

موسوعة الفقه والقضاء والتشريع

المستشار

محمد عزمي البكري

رئيس محكمة استئناف بني سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقا)

في

القانون المدني الجديد

المجلد الخامس

البيع - المقايضة

(المواد 418 - 485)



9 شارع سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة

19 شارع بيرم التونسي - زينهم - السيدة زينب

ت: 23960443 - 23953301 - 01117997998

Email- dar.mahmoud88@hotmail.com

الكتاب الثانى

العقود المسماة

الباب الأول

العقود التى تقع على الملكية

الفصل الأول

البيع

1- البيع بوجه عام

أركان البيع :

مادة (418)

البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدي.

الشرح

1- تعريف عقد البيع :

عرفت المادة (418) عقد البيع بأنه عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدي.

وكانت المادة 3000/235 من التقنين المدنى الملغى تعرف البيع بالآتى :
"البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شئ للآخر فى مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما".

وتقول مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد أنه :

"أخذ المشروع هذا التعريف عن التقنين المصرى الحالى وعن التقنين البولونى. ويمتاز عن تعريف التقنين المصرى بأمرين:

(أولهما): أنه لا يقصر البيع على نقل الملكية، بل يجاوز ذلك إلى نقل أى حق مالى آخر. فالبيع قد يقع على حقوق عينية غير الملكية كحق انتفاع أو حق ارتفاق، وقد يقع على حقوق شخصية كما فى حوالة الحق إذا كانت فى مقابل مبلغ من النقود.

والأمر الثانى: أنه يبين أن الثمن لابد أن يكون من النقود، وهذا وصف جوهرى فى الثمن، يحسن أن يذكر فى التعريف، لأنه هو الذى يميز بين البيع والمقايضة. وهذا غير الشريعة الإسلامية، ففيها أن البيع مبادلة مال بمال، فيشمل غير البيع المقايضة والصرف⁽¹⁾ وينتقد بعض الشراح هذا التعريف بأنه لاينبئ عن أهم أثر يترتب على البيع فى القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد مع أن التقنين المدنى الملغى قد نص صراحة على هذا الأثر فى المادتين 145/91، 146/92، كما نصت عليه المادة 204 من التقنين المدنى الحالى حيث قضت بأن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل⁽²⁾.

غير أن هذا النقد مردود من جانب عدد كبير من الشراح، بأن انتقال الملكية لا يكون - فى الحقيقة - أثراً لعقد البيع نفسه، وإنما هو أثر للالتزام بنقل الملكية الذى ينشئه البيع. فأثر العقد - فى جميع الأحوال - هو إنشاء الالتزامات، ولا يمكن

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 15.

(2) الدكتور سليمان مرقس عقد البيع طبعة نادى القضاة 1980 ص 21- الدكتور عبد المنعم البدرأوى عقد البيع فى القانون المدنى الطبعة الأولى 1957 ص 36.

أن يكون غير ذلك، والبيع لا يشذ عن هذه القاعدة، فهو ينشئ دائماً التزاماً على البائع بنقل الملكية، وإن كان هذا الالتزام ينفذ بقوة القانون في صور معينة، وقد أبرز المشرع بوضوح أن انتقال الملكية من مقومات عقد البيع. أما تنفيذ ذلك فعلاً فهو يتوقف على تنفيذ الالتزام الذي قد يتم فور إبرام العقد أو تأخيره إلى وقت لاحق. والتعريف يحدد مقومات العقد، ولا يطلب منه وضع ميعاد لتنفيذ الالتزام الناشئة عنه.

هذا بالإضافة إلى أن الملكية لا تنتقل بمجرد العقد في جميع الأحوال. فالبيع لا ينقل ملكية العقار إلا بعد التسجيل، ولا ينقل ملكية المنقول المعين بنوعه إلا بعد الإفراز. والصحيح أن البيع ينشئ التزاماً بنقل الملكية على عاتق المشتري، وهذا الالتزام ينفذ تارة بمجرد العقد، ويتأخر تارة أخرى إلى وقت لاحق على إبرام العقد⁽¹⁾.

وتكليف العقود وإنزال حكم القانون عليها يخضع لاستخلاص المحكمة تحت رقابة محكمة النقض.

وفي هذا قضت محكمة النقض:

"وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أن من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن تكليف العقود وإنزال حكم القانون عليها يخضع لرقابة محكمة النقض وأنه وإن كان لمحكمة الموضوع استخلاص نية المتعاقدين وما انعقد عليه اتفاقهما إلا

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الرابع المجلد الأول طبعة 1960 ص 22 هامش (1) - الدكتور منصور مصطفى منصور البيع والمقايضة والإيجار طبعة 1956 - 1957 ص 14 وما بعدها - الدكتور خميس خضر العقود المدنية الكبيرة الطبعة الثانية 1984 ص 12 وما بعدها - الدكتور محمد شكرى سرور شرح أحكام البيع الطبعة الثانية 1998 ص 14 وما بعدها - الدكتور سمير تناعو عقد البيع طبعة 1988/1987 بند (5).

أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الاستخلاص سائغا ولا يخالف الثابت فى الأوراق ولا خروج فيه على المعنى الظاهر للعقد، كما أن المناط فى تكييف العقد هو بوضوح الإرادة لا وضوح اللفظ وما عناه العاقدون منها بالتعرف على حقيقة مرماهم دون أن يعتد بما أطلقوه عليها من أوصاف وما ضمنوها من عبارات متى تبين أن هذه الأوصاف والعبارات تخالف حقيقة التعاقد".

(طعن رقم 210 لسنة 70 ق جلسة 2012/4/18)

2- خصائص عقد البيع :

يتميز البيع بعدة خصائص، بعضها أساسى كشفت عنه صراحة المادة 418 مدنى، وبعضها الآخر فرعى، يمكن أن يستخلص - ضمنا - من ذلك النص أيضا. وتخلص هذه الخصائص فيما يلى :

(أ) البيع عقد رضائى :

البيع عقد رضائى إذ يكفى لانعقاده- بحسب الأصل- مجرد تراضى الطرفين، دون حاجة إلى أى إجراء آخر. فهو ليس عقدا شكليا، إذ لا يحتاج انعقاده إلى أى إجراء شكلى، وهو كذلك ليس عقدا عينيا، إذ ينعقد دون ما حاجة إلى تسليم المبيع أو دفع الثمن.

ومع ذلك فقد يخرج المشرع على هذا الأصل فى بعض الحالات. ومن أمثلة ذلك حالة البيع الذى يكون فيه الثمن فى صورة إيراد مرتب مدى الحياة حيث يشترط لانعقاده أن يكون كتابة، وذلك إعمالا لما تشترطه المادة 743 مدنى من أن: "العقد الذى يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا".

وكذلك بيع السفينة فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الحادية عشرة من القانون رقم 8 لسنة 1990 بإصدار قانون التجارة البحرى على أنه: "تقع التصرفات التى يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية على السفينة بمحرر رسمى وإلا كانت باطلة".

ويقصد بالسفينة كل منشأة تعمل عادة أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية ولو لم تهدف إلى الربح (م 1/1)، وعدا الحالات التي ورد بشأنها نص خاص لا تسرى أحكام القانون المذكور على السفن الحربية والسفن التي تخصصها الدولة أو أحد الأشخاص العامة لخدمة عامة أو لأغراض غير تجارية".

ولا يسرى الحكم المتقدم على السفن التي تسير في نهر النيل أو الترع فيبيعها يتم بالطرق العادية⁽¹⁾.

والبيع عقد رضائي حتى ولو كان واردا على عقار، فهو ينعقد بمجرد التراضي، بل ويرتب قبل تسجيله جميع الآثار التي تترتب - عادة - على البيع في العلاقة بين البائع والمشتري، بما في ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه والتزام المشتري بدفع الثمن. والذي يترأخى فقط انتقال الملكية فيه إلى ما بعد حصول التسجيل عملا بالقانون رقم 114 لسنة 1964 بتنظيم الشهر العقاري.

ولئن كان هذا التسجيل يقتضى تدوين البيع في محرر، إلا أن الكتابة هنا ليست إلا أداة لإثبات العقد تجعله صالحا للتسجيل. فإذا لم يدون بيع العقار في محرر، جاز إثباته طبقا للقواعد العامة، ويقوم الحكم المثبت له مقام المحرر الذي يصدر من الطرفين من حيث التسجيل.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن البيع عقد رضائي لم يشترط القانون لانعقاده شكلا خاصا بل ينعقد بمجرد تراضي المتبايعين".

(طعان رقما 2069 لسنة 57 ق، 239 لسنة 58 ق جلسة 1991/2/27)

2- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التعاقد على البيع يعتبر تاما وملزما إذا تلاقت إرادة المتعاقدين على قيام الالتزام بالبيع ونفاذه وهي ما تقتضى إيجابا

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى شرح القانون المدني في عقود البيع والحالة والمقايضة الطبعة الثانية 1357 هـ 1939 م ص 43.

يعبر به المتعاقد الصادر منه على وجه جازم عن إرادته فى إبرام عقد يلتزم به المتعاقد الآخر أن ينقل إليه ملكية الشئ المبيع مقابل ثمن نقدى وأن يقترن به قبول مطابق له يصدر من هذا الأخير أو من ينوب عنه قانونا وأن إثبات عقد البيع بحسابه عقدا رضائيا يتم بمجرد اتفاق طرفيه فلا يلزم لانعقاده إفراغ هذا الاتفاق فى محرر مكتوب أو فى شكل رسمى".

(طعان 530، 549 لسنة 60 ق جلسة 1994/9/18)

3- "إن اشتراط التصديق بمعرفة أحد مكاتب التوثيق على توقيع البائع على المحرر المتضمن عقد شراء السيارة كضرورة لنقل ترخيص تسيير السيارة باسم المشتري الجديد وفقا لقانون المرور الصادر بالقانون رقم 66 لسنة 1973 ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الداخلية رقم 291 لسنة 1974 - المنطبق على واقعة الدعوى - لا يغير من طبيعة عقد البيع من حيث إنه عقد من عقود التراضى التى تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين والتصديق ليس إلا شرطا بقبول المحرر كوسيلة من وسائل إثبات ملكية السيارة الواردة بالمادة 227 من اللائحة المذكورة، وعدم إجرائه لا ينال من حدوث البيع وانتقال السيارة بتمامه إلى حيازة المشتري الذى له حق تشغيلها والحصول على أرباحها بما تتوافر به تحقق الواقعة المنشئة للضريبة وهى تحقق الربح سواء تم التصديق على توقيع البائع ونقل ترخيص تسيير السيارة إلى المشتري الجديد من عدمه لأنه العبرة فى شئون الضرائب هى بواقع الأمر".

(طعن رقم 2593 لسنة 58 ق جلسة 1997/2/27)

غير أن رضائية البيع ليست من النظام العام. ومن ثم فليس ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن البيع لا ينعقد إلا إذا تم فى شكل يتفقان عليه، كتدوينه فى ورقة رسمية أو عرفية خلال مدة معينة. فى هذه الحالة لن يعتبر العقد - دون استيفاء هذا الشكل - قد انعقد وذلك إعمالا لإرادة المتعاقدين نفسها اللذين يكونان

قد قصدا بالتراضى السابق، على اتخاذ الشكل المطلوب أن يكون مجرد مشروع لكل منهما أن يعدل عنه⁽¹⁾.

(ب) البيع من عقود المعاوضات :

عقد البيع من عقود المعاوضات، لأن كلا من الطرفين يأخذ مقابلا لما يلتزم به. فالمبيع يقابله الثمن.

وقد يكون البيع محددا وقد يكون احتماليا على حسب الأحوال. فبيع شئ معين بثمن معين هو عقد محدد، سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادلها، مادام الثمن وقيمة المبيع يمكن تحديدهما وقت البيع.

أما البيع بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة فهو عقد احتمالي، لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع القدر الذى أعطى، إلا أنه لا يستطيع فى ذلك الوقت تحديد القدر الذى أخذ أو سيعأخذ، إذ الثمن لا يتحدد قدره النهائى إلا بالموت وهو حادث غير معروف وقت حصوله.

وتبدو أهمية تحديد كون العقد محددا أو احتماليا من حيث جواز الطعن فيه بالغبن. فالطعن فى العقد على أساس الغبن (م425 مدنى) مقصور على العقود المحددة. ولكن يجوز الطعن فى البيع الاحتمالى على أساس الاستغلال، إذ أن الاستغلال يصح أن يرد فى العقود الاحتمالية وروده فى العقود المحددة، بل هو يرد فى التبرعات والمعاوضات على السواء⁽²⁾.

(ج) - البيع عقد ملزم للجانبين :

عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين لوجود تقابل بين الالتزامات فيه، مما يجعل كل طرف فيه دائنا ومدينا فى نفس الوقت، فالبائع ملزم بطائفة من

(1) خميس خضر ص 18 - محمد شكرى سرور ص 17.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 40 ومابعدها.

الالتزامات هي نقل الملكية والتسليم والضمان. والمشتري ملزم على وجه الخصوص بدفع الثمن. وثمة ارتباط بين كل منهما، ارتباط يجعل كلا منهما سببا لالتزامات الطرف الآخر.

ويترتب على هذا الارتباط أن يكون لكل من الطرفين أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى ينفذ الطرف الآخر أو يعرض الوفاء بالتزامه (م 1/246 مدنى). وكذلك إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر طلب الفسخ (م 157 مدنى). وإذا استحال على أحدهما تنفيذ التزامه انقضى هذا الالتزام بسبب استحالة التنفيذ، وانقضى معه الالتزام المقابل له، أى أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه، ويكون المتعاقد الذى استحال تنفيذ التزامه قد تحمل تبعه هذه الاستحالة (م 159⁽¹⁾).

(د) البيع عقد ناقل للملكية :

عقد البيع ينشئ على عاتق البائع التزاما بنقل الملكية كما ذكرنا سلفا. غير أن الملكية فى بعض صور البيع تنتقل بمجرد تمام العقد. كالمقول المعين بالذات. أما بالنسبة للعقار، فأصبحت الملكية لا تنتقل سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل منذ صدور قانون التسجيل سنة 1923 الذى حل محله قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 المعمول به ابتداء من أول يناير سنة 1947.

تميز عقد البيع عن غيره

من العقود

3- البيع والإيجار :

عرفت المادة 558 مدنى الإيجار بقولها: "الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 41- سليمان مرقس ص 24.

أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم". فبينما يقصد بالبيع نقل الملكية أو حق مالى آخر، يقصد بالإيجار التمكين من الانتفاع بالشئ المؤجر، إذ أن البيع ينشئ التزاما بنقل الملكية أو غيرها من الحقوق المالية. أما الإيجار فينشئ التزاما بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

وعلى ذلك يتميز الإيجار عن البيع بأنه يقتضى أن يمكن المؤجر المستأجر - فى حدود الشروط التى يتفقان عليها - من الانتفاع بالشئ المؤجر بحيث يكون المستأجر دائما للمؤجر لا خلفا له.

غير أن البيع قد يختلط بالإيجار فى بعض الأحوال. والحقيقة أنه من العسير أن نجد هنا مقياسا سليما يصدق فى جميع الحالات التى تعرض فيها هذه الصعوبة، لأن المسألة تتأثر قبل كل شئ بظروف الموضوع التى تختلف فى حالة عنها فى أخرى.

ومن هذه الحالات ما يأتى:

(أ) العقد الواقع على حاصلات الشئ أو ثماره :

الحاصلات هى ما يستخرج من الشئ ويقتطع منه بحيث يؤدى تكرار الحصول عليها إلى استنفاد مادة الشئ بعد مدة معينة.

ومثال ذلك الأحجار والمعادن التى تقتطع من المحاجر أو المناجم.

أما الثمار فهى ما يغله الشئ فى أوقات دورية متقاربة دون أن يترتب على ذلك الانتقاص من مادة الشئ نفسه، ومثل ذلك ثمار الحدائق أو القمح أو الأذرة.

فإذا كانت الحاصلات هى موضوع العقد، كنا بصدد بيع، أما إذا ورد التصرف على الثمار كنا بصدد إيجار، لأن مقتضى الإيجار أن يمنح المستأجر ريع الأرض مع بقاء أصلها سليما، وهذا ما يحصل فى حالة الثمار دون الحاصلات⁽¹⁾.

(1) السنهورى الجزء الرابع ص 27 وما بعدها والجزء السادس المجلد الأول الإيجار والعارية 1988 ص 11 وما بعدها - الدكتور حمدي عبد الرحمن عقد الإيجار فى ضوء القانون

وبهذا المعيار أخذت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ

1951/12/6 فى الطعن رقم 67 لسنة 19ق إذ جاء به:

"إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى أن الطاعن تعاقد مع المطعون عليها "وزارة المالية" على أن يقوم باستغلال النطرون الجاف بمستقتعات منطقتين رسا مزادهما عليه مقابل ثمن معين، وعلى أن يدفع للمطعون عليها علاوة على هذا الثمن إتاوة بواقع كذا جنيها عن كل طن يستخرج زيادة على 1500 طن من المنطقة الأولى وألف من المنطقة الثانية كما استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية أن المطعون عليها لم تتفق مع الطاعن على حد أدنى لكمية النطرون الذى يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذى رسا به المزاد عليه وأن مقدارى الألف والخمسمائة طن والألف طن لم يرد فى أوراق التعاقد إلا لتحديد الإتاوة التى اشترط على الطاعن دفعها فهذا العقد موضوعه محصول طبيعى غير متجدد وليس ثمرة أو ريعا للمستقتعات المذكورة لكونه جزءا منها لا بد من نفاذه يوما ما، وحقيقته - مهما كان قد ورد فيه من ألفاظ "المؤجرة" و "الإيجار" و "المستأجر" - أنه عقد بيع للنطرون لا عقد إيجار للمستقتعات والمبيع بموجبه هو عين معينة هى كل النطرون الموجود بالمستقتعات بلا حاجة إلى وزن و ثمنه قد حدد دون توقف على وزن فيما عدا مبلغ الإتاوة، وينبنى على ذلك اعتباره - وفقا للمادة 240 من القانون المدنى القديم - بيعا جزافا، فهو يقع لازما مهما كان مقدار المبيع أقل مما أمله المشتري".

والمعيار السابق يغلب أن يكون صحيحا، ولكنه قد لا يصدق فى بعض الحالات، فقد يبيع صاحب الأرض الثمار الناتجة منها، والزرع لايزال فى الأرض

49 لسنة 1977 والقانون 136 لسنة 1981 ص 8 ومابعدهما - الدكتور عبد الفتاح عبد

الباقي عقد الإيجار الأحكام العامة الجزء الأول ص 20 ومابعدهما - الدكتور رمضان أبو

السعود عقد الإيجار 1992 ص 64.

فيكون العقد بيعا لهذه الثمار لا إيجارا للأرض ويغلب في هذه الحالة ألا يسلم البائع الأرض للمشتري ولا يسلم له إلا الثمار، وأن تكون مصروفات الزراعة على صاحب الأرض لا على المشتري.

وقد أدى هذا ببعض الشراح إلى القول بمعيار آخر، أساسه التفرقة بين ما إذا ورد التصرف على كل الثمار التي تنتجها الأرض وبين ما إذا ورد فقط على بعضها، فإذا كانت الحالة الأولى كنا بصدد إيجار، كما إذا منح شخص آخر الحق في أخذ كل أنواع الفاكهة التي تغلها أشجار حديقته، وإذا كانت الحالة الثانية، كنا بصدد بيع، كما إذا لم يمنح صاحب الحديقة في المثال السابق، المتعاقد معه إلا حق أخذ بعض الثمار فقط، كثمار البرتقال مثلا. وهذا المعيار غير صحيح على إطلاقه إذ لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يؤجر الشيء على أن تقصر منفعة المستأجر منه على بعض نواحيه دون البعض الآخر، من غير أن يغير ذلك شيئا من طبيعة الإيجار⁽¹⁾.

وقد قال البعض بمعيار ثالث، يقوم على التفرقة بين ما إذا كان مكتسب الثمار يجرى في الأرض ما يلزم لنضجها وحصادها، وهنا يكون العقد إيجارا، وبين ما إذا كان ذلك يقع على عاتق صاحب الأرض، وهنا يكون العقد بيعا. وهذا المعيار بدوره ليس صحيحا في كل الأحوال فلو أن من طبيعة الإيجار أن يقع عبء الاستغلال على المستأجر، إلا أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يبيع شخص لآخر محصول أرضه ويتفق معه على أن يتولى الإنفاق على نضجه وحصاده، ويخصم ما ينفق في هذا السبيل من الثمن، دون أن يغير هذا الإنفاق من كون العقد بيعا⁽²⁾.

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 22.

(2) ومن المعايير التي قبل بها أيضا معيار يقوم أساسه على كيفية الوفاء بالمقابل الذي يلتزم بدفعه مكتسب الثمار. فإذا اتفق على الوفاء بهذا المقابل دفعة واحدة، كان العقد بيعا، أما إذا اتفق على الوفاء به على أقساط دورية منتظمة، كان العقد إيجارا (نقض فرنسي 30

والحقيقة أن المعايير الثلاثة السابقة وغيرها ما هي إلا معايير تقريبية تغلب أن تتفق مع الحقيقة، ولكنها من المحتمل أن تخطئ، ولذلك لا مفر من ترك الأمر للقاضي يفصل في كل حالة على حسب ظروفها، على أن القاضي ليس حراً في التكييف الذي يقول به، بل عليه أن يتخذ أساساً له القصد الحقيقي للمتعاقدين دون اعتبار للاسم الذي يضيفانه على اتفاقهم وللقاضي أن يسترشد بالمعايير السابقة، لا على اعتبار أنها تقطع في الأمر بالقول الفصل بل على اعتبار أنها تتضمن قرائن، إن لم تتفق دائماً مع القصد الحقيقي للمتعاقدين، إلا أنه يغلب أن تكون في ذلك صادقة. فهي ترجح أحد الكفتين على الأخرى إلى أن يثبت العكس⁽¹⁾.

فمثلاً يعتبر ورود العقد على الحق في أخذ الحاصلات - وهي غير متجددة - قرينة على أنه بيع ما لم يثبت من طريق آخر أن العاقدین اتجهت إرادتهما إلى الإيجار وآثاره، وبالعكس من ذلك يعتبر ورود العقد على الحق في أخذ ثمار

مارس 1868 راجع أيضاً حمدي عبد الرحمن ص 14).

وواضح أن هذا المعيار ليس صحيحاً على إطلاقه، فإن كانت العادة في البيع هي أن يدفع الثمن مرة واحدة، وفي الإيجار أن تدفع الأجرة على أقساط في أوقات دورية منتظمة، إلا أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من الاتفاق على تقسيط الثمن في البيع، ولا من الاتفاق على دفع الأجرة في مستهل الإيجار جملة واحدة (عبد الفتاح عبد الباقي ص 23 هامش (1) - أحمد نجيب الهاللي وحامد زكي ص 67).

وهناك معيار آخر يقوم على كيفية تحديد المقابل. فإذا حدد هذا المقابل دون أن يكون أساس هذا التحديد كمية الأحجار أو المعادن مثلاً التي يستخرجها مكتسبها، كان العقد إيجاراً، أما إذا دفع المقابل على أساس مبلغ معين للطن من الحديد مثلاً، كان العقد بيعاً (نقض فرنسي 4 أغسطس سنة 1886).

وهذا المعيار وإن كان أبلغ من سابقه في ترجمة قصد المتعاقدین، إلا أنه لا يصدق دائماً، إذ لا يوجد ثمة ما يمنع من أن تحدد الأجرة على أساس ما يأخذه المستأجر من منفعة الشيء دون أن يغير ذلك شيئاً من طبيعة الإيجار (عبد الفتاح عبد الباقي ص 23 هامش (1)).

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 23 - الدكتور سليمان مرقس عقد الإيجار الطبعة الرابعة 1985 ص 25 هامش (10) ومابعداها.

الأرض كلها - وهي متجددة - قرينة على أنه قصد به الإيجار لا البيع⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ 1977/2/22 في الطعن رقم 391 لسنة 42 ق بأن :

"إذ يبين مما أورده الحكم أن ما استخلصه من عبارات الاتفاق المبرم بين الطرفين أنه اشتمل على عقدين أحدهما عقد بيع والآخر عقد إيجار وأن كلا منهما استوفى أركانه القانونية ومستقل عن الآخر ورتب على ذلك أنه وقد ثبت أن المشترية قامت بتنفيذ التزامها في عقد البيع فإنه يتعين على الطاعن - البائع - أن يوفى بالتزامه في هذا العقد وليس له أن يتذرع بالدفع بعدم التنفيذ استناداً منه إلى أن المطعون عليها - المشترية - امتنعت عن تنفيذ التزامها في عقد الإيجار بدفع الأجرة، ذلك أن هذا الالتزام الأخير الذي يدعيه الطاعن إنما هو التزام يفرضه عقد الإيجار ومستقل عن الالتزامات المقابلة المترتبة على عقد البيع، وأنه لا مجال للتعرض لهذا الالتزام أو لبحث الإخلال به في هذه الدعوى، إذ مجاله التذاعي استقلالاً، ولما كان ما خلص إليه الحكم سائغاً وليس فيه خروج عن المعنى الظاهر لعبارات الاتفاق سالف الذكر، فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس".

(ب) البيع الإيجارى :

صورة البيع الإيجارى ما جرى عليه بعض التجار مثل تجار السيارات والأدوات المنزلية والآلات الزراعية من تسليم العميل الشيء بمقتضى عقد يصفه المتعاقدان بأنه إيجار، ويتفقان فيه على أن يدفع المستأجر أجرة كل فترة دورية شهرية مثلاً في مقابل الانتفاع بالشيء، فإذا تراخى في دفع قسط من الأقساط استرد المؤجر منه الشيء دون أن يرد إليه شيئاً من الأجرة التي حصلها، أما إذا أوفى

(2) سليمان مرقس ص 30- أنظر المجلد الحادى عشر فى عقد الإيجار شرح المادة (558).

بالتزامه حتى نهاية المدة المتفق عليها انتقلت إليه ملكية الشئ المؤجر⁽¹⁾.
وقد اختلف الفقه والقضاء فى ظل التقنين المدنى القديم حول تكييف العقد فى هذه الصورة وهل هو عقد بيع أم عقد إيجار؟
وقد ذهب محكمة النقض فى ظل ذلك التقنين إلى أن تكييف العقد وهل هو بيع أم إيجار يتبع قصد المتعاقدين⁽²⁾.

ولما صدر التقنين المدنى الحالى أنهى الخلاف حول تكييف البيع الإيجارى واعتبره بيعا علق فيه المتعاقدان انتقال الملكية على تمام دفع كامل أقساط الثمن،

(1) ويجب التمييز بين هذه الصورة وصورة أخرى يتفق فيها مالك الشئ مع آخر على أن يؤجر له الشئ فى مدة معينة لقاء أجرة تدفع فى أوقات محدودة، وعند نهاية هذه المدة يصبح المستأجر مالكا إذا دفع مبلغا آخر، إذ فى الصورة الأخيرة يوجد لدينا عقدان: عقد إيجار وعقد وعد بالبيع، وينفذ الإيجار فى البداية حتى إذا انتهت مدته وارتضى المستأجر دفع مبلغ جديد يمثل الثمن أصبح مالكا من هذا الوقت فقط، لأنه فى ذلك الوقت يوجد لدينا عقد جديد هو عقد البيع الذى وعد بإبرامه، بيد أنه يلزم لكى يقع التكييف السابق صحيحا، أن يكون المبلغ الجديد الذى يدفعه المستأجر من الأهمية بحيث تمكن موازنته بقيمة الشئ، ليتسنى القول بأنه يعتبر ثمنا له، أما إذا كان هذا المبلغ لايتناسب البتة مع قيمة الشئ غلب أن نكون بصدد صورية أراد المتعاقدان بها إخفاء بيع مؤجل فيه الثمن فى صورة إيجار مقترن بوعد بالبيع (عبد الفتاح عبد الباقي ص 27).

(1) نقض جنائى 21 مايو سنة 1934 المجموعة الرسمية 35 رقم 106.

وقد قضت تطبيقا لذلك بتاريخ 1951/5/24 فى الطعن رقم 143 لسنة 19 ق بأن :

"متى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن الأول أجر إلى الطاعنين الثانى والثالث السيارة التى صدمت مورث المطعون عليهم بمقتضى عقد اشترط فيه انتقال ملكية العين المؤجرة إلى المستأجرين بعد دفع كل الأقساط - عقد إيجارة المبيع - وكان الحكم المطعون فيه إذ حمل ذلك الطاعن المسئولية عن الحادث بالتضامن مع الطاعنين الثانى والثالث قد أقام قضاءه على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائغا من نصوص العقد من أنه مازال وقت الحادث مالكا للسيارة وله بمقتضى العقد حق الإشراف والرقابة على من كان يقودها إذ ذاك وتسبب بخطئه فى وقوعه، كان هذا الذى أورده الحكم كافيا لحمله ومؤديا إلى ما انتهى إليه، ومن ثم يكون النعى عليه القصور على غير أساس".

إذ نصت المادة 430 من التقنين على أن :

"إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع. فإذا كان الثمن يدفع أقساط، جاز للمتاعدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم يوف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة 224.

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

وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وقد حسم المشروع إشكالا بإيراده هذا النص. فقد جرت العادة أن البيع الذى يبرم على هذا النحو يسميه المتعاقدان إيجاراً إمعاناً من البائع فى ضمان حقه إذ هو بذلك يستوفى الأقساط أجرة لاثمنا، وإذا ما تصرف المشتري فى المبيع عد هذا منه تبديداً. فأقر المشروع الأمور فى نصابها وسمى الأشياء بأسمائها حتى لو سميت باسم آخر، فهذا العقد بيع لا إيجار، ويعتبر معلقاً على شرط واقف هو سداد الأقساط جميعها فإذا ما سددت انتقلت الملكية إلى المشتري منسحبة إلى وقت البيع"⁽¹⁾.

4- البيع والمقايضة :

المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر، على سبيل

(1) ويلاحظ أن القانون رقم 100 لسنة 1957 قد نظم البيوع التجارية، ثم صدر بعد ذلك قانون التجارة 17 لسنة 1999 ووضع بعض الأحكام الخاصة ببعض أنواع البيوع التجارية ومنها البيع بالتقسيط الذى نظمه فى المواد (105 - 107) - راجع فى ذلك مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد - المجلد الثانى.

التبادل، ملكية مال ليس من النقود (م482). فالمقايضة كالبيع من عقود المعاوضة، ومن عقود التمليك أيضا. ولكنها تفتقر عنه في طبيعة مقابل التمليك، فعلى حين أن البيع تمليك لمال مقابل ثمن أى مبلغ من النقود، فإن المقايضة تمليك مال بمال ليس من النقود.

والواقع أن المقايضة هي في حقيقتها بيع، إلا أن الثمن قد استبدل به شئ آخر غير النقود ولا يفتقر البيع عن المقايضة إلا لأن أحد العوضين فيه هو من النقود. ولهذا فقد رأينا أن المقايضة عند فقهاء الشريعة الإسلامية هي من البيع. وهذا ما يفسر لنا أن قواعد البيع تنطبق في جملتها على المقايضة.

فقد نظم المشرع البيع تنظيمًا دقيقًا نظرا لأنه أصبح في الأوقات الحاضرة أكثر شيوعا واستعمالا عن المقايضة بعد ظهور النقود وشيوع استعمالها، ثم أحال إلى هذه الأحكام التي وضعها البيع فيما يخص المقايضة (م485). فالمشرع اعتبر كلا من المتقايضين بائعا للشيء الذي قايس به، ومشتريا للشيء الذي قايس عليه. وإنما قد تشبه المقايضة بالبيع في إحدى حالتين: (الأولى) إذا كان أحد العوضين أوراقا مالية وقيما يسهل تقديرها نقدا بالرجوع إلى كشوف التسعير أو أسعار البورصة. (الثانية) إذا اقترنت المقايضة بمعدل.

ونعرض لهذين الحالتين فيما يلي :

(الحالة الأولى) :

1- المقايضة والبيع في مقابل أوراق مالية أو قيم يسهل تقديرها نقدا :

من الأموال ما يمكن تحويله بسهولة إلى نقود وما يمكن معرفة قيمته نقدا بمجرد معرفة سعر السوق. مثل الأوراق المالية أو السبائك الذهبية، فإذا كان مقابل نقل الحق في العقد شئ من ذلك فقد انقسم الرأى في تكييف هذا العقد. فذهب رأى إلى اعتبار العقد في مثل هذه الحالة بيعا لا مقايضة.

غير أن الرأي السائد يذهب إلى اعتبار العقد مقايضة لأن العبرة هي بطبيعة المقابل وقت العقد⁽¹⁾.

وقد يكون مقابل نقل الحق دخلا دائما أو إيرادا مرتبا مدى الحياة :

وهذا العقد يختلف عن البيع بثمن يدفع على أقساط في أن الثمن المقسط يكون محددا في جملته ويستتزل كل قسط من أصل الثمن بحيث يتم الوفاء بالثمن عندما يبلغ مجموعة الأقساط مقدار الثمن المحدد، وإذا توفي المدين قبل الوفاء بالثمن بأكمله التزم الورثة بباقي الأقساط. أما في الدخل الدائم (الإيراد المؤبد) أو الإيراد المرتب مدى الحياة فلا يتعين مقدار ما يلتزم به المدين في جملته ولا يحدد فيه إلا القسط الواجب الأداء في كل فترة وتتجدد الأقساط بتجدد الفترات وينقضى إذا كان مرتبا مدى الحياة بوفاة الملتزم أو الملتزم له بحسب الأحوال. وعلى ذلك فالمقابل ليس هو الأقساط التي تدفع بل هو الحق في الإيراد ولا يتأثر هذا الحق بما يدفع بل يبقى كما هو.

ولهذا ذهب البعض إلى أن المقابل ليس هو الأقساط وإنما الحق في المرتب وبالتالي يعتبر العقد في الواقع مقايضة لابيعة. إلا أن الفقه والقضاء استقرا على اعتباره بيعة ويعتبر المرتب صورة من صور الثمن النقدي كالثمن المقسط⁽²⁾.

(الحالة الثانية) :

البيع والمقايضة بمعدل :

في عقد المقايضة إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود ويكون معدلا. إذ تقضى المادة

(1) السنهوري ص 29 - منصور مصطفى منصور ص 27 - محمد شكرى سرور ص 40 - خميس خضر ص 35.

(1) السنهوري ص 29 - مرقس ص 165 - منصور مصطفى منصور ص 27 - الدكتور محمد شكرى سرور ص 40 وما بعدها - خميس خضر ص 35.

483 مدنى بأن :

"إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً".

وجود المعدل فى المقايضة من الأمور الكثيرة الحدوث، ذلك لأنه من النادر، أن يكون الحالان المراد مبادلتهم متساويين فى القيمة تماما. والرأى متفق على أنه إذا كان العنصر الغالب فى المعدل هو النقود، كما إذا بيعت سيارة جديدة بخمسين ألف جنيه على أن يحسب من الثمن سيارة قديمة قدرت قيمتها بعشرة آلاف جنيه كان العقد بيعا.

أما إذا كان العنصر الغالب هو غير النقود، كما إذا استبدلت سيارة بأخرى متقاربين فى القيمة مع دفع معدل من النقود زهيد، فالعقد مقايضة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا اعتبرت محكمة الاستئناف العقد المتنازع على تكييفه (وهو عقد فيه إعطاء منزل من طرف وإعطاء أطيان من طرف آخر) أنه عقد بيع للمنزل لا عقد بدل فيه لما رأيته من أن ذات العقد مصرح فيه أنه عقد بيع للمنزل وعقد بيع للأطيان وأن الثمن المقدّر فيه للأطيان مع استنزائه من الثمن المقدّر للمنزل يكون الباقي الواجب دفعه نقدا من ثمن المنزل مبلغا كبيرا يزيد على ثمن الأطيان، وأن العقد الذى يكون بهذه الكيفية التى يزيد فيها ما يدفع من الثمن نقدا عما يدفع منه عينا هو عقد أقرب إلى البيع منه إلى البدل، فتفسير المحكمة هذا المنتزع من الواقع بغير تشويه وتكييفها لهذا الواقع بأنه عقد بيع لا بدل هو تفسير تملكه وتكييف لا غبار عليه".

(طعن 97 لسنة 4 ق جلسة 1935/5/30)

(2) السنهورى ص 29 ومابعدھا - منصور مصطفى منصور ص 28- عبد المنعم البدرأوى ص 73 ومابعدھا.

5- البيع والهبة :

عرفت المادة 486 مدنى الهبة فى الفقرة الأولى منها بقولها إنها: "عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال دون عوض". وأضافت فى فقرتها الثانية أنه: "يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين".

فالهبة بحسب الأصل عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض. فعدم وجود العوض هو الذى يميز الهبة عن البيع. ولكن قد تكون الهبة بعوض، إذ يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين.

وفى الحالة الأخيرة تشته الهبة بالبيع.

والمتفق عليه فى تكييف هذا العقد، أنه إذا كان العوض نقديا وكانت قيمته مساوية أو مقاربة لقيمة الشئ المملك فإن العقد يعتبر بيعا لا هبة، إذ لا يستقيم القول بتوافر نية التبرع فى هذه الحالة⁽¹⁾.

أما إذا كانت قيمة العوض أقل من قيمة المال المملك، فإن تكييف هذا العقد يتردد بين وصفين البيع بثمن بخس وهو صحيح لأنه لا يشترط فى الثمن أن يكون مساويا لقيمة البيع، أو الهبة بعوض، وترجيح أحد الوصفين على الآخر مسألة موضوعية، تتوقف على ما يستخلصه قاضى الموضوع من ظروف التعاقد، فإذا أمكنه أن يستخلص توافر نية التبرع كنا بصدد هبة بعوض، أما إذا لم يستطع استخلاص هذه النية كان العقد بيعا، ومن الظروف التى تساعد على القول بتوافر نية التبرع لدى الواهب أن يكون العوض مشترطا لصالح شخص غير الواهب كما لو كان مشترطا لصالح الموهوب له، أو لصالح شخص أجنبى عن العقد أو

(1) الدكتور محمد لبيب شنب شرح أحكام عقد البيع طبعة 1962 ص 12- الدكتور إسماعيل غانم مذكرات فى العقود المسماة- عقد البيع طبعة 1958 ص 42.

للمصالح العام⁽¹⁾.

وقد يتخذ البيع ستارا للهبة، فيذكر فيه عوض على أنه الثمن، ثم يهب البائع الثمن للمشتري. مثل هذا العقد لاشك في طبيعته فهو هبة، مكشوفة. وتسرى عليه أحكام الهبة، لا من حيث الموضوع فحسب بل أيضا من حيث الشكل. فإذا أُنقذ الواهب ستر الهبة ولم يذكر أنه وهب الثمن للمشتري بل ذكر أنه قبضه، فالعقد هبة مستورة، تسرى عليه أحكام الهبة من حيث الموضوع، ولا تسرى عليه أحكامها من حيث الشكل فلا تستلزم فيه الرسمية⁽²⁾.

6- البيع والوصية :

الفرق ظاهر بين البيع والوصية. وهو يتجلى في نواح متعددة.

1- فالخصيصة الأولى لعقد البيع هي اتجاه الإرادة إلى أن يلتزم البائع بنقل الملكية أو الحق المالى، ولا يتحقق ذلك فى الوصية، فهي ليست ملزمة للموصى، ولن يترتب عليها أثرها إلا عند وفاته مصرًا على وصيته، فيجوز له فى أى وقت حال حياته أن يرجع فيها. ويترتب على ذلك فرق آخر، فالبيع عقد تمليك حال الحياة والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

2- والخصيصة الثانية لعقد البيع هي اتجاه الإرادة إلى إلزام المشتري بدفع ثمن نقدي، وهذا لا يلزم فى الوصية، فهي غالبا ما تكون تبرعا لا يلزم فيها الموصى له بشئ ما.

3- وبالإضافة إلى ما تقدم، فإن البيع عقد لا بد فيه من توافق إرادة البائع والمشتري، أما الوصية فهي تصرف يتم بإرادة منفردة هي إرادة الموصى، وترتب الوصية أثرها عند وفاة الموصى ولو لم يعلم بها الموصى له، وإن كانت ترتد

(1) السنهاورى ص 24 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 12 وما بعدها.

(2) السنهاورى ص 24 هامش (3).

برده⁽¹⁾.

ورغم وجود هذه الفوارق بين البيع والوصية، إلا أنه قد تصعب التفرقة بين النظامين في بعض الأحيان، وذلك عند ما يعمد الشخص الذي يرغب حقيقة في الإيصاء إلى ستر الوصية تحت مظهر عقد بيع بقصد التهرب من الأحكام الآمرة التي تحد من حريته في الإيصاء وتقصرها على ما لا يجاوز ثلث التركة، في الوقت الذي يتخذ فيه من الوسائل القانونية ما يعطل عملاً أحكام البيع بالنسبة له، وبالتالي ما يضمن له الاحتفاظ بمزايا الملكية إلى وقت وفاته.

ولما كان تكييف الأفراد لتصرفاتهم لا يلزم القاضي، فإن على محكمة الموضوع أن تتبين إرادة المتصرف الحقيقية وأن تكييف التصرف التكييف القانوني الصحيح، وهي في ذلك تخضع لرقابة محكمة النقض فإذا تبين لها أن العقد الذي وصف بأنه بيع قد تضمن شروطاً من شأنها تراخي نقل الملكية إلى ما بعد وفاة المتصرف، وأن نقل الملكية بدون عوض، أمكن القطع بأن إرادة ذوى الشأن قد أرادت الوصية لا البيع، وتعين من ثم عليها أن تنزل التصرف منزلة الوصية وأن تجرى عليها أحكامها.

ونظراً لأهمية هذه الحالة، وكثرة حدوثها في العمل، فقد أورد المشرع في التقنين المدني الحالي حكماً خاصاً لها، أقام بموجبه قرينة قانونية لمصلحة من يدعى أن التصرف وصية، تعفيه من عبء إثبات قصد الإيصاء، حيث نص في المادة 917 مدني على أنه: "إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازته العين التي تصرف فيها، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية، ما لم يقر دليل يخالف ذلك".

ويبين من هذا النص أنه يشترط لوجود هذه القرينة: أولاً: أن يكون التصرف

(1) إسماعيل غانم طبعة 1958 ص 43.

لأحد الورثة. والعبرة في توافر هذه الصفة للمتصرف إليه أو عدم توافرها هي بوقت وفاة المتصرف. **ثانياً:** أن يحتفظ المتصرف بأية طريقة كانت، بحياسة العين التي تصرف فيها. والاحتفاظ بالحياسة هو واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع الطرق. **ثالثاً:** أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين مدى حياته، والمقصود هنا أن يكون الانتفاع حقا للمتصرف بالمعنى القانوني يجبر المتصرف إليه على احترامه، فلا يكفي من ثم مجرد الانتفاع الفعلي إن لم يكن مستندا إلى مركز قانوني يخول حقا في هذا الانتفاع.

على أنه يجوز - والأمر يتعلق بقريضة بسيطة - لمن يدعى أن التصرف بيع، أن ينفي هذه القريضة وذلك بإثبات دفع الثمن وقصد الملكية حال الحياة⁽¹⁾.
(أنظر في التفصيل شرح المادة 917).

7- البيع والمقولة :

المقولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر (م 646 مدنى). ولا تثور أية صعوبة في التفرقة بين البيع والمقولة في حالة ما إذا اقتصر الما قول على تقديم عمله وتولى رب العمل تقديم المادة التي يستخدمها الما قول في عمله. ذلك أن الفرق بين العقدين واضح في هذه الحالة، فالبيع يرد على الملكية أو الحق المالى، والمقولة ترد على العمل. ولكن هناك أحوال يتعهد فيها الما قول بتقديم المادة والعمل معا، كصانع الأثاث، يتعهد بتقديم الأخشاب والأقمشة اللازمة وبأن يصنعها أثاثا.

ويتجه الرأى السائد في هذه الحالة إلى تكييف هذا الاتفاق تكييفاً موحداً. بمعنى أن العقد لا يكيف بأنه بيع ومقولة معا، وإنما يوصف بأنه بيع أو مقولة. ويميل الرأى الراجح إلى اعتبار العقد بيع أشياء مستقبلية، إلا إذا كانت قيمة المواد التي قدمها الما قول ثانوية بالنسبة للعمل الذي يتعهد بالقيام به. فالعقد الذى يتعهد

(1) محمد شكرى سرور ص 47 وما بعدها - سليمان مرقس ص 36.

به الخياط بعمل ثوب لعميله عقد مقاوله إذا كان العميل هو الذى قدم القماش، رغم أن الخياط على أى الأحوال سيقدم الخيوط والأزرار، إذ أن قيمتها ثانوية بالنسبة لعمله. وعلى العكس يعتبر العقد بيعا إذا كان الخياط هو الذى تعهد بتقديم القماش. وعلى هذا الأساس يكون العقد الذى يتعهد فيه نجار بصنع أثاث لعميله عقد بيع إذا كان النجار هو الذى تعهد بتقديم المواد اللازمة⁽¹⁾.

8- البيع والوديعة :

تعرف المادة 718 مدنى الوديعة بأنها: " .. عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئا من آخر، على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عينا". ومن ثم فإنه من اليسير التفرقة بين البيع والوديعة. ومع ذلك فقد تصعب التفرقة بينهما فى بعض الحالات. مثل ذلك أن يودع المؤلف نسخا من كتابه فى مكتبة ليبيعهها صاحب المكتبة، أو أن يودع تاجر الجملة مجوهرات عند تاجر التجزئة ليبيعهها. وفى هذه الأحوال تكون النسخ أو المجوهرات مودعة عند صاحب المكتبة أو عند تاجر التجزئة، وهذا إما ليبيعهها لحساب صاحبها فيكون وكيل بالبيع بعد أن كان مودعا عنده، وهو وكيل بالأجر إذ يتقاضى أجرا معينا على ما يقوم ببيعه. وإما أن يعتبر عندما يجد مشتريا، أنه هو اشتراها أولا من صاحبها بثمن معين ثم باعها للعميل بثمن أكبر، والفرق هو مكسبه. والقول بتكليف أو بآخر يتوقف على نية المتعاقدين. وهذه النية يستخلصها قاضى الموضوع من ظروف الواقع⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

1- "التزام المودع لديه برد الشيء بعينه للمودع عند طلبه شرط أساسى فى وجود عقد الوديعة طبقا لأحكام المادة 482 من القانون المدنى، فإذا انتفى هذا الشرط انتفى معه معنى الوديعة. فإذا سلم قطن لمحلج بموجب إيصالات ذكر بها

(1) محمد لبيب شنب ص 35 وما بعدها - أنور سلطان ص 30 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 31 وما بعدها.

أنه لا يجوز لحاملها طلب القطن عينا ثم تصرف صاحب المحلج في القطن بدون إذن صاحبه فلا يعتبر ذلك تبديدا معاقبا عليه بالمادة 296 عقوبات".

(طعن رقم 1457 لسنة 2 ق جلسة 1932/3/21)

2- "إذا اشترط في عقد البيع أن الملكية في المبيع تبقى للبائع حتى يجربه المشتري فإن وجود المبيع عند المشتري في فترة التجربة إنما يكون على سبيل الوديعة فإذا هو تصرف فيه فإنه يكون قد خان الأمانة ويحق عقابه بمقتضى المادة 341 من قانون العقوبات".

(طعن رقم 3 لسنة 11 ق جلسة 1940/11/25)

3- "لا يشترط في الوديعة أن يكون التسليم حقيقيا بل يكفي التسليم الاعتباري إذا كان المودع لديه حائزا للشيء من قبل. فإذا كان الظاهر مما أثبتته الحكم أن بيع المنقولات محل الدعوى قد تم وتعين المبيع وانتقلت ملكيته إلى المشتري ولكنه بقي في حيازة البائع على سبيل الوديعة لإتمام بعض الأعمال فيه، فإنه إذا ما تصرف البائع فيه بطريق الغش كان مستحقا للعقاب".

(طعن رقم 12 لسنة 20 ق جلسة 1950/3/14)

كما قضت الدائرة المدنية بمحكمة النقض بأن :

"إذا كان العقد يتضمن إقراراً بدين مصحوبا بتأمين كمية من القطن أودعها المدين لحساب دائته لدى تاجر قطن كان اشترى فيما اشتراه من الدائن هذه الكمية، وذلك على أن يكون لهذا التاجر حق بيع القطن بسعر الكونترات والاسترداد بدينه على الدائن وفوائده من ثمنه إذا هبط سعره ولم يقم البائع بالتغطية بحسب الصرف المقرر لبيع الأطنان ببورصة البضائع، فإن هذا العقد ليس مجرد عقد بيع مدني عادي يكون فيه المودع لديه أو المشتري ملزما بنقل أسعار القطن شهرا شهرا حتى يأذن له البائع في بيعه، وإنما هو عقد يتضمن تكليف المشتري أو المودع لديه ببيعه إذا لم يقم البائع بالتغطية الواجبة عرفا عند هبوط السعر".

(طعن رقم 8 لسنة 8 ق جلسة 1938/6/22)

9- البيع والوكالة :

عرفت المادة 699 من التقنين المدني الوكالة بقولها: "الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل". ففي عقد الوكالة يتعهد أحد الطرفين، وهو الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني (تصرف قانوني) لحساب الطرف الآخر وهو الموكل. وليس بشرط في الوكالة أن يتعهد الوكيل بأن يقوم بالعمل القانوني باسم الموكل. فقد يتعهد الوكيل بأن يقوم بالعمل القانوني باسمه الشخصي ولكن لحساب الموكل، وتلك هي حالة الوكالة غير النيابية، أو الاسم المستعار أو المسخر. وهنا تتصرف آثار العمل القانوني إلى الوكيل الذي أبرمه، على أن يقوم بعد ذلك بنقل ما اكتسب من حقوق إلى الموكل الذي أبرم العمل القانوني لحسابه.

وللتمييز بين البيع والوكالة يجب معرفة ما إذا كان المتسلم قد تملك بمقتضى العقد الأشياء التي تسلمها أم لم يملكها فإذا كان العقد من شأنه نقل الملكية إلى المتسلم كنا بصدد بيع وإلا كنا بصدد وكالة.

ومع ذلك يثور التردد في التكييف بين البيع والوكالة في الحالة التي يسلم فيها شخص لآخر شيئا يملكه، ويكون مفهوما أن يقوم الطرف الثاني بتصرف قانوني بالنسبة لذلك الشيء بأن يبيعه مثلا. فيثور الشك حول ما إذا كان المقصود هو نقل الملكية بحيث يكون تصرف من أخذ الشيء في هذا الشيء لحسابه، ومن ثم يعتبر العقد بيعا، أم أن المقصود هو أخذ الشيء للتصرف فيه لحساب صاحبه ومن ثم يكون العقد وكالة، وكثيرا ما يحدث ذلك الفرض في العمل بين تاجر الجملة وتاجر التجزئة، فإذا سلم تاجر الجملة بضائعه إلى تاجر التجزئة لكي يبيعها لعملائه، يثور الشك في تكييف العقد الذي عقد بين تاجر الجملة وتاجر التجزئة، بحيث يمكن التساؤل عما إذا كان هذا العقد بيعا تنتقل به الملكية من تاجر الجملة إلى تاجر التجزئة، أم كان وكالة بحيث لا يعدو تاجر التجزئة أن يكون وكيلا يتعهد

ببيع البضائع لحساب تاجر الجملة.

وتكليف عقد ما بأنه بيع أو وكالة له أهمية تظهر بصفة خاصة من الناحية الجنائية، ذلك أن عقد الوكالة من عقود الأمانة، ومن ثم توقع على الوكيل المبدد عقوبة خيانة الأمانة. أما البيع فليس من عقود الأمانة.

ويتوقف تكليف العقد على كل شروط التعاقد وهناك شروط من شأنها أن ترجح تكيفا على الآخر.

ونذكر بعض الشروط التي ترجح تكيفا على غيره لأنها وإن لم تكن قاطعة في الدلالة على ماهية العقد، إلا أنها مما يغلب أن تصاحبه.

فإذا اتفق على أن يدفع من أخذ الشيء لصاحبه مبلغا محددا بصرف النظر عن الثمن الذي يبيعه به هو وعلى أن يرده إليه إذا لم يتمكن من بيعه فيعتبر العقد بيعا معلقا على شرط فاسخ هو عدم تمكن المشتري من بيع الشيء، لأنه وإن كان من المتصور أن يكون أجر الوكيل هو الفرق بين ثمن البيع ومبلغ معين بحيث يمكن القول بأننا بصدد وكالة إلا أن الغالب أن يكون أجر الوكيل محددا سلفا أو على الأقل قابلا للتحديد على أساس نسبة معينة من ثمن المبيع بحيث يختلف ما يأخذه كل من الموكل والوكيل بحسب سعر البيع. ولهذا فإذا اتفق على أن يقوم من تسلم الشيء ببيعه والحصول على نسبة معينة من الثمن فالعقد يعتبر وكالة لأن هذا هو الغالب وإن كان من المتصور أن يكون الثمن في البيع هو نسبة مما يبيع به المشتري.

والغالب ألا يتدخل البائع في طريقة تصرف المشتري في البيع وإن كان لا يوجد ما يمنع ذلك كأن يشترط عليه أن يبيع بسعر معين، والعكس نجد الغالب أن يحدد الموكل للوكيل السعر الذي يبيع به وإن جاز أن يترك له تحديد السعر. ولذا فتحديد السعر الذي يبيع به من أخذ الشيء يرجح أن يكون العقد وكالة وبالعكس

يرجح عدم تحديده أن يكون بيعاً⁽¹⁾.

وتختلط الوكالة بالبيع في حالة الشراء مع الاحتفاظ بحق اختيار الغير، ويحدث ذلك في حالة انعقاد بيع بين البائع والمشتري ويتضمن عقد البيع صراحة أن المشتري يحتفظ بحقه في التقرير بالشراء عن الغير ويتفق مع البائع على مدة يعلن المشتري خلالها اسم من اشترى له الصفقة، فإذا أفصح المشتري الظاهر عن المشتري المستتر في الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادراً من البائع إلى هذا المشتري المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثاره دون حاجة إلى بيع جديد له من المشتري الظاهر، والبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير وإن لم يرد فيه نص في التقنين المدني إلا أنه من الجائز التعامل به⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن تكيف العلاقة القانونية بين المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستتر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التي تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير غير جار على إطلاقه، فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التي تخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التي تترتب عليه تنافراً، فبإسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع، وبقاء العين في ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه في الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه، وهي أحكام مقررة في شرط اختيار الغير، كلها تخالف أحكام الوكالة تماماً. ولئن كان الفقه والقضاء في فرنسا قد ذهبا في تبرير إسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول - وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير - إلى افتراض

(1) خميس خضر ص 30 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 25.

(2) المستشار السيد خلف محمد عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام القضاء الطبعة الثانية 2000

وكالة المشتري الظاهر عن الغير إلا أن ذلك ليس إلا مجازا مقصورا على حالة ما إذا أعمل المشتري حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع، أما قبل ذلك أو إذا لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد فالافتراض يزول وتنزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة".

(طعن رقم 101 لسنة 17 ق جلسة 1950/3/9)

2- "البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير وإن لم يرد فيه نص فى التقنين المدنى إلا أنه من الجائز التعامل به، ويجب لإعمال آثار هذا النوع من البيع أن يذكر شرط اختيار الغير فى العقد بأن يحتفظ المشتري عند إبرام العقد بحقه فى التقرير بالشراء عن الغير ويتفق مع البائع على مدة يعلن المشتري خلالها اسم من اشترى له الصفقة، فإذا أفصح المشتري الظاهر عن المشتري المستتر فى الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادرا من البائع إلى هذا المشتري المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثاره دون حاجة إلى بيع جديد له من المشتري الظاهر".

(طعن رقم 110 لسنة 47 ق جلسة 1981/4/15)

10- البيع والقرض بربا :

رأينا أن أهم ما يخص البيع هو نقل ملكية شئ فى مقابل ثمن. وقد يتبين من واقع الحال أن المتعاقدين لم يقصدا نقل الملكية على سبيل البيع، بل قصدا تحقيق عقد قرض، وغالبا ما يكون مثل هذا العقد ساترا لربا فاحش. فإذا بان للقاضى هذا وجب اعتبار العقد بحسب حقيقته وتخفيض الفائدة إلى الحد القانونى.

ومن هذا القبيل مثلا تصرف المشتري فى المبيع قبل قبضه للبائع نفسه، فمثل هذا البيع يخفى فى الغالب قرضا بربا. كأن يشتري شخص من آخر شيئا بمائتى جنيه مؤجلة لمدة عام، ثم يبيعه له فى الحال بمائة مقبوضة. ففى هذا الفرض يعتبر البائع مقرضا بربا فهو أقرض المشتري المزعوم مائتى جنيه يستردها منه بعد

سنة (1).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كانت المحكمة حين قالت إن العقد المتنازع عليه عقد قرض لا بيع خلافا لظاهره، قد أقامت ذلك على أن نية طرفيه كانت منصرفة إلى القرض لا إلى البيع، تستخلص هذه النية من ورقة الضد التي عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذي أجرته في الدعوى والقرائن الأخرى التي أوردتها استخلاصا لم يرد عليه طعن الطاعن في حكمها، فيتعين رفض هذا الطعن".

(طعن رقم 51 لسنة 16 ق جلسة 1947/4/3)

11 - البيع والوفاء بمقابل :

يقترّب الوفاء بمقابل من البيع في الحالات التي ينقل فيها المدين للدائن ملكية شئ في مقابلة الدين. فهو يشبه البيع في أنه ينقل الملكية بمقابل. وهو يختلف عنه في أن هذا المقابل ليس مبلغا من النقود يدفعه المشتري (وهو هنا الدائن) بل هو هو دين له في ذمة البائع (المدين).

وعلى هذا فإن معظم أحكام البيع تنطبق على الوفاء بمقابل.

وعلى هذا نصت المادة 351 مدني بقولها: "يسرى على الوفاء بمقابل، فيما إذا كان ينقل ملكية شئ أعطى في مقابلة الدين، أحكام البيع، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية. ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين بأحكام الوفاء، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن الوفاء بالدين بغير النقد قد اختلف في تكييفه. ففي رأى اعتبر استبدالا

للدين بإعطاء شيء في مقابله. وفي رأى آخر اعتبر كالبيع تسرى عليه جميع أحكامه. ومحكمة النقض ترى أنه في حقيقته كالبيع إذ تتوافر فيه جميع أركانه، وهى الرضا والشيء المبيع والثمن. فالشيء الذى أعطى للوفاء يقوم مقام المبيع، والمبلغ الذى أريد الوفاء به يقوم مقام الثمن الذى يتم دفعه فى هذه الحالة بطريق المقاصة، ومن ثم يجب أن يسرى على هذا النوع من الوفاء جميع أحكام القانون المقررة للبيع".

(طعن رقم 123 لسنة 13 ق جلسة 1944/5/18)

ومفاد ذلك أن الوفاء بمقابل ليس تجديدا للدين بتغيير موضوع الدين. فالتجديد يقضى على الالتزام القديم بإنشاء التزام جديد يحله محله ويبقى بعد انقضاء الالتزام الأول، فى حين أن الوفاء بمقابل يقتضى حصول التنفيذ وقت الاتفاق. فثمة شرط جوهرى لوجود الوفاء بمقابل هو إدلاء الموفى بعوض بأن ينقل إلى الدائن حق الملك فيه، وليس يكفى على وجه الإطلاق مجرد الالتزام بذلك⁽¹⁾.

ويرى البعض أن اعتبار الوفاء بمقابل بيعا من جميع الوجوه غير سليم. لأن من أحكام البيع مالا ينطبق على الوفاء بمقابل والدليل على ذلك أن المدين الذى يقدم شيئا للدائن فى مقابل دين يعتقد مديونية به، على حين أنه دين غير موجود فى الحقيقة والواقع يستطيع أن يسترد الشيء ذاته لانعدام السبب. أما إذا لو حللنا العملية على أنها بيع اتفق فيه على وقوع المقاصة بين دين الثمن ودين البائع (وهو التحليل الذى أخذت به محكمة النقض فى حكمها السابق) فلا يستطيع

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 75 وما بعدها - وعكس ذلك السنهاورى ص 30 فىرى أن التكيف الصحيح للوفاء بمقابل أنه تجديد بتغيير محل الدين، فيحل محل الدين الأصلى دين جديد. ويقترن التجديد فى الوقت ذاته بوفاء الدين الجديد عينا بالشيء المعطى فيجمع الوفاء بمقابل بين خصائص التجديد وخصائص الوفاء، ويسرى عليه أحكام كل منهما. ثم هو فى الوقت ذاته ناقل لملكية الشيء المعطى، ومن هذه الناحية وحدها أشبه البيع وسرت عليه أحكامه.

المدين استرداد الشيء ذاته متى تبين له عدم وجود الدين، ذلك أن الشيء انتقلت ملكيته بسبب البيع وعلى أساسه، وكل ما يكون للمدين الظاهر هو أن يطالب المشتري بالثمن لعدم إمكان تقاضيه مع دين غير موجود. فالثمن لم يدفع ويظل مستحقا للبائع، ولكن الشيء المبيع يظل حقا للمشتري⁽¹⁾.

وعلى كل يختلف البيع عن الوفاء بمقابل من حيث أن البيع عقد قائم بذاته، على حين أن الوفاء بمقابل يفترض وجود التزام سابق، ولذا تكون صحة الوفاء بمقابل مرتبطة بوجود هذا الالتزام⁽²⁾.

12- البيع وتقديم حصة في شركة :

قد يدخل شريك في شركة مقابل تقديمه حصة عينية في رأس مال الشركة، فإذا كانت هذه الحصة ملكية شيء أو حقا عينيا آخر، فإن الشريك يتخلى نهائيا عن حقوقه على الشيء الذي يصبح ملكا للشركة، كما لو كان الأمر يتعلق ببيع من الشريك إلى الشركة.

والجامع بين الحالتين هو وجود عقد تمليك بمقابل. ولذلك فتقديم الحصة على هذا النحو يشبه البيع من حيث كيفية انتقال الملكية، ووسائل العلانية، فتطبق أحكام انتقال الملكية في المبيع منقولا كان أو عقارا، ويلزم استيفاء إجراءات الشهر المقررة للحقوق العينية العقارية، وكذلك اتباع الإجراءات المقررة في النزول عن شهادات الاختراع والمحل التجاري، كما تنطبق أيضا فيما يتعلق بتبعية الهلاك الأحكام الخاصة بالبيع، وأخيرا يضمن الشريك حصة في رأس المال ضمان البائع للمبيع، فتطبق أحكام ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية والعجز في المقدار⁽³⁾.

ولذلك نصت المادة 1/511 مدنى على أنه "إذا كانت حصة الشريك حق

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 76.

(1) أنور سلطان ص 33 وما بعدها.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 77 وما بعدها.

ملكية أو حق منفعة أو أى حق عيني آخر، فإن أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الحصة إذا هلك، أو استحققت، أو ظهر فيها عيب أو نقص". ولكن ليس معنى هذا أن جميع أحكام البيع تطبق على تقديم الحصة فى الشركة. فالبيع كما رأينا هو تمليك مقابل ثمن من النقود، أما هنا فالمقابل هو حق الاشتراك فى الأرباح (إذا حققت الشركة أرباحا بالطبع). ولهذا قضت المحاكم الفرنسية بأن تقديم شهادة اختراع كحصة فى شركة لا يعد حوالة حق⁽¹⁾. وقضت أيضا بأن تقديم عقار حصة فى شركة لا يعتبر إخلالا بوعده بالتفضيل، ما لم يكن ذلك منطويا على غش⁽²⁾، ولا تنطبق عليه قواعد الغبن إذا كان الشئ المقدم عقارا، وذلك ما لم يكن تقديم الحصة يخفى بيعا، فعندئذ يعطى العقد وصفه الحقيقى وتنطبق عليه أحكام البيع من جميع الوجوه.

13- البيع والرهن :

الرهن عقد تأمين عيني، يراد به ضمان حق الدائن بتخصيص الشئ المرهون للوفاء بحقه (م 1030 مدنى الواردة فى الرهن الرسمى، م 1096 مدنى الواردة فى الرهن الحيازى).

ولا يختلط الرهن بالبيع العادى، فالفرق واضح بينهما.

غير أن هذا الفارق قد يدق فى حالة ما إذا اشترط فى البيع أن يكون للبائع فى خلال مدة معينة حق استرداد العين المبيعة فى مقابل رد الثمن الذى دفعه المشتري مضافا إليه مصروفات عقد البيع ومصروفات الاسترداد وما يكون المشتري قد أنفقه على المبيع أثناء وجوده فى يده، وهذا ما يسمى بيع الوفاء أو البيع الوفاى.

وكثيرا ما يتخذ سبيلا لتحقيق غرض عملى يختلف اختلافا جوهريا عن الأثر

(1) نقض فرنسى 24 مارس 1864.

(2) نقض فرنسى 5 مارس 1951.

المرتتب على البيع. فالبائع قد يكون مضطرا إلى بيع ملكه لحاجته إلى نقود ومع ذلك فهو راغب في استبقائه، ولذلك أجاز - في ظل القانون المدني القديم - بمقتضى المادة (339) الاتفاق مع المشتري على استرداد المبيع إذا عوضه من الثمن والمصاريف في أجل المتفق عليه، وهكذا يبدو أن بيع الوفاء قريب من القرض برهن، لأن المشتري يعتبر في منزلة الدائن بقرض النقود، والبائع يعد في منزلة المدين المقترض، والشئ المبيع بمثابة المال المرهون. ولكن هناك فارقا هاما بين عمليتي البيع الوفاي والرهن، سببه أن المقرض هنا متمتع بضمانة أوفى إذ تنتقل إليه ملكية الشئ في حين أن المرتهن لا يكسب على العين المرهونة إلا حقا عينيا تبعا.

ونظرا لهذا التقارب بين بيع الوفاء والقرض برهن فقد أثبت العمل أن كثيرا من عقود بيع الوفاء كانت تتطوى في الواقع على قرض برهن، وقد أراد بها أصحابها التخلص من بعض الأحكام القانونية الآمرة الخاصة بسعر الفائدة والرهن. فكثيرا ما كان ينص في العقد على ثمن أكبر بكثير من الثمن المدفوع فعلا، ويكون الفرق بين الثمن المسمى في العقد والثمن الفعلي هو فوائد ربوية يضطر المدين (وهو البائع) إلى دفعها عند استرداده الشئ. وكثيرا ما كان يقصد المتعاقدان بهذا أيضا التخلص من قاعدة عدم جواز اشتراط تملك المرتهن الشئ المرهون عند عدم الوفاء.

ولمنع هذا التحايل صدر القانون رقم 49 لسنة 1923 معدلا أحكام المادة

339 مدني قديم ونص على أنه إذا كان الشرط الوفاي مقصودا به إخفاء رهن عقارى فإن العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا.

ثم جاء التقنين المدني الجديد ونص في المادة (465) منه على أنه: "إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا". وهذا نص عام يحرم بيع الوفاء في كافة صورته، سواء كان محل العقد عقارا أو

منقولاً، ودون حاجة لأن يثبت التحايل على القانون، أو أن المقصود به إخفاء رهن، بل حتى لو ثبت أنه كان يقصد به البيع حقيقة وثبت انتفاء التحايل⁽¹⁾. وعلى ذلك لم يعد هناك مجال لإخفاء الرهن تحت ستار عقد البيع، فالبيع المقترن بشرط الاسترداد باطل قانوناً.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) - "مفاد نص المادة 465 من القانون المدنى أنه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة، ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات عقد البيع بل يجوز إثباته فى ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالمبيع".
(ب) - "استظهار شرط المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع فى استرداد المبيع فى بيع الوفاء، يعتبر من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم 788 لسنة 48 ق جلسة 1981/6/25)

2- "مفاد المادة 1052 من القانون المدنى أن اتفاق الراهن مع الدائن المرتهن على تملك هذا الأخير العقار المرهون إذا لم يتم الوفاء بالدين يقع باطلا متى أبرم هذا الاتفاق وقت إنشاء الرهن أو قبل حلول أجل الدين، أما بعد حلول الدين أو قسط منه فإنه يجوز للراهن أن ينزل للدائن عن العقار المرهون ويكون هذا التصرف بيعاً صحيحاً سواء كان الثمن هو ذات الدين أو ما يزيد أو يقل عنه".

(طعن رقم 1344 لسنة 48 ق جلسة 1982/4/15)

(أركان عقد البيع)

14- تعداد :

لعقد البيع ككل عقد أركان ثلاثة طبقاً للقواعد العامة هي: الرضاء (أو

(1) إسماعيل غانم ص 37 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 79 وما بعدها.

التراضى) والمحل والسبب⁽¹⁾.

فإذا انعدم ركن من هذه الأركان لا ينعقد العقد، بل يكون باطلا بطلانا مطلقا. وكذلك يكون باطلا إذا اختل شرط من شروط هذه الأركان، إذ الرضاء يشترط فيه التمييز وتقابل الإيجاب والقبول مع تطابقهما، والسبب يشترط فيه المشروعية، والمحل يشترط فيه الإمكان والمشروعية.

وهناك شروط صحة يجب توافرها في الرضاء، فيشترط أن يكون المتعاقد أهلا للتعاقد، وألا يشوب رضاءه عيب من عيوب الرضاء، فإذا كان ناقص الأهلية أو شاب رضاءه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال كان العقد باطلا بطلانا نسبيا أى قابلا للإبطال⁽²⁾.

وتتطبق هذه القواعد العامة جميعا على عقد البيع ولا يختص تطبيقها عليه بأحكام خاصة إلا في القليل النادر، ولذا ستقتصر دراستنا لعقد البيع على هذه الأحكام الخاصة، ونحيل في القواعد العامة إلى شرح المواد (89 وما بعدها).

أولا: الرضاء

(1) يرى أكثر الشراح أن الرضاء هو وحده محل العقد، أما المحل والسبب فهما ركنان في الالتزام لا في العقد. ومع هذا يسيرون على دراسة المحل والسبب في العقد كما جرى الاصطلاح على اعتبارهما من أركانه. ويبررون هذا المسلك من الناحية العملية بأن العقد إنما يقصد إليه لما ينشئ من التزامات وكل التزام لابد فيه من محل وسبب كما أن بحث الشروط التي يتطلبها القانون في المحل لا يكون إلا في الالتزام الناشئ عن عقد أما السبب فهو ليس ركنا إلا في الالتزام التعاقدى، ومن الناحية العملية فإن المحل والسبب متصلان أوثق اتصال بالإرادة وبالتالي بالتراضى الذى هو ركن العقد لأن الإرادة لا تصدر إلا مقررَة لمحل التعاقد عارفة سببه (السنهورى ص 190- منصور مصطفى منصور ص 39 هامش (1) - فى هذا المعنى إسماعيل غانم ص 55- سليمان مرقس ص 50.

(1) الدكتور محمد كامل مرسى العقود المسماة - الجزء السادس - عقد البيع وعقد المقايضة 1373هـ - 1953 ص 32 - إسماعيل غانم ص 52 وما بعدها.

15- تطبيق القواعد العامة :

لم يضع المشرع قاعدة خاصة بالرضاء (أو التراضي) فى عقد البيع اكتفاء بالقواعد العامة. وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد المادة 89 تنص على أن: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد".

ولم يقرر المشرع أوضاعا معينة لانعقاد البيع بالذات، سوى بعض الأوضاع القليلة والتي ورد بشأنها نص فى القانون. وسنعرض لأهمها فى البند التالى.

ويفترض التراضي - طبقا للقواعد العامة - تلاقى القبول بالإيجاب وتطابقهما ولا بد فى البيع حتى يتطابق الإيجاب والقبول أن تتوافر عدة عناصر.

وقد كانت المادة 557 من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد تنص على أن: "يتم البيع برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء. وباتفاقهما على المبيع والثلث". ونص هذه المادة مأخوذ عن التقنين المدنى القديم حيث كان ينص فى المادة 301/236 على أنه: "لا يتم البيع إلا إذا كان برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء باتفاقهما على المبيع وثلثه". غير أن نص المشروع التمهيدي حذف فى لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة، فيجب أن تتجه إرادة كل من البائع والمشتري إلى البيع دون أى عقد آخر، ويجب أن يتفق المتعاقدان على الشئ المبيع، فلو كان للبائع منزلان وعرض على المشتري أن يبيعه أحدهما فظن أنه يبيع المنزل الآخر فقبل شراؤه لا ينعقد البيع. ويجب أن يترضى الطرفان على الثلث. أما باقى شروط العقد كميعاد دفع الثمن ومحلّه، وميعاد التسليم ومكانه. فقد تكفل القانون ببيانها عند سكوت المتعاقدين عنها، ومن ثم يكفى لكى ينعقد البيع تراضي الطرفين على البيع والمبيع والثلث.

16- بعض الأوضاع الخاصة لانعقاد البيوع التى نص عليها القانون :

ذكرنا سلفا أن انعقاد البيع يخضع للقواعد العامة فى التقنين المدنى، ولذا

أحلنا في كيفية انعقاد البيع إلى هذه القواعد. وإن كان المشرع مع ذلك نص على أوضاع معينة لانعقاد بعض البيوع تخالف القواعد العامة. ونعرض هنا لأهم هذه البيوع.

1- البيوع التي ترد على السفن البحرية :

تنص المادة (11) من القانون رقم 8 لسنة 1990 بإصدار قانون التجارة البحري على أن: "1- تقع التصرفات التي يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية على السفينة بمحرر رسمي وإلا كانت باطلة.

2- فإذا وقعت هذه التصرفات في بلد أجنبي وجب تحريرها أمام قنصل جمهورية مصر العربية في هذا البلد وعند عدم وجوده تكون أمام الموظف المحلي المختص.

3- ولا تكون التصرفات المشار إليها في الفقرة السابقة نافذة بالنسبة إلى الغير ما لم يتم شهرها بناء على طلب ذوى الشأن في سجل السفينة المحفوظ بمكتب التسجيل المختص، وتكون مرتبة التسجيل حسب أسبقية القيد في هذا السجل".

وقد عرفت المادة الأولى من القانون السفينة بأنها كل منشأة تعمل عادة أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية ولو لم تهدف إلى الربح. وتعتبر ملحقات السفينة اللازمة لاستغلالها جزءا منها.

2- حالة ما إذا اشترط أن يكون ثمن المبيع إيرادا مرتبا لمدى الحياة :

تنص المادة 743 مدنى على أن: "العقد الذى يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا، وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع".

ومعنى ذلك أن العقد الذى يقرر المرتب لا ينعقد إلا إذا تم بورقة مكتوبة. والكتابة هنا ركن لانعقاد لا مجرد طريقة للإثبات. وقد اشترط القانون الكتابة لأن العقد مقرر له البقاء مدى حياة إنسان ما، وقد تطول، فوجب أن يكون مكتوبا.

فإذا كان العقد المقرر للإيراد هبة وجب أن تكون بورقة رسمية طبقاً لقواعد الهبة. أما إذا كان بيعاً فيكفى المحرر العرفي.

ويضاف إلى القيود الواردة على انعقاد البيع اشتراط عدم وجود نص يحرمه، فالمشرع - على خلاف القواعد العامة - يحرم بعض أنواع البيوع وهي بيع الوفاء (م465) وبيع الحقوق المتنازع عليها لعمال القضاء إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها (م471) وبيع الحقوق المتنازع فيها إلى المحامين الذين يتولون الدفاع عنها (م472).

أما جواز الاتفاق على أن البيع لا ينعقد إلا إذا اتخذ شكلاً معيناً فليس استثناء على رضائية البيع، وإنما هو نتيجة طبيعية لطبيعة قاعدة الرضائية فهي مكتملة لإرادة المتعاقدين⁽¹⁾.

17 - شروط صحة الرضاء بالبيع :

طبقاً للقواعد العامة يشترط في الرضاء أن يكون صادراً من شخص ذي أهلية لإصداره، وأن يكون خالياً من عيوب الإرادة (أو عيوب الرضاء) وهي الغلط (122) والتدليس (125) والإكراه (127) والاستغلال (م129).

وليس في عيوب الإرادة ما يخص البيع فيتبع بشأنها القواعد العامة في النظرية العامة للعقد. هذا مع مراعاة أن للغبن أحكام خاصة في عقد البيع نص عليها المشرع في المواد (425 إلى 427 مدني) سنعرض لها في موضعها. واستثناء من القواعد العامة، يشترط المشرع في صحة رضاء المشتري، وبالتالي في صحة البيع أن يكون المشتري عالماً بالمبيع وإلا كان له حق طلب إبطال البيع وسنعرض لذلك عند شرح المادة (419). أما الأهلية اللازمة للتراضي فسنعرض لها فيما يلي.

(1) منصور مصطفى منصور ص 38 هامش (2).

الأهلية اللازمة للتراضى :

18- أهلية التصرف :

الأهلية اللازمة للتراضى سواء بالنسبة للبائع أو المشتري هى أهلية التصرف، لأن البيع والشراء من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر. وتثبت الأهلية الكاملة ببلوغ الشخص سن الرشد متمتعا بقواه الفعلية ولم يحجر عليه. وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (م44 مدنى). والعبرة فى توافر الأهلية، هى بوقت العقد ولا أثر لما يصيب أهلية البائع أو المشتري بعد انعقاد العقد. وعلى هذا إذا باشر البيع الصبى المميز أو المحجور عليه للسفه أو الغفلة، فالعقد ينعقد قابلا للإبطال لتخلف الأهلية، وهى شرط لصحة العقد.

أما إذا باشر العقد الصبى غير المميز أو المحجور عليه لجنون أو لعتة فالعقد لا ينعقد أصلا لانعدام الإرادة.

استثناءات على وجوب توافر أهلية التصرف :

19- (أ) أهلية القاصر فى الشراء والبيع فى بعض الحالات :

إذا كان الأصل كما رأينا أن تشترط أهلية التصرف فى كل من البائع والمشتري بحيث يكون كل منهما رشيدا لم يحكم باستمرار الولاية أو توقيع الحجر عليه، فهناك عدة حالات يكتفى فيها المشرع ببلوغ الشخص سن التمييز دون بلوغ سن الرشد لتوافر أهلية البيع والشراء. وهذه الحالات هى :

1- ما تنص عليه المادة 61 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952

بأحكام الولاية على المال من أنه: للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط".

والمستفاد من هذا النص أن القاصر المميز أيا كان سنه - متى وضع تحت تصرفه مال للإنفاق منه على نفسه، كانت له أهلية التصرف كاملة في هذا المال. ومن ثم يجوز للقاصر أن يشتري بالنقود التي تسلم له لأغراض نفقته ما يلزمه من حاجيات، ويجوز له أن يبيع المال إذا لم يكن نقودا ليحصل منه على نقود. وإذا اشترى القاصر بالنقود التي تسلم له شيئا كان له أن يبيعه لأنه استبدل في ذمته بمال له أهلية التصرف فيه.

وإذا كان هذا النص لا يتناول في لفظه إلا القاصر، إلا أن البعض يرى - بحق - أنه يتناول في فحواه المحجور عليه للسفه أو الغفلة بل يمكن أن تكون دلالاته على ذلك من باب أولى فيكفي أن نتصور شخصا متقدما في السن محجورا عليه للسفه ولا يدل مظهره على نقص الأهلية ليتضح أن تقدير أهليته في التصرف لما يعطى له لنفقته أولى من أهلية الصبي⁽¹⁾.

2- ما تنص عليه المادة 63 من المرسوم بقانون بأحكام الولاية على المال من أنه: "يكون للقاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته". ويخلص من ذلك أنه يكون للقاصر الذي بلغ السادسة عشرة، أهلية التصرف في كسب عمله، فيجوز له أن يشتري ما يشاء بكسب عمله، ويقع شراؤه صحيحا مادام لا يلتزم فيه بأكثر مما يكسبه من عمله وإذا اشترى شيئا من ذلك جاز له أن يبيعه.

3- ما تنص عليه المادة 112 من التقنين المدني على أنه: "إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم

(1) منصور مصطفى منصور ص 77 - وعكس ذلك سليمان مرقس ص 241 فيرى أن القانون قد خص القاصر بهذا الحكم ولم ينص على سريانه على المحجور عليه لسفه أو غفلة كما فعل بالنسبة إلى حكم القاصر المأذون له في تسلم أمواله وإدارتها.

القانون، كانت أعمال الإدارة صحيحة في الحدود التي يرسمها القانون". والقانون الذي يطبق هنا، هو المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال.

وقد أجازت المادة 54 من هذا المرسوم بقانون للولى أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها.

وأجازت المادة 55 من ذات المرسوم بقانون للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن له في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها. والإذن الصادر للقاصر المأذون سواء من الولى أو من المحكمة يخوله أهلية التصرف بالبيع والشرء فيما تقتضيه الإدارة، كبيع الحاصلات الناتجة من الأرض التى يديرها وشرء ما يلزم للزراعة من بذور وأدوات.

كما خولت الفقرة الثانية من المادة 56 من المرسوم بقانون للقاصر المأذون بالإدارة أهلية التصرف بالبيع والشرء فى صافى دخله بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً.

ويسرى ذلك على المحجور عليه للسفه أو الغفلة إذا أذنت المحكمة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها. إذ تنص المادة 67 من المرسوم بقانون على أنه: "يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون"⁽¹⁾.

4- ما تنص عليه المادة 60 من المرسوم بقانون من أنه: "إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال، كان ذلك إذناً له فى التصرف فى المهر والنفقة، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق". ويبين من هذا النص أنه إذا أذنت المحكمة فى زواج قاصر. فإن هذا الإذن يتضمن إذناً فى أن

(1) السنهورى ص 111- خميس خضر 50 وما بعدها- منصور مصطفى منصور ص 77.

يتصرف الزوج في المهر بإعطائه لزوجته وفي أن يتصرف في ماله للنفقة على زوجته، ويتضمن إذن في أن تتصرف الزوجة في المهر الذي تأخذه من زوجها فتكون لها الأهلية الكاملة بالرغم من قصرها في أن تشتري جهازها من هذا المهر⁽¹⁾. وهذا كله ما لم تقرر المحكمة غيره عند الإذن في الزواج، أو في قرار لاحق لهذا الإذن. والقاضي لا يأذن بالزواج إلا إذا بلغ سن القاصر ثمانى عشرة سنة، وسن القاصرة ست عشرة سنة.

5- ما تنص عليه المادة 57 من المرسوم بقانون من أنه: "لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة في ذلك إذنًا مطلقاً أو مقيداً".
فإذا صدر هذا الإذن كان للقاصر الأهلية الكاملة للبيع والشراء فيما يتعلق بالتجارة المأذون له فيها.

20- سلطة الولي في البيع :

تنص المادة 7 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال على أنه: "لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة. ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة".
وتنص المادة السادسة على أنه: "لا يجوز للأب أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجته أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه".
وتنص المادة 15 على أنه: "لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها".

ويبين من هذه النصوص - بصدد سلطة الولى فى بيع مال القاصر - ما

يأتى:

1- يجوز للولى (الأب) بيع منقولات القاصر أيا كانت قيمتها دون إذن من

المحكمة.

كما يجوز له بيع العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا لم تزد قيمتها

على ثلاثمائة جنيه بدون إذن المحكمة.

ونص المادة (7) الذى أتى بهذا الحكم - فى واقع الأمر - غير منشئ

لسلطة معينة للولى الأب وإنما هو نص مقيد لسلطة مقررة فعلا، ذلك أن الأصل

هو إطلاق يد الولى الأب فى التصرف إلا أنه رأى تقييد هذا الحق حماية

للصغير، والسلطة المقررة للولى الأب نصت عليها المادة الرابعة من المرسوم

بقانون بأحكام الولاية على المال بقولها: "يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وله

إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى هذا القانون".

وقد جاء بالملذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون المذكور ما يأتى:

"ويلاحظ أنه لم يقصد من الأحكام استحداث قيد على سلطة الولى بقدر ما

قصد منها إلى تدبير إجراء وقائى أصله مستقر فى أحكام الشريعة الإسلامية

والمشروع الراهن... الخ"⁽¹⁾.

2- لا يجوز للأب أن يتصرف فى عقار القاصر - أيا كانت قيمته - لنفسه

أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة.

3- لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة بيع أموال القاصر أيا كان نوعها

عقارات أو منقولات أو أوراق مالية وأيا كانت قيمتها إلا بإذن المحكمة.

4- لا تسرى القيود السابقة على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع

(1) راجع أيضا المستشار محمد كمال حمدي الولاية على المال الجزء الأول - الأحكام

الموضوعية الطبعة الأولى 1963 ص 43.

من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا (م13).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا أورد المرسوم بقانون 119 لسنة 1952 الذى نظم أحكام الولاية على المال فى المواد 6، 7، 8، 9، 10، 11 قيودا يرد بعضها على حق الولى فى التصرف فى مال القاصر ويرد البعض الآخر على حقه فى إدارة هذا المال وذلك حماية لمصالح الصغير، وكانت المادة السادسة قد نصت على أنه "لا يجوز للولى أن يتصرف فى عقار للقاصر لنفسه أو لزوجيه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه" ونصت المادة الثالثة عشرة على أنه "لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال" وكان قد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا المرسوم بقانون تعليقا على هذه المادة أنه "قد رأى من الإشراف إخضاع الولى للقيود المتقدم ذكرها فيما يتعلق بالتصرف فى المال الذى يكون الولى نفسه قد تبرع به للقاصر سواء أكان التبرع سافرا أم مستترا فنصت المادة الثالثة عشرة على أن القيود المنصوص عليها فى هذا القانون لا تسرى على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التصرف أو مستترا وأن الأب لا يلزم بتقديم حساب عن هذا المال والمقصود بهذا النص إعفاء الولى من إجراءات الحصول على إذن من المحكمة حيث تشترط الإذن لجواز التصرف وإعفائه كذلك من الأحكام الخاصة بالالتزام بالجرد ويتقديم الحساب والمسئولية عند التجهيل" وإذ ورد نص المادة الثالثة عشرة سالف البيان عاما مطلقا من أى تحديد ولم يخص القيود التى نص على عدم سريانها ولم يقصرها على قيود الإشراف والرقابة وأعفى الأب- على ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى تفسيرها هذا النص- من الالتزام بتقديم الحساب ومن الالتزام بالجرد فى الحالة التى يكون فيها المال قد

آل إلى القاصر بطريق التبرع من أبيه، فإن مفاد ذلك كله أن جميع القيود الواردة في المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 على حق الولى فى التصرف فى مال القاصر أو فى إدارة هذا المال سواء كانت هذه القيود قيود إشراف ورقابة أو قيود حظر موضوعية لا تسرى على ما يكون الولى الأب قد تبرع به من مال للقاصر صريحا كان هذا التبرع أو مستترا ويكون للولى التصرف فى هذا المال بجميع التصرفات ومنها رهنه فى دين على الولى نفسه وذلك دون أى قيد على سلطته فى هذا الخصوص".

(طعن رقم 516 لسنة 34 ق جلسة 1968/12/31)

2- "إن المادة 13 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بأحكام الولاية على المال إذ نصت على أنه "لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا، ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال" فقد دلت على إعفاء الولى الشرعى من كافة القيود الواردة فى القانون سواء كانت قيود حظر موضوعية أو قيود متعلقة بالإدارة أو التصرف بالنسبة للمال الذى آل منه للقاصر بطريق التبرع فيعفى من إجراءات الحصول على إذن من المحكمة حيث يشترط الإذن لجواز التصرف كما يعفى من الأحكام الخاصة بالالتزام بالجرد وبتقديم الحساب".

(طعن رقم 957 لسنة 49 ق جلسة 1980/5/19)

5- لا يدخل فى الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك (م3).

21- سلطة الوصى فى البيع :

لا يجوز للوصى بيع مال القاصر سواء كان منقولاً أو عقاراً أو أوراقاً مالية أيما كانت قيمة المال، إلا بإذن من المحكمة - ما عدا بيع المنقول أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية التى تتعلق بأعمال الإدارة - فقد نصت المادة

39 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال على أنه: "لا يجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة.

(أولاً): جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله.

وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة.

(ثانياً): التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة.

(ثالثاً): الخ ."

ويسرى ما تقدم على القائمة على المحجور عليهم وذلك عملاً بالمادة 78 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 التى تجرى على أن: "يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء".

22- جزاء صدور البيع من الولى أو الوصى دون إذن من المحكمة :

ذهبت محكمة النقض إلى أن البيع الذى يصدر من الوصى لمال من أموال القاصر دون إذن المحكمة لا يكون باطلاً بل يكون قابلاً للإبطال.

ويسرى ذلك على البيع الذى يصدر من الولى (الجد) والولى (الأب) فى الحالات التى يوجب فيها القانون استئذان المحكمة. كما يسرى على البيع الذى يصدر من القيم.

فقد ذهبت إلى أن :

"ليس من الدفوع المتعلقة بالنظام العام الدفع ببطلان إقرار الوصى بدين على المورث بدون إذن من المجلس الحسبى أو ببطلان أى تصرف من التصرفات الوارد ذكرها فى المادة 21 من قانون المجالس الحسبية المفروض على الأوصياء أن يستأذنوا المجلس قبل مباشرتها. ذلك بأن عدم الاستئذان لا يجعل تلك

التصرفات باطلة بطلانا جوهريا، بل يجعلها باطلة بطلانا نسبيا تلحقها الإجازة فتصححها. أما التصرفات التي تقع باطلة بطلانا جوهريا فلا يصححها الإذن ابتداء، ولا الإجازة اللاحقة فتلك هي التصرفات الوارد ذكرها في المادة 22 من ذلك القانون.

(طعن رقم 13 لسنة 2 ق جلسة 1932/6/16)⁽¹⁾

(1) وعكس ذلك أنور سلطان ص 95 - عبد المنعم البدرأوى ص 176- فيذهب الدكتور أنور سلطان إلى أنه يعاب على هذا القضاء أن أسباب البطلان النسبي محدودة ولا يتوافر أحدها في البيع الصادر من الوصى بدون إذن من المحكمة الحسبية (محكمة الأسرة الآن) وأنه لا يمكن قياس هذا البيع على حالة بيع ملك الغير لأن الوصى لا يدعى ملكية المبيع، ولذلك يرى أن المنطق السليم يقضى بالقول بعدم انعقاد البيع في هذه الحالة، ويستطرد أنه بهذا الرأي أخذت بعض المحاكم (شبين الكوم الابتدائية 9 مارس سنة 1952) فقررت أنه: "إذا اشترط الفسخ في عقد البيع إذا لم تصادق المحكمة الحسبية عليه. فهذا شرط موقف فلا ينعقد العقد ولا ينتج أثره إلا بعد مصادقة المحكمة الحسبية وليس بشرط فاسخ لأن العقد في هذه الحالة يعتبر قائما منتجا لجميع آثاره حتى يتحقق الشرط الفاسخ وهو ما لا يمكن أن يطابق حالة هذا العقد إذ ليس للمشتري أن يتمسك به ويطلب صحته ونفاذه قبل مصادقة المحكمة الحسبية".

ويقول الدكتور عبد النعم البدرأوى: "ونحن نرى أن البيع الصادر من الوصى قبل استئذان المحكمة لا يكون بيعا بالمعنى الصحيح، ولكنه مجرد وعد متبادل بالبيع والشراء موقوف على شرط هو إذن المحكمة. فإذا أذنت المحكمة تحقق الشرط المعلق عليه الوعد واستطاع كل من الوصى والمشتري أن يطالب بإتمام البيع. أما إذا لم تأذن المحكمة فمعنى ذلك عدم تحقق الشرط المعلق عليه الوعد وتحلل منه كل طرفيه. فإذا لم يستأذن الوصى المحكمة إطلاقا فلا يجوز أن يترتب على مثل هذا الاتفاق أى أثر في حق القاصر، فهو لا ينفذ في مواجهته"- ويمضى قائلا: "ولعل هذا هو الذى قصده محكمة شبين الكوم الابتدائية (م9 مارس 1952)".

وقد ذهب محكمة النقض في حكمين حديثين غير منشورين لها إلى أن البيع في هذه الحالة يكون عقدا موقوفا طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، والعقد الموقوف طبقا للرأى الراجح في مذهب أبى حنيفة هو مرتبة من مراتب العقد الصحيح ولكنه موقوف إلى أن

يجاز من المالك.

إذ ذهب إلى أن :

1- "نص المادة الأولى "إصدار" من قانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952 يجرى على أن "يعمل في مسائل الولاية على المال بالنصوص المرافقة لهذا القانون"، كما تنص المادة 13 من ذات القانون على أنه "لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها" كما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون سالف البيان أن عدم الحصول على إذن المحكمة في جميع الحالات التي يشترط فيها القانون ذلك يجعل تصرف الولي أو عقده بوجه عام غير نافذ في حق الصغير لانتفاء الولاية وجاء معها أيضا وجوب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث يخلو القانون رقم 119 لسنة 1952 من حكم من الأحكام مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع ما اشتمل عليه القانون من قواعد، لما كان ذلك، وكان العقد الذي صدر من الولي دون إذن محكمة الأحوال الشخصية متجاوزا حدود ولايته هو عقد موقوف طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، والعقد الموقوف طبقا للرأي الراجح في مذهب أبى حنيفة هو مرتبة من مراتب العقد الصحيح لتوافر عناصر الاعتقاد والصحة فيه، ولكنه موقوف إلى أن يجاز من المالك، والإجازة تكون بالقول أو الفعل، فإن وجدت نفذ البيع وإذا سكت المالك فلم يجز البيع أو يردده فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجيزا أو غير مجيز فيبقى البيع موقوفا حتى يجيزه المالك أو يردده".

(طعن رقم 464 لسنة 53 ق جلسة 1986/6/15)

2- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن نص المادة الأولى "إصدار" من قانون الولاية على المال رقم 119 سنة 1952 يجرى على أن يعمل في مسائل الولاية على المال بالنصوص المرافقة لهذا القانون، كما تنص المادة 39 من ذات القانون على أنه "لا يجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة أولا: جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله. وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة. كما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون سالف البيان أن عدم الحصول على إذن المحكمة في جميع الحالات التي يشترط فيها القانون ذلك يجعل التصرف غير نافذ في حق الصغير لانتفاء الولاية وجاء فيها أيضا وجوب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث يخلو القانون رقم 119 لسنة 1952 من حكم من الأحكام مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع ما اشتمل =

23- البيع بطريق النيابة :

يجوز أن يتم التعاقد بالبيع بواسطة نائب عن البائع أو عن المشتري أو نائب عن كل منهما.

وتسرى على هذه النيابة القواعد العامة المنصوص عليها في المواد من (104 - 108) مدنى. فنحيل إليها في هذا الشأن.

كما يوجد تطبيق خاص للمادة 108 مدنى فى عقد البيع، سنتناوله فى المواد 479 وما بعدها.

24- الوكالة اللازمة للبيع .

الوكالة نوعان: وكالة عامة ووكالة خاصة. والوكالة العامة هي التي ترد في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل فهذه لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة (م 1/701 مدنى)، ومثال ذلك أن يوكل شخص غيره "في الأعمال التي يراها في صالحه". وعلى ذلك فالبيع وهو من أعمال التصرف لا يدخل في سلطة الوكيل العام إلا أن يكون مما تقتضيه

= عليه القانون من قواعد، وأن العقد الذى يصدر من الولى أو الوصى دون إذن محكمة الأحوال الشخصية متجاوزا حدود ولايته هو عقد موقوف طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، والعقد الموقوف طبقا للرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة هو مرتبة من مراتب العقد الصحيح لتوافر عناصر الاعتقاد والصحة فيه ولكنه موقوف إلى أن يجاز من المالك، والإجازة تكون بالقول أو بالفعل، فإن وجدت نفذ البيع، وإذا سكت المالك لم يجز البيع أو يردده فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجيزا أو غير مجيز فيبقى البيع موقوفا حتى يجيزه المالك أو يردده، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الوصى لم يحصل على إذن من محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال ببيع عقار القاصر - المطعون ضده - إلى مورثة الطاعنين بالعقد المؤرخ 1965/2/27، كما خلت الأوراق أيضا من أن المطعون ضده قد أجاز ذلك العقد فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بهذا التصرف يكون قد انتهى إلى النتيجة الصحيحة فى القانون".

(طعن رقم 3340 لسنة 58 ق جلسة 1992/12/31)

أعمال الإدارة كبيع المحصول أو بيع البضاعة إذا تعلقت الإدارة بمتجر وبيع المنقول الذى يسرى إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشئ محل الوكالة لحفظه واستغلاله (م 2/701 مدنى) وبالترتيب على ذلك فإن البيع يلزمه وكالة خاصة. وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة 702 مدنى صراحة بقولها: "لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء". وعندئذ يرجع إلى عقد الوكالة لبيان حدود سلطة الوكيل، فقد يخول الوكيل سلطة البيع أو الشراء بالنسبة لعين معينة فلا يجوز للوكيل أن يباشر العقد إلا بالنسبة لهذه العين ووفقا للشروط التى تضمنها عقد الوكالة إن وجدت شروط. وقد يكون التوكيل دون تحديد لمحل العقد وهنا يكون للوكيل مباشرة عقد البيع بالنسبة إلى أى مال من أموال الموكل⁽¹⁾.

(المحل فى عقد البيع)

25- تطبيق القواعد العامة :

لما كان البيع عقدا ملزما للجانبين، فإنه ينشئ التزامات فى جانب البائع محلها هو المبيع، وينشئ التزامات مقابلة فى جانب المشتري محلها الرئيسى هو الثمن، ولذلك يكون للبيع محلان رئيسيان هما المبيع والثمن. وقد يكون محل التزامات المشتري غير الثمن، فالمشتري ملتزم أيضا بدفع مصروفات البيع ويتسلم المبيع، فمحل الالتزام الأول هو المصروفات، ومحل الالتزام الثانى هو المبيع⁽²⁾. ولم يضع المشرع قواعد خاصة بشروط محل التزام البائع اكتفاء بالقواعد العامة ومن ثم تسرى القواعد العامة على المحل فى عقد البيع فيجب أن يكون نقل

(1) منصور مصطفى منصور ص 79 وما بعدها.

(2) السنهاورى ص 190 وهامش (1).

الحق ممكنا في ذاته (م132مدنى) وأن يكون الحق المراد نقله معينا أو قابلا للتعيين (م133) وأن يكون نقل الحق على سبيل البيع غير مخالف للنظام العام. ومن ثم نحيل إلى القواعد العامة في هذا الشأن أما محل التزام المشتري وهو الثمن، فسنتناوله في دراستنا في موضعه من الكتاب.

(السبب في عقد البيع)

26- إحالة إلى القواعد العامة :

لا يتميز البيع في خصوص السبب بأية خصوصية وتتنطبق في شأنه القاعدة العامة التي نص عليها المشرع في المادة 136 من التقنين المدني بقوله: "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلا". ومن ثم نحيل إلى القواعد العامة في دراسة سبب عقد البيع.

27- إثبات البيع :

كانت المادة 302/237 من التقنين المدني الملغى تنص على أنه: "يجوز أن يكون البيع بالكتابة أو بالمشافهة إنما في حالة الإنكار تتبع القواعد المقررة في القانون بشأن الإثبات".

ولم يقصد هذا النص من إجازة البيع مشافهة سوى التأكيد بأن الكتابة ليست لازمة لصحة البيع، ومعنى ذلك أنه لم يرد الإخلال بقواعد الإثبات العامة، ولذلك نصت المادة في عجزها على أنه: "في حالة الإنكار تتبع القواعد المقررة بشأن الإثبات"⁽¹⁾.

ولخلو النص من أى فائدة، أغفله المشرع عند وضع التقنين المدني الجديد، لأن البيع عقد رضائي - كما ذكرنا سلفا - ويخضع في إثباته أو في إثبات صوريته للقواعد العامة في الإثبات. ولا يستثنى من ذلك إلا البيوع التي اشترط

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص 36.

القانون شكلا معيناً لانعقادها، كما أوضحنا فيما تقدم.

وعلى ذلك يجب إثبات البيع بالكتابة أو بما يقوم مقامها من إقرار ويمين، إذا كانت قيمة المبيع تزيد على ألف جنيه، فإذا قل الثمن عن ذلك جاز إثبات البيع بالبينة والقرائن (م 1/60 من قانون الإثبات).

والمعلوم أن قواعد الإثبات مما لا يتعلق بالنظام العام ويجب الدفع بها من الخصم.

يجوز للطرفين الاتفاق على أن يكون إثبات العقد بالكتابة، وعندئذ يكون من الواجب إثباته بالكتابة، ولو كانت قيمة العقد تقل لا تجاوز ألف جنيه.

ويلاحظ في إثبات البيع ما يأتي :

1- أنه يجوز للمشتري الاعتماد في إثبات البيع على الإيصال المعطى من البائع لمن استرد منه عقد البيع الذى كان قد أودعه لديه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الإيصال المعطى من البائع لمن استرد منه عقد البيع الذى كان قد أودعه إياه يجوز للمشتري أن يعتمد عليه فى إثبات حصول البيع له متى كان قد حصل عليه برضاء المودع لديه".

(طعن رقم 37 لسنة 10 ق جلسة 1940/12/5)

2- إذا كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من كل الورثة وكان بعض الورثة لم يوقعه فإن من أمضاه يلتزم به عن الحصة التى يملكها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من كل الورثة عن جميع المنزل موضوع العقد، وكان بعض الورثة لم يوقعه فإن من أمضى منهم العقد يصبح مرتبطا قبل المشتري عن حصته التى يملكها، وللمشتري أن يطالبه دائما بنفاذ

البيع في حصته ولا يجوز له أن يتحلل من هذا الارتباط بناء على امتناع باقى الشركاء عن التوقيع. وإقرار البائعين فى العقد بتضامنهم فى نفاذ البيع وصحته ليس معناه أن الواحد منهم يبيع أكثر من حصته، ولا أن انعقاد البيع فيها لا يتم إلا إذا باع باقى الشركاء حصصهم، بل معناه أن الواحد منهم ضامن صحة البيع ونفاذه فى حصته ثم فى حصص الآخرين أيضا. وإذن فتكليف المحكمة مثل هذا العقد بأنه مشروع بيع لم يتم مع دلالة ظروف الدعوى وأوراقها على أن طرفيه قد اعتبراه عقد بيع بات ملزم لهما وترتيبها على هذا أنه لا تصح فيه الشفعة. ذلك منها يكون خطأ".

(طعن رقم 55 لسنة 14 ق جلسة 1945/3/1)

3- الطلب الذى يقدم إلى الشهر العقارى لشهر بيع العقار يصلح دليلا كتابيا على إبرام البيع.

وفى هذا قضت محكمة النقض فى حكم - غير منشور - لها بأن :

"لما كان إثبات عقد البيع يخضع للقواعد العامة فهو بحسبانه عقدا رضائيا يتم بمجرد اتفاق طرفيه فلا يلزم لانعقاده إفراغ هذا الاتفاق فى محرر مكتوب أو شكل رسمى، وكان الطلب الذى يقدم إلى الشهر العقارى لشهر بيع العقار يصلح دليلا كتابيا على إبرام البيع متى كان مستوفيا أركان انعقاده وكان موقعا من الطرفين أو من أحدهما الذى يعتبر توقيعه دليلا على الإيجاب من قبله واقتربت به واقعة قاطعة الدلالة على قبول الطرف الآخر للبيع قبل أن يسقط الإيجاب، وكان البين من مطالعة الصورة الرسمية لطلب شهر البيع المقدم إلى الشهر العقارى وطلب تجديده أن بياناتهما تضمنت أسماء البائع والمشتريين والمتبرعة بالثمن ومساحة الأطيان المبيعة وموقعها وحدودها والثمن المتفق عليه وتوقيع مورث الطاعنين بصفته بائعا وبصفته وليا طبيعيا على ولديه المشتريين وهى بيانات تتضمن أركان البيع بما يكفى لانعقاد البيع بالشروط والالتزامات التى تنظمها

نصوص القانون المدني المتعلقة بأحكام البيع باعتبار أنها مكملّة لإرادة الطرفين طالما أنهما لم يتفقا على ما يخالفها، وإذ خالف الحكم المطعون هذا النظر وحمل قضاءه على ما أنبأ به من أن طلب الشهر وطلب التجديد المشار إليهما لا يتضمنان شروط البيع والتزامات الطرفين ورتب على ذلك عدم انعقاد البيع فإنه يكون مشوباً بمخالفة الثابت بالأوراق فضلاً عن مخالفة القانون بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 1351 لسنة 57 ق جلسة 1989/6/21)

4- دفع المشتري ثمن المبيع وتسلم العقد الموقع عليه منه وتمسكه به في مواجهته يدل على قبول المشتري للبيع.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر في قضاء هذه المحكمة أن دفع المشتري الثمن كاملاً إلى البائع وتسلم العقد الموقع عليه منه وتمسكه به في مواجهته وإقامة الدعوى عليه بصحته ونفاذه مؤداه قبول المشتري للبيع ويغنى عن توقيعه على العقد".

(طعن رقم 1473 لسنة 57 ق جلسة 1992/1/15)



مادة (419)

1- يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا. ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه.

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

الشرح

28- وجوب علم المشتري بالمبيع علما كافيا :

تقضى القواعد العامة الواردة في محل الالتزام والمنصوص عليها بالمادة 133 مدني أنه: "1- إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا.

2- ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره.

وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة من الشيء، من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط".

ومفاد ذلك أن القواعد العامة لا تتطلب أن يكون المشتري عالما بالمبيع ذاته، ويكفي أن يكون المبيع معينا تعيينا كافيا يميزه عن غيره ويكون مانعا من الجهالة الفاحشة ولو لم يكن المشتري عالما به. فإذا كان المبيع دارا مثلا، ولم يرها المشتري، ولكنها عينت تعيينا كافيا بأن ذكر موقعها وحدودها، فقد كان ينبغي أن هذا التعيين يكفي ولو لم يكن للمشتري سابق علم بالدار.

غير أن المشرع لم يكتف في عقد البيع بما تقضى به القواعد العامة هذه، بل

أضاف شرطاً آخر فى البيع، استمده من أحكام خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية، هو شرط علم المشتري بالمبيع علماً كافياً.

إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 419 على أنه يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن هذه المادة :

"هذا النص يلخص خمسة نصوص فى التقنين المصرى الحالى، هى المواد 249-315/253-319 على وجه يوفق بين خيار الرؤية المعروف فى الشريعة الإسلامية وبين المبادئ العامة للقانون المدنى، وهذه لا تشترط رؤية المبيع، بل تقتصر على اشتراط أن يكون معيناً تعييناً كافياً.

فقرر المشروع وجوب أن يكون المشتري عالماً بالشئ المبيع علماً كافياً....⁽¹⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 18 وما بعدها- ونعرض هنا لأحكام خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية :

خيار الرؤية هو ما يثبت لأحد العاقدين عند رؤية محل العقد من الحق فى فسخ العقد أو إمضائه بسبب عدم رؤية محله عند إنشاء العقد أو قبله، فإذا اشترى شخص سيارة لم يرها كان له بسبب عدم رؤيته إياها الحق فى أن يفسخ العقد أو يمضيه عندما يراها - وإن وصفت له عند التعاقد - لأن علم المبيع بأوصافه - وإن كان نافياً للجهالة - لا يرقى إلى العلم به عند رؤيته، فإن رؤيته تفيد علماً أشمل وأدق فشرع هذا الخيار عند رؤيته حتى إذا أمضى العقد كان عن رضا كامل تام، ومن هذا يتبين أن هذا الخيار لا يثبت للعاقد إذا كان قد رأى محل العقد.

ويثبت هذا الخيار عند الحنفية للمتملك من العاقدين باتفاق ولذا يثبت للمشتري لقوله صلى الله عليه وسلم "من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه" وزيد فى بعض الروايات إن شاء أخذه وإن شاء تركه".

وفى ثبوته للمملك منهما إذا تصرف فيما يملك فباعه قبل أن يراه خلاف، فذهب بعض الحنفية إلى ثبوته، وذهب الجمهور منهم إلى عدم ثبوته ووجهة الأولين أن الإنسان قد يرث شيئاً لم يره ثم يبيعه قبل أن يراه، فإذا رآه بعد ذلك فتبين له أنه غبن فى صفقته احتاج إلى

الخيار لدفع الغبن عنه.

ووجه الجمهور أن شرع الخيار أتى على خلاف القياس لمخالفته لمقتضى العقد فيقتصر فيه على مورد النص، وإذا لحق المملك غبن لتصرفه فيما يملك قبل رؤيته فذلك عن تقصير منه فلزمه تحمل التبعة وهذا هو الصحيح.

= وسبب ثبوت خيار الرؤية للعائد عدم رؤيته محل العقد حين العقد أو قبله ولذا يثبت في هذه الحال بدون اشتراطه سواء أوصف له المحل عند التعاقد فوجده كذلك عند رؤيته أم لم يوصف له، فإن رآه حين العقد لم يثبت له خيار، وكذلك الحكم إذا رآه قبله بشرط أن يتوافر أمران: أحدهما أن يكون العائد على علم بأن هذا المحل هو الذى رآه من قبل. ثانيهما: ألا يتغير المحل وقت العقد عن الصفة التى كان عليها عند رؤية العائد له، فإن لم يكن على علم بذلك كان له خيار الرؤية، وكذلك إذا كان علم به ولكن وجده قد تغير عن الصفة التى رآها عليها.

ويثبت هذا الخيار عند الرؤية، فرؤية العائد للمحل شرط فى ثبوته له، فيشترط فى ثبوت خيار الرؤية ما يأتى :

1- عدم رؤية العائد محل العقد حين العقد أو قبله. أو تغير المحل وقت العقد عن حاله التى رآها العائد عليها من قبل.

2- أن يكون محل العقد عينا مشخصة كدار أو ثوب أو حيوان، أما إذا كان دينا موصوفا يثبت فى الذمة فلا يثبت فيه خيار الرؤية.

3- أن يكون العقد مما يقبل الفسخ.

4- رؤية العائد للمحل، فلا خيار له قبلها.

وليس المراد بالرؤية الإبصار، بل المراد بها ما هو أعم من ذلك وهو العلم بمحل العقد على الوجه الذى يناسبه، فإن كان من المرئيات كان العلم به بواسطة البصر، وإن كان من المشمومات كالروائح العطرية كان العلم بواسطة الشم، وإن كان من الطعام كان العلم به بواسطة الذوق، وإن كان من الأشياء التى لا تعرف إلا بالجنس واللمس كبعض الأقمشة كان العلم به بواسطة جسده ولمسه وهكذا. وعلى هذا فليس من اللازم رؤية جميع المحل الذى ورد عليه العقد، بل يكفى رؤية بعضه إذا كانت هذه الرؤية تؤدى إلى معرفته كله كروية النموذج منه، وذلك كما فى الحبوب والزيوت وسائر المثليات، أما إذا كانت لا تؤدى إلى ذلك كما فى الحيوان والدور فلا بد من رؤية جميع المحل.

ويثبت خيار الرؤية للأعمى إذا ما اشترى شيئا لم يعرفه، فإن كان ذلك الشئ مما لا يعرف

إلا بالبصر كان معرفته به عن طريق وصفه له، وإن كان يعرف بحاسة أخرى باشر ذلك بنفسه.

ورؤية الوكيل بالعقد كروية الموكل، إذ جميع ما يرجع إلى العقد يرجع فيه إلى الوكيل، واختلف في رؤية الوكيل بقبض المحل فقط، فقيل لا تغني لأنه وكيل التسلم لا في الرؤية = ولا في الرضا بالمحل وإلى هذا ذهب صاحبان، وقيل تغني عن رؤية الموكل لأنه وكيل في قبض تام، وذلك لا يكون إلا بعد الرؤية وإلى هذا ذهب الإمام.

وأثر ثبوت الخيار أن يكون لمن يثبت له حق إمضاء العقد أو فسخه عند رؤيته محل العقد فإن أمضاه لزم وإذا فسخه بطل، ويبطل حينئذ بمجرد الفسخ دون حاجة إلى قضاء من القاضى أو إلى رضا العاقد الآخر بذلك. ويترتب على ثبوت الخيار عدم لزوم العقد بالنسبة إلى من يثبت له.

ويسقط الخيار بعدة أمور، منها ما يبطله إذا وجد قبل الرؤية أو بعدها ومنه ما لا يبطله إلا إذا وجد بعد الرؤية.

والنوع الأول يشمل :

1- تصرف الممتلك في المحل تصرفاً يوجب حقاً للغير، كبيعته بغير شرط الخيار له ورهنه وإجارته ووقفه ونحو ذلك.

2- تعيب المحل في يد مملكه، فإنه لا يجوز أن يرد إلى صاحبه معيباً.

3- تعذر رد بعضه بهلاك أو بعيب أو بتصرف فيه يوجب حقاً للغير، لأن خيار الرؤية لا يثبت في البعض، فإذا رد المشتري المبيع فإما أن يرده كله أو يرضى به كله حتى لا تتجزأ الصفقة على البائع.

4- موت من له الخيار، فإذا توفى سقط خياره، ولا ينتقل إلى ورثته مادام لم يختار قبل الوفاة سواء كانت وفاته قبل الرؤية أم بعدها.

5- زيادة المحل في يد مملكه زيادة تمنع الرد سواء كانت زيادة متصلة غير متولدة منه كالبناء في الأرض أو متولدة منه كالسمن للحيوان أم كانت منفصلة متولدة كالولد للحيوان.

والنوع الثاني: يشمل كل ما يدل على رضا الممتلك بمحل العقد أو ببعضه من قول أو فعل يصدران منه. ويتحقق ذلك بما يأتيه من هذه الأمور :

1- قول يدل على ذلك كرضيت بالعقد أو المحل أو نحو ذلك.

2- تصرف في المحل لا يوجب حقاً لغيره كهبته المحل من غير تسليم وإعارته إياه مع اشتراط الخيار له ومساومته فيه غيره ونحو ذلك مما يستفاد منه إرادة استبقائه.

والمشرع لا يتطلب سوى علم المشتري دون البائع أخذا برأى جمهور الحنفية فى خيار العيب. وعلى ذلك إذا كان البائع لم يعلم بالمبيع، بأن كان قد ورثه مثلا ثم باعه دون أن يراه، فلا يكون له الحق فى طلب إبطال البيع⁽¹⁾.

والعلم بالمبيع - كما ذكرنا - يختلف عن تعيين المبيع، فقد يكون المبيع معينا تعينا كافيا يميزه عن غيره ويكون نافيا للجهالة الفاحشة دون أن يكون المشتري عالما به، ومن ثم فإنه طبقا للنص المذكور يجب أن يعلم به المشتري. والعلم الذى يتطلبه القانون هو العلم المعاصر لانعقاد العقد أو السابق له بشرط أن يبقى المبيع إلى وقت العقد على حاله التى كان عليها وقت العلم⁽²⁾.

وللعلم الكافى وسائل ثلاث :

الوسيلة الأولى :

المعاينة، وتكون معاينة المبيع على الوجه الذى يناسبه، كما هو مقرر فى خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية فتحقق بالإبصار إن كان المبيع من المرئيات أو بالشم إن كان من المشمومات كالروائح العطرية أو بالذوق إن كان من الطعام. أو بالجنس أو اللمس بالنسبة لبعض الأقمشة وتكفى المعاينة سواء بالإبصار أو باستعمال الحواس على الوجه الذى يتناسب مع طبيعة المبيع لتوافر شرط العلم،

3- فعل يتصل بالمحل كانتفاعه به وعرضه إياه للبيع، وقبضه بعد رؤيته أو دفعه لثمنه.

4- طلب الأخذ بالشفعة بسببه، فإذا كان المحل عقارا وبيع بجواره عقار آخر فطلب الممتلك أخذه

بالشفعة بعد رؤيته المحل عد ذلك منه رضا به فيبطل خياره. أما إذا طلب الشفعة قبل رؤيته

المحل، فلا يسقط بذلك خياره، وله فسخ العقد بعد ذلك ولا يؤثر هذا الفسخ فى =

= تملكه بالشفعة (راجع الأستاذ على الخفيف أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثالثة ص

347 وما بعدها - الأستاذ أحمد إبراهيم المعاملات الشرعية المالية (3) سنة 1355هـ -

1936م ص 118 وما بعدها).

(1) إسماعيل غانم ص 69 - مصطفى منصور مصطفى 68- محمد شكرى سرور ص 66.

(2) خميس خضر ص 56 - محمد شكرى سرور ص 66.

ولو لم يتحقق العلم فى حقيقة الواقع مادامت المعاينة قد تمت بطريقة وافية من شأنها أن تمكن الرجل العادى من العلم⁽¹⁾.

ويكفى رؤية بعض المبيع إذا كانت هذه الرؤية تؤدى إلى معرفته كله كرؤية النموذج منه، كما فى الحبوب والزيوت وسائر المثليات، أما إذا كانت لا تؤدى إلى ذلك كما فى الحيوان والدور فلا بد من رؤية جميع المبيع.

وإذا كان البيع بالعينة فيجب أن يتوافر العلم بالعينة ذاتها. ويستوى أن يعلم المشتري بنفسه أو بواسطة نائبه. بل إن الإنابة فى المعاينة قد تبدو ضرورية فى بعض الأحيان، كما لو كانت المعاينة تستلزم الرؤية وكان المشتري أعمى. ويرى بعض الشراح أن النيابة فى الشراء لا تتضمن حتما النيابة فى المعاينة. بما يفهم منه أنه يلزم أن تكون هناك نيابة خاصة فى المعاينة ذاتها. وهو تشدد لا يتفق وما تقضى به المادة 104 مدنى من أنه عندما يكون العقد قد تم بطريق النيابة فإن شخص النائب لا شخص الأصيل هو الذى يكون "محل الاعتبار فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم به حتما"⁽²⁾.

بل يجوز للمشتري أن يكلف شخصا آخر كخبير لإجراء معاينة المبيع، وفى هذه الحالة يعتبر المشتري عالما بالمبيع إذا أقدم على الشراء بعد أن يقدم له الخبير تقريره⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت أن المشتري لم يكن يجهل مساحة المنزل الذى اشتراه، وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه، وكان هذا الاستخلاص

(3) منصور مصطفى منصور ص 68 وما بعدها - خميس خضر ص 56.

(1) محمد شكرى سرور ص 67 - محمد لبيب شنب شرح أحكام عقد البيع سنة 1962 ص 56.

(2) محمد لبيب شنب ص 56.

سليما مبنيا على ما أوردته في حكمها من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها، فلا يجوز بعد ذلك إثارة هذا الأمر أمام محكمة النقض لتعلقه بموضوع الدعوى".

(طعن رقم 20 لسنة 10 ق جلسة 1940/10/24)

الوسيلة الثانية :

اشتغال عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا كافيا يمكن

من تعرفه :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة 419 مدنى تنص على أنه يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ثم أردفت "ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه".

واشتمال عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه خطوة أبعد من تعيين المبيع وإلا كان نص المادة 419 لغوا. فالمقصود بتعيين المبيع أن يكون المبيع موصوفا وصفا يميزه عن غيره، فلا يقع لبس فيه. أما العلم الكافى فهو معرفة أوصافه الأساسية. فقد يكون المبيع معينا دون أن يعلم به المشتري علما كافيا فمثلا إذا باع شخص لآخر منزلا مع تعيين موقعه كذكر البلد واسم الشارع ورقم المنزل، وذلك بما يميزه من غيره، فيكفى هذا لتحقيق شرط التعيين وينعقد العقد.

أما شرط العلم الكافى فلا يتحقق إلا ببيان أوصاف المنزل الأساسية، تلك الأوصاف التى تبين ما إذا كان صالحا أو غير صالح لتحقيق الغرض من شرائه، وذلك بذكر حدود المنزل ومساحته وعدد طبقاته وحجراته وما يتبعه من ملحقات وغير ذلك ما يجعل صورة المنزل مرسومة رسما واضحا فى ذهن المشتري⁽¹⁾.

(1) السنهورى ص 123 - خميس خضر ص 57 - الدكتور عبد الودود يحيى دروس فى العقود المسماة البيع والتأمين طبعة 1978 ص 49 وما بعدها.

وإذا كان المبيع أرضاً زراعية، فإنها تتعين تعييناً يمنع من اختلاطها بغيرها طبقاً للقواعد العامة، ببيان رقم الحوض والقطعة التي توجد فيها والناحية التي تضمها، وبيان حدودها الأربعة، أما علم المشتري بها علماً كافياً فيقتضى فوق ذلك أن يعرف خصائصها من حيث نوع التربة ودرجة خصوبتها وما تصلح له من أنواع المزروعات، وما يخدمها من وسائل الري والصرف، وإلا كان البيع - طبقاً للمادة 419 قابلاً للإبطال. لكن العلم الكافي لا يصل بالمقابلة إلى حد معرفة كل التفاصيل عن المبيع ولو كانت ثانوية الأهمية، كلون فرش سيارة أو لون دهان غرف منزل⁽¹⁾.

وتقدير ما إذا كان وصف المبيع في العقد كافياً أو غير كاف لتوفير علم المشتري به، مسألة موضوعية يتوقف الفصل فيها على ظروف الحال وبصفة خاصة على طبيعة المبيع والغرض المقصود من شرائه، فمن يشتري سيارة للركوب العادي يعتبر عالماً بها إذا اشتمل العقد على بيان المصنع الذي أنتجها وتاريخ صنعها وعدد المقاعد والأبواب الموجودة بها، أما من يشتري سيارة للسباق فلا يعتبر عالماً بها علماً كافياً بالرغم من توافر البيان السابق إذا لم يبين العقد السرعة القصوى لهذه السيارة، كذلك من يشتري جواداً للسباق لا يعتبر عالماً به إذا لم يبين العقد السلالة التي انحدر عنها هذا الجواد⁽²⁾.

وإذا تم البيع في محرر كتابي، وجب أن يشتمل المحرر على هذا البيان، وإن تم مشافهة، وجب أن يثبت أن المشتري قد ذكرت له جميع أوصاف المبيع الأساسية. وإذا وجد المبيع عند الاستلام على خلاف ما ذكر في العقد، كان للمشتري طلب إبطاله⁽³⁾.

(1) محمد شكري سرور ص 65 وما بعدها.

(2) محمد لبيب شنب ص 57 - أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص 81.

(3) الدكتور جلال على العدوي عقد البيع طبعة 1988 ص 89.

ولم يأخذ المشرع في هذه الوسيلة من وسائل العلم الكافي بالمبيع بحكم المذهب الحنفي في خيار الرؤية، وإنما أخذ بحكم المذاهب الأخرى التي تستغنى عن الرؤية بالوصف⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نص المادتين 133، 419 من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه لا يشترط لصحة العقود أن يكون محل الالتزام معيناً بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين، وأن يتضمن عقد البيع ما يسمح بتمييز المبيع عن سواه ويمنع اختلاطه بغيره لو تنازع طرفا البيع حول تحديد المبيع، كما لا يشترط لصحة البيع أن يتطابق المشتري الظاهر مع المشتري المستتر ولا أن يكشف المشتري الظاهر عن أنه لم يكن غير وسيط أو اسم مستعار".

(طعن رقم 2176 لسنة 59 ق جلسة 1994/1/11)

الوسيلة الثالثة :

إقرار المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع :

تنص المادة 419 في فقرتها الثانية على أنه: "وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع". ومن ثم إذا أقر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع فإن إقراره هذا يكون حجة عليه، ذلك أن إقرار المشتري بالعلم، إما أن يتفق مع الواقع فيتوافر العلم فعلاً، وإما أن يخالفه فيفيد أن المشتري لا يعلق أهمية على علمه بالمبيع أو أنه يتنازل عن الطعن في العقد.

وفي هذا ما يخالف رأى الأحناف في أنه في خيار الرؤية لا يملك الممتلك (المشتري) التنازل عن الخيار قبل الرؤية.

ولكن حق المشتري في الطعن على البيع يبقى، ولو أقر في العقد بعلمه بالمبيع إذا أثبت أن هذا الإقرار جاء نتيجة تدليس البائع. والمقصود بالتدليس هنا هو التدليس في خصوص العلم، أي التدليس المؤدى إلى الحصول على الإقرار بالعلم. ومثال ذلك أن يدس البائع في العقد عبارة أن المشتري عالم بالمبيع فوق المشتري على ذلك دون أن يتنبه⁽¹⁾.

أو يكون البائع قد أطلع المشتري على شئ أوهمه أنه هو المبيع أو أوهمه أن الشئ الذى كان قد سبق له رؤيته نفس المبيع، ثم اتضح خلاف ذلك⁽²⁾. ويقع على عاتق المشتري إثبات أن إقراره بالعلم بالمبيع فى عقد البيع قد جاء نتيجة تدليس البائع.

29- جزاء عدم العلم الكافى بالمبيع :

إذا لم يتوافر شرط العلم الكافى بالمبيع - على ما تقدم من مفهوم هذا العلم ووسائله - كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري. وهذا الجزاء يستفاد ضمناً مما تقضى به الفقرة الثانية من المادة 419 فى مواجهتها لحالة ما إذا كان عقد البيع قد ذكر فيه أن المشتري عالم بالمبيع، إذ أسقطت عندئذ "حقه فى طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به"⁽³⁾.

والراجع فى الفقه أن أساس قابلية العقد للبطلان ليس على أساس الغلط، وأن المادة 419 بالتالى تقتصر على مجرد تقرير قرينة على الغلط بحيث يعفى المشتري من إثباته. وإنما على أساس أنها تتضمن حكماً موضوعياً مستقلاً عن الغلط مضمونه وجوب أن يكون المشتري على علم كاف بالمبيع، بحيث يجوز له

(1) محمد شكرى سرور ص 68 وما بعدها.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 123 - منصور مصطفى منصور ص 71- خميس خضر ص 58.

(2) السنهورى ص 125 - محمد شكرى سرور ص 69- منصور مصطفى منصور ص 72-

جلال العدوى ص 90- سليمان مرقس ص 220.

أن يطلب إبطال البيع إذا لم يتوافر له هذا العلم، ولو لم يقع فى أى غلط، أى ولو وجد المبيع مطابقا لما تصوره. وهذا الرأى يعززه حقيقة لا يمكن تجاهلها وهى أن المشرع استقى أحكام المادة من الشريعة الإسلامية وفيها يثبت للمشتري خيار الرؤية لمجرد عدم رأيته للمبيع ولو لم يكن قد وقع فى غلط، بل ولو كان المبيع مطابقا تماما لما تصوره⁽¹⁾.

30- سقوط الحق فى الإبطال لعدم العلم الكافى بالمبيع :

لم يتعرض المشرع لسقوط دعوى الإبطال لعدم العلم الكافى بالمبيع. ولاشك أن حق الإبطال لعدم العلم الكافى بالمبيع يسقط بالأسباب التى تقضى بها القواعد العامة فى سقوط حق الإبطال وهو يسقط أيضا بأغلب الأسباب التى يسقط بها خيار الرؤية فى الفقه الإسلامى. ونعرض للأسباب التى تقضى بها القواعد العامة، ثم للأسباب الواردة بالفقه الإسلامى.

(أ) الأسباب التى تسقط بها دعوى الإبطال طبقا للقواعد العامة :

1- إجازة العقد صراحة أو ضمنا، وذلك بأن يصدر من المشتري قول أو فعل يدل على رضائه بمحل العقد، كقوله رضيت أو أجزت، أو بتصرفه فى المحل كبيعه أو هبته أو إجارته، أو بانتفاعه به وعرضه إياه للبيع أو دفعه الثمن، أو

(3) منصور مصطفى منصور ص 74- خميس خضر ص 61 وما بعدها- محمد شكرى سرور ص 70 - عبد المنعم البدرأوى ص 123- إسماعيل غانم ص 74 - محمد لبيب شنب ص 57- عبد الودود يحيى ص 53- وعكس ذلك السنهورى ص 125 - = جلال العدوى ص 89 وما بعدها - حيث يريان أن النص المنظم للإبطال لعدم العلم الكافى لا يزيد على كونه قرينة على وقوع المشتري فى غلط دفعه إلى التعاقد، أى قرينة على أن المشتري وجد المبيع فى صورة تخالف تلك التى يتوهمها. وهذه القرينة تعفى المشتري من إثبات الغلط فهو غلط مفترض ويكفى أن يدعيه المشتري حتى يصدق قوله، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس.

طلبه الأخذ بالشفعة بعد رؤيته المحل. فالرضا بالمبيع يبطل الخيار. وهذا ما يقرره فقهاء الشريعة أيضا.

2- إذا لم يتمسك به المشتري خلال ثلاث سنوات من يوم العلم أو خلال خمس عشرة سنة من يوم العقد (م40 مدنى).

وفى سقوط الحق بسكوت صاحب الخيار عن استعماله فى الشريعة خلاف، ففى رأى أن الخيار غير مؤقت بمدة معلومة، وفى رأى آخر أنه مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية⁽¹⁾.

(ب) الأسباب التى تسقط بها دعوى الإبطال الواردة بالفقه الإسلامى :

يؤخذ بالأسباب التى يسقط بها خيار الرؤية بالفقه الإسلامى، والتى لا تتعارض مع القواعد العامة الواردة بالقانون المدنى، باعتبار أن قواعد الشريعة الإسلامية فى خيار الرؤية هى المصدر التاريخى للإبطال لعدم العلم الكافى بالمبيع، وإعمالا أيضا لحكم المادة الأولى من التقنين المدنى التى تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص ولا عرف⁽²⁾.

وهذه الأسباب هى :

- 1- تصرف المشتري فى المبيع قبل العلم تصرفا يوجب حقا للغير، كما لو باعه أو رهنه.
- 2- تعيب المبيع فى يد المشتري، لأنه لا يجوز أن يردده إلى صاحبه معيبا وقد تسلمه سليما سواء كان التعيب بفعله أم بفعل الغير.
- 3- تعذر رد بعضه بهلاك أو بعيب أو بتصرف. لأن خيار الرؤية لا يثبت فى البعض.

(1) السنهورى ص 125 هامش (2) - منصور مصطفى منصور ص 75- محمد شكرى سرور ص 71.

(1) محمد شكرى سرور ص 72- إسماعيل غانم ص 72.

4- زيادة المبيع في يد المشتري وهو سبب لا تسعف به القواعد العامة⁽¹⁾.

ولكن لا تسقط دعوى الإبطال بما يأتي :

1- تعيب المبيع الناتج عن فعل البائع. ذلك أن مؤدى إسقاط دعوى الإبطال لهذا التعيب أن يكون لمن عليه حق للغير أن يسقط حق الغير بفعله، وذلك يتعارض مع القواعد العامة⁽²⁾.

2- موت المشتري. فلئن كان موت المشتري يسقط خيار العيب، ولا ينتقل الخيار إلى ورثته. إلا أن محكمة النقض قد ذهبت إلى أن طلب الشفعة لا يسقط بالموت مخالفة بذلك الفقه الإسلامي، ومن ثم لا تسقط دعوى الإبطال بموت المشتري قياساً على عدم سقوط حق الشفعة بوفاة⁽³⁾.



(2) منصور مصطفى منصور ص 76 - خميس خضر ص 62 - الأستاذ محمد كمال عبد العزيز التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه الجزء الثاني في العقود المسماة المجلد الأول في البيع والمقايضة طبعة نادى القضاة ص 89.

(3) إسماعيل غانم ص 72 - عبد المنعم البدرأوى ص 124 هامش (3).

(1) خميس خضر ص 62 - عبد المنعم البدرأوى ص 124 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 76 - إسماعيل غانم ص 73.

مادة (420)

- 1- إذا كان البيع "بالعينة" وجب أن يكون المبيع مطابقا لها.
- 2- وإذا تلفت "العينة" أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولو خطأ، كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الشئ مطابق للعينة أو غير مطابق".

الشرح

31- المقصود بالبيع بالعينة:

قد يختار المتعاقدان لتعيين المبيع طريقة أكثر تأكيدا ودقة من مجرد وصفه وصفا تفصيليا يمنع من اختلاطه بغيره، وذلك بأن يريا بالفعل عينة له، كقصاصة من القماش المبيع، أو كمية بسيطة من القمح أو الأذرة أو القطن المبيع، يحتفظ بها المشتري- عادة- حتى يضاهاى عليها ما يتسلمه من البائع من ذات الصنف. فيكون تراضيهما على المبيع على اعتبار أنه مطابق للعينة. ويتعين لذلك على البائع أن يسلم المبيع مطابقا تماما لهذه العينة. وتعرف هذه الطريقة بالبيع بالعينة. وهذه الطريقة شائعة الحدوث فى التعامل بين التجار، وعلى الأخص حين لا يكون من المستطاع أن يعاين المشتري الشئ المبيع نفسه قبل الإقدام على شرائه لكونه مثلا موجودا فى مكان بعيد عن مجلس العقد، ويتكلف نقله لمعاينته نفقات كبيرة.

كما يحدث ذلك غالبا فى بيع المثلثات أى الأشياء التى لا تتفاوت آحادها كالكميل والموزون، إذ يكفى رؤية بعضها وهو العينة لجريان العادة بالاكتماء بالبعض فى الجنس الواحد.

فالمشتري في حالة البيع بالعينة يكتفى بمعاينة عينة منه، أي جزء مأخوذ منه، فيكون بذلك في حكم من عاين المبيع نفسه، بحسبان العينة - على حد تشبيه بعض الشراح هي "المبيع مصغرا"⁽¹⁾.

ويلاحظ أنه في البيع بالعينة يكون المبيع معلوما للمشتري علما كافيا بمجرد اطلاعه على العينة. وعلى ذلك إذا لم يسلم البائع أشياء مطابقة للعينة فليس معنى هذا أن المشتري لم يعلم بالمبيع علما كافيا. ومن ثم لا يجوز له التمسك بالمادة 419 للمطالبة بإبطال البيع بدعوى عدم العلم الكافي بالمبيع. بل إن كل ما يستطيعه المشتري هنا هو مطالبة البائع بالتنفيذ أي تنفيذ التزامه بتسليم المبيع، والمبيع هو الشيء المطابق للعينة. فإذا لم يتمكن البائع من التسليم كان للمشتري حق المطالبة بالفسخ⁽²⁾.

والبيع بالعينة تناوله فقهاء الشريعة الإسلامية لاتصاله بخيار الرؤية. ولم ينص التقنين المدني القديم على هذا النوع من البيوع.

وقد جاء بمذكرة المشروع التهديد أنه :

"هذا النص جديد لا نظير له في التقنين الحالي. وهو يعالج حالة يكون البيع فيها على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدان، فوجب أن يكون المبيع كله مطابقا لهذا النموذج. وقد يحدث أن المشتري لا يكون قد سبق له رؤية المبيع واكتفى برؤية النموذج، وهذا ما يجعل للمسألة اتصالا بخيار الرؤية، وهو موضوع النص السابق"⁽³⁾.

(1) السنهوري ص 235 وما بعدها - منصور مصطفى منصور - محمد شكرى سرور ص 128 وما بعدها.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 162.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 22.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن تفهم نية العاقدین لمعرفة إن كانت قد اتجهت إلى البيع بالعينة أم إلى البيع بحسب المواصفات الواردة فى التعهد هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاؤه على استخلاص سليم".

(طعن رقم 96 لسنة 17 ق جلسة 1948/12/9)

32- حفظ العينة والمناقضة فيها :

لما كانت العينة هى الدليل على الشئ المبيع، فإنه من الواجب أن يحتاط الطرفان - والمشتري على الخصوص - باتخاذ كل الإجراءات اللازمة لحفظ العينة.

والعينة تحفظ عادة لدى المشتري.

وقد يحدث أن تتلف العينة أو تهلك فى يد أحد المتعاقدين، وفى هذه الحالة يتبع نص الفقرة الثانية من المادة التى تنص على أنه يكون على المتعاقد بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الشئ مطابق للعينة أو غير مطابق.

ومعنى ذلك أن العينة إذا كانت فى يد المشتري - كما هو الغالب - وهلكت ولو بدون تقصير منه، وادعى أن المبيع غير مطابق لها، فعليه هو أن يثبت ذلك، سواء أكان التلف أو الهلاك بخطأ منه أو بقوة قاهرة، لأن البائع لا يد له فى ضياع العينة، فهو على دعواه من أن المبيع مطابق لها حتى يثبت المشتري العكس. ويكون الإثبات بجميع الطرق بما فيها البينة.

وإن كانت العينة فى يد البائع وتلفت أو هلكت، وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق لها، فعلى البائع أن يثبت المطابقة بكافة طرق الإثبات⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 163 - منصور مصطفى منصور ص 49.

"هذا كله إن كان النموذج لا يزال قائماً. أما إن تلف أو هلك، فإن كان ذلك وهو في يد المشتري كما هو الغالب، وادعى أن المبيع غير مطابق له، فعليه هو أن يثبت ذلك، سواء أكان التلف أو الهلاك بخطأ منه أم بقوة قاهرة، فإن البائع لا يرد له في ضياع النموذج، فهو على دعواه من أن المبيع مطابق له، حتى يثبت المشتري العكس. ويكون الإثبات بجميع الطرق بما في ذلك البينة. وإن كان النموذج في يد البائع وتلف أو هلك ولو بغير خطأ منه، وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق له، فعلى البائع أن يثبت المطابقة (أنظر مع ذلك التقنين اللبناني م 440 وهو يجعل عبء الإثبات على المشتري دائماً، دون أن يميز بين ما إذا كان النموذج في يد المشتري أو في يد البائع)"⁽¹⁾.

33- الاختلاف على ذاتية العينة :

قد يختلف الطرفان على ذاتية العينة، وما إذا كانت العينة المقدمة ممن يحتفظ بها هي العينة التي تعاقدا على أساسها من عدمه. ولم يضع التقنين المدني حكماً لهذا الخلاف كما فعلت بعض التشريعات الأخرى، كالنشرية السويسرية التي يقضى بأن من يؤتمن على النموذج مصدق بقوله، سواء أكان البائع أو المشتري. وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس (م 222).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أن التقنين ترك هذه المسألة للقواعد العامة، إذ جاء بها: "ويعنى التقنين السويسري (م 222) بتحديد من يكلف بإثبات ذاتية النموذج. وعنده أن من يؤتمن على النموذج مصدق بقوله، سواء أكان البائع أم المشتري، وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس. وقد أثر المشروع ترك هذه المسألة خاضعة للقواعد العامة في الإثبات"⁽²⁾.

ويرى الفقه أن الحل الذي أتى به التقنين السويسري هو ما يتفق مع القواعد

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 22 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 23.

العامة فى التقنين المدنى ويجب الأخذ به⁽¹⁾.

وهذا ما لم تكن هناك علامة متفق عليها بين الطرفين وقد وضعت على

العينة، فوجود هذه العلامة يكفى لإثبات ذاتية العينة⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"التعاقد بالعينة لا يؤثر فى صحة انعقاده عدم توقيع الملتزم على العينة وإن جاز

أن يكون ذلك مثار خلاف عند تنفيذ العقد. ولا رقابة لمحكمة النقض على محكمة

الموضوع فيما تقرره من أن العقد قد تم على عينة معينة وأن التعاقد قد عاينها".

(طعن رقم 25 لسنة 16 ق جلسة 1947/5/15)

34- وجوب مطابقة المبيع للعينة :

يجب أن يكون المبيع مطابقا للعينة، فإذا قدم البائع المبيع مطابقا للعينة

فمعنى ذلك أنه أوفى بالتزامه بتسليم المبيع. وليس للمشتري بعد ذلك أن يرفض

التسليم بدعوى أن المبيع ليس صنفا جيدا، فالبائع ملزم فقط بتسليم الشئ مطابقا

للعينة، ولا يستطيع المشتري أن يرجع على البائع إلا بسبب العيب الخفى، ما لم

يكن هذا العيب متصلا بطبيعة العينة المتفق عليها وثمة فرق بين رجوع المشتري

بسبب عدم مطابقة الشئ المسلم للعينة وبين رجوعه بسبب العيب الخفى، فدعوى

ضمان العيب تسقط بانقضاء سنة من وقت تسلم المبيع (452).

وللمشتري أن يرفض استلام المبيع طالما أنه غير مطابق للعينة، حتى لو أثبت

البائع أن المبيع أعلى صنفا أو أجود من العينة ذاتها⁽³⁾.

غير أنه إذا كان الفرق بين المبيع والعينة تافها بحيث لا يؤثر على صلاحية

(3) السنهورى ص 239- عبد المنعم البدرأوى ص 163- الدكتور عبد الناصر العطار شرح

أحكام البيع ص 47- محمد شكرى سرور ص 133.

(1) السنهورى ص 239 - محمد شكرى سرور ص 132.

(2) السنهورى ص 236- محمد شكرى سرور ص 131- عبد الناصر العطار ص 46.

المبيع للغرض الذى اشترى من أجله، فإنه يجب على المشتري تسلمه، ويكتفى بتعويضه عن النقص فى جودة المبيع وذلك بإنقاص الثمن⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

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

(طعن رقم 169 لسنة 25 ق جلسة 1959/11/12)

بل ليس للمشتري فى الأشياء التى تجرب عادة، أن يرد المبيع المطابق للعينة، ولو وجده بعد التجربة غير صالح، فما دام البيع مطابقا للعينة وجب على المشتري قبوله⁽²⁾.

ويقع على البائع عبء إثبات أن المبيع مطابق للعينة، لأنه فى العقود التبادلية يجب على كل طرف أن يثبت أنه قام بتنفيذ التزاماته. ويستعان بأهل الخبرة فى تقرير مطابقة المبيع للعينة، مع ملاحظة أن رأى أهل الخبرة غير ملزم للقاضى⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "البائع لا تبرأ ذمته إلا إذا قدم بضاعة تطابق العينة التى جرى التعاقد

(3) منصور مصطفى منصور ص 49 - الدكتور أنور سلطان العقود المسماة شرح عقدى البيع

والمقايضة طبعة 1993 ص 56- استئناف مختلط أول مارس 1933.

(1) السنهورى ص 236 وما بعدها - محمد كمال عبد العزيز ص 90.

(2) أنور سلطان ص 55- محمد شكرى سرور ص 132.

عليها. فمن الخطأ القول بأنه إذا امتنع على البائع أن يحصل على بضاعة من العينة المتعاقد عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه، فإن كان دون العينة جودة أو نفاوة التزم بفرق الثمن لمصلحة المشتري".

(طعن رقم 96 لسنة 17 ق جلسة 1948/12/9)

2-(أ)- "تنص المادة 240 من التقنين المدنى على أنه "إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقا لها" ومؤدى ذلك أن يقع على عاتق البائع الالتزام بتسليم شئ مطابق للعينة المتفق عليها، فإذا لم يف بهذا الالتزام لم يكن له أن يطالب المشتري بأداء المقابل وهو الثمن".

(ب)- "تنص المادة 34 من القرار الوزارى رقم 81 لسنة 1942 الخاص بتنظيم التعامل بالجملة فى سوق البصل بالاسكندرية على أنه "تحصل المزايدة فى كل رسالة بالمكان الذى توجد فيه على أساس العينات التى تستخرج طبقا لأحكام هذا القرار"، ولا يتأدى من ذلك النص أن المبيع وقد أصبح معلوما للمشتري بمعاينته إياه فإنه يتمتع عليه بعد ذلك ادعاء أن المبيع كان يباعا بالعينة، ذلك أنه وإن كان المشتري يعتبر عالما بالمبيع علما كافيا باطلاعه على العينة إلا أنه يتحتم مطابقة محتويات الرسالة أو الرسائل للعينات المستخرجة منها. فإذا تبين عدم مطابقتها لها كان المشتري فى حل من الوفاء بالتزامه بالثمن".

(طعن رقم 222 لسنة 25 ق جلسة 1959/10/15)

35- جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة :

إذا أخل البائع بالتزامه بأن قدم شيئا غير مطابق للعينة، كان أمام المشتري خيار بين أمور ثلاثة :

الأمر الأول: أن يطالب بالتنفيذ العينى، فيجبر البائع على تسليمه شيئا آخر يكون مطابقا للعينة بل إنه يستطيع بمقتضى المادة 205 مدنى أن يحصل على شئ مطابق للعينة على نفقة البائع، بعد استئذان القاضى، ودون استئذانه فى حالة

الاستعجال.

الأمر الثاني: أن يطالب بفسخ عقد البيع لإخلال البائع بتنفيذه لالتزامه، مع التعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ البائع لالتزامه وفقا للقواعد العامة.

الأمر الثالث: للمشتري أن يقبل المبيع غير المطابق للعينة مع إنقاص الثمن بنسبة الفرق بين الشئ المسلم والشئ الذي كان يجب تسليمه، إن رأى في ذلك مصلحته فهو لا يجبر - بداهة - على ذلك⁽¹⁾.

36- طبيعة البيع بالعينة :

البيع بالعينة بيع بات من الوقت الذي اتفق فيه المتعاقدان على النموذج الذي تم البيع على أساسه. وما وظيفة العينة إلا تعيين محل البيع. فمطابقة المبيع للعينة ليست إذن شرطا واقفا أو شرطا فاسخا يعلق عليه البيع بحيث إذا لم تتحقق هذه المطابقة يسقط البيع أو يفسخ، وإنما المطابقة مجرد شرط لصحة التسليم⁽²⁾. وتقوم فيه العينة مقام تعيين المبيع من جهة ومقام علم المشتري علما كافيا به من جهة أخرى. وفي هذا يختلف عن البيع بشرط المذاق حيث لا ينعقد البيع إلا بإعلان المشتري قبول المبيع، كما يختلف عن البيع بالتجربة حيث البيع معلق على شرط واقف أو فاسخ⁽³⁾.



(1) السنهوري ص 237 وما بعدها - محمد شكرى سرور ص 131 وما بعدها - أنور سلطان ص 56.

(2) محمد شكرى سرور ص 129 - عبد الناصر العطار ص 48.

(3) محمد كمال عبد العزيز ص 90.

مادة (421)

1- فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة. فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففى مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا.

2- ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ.

الشرح

37- المقصود بالبيع بشرط التجربة (L'aveu à Lessai) :

المقصود بالبيع بشرط التجربة، هو البيع الذى يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة المبيع ليتبين صلاحيته للغرض المقصود منه أو ليستوثق من أن المبيع هو الشئ الذى يطلبه، ولا يكون مجرد رؤية المبيع كافيا للاستيثاق من ذلك⁽¹⁾.

ويصح أن يأتى شرط التجربة - وهذا هو الأصل - فى الاتفاق نفسه بشرط صريح فيه وهذا هو الأصل. وفى هذه الحالة لا تثور صعوبة ما حول أمر وجوده، ولا يبقى بعد ذلك إلا تكييف الاتفاق المقترن به وإعطاؤه وصفه القانونى الصحيح.

كما يصح أن يأتى هذا الشرط ضمنيا يستخلص من ظروف التعاقد وبصفة خاصة مما جرت به العادة ومن طبيعة الأشياء. كما هو الحال فى شراء الملابس الجاهزة حيث جرى العمل على عدم الارتباط بها نهائيا إلا بعد أن يقيسها المشتري

(1) الدكتور لاشين الغياتى البيع بشرط التجربة - دراسة مقارنة بحث بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا العدد 17 ذو الحجة 1424 هـ - يناير 2004 م الجزء الأول ص 23 وما بعدها.

ويجدها مناسبة له⁽¹⁾. وكذلك بالنسبة لشراء آلات ميكانيكية للزراعة أو الصناعة أو لغير ذلك من الأغراض، إذا كانت من الدقة بحيث لا يستوثق من صلاحيتها إلا بعد تجربتها، وشراء سيارة مستعملة لم يسبق للمشتري فحصها وشراء كلاب الصيد وخيل السباق⁽²⁾.

أما حيث لا تفيد الظروف وجود هذا الشرط فلا بد من الاتفاق عليه صراحة عند التعاقد.

والبيع بالتجربة يرد غالبا على المنقولات كما يبين من الأمثلة السابقة، غير أنه لا يوجد ما يمنع من أن يقع البيع بالتجربة على عقار، فيشترط المشتري لمنزل يريد سكناه أن يكون البيع بشرط التجربة. وليس يخفى أهمية هذا النوع من البيع للمشتري، من حيث ما يوفره له من مزية عدم ارتباطه نهائيا بالعقد إلا بعد أن يقنع بالشئ المبيع.

38- المدة اللازمة لتجربة الشئ المبيع :

يخضع تحديد مدة تجربة الشئ المبيع لاتفاق الطرفين. بحيث إذا انقضت هذه المدة كان على المشتري أن يعلن رفضه أو قبوله للمبيع. وقد تتعين المدة بموجب العرف أو ما استقر عليه التعامل بين الناس كما في بيع الخيول والسيارات في بعض البلاد.

وإذا لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين أو عرف يحدد مدة التجربة فإنه يجوز للبائع تحديد مدة معقولة لإبداء رأى المشتري فيها بالرفض أو القبول بعد نتيجة

(1) محمد لبيب شنب ص 81- عبد المنعم البدرأوى ص 164- الدكتور جلال العدوى عقد البيع طبعة 1988 ص 82.

(2) السنهوري ص 130 وما بعدها - محمد شكرى سرور ص 106 وما بعدها - لاشين الغاياتى ص 25.

التجربة⁽¹⁾.

وإذا وجد المشتري أن هذه المدة غير معقولة ولم تكف للتجربة كان له اللجوء إلى القضاء طالبا مد هذه المدة المعينة من قبل البائع. وفي هذه الحالة يكون لقاضى الموضوع السلطة المطلقة فى الأخذ بما استقر عليه التعامل⁽²⁾.

39- من يقوم بالتجربة ؟

إذا اتفق على شروط معينة للتجربة، التزم بها الطرفان. فإذا لم يتفق على شروط خاصة للتجربة، كان للمشتري أن يقوم بالتجربة بنفسه أو لمن يعهد إليه بذلك. والأصل أن وجود البائع غير لازم للقيام بالتجربة ما لم يوجد عرف أو اتفاق على خلاف ذلك⁽³⁾.

40- تقاعس البائع عن تمكين المشتري من تجربة المبيع :

يلتزم البائع بتمكين المشتري من تجربة الشئ المبيع، ويكون ذلك عادة بتسليمه إياه لاستعماله بنفسه أو لمن يعهد إليه بذلك، كما ينتقل هذا الحق إلى ورثة المشتري.

فإذا امتنع البائع عن تمكين المشتري من تجربة المبيع، جاز للمشتري أن

(3) وقد قضت محكمة النقض -الدائرة الجنائية - بأن :

إذ اشترط فى عقد البيع أن الملكية فى المبيع تبقى للبائع حتى يجربه المشتري، فإن وجود المبيع عند المشتري فى فترة التجربة إنما يكون على سبيل الوديعة. فإذا هو = تصرف فيه فإنه يكون قد خان الأمانة وبحق عقابه بمقتضى المادة 341 من قانون العقوبات".

(طعن رقم 3 لسنة 11 ق جلسة 1940/11/25)

- (1) لاشين الغاياتى ص 27 وما بعدها.
- (2) السنهورى ص 131- عبد الناصر العطار ص 49- لاشين الغاياتى ص 56.

يطلب تنفيذ ذلك الالتزام عينا إن كان ممكنا وله فى سبيل ذلك أن يطلب الحكم على البائع بغرامة تهديدية لحمله على تمكين المشتري من التجربة، كما يجوز للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له محل (م 1/157 مدنى)⁽¹⁾.

41- إعلان المشتري قبوله أو رفضه للمبيع :

إذا مكن البائع المشتري من تجربة المبيع، كان عليه أن يقوم بالتجربة وأن يعلن البائع بقبوله المبيع أو رفضه فى المدة المتفق عليها. فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري اعتبر سكوته قبولا للمبيع⁽²⁾.

ويراعى أن القانون لم يشترط شكلا خاصا لإعلان المشتري القبول والرفض، ومن ثم فإنه يجوز له ذلك بكافة الطرق⁽³⁾، وإن كان من المستحسن أن يكون القبول أو الرفض ثابتا بالكتابة حتى يسهل عليه إثباته عند المنازعة فى ذلك.

42- مدى حق المشتري فى رفض البيع بعد التجربة :

التجربة التى يعلق عليها البيع قد تكون بأحد قصدين :

الأول: التحقق من صلاحية المبيع للغرض المقصود منه. وهنا يقترب معنى صلاحية المبيع من معنى خلوه من العيوب الخفية إذ المبيع غير الصالح منطقيا عادة على عيب خفى يجعله غير صالح.

الثانى: الاستيثاق من أن المبيع يستجيب لحاجة المشتري الشخصية فإذا اشترى ملابس أو منزلا للسكنى بشرط التجربة، أو شيئا من الأشياء التى يتفاوت فيها التقدير تفاوتا شاسعا ما بين شخص وآخر كالتحف الفنية وخيول السباق وكلاب الزينة أو الصيد. فالعبرة ليست بصلاحية المبيع فى ذاته بل بملاءمته للمشتري. فقد تكون الملابس أو المنزل أو التحف أو الخيول أو الكلاب صالحة

(3) جلال العدوى ص 83- محمد لبيب شنب ص 83.

(1) خميس خضر ص 65 وهامش (1) - لاشين الغاياتى ص 27- جلال العدوى ص 83.

(2) عبد الناصر العطار ص 50.

فى ذاتها، ولكن المشتري لم ترقه الملابس أو لم يرتح للسكنى فى المنزل، أو لم يجد فى الأشياء الأخرى صفات خاصة كان يتطلبها⁽¹⁾.

ويرتب رأى فى الفقه على هذه التفرقة، أنه فى الحالة الأولى إذا تبين من التجربة أن الشئ المبيع صالح للغرض المقصود منه، فلا يملك المشتري أن يرفضه، وإذا وقع خلاف حسمه الخبراء.

أما فى الحالة الثانية، فالعبرة ليست بصلاحية المبيع فى ذاته، بل بملاءمته للمشتري. فله عندئذ أن يرفض المبيع، والقول فى ذلك قوله هو لا قول الخبراء.

ويمضى أنصار هذا الرأى قائلين إن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول "ولم يقتصر المشروع على إدخال هذا التعديل، بل بين كيف تتم التجربة، فقرر إلزام البائع بتمكين المشتري من تجربة المبيع، وللمشتري حرية القبول أو الرفض، فهو وحده التى يتحكم فى نتيجة التجربة. وقد جارى المشروع فى ذلك التقنين الألمانى (م495) والتقنين النمساوى (م1080 معدلة) وتقنين الالتزامات السويسرى (م223) والتقنين البولونى (م339)، فإن المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التى يتطلب فيها أن تتاسب المشتري مناسبة شخصية، فهو وحده الذى يستطيع أن يقرر ذلك"، فإن ما ورد بالمذكرة الإيضاحية إنما يفرض الأمر الثانى ويعتبره هو المتفق عليه بين المتبايعين، ولكن ذلك لا يمنع من أن يتفقا على أن المقصود بالتجربة هو الأمر الأول، أى أن يكون الشئ صالحا فى ذاته للأغراض المقصودة منه، ومتى وقع خلاف بين الطرفين فى ذلك حسم الخلاف أهل الخبرة. فالعبرة إذن باتفاق المتبايعين، فإن قصدا من التجربة صلاحية الشئ فى ذاته كان للخبراء القول الحاسم، وإن قصدا منها مناسبة الشئ لحاجة المشتري الشخصية كان قول المشتري هو القول الأخير. وإذا وقع شك فى قصدهما، فالمفروض - نظرا لعبارة النص ولما جاء فى المذكرة الإيضاحية - أن المقصود هنا مناسبة

المبيع لحاجة المشتري، فيكون للمشتري القول الحاسم في صلاحية المبيع⁽¹⁾.
بينما بذهب الرأي الغالب إلى أن النص اعتبر البيع مع شرط التجربة معلقا على مشيئة المشتري بغير معقب، فله حرية الرفض دون إبداء الأسباب، ومن ثم لا تجوز مراجعته في ذلك، وليس للبائع بالتالي إذا ما رفض المشتري المبيع بعد تجربته، أن يثبت أن الشيء كان ملائما للغرض الذي كان يريده المشتري. ويساند أصحاب هذا الرأي ما يذهبون إليه بما جاء بعبارات المذكرة الإيضاحية سالفة الذكر⁽²⁾.

ولكنهم يضيفون أنه لما كانت هذه القاعدة مكملة لإرادة المتعاقدين فهي لا تسرى إلا إذا لم يتفق على خلافها صراحة أو ضمنا. فقد تنتج إرادة المتعاقدين إلى أن يكون الشرط هو ملائمة المبيع لغرض معين وعندئذ يجوز للبائع إذا رفض المشتري أن يتظلم من الرفض وتستعين المحكمة بأهل الخبرة لمعرفة ملائمة المبيع للغرض الذي أعد له لتقضى بتحقيق الشرط أو تخلفه⁽³⁾.

43 - الأصل أن البيع بشرط التجربة معلق على شرط واقف :

تنص الفقرة الثانية من المادة 421 على أن: "يعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

فالأصل أن يكون البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المشتري المبيع بعد تجربته. ما لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على اعتباره

(1) السنهوري ص 132 وما بعدها - محمد شكري سرور ص 112 وما بعدها.

(1) إسماعيل غانم ص 96 - منصور مصطفى منصور ص 85 - أنور سلطان ص 57 -

خميس خضر ص 65 - محمد كامل مرسى ص 155 - محمد لبيب شنب ص 84.

(2) منصور مصطفى منصور ص 85 وما بعدها - سليمان مرقس ص 69 - عبد المنعم

البدراوى ص 167 - خميس خضر ص 65 - محمد لبيب شنب ص 84.

بيعا معلقا على شرط فاسخ هو عدم قبول المشتري المبيع بعد تجربته. ومن ثم إذا لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على أنهما أرادا شرطا فاسخا، أو كان هناك شك فيما قصدا إليه، كان المفروض أنها أراد أن تكون التجربة شرطا واقفا⁽¹⁾.

ويترب على كون البيع معلقا على شرط واقف ما يأتي :

- 1- أن آثار العقد جميعا تظل موقوفة إلى حين نتيجة التجربة بما يتفرع عليه من أن البائع هو الذى يتحمل تبعه هلاك المبيع أثناء التجربة ومن باب أولى قبل إجرائها باعتباره لا يزال مالكا. وهو حكم تمليه كذلك النية المفترضة للطرفين. إذ ليس من المتصور أن تكون لدى المشتري نية تحمل تبعه شئ لم يصر مالكا له بعد بصفة نهائية وكان من المحتمل جدا لو لم يهلك أن يرفضه بعد تجربته.
 - 2- أنه إذا تحقق الشرط بتمام التجربة وقبول المشتري للمبيع انسحب أثر هذا القبول إلى وقت إبرام العقد، واعتبر المشتري قد تملك المبيع من ذلك الحين.
 - 3- يتفرع على أن المشتري يعتبر قد تملك من يوم إبرام العقد، أن يكون له كمالك أن يتمسك بحقه قبل الأغيار من دائنى البائع، وأن يسترد المبيع من أيدي مجموعة الدائنين فى حالة إفلاس البائع.
 - 4- إذا تخلف الشرط بأن رفض المشتري المبيع، أو استحالت التجربة بهلاك الشئ المبيع مثلا، فإن البيع يعتبر لم ينعقد أصلا. على أنه يلاحظ أن الشرط يعتبر قد تحقق حكما، إذا كان المشتري قد امتنع عن القيام بالتجربة رغم تمكين البائع له من ذلك فتسبب بخطئه على هذا النحو فى منع تحقق الشرط. وللبائع فى هذه الحالة أن يستصدر حكما باعتبار البيع نهائيا⁽²⁾.
- وتبقى الحقوق العينية التى ترتبت على المبيع من جهة البائع فى خلال مدة

(3) محمد كامل مرسى ص 155- لاشين الغاياتى ص 41.

(1) محمد شكرى سرور ص 108 وما بعدها.

التجربة، وتزول الحقوق العينية التي ترتبت على المبيع من جهة المشتري في خلال مدة التجربة.

ورغم أن الشرط هنا هو شرط إرادى لكن التعليق عليه يكون صحيحا، لأن المشتري هو الدائن في هذا الشرط، والشرط الإرادى الذى يبطل العقد بسببه هو الشرط الذى يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم أى المدين.

44- تعليق عقد البيع بالتجربة على شرط فاسخ :

ذكرنا سلفا أن الأصل هو اعتبار البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف، وأن ذلك لا يمنع الطرفين من الاتفاق على أن يجعلوا من إجراء التجربة وثبوت عدم نجاحها شرطا فاسخا، بل قد يبين اتجاه نيتهما إلى ذلك من ظروف التعاقد. ويترتب على هذا الاتفاق الصريح أو الضمنى أن يكون البيع نافذا منذ البداية، ويصبح المشتري مالكا للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ، بينما يصبح البائع مالكا له ملكية على شرط واقف. فالشرط الفاسخ بالنسبة للمشتري، وهو أيضا الشرط الواقف بالنسبة إلى البائع هو عدم قبول المشتري للمبيع وإعلان البائع بهذا الرفض.

فإذا رفض المشتري المبيع وأعلن البائع بذلك انفسخ البيع بأثر رجعى واعتبر المشتري كأنه لم يملك المبيع وتزول الحقوق التي ترتبت من جهة المشتري على المبيع وتبقى تلك التي ترتبت من جهة البائع. أما إذا تخلف الشرط- أو صار فى حكم المتخلف بأن سكت المشتري عن القبول أو الرفض- فإن البيع يصبح باتا ويعتبر المشتري مالكا للمبيع ملكية تامة منذ البداية، وتزول ملكية البائع بأثر رجعى. وتبقى الحقوق التي ترتبت من جهة المشتري على البيع، بينما تزول الحقوق التي ترتبت من جهة البائع.

وإذا هلك الشئ بسبب أجنبى، هلك على المشتري لا على البائع، لأنه وقت أن هلك كان ملكا للمشتري. وذلك حتى لو تحقق الشرط فليس لتحقيقه أثر رجعى

(م 2/270 مدنى)⁽¹⁾.

مادة (422)

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.

الشرح

45- المقصود بالبيع بشرط المذاق (L'aveu à l'adégustation)

:

البيع بشرط المذاق هو ذلك النوع من البيع الذى لا يعتبر التراضى فيه قد تم إلا بعد أن يذوق المشتري الشئ المبيع ويعلن للبائع استساغته له، فهو ليس بيعا معلقا على شرط.

ويجرى هذا البيع فى الأشياء التى يشترط الناس عادة اختبار طعمها قبل شرائها لاختلاف الذوق الشخصى بالنسبة لها، كالزيت والخل والنبيد وبعض أنواع الفاكهة وغيرها.

وشروط المذاق قد يكون صريحا بأن ينص عليه بالعقد، وقد يكون ضمنيا يستخلص من الظروف والملابسات، ومن أهم تلك الظروف طبيعة المبيع وما جرى عليه التعامل فى مثله، كان يكون مما لا يدرك كنهه إدراكا تاما إلا بمذاقه

(1) السنهورى ص 136 وما بعدها.

كالأمثلة السابقة.

وينص القانون المدني الفرنسي في المادة 1587 منه على أن: "في الخمر والزيت وغيرهما من الأشياء التي جرت العادة على تذوقها قبل شرائها لا يكون هناك بيع طالما أن المشتري لم يذوقها ويتقبلها"، والمقرر أن الأشياء الواردة بالمادة وردت على سبيل المثال لا الحصر⁽¹⁾.

فإذا بيع شيء من ذلك، ولم يتفق الطرفان على استبعاد شرط المذاق، ولم تدل الظروف والملابسات على أن الطرفين قد أرادا استبعاده، فذلك يعنى أنهما قصدا أن يكون المبيع بشرط المذاق⁽²⁾.

ومن الظروف والملابسات التي يستخلص منها استبعاد شرط المذاق، أن يكون المشتري تاجرا يتجر في مثل هذه الأشياء، واشتراط على البائع بالجملة أن يبيعه منها كميات معينة، على أن تكون من صنف معين وعلى أن ترسل إلى مكان المشتري وهو بعيد عن مكان البائع، فهذه الظروف كلها يمكن أن يستخلص منها أن البيع بات وقد نزل المشتري عن شرط المذاق، فهو تاجر يبيع لعملائه وليس لذوقه الشخصي دخل في الصفقة، وقد اشترط الصنف الذي يريد. وهذا أمر يترك لتقدير الخبراء عند النزاع، وإرسال البضاعة إلى مكان بعيد يفهم منه أن الصفقة قد تمت وإلا لما خاطر البائع بإرسالها إلى هذا المكان البعيد قبل أن تتم⁽³⁾.

46- تكييف البيع بشرط المذاق :

البيع بشرط المذاق وإن كان لا يعدو أن يكون نوعا من التجربة، وسيلتها حاسة التذوق، فكان المتصور إعطاء البيع بالمذاق والبيع بالتجربة نفس الحكم. ولكن لا

(1) محمد شكرى سرور ص 113 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 78.

(2) السنهوري ص 139 - سليمان مرقس ص 71 - خميس خضر ص 74.

(1) السنهوري ص 139.

الشارع الفرنسى ولا الشارع المصرى نهج هذا السبيل، وإنما جعلاً لبيع المذاق حكماً مختلفاً.

فالبيع بشرط المذاق هو مجرد وعد ببيع. فالواعد (البائع) يعد الطرف الآخر (المشتري) بأن يبيع له الشئ إذا ما ذاق الأخير الشئ الموعود ببيعه ثم أبدى رغبته فى شرائه⁽¹⁾.

فالعقد ليس بيعاً معلقاً على شرط واقف إذا ما تحقق كان لتحقيقه أثر رجعى. فالمشتري لا يلتزم بشئ إلا أن يذوق الشئ فيبدى رغبته فى شرائه. فإذا أعلن رغبته فى القبول فلا ينعقد البيع إلا فى وقت هذا الإعلان طبقاً للقاعدة العامة فى الوعد بالعقد وهو ما نصت عليه المادة 422 صراحة بقولها: "... ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذى يتم فيه هذا الإعلان".

وهذا الوعد بالبيع صحيح لتضمنه كل أركان البيع النهائى ومدة إظهار المشتري قبوله الشراء خلالها إذا استساغ الشئ المبيع، أو المدة التى يحددها العرف إذا لم يتم الاتفاق عليها.

47- آثار تكييف البيع بشرط المذاق بأنه وعد بالبيع :

يترتب على تكييف البيع بشرط المذاق بأنه وعد بالبيع ما يأتى:

1- أن البائع يكون ملتزماً بوضع الشئ المبيع تحت تصرف المشتري فى الموعد المتفق عليه أوفى الموعد المناسب، وذلك حتى يتمكن من ذوقه. وللمشتري فى سبيل حمل البائع على تنفيذ هذا الالتزام أن يحصل على حكم ضده بغرامة تهديدية فإذا راجع البائع نفسه بعد هذا الحكم ونفذ التزامه رفع عنه القاضى الغرامة.

أما إذا لم يمتثل البائع ولم يقدم المبيع للمشتري ليتذوقه، كان للمشتري مطالبة

(2) السنهورى ص 141- إسماعيل غانم ص 93- منصور مصطفى منصور ص 89- محمد لبيب شنب ص 78- محمد شكرى سرور ص 114.

البائع بالتعويض عما أصابه من أضرار طبقاً للقواعد العامة⁽¹⁾.

2- ينعقد البيع بإعلان المشتري للبائع استساغته للمبيع خلال المدة المحددة أو التي يجرى عليها العرف في حالة عدم الاتفاق على مدة. وكما يكون القبول صريحاً فإنه قد يستخلص ضمناً من الظروف كتسلم المشتري للمبيع⁽²⁾.

3- أنه إذا مضت المدة المحددة في الاتفاق أو العرف لإعلان المشتري قبوله، وسكت المشتري مع تمكنه من ذوق الشيء، فإن البيع لا ينعقد ويسقط الوعد، ويتحلل الواعد بالبيع من التزامه.

وفي هذا فارق بين بيع المذاق والبيع بشرط التجربة، إذ يعتبر سكوت المشتري في الأخير مع تمكنه من تجربة المبيع قبولاً له.

4- أنه إذا أعلن المشتري قبوله الشراء في المدة المعينة في الاتفاق أو التي يعينها العرف، فإن البيع ينعقد وينتج آثاره من وقت إعلان هذا القبول فقط دون أثر رجعي. وعلى هذا نصت المادة 422 صراحة.

وفي هذا فارق آخر بين البيع بالمذاق والبيع بشرط التجربة.

ويعنى هذا الحكم إلى أنه إلى حين هذا الوقت يظل البائع مالكا للشيء، وتظل بالتالي على عاتقه تبعة هلاكه⁽³⁾.

48- من الذي يقوم بالمذاق؟

ذهب رأى إلى أن الذي يذوق المبيع هو المشتري شخصياً، لأن المذاق يتمخض في الاستيثاق من مناسبة الشيء لذوق المشتري، وحتى لو كان المشتري

(1) جلال العدوى ص 78 وما بعدها.

(2) خميس خضر ص 74.

(1) محمد شكرى سرور ص 117.

تاجرا واشترط مذاق المبيع، فالعبرة بذوقه الشخصى⁽¹⁾.

ويؤخذ من صياغة المادة 1587 من القانون المدنى الفرنسى الخاصة ببيع المذاق أن على المشتري اختيار البيع بنفسه، وأنه لا يجوز أن يعهد بهذا العمل إلى الغير إلا إذا اتفق على ذلك صراحة فى العقد.

غير أننا نؤيد ما ذهب إليه البعض الآخر من أنه يجوز أن يتم المذاق إما بمعرفة المشتري نفسه أو بمعرفة أحد من الأغيار يكلفه المشتري بأداء هذا العمل، طالما أنه ارتضى ذلك⁽²⁾.

والمذاق لابد أن يسبق التسليم فورا، بحيث إذا تسلم المشتري المبيع اعتبر تسلمه رضا به وقبولا له بعد مذاقه⁽³⁾.

49- مكان المذاق :

يكون تمكين المشتري من المذاق أو من يعهد إليه بذلك فى المكان المتفق عليه، فإن لم يوجد اتفاق ففى المكان الذى يجب فيه تسليم المبيع. والغالب أن يكون هو مكان وجود الشئ وقت التعاقد.

50- مدى سلطة المشتري فى القبول أو الرفض :

يخضع الرضاء بالشراء فى هذا النوع من البيوع لمحض مشيئة المشتري. فهو وحده الذى يقدر بلا معقب عليه، ما إذا كان قد استساغ مذاق الشئ أم لا. وهذا ما تفصح عنه عبارة نص المادة 422 مدنى من أنه: "كان للمشتري أن يقبل البيع إن شاء"⁽⁴⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

(2) السنهورى ص 140.

(3) أنور سلطان ص 61- منصور مصطفى منصور ص 89.

(4) السنهورى ص 140.

(1) محمد لبيب شنب ص 79- عبد المنعم البدرأوى ص 170- أنور سلطان ص 64.

"يختلف بيع المذاق عن البيع بشرط التجربة، لا في أن المشتري حر في القبول أو الرفض في مدة يحددها الاتفاق أو العرف، فالاثنتان حكمهما واحد في ذلك، ولكن في أن البيع لا يعتبر معلقا على شرط واقف أو فاسخ، بل هو لا يتم إلا من وقت إعلان المشتري للقبول دون أثر رجعي. فبيع المذاق، قبل قبول المشتري، إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد"⁽¹⁾.

وإذا رفض المشتري البيع فلا يجوز للبائع أن يطالبه باختيار أصناف أخرى، كما لا يجوز للمشتري كذلك إلزام البائع بتقديم صنف آخر لاختباره⁽²⁾.

غير أن الوعد قد يكون ملزما للجانبين. ويتحقق ذلك إذا لم يكن للموعد له بالمذاق حرية مطلقة في قبول المبيع أو رفضه، يل اتضح من الاتفاق أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى أنه يجب أن يبنى المشتري رفضه على أساس، فلا يصح له الرفض إذا اتضح أن المبيع بعد مذاقه كان مطابقا للغرض المقصود منه، وقد يستفاد من طبيعة المعاملة قصد المتعاقدين تقييد حرية المشتري في قبول المبيع أو رفضه بعد مذاقه، كما إذا كان المشتري تاجرا في الزيوت أو الأنبذة فلا تكون العبرة بملاءمة المبيع لذوقه الشخصي ولا يكون له مطلق التقدير، بل يجوز الالتجاء في ذلك إلى تقدير أهل الخبرة ليقدرُوا جودة الصنف أو مطابقتها للمألوف عند الناس. أي أن الوعد في هذه الحالة يكون متضمنا بجانب الوعد بالبيع وعدا بالشراء، على أن هذا الوعد الأخير يكون معلقا على شرط واقف هو ملاءمة الشيء للغرض المقصود⁽³⁾.

51- مقارنة بين بيع المذاق والبيع بشرط التجربة :

1- البيع بالمذاق، بخلاف البيع بالتجربة يراد به محض التثبت من ملاءمة

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 28.

(3) جلال العدوي ص 79.

(1) إسماعيل غانم ص 93- منصور مصطفى منصور ص 90- خميس خضر ص 75.

الشيء لذوق المشتري، ولا يمكن أن يقصد به الاستيثاق من صلاحية الشيء في ذاته، فلا يجوز في المذاق أن يترك الأمر لتقدير الخبراء.

2- البيع بالمذاق يكون عادة قبل أن يتسلم المشتري المبيع، أما التجربة فتكون عادة بعد التسليم.

3- بيع المذاق يبدأ - ما لم يتفق على خلاف ذلك - بأن يكون وعدا ملزما لجانب واحد هو جانب البائع ويكون المشتري حرا في قبول المبيع أو عدمه. أما البيع بشرط التجربة، فيبدأ بيعا صحيحا ملزما للجانبين، ولكنه يكون معلقا على شرط واقف، هو بحسب إرادة العاقلين قبول المشتري بعد التجربة.

4- يكفي السكوت في بيع التجربة لقبول المشتري البيع طالما لم يعلن رفضه، أما في البيع بشرط المذاق فلا يكفي السكوت لقبول المبيع بل لابد من إعلان قبوله.

5- إذا تحقق القبول في البيع بشرط التجربة اعتبر الشرط الواقف قد تحقق، وكان لتحقيقه أثر رجعي، فينتج البيع آثاره من وقت انعقاده وليس من وقت القبول أو عدم الرفض، أما في البيع بشرط المذاق فلا ينعقد إلا من وقت القبول. فإذا أوقع أحد دائني البائع الحجز على المبيع قبل موافقة المشتري التالية للمذاق أو التجربة، جاز للمشتري بعد القبول أن يطلب رفع الحجز عن المبيع إذا كان البيع بشرط التجربة لأن الملكية تنتقل إليه مستندة إلى وقت البيع، ولم يجز له ذلك إذا كان البيع بشرط المذاق لأن الملكية لا تنتقل إليه إلا من وقت القبول الذاتي للمذاق.

وكذلك إذا أفلس البائع قبل المذاق أو التجربة، فيجوز للمشتري بشرط التجربة أن يطالب أمين التفليسة بتسلمه المبيع باعتباره مملوكا له ولا يجوز ذلك للمشتري بشرط المذاق⁽¹⁾.

(1) راجع سليمان مرقس ص 73 وما بعدها - السنهاوري ص 142.



مادة (423)

1- يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد.

2- 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 يقضى العرف بأن تكون أسعاره هي السارية.

الشرح

52- تعريف الثمن :

الثمن مبلغ من النقود يلتزم المشتري بأدائه للبائع في مقابل المبيع .
والثمن ركن من أركان عقد البيع، فإذا تخلف هذا الركن، فلا ينعقد البيع.
وقد ذكرنا سلفاً أن الثمن النقدي هو الذي يميز البيع عن المقايضة في القانون المدني.

ويجب أن تتوافر في الثمن شروط ثلاثة يمكن استخلاصها من التعريف

السابق هي :

- 1- أن يكون نقوداً.
 - 2- أن يكون جدياً.
 - 3- أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير.
- ونعرض لهذه الشروط فيما يلي :

الشرط الأول :

أن يكون الثمن نقوداً :

يتميز البيع عن المقايضة بأن أحد المحلين المتبادلين في البيع يجب أن يكون نقودا وهو الثمن. فإذا كان الثمن بغير النقود، فالعقد مقايضة. وقد كانت الفقرة الأولى من المادة 563 من المشروع التمهيدي تنص صراحة على هذا الشرط في البيع. فكانت تقضى بأنه: "يجب أن يكون الثمن مقدرا بالنقد" وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة، لأنها مستفادة من تعريف البيع⁽¹⁾. وقد عرف البيع في المادة 418 بأنه: "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". وقد ذكرنا سلفا أنه إذا كان مقابل نقل الحق في العقد أموالا يمكن تحويلها بسهولة إلى نقود، وما يمكن معرفة قيمته نقدا بمجرد معرفة السوق، كالسبائك المالية والأوراق المالية، فإن العقد يكون مقايضة لا بيعا. وأنه إذا كان المعدل النقدي في المقايضة هو العنصر الغالب كان العقد بيعا لا مقايضة.

وأنه إذا كان مقابل نقل الحق دخلا دائما أو إيرادا مرتباً مدى الحياة، فإن العقد يكون بيعا. غير أنه لاتهم طريقة سداد الثمن، فقد يسدد بالنقد فعلا، وقد يتفق على أن يتم سداداه بأسهم أو سندات أو غلال أو أقطان، أو عن طريق حوالة المشتري للبائع حقا له من النقود في ذمة آخر⁽²⁾.

الشرط الثاني :

يجب أن يكون الثمن جديا :

الثمن هو القيمة التي يقدر المتعاقدان بها المبيع. وعادة يكون الثمن متناسبا مع قيمة المبيع مقدرة بحسب سعر السوق، ولكن قد يحدث أن يزيد الثمن أو

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 30 وما بعدها.

(2) السنهوري ص 365 هامش (1) - عبد الناصر العطار ص 69.

ينقص عن هذه القيمة، ولا يعتد القانون بهذا الاختلاف الموجود بين الثمن وقيمة المبيع إلا في حالتين حالة استغلال أحد المتعاقدين لما في المتعاقد الآخر من طيش بين أو هوى جامح (م129) وقد سبق التعرض لها، وفي حالة الغبن في بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية (م425) وسنعرض لها في شرح المادة الأخيرة.

وإذا كان القانون لم يعتد في غير هاتين الحالتين بالاختلاف الذى قد يوجد بين قيمة المبيع وثمانه، إلا أن هذا لا يمنع من أنه يشترط في الثمن بصفة عامة أن يكون حقيقيا أى جديا يكون في نية البائع مطالبة المشتري بأدائه، ولذلك لا يعتبر الثمن موجودا إذا كان صوريا أو تافها. أما الثمن البخس فيعتقد به البيع ونعرض لذلك التفصيل فيما يلي :

53- الثمن التافه :

ذكرنا أنه يشترط في الثمن أن يكون جديا، بمعنى أن يكون على قدر من التناسب مع قيمة المبيع، فإذا انعدم كل تناسب بينهما كان الثمن غير جدى، ويطلق عليه "الثمن التافه".

فإذا أبرم البيع في مقابل ثمن منخفض بشكل كبير بحيث لا يمكن أن يتناسب مع قيمة الشيء كان الثمن تافها، وكان البيع باطلا، فالثمن التافه إذن هو في حكم الثمن المنعدم، كأن يبيع شخص عشرة أفدنة مثلا بعشرة جنيهاً.

فمثل هذا العقد يكون ناقصا ركنا من أركانه وهو الثمن.

ويلاحظ أنه في كثير من الحالات يمكن أن يستخلص من تقاهاة الثمن المذكور في العقد أنه ثمن غير حقيقى أى صورى لم تتجه إرادة المشتري إلى دفعه ولا إرادة البائع إلى اقتضائه، وعندئذ يكون هذا الثمن ثمنا صوريا، والثنم الصورى لا ينعقد به بيع⁽¹⁾.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 208.

54- الثمن الصوري :

لما كان الثمن عنصراً جوهرياً في البيع وجب أن تكون الإرادة الحقيقية للمتعاقدين قد اتجهت إلى وجوب دفعه. فإذا كان الثمن صورياً وهو الذي يذكر في العقد لاستكمال شكله فلا يكون العقد بيعاً لتخلف الثمن، ويعتبر هبة مستورة في شكل بيع. ومما يدل على صورية الثمن أن يذكر في العقد نفسه أن البائع أبرأ المشتري منه ففي هذه الحالة لا ينعقد البيع لتخلف الثمن، ولا يعتبر العقد هبة مستورة تصح بغير الرسمية وفقاً لنص المادة 1/488 مدني لأن صحة الهبة المستترة تستلزم أن يكون البيع سائراً فعلاً للهبة بحيث لا يوجد ما يدل عليها. أما لو ثبت أن الإرادة اتجهت إلى وجوب دفع الثمن فالعقد ينعقد ولو أبرأ البائع المشتري منه فيما بعد لأن العبرة في تحري أركان العقد هي بوقت التعاقد.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "لا عبرة بعدم ذكر قبض الثمن في عقد البيع متى كان الثمن مسمى فيه فإن البيع يقتضي إطلاقاً التزام المشتري بدفع الثمن المسمى. ولكن إذا كان الثمن لم يذكر في العقد، أو ذكر مع إبراء المتصرف له منه أو وهبه إليه، فإن العقد في هذه الحالة لا يصح أن يكون سائراً للهبة. لأن القانون وإن أجاز في المادة 48 مدني أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفاً بعقد آخر إلا أنه يشترط أن يكون هذا العقد مستوفياً الأركان والشروط اللازمة لصحته".

(طعن رقم 25 لسنة 8 ق جلسة 1938/6/9)

2- "إذا كان الظاهر من عقد البيع أنه وقع مقابل ثمن معين، وكان منصوصاً فيه على أن البائع تبرع لولده المشتري بهذا الثمن وعلى أن المشتري التزم بتجهيز أختيه وبالإففاق عليهما وعلى أمه بعد وفاة أبيه، واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة، فإنها لا تكون أخطاءً في تكييفه. فإن مجرد النص على أن الوالد تبرع بالثمن يكفي لاعتبار العقد هبة مكشوفة. أما ما التزم به الموهوب له

فى ذيل هذا العقد من تجهيز أختيه ومن الإنفاق عليهما وعلى والدته بعد وفاة أبيه فلا يعدو أن يكون مقابلا للهبة ولا يخرج عقدها عن طبيعته".

(طعن رقم 88 لسنة 15 ق جلسة 1946/5/22)

3- "التمن فى عقد البيع. شرطه. أن يكون حقيقيا وجديا لا صوريا. جواز أن يكون بخسا. الطعن فيه بالغبن فى الحالات التى يجيز القانون فيها ذلك. التمن التافه إلحاقه بالتتمن الصورى. التمن المسمى فى العقد صوريا وتافها. مقصودهما. أثرهما. صيرورة العقد هبة مستترة فى عقد بيع. صحتها. مناطه. أن يكون العقد الساتر لها مستوفى الأركان والشروط القانونية. الهبة المكشوفة. شرط صحتها. إفراغها فى محرر رسمى. تسمية التمن فى العقد وعدم صوريته أو تافهته. أثره. انعقاد البيع صحيحا ولو أبرأ البائع المشتري أو وهبه إليه. عدم اشتراط تكافؤ التمن المسمى فى العقد مع قيمة المبيع".

(طعن رقم 6813 لسنة 62 ق جلسة 2006/7/4)

وهذه الصورية - كما أسلفنا - قد تكون ظاهرة فى العقد نفسه كما لو أبرأ البائع المشتري من التمن فى العقد أو وهبه له أو ترك دفعه لمحض إرادته. ولكن فى الغالب ألا تكون هذه الصورية ظاهرة، ويمكن إثباتها وفقا للقواعد العامة، فإذا كان العقد مكتوبا فلا يجوز للطرفين (أو خلفهما العام) إثبات الصورية إلا بالكتابة، إلا فى الأحوال الاستثنائية التى يجوز فيها الالتجاء إلى الشهادة والقرائن. أما بالنسبة للغير فيجوز إثبات الصورية بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن⁽¹⁾.

ومن القرائن القوية على الصورية أن يكون عجز المشتري عن دفع التمن واضحا كل الوضوح، بحيث لا يعقل أن يكون البائع قد أخذ الأمر على محمل الجد، وأن التمن المذكور فى العقد ليس إلا ثمنا صوريا والعقد ليس إلا تبرعا. كما

(1) منصور مصطفى منصور ص 52.

لو كان البيع صادرا من أب أو جد لطفل لا يملك شيئا⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

".... بل إذا كان المستخلص من كافة ظروف الدعوى أن المشتري، وهو حفيد البائع، لم يكن في حالة تمكنه من دفع الثمن المبين في العقد وأن هذا الثمن لم يذكر إلا بصفة صورية كان العقد في الحقيقة عقد تبرع منجز أى هبة مستترة في صورة عقد بيع، والهبة الموصوفة بصفة عقد آخر صحيحة طبقا لنص المادة 48 من القانون المدني ولو لم تكن بعقد رسمى".

(طعن رقم 7 لسنة 2 ق جلسة 1932/6/2)

إلا أنه لا يجب أن يستفاد دائما من مجرد إعسار المشتري وعلم البائع بهذا الإعسار أنه ليس في نية البائع استيفاء الثمن، إذ قد يأمل بالرغم من إعسار المشتري أن يتدبر هذا الأخير أمر الثمن بطريقة ما لأنه كما يذهب القضاء المصرى لا تلازم بين إعسار المشتري وصورية الثمن.

فقد قضت محكمة النقض بأن :

"لا تعارض بين أن يكون المشتري في حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صوريا، إذ لا تلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد. فإذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفا ما كان صوريا فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشتري إثباتا ليسره ومقدرته على دفع الثمن، فإن هذا لا يقدم ولا يؤخر".

(طعن رقم 53 لسنة 10 ق جلسة 1941/1/2)

55- الثمن البخس :

الثمن البخس هو الذى يقل بكثير عن قيمة المبيع، ولكنه لا ينزل إلى حد

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 207 وما بعدها.

الثلث التافة الذى لا يعتد به، ولا يهم البائع الحصول عليه. فالثلث البخش، خلافا للثلث الصورى والثلث التافة ثمن جدى كان الحصول عليه هو الباعث الدافع للبايع على التزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، وهو لذلك يكفى لانعقاد البيع⁽¹⁾.

ومثل ذلك أن تكون قيمة المبيع السوقية ألف جنيه فيبيعه البائع بمائتى جنيه. ويبين مما تقدم أن التفرقة بين الثلث التافة الذى يبطل البيع والثلث البخش إنما يرجع إلى قدر التفاوت بين قيمة المبيع والثلث المسمى. فلا يشترط التكافؤ بين الثلث وقيمة المبيع، لأن تقدير الثلث متروك لحرية المتعاقدين، إنما يجب أن يكون العقد مستوفيا ركن الثلث.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لا يشترط أن يكون المقابل فى عقد البيع - الثلث - متكافئا مع قيمة المبيع بل كل ما يشترط فيه ألا يكون تافها. فالثلث البخش يصلح مقابلا لالتزامات البائع وادعاء هذا الأخير بأنه باع بما دون القيمة على علم منه بذلك تخلصا من تعرض الغير له فى الأطنان المبيعة وعجزه عن تسليمها لا يكفى لإبطال البيع إلا أن يكون قد شاب رضاه إكراه مفسد له".

(طعن رقم 96 سنة 18 ق جلسة 1951/2/8)

والثلث البخش لا يجيز للبايع الطعن فى العقد إلا فى حالات استثنائية، هى فى القانون المصرى حالة بيع عقار غير كامل الأهلية (م 425 مدنى)، وحالة الاستغلال (م 129 مدنى). وفى غير هاتين الحالتين لا أهمية لتعادل الثلث مع قيمة المبيع أو عدم تعادله.

56- حالة البيع مقابل إيراد مدى الحياة مساو أو أقل من غلة المبيع :

(1) مرقس ص 178 - عبد المنعم البدرأوى ص 209.

أثارت التفرقة بين الثمن البخس والثلث غير الجدى الخلاف فى حالة بيع عقار مقابل إيراد مرتب لمدى حياة البائع، إذا كان الإيراد مساويا لغلة العقار أو أقل منها.

فذهب القضاء الفرنسى ويؤيده بعض الشراح إلى أن الثمن فى هذه الحالة لا يعتبر جديا لأن المشتري لا يدفع شيئا من ماله الخاص بل من غلة العقار نفسه، وعلى ذلك يكون المقصود بالعقد نقل ملكية الرقبة إلى المشتري حال حياة البائع، ونقل الملكية إليه عند موت الأخير، كل ذلك بدون مقابل، ولذا يبطل العقد كبيع ويصبح هبة مستترة⁽¹⁾.

بينما ذهب رأى آخر فى فرنسا ومصر إلى أنه قد تكون للبائع مصلحة فى التصرف فى عقاره على هذا النحو، وهذه المصلحة تتمثل فى التخلص من متاعب إدارة الملك.

وفى ضمان الحصول على إيراد ثابت بالرغم من التقلبات الاقتصادية، وبالرغم مما قد يلحق العقار من هلاك كلى أو جزئى، ولذا يجب اعتبار التصرف بيعا لأن الثمن المشروط فيه له صفة الجدية وإن كان بخسا⁽²⁾.

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بالرأى الأول. إذ قضت بأن :

"متى كان الحكم إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها مورث الطاعن بطلب بطلان العقد الرسمى الصادر منه إلى المطعون عليها الأولى ببيع منزل على أساس أن هذا العقد فى حقيقته وصية قد أقام قضاءه على"أن التصرف هو عقد بيع صحيح ناجز وليس ما يمنع قانونا من أن يكون الثمن مشترطا وفاؤه كإيراد مرتب لمدى حياة البائع ولو أتيح القول بأن الثمن منعدم بالعقد يظل على هذا الفرض عقدا صحيحا قانونا ناقلا للملكية لأنه يكون بمثابة هبة قد تضمنها عقد

(1) نقض فرنسى أول مايو سنة 1911، 1925/2/10، 1930/12/29، 1931/1/26.

(1) نقض فرنسى 6 مايو سنة 1946 - السنهورى 386 - مرقس ص 180 وما بعدها.

رسمى والهبة تصح قانونا إذا صيغت في صورة عقد بيع أو عملت بعقد رسمي". متى كان الحكم قد أقام قضاءه على هذا الأساس فإنه لا يبطله إغفاله طلب الطاعن إحالة الدعوى على التحقيق ليثبت أن أجرة مثل المنزل تزيد على الإيراد المقرر مدى حياة البائع كمقابل إذ على فرض أن هذا الإيراد هو دون ريع المنزل وأن ذلك يجعل الثمن معدوما فيعتبر العقد باطلا كبيع فإن الحكم قد أقام قضاءه على أساس أن العقد يعتبر في هذه الحالة هبة صحيحة شكلا لإفراغها في قالب رسمي وما قرره الحكم في هذا الخصوص صحيح قانونا ذلك أن مورث الطاعن قد أقام دعواه على أساس أن العقد في حقيقته وصية أى تبرع مضاف إلى ما بعد الموت وقد أثبت الحكم بالأدلة السائغة التي أوردها أن التصرف صدر ناجزا فيكون هبة صحيحة في عقد رسمي ومن ثم فإن الطعن عليه بالقصور وبمخالفة القانون يكون على غير أساس".

(طعن رقم 177 لسنة 18 ق جلسة 1951/4/5)

والعقد الذى يقرر المرتب لا يكون صحيحا في التقنين المدنى الجديد إلا إذا كان مكتوبا، والكتابة ركن من أركان العقد لا طريقة لإثباته. وقد استلزم المشرع الكتابة لأن العقد مقرر له البقاء مدى حياة إنسان ما، وقد تطول، فوجب أن يكون مكتوبا وإذا كان العقد هبة وجب أن يتوافر فيه الشكل الخاص بعقود التبرع (م743 مدنى).

57- حرية الطرفين في تحديد الثمن :

الأصل أن للمتعاقدين حرية تحديد الثمن، سواء فيما يتعلق بنوع النقود التي يلتزم بها المشتري⁽¹⁾، أو فيما يتعلق بمقدارها، على أن هذه الحرية ليست مطلقة بل

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا اتفق المدين مع آخر على شراء العقار المنزوعة ملكيته اتقاء لخطر المجازفة وسعيا وراء الحصول على ثمن ثابت قدر أنه مناسب لقيمة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذى

ترد عليها من الناحيتين بعض القيود.

(أ) السعر الإلزامى للنقود :

القوانين التي تحدد السعر الإلزامى لأوراق البنكنوت أو النقود الورقية تعتبر قيوداً على حرية المتعاقدين في تقدير الثمن لأنها تفرض عليهم نوعاً معيناً من النقود يجب أن يدفع به الثمن. فهذه القوانين تجعل قبول النقود الورقية واجباً وتعطيها سعراً إلزامياً في الوفاء. وقد نص الأمر العالي الصادر في 3 أغسطس سنة 1914 على فرض السعر الإلزامى لأوراق البنكنوت التي يصدرها البنك الأهلي المصري، بمعنى أن البنك لا يجبر على أن يعطى ذهباً بدلاً من الورق وأن ما يدفع من أوراق البنكنوت يكون دفعا صحيحاً مبرئاً للذمة كما لو كان حاصلًا بالعملة الذهبية.

ونص على بطلان شرط الذهب سواء كان قد اتفق على الدفع بالذهب أو بما يعادل قيمة الذهب وقت الوفاء. ورغم صراحة النص فقد سايرت بعض المحاكم القضاء الفرنسي فكانت تبطل شرط الذهب في المعاملات الداخلية وتجيزه في

تعلق حقهم بالتفويض بضمان حصولهم على كامل حقوقهم والتزم المشتري بالتدخل في المزاد والمزايدة حتى يصل الثمن إلى الحد المتفق عليه بحيث إذا اضطرت إلى الزيادة في الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذه الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البائع بها فإن الدفع ببطلان هذا الاتفاق لمخالفته للنظام العام وانعدام سبب استحقاق المشتري للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الإخلال بحرية المزايدة أو إبعاد المزايدين عن محيطها بدليل أن المتعاقدين قدرا احتمال رسو المزاد على غير المشتري من المدين بثمان يزيد على الثمن المسمى مما يدل على انتفاء فكرة المساس بحرية المزايدة فضلا عن تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه وأما الادعاء بانعدام سبب الزيادة فمردود بأن المتعاقد مع المدين أصبح بمقتضى الاتفاق المشار إليه في مركز المشتري والمدين في مركز البائع ومن حق المشتري الحصول على الزيادة وسببها القانوني هو العقد المبرم بينهما".

المعاملات الخارجية. ولذلك صدر تشريع تفسيري هو المرسوم بقانون رقم 35 لسنة 1935 ينص على بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والخارجية على السواء.

وعلى ذلك يبطل الاتفاق على تحديد الثمن بالذهب أو على أساس الذهب، وذلك سواء فى المعاملات الداخلية أو الخارجية. ويصح للمشتري، رغم هذا الاتفاق الباطل أن يوفى الثمن نقودا ورقية مصرية على أساس قيمة الذهب المشروط وقت العقد لا وقت الوفاء. ولا يبطل البيع كل نتيجة لبطلان شرط الذهب إلا إذا كان هذا الشرط هو الدافع الحافز للحائز للتعاقد⁽¹⁾.

(ب) التسعير الجبرى لبعض السلع :

تفترض التشريعات الخاصة بالتسعير الجبرى قيда خطيرا على حرية المتعاقدين فى تحديد مقدار الثمن. فلا يجوز البيع بسعر يزيد على السعر المحدد. وكان القضاء الفرنسى يجرى على بطلان البيع بسعر يزيد على السعر المحدد بحيث يجوز لكل من البائع والمشتري التمسك بالبطلان. ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت أخيرا برد فرق الثمن دون بطلان البيع⁽²⁾. وهذا القضاء الأخير هو الذى يتفق مع القواعد العامة، فالعقد باطل فى شق منه هو التزام المشتري بدفع القدر الزائد على السعر المحدد⁽³⁾.

وقد اتبع المشرع هذا الحل بصدد سعر الفائدة، فنصت المادة 227 مدنى على حد أقصى للفائدة هو 7% وقضت بأنه إذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا

(1) خميس خضر ص 96 - إسماعيل غانم ص 76.

(1) نقض فرنسى 10 ديسمبر 1951.

(2) إسماعيل غانم ص 76 - عبد الناصر العطار ص 89.

القدر⁽¹⁾.

58- طريقة تقدير الثمن :

يجب أن يكون الثمن مقدرا أو قابلا للتقدير . وهذا تطبيق للقاعدة العامة في محل الالتزام حيث يشترط أن يكون معينا أو قابلا للتعين . ولا صعوبة إذا كان الثمن محددا في العقد برقم ثابت . ولكن الثمن قد يكون قابلا للتقدير بأن يبين في العقد أسس تحديده، وهذا ما نعرض له في البند التالي .

59- بيان أسس تحديد الثمن بالعقد :

تنص الفقرة الأولى من المادة 423 على أنه يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد . وعلى ذلك يكفي لتحقيق شرط تقدير الثمن أن يتفق على البيع بالثمن الذي اشترى به البائع، أو بهذا الثمن ومبلغ معين من النقود، أو الثمن الذي سبق أن باع به البائع لشخص معين . وفي هذه الحالة يكون الثمن الذي اشترى به البائع أو الذي باع به لشخص آخر أمرا جوهريا لا بد من التثبت منه حتى يقدر على أساسه الثمن الذي يلتزم به المشتري .

كما يجوز الاتفاق على أن يكون البيع بثمن التكلفة أو بسعر السوق، أو بالثمن الذي يقدره شخص أو أشخاص معينين .

على أنه يشترط بصفة عامة، في الأسس التي يتفق المتعاقدان على أن يقوم تحديد الثمن عليها، عدة شروط، إن تخلفت كان الثمن غير قابل للتقدير، فيبطل البيع وهي :

(3) إسماعيل غانم ص 76.

1- ألا يكون تحديد الثمن متوقفا على محض إرادة أحد المتعاقدين سواء فى ذلك المدين بالثمن وهو المشتري، أو الدائن وهو البائع، إذ أن المتعاقد الآخر يصبح تحت رحمة من ترك تحديد الثمن إليه، فضلا عن أن ترك التحديد لمحض إرادة أحد المتعاقدين يعنى فى الحقيقة أنه لم يتفق على أى أساس لتحديد الثمن. وفى حالة ما إذا كان التحديد قد ترك لمحض إرادة المشتري، يكون هناك سبب آخر للبطلان، وهو أن الالتزام بدفع الثمن فى هذه الحالة يكون معلقا على شرط إرادى محض يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة المدين، فلا يكون الالتزام قائما (م 1/267 مدنى⁽¹⁾).

وعلى العكس، ينعقد البيع إذا ترك تحديد الثمن لأحد العاقدين دون أن يعلق على محض إرادته، بأن اشترط مثلا أن يقوم البائع بتحديد الثمن على أساس ما أنفق فى إنتاجه من نفقات، أو أن يقوم المشتري بتحديد الثمن على أساس ما يدفعه فعلا فى شراء شئ آخر من النوع نفسه من بائع آخر.

2- ألا يكون الأساس المتفق عليه لتقدير الثمن أساسا مبهما فلا ينعقد البيع إذا اتفق على أن يكون الثمن هو الثمن "العادل" أو "ما يساويه المبيع"⁽²⁾.

3- ألا يكون الأساس ما يعرضه غير المشتري. لأن هذا الاتفاق من شأنه أن يهئ السبيل إلى الغش، بأن يدفع البائع أو المشتري الغير إلى عرض ثمن ينفق ومصلحته، فلا ينعقد البيع فى هذه الحالة، بل يعتبر الاتفاق وعدا بالتفضيل، فيكون مالك الشئ قد وعد الطرف الآخر بأن يفضل على غيره إذا ما قرر البيع بالسعر الذى يعرضه الغير. والالتزام الواعد هنا ليس معلقا على محض إرادته، فأرادته البيع ليست مطلقة، بل هى تتوقف على ظروف مختلفة أجنبية عن الإرادة،

(1) إسماعيل غانم ص 78.

(2) أنور سلطان ص 162 - إسماعيل غانم ص 78.

فلا يكون الأمر متوقفا على محض المشيئة⁽¹⁾.

ومن أهم صور تقدير الثمن ببيان أسس تحديده، الاتفاق على البيع بسعر السوق، والبيع الثمن الذي يحدده أجنبي، ونعرض لهما فيما يلي:

(أ) البيع بسعر السوق :

قد يتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن هو سعر السوق، فالثمن هنا غير مقدر ولكنه قابل للتقدير، ويعتبر هذا أساسا صالحا للتحديد. إذ يحدد الثمن بسعر السوق.

ولا يقتصر معنى السوق على الأسواق المنظمة كالبورصات وإنما يشمل كل مكان يجرى فيه البيع على نطاق واسع.

والعبرة بالسوق الذي حدده المتعاقدان والزمان اللذان اتفقا عليه.

فإذا لم يحدد المتعاقدان مكان السوق أو زمانه أو قام شك لدى القاضى فى ذلك، وهل المكان هو مكان البيع أم مكان وجود البضاعة أم مكان تسليمها، وهل الزمان الذى أراد المتعاقدان الرجوع إليه لتحديد السعر هو وقت البيع أو وقت التسليم - وكثيرا ما يحدث شك فى هاتين المسألتين - فقد وضع النص قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين فى هذا الخصوص.

فقضى بالرجوع إلى سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري. فإذا لم يكن فى مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف أن تكون أسعاره هى السارية.

وقد يقضى العرف فى هذه الحالة بأن تكون أسعار أقرب سوق هى الأسعار السارية⁽²⁾.

وقد لا يسمح تعيين زمان التسليم بتعيين الوقت الذى يعتد فيه بسعر السوق

(1) خميس خضر ص 92.

(1) السنهورى ص 376.

وذلك عندما تكون أسعار السوق متغيرة من وقت لآخر خلال الزمن المتفق عليه للتسليم كما لو اتفق على يوم معين لتسليم المبيع وكان هناك أكثر من سعر فى هذا اليوم. والحل الواجب الاتباع هنا هو احتساب السعر بحسب متوسط أسعار اليوم⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "يعتبر البيع على الوجه أو بالكონتراتات صحيحا لأنه لا يختلف عن البيع العادى إلا فى ترك تحديد السعر (الثمن) للسوق أو للبورصة على الأسس التى توضح فى تلك العقود والتى تؤدى إلى تعيينه بلا نزاع".

(طعن رقم 220 لسنة 23 ق جلسة 1957/6/27)

2- "عقود بيع القطن تحت القطع - على ما جرى به قضاء النقض - تقتضى أن يكون للمشتري خيار التغطية مقابل حق البائع فى القطع ويلتزم البائع لذلك بأن يوفر للمشتري الوقت الذى يتسع لإجراء عملية التغطية التى تتم بعملية عكسية يجريها المشتري فى بورصة العقود فى وقت القطع وبسعره وعن مقدار معادل للقدر الذى تم قطعه من البائع كى يأمن تقلبات الأسعار ومتى تمت التغطية تحقق للمشتري مركز قائم فى البورصة قوامه العملية العكسية التى يكون قد أجراها ببورصة العقود. أما إذا استحال إجراء عملية التغطية لعدم وجود تعامل فعلى فى بورصة العقود فلا يتحقق هذا المركز".

(نقض طعن رقم 199 لسنة 28 ق جلسة 1963/4/11)

3- "عقود البيع تحت القطع تقتضى - على ما جرى به قضاء النقض - أن يكون للمشتري خيار التغطية مقابل حق البائع فى القطع ويلتزم البائع لذلك أن يوفر للمشتري الوقت الذى يتسع لإجراء عملية التغطية التى تتم بعملية عكسية يجريها المشتري فى بورصة العقود وفى وقت القطع وبسعره وعن مقدار معادل

للمقدار الذى طلب البائع قطع سعره كى يأمن المشتري تقلبات الأسعار. ومتى تمت التغطية تحقق للمشتري مركز قائم فى البورصة قوامه عملية البيع التى يكون قد أجراها فى هذه البورصة".

(طعن رقم 323 لسنة 29 ق جلسة 1964/2/20)

(ب) تحديد الثمن بواسطة أجنبى :

من الأسس الجائزة لتقدير الثمن أن يترك تحديده لشخص أجنبى معين أو أكثر، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا.

ونظرا لأن تحديد الثمن يتوقف على أمر مستقبل غير محقق الوقوع، فيكون الالتزام معلقا على شرط واقف.

ويشترط لانعقاد البيع أن يتم الاتفاق على تعيين من يقوم بتحديد الثمن أو على أن القاضى هو الذى يعينه. فإذا لم يتفق على شئ من ذلك فالبيع لا ينعقد ولا يستطيع القاضى أن يعين الثمن بواسطة خبير. وكذلك إذا اتفق الطرفان على أن يعين المفوض فى تحديد الثمن فيما بعد باتفاق بينهما فلا ينعقد البيع فى هذا الفرض إلا بعد تمام الاتفاق اللاحق على تعيينه، ولا يكون الثمن قبل هذا الاتفاق قابلا للتقدير، ولا يكون البيع قد تم بالتالى، فإذا ما عيناه، انعقد البيع من وقت تعيينه معلقا على شرط واقف هو تقديره للثمن.

وإذا رفض أحدهما اختيار المفوض، فلا يجوز إحلال القاضى محله فى هذا التعيين، وإنما يكون ملزما بتعويض الآخر.

وإن كان الخلاف قد ثار حول أساس التعويض. فهو فى رأى المسؤولية التقصيرية باعتبار أنه لا يوجد عقد بين الطرفين، وفى رأى - وهو الراجح - أن الأساس هو المسؤولية العقدية، على سند من أنه إذا كان عقد البيع لم ينعقد فإن عقدا آخر غير مسمى قد تم بين الطرفين بمقتضاه يلتزم كل منهما بالاتفاق على تحديد المفوض، فإذا امتنع أحدهما كان مخلا بالالتزام ناشئ عن عقد وكانت

المسئولية بالتالى تعاقدية⁽¹⁾.

وإذا تم تعيين المفوض فى عقد البيع ذاته، وجب عليه تقدير الثمن باعتبار هذا الوقت لا باعتبار وقت التقويم. وإذا تم تعيين المفوض فى عقد لاحق، فالبيع لا ينعقد - كما ذكرنا - إلا من وقت تعيينه، ولذا يجب الرجوع إلى هذا الوقت لتحديد قيمة المبيع. وكذلك الحكم إذا فوض المتعاقدان المحكمة فى تسميته. فالخلاصة أن البيع يعتبر قد تم من وقت اتفاق المتبايعين على المفوض. ففى هذا الوقت يكون المبيع مستكملاً لجميع عناصره ومنها الثمن إذا كان قابلاً للتقدير⁽²⁾. ومصروفات تقدير الثمن بمعرفة الغير تكون على عاتق المشتري، إلا إذا وجد اتفاق مخالف⁽³⁾.

(1) منصور مصطفى منصور ص 56- أنور سلطان ص 167.

(2) أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص 117- السهنورى ص 117.

(3) محمد كامل مرسى ص 184- وكانت المادة 185 من المشروع التمهيدي للقانون المدنى تنص على أن: "إذا ترك تعيين الشئ لأحد المتعاقدين أو لأجنبى عن العقد فيجب أن يكون هذا التعيين قائماً على أساس عادل. فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل فيكون تعيين الشئ بحكم من القضاء.

2- ومع ذلك إذا ترك التعيين لأجنبى عن العقد ولمحض اختياره فإن العقد يصبح باطلاً إذا لم يستطع هذا الأجنبى أن يقوم بالتعيين أولم يرد القيام به أولم يقر به فى وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل".

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"يقع أحياناً أن يترك تعيين الشئ لأحد المتعاقدين أو لأجنبى عن العقد. ويجب فى الحالة الأولى أن يتم التعيين دون إبطاء وأن يكون قائماً على أساس عادل فيكون التعيين بحكم من القضاء. ويجب فى الحالة الثانية أيضاً أن يقوم الأجنبى بالتعيين بما ينبغى من السرعة والعدالة وإلا حل القاضى محله فى ذلك. وتفرق الحالة الثانية عن الأولى بأنه إذا اشترط ترك أمر التعيين لأجنبى عن العقد واحتكم إلى تقديره فيكون العقد باطلاً لعدم تعيين المحل إذا لم يقر هذا الأجنبى بإجراء التعيين على وجه عادل فى فترة معقولة. ولا يجوز أن يحل =

وقد قضت محكمة النقض — فى حكم غير منشور لها — صادر بتاريخ 1988/5/8 فى الطعن رقم 439 لسنة 50 ق بأن :

"فإذ ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 423 من القانون المدنى أنه فى عقد البيع قد يترك الطرفان تحديد الثمن لأجنبى يتفقان عليه وقت العقد فىكون الثمن فى هذه الحالة قابلا للتقدير بتقويض الأجنبى فى تقديره وما يقدره هذا الأجنبى ثمنا للمبيع ملزم لكل من البائع والمشتري فهو وكيل عنهما ويتم هذا البيع من الوقت الذى اتفق فيه الطرفان على المفوض فى ذلك الوقت كان المبيع مستكملا لجميع عناصره وأركانها ومنها الثمن، لما كان ذلك وكان الثابت بعقد البيع المؤرخ 1966/3/27 المودعة صورته أوراق الدعوى أنه فى البند الثانى منه اتفق الطرفان على تحديد الثمن بمعرفة لجنة تشكل بالطريقة المبينة بالعقد وأيا ما كان الأمر فى وقت تقدير الثمن بمعرفة اللجنة فإن العقد ينعقد منذ وقت إبرامه فى 1966/3/27 وليس فى الوقت الذى تصدر فيه اللجنة قرارها بتقدير الثمن على ما سلف وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر يكون متفقا وصحيح القانون والنعى عليه بغير ذلك لا يقوم على أساس".

60- طبيعة وظيفه المفوض :

الغير الذى يفوض فى تقدير الثمن، لا يعتبر محكما لأن التحكيم يفترض نزاعا على حقوق وجدت فعلا، وهنا الأمر متعلق بتحديد عنصر من عناصر الاتفاق.

كما أنه لا يعتبر خبيرا لأن الخبرة مآلها إبداء رأى استشارى غير ملزم للمتعاقدین

= القاضى محل تقدير الأجنبى وخياره فى هذه الحالة. أما إذا عهد بالتعيين لأحد المتعاقدين فلا يجوز أن يترك الأمر لمحض اختياره وإلا كان هذا شرطا إراديا بحتا".
 إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه المادة "لأنها تنص على حالة تفصيلية قليلة الأهمية".
 (مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 215 هامش (1) وما بعدها).

ولا للقاضى، فى حين أن الثمن الذى يعينه الغير يكون ملزما للمتعاقدين. كذلك لا يعتبر الاتفاق على تعيين الغير لتحديد الثمن صلحا لأنه لا يوجد نزاع ونزول عن ادعاءات متقابلة.

إنما يعتبر هذا الغير الذى يكلف بتحديد الثمن، وكىلا عن المتعاقدين، فالمتعاقدان وقد أحلا إرادة الغير محل إرادتهما يكونان ملزمين باحترام ما يقرره. وقد اعترض على هذا الرأى بأن الوكالة لا تكون إلا فى الأعمال القانونية (م 699 مدنى)، وتحديد الثمن عمل مادى. ولكن يرد على ذلك بأن تحديد الثمن جزء من عقد البيع وعنصر جوهري فيه فهو تصرف قانونى لا عمل مادى⁽¹⁾.

61- عزل المفوض :

لما كان المفوض يعين باتفاق المتبايعين فإنه لا يجوز لأحدهما أن يستقل بعزله، بل لابد فى ذلك من اتفاقهما معا. فإذا اتفقا على عزله قبل أن يقدر الثمن لم يعد يجوز له أن يقدره. ويجوز للمتبايعين أن يتفقا على مفوض آخر لتقدير الثمن، كما يجوز لهما أن يتفقا مباشرة على الثمن، ولكن البيع لا يعتبر تاما إلا من وقت اتفاقهما على الثمن أو على تعيين المفوض الآخر. ويكون البيع فى هذه الحالة موقوفا على تقدير المفوض الجديد للثمن⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 182 - أحمد نجيب الهاللى وحامد زكى ص 114 هامش (1) - السنهورى ص 378 وما بعدها - إسماعيل غانم ص 80 وما بعدها - محمد شكرى سرور ص 185.

وعكس ذلك: منصور مصطفى منصور ص 56، محمد ليبب شنب ص 80 فيريان أن الاتفاق بين المتعاقدين والمفوض على تقدير الثمن هو عقد غير مسمى يتعهد فيه المفوض بالقيام بعمل هو تقدير الثمن، أما التقدير نفسه فهو واقعة مادية.

وعبد المنعم البدرأوى ص 203 فيذهب إلى أن الأولى اعتبار الاتفاق، اتفاقا من نوع خاص دون تورط فى بيان طبيعته بمحاولة إدخاله ضمن صور الاتفاقات المعروفة.

(2) محمد شكرى سرور ص 183.

62- الطعن في تقدير المفوض :

الأصل أن قرار المفوض بتحديد الثمن ملزم للمتبايعين، لأنهما قبلتا مقدما الثمن الذي سيحدده. وينبنى على ذلك أنه لا يجوز لهما الاعتراض على تقدير المفوض، كما لا تملك المحكمة التدخل في عمله بتعديل الثمن بالزيادة أو النقصان.

إلا أن الفقه ذهب إلى الأخذ بما ذهب إليه الفقه في فرنسا من جواز الطعن على تقدير المفوض في حالتين :

- 1- إذا ارتكب تدليسا نحو أحد المتعاقدين أو وجد غلط ظاهر. ففي هذه الحالة يكون للمتعاقد المضرور أن يطلب تقديرا جديدا للثمن.
 - 2- إذا كان الغير قد جاوز حدود مهمته كما حددها المتعاقدان. ومثل ذلك أن يكون مكلفا بتحديد ثمن المحصول قائما فأدخل في حسابه زيادة الأثمان بعد الحصول. المحصول.
- أو يكون مكلفا بتقدير قيمة عقار وفقا لقيمته الحاضرة ولكن قدره على حسب قيمته مستقبلا بأن اعتبر مثلا في التقدير احتمال إنشاء شارع لم يتقرر شيء بشأنه أصلا في ذلك التاريخ.
- ففي هذه الحالة يجوز للمتعاقدين أن يطلبوا بطلان تقدير الثمن⁽¹⁾.



(1) محمد كامل مرسى ص 182 - أحمد نجيب الهاللى وحامد زكى ص 116 هامش (3) - أنور سلطان ص 168 - خميس خضر ص 94.

مادة (424)

إذا لم يحدد المتعاقدان ثمنًا للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويًا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما.

الشرح

63- الاتفاق الضمني على الأسس التي يتحدد الثمن بمقتضاها :

لا يتطلب القانون المدني أن يكون تحديد الثمن، أو الأسس التي يقوم عليها صريحاً - على نحو ما تنص عليه المادة 423 - بل يجوز أن يكون هذا التحديد ضمناً. إذا ما تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويًا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما. فكثيراً ما يطلب أحد التجار من الآخر أن يرسل له كمية من سلعة معينة، فيرسلها الآخر دون ذكر الثمن، ويكون المفهوم ضمناً أن البيع بالسعر المتداول في التجارة بالنسبة لهذه السلعة. وقد تكون هناك معاملات سابقة بين البائع والمشتري، إذا اعتاد تاجر التجزئة أن يشتري بضائع من تاجر الجملة، ويكون المفهوم أن الثمن هو الثمن الذي اشترى به البائع، بعد إضافة نسبة مئوية معينة إليه.

وعلى ذلك لا يلزم أن يتفق صراحة في كل مرة على الثمن، لأن المتعاقدين قصداً أن يتحدد الثمن على الأساس الذي يجرى عليه التعامل بينهما⁽¹⁾.

وبالترتيب على ذلك فإن البيع يكون بالاتفاق الضمني على الثمن، على النحو السالف صحيحاً بمنأى عن البطلان.

(1) الدكتور عبد الودود يحيى دروس في العقود المسماة - البيع والتأمين 1978 ص 43 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 196.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ثم عرض المشروع لحالة ما إذا لم يقم المتعاقدان بتحديد الثمن أو بتعيين أسس يحدد بمقتضاها، فقرر أنه إذا تبين من الظروف أن المتعاقدين تركا تحديد الثمن إلى السعر المتداول فى التجارة، كما يحصل عادة بين التجار، كان البيع صحيحا، والثمن هو هذا السعر المتداول، فإذا كان بين المتعاقدين سابقة تعامل، ويبين من الظروف أنهما تركا تحديد الثمن إلى السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما، صح ذلك أيضا. وفى الحالتين يكون المتعاقدان قد اتفقا ضمنا على جعل الثمن قابلا للتحديد. وهذا هو الحل الذى أورده التقنين البولونى (م298) وقد أخذ به المشروع"⁽¹⁾.

64- عدم تحديد الثمن أو الأسس التى يحدد بمقتضاها صراحة أو

ضمنا :

إذا لم يتفق الطرفان صراحة على الثمن، أو على الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد، أو لم يتفقا على هذه الأسس ضمنا، فإن البيع يكون خاليا من الثمن وباطلا لفقده ركنا من أركانه.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما إذا لم يتفق المتعاقدان لا صراحة ولا ضمنا على تحديد الثمن أو على جعله قابلا للتحديد ببيان الأسس التى يحدد بمقتضاها، فإن البيع يكون باطلا لفقده ركنا من أركانه"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الثمن وإن كان يعتبر ركنا أساسيا فى عقود البيع إلا أنه وعلى ما يستفاد

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 33.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 33.

من نص المادتين 423، 424 من القانون المدنى - لا يشترط أن يكون الثمن معيناً بالفعل فى عقد البيع بل يكفى أن يكون قابلاً للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمناً على الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد".

(طعن رقم 1051 لسنة 45 ق جلسة 1980/1/28)⁽¹⁾



(1) كما قضت محكمة النقض بأن :

"وإن كان الثمن يعتبر ركناً أساسياً فى عقود البيع إلا أنه على ما يستفاد من نص المادتين 423، 424 من القانون المدنى لا يشترط أن يكون الثمن معيناً بالفعل فى عقد البيع. فإذا ما خلا العقد المكتوب من قيمة الثمن مع تضمينه إقرار طرفيه بأن البيع قد تم نظير ثمن نقدى دفعه المشتري وقبضه البائع فلا يبطل البيع لأن إقرار طرفيه بذلك يعنى إقرارهما باتفاقهما على ثمن نقدى معين وهو ما يكفى لانعقاد البيع باعتباره عقداً رضائياً".

(طعن رقم 526 لسنة 55 ق جلسة 1991/5/9 - غير منشور)

مادة (425)

1- إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

2- ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع.

الشرح

65- القاعدة العامة فى أثر الغبن فى العقود :

أوضحنا سلفاً أن حرية المتعاقدين فى تحديد الثمن هى فى الأصل حرية مطلقة ومادام أن الثمن قد استوفى الشروط التى بينها فلا عبرة بعد ذلك بتعادله مع المبيع أو باختلال هذا التعادل، ما لم يصل هذا الاختلال إلى حد يجعل الثمن تافهاً، ومن ثم يكون فى حكم المنعدم، ويكون البيع باطلاً بالتالى والقاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة 129 مدنى والتى تقضى بأن العقد يطعن فيه إذا ما استغل أحد الطرفين الآخر، فترتب على هذا الاستغلال عدم التعادل بين التزامات الطرف المستغل وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد. تتطلب ركنين: الأول، ركن مادى هو عدم التعادل، والثانى ركن نفسى هو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح. فلا يكفى إذن للطعن فى عقد من العقود طبقاً للقواعد العامة أن يتحقق الركن المادى، أى لا يكفى مجرد عدم تعادل الالتزامات إن لم يكن عدم التعادل هذا قد نتج عن استغلال أحد الطرفين للآخر⁽¹⁾.

(1) إسماعيل غانم ص 81.

وقد خرج المشرع عن هذه القاعدة العامة في أحوال قليلة فيها :

1- حالة بيع عقار مملوك لشخص لا تتوفر فيه الأهلية وهي الحالة التي نحن بصدددها.

2- الغبن في إجارة الوقف (م 632 مدنى).

3- الغبن في القسمة (م 845).

شروط تكملة الثمن في بيع عقار غير كامل الأهلية :

يشترط لتكملة الثمن في حاله بيع عقار مملوك لشخص لا تتوفر فيه الأهلية، توافر الشروط الخمسة الآتية:

66- الشرط الأول :

أن يكون العقد بيعا :

يشترط أن يكون العقد بيعا، أى يشترط أن يكون غير كامل الأهلية، قد قام في العقد بدور البائع. أما إذا كان مشتريا فلا يجوز له التمسك بالغبن طبقا للمادة 425 مدنى.

وكذلك إذا لم يكن العقد بيعا بل عقدا آخر فلا يجوز طلب تكملة الثمن للغبن، كما لو كان العقد تقديم عقار كحصة في شركة وذلك ما لم تثبت صورية العقد وأن تقديم الحصة إنما أريد به البيع فعلا، فعندئذ يجوز طلب تكملة الثمن للغبن. وكذلك لا يجوز طلب تكملة الثمن إذا كان تقديم العقار بصفة وفاء بمقابل لأن النص لم يتكلم إلا عن البيع⁽¹⁾.

67- وضع البيوع الاحتمالية :

العقد المحدد هو العقد الذى يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد، القدر الذى أخذ والقدر الذى أعطى وهو يقابل العقد الاحتمالى، وهو

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 219 وما بعدها.

العقد الذى لا يتحدد فيه مقدار ما أخذ كل من المتعاقدين ومقدار ما أعطاه إلا فى المستقبل تبعا لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله. مثل ذلك عقد المرتب الدورى مدى الحياة. فالبيع بثمن اشترط أن يكون إيرادا مرتبا مدى حياة البائع عقد احتمالى، لأن البائع يعرف وقت البيع قدر ما أعطى (قيمة المبيع)، ولكنه لا يستطيع أن يعرف حينئذ القدر الذى سيأخذه، إذ أن مقدار الثمن سيختلف باختلاف المدة التى يظل فيها حيا. وكذلك المشتري يعرف القدر الذى أخذه (المبيع) ولكنه لا يعرف القدر الذى أعطى (الثمن). ومثل هذا أيضا بيع حق الانتفاع، فهو ينقضى حتما بوفاة المنتفع (م993) فلا يدري وقت العقد المدة التى سيستمر خلالها، وبالتالي لا تعرف قيمته. وبذلك يوجد فى العقود الاحتمالية احتمال فى المكسب والخسارة لكل من المتعاقدين.

ولما كان الأساس فى هذه العقود هو ذلك الاحتمال، لذلك قيل إن البيوع الاحتمالية لا يجوز الطعن فيها بالغبن. وعلى هذا كان يجرى القضاء الفرنسى، وكان هذا القضاء مستقرا على تطبيق هذا المبدأ تطبيقا آليا، فكان يقضى فى كافة الأحوال التى يتحقق فيها عنصر الاحتمال فى البيع، بعدم جواز الطعن فى البيع بالغبن بأى حال.

على أن اتجاها حديثا ظهر فى الفقه وتأثر به القضاء، ينادى بأن ينظر فى كل حالة على حدها. فقد تدل الظروف فى حالة بذاتها على أن البيع يتضمن غبا للبائع ولو أن العقد يتضمن عنصرا احتماليا. فلا شك مثلا أن البيع فى مقابل إيراد مرتب يقل عن الدخل الذى يغله العقار يتضمن غبا واضحا، فمجموع ما سيدفعه المشتري سيقبل على أى الأحوال من دخل العقار⁽¹⁾. ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يعد بيعا احتماليا البيع الذى يثبت فيه أن المشتري، نظرا

(1) خميس خضر ص 101 وما بعدها - إسماعيل غانم ص 85 وما بعدها - محمد شكرى سرور ص 162.

لسن البائع وقيمة إيجار العقار، سيتأكد من الحصول على أجره مساوية لأقساط المرتب بعد ثلاث سنوات⁽¹⁾.

كما قضت بأن فسخ عقد البيع بسبب الغبن جائز في بيع العقار مقابل إيراد مرتب لمدى الحياة إذا استطاع القاضى من الظروف أن يقدر قيمة الالتزامات الاحتمالية، وعناصر هذا التقدير متروكة للقاضى الذى له أن يعين خبيراً لتقدير قيمة العقار عند البيع وغلته ونسبة ذلك إلى الأقساط التى تدفع⁽²⁾.

كما يحدث أن يلجأ القضاء إلى تقدير قيمة المرتب بحسب سن من تقرر مدى حياته، وهذا المسلك يتبعه القضاء الفرنسى عند بيع حق الانتفاع. وجدول الوفيات الذى تستعين به شركات التأمين كقيلة بتحديد متوسط عمر الإنسان بين طائفة كبيرة من الناس فى مجموعهم، وإن كانت بطبيعة الحال لا تستبعد عنصر الاحتمال لشخص معين بالذات.

68- البيع الذى يتم كنص القانون بطريق المزاى العلنى :

تنص المادة 427 مدنى على أنه: "لا يجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزاى العلنى".
(أنظر فى التفصيل شرح المادة المذكورة).

69- الشرط الثانى :

أن يكون المبيع عقاراً :

يشترط أن يكون المبيع عقاراً، سواء كان البيع وارداً على حق الملكية أو على أى حق عينى آخر، كحق انتفاع وحق رقبة وحق حكر وحق ارتفاق. ويستوى أن يكون المبيع عقاراً مفرزاً أو حصة شائعة فى عقار. وفى الحالة

(2) نقض فرنسى 28 فبراير سنة 1951.

(1) نقض فرنسى 22 أبريل 1955.

الأخيرة لا يتوقف رفع دعوى الغبن على إجراء القسمة.

كما يستوى أن يكون عقارا بطبيعته أو عقارا بالتخصيص مادام هذا قد بيع مع العقار المخصص لخدمته، لأنه يباع في هذه الحالة بيعا عقاريا، ويكون الطعن في مجموعه بالغبن جائزا وتدخل قيمة العقار بالتخصيص مع قيمة العقار الأصلي في حساب الغبن. أما إذا بيع مستقلا - وهذا أمر جائز - فزال عنه الصفة العقارية وعاد لأصله كمنقول، فإن الغبن في ثمنه يخرج من إطار المادة 425⁽¹⁾.

وعلى ذلك تخرج المنقولات من إطار الطعن بالغبن أيا كانت قيمتها كبيع المحل التجارى أو الحقوق الذهنية أو الأدبية أو الحقوق الشخصية حتى ولو كانت مكفولة بتأمين عيني واردا على عقار كرهن رسمى مثلا، أو كانت متعلقة بعقار كبيع مستأجر العقار حقه للغير بأن تنازل عنه المستأجر في مقابل ثمن نقدي.

ويخرج من هذا النطاق أيضا بيع الأشياء التي هي في أصلها عقار لكنها معتبرة كمنقول بالنظر إلى مآلها وهي ما تعرف بالمنقولات بحسب المآل، كبيع بناء بقصد هدمه أو بيع أشجار بقصد قلعها، وبيع الثمار المتصلة بالأرض، والمزروعات القائمة فيها وقت البيع بقصد حصول المشتري عليها بعد فصلها عن الأرض.

وإذا تضمن البيع عقارا ومنقولا - كبيع منزل بمفروشاتة بثمن واحد وكانت الصفة قابلة للتجزئة، جزئت وقسم الثمن على العقار والمنقول، وجاز الطعن بالغبن في العقار دون المنقول. وإذا لم تكن الصفة قابلة للتجزئة، جاز الطعن في البيع كله بالغبن، على ألا يدخل في حساب الغبن إلا قيمة العقار وحده منسوبة إلى حصته في الثمن⁽²⁾.

والعلة في هذه التفرقة بين العقارات والمنقولات ترجع إلى الفرق القديم في

(1) محمد شكرى سرور ص 150 وما بعدها - إسماعيل غانم.

(2) السنهوري ص 393 - عبد الناصر العطار ص 72 - محمد شكرى سرور ص 151.

النظرة إلى قيمة كل منهما. ففي العصور الوسطى، حيث كان يسود النظام الإقطاعي، كانت الأراضي أهم عناصر الثروة وعماد النظام السياسي. أما المنقولات فكانت تعد من التوافه⁽¹⁾.

ولم تعد هذه النظرة مطابقة للواقع، بعد أن تكاثرت المنقولات ذات القيمة المالية الكبيرة التي قد تفوق قيمة العقارات، كالأسهم والسندات والمحال التجارية. ومع ذلك مازال الشارع المصري في المادة 425 متأثراً بالنظرة القديمة، فقصر الطعن بالغبن على بيع العقارات وحدها.

70- الشرط الثالث :

أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية :

يشترط أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية، وذلك بأن يكون إما فاقد الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه، أو ناقص الأهلية كالصبي المميز والمحجور عليه للسفه أو للغفلة.

والعبرة في توافر أو عدم توافر الأهلية بشخص صاحب العقار المبيع بصرف النظر عن مباشر البيع، فقد يكون هو نائبه القانوني أي الولي، الوصي أو القيم، وقد يكون هو صاحب العقار نفسه.

غير أنه إذا كان صاحب العقار الذي أبرم البيع بنفسه عديم الأهلية فالعقد باطل بطلانا مطلقا ولا مجال للبحث فيه عن الغبن. أما إذا كان صاحب العقار الذي أبرم البيع بنفسه ناقص الأهلية، فله بجانب دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن، دعوى طلب الإبطال لنقص الأهلية. ويكون للبائع أن يختار أي الدعويين. على أنه قد تكون لناقص الأهلية مصلحة في عدم الإبطال كما إذا انخفضت قيمة المبيع كثيرا بعد البيع، ففي هذه الحالة يكون من مصلحة البائع

(3) إسماعيل غانم ص 82 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 40- جلال العدوي ص 94.

إذا كان البيع مشتملا على غبن يزيد على خمس قيمة العقار وقت البيع أن يطعن في البيع فيكمل له الثمن إلى أربعة أخماس تلك القيمة. وإذا أبرم البيع النائب القانوني عن صاحب العقار، فلا يكون هناك محل لرفع دعوى الإبطال بسبب عدم اكتمال الأهلية ويتعين الالتجاء إلى الطعن في البيع بالغبن إذا توافرت شروط المادة 425 مدنى. غير أن الغبن في مثل هذا البيع نادر، إذ أن قانون الولاية على المال قد قيد من سلطة الأولياء والأوصياء والقوام فاشتترط لصحة البيوع الذين يتولون إبرامها الحصول على إذن المحكمة، إلا أن يكون البيع صادرا من الأب في عقار لاتزيد قيمته على ثلاثمائة جنيه. وأجاز قانون الولاية على المال للمحكمة أن ترفض الإذن إذا كان البيع بغبن يزيد على خمس القيمة (م7 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952)⁽¹⁾.

وإذا كانت العبرة بأهلية صاحب العقار المبيع على ما أوردناه سلفا، فالعبرة أيضا هي بأهليته بالنسبة للعقار المبيع بالذات. ذلك أنه من المتصور أن يكون الشخص ناقص الأهلية للتصرف في العقارات عموما، في الوقت الذى يتمتع فيه بالأهلية الكاملة للتصرف في عقار بذاته. كمن بلغ سن ستة عشر عاما واشترى عقارا من كسب عمله. وكالزوجة القاصر التى تكون قد أعطيت عقارا على سبيل المهر، فإن كلاهما يكون أهلا لبيع هذا العقار، وإذا باعه فلا يجوز الطعن في البيع على أساس الغبن إذ أن العقار في هذه الحالة مملوك لشخص كامل الأهلية بالنسبة لبيع العقار المبيع بالذات⁽²⁾.

ويلزم أن يكون المغبون هو البائع، فلا يجوز للمشتري الطعن بالغبن إذا زاد الثمن على قيمة المبيع ولو كان المشتري غير كامل الأهلية.

(1) خميس خضر ص 100 - محمد شكرى سلامه ص 154 - سليمان مرقس ص 232.

(2) إسماعيل غانم ص 83 - خميس خضر ص 100 وما بعدها - عبد الناصر العطار ص 83.

ولم تذكر المادة (336، 419) من القانون الملغى إلا القاصر، إلا أن القضاء جرى على أن ذلك يشمل غير القاصر أيضا من غير كاملي الأهلية⁽¹⁾.

71- الشرط الرابع :

أن يكون في البيع غبن يزيد على خمس قيمة العقار :

لا يكفي مجرد زيادة قيمة العقار المبيع على الثمن بقدر يسير للطعن فيه بالغبن. بل يجب أن يكون الغبن فاحشا. والغبن الفاحش الذي يجوز معه طلب تكملة الثمن هو الغبن الذي يزيد على خمس قيمة العقار، بمعنى أنه يشترط أن يكون الثمن أقل من أربعة أخماس قيمة العقار.

واعتبار الغبن فاحشا إذا زاد على خمس قيمة العقار أمر جارى فيه القانون معظم مذاهب الفقه الإسلامى⁽²⁾.

فيشترط أن يكون البيع قد تم بثمن يقل عن أربعة أخماس ثمن المثل.

ويقوم العقار بقيمته السوقية يوم البيع، لا قبل البيع ولا بعده.

ويراعى في تقويم قيمته، قيمته المادية بحسب العرض والطلب، لا قيمته الشخصية عند المشتري، بمعنى أنه لا ينظر إلى الفائدة الخاصة التى يمكن أن يحققها العقار لمشتريه بالذات، نظرا لظروف شخصية تخصه⁽³⁾.

ويجب أن تؤخذ في الاعتبار - فى هذا التقويم مختلف العناصر القابلة لأن

تؤثر - فى ذلك الوقت - على قيمة العقار المبيع. فقيمة العقار الذى يباع مؤجرا مثلا، تكون أقل من قيمة العقار الذى يباع خاليا.

كما يجب أن يؤخذ فى الاعتبار عند تقدير الثمن، الثمار التى كانت - عند

(3) محمد كامل مرسى ص 186.

(1) عبد الناصر العطار ص 83.

(2) السنهورى ص 398 - عبد الناصر العطار ص 84- محمد لبيب شنب ص 41 - محمد

شكرى سرور ص 158 وما بعدها.

التراضى على البيع - قائمة بالأرض، لأنها كانت تمثل - إذ ذاك - جزءا من العقار المبيع ويكون لها تأثيرها فى تحديد الثمن، ولو كان المشتري - على أثر العوامل الجوية اللاحقة - لم يحقق فيها أية فائدة. كما يؤخذ فى الاعتبار أيضا - وعلى نفس الأساس - قيمة المبنى الذى كان مقاما على الأرض والذى تقوض فيما بعد أو احترق، وما كان يلحق بالأرض المبيعة - عند البيع - من عقارات بالتخصيص، وتحسب قيمة هذه لا على استقلال وإنما مع الأرض المبيعة نفسها، بمعنى أن يؤخذ فى الاعتبار مبلغ ما تصفيه هذه العقارات من قيمة على المبيع فى مجموعه⁽¹⁾.

ولا يدخل فى الثمن، المصروفات فهى لا تعود على صاحب العقار بفائدة⁽²⁾. ويجوز اللجوء لأهل الخبرة لتقدير قيمة العقار. ويكفى توافر الغبن دون أن تكون إرادة المغبون معيبة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"نص المشروع على الطريقة التى يقدر بها الغبن، فذكر أنه يجب، لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس، أن يقوم العقار حسب قيمته وقت البيع. وهذا ما جرى عليه القضاء المصرى، فقننه المشروع ناقلا فى ذلك صيغة المشروع الفرنسى الإيطالى (م 395)⁽³⁾ كما جاء بها:

"ويلاحظ أن معيار الغبن هنا معيار مادى. أما الغبن فى العقود بصفة عامة، وهو الاستغلال المنصوص عليه فى الالتزامات بوجه عام، فمعياره معيار نفسى، ولا يشترط فيه الوقوف عند رقم معلوم، وقد سبق بيان ذلك⁽⁴⁾...".

(3) محمد شكرى سرور ص 159.

(1) السنهورى ص 398 - محمد شكرى سرور ص 160.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 39.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 40 وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "يشترط لتحقيق الغبن الفاحش في بيع عقار غير كامل الأهلية أن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس، وتقدير ما إذا كانت قيمة العقار تزيد على الثمن بأكثر من خمس القيمة هو من سلطة محكمة الموضوع مادامت قد أقامت قضاها على أسباب سائغة ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه لم يتقيد في تقدير قيمة الأطنان المباعة بأحكام المادة التاسعة من القانون رقم 50 لسنة 1969 في شأن قيمة التعويض الذي كان يستحق عن هذه الأطنان في حالة استيلاء الحكومة عليها وإنما اتخذ من تحديد الثمن بالعقد بمبلغ يماثل قيمة التعويض المذكور قرينة على أن الثمن المتفق عليه في العقد ليس فيه غبن فاحش وهو دليل سائغ يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم وكان الطاعن لم ينازع أمام محكمة الموضوع في أن الثمن المحدد في العقد يماثل سبعين مثل الضريبة المربوطة على الأطنان المباعة- وهو قيمة التعويض المنصوص عليه في المادة التاسعة مما يكون معه النعي في هذا الخصوص سببا جديدا لا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض. لما كان ذلك فإن النعي يكون على غير أساس".

(طعن رقم 308 لسنة 42 ق جلسة 1976/2/3)

72- الغبن في التصرفات الخاضعة لإذن المحكمة :

يلاحظ أن القانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بأحكام الولاية على المال قد ضيق من ولاية الأوصياء في التصرف في عقارات الأشخاص الذين لاتتوافر لهم الأهلية، فاشتراط في صحة هذه التصرفات إذن المحكمة بها في جميع الأحوال إلا أن يكون التصرف صادرا من الأب فيما لا تجاوز قيمته ثلاثمائة جنيه، وأجاز للمحكمة أن ترفض الإذن إذا كان في البيع غبن يزيد على خمس القيمة (م7)، فأصبح لا يتصور وقوع بيع ينطبق عليه حكم المادة 425 مدني إلا أن يكون البيع

صادرا من الأب فيما لا تجاوز قيمته ثلاثمائة جنيه أو يكون البيع صادرا من ناقص الأهلية نفسه.

وسنرى أنه يكون لناقص الأهلية الخيار بين رفع دعوى تكملة الثمن، وبين طلب إبطال البيع.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"هذا ويلاحظ أن نظام المجالس الحسبية يمنع فى أحوال كثيرة من تطبيق هذه الأحكام، فإن بيع عقار القاصر والمحجور عليه يكون عادة بقرار من المجلس الحسبى بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الغبن. على أن الغبن يتصور وقوعه بالرغم من ذلك كما إذا باع القاصر عقاره بثمن بخس دون الرجوع إلى المجلس الحسبى. فيكون البيع قابلا للإبطال من جهة، وقابلا للطعن عليه بالغبن من جهة أخرى.... الخ" (1).

وقضت محكمة النقض بأن :

"تنص المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 فى فقرتها الثانية على أنه "لا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة" ومفاد ذلك أن اشتراط خلو التصرف من الغبن الذى يزيد على خمس القيمة قاصر على التصرفات الخاضعة لاستئذان المحكمة، وإذ كان عقد البيع الصادر من الولى الشرعى ببيع أطيان النزاع - التى آلت للقاصر بطريق التبرع من أبيه - إلى المطعون ضدها الأولى غير مقيد بصدور إذن من المحكمة بإبرامه، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بصحته ونفاذه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 957 لسنة 49 ق جلسة 1980/5/19)

73- الشرط الخامس :

ألا يكون البيع قد تم كنص القانون بطريق المزاد العلني :

إذ تنص المادة 427 مدني أنه: "لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلني".
(أنظر في التفصيل شرح المادة 427).

74- أثر الغبن :

إذا توافرت الشروط السابقة، حق لصاحب العقار المبيع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل وقت البيع. فالمشرع لم يواجه الغبن في بيع عقار غير كامل الأهلية بدعوى لإبطال العقد، وإنما فحسب بدعوى لتكملة الثمن. والثمن لا يكمل إلى ثمن المثل بل إلى أربعة أخماسه فقط. وذلك باعتبار أن الخمس هو غبن يسير يتسامح فيه، أو بتعبير آخر، هو المقدار الذي يتغابن فيه الناس عادة. ويعتبر المبلغ المحكوم به جزءا من الثمن. فتنطبق عليه كافة القواعد الخاصة بالالتزام بدفع الثمن. فيكون مضمونا بامتياز البائع على العقار المبيع، وللبيع أن يحبس المبيع إن لم يكن المشتري قد تسلمه إلى أن يتم الوفاء بالثمن كله بما في ذلك القدر المحكوم به. ويكون للبائع طلب الفسخ (لا الإبطال) إذا تخلف المشتري عن الوفاء بهذا القدر، باعتبار المشتري قد تخلف عن تنفيذ التزامه بأداء جزء من الثمن⁽¹⁾.

وعلى صاحب العقار المبيع أو نائبه القانوني أن يثبت حقه في تكملة الثمن. فهو الذي يدعى أن غبنا لحق به فيتعين عليه إقامة الدليل على ما يدعيه، وذلك بأن يثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد على الثمن المتفق عليه بأكثر من خمس

(1) إسماعيل غانم ص 86 وما بعدها - سليمان مرقس ص 234.

القيمة. وله - فى هذا الشأن - أن يطلب ندب خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع. فإذا أثبت ذلك حكم القاضى على المشتري بتكملة الثمن إلى أن يبلغ أربعة أخماس قيمة العقار المبيع⁽¹⁾.

75- دعوى تكملة الثمن :

ترفع دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس الثمن من مالك العقار المبيع أى من غير كامل الأهلية بعد أن يستكمل أهليته أى بعد بلوغه سن الرشد أو رفع الحجر عنه، ومن ورثته بعد وفاته. ويجوز أن يرفع الدعوى الوصى أو الولي أو القيم أيضا. وإن كان ذلك غير متصور عملا إلا إذا صدر البيع من ناقص الأهلية نفسه⁽²⁾.

ولغير كامل الأهلية الخيار بين رفع دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل طبقا لحكم المادة 425 مدنى، وبين رفع دعوى إبطال البيع بسبب نقص أهليته.

وقد تكون مصلحة البائع فى التمسك بالبيع وطلب تكملة الثمن، فينزل عن حقه فى إبطال العقد، وتتحقق هذه المصلحة إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالغبن عما كانت عليه وقت البيع بحيث تكون تكملة الثمن التى يحصل عليها من وراء الطعن بالغبن خيرا له من استرداد المبيع إذا هو طعن فى البيع بالبطلان.

(2) محمد شكرى سرور ص 167.

(3) سليمان مرقس 234 - عبد المنعم البدرأوى ص 324 - محمد شكرى سرور ص 166 - خميس خضر ص 104 - محمد لبيب شنب ص 43 - عبد الناصر العطار ص 84 - منصور مصطفى منصور ص 63 - جلال العدوى ص 96 - وعكس ذلك =

= أحمد نجيب الهاللى وحامد زكى ص 470 - محمد كامل مرسى ص 190 - أحمد فتحى زغلول ص 253 فيرون أنه لا يجوز للنائب عن غير كامل الأهلية رفع الدعوى لأن هذا الحق من الحقوق الشخصية التى تتعلق بغير كاملى الأهلية.

وقد جاء بتقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب أنه :

"أوردت هذه المادة حكم الغبن في بيع عقار ناقص الأهلية، وقد استبدلت فيها اللجنة بعبارة "فليس للبائع إلا أن يطلب تكملة الثمن" عبارة "فللبائع أن يطلب تكملة الثمن" لأن العبارة الأولى توهم أن البائع ناقص الأهلية لا يملك في حالة الغبن إلا دعوى تكملة الثمن. والواقع أنه يملك أيضا دعوى إبطال العقد لنقص أهليته، وقد يرى المصلحة في إحدى الدعويين دون الأخرى"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "مفاد النص في الفقرة الأولى من المادة 425 من القانون المدني أنه يشترط للتمسك بالغبن في البيع وفقا له أن يكون مالك العقار المبيع غير كامل الأهلية سواء أكان فاقدا الأهلية أم كان ناقصها وقت البيع، وأن هذا الدفع فيما لو ثبت صحته وتوافرت شروطه لا يؤدي إلى إبطال العقد وإنما هو سبب لتكملة الثمن، وينبنى على ذلك ألا يكون مقبولا ممن هو كامل الأهلية التمسك بإبطال عقد البيع تطبيقا لهذا النص وإنما يجوز له طلب الإبطال إذا كان المتعاقد معه قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا دفعه إلى التعاقد وأوقع به الغبن إعمالا لنص المادة 129 من القانون المدني".

(طعن رقم 345 لسنة 54 ق جلسة 1988/11/24)

2- "مفاد النص في الفقرة الأولى من المادة 425 من القانون المدني أنه يشترط للتمسك بالغبن في البيع وفقا له أن يكون مالك العقار المبيع غير كامل الأهلية سواء أكان فاقدا الأهلية أم كان ناقصها وقت البيع، وهذا الدفع فيما لو ثبتت صحته وتوافرت شروطه لا يؤدي إلى إبطال العقد وإنما هو سبب لتكملة الثمن".

(طعن رقم 1610 لسنة 57 ق جلسة 1992/2/19)

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 36.



مادة (426)

1- تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع.

2- ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع.

الشرح

76- سقوط دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن بالتقادم :

تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن بانقضاء ثلاث سنوات من وقت اكتمال أهلية صاحب العقار المبيع، أو من وقت موته إن مات قبل أن تكتمل أهليته.

أما إن كان موته بعد ذلك، فإن مدة ثلاث السنوات - التي تكون بدأت من وقت اكتمال الأهلية قبل الوفاة - تتم بما يكملها بعد الوفاة.

ومدة التقادم المسقط لهذه الدعوى لا تقبل الوقف بسبب عدم الأهلية، فإذا توفى غير كامل الأهلية وكان بين ورثته صغير ليس له نائب قانوني فلا توقف الدعوى، ذلك أن التقادم الذي يوقف لهذا السبب هو التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات (م2/382)⁽¹⁾.

غير أنه يراعى أن دعوى الفسخ مستقلة عن دعوى تكملة الثمن، وإن كانت تقوم نتيجة لها.

فلا تسقط دعوى الفسخ إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت قيام سبب

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 224 - خميس خضر ص 105 - سليمان مرقس ص 234.

الفسخ أى من وقت امتناع المشتري عن تكملة الثمن⁽¹⁾.

77- عدم الإضرار بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار

المبيع :

تنص الفقرة الثانية من المادة (426) على أنه: "ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع".

والمقصود بالدعوى هى دعوى تكملة الثمن، وما قد يتبعها من دعوى فسخ البيع إذا لم ينفذ المشتري الحكم الصادر بتكملة الثمن.

وهذا النص هو تطبيق للمبادئ العامة، والتي تحمى الغير حسن النية الذى يكون قد اكتسب على العقار المبيع حقا عينيا وهو لا يعلم بالغبين الذى لحق بالبائع.

فقد نصت المادة 17 من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 (المعدل) على أنه: "يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة 15 أو التأشير بها أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤثر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها.

ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة".

والمادة (15) المشار إليها تنص على أنه: "يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأصيل لم يشهر تسجل تلك الدعاوى.

ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو

التأشير بها على حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية.

وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة".

وعلى ذلك إذا فسخ البيع بناء على طلب غير كامل الأهلية أو نائبه القانوني لعدم دفع المشتري فرق الثمن المحكوم به، وتبين أن المشتري كان قد تصرف في العقار لمشتري حسن النية، وسجل هذا عقده قبل أن يرفع البائع الأصلي دعوى الفسخ أو بعد رفعها وقبل تسجيل صحيفة دعواها وفقا لأحكام قانون تنظيم الشهر العقاري، فإن حكم الفسخ لا يمكن أن يحتج به على المشتري الثاني. فيحفظ هذا بملكية العقار ويستحيل حق البائع الأصلي إلى تعويض ويشمل التعويض في هذه الحالة قيمة المبيع كاملة ولا يكتفى فيه بأربعة أخماسها. ولذلك يكون من مصلحة البائع في مثل هذه الحالة أن يبادر إلى التأشير بحكم تكملة الثمن في هامش تسجيل عقد البيع حتى يستطيع الاحتجاج بامتياز البائع على الغير الذي يكسب حقوقا عينية على العقار بعد هذا التأشير.

فإذا أراد رفع دعوى الفسخ بعد ذلك وجب أن يستوثق أولا من أن المشتري لم يتصرف في المبيع، ثم يرفع دعوى الفسخ ويبادر إلى تسجيل عريضتها حتى يستطيع الاحتجاج بحكم الفسخ - متى صدر - على من يكون قد سبق أن اكتسب حقا عينيا على العقار في الفترة ما بين تسجيل دعوى الفسخ وصدور الحكم فيها. أما إذا وجد قبل رفع دعوى الفسخ أن المشتري قد تصرف للغير في العقار وأن الغير قد حفظ حقه بتسجيله، انعدمت مصلحته في الفسخ وكان الأولى به أن ينفذ بفرق الثمن على أموال المشتري فضلا عن حقه في تتبع المبيع في يد المتصرف

إليه بمقتضى ماله عليه من امتياز⁽¹⁾.

كما يتفق النص مع القاعدة الواردة بالمادة 1034 مدنى - الواردة فى الرهن الرسمى - والتي تقضى بأن: "يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأى سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن".

مادة (427)

لا يجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى.

الشرح

78- عدم جواز الطعن بالغبن فى البيع الذى يتم كنص القانون بطريق

المزاد العلنى :

كانت المادة (567) من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى المقابلة للمادة (427) تنص على أنه: "لا يجوز الطعن بالغبن فى بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزاد العلنى".

وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"نص المشروع على عدم جواز الطعن بالغبن فى بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزاد العلنى، كالبيع جبرا للتنفيذ على مال المدين، وكبيع عقار القاصر فى المزاد العلنى، لأن المفروض فى هذه البيوع أن كل الإجراءات اللازمة للحصول على أعلى ثمن ممكن وقت البيع اتخذت، فإذا رسا المزاد، رغم ذلك، بثمن فيه غبن، فليس فى الأمر حيلة. وفى هذا أيضا تقنين لما جرى عليه القضاء

(1) سليمان مرقس ص 235 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 225 وما بعدها - محمد

شكرى سرور ص 168 وما بعدها.

في مصر⁽¹⁾.

وفي لجنة المراجعة أقرت اللجنة المادة مع "تحويل يجعل المعنى أدق" وأصبح نصها كما هو عليه بالوضع الراهن⁽²⁾.

وقد ثار الخلاف في تطبيق هذا النص بصدد بيع عقار غير كامل الأهلية، إذا اشترطت المحكمة بيعه بالمزاد العلني وتم البيع فعلا بالمزاد وفقا للإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات في بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب.

فذهب رأى إلى أنه لا يجوز الطعن بالغبن في مثل هذا البيع، على سند من أن المشروع التمهيدى للمادة 427 مدنى كانت تقضى بعدم جواز الطعن بالغبن فى بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزداد العلنى. فكان الطعن بالغبن ممتنعا، بموجب هذا النص، فى بيع يحتم القانون أن يكون بالمزاد العلنى، وذلك كبيع عقار المدين للتففيذ بالدين وبيع العقار لعدم إمكان قسمته عينا. أما إذا كان البيع لا يتحتم قانونا أن يكون بالمزاد العلنى، كبيع عقار غير كامل الأهلية والغائب، فإنه يجوز الطعن فيه بالغبن ولو حصل بالمزاد العلنى. ولكن نص المشروع التمهيدى حور فى لجنة المراجعة، واستقر النص فى المادة 427 من التقنين المدنى الجديد على الوجه الآتى: "لا يجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزداد العلنى"، فأصبح، بموجب هذا النص، الطعن بالغبن ممتنعا فى بيع عقار غير كامل الأهلية إذا اشترطت المحكمة بيعه بالمزاد العلنى، وتم البيع فعلا بالمزاد كنص القانون أى وفقا للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات فى بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب⁽³⁾.

بينما ذهب رأى آخر، إلى أنه يجوز الطعن بالغبن فى هذا البيع، لأن البيع

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 40.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 41.

(1) السنهورى ص 394 وهامش (2) وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 221- سليمان مرقس ص 233.

بالمزاد لا يتمتع فيه الطعن بالغبن إلا إذا كان القانون يحتّم الالتجاء إلى المزداد. وهذا البيع يصح أن يقع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات ولكن القانون لا يحتّم ذلك، فقد يحصل الوصى على إذن المحكمة فى بيع عقار القاصر، وتقتصر المحكمة على أخذ رأى خبير فى قيمة العقار ومناسبة الثمن لهذه القسمة دون أن تحتّم أن يكون بالمزاد العلني⁽¹⁾.

ونرى الأخذ بالرأى الأول.

وينطبق نص المادة على البيوع القضائية والإدارية على حد سواء. ولكن يراعى أن النص لا يسرى على نزع ملكية عقار مملوك لغير كامل الأهلية للمنفعة العامة، بحجة أن التعويض غير كاف وأنه ينطوى على غبن فاحش.

فالمفروض أن صاحب العقار المنزوع ملكيته قد طرق السبل القانونية التى فتحها له القانون لجعل التعويض عادلا لا ينطوى على غبن.



(2) إسماعيل غانم ص 85- خميس خضر ص 103- منصور مصطفى منصور ص 62- وما بعدها.

التزامات البائع :

مادة (428)

يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا.

الشرح

79- التزام البائع قبل المشتري :

قد يكون المبيع حق ملكية، وهذا هو الغالب، وقد يكون حقا عينيا آخر متفرعا على حق الملكية كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر. كما قد يكون حقا شخصيا، وقد يكون حقا معنويا كحق المؤلف.

وطبقا للمادة فإن البيع ينشئ فى ذمة البائع التزاما بنقل الملكية إلى المشتري، وهذا الالتزام قد يقتضى منه فى بعض الأحيان تدخلا إيجابيا أى القيام بأعمال مادية إيجابية من شأنها أن تجعل نقل الحق متيسرا. من ذلك - فى العقار - تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل، كمستندات الملكية وبيان حدود العقار إلى المشتري. وفى المنقول إفراز المبيع إذا لم يكن هذا معينا إلا بجنسه ونوعه. وقد يقتضى منه أكثر من ذلك بأن يقف موقفا سلبيا، بأن يلتزم بالكف عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق إلى المشتري مستحيلا أو عسيرا.

ومثال الأعمال التى تجعل نقل الملكية مستحيلا فيتعين من ثم على البائع الكف عنها، أن يتصرف فى المنقول - بعد البيع - ويسلمه لمشتري ثان حسن النية، أو أن يلحق بالمبيع تلفا أو تخريبا بحيث يهلكه كليا أو جزئيا بما يستحيل معه انتقال ملكيته خالصة إلى المشتري.

ومثال الأعمال التى تجعل نقل الملكية عسيرا فيتعين على البائع الكف عنها بدورها، أن يخفى مستندات ضرورية للتسجيل كشهادة الضريبة العقارية، لأن

المشتري إن كان يجوز له الحصول عليها إلا أن ذلك يكون بمشقة⁽¹⁾. ولما كان نقل الملكية في العقار لا يتم سواء بالنسبة للمتعاقدين أم بالنسبة للغير سواء في قانون التسجيل الصادر في سنة 1923، أم بموجب القانون رقم 114 لسنة 1964 (المعدل) بتنظيم الشهر العقاري إلا بالتسجيل فإن البائع يلتزم القيام بالأعمال التي من شأنها أن تجعل نقل الملكية متيسرا، من ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل وتصديق البائع على إمضائه تمهيدا لتسجيل العقد، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع.

فإذا امتنع البائع عن القيام بهذه الأعمال، لم يكن أمام المشتري إلا أن يرفع دعوى بصفة ونفاذ العقد الصادر له، ثم يقوم بتسجيل الحكم الصادر في هذه الدعوى، فتنقل إليه الملكية.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"تفصل المادتان (568 و 569) التزام البائع بنقل الملكية أو الحق المبيع. فتحدد المادة الأولى الأعمال التي يجب أن يقوم بها البائع لتنفيذ هذا الالتزام، ولا نظير لها في التقنين الحالي. وسنرى في المادة التالية أن الملكية تنتقل بحكم القانون ولكن قد يطلب من البائع أن يقوم بأعمال مادية، إيجابية أو سلبية، من شأنها أن تجعل نقل الملكية متيسرا، ومن ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل وتصديق البائع على إمضائه تمهيدا لتسجيل العقد، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع، وفرز المثليات، والامتناع عن التصرف في العين تصرفا يضر بالمشتري (أنظر أيضا المادة 573 من المشروع). ويلاحظ أن المشروع يلزم البائع أن يقوم بما هو ضروري "لنقل الحق المبيع"، وهذه عبارة عامة لا تقتصر على "نقل الملكية" بل تشمل أي حق عيني أو شخصي يقع عليه البيع"⁽²⁾.

(1) محمد شكرى سلامه ص 209 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 89 وما بعدها.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 42 وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الملكية والحقوق العينية لا تنتقل إذا وردت على عقار إلا بالتسجيل وكان مفاد المادة 428 من القانون المدنى وإعمالا للمواد 204، 932، 934 من ذات القانون والمادة 9 من القانون 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدنى - أن نقل الملكية فى العقار يسبقه التزام على عاتق البائع بالقيام بما هو ضرورى من الأعمال اللازمة لإتمام إجراءات التسجيل وأخصها تقديم مستندات ملكيته للمشتري، وهو التزام بتحقيق غاية، ومن ثم فإنه يكفى لثبوت إخلال البائع به وترتيب آثار المسؤولية فى حقه مجرد امتناعه عن تقديم أحد تلك المستندات، إذ يكون من شأن ذلك جعل نقل الحق المبيع مستحيلا أو عسيرا".

(طعن رقم 5980 لسنة 65 ق جلسة 2007/5/15)

2- "وحيث إن هذا النعى شديد، ذلك أن من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع يقوم مقام التوقيع أمام الموثق على عقد البيع النهائى، ويحل محله فى التسجيل، وإذ كانت المادة 428 من القانون المدنى تلزم البائع بأن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشتري إلا أنه متى كان هذا الالتزام يقابله التزام من جانب المشتري، ولم يتم بتنفيذه جاز للبائع، وعلى ما تقضى به المادة 161 من القانون المدنى أن يمتنع عن القيام بما هو ضرورى لنقل الملكية حتى يقوم المشتري بتنفيذ ما حل من التزامه، وكان يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالا، فإذا كان العقد يوجب على أحد العاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا أن ينتفع بهذا الدفع ويتعين عليه أن يفى بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر لالتزامه".

(طعن رقم 2874 لسنة 70 ق جلسة 2012/2/15)

(دعوى صحة التعاقد)

80 - المقصود بدعوى صحة التعاقد :

رأينا أن المادة 428 مدنى تنص على أن يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا.

ولما كان بيع العقار لا ينتقل إلى المشتري إلا إذا سجل العقد، فإن البائع يلتزم بأن يقوم بما هو ضرورى من جانبه لإجراء التسجيل، ومنها التوجه إلى مكتب الشهر العقارى للتوقيع على عقد البيع المعد للشهر المحرر على ورق خاص من نوع خاص، أمام الموثق أو الموظف المختص بالتصديق على الإمضاءات، وذلك بعد اعتماد مشروع العقد من مصلحة المساحة وختمه بخاتم صالح للشهر. فإذا تقاعس البائع عن ذلك فإن المشتري يستطيع اتخاذ إجراءات التنفيذ العينية، ويكون ذلك برفع دعوى صحة التعاقد أو كما تسمى أيضا دعوى صحة ونفاذ عقد البيع - فهما مسميان لدعوى واحدة⁽¹⁾ - على البائع أو ورثته فى حالة وفاة البائع قبل التسجيل. فيطلب المشتري القضاء بصحة ونفاذ عقد البيع، وتقضى المحكمة بذلك بعد التحقق من وجوده وصدوره من البائع وصحة توقيعه على العقد العرفى.

فإذا ما صدر الحكم من القاضى بصحة ونفاذ العقد. فإن هذا الحكم يقوم مقام العقد المصدق على التوقيع عليه، ويستطيع المشتري تسجيل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية المبيع.

(1) فقد قضت محكمة النقض بأن :

"دعوى إثبات التعاقد ودعوى صحة ونفاذ العقد هما مسميان لدعوى واحدة موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه".

(طعن رقم 86 لسنة 26 ق جلسة 1962/12/27)

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كان عقد البيع موضوع التداعى قد استوفى أركان انعقاده وشروط صحته من رضا غير مشوب بعييب من عيوب الإرادة ومحل محدد تحديدا نافيا للجهالة وجائز التعامل فيه وثمان نقدى معلوم مسدد بالكامل وبالتالي يتولد عنه التزام على الشركة المطعون ضدها (البائعة) بالقيام بما هو ضرورى لنقل الملكية إلى المشتري عملا بنص المادة 428 مدنى،... التزام البائع بذلك هو التزام بعمل يمكن تنفيذه عينيا".

(طعن رقم 2515 لسنة 61 ق جلسة 1997/11/25)

والأساس الذى تقوم عليه هذه الدعوى ما تنص عليه المادة 210 مدنى من أنه: "فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام". فهى إذن تقوم على إمكانية تنفيذ الالتزام عينا رغما عن المدين، وحكم القاضى بصحة ونفاذ التصرف هو التنفيذ العينى. إذ يكون هذا الحكم بمثابة عقد مصدق فيه على التوقيع فيسجل وتنتقل الملكية إلى المشتري وفى هذا تنفيذ عينى لالتزام البائع بنقل الملكية⁽¹⁾.

ويلاحظ أن هذه الدعوى قد ابتدعها العمل بعد صدور قانون التسجيل سنة 1923 ثم قننها التقنين المدنى الجديد فى المادة 210، ثم نظمها القانون رقم 114 لسنة 1964 بتنظيم الشهر العقارى. وقد استعملت هذه الدعوى بعد ذلك لإثبات التعاقد على الحقوق العينية الأخرى.

(1) الدكتور برهام عطا الله دعوى صحة التعاقد على البيع طبعة 1983 ص 112 وما بعدها - سليمان مرقس ص 313 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 109.

81- تعريف محكمة النقض لدعوى صحة التعاقد :

عرفت محكمة النقض دعوى صحة التعاقد بقولها :

1- "ينطوى تحت دعاوى الاستحقاق الواردة بالمادة السابعة من قانون التسجيل كل دعوى يكون غرض مدعيها منها ثبوت ملك أو أى حق من الحقوق العينية له أو لعقاره ولو مآلا. فإذا اعتبر حكم أن دعوى صحة التعاقد هى من دعاوى الاستحقاق التى يصح تسجيل عرائضها ورتب على تسجيل عريضتها الأثر القانونى المنصوص عليه بالمادة 12 من قانون التسجيل، فلا مخالفة للقانون فى ذلك".

(طعان رقما 48، 53 لسنة 2 ق جلسة 1933/1/5)

2- "دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق مآلا للقدر المبيع يقصد بها - على ما جرى به قضاء محكمة النقض- تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه".

(طعن رقم 161 لسنة 33 ق جلسة 1967/1/31)

3- "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية بما لازمه أن يكون البائع مالكا أصلا للعقار المبيع، فهى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه. فإذا ثبت أن البائع ليس مالكا للعقار المبيع تعين رفض الدعوى لا لأن أساسه أن البائع باع ملك غيره وأن بيع ملك الغير قابل للإبطال ذلك لأن قابليته للإبطال مقررة لمصلحة المشتري فهو وحده الذى له طلبه طبقا للمادة 1/446 من

القانون المدني ولكن هنا يطلب صحة البيع ونفاذه ولكن الرفض أساسه كون البيع غير نافذ في نقل الملكية إلى المشتري، ودعوى صحة التعاقد لا تقبل إلا إذا كان من شأن البيع المتمسك به نقل الملكية وإلا كان الحكم بصحة ونفاذ العقد لغوا عديم القيمة. وليس بل لازم - حتى تحكم المحكمة برفض الدعوى في هذه الحالة - تدخل المالك الحقيقي فيها مادام أن البائع غير مالك المبيع وبالتالي فإن البيع الصادر منه لا يكون نافذا في نقل الملكية إلى المشتري".

(طعن رقم 1769 لسنة 62 ق جلسة 1998/11/26)

4- "إن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هي دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه ولا يجاب المشتري إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر في الدعوى ممكنين، بما يتعين تتبع البيوع المتتالية على مبيع واحد فإذا فسخ إحداها عادت الملكية للبائع فيه وأصبحت البيوع التالية لبيعه غير نافذة قبله".

(طعن رقم 2629، 2632 لسنة 73 ق جلسة 2005/6/13)

5- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن دعوى صحة التعاقد هي دعوى استحقاق مآلا تنصب على حقيقة التعاقد وتتناول أركانه ومحله ومداه ونفاذه، وأن التعاقد بشأن بيع الأملاك الخاصة للدولة وبين الجهة البائعة وطالبي الشراء لا يتم إلا بعد التصديق عليه ممن يملكه، وهذا من صاحب الصفة هو الذي يتم به ركن القبول في عقد البيع، أما الإيجاب فيصدر من راغبي الشراء على أساس سعر معين وأنه بصور القانون رقم 43 لسنة 1979 بشأن نظام الحكم المحلي فقد أصبح الاختصاص ببيع أملاك الدولة الخاصة مقصورا على

المحافظين دون سواهم كل فى نطاق المحافظة التى يمثلها، وأن مؤدى نص المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم 549 لسنة 1976 أنه رخص، للمحافظين كل فى دائرة اختصاصه فى أن يبيعوا بالممارسة العقارات المملوكة للحكومة ملكية خاصة الواقعة داخل نطاق المدن والقرى بعد موافقة اللجنة التنفيذية للمحافظة وحدد النص الجهات التى يجب أن يكون البيع إليها والشروط الخاصة بذلك".

(طعن رقم 9385 لسنة 66 ق جلسة 2009/12/15)

82- المصلحة فى رفع الدعوى :

تنص المادة الثالثة من قانون المرافعات (المستبدلة بالقانون رقم 81 لسنة 1996) على أن :

"لا تقبل أى دعوى كما لا يقبل أى طلب أو دفع استنادا لأحكام هذا القانون أو أى قانون آخر، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون.

ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

وتقضى المحكمة من تلقاء نفسها، فى أى حالة تكون عليها الدعوى، بعدم القبول فى حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها فى الفقرتين السابقتين.

ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعى بغرامة إجرائية لا تزيد عن خمسمائة جنيه إذا تبين أن المدعى قد أساء استعمال حقه فى التقاضى".

فالمصلحة هى مناط الدعوى، ويقصد بها المنفعة التى يجنيها المدعى من التجاؤه إلى القضاء.

ومبنى ذلك أنه لا يجب أن تشغل المحاكم بدعاوى لا يفيد منها أحد. ومن ثم فإن دعوى صحة التعاقد، كالمشأن فى أية دعوى أخرى، يجب أن

يتوافر لرافعها مصلحة قائمة يقرها القانون. فإذا انتفت هذه المصلحة كانت الدعوى غير مقبولة، وتقضى المحكمة بعدم قبولها من تلقاء نفسها⁽¹⁾.

ومن المسلم به وجود مصلحة لمشتري العقار بعقد عرفى فى رفع الدعوى، إذا امتنع البائع عن التوجه معه إلى مكتب الشهر العقارى للتوقيع على عقد البيع المعد لذلك أمام الموثق أو الموظف المختص بمكتب الشهر العقارى.

إلا أنه يثور التساؤل عما إذا كانت توجد مصلحة للبائع فى رفع هذه الدعوى. والإجابة على ذلك، أن القاعدة العامة أنه لا توجد ثمة مصلحة للبائع فى رفع هذه الدعوى، إلا إذا تبين من وقائع الدعوى وجود مصلحة له فى ذلك⁽²⁾. ومثل ذلك وجود مصلحة لبائع الأرض الزراعية فى رفع دعوى صحة التعاقد ليقوم بتسجيل العقد فيخرج المبيع عن ملكه ليدرأ عن نفسه خطر تطبيق قانون الإصلاح الزراعى أو تعرضه للمطالبة بسداد الضرائب على الأقطان.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن :

1- "لا يحدد القانون الدعاوى التى يجوز رفعها، وإنما يشترط لقبول الدعوى أن يكون لصاحبها مصلحة قائمة يقرها القانون، وتكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

وإذا كان الطاعنان قد طلبا بدعواهما الحكم بصحة التعاقد عن عقد البيع الصادر منهما إلى المطعون عليه، وتمسكا بقيام مصلحة لهما فى الحصول على الحكم، لأن البيع تم وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعى رقم 178 لسنة 1952 ويجب تسجيله، وأنهما لن يتمكنوا قبل التسجيل من قيد حق الامتياز المقرر لهما على العين المبيعة وأن تكليف الأقطان لا ينتقل إلى اسم المطعون عليه إلا بعد

(1) راجع مؤلفنا الدفوع فى قانون المرافعات فى ضوء الفقه والقضاء.

(1) الدكتور محمد المنجى عقد البيع الابتدائى الطبعة الأولى 1983 ص 367.

إتمام التسجيل مما يعرضهما لدفع الضرائب المستحقة على الأطيان، وكان يبين من الحكم الابتدائي - الذى أيدته وأحال إلى أسبابه الحكم المطعون فيه - أنه قضى برفض دعوى الطاعنين استنادا إلى أن البائع لا يملك رفع دعوى صحة البيع، دون أن ينفى وجود مصلحة للطاعنين فى إقامة دعواهما، فإنه يكون قد أخطأ فى القانون بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 246 لسنة 40 ق جلسة 1976/2/26)

2- "البائع الأرض الزراعية - وليس المشتري فقط - أن يطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع ليقوم بتسجيله فيخرج المبيع عن ملكه ليدراً عن نفسه خطر تطبيق قانون الإصلاح الزراعى أو تعرضه للمطالبة بسداد الضرائب على الأطيان".

(طعن رقم 4147 لسنة 69 ق جلسة 2011/6/13)

83- طبيعة دعوى صحة التعاقد :

دعوى صحة التعاقد دعوى شخصية عقارية. فهى شخصية، لأن المدعى يستند فيها إلى حقه الشخصى المتولد عن عقد البيع غير المسجل لأنه لم يصبح بعد صاحب حق عينى، فهو لا يطالب بتنشيت ملكيته للعقار المبيع - وهذا غير جائز - وإنما يطالب بتنفيذ التزام شخصى ناشئ عن عقد البيع.

وهى عقارية، لأنها تهدف فى النهاية إلى ثبوت حق عقارى، عن طريق الحصول على حكم بثبوت عقد البيع العرفى يقوم مقام تسجيل عقد البيع. ويرفعها المشتري أو ورثته على البائع أو ورثته⁽¹⁾.

84- اتساع سلطة المحكمة فى دعوى صحة التعاقد لبحث ما يثار من

أسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وصحته وبطلانه :

دعوى صحة التعاقد هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث

(1) خميس خضر ص 136 - محمد المنجى ص 254.

موضوع العقد ومداه ونفاذه بما يستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية. ومن ثم تتسع سلطة المحكمة للتصدي لما يثار عن تكييف العقد، وما إذا كان العقد بيعاً أم عقداً أو تصرفاً آخر كهبة أو وصية، بل إنه يجب على المحكمة من تلقاء نفسها تكييف العقد.

وتتسع أيضاً لما يثار عن قابلية المبيع للتعامل فيه، أو عن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه، وكذلك بحث ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه أو صحته أو بطلانه، ومنها أنه غير جدي أو صوري صورية مطلقة، أو اتفق أو قضى بفسخه.

كما تتسع للفصل في أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته، وهل كان له عذر في الامتناع.

والوقوف عما إذا كان لهذا الامتناع سبب ببرره أم لا. فإذا كان سبب امتناع عن تسجيل البائع العقد هو عدم تنفيذ التزامات المشتري، كعدم دفع الثمن مثلاً، فإنه لا يجوز القضاء بصحة التعاقد.

وبصفة عامة فإن سلطة القاضي تتسع لكل ما يثار في الدعوى ويكون من شأنه ألا يقضى بصحة التعاقد.

فدعوى صحة التعاقد إنما تعنى أن موضوعها هو البحث في حقيقة البيع الوارد على العقار، فهي دعوى تبحث في مدى حق المشتري الذي تعلق بالعقار⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) السهوري ص 493 وما بعدها - الدكتور رمضان أبو السعود طبيعة دعوى صحة التعاقد وتقادمها بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الاسكندرية السنة العشرون العدد الأول 1990 ص 53 وما بعدها.

1- "وحيث إن هذا النعى شديد ذلك أنه لما كان من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة- أن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية منه إلى المشتري تنفيذا عينيا وذلك بالحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل ملكية العقار المبيع بما لازمه أن يكون البائع مالكا أصلا لهذا العقار، ومن ثم يتعين عند الفصل فى الدعوى بحث ما يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع إذ لا يكفى حينئذ ما يورده البائع فى العقد من بيان لسند ملكيته، وكان من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة- أيضا أن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفي دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا هو حق له يتعين على محكمة الموضوع إجابته إليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة فى النزاع ولم يكن فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها، وكان الثابت فى الأوراق أن الطاعنين تمسكا أمام محكمة الموضوع بأن سند ملكية البائعة لهما للأرض المبيعة، هو وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية، وطلبا إحالة الدعوى إلى التحقيق لتمكينهما من إثبات هذا الدفاع، إلا أن الحكم المطعون فيه التفت عن هذا الطلب الجوهرى وقضى برفض الدعوى استنادا إلى ما ورد بنقيرير الخبير من أن الأرض المبيعة لا تدخل ضمن حدود الأرض الواردة بالعقد المسجل سند ملكية البائعة للطاعنين فإنه يكون قد شابه الإخلال بحق الدفاع والقصور فى التسبيب لعدم مواجهته الدفاع سالف البيان الذى جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 1043 لسنة 54 ق جلسة 2004/5/25)

2- "المقرر أن دعوى صحة ونفاذ العقد هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه، ومن ثم فإن تلك الدعوى تنتسح لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه وبصحته أو بطلانه

ومنها أنه صوري صورية مطلقة إذ من شأن هذه الصورية لو صحت أن يعتبر العقد لا وجود له قانوناً فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه، وأن القضاء بصحة العقد يتضمن حتماً أنه عقد غير صوري وصحيح، ومتى حاز الحكم قوة الأمر المقضى فإنه يمتنع على الخصوم في الدعوى التي صدر فيها من العودة إلى المناقشة في المسألة التي فصل فيها بأية دعوى تالية يثار فيها النزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها".

(طعن رقم 4114 لسنة 64 ق جلسة 2010/6/12)

ولا يشترط أن يرفع البائع دعوى مستقلة بالفسخ، إذ استعمال الحق كما يكون في صورة دعوى به يرفعها صاحبه، يكون في صورة دفع في دعوى مرفوعة عليه.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هي دعوى استحقاق مآلاً للقدر المبيع يقصد بها - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه".

(طعن رقم 161 لسنة 33 ق جلسة 1967/1/31)

2- "دعوى صحة ونفاذ العقد هي دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه وتستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد في نقلها، وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة العقد وبالتالي فإن تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وبصحته أو بطلانه ومنها أنه غير جدى أو حصل التنازل عنه، إذ من شأن هذه الأسباب

لو صحت أن يعتبر العقد غير موجود قانوناً فيحول ذلك دون الحكم بصحته ونفاذه ومن ثم فلا صحة للقول بأن ولاية القاضى فى هذه الدعوى قاصرة على فحص ما إذا كان التصرف فى المال موضوع النزاع قد صدر أو لم يصدر، إذ هى تختلف عن دعوى صحة التوقيع التى لا تعدو أن تكون دعوى تحفظية الغرض منها تطمين من بيده سند عرقى إلى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع بعد الحكم فيها بصحة توقيعه أن ينازع فى التوقيع ويمتنع فيها على القاضى أن يعرض للتصرف المدون فى السند من جهة صحته وعدم صحته ووجوده أو انعدامه وزواله بل يقتصر بحثه على صحة التوقيع فقط".

(طعن رقم 576 لسنة 35 ق جلسة 1970/2/26)

3- "دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- دعوى استحقاق مآلاً يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية، ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه".

(طعن رقم 157 لسنة 39 ق جلسة 1974/10/15)

4- "لما كانت دعوى صحة التعاقد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - دعوى استحقاق مآلاً يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية، فيتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه أو ولايته فى عقد البيع ولا يجاب المشتري إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين ومن ثم يمتنع التنازع فى شئ من ذلك من جديد بين الخصوم أنفسهم فى أية دعوى تالية ولو بأدلة جديدة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها أو أثيرت فى

الدعوى السابقة ولم يبحثها الحكم الصادر فيها ذلك أن المحكمة لا تقف عند رفض أسباب البطلان التي توجه إلى العقد بل تجاوز ذلك إلى البحث في صحة العقد ولا تقضى بصحته ونفاذه إلا إذا تحقق لها من الأوراق المقدمة إليها أن التصرف الذي يتناوله العقد صحيح ونافذ، وإذا كانت الدعوى تتسع لإثارة جميع أسباب البطلان وعدم النفاذ التي توجه إلى التصرف فإنه إذا فات الخصم إبداء سبب من هذه الأسباب كان في استطاعته إبداءه في تلك الدعوى ثم حكم بصحة العقد فإن هذا يكون مانعا له من رفع دعوى جديدة".

(طعان رقما 1558، 2249 لسنة 60 ق جلسة 1992/12/29)

5- "إذ كان الحكم الصادر في الدعوى المرفوعة من الطاعنين ضد المطعون عليهم قد قضى بثبوت ملكية الطاعنين للعقار محل العقد موضوع الدعوى الماثلة وهو ما يترتب عليه بالتالي استحالة تسجيل الحكم الذي يصدر فيها بصحة ونفاذ العقد المذكور التزاما بحجية الحكم السابق الصادر ضد المطعون عليهم وإذا قضى الحكم المطعون فيه - على خلاف هذا النظر - بصحة ونفاذ ذلك العقد والتسليم فإنه يكون قد ناقض قضاء الحكم السابق الذي صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى مما يكون معه الطعن بالنقض جائزا".

(طعن رقم 3685 لسنة 59 ق جلسة 1994/10/23)

6- "لئن كانت دعوى صحة ونفاذ عقد البيع دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه، وأنه لا يجاب المشتري إلى طلبه إلا إذا كان البائع مالكا حتى يكون انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر في الدعوى ممكنين. إلا أنه بحسب المحكمة أن تجيبه إلى طلبه إذا لم تتم منازعة جديدة ولم تكشف أوراق الدعوى

أمامها عن أن الملكية ليست ثابتة بأى طريق من طرق كسب الملكية أو أنها محل منازعة من الغير".

(طعن رقم 170 لسنة 58 ق جلسة 1995/4/30)

7- "وحيث إن هذا النعى شديد، ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن دعوى صحة التعاقد هى دعوى استحقاق مآلا تنصب على حقيقة التعاقد فتتناول أركانه ومحلّه ومداه ونفاذه، وأن التعاقد بشأن بيع الأملاك الخاصة بالدولة لا يتم إلا بالتصديق عليه ممن يملكه، ولما كان واجب محكمة الموضوع يقتضيها أن تضمن أسباب حكمها ما يدل على أنها فحصت ما طرح عليها من أدلة فحصا دقيقا، وفندت وجوه الدفاع الجوهرية، وأوفتها ما تقتضيه من عناية، وسلكت فى سبيل ذلك كل الوسائل الموصلة إلى الكشف عن أنها فهمت واقع الدعوى فهما صحيحا مستمدا من أصل ثابت فى الأوراق. لما كان ذلك، وكان الثابت من تقريرى الخبرة المقدمين فى الدعوى تقع ضمن أراضى القوات المسلحة التى تتفاوض بشأنها مع محافظة الشرقية، وهو ما قرره الطاعن أمام الخبير وأوضح أنها كانت ضمن حرم مطار أبو صير الحربى، وأن هذا المطار ألغى بعد صدور الحكم الابتدائى وسلمت الأرض للمحافظة، كما جاء بهما ما يفيد سبق بيعها لجمعية 9 سبتمبر بالبيعة رقم 10977 لسنة 1981 ثم استنزلت من هذه البيعة طبقا لأحكام القانون رقم 19 لسنة 1984، وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بصحة ونفاذ ذلك العقد دون أن يتحقق مما إذا كانت الأرض المبيعة بمقتضاه مملوكة للقوات المسلحة، أم للجمعية المشار إليها، أم لمحافظة الشرقية، ومن صحة ما أثاره المطعون ضده من أن محافظ الشرقية فوض مدير إدارة أملاك الدولة بالمحافظة بتاريخ 1981/4/15 فى إتمام إجراءات البيع بعد الرجوع إلى وكيل وزارة الرى، مما ينبئ عن أن محكمة الاستئناف لم تستنفد سلطتها فى التحقيق لكشف الواقع فى الدعوى بلوغا إلى وجه الحق فيها،

ويعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيقها للقانون، فإن حكمها - فضلاً عن مخالفتها القانون، وخطئه في تطبيقه - يكون مشوباً بقصور يبطله، ويوجب نقضه".

(طعن رقم 5500 لسنة 63 ق جلسة 2001/4/10)

8- "إذ كان البين من الأوراق ومما سجله الحكم المطعون فيه أن الطاعنة قد تمسكت في دفاعها بأن المطعون ضده الأول قد سبق أن باع لها الحصة والشقة محل النزاع بموجب عقد بيع ابتدائي مصدق عليه من القنصلية المصرية بالرياض من قبل أن يبيع المذكور ذات العين محل النزاع لأولاده القصر. وطلبت بطلان هذا التصرف اللاحق إعمالاً للمادة 23 من القانون 136 لسنة 81، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى ببطلان التصرف اللاحق بمقولة إن إعمال النص المشار إليه يكون للمحكمة الجنائية المختصة ويخرج عن اختصاص القضاء المدني، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما حجبته عن بحث وتمحيص دفاع الطاعنة على الرغم من أنه دفاع جوهرى يتغير به - إن صح - وجه الرأى فى الدعوى".

(طعن رقم 4890 لسنة 69 ق جلسة 2010/12/6)

والمقصود من التمسك بصورية العقد اعتباره منعداً لا أثر له.

ولكن مجرد التراخى فى تنفيذ عقد البيع لا يدل على صوريته وعدم جديته.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان المقصود من التمسك بصورية عقد اعتباره منعداً لا أثر له ويصح التمسك بها لكل ذى مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقدین رابطة عقدية".

(طعن رقم 6854 لسنة 72 ق جلسة 2004/5/12)

2- "لما كان الحكم المطعون فيه قد استدل على صورية عقد شراء الطاعنة لعين التداعى لمجرد تراخى تنفيذه على الطبيعة من وقت إبرامه فى 1/12/1988 حتى عام 1996 ولأن الطاعنة قد تقدمت مع آخرين بشكوى للمدعى العام

الاشتراكى ضد المطعون ضدهما الثانى والثالثة لقيامهما ببيع وحدات سكنية من بينها عين النزاع أكثر من مرة وقد قضى ضدهما بالحبس فى الجنحة رقم جنح حلوان لبيعهما الشقق لأكثر من شخص ولما كان مجرد تأخير تنفيذ عقد شراء الطاعة لعين النزاع من وقت إبرامه فى 1988/12/1 حتى عام 1996 لا يدل بذاته على صورية وعدم جدية هذا العقد هذا بالإضافة إلى إن شكاية الطاعة للمدعى العام الاشتراكى ضد المطعون ضدهما الثانى والثالثة لتكرار بيعهما شقة التداعى أكثر من مرة ولأكثر من شخص وإدانتهم جنائيا لهذا السبب لا يتأتى منطقاً ولا عقلاً اعتباره قرينة على صورية عقد شراء الطاعة لعين التداعى ويكون الحكم بهذه المثابة قد أقام قضاءه بصورية العقد المؤرخ 1988/12/1 على قرائن معيبة ورتب على ذلك قضاءه بعدم نفاذ هذا العقد فى حق المطعون ضدها الأولى فإنه يكون معيباً بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب".

(طعن رقم 5058 لسنة 72 ق جلسة 2004/4/15)

85- وجوب تكيف العقد المطلوب القضاء بصحته ونفاذه :

لا تستطيع محكمة الموضوع البت فى أمر صحة العقد ونفاذه سواء باعتباره بيعاً أو باعتباره وصية إلا بعد تكييفه إذ يتوقف على هذا التكييف معرفة الأحكام القانونية التى تطبق عليه من حيث الصحة والنفاذ.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه أعرض عن قول كلمة الفصل فيما أثير من نزاع حول تكييف العقد وهو فى صدد القضاء بصحته ونفاذه مأخوذاً باتساع التركة لنفاذ التصرف سواء باعتباره بيعاً أو باعتباره وصية، وكانت المحكمة لا تستطيع البت فى أمر صحة العقد ونفاذه سواء باعتباره بيعاً أو باعتباره وصية إلا بعد تكييفه إذ يتوقف على هذا التكييف معرفة الأحكام القانونية التى تطبق عليه من حيث الصحة، والنفاذ، ولا يجوز لها حتى بفرض

أن التركة تتسع لنفاذ التصرف في الحاليين أن تقضى بنفاذه قبل أن تثبت في أمر تكييفه وهل هو بيع أو وصية، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وقصرت أسبابه عن حمل قضائه بصحة التعاقد ونفاذه بعد ما تناقضت فتماحت".

(طعن رقم 261 لسنة 39 ق جلسة 1974/4/29)

86 - عدم وجوب إعدار البائع قبل رفع دعوى صحة التعاقد :

لا يوجب القانون على المشتري إعدار البائع أو إثبات امتناعه عن المثول أمام مكتب الشهر العقاري لتوقيع عقد البيع المسجل قبل رفع الدعوى قبله بصحة ونفاذ العقد.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"ليس في القانون ما يوجب على المشتري سبق إعدار البائع أو إثبات امتناعه عن المثول أمام الشهر العقاري لتوقيع عقد البيع النهائي قبل رفع الدعوى قبله بطلب صحة ونفاذ هذا التعاقد".

(طعن رقم 70 لسنة 60 ق جلسة 1994/9/28)

87 - لا يلزم توقيع المشتري على عقد البيع :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة عقد البيع تأسيساً على أنه قد توافرت له أركان انعقاده بدفع مورث المطعون ضدها - المشتري - الثمن كاملاً إلى الطاعنة - البائعة - وتسلم العقد الموقع عليه منها، وتمسك المطعون ضدها - الوارثة للمشتري - بهذا العقد في مواجهة البائعة، وإقامتها عليها الدعوى بصحته ونفاذه مما مؤداه أن الحكم اعتبر ذلك قبولاً من المشتري للبيع، يغني عن توقيعه على العقد فإن هذا من الحكم يكون لا خطأ فيه ولا قصور".

(طعن رقم 239 لسنة 38 ق جلسة 1973/12/18)

88- العبرة فى تحديد العقار المحكوم بإثبات التعاقد فيه بما ورد بالعقد الذى بيع بموجبه :

إذا اختلفت حدود العقار الواردة بصحيفة دعوى صحة ونفاذ عقد البيع، عن تلك الواردة بعقد البيع ذاته، فإن العبرة فى تحديد العين المبيعة بما ورد بعقد البيع الذى بيع بموجبه⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن العبرة فى تحديد الأطيان (أى فى تعيين المبيع) المحكوم بإثبات صحة التعاقد فيها هى بما ورد من ذلك فى العقد الذى بيعت بموجبه، لا بما يكون قد ورد فى صحيفة دعوى صحة التعاقد".

(طعن رقم 46 لسنة 13 ق جلسة 1943/12/30)

89- وجوب أن يكون البائع مالكا للمبيع :

المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذيا عينيا، والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية، فإذا كان سند شراء البائع للعين المبيعة عقد بيع مسجل، كان انتقال الملكية إلى المشتري ممكنا بعد تسجيل الحكم الصادر فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذ كان البين من الأوراق أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بعدم نفاذ عقد بيع أرض النزاع لمورث المطعون ضدهما الأولين والمؤرخ 1993/12/5 لصدوره من المطعون ضدهم من الثالث للخامس وهم غير مالكين

(1) السنهورى ص 492 هامش (3).

لها لأن عقد شرائهم للأرض من الطاعن والمؤرخ 1991/11/2 قد تم العدول عنه بتراضى طرفيه وحل محله العقد المؤرخ 1991/11/20 والذى قضى بفسخه، وكان الثابت بالحكم. لسنة..... الاسكندرية الابتدائية والمؤيد بالاستئناف..... لسنة..... ق الاسكندرية أنه قطع فى أسبابه بأن العقد المؤرخ 1991/11/2 قد تم العدول عنه بإرادة الطرفين - ثم قضى بفسخ عقد شرائهم المؤرخ 1991/11/20 لذات الأرض باعتباره العقد المعول عليه بين الطرفين وحازت هذه المسألة حجية الأمر المقضى بينهما فعادت ملكية الأرض للطاعن وأصبح عقد البيع المؤرخ 1993/12/5 التالى لبيعه الذى قضى بفسخه عن ذات الأرض - على ما جاء بتقرير الخبير - غير نافذ قبل الطاعن، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه بصحة ونفاذ عقدى البيع المؤرخين 1991/11/2، 1993/12/5 معتبرا أن العقد الأول - غير القائم - هو المعول عليه بين طرفيه بمقولة اختلافه فى المساحة والثلث بالمخالفة لحجية الحكم النهائى وتقرير الخبير سالفى الذكر - مما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون ومخالفة الثابت بالأوراق".

(طعان رقما 2629، 2632 لسنة 73 ق جلسة 2005/6/13)

2- "إن الدعوى بصحة ونفاذ عقد البيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه فى مواجهة البائع وهى تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام مقام العقد المسجل فى نقل الملكية وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع وأن يتحقق من استيفائه للشروط اللازمة لانعقاده وصحته وبالتالى فإن الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من منازعات تتعلق بانعقاد العقد ومدى صحته وجديته كما يتعين على المحكمة ألا تثبت فى أمر صحة ونفاذ العقد سواء باعتباره بيعا أو وصية إلا بعد أن تحدد نوعه

إذ يتوقف على هذا التحديد معرفة الأحكام القانونية التي تنطبق عليه من حيث الصحة والنفاذ وعلى ذلك فإنه إذا فات الخصم إبداء أى منازعة سواء تعلقت بصحة العقد أو نفاذه وكان فى استطاعته إبدائها فى تلك الدعوى ثم حكم بصحة العقد ونفاذه فإن هذا الحكم يكون مانعا لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة تستند إلى أحد الأسباب التى كانت دعوى صحة ونفاذ العقد تتسع لبحثها".

(طعن رقم 3506 لسنة 67 ق جلسة 2010/6/15)

غير أنه يحدث ألا يكون البائع قد تملك المبيع بعقد مسجل. كأن يكون سند البائع عقد بيع عرفى أو حكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له، أو بوضع اليد المدة الطويلة أو المدة القصيرة أو عن طريق الميراث.
ومن ثم نعرض للصور السابقة فيما يلى :

(أ) إذا كان سند البائع للبائع عقد بيع عرفى :

إذا كان سند ملكية البائع للبائع عقد بيع عرفى، فإنه لا يكون مالكا للعين المبيعة، فإذا أقام المشتري دعوى بصحة ونفاذ العقد الصادر له من البائع، فإن دعواه تكون غير مقبولة، لأن انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر له فى الدعوى يكونان غير ممكنين، طالما أن الملكية لم تنتقل إلى البائع له كما أن الحكم للمشتري فى هذه الحالة بصحة عقده لا يمكن أن يحقق الغاية منه بسبب استحالة تسجيله قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه وقد يمتنع من باع لهذا البائع عن القيام بالإجراءات اللازمة لهذا التسجيل ولا يكون فى الإمكان إجباره على إنفاذ التزامه بذلك عن طريق رفع دعوى عليه بصحة التعاقد إذا تبين أن البيع الصادر منه غير صحيح أو غير واجب النفاذ بسبب قانونى.

(أنظر أحكام محكمة النقض التالية).

غير أنه يجوز للمشتري فى هذه الحالة اختصام البائع للبائع له، مستعلا حق مدينه (البائع له) فى الدعوى المباشرة المنصوص عليها بالمادة 235

مدنى⁽¹⁾، فيطلب أولاً: الحكم بصحة ونفاذ عقد البائع للبائع له. وثانياً: الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له من البائع.

أما إذا لم يختصم المشتري البائع للبائع له طالبا الحكم بصحة ونفاذ العقد الصادر منه للأخير، كانت دعواه غير مقبولة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذ كان المقصود بدعوى صحة ونفاذ البيع - المعروفة بدعوى صحة التعاقد - هو تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية فإن المشتري لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر له فى الدعوى ممكنين ومن ثم فإذا ظهر للمحكمة من أوراق الدعوى أن الملكية لم تنتقل إلى البائع حتى تاريخ الفصل فى الدعوى لأن عقد شرائه لم يسجل وأن المشتري لم يختصم فى دعواه البائع للبائع له ليطالب الحكم بصحة العقد الصادر منه إلى البائع للمشتري توطئه للحكم بصحة عقده هو حتى إذا ما سجل الحكم الصادر بصحة العقدین انتقلت الملكية إليه، فإنه لا يكون للمحكمة أن تجيب المشتري الأخير إلى طلبه وتكون دعواه بطلب صحة تعاقد قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه غير مقبولة ذلك أنه مادامت الملكية لم تنتقل إلى البائع له فإن هذا البائع لا يستطيع نقلها إليه كما وأن الحكم للمشتري فى هذه الحالة بصحة عقده لا يمكن أن يحقق الغاية منه بسبب استحالة تسجيله قبل أن يسجل البائع له

(1) تنص هذه المادة على أن: "1- لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز.

2- ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد فى هذا الإعسار، ولا يشترط إذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصما فى الدعوى".

عقد شرائه وقد يتمتع من باع لهذا البائع عن القيام بالإجراءات اللازمة لهذا التسجيل ولا يكون فى الإمكان إجباره على إنفاذ التزامه بذلك عن طريق رفع دعوى عليه بصحة التعاقد إذا تبين أن البيع الصادر منه غير صحيح أو غير واجب النفاذ بسبب قانونى".

(طعن رقم 290 لسنة 32 ق جلسة 1966/5/22)

2- "لما كان المقصود بدعوى صحة ونفاذ البيع هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية فإن المشتري لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية وتسجيل الحكم الذى يصدر له فى الدعوى ممكنا، فإذا ظهر للمحكمة من أوراق الدعوى أن الملكية لم تنتقل إلى البائع حتى تاريخ الفصل فى الدعوى لأن عقد شرائه لم يسجل وأن المشتري لم يختصم فى دعواه البائع للبائع له ليطلب الحكم بصحة العقد الصادر منه توطئه للحكم بصحة عقده هو حتى إذا ما سجل الحكم الصادر بصحة العقدين انتقلت الملكية إليه، فإن طلب المشتري الأخير صحة ونفاذ عقده يكون غير مقبول".

(طعن رقم 148 لسنة 35 ق جلسة 1969/4/8)

3- "حق ملكية العقار المبيع - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة- لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه، ومن ثم لا يكون لهذا المشتري أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لا تؤول إليه هو إلا بتسجيل عقده ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة 23 من قانون الشهر العقارى نصا يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني إلا المحررات التى سبق شهرها، فإذا توصل المشتري إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغما من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره، فإنه لا يكون من شأنه التسجيل على هذه

الصورة اعتبار المشتري مالكا إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذي لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده. وبالتالي فإنه لا يجدى الطاعن التمسك بأن الملكية قد انتقلت إليه بتسجيل الحكم الصادر في دعوى صحة ونفاذ عقد البيع - الصادر له- وأن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دعواه الحالية بتثبيت ملكيته للقدر المبيع له قد خالف حجية الحكم سالف الذكر، لا يجدى الطاعن هذا القول طالما أن الملكية لم تنتقل إلى البائع له، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف حكما سابقا صدر في نزاع بين الخصوم أنفسهم".

(طعن رقم 178 لسنة 41 ق جلسة 1975/10/28)

4- "المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية، فالمشتري لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر له في الدعوى ممكنين، فإذا كانت الملكية لم تنتقل إلى البائع له لأن عقد شرائه لم يسجل وجب على المشتري أن يختصم في دعواه البائع للبائع له ليطالب الحكم بصحة العقد الصادر منه وإلا كانت دعوى المشتري بصحة تعاوقه قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه غير مقبولة".

(طعن رقم 1001 لسنة 46 ق جلسة 1981/4/14)

5- "لئن كانت دعوى صحة ونفاذ عقد البيع- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هي دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذا عينيا للحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية فيتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه، ولا يجاب المشتري إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر في الدعوى ممكنين فإذا كان سند

البائع فيما يبيعه عقدا عرفيا تعين على المشتري اختصاص البائع للبائع له فى الدعوى ليصدر الحكم بصحة ونفاذ العقدين ومؤدى ذلك أنه إذا كان البائع يستند فيما باعه إلى حكم بصحة ونفاذ عقده - حتى ولو لم يكن قد أشهر فلا موجب لاختصاص البائع له سواء صدر الحكم قبل رفع دعوى المشتري الأخير والبيع له أو أثناء نظرها إذ حسب محكمة صحة التعاقد أن تجيب المدعى فيها إلى طلبه إذا لم تقم منازعة جدية ولم تكشف أوراق الدعوى أمامها عن أن الملكية ليست ثابتة للبائع بأى طريق من طرق كسب الملكية أو أنها محل منازعة من الغير".

(طعن رقم 2434 لسنة 58 ق جلسة 1993/1/7)

6- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للمشتري أن يختصم فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع بائع بآئعه ليطالب الحكم بصحة ونفاذ العقد الصادر منه إلى البائع توطئة للحكم بصحة ونفاذ عقده وإلا كانت غير مقبولة، غير أنه متى ثبتت ملكية البائع للعين المباعة بأى طريق من طرق اكتساب الملكية المحددة قانونا وقضى بصحة ونفاذ العقد الصادر إلى المشتري منه وبالتالى صحة ونفاذ العقد الصادر لمن باعه هذا الأخير أمكن للمشتري الثانى تسجيل الحكم بصحة ونفاذ العقدين فتنتقل إليه الملكية".

(طعن رقم 170 لسنة 58 ق جلسة 1995/4/30)

إلا أن مناط إيجاب اختصاص البائع للبائع للقضاء بصحة عقده أن يكون تسجيل الحكم الصادر بصحة العقد غير ممكن إلا بتدخل أى من البائعين السابقين، فإذا كان سند ملكية البائع قابلا للتسجيل دون تدخل المالك السابق، فإن هذا الاختصاص لا يضحى واجبا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن مناط الحكم بعدم قبول دعوى المشتري الأخير بصحة عقده وحده عند توالى البيوع غير المسجلة- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون

تسجيل الحكم الصادر بصحة العقد غير ممكن إلا بتدخل أى من البائعين السابقين، وإذ كان القرار الصادر من لجنة القسمة المشكلة طبقاً للقرار بقانون رقم 55 لسنة 1960 بقسمة الأعيان التى انتهت فيها الوقف - بإيقاع بيع العقار الذى تقرر بيعه بالمزاد لعدم إمكان قسمته، صالح للتسجيل دون حاجة لتدخل أى من ملاكه السابقين ويكون القرار المسجل سنداً بملكية من أوقع البيع عليه، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر على سند من مجرد عدم تسجيل المطعون ضده الأول - الراسى عليه المزاد "البائع الطاعن" - قرار إيقاع البيع عليه، فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 72 لسنة 49 ق جلسة 1984/4/26)

(ب) إذا كان سند ملكية البائع حكم بصحة التعاقد :

إذا كان سند ملكية البائع للبائع عقد بيع عرفى استصدر بموجبه حكماً بصحته ونفاذه، فإن دعوى صحة التعاقد تكون مقبولة، إذ بتسجيل الحكم الذى يصدر له بإثبات صحة عقده، وتسجيل الحكم الصادر بصحة عقد البائع للبائع له، تنتقل الملكية إلى المشتري⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"المقصود بدعوى صحة ونفاذ البيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية مما مفاده أن المشتري يجب أن يطلبه إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر له فى الدعوى ممكنين، وإذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن - البائع - كان قد أقام دعوى ضد البائع بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه وقضى فيها

(1) محمد المنجى ص 377 وما بعدها.

بإلحاق عقد الصلح المبرم بين الطاعن والبائع بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله فى قوة السند التنفيذى فإن حسب المطعون عليها - المشتريّة من الطاعن - ذلك حتى تكون دعواها بصحة عقدها مقبولة لأنّه إذا ما سجل الحكم الصادر للطاعن انتقلت الملكية إليه ويصبح تسجيل الحكم الصادر لها ممكناً".

(طعن رقم 369 لسنة 43 ق جلسة 1976/12/21)

(ج) إذا كان سند ملكية البائع غير عقد البيع :

إذا كان سند ملكية البائع للعقار المبيع سنداً آخر غير عقد البيع كالتملك بوضع اليد المدة القصيرة أو المدة الطويلة، أو الميراث. وكان الظاهر من العقد أن الملكية انتقلت إلى البائع بهذا الطريق، فإن دعوى صحة التعاقد تكون مقبولة.

أما إذا تدخل فى الدعوى آخر وأنكر على البائع ملكيته بهذا الطريق، فيجب على المحكمة ألا تقضى بقبول الدعوى، إلا بعد تحقيق ما يدعيه المتدخل وثبوت عدم صحته.

90- القضاء بالتسليم فى حالة القضاء بعدم قبول الدعوى لعدم

اختصاص البائع للبائع :

اختصاص البائع للبائع إذا كان الأخير لم يسجل العقد الصادر منه إليه، لا يتعلق بإجراءات رفع الدعوى، أو بموضوع عقد البيع واستيفائه لأركانه وشروط صحته. ولكنه يتعلق بأمر خارج عن ذلك كله هو إمكان تسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى أى تنفيذ هذا الحكم بالنسبة لنقل الملكية. وطلب التسليم لا علاقة له بذلك. ومن ثم يجب إذا ما استبان للمحكمة توافر أركان العقد وشروط صحته أن تقضى بالتسليم، رغم قضائها بعدم قبول الدعوى لعدم اختصاص البائع

للبيع⁽¹⁾.

91- عدم اعتبار الطلب المقدم للشهر العقاري دليلاً كاملاً على عقد

البيع :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الحكم لم يعتبر الطلب المقدم للشهر العقاري دليلاً كاملاً مكتوباً على عقد البيع الذى طلبت الطاعنة القضاء بصحته ونفاذه وعلى وفائها بثمن حصتها فى البيع لأن هذا الطلب قد خلا من بيان شروط البيع وكيفية أداء الثمن وما إذ كان قد دفع منه شئ أو لم يدفع والالتزامات التى التزم بها كل من عاقيه فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 243 لسنة 33 ق جلسة 1967/3/3)

92- وجوب الفصل فى دعوى صحة التعاقد فى حدود القدر المبيع الذى

يتثبت ملكية البائع له :

رأينا سلفاً أن دعوى صحة التعاقد تتسع لبحث ملكية البائع للمشتري، وعلى ذلك إذا ثبت للمحكمة أن البائع لا يملك سوى جزء من العقار المبيع فإنه يجب على المحكمة القضاء بصحة ونفاذ العقد فى حدود القدر الذى يملكه البائع لقاء ما يعادله من الثمن المتفق عليه دون حاجة إلى تعديل المشتري طلباته، فسنرى أن دعوى صحة التعاقد قابلة للتجزئة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"دعوى صحة ونفاذ عقد البيع تتسع لبحث ما يثار من نزاع حول ملكية البائع للمبيع ولا يجاب المشتري إلى طلب صحة عقده إلا بالقدر الذى ثبت أنه

(1) المستشار محمود رضا الخضيرى ص 72.

مملوك للبائع له لقاء ما يعادله من الثمن المتفق عليه لأنه يدخل فى نطاق ما هو مطروح عليها بغير حاجة إلى أن يعدل الطاعن طلباته إلى القدر الأقل".

(طعن رقم 1737 لسنة 59 ق جلسة 1994/1/9)⁽¹⁾

93- القضاء بصحة ونفاذ العقد فى شقه الصحيح إذا كان شقه الآخر

باطلا :

تنص المادة 143 مدنى على أنه: "إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله" - وعلى ذلك إذا كان البيع المطلوب القضاء بصحته ونفاذه صحيحا فى شق منه وباطلا فى شقة الآخر، فإنه على المحكمة أن تقضى بصحة التعاقد عن الشق الصحيح من العقد طالما لم يتبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لا تتناقض فى قضاء الحكم بصحة ونفاذ العقد عن - جزء من الأطلان

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الثابت من عقد البيع تعدد البائعين - المطعون ضدهم - الدائنين بالثمن وقد تحددت فيه المساحة التى باعها كل منهم وثمان الفدان فيما يخص البالغ وثمان مفاير فيما يخص القاصرين، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أن الطاعنين أقاما الدعوى بصحة ونفاذ عقد البيع المؤرخ 1970/5/20 عن القدر المبيع بأكمله ومساحته 24 فدان 18 قيراط 9 سهم وأنهما أوفيا بالثمن جميعه إلا فيما يتعلق بفرق السعر عن مساحة القاصرين، وأقام المطعون عليهم دعوى الفسخ عن جميع المساحة لعدم وفاء الطاعنين بباقي الثمن، فكان يتعين على المحكمة أن تعرض لبحث دعوى الطاعنين ودعوى المطعون عليهم فى حدود المقدار الذى يخص باقى البائعين الموفى لهم بثمن أنصبتهم لأنه يدخل فى نطاق ما هو مطروح عليها بغير حاجة إلى أن يعدل الطاعنان طلباتهما إلى القدر الأقل".

(طعن رقم 481 لسنة 49 ق جلسة 1981/4/16)

المبيعة - وإبطاله فيما زاد عن ذلك عملا بالمادة 143 من القانون المدني ومقتضاها أنه إذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا وهو ما لم يقد الدليل عليه باعتباره لا ينفصل عن جملة التعاقد".

(طعن رقم 110 لسنة 40 ق جلسة 1976/1/21)

94- صدور أكثر من عقد بيع عرفي من البائع لا يمنع من القضاء بصحة

التعاقد :

إذا أقام المشتري دعوى صحة التعاقد، وتدخل آخر في الدعوى طالبا رفض الدعوى، تأسيسا على شرائه ذات العين من البائع، فذلك لا يمنع من القضاء بصحة العقد، ذلك أن الأفضلية بين المدعى والمشتري الآخر لا تكون إلا بالتسجيل، فيفصل منهما من كان أسبق في التسجيل، إلا إذا كان أحدهما قد سبق إلى تسجيل صحيفة الدعوى، فإنه هو الذي يفضل⁽¹⁾.

95- بيع البائع العقار المبيع لمشتري ثان وتسجيل الأخير العقد يحول دون

قبول دعوى صحة التعاقد :

إذا كان البائع قد باع العقار مرة ثانية لمشتري ثان، وسجل هذا التعاقد قبل أن يتمكن المشتري الأول من التسجيل أصبح تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لما كان الغرض من دعوى صحة التعاقد هو إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذا عينيا متى كان هذا التنفيذ ممكنا، وهو يكون كذلك طالما كان المبيع لم يخرج عن ملكية البائع. وكان لا يقبل من الطاعنين التمسك في دفاعهم بأن المطعون ضدهم تصرفوا بالمبيع من أرض النزاع إلى الغير بعقود عرفية خلافا لما التزموا به بين أنفسهم من عدم التصرف فيها لتعلق هذا الأمر بمصلحة المشتريين وحدهم".

(طعن رقم 1520 لسنة 57 ق جلسة 1990/2/8)

المشتري الأول غير ممكن عينا وتحول حق المشتري إلى تعويض. إلا إذا دفع المدعى بصورية عقد البيع الثانى صورية مطلقة وأثبت هذه الصورية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "دعوى صحة ونفاذ البيع هى دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ولا يجاب المشتري إلى طلبه، إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين ويترتب على ذلك أنه إذا كان البائع قد باع العقار مرة ثانية لمشتري ثان، وسجل هذا التعاقد قبل أن يتمكن المشتري الأول من التسجيل أصبح تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري الأول غير ممكن عينا وتحول حق المشتري إلى تعويض".

(طعن رقم 61 لسنة 49 ق جلسة 1982/5/13)

2- "لا يكون للمشتري الذى لم يسجل عقده - وقد استحالت تنفيذ التزام البائع بخروج المبيع من ملكه - إلا الرجوع عليه بالرد والتعويض وفقا للقواعد العامة".

(طعان رقما 5314، 5527 لسنة 70 ق جلسة 2002/11/27)

96 - عدم قبول دعوى صحة التعاقد إذا كان محل العقد غير قابل

للتعامل :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) "يشترط لصحة عقد البيع أن يكون التعامل غير محظور لأمر يتصل بالنظام العام أو الآداب، ومؤدى نص المادة 30 من القانون 127 لسنة 1955 أن عقد بيع الصيدلية - وهو عقد ناقل للملكية بطبيعته - إلى غير صيدلى باطل بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام، كما أن بيع الصيدلية إلى صيدلى موظف أو

صيدلى يملك صيدليتين آخرين يعتبر كذلك باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام، وإذا كان عقد البيع محل النزاع يتضمن بيع محل تجارى (صيدلية) بكافة مقوماته المادية والمعنوية وكان الثابت تملك الطاعن صيدليتين آخرين خلاف الصيدلية المباعة محل النزاع، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر عقد البيع المشار إليه باطلا بطلانا مطلقا يكون قد صادف صحيح القانون، وإذا كان الشروع فى بيع إحدى الصيدليتين بعد إبرام عقد البيع الباطل بطلانا مطلقا ليس من شأنه تصحيح هذا العقد، وكان عدم رد الحكم على دفاع غير منتج فى الدعوى لا يعيبه بالقصور، فإن النعى على الحكم المطعون فيه يكون على غير أساس".

(ب-) "دعوى صحة التعاقد - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هي دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع واستيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث قابلية المبيع للتعامل فيه".

(طعن رقم 385 لسنة 44 ق جلسة 1938/6/22)

2- "إذا كانت المحكمة قد عرضت للخلاف بين طرفى عقد البيع حول وصف العين المباعة وما إذا كانت تخضع لأحكام القانون رقم 52 لسنة 1940 الخاص بتقسيم الأراضى المعدة للبناء المعدل بالقانون رقم 222 لسنة 1953 وخلصت إلى إخضاعها لأحكام هذا القانون فإنها تكون قد طبقت القانون على واقع مطروح عليها ومتى تعلقت التقارير القانونية التى تضمنتها أسباب الحكم فى هذا الشأن بالوقائع محل النزاع، وكانت هذه التقارير مرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنطوق وداخله فى بناء الحكم وتأسيسه ولزامة للنتيجة التى انتهت إليها وتكون مع منطوقه وحدة لا تقبل التجزئة كان لها حجية ملزمة فإن الحكم الصادر برفض الدعوى بصحة ونفاذ عقد البيع لوروده على أرض مقسمة قبل صدور قرار بالموافقة على تقسيمها يمنع طرفيه من إعادة الجدل فى هذه المسألة والادعاء بأن

البيع ورد على أرض زراعية تحايلا على ذلك الحظر الذى دعت إليه اعتبارات تتعلق بالصالح العام مما مقتضاه ترتب البطلان على مخالفته وبالتالي لا يجوز الاعتصام فى هذا الصدد بحكم المادة 144 من القانون المدنى فيما نصت عليه من أنه "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد، لأن مناط أعمال هذا النص أن تتوافر فى العقد الباطل أركان عقد آخر صحيح ومجرد تغيير وصف العين المبيعة لا تتوافر فيه أركان هذا العقد الصحيح وإنما ينطوى على مخالفة لتلك الحجية الملزمة التى حازها الحكم السابق فيما يتعلق بوصف البيع، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه بصحة ونفاذ عقد البيع المشار إليه على سند من المادة 144 من القانون المدنى بعد تغيير وصف العين المبيعة بمقتضاه من أرض مقسمة قبل أن يصدر قرار بتقسيمها إلى أرض زراعية فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 1242 لسنة 56 ق جلسة 18/4/1989)

3-(أ)- "إذا كانت دعوى صحة التعاقد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع واستيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث قابلية المبيع للتعامل فيه".

(ب)- "لما كان تنفيذ الطاعن بصفته كبائع لالتزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً قد صار غير ممكن لعدم صحة إجراءات البيع التى نص عليها القانون رقم 49 لسنة 1972 آنف الذكر ولوروده على شئ غير قابل للتعامل فيه بالبيع بما يكون معه طالب المطعون ضده الحكم بصحة ونفاذ عقده متعين الرفض".

(طعن رقم 3266 لسنة 60 ق جلسة 1996/3/21)

97- ادعاء المشتري تملكه العين المبيعة بالتقادم يجعله مالكا، ولو بيع العقار إلى آخر بعقد مسجل بعد اكتمال مدة التقادم. وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان يبين من الأوراق المقدمة إلى هذه المحكمة أن الطاعنة تمسكت في جميع مراحل دعوى إثبات التعاقد المرفوعة منها أنها كسبت ملكية العقار موضوع النزاع بوضع يدها عليه المدة الطويلة المكسبة للملكية، وبأن تحرير عقد بيع من نفس البائعة إلى المطعون عليهما عن هذا العقار وقيامهما بتسجيل عقدهما لا يؤثر على التملك بوضع اليد، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه خلا من التحدث عن هذا الدفاع، وهو دفاع جوهرى له أثره لو صح فى تغيير وجه الرأى فى الدعوى، فإن هذا الحكم يكون قد عاره قصور يبطله مما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص".

(طعن رقم 287 لسنة 20 ق جلسة 1952/10/16)

كما قضت محكمة النقض بأن :

1- "دعوى صحة التعاقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها، وهو ما يقتضى أن يفصل قاضى الموضوع فى أمر صحة البيع ثم فإن هذه الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بصحة العقد ونفاذه ومنها تملك البائع للعين المبيعة- فى مواجهة المشتري منه - بالتقادم الطويل المكسب".

(طعن رقم 368 لسنة 59 ق جلسة 1994/10/23)

2- "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن الأصل أن البائع لا يمثل المشتري منه فيما يقوم على العقار

المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع وأن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره مالكا للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشتري الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى". لما كان ذلك وكان الثابت فى الأوراق وحصله الحكم المطعون فيه أن حيازة الأرض محل النزاع بالمدة الطويلة المكسبة للملكية قد تحققت لدى الطاعنين بعنصريها المادى والمعنوى امتدادا لوضع يد مورثهم وتوافرت فيها شروطها القانونية، إلا أن الحكم المطعون فيه قضى بإلغاء الحكم المستأنف وبرفض دعوى الطاعنين بتثبيت ملكيتهم لقطعة الأرض محل النزاع تساندا على أن الدعوى رقم 1131 لسنة 1979 مدنى الجيزة الابتدائية المرفوعة من البائعات للمطعون ضدهما على مورث الطاعنين وآخرين بطلب تثبيت ملكيتهن لأطيان زراعية من بينها قطعة الأرض محل النزاع، قد قطعت التقادم الذى كان ساريا لمصلحة الطاعنين ذلك أن المطعون ضدهما كانا ممثلين فى هذه الدعوى باعتبارهما خلفا عاما وخصوصا للمدعيات فيها - البائعات لهما - فى حين أنهما لا يعتبران خلفا عاما لهن إذ مازلن على قيد الحياة، كما أن المطعون ضدهما لا يعتبران خلفا خاصا للبائعات ذلك أن ملكية قطعة الأرض محل النزاع قد انتقلت إليهما بعقد البيع المسجل برقم 2553 لسنة 1976 توثيق إمبابة قبل رفع الدعوى رقم 1131 لسنة 1979 المشار إليها، ذلك أن البائع وعلى ما سلف بيانه لا يمثل المشتري منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع. ولما كان المطعون ضدهما لم يختصما فى الدعوى رقم 1131 لسنة 1979 فلا يحاجا بالحكم الصادر فيها. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض طلب الطاعنين تثبيت ملكيتهم لقطعة أرض النزاع بالتقادم الطويل المكسب للملكية تساندا وعلى ما سلف بيانه أن الدعوى رقم 1131 لسنة 1979 قد قطعت هذا التقادم فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 2465 لسنة 73 ق جلسة 2004/6/22)

98- عدم قبول دعوى صحة التعاقد إذا تخلف المشتري عن القيام بالتزام متفق عليه مع البائع :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان أساس الدعوى حصول البيع وامتناع البائع عن تنفيذ التزاماته التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري، وكان المطلوب فيها هو الحكم بإنفاذ هذه الالتزامات جبرا على البائع، وذلك بالحكم بأن البيع الذي صدر منه صحيح، وبأنه واجب النفاذ عليه، وبالإذن في تسجيل الحكم توسلا إلى انتقال الملكية، فهي بحكم هذا الأساس وتلك الطلبات تستلزم قانونا من القاضي أن يفصل في أمر صحة البيع ثم يفصل أيضا في أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته وهل كان له عذر في هذا الامتناع. وإذا كان من الأعذار الشرعية لعدم وفاء المتعاقد بالتزامه في العقود المتبادلة أن يكون المتعاقد الآخر لم يوف التزامه فإن هذا يستجر النظر في أمر قيام المشتري بتنفيذ التزاماته هو حيث يكون أولا يكون له الحق في مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته. وإذا كان كل هذه الأمور يتحتم أن يتعرض لها القاضي للفصل في الدعوى فلا يصح القول بأن نظر المحكمة فيها يكون مقيدا بذات صحة التعاقد فحسب. وكذلك لا يصح القول بأنه على البائع رفع الدعوى بطلب الفسخ مستقلة عن الدعوى المرفوعة عليه بصحة التعاقد إذ استعمال الحق كما يكون في صورة دعوى به يرفعها صاحبه يكون في صورة دفع في دعوى مرفوعة عليه".

(طعن رقم 41 لسنة 16 ق جلسة 1947/5/8)

2- "إذا كانت المادة 428 من القانون المدني تلزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري ومن ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل

إليه كمستندات الملكية وبيان حدود العقار، إلا أنه متى كان هذا الالتزام يقابله التزام من جانب المشتري ولم يتم بتنفيذه جاز للبائع - وعلى ما تقضى به المادة 161 من القانون المدنى - أن يمتنع من جانبه عن القيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أورد ما يستفاد منه أن البائعة لم تكن ملزمة طبقاً لشروط عقد البيع أن تقدم الأوراق اللازمة لتسجيله والتوقيع عليه من المشتريين إلا بعد أن تحصل منهم على الرسم المطلوب سداده إلى مصلحة الشهر العقارى وأن هؤلاء هم الملزمون بالمبادرة إلى دفعه، وانتهى الحكم إلى أن تقصير مورث الطاعنين وهم من بعده فى ذلك قد سوغ للبائعة أن تعتصم قبلهم بالدفع بعدم التنفيذ فإن الحكم يكون قد أصاب صحيح القانون".

(طعن رقم 91 لسنة 34 ق جلسة 1967/7/25)

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

"لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يقصد بدعوى صحة التعاقد تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري بالحصول على حكم يقوم تسجيله مقام التوقيع على العقد النهائى وكان عقد البيع من العقود التبادلية فلا يجبر البائع على تنفيذ التزامه متى دفع الدعوى بعدم قيام المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن. وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بدرجةيتها بأنه رغم النص فى عقد البيع على وفاء المشتريين بالثمن إلا أن ذلك لم يتم لوجود مانع أدبى حال بينها والحصول على ورقة ضد. .. وطلبت إحالة الدعوى إلى التحقيق فرد الحكم المطعون فيه على طلبها بأنه لا يجوز لها أن تثبت عدم الوفاء لها بالثمن على خلاف الثابت بالعقد وبأن قيمة التصرف تجاوز عشرين جنيها مخالفاً بذلك ما نصت عليه المادة 63 من قانون الإثبات من أنه "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابى إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى" فحجب الحكم

المطعون فيه نفسه عن إعمال سلطته في تقدير الظروف التي ساقته الطاعة لقيام المانع الأدبي الذي تمسكت به وعن الإدلاء برأيه فيما إذا كانت هذه الظروف تعتبر مانعة لها من الحصول على دليل كتابي على عدم الوفاء بالثمن ولم يرد على طلبها إحالة الدعوى للتحقيق فيكون معيبا بمخالفة القانون والقصور في التسبب".

(طعن رقم 535 لسنة 59 ق جلسة 1993/4/13)

99- عدم تحقق المحكمة من تلقاء نفسها من الوفاء بالثمن :

إذا تضمن عقد البيع الثمن المتفق عليه، فإن هذا كاف لاستيفاء العقد ركن الثمن، ولا تلزم المحكمة بالتحقق من الوفاء بالثمن ما لم يدفع به أمامها. فإذا دفع البائع بعدم الوفاء بالثمن، ولم يثبت المشتري وفاءه به، فإن المحكمة تقضى بعدم قبول الدعوى.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لما كان الأصل في دعوى صحة ونفاذ عقد البيع أنه إذا تمسك البائع بعدم وفاء المشتري بكامل الثمن المستحق في ذمته وجب على المحكمة أن تعرض لهذا الدفاع فإذا أغفلت مواجهته والرد عليه- مع ثبوت استحقاق الثمن طبقاً لشروط العقد- كان حكمها مخالفاً للقانون ومشوباً بالقصور في التسبب وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنين تمسكوا في دفاعهم أمام محكمة الموضوع بعدم الوفاء إليهم بباقي الثمن ومقداره أربعة آلاف جنيه- وطلبوا توجيه اليمين الحاسمة في هذا الشأن- وكان البين من العقد موضوع الدعوى أنه من المتفق عليه فيه أن أجل سداد هذا المبلغ يحل بتاريخ 1980/7/19- وهو سابق على رفع الدعوى- وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن هذا الدفاع الجوهري ولم يرد عليه فإنه يكون قد خالف القانون وشابه قصور في التسبب".

(طعن رقم 931 لسنة 54 ق جلسة 1989/7/27)

100- عدم جواز تمسك دائنى تركة البائع بعدم تسجيل البيع :

لا يجوز لدائنى تركة البائع التمسك فى مواجهة مشترى العقار بعدم تسجيل البيع. فإذا مات البائع قبل الوفاء بتعهدده بنقل الملكية، لم يكن لدائنه العادى أن يدعى فى مواجهة المشترى أى حق على العقار المبيع يتنافى مع تعهد البائع⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إنه لما كان قانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923، فيما عدا تعليق نقل الملكية من البائع إلى المشترى على حصول التسجيل، لم يغير شيئا من طبيعة عقد البيع من حيث إنه من عقود التراضى التى تتم وتنتج آثارها القانونية بين المتعاقدين بمجرد الإيجاب والقبول، فإنه متى انعقد البيع صحيحا ترتب عليه التزام كل من المتعاقدين بالوفاء بتعهداته التى يوجبها عليه القانون وشروط العقد، وفى مقدمتها التزام المشترى بدفع الثمن إلى البائع والتزام البائع بتسليم المبيع ونقل الملكية إلى المشترى. ولما كان الدائن العادى يعتبر خلفا عاما لمدينه كالوارث لمورثه، وكان الخلف العام يحل محل سلفه فى كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه وتلزمه جميع تعهداته - لما كان ذلك كذلك فإنه إذا مات البائع قبل الوفاء بتعهدده بنقل الملكية لا يكون لدائنه العادى أن يدعى فى مواجهة المشترى أى حق على العقار المبيع يتنافى مع تعهد البائع. ولا يجوز لهذا الدائن إجراء التنفيذ على العقار باعتبار أنه كان مملوكا للمورث وقت وفاته. وخصوصا إذا كان المشترى قد سجل حكما صدر له على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ".

(طعن رقم 56 لسنة 13 ق جلسة 1944/3/2)⁽²⁾

(1) السنهاورى ص 495 هامش (2).

(1) وعكس ذلك طعن رقم 68 لسنة 14 ق جلسة 1945/5/10 وقد جاء به:

"إن دعوى استحقاق العقار المنزوعة ملكيته هى دعوى أساسها الملكية، فليس لمن لم

101- التدخل الهجومي في دعوى صحة التعاقد :

إذا تدخل شخص آخر تدخلا هجوميا في دعوى صحة التعاقد طالبا لنفسه بحق ذاتي. ومن هذا القبيل طلب رفض الدعوى تأسيسا على أنه مالك العين محل التداعي. فإنه يجب على المحكمة قبول تدخله باعتباره مرتبطا بالدعوى الأصلية (م 1/126 مرافعات)، ويتعين عليها ألا تحكم بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل في موضوع طلبه، وذلك باعتبار أن هذا البحث هو مما يدخل في صميم الدعوى المطروحة عليها وعلى أساس أن الحكم الذي تصدره المحكمة بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة، يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخلين.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "تمسك طالبي التدخل في دعوى صحة التعاقد بأنهم هم المالكون للأطيان المبيعة، يعد تدخلا اختصاصيا يطلب به المتدخلون حقا ذاتيا لأنفسهم، ويوجب على المحكمة المنظورة أمامها الدعوى قبول تدخلهم باعتباره مرتبطا بالدعوى الأصلية ويتعين عليها ألا تحكم بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل في موضوع طلبهم، وذلك باعتبار أن هذا البحث هو مما يدخل في صميم الدعوى المطروحة عليها، وعلى أساس أن الحكم الذي تصدره المحكمة بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة، يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخلين".

(طعن رقم 505 لسنة 35 ق جلسة 1970/2/3)

2- "للغير الذي أضر الصلح بحقوقه عن طريق الغش أن يرفع دعوى أصلية

يسجل عقد شراء العقار أن يطلب الحكم باستحقاق إياه.
ولا يصح له أن يحتج على نازع الملكية بعقد شرائه الذي لم يسجل، بمقولة إنه مادام البيع حجة على البائع فهو حجة على دائته الشخص المعترف خلفا له".

ببطلانه أو يبدي الدفع بالبطلان بالتدخل فى الدعوى التى حصل فيها الصلح فإذا تدخل الغير فى دعوى منظورة، مدعى أن الصلح أضر بحقوقه، ودفع الخصم فى مواجهته بانتهاء الدعوى صلحا كان فى مكنته الرد على هذا الدفع ببطلان الصلح، ولا يجوز رفض التدخل إلا تأسيسا على أن الصلح قد أنهى الدعوى وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان الصلح صحيحا، ومن ثم فلا سبيل إلى رفض طلب التدخل إلا بحكم يقضى بصحة الصلح".

(طعن رقم 146 لسنة 36 ق جلسة 1970/5/14)

3- "تمسك المتدخلة فى دعوى صحة التعاقد بطلب رفض الدعوى لبطلان عقد البيع، يعد تدخلا خصاميا تطلب به المتدخلة لنفسها حقا ذاتيا مرتبطا بالدعوى الأصلية ويتعين على المحكمة ألا تقضى بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأن إلا بعد الفصل فى طلب التدخل رفضا أو قبولا، اعتبارا بأن هذا البحث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة، وعلى أساس أن الحكم الذى يصدر بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بمحضر الجلسة منوط بالتحقق من عدم سلامة دعوى الخصم المتدخل أيا كان السبب وسواء كان مرده إلى تخلف الصفة أو إلى فساد الادعاء".

(طعن رقم 59 لسنة 39 ق "أحوال شخصية" جلسة 1975/2/12)

4- "النص فى الفقرة الخامسة من المادة 124 مرافعات- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يدل- على أن الهدف من دعوى صحة العقد يتحد فى الغاية مع طلب ثبوت الملكية بالتقادم الطويل المكسب بما يوفر الارتباط الوثيق بين الطلبين، وأن تمسك طالب التدخل فى دعوى صحة التعاقد بأنه مالك للعين المبيعة يوجب على المحكمة ألا تحكم بصحة العقد إلا بعد الفصل فى موضوع طلبه وذلك باعتبار أن هذا البحث يدخل فى صميم الدعوى المطروحة عليها فالحكم الذى تصدره بصحة العقد يتوقف على التحقيق من عدم سلامة ادعاء

المتدخل. لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد ألغى الحكم المستأنف فيما قضى به من ثبوت ملكية الطاعنات وقبول تدخلهن في الدعوى المقامة من المطعون ضده الأول على مجرد القول بأن طلب ثبوت الملكية يختلف عن طلب صحة العقد موضوعا وسببا ولم يقدر مدى الارتباط بين الطرفين وأثر إجازة محكمة أول درجة لتعديل الطلبات لتوافر هذا الارتباط ولم يعرض لطلب الطاعنات رفض دعوى المطعون ضده الأول المؤسس على ملكيتهن لعين النزاع فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وجره ذلك إلى القصور في التسبب".

(طعن رقم 3888 لسنة 61 ق جلسة 1994/1/18)

والمتدخل في هذه الحالة يصبح طرفا في الخصومة ويكون الحكم الصادر فيها حجة له وعليه ولو حسم النزاع صلحا بين الخصوم الأصليين.

102- اعتبار عقد الصلح الذي لم تصدق عليه المحكمة سندا في

الدعوى:

إذا امتنع على المحكمة التصديق على الصلح سواء لعدم انطواء عقد الصلح على مقوماته وأركانه، أو لأن الخصوم أو أحدهم لم يطلب من المحكمة التصديق على عقد الصلح أو رجع فيه، أو تغيب أحد الخصوم عند تقديم العقد إلى المحكمة، فليس معنى ذلك إهدار كل قيمة لهذا العقد، بل يتعين عليها أن تعتبر هذا العقد سندا في الدعوى يجوز لها أن تحكم بمقتضاه، وقد يتضمن هذا السند إقرارا من الخصم أو تركا للخصومة باعتباره بيانا كتابيا موقعا عليه منه، مع توقيع خصمه عليه أو اطلاعه عليه (م 141 مرافعات).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"(أ) - لئن كان لا يجوز للمحكمة أن توثق عقد الصلح المبرم بين الطرفين متى رجع أحدهما فيه، إلا أن عليها أن تعتبره سندا في الدعوى يجوز لها أن تحكم

بما تضمنه".

(ب) - "إذا كان الثابت أن عقد الصلح الذى طلبت المطعون ضدها أخذ الطاعن به يعد بيانا كتابيا صريحا موقعا من الطرفين يقرر فيه الطاعن ترك الخصومة فى هذا الطعن، على نحو تتحقق به إحدى الطرق التى تتطلبها المادة 141 من قانون المرافعات فى شأن ترك الخصومة. وكان الطاعن قد قرر فى عقد الصلح نزوله عن الطعن بعد أن كان ميعاد الطعن بالنقض فى الحكم المطعون فيه قد انقضى وقت إقراره بهذا النزول، ولما كان الطاعن قد أقام دعوى بطلب فسخ عقد الصلح فإن النزول عن الطعن أو ترك الخصومة فيه حسب تعبير قانون المرافعات - متى حصل بعد انقضاء ميعاد الطعن فإنه يتضمن بالضرورة نزولا من الطاعن عن حقه فى الطعن، وإذا كان النزول عن الحق فى الطعن يتم وتتحقق آثاره بمجرد حصوله بغير حاجة إلى قبول الخصم الآخر، ولا يملك المتنازل أن يعود فيما أسقط حقه فيه، فإن ترك الخصومة بعد فوات ميعاد الطعن لا يجوز الرجوع فيه، اعتبارا بأنه يتضمن تنازلا عن الحق فى الطعن ملزما لصاحبه بغير حاجة إلى قبول يصدر من المتنازل إليه، لما كان ذلك. وكان ترك الطاعن الخصومة فى الطعن قد تم وأنتج أثره فلا يغير منه إقامة التارك بعد ذلك الدعوى بطلب فسخ عقد الصلح، ومن ثم فإنه يتعين الحكم بقبول هذا الترك".

(طعن رقم 1502 لسنة 45 ق جلسة 1979/5/5)

أما إذا أنكر أحد الخصوم توقيعه على عقد الصلح، فإن المحكمة تطبق نصوص المواد 14، 30 وما بعدها من قانون الإثبات.

103- عدم جواز الحكم فى دعوى صحة التعاقد بشبوت الملكية :

لا يترتب على عقد البيع العرفى انتقال الملكية للمشتري ومن مقتضى هذا أنه لا يجوز طلب تثبيت الملكية بناء على عقد عرفى وإنما يجوز للمشتري إلزام البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية بطلب الحكم بإثبات صحة التعاقد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "لا يترتب على عقد البيع العرفى انتقال الملكية للمشتري ومن مقتضى ذلك أنه لا يجوز طلب تثبيت الملكية بناء على عقد عرفى وإنما يجوز للمشتري إلزام البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية بطلب الحكم بصحة ونفاذ العقد حتى إذا ما قضى له بذلك وسجل الحكم حق له طلب تثبيت ملكيته استنادا إلى الحكم المسجل الذى يقوم مقام تسجيل العقد وإذن فمتى كان الحكم قد قرر وهو فى معرض الرد على طلب الطاعن صحة ونفاذ ورقة الإقرار الصادر له من المطعون عليها الثانية أنه "لا يمكن اعتبار هذا الطلب فرعا عن طلب تثبيت الملكية بدليل أنه لا يصح للمدعى فى دعوى صحة ونفاذ العقد التحدث عن الملكية لأن حقه فيها لا ينشأ إلا بعد صدور الحكم لصالحه فى الدعوى المذكورة وتسجيله وبتعبير آخر أن الملكية مرحلة تالية أساسها الحكم بصحة ونفاذ الإقرار وتسجيله" فإن الطعن فيه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون غير صحيح".

(طعن رقم 121 لسنة 19 ق جلسة 1951/4/19)

2- "على محكمة الموضوع إعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح دون تقييد بتكييف الخصوم لها إلا أنها لا تملك تغيير سبب الدعوى ويجب عليها الالتزام بطلبات الخصوم وعدم الخروج عليها، وإذا كانت الدعوى قد أقامها الطاعن بطلب اقتصر على الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه فإن لازم ذلك أن تنقيد المحكمة فى قضائها بهذا الطلب وحده. وما ارتكز عليه من سير قانونى طالما لم يطرأ عليها تغيير أو تعديل من الطاعن أثناء سير الخصومة وفى الحدود التى يقررها قانون المرافعات، وليس صحيحا فى القانون ما يقول به الطاعن من أن القضاء للمشتري بصحة ونفاذ عقد البيع وبثبوت ملكيته للعقار محل هذا العقد أمران متلازمان ذلك أن المقصود من طلب صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع تنفيذا عينيا والحصول على حكم

يقوم تسجيله مقام تسجيل الملكية، فيكون فى معنى هذا الطلب أن ملكية العقار لم تنتقل بعد إلى المشتري، ولذا فإن الحكم به يكون متناقضا إذا ما اجتمع مع قضاء بتثبيت ملكية ذات المشتري لهذا العقار لما يفيد هذا القضاء بطريق اللزوم الحتمى من ثبوت اكتساب المشتري لملكية العقار فعلا. لما كان ذلك، فإن الحكم المطعون فيه يكون صائبا إذ خلص إلى تخطئه الحكم الابتدائى بمخالفة القانون للقضاء بما لم يطلبه الخصوم لما ثبت أن مطلب الدعوى انحصر فى الحكم بصحة عقد البيع ونفاذه ورغم ذلك قضى دون طلب من الطاعن بتثبيت ملكيته إلى المسقاة مع قضائه بصحة ونفاذ عقد بيعها إليه، فإن النعى يكون على غير أساس".

(طعن رقم 455 لسنة 49 ق جلسة 1980/2/21)

104- دعوى صحة التعاقد ودعوى فسخ البيع وجهان لنزاع واحد :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لما كانت الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد البيع وطلب اعتباره مفسوخا وما يترتب على ذلك من طلبات بالتسليم والريع والتعويض هى طلبات متقابلة لخصومة واحدة تتعلق بمدى صحة عقد البيع ونفاذه فى حق عاقيه والحكم فى هذا الطلب يكشف عن سند الطاعنين فى وضع يدهم على الأطيان المبيعة مما يترتب عليه حتما رفض الطلبات الأخرى أو قبولها كلها أو بعضها مما ينتفى معه القول باستقلال كل من الطلبات المطروحة عن الآخر ومن ثم فإن الحكم الصادر من محكمة أول درجة بفسخ عقد البيع ورفض دعوى صحة التعاقد وإلزام الطاعنين بالتسليم وقبل الفصل فى طلب الريع والتعويض بنذب مكتب الخبراء يكون قد فصل فى شق من الطلبات ولا يكون منهيًا للخصومة كلها إذ ما زال على المحكمة أن تمضى فى نظر الدعوى بالنسبة لباقي الطلبات التى لم تقل كلمتها فيها وكانت محكمة الاستئناف قد قبلت رغم ذلك الطعن الاستئناف على الحكم الابتدائى فى شقه المتعلق بصحة التعاقد والفسخ وحكمت فى الموضوع بتأييد الحكم المستأنف

بينما قضت في طلب التسليم بعدم جواز استثنائه على سند من أن الحكم في هذا الطلب غير منه للخصومة كلها وكان الحكم في هذه الطلبات لا يعتبر بهذه المثابة - وعلى نحو ما سلف بيانه من أحكام الإلزام القابلة للتنفيذ الجبرى ولا يندرج ضمن الحالات الاستثنائية الأخرى المبينة بالمادة 212 سالفه البيان ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون غير قابل للطعن فيه بالنقض إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها فيتعين الحكم بعدم جواز الطعن".

(طعن رقم 1297 لسنة 54 ق جلسة 1992/3/15)

ويلاحظ أن مجرد طلب البائع رفض دعوى صحة ونفاذ العقد لا يعد تنازلاً منه عن دعوى الفسخ. وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "ولئن كان للبائع أن يسقط حقه في طلب الفسخ صراحة أو ضمناً إلا أن مجرد طلبه رفض دعوى المشتري بصحة ونفاذ عقد البيع لعدم سداده بقية الثمن لا يعد في حد ذاته تنازلاً عن طلب الفسخ أو إيداء منه لرغبته في تثبيت العقد وليس هذا نزولاً صريحاً عن التنازل، ولا من قبيل الموقف الذى لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على قصد النزول".

(طعن رقم 1430 لسنة 61 ق جلسة 2006/5/8)

105- قابلية دعوى صحة التعاقد للتجزئة :

الأصل أن دعوى صحة التعاقد قابلة للتجزئة وذلك ما لم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة بطبيعته أو لمفهوم قصد عاقيه.

ولذلك رأينا سلفاً أنه إذا كان العقد صحيحاً فى شق منه وباطلاً فى شقه الآخر، كان على محكمة الموضوع القضاء بصحة ونفاذ العقد بالنسبة للشق الصحيح⁽¹⁾.

(1) ومن الأمثلة على عدم قابلية عقد البيع للتجزئة ما جاء بقضاء محكمة النقض من أنه :

1- "إذا كان الثابت أن الطاعنة أقامت الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لها

من مورث المطعون عليهم، واختصمت جميع ورثته، ودفع مورث المطعون عليهم من الرابعة حتى التاسعة وكذلك المطعون عليها العاشرة هذه الدعوى ببطلان عقد البيع لأن البائع كان فاقد الإدراك معدوم الإرادة وقت التصرف، وحكم ابتدائيا ببطلان العقد ورفض الدعوى، فاستأنفت الطاعنة هذا الحكم وقضى بانقطاع سير الخصومة بوفاة المستأنف عليه مورث المطعون عليهم من الرابعة حتى التاسعة وبعد أن استأنفت الدعوى سيرها دفع المطعون عليهم من الرابعة حتى العاشرة بسقوط الخصومة لأن مورث المطعون عليهم السابعة والتاسعة والأخيرة، أعلن بعد انقضاء سنة من تاريخ الحكم بانقطاع سير الخصومة ولعدم إعلان المطعون عليه السادس، ولما كان موضوع الدعوى على هذه الصورة غير قابل للتجزئة لأنه يدور حول صحة عقد البيع أو بطلانه، ولا يتصور أن يكون هذا التصرف باطلا بالنسبة لمن دفع بسقوط الخصومة من ورثة البائع لأن الحكم الابتدائي ببطلان العقد يصبح نهائيا بالنسبة لهم طبقا لنص المادة 138 من قانون المرافعات، وأن يعتبر ذات التصرف صحيحا بالنسبة لمن لم يدفع منهم بسقوط الخصومة مع أنهم جميعا سواء في المركز القانوني ماداموا قد اختصموا بهذه الصفة ولا يحتمل الفصل في الطعن على التصرف غير حل واحد. لما كان ذلك فإن سقوط الخصومة بالنسبة لبعض المستأنف عليهم يترتب عليه سقوطها بالنسبة للباقيين".

(طعن رقم 452 لسنة 43 ق جلسة 1977/3/22)

2- "إذ كان البين من الأوراق أن الطاعن أقام الدعوى ابتداء على المرحوم بطلب صحة ونفاذ عقد البيع العرفي الصادر منه إليه ولما تبين وفاته قبل رفع الدعوى اختصم الطاعن ورثته المطعون ضدهم وأرملته وأخيهم وحكم ابتدائيا بإجابة =

= الطاعن إلى طلباته فاستأنف المطعون ضدهم فقط هذا الحكم دون أخيهم. .. ووالدتهم. .. ولم تأمر المحكمة باختصاصهما في الاستئناف حتى صدور الحكم فيه، وكانت الدعوى قد أقيمت أساسا على متوفى فتكون الخصومة فيها معدومة بالنسبة له وبهذا الوصف يكون موضوعها غير قابل للتجزئة بالنسبة لورثته جميعا لأنهم يستمدون حقهم فيها بسبب وراثتهم للبائع وهو مما لا يحتمل الفصل فيه إلا حلا واحدا بعينه، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بقبول الاستئناف شكلا دون اختصاص المحكوم عليهما اللذين لم يطعنا بالاستئناف يكون قد خالف قاعدة قانونية إجرائية متعلقة بالنظام العام كانت عناصرها الموضوعية مطروحة على محكمة الموضوع بما يجوز معه التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض، مما يبطل الحكم المطعون فيه".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "موضوع دعوى صحة ونفاذ عقد بيع أطيان زراعية رفعها المشتري ضد ورثة البائع هو مما يقبل التجزئة بطبيعته ذلك أنه قد يصح البيع بالنسبة لمن أقر به من الورثة ولا يصح بالنسبة لمن طعن منهم فيه".

(طعن رقم 305 لسنة 34 ق جلسة 1968/6/11)

2- "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن موضوع الدعوى التي يرفعها المشتري ضد ورثة البائع بصحة ونفاذ العقد الصادر من مورثهم ببيع عقارات مملوكة له هو مما يقبل التجزئة بطبيعته، وأنه قد يصح هذا البيع بالنسبة لمن يقر به من الورثة ولا يصح بالنسبة لمن يطعن منهم فيه. ولما كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وقرر أن تنازل المطعون عليها الثانية عن دعاوها، لا يؤثر على ما اتخذته باقى المطعون عليهم من الادعاء بتزوير العقدين، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 1120 لسنة 47 ق جلسة 1981/4/28)

3- "إذ كان الواقع الثابت بالأوراق أن الطاعن أقام دعواه ضد المطعون عليهم بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقود البيع الأربعة المتتالية الصادر أولها من المطعون ضده الأول ومورث الطعون ضدهم من الثانى إلى الخامسة بتاريخ 1966/9/9 إلى المطعون ضده السابع والمتضمن بيعهما له قطعة أرض فضاء مساحتها 350م²، وكان بطلان الخصومة بالنسبة لمورث المطعون ضدهم من الثانى إلى الخامسة أحد الباعين لا يمنع من قبول الدعوى بالنسبة للقدر المبيع من البائع الآخر - المطعون ضده الأول - والعقود التالية عليه بالنسبة لهذا القدر متى كانت الدعوى تقبل التجزئة فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم قبول الدعوى لمجرد ما خلص إليه من بطلان الخصومة بالنسبة

(طعن رقم 4409 لسنة 64 ق جلسة 2004/1/25)

لمورث المطعون ضدهم من الثانى إلى الخامسة - أحد البائعين - حاجبا بذلك نفسه عن بحث مدى صحة العقود بالنسبة للقدر المبيع ابتداء من المطعون ضده الأول رغم أن الدعوى تقبل فى الأصل التجزئة ودون أن يستظهر أن الدعوى لا تقبل التجزئة يكون فضلا عن قصوره قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 49 لسنة 60 ق جلسة 1994/1/27)

غير أن عقد الصلح الذى يبرم فى دعوى صحة التعاقد مما لا يقبل التجزئة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"عقد الصلح - وعلى ما جرى به نص المادة 1/557 من القانون المدنى - لا يقبل فى الأصل التجزئة - ودعوى صحة ونفاذ عقد البيع تتسع لبحث ما يثار من نزاع حول ملكية البائع للمبيع بحيث لا يجاب المشتري إلى طلب صحة عقده كله إلا إذا كان تسجيل الحكم ونقل الملكية إليه من البائع ممكنين فإن تبين أن البائع لا يملك إلا جزءا من المبيع امتنع على المحكمة إجابة المشتري والبائع إلى طلبهما إلحاق عقد الصلح المبرم بينهما عن كامل القدر المبيع لوروده فى شق منه على بيع لملك الغير ولا يجاب المشتري إلى طلب صحة عقده إلا بالنسبة للقدر الذى ثبت أنه مملوك للبائع له لقاء ما يعادله من الثمن المتفق عليه".

(طعن رقم 1702 لسنة 52 ق جلسة 1985/11/7)

106- الدفع بجهالة توقيع المورث على عقد البيع مما لا يقبل التجزئة

:

دفع دعوى صحة التعاقد من جانب المدعى عليهم (ورثة البائع) بجهالة توقيع مورثهم على عقد البيع مما لا يقبل التجزئة ولايحتمل إلا حلا واحد لأنه من المقرر أن الدفع بالإنكار وهو صورة من صور الطعن بالتزوير لا يقبل التجزئة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذ كان البين من الأوراق أن المطعون ضده أقام دعواه ابتداء ضد الطاعنة باعتبارها وارثة البائعة بطلب الحكم بصحة عقد البيع المؤرخ 1965/3/1 فدفعت الطاعنة بجهالة توقيع مورثتها على العقد وأرشدت عن أسماء ومحال إقامة باقى ورثة البائعة فكلفت المحكمة المطعون ضده باختصامهم فلم يمثل وقضت رغم ذلك بصحة العقد فى حين أن الطعن بالجهالة على توقيع المورثة على عقد البيع سند الدعوى مما لا يقبل التجزئة ولا يحتمل إلا حلا واحدا لأنه من المقرر أن الدفع بالإلكار وهو صورة من صور الطعن بالتزوير لا يقبل التجزئة، مما كان يوجب على محكمة أول درجة أن تقضى بعدم قبول الدعوى وإذ قضى الحكم المطعون فيه فى موضوع الاستئناف فإنه يكون قد شابه البطلان والخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 1685 لسنة 60 ق جلسة 1996/6/11)

وكذلك الادعاء بتزوير العقد مما لا يقبل التجزئة ولو انصب على نصيب أحد المشتريين.

فقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كان الطاعنون قد أقاموا الدعوى على المطعون ضدها وآخرين بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لهم منهم بالتساوى فيما بينهم وإذ دفعت المطعون ضدها بتزوير العقد بالنسبة لنصيبها وقضى الحكم الابتدائى برفضه وللطاعنين بمطلبهم فاستأنفته المطعون ضدها فيما قضى به بالنسبة لهذا النصيب فإن موضوع النزاع على هذا النحو يكون غير قابل للتجزئة لأن النزاع بحسب طبيعته الذى فصل فيه الحكم وهو صحة ونفاذ عقد البيع الصادر من المطعون ضدها عن نصيبها لا يحتمل الفصل فيه غير حل واحد بعينه ويستلزم أن يكون الحكم واحدا بالنسبة لجميع الخصوم إذ لا يتأتى أن يكون الحكم بإثبات التعاقد صحيحا نافذا بالنسبة لمن لم يختصم وغير صحيح لمن تم اختصامه بما تلتزم

معه المطعون ضدها في الاستئناف المرفوع منها باختصاص كل المحكوم لهم، فإن لم تفعل أمرت المحكمة بذلك إعمالاً لحكم المادة 218 المشار إليها وإذ قضى الحكم المطعون فيه الصادر بتاريخ 1988/11/9 بقبول الاستئناف شكلاً دون اختصاص كل من المحكوم لهما فإنه يكون قد خالف قاعدة إجرائية متعلقة بالنظام العام كانت عناصرها مطروحة على محكمة الموضوع بما يبطله".

(طعن رقم 798 لسنة 60 ق جلسة 1994/6/2)

107- القضاء بصحة العقد يتضمن حتماً أنه عقد غير صوري :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى حاز الحكم قوة الأمر المقضى فإنه يمنع الخصوم في الدعوى التي صدر فيها من العودة إلى المناقشة في المسألة التي فصل فيها بأى دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها - فإذا كان الحكم النهائي في الدعوى الأولى قد حسم النزاع بين الخصوم وقضى بصحة عقد البيع الوفاى المبرم بينهم رغم الدفع في هذه الدعوى ببطلان البيع لإخفائه رهناً، فإن هذا الحكم حتى ولو لم يبحث هذا الدفع يحوز قوة الأمر المقضى في شأن صحة العقد ويمنع الخصوم أنفسهم أو خلفهم من التنازع في هذه المسألة في دعوى ثانية بطلب بطلان ذلك البيع ولا يغير من ذلك اختلاف الطلبات في الدعويين ذلك أن طلب صحة العقد ونفاذه وطلب بطلانه متصلان اتصالاً كلياً إذ علة الحكم بصحة العقد في الدعوى الأولى عدم بطلانه والقضاء بصحة العقد يتضمن حتماً أنه غير باطل".

(طعن رقم 361 لسنة 29 ق جلسة 1965/5/13)

2- "القضاء السابق بصحة العقد يتضمن حتماً أنه عقد غير صوري وصحيح ومن شأنه نقل الملكية ومتى حاز الحكم قوة الأمر المقضى فإنه يمنع الخصوم في الدعوى التي صدر فيها من العودة إلى المناقشة في المسألة التي

فصل فيها بأية دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى أو أثرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها".

(طعن رقم 82 لسنة 31 ق جلسة 1966/3/1)

3- "إنه وإن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكم بصحة العقد فحواه عدم بطلانه إلا أنه لما كان يبين من الاطلاع على الأحكام الصادرة في الدعاوى السابقة أن بعض المطعون عليهم تقدموا في هذه الدعاوى بطلب قبولهم خصوما فيها، وذلك للطعن ببطلان التصرف المطلوب الحكم بصحته استنادا إلى أنه قد قدم طلب بتوقيع الحجر على المتصرف غير أن المحكمة لم تقبل تدخلهم، وورد في أسباب هذه الأحكام أن لطالب التدخل رفع دعاوى مستقلة بالبطلان مما مفاده أن الأحكام بصحة عقود البيع المشار إليها لم تفصل في طعون طالبي التدخل في هذه التصرفات موضوع هذه العقود بالبطلان على وجه يحتج به في هذه الخصومة، طالما أن هذه الأحكام رأت عدم النظر في هذه الطعون وصرحت باستبقاء الفصل فيها بدعاوى مستقلة. وإذا كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم يحوز قوة الأمر المقضى فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أصاب صحيح القانون فيما قضى به من أن الأحكام الصادرة في الدعاوى سالفة البيان لا تعتبر حجة على المطعون عليهم".

(طعن رقم 296 لسنة 36 ق جلسة 1971/2/2)

4- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدعوى بصحة ونفاذ العقد تستلزم أن يكون من شأن المبيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام مقام العقد المسجل في نقل الملكية وهذا يقتضى أن يفصل القاضى في أمر صحة البيع ويتحقق من استيفائه للشروط اللازمة لانعقاده وصحته ومن ثم فإن هذه الدعوى تنتسح لإثارة جميع أسباب البطلان التي توجه إلى التصرف فإذا فات الخصم إبداء

سبب من هذه الأسباب كان فى استطاعته إبداءه فى تلك الدعوى ثم حكم بصحة العقد ونفاذه فإن هذا الحكم يكون مانعا لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استنادا إلى هذا السبب، ذلك أن طلب صحة العقد وطلب بطلانه وجهان متقابلان لشيء واحد والقضاء بصحة العقد يتضمن حتما بأنه غير باطل".

(طعن رقم 1133 لسنة 49 ق جلسة 1983/2/1)

108- عدم سقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم :

لا تسقط دعوى صحة التعاقد بالتقادم. فلا يمكن للبائع أو ورثته أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم حتى ولو انقضت مدة التقادم الطويلة. ذلك أن التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه أبدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع أبدا التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة المكسبة للملكية. ودفع البائع أو ورثته بسقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم، هو من قبيل المنازعة الممتنعة قانونا عليهم⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "يلتزم البائع بضمان عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه. وهذا الالتزام مؤبد يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن هذا العقد مشهرا وينتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم- مثله- منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع

(1) الدكتور برهام عطا الله ص 159 وما بعدها - محمد شكرى سلامه ص 250- المستشار محمود رضا الخضيرى دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع طبعة ثانية سنة 2003 ص 44 وما بعدها.

شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية. وإذا كان الطاعنون "ورثة البائع" قد دفعوا دعوى ورثة المشتري بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لمورثهم من مورث الطاعنين - بسقوطها بالتقادم لرفعها بعد أكثر من خمس عشرة سنة من تاريخ صدور هذا العقد، فإن هذا الدفاع يعد من قبيل المنازعة الممتنعة قانوناً على الطاعنين بمقتضى التزام مورثهم بالضمان، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 261 لسنة 28 ق جلسة 1963/3/21)

2- "التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وفقاً للمادتين 261، 300 من القانون المدني الملغى والمادة 439 من القانون القائم التزام أبدي يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض. وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية. ومن ثم فإن دفع وارث البائع بعدم تسجيل عقد المشتري وبسقوط حقوق الأخير، المتولدة عن عقد البيع بالتقادم وطلب الوارث تثبيت ملكيته لبعض العقار المبيع إنما هو من قبيل المنازعة الممتنعة عليه قانوناً بمقتضى التزام مورثه بالضمان".

(طعن رقم 220 لسنة 31 ق جلسة 1966/1/13)

3- "من أحكام البيع المقررة في المادتين 226 و300 من القانون المدني القديم و المادة 439 من القانون القائم التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وهذا الالتزام أبدي يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع أبداً التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة

المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة المكسبة للملكية. ولما كان الدفع من الورثة بسقوط حق المشتري بالتقادم لعوده عن رفع دعواه بصحة ونفاذ عقد البيع هو من قبيل المنازعة الممتنعة قانوناً على ورثة البائع، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بقبول هذا الدفع يكون مخالفاً للقانون".

(طعن رقم 575 لسنة 34 ق جلسة 1969/1/16)⁽¹⁾

(1) وهناك آراء أخرى فى سقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم هي :

الرأى الأول :

أن دعوى صحة التعاقد تستند أساساً إلى ما تقضى به المادة 210 من التقنين المدنى، حيث يكون للمشتري حق فى مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً عينياً، فهى لا تستند إلى حق ملكيته.

ومن ثم فإن الدعوى تسقط بالتقادم كسائر الدعاوى الأخرى بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ العقد (م374) (السنهورى ص 495- محمد لبيب شنب ص 113).

الرأى الثانى :

يفرق بين حالة استلام المشتري العقار المبيع، وحالة ما إذا كان العقد غير المسجل لم ينفذ بصورة ما يتوافر له بها صفة المالك الظاهر.

ففى الحالة الأولى يحق للمشتري دائماً أن يرفع دعوى صحة التعاقد مهما طالّت المدة ليثبت واقعة قانونية هى صحة التعاقد الصادر إليه من البائع ليتم بذلك نقل الملكية إليه تنفيذاً للقانون لأنه من الضرورى له أن يزيل كل عقبة مادية تعترض سبيل الوصول إلى حقه المذكور. فإنه باستلامه العقار المبيع ودوام وضع يده عليه بصفته المالك الظاهر له بدوم حقه كمالك على هذا العقار ومادام هذا الحق باقياً ثابتاً له فإن الدعوى به وهى صحة التعاقد الحاصل عن هذا العقار تظل قائمة كذلك لأن العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً.

= أما الحالة الثانية، وهى حالة ما إذا لم ينفذ عقد البيع صورة ما كتسليم أو نحوه فإن إهمال المشتري فى تسلم العقار المبيع وفى المطالبة بتنفيذ التزام البائع أو خلفائه بنقل الملكية إليه، ومضى على آخر إجراء اتخذه المشتري للمطالبة بتنفيذ هذا الالتزام أكثر من خمس عشرة سنة، فإن المشتري قد يتعرض فى هذه الحالة للدفع بسقوط الحق فى إقامة دعواه

4- "الحكم نهائياً بصحة ونفاذ عقد البيع. قضاء بانعقاده صحيحاً ونافذاً بين طرفيه. أثره. امتناع من يعتبر حجة عليه التعرض مادياً أو قانونياً للمشتري فى الانتفاع بالمبيع. التزام الأول بتمكين الأخير من نقل الملكية إليه".
(طعن رقم 314 لسنة 65 ق جلسة 2005/6/22)

109- سريان القاعدة العامة فى انقضاء الخصومة على دعاوى صحة التعاقد :

لا شأن لقاعدة عدم سقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم والتى أساسها أن من يلزم بالضمان يلزم بعدم التعرض، بانقضاء الخصومة، فتظل الدعوى خاضعة للقاعدة الواردة بنص المادة 140 مرافعات التى تقضى بأنه :
"فى جميع الأحوال تنقضى الخصومة بمضى سنتين على آخر إجراء صحيح فيها.

ومع ذلك، لا يسرى حكم الفقرة السابقة على الطعن بطريق النقض".

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"... الدعوى هى حق الالتجاء إلى القضاء للحصول على حماية قانونية للحق المدعى به. أما الخصومة فهى وسيلة ذلك أى أنها مجموعة الأعمال الإجرائية

بطلب صحة التعاقد ويكون للمحكمة عندئذ أن تقبل هذا الدفع وتقضى بسقوط حقه إذا ما استبان لها صحة هذا الدفع (الدكتور محمود شوقي الشهر العقارى علماً وعملاً - إعداد فتحى جابر العقيلي سنة 1990 ص 200) - (ويأخذ بهذه التفرقة بعض أنصار الرأى الأول - راجع السنهاورى ص 495 هامش (1)).

الرأى الثالث :

أنه يجوز رفع دعوى صحة التعاقد متى توافرت شروطها فى أى وقت ولا يجوز دفعها بالتقادم المسقط لأنها تعتبر دعوى استحقاق مآلاً. ولأن القاعدة المقررة قانوناً هى أن الملكية لا تسقط بالتقادم، فيجب أن تسرى هذه القاعدة على السبل التى تؤدى إلى الملك (سليمان مرقس ص 321).

التي يطرح بها هذا الادعاء على القضاء ويتم بها تحقيقه والفصل فيه والقانون المدني هو الذى ينظم قواعد سقوط وانقضاء الدعاوى والحقوق بمضى المدة بينما ينظم قانون المرافعات قواعد سقوط وانقضاء الخصومة. وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن انقضاء الخصومة لا يترتب عليه أى مساس بأصل الحق المرفوعة به الدعوى بل يبقى خاضعا فى انقضائه للقواعد المقررة فى القانون المدني. ولما كان التعرض الشخصى الذى يضمنه البائع فى مفهوم المادة 439 من القانون المدني هو كل عمل يعكس على المشتري حقه فى حيازة المبيع والانتفاع به. فلا يدخل فى ذلك ما يبديه البائع فى دعوى صحة التعاقد الذى يقيمها عليه المشتري من دفع أو طلبات يهاجم بها إجراءات الخصومة سواء لعوار فيها أو لسقوطها أو انقضائها بمضى المدة، إذ لا يعتبر هذا من قبيل التعرض لحقوق المشتري الناشئة عن عقد البيع. ولما كان الأصل أن التقاعس عن موالة الخصومة يترتب بذاته مصلحة قانونية مشروعة لكل خصم حقيقى فيها للتخلص منها حتى لا يظل معلقا دون حدود بإجراءات تخلى أطرافها عن إكمال السير فيها خلال المدة القانونية فقد أجاز المشرع لأى منهم طلب الحكم بسقوطها أو انقضائها حسب الأحوال دون أن يكون فى هذا الطلب شبهة تعسف فى استعمال الحق لاستناده إلى مصلحة مشروعة وعدم مساسه بأصل الحق المرفوعة به الدعوى. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بانقضاء الخصومة فى الدعوى رقم 1092 سنة 1966 لمضى المدة القانونية من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون فيما انتهى إليه. ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بالأوجه المشار إليها على غير أساس".

(طعن رقم 1451 لسنة 48 ق جلسة 1980/1/31)

الاختصاص بنظر دعوى صحة التعاقد :

110- أولا : الاختصاص القيمى :

تنص المادة 37 من قانون المرافعات على أن: "يراعى فى تقدير قيمة الدعوى ما يأتى :

....

7- إذا كانت الدعوى بطلب صحة عقد أو إبطاله أو فسخه تقدر قيمتها بقيمة المتعاقد عليه. ... الخ".

وطبقا للفقرة الأولى من المادة 37 سألقة الذكر يراعى فى تقدير قيمة الدعوى ما يأتى :

"الدعاوى التى يرجع فى تقدير قيمتها إلى قيمة العقار يكون تقدير هذه القيمة باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كان العقار مبنيا، فإن كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار أربعمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية. فإذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته".

ومفاد ذلك أن الاختصاص القيمى بنظر دعوى صحة التعاقد يتحدد بقيمة العقار محل الدعوى، وتقدر قيمة العقار باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كان العقار مبنيا، فإن كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار أربعمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية. وأنه لذلك لا عبرة بالثمن الوارد بالعقد أى الثمن الذى اتفق عليه المتعاقدان، إذا كان يخالف التقدير السابق.

أما إذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته، وغالبا ما تستعين المحكمة فى تقدير هذه القيمة أهل الخبرة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "الدعوى بطلب صحة عقد تقدر طبقا للمادة 7/37 من قانون المرافعات بقيمة المتعاقد عليه، وتنص الفقرة الأولى من هذه المادة على أن الدعاوى المتعلقة بالمبانى تقدر قيمتها باعتبار 180 مثلا من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة على العقار، فإذا كان غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته. ولما كان

تقدير قيمة المنزل الذى طلب الطاعن الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة له هو واقع كان يتعين طرحه على محكمة الاستئناف، فإن النعى على الحكم المطعون فيه فيما قضى به ضمنا من جواز الاستئناف بالنسبة لهذا الطلب بمقولة أن قيمة هذا العقار لم تكن تتجاوز النصاب النهائى للمحكمة الابتدائية، يكون نعيًا غير مقبول مما يمتنع معه عرض هذا السبب لأول مرة أمام محكمة النقض ولو كان متعلقًا بالنظام العام".

(طعن رقم 58 لسنة 41 ق جلسة 1975/11/11)

2- "طبقا للمادة 223 من قانون المرافعات تقدر قيمة الدعوى فيما يتعلق بنصاب الاستئناف وفقا لأحكام المواد من 36 إلى 41 من ذات القانون، والدعوى بطلب صحة عقد تقدر قيمتها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - طبقا للمادة 7/37 من القانون المذكور بقيمة المتعاقد عليه، وقد نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أن الدعاوى المتعلقة بالأراضي تقدر قيمتها باعتبار سبعين مثلا لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها، فإذا كانت الأرض غير مربوط عليها ضريبة قدرت المحكمة قيمتها، فإن الدعوى بصحة ونفاذ عقد بيع أرض زراعية تقدر قيمتها باعتبار سبعين مثلا لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها".

(طعن رقم 1234 لسنة 50 ق جلسة 1984/6/6)

(راجع أيضا فى تقدير قيمة الدعوى بالنسبة للشفعة)

(طعن رقم 2580 لسنة 55 ق جلسة 1988/12/29)

وبالترتيب على ذلك إذا كانت قيمة العقار المبيع طبقا للقاعدة المتقدمة لا تتجاوز أربعين ألف جنيه، فإن دعوى صحة التعاقد عليه تدخل فى الاختصاص القيمى للمحكمة الجزئية (م42 مرافعات)، فإذا زادت قيمة العقار على ذلك، فإن الدعوى تدخل فى الاختصاص القيمى للمحكمة الابتدائية.

والمقرر أن قواعد الاختصاص القيمى مما يتعلق بالنظام العام. وتتصدى لها

المحكمة من تلقاء نفسها دون ما دفع من الخصوم.

111- اختصاص المحكمة الابتدائية بطلب الحكم بصحة عقد البائع

للبائع ولو كانت قيمته أقل من نصاب هذه المحكمة :

تنص الفقرة الثالثة من المادة 47 من قانون المرافعات على أن:

"كما تختص (المحكمة الابتدائية) بالحكم في الطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضة وكذلك في الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي مهما تكن قيمتها أو نوعها" - فإذا كان المشتري قد اختصم البائع للبائع له أمام المحكمة الابتدائية - المختصة قيميا بالدعوى - للقضاء بصحة عقده، حتى يمكن القضاء بصحة عقده هو، وكانت قيمة عقد البائع للبائع تدخل في حدود نصاب المحكمة الجزئية - بحسب الأصل - فإن المحكمة الابتدائية تضحى مختصة بنظر هذا الطلب، باعتباره طلبا مرتبطا بطلب الحكم بصحة العقد الصادر للمشتري ويكون حكمها الصادر في الطلب الأصلي الذي تجاوز قيمته النصاب الانتهائي للمحكمة الابتدائية وفي الطلبات المرتبطة به جائز استئنافه إذ العبرة في تقدير قيمة الدعوى في هذه الحالة بقيمة الطلب الأصلي وحده ولا يكون للطلب المرتبط به تقدير مستقل عنه، ومن ثم يجوز للبائع الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في الدعوى بالنسبة لعقده⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان الطاعن قد أقام دعواه أمام المحكمة الابتدائية بطلب صحة ونفاذ عقد البيع الصادر له من المطعون ضدهما الأول والثاني والذي تزيد قيمته على مائتين وخمسين جنيها، وتوطئه لذلك طلب الحكم بصحة التعاقد من عقود البيع الثلاثة عن ذات القدر الصادرة للبائعين حتى يتسنى له تسجيل الحكم الصادر

(1) المستشار محمود الخضيرى ص 54.

بصحة ونفاذ هذه العقود وانتقال الملكية إليه، وكان اختصاص المشتري - فى دعوى صحة التعاقد - البائع للبائع له - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - متعينا حتى يجاب إلى طلبه الحكم بصحة ونفاذ عقده وإلا كانت دعواه به - قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه - غير مقبولة إذ كان ذلك، فإن طلبات الطاعن التى ضمننتها دعواه بصحة التعاقد عن عقود البيع الصادرة للبائعين له تعتبر بهذه المثابة مرتبطة بطلبه الأصيل بصحة التعاقد عن عقده وتختص المحكمة الابتدائية بالحكم ابتدائيا بالنظر فيها تبعا وامتدادا لاختصاصها بالنظر فيه وذلك عملا بنص الفقرة الثالثة من المادة 47 من قانون المرافعات التى تقضى باختصاص المحكمة الابتدائية بالحكم فى الطلبات المرتبطة بالطلب الأصيل مهما تكن قيمتها أو نوعها إذ هى المحكمة ذات الاختصاص العام فى النظام القضائى متى كانت مختصة بالنظر فى طلب ما فإن اختصاصها هذا يمتد إلى ما عساه أن يكون مرتبطا به من طلبات أخرى ولو كانت مما يدخل فى الاختصاص القيمى أو النوعى للقاضى الجزئى، ويكون حكمها الصادر فى الطلب الأصيل الذى تجاوز قيمته النصاب الانتهاى للمحكمة الابتدائية وفى الطلبات المرتبطة به جائزا استئنافا إذ العبرة فى تقدير قيمة الدعوى فى هذه الحالة بقيمة الطلب الأصيل وحده ولا يكون للطلبات المرتبطة به تقدير مستقل عنه. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف لقلة النصاب بالنسبة لطلبات الطاعن صحة ونفاذ عقود البيع الثلاثة الصادرة للبائعين له باعتبار أن كل طلب من هذه الطلبات ناشئ عن سبب قانونى مستقل عن الآخر فتقدر قيمة الدعوى بقيمة كل طلب على حدة دون نظر إلى قيمة الطلب الأصيل وارتباط هذه الطلبات به وقد ترتب على ذلك أن حجب الحكم نفسه عن التعرض لدفاع الطاعن الذى أثاره بشأنها فى موضوع استئنافه وأسس على اعتبار الحكم المستأنف نهائيا فى هذا الخصوص قضاءه برفض الاستئناف بالنسبة لطلب الطاعن الحكم بصحة ونفاذ عقده هو

استنادا إلى أنه قد أخفق في إثبات ملكية البائعين له فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 32 لسنة 41 ق جلسة 1975/6/30)

112- ثانيا : الاختصاص المحلي :

تنص الفقرة الثانية من المادة 50 من قانون المرافعات على أنه:
"وفي الدعاوى الشخصية العقارية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه".

ولما كنا قد خلصنا فيما سلف إلى أن دعوى صحة التعاقد هي دعوى شخصية عقارية، فإن المحكمة المختصة محليا تكون إما المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه. ويكون الخيار في رفع الدعوى أمام أى من المحكمتين المذكورتين للمدعى، سواء أكان هو المشتري أو البائع، فقد رأينا سلفا أنه قد يكون للبائع مصلحة في رفع دعوى صحة التعاقد.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الدعاوى الشخصية العقارية هي الدعاوى التي تستند إلى حق شخصي ويطلب بها تقرير حق عيني على عقار أو اكتساب هذا الحق ومن ذلك الدعوى التي يرفعها المشتري بعقد غير مسجل ويطلب بها الحكم على البائع بصحة التعاقد وقد راعى الشارع- هذا الازدواج في تكوين الدعوى ومآلها حينما جعل الاختصاص المحلي بنظر الدعاوى الشخصية العقارية- وفقا للمادة 56 مرافعات- معقودا للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه.

ولا ينال من هذا النظر أن تكون المادة 83 من القانون المدني قد اقتضت في تقسيم الأحوال والدعاوى المتعلقة بها على عقار ومنقول فقط إذ لم يرد فيها أو غيرها من نصوص القانون المدني أية قاعدة للاختصاص تغاير قاعدة المادة 56

من قانون المرافعات فى شأن الاختصاص بالدعاوى الشخصية العقارية".

(طعن رقم 261 لسنة 28 ق جلسة 1963/3/21)

2- "المقصود بالدعوى الشخصية العقارية - وعلى ما ورد بالمذكرة التفسيرية فى تعليقها على المادة 56 من قانون المرافعات السابق الذى رفعت الدعوى الماثلة فى ظله، والمقابلة للمادة 50 من قانون المرافعات الحالى- الدعوى التى تستند إلى حق شخصى ويطلب بها تقرير حق عينى على عقار أو اكتساب هذا الحق، ومنها الدعوى التى يرفعها المشتري بعقد غير مسجل ويطلب بها الحكم على البائع بصحة التعاقد، ولقد أفصح المشرع فى المذكرة التفسيرية سالفه الذكر عن علة إيراد القاعدة التى جعلت الاختصاص بنظر هذه الدعوى لمحكمة العقار إلى جانب محكمة موطن المدعى عليه فذكر أنه راعى فى ذلك مآل الدعوى والازدواج الواقع فى تكوينها وإذ كان الثابت- والذى لا خلاف عليه - أن الدعوى الحالية رفعت إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار محل التعاقد الذى طلب الحكم بصحته. وكانت هذه الدعوى ليست من دعاوى التركات التى ترفع قبل قسمة التركة من الدائن أو من بعض الورثة على بعض والتى جعلت المادة 59 من قانون المرافعات السابق (المقابلة للمادة 52 من قانون المرافعات الحالى) الاختصاص بنظرها للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل افتتاح التركة أى آخر موطن للمتوفى، فإن الدعوى تكون قد رفعت إلى محكمة مختصة بنظرها ويكون الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى رفض الدفع بعدم اختصاص هذه المحكمة محلها بنظر الدعوى غير مخطئ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 389 لسنة 48 ق جلسة 1981/5/28)

وإذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا محل إقامة فى الجمهورية ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة على موجب الأحكام المتقدمة يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى أو محل إقامته فإن لم يكن له موطن

ولا محل إقامة كان الاختصاص لمحكمة القاهرة (م 61 مرافعات).

وقواعد الاختصاص المحلى مما لا يتعلق بالنظام العام ويجب الدفع بعدم الاختصاص المحلى قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيه. ويسقط حق الطاعن فى هذا الدفع إذا لم يبيده فى صحيفة الطعن (م 108 مرافعات).

مادة (429)

إذا كان البيع جزافا، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذى تنتقل به فى الشئ المعين بالذات، ويكون البيع جزافا ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع.

الشرح

113- المقصود بالبيع جزافا :

بيع الجزاف (vente en bloc) هو بيع لأشياء مثلية عينت وقت العقد بذاتها، لا بمقدارها وصنفها كما هو الأصل فى الأشياء المثلية، ومثاله أن يبيع شخص كل محصول القطن الناتج من قطعة أرض معينة، أو كل النطرون المستخرج من مستنقع معين فى خلال مدة محدودة. أو يبيع شخص كل القمح الموجود فى مخزن معين دون بيان لمقدار القطن أو النطرون أو القمح المبيع. ويكون البيع جزافا، ولو لو يشمل كل القدر الموجود فى مكان معين، بأن يرد على حصة شائعة من القمح الموجود فى مخزن معين⁽¹⁾.

وكذلك يعتبر البيع جزافا ولو ذكر فى العقد مقدار المبيع، إذا لم يكن ذلك بقصد تعيينه، بل بقصد تحديد الثمن، أو ليكون أساسا لرجوع كل من المتعاقدين على الآخر فى حالة وجود عجز أو زيادة فى هذا المقدار، وعلى ذلك إذا باع

(1) محمد شكرى سرور ص 126.

شخص لآخر كل محصول القطن الناتج عن قطعة أرض معينة على أنه مائة قنطار، فإن البيع يعتبر جزافاً⁽¹⁾.

ومتى كان المبيع المثلى قد تعين بالذات وقت العقد، كان البيع جزافاً بصرف النظر عن طريقة تحديد الثمن. أى سواء كان الثمن قد حدد جملة كبيع كل البيض الموجود فى سلة معينة بعشرة جنيات، أم كان الثمن قد حدد على أساس سعر الوحدة، وبالتالي كان من اللازم تقدير كمية المبيع لتحديد هذا الثمن لأن الوزن لا يلزم لتعيين المبيع إنما لتقدير جملة الثمن فقط. وعلى ذلك فإذا باع شخص لآخر كل ثمار البرتقال التى أنتجتها حديقة معينة بسعر الكيلو جنيه، فإن هذا البيع يكون جزافاً، لأن المبيع قد تعين بذاته وقت العقد وهو أنه البرتقال من حديقة معينة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى أن الطاعن تعاقد مع المطعون عليها (وزارة المالية) على أن يقوم باستغلال النطرون الجاف بمستقعات منطقتين رسا مزادهما عليه مقابل ثمن معين، وعلى أن يدفع للمطعون عليها علاوة على هذا الثمن إتاوة بواقع كذا جنيها عن كل طن يستخرج زاد على 1500 طن من المنطقة الأولى وألف من المنطقة الثانية، كما استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية أن المطعون عليها لم تتفق مع الطاعن على حد أدنى لكمية النطرون الذى يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذى رسا به المزاد عليه وأن مقدارى الألف والخمسائة طن والألف طن لم يردا فى أوراق التعاقد إلا لتحديد الإتاوة التى اشترط على الطاعن دفعها فهذا العقد موضوعه محصول طبيعى غير متجدد وليس ثمرة أو ريعا للمستقعات المذكورة لكونه جزءا منها لا بد من نفاذه يوما ما، وحقيقته - مهما كان قد ورد فيه من ألفاظ "المؤجرة" و "الإيجار" و "المستأجر" - أنه عقد

(2) محمد كامل مرسى ص 209 - محمد لبيب شنب ص 98 وما بعدها - محمد شكرى سرور ص 127.

بيع للنظرون لا عقد إيجار للمستقعات، والمبيع بموجبه هو عين معينة هي كل النظرون الموجود بالمستقعات بلا حاجة إلى وزن وثمانه قد حدد دون توقف على وزن فيما عدا مبلغ الإتاوة، وينبى على ذلك اعتباره - وفقا للمادة 240 من القانون المدني القديم - بيعا جزافا، فهو يقع لازما مهما كان مقدار المبيع أقل مما أمله المشتري".

(طعن رقم 67 لسنة 19 ق جلسة 1951/12/6)

2- "إذا كان البائع قد باع كل القطن الذى فى مخزنه والنتاج من زراعاته المعينة فى العقد وقد عاينه المشتري فى المخزن المودع به كان التكييف الصحيح لهذا البيع أنه بيع جزاف لا بيع شئ معين بنوعه ولا ينفى عن هذا البيع وصف الجراف لكون المبيع قد قدر بالعقد تقديرا تقريبا بمقدار معين قابل للعجز والزيادة. ولا يكون لهذا التقدير أثر إلا فى مسألة الضمان".

(طعن رقم 276 لسنة 33 ق جلسة 1968/3/28)

114- انتقال الملكية فى البيع جزافا :

تنص المادة 429 على أنه إذا كان البيع جزافا، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذى تنتقل به فى الشئ المعين بالذات. ومعنى ذلك أنه فى البيع الجراف يعتبر المبيع معين بالذات من وقت العقد، ويترتب على ذلك أن تنتقل ملكيته إلى المشتري فور العقد دون حاجة إلى إفراز، لأن الغرض من الإفراز هو تعيين المبيع من المثليات بذاتها، فإذا كان المبيع معين منذ أول الأمر بذاته، لا تكون هناك حاجة إلى الإفراز⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"1- المادة 569 من المشروع، تطبيق للقواعد العامة التى سبق تقريرها بشأن

(1) محمد لبيب شنب ص 98 - إسماعيل غانم ص 112.

آثار الالتزام بنقل حق عيني، فإن المادة 280 من المشروع تقرر أن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل. وتقرر المادة (281) فقرة أولى أنه إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شئ لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بفرز الشئ، وتطبيق ذلك فى عقد البيع يؤدي إلى أن البيع ينقل ملكية الشئ المبيع من تلقاء نفسه (مع مراعاة قواعد التسجيل) إذا كان المبيع معيناً بالذات ويلحق بالشئ المعين بالذات الشئ المعين جزافاً، فهو شئ معين بالذات مادام لا يحتاج فى تحديده إلى تقدير ما (عد أو وزن أو كيل أو مقاس) حتى لو كان هذا التقدير لازماً لتحديد الثمن (كأن تباع كمية محدودة من القمح بسعر الأردب). أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع لا بالذات، فلا تنتقل الملكية إلا بالفرز، أى بالعدد أو الوزن أو الكيل أو المقاس.

2- ويلاحظ أن المشروع تجنب هنا خطأين وقع فيهما التقنين الحالى، فقد قرر هذا التقنين أن المبيع المعين بالنوع لا يبقى فى ضمان البائع إلا إلى وقت الفرز (م 307/241 مصرى)، والصحيح أنه يبقى فى ضمان البائع إلى وقت التسليم. وقرر أيضاً أن المبيع بالنوع لا تنتقل ملكيته إلا بالتسليم (م 338/268)، والصحيح أنها تنتقل بالفرز، حتى لو تم قبل التسليم⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان المبيع جزافاً فإن الملكية فيه تنتقل إلى المشتري بمجرد تمام العقد طبقاً للمواد 429 و 204 و 932 من القانون المدنى ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع كما يتم تسليم المبيع فيه طبقاً للمادة 435 بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً مادام البائع قد أعلمه بذلك".

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 45 وما بعدها.

(طعن رقم 276 لسنة 33 ق جلسة 1968/3/28)



مادة (430)

- 1- إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع.
- 2- فإذا كان الثمن يدفع أقساطا، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءا منه تعويضا 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 224.
- 3- وإذا وفيت الأقساط جميعا، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستندا إلى وقت البيع.
- 4- وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجارا.

الشرح

- 115- اشتراط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن في البيع مؤجل الثمن :

تجيز الفقرة الأولى من المادة للبائع، إذا كان البيع مؤجل الثمن، أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع. وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشركات التي تباع سلعها بالتقسيط كالألات والسيارات والسلع الكهربائية وكالأراضي التي تباع بأثمان مقسطة، وفي هذه الحالة تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري معلقة على شرط واقف. فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أكثر ضماناً من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"تجيز المادة أن يشترط البائع، إذا كان الثمن مؤجلاً، أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى كل الثمن، حتى لو سلم المبيع قبل ذلك. وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشركات التي تباع سلعها بالتقسيط (كالألات وعربات النقل وكالأراضي التي تباع بأثمان مقسطة). فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أبلغ من الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت"⁽¹⁾.

116- الاتفاق على استيفاء البائع جزءاً من الثمن المقسط على سبيل

التعويض :

تجيز الفقرة الثانية من المادة للمتعاقدین، إذا كان الثمن يدفع أقساطاً أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم يوف المشتري جميع الأقساط ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفف التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة 224.

ذلك أن الثمن الذى يدفع أقساطاً هو بيع مؤجل الثمن، فإذا تخلف المشتري عن الوفاء بكامل الثمن، فيكون للبائع حق الفسخ طبقاً للقواعد العامة فيسترد المبيع

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 49.

من المشتري إن كان قد سلمه إليه، ويكون للمشتري استعادة ما دفعه من أقساط الثمن. على أن للبائع في حالة الفسخ لعدم وفاء المشتري الثمن، الحق في التعويض طبقا للمادة 1/157 مدنى التى تنص على أنه: "فى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للعاقد الآخر بعد إعداره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض إن كان له مقتض".

وقد أجازت المادة أن يشترط البائع إذا ما تخلف المشتري عن الوفاء بكامل الثمن وفسخ العقد تبعا لذلك، الاحتفاظ بما دفع من أقساط أو بعضها على سبيل التعويض عن الفسخ، وهذا يعد اتفاقا على شرط جزائى. ولذلك أجاز النص للقاضى تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 224 مدنى.

والفقرة المذكورة التى يحيل إليها المشرع تتناول سلطة القاضى فى تخفيض الشرط الجزائى، فتعطى القاضى سلطة التخفيض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأسمى قد نفذ فى جزء منه. والمشرع بذلك يمنع التعسف الذى يقع من البائع بأن يكون البائع قد استوفى أكثر الأقساط ثم يفسخ البيع لعدم استيفاء ما بقى منها، ويحتفظ بكل الأقساط التى استوفاه.

وللبائع أيضا إذا شاء أن يطالب بتنفيذ العقد بدلا من المطالبة بفسخه، فيقوم بالتنفيذ على أموال المشتري بالباقي من الثمن ويكون له على المبيع حق امتياز البائع⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وتجيز المادة أن يشترط البائع، فى حالة عدم سداد الأقساط وفسخ البيع تبعا لذلك، أن يستبقى الأقساط المدفوعة (وهى جزء من الثمن على سبيل التعويض. إلا

(1) خميس خضر ص 112 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 259 وما بعدها.

أن المشروع كيف هذا الاتفاق بأنه شرط جزائي، وأجاز تخفيضه تطبيقاً للقواعد التي قررت في هذا الشأن (م302 فقرة ثانية من المشروع)، حتى يمنع التعسف الذي يقع في هذه الأحوال. فقد يحدث أن البائع يكون قد استوفى أكثر الأقساط، ثم يفسخ البيع لعدم استيفاء ما بقي منها، ويحتفظ بكل الأقساط التي استوفاه. وفي هذا عنت على المشتري، يستطيع القاضى أن يرفعه إذا خفض الشرط الجزائي، وقضى بأن يرد البائع بعض هذه الأقساط. وغنى عن البيان أن البائع يستطيع بدلاً من المطالبة بفسخ البيع، أن يطالب بتنفيذ العقد. فيقتضى من المشتري ما بقي في ذمته من الأقساط⁽¹⁾.

117- انتقال الملكية إلى المشتري في حالة سداد الأقساط مستندة إلى

وقت البيع :

البيع مؤجل الثمن هو بيع بات، ولكن الملكية فيه تنتقل إلى المشتري معلقة على شرط واقف⁽²⁾. ويستبقى البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ، هو

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 49.

(1) سليمان مرقس ص 87- وكانت الفقرتان الأولى والثالثة من المادة (570) من المشروع التمهيدى (المقابلة للمادة 430 من القانون المدنى) وبعد تعديلها في لجنة المراجعة تنصان على أن :

"1- إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى الثمن كله ولو تم تسليم المبيع".

2- "وإذا وفيت الأقساط جميعاً فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر عند الشك مستنداً إلى وقت البيع".

إلا أن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب رأّت- كما ورد بتقريرها- أن نص الفقرة الأولى يومه "أن الملكية لم تنتقل بتاتا من البائع إلى المشتري".

والواقع أن الملكية تنتقل إلى المشتري معلقة على شرط واقف هو استيفاء الثمن كله، فعدلت اللجنة النص حتى يؤدي هذا المعنى بوضوح على النحو الآتى :

الوفاء بكامل الثمن. ولا يمنع من ذلك أن يكون البائع سلم المبيع إلى المشتري، فالذى انتقل إليه بالتسليم هو حيازة المبيع. أما الملكية فقد انتقلت إليه موقوفة على الوفاء بكامل الثمن.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مؤدى نص المادة 1/430، 3 من القانون المدنى أن البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية هو بيع بات تام وأن تراخى تنفيذ الالتزام بنقل الملكية إلى حين سداد كامل الثمن فهو ليس بيعا موقوفا على شرط سداد الثمن وإنما المعلق على هذا الشرط هو انتقال الملكية فقط ومن ثم ينتج العقد كافة آثار البيع فإذا تم سداد كامل الثمن تحقق الشرط الموقوف عليه تنفيذ الالتزام بنقل الملكية ومن ثم انتقلت إلى المشتري بأثر رجعى من وقت البيع".

(طعن رقم 4609 لسنة 61 ق جلسة 1999/7/5)

وإذا أوفى المشتري بكامل الثمن فإن الشرط الواقف يكون قد تحقق، ويصير المشتري مالكا للمبيع وثمراته منذ وقت العقد. وزالت عن البائع ملكيته للمبيع بأثر رجعى⁽¹⁾.

وكون الملكية معلقة على شرط واقف لا يمنع المشتري من أن ينصرف فى هذه الملكية الموقوفة، ويكون تصرفه هو أيضا معلق على شرط واقف.

وإذا كان المبيع منقولاً - كما هو الغالب - وتصرف فيه المشتري تصرفاً باتاً

"إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع".

وحذفت من الفقرة الثالثة عبارة "عند الشك" حتى يكون العقد قاطعاً فى أن انتقال الملكية يستند دائماً إلى وقت البيع، فأصبح النص كما يأتى:

"وإذا وفيت الأقساط جميعاً فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع".

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 51).

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 50.

لمشتري حسن النية لا يعلم أن ملكية المشتري معلقة على شرط واقف، فإن المشتري من المشتري يكون قد تملكه ملكية تامة بموجب الحياة.

ولا يعتبر المشتري في هذه الحالة مبدداً، فالتبديد يقتضى قيام عقد من العقود المبينة بالمادة 341 من قانون العقوبات، وهى عقود: الوديعة والإجارة وعارية الاستعمال والرهن والوكالة بأجرة أو مجاناً بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها فى أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره.

118- عدم الإخلال فى انتقال الملكية بالقواعد المتعلقة بالتسجيل فى

المواد العقارية :

الملكية والحقوق العينية الأخرى - كما رأينا- لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا بالتسجيل.

ومن ثم فإن ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة 430 من القانون المدنى من أن انتقال ملكية المبيع إلى المشتري فى حالة الوفاء بأقساط الثمن المؤجلة يعتبر مستندا إلى وقت البيع إنما يشترط لإعماله عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل فى الملكية والحقوق العينية الأخرى. إذ رغم سداد كامل الثمن يتوقف نقل الملكية فى هذه الحقوق على تسجيل العقد، فإذا ما سجل العقد انتقلت الملكية إلى المشتري من تاريخ التسجيل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة 430 من القانون من أن انتقال ملكية المبيع إلى المشتري فى حالة الوفاء بأقساط الثمن المؤجلة يعتبر مستندا إلى وقت البيع إنما يشترط لإعماله عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل، وإذا كانت الملكية- فى المواد العقارية- والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا بالتسجيل وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية

على ذمة المتصرف ولا يكون للمتصرف إليه ما بين تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أى حق فيها وكان الثابت أن الطاعنين لم يسجلا عقد شرائهما للأرض محل النزاع إلا بتاريخ 1971/3/30 فإن الملكية لا تنتقل إليهم إلا منذ هذا التاريخ ويكون الحكم وقد التزم هذا النظر موافقا لصحيح القانون".

(طعن رقم 1196 لسنة 53 ق جلسة 1990/2/1)

119- سريان أحكام المادة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجارا :

ورد بالمادة 430 حكم أخير في فقرتها الرابعة مقتضاه أن أحكام الفقرات الثلاث السابقة تسرى حتى ولو سمي المتعاقدان البيع إيجارا وقد حسم المشرع بهذا النص إشكالا، إذ جرت العادة أن البيع الذى يبرم على النحو السابق يسميه المتعاقدان إيجارا إمعانا من البائع فى ضمان حقه، إذ هو بذلك يستوفى الأقساط أجرة لاثمنا، وإذا ما تصرف المشتري فى البيع عد هذا تبديدا. فأقر المشروع الأمور فى نصابها وسمى الأشياء بأسمائها حتى ولو سميت باسم آخر. فهذا العقد يجب اعتباره بيعا لا إيجارا.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وقد حسم المشروع إشكالا بإيراده هذا النص. فقد جرت العادة أن البيع الذى يبرم على هذا النحو يسميه المتعاقدان إيجارا إمعانا من البائع فى ضمان حقه، إذ هو بذلك يستوفى الأقساط أجرة لاثمنا، وإذا ما تصرف المشتري فى المبيع عد هذا منه تبديدا فأقر المشروع الأمور فى نصابها وسمى الأشياء بأسمائها حتى لو سميت باسم آخر، فهذا العقد بيع لا إيجارا، ويعتبر معلقا على شرط واقف هو سداد الأقساط جميعها. فإذا ما سددت انتقلت الملكية إلى المشتري منسحبة إلى

وقت البيع" (1).

120- تنظيم البيوع التجارية بالتقسيط :

ينظم قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 البيوع التجارية بالتقسيط بالفرع الثانى (أحكام خاصة ببعض أنواع البيوع التجارية) من الفصل الثانى (البيع التجارى) من الباب الثانى (الالتزامات والعقود التجارية).

وتنص المادة (104) الواردة بالفرع الثالث على أن : "تسرى أحكام هذا الفرع إذا كان عقد البيع تجاريا بالنسبة إلى طرفيه أو إلى أحدهما فقط". ومعنى ذلك أن أحكام البيع بالتقسيط التى نظمت فى هذا الفرع - كما سنرى - تسرى على عقود البيع، سواء كان العقد تجاريا بالنسبة إلى طرفيه وهو العقد الذى يبرم بين تاجرين أو كان تجاريا بالنسبة إلى أحد طرفيه فقط. وهو ما يسمى بالعقد المختلط، والذى يعتبر بالنسبة للبائع عملا تجاريا وبالنسبة للمشتري عملا مدنيا.

ويعتبر النص بالنسبة للعقود المختلطة استثناء من الأصل المنصوص عليه بالمادة الثالثة من قانون التجارة الجديد التى تقضى بأنه إذا كان العقد تجاريا بالنسبة لأحد طرفيه، فلا تسرى أحكام القانون التجارى إلا على التزامات هذا الطرف وحده، وتسرى على التزامات الطرف الآخر أحكام القانون المدنى. وهو استثناء أجازة عجز المادة بقولها: "ما لم ينص القانون على غير ذلك".

وقد حدا المشرع إلى هذا الاستثناء ما رآه من توحيد الأحكام القانونية التى تسرى على طرفى العقد بغض النظر عن الأطراف أو صفة المتعاقدين مسيطرة لما يجرى عليه العمل فى القانون المقارن، بقصد تبسيط هذه الأحكام لتسرى على هذا العقد بغض النظر عن أطرافه (2).

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 49 وما بعدها.

(1) رد الحكومة على تساؤل وجه إلى العضو الدكتور زكريا عزمى - حال مناقشة المادة بمجلس الشعب - بجلسة 1998 2/17 عن سبب خضوع هذا النوع من البيوع التجارية للأحكام

ولما كان هذا النص استثناء فلا يجوز التوسع فى تفسيره ويقتصر تطبيقه على العقود المنصوص عليها فى الفرع المذكور فقط.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الجديد أنه :

"استهل المشروع هذا الفرع بنص المادة 104 التى تحدد نطاق تطبيق الأحكام الواردة فيه حيث لا تطبق إلا إذا كان عقد البيع تجاريا بالنسبة لطرفيه أو أحدهما".

أحكام المواد (105، 106، 107) من قانون التجارة الجديد الخاصة

بالبيع بالتقسيط :

121- نصوص المواد :

مادة (105) :

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

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

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

مادة (106) :

التجارية بصرف النظر عن صفة أحد المتعاقدين رغم أن المادة 88 تنص على أن الأحكام العامة فى البيع التجارى لا تسرى إلا على عقود البيع التى يبرمها التجار فيما بينهم.

1- إذا احتفظ البائع بملكية المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأكملها اكتسب المشتري هذه الملكية بأداء القسط الأخير. ويتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه.

2- مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع⁽¹⁾.

مادة (107) :

1- لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بإذن مكتوب من البائع وكل تصرف يجريه المشتري بالمخالفة لهذا الحكم لا يكون نافذاً في حق البائع إذا أثبت علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله.

2- للبائع عند تصرف المشتري في المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها وبغير إذن منه أن يطالب المشتري بأداء الأقساط الباقية فوراً.

3- يعاقب المشتري عند مخالفة أحكام الفقرة الأولى بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز 500 جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة 18 مكرراً (أ) من قانون الإجراءات الجنائية⁽²⁾.

وتأمر النيابة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً.

122- الفرق بين البيع بالأجل والبيع بالتقسيط :

(1) وهذه المادة تكملها المادتان 3/430، 460 مدنى.

(2) شرح هذه المواد الذى سيلي مستمد من مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الثالث.

البيع بالأجل هو البيع الذي يتفق فيه المتعاقدان على تأجيل الوفاء بالثمن كله مدة معينة.

أما البيع بالتقسيط فهو البيع الذي يتفق فيه على أداء الثمن على أقساط دورية شهرية أو سنوية مثلا. والبيع بالأجل يجرى غالبا بين التجار، على حين أن البيع بالتقسيط عادة يقع بين التاجر والمستهلك. والقصد من البيع بالأجل هو التيسير على التاجر المشتري، على حين أن القصد من البيع بالتقسيط هو التيسير على المستهلك، وإن كان نوعا البيع يحققان مصلحة البائع، إذ يتمكن من تصريف بضائعه بصورة أفضل.

وقد يشترط الأجل لمصلحة الطرفين، كما إذا اتفقا على فوائد تستحق عن الثمن، فلا يجوز عندئذ للمشتري أن يرغم البائع على قبول الوفاء قبل حلول الأجل. وقد يشترط الأجل لمصلحة المشتري وحده، فيكون له عندئذ أن يقوم بأداء الثمن قبل حلول الأجل متى تيسر له الوفاء. وكثيرا ما يتفق على خصم جزء من الثمن إذا عجل المشتري الوفاء به قبل حلول الأجل المتفق عليه، ويكون القدر المخصوم نظير التعجيل بالوفاء. وقد يستقر العرف على هذا الخصم، فيجب عندئذ القضاء به ولو لم يتفق عليه الطرفان صراحة.

123- تنظيم البيع بالتقسيط :

نظم البيع بالتقسيط القانون رقم 100 لسنة 1957 (المعدل) في شأن بعض البيوع التجارية في الباب الثالث منه (المواد 36-42) وبمادة واحدة في الباب الرابع - الفصل الأول الخاص بالجزاءات هي المادة 45⁽¹⁾.

(1) وتورد هذه المواد فيما يلي :

=

الباب الثالث

=

في البيع بالتقسيط

مادة (36) : معدلة بالقانون رقم 218 لسنة 1960

يجب على من يزاول عمليات البيع بالتقسيط للعروض وغيرها من المنقولات المادية ألا يقل رأس ماله عن ثلاثة آلاف جنيه وأن يثبت في كل وقت أن رأسماله العامل لا يقل عن هذا المبلغ.

مادة (37):

يجب على البائع بالتقسيط - عند التسليم - أن يستوفى نقدا من المشتري (20%) على الأقل من ثمن السلعة المباعة بالتقسيط، كما يجب ألا يقل القسط عن جنيه شهريا. ولا يجوز أن تزيد مدة تقسيط المتبقى من ثمن البيع على سنتين من تاريخ عقد البيع.

مادة (38):

لوزير التجارة بالاتفاق مع وزير المالية والاقتصاد إصدار قرار بتعديل مدة وشروط التقسيط الواردة بالمادة السابقة أو استثناء بعض الأشياء المباعة من حكم المادة المذكورة.

مادة (39):

يجب أن يكون عقد البيع محررا من نسختين أصليتين، وأن توضح فيه البيانات الآتية :

- (1) الاسم التجارى للبائع وعنوان متجره ورقم قيده بالسجل التجارى.
- (2) اسم المشتري ولقبه وجنسيته ومهنته ومحل إقامته.
- (3) المواصفات التى تعين ذاتية السلعة المباعة.
- (4) مقدار الثمن، وما أدى منه نقدا والمؤجل.
- (5) مدة التقسيط، ومقدار كل قسط، وميعاده.
- (6) شروط الوفاء بالثمن.
- (7) أى بيان آخر يصدر به قرار من وزير التجارة.

ويجب أن يسلم البائع إحدى نسختى العقد للمشتري، وأن يحتفظ بالنسخة الثانية خلال المدة المنصوص عليها فى المادة 7 من القانون رقم 388 لسنة 1953 المشار إليه.

مادة (40):

تؤدى الأقساط فى محل إقامة البائع المبين فى عقد البيع ما لم يتفق على غير ذلك، على أنه فى حالة القيام بتحصيل الأقساط فى محل إقامة المشتري لا يجوز للبائع اقتضاء أية مصروفات إضافية وتعتبر المخالصة عن أى قسط مخالصة عن الأقساط السابقة عليه.

مادة (41):

يجب على من يزاول عمليات البيع بالتقسيط للعروض وغيرها من المنقولات المادية.

ويتعلق هذا التنظيم بالبيع بالتقسيط الذى يقع على منقولات مادية دون البيع الذى يرد على منقولات معنوية، فلا يسرى القانون رقم 100 لسنة 1957 (المعدل) على بيع الأوراق المالية بالتقسيط أو بيع المحال التجارية بالتقسيط، كما لا يسرى على بيع العقارات.

(1) أن يمسك سجلا خاصا لقيده هذه العمليات وفقا للنموذج الذى تقرره وزارة التجارة، ويجب ترقيم صفحات هذا السجل ويؤشر عليه من وزارة التجارة أو من المكاتب التابعة لها وذلك بغير مصروفات.

(2) أن يمسك حسابا منظما بالإيرادات والمصروفات التى تتعلق بهذه العمليات وتجب مراجعة هذا الحساب سنويا بمعرفة مراجع مقيد فى السجل العام للمحاسبين والمراجعين وفقا للقانون رقم 133 لسنة 1951 المشار إليه.

مادة (42):

يحظر على المشتري - بدون إذن سابق من البائع - أن يتصرف بأى نوع من أنواع التصرفات فى السلعة موضوع التقسيط قبل الوفاء بتمنيتها.

الباب الرابع

أحكام عامة ووقائية

الفصل الأول

فى الجزاءات

.....

مادة (45):

مع عدم الإخلال بعقوبة أشد ينص عليها قانوننا، يعاقب كل مخالف لأحكام المواد من (33) إلى (37) ومن (39) إلى (42) بالحبس مدة لاتزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

124- عدم فسخ عقد البيع بالتقسيط إذا دفع المشتري خمسة وسبعين في المائة من التزاماته :

نقضى القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة 157 مدنى أنه فى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى. ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته.

إلا أن الفقرة الأولى من المادة (105) من قانون التجارة الجديد خرجت على هذه القواعد العامة ونصت على أنه: "إذا لم يدفع المشتري أحد أقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تبين أنه قام بتنفيذ خمسة وسبعين فى المائة من التزاماته".

وكان نص الفقرة كما وردت بالمشروع المقدم من الحكومة وأقرته اللجنة المشتركة بمجلس الشعب تنص على أنه: "إذا لم يدفع المشتري أحد أقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تبين أنه قام بتنفيذ الجزء الأكبر من التزاماته" إلا أنها عدلت على النحو الراهن أثناء مناقشة المادة بمجلس الشعب.

ومن ثم فإن هذا النص يكون قد قيد سلطة القاضى التقديرية فى الفسخ فلا يملك القاضى فى حالة تخلف المشتري عن الوفاء ببعض أقساط الثمن المتفق عليه، أن يقضى بفسخ العقد، إلا إذا كان مجموع الأقساط التى لم تسدد لا تتجاوز 25% من قيمة الأقساط جميعها.

ولعل النص قبل تعديله كان يحقق مرونة للقاضى عند القضاء بالفسخ، ومن شأنه التقليل من حالات الفسخ فى عقود البيع بالتقسيط وهو ما يتمشى مع الاتجاه العام فى التشريع التجارى فى التضييق من حالات الفسخ، ذلك أن الالتزام بنسبة

ثابتة قد يكون غير ملائم في بعض الأنزعة التي تعرض على القاضى ولا يخلو من عسف.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الجديد أنه :

"وتولت المواد من 105 إلى 117 تنظيم بعض أحكام البيع بالتقسيط وهى أحكام تقوم فى مجملها على حماية الطرف الضعيف فى العقد وهو المشتري بالتقسيط دون الإخلال بالمصالح المشروعة للبائع.

ومن القواعد التى تهدف إلى حماية المشتري ما تنص عليه المادة 105 من أنه لا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تخلف المشتري عن دفع أحد أقساط الثمن إذا تبين أنه قام بتنفيذ الجزء الأكبر من التزاماته... الخ".

125- آثار فسخ عقد البيع بالتقسيط :

تقضى القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة 160 مدنى أنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض، فإذا كان العقد بيعا وفسخ أعاد المشتري المبيع إلى البائع وأعاد البائع ما قبضه من ثمن إلى المشتري.

إلا أن الفقرة الثانية من المادة 105 من قانون التجارة الجديد خرجت على هذا الأصل ونصت على أنه فى حالة الحكم بفسخ البيع يجب أن يرد البائع الأقساط التى قبضها بعد استئزال ما يعادل أجرة الانتفاع بالمبيع بالإضافة إلى تعويض عن التلف الذى لحقه بسبب الاستعمال غير العادى.

ويقع باطلا كل اتفاق على تحميل المشتري التزامات أشد من ذلك.

126- الاتفاق على حلول الثمن عند عدم دفع أحد الأقساط :

نصت الفقرة الثالثة من المادة على أن اتفاق المتعاقدين على حلول الثمن بأكمله عند عدم دفع أحد الأقساط فى ميعاد استحقاقه لا يكون نافذا إلا إذا تخلف

المشتري عن دفع قسطين متتالين على الأقل.
وفى هذا النص مخالفة للقواعد العامة.

127- القاعدة أنه لا أثر لتقسيط الثمن أو تأجيله على انتقال

الملكية:

القاعدة أن تقسيط الثمن أو تأجيله لا أثر له على انتقال ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد التعاقد وفقا للقواعد العامة. ولذلك إذا أفلس المشتري أو أعسر قبل الوفاء بالثمن كله أو كل الأقساط، فإن مصالح البائع تتعرض لخطر حقيقى. كذلك يحق طبقا للقواعد العامة للمشتري بصفته مالكا أن يتصرف فى المبيع إلى شخص حسن النية يسلمه إياه، فيتمسك هذا الأخير فى مواجهة البائع بقاعدة الحيابة فى المنقول سند الملكية فيفقد البائع ضمانه على المبيع.

128- إجازة اشتراط البائع الاحتفاظ بالملكية حتى سداد الثمن :

رأينا فيما سلف أن الفقرة الأولى من المادة 430 من القانون المدنى تنص على أنه: "إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع". ومفاد هذا النص أن شرط احتفاظ البائع بملكية المبيع حتى وفاء المشتري بالثمن كله شرط صحيح.

ويترتب عليه أنه لا يجوز لدائنى المشتري التنفيذ على الشئ المبيع لأنه ليس مملوكا لمدينهم، وإن انتقلت الحيابة للمشتري. إلا أنه ذهب رأى فى ظل قانون التجارة القديم إلى أن البيع فى هذه الحالة يعتبر معلقا على شرط واقف هو الوفاء بكامل الثمن، فإذا تحقق الشرط ووفيت الأقساط جميعا، انتقلت الملكية إلى المشتري بأثر رجعى فيعتبر كما لو كان مالكا للمبيع منذ وقوع البيع⁽¹⁾.

(1) الدكتور محسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى المصرى الجزء الثانى الطبعة الثالثة 1957 ص 23.

بينما ذهب رأى آخر إلى أن البيع فى هذه الحالة يعتبر باتاً ولكن نقل الملكية، وهو أثر من آثار البيع هو الذى يتراخى حتى الوفاء بالثمن كله فإذا تم دفع الثمن بالكامل فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستندا إلى وقت البيع⁽¹⁾.

أما فى قانون التجارة الجديد - فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (106) منه على أنه إذا احتفظ البائع بملكية المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأكملها اكتسب المشتري هذه الملكية بأداء القسط الأخير.

ومعنى ذلك أن هذا النص أجاز احتفاظ البائع بملكية المبيع فى البيع بالتقسيط تمثيلاً مع القواعد العامة.

ولكنه حسم الخلاف الذى دار فى الفقه حول تاريخ انتقال الملكية فى حالة الاحتفاظ بها للبائع حتى سداد الثمن، ونص على أن الملكية تنتقل من تاريخ أداء القسط الأخير.

129- تحمل المشتري تبعة هلاك المبيع :

المقصود بتحمل تبعة هلاك المبيع تحمل الخسارة دون حق الرجوع على الغير فى هذا الصدد، فتحمل الشئ هو الخسارة التى تتمثل فى ضياع قيمة الشئ بهلاكه دون أن يكون لمن يتحملها أن يرجع على الطرف الآخر بشئ مقابل ذلك.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (106) فى عجزها على أن يتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه. فقد ربط النص تحمل التبعة بتسليم المبيع لا بانتقال الملكية، فطالما تسلم المشتري المبيع فإن تبعة هلاكه تكون عليه.

وهذا يتفق والقواعد العامة المنصوص عليها فى المادة 437 مدنى التى تجرى على أن: "إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لايد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد

(1) الدكتور محمود سمير الشرقاوى القانون التجارى الجزء الثانى 1981 ص 33.

المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع". والتي جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني أنه:

"وبتبيين من ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيابة لا مع انتقال الملكية فلو هلك المبيع قبل التسليم وقبل تسجيل البيع كان هلاكه على البائع كما قدمنا، أما بعد التسليم وبعد تسجيل البيع فهلاكه على المشتري".

130- نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية على الغير إذا كان له تاريخ ثابت

سابق :

جرى القضاء في ظل قانون التجارة القديم على عدم إجازة الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية على الدائنين في حالة إفلاس المشتري استنادا إلى تعويلهم على المبيع كعنصر من عناصر ضمانهم العام، ومن ثم لا يجيز للبائع الدخول في التفليسة بوصفه مالكا مستردا وإنما يجوز له الدخول فيها باعتباره دائنا عاديا يخضع لقسمة الغرماء⁽¹⁾.

وقد تأثر المشرع في قانون التجارة الجديد- جزئيا- بهذا القضاء فنص في الفقرة الثانية من المادة 106 على أنه مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذا على الغير إلا إذا كان الشرط مدونا في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع. فقد اشترط النص لنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية على الغير ما يأتي :

- 1- أن يكون هذا الشرط مدونا في ورقة.
- 2- أن يكون للورقة تاريخ ثابت.
- 3- أن يكون التاريخ الثابت سابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ

(1) محسن شفيق ص 22.

التي يتخذها الدائنون على المبيع.

ويثبت التاريخ بإحدى الطرق المنصوص عليها بالمادة 15 من قانون

الإثبات وهى :

(أ) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك.

(ب) من يوم أن يثبت مضمونه فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ.

(ج) من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص.

(و) من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو

إمضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو ييصم لعة فى جسمه.

(هـ) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا فى أن الورقة قد صدرت قبل

وقوعه.

131- شرط تصرف المشتري فى المبيع قبل أداء كامل الثمن :

اشتطرت الفقرة الأولى من المادة لتصرف المشتري فى المبيع قبل أداء

الأقساط بأجمعها أن يكون هناك إذن مكتوب من البائع، فلا يكفى لذلك الإذن الشفوى من المالك.

ويسرى هذا الشرط على كافة التصرفات، سواء كانت بيعا أو مقايضة أو رهنا

وهذا الشرط قصد به حماية مصالح البائع⁽¹⁾.

جزاء مخالفة شرط التصرف فى المبيع قبل أداء كامل الثمن :

132- (أ) - جزاء مدنى :

1- كل تصرف يجريه المشتري بالمخالفة للشروط المنصوص عليها بالفقرة

الأولى من المادة والتي ذكرناها فيما سلف، لا يكون نافذا فى حق البائع إذا أثبت

(1) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الجديد.

علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله لأن المتصرف إليه يكون في هذه الحالة سئ النية ولا يكون جديرا بالحماية، أما إذا كان علم المتصرف إليه بعدم أداء الثمن بأكمله لاحقا للتصرف فإن التصرف يسرى في حق البائع.

ويقع على عاتق البائع إثبات علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله.

2- أجازت الفقرة الثانية من المادة عند تصرف المشتري في المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها وبغير إذن مكتوب منه أن يطالب المشتري بأداء الأقساط الباقية فوراً، فهذا التصرف يسقط الأجل.

والفقرتان الأولى والثانية من المادة تعتبران تطويراً للمادة 42 من القانون رقم 100 لسنة 1957 في شأن بعض البيوع التجارية التي لا تشترط أن يكون إذن البائع مكتوباً، كما أن الملاحظ أن القانون المذكور كان لا يضع أى جزاء مدنى على إخلال المشتري بالتزامه بعدم التصرف في الشئ المبيع مكتفياً بتوقيع عقوبة جنائية⁽¹⁾.

133- (ب) جزاء جنائي :

وضعت الفقرة الثالثة من المادة جزاء جنائياً يوقع على المشتري عند مخالفة شروط التصرف في المبيع قبل أداء كامل الثمن إذ نصت على أن : يعاقب المشتري عند مخالفة أحكام الفقرة الأولى بالحبس مدة لا تجاوز ستة شهور وبغرامة لا تجاوز 500 جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة 18 مكرراً (أ) من قانون الإجراءات الجنائية.

وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد

(1) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الجديد.

صيرورة الحكم باتا.

ويشترط لوقوع هذه الجريمة توافر الشروط الآتية :

- 1- أن يتصرف المشتري فى المبيع الذى اشتراه بالتقسيط بأى تصرف من التصرفات ولو لم يكن التصرف ناقلا للملكية، فكما يجوز أن يكون التصرف الصادر من المشتري بيعا أو مقايضة أو هبة، يجوز أن يكون رهنا. ولا يشترط وجود قصد جنائى خاص لدى المشتري، بأن يكون قد قصد من التصرف الإضرار بالبائع، فيكفى فى هذه الجريمة القصد الجنائى العام.
 - 2- أن يتصرف المشتري فى المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها. ولا ينال من توافر هذا الشرط الوفاء اللاحق للتصرف الذى صدر من المشتري.
 - 3- أن يكون التصرف فى السلعة بدون إذن مكتوب من البائع، فلا ينفى الجريمة الادعاء بوجود إذن شفوى، كما يجب أن يكون الإذن سابقا على التصرف، ولا يجدى المشتري الإذن المكتوب اللاحق.
- والجزاء الجنائية المنصوص عليه بالمادة هو الحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وغرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين.
- فالجريمة تشكل جنحة والقضاء بالحبس فيها جوازى للمحكمة.
- ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة 18 مكررا (أ) من قانون الإجراءات الجنائية.

والمادة المذكورة مضافة إلى قانون الإجراءات الجنائية بالقانون رقم 174 لسنة 1998 بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية وقانون العقوبات. وتنص على أن :

"للمجنى عليه - ولوكيله الخاص- فى الجرح المنصوص عليها فى المواد 241 (فقرتان أولى وثانية) ، 242 (فقرات أولى وثانية وثالثة) ، 244 (فقرة أولى)، 265، 321 مكررا، 323، 323 مكررا، 323 مكررا أولا، 324 مكررا، 341،

342، 354، 358، 360، 361 (فقرتان أولى وثانية)، 369 من قانون العقوبات، وفي الأحوال الأخرى التى ينص عليها القانون، أن يطلب إلى النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال إثبات صلحه مع المتهم.

ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر، ولا أثر للصلح على حقوق المضرور من الجريمة".

ونصت المادة 107 من قانون التجارة الجديد فى عجزها على أنه: "وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً".

مادة (431)

يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التى كان عليها وقت البيع.

الشرح

134- تسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع :

التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري من مقتضيات عقد البيع، ويترتب هذا الالتزام من العقد نفسه، ولو لم ينص عليه فيه، ما لم يتفق الطرفان على تأجيل التسليم .

ويسرى هذا الالتزام ولو كان المبيع عقاراً، ذلك أن التسليم لا يرتبط بانتقال الملكية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن التزام البائع بتسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع، بل هو أهم التزامات البائع التى تترتب بمجرد العقد ولو لم ينص عليه فيه".

(طعن رقم 73 لسنة 7 ق جلسة 1938/2/3)

2- "إن نص المادة الثامنة من لائحة بيع أراضي بلدية الاسكندرية وإن لم يكن فى عبارته إلزام البلدية بتسليم المبيع أو التزامها به إلا أنه لا يدع شكاً فى أن التسليم من التزامات البائع، إذ أن عبارة هذا النص شبيهة بعبارة نص المادة الخامسة من اللائحة المذكورة، والمفهوم من مجموع النصين أن الميعاد الذى أعطى للمشتري لدفع ثلث الثمن هو بعينه الميعاد الذى أعطى للبائع لتسليم المبيع، فهما متماسكان تمام التماسك. فإذا كانت أرض البلدية التى رسا مزادها على المشتري ودفع ثلث الثمن فى الخمسة الأيام التالية لرسو المزاد قد تأخر تسليمها إليه لخلاف بينه وبين المجلس فى شأن هذا التسليم ثم سوى هذا الخلاف ببيع بعض أجزاء أخرى للمشتري مجاورة للأرض المبيعة له أولاً وتم تسليم كل ما بيع من الأرض فى تاريخ معين، فإن ميعاد استحقاق القسط الأول من باقى الثمن يبدأ من هذا التاريخ الذى حصل فيه تسليم الأرض بمساحتها الأخيرة لا من اليوم الخامس من رسو المزاد كما هو نص المادة الخامسة السالفة الذكر".

(طعن رقم 73 لسنة 7 ق جلسة 1938/2/3)

3- "عقد البيع غير المسجل وإن كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري إلا أنه يولد فى ذمة البائع التزاماً بتسليم المبيع، ويترتب على الوفاء بهذا الالتزام أن يصبح المبيع فى حيازة المشتري، وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار".

(طعن رقم 240 لسنة 36 ق جلسة 1971/4/8)

4- "متى كان الثابت أن الطاعن تمسك فى دفاعه بأنه لايحق للمطعون ضدهم طلب فسخ العقد طالما أنهم لم ينفذوا التزامهم بتسليمه الأرض المبيعة وتمكينه من وضع يده عليها، وأن من حقه إزاء ذلك أن يقف تنفيذ التزامه بباقى الثمن حتى يوفى المطعون ضدهم من التزامهم بالتسليم، وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى بالرد على

ذلك بأن العقد قد خلا من ترتيب أى التزام على عاتق المطعون ضدهم من حيث تسليم الأرض المبيعة وتمكين الطاعن من وضع يده عليها، فإن ذلك من الحكم خطأ فى القانون، ذلك أن الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الأصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد، وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد ولو كان الثمن مؤجلا ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

(طعن رقم 6 لسنة 41 ق جلسة 1975/4/28)

5- "المقرر أن البيع غير المسجل وإن كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري إلا أنه يولد فى ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع مما مؤداه أن يصبح المبيع فى حيازة المشتري ويكون له أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل القرار، كما تنتقل إليه جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به".

(طعن رقم 1839 لسنة 49 ق جلسة 1983/5/3)

6- "المقرر وفقا لنص المادة 431 من القانون المدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن الالتزام بالتسليم من الالتزامات الأصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد وهو واجب النفاذ بمجرد تمام البيع ولو كان الثمن مؤجلا ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

(طعن رقم 1083 لسنة 50 ق جلسة 1984/2/21)

7- "يشترط طبقا للمادة 203 من القانون المدنى لإجبار المدين البائع على تنفيذ التزامه بتسليم العين المبيعة إلى المشتري أن يكون هذا التسليم ممكنا فإذا كانت هذه العين مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر تعلقا قانونيا استحال الوفاء بهذا الالتزام عينا للمشتري الأول".

(طعن رقم 529 لسنة 51 ق جلسة 1984/12/16)

8- "مناط التزام البائع بتسليم العين المبيعة تسليمها فعليا إلى المشتري أن

يكون البائع حائزها الفعلى بوصفه مالكا لها أو أن يتفق المتبايعان على هذا التسليم الفعلى فى عقد البيع أو فى اتفاق لاحق عليه".

(طعن رقم 66 لسنة 57 ق جلسة 1989/3/28)

9- "المقرر فى قضاء محكمة النقض أن مناط التزام البائع بتسليم العين المباعة تسليمها فعليا إلى المشتري أن يكون البائع هو حائزها الفعلى بوصفه مالكا لها أو أن يتفق المتبايعان على هذا التسليم الفعلى فى عقد البيع أو فى اتفاق لاحق عليه".

(طعن رقم 935 لسنة 60 ق جلسة 1994/12/29)

10- "وإن كان البيع غير المسجل لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري إلا أنه يولد فى ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع مما مؤداه أن يصبح المبيع فى حيازة المشتري ويكون له أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع، ومن ثم يكون مسئولا عما يترتب هذا الانتفاع من التزامات وعن أى تصرف قانونى يقع منه على العين التى اشتراها، كما تنتقل إليه جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به".

(طعن رقم 2992 لسنة 72 ق جلسة 2005/1/11)

135- التزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت العقد

:

يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التى كان عليها وقت العقد. فالبائع يلتزم أولا بأن يسلم ذات المبيع المتفق عليه فلا يجوز أن يسلم شيئا آخر غير المتفق عليه.

ويلتزم ثانيا بأن يسلم المبيع بحالته التى كان عليها وقت إبرام العقد. والمشتري - كما قدمنا - المفروض فيه أن يكون قد رأى البيع أو علم به علما كافيا، كما أن القواعد العامة تقضى بالالتزام البائع بأن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشئ المبيع، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشئ

كأن يعين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف، ومشتملات العين ودرجة جودتها، ونحو ذلك من الأمور التي يكون من شأنها تعيين حالة المبيع⁽¹⁾.

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص برقم (573) يقضى بذلك إذ جرى على أن: "يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء إلا أن لجنة المراجعة قررت حذف هذه المادة" لأنها مستفادة من القواعد العامة⁽²⁾.

أما إذا كان المبيع من المثليات فقد تكفلت المادة 133 مدنى كما رأينا ببيان الحكم فى هذه الحالة.

(راجع شرح المادة المذكورة).

ويؤدى هذا الالتزام إلى التزام آخر يقع على عاتق البائع هو أن يحافظ على هذا الشيء حتى يسلمه بحالته إلى المشتري.

وتسلم المشتري الشيء المبيع دون أن يعترض خلال مدة معقولة يفترض فيه أنه عاين الشيء وارتضاه، ومعناه تسلمه الشيء بالحالة التي كان عليها وقت البيع، فليس له بعد ذلك الادعاء بأن الشيء سلم فى غير الحالة التي كان عليها وقت

(1) السنهاورى ص 560.

(2) وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن هذه المادة ما يأتى :

"هذه النصوص (م 571-573) تحدد التزام البائع بالتسليم. فالبائع يلتزم بتسليم الشيء المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، والمفروض أنه رآه أو علم به علما كافيا كما قدمنا هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره، كأن يشترط المشتري تسليم المبيع فى حالة جيدة. وعلى البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع، كأن يبين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف، وعليه أن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بالمبيع، كمستندات الملكية، والعقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى فى حق المشتري، وصورة من المستندات التي يستبقيها لتضمنها حقوقا أخرى غير حق =

المشتري.. الخ، ولا يوجد فى التقنين الحالى نظير للمادتين 571، 573 من المشروع" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 52 وما بعدها، ص 55 هامش (1)).

التعاقد.

وإذا تلف المبيع أو تغيرت حالته جاز للمشتري مطالبة البائع بتنفيذ التزامه عينا إذا كان ذلك ممكنا. فإذا تعذر التنفيذ العيني كان للمشتري المطالبة بالفسخ مع التعويض أو بدونه⁽¹⁾.

وبالبائع مسئول عن أى تغير يلحق بالمبيع طالما كان هذا التغير ضارا بالمشتري، سواء كان التغير بخطئه أو بفعله أو بفعل الغير. وسنرى أنه إذا هلك المبيع هلاكا كلياً أو هلاكا جزئياً قبل التسليم، فإن تبعة الهلاك أو التلف تكون على البائع.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "النص فى المادة 431 من القانون المدنى على أن "يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التى كان عليها وقت البيع". يدل على أن محل التزام البائع بتسليم العين المبيعة إلى المشتري يتحدد بالمبيع المتفق عليه فى عقد البيع وهو فى الشئ المعين بالذات يكون بحسب أوصافه الأساسية المتفق عليها والتى تميزه عن غيره، كما أن وقوع خطأ مادي فى التسليم فيما يتعلق بماهية المبيع لا يمنع البائع من طلب تصحيحه وفقا لما تقضى به المادة 123 من القانون المدنى. لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن الشقة التى تسلمها المطعون ضده الأول بموجب المحضر المؤرخ 8 من يوليو سنة 1981 والمطلوب القضاء بصحته ونفاذه هى المقصودة برقم 8 التى تعاقد الأول على شرائها وليست رقم 7 التى تعاقد المطعون ضده عليها طبقا للرسم الهندسى الذى أجريت وفقا له عملية القرعة والتعاقد مستدلا على ذلك بإقرار الهيئة البائعة له وبما أسفرت عنه المعاينة التى أجراها الخبير المنتدب من أن

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 386 وما بعدها - الدكتور سعيد عبد السلام الوجيز فى العقود المدنية المسماة طبعة 1999 ص 454.

جميع الشقق في جميع الأدوار التي تعلو شقة النزاع أو تقع تحتها تحمل رقم 8 وسلمت إلى من تعاقدوا على الشقة رقم 8 أو إلى ما جاء بكتاب الشركة العامة للإنشاءات القائمة على التنفيذ والتسليم من أن الشقة التي تسلمها المطعون ضده الأول رقم 8، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى القضاء بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بصحة ونفاذ محضر التسليم سالف الذكر على سند من أن تغييرا قد جرى في أرقام الوحدات السكنية بعد استلام المطعون ضده الأول لشقة التداعي بإرادة هيئة الأوقاف المنفردة ولا يحتاج به، ودون أن يعن الحكم ببحث ماهية العين التي تم تعاقد المطعون ضده الأول على شرائها من المطعون ضده الثاني وما إذا كان التسليم الذتم يتفق مع التحديد المتفق عليه في العقد أم لا ودفاع الطاعن من أن خطأ ماديا وقع في تسليم المبيع بموجب المحضر المقضى بصحته ونفاذه وطلبت الهيئة البائعة تصحيحه، مع أن من شأن بحثه أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإن الحكم المطعون فيه يكون قد جاء قاصر التسبب معيبا بالخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب".

(طعن رقم 1737 لسنة 57 ق جلسة 1990/4/12)

2- "مفاد النص في المادة 431 من القانون المدني أن محل التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري يتحدد بالمبيع المتفق عليه. وهو في الشئ المعين بالذات يكون بحسب أوصافه الأساسية المتفق عليها والتي تميزه عن غيره".

(طعان رقم 9199، 9243 لسنة 64 ق جلسة 1997/3/2)

136- وجود اتفاق خاص على حالة المبيع :

إذا كان هناك اتفاق خاص بين المتعاقدين على الحالة التي يسلم عليها المبيع فإنه يتعين إعمال هذا الاتفاق لأن حكم المادة لا يسرى إلا في حالة عدم وجود اتفاق، فهو حكم لا يتعلق بالنظام العام.

فإذا كانت حالة المبيع وقت إبرام عقد البيع متوسطة أو رديئة مثلاً، جاز الاتفاق على أن تكون حالة المبيع وقت التسليم جيدة، وحينئذ يلتزم البائع أن يحسن حالة المبيع حتى تصبح جيدة.



مادة (432)

يشمل التسليم ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين.

الشرح

137- شمول التسليم ملحقات الشئ المبيع :

لا يقتصر التزام البائع على تسليم الشئ المبيع فحسب بل هو يشمل أيضا ملحقاته. وقد نصت المادة على ذلك صراحة. ويظهر من النص أنه يرجع في تحديد الملحقات أولا، إلى إرادة المتعاقدين، فإذا تلاقى على إلحاق شئ بالمبيع وجب تسليمه أيا كانت أهميته بالنسبة للمبيع. فإذا لم يوجد اتفاق فيجب الرجوع إلى العرف لتحديد ما يلحق بالمبيع. فإذا لم يوجد عرف فيرجع في تحديد الملحقات إلى التعريف الذى وضعته لها المادة⁽¹⁾، والذى سنعرض له فى البند التالى.

138- تعريف الملحقات :

تنص المادة على أن يشمل التسليم ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ. وقد جاءت صياغة المادة غير دقيقة، فهى توحي أن التسليم يجب أن يشمل شيئين مع المبيع هما ملحقاته وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله. ولكن الواقع أن هذه المادة لا تتكلم إلا عن شئ واحد هو ملحقات المبيع. لأن ما أعد بصفة دائمة

(1) منصور مصطفى منصور ص 130- الدكتور سمير تناعو البيع 1987 / 1988 ص 231.

لاستعمال الشئ يعتبر من ملحقاته⁽¹⁾.

ويمكن القول أن ملحقات الشئ ليست من أصله ولا من نمائه، ولا من منتجاته، ولا من ثمراته⁽²⁾. فهي شئ غير الأصل والنماء، لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته، وهذا ظاهر. وهي ليست متولدة عن الأصل لا بصفة عارضة كالمنتجات ولا بصفة دورية كالثمرات، وهذا أيضا ظاهر. بل هي شئ مستقل عن الأصل غير متولد منه. ولكنها أعدت بصفة دائمة - لا بصفة وقتية - لتكون تابعة للأصل وملحقة به. وذلك حتى يتهياً للأصل أن يستعمل فى الغرض المقصود منه أو حتى يستكمل هذا الاستعمال. فالمحقات هي إذن ما يتبع الأصل ويعد بصفة دائمة لخدمته، أو كما تقول المادة هي "كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشئ". فإذا كانت معدة بصفة وقتية لا بصفة دائمة. كما إذا استأجر المالك مواشى وآلات لزراعة أرضه، فإنها لا تعتبر من الملحقات⁽³⁾.

ولم يشأ المشرع أن يعدد ما يعد من ملحقات المبيع على خلاف التقنين المدنى القديم الذى كان يتضمن نصوصا تعين بعض الملحقات وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد يسير على نهج التقنين القديم فكانت المادة (572) منه وهى المادة المقابلة للمادة (232) من التقنين الجديد تقول فى فقرتها الثانية: "إذا لم يوجد اتفاق وجب اتباع الأحكام الآتية، ما لم يقض العرف بغير ذلك:

(أ) بيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به، ولا يشمل منقولا يمكن

فصله دون تلف.

(ب) بيع الأرض الزراعية لايشمل ما نضج من المحصول.

(2) السنهورى ص 581 - منصور مصطفى منصور ص 130 - سمير تناغو ص 230.

(1) ولكننا سنرى أن ثمار المبيع من وقت العقد تكون من ملحقات المبيع يستحقها المشتري عملا بالفقرة الثانية من المادة 458 مدنى.

(2) السنهورى ص 581.

(ج) بيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مغروسة، ولا يشمل الثمار الناضجة، ولا الشجيرات المرزوعة في أوعية أو التي أعدت للنقل.

(د) بيع الحيوان يشمل صغاره التي يرضعها كما يشمل الصوف والشعر المهيأ للجز "غير أن هذه الفقرة حذفت في لجنة المراجعة" لأنها تتضمن تفاصيل لا ضرورة لها⁽¹⁾.

ويمكن أن يضاف إلى الأمثلة السابقة أمثلة أخرى، مع ملاحظة أنه قد يتضح من قصد المتعاقدين أو العرف غير ذلك.

ونعرض لهذه الأمثلة في البند التالي.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 54 وما بعدها - وقد جاء عن المادة 572 من المشروع التمهيدي بمذكرته الإيضاحية ما يأتي :

"تقرر المادة 572 أن تسليم المبيع يشمل أيضا ملحقاته. وتحدد ما هي هذه الملحقات وقد لخصت هذه المادة ما أورده التقنين الحالي في هذا الشأن (م285-362/289-362 مصري) فقررت أن كل شئ أعد بصفة دائمة لاستعمال المبيع يعد ملحقا به، ويهتدى في ذلك بالاتفاق وبالعرف وبطبيعة الأشياء، فإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف، فقد تكفل النص ببيان طبيعة الأشياء في مسائل معينة، فبيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به، ولا يشمل منقولا يمكن فصله دون تلف، ويترتب على ذلك أن الأفران المثبتة في المطابخ والمغاسل (البنوار) المثبتة في الحمامات تلحق بالمنزل المبيع، ولا تلحق به المرايا غير المثبتة ولا الثريات المعلقة، وبيع الأراضي الزراعية لا يشمل ما نضج من محصول، ولكن يشمل ما لم ينضج منه، وبيع البستان "الحديقة" يشمل الأشجار المغروسة وثمارها غير الناضجة، ولكن لا يشمل الثمار الناضجة ولا الشجيرات المرزوعة في أوعية أو التي أعدت للنقل "الشطأ أو المشتل" وبيع الحيوان يشمل الصوف والشعر ولو كان مهيأ للجز، وكذلك يشمل الصغار التي يرضعها، أما إذا شبت عن الرضاع فلا تلحق بالمبيع (م359 مختلط و617 تونس و420 لبناني، وهذه المواد كلها مأخوذة عن الشريعة الإسلامية).

وغنى عن البيان أن هذه الأمثلة لم تذكر على سبيل الحصر ، وهي بعد ليست من النظام العام ، فيمكن الاتفاق على غير ما تقدم، كما يجوز أن يقضى عرف الجهة بأحكام أخرى.

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 56).

139- أمثلة أخرى للمحقات المبيع :

1- يلحق بالعقار المبيع مستندات الملكية ومفاتيح أبواب المنزل والفناء الذى يحيط به سورته وحديقته وأشجارها والجراج والإسطبل وسكن البواب أو الخادم إن وجد. وكذلك عقود التأمين والحقوق والدعاوى المرتبطة به كحقوق الارتفاق ودعوى الضمان التى للبائع ضد من باع له⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "إن من آثار البيع نقل ملكية المبيع إلى المشتري بما يكملها وبما يحددها. ولما كان الارتفاق المقرر لمنفعة العقار المبيع من مكملات ملكيته كان لا موجب للتصيص عليه بالذات فى عقد البيع كى يمكن للمشتري التحدى به".

- "إذا كان الحكم بإزالة البناء الذى أقامه المدعى عليه فى الأرض التى اشتراها مؤسسا على أن المشتري إذ قبل شراء الأرض مثقلة بحق ارتفاق مطل محكوم به فى مواجهة البائع فقد التزم (التزاما شخصيا) بالامتناع عن التعرض لمن تقرر له حق الارتفاق، فهذا الحكم يكون موافقا للقانون. ولا يصح الطعن فيه بمقولة إنه إذ اعتبر الحكم الذى قرر حق الارتفاق فى مواجهة البائع حجة على المشتري رغم عدم تسجيله قد خالف نص المادة الثانية من قانون التسجيل".

(طعن رقم 3 لسنة 18 ق جلسة 1949/1/13)

(ب) - "إن المبيع ينتقل إلى المشتري بالحالة التى حددها الطرفان فى عقد البيع وإذ كان - الثابت أن البائعتين للطاعنة قد صرحتا فى عقد البيع بنفى وجود أى حق ارتفاق للعقار المبيع، فإن القول بانتقال هذا الحق إلى المشتري رغم وجود النص المانع يكون على غير أساس".

(طعن رقم 459 لسنة 35 ق جلسة 1970/1/15)

(1) عبد الناصر العطار ص 188 - عبد المنعم البدرأوى ص 402 - إسماعيل غانم ص 146.

(ج) - "متى كانت المطعون عليها قد أسست دعواها على عقد البيع الابتدائي الصادر لها، والذي ينقل إليها - ولو لم يكن مشهرا - جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما في ذلك طلب نفى حق الارتفاق الذي تدعيه الطاعة، فإن الدعوى تكون من الدعاوى المتعلقة بأصل الحق، وليست من دعاوى الحيازة، ويكون قضاء الحكم المطعون فيه بتسليم العين وطرده الطاعة منها استنادا إلى أن العقد العرفي يمنح المشتري الحق في استلام المبيع لأنه من الآثار التي تنشأ عن عقد البيع صحيحا في القانون، ولا عبرة بما تنعاه الطاعة على الحكم المطعون فيه من أنه قضى بتسليم العين رغم سبق القضاء به في دعوى صحة التعاقد المرفوعة على البائعين طالما أن الطاعة لم تكن طرفا فيها".

(طعن رقم 513 لسنة 37 ق جلسة 1972/1/25)

2- يشمل بيع المصنع آلاته ومخازنه والأرض التي يحددها سوره بما فيها من منازل العمال ومطاعمهم وملاعبهم والسيارات المخصصة لنقلهم ونقل منتجات المصنع.

3- يشمل بيع السيارة رخصتها والأدوات المعدة لإصلاحها ومستندات تملكها.

4- إذا كان المبيع أسهما أو سندات ألحقت به قسائم الأرباح⁽¹⁾.

5- بيع الجواد الأصيل يشمل تسليم الأوراق المثبتة لنسبه.

6- بيع بركة مياه يشمل ما فيها من أسماك.

7- تعتبر ثمار المبيع من وقت العقد من ملحقاته بنص الفقرة الثانية من المادة 458 مدني إذ تقول: "وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره". ويدخل في معنى ثمار المبيع الثمار بجميع أنواعها سواء كانت طبيعية

(1) إسماعيل غانم ص 146 - خميس خضر ص 166.

ككلاً المراعى ونتاج المواشى، أو مستحدثة كثمر الأرض الزراعية أو مدنية كالأجرة، وللمشتري أيضاً سائر المنتجات أى الحاصلات من وقت البيع. ومتى ثبت للمشتري الحق فى ثمار المبيع، فعليه تكاليفه كالضرائب ومصروفات الصيانة ومصروفات الاستغلال، ويلاحظ أن حق المشتري فى الثمار يثبت له ولو لم تنتقل إليه الملكية بمجرد التعاقد، كما إذا اشترى عقاراً وتأخر تسجيل البيع⁽¹⁾.

140- الاتفاق فى عقد الإيجار على أن الإصلاحات أو الإنشاءات التى

يحدثها المستأجر بالعين المؤجرة تنتقل إلى الخلف الخاص للمؤجر

يجعلها من قبيل الملحقات :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان عقد الإيجار منصوصاً فيه على أن كل ما يحدثه المستأجر فى الأعيان المؤجرة من إصلاحات أو إنشاءات يكون ملكاً للمؤجر، ثم باع المؤجر هذه الأعيان، فكل الحقوق التى كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات البيع فتنتقل بحكم القانون إلى المشتري وتبعا لذلك يكون للمشتري حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الأعيان".

(طعن رقم 187 لسنة 19 ق جلسة 1951/6/22)



مادة (433)

- 1- إذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ما لم يتفق على غير ذلك، على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد.
- 2- أما إذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة، وجب على المشتري، إذا كان المبيع غير قابل للتبويض، أن يكمل الثمن إلا إذا كانت الزيادة جسيمة، فيجوز له أن يطلب فسخ العقد وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه.

الشرح

141- النقص في مقدار المبيع :

لا يكفي أن يسلم البائع المبيع ذاته وبأوصافه، بل يجب أن يسلم البائع المبيع بقدره المتفق عليه في العقد.

فإذا اتفق البائع مع المشتري على أن يبيعه قنطاراً من القطن، كان عليه أن يقدم له هذا القنطار فإن قدم له كمية أقل، فإننا نكون بصدد حالة نقص المبيع.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان الواقع في الدعوى هو أن عقد البيع الابتدائي، قد ورد على حصة مفرزة محددة مقدارها 36 فدانا وفقاً لوضع يد البائع مع تحديد سعر الوحدة للفدان بمبلغ معين فلما قامت إجراءات الشهر العقاري حائلاً دون تسجيل العقد على هذا الوجه حور الطرفان اتفاقهما في العقد النهائي دون المساس بجوهره بأن جعلاً البيع منصبا على الحصة الشائعة بحسب النصيب الشرعى ومقدارها 30 فدانا والتي لا

تجادل المساحة فى جواز ورود العقد عليها كما جعلاه منصبا أيضا على القدر المفرز الوارد فى العقد الابتدائى وحرصا على النص على سعر الوحدة للفدان الواحد بمبلغ معين فى كلتا الحالتين، وكان المفهوم من هذا التحويل اللاحق فى العقد النهائى أن البيع شمل محلين الأول بيع النصيب الشائع والآخر بيع هذا النصيب حسب وضع اليد وأن العلاقة بينهما تسوى على أساس المحل الذى يصح به العقد، وكانت مصلحة الشهر العقارى قد نقلت أولا ملكية القدر الشائع دون المحدد وجرت المحاسبة فى العقد على ثمن هذا القدر وحده، ثم تبين بعد ذلك أن المحل الآخر قد استقام أمره وهو الـ 36 فدانا المحددة ببيع المشتري له دون اعتراض من الشهر العقارى فإنه يكون للبائع الحق فى الرجوع على المشتري بثمن الفرق على أساس الوحدة المنفق عليه ويكون الحكم المطعون فيه إذ اعتبر البيع جزافا بالثمن المحدد للحصة الشائعة قد خالف فى تفسيره الثابت بالأوراق".

(نقض طعن رقم 106 لسنة 22 ق جلسة 1955/5/12)

ولبيان حكم هذا النقص أو العجز نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى :

أن يكون هناك اتفاق بين المتعاقدين ، على حقوق المشتري فى حالة وجود

نقص فى البيع :

ففى هذه الحالة يرجع إلى هذا الاتفاق ويطبق عند وجود نقص فى المبيع. فإذا اتفق مثلا بين الطرفين، على أن يلزم البائع بدفع قيمة العجز. فإن هذا يفيد أن المتعاقدين اتفقا على أن هذا العجز يلحق ضررا بالمشتري، ويلزم البائع بأداء هذه القيمة. فإذا ادعى البائع عدم حصول ضرر للمشتري التزم بإثباته.

وفى هذا قضت محكمة النقص بأن :

"إذا كان الشرط الإضافى الوارد فى العقد قد ألزم البائع بدفع فرق السعر عن

الكمية التي لا يوردها فإن تحقق مثل هذا الشرط يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن بإثباته ويقع على عاتق المدين (البائع) في هذه الحالة عبء إثبات انتفاء الضرر إعمالاً للشرط الجزائي - على ما جرى به قضاء محكمة النقض".

(طعن رقم 52 لسنة 25 ق جلسة 1959/11/12)

الحالة الثانية :

ألا يكون هناك اتفاق بين الطرفين على ما يتبع في حالة وجود نقص في

المبيع :

إذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين على ما يتبع في حالة وجود نقص في المبيع، فإنه يرجع إلى العرف. فإذا كان العرف قد جرى على التجاوز عن قدر معين من العجز كما هو الحال في البيوع التجارية، فلا يلتزم البائع عندما لا يتجاوز العجز هذا القدر إلا بأن يسلم المبيع كما هو.

وقد قضت المادة 95 من قانون التجارة الجديد صراحة بأن: "لا يعتد عند تسليم المبيع بما يطرأ عليه من نقص أو تلف يقضى العرف بالتسامح فيه".
والحكمة من عدم الاعتداد بالنقص الذي يقضى به العرف، أن جريان العرف على التسامح في هذا النقص دليل على أنه غير مؤثر⁽¹⁾.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الجديد أنه: "أما المادة 95 من المشروع فقد جاءت لتقنين قاعدة عرفية جرى عليها القضاء وأقرها الفقه في ظل التقنين القائم، وبمقتضاها لا يعتد عند التسليم بما يطرأ على المبيع من نقص أو تلف يقضى العرف بالتسامح فيه".

(1) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد المجلد الثاني الطبعة الثانية.

فإذا لم يوجد عرف، كان للمشتري الخيار بين إنقاص الثمن وفسخ العقد، وإذا اختار المشتري إنقاص الثمن فلا يلزم بالضرورة أن يكون الإنقاص بنسبة العجز فقد يزيد الإنقاص عن ذلك تعويضا للمشتري عما أصابه من ضرر نتيجة حصوله على شئ أقل مما رغب فيه، كما يمكن أن يقل عن قيمة ما نقص إذا كان الضرر الذى أصاب المشتري أقل من ذلك⁽¹⁾.

غير أن حق المشتري فى الفسخ منوط بأن يثبت أن النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما تعاقد. وظاهر أن معيار الجسامة الذى وضعه المشرع معيار شخصى لا موضوعى فيجب النظر عند تقدير الجسامة إلى شخص المشتري لا إلى معيار الرجل العادى⁽²⁾. أى أن أساس الفسخ هو عدم إتمام المشتري للعقد لو أنه كان يعلم بالعجز أخذا بالمعيار العام الذى وضعه المشرع فى الغلط⁽³⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ومعنى الضمان أن المبيع إذا نقص عن القدر المعين كان للمشتري أن يفسخ (إذا كان النقص جسيما بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشتري ولا يشترط أن يكون النقص واحدا على عشرين) أو أن ينقص الثمن بقدر ما أصابه من الضرر (وليس من الضروري أن يكون إنقاص الثمن بنسبة ما نقص من

(2) السنهاورى 571 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 133 - خميس خضر ص 175.

(1) جلال العدوى ص 137 وما بعدها - وحال مناقشة مشروع المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض معالى حلمى عيسى باشا على معيار النقص الوارد فى المادة وطلب إعطاء القاضى معيارا أساسيا نسبيا يرجع إليه فى تقدير النقص.

فرد عليه معالى السنهاورى باشا قائلا إلى المشروع استبدل بالمعايير الحسابية المعقدة معيارا شخصيا يهون على القاضى مهمته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 62).

(2) منصور مصطفى منصور ص 133.

المبيع فقد يكون الضرر أكثر أو أقل من ذلك) ولا فرق في حالة نقص المبيع بين ما إذا كان المبيع يضره التبعض أو لا يضره، وبين ما إذا كان الثمن محددًا بسعر الوحدة أو مقدارًا جملة واحدة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة 433 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع جعل للمشتري الحق في ضمان البائع القدر الذى تعين للمبيع إذا وجد عجزا فيه وطلب إنقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الأحوال".

(طعن رقم 2185 لسنة 57 ق جلسة 1992/5/7)

2- "مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة 433 من القانون المدنى أن البائع يضمن للمشتري المقدار الذى تعين للمبيع بالعقد وذلك دون تمييز بين ما إذا كان الثمن قد قدر فى العقد بسعر الوحدة أو تعين به جملة واحدة وقد جعل المشرع للمشتري الحق فى هذا الضمان إذا وجد عجزا فى المبيع بطلب إنقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الأحوال مادام أن مقدار المبيع قد تعين فى العقد".

(طعن رقم 34 لسنة 61 ق جلسة 1995/4/27)

3- "إذا كان الثابت من عقد البيع محل النزاع المؤرخ... أن الطاعن وآخرين باعوا متضامنين إلى المطعون ضده بصفته مساحة 6س 5ط 14 ف يخص الطاعن منها 7 س 10 ط 1ف وذلك مقابل ثمن إجمالى مقداره 45156 جنيه لكامل المبيع وأن هذه المساحة وما يقابلها من ثمن تحت العجز والزيادة حسب ما تظهره المساحة فإن المبيع على هذا النحو يكون مبينا على وجه التقريب وبالتالي غير معين المقدار بما يكشف - ومن هذه الظروف والملابسات - أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى أن ما تظهره البيانات المساحية من عجز أو زيادة فيما بعد تتم

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 61.

المحاسبة عليه وفقا للسعر المتفق عليه وقت التعاقد. إذ كان البين من تقرير الخبير المودع ملف الدعوى أنه حدد ثمن القدر الزائد فى الأطنان المبعة فى تاريخ التعاقد وقيمتة عند رفع الدعوى وكان الأخذ بأى من السعيرين الواجب إلزام المشتري بأدائه هو مسألة قانونية يفصل فيها قاضى الموضوع فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى صحيحا إلى تقدير ثمن القدر الزائد بالسعر المتفق عليه وقت التعاقد... لا بوقت رفع الدعوى حسبما أخذت بذلك محكمة أول درجة- والتي استندت إلى النتيجة التى انتهى إليها تقرير خبير الدعوى- لا يكون قد ران عليه قصور فى التسبيب أو شابه فساد فى الاستدلال.

(طعن رقم 960 لسنة 60 ق جلسة 1996/11/21 - غير منشور)

ويشترط لتطبيق الحكم السابق أن يكون مقدار المبيع قد تعين فى العقد، أما إذا لم يتعين مقداره فيه، كبيع أرض بحدودها فقط، لم يلتزم البائع إلا بتسليم الأرض المبعة وفق حدودها المذكورة بصرف النظر عن مساحتها، ولو تبين المشتري أن الأرض أقل مساحة مما كان يأمل⁽¹⁾.

وفى بيع المحصول إذا قدر برقم معين ونقص عن هذا الرقم، لم يكن البائع مسئولا عن هذا النقص إذا هو أثبت أنه بذل العناية المألوفة فى الزراعة⁽²⁾.

وحق المشتري فى إنقاص الثمن أو انفسخ لا يحول دون حقه فى التعويض عما لحقه من أضرار.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذ كان حق المشتري - المقرر بالمادة 433 من القانون المدنى - فى

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 394- جلال العدوى ص 138.

(2) السنهورى ص 571 هامش (2).

ضمان البائع القدر الذى تعين للمبيع بالعقد إذا وجد عجزا فيه وطلبه إنقاص الثمن، لا يحول دون المشتري وحقه فى طلب التعويض عما لحقه من أضرار بسبب إخلال البائع بالتزامه بذلك الضمان، ويغاير كل من هذين الحقين الآخر، كما لا يسرى التقادم الحولى المقرر بالنسبة لأولهما - بالمادة 434 من القانون سالف البيان - على الحق الثانى".

(طعن رقم 2617 لسنة 79 ق جلسة 2011/5/28)

142- لا يجوز طلب التعويض أو الفسخ لأول مرة أمام محكمة النقض :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان النزاع قد دار بين الطرفين أمام محكمة الموضوع على أمر واحد هو مقدار كمية الحديد التى تم عليها التعاقد ولم يتمسك المشتري صراحة لدى تلك المحكمة بالمطالبة بقيمة العجز الذى يدعيه فإنه لا يكون هناك محل لإثارة الجدل بشأنه أمام هذه المحكمة".

(طعن رقم 231 لسنة 23 ق جلسة 1957/5/16)⁽¹⁾

(1) كما قضت بأن :

"لا تقبل الطلبات الجديدة فى الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها ومع ذلك يجوز أن يضاف إلى الطلب الأسمى الأجور والفوائد والمرتبات وسائر الملحقات التى تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى وما يزيد من التعويضات بعد تقديم هذه الطلبات. ويجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات إذا كان الاستئناف قد قصد به الكيد يدل على أن المشرع اعتبر الدفع بعدم قبول طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف متعلقا بالنظام العام أوجبت على تلك المحكمة إذا ما تبين أن المعروض عليها هو طلب جديد أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبوله إلا أن يكون هذا الطلب فى حدود الاستثناء الوارد فى الفقرتين الثانية والرابعة من المادة سالفة البيان، ويعتبر الطلب جديدا ولو لم يتغير عن موضوع الطلب المبدى أمام محكمة أول درجة متى كان يجاوز فى مقداره ما لم تكن تلك الزيادة مما نص عليه فى الفقرة الثانية من تلك المادة، لما كان ذلك وكان البين

143- نطاق سريان حكم المادة :

يسرى حكم المادة عند وجود نقص فى المبيع، سواء كان المبيع مما يقبل التبعية أم لا، وسواء كان الثمن قد حدد جملة أو بحساب الوحدة⁽¹⁾، وذلك على خلاف الحال فى أحكام زيادة المبيع كما سنرى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة 433 من القانون المدنى أن البائع يضمن للمشتري القدر الذى تعين للمبيع بالعقد، وذلك دون تمييز بين ما إذا كان الثمن قد قدر بالعقد بسعر الوحدة أو تعين به جملة واحدة بل جعل المشرع للمشتري الحق فى هذا الضمان إذا وجد عجزا فى المبيع بطلب إنقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الأحوال طالما أن مقدار المبيع قد تعين فى العقد".

(طعن رقم 185 لسنة 36 ق جلسة 1970/11/3)

144- الزيادة فى المبيع :

إذا وجدت زيادة فى المبيع، فإنه يرجع فى بيان حكم هذه الزيادة إلى اتفاق

من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن أقام دعواه أمام محكمة أول درجة مطالبا بمبلغ وقدره عشرة آلاف مارك ألمانى تعويضا عما لحقه من أضرار نتيجة العجز والتلف فى البضائع المرسلة إليه وإذ رفض طلبه فقد استأنف الحكم مطالبا بزيادة التعويض إلى عشرين ألف مارك ألمانى دون أن يورد أمام محكمة الاستئناف ما يبرر تلك الزيادة، فإن طلب هذه الزيادة يعتبر طلبا جديداً ذلك أن التعويضات التى أجازت الفقرة الثانية من المادة 235 المشار إليها المطالبة بزيادتها استثناء أمام محكمة الاستئناف هى التعويضات التى طرأ عليها ما يبرر زيادتها عما حددت به فى الطلبات الختامية أمام محكمة أول درجة وذلك نتيجة تفاقم الأضرار المبررة للمطالبة بها، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر الزيادة طلبا جديداً فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون".

(طعان رقما 1227، 1235 لسنة 47 ق جلسة 1980/4/28)

(1) محمد لبيب شنب ص 136 - أنور سلطان ص 261.

المتعاقدين، إذا كان هناك اتفاق بينهما على ذلك. فإذا لم يوجد اتفاق تعين الرجوع إلى العرف الجارى، فإذا لم يوجد عرف تعين إعمال الفقرة الثانية من المادة 433.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا وجدت زيادة بالمبيع المعين بالذات أو المبين المقدار فى عقد البيع ولم يكن هناك اتفاق خاص بين الطرفين بخصوصها أو عرف معين بشأنها فإن العبرة فى معرفة أحقية المشتري فى أخذ هذه الزيادة بلا مقابل أو عدم أحقيته فى ذلك على مقتضى حكم المادة 433 من القانون المدنى هى بما إذا كان ثمن المبيع قدر جملة واحدة أم أنه قد حدد بحساب سعر الوحدة. أما التمييز بين البيع الجزافى والبيع بالتقدير فأمر يتعلق بتحديد الوقت الذى تنتقل فيه ملكية المبيع للمشتري فى كل منهما وتعيين ما إذا كان البائع أو المشتري هو الذى يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم. وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بأحقية المشتري فى أخذ الزيادة التى ظهرت بالمبيع بلا مقابل عملاً بالمادة 433 مدنى على مجرد اعتباره البيع جزافاً، مع أنه ليس من مؤدى ذلك حتماً إعمال حكم هذه المادة ومناطه أن يتفق على ثمن المبيع جملة لا بحساب سعر الوحدة، فإن الحكم يكون قاصر البيان".

(طعن رقم 124 لسنة 28 ق جلسة 1963/3/28)

ولبيان حكم الفقرة الثانية من المادة 433 مدنى، يجب التفرقة بين

حالتين:

الحالة الأولى :

أن يكون الثمن مقدراً جملة كبيع القطن الموجود فى مخزن وقدره عشرة قناطر بخمسة آلاف جنيه، ثم يظهر أن القطن أكثر من ذلك.

والمشروع لم يضع حكماً لهذه الحالة. ولكن الظاهر أنه أراد بذلك أن تكون الزيادة للمشتري دون مقابل، سواء كان المبيع قابلاً للتبويض أو غير قابل له. لأن

الثلث عندما يقدر جملة واحدة، فإن مقدار المبيع لا يكون أصلا في العقد بل وصفا فيه، والوصف لا يقابله شيء من الثلث⁽¹⁾.

وفى هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما إذا زاد المبيع وكان الثلث مقدرا جملة واحدة، فالغالب أن المتعاقدين قصدا أن يكون المبيع بهذا الثلث ولو زاد عن القدر المعين (وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شيء من الثلث) ولذلك يبقى البيع ولا يطالب المشتري بزيادة في الثلث، إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك"⁽²⁾.

أما إذا تضمن العقد شرطا بأن البيع تم تحت العجز والزيادة، فإن المشتري يلتزم بتكملة ثمن القدر الزائد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كان الثابت من مطالعة عقد البيع محل التداعي المؤرخ... أنه ينطوى على بيع مساحة 1200م² يدخل فيها المقدار المبيع موضوع التداعي وقد نص فى البند أولا منه أن المساحة التى يشملها هذا العقد هى "تحت العجز والزيادة وبعد المقاس على الطبيعة" فإن مفاد ذلك أن المساحة الفعلية للمبيع لم تكن - وقت إبرام العقد - قد تحددت على الطبيعة تحديدا قاطعا وبالتالي فإن حق الطاعنين فى المطالبة بإنقاص الثمن لا يتقدم - فى هذه الحالة - بسنة بل يتقدم بمدة خمس عشرة سنة".

(طعن رقم 3321 لسنة 60 ق جلسة 1997/12/18)

الحالة الثانية :

(1) منصور مصطفى منصور ص 134 - عبد الناصر العطار ص 227 وما بعدها - جلال العدوى ص 138 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 61.

أن يكون الثمن مقدرا بحساب الوحدة.

وفى هذه الحالة نفرق بين فرضين :

الفرض الأول :

أن يكون المبيع غير قابل للتبعض.

والمبيع غير القابل للتبعض هو الشئ الذى يتلف بقسمته أو يترتب على تبعيضه ضرر بالبائع أو بالمشتري، أى إخلال بالعرض المقصود من البيع، ومثال ذلك شراء ماشية وزنها مائة كيلو جرام بسعر الكيلو عشرين جنيها أو قطعة قماش طولها أربعة أمتار معدة لأن تكون ثوبا بسعر المتر عشرة جنيها. أو شراء فدان لإقامة مصنع لا يكفى لإقامته مساحة أقل وذلك بسعر المتر ألف جنيه، ثم وجد المبيع عند التسليم مشتملا على مقدار أكبر من المقدر له فى العقد، فإنه يجب على المشتري أن يكمل الثمن فيدفع قيمة الزيادة بسعر الوحدة المتفق عليها. فإذا اتضح أن وزن الماشية فى المثال السابق مائة وعشرون كيلو جراما وجب على المشتري أن يدفع ثمن العشرين كيلو جراما الزيادة بسعر الكيلو عشرون جنيها. والسبب فى ذلك أنه وإن كان المبيع غير قابل للتبعض، فإنه يعتبر أصلا لا وصفا مادام الثمن قد قدر بحساب الوحدة. والأصل مقابل الثمن، فإذا زاد المبيع وجب على المشتري تكملة الثمن بما يناسب الزيادة، وكان للبائع حق الرجوع على المشتري بدعوى تكملة الثمن⁽¹⁾.

أما إذا كانت الزيادة جسيمة بحيث تكون لو علم بها المشتري عند الشراء لما أتم العقد، فإن المشتري لا يكون ملزما بتكملة الثمن، ويكون له أن يطلب فسخ العقد⁽²⁾.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 394- إسماعيل غانم ص 154.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 394- سمير تناعو ص 228.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما إذا كان المبيع يضره التبويض وتعين ثمنه بسعر الوحدة، فإن زاد أو نقص كان المشتري بالخيار بين الفسخ (إذا كانت الزيادة أو النقص أكثر من واحد على عشرين) أو إبقاء البيع مع دفع الثمن بنسبة القدر الحقيقى، لأن تجزئة المبيع فى هذا الغرض لا تجوز، إذ التبويض يضر... الخ"⁽¹⁾.

الفرض الثانى :

أن يكون المبيع قابلا للتبويض:

إذا كان المبيع قابلا للتبويض دون أن يحدث ضرر، فإن المشتري يأخذ القدر المتفق عليه فحسب، فى مقابل الثمن محددًا على أساس سعر الوحدة، وليس للبائع أن يلزم المشتري بأخذ القدر الزائد ودفع ما يقابله من الثمن. كما لا يجوز للمشتري أن يلزم البائع بتسليم القدر الزائد فى مقابل ثمنه، وإنما يكون ذلك باتفاق الطرفين⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان البيع انصب على قدر معين وتم البيع بسعر الوحدة وكان المبيع قابلا للتبويض دون ضرر - كما هو الحال بالنسبة للفحم الكوك موضوع التداعى - فإن ما يستولى عليه المشتري زيادة عن القدر المبيع لا يشملته عقد البيع ولا يجبر البائع على بيعه بنفس السعر ومن ثم لا تعتبر المطالبة بقيمة القدر المستولى عليه بغير حق زائدا عن القدر المبيع مطالبة بتكملة الثمن ولا يسرى فى شأنها التقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة 434 من القانون المدنى".

(طعن رقم 613 لسنة 45 ق جلسة 1978/11/27)

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 60.

(4) إسماعيل غانم ص 154 - مصطفى منصور مصطفى ص 134 وما بعدها.



مادة (434)

إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا.

الشرح

145- تقادم الدعاوى الناشئة عن العجز والزيادة في المبيع :

يتقادم حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد عند وجود عجز في المبيع، وكذلك حق البائع في طلب تكملة الثمن عند وجود زيادة في المبيع، إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا.

وقد قصد المشرع تقرير مدة تقادم قصيرة للدعاوى المذكورة مراعاة لمقتضيات استقرار التعامل، حتى لا يبقى أحد العاقلين مهددا مدة طويلة برجوع الآخر عليه بإنقاص الثمن أو بزيادته أو بفسخ العقد⁽¹⁾.

والعبرة في حساب مدة التقادم المذكور هي بالتسليم الفعلي أي من وقت دخول المبيع في حوزة المشتري فعلاً، لأن هذا التسليم هو الذي يهيئ للمشتري وللبيع كشف حقيقة النقص أو الزيادة في المبيع. فلا يكفي لبدء سريان هذه المدة مجرد وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق مع إخطاره بذلك أي لا يكفي التسليم بمعناه القانوني غير المقترن بالتسليم الفعلي.

كما لا يكفي التسليم الرمزي كالتسليم الذي يتم بما يمكن المشتري من التسلط على المبيع كمفتاح المخزن، أو تسليم سندات الشحن أو الإيداع أو تسليم سندات الملكية. إذ أن هذه الصور الأخرى من التسليم ليس من شأنها اطلاع المشتري

(1) السنهوري ص 575- محمد شكري سرور ص 304.

على المبيع، حتى يمكن أن ينسب إليه إهمال أو تقصير فى رفع الدعوى بسبب العجز⁽¹⁾.

وكانت المادة 370/296 من التقنين المدنى الملغى تنص على أن: "حق المشتري فى فسخ البيع أو فى تنقيص الثمن وكذلك حق البائع فى طلب تكميل الثمن يسقطان بالسكوت عليهما سنة واحدة من تاريخ العقد". وكان هذا النص محل انتقاد لأنه جعل بدء سريان مدة التقادم من وقت العقد لا من وقت التسليم الفعلى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يتبين مما تقدم (فى المادة السابقة) أن هناك حالات يطلب فيها المشتري إنقاص الثمن (إذا نقص المبيع نقصا غير جسيم) أو الفسخ (إذا نقص المبيع أو زاد بقدر جسيم)، وهناك حالات يطلب فيها البائع تكملة الثمن (إذا زاد المبيع زيادة غير جسيمة أو زيادة جسيمة لم تحمل المشتري على طلب الفسخ)، وفى هذه الحالات جميعا تسقط الدعوى فى الفسخ أو فى إنقاص الثمن أو فى زيادته بالتقادم، إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما حقيقيا. وهذا الحكم أصلح عيبا فى التقنين الحالى، إذ جعل التقادم يسرى لا من وقت العقد (م 370/296 مصرى) بل من وقت التسليم الحقيقى للمبيع، فلا يكفى التسليم الصورى، وظاهر أن التسليم الحقيقى وحده هو الذى يهئ للمشتري وللبيع كشف حقيقة النقص أو الزيادة فى المبيع"⁽²⁾.

ويسرى هذا الحكم على البيوع الاختيارية والجبرية على حد سواء⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) - "مفاد نص المادة 434 من القانون المدنى أنه إذا وجد فى المبيع

(1) عبد الودود يحيى ص 105 - سليمان مرقس ص 352 - جلال العدوى ص 139.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 65.

(3) محمد كامل مرسى ص 249.

عجز فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن يسقط بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا".

(ب) - "إذا كان الثابت أن الطاعن قدم إلى محكمة الاستئناف مذكرة بتاريخ 1987/2/11 دفع فيها بسقوط حق المطعون ضده في طلب إنقاص الثمن لانقضاء سنة من وقت تسلمه المبيع تسليمًا فعليًا طبقًا للبند الثاني من العقد المؤرخ 1981/5/23 حتى تاريخ رفع الدعوى في 1982/6/7 وكان هذا الدفاع جوهريًا من شأنه - لوصح - أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإن إغفال الحكم المطعون فيه بحثه والرد عليه في أسبابه يعيبه بالقصور".

(طعن رقم 1792 لسنة 57 ق جلسة 1991/10/24)

2- "تطبيق نص المادة 434 من القانون المدني في حالة الادعاء بوجود عجز في المبيع محله أن يكون البيع قد انعقد على عين معينة مفرزة ذات مقاس أو قدر معين ولم يقدّم البائع بالتسليم على النحو الذي التزم به بأن سلم المبيع أقل قدرًا مما هو متفق عليه".

(طعن رقم 377 لسنة 30 ق جلسة 1966/2/1)

3- "النص في المادة 433 من القانون المدني على أنه إذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولًا عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ما لم يتفق على غير ذلك وفي المادة 434 منه على أنه إذا وجد في المبيع عجزًا أو زيادة فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسلمه تسليمًا فعليًا يدل على أن مسئولية البائع عن العجز في المبيع إنما تكون عندما يتبين أن القدر الحقيقي للمبيع ينقص عما تعين بالاتفاق في العقد وأن تقادم حق المشتري في إنقاص الثمن أو فسخ العقد بسبب ذلك بانقضاء سنة من تسلمه تسليمًا فعليًا إنما يكون في حالة ما إذا كان مقدار المبيع قد عين في العقد أما إذا

لم يتعين مقداره أو كان مبينا على وجه التقريب فإن دعواه فى ذلك لا تتقدم بسنة بل تتقدم بخمس عشرة سنة".

(طعن رقم 1532 لسنة 60 ق جلسة 1995/3/29)

146- مالا يسرى عليه حكم المادة :

لا يطبق الحكم الوارد بالمادة إلا على الحقوق الناتجة عن العجز والزيادة، أى على الحالات التى يسلم فيها البائع المبيع المعين بالذات، ثم يتضح أن فى هذا المبيع عجزاً أو زيادة على المقدار الذى ذكر فى العقد أنه مقداره. وعلى ذلك لا ينطبق هذا الحكم على المبيع المعين بالنوع، إذا سلم البائع مقدارا أقل أو أكثر من المقدار المتفق عليه، فى مثل هذه الحالات لا تسقط دعوى المشتري التى يطالب فيها بالقدر الباقي دون تسليم إلا بمضى خمس عشرة سنة وفقاً للقواعد العامة. أما دعوى البائع قبل المشتري، التى يطالب فيها باسترداد القدر الزائد، فهى دعوى استرداد ما دفع دون وجه حق تخضع لحكم المادة 187 مدنى. وهو يقضى بأن هذه الدعوى تسقط بأقل المدتين، ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه البائع أنه سلم المشتري قدراً يزيد على القدر المتفق عليه، أو بمضى خمس عشرة سنة من يوم التسليم⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان المدعى قد طالب أمام محكمة أول درجة مقابل الزيادة فى الأطنان التى باعها إلى المدعى عليهم فقضى الحكم الابتدائى بقبول الدفع بالتقادم وبسقوط حق المدعى فى دعوى تكملة الثمن لمضى أكثر من سنة على تاريخ التسليم الفعلى طبقاً لما تقضى به المادة 434 من القانون المدنى، وكان البائع قد

(1) عبد الودود يحيى ص 105 وما بعدها- عبد المنعم البدرأوى ص 399- جلال العدوى ص

استأنف هذا الحكم مستندا إلى أنه لا محل لتطبيق هذه المادة لأن القدر الذى يطالب بقيمته قد اغتصبه المشتري ويخرج عن الحدود الواردة فى عقد البيع، ولأن المشتري قد وافق فى ورقة المحاسبة المحررة بينهما على دفع قيمته وكان الثابت أن الزيادة فى القدر المبيع التى طالب البائع بقيمتها أمام محكمة أول درجة هى ذات الزيادة التى ادعى أمام محكمة ثان درجة أنها تخرج عن الحدود الواردة فى عقد البيع، وكانت المادة 3/411 من قانون المرافعات قد أجازت للخصوم فى الاستئناف - مع بقاء موضوع الطلب الأصيل على حاله - تغيير سببه والإضافة إليه، فإن طلب البائع أمام محكمة الاستئناف بمقابل الزيادة الخارجة عن حدود عقد البيع لا يعد تغييرا لموضوع الطلب الأصيل الذى رفعت به الدعوى أمام محكمة أول درجة طالما أن القدر الزائد المطالب بقيمته لم يتغير وإن تغير سبب المطالبة إلى الغضب. وإذ خالف حكم محكمة الاستئناف هذا النظر وقضى بعدم قبول الطلب الذى أبداه البائع أمامها تأسيسا على أنه طلب جديد فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 147 لسنة 33 ق جلسة 1967/1/17)

ولايسرى حكم المادة على الدعوى المبنية على تعهد خصوصى حصل بعد عقد البيع الأصيل وتعهد فيه المشتري بدفع ثمن الزيادة التى تظهر فى مساحة الأطنان المببعة⁽¹⁾.

147- عدم ورود الوقف على التقادم بسبب عدم اكتمال الأهلية :

مدة التقادم المذكورة لا يرد عليها الوقف بسبب عدم اكتمال الأهلية، ولكن يسرى عليها الانقطاع⁽²⁾.

(1) السنهاورى ص 576 الهامش.

(2) محمد كامل مرسى ص 249- سمير تناغو ص 229.

148- عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم :

لا يجوز الاتفاق بين الطرفين على زيادة مدة التقادم ولا على إنقاصها، لأن الأحكام المتعلقة بالسقوط من حيث المدة المقررة مما يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها⁽¹⁾.

ولكن يجوز النزول عن دعوى إنقاص الثمن أو تكملته أو طلب الفسخ للعجز أو الزيادة في مقدار المبيع، ويتم هذا النزول صراحة أو ضمنا كما لو وضع المشتري يده على المبيع بعد علمه بعجزه ولم يبد أى تحفظ ودلت الظروف على نزوله عن المطالبة بالقدر المتفق عليه للمبيع⁽²⁾.

149- يجب التمسك بالتقادم :

التقادم لا يتعلق بالنظام العام، ويجب التمسك به من صاحب الشأن، ويجوز له التمسك به فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو أمام محكمة ثانى درجة. ولكن لا يجوز للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها.

150- مناط التقادم أن يكون المبيع قد عين بالعقد :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "نص المادتين 433، 434 من القانون المدنى يدل على أن مسئولية البائع عن العجز فى المبيع تكون عندما يتبين أن القدر الحقيقى الذى يشتمل عليه البيع ينقص عن القدر المتفق عليه فى العقد، وأن تقادم حق المشتري فى إنقاص الثمن أو فسخ العقد بسبب العجز فى المبيع بانقضاء سنة من تسلمه تسليمًا فعليًا إنما يكون فى حالة ما إذا كان مقدار المبيع قد عين فى العقد، أما إذا لم يتعين مقداره أو كان مبينًا به على وجه التقريب فإن دعوى المشتري لا تتقادم بسنة بل

(3) محمد كامل مرسى ص 250- السنهورى ص 576 الهامش.

(1) عبد الناصر العطار ص 208 - سليمان مرقس ص 352.

تتقادم بخمس عشرة سنة".

(طعن رقم 863 لسنة 53 ق جلسة 1990/2/22)

2- "تطبيق الفقرة الأولى من المادة 433 من القانون المدنى بشأن مسئولية البائع عن العجز فى المبيع إذا تبين أن المقدار الحقيقى الذى يشتمل عليه المبيع ينقص عن المقدار المتفق عليه فى العقد والمادة 434 منه بشأن تقادم حق المشتري فى طلب إنقاص الثمن أو فسخ العقد بسبب العجز فى المبيع بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا إنما يكون وفقًا لما صرحت به المادة 434 فى صدورهما فى حالة ما إذا كان مقدار المبيع قد عين فى العقد أما إذا لم يتعين مقداره أو كان مبينًا به على وجه التقريب فإن دعوى المشتري لا تتقادم بسنة بل بخمس عشرة سنة".

(طعن رقم 3321 لسنة 60 ق جلسة 1997/12/18)



مادة (435)

- 1- يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ما دام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع.
- 2- ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية.

الشرح

طرق تسليم المبيع :

لتسليم المبيع طريقان هما التسليم القانونى والحكمى.

ونعرض لهذين الطريقين فيما يلى :

151- أولا : التسليم القانونى :

(أ) تسليم العقار :

التسليم القانونى هو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 435 من أن التسليم يكون بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع.

ويتضح من هذا النص أن للتسليم معنى قانونيا ليس مرادفا تماما لمعناه فى اللغة، إذ ليس يلزم فيه المناولة المادية للشئ المبيع التى تجعل هذا الأخير فى حيازة المشتري الفعلية. وإن كانت هذه الطريقة هى ما يستخدم عادة فى بيوع المنقولات

المادية، وإنما يكفي أن يضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، فيكون التسليم عندئذ قد تم ولو لم يستول المشتري على المبيع استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بوضعه تحت تصرفه وكان وضعه تحت تصرفه على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع⁽¹⁾.

والحكمة من هذا أن حماية البائع تقتضى أن يتم التسليم بمجرد وضع المبيع تحت تصرف المشتري وإعلامه بذلك حتى لا يضر من امتناع المشتري عن قبض المبيع أو تأخيره فى قبضه.

وهذا التسليم يطلق عليه البعض التسليم القانونى باعتبار أنه لا يعقبه تسلم فى بعض الأحيان، تمييزا عن التسليم الفعلى الذى يعقبه التسلم⁽²⁾.

بينما يؤثر البعض أن يحتفظ بعبارة التسليم الفعلى لكل تسليم مادي، أعقبه التسلم أو لم يعقبه، تمييزا له عن التسليم الحكمي⁽³⁾. ونحن من رأى الأول.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"عرض البائع على المشتري أمام المحكمة البضاعة المبيعة هو عرض حقيقى وفقا للمادة 697 من قانون المرافعات - القديم - متى كان العقد لم يحدد ميعادا للتسليم. وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى باعتبار المشتري هو المتخلف عن الوفاء قد أثبت أن البائع مازال يعرض البضاعة على المشتري أمام المحكمة وأن هذا الأخير هو الذى كان يأبى تنفيذ الاتفاق، وأن هذا الذى جرى أمام المحكمة هو ما كان عليه موقف المتعاقدين قبل طرح خصومتها أمام القضاء. فإن الطعن فيه

(1) محمد شكرى سرور ص 290 - عبد المنعم البدرأوى ص 405 وما بعدها.

(2) سليمان مرقس ص 340 - منصور مصطفى منصور ص 139 - عبد الناصر العطار ص 193 - محمد شكرى سرور ص 290.

(3) سمير تناغو ص 334 - السنهورى ص 589 هامش - عبد الناصر العطار ص 193.

بالقصور ومسح الاتفاق المبرم بين الطرفين يكون في غير محله".

(طعن رقم 96 لسنة 18 ق جلسة 1951/2/8)

ويبين مما تقدم أن التسليم القانوني يتم بعنصرين :

العنصر الأول :

هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق. فإذا كان المبيع وحدة سكنية يسكنها البائع، وجب عليه أن يخليها ويخرج ماله من أثاث وأمتعة منها. وإذا كان المبيع أرضاً زراعية وجب على البائع الامتناع عن زراعتها والكف عن جنى محصولها وأخذ ماله من مواشى وآلات ونحو ذلك. أما إذا وجد عائق يحول بين المشتري وحيازة المبيع والانتفاع به، فإن البائع لا يكون قد نفذ التزامه بالتسليم سواء كان العائق راجعاً إلى فعل البائع نفسه، كما لو استمر في سكنى الوحدة السكنية أو استمر في زراعة الأرض المبيعة، أو كان العائق راجعاً إلى فعل الغير (تعرض قانوني) أو بغير حق (تعرض مادي) فلا يكون الواهب قد نفذ التزامه إذا وجد من يضع يده على الموهوب غصباً أو مدعياً حقاً إلا أن يكون الحق الذي يدعيه شاغل العين نافذاً في حق المشتري كحق المستأجر الذي يثبت تاريخ إيجاره قبل البيع وكثيراً ما يكون إخلاء العقار منطوياً في الوقت ذاته على تمكين المشتري من الاستيلاء على المبيع. ولكن قد يقتضى الأمر أن يسلم البائع المشتري مفاتيح الدار حتى يمكنه من دخولها أو مستندات ملكية المبيع حتى يتمكن من التصرف فيه، أو عقود الإيجار الواقعة على العين ليتمكن المشتري من التعامل مع مستأجريها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كانت محكمة الموضوع إذ عرضت في أسباب الحكم لبحث مدى قيام كل من الطرفين بالتزامات عقد البيع بدأت بحث التزام البائع بالتسليم وانتهت

إلى أنه عرض على المشتري المبيع عرضاً حقيقياً ونفت عنه شبهة التقصير فى الوفاء بهذا الالتزام عرضت لالتزام المشتري بدفع الثمن ف سجلت عليه تخلفه عن الوفاء بهذا الالتزام المقابل على الرغم من عرض المبيع عليه عرضاً حقيقياً، فإنه يكون غير منتج النعى على الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين فى وقت واحد ويكون غير صحيح القول بأن محكمة الموضوع رتبت على تقصير المشتري فى الوفاء بالتزامه إعفاء البائع من الوفاء بالتزام مقابل".

(طعن رقم 95 لسنة 24 ق جلسة 1958/3/13)

2- "وضع المبيع تحت تصرف المشتري الأمر الذى يتحقق به التسليم طبقاً لنص المادة 435 من القانون المدنى - يشترط فيه أن يكون بحيث يتمكن المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به".

(طعن رقم 40 لسنة 25 ق جلسة 1959/6/25)

3 - "متى كان البيع جزافاً فإن الملكية فيه تنتقل إلى المشتري بمجرد تمام العقد طبقاً للمواد 429، 204، 932 من القانون المدنى ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع كما يتم تسليم المبيع طبقاً للمادة 435 بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً مادام البائع قد أعلمه بذلك".

(طعن رقم 276 لسنة 33 ق جلسة 1968/3/28)

4- "مؤدى نص المادة 435 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل مع إعلان المشتري أن المبيع قد وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى، بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصراه ولو لم يستول المشتري على المبيع استيلاء مادياً، فإذا تم التسليم على هذا الوجه انقضى التزام البائع له وبرئت ذمته، لما كان ذلك وكان الجهتان

الطاعنتان قد تمسكتا بسبق تنفيذهما التزامهما بتسليم الأطيان المبيعة إلى المطعون ضده وأخطرتا المستأجرين بالوفاء بالأجرة إليه، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف على قوله "إن الجهة المستأنفة قد أوفت بالتزامها بتسليم المبيع إلى المستأنف عليه المطعون ضده - بموجب محضر تسليم مؤرخ 1963/7/31 إلا أنه لا يضير تلك الجهة مطالبة المستأنف عليه بصدور حكم بالتسليم طالما أنه لم يطلب التسليم بغير الحالة التي تم الاتفاق عليها عند التعاقد" وكان مؤدى ذلك أن الحكم المطعون فيه جعل للمشتري الحق فى مطالبة البائع بتسليم المبيع بالرغم من انقضاء هذا الالتزام وبراءة ذمة البائع منه فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 1425 لسنة 56 ق جلسة 1988/11/29 - غير منشور)

5- "مفاد نص المادة 435 من القانون المدنى أن تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل مع إعلام المشتري أن المبيع قد وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصره ولو لم يستول المشتري على المبيع استيلاء ماديا. فيكفى لتمام التسليم مجرد تغيير النية سواء باتفاق أو بتصرف قانونى مجرد كأن يظل البائع حائزا المبيع باعتباره مستأجرا ويعتبر التسليم فى هذه الحالة حكما أو معنويا. لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد استخلص سائغا من الأدلة المطروحة عليه أن مورث المطعون عليهم ومن بعده ورثته يضعون اليد بصفتهم مستأجرين للأطيان التى اشتراها الطاعن وهو ما كان مطروحا على المحكمة مما يوجب أن تقول كلمتها فيه وإذ قضى بإجابة الطاعن إلى تسليمه الأطيان المبيعة على أن يكون التسليم حكما فإنه يكون وافق صحيح القانون".

(طعن رقم 1747 لسنة 58 ق جلسة 1991/1/20)

6- "المقرر فى قضاء محكمة النقض أن مناط التزام البائع بتسليم العين المبيعة تسليمًا فعليًا إلى المشتري أن يكون البائع هو حائزها الفعلى بوصفه مالكا لها أو أن يتفق المتبايعان على هذا التسليم الفعلى فى عقد البيع أو فى اتفاق لاحق عليه".

(طعن رقم 935 لسنة 60 ق جلسة 1994/12/29)

العنصر الثانى :

هو إعلام البائع المشتري بأن المبيع وضع تحت تصرفه ولا يكفى مجرد علم المشتري بأن المبيع قد أصبح تحت تصرفه بل يجب أن يكون علمه بذلك ناتجا عن إخطار البائع له. وهذا القول واضح من عبارة النص ومن الأعمال التحضيرية فقد كان المشروع التمهيدي للمادة 435 مدنى يقول "مادام (المشتري) يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه". وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بهذه العبارة عبارة "مادام البائع قد أعلمه بذلك". وقصد بهذا التعديل ضبط الحكم⁽¹⁾.

ولا يلزم لهذا الإعلان شكل خاص، فهو يتم بكافة الطرق، ولا يلزم فيه إعلان رسمى. فإذا توافر العنصران فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم ولو لم يكن المشتري قد استولى على المبيع استيلاء ماديا، أى بحيازة المبيع. فالتسليم مهما كانت طبيعة المبيع تتم بالأمرين السابقين. ولكن طرق التسليم أو كيفية وضع المبيع تحت تصرف المشتري تختلف باختلاف نوع الشئ المراد تسلمه. وقد اكتفى المشرع فى بيان طريقة وضع المبيع تحت تصرف المشتري بقوله فى المادة 435 مدنى بأن يحصل التسليم "على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع"⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 70.

(2) خميس خضر ص 167 وما بعدها.

ويعتبر أيضا من قبيل التسليم القانوني في هذا المعنى إعدار المشتري لتسلم المبيع. فقد نصت المادة 437 مدنى على أنه: "إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لايد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع".

وإعدار المشتري يكون بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، كما يجوز أن يكون مترتبا على وجود اتفاق فى عقد البيع يقضى بأن يكون المشتري معذرا بمجرد حلول الأجل المعين للتسليم دون حاجة إلى إجراء آخر (م219 مدنى)⁽¹⁾.

(ب) تسليم المنقولات :

يتم تسليم المنقولات عادة بتسليمها ماديا، أى بالمناولة من البائع إلى المشتري أو من ينوب عنه. ويجرى هنا التسليم برفعه من محل البائع أو بتسليمه فى أى مكان آخر لحساب المشتري. فإذا كان المبيع بضائع بقدر معين يتم تسليمها بنقلها بقصد وضعها تحت تصرف المشتري.

ويحدد طريقة التسليم طبيعة المنقول ومحل وجوده وقت البيع والعرف والعادات المتبعة.

والى جانب هذه الصورة العادية من صور التسليم قد يتم التسليم فى المنقولات بطريقة رمزية، كتسليم مفتاح المخزن الموجودة فيه المنقولات المبيعة أو مفاتيح الصندوق أو أى مكان آخر يحتوى هذا المنقول - بشرط عدم وجود عائق من وضع يد المشتري عليه أو تسليم السندات التى تمثل البضاعة المبيعة أو تمكين المشتري من حيازتها مثل سندات الشحن حيث يكون المنقول قد سلم إلى أمين النقل، وسندات الإيداع عندما يكون المنقول مودعا فى أحد المخازن العمومية.

وقد يتم التسليم الرمزي عن طريق وضع المشتري اسمه أو علامته على المنقول. ويترتب على هذه الطريقة تمام التسليم ليس فقط فى علاقة الطرفين بل

(1) سليمان مرقس فى عقد البيع ص 340.

وبالنسبة للغير أيضا.

ولكن يلاحظ أن التسليم الرمزي الذي يتم عن طريق تسلم المستندات هو أضعف في قوته من التسلم الفعلي أو المادي. ولهذا نص المشرع في المادة 954 مدنى على أن : "1- تسلم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها.

2- على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة".

ومعنى هذا أن التسليم الرمزي المشار إليه لا ينتج أثره في مواجهة الغير حسن النية، وأنه حيث يتعارض التسليم الرمزي مع التسليم المادي كانت الأفضلية للثاني⁽¹⁾.

152- ثانيا : التسليم الحكمى :

يقوم مقام التسليم القانونى، التسليم الحكمى، وهو ما تطلق عليه مذكرة المشروع التمهيدى تعبير التسليم المعنوى، وهو التسليم الذى يقع بمجرد تراضى المتعاقدين وذلك بالاتفاق على تغيير صفة الحياة إذ نصت الفقرة الثانية من المادة 435 على أن: "ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حياة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حياته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية" ويتميز التسليم الحكمى بذلك عن التسليم القانونى بأنه اتفاق أو تصرف قانونى وليس عمل مادي⁽²⁾.

فالتسليم الحكمى له صورتان :

الصورة الأولى :

(1) عبد المنعم الباروى ص 407 وما بعدها - أنور سلطان ص 236 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 593 - محمد لبيب شنب ص 134.

أن يكون المبيع في حيازة المشتري قبل البيع بإجارة أو إعارة أو وديعة أو رهن أو نحو ذلك، ثم يقع البيع فيكون المشتري له حائزاً فعلاً للمبيع وقت صدور البيع، ولا يحتاج إلى استيلاء مادي جديد ليتم التسليم وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع في حيازته كمالك له عن طريق البيع وليس بالصفة السابقة.

الصورة الثانية :

أن يبقى المبيع في حيازة البائع بعد البيع، ولكن لا كمالك فقد خرج من ملكيته بالبائع بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهناً حيازياً أو غير ذلك بعقد جديد يبرم بين الطرفين.

وهذه الصورة ليست إلا تطبيقاً للقاعد العامة الواردة في باب الحيازة حيث تنص المادة 953 مدنى على أنه: "يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة أو استمر الخلف واضعاً يده، ولكن لحساب نفسه"⁽¹⁾.

والتسليم في هذه الصورة وإن كان ينتج أثره فيما بين المتعاقدين إلا أنه لا يمكن أن يضر بالغير حسن النية، فإذا تصرف البائع في المنقول مرة ثانية وتسلمه المشتري فإنه يفضل المشتري الأول، لأن التسليم الأول كان تسليمًا حكمياً خالياً من أى مظهر خارجي يستدل منه على حصول البيع الأول⁽²⁾.

153- تسليم الحصة الشائعة للمشتري :

المقرر أن للشريك في المال الشائع الحق في بيع حصة شائعة أو مفرزة، فإن باعها شائعة نفذ البيع في حق باقى الشركاء بحيث إذا قام بتسجيل العقد، كان هو دون الشريك البائع صاحب الحق في إجراء قسمة المال الشائع، ويكون له الحق

(1) محمد لبيب شنب ص 134 - أنور سلطان ص 238 - خميس خضر ص 170.

(2) أنور سلطان ص 239- عبد المنعم البدرولى ص 409 وما بعدها- سليمان مرقس ص 342.

قبل التسجيل فى طلب تسلم تلك الحصة الشائعة وذلك بتمكينه من الانتفاع بها على نحو ما كان ينتفع بها البائع له وعدم إنكار باقى الشركاء حقه فى ذلك، ولا ينال من تسليم الحصة الشائعة أن تتوافر الحيازة المادية لمدير المال الشائع، لأن الأخير يحوز لصالح جميع الشركاء.

أما إذا باع الشريك فى الشيوخ حصة مفرزة، فإن المشتري لا يجوز له طلب تسليم تلك الحصة مفرزة لتعارض ذلك مع أحكام الشيوخ التى لا تجيز إفراز الحصص إلا بموجب القسمة، سواء كانت رضائية أو قضائية⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"قسمة المال الشائع تتم بتعيين جزء مفرز من هذا المال لكل شريك لينفرد بملكيته دون باقى الشركاء، والتسليم الفعلى للمبيع فى البيع على الشيوخ - وعلى ما جرى به نص المادة 235 من القانون المدنى - يتم بمجرد وضع القدر المباع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به خلفا للبائع فى حقوقه وهو ما لا تنتهى به حالة الشيوخ ولا يعتبر قسمة للمال الشائع".

(طعن رقم 104 لسنة 52 ق جلسة 1985/2/7)

154- لا يجوز لمشتري قدر مفرز فى العقار الشائع طلب التسليم مفرزا

:

وقد وأضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر فى الطعن رقم 341 لسنة 39 قى بجلسته 1974/12/3 بقولها :

"لايجوز للمشتري لقدر مفرز فى العقار الشائع أن يطالب - بالتسليم مفرزا لأن البائع له - الشريك على الشيوخ - لم يكن يملك وضع يده على حصة مفرزة قبل حصول القسمة إلا برضاء باقى الشركاء جميعا، ولا يمكن أن يكون للمشتري

(1) المستشار أنور طلبه المطول فى شرح القانون المدنى الطبعة الأولى ج6 ص 481.

حقوق أكثر مما كان لسلفه، هذا إلى ما يترتب على القضاء بالتسليم في هذه الحالة من إفراز، لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون".

(طعن رقم 341 لسنة 39 ق جلسة 1974/12/3)

155- التسليم فى بيع البضاعة F.o.B :

مقتضى بيع البضاعة F.o.B أن تسليم البضاعة لا يتم إلا بشحنها على ظهر السفينة، ولا يغنى عن ذلك إعدادها للشحن، ومن ثم فلا مجال للتمسك بما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 435 مدنى من أن التسليم يحصل على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع.

وفى هذا قضت محكمة بأن :

"مقتضى بيع البضاعة F.o.B أن تسليم البضاعة لا يتم إلا بشحنها على ظهر السفينة، ولا يغنى عن ذلك مجرد إعدادها للشحن، ومن ثم فلا محل للتحدى من جانب البائع بما تنص عليه المادة 1/435 من القانون المدنى من أن التسليم يحصل على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع".

(طعن رقم 205 لسنة 39 ق جلسة 1974/12/3)

156- تسليم الأشياء المعنوية :

يخضع تسليم الأشياء المعنوية للقاعدة العامة التى أوردها المشرع فى المادة 435، بمعنى أن على البائع القيام بجميع ما يلزم وفقا لطبيعة الشئ المبيع لوضعه تحت سلطة المشتري الفعلية. والشئ المبيع قد يكون حقا شخصا كدين أو حقا عينيا كحق ارتفاق، فإذا كان حقا شخصا فيتم تسليمه بتسليم السندات المثبتة له، مع ملاحظة أنه فى حوالة الحق لا يكفى تسليم سند الدين، بل يجب كذلك تسليم ما يثبت نفاذ الحوالة فى مواجهة المحال عليه، أى ما يثبت قبوله الحوالة أو حصول إعلانه بها. وإذا كان حقا عينيا فيتم تسليمه بتسليم السندات المثبتة له

وبالسماح للمشتري باستعماله. فإذا لم توجد مثل هذه السندات كما لو كان المبيع حق ارتفاق يقرره المالك للغير على عقاره في مقابل مبلغ من النقود فيكفى السماح للمشتري باستعمال الحق، وإن كان استعمال الحق في الواقع أقرب إلى قرينة على حصول التسليم منه إلى طريقة من طرق التسليم، ولذا يعتبر تسليم الحق في هذه الصورة قد تم بمجرد التراضي وأن سماح البائع للمشتري باستعماله قرينة على ذلك⁽¹⁾.

جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم :

157- تطبيق القواعد العامة :

إذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع أو تأخر فيه كان للمشتري أن يرجع عليه - حسب اختياره - إما بطلب تنفيذ العقد أو بفسخه، وذلك بعد إعداره، وفقا للقواعد العامة. فالبيع من العقود الملزمة للجانبين وهو بالتالي يخضع لحكم المادة 157 مدني التي تقضى بأنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.

1- فالأصل أن البائع ملزم بتسليم المبيع، ولايستطيع أن يطلب إلى المشتري أن يقنع بتعويض، مادام التنفيذ العيني بتسليم المبيع ممكنا. فللمشتري أن يطالب إذن بالتسليم ويجبر البائع عليه، فإذا كان المبيع عينا معينة كان للمشتري طلب تسليمها جبرا على البائع متى كان ذلك التسليم ممكنا، وهو يكون ممكنا مادامت العين في يد البائع. أما إذا استحال التنفيذ العيني بسبب تصرف البائع في العين فإنه لايبقى أمام المشتري إلا أحد أمرين: طلب التنفيذ عن طريق التعويض، وطلب الفسخ وإذا كان المبيع من الأشياء المعينة بالنوع فقط ولم يقم البائع بإفرازها أو لم

(1) أنور سلطان ص 237 وما بعدها.

يسلمها كان للمشتري الحق في أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقه المدين بعد استئذان القضاء أو بدون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقسمة الشيء مع التعويض.

2- أما إذا لم يكن التنفيذ العيني ممكنا على النحو السالف، ولم يثبت البائع أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، أو أمكن التنفيذ العيني ولكن المشتري طلب التعويض ولم يبد البائع استعداده للتنفيذ العيني، ففي هذه الحالة يكون التنفيذ بطريق التعويض، ولا يسع القاضى إلا أن يحكم بالتعويض عن عدم التنفيذ إذا توافرت شروطه جزاء عدم تنفيذ الالتزام وذلك وفقا لقواعد المسؤولية العقدية. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر البائع في تنفيذ التزامه بالتسليم والأحكام السابقة ليست سوى تطبيق للمبادئ العامة، تلك المبادئ التي أجملتها المادتان 1/203، 215 من التقنين المدني.

فقد قضت الفقرة الأولى من المادة 203 مدنى على أن: "يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 219، 230 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا".

ونصت المادة 215 على أن: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

3- وللمشتري فضلا عما تقدم أن يطلب فسخ البيع جزاء عدم تنفيذ البائع التزامه بالتسليم، وذلك طبقا للمادة 157 مدنى. وللمشتري طلب الفسخ مادام عدم التنفيذ غير راجع لسبب أجنبي، بأن يكون التنفيذ العيني أصبح مستحيلا بفعل البائع، أو لا يزال ممكنا ولكن البائع لم يقم بتسليم المبيع.

وقد رأينا أن تنفيذ التزام البائع عن طريق التعويض طبقا لأحكام المسؤولية

العقدية يجيز للمشتري المطالبة به فى هذه الحالة، فيكون له الخيار بين المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، أو المطالبة بالفسخ ويجوز أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ، وأن يقتصر المشتري على المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

ويستعمل المشتري حقه فى الفسخ وفقاً للقواعد العامة. فعليه إعدار المدين مطالباً إياه بالتنفيذ مثل طلب الفسخ. على أنه لا ضرورة للإعذار قبل طلب الفسخ إذا صرح البائع كتابة بأنه لا يريد أن يسلم المبيع، أو إذا أصبح التسليم غير ممكن أو غير مجد بفعل البائع، أو إذا اتفق على أنه بمجرد حلول أجل التسليم يعتبر البائع معذراً (م 219، 220).

ولابد من رفع دعوى وصدر حكم بفسخ البيع لعدم التسليم. ويكون حكم القاضى منشأً للفسخ لا مقررًا له. على أنه يجوز الاتفاق على أن يعتبر البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم التسليم، على أن هذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه (م 158) وفى هذه الحالة الأخيرة لا يمنع هذا الشرط المشتري من طلب تنفيذ البيع دون فسخه، فالبيع لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر المشتري رغبته فى ذلك، فلا يقبل من البائع أن يتمسك بالفسخ إذا لم يتمسك به المشتري وفى الفسخ القضائى يجوز للقاضى أن يمنح البائع أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، ويترتب على فوات هذا الأجل القضائى دون تنفيذ البائع التزامه بالتسليم اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه حتى لو لم ينص القاضى فى حكمه على ذلك.

كما يجوز للقاضى أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يسلمه البائع قليل الأهمية بالنسبة إلى جملة ما يجب تسليمه (م 1/157) وللمشتري من جانبه أن يعدل، قبل الحكم، عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ، وله إذا رفع دعوى التنفيذ أن يعدل عنه إلى الفسخ. فلا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب أى منهما نزولاً منه عن الطلب الآخر.

وللبائع أيضاً، قبل صدور الحكم النهائي، أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كانت المحكمة قد قررت أن للمشتري عند تأخير البائع فى التسليم الخيار بين طلب التنفيذ العينى أو طلب فسخ البيع مع التضمينات فى الحالتين، كما له لو كان رفع دعواه بطلب التسليم أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ، وليس فى رفع دعواه بأى من هذين الطلبين نزولاً عن الطلب الآخر، فإن هذا الذى قرره المحكمة صحيح فى القانون".

(طعن رقم 249 لسنة 20 ق جلسة 1952/12/25)

2- "لما كان عقد البيع موضوع النزاع قد حدد تاريخاً معيناً لتنفيذ التزامات كل من الطرفين، ولم يرد به أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه بدون تنبيه إذا لم يقم كل طرف بما تعهد به خلال المدة المبينة فى العقد، مما ينبى عليه أن يكون للمحكمة حق تقدير الأسباب التى بنى عليها طلب الفسخ للحكم بإجابة هذا الطلب أو رفضه... الخ".

(طعن رقم 374 لسنة 21 ق جلسة 1953/5/14)

وسواء طلب المشتري التنفيذ العينى أو الفسخ، فإنه يجوز له أن يطلب تعويضاً عما أصابه من ضرر من جراء إخلال البائع بالتزامه بالتسليم، بشرط أن يثبت هذا الضرر، وأن يكون قد أعذر البائع بوجوب التسليم (م/157 مدنى).
ويقدر التعويض بقدر الضرر الذى أصاب المشتري. فإن كان يطلب التعويض عن التأخر فى التسليم قدر بقيمة ثمار المبيع منذ الوقت الذى كان يجب التسليم فيه إلى حين تمام التسليم، وذلك بعد خصم فوائد ما تبقى من الثمن غير المدفوع فى ذمة المشتري.

(1) راجع فى هذا عبد المنعم البدرأوى ص 415 وما بعدها - محمد شكرى سرور ص 298 وما بعدها.

أما إن كان يطلب التعويض عن عدم التسليم أصلاً، قدر بمقدار الفرق بين الثمن المتفق عليه وثمان السوق في اليوم المحدد للتسليم.

ويثير المقصود بثمان السوق هذا خلاف في الغرض الذي يكون فيه المبيع سلعة خاضعة للتسعير الجبري وتباع عملاً في السوق السوداء بأثمان تتجاوز بكثير هذا السعر، فبينما يرى البعض أن العبرة في هذا الشأن بالسعر الرسمي، يرى البعض الآخر جواز تقدير التعويض بالنظر إلى القيمة الفعلية للمبيع في السوق السوداء⁽¹⁾، وهذا ما نرى الأخذ به.

وقد يتفق المتبايعان في عقد البيع على أنه إذا تأخر البائع في تسليم المبيع كان للمشتري فسخ العقد، ومثل هذا الاتفاق يجعل الفسخ من خيار المشتري، فإذا اختاره أجابه القاضى إلى طلبه وفقاً للقواعد العامة في هذا الشأن، ولكن لا يجوز أن يختار المشتري الفسخ في هذه الحالة ويعدل عنه إلى طلب التنفيذ⁽²⁾.

مادة (436)

إذا وجب تصدير المبيع للمشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

158- كيفية التسليم في حالة تصدير المبيع للمشتري :

إذا كان يجب تصدير المبيع إلى المشتري في مكان غير المكان الذي هو فيه، كبضائع يشحنها البائع للمشتري، فإن القواعد العامة تقضى بأن يكون التسليم في مكان محطة الشحن لأنها مركز أعمال البائع المدين بالتسليم، فيتم التسليم في هذا المكان وفي وقت الشحن. وفي هذا الوقت أيضاً يتم إفرار المبيع إذا كان في الأصل شيئاً غير معين إلا بنوعه، فتنتقل الملكية إلى المشتري وتكون تبعة الهلاك

(1) محمد شكرى سرور ص 298 وما بعدها.

(2) السنهوري ص هامش 605 هامش (1).

عليه في الطريق.

غير أن المادة 436 تضمنت حكماً هو استثناء من القواعد العامة، وهو أن التسليم يكون عند وصول المبيع إلى المشتري أى عند التفريغ، ويكون ذلك في موطن المشتري الذي هو دائن بالتسليم، لا عند الشحن الذي هو موطن البائع وهو المدين بالتسليم.

وهذا إذا لم يتفق المتعاقدان على أن يكون التسليم في مكان آخر، فقد يتفق الطرفان على أن البائع يبرأ من التزامه بالتسليم بمجرد تسليم البضاعة إلى أمين النقل وإرسال مستندات الشحن إلى المشتري⁽¹⁾.

غير أنه إذا كان هناك عرف جارٍ في المسائل التجارية فإنه يكون هو واجب الاتباع، عند عدم وجود اتفاق بين الطرفين⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"على أنه إذا كان المبيع واجب التصدير إلى المشتري، فمكان التسليم، إذا لم يوجد اتفاق على غيره، هو المكان الذي يصل فيه الشئ إلى المشتري، فالعبارة بالوصول لا بالتصدير (م 577 من المشروع وقد أخذت عن المادة 406 من التقنين اللبناني ولا نظير لها في التقنين الحالي)، ويترتب على ذلك أن هلاك الشئ في الطريق يتحمل تبعته البائع لا المشتري (أنظر في هذا المعنى التقنين التونسي م 558-589 والتقنين المراكشى م 496، وقارن التقنين الألماني م 447 والتقنين البولوني م 301 والتقنين البرازيلي م 1128 والتقنين الصيني م 374)، على أن الأمر يتوقف على قصد المتعاقدين وعلى العرف في التجارة، والأولى أن يقتصر الحكم الذي أتى به المشروع على التقنين المدني ويأخذ بالحكم الآخر

(1) السنهوري ص 599 وما بعدها - إسماعيل غانم ص 150.

(2) محمد كامل مرسى ص 261.

التقنين التجارى" (1).



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 72.

مادة (437)

إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع.

الشرح

تبعة هلاك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه :

159- المقصود بتبعة الهلاك :

يقصد بتبعة الهلاك، تحديد من يتحمل تبعة الهلاك من المتعاقدين، إذا هلك المبيع بسبب أجنبي لا يد للبائع ولا للمشتري فيه.

والمقصود بالهلاك المنصوص عليه بالمادة هو زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث مادي بفعل إنسان، ومن ثم فإن تأميم الشيء أو استيلاء الهيئة العامة للإصلاح الزراعي - بعد البيع - على قدر من الأطنان المبيعة لا يعد هلاكاً تسرى عليه أحكام الهلاك في البيع.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "الهلاك المنصوص عليه في المادة 437 من القانون المدني هو - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية ومن ثم فإن استيلاء الإصلاح الزراعي - بعد البيع - على قدر من الأطنان المبيعة لا يعد هلاكاً لهذا القدر تجرى عليه أحكام الهلاك في البيع".

(طعن رقم 377 لسنة 30 ق جلسة 1966/2/1)

2- "الهلاك المعنى بنص المادة 437 من القانون المدني - التي تجعل تبعة الهلاك على المشتري بعد انتقال الحيازة إليه بالتسليم هو - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية وهو ما

لا يصدق على التأميم".

(طعن رقم 182 لسنة 34 ق جلسة 1968/12/26)

3- "لا يجدى الطاعنة ادعاء (الشركة البائعة) بأن عقد البيع (ومحله أرض أكلها النهر) قد انفسخ لاستحالة تنفيذه بصدر القانون رقم 192 لسنة 1958 فى شأن طرح النهر وأكله، لأنه وإن كان هذا القانون قد منع تسليم أرض من طرح النهر لأصحاب أرض أكلها، النهر وقصر التعويض عنها على ما يعادل قيمة الأرض إلا أن ذلك ليس من شأنه أن يحرم المشتري من حقه فى الحصول على مقابل عن هذه الأرض.

(طعن رقم 123 لسنة 36 ق جلسة 1970/5/26)

4- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الهلاك المنصوص عليه فى المادة 437 من القانون المدنى هو زوال الشئ المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية، ولا يعد استيلاء الإصلااح الزراعى على الأطنان المبيعة بعد البيع هلاكا لها تجرى عليه أحكام الهلاك فى البيع".

(طعن رقم 305 لسنة 36 ق جلسة 1971/2/16)

5- "الهلاك المنصوص عليه فى المادة 437 من القانون المدنى، هو زوال الشئ المبيع بمقوماته الطبيعية، ولا يعد استيلاء الإصلااح الزراعى على الأطنان المبيعة بعد البيع هلاكا لها تجرى عليه أحكام الهلاك فى البيع وتطبيق أحكام ضمان الاستحقاق لا يكون إلا حيث يرجع المشتري على البائع بهذا الضمان على أساس قيام عقد البيع أما إذا اختار المشتري سبيل المطالبة بفسخ العقد فإنه لا مجال لتطبيق هذه الأحكام. ولما كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن المطعون عليه رفع دعواه بطلب فسخ عقد البيع بسبب استيلاء جهة الإصلااح الزراعى على الأطنان المبيعة، وقضى على الأساس السالف ذكره بإلزام الطاعنين برد الثمن الذى قبضه مورثهم - البائع - من المطعون عليه، فإنه يكون قد أصاب

صحيح القانون".

(طعن رقم 119 لسنة 43 ق جلسة 1977/4/5)

كما أن بيع البضاعة المتعاقد عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها حتى يفصل في النزاع القائم بين الطرفين بشأن البيع الصادر بينهما لا يؤدي إلى انفساخ العقد ولا يسوغ في ذاته الفسخ.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"بيع البضاعة المتعاقد عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها حتى يفصل في النزاع القائم بين الطرفين بشأن البيع الصادر بينهما لا يؤدي إلى انفساخ هذا العقد ولا يسوغ في ذاته الفسخ إذ أن بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشيء المبيع الموجب لانفساخ عقد البيع ذلك أن الهلاك الذي نصت عليه المادة 297 من القانون المدني القديم المقابلة للمادة 437 من القانون الجديد هو زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث مادي بفعل إنسان، أما بيع الشيء بأمر القضاء المستعجل خشية التلف فهو إجراء وقائي قصد به صيانة الشيء المبيع من الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه ونقل النزاع الذي كان دائراً حول عين معينة إلى بديلها وهو الثمن المتحصل من بيعها وهو الذي ينصرف إليه أثر عقد البيع".

(طعن رقم 74 لسنة 23 ق جلسة 1957/2/21)

والمفروض في هذه الحالة، أن يكون المبيع معيناً بذاته، أما إذا كان معيناً بنوعه، فلن تعرض مسألة تبعة الهلاك، لأن ذاتية المبيع لم تتحدد بعد حتى يقال أنه قد هلك. فإذا التزم البائع بتسليم عشرين أردباً من القمح، معتمداً على تسليم ذلك من القمح الموجود المخزون لديه، ثم احترق المخزن بما فيه، فلا يعتبر احتراق القمح الموجود في المخزن هلاكاً للمبيع، لأن المبيع لم يتعين بذاته، ولن يؤدي احتراق القمح إلى جعل التزام البائع بالتسليم مستحيل التنفيذ، طالما أن

هناك قمحا موجودا فى السوق يمكن للبائع أن يفى منه بالتزامه، ويعبر عن هذا بأن المثليات لا تهلك. وهذا بخلاف ما إذا تحددت ذاتية القمح بإفرازه، فإنه فى هذه الحالة يصبح معنا بالذات، وتثور بالنسبة له مسألة تبعة الهلاك⁽¹⁾. والمفروض أيضا أن الهلاك قد وقع بسبب أجنبى كقوة قاهرة أو فعل الغير. أما إذا كان الهلاك بفعل البائع أو تقصيره فإنه يكون مسئولا قبل المشتري عن إخلاله بالتزامه، فيكون للمشتري طلب فسخ العقد، ويتحمل بذلك من التزامه بدفع الثمن، أو يسترده إذا كان قد دفعه، كما يلتزم البائع فوق ذلك بالتعويض. وإذا كان الهلاك بفعل المشتري، فطبيعى أن يتحمل نتائج فعله ويبقى ملتزما بدفع الثمن⁽²⁾.

وقبل أن نعرض لحكم تبعة الهلاك قبل التسليم فى عقد البيع، نعرض لحكم القواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين.

160- حكم القواعد العامة فى تحمل تبعة الهلاك قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه :

تقضى المادة 159 مدنى بأنه: "فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه". والمفروض أن الالتزام الذى ينقضى لاستحالة تنفيذه هو الذى ترجع استحالة تنفيذه إلى سبب أجنبى، فقد نصت المادة 373 على أنه: "ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه"، وكذلك نصت المادة 215 على أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت

(1) عبد الودود يحيى ص 106- عبد المنعم البدرأوى ص 423.

(1) عبد الودود يحيى ص 106 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 423.

عن سبب أجنبي لا يد له فيه".

ومن مجموع هذه النصوص يظهر أن الالتزام لا ينقضى لسبب استحالة تنفيذه إلا إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي، وما لم يثبت المدين السبب الأجنبي بقى ملزماً بالعقد وحكم عليه بالتعويض لعدم التنفيذ ما لم يطلب الدائن الفسخ القضائي.

ومتى انقضى الالتزام بسبب الاستحالة، فلا يبقى محل إلا لانفساخ العقد. وانفساخ العقد هنا هو انفساخ بقوة القانون ومن تلقاء نفسه. وإذا التجأ الدائن للقضاء فإنما يكون ذلك ليتقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبي أمر محقق. وإذا قام نزاع في ذلك. فحكم القاضي هنا ليس منشئاً للفسخ ولكنه مقرر. ومتى انفسخ العقد هكذا بحكم القانون سقط عن الطرف الآخر التزامه، أي لم يستطع المدين الذي استحال عليه تنفيذ التزامه أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل، لما بين الالتزامين المتقابلين من ارتباط. ولهذا يقال إن المدين هو الذي يتحمل تبعه الهلاك أو الاستحالة في العقد الملزم للجانبين.

ويترتب على انفساخ العقد ما يترتب على الفسخ القضائي من آثار، فيعاد الطرفان إلى حالتهم قبل التعاقد، ولا محل للتعويض لأن المدين قد انقضى التزامه لسبب أجنبي⁽¹⁾.

161- تحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه :

طبق القانون المدني حكم القواعد العامة في تحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه بنص خاص هو المادة (437) يجعل تبعه الهلاك مرتبطة بالتسليم. فلم يجعل هذا النص مناط تبعه الهلاك هو انتقال الملكية كما تقضى القواعد العامة، وإنما جعلها مرتبطة بالتسليم.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 423 وما بعدها - سمير تناغو ص 343 وما بعدها - محمد

شكري سرور ص 307.

ويبرر مسلك القانون المصرى، أن الالتزام بالتسليم ليس التزاما قانونيا، فالملكية لا تخلص للمشتري فعلا إلا بالتسليم، لأن التسليم هو الذى يمكن المشتري فعلا من الانتفاع بالمبيع، والتسليم هو الذى يقى المشتري خطر تصرف البائع فى المبيع مرة ثانية للغير، إذ الغالب ألا يقدم الغير على الشراء من البائع، إلا إذا كان المبيع تحت يده.

ويترتب على هذا أن تبعة الهلاك تنتقل مع الحيازة، لا مع الملكية. فإذا هلك المبيع تحت يد البائع، فإن هلاكه يكون عليه، ولو كانت الملكية قد انتقلت إلى المشتري، كما لو كان المبيع منقولاً بالذات انتقلت ملكيته بمجرد العقد. وإذا كان المشتري قد تسلم المبيع، فإن الهلاك يكون عليه حتى ولو كانت الملكية لم تنتقل إليه بعد، كما لو كان المبيع عقارا وهلك قبل إتمام الإجراءات اللازمة لنقل ملكية العقار⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"هذه النصوص (581- 583) تعرض لبيان تبعة هلاك المبيع قبل التسليم. وقد استبقى المشروع هنا أحكام التقنين الحالى، فجعل التبعة على البائع قبل التسليم، خلافا للتقنينات اللاتينية، وأخذا بأحكام الشريعة الإسلامية، وتطبيقا لقواعد الفسخ فى العقد الملزم للجانبين. أما بعد التسليم فبديهي أن تبعة الهلاك تكون على المشتري، وكذلك يكون الأمر إذا أعذر المشتري بالتسليم فلم يتسلم"⁽²⁾.

162- المقصود بالتسليم الذى ترتبط به تبعة الهلاك :

الراجع فى تحديد المقصود بالتسليم الذى ترتبط به تبعة الهلاك هو التسليم

(1) السنهورى ص 611 وما بعدها - عبد الودود يحيى ص 107 وما بعدها - خميس خضر

ص 183 وما بعدها - محمد لبيب شنب 151 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 75.

القانونى أى الذى يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، وأعلمه بذلك. فلا يشترط أن يكون المشتري قد تسلم المبيع فعلا ووضعه يده عليه⁽¹⁾.

مع ملاحظة أن إعلام المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه يجب أن يتم هنا عن طريق الإعذار أى بإصدار رسمى، أو بما يقوم مقام الإنذار، وذلك خلافا للأصل فى حصول التسليم وهو أن الإعلام لا يشترط له شكل خاص. ويبرر هذا الخروج على الأصل أن انتقال التبعة مسألة لها خطورتها فيجب أن يكون إعلان المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه قد تم بطريق من شأنه أن ينبهه إلى هذه الخطورة⁽²⁾.

163- تبعة الهلاك فى حالة إعذار البائع المشتري لتسلم المبيع :

إذا أعذر البائع المشتري لتسلم المبيع، ولكنه امتنع وتأخر عن تسلمه، ثم هلك المبيع قبل التسليم فإن هلاكه يكون على المشتري لا على البائع. لأنه من وقت الإعذار يعتبر المبيع فى حكم الشئ المسلم للمشتري.

ويشترط فى الإعذار أن يكون قد حصل والمبيع واجب التسليم أى أن أجل التسليم قد حان إذ أن للمشتري أن يمتنع عن التسلم قبل هذا الأجل إلا أن يكون هذا الأجل قد اشترط لصالح البائع وحده إذ يجوز له عندئذ النزول عنه⁽³⁾.

(3) عبد الودود ويحيى ص 108 - محمد لبيب شنب ص 152 - عبد المنعم البدرأوى ص 427 - منصور مصطفى منصور ص 144 - سليمان مرقس ص 470 - خميس خضر ص 184 - وعكس ذلك السنهورى ص 613 فيرى أن العبرة بالتسليم الذى يتم به نقل الحيازة، لا بالتسليم الذى يتم به نقل الملكية. وبهذا الرأى تأخذ مذكرة المشروع التمهيدى فقد جاء بها: "ويتبين من ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة لا مع انتقال الملكية". (مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 75).

(1) محمد لبيب شنب ص 15.

(2) السنهورى ص 614 وهامش (2) - عبد المنعم البدرأوى ص 429 - محمد لبيب شنب ص

وقد يتفق في عقد البيع، على أن المشتري ملزم بتسلم المبيع في يوم معين دون حاجة إلى إعداره بذلك. ففي هذه الحالة يعتبر المشتري معذرا بمجرد حلول اليوم المعين للتسليم طبقا للقواعد العامة، فإذا هلك المبيع بعد ذلك كان هلاكه على المشتري ولو لم يكن قد تسلمه فعلا⁽¹⁾.

164- تبعة هلاك المبيع أثناء حبس البائع له :

إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع (م460 مدنى).
(أنظر فى التفصيل شرح المادة 460).

165- تبعة الهلاك فى البيع المعلق على شرط :

إذا كان عقد البيع معلقا على شرط فاسخ، فإن جميع آثار العقد تترتب فى الحال، وتنشأ منه جميع التزاماته منجزة، وإنما يعلق فسخها على شرط. وبناء على هذا فإن تبعة الهلاك فى هذا البيع تحكمها دون صعوبة القواعد السابقة. فإذا هلك المبيع قبل التسليم كان هلاكه على البائع، وإن هلك بعد التسليم كان هلاكه على المشتري، ولو تحقق الشرط بعد ذلك. وليس معنى الأثر الرجعى لتحقيق الشرط اعتبار التسليم الذى تم بالفعل كأن لم يكن إذ تقضى الفقرة الثانية من المادة 270 مدنى بأن: "لا يكون للشرط أثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد له فيه".

أما إذا كان البيع معلقا على شرط واقف، فمعنى ذلك أن جميع آثاره تظل معلقة، ولا ينشأ منه التزام ما لا على البائع ولا على المشتري. ويترتب على هذا أنه لو هلك المبيع قبل تحقق الشرط كان هلاكه على البائع وهو مازال مالكا أيضا، وحال هلاك الشئ دون نشوء أى التزام من العقد وترتب أى أثر عليه حتى

لو تحقق الشرط بعد ذلك. وإذا وقع الهلاك بعد تحقق الشرط والمبيع لم يسلم بعد إلى المشتري كان الهلاك على مقتضى القاعدة العامة على البائع، وانفسخ البيع بقوة القانون⁽¹⁾.

166- عدم تعلق أحكام تبعة الهلاك بالنظام العام :

قاعدة تحميل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على أساس آخر لانتقال تبعة الهلاك. فقد يتفق على أن تكون التبعة على المشتري بمجرد العقد، أو بمجرد انتقال الملكية. وقد يتفق على أن تكون التبعة على البائع طالما أن الملكية لم تنتقل إلى المشتري ولو كان المبيع قد سلم إليه⁽²⁾.

مادة (438)

إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن.

الشرح

167- تطبيق قاعدة الربط بين تبعة الهلاك والتسليم في حالة

الهلاك الجزئي :

تتناول المادة حالة نقص قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه. ويلاحظ عليها أنها لم تشر - كما فعل المشرع في المادة 437- إلى نقص قيمة المبيع لسبب لا يد للبائع فيه، ومع ذلك فإن هذا هو الفرض الذي يقصده المشرع لأن قصر الجزاء

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 431 وما بعدها.

(2) محمد لبيب شنب ص 164 - عبد المنعم البدرأوى ص 430- المستشار أنور طلبه ص 489.

الذى وضعه على الفسخ أو طلب الإنقاص لا يكون إلا إذا كان التلف لسبب أجنبى فلو كان التلف بخطأ البائع لكان من حق المشتري - إلى جانب الإنقاص أو الفسخ - الحق فى التنفيذ العينى أى طلب إصلاح التلف.

وقد أوضحت مذكرة المشروع التمهيدى أن المقصود هو التلف بقوة قاهرة إذ تقول: "وفى كل ما تقدم (م 851-582) يفترض أن الهلاك بقوة قاهرة..."⁽¹⁾. وعلى ذلك إذا نتج عن السبب الأجنبى هلاك جزئى للمبيع بتلفه، فإن قاعدة الربط بين تبعة الهلاك والتسليم، التى طبقتها المادة السابقة فى حالة الهلاك الكلى، تكون واجبة التطبيق. فتكون تبعة الهلاك الجزئى على البائع إذا كان التلف قد حدث قبل التسليم يصرف النظر عن انتقال الملكية.

غير أن طريقة تحميل البائع تبعة التلف تختلف باختلاف ما إذا كان التلف جسيما أو غير جسيم على النحو الآتى:

1- التلف الجسيم :

يكون التلف جسيما، إذا كان قد أنقص قيمة المبيع بدرجة كبيرة بحيث لو طرأ هذا الهلاك قبل العقد، لما أتم المشتري العقد⁽²⁾. فى هذه الحالة يكون للمشتري إما أن يطلب الفسخ فيسترد الثمن إن كان قد دفعه أو يتحلل من التزامه به إن لم يكن قد دفعه. ولما كان تقدير جسامه الهلاك أو التلف أمرا يحتاج إلى نظر ولا يجوز أن يستقل به المشتري، فإن الفسخ فى هذه الحالة لا يقع بقوة القانون كما هى الحال فى حالة الهلاك الكلى، بل هو فسخ قضائى يجب أن تقضى به المحكمة.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 79 (والمادتان 581، 582 المشار إليهما تقابلان المادتين 437، 438).

(1) سليمان مرقس ص 471 - عبد المنعم البدرأوى ص 428.

كما أن للمشتري أن يقتصر على طلب إنقاص الثمن مع الإبقاء على البيع⁽¹⁾. ولكن ليس للمشتري أن يطلب إلزام البائع بإصلاح التلف، فالفرض أن التلف لم يحدث بخطأ البائع وإنما بسبب أجنبي عنه، والإلزام بإصلاح التلف إنما يكون على سبيل التعويض العيني عن الإخلال بالالتزام⁽²⁾.

2- التلف غير الجسيم :

إذا لم يكن التلف جسيماً، اقتصر حق المشتري على طلب إنقاص الثمن، ولا يجوز له طلب الفسخ.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إذا كان الهلاك جزئياً، فإن كان جسيماً خير المشتري بين الفسخ وإنقاص الثمن. وإن كان غير جسيم أنقص الثمن. وقد عدل المشروع (م582) بهذا الحكم الأخير حكماً منتقداً فى التقنين الحالى (م372/298) يقضى بأن المشتري فى الهلاك الجزئى يكون مخيراً بين فسخ البيع أو إبقائه مع دفع كل الثمن . ويلاحظ أن الحقوق العينية التى كسبها الغير على المبيع لا يضرها الفسخ، وقد سبق تقرير ذلك فى القواعد العامة المتعلقة بالفسخ"⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان العقار المبيع أرضاً عليها بناء، ثم هلك البناء لأى سبب فإن البيع لا يفسخ، ولكن يكون للمشتري الخيار بين طلب الفسخ وبين استبقاء المبيع، ولا فرق فى ذلك بين حالتى البيع الناقل للملكية والبيع الذى لا يترتب عليه، بمقتضى قانون

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 428 - إسماعيل غانم ص 164 - منصور مصطفى منصور ص 145.

(3) إسماعيل غانم ص 163.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 78.

التسجيل الجديد، إلا التزامات شخصية".

(طعن رقم 56 لسنة 2 ق جلسة 1932/12/8)



مادة (439)

يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري. ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه.

الشرح

التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق.

168- المقصود بضمان التعرض والاستحقاق :

يلتزم البائع بمقتضى عقد البيع بأن يمكن المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة ومستمرة، لا يمتد إليها تعرض صادر منه أو من غيره، لأن البائع يضمن كل ما من شأنه تعكير الحيازة، فمن القواعد القانونية أن من يجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض⁽¹⁾.

والضمان يستوجب من جانب البائع أموراً ثلاثة هي :

- 1- أن يتمتع شخصياً عن كل فعل من شأنه تعكير حيازة المشتري.
 - 2- أن يدفع عن المشتري أى تعرض يوجه إليه من الغير.
 - 3- أن يعرض المشتري إذا لم يفلح في إيقاف تعرض الغير.
- وعلى هذا نستطيع أن نعرف ضمان التعرض والاستحقاق بأنه ضمان البائع أى فعل صادر منه نفسه أو من غيره، ويكون من شأنه أن يحرم المشتري من كل أو بعض ملكية أو استعمال الشئ المبيع.

(1) محمد كامل مرسى ص 284.

والبائع ضامن على النحو السابق لأن البيع يجب أن يؤدي إلى انتقال الملكية إلى المشتري وإلى تمتعه بها وبكل ما تخوله من سلطات، ولن يتحقق هذا إذا تعرض البائع نفسه أو الغير للمشتري في حيازته للمبيع أو في استعماله له، فالضمان هو نتيجة طبيعية لعقد البيع.

فإذا صدر من الغير أى فعل من الأفعال الموجبة للضمان، وجب عليه أن يدفع هذا التعرض عن المشتري، فإن لم يستطع لهذا التعرض دفعا أو بعبارة أخرى إذا استحق المبيع كله أو بعضه للغير، كان واجبا عليه تعويض المشتري.

وليس هذا كله سوى تطبيق للمبادئ العامة في الالتزامات، تلك المبادئ التي تقضى بأن على المدين أن يبدأ بتنفيذ الالتزام عيناً، وهو هنا التدخل من جانب البائع للدفاع عن المشتري ضد تعرض الغير له وصد هذا التعرض.

وهذا التزام بنتيجة أى يجب - لتمام تنفيذه - أن يؤدي إلى صد تعرض الغير بالفعل. فإن لم يفلح في هذا، واستحال تنفيذ الالتزام لثبوت حق الغير حل التنفيذ عن طريق التعويض (أو التنفيذ بمقابل) محل التنفيذ العيني. ويكون التنفيذ عن طريق التعويض أيضا إذا ثبت حق الأجنبى بدون دعوى - كما سنرى - أو إذا كان التعرض قد صدر من البائع نفسه، فهو ملزم بامتناع عن عمل، فإذا خالفه قضى عليه بالتعويض⁽¹⁾.

ويلتزم البائع بالضمان سواء كانت البيوع ببوع منقولات أم ببوع عقارات، وسواء كان البيع قد سجل أم كان لم يسجل - كما سنرى - وسواء تم البيع مساومة أم تم بالمزاد، وسواء كان المزاد اختياريا أم كان جبريا كما هو الحال في بعض البيوع القضائية أو الإدارية⁽²⁾.

169- الضمان ليس مقصورا على البائع :

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 433 وما بعدها.

(2) عبد الناصر العطار ص 217.

الالتزام بالضمان ليس قاصراً على عقد البيع، بل هو واجب في سائر العقود الناقلة للحق. ومثال ذلك المقايضة (م485) والشركة (م511) والرهن (م1047) والإيجار (م571). بل إن المشرع قد ذهب إلى وجود نوع من الضمان في الهبة في حالة تعمد إخفاء سبب الاستحقاق وحالة الهبة بعوض (م494). وهو أيضاً قرر الضمان في عقد القسمة مع كونها عقداً كاشفاً (م844). ولذلك كان من المنطوق تنظيم أحكام الضمان في القسم الخاص بالالتزامات بدلاً من تنظيمه بمناسبة عقد معين من العقود. ولكن لما كان منشأ هذا الضمان يرجع الفضل فيه إلى عقد البيع، فقد تأثر المشرع بهذه الفكرة واستمر على تنظيمه مع هذا العقد باعتباره أبرز مكان له⁽¹⁾.

التعرض الشخصي

(التعرض الصادر من البائع)

170- وجوب وقوع تعرض بالفعل :

لا يتوافر التعرض في جانب البائع، إلا إذا وقع تعرض منه بالفعل، ومن ثم لا يكفي علم المشتري بوجود حق للغير على المبيع، أو مجرد احتمال حصول تعرض من البائع طالما لم يقع بالفعل.

ومثال ذلك أن يهدد البائع المشتري بالتعرض له، دون أن ينفذ هذا التهديد، أو اكتشاف وجود حق رهن على العين المبيعة دون حصول معارضة من صاحب الرهن للمشتري ومع احتمال حصول هذه المعارضة في المستقبل. أو أن يبيع البائع العقار المبيع مرة ثانية ويبادر المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول، فانتقلت إليه هو الملكية دون المشتري الأول، ولكن المشتري الثاني لم يتخذ أى إجراء لنزع العقار من يد المشتري الأول، فليس للمشتري الأول أن يحتج على

(1) أنور سلطان ص 271- خميس خضر ص 195 ومابعدها.

البائع بضمان تعرضه الناشئ من بيعه العقار مرة أخرى⁽¹⁾، بل ليس له أن يرفع دعوى إبطال بيع ملك الغير لأن البيع الذى صدر من البائع إلى المشتري الأول قد صدر من مالك، ولكن له أن يرفع دعوى فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية إليه. ويترتب على أنه لا بد من وقوع التعرض أن البيع يبقى منشأ للالتزام البائع بضمان التعرض، ولا يسرى التقادم إلا من وقت وقوع التعرض فعلا، ومدته خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"... ويلاحظ أن المشروع كالتقنين الحالى أيضا فى أن الضمان لا يجب على البائع إلا إذا حصل التعرض فعلا من الغير سواء حكم بالاستحقاق أو لم يحكم (نقض 27 أبريل سنة 1932 ملحق مجلة القانون والاقتصاد ص 31)، أما إذا اقتصر الأمر على ظهور حق للغير على العقار، دون أن يتعرض هذا الغير فعلا، فلا ضمان على البائع (أنظر عكس ذلك التقنين البولونى م 313)، ولكن هذا لا يمنع من تطبيق القواعد العامة، فيستطيع المشتري أن يطالب بفسخ البيع. هذا، وضمنان الاستحقاق واجب، حتى فى بيع غير مسجل، كما إذا باع البائع مرة أخرى قبل أن يسجل المشتري الأول، وكما إذا نفذ الدائن الشخصى للبائع على العقار المبيع قبل تسجيل البيع (نقض 13 فبراير سنة 1936 ملحق مجلة القانون والاقتصاد 6 ص 124)⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(2) أما إذا تعرض المشتري الجديد للمشتري الأول فى العقار كان تعرض المشتري الجديد تعرضا قانونيا لا ماديا لأنه يستند فيه إلى حق يدعيه على العقار. وهو تعرض شخصى من البائع أيضا لأن المشتري الثانى فى تعرضه قد استمد حقه من البائع.

(1) السنهورى ص 626.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 82.

1- "إن حق الضمان لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير للمشتري في حيازته للمبيع وانتقاعه به، منازعة مبنية على دعوى حق عيني على المبيع. أما مجرد اكتشاف وجود رهن على العين المبيعة، دون حصول معارضة من صاحب الرهن للمشتري ومع احتمال حصول تلك المعارضة في المستقبل، فلا يبيح قانوننا للمشتري رفع دعوى الضمان، لجواز عدم حصول التعرض فيما بعد من صاحب حق الرهن".

(طعن رقم 43 لسنة 1 ق جلسة 1932/3/3)

2- "إن حق الضمان لا ينشأ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا من وقت منازعة الغير للمشتري في حيازته للمبيع وانتقاعه به، أما مجرد خشية المشتري تعرض الغير أو علمه بوجود حق للغير على المبيع فلا يخوله حق الرجوع على البائع بالضمان مادام لم يحصل له تعرض فعلي، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلزام الطاعن بالتضمينات على مجرد صدور حكم - لم يكن المشتري طرفاً فيه - ببطلان سند ملكية البائع للعقار، ورتب على ذلك حق المطعون ضده في الرجوع على الطاعن بضمان الاستحقاق، وحجب بذلك نفسه عن تحقيق ما تمسك به الطاعن من عدم حصول معارضة من المحكوم له للمطعون ضده في حيازته للمبيع وانتقاعه به، فإنه يكون قد خالف القانون وجره ذلك إلى القصور في التسبيب".

(طعن 3050 لسنة 60 ق جلسة 1992/1/21)

171- **عدم التعرض التزام بامتناع عن عمل يختلف عن الواجب**

العام المفروض على الكافة :

التزام البائع بعدم التعرض الشخصى التزام بالامتناع عن عمل، هو العمل الذى يعتبر تعرضاً.

وهذا الالتزام بالامتناع عن عمل يختلف فى مضمونه عن الواجب العام

المفروض على الكافة باحترام حق المشتري أى بالامتناع عن الاعتداء عليه. فقد يعتبر الفعل تعرضاً إذا صدر من البائع فى حين أنه لو صدر عن أجنبى لما اعتبر إخلالاً بالواجب العام⁽¹⁾. ومثال ذلك قيام بائع المحل التجارى بإنشاء متجر مجاور من نفس النوع إذ أن من شأن ذلك اجتذاب العملاء من المشتري. فهذا يعتبر تعرضاً شخصياً من البائع، فى حين أن غيره يستطيع القيام به. وحتى لو كان فعل البائع مما يعتبر إخلالاً بالواجب العام، فهو إخلال بالتزام ناشئ عن العقد أما بالنسبة للإخلال بالواجب العام فالمسئولية تكون مسئولية تقصيرية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"باع شخص لآخر محلاً تجارياً بما فيه من بضائع بثمن قبضه البائع وتعهده البائع فى عقد البيع بألا يتجر فى البضائع التى يتجر فيها المشتري فى الشارع الذى يقع فيه المحل المبيع، ولكن البائع فتح محلاً بنفس العمارة التى بها المحل المبيع واتجر فى بعض أنواع البضائع التى شملها عقد البيع فأقام عليه المشتري الدعوى يطالبه فيها بدفع مبلغ على سبيل التعويض فقضت المحكمة بإحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت المشتري أن ضرراً لحقه من جراء إخلال البائع بشرط التحريم الوارد فى العقد ثم حكمت فى الموضوع برفض دعوى المشتري لعجزه عن إثبات وقوع الضرر، فطعن الطاعن فى هذا الحكم وفى الحكم التمهيدى الصادر بإحالة الدعوى إلى التحقيق.

وقد قررت محكمة النقض أن البائع أخل بواجب الضمان الذى يلزمه بوصفه بائعاً كما أخل بالشرط المتفق عليه فى عقد البيع وأن هذا الإخلال إن هو إلا تعرض للمشتري فى بعض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمته التى كانت الأساس الذى بنى عليه الطرفان تقدير الثمن عند التعاقد - ونقص قيمة المبيع على هذه الصورة هو بذاته الضرر الذى أصاب المشتري من تعرض البائع وهو ضرر مفترض بحكم واجب

(1) مصطفى منصور مصطفى ص 49 - خميس خضر ص 200.

الضمان الملتزم به البائع يتحقق بمجرد الإخلال بهذا الواجب إذ هو يمثل ثمن الجزء من المبيع الذي حصل التعرض فيه من جانب البائع - ومن ثم فإن الحكم التمهيدى إذ أحال الدعوى على التحقيق وكلف المشتري بإثبات الضرر - كما أن الحكم القطعى إذ أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى على عجز المشتري عن إثبات الضرر - يكونان قد خالفا القانون".

(طعن رقم 274 لسنة 22 ق جلسة 1956/3/8)

172- التعرض المادى والتعرض القانونى :

التعرض الذى يصدر من البائع قد يكون تعرضا ماديا وقد يكون تعرضا قانونيا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"عقد البيع عقد تبادلى ينشئ بين طرفيه التزامات متقابلة، وقد أوجبت المادة 439 من القانون المدنى على البائع أن يتمتع عن كل تعرض من جانبه للمشتري فى حيازته للمبيع سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا - وهذا الالتزام المستمر الملقى على عاتق البائع يقابله التزام المشتري بأداء الثمن، وقد خولت المادة 457 من القانون المدنى فى فقرتها الثانية المشتري حق حبس الثمن حتى يمنع التعرض".

(طعن رقم 120 لسنة 25 ق جلسة 1959/12/17)

ونعرض لنوعى التعرض بالتفصيل فيما يلى :

173- أولا : التعرض المادى :

التعرض المادى هو الذى لا يستند فيه البائع إلى الادعاء بحق. والتعرض المادى قسمان: قسم يقوم على أعمال مادية محضة تقع من البائع وقسم يقوم على تصرفات قانونية تصدر من البائع سواء قبل البيع أو بعده يكون

من شأنها أن تحول دون انتفاع المشتري بملكية المبيع. ويراعى بالنسبة للقسم الثانى من التعرض المادى أى ذلك التعرض الذى يقوم على تصرفات قانونية تصدر من البائع أن التصرف القانونى الصادر من البائع إلى الغير يعد عملا ماديا بالنسبة إلى المشتري لأنه ليس طرفا فى هذا التصرف⁽¹⁾. ولأن البائع لا يستند فيه إلى الادعاء بحق.

ومثال التعرض الذى يقوم على أعمال مادية محضة .

أن يغتصب البائع العين المبيعة، أو يمنع المشتري من الانتفاع بها، أو يجرى فيها تغييرات تخل بانتفاع المشتري كأن يبنى فى الأرض المبيعة أو أن يهدم جزءا من المنزل المبيع⁽²⁾. أو يبيع مؤلف طبعه من كتابه لناشر ثم يقوم بطبع كتابه مرة أخرى قبل نفاذ الطبعة التى باعها، إذ لا يجوز للمؤلف ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك أن يعيد طبع الكتاب قبل نفاذ نسخ الطبعة التى باعها⁽³⁾.

ويعتبر تعرضا ماديا فى بيع المحل التجارى كل الأعمال والمحاولات التى من شأنها أن يحتفظ البائع أو يسترد عملاء المحل كلهم أو بعضهم. كأن يفتح محلا فى نفس الحى لمباشرة نفس التجارة، أو فى حى قريب تحت نفس الاسم التجارى، أو بإرسال نشرات إلى عملائه السابقين أو بغير ذلك من الأعمال التى يقصد بها اجتذاب عملاء المحل المبيع. فالدعوى التى ترفع فى هذه الحالة لاتؤسس على المسؤولية التقصيرية الناشئة من المزاحمة غير المشروعة، ولكنها قائمة على أساس المسؤولية العقدية الناشئة من الإخلال بالتزام الضمان⁽⁴⁾.

(1) السنهورى ص 627 - محمد شكرى سرور ص 619 - عبد الناصر العطار ص 218.

(1) عبد الودود يحيى ص 112 - محمد لبيب شنب ص 155.

(2) خميس خضر ص 202.

(3) عبد المنعم البدرأوى ص 438 وما بعدها - خميس خضر ص 202 - سليمان مرقس ص

369 - محمد لبيب شنب ص 155.

أما إذا كان الذى أنشأ المتجر المجاور أجنيا فإن منافسته لاتكون غير مشروعة مادامت فى حدود المنافسة المألوفة بين التجار، وذلك لأن الأجنبى غير ملتزم للمشتري بعدم التعرض.

وقد يقع التعرض المادى عن تصرف قانونى يصدر من البائع إلى الغير، كأن يبيع البائع العقار بعد سبق بيعه ويبادر المشتري الثانى إلى تسجيل عقده قبل المشتري الأول فتنتقل الملكية إلى المشتري الثانى وينتزع العقار من المشتري الأول. فهنا يقع تعرض من جانب المشتري الثانى هو تعرض صادر من الغير وهو فى الوقت ذاته تعرض شخصى أى صادر من البائع نفسه لأن المشتري الثانى فى تعرضه قد استمد حقه من البائع. ومثال ذلك أيضا أن يبيع البائع المنقول مرة ثانية ويسلمه للمشتري الثانى فتنتقل إليه الملكية بموجب الحياة إذا كان حسن النية. فهنا تعرض صادر من كل من المشتري الثانى والبائع فى وقت واحد. وفى المثالين السابقين للتعرض المادى المبني على تصرفات قانونية صدر التصرف الثانى من البائع بعد صدور البيع الذى أنشأ الالتزام بالضمان. ولكن قد يصدر هذا التصرف القانونى من البائع قبل صدور البيع لا بعده.

فإذا باع شخص عقارا أو منقولاً إلى مشتر أول بادر إلى تسجيل البيع فى العقار أو إلى تسلم المنقول مع حسن نيته ثم بعد ذلك باعه إلى مشتر ثان فالبيع الثانى يكون بيع ملك الغير وقد يجيزه المشتري الثانى فيرجع على البائع بضمان التعرض الواقع منه عن طريق تصرف قانونى صدر قبل البيع.

174- ثانيا: التعرض القانونى :

التعرض القانونى، هو التعرض الذى يدعى فيه البائع حقا يترتب عليه حرمان المشتري من سلطاته كلها أو بعضها على الشئ المبيع. سواء كان هذا الحق المدعى به سابقا على البيع أو لاحقا له.

ومثال ذلك: أن يكون المبيع عقارا غير مملوك للبائع وقت البيع ثم يملك

البائع ما باعه بسبب من أسباب كسب الملكية كالميراث أو الشراء من المالك الحقيقي أو الوصية أو الشفعة، فإذا رفع البائع دعوى على المشتري يطلب فيها استحقاق المبيع باعتبار أنه مالك كان هذا تعرضاً قانوناً لا يجوز. ويراعى أن الحق المدعى به هنا لاحق للبيع.

ومثال ذلك أيضاً أن يبيع البائع عقاراً وقبل أن يسجل المشتري البيع أى قبل أن تنتقل إليه الملكية يرفع البائع على المشتري دعوى استحقاق باعتبار أنه لا يزال مالكا للعقار فهذه الدعوى يرفعها المشتري بضمان البائع تعرضه الشخصى. ويراعى أن الحق المدعى به هذا سابق على البيع⁽¹⁾.

ومثال ذلك أيضاً أن يكون على العقار المبيع ولصالح عقار آخر يملكه البائع ارتفاع غير ظاهر لم يعلم به البائع المشتري وقت البيع. فمثل هذا الارتفاع لا يجوز للبائع التمسك به ضد المشتري. وهذا تعرض قانونى.

أو يطلب المتقاسم الذى باع عقاراً داخلاً فى نصيبه الذى آل إليه بالقسمة إبطال القسمة، لأن من شأن البطلان نزع العقار المبيع من المشتري.

وإذا تصرف الشركاء على الشيوع فى المال الشائع بالبيع، فلا يجوز لأحدهم بعد ذلك التعرض للمشتري إذا تبين أن أحد البائعين لم يكن مالكا وقت البيع⁽²⁾.

175- الدفع بتقادم دعوى صحة التعاقد يعد من قبيل التعرض :

راجع (بند 108).

176- ما لا يعتبر تعرضاً :

لا يعتبر تعرضاً ما يأتى :

1- إذا كان الحق الذى يطالب به البائع يستند إلى عقد البيع. فلا تعارض

(1) خميس خضر ص 204 - عبد المنعم البدرأوى ص 440- سليمان مرقس ص 364.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 440.

بين التزام البائع بعدم التعرض، ومطالبته بدفع الثمن مثلاً.

2- طلب البائع القضاء ببطلان عقد البيع بطلاناً مطلقاً، أو القضاء بإبطاله لعيب شاب رضاه، فاللتزام البائع بالضمان يستمد من عقد البيع على فرض قيامه صحيحاً.

3- استعمال البائع لحق يخوله له القانون، مادام لا يتعارض مع ما يخول العقد للمشتري من حقوق فإذا كان للبائع عقار مجاور للعقار المبيع، ثم باع المشتري العقار المبيع إلى مشتر ثان، جاز للبائع الأصلي باعتباره جارا مالكا، أن يطلب الشفعة في هذا البيع، دون أن تدفع دعواه بالالتزام بالضمان، لأن استعمال حق الشفعة، لا يتضمن أى إنكار لحقوق المشتري الأصلي على المبيع⁽¹⁾.

4- الدفع التى يبيدها البائع فى دعوى صحة التعاقد المرفوعة من المشتري، الموجهة لإجراءات الخصومة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"التعرض الشخصى الذى يضمنه البائع فى مفهوم المادة 439 من القانون المدنى هو كل عمل يعكر على المشتري حقه فى حيازة المبيع والانتفاع به. فلا يدخل فى ذلك ما يبيده البائع فى دعوى صحة التعاقد التى يقيمها عليه المشتري من دفع أو طلبات يهاجم بها إجراءات الخصومة سواء لعوار فيها أو لسقوطها أو انقضائها بمضى المدة، إذ لايعتبر هذا من قبيل التعرض لحقوق المشتري الناشئة عن عقد البيع".

(طعن رقم 1415 لسنة 48 ق جلسة 1980/1/31)

177- مدى انتقال الالتزام بضمان التعرض الشخصى إلى الخلف

العام والدائن والخلف الخاص :

المدين فى الالتزام بضمان التعرض الشخصى أى الملزم بهذا الضمان، هو البائع وهو الذى يقع منه التعرض الموجب للضمان، فإذا مات المدين فى الالتزام بالضمان، فإن القاعدة فى التزامات المتوفى فى القانون المصرى هى أن الديون تنتقل إلى الورثة مع تحديد مسئوليتهم عنها تحديدا عينيا بأموال التركة ذاتها دون أموال الوارث الخاصة. فإذا باع شخص عينا مملوكة لوارثه ثم مات فإن الوارث يستطيع أن يسترد العين المباعة من المشتري ولا يجوز للمشتري أن يحتج عليه بأن الالتزام بالضمان قد انتقل من مورثه إليه لأن هذا الالتزام لا ينتقل من المورث إلى الوارث. ولكن الالتزام بالضمان يبقى فى التركة ويكون للمشتري أن يرجع على التركة بالتعويض⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الأصل المقرر فى التشريع الفرنسى فى شأن الوارث الذى يقبل التركة بغير تحفظ أنه لا يستطيع بمقتضى متابعته لشخصية المورث - أن يطلب استحقاق العين التى تصرف فيها مورثه لو كانت هذه العين مملوكة له بسبب خاص أما إذا قبل الوارث التركة بشرط الجرد كانت شخصيته مستقلة عن شخصية المورث ولا يصح أن يواجه بالتزام المورث عدم التعرض للمشتري إذا ادعى الاستحقاق العيني فى الأعيان التى تصرف فيها مورثه للغير - وقد أخذ المشرع المصرى فى انتقال التركات بما يتقارب فى هذا الخصوص مع ما يقرره القانون الفرنسى بشأن الوارث إذا قبل التركة بشرط الجرد لأنه يعتبر شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث وأن ديون المورث إنما تتعلق بتركته لا بذمة وراثته، فلا يمكن أن يقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا، إلا إذا أصبح الوارث مسئولا شخصيا عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة - وعلى ذلك

(1) السنهاورى ص 632 وما بعدها - مصطفى منصور مصطفى ص 156 وما بعدها - خميس خضر ص 211.

فمتى تبين من وقائع الدعوى أن المورث كان قد تصرف في أطيان للغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ثم تصرف في ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده بعقد بيع مسجل فأقام هذا الأخير بعد وفاة البائع دعوى على المتبادل معه يطلب تثبيت ملكيته إلى هذا القدر فقضى برفض دعواه اتباعا لما هو مقرر في التشريع الفرنسي في شأن الوارث الذى يقبل التركة بغير تحفظ فإن الحكم يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 291 لسنة 23 ق جلسة 1957/12/26)

كذلك لا ينتقل الالتزام بالضمان إلى الخلف الخاص، فلو باع شخص عقارا، ثم أوصى به لشخص آخر، وبعد موته بادر الموصى له إلى تسجيل الوصية قبل أن يسجل المشتري البيع فإن المشتري لا يستطيع أن يحتج على الموصى له بأن يلتزم بالضمان ليسترد منه العقار ليستبقيه إذا استرده الموصى له لأن الالتزام بالضمان لم ينتقل من الموصى إلى الموصى له بل بقى فى التركة وللمشتري أن يرجع بالتعويض على التركة ويقدم فى رجوعه بهذا الحق على الموصى له⁽¹⁾.

وأخيرا فإن الالتزام بالضمان لا يتعدى إلى دائن البائع، فيجوز لدائن البائع أن يوقع حجزا على العقار المبيع بعد البيع وقبل تسجيل العقد. فإذا سجل الدائن تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري عقده، فإن البيع لا يحتج به فى مواجهة الدائن الحاجز، ولا يكون لتسجيله بعد ذلك أثر فى مواجهة الدائن الذى سبق إلى تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار.

ولكن إذا تنازل دائن البائع عن حقه فى التنفيذ على العقار المبيع فإنه يصبح ملتزما بالضمان فى مواجهة المشتري⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا باع الراهن العقار المرهون بعقد لم يسجل واتفق المشتري مع الدائن المرتهن

(1) السنهاورى ص 633 - خميس خضر ص 212 وما بعدها - سمير تناغو ص 262 وما بعدها.

(2) سمير تناغو ص 263 وهامش (1) وما بعدها.

على أن يتنازل عن رهنه بالنسبة إلى العقار المبيع وعن السير فى إجراءات نزع الملكية التى كانت قد اتخذت عليه، وقرر المرتهن أنه حرر ذلك العقار من الرهن وتعهده بشطبه، فإن هذا الاتفاق، وإن لم يسجل هو الآخر، ملزم للمرتهن فلا يجوز له أن ينقضه، فإذا هو سار فى إجراءات نزع ملكية العقار حتى رسا مزاده عليه فلا يصح له أن يتمسك بملكه إياه فى مواجهة ذلك المشتري، وإذا هو رفع عليه دعوى الملكية وقضى برفضها، فهذا الحكم لا مخالفة فيه للقانون. إذ المرتهن شأنه شأن البائع سواء بسواء، فكما أن البائع الذى يتعهد بنقل الملكية لغيره لا يصح أن يطلبها لنفسه اعتمادا على عدم تسجيل عقد البيع كذلك المرتهن الذى يتعهد بالتنازل عن رهنه وشطبه والتنازل نهائيا عن السير فى إجراءات نزع الملكية لا يصح له أن يتمسك برهنه ولا أن يسير فى تلك الإجراءات".

(طعن رقم 56 لسنة 15 ق جلسة 1946/4/11)

178- تملك البائع المبيع بالتقادم :

يجب هنا التمييز بين فرضين: أولهما، أن يكون البائع باع عينا لا يملكها ولكنه كان حائزا لها ثم تملكها بعد ذلك بالتقادم. وثانيهما، أن البائع يكون قد باع عينا مملوكة له ولم يسلمها للمشتري بل بقى حائزا لها حتى تملكها بالتقادم.

ففى الفرض الأول يكون البيع بيع ملك الغير. إذ أن البائع لم يكن يملك العين وقت أن باعها. ولما كان قد أصبح مالكا لها بعد ذلك فإن المادة 467 من التقنين المدنى فى فقرتها الثانية تنطبق فى هذه الحالة حيث إن ملكية المبيع قد آلت إلى البائع بعد صدور العقد فينقلب بيع ملك الغير صحيحا وتنتقل الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد تملك البائع للمبيع بالتقادم. ويستوى فى ذلك أن يملك البائع المبيع بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير إذا كان حسن النية فالتملك بالتقادم الطويل يتحقق فى حالة البائع الذى يكون حائزا للمبيع عشر سنوات مثلا قبل البيع

ثم يبيعه ويبقى المبيع في يده خمس سنوات أخرى يستكمل بها مدة التقادم الطويل وهي خمس عشرة سنة فهنا يملك البائع المبيع بالتقادم وتنتقل الملكية في الحال إلى المشتري. أما التملك بالتقادم القصير فيتحقق في حالة ما إذا كان البائع قد اشترى العقار من غير المالك وهو حسن النية وبقي واضعاً يده عليه ثلاث سنوات مثلاً ثم باعه المشتري مع استمرار وضع يده سنتين أخريين لاستكمال مدة التقادم القصير وهي خمس سنوات فهنا يملك المبيع بالتقادم القصير وتنتقل الملكية منه إلى المشتري.

وفي الفرض الثاني فإن البائع يكون قد باع عينا يملكها ثم امتنع عن تسليم العين للمشتري ووضع يده عليها باعتباره مالكا سواء انتقلت الملكية إلى المشتري أو لم تنتقل بأن كان المبيع عقارا ولم يتم تسجيل العقد، فإن البائع هنا ملتزم بضمان التعرض، فإن هو امتنع عن تسليم العين للمشتري ووضع يده عليها باعتباره مالكا، فإنه يكون متعرضا للمشتري منذ أول عمل مادي من أعمال وضع اليد التي تدل على نية التملك. ومن ذلك الوقت يلتزم بالضمان. ولكن إذا انقضت مدة خمس عشرة سنة على العمل المادي الذي هو من أعمال وضع اليد دون أن يقطع المشتري التقادم، وتوافر لدى البائع الحيابة بركنيها المادي والمعنوي فإنه يملك العين المبيعة بالتقادم. ولا يستطيع المشتري التمسك بضمان التعرض بعد أن تملك البائع المبيع بالتقادم.

ويلاحظ أن حيابة البائع الذي يحتفظ بالمبيع في يده بعد البيع ليست سوى حيابة عرضية ومن ثم يلزم أن يثبت أن البائع الذي لم يسلم المبيع لم يعد يحوزه لحساب المشتري وإنما يحوزه لحساب نفسه بنية تملكه ولا يبدأ التقادم إلا من الوقت الذي يثبت فيه البائع أنه يحوز المبيع لحساب نفسه⁽¹⁾.

ويعزى ذلك إلى أن التقادم سبب قانوني للتملك لاعتبارات ترجع إلى وجوب

استمرار التعامل.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الأساس التشريعي للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد. فالقول بأن تمسك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشتري يعتبر تعرضاً من جانبه لا يتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانوناً هو قول مخالف للقانون.

وإذن فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه على مجرد أن ضمان البائع استحقاق المبيع مانع له من اكتساب ملكيته بوضع اليد بعد بيعه مهما طال مدتة، ولم يبحث في هل وضع يد البائع في هذه الحالة استوفى الشروط القانونية التي تجعله سبباً مشروعاً للتملك أو لم يستوفها، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتعين نقضه".

(طعن رقم 175 لسنة 17 ق جلسة 1949/12/8)

2- "إن الأساس التشريعي للتملك بمضى المدة الطويلة هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد، وهذا لا يصح معه القول بأن واجب الضمان، المفروض على مدعى التملك بوضع اليد بموجب إقرار صادر منه نزل فيه لمنازعه في الملكية عن قدر من الأطيان يدخل في الأطيان المتنازع عليها، مانع له أبداً من كسب ملكية هذه الأطيان بوضع اليد المدة الطويلة متى كان وضع اليد المذكور قد استوفى شرائطه القانونية".

(طعن رقم 62 لسنة 20 ق جلسة 1952/1/10)

3- "من أحكام عقد البيع المقررة بالمادتين 266، 300 من القانون المدني القديم والمادة 439 من القانون المدني الجديد إلزام البائع بضمان عدم منازعته المشتري في المبيع فيمتنع عليه أبداً التعرض للمشتري وينتقل هذا الالتزام من

البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب العقد إلا إذا توافرت لديهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية. وإذن فمتى كانت الطاعنة قد أقامت الدعوى بطلب إثبات صحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليها من مورث المطعون عليهم مع إلزامهم بتسليم الأطنان المبيعة، وكان دفاع المطعون عليهم بسقوط حق الطاعنة لقعودها عن رفع دعواها أكثر من خمس عشرة سنة بعد تاريخ صدور العقد هو من قبيل المنازعة الممتنعة عليهم قانوناً بمقتضى إلزام القانون مورثهم بالضمان السالف الذكر فإن الحكم المطعون فيه إذا أقام قضاءه برفض دعوى الطاعنة استناداً إلى هذا الدفاع يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 64 لسنة 21 ق جلسة 1954/3/4)

4- "ليس لورثة البائع دفع دعوى المشتري بتثبيت ملكيته وتسليم المبيع، بالتقادم استناداً إلى عدم تسجيل عقد البيع أو الحكم الصادر بصحته مدة تزيد على خمس عشرة سنة ذلك أن البائع يلتزم قانوناً بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه. وهذا الالتزام أبدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر وينتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب العقد إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم من تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية".

(طعن رقم 28 لسنة 28 ق جلسة 1963/3/28)

5- "عقد البيع سواء كان مسجلاً أو غير مسجل يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة، أما عدم تسجيل المشتري عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حقه في الضمان لأن التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التي تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده والتي تنتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد

البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المدة الطويلة المكسبة للملكية".

(طعن رقم 10 لسنة 36 ق جلسة 1970/4/16)

6- "من أحكام البيع المقررة فى المادة 439 من القانون المدنى، التزام البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة سواء كان عقد البيع مسجلا أم غير مسجل بحيث لا يترتب على عدم تسجيل المشتري عقد شرائه سقوط حقه فى الضمان، لأن التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التى تنشأ عن عقد بيع بمجرد انعقاده، ويتعين على البائع تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا بأن يدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التى يملكها حتى يكف عن تعرضه للمشتري فإذا لم ينجح البائع فى ذلك وجب عليه تنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته".

(طعن رقم 476 لسنة 39 ق جلسة 1975/4/29)

7- "المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن البائع يلتزم بضمان عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وهو التزام مؤبد يتولد من عقد البيع ولو لم يكن مشهرا إلا إذا توافرت لديه بعد البيع شروط وضع اليد على العقار المبيع المدة الطويلة المكسبة للملكية، وتقدير أدلة الدعوى والوقائع المؤدية لاكتساب الملكية بمضى المدة الطويلة مما تستقل به محكمة الموضوع متى اعتمدت فيه على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها".

(طعن رقم 308 لسنة 56 ق جلسة 1989/6/15)

8- "إن من أحكام البيع المقررة بنص المادة 439 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه، وهو التزام أبدي يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر، فيمتنع على البائع أبداً التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان

امتنع عليه التعرض، وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع - إلا إذا توافرت لديهم بعد البيع شروط وضع اليد على العقار المبيع المدة الطويلة المكسبة للملكية - وبالتالي يمتنع عليهم دفع دعوى صحة العقد والتسليم بالتقادم المسقط لأن ذلك يعد من قبيل المنازعات التي تمتنع عليهم قانوناً بمقتضى التزامهم الأبدي بالضمان، كما يمتنع عليهم للسبب ذاته دفع تلك الدعوى بالتقادم المكسب طالما لم يتم التنفيذ العيني لالتزامهم بنقل الملكية والتسليم، لأن هذا الدفع يكون في حقيقته عندئذ دفعا بالتقادم المسقط، ومن يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه، ومن ثم فإن استمرار البائع في وضع يده على العقار المبيع مهما طالته مدته لا يصلح لأن يكون سبباً للدعاء في مواجهة المشتري بتملك المبيع بالتقادم المكسب، ولا يعتد في حساب التقادم إلا بمدته التالية لذلك التنفيذ العيني بشقيه".

(طعن رقم 837 لسنة 55 ق جلسة 1992/4/21)

9- "التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو عدم منازعته فيه هو التزام أبدي يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع أبداً التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إنه ليس في القانون ما يمنع البائع وورثته من بعده من كسب ملكية العين المبيعة بوضع اليد المدة الطويلة إذا ما توافرت لديهم الشروط القانونية لهذا التملك.

(طعن رقم 3685 لسنة 59 ق جلسة 1994/10/23)

10- "من المقرر أن التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه هو التزام مؤبد يتولد عن عقد البيع بمجرد انعقاده ولو لم يشهر فيمتنع على البائع أن يتعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان امتنع

عليه التعرض".

(طعن رقم 3219 لسنة 64 ق جلسة 1996/1/16)

179- الالتزام بضمان التعرض أبدى وينتقل من البائع إلى ورثته :

الالتزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه، التزام أبدى يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض، فلا يجوز له الدفع بانقضاء الضمان بمضى خمس عشرة سنة.

ولكن إذا تعرض البائع للمشتري بأن وضع يده على العين المبيعة، واستوفى شروط وضع اليد المدة الطويلة (خمس عشرة سنة) فإنه يملك العين بالتقادم. والالتزام البائع الأبدى بعدم التعرض ينتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع⁽¹⁾، إلا إذا توافرت لهم أيضا شروط وضع اليد المكسب للملكية المدة الطويلة. (راجع قضاء النقض المنشور بالبند السابق).

180- البيوع التي يجب فيها الضمان :

يجب الضمان في كافة البيوع، ذلك أن عقد البيع يولد في ذمة البائع التزاما بعدم التعرض للمشتري.

ويستوى في ذلك أن يكون البيع عرفيا أو مسجلا، وبيع المزاد سواء كان إداريا أو قضائيا، وذلك بعكس الحال - كما سنرى - في ضمان العيب إذ تقضى المادة 454 مدني بأنه لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 442- محمد لبيب شنب ص 158 وما بعدها - سليمان مرقس ص 364.

والبائع في البيع بالمزاد ليس هو الدائن الذي باع على المدين العين بالمزاد، ولكنه هو المدين نفسه، فهو صاحب العين التي بيعت.

181- الدائن في الالتزام بضمان التعرض الشخصي :

الدائن في الالتزام بضمان التعرض الشخصي هو في الأصل المشتري لأنه هو الذي يقع عليه التعرض في العادة.

وينتقل حقه في هذا الضمان إلى خلفه العام ، لأن الحقوق على عكس الديون تنتقل من المورث إلى الوارث، وعلى ذلك إذا اشترى شخص عقارا وتركه لوارثه، وتعرض البائع لهذا الوارث في العقار، كان للوارث أن يحتج على البائع بالتزامه بضمان التعرض.

وكذلك ينتقل حق المشتري في الضمان إلى خلفه الخاص في العين المباعة. فلو باع شخص عقارا وباع المشتري العقار لمشتري ثان كان البائع ملزما بعدم التعرض. فإذا توالى البيوع بأن باع المشتري إلى مشتري ثان، فإن هذا الأخير لا يكون له فقط أن يرجع بالضمان على من باع له، وإنما يكون له أيضا خلف خاص له، أن يرجع بالضمان مباشرة على البائع الأصلي.

وأساس هذا الرجوع هو انتقال دعوى الضمان من مشتري إلى آخر بحسبانها من ملحقات المبيع⁽¹⁾.

182- عدم قابلية الالتزام بضمان التعرض للانقسام :

التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي التزم بالامتناع عن عمل هو التعرض للمشتري في ملكيته وانتقاعه بالمبيع، فإذا حصل تعرض من جانب البائع أو ورثته للمشتري ولو في جزء تافه من المبيع، أصبحت حيازته غير هادئة وكان الضامن مخلا بالتزامه وصح الاحتجاج عليه بضمان التعرض، ولو كان المبيع ذاته قابلا

(1) خميس خضر ص 213 - محمد شكرى سرور ص 317.

للاتقسام.

ويترتب على ذلك أنه لو تعلق الالتزام بضمان التعرض الشخصي بذمته أكثر من شخص واحد، فلا ينقسم الالتزام على المدينين المتعاقدين بأن يكون كل منهم مدينا بالالتزام كله، فلو كان شخصان يملكان منزلاً على الشيوع وباع الشخصان المنزل معاً التزم كل منهما نحو المشتري بضمان التعرض الصادر منه في كل المنزل وليس في النصيب الذي باعه فحسب. ولو ظهر بعد ذلك أن أحد الشخصين البائعين هو الذي يملك المنزل كله وأن الشخص الآخر لا يملك فيه شيئاً ما فإن الشخص الأول يبقى ملتزماً بعدم التعرض في كل المنزل ولا يستطيع أن يسترد من المشتري النصيب الشائع الذي لم يبيعه لأن التزامه بعدم التعرض غير قابل للاتقسام ويجوز للمشتري أن يدفع استرداده بأنه ملتزم بعدم التعرض فلا يبقى بعد ذلك للشخص الأول الذي ظهر أنه يملك وحده المنزل إلا أن يرجع الشخص الآخر الذي ظهر أنه لا يملك شيئاً في المنزل وهذا هو نفس الحكم لو أن شخصين ورثا منزلاً فباعاه ثم ظهر أن أحدهما هو الوارث وحده فلا يجوز له أن يسترد شيئاً من المشتري لأنه ضامن لتعرضه الشخصي في كل المنزل⁽¹⁾.

183- جزاء الالتزام بعدم تعرض البائع :

إذا كان التعرض مادياً، فإنه تطبق القواعد العامة، فيكون للمشتري طلب التنفيذ العيني بإزالة ما وقع مخالفاً للالتزام بعدم التعرض، إذا كان ذلك ممكناً. وله أن يطلب الحكم بغرامة تهديدية عن كل عمل يأتيه البائع يتعرض به للمشتري. فإذا كان البائع قد وضع يده فعلاً على الأرض المبيعة مثلاً، كان للمشتري طلب طرده منها، وهكذا، فضلاً عن تعويض المشتري عما أحدثته تعرض البائع له

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص 344 وما بعدها - السنهوري ص 633 وما بعدها - خميس خضر ص 210 وما بعدها - أنور سلطان ص 275 وما بعدها - إسماعيل غانم ص 170.

من ضرر.

كما يجوز للمشتري طلب فسخ عقد البيع لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بالضمان. ولكن طلب الفسخ يخضع لتقدير القاضي الذي له أن يجيب المشتري إلى طلبه أو يرفضه تبعا لجسامة إخلال البائع بالتزامه وللمشتري إذا كان الثمن لم يدفع بعد أن يحبس ما بقي منه بغير دفع إلى حين أن يتم التنفيذ العيني.

وإذا كان التعرض قانونيا عن طريق رفع البائع أو ورثته دعوى ضد المشتري بادعاء حق على المبيع، كما في حالة بيع ملك الغير إذا رفع البائع بعد اكتساب ملكية المبيع بسبب من أسباب كسب الملكية دعوى على المشتري يطالبه بوصفه مالكا باسترداد العين المبيعة، كان للمشتري أن يدفع هذه الدعوى على أساس التزام البائع بالضمان، وهذا هو الدفع بالضمان، وهو يؤدي إلى رفض دعوى البائع، ويعبر عن ذلك بعبارة تقليدية هي "من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "من أحكام البيع المقررة في المادة 439 من القانون المدني، التزام البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة سواء كان عقد البيع مسجلا أم غير مسجل بحيث لا يترتب على عدم تسجيل المشتري عقد شرائه سقوط حقه في الضمان، لأن التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التي تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده، ويتعين على البائع تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا بأن يدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التي يملكها حتى يكف عن تعرضه للمشتري فإذا لم ينجح البائع في ذلك وجب عليه تنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته".

(طعن رقم 476 لسنة 39 ق جلسة 1975/4/29)

(1) إسماعيل غانم ص 169 وما بعدها.

184- ثانيا : التعرض الصادر من الغير :

لا يلتزم البائع بضمان التعرض الصادر منه فقط وإنما يلتزم أيضا بضمان التعرض الصادر من الغير .

وبعد أن نص المشرع على مبدأ الضمان في المادة 439، فصل أحكامه بعد ذلك في المواد من 440 إلى 444.

وضمان تعرض الغير يفترض أن أجنبيا يدعى أن له على المبيع بعض الحقوق، ويتعرض - مستندا إلى الحق الذي يدعيه- للمشتري في حيازته. فعلى البائع إذن أن يضمن هذا التعرض الحاصل للمشتري. وسيله في هذا أن يتدخل في الدعوى المقامة من هذا الأجنبى، فإذا لم يفلح مع ذلك في تفادى هذا التعرض ودفعه، كان من الواجب عليه تعويض المشتري.

ويشترط لضمان البائع لتعرض الغير توافر الشروط الآتية :

- 1- أن يكون التعرض قانونيا.
 - 2- أن يكون سبب التعرض سابقا على البيع.
 - 3- أن يكون التعرض حالا.
- ونعرض لهذه الشروط فيما يلي :

185- شروط التعرض الصادر من الغير :

يشترط في التعرض الصادر من الغير والذي يضمنه البائع، توافر الشروط الثلاثة الآتية :

الشرط الأول :

أن يكون التعرض قانونيا :

لا يضمن البائع للمشتري سوى التعرض القانونى دون التعرض المادى الصادر من الغير .

والتعرض المادى هو الذى لا يستند فيه الغير إلى أى حق على الشئ المبيع، ومن ثم فإنه يعد عملا من أعمال التعدى الذى يجد المشتري فى القانون وسائل متعددة لصدها وحماية نفسه منها الحماية المرجوة.

ومثال ذلك أن يسرق أجنبى المنقول المبيع أو يغتصب حيازة الأرض المبيعة. ويعتبر تعرضا ماديا بالنسبة للمشتري التصرف القانونى الصادر من الغير لآخر. كما إذا قام الغير بالتصرف فى العين ببيع أو إيجار أو خلافه بدون حق. فإن هذا التصرف يعتبر عملا ماديا بالنسبة للمشتري إذ أنه ليس طرفا فيه⁽¹⁾. فالبائع لا يضمن التعرض المادى الصادر من الغير، ولو نص على خلاف ذلك فى العقد. وهذا هو ما قرره المشرع أيضا بالنسبة لعقد الإيجار (م 1/575 مدنى)، إذ الحكمة واحدة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان الحكم قد انتهى إلى أن المتعرض للمشتري وهو من الغير لم يكن على حق فى تعرضه، وأن البائع قد باع ما يملك، فإن مؤدى ذلك أن ينفك عن البائع التزامه بضمان التعرض القانونى عملا بالفقرة الأخيرة من المادة 441 من القانون المدنى، ولا يعيب الحكم وصفه ذلك التعرض بأنه مادى، ذلك أن وجه الرأى فى الحكم لا يتغير سواء أسبغ الحكم على التعرض المذكور صفة التعرض المادى أو القانونى، لأن البائع فى النهاية لا يكون ملزما بضمان التعرض فى الحالتين على أساس انفكاك الضمان عن البائع إن كان تعرضا قانونيا وعدم ترتب هذا الضمان إن كان التعرض ماديا.

(طعن رقم 87 لسنة 28 ق جلسة 1963/5/2)

وفى هذا يختلف ضمان التعرض الصادر من البائع نفسه عن ضمان البائع

(1) المستشار أنور طلبه ص 517.

التعرض الصادر من الغير. فكما أسلفنا يضمن البائع تعرضه ولو كان مادياً⁽¹⁾. وقد يلجأ المشتري في سبيل دفع هذا التعرض المادى إلى دعاوى الحيازة إذا توافرت لديه شروطها، أما إذا لم تتوافر لديه هذه الشروط تعين عليه اللجوء لدعوى الحق ولو لم يكن عقده مسجلاً إذ للمشتري ولو لم يكن عقده مشهراً جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك طلب نفي حق الارتفاق. وله رفع دعوى الربيع، كذلك يجوز له اللجوء إلى السلطة العامة لتدفع عنه ما وقع من اعتداء.

أما التعرض القانونى، فهو الذى يستند فيه المتعرض إلى حق يدعيه. والحق الذى يدعيه الغير، فيتعرض على أساسه للمشتري، قد يكون حق ملكية بأن يدعى الغير أنه المالك الحقيقى للمبيع كله أو بعضه، فإذا نجح الغير فيما يدعيه، كان هذا استحقاقاً كلياً فى الحالة الأولى واستحقاقاً جزئياً فى الحالة الثانية وقد يدعى الغير أن له حقاً على المبيع يحتج به على المشتري مع بقاء الملكية له، فيكون هذا تعرضاً قانونياً يستند إلى تكليف يثقل العين المبيعة، سواء كان الحق المدعى به حقاً عينياً كإنتفاع أو ارتفاق أو رهن، أو حقاً شخصياً كمستأجر⁽²⁾.

كذلك يتحقق الاستحقاق إذا قام دائنو البائع بالتنفيذ على العقار قبل إتمام إجراءات نقل الملكية بالتسجيل، لأن هذا سيؤدى إلى بيع العقار فى المزاد وحرمان المشتري من ملكية العين.

وكان تعرض الغير الذى يوجب ضمان البائع فى التقنين المدنى القديم قاصراً على الحقوق العينية وحدها. وكان هذا التضيق من التزام البائع بالضمان محلاً

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 448- محمد شكرى سرور ص 325 وما بعدها- إسماعيل غانم ص 174.

(1) إسماعيل غانم ص 174 وما بعدها- عبد الودود يحيى ص 116- سمير نتاغو ص 271 وما بعدها.

للقند.

ولذلك أطلق القانون الجديد لفظ الحق ليشمل الحق العيني والحق الشخصي على السواء⁽¹⁾.

ومن أمثلة الحقوق الشخصية التي قد يدعيها الغير، أن يتمسك بأنه مستأجر للعين المبيعة وأن عقد إيجاره ثابت التاريخ وسابق على البيع، فيكون نافذاً في حق المشتري طبقاً للمادة 604 مدنى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن مجرد التعكير المادى الحاصل من الغير للمشتري فى العين المبيعة لا يدخل بحال فى ضمان البائع حتى ولو كان منصوصاً عليه فى العقد، لأن ما يضمنه البائع بصفته هذه هو التعرض أو الاستحقاق المستند إلى سبب أو نزاع قانونى".

(طعن رقم 30 لسنة 7 ق جلسة 1937/11/18)

2- "البائع يضمن المبيع من كل تعرض للمشتري يستند إلى حق أو وجه قانونى، ويشمل ذلك وجود دين شخصى على مورث البائع وحصول الدائن على حكم بدينه ثم على حق اختصاص على المبيع".

(طعن رقم 10 لسنة 15 ق جلسة 1946/1/24)

3- "إذ تقضى المادة 439 من القانون المدنى بأن يضمن البائع عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه إذا كان التعرض من فعله هو

=

(2) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن :

= "إن المادة 300 من القانون المدنى صريحة فى أن ضمان البائع لا يشمل إلا الحقوق العينية. وحق المستأجر على العين المؤجرة ليس إلحاً شخصياً، فهو لا يدخل فى حكم هذه المادة".

(طعن رقم 10 لسنة 1 ق جلسة 1931/12/10)

أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري فقد أفادت - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط لقيام ضمان البائع أن يكون مصدر الحق العيني هو فعل البائع".

(طعن رقم 341 لسنة 37 ق جلسة 1972/5/16)

الشرط الثاني :

أن يكون سبب التعرض سابقا على البيع :

لا يضمن البائع تعرض الغير للمشتري بادعاء حق إلا إذا كان هذا الحق سابقا على البيع، وبعبارة أخرى يجب أن يثبت أن البائع وقت أن باع قد باع شيئا متقلا بحق للغير موجب للضمان. أما لو كان سبب التعرض لاحقا على البيع لم يضمنه البائع ولم يكن مسئولا عنه، لأنه لم ينقل البيع محملا بسبب الضمان، ولأن هذه الواقعة المؤدية للتعرض واللاحقة على البيع لا تعدو أن تكون في الغالب راجعة إلى خطأ من المشتري نفسه أو إهمال منه.

فإذا كان الحق الذي يستند إليه المتعرض ثابتا قبل البيع فإن البائع يسأل عنه أيا كان سببه، وذلك لأنه نقل الحق محملا بسبب التعرض. فالبائع يلتزم بالضمان إذا ادعى الغير أنه كان مالكا للمبيع وقت العقد، وأن البائع باع مالا يملك، سواء كان الغير قد كسب حقه بالشراء أم بأى تصرف آخر. أم كان كسبه بوضع اليد الذي اكتملت مدته قبل البيع.

ويستوى مع هذا أن يكون الغير له على المبيع، وقت البيع حق انتفاع أو رهن أو ارتفاق أيا كان سببه أو كان قد صدر قرار نزع ملكية العقار قبل بيعه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذ كان الثابت من الأوراق ومن الحكم الابتدائي الذى أحال إليه الحكم

(1) عبد الودود يحيى ص 127 - إسماعيل غانم ص 175 وما بعدها.

المطعون فيه أن السيارة محل النزاع دخلت البلاد تحت نظام الإفراج المؤقت طبقا لقانون الجمارك الصادر بالقانون رقم 66 لسنة 1963 والقرارات المنفذة له ويوجب هذا النظام على من أدخلها إعادة تصديرها أو أداء الضرائب الجمركية المستحقة عليها في حالة توافر الشروط اللازمة لاستيرادها، وإذا بيعت قبل أداء الضريبة انتقلت ملكيتها محملة بعبء الضريبة المستحقة وهو دين ممتاز له أسبقية على غيره من الديون عملا بالمادة 1139 من القانون المدني، وإذا كان الطاعن قد باع السيارة للمطعون عليه الأول بالعقد المؤرخ 1970/4/6 قبل سداد الضرائب الجمركية المستحقة عليها مما ترتب عليه إصدار أمر بضبطها وسحب رخصتها في 1970/9/12 وهو تعرض من الغير الذي كان له حق على المبيع وقت البيع ترتب عليه منع المشتري من الانتفاع به وهو ما يجيز للأخير الحق في طلب فسخ العقد أو الرجوع بدعوى الاستحقاق سواء كان يعلم سبب الاستحقاق أو لا يعلم به فإن الحكم المطعون عليه إذ قضى بفسخ عقد البيع الذي تضمن بيع الطاعن للمطعون عليه السيارة لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 58 لسنة 44 ق جلسة 1978/1/19)

2- "يقضى قانون الجمارك رقم 16 لسنة 1963 والقرارات المنفذة له بمصادرة السيارة في حالة بيعها بدون إذن استيراد فضلا عن تحملها بدين الضريبة المستحقة وهو دين ممتاز عملا بالمادة 1139 من القانون المدني، وإذا كان الثابت من الأوراق أنه ترتب على المخالفة المشار إليها ضبط السيارة بناء على طلب مصلحة الجمارك مما نجم عنه حرمان المشتري (المطعون عليه) من الانتفاع بها فإن هذا الضبط يعتبر تعرضا مبنيا على سبب قانوني يضمه البائع (الطاعن)- ذلك أنه يكفي لنشوئه أن يحرم المشتري فعلا من المبيع لأي سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه وليس في مقدوره دفعه. ولا يتوقف وجوده على صدور حكم قضائي بنزع ملكية المبيع المشتري بل يقصد به أي تعرض له من شأنه أن يؤدي

إلى نزع الشئ المبيع حتى ولو كان البائع حسن النية لايعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع".

(طعن رقم 211 لسنة 45 ق جلسة 1978/4/27)

3- "إذا كان الثابت في الدعوى حسبما حصله الحكم المطعون فيه أن بنك مصر اتخذ إجراءات التنفيذ على قطعة أرض مقام عليها منزل مملوك للمطعون عليه الأول اشتراه من المطعون عليه الثاني وآخر وذلك وفاء لدين مستحق للبنك على مدينه المالك الأصلي لهذه الأرض، وقام المطعون عليه الأول بدفع الدين للبنك توكيا لبيع منزله، ثم رفع دعواه الحالية يطالب مورث الطاعنين وهو البائع للبايعين له بهذا المبلغ، فإن مفاد ذلك أن المطعون عليه الأول يرجع بما دفعه للبنك على مورث الطاعنين لا بوصفه مدينا شخصيا للبنك، وإنما بوصفه بائعا للبايعين للمطعون عليه الأول وأن دفع الأخير دين البنك يعتبر بالنسبة لهذا البائع استحقاقا للمبيع فيجب عليه الضمان ويلتزم بأن يدفع للمطعون عليه الأول - المشتري- ما دفعه للبنك لا يغير من هذا النظر أن مورث الطاعنين التزم في الإقرار المؤرخ. .. بأن يدفع دين البنك أو أثمان العقارات المبيعة لأن ذلك من جانبه ليس إلا إقرارا بالتزامه بضمان الاستحقاق وتعديلا لأحكامه المنصوص عليها في المادتين 443، 444 من القانون المدنى، إذ يجوز للمتعاقدین طبقا للمادة 445 من هذا القانون أن يتفقا على تعديل هذه الأحكام".

(طعن رقم 201 لسنة 42 ق جلسة 1976/11/16)

وبناء عليه لا يسأل البائع عن مصادرة المبيع بعد البيع أو الاستيلاء عليه أو نزع ملكيته بواسطة السلطات العامة، ولا عن التقادم الذى اكتسب به الأجنبى ملكية المبيع بعد البيع. كذلك لا يسأل البائع إذا كان سبب الاستحقاق راجعا إلى فعل المشتري أو إهماله، كما إذا أهمل المشتري التمسك باكتساب ملكية الشئ المبيع بالتقادم ليصد دعوى الاسترداد المقامة عليه، الأمر الذى كان سيترتب عليه

رفض هذه الدعوى.

وقد نص القانون نفسه - تطبيقاً لنفس الفكرة - على أنه إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى، فقد حقه في الرجوع بالضمان، إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق (م 3/440). فالبائع لا يسأل هنا لأن سبب الاستحقاق راجع إلى فعله لا لسبب سابق على البيع.

وكذلك إذا اعترف المشتري بالحق للأجنبي دون أن ينتظر صدور حكم قضائي وبعد أن أخطر البائع ولم يتدخل، فإن المشرع يعطيه الحق في الرجوع على البائع بالضمان (م 441)، ولكنه يفقد هذا الحق إذا أثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه فسبب الاستحقاق هنا يرجع إلى خطأ المشتري وعليه تتبعته.

ولا يشترط لضمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون المشتري وقت البيع غير عالم بالحق الذي يدعيه الغير، أو أن يكون البائع عالماً بهذا الحق. وحتى لو كان المشتري عالماً بالحق الذي يدعيه الغير، وحتى لو كان البائع لا يعلم به، فإن البائع يكون مع ذلك مسئولاً عن الضمان إلا إذا اشترط عدم مسئوليته باتفاق خاص وفقاً للفقرة الأولى من المادة 445 مدنى كما سنرى⁽¹⁾.

فالقاعدة إذن هي عدم مسئولية البائع عن الحق الذي يثبت للأجنبي بسبب لاحق على البيع أو راجع إلى المشتري على أنه يستثنى من هذه القاعدة حالتان يسأل فيهما البائع رغم كون التعرض مبنيًا على سبب لاحق على البيع.

الحالة الأولى: أن يكون الحق الذي ثبت للأجنبي بعد البيع راجعاً إلى البائع نفسه. لأننا نكون في الواقع بصدد تعرض شخصي من البائع. وعلى هذا نصت المادة 439 صراحة، إذ نصت في عجزها على أنه: "يكون البائع ملزماً بالضمان ولو

(1) السنهورى ص 651 وما بعدها.

كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان الحق قد آل إليه من البائع نفسه"، كما لو قام بائع العقار ببيعه مرة ثانية إلى مشتري سجل عقده قبل المشتري الأول فخلصت له بذلك ملكية المبيع، أو قام البائع بعد البيع برهن العقار المبيع وقيد هذا الرهن قبل تسجيل البيع فانقل المبيع إلى المشتري محملاً بهذا الرهن⁽¹⁾.

وكذلك إذا حجز دائنو البائع الشخصيين على المبيع بعد البيع وقبل انتقال ملكيته إلى المشتري وقاموا ببيعه بالمزاد العلني، فإن البائع يضمن تعرض الراسي عليه المزاد، لأنه يعتبر قد تملك بعد البيع من البائع نفسه، ولا يستطيع البائع أن يسقط التزامه بالضمان بالتمسك بأن سبب التعرض في هذه الحالة يرجع إلى المشتري الذي أهمل في إجراء التسجيل، مما مكن الدائنين من الحجز على المبيع باعتباره لازال مملوكاً للبائع⁽²⁾.

وفي الحالة التي يتحقق فيها ضمان البائع للتعرض لأن حق الغير وإن كان لاحقاً للبيع إلا أنه مستمد من البائع نفسه، يكون مسئولاً عن التعرض باعتباره صادراً من الغير وباعتباره صادراً منه هو في وقت واحد. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الاتفاق في هذه الحالة على إسقاط الضمان، لا باعتبار أن التعرض صادر من الغير، بل باعتبار أن التعرض صادر من البائع⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن عقد البيع سواء أكان مسجلاً أو غير مسجل يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة. فإذا لم يحم البائع بتنفيذ هذا التعهد أو لم يتمكن من القيام به واستحقت العين المبيعة أو نزعت ملكيتها بسبب ترتب حق عيني عليها وقت البيع أو لنشوء هذا الحق بفضل البائع بعد تاريخ العقد

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 450 - إسماعيل غانم ص 175 - محمد شكرى سرور ص 327.

(1) محمد لبيب شنب ص 170.

(2) السنهورى ص 651.

فإنه يجب عليه رد الثمن مع التضمينات طبقا لما تقضى به المادتان 300، 304 من القانون المدني. ولا يسقط حق الضمان عن البائع إلا إذا اشترط عدم الضمان وكان المشتري عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق أو اعترف أنه اشترى ساقط الخيار.

أما عدم تسجيل المشتري عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حق الضمان. وإذن فالحكم الذى يرفض دعوى الضمان تأسيسا على أن نزع ملكية العين من المشتري لم يكن إلا نتيجة إهماله فى تسجيل عقد شرائه مما مكن دائن البائع الشخصى من نزع ملكية العين المباعة، يكون حكما مخالفا للقانون متعينا نقضه".

(طعن رقم 62 لسنة 5 ق جلسة 1936/2/13)

2- "إن المادة 300 من القانون المدني فرقّت بين ضمان التعرض القانونى الذى يواجهه المشتري بناء على حق عيني على المبيع وقت البيع، وضمان التعرض الذى يقع بناء على حق عيني لاحق للبيع فاشتترطت فى الحالة الأخيرة فقط لقيام ضمان البائع أن يكون مصدر الحق العيني هو فعل البائع. أما فى الحالة الأولى فإطلاق نص المادة لا يدع مجالا للشك فى أنه لا يشترط فى وجوب ضمان البائع للتعرض بناء على حق عيني وقت البيع أن يكون من فعل البائع، بل يصح أن يكون مصدر هذا الحق العيني هو غير البائع متى كان من الجائز قانونا أن يواجه المشتري وقت البيع بهذا الحق، كأن يكون مثلاً سند المتعرض من تعرضه تملكا بسبب صحيح، أو تملكا بمضى المدة الطويلة، وتوافر شروط أيهما وقت البيع، أو رهنا سابقا على البيع مرتبا من غير البائع المالك فى الحالة التى وردت بشأنها المادة 79 مكررة من القانون المدني⁽¹⁾. فإذا كان الثابت أن العقود التى تلقى بها بعض المتعرضين حقوقهم لاحقه للبيع الصادر إلى المتعرض له ولكن سندهم فى الملك يرجع إلى ما قبل البيع له فإنه

(1) لا مقابل لها فى القانون المدني الجديد.

يكون من المتعين على المحكمة ألا تقف عند تاريخ عقود المتعرضين بل يكون عليها أن تستبين هل لأسلاف هؤلاء المتعرضين حق يجوز أن يواجه به المشتري وقت البيع. ولا يحول دون هذا أن يكون سلف المتعرضين قد تملكوا بعض العين بناء على إجراءات نزع ملكية وفاء للأموال الأميرية وجهت إلى غير البائع ومورثه وتملكوا بعضا آخر بحكم مرسى مزاد كانت نتيجة ترتيب رهن من غير مالك، إذ القاطع في الأمر أن يكون للغير وقت البيع حق عيني على المبيع يصح أن يواجه به المشتري. وإذن فالحكم الذي يقرر أن ضمان البائع لا يقوم إلا إذا كان المتعرض يستند إلى حق عيني صدر إليه من البائع قبل البيع وأنه لا يصح أن يقيد بالتصرفات التي يتمسك بها المتعرضون لأنها لاحقة تاريخا لعقد البيع الصادر إلى المتعرض له، ولأن نزع ملكية بعض المبيع لم يكن موجها إلى البائع ولا ورثة والده - هذا الحكم يكون مخالفا للقانون".

(طعن رقم 197 لسنة 17 ق جلسة 1949/3/31)

3- "ملكية المنقول تنتقل - فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير - بمجرد التعاقد إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات، مما مفاده أن تصرف البائع في الشيء لمشتري ثان يكون صادرا من غير مالك لأن ملكيته قد انتقلت منه إلى المشتري الأول، إذا تعرض الأخير للمشتري الثاني مدعيا ملكية المبيع وانتزعه منه، حق للمشتري الثاني الرجوع على بائعه بضمان الاستحقاق".

(طعن رقم 554 لسنة 46 ق جلسة 1982/11/18)

4- "يكفى للرجوع بضمان الاستحقاق أن يحرم المشتري فعلا من المبيع لأي سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه، أو ليس في مقدوره دفعه ولا يتوقف وجوده على صدور حكم قضائي بنزع ملكية المبيع من المشتري".

(طعن رقم 554 لسنة 46 ق جلسة 1982/11/18)

الحالة الثانية :

إذا كان التقادم السارى لمصلحة الأجنبي، ولو أن مدته لم تكتمل وقت البيع إلا أنها كانت وشيكة الاكتمال في ذلك الوقت بحيث لم تنتهياً الفرصة للمشتري ولم يتسع له الوقت المعقول الكافى لقطع التقادم، كما لو كانت المدة الباقية لاكتمال التقادم شهراً مثلاً⁽¹⁾.

الشرط الثالث :

أن يكون التعرض حالاً :

لا رجوع للمشتري على البائع بضمان التعرض والاستحقاق إلا إذا كان التعرض حالاً، أى إلا إذا كان الأجنبي قد تعرض فعلاً للمشتري. فلا يكفى أن يتبين أن المبيع غير مملوك كله أو بعضه للبائع، أو أن عليه تكليفاً مقررراً لمصلحة الغير، إذا لم يكن المالك الحقيقى فى الحالة الأولى، أو صاحب التكليف (المنتفع أو المستأجر أو صاحب الارتفاق الخ) فى الحالة الثانية، قد تعرض للمشتري فعلاً. فحق الضمان المقرر للمشتري لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير له فعلاً فى انتفاعه بالمبيع وحيازته حيازة هادئة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن حق الضمان لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير للمشتري فى حيازته للمبيع وانتفاعه به، منازعة مبنية على دعوى حق عيني على المبيع. أما مجرد اكتشاف وجود رهن على العين المبيعة، دون حصول معارضة من صاحب الرهن للمشتري ومع احتمال حصول تلك المعارضة فى المستقبل، فلا يبيح قانوناً للمشتري رفع دعوى الضمان، لجواز عدم حصول التعرض فيما بعد من صاحب حق الرهن".

(طعن رقم 43 لسنة 1 ق جلسة 1932/3/3)

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 450 - اسماعيل غانم ص 175.

2- "لا يوجد فيما ورد بالقانون من نصوص فى صدد حق الضمان المقرر للمشتري على البائع ما يحدد وقت نشوء هذا الحق أهو وقت عقد البيع أم وقت التعرض الفعلى. فإن المادتين 266، 300 من القانون المدنى قد نصتا فقط على إلزام البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة، والمادة 304 توجب على البائع إذا حصل تعرض للمشتري أن يرد إليه الثمن مع التضمينات. أما النصوص الأخرى فلا تتضمن سوى الأحكام التى تراعى فى تعيين الثمن وتقدير التضمينات. وإذن ففقه القانون هو الذى يرجع إليه فى تحديد هذا الوقت وإذ كانت الحقوق لا تكون موجودة إلا من الوقت الذى فيه يمكن قانونا المطالبة بها فإن حق الضمان لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير للمشتري فى المبيع. ولهذا تواضع الفقه على أن مجرد خشية المشتري تعرض الغير أو علمه بوجود حق للغير على المبيع لا يخوله حق الرجوع على البائع بالضمان مادام لم يحصل له تعرض فعلى، وبالتالي لا تبدأ مدة التقادم فى دعوى الضمان إلا من وقت هذا التعرض".

(طعن رقم 45 لسنة 10 ق جلسة 1940/12/5)

ويكون التعرض غالبا فى صورة دعوى يرفعها الغير على المشتري يطالب فيها بالحق الذى يدعيه على الشئ المبيع. فقد يدعى الغير أنه مالك للشئ المبيع فتكون الدعوى التى يرفعها هى دعوى استحقاق كلى، وقد يدعى أنه مالك لجزء من الشئ المبيع فتكون الدعوى التى يرفعها هى دعوى استحقاق جزئى. وقد يدعى الغير أنه صاحب حق عينى على المبيع كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن، أو يدعى الغير أنه صاحب حق شخصى يتعلق بالشئ المبيع كحق إيجار مثلا. وإذا كان الغالب أن التعرض يقع فى صورة دعوى يرفعها الغير، إلا أنه من المتصور أن يكون الغير هو المدعى عليه فى هذه الدعوى، كما لو كان المبيع فى حيازة الغير، ورفع عليه المشتري دعوى يطالب باسترداده فتمسك الغير فى هذه

الدعوى بدفع يستند إلى حق من الحقوق السابق ذكرها. بل وقد يقع التعرض دون أن توجد خصومة بين المشتري وبين الغير، كما لو اعترف المشتري للغير بحقه بناء على المستندات التي قدمها له الغير، ومن هذا القبيل أن يتخلى المشتري عن العقار المبيع للدائنين المرتهنين المقيدة حقوقهم على العقار قبل انتقال ملكيته إلى المشتري.

ويكون للمشتري أن يرجع في هذه الحالة بضمان التعرض على البائع، إلا أنه في رجوعه يتعرض لخطر من خطرين: أولهما، أن يثبت البائع أن الحق الذي ادعاه الغير لا يقوم على أساس.

وثانيهما: أن يتخلص البائع من نتائج الضمان إذا هو رد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية والمصروفات طبقاً للمادة 442 مدني كما سنرى (1).

كذلك يعتبر التعرض واقعا فعلا دون أن ترفع دعوى، إذا كان البائع غير مالك للمبيع، وبعد البيع ملكه المشتري بسبب آخر غير البيع الصادر له. مثل ذلك أن يبيع شخص عينا غير مملوكة له فلا تنتقل الملكية للمشتري بالبيع ولكن المشتري يرث العين من المالك أو يشتريها منه أو يوصى المالك له بها فتنتقل إليه الملكية بسبب آخر غير البيع، فتكون العين في الواقع من الأمر قد استحقت للمالك الحقيقي ثم انتقلت ملكيتها بعد ذلك من المالك الحقيقي إلى المشتري ومن ثم تكون العين قد استحقت فعلا، فوجب على البائع ضمان الاستحقاق (2).

الشرط الرابع :

إن كان التعرض مستندا إلى حق ارتفاق فيشترط أن يكون الارتفاق غير

(1) السنهاوري ص 641 وما بعدها - سميير تناغو ص 270 وما بعدها.

(1) السنهاوري ص 643 وما بعدها.

ظاهر وإن كان مستندا إلى تكليف أيا كان فيشترط ألا يكون البائع قد أعلم به المشتري.

(أنظر في التفصيل شرح المادة 445 مدنى).

186- المدين والدائن فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير :

المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير هو البائع. ولا ينتقل الضمان إلى الخلف العام فى ماله الخاص. لأن واجب الضمان ينتقل إلى التركة بعد وفاة البائع ولا يلتزم الورثة إلا بقدر ما استفادوا من التركة، ولا يلتزمون فى أموالهم الخاصة. فإذا باع شخص عينا مملوكة للغير ثم مات، فإن المالك الحقيقى له أن يسترد العين من المشتري ويرجع المشتري بالتعويض على التركة لا على الوارث. ولا ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف الخاص للبائع، ولا يتعدى كذلك إلى دائن البائع، كل ذلك طبقا لما سبق ذكره بصدد المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع نفسه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"ليس للمشتري فى حالة استحقاق المبيع للغير إلا حق الرجوع على البائع بالضمان. فإذا كانت الأطيان ملكا لوقف وباعها الناظر على أساس أنه تبادل فيها مع الوقف ثم باعها المشتري إلى آخر ثم طالب الناظر الجديد المشتري الثانى بتثبيت ملكية الوقف لها، فلا يحق لهذا المشتري إذا ما حكم بإلزامه برد أطيان الوقف، أن يطلب تسليمه أطيان الناظر السابق الخاصة التى وضع يده عليها بطريق البديل لأنه لم يكن متبادلا مع الوقف وإنما هو مشتري من شخص آخر بعيد عنه.

(طعن رقم 103 لسنة 14 ق جلسة 1945/5/3)

أما الدائن فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير فهو المشتري.

(2) السنهورى ص 652 وما بعدها - عبد الناصر العطار ص 277.

ونظرا لأن الحقوق تنتقل بالميراث إلى الورثة. فإن حق المشتري في الضمان ينتقل إلى وارثه. وينتقل كذلك إلى الخلف الخاص له، كالمشتري الثاني. ويستفيد منه كذلك دائن المشتري عندما ينفذ بحقه على العين المبيعة. كل ذلك طبقا لما سبق ذكره في ضمان التعرض الصادر من البائع نفسه⁽¹⁾.

187- الرجوع على البائع الأصلي في حالة توالي البيوع :

إذا توالى البيوع، بأن باع المشتري المبيع إلى مشتر ثان، فإن للمشتري الأخير، إذا ما تعرض له أجنبي تعرضا موجبا للضمان، أن يرجع على البائع المباشر له، كما يجوز له أن يرجع مباشرة على البائع لبائعه. وهو في هذا الرجوع المباشر، الذي يرجع به باسمه الشخصي - إنما يستند إلى انتقال دعوى الضمان التي كانت لبائعه المباشر قبل من باع له إليه هو مع المبيع بحسبانها من ملحقاته. ويترتب على ذلك أنه لايجوز للمشتري الأول بعد أن باع العين أن يرجع بدعوى الضمان على البائع له، فلم تعد هذه الدعوى في متناوله بعد أن انتقلت إلى خلفه⁽²⁾.

مادة (440)

- 1- إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع، كان على البائع بحسب الأحوال، ووفقا لقانون المرافعات أن يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله.
- 2- 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.

(1) السنهوري ص 655 وما بعدها - عبد الناصر العطار ص 278.

(2) محمد شكري سرور ص 332 - عبد الودود يحيى ص 120.

3- وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى، فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق.

الشرح

التنفيذ العينى لضمان التعرض الصادر من الغير :

188- التزام البائع بدفع التعرض :

إذا تعرض الغير للمشتري تعرضا يضمنه البائع على الوجه الذى بيناه سلفا، كان على البائع حتى ينفذ التزامه تنفيذا عينيا أن يدفع عن المشتري هذا التعرض، فإذا لم يستطع دفع التعرض كان مخلا بالتزامه لأنه يلتزم بتحقيق غاية، والالتزام بتعويض المشتري هو ما يسمى ضمان الاستحقاق الذى يرجع به المشتري إما بطلب فرعى أثناء الدعوى المرفوعة من الغير أو بدعوى أصلية بعد ثبوت الاستحقاق⁽¹⁾.

وليس فى هذا سوى تطبيق للقواعد العامة. فالالتزام بالضمان هو التزام بعمل، والأصل أنه يجب تنفيذه عينا مادام التنفيذ العينى ممكنا. ويجرى التنفيذ العينى للالتزام بالضمان عن طريق تدخل البائع فى الدعوى القائمة بين المشتري والغير ليتولى هو الدفاع فيها. فإذا لم يستطع البائع تنفيذ هذا الالتزام بنجاح، أو بعبارة أخرى إذا لم يتمكن من توقي الاستحقاق، أو إذا لم يكن من التنفيذ العينى جدوى لانعدام فائدته (كما لو ثبت الاستحقاق دون حكم قضائى)، لم يكن أمام البائع من سبيل سوى التنفيذ عن طريق التعويض. هذا ما لم يطلب المشتري (وهو هنا الدائن بالالتزام) فسخ العقد لعدم التنفيذ. والفسخ فى هذه الحالة يكون قضائيا ما لم يتضمن العقد نصا صريحا يستبعد الفسخ القضائى ويحل محله فسخا للعقد بدون

(1) منصور مصطفى منصور ص 164- عبد المنعم البدر اوى ص 468 وما بعدها.

التجاء إلى القضاء.

أما إذا استطاع البائع صد التعرض وتوصل إلى رفض دعوى الأجنبي فقد أفلح في تنفيذ التزامه عينا.

189- التزام المشتري بإخطار البائع بالتعرض :

إذا ما تعرض الغير تعرضا قانونيا للمشتري، بأن رفع عليه دعوى بحق على المبيع، أو كان المشتري هو الذى رفع الدعوى على الغير فرفع الغير دعواه بادعاء حق على العين⁽¹⁾، كان على المشتري أن يبادر بإخطار البائع بادعاء الغير.

لأن هذا التعرض يستند إلى حق اكتسبه الغير بخطأ البائع، والبائع أقدر من المشتري على دفع هذا التعرض وأكثر معرفة منه بتسلسل الحقوق الواردة على المبيع ومداها، وقد يكون لديه أدلة حاسمة تدحض حق الغير المدعى به⁽²⁾.

وإذا كان القانون لم ينص بطريق مباشر على واجب المشتري فى إخطار البائع كما فعل بالنسبة للمستأجر فى عقد الإيجار، إلا أنه قد فرض عليه هذا الواجب بطريق غير مباشر ببيان الآثار التى تترتب على الإخطار أو عدم الإخطار (مادتان 440، 441 مدنى).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

(1) إسماعيل غانم ص 180.

(2) ولذلك قضى بأن :

"لما كان البائع ملزما للمشتري بضمان صحة البيع ونقل الملكية إليه وعدم التعرض له وملزما قانونا بالتضمنيات فى حالة الحكم نهائيا بعدم ثبوت ملكيته للمقدار المبيع منه كله أو بعضه، وكان له بحكم هذا الضمان مصلحة محققة فى الدفاع عن حقوق المشتري منه، لما كان ذلك يكون للطاعنين التمسك بأن عقدى المشتري منهما المسجل يفضل عقد =

المطعون عليهما الأولى والثانية غير المسجل والصادر لهما من مورث الطاعنين عن نفس العقار وإن كان المشتري من الطاعنين لم يتمسك بهذا الدفاع".

(طعن رقم 356 لسنة 20 ق جلسة 1953/6/4)

"هاتان مادتان لا نظير لهما في التقنين الحالي، وإن كانا لا يعدوان أن يكونا تطبيقاً للقواعد العامة وهما يدوران حول وجوب إخطار المشتري للبائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من أجنبي في وقت ملائم، تمهيدا للرجوع على البائع بضمان الاستحقاق، وتنظيما لحق كل من الطرفين، فهذا الإخطار واجب على المشتري حتى يتبصر البائع في وسائل الدفاع عن الحق الذي باعه في الوقت المناسب"⁽¹⁾.

والإخطار لا يكون واجبا إلا حيث يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق، أما إذا رجع عليه بدعوى الفسخ أو إبطال بيع ملك الغير فلا محل للإخطار.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"البين من المادة 440 من القانون المدني أن الإخطار المنصوص عليه فيها لا يكون إلا حين ترفع على المشتري دعوى من الغير باستحقاق المبيع ولا محل للتمسك بعدم حصول هذا الإخطار إلا حيث يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق على أساس قيام عقد البيع. أما إذا اختار المشتري سبيل المطالبة بفسخ العقد فإنه لا مجال لتطبيق المواد من 440 إلى 443 من القانون المدني الخاصة

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 85- ولا محل بداهة لإخطار البائع إذا حصل تعرض من الغير للمشتري دون رفع دعوى وإقامة المشتري دعوى الضمان على البائع مباشرة.

فقد قضت محكمة النقض بأن :

"التعرض القانوني الصادر من الغير قد يتحقق في صورة رفع دعوى وعندئذ يتعين على المشتري إخطار البائع في وقت ملائم عملاً بالمادة 44 من القانون المدني، أما إذا وقع التعرض من الغير دون رفع دعوى وأقام المشتري دعواه مباشرة على البائع بالضمان فلا يكون هناك محل للإخطار".

بضمان الاستحقاق. وقد أفصح المشرع عن استقلال دعوى الضمان عن دعوى الفسخ والإبطال في المادة 443 من القانون المدني التي بينت عناصر التعويض الذي يحق للمشتري أن يطلبه من البائع في حالة الرجوع عليه بدعوى الضمان عند استحقاق المبيع كله وذلك بنصه في الفقرة الأخيرة من هذه المادة على أن "كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيًا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله".

(طعن رقم 217 لسنة 34 ق جلسة 1968/2/22)

ولم تحدد المادة مدة معينة يجب أن يتم فيها الإخطار وإنما اكتفت بأن يتم الإخطار في الوقت الملائم، والمقصود أن يكون الإخطار في وقت مناسب يسمح له بأن يتبصر في وسائل الدفاع عن الحق الذي باعه⁽¹⁾. ويخضع تقدير الوقت الملائم لتقدير قاضي الموضوع.

190- شكل الإخطار :

لم يحدد المشرع شكلا خاصا يجب أن يتم فيه الإخطار، فيجوز أن يتم الإخطار بأي شكل، فيصح أن يكون بإنذار على يد محضر أو بخطاب مسجل أو غير مسجل أو شفويا، ويقع عبء إثباته على المشتري. غير أنه يفضل أن يكون مكتوبا حتى يسهل على المشتري إثباته⁽²⁾.

191- إدخال البائع ضامنا في الدعوى :

إذا كان المشتري لا يلزم إلا بإخطار البائع بالدعوى المقامة عليه من الأجنبي، أو بادعاء الأجنبي في الدعوى التي يرفعها المشتري، إلا أنه يستطيع عدم الاكتفاء بهذا الإخطار فيطلب إدخال البائع في الدعوى على الرغم منه، وهو

(1) محمد شكري سرور ص 333.

(2) السنهوري ص 664 - محمد لبيب شنب ص 175 - منصور مصطفى منصور ص 164

- المستشار أنور طلبه ص 526.

يدخله ضامنا في الدعوى وفقا للقواعد المبينة في قانون المرافعات⁽¹⁾.

وإدخال البائع ضامنا في الدعوى أفضل من مجرد إخطاره للأسباب الآتية :

- 1- يفيد طالب الضمان عند تقديمه دعوى الضمان بطلب عارض من دفاع البائع عنه في الدعوى الأصلية.
- 2- في جمع الدعوى الأصلية مع دعوى الضمان الفرعية توفير للوقت والمصاريف، إذ يكون في وسع المشتري استصدار حكم له على البائع في الوقت الذي يصدر فيه الحكم في دعوى الاستحقاق الأصلية المرفوعة من الغير.
- 3- للمشتري أن يطلب خروجه من الدعوى الأصلية، فلا يتحمل مصاريفها في حالة الحكم لمصلحة خصمه، إذ تجيز المادة 121 مرافعات لطالب الضمان (وهو هنا المشتري) أن يطلب إخراجه من الدعوى إذا لم يكن مطالبا بالتزام شخصي، كما إذا طالبه المدعى في دعوى الاستحقاق بتعويض عن التلف الذي وقع منه أو عن الثمار التي قبضها⁽²⁾.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 471.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 471 وما بعدها - وقد نظم قانون المرافعات كيفية إدخال ضامن والحكم الذي يصدر في دعوى الضمان في المواد من (119 - 122) كالاتي:

1- يجب على المحكمة في المواد المدنية إجابة الخصم إلى طلب تأجيل الدعوى لإدخال ضامن فيها إذا كان الخصم قد كلف ضامنة الحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلانه بالدعوى أو قيام السبب الموجب للضمان أو إذا كانت الثمانية أيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى.

= وفيما عدا هذه الحالة يكون التأجيل لإدخال الضامن جوازا للمحكمة وبإعاعي في تقدير الأجل مواعيد الحضور ويكون إدخال الخصم للضامن بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى (م119).

2- يقضى في طلب الضمان وفي الدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك وإلا فصلت المحكمة في طلب الضمان بعد الحكم في الدعوى الأصلية (م120).

كما يجوز للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال البائع خصما في الدعوى عملا بالمادة 118 مرافعات التي تجرى على أن: "للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة.

3- إذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية يكون الحكم الصادر على الضامن عند الاقتضاء حكما للمدعى الأصلي ولو لم يكن وجه إليه طلبات ويجوز لطالب الضمان أن يطلب إخراجه من الدعوى إذا لم يكن مطالبا بالتزام شخصي (م121).

4- إذا رأت المحكمة أن طلب الضمان لا أساس له جاز لها الحكم على مدعى الضمان بالتعويضات الناشئة عن تأخير الفصل في الدعوى الأصلية (م122).

أما عن الاختصاص القيمي بدعوى الضمان، فإنه إذا كانت دعوى الاستحقاق مرفوعة أمام المحكمة الابتدائية، كانت هذه المحكمة مختصة بنظره أيا كانت قيمته (م3/47 مرافعات). أما إذا كانت دعوى الاستحقاق مرفوعة أمام المحكمة الجزئية فإنها لا تختص بنظره إذا كانت قيمته تزيد على حدود نصابها (عشرة آلاف جنيه).

وفي الحالة الأخيرة يجوز لها أن تحكم في الطلب الأصلي وحده إذا لم يترتب على ذلك ضرر بسير العدالة وإلا وجب عليها أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية وطلب الضمان بحالتها إلى المحكمة الابتدائية المختصة ويكون حكم الإحالة غير قابل للطعن (م46 مرافعات).

وأما عن قواعد الاختصاص المحلي بالنسبة إلى دعوى الضمان، فتختص المحكمة التي تنتظر دعوى الاستحقاق بنظر دعوى الضمان ولو لم تكن المحكمة التي تنتظر دعوى الاستحقاق مختصة محليا بدعوى الضمان لو أنها رفعت إلى القضاء كطلبات أصلية (م60 مرافعات). ومبنى هذا الاستثناء أن الصلة التي تربط بين دعوى الضمان وبين الدعوى الأصلية تبرر رفع دعوى الضمان إلى المحكمة المطروح عليها الدعوى الأصلية ولو كان في ذلك مخالفة للقاعدة العامة في الاختصاص المحلي.

ومع ذلك يجوز للبائع أن يتمسك بعدم اختصاص هذه المحكمة بدعوى الضمان إذا أثبت أن الدعوى الأصلية لم تقم إلا بقصد جلبه أمام محكمة غير محكمته (م60 مرافعات).

(الدكتور رمزي سيف الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثامنة 1968 - 1969 ص 309) - كما إذا تعمد الغير (المتعرض) أن يرفع دعواه على المشتري في محكمته حتى يجلب البائع إلى هذه المحكمة، وكان الأيسر له أن يرفع الدعوى مباشرة على البائع في محكمته مع إدخال المشتري خصما في الدعوى (السنهوري ص 666 هامش (2) وما بعدها).

وتعين المحكمة ميعادا لا يجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من تأمر بإدخاله ومن يقوم من الخصوم بإدخاله ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى".

وحتى إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى فى الوقت الملائم، ولكن علم بها البائع، كان له أن يتدخل فى الدعوى من تلقاء نفسه عملا بالمادة 126 مرافعات التى تقضى بأن: "يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لأحد الخصوم أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى.

ويكون التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهة فى الجلسة فى حضورهم ويثبت فى محضرها ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة فى الدعوى".

192- أثر إخطار المشتري للبائع بدعوى الاستحقاق :

تنص الفقرة الثانية من المادة (440) على أنه: "فإذا تم الإخطار فى الوقت الملائم ولم يتدخل البائع فى الدعوى، وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه".

وعلى ذلك يتعين التفرقة فى بيان أثر الإخطار بين حالة تدخل البائع فى الدعوى بعد إخطاره فى الوقت الملائم، وحالة عدم تدخله بعد هذا الإخطار.

193- أولا: حالة تدخل البائع فى الدعوى :

إذا تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق بعد إخطاره أو تدخل من تلقاء نفسه، فإن له أن يقتصر على تدخله فى الدعوى كما أن له أن يحل محل المشتري فى الدعوى أمام المتعرض.

وإذا تدخل البائع كان المشتري بالخيار، إن شاء بقى فى الدعوى وإن شاء طلب إخراجه منها حتى يتفادى ما يسببه بقاؤه فيها من مشاكل أو احتمال الحكم عليه بمصروفات الدعوى فى حالة ثبوت حق الأجنبى. وغالبا ما يكون من صالح المشتري أن يظل فى الدعوى حتى يتمكن من مراقبة البائع فى دفاعه، وحتى

يستطيع أن يوجه إليه طلبا فرعيا بالضمان في حالة ثبوت الحق للأجنبي، فيحكم القاضي في الدعوى الأصلية والطلب الفرعي بالضمان الموجه من المشتري إلى البائع بحكم واحد.

وقد لا يستطيع المشتري الخروج من الدعوى كما لو طالبه الغير بثمار المبيع أو بتعويض عما أحدثه فيه من تلف وإذا طلب المشتري إخراجا من الدعوى، حل البائع محله فيها⁽¹⁾.

وسواء بقى المشتري في الدعوى، أو خرج منها، فإن البائع يلتزم بمعاونة المشتري في دعوى التعرض - إذا لم يخرج منها - أو دفعها وحده إذا خرج منها. فإذا نجح البائع في دفع دعوى التعرض وحكم برفض دعوى الغير فيكون قد وفى بالتزامه عينا وانتهى الأمر عندئذ.

أما إذا لم يفلح البائع في ذلك فحكم للغير بالاستحقاق، كان مخلا بالتزامه لأنه لم يحقق النتيجة فيكون ضامنا الاستحقاق أى ملتزما بالتعويض، ويقرر هذا التعويض طبقا للقواعد التي سنعرض لها فيما بعد.

فإذا كان المشتري قد بقى في الدعوى وطلب الحكم على البائع بالتعويض عند الاستحقاق حكمت له المحكمة بذلك أما إذا كان قد خرج منها أو بقى ولم يقدم الطلب الفرعي بالضمان فله أن يرجع بعد ذلك على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق الأصلية⁽²⁾.

وإذا خرج المشتري من الدعوى، وحكم لمصلحة الغير المتعرض، لم يتحمل المشتري مصروفات الدعوى ويتحملها البائع وحده. ولكن خروج المشتري من الدعوى الأصلية لا يمنع من أن يكون الحكم الصادر فيها لمصلحة الغير المتعرض

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 473 وما بعدها - عبد الناصر العطار ص 226.

(2) منصور مصطفى منصور ص 195 - إسماعيل غانم ص 180 وما بعدها - عبد الودود يحيى ص 128.

حجة عليه، كما أنه يظل خصما في دعوى الضمان فيقضى له بالتعويض على البائع⁽¹⁾.

194- ثانياً: حالة عدم تدخل البائع في الدعوى :

إذا لم يتدخل البائع في دعوى التعرض التي رفعها الغير، فالأمر لا يخلو من أحد فرضين:

الفرض الأول :

أن ينجح المشتري وحده في دفع دعوى التعرض، ويحصل على حكم نهائي برفض الدعوى فينتهي الأمر عند هذا الحد.

غير أنه يجوز للمشتري الرجوع على البائع بما عسى أن يكون قد تجشم من نفقات وأضرار في دفع دعوى المتعرض ولم يحكم له بها على المتعرض نفسه⁽²⁾.

الفرض الثاني :

أن يصدر حكم نهائي بأحقية الغير، أى يقضى له بالاستحقاق، فإنه يجب الضمان على البائع ويرجع عليه المشتري بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق. ولا يمكن للبائع التخلص من الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه. ومعنى هذا أن المشتري إذا لم يرتكب تدليسا أو خطأ جسيما في الدعوى المرفوعة عليه من الأجنبي، وثبت استحقاق هذا، فإن الحكم الذي يصدر بالاستحقاق يكون حجة على البائع لمصلحة المشتري في دعوى ضمان الاستحقاق. والبائع هو الذي يكلف بإثبات أن الحكم بالاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه. ولا يستطيع البائع في هذه الحالة أن يتخلص من دعوى الضمان التي يرفعها

(1) السنهاورى ص 667 وما بعدها.

(2) السنهاورى ص 668.

المشتري بدعوى أنه كان لديه وجه للدفاع كان من شأنه إبطال ادعاء المدعى. ليس للبائع أن يزعم هذا، فقد أخطره المشتري بالدعوى فكان عليه أن يتدخل فيها، وهو لم يفعل، فعليه نتيجة تقصيره⁽¹⁾.

وغنى عن البيان أن الحكم بالاستحقاق - في حالة عدم تدخل البائع في الدعوى بعد إخطاره - وإن كان حجة للمشتري على البائع في دعوى ضمان الاستحقاق، إلا أنه لا يكون حجة على البائع لمصلحة المستحق، مادام هذا لم يدخل البائع في دعوى الاستحقاق ليكون الحكم حجة عليه.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن البائع إذ كانت كل حقوقه في العقار تنتقل إلى المشتري فلا وجه لاعتباره ممثلاً للمشتري في أي نزاع مع الغير بشأن العقار المبيع. ولذلك فإن كل دعوى ترفع بشأن المبيع يجب أن توجه إلى المشتري، وإذا خوصم البائع فلا يكون الحكم الصادر عليه حجة على المشتري ولو كان عالماً بالخصومة، لأن القانون لا يوجب عليه التدخل فيها".

(طعن رقم 48 لسنة 10 ق جلسة 2 يناير سنة 1941)

وسنرى أن هناك تيسيراً آخر منحه القانون للمشتري في المادة (441) مدني التي تقضى بأن 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 فلم يفعل. كل ذلك مالم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه. (أنظر في التفصيل شرح المادة 441).

(1) السنهوري ص 669 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 473 وما بعدها - محمد شكرى سرور ص 335 وما بعدها.

195- حالة عدم إخطار البائع بحصول التعرض أو التأخر فى

الإخطار:

إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى المرفوعة عليه أو تأخر فى إخطاره عن الوقت الملائم، فإنه يتحمل نتيجة تقصيره، وعلى ذلك فإذا نجح المتعرض فى إثبات صحة ادعائه وصدر له حكم حاز قوة الأمر المقضى، وترتب على ذلك أن حرم المشتري من كل أو بعض حقوقه الناشئة عن عقد البيع، فقد حقه فى الرجوع بالضمان، إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدي إلى رفض الحكم باستحقاق المتعرض للمبيع⁽¹⁾. ويستطيع البائع إثبات ذلك بأن يقيم الدليل على أن لديه دفعا خاصا به كان يمكنه التمسك به لو أدخل فى دعوى الاستحقاق، أو أن لديه مستندا أو دليلا آخر حاسما فى الدعوى. ولكن لا يكفي لحرمان المشتري من الرجوع بالضمان أن يكون قد أهمل فى التمسك بدفع خاص به كتملك المبيع بالتقادم، لأن هذا الدفع قاصر على شخص المشتري، وما كان للبائع أن يتمسك به لو أدخل فى الدعوى⁽²⁾.

ولا يكفي فى هذه الحالة أن يثبت المشتري أن البائع يعلم فعلا بالتعرض مادام لم يقم هو بإخطاره فى الوقت الملائم، فقد يظن البائع أن المشتري مطمئن إلى

(1) وقد كان الحكم فى المشروع التمهيدى مخالفا لذلك إذ كان النص يقول "... فقد حقه فى الرجوع بالضمان إلا إذا أثبت أن البائع ما كان يستطيع رفع دعوى الاستحقاق حتى لو تدخل فى هذه الدعوى" بمعنى أنه يترتب على الحكم فقد المشتري حقه فى الضمان. ولكنه يستطيع أن يرجع بالضمان إذا أثبت هو أن البائع ما كان يستطيع دفع الدعوى. وفى لجنة القانون بمجلس الشيوخ اقترح تعديل النص فوافقت اللجنة على التعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 86 وما بعدها).

(2) محمد لبيب شنب ص 175 وما بعدها - محمد شكرى سرور ص 336 - عبد الناصر العطار ص 227.

مركزه ولا يحتاج إلى تدخل البائع ولذلك لم يخطره⁽¹⁾.

196- حق البائع والمشتري في الطعن بالنقض في الحكم القاضي باستحقاق العقار للغير :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"للضامن كما للمضمون الحق في الطعن بالنقض في الحكم القاضي باستحقاق العقار المبيع للغير وهذا الحق يعتبر بالنسبة لكل منهما حقا شخصيا قائما على مصلحة خاصة به، بحيث لو طعن الضامن بالنقض في هذا الحكم وقضى برفضه فذلك لا يمنع المضمون من تقديم طعن جديد باسمه شخصيا. ولا يشترط لوجود هذا الحق سوى اتصال الدعوى الأصلية بدعوى الضمان اتصالا وثيقا لا انفكاك له، وكون الضامن قد دافع في الدعويين معا. على أن قبول المضمون للحكم في الدعوى الأصلية مفروض تعليقه على شرط قبول الضامن لهذا الحكم".

(طعن رقم 6 لسنة 2 ق جلسة 1932/4/7)



(3) السنهوري ص 671 هامش (1).

مادة (441)

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 فلم يفعل. كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه.

الشرح

197- ثبوت حق المشتري في الضمان إذا اعترف بحسن نية بحق الأجنبي أو تصالح معه في حالة إخطار البائع وعدم تدخله في الدعوى :

رأينا فيما سلف أن المشتري إذا أخطر البائع في الوقت الملائم برفع دعوى من الغير المتعرض، ولكن البائع لم يتدخل في الدعوى، ثم صدر حكم نهائي بالاستحقاق الكلي أو الجزئي للمتعرض فإن البائع يلتزم بالضمان، ولا يستطيع التنصل منه إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه.

والى جانب حق المشتري في السير في الدعوى حتى يحكم فيها، منح القانون تيسيرا على المشتري، والذي قام بواجبه من إخطار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم، ولا يتدخل البائع في الدعوى بالرغم من ذلك. فقامت القرائن بذلك على أن البائع ليس لديه ما يدفع به دعوى المستحق، فجعل للمشتري سبيلا إلى إنهاء النزاع

دون حاجة إلى انتظار حكم تدل الظروف على أنه متوقع، وعوضاً عن إضاعة الوقت في إجراءات التقاضي، فخوله إذا كان حسن النية، أن يعترف للأجنبي بحقه، أو أن يتصالح معه على هذا الحق، ويكون لذلك نتيجة الحكم الصادر لمصلحة المستحق، فيرجع المشتري بضمان الاستحقاق على البائع، على أن يكون للبائع أن يدفع الرجوع بالضمان إذا أثبت أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه، وليس من الضروري أن يثبت تدليساً أو خطأ جسيماً من المشتري كما هو الأمر لو أنه حكم بالاستحقاق دون إقرار من المشتري أو صلح.

والفرق بين الحالتين ظاهر، ففي حالة ما إذا صدر الحكم دون إقرار أو صلح، يصبح من المعقول ألا يؤخذ على المشتري إلا التدليس أو الخطأ الجسيم، لأنه يكون قد قام بواجبه فأخطر البائع في الميعاد الملائم، ويكون غير مسئول عن صدور الحكم بالاستحقاق، فهو لم يقر بحق الأجنبي ولم يعتمد إلى الصلح معه. أما في الحالة الأخرى فإن المشتري قد تحمل مسؤولية الإقرار أو الصلح، فلو ظهر أنه لم يكن على حق فيما فعل، بأن أثبت البائع أن الأجنبي ليس على حق في دعواه، كان طبيعياً أن يفقد حقه في الضمان⁽¹⁾.

وواضح ما تقدم أنه يشترط لرجوع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق في هذه الحالة توافر الشروط الآتية :

- 1- ألا يكون البائع قد تدخل أو أدخل في الدعوى، لأنه إذا دخل فيها ما جاز للمشتري أن يقر بحق الأجنبي أو يتصالح معه.
- 2- أن يكون المشتري قد أخطره بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها.
- 3- أن يكون المشتري حسن النية ويقصد بحسن النية اعتقاد المشتري بأن

(1) محمد كامل مرسى ص 307 وما بعدها - عبد الناصر العطار ص 227 - محمد لبيب شنب ص 177 وما بعدها.

الأجنبي على حق فى دعواه.

وينتقد البعض هذا الشرط الأخير، تأسيساً على أن المشرع أعطى البائع، برغم توافر الشرطين الأول والثاني الحق فى أن يثبت أن الأجنبي لم يكن على حق فى دعواه، فإن أثبت هذا لم يكن للمشتري الحق فى ضمان الاستحقاق. فالمشتري يكون مسئولاً عن إقراره أو تصالحه لمجرد إثبات عدم أحقية الأجنبي فى دعواه ولا يفيد أنه يكون حسن النية أى غير عالم بذلك⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"1- هاتان المادتان (587-588) هما أيضاً، لا نظير لهما فى التقنين الحالى. وهما ينظمان فى شئ من التيسير، على المشتري فى حالة، وعلى البائع فى حالة أخرى، ضمان الاستحقاق.

2- أما التيسير على المشتري فيتحقق فى الفرض الذى يقوم فيه بواجبه من إخطار البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم، ولا يتدخل البائع فى الدعوى بالرغم من ذلك. فقد سبق أن الحكم فى الاستحقاق يكون حجة على البائع ما لم يثبت تدليس المشتري أو وقوع خطأ جسيم منه. أراد المشروع، وقد قامت القرائن على أن البائع ليس لديه ما يدفع به دعوى المستحق، ويدل على ذلك أنه لم يتدخل بعد إخطاره بهذه الدعوى، أن يجعل المشتري سبيلاً إلى إنهاء النزاع دون حاجة لانتظار حكم تدل الظروف على أنه متوقع. فعوضاً من إضاعة الوقت فى إجراءات التقاضى، يستطيع المشتري، إذا كان حسن النية، أن يعترف للأجنبي بحقه، أو أن يتصالح معه على هذا الحق، ويكون لذلك نتيجة الحكم الصادر لمصلحة المستحق، فيرجع المشتري بضمن الاستحقاق على البائع، على أن يكون للبائع أن يدفع الرجوع بالضمن إذا أثبت أن الأجنبي لم يكن على حق فى دعواه، وليس من الضروري أن يثبت تدليس أو خطأ جسيماً من المشتري كما هو الأمر لو أنه حكم بالاستحقاق دون إقرار من المشتري أو

صلح. والفرق بين الحالتين ظاهر، ففي حالة ما إذا صدر الحكم دون إقرار أو صلح، يصبح من المعقول ألا يؤخذ على المشتري إلا التدليس أو الخطأ الجسيم، لأنه يكون قد قام بواجبه فأخطر البائع في الميعاد الملائم، ويكون غير مسئول عن صدور الحكم بالاستحقاق فهو لم يقر بحق الأجنبى ولم يعمد إلى الصلح معه. أما في الحالة الأخرى فإن المشتري قد تحمل مسؤولية الإقرار أو الصلح، فلو ظهر أنه لم يكن على حق فيما فعل، بأن أثبت البائع أن الأجنبى ليس على حق في دعواه كان طبيعياً أن يفقد حقه في الضمان⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص في المادة 441 من القانون المدني على أنه "يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى 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 فلم يفعل. كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق في دعواه" يدل على أن ضمان البائع استحقاق المبيع من تحت يد المشتري لا ينشأ إلا إذا كان المتعرض للمشتري وهو من الغير على حق في تعرضه وبالتالي يستطيع البائع أن يدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات الواجبة له بموجب ضمان الاستحقاق بأن يثبت أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه وأن المشتري قد تسرع في الإقرار أو التصالح معه".

(طعن رقم 2905 لسنة 68 ق جلسة 2000/6/28) (2)

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 89 وما بعدها.

(1) كما قضت بأن :

"إذ كان الواقع في الدعوى أن المطعون ضده الأول أقامها على الطاعن طالبا إلزامه بأن يرد إليه المبلغ الذي سبق له دفعه للمطعون ضدها الثانية - شقيقة الطاعن وأحد شركائه في الملكية - على إثر تصالحه معها لدفع تعرضها له بالدعوى رقم 555 لسنة 1993

مادة (442)

إذا تولى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شئ آخر، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات.

الشرح

198- تولى المشتري استحقاق المبيع بأداء مبلغ من النقود أو أى شئ آخر:

رأينا أن المشتري لا يرجع على البائع بضمان الاستحقاق إلا إذا استحق

مدنى أحميم الابتدائية التى أقامتها ضدهما وادعت فيها ملكيتها لمساحة 6 س 1 ط فى القدر المباع له من الطاعن بموجب عقد البيع المؤرخ 1991/10/5. وكان البين من ذلك العقد أن الطاعن وآخرين باعوا إلى المطعون ضده الأول مساحة محددة ومفرزة قدرها 22 س 2 ط بحوض الجرف وقد ثبت من تقرير الخبير أن الطاعن يخصه منها 8 ص 2 ط وكان الأخير قد تمسك أمام الخبير المنتدب فى الدعوى وفى دفاعه أمام محكمة الموضوع أن من حقه كمالك على الشيوخ أن يبيع قدرا مفرزا من نصيبه وأن ما باعه للمطعون ضده الأول يقل عن نصيبه الشرعى الذى آل إليه فى كامل تركته مورثه التى تبلغ ثلاثة أقدنه. وكان من شأن هذا الدفاع- لو فطنت إليه المحكمة- تغيير وجه الرأى فى الدعوى إذ أن مؤداه أنه لا يجوز للمطعون ضدها الثانية أن تدعى الاستحقاق فى المبيع وبالتالي فإنها ليست على حق فى تعرضها وأن الطاعن قد باع ما يملك بما ينفك عنه التزامه بضمان التعرض القانونى عملا بالفقرة الأخيرة من المادة 441 من القانون المدنى خصوصا وأنها لم تدع حصول قسمة لأعيان التركة وأنها قد اختصت بموجبها بالمساحة موضوع التعرض الحاصل منها للمطعون ضده الأول".

المبيع بحكم القضاء أو بإقرار المشتري أو تصالحه. إلا أن المشرع قرر تيسيرا كبيرا على البائع، فلو ظهر أن الأجنبي على حق في دعواه، وكان المشتري قد توقي استحقاق المبيع كله أو بعضه باتفاق مع المستحق على أن يدفع له بدل المبيع مبلغا من النقود أو أى شئ آخر، صلحا كان ذلك أو وفاء بمقابل، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفعها، وسواء تدخل البائع فى هذه الدعوى عند رفعها أو لم يتدخل، فإن للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد إلى المشتري ما يعوضه تماما عما دفعه للمستحق. المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية من يوم الدفع وجميع المصروفات وهو ما يطلق عليه حق الاسترداد. وهذا حكم وجه العدالة فيه ظاهر، وهو مثل من الأمثلة النادرة فى القانون على حق الاسترداد.

ويلاحظ أن هذا الحكم لا يطبق إلا إذا كان المشتري قد توقي استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق. أما إذا لم يتوق هذا الاستحقاق، وقضى للمستحق فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة. أما لو قضى للمستحق بالمبيع أو بحقه عليه، ثم دفع المشتري شيئا له وأمسك المبيع أو نزل له عن حقه عليه، كان هذا منه شراء للمبيع أو للحق من المستحق، وله أن يرجع على البائع بأحكام ضمان الاستحقاق، لأن إمساكه المبيع كان بسبب آخر غير عقد البيع.

ولم يكن للبائع أن يتخلص من هذا الرجوع بدفع ما دفعه المشتري للمستحق⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما التيسير على البائع فيتحقق فى أنه لو ظهر أن الأجنبي على حق فى دعواه، وكان المشتري قد توقي استحقاق المبيع كله أو بعضه باتفاق مع المستحق

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 475- منصور مصطفى منصور ص 168 وما بعدها - محمد شكرى سلامه ص 337- جلال العدوى ص 176.

على أن يدفع له بدل المبيع مبلغا من النقود أو أى شئ آخر، صلحا كان ذلك أو وفاء بمقابل، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفعها، وسواء تدخل البائع فى هذه الدعوى عند رفعها أو لم يتدخل، فإن للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشتري ما يعوضه تماما عما دفعه للمستحق، المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات.

وهذا حكم وجه العدالة فيه ظاهر، وهو مثل من الأمثلة النادرة فى القانون على حق الاسترداد (أنظر مثلين آخرين فى استرداد الحصة الشائعة وفى استرداد الحق المتنازع فيه).

ويلاحظ أن هذا الحكم لا يطبق إلا إذا كان المشتري قد تولى استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق. أما إذا لم يتوق هذا الاستحقاق وقضى للمستحق فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة، وهى تتفق مع ما نص عليه كتاب مرشد الحيران (م506) من أنه "لو أثبت المستحق الاستحقاق، وقضى له، ثم دفع المشتري إليه شيئا وأمسك المبيع، يكون هذا منه شراء للمبيع من المستحق، وله أن يرجع على بائعه بالثمن"⁽¹⁾.

والبائع لا يدفع للمشتري ما خسره إلا إذا كان قد استفاد من مسلك المشتري. فإذا كان لم يفد كما لو أثبت أن المستحق لم يكن على حق فى تعرضه فلا يلتزم بشئ إذ لا يمكن أن يقال عندئذ أن المشتري قد تولى استحقاق المبيع. أما إذا لم يثبت هذا فعليه أن يعرض المشتري عن كل ما أنفقه بشرط بدهى وهو ألا يزيد ما يدفعه عما كان يدفعه لو حصل الاستحقاق بالفعل⁽²⁾.

ويتوافر ضمان الاستحقاق بوفاء المشتري لمباشر إجراءات نزع الملكية.

فقد قضت محكمة النقض بأن :

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 91 وما بعدها.

(1) منصور مصطفى منصور ص 169 - محمد شكرى سرور ص 337 وما بعدها.

"وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أنه لما كان الثابت في الدعوى حسبما حصله الحكم المطعون فيه أن بنك مصر اتخذ إجراءات التنفيذ على قطعة الأرض مقام عليها منزل مملوك للمطعون عليه الأول اشتراه من المطعون عليه الثاني والمرحوم... وذلك وفاء لديه مستحق للبنك على مدينه... المالك الأصلي لهذه الأرض، وقام المطعون عليه الأول بدفع مبلغ 900 جنيه للبنك بتاريخ 1961/3/8 توكفا لبيع منزله ثم رفع دعواه الحالية يطالب مورث الطاعنين وهو البائع للبائعين له بهذا المبلغ، مما مفاده أن المطعون عليه الأول يرجع بما دفعه للبنك على مورث الطاعنين لا بوصفه مدينا شخصا للبنك، وإنما بوصفه بائعا للبائعين للمطعون عليه الأول وأن دفع الأخير دين البنك يعتبر بالنسبة لهذا البائع استحقاقا للمبيع فيجب عليه الضمان ويلتزم بأن يدفع للمطعون عليه الأول ما دفعه للبنك، ولا يغير من هذا النظر أن مورث الطاعنين التزم في الإقرار المؤرخ 1947/1/16 بأن يدفع دين البنك أو أثمان العقارات المبيعة لأن ذلك من جانبه ليس إلا إقرارا بالتزامه بضمان الاستحقاق وتعديلا لأحكامه المنصوص عليها في المادتين 443، 444 من القانون المدني إذ يجوز للمتعاقدين طبقا للمادة 445 من هذا القانون أن يتفقا على تعديل هذه الأحكام، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة الصحيحة وقرر بعد أن استعرض وقائع النزاع على النحو سالف الذكر أن مورث الطاعنين يلزم بضمان الاستحقاق وقضى بإلزامه بالمبلغ الذي دفعه المطعون عليه الأول للبنك، وكان لمحكمة النقض أن تصحح ما وقع من خطأ في تقارير الحكم القانونية دون أن تنقضه، فلا يعيب الحكم المطعون فيه ما أضافه خطأ من أنه يحق للمطعون عليه الأول أن يرجع على مورث الطاعنين بما دفعه للبنك عملا بالمادتين 1/323، 1/324 من القانون المدني، وأن أساس ذلك أحكام الفضالة المنصوص عليها في المادة 195 من هذا القانون، إذ لا قيام لأحكام الفضالة المنصوص عليها في المادة 195 من هذا القانون، إذ لا قيام لأحكام الفضالة

حيث تقوم بين طرفي الخصومة رابطة عقدية بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما والتزاماته قبل الآخر، وكان لا محل للتحدى بأن المطعون عليه الأول فقد حقه فى الرجوع بالضمان على مورث الطاعنين طبقا لنص المادة 3/440 من القانون المدنى التى تنص على أنه إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق، ذلك أن هذا الدفاع مردود بما حصله الحكم المطعون فيه من أن المطعون عليه الأول اتخذ من جانبه كل ما يطلب منه، إذ أنه أخطر مورث الطاعنين بإجراءات نزع الملكية بعد فشله فى الاعتراض على قائمة شروط البيع ونبه عليه بتطهير عقاره من اختصاص البنك وأنذره بأنه سيقوم بسداد مبلغ 900 جنيه الذى اتفق عليه مع البنك مقابل استبعاد عقاره من إجراءات التنفيذ قبل جلسة 1961/3/8 المحدد لبيعه، ومع ذلك فإن مورث الطاعنين لم يستجب لهذه الإنذارات فلم يتدخل فى دعوى البيوع، ولم يتخذ الإجراءات لتطهير العقار من حق الاختصاص الذى يثقله، ولم يمنع المطعون عليه الأول من سداد أى مبلغ للبنك، وخلص الحكم من ذلك إلى أن المطعون عليه الأول لم يكن مخطئا حين قام بسداد المبلغ المتفق عليه مع البنك توكيا لبيع منزله جبرا، وهى تقارير موضوعية سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم، وكان النعى على الحكم بالتفاته عن دفاع الطاعنين من أن مورثهم والمشتريين منه تملكوا العقارات المنفذ عليها بالتقادم الطويل قبل قيد حق الاختصاص أو أن الدين سدد فى 1931/6/26 لشركة سلفاجو الدائنة الأصلية قبل حلول بنك مصر محلها هو نعى مردود بأن الحكم قد أخذ مورث الطاعنين بإقراره المؤرخ 1947/1/16 الذى أقر فيه بأن للبنك اختصاصا على العقارات المباعة كما أنه التزم بالوفاء بدينه المستحق على مدينه.... أو ثمن هذه العقارات وهو ما يتضمن الرد على دفاع

الطاعنين سالف البيان، وإذ كان ذلك فإن النعى على الحكم بهذين السببين يكون على غير أساس".

(طعن رقم 201 لسنة 42 ق جلسة 1976/11/16)



مادة (443)

إذا استحق كل المبيع، كان للمشتري أن يطلب من البائع :

- 1- قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت.
- 2- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع.
- 3- المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سئ النية.
- 4- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة 440.
- 5- وبوجه عام، تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع. كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبني على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله.

الشرح

199- تنفيذ الالتزام بالضمان بطريق التعويض (ضمان

الاستحقاق) :

إذا استحق المبيع فإن تنفيذ التزام البائع بضمان انتفاع المشتري به تنفيذا عينيا يصبح مستحيلا، والقاعدة أنه إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لايد له فيه (م215 دنى).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"آثر المشروع، فى بيان ما يترتب على ضمان الاستحقاق، أن يلتزم الحل الذى تمليه القواعد العامة. ف ضمان الاستحقاق التزام فى ذمة البائع قد نشأ من عقد

البيع، وإذا طالب المشتري به قامت مطالبته على أساس هذا العقد. ومعنى ذلك أن ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لا يتصور قيامه إلا مع قيام عقد البيع، والمشتري في رجوعه بالضمان على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع، ولما كان المبيع قد استحق واستحال بذلك التنفيذ العيني للالتزام، فلم يبق أمام المشتري إلا أن يطالب بتنفيذ الالتزام من طريق التعويض، والتعويض في هذه الحالة هو ما ذكرته المادة 589 من المشروع، وهي تقتصر على تطبيق القواعد العامة في تقرير مدى التعويض، وتعطى للمشتري الحق في أن يطلب من البائع.... الخ⁽¹⁾.

والاستحقاق هو نزع المبيع كله أو جزء منه من تحت يد المشتري لثبوت حق الغير عليه بما يضمنه البائع، أى لكون البائع غير مالك للمبيع كله أو جزء منه، أو لتصرفه فيه بعد البيع لشخص آخر استطاع أن يكتسب ملكيته لسبق تسجيله أو بسبب حيازته المنقول المبيع بحسن النية.

ويتحقق ذلك في الحالات الآتية :

1- رفع دعوى الاستحقاق على المشتري :

وذلك سواء أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، فتدخل البائع في الدعوى ولم يفلح في دعوى المتعرض أو إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق فلم يتدخل البائع في الدعوى وحكم للمتعرض، ولم يستطع البائع إثبات تدليس المشتري أو خطأه الجسيم، أو إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، فلم يتدخل البائع في الدعوى وأقر المشتري بحق المتعرض أو تصالح معه، ولم يستطع البائع إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه. أو إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، وحكم للمتعرض، ولم يثبت البائع أن تدخله في

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 95.

الدعوى كان يؤدي إلى رفضها. أو إذا سلم المشتري للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض، ولم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه.

2- إذا وقع الاستحقاق بسبب تنفيذ الدائن المرتهن على العقار المبيع تحت يد المشتري (م1/1080 مدنى).

3- إذا وقع الاستحقاق بطريق غير مباشر نتيجة لدعوى مرفوعة على البائع، كدعوى بطلان أو فسخ أو نحوهما رفعت على البائع وكان من أثر الحكم فيها سقوط ملكية المشتري لإبطال أو فسخ سند ملكية البائع.

4- إذا لم يكن المشتري قد وضع يده على المبيع بسبب أنه فى حيازة أجنبى، ثم حاول وضع يده على المبيع بعد أن حان أجل تسليمه فتعرض له الأجنبى وأفلح فى منعه بأن أثبت أن المبيع ملكه⁽¹⁾.

غير أن محكمة النقض ذهبت إلى أن رجوع المشتري فى هذه الحالة لا يكون على أساس الضمان وإنما على أساس بطلان البيع لصدوره من غير مالك.

إذ قضت محكمة النقض بتاريخ 14/3/1940 فى الطعن رقم 45 لسنة

9 ق بأن :

"إذا كانت الواقعة التى لانزاع فيها بين طرفى الخصوم هى أن المدعى عليه تبادل فى أطيان مع المدعية (مصلحة الأملاك) فأعطاها فيما أعطى أرضا تبين لها وقت التسليم أنه كان قد تصرف فيها بالبيع منذ ثلاث سنوات سابقة على البذل، فهذه الواقعة هى بيع من غير مالك. وإذن فدعوى المطالبة بقيمة الأطيان الناقصة يجب أن يكون أساسها التضمنين عن بيع ملك الغير. ولكن إذا كان المفهوم من الحكم أنه قد اعتبر الدعوى من أحوال الاستحقاق فطبق فيها المادة

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص 347- عبد المنعم البدرأوى ص 477- محمد لبيب شنب ص 180- سليمان مرقس ص 381.

312 مدنى وقضى بإلزام المدعى عليه بقيمة ما نقص من مقابل البذل فإن هذا الحكم يكون خاطئاً فى السبب القانونى الذى بنى عليه. إلا أنه هذا الخطأ لا يقبل الطعن فيه مادامت النتيجة التى انتهى إليها الحكم صحيحة، إذ أن المادة الواجبة التطبيق (وهى المادة 265) تنص على إلزام البائع بالتضمينات، وهذه لا يمكن أن تكون أقل من الثمن المدفوع وقت التعاقد.

(طعن رقم 45 لسنة 9 ق جلسة 14/3/1940)

ومعنى هذا أن محكمة النقض فرقت فى حالة انتزاع الشئ من يد المشتري، وفيها يكون سبيل رجوعه ضمان الاستحقاق، وبين حالة عدم تمكنه من حياة المبيع لثبوت حق للأجنبى عليه، ويكون رجوعه فى هذه الحالة الأخيرة بدعوى بطلان بيع ملك الغير.

ويذهب الفقه إلى أن التفرقة التى أجرتها محكمة النقض لا مسوغ لها، إذ أن ضمان الاستحقاق لا يستبعد الرجوع على أساس بطلان بيع ملك الغير، بل إن المشرع نفسه أشار إلى هذا صراحة فى المادة 443 التى بينت ما يرجع به المشتري بسبب الاستحقاق الكلى⁽¹⁾.

5- أن يكون المشتري قد احتفظ بالمبيع لسبب آخر غير عقد البيع، كما لو

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 477- ويعلق الدكتور محمد لبيب شنب على ذلك (ص 180 هامش 1) بأنه يبدو أنها قد فهمت الاستحقاق بمعنى نزع وضع اليد أى بمعنى مادي، وذلك يتطلب بدهة أن يكون المشتري قد تسلم المبيع قبل أن ينزع منه، ويستطرد أن الواقع أن الاستحقاق ليس هو نزع وضع اليد، فهذا المعنى ليس إلا نتيجة للاستحقاق الذى هو فقد المشتري لحقوقه المترتبة على البيع كما يعلق الدكتور سليمان مرقس على هذا الحكم (ص 382) قائلاً "وظاهر أن المحكمة خلطت فى هذا بين دعوى ضمان الاستحقاق الكلى ودعوى الفسخ مع التعويض، ويرجع ذلك إلى أن نص القانون كان يقضى فى حالة الاستحقاق الكلى بوجوب رد الثمن مع التضمينات، فالتبس ذلك مع حكم الفسخ فى حين أن المقصود به التنفيذ بمقابل".

اشتراه من مالكة الحقيقي أو ورثه عنه⁽¹⁾.

6- إذا قام المشتري بقضاء الدين المضمون برهن على العقار المبيع. فقضاء الدين يعتبر من قبيل الاستحقاق الكلى أو الجزئى (م1061) وإن كان من الجائز فى هذه الحالة أن يتوقى البائع الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات طبقا لنص المادة 442 مدنى⁽²⁾.

200- التعويض فى حالة الاستحقاق الكلى يفترض رجوع المشتري على أساس ضمان الاستحقاق :

بعد أن عدت المادة (443) عناصر التعويض فى حالة الاستحقاق الكلى أردفت: "كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله"- ومفاد هذا أن حق المشتري فى المطالبة بالتعويض على أساس العناصر الواردة بالمادة، مفروض فيه أن المشتري يطالب بالتعويض على أساس ضمان الاستحقاق، وهذا يفترض أن عقد البيع قائم لم يفسخ ولم يحكم بإبطاله.

ذلك أن المشتري له الخيار فى الرجوع على البائع إما على أساس

ضمان الاستحقاق، أو بإحدى الدعويين التاليتين:

1- دعوى إبطال بيع ملك الغير :

للمشتري اللجوء إلى هذه الدعوى، إذا ثبت أن المبيع كان مملوكا للمستحق وقت البيع، وفى هذه الدعوى يستطيع المشتري فضلا عن طلب إبطال البيع، ورد الثمن الذى دفعه، أن يطلب من البائع تعويضه عن الضرر الذى أصابه نتيجة هذا الإبطال بشرط أن يكون حسن النية أى يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع (م466-468)، ويكون التعويض فى هذا الغرض على أساس المسؤولية

(2) منصور مصطفى منصور ص 170.

(3) عبد المنعم البدرأوى ص 477 وما بعدها.

التقصيرية لأن العقد بإبطاله يعتبر كأن لم يكن، ويقدر هذا التعويض طبقاً للقواعد العامة بقيمة ما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب.

2- دعوى فسخ البيع لإخلال البائع بالتزامه بنقل الملكية وبضمان انتفاع

المشتري بالمبيع كاملاً، وفي هذه الدعوى يطالب المشتري بإعادته إلى الحال التي كان عليها قبل التعاقد، أي بأن يرد إليه الثمن، وله كذلك أن يطالب بتعويض ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب هذا الفسخ (م 1/157 مدني)، وأساس هذا التعويض وفقاً للرأى الراجح هو المسؤولية التقصيرية، لأنه بالفسخ يزول العقد بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن، فلا يعد صالحاً ليقوم عليه الالتزام بالتعويض⁽¹⁾.

فإذا رجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق، فإن التعويض يجب أن

يقدر تبعاً لما نصت عليه المادتان 443، 444 ومداه يختلف بحسب ما إذا كان الاستحقاق كلياً أم جزئياً.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ولاحظ هنا أمران: (أ) كل ما تقدم ذكره من تفصيل ما يرجع به المشتري على البائع إنما هو تنفيذ بطريق التعويض، لالتزام البائع بنقل ملكية المبيع بعد أن استحال تنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً كما تقدم. وهذا لا يمنع المشتري من سلوك طريق آخر، فلا يطالب بتنفيذ الالتزام، بل يطالب بفسخ البيع، على أساس أنه عقد ملزم للجانبين وقد أخل البائع بالتزامه، أو يطالب بإبطال البيع، على أساس أنه بيع ملك الغير بعد أن ظهر أن المبيع مملوك لغير البائع. ويجب في حالة المطالبة بالفسخ أو البطلان، أن يترتب عليهما من الآثار ما تقرره القواعد العامة. بل يجوز الذهاب إلى أبعد من ذلك، واعتبار البيع، عند استحقاق المبيع، مفسوخاً من تلقاء

(1) السنهوري ص 675 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 182 وما بعدها - محمد شكرى

سرور ص 341 - سمير تتاغو ص 287 وما بعدها.

نفسه، تطبيقاً للمادة 220 من المشروع... الخ⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "البين من المادة 440 من القانون المدنى أن الإخطار المنصوص عليه فيها لا يكون إلا حين ترفع على المشتري دعوى من الغير باستحقاق المبيع ولا محل للتمسك بعدم حصول هذا الإخطار إلا حيث يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق على أساس قيام عقد البيع. أما إذا اختار المشتري سبيل المطالبة بفسخ العقد فإنه لا مجال لتطبيق المواد من 440 إلى 443 من القانون المدنى الخاصة بضمان الاستحقاق. وقد أفصح المشرع عن استقلال دعوى الضمان عن دعوى الفسخ والإبطال فى المادة 443 من القانون المدنى التى بينت عناصر التعويض الذى يحق للمشتري أن يطلبه من البائع فى حالة الرجوع عليه بدعوى الضمان عند استحقاق المبيع كله وذلك بنصه فى الفقرة الأخيرة من هذه المادة على أن كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيًا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله".

(طعن رقم 217 لسنة 34 ق جلسة 1968/2/22)

2- "النص فى المادة 157 من القانون المدنى على أنه فى "العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض إن كان له مقتضى" يدل على أن الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لا يلزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ. وإذا كان ما بنى عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسسًا على توافر الخطأ فى جانبه وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهى الأركان اللازمة لقيام المسؤولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ الطاعن بأنه خطأ عقدى مادام أن ذلك لم يؤثر فى النتيجة الصحيحة

التي انتهى إليها".

(طعن رقم 58 لسنة 44 ق جلسة 1978/1/19)

3- "النص في المادة 443 من القانون المدني على أن "إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع: (1) قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت (2) (3) (4) (5) وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيًا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله" يدل على أن للمشتري في حالة استحقاق المبيع من تحت يده وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ثلاث دعاوى هي دعوى الإبطال والفسخ وضمان الاستحقاق والأخيرة دعوى تنفيذ بمقابل إذ تفترض بقاء العقد. وللمشتري أن يختار من بينها ما يشاء فإذا اختار دعوى ضمان الاستحقاق وهي دعوى التنفيذ بمقابل فإن ذلك يفترض بقاء العقد الذي يستمد منه حقه في رفع الدعوى ويكون الحكم المطعون فيه إذ أيد حكم محكمة أول درجة في قضائه برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل صدور حكم بفسخ العقد قد أصاب صحيح القانون".

(طعن رقم 2989 لسنة 59 ق جلسة 1998/4/28)

201- تأثير حسن نية البائع أو المشتري في ضمان الاستحقاق :

التعويض المقرر في المادة 443 يستحق بجميع عناصره للمشتري إذا كان حسن النية أي إذا لم يكن يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق. أما إذا كان يعلم بسبب الاستحقاق امتنع عليه الرجوع بالتعويض واستحق فقط قيمة المبيع. وهذا الحكم وإن لم يكن منصوصا عليه في المادة 443 إلا أنه حكم مستمد من نص المادة 468 مدني الخاصة ببيع ملك الغير وتقضى بأن: "إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية". فهذا النص لا يعطى المشتري في حالة

رجوعه على البائع على أساس أحكام بيع ملك الغير الحق فى التعويض إلا إذا كان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع.

ولما كانت الواقعة التى أدت إلى إبطال البيع أو إلى الضمان هى فى النهاية واحدة وهى صدور البيع من غير مالك، ولما كانت دعوى إبطال بيع ملك الغير ليست فى الواقع سوى دعوى ضمان أجاز رفعها قبل الأوان (أى قبل حصول التعرض الفعلى) فإنه يجب ألا يتغير مدى حق المشتري تبعاً للدعوى التى يختار رفعها. ولهذا وجب القول بأن المشتري لا يحق له الرجوع على البائع إلا بقيمة المبيع متى كان يعلم وقت العقد بسبب الاستحقاق، ولا يكون له الرجوع بسائر بنود التعويض إلا إذا كان حسن النية⁽¹⁾.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 478 وما بعدها - أنور سلطان ص 303 وما بعدها- سليمان مرقس ص 378 وما بعدها - وعكس ذلك: السنهورى ص 684- إسماعيل غانم ص 185 - سمير تناغو ص 293 - منصور مصطفى منصور ص 177- ويقول =
= الدكتور منصور مصطفى منصور فى بيان رأيه: "ونرى مع البعض الآخر أنه لا يشترط حسن نية المشتري للرجوع بسائر عناصر التعويض المذكورة فى المادة 443 وذلك لما يلى :

فأولاً لم يتطلب المشرع حسن النية فى المادة 443، ولا تدل الأعمال التحضيرية على أن المشرع يتطلبه، بل على العكس تدل صياغة النص وما ورد تعليقا عليه فى المذكرة الإيضاحية أنه لا يلزم حسن النية، فالمشرع يعطى المشتري الحق فى "قيمة المبيع" لا فى استرداد الثمن كما قلنا، وينبى فى آخر النص إلى أن رجوع المشتري بسائر البنود المذكورة لا يكون على أساس الفسخ أو الإبطال. ومعنى هذا أن المشتري عندما يطالب بهذه التعويضات فهو يطالب بها على أساس العقد الذى لا يزال قائماً وفى هذا تقول المذكرة "آثر المشروع، فى بيان ما يترتب على ضمان الاستحقاق، أن يلتزم الحل الذى تمليه القواعد العامة. فضمن الاستحقاق التزام فى ذمة البائع قد نشأ من عقد البيع، وإذا طالب المشتري به قامت مطالبته على أساس هذا العقد.

ومعنى ذلك أن ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لا يتصور قيامه إلا مع قيام عقد البيع والمشتري فى رجوعه بالضمان على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع،

ولما كان المبيع قد استحق واستحال بذلك التنفيذ العيني للالتزام، فلم يبق أمام المشتري إلا أن يطالب بتنفيذ الالتزام من طريق التعويض، والتعويض في هذه الحالة هو ما ذكرته المادة 589 (النص المقابل في المشروع لنص المادة 443) وهي تقتصر على تطبيق القواعد العامة في تقدير مدى التعويض". إذا تبين هذا فكيف يمكن تطبيق الحكم الوارد بخصوص إبطال بيع ملك الغير؟ أول ما يلاحظ أن الاستحقاق الكلي لا يعني دائما أننا بصدد بيع ملك الغير فقد يكون البائع مالكا وقت التعاقد ثم يبيع مرة أخرى ويسبق المشتري الثاني بالتسجيل ويستحق المبيع، وكذلك قد يوقع الحجز على المبيع سواء قبل التسجيل أو بعده في يد المشتري ويبيع ويستنفذ الثمن في تسديد الديون فلا يمكن هنا أن يقال إننا بصدد بيع ملك الغير. وحتى لو كنا بصدد ملك الغير كما لو اتضح أن المستحق كان مالكا وقت العقد فلا يمكن إعمال نص المادة 468 عند الرجوع بضمان الاستحقاق. فالمشتري عندما يرجع على البائع بعد إبطال البيع فهو يرجع عليه "بالثمن" لأن أثر الإبطال بعد أن زال العقد هو رد المتعاقدين إلى حالتها قبل التعاقد، ويكون أساس استرداد الثمن هو دفع غير المستحق، وإذا كان للمشتري أن يرجع بالتعويض عندما يكون حسن النية فذلك على أساس المسؤولية التقصيرية أما عند =

= الرجوع بضمان الاستحقاق فذلك يكون على أساس العقد الموجود كما بينا من قبل وتكون المسؤولية عقدية.

فإذا سلمنا أن المشتري يرجع على البائع عند الاستحقاق على أساس التنفيذ بمقابل، وهو ما يسلم به أنصار الرأي المخالف، فيجب وفقا للقواعد العامة ولنص المادة 443 أن يرجع بكل ما خسره وما فاتته من كسب.

وإذا قيل إنه لا يرجع عندما يكون سئ النية إلا بقيمة المبيع فعلى أى أساس يكون ذلك؟ يبدو أن أنصار الرأي المخالف قد أخذوا بالرأى المعمول به في فرنسا والذي كان مقررا في ظل القانون القديم دون ملاحظة الفرق بين نص القانون الجديد ونص القانون الفرنسي وقانوننا القديم فالمشرع الفرنسي يلزم البائع برد "الثمن" (م 1630) وكذلك القانون القديم كما رأينا من قبل. وذهب الشراح في فرنسا إلى القول بأن أساس استرداد الثمن هو دفع غير المستحق، وكذلك فعل شراح القانون المدني القديم، ولا يزال لهذا الرأي أثره لدى بعض شراح القانون الجديد. ولكن المشرع في القانون الجديد لم ينص على استرداد "الثمن" بل "قيمة المبيع" حتى يتمشى الحكم مع قواعد التنفيذ بمقابل، وبهذا لا يمكن القول بأننا بصدد إثراء بدون سبب لأن العقد لا يزال قائما وهو سبب إثراء البائع بالثمن.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "الضمان المقرر قانونا على البائع عند استحقاق المبيع يلزمه برد الثمن مع التضمينات وفقا للمادة 304 مدنى- قديم- ما لم يكن المشتري عالما وقت البيع بالسبب الذى أدى إلى الاستحقاق إذ لا يجوز له فى هذه الحالة الرجوع على البائع بالتعويضات عملا بالمادة 265 مدنى- قديم- وهذا وذلك دون حاجة إلى اشتراط خاص فى العقد. وهذا الالتزام القانونى يقبل التعديل باتفاق العاقدین سواء على توسيع نطاقه أو تضيق مداه أو الإبراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما".

(طعن رقم 191 لسنة 18 ق جلسة 1951/2/1)

2- "متى كان قد ثبت لمحكمة الموضوع أن المشتري كان يعلم وقت شرائه بالعيب اللاحق بسند البائع له وأنه أقدم على الشراء مجازفا وتحت مسؤوليته فإنه لا يكون له الحق فى طلب التضمينات ومنها مصاريف العقد".

(طعان رقما 345 لسنة 20، 17 لسنة 21 ق جلسة 1954/1/21)

3- "إذا كان الأصل أنه لا يجوز للمشتري عند حصول تعرض له فى الانتفاع بالمبيع أو عند استحقاق هذا المبيع أن يرجع على البائع بالتعويضات إذا كان المشتري يعلم وقت البيع بسبب التعرض أو الاستحقاق، إلا أن التزام البائع

ولهذا فقصر حق المشتري سئ النية على استرداد قيمة المبيع لا يمكن أن يستقيم مع أى أساس من أسس الرجوع، فلا هو يستقيم مع فكرة التنفيذ بمقابل التى تستلزم التعويض الكامل، ولا مع فكرة الإثراء التى تقتضى رد أقل القيمتين لأن البائع يلتزم بقيمة المبيع ولو كانت أكثر من الثمن الذى حصل عليه زيادة على عدم توفر شروط الإثراء بلا سبب لقيام العقد كما قلنا.

وفى النهاية نلاحظ أنه كما لا يؤثر علم المشتري أو عدم علمه بقيام سبب الاستحقاق فى مقدار التعويض الذى يرجع به، فكذلك لا يؤثر علم البائع أو عدم علمه باستثناء حالة رد المصروفات الكمالية كما قلنا من قبل".

القانونى بالضمان يقبل التعديل باتفاق الطرفين سواء على توسيع نطاقه أو تضيق مداه أو الإبراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما.

وأنة وإن كان اشتراط الضمان فى عقد البيع بألفاظ عامة لايعتبر تعديلا فى الأحكام التى وضعها القانون لهذا الالتزام، إلا أنه إذا كان المشتري والبائع كلاهما عالمين وقت التعاقد بسبب التعرض أو الاستحقاق فإنه فى هذه الحالة يدل النص على شرط الضمان فى العقد - وهو أصلا لا حاجة إليه - على أن الغرض منه هو تأمين المشتري من الخطر الذى يهدده تأمينا لا يكون إلا بالالتزام البائع بالتضمينات علاوة على رد الثمن فى حالة استحقاق المبيع".

(طعن رقم 13 لسنة 29 ق جلسة 1964/7/7)

4- "تقدير علم المشتري بسبب الاستحقاق وتقصى ثبوته ونفيه من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك مادامت الأسباب التى يقيم عليها قضاءه سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها".

(طعن رقم 132 لسنة 32 ق جلسة 1966/3/10)

5- "المادة 443 من القانون المدنى التى يستمد المشتري منها حقه فى التعويض عن ضمان الاستحقاق لم تشترط وقوع خطأ من البائع. وكل ما يشترط لاستحقاق هذا التعويض أن يكون المشتري حسن النية وقت البيع غير عالم بسبب الاستحقاق".

(طعن رقم 2989 لسنة 59 ق جلسة 1988/4/28)

أما من ناحية البائع فالرجوع عليه لا يتوقف على حسن نيته أو سوءها⁽¹⁾، فهو ملزم بأن يعرض المشتري عن الاستحقاق سواء كان على علم بسبب الاستحقاق أو لم يكن. فالمادة 443 لم تشترط لرجوع المشتري على البائع أن يكون هذا الأخير حسن النية، والمادة 468 الخاصة ببيع ملك الغير صريحة فى إلزام

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 479- وما بعدها- عبد الناصر العطار ص 224 هامش (12).

البائع بالتعويض ولو كان حسن النية.

ومع ذلك فإن نية البائع أو حسنها قد يكون له أثر من حيث مدى التعويض الذى يحكم به. فالبند الثالث من المادة 443 صريح فى أن المشتري لا يرجع على البائع بالمصروفات الكمالية التى أنفقها على المبيع الذى استحقه الغير إلا إذا كان البائع سئ النية.

ومن ناحية أخرى فإن تطبيق القواعد العامة فى المسؤولية العقدية من شأنه التمييز بين المتعاقد الذى لم ينفذ التزامه بحسن نية والمتعاقد الذى ارتكب غشا أو خطأ جسيما. فالأول لا يلتزم إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، فى حين أن الثانى يسأل حتى عن الضرر غير المتوقع (م2/221). وكذلك فى حالة تقدير التعويض مقدما بالاتفاق (الشرط الجزائى) فإن الدائن لا يستطيع أن يطالب بأكثر من القيمة المتفق عليها حتى لو جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما (م225). وسنرى أيضا أن كل شرط ينقص الضمان أو يسقطه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى، وكذلك يبطل شرط عدم الضمان إذا كان سبب الاستحقاق قد نشأ من فعل البائع (م3/445، 1/446)⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"يقضى قانون الجمارك رقم 16 لسنة 1963 والقرارات المنفذة له بمصادرة السيارة فى حالة بيعها بدون إذن استيراد فضلا عن تحملها بدين الضريبة المستحقة وهو دين ممتاز عملا بالمادة 1139 من القانون المدنى، وإذا كان الثابت من الأوراق أنه ترتب على المخالفة المشار إليها ضبط السيارة بناء على طلب مصلحة الجمارك مما نجم عنه حرمان المشتري (المطعون عليه) من الانتفاع بها فإن هذا الضبط يعتبر تعرضا مبنيا على سبب قانونى يضمنه البائع (الطاعن) -

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 479 وما بعدها - عبد الناصر العطار ص 236.

ذلك أنه يكفي لنشوئه أن يحرم المشتري فعلا من المبيع لأى سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه وليس فى مقدوره دفعه ولا يتوقف وجوده على صدور حكم قضائى بنزع ملكية المبيع المشتري بل يقصد به أى تعرض له من شأنه أن يؤدى إلى نزع الشئ المبيع، حتى ولو كان البائع حسن النية لا يعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع".

(طعن رقم 211 لسنة 45 ق جلسة 1978/4/27)

(راجع أيضا طعن رقم 2989 لسنة 59 ق جلسة 1998/4/28 المنشور سلفا فى هذا البند).

202- عناصر التعويض فى الضمان الكلى للاستحقاق :

أوردت المادة 443 عناصر التعويض الذى يقضى به للمشتري فى حالة الاستحقاق الكلى للشئ المبيع.

وهذه العناصر هى:

(أ) قيمة المبيع وقت الاستحقاق :

أول ما يجب على البائع دفعه إلى المشتري هو قيمة المبيع مقدرة وقت الاستحقاق.

وقد حرص القانون على النص على أن يكون الرجوع فى تقدير القيمة إلى وقت الاستحقاق لا إلى يوم البيع، فألزم البائع بدفع هذه القيمة لا برد الثمن الذى قبضه، تمشيا مع فكرة التعويض، لأننا هنا لسنا بصدد فسخ للعقد أو إبطاله حتى يقال بإلزام البائع برد الثمن، بل بصدد تنفيذ للالتزام عن طريق التعويض. والتعويض يكون بقدر الخسارة الفعلية، وخسارة المشتري الفعلية وقت حصول الضرر (أى الاستحقاق) تتمثل فى قيمة المبيع فى هذا الوقت. ولهذا كان نص المادة (443) من التقنين الجديد أفضل من نص القانون الفرنسى (م1631) ونص التقنين المدنى القديم (م306) اللذين يلزمان البائع برد الثمن، ويخلطان بذلك بين

أحكام الضمان وبين قواعد الفسخ⁽¹⁾.

ويذهب الفقه إلى أنه لا يجوز للمشتري المطالبة بضمان الاستحقاق إلا من وقت صدور الحكم النهائي بالاستحقاق، غير أن قيمة المبيع يجب أن ينظر فيها إلى قيمة المبيع وقت رفع دعوى الغير الذى حكم له فيها بالاستحقاق، لأن حكم الاستحقاق يستند أثره إلى وقت رفع الدعوى⁽²⁾.

وقد أخذت محكمة النقض فى أحد أحكامها بهذا الرأى إذ قضت بصدد الاستحقاق الجزئى للمبيع بأنه :

"إذا اختار المشتري استبقاء المبيع لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئى، ويدخل فى حساب التعويض قيمة ما استحق من المبيع ويرجع فى تقدير قيمته إلى وقت الاستحقاق والذى يتحدد بوقت رفع دعوى الاستحقاق. .. الخ".

(طعن رقم 3014 لسنة 64 ق جلسة 1995/11/21)⁽³⁾

وبالترتيب على ما تقدم إذا كان المبيع قد زادت قيمته من وقت البيع إلى وقت الاستحقاق وجب على البائع أن يدفع للمشتري هذه القيمة الزائدة لا الثمن الذى اشترى به فحسب. أما إذا نقصت القيمة، أفاد البائع من ذلك ولم يدفع للمشتري إلا

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 480 وما بعدها- منصور مصطفى منصور ص 172 - سمير تناعو ص 289.

(2) السنهورى ص 677- سليمان مرقس 383 هامش (1)- سمير تناعو ص 289.

(3) إلا أنها عدلت عن هذا القضاء فى حكمها الصادر بتاريخ 1998/4/28 فى الطعن رقم

2989 لسنة 59 ق الذى ذهب فيه إلى أن تقدير قيمة المبيع تكون فى وقت صيرورة =

حكم الاستحقاق نهائيا، إذ جرى قضاؤها على أن: "تقدير قيمة المبيع فى حالة استحقاقه

إنما يكون وفق صريح نص المادة 1/443 من القانون المدنى وقت الاستحقاق وهو وقت

صيرورة حكم الاستحقاق نهائيا لأنه الوقت الذى يتأكد فيه نجاح المتعرض فى دعواه.

تلك القيمة الناقصة. غير أنه يلاحظ في هذه الحالة أن المشتري ليس مقيدا بقواعد التنفيذ بمقابل التي طبقها المادة 443 المذكورة وإنما له أن يعدل عنها إلى طلب الفسخ، فيجوز له حينئذ أن يطالب بالثمن الذي دفعه وألا يكتفى بقيمة الشيء وقت استحقاقه⁽¹⁾.

ويستوى أن يكون هبوط قيمة المبيع وقت الاستحقاق بفعل المشتري كما لو كان المبيع بناء هدمه وباع أنقاضه، أو بدون فعل المشتري كما لو انخفضت قيمة المبيع تبعا لانخفاض الأسعار أو بسبب استعماله أو قدمه. ففي الحالتين يكون المشتري قد استفاد من المبيع قبل هبوط قيمته. ويلاحظ أنه إذا نقصت قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن الثمن، جاز للمشتري بدلا من الرجوع بضمان الاستحقاق، أن يطلب فسخ المبيع أو إبطاله فيسترد الثمن.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"تقضى المادة 443 من القانون المدني بأنه إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق وهي قيمة لا تأثير لمقدار الثمن عليها فقد تقل عنه وقد تزيد".

(طعن رقم 211 لسنة 45 ق جلسة 1978/4/27)

وتقدير قيمة المبيع وقت الاستحقاق بقيمة السوق وليست بقيمته عند المشتري⁽²⁾.

وهذا التقدير مما يستقل به قاضى الموضوع.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) سليمان مرقس ص 383 - منصور مصطفى منصور ص 172 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 184.

(1) الدكتور محمد عبد الظاهر حسين الدعاوى المتعلقة بعقد البيع طبعة 1994 ص 50.

"تقدير قيمة المبيع وقت الاستحقاق هو مما يستقل به قاضى الموضوع إلا أنه إذا قدم له دليل مقبول وهو هبوط قيمة المبيع عادة باستعماله فترة من الزمن - فإن عليه إذا رأى إطرار هذا الدليل وتقدير القيمة على خلافه أن يبين سبب عدم أخذه به".

(طعن رقم 211 لسنة 45 ق جلسة 1978/4/27)

ويترتب على أن المشتري يسترد قيمة المبيع لا الثمن أنه لو كان الثمن إيراداً مرتباً مدى الحياة، فإن المشتري يبقى ملزماً بدفع الإيراد للبائع بعد أن يسترد منه قيمة المبيع، ولا يكون للبائع حق امتياز على قيمة المبيع لأن حلول هذه القيمة محل المبيع حلولاً عينياً لم يرد فيه نص.

أما فى القانون الفرنسى، حيث يسترد المشتري الثمن لا قيمة المبيع، فإنه يسترد ما دفعه من أقساط الإيراد، فينقطع الإيراد⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي عما يجوز للمشتري مطالبة البائع به: "قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت. وذلك لأن المبيع ذاته قد استحق، فلا يستطيع المشتري استبقائه لا هو ولا ثمرته فيستعيز عنهما بالقيمة والفوائد القانونية"⁽²⁾.

أما إذا أقام المشتري دعواه بإبطال البيع على أساس أنه بيع ملك الغير أو بفسخه استناداً إلى إخلال البائع بالتزامه، فإنه يقضى له برد الثمن وتعويضه عما فاتته من كسب وما لحق به من خسارة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لقاضى الموضوع متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع ووجب على البائع رد الثمن مع التضمينات، أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين يلزم به البائع،

(2) السنهاورى ص 678 الهامش.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 96.

علاوة على الثمن، أو أن يحتسب عليه الثمن بالفوائد التي يعوض بها على المشتري ماخسره، وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانوناً بسبب نزع الملكية والاستحقاق، وليس على القاضى إذا أجرى الفوائد التعويضية على البائع أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار إليها فى المادة 124 من القانون المدنى القديم الذى يحكم واقعة النزاع".

(طعن رقم 200 لسنة 37 ق جلسة 1972/2/29)

وقد رأينا سلفاً أن للمشتري إما الرجوع على البائع على أساس قواعد الاستحقاق أو بطلب إبطال العقد أو بفسخه.
(راجع قضاء محكمة النقض المنشور سلفاً).

(ب) الفوائد القانونية عن قيمة المبيع :

فضلاً عن استحقاق المشتري قيمة المبيع فإنه يثبت له الحق فى تقاضى الفوائد القانونية على هذه القيمة، وتحتسب هذه الفوائد من وقت الاستحقاق، وذلك خلافاً للقواعد العامة التى لا توجب سريان الفوائد إلا من يوم المطالبة القضائية (م226). والحكمة التى دعت المشرع إلى الخروج عن القواعد العامة فى هذا الشأن هى أن المشتري قد حرم من الانتفاع بالمبيع من وقت استحقاقه، فيستعويض عن هذا الانتفاع بالفوائد القانونية منذ ذلك الوقت أيضاً⁽¹⁾.

(ج) قيمة الثمار التى ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع :

يشمل التعويض قيمة الثمار التى ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع، والثمار التى يلزم المشتري بردها أو برد قيمتها إلى المستحق، وبالتالي يحق له أن يرجع بها على البائع، هى الثمار التى قبضها أو قصر فى قبضها وهو سئ النية (م979)، أى وهو عالم بحق الغير الذى استند إليه فى دعوى الاستحقاق،

(1) محمد لبيب شنب ص 185 - خميس خصر ص 343 - محمد شكرى سرور ص 342.

ويفترض في المشتري بوصفه حائزا للمبيع أنه كان حسن النية وقت قبض الثمار، فإذا ادعى المستحق أنه كان سئ النية فعليه إثبات ذلك⁽¹⁾.

ولما كان العلم واقعة قانونية فإنها تثبت بكافة الطرق. ويعتبر المشتري سئ النية على الأقل منذ إعلانه بعيوب حيازته في صحيفة دعوى الاستحقاق (م 2/966 مدني)⁽²⁾.

وللمستحق أن يثبت أن المشتري كان يعلم قبل ذلك بوجود حق للغير على المبيع. فإذا ألزم المشتري برد الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها أو قيمتها وهو سئ النية إلى المستحق، كان له أن يرجع بهذه القيمة على البائع كعنصر من عناصر التعويض المستحق له، عدا ما قبضه منها بعد الاستحقاق، لأن المشتري قد عوض عن ثمار المبيع بعد الاستحقاق بالفوائد القانونية على قيمة المبيع من هذا الوقت. ولكن لا يستحق المشتري فوائد على قيمة الثمار إلا من وقت المطالبة القضائية طبقا للقواعد العامة.

أما الثمار التي قبضها المشتري وكان حسن النية وقت قبضها أى لا يعلم بحق المتعرض، فإنها يكسبها بهذا القبض (م 1/978) فلا يلتزم بردها أو برد قيمتها إلى المستحق، وبالتالي لا يكون هناك محل لرجوعه بهذه القيمة على البائع.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع. والمفروض في ذلك أن المشتري قد علم بحق الغير قبل رفع دعوى الاستحقاق، فوجب أن يرد الثمار المستحقة من وقت علمه بذلك، ويرجع بها على البائع استيفاء لحقه في التعويض. أما ثمار المبيع من وقت رفع الدعوى، فهذه قد استعاض عنها بالفوائد

(1) محمد عبد الظاهر حسين ص 50.

(2) خميس خضر ص 243 وما بعدها- محمد أبيب شنب ص 185.

القانونية لقيمة المبيع كما سبق بيانه فيما تقدم⁽¹⁾.

على أن حق المشتري في الرجوع على البائع بقيمة الثمار التي ألزم بردها إلى المستحق، مشروط بأن يكون قد دفع الثمن كله، أما إذا كان المشتري لم يدفع الثمن كله، فإنه يجب أن يخصم من قيمة هذه الثمار الفوائد المستحقة للبائع عن هذا الثمن أو عن الباقي منه طول المدة التي انتفع فيها بالمبيع إذ لا يجوز له أن يجمع بين الثمار أو قيمتها وبين فوائد الثمن (م1/458)⁽²⁾.

(د) المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سئ النية :

قد ينفق المشتري على المبيع مصروفات مختلفة. وتنقسم هذه المصروفات إلى مصروفات ضرورية وهي اللازمة لحفظ الشيء وصيانته، ومصروفات نافعة وهي التي لا تقوم ضرورة تستدعي إنفاقها وإنما ترتب عليها زيادة في قيمة المبيع أو الانتفاع به، ومصاريف كمالية وهي التي تنفق بقصد الزخرف والزينة.

والمصاريف الضرورية يحق للمشتري مطالبة المالك المستحق بها كاملة ومن ثم فلن يكون محل لأن يرجع بها على البائع، لأن الفقرة الأولى من المادة 980 مدني تقضى بأن على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية. ولذلك لم تذكر المادة 443 المصروفات الضرورية.

أما إذا أنفق مصروفات نافعة كإقامة طبقة جديدة فوق البناء أو استصلاح أرض بور أو غرس أشجار في الأرض فإنه لا يحق له دائماً مطالبة المستحق بها كاملة، إذا أنه يسرى في شأنها قواعد الالتصاق المنصوص عليها بالمواد 2/980،

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 96.

(2) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص 372 هامش (3) - محمد لبيب شنب ص 186.

924، 925 مدنى. وهذه القواعد تفرق بين الحائز حسن النية والحائز سئ النية، فإذا كان الحائز (وهو هنا المشتري) حسن النية أى لا يعلم وقت أن أنفق بسبب الاستحقاق، خير المسترد بين أن يدفع له قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب الحائز نزع الأدوات. وطبيعى أن المستحق سيدفع الأقل من هاتين القيمتين، فإذا كان ما اختار دفعه هو قيمة الزيادة فى ثمن الأرض استطاع المشتري أن يرجع على البائع بالفرق بين هذه القيمة والمصاريف التى أنفقها بالفعل. أما إذا كان الحائز (المشتري) سئ النية أى كان وقت البناء عالما بسبب الاستحقاق، كان للمستحق أن يطلب إزالة المنشآت فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت، أو أن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت. وهكذا يبدو أن المشتري إذا كان سئ النية وقت البناء فلن يستطيع استرداد جميع ما أنفقه من مصاريف. فيكون له حينئذ أن يرجع بالفرق على البائع (بشرط أن يكون حسن النية وقت البيع كما هى القاعدة⁽¹⁾).

والخلاصة أن المشتري (حسن النية) يحق له مطالبة البائع بدفع المصروفات النافعة التى لم يستطع أن يلزم المستحق بها قانونا.

أما المصروفات الكمالية فلا يجوز للمشتري مطالبة المالك المستحق بها عملا بالفقرة الثالثة من المادة 980 مدنى التى تقضى بأنه إذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشئ منها، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقئها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة. وواضح أن هذه المصروفات الكمالية مثل دهان الحيطان أو زخرفتها لا يتصور أن يطلب المشتري إزالتها، ومن ثم إذا لم يطلب

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 482 وما بعدها - سليمان مرقس ص 385- عبد الودود يحيى ص 130.

المالك استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة فسيتركها المشتري للمستحق دون أخذ تعويض منه.

وحينئذ يكون للمشتري استرداد هذه المصاريف إذا كان البائع سئ النية أى يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق⁽¹⁾.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... أما المصروفات الكمالية فلا يرجع بها المشتري على المستحق. وكذلك لا يرجع بها على البائع إذا كان حسن النية، لأن المدين فى المسئولية التعاقدية لايسأل عن الضرر غير متوقع الحصول، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمرا غير متوقع. فإذا كان البائع سئ النية، أى كان يعلم بحق الأجنبى، فيسأل فى هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقع، ويحق إذن للمشتري أن يرجع عليه بالمصروفات الكمالية"⁽²⁾.

ويلاحظ أنه إذا رجع المشتري على البائع سئ النية بالمصروفات الكمالية، فإنه يجب أن يخصم من هذه المصروفات ما زاد فى قيمة المبيع وقت الاستحقاق، ودخل بالتالى فى العنصر الأول من عناصر التعويض. فإذا فرضنا أن المبيع كان عقارا يساوى عشرة آلاف جنيه، ثم أنفق المشتري عليه نفقات كمالية قدرها ألف جنيه. وترتب على هذا أن قيمته زادت وقت الاستحقاق إلى عشرة آلاف وخمسمائة جنيه، فإن المشتري لا يرجع على البائع بما أنفقه من مصروفات كمالية بخمسمائة جنيه، لأنه سيرجع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق وهى عشرة آلاف وخمسمائة جنيه⁽³⁾.

(1) السنهورى ص 681 - عبد الودود يحيى ص 130.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 96.

(3) عبد الودود يحيى ص 130 - محمد لبيب شنب ص 187 وما بعدها - منصور مصطفى

منصور ص 175.

(هـ) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق :

للمشتري أن يطلب من البائع جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة 400 مدنى.

فإذا صدر حكم باستحقاق المبيع فى مواجهة المشتري، فإنه سيتحمل مصروفات دعوى الاستحقاق لأنه خسرهما، والقاعدة أن يحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها (م1/184 مرافعات)، ولذلك يحق للمشتري أن يطالب البائع بقيمة هذه المصروفات، ولكن يخصم من هذه القيمة النفقات التى كان المشتري يستطيع أن يتقيه لو أخطر البائع بتعرض المستحق، لأنها تكون ناشئة عن تقصيره وهو ملزم بإخطار البائع بالدعوى المرفوعة عليه وذلك فى الوقت الملائم (م440)⁽¹⁾. ومثال هذه المصروفات ما أنفقه المشتري فى الحصول على مستندات تفيد فى الدعوى إذا ثبت أن هذه المستندات موجودة لدى البائع. أو يتسبب البائع فى إطالة الإجراءات وزيادة النفقات نتيجة لذلك. وعلى البائع يقع عبء إثبات أن المشتري كان يستطيع اتقاء المصروفات⁽²⁾.

ويجوز للمشتري مطالبة البائع بمصاريف دعوى الضمان الأصلية أو الفرعية التى رفعها على البائع، إذا ما رجع المشتري على البائع بالضمان وهذا بديهي إذ الفرض أنه يحكم فى هذه الدعوى لصالح المشتري.

(و) تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب

استحقاق المبيع :

يلزم البائع بوجه عام بتعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من

(1) محمد كامل مرسى ص 318 - محمد لبيب شنب ص 188 - عبد الودود يحيى ص 131.

(2) السنهورى ص 682.

كسب بسبب استحقاق المبيع.

فالبائع يلتزم بتعويض المشتري عن كل خسارة نزلت به من جراء الاستحقاق حتى ولو لم تذكر ضمن العناصر السابقة، ويعد هذا تطبيقاً للقواعد العامة، فالقواعد العامة تقضى بأن التعويض فى المسئولية التعاقدية يشمل كل ما لحق الدائن من خسارة متوقعة أو فاتته من كسب متوقع. ومثال ذلك مصاريف كتابة العقد ومصاريف التسجيل إن كان قد سجل وسمسرة الوسطاء، ونفقات التسليم. وقيمة صفقة رابحة ضاعت على المشتري بسبب استحقاق المبيع⁽¹⁾، وكذا تعويض المشتري من كساد تجارته التى كان يباشرها فى المبيع بسبب اضطراره إلى نقلها إلى مكان آخر⁽²⁾، وعن الأرباح التى حرم منها بسبب زيادة قيمة المبيع عن الثمن المتفق عليه عند البيع، وما يكون قد طرأ من زيادة فيما بعد البيع إلى يوم الاستحقاق، سواء كانت الزيادة بعمل المشتري أم بغير عمله كالظروف الطارئة أو الظروف الاقتصادية العامة⁽³⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

"وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاتته من كسب بسبب استحقاق المبيع، وليس فى ذلك إلا تذكير بالقواعد العامة"⁽⁴⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لقاضى الموضوع متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع، ووجب على البائع رد الثمن مع التضمينات، أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين، يلزم به

(1) جلال العدوى ص 183 - عبد الودود يحيى ص 131.

(2) محمد لبيب شنب ص 189.

(3) سليمان مرقس ص 386.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 97.

البائع، علاوة على الثمن، أو أن يحتسب عليه الثمن بالفوائد التي يعوض بها على المشتري ما خسره، وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانوناً بسبب نزع الملكية والاستحقاق، وليس على القاضى إذا أجرى الفوائد التعويضية على البائع أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار إليها فى المادة 124 من القانون المدنى القديم الذى يحكم واقعة النزاع".

(طعن رقم 200 لسنة 37 ق جلسة 1972/2/29)

203- هل تسرى قواعد التعويض عن الاستحقاق على الراسى عليه

المزاد (المشتري) إذا استحق المبيع؟

ذكرنا سلفاً عناصر التعويض التى يجوز للمشتري أن يرجع به على الدائن فى حالة الاستحقاق الكلى طبقاً للمادة 443 مدنى.

ولكن المادة 416 من قانون المرافعات الجديد أوردت نصاً خاصاً فى خصوص البيع الجبرى (بالمزاد) يحصر ما يرجع به الراسى عليه المزاد (المشتري) إذا ما استحق المبيع، فى الثمن والتعويضات فقط دون عناصر التعويض الأخرى المذكورة فى القانون المدنى فقضت بأن: "إذا استحق المبيع كان للمشتري الرجوع بالثمن والتعويضات إن كان لها وجه.... إلخ".

وقد انقسم رأى فى سريان قواعد الضمان الواردة فى القانون المدنى فى هذه

الحالة (البيع الجبرى) من عدمه.

فذهب رأى إلى أن ضمان الاستحقاق المنصوص عليه فى القانون المدنى يقوم فى البيع الجبرى قيامه فى البيع بالممارسة. ومن ثم يكون المحجوز عليه (المدين أو الحائز أو الكفيل العينى) ملزماً بالضمان إذ هو يعد بائعاً، ويرجع فى تحديد مدى هذا الضمان إلى ما ورد فى قائمة شروط البيع على اعتبار أنها شريعة أطراف الحجز بما فيهم المشتري بالمزاد بشرط ألا تكون مخالفة للنظام العام وتكملها القواعد العامة فى البيع التى نص عليها القانون المدنى ويشمل الضمان ضمان الاستحقاق كله أو

بعضه وضمان النقص في مساحة العقار عن المقدّر لها في قائمة شروط البيع، ولا ضمان للعيب في البيوع القضائية عملاً بالمادة 454 مدني⁽¹⁾.

بينما ذهب رأي آخر إلى أنه ليس للمشتري بالمزاد أي حق في الضمان على النحو الذي تنص عليه المجموعة المدنية بالنسبة للمشتري في عقد البيع.

ذلك أن قاعدة المجموعة المدنية في الضمان لا تقوم على أساس أن البائع هو مالك الشيء المبيع حتى يقال بتطبيقها أيضاً على البيع الجبري، بل تقوم على أساس أن البائع قد أراد البيع. ولما كان المدين لم يرد البيع، فلا يمكن إلزامه بالضمان. والدليل على أن الالتزام بالضمان أساسه الإرادة، أن للمتعاقدين الاتفاق على نقص الضمان أو إسقاطه (م 445 مدني). ومن ناحية أخرى، فإنه لا يمكن إلزام الدائن مباشر الإجراءات، أو الموظف الذي أجرى البيع بالضمان⁽²⁾.

ويستند بعض أنصار هذا الرأي في تأييد رأيهم إلى ما جاء بالأعمال التحضيرية لقانون المرافعات الجديد. لما جاء بتقرير اللجنة التشريعية من أن نص المادة 416 كان في مشروع الحكومة مطابقاً لنص القانون القديم (م 640) فعدّله اللجنة "وسبب هذا التعديل هو تفادي اصطلاح ضمان الاستحقاق لما يثيره هذا الإصطلاح من ارتباط بأحكام القانون المدني ولما قد يشعر بوجود التزام بالضمان في البيع الجبري على عاتق المدين المحجوز عليه"⁽³⁾.

(1) الدكتور أحمد أبو الوفا إجراءات التنفيذ الطبعة التاسعة 1986 ص 786 وما بعدها - محمد شكرى سرور ص 346 - الدكتور رمزي سيف قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية في قانون المرافعات الجديد الطبعة الخامسة 1959 ص 532.

(1) الدكتور فتحي وإلى التنفيذ الجبري طبعة 1980 ص 506 وما بعدها - الدكتور عبد الباسط جميعى طرق وإشكالات التنفيذ في قانون المرافعات الجديد 1974 ص 75 - الدكتور أحمد مليجي التنفيذ دار النهضة العربية ص 823 - المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز الطبعة الثانية 1982 ص 1024.

(2) فتحي وإلى ص 508.

204- الاتفاق على مقدار التعويض عن الاستحقاق :

يجوز الاتفاق على أن يعرض البائع المشتري عند التعرض له في الانتفاع بالمبيع، كما يجوز تحديد قيمة هذا التعويض مقدماً.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الحكم المطعون فيه إنما أعمل في قضائه بالتعويض ما اتفق عليه العاقدان في عقد البيع، وما ورد فيه عن ضمان الضامن المتضامن مع البائع، وكان يجوز للمشتري الاتفاق على أن يعرضه البائع في حالة حصول تعرض له في انتفاعه بالمبيع. كما يحق للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 341 لسنة 37 ق جلسة 1972/5/16)



مادة (444)

1- إذا استحق بعض المبيع، أو وجد مثقلا بتكليف، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه.

2- 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.

الشرح

التعويض في حالة الاستحقاق الجزئي وحالة ثبوت تكليف على العين المبيعة :

205- المقصود بالاستحقاق الجزئي :

يتحقق الاستحقاق الجزئي إذا لم يكن استحقاق المبيع كليا.

ويتوافر ذلك في حالتين :

1- أن تثبت ملكية الغير لجزء مفرز أو شائع من المبيع نفسه أو لشيء من ملحقاته.

2- أن يثبت للغير على المبيع حق آخر غير الملكية كحق انتفاع أو رهن أو اختصاص أو امتياز، أو يثبت أن العقار المبيع لا يوجد لمصلحته حق ارتفاق على عقار آخر وكان البائع قد أكد وجوده للمشتري أو كان الارتفاق ظاهرا بحيث

اعتقد المشتري وجوده ولم يبين له البائع أنه غير موجود⁽¹⁾.

206- كيفية تقدير التعويض في حالة الاستحقاق الجزئي :

يفرق النص في التعويض المستحق في حالة الاستحقاق الجزئي بين

فرضين :

الفرض الأول :

أن تكون الخسارة التي لحقت المشتري جسيمة.

والمقصود بالخسارة الجسيمة هي الخسارة التي تبلغ قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد ومثالها أن يستحق جزء من الأرض المباعة فيصبح ما بقي لا يصلح للغرض الذي قصده المشتري من البيع، كأن يكون قد اشترى الأرض ليقيم عليها مصنعا، ولا يكفي ما بقي منها بعد الاستحقاق لإقامة المصنع، أو يكون قد اشترى الأرض لإقامة منزل عليها مكون من عدة طوابق، ثم يتبين أن الأرض محملة بحق ارتفاق بعدم التعلّي لصالح العقار المجاور، أو أن يشتري شخص منزلا لسكناء، ثم يجد المنزل مؤجرا بعقد نافذ في حقه لمدة طويلة.

ففي هذا الفرض، يكون المشتري بالخيار بين أمرين :

إما أن يرد المبيع أو ما بقي منه، وما أفاده منه إلى البائع بما في ذلك الثمار، ويطالبه بالتعويض الكامل كما لو كان الاستحقاق كلياً.
وإما أن يستبقى المبيع أو ما بقي منه على أن يعرضه البائع عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق أو ثبوت التكليف.

(انظر أيضا الغرض الثاني).

وفي حالة اختيار المشتري سبيل التعويض الكامل كما لو كان الاستحقاق

(1) منصور مصطفى منصور ص 180 - محمد لبيب شنب ص 189 وما بعدها - محمد

شكري سرور ص 348 وما بعدها.

كلياً، فإنه يتعين على المشتري أن يرد المبيع وما أفاده منه. ورغم ما ينطوى عليه هذا الرد من معنى إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد فإن رجوع المشتري هنا لا يستند إلى قواعد الفسخ. وإنما إلى قواعد الضمان وهذه كما ذكرنا سلفاً تقتضى بقاء العقد. وإذا كان المشرع قد ألزم المشتري برد المبيع وما أفاده منه فما ذلك إلا أنه أراد أن يعامله كما لو كان الاستحقاق كلياً، فكان من العدل والحال كذلك ألا يحتفظ في يده بشئ من المبيع⁽¹⁾.

الفرض الثاني :

أن تكون الخسارة التي لحقت المشتري غير جسيمة :

وتكون الخسارة غير جسيمة، إذا كان الاستحقاق الجزئى أو ثبتت تكليف على العين المباعة لا يفوت على المشتري الغرض الذى قصده من البيع، وبالتالي لم يكن يؤثر على قبوله البيع، لو علم بالاستحقاق الجزئى أو بالتكليف وقت المبيع. ويتحقق ذلك فى الأمثلة الواردة بالفرض الأول، إذا كان المشتري قد اشترى الأرض ليقيم عليها منزلاً خاصاً، أو اشترى المنزل بقصد استغلاله، فالمعيار إذن معيار شخصى يرجع فيه إلى شخص المشتري وظروفه، لا إلى شخص عادى، والمرجع فى تقدير الجسامة هو قاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض عليه فى

(1) السنهورى ص 688- عبد المنعم البدرأوى ص 486- محمد شكرى سرور ص 350- محمد لبيب شنب ص 192- عبد الودود يحيى ص 134 - وعكس ذلك مذكرة المشروع التمهيدى فقد جاء بها عند الكلام على حالة الاستحقاق غير الجسيم "أما إذا كان الاستحقاق غير جسيم، فليس للمشتري أن يطلب الفسخ، ولا يكون له إلا المطالبة بالتعويض طبقاً لما تقدم"(مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 101- أنور سلطان ص 306).

ذلك⁽¹⁾.

ففى هذا الفرض لا يكون للمشتري خيار، وإنما يكون له أن يطالب البائع بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئى وفقا للقواعد العامة، فيقدر التعويض على أساس ما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب. ويطبق نفس الحكم إذا كانت الخسارة جسيمة ولكن المشتري أثر استبقاء المبيع.

ويلاحظ أن التعويض المستحق للمشتري إذا ما استبقى المبيع لا يقتصر - فى كافة الأحوال - على قيمة الجزء الذى استحق أو قيمة التكاليف - فقد يكون الضرر الذى أصاب المشتري أكبر من هذه القيمة، كما لو كانت فاتته منفعة رابحة بسبب الاستحقاق الجزئى أو بسبب وجود التكاليف، فيدخل هذا الريح الفائت عنصرا من عناصر الضرر الذى يلزم البائع بتعويضه عنه طبقا للقواعد العامة⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا اختار المشتري- وفقا لحكم المادة 444 من القانون المدنى استبقاء المبيع فإنه لا يكون له إلا أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمتة معييا ومصرفات دعوى الضمان التى اضطره البائع إليها وبوجه عام ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب".

(طعن رقم 51 لسنة 33 ق جلسة 1967/1/26)

2- "النص فى المادة 443 من القانون المدنى على أن "إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع. (1) قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع

(2) عبد الودود يحيى ص 132 وما بعدها - خميس خضر ص 248 - جلال العدوى ص 187.

(1) خميس خضر ص 249 - محمد شكرى سرور ص 350 وما بعدها - عبد الودود يحيى ص 134.

الفوائد القانونية من ذلك الوقت. (2) قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع. (3) المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سئ النية. (4) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة 440. (5) وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع. كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله "وفى المادة 444 من القانون ذاته على أن" (1) إذا استحق بعض المبيع أو وجد مثقلاً بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبيّنة في المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه. (2) 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 "يدل على أنه إذا استحق كل المبيع يكون للمشتري أن يرجع على البائع بطلب المبالغ المبيّنة بالمادة الأولى ومنها قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت، وكذلك إذا استحق بعض المبيع وقام المشتري برد المبيع إلى البائع" أما إذا اختار المشتري استبقاء المبيع لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئي، ويدخل في حساب التعويض قيمة ما استحق من المبيع ويرجع في تقدير قيمته إلى وقت الاستحقاق والذي يتحدد بوقت رفع دعوى الاستحقاق، ولا يستحق المشتري الفوائد القانونية إلا أن يرد إلى البائع المبيع وما أفاده منه ويطالب بالتعويض عن الاستحقاق الكلي وحق ما نصت عليه المادة 443 من القانون المدني. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قدر - أخذاً بتقرير الخبير المقدم في الدعوى - قيمة الجزء الذي استحق من المبيع وقت رفع دعوى الضمان بمبلغ 7500 جنيه

بواقع 500 جنيه للقيراط الواحد وقضى به للمطعون ضدهما الأولين باعتباره تعويضا لهما عن هذا الجزء، وأضاف إليه الفوائد القانونية اعتبارا من تاريخ البيع وحتى تاريخ رفع دعوى الضمان رغم أن المطعون ضدهما الأولين اختارا استبقاء المبيع فلا يستحقان الفوائد القانونية، فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 3014 لسنة 64 ق جلسة 1995/11/21)

207- قابلية الالتزام بضمان الاستحقاق للانقسام :

رأينا من قبل أن الالتزام بعدم التعرض الشخصى وكذلك الالتزام بدفع تعرض الغير لا يقبلان الانقسام.

وعلى العكس من ذلك فإن الالتزام بضمان الاستحقاق يقبل الانقسام بطبيعته، لأن التعويض يدفع نقداً، وليس هناك ما يمنع من انقسامه بين الملتزمين به فإذا تعدد البائعون، فلا يلتزم كل منهم فى مواجهة المشتري إلا بما يخصه من مقدار التعويض. وكذلك إذا تعدد المشترون، ما لم يكن قد اشترط التضامن الإيجابى، فلا يجوز لأى من المشتريين أن يطالب البائع بالتعويض كله، وإنما يقتصر كل مشتر على المطالبة بنصيبه فى التعويض.

ولكن يلاحظ أن الالتزام وإن كان قابلاً للانقسام بطبيعته إلا أنه إذا توفى البائع عن عدة ورثة فيستطيع المشتري أن يطالب أى وارث بكل الدين إذا كان ما آل إليه من أموال الشركة يفى بالتعويض المطلوب. لأن الالتزام بضمان الاستحقاق مضمون بكل أموال الشركة⁽¹⁾.



(1) عبد الودود يحيى ص 134 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 182 - خميس خضر ص 249.

مادة (445)

- 1- يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن یزیدا ضمان الاستحقاق، أو أن ینقصا منه، أو أن یسقطا هذا الضمان.
- 2- ویفترض فی حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري.
- 3- ویقع باطلا كل شرط یسقط الضمان أو ینقصه إذا كان البائع قد تعدد إخفاء حق الأجنبی.

الشرح

208- الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق أو إنقاذه أو إسقاطه :

أحكام ضمان الاستحقاق لا تتعلق بالنظام العام. ومن ثم يجوز للمتعاقدین أن يتفقا على غيرها فلهما أن یزیدا فی ضمان الاستحقاق، ولهما أن ینقصا من الضمان، ولهما أن يتفقا على إسقاطه.

وفى هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"تعرض هاتان المادتان (591-592) للاتفاق على تعديل الضمان، ومن الواضح أن الأحكام السابقة فى ضمان الاستحقاق ليست من النظام العام، ويجوز للمتعاقدین أن يتفقا على غيرها"⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

- 1- "إن القانون مع تحديده ضمان البائع فى المادتين 266 و 300 مدنى ولو لم ينص على ذلك فى عقد البيع، قد أباح للمتعاقدین تضییق مدى الضمان، كما أباح لهما بمقتضى قواعد التعهدات العامة توسیع حدود الضمان القانونى بالنص

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 106.

فى العقد على أكثر مما حدده القانون، لأن كل شرط يشترطه العاقدان فى دائرة ما أباحه القانون، أى غير مخالف للنظام العام ولا لآداب، يكون ملزما للطرفين وواجب الاحترام منهما".

(طعن رقم 43 لسنة 1 ق جلسة 1932/3/3)

2- "الضمان المقرر قانونا على البائع عند استحقاق المبيع يلزمه برد الثمن مع التضمينات وفقا للمادة 304 مدنى - قديم - ما لم يكن المشتري عالما وقت البيع بالسبب الذى أدى إلى الاستحقاق إذ لا يجوز له فى هذه الحالة الرجوع على البائع بالتعويضات عملا بالمادة 265 مدنى - قديم - وهذا وذاك دون حاجة إلى اشتراط خاص فى العقد. وهذا الالتزام القانونى يقبل التعديل باتفاق العاقدين سواء على توسيع نطاقه أو تضيق مده أو الإبراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما".

(طعن رقم 191 لسنة 18 ق جلسة 1951/2/1)

3- "إذا كان الثابت فى الدعوى حسبما حصله الحكم المطعون فيه أن بنك مصر اتخذ إجراءات التنفيذ على قطعة أرض مقام عليها منزل مملوك للمطعون عليه الأول اشتراه من المطعون عليه الثانى وآخر وذلك وفاء لدين مستحق للبنك على مدينه المالك الأصلى لهذه الأرض، وقام المطعون عليه الأول بدفع الدين للبنك توكيا لبيع منزله، ثم رفع دعواه الحالية يطالب مورث الطاعنين وهو البائع للبايعين له بهذا المبلغ، فإن مفاد ذلك أن المطعون عليه الأول يرجع بما دفعه للبنك على مورث الطاعنين لا بوصفه مدينا شخصا للبنك، وإنما بوصفه بائعا للبايعين للمطعون عليه الأول، وأن دفع الأخير دين البنك يعتبر بالنسبة لهذا البائع استحقاقا للمبيع فيجب عليه الضمان ويلتزم بأن يدفع للمطعون عليه الأول - المشتري - ما دفعه للبنك لا يغير من هذا النظر أن مورث الطاعنين التزم فى الإقرار المؤرخ.... بأن يدفع دين البنك أو أثمان العقارات المبيعة لأن ذلك من جانبه ليس إلا اقرارا بالتزامه بضمان الاستحقاق وتعديلا لأحكامه المنصوص

عليها في المادتين 443، 444 من القانون المدنى، إذ يجوز للمتعاقدین طبقاً للمادة 445 من هذا القانون أن يتفقا على تعديل هذه الأحكام".

(طعن رقم 201 لسنة 42 ق جلسة 1976/11/16)

4- "النص في المادة 445 من القانون المدنى على أنه "يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيذا ضمان الاستحقاق، أو ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان.... ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى"، وفى المادة 446 من القانون ذاته على أنه "إذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ من فعله، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار"، مفاده أن التزام البائع القانونى بالضمان يقبل التعديل باتفاق التعاقدین سواء على توسيع نطاقه أو تضيق مداه أو الإبراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما".

(طعن رقم 901 لسنة 68 ق جلسة 1999/5/30)

ونعرض لهذه الصور الثلاث للاتفاقات على التوالى.

أولاً: الاتفاق على زيادة الضمان :

إذا أراد الطرفان زيادة الضمان، فلا يكفى ذكر بعض العبارات العامة غير المحددة التى كثيراً ما ترد فى عقود البيع، كأن يذكر فى العقد أن البائع ضامن لجميع أسباب التعرض أيا كانت "لأن مثل هذه العبارة لا تضيف شيئاً إلى أحكام الضمان التى وضعها القانون فحتى يمكن زيادة الضمان يجب أن يذكر المتعاقدان وجه الخروج على الأحكام التى وضعها القانون بشكل محدد، كأن يتفقا على أن يلتزم البائع عند الاستحقاق بكافة المصاريف التى أنفقها المشتري على المبيع بما فيها الكمالية ولو كان البائع حسن النية، أو أن يتفقا على أن يكون للمشتري فى

حالة الاستحقاق الجزئى أن يرجع بكل التعويضات التى وضعها القانون لحالة الاستحقاق الكلى مع رد المبيع وما أفاده منه حتى ولو لم تكن الخسارة جسيمة⁽¹⁾. وعلى العموم فالاتفاق على زيادة الضمان أمر نادر فى العمل لأن فى أحكام القانون ما يكفى لحماية المشتري حماية فعالة، بل يذهب البعض إلى أنه لا يوجد فى العمل مثل هذه الاتفاقات.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن القانون إذ بين نتائج البيع من جهة التزامات كل من المتعاقدين لم يقصد إلزام المتعاقدين بعدم الخروج عن تلك النتائج ولكنه وضعها على اعتبار أنها فكرة المتعاقدين وما يقصدانه غالبا وقت البيع. فإذا لم يذكر فى عقد البيع التزامات صريحة خاصة بالضمان فإن القانون يفرض أن المتعاقدين أرادا ما بينه فى مواده. ولهذا يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون من الضمان - إذا هو أراد تشديد الضمان على البائع - أن يبين فى العقد الشرط الذى يفهم منه صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نص عليه القانون. أما اشتمال العقد على ما قرره القانون، بعبارات عامة، فإنه لا يدل على أن البائع تعهد بضمان أشد مما فرضه القانون، ويكون من المتعين فى هذه الحالة تطبيق الضمان القانونى دون زيادة عليه، لأنه فى حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد".

(طعن رقم 43 لسنة 1 ق جلسة 1932/3/3)

2- "اشتراط الضمان فى عقد البيع بألفاظ عامة لا يعتبر تعديلا فى الأحكام التى رتبها القانون على البائع لالتزامه بهذا الضمان إلا إذا كان المشتري والبائع عالمين وقت التعاقد بسبب الاستحقاق، ففى هذه الحالة يدل النص على شرط الضمان فى العقد - وهو أصلا لا حاجة إليه - على أن الغرض منه هو تأمين

(1) السنهورى ص 697 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 183 - إسماعيل غانم ص 189 - خميس خضر ص 250.

المشتري من الخطر الذى يهدده تأميننا لا يكون إلا بالتزام البائع عند الاستحقاق بالتضمينات علاوة على رد الثمن".

(طعن رقم 191 لسنة 18 ق جلسة 1951/2/1)

ثانيا : الاتفاق على إنقاص الضمان :

يقصد بالاتفاق على إنقاص الضمان، الاتفاق على إنقاص ما يدفعه البائع من تعويض عند الاستحقاق، سواء كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً، كأن يتفق على ألا يكون البائع ملتزماً عند الاستحقاق الكلى إلا برد الثمن ولو زادت قيمة المبيع وقت الاستحقاق على ذلك. وكذلك يشمل الاتفاق على عدم ضمان البائع للاستحقاق الناشئ عن سبب معين، كما لو اتفق على عدم ضمان البائع الاستحقاق إذا نزعت ملكية المبيع على إثر توقيع الحجز للوفاء بين دائن مرتين معين، أو على أن البائع لا يضمن ما يظهر على المبيع من حقوق ارتفاق خفية لا علم له بها وقت البيع، أو على ألا يضمن الاستحقاق الذى يترتب على رفع من تلقى منه البائع الملكية دعوى بطلان أو على انفساخ سنده بسبب تحقق الشرط الفاسخ، أو على أن البائع الذى يضع يده على المبيع ولم يبق إلا مدة قصيرة لتكتمل مدة تملكه بالتقادم لا يضمن الاستحقاق إذا تعرض المالك الحقيقى للمشتري وقطع مدة التقادم فى هذه الفترة القصيرة الباقية⁽¹⁾.

والاتفاق على إنقاص الضمان، هو أكثر وقوعاً فى العمل من الاتفاق على

زيادة الضمان.

ثالثا : الاتفاق على إسقاط الضمان :

يقصد بالاتفاق على إسقاط الضمان، أن يتضمن العقد شرطاً خاصاً بعدم الضمان، أى اشتراط أن البائع لا يضمن استحقاق المبيع أياً كان سبب

(1) منصور مصطفى منصور ص 183 وما بعدها- أنور سلطان ص 309.

الاستحقاق. وقد أجازت الفقرة الأولى من هذه المادة هذا الشرط.

مع ملاحظة أنه يكون باطلا- كما سنرى- إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي. فإذا كان شرط عدم الضمان صحيحا، فلن يترتب عليه إسقاط الضمان كلية، وإنما قيدت المادة 446 مدنى أثر الشرط العام بعدم الضمان بقيددين، سنعرض لهما فى شرح المادة 446.

209- حكم خاص بحقوق الارتفاق :

يترتب على ما ذكرناه سلفا أنه إذا أراد البائع إنقاص ضمان الاستحقاق أو إسقاطه، فإن ذلك يجب أن يكون بموجب شرط فى العقد، فمجرد علم المشتري بوجود حق على المبيع، لا يكفى فى الأصل لإعفاء البائع من الضمان. ولكن المشرع خالف هذا الأصل فيما يتعلق بحقوق الارتفاق، حيث اعتبر علم المشتري بوجود حق ارتفاق على المبيع يعادل اشتراط عدم الضمان، فنصت الفقرة الثانية من المادة 445 على أن: "يفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان، إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري". ويبين من هذا النص، أن حقوق الارتفاق، فيما يتعلق باشتراط عدم الضمان، تختلف عن غيرها من الحقوق. فبالنسبة لهذه الحقوق الأخيرة، لا يكفى لإعفاء البائع من الضمان أن يثبت علم المشتري وقت البيع بهذه الحقوق، بل يجب أن يتضمن عقد البيع شرطا خاصا بعدم الضمان.

أما بالنسبة لحقوق الارتفاق، فإن عدم ضمان البائع يتحقق إما بوجود شرط عدم الضمان فى العقد، وإما بإثبات أن المشتري كان يعلم، وقت العقد بحق الارتفاق، لأنه ظاهر، أو لأن البائع قد أبان له عنه .

فعلم المشتري بحق الارتفاق، الذى يعادل شرط عدم الضمان، يجب أن

يتحقق بإحدى طريقتين:

(الأولى): أن يكون حق الارتفاق ظاهرا، بحيث كان المشتري يستطيع أن يتبينه

وقت البيع، الأمر الذى يستفاد منه أنه قبل إعفاء البائع من ضمان هذا الحق. ويكفى أن يكون حق الارتفاق ظاهراً، حتى ولو لم يكن المشتري قد علم به فعلاً⁽¹⁾.

والارتفاق الظاهر هو الذى توجد علامة خارجية تدل عليه سواء فى العقار المرتفق، كفتحة المطل فى مبنى الجار على العقار المبيع تدل على أنه محمل بحق ارتفاق بالمطل، أو فى العقار المرتفق به، كوجود ممر أو مجرى بالأرض المبيعة لصالح أرض الجار يدل على أن الأرض المبيعة محملة بحق ارتفاق بالمرور أو بالمجرى. أما الارتفاق غير الظاهر، فهو الذى لا توجد علامة خارجية تدل عليه، كارتفاق بعدم البناء، أو بعدم التعلئ، أو ارتفاق بالمرور إن لم يكن هناك طريق مخطط يدل على وجوده⁽²⁾.

(الثانية): إذا لم يكن حق الارتفاق ظاهراً فيكفى أن يعلم البائع المشتري بوجود هذا الحق. ويجب أن يعلمه بوجود حق الارتفاق بالذات، فلا يكفى التعميم والقول بأنه باع المبيع بما عليه من حقوق ارتفاق أو نحو ذلك. ولا يوجد شكل خاص للإعلام فيصح أن يكون شفويًا، ولكن البائع يحمل عبء إثبات أنه أعلم المشتري بوجود حق الارتفاق⁽³⁾.

وليس الإعلام فى ذاته اشتراطاً لعدم الضمان، بل هو مجرد إعلام بوجود الارتفاق، وإقدام المشتري مع ذلك على الشراء يدل على انصراف إرادة الطرفين إلى اشتراط عدم الضمان⁽⁴⁾.

(1) السنهورى ص 704 - عبد الودود يحيى ص 137.

(1) إسماعيل غانم ص 177 - عبد المنعم البدرأوى ص 459 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 704 وهامش (2).

(3) السنهورى ص 704 وما بعدها - عبد الودود يحيى ص 137 وما بعدها - إسماعيل غانم

ص 177 - سمير تناغو ص 306.

أما إذا كان المشتري قد علم بوجود الارتفاق عن طريق آخر غير البائع، فلا يترتب هذا الأثر، أى يظل البائع ملزماً بالضمان رغم علم المشتري بوجود الارتفاق ذلك أن علم المشتري بحق الارتفاق الذى يترتب عليه إسقاط ضمان البائع يجب أن يكون علماً ينطوى فيه معنى إسقاط الضمان⁽¹⁾.

ولا يكفى أن يكون الارتفاق مسجلاً، لأن المشرع لم يعف البائع من الضمان إلا على أساس اتفاق ضمنى بين البائع والمشتري على إسقاط الضمان، وهو ما يستفاد فقط من كون حق الارتفاق ظاهراً أو من إعلام البائع للمشتري عن وجوده. أما كون حق الارتفاق مسجلاً، فهو لا يدل فى ذاته على أن المشتري قبل إسقاط الضمان عن البائع، بل تطبق القواعد العامة فى أن إسقاط الضمان عن أى سبب من أسباب الاستحقاق لا بد أن يكون متفقاً عليه بوضوح فى عقد البيع⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "كل ما تستخلصه محكمة الموضوع استخلاصاً معقولاً من قرائن واقعية فلا معقب عليه لمحكمة النقض. فإذا قرر الحكم المطعون فيه أن علم المشتري بوجود حق ارتفاق على العين المباعة قبل التعاقد يمنعه من طلب الفسخ، ثم أثبت حصول هذا العلم استخلاصاً من قرائن واقعية تسمح به، وبناء على ذلك رفض طلب الفسخ فلا تدخل لمحكمة النقض".

(طعن رقم 82 لسنة 5 ق جلسة 1936/4/2)

2- "إذا كان الحكم بإزالة البناء الذى أقامه المدعى عليه فى الأرض التى اشتراها مؤسساً على أن المشتري إذ قبل شراء الأرض مثقلة بحق ارتفاق مطل

(4) السنهورى ص 705 - عبد المنعم البدرأوى ص 463- منصور مصطفى منصور ص 186 وما بعدها.

(1) السنهورى ص 705 وما بعدها - إسماعيل غانم ص 178 منصور مصطفى منصور ص 186- سمير تتاغو ص 307 وما بعدها.

محكوم به فى مواجهة البائع فقد التزم (التزاما شخصيا) بالامتناع عن التعرض لمن تقرر له حق الارتفاق، فهذا الحكم يكون موافقا للقانون. ولا يصح الطعن فيه بمقولة إنه إذ اعتبر الحكم الذى قرر حق الارتفاق فى مواجهة البائع حجة على المشتري رغم عدم تسجيله قد خالف نص المادة الثانية من قانون التسجيل".

(طعن رقم 3 لسنة 18 ق جلسة 1949/1/13)

210- عدم سريان الحكم الخاص بحقوق الارتفاق على حقوق أخرى :

ذهب رأى إلى أن الحكم الوارد فى الفقرة الثانية من المادة 445 الخاص بحقوق الارتفاق، حكم استثنائي، فيقتصر على الحالة التى ورد بشأنها وهى حقوق الارتفاق ومن ثم فلا تقاس على حقوق الارتفاق حقوق أخرى كحق الانتفاع أو حق الرهن، فهذه الحقوق لا يعفى البائع من التزامه بضمانها إلا بموجب اتفاق على ذلك، فلا يكفى أن تكون هذه الحقوق ظاهرة، أو يكون البائع قد أخطر بها المشتري لكى نفترض اشتراط عدم الضمان، كما هو الشأن بالنسبة لحقوق الارتفاق⁽¹⁾.

بينما يذهب رأى آخر إلى أن هذا الحكم يجب أن يسرى على جميع الحقوق والتكاليف، وليس فقط على حقوق الارتفاق فالبايع لا يضمنها إلا إذا لم يكن قد أخطر بها المشتري. فإن فعل لم يسأل عنها بأى وجه من الوجوه⁽²⁾. ونرى الأخذ بالرأى الأول.

211- بطلان شرط الضمان إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى :

(1) عبد الودود يحيى ص 128 - السنهورى ص 702 هامش (1) - منصور مصطفى منصور ص 188 - إسماعيل غانم ص 177.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 454 - أنور سلطان ص 307 وما بعدها.

تنص الفقرة الثالثة من المادة 445 على أن: "ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى".
 فيبطل شرط عدم الضمان إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى. تأسيسا على أن قاعدة الإعفاء من المسؤولية لا يشمل الغش.
 وهذا الفعل من جانب البائع يسقط أيضا الشرط الخاص بعدم الضمان.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة 303 من القانون المدنى قد نصت على بطلان شرط عدم الضمان إذا كان حق مدعى الاستحقاق فى البيع مترتبا على فعل البائع. فإذا كان الحكم المطعون فيه لم يحمل البائع (وزارة الأوقاف) إلا ضمان تصرفاته فى العقار المستبدل بعد رسو المزاد على المشتري، فإن شرط عدم الضمان الوارد فى البند الحادى والعشرين من شروط قائمة مزاد أو استبدال الأموال الموقوفة، ومؤداه أن المشتري يشتري ساقط الخيار، لا يسقط عن البائع (الوزارة) ضمان عدم تسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت رسو المزاد وتصرفه فيه بالهدم والبناء وبيع بعضه وقبض ثمنه، مادام كل ذلك كان من فعله وبعد رسو المزاد".

(طعن رقم 79 لسنة 7 ق جلسة 1938/2/17)

مادة (446)

- 1- إذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع مع ذلك مسئولا عن أى استحقاق ينشأ من فعله، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك.
- 2- أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير، فإن البائع يكون مسئولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق، أو أنه اشترى ساقط الخيار.

الشرح

212- مسؤولية البائع عند الاتفاق على عدم الضمان :

نعرض المادة (446) لحالة واحدة من الحالات الثلاث التي يجوز فيها الاتفاق على تعديل أحكام الضمان - والتي عرضنا لها فيما سلف - وهي حالة الاتفاق على إسقاط الضمان كلية، أى الحالة التي يتفق فيها البائع والمشتري على إسقاط ضمان الاستحقاق إطلاقاً دون التقيد بسبب معين. فيكون البائع غير مسئول إذا استحق المبيع كلياً أو جزئياً. ففقت المادة بأنه بالرغم من وجود هذا الاتفاق فإن البائع يظل مسئولاً عن الضمان، وفرقت فى مدى هذه المسؤولية بين الاستحقاق الذى ينشأ عن فعله، وبين الاستحقاق الذى ينشأ عن فعل الغير، وذلك على النحو التالى.

(أ) الاستحقاق الذى ينشأ عن فعل البائع :

إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ عن فعل البائع، فإنه لا يكون للاتفاق على عدم الضمان ثمة أثر. ويبقى البائع رغم اشتراط عدم الضمان مسئولاً عن كل استحقاق ينشأ من فعله.

ويكون الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع إذا كان الأجنبى المتعرض قد تلقى حقه من البائع، سواء قبل البيع أو بعده، كما لو كان البائع قد باع المبيع من قبل، أو عاد فباعه مرة ثانية، وسبق المشتري الآخر إلى تسجيل عقده. أو كان البائع قد قرر على المبيع تكليفاً قبل البيع أو بعده .

(ب) الاستحقاق الذى ينشأ عن فعل الغير :

إذا كان استحقاق المبيع لم ينشأ من فعل البائع، وإنما نشأ عن فعل الغير، فإن الاتفاق على عدم الضمان يرتب أثره، ولكن هذا الأثر لا يصل إلى حد إعفاء البائع من الضمان كلية. وإنما ينقص من ضمان البائع إذ يظل البائع ملتزماً بأن

يدفع للمشتري قيمة المبيع وقت الاستحقاق فقط، ويقتصر أثر الشرط على إعفاء البائع من عناصر التعويض الأخرى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"يشترط لصحة الاتفاق على إنقاص الضمان أو إسقاطه توافر شرطين أولهما: ألا يكون الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع، إذ يظل في هذه الحالة مسئولاً عن الضمان ولو تضمن العقد الإعفاء منه، وذلك عملاً بالفقرة الأولى من المادة 446 من القانون المدني ثانيهما: ألا يعتمد البائع إخفاء حق الأجنبى، ذلك أن عقد البيع يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيارته حيازة هادئة، فإن لم يقم البائع بتنفيذ التزامه أو لم يتمكن من القيام به أو استحققت العين المبيعة أو قضى بعدم نفاذ عقده أو بطلانه أو نزعت ملكيتها فإنه بتعيين على البائع رد الثمن مع التضمينات، إلا إذا اشترط البائع على المشتري إسقاط ضمان الاستحقاق إطلاقاً واستحق المبيع كله أو بعضه ولم يكن هذا التعرض ناشئاً عن فعله أو لم يعتمد إخفاء حق الأجنبى على المبيع فإن حق الضمان يسقط عن البائع".

(طعن رقم 901 لسنة 68 ق جلسة 1999/5/30)

213- إعفاء البائع من الضمان كلية في حالتين :

بعد أن ألزمت الفقرة الثانية من المادة البائع برد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ عن فعل الغير، استثنيت من ذلك حالتين يعفى فيهما البائع من رد قيمة المبيع هما:

1- أن يكون المشتري عالماً بسبب الاستحقاق وقت التعاقد. لأن رضا المشتري بشرط عدم الضمان مع علمه بسبب الاستحقاق يدل على أنه قد أراد إعفاء البائع من كل مسئولية عن هذا السبب.

ويقع على عاتق البائع إثبات علم المشتري بسبب الاستحقاق، وهذا العلم واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق.

2- أن يتضمن العقد ما يدل على أن المشتري قد اشترى مخاطرا وأنه يتحمل وحده نتائج استحقاق المبيع للغير. وهو ما عبر عنه المشرع بقوله إذا كان قد "اشترى ساقط الخيار". فإذا تضمن العقد بندا بهذا المعنى، فلا حق للمشتري في استرداد قيمة المبيع إذا ما استحق للغير.

وواضح أنه في العمل لن يقبل المشتري الشراء ساقط الخيار إلا إذا كان هناك شك في تحقق سبب الاستحقاق، فيحدد للمبيع ثمن يقل عن قيمته، ويكون المشتري معرضا لخسارة ما دفع إذا ما تحقق سبب الاستحقاق، ولكنه في نفس الوقت يأمل في ألا يتحقق سبب الاستحقاق فيحصل على ربح يعادل الفرق بين الثمن الذي دفعه وقيمة المبيع حقيقة، فيكون العقد من عقود الغرر التي تحتل الربح أو الخسارة⁽¹⁾.

ولا يشترط لإعفاء البائع من الضمان على هذا النحو أن يرد شرط شراء المشتري ساقط الخيار في ألفاظ خاصة، أو أن يكون شرط إسقاط الضمان مقترنا بعبارة أن المشتري قد اشترى سقاط الخيار. بل يكفي في ذلك أن يكون شرط إسقاط الضمان واضحا فيه أن المقصود هو جعل البيع عقدا احتماليا، وأنه في حالة استحقاق المبيع لا يكون البائع مسئولا عن شيء. فيجوز أن يصاغ شرط عدم الضمان بما يفيد هذا المعنى دون أن يذكر أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار. كأن يذكر المشتري أنه لا يرجع حتى بقيمة المبيع، أو يذكر البائع أنه لا يرد شيئا إطلاقا، أو نحو ذلك⁽²⁾.

وقد ذهب بعض الشراح إلى أنه يكفي لإسقاط الضمان أن يذكر في العقد أن المشتري اشترى ساقط الخيار ولو لم يذكر شرط عدم الضمان. لأن معنى كونه

(1) إسماعيل غانم - ص 191 - عبد المنعم البدرأوى ص 495 وما بعدها - خميس خضر ص 252 وما بعدها.

(2) السنهوري ص 708 وما بعدها.

اشترى ساقط الخيار أنه عقد بيعا من بيوع الغرر والمخاطرة، فيسقط كل رجوع له على البائع إذا وقع الاستحقاق⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ولهما أن يسقطا الضمان أصلا، ويشترط هنا أيضا ألا يكون البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى، كما يشترط ألا يكون الاستحقاق ناشئا عن فعله. فإذا كان الاستحقاق ناشئا عن فعل الغير ولم يتعمد البائع إخفاء حق هذا الغير، صح شرط عدم الضمان، ولكن البائع يبقى مسئولا عن رد قيمة المبيع (أو رد الثمن كما هو الأمر فى التقنين الحالى، م376/302)، ويكون البائع غير مسئول عن رد شئ ما إذا صحب شرط عدم الضمان أحد أمرين، علم المشتري بسبب الاستحقاق أو شراؤه ساقط الخيار، لأن البيع فى هذه الحالة يكون عقدا احتماليا"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن المادة 303 من القانون المدنى قد نصت على بطلان شرط عدم الضمان إذا كان حق مدعى الاستحقاق فى المبيع مترتبا على فعل البائع فإذا كان الحكم المطعون فيه لم يحمل البائع (وزارة الأوقاف) إلا ضمان تصرفاته فى العقار المستبدل بعد رسو المزاد على المشتري، فإن شرط عدم الضمان الوارد فى البند الحادى والعشرين من شروط قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة، ومؤداه أن المشتري يشترى ساقط الخيار، لا يسقط عن البائع (الوزارة) ضمان عدم تسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت رسو المزاد وتصرفه فيه بالهدم والبناء وبيع بعضه وقبض ثمنه، مادام كل ذلك كان من فعله وبعد رسو المزاد".

(طعن رقم 79 لسنة 7 ق جلسة 1938/2/17)

(1) السنهاورى ص 709 - عبد المنعم البدرأوى ص 496- وعكس ذلك أنور سلطان ص 313.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 106.

2- "إن عقد البيع سواء كان مسجلاً أو غير مسجل يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة. فإذا لم يحم البائع بتنفيذ هذا التعهد أو لم يتمكن من القيام به واستحقت العين المبيعة أو نزعت ملكيتها بسبب ترتيب حق عيني عليها وقت البيع أو لنشوء هذا الحق بفعل البائع بعد تاريخ العقد فإنه يجب عليه رد الثمن مع التضمينات طبقاً لما تقضى به المادتان 300، 304 من القانون المدني. ولا يسقط حق الضمان عن البائع إلا إذا اشترط عدم الضمان وكان المشتري عالماً وقت الشراء بسبب الاستحقاق أو اعترف أنه اشترى ساقط الخيار. أما عدم تسجيل المشتري عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حق الضمان. وإذن فالحكم الذي يرفض دعوى الضمان تأسيساً على أن نزع ملكية العين من المشتري لم يكن إلا نتيجة إهماله في تسجيل عقد شرائه مما مكن دائن البائع الشخصي من نزع ملكية العين المبيعة، يكون حكماً مخالفاً للقانون متعيناً نقضه".

(طعن رقم 71 لسنة 5 ق جلسة 1936/2/20)

3- "لا يلزم لسقوط حق الضمان عن البائع استعمال ألفاظ معينة أو التعبير بعبارة ساقط الخيار، وإنما يكفي أن يكون واضحاً من صياغة الشرط الإعفاء من ضمان الاستحقاق مع تحقق شروطه القانونية".

(طعن رقم 901 لسنة 68 ق جلسة 1999/5/30)

تقديم دعوى ضمان الاستحقاق :

214- مدة التقديم :

تقديم دعوى ضمان الاستحقاق بالتقديم الطويل أى بمضى خمس عشرة سنة (م374 مدنى).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"المادة 452 من القانون المدني خاصة بضمان العيوب الخفية. أما دعوى

ضمان الاستحقاق فإنها لا تتقدم إلا بخمس عشرة سنة".

(طعن رقم 211 لسنة 45 ق جلسة 1978/4/27)

215- متى يبدأ سريان مدة التقدم؟

ضمان الاستحقاق التزام شرطي يتوقف وجوده على نجاح المتعرض في دعواه، ومن ثم فإن التقدم لا يسرى بالنسبة إلى هذا الضمان إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائي به.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "القاعدة سواء في التقنين المدني القديم أو القائم أن التقدم المسقط لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء مما يستتبع أن التقدم لا يسرى بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط موقف إلا من وقت تحقق هذا الشرط. وإذا كان ضمان الاستحقاق التزاما شرطيا يتوقف وجوده على نجاح المتعرض في دعواه فإن لازم ذلك أن التقدم لا يسرى بالنسبة لهذا الضمان إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائي به لا من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق".

(طعن رقم 132 لسنة 32 ق جلسة 1966/3/10)

2- "إذا كان ضمان الاستحقاق التزاما شرطيا يتوقف وجوده على نجاح المتعرض في دعواه، فإن لازم ذلك أن التقدم لا يسرى بالنسبة إلى هذا الضمان إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائي به، ومن ثم فإن القول ببداة سريان التقدم بالنسبة لهذا الضمان في ظل التقنين المدني الملغى من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق يكون على غير سند إذ أن حكم القانون في هذه المسألة واحد في التقنينين القديم والقائم".

(طعن رقم 2000 لسنة 37 ق جلسة 1972/2/29)



مادة (447)

1- يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده.

2- ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه.

الشرح

216- ضمان العيوب الخفية :

لا يقتصر ضمان البائع على التعرض والاستحقاق، بل هو يضمن للمشتري العيوب الخفية التي من شأنها أن تنقص من قيمة المبيع أو جعل المبيع غير صالح للانتفاع به على الوجه الذي يحقق الغاية المقصودة. على أنه لا يكفي لرجوع المشتري بالضمان على البائع، أن يكتشف بالمبيع عيباً أياً كان، بل يجب أن تتوافر في هذا العيب الشروط التي نص عليها القانون. وقد وردت هذه الشروط في المادتين 447 و448. كما أن المادة 449 توجب على المشتري واجب التحقق من حالة المبيع عند تسلمه وواجب إخطار البائع بالعيب الذي يكتشفه. ويتضح من المادة 447 أن المشرع قد ألحق بالعيب الخفي حالة ما إذا تخلفت في المبيع صفة كفل للبائع للمشتري وجودها فيه، فيكون للمشتري الرجوع على البائع في هذه الحالة على أساس أحكام الضمان.

ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلى.

217- المقصود بالعيب الخفى:

العيب الخفى هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع، أو هو نقيضه يقضى العرف سلامة المبيع منها غالبا. وهى لا توجد عادة فى مثل المبيع ولكنها وجدت بالمصادفة فيما اشتراه المشتري⁽¹⁾.

ومثال ذلك :

1- ظهور أن الأرض المباعة تتخللها فى باطنها مياه كثيرة نظرا لرداءة مصارفها، لأن هذا العيب من شأنه أن يعطل زراعة الأرض وقوة إنتاجها وليس من السهل اكتشافه بالفحص العادى.

2- ظهور أن سقف المنزل المبيع قد نخر السوس فى أخشابها، إذا كان من الصعب اكتشاف ذلك بالفحص العادى نظرا لأن الأخشاب مغطاة بالدهان والنقوش.

3- ظهور أن أساس المنزل واه لدرجة تجعل البناء معيبا غير متين.

4- ظهور أن البذور المباعة لا تنبت شيئا عند بذرها فى أرض الزراعة⁽²⁾.
وظاهر مما تقدم أن العيب الخفى قد يلحق العقار أو المنقول على حد سواء.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"العيب الذى تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية وفقا للمادة 312 من القانون المدنى هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع. فإذا كان

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 501- إسماعيل غانم ص 192 - محمد شكرى سرور ص 357 وما بعدها.

(2) راجع فى هذه الأمثلة أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص 391 وما بعدها- محمد شكرى سرور ص 358.

ما يشكو منه المشتري هو أن المبيع وجد مصنوعاً من مادة غير المادة المتفق عليها فذلك لا يعتبر عيباً خفياً موجباً لضمّانه. فالحكم الذي يؤسس قضاءه بالفسخ على القول بوجود عيب خفى في المبيع هو مخالفة المادة التي صنع منها للمادة التي دلت عبارات العقد صراحة على أنها كانت الموضوع المعتبر فيه يكون مخالفاً للقانون متعيناً نقضه".

(طعن رقم 5 لسنة 17 ق جلسة 1948/4/8)⁽¹⁾

(1) كما قضت محكمة النقض بأن :

"أحكام العيب الخفى التى نص عليها فى المواد (313- 324) من القانون المدنى - القديم - فى باب البيع لا تنطبق فى حالة عقد الاستصناع غير المختلط بالبيع وهو العقد الذى يقوم فيه رب العمل بتقديم جميع الأدوات اللازمة، وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى التعويض التى رفعتها الطاعنة على المطعون عليها بسبب تلف أقمشتها عند تبيضها فى مصبغتها، وقد أقام قضاءه على أن العقد المبرم فيما بينها وبين المطعون عليها هو عقد استصناع وأن مسئولية هذين الأخيرين عن تبيض أقمشة الطاعنة قد انتقلت بتسليمها هذه الأقمشة بغير قيد أو شرط وأنه حتى لو كان قد ظهر فيها تلف نتيجة الصباغة فهو عيب خفى كان يجب أن ترفع عنه الطاعنة دعوى الضمان فى خلال ثمانية أيام من وقت تحققها منه وذلك سواء أكان عقد الاستصناع مختلطاً أم ليس مختلطاً ببيع، وكان الحكم قد خلا من بحث ما تمسكت به الطاعنة من أن تسلمها الأقمشة لا يفيد القبول الذى يرفع مسئولية المطعون عليها لأنها تسلمتها على دفعات متتالية تشمل كل دفعة منها أثواباً مغلقة دون فضها فى الحال للتحقق من سلامتها كما جرى بذلك العرف التجارى وأنها بادرت بإخبار المطعون عليها بظهور العيب بها بمجرد ردها من عملائها لوجود احتراق فيها.

كذلك لم يبين الحكم ما إذا كان تسلم الطاعنة الأقمشة فى الظروف سالفة الذكر فيه معنى القبول الذى يدفع مسئولية المطعون عليها عما يكون قد ظهر فيها من عيب أم غير ذلك. فضلاً عن أنه أجرى على الدعوى حكم المادة 324 من القانون المدنى - القديم - دون أن يقرر تقريراً مدعماً بالأسباب المبررة أن العقد يتضمن البيع علاوة على أنه عقد استصناع اعتمداً على ما ذهب إليه خطأ من أن حكم المادة المذكورة ينطبق على عقد الاستصناع

2- "العيب الخفى كما عرفته هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع. .. الخ".

(طعن رقم 263 لسنة 35 ق جلسة 1969/5/15)

3- "تخلف الصفة التى كفل البائع وجودها فى المبيع وإن لم يكن عيباً فيه - على أساس أن العيب على ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع.... الخ".

(طعن رقم 1008 لسنة 46 ق جلسة 1978/5/3)

218- الشروط التى يجب توافرها فى العيب :

يشترط أن يتوافر فى العيب الشروط الآتية :

(أ) - أن يكون العيب قديماً :

والمقصود بذلك أن يكون العيب موجوداً فى المبيع وقت تسليمه للمشتري. فالبايع لا يضمن إلا خلو المبيع من العيوب إلى حين تسليمه⁽¹⁾. فيضمن البائع خلو المبيع المعين بالذات من العيوب وقت العقد، وهو يضمن ألا يطرأ عليه عيب بعد ذلك ما بين انعقاد العقد وتمام التسليم. أما ما يطرأ بعد ذلك من عيوب على المبيع فى يد المشتري فلا ضمان فيه على البائع.

وتتطبق القاعدة ذاتها على المبيع وضمان البائع للعيب لحين التسليم وهى قاعدة مستحدثة فى القانون المصرى وتبدو هذه القاعدة واضحة من سياق نص المادة 447 وهى تقضى بأن البائع يكون ملزماً بالضمان "إذا لم يتوافر فى المبيع

سواء أكان مختلطاً أم غير مختلط بالبائع - فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون كما شابه القصور".

(طعن رقم 187 لسنة 18 ق جلسة 1950/12/14)

(1) محمد كامل مرسى ص 337- إسماعيل غانم ص 193- عبد المنعم البدرأوى ص 504- أنور سلطان ص 316.

وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه. أو إذا كان في المبيع عيب... ويبدو أن المشرع في التقنين الجديد أراد التسوية في الحكم بين ضمان العيب وتبعة الهلاك⁽¹⁾.

فقد رأينا أن تبعة الهلاك في التقنين المدني مرتبطة بالتسليم، فهي على عاتق البائع إن كان الهلاك قبل التسليم ولو بعد انتقال الملكية إلى المشتري. كذلك العيب، على البائع ضمانه إذا ما طرأ قبل التسليم ولو كانت الملكية قد انتقلت إلى المشتري بمجرد العقد في الشيء المعين بالذات، أو بالإفراز في المعين بالنوع⁽²⁾. فالبائع يكون ضامنا خلو المبيع من العيوب عند إفرازه وانتقال ملكيته إلى المشتري بهذا الإفراز وضامنا أيضا ألا يطرأ عليه عيب بعد ذلك إلى حين تسليمه إذا فرض ولم يتزامن التسليم مع الإفراز.

ويكفي أن يثبت أن العيب كان موجودا في المبيع قبل تسلمه، وإن لم تستقل

(2) وكانت المادة 397/322 من التقنين القديم تنص على أنه: "لا يكون العيب موجبا للضمان إلا إذا كان قديما. والمراد بالعيب القديم العيب الموجود وقت البيع في المبيع = إذا كان عينا معينة أو العيب الموجود في المبيع وقت تسليمه إذا لم يكن عينا معينة" - وظاهر من هذا النص أن التقنين القديم ربط بين انتقال الملكية وضمان العيوب الخفية، لأن الملكية في الأشياء المعينة بالتعيين تنتقل وقت تمام العقد. وفي الأشياء المعينة بالنوع تنتقل وقت الفرز، والفرز يتم عادة عند التسليم. وقد سار التقنين القديم في ذلك على منوال التقنين الفرنسي.

(1) إسماعيل غانم ص 193 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 505 - عبد الناصر العطار ص 247 - وعكس ذلك منصور مصطفى منصور ص 166 فيشترط أن يكون العيب موجودا وقت البيع.

وقد أخذت بهذا الرأي مذكرة المشروع التمهيدي، فقد جاء بها :

"1- تبين هاتان المادتان متى يوجد ضمان العيب الخفي، فتقرر أن العيب يضمن بالشروط الآتية :

(أ) أن يكون هذا العيب موجودا وقت البيع. وهذا ما يعبر عنه عادة بالعيب القديم" مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 110.

نتائج إلا بعد ذلك. كأن يكون الحيوان المبيع قد أصيب بجرثومة المرض فى يد البائع وظهر المرض واستفحل بعد ذلك، أو كان التسويس قد بدأ فى الأخشاب المبيعة ثم انتشر بعد التسليم، وكثيرا ما يقع هذا فى البضائع المصدرة بطريق البحر، حيث ينتشر العيب فى أثناء نقلها⁽¹⁾.

على أنه يجب أن يراعى مع ذلك ما نصت عليه المادة 216 مدنى من أنه: "يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أولا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه" فيما يعنى أنه إذا ما تبين أن العيب رغم وجود جرثومته فى المبيع ما كان ليصل إلى الحد الذى وصل إليه لو أن المشتري قد بذل فى حفظه بعد تسلمه عناية الرجل العادى، جاز للقاضى للقاضى أن يخفض مسئولية البائع أو أن يعفيه منها⁽²⁾.

(ب) - أن يكون العيب مؤثرا :

لا يضمن البائع العيب إلا إذا كان على قدر من الجسامة والأهمية. فالعيوب التى لا تؤثر فى المبيع إلا تأثيرا طفيفا لا يضمنها البائع. ولذلك نص المشرع فى المادة 448 على أنه: "لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه".

وبالرجوع إلى نص المادة 447 يتضح أن العيب يكون مؤثرا إما لأنه: (أ) يترتب عليه نقص فى قيمة المبيع نقصا محسوسا حتى ولو لم يكن ينقص من نفعه (أى حتى لو كان الشئ رغم تعييبه صالحا للاستعمال المقصود). (ب) أو لأنه يؤدى إلى نقص الانتفاع بالشئ المبيع حتى ولو لم يترتب على ذلك نقص فى قيمته بالفعل.

(2) السنهورى ص 723 - محمد كامل مرسى ص 338 - عبد المنعم البدرأوى ص 505-

أنور سلطان ص 316.

(1) محمد شكرى سرور ص 370.

وقد أوضحت مذكرة المشروع التمهيدى متى يعتبر العيب مؤثرا، والمعيار الذى يجب التزامه فى هذا الخصوص.

فقد جاء بها :

"(ب) أن يكون مؤثرا بحيث ينقص من قيمة المبيع أو نفعه. ويرجع فى تقدير ذلك إلى معيار مادى، فينظر إلى قصد المتعاقدين كما هو مبين فى العقد (أى إلى الإرادة الظاهرة)، وإلى طبيعة الشئ، وإلى الفرض الذى أعد له. فيعتبر أن هناك عيبا مؤثرا إذا خلا المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة فيه، ولا يعتبر العيب مؤثرا إذا كان العرف قد جرى على التسامح فيه"⁽¹⁾.

ويخلص من ذلك إلى أن العيب يكون مؤثرا إذا كان من شأنه أن يجعل المبيع غير صالح للاستعمال المعد له، أو ينقص من هذا الاستعمال نقصا لو كان يعلم به المشتري لامتنع عن شرائه أو دفع فيه ثمنا أقل.

والاستعمال الذى يترتب على فواته أو إنقاصه جعل العيب مؤثرا هو الاستعمال الذى أعد له الشئ أو المنفق مع طبيعته أو المبين فى العقد. وعلى ذلك لا يكون البائع ضامنا لوجود العيب، إذا كان من شأنه أن يفوت على المشتري الانتفاع بالشئ انتفاعا فى وجه خاص غير الوجوه المألوفة، إلا إذا كان المشتري قد نص على هذا الانتفاع الخاص فى العقد⁽²⁾.

وإذا كان العيب مما يسهل إصلاحه، ألزم البائع بإزالته. ولكن إذا حرم المشتري من الانتفاع بالمبيع مدة الإصلاح أو نقص انتفاعه فى هذه المدة حكم له بتعويض مقابل ذلك⁽³⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 110.

(2) أنور سلطان ص 317- إسماعيل غانم ص 197- محمد شكرى سرور ص 368.

(3) محمد كامل مرسى ص 339.

(ج) أن يكون العيب خفياً :

ويكون العيب خفياً فى حالتين :

(الحالة الأولى) إذا لم يكن المشتري عالماً به، لأن علم المشتري بالعيب

يفترض رضاه بالمبيع معيباً.

والعبرة بالعلم الحقيقى بالعيب لا العلم على سبيل الحدس (التشكيك).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن العلم المراد للشارع فى المادة 324 من القانون المدنى هو العلم الحقيقى دون العلم بالتشكيك. فإذا كانت محكمة الاستئناف قد رأت مما حصلته من فهم الواقع فى الدعوى أن المشتري ما كان يعلم حقاً، عند تحريره خطاباً للبائع منه يخبره بما ظهر من العيب فى البذور التى اشتراها، أن هذه البذور معيبة بذلك العيب القديم الخفى الذى يستلزم فسخ البيع ورد الثمن وإلزام البائع بما قد يلزمه قانوناً من التضمنات، وأنه لم يعلم به إلا من تقرير خبير دعوى إثبات الحالة، ثم قبلت المحكمة دعوى الضمان التى رفعها المشتري بعد تقديم تقرير الخبير بثلاثة أيام، ورفضت الدفع بسقوطها على اعتبار أن العلم بالعيب الذى ينم عنه خطابه الذى أرسله للبائع لم يكن علماً حقيقياً، فإنها تكون قد أصابت فى قبول الدعوى ورفض الدفع بسقوطها".

(طعن رقم 76 لسنة 4 ق جلسة 1935/3/28)

2- "العلم المسقط لدعوى الضمان للعيب الخفى هو العلم الحقيقى دون العلم الافتراضى، ومن ثم فإن نشر مرسوم اعتماد وقوع العقار المبيع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لا يدل بذاته على علم المشتري بهذا العيب".

(طعن رقم 6 لسنة 27 ق جلسة 1962/6/14)

3- "العيب الخفى. ماهيته. العلم المسقط لضمان العيب العبرة فيه بالعلم الحقيقى دون العلم الافتراضى. إقرار المشتري فى عقد البيع بمعاينته للمبيع

المعايينة النافية للجهالة أو قلة ثمن المبيع. عدم كفايته للدلالة عليه".

(طعن رقم 2296 لسنة 55 ق جلسة 1993/11/17 - غير منشور)

كما قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) - "تسلم رب العمل الشئ المصنوع لا يرفع مسئولية الصانع فى عقد الاستصناع عما يظهر فى صناعته من عيب إلا إذا كان هذا التسلم يفيد معنى القبول بغير تحفظ".

(ب) - "تسلم رب العمل الشئ المصنوع- أثوابا من الأقمشة- على دفعات متتالية تشمل كل دفعة منها أثوابا مغلقة دون فضها فى الحال للتحقق من سلامتها. هذا التسلم يجب الرجوع فيه إلى العرف التجارى لتبين ما إذا كان يفيد معنى القبول الذى يرفع مسئولية الصانع أم لا".

(ج) أحكام العيب الخفى التى نص "إن المادة 251⁽¹⁾ من القانون المدنى خاصة بحالة حصول الخطأ فى المبيع، لا بحالة ظهور العيوب الخفية المنصوص عليها فى المواد من 313-320 من القانون المذكور. وعلى ذلك فإن طلب الفسخ للعيب الخفى لا يمنع منه أن يكون المشتري قد أقر عند تسلم المبيع أنه قد عاينه وفحصه بمعرفة أحد رجال الفن".

(طعن رقم 76 لسنة 15 ق جلسة 1946/5/2)

2- "مجال تطبيق المادة 419 من القانون المدنى هو حالة حصول غلط فى المبيع، أما حالة ظهور العيوب الخفية فيحكمها نص المادة 447 من القانون المذكور. ومن ثم فلا يمنع من طلب الفسخ للعيب الخفى أن يكون المشتري قد أقر عند تسلم المبيع بأنه عاينه معايينة نافية للجهالة".

(طعن رقم 6 لسنة 27 ق جلسة 1962/6/14)

(الحالة الثانية): إذا كان المشتري لا يستطيع أن يتبين العيب لو أنه فحص

(1) تقابلها الفقرة الثانية من المادة 419.

المبيع وقت البيع بعناية الرجل المعتاد⁽¹⁾، أو كما تقول محكمة النقض⁽²⁾ العيب يعتبر في حكم القانون ظاهراً متى كان يدركه النظر اليقظ ولو لم يكن في متناول إدراك غيره، فليس معيار الظهور في العيب معياراً شخصياً يتفاوت بتفاوت المستوى في الأنظار المختلفة بل معياراً متعيناً بذاته مقدراً بمستوى نظر الشخص الفطن المنتبه للأمر".

وعلى ذلك إذا كان الشخص العادي يستطيع معرفة العيب، ولكن المشتري لم يتبينه بسبب إهماله في فحص المبيع أو إلى نقص خيرته عن الشخص العادي، فإن العيب لا يكون خفياً.

وبالترتيب على ذلك، فإن انغمار الأرض المبيعة بالمياه في وقت الفيضان لا يعتبر عيباً خفياً، لأن المشتري كان يستطيع معرفة ذلك لو تحرى عنه⁽³⁾. وأن عدم وجود توقيع أو تاريخ على صورة زيتية لا يعتبر عيباً خفياً، متى كان البيع قد تم في ظروف توافرت للمشتري فيها كل الإمكانات للتأكد من ذلك⁽⁴⁾.

ولكن يعتبر العيب خفياً إذا كان من غير الممكن للرجل العادي أن يتبينه عند فحص المبيع، وأن الكشف عن العيب لا يكون ممكناً إلا عن طريق أهل الخبرة وأرباب الفن كحفر الأساس في المبانى أو كأن يكون العيب لا يمكن العلم به إلا عن طريق القيام ببعض الأبحاث والتجارب العلمية كالتحليل الكيماوى وغيره من طرق اختبار المواد، كوجود تخمر في المواد الغذائية مثلاً لا يمكن معرفته إلا عن طريق التحليل أو ضعف خيوط قطنية لا يمكن تمييزه إلا بعد إجراء أبحاث

(2) الدكتور محمد محمد فرحات خيارات البيع في الفقه الإسلامى دراسة مقارنة في المذاهب الفقهية والقانون المدنى المصرى بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الأول السنة (36) يناير سنة 1994 ص 153.

(3) طعن رقم 102 لسنة 16 ق جلسة 1947/12/4- منشور فيما يلى في هذا البند.

(1) السنين الجزئية في 20 مايو 1959.

(2) استئناف مختلط في 24 أبريل 1930.

خاصة⁽¹⁾.

وقد جرى القضاء على أنه في البيوع التي تتم بين أرباب المهنة الفنية تعتبر بعض العيوب ظاهرة، نظرا لأن فحص هؤلاء للشئ إنما يقع على بعض الصفات الخاصة، وأن بعض العيوب التي تعتبر خفية على غيرهم لا تعد كذلك بالنسبة لهم⁽²⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن المادة 320 من القانون المدني تنص على أنه لا وجه لضمان البائع إذا كان العيب ظاهرا أو علم به المشتري علما حقيقيا وهذا النص صريح في أن الضمان، ينتفى في حالتين كل واحدة منهما متميزة عن الأخرى فحيث يكون العيب ظاهرا كان كافيا في نفي الضمان بلا حاجة إلى تحرى العلم الحقيقي به. والعيب يعتبر في حكم القانون ظاهرا متى كان يدركه النظر اليقظ ولو لم يكن في متناول إدراك غيره، فليس معيار الظهور في العيب معيارا شخصيا يتفاوت بتفاوت المستوى في الأنظار المختلفة بل معيارا متعينا بذاته مقدرا بمستوى نظر الشخص الفطن المتنبه للأمور. فإذا ما أثبت الحكم أن عدم إنبات البذور التي هي محل الدعوى إنما يرجع إلى تسوس بعضها، وأثبت أن المشتري وهو عمدة ومن كبار المزارعين لا يصعب عليه كشف تسوس هذه البذور عند ورودها إليه ثم خلص من ذلك إلى القول بأن العيب كان ظاهرا وأسس على ذلك قضاءه برفض دعوى المشتري فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 102 لسنة 16 ق جلسة 1947/12/4)

2- "يعتبر العيب خفيا متى كان المشتري غير عالم به وغير مستطيع أن

(3) عبد المنعم البدرأوى ص 501 وما بعدها- محمد لبيب شنب ص 213- أنور سلطان ص

(4) عبد المنعم البدرأوى ص 502 - محمد شكرى سرور ص 363.

يعلمه، أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذى تعارف الناس على القيام به بل كان يتطلب خبرة خاصة وفحصا معينا، أو كان من السهل اكتشافه بالفحص المعتاد وأثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه. فإذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت - فى استخلاص سائغ- من فهم الواقع فى الدعوى وجود عيب خفى فى المبيع هو وقوعه داخل خط التنظيم من قبل حصول البيع وأن المشتريين لم يتبينوا وجود هذا العيب عند التعاقد لأنه لا يمكن ظهوره. بمجرد فحص المبيع ذاته وأنهما لم يكن فى استطاعتهما أن يتبيناه بأنفسهما وقت الشراء لو بذلا عناية الرجل المتعاد- وأنهما لو علما بهذا العيب عند التعاقد لما أقدما على الشراء وخاصة وقد أكد البائع خلو العقار المبيع من كافة الحقوق العينية ظاهرة أو مستترة - فإن ما انتهت إليه المحكمة لا مخالفة فيه للقانون".

(طعن رقم 6 لسنة 27 ق جلسة 1962/6/14)

3- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن العيب فى المبيع يعتبر خفيا 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 كأن يتطلب خبرة خاصة وفحصا معينا لا يتوافران فى المشتري، وكان العلم الذى ينتقى به ضمان العيب هو العلم الحقيقى دون العلم الافتراض وهو ما لا يكفى للدلالة عليه مجرد إقرار المشتري فى عقد البيع بمعاينته للمبيع المعاينة النافية للجهالة أو قلة ثمن المبيع".

(طعن رقم 1674 لسنة 54 ق جلسة 1985/2/29)

4- "المقرر - فى قضاء هذه المحكمة- أنه يعتبر العيب خفيا 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 بأن كان يتطلب خبرة خاصة

وفحصا معينا".

(طعن رقم 7964 لسنة 65 ق جلسة 1996/12/19)

5- "مفاد نص المادة 447 من القانون المدني أنه يتعين لكى تقوم مسئولية البائع عن ضمان العيوب الخفية فى المبيع أن تكون هذه العيوب كامنة فى مادة الشئ المبيع ذاته وموجودة فيه وقت أن تسلم المشتري المبيع من البائع وأن تنقص من قيمته بحسب الغرض الذى أعد له كما يلزم أن تكون خفية وهى تكون كذلك كما تقول الفقرة الثانية من المادة 447 المشار إليها إذا أثبت المشتري أنه كان لا يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى، ما لم يكن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو تعمد إخفائه غشا منه".

(طعن رقم 6826 لسنة 62 ق جلسة 2000/4/27)

219- إثبات شروط العيب الخفى :

يقع عبء إثبات توافر شروط العيب الخفى على عاتق المشتري. ويستطيع البائع - فى سبيل التخلص من الضمان - إذا أثبت المشتري توافر شروط العيب، أن يثبت أن المشتري كان على علم بالعيب رغم خفائه. وتقدير ما إذا كان العيب خافيا أو ظاهرا مؤثرا أو غير مؤثر، علم به المشتري أو لم يعلم موجودا قبل التسليم أو بعده، متروك لقاضى الموضوع ولا رقابة عليه لمحكمة النقض، لتعلق ذلك كله بالواقع لا بالقانون⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مادام الحكم قد انتهى إلى أن العيب الذى لحق المبيع كان خفيا فإنه إذ ألقى على البائع عبء إثبات أن المشتري كان يعلم وقت استلام المبيع بهذا العيب

(1) محمد شكرى سرور ص 370.

وأجاز له إثبات ذلك بكافة الطرق وإذ ألزم البائع بضمان هذا العيب بعد أن عجز عن إثبات هذا العلم، فإن الحكم لا يكون مخالفا للقانون ذلك أنه متى كان العيب خفيا فيفترض أن المشتري لا يعلم به فإذا أراد البائع التخلص من الضمان فعليه هو عبء إثبات أن المشتري كان يعلم بالعيب وقت تسليم المبيع".

(طعن رقم 384 لسنة 33 ق جلسة 1966/10/20)

220- عدم تأثير علم البائع بالعيب في ثبوت الضمان :

علم البائع بالعيب لا يؤثر في ثبوت الضمان، فالبايع يضمن العيب سواء أكان عالما به أم كان غير عالم، مادامت الشروط الواجب توافرها لضمان العيب موجودة⁽¹⁾.

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده"⁽²⁾.

221- حالتان يضمن فيهما البائع العيب ولو كان ظاهرا :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة تنص على أن البائع لا يضمن العيوب التي كان يستطيع المشتري أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى. إلا أنها أردفت استثنائين على هذه القاعدة، يلتزم فيهما البائع بالضمان رغم أن المشتري كان يستطيع أن يتبين العيب بنفسه، وهما :

1- أن يثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من العيب. لأن المشتري يكون قد اطمأن إلى تأكيد البائع، وليس للبائع أن يلومه إذا لم يقوم بفحص المبيع اعتمادا على هذا التأكيد.

2- إذا أثبت المشتري أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه. وقد أراد

(2) محمد كامل مرسى ص 342.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 112.

المشرع بذلك أن يحرم البائع من الاستفادة من غشه، ولو كان المشتري قد أهمل في فحص المبيع، أى حتى ولو لم يكن هذا الغش كافياً لكى يمنع تبين العيب لو أن المشتري فحص المبيع بعناية الرجل العادى. ومثل ذلك طلاء شرخ فى المنزل المبيع دون إصلاحه أو لحام كسر فى آلة وطلائها.

ففى الحالتين أخطأ البائع وكان خطأه مما يثنى المشتري عادة عن فحص المبيع أو كان من شأن ذلك أن يتطلب منه فحصاً غير عادى للمبيع لاكتشاف العيب فيضمن البائع هذا العيب ولو كان ظاهراً⁽¹⁾.

ويجب أن يلاحظ أن البائع لا يضمن العيب فى هاتين الحالتين إلا إذا توافرت الشروط الأخرى التى يتطلبها القانون ومن بينها ألا يكون المشتري قد علم فعلاً بالعيب وقت العقد رغم تأكيد البائع أو غشه⁽²⁾.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

".. وقرر أن تأكيد البائع بأن المبيع خال من العيب أو تعمد إخفاؤه يجعله ضامناً للعيب حتى لو لم يكن خفياً مادام المشتري لا يعلمه"⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لئن كان الأصل أن البائع لا يضمن العيب إلا إذا كان خفياً إلا أن المشرع استثناء من هذه القاعدة يجعل البائع ضامناً ولو كان العيب ظاهراً إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو العين المبيعة من العيب".

(طعن رقم 51 لسنة 33 ق جلسة 1967/1/26)⁽⁴⁾

(1) عبد الناصر العطار ص 250.

(2) محمد لبيب شنب ص 195 - محمد شكرى سلامه ص 364.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 111.

(1) كما قضى ذات الحكم بأن :

(راجع أيضا طعن رقم 6826 لسنة 62 ق جلسة 2000/4/27 المنشور سلفا في هذا البند).

222- التزام البائع بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه :

كان التقنين المدنى القديم يقصر الضمان على العيوب بالمفهوم الذى أوضحناه سلفا، وهو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع. أما التقنين المدنى الجديد فقد توسع فى مفهوم العيب، وألحق بالعيب بالمعنى السابق، حالة ما إذا تخلفت فى المبيع صفة يكون البائع قد كفل للمشتري وجودها فيه والتى لا يعتبر مجرد تخلفها آفة طارئة أو عيبا.

ومن أمثلة هذه الصفات المكفولة التى يلحق تخلفها بضمان العيب، أن يكفل بائع سيارة معينة للمشتري أنها تقطع مائتى كيلو مترا على الأقل بصفيحة البنزين فيظهر أنها لا تقطع بها أكثر من مائة وخمسين كيلو مترا، أو أن يكفل بائع قطعة أرض للمشتري تميزها بدرجة خصوبة خاصة فيتضح أنها مجرد أرض عادية، أو يكفل بائع حصان للمشتري أنه من سلالة معينة فيتبين بعد ذلك أنه ليس من هذه السلالة. أو يكفل بائع عقار للمشتري إغلال المبيع قدرا معيناً من الربيع.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "ضمان البائع للمشتري إغلال العقار المبيع قدرا معيناً من الربيع يعتبر كفالة من المشتري لصفة فى المبيع مما تعنيه المادة 447 من القانون المدنى بقولها "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات

"متى تضمنت الدعوى المطالبة بتعويض على أساس التزام البائع المدعى عليه بضمان العيب الخفى الذى وجد بالماكينة المباعة فإنها لا تكون من الدعاوى التى ترفع بالطريق المرسوم لأوامر الأداء".

التي كفل للمشتري وجودها فيه". وتختلف الصفة التي كفل البائع وجودها في المبيع وإن لم يكن عيباً في المبيع بمعناه التقليدي الدقيق لأن العيب الخفي كما عرفت هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع، إلا أنه وقد ألحق المشرع حالة تخلف الصفة بالعيب الخفي وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان، فإن رجوع المشتري على البائع في حالة تخلف صفة في المبيع كفل له البائع وجودها فيه إنما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية، ولا يكون للمشتري أن يرجع على البائع على أساس أنه قد أخل بالتزام آخر مستقل عن التزامه بالضمان، وإذا كان القانون قد اشترط في العيب الذي يضمنه البائع أن يكون مؤثراً وخفياً إلا أنه لم يشترط ذلك في حالة تخلف الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع فمجرد ثبوت عدم توافر هذه الصفة في المبيع وقت التسليم موجب لضمان البائع متى قام المشتري بإخطاره وذلك أياً كانت أهمية الصفة التي تخلفت وسواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم، يستطيع أن يبينها أو لا يستطيع لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه برفض دعوى المشتري (طلب تخفيض ثمن العقار المبيع بنسبة ما طرأ على إجباره من تخفيض) على أنه كان في استطاعتها التحقق من حقيقة أجرة العقار المبيع مما اعتبر معه العيب غير خفي فلا تضمنه البائعة، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه، وإذا كان خطؤه هذا قد حجه عما دفعت به المطعون ضدها (البائعة) من سقوط حق الطاعة (المشتري) في الرجوع عليها بالضمان طبقاً للمادة 452 من القانون المدني وما أبدته الطاعة من رد على هذا الدفع فإنه يتعين إعادة القضية إلى محكمة الموضوع".

(طعن رقم 263 لسنة 35 ق جلسة 1969/5/15)

2- "طبقاً للفقرة الأولى من المادة 447 من القانون المدني يكون البائع ملزماً

بالضمان إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها

فيه، وإذا كان الثابت أن الطاعن قد ضمن للمشتري فى عقد البيع إغلال العقار قدرا معيناً من الربح فإن التزامه هذا يعتبر كفالة منه لصفة فى المبيع يسأل عن تخلفها طبقاً لحكم الفقرة المشار إليها سواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم، يستطيع أن يتبينها أو لا يستطيع".

(طعن رقم 81 لسنة 36 ق جلسة 1970/4/23)

3- "ضمان البائع للمشتري إغلال العقار المبيع قدراً معيناً من الربح - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يعتبر كفالة من المشتري لصفة فى المبيع مما تعنيه المادة 447 من القانون المدنى بقولها يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسلم الصفات التى كفل للمشتري وجودها فيه وإذا كان البائع - مورث الطاعنين - قد ضمن إغلال الدور الأول من العقار المبيع قدراً معيناً من الربح وقد روى هذا التقدير فى تحديد الثمن فإن تخلف هذه الصفة فى البيع يوجب إلزام البائع بالضمان".

(طعن رقم 608 لسنة 40 ق جلسة 1975/10/28)

ويلاحظ فى هذا الصدد ما يأتى :

(أ) أن الفرض فى الصفات المكفولة التى ألحق المشرع تخلفها بالعيب بالمعنى التقليدى، أنها صفة خاصة فى المبيع تجعله متميزاً عما يكون عليه فى العادة. ولهذا السبب فإن تخلف الصفة لا يعنى أن المبيع يكون معيباً، وإنما هو فقط مبيع فات وصفه المتميز. ويكون البائع ملزماً بالضمان على هذا الأساس. أما إذا كانت الصفات المكفولة مما يتوافر فى مثل المبيع عادة فإنها تكون جزءاً من فطرته السليمة ويكون تخلفها عيباً بالمعنى التقليدى الدقيق. ومع ذلك فلا يصح الاعتقاد بأن كفالة مثل هذه الصفة تكون لغواً من حيث لا تضيف جديداً فى حماية المشتري لما يكفله القانون من خلو المبيع من العيب، لأنه متى تخلفت الصفة المكفولة أياً كانت أهمية هذه الصفة فإن البائع يكون ملزماً بالضمان تلقائياً

أى دون ما حاجة إلى إثبات توافر الشروط التى يستلزمها القانون لضمان العيب الخفى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "المشرع وإن كان قد ألحق حالة تخلف الصفة التى كفلها البائع للمشتري بالعيب الخفى، إلا أنه لم يشترط فى حالة فوات الصفة ما اشترطه فى العيب الذى يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثرا وخفيا بل إنه جعل مجرد تخلف الصفة وقت التسليم موجبا لضمان البائع متى قام المشتري بإخطاره، سواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو كان لا يعلم، وسواء كان يستطيع أن يتبين فواتها أو كان لا يستطيع. ولما كان الحكم المطعون فيه لم يعرض لأمر تحقق الصفة فى الحدود السالف ذكرها وجرى على أن عدم توفر هذه الصفة عيب فى المبيع يشترط فيه ليوجب مسئولية البائعة توافر الخفاء، فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 14 لسنة 36 ق جلسة 1970/3/19)

2- "جرى قضاء هذه المحكمة على أن المشرع وإن كان قد ألحق حالة تخلف الصفة التى كفلها البائع للمشتري بالعيب الخفى وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان إلا أنه لم يشترط فى حالة تخلف الصفة ما اشترطه فى العيب الذى يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثرا وخفيا إذ جعل مجرد عدم توافر الصفة فى المبيع وقت التسليم موجبا لضمان البائع متى قام المشتري بإخطاره، سواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم، وسواء كان يستطيع أن يتبين فواتها أو لا يستطيع".

(طعن رقم 608 لسنة 40 ق جلسة 1975/10/28)

(ب-) "أن الصفات المكفولة بالمعنى السابق تحديده، تختلف عن الصفات التى يكون ذكرها فى العقد أمرا ضروريا لتعيين المبيع لكونه من المثليات، كأن يذكر أحد زبائن محل لبيع الأثاث أوصاف الكراسى المشتراه من حيث نوع خشبها

ونوع كسوة قماشها... الخ. فمثل هذه الأوصاف مقصود بها تعيين المبيع. ويكون ذكرها في العقد لازماً لهذا السبب، ويكون تسليم المبيع غير مطابق لهذه الأوصاف إخلالاً من جانب البائع بالتزامه بالتسليم لا إخلالاً من جانبه بالتزامه بالضمان، على ما بين النظامين من فروق في الأحكام.

(ج) أنه إذا لم يكن البائع قد كفل للمشتري صفة معينة في المبيع ولكن هذا هو الذى توهم فى المبيع - عند إبرام العقد - صفة خاصة ليست فيه فى الحقيقة، فإنه إن جاز للمشتري أن يرجع على البائع فى مثل هذا الفرض فلن يكون رجوعه عليه على أساس ضمان العيوب وإنما سيكون على أساس الإبطال للغلط إن توافرت شروطه، وبأحكام هذا الإبطال، وهى شروط وأحكام تختلف عن شروط وأحكام الرجوع بضمان العيب⁽¹⁾.

223- رجوع المشتري على أساس تخلف الصفة يكون بدعوى ضمان

العيب:

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"تخلف الصفة التى كفل البائع وجودها فى المبيع وإن لم يكن عيباً فيه - على أساس أن العيب على ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع - إلا أنه وقد ألحقه المشرع بالعيب الخفى وأجرى عليه أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان فإن رجوع المشتري على البائع فى حالة تخلف صفة فى المبيع كفل له البائع وجودها فيه أن يكون بدعوى ضمان العيوب ولا يكون للمشتري أن يرجع على البائع على أساس أنه أخل بالتزام آخر مستقل عن التزاماته بالضمان وينبنى على ذلك أنه إذا - خالفت المطعون ضدها التزامها بتوريد مجموعة توليد كهرباء جديدة وقامت بتوريد مجموعة قديمة فسيبيل الطاعنة

(1) محمد شكرى سرور ص 358 وما بعدها.

للتمسك بهذه المخالفة وإثباتها يكون وفقا لما نص القانون المدني في المادة 447 وما بعدها ذلك بأن المشرع ألحق بالعيب الخفى حالة تخلف صفة كفل البائع وجودها في المبيع بما مؤداه التزام الطاعنة بإخطار المطعون ضدها في الميعاد الذى حدده القانون بتخلف صفة الجودة فى آلة توليد الكهرباء التى وردتها المطعون ضدها وإلا سقط حقها فى التمسك بأن الآلة قديمة وليست جديدة ولا يكون لها التشبث بمخالفة العقد فى هذا الخصوص للامتناع عن سداد باقى الثمن ولا يشفع لها فى ذلك عدم توريد قطع الغيار طالما وافقت على خصم قيمتها من الثمن".

(طعن رقم 1008 لسنة 46 ق جلسة 1978/5/3)



مادة (448)

لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه.

الشرح

224- عدم ضمان العيب الذي جرى العرف على التسامح فيه :

تنص المادة على أنه لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه على اعتبار أن جريان العرف على التسامح في العيب دليل على أنه غير مؤثر⁽¹⁾. ومثال ذلك ما جرى به العرف من التسامح في بعض عيوب القمح من ناحية اشتماله على كمية قليلة من الأتربة، وفي بعض عيوب القطن إذ للقطن مراتب متدرجة كل مرتبة منها يحددها العرف فتى استوفى القطن شروط المرتبة التي ينتمى إليها فوجود عيب فيه لا يخل بشروط هذه المرتبة يكون متسامحا فيه عرفا ولا يوجب الضمان⁽²⁾.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"... ولا يعتبر العيب مؤثرا إذا كان العرف قد جرى على التسامح فيه"⁽³⁾.

غير أنه يجب أن يقيد من إطلاق هذا النص، فقد يكون العرف قد جرى على التسامح في عيب معين. ولكن من شأن هذا العيب أن ينقص من منفعة المبيع بحسب الغاية الخاصة التي قصدتها المشتري. فيكون له الرجوع بالضمان على البائع إذا كانت هذه الغاية قد بينت في العقد، فكان البائع على علم بها. إذ من الواضح في هذه الحالة أن هناك اتفاقا على تشديد الضمان، ولو لم يتضمن العقد

(1) خميس خضر ص 257- أنور طلبه ص 574.

(2) السنهوري ص 721.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 110.

شرطا صريحا بتشديد الضمان⁽¹⁾.

كما أن البائع يضمن العيب الذى جرى العرف على التسامح فيه إذا اشترط المشتري ذلك.

225- المقصود بالعرف :

يقصد بالعرف القواعد التى تعارف الناس على احترامها فى معاملاتهم دون أن يتضمنها نص تشريعى أو اتفاق. ويجرى عليها سلوكهم ويستقر على اتباعها، بحيث تعتبر فى نظر الجماعة قاعدة ملزمة ضمنا ولو لم يتفق صراحة على الالتزام بها⁽²⁾.

226- إثبات العرف :

يقع عبء إثبات وجود العرف على من يريد الاستناد إليه. ويجوز إثبات وجود العرف بكافة طرق الإثبات القانونية.

ويكون إثبات العرف عادة بشهادة تصدر من الغرف أو المؤسسات التجارية، أو من خبير فى المعاملة التجارية التى استقر العرف فى شأنها. كما يثبت وجود العرف فى دولة أجنبية عن طريق تقديم شهادة بذلك من قنصلياتها فى الخارج . وليس لهذه الشهادات إلا حجية نسبية أمام القضاء، فللمحاكم أن تهملها وتكون اقتناعها بوجود أو بعدم وجود العرف بالاستناد إلى رأى خبير أو باستشارة هيئة موثوق بها.

والتحقق من قيام العرف متروك لقاضى الموضوع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(4) إسماعيل غانم ص 196 وما بعدها.

(1) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد المجلد الأول طبعة

2003/2002 ص 43.

"التحقق من قيام العرف متروك للقاضي الموضوع. وإذا كان الحكم قد نفى وجوده بأسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها فإن ما يثيره الطاعن في هذا الصدد لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 578 لسنة 35 ق جلسة 1972/4/22)

ويذهب الرأي الراجح إلى أن للقاضي أن يطبق العرف المستقر متى كان عالماً به ولو لم يستند إليه الخصوم، خاصة أن هناك من يذهب إلى افتراض علم الكافة بالعرف كما هو الشأن في القانون ومن ثم لا حاجة لإثباته إذ يفترض علم القاضي به⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"متى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على وجود عرف يقضى بأن يكون تاريخ استحقاق الأجرة سابقاً على تاريخ انتهاء الإيجار دون أن تثبت المحكمة من قيام ذلك العرف أو تبين مصدره وذلك على الرغم من تمسك الطاعن بوجود عرف يقضى باستحقاق الأجرة عند انتهاء الإيجار وبعد جمع المحصول فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً مما يوجب نقضه".

(طعن رقم 244 لسنة 32 ق جلسة 1966/4/21)

227- لا يجوز التحدي بوجود العرف لأول مرة أمام محكمة النقض :

إذا لم يتمسك الخصم أمام محكمة الموضوع بوجود عرف في مسألة معينة، فلا يجوز له التمسك بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كان المطعون ضده لم يدع أمام محكمة الموضوع بوجود عرف

(1) راجع مؤلفنا المشار إليه ص 48 وما بعدها.

تجارى يقضى بسرّيان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بالدين الأصلّى فإنّه لا يجوز له أن يتحدّى بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 392 لسنة 34 ق جلسة 1968/6/6)

2- "لما كان ما يثيره الطاعن من أن العرف جرى على قيام الجهات الإدارية بمثل التسهيلات الواردة بسببى النعى عار من الدليل لعدم تقديمه دليلاً على قيام هذا العرف ولعدم إشارة الخبير إليه فى تقريره كما لم يرد فى مدونات الحكم المطعون فيه ما يدل على أن الطاعن سبق له التمسك به أمام محكمة الموضوع فلا يجوز عرضه لأول مرة أمام هذه المحكمة".

(طعن رقم 811 لسنة 43 ق جلسة 1977/5/16)



مادة (449)

- 1- إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك، وفقا للمألوف فى التعامل، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة فإن لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع.
- 2- أما إذا كان العيب ممالا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره، وإلا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب.

الشرح

228- واجب المشتري فى فحص المبيع وإخطار البائع :

يفرق النص فى واجب المشتري فى فحص المبيع وإخطار البائع بوجود عيب فيه بين حالتين:

الحالة الأولى :

العيب الذى يمكن كشفه بالفحص العادى :

إذا كان فحص المبيع والوقوف على ما به من عيوب مما يمكن أن يتم بالفحص المعتاد أى الذى يقوم به المشتري عندما يتسلم الشئ المبيع. وهذا الفحص هو عادة أكثر دقة من الفحص الذى يجريه المشتري عند الشراء.

والتسليم المقصود هنا هو التسليم الفعلى الذى ينتقل به المبيع إلى حوزة المشتري، فهذا النوع من الاستلام هو وحده الذى يمكن المشتري من فحص المبيع، فلا يكفى إذن لبدء احتساب مدة الفحص مجرد التسليم القانونى الذى يتم بمجرد

وضع المبيع تحت تصرف المشتري وإعلامه بذلك، مادام أنه لم يتسلمه بالفعل⁽¹⁾، كما لا يكفي التسليم الحكمي⁽²⁾.

فإذا كشف هذا الفحص عن عيب في المبيع، وجب على المشتري أن يخطر به البائع خلال مدة معقولة، أى بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل. فإذا اشترى شخص قماشا من تاجر، فالغالب أن يكون هذا القماش مطويا، فإذا كان فيه عيب ظاهر أو في حكم الظاهر، لم يعتبر المشتري راضيا به بمجرد تسلمه القماش المطوى، وإنما يكون ذلك إذا ذهب بالقماش إلى منزله أو إلى متجره، وفي خلال المدة المألوفة في التعامل نشر القماش المطوى وفحصه فلم يجد به عيبا أو وجد به عيبا عن طريق الفحص المعتاد، فسكت ولم يخطر به البائع في مدة معقولة⁽³⁾.

وتقدير معقولة المدة من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض، فإذا لم يقيم المشتري بفحص المبيع، أو فحص المبيع وتكشف له العيب ثم تهاون في إخطار البائع، فإنه يعتبر قابلا للمبيع بحالته، ولا يجوز له بعد ذلك الرجوع بضمان العيب على البائع.

الحالة الثانية :

العيب الذي لا يمكن كشفه بالفحص العادي :

إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد، الذى يقوم به المشتري، وإنما يحتاج على خبرة فنية أو تحليلات معينة، فالمشتري لا يكون مسئولا عن عدم ظهور العيب عن طريق الفحص المعتاد. وإنما له أن يعرض

(1) السنهورى ص 737 - محمد شكرى سرور ص 373- منصور مصطفى منصور

ص 204 - خميس خضر ص 262.

(2) محمد لبيب شنب ص 226.

(1) السنهورى ص 736.

المبيع على خبير، فإذا وجد به عيبا كان عليه إخطار البائع خلال مدة معقولة. والكشف عن العيب الذى من شأنه أن يسقط حق المشتري فى الضمان إذا لم يبادر إلى إخطار البائع هو الكشف الذى يترتب عليه علم المشتري بالعيب علما يقينيا لا علما مبنيا على الظن⁽¹⁾.

(راجع نقض طعن رقم 76 لسنة 74 ق جلسة 1935/3/28 - طعن رقم 94 لسنة 21 ق جلسة 1953/12/24)

وإذا احتاج كشف العيب إلى مدة طويلة فإن واجبه فى الإخطار وفى الرجوع على البائع يبقى قائما إلى حين انقضاء مدة تقادم دعوى الضمان، طالما لم ينكشف العيب قبلها⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"1- إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف فى التعامل. فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به فى خلال مدة معقولة فإن لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع.

2- أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره وإلا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب"⁽³⁾.

ويلاحظ أنه فى الحالتين السابقتين لا يعتبر المشتري راضيا بالعيب الذى وجده فى المبيع عندما لا يتم الإخطار فى مدة معقولة إذا كان البائع سئ النية أى يعلم بوجود العيب وأخفاه عمدا عن المشتري غشا منه، فإن الضمان يكون واجبا فى هذه الحالة على البائع حتى لو اشترط عدم الضمان (م453 مدنى).

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 519.

(1) محمد شكرى سرور ص 373.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 116 وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "النص في المادة 449 من القانون المدني على أنه" (1) إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع. (2) أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره، وإلا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب" يدل على أن المشرع يفرق - بموجب هذا النص - بين حالتين، أولاهما حالة ما إذا كان العيب مما يمكن كشفه بالفحص المعتاد وعندئذ يتعين على المشتري فور تسلمه المبيع أن يقوم بفحصه، فإن اكتشف العيب وجب عليه إخطار البائع به خلال مدة معقولة، ويعتبر قابلا للمبيع بحالته ويسقط حقه في الضمان - ولو لم تكن مدة تقادم دعوى الضمان قد انقضت - إذا لم يخطر البائع بالعيب في خلال المدة المشار إليها، أو أهمل في فحص المبيع، والحالة الثانية إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد فلا يسقط حق المشتري في الضمان لعدم إجراء الفحص المعتاد أو لمجرد عدم كشف مثل هذا الفحص عن العيب وبالتالي لا يسقط هذا الحق بعدم قيام المشتري بالإخطار بالعيب وإنما يبقى للأخير حقه في الضمان طوال المدة اللازمة لإجراء الفحص الفني بحسب المألوف في التعامل، فإن أسفر هذا الفحص عن وجود العيب وجب على المشتري أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره وإلا عد قابلا للمبيع بحالته وسقط حقه في الضمان ولو لم تكن مدة تقادم دعوى الضمان قد انقضت".

(طعن رقم 4899 لسنة 68 ق جلسة 2000/2/27)

2- "لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه- في دعوى بطلان عقد البيع- بسقوط حق الطاعن في طلب الضمان، على أنه على الرغم من

أن الأخير قد قرن علمه بالعيب الخفى فى العقار المبيع بتاريخ صدور القرار الهندسى فى 1993/1/5 فلم يثبت قيامه بإخطار المطعون ضدها - البائعة - بالعيب بعد هذا التاريخ مما يستفاد منه أنه قبل المبيع بما فيه من عيب ويسقط حقه فى الضمان، وكان هذا الذى أورده الحكم وأقام عليه قضاء له معينة من الأوراق، فإن الحكم بذلك يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح أخذا بما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 449 من القانون المدنى، ومتى كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بعدم رده على ما تمسك به الطاعن من رفعه الدعوى خلال سنة يكون واردا على غير محل من قضاء الحكم".

(طعن رقم 4899 لسنة 68 ق جلسة 2000/2/27)

229- هل يلزم فى الإخطار شكل معين؟

لا يلزم فى إخطار المشتري للبائع بوجود عيب فى المبيع شكل خاص، فيجوز أن يتم بإعلان على يد محضر أو بخطاب مسجل أو غير مسجل أو ببرقية أو بالفاكس أو حتى شفاهة.

غير أنه يجب على المشتري إثبات حصوله.



مادة (450)

إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة 444.

الشرح

230- وجوب إخطار البائع بالعيب قبل الرجوع بالضمان :

إذا أخطر المشتري البائع بالعيب الذي اكتشفه بالمبيع في الوقت الملائم - بالتفصيل الذي ذكرناه في شرح المادة السابقة - كان له الرجوع بالضمان على البائع.

أما إذا لم يقم المشتري بهذا الإخطار أو قام به في غير الوقت الملائم، سقط حقه في الرجوع بالضمان.

231- ما يرجع به المشتري في دعوى الضمان :

لم ير المشرع داعياً لوضع أحكام خاصة للرجوع بالضمان في حالة وجود العيب وإخطار المشتري البائع به في الوقت الملائم، تختلف عن أحكام ضمان الاستحقاق لأن الضمانين مردهما إلى أصول واحدة في القواعد العامة. ولهذا نص في المادة 450 على أنه: "إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة 444".

وقد عرضنا من قبل لحكم هذا النص وهو خاص بالاستحقاق الجزئي.

ولهذا يجب عند تحديد ما يرجع به المشتري في دعوى الضمان بين

حالتين:

(أ) حالة العيب الجسيم :

إذا كان العيب جسيماً بحيث لو أن المشتري كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على

الشراء فيكون مخيرا بين رد المبيع المعيب وما أفاده منه إلى البائع وبين المطالبة بالمبالغ التي كان يطالب بها في حالة الاستحقاق الكلى وفقا للمادة (443).

وكذلك الفوائد القانونية عن المبلغ الذى يمثل هذه القيمة من ذلك الوقت، كما له أن يطالب بمصروفات دعوى الضمان، وكذلك المصروفات الضرورية والنافعة التى أنفقها على المبيع قبل ظهور العيب أو بعده، والمصروفات الكمالية أيضا إذا كان البائع سئ النية بأن كان يعلم بالعيب عند تسليم المبيع. وبوجه عام له أن يطالب بتعويضه عن كل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب وجود العيب، وبين أن يستبقى المبيع ويكتفى بمطالبة البائع بتعويض الضرر الفعلى الذى أصابه من ظهور العيب ولا يخل كل ما تقدم بداهة، بحقوق المشتري التى يستمدها من القواعد العامة، وهى حقه فى طلب التنفيذ العينى بإصلاح العيب إن كان ذلك ممكنا أو استبدال شئ آخر سليم بالمبيع، على نفقة البائع، والمفروض فيما تقدم أن المشتري يرجع على البائع بدعوى الضمان. أما إن كان يرجع عليه بدعوى الفسخ - وله ذلك - فلن يكون له فى هذه الحالة أن يسترد قيمة المبيع وقت ظهور العيب، وإنما يسترد فقط الثمن الذى دفعه مع التعويض⁽¹⁾.

(ب) حالة العيب غير الجسيم :

إذا كان العيب غير جسيم، فلا يكون للمشتري أن يرد المبيع، بل يكون له مطالبة البائع بتعويض عما أصابه من ضرر عن العيب وبالفارق بين قيمة المبيع سليما وقيمه معيба وبمصاريف دعوى الضمان إذا اضطره البائع لرفعها.

ولا يخل ذلك بحق المشتري فى أن يطالب - طبقا للقواعد العامة - بتنفيذ الالتزام بالضمان تنفيذا عينيا وذلك بإصلاح العيب إن كان مما يقبل الإصلاح.

وإذا كان المبيع قابلا للتبويض فللمشتري رد البعض المعيب أو إبقائه مع التعويض، إلا إذا كان القدر المعيب هو الغالب فى الصفقة فله رده بأكمله والرجوع

(1) محمد شكرى سرور ص 377 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 522 وما بعدها.

بالضمان، وإذا كان المبيع معينا بنوعه جاز للمشتري المطالبة بالتنفيذ العيني بالنسبة للبعض المعيب بتسليم وحدات سليمة⁽¹⁾.
(راجع في التفضيل شرح هذه المادة 444).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إذًا تم إخطار البائع بالعيب فى الوقت الملائم طبقا للقواعد المتقدمة، وجب الضمان. وقد تكفلت المواد 314-388/315-389 و 318 - 319/393-394 من التقنين الحالى ببيان ما يرجع به المشتري على البائع. وتتميز هذه النصوص بين ما إذا كان العيب جسيما بحيث لو كان المشتري قد عرفه لامتنع عن الشراء فيكون مخييرا بين الفسخ أو إبقاء المبيع مع إنقاص الثمن ما لم يكن البائع حسن النية فلا يكون للمشتري إلا الفسخ، وما إذا كان العيب غير جسيم فلا يكون للمشتري إلا إنقاص الثمن. وعند حساب ما ينقص من الثمن فى الحالات التى يجوز فيها ذلك، تعتبر قيمة المبيع خاليا من العيب وقيمتة معيبا، وينقص الثمن المتفق عليه بهذه النسبة. أما المشروع فلم ير داعيا لتعدد الأحكام فى ضمان الاستحقاق وفى ضمان العيب، فإن الضمانين مردهما إلى أصول واحدة فى القواعد العامة.

فالواجب إذن فى ضمان العيب تطبيق ما تقرر فى ضمان الاستحقاق، ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسيم يكون المشتري مخييرا فيه بين الفسخ أو إبقاء المبيع مع التعويض عن العيب طبقا لما تقضى به القواعد العامة، فيعوض المشتري ما أصابه من خسارة ومفاته من كسب بسبب العيب. وإذا لم يكن العيب جسيما، فلا يكون للمشتري إلا التعويض، ويزيد التعويض أو ينقص تبعا لما إذا كان البائع سئ النية أى يعلم بالعيب، أو حسن النية أى لا يعلم به، وفى الحالة الأولى يعوض عن الضرر المباشر حتى لو لم يكن متوقعا، وفى الحالة الثانية لا

(2) المستشار أنور طلبه ص 580 - عبد المنعم البدرأوى ص 523.

يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع... الخ⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 123 وما بعدها.

مادة (451)

تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان.

الشرح

232- عدم انقضاء دعوى الضمان بهلاك المبيع :

القاعدة أن هلاك المبيع فى يد المشتري لا يؤثر فى دعوى الضمان، أيا كان سبب الهلاك، إذ تبقى الحقوق التى تثبت للمشتري بظهور العيب الموجب للضمان طبقا للقواعد المتقدمة.

ولكن إذا كانت دعوى الضمان تظل قائمة أيا كان سبب هلاك المبيع، إلا أن حقوق المشتري فى هذه الدعوى تتأثر باختلاف هذه الأسباب، على النحو التالى:

1- إذا كان هلاك المبيع بسبب العيب ذاته أو بفعل البائع نفسه أو بسبب أجنبى، كان للمشتري أن يرجع على البائع بالتعويض كاملا كما فى حالة الاستحقاق الكلى، على أن يرد إليه ما يمكن أن يكون قد بقى من المبيع. فإذا كان المبيع منزلا وكان أساس المنزل واهيا فتهدم، فإنه يرد إلى البائع الأرض والأنقاض⁽¹⁾.

2- إذا كان الهلاك قد حدث بفعل المشتري، فإنه لا يستطيع الرجوع بتعويض كامل، إذ تعذر عليه رد المبيع بسبب يرجع إلى فعله، ومن ثم وجب أن يكتفى بمطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب على النحو المبين فى حالة استبقائه للمبيع⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 351- السنهاورى ص 744 وما بعدها.

(2) محمد كامل مرسى ص 351- السنهاورى ص 744 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص

3- إذا كان الهلاك قد حدث بسبب لا يسأل عنه البائع، كفعل الغير أو قوة قاهرة فتبقى أيضا دعوى الضمان ويرجع المشتري بما كان يستطيع أن يرجع به على فرض استبقائه المبيع إذ الفرض أنه لا يستطيع أن يردده إليه معيبا. وعلى ذلك تقدر الأضرار التي لحقت المشتري بسبب العيب على فرض وجود المبيع ويقتصر التزام البائع على التعويض عن هذه الأضرار لأنه لا يتحمل نتائج القوة القاهرة. ويسرى نفس الحكم إذا كان الهلاك بفعل المشتري فيجب ألا يستفيد البائع من هلاك المبيع فيرجع عليه المشتري كما لو كان المبيع لم يهلك واستبقاه. إذ الفرض أنه لا يستطيع أن يردده إليه معيبا. وعلى ذلك تقدر الأضرار التي لحقت المشتري بسبب العيب على فرض وجود المبيع ويقتصر التزام البائع على التعويض عن هذه الأضرار⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ولم ير المشروع أن ينقل ما قرره التقنين الحالى بشأن ظهور عيب بالمبيع قبل التسليم أو بعده.... واكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وقدر (م 57 من المشروع)، حتى تنتفى الشبهة فى أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان"⁽²⁾.



(1) منصور مصطفى منصور ص 207 وما بعدها - خميس خضر ص 264 - محمد شكرى

سرور ص 380 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 124.

مادة (452)

- 1- تسقط 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.
- 2- على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه.

الشرح

233- تقادم دعوى ضمان العيب الخفى :

تقضى المادة 1/452 بأن تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع.

والمقصود بالتسليم فى هذه المادة هو التسليم الفعلى، لأنه هو الذى تنتهى به الفرصة للمشتري للتحقق من حالة المبيع، فلا تبدأ المدة إلا من وقت انتقال حيازة المبيع إلى المشتري. أما التسليم الحكمى الذى يتحقق إذا ما استبقى البائع المبيع تحت يده بسبب آخر غير الملكية (م2/435)، فلا تبدأ به مدة التقادم⁽¹⁾.

وتسقط الدعوى بمدة سنة ولو لم يكشف المشتري العيب الذى لا يمكن كشفه بالفحص المعتاد خلال سنة من وقت التسليم فلا يجوز له بعد ذلك رفع الدعوى إذا كشفه⁽²⁾.

(1) السنهورى ص 752 هامش (1) - منصور مصطفى منصور ص 209 - أنور سلطان ص

327 - سليمان مرقس ص 412.

(2) وقد قضت محكمة النقض بأن :

وكان التقنين القديم يقضى بسقوط الدعوى إذا لم ترفع فى خلال ثمانية أيام من وقت علم المشتري بالعييب (م 324 أهلى/402 مختلط). وقد لاحظ المشرع فى التقنين الجديد أن هذه المدة أقصر من أن تتسع فى الكثير من الأحيان لرفع الدعوى، كما أن جعل بدء المدة من وقت علم المشتري بالعييب كان سببا فى إثارة المنازعات حول تحقق العلم بالعييب ووقت تحققه. لذلك أطل المشرع المدة إلى سنة، وجعل بدءها من وقت تسليم المبيع، وذلك بصرف النظر عن تكشف العيب أو عدم تكشفه فى خلال تلك المدة، تحقيقا للاستقرار فى التعامل.

234- مدة السنة مدة تقادم لا مدة سقوط :

تعتبر مدة السنة التى تتقادم بها دعوى ضمان العيب مدة تقادم لا مدة سقوط، فتسرى عليها أحكام انقطاع التقادم فتتقطع مثلا بالمطالبة القضائية وإقرار البائع بمسئوليته، ولكنها لا تقف فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية وفى حق الغائب ولا فى من حكم عليه بعقوبة جنائية، وإنما تقف كلما وجد مانع يتعذر معه على المشتري أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا (م 382 مدنى)⁽¹⁾.

235- إطالة المدة فى حالتين :

مدة السنة ولو أنها مدة تقادم إلا أن المشرع أباح إطالتها فى حالتين:

الحالة الأولى :

إذا اتفق الطرفان على مدة أطول للتقادم، وهذا استثناء من القاعدة العامة فى التقادم التى تقضى بأنه لا يجوز الاتفاق على تعديل مدته (1/388 مدنى). وقد ورد هذا الاستثناء بنص صريح فى الفقرة الأولى من المادة 452.

"المادة 452 من القانون المدنى خاصة بضمان العيوب الخفية. أما دعوى ضمان الاستحقاق فإنها لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة".

(طنن رقم 211 لسنة 45 ق جلسة 1978/4/27)

(1) السنهورى ص 752 - سليمان مرقس ص 412 - محمد لبيب شنب ص 227.

غير أن الرأي قد انقسم فيما إذا كان يجوز الاتفاق على مدة للتقادم أقل من سنة.

فذهب فريق من الفقهاء إلى أنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تقل عن مدة السنة، لأنه إذا كان يجوز الاتفاق على إطالة مدة السنة، فذلك لأنه ورد في هذا الشأن نص صريح، إذ تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة 452 مدني "مالم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول"⁽¹⁾.

إلا أن البعض الآخر ذهب إلى إجازة الاتفاق على تقصير المدة، أخذاً بما جاء في المذكرة الإيضاحية إذ جاء بها :

"ما تقدم من أحكام الضمان ليس من النظام العام. فيجوز الاتفاق على زيادة الضمان (كما لو اشترطت مدة أطول من سنة لرفع الدعوى) أو على إنقاصه كما لو اشترطت مدة أقل من سنة أو اشترط قصر الضمان على العيوب التي لا تظهر إلا بعد الفحص الفني... الخ"⁽²⁾.

وعلى أساس أن ذلك يكون من قبيل الاتفاق على إنقاص الضمان، والمادة 453- كما سنرى- صريحة في إجازة الاتفاق على إنقاص الضمان عموماً⁽³⁾. ونرى الأخذ بالرأي الأخير.

ويجب أن يكون ما رفع في خلال السنة هو دعوى الضمان نفسها، فلا يكفي

(1) السنهوري ص 752- سمير تناعو ص 321 نقض طعن رقم 1470 لسنة 55 ق جلسة 1988/6/5 (غير منشور) وقد جاء به: "... وأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون".

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 127.

(3) عبد المنعم البدرأوى ص 527- منصور مصطفى منصور ص 210- محمد شكرى سرور ص 376.

أن يرفع المشتري دعوى إثبات الحالة⁽¹⁾.

236- عدم التمسك بمدة السنة في حالة إخفاء العيب غشا من البائع

:

تنص المادة (452) في عجزها: "على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه".

وفى هذه الحالة لا تسقط الدعوى إلا بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت اكتشاف العيب، طبقاً للقواعد العامة، لأن البائع وقد ارتكب غشا لا يكون جديراً بحماية تقصير المدة ويلزم أن يثبت هذا الغش، بمعنى أن البائع تعمد أن يخفى العيب الذي كان يعلمه، ولا يكفي أن يثبت مجرد علم البائع بالعيب. ويقع عبء إثبات الغش، على المشتري الذي يدعيه.

ومسألة حصول الغش واقع تترك لتقدير قاضي الموضوع⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "لا يجوز للبائع طبقاً للفقرة الثانية من المادة 452 من القانون المدنى أن يتمسك بمدة السنة لتتمام التقادم إذ أثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه، وإذ كان المشرع قد ألحق حالة تخلف الصفة بالعيب الخفى وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان، بل جعل للمشتري الرجوع على البائع فى هذه الحالة بدعوى ضمان العيوب الخفية، تحقيقاً لاستقرار المعاملات فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه برفض الدفع بسقوط الدعوى على أساس تعمد البائع إخفاء هذا

(4) محمد لبيب شنب ص 227- ويشير سيادته فى هامش (2) إلى حكم صادر بعكس هذا من محكمة استئناف مصر فى 19 مايو سنة 1932- ويبرر هذا الحكم بأن مدة تقادم دعوى ضمان العيوب فى التقنين الملغى كانت ثمانية أيام وهى مدة قصيرة جداً وكان القضاء يتحايّل على التخفيف منها.

(1) محمد شكرى سرور ص 375.

العيب غشا منه، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه، ذلك أن مدة التقادم تكون في هذه الحالة 15 سنة أخذا بالأصل العام المعمول به بشأن مدة التقادم".

(طعن رقم 81 لسنة 36 ق جلسة 1970/4/23)

2- "مفاد نص المادة 452 من القانون المدني أن الالتزام بضمان العيوب الخفية يسقط بمضى سنة من وقت تسلم المشتري للمبيع غير أنه إذا تعدد البائع إخفاء العيب عن غش منه فلا تسقط دعوى الضمان في هذه الحالة إلا بمضى خمس عشرة سنة من وقت البيع. ولما كان يبين مما قرره الحكم أنه رغم أن البائع - مورث الطاعنين - كان يعلم أن الدور الأول من العقار المبيع كان مؤجرا من قبل بمبلغ ثمانية جنيهاات شهرية فإنه ضمن للمشتريين - المطعون عليها الثانية ومورث المطعون عليها الأولى - أن العقار يغل قدرا أكبر من الربيع إذ استأجر منهما هذا الدور بمبلغ 35 جنيه شهريا لمدة ثلاث سنوات من تاريخ التوقيع على العقد النهائي على أن تكون الأجرة 30 ج شهريا بعد انتهاء هذه المدة مما جعل المشتريين يقبلان على تحديد ثمن العقار بمبلغ 8500 ج، ثم أقام ورثة البائع دعوى قضى فيها بتخفيض الأجرة وخلص الحكم من ذلك إلى أن المبيع به عيب خفى تعدد البائع إخفاءه عن المشتريين غشا منه واستند إلى أسباب سائغة تكفى لحمله في هذا الخصوص وكان الحكم فيما أورده على النحو سالف الذكر قد بين عناصر الغش الذي نسبته إلى البائع وكيف أنه تعدد إخفاء العيب وإذ رتب الحكم على ما انتهى إليه أن مدة تقادم دعوى الضمان في هذه الحالة تكون خمس عشرة سنة من تاريخ العقد وأن هذه المدة لم تنقض بعد حتى تاريخ رفع الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 608 لسنة 40 ق جلسة 1975/10/28)

3- "مفاد نص المادة 452 من القانون المدني أن الالتزام بضمان العيوب

الخفية يسقط بمضى سنة من وقت تسلم المشتري للمبيع ما لم يكن البائع قد تعمد إخفاء العيب عن غش منه".

(طعن رقم 3712 لسنة 59 ق جلسة 1994/2/20)

4- "إذا كان البين من الأوراق أن الطاعنين قد أثبتوا على وجه حافظتى مستنداتها المقدمتين لمحكمة الاستئناف بجلستى 1986/11/8، 1987/11/9 دفاعا حاصله تمسكهم بسقوط دعوى الضمان بالتقادم عملا بالمادة 452 من القانون المدنى لفوات أكثر من سنة من تاريخ تسلم المطعون عليه الأول الشقتين المبيعتين له والذي تم بتاريخ 1976/1/12 مستدلين على ذلك بإقرار صادر منه وكان هذا الدفاع جوهريا من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى... دون أن يعرض الحكم المطعون فيه لهذا الدفاع الذى أبداه الطاعنون لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ويعنى بتمحيصه فإنه يكون معيبا".

(طعن رقم 3712 لسنة 59 ق جلسة 1994/2/20)

5- "إذا كانت دعوى الطاعن والمشتري حسبما يتضح من مضمونها وممرهاها هى مطالبة بآئعه بتعويض الأضرار التى لحقته نتيجة إخلال هذا البائع بالتزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد البيع والمتمثلة فى توفير مياه الرى من حيث كميتها وضغطها اللازمين لتشغيل أجهزة الرى المحورى طبقا للعقد المبرم بينهما فإنها بذلك لا تعتبر دعوى بضمان العيوب الخفية الكامنة فى المبيع.. والتى يجب على المشتري المبادرة إلى إخطار البائع بها طبقا لنص المادة 449 من القانون المدنى ثم يرجع عليه بدعوى الضمان خلال مدة سنة من وقت تسلم المبيع وإلا سقطت بالتقادم وذلك على النحو المبين فى المادة 452 من ذات القانون بل هى دعوى رجع بها الطاعن على المطعون ضدهم بمقتضى الأحكام العامة للمسئولية العقدية تخضع الدعوى بشأنها للأحكام العامة فى تقادم الدعاوى وهى خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر

واعتبر دعوى الطاعن دعوى ضمان عيب وأعمل في شأنها تقادم هذه الدعوى المنصوص عليه في المادة 452 المشار إليها ورتب على ذلك الحكم بسقوطها فإنه يكون قد أخطأ في فهم الواقع في الدعوى جره إلى الخطأ في تطبيق القانون حجه عن بحث وتمحيص طلبات الطاعن".

(طعن رقم 6826 لسنة 62 ق جلسة 2000/4/27)

237- النزول عن الحق في الضمان :

للمشتري أن ينزل عن حقه في الرجوع على البائع بضمان ما يجده في المبيع من عيوب، ذلك أن الحق في الرجوع بضمان العيوب مقرر لمصلحته، ولكل شخص أن ينزل عما هو مقرر لمصلحته مادام ذلك لا يمس النظام العام في شيء. والنزول عن الحق في الضمان قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، وفي الحالتين لا يصح أن يفترض، بل يجب أن يثبت بصفة يقينية اتجاه إرادة المشتري إلى عدم الرجوع على البائع بضمان العيوب.

ومن قبيل النزول عن الحق في ضمان العيوب احتفاظ المشتري بالمبيع واستعماله بطريقة مستمرة بعد تجربته وتبينه لعيوبه، ويترتب على نزول المشتري عن الحق في الضمان، ألا يجوز له بعد ذلك أن يعود فيطالب بفسخ البيع أو التعويض عن الأضرار التي لحقت به بسبب العيب الذي نزل عن الحق في ضمانه⁽¹⁾.



(1) محمد لبيب شنب ص 224.

مادة (453)

يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن یزیدا فی الضمان أو أن ینقصا منه أو أن یسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط یسقط الضمان أو ینقصه یقع باطلا، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العیب فی المبیع غشا منه.

الشرح

238- جواز الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب :

أحكام ضمان العيب الخفی، شأنها شأن أحكام ضمان التعرض والاستحقاق لیست من النظام العام، ولهذا یجوز للعاقدين تعديلها عن طریق تشدید الضمان أو تخفيفه أو إسقاطه کلیة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهیدی أنه :

"ما تقدم من أحكام الضمان لیس من النظام العام. فیجوز الاتفاق على زیادة الضمان (كما لو اشترطت مدة أطول من سنة لرفع الدعوى) أو على إنقاصه (كما لو اشترطت مدة أقل من سنة أو اشترط قصر الضمان على العیوب التی لا تظهر إلا بعد الفحص الفنى) أو على إسقاط الضمان أصلا. غیر أن الاتفاق على الإنقاص أو الإسقاط باطل إذا اقترن بتعمد البائع لإخفاء العیب"⁽¹⁾.

(أ) زیادة الضمان :

من المتصور أن یقع الاتفاق بین الطرفين على زیادة الضمان (تشديده)، وإن كان مثل هذا الاتفاق أقل فی العمل بكثير من الاتفاق على إنقاص الضمان (تخفيفه).

ویكون الاتفاق على تشدید الضمان: إما بتوسیع مدى ما یشمله من عیوب

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 127.

أو بتشديد الآثار المترتبة عليه. ومثال الفرض الأول، الاتفاق على أن يضمن البائع حتى العيوب الظاهرة، أو على أن يضمن العيب أيا كانت درجة جسامته ولو كان العرف قد جرى على التسامح فيه. ومثال الفرض الثانى، الاتفاق على أن يكون للمشتري الحق فى رد المبيع والحصول على تعويض كامل حتى ولو لم يكن العيب جسيما، أو على أن يكون له استرداد المصروفات الكمالية ولو كان البائع حسن النية، أو الاتفاق على إطالة المدة اللازمة لسقوط دعوى الضمان بالتقادم. والاتفاق على تشديد الضمان لا يفترض، بل يجب أن يثبت أن إرادة الطرفين قد اتجهت إليه بشكل مؤكد، وهو مالا يستفاد من مجرد تضمين العقد بندا على أن البائع يضمن المبيع فى حالة جيدة، أو على أنه يضمن كل العيوب التى قد تظهر فى المبيع⁽¹⁾.

(ب) - إنقاص الضمان :

وهذه الصورة من الاتفاق أكثر شيوعا فى العمل من الصورة السابقة وهى تكون إما: بالحد من مدى الضمان، أو بتخفيف ما يترتب عليه من آثار ومثال الفرض الأول، الاتفاق على عدم ضمان البائع عيبا معينا لو وجد فى المبيع ولو كان مؤثرا (كعدم ثبات صبغة القماش). أو على ألا يضمن العيوب التى تصل فى خفائها إلى درجة أنه لا يمكن كشفها بالفحص المعتاد.

ومثال الفرض الثانى، الاتفاق على أن يقتصر حق المشتري على التعويض مع الاحتفاظ بالمبيع ولو كان العيب جسيما، أو على تقصير مدة التقادم عن سنة (فى رأى الذى يجيزه). أو على ألا يلتزم البائع برد المصروفات كلها أو بعضها، أو على سقوط حق المشتري فى الرجوع إذا لم يخطر البائع فى مدة معينة أقل من الوقت الملائم⁽²⁾.

(1) محمد شكرى سرور ص 382- منصور مصطفى منصور ص 210.

(2) منصور مصطفى منصور ص 210 - محمد شكرى سرور ص 382.

(ج) إسقاط الضمان :

الاتفاق على إسقاط الضمان، هو اتفاق شائع الحدوث في العمل. ويجوز الاتفاق على إسقاط الضمان كلية أيا كان العيب، وذلك عندما يشتري المشتري ساقط الخيار، وكثيرا ما يحدث هذا في البيوع التي تتم بالمزاد الاختياري (الأوكازيون).

ويترتب على هذا الاتفاق أثره كاملا من حيث إعفاء البائع من الضمان كلية، فلا يحق للمشتري أن يرجع عليه بأى شئ.

وفى هذا يختلف شرط عدم ضمان العيب عن شرط عدم ضمان التعرض والاستحقاق الذى يقتصر أثره على إعفاء البائع من التعويض دون رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق إلا أن يكون المشتري عالما بسبب الاستحقاق أو اشترى ساقط الخيار.

فالبائع الذى يشترط عدم ضمانه العيب لا يسأل عن رد قيمة المبيع ولا عن التعويض حتى ولو كان العيب جسيما. ولا يجوز بدون نص خاص من الحكم الاستثنائى الوارد فى المادة 2/446 بخصوص شرط عدم ضمان الاستحقاق على الشرط المسقط لضمان العيب⁽¹⁾.

والاتفاق على إسقاط الضمان لا يصح افتراضه، بل يلزم أن تكون إرادة الطرفين الأكيدة قد اتجهت إليه. فلا يكفى مثلا استخلاصه من مجرد النص فى العقد على أن المشتري عاين المبيع المعاينة النافية للجهالة، أو من مجرد كون المبيع مستعملا. ويغلب فى العمل أن يجرى الاتفاق عليه بشرط صريح فى العقد، إنما يمكن أن يستخلص ضمنا أيضا من ظروف الحال، كبيع شئ قيم بثمن بخس لا يتناسب مطلقا مع قيمته لو كان سليما⁽²⁾.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 537.

(2) محمد شكرى سرور ص 383 - عبد المنعم البدرأوى ص 527.

239- بطلان إسقاط الضمان أو إنقاصه فى حالة إخفاء العيب غشا :

كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب فى المبيع غشا منه. إذ لا يصح أن يفيد البائع من نتائج غشه. إنما لا يبطل الشرط إلا بالنسبة للعيب الذى تعمد البائع إخفاءه، فإذا ظهر عيب آخر كان البائع قد اشترط عدم ضمانه وجب إعمال هذا الشرط. وغش البائع لا يفترض، وإنما يجب على المشتري أن يثبته. ولا يكفيهِ لذلك أن يقيم الدليل على أن البائع كان يعلم بالعيب وقت التعاقد وإنما يجب أن يثبت أنه تعمد إخفاءه⁽¹⁾.



(1) السنهورى ص 757- منصور مصطفى منصور ص 210 وما بعدها - محمد شكرى سرور ص 383- عبد الناصر العطار ص 256 وما بعدها.

مادة (454)

لا ضمان للعيب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد.

الشرح

240- لا ضمان للعيوب في البيوع بالمزاد :

لا ضمان للعيوب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد.

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية سبب عدم الضمان في هذه البيوع بقولها :

"هذا النص منقول عن المادة 405/327 من التقنين الحالي. ويبرر عدم ضمان العيب فيما يباع بالمزاد سواء من جهة القضاء أو من جهة الإدارة أن هذا البيع قد أعلن عنه وأتيحت الفرصة للمزايدين أن يفحصوا الشيء قبل الإقدام على المزايدة. فيحسن بعد أن اتخذت كل الإجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقيه، فتعاد إجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبئها المدين"⁽¹⁾.

ويذهب رأى في الفقه إلى أن عدم الضمان يقتصر على البيوع التي يتحتم إجراؤها قضاء عن طريق المزاد، كبيع أموال المدين تنفيذاً للديون التي في ذمته، وكبيع أموال القاصر والمحجور في المزاد. أما البيوع الاختيارية أي التي لا يستلزم القانون فيها تدخل القضاء، ويكون تدخله فيها عارضا فتخضع للضمان، كبيع العين الشائعة بالمزاد لعدم إمكان قسمتها عينا، ذلك أنه لا يلجأ إلى البيع تحت إشراف المحكمة إلا إذا تعذرت قسمة العقار عينا بين الملاك على الشيوع ولم يتفق

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 129.

الشركاء على بيع العقار دون تدخل القضاء⁽¹⁾.

بينما يذهب رأى آخر إلى أن عدم الضمان يسرى ولو كان البيع اختياريا طالما أجرى بالمزاد. وأن القول بالرأى الأول لا يتفق وعموم نص المادة 454 التى تكلمت عن البيوع القضائية دون تخصيص، فضلا عن أنه يتعارض مع حكمة هذا النص على نحو ما بينتها المذكرة الإيضاحية. وأنه لعل القائلين به جاروا فيه ما يقول به الفقه الفرنسى فى تفسيره للنص المقابل للنص المصرى وهو نص المادة (1649) مدنى فرنسى، رغم ما بين النصين من فارق واضح فى الصياغة.

فالنص الفرنسى لا يستبعد من نطاق الضمان إلا البيوع التى تتم بسلطة القضاء، وهو ما يوحى بقصر حكمه على البيوع التى يستلزم القانون تدخل القضاء فيها⁽²⁾.

ونرى الأخذ بالرأى الثانى.

والبيوع الإدارية، هى البيوع التى تجريها جهات الإدارة المختلفة، وهى تختلف عن البيوع القضائية، فى أن البيوع الأخيرة تكون دائما بالمزاد العلنى. أما البيوع الإدارية فيجوز طبقا للتشريعات الإدارية أن تتم بطريقة غير علنية فى مظاريف مغلقة.

وسواء تمت البيوع الإدارية بالمزاد العلنى أم بطريقة غير علنية، فإنه يتمتع الرجوع على الإدارة بضمان العيب⁽³⁾.

كما يستوى أن يكون لجوء الإدارة إلى طريقة المزاد فى البيع الذى أجرته أمرا

(2) محمد كامل مرسى ص 360- السنهورى ص 732 وما بعدها- منصور مصطفى منصور ص 203- أنور سلطان ص 328.

(1) محمد شكرى سرور ص 371 وما بعدها - عبد الناصر العطار ص 251 وما بعدها، وهامش (41) ص 252- محمد لبيب شنب ص 218 وما بعدها - إسماعيل غانم ص 197- سليمان مرقس ص 414.

(2) محمد لبيب شنب ص 197 - محمد شكرى سرور ص 197.

إجباريا يحتمه القانون، كما فى بيع أموال الممول تنفيذًا لما عليه من ضرائب، أم كانت - طبقًا للرأى الذى نأخذ به فى البيع القضائى - قد لجأت للبيع بهذه الطريقة اختياراً⁽¹⁾.

241- البيوع التى يسرى عليها ضمان العيب :

فيما عدا البيوع القضائية والبيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد، يقوم ضمان العيب فى أى بيع آخر، يستوى فى ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل. ويستوى كذلك أن يكون محل المبيع عقاراً أو منقولاً، شيئاً مادياً أو غير مادى. كما يجوز للشفيع - وقد حل محل المشتري - أن يرجع بضمان العيب على البائع. ويجوز أن يرجع بضمان العيب أيضاً المسترد لحصة شائعة فى منقول باعها شريك فى الشيوع لأجنبى (م 833 مدنى)⁽²⁾. ويقوم ضمان العيب فى المتاجر والأسهم والسندات والحقوق الشخصية، وفى غير ذلك من الأشياء غير المادية.

ولكن لا تنطبق أحكام العيب على عقد المقاوله المختلط بالبيع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"أحكام العيب الخفى التى نص عليها فى المواد 313-324 من القانون المدنى - القديم - فى باب البيع لا تنطبق فى حالة عقد الاستصناع غير المختلط بالبيع وهو العقد الذى يقوم فيه رب العمل بتقديم جميع الأدوات اللازمة".

(طعن رقم 187 لسنة 18 ق جلسة 1950/12/14)



(3) محمد شكرى سرور ص 372.

(1) السنهورى ص 733 - المستشار الدكتور محمد شتا التقنين المدنى ج2 ص 1601.

مادة (455)

إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة 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.

الشرح

242- ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة :

كثيرا ما يحدث في العمل أن يضمن البائع للمشتري بشرط في العقد صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة، كما يحدث في بيع الساعات وأجهزة الراديو والتلفزيون والثلاجات والسيارات والآلات الميكانيكية. فيضمن البائع صلاحية هذه الأشياء مثلا لمدة سنة أو سنتين أو أقل أو أكثر، بحيث يكون مسئولا عن أى خلل يطرأ على المبيع في خلال هذه المدة.

وهذا الشرط استحدثه التقنين المدني الجديد. والذي يعنى المشتري في مثل هذه الحالات هو أن يكون المبيع صالحا للعمل، ولايعنيه أن يكون عدم الصلاحية راجعا إلى عيب معين.

ويكون على البائع الضمان إذا ظهر خلل في المبيع أثناء المدة المتفق عليها أيا كان سبب هذا الخلل، ولو كان مرجعه عيبا ظاهرا أو حتى عيبا كان يعلمه المشتري وقت البيع، ولكن يشترط ألا تكون عدم الصلاحية للعمل راجعا إلى المشتري، كما إذا سقطت الساعة المباعة من يده فانكسرت.

وينطوى هذا الشرط لذلك على اتفاق مشدد لأحكام ضمان العيب، إذ القاعدة

فى ضمان العيب أنه يشترط فيه ألا يكون معلوما للمشتري وقت التعاقد⁽¹⁾. وهذا الضمان لا يمنع ضمان البائع للعيوب الخفية إذا توافرت شروطها، فيضمن البائع ظهور عيب فى المبيع ولو لم يكن من شأنه جعل المبيع غير صالح، كالعيب فى طلاء الساعة الخارجى، فتسرى القواعد المقررة فى ضمان العيب الخفى⁽²⁾.

243- إخطار البائع بالخلل فى المبيع ورفع دعوى الضمان :

توجب المادة على المشتري أن يخطر البائع بالخلل الذى يظهر فى المبيع فى مدة شهر من ظهوره.

ويكلف المشتري بإثبات أن العيب لم يظهر منذ أكثر من هذه المدة. وليس للإخطار شكل خاص فيجوز أن يكون بإعلان على يد محضر أو بخطاب مسجل أو بخطاب عادى أو ببرقية أو بالفاكس أو حتى شفاهة، على أن يثبت المشتري، عند المنازعة فى حصوله.

فإذا ما أخطر المشتري البائع بالعيب فى خلال المدة المذكورة، وجب عليه رفع دعوى الضمان فى مدة ستة شهور من تاريخ هذا الإخطار. فإذا لم يخطر المشتري البائع بالعيب خلال شهر من ظهوره أو إذا لم يرفع دعوى الضمان خلال مدة ستة أشهر من هذا الإخطار سقط حق المشتري فى الضمان.

(1) السنهورى ص 759 - إسماعيل غانم ص 207 - عبد الناصر العطار ص 332 - محمد

شكرى سرور ص 390 - وعكس ذلك منصور مصطفى منصور ص 211 فيرى أن = هذا الحكم صورة خاصة للحكم الذى وضعه المشرع فى صدر المادة 447 هو أن "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل المشتري وجودها فيه" فصلاحيية المبيع للعمل مدة معلومة لا تعدو أن تكون صفة فيه. ولهذا لا يرى فى مجرد ضمان البائع صلاحيية المبيع للعمل اتفاقا على تعديل أحكام الضمان، ولا يغير من أحكام ضمان العيب بمعنى الآفة الطارئة.

(1) سمير تتاغو ص 333.

غير أنه يجوز للمشتري أن يرفع الدعوى مباشرة، وتعتبر صحيفتها إخطاراً كافياً، غير أن المشتري يعرض نفسه في هذه الحالة لتحمل مصاريف الدعوى إذا سلم البائع له بحقه⁽¹⁾.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"هذا نص جديد نقل عن المشروع الفرنسى الإيطالى، ولا نظير له فى التقنين الحالى. ويقصد به ضمان صلاحية المبيع فى الأشياء الدقيقة (كآلات الميكانيكية والسيارات ونحو ذلك) فإذا وجد شرط صحيح بضمان البائع لصلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة، ثم ظهر خلل أثناء هذه المدة، فالواجب أن يخطر المشتري البائع فى مدة شهر من ظهور الخلل وإلا سقط حقه فى الضمان وأن يرفع الدعوى فى مدة سنة من هذا الإخطار (أصبحت فى القانون ستة أشهر)⁽²⁾ ويجوز رفع الدعوى مباشرة وتعتبر صحيفتها إخطاراً كافياً، ولكن المشتري يعرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كان الواقع فى الدعوى أن المطعون ضده الأول قد تسلم السيارة محل النزاع المتعاقد عليها من فرع الشركة المنتجة فى 1991/5/12 مشفوعة بشهادة الضمان والخدمة والمتضمنة التزام الشركة لمشتري السيارة أن تكون كل قطعة من منتجاتها فى ظروف الاستعمال والخدمة العادية خالية من العيوب سواء فى الخامات أو الصناعة ويسرى هذا الضمان إلى أن تتم قيادة المنتجات أو استعمالها أو تشغيلها لمسافة ستة آلاف كيلو متراً أو لمدة ستة أشهر من تاريخ التسليم أيهما أسبق. وقد أخطر المطعون ضده الأول الشركة بالعيوب. الذى ظهر فى محرك السيارة فى

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 529- جلال العدوى ص 211.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 130 وما بعدها.

1991/10/30 ورفع الدعوى بالمطالبة بالتعويض فى 1992/11/5 أى بعد أكثر من سنة من تاريخ الإخطار بما يخالف مدة الضمان المتفق عليها من الطرفين ويسقط حق المطعون ضده الأول فى دعوى الضمان عملا بنص المادة 455 آنفة الذكر ويكون قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدفع بسقوط حق المطعون ضده الأول فى الضمان بالتقادم قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يعيبه".

(طعن رقم 10909 لسنة 66 ق جلسة 1998/5/12)

244- الاتفاق على تعديل مدة الإخطار ومدة رفع الدعوى :

بعد أن نصت المادة (455) على ميعاد الإخطار وميعاد رفع الدعوى أردفت "كل هذا ما لم يتفق على غيره".

فهذه المدة مدة سقوط وليست مدة تقادم فلا يسرى عليها الوقف أو الانقطاع. فيجوز الاتفاق على زيادة ميعاد الإخطار أو ميعاد رفع الدعوى أو إنقاصه⁽¹⁾. وليس للمحكمة أن تتعرض لأحكام السقوط من تلقاء نفسها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة 455 من القانون المدنى على "إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل، فى مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار، وإلا سقط حقه فى الضمان، كل هذا ما لم يتفق على غيره" ومؤدى هذا النص أن البائع يضمن صلاحية المبيع للعمل مدة معينة يكون فيها مسئولاً عن الضمان وعلى المشتري أن يخطره بالخلل فى المبيع فى مدة شهر من ظهوره ويرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار وإلا سقط الضمان وهذه المواعيد ليست مواعيد تقادم بل مواعيد سقوط يجوز الاتفاق على ما يخالفها

(1) سمير تناغو ص 334.

بالإطالة أو تقصيرها كما ورد صراحة في عجز النص لأن أحكامه ليست من النظام العام".

(طعن رقم 10909 لسنة 66 ق جلسة 1998/5/13)

245- ما يرجع به المشتري في دعوى الضمان :

الغالب أن يتضمن الاتفاق تنظيمًا لهذا الرجوع، كأن يتعهد البائع بإصلاح الخلل على نفقته، أو يغير الأجزاء المعيبة، أو يستبدل بالشئ شيئًا جديدًا. فإذا لم يبين الاتفاق ما يرجع به المشتري على البائع، كان من الواجب تطبيق أحكام ضمان العيب الخفي الواردة في الاستحقاق الجزئي، فيرد المبيع أو يستبقيه مع التعويض إذا كان العيب جسيماً، وإذا كان العيب بسيطاً اكتفى بالتعويض. ويجوز الاتفاق على تعديل مدى التعويض، بأن يشترط المشتري رد المبيع ولو لم يكن العيب جسيماً أو يشترط البائع عدم رده ولو كان العيب جسيماً⁽¹⁾.

246- هل يجوز للطرفين استبعاد أحكام الضمان ؟

قد يحدث أحياناً أن يتفق الطرفان على ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، ثم يقع في المبيع خلل في هذه المدة، ويتبين أن سبب هذا الخلل هو وجود عيب في المبيع مما يضمنه البائع وفقاً لأحكام ضمان العيوب، فيثور التساؤل عما إذا كان يمكن تطبيق أحكام ضمان العيب الخفي أم لا. وللإجابة على هذا التساؤل يتعين الرجوع إلى إرادة الطرفين لبيان ما إذا كانا قد قصدا بالاتفاق على ضمان صلاحية المبيع للعمل، أن يقوم هذا الضمان إلى جانب ضمان العيوب الخفية، بحيث يكون للمشتري أن يختار في رجوعه على البائع طريق ضمان العيوب الخفية، أو طريق ضمان الصلاحية، وإذا أقفل أحد الطرفين

(1) السنهوري ص 761 الهامش - منصور مصطفى منصور ص 212 - جلال العدوي ص 210 وما بعدها.

فى وجهه لفوات ميعاده مثلا كان له أن يسلك الطريق الآخر مادامت مواعيده لم تنتقض.

أم أن الطرفان قصدا من الاتفاق على ضمان صلاحية المبيع للعمل، استبعاد أحكام ضمان العيوب كلية، بحيث لا يكون للمشتري أن يرجع على البائع إلا بضمان الصلاحية.

ومعرفة قصد المتعاقدين فى هذا الشأن مسألة موضوعية، تتوقف على تفسير اتفاقهما، ولذلك فإن قضاء المحاكم فيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض. فإذا لم يمكن تبين قصد المتعاقدين فى هذا الشأن، فإن الاتفاق على ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة لا يتضمن فى ذاته استبعاد أحكام ضمان العيوب، بل يقوم الضمانان جنبا إلى جنب، إذ يجب تفسير الاتفاقات الخاصة بالضمان تفسيراً ضيقاً، ومن ثم فلا يمكن القول بأن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى إعفاء البائع من ضمان العيوب الخفية لمجرد أنهما اتفقا على ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة⁽¹⁾.



(1) محمد لبيب شنب ص 232 وما بعدها.

التزامات المشتري :

مادة (456)

- 1- يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك.
- 2- فإذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن.

الشرح

247- مكان الوفاء بالثمن :

إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين على مكان الوفاء بثمن المبيع، تعين الوفاء بالثمن في هذا المكان، فإذا لم يوجد اتفاق، كان الوفاء في المكان الذي يحدده العرف. فإذا لم يوجد عرف فإنه يجب أن يتم الوفاء طبقا لما تحدده المادة (456).

وهذه المادة قد فرقت في مكان الوفاء بالثمن بين حالتين :

الحالة الأولى :

إذا كان الثمن مستحقا وقت التسليم، سواء كان ذلك بناء على اتفاق أو عرف، يقضى بذلك، أم بناء على القاعدة التي تتضمنها المادة 1/457 مدني⁽¹⁾، فيكون مكان الوفاء بالثمن هو المكان الذي يسلم فيه المبيع. وفي هذا خروج على القاعدة العامة التي تنص عليها الفقرة الثانية من المادة (247) مدني، ومقتضاها أن يكون الوفاء في موطن المدين.

(1) وتنص على أن: "يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك".

والحكمة فى الخروج على القاعدة العامة أن البيع وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة فيدفع الثمن وقت تسليم المبيع وفى مكان هذا التسليم، وهذا أوفى إلى تحقيق قصد المتعاقدين عند عدم إفصاحهما عنه صراحة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... أما إذا كان مستحقا فى هذا الوقت (وقت تسليم المبيع)، فإن البيع وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة فيدفع الثمن وقت تسليم المبيع وفى مكان هذا التسليم. كل هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره، ويتضمن التقنين الحالى (م328- 329/406-409) هذه الأحكام نفسها"⁽²⁾.

وإذا كان الثمن واجب الأداء فور العقد وبالتالي فى مكان تسليم المبيع، ثم قام البائع - مجاملة للمشتري- بتسليمه المبيع دون أن يقبض الثمن، فلا يجوز أن يترتب على هذا إساءة إليه فيصبح الثمن واجب الأداء فى موطن المشتري، بل يظل واجب الوفاء فى محل التسليم⁽³⁾.

ولا ينطبق الحكم السابق إلا حيث يكون الوفاء بالثمن واجب الأداء للبائع نفسه، أما إذا اشترط البائع أن يقع الوفاء بالثمن لشخص غيره، فمعنى ذلك أن البائع يكون قد فصل ما بين تنفيذ التزامه بالتسليم والتزام المشتري بدفع الثمن، ولم يعد من الجائز افتراض أن الطرفين قد قصدا تنفيذهما معا جملة واحدة، ويجرى تنفيذ كل منهما على انفراد، فيكون الوفاء بالثمن واجب الأداء عندئذ فى موطن المشتري وهو المدين بالثمن، وذلك وفقا للقواعد العامة.

وإذا كان الثمن واجب الوفاء فى الأصل وقت التسليم ثم تأجل ميعاد دفعه إما بنظرة ميسرة أو بأجل تفضل به البائع على المشتري، فإنه لا يجوز أن يترتب على

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 544- محمد شكرى سرور ص 395- جلال العدوى ص 223.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 136.

(3) عبد المنعم البدرأوى ص 544.

ذلك الإضرار بالبائع بجعل الثمن واجب الوفاء في موطن المشتري، بل يظل هذا ملزما بدفعه في المكان الذي تم تسليم المبيع فيه رغم قيامه بدفعه بعد التسليم⁽¹⁾.

الحالة الثانية :

إذا لم يكن الثمن مستحقا وقت التسليم، فإن الوفاء بالثمن يكون واجبا في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن. وهذا محض تطبيق للقواعد العامة، يبرره انتفاء الحكمة التي أوجبت في الفرض السابق، ربط مكان الوفاء بالثمن بمكان التسليم.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان المشتري لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بما ينعاه على الحكم إذ قضى بفسخ عقد البيع من أنه أغفل بحث ما إذا كان البائع قد تقدم بنفسه أو بوكيل عنه إلى محله لاستيفاء الباقي في ذمته من الثمن وفوائده طبقا للمادة 329 مدنى قديم فإن هذا النعى يكون غير مقبول لأنه يتضمن سببا جديدا يخالطه واقع فلا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 147 لسنة 23 ق جلسة 1957/5/23)

2- "إن الأصل في تنفيذ الالتزام عملا بمقتضى المادتين 2/347، 456 من القانون المدنى أن يكون دفع الدين في محل المدين إلا إذا اتفق على خلاف ذلك. ولما كان ذلك، وكان الثابت في الأوراق أن العقد موضوع التداعى قد خلا من تحديد مكان سداد ثمن المبيع وكان الطاعن لم يسع إلى موطن المطعون ضدها الأولى لاقتضاء الثمن وكانت قد أعلنت رغبتها في الشراء بموجب الإنذار المعلن للطاعن بتاريخ 1994/9/26 وحددت له موعدا في 1994/10/1 ليقوم باستلام الثمن وإتمام البيع وأنه إذا لم يحضر إليها ستنقل إلى قسم شرطة الوايلي وتنتظره

لمدة ساعة حددتها إلا أنه لم يسع إليها عند حلول هذا الأجل فحررت محضرا بقسم شرطة الوايلي بذات التاريخ لإثبات غيبته ومن ثم فلا تكون قد أخلت بالتزامها إذ لم يخالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة في القانون ويكون النعى عليه على غير أساس".

(طعن رقم 10464 لسنة 76 ق جلسة 2008/9/22)

ويلاحظ أن المشرع لم يعرض لتعيين مكان الوفاء بالثمن في حالة ثالثة غير الحالتين السابقتين هي الحالة التي يكون فيها الثمن مستحقا قبل الوقت المعين لتسليم المبيع. ولاشك في انطباق القاعدة العامة على هذه الحالة إذ لا تتوافر فيها الحكمة التي اقتضت الخروج على هذه القاعدة في الحالة الأولى. وإذن يكون وفاء الثمن في هذه الحالة في موطن المشتري كما في الحالة الثانية(1).



مادة (457)

- 1- يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك.
- 2- فإذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، جاز له ما لم يمنعه شرط 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 كفيلا.
- 3- ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيبا في المبيع.

الشرح

248- زمان الوفاء بالثمن :

يرجع في تحديد زمان الوفاء بالثمن أي الوقت الذي يجب أن يدفع فيه الثمن إلى اتفاق المتعاقدين، فإذا اتفقا على الوفاء بالثمن في وقت معين، وجب الوفاء بالثمن في هذا الوقت، فإذا لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين على ذلك، فإنه يرجع إلى العرف، فإذا لم يوجد عرف يحدد زمان الوفاء بالثمن، فقد حددت الفقرة الأولى من المادة زمان الوفاء بالثمن "في الوقت الذي يسلم فيه المبيع".

فقد ربط المشرع بين وقت الوفاء بالثمن ووقت تسليم المبيع، فجعل الوفاء بالثمن مستحقا في الوقت الذي يسلم فيه المبيع حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في

وقت واحد⁽¹⁾.

غير أن في ذلك خروج على القواعد العامة، إذ الأصل أنه إذا لم يتفق على تأجيل الوفاء بالالتزام فإنه يكون مستحق الأداء بمجرد نشوئه، وذلك حتى ولو كان الالتزام ناشئاً عن عقد تبادلي، ولو كان الالتزام المقابل مؤجلاً. فالربط إذن بين وفاء المشتري بالتزامه بدفع الثمن ووقت وفاء البائع بالتزامه بتسليم المبيع، فيه خروج على القواعد العامة. وهو خروج روعيت فيه مصلحة المشتري وحده لأنه :

(أ) إذا فرض وكان قد اتفق على موعد معين لتسليم المبيع ولم يتفق على موعد للوفاء بالثمن، فإن البائع لن يستطيع أن يطالب المشتري بسداد الثمن فوراً مثلما كان يستطيعه طبقاً للقواعد العامة، وإنما يكون عليه أن ينتظر لحين حصول التسليم. (ب) وعلى العكس، إذا فرض وكان قد اتفق على أجل لدفع الثمن ولم يتفق على أجل لتسليم المبيع، ظل التزام البائع بالتسليم واجب الوفاء فوراً طبقاً للقواعد العامة ولم يجز للبائع أن يمتنع عن التسليم إلى حين حلول أجل الوفاء بالثمن⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وأما الزمان، فالثمن يستحق الدفع في الوقت الذي يسلم فيه المبيع، حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد، وقد سبق أن المبيع يسلم وقت تمام البيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك. وقد يتفق المتعاقدان على أن يدفع الثمن بعد أو قبل تسليم المبيع، كأن يتفقا على أن يدفع الثمن حالاً بمجرد تمام البيع ولو كان تسليم المبيع مؤجلاً، أو على أن يدفع الثمن مؤجلاً على أقساط أو جملة

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص136- أنور سلطان ص 333.

(1) إسماعيل غانم ص 209- محمد شكرى سرور ص 394 وما بعدها- خميس خضر ص 273 وما بعدها.

واحدة ولو كان المبيع قد سلم في الحال، وقد يقضى العرف بأحكام أخرى فيتعين اتباعها، وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين الحالي (م407/329)⁽¹⁾.

249- حق المشتري في حبس الثمن :

يلتزم المشتري بدفع الثمن في ميعاد استحقاقه ليحصل في مقابل ذلك على ملكية المبيع وحيازته حيازة هادئة نافعة. وقد ذكرنا سلفا أن المشرع خول المشتري حق الرجوع على البائع بالضمان في حالات التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية. غير أن المشتري لا يلجأ إلى دعوى الضمان إلا إذا كان قد وفى الثمن. أما إذا لم يكن قد وفاه، كان أجدى له من الرجوع بالضمان أن يتمتع عن وفاء الثمن بعد استحقاقه. وقد قرر المشرع للمشتري هذا الحق في بعض الحالات حتى لا يعتبر امتناعه عن دفع الثمن بعد استحقاقه إخلالا بالتزامه. وهى حالات ثلاث نعرض لها في البند التالي.

الحالات الواردة بالمادة التي يجوز فيها للمشتري حبس الثمن :

يجوز للمشتري حبس الثمن بعد استحقاقه في الحالات الثلاث الآتية:

250- الحالة الأولى :

إذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع :

يكون للمشتري حبس الثمن إذا وقع من الغير تعرض مما يضمنه البائع، والبائع كما هو معروف لا يضمن تعرض الغير إلا إذا كان تعرضا قانونيا ومستندا إلى حق سابق على البيع، لا لاحقا عليه ما لم يكن آيلا للمتعرض من البائع. وللمشتري حق الحبس أيضا - ومن باب أولى - إذا وقع التعرض من البائع

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 136.

نفسه.

وشرط الحبس فى هذه الحالة أن يكون للمشتري حق فى الرجوع على البائع بسبب التعرض، فإذا اشترى ساقط الخيار مثلاً أو اشترط البائع عدم الضمان مع علم المشتري وقت البيع بسبب التعرض، لم يكن للمشتري رجوع على البائع، وبالتالي لم يكن له حق فى حبس الثمن إذا وقع له تعرض من الغير (1).

251- الحالة الثانية :

إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري :

ظاهر أن المشرع فى حبس الثمن فى هذه الحالة لم يشترط ما يشترط فى الرجوع بالضمان من حيث تحقق التعرض أو الاستحقاق فعلاً، ولا من حيث عدم علم المشتري وقت العقد بسبب التعرض أو الاستحقاق، لأن استعمال المشتري حق حبس الثمن أخف وطأة على البائع من استعماله دعوى ضمان الاستحقاق، فاكتمل فيه بمجرد خشية التعرض. على أن تكون هذه الخشية مبنية على أسباب جدية (2). والحكمة من إعطاء المشتري حق حبس الثمن فى حالة ثبوت حقوق للغير على المبيع أنه إذا ما أرغم على دفعه، ثم تحقق التعرض والاستحقاق، فقد لا يجديه الرجوع على البائع إذا كان معسراً أو مفلساً. ولذلك فإن حق المشتري فى احتباس الثمن يزول بزوال الخطر الذى يهدده، إذ تنتفى حينئذ العلة من حبس الثمن.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "مفاد نص المادة 331 من القانون المدنى الملغى والتى تقابل المادة

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 548 وما بعدها- محمد شكرى سرور- ص 396- محمد كامل مرسى ص 371.

(2) سليمان مرقس ص 428 - محمد لبيب شنب ص 238- أنور سلطان ص 336.

2/427، 3 من القانون القائم أن المشرع لم يقصر حق المشتري في حبس الثمن على حالة وقوع تعرض له بالفعل وإنما أجاز له هذا الحق أيضا ولو لم يقع هذا التعرض إذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده. فمجرد قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان في العقد شرط يمنعه من استعماله".

(طعن رقم 15 لسنة 33 ق جلسة 1967/1/19)

2- "مفاد نص المادة 2/457 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع أجاز للمشتري الحق في حبس الثمن إذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده، فمجرد قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده، وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان في العقد شرط يمنعه من استعماله، فعلم المشتري وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق، لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهدهه ويكون في نفس الوقت معتمدا على البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن، مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار".

(طعن رقم 57 لسنة 36 ق جلسة 1970/4/14)

3- "مفاد نص المادة 2/457 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع أجاز للمشتري الحق في حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده، فمجرد قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يتهدهه".

(طعن رقم 390 لسنة 39 ق جلسة 1974/11/25)

4- "في العقود الملزمة للجانبين وعلى ما تقضى به المادة 161 من القانون المدني إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقيم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، وقد أجاز المشرع تطبيقاً لهذا الأصل في الفقرة الثانية من المادة 457 للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده، ومقتضى ذلك أن قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن، ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي يهدده، وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان في العقد شرط يمنعه من استعماله فعلم المشتري وقت الشراء بالسبب الذي يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطاً بالخطر الذي يهدده ويكون في نفس الوقت معتمداً على البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته في الثمن مادام أنه لم يشتتر ساقط الخيار.

(طعن رقم 274 لسنة 40 ق جلسة 1975/12/5/10)

5- "مفاد نص المادة 2/457 من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع أجاز للمشتري إذا تبين له وجود سبب جدي يخشى معه نزع المبيع من يده الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي يهدده".

(طعن رقم 1252 لسنة 50 ق جلسة 1984/5/6)

ومن أمثلة السبب الذي يولد الخشية من نزع المبيع من المشتري ما يأتي :

(أ) - أن يكتشف المشتري أن المبيع غير مملوك للبائع (1).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لم يقصر المشرع في المادة 2/457 من القانون المدني حق المشتري في حبس الثمن على وقوع تعرض له بالفعل، وإنما أجاز له هذا الحق أيضا ولو لم يقع هذا التعرض، إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده، وتقدير جدية السبب الذى يولد الخشية في نفس المشتري من نزع المبيع من تحت يده هو من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع، ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله. وإذا كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى في استدلال سديد، إلى أن عدم تسجيل الطاعن عقد مشتراه العرفي من المالكين الأصليين من شأنه أن يولد في نفس المطعون ضده خشية جدية تؤذن بنزع العقار من تحت يده، فإن ما يثيره الطاعن بعد ذلك بشأن جدية هذه الخشية لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا يقبل أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 390 لسنة 39 ق جلسة 1974/11/25)

(ب) - عدم صدور قرار الجهة الإدارية المختصة بالموافقة على تقسيم أرض البناء.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذ خلت الأوراق مما يفيد صدور موافقة الجهة المختصة على التقسيم وقد تضمن دفاع الطاعنين التمسك ببطلان العقد لمخالفته القانون رقم 52 لسنة 1940 ومن ثم يكون العقد - وقد خالف الحظر المنصوص عليه بالمادة العاشرة من القانون باطلا بطلانا مطلقا وإذا أورد الحكم المطعون فيه بمدونات أن الأرض المبيعة تخضع لقانون تقسيم الأراضي ولم يصدر قرار بالموافقة على التقسيم ورتب على ذلك توافر السبب الجدوى لخشية المطعون ضده الأول بصفته من نزع الأرض المبيعة من يده ويحق له حبس باقى الثمن دون ترتيب بطلان العقد جزاء مخالفة

الحظر المشار إليه يكون مخطئا في تطبيق القانون".

(طعن رقم 518 لسنة 52 ق جلسة 1987/4/19)

(ج) - إدانة مالك العقار المبيع في تهمة إقامة البناء بدون ترخيص

وخارج خط التنظيم والقضاء بإزالة العقار:

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"وحيث إن هذا النعى في محله. ذلك بأن المشرع أجاز للمشتري في المادة 457 من القانون المدني الحق في حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده. ولما كان مفاد هذا النص أن مجرد قيام هذا السبب ولو لم يكن للبائع يد فيه. يخول للمشتري الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله وكان علم المشتري وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يهدده ويكون فى ذات الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي فى ذمته من الثمن مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار. لما كان ذلك وكان تقدير جدية هذا السبب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع. إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفى لحمله، كما وأنه لايجوز دون استعمال هذا الحق تضمين العقد الشرط الفاسخ جزاء عدم وفاء المشتري بالثمن فى الميعاد المتفق عليه ذلك أن هذا الشرط لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فإن كان من حق المشتري قانونا أن يحبس الثمن من البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا. لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد استدل على نفي حق الطاعنين فى التمسك بحق حبس ما لم يؤدوه من الثمن على قوله (أن المخالفات

التي وردت على عين التداعي فهي من شأن المالك والجهات التي حررت المخالفات ضده كما وأن هذه المخالفات ليست من قبيل العيب الخفى وأنه كان يتعين على المشتري (.....) أن يتحرى بمعرفته حالة العقار الذى به عين التداعي ووضعه القانونى. كما وأنه فى إمكان المشتري أن يرى إذا لحقه ثمة أضرار من جراء تلك المخالفات المنسوبة إلى المالك البائع أن يرجع عليه بدعوى مستقلة ... كما يكون للمشتري أن يرجع على بائعه بالثمن بدعوى مستقلة إذا امتنع هذا البائع عن رده إليه وذلك كأثر من آثار فسخ العقد. وحيث إنه بالبناء على ما تقدم..... وإذ كان هذا العقد فى بنده السابع قد تضمن الفسخ إذا تأخر المشتري فى سداد أربعة أقساط وقد أعذره البائع مما يتعين معه فسخ هذا العقد على أن تعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد).

وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده الأول قد أتهم فى الجنحة رقم لسنة 1986 باب شرقى بإقامة العين بدون ترخيص وخارج خط التنظيم قضى بإدانته فيها مع الإزالة فإن من شأن ذلك أن ينشئ للطاعنين الحق فى حبس ما لم يدفع من باقى الثمن ويقف حائلا دون أعمال الشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه فى العقد بما يعيب الحكم - حين أعمله - بالخطأ فى تطبيق القانون ويوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 1071 لسنة 66 ق جلسة 1997/3/20 - غير منشور)

(د-) اكتشاف المشتري أن ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ وخشى أن يكون هذا الشرط قد تحقق، أو معلقة على شرط واقف وخشى أن يكون هذا الشرط لم يتحقق⁽¹⁾.

(هـ-) اكتشاف المشتري أن المبيع مثقل بحق رهن أو امتياز أو حق

(1) السنهورى ص 789.

اختصاص أو حق ارتفاق⁽¹⁾.

غير أن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يخول حق حبس الثمن.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يخول المشتري حق حبس الثمن. حتى يتحقق من خلوها من التسجيلات وبخاصة بعد أن يكون قد تسلم المبيع فإن القانون إذ رسم الطريق لحماية حقوق المشتري من الخطر الجدى الظاهر الذى يهددها قد ألزمه بدفع الثمن.

(طعن رقم 48 لسنة 11 ق جلسة 1942/5/28)

252- جدية التخوف من نزع المبيع من يد المشتري :

يشترط أن يتوافر لدى المشتري سبب جدى يخشى معه نزع الملكية من تحت يده. ولكن لا يكلف المشتري بإثبات أن حق المتعرض صحيح بل يكتفى منه بأن يبين أن هذا الحق له أساس ولو فيما يبدو للناس. أما مجرد الخوف والتوهم فلا يكفيان لحبس الثمن⁽²⁾.

وتقدير هذه الجدية من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض متى أقام قضاؤه على أسباب سائغة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "مجادلة الطاعنة فى جدية الأسباب التى تخول للمطعون ضدهم حق حبس الباقي من الثمن والوفاء به بطريق الإيداع مجادلة موضوعية غير مقبولة لأن الحكم المطعون فيه أقام قضاؤه فى ذلك على أسباب سائغة ولها سندها فى

(2) خميس خضر ص 277 - محمد شكرى سرور ص 397.

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص 430 الهامش.

الأوراق وتكفى لحمله".

(طعن رقم 274 لسنة 40 ق جلسة 1975/12/10)

2- "مفاد نص المادة 2/457 من القانون المدني أن المشرع أجاز للمشتري الحق في حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده وتقدير جدية السبب الذى يولد الخشية فى نفس المشتري من نزع المبيع من يده هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الأمور التى تستقل بها محكمة الموضوع ولا رقابة عليها فى ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله".

(طعن رقم 388 لسنة 48 ق جلسة 1981/11/18)

3- "أجاز المشرع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - للمشتري إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده، الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يتهدهد ولئن كان تقدير جدية هذا السبب هو مما يستقل به قاضى الموضوع إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفى لحمله".

(طعن رقم 69 لسنة 46 ق جلسة 1979/5/31)

4- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة 2/457 من القانون المدني أن المشرع وإن أجاز للمشتري الحق فى حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده إلا أن تقدير جدية السبب الذى يولد الخشية فى نفس المشتري من نزع المبيع من تحت يده هو عن الأمور التى تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها فى ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله".

(طعن رقم 1455 لسنة 53 ق جلسة 1987/6/14)

5- "أجاز المشرع للمشتري فى المادة 457 من القانون المدني الحق فى

حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده ومفاد ذلك أن مجرد قيام هذا السبب يخول للمشتري الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده، ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله. وإذا كان تقدير جدية هذا السبب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع، إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفى لحمله، وإذا ما تمسك المشتري أمام محكمة الموضوع بحقه فى حبس الثمن مستندا فى ذلك إلى سبب يتسم بالجدية، يتعين على تلك المحكمة أن ترد على هذا الدفاع بأسباب خاصة باعتباره دفاعا جوهريا يتغير به - إن صح - وجه الرأى فى الدعوى، وإلا شاب حكمها القصور المبطل.

(طعن رقم 3230 لسنة 68 ق جلسة 1999/5/9)

6- "لما كان الثابت فى الأوراق أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف - فى المذكرتين المقدمتين منه بتاريخ 1997/12/25، 1998/5/5 بحقه فى حبس الباقي من ثمن الشقة خشية أن ينتزعها الغير من تحت يده، وقدم تدليلا على جدية هذا السبب كشفا رسميا صادرا من الضرائب العقارية ثابت فيه أن العقار الكائن به شقة التداعى مملوك لغير البائع له - المطعون ضده - وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن هذا الدفاع إيرادا وردا على الرغم من أنه دفاع جوهري من شأنه - لو صح - أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، واقتصر على بحث الشرط الفاسخ وخلص إلى تحققه، ورتب على ذلك قضاءه بتأييد ما قضت به محكمة أول درجة من فسخ عقد البيع وتسليم الشقة إلى المطعون ضده فإنه يكون قد ران عليه القصور المبطل مما يعيبه".

(طعن رقم 3230 لسنة 68 ق جلسة 1999/5/9)

7- "وحيث إن هذا النعى غير مقبول ذلك أن - المقرر فى قضاء هذه

المحكمة - أن مفاد نص المادة 2/457 من القانون المدني أن المشرع وإن أجاز للمشتري الحق في حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده إلا أن تقدير جدية السبب الذى يولد الخشية فى نفس المشتري من نزع المبيع من تحت يده هو من الأمور التى تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها فى ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله".

(طعن رقم 4388 لسنة 65 ق جلسة 2007/4/19)

253- لا ينفى الحق فى الحبس علم المشتري بوجود حقوق الغير :

يستطيع المشتري حبس الثمن إذا خاف نزع المبيع من يده ولو كان يعلم وقت العقد بوجود حقوق الغير التى يخشى منها على انتفاعه، فالمشرع لم يرد ربط قيام الحق فى الحبس بخطر يظهر بعد خفاء، بل أراد ربطه بوجود خطر نزع المبيع من تحت يد المشتري، خافيا كان وقت الشراء أو غير خاف⁽¹⁾.

كما قد يكون المشتري معتمدا على البائع لدفع هذا التعرض قبل استحقاق الثمن أو الباقي منه فى ذمته.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن علم المشتري وقت الشراء بسبب نزع الملكية لا ينافى ثبوت حقه فى حبس الثمن، لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهدهد ويكون فى الوقت نفسه معولا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي فى ذمته من الثمن. وإذا كان النص العربى للمادة 331 من القانون المدني قد قال فى بيان شرط الحبس "إذا ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية" فهو لم يرد ربط قيام حق الحبس بخطر يظهر بعد خفاء بل أراد ربطه بوجود خطر نزع الملكية، خافيا كان وقت الشراء أو غير خاف. وهذا هو الحكم المستفاد من صريح النص الفرنسى للمادة المذكورة حيث تقول

(1) محمد ليبب شنب ص 238 - سمير تتاغو ص 353.

(s'ily a pour lui danger d'eviction) وإذن فجهل المشتري سبب نزع الملكية وقت الشراء ليس شرطاً في قيام حقه في الحبس. أما علمه بهذا السبب فقد يصلح أو لا يصلح دلالة على تنازله عن حق الحبس، وذلك على حسب ما ينبئ به واقع الدعوى. فإذا أقام الحكم قضاءه بعدم تخلي المشتري عن حقه في الحبس على أدلة كافية لحمله فلا سبيل عليه من بعد".

(طعن رقم 124 لسنة 15 ق جلسة 1947/12/4)

2- "علم المشتري وقت الشراء بالسبب الذي يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطاً بالخطر الذي يتهدهده ويكون في نفس الوقت معتمداً على البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار. وإذا كان اكتشاف المشتري أن المبيع أو بعضه غير مملوك للبائع يعتبر من الأسباب الجدية التي يخشى معها نزع المبيع من تحت يده فإنه يجوز للمشتري أن يحبس ما لم يؤديه من الثمن حتى ولو كان المالك الأصلي لم يرجع عليه بدعوى الاستحقاق أو ينازعه بعد في المبيع".

(طعن رقم 15 لسنة 33 ق جلسة 1967/1/19)

3- "علم المشتري وقت الشراء بالسبب الذي يخشى معه نزع المبيع من تحت يده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطاً بالخطر الذي يتهدهده ويكون في ذات الوقت معتمداً على البائع لدفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن".

(طعن رقم 390 لسنة 39 ق جلسة 1974/11/25)

4- "... وعلم المشتري وقت الشراء بالسبب الذي يخشى معه نزع المبيع من تحت يده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطاً بالخطر الذي يتهدهده ويكون في ذات الوقت معتمداً على البائع في دفع هذا الخطر

قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن، وتقدير جدية هذا السبب هو مما يستقل به قاضي الموضوع إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه في هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفي لحمله".

(طعن رقم 1252 لسنة 50 ق جلسة 1984/5/6)

254- الحالة الثالثة :

إذا كشف المشتري عيبا في المبيع مما يوجب ضمان البائع :

لم يكن حق الحبس في هذه الحالة منصوبا عليه في التقنين الملغى. ولكن واضعى التقنين الحالي رأوا أنه مادام المشتري الذى يكشف العيب الخفى بعد دفع الثمن يكون له حق الرجوع على البائع بضمان العيوب فإنه إذا كشف العيب قبل الدفع يكون أولى بحبس الثمن من المشتري الذى لا يكشف إلا سببا معقولا يخشى معه التعرض، فسووا بين الحالتين ونصوا في شأنهما على حق المشتري في حبس الثمن⁽¹⁾.

ولذلك نصت الفقرة الثالثة من المادة 457 مدنى على أن: "ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيبا في المبيع".

255- هل يجب قصر حق المشتري في الحبس على جزء من الثمن ؟

إذا كان التعرض الحاصل للمشتري في وضع يده على المبيع بدعوى حق سابق على المبيع أو آيل من البائع، على جزء من المبيع فقط، فلا يجوز للمشتري أن يحبس عن البائع إلا قيمة هذا الجزء، ولا يجوز له حبس جميع الثمن بدعوى أنه يستحق تعويضا قبل البائع، لأن الحكم بالتعويض أمر غير مؤكد، ولأن المشرع- كما سنرى- أجاز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن إذا قدم كفيلا به ولم يلزمه بتقديم كفيل بالتعويض. وإذا حصل خلاف في قيمة الجزء الواقع فيه

(1) سليمان مرقس ص 430.

التعرض وجب الرجوع إلى القضاء لتقدير قيمة هذا الجزء⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"يشترط لقصر حق المشتري في الحبس على جزء من الثمن يتناسب مع الخطر الذي يتهده، أن يكون عالما وقت استعمال حق الحبس بمقدار هذا الخطر، وإذ يبين من الحكم الابتدائي - الذي أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه - أنه رفض حق الطاعنين في حبس باقى ثمن الأرض المبيعة، استنادا إلى مجرد القول بأن وجود قيد تسجيل تنبيه نزع ملكية على الأرض وفاء لمبلغ 7986 ج و 265 م لا يكفى كمبرر لحبس كل الباقي من الثمن وقدره 24495 ج ودون أن يستظهر الحكم علم الطاعنين بمقدار هذا الدين في الوقت الذي استعملوا فيه حقهم في الحبس، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبب".

(طعن رقم 69 لسنة 46 ق جلسة 1979/5/31)

256- استعمال حق الحبس لا يتطلب إنذارا أو ترخيصا من القضاء :

لم يتطلب القانون لاستعمال المشتري الحق في حبس الثمن عن البائع توجيه إذار إلى البائع أو الحصول على ترخيص من القضاء بذلك.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"استعمال الحق في الحبس لا يقتضى إذارا ولا الحصول على ترخيص من القضاء".

(طعن رقم 15 لسنة 33 ق جلسة 1967/1/19)

257- لا يجوز حبس الثمن عند القضاء بأدائه :

إذا حكم بالإلزام المشتري بأداء الثمن إلى البائع فإنه يندرج في هذا القضاء عدم

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص 429 - أنور سلطان ص 336.

أحقية المشتري في حبسه.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"أحقية البائع لاقتضاء باقى ثمن المبيع وحق المشتري في حبسه وجهان متقابلان لشئ واحد والقضاء بأحقية البائع لباقي الثمن وبالزام المشتري بأدائه يندرج فيه حتما القضاء بأن المشتري لا يحق له أن يحبسه وتكون دعوى المشتري بأحقية في حبسه خشية استحقاق المبيع كله أو بعضه للغير عودة لا تجوز إلى ذات النزاع الذي حاز القضاء السابق فيه قوة الأمر المقضى وإلا انقلب دفعه بعدم تنفيذ التزامه إلى دفع بعدم تنفيذ الحكم الصادر ضده".

(طعن رقم 319 لسنة 38 ق جلسة 1974/2/11)

258- سقوط حق المشتري في حبس الثمن :

يسقط حق المشتري في حبس الثمن في ثلاث حالات هي :

1- إذا نزل المشتري صراحة في عقد البيع أو في وقت لاحق عن حقه في حبس الثمن.

وهذا النزول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، وفي الحالتين يجب أن يثبت اتجاه إرادة المشتري إليه، فهو لا يفترض، ولذلك فإن مجرد تحرير المشتري سندا إذنيا لمصلحة البائع بالثمن أو بجزء منه لا يعتبر نزولا عن الحق في الحبس، ولا يمنع المشتري من الامتناع عن دفع الثمن ولو كان البائع قد حول هذا السند إلى شخص آخر (1).

ويفسر هذا كون نص المادة 457 مدني ليس نصا آمرا، فيجوز الاتفاق على ما يخالفه (2).

(1) محمد ليبب شنب ص 239.

(2) سليمان مرقس ص 422.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "تخلف الطاعن عن الوفاء بباقي الثمن بغير حق يجعله مخلا بالتزاماته قبل البائع وليس له الحق في حبس باقي الثمن لأنه توافر لديه علمه بالمبيع وسند ملكية البائع له عند تحرير العقد فضلا عن أنه تنازل عن حقه في حبس الثمن بموجب الاتفاق في العقد، وإذ كان ما استخلصته المحكمة في هذا الخصوص استخلاصا سائغا يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها فإن النعى على الحكم المطعون فيه - الذي قضى بفسخ العقد - بهذه الأسباب يكون على غير أساس".

(طعن رقم 910 لسنة 45 ق جلسة 1980/3/25)

2- "إذا دفع المشتري الثمن بعد العلم بالسبب الموجب لحبسه، إذ يعتبر بذلك قد نزل ضمنا عن حقه في الحبس، فلا يجوز له أن يطالب البائع برد الثمن إليه ليستعمل عليه حق الحبس⁽¹⁾، وإنما يجوز له الرجوع عليه بالضمان وفقا للأحكام التي ذكرناها عند دراسة الضمان. وهذه الأحكام لا تخول المشتري الرجوع بضمان الاستحقاق إلا إذا كان المبيع قد استحق فعلا. أما إذا اقتصر الأمر على ظهور سبب يخشى معه الاستحقاق، فلا يكون للمشتري إلا فسخ البيع. بل يذهب البعض إلى أن حق الحبس يسقط بالدفع حتى لو أن المشتري وقت أن دفع الثمن لم يكن عالما بقيام سبب لحبسه⁽²⁾.

3- أن يزول سبب حق المشتري في حبس الثمن، بأن انقطع التعرض بنزول المتعرض عما يدعيه، أو زال الخطر بأن دفع البائع مثلا لمن له رهن على المبيع الدين المضمون بالرهن أو شطب القيد المأخوذ على المبيع، أو أصلح البائع العيب الذي كشفه المشتري في المبيع أو عوضه عنه التعويض الكافي⁽³⁾.

(1) سليمان مرقس ص 422.

(2) السنهوري ص 792.

(3) السنهوري ص 793 وما بعدها.

4- إذا علم المشتري وقت البيع بوجود سبب الاستحقاق أو العيب الخفى وكان قد اشترى ساقط الخيار. لأنه لو دفع فى هذه الحالة لا يكون له رجوع بالضمان (م2/446، م2/447) فلا يكون له حق حبس الثمن قبل دفعه. أما مجرد علمه بالخطر الذى يتهدهد دون أن يقبل أن يكون شراؤه ساقط الخيار، فإن ذلك لا يسقط حقه فى الحبس⁽¹⁾.

259- حق البائع فى استيفاء الثمن على أن يقدم كفيلًا :

لا يجوز للمشتري حبس الثمن فى الحالات الثلاثة سائلة الذكر. إذا طالبه البائع بأداء الثمن على أن يقدم له كفيلًا. إذ يسقط فى هذه الحالة حقه فى الحبس.

ويصح أن يقدم البائع بدلا من الكفيل أى تأمين عينى كاف سواء قدم هو هذا التأمين أو قدمه غيره (كفالة عينية)، وذلك طبقا لنص المادة 1774 مدنى التى تقرر أنه: "إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب عليه أن يقدم شخصا موسرا ومقيما فى مصر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا"⁽²⁾.

ويتضح من ذلك أن المشرع قد رجع فى حق المشتري فى حبس الثمن إلى القواعد العامة فى حق الحبس. وذلك على عكس الحال فى حق البائع فى حبس المبيع إذ طبقا للمادة (459) مدنى للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له من الثمن ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة.

ولعل العلة فى هذه التفرقة هى أن للبائع حق امتياز على المبيع فهناك تأمين كاف لحقه، وهو بذلك ليس فى حاجة إلى مزيد من الضمان، وإنما هو فى حاجة إلى استيفاء الثمن. أما المشتري فيكفيه أن يقدم له تأمين يضمن له استيفاء ما قد

(1) سليمان مرقس ص 433.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 553- إسماعيل غانم ص 216.

يلزم به البائع⁽¹⁾.

وهذه الكفالة تضمن للمشتري ما عسى أن يترتب على ضمان التعرض والاستحقاق أو على ضمان العيب من تعويض. ولذلك فإن هذه الكفالة تكون بمقدار الثمن الجائز حبسه، ولو زاد التعويض المستحق للمشتري بعد ذلك عن الثمن، فالحكمة من الكفالة مجرد ضمان حصول المشتري على الثمن فقط إذا أصبح له وجه لاسترداده⁽²⁾.

وإذا كان هناك اتفاق على أن المشتري لا يدفع الثمن إلا بعد أن يشطب البائع القيود المتخذة على المبيع، كان للمشتري ألا يدفع الثمن ولو قدم البائع له كفالة إلا بعد شطب القيود⁽³⁾.

كذلك يحق للمشتري حبس الثمن بالرغم من تقديم الكفالة إذا أراد تطهير المبيع من الرهن ووجب لذلك أن يستبقى الثمن في يده لعرضه على الدائن المرتهن⁽⁴⁾.

وإن كان البيع ملحوظا فيه وفاء الديون التي على العين المبيعة من الثمن، أغنى عن تقديم الكفالة أن يطلب البائع من المشتري إيداع الثمن خزانة المحكمة

(3) اسماعيل غانم ص 216.

(1) السنهوري ص 794 هامش (2) - أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص 432.

(2) السنهوري ص 764 هامش (1) - سليمان مرقس ص 434.

(3) عبد المنعم البدرأوى ص 554- والتطهير هو إجراء بمقتضاه يعرض الحائز للعقار المرهون على الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكيته قيمة العقار، فإذا قبلوا هذا العرض دفع لهم الحائز هذه القيمة حسب ترتيب تلاحمهم وتخلص العقار من جميع الرهون حتى التي لم يصب أصحابها شيء من قيمة العقار. فإذا لم يقبل الدائنون أو البعض منهم هذا العرض وجب عليهم أن يطلبوا بيع العقار ولو كانت ديونهم غير حالة. وهذا الحق يظل للحائز حتى يوم إيداع قائمة شروط البيع، وهذا الإيداع هو المرحلة السابقة مباشرة على طرح العقار في المزاد (م 1064 مدني).

على ذمة الدائنين للوفاء بديونهم.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن القانون إذ جعل للمشتري، في حالة ظهور سبب يخشى منه نزع ملكية المبيع، حق حبس الثمن إلى أن يزول هذا السبب قد ألزمه بدفع الثمن متى طلبه البائع وقدم له كفالة، فإن هو لم يدفع الثمن بعد ذلك كان للبائع الحق في طلب فسخ البيع، فإذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن المشتريين قد تسلموا العين المبيعة ولم يدفعوا سوى جزء من الثمن حتى استحق عليهم القسط الثاني منه، وكان هذا البيع ملحوظا فيه وفاء الديون التي على العين المبيعة من الثمن، ثم أنذرهم البائع بإيداع الثمن خزانة المحكمة على أن يستحضر الدائنين المسجلين ويوفيهم ديونهم مقابل تطهير العين المبيعة من حقوقهم عليها، ومع ذلك لم يودعوا، فطلب البائع فسخ البيع، فقضت المحكمة برفض هذا الطلب مؤسسة حكمها على مجرد أن المشتريين استخرجوا في نفس الشهر الذي حصل فيه البيع شهادة عقارية دالة على أن العين المبيعة كانت مثقلة باثني عشر تسجيلاً أريت على ألفي جنيه، وأن هذه الشهادة شملت جملة تنبيهات عن نزع ملكية العين، وأن هذه الحالة تشفع للمشتريين في حبس الثمن لمثل خطر نزع الملكية، فهذا القضاء يكون مخالفاً للقانون. إذ الإيداع بالخزانة هو خير كفالة يمكن أن يطالب بها المشتري، فعليه متى طلب إليه ذلك أن يودع الثمن مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع. ولا يعد عذرا في حبس الثمن أن تكون الديون زائدة عليه مادام المشتري غير مطلوب منه أن يودع أكثر من الثمن ومادام هو ليس له أن يطلب أكثر من تطهير العين قبل صرف الثمن إلى البائع".

(طعن رقم 20 لسنة 14 ق جلسة 1944/12/21)

2- "إذا كان اقتضاء البائع لباقي الثمن مشروطاً بأن يكون قد أوفى بالتزامه بتطهير العين المبيعة من كافة ما عليها من حقوق، فإن ما انتهى إليه الحكم المطعون

فيه من من عدم الاعتداد بإيداع المشتري لباقي الثمن، لتعليق الصرف على القيام بتطهير العين، قول لا يصادف صحيح القانون، ذلك أنه متى كان للمشتري الحق في حبس الباقي من الثمن، فإنهما إذ قاما بإيداعه مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع، فإن هذا الإيداع يكون صحيحا وتترتب عليه آثاره القانونية فتبرأ ذمتها من الباقي عليهما من الثمن".

(طعن رقم 57 لسنة 36 ق جلسة 1970/4/14)

وتقديم البائع كفالة لإسقاط حق المشتري في حبس الثمن يعتبر رخصة له، ولا يمكن للمشتري إلزامه به، فالبائع حر في أن يقدم الكفالة ليقبض الثمن أولاً يقدمها فيتترك الثمن في يد المشتري⁽¹⁾.

فإذا شاء البائع استعمال هذه الرخصة، وأنذر المشتري برغبته في ذلك، وأذعن المشتري لهذه الرغبة بأن قبل الكفالة المقدمة له وأدى الثمن انتهى الأمر، وإلا قاضاه البائع وعرض على المحكمة ضمان الكفيل الذي يتقدم به، فتحكم هي إذا لم يكن ثمة اعتراض على الكفالة المقدمة بقبولها وبإلزام المشتري بدفع الثمن والمصاريف والأتعاب.

أما إذا لم ينذر البائع المشتري بذلك ورفع الدعوى مباشرة ولم يعارض المشتري في دفع الثمن مقابل الكفالة، كان البائع مخطئاً في رفع الدعوى بذلك دون إنذار وحكم عليه هو بالمصروفات والأتعاب.

وإذا لم يستعمل البائع حقه في المطالبة بالثمن مقابل تقديم كفيل حتى تحقق الخطر الذي كان يهدد بنزع المبيع من يد المشتري، فإن حقه في ذلك ينقضي لأن نزع المبيع من يد المشتري يؤثر في وجود الالتزام بالثمن، فلا يكون للبائع المطالبة به أصلاً⁽²⁾.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 553.

(2) سليمان مرقس ص 434.

260- عدم ورود حالات حبس المشتري الثمن على سبيل الحصر :

إن حالات الحبس الثلاث التى تنص عليها المادة (457) لا تستنفذ كافة الحالات التى يجوز فيها للمشتري حبس الثمن. فهذه الحالات إنما تتصل جميعا بالتزام البائع بالضمان، إما التزامه بضمان العيوب الخفية، وإما التزامه بضمان التعرض، وإن كان المشرع قد توسع بالنسبة لهذا الالتزام الأخير فلم يقصر الحبس على حالة وقوع التعرض فعلا بل أجاز للمشتري حبس الثمن إذا كان يخشى على المبيع أن ينزع من يده لأسباب جدية.

غير أن التزامات البائع لا تقتصر على الالتزام بالضمان.

ولذلك يخضع حق المشتري فى حبس الثمن أيضا لحكم القواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين، والتى تنص عليها المادة 161 مدنى بقولها: "فى 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". وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ، وهو تطبيق للحق فى الحبس المقرر فى المادة (246) على العقود الملزمة للجانبين والتى تنص على أن: "1- لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين وهو مرتبط به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.

2- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محزره، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع".

وبناء على هذا الحق العام فى الامتناع عن التنفيذ يجوز للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن إذا لم يقم البائع بتنفيذ أحد التزاماته الناشئة من عقد البيع، كأن يمتنع البائع عن تسليم العين، أولا ينفذ التزامه بنقل الملكية، كما لو تأخر فى تسليم

سندات التملك إلى المشتري حتى يتمكن من التسجيل، وهكذا⁽¹⁾. شريطة ألا يتم الاتفاق بين الطرفين على حرمان المشتري من حق الحبس.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كان الثابت أن الطاعن تمسك في دفاعه بأنه لا يحق للمطعون ضدهم طلب فسخ العقد طالما أنهم لم ينفذوا التزامهم بتسليمه الأرض المبيعة وتمكينه من وضع يده عليها، وأن من حقه إزاء ذلك أن يقف تنفيذ التزامه بباقي الثمن حتى يوفى المطعون ضدهم من التزامهم بالتسليم، وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى بالرد على ذلك بأن العقد قد خلا من ترتيب أى التزام على عاتق المطعون ضدهم من حيث تسليم الأرض المبيعة وتمكين الطاعن من وضع يده عليها، فإن ذلك من الحكم خطأ فى القانون، ذلك أن الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الأصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد، وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد ولو كان الثمن مؤجلاً ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

(طعن رقم 6 لسنة 41 ق جلسة 1975/4/28)

2- "حق المشتري فى حبس الثمن وإن ورد فيه نص خاص هو نص المادة 2/457، 3 من القانون المدنى - ليس إلا تطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ وللحق فى الحبس بوجه عام المنصوص عليهما بالمادة 246 منه، ومقتضى هذا النص أنه لا يجوز للدائن أن يستعمل الحق فى الحبس إذا كان هو البادئ فى عدم تنفيذ التزامه فيمتنع على المشتري استعمال الحق فى حبس الثمن مادام لم يقم من جانبه بما هو ملزم به قانوناً وبحكم العقد، إذ لا يصح فى هذه الحالة اعتبار البائع مقصراً فى الوفاء بالتزاماته قبله، ولما كان الثابت فى الدعوى أن عقد البيع المؤرخ .. قد

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 547 وما بعدها - خميس خضر ص 279 - محمد لبيب شنب ص 237.

تضمن الاتفاق على التزام الطاعن بإيداع الثمن المحدد به أحد البنوك بمصر مقابل تسليم الأسهم لها وكانت الطاعنة لم تقم بتنفيذ الالتزام من جانبها في الميعاد كما هو مقرر في العقد وطبقا لما يشترط القانون رقم 80 لسنة 1947 بتنظيم الرقابة على عمليات النقد ولائحته التنفيذية رقم 1892 لسنة 1960 من وجوب إيداع الثمن المقدر بالعملة الأجنبية أحد البنوك في جمهورية مصر العربية وهو ما يخول البائع - المطعون ضده الأول - اعتبار ذلك العقد مفسوخا بقوة القانون ويجعله في حل أن يعتبر الأسهم المباعة لم تنتقل من ملكه، ويحق له أن يتصرف فيها تصرف المالك وهو ما اختاره المطعون ضده الأول فعلا، وباع هذه الأسهم مرة أخرى للمطعون ضدها الثالثة مما يمتنع معه على الطاعنة التحدى بحبس الثمن لأنها هي التي أخلت بالتزامها".

(طعن رقم 1229 لسنة 47 ق جلسة 1981/5/4)

3- "المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن عقد البيع عقد تبادلي ينشئ بين طرفيه التزامات متقابلة. وقد أوجبت المادة 439 من القانون المدني على البائع أن يمتنع عن كل تعرض من جانبه للمشتري في حيازته للمبيع وكان التعرض الشخصي الذي يضمنه البائع في مفهوم هذه المادة هو كل عمل يعكر على المشتري حقه في حيازة المبيع والانتفاع به، وهذا الالتزام المستمر على عاتق البائع يقابله التزام المشتري بأداء الثمن، وقد خولت المواد 161، 1/246، 2/457 من القانون المدني المشتري حق حبس الثمن حتى يمتنع التعرض".

4- "إذ كان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك بحقه في حبس الثمن على سند من إتيان الشركة المطعون ضدها وتابعيها أفعالا مادية أعاققت وصول مياه الري لأرضه بما يكفي لزراعتها ودلل على ذلك بما قدمه من محاضر إدارية أجرى محرروها معاينة للأرض وللتعدييات التي نسبها إلى الشركة، وكان هذا الدفاع جوهريا إذ من شأنه - إن صح - أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى، وكان لا

يغير من ذلك نص البند التاسع عشر من كراسة الشروط، إذ هو لا يدل - صراحة أو ضمنا - على تنازل الطاعن عن حقه في حبس الثمن القائم على إخلال الشركة البائعة بالتزامها بضمان تعرضها الشخصى. فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن هذا الدفاع بانيا قضاءها بالفسخ على ما استخلصه من البند التاسع عشر المشار إليه من تنازل الطاعن عن حقه في الحبس، وبما أورده تقرير الخبير من أن المطعون ضدها ليست مسئولة عن رى أرض الطاعن وإنما هى مسئولية وزارة الرى، وهو ما لا يواجه دفاع الطاعن ولا يصلح ردا عليه، الأمر الذى يجعله متسما بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسييب، فضلا عن الخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب".

(طعن رقم 8484 لسنة 66 ق جلسة 1997/12/17)



مادة (458)

1- لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره.

2- وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا. هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره.

الشرح

261- نظرة فى القواعد العامة فى الفوائد :

الفوائد طبقا للقواعد العامة نوعان: النوع الأول، يشمل الفوائد التى يلزم بها

المدين في مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون في ذمته للدائن ويطلق عليها الفوائد العوضية أو التعويضية. والنوع الثانى هو الفوائد التأخيرية وهى التى يلزم بها المدين على سبيل التعويض عن التأخر فى الوفاء بالتزام بدفع مبلغ من النقود. مثال ذلك أن يتفق المتعاقدان فى عقد القرض على أن يدفع المقرض فائدة معينة طول مدة القرض، فهذه فائدة عوضية أو تعويضية قد اشترطت عوضا يلتزم به المقرض فى مقابل انتفاعه بمبلغ القرض، وهى ليست تعويضا عن التأخير، فالمقرض طول مدة القرض ليس ملتزما برد المبلغ المقرض حتى يقال إنه قد تأخر فى الوفاء به أما بعد انتهاء المدة فإن الفوائد التى تستحق على المقرض لتخلفه عن الوفاء بالتزامه برد المبلغ تكون فوائد تأخيرية، يلزم بها المقرض جزاء تأخره فى تنفيذ التزامه.

والأصل فى الفوائد العوضية أو التعويضية أنها لا تستحق إلا إذا اتفق عليها الطرفان، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير مقابل (م542). أما الفوائد التأخيرية فإذا لم يتفق عليها الطرفان فإن القانون يتولى تحديدها. ولا تسرى فوائد التأخير القانونية إلا من وقت المطالبة القضائية بها ما لم يتفق على غير ذلك (م226)⁽¹⁾.

وقد حدد المشرع سعر الفائدة القانونية المستحقة عن التأخير، وهو فى المسائل المدنية 4% وفى المسائل التجارية 5% (م226 مدنى)، والأصل أن فوائد التأخير القانونية لا تسرى بنص المادة 226 مدنى إلا من وقت المطالبة القضائية بها. ويعمل بهذا الأصل فى سريان الفوائد التأخيرية القانونية إذا لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها، ومالم ينص القانون على غيره (م226 مدنى).

262- الاتفاق على فوائد تعويضية للثمن :

(1) اسماعيل غانم ص 210 - خميس خضر ص 270.

قد يتفق المتعاقدان على أن يستحق البائع فائدة على الثمن المؤجل طوال مدة التأجيل، كأن يتفق على تقسيط الثمن مثلاً على عدد من السنوات يدفع في نهاية كل منها القسط السنوي وفوائده. فتكون هذه الفائدة اشترطت في مقابل تمتع المشتري بالأجل الاتفاقي مثلها مثل الفائدة التي يدفعها المقترض في مقابل الانتفاع.

فهى فائدة دين في ذمة المدين طوال الأجل، ويدفع المدين طوال الأجل في مقابل وجود هذا المبلغ في ذمته والانتفاع به الفوائد التعويضية التي يتفق عليها مع الدائن. وعلى ذلك يظل المشتري في هذا الصورة وبحكم الاتفاق يدفع الفوائد المتفق عليها طوال الأجل الممنوح له في الوفاء بالثمن.

فإذا حل هذا الأجل استمرت الفوائد في السريان وبسعرها المتفق عليه، ولكنها تصبح في هذه الحالة فوائد عن التأخير أى فوائد تأخيرية⁽¹⁾.

والفائدة التعويضية التي يتفق عليها المتعاقدان يخضع تحديد سعرها لإرادة الطرفين على ألا يجاوز سعرها بحال من الأحوال الحد الأقصى المنصوص في المادة 1/227 مدنى، والتي تجرى على أن: "يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كانت عقود البيع المبرمة بين الشركة المطعون ضدها والطاعنين ومحلها وحدات سكنية أقامت الشركة من مالها الخاص - على نحو ما ورد بهذه العقود - لا تعتبر من الأعمال المصرفية المنصوص عليها في المادة السابعة فقرة (ء) من القانون 120 لسنة 1975 والمحدد سعر الفائدة لها بالهيكل المنظم لسعر الفائدة الصادر عن

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 533 وما بعدها.

البنك المركزي سالف الذكر بما يخرج هذه العقود عن نطاق تطبيق هذا الاستثناء مما لازمه خضوعها لنص المادة 227 من القانون المدني فيما يتعلق بتحديد سعر الفائدة الاتفاقية بما لا يجاوز 7% ووجوب الرجوع لسعر الفائدة المنصوص عليه في تلك العقود إلى 7%، وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم 3778 لسنة 64 ق جلسة 2004/2/17)

(قرب الطعن رقم 879 لسنة 68 ق "تجاري" جلسة 2000/6/6)

(قرب الطعن رقم 3045 لسنة 58 ق "تجاري" جلسة 1998/10/29)

263- الاتفاق على فوائد تأخيرية للثمن :

يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تحديد للفائدة التي تستحق عند تأخير المشتري في دفع الثمن. ويفترض هذا أن المشتري قد منح أجلا في دفع الثمن، ويتفق على أنه إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن في ميعاده وجبت عليه الفوائد من هذا الموعد بسعر معين يجب ألا يجاوز 7% أيضا، ويكون هذا الاتفاق تحديدا للفوائد التأخيرية وموجبا لسريانها بمجرد حلول الأجل، استثناء من القاعدة العامة التي تقضى بأن الفوائد التأخيرية لا تستحق إلا من تاريخ المطالبة القضائية بها (م226)، ذلك أن القانون أجاز الاتفاق على سريان فوائد التأخير من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية بها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كانت المحكمة قد أسست قضاءها بصحة التنفيذ بفوائد تأخير الأقساط المستحقة من ثمن البيع على أن محضر الصلح المطلوب التنفيذ به صريح في احتفاظ البائع بجميع حقوقه المقررة بعقد البيع، وعلى أن عقد البيع هذا ينص على سريان الفوائد عن التأخير فذلك منها سديد. إذ أن عقد البيع يكون في هذه الحالة متمما لعقد الصلح ومن ثم فإن الفوائد المنصوص عليها فيه تكون كأنها

منصوص عليها في عقد الصلاح.

(طعن رقم 92 لسنة 13 ق جلسة 1944/5/4)

2- "إذا كان الحكم الاستثنائي مع تقريره أن محكمة أول درجة قد أصابت في قضائها بفسخ البيع لعدم قيام المشتري بالوفاء بالتزاماته بإيداع الثمن جميعه مع الفوائد المستحقة، والجزء الذى أودعه كان ناقصا لما شاب إيداعه من عيوب. قد اعتبر قيام المشتري بإيداع ما هو مستحق من متأخر الثمن من فوائد لغاية تاريخ إيداع ذلك الجزء ورسوم الإيداع السابق خصمها من أقساط الثمن - اعتبر ذلك هو كل ما يجب على المشتري الوفاء به، دون بيان العلة التى من أجلها لم ير موجبا لإلزامه بفوائد متأخر الثمن من تاريخ الإيداع الذى اعتبرته المحكمة غير مبرئ للذمة لغاية التاريخ الذى أجلت إليه الدعوى لإيداع تكملة الثمن. فإن سكوته عن إيراد أسباب لقضائه فى هذا الخصوص مع كون الفوائد المشار إليه مستحقة الأداء وتعد جزءا من الثمن وفقا لنصوص العقد وإعمالا لأحكام المادة 330 والوفاء بالثمن وملحقاته شرط أساسى لتوقى الفسخ، فإنه يكون قاصرا متعينا نقضه".

(طعن رقم 154 لسنة 18 ق جلسة 1950/5/25)

سريان فوائد التأخير من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية بها :

264- الفوائد التأخيرية للثمن فى القانون :

إذا لم يتضمن الاتفاق تحديدا لفائدة تعويضية تدفع فى مقابل تمتع المشتري بالأجل الممنوح له، فلا يمكن إلزام المشتري بفائدة ما. لأن الفوائد التعويضية لا تكون إلا بالاتفاق.

أما الفوائد التأخيرية، وهى التى تجب عند تأخر المشتري فى دفع الثمن عن ميعاد استحقاقه، فتسرى دون اتفاق، وتكون عندئذ فائدة قانونية. وقد حدد المشرع سعر الفائدة القانونية المستحقة عن التأخير، وهى فى المسائل المدنية 4% وفى

المسائل التجارية 5%. ذلك أن القواعد العامة تقضى - كما ذكرنا سلفاً - بأنه 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 التأخير فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية، وخمسة في المائة في المسائل التجارية (م226).

والأصل وفقاً للقواعد العامة ألا تسرى الفوائد القانونية عن التأخير إلا من تاريخ المطالبة الرسمية بها عملاً بالمادة 226 مدنى التى تجرى على أن: "وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها. وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره". ولكن المشرع خرج على هذا الأصل فيما يتعلق بالفوائد التأخيرية المستحقة على الثمن، وهو خروج أجازته المادة 226 ذاتها بنصها على أن "وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره". فنصت المادة 458 فى فقرتها الأولى على أنه: "لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره"⁽¹⁾.

وهذا ما سنعرض له بالتفصيل فيما بعد.

265- وجود عرف بدفع الفوائد :

قد لا يتضمن عقد البيع ما يوجب دفع فوائد تأخيرية عن الثمن، ومع ذلك تكون الفوائد مستحقة وفقاً لعرف يقضى بدفعها، فى مثل هذه الحالات يلتزم المشتري بدفع فوائد عن الثمن، لأن وجود العرف يعتبر بمثابة القاعدة القانونية المكملة فى هذا الشأن، التى تطبق إذا لم يتفق المتعاقدان على مخالفة حكمها. وتحسب الفوائد فى هذه الحالة على أساس سعر الفائدة القانونية أى 4% فى

(1) عبد الودود يحيى ص 156 وما بعدها - محمد شكرى سرور ص 392.

المسائل المدنية، 5% في المسائل التجارية. ومثال ذلك إذا كان الثمن يدخل في حساب جار بين المشتري والبائع، ويقضى العرف بحساب الفوائد القانونية على الحساب الجارى⁽¹⁾.

266- حالة عدم وجود اتفاق أو عرف باستحقاق فوائد تأخيرية :

إذا لم يتفق المتعاقدان على استحقاق فوائد تأخيرية عن ثمن المبيع، ولم يجر عرف بذلك. فإن الفوائد تستحق طبقاً للفقرة الأولى من المادة 458 إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، لأن هذا هو الحكم واجب الاتباع عن عدم وجود اتفاق أو عرف. وواضح أن هذا الحكم قاصر على الفوائد التأخيرية، فلا شأن له بالفوائد العوضية أو التعويضية التي لا تستحق إلا بالاتفاق.

ونعرض للحالتين الواردين بالنص فيما يلي.

267- استحقاق الفوائد القانونية من تاريخ الإعذار :

تنص الفقرة الأولى من المادة 458 على أن: "لاحق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري الخ". فإذا كان الثمن مستحقاً عند العقد، أو كان مؤجلاً وحان موعد استحقاقه فإن البائع يستحق الفوائد عنه إذا هو أعذر المشتري بدفع الثمن ومن وقت هذا الإعذار.

وطبيعى أن الفوائد لا تسرى هنا إلا إذا حصل الإعذار بعد حلول أجل استحقاق الثمن، فلا عبرة بالإعذار السابق على هذا الوقت⁽²⁾. وقد قدمنا أن هذا الحكم يعتبر خروجاً على المبدأ العام المقرر في المادة

(1) السنهاورى ص 778.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 536 - إسماعيل غانم ص 211.

226 والذي يقضى بأن الفوائد القانونية المستحقة عن التأخير لا تجب إلا من يوم المطالبة القضائية بها.

وعلة هذا الخروج أن المشتري ليس كغيره من المدينين من ناحية الضيق المالى، فلا يجب أن يعامل معاملتهم، خصوصاً وأنه يجد فى الانتفاع بالمبيع ما يعوضه عن هذه الفوائد⁽¹⁾.

والإعذار - كما هو معروف - هو وضع المدين فى وضع قانونى معين، هو وضع المتأخر فى تنفيذ التزامه إذا لم يوف به فوراً.

ويكون إعذار المدين بإذاره أو بما يقوم مقام الإنذار. ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات (م 219 مدنى).

268- استحقاق الفوائد القانونية إذا سلم البائع المبيع للمشتري وكان

قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى :

تستحق الفوائد فى هذه الحالة من وقت التسليم ويتضح من المادة 1/458 أنه لا بد من توافر شرطين لسريان الفوائد فى هذه الحالة:

(الشرط الأول): أن يكون البائع قد سلم المبيع. والمقصود بذلك هو تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم بأن يكون قد وضع المبيع تحت تصرف المشتري وأعلمه بذلك، ولو لم يستول عليه المشتري استيلاء مادياً⁽²⁾ (م 435).

والتسليم المعول عليه فى سريان فوائد الثمن هو اللاحق للعقد، فإذا كان المشتري حائزاً للمبيع قبل البيع فلا تسرى عليه فوائد الثمن بالطبع إلا من تاريخ البيع، لأن التزامه بالثمن، لم ينشأ إلا من ذلك الوقت. أما الحياة السابقة فقد يكون

(2) جلال العدوى ص 219 - أنور سلطان ص 342.

(3) السنهورى ص 780 - محمد لبيب شنب ص 241 - إسماعيل غانم ص 211 - محمد

شكرى سرور ص 393.

من شأنها إلزامه برد الثمار (1).

وإذا حصل تسليم جزئى، التزم المشتري بفائدة جزء من الثمن يتناسب مع ما تسلمه من المبيع (2).

ويلتزم المشتري بفوائد الثمن مادام قد تسلم المبيع على الوجه السابق، حتى لو كان مهتدا بسبب من أسباب التعرض أو الاستحقاق مادام أنه ما زال منتفعا بالمبيع، فخشية التعرض لا توقف سريان الفائدة. وإنما تقف الفائدة فى السريان إذا حصل التعرض بالفعل ونزعت حيازة المبيع من المشتري.

كما يلتزم المشتري بفائدة الثمن، ولو كان له الحق فى حبس الثمن، لأن استحقاق الفائدة هنا ليس بسبب تأخر المشتري فى الوفاء بالثمن، وإنما حتى لا يجمع المشتري بين ثمار المبيع وفائدة الثمن (3).

(الشرط الثانى): أن يكون المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى :

يشترط لاستحقاق الفوائد القانونية أن يكون المبيع الذى سلم إلى المشتري قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى.

والمقصود بالثمار هو ما ينتج من الشئ ويتصف بصفة الدورية دون أن يأتى على الأصل، سواء كانت ثمارا طبيعة أو ثمارا مدنية أو ثمارا مستحدثة بفعل الإنسان. كأن يكون المبيع أرضا زراعية أو منزلا. وأما الإيرادات الأخرى فيقصد بها الحاصلات التى تنتج من الشئ دون أن تتصف بالدورية أو تأتى على الأصل كما هو الحال فى المناجم والمحاجر.

وقد عرضنا لذلك تفصيلا فى موضعه.

ويكفى أن يكون المبيع بطبيعته قابلا لإنتاج الثمار أو الإيرادات الأخرى ولم

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 34.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 537 - محمد لبيب شنب ص 341 وما بعدها.

(3) محمد كامل مرسى ص 376 - محمد لبيب شنب ص 243.

لم ينتج شيئاً منها بالفعل إما لإهمال المشتري كما إذا لم يؤجر العقار أو لم يزرعه، وإما لقوة قاهرة أو لأي سبب آخر⁽¹⁾.

ويجب التوسع في تفسير عبارة "ثمرات أو إيرادات أخرى"، فإذا كان المبيع سيارة خاصة وسلمها البائع للمشتري وجبت الفوائد القانونية على المشتري من وقت تسلم السيارة ولو أنها غير معدة للتأجير قابلة أن تنتج ريعاً⁽²⁾.

أما إذا كان المبيع أرضاً فضاء للبناء ولا تصلح لغير ذلك، فهي غير قابلة لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى ومن ثم لا يلزم المشتري بدفع الفوائد، حتى لو أقام بناء عليها، لأن الاستفادة من الأرض نتجت هنا بفعل المشتري لا من طبيعتها.

أما إذا لم يكن المبيع قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات، فلا يلتزم المشتري بالفوائد ولو انتفع به، كما لو كان قطعة من الحلوى أو لوحة زيتية، أو كتاب.

وينتقد أكثر الشراح - بحق - التفرقة بين المبيع القابل لإنتاج الثمار أو الإيرادات وبين المبيع غير القابل لإنتاجها، ويرون أن هذه التفرقة غير منطقية، لأن الانتفاع بالمبيع بالمتعة الشخصية أو الزينة لا يقل في فائدته عن الحصول على الثمرات والإيرادات⁽³⁾.

ويبرر الاستثناء الوارد بالفقرة الأولى من المادة بصدد التسليم - أن الثمن هو الذي يقابل المبيع، فمتى سلم المشتري المبيع وهو قابل لإنتاج ثمرات ولم يكن قد دفع الثمن، ففوائد الثمن هي التي تقابل ثمرات المبيع، فتجب على المشتري إلى أن يدفع الثمن⁽⁴⁾.

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص 435 - السنهوري ص 779 - عبد المنعم البدرأوى ص 538.

(2) السنهوري ص 779.

(3) السنهوري ص 780 هامش (1) - منصور مصطفى منصور ص 222 - أنور سلطان ص 344 - محمد شكري سرور ص 393 وما بعدها.

(4) السنهوري ص 781 - محمد لبيب شنب ص 242.

وفى هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ولما كان الثمن هو الذى يقابل المبيع، وفوائد الثمن هى التى تقابل ثمرات المبيع، فإنه إذا استحق الثمن وأعذر المشتري بالدفع، كان الثمن وفوائده للبائع والمبيع وثمراته للمشتري.

وفى أية حال يتمكن فيها المشتري من الاستيلاء على ثمرات المبيع، حتى لو لم يكن الثمن مستحقا، فإنه يلتزم بدفع الفوائد بالسعر القانوني، كما إذا سلم البائع المبيع وكان قابلا أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ولو لم ينتج ذلك بالفعل"⁽¹⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ6 ص 140- وقارن الدكتور مصطفى منصور مصطفى ص 223 - فيذهب إلى أنه يلاحظ أن المشروع التمهيدي كان ينص فى المادة 604 التى تقابل الفقرة الثانية من المادة 458 على أن للمشتري ثمر المبيع ونماؤه، من وقت أن يصبح الثمن مستحقا. وعليه تكاليف المبيع، ومن هذا الوقت أيضا. ... "فالت المذكرة الإيضاحية تبريرا لربط استحقاق الفوائد بالإعذار أو التسليم"ولما كان الثمن هو الذى يقابل المبيع، وفوائد الثمن هى التى تقابل ثمرات المبيع، فإنه إذا استحق الثمن وأعذر المشتري بالدفع، كان الثمن وفوائده للبائع والمبيع وثمراته للمشتري، وفى أية حال يتمكن فيها المشتري من الاستيلاء على ثمرات المبيع، حتى ولو لم يكن الثمن مستحقا، فإنه يلزم بدفع الفوائد بالسعر القانوني، كما إذا سلم البائع المبيع وكان قابلا أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ولو لم ينتج ذلك بالفعل"ومن هذا يتضح أن استحقاق الفوائد من وقت الإعذار أو التسليم يستقيم مع الحكم الذى ورد فى المشروع بخصوص استحقاق المشتري لثمر المبيع من وقت استحقاق الثمن، فإذا كان الثمن مؤجلا فيبقى للبائع قبل التسليم الحق فى ثمرات المبيع وابتداء من التسليم يكون له الحق فى الفوائد لأن المشتري سيحصل على ثمر المبيع. وإذا كان الثمن حالا بحيث يكون للمشتري الحق فى ثمار المبيع فما على البائع إلا أن يعذر المشتري بدفع الثمن حتى يكون له الحق فى الفوائد فى مقابل حرمانه من الثمار. ولكن لما عرض المشروع على لجنة المراجعة اقترح البعض تعديل الحكم الخاص باستحقاق المشتري لثمر المبيع ونماؤه وجعل الاستحقاق من وقت انعقاد البيع فأقرت اللجنة الاقتراح الأخير. وممر النص بعد ذلك فى مجلس النواب والشيوخ إلى أن صدر =

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن المشتري لا يكون قد وفى بالتزاماته كاملة إذا لم يودع الثمن وما استحق عليه من فوائد حتى وقت الإيداع عملاً بالمادة 330 من القانون المدني - القديم - وبدون هذا الإيداع الكامل لا يمكن تفادي الفسخ المترتب على عدم قيام المشتري بالتزاماته المنصوص عليها في العقد. وإذا فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ البيع أقام قضاءه على أن العقار المبيع الذي تسلمه المشتري ينتج ثمرات وأن المشتري قد اقتصر عند الإيداع على المبلغ الباقي عليه من الثمن دون أن يضيف إليه ما استحق من فوائد والتي لا يشترط في استحقاقها المطالبة بها قضائياً أو الاتفاق عليها بين أصحاب الشأن فإن ما قرره هذا الحكم صحيح في القانون".

(طعن رقم 106 لسنة 20 ق جلسة 1952/3/6)

2- "لئن كانت المادة 330 من القانون المدني القديم تقضى بأنه لا يكون للبائع حق في فوائد الثمن في حالة عدم الاتفاق عليها إلا إذا كلف المشتري بالدفع تكليفاً رسمياً أو كان المبيع الذي سلم ينتج ثمرات أو أرباح أخرى بما يوحى أنه ما لم يحصل هذا التكليف فإن فوائد الثمن لا تستحق للبائع إلا من تاريخ تسلم

= على النحو الوارد في المادة 2/458 والتي تقرر استحقاق المشتري ثمر المبيع ونمائه من وقت تمام البيع. فأصبح تعليل المذكرة ربط استحقاق الفوائد بوقت الإعدار أو التسليم غير مستقيم، إذ لو قلنا إن الفوائد تقابل الثمرات لكان على المشتري أن يدفعها من وقت العقد حتى ولو كان الثمن مؤجلاً.

وبهذا يبدو أن المنطق كان يقضى بجعل الفوائد سارية من وقت البيع، ومع هذا فالحكم الذي قرره المشرع هو الحكم المقرر في فرنسا، ويعلله الفرنسيون بالقول إنه إذا كان التسليم مؤجلاً فالغالب أن ينظم المتعاقدان بالاتفاق حقوق كل منهما في الثمار والفوائد. وإذا لم يكن مؤجلاً فالبائع يستطيع حتى يحصل على الفوائد التي تقابل حصول المشتري على الثمار أن يسلم المبيع.

المشتري المبيع المثمر لما كانت العلة فى ربط حق البائع فى فوائد الثمن بتسليمه المبيع المثمر للمشتري هو عدم جواز جمع المشتري بين ثمرة البدلين - المبيع والثمن - وافترض المشرع أن وسيلة المشتري إلى التمكن من الاستيلاء على الثمرات هى تسلمه المبيع فإنه فى أية حالة يتمكن فيها المشتري من الاستيلاء على هذه الثمرات ولو لم يتسلم المبيع فعلا فإنه يلزم بدفع الفوائد بالسعر القانونى حتى لا يجمع بين الثمرات والفوائد، فينتفع بالثمن والمبيع معا. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضده (المشتري) بثمرات المبيع عن مدة سابقة على تاريخ وفائه بباقي الثمن فإنه إذ رفض القضاء للطاعن (البائع) بفوائد ما لم يكن قد دفع له من الثمن وإجراء المقاصة بين هذه الفوائد وما يعادلها من الثمرات تأسيسا على أن المبيع كان تحت يده فإن الحكم يكون مخالفا للقانون".

(طعن رقم 359 لسنة 31 ق جلسة 1966/6/30)

3- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للبائع - وعلى ما جرى به نص المادة 458 من القانون المدنى - الفوائد عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشتري وكان هذا المبيع قابلا لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى، وأن هذه الفوائد تجب بغير حاجة إلى وجود اتفاق عليها ولا يعفى المشتري منها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بهذا الإعفاء".

(طعن رقم 125 لسنة 52 ق جلسة 1986/3/13)

4- "إن نص الفقرة الأولى من المادة 458 من القانون المدنى صريح فى أن للبائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشتري وكان هذا المبيع قابلا لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى وتجب هذه الفوائد بغير حاجة إلى وجود اتفاق عليها ولا يعفى المشتري منها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بهذا الإعفاء، وحكم هذه المادة يقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن يجمع المشتري بين ثمرة البدلين - المبيع والثمن - ويعتبر استثناء من القاعدة

المقررة في المادة 226 من القانون المدني والتي تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا عن دين حل أداؤه وتأخير المدين في الوفاء به ومن تاريخ المطالبة القضائية بها".

(طعن رقم 1378 لسنة 59 ق جلسة 1994/2/24)

(أنظر أيضا طعنين رقمي 1806، 1845 لسنة 56 ق

جلسة 1990/1/28 المنشور ببند 270)

269- مجال تطبيق حكم الفقرة الأولى المادة (458) :

1- يسرى حكم الفقرة الأولى من المادة (458) الخاص بسريان فوائد الثمن من يوم تسليم الشئ المبيع على كل البيوع سواء أكانت بيوعا اختيارية أم بيوعا جبرية تتم بطريق المزاد. فللمشتري الراسى عليه المزاد ما للمشتري العادى من الحقوق. ومن ضمن ذلك استحقاقه لثمرات العين من يوم مرسى المزاد عليه، فإذا لم يقدّم الثمن طبقا لشروط قائمة المزاد فللدائنين أو المدين فى هذه الحالة إرغامه على الدفع بالطرق الجبرية وحساب فائدة الثمن من يوم مرسى المزاد فى حالة ما إذا كانت العين المثمرة أو من يوم إعداره إذا لم تكن كذلك⁽¹⁾.

أما فى نزع الملكية للمنفعة العامة، فقد نصت المادة (6) من القانون رقم 10 لسنة 1990 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة على أن يتم تقدير التعويض بواسطة اللجنة المبينة بها وأن تودع الجهة طالبة نزع الملكية مبلغ التعويض المقرر خلال مدة لا تتجاوز شهرا من تاريخ صدور القرار، خزانة الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية.

ويجوز بموافقة الملاك اقتضاء التعويض كله أو بعضه. ونصت الفقرة الثانية من المادة 13 من القانون على أن يكون دفع التعويض لذوى الشأن أو إيداعه

(1) محمد كامل مرسى ص 376 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 538 - أنور سلطان ص 344.

بأمانات الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية أو إخطار لذوى الشأن بتعذر الدفع مبرئاً لذمة الجهة طالبة نزع الملكية من قيمة التعويض عن عدم الانتفاع المنصوص عليه فى المادة (14) من هذا القانون والتعويض عن عدم الانتفاع المشار إليه فى المادة الأخيرة هو "تعويض مقابل عدم الانتفاع بالعقار من تاريخ الاستيلاء الفعلى إلى حين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية"⁽¹⁾.

(1) وكانت المادة 16 من قانون نزع الملكية رقم 577 لسنة 1954 (الملغى) تنص على أن "يكون لصاحب الشأن فى العقار الحق فى تعويض مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء الفعلى لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية. وكان الراجح فى الفقه قبل القانون الأخير، أن حكم الفقرة الأولى من المادة (458) ينطبق على التعويض المستحق عن نزع الملكية للمنفعة العامة (محمد كامل مرسى ص 377- أنور سلطان ص 344 ومابعدهما- أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص 435 هامش 21).

إلا أن محكمة النقض لم تأخذ بهذا الرأى إذ قضت بتاريخ 1933/11/23 فى الطعن رقم 38 لسنة 3 ق بأن :

"وبما أن المشرع المصرى قد نظم إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة بقانون خاص هو قانون نمرة (5) الصادر فى 14 أبريل سنة 1907 المعدل فى 18 يونية سنة 1931 فيجب اتباعه وتطبيقه فيما نص عليه، وإذا خلا عن النص على مسألة من مسائل نزع الملكية يرجع فى حلها إلى القانون المدنى لتطبيق النصوص التى لا تتعارض مع نصوص قانون نزع الملكية.

وبما أن قانون 14 أبريل سنة 1907 عبر عن مقابل العقارات المنزوع ملكيتها تارة بالثمن وتارة أخرى بالتعويض كما جاء فى المادة السابعة منه، فيكون نزع الملكية فى نظر الشارع هو حرمان مالك العقار من ملكه جبراً عنه للمنفعة العامة مقابل تعويضه عما ناله من الضرر بسبب هذا الحرمان، أو هو حرمان مالك العقار من ملكه جبراً عنه للمنفعة العامة مقابل ثمنه الذى يشمل أحياناً شيئاً آخر زيادة عن قيمة العقار. فعلى الاعتبار الأول لا يكون نزع الملكية بيعاً ولا شبه بيع، وعلى الاعتبار الثانى قد يكون أشبه بالبيع.

وبما أن قانون نزع الملكية يلزم طالب نزع الملكية- فى حالة عدم اتفاقه ودياً مع ملاك العقارات المطلوب أخذها للمنفعة العامة على الثمن أو التعويض وبعد تعيين خبير بمعرفة رئيس المحكمة المختصة لتقدير الثمن أو التعويض عن تلك العقارات وبعد تقدير الثمن أو

التعويض بواسطة الخبير - بأن يودع في خزانة المحكمة المقابل الذي قدره الخبير قبل استيلائه على العقار، ويمنح كلا من طالب نزع الملكية ومالك العقار حق = المعارضة في تقدير الخبير أمام محكمة إذا لم يرضه تقديره، ويترتب على معارضة طالب نزع الملكية في تقدير الخبير منع ملاك العقارات من صرف القدر المعارض فيه ولكنه يجيز لهم صرف مالا معارضة فيه من قبل طالب نزع الملكية بعد تقديم شهادات عقارية بخلو الأعان المنزوع ملكيتها من الرهن والحقوق العينية.

وبما أنه ثابت من محضر إيداع المجلس البلدى للمبلغ الذى قدره الخبير ثمننا للعقارات المنزوع ملكيتها المحرر فى 20 يناير سنة 1929 أن المجلس لم يعارض فى صرف المدعى عليهم فى الطعن لمبلغ 2277 جنيها و 814 مليما بعد القيام بما أوجبه المادة 8 من قانون نزع الملكية من تقديم شهادات عقارية بخلو المنزوع ملكيته من الرهن والحقوق العينية وبعد قيام وقف سلطان باشا بإجراءات الوقف بخصوص 11 قيراطا و 8 أسهم المأخوذة من الوقف، وعارض فقط فى صرف الباقي مما قدره الخبير حتى يحكم نهائيا فى أمر تقرير الخبير.

وبما أن القضاء بفوائد بالنسبة لمبلغ 2277 جنيها و 814 مليما المودع فى خزانة المحكمة من المجلس البلدى ضمن ما قدره الخبير على ذمة الملاك للعقارات المنزوع ملكيتها والمعلوم لهم إيداعه من الإعلان الإدارى بقرار الاستيلاء الحاصل فى 9 ديسمبر سنة 1929 مخالف للقانون، لأن عدم صرفه إلى المدعى عليهم ناشئ عن إهمالهم القيام بتقديم شهادات بخلو العقار من الرهن والحقوق العينية الواجب تقديمها بمقتضى المادتين 8، 21 من قانون نزع الملكية، ولم يكن ناشئا عن تقصير المجلس فى شئ أو عن اشتراطه شروطا الصرف لم يأمر بها القانون. والإجراءات الخاصة بالوقف لا تعوق المدعى عليهم من صرف ما يخصهم لأن أرضهم ملك، ولا رابطة بينها وبين الوقف.

وبما أنه بالنسبة للمبلغ الزائد عن 2277 جنيها و 814 مليما من القدر المودع فى خزانة المحكمة حسب تقرير الخبير فمعارضة المجلس البلدى فى صرفه حتى يقضى نهائيا فى المعارضة الحاصلة فى تقرير الخبير هى حق خوله له القانون فى المادة 20 منه، ويترتب عليها طبقا للمادة 21 عدم جواز صرفه أو تأجيل الصرف إلى أن يقضى فى المعارضة نهائيا، فهو لا يعتبر حالا قبل الفصل النهائى فى المعارضة، ولا تجوز المطالبة به ولا صرفه. وعليه لا يلزم طالب نزع الملكية بفوائد ثمن أو تعويض معلق تقديره على حكم المحكمة أو مؤجل إلى ذلك الحكم ولو أنذر المنزوع ملكيته بالدفع، لأن الفوائد يقضى بها فى الديون الحالة التى يحصل التأخير فى سدادها يلاحق أوفى الديون المؤجلة إذا حصل اتفاق طرفى العقد على ذلك.

2- يسرى حكم النص على كافة البيوع، سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً، وسواء كان بيع العقار مسجلاً أو غير مسجل.

270- هل ينطبق حكم الفقرة الأولى من المادة (458) مدنى إذا كان

الثلث مؤجلاً؟

كان نص المادة 330 من القانون المدنى القديم يقضى بأنه: "إذا لم يحصل الاتفاق فى عقد البيع على احتساب فوائد الثلث لا يكون للبائع حق فيها إلا إذا كلف المشتري بالدفع تكليفا رسميا أو كان المبيع الذى سلم ينتج ثمرات أو أرباح أخرى". لهذا ذهب الفقه والقضاء إلى أن الفوائد تستحق على الثلث المؤجل حتى بدون اتفاق مادام المبيع قد سلم وكان مثمرا⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بالحكم الوارد بالنص⁽²⁾.

وبما أنه لا يمكن التمسك بالمادة 330 من القانون المدنى على كلا الاعتبارين السابقين، حتى على اعتبار أن نزع الملكية أشبه شئ بالبيع، لأن هذه المادة تلزم المشتري بفائدة = الثلث إذا استلم المبيع المثمر ولم يدفع الثلث للبائع حتى لا يمنع بين ثمرة المبيع وفائدة = الثلث. والحال هنا غير ذلك لأن طالب نزع الملكية استولى على العقار بعد أن أودع الثلث الذى قدره الخبير له فلم يجمع بين الثلث والمبيع. وعليه لا يتحقق شروط استحقاق الفائدة المبنية فى الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة.

وبما أنه فوق ما تقدم فإن استعمال الحق المخول قانونا فى المعارضة فى تقرير الخبير لا يترتب عليه عند عدم النجاح إلزام رافعها بفوائد تعويضية إلا إذا كانت قد حصلت بقصد المكيدة كما تقضى بذلك المادة 115 من قانون المرافعات، ولم يثبت أن معارضة المجلس البلدى فى تقرير الخبير كانت بقصد المكيدة، بل قد قام الدليل فى هذه القضية على أن طالب نزع الملكية كان محقا فى معارضة فى تقرير الخبير من نفس الحكم المطعون فيه الدال على أن المحكمة قد أنقصت قيمة العقارات المنزوع ملكيتها عما قدره الخبير إلى النصف تقريبا.

وبما أنه مما تقدم يكون وجه النقض مقبولا ويتعين نقض الحكم المطعون فيه".

(1) أحمد نجيب الهلالي ص 449- أنور سلطان ص 358.

(2) إذ قضت بأن :

1- "الحكم الوارد بالمادة 330 من القانون المدني التي تقرر حق البائع في فوائد على الثمن إذا كان المبيع الذي سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى، هذا الحكم يقوم على أساس من العدل الذي يأبى أن يجمع المشتري بين يديه عشرة البدلين، المبيع والثمن، وهو =
= بذلك يختلف عن الأصل الذي تقوم عليه المادة 124 من القانون المدني. ولذلك حق أن يكون على المشتري فوائد ثمن المبيع المثمر الذي تسلمه من يوم تسلمه، ولا يقف جريان هذه الفوائد أن يكون الثمن - أو أن يصبح - غير مستحق الأداء حالا، كأن يكون مؤجلا أصلا، أو لمهلة طارئة أو يكون محجوزا عليه أو محبوسا تحت يد المشتري وفقا لنص المادة 331 مدنى.

وإذن فالمشتري لا يستطيع أن يتمسك بأنه غير ملزم بفوائد عن باقى ثمن المبيع حتى لو صح ما يدعيه من أن الثمن ما كان مستحق الأداء لعدم تسليم البائع إياه مستندات التملك أو لتخلفه عن تحرير العقد النهائى متى كان وضع يده على الأطنان المبيعة. كذلك لا يقبل منه قوله إن جريان هذه الفوائد يجب أن يقف عند تاريخ عرضه باقى الثمن إذا كان العرض مقيدا بشرط يبطله كوسيلة للوفاء، لأن هذا العرض لا يرفع بذاته يد المشتري عن الثمن فيبقى جامعا بين ثمرة البدلين".

(طعن رقم 121 لسنة 17 ق جلسة 1948/12/9)

2- "المادة 330 من القانون المدني - القديم تنص على أن للبائع فوائد ما لم يدفع من الثمن من تاريخ تسلم المشتري للمبيع المثمر وهى فى هذا إنما تقوم على أساس من العدل الذي يأبى أن يجمع المشتري بين ثمرة البدلين المبيع والثمن وهى بذلك تختلف عن الأصل الذي تقوم عليه المادة 124 من ذلك القانون ولذلك يكون للبائع حق تقاضى الفوائد من تاريخ تسليم المبيع المثمر حتى لو كان الثمن مستحق الأداء حالا لسبب يرجع إلى البائع كأن يكون قد أمهل حتى يستجمع أوراقه التي تثبت ملكيته أو التي يستطع بها تحرير العقد النهائى. وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى بعدم أحقية البائعين - الطاعنين - فى تقاضى فوائد عن باقى ثمن الأطنان المبيعة إلى المطعون عليه قد أقام قضاءه على أنهم وقد سلموا المبيع المثمر ليس لهم حق تقاضى فوائد عن باقى الثمن لأن وفاءه كان مؤجلا حتى يعدوا مستنداتهم توطئه لتحرير العقد النهائى فإنه يكون قد أخطأ فى تفسير القانون".

(طعن رقم 28 لسنة 19 ق جلسة 1951/4/5)

3- "نص الفقرة الأولى من المادة 458 من القانون المدني صريح فى أن للبائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشتري وكان هذا المبيع قابلا لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى. وتجب هذه الفوائد بغير حاجة إلى وجود اتفاق عليها ولا يعفى

ولما صدر التقنين المدني الجديد وتضمن نص المادة 458، فقد ذهب البعض إلى أن صياغتها جاءت مغايرة لصياغة نص المادة 330 من التقنين المدني القديم. فهي تنص على أن: "لاحق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم المبيع. .. الخ"، فهي تشير إلى الفوائد القانونية، والفوائد القانونية لا تكون إلا فوائد تأخيرية. أى تستحق كجزاء على التأخير. ولا يمكن أن تكون الفوائد القانونية "فوائد تعويضية" وإذن فيجب أن يكون المفهوم هنا بالفوائد القانونية هي الفوائد التأخيرية، وهي قانونية لأنها تسرى طبقا للقانون لا الاتفاق(1).

وقد يقال إن العدالة تأبى أن يجمع المشتري بين الثمار والفائدة، ولكن ليس الأمر هو فى النهاية بين المتعاقدين ؟ فإذا أراد البائع اقتضاء الفائدة فما عليه إلا أن ينص عليها، أو هو يستطيع أن يحتفظ لنفسه أيضا بأجل لتسليم المبيع يقابل الأجل الذى منحه للمشتري فى دفع الثمن، أما إذا سلم المبيع وقبل تأجيل الثمن،

المشتري منها إلا إذا وجد اتفاق عليها ولا يعفى المشتري منها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بهذا الإعفاء ولم تشترط المادة لاستحقاق الفوائد فى هذه الحالة =
= إعذار المشتري كما لم يفرق بين ما إذا كان الثمن الذى لم يدفع حال الأداء أو مؤجلا. وحكم هذه المادة يقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن يجمع المشتري بين ثمرة البدلين - المبيع والثمن - ويعتبر استثناء من القاعدة المقررة فى المادة 226 من القانون المدنى والى تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا عن دين حل أداؤه وتأخر المدين فى الوفاء به ومن تاريخ المطالبة القضائية بها ومن ثم فلا يمنع من استحقاق البائع لفوائد الثمن أن يكون ما لم يدفع من الثمن مؤجلا من الأصل أو أن يصبح غير مستحق الأداء حالا لسبب يرجع إلى البائع أو أن يكون للمشتري الحق فى حبسه مادام قد وضع يده على الأطنان المباعة وكان فى استطاعته أن يحصل على ثمارها".

(طعن رقم 66 لسنة 34 ق جلسة 1967/5/18)

(1) عبد المنعم البداوى ص 541 وما بعدها - سليمان مرقس ص 426 - السنهورى ص 782 هامش (2) - محمد لبيب شنب ص 244.

فهذا يقطع بأنه لا يعول على الفوائد طوال الأجل المحدد لدفع الثمن. للاتفاق، وهذه الفوائد التأخيرية التي ما كان يجب أن تسرى أصلاً إلا من يوم المطالبة القضائية بها، أصبحت بحكم هذا النص تسرى إما من يوم الإعذار (والإعذار لا يكون إلا بالنسبة لدين حال)، أو من يوم التسليم متى كان المبيع منتجاً ثماراً. أما إذا منح البائع المشتري أجلاً ولم يشترط عليه فوائد في مقابل ذلك، فلا تجب الفوائد في مقابل ذلك. فلا تجب الفوائد طوال فترة الأجل ولو تسلم المشتري الشيء المبيع، إذ نكون بصدد أجل منحه البائع للمشتري بدون مقابل.

بينما ذهب رأى ثان إلى أن الفوائد تسرى من وقت التسليم ولو كان الثمن مؤجلاً ولم يتفق المتعاقدان على فوائد، وذلك على أساس أن نص الفقرة الأولى من المادة 458 جاء عاماً، ولم يفرق بين كون الثمن حالاً أو مؤجلاً ولم يشترط لسريان الفوائد من وقت التسليم سوى أن يتم هذا التسليم وأن يكون الشيء منتجاً لثمرات أو إيرادات⁽¹⁾.

قد أخذت محكمة النقض بالرأى الثانى إذ قضت بأن :

1- "مناط استحقاق البائع للفوائد عن الثمن المؤجل وفقاً للفقرة الأولى من المادة 458 من القانون المدنى أن يكون المبيع قد تم تسليمه للمشتري قابلاً لأن ينتج ثمرات أو إيرادات- أخرى ومن ثم تستحق الفوائد فى هذه الحالة من تاريخ تسلم المشتري للمبيع، وكان البين من الأوراق - وبما لا خلاف عليه بين طرفى الدعوى- أن المطعون عليه قد تسلم الشقة التى اشتراها من الطاعن فى.... ومن ثم فإن الأخير يستحق الفوائد عما لم يدفع من الثمن اعتباراً من هذا التاريخ وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى باستحقاقه للفوائد اعتباراً من تاريخ المطالبة الحاصلة فى.... فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(1) أنور سلطان ص 345 - اسماعيل غانم ص 213.

(طعن رقم 1806، لسنة 56 ق جلسة 1990/1/28)

2- "نص الفقرة الأولى من المادة 458 من القانون المدنى صريح فى أن للبائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشتري وكان هذا المبيع قابلا لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى، وتجب هذه الفوائد بغير حاجة إلى وجود اتفاق عليها، ولا يعفى المشتري منها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بهذا الإعفاء، ولم تفرق هذه المادة بين ما إذا كان الثمن الذى لم يدفع حال الأداء أو مؤجلا، وحكم هذه المادة يقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن يجمع المشتري بين ثمرة البديلين المبيع والثمن ويعتبر استثناء من القاعدة المقررة فى المادة 226 من القانون المدنى التى تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا عن دين حل أداؤه وتأخر المدين فى الوفاء به ومن تاريخ المطالبة القضائية بها وكان عقد بيع الشقة موضوع الدين قد خلا من اتفاق الطرفين على عدم استحقاق البائع لفوائد عما لم يدفع من الثمن فإنهما يكونان قد تركا أمر هذه الفوائد لما تقضى به المادة 458 من القانون المدنى وإذا قضى الحكم المطعون فيه باستحقاق البائع لفوائد الثمن المؤجل إعمالا للنص السالف فإنه يكون قد التزم صحيح القانون، ولايجدى الطاعن ما تمسك به من أن الشقة يستعملها سكنا خاصا له وأنها لا تنتج إيرادات إذ أن مناط استحقاق البائع للفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن هو تسليمه المبيع للمشتري قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ولو لم ينتج ذلك بالفعل على النحو الذى أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى بما لا محل معه لتعيين مقدارها وكان المطعون عليه قد تسلم الشقة ووضع يده عليها من تاريخ عقد البيع فإنها تكون قابلة لأن تدر عليه- بما فى استطاعته الحصول عليه حتى ولو كان يستعملها سكنا خاصا له".

(طعن رقم 1806، لسنة 56 ق جلسة 1990/1/28)

271- استحقاق الفوائد من وقت الإعذار أو تسليم المبيع لا يتعلق

بالنظام العام :

استحقاق الفوائد القانونية من وقت الإعذار أو تسليم المبيع المثمر لا يتعلق بالنظام العام ولذا يجوز الاتفاق على خلافه فيتفق مثلا على ألا تستحق الفوائد إلا من وقت المطالبة القضائية أو على أن تستحق من وقت التسليم ولو كان المبيع غير قابل لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى⁽¹⁾.

وقد أفصح عن ذلك عجز الفقرة الأولى من المادة 458 مدنى بنصها على أن: "هذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره".

272- سقوط الفوائد بالتقادم الخمسى :

الفوائد القانونية لثمن المبيع من الديون الدورية المتجددة، ومن ثم تسقط بالتقادم الخمسى عملا بالفقرة الأولى من المادة 375 مدنى.

وفى هذا قضت محكمة بأن :

"تنص المادة 1/458 من القانون المدنى على أنه "لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره"، مما مفاده أن الفوائد تستحق عن الثمن من وقت تسلم المشتري المبيع إذا كان هذا المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، وهى فوائد قانونية يجرى عليها حكم المادة 1/375 من القانون المدنى فتسقط بخمس سنوات بوصفها حقا دوريا متجددا، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بأن الفوائد التى تستحقها الشركة المطعون عليها - البائعة - عن ثمن الأرض الزائدة تتقادم بخمس عشرة سنة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(1) مصطفى منصور مصطفى ص 224 - محمد شكرى سرور ص 394 - محمد كامل مرسى ص 374.

(طعن رقم 383 لسنة 40 ق جلسة 1975/12/30)

273- ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع :

تنص الفقرة الأولى من المادة 458 على أن: "وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع... إلخ" - فقد اعتبرت هذه الفقرة - كما رأينا سلفاً - الثمار من ملحقات المبيع. والأصل أن يلتزم البائع طبقاً للفقرة الأولى من المادة 346 بتسليم الشيء - ومعه ملحقاته - المبيع في الوقت الذي عينه المتعاقدان لذلك، أو طبقاً للعرف إذا لم يوجد اتفاق. فإذا لم يكن هناك اتفاق ولا عرف، واقتضت طبيعة المبيع تأخير التسليم إلى وقت معين، كما إذا كان المبيع شيئاً غير معين إلا بنوعه وكان المفهوم أن البائع سيحصل على المقادير المبيعة من السوق ثم يسلمها بعد ذلك للمشتري، فإن طبيعة المبيع هنا تقتضي أن يتأخر التسليم وقتاً معقولاً يتيسر فيه للبائع الحصول على المقادير المبيعة من السوق فإن لم يكن هناك اتفاق أو عرف ولم تقتض طبيعة المبيع تأخيراً في التسليم، وجب أن يكون التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع.

إلا إذا وجدت ظروف تبرر منح القاضي للبائع مهلة في التسليم، كما إذا كان المبيع بضاعة يستوردها البائع تأخرت في الطريق وكانت الظروف تشفع للبائع في أن يمنحه القاضي هذه المهلة⁽¹⁾.

ويبين من ذلك أن المشرع ربط استحقاق المشتري لثمرات المبيع ونمائه بالتزام البائع بالتسليم.

ومن ثم يكون للمشتري ثمار المبيع ونماؤه من تاريخ العقد أى من تاريخ حلول التزام البائع بالتسليم، ولو لم تنتقل الملكية إليه. ويستوى أن يكون المبيع عقاراً أو منقولاً ويستوى في بيع العقار أن يكون البيع مسجلاً أو غير مسجل.

(1) السنهوري ص 596 وما بعدها - سليمان مرقس ص 354.

فقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"والبيع غير المسجل كالبيع المسجل من حيث استحقاق المشتري للثمرات"⁽¹⁾.
وأوضحنا سلفا أنه يدخل فى معنى ثمار المبيع، الثمار بجميع أنواعها سواء كانت طبيعية ككلاً المراعى ونتاج المواشى، أو مستحدثة كثمر الأرض الزراعية، أو مدنية كالأجرة.

وللمشتري أيضا سائر المنتجات أى الحاصلات من وقت البيع.

(راجع شرح المادة 431).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "تنص المادة 2/458 من القانون المدنى على أن "للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره"، ومفاد ذلك أن المشتري يملك ثمر المبيع من وقت انعقاد البيع طالما أن التزام البائع بالتسليم غير مؤجل يستوى فى ذلك أن تكون الملكية قد انتقلت إلى المشتري أو تراخى انتقالها إلى وقت لاحق".

(طعن رقم 201 لسنة 27 ق جلسة 1962/12/2)

2- "إذا كان السند القانونى للطاعن فى الانتفاع بثمرات القدر الذى اشتراه يقوم على عقد شرائه المحكوم نهائيا بصحته ونفاذه فى مواجهة المطعون عليها الأولى، وطبقا للمادة 2/458 من القانون المدنى التى تجعل للمشتري الحق فى ثمار المبيع من وقت تمام البيع، فإن الحكم المطعون فيه إذ ألزمه بريع القدر مشتراه بوصفه غاصبا، فإنه يكون قد أهدر حجية الحكم السابق الصادر بصحة ونفاذ عقده فى مواجهة المطعون عليها الأولى، وهو بهذا الوصف يكون قد صدر على خلاف حكم سابق بين الخصوم أنفسهم وحائز لقوة الشئ المحكوم فيه، بما

يجيز الطعن فيه بالنقض عملاً بالمادة 3 من القانون رقم 57 لسنة 1959".

(طعن رقم 338 لسنة 36 ق جلسة 1972/2/17)

3- "مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدنى أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري من تاريخ إبرام البيع، فيملك المشتري الثمرات والثمار فى المنقول والعقار على السواء، مادام المبيع شيئاً معيناً بالذات من وقت تمام العقد، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف، يستوى فى بيع العقار أن يكون البيع مسجلاً أو غير مسجل، لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري، ولو لم يسجل العقد".

(طعن رقم 139 لسنة 35 ق جلسة 1973/1/3)

4- "متى كان الثابت فى الدعوى أنه اتفق فى عقد البيع على أن يضع المشتريان اليد على العقار المبيع ويستغلاه بقبض الأجرة المستحقة فى ذمة المستأجرين ابتداء من أول يناير سنة 1961 ولم تطعن مصلحة الضرائب على هذا العقد بشئ، فإن أجرة هذا العقار تكون من حق المشتريين ابتداء من التاريخ الأخير دون نظر إلى تسجيل العقد، وبالتالي فلا يصح الحجز الذى وقعته مصلحة الضرائب بعد ذلك تحت يد مستأجرى العقار المذكور وفاء لضرائب على أرباح تجارية مستحقة على البائع إلا فى حدود المبلغ الباقي من الثمن فى ذمة المشتريين".

(طعن رقم 139 لسنة 35 ق جلسة 1973/1/3)

5- "يدل نص المادتين 2/458، 1/459 من القانون المدنى على أن للمشتري الحق فى ثمار المبيع طالما أن التزام البائع بالتسليم غير مؤجل. وللبيع الحق فى حبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له من الثمن إذا كان مستحق الدفع كله أو بعضه فى الحال".

(طعن رقم 257 لسنة 43 ق جلسة 1987/3/26)

6- "نص الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدني ينقل منفعة المبيع إلى المشتري من وقت تمام العقد كأثر للالتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً ويستوى في بيع العقار أن يكون البيع مسجلاً أو غير مسجل فيتملك المشتري ثمرات المبيع وثماره، ولزوم ذلك عدم صحة الحجز الذي وقعته مصلحة الضرائب بتاريخ 1967/6/21 بعد وفاة المورث- البائع- في 1967/1/1 وهو التاريخ المتفق عليه لتملك المطعون ضده الأول لثمار المبيع باعتبار أن ذلك الحجز قد ورد على مال غير مملوك للمدين".

(طعن رقم 6 لسنة 45 ق جلسة 1978/3/29)

7- "مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري من تاريخ إبرام البيع فيتملك المشتري الثمرات والنماء في المنقول والعقار على السواء مادام البيع شيئاً معيناً بالذات من وقت تمام العقد وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف يستوى في بيع العقار أن يكون مسجلاً أو غير مسجل لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري ولو لم يسجل العقد. ومن ثم تكون للمشتري بعقد عرفى صفة المطالبة ببيع الأرض مدة الاستيلاء عليها وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه بالخطأ فى القانون والقصور فى التسبب يكون على غير أساس".

(طعن رقم 561 لسنة 50 ق جلسة 1983/11/24)

8- "لما كان من آثار عقد البيع - تطبيقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تنتقل منفعة المبيع إلى المشتري من تاريخ إبرام العقد، فيكون له حق ملكية الثمرات فى المنقول والعقار على السواء مادام البيع شيئاً معيناً بالذات من وقت تمام العقد، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو نص مخالف ويستوى فى بيع العقار أن يكون مسجلاً أو غير

مسجل لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري ولم يسجل العقد، ومن ثم يكون للمشتري بعقد غير مسجل الحق في مطالبة واضع اليد على العقار المبيع بثمراته ونماؤه عن مدة وضع اليد اللاحقة لإبرام عقد البيع".

(طعن رقم 1579 لسنة 57 ق جلسة 1990/1/30)

9- "مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري من تاريخ إبرام البيع فيتملك المشتري الثمرات من وقت تمام العقد وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف يستوى في بيع العقار أن يكون مسجلاً أو غير مسجل.

لما كان ذلك فإنه يكون لمورث المطعون ضدهم الثمانية الأول الحق في تملك ثمرات العقار المذكور منذ تاريخ شرائه له حتى تاريخ انتقال ملكيته إلى الطاعنين ولا يكون للآخرين طلب إلزامهم بدفع الربح عن تلك الفترة، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه صائباً إذا التزم هذا النظر".

(طعن رقم 1196 لسنة 53 ق جلسة 1990/2/1)

10- "وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك أنه وإن كان للمشتري طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدنى ثمار المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع - سجل العقد أو لم يسجل - إلا أن بيع العقار لا ينقل الملكية إلى المشتري قبل تسجيله، ولا ينشئ سوى التزامات شخصية بين طرفيه فيكون المشتري مجرد دائن شخصي للبائع بحقوقه الناشئة عن العقد ومن ثم لا يجوز له مطالبة غير البائع بالتعويض عن فقد الملكية لأنها لم تنتقل إليه بعد، سواء بتسجيل عقده، أو بتسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه. لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق أن الطاعن تمسك في مذكرة دفاعه المقدمة في 1991/4/21 بأن المطعون ضدهما لم يسجلا الحكم الصادر بصحة ونفاذ عقدهما، ومن ثم لم تنتقل إليهما ملكية المبيع، وأن

الحكم لم يعرض لهذا الدفاع الجوهري إيرادا ولا ردا، فإنه يكون مشوبا بقصور يبطله ويوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 5474 لسنة 63 ق جلسة 2001/2/13)

11- "النص فى المادة 2/458 من القانون المدنى على أن وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره. كما أوردت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدنى تعليقا على هذا النص "أن البيع غير المسجل كالبيع المسجل من حيث استحقاق المشتري للثمرات وهو ما يدل على أن عقد البيع ولو لم يكن مشهرا. ينقل إلى المشتري جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع ومنفعته من تاريخ إبرام البيع ومنها استحقاق الثمرات والنماء فى المنقول والعقار على حد سواء مادام المبيع شيئا معيناً بالذات مالم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك، كما ينقل إليه الدعاوى المرتبطة بها بما فى ذلك تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها واستيداء ريعها منه باعتبار أن هذا الريع تعويض عن غصب ما يستحقه المشتري من ثمرات المبيع الذى حق له تسلمه وطرد من لا سند له فى وضع يده عليه، وهو جزء من الحق المقرر للمشتري على المبيع".

(طعن رقم 3875 لسنة 76 ق جلسة 2008/4/14)

وإذا ثبت أن العين المبيعة كانت وقت المبيع مؤجرة من البائع لآخرين، فإن ثمراتها فى هذه الحالة تقدر بمقدار الأجرة خلال المدة التى حرم فيها المشتري من الانتفاع بها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن النص فى الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدنى على أن "للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع.... ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره"- يدل على أن للمشتري فى حالة عدم تسلمه المبيع أن يرجع على البائع له بثمراته

المدنية من يوم إبرام عقد البيع الصادر إليه مقابل حرمانه من الانتفاع بما اشتراه. فإذا ثبت أن العين المبيعة كانت وقت البيع مؤجرة من البائع لآخرين، فإن ثمراتها في هذه الحالة تقدر بمقدار الأجرة خلال المدة التي حرم فيها المشتري من الانتفاع بها، وذلك لأن البائع - وطبقا لما نصت عليه المادة 431 من القانون ذاته لا يلتزم إلا بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع".

(طعن رقم 33 لسنة 70 ق جلسة 2002/4/23)

274- حق المشتري بعقد عرفي في طرد الغاصب ومطالبته بالريع :

يترتب على عقد البيع - ولو لم يكن مشهرا - انتقال جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع ومنفعته، ومنها الثمرات والنماء في المنقول والعقار على حد سواء، إلى المشتري من تاريخ إبرام البيع. كما تنتقل إليه الدعاوى المرتبطة بها، ومن ثم يجوز للمشتري بعقد عرفي طلب طرد الغاصب من العين المبيعة ومطالبته بريعتها في فترة الغصب، باعتبار هذا الريع تعويض عن غصب ما يستحقه المشتري من ثمرات المبيع الذي له حق تسلمه.

وقد أوضحت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض ذلك في

حكم حديث لها صادر بتاريخ 2003/10/12 في الطعن رقم 680 لسنة 64

القضائية "هيئة عامة" ذهبت فيه إلى أن :

1- "المشرع عرف البيع فيما نص عليه في المادة 418 من القانون المدني

بأنه "... عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي" وحدد التزامات البائع فيما أورده بالمواد من 428 إلى 455 وألزمه في أولها بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري كما أوجب عليه- فيما ضمنه المواد 431، 432، 435 - تسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع بما في ذلك ملحقات المبيع وما أعد بصفة دائمة لاستعماله وذلك بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته

والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا، ثم رتب - فيما ضمنه نص المواد من 439 إلى 455 - أحكام ضمان البائع ومنها ضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي على النحو وبالشروط الواردة بهذه المواد، واستتبع ذلك بيان التزامات المشتري وأورد المادة 458 متضمنه النص في فقرتها الثانية على أن "وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره" وأشارت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني تعليقا على هذا النص "أن البيع غير المسجل كالبيع المسجل من حيث استحقاق المشتري للثمرات" وهو ما يدل جميعه على أن عقد البيع - ولو لم يكن مشهرا - ينقل إلى المشتري جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع ومنفعته من تاريخ إبرام البيع ومنها استحقاق الثمرات والنماء في المنقول والعقار على حد سواء مادام المبيع شيئا معينًا بالذات ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك، كما ينقل إليه الدعاوى المرتبطة بها بما في ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها واستيداء ريعها منه باعتبار أن هذا الريع تعويض عن غصب ما يستحقه المشتري من ثمرات المبيع الذي حق له تسلمه وطرد من لا سند له في وضع يده عليه، وهو جزء من الحق المقرر للمشتري على المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف".

2- "يترتب على عقد البيع - ولو لم يكن مشهرا - انتقال جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع ومنفعته من تاريخ إبرام البيع ومنها الثمرات والنماء في المنقول والعقار على حد سواء إلى المشتري - مادام المبيع شيئا معينًا بالذات - ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك، كما تنتقل إليه الدعاوى المرتبطة بها بما في ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها واستيداء ريعها منه".

3- "لما كان الحكم المطعون فيه قد رفض طلب الطاعن إلزام المطعون

ضدهم ببيع أطيان اشتراها بعقد ابتدائي مع طلب طردهم منها وتسليمها إليه لأن وضع يدهم عليها بغير سند قانوني استنادا إلى أن المطعون ضدهم "يضعون يدهم على الأرض محل النزاع قبل شراء المستأنف- الطاعن- لها وأنه لم يتسلم الأرض" ورتب على ذلك قضاءه بتأييد الحكم المستأنف الصادر برفض الدعوى فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

275- متى يجوز تملك الثمار قبل تمام العقد ؟

يجوز للمتعاقدین الاتفاق على تملك المشتري الثمار قبل التسليم وقبل تمام العقد، فيسرى اتفاقهما في هذا الشأن فليس في ذلك مخالفة للنظام العام.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "للمتعاقدین بعقد بيع ابتدائي غير مسجل أن يتفقا على مآل ثمار المبيع ولا جناح عليهما إن اتفقا على أن تكون للمشتري من تاريخ سابق على تسجيل عقده أو سابق على البيع نفسه أو على تسلمه المبيع فعلا. وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى بإلزام البائعين - الطاعنين - بأن يدفعوا إلى المشتري- المطعون عليه- إيجار الأطيان المبيعة ابتداء من تاريخ العقد الابتدائي والتي استحق أداؤها قبل تسجيل هذا العقد قد أقام قضاءه على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائغا من أن الطرفين اتفقا على أن يستلم المشتري الأطيان المبيعة من تاريخ العقد الابتدائي وأنه استلمها فعلا كما ذكر في العقد النهائي فإن الطعن عليه بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس".

(طعن رقم 28 لسنة 19 ق جلسة 1951/4/5)

2- "للمتعاقدین بعقد ابتدائي أن يتفقا على مآل ثمار المبيع. ولا جناح عليهما إن اتفقا على أن تكون هذه الثمار للمشتري من تاريخ سابق على تسلمه المبيع أو على البيع نفسه إذ أن هذا الاتفاق لا يحرمه القانون وليس فيه ما يخالف النظام العام".

(طعن رقم 187 لسنة 29 ق جلسة 1964/7/2)

276- استحقاق الثمرات من تاريخ العقد قاصر على علاقة البائع

بالمشتري :

استحقاق المشتري لثمار المبيع ونمائه ومنها الأجرة من تاريخ إتمام العقد قاصر على علاقته بالبائع. أما عن علاقة المشتري بالمستأجر فإنه لا توجد بينهما علاقة مباشرة تخوله مطالبته بالأجرة إلا إذا سجل عقد شرائه أو أحال إليه البائع عقد الإيجار ونفذت الحوالة في حق المستأجر.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "مؤدى ما تنص عليه المواد 146، 604، 605، 606 من القانون المدنى أن أثر الإيجار ينصرف إلى الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر فى جميع حقوقه قبل المستأجر وفى جميع التزاماته نحوه، غير أن انصراف عقد الإيجار إلى الخلف الخاص الذى يتلقى ملكية العين المؤجرة هو وما يترتب عليه من آثار، وإن كان يعد تطبيقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة 146 من القانون المدنى إلا أنه وفقاً للتنظيم القانونى الذى قرره المشرع لهذه القاعدة- فى المواد الثلاث الأخرى سالف الذكر وبالشروط المبينة بها - لا يكون المتصرف إليه خلفاً خاصاً فى هذا الخصوص إلا إذا انتقلت إليه الملكية فعلاً. وعلى ذلك يتعين على مشتري العقار حتى يستطيع الاحتجاج بعقد شرائه قبل المستأجر من البائع أن يسجل هذا العقد لتنتقل إليه الملكية بموجبه، أما قبل التسجيل فهو ليس إلا دائماً عادياً للبائع مؤجر العقار. وحق المشتري فى تسليم العقار المبيع وفى ثماره ونمائه المقرر له قانوناً من مجرد البيع فى ذاته إنما هو حق شخصى مترتب له فى ذمة البائع إليه كما أن علاقته بالبائع وعلاقة الأخير بالمستأجر منه علاقتان شخصيتان تستقل كل منهما عن الأخرى ولا يترتب عليها

قيام أية علاقة بين مشتري العقار الذى لم يسجل والمستأجر لهذا العقار ومن ثم فليس لأحد هذين أن يطالب الآخر بشئ بالطريق المباشر".

(طعن رقم 67 لسنة 31 ق جلسة 1965/11/30)

2- "علم المستأجر المعول عليه فى نفاذ حوالة عقد الإيجار والتزامه بدفع الأجرة لمشتري العقار (المحال إليه)، هو علمه بأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعاوى التى تؤكده ومنها دعوى الفسخ".

(طعن رقم 958 لسنة 46 ق جلسة 1978/11/8)

3- "إذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه تعاقد مع مؤجرة عين النزاع على تبادل العقار الكائنة به العين بعقار آخر بموجب عقد لم يسجل إلا من تاريخ لاحق لرفع الدعوى وأنها حولت عقد الإيجار المبرم بينها وبين الطاعن عن هذه العين إلى المطعون عليه الذى بادر إلى إرسال كتابين موصى عليهما مصحوبين بعلمى وصول إلى الطاعن يكلفه فيهما بالوفاء بالأجرة المستحقة وذلك قبل أن يحصل على موافقته على الحوالة أو يعلنه بها حتى تكون نافذة فى حقه، وهو ما دعا الحكم إلى اعتبار إعلانه بصحيفته الدعوى التى تضمنت بيانات الحوالة إعلاناً له بها، وإذ كان مؤدى هذا أن الحوالة الصادرة إلى المطعون عليه لم تنفذ فى حق الطاعن إلا من تاريخ إعلانه بصحيفة الدعوى، بما مفاده أن تكليفاً بالوفاء لم يوجه إلى الطاعن من صاحب الحق فى استثناء الأجرة المستحقة قبل رفع الدعوى وبذلك ينتفى شرط من شروط قبولها، وإذ استجاب الحكم المطعون فيه رغم ذلك إلى طلب الإخلاء فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 958 لسنة 46 ق جلسة 1978/11/8)

4- "لئن كان مؤدى الفقرة الثانية من المادة 458 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى

المشتري من تاريخ إبرام العقد فيملك المشتري الثمرات والثمار في المنقول والعقار على السواء مادام المبيع شيئاً معيناً بالذات من وقت تمام العقد ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف. يستوى في بيع العقار أن يكون العقد مسجلاً أو غير مسجل لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري، ولو لم يسجل عقده، إلا أن حق المشتري بعقد غير مسجل في اقتضاء ثمار العقار لا يكون إلا قبل البائع ولا يجوز له أن يتمسك به قبل المستأجر من هذا الأخير ذلك أن مفاد ما تقضى به المواد 146، 604، 605، 606 من القانون المدني - وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة - أن أثر الإيجار لا ينصرف لغير الخلف الخاص ولا يعد المشتري خلفاً خاصاً لبائع العقار إلا بانتقال الملكية إليه بالتسجيل، أما قبل التسجيل فهو ليس إلا دائناً عادياً للبائع ولا تربطه علاقة مباشرة بمستأجر العقار من البائع، فلا يستطيع مطالبته بالإيجار - بالطريق المباشر إلا إذا أحال البائع إليه حقه في الأجرة وقبل المستأجر هذه الحوالة أو أعلن بها".

(طعن رقم 2354 لسنة 60 ق جلسة 1995/3/15)

277- تكاليف المبيع على المشتري من وقت تمام العقد :

كما أن للمشتري ثمر المبيع ونمائه من وقت تمام البيع، فإنه في الوجه المقابل عليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً. ومثال هذه التكاليف الضرائب المستحقة على العين كالضريبة الأصلية المفروضة على العقارات المبنية وضريبة الخفر، وضريبة الأطنان الزراعية. كما يدخل في هذه التكاليف مصروفات الصيانة ومصروفات الاستغلال، لأن المبيع لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف فإذا كان البائع قد أنفق هذه المصروفات التزم المشتري بردها إليه.

والمشتري يلتزم بتكاليف المبيع من وقت البيع لأن له الحق في ثمر المبيع ونمائه من هذا الوقت أيضاً ولو كان المبيع لم ينتج الثمرات إلا بعد هذه

التكاليف⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيد أنه :

"ومتى ثبت للمشتري الحق فى ثمرات المبيع فعليه تكاليفه (كالضرائب ومصروفات الصيانة ومصروفات الاستغلال) لأن المبيع لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف"⁽²⁾.

278- جواز الاتفاق على خلاف القاعدة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة 458 :

القاعدة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة 458 والتي تقضى بأن تكاليف المبيع على المشتري من وقت تمام العقد لا تتعلق بالنظام العام، فلا يعمل بها إذا وجد عرف مخالف أو اتفق الطرفان على خلافها. ولذلك فإن مجرد الاتفاق على تأخير استحقاق المشتري للثمار إلى وقت معين لاحق للبيع يتضمن فى الوقت نفسه اتفاقا على عدم إلزامه بتكاليف المبيع حتى هذا الوقت، لأن الشارع ربط التزام المشتري بالتكاليف بحقه فى أخذ الثمار⁽³⁾.



(1) خميس خضر ص 284.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 140.

(2) منصور مصطفى منصور ص 234.

مادة (459)

- 1- إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة. هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلا بعد المبيع.
- 2- وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشتري لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقا لأحكام المادة 273.

الشرح

279- حقوق البائع في حالة عدم دفع المشتري الثمن :

إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال، ولم يقم المشتري بدفعه إلى البائع فإن يكون للبائع في هذه الحالة ثلاث وسائل لضمان حقه هي :

1- التنفيذ العيني :

وهذا الحق كفله المشرع لكل دائن، إذ نصت المادة 199 مدني على أن: "ينفذ الالتزام جبرا على المدين"، كما نصت المادة 203 مدني على أن: "يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 219، 220 على تنفيذ التزامه عينا، متى كان ذلك ممكنا".

وبمقتضى هذا يكون للبائع الحق، في حالة عدم قيام المشتري بدفع الثمن في موعد استحقاقه، سواء كان الثمن كاملا أو جزءا منه، أن يقوم - بعد إعدار المشتري بالتنفيذ على أمواله لاقتضاء الثمن جبرا. وهو عندئذ ينفذ على المبيع وعلى غيره من أموال المشتري.

وقد منح المشرع للبائع امتيازاً على المبيع يتقدم به على سائر دائني المشتري، وسواء أكان المبيع منقولاً أم عقاراً.

فإذا كان المبيع عقاراً أو حقا عينياً ثبت للبائع الامتياز بمقتضى المادة 1147

مدنى، وإذا كان المبيع منقولاً ثبت الامتياز للبائع بمقتضى المادة 1145 مدنى.

2- فسخ عقد البيع :

يجوز للبائع إذا تخلف المشتري عن دفع الثمن كله أو الجزء المستحق منه طبقاً للقواعد العامة إذا لم يطلب التنفيذ العيني، أن يطلب فسخ العقد. والفسخ وفقاً للقواعد العامة قد يكون اتفاقياً بموجب شرط فى العقد وقد يكون قضائياً بحكم من القضاء، وقد يكون الفسخ بحكم القانون، ويسمى فى هذه الحالة الأخيرة انفساخاً، وهو يتحقق إذا استحال تنفيذ الالتزام بقوة قاهرة. ولما كان التزام المشتري بدفع الثمن محله مبلغ من النقود، فلا يتصور أن يصبح تنفيذه مستحيلاً، ولذلك ووفقاً للقواعد العامة، لا يمكن انفساخ البيع بسبب عدم وفاء المشتري بالثمن⁽¹⁾.

(راجع شرح المواد من 157-161 مدنى).

3- حبس المبيع :

يكون للبائع الحق فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن إذا كان وقت دفع الثمن متقدماً أو معاصراً لوقت تسليم المبيع.

ويتحقق ذلك فى حالتين :

(الأولى): إذا كان الثمن مستحق الدفع ولم يكن البائع قد سلم المبيع للمشتري. مثل ذلك أن يكون البيع مطلقاً من حيث وقت دفع الثمن فيكون الثمن مستحق الدفع بمجرد تمام البيع، ويكون مطلقاً من حيث وقت تسليم المبيع فيكون المبيع واجب التسليم أيضاً بمجرد تمام البيع. فيعاصر وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع. ومثل ذلك أيضاً أن يحدد وقتاً لتسليم المبيع دون أن يحدد وقتاً لدفع الثمن، فيكون وقت دفع الثمن هو وقت التسليم كما قدمنا، فيتعاصر الوقتان. ومثل ذلك

(1) عبد الودود يحيى ص 163 وما بعدها.

أخيرا أن يحدد وقت لدفع الثمن متقدم عن الوقت الذي يحدد لتسليم المبيع، فيسبق وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع، فإذا تأخر المشتري في دفع الثمن حتى حان وقت تسليم المبيع كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن.

(والثانية): إذا كان الثمن مؤجلا إلى وقت متأخر عن وقت تسليم المبيع فحان وقت تسليم المبيع قبل حلول أجل دفع الثمن، ولكن الأجل المحدد لدفع الثمن سقط بسبب من أسباب سقوط الأجل، فحل دفع الثمن في الوقت الذي يجب فيه تسليم المبيع أو قبله، وتعاصر الوقتان أو سبق الوقت الذي استحق فيه الثمن، فيجوز للمشتري في هذه الحالة أيضا أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"1- بعد أن تقرر التزام المشتري بدفع الثمن، عرض المشروع للجزاء المترتب على هذا الالتزام. فلبائع وسائل ثلاث لضمان حقه، هي حبس المبيع والمطالبة بالتنفيذ والمطالبة بالفسخ. وليس في كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة، ولكن رؤى من المفيد التبسط في هذه الأحكام لأهميتها العملية.

2- أما الحق في حبس المبيع فقد قرره المادتان 607، 608 من المشروع تطبيقا لقاعدتي الحق في الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد. فإذا كان الثمن كله أو بعضه يستحق الدفع ولم يدفع، جاز للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو

(1) السنهوري ص 804 وما بعدها - وقد نصت المادة 273 مدنى على أسباب سقوط حق المدين في الأجل وهي :

1- إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقا لنصوص القانون.

2- إذ أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى 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 ضمانا كافيا.

3- إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات.

مستحق له، ولا يسقط حقه فى الحبس إلا أن يقدم له المشتري رهنا أو كفالة، لأن البائع يطلب حقا واجب الأداء فى الحال. أما إذا منح البائع للمشتري أجلا جديدا للدفع ولم يتحفظ سقط حقه فى الحبس.

وقد يكون الثمن مؤجلا ولكن يسقط الأجل طبقا للمادة 396 من المشروع (والأولى أن تعدل المادة 607 فقرة ثانية من المشروع بما يحقق التناسق بينها وبين المادة 396 على الوجه الآتى. وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى لو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المدين فى الأجل طبقا لأحكام المادة 396). والأجل يسقط (أ) إذا كان المشتري معسرا، (ب) أو كان قد أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص حتى لو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون (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 يتوق المدين هذا السقوط بأن يقدم للدائن ما يكمل التأمين، (ج) أو كان المشتري لم يقدم ما وعد فى البيع بتقديمه من التأمينات.

ففى هذه الأحوال جميعها يسقط الأجل ويحل الثمن، فإذا لم يدفعه المشتري كان للبائع حبس المبيع.

فإذا استعمل البائع حقه فى الحبس أجريت الأحكام العامة المتعلقة بهذا الحق.... الخ⁽¹⁾.

280- عدم سقوط حق البائع فى الحبس ولو قدم المشتري رهنا أو

كفالة:

فى جميع الحالات التى يجوز فيها للبائع حبس المبيع لا يسقط حقه فى الحبس ولو قدم المشتري للبائع رهنا أو كفالة، والسبب فى ذلك أن البائع يطلب حقا

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 151 وما بعدها.

واجب الأداء في الحال. ويعتبر هذا الحكم استثناء من القاعدة العامة التي تجيز سقوط الحق في الحبس إذا قدم المدين للدائن الحابس تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه (م 1/246 مدني).

281- الاحتجاج بحق الحبس في مواجهة الكافة :

حق البائع في الحبس يحتج به في مواجهة الكافة، أي في مواجهة المشتري ودائنيه العاديين والغير الذين ترتبت لهم حقوق عينية على المبيع، كما لو باع المشتري المبيع لشخص آخر أو رهنه له.

وإذا حول البائع حقه في الثمن انتقل الحق في الحبس إلى المحال له أخذاً بحكم القاعدة العامة الواردة في المادة 307 التي تنص على أن: "تشمل حوالة الحق ضماناته، كالكفالة والامتياز والرهن... الخ". وإذا حول المشتري الدين بالثمن إلى مدين آخر، وقبل البائع الحوالة، فلا يسقط حقه في الحبس عملاً بحكم الفقرة الأولى من المادة 318 التي تنص على أن: "تبقى للدين المحال به ضماناته"⁽¹⁾.



مادة (460)

إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع.

الشرح

282- هلاك المبيع في يد البائع الحابس له :

إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري. ويشترط لهلاك المبيع على المشتري، أن يكون البائع قد تمسك بحقه في الحبس لعدم سداد الثمن، فلا يكفي أن يكون كل من التزام البائع بالتسليم والتزام المشتري بدفع الثمن حالين غير مؤجلين فسكت كل منهما عن مطالبة الآخر بتنفيذ التزامه. بل يجب أن يظهر ما يدل على أن البائع قد امتنع عن التسليم لأن المشتري لم يدفع الثمن، بأن كان المشتري مثلاً طالب بالتسليم فدفع البائع طلبه بحقه في الحبس، أو كان البائع قد طالب المشتري بدفع الثمن وأعلنه أنه لن يسلمه المبيع إلا إذا دفع الثمن إليه.

على أنه لا يشترط أن يكون البائع قد أعذر المشتري لدفع الثمن، فتكفي المطالبة وإعلان التمسك بالحبس بأي طريق، إذ أن الإعذار ليس شرطاً للتمسك

بالحبس (1).

أما إذا لم تتبين في وضوح المطالبة وإعلان التمسك بالحبس لعدم استيفاء الثمن، ثم هلك المبيع، فإن الهلاك في هذه الحالة يكون على البائع، ولا يجوز له أن يدعى أنه كان حابسا للمبيع (2).

والهلاك هنا يكون على المشتري رغم أنه لم يتسلمه، لأنه المتسبب في هذا الحبس بامتناعه عن وفاء الثمن رغم وجوبه.

أما إذا كان الهلاك بفعل البائع، تحمل البائع تبعة الهلاك إذ وقع الهلاك بخطئه، وجاز للمشتري أن يطلب فسخ المبيع مع التعويض طبقا للقواعد العامة. وإذا وضع المشتري يده على المبيع دون إذن من البائع وبدون حكم من القضاء، وهلك المبيع في يده فإنه يهلك عليه، رغم أن التسليم لم يتم، لأنه لا يجوز لشخص أن يقتضى حقه بنفسه (3).

وللبائع أن يستصدر إذنا من قاضى الأمور الوقتية ببيع المبيع إذا كان يخشى عليه التلف، وينتقل الحق في الحبس إلى الثمن (4).



(1) إسماعيل غانم ص 165 - محمد لبيب شنب ص 153 - وعكس ذلك عبد المنعم البدرأوى ص 429 - منصور مصطفى منصور ص 145 فيريان أنه يجب لإعمال هذا الحكم أن يكون البائع قد أعذر المشتري لدفع الثمن ثم حبس المبيع.

(2) السنهورى ص 614 وما بعدها - إسماعيل غانم ص 165.

(1) محمد لبيب شنب ص 154 - محمد كمال عبد العزيز ص 357 - منصور مصطفى منصور ص 146.

(2) المستشار أنور طلبه ص 691.

مادة (461)

فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره.

الشرح

283- حكم المادة مخالف للقواعد العامة :

الحكم الوارد بالمادة مخالف للقواعد العامة. ووجه المخالفة فيه وهو ما قرره من أن البيع- فى الحالة الخاصة التى وردت فى النص- يعتبر مفسوخا لصالح البائع من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى إنذار أو صدور حكم من القضاء، ودون أن يتضمن العقد شرطا يقضى بوقوع الفسخ بقوة القانون. فالقواعد العامة تقضى بأن الفسخ لا يقع إلا إذا سبقه إذار ينبه به الدائن على المدين بالوفاء وإلا فسخ البيع، ثم إنها تقضى من ناحية أخرى بأن الفسخ لا يقع إلا بحكم من القضاء. وأخيرا فإن القواعد العامة تسمح بالاستغناء عن الإذار أو عن الحكم القضائى بالفسخ إذا اتفق على ذلك صراحة فى العقد.

أما نص المادة (461) فمن شأنه إيقاع الفسخ حتما وبقوة القانون دون حاجة إلى إذار أو حكم من القضاء لمجرد عدم دفع المشتري الثمن، متى توافرت شروط الحالة المنصوص عليها فيها⁽¹⁾.

ومعنى ونوع الفسخ بقوة القانون، أن يعود المنقول إلى ملك البائع الذى يكون له عندئذ الحق فى أن يبيعه مرة أخرى لحسابه، دون أن يكون ذلك إخلالا منه بالتزامه بل ودون أن يؤثر ذلك على حقه فى أن يرجع على المشتري الذى لم يدفع الثمن بالتعويض جزاء لإخلاله بالتزامه، وذلك وفقا للقواعد العامة.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 559 وما بعدها - خميس خضر ص 281.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص في المادة 461 من القانون المدني على أنه" في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إعدار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره" فقد دلت على أن المشرع قد خرج بحكمها في القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد الإعدار وبحكم من القاضى ما لم يوجد اتفاق صريح على الإعفاء من ذلك واشترط لإعمال هذا النص الاستثنائي أن يكون المبيع من العروض وغيرها من المنقولات وأن يكون كل من المبيع والثمن محددا تحديدا كافيا ومعلوما للمشتري عند التعاقد، وأن يقف المشتري عن دفع الثمن في الميعاد المتفق عليه لتسلم المبيع ودفع الثمن، وأن يختار للبائع التمسك بانفساخ عقد البيع".

(طعن رقم 46 لسنة 47 ق جلسة 1979/12/31)

284- الحكمة من هذا الحكم الاستثنائي :

الحكمة من هذا الحكم الاستثنائي هي أن عروض التجارة والمنقولات عموما كثيرا ما تتقلب أسعارها، كما يتعرض الكثير منها للتلف بمجرد الزمن فلا تتحمل طول الإجراءات، مما يحتاج الأمر معه إلى التيسير على البائع بإعفائه من واجب الإعدار والمطالبة قضائيا بالفسخ حتى يستطيع أن ينصرف في المبيع للغير في الحال بمجرد تخلف المشتري عن دفع الثمن في الميعاد المحدد لدفعه وتسلم المبيع⁽¹⁾.

285- شروط تطبيق حكم المادة :

يشترط لتطبيق الحكم الوارد بالمادة توافر الشروط الآتية :

(1) خميس خضر ص 281 - منصور مصطفى منصور ص 230.

1- أن يكون المبيع من المنقولات سواء كانت منقولات بطبيعتها مادية أو معنوية، كالبضائع على اختلاف أنواعها والأسهم والسندات، أو كانت منقولات بحسب المآل كالثمار التى تباع قبل قطعها وأنقاض المنزل قبل هدمه فلا يسرى على العقارات.

والمحل التجارى وإن كان منقولات معنوية، إلا أن الراجع عدم انطباق حكم المادة عليه، لأن الحكمة التى توخاها المشرع من وضع هذا الحكم وهى سرعة تقلب أسعار العروض والبضائع لا تتوافر بالنسبة له⁽¹⁾.

غير أن حكم المادة يسرى على كافة البيوع سواء كانت تجارية أو مدنية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إنه ولئن كانت ملكية الأسهم تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد الاتفاق بينهما على ذلك مادامت الأسهم المبيعة تتعين بالذات طبقا للمادة 204 من القانون المدنى التى تنص على أن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل، وكانت المادة 39 من قانون التجارة حين استلزمت قيد الأسهم الاسمية فى دفاتر الشركة قد استهدفت من ذلك فرض قيد على حرية تداولها وجعلت من هذا القيد مناطا لإثبات ملكيتها والتنازل عنها إلا أن النص فى المادة 461 من القانون المدنى على أنه "فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إعدار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره" يدل على أنه فى حالة بيع المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ولم يدفع المشتري الثمن فى الميعاد فإنه

(1) السنهورى ص 839 هامش (1) - أنور سلطان ص 348 وما بعدها - محمد كمال عبد العزيز ص 357.

يجوز للبائع أن يعتبر العقد مفسوخا بدون حاجة إلى إعدار أو حكم من القضاء، فيقع الفسخ بنص القانون ويكون البائع بمجرد عدم دفع الثمن في حل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه، ويحق له أن يتصرف فيه تصرف المالك فيبيعه مرة أخرى إذ ورد هذا النص بصيغة عامة تدل على أن حكمه مطلق، ومن ثم فينصرف إلى البيع سواء كان مدنيا أو تجاريا.

(طعن رقم 1229 لسنة 47 ق جلسة 1981/5/4)

2- أن يوجد ميعاد محدد للوفاء بالثمن وتسلم المبيع. فالنص لا يسرى على البيوع غير المؤجلة⁽¹⁾.

وميعاد الوفاء بالثمن قد يتفق عليه صراحة أو ضمنا، ويعتبر من قبيل الاتفاق الضمني أن يكون العرف قد جرى على تحديد ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع وسكت المتعاقدان عن ذكر ما يخالفه. فمثلا في بيع المنقولات محولا بقيمتها على المشتري، يجرى العرف بأن يتسلم المبيع ويدفع ثمنه بمجرد وصوله بالجمرك أو البريد، فإن قصر المشتري في دفع الثمن جاز للبائع التصرف فيها. ولا تنطبق المادة إلا في حالة تحديد أجل ليدفع المشتري الثمن ويتسلم المبيع،

(1) كان المشروع التمهيدي يتضمن نصا برقم (613) خاصا بالبيع غير المؤجل يجرى على أن: "1- إذا كان البيع غير مؤجل، جاز للبائع، إذا لم يستوف الثمن، أن يسترد ما باعه من منقول مادام المبيع في حيازة المشتري، على أن يكون الاسترداد في مدة خمسة عشر يوما من وقت تسليم المبيع، وعلى أن يبقى المنقول حافظا لحالته التي تم عليها التسليم. 2- على أنه لا يجوز أن يضر الاسترداد بامتياز المؤجر، إلا إذا ثبت أن المؤجر كان يعلم أن المنقولات وغيرها مما هو موجود بالعين المؤجرة لم يدفع ثمنها.

3- ولا يجوز الإخلال بما تقدم بالقوانين والعادات التجارية المتعلقة بالاسترداد. وقد أقرت لجنة المراجعة هذه المادة مع تحوير لفظي طفيف إلا أن المادة حذفت في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ" لأنها تتناول تفصيلات يحسن أن تترك للقواعد العامة" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص150 هامش (1) وما بعدها).

أما إذا كان الأجل محددا لحصول البائع على المبيع وتسليمه للمشتري، فإن البائع فى هذه الحالة لا يعفى من واجب إعدار المشتري بالتسليم والوفاء.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة 335 من القانون المدنى لم تتعرض إلا للحالة التى يكون فيها التقصير من جانب المشتري فإن نصها هو: "إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع يكون البيع مفسوخا حتما إذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المحدد بدون احتياج للتنبيه الرسمى".

وإذا لوحظ أن هذه المادة جاءت استثناء من القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد التنبيه الرسمى تعين القول بأنه لا يصح تطبيقها إلا فى حدود نصها، أى فى حالة تحديد أجل ليدفع المشتري الثمن ويتسلم المبيع. أما إذا كان الأجل محددا لحصول البائع على المبيع وتسليمه للمشتري فى هذه الصورة لا يعفى البائع من واجب التنبيه رسميا على المشتري بالتسلم والوفاء".

(طعن رقم 62 لسنة 13 ق جلسة 1944/1/13)

3- أن يتأخر المشتري عن الوفاء بالثمن فى الميعاد المحدد. فإذا قام بدفع الثمن فى الميعاد امتنع على البائع التمسك بالمادة، ولو لم يقم المشتري بتسلم المبيع.

فإذا قام المشتري بدفع الثمن ولكن لم يتسلم المبيع، فإن البائع لا يستطيع الوصول إلى فسخ البيع لعدم قيام المشتري بالتسلم إلا بعد إعداره واستصدار حكم بذلك من القضاء تطبيقا للقواعد العامة.

وكان المشروع التمهيدى ينص على أنه: "إذا لم يتقدم المشتري لتسلم المبيع بعد انقضاء الأجل المتفق عليه، أو تقدم ولكنه لم يعرض الثمن، كان البيع مفسوخا... الخ".

ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت - بناء على اقتراح رئيسها -

قصر الجزاء على حالة عدم دفع الثمن في الميعاد دون حالة عدم التقدم لتسلم المبيع إذ قد يحول دون تسلم المشتري المبيع ظروف لا يد له فيها، ووافق المجلس على هذا التعديل⁽¹⁾.

ويجب أن يكون عدم دفع الثمن في الميعاد المحدد تقصيرا من المشتري، فإذا كان نتيجة تقصير البائع كما لو امتنع المشتري عن الدفع لأن البائع لم يسلم المبيع⁽²⁾.

286- أثر توافر الشروط المنصوص عليها بالمادة :

إذا توافرت الشروط الثلاثة التي نصت عليها المادة والتي عرضنا لها فيما تقدم، كان للبائع اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، بدون حاجة إلى تنبيه أو إعدار، فيقع الفسخ بقوة القانون، ويكون البائع بمجرد عدم دفع المشتري الثمن في حل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه.

غير أن هذا الحكم مقرر لمصلحة البائع، ومن ثم يجوز له أن يعتبر العقد قائما ويباشر إجراءات التنفيذ لاستيفاء ما هو مستحق له من ثمن.

أما المشتري فلا يجوز له أن يتمسك باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، إذ أن الفرض أنه هو المقصر فلا يجوز له أن يستفيد من تقصيره. ولذلك إذا لم يقم البائع بالتزامه بالتسليم، فلا يجوز للمشتري اعتبار العقد مفسوخا وإنما تطبق في هذه الحالة القواعد العامة في الفسخ.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما في المنقول فقد ميز المشروع بين البيع المؤجل والبيع غير المؤجل. فإذا كان البيع مؤجلا وانقضى الأجل دون أن يتقدم المشتري لدفع الثمن وتسلم المبيع

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 156.

(1) منصور مصطفى منصور ص 231- عبد المنعم البدرأوى ص 561.

اعتبر البيع مفسوخا لمصلحة البائع (أى أن هذا له استبقاء المبيع والمطالبة بالتنفيذ إذا لم يرد الفسخ)، ويفسخ البيع من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعدار، ودون ضرورة إلى شرط خاص بذلك، كل هذا ما لم يتفق المشتري مع البائع على مدة أطول للوفاء بالثمن (م612 من المشروع وتوافق م418/335 من التقنين الحالي)⁽¹⁾.

287- حكم المادة لا يتعلق بالنظام العام :

الحكم الوارد بالمادة (461) لا يتعلق بالنظام العام، من ثم يجوز الاتفاق على خلافه. وقد نصت المادة صراحة على ذلك بقولها إن حكمها يسرى "ما لم يوجد اتفاق على غيره".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ويلاحظ أن كل هذه الأحكام ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها، ويجب فى تطبيقها مراعاة القوانين والعادات التجارية المتعلقة باسترداد المنقول بعد بيعه"⁽²⁾.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 155 - وقد أشرنا سلفا إلى أن المشروع التمهيدى كان يتضمن نصا برقم (613) خاصا بالبيع غير المؤجل، إلا أنه حذف فى = لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ لأنه يتضمن تفاصيل يجب أن تترك للقواعد العامة. وقد جاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدى :

"أما إذا كان البيع غير مؤجل، فيجوز للبائع إذا لم يستوف الثمن أن يعتبر مفسوخا وأن يسترد المبيع فى مدة خمسة عشر يوما من وقت تسليمه إلى المشتري، إذا بقى المنقول حافظا لحالته ولم يغير المشتري ذاتيته (بأن صنع الخشب دولابا أو طحن القمح دقيقا)، على أن الفسخ لا يضر فى هذه الحالة بامتياز المؤجر حسن النية وفقا للقواعد العامة (م613 من المشروع ولا نظير لها فى التقنين الحالي).

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 155.



مادة (462)

نفقات عقد البيع ورسوم "الدمغة" والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بذلك.

الشرح

288- التزام المشتري بمصاريف البيع والرسوم :

يلتزم المشتري نفقات عقد البيع، أى نفقات إبرامه، ويشمل ذلك نفقات تحريره إن وجدت، كأتعاب المحامى الذى يكتب العقد، أو الكاتب الذى يحرره، وثمان الورق الذى حرر عليه، ونفقات انتقال المشتري إلى مكان توقيع العقد⁽¹⁾.

كذلك يدخل فى النفقات التى يلتزم بها المشتري رسوم الدمغة ورسوم تسجيل البيع، فإذا كان المبيع عقارا ورغب المشتري فى تسجيل عقد شرائه حتى تنتقل إليه ملكيته، فإنه يتحمل برسوم الرسوم التى تتقاضاها الدولة، ويلحق بهذه الرسوم جميع النفقات التى تصرف فى سبيل إجراءات التسجيل كمصروفات الكشف عن العقار المبيع فى جهات الشهر للتثبت من خلوه من حقوق الغير، ورسوم التصديق على التوقيعات⁽²⁾.

وإذا نقل العقار المبيع امتياز البائع لتأخير دفع الثمن كله أو بعضه، فإن مصروفات قيد هذا الامتياز وكذلك مصروفات شطب القيد بعد دفع الثمن تدخل فى مصروفات البيع التى يتحملها المشتري.

أما إذا كان على المبيع رهن أو حق عيني آخر ترتب من جهة البائع، فإن مصروفات شطب القيود الشاهرة لهذه الحقوق العينية تكون على البائع لا على

(1) محمد لبيب شنب ص 354.

(2) محمد كامل مرسى ص 411 - سليمان مرقس ص 422 - محمد لبيب شنب ص 254.

المشتري⁽¹⁾.

ومصاريف تطهير الرهون المقيدة على العقار المبيع ليست من نفقات البيع، ومن ثم فهي لا تجب على المشتري، إنما يتحملها البائع، وذلك لأن البائع ملزم بضمان تمتع المشتري بالمبيع وحيازته حياة هادئة⁽²⁾.

والمشروع بإلزامه المشتري وحده نفقات عقد البيع قد خالف القواعد العامة، ذلك أن هذه النفقات لاتفيد المشتري وحده، بل وتفيد البائع معه، بحيث كان الأصل أن يتحمل المتعاقدان هذه النفقات مناصفة⁽³⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"هذا النص يقابل المادة 309/243 من التقنين الحالى، والنصان حكمهما واحد، فهما يحملان المشتري نفقات عقد البيع، ويدخل فيها رسوم التمغة والتسجيل كما يدخل فيها أتعاب المحامى الذى يكتب العقد، كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره"⁽⁴⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن أحكام قانون التسجيل الصادر فى سنة 1923 والقرارات الصادرة بتنفيذه تحتم دفع رسوم التسجيل مع رسوم التصديق على الإمضاءات عند تقديم العقد للتوقيع عليه، ولما كان المشتري هو الملزم بداهة بدفع هذه الرسوم فإنه هو الذى يكون عليه تجهيز العقد بناء على البيانات التى يحصل عليها سواء من البائع أو من الأوراق، وبعد ذلك يكون له أن يطالب البائع بالحضور إلى قلم الكتاب لإمضاء العقد. وإذن فمن الخطأ أن تعتبر المحكمة البائع ملزماً بتجهيز العقد

(3) السنهورى ص 843.

(1) السنهورى ص 844 - عبد المنعم البدرأوى ص 562 - محمد لبيب شنب ص 254.

(2) محمد لبيب شنب ص 253 وما بعدها.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 158.

وتقديمه للمشتري لإمضائه، خصوصا إذا كان العقد الابتدائي صريحا في أن البائع غير ملزم بإمضاء العقد النهائي، وكان المشتري لم يطلب من البائع في الإنذار الذى وجهه إلا الحضور إلى قسم المساحة لتحرير العقد النهائي".

(طعن رقم 48 لسنة 11 ق جلسة 1942/5/28)

289- رجوع البائع بما أنفقته من مصاريف على المشتري :

إذا كان البائع قد أنفق شيئا من المصاريف التى يلتزم بها المشتري على نحو ما أوضحناه سلفا، كان له أن يطالب المشتري بها.

وتعتبر هذه النفقات جزءا من الثمن، وتكون مضمونة بضماناته، كما تميز البائع وحق الحبس، فيكون للبائع أن يحبس المبيع عن المشتري حتى يستردها منه، كما له أن يطالب بفسخ البيع إذا لم يقم المشتري بوفائها⁽¹⁾.

290- جواز الاتفاق على مخالفة أحكام المادة :

الحكم الوارد بالمادة لا يتعلق بالنظام العام بل مكمل لإرادة المتعاقدين، ومن ثم فإنه لا يطبق إذا اتفق الطرفان على خلافه. فيجوز الاتفاق على تحمل البائع هذه النفقات كلها أو جزء منها. كما أنه لا ينطبق إذا وجد عرف على خلاف حكمها.

ويذهب الفقه إلى أن العرف قد جرى على أن يتحمل البائع والمشتري نفقات السمسرة مناصفة⁽²⁾. وفى كثير من المبيعات الأخرى فإن البائع هو الذى يتحملها وحده بل غالبا ما يدفعها دون علم المشتري بذلك⁽³⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 562 - محمد لبيب شنب ص 255.

(2) السنهورى ص 843- محمد لبيب شنب ص 253- سليمان مرقس ص 242.

(3) سليمان مرقس ص 442.

"ومما يقضى به العرف أن السمسرة يتحملها البائع والمشتري مناصفة"⁽¹⁾.
وقد اعتبرت الفقرة (د) من المادة الخامسة من قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1995 السمسرة عملا تجاريا إذا بوشرت على وجه الاحتراف أيا كانت طبيعة العمليات التي يمارسها السمسار، أى سواء كانت تجارية أو مدنية.

وقد نصت المادة (198) منه على أن :

"1- لا يستحق السمسار الأجر إلا ممن فوضه من طرفى العقد فى السعى إلى إبرامه.

2- وإذا صدر التفويض من الطرفين كان كل منهما مسئولا قبل السمسار بغير تضامن بينهما عن دفع الأجرة المستحقة عليه ولو اتفقا فيما بينهما على أن يتحمل أحدهما الأجر بأكمله".

وعلى ذلك فإن هذا النص يسرى على أجر السمسار إن كان تاجرا⁽²⁾.
وقد جرى العرف على أن أتعاب السمسرة تكون 2.5% من قيمة ثمن المبيع على كل طرف من طرفى العقد.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا العرف إذ قضت بأن :

"السمسار وكيل فى عقد الصفقات، وطبقا للقواعد المتبعة فى عقد الوكالة ويتولى قاضى الموضوع تقدير أجر الوكيل فى حالة عدم الاتفاق مستعينا فى ذلك بأهمية العمل وما يقتضيه من جهد وما يبذله الوكيل وبما جرى عليه العرف فى هذه الحالة. ولما كان يبين من الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية قدرت للمطعون عليه الأول أجرا عن وساطته بنسبة 2.5% من قيمة الصفقة وأبانت فى حكمها أن هذا التقدير يتفق مع

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 158.

(1) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد المجلد الثانى ص 568 وما بعدها.

ما بذله من مجهود وأهمية الصفقة التي تمت ببيع الفيلا إلى السفارة السوفيتية، كما يتفق مع العرف في هذا الشأن لما كان ذلك فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون".

(طعن رقم 539 لسنة 39 ق جلسة 1975/1/7)

وقد قضى بأنه إذا طلب السمسار إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات دوره في عقد البيع وإثبات العرف فيما يتعلق بأجرة السمسرة فإن إغفال الحكم الرد على هذا الطلب قصور يستوجب نقضه. إذ ذهبت محكمة النقض إلى أن:

"إذ يبين من الاطلاع على الأوراق أن الطاعنين قدما أمام محكمة الاستئناف في فترة حيز الدعوى للحكم مذكرة سلمت صورتها لوكيل المطعون عليه الأول تمسكا فيها بطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن بيع الفيلا تم بواسطتها وإثبات العرف فيما يتعلق بأجر السمسرة، ثم أعيدت الدعوى للمرافعة وتداولت عدة جلسات حضر فيها المطعون عليهما حتى صدر الحكم المطعون فيه، ومن ثم فقد أصبحت هذه المذكرة ورقة من أوراق الدعوى، ويكون ماورد بها من دفاع مطروحا على المحكمة ولما كان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى والرد عليه واقتصر على الإحالة إلى أسباب الحكم الابتدائي الذي لم يتعرض للدفاع المذكور بل إنه قرر أن الطاعنين لم يطلبوا إثبات دعواهما بأى طريق من طرق الإثبات، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور".

(طعن رقم 692 لسنة 42 ق جلسة 1977/1/31)⁽¹⁾

(1) كما قضت بصدد النص في قانون المحاماة رقم 96 لسنة 1957 على عدم جواز الجمع بين المحاماة وبين الاشتغال بالتجارة بأن :

"مؤدى نص المادتين 19، 53 من قانون المحاماة رقم 96 لسنة 1957 الذى كان ساريا وقت صدور التقويض إلى المطعون عليه الأول - بيع العقار - هو عدم جواز الجمع بين المحاماة وبين الاشتغال بالتجارة وأن كل ما يترتب على مخالفة هذا الحظر هو توقيع



الجزاءات التأديبية التي نصت عليها المادة 53 سالفه الذكر، مما مفاده أن المشرع لم يحرم على المحامى الاشتغال بالتجارة لعدم مشروعية محل الالتزام، بل نص على هذا الحظر لاعتبارات قدرها تتعلق بمهنة المحاماة، ومن ثم فإن الأعمال التجارية التي يقوم بها المحامى تعتبر صحيحة، ويجوز للمطعون عليه الأول وهو محام أن يطالب بالأجر الذى يستحقه عن عملية السمسرة موضوع النزاع متى قام بها على الوجه الذى يتطلبه القانون".

(طعن رقم 539 لسنة 39 ق جلسة 1975/1/7)

مادة (463)

إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه من زمن.

الشرح

291- مضمون الالتزام بتسلم المبيع :

يعتبر البائع موفيا بالالتزام بتسليم المبيع بمجرد وضعه تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا، مادام قد أعلمه بذلك، ولكن هذا التسليم القانونى لا يحقق للبائع كل مزايا التسليم الفعلى، ذلك أنه إذا لم يقيم المشتري بوضع يده على المبيع فعلا، وكان المبيع موضوعا فى مكان خاص بالبائع، فإن البائع سيتحمل بالمحافظة عليه، ولن يستطيع الاستفادة من المكان المشغول بالمبيع، لذلك فإن المشرع فى نفس الوقت الذى ألزم فيه البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، ألزم المشتري بتسلم المبيع. ويكون تسلم المبيع بالاستيلاء عليه استيلاء فعليا، أى بوضع يد المشتري عليه، ما لم يكن تسليمه قد تم حكما بمجرد التراضى.

ويكون تسلم المبيع بالطريقة التى تتفق مع طبيعته، فإذا كان منقولاً فيكون تسلمه بقبضه أو بمجرد حيازته، وإذا كان عقارا فبدخوله حيازته⁽¹⁾، أو باستلام مفاتيح المكان الذى يحتويه⁽²⁾.

وإذا كان من الواجب تسليم المبيع على دفعات متتالية، فالتخلف عن تسلم الدفعة الأولى يكون بمثابة التخلف عن تسلم كل المبيع. ولكن التخلف عن تسلم

(1) محمد ليبب شنب ص 255 وما بعدها.

(2) محمد كمال عبد العزيز ص 463.

الدفعات الأخيرة لا يمس ما تم تسلمه من الدفعات الأولى.

292- مكان وزمان تسلم المبيع :

الأصل أن زمان التسلم ومكانه يحددهما اتفاق العاقدین، وهما يكونان عادة زمان التسليم ومكانه لأن التسلم والتسليم يغلب فيهما أن يتما معا. فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك، وجب أن يتم التسلم دون إبطاء بمجرد التسليم من البائع إلا ما يقتضيه التسلم من زمن، ووجب أن يكون في مكان التسليم.

وقد ذكرنا سلفاً أنه إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد زمان التسليم ومكانه، فإن التسليم يكون واجباً فور العقد وفي المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت العقد. وهذا هو الفرض الذي واجهته المادة 463 إذ أوجبت على المشتري أن يتسلم المال المبيع في المكان الذي يوجد فيه ذلك المال وقت البيع⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"كما أن البائع يلتزم بتسليم المبيع، كذلك المشتري يلتزم بتسلمه، و زمان التسلم ومكانه يحددهما عقد البيع، وهما يكونان عادة زمان ومكان التسليم. فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك، وجب أن يتم التسلم دون إبطاء بمجرد التسليم من البائع، إلا ما يقتضيه التسلم من زمن، ووجب أن يكون في مكان التسليم (م) 615 من المشروع ولا نظير لها في التقنين الحالي⁽²⁾.

293- جزاء إخلال المشتري بتنفيذ التزامه بتسلم المبيع :

إذا أخل المشتري بتنفيذ التزامه بتسلم المبيع، بأن لم يقم بتسلمه فإنه يجوز للبائع:

(1) سليمان مرقس ص 443 - محمد شكرى سرور ص 402.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 162.

1- طلب التنفيذ العيني :

للbauer أن يطلب من القضاء تنفيذ التزام المشتري تنفيذاً عينياً جبراً عنه، وله فى سبيل ذلك أن يطلب الحكم عليه بغرامة تهديدية عن كل يوم يمضى دون هذا التسلم وذلك لحمله على ذلك⁽¹⁾.

وللبائع إذا أراد التخلص من عبء المحافظة على المبيع، أو إذا احتاج إلى المكان الموجود به، أن ينذر المشتري بتسلمه، فإن امتنع⁽²⁾ كان له أن يحصل على ترخيص من القضاء فى إيداعه فى مكان آخر على ذمة المشتري ونفقتة، وذلك إذا كان المبيع منقولاً يمكن إيداعه، أما إذا كان المبيع عقاراً أو منقولاً معداً للبقاء حيث وجد فللبائع أن يطلب وضعه تحت الحراسة على نفقة المشتري عملاً بالمادة 336 مدنى التى تجرى على أن :

"إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات، وكان الواجب أن يسلم فى المكان الذى يوجد فيه، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء فى إيداعه فإذا كان هذا الشيء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة".

وإذا كان المبيع مما يسرع إليه التلف، أو مما يكلف نفقات باهظة فى إيداعه أو حراسته، فللبائع أن يبيعه بالمزاد العلنى بعد استئذان من القضاء، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة عملاً بالفقرة الأولى من المادة 337 مدنى التى تجرى على أنه :

"يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلنى الأشياء التى يسرع

(1) السهنورى ص 851- محمد لبيب شنب ص 257.

(2) وإذا أعذر المشتري البائع يطالبه بتسليم المبيع ثم لم يتم التسلم وجب على البائع حتى يحتج على المشتري بعدم تسلمه للمبيع، أن يعذره هو أيضاً بالتسليم حتى يثبت عليه التأخير فى تنفيذ هذا الالتزام (السهنورى ص 852 هامش (1)).

إليها التلف أو التي تكلف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة".

فإذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر بيعه ممارسة بالسعر المعروف عملاً بالفقرة الثانية من المادة 337⁽¹⁾ سألقة الذكر التي تجرى على أن :

"فإذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف".

2- الفسخ :

للبيع بدلاً من طلب التنفيذ العيني، أن يطلب - بعد إعدار المشتري - فسخ البيع لإخلاله بالتزامه بتسليم المبيع. ويخضع الفسخ - طبقاً للقواعد العامة - لتقدير القاضي، فإذا رأى مبرراً للفسخ قضى به، وإلا أعطى المشتري مهلة لتسلم المبيع. أما إذا تضمن عقد البيع شرطاً صريحاً فاسخاً ينص على تحقق الفسخ بمجرد امتناع المشتري عن تسليم المبيع دون اللجوء إلى القضاء فإنه يجب إعمال هذا الشرط.

3- التعويض :

سواء طلب البائع التنفيذ العيني أو الفسخ فله في الحالتين أن يطلب تعويضاً عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع، وذلك كأجرة المكان الذي بقي مشغولاً بالمبيع بعد حلول وقت تسلمه⁽²⁾.

ويذهب البعض إلى أنه يجوز للبائع أن يعتبر البيع مفسوخاً بإرادته المنفردة دون حاجة إلى استصدار حكم، إذا ما رفض المشتري استلام المبيع وكان هذا

(1) محمد لبيب شنب ص 257 وما بعدها - محمد شكرى سرور ص 403 - أنور سلطان ص 366.

(2) السنهورى ص 852.

المبيع من المنقولات، قياساً على ما تنص عليه المادة 461 التي تجرى على أنه فى 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⁽¹⁾.

ويراعى أنه يمكن للبائع الاكتفاء بتسليم المبيع إلى المشتري أى بوضعه تحت تصرفه وتمكينه من الاستيلاء عليه، ولا يطالب المشتري بعد ذلك بتسلمه. فيكون البائع قد قام بالتزامه بالتسليم، ومن ثم يحق له مطالبة المشتري بالثمن، سواء تسلم المشتري المبيع أو لم يتسلمه⁽²⁾.



(1) محمد لبيب شنب ص 258 وما بعدها - وحكم مصر الابتدائية التجارية فى 6 مارس 1941 المشار إليه بهامشه.

(2) السنهورى ص 851 هامش (2) - المستشار أنور طلبه ص 702.

مادة (464)

نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك.

الشرح

294- التزام المشتري بنفقات تسلم المبيع :

لما كان المشتري ملزماً بتسليم المبيع، فإنه وفقاً للقواعد العامة يتحمل نفقات الوفاء بهذا الالتزام.

إذ نصت المادة 348 مدني على أن "تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك"، ولذلك نصت المادة 464 على أن نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق بغير ذلك.

والمقصود بنفقات التسلم نفقات الاستيلاء الفعلي على المبيع ونقله، فتشمل نفقات نقل المبيع من مكان التسليم إلى مكان التسلم إذا كان المكانان مختلفين وكذلك نفقات النقل بعد الاستيلاء إلى المكان الذي يريده المشتري. كما يشمل الرسوم الجمركية ورسوم الاستهلاك⁽¹⁾. ونفقات حيازته فعلاً⁽²⁾.

وكل هذا إذا لم يوجد اتفاق أو عرف على خلاف ذلك، إذ يكون هذا الاتفاق أو العرف واجب الاتباع وكان المشروع التمهيدى ينص في الفقرة الثانية من المادة (616) المقابلة للمادة (464) من القانون على أن :

"وكذلك الحال في نفقات النقل، إذا وجب نقل المبيع إلى مكان غير الذي ينفذ فيه العقد. ويعتبر البائع قد رضى أن يتحمل نفقات النقل إذا اشترط المشتري

(1) منصور مصطفى منصور ص 235 وما بعدها - عبد الناصر العطار ص 363 وما بعدها.

(2) خميس خضر ص 286.

التسليم خالص الأجر، وإذا اتفق على أن يكون التسليم خالصا من أجر "الشحن" ومن الرسوم الجمركية، اعتبر البائع راضيا أن يتحمل الرسوم التي تجبى في نقل البضاعة، وقت الخروج وأثناء العبور وعند الوصول، ولكنه لا يتحمل رسوم الاستهلاك التي تجبى عند تسلم المبيع" - إلا أنه في لجنة المراجعة اقترح (معالي السنهورى باشا) حذف هذه الفقرة لأن مكانها القانون التجارى، فوافقت اللجنة على ذلك⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما ما يقتضيه التسلم من نفقات (فى النقل والشحن ونحو ذلك) فهو على المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك، ونفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم تدخل ضمن نفقات التسليم فهي على البائع، ونفقات نقله من مكان التسليم إلى مكان التسلم إذا كان المكانان مختلفين تكون على المشتري، وإذا كان المشتري فى مكان غير مكان البائع، واشترط التسليم خالص الأجر، وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى مكان المشتري ونفقات النقل عليه، بل قد يشترط المشتري أن يكون التسليم خالصا، لا من أجر الشحن وحده، بل كذلك من الرسوم الجمركية، فيتحمل البائع هذه الرسوم، سواء كانت تجبى وقت خروج البضاعة من بلد البائع، أو أثناء عبورها فى الطريق، أو عند وصولها إلى بلد المشتري، أما رسوم الاستهلاك التي قد تجبى عند تسلم المبيع فهي على المشتري (م616 من المشروع وما يقابلها م356/284 من التقنين الحالى، وهى تجعل مصروفات المشال على المشتري دون تفصيل فى ذلك).

وغنى عن البيان أن هذه الأحكام ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على غيرها"⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 162 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 163.

2- بعض أنواع البيوع

بيع الوفاء

مادة (465)

إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة وقع البيع باطلا.

الشرح

295- المقصود ببيع الوفاء :

بيع الوفاء (أو البيع الوفاي) هو بيع يحتفظ فيه البائع بحقه في أن يسترد المبيع خلال مدة معينة مقابل رد الثمن ومصروفات العقد ومصروفات الاسترداد، والمصروفات التي يكون قد أنفقها على المبيع، على أمل أن تتحسن حالته المالية، فيستطيع أن يرد الثمن والمصروفات وأن يسترد المبيع خلال الأجل المتفق عليه. وسنرى أن التقنين المدني القديم كان ينظم بيع الوفاء تنظيما مسهبا، إلا أن التقنين الجديد اعتبر هذا النوع من البيع باطلا.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نص المادة 465 من التقنين المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط في بيع الوفاء الذي يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط في ذات العقد بل يجوز إثباته في ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالبيع، وأساس بطلان البيع الوفاي الذي يستر رهنا هو أنه تصرف غير مشروع وعلى ذلك أبطله المشرع سواء باعتباره بيعا أو رهنا

لكونه وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ تحت ستار رهن، وينتهى الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس ينبغي أن يدرأه القانون عنه فتصبح يد المشتري وفاء بسبب الرهن دون أى سبب آخر فتنتفى فيه نية التملك منذ البداية ويصبح قائما على غير سند وهو مالا يؤدي إلى اكتساب الملكية مهما طال أمده، مالم يحصل تغييرا فى سببه، فلا تلحقه الإجازة ولا يترتب عليه أى أثر سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير فيبقى المبيع على ملك البائع ويكون له أن يسترده".

(طعن رقم 5546 لسنة 77 ق جلسة 2008/2/9)

296- مساوى بيع الوفاء.

1- بيع الوفاء- كما سنرى- بيع معلق على شرط فاسخ، ويترتب على وجود هذا الشرط حالة عدم استقرار، لأن المبيع يعتبر أثناء قيام الشرط مملوكا لشخصين، المشتري المالك تحت شرط فاسخ والبائع المالك تحت شرط موقوف، وكان من شأن هذه الحالة- فى ظل التقنين الملغى الذى كان ينظم هذا النوع من البيع- إحجام الغير عن التعامل مع المشتري بخصوص المبيع، وإهمال المشتري فى الاعتناء به والقيام بالإصلاحات والتحسينات التى تستوجبها حالته لعلمه أن الملكية لم تثبت له بعد.

2- أن بيع الوفاء كثيرا ما يتخذ وسيلة للتحويل على القواعد الآمرة فى الرهن التى تقضى ببطالان كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله فى أن يملك المال المرهون فى نظير ثمن معلوم (م1052، 1108 مدنى)، وذلك بأن يعقد المتعاقدان بيع وفاء ويكون المقصود به رهن المبيع للمشتري الذى أقرض البائع مبلغا من النقود. فيبدو المقترض الذى رهن ماله على أنه بائع ويظهر الدائن المرتهن الذى أقرضه مشتريا، ويكون المال المرهون بمثابة المبيع، والدين الذى يضمه الرهن بمثابة الثمن.

فإذا لم يستعمل البائع وهو فى الحقيقة راهن حقه فى استرداد المبيع (وهو فى

الحقيقة مجرد مال مرهون) في المدة المحددة، أى إذا لم يوف الدين فى الميعاد المتفق عليه أصبح المشتري (وهو فى الحقيقة دائن مرتهن) مالكا للمبيع فى مقابل ثمن هو فى الحقيقة الدين الذى يضمه الرهن⁽¹⁾.

3- قد يتخذ بيع الوفاء أيضا وسيلة للتحويل على قاعدة تحريم الاتفاق على فائدة يزيد سعرها على سبعة فى المائة (م288 مدنى) والاتفاق بذلك على الربا الفاحش، وذلك بأن يذكر فى عقد بيع الوفاء ثمن أكبر من الثمن الذى دفعه المشتري (أى أكبر من مبلغ القرض الذى دفعه الدائن المرتهن) فيتعين على البائع أن يدفع الثمن المذكور فى العقد إذا أراد استرداد المبيع (أى المال المرهون).

297- مزايا بيع الوفاء :

ليست تخفى فائدة بيع الوفاء بالنسبة للبائع الذى يحتاج إلى نقود، ولا يريد فى الوقت نفسه أن يكون حصوله عليها مقابل التخلي بصفة نهائية عن ملكية شئ يملكه لاعتقاده بأن أحواله المالية ستتحسن فى المستقبل بما يمكنه من رد ما أخذه من نقود واسترداد مبيعه. لذلك كان هذا النوع من البيع جائزا فى المجموعة المدنية القديمة كما ذكرنا⁽²⁾.

غير أن هذه المزية لا تعوق مساوئ هذا النوع من البيع، ولذلك عدل عنه التقنين المدنى الجديد.

298- طبيعة بيع الوفاء :

بيع الوفاء يعتبر بيعا معلقا على شرط فاسخ هو رد الثمن والمصاريف فى الميعاد المتفق عليه، فإذا تحقق هذا الشرط اعتبر البيع كأن لم يكن، بمعنى أن المبيع يعتبر كأن لم يخرج أبدا من ملك البائع ولم يدخل قط فى ملك المشتري. أما

(1) خميس خضر ص 292.

(2) محمد شكرى سرور ص 407 وما بعدها.

إذا انقضت المدة المعينة فى العقد ولم يستعمل البائع حقه فى استرداد المبيع، سقط خياره وثبتت الملكية نهائيا للمشتري⁽¹⁾.

299- بيع الوفاء فى التقنين المدنى القديم :

كان التقنين المدنى القديم يجيز بيع الوفاء وينظمه تنظيمًا مسهبًا.

وكان ذلك التقنين يقسم بيع الوفاء إلى قسمين :

فقد جاء فى المادة 421/338 منه: "ينقسم بيع الوفاء إلى نوعين: الأول - جعل العقار أو الشئ المبيع بيع وفاء رهنا للمشتري لسداد الدين الذى على البائع. الثانى - البيع مع اشتراط البائع استرداد المبيع وإعادة الأشياء إلى الحالة التى كانت عليها أولا إذا أحب ذلك" وكانت المادة 422/339 تقول: "تتبع فى النوع الأول من بيع الوفاء الضوابط المختصة برهن العقار أو المنقول، وفى النوع الثانى من بيع الوفاء تتبع الضوابط الآتية". أى تتبع القواعد المقررة فى الفصل الخاص ببيع الوفاء.

وزاد التقنين المختلط الملغى فى المادة 423 منه نصا يبين فيه بعض الضوابط التى يمكن بها تمييز أحد نوعى بيع الوفاء عن الآخر، فقال: "فى حالة الاشتباه يعتبر البيع فى مقام رهن إذا كان الثمن مدفوعا فورا أو صارت المقاصة فيه بدين سابق، أو اشترط رده مع فوائده، أو إذا بقى الشئ المبيع تحت يد البائع بأى وجه كان، وفى غير ذلك يعتبر البيع باتا، وكل دليل ثبوت مناف لما ذكر يقبل بدون مراعاة لنص المشاركة".

وقد حدا ذلك المرابين إلى إثثار إخفاء الرهن تحت ستار بيع الوفاء لأن سلوك هذا السبيل يوفر عليهم الإجراءات التى لابد منها فى التنفيذ بالرهن ويحولهم ملكية المرهون ويسمح لهم بتقاضى فوائد فاحشة إذا ما انكشفت حقيقة البيع وظهر أنه

(3) أنور سلطان ص 368 - محمد شكرى سرور ص 407.

يخفى رهنا، إذ تبقى لهم في هذه الحالة مزايا الرهن.

وهذا ما حدا الشارع إلى التدخل بإصدار القانون 50/49 لسنة 1923 الذي ألغى المادتين 338، 339 من التقنين الأهلى بالقانون رقم 49، والمواد 421، 422 من التقنين المختلط بالقانون رقم (50) واستعاض عنها بالنصوص الآتية:

المادة 421/338: "حق استرداد المبيع أو الشرط الوفاى هو شرط يحفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المبيعة مقابل دفع المبالغ المنصوص عليها فى المادة 344 فى الميعاد المتفق عليه".

المادة 423-422/339: "إذا كان الشرط الوفاى مقصودا به إخفاء رهن عقارى (un gage immobilier) فأن العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا - ويعتبر العقد مقصودا به إخفاء رهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأى صفة من الصفات ويجوز بكافة الطرق إثبات عكس ما فى العقد بدون التفات إلى نصوصه".

ونعرض لأحكام هذا الرهن بشئ من التفصيل فيما يلى :

300- بيع الوفاء الذى يقصد به إخفاء رهن :

أوضحت المادة 423-422/339 أن العقد يعتبر مقصودا به إخفاء رهن فى حالتين :

1- إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد، وذلك لأن ذكر الفوائد قرينة على أن العقد قرض، لأنه فى البيع الوفاى لا يلزم البائع بدفع الفوائد، بل إنها تكون مقابل ثمار الشئ المبيع.

2- إذا بقى المبيع تحت يد البائع بأية صفة من الصفات، وذلك لأن بقاء الشئ فى حيازة البائع دليل على أنه لم يقصد به نقل ملكيته إلى المشتري، وبالتالي يكون ذلك دليلا على أن العقد فرض مع تأمين.

فالمشرع قد أنشأ بهذا النص قرينتين على أن المقصود بالبيع الوفاى إخفاء رهن حيازى. وهاتان القرينتان قاطعتان لا يجوز إثبات عكسهما، وتعفيان البائع من عبء إثبات أن المقصود ببيع الوفاء إخفاء رهن⁽¹⁾.
فإذا كان عقد البيع الوفاى يقصد به إخفاء عقد رهن فإنه يكون باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا وقائيا أو بصفته رهنا.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كانت المحكمة قد اعتبرت القرينة التى تضمنها المادة 339 من القانون المدنى القديم وهى بقاء العين المباعة فى حيازة البائع ليست قرينة قانونية قاطعة وإنما تقبل إثبات العكس بكافة طرق الإثبات وكان الحكم قد قرر ذلك وأحال الدعوى إلى التحقيق ليثبت البائع بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة أن عقد البيع الصادر منه هو فى الواقع عقد رهن فى صورة عقد بيع وفائى فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 302 لسنة 22 ق جلسة 15/3/1956)

2- "وحيث إن هذا النعى صحيح ذلك أنه قبل صدور القانون رقم 49 لسنة 1923 لم يكن البيع الوفاى الذى يخفى رهنا باطلا بل كان كل ما يهدد المشتري بعقد وفائى هو أن يعتبر عقده فى هذه الحالة بمثابة عقد رهن تنطبق عليه قواعد الرهن وبذلك ينتفع بكل ما للدائن المرتهن من حقوق وقد شجع هذا الدائنين على إساءة استعمال عقد البيع الوفاى واتخاذ وسيلة لستر الرهون بقصد الاحتيال على التخلص من القيود التى وضعها القانون لحماية المدينين الراهنين وأهمها منع المرتهن فى حالة عدم الوفاء من تملك العين المرهونة بغير الاتجاه إلى القضاء مما حدا بالمشرع على ما صرح فى المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور للتدخل للقضاء على هذه الحيل ووضع نظام رادع لمنع استعمال البيع الوفاى الذى

(1) محمد كامل مرسى ص 419 وما بعدها.

ينطوى على الرهن فأصدر هذا القانون (رقم 49 لسنة 1923) معدلا للمادتين 338، 339 من القانون المدني وأصبح نص المادة الأخيرة كالآتي "إذا كان الشرط الوفاي مقصودا به إخفاء رهن عقارى فإن العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا- ويعتبر العقد مقصودا به إخفاء رهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأى صفة من الصفات" ومؤدى ذلك أن المشرع وقد كان هدفه القضاء على البيوع الوفايية التى تخفى رهونا وسد السبيل على ضروب التحايل للخروج على نواهى القانون قد أورد هاتين القرينتين كقرينتين قانونيتين قاطعتين بحيث إذا توافرت إحداهما كان ذلك قاطعا فى الدلالة على أن القصد من العقد هو إخفاء رهن ومانعا من إثبات العكس وعلّة تقرير هاتين القرينتين بالذات هو أن بقاء العين فى حيازة البائع واشترط رد الثمن مع الفوائد مما يتنافى مع خصائص عقد البيع الوفايى الجدى يؤيد هذا النظر الذى سبق لهذه المحكمة أن قررته فى حكمها الصادر فى الطعن رقم 302 سنة 22 ق اتجاه المشرع إلى إلغاء البيع الوفايى نهائيا فى القانون المدنى الجديد اكتفاء بالنصوص الخاصة بالرهن ولم يكن التقنين المدنى القديم يتضمن نصا كنص المادة 404 من التقنين الحالى الذى يجيز نقض القرينة القانونية بالتدليل العكسى ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك وكان الرأى قبل صدور هذه المادة متجها إلى الأخذ بما هو مقرر فى فرنسا بنص صريح فى المادة 1352 من القانون المدنى الفرنسى من عدم جواز إثبات ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يبطل على أساسها تصرفا معينا، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر قرينة بقاء العين المبيعة فى حيازة الطاعن وهو البائع ليست قاطعة ودلل على عكسها وانتهى رغم قيام هذه القرينة إلى اعتبار العقد بيعا وفائيا صحيحا فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص".

(طعن رقم 168 لسنة 26 ق جلسة 1961/12/21)

3- "تقضى المادتان 338، 339 من القانون المدنى القديم المعدلتان بالقانون رقم 49 لسنة 1923 ببطلان عقد البيع الوفاى المقصود به إخفاء رهن سواء بصفته بيعا أو رهنا وبأن العقد يعتبر مقصودا به إخفاء الرهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأية صفة من الصفات. وهاتان القرينتان - على ما استقر عليه قضاء محكمة النقض - من قبيل القرائن القانونية القاطعة بحيث إذا توافرت إحدهما كان ذلك قاطعا فى الدلالة على أن القصد من العقد هو إخفاء رهن ومانعا من إثبات العكس".

(طعن رقم 341 لسنة 27 ق جلسة 1963/1/3)

4- "تنص المادة 339 من القانون المدنى الملغى بعد تعديلها بالقانون رقم 49 لسنة 1923 على أنه "إذا كان الشرط الوفاى مقصودا به إخفاء رهن عقارى فإن العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا - وأن العقد يعتبر مقصودا به إخفاء رهن إذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأي صفة من الصفات" وقد جري قضاء محكمة النقض على أن المشرع أورد هذه القرينة كقرينة قانونية قاطعة فى الدلالة على أن العقد يستتر رهنا ومانعة من إثبات العكس ومن ثم فإن فى اعتماد الحكم المطعون فيه على هذه القرينة وحدها ما يكفى لحمل قضائه ببطلان عقد البيع على أساس أنه يخفى رهنا".

(طعن رقم 20 لسنة 30 ق جلسة 1964/12/3)

غير أن القرينتين المذكورتين لم تردا على سبيل الحصر وإنما على سبيل التمثيل. وقد نصت المادة 432/339-433 على أنه يجوز بكافة الطرق إثبات عكس ما فى العقد بدون التفات إلى نصوصه، وليس ذلك إلا تطبيقا للقواعد العامة التى تجيز فى العقود المنطوية على غش الإثبات بجميع الطرق.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا ادعى المستأنف أن العقد الذى صدر منه فى صورة بيع لم يكن إلا

استدانة بفائدة ربوية مضمونة برهن تأميني أفرغ في قالب بيع بات اقترن به تأجير العين له، وكذلك إقرار من العاقد معه برد العين إليه في الأجل المحدد والقيمة المتفق عليها في العقد، ثم أخذت محكمة الدرجة الأولى بدعواه وبينت الأدلة والقرائن التي استندت إليها، ولكن محكمة الاستئناف، رغم تمسكه بدعواه هذه وطلبه إجراء التحقيق لإثباتها، لم تأخذ بها متعلقة في قضائها بأن محل ذلك أن يكون العقد قد اشتمل على شرط الاسترداد وإلا فلا يمكن إثبات عكس الوارد به بغير الكتابة، فقضاؤها بذلك مخالف لحكم المادة 339 السابقة الذكر.

(طعن رقم 70 لسنة 6 ق جلسة 1937/3/4)

2- "إنه وفقا للمادة 399 من القانون المدني يجوز للبائع أن يثبت بأى طريق من طرق الإثبات أن العقد وإن كان بحسب نصوصه الظاهرة بيعا باتا فإنه في حقيقة الأمر يستر رهنا حيازيا. وإذن فإذا الحكم قد استخلص من شهادة الشهود الذين سمعته المحكمة أن الإقرار الصادر بعد العقد محل الدعوى بحوالى أربع سنوات إنما ينصب على هذا العقد واستنتج من عباراته أن الطرفين في ذلك العقد إنما قصدا به في الحقيقة أن يكون ساترا لرهن حيازى فإنه لا يكون قد أخطأ، إذ يكفى في اعتبار الإقرار المذكور ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخها".

(طعن رقم 50 لسنة 18 ق جلسة 1949/12/15)

3- "إذا كانت الورقة المختلف على تكييفها - هل هى ورقة ضد عن العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هى وعد بالبيع - مذكورا فيها أنه "إذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول"، فهذا يدل على أن البيع لا يكون نافذ المفعول فى مدة الوفاء، وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقى الذى ينفذ مفعوله كبيع بمجرد التعاقد وإن تعلق على شرط فاسخ، وإذن فاعتبار تلك الورقة متضمنة شرط تمليك الدائن للأطيان مقابل الدين فى نهاية الأجل المحدد للوفاء،

هو اعتبار تسوغه عبارتها وليس فيه مسخ لمدلولها".

(طعن رقم 50 لسنة 18 ق جلسة 1949/12/15)

4- "بقاء العين في حيازة البائع وفاء يصلح لأن يكون دلالة - قرينة قضائية - على أن نية العاقدین لم تنصرف إلى معنى البيع والشراء بل انصرفت إلى معنى الرهن وإخفائه في صورة البيع ولو كان العقد موضوع النزاع قد أبرم قبل العمل بالقانون رقم 14 لسنة 1923 وتقدير هذه القرينة مسألة موضوعية لا معقب فيها على محكمة الموضوع إذا ما اطمأنت إليها. وإذن فإذا كان الحكم إذ قضى باعتبار العقد الصادر للطاعن مخفياً لرهن قد أقام قضاءه على ما استخلصه من بقاء المبيع في حيازة البائعين وكان الظاهر من أسبابه أنه لم يعتبر ذلك قرينة قانونية بالمعنى الذي قرره القانون رقم 14 لسنة 1923 - كان النعى عليه أنه خالف قواعد الإثبات فأخطأ في تطبيق القانون بمقولة إنه اعتبر بقاء العين في حيازة البائعين قرينة قانونية في حين أن القانون سالف الذكر صدر بعد انعقاد العقد - على النعى على غير أساس".

(طعن رقم 214 لسنة 18 ق جلسة 1950/11/23)

5- "لا تثريب على المحكمة إن هي اتخذت من وضع يد البائعين وفاء على التعاقب على المبيع بوصفهم مستأجرين قرينة قضائية على أن البيع في حقيقته رهن بالنسبة لهم جميعاً".

(طعن رقم 214 لسنة 18 ق جلسة 1950/11/23)

6- "إن المادة 339 من القانون المدنى الملغى بعد تعديلها بالقانون رقم 49 لسنة 1923 إذ أجازت إثبات أن الشرط الوفاى مقصود به إخفاء رهن عقارى بكافة طرق الإثبات دون التفات إلى نصوص العقد فإن ذلك منها لم يكن إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي تجيز إثبات الغش بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن وعلى ذلك فإن تلك المادة لا تتضمن أى استثناء تنفرد به عن سائر العقود

المنطوية على الغش من حيث طرق الإثبات".

(طعن رقم 285 لسنة 34 ق جلسة 1969/1/23)

7- "لمحكمة الموضوع أن تستنبط القرائن التي تعتمد عليها في إثبات الغش من أقوال شهود سمعهم الخبير دون حلف يمين ومن المعاينة التي أجراها ذلك الخبير ومن المستندات التي قدمها الخصوم إليه دون أن تكون ملزمة بإجراء أى تحقيق بنفسها".

(طعن رقم 285 لسنة 34 ق جلسة 1969/1/23)

8- "ما يجوز إثباته بالبينة يجوز أيضا إثباته بالقرائن ولمحكمة الموضوع حرية اختيار طريق الإثبات الذى تراه موصلا للكشف عن الحقيقة مادام الإثبات جائزا بجميع الطرق".

(طعن رقم 285 لسنة 34 ق جلسة 1969/1/23)

9- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الصورية النسبية التدليسية التى تقوم على إخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلا على القانون يترتب عليه بطلان البيع إذ عقد البيع الذى يخفى رهنا ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع إذا هو رد الثمن إلى المشتري إنما هو صورة من بيع الوفاء الذى خطره المشرع بالنص على بطلانه فى المادة 465 من القانون المدنى، وهذه الصورية النسبية تثبت بالبينة وسائر طرق الإثبات الأخرى دون التفات إلى نصوص العقد أو ما أصدره المتعاقدان من إقرارات".

(طعن رقم 579 لسنة 48 ق جلسة 1981/5/6)

10- "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة 465 من القانون المدنى أنه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات عقد البيع مادام

الثابت أن الاتفاق على الأمرين معا فى وقت واحد. وكان أساس بطلان البيع الوفاى الذى يستر رهنا هو عدم مشروعيته فإن للمتعاقد أن يثبت بكافة طرق الإثبات - ومنها البينة والقرائن - بأن العقد لم يكن بيعا باتا وإنما هو - على خلاف نصوصه- يخفى رهنا. لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن عقد البيع المؤرخ 1991/9/29 لم يكن بيعا وإنما هو فى حقيقته يخفى رهنا واستدل على ذلك ببخس الثمن الوارد بالعقد عن ثمن الأطنان وعدم معاينة المشتري للمبيع أو استلامه له وقدم المستندات الدالة على مديونية للمطعون ضده الأول وهى عقد المشاركة وكفالات السيارات مقرر أن العقد إنما حرر ضمانا لذلك الدين وطلب إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات هذا الدفاع الجوهري الذى يتغير به - إن صح- وجه الرأى فى الدعوى بيد أن الحكم اطرحه بقالة إن العقد قد خلا من شرط حق البائع فى استرداد المبيع خلال فترة معينة فحجب نفسه عن بحث دلالة تلك القرائن والمستندات ولم يعن بطلب إحالة الدعوى للتحقيق مما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون والإخلال بحق الدفاع ويوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعنين".

(طعون أرقام 4643، 4644، 4645 لسنة 71 ق جلسة 2002/6/9)

11- "وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أنه من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كانت الصورية مبناها الاحتىال على القانون يجوز لمن كان الاحتىال موجها ضد مصلحته أن يثبت العقد المستتر أو ينفى الثابت بالعقد الظاهر بكافة طرق الإثبات، وأن الصورية التدليسية التى تقوم على إخفاء رهن وراء البيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تُعد تحايلا على القانون بما يترتب عليه بطلان البيع وأن عقد البيع الذى يُخفى رهنا يستطيع البائع فيه استرداد المبيع إذا هو رد الثمن إلى المشتري فهو صورة من بيع الوفاء الذى حظره المشرع فى المادة 465 من القانون المدنى وللمتعاقد أن يثبت بكافة طرق الإثبات ومنها

البينة والقرائن أن العقد لم يكن بيعاً وإنما هو على خلاف نصوصه يُخفى رهناً، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك بصورية عقد البيع الابتدائي سند الدعوى المؤرخ 1998/1/6 صورية تدليسية وأنه ليس بيعاً بل في حقيقته رهناً، حرر ضماناً لدين عليه للمطعون ضده وطلب إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات ذلك، فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن إجابته إلى طلبه ورفض إحالة الدعوى للتحقيق تأسيساً على أن عقد البيع مكتوب وتمسك المطعون ضده الأول بعدم جواز الإثبات بغير الكتابة رغم أن ذلك غير صحيح في القانون إذ يجوز للمتعاقد إثبات الصورية التدليسية والتي تقوم على إخفاء رهن وراء بيع تحايلاً على القانون بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة دون التفات إلى ما ورد بنصوص العقد وما أصدره المتعاقدين من إقرارات وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن".

(طعن رقم 4265 لسنة 71 ق جلسة 2012/4/4)

301- حقوق المشتري في بيع الوفاء :

حق المشتري في البيع وفاء هو حق الملك التام في المدة المتفق عليها إلا أنه حق غير ثابت لأنه تحت شرط فاسخ. فالمشتري يتمتع بالمبيع واستغلاله بجميع الطرق المخولة قانوناً لكل مالك وذلك من يوم البيع (مادة 340)، فله أن يبيعه أو يرهنه أو يرتب عليه حقوق ارتفاق.

ويده على المبيع يد شرعية فإذا لم يكن البائع مالكا للمبيع وكان عقاراً واستمرار وضع يده عليه خمس سنوات فالمشتري يصبح مالكا بالتقادم الخمسي. وإذا كانت المدة أقل من ذلك وكان البائع واضعاً يده على العقار قبل ذلك بحسن نية جاز للمشتري أن يضم المدتين ويتملك العقار إذا كان مجموع المدتين خمس سنوات.

وإن لم يكن للبائع يد سابقة على المبيع، ومضت مدة العقد وكانت أربع

سنوات ولم يسترد البائع المبيع، ومضت سنة خامسة قبل أن يظهر المالك الحقيقي يصبح المشتري مالكا نهائيا.

ويشترط في ذلك حسن النية فإن لم تكن النية حسنة وجب أن تكون المدة خمس عشرة سنة.

وللمشتري إذا كان المبيع مرهونا أن يطلب من الدائن المرتهن تجريد المدين أولا من أملاكه الأخرى قبل التنفيذ على العين المبيعة بيعا وفائيا. وكذلك للمشتري الحق في رد طلب الدائنين العاديين استرداد المبيع بالنيابة عن البائع وفي تجريد المدين أولا مما يكون له من الممتلكات الأخرى⁽¹⁾.

حق استرداد المبيع أو الشرط الوفائي :

302- المقصود به وشروطه :

رأينا أن المادة 421/338 تنص على أن: "حق استرداد المبيع أو الشرط الوفائي هو شرط يحفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المبيعة مقابل دفع المبالغ المنصوص عليها في المادة 344 في الميعاد المتفق عليه". فيجب أن يقتصر البيع الوفائي منذ انعقاده بالشرط الوفائي. أي بالاتفاق على أن يكون للبائع حق استرداد المبيع في مقابل رد ثمنه والمصاريف في خلال مدة معينة. وذلك لأن بيع الوفاء بيع مقترن بشرط فاسخ، ولأن البيع إذا لم يقتصر عند انعقاده بالشرط الوفائي فإنه ينعقد غير موصوف ولا يكون ثمة سبيل إلى تحويله إلى عقد موصوف بإضافة الشرط الوفائي إليه بعد انعقاده.

والمقصود بهذا الاقتران المعاصرة الذهنية في الاتفاق على البيع والشرط معا، ولو لم يدرج هذا الشرط في ذات عقد البيع، مادام الثابت أن الاتفاق على الأمرين معا في وقت واحد، ويتحقق المعاصرة الذهنية بين البيع وبين حق البائع في

(1) أحمد فتحي زغلول شرح القانون المدني سنة 1913 ص 254 وما بعدها.

الاسترداد سواء كانت الورقة سابقة أو لاحقه على البيع.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "ليس صحيحا القول بأن شرط استرداد العين المبيعة يجب أن يثبت بعقد البيع نفسه وإلا اعتبر وعدا بالبيع، فإن المادة 339 من القانون المدني القديم تجيز للبائع أن يثبت بكافة الطرق ومنها البيينة والقرائن أن العقد لم يكن بيعا باتا وإنما هو على خلاف نصوصه يستر رهنا حيازيا، ومن ثم فلا تترتب على المحكمة إذا هي اعتبرت تلك البقايا من الورقة المشار إليها فيما سلف مبدأ ثبوت بالكتابة واستخلصت من شهادة الشهود والقرائن ما يثبت أن العقد وإن كتب في صورة عقد بيع بات هو في حقيقته يخفى رهنا".

(طعن رقم 197 لسنة 19 ق جلسة 1951/11/22)

2- "لا يشترط على ما جرى به قضاء محكمة النقض لاعتبار البيع وفائيا أن يثبت شرط استرداد المبيع في عقد البيع نفسه بل يجوز وروده في ورقة مستقلة".

(طعن رقم 20 لسنة 30 ق جلسة 1964/12/3)

3- "مفاد نص المادة 465 من القانون المدني أنه يشترط في بيع الوفاء الذي يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة، ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط في ذات عقد البيع بل يجوز إثباته في ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالبيع".

(طعن رقم 788 لسنة 48 ق جلسة 1981/6/25)

4- "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة 465 من القانون المدني أنه يشترط في بيع الوفاء الذي يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط في وقت واحد وأن المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع في الاسترداد تتحقق سواء كانت الورقة سابقة أو لاحقه على البيع".

(طعن رقم 999 لسنة 56 ق جلسة 1990/11/28)

5- "مفاد نص المادة 465 من القانون المدنى أنه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون أن تتجه إرادة طرفيه وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات عقد البيع مادام الثابت أن الاتفاق قد تم على الأمرين معا فى وقت واحد وأن المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع فى الاسترداد تتحقق سواء كانت الورقة سابقة أو لاحقة على البيع. .. وكانت هذه المحكمة تشاطر محكمة أول درجة فيما استخلصته من عبارات هذا الاتفاق من أن البيع الذى تم بين مورثة المستأنف عليهم الثمانية الأوائل ومورث المستأنف عليهم من التاسعة وحتى الرابعة عشر والذى تم تسجيله بموجب العقد المسجل رقم. .. قنا وما تلاه من تصرف مورث الأخيرين إلى المشترين الجدد سالفى الذكر ومن بينهم المستأنفة الأولى والذى تم تسجيله من بعد تحت رقم. .. قنا بتاريخ. ... هنا فى حقيقتهما عقدا بيع وفائيان باطلان بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام".

(طعان رقما 4233، 5874 لسنة 65 ق جلسة 1997/12/13)

فإذا لم تتوافر هذه المعاصرة الذهنية، فإن البيع ينعقد باتا، ويكون الشرط اللاحق إما وعدا بالبيع أو بيعا معلقا على شرط واقف تبعا لنية المتعاقدين. وقد غلبت المادة 425 مدنى مختلط هذا التكييف الأخير إذ تقول "إذا لم يشترط حق الاسترداد فى العقد نفسه فمن يكسب هذا الحق لا يعود مالكا إلا من يوم اشتراطه هذا الحق".

ولأن النقيض الأهلى لم يتضمن نصا مماثلا للنص سالف الذكر، فإن المحاكم الأهلية لم تنقيد به، وترك لها أن تستنبط من الظروف نية العاقدين فى اعتبار الشرط الوفاى اللاحق للعقد الأصلى بمثابة بيع ثان معلق على شرط واقف فيستند أثر الاسترداد حينئذ إلى وقت الاتفاق على الشرط الوفاى، أو بمثابة وعد ببيع ثان

فلا يكون حينئذ للاسترداد أثر إلا من وقت حدوثه باعتباره طلب الاسترداد قبولا للشراء يترتب عليه تحويل الوعد بالبيع إلى بيع⁽¹⁾.

303- من له حق الاسترداد؟

يثبت حق الاسترداد لكل من :

(أ) البائع :

فللبائع أن يسترد المبيع طالما لم يتنازل عن حقه في ذلك. وليس للبائع - كما سنرى - أن يفرق الصفقة على المشتري باسترداد جزء من المبيع وترك الجزء الباقي. ونفس الحكم يؤخذ به إذا تعدد البائعون وكان المبيع مشاعا بينهم وتم البيع بعقد واحد وثمان واحد، حتى لا يجد المشتري نفسه مالكا على الشيوع مع من طلب الفسخ من البائعين وهو ما لم يقصده.

وللمشتري إلزام البائعين بالاتفاق فيما بينهم على استرداد كل المبيع، فإن لم يتفقوا امتنع عليهم جميعا استرداد المبيع. وليس لأحد البائعين استعمال حق غيره في الاسترداد إلا إذا كان قد تنازل له عنه.

أما إذا تم البيع باتفاق كل واحد من البائعين مع المشتري على ثمن معين مقابل حصته، كان لكل منهم أن يسترد حصته من المشتري، دون أن يكون لهذا الأخير إلزامهم باسترداد كل المبيع، لأن في اشتراط ثمن مخصوص لكل حصة ما يدل على تجزئة الصفقة في نظر المتعاقدين.

(ب) ورثة البائع :

فلهم بعد وفاة مورثهم طلب استرداد المبيع وفاء، ويسرى عليهم ما يسرى على مورثهم من عدم جواز تجزئة الصفقة على المشتري، وإذا كان بعض الورثة قصرا،

(1) سليمان مرقس ص 490.

التزم الوصى قبل طلب الاسترداد بالحصول على إذن من محكمة الأسرة، لأن الاسترداد يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذ اتخذ أحد الورثة إجراء لمصلحة التركة يحفظ به حق باقى الشركاء فيها من السقوط فهو يقوم فى هذا الشأن مقامهم ويعتبر فى اتخاذ هذا الإجراء نائباً عنهم. وإذن فمتى كان الثابت من الحكم أن عرض ثمن المبيع وفائياً والملحقات على المشتري وإن كان موجهاً من أحد الورثة إلا أنه قد نص فى محضر الإيداع الذى تم قبل انقضاء المدة المحددة للاسترداد على أن المبلغ السابق عرضه هو مال الورثة جميعاً وأن الوارث الذى قام بالعرض قد باشره نيابة عنهم وكان المبلغ المودع يفى بما يجب أدائه من الثمن ورسم التسجيل. فإن إجراءات استرداد العين المبيعة وفائياً تكون قد تمت صحيحة من جميع الورثة ويكون الحكم إذ قضى بصحة هذه الإجراءات قد أقام قضاءه على أساس يكفى لحمله ولا يعيبه ما استطرده إليه تزيداً من أنه ليس ما يمنع قانوناً أفراد بعض ورثة البائع وفائياً باسترداد كامل العين المبيعة".

(طعن رقم 123 لسنة 21 ق جلسة 1954/12/2)

(ج) دائنوا البائع :

لدائنى البائع، أن يباشروا طلب الاسترداد نيابة عن البائع (مدينهم) عن طريق الدعوى غير المباشرة.

وإذا أراد دائنوا البائع استعمال حقهم فى الاسترداد، وجب عليهم أن يثبتوا أن أموال البائع الأخرى لا تقى بدينه. ويجوز للمشتري أن يدفع دعوى الدائنين بطلب تجريد البائع من الأموال الأخرى أولاً حتى يثبت أن مصلحتهم لا تتحقق بغير استعمال حق مدينهم فى الاسترداد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لما كان حق استرداد العين المبيعة وفائيا مخولا أصلا للبائع ولورثته، فإنه يجوز استعماله لمن يقوم مقام الورثة وهو الدائن لهم والملتزمون قبله بنقل ملكية العين محل الاسترداد إليه. وإذن فمتى كان ورثة البائع وفائيا قد باعوا العين إلى شخص ورفعوا الدعوى بطلب استرداد هذه العين من المشتري وفائيا ثم تنازل بعض الورثة عن طلب الاسترداد محتفظين بحقهم فى الثمن المودع، فإن الحكم إذ قبل تدخل المشتري من الورثة منضمًا إلى باقى المدعين فى طلب الاسترداد لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 123 لسنة 21 ق جلسة 1954/12/2)

(د) المتنازل له :

ذلك أنه يجوز للبائع أن يبيع حقه فى الاسترداد، أى أن يتنازل عنه لآخر بمقابل، لأن حق الاسترداد حق مالى لا يرتبط بشخص البائع. ومصلحة البائع فى ذلك تظهر فى حالتين: الأولى إذا كانت قيمة المبيع أكبر من الثمن الذى دفعه المشتري وليس للبائع أموال يمكنه من استرداده. والثانية إذا كان الثمن مناسباً ولكن المبيع زادت قيمته فى مدة الاسترداد. وفى هاتين الحالتين ينتفع البائع ببيع حقه فى الاسترداد.

وبالبائع لو باع العين نفسها فى فترة الاسترداد فإنه يجب تأويل بيعه للعين بأنه إنما أراد التنازل لمشتريها عن حق استردادها⁽¹⁾.

304- ممن يطلب الاسترداد ؟

يطلب حق استرداد المبيع من المشتري شخصياً أو من ورثته وممن تلقوا الملك عن المشتري ولو لم يشترط هذا الشرط فى عقودهم، وذلك لأن حقوقهم

(1) أحمد نجيب الهلالي ص 490 - السنهاورى ص 493.

مستمدة من المشتري وهي قابلة للفسخ كحق المشتري الذى ملكهم تماما فحق الاسترداد حق عينى. وقد نص على ذلك فى المادة 1664/429/343 والتي جاء فيها أنه: "يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد ممن انتقل إليه المبيع ولو لم يشترط الاسترداد فى عقد الانتقال". ويؤخذ من هذا النص أن البائع وفاء يجوز له أن يتعقب المبيع فى أية يد كان، فله أن يتبعه ويسترده من المشتري الثانى أو المشتري الثالث ولو لم يذكر ذلك فى عقده، لأن الشرط موجود فى عقد المشتري الأول وكان على المشتريين اللاحقين أن يطلعوا عليه ويقفوا على ما فيه. وهذا لا ينفى أن المشتري الثانى يصح له أن يرجع إلى المشتري الأول بدعوى الضمان والتعويض إذا كان لها وجه، ولكنه لا يستطيع أن يحول بين البائع الأول وبين حقه فى استرداد المبيع.

ولا يلزم البائع المسترد فى حالة استرداه للمبيع من تحت يد المشتري الثانى، بأن يدفع إلا الثمن المنفق عليه بينه وبين المشتري الأول حتى لو كان هذا الثمن أقل مما اشترى به المشتري الثانى، ويرجع هذا على البائع له - أى على المشتري - بالفرق.

أما إذا كان الثمن الذى اشترى به المشتري الثانى أقل، فإنه يسترد من البائع الثمن الأكثر، ولا يرد الفرق إلى المشتري لأنه تلقى عنه حقوقه بالثمن الذى دفعه له⁽¹⁾.

هذا إذا كان المبيع عقارا، أما إذا كان منقولاً، وكان المشتري الثانى حسن النية فإنه يملك المبيع ملكاً تاماً إذا كان لا يعلم بشروط الاسترداد، عملاً بقاعدة الحيابة سند الملك. ولا يكون للبائع إلا أن يرجع بالتعويض على المشتري.

305- مدة الاسترداد :

نصت المادة 341 أهلى على أنه: "لايجوز للبائع أن يشترط لاسترداد المبيع

(1) السنهاورى ص 155.

ميعادا يزيد على خمس سنوات من تاريخ البيع، وكل ميعاد أزيد من ذلك يصير تنزيله إلى خمس سنين".

أما القانون المختلط فقد جعل المدة سنتين لخمس سنين (مادة 426).

وتبدأ المدة من وقت البيع. ولا يحسب يوم البيع، وبحسب يوم الاسترداد، وتحسب أيام الأعياد ولو انتهى بها الميعاد، لأن المدة مدة سقوط لا مدة تقادم، ومن ثم تسرى على القاصر ولو لم يكن له نائب⁽¹⁾.

والسبب في تحديد هذه المدة رغبة الشارع في استقرار الملكية وعدم بقائها معلقة زمنا طويلا. ومن ثم يعتبر تحديد المدة متعلقا بالنظام العام.

ويؤيد ذلك ما نصت عليه المادة 427/342 من أن: "الميعاد المذكور محتم بحيث يترتب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق المذكور في أى حال من الأحوال، ولو حتى حالة القوة القاهرة"⁽²⁾.

وإذا اتفق المتعاقدان على مدة أكثر من خمس سنوات في التقنين الأهلى وسنتين في التقنين المختلط وجب تنزيلها إلى خمس أو اثنتين على حسب الأحوال والمدة تحسب بالتقويم الهجرى حسب المتبع في عهد التقنين المدني السابق.

وفى حالة عدم الاتفاق على مدة تعتبر المدة خمس سنوات في التقنين الأهلى وسنتان في التقنين المختلط، ولكن يجوز للمتعاقدين إطالة المدة، بشرط ألا تزيد المدتان على المدة القانونية. ويعتبر شرط الإطالة وعدا من المشتري بإعادة بيع المبيع للبائع، فلا يكون له أثر رجعى ولا يضر بحقوق الغير في الفترة ما بين العقد والإطالة⁽³⁾.

وإذا كان الاتفاق لمدة خمس سنوات جاز الاتفاق بعد انتهائها على أن يكون

(1) السنهاورى ص 158.

(2) أحمد نجيب الهاللى وحامد زكى ص 487.

(3) محمد كامل مرسى ص 421.

للبائع حق الاسترداد خمس سنوات أخرى - ويكون هذا الاتفاق جاء بعد أن أصبح بيع الوفاء باتا بانتهاء المدة الأولى. ولكن مثل هذا الاتفاق الجديد لا يعتبر مدا للأجل الأول، بل يعتبر عقدا جديدا.

وقد اختلف الفقهاء فى ماهية هذا العقد فقال بعضهم إنه يعتبر وعدا بالبيع من جانب المشتري. وعلى هذا رأى جمهور الشراح فى فرنسا⁽¹⁾. وقال آخرون إنه يعتبر بيعا من جانبه معلقا على شرط واقف⁽²⁾. وقد أخذ بهذا رأى التقنين المختلط فى المادة 428 منه التى جاء فيها "تطويل الميعاد المتفق عليه يقوم مقام بيع من المشتري للبائع الأصلي معلق على شرط، إذ يعتبر المشتري المذكور مالكا ملكا تاما من يوم البيع الأول إلى يوم تطويل الميعاد".

وسواء جدد المتعاقدان الأجل قبل انتهائه أو تعاقدوا على أجل جديد بعد انتهاء الأول، فلا يجوز أن يضر اتفاقهما بحقوق الغير الذى اكتسب حقا على المبيع كالدائنين المرتهنيين ومن اشتروا المبيع من المشتري، فإن الدائن الذى ارتهن المبيع من المشتري قبل انتهاء الأجل الأول تضرر به إطالة الأجل، لأن رهنه يصبح بالمدة مهددا زمنا أطول مما اتفق عليه، وكذلك تضرر الإطالة بالمشتري الثانى لأن له أملا فى صيرورته مالكا ملكا نهائيا بعد المدة الأولى.

ويجب تسجيل الاتفاق على إطالة المدة حتى يحتج به فى مواجهة الغير⁽³⁾.

306- كيف يستعمل حق الاسترداد ؟

لا يلزم لاستعمال البائع حقه فى الاسترداد أن يعرض الثمن والمصروفات على المشتري عرضا حقيقيا. وإنما يكفى إظهار البائع للمشتري استعدادة أن يدفع له فورا الثمن والمصروفات فيتم الاسترداد بإرادة منفردة من جانب البائع أى لا

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص 488.

(2) السنهورى ص 159.

(3) السنهورى ص 159 هامش (2) - أنور سلطان ص 369.

يجب على البائع رد الثمن والمصاريف إلا في الوقت الذي يعاد فيه المبيع إلى يده. وليس في الميعاد المتفق عليه.

ويؤيد هذا الرأي أن المادة 430/344 لم توجب على البائع الذي يطلب الاسترداد دفع الثمن والمصاريف للمشتري كما يؤخذ من المادة 1673 فرنسي بل اقتصر على إلزامه بأن يعرض عليه أداءهما في الميعاد المعين. وليس ثمة ما يدل على أن المقصود من استعمال لفظة العرض هو العرض الحقيقي بل يغلب أن يكون المقصود منها مجرد إظهار الاستعداد للدفع⁽¹⁾.

ويرى البعض بحق - أنه يحسن التمشي مع القضاء الفرنسي في أن الاسترداد على هذا النحو يكون معلقا على شرط واقف هو الدفع الفعلي، فإذا لم يتحقق هذا الشرط لم يعتبر البائع قد استرد وأصبح البيع بائنا لعدم الاسترداد، وبذلك يخلص للمشتري ملك المبيع فلا يزاحمه فيه دائنو البائع⁽²⁾.

ولا يلزم إبداء الرغبة في شكل مخصوص، فقد يحصل بإعلان على يد محضر أو بخطاب مسجل أو بخطاب عادي أو شفاهة، ولكن إثبات حصول الإعلان واجب على البائع نفسه ويرجع في الإثبات إلى القواعد العامة⁽³⁾.

307- أثر استعمال حق الاسترداد :

(انفساخ عقد البيع).

يترتب على استعمال البائع لحق الاسترداد انفساخ عقد البيع الوفاي، واعتباره كأن لم يكن، أي كما لو كان العقد لم يحصل أصلا. وقد طبق المشرع هذا المبدأ بالنسبة للبائع في المادة 11673/430/344 التي تنص على أنه: "لا يجوز للبائع بيع وفاء أن يفسخ المبيع إلا إذا عرض على المشتري في الميعاد المعين أن يؤدي

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص 502- السنهاوري ص 160- سليمان مرقس ص 495.

(2) السنهاوري ص 160 وما بعدها.

(3) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص 502 وما بعدها.

له على الفور الأشياء الآتى بيانها. ... الخ".

ولما كانت تصرفات المشتري وفاء فى المبيع قبل الانفساخ معلقة على شرط فاسخ، وقد تحقق هذا الشرط، فإنه يترتب على ذلك فسخ كافة تصرفاته. فجميع الحقوق العينية التى قررهما المشتري عليه كالرهن وحق الانتفاع وحق الارتفاق، تسقط بالتالى.

وهذا ما نصت عليه المادة 431/345 فى صدرها من أن: "عند رجوع المبيع بيع وفاء إلى البائع يأخذه خاليا عن كل حق ورهن وضعه عليه المشتري... الخ"⁽¹⁾.

أما تصرفات البائع فى المبيع، فقد كانت معلقة على شرط واقف، وقد تحقق الشرط، ومن ثم تتفد كل هذه التصرفات.

إلا أن المشرع رأى رعاية للحاجات العملية أن يقيد من الأثر الرجعى للفسخ بالنسبة للإيجارات التى يعقدها المشتري، لأن الإجارة من أعمال الإدارة، وهذه الأعمال يملكها المشتري لأنها لازمة للانتفاع بالمبيع واستغلاله، ولذا نص فى الشرط الثانى من المادة 431/345 سالفه الذكر على أن: "إنما يلتزم البائع بتنفيذ الإيجارات التى أجزاها ذلك المشتري بدون غش بشرط أن تكون مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين".

ويشترط لسريان الإجارة التى يعقدها المشتري فى مواجهة البائع شرطان: الأول ألا يصاحبها سوء النية كما لو تمت بأجر بخس، الثانى ألا تزيد مدتها على ثلاث سنوات. فإذا داخلها الغش فلا تسرى فى مواجهة البائع ولو كانت مدتها أقل من ثلاث سنوات، وإذا تمت بحسن نية لمدة تزيد على ثلاث سنوات وجب إنقاصها إلى المدة القانونية.

فإذا أجز المشتري المبيع بمجرد استلامه لمدة ست سنوات بحسن نية واسترده

(1) أنور سلطان ص 382.

البائع في نهاية السنة الخامسة تسرى إجارة السنة السادسة على البائع، لأن عقد الإجارة في هذه الحالة وطبقاً للرأى الراجح يعتبر عقدين كل منهما بثلاث سنوات، لأن العرف جرى بأن تكون إجارة العقارات لهذه المدة، وعلى هذا الأساس يتعين على البائع احترام العقد الأخير⁽¹⁾.

أما إذا لم يكن المشتري حسن النية في التأجير، كما لو أجر بالبخص أو أجر إجارة جديدة قبل انتهاء الإجارة الأولى بزمان طويل جاز للبائع إبطال إجارته. ولو كانت مدتها أقل من ثلاث سنين وذلك لأن الغش يبطل سائر التصرفات ولأن المشتري لا يجوز له أن يقلل عمداً من قيمة حق البائع في الاسترداد. وكذلك الحال في الإيجارات الزائدة على ثلاث سنين ولو عقدها المشتري بحسن نية لأنها تضر بالبائع وتقلل انتفاعه بالمبيع بعد استرداده، بلا ضرورة ولا مصلحة ظاهرة للمشتري⁽²⁾.

308- عدم قابلية دعوى الاسترداد للانقسام :

تنص المادة 432/346 على أن: "الاسترداد لا يقع إلا على نفس المبيع، سواء كان المبيع ملكاً كاملاً أو مشاعاً أو مقسوماً إلى حصص، إلا إذا كانت دعوى الاسترداد مقامة على ورثة المشتري بالنسبة للحصص المشاعة بينهم أو المفروزة التي يملكها كل منهم".

كما نصت المادة 433/347 على أن: "إذا كان المبيع وفاء حصة شائعة في عقار واشترى مشتريها الحصة الباقية من مالكها بعد طلب هذا المالك مقاسمته فللمشتري المذكور عند مطالبة بائه الأول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتمامها".

(2) أنور سلطان ص 382 وهامش (2) وما بعدها - أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص 519 وما بعدها.

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص 514.

فالأصل أنه ليس للبائع تجزئة الصفقة على المشتري. فإذا أراد البائع استعمال حقه في الاسترداد وجب عليه أن يسترد المبيع كله، سواء كان المبيع ملكا كاملا أو مشاعا أو مقسوما إلى حصص، وليس له أن يسترد جزءا من المبيع وأن يترك للمشتري الجزء الآخر ما لم يقبل المشتري ذلك لأن عدم التجزئة مقرر لمصلحته إذ المفروض أن تجزئة الصفقة عليه تضر به. ويعتبر عدم اعتراض المشتري على طلب البائع استرداد جزء من المبيع قبولا منه للتجزئة⁽¹⁾.

وينطبق ذلك في حالة تعدد البائعين بعقد واحد بثمن واحد أو تعدد ورثة البائع الوحد. فإذا طلب أحد البائعين المتعاقدين أو أحد ورثة البائع أن يسترد من المبيع بقدر نصيبه، جاز للمشتري مطالبة المسترد بإدخال البائعين أو الورثة الآخرين في الدعوى ليتفقوا فيما بينهم على استرداد المبيع كله، فإن اتفقوا جاز لهم أو لأيهام استرداد الكل، وإلا رفض طلب الاسترداد الوارد على بعض المبيع. وإذا لم يستعمل المشتري حقه في طلب اتفاق البائعين جميعا على استرداد المبيع كله، اعتبر موافقا على تجزئة الصفقة⁽²⁾.

وإنما استثناء أجاز المشرع الخروج على هذا الأصل في حالتين :

(الحالة الأولى): إذا توفى المشتري وترك عدة ورثة، فيكون البائع بالخيار بين استرداد كل المبيع وبين استرداد حصص بعض الورثة فقط، سواء استمر الورثة على حالة الشيوخ أم اقتسموا المبيع.

وإذا أراد البائع استرداد كل المبيع فعليه أن يوجه إجراءات الدعوى ضد جميع الورثة، لأن توجيه الإجراءات ضد البعض لا يعتبر توجيها لها ضد الباقيين. ولكن إذا كان المبيع قد وقع بأكمله في نصيب أحد الورثة عند اقتسام التركة فله استرداده منه وحده، دون أن يكون لهذا الوارث أن يدفع في مواجهته بأنه غير ملزم إلا برد

(2) سليمان مرقس ص 494 وما بعدها - أنور سلطان ص 376.

(1) سليمان مرقس ص 495.

ما يعادل حصته في التركة.

والأحكام السابقة يؤخذ بها بطريق القياس إذا تعدد المشترون وفاء وأراد البائع استرداد المبيع منهم⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إنه وإن كان الاسترداد لا يقع، بحسب الأصل، إلا على المبيع كما هو فإن الفقرة الثانية من المادة 346 من القانون المدني قد استتثت الحالة التي تكون فيها دعوى الاسترداد "مقامة على ورثة المشتري بالنسبة للحصص المشاعة بينهم أو المفروزة التي يملكها كل منهم". وهذا لا يصح معه القول بأن توجيه العرض أو الدعوى إلى بعض الورثة يعتبر توجيهها إلى الباقيين. وإذا كان للبائع، عند وفاة المشتري، أن يجزئ دعوى الاسترداد بمطالبة بعض الورثة دون الآخرين فإن القول بأنه عند تجزئة الدعوى تعتبر الإجراءات موجهة إلى جميع الورثة يكون قولاً غير سديد".

(طعن رقم 53 لسنة 14 ق جلسة 1945/2/8)

(الحالة الثانية): إذا كان المبيع بيع وفاء حصة شائعة في عقار واشترى مشتريها الحصة الباقية من مالها بعد طلب هذا المالك مقاسمته، فللمشتري المذكور عند مطالبة بائعه الأول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتمامها (م 433/347). والحكمة من ذلك أن المشتري مضطراً لشراء حصة الشريك الآخر حتى لا يخرج المبيع من يده، فالثمن الذي دفعه يعتبر بمثابة مصاريف ضرورية صرفت للمحافظة على المبيع، فيكون له مطالبة البائع بها. أما إذا انتفت هذه الحكمة، كما لو كان المشتري هو الذي طلب القسمة، فيمتنع عليه إلزام البائع بأخذ العين بتمامها.

(2) أنور سلطان ص 376 وما بعدها.

309- ما يلتزم البائع برده إلى المشتري :

تنص المادة (430/344) على أنه: "لا يجوز للبائع بيع وفاء أن يفسخ البيع إلا إذا عرض على المشتري في الميعاد المعين أن يؤدي له على الفور الأشياء الآتية بيانها: أولاً: أصل الثمن - ثانياً: المصاريف المترتبة على البيع والتي تترتب على استرداد المبيع .

ثالثاً: المصاريف اللازمة التي صرفها المشتري غير ما صرفه لصيانة المبيع ثم يؤدي أيضاً مازاد في قيمة المبيع بسبب المصاريف الأخرى التي صرفها المشتري بشرط ألا تكون فاحشة".

وبناء على هذا النص يلتزم البائع أن يرد إلى المشتري ما يأتي :

(أ) أصل الثمن :

والمقصود به الثمن الذي دفعه المشتري، وإذا كان المبيع تحت يد الغير كالمشتري الثاني، فقد سبق أن ذكرنا أن البائع لا يلزم برد أكثر من الثمن الذي دفعه المشتري الأول.

ويجوز أن يشترط المتعاقدان رد مبلغ أقل أو أكبر من الثمن المدفوع. فإذا كان المتفق عليه أقل من الثمن رد هذا المتفق عليه، أما إذا كان أكبر، فإن ذلك يكون موجبا للشك في أن العقد رهن برها فاحش.

وليس على البائع رد فوائد الثمن، لأن المشتري قد استغل المبيع مدة البيع الوفاي ويقوم ذلك مقام الفوائد حتى لا يجمع بين الفوائد والريع. بل إن اشتراط رد الفوائد يعتبر من القرائن على أن بيع الوفاء إنما هو رهن⁽¹⁾.

(ب) المصروفات المترتبة على البيع والتي تترتب على استرداد المبيع :

والسبب في إلزام البائع بهذه المصروفات، أن المبيع يخرج من يد المشتري،

(1) السنهوري ص 161 وما بعدها - أحمد نجيب الهاللي وحامد زكي ص 508.

وبما أنه يحرم منه فمن العدل ألا يتحمل مصاريف شرائه.

ومثال ذلك مصاريف العقد كمصاريف تحريره ورسوم التسجيل وسمسرة الوسطاء ومصاريف نقل المبيع.

وتشمل مصاريف استرداد المبيع مصاريف الإعلان المنبئ بالرغبة في استرداد المبيع ومصاريف عرض الثمن والمبيع عرضاً حقيقياً.

غير أن البعض يرى - بحق - أن هذه المصاريف لا تلزم البائع في جميع الأحوال، فإذا ثبت أن سبب صرفها راجع إلى سوء نية المشتري وجب أن يلزم بها هذا المشتري. ومثال ذلك أن يعرض البائع الثمن والمصاريف على المشتري فيرفض قبولهما منه ويضطره بذلك إلى عرضهما عرضاً حقيقياً. ففي هذه الحالة يلزم المشتري بمصاريف العرض⁽¹⁾.

(ج) المصروفات التي أنفقها المشتري على المبيع أثناء وضع يده عليه :

المصاريف التي قد ينفقها المشتري أربعة أنواع: فهي إما ضرورية وإما نافعة وإما كمالية وإما مصاريف صيانة ولكل منها حكم خاص.

أما المصاريف الضرورية: فهي التي يصرفها المشتري لحفظ المبيع من الهلاك أو التلف، مثال ذلك ترميم سقف أو شك أن ينقض أو حائط أساسي على وشك التداعى.

وحكم هذه المصاريف أنها تلزم البائع بتمامها، لأنه لو بقى المبيع في يده وتداعت جدرانه أو أسقفه لاضطر إلى ترميمه والصرف عليه.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"البائع وفائياً لا يلزم وفقاً لنص المادة 344 من القانون المدني القديم إلا

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص 509 هامش (6) وما بعدها - أنور سلطان ص 381 هامش (1).

بالمصروفات الضرورية التي صرفها المشتري لحفظ المبيع من التلف أو الهلاك وكذلك بالمصروفات التي تزيد في قيمة المبيع بقدر ما زاد من قيمته بشرط أن لا تكون فاحشة، وأما المصروفات التي ينفقها المشتري لاستغلال المبيع وفائيا فلا يلزم بها البائع، متى كان إنفاقها في مقابل استغلاله لهذا المبيع وقبض ثمراته".

(طعن رقم 123 لسنة 21 ق جلسة 1954/12/2)

أما المصاريف النافعة فهي المصاريف غير اللازمة التي تزيد في قيمة المبيع بمعنى أن المشتري لا ينفقها اضطرارا لیتفادی هلاك المبيع أو تلفه، ومثالها إقامة مبان جديدة أو غرس الأشجار في المبيع.

وفي هذه الحالة لا يلتزم البائع رد هذه المصاريف بتمامها بل يرد منها بقدر ما زاد في قيمة المبيع بسببها بشرط ألا تكون فاحشة، لأنها لو كانت فاحشة لدلت على سوء قصد المشتري رغبته في تعجيز البائع عن الاسترداد⁽¹⁾. أما المصاريف الكمالية، أي مصاريف الزينة والزخرف فلا يجب على البائع شئ منها لأنها لا تفيده شيئا.

وأما مصاريف الصيانة فلا يلزم بها البائع، لأنها من التكاليف الواجبة على المشتري نفسه في مقابل استغلاله للمبيع وقبضه ثمراته، وهذه المصاريف هي المصاريف التي ينفقها عادة كل من يحاول استثمار المبيع كمصاريف الزراعة والحرث وأثمان السباخ وغيره.

310- حق المشتري في حبس المبيع :

يجمع الشراح على أن للمشتري الحق في حبس المبيع وملحقاته حتى يرد إليه البائع ما يجب عليه رده بالتفصيل السابق.

وهذا الحق وإن لم يرد به نص في التقنين الملغى، إلا أنه ثابت بنص صريح بالنسبة للمصاريف الضرورية والنافعة (مادة 731/605). ومع ذلك فالشرح

(1) أحمد نجب الهلالي وحامد زكي ص 510 وما بعدها - أنور سلطان ص 381.

يعطون المشتري حق الحبس بالنسبة للثمن كذلك وهو رأى عادل. وحكمة تقريره ظاهرة وهى الرغبة فى إكراه البائع على الإسراع فى رد هذه المبالغ. وعلى أية حال فليس فى مكنة البائع إكراه المشتري على تسليمه المبيع قبل وفائه بهذه المبالغ⁽¹⁾.

311- ما يجب على المشتري رده :

يجب على المشتري رد المبيع بالحالة التى كان عليها وقت استلامه. فإذا تلف المبيع التزم بتعويض البائع عن هذا التلف. وإذا زاد المبيع بدون فعله كالالتصاق الطبيعى مثلاً، وجب عليه رد هذه الزيادة دون مقابل⁽²⁾.

ولا يرد المشتري الثمرات لأنها فى مقابل الفوائد، ويستحق منها بنسبته المدة التى بقى فيها بيع الوفاء دون فسخ، سواء كانت الثمرات محصول الأرض (ولا يشترط جنيته بالفعل) أو مدنية كأجرة المنزل. وإذا نقص المبيع، فإن كان بغير فعل المشتري لم يلزم بشئ ولكن للبائع بداهة ألا يسترد وإن كان بفعل المشتري فهو مسئول عنه⁽³⁾.

بيع الوفاء فى ظل التقنين

المدنى الجديد

312- بطلان بيع الوفاء فى التقنين المدنى الجديد :

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يقر بيع الوفاء ويتضمن نصاً برقم (617) يقضى بأنه: "إذا احتفظ البائع فى عقد البيع بحق استرداد المبيع، وجب

(2) أحمد نجيب الهاللى وحامد زكى ص 511- الأستاذ أحمد فتحى زغلول شرح القانون

المدنى سنة 1913 ص 257.

(1) أحمد فتحى زغلول ص 257.

(2) السنهورى ص 162 وما بعدها.

على المشتري أن يرد ما اشتراه، إذا ما استعمل البائع حقه فى الاسترداد وفقاً للأحكام الآتية: وأورد الأحكام المشار إليها فى المواد (618- 631) وقد دارت مناقشات كثيرة حول هذا النص انتهت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ التى قررت حذف هذه المادة والمواد الأخرى سالفة الذكر التى كانت تفصل أحكام بيع الوفاء، واستعاضت عنها بالنص الحالى. وقد جاء بتقريرها: "تناولت اللجنة بيع الوفاء وقد رأت بالإجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة جدية فى التعامل إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستارا لرهن وينتهى الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس. والواقع أن من يعتمد إلى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع بل يحصل عادة على ما يحتاج إليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة. ويعتمد غالبا على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد. ولكنه قل أن يحسن التقدير. فإذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ضاع عليه دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته وتحمل غبنا ينبغى أن يدرأه القانون عنه.

ولذلك رأى أن تذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء، وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع فى أية صورة من الصور. وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين إلا الالتجاء إلى الرهن الحيازى وغيره من وسائل الضمان التى نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما دون أن يتسع المجال لغبن قلما يؤمن جانبه" وقد وافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة⁽¹⁾.

وبذلك أصبح بيع الوفاء باطلا فى التقنين المدنى الجديد.

313- أثر بطلان عقد البيع الوفاى :

ذكرنا سلفا أن المادة (465) تنص على أنه : "إذا احتفظ البائع عند البيع

بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا".

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص178 وما بعدها.

فعقد بيع الوفاء باطل بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام ويستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك به، كما تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها، ولا يترتب عليه ثمة أثر بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

ويبطل عقد البيع الوفاي، سواء كان محل العقد عقارا أو منقولا، وسواء قصد به إخفاء رهن أو قصد به البيع حقيقة دون تحايل.

فلا يمكن حمل بيع الوفاء على أنه يستتر في الحقيقة رهنا فتجرى أحكام الرهن، لأنه من المسلم لكى يستتر عقد تحت ستار عقد آخر يجب أن يكون العقد الساتر صحيحا، فإذا كان باطلا لم يكن صالحا لاستتر غيره⁽¹⁾.

ولو ترك بيع الوفاء للقواعد العامة لكان صحيحا إذ يعتبر بيعا معلقا على شرط فاسخ هو استعمال البائع حقه في العدول في المدة المتفق عليها فإن تخلف الشرط استقر وجود البيع نهائيا⁽²⁾.

وهذا البطلان المطلق لا تلحقه الإجازة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "أساس بطلان البيع الوفاي الذى يستتر رهنا هو أنه غير مشروع ومن ثم فلا تلحقه الإجازة".

(طعن رقم 285 لسنة 34 ق جلسة 1969/1/23)

2- "النص فى عقد الصلح على اعتبار بيع الوفاء نهائيا لا رجوع فيه، لا يعدو أن يكون مجرد نزول من جانب البائع عن شرط الاسترداد المتفق عليه عند التعاقد فلا يصح البيع الذى وقع باطلا طبقا للمادة 465 من القانون المدنى".

(طعن رقم 170 لسنة 36 ق جلسة 1970/5/28)

والمقرر أنه فى حالة بطلان العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا

(2) السنهورى ص 166 هامش (1) - عبد المنعم البدرأوى ص 82 وما بعدها.

(1) خميس خضر ص 294 - منصور مصطفى منصور ص 239 وما بعدها.

عليها قبل العقد. فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل (مادة 1/142 مدنى).

ويترتب على ذلك ما يأتى :

- 1- يجب على المشتري رد المبيع وثمراته إلى البائع، وله أن يسترد المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة.
- 2- يجب على البائع أن يرد للمشتري فوراً ما قبضه من ثمن، ولا يعتد بالأجل.

ويكون الرد بموجب قاعدة استرداد غير المستحق وفقاً للمادة 185 مدنى. ولا يختلف البيع وفاء والبيع المعلق فسخه على شرط إلا فى كون تحقق الشرط وعدمه محدوداً لأجل أى يجب فيه تعيين زمن لرد الثمن وأخذ المبيع⁽¹⁾.

314- تصرف المشتري والبائع فى المبيع قبل تقرير بطلان :

إذا تصرف المشتري فى المبيع قبل تقرير بطلان عقد البيع الوفاى اعتبر التصرف صادراً من غير مالك وجرى عليه حكم بيع ملك الغير المنصوص عليه المواد (466- 468 مدنى).

أما إذا كان الذى تصرف فى المبيع هو البائع فتصرفه صحيح لأنه هو المالك، ولا يمنع البائع من التمسك ببطلان هذا البيع انقضاء المهلة المحددة للاسترداد من غير أن يسترد المبيع فيها. وإذا استرده فيها فلا عبرة بهذا الاسترداد، إنما يكون أساس رجوع المبيع إليه هو بطلان بيعه أصلاً⁽²⁾.

315- وضع يد المشتري وفاء لا يؤدي إلى اكتساب ملكية المبيع بالتقادم

:

(1) الأستاذ أحمد فتحى زغلول شرح القانون المدنى طبعة 1913 ص 253.

(2) محمد شكرى سرور ص 409.

لا يصلح بيع الوفاء، أن يكون سببا صحيحا للتقادم القصير، لأنه بيع باطل، ويكون سبب وضع يد المشتري وفاء هو بسبب الرهن، فتنتفى نية التملك منذ البداية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كانت محكمة الموضوع قد قضت ببطلان عقد البيع لما ثبت لديها إنه كان مقصودا به إخفاء رهن فإن نية المتعاقدين تكون قد انصرفت وقت التعاقد إلى الرهن لا إلى البيع كما يكون وضع يد المشتري وفاء هو بسبب الرهن دون أى سبب آخر فتنتفى نية التملك منذ البداية ويصبح وضع اليد قائما على سبب وقتى ومعلوم لا يؤدي إلى اكتساب الملكية مهما طال أمده إلا إذا حصل على تغيير فى سببه".

(طعن رقم 579 لسنة 48 ق جلسة 1981/5/6)

غير أن المشرع وفاء إذا باع العين لمشتري حسن النية، تملكها المشتري الثانى فى المنقول بالحيازة، وأمكن أن يملكها فى العقار بالتقادم القصير، لأن البيع الصادر من المشتري وفاء بيع صادر من غير مالك فيجرى عليه حكمه⁽¹⁾.

316- تقادم دعوى البطلان بالتقادم الطويل :

تنص الفقرة الثانية من المادة 141 مدنى على أن تسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد - وهذا الحكم مستحدث فى التقنين الجديد. وذلك احتراما للأوضاع التى استقرت بمضى هذه المدة بعد صدور العقد الباطل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(1) السنهورى ص 166.

"متى كانت الطاعنة قد أقامت دعواها بالبطلان تأسيساً على أن عقد البيع الصادر من مورثها إلى المطعون عليه هو في حقيقته عقد بيع وفاء وأنه باطل بطلاناً مطلقاً عملاً بنص المادة 465 من القانون المدني، وتمسك المطعون عليه أمام محكمة الاستئناف بتقادم هذه الدعوى بمضى أكثر من خمس عشرة سنة من تاريخ العقد، وإذ كان القانون المدني القائم قد استحدث في الفقرة الثانية من المادة 141 منه النص على سقوط دعوى البطلان المطلق بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد احتراماً للأوضاع التي استقرت بمضى هذه المدة بعد صدور العقد الباطل، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه في الدعوى على هذا الأساس فإن النعى عليه - بأن البطلان المطلق لا يرد عليه التقادم يكون في غير محله".

(طعن رقم 136 لسنة 41 ق جلسة 1975/11/25)

317- استمرار العمل بأحكام التقنين الملغى على عقود بيع الوفاء

المعقودة قبل العمل بالتقنين الجديد :

نص المادة 465 من التقنين الجديد القاضي ببطلان بيع الوفاء لا يسرى إلا على العقود التي تبرم من وقت العمل بالتقنين الجديد، أي من 15 أكتوبر 1949. أما العقود التي أبرمت قبل هذا التاريخ فيستمر بالنسبة لها العمل بأحكام التقنين الملغى، أي أن هذه العقود تظل صحيحة ويجوز للبائعين بموجبها أن يستعملوا حقهم في استرداد المبيع وفاء حتى بعد صدور التقنين الجديد على أن يكون ذلك في المواعيد المتفق عليها في عقودهم وفي حدود المدة التي كان يسمح بها التقنين الملغى بالاتفاق على حق الاسترداد خلالها، وهي خمس سنوات وفقاً للتقنين الأهلى. ويترتب على استعمالهم هذا الحق أو على عدم استعمالهم إياه في الميعاد المحدد لذلك الآثار التي نص عليها التقنين الملغى.

أما بيوع الوفاء التي تبرم ابتداء من 15 أكتوبر سنة 1949، فهذه تخضع

لأحكام التقنين المدني الجديد، ومن ثم تكون باطلة حتى لو لم يثبت أن بيع الوفاء يستتر رهنا.

ونص المادة 465 مدني وإن كان نصا آمرا إلا أنه لا يجب أن ينصرف إلى بيوع الوفاء التي تمت صحيحة وفقا لأحكام التقنين القديم، والتي لم ينقض بعد أجل الاسترداد المشروط فيها. لأن القاعدة أنه لا يجوز للمشرع بقانون جديد أن يمس المراكز القانونية للأشخاص، إذا كانت هذه المراكز قد تحددت بعقود صحيحة تمت وفقا لأحكام التشريع المعمول به وقت انعقادها، وإلا أدى هذا إلى الإخلال بالأمن المدني وبلاستقرار الواجب أن يسود المعاملات القانونية بين الأفراد⁽¹⁾.

بيع ملك الغير :

مادة (466)

- 1- إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع. ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل.
- 2- وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد.

الشرح

318- المقصود ببيع ملك الغير :

يقصد ببيع ملك الغير البيع الذي يكون المبيع فيه معيناً بالذات لا يملكه البائع، وبعبارة أدق لا يملكه البائع ولا المشتري، ولم يمنحه القانون أو الاتفاق

(1) أنور سلطان ص 384 - محمد كمال عبد العزيز ص 368.

سلطة التصرف فيه نيابة عن مالكه، إذا قصد بالبيع نقل ملكيته في الحال⁽¹⁾.

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

"إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 466 من القانون المدنى، على أنه إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز لمن قام بشراء هذا الشيء أن يطلب إبطال البيع. ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو لم يسجل. وكانت فقرتها الثانية تقضى بأن هذا البيع لا يكون سارياً - فى كل حال - فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز مشتريها العقد، وكانت الفقرة الأولى من المادة 467 من هذا القانون، تقضى بأنه إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحاً فى حق المشتري، كما تقضى فقرتها الثانية بأن البيع ينقلب كذلك صحيحاً فى حق المشتري، إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد، وكانت الأحكام السابق بيانها، التى نظم بها القانون المدنى بيع ملك الغير، تدل فى مجموعها على أن البيع يكون كذلك، كلما باع شخص عيناً معينة بذاتها لا

(1) وقد قضت محكمة النقض :

"إذا كانت الواقعة التى لا نزاع فيها بين طرفى الخصوم هى أن المدعى عليه تبادل فى أطيان مع المدعية (مصلحة الأملاك) فأعطاها فيما أعطى أرضاً تبين لها وقت التسليم أنه كان قد تصرف فيها بالبيع منذ ثلاث سنوات سابقة على البدل، فهذه الواقعة هى بيع من غير مالك. وإذن فدعوى المطالبة بقيمة الأطيان الناقصة يجب أن يكون أساسها التضمين عن بيع ملك الغير. ولكن إذا كان المفهوم من الحكم أنه قد اعتبر الدعوى من أحوال الاستحقاق فطبق فيها المادة 312 مدنى وقضى بإلزام المدعى عليه بقيمة ما نقص من مقابل البدل فإن هذا الحكم يكون خاطئاً فى السبب القانونى الذى بنى عليه إلا أن هذا الخطأ لا يقبل الطعن به مادامت النتيجة التى انتهت إليها الحكم صحيحة، إذ أن المادة الواجبة التطبيق (وهى المادة 265) تنص على إلزام البائع بالتضمينات، وهذه لا يمكن أن تكون أقل من الثمن المدفوع وقت التعاقد".

(طعن رقم 45 لسنة 9 ق جلسة 14/3/1940)

يملكها حين العقد، إذا قصد بالبيع نقل ملكيتها في الحال، وإذا كان من المقرر أن يبيع العين على هذا النحو، لا يعتبر موقوفاً على إجازة مالكها أو إقراره، وإلا كانت آثاره جميعها متوقفاً سريانها على هذه الإجازة، ومتراخية - حتى فيما بين المتعاقدين - إلى حين تمامها حال أن يبيع ملك الغير وفقاً لقواعد القانون المدني، لا يعتبر كذلك، إذ ينتج هذا العقد أثره في الحال، كالشأن في كل عقد قابل للإبطال.

(القضية رقم 4 لسنة 15 ق قضائية "تنازع" جلسة 1994/12/3)

ومن ثم يشترط لتوافر بيع ملك الغير تحقق ثلاثة شروط هي :

1- أن يكون العقد مقصوداً به نقل الملكية إلى المشتري مقابل ثمن نقدي، وذلك سواء كان البيع اختيارياً أم جبرياً تم بطريق المزاد العلني، ذلك أن البيع الجبري لا يمكن أن ينقل إلى الراسي عليه المزاد من الحقوق أكثر مما كان للمدين أن ينقله باختياره والمدين إذا لم يكن مالكا للمبيع، يقع بيعه الاختياري قابلاً للإبطال⁽¹⁾.

ولو أنه بالنسبة للبيع التجاري قلما تتحقق شروط دعوى البطلان لأن المبيع يكون عادة من الأشياء المعينة بالنوع، على حين أنه يشترط لرفع هذه الدعوى أن يكون المبيع من الأشياء المعينة بالذات. وحتى إذا تحقق هذا الشرط فقد لا يلجأ المشتري إلى طلب البطلان اعتماداً على ما في قاعدة الحياة في المنقول بحسن نية سند الملكية حماية كافية، أما إذا سقطت هذه الحماية كما لو كان المبيع شيئاً مسروقاً أو ضائعاً تعين عليه طلب البطلان (م 977)⁽²⁾.

ولكن تسرى أحكام بيع ملك الغير إذا كان العقد مجرد وعد بالبيع، أو مجرد تعهد من شخص بالحصول على موافقة المالك الحقيقي لشئ على بيعه للمتعاقد معه، إذ أن محل التزام المتعهد ليس نقل الملكية بل القيام بعمل هو الحصول على

(1) السنهوري ص 275 - محمد لبيب شنب ص 65.

(1) أنور سلطان ص 389.

رضاء المالك بأن يبيع الشئ⁽¹⁾.

2- أن يكون المبيع غير مملوك للبائع ولا للمشتري :

يجب لتحقيق بيع ملك الغير، أن يكون المبيع غير مملوك لا للبائع ولا للمشتري. لأن المبيع إذا كان مملوكا للبائع كان البيع صحيحا، وإذا كان مملوكا للمشتري وأقدم على الشراء جاهلا ملكيته له، فإن البيع يكون باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحالة مطلقة⁽²⁾، إذ يستحيل على الكافة نقل ملكية شئ إلى من هو مالك له فعلا.

وبيع ملك الغير أمر نادر، ومثال ذلك أن يبيع الزوج أحد أموال زوجته دون أن يكون موكلا منها في ذلك، أو أن يبيع الوصي مالا مملوكا للقاصر على أنه ملكه. أو يبيع الغاصب ما اغتصب.

3- أن يكون المبيع قيما أي معين بذاته :

أما إذا كان البيع واردا على مثليات، فإن البيع لا يعتبر واردا على ملك الغير.

وهذا الشرط متفرع عن الشرط السابق، لأن المثليات وهي معينة بنوعها فقط لا يمكن وصفها بأنها مملوكة لغير البائع إذ لا يوجد مال معين يوصف بأنه مملوك أو غير مملوك فالمبيع منها لا يتعين بذاته إلا إذا أفرز أو سلم على حسب الأحوال.

وحتى لو كان البائع لا يملك أية كمية من المبيع المتعاقد عليه، فإن هذا البيع لا يعتبر مملوكا للغير.

كذلك لا يعتبر بيع الأشياء المستقبلية بيعا لملك الغير، ذلك أن هذه الأشياء،

(2) محمد لبيب شنب ص 63 - خميس خضر ص 293.

(3) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص 153.

وإن لم تكن مملوكة للبائع وقت العقد بسبب أنها لم توجد بعد، إلا أنها أيضا لم تكن مملوكة لغير البائع، فلا يعتبر بيعها بيعا لملك الغير⁽¹⁾.

غير أنه يستوى أن يكون المبيع من المنقولات أم من العقارات.

وإذا كان المبيع من العقارات فيستوى أن يكون البيع سجل أم لم يسجل⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة صراحة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"حسم المشروع خلافا فيما يتعلق بحكم بيع ملك الغير إذا كان العقد لم يسجل، فذكر أن البيع باطل قبل التسجيل وبعده (م632 فقرة أولى). ولا يجوز القول بغير ذلك، فإن التسجيل لا يبطل عقدا صحيحا ولا يصحح عقدا باطلا"⁽³⁾.

319- ما يخرج عن دائرة بيع ملك الغير :

(أ) بيع الشئ المملوك للبائع تحت شرط :

إذا كانت ملكية البائع معلقة على شرط، سواء كان الشرط واقفا أم فاسخا، انتقلت الملكية إلى المشتري معلقة على نفس الشرط، ولذا لا يعتبر البيع الصادر منه بيعا لملك الغير. ولكن إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ وزالت الملكية عن البائع بأثر رجعى، كان للمشتري أن يطلب إبطال البيع باعتبار أن البائع قد تصرف فيما لا يملك. كل هذا ما لم يتضح من العقد أن المشتري قد اشترى مجرد الأمل فى الملكية بأن يتحقق الشرط الواقف أو يتخلف الشرط الفاسخ⁽⁴⁾.

(1) السنهورى ص 272 - محمد لبيب شنب ص 63 وما بعدها.

(2) المستشار أنور العمروسى البيوع الباطلة فى القانون المدنى 2003 - 2004 ص 175.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 193.

(1) أنور سلطان ص 382.

(ب) بيع المال الشائع :

إذا باع شريك في المال الشائع جزءا مفرزا من المالك الشائع، فهنا يبيع الشريك شيئا يملكه على الشيوع مع شركاء آخرين، فلا يظهر في البداية أنه يبيع ملك الغير. ومن ثم يتوقف مصير هذا البيع على نتيجة القسمة، فإذا لم يقع الجزء المبيع عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة 826 مدني على أنه: "وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق في إبطال التصرف"⁽¹⁾.

(ج) بيع المالك الظاهر :

المالك الظاهر، هو شخص لا يملك المبيع ولم يمنحه القانون أو الاتفاق سلطة التصرف فيه، ولكنه يظهر عليه بمظهر المالك. فهو إذن عندما يبيع هذا الملك فإنه يكون قد باع ملك الغير، وكان الأصل أن يسرى على هذا البيع أحكام بيع ملك الغير.

إلا أن الهيئة العامة للمواد المدنية التجارية والأحوال الشخصية في حكمها الصادر بتاريخ 1986/2/16 في الطعن رقم 826 لسنة 54 ق "هيئة عامة" قد وضعت نظرية عامة للوضع الظاهر - وهي تسرى بالطبع على المالك الظاهر - من مقتضاها - إذا توافرت شروطها - فإن البيع الصادر من المالك الظاهر لملك غيره يقع صحيحا نافذا في حق المالك الحقيقي.

(2) راجع في التفصيل المجلد الخامس عشر شرح المادة (826).

وتخلص هذه الشروط فيما يختص بالمسألة محل البحث فيما يأتي :

1- أن يظهر البائع على الشئ المبيع بمظهر صاحبه أى بمظهر المالك الحقيقي.

2- أن يكون هذا المظهر من شأنه أن يولد الاعتقاد العام بأنه المالك الحقيقي.

3- أن يكون المشتري حسن النية. بمعنى أن يعتقد أن البائع هو مالك الشئ المبيع، فإذا كان سئ النية بمعنى أنه كان يعلم بعدم ملكية البائع، فإنه لا يكون جديرا بالحماية التي تكفلها له نظرية الوضع الظاهر، وعليه تحمل تبعة التصرف الذي أبرمه.

4- أن يكون المالك الحقيقي قد أسهم بخطئه فى ظهور البائع بمظهر المالك الحقيقي :

يشترط أن يكون المالك الحقيقي قد أسهم بخطئه - سلبا أو إيجابا - فى ظهور البائع بمظهر المالك الحقيقي، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه، للشواهد المحيطة بهذا المركز، والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة.

وقد جاء بحكم الهيئة العامة سالف الذكر ما يأتي :

"وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة على النحو السالف بيانه - نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية، فى مواجهة صاحب الحق، متى كان هذا الأخير قد أسهم بخطئه - سلبا أو إيجابا - فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز. والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، وحجب نفسه عن تمحيص دفاع

الطاعين أنفة الذكر للتحقق من مدى توافر شروط الوضع الظاهر، وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب مما يستوجب نقضه لهذا السبب، دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن⁽¹⁾.

320- حكم بيع ملك الغير بين المتعاقدين :

بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري⁽²⁾، والبطلان هنا خاص أنشأه نص المادة (466).

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"نص المشروع صراحة (م632 فقرة أولى) على أن بطلان بيع ملك الغير بطلان تقرر لمصلحة المشتري دون غيره. والبطلان هنا خاص أنشأه النص... إلخ."⁽³⁾. وبالبناء على ذلك فإن المبيع ينعقد وينتج جميع آثاره فيما عدا نقل الملكية، ويظل هكذا إلى أن يقضى بإبطاله.

وعلى ذلك يلتزم البائع بمقتضى هذا العقد بتسليم المبيع إلى المشتري، وبضمان الانتفاع به انتفاعاً هادئاً كاملاً. ويلتزم المشتري بدفع الثمن ونفقات العقد وبتسليم المبيع. وإذا طالب المشتري البائع بتسليم المبيع كان ذلك منه إجازة للعقد⁽⁴⁾.

ويترتب على التزام بائع ملك الغير بالضمان أنه لايجوز له أن يتعرض للمشتري فى انتفاعه بالعين المبيعة، ولا أن يستردها منه بحجة التزامه بردها إلى

(1) راجع تفصيلات أخرى وقضاء محكمة النقض السابق واللاحق لحكم الهيئة العامة المجلد السابع (عقد الهبة - عقد الصلح - عقد الوكالة ص 868 وما بعدها).

(2) المستشار أنور العمروسى ص 167.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 193.

(1) سليمان مرقس ص 504- أنور سلطان ص 389 - محمد لبيب شنب ص 64.

مالكها، أو بحجة استحقاقه إياها بعد البيع من طريق الإرث أو الوصية أو غيرهما لأن من التزم بالضمان لا يجوز منه التعرض⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا دفع بأن الشفيع لا يملك العين التي يشفع بها لأن العقد الذي يستند إليه في تملكها لم يصدر من مالكها بل من وكيل عنه كان قد عزله بكتاب مسجل سابق على تاريخ البيع المدعى، وقضت المحكمة للشفيع بالشفعة بناء على أنه مالك فلا تثريب عليها في ذلك. إذ حتى لو صح أن العقد كان صادرا من وكيل معزول فإن بطلانه لا يكون إلا نسبيا، ولهذا فالعيب الذي يشوبه لا يمنع انتقال الملك حتى يتقدم من شرع البطلان لمصلحته ويطلب إبطاله، والمشفوع منه لا شأن له بهذا البطلان".

(طعن رقم 119 لسنة 13 ق جلسة 1944/6/8)

2- "بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد. وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه، فإن عقد البيع يبقى قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ويعد هذا منه إجازة للعقد".

(طعن رقم 243 لسنة 28 ق جلسة 1963/3/14)

3- "عقد بيع ملك الغير - إلى أن ينقرر بطلانه بناء على طلب المشتري، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يبقى قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ ما يترتب على العقد بمجرد انعقاده وقبل تسجيله من حقوق والتزامات شخصية، وتنتقل هذه الحقوق وتلك الالتزامات من كل من الطرفين إلى وارثه، فيلتزم وارث البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري أو إلى وارثه، كما يلتزم بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته

فيه... وهذا البيع ينقلب صحيحا فى حق - المشتري - بأيلولة ملكية المبيع إلى - البائع أو ورثته - بعد صدور العقد عملا بنص الفقرة الثانية من المادة 467 من القانون المدنى".

(طعن رقم 1618 لسنة 50 ق جلسة 1985/12/25)

4- "من المقرر تطبيقا لنص المادتين 466، 467 من القانون المدنى أن بيع ملك الغير غير نافذ فى حق المالك الحقيقى الذى لم يجزه وأن بطلانه مقرر لمصلحة المشتري وحده فلا يكون لغيره أن يطلب إبطاله وطالما لم يطلب البطلان صاحب الحق فيه فإن عقد البيع يبقى قائما منتجا لآثاره بين طرفيه بل ينقلب العقد صحيحا فى حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ومن ثم فإن من مقتضى تمسك المشتري بقيام العقد فى بيع ملك الغير يظل العقد صحيحا منتجا لآثاره القانونية بين المتعاقدين ومن بينها التزام البائع بضمان عدم التعرض وهو التزام أبدي لا يسقط عنه فلا يقبل من هذا البائع إذا ما تملك البيع بطريق الارث بعد إبرام العقد أن يطلب فى مواجهة المشتري ثبوت هذه الملكية وتسليمه المبيع لما فى ذلك من مناقضة وإخلال بالتزامه بالضمان".

(طعن رقم 1920 لسنة 55 ق جلسة 1988/6/16)(1)

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "لا يستطيع شخص أن ينقل إلى غيره حقا لم يؤل إليه. وإذن فمتى قضى نهائيا برفض دعوى صحة ونفاذ عقد بيع ألبان لبطلانه، وكان المشتري بالعقد المذكور قد تصرف بالبائع إلى مشتر ثان فإن الحكم إذ قضى برفض دعوى صحة ونفاذ العقد الثانى لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 96 لسنة 21 ق جلسة 1954/11/11)

= 2- "البائع لا يمثل المشتري منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع. ومن ثم فلا يمكن أن يحاج المشتري بحكم صادر ضد البائع بأنه غير مالك للعين المباعة فى دعوى لم يختصم فيها هذا المشتري متى كان قد سجل عقد شرائه قبل صدور ذلك الحكم".

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

1- "وعلى خلاف ذلك بيع ملك الغير، إذ يعتبر هذا العقد قابلاً للإبطال لمصلحة متعاقد بذاته، هو من ابتاع العين من غير مالكة، ولعلة بذاتها مرجعها منفاة هذا البيع للأصل فيه، باعتباره عقداً ناقلاً للملكية. بما مؤداه أن بطلان بيع ملك الغير لا يقع بقوة القانون، بل يعتبر هذا البيع - وإلى أن يحكم ببطلانه - مكتملاً وجوداً من الناحية القانونية، شأن بيع ملك الغير في ذلك شأن كل عقد تكاملت أركانه مستوفية لشروطها - ولو حمل سبباً لبطلانه - ليكون بيع ملك الغير بذلك - وإلى أن يبطل - منتجاً لكل آثار البيع، عدا تلك التي يحول دون قيامها عدم ملكية البائع للمبيع".

(القضية رقم 4 لسنة 15 قضائية "تنازع" جلسة 1994/12/3)

2- "جاوز المشرع في بيع ملك الغير جانباً من القواعد العامة التي اختص بها العقد القابل للإبطال، وذلك من جهتين على الأخص: أولاًهما: أن القانون المدني وإن خول من ابتاع العين من غير مالكة، الحق في إجازة عقد بيعها، باعتبار أن البطلان تقرر أصلاً لمصلحته، إلا أن هذا القانون أجاز كذلك أن تصدر الإجازة من مالكة الحقيقي، مع أنه لا يملك التمسك بالبطلان. كما يزول هذا البطلان، وينقلب العقد صحيحاً في حق من قام بشراء العين، إذا آل المبيع إلى البائع بعد صدور العقد، إذ لم يعد للبطلان في هاتين الصورتين من محل، بعد أن زال العائق الذي كان يحول دون انتقال الملكية. ثانيتهما: أن العقد القابل للإبطال لا يفترض انعدام الإرادة أو فقدان التمييز، بل يجوز وفقاً للقواعد العامة بإبطال العقد لنقص في أهلية المتعاقد، أو لأن عيباً داخل رضائه كغلط أو إكراه أو تدليس أو استغلال. بيد أن هذين العارضين لا شأن لهما بإبطال بيع ملك الغير، بل يقوم الحق في هذا الإبطال - ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أم

لم يسجل - مستقلاً تماماً عنهما. ذلك أن ما يتغياه المشرع بتقرير هذا الحق، هو أن يمكن من قام بشراء العين من اتقاء دعوى الاستحقاق التى قد يقيمها عليه مالكةا الحقيقى ومن التخلص من الالتزامات التى يربتها عقد البيع القائم فى ذمته، وأن يرد عنه أيضاً غير ذلك من الأضرار، كالرجوع على البائع بما يكون قد أداه من الثمن مع التعويض، ولو كان البائع حسن النية".

(القضية رقم 4 لسنة 15 قضائية "تنازع" جلسة 1994/12/3)

321- جواز الأخذ بالشفعة فى بيع ملك الغير :

نظراً لأن بطلان بيع ملك الغير مقرر لصالح المشتري - كما ذكرنا سلفاً - فإذا لم يقض ببطلان هذا البيع فإنه يظل قائماً وتثبت فيه الشفعة ثبوتها فى كل بيع تم مستوفياً لأركانه ولو حمل سبباً لبطلانه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"بطلان بيع ملك الغير مقرر لصالح المشتري فيما لم يستعمله بالفعل بقى عقد البيع قائماً منتجاً لآثاره تثبت فيه الشفعة ثبوتها فى كل بيع تم مستوفياً لأركانه ولو حمل سبباً لبطلانه ويحل فيه الشفيع محل المشفوع منه فى جميع حقوقه والتزاماته لا يملك تعديله أو تبغيض محله، ولو تبين أن المبيع كله أو بعضه مملوك للغير مما محله الرجوع على البائع لا تفريق الصفقة. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بالأحقية فى الشفعة مقصورة على بعض المبيع، وحمل قضاءه على ما أنبأ به من أن البائعة لا تملك مما بيع غير مساحة... وأن البيع فيما خلا ذلك قد وقع على ما يملكه الغير مما هو غير جائز إلا بإجازته، ولم يجزه. فلا تجوز الشفعة فيه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 961 لسنة 47 ق جلسة 1979/1/10)

322- هل يجوز للمشتري طلب الإبطال إذا كان سئ النية ؟

يذهب جمهور الشراح إلى أنه يجوز للمشتري طلب إبطال عقد بيع ملك الغير، سواء كان حسن النية يجهل أن المبيع مملوك للغير، أم سئ النية يعلم أن البائع يتصرف فيما لا يملك، وأن هذا الحكم مستفاد من المادة 468 مدنى التى تحرم المشتري سئ النية الحق فى طلب التعويض فقط وتفترض أن العقد قد أبطل رغم أن البائع حسن النية وتخول للمشتري الحق فى التعويض حتى فى هذه الحالة⁽¹⁾.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى، إذ قضت بأن :

"إذا كان المشتري على علم وقت البيع بأن البائع لا يملك المبيع كان له أن يطالب بإبطال البيع ويسترد الثمن تبعاً لذلك ولكن لا يكون له الحق فى أى تعويض".

(طعن رقم 193 لسنة 34 ق جلسة 1967/8/15)

323- تملك المشتري المبيع بالحيازة :

يذهب فريق من الشراح إلى أنه ليس للمشتري طلب إبطال البيع إذا تملك المبيع بوضع اليد، سواء كان ذلك بمضى خمس عشرة سنة إذا كان سئ النية، أو بمضى خمس سنين إذا كان حسن النية، أو بمجرد الحيازة إذا كان المبيع من المنقولات، لأنه تمتع بجميع مزايا الملكية من وقت الشراء، فضلاً عن أنه فى بعض الحالات استند على العقد فى التملك بوضع اليد⁽²⁾.

بينما يذهب الرأى الراجح إلى أن تملك المشتري المبيع بوضع اليد لا يحرمه من طلب إبطال البيع، لأن التقادم لاينتج أثره إلا إذا تمسك المشتري به ولا شئ

(1) محمد كامل مرسى ص 443- إسماعيل غانم ص 24 وما بعدها - أنور سلطان ص

389- منصور مصطفى منصور ص 247- محمد شكرى سرور ص 414 وما بعدها.

(2) عبد الودود يحيى ص 180.

يجبره على ذلك⁽¹⁾ ويعتبر طلب الإبطال تنازلاً ضمناً عن الحق المكتسب بالحياة لأن الحكم بإبطال العقد يترتب عيه زوال السبب الصحيح وبالتالي تخلف شرط من شروط التملك بالحياة فأقدام المشتري على طلب الإبطال يعنى أنه يرغب فى النزول عن حقه الذى كسبه بالحياة⁽²⁾.

324- انتفاء مصلحة المشتري فى إبطال العقد إذا حكم للبائع ضد البائع له بصحة ونفاذ العقد الصادر له :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض، إذ ذهبت إلى أن :

"إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن البائع وإن كانت ملكية المبيع لم تنتقل إليه إلا أنه كان قد أقام ضد البائع له الدعوى رقم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه وقضى فيها بإلحاق عقد الصلح المبرم بين الطاعن والبائع له بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله فى قوة السند التنفيذى فإن انتقال الملكية إليه قد بات ممكناً وذلك حسب ما فى إثبات زوال المانع من تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المطعون ضدها وبالتالي لم تعد لهما مصلحة فى التمسك بإبطال عقد البيع الصادر إليهما من الطاعن لمنافاة ذلك لما يوجب به حسن النية فى المعاملات ولتعارضه مع مبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق".

(طعن رقم 3552 لسنة 58 ق جلسة 18/4/1996)

325- هل يجوز للبائع طلب إبطال العقد ؟

لم يعط المشرع البائع حق طلب إبطال العقد.
ولما كانت المادة 138 مدنى تنص على أنه: "إذا جعل القانون لأحد

(1) محمد لبيب شنب ص 68 - منصور مصطفى منصور ص 251 - أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص 173.

(2) منصور مصطفى منصور ص 251 - المستشار أنور العمروسى ص 168.

المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق"، ومن ثم لا يكون للبائع أن يطالب بالإبطال لمجرد أن المبيع غير مملوك له. وعلى هذا إذا كان البائع يعلم وقت العقد أنه يبيع ملك غيره. فلا شك أنه لا يستطيع أن يطلب الإبطال.

ولكن إذا كان البائع يعتقد أنه يبيع ملكه فيذهب البعض إلى أن البائع لا يجوز له في أية حالة أن يطلب الإبطال⁽¹⁾.

بينما يذهب البعض الآخر - بحق - إلى أن مقتضى القواعد العامة في الغلط، أن يكون للبائع حق طلب الإبطال إذا كان حسن النية يعتقد أنه يبيع ما يملك وتوافرت شروط المادة 120 مدني، بأن كان هذا الغلط جوهريا أي كان هو الدافع إلى التعاقد بحيث لولاه لما أقدم البائع على إبرام العقد، وكان المشتري واقعا في نفس الغلط بأن كان يعتقد أن المبيع مملوك للبائع أو كان عالما بأن البائع قد وقع في الغلط أو كان في استطاعته أن يعلم بذلك⁽²⁾.

326- طلب الإبطال :

للمشتري التمسك بإبطال عقد البيع إما عن طريق الدعوى، وإما عن طريق الدفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه بالثمن.

وللمشتري أن يتمسك بإبطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي وإذا رفع المشتري دعوى الإبطال فقد ثبت حقه في إبطال البيع. ويتحتم على القاضي أن يحكم له بذلك، حتى لو أقر المالك الحقيقي البيع أو أصبح البائع مالكا قبل صدور الحكم، مادام المشتري قد رفع دعوى الإبطال قبل إقرار المالك الحقيقي أو قبل صيرورة البائع مالكا. ذلك أن القاضي إنما يرجع في حكمه إلى وقت رفع

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 583 وما بعدها - سليمان مرقس ص 508.

(2) السنهوري ص 290 - إسماعيل غانم ص 25- منصور مصطفى منصور ص 248-

محمد لبيب شنب ص 65- محمد شكرى سرور ص 451 وما بعدها.

الدعوى، وفي هذا الوقت كان البيع قابلاً للإبطال ولم يكن المالك الحقيقي قد أقره أو أصبح البائع مالكا للمبيع⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن شراء ملك الغير لا يعد بمجرد خطأ يستوجب التعويض عنه .

إذ ذهب إلى أن :

"لما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى خطأ الطاعنين الأول والثاني بما أورده بمدوناته (فإذا كان ما تقدم وقام المستأنف عليه الأول - الطاعن الأول - بمخالفة شروط ترخيص بناء هذه الأرض حال كون المستأنفة - المطعون ضدها - آنذاك تعمل بالخارج بالمملكة السعودية مما دعا قلم التنظيم بحى أول طنطا إلى تحرير محضر بتلك المخالفة برقم..... قضى فيها بحبس كل منهما ثلاثة أشهر مع الشغل، وحين استأنفت هذه القضاء قضى ببراءتها مما أسند إليها، ثم قام بعد ذلك باغتصاب كامل العقار وتصرف فيه بالبيع لشقيقه المستأنف عليه الثاني - الطاعن الثاني - فحرر له عقداً بذلك مؤرخا 1995/4/1 فاستحصل الأخير بشأنه على حكم بصحة توقيع المستأنف عليه الأول - الطاعن الأول - كبائع بالدعوى رقم لسنة كلى مدنى طنطا حيث مثل بجلسة 1995/4/30 وأقر قضائيا بصحة توقيعيه على عقد بيعه لكامل العقار لشقيقه المستأنف عليه الثاني - الطاعن الثاني - فباع بذلك ملك غيره على خلاف الواقع، ثم تمادى فى مسلسل اغتصابه لحق المستأنفة - المطعون ضدها - ومنعها من الانتفاع بملكها مما دعاها إلى تحرير محضر بتلك الواقعة تحت رقم..... لسنة إدارى قسم أول طنطا وقد صدر قرار النيابة بتمكينها من الانتفاع وحيازة العقار فكان ذلك مجتمعا من المستأنف عليه الأول والثاني - الطاعنين - خطأ يوجب مسئوليتيهما

عما ينشأ عنه من أضرار أصابت المستأنفة.....) وإذ كانت هذه الأفعال التي ساقها الحكم المطعون فيه بمدوناته على النحو سالف البيان تمثل بحق خطأ في جانب الطاعن الأول إلا إنها لا تعد كذلك بالنسبة للطاعن الثاني، ولا ينال من ذلك قيام الأخير بشراء نصيب المطعون ضدها في عقار النزاع من شقيقه الطاعن الأول، ذلك أن شراء ملك الغير لا يعد بمجرد خطأ يستوجب التعويض عنه".

(طعن رقم 1529 لسنة 70 ق جلسة 2004/1/27)

327- إجازة المشتري للعقد :

لما كان حق الإبطال مقرر لمصلحة المشتري فإنه يكون له من ثم أن يتنازل عنه، أى أن يجيز العقد.

وهذه الإجازة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية. إلا أنه يشترط أن يكون المشتري عالماً وقت إجازته للعقد بما يشوبه من عيب، أى أن يكون عالماً بأن المبيع مملوك للغير⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لئن كان صحيحاً أن تسجيل عقد البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري إلا إذا كان البائع مالكا لما باعه إلا أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري وحده ولا يسرى في حق المالك الحقيقي ولهذا المالك أن يقر البيع في أى وقت فيسرى عندئذ في حقه وينقلب صحيحاً في حق المشتري. كما ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد. فإذا كان الطاعنون - ورثة المشتري في عقد بيع ملك الغير - قد طلبوا ثبوت ملكيتهم استناداً إلى هذا العقد المسجل فإنهم يكونون بذلك قد أجازوا العقد ولا يكون بعد لغير المالك الحقيقي أن يعترض على هذا البيع ويطلب عدم سريانه في حقه. ومن

(1) محمد شكرى سرور ص 417.

ثم فلا يكفي لعدم إجابة الطاعنين إلى طلبهم أن يثبت المدعى عليهم المنازعون لهم أن البائع لمورث الطاعنين غير مالك لما باعه بل يجب أن يثبتوا أيضا أنهم هم أو البائع لهم الملاك لهذا المبيع إذ لو كان المالك سواهم لما قبلت منهم هذه المنازعة".

(طعن رقم 189 لسنة 33 ق جلسة 1968/4/18)

ومن أمثلة الإجازة الضمنية قيام المشتري بتنفيذ العقد بمحض إرادته بعد علمه بسبب الإبطال، كأن يقوم بدفع الثمن واستلام المبيع بعد تثبته من أن المبيع مملوك للغير⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"بطلان بيع ملك الغير - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مقرر لمصلحة المشتري، وله دون غيره أن يطلب إبطال العقد. كما له أن يجيزه، وإذا طالب البائع بتنفيذ التزاماته يعد هذا إجازة منه للعقد، ولما كان الطاعن رغم علمه بعدم ملكية المطعون عليهم مورثهم من قبلهم لقطعة الأرض الثانية طلب رفض دعوى فسخ العقد بالنسبة لهذه الأرض فيكون قد أجاز العقد ويحق مطالبته بتنفيذ التزاماته الناشئة عنه".

(طعن رقم 1972 لسنة 49 ق جلسة 1983/4/20)

328- أثر إجازة المشتري للعقد :

إجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للإبطال، وتقلبه صحيحا فيما بين المتعاقدين، فيكون البائع ملزما بنقل ملكية المبيع وتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وبغير ذلك من التزامات البائع، ويكون المشتري ملتزما بدفع الثمن والمصروفات ويتسلم المبيع.

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص 175 وما بعدها.

ولما كان البائع لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع لأنه لا يملكه، فإنه المشتري يجوز له في هذه الحالة المطالبة بفسخ البيع، ويجوز له أيضا إذا تعرض له المالك الحقيقي أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

الفقرة الأولى من المادة 466 من القانون المدني تنص على أن "إذا باع شخص شيئا معنا بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع...." وتنص الفقرة الأولى من المادة 140 من القانون ذاته على أن "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات"، مما مؤداه أن للمشتري - وخلفه العام من بعده - طلب إبطال عقد البيع إذا تبين أن البائع له لا يملك المبيع وتسقط الدعوى بهذا الطلب بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المشتري أو خلفه بأن البائع لا يمتلك المبيع".

(طعن رقم 2383 لسنة 67 ق جلسة 1999/6/8)

329- سقوط دعوى الإبطال بالتقادم :

تسقط دعوى الإبطال بالتقادم تطبيقا للقواعد العامة. أما مدة التقادم، فيمكن استخلاصها بطريق القياس على المادة 140 الخاصة بحالات البطلان النسبي بسبب نقص الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة، فيسقط حق المشتري في طلب الإبطال بإحدى مدتين أيهما أقصر، إما بخمس عشرة سنة من وقت التعاقد، وإما بثلاث سنوات من الوقت الذي يعلم فيه المشتري أن المبيع غير مملوك للبائع⁽¹⁾.

(1) السنهوري ص 289 وما بعدها - إسماعيل غانم ص 26- عبد المنعم البدرأوى ص 581 - منصور مصطفى منصور ص 249 وما بعدها- وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص 444، سليمان مرقس ص 507 وما بعدها فيريان أن مدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد فيقول الدكتور سليمان مرقس "ولأن المادة 466 لم تتضمن حكما للتقادم

330- حق المشتري فى فسخ البيع :

إذا سقط حق المشتري فى البطلان، أمكنه مع ذلك طلب الفسخ وفقا للقواعد العامة. وأساس الفسخ هنا هو عدم تنفيذ البائع التزامه، وكان له أيضا الرجوع بالضمان إذا تحقق سببه.

وقد أشارت مذكرة المشروع التمهيدى إلى أن بطلان بيع ملك الغير لا يستبعد الفسخ ولا الضمان.

فقد جاء بها :

"وتلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق، فإن الاستحقاق، إذا كان كلياً، كان هذا هو بيع ملك الغير، إذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لأجنبى. ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملية لأحكام بيع ملك الغير. ويترتب على ذلك أن المشتري، فى بيع ملك الغير، يكون بالخيار، إذا استحق المبيع فى يده، بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق.

ويلاحظ أنه إذا اختار الفسخ فليس له أن يطالب البائع حسن النية بتعويض يستطيع أن يطالبه به لو اختار إبطال العقد"⁽¹⁾.

خاصا بهذا الحق فتسرى عليه الأحكام العامة. غير أن المادة 140 التى حددت مدة تقادم دعوى الإبطال بثلاث سنوات قد عينت فى كل حالة من حالات الإبطال مبدأ هذه المدة وهو تاريخ كشف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه أو زوال نقص الأهلية، ولم تحدد مبدأ لمدة تقادم دعوى إبطال ملك الغير، فيتعين القول بأن هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد، وبأن الحق فى رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمضى ثلاث سنوات. لأن المشرع لم يأخذ بهذه المدة الأخيرة إلا فى الحالات التى حدد فيها مبدأ لهذه المدة تاليا لوقت إبرام العقد، أما حيث تبدأ المدة من وقت العقد، فإن التقادم لا يتم إلا بخمس عشرة سنة.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 194.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لئن أجازت المادة 446 من القانون المدني للمشتري في حالة بيع ملك الغير أن يطلب إبطال هذا البيع إلا أنها لم تمنعه من المطالبة بفسخ العقد على أساس أن البائع قد أخل بالتزامه بنقل الملكية".

(طعن رقم 256 لسنة 43 ق جلسة 1977/1/11)

331- حكم انتقال ملكية المبيع للكفيل المتضامن :

أوضحت ذلك محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ 1995/1/29 في الطعن رقم 5083 لسنة 63 ق إذ ذهبت فيه إلى أن:

1- "الكفيل المتضامن يعتبر في حكم المدين المتضامن من حيث مطالبة الدائن له منفردا دون التزام بالرجوع أولا على المدين أو حتى مجرد اختصاصه في دعواه بمطالبة الكفيل".

2- "إذا ضمن الكفيل للمشتري نقل ملكية العين التي اشتراها ثم تملك الضامن هذه العين بعقد صادر له من بائعها فإنه يكون للمشتري بمقتضى هذا الضمان أن يطالب الضامن بهذه العين بعد أن آلت إليه ملكيتها لأنه متى صحت الكفالة لا تبرأ ذمة الكفيل المتضامن من التزامه نحو الدائن إلا بانقضاء هذا الالتزام بإحدى وسائل الانقضاء التي حددها القانون ومن ثم لا يقبل من الكفيل أن يواجه الدائن بما ينطوي على إنكار حقه في اقتضاء الوفاء منه بحجة أنه أصبح شخصا المالك للشئ محل الالتزام دون المدين الأصلي سواء كان هذا الإنكار صريحا في صورة دفع لدعوى الدائن التي يطالبه فيها بالوفاء أو ضمنا في صورة دعوى يرفعها هذا الكفيل ضد الدائن بثبوت ملكيته لهذا الشئ بما يعنى معارضة حق الدائن، إذ أن من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض ومن يضمن نقل الملكية لغيره لايجوز له أن يدعيها لنفسه".

332- عدم سريان عقد بيع ملك الغير فى حق المالك ولو أجازته المشتري

:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه: "وفى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المباعة ولو أجاز المشتري العقد".

فالمالك الحقيقى يعتبر من الغير بالنسبة لبيع ملكه، فهو أجنبى عن هذا العقد، ومن ثم لا ينصرف إليه أثر ذلك العقد ولا يسرى البيع فى حقه، سواء أجاز المشتري العقد فزال ما كان يتعرض له من البطالان أو حكم بإبطال هذا البيع أو لم يحكم به، وسواء أكان حق المشتري فى إبطال العقد قد سقط، أو كان الحق لا يزال قائما. فالبيع الصادر من غير مالك لا يكفى لنقل الملكية لأن فاقده الشئ لا يعطيه فيبقى حق المالك فى المبيع قائما.

ومن ثم يكون للمالك التصرف فى الشئ المبيع بكل أنواع التصرفات القانونية والمادية التى يخولها له حق الملكية.

وإذا كان المشتري قد تسلم المبيع، كان له أن يسترده بدعى الاستحقاق⁽¹⁾. وله أيضا أن يطالبه بالتعويض إذا كان سئ النية، أما إذا كان حسن النية، فلا يرجع عليه بتعويض، بل لا يرجع عليه بالثمار لأن المشتري وهو حسن النية يملك الثمار بالحيازة. ويرجع المشتري من جانبه على البائع بضمان الاستحقاق أو دعوى الفسخ أو بدعى الإبطال كما ذكرنا سلفا.

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

"البين من الأوراق، أن المدعية لم تعد على الإطلاق إلى إبطال عقد البيع الابتدائى الصادر لصالحها فى شأن فندق سيسل - رغم علمها بأن مالكها من الغير - وكان موقفها هذا حتى وإن دل على اتجاه إرادتها إلى تنفيذه، وانصرافها

(1) محمد لبيب شنب ص 70 وما بعدها - أنور سلطان ص 393 وما بعدها.

إلى إجازة أحكامه لضمان استقرار وجوده قانونا فيما بين المتعاقدين، إلا أن قضاء المحكمة الاستئنافية عدم سريان هذا العقد ذاته في حق مالكها، لا يعدو أن يكون إعمالا من جانبها للفقرة الثانية من المادة 466 من القانون المدني، وتسليما من جهتها بأن هذا العقد - حتى ولو كان قد أجز في شأن عين النزاع ممن تقرر البطلان لمصلحته - إلا أن ذلك العقد يظل قاصرا عن أن ينقل ملكيتها إلى مشتريها بعد أن بذل من أجلها الثمن. ولا يجوز بالتالي أن يضار مالكها بهذا العقد من خلال الاحتجاج بآثاره في مواجهته، إذ هو أجنبي عنه، ولأن إجازة المشتري للعقد القابل للإبطال، لا تعنى أكثر من استبقاء هذا العقد بالعناصر التي اشتمل عليها دون تعديل لمضمونها، ومن بينها - في واقعة النزاع الموضوعي - أن محل البيع ليس مملوكا للبائع، ولا يتصور أن تنتقل ملكيته إلى من سعى إلى كسبها، إلا بإقرار صاحبها لهذا العقد. وتلك قاعدة لا استثناء منها، ولا قيد عليها من أحكام القانون المدني. ذلك أن هذا الإقرار لا يعدو أن يكون تصرفا قانونيا متضمنا إسقاطا لحق. وهو يصدر عن المقر، باعتباره من الغير في خصوص ذلك العقد، ليزول بصدوره ما كان يحول دون انتقال الملكية برضاه. بما مؤداه أن الإقرار أبعد من الإجازة أثرا، ذلك أن بيع ملك الغير ينقلب بذلك الإقرار - وعلى ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 467 من القانون المدني - صحيحا في حق من قام بشراء العين، ونافذا كذلك في حق مالكها، على خلاف الإجازة التي يقتصر أثرها على مجرد تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين".

(القضية رقم 4 لسنة 15 قضائية "تنازع" جلسة 1994/12/3)

333- الدعوى التي يرفعها المالك الحقيقي :

يجوز للمالك الحقيقي أن يرفع دعوى بعدم نفاذ بيع ملكه من الغير في حقه إذا كان البيع قد سجل، كما أنه يكفي إذا كان البيع لم يسجل أن يطلب طرد المشتري من غيره لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ في مواجهته.

وإذ أقام المالك الحقيقي دعواه بطلب بإبطال العقد، فإنه يجب على المحكمة أن تسبغ عليها التكييف القانوني الصحيح، فتكييفها على أنها دعوى عدم نفاذ البيع فى حقه.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "تنص المادة 466 من القانون المدنى فى فقرتها الأولى على أنه "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال العقد"، كما تقضى الفقرة الثانية بعدم سريان هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة، وإذا كان الطاعن قد أقام دعواه أمام محكمة أول درجة طالبا الحكم بإبطال عقد البيع الصادر من المطعون عليه الأول إلى المطعون عليهما الثانى والثالث استناداً إلى أن الأطيان المبيعة ملك الطاعن دون البائع وتمسك الطاعن فى صحيفة دعواه بنص المادة المذكورة بفقرتيها، فإن التكييف القانونى السليم للدعوى هو أنها أقيمت بطلب الحكم بعدم سريان العقد محل النزاع فى حق الطاعن، وإذا كيف الحكم المطعون فيه الدعوى بأنها دعوى إبطال عقد البيع وذهب إلى أن طلب عدم سريان البيع بالنسبة للطاعن هو طلب جديد لا يقبل فى الاستئناف لعدم تقديمه إلى محكمة الدرجة الأولى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 120 لسنة 39 ق جلسة 1977/11/10)

2- "أنه وإن كان لا يجوز طلب إبطال بيع ملك الغير إلا للمشتري دون البائع له إلا أن المالك الحقيقي يكفيه أن يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف فى حقه أصلاً إذا كان العقد قد سجل أما إذا كانت الملكية مازالت باقية للمالك الحقيقي لعدم تسجيل عقد البيع فإنه يكفيه أن يطلب طرد المشتري من غيره لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ فى مواجهته وأن يطلب الرىع عن المدة التى وضع المشتري فيها يده على ملك غير البائع له إذ كان ذلك، وكان هذا هو عين ما طلبه الطاعنون فى الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض طلباتهم على أساس أنه

كان يتعين عليهم أن يطلبوا الحكم باسترداد العقار أولاً دون أن يتصدى لبحث عناصر دعواهم وما إذا كانت ملكيتهم للقدر المطالب بطرد المطعون ضده منه وبريعة ثابتة من عدمه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور في التسبب".

(طعن رقم 98 لسنة 46 ق جلسة 1979/1/24)

3- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للمالك الحقيقي أن يطلب طرد المشتري من ملكه، لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ في مواجهته كما أن له أن يطلب ربع ملكه من هذا المشتري عن المدة التي وضع يده فيها عليه".

(طعن رقم 2031 لسنة 50 ق جلسة 1984/5/31)

وإذا كسب المشتري الملكية على هذا الأساس، كان للمالك الأصلي أن يرجع على البائع بدعوى المسؤولية التقصيرية إذا كان البائع سئ النية، أو بدعوى الإثراء بلا سبب إن كان البائع حسن النية، فهو قد أثرى بمقدار الثمن الذي دفعه المشتري، أما المالك فقد افقر بقدر قيمة الشئ المبيع، فيلزم البائع حسن النية بأقل القيمتين طبقاً لقواعد الإثراء على حساب الغير.

334- لا يحاج المشتري الذي سجل عقده بالحكم الصادر ضد البائع

باعتباره غير مالك للعين :

البائع لا يمثل المشتري منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع، وبالتالي فإن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشتري الذي سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم، طالما لم يكن خصماً في الدعوى.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "البائع لا يمثل المشتري منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع. ومن ثم فلا يمكن أن يحاج المشتري بحكم صادر ضد البائع بأنه غير مالك للعين المباعة في دعوى لم يختصم فيها هذا المشتري متى كان قد سجل عقد شرائه قبل صدور ذلك الحكم".

(طعن رقم 250 لسنة 22 ق جلسة 1956/2/23)

2- "لا يمثل البائع المشتري منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع ومن ثم فالحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك للعين المباعة لا يعتبر حجة على المشتري الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى".

(طعن رقم 330 لسنة 30 ق جلسة 1965/10/28)

335- عدم نفاذ البيع فى حق المالك لا يتعلق بالنظام العام :

إذا لم يقر المالك الحقيقى البيع الصادر من غيره، فإن هذا البيع لا يسرى فى حقه، وعدم النفاذ هذا مقرر لمصلحة المالك ولا يجوز لغيره التمسك به لأنه أمر غير متعلق بالنظام العام.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة 366 والفقرة الأولى من المادة 467 من القانون المدنى يدل على أن بيع ملك الغير تصرف قابل للإبطال لمصلحة المشتري، وإجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للإبطال وتجعله صحيحا فيما بين العاقدين، أما بالنسبة للمالك الحقيقى فيجوز له إقرار هذا البيع صراحة أو ضمنا، فإذا لم يقره كان التصرف غير نافذ فى حقه مما مفاده أن بطلان التصرف أو عدم نفاذه هو أمر غير متعلق بالنظام العام بل هو مقرر لمصلحة صاحب الشأن فيه ولا يجوز لغيره التمسك به".

(طعن رقم 245 لسنة 55 ق جلسة 1990/7/25)

336- اعتبار بيع ملك الغير سببا صحيحا لكسب الملكية :

رغم أن بيع ملك الغير - كما قدمنا - لا يسرى في حق المالك الحقيقي. إلا أن هذا البيع يعتبر سببا صحيحا لكسب الملكية عن طريق الحيازة. فإذا كان المبيع منقولاً وتسلمه المشتري بحسن نية بناء على العقد الصادر من غير المالك، جاز للمشتري أن يكسب ملكيته من طريق الحيازة، وفقا لقاعدة الحيازة في المنقول سبب الملكية (م 976 مدنى).

وإذا كان المبيع عقارا وتسلمه المشتري بحسن نية، جاز له أن يكسب ملكيته بمضى خمس سنوات، أى من طريق التقادم قصير المدة (م 969 مدنى)⁽¹⁾.
 وذهبت محكمة النقض إلى أن شراء ملك الغير لا يعد بمجرد خطأ يستوجب التعويض عنه - إذ قضت بأن:

"لما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى خطأ الطاعنين الأول والثانى بما أورده بمدوناته (فإذا كان ما تقدم وقام المستأنف عليه الأول - الطاعن الأول - بمخالفة شروط ترخيص بناء هذه الأرض حال كون المستأنفة - المطعون ضدها - آنذاك تعمل بالخارج بالمملكة السعودية مما دعا قلم التنظيم بحى أول طنطا إلى تحرير محضر بتلك المخالفة برقم.... قضى فيها بحبس كل منهما ثلاثة أشهر مع الشغل، وحين استأنفت هذا القضاء قضى ببراءتها مما أسند إليها، ثم قام بعد ذلك باغتصاب كامل العقار وتصرف فيه بالبيع لشقيقه المستأنف عليه الثانى - الطاعن الثانى - فحرر له عقدا بذلك مؤرخا 1995/4/1 فاستحصل الأخير بشأنه على حكم بصحة توقيع المستأنف عليه الأول - الطاعن الأول - كبائع بالدعوى رقم لسنة كلى مدنى طنطا حيث مثل بجلسة 1995/4/30 وأقر قضائيا بصحة توقيعه على عقد بيعه لكامل العقار لشقيقه المستأنف عليه الثانى - الطاعن الثانى - فباع بذلك ملك غيره على خلاف الواقع، ثم تمادى فى

(1) إسماعيل غانم ص 28- سليمان مرقس ص 509.

مسلسل اغتصابه لحق المستأنفة - المطعون ضدها - ومنعها من الانتفاع بملكها مما دعاها إلى تحرير محضر بتلك الواقعة تحت رقم لسنة. إدارى قسم أول طنطا وقد صدر قرار النيابة بتمكينها من الانتفاع وحياسة العقار فكان ذلك مجتمعا من المستأنف عليه الأول والثانى - الطاعنين - خطأ يوجب مسئوليتهما عما ينشأ عنه من أضرار أصابت المستأنفة.....) وإذ كانت هذه الأفعال التى ساقها الحكم المطعون فيه بمدوناته على النحو سالف البيان تمثل بحق خطأ فى جانب الطاعن الأول إلا أنها لا تعد كذلك بالنسبة للطاعن الثانى، ولا ينال من ذلك قيام الأخير بشراء نصيب المطعون ضدها فى عقار النزاع من شقيقه الطاعن الأول، ذلك أن شراء ملك الغير لا يعد بمجرد خطأ يستوجب التعويض عنه".

(طعن رقم 1529 لسنة 70 ق جلسة 2004/1/27)



مادة (467)

1- إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحا فى حق المشتري .

2- وكذلك ينقلب العقد صحيحا فى حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع

إلى البائع بعد صدور العقد.

الشرح

337- إقرار المالك الحقيقي البيع :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه: "إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحا فى حق المشتري".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "تمسك المشتري من غير مالك بأن البائع له استرد ملكية المبيع الذى سبق أن تصرف فيه كما أن المتصرف إليه الأول أجاز له يوجب على المحكمة تحقيق هذا الدفاع إذ البيع الصادر من غير مالك إن كان باطلا فإن بطلانه ليس بطلانا أصليا، بل أن القانون نص على صحته إذا أجاز المالك كما أن عدول المتعاقدين عما تعاقدوا عليه جائز. فإذا تمسك المشتري بأن البائع له وإن كان قد سبق أن تصرف فى القدر المبيع له إلا أنه قد استرد ملكيته بعدوله عن العقد الذى كان قد تصرف به فيه وأن البيع الحاصل له هو قد أجاز له من كان قد حصل له التصرف أولا، فيجب على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع وتفصل فيه بناء على أدلة منتجة لحكمها، فإن هى قضت ببطلان عقده بمقولة إنه صدر من غير مالك دون أن تورد الأدلة على أن القدر المبيع فيه لم يكن بالذات وقت صدوره مملوكا للبائع وكان كل ما قالته لا يدحض ما تمسك به المدعى كان حكمها قاصرا فى بيان الأسباب متعينا نقضه".

(طعن رقم 112 لسنة 13 ق جلسة 1944/6/8)

2- "إذ كان يبين من مدونات الحكم الابتدائي أن الطاعن تمسك فى دفاعه بإجازة المالك الأصلي للتصرف الصادر من المرحومة... ببيع المنزل المملوك له إلى الطاعن وقدم الأوراق التى استند إليها فى حصول تلك الإجازة فى تاريخ لاحق

للورقة المنسوبة لها والتي تقر فيها بصورية البيع الصادر لها من المالك الأصلي، وكان مقتضى الأثر الناقل للاستئناف أنه يتعين على محكمة الاستئناف أن تفصل في كافة الأوجه التي يكون المستأنف عليه قد تمسك بها أمام محكمة أول درجة متى كان الحكم المستأنف قد انتهى إلى القضاء له بطلباته كلها وكان لم يثبت تخليه عن هذه الأوجه، فإن محكمة الاستئناف وقد رأت إلغاء الحكم الابتدائي الذي قضى لمصلحة الطاعن بصحة التعاقد موضوع النزاع، كان لزاما عليها الفصل في دفاعه المشار إليه والذي لم يتعرض الحكم الابتدائي لمبحثه مادام لم يقدم المطعون عليهم ما يفيد تنازل الطاعن عنه صراحة أو ضمنا ولا يبين ذلك من مدونات الحكم المطعون فيه، وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه لم يشر إلى هذا الدفاع ولم يرد عليه، وكان هذا الدفاع جوهريا قد يتغير بتحقيقه وجه الرأي في الدعوى، فإن الحكم يكون معيبا بالقصور في التسييب".

(طعن رقم 447 لسنة 45 ق جلسة 1978/12/14)

3- "المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن النص في الفقرة الأولى من المادة 467 من القانون المدني يدل على أن بيع ملك الغير تصرف قابل للإبطال لمصلحة المشتري، فإذا أقره المالك صراحة أو ضمنا انقلب صحيحا، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة الثانية المالكة للسيارة موضوع النزاع قد أفصحت في صحيفة استئنافها بأنها تقر بصحة التصرف وأن المتصرفين مالكان للسيارة محل العقد وهو ما يعد إقرارا منها بالبيع الصادر منها إلى المطعون ضده الأخير فينقلب صحيحا في حق الأخير وإذ التفت الحكم المطعون فيه عن دلالة هذا الإقرار، ولم يعمل أثره على العقد فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 5257 لسنة 62 ق جلسة 1993/12/28)

ويترتب على إقرار المالك المبيع ما يأتي :

1- أن يصبح العقد نافذا في حقه من تاريخ صدور هذا الإقرار، لا من تاريخ

العقد.

وتنبئنى على ذلك نتيجتان هامتان :

(الأول): أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا من تاريخ هذا الإقرار أو من تاريخ تسجيله إذا كان المبيع عقارا.

(الثانية): أن انتقال الملكية إلى المشتري بعد الإقرار، لا يضر بالحقوق التي كسبها الغير من المالك قبل صدوره. فإذا كان المالك قد رهن العقار المبيع أو رتب عليه حق ارتفاق قبل أن يقر البيع الصادر من الغير، وكان الدائن المرتهن أو مكتسب الارتفاق قد شهر حقه قبل تسجيل الإقرار، انتقلت الملكية إلى المشتري محملة بالرهن أو الارتفاق.

2- حلول المالك المقر محل البائع من وقت صدور الإقرار في جميع حقوقه والتزاماته في العقد، فتقوم العلاقة بينه وبين المشتري مباشرة، وتبرأ ذمة البائع من الالتزامات الناشئة من البيع. وتقترب هذه الحالة من حالة الفضالة عندما ما يقر رب العمل تصرف الفضولي.

ولهذا يجوز للمالك مطالبة المشتري بالثمن، وإن كان البائع قد قبض منه شيئا كان عليه رده إليه. وللمشتري مطالبة المالك المقر بالتسليم، وله الرجوع عليه بالضمان إذا وقع له تعرض أو استحق المبيع أو كشف به عيبا.

3- سقوط حق المشتري في طلب إبطال البيع، وذلك لأن الإقرار يزيل العقبة التي كانت تمنع من نقل الملكية إلى المشتري، ويلغى في نفس الوقت كل خطر يهدد حقوق المشتري بمقتضى البيع، فلا يكون له أن يتضرر من كون البيع مملوكا للغير⁽¹⁾.

غير أنه يشترط في سقوط حق المشتري في إبطال العقد صدور الإقرار من

(1) السنهوري ص 297 وما بعدها - عبد المنعم البداروي ص 585 وما بعدها - مرقس ص 509 وما بعدها.

المالك قبل رفع دعوى الإبطال. أما إذا صدر الإقرار بعد ذلك ولو قبل الحكم فى الدعوى، فإنه لا يسقط حق المشتري فى الإبطال، ذلك لأن الحكم يستند إلى وقت رفع الدعوى فيكفى أن يكون الحق قائماً فى ذلك الوقت فلا يصح أن يضار المشتري بسبب التأخر فى الفصل فى دعواه بعد أن تعلق حقه بالإبطال⁽¹⁾.

338- الإقرار الصريح والإقرار الضمنى :

قد يكون إقرار المالك ببيع ملكه من الغير صريحاً، كما يجوز أن يكون ضمنياً، والإقرار الضمنى تستخلصه المحكمة من ظروف الدعوى وملابساتها.

ومن أمثلة ذلك :

1- توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن لا يمكن تأويله إلا بأنه إقرار لهذا البيع، وخصوصاً إذا كان قد ورد فى هذا العقد وضعه كبائع مع زوجته، وكان هو لم يعارض فى دعوى صحة التعاقد التى أقامها الصادر له العقد وحكم فيها بصحة التعاقد ونفذ هذا الحكم وتسلم المشتري المبيع. وإذن فمن الخطأ ألا يعتبر مثل هذا التوقيع إقراراً للبيع بمقولة إن الإجازة الصادرة من المالك الحقيقى فى حدود المادة 264 مدنى والنسبة بمقتضاها يصح العقد يجب أن تصدر من المالك فى صيغة إجازة صريحة".

(طعن رقم 108 لسنة 18 ق جلسة 1950/4/20)⁽²⁾

(1) أحمد نجيب الهاللى وحامد زكى ص 174 - أنور سلطان ص 394- سليمان مرقس ص 511.

(2) كما قضت محكمة النقض بأن :

"إذا طلب المدعى تسليم العين المباعة إليه من ورثة فلان بعقد مسجل موقع من البائعين بضمانه زيد المالك الحقيقى وفسخ العقد الصادر عنها من زيد هذا إلى بكر، وتمسك فى ذلك بأن البيع الحاصل له، وإن كان فى ظاهره صادراً من ورثة فلان، هو فى حقيقته =

339- انقلاب العقد صحيحا إذا آلت الملكية إلى البائع بعد صدور العقد :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن: "وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد".

وتعليل ذلك أن البائع يكون ملتزما بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، وأن الالتزام بنقل الملكية ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق وفقا للمادة 204 مدني إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم. فإذا تخلف انتقال الملكية إلى المشتري عن وقت العقد بسبب عدم ملكية البائع المبيع حينئذ، فإنه متى زال هذا المانع بأن آلت الملكية إلى البائع انتقلت الملكية من تلقاء نفسها إلى المشتري وارتفع بذلك الضرر الذي كان هذا يشكو منه، وسقط بالتالي حقه في إبطال العقد

= صادر من زيد الذي كان طرفا في العقد باعتباره ضامنا، وذلك بقصد تيسير الإجراءات ولإمكان نقل التكليف، كما تمسك بأن عقده مسجل قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع التي أقامها بكر على زيد، فقضت المحكمة برفض طلب التسليم وطلب الفسخ وأقامت قضاءها بذلك على أن الادعاء بأن البيع هو في حقيقته من زيد مردود بما ثبت من عقد البيع من أن الباعين قد ردا فيه أنهم يملكون الأطيان المبيعة من طريق مورثهم الذي تملكها بطريق الشراء من أشخاص منهم زيد المذكور بموجب عقد بيع وفائي مسجل وأصبح نهائيا بمضى مدة الوفاء، وهذا العقد الذي هو سند تملك مورثهم ليس في حقيقته إلا رهنا حيازيا وبذلك يكون البيع الصادر منهم إلى المدعى باطلا لصدوره من غير مالك، كما أن عقد بكر قد سجل وهو بذلك يفضل عقد المدعى، فهذا الحكم يكون قد عاره بطلان جوهرى من ناحيتين: الأولى أنه مع تحدى المدعى بدلالة توقيع زيد وهو المالك الحقيقي كضامن للبيع الصادر إلى المدعى من الباعين عن القدر المرهون إلى مورثهم لم يتحدث بتاتا عن أثر هذا الضمان، ثانيا أنه في معرض المفاضلة بين عقد المدعى وعقد بكر اعتبر عقد الأخير مسجلا في حين أن المسجل هو صحيفة دعواه بصحة توقيع البائع إليه".

لأن هذا الحق لم يتقرر له إلا لرفع ذلك الضرر⁽¹⁾.

وعلى ذلك إذا تملك البائع المبيع بعد البيع بالعقد أو بأى سبب آخر من أسباب اكتساب الملكية كالمراث والوصية أو الهبة، فإن عقد البيع ينقلب صحيحاً فى حق المشتري ويرتفع الضرر الذى يصيب المشتري ولم يعد هناك ما يبرر حقه فى طلب الإبطال، فقد زال المانع الذى حال دون انتقال الملكية إليه.

وتنتقل الملكية إلى المشتري من وقت تملك البائع أو من وقت تسجيل البيع إذا كان المبيع عقاراً ولم يكن العقد قد سجل.

ولهذا فهى تنتقل محملة بالحقوق التى اكتسبت قبل ذلك فإذا كان المالك قد رهن المبيع أو حمّله بحق انتفاع أو ارتفاق تم تملكه البائع فالملكية تنتقل إلى المشتري على ما هو عليه. وإذا كان حق المشتري فى طلب البطلان يسقط فإن حقوقه الأخرى الناشئة من العقد تظل باقية وله على الخصوص الرجوع على البائع بالضمان إذا تعرض له من كسب حقاً على المبيع⁽²⁾.

ويشترط حتى ينقلب العقد صحيحاً فى حق المشتري أن يكتسب البائع ملكية المبيع قبل رفع دعوى البطلان، لأن حقوق المشتري قبل البائع تتحدد بوقت رفع هذه الدعوى، فإذا تملك البائع المبيع بعد رفعها فلا يمنع ذلك المشتري من التمسك بحقه فى الحكم بإبطال البيع. لأن القاضى يجب أن ينظر الدعوى بالحالة التى تكون عليها وقت رفعها، والمشتري يجب ألا يضار من جراء تأخير الفصل فيها⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "مفاد نص المادة 1/467 من القانون المدنى أن بيع ملك الغير ينقلب

(1) سليمان مرقس ص 512.

(1) منصور مصطفى منصور ص 249.

(2) أنور سلطان ص 395 - محمد لبيب شنب ص 67 - محمد شكرى سرور ص 417.

صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد".

(طعن رقم 1173 لسنة 54 ق جلسة 1988/5/8)

2- "لما كان عقد البيع يترتب في ذمة البائع التزاماً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وكان بيع ملك الغير لا يؤدي لذلك لأن فاقد الشيء لا يعطيه فقد أجاز المشرع في المادة 1/446 من القانون المدني للمشتري دون غيره طلب إبطال هذا البيع من غير أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقي فعلاً برفع دعوى الضمان على البائع إلا أن هذا الحق للمشتري لا ينهض له ما يبرره إذا ما أقر المالك الحقيقي البيع حيث يترتب عليه نقل الملكية منه إلى المشتري وكذلك في حالة صيرورة البائع مالكا للمبيع بعد العقد وهو ما قننته المادة 467 من القانون المدني بفقرتيها إذ في هاتين الحالتين زال العائق الذي كان يحول دون نقل الملكية إلى المشتري بهذا البيع، مما ينبني عليه كذلك أنه إذا أصبح انتقال الملكية إلى البائع ممكناً فإن إبطال البيع في هذه الحالة يتعارض مع المبدأ القاضي بتحريم التعسف في استعمال حق الإبطال إذ لم يعد للمشتري مصلحة بعد ذلك في التمسك بالإبطال".

(طعن رقم 3552 لسنة 58 ق جلسة 1996/4/18)



مادة (468)

إذا حكم للمشتري بإبطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية.

الشرح

340- تعويض المشتري حسن النية إذا حكم بإبطال البيع :

لم يقتصر الشارع على تخويل المشتري في بيع ملك الغير الحق في طلب إبطال العقد، وإنما قرر له إذا كان حسن النية أى كان لا يعلم وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع، الحق في طلب التعويض من البائع.

أما إذا كان سئ النية فيقتصر حقه على طلب البطلان واسترداد الثمن دون التعويض، والحكمة في ذلك ظاهرة، لأن علم المشتري وقت البيع أن المبيع مملوك لغير البائع يمنع كل ادعاء بضرر أصابه من البيع.

وللمشتري حسن النية المطالبة بالتعويض ولو كان البائع حسن النية، لأن هذا الأخير بالرغم من حسن نيته قد تسبب بتقصيره في الإضرار بالمشتري⁽¹⁾.

فمسئولية البائع إذن تستند إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد⁽²⁾.

وفى هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدي إنه :

"أزال المشروع غموضاً فيما يتعلق بحق المشتري حسن النية في التعويض إذا حكم بإبطال البيع، فذكر صراحة أن هذا الحق يثبت له حتى لو كان البائع حسن النية (م 634 من المشروع). وليس في هذا الحكم إلا تطبيق تشريعي لقاعدة الخطأ

(1) أنور سلطان ص 392- عبد الودود يحيى ص 178.

(2) السنهوري ص 292 وما بعدها - إسماعيل غانم ص 27.

عند تكوين العقد⁽¹⁾.

غير أنه يلاحظ أن للقاضي في تحديد مدى التعويض أن يراعى عذر البائع في حسن نيته⁽²⁾.

أما في حالة سوء نية البائع فإن مصدر التعويض يكون الخطأ التقصيري⁽³⁾. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يشترط البائع عدم رجوع المشتري عليه بالتعويض تطبيقاً للمادة 3/217 التي تقضى بأنه: "ويقع باطلاً كل شرط يقضى بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع"⁽⁴⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المقصود من المادة 468 من القانون المدني التي تقضى بأنه "إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية" هو تقرير حق المشتري الذي حكم له بإبطال البيع في التعويض متى كان حسن النية، وإذ جعل المشرع مناط حسن نية المشتري هو جهله بأن المبيع غير مملوك للبائع له فهو يعنى ألا يكون هذا المشتري عالماً وقت شرائه بأن البائع له لا يملك المبيع وبأنه يستحيل عليه لذلك نقل الملكية إليه، ومن ثم فلا ينتفى حسن النية عن المشتري لمجرد علمه بأن سند البائع له عقد ابتدائي لما يسجل إذ في هذه الحالة لا يستحيل على البائع نقل الملكية إليه بل إن انتقالها يكون ممكناً بمجرد تسجيل البائع عقد تملكه ولا يعنى عدم تسجيل العقد عيباً فيه، ذلك أن عقد البيع غير المسجل عقد منتج لجميع آثاره ومنها التزام البائع بنقل الملكية للمشتري وتسجيله تنتقل إليه الملكية فعلاً متى كان

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 193.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 582.

(2) السنهوري ص 292- منصور مصطفى منصور ص 252 - سليمان مرقس ص 514.

(3) منصور مصطفى منصور ص 252.

البائع مالكا للمبيع".

(طعن رقم 345 لسنة 29 ق جلسة 1964/6/11)

(راجع طعن رقم 193 لسنة 34 ق جلسة 1967/8/15 منشور ببند 322)

341- سقوط الحق فى التعويض لسقوط الحق فى الإبطال :

يسقط الحق فى التعويض إذا سقط الحق فى طلب الإبطال بالتقادم، ذلك أن التعويض تابع للإبطال. وهذا واضح من نص المادة 468 التى تقرر أنه: "إذا حكم للمشتري بإبطال البيع... فله أن يطالب بتعويض... فهى تفترض أن التعويض تبعى للإبطال⁽¹⁾".



(1) عبد المنعم البداروى ص 582 - خميس خضر ص 299- اسماعيل غانم ص 26 .

بيع الحقوق المتنازع عليها :

مادة (469)

- 1- إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع.
- 2- ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى.

الشرح

342- الحكمة من بيع الحقوق المتنازع عليها :

إذا كان هناك حق متنازع عليه فقد يكون من مصلحة صاحبه أن يتصرف فيه. إذ قد يكون غير قادر على السير فى المنازعة بما تقتضيه من نفقات ومجهود، وعندئذ يكون أمامه إحدى وسيلتين فإنما أن يعمل على التصالح مع من ينازعه، وإما أن يتصرف فى حقه إلى الغير بأن يبيعه مثلا.

ولما كان الحق محل نزاع ويحتمل أن يثبت عدم وجوده كله أو بعضه، فمثل هذا البيع يكون من العقود الاحتمالية وغالبا ما يكون المشتري مضاربا فيدفع ثمنا أقل مما يساويه الحق لو لم يكن متنازعا فيه ويكون الفرق بين الثمن الذى دفعه وما يساويه الحق مقابلا لما يتعرض له من احتمال. والأصل أن هذا البيع صحيح.

ولكن منعا لمثل هذه المضاربات - سنرى أن المشرع أجاز لمن ينازع فى الحق أن يسترده من المشتري فى مقابل أن يرد له ما أنفقه من ثمن ومصروفات وفوائد - ولما كان الاسترداد يتم بغير إرادة المشتري، فيعتبر خروجاً على الأصل

العام الذى يقضى بأن الشخص لا يحرم من حقه بغير إرادته، ونكون بصدد حالة من أحوال نزع الملكية للمنفعة الخاصة، ويبرر هذا حرص المشرع على منع المضاربة ولهذا سنرى أن الاسترداد يمتنع عندما تنتفى فكرة المضاربة.

وإذا استرد المدين الحق المتنازع فيه بدفع ثمنه للمشتري، فإن الأمر يؤول إلى وضع شبيه بما إذا تصالح صاحب الحق مع مدينه على أن يأخذ منه مبلغاً أقل من قيمة الحق، وهذا المبلغ هو الذى ارتضاه صاحب الحق عندما باع به حقه. فكأن المدين دفع لصاحب الحق - يمثله المشتري خلفه - القيمة التى ارتضاها صاحب الحق نفسه، وذلك لفض النزاع. فالأمر فى صورته استرداد، وفى حقيقته ضرب من الصلح⁽¹⁾.

343- الاسترداد حق للمتنازل ضده وليس للبائع :

حق الاسترداد مقرر للمتنازل ضده وهو من ينازع البائع فى الحق المبيع، وليس مقرراً للبائع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "النص فى المادة 469 من القانون المدنى على أن "إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع. ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى" يدل على أن المشرع خرجا على الأصل العام فى حرية التصرف إذا كان الحق المتنازع فيه قد تنازل عنه صاحبه إلى الغير أجاز لمن ينازع فى هذا الحق أن يسترده من المشتري إذا دفع له الثمن الحقيقى والمصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع ومن ثم فإن حق الاسترداد مقرر للمتنازل

(1) السنهاورى ص 197 هامش (1).

ضده وهو من ينازع البائع في الحق المبيع وليس مقررا للبائع".

(طعن رقم 331 لسنة 58 ق جلسة 1994/3/31)

2- "إذا كانت الطاعنة هي البائعة للحق المتنازع فيه موضوع الدعوى فليس لها أن تطلب استرداده من المشتري وهو ما كان يوجب على المحكمة أن تحكم برفض الدعوى وإذا انتهى الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه إلى القضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها وكان هذا القضاء يستوى في النتيجة مع القضاء برفض الدعوى فإن النعي - أيا كان وجه الرأي فيه - يكون غير منتج".

(طعن رقم 3310 لسنة 58 ق جلسة 1994/3/31)

344- المقصود بالحق الذي يجوز استرداده :

جاء لفظ الحق في المادة مطلقا، وعلى هذا فهو يشمل كل حق يمكن التصرف فيه بمقابل، فيشمل الحقوق الشخصية والحقوق العينية والحقوق المالية التي ترد على أشياء غير مادية كحق المؤلف في استغلال المصنف استغلالا ماديا⁽¹⁾.

وكان القانون القديم ينص في المادة 354 على أنه: "إذا بيع مجرد دعوى بدين أو بحق..." مما أدى إلى الخلاف حول ما إذا كان حق الاسترداد مقصورا على الحقوق الشخصية أم يشمل أيضا الحقوق العينية⁽²⁾. فجاء المشرع في

(1) منصور مصطفى منصور ص 269 - اسماعيل غانم ص 228.

(2) وصياغة المادة 469 تختلف عن صياغة مواد القانون المدني القديم.

فالقانون المدني القديم كان يتكلم عن الحقوق المتنازع فيها في مناسبتين وموضعين الأولى في المادة 257 وهي التي كانت تحرم على رجال القضاء شراء الحقوق المتنازع فيها، والثانية في المادة 354 التي تقرر للمتنازل ضده حق استرداد الحق المتنازع فيه إذا نزل عنه صاحبه للغير.

وكان لكل من الحقين معنى خاص. فذهبت محكمة النقض في قضائها بأن المادة 257 من القانون القديم التي تحرم على القضاة وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها تفيد عباراتها

القانون الجديد وحسم الخلاف بأن عمم معنى الحق. وفي هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"يعمم المشروع معنى الحق المتنازع فيه، فيكون شخصيا أو عينيا، أما التقنين الحالي، فالظاهر من ألفاظه أنه يتكلم عن الحق الشخصي دون الحق العيني، مع أن الحكم واحد بالنسبة للنوعين من الحق"(1).

ويستوى أن يكون الحق منقولا أو عقاريا، وسواء كان مالا منفردا أو مجموعة

اشتراط أن يكون التنازع على الحق المبيع قائما بالفعل وقت الشراء ومعروفا للمشتري، سواء كان مطروحا على القضاء أو لم يطرح بعد. بينما قررت بمناسبة شراء =

= الحقوق المتنازع فيها أنه يجب لا اعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع عليها أن يكون قائما بشأنه، وقت التنازل عنه، خصومة أمام القضاء، وأن يكون النزاع منصبا على أصل الحق أى متعلقا بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو السقوط بمضى المدة.

فقد قضت بتاريخ 1934/4/26 فى الطعن رقم 82 لسنة 3 ق بأن :

"إن المادة 257 من القانون المدنى، التى تحرم على القضاة وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها، تفيد عبارتها اشتراط أن يكون التنازل على الحق المبيع قائما بالفعل وقت الشراء ومعروفا للمشتري، سواء كان مطروحا على القضاء أم لم يكن طرح بعد. وإذن فلا يكفى لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلا للنزاع ومحتملا أن ترفع بشأنه دعوى".

وقضت بتاريخ 1938/4/7 فى الطعن رقم 82 لسنة 7 ق بأن :

"إن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر معه الدين متنازعا عليه بالمعنى المقصود فى المادة 354 من القانون المدنى، إذ يجب لا اعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع عليها أن يكون قائما بشأنه، وقت التنازل عنه، خصومة أمام القضاء، وأن يكون النزاع فيها منصبا على أصل هذا الحق (Le fond de droit) أى متعلقا بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو السقوط بمضى المدة. فكل العراقيل التى تعترض السداد بفعل المدين، كالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة للمدعى، لا يعتبر معها الدين متنازعا عليه، لأنها غير متعلقة بأصله".

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 204.

من الأموال⁽¹⁾.

ويلاحظ أن التنازل عن الحق للغير لا يجوز إذا حظره القانون أو الاتفاق، كما في عقود الإيجار الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن إذ يحظر القانون التنازل عن حق الإيجار إلا بإذن كتابي من المؤجر، وإذا كان الإيجار خاضعا للقانون المدني، فإنه لا يحظر هذا التنازل ولكن قد يرد الحظر بالاتفاق عليه بالعقد، فإن تنازل المستأجر رغم الحظر ترتبت عليه الآثار القانونية، وذلك بفسخ العقد، فلا ينال نص المادة 469 من هذا الأثر.

وكذلك الحكم إذا تضمن العقد شرطا مانعا من التصرف، إذ لا يجوز للمتصرف إليه إثارة منازعة ولو كانت جدية مع المتصرف، للتذرع في مواجهته بنص تلك المادة لمخالفة الشرط المانع من التصرف الذي ينال من حقه في التصرف في العين، إذ لا ترد تلك المنازعة على الحق الذي تعنيه تلك المادة وإنما على شرط تضمنه العقد لا يمس الحق العيني أو الشخصي وإنما يقيد أحد عناصره تقييدا مؤقتا، ويسترد المتصرف إليه عنصر حقه المتعلق بالتصرف⁽²⁾.

345- متى يعتبر الحق متنازعا فيه ؟

نصت الفقرة الثانية من المادة صراحة على أن يعتبر الحق متنازعا فيه في

حالتين:

1- إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى.

2- إذا قام في شأنه نزاع جدى.

وفى هذا يختلف القانون المصرى عن القانون الفرنسى الذى يقصر معنى

النزاع على الحالة الأولى دون الثانية.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 593.

(1) أنور طلبه ص 733.

ونعرض لهاتين الحالتين فيما يلي :

1- يكون الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى :

يجب أن يكون الحق قد رفعت بشأنه دعوى أمام القضاء. ويشترط في هذه الحالة أن تكون الدعوى خاصة بأصل الحق أو موضوعه. فمتى رفعت الدعوى بالحق كان متنازعا فيه.

وتقول محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ 1938/4/7 في الطعن رقم

82 لسنة 7 ق سالف الذكر إن النزاع ينصب على أصل الحق إذا كان "متعلقا بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو السقوط بمضى المدة، فكل العراقي التي تعترض السداد بفعل المدين، كالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة للمدعى، لا يعتبر معها الدين متنازعا عليه لأنها غير متعلقة بأصله" (1).

أما إذا كان الحق ثابتا خاليا من النزاع فلا يعتبر متنازعا فيه، ولو عرقل

(1) وجاء بذات الحكم: "إن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر معه الدين متنازعا عليه بالمعنى المقصود في المادة 354 من القانون المدني".

كما قضت أيضا بأن :

1- "إن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر معه الدين متنازعا عليه بالمعنى المقصود في المادة 354 من القانون المدني، إذ يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع عليها أن يكون قائما بشأنه، وقت التنازل عنه، خصومة أمام القضاء، وأن يكون النزاع فيها منصبا على أصل هذا الحق Le fond de droit أى متعلقا بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو السقوط بفعل المدين. فالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة للمدعى، لا يعتبر معها الدين متنازعا عليه، لأنها غير متعلقة بأصله".

(طعن رقم 82 لسنة 7 ق جلسة 1938/4/7)

2- "متى كان الحكم قد أثبت أن المدعى لم يشتر إلا مجرد حق متنازع فيه، فإن قضاءه برفض دعواه بالضمان يكون موافقا لحكم المادة 353 من القانون المدني التي تقضى بأن لا ضمان أصلا على من باع مجرد حق متنازع فيه".

(طعان رقم 111 لسنة 16 ق 10 لسنة 17 ق جلسة 1948/1/15)

المدين على صاحبه أمر الحصول عليه أو صعب عليه ما يتخذه من الإجراءات للتنفيذ على ماله.

ويظل الحق متنازعا فيه مادامت الدعوى به قائمة. فإذا انتهت بحكم نهائي سقطت عن الحق صفة المنازعة، ولو كان قابلا للطعن بطريق غير عادي كالنقض والتماس إعادة النظر، مادام لم يطعن فيه بالفعل بأحد هذين الطريقين، أما لو طعن فيه بأحدهما عاد الحق متنازعا فيه.

الحالة الثانية:

إذا قام في شأن الحق نزاع جدي ولو لم يطرح النزاع على القضاء بعد. ويجب أن يكون النزاع على موضوع الحق فلا يكفي مثلا أن يماطل المدين في الدفع دون أن ينكر مديونيته. ومثال النزاع الجدي حالة ما إذا اغتصب شخص مالا وتقدم صاحبه بشكوى إلى جهة إدارية وادعى المغتصب أمام الإدارة أنه صاحبه⁽¹⁾.

ولكن لا يكفي لاعتبار المنازعة جدية مجرد احتمال بسيط بحصول المقاضاة أو مجرد تعذر الحصول على دين مسلم به من المدين نفسه أى تعذر استيفاء الدين⁽²⁾.

وتقدير جدية النزاع مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضى الموضوع⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن المادة 257 من القانون المدني، التى تحرم على القضاة وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها، تفيد عبارتها اشتراط أن يكون التنازع على الحق المبيع قائما

(1) عبد المنعم البداروى ص 268 - إسماعيل غانم ص 229.

(2) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص 220.

(3) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 203.

بالفعل وقت الشراء ومعروفا للمشتري، سواء أكان مطروحا على القضاء أم لم يكن طرح بعد. وإذن فلا يكفي لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلا للنزاع ومحملا أن ترفع بشأنه دعوى".

2- "إن محكمة الموضوع، إذ تفصل في وصف كون الوقائع التي أثبتتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق المبيع متنازعا فيه، إنما تفصل في مسألة قانونية هي توافر ركن من الأركان القانونية لحكم المادة 257 من القانون المدني أو عدم توافره. وإذن فإن عملها في هذا خاضع لرقابة محكمة النقض".

(طعن رقم 82 لسنة 3 ق جلسة 1934/4/26)

والتمسك بأن المتنازل إليه قد اشترى حقا متنازعا عليه هو دفاع يخالسه واقع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"تمسك الطاعن بأن المطعون ضده قد اشترى حقا متنازعا عليه هو دفاع يخالطه واقع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 193 لسنة 34 ق جلسة 1967/8/15)

346- التصرفات التي يجوز فيها الاسترداد :

الغالب أن يكون التصرف في الحق المتنازع فيه بيعا، ولهذا عالج المشرع الموضوع في أحكام البيع وتحت عنوان "بيع الحقوق المتنازع عليها". ولكن فكرة المضاربة التي أراد المشرع منعها بتقرير حق الاسترداد لا تتحقق في البيع وحده، ولهذا نجد المشرع لا يتكلم في المادة (469) عن بيع الحق المتنازع فيه بل يقول "إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل: "وهو ما يدل على قصده في عدم الاقتصار على البيع وإلا لقال قد باعه صاحبه". وعلى ذلك فالفكرة التي

يجب الاهتمام بها في تحديد التصرفات هي فكرة المضاربة⁽¹⁾.

ويذهب رأى إلى أنه يجوز الاسترداد في كل حالة يكون فيها التنازل قد تم في مقابل مبلغ من النقود لأن المادة 469 صريحة في أن الاسترداد يكون في مقابل "رد الثمن"⁽²⁾.

ويضيف البعض إلى أنه يجوز استرداد الأشياء المثلية، لأن المسترد يستطيع أن يدفع مثلها للمشتري⁽³⁾.

بينما يذهب الرأى الغالب إلى أن الاسترداد يجوز ولو حصل التنازل من طريق المقايضة، وفي هذه الحالة يدفع المدين للمقايض قيمة البذل الذى قايض عليه⁽⁴⁾.

وبالترتيب على ما تقدم لا يجوز الاسترداد إذا كان النزول عن الحق تبرعا. لأن التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولا يمكن وصف المتبرع أنه يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة. فإن كان العوض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جاز الاسترداد، وإلا غلبت صفة التبرع وامتنع على المدين استرداد الحق⁽⁵⁾.

347- هل يسرى الاسترداد على البيع القضائى ؟

يذهب رأى إلى أن الاسترداد لا يصح فى البيع الجبرى، وأنه يقتصر على البيوع الاختيارية لأن نص المادة (469) يفهم منه أن الحق انتقل إلى الغير عن

(1) منصور مصطفى منصور ص 268.

(2) السنهورى ص 200 - عبد المنعم البدرأوى ص 593 - محمد شكرى سرور ص 420.

(3) السنهورى ص 200 - عبد الودود يحيى ص 187 - محمد لبيب شنب ص 273.

(1) أنور سلطان ص 403 - منصور مصطفى منصور ص 268 - إسماعيل غانم ص

230 - خميس خضر ص 312.

(2) السنهورى ص 200.

طريق التنازل من صاحبه، والتنازل هو التصرف الاختياري، ثم إن البيوع القضائية تفتح الباب أمام الجميع، فتنتفى مظنة المضاربة والاستغلال لدى الراسى عليه المزاد، وفضلا عن ذلك فإنه لو سمح بالاسترداد لأحجم المزايدين عن الدخول فى المزاد⁽¹⁾.

ويذهب الرأى الراجع إلى أن الاسترداد يصح فى البيع ولو كان بيعا قضائيا لأن النص ورد عاما⁽²⁾.

348- كيفية استعمال حق الاسترداد :

لم ينص المشرع على الإجراءات الواجب اتباعها لاسترداد الحق المتنازع فيه إذا نزل عنه صاحبه للغير، خلافا لما فعل بالنسبة لاسترداد الحصة الشائعة (م833) وبالنسبة لاستعمال الحق فى الشفعة (م940)، وإزاء هذا السكوت من جانب المشرع، لامفر من استخلاص الإجراءات على ضوء القواعد العامة.

ولما كان الاسترداد عبارة عن تصرف قانونى وكانت القاعدة هى أن التصرفات القانونية لا يعتد بها إلا إذا حصل تعبير عنها فى الحيز الخارجى ولا تنتج أثرها إلا إذا اتصلت بعلم من وجهة إليه، فإن الاسترداد يتم بأن يعلن المتنازل ضده رغبته فى استرداد الحق المبيع وأن يوجه هذا الإعلان إلى المشتري أو إلى المتنازل له بصفة عامة⁽³⁾. ولا يشترط فى هذا الإعلان شكل خاص بل يجوز أن يتم على أى شكل يفصح بوضوح عن رغبة موجهه فى الاسترداد⁽⁴⁾.

(3) عبد المنعم البداروى ص 593 وما بعدها.

(4) السنهورى ص 200 هامش (4) - منصور مصطفى منصور ص 271- أنور سلطان ص

403 - إسماعيل غانم ص 230- محمد لبيب شنب ص 274.

(1) محمد لبيب شنب ص 277- عبد المنعم البداروى ص 594 - منصور مصطفى منصور

ص 372.

(2) السنهورى ص 201 - محمد لبيب شنب ص 277- خميس خضر ص 314.

فيصح أن يكون بإعلان على يد محضر بخطاب موسى عليه أو بخطاب عادى أو حتى شفاهة، وإنما يقع على عاتق المسترد إثبات ذلك.

فإذا لم يسلم المتنازل إليه بحق المتنازل ضده فى الاسترداد جاز الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بصحة الاسترداد.

ولا يشترط لإعلان الرغبة فى الاسترداد أن يتم فى ميعاد معين، فالقانون لم يحدد للاسترداد وقتا يجب أن يتم فى خلاله، ولذلك لا مفر من القول بأن الاسترداد يجوز فى أى وقت مادام الحق المبيع لازال متنازعا فيه ومادام الحق فى رفع دعوى الاسترداد لم يسقط بالتقادم وفقا للقواعد العامة بمضى خمس عشرة سنة على النزول عن الحق المتنازع فيه (م374).

أما إذا حسم النزاع حول الحق المبيع، فإن الاسترداد يتمتع.

وقد يطلب الاسترداد من بادئ الأمر أمام القضاء، فإذا كان الدائن قد رفع الدعوى مطالبا المدين بالحق الذى ينازع فيه، وحصل التنازل عن الحق أثناء نظر الدعوى بين المدين والدائن فتدخل المتنازل له خصما فيها أو كان المتنازل له قد رفع الدعوى على المدين يطالبه بالحق، فإن المدين يعلن إرادته فى الاسترداد عن طريق طلبه فى المحكمة من المشتري بالشكل العادى الذى تبدى به الطلبات فى الخصومة. ويوجه الطلب إلى المتنازل له وحده دون المتنازل، إذ أن المتنازل له وحده هو الخصم فى الاسترداد⁽¹⁾.

وإذا أبدى طلب الاسترداد أمام القضاء فإنه يجب أن يبدى بصفة أصلية وبغير منازعة فى الحق، فلا يجوز للمتنازل ضده أن يطلب رفض الدعوى بصفة أصلية، وأن يطلب بصفة احتياطية الحكم له بالاسترداد.

ويبرر ذلك بأن رفض الطلب الأسمى ينهى النزاع قبل أن يتاح للمحكمة أن تفحص الطلب الاحتياطى، ومن شأن ذلك أن يجعل الحق غير متنازع فيه ومن

(1) خميس خصر ص 314 - عبد الودود يحيى ص 189.

ثم فلا يجوز طلب استرداده. ولكن هذا التبرير لا يصدق إلا في حالة ما إذا كان الحكم الذى يصدر فى موضوع النزاع مما لا يجوز الطعن فيه بالطريق العادى، ذلك أنه لو كان الحكم مما يجوز الطعن فيه فإن الحق يبقى بالرغم من ذلك الحكم متنازعا فيه، وبالتالي يجوز طلب الاسترداد⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة 354 من القانون المدنى لا تخول المدين الحق فى استرداد الذين المبيع بعرض الثمن على المشتري إلا إذا كان ذلك حاصلًا بصفة أصلية وبغير منازعة فى أصل الدين رغبة فى إنهاء الخصومة صلحا على هذا الأساس".

(طعن رقم 82 لسنة 7 ق جلسة 1938/4/7)

349- هل يلزم اقتران إعلان الرغبة فى الاسترداد بدفع المبالغ التى

يلزم القانون المسترد بها ؟

يذهب رأى إلى أنه يجب على المدين أن يرد للمشتري ردا فعليا - أو يعرض عرضا حقيقيا - المبالغ التى يلزمه القانون بأدائها إلى المتنازل إليه، وأن طلب الاسترداد لا يحدث أثره إلا إذا تم الرد أو العرض. ذلك أن نص الفقرة الأولى من المادة صريح فى أن "للمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل إليه الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من يوم الدفع" ولأن التخلص من المطالبة بالحق المتنازع فيه لا يكون إلا من يوم الوفاء، والوفاء لا يكون إلا بالدفع الفعلى أو العرض الحقيقى إذا لم يقبل المشتري الدفع الفعلى أو نازع فى صحته.

وأنه لا ضرر من ذلك على المحال، فإن المدين إذا لم يقم بالدفع فعلا بقى

(2) منصور مصطفى منصور ص 272 - محمد لبيب شنب ص 278.

المحال مالكا للدين وجازت له مقاضاة المدين والتنفيذ على ماله⁽¹⁾.

أما الرأي الراجح فيذهب إلى أنه يكفي مجرد إظهار الرغبة في الاسترداد مع إبداء الاستعداد لدفع المبالغ المستحقة⁽²⁾.

ولكن الاسترداد لا يتم فعلا وبالتالي لا يتخلص المتنازل ضده من مطالبة المشتري إلا إذا تم دفع الثمن وملحقاته إليه، أو أودع خزانة المحكمة، بشرط أن يحدث ذلك قبل أن يحسم النزاع على الحق المتنازل عنه.

350- ما يجب على المسترد دفعه :

يلتزم المسترد بأن يرد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت البيع.

ونعرض لذلك فيما يلي :

أولا: الثمن :

يلتزم المسترد بأن يدفع للمتنازل له الثمن الذي دفعه مقابلا للحق المتنازع فيه، فإذا كان المقابل أشياء مثلية غير النقود، التزم المسترد أن يرد إليه مثلها بقدرها ووصفها المعينين في العقد.

وقد حرص المشرع على أن يصف الثمن بوصف "الحقيقي" لأن المتعاقدين قد يذكران ثمنًا صوريا أكبر من الثمن الحقيقي حتى يمنع المتنازل ضده عن طلب الاسترداد.

فإذا حدث هذا، فإن ما يلتزم المسترد برده هو الثمن الحقيقي، وله أن يثبت صورية الثمن المذكور في العقد بكافة طرق الإثبات ولو زادت قيمته على

(1) السنهوري ص 202 وما بعدها - أنور سلطان ص 407- عبد المنعم البدرأوى ص 594

وما بعدها - أحمد نجيب الهاللي وحامد زكي ص 614 - عبد الودود يحيى ص 190 وما بعدها.

(2) محمد كامل مرسى ص 458- عبد الودود يحيى ص 280.

خمسائة جنيه وذلك لأنه ليس طرفا فى العقد⁽¹⁾.

وإذا توالى النزول عن الحق قبل الاسترداد، فالثمن الواجب رده هو الثمن الذى حصل به النزول الأخير، لأن الاسترداد إنما يتم من المتنازل له الأخير الذى كان صاحبا للحق فى وقت الاسترداد⁽²⁾.

ثانيا : فوائد الثمن :

يلتزم المسترد بأن يدفع للمتنازل له فوائد الثمن الحقيقى. وتحسب هذه الفوائد من الوقت الذى دفع فيه المتنازل له هذا الثمن إلى المتنازل، وذلك خلافا للقواعد العامة التى لا توجب سريان الفوائد إلا من وقت المطالبة القضائية. وتحسب هذه الفوائد بالسعر القانونى وهو 4% فى المسائل المدنية، 5% فى المسائل التجارية، وذلك تعويضا للمتنازل له عن المدة التى بقى فيها محروما من الثمن لا ينتفع به، ولكن لا يجوز للمتنازل له أن يجمع بين فوائد الثمن وثمرات الحق المتنازل عنه، فيلتزم أن يرد للمسترد الثمار التى نتجت عن الحق من يوم دفع الثمن إذا كان قد تسلم الشئ المنتج لها فى هذا الوقت⁽³⁾.

ثالثا : المصروفات :

ويقصد بالمصروفات النفقات التى تحمل بها المتنازل له فى سبيل اكتساب الحق المتنازع فيه، كرسوم التسجيل فى العقار ورسوم الورقة الرسمية أو التصديق على الإمضاء ورسوم التمغة والسمسرة وأتعاب المحامى وغير ذلك. كما تشمل مصروفات الدعوى إذا كانت قد رفعت وتحمل فيها المتنازل له شيئا لأن الاسترداد يضع حدا لهذه الدعوى.

(1) السنهاورى ص 203 - عبد المنعم البدرأوى ص 595 - عبد الودود يحيى ص 191.

(2) السنهاورى ص 203 - أنور سلطان ص 406 - منصور مصطفى منصور ص 273.

(1) السنهاورى ص 204 - محمد لبيب شنب ص 281.

أما إذا لم يرجع بها صاحب الحق على أحد فالغالب أن يكون قد أدخلها في الثمن الذي باع به الحق⁽¹⁾.

351- آثار الاسترداد :

إذا تم الاسترداد على النحو المتقدم، فإن هذا لا يعنى أن المسترد أقر بأن الحق المتنازع فيه ليس له، بل إن كل ما قصده بالاسترداد هو إنهاء النزاع حول هذا الحق والتخلص من مطالبة المتنازل، أو المتنازل له، للمسترد بهذا الحق. ونظرا لأن القانون لم ينظم آثار الاسترداد، فإن هذه الآثار، يمكن أن تتحدد، وفقا للقواعد العامة، في ضوء إحدى فكرتين. فإما أن نقول إن الاسترداد لا ينشئ تصرفا جديدا بين المتنازل له والمسترد، وكل ما له من أثر هو حلول الثانى (المسترد)، محل الأول (المتنازل له) في الحق. وإما أن نقول بأن الاسترداد ينشئ تصرفا جديدا بين المسترد والمتنازل له، فنكون بصدد تصرفين قانونيين، الأول بين المتنازل والمتنازل له، والثانى بين المتنازل له والمسترد، وكل من التصرفين هو الذى يحكم العلاقة بين طرفيه. ويأخذ رأى الراجح بالفكرة الأولى، وهى فكرة حلول المسترد محل المتنازل له بأثر رجعى، ولكنه مع ذلك لا يأخذ بكل ما يترتب على هذه الفكرة من نتائج⁽²⁾. وتفصيل ذلك يقتضى أن نعرض لآثار الاسترداد (1) فى العلاقة بين المسترد والمتنازل له. (2) فى العلاقة بين المتنازل والمتنازل له. (3) فى العلاقة بين المتنازل والمسترد.

1- العلاقة بين المسترد والمتنازل له :

يذهب رأى الراجح إلى أنه يترتب على الاسترداد حلول المسترد محل المتنازل له، فهذا الأخير، فى علاقته بالمسترد، يعتبر أنه لم يملك الحق أصلا. وإذا كان

(2) السنهورى ص 204- منصور مصطفى منصور ص 273- عبد الودود يحيى ص 192.

(1) منصور مصطفى منصور ص 274 وما بعدها - عبد الودود يحيى ص 192 وما بعدها.

الحق يؤخذ من المتنازل له ليعطى للمسترد، إلا أن هذا لا يعنى أن الثانى خلف للأول. ويترتب على هذا أن جميع الحقوق التى يكون المتنازل له قد رتبها على الحق، فى الفترة بين النزول والاسترداد، تزول بأثر رجعى، لأن المتنازل له يعتبر أنه لم يكن مالكا فى هذه الفترة. فإذا كان الحق المتنازع فيه عقارا، سقط كل ما رتبه المشتري على هذا العقار من رهون أو تصرفات أخرى كحقوق ارتفاق أو حقوق انتفاع. وتسقط الحجز التى يكون دائن المشتري قد وقعها تحت يد المتنازل ضده إذا كان الحق المتنازع فيه حقا شخصيا، إذ هى تعتبر واردة على حق ليس للمتنازل إليه ويبرر ذلك أن القول ببقاء هذه الحقوق يتنافى مع الغرض من الاسترداد وهو براءة ذمة المسترد إذا كان مدينا أو خلاص الحق له دون منازعة⁽¹⁾.

2- العلاقة بين المتنازل والمتنازل له :

لا يترتب على الاسترداد أى أثر فى العلاقة بين المتنازل والمتنازل له، ولذلك فالعلاقة بينهما تظل محكومة بالتصرف الذى تم بينهما، فيظل المتنازل له ملتزما بدفع الثمن، أو ما بقى منه للمتنازل، ولا يستطيع المتنازل له أن يمتنع عن الوفاء بالثمن بحجة أن المبيع قد أخذ منه.

كما أنه لا يستطيع أن يرجع على المتنازل بالضمان، إلا إذا كان يجهل أن الحق الذى اشتراه متنازعا فيه⁽²⁾.

ويرجع عدم تأثر العلاقة بين المتنازل والمتنازل له، إلى أن المتنازل أجنبى عن الاسترداد أى هو من الغير، فلا يسرى الاسترداد فى حقه، كما أن المستفاد

(2) السنهورى ص 205- عبد المنعم البدرأوى ص 597 - منصور منصور ص 275 محمد شكرى سرور ص 437 - محمد كامل مرسى ص 461.

(1) السنهورى ص 205 وما بعدها - عبد الودود يحيى ص 193- أنور سلطان ص 408 - عبد المنعم البدرأوى ص 597 - خميس خضر ص 318.

من النص أن الاسترداد لا ينشئ إلا العلاقة بين المسترد والمتنازل له فلا ينشئ علاقة بين المتنازل والمسترد. والقول بغير ذلك معناه أن المتنازل له بالاسترداد ينقل الدين الذي عليه، إلى المسترد دون موافقة أو إقرار الدائن وهذا غير جائز. وهذا ما يقول به الرأي الغالب في الفقه، إلا أن البعض قد لاحظ على هذا الرأي أنه يتعارض مع فكرة الحلول العينية التي جعلوها أساسا لرأيهم، والتي من مقتضاها أن يحل المسترد بأثر رجعي محل المتنازل له ويعتبر هذا الأخير كأنه لم يتلق الحق أبداً، وهذه الفكرة يترتب عليها بالضرورة، القول بأن المتنازل له يبرأ بأثر رجعي، من التزامه بالثمن، في مواجهة المتنازل⁽¹⁾.

3- العلاقة بين المتنازل والمسترد :

رأينا سلفاً أن المسترد يتلقى الحق من المتنازل له، ولذلك لا يترتب على الاسترداد نشوء علاقة بين المتنازل والمسترد، فكلاهما أجنبي عن العلاقة التي يعتبر الآخر طرفاً فيها. ويترتب على هذا أن المتنازل لا يستطيع أن يطالب المسترد بالثمن الذي يلتزم به مقابل لاسترداد بطريق الدعوى المباشرة، بل عليه إذا أراد هذه المطالبة أن يسلك طريق الدعوى غير المباشرة، فيستعمل حق مدینه المتنازل له في مطالبة المسترد بهذا الثمن، وهو في ذلك يتعرض بطبيعة الحال لمزاحمة دائني المتنازل له الآخرين⁽²⁾.

وهذا الرأي ليس مسلماً به بين جميع الشراح، بعضهم يرى أن للمتنازل أن يطالب المسترد بالثمن عن طريق الدعوى المباشرة، مما يفيد أنهم أخذوا بفكرة أن المسترد يحل في الصفة محل المتنازل له⁽³⁾.

(2) محمد لبيب شنب ص 285- منصور مصطفى منصور ص 275.

(1) عبد الودود يحيى ص 194 - محمد لبيب شنب ص 286- عبد المنعم البدرأوى ص 597- السنهوري ص 205.

(2) منصور مصطفى منصور ص 276- خميس خضر ص 319.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يذكر المشروع ما يجب رده لاسترداد المبيع، فهو الثمن الحقيقى والمصروفات وفوائد الثمن بسعر الفائدة القانونية من وقت الدفع. والمشروع فى هذا يتفق مع التقنين الحالى. والفكرة هى منع المضاربة.
" ويترتب على ذلك أيضا أنه فى الفروض التى تنتفى فيها فكرة المضاربة ينتفى حق الاسترداد.."(1).



مادة (470)

لا تسرى أحكام المادة السابقة في الأحوال الآتية :

(أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمان 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 ينقل عقارا وبيع الحق لحائز العقار.

الشرح

352- تمهيد :

رأينا أن المادة (469) نصت على القاعدة العامة في بيع الحقوق المتنازع عليها واستردادها، وأن المشرع استهدف من ذلك منع المضاربة. ومن ثم فإنه يترتب على ذلك أنه كلما انتفت المضاربة، امتنع على المتنازل ضده استرداد المبيع من المتنازل له.

وقد حددت المادة (470) الحالات التي يتمتع فيها استرداد المبيع من المتنازل إليه بأربع حالات، سنعرض لها.

353- الحالات التي لا يجوز فيها الاسترداد :

(أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمان واحد.

ومثال ذلك، بيع الوارث لخصته في الشركة إذا اشتملت على مجموعة أموال

وكان من بينها حق متنازع فيه. والسبب في منع الاسترداد في هذه الحالة، أن الحق المتنازل فيه يفقد ذاتيته ويندمج مع بقية عناصر التركة، فتتقوى في هذه الحالة فكرة المضاربة على هذا الحق بالذات ويمتنع الاسترداد. ويفترض في هذه الحالة أن الثمن حدد لكل الصفقة، أما إذا كان الثمن قد حدد على أساس مفرداتها، وكان معروفا ما يقابل الحق المتنازع فيه من ثمن، جاز الاسترداد⁽¹⁾.

ويترتب على ذلك أنه إذا اشترى شخص من وراث نصيبه في التركة، وكان ضمن هذا النصيب دين للتركة في ذمة أجنبي وهو دين ينازع فيه المدين، فإن المشتري لنصيب الوارث وقد أصبح صاحب هذا الدين المتنازع فيه يستطيع أن يطالب به المدين، ولا يستطيع المدين أن يسترده منه. فإذا صفى النزاع في الدين، وثبت استحقاق التركة له، وجب على المدين أن يدفعه كله لمن اشترى نصيب الوارث⁽²⁾.

(ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر :

والحكمة في هذا أنه يغلب أن يكون الدافع إلى الشراء هو الاشتراك في الميراث أو في الشيوع لا المضاربة. ويستوى أن يكون النزاع بشأن الحق قائماً بين الشريك البائع وأحد الشركاء الآخرين، أو بينه وبين الغير.

والبيع المانع من الاسترداد هو هنا البيع الحاصل لشريك، أما إذا صدر البيع

(1) السنهوري ص 207 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 599 - عبد الودود يحيى ص 195.

(2) السنهوري ص 208.

لأجنبي عن الشركاء، كان للمتنازل ضده خيار الاسترداد.

(ج) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للمدين المستحق في

ذمته :

الفرض هنا أن الدائن قبل أن يحل محل مدينه في حق متنازع فيه لهذا المدين في ذمة الغير، وذلك في مقابل إبرائه من دينه. فنحن هنا بصدد وفاء بمقابل، والمقابل هو حق متنازع فيه للمدين. وهنا تنتفي فكرة المضاربة، إذ الدافع هو رغبة الدائن في استيفاء حقه، وقد لا يجد سبيلا غير هذا لاقتضاء حقه.

(د) إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقارا وبيع الحق لحائز العقار :

والفرض هنا أن شخصا اكتسب ملكية عقار يوجد عليه رهن لضمان دين متنازع فيه. فإذا باع المدين الراهن العقار المرهون إلى آخر، فإن الدائن المرتهن يستطيع - وفقا لأحكام الرهن- أن يتتبع العقار لينفذ عليه في يد الحائز الذي اشتراه. فإذا تفادى الحائز التنفيذ على العقار ونزع ملكيته، عن طريق شرائه للحق المتنازع فيه، المضمون بالرهن من الدائن، فإن المدين لا يستطيع المطالبة باسترداد هذا الحق، إذا دفع للحائز الثمن الذي دفعه هذا الأخير للدائن مع الفوائد والمصروفات. وعلة منع الاسترداد في هذه الحالة، أن الحائز عندما اشترى الحق من الدائن لم يقصد المضاربة، وإنما قصد تخليص العقار من الرهن، وتفادى التنفيذ بواسطة الدائن⁽¹⁾.



(1) عبد المنعم البدرأوى ص 99- عبد الودود يحيى ص 196.

مادة (471)

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.

الشرح

354- حكمة المنع :

الحق المتنازع فيه - كما ذكرنا سلفا - حق محتمل الوجود، وأنه بهذا الوصف يجوز بيعه، ولكن المشرع أجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من مشتريه مقابل أن يرد له ما أنفقه من ثمن ومصروفات وفوائد، منعا للمضاربة وحسما للنزاع، فالأصل إذا أن بيع الحقوق المتنازع فيها صحيح وأن لمن ينازع في الحق أن يسترده.

ولكن إذا كان المشتري من عمال القضاء أو النيابة أو المحامين أو كتبة المحاكم أو المحضرين وكان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، فقد خرج المشرع على الأصل في صحة بيع الحقوق المتنازع فيها وأوقع البيع باطلا بطلانا مطلقا، ومن ثم لا يوجد محل للاسترداد إذ لا استرداد في بيع باطل والبطان يؤسس على مخالفة البيع هنا للنظام العام.

والحكمة في هذا المنع أن شراء الحق المتنازع فيه هنا قد يدفع المشتري إلى استغلال نفوذه للفصل في النزاع لمصلحته أو على الأقل قد يظن الناس فيه ذلك، فتتاح الفرص لأقاويل الناس وشكوكهم في حسن سير العدالة وحياد القضاء ونزاهته ويقع القائلون على القضاء وأعوانهم والمحامون في مواطن الشبهات.

355- المنع قاصر على شراء الحق المتنازع فيه :

المنع قاصر على شراء الحق المتنازع فيه. أما إذا كان عامل القضاء أو المحامي بائعاً لحق متنازعا فيه، فالبيع صحيح لأن البيع يقطع صلة البائع بالحق المتنازع فيه فلا تقوم أية شبهة في حسن سير العدالة⁽¹⁾.

356- الأشخاص الذين يمتنع عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها :

عدد المشرع على سبيل الحصر الأشخاص الذين يمتنع عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها، وهم كل من يخشى من نفوذه في النزاع الذى يحتمل أن يرفع إلى القضاء بشأن الحق المبيع⁽²⁾.

وهؤلاء الأشخاص هم :

1- القضاة :

والمقصود بالقضاة كل من ولى وظيفة القضاء أيا كانت درجته، ويشمل القضاة أيضا مستشارى وقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية، وكذلك المحاكم الشرعية والمحاكم المالية قبل إلغائها.

ويذهب الرأى الغالب فقها وقضاء إلى أن التعداد الذى أورده المادة 471 قد جاء على سبيل الحصر، فلا يجوز مد الحظر إلى غير الطوائف المذكورة فى هذه المادة، وبصفة خاصة لا يشمل الحظر مستشارى الرأى والتشريع فى مجلس الدولة والأعضاء الفنيين بهذين القسمين والأعضاء الفنيين بوزارة العدل، فكل هؤلاء ليس لهم ولاية القضاء. وكذلك لا يدخل فى هؤلاء أعضاء النيابة الإدارية والأعضاء

(1) السنهورى ص 214 هامش (1) - خميس خضر ص 322 وما بعدها.

(2) مذكرة المشروع التمهيدى ج4 ص 205.

الفيون بهيئة قضايا الدولة، أو المحكمون فهؤلاء لا يسمون قضاة⁽¹⁾. ويستند هذا الرأي إلى أن نص المادة 471 نص استثنائي وارد على خلاف الأصل، فلا يجوز مده بطريق القياس ليشمل غير الأشخاص المذكورين فيه. غير أن رأيا آخر - نؤيده - يذهب إلى أنه رغم أن الأصل هو عدم القياس على الأحكام الاستثنائية، فإن هذا القياس لا يمتنع بتاتا، بل يجوز العمل به وذلك إذا تحققت حكمة النص الاستثنائي واضحة جلية في غير الحالات المنصوص عليها، فحكمة المنع من الشراء التي حظرت على الكتبة والمحضرين شراء الحقوق المتنازع فيها، تتوافر أكثر وضوحا بالنسبة لمفوضى مجلس الدولة وهم ليسوا من القضاء ومن غير المستثاغ إخراجهم من نطاق الحظر لمجرد أن نص المادة 471 لم يذكرهم صراحة⁽²⁾.

2- أعضاء النيابة :

يشمل الحظر أعضاء النيابة أيأ كانت درجاتهم. فيشمل معاون النيابة ومساعد النيابة ووكيل النيابة ورئيس النيابة والمحامي العام والمحامي العام الأول والنائب العام المساعد والنائب العام.

3- المحامون :

وهم كل من كان عضوا بنقابة المحامين ولو كان محاميا تحت التمرين.

4- كتبة المحاكم والمحضرين.

ويشمل كافة كتبة المحاكم أيأ كان العمل المسند إليهم كسكرتير الجلسة وكاتب القيودات وكاتب الحسابات.

(3) السنهوري ص 515 وهامش (3) منصور مصطفى منصور ص 278- أنور سلطان ص 412.

(1) محمد لبيب شنب ص 266 - إسماعيل غانم ص 61.

إلا أن الحظر لا يمتد إلى غير هؤلاء ممن يباشرون العمل بالمحاكم كالحجاب والفراشين ونحوهم⁽¹⁾، والخبراء والمترجمين ووكلاء المحامين وكتبتهم والحراس ورجال الشرطة ومأموري الضبطية القضائية.

ويمتنع شراء الحق الممنوع، سواء تم الشراء من رجل القضاء باسمه أو باسم مستعار. فإذا أراد الشخص الممنوع أن يخفى أنه هو المشتري وجاء بشخص آخر ليشتري ويكون المقصود في الواقع أن الشراء لحساب الشخص الممنوع فيكون العقد باطلا كما سنرى إذ يعتبر عقد الشراء مشوبا بالصورية النسبية بطريق التستر، وهى صورية تدليسية تقوم على إخفاء بيع متنازع على الحق الوارد عليه لأحد عمال القضاء المحظور عليهم التعامل فيه وراء الأسم المستعار، وهو ما يعد تحايلا على أحكام القانون، ويجوز بالتالى إثبات الصورية بكافة الطرق المقدرة قانونا ومنها البيئة والقرائن، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو المتنازع ضده عن الحق وهو خصم البائع⁽²⁾.

357- وقت ثبوت الصفة :

يجب أن تثبت في الشخص الممنوع صفته التى اقتضت منعه من الشراء وقت الشراء، فإذا اشترى شخص حقا متنازعا فيه ثم عين فى وظيفة من الوظائف المذكورة فالعقد صحيح ولا يؤثر فيه التعيين اللاحق، وكذلك يعتبر العقد صحيحا إذا اشترى بعد أن ترك الوظيفة. وبالعكس فإذا اشترى وهو فى الوظيفة ثم تركها فإن هذا لا يؤثر فى بطلان العقد.

ويجب أن يكون الشخص الممنوع عالما بوقوع النزاع فى الحق وقت شرائه وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف مصر فى 25 يونية سنة 1924 بأنه إذا تبين وقت تحويل السند أن المحامى لم يكن يعلم بأنه موضوع نزاع، جاز التحويل

(2) مذكرة المشروع التمهيدي ج4 ص 205.

(1) المستشار أنور طلبه ص 741 وما بعدها.

له ولا يمكن أن ينسب إليه أنه اشترى ديناً متنازعا فيه⁽¹⁾.

كما قضت محكمة النقض بأن :

"... كما يجب علم المحامي بقيام النزاع في الحق إن كان مجال التطبيق هو نص المادة 471... إلخ".

(طعن رقم 87 لسنة 47 ق جلسة 1980/5/15)

358- الحقوق التي يمتنع شراؤها :

الحقوق التي منع المشرع رجال القضاء وأعضاء النيابة وأعوانهم والمحامين من شرائها هي الحقوق المتنازع فيها كلها أو بعضها إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها. وعلى ذلك يشترط في الحق الذي يمتنع شراؤه على عمال القضاء وأعوانهم وأعضاء النيابة والمحامين شرطان :

الشرط الأول :

أن يكون الحق متنازعا فيه كله أو بعضه، ولم يبين المشرع هنا متى يكون الحق متنازعا فيه اكتفاء بالبيان الذي ذكره في الفقرة الثانية من المادة 469 فيما يتعلق باسترداد الحقوق المتنازع فيها.

وهو ما يتضح من مذكرة المشروع التمهيدى الذى بدأ فى التعليق على كل النصوص الخاصة ببيع الحقوق المتنازع فيها بالإشارة إلى معنى الحق المتنازع فيه، ثم بين خاصيتى هذا الحق وهما جواز الاسترداد ومنع عمال القضاء من الشراء.

وإذن فمعنى الحق المتنازع فيه واحد من حيث تحريم شرائه على عمال

(2) السنهورى ص 217- خميس خضر ص 326.

القضاء والمحامين⁽¹⁾.

فالحق يكون متنازعا فيه بصدد هذه المادة إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى⁽²⁾.

وقد أخذ قضاء النقض بهذا النظر. فقضت محكمة النقض بأن :

1- "يشترط فى تحريم شراء المحامى للحق المتنازع فيه- وفقا لما تفيد به عبارة المادتين 471، 472 من القانون المدنى- أن يكون التنازع على الحق جديا وقائما بالفعل وقت الشراء سواء طرح أمام القضاء أم لم يطرح بعد، فلا يكفى لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلا للنزاع أو محتملا النزاع بشأنه أو يقوم عليه نزاع جدى ولكنه يكون قد انتهى وانحسم عند حصول الشراء كما يجب علم المحامى بقيام النزاع فى الحق إن كان مجال التطبيق هو نص المادة 471، أو أن يكون وكىلا فى الحق المتنازع فيه ويشتره ممن وكله فى الدفاع عنه وذلك بصدد أعمال نص المادة (472)".

(طعن رقم 87 لسنة 47 ق جلسة 1980/5/15)

2- "النص فى المادة 471 من القانون المدنى على أنه "لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا المحامين. أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها وإلا كان البيع باطلا" والنص فى الفقرة الثانية من المادة 469 من ذلك القانون على أن "يعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد

(1) خميس خضر ص 324.

(2) أحمد نجيب الهالى وحامد زكى ص 220 السنهورى ص 214- أنور سلطان ص 413 - محمد كامل مرسى ص 465- ويذهب رأى مرجوح إلى أن الحق لا يعتبر متنازعا فيه إلا إذا كان مرفوعا فى شأنه دعوى أمام القضاء ولو لم ينازع المدعى عليه فعلا فى موضوع الحق (أحمد فتحى زغلول ص 226- منصور مصطفى منصور ص 279).

رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى "يدل على تحريم شراء القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وغيرهم من أعوان القضاء الحقوق المتنازع عليها إذا كان النظر فى النزاع بشأنها يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها وإلا وقع البيع باطلا بطلانا مطلقا سواء اشتروه بأسمائهم أو باسم مستعار ويعتبر الحق المبيع متنازعا عليه فى حالتين الأولى إذا رفعت به دعوى كانت مطروحة على القضاء ولم يفصل فيها بحكم نهائى وقت البيع والثانية أن يقوم فى شأن الحق المبيع نزاع جدى ويستوى أن يكون النزاع منصبا على أصل الحق أو انقضائه، وأن فصل محكمة الموضوع فى كون الوقائع التى أثبتتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق المبيع متنازعا فيه خاضع لرقابة محكمة النقض باعتباره مسألة قانونية تتعلق بتوافر الأركان القانونية لحكم الفقرة الثانية من المادة 469 من القانون المدنى آنفة البيان".

(طعن رقم 1692 لسنة 47 ق جلسة 1982/5/20)

3- "يشترط فى تحريم شراء المحامى للحق المتنازع فيه وفقا لما تفيد عبارات هاتين المادتين - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون التنازع على الحق جديا وقائما بالفعل وقت الشراء سواء طرح أمام القضاء أو لم يطرح بعد، فلا يكفى لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلا للنزاع أو محتملا للنزاع بشأنه، أو يقوم عليه نزاع جدى ولكنه يكون قد انتهى وانحسم عند حصول الشراء، كما يجب علم المحامى بقيام النزاع فى الحق إن كان مجال التطبيق هو نص المادة 471 من القانون المدنى أو أن يكون وكىلا فى الحق المتنازع فيه وبشترية ممن وكله فى الدفاع عنه وذلك بصدد أعمال نص المادة 472 منه".

(طعن رقم 3277 لسنة 58 ق جلسة 1993/12/5)

الشرط الثانى :

أن يكون النظر فى النزاع داخلا فى اختصاص المحكمة التى يباشرفى

دائرتها الأشخاص الممنوعون أعمالهم :

ففيما يتعلق بقضاة المحاكم الجزئية يرى بعض أن الشراح أنه يتمتع عليهم شراء الحقوق التي يكون النظر في النزاع عليها داخلا في اختصاص المحكمة الجزئية التي يعملون بها دون المحاكم الجزئية الأخرى ولو كانت تابعة لنفس المحكمة الابتدائية⁽¹⁾.

غير أن محكمة استئناف مصر قضت بتاريخ 13 يونيو سنة 1933 وبساندها بعض الفقهاء بأن وكلاء النيابة بالمحاكم الجزئية يعتبرون في حكم من يؤدون وظائفهم في دائرة المحكمة الكلية كلها لأن المحاكم الجزئية ليست محاكم مستقلة بذاتها بل هي محاكم متفرعة من المحاكم الكلية الرئيسية ووكلاء النيابة والقضاة معينون أصلا في المحاكم الكلية ثم يندبون للعمل في الجزئيات⁽²⁾.

وهذا الرأي الأخير هو ما نرى الأخذ به.

أما قاضي المحكمة الابتدائي فيمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته بما في ذلك اختصاص المحاكم الجزئية التابعة لمحكمته، حتى لو كان النزاع يدخل في الاختصاص النهائي للمحكمة الجزئية، لأن مجرد احتمال رفع استئناف ولو غير مقبول يكفي لإلقاء ظل من الشبهة⁽³⁾.

أما رجال القضاء في محاكم الاستئناف فيحرم عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها الداخلة في اختصاص المحكمة التابعين لها دون التي تدخل في اختصاص محكمة أخرى، ويكفي أن يكون الاختصاص بنظر الحق لأية محكمة أو في محكمة الاستئناف حتى يحرم على رجال القضاء في محكمة الاستئناف شراؤه ولو

(1) أحمد نجيب الهاللي وحامد زكى ص 223 - أنور سلطان ص 412 - السنهوري ص 215.

(1) من هذا الرأي خميس خضر ص 324 وما بعدها - المستشار أنور العمروسي ص 190.

(2) السنهوري ص 216 - أنور سلطان ص 412.

كان الحكم الذى يصدر فى النزاع مما لا يجوز استئنافه.

أما مستشارو محكمة النقض وأعضاء نيابة النقض، فيمتنع عليهم شراء أى حق متنازع فيه لأن اختصاص محكمة النقض يمتد إلى جميع أنحاء البلاد. وبالنسبة لأعضاء النيابة فيسرى عليهم ما ذكرناه بالنسبة لقضاء المحاكم الجزئية وقضاء المحاكم الابتدائية بحسب الأحوال، أما النائب العام فلا يجوز له شراء الحق المتنازع له فى كافة أنحاء الجمهورية لأن اختصاصه عام يشمل جمهورية مصر العربية.

أما بالنسبة لكتبة المحاكم والمحضرين، فالحظر يشمل الحقوق التى يدخل نظر النزاع فيها فى دائرة اختصاص المحكمة التى يعملون بها سواء كانت محكمة جزئية أو محكمة ابتدائية أو محكمة استئناف أو محكمة النقض.

وبالنسبة للمحامين فيراعى أن المحامى لا يتقيد بالمرافعة أمام محكمة معينة بل يتقيد بالمرافعة بدرجة من درجات المحاكم. فالمحامى المقيد للمرافعة أمام المحاكم الجزئية يمتنع عليه شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النزاع يدخل فى اختصاص أية محكمة جزئية فى البلاد. والمحامى المقيد للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية يمتنع عليه شراء أى حق متنازع فيه لأنه يجوز له مباشرة عمله أمام جميع المحاكم الابتدائية.

وهذه المحاكم فى مجموعها يشمل اختصاصها جميع أنحاء البلاد. وكذلك الحال بالنسبة للمحامين المقيدين للمرافعة أمام محكمة الاستئناف أو محكمة النقض إذ يمتنع عليهم شراء أى حق متنازع فيه⁽¹⁾.

(1) عبد الرزاق السنهورى ص 126- أحمد نجيب الهاللى وحامد زكى ص 225 هامش (1) - خميس خضر ص 325- ولما كان يترتب على الأخذ بهذا الرأى حرمان المحامى المقيد أمام محكمة الاستئناف من شراء الحقوق المتنازع فيها أمام جميع محاكم الاستئناف والمحاكم التابعة لها أى فى جميع أنحاء البلاد، كما يترتب عليه حرمان المحامى المقيد أمام محكمة النقض من شراء الحقوق المتنازع عليها فى كافة أنحاء البلاد، فقد ذهب بعض

359- جواز استرداد القضاة وأعوانهم وأعضاء النيابة والمحامين

لحقوق المتنازع فيها :

إذا ادعى شخص أنه يداين أحد القضاة أو أعوانهم أو أحد أعضاء النيابة أو المحامين بدين ما وكان الأخير ينازع في وجود هذا الدين، ثم باع المدعى الحق الذى يدعيه إلى الغير، فإنه يجوز له استرداد الحق المتنازع فيه ولو كان يدخل فى دائرة اختصاصه، فهو لم يشتتر الحق بل استرده لإبراء ذمته منه وحسم النزاع، واسترداد الحق لإبراء الذمة غير شرائه للمضاربة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وحكم بيع الحق المتنازع فيه من حيث جواز الاسترداد قد يتدخل فى حكم هذا البيع من حيث تحريمه على عمال القضاء.

فإذا باع الدائن حقا متنازعا فيه لأحد عمال القضاء، كان البيع باطلا بطلانا مطلقا كما تقدم ولا يكون للمدين فى هذا البيع الباطل أن يتخلص من الدين بدفع الثمن والمصروفات والفوائد. أما العكس فجائز، ويكون لعامل القضاء الذى ينازع

الشرح إلى التخفيف من حدة هذا رأى وقصر المنع على حالة ما إذا كان المشتري محاميا عن أحد المتنازعين فقط (فتحى زغلول ص 226).

كما ذهب البعض الآخر إلى رأى وسط وقال بمنع شراء الحقوق المتنازع فيها أمام المحاكم التى يترافع منها المحامى فى الواقع بصفة مستمرة (حلمى عيسى بند 902 مشار إليه فى مؤلف أحمد نجيب الهاللى وحامد زكى ص 225 هامش (1) - محمد لبيب شنب ص 267 ص 267 وما بعدها إسماعيل غانم ص 63 وما بعدها - ولكن هذا التقييد لا سند له من القانون (أحمد نجيب الهاللى وحامد زكى ص 225 هامش (1) - منصور مصطفى منصور ص 281).

(1) محمد كامل مرسى ص 467 وهامش (2) - مصطفى منصور مصطفى ص 283 - أنور سلطان ص 215 .

في دين أن يتخلص منه إذا باعه الدائن⁽¹⁾.

360- جزاء مخالفة الحظر :

نصت المادة على جزاء مخالفة هذا الحظر صراحة وهو البطلان. وهو بطلان مطلق متعلق بالنظام العام. ويتمسك به كل ذي مصلحة بما في ذلك البائع نفسه والمنازع في الحق، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق في هذا البيع، ولكن يكون للمشتري أن يسترد ما دفعه ثمنا للحق، ويبقى الحق ملكا لصاحبه الأصلي⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ذكر المشروع أن جزاء المنع هو البطلان المطلق، ويتمسك به كل ذي مصلحة، ويدخل في ذلك البائع نفسه والمنازع في الحق"⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "مفاد النص في المادتين 471، 472 من القانون المدنى - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - أن جزاء حظر بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء والمحامين هو البطلان المطلق الذى يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام".

(طعن رقم 87 لسنة 47 ق جلسة 1980/5/15)

2- "مفاد النص في المادتين 471، 472 من القانون المدنى - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - أن جزاء مخالفة حظر بيع الحقوق المتنازع

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 205.

(3) السنهورى ص 217 وما بعدها - أنور سلطان ص 414.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 205.

فيها لعمال القضاء والمحامين هو البطلان المطلق الذى يقوم على اعتبارات
تتصل بالنظام العام".

(طعن رقم 3277 لسنة 58 ق جلسة 1993/12/5)



مادة (472)

لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها
إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أم
باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا.

الشرح

361- عدم جواز تعامل المحامى فى الحق المتنازع فيه :

رأينا في شرح المادة السابقة أن المحامين من الأشخاص الذين يمتنع عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها عملاً بالمادة المذكورة (م471).

ولكن المشرع لم يكتف بهذا النص بالنسبة للمحامين بل نص في المادة (472) على أنه لا يجوز 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 البيع باطلاً.

ويلاحظ أن نص المادة (471) مدنى كان يكفى وحده لمنع شراء المحامى حقاً متنازعا فيه لموكله، بل إن نص المادة 471 أوسع نطاقاً من ذلك إذ يحرم على المحامى أن يشتري أى حق متنازع فيه فى كل الأحوال التى يكون فيها للمحامى حق المرافعة أمام طبقة المحكمة التى يدخل نظر النزاع فى دائرة اختصاصها ولو لم يكن وكيلاً عن صاحب الحق. أما نص المادة 472 فهو أضيق نطاقاً من نص المادة 471 لأنه خاص بتعامل المحامى مع موكله فى الحق المتنازع فيه إذا كان هو الذى يتولى الدفاع عنه. ولكن إذا كان نص المادة 472 أضيق نطاقاً من نص المادة 471 من هذه الناحية، فهو أوسع نطاقاً منه من ناحية أخرى. ذلك أن نص المادة 472 يمنع تعامل المحامى مع موكله فى الحق المتنازع فيه بكافة صور التعامل، فلا يقتصر على تحريم شراء الحق المتنازع فيه، وعلى ذلك لا يجوز للمحامى الموكل فى الدفاع عن الحق المتنازع فيه تطبيقاً للمادتين 471، 472 مدنى شراء هذا الحق وإلا كان البيع باطلاً. ولا يجوز له وفقاً لنص المادة 472 أن يشترك فى هذا الحق، ولا الاتفاق على أن تكون أتعابه حصة فيه ولا أن يقوم بالاتفاق على الدعوى فى مقابل حصة فيه. وإذا كان النزاع يدور حول ملكية شئ أو الانتفاع به فلا يجوز للمحامى أن يستأجر هذا الشئ سواء اتفق على أن تبدأ الإجارة فوراً أو عند كسب الدعوى. فكل تصرف من هذا يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً.

والحكمة من بطلان هذه الاتفاقات أن المحامى قد يوهم موكله بضعف مركزه فى الدعوى ويتوصل بذلك إلى الحصول على شروط فى غير صالح موكله. ولهذا فإذا صدر الحكم وانتهى النزاع فليس هناك ما يمنع المحامى أن يتعامل مع موكله بشأن الحق الذى كان محلا للنزاع أيا كانت صورة التعامل⁽¹⁾.

وإذا وقع اتفاق المحامى مع موكله باطلا بسبب هذا التحريم، فلا يمنع ذلك المحامى من أن يطلب إلى المحكمة تقدير أتعابه بصرف النظر عن الاتفاق الباطل ويرجع المحامى على الموكل بهذه الأتعاب وبما يكون قد أنفقه على الدعوى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لئن كان النص فى المادة 472 من القانون المدنى على أنه "لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا" إلا أنه لا يوجد ما يمنع إذا انتهى النزاع فى الحق أن يتعامل المحامى فيه مع موكله إن أصبح الحق غير متنازع فيه".

(طعن رقم 307 لسنة 51 ق جلسة 1984/6/12)

ويستوى أن يكون تعامل المحامى مع موكله باسمه هو أو باسم مستعار كزوجة أو ولد أو قريب أو صديق.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"زاد المشروع بأن ذكر تطبيقا خاصا لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء، وهو التطبيق الكثير الوقوع فى العمل، وهو تعامل المحامى مع موكله فى الحق

(1) خميس خضر ص 328- منصور مصطفى منصور ص 285- أنور سلطان ص 415

وما بعدها - المستشار أنور العمرورسى فى البيوع الباطلة فى القانون المدنى 2003-

2004 ص 186.

المتنازع فيه إذا كان هو الذى تولى الدفاع عنه pacte de qu ot a litis سواء أكان التعامل بالبيع أم بغيره، وسواء تعامل المحامى باسمه أم باسم مستعار (م638 من المشروع، وهى منقولة عن المشروع الفرنسى الإيطالى م 333 فقرة ثالثة ولا نظير لها فى التقنين الحالى) ويلاحظ أنه يجوز بعد انتهاء النزاع أن يتعامل الموكل مع المحامى فى الحق الذى كان متنازعا فيه⁽¹⁾.

362- شروط انطباق النص :

يشترط لانطباق نص المادة 472 توافر شرطين :

الأول: وجود وكالة بين المحامى والخصم، سواء كانت صريحة أو ضمنية يتوافر بها الصفة فى الدفاع عن الحق، سواء كانت وكالة خاصة أو عامة، فإن كانت خاصة وتتعلق بحق آخر، فلا يسرى هذا النظر، لكن إذا حضر الأصيل بالجلسة ولم يعترض على دفاع المحامى، قامت الوكالة التى يتوافر معها الحظر رغم عدم وجود سند لها. فإن وجدت وكالة خاصة غير متعلقة بالحق المتنازع فيه، فلا يسرى الحظر، وينحصر الحظر فى النيابة الاتفاقية كالوكالة فلا يمتد إلى النيابة القانونية أو القضائية، إذ حدد القانون نطاق كل منها⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"تحظر المادة 472 من القانون المدنى على المحامين التعامل مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل باسمهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا. فإذا كان الثابت من عقد البيع أن الطاعن قد اشترى العقار المبين فيه بصفته وليا طبيعا على ولديه القاصرين وهما ليسا ممن تضمنهم الحظر الوارد بالمادة المذكورة فلا يكون العقد باطلا إلا إذا ثبت

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 205.

(2) المستشار أنور طلبه ص 745.

أنهما كانا اسما مستعارا لوالدهما الطاعن الأول. فإذا كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف الذى أيده الحكم المطعون فيه لم يبين ما إذا كان اسم المشتريين مستعارا من عدمه، وكان ذلك دفاعا جوهريا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل الرد على هذا الدفاع وقضى بالبطلان دون التثبت من أن المشتريين كانا اسمهما مستعارا للطاعن يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 365 لسنة 29 ق جلسة 1964/3/19)

الثانى: أن تتصرف الوكالة إلى الدفاع عن الحق المتنازع فيه، سواء باشر المحامى هذا الدفاع أو لم يباشره، فإذا انصرفت إلى الدفاع عن حق آخر، فلا يسرى الحظر⁽¹⁾.

والجزاء على مخالفة الحظر الوارد بالمادة هو ذات الجزاء المقرر على مخالفة أحكام المادة السابقة وهو البطلان المطلق.



بيع التركة :

(1) المستشار أنور طلبه ص 745 وما بعدها.

مادة (473)

من باع تركة، دون أن يفصل مشتملاتها، لا يضمن إلا ثبوت وراثته ما لم يتفق على غير ذلك.

الشرح

363- المقصود ببيع التركة :

لا يقصد ببيع التركة بيع الاستحقاق في تركة مستقبلية، فذلك باطل بنص القانون.

وإنما المقصود من بيع التركة هو بيع الوارث نصيبه في التركة بعد وفاة المورث جزافاً، أى بيعه جميع ما تلقاه من المورث من الحقوق إجمالاً وبدون تفصيل لمشتملات التركة.

أما إذا باع الوارث عينا معينة مما ورثه أو حقاً من الحقوق التي تلقاها من المورث فلا يعد بيعه بيعاً لاستحقاقه في التركة، بل يعتبر بيعاً عادياً أو حوالة عادية تنطبق عليهما الأحكام العامة للبيع والحوالة لا الأحكام الخاصة ببيع التركة⁽¹⁾.

وبيع التركة بهذا المعنى يتميز بالخصائص الآتية :

1- أنه بيع احتمالي، ذلك أن المشتري وإن عرف وقت إبرام العقد قيمة ما يدفعه من الثمن المتفق عليه، إلا أنه لا يعرف قيمة ما يأخذ على وجه التأكيد لعدم تعيين الحقوق التي يشملها البيع⁽²⁾.

2- أن المبيع في هذا البيع يتعين فقط بأنه كل أو حصة معينة مما آل إلى

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 600 - سليمان مرقس ص 547 وما بعدها.

(2) أحمد نجيب الهاللى وحامد زكى ص 621 - منصور مصطفى منصور ص 286 - محمد لبيب شنب ص 289.

البائع من تركة مورثه، دون تحديد آخر، وعلى ذلك فإذا ورد البيع على حق معين بذاته من الحقوق التى آلت للبائع بالإرث، أو حتى على جميع الحقوق التى ورثها البائع مع تعيين كل منها، فإن البيع لا يعتبر واردا على تركة.

3- أنه لا ينعقد إلا بعد وفاة المورث وافتتاح تركته، لأنه لو انعقد قبل هذه الوفاة، لكان بيعا لتركة مستقبله، وبالتالي لكان باطلا طبقا للمادة 2/131 التى تقرر أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه.

4- بيع التركة قد يتم لأجنبى عنها، وقد يتم لصالح وارث آخر ويسمى فى هذه الحالة تخارجا كما سنرى.

ويخضع بيع التركة فى انعقاده للقواعد العامة فى انعقاد البيع، فلا يتميز بأحكام خاصة، أما الآثار المترتبة على هذا البيع، فهى وإن اتفقت بوجه عام مع الآثار التى يربتها البيع العادى، فإنها تأخذ لونا خاصا يتفق مع طبيعة المبيع وهو كونه تركة أو حصة فى تركة⁽¹⁾.

364- الفرق بين بيع التركة والتخارج :

ينحصر الفرق بين بيع التركة والتخارج، فى أن بيع التركة قد يكون لوارث وقد يكون لأجنبى عن التركة، أما التخارج المعروف فى الشريعة الإسلامية والذى قننه قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943 فهو بيع التركة لأحد الورثة، فهو تصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شئ معلوم.

وفى هذا تنص المادة 48 من القانون المذكور على أن :

"التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شئ معلوم. فإذا تخارج أحد الورثة مع أحد منهم استحق نصيبه وحل محله فى التركة، وإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصباهم فيها، وإن كان المدفوع من مالهم ولم ينص فى عقد التخارج على

طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بالسوية بينهم".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"بيع الوارث نصيبه من التركة هو بيع لمجموع من المال، بما يشتمل عليه من حقوق وديون، وهو أعم من التخارج المعروف فى الشريعة الإسلامية، فإن التخارج مقصور على بيع الوارث نصيبه لباقى الورثة، أما هذا البيع فقد يكون لوارث أو لغير وارث. ونقل المشروع نصوصه فى هذا الموضوع من المشروع الفرنسى الإيطالى، وهى نصوص أكثر وضوحا وتفصيلا من النص الذى اشتمل عليه التقنين الحالى (م438/350)⁽¹⁾.

والشئ الذى يؤدى مقابلا للتخارج قد يكون من التركة أو من غيرها. والتخارج جائز عند التراضى لأنه عقد ومتى تم التراضى يخرج المتنازل عن نصيبه من التركة.

ويصح أن يكون التنازل إلى واحد أو أكثر من الورثة. ولا يهم أن كان موضوعه عقارا أو منقولا. وكذلك لا يهم إن كان الشئ الذى أعطى فى مقابلته أقل أو أكثر قيمة منه. وليس من اللازم أن تكون أعيان التركة معلومة للمتعاقدين ومعينة فى العقد⁽²⁾.

ويقع التخارج على نصيب الوارث فى التركة جزافا، أى على جميع ما يستحقه، ويحل التخارج معه فى حقوقه والتزاماته.

فيتميز عقد التخارج بصفته الاحتمالية حيث يقبل المتنازل له أن يحتمل كل المخاطر المحتملة وما يظهر على التركة من التكاليف التى تثقلها. ولذلك لا يمكن الطعن فيه لمجرد عدم التعادل بين قيمة الحصة المتنازل عنها وقيمة الشئ

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 207 وما بعدها.

(2) محمد كامل مرسى ص 474 وما بعدها.

المعطى فى مقابلها.

ولكن عقد التخرج ككل عقد يمكن إبطاله، إذا شاب الرضا فيه غلط أو إكراه أو تدليس.

ولا يترتب على العقد قسمة أموال التركة، بل إن نتيجته الضرورية انتقال حقوق وارث إلى آخر إلى مجموع من الورثة. ويحل من انتقل إليهم الحق عند القسمة محل التنازل، وتوزع التركة كما لو لم يكن هناك تنازل⁽¹⁾.

وإذا تم التخرج فإنه لا يقبل العدول عنه. ويجب لانتقال الملكية سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير تسجيل عقد التخرج إذا كان يشمل عقارا.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إنه وإن كان حكم الشريعة يقضى ببطلان التخرج إذا كان للتركة ديون على الغير إلا أن القانون المدنى لم يأخذ بذلك فإنه قد نص صراحة فى المادة 320 (مدنى قديم) على أن بيع الاستحقاق فى التركة أو (التخرج) يشتمل حتما على بيع مالها من الدين".

(طعن رقم 41 لسنة 9 ق جلسة 1939/12/14)

2- "إذا كانت المحكمة قد استخلصت مما أوردته فى حكمها من القرائن التى استنبطتها من الوقائع الثابتة فى الدعوى أن عقد التخرج الصادر من الجدة لأحفادها المذكور فيه أن التخرج كان مقابل عوض قبضته من عمهم لم يكن فى حقيقته إلا هبة لم يقبض عنها أى عوض، مؤيدة ذلك بخلو العقد المذكور من التزام الأحفاد بوفاء ذلك العوض إلى عمهم الذى لم يكن له شأن فى هذا العقد، فذلك مما يدخل فى حدود سلطتها ولا معقب لمحكمة النقض عليها فيه مادام تحصيلها إياه من الواقع سائغا. إذ قاضى الدعوى من حقه أن يؤول المشارطات بما يكون متفقا مع ما قصده المتعاقدون غير متقيد بألفاظها وعباراتها. وإذن فقد

(1) محمد كامل مرسى ص 477 وما بعدها.

كان للمحكمة، وقد تبينت أن التصرف لم يكن إلا هبة، أن تستظهر المقصود من الإقرار بقبض مقابل التخرج مسترشدة بظروف الدعوى وملابساتها بما فيها من قرائن ولو لم يكن هناك دليل كتابي".

(طعن رقم 28 لسنة 11 ق جلسة 1942/1/15)

365- مدى التزام بائع التركة بالضمان :

لضمان في بيع التركة حكم خاص، يبرره أن هذا البيع هو من بيوع المضاربة والضرر، ولذلك نصت المادة على أن من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها، لا يضمن إلا ثبوت وراثته، ما لم يتفق على غير ذلك.

فالبائع لا يضمن للمشتري سوى أمور ثلاثة هي :

- 1- وجود تركة مفتوحة أى بعد وفاة المورث.
- 2- ثبوت صفته كوارث. فإذا تبين أنه غير وارث، كان بيعه وارداً على ملك الغير، وبالتالي كان قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري، وكان للمشتري فضلاً عن الرجوع عليه بدعوى إبطال بيع ملك الغير، أن يرجع عليه بضمان استحقاق المبيع.
- ويلاحظ أنه إذا كانت صفة البائع كوارث متنازعا فيها، وبيعت التركة على هذا الأساس، فإن البيع يعتبر بيعاً لحق متنازع فيه، فلا يضمن البائع في هذه الحالة حتى صفته كوارث⁽¹⁾.

3- أن نصيبه في التركة هو النصيب المبين في العقد :

فإذا ذكر في العقد أن البائع قد ورث نصف التركة وأنه قد باع نصيبه كله، ثم تبين أنه قد ورث الربع فقط، فإنه يضمن هذا الاستحقاق الجزئي⁽²⁾.

(1) محمد لبيب شنب ص 295.

(2) منصور مصطفى منصور ص 289- محمد لبيب شنب ص 295- وعلى ذلك السنهاوري ص 248 فيذهب إلى أنه إذا تبين أن حصة الوارث هي الربع لا الثلث فإن المشتري لا

وفيما عدا الأمور الثلاثة السابقة لا يضمن البائع للمشتري شيئاً، فهو لا يضمن وجود حق معين في حصته من التركة، ولا يسار المدينين بدين للتركة، ولا استحقاق عقار أو منقول معين. ذلك أن البيع حصل دون بيان مشتملات التركة أى حصل جزافاً⁽¹⁾.

وذلك ما لم يتفق صراحة أو ضمناً على دخول عين معينة في البيع، فيكون البائع ضامناً لدخولها، ويستفاد الاتفاق الضمني على ضمان دخول مال معين ضمن التركة المباعة من ذكر هذا المال في العقد⁽²⁾.

ولا يضمن البائع قيمة الحقوق التي شملها بيع التركة، وبترتب على ذلك أنه لا يضمن العيوب الخفية التي قد توجد في أعيان التركة، لأن أثر وجود هذه العيوب هو الانقاص من قيمة التركة⁽³⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويتبين من المادة 639 من المشروع أن هذا البيع ينطوى على شئ من الاحتمال والمقامرة. فإن البائع لا يضمن إلا ثبوت وراثته. أما ما يشتمل عليه نصيبه في الميراث من حقوق وديون فلا يضمن منها شيئاً. ولا نظير لهذا النص في التقنين الحالي"⁽⁴⁾.

على أن أحكام ضمان البائع سالفة الذكر لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم

يرجع على البائع بالضمان ما لم يكن هناك غلط جوهري في قيمة المبيع، لأن البيع هنا عقد احتمالي وقد أقدم المشتري عليه بعد البحث والتمحيص، فهو الذى يجنى الكسب ويتحمل الخسارة.

(1) عبد المنعم البداروى ص 604 - محمد كامل مرسى ص 470.

(2) محمد لبيب شنب ص 296.

(3) السنهورى ص 248 - محمد لبيب شنب ص 296.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 208.

يجوز الاتفاق على ما يخالفها، سواء بتشديد الضمان، كالإلزام البائع بضمان دخول حق معين بالذات ضمن التركة المباعة، أو بضمان قيمة معينة له للحصة إذا نزلت عنها دفع الوارث الفرق للمشتري.

وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيا، كأن يفصل المشتري مشتملات الحصة التي يشتريها، فيذكر أنها تشتمل على كذا وكذا من العقارات والمنقولات والحقوق والأموال الأخرى. فكل ما ذكر يكون الوارث ضامنا لدخوله في الحصة المباعة، وإذا لم يدخل لأى سبب رجع المشتري على الوارث بضمان الاستحقاق. بل قد يرجع أيضا بضمان العيب، إذا اشترط ذلك.

كما يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان باشتراط الوارث على المشتري مثلا بأنه لا يضمن وجود ورثة آخرين معه، أيا كان عددهم ومهما بلغ مقدار حصصهم (1).

أو يبيع الوارث مجرد دعواه باستحقاقه في التركة. كما يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان بأن يشترط في العقد على المشتري أنه اشترى ساقط الخيار بلا ضمان. ويشترط الشراح لصحة إسقاط الضمان ألا يكون مبنيا على غش، كما لو كان البائع يعلم علم اليقين وقت البيع أنه لا استحقاق له في التركة على الإطلاق، وفي هذه الحالة يكون للمشتري الرجوع عليه بالتعويض (2).

366- ضمان التعرض والاستحقاق :

يضمن البائع فضلا عما تقدم فعله الشخصى فهو ضامن عدم تعرضه للمشتري بعد البيع، وضامن الاستحقاق الذى قد يقع بناء على حق رتيبه هو للغير، قبل أن يكون البيع نافذا فى مواجهة هذا الغير، كالرهون التى يكون قد

(1) السنهورى ص 249 - محمد كامل مرسى ص 470.

(2) أنور سلطان ص 420 - محمد كامل مرسى ص 471.

قررها، أو النزول عن حق من التركة للغير⁽¹⁾.



(3) عبد المنعم البدرأوى ص 604 وما بعدها - أنور سلطان ص 419 وما بعدها.

مادة (474)

إذا بيعت تركة فلا يسرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة، فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين، وجب أيضا أن تستوفى هذه الإجراءات.

الشرح

367- إجراءات بيع التركة :

بيع التركة - كما قدمنا - عقد يتم بمجرد التراضي، ومع أن بيع التركة يعتبر بيعا لمجموعة من الأموال. إلا أن المشرع استوجب في المادة (474) اتخاذ كل الإجراءات اللازمة لنقل كل حق من مشتملات التركة سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

وبناء على ذلك إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية أصلية كان من الواجب تسجيل عقد البيع، حتى تنتقل الملكية إلى المشتري فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير⁽¹⁾.

وقد رأينا أن قانون تنظيم الشهر العقاري لا يجيز شهر تصرف الوارث إلا بعد شهر حق الإرث. وهذا الحكم ينطبق ليس فقط في حالة بيع حق عيني عقارى بالذات بل وفي حالة بيع الاستحقاق في التركة أيضا.

أما بالنسبة للمنقولات المادية فإن الملكية تنتقل فيها بمجرد التعاقد. ويعلل الفقه هذا بأن فكرة المجموعة المستقلة عن عناصرها لا محل لها هنا. فالبائع في بيع التركة لا يبيع "مجموعة" وإنما هو يبيع أموالا، عقارات ومنقولات

(1) محمد كامل مرسى ص 471 - عبد الودود يحيى ص 197.

وحقوقا شخصية، كل ما فى الأمر هو أن المبيع قد تحدد بأنه "ما آل إلى البائع فى تركة مورثه" وهذه الطريقة الخاصة فى تعيين المبيع، لا يقتضى أن يخضع انتقال الأموال التى تشتمل عليها التركة إلى مشتريها لقواعد خاصة تختلف عن القواعد العامة. فإذا كانت التركة تشتمل على حق يتطلب القانون لانتقاله فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، اتباع إجراءات معينة فإنه يتعين اتباع تلك الإجراءات، ولن يعفى من اتباعها مجرد أن البيع لم يرد على ذلك الحق مفردة وإنما باعتباره عنصرا من العناصر التى تشتمل عليها التركة⁽¹⁾.

وإذا اشتملت التركة على حقوق شخصية، وجب حتى يكون البيع نافذا فى حق الغير وعلى الخصوص المدينين بها، أن يعلن هؤلاء بالبيع أو يقبلوه. فإن كان نفاذه قبل الغير بقبول المدين وجب أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ⁽²⁾.

ويذهب بعض الشراح إلى أنه إذا كانت التركة مدينه فيجب أن يقر دائنها البيع لما هو مقرر من أن حوالة الدين لا تنفذ فى حق الدائن إلا إذا أقرها⁽³⁾.

بينما يذهب رأى آخر إلى أن بيع الاستحقاق فى التركة لا يترتب عليه نقل ديون التركة من ذمة الوارث البائع إلى ذمة المشتري، إذ أن ديون التركة لا تسأل عنها ذمة الوارث، بل إن المسئول عنها هو التركة، ولهذا فإن بيع الاستحقاق لا يؤثر على مركز دائنيها، ويقتصر أثره على نقل الحقوق الخالصة بعد تصفية الديون، طبقا لما هو مقرر فى التشريع المصرى من أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون⁽⁴⁾.

(1) إسماعيل غانم ص 236.

(2) عبد المنعم البداروى ص 601 - محمد إبيب شنب ص 292 وما بعدها - خميس خضر ص 332 - إسماعيل غانم ص 236.

(3) أنور سلطان ص 423.

(4) عبد المنعم البداروى ص 602.

ويلاحظ أنه لا يترتب على انتقال التركة إلى المشتري إذا بيعت كلها، أن يحل المشتري محل البائع في صفته كوارث، فصفة الوارثة من النظام العام لا يجوز أن تكون محلاً لاتفاقات الأفراد، وبناءً على ذلك يظل البائع محتفظاً بصفته كوارث بالرغم من انتقال التركة⁽¹⁾. ويترتب على ذلك أنه لو كانت هناك مثلاً هبات ممنوحة، أو أعيان موقوفة، أو عقود تأمين معقودة لصالح الوارث بصفة أنه وارث فلان، فإن هذه الحقوق تكون للوارث، ولا تكون لمشتري التركة، لأنها لم تكن ضمن ما تركه لورثته.



(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 213 فقد جاء بها: "بقى تحديد علاقة المشتري بالبائع (وعلاقته بالغير)، ففي العلاقة ما بين المشتري والبائع، ينقل البيع ملكية مجموعة من المال، هي نصيب الوارث في التركة إلى المشتري ولكن لا تثبت صفة الوارث للمشتري بهذا البيع. .. الخ" - راجع أيضا السنهاورى ص 243 هامش (2) محمد لبيب شنب ص 293.

مادة (475)

إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد.

الشرح

368- التزام الوارث بتسليم التركة :

يلتزم الوارث البائع أن يسلم المشتري جميع ما تشتمل عليه التركة من عقارات ومنقولات وحقوق أى يلتزم بتسليمه جميع ما آل إليه بالميراث.

ويخضع تسليم التركة للأحكام العامة فى تسليم المبيع، وخاصة فيما يتعلق بالحالة التى يجب تسليمه عليها، فيجب تسليم أموال التركة إلى المشتري على الحالة التى تكون عليها وقت إبرام البيع (م431)، ولو اختلفت عن الحالة التى كانت عليها هذه الأموال وقت وفاة المورث وافتتاح التركة، فإذا كان الوارث قد أدخل تحسينات أو قام بإصلاحات على أعيان التركة، فإنه يلتزم أن يسلم هذه الأعيان مع تحسيناتها إلى المشتري، لأنه لا بد وأن يكون قد راعى قيمتها عند تحديد الثمن.

كذلك إذا كانت عين من أعيان التركة أصابها تلف أو خلل ولو بخطأ من الوارث البائع، فإنه يلتزم بتسليمها على ما هى عليه من تلف أو خلل، لأن المشتري لا بد أن يكون قد راعى وجود هذا التلف أو الخلل عند تحديد الثمن⁽¹⁾.

(1) محمد لبيب شنب ص 294 - أنور سلطان ص 435 - السنهورى ص 245 وما بعدها.

وإذا كان حق من حقوق التركة قد انقضى باتحاد الذمة بسبب الميراث فإن هذا الحق بعد أن باع الوارث حصته يعود إلى الوجود وينتقل إلى المشتري سواء كان الحق شخصياً أو عينياً. ولكن الكفالة الشخصية أو العينية التي انقضت باتحاد الذمة لا تعود، حتى لا يضار الكفيل وهو من الغير، وهذا بخلاف الرهن الذي يكون الوارث المدين نفسه قد قدمه فإنه يعود مع الدين، مع الاحتفاظ بحقوق الغير التي تثبت على العين المرهونة⁽¹⁾.

369- رد ما استوفاه البائع :

إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون وجب رد ما استوفاه إلى المشتري. وإذا باع شيئاً من مشتملات التركة دخل الثمن فيما يجب عليه أن يعطيه للمشتري، وكذلك إذا استهلك شيئاً من التركة وجب عليه رد ثمنه إلى المشتري. ويجب على البائع أيضاً أن يرد للمشتري ما استولى عليه من ثمار أموال التركة من وقت وفاة المورث كل هذا ما لم يتفق صراحة عند البيع على عدم رده. وإذا كان بعض هذه الأموال قد هلك واستحق عن هلاكه تعويض أو تأمين، وجب على البائع رد ما حصل عليه⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... والمفروض أن الوارث قد باع كل نصيبه فى التركة، فإذا كان قد قبض غلة بعض الأعيان أو استوفى بعض ديون التركة أو باع شيئاً مما اشتملت عليه، وجب أن يرد كل ذلك للمشتري. .. الخ"⁽³⁾.

370- ما لا يلتزم البائع بتسليمه :

(1) السنهورى ص 246.

(2) خميس خضر ص 331.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 213.

إذا كانت القاعدة أن الوارث يلزم بتسليم كل ما يدخل في التركة إلا ما احتفظ به لنفسه بنص صريح في العقد، إلا أنه من المتفق عليه أن بعض الأشياء لا تدخل في المبيع ولو لم ينص على ذلك صراحة، وهى الأشياء اللصيقة بشخص صاحبها كأوراق العائلة والأوراق المثبتة لنسب المورث وبراءات رتبه ونياشينه وشهاداته العلمية وذلك ما لم يكن لهذه الأشياء قيمة مادية أدخلها المشتري فى حسابه باتفاق خاص مع الوارث⁽¹⁾. وليس ثمة ما يمنع من أن يتفق الوارث مع المشتري صراحة على استثناء بعض مشتملات التركة من البيع وإن كان لهذه المشتملات المستثناة قيمة مالية.

ولا يدخل فى البيع وبالتالي لا يلزم تسليمه غير ما تلقاه الوارث بصفته وارثاً، أما ما يتلقاه بصفته الشخصية مباشرة دون أن يكون من مشتملات التركة فلا يدخل فى البيع.

ومثال ذلك مبلغ التأمين على الحياة الذى اشترطه المورث لصالحه، ذلك أن مبالغ التأمين على الحياة تؤول إلى المستفيد مباشرة، ولا تدخل فى تركة المؤمن له⁽²⁾.



(1) السنهورى ص 247 - منصور مصطفى منصور ص 288 - أنور سلطان 419 - خميس خضر ص 331.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 604 - عبد الودود يحيى ص 198 وما بعدها.

مادة (476)

يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ويحسب للبائع كل ما يكون دائنا به للتركة ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

الشرح

371- التزامات المشتري :

يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه في عقد البيع، وفوائده ومصرفات العقد وتكاليف المبيع، وبالتسليم، وليس في ذلك ما يخص بيع التركة. ولكن لما كان المبيع يتحدد بصافي نصيب الوارث في التركة من حقوق بعد خصم الديون، فإن المشتري يلتزم بجانب دفع الثمن المتفق عليه، بأن يرد للبائع ما يكون قد وفاه من ديون وتكاليف على التركة سواء أكان قد وفاها قبل البيع أو بعده، لأن التركة هي المدينة بهذه الديون لا الوارث شخصيا ولأن البيع لا ينقل إلى المشتري إلا ما يتبقى من حقوق في التركة بعد سداد ما عليها من ديون.

وإذا كان البائع دائنا للمورث، تحمل المشتري نصيب الحصة المباعة في هذا الدين، أي أنه يحسب للبائع كل دينه ويتحمل المشتري نصيبه في ذلك باعتباره مالكا للحصة المباعة⁽¹⁾.

وكل هذا يجوز الخروج عليه باتفاق الطرفين.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... كما له أن يستوفى من المشتري ما وفاه من ديون التركة وتكاليفها، فإن التركة هي المدينة بذلك لا هو، وكذلك يستوفى في كل ما يكون دائنا به للتركة.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 605 - خميس خضر ص 333.

كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره... الخ⁽¹⁾.

372- استرداد ما بيع من التركة :

تنص المادة 833 مدنى على أن: 1- للشريك فى المنقول الشائع أوفى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه به، ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ويحل المسترد محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عرضه عن كل ما أنفقه.

2- إذا تعدد المستردون فكل منهم أن يسترد بنسبة حصته".

والحكمة من إجازة الاسترداد فى بيع التركة، هى منع الأجانب من الاطلاع على أسرار العائلات ومن مشاركة الورثة، وهو ما قد يؤدى إلى حصول ارتباكات لهم.

ويشترط لثبوت رخصة الاسترداد أن يكون المبيع هو التركة كلها أو حصة شائعة منها كالنصف أو الثلث، أما إذا كان المبيع عينا معينة بالذات أو حصة فى عين معينة من أعيان التركة، فإن البيع لا يعتبر واردا على التركة، وبالتالي لا يبيح لسائر الورثة الحق فى استرداد المبيع، لأنه يسهل تسليم المبيع إلى المشتري دون أن يطلع على التركة وأسرارها، ودون احتمال اشتراكه فى قسمة التركة نفسها. (راجع فى التفصيل شرح المادة 833).



البيع في مرض الموت :

مادة (477)

- 1- إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسرى في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته.
- 2- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما تجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفى بتكملة الثلثين.
- 3- ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة 916.

الشرح

373- تعريف مرض الموت :

لم يأت القانون المدني بتعريف لمرض الموت، ومن ثم يرجع في تعريف مرض الموت إلى الفقه الإسلامي مفسرا بقضاء المحاكم، وقد نصت المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية - وهي تقنين للفقه الحنفي - على أن: "مرض الموت هي الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز فيه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو

أشدد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة، يعد حاله اعتباراً من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت".

ويستفاد مما تقدم أنه يشترط توافر ثلاثة شروط لاعتبار المرض مرض موت. أولها: أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه. وثانيها: أن يغلب فيه الموت. وثالثها: أن ينتهي بالموت فعلاً. إذ من شأن هذه العلامات مجتمعة - وهي أمور موضوعية - أن تشعر المريض بدنو أجله وأنه مشرف على الموت⁽¹⁾.

ونعرض لهذه الشروط الثلاثة فيما يأتي :

1 - المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه :

يجب أن يجعل المرض المريض عاجزاً عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها، كالذهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الإناث. وليس واجباً، ليكون المرض مرض موت، أن يلزم المريض الفراش، فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه.

وعلى العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزاً عن قضاء مصالحه، ولكن لا بسبب المرض، فلا يعتبر في مرض الموت، فقد يصل الإنسان في سن عالية في شيخوخة تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة ويكون في حاجة إلى من يعاونه عليها، وليس به مرض وإنما هي الشيخوخة أو هنته، والشيخوخة مرحلة من مراحل العمر، ومن ثم لا يكون مريضاً مرض الموت. أو يكون عاجزاً عن مباشرة

(1) السنهوري ج4 ص 313 ومابعداها.

الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض⁽¹⁾ وإذا برئ المريض من مرضه اعتبر تصرفه كتصرف الأصحاء ونفذ العقد من جميع أمواله.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "مادامت المحكمة قد استخلصت من التحقيقات التي أجريت في الدعوى ومن الشهادتين الطبيتين المقدمتين فيها عن مرض المورث أنه كان مريضا قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوى وأن هذا المرض قد اشتد به وقت تحرير العقد المطعون عليه، ثم فندت الطعون الموجهة إلى الشهادة المقدمة من الصادر له العقد فإنها تكون قد أوردت في حكمها من الأسباب ما يكفى لحمل قضائها".

(طعن رقم 132 لسنة 18 ق جلسة 1950/3/23)

2- "لا تثريب على المحكمة إذا هي اتخذت مما ورد في شهادة الطبيب المعالج المكتوبة من أنه تولى علاج المورث لمدة تزيد على ستة شهور قبل وفاته وأنه كان مريضا بنزلة شعبية مزمنة ودرن رئوى وأنه كان طريح الفراش أحيانا وأحيانا أخرى كان ينتقل إلى جهة أخرى للعلاج وأن سبب وفاته على ما يذكر هو الدرن الرئوى وهبوط فى القلب، وكذلك من شهادة كشف الأشعة، دليلا مضافا إلى الأدلة والقرائن الأخرى التى ساققتها على مرض المورث بالسل من تاريخ الكشف عليه بالأشعة واشتداد هذا المرض عليه بعد ذلك ووفاته بسببه. مما أدى بها إلى اعتباره مرض موت وتقريرها بناء على ذلك ببطلان العقد المطعون فيهما لتحريرهما خلال فترة اشتداده، وهى بما لها من سلطة التقدير فى هذا الشأن لا حاجة بها إلى اتخاذ أى إجراء آخر فى هذا الصدد".

(طعن رقم 55 لسنة 19 ق جلسة 1951/10/25)

3- "إن أداء المورث بعض الأعمال فى فترات متقطعة من مدة مرضه

(2) أحمد نجيب الهاللى - شرح القانون المدنى ص 202 - السنهورى ج 4 ص 314 وما بعدها.

كقبضه مبلغا من المال وفكه رهنا حيازيًا وحصول هذه الأعمال منه قبل وبعد تحرير العقدين المطعون فيهما بصدورهما في مرض الموت - ذلك ليس من شأنه أن ينفي ما انتهت إليه المحكمة من أن المورث كان في فترة اشتداد مرضه عاجزا عن أعمال العادية حتى إنه أناب عنه غيره في مباشرتها لأن قيامه بمثل ما قام به لا يمنع من اعتبار مرضه موت متى كان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهى بموته".

(طعن رقم 55 لسنة 19 ق جلسة 1951/10/25)

4- "متى كانت المحكمة وهي في صدد عقد طعن فيه بأنه صدر في مرض موت البائعة، قد استخلصت من أقوال الشهود أن البائعة أصيبت بمرض يغلب فيه الهلاك وأنه انتهى فعلا بوفاتها. فإن في هذا الذي قررته ما يكفي في اعتبار أن التصرف حصل إبان مرض موت المتصرف ويكون في غير محله النعى عليه بمخالفة القانون في هذا الخصوص".

(طعن رقم 174 لسنة 20 ق جلسة 1952/5/8)

5- "لا يشترط في مرض الموت لزوم صاحبه الفراش على وجه الاستمرار بل يكفي أن يلزمه وقت اشتداد العلة به. كما لا يشترط فيه أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف. ومن ثم فإن ذهاب المورث إلى المحكمة وإقراره بصحة توقيعه على العقود المطعون عليها لا يمتنع معه اعتبار مرضه موت متى كان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلا بموته".

(طعن رقم 26 لسنة 29 ق جلسة 1964/3/26)

6- "المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتى الموت، وإن لم يكن أمر المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة. فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج

البيت، فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به".

(طعن رقم 15 لسنة 40 ق "أحوال شخصية" جلسة 1976/1/7)

2- أن يغلب في المرض خوف الموت :

يشترط أن يكون المرض من الأمراض التي تسبب الموت عادة كالسرطان والكوليرا والذبحة الصدرية... الخ أو يكون مرضا بسيطا ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت. أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة، فإنه لا يعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه، كأن يصاب الإنسان برمد فيعجزه عن الرؤية. ويرجع في تقدير غلبة الهلاك إلى رأى الأطباء.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض فيه بدنو أجله وينتهى بوفاته فإذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم براء صاحبه منه وتكون تصرفات المريض في هذه الفترة صحيحة ولا تعد حالته من حالات مرض الموت إلا في فترة تزايدها واشتداد وطأتها إذ العبرة بفترة الشدة التي تعقبها الوفاة".

(طعن رقم 56 لسنة 22 ق جلسة 1955/4/21)

2- "حالة مرض الموت مشروطة شرعا بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى في اعتبار أن المورث كان مريضا مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأنه قعد عن مزاوله أعماله خارج المنزل في الشهور الستة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذى انتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه فإن ذلك الحكم يكون قاصرا قصورا يعجز محكمة النقض

عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت".

(طعن رقم 449 لسنة 29 ق جلسة 1964/4/30)

3- "من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهى بوفاته".

(طعن رقم 816 لسنة 43 ق جلسة 1977/12/6)

4- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذى يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقرير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن المرض معروفاً من الناس بأنه من العلل المهلكة، فضايط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به".

(طعن رقم 1011 لسنة 47 ق جلسة 1983/12/27)

3- أن ينتهى المرض بالموت :

يشترط أن ينتهى المرض بالموت أى يتصل الموت بالمرض، فيموت المريض قبل أن يشفى من مرضه ولو كان موته بسبب آخر غير ذلك المرض.

ولا يشترط أن يكون المرض قد أثر على نفسية المريض أو إدراكه⁽¹⁾.

وإذا كان المرض من الأمراض المزمنة وطالت مدته، كالشلل والسل، ثم مات المريض، فإن المرض لا بعد مرض موت إذ طالت المدة دون أن يشد المرض لمدة لا تزيد على سنة. فإذا اشتد المرض لمدة تزيد على سنة ثم مات المريض فإنه لا يعتبر قد مات فى مرض الموت ولو كان هذا المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش. وحكمة ذلك أن فى استتالة

(1) سليمان مرقس ص 554.

المرض على حاله ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة ويلحق المرض بالمألوف من عاداته وأن فيما قد يصيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعره بدنو أجله وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض هو من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا سبيل للجدل فيه أمام محكمة النقض.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "المرض الذى يطول أمده عن سنة لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته وهو لا يعتبر كذلك إلا فى فترة الشدة الطارئة، وحكمة ذلك أن فى استطالة المرض على حاله ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة ويلحق المرض بالمألوف من عاداته وأن فيما يصيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعره بدنو أجله، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض هو من الأمور الموضوعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا سبيل للجدل فيه أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 209 لسنة 18 ق جلسة 1950/11/23)

2- "إذا كان الذى أوردته الحكم فى صدد مرض الموت يفيد أن المرض إذا استطال سنة فأكثر لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته وأعقبته الوفاة فلا مخالفة فى هذا للقانون واستخلاص اشتداد وطأة المرض هو استخلاص موضوعى، فمتى أقام الحكم قضاءه فى نفى اشتداد المرض وقت صدور التصرف المطعون فيه على أسباب سائغة فلا يقبل الجدل فى ذلك أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 175 لسنة 19 ق جلسة 1951/10/25)

3- "الحالة النفسية للمريض من رجاء ويأس وإن كانت هى الحكمة التى من أجلها قرر الفقهاء قاعدة أن المرض لا يعتبر مرض الموت إذا طال أمده عن سنة إلا إذا اشتد إلا أنه لا يسوغ التحدى بحكمة مشروعية هذه القاعدة فى كل حالة للقول بتوافرها أو انعدامها.

وإن فإذا كان الحكم إذ قضى برفض دعوى الطاعنة بشأن بطلان عقد البيع

الصادر إلى المطعون عليها من مورثهما وعدم نفاذ تصرفاته لصدورها منه في مرض موته قد أقام قضاءه على ما استخلصه من أن المورث وإن كان قد أصيب بشلل نصفي في أكتوبر سنة 1942 إلا أن مرضه استطل حتى توفي في أبريل سنة 1944 بسبب انفجار فجائي في شريان بالمخ، وأن التصرفات المطعون عليها صدرت منه بعضها في يوليو وآخرها في نوفمبر سنة 1943 وأنه وإن كان قد أصيب بنوبة قبل الوفاة بمدة تقرب من ستة شهور إلا أن هذه النوبة - التي لم يحدد تاريخها بالدقة - كانت لاحقة للبيع وأنه بفرض التسليم بأنها سبقت سائر التصرفات المطعون عليها إلا أنها لم تغير من حال المريض إلا تغييرا طفيفا لم يلبث أن زال وعاد المرض إلى ما كان عليه من استقرار - إذا كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك وكان ما أثبتته من اشتداد المرض واستطالته وأثره في حالة المريض مما يستقل بتقديره قاضي الموضوع - كان النعي عليه أنه خطأ في تطبيق القانون بمقولة إنه لم يعتد بالعامل النفسي الذي يساور المريض إذ اعتبر أن الانتكاس لا يكون دليلا على عدم استقرار المرض إلا إذا كان شديدا في حين أن المرض الذي ينتهي بالموت ويطول أمده عن سنة يعتبر مرض موت إذا اشتد والانتكاس مهما كان طفيفا دليل على عدم استقرار المرض - كان النعي عليه بذلك لا يعدو أن يكون جدلا مما يستقل به قاضي الموضوع".

(طعن رقم 209 لسنة 18 ق جلسة 1955/11/23)

4- "العبرة في اعتبار المرض الذي يطول أمده عن سنة مرض موت هي بحصول التصرف خلال فترة تزايد واشتداد وطأته على المريض للدرجة التي يغلب فيها الهلاك وشعوره بدنو أجله ثم انتهاء المرض بالوفاة".

(طعن رقم 156 لسنة 35 ق جلسة 1959/6/11)

5- "إذا كان يبين من أسباب الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع استخلصت اشتداد وطأة المرض وتزايد على البائعة من ظروف الدعوى

وملابساتها ومن إقدام زوج البائعة والمشتري منها على أخذ تصديقها على البيع يوم وفاتها بمنزلها وقبل أن يتم كاتب التصديقات مأموريته - ولما كان الطرف الأخير لا يدل بذاته على تزايد المرض واشتداد وطأته على البائعة في الفترة التي حصل فيها التصرف كما لا يدل عليه أيضا مجرد إشارة المحكمة إلى ظروف الدعوى وملابساتها دون بيان لهذه الظروف والملابسات - فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى القول بأن العقد محل الدعوى صدر من البائعة وهى فى مرض الموت يكون قد عاره قصور فى التسبب يستوجب نقضه".

(طعن رقم 156 لسنة 25 ق جلسة 1959/1/11)

6- "حق الوارث فى مال مورثه لا يظهر فى الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث. كما أن المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهى بموت صاحبه مما لا يتأدى معه معرفة أن المرض من أمراض الموت إلا بتحقيق هذه النتيجة. ومن ثم فمادام المتصرف كان ما يزال حيا فإنه ما كان يقبل من الوارث أية منازعة فى العقود المطعون عليها تقوم على صدورها فى مرض موت المتصرف أو على أنها تخفى وصايا".

(طعن رقم 26 لسنة 29 ق جلسة 1964/3/26)

7- "من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهى بوفاته، فإذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم براء صاحبه منه، وتكون تصرفات المريض فى هذه الفترة صحيحة ولا تعد استطالة المرض حالة من حالات مرض الموت إلا فى فترة تزايدها واشتداد وطأتها، إذ العبرة بفترة الشدة التى تعقبها الوفاة. وقيام مرض الموت أو عدم قيامه هو من مسائل الواقع التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع".

(طعن رقم 1002 لسنة 49 ق جلسة 1984/2/8)

374- من يلحق بالمريض مرض الموت ؟

يلحق بالمريض مرض الموت فى أحكامه كل من كان صحيحاً فى حالة يغلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالإعدام ولا أمل فى برائته وحجز لتنفيذ الحكم وتوفى قبل تنفيذ الحكم عليه أو بعده، ومن كان فى معركة حربية ووقف فى الصف الأول للقتال أو فى موضع الخطر أو كان فى سفينة اجتاحتها الأمواج من كل ناحية، أو كان فى بلد عمه الوباء القاتل إذا توفى فى هذه الحالة⁽¹⁾.

375- الحكمة من تقييد التصرف فى مرض الموت :

الحكمة من تقييد التصرف فى مرض الموت لا ترجع إلى عدم أهلية المريض أو العيب فى إرادته، فالمريض مرض الموت كامل الأهلية ما لم يطرأ عليه سبب من انعدام الأهلية أو نقصها كالأصل العام .

وإنما الحكمة فى تقييد التصرف هو أن حق الورثة يتعلق بمال مورثهم من وقت مرضه الذى يموت فيه. فإذا صدرت منه تصرفات تتطوى على تبرع منذ هذا المرض كان لهذه التصرفات حكم الوصية. كما أن المورث المريض وقد شعر بدنو أجله فإنه يفكر أحياناً فى محاباة بعض الورثة أو إثارة بعض الآخر، أو التصرف فى بعض أمواله للغير⁽²⁾.

376- أحكام بيع مريض مرض الموت :

يجب التمييز فى حكم بيع مريض مرض الموت بين فروض ثلاثة نعرض لها فيما يأتى:

(1) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية الطبعة الثالثة عشرة مجلد 4 ص

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص 204 - السنهاورى ص 323 وما بعدها.

الفرض الأول :

إذا كان البيع بما لا يقل عن قيمة المبيع :

إذا كان البيع الذى قام به مريض مرض الموت بثمن لا يقل عن قيمة المبيع (أى ثمن المثل)، كان البيع صحيحا نافذا فى حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم. ويستوى فى ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث .

الفرض الثانى :

إذا كان البيع بأقل من قيمة المبيع بما لا يجاوز ثلث التركة :

إذا كان البيع بثمن يقل عن قيمة المبيع وكانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته، فإن البيع يسرى فى حق الورثة دون حاجة إلى موافقتهم، وتقدر قيمة المبيع وقت وفاة البائع لا وقت البيع، ويدخل فيها الشئ المبيع.

وعلى ذلك إذا باع المريض منزلا قيمته عشرة آلاف جنيه بمبلغ خمسة آلاف جنيه، وترك علاوة على هذا المنزل أرضا زراعية قيمتها 15 ألف جنيه، فإن تركته بما فيها المنزل تقدر بخمسة وعشرين ألفا من الجنيهات، فتكون المحاباة فى بيع المنزل وهى خمسة آلاف لا تتجاوز ثلث التركة، فينفذ البيع دون حاجة إلى إقرار الورثة، سواء أكان هذا البيع لوارث أو لغير وارث⁽¹⁾.

(1) وكان التقنين المدنى القديم يفرق فى هذه الصورة بين ما إذا كان البيع لغير وارث فيسرى الحكم الوارد بالمتن وبين ما إذا كان البيع لوارث فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة. ذلك أن أية محاباة فى الثمن كانت تعتبر تبرعا فتأخذ حكم الوصية، وكانت الوصية فى عهد التقنين المدنى السابق لا تجوز لوارث إلا بإجازة الورثة إلى أن صدر قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946، يجيز الوصية لوارث دون حاجة إلى إجازة الورثة.

وعلى ذلك إذا كان تاريخ وفاة المورث قبل نفاذ قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 فحكم التقنين القديم هو الذى يسرى، وإلا فحكم التقنين الجديد (السنهورى ص 330 وما بعدها).

الفرض الثالث :

إذا كان البيع بأقل من قيمة المبيع بما يجاوز ثلث التركة :

إذا كان البيع بأقل من قيمة المبيع وقت وفاة المورث بما يجاوز ثلث قيمة التركة بما فيها الشيء المبيع. فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يكون نافذاً في حق الورثة إلا إذا أقروه، أو قبل المشتري أن يرد للتركة ما يفى بتكملة الثلثين.

ويستوى أن يكون البيع لوarith أو لأجنبي. أى أن المحاباة فى الثمن تأخذ حكم الوصية، فتتخذ إذا لم تجاوز ثلث التركة دون حاجة إلى إقرار من الورثة، ويتوقف نفاذها على هذا الإقرار إذا تجاوزت الثلث.

وإجازة الورثة هى فى الحقيقة تبرع منهم وتنازل عن حقهم، فلا يصح أن تمس حق غيرهم بنقص، ولذا قرر الشارع أنه إذا أجاز أحد الورثة البيع ولم يجزه الباقيون فلا ينفذ ذلك البيع إلا على من أجاهه.

والمراد بالوارث الذى تلزم إجازته هو من يكون وارثاً وقت موت المورث، ولو لم يكن وارثاً وقت البيع. أما من كان وارثاً وقت البيع وأصبح غير وارث وقت موت المورث فلا يعتبر وارثاً.

ومثال ذلك إذا لم يكن للمورث وقت البيع من الورثة غير بنت وزوجة وأخت ثم رزق بعد البيع مولوداً ذكراً، اعتبر الابن وارثاً ولو أنه لم يكن موجوداً وقت البيع، ولم تعتبر الأخت وارثة لأنها لا ترث وقت الموت وإن كانت تعتبر وارثة وقت البيع⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ميز فى البيع لوarith ، بين البيع بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت، والبيع بثمن لا يقل عن هذه القيمة. ففى الحالة الأولى وحدها لا يسرى البيع فى

(1) محمد كامل مرسى ص 499 - السنهاورى ص 329.

حق الورثة إلا بإجازتهم، أو إلا إذا رد المشتري للتركة الفرق ما بين قيمة المبيع والثلث المتفق عليه (م 643 من المشروع). وكل هذه التفصيلات لازمة ولا يشتمل عليها نص التقنين الحالي (م 320 / 254) إلا إذا قيل إن هذا التقنين قد أخذ برأى الإمام الأعظم دون الصاحبين، ولكن الأولى الأخذ برأى الصاحبين في هذه المسألة⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"البيع الصادر في مرض الموت لابنه - البائع يكون صحيحا في حق من أجازة من الورثة ولو قضى ببطلانه بالنسبة لمن لم يجزه منهم. فإذا امتنع من أجاز البيع عن تسليم بعض الأطيان الواردة في العقد إلى المشتري بدعوى أنها من نصيبه في التركة فإن الحكم عليه لها بتثبيت ملكيتها لهذه الأطيان يكون صحيحا ولا مخالفة للقانون فيه".

(طعن رقم 7 لسنة 7 ق جلسة 1937/5/20)

وإذا لم يوجد ورثة فإنه لا يلزم ثمة إجازة ويصح البيع.
ولا يعتبر بيت المال (الهيئة العامة لبنك ناصر) وارثا، ولذلك لا تلزم إجازته للبيع.

وقد جاء في قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 نص صريح في هذا المعنى فنصت المادة 37 من هذا القانون على أن: "تتخذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه، من غير توقف على إجازة الخزانة العامة".

377- شروط الإجازة :

يشترط في الإجازة ما يأتي:

(أ) - أن تكون بعد موت المورث. فإجازة الورثة في أثناء حياة المورث أو

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 220.

اشتراكهم فى عقد البيع لا يزيل البطلان ، حتى لو دونوا إقرارهم للبيع كتابة فى ذيل المحرر المثبت لتصرف فى المريض مرض الموت، لأن حقهم فى الإرث وبالتالي فى إقرار تصرفات المورث لا يثبت لهم إلا عند موت الأخير .

ولا يجوز لهم النزول عن هذا الحق قبل قيامه⁽¹⁾.

وبالتالى فإن توقيع الوارث كشاهد عل عقد البيع الصادر من مورثه فى مرض الموت لا يفيد إجازته للعقد ولا يعدو إلا أن يكون شهادة بصحة صدور البيع من المورث.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، ذلك أن صفة الوارث التى تخوله حقا فى التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر، فإن النعى عليه - بالخطأ فى تطبيق القانون إذ قضى بصورية عقدى البيع الصادرين للطاعن رغم أن المطعون عليها الثانية وقعت عليهما ويعتبر ما ورد فيهما من شروط حجة عليها بحيث يمتنع عليها الطعن فيها بالصورية - يكون على غير أساس".

(طعن رقم 58 لسنة 41 ق جلسة 1975/11/11)

2- "إن توقيع المطعون عليه الأول كشاهد على عقدى البيع - المطعون فيهما بصورتهما فى مرض الموت - فى وقت لم يكن قد أصبح فيه وارثا لا يعدو أن يكون شهادة بصحة صدورهما من المورث، ولا يعتبر إجازة منه للعقدين، لأن هذه الإجازة لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، إذ أن صفة الوارث التى تخوله حقا فى التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة. كما أن توقيعيه على العقدين لا

(1) محمد كامل مرسى ص 497 - سليمان مرقس ص 565 - أحمد نجيب الهاللى وحامد زكى ص 208.

يفيد صحة التاريخ المعطى لكل منهما إذ لم يكن وارثا وقت توقيعه كشاهد طبقا لما تقدم ذكره".

(طعن رقم 816 لسنة 43 ق جلسة 1977/12/6)

(ب)- قد تكون الإجازة صريحة كما يصح أن تكون ضمنية. ومثال الإجازة الضمنية سكوت الوارث بعد وفاة المورث مع ظهور العقد ونقل التكليف للمشتري دون أن يطعن الوارث فى العقد.

(ج)- أن يكون المجيز أهلا للتبرع، أى عاقلا رشيدا، فلا يصح أن يكون المجيز صبيا أو مجنونا أو محجورا عليه. لأن هذا الإقرار إسقاط دون مقابل لحق ثابت فى التركة. فيكون غير البالغ رشيدا معدوم الأهلية بالنسبة له. كما يشترط ألا يكون هو نفسه مريضا مرض الموت. فالمجيز إذا كان مريضا مرض الموت لا تنفذ إجازته إلا فى حدود ثلث تركته بغير إجازة ورثته⁽¹⁾.

(د)- أن يكون المجيز عالما بالبيع وبما فيه من محاباة، ويقصد إقراره. فاشتراك الوارث فى تحرير محضر جرد التركة وإشارته فى المحضر إلى التصرف لا يكون إجازة إلا إذا أراد بذلك الموافقة على التصرف⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الإقرار الصادر أمام المجلس الحسبى من أحد الورثة بإجازة عقد مطعون فيه لصدوره فى مرض الموت، وإن لم يكن قضائيا لعدم صدوره أمام جهة مختصة بالفصل فى صحة العقد المطعون فيه، إلا أنه يصح اعتباره إجازة لهذا العقد إذا كان المجيز انتوى به تصحيح العقد وهو يعلم بما يشوبه".

(طعن رقم 7 لسنة 7 ق جلسة 1937/5/20)

(1) أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص 207 هامش (2) - السنهورى ص 331 هامش (2) - عبد الودود يحيى ص 203.

(2) محمد كامل مرسى ص 498 وما بعدها - السنهورى ص 331 هامش (2).

378- إنذار الورثة بإعلان إجازتهم أو عدمها :

يصح للوارث أو الأجنبي المشتري أن ينذر الورثة طالبا إليهم إعلان قصدهم والتصريح بما إذا كانوا يجيزون العقد أو يريدون نقضه، كما يجوز له أن يلجأ للقضاء لتحديد ميعاد مقبول للورثة ليبدوا نيتهم فى ذلك. ولكن إذا انقضى الأجل ولم يبد الورثة رأيا وجب القول بأنهم لا يرتضون العقد ولا يجيزونه⁽¹⁾.

379- إقرار بعض الورثة فقط للقدر الزائد على الثلث :

إذا أجاز البيع - بالنسبة للقدر الزائد على الثلث - بعض الورثة فقط فإن هذه الإجازة لا تنفذ إلا بالنسبة لحصصهم فى الميراث، ولا تكون ملزمة لباقي الورثة.

380- أثر عدم إقرار الورثة للقدر الزائد على الثلث :

يترتب على عدم إقرار الورثة كلهم أو بعضهم البيع فيما يتعلق بالقدر المحابى به الزائد على ثلث التركة أن يلتزم المشتري بأن يرد إلى التركة ذلك القدر كله أو بعضه الذى يخص الورثة الذين لم يقروا البيع أو قيمته. ومؤدى هذا الالتزام بالرد أن الجزء الواجب رده يعتبر بيعه - بالنسبة إلى الورثة الذين لم يقروا البيع - موقوفا نفاذه فى حقهم على دفع قيمته إلى التركة. فإذا لم يقم المشتري بدفع هذه القيمة اعتبر القدر المذكور باقيا على ذمة التركة وجاز للورثة استرداده⁽²⁾.

381- حالة تعدد العقود الصادرة من المورث فى مرض الموت :

إذا تعددت العقود الصادرة من المورث فى مرض الموت، اعتبر المشترون فى حكم الموصى لهم، واقتسموا الثلث بنسبة ما أوصى به لكل منهم، ولا محل للرجوع إلى تواريخ العقود لتقديم أقدمها تاريخا أو تسجيلا. ويبدو أنه بالنسبة إلى

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص 210 - أنور سلطان ص 428.

(1) سليمان مرقس ص 566.

الموصى له يعتبر بيع الموصى فى مرض موته هو أيضا فى حكم الوصية، فيكون البيع فى مرض الموت إما ناقضا للوصية الأولى وإما نافذا معها فى حدود ثلث التركة⁽¹⁾.

382- سريان أحكام المادة (916) مدنى على بيع المريض مرض الموت

⋮

تنص الفقرة الثالثة من المادة (477) على أن "يسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة 916".

والمادة 916 المشار إليها قد وضعت القاعدة العامة لحكم تصرفات المريض فى مرض الموت وهى تقضى بأن :

"1- كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف.

2- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا.

3- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم فى مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".

فالمادة تقضى فى فقرتها الأولى بأن تصرف المريض مرض الموت المقصود به التبرع يأخذ حكم الوصية. ومفاد ذلك أنه إذا كان المال محل التصرف تزيد قيمته على ثلث التركة وقت الوفاة فإن الوصية تصح وتنفذ بقدر الثلث من غير

(2) السنهورى ص 332 الهامش - محمد لبيب شنب ص 22.

إجازة الورثة، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه⁽¹⁾.

وتبين الفقرة الثانية من يقع عليه عبء إثبات أن التصرف تم في مرض الموت. وهم ورثة المتصرف، فإذا أثبتوا أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك أى يثبت أنه صدر على سبيل المعاوضة. كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه. فهذا النص يعتبر كل ما يصدر من المريض في مرض الموت، مقصودا به التبرع ويعطيه حكم الوصية، حتى ولو أخذ التصرف صورة المعاوضة.

ولكن من صدر له التصرف يستطيع أن يثبت أن التصرف، رغم صدره في مرض الموت، إلا أنه يتضمن معاوضة، وأنه دفع مقابلا حقيقيا لما تلقاه من المورث.

هذا النص العام، الخاص بتصرفات المريض في مرض الموت، طبقه المشرع بنص خاص على البيع في المادة 477.

ومقتضى هذه المادة أنه لو ثبت أن تصرف المريض قصد به بيع حقيقى وكان الثمن الذى دفعه المشتري يساوى قيمة المبيع وقت البيع، فإن البيع ينفذ في حق الورثة، ولا يكون هناك محل للطعن فيه. وإذا ثبت أن الثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الوفاة، فإن البيع ينفذ في حق الورثة إذا ثبت أن زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة بما فيها المبيع ذاته، لأن الإنسان له أن يوصى بثلاث

(1) إذ تقضى الفقرة الأولى من المادة 37 من القانون رقم 71 لسنة 1946 بإصدار قانون الوصية بأنه: "تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه".

ماله دون حاجة إلى إقرار الورثة. أما إذا زادت المحاباة في الثمن على ثلث التركة، فإن البيع فيما يجاوز الثلث، لا يكون نافذاً في حق الورثة إلا إذا أقروه، أو قبل المشتري أن يرد للتركة ما يفي بتكملة الثلثين⁽¹⁾.

(راجع في التفصيلات المجلد السادس عشر شرح المادة 916).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويلاحظ أن المادة 1350 من المشروع تقرر أن كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت، يكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف. وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً. وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك. وبتطبيق هذه الأحكام على بيع المريض، يتبين أنه يجب افتراض أن هذا البيع وصية وأن الورثة هم الذين يجب عليهم إثبات أن البيع قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ البيع إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، فإذا قام الورثة بهذا الإثبات اعتبر البيع صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت أن المشتري قد تعاقد على ثمن، فتجرى الأحكام المتقدمة⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"وحيث إن هذا النعى غير مقبول، ذلك أن النص فى المادة 477 من القانونى

(1) عبد الودود يحيى ص 202 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 221.

المدنى على أن "إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة البيع وقت الموت، فإن البيع يسرى فى حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته. أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة، فإن البيع - فيما يجاوز الثلث - لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا أقره أو رد المشتري للتركة ما بقى بتكملة الثلثين"، وفى المادة 916 منه على أن "كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت، ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف... وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك"- يدل على أنه إذا أثبت الورثة أن البيع صدر فى مرض موت مورثهم، فإن المشرع يفترض أن هذا البيع هو فى حقيقته هبة ما لم ينقض المشتري هذه القرينة القانونية غير القاطعة بإثبات أنه دفع ثمنا للمبيع لا يقل عن قيمته فيكون البيع صحيحا نافذا فى حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم لانتفاء شبهة المجاملة فى الثمن. وإذا ثبت أن ما دفعه من ثمن يقل عن قيمة المبيع بمقدار الثلث، فإن البيع يسرى أيضا فى حق الورثة لدخول ما تمت المحاباة فيه من الثمن فى نطاق ما يجوز الإيصاء به، وفى الحالتين لا يكون ثمة محل لتحقيق صدور البيع فى مرض الموت، أما إذا تجاوزت الزيادة الثلث، فإن البيع يأخذ حكم الوصية ولا يسرى فى حق الورثة - فى حدود هذه الزيادة- إلا بإجازتهم، أو بتقاضيمهم ما يكمل ثلثى التركة من المشتري، وعندئذ يتعين تحقيق الدفع بصدور البيع فى مرض الموت. لما كان ذلك وكان الثابت فى الأوراق - وحصله الحكم المطعون فيه - أن أحدا من ورثة المرحومة... لم يدفع بأنها وهبت المطعون ضدهم الثلاثة الأوائل نصيبها فى العقار المبيع بالعقد المؤرخ 1995/9/11، كما تضمن الإنذار المؤرخ 1997/10/8 مطالبة الورثة للمشتريين

بباقى ثمن المبيع بما يؤكد عدم منازعتهم فى أن هذا الثمن لا يقل عن قيمة المبيع الحقيقية وأنه الثمن الذى تم التعامل به مع باقى البائعين، ومن ثم فإن البيع يكون صحيحا خاليا من شبهة المجاملة فى الثمن وناظرا فى حق الورثة باعتبار أن المبلغ الذى دفعه المشترون ثمنا للمبيع هو ثمن المثل. وعلى ذلك، فإن تعيب الحكم المطعون فيه بأنه خالف الثابت فى الأوراق حين خلص إلى أن أوراق الدعوى خلت مما يقطع بأن المورثة المذكورة كانت فى مرض الموت عند توقيعها على العقد المشار إليه، يكون غير منتج أيا كان وجه الرأى فيه، ومن ثم فإن النعى بهذا الوجه يكون غير مقبول".

(طعون أرقام 1859، 2444، 2447 لسنة 70 ق جلسة 2001/6/12)

383- حق الورثة فى إثبات صدور التصرف من مورثهم فى تاريخ لاحق

:

إذا كان التصرف الصادر من المورث غير ثابت التاريخ، فإنه يحق للورثة أن يثبتوا بكافة طرق الإثبات أن التصرف صدر فى تاريخ لاحق توصلوا منهم إلى إثبات أن صدوره كان فى مرض الموت فإن عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور فى العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفا لمورثهم⁽¹⁾.

384- إثبات مرض الموت :

مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية ومنها البيئة والقرائن. والغالب ثبوت مرض الموت بتقارير الأطباء. ومن القرائن على صدور التصرف فى مرض الموت أن يكون محررا قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة.

ويقع عبء إثبات حصول البيع فى مرض الموت على ورثة البائع الذين

(1) راجع فى التفصيل المجلد السادس عشر شرح المادة (916).

يطعنون فى بيعه وإن كانت المادة 916 قد نصت على أنه لا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر فى مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف قد صدر فى تاريخ آخر توصلوا منهم إلى إثبات أن صدوره كان فى مرض الموت، فإذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور فى العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفاً لمورثهم.

ولا يكفى أن يثبت الحكم فى مدوناته أن البيع صدر من المورث فى مرض الموت، وإنما يجب أن يبين نوع هذا المرض، وهل كان الهلاك غالباً فيه وقت حصول التصرف، وإلا كان قاصراً قصوراً يعيبه بما يبطل واستخلاص عناصر مرض الموت هو استخلاص موضوعى. فإذا بنى على أسباب سائغة فلا يقبل الجدل فيه أمام محكمة النقض.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان الحكم حين قضى ببطلان التصرف الصادر من مورث المتصرف له بناء على أنه صدر منه وهو مريض مرض الموت قد اقتصر على تقرير أن المورث المذكور كان مريضاً مرضاً انتهى به إلى الوفاة دون أن يبين نوع هذا المرض، وهل كان الهلاك غالباً فيه وقت حصول التصرف، فإنه يكون قاصراً قصوراً يعيبه بما يبطله."

(طعن رقم 65 لسنة 18 ق جلسة 1950/1/12)

2- "متى كان الثابت من أوراق الدعوى أن ما دفع به الطاعنون من أن المورث وقت التعاقد كان فى مرض الموت هو قول عابر ولم يقدموا ما يثبت أنهم طلبوا إلى محكمة الموضوع إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات هذا الدفاع أو أنهم قدموا إليها دليلاً عليه كما لم يقدموا ما يثبت أنهم أثاروه لدى محكمة الاستئناف فإنه لا يعيب الحكم المطعون فيه إغفاله الرد على هذا الدفاع الذى تخلى عنه

الطاعنون".

(طعن رقم 60 لسنة 20 ق جلسة 1952/2/7)

3- "حالة مرض الموت مشروطة شرعا بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى في اعتبار أن المورث كان مريضا مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأنه قعد عن مزاوله أعماله خارج المنزل في الشهور الستة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذى انتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه، فإن ذلك الحكم يكون قاصرا قصورا يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت".

(طعن رقم 449 لسنة 29 ق جلسة 1964/4/30)

4- "إن كانت المادة 916 من القانون المدنى قد نصت على أنه لا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر فى مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا. إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر فى تاريخ آخر توصلوا منهم إلى إثبات أن صدوره كان فى مرض الموت فإذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور فى العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفا لمورثهم".

(طعن رقم 45 لسنة 34 ق جلسة 1967/5/11)

5- "من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهى بوفاته واستخلاص حصول هذا المرض بشروطه من مسائل الواقع التى تستقل محكمة الموضوع بها".

(طعن رقم 1694 لسنة 49 ق جلسة 1985/4/28)

6- "ثبوت مرض الموت أو انتفاؤه هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع من الأوراق المطروحة على بساط البحث فى الدعوى متى كان

استخلاصا سائعا".

(طعن رقم 746 لسنة 55 ق جلسة 1988/12/19)

7- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفى دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا هو حق له يتعين على محكمة الموضوع إجابته إليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة في النزاع ولم يكن في أوراق الدعوى والأدلة الأخرى المطروحة عليها ما يكفى لتكوين عقيدتها فيه. وإذا كان يجوز للوارث أن يثبت بشهادة الشهود أن هبة مورثه صدرت في مرض موته حتى تعتبر الهبة تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت فتسرى عليه أحكام الوصية طبقا للمادة 916 من القانون المدنى وكان الثابت من الحكمين المطعون فيهما أن كلا من الطاعنين قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن هبة مورثهما إلى أخيهما المطعون ضده الثانى صدرت منه في مرض موته وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك، فإن كلا من الحكمين إذ رفض هذا الطلب على سند من مجرد قوله