجود عقد صحيح صادر من مالك ثم يجري تسجيل هذا العقد بعد ذلك ، فالتسجيل لا يصحح

عقداً فاسداً أو قابلاً للإبطال ، ويستطيع المالك الحقيقي بيع هذا المبيع وتسجيل العقد فتنقل إلى مشتري العقار ملكية العقار بعد التسجيل . فإذا أقره المالك الحقيقي انتج إقراره أثره واعتبر العقد صحيحاً وغير مهدد بالزوال أو الإبطال من تاريخ حصول الإقرار سواء في حق المالك الحقيقي أم في حق المشتري ، وأصبح الإثتان في مركز طرفي العقد بعد حصول هذا الإقرار ، وبطالب على إثر ذلك كل واحد منهما الآخر بآثار هذا العقد ، وهذا ما نصت عليه المادة ١/٤٦٧ مدني مصري بقولها " إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري " ، أما إذا لم يقره فلا ينفذ هذا البيع في حقه ، حتى وإن أجاز المشتري فسقط حقه في طلب الإبطال بهذه الإجازة ، وهذا ما نصت عليه المادة ٢/٤٦٦ مدني مصري بقولها " وفي كل حال لايسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد " ، أو كان حق المشتري في طلب الإبطال قد سقط بغير ذلك من أسباب الإسقاط الأخرى ، باستثناء سقوط حقه في هذا الطلب بإقرار المالك الحقيقي لهذا العقد ، والذي يجعل عقد بيع ملك الغير صحيحاً في حق طرفي العقد فلا يجوز للمشتري طلب الإبطال بعد حصوله ويجعل هذا العقد نافذاً بالنسبة للمالك الحقيقي والذي يصير بموجبه طرفاً في هذا العقد محتلاً فيه مركز الأصل البائع ، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها ، حيث قضت بأن " مؤدى نص المادة ٤٦٦ والفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ من القانون المدني أن بيع ملك الغير تصرف قابل للإبطال لمصلحة المشتري وحده ، وإذا لم يقره المالك الحقيقي يكون غير نافذ في حقه ولا تنتقل منه الملكية إلى المشتري ولو أجاز الأخير البيع فانقلب صحيحاً ، ويترتب على ذلك: أنه إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري فإن المالك يستطيع أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق ، وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض " (٣٠٢) .

(٣٠٢) نقض مدني مصري الطعن رقم ٧٢١٠ لسنة ٨٦ قضائية جلسة ٢٠١٩/١٠/١٣ م .

## المبحث الثالث

### الحقوق المتنازع فيها

يكون الحق متنازعا فيه إذا رفعت بشأنه دعوى قضائية أو كان مثارا بشأنه نزاعٌ جدي (أي خصومة حقيقية ولو كانت بعيداً عن ساحة القضاء) طعناً في أصل نشأته ووجوده (أي في وجوده أو عدم وجوده) أو طعناً في حجمه ومقداره (إن كان النزاع في حجمه ومقداره مع التسليم أصلاً بوجوده) ، وهذا ما نصت عليه المادة ٦٩٤/٢ مدني بحريني " ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي " .

ومن هنا يمكن أن نعرف هذا الحق بأنه حق موجود (إن كان النزاع في قدره وليس في أصله ووجوده ، مثال ذلك أن يعترف المدين بحق دائنه فلا ينازعه في وجوده ولكن ينازعه في قدره أو نطاقه) أو محتمل الوجود (هذا إن كان النزاع بين طرفي الحق في نشأته ووجوده أصلاً) متنازع فيه بين طرفيه نزاعاً جدياً أمام القضاء (من خلال رفع دعوى قضائية للطعن في أصل نشأته ووجوده أو في حجمه ومقداره) خارج ساحة القضاء (أي لم ترفع بشأنه دعوى قضائية) لكن النزاع بين طرفيه محتدماً لدرجة أنه يتعذر بشأنه أي تسوية ودية ، وتقدير جدية هذا النزاع أو عدم جديته متروك لتقدير المحكمة وفق سلطتها التقديرية .

وقد أجاز القانون لصاحب الحق المتنازع فيه أن يتصرف فيه بمقابل ليتخلص من مغبته لمن يقبل شراءه بهذا الوصف متحماً نتائج في المستقبل مقابل ثمن معين يتفقان عليه ، يغلب عليه أن يكون مخفضاً بالقدر الذي يتناسب مع طبيعة هذا الحق ، وبذلك يغلب على هذا البيع طابع المضاربة من جهة طرفيه ، فهما يضاربان حول حق محتمل الوجود أو حق موجود ومتنازع في مقداره ، وفي النهاية وبعد حسم النزاع بينهما حول

هذا الحق بحكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضي به إما أن يصبح هذا الحق بعد أن كان موجوداً متنازعا في مقداره يصبح حق موجوداً ومحدد المقدار (هذا إن كان النزاع في مقدار وليس في أصل وجوده) أو يصبح هذا الحق موجوداً ومحدد المقدار بعد أن كان محتمل الوجود أصلاً إذا كان النزاع حول أصل وجوده ونشأته وصدر الحكم لصالح صاحب الحق (وهو الدائن) أو يصبح عدماً بعد أن كان محتمل الوجود إن صدر الحكم لصالح الطرف الآخر (وهو المدين) .

وقد رخص القانون للمتنازل ضده عن هذا الحق وهو المدين بهذا الحق أن يتخلص من مطالبة المتنازل له عن هذا الحق إذا هو رد إليه الثمن الذي دفعه في مقابل هذا الحق وفوائده من تاريخ الدفع ومصرفات هذا التنازل ، وهذا هو ما نصت عليه المادة ١/٤٦٩ مدني مصري بقولها " إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع " .ويراعى أنه لا يجوز للمتنازل ضده عن الحق التنازع أن يطلب استرداده من المتنازل له عن هذا الحق ، إذا انتفت عن هذا البيع فكرة المضاربة ، وقد جمعتها المادة ٤٦٠ مدني مصري في حالات أربع ، فنصت على أنه " لاتسرى أحكام المادة السابقة في الأحوال الآتية:

(أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد.

(ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر.

(ج) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق في ذمته.

(د) إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقارا ويبيع الحق لحائز العقار.

ولقد حرص واضع القانون على حماية أصحاب الحقوق المتنازع فيها من الاستغلال من جانب كل من يعمل في دائرة المحكمة التي تنظر النزاع بشأنها من القضاة وأعضاء

النيابة والمحامين والمحضرين ، بل وحماية هؤلاء من شرور أنفسهم حتى لا يستغلوا مراكزهم الوظيفية في شراء هذه الحقوق بأسعار زهيدة ، سواء بأسمائهم الحقيقية (أي الأسماء المدنية) أو بأسماء مستعارة ، فحظرت عليهم شراء أي من هذه الحقوق وإلا كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، فنصت المادة ٤٧١ مدني مصري على أنه " لايجوز 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" . ولم تكتف في خصوص المحامين بمجرد حظر الشراء لأي من هذه الحقوق بل وسعت من نطاق هذا الحظر فلم تجز لهم الدخول في أي تعامل بشأن هذه الحقوق المتنازع عليها ماداموا يتولون الدفاع عنها سواء كان بيعاً أو مقايضة أو غيرها من صور التعامل الأخرى ، سواء بأسمائهم أو بأسماء مستعارة ، وإلا كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وهذا ما نصت عليه المادة ٤٧٢ مدني مصري بقولها " لايجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً " .

بل إن من القوانين من عمدت إلى مد نطاق الحظر ليشمل الأزواج ، كما يشمل الأقارب والأصهار لهؤلاء السابقين المحظور عليهم شراء هذه الحقوق أو التعامل عليها بصور تعامل أخرى ، حتى الدرجة الثانية ، وقد خلت النصوص المنظمة لعقد البيع في القانون المدني المصري من نص مماثل يتضمن ذلك الحظر بالنسبة للأزواج والأقارب والأصهار على النحو سالف الذكر .



## المبحث الرابع

### بيع التركة

أولاً : ماهية بيع التركة (معناه وتمييزه عن غيره مما يشتبه معه) . إن بيع التركة vente d heredite هو عقد يتفق فيه الوارث بعد موت مورثه على بيع نصيبه في الميراث كله أو بعضه مجملاً (أي بيعاً جزافياً) لمشتري دون تفصيل لهذا النصيب ولا لما يكون له من حقوق وما عليه من ديون ، بثمن مجمل ، دون تحديد لثمن معين لكل مال معين من هذا النصيب .

ويراعى أن المشتري في هذا البيع قد يكون شخصاً أجنبياً عن التركة ، وقد يكون أحد الورثة ، وهذا ما يميز بيع التركة عن التخارج المعروف في الفقه الإسلامي والذي يتمثل أن يبيع وارث لوارث آخر نصيبه في التركة مجملاً دون تفصيل بثمن مجمل دون أن يفصل لكل مال من نصيبه ما يوازيه من الثمن ، كما يراعى أن بيع التركة ، يتميز أيضاً عن بيع وارث لوارث مال معين من أموال التركة مقابل ثمن نقدي معين يتفقان عليه ، فهذا بيع عادي تسري عليه القواعد العامة في عقد البيع ، كما أنه يتميز عن بيع الوارث لمال مستقبل من أموال التركة قبل وفاة مورثه ، وهذا بيع لتركة مستقبله أو لمال تركة شخص لم يزل على قيد الحياة ، وهو بيع باطل بطلاناً مطلقاً ، لا يصح ولو برضاء المورث نفسه عليه ، وفي ذلك تنص المادة ٢/١٣١ مدني مصري على أنه " غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاء، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون " .

ثانياً : آثار بيع التركة . إذا تم التعاقد بين طرفي بيع التركة ، وتوافرت له أركانه وشروطه وفق القواعد العامة في العقود ، انعقد صحيحاً وترتبت آثاره على عاتق طرفيه

، وهما البائع والمشتري ، ومن ثم يلتزم البائع بنقل ملكية الحق المبيع ، بحيث إذا كان منها ما هو حق عقاري يجب على البائع أن يتخذ ما يلزم له من إجراءات التسجيل لتنتقل ملكيته إلى المشتري ، وإن كان الحق المبيع حقاً شخصياً جرت حوالته للمشتري ، فإنه وإن كان هذا الحق ينتقل بين طرفيه بمجرد العقد ، إلا أن هذه الحوالة لا يحتج بها على المدين إلا إذا قبلها أو أعلن بها إعلاناً رسمياً ، كما لا يحتج بها على الغير إلا إذا أعلن بها المدين أو قبلها هذا المدين قبولا ثابت التاريخ (م ٣٠٥ مدني مصري (٣٠٣)) ، وهذا ما نصت عليه المادة ٤٧٤ مدني مصري بقولها " إذا بيعت تركة فلا يسري البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة. فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات " ، كما يلتزم البائع بتسليم الحق المبيع من التركة بحسب حالته وقت الوفاة وليس بحالته وقت إبرام العقد ، كما عليه أن يرد إلى المشتري كل ما استوفاه من ديون أو حقوق تتعلق بالحق المبيع في الفترة ما بين الوفاة والبيع ، وذلك ما لم يتفق على خلاف ذلك ، وهذا ما نصت عليه المادة ٤٧٥ مدني مصري بقولها " إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه، وجب أن يرد للمشتري ما استوفى عليه ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد " .

وفي خصوص التزام البائع بالضمان ، فقد نص القانون صراحة على أنه نظراً لأن هذا البيع لا يرد على مال مفصل إنما يرد على مجموع من المال ، لذا لا يلتزم إلا بضمان

---

(٣٠٣) إذ تنص هذه المادة على أنه " لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها. على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ." ، ونصت عليه المادة ٢٨٩ مدني بحريني بقولها " لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو الغير ، إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها . على أن نفاذها في حق الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ " ، ونصت عليه المادة ٣٦٦ مدني كويتي بقولها " لا تكون الحوالة نافذة في حق المدين أو في حق الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلنت له، على أن نفاذها في حق الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون القبول ثابت التاريخ " .

وجود وراثته لهذا المجموع من المال دون أن يضمن وجود حقوق معينة فيه أو مال معين من الأموال ، هذا ما لم يتفق بين الطرفين على خلاف ذلك ، وهذا ما نصت عليه ٤٧٣ مدني مصري بقولها " من باع تركة ، دون أن يفصل مشتملاتها، لا يضمن إلا ثبوت وراثته ما لم يتفق على غير ذلك " .

ويلتزم المشتري - في المقابل - بأن يدفع للبائع ثمن الحق المبيع وفوائده ومصروفاته ، وما وفاه البائع عن ديون التركة للغير ، وما ثبت للبائع نفسه من حقوق بوصفها كانت ديوناً له على التركة ، كما لو أن بائع نصيبه في التركة كان قبل البيع دائناً للتركة ثم بوراثته لمورثه الذي كان مديناً له انقضى دين التركة باتحاد الذمة (أي باجتماع صفة الدائن والمدين في شخص البائع) ونظراً لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون ، فإنه كان من حق البائع قبل توزيع التركة الحق في استيفاء دينه على التركة قبل توزيع الميراث ، فإذا لم يكن قد استوفاه من قبل ، وباع نصيبه في التركة كله أو بعضه مجملاً ، كان من حقه أن يسترد من المشتري ما كان له من دين على التركة قبل وفاة مورثه ، وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٧٦ مدني مصري بقولها " يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ويحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك " .

## المبحث الخامس

### البيع في مرض الموت

بادئ ذي بدء يتعين الإشارة إلى أن المرء إذا ما كان كامل الأهلية ، ولم يصبه عارض من عوارض الأهلية (من جنون وعته وسفه وغفلة) ، كان له الحرية الكاملة في التصرف في ماله كله أو بعضه بجميع أنواع التصرفات ، أي حتى ولو كانت ضارة ضرراً محضاً ، أي يترتب عليها خروج مال معين من أمواله دون أن يدخل في ذمته مال آخر عوضاً عنه ، وتعتبر هذه التصرفات نافذة في حقه وحق خلفه العام مثل ورثته ، ولو ترتب عليها تجريد المتصرف من كل أمواله .

والأصل العام أن هذا الحكم يجري تطبيقه قانوناً سواء كان المتصرف في حال صحة أم في حال مرض ، وبغض النظر عن درجة خطورة هذا المرض ، لأن المرض عموماً مهما بلغت خطورته ، وسواء كان مرضاً عضوياً أو مرضاً نفسياً ، لا يؤثر على سلامة وصحة تصرفات الشخص في أمواله ، ما دامت لم تعدم أو تنقص عقل الإنسان (مثل الجنون أو العته) ولم تمس من سلامة تدبيره وتصريفه لأمواله (مثل السفه أو الغفلة) ، إذ تبقى بصفة عامة هذه التصرفات صحيحة ونافذة في حق المتصرف وخلفه العام بكل ما ترتبه من آثار ولو جردت المتصرف من كل أو معظم أو كثير من أمواله .

بيد أنه نظراً لأن الإنسان في ظروف مرضه بمرض موت تسيطر عليه إرغافات الموت وتتملكه نوازع الرغبة في تحسين علاقته بربه على نحو قد يدفعه إلى عدم التفكير إلا في نفسه دون أهله وذويه الذين سيكونوا ورثة له بعد موته ، فيعتمد إلى التبرع بكل أو بمعظم ماله في وجوه الخير فلا يترك من ماله لورثته من بعده شيئاً أو يبقي لهم

النزر اليسير ، على نحو يضر بهم وقد يعرضهم للحاجة والعوز بعد وفاته ، لذا لم يجز واضع القانون للمرء في مرض موته ولو كان تصرفه بيعاً أن يحابي المشتري وارثاً كان أو غير وارث في ثمن المبيع بقدر يجاوز ثلث التركة ، وإلا كان بيعه فيما جاوز هذا القدر غير نافذ في حق ورثته إلا إذا أقروه أو رد لهم المشتري القدر الزائد عن هذا الثلث.

ويراعى أن المرض يعد مرض موت إذا توافر فيه شرطان : ١- الشرط الأول : أن يكون مرضاً يغلب فيه الهلاك عادة مثل الأمراض العضال التي لا يرجى برؤها أو شفاؤها إلا نادراً . ٢- الشرط الثاني : أن يتصل الموت بهذا المرض ، فيحدث الموت في أثناء هذا المرض خلال مدة قصيرة تقدر عادة بسنة ، حتى وإن مات المريض لسبب آخر غير مرضه العضال ، كما لو مات في حادث سير أو في حريق أو غرق .

وبناء إذا حصل أن باع المورث المريض مرض الموت لوارث أو غير وارث شيئاً معيناً من أمواله بثمن يقل عن قيمته وقت الوفاة ، فإن هذا البيع إن كان الفرق بين ما دفعه من ثمن وبين قيمته الحقيقية وقت الوفاة في حدود ثلث التركة ونفذ هذا البيع في حقه وحق ورثته من بعده ، وهنا ينبغي أن يدخل في حساب قدر التركة كل ما تركه البائع من مال وحقوق لدى الآخرين بما فيها هذا المبيع نفسه ، أما إذا جاوز الفرق بين القيمتين ثلث التركة ، لم ينفذ البيع فيما جاوز هذا الثلث في حق الورثة إلا بإقرارهم له ، فإن لم يقروه لم ينفذ إلا إذا تدخل المشتري ليدفع ما يفي لتكملة الثلثين من قيمة المبيع الحقيقية وقت الوفاة ، وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٧٧ مدني مصري بقولها " ١- إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لاتجاوز

ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته" . " ٢- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لايسري في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة مايفي بتكملة الثلثين" . " ٣- ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ .

بيد أنه حتى لا تضر أحكام المادة السابقة بحقوق الغير حسن النية الذي كسب حقاً عينياً أصلياً مثل حق الملكية أو حقاً عينياً تبعياً مثل حق الرهن ، وكان ذلك الكسب على سبيل المعاوضة وليس على سبيل التبرع ، لم يجر تطبيق المادة السابقة إضراراً بحقه ، حتى وإن توافرت شروطها مراعاة لحسن نية هذا الغير ، ويبقى التصرف الصادر له صحيحاً وناظاً في حق الورثة ، وفي ذلك تنص المادة ٤٤٨ مدني مصري على أنه " لايسري أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة " .

وجدير بالذكر أن واضع القانون تدخل أيضاً لمزيد من الحماية للورثة من سوء تصرف مورثهم قبل موته حينما يكون مريضاً مرض الموت ، فلم يجعل تبرعه لوارث أو غير وارث نافذاً في حق الورثة إلا في حدود الثلث ، وعامله رغم كونه تبرعاً منجزاً معاملة الوصية بوصفها تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، فلا ينفذ هذا التبرع في حق الورثة إلا في حدود ثلث التركة ، وهنا يستطيع الوارث ، أن يثبت حقه في الحماية القانونية المقررة له من تهوّر مورثه خلال مرضه بمرض الموت ، بأن يثبت مرض مورثه مرض الموت وأن التصرف صدر منه على سبيل التبرع أثناء هذا المرض ، وعندئذ يعامل تبرعه هذا الذي صدر منه منجزاً (أي يرتب أثره في الحالة دون إضافة إلى ما بعد الموت) معاملة الوصية التي تعد تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، فلا ينفذ هذا التبرع

في حقهم إلا في حدود ثلث التركة ، فإذا جاوز ثلث التركة لم ينفذ في حقهم إلا إذا أقره ، فإن أقره نفذ في حقهم ولو جاوز ثلث التركة ، أما إذا لم يقره لم ينفذ التبرع في حقهم ، وتعين على المتبرع له أن يرد إلى الورثة القدر الزائد من التبرع عن ثلث التركة أو يرد لهم قيمته ، وإلا استصدر الورثة حكماً قضائياً بعدم نفاذ هذا القدر الزائد عن الثلث واستردوه منه رغماً عنه .

بل عمد واضع القانون إلى افتراض أن أي تصرف قانوني يصدر عن مورثهم في مرض موته ، يعامل معاملة التبرع فلا يسري في حق الورثة إلا في حدود الثلث ، هذا ما لم يثبت من صدر له التصرف أن التصرف معاوضة وليس تبرعاً ، إذ تنص المادة ٩١٦ مدني مصري على أنه " ١- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت. وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف " . " ٢- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً " . " ٣- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا مالم توجد أحكام تخالفه " .

## المبحث السادس

### بيع النائب لنفسه

يثار التساؤل حول مدى جواز تعاقد النائب مع نفسه قانوناً سواء كان ذلك التعاقد لحسابه الخاص أم لحساب شخص آخر، فقد يكلف شخص بالنيابة عن غيره في بيع منزل مملوك لهذا الغير، فهل له أن يشتريه لنفسه، فيكون بذلك قد تعاقد مع نفسه لحساب نفسه (أي لحسابه الخاص)، وهل له أن يشتري هذا المنزل المفوض في بيعه لشخص ثالث كلفة بشراء منزل، فيكون قد تعاقد مع نفسه لحساب غيره ؟

الأصل العام أنه يتمتع على النائب أن يتعاقد مع نفسه سواء أجرى التعاقد لحسابه الخاص كما لو فوض في بيع منزل فيشتريه لنفسه، أم أجراه لحساب غيره كأن ينوب عن طرفي العقد معا، وهذا الحظر أو المنع يتفق مع العقل والمنطق لأن النائب سيعبر في مثل هذا التعاقد بصورتيه عن مصلحتين متعارضتين فيكون ظنياً في نيابته فيرجح مصلحة على حساب الأخرى، لأنه إن تعاقد لحساب طرفي العقد كما لو كان مفوضاً عن البائع والمشتري في إتمام صفقة معينة، فكيف يكون حكماً وخصماً في آن واحد، وكيف يحقق مصلحة الطرفين معا دون محاباة أو تحيز لأحدهما على حساب الآخر، ويزداد الأمر ريبة وشكاً في عدالة قراره وحكمه بشأن التعبير عن إرادتين متعارضتين في العقد إذا تعاقد مع نفسه لحساب نفسه فاشترى مثلاً المنزل المكلف ببيعه لحسابه الخاص.

ولذلك لم يتردد واضع التقنين المدني المصري في أن يجعل القاعدة العامة لهذا النوع من التعاقد هو المنع والحظر أيًا كانت صورته، أي سواء تعاقد النائب مع نفسه لحساب نفسه أم لحساب غيره (م ١٠٨ مدني مصري). بيد أنه يجوز على سبيل الاستثناء تعاقد النائب مع نفسه إذا رخص له الأصيل في ذلك قبل التعاقد أو أجاز ذلك بعد العقد، على أساس أن للإجازة أثراً رجعيّاً فيكون لها من الأثر على العقد ما للإذن السابق، وكذلك الحال إذا نص القانون على جواز هذا التعاقد، مثل إجازة القانون للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر، سواء كان ذلك لحسابه الخاص أو لحساب غيره



(م ١٤ من قانون الولاية على المال)، وإجازة قواعد العرف التجاري للوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه دون حاجة إلى إذن خاص من الموكل بذلك. إذ تنص المادة ٤٧٩ مدني مصري على أنه " لايجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما نيظ به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه في قوانين أخرى " . كما تنص المادة ٤٨٠ مدني مصري على أنه " لايجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بإسمائهم أو باسم مستعار. إذ تنص المادة ٤٨١ مدني مصري على أنه " يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازته من تم البيع لحسابه " .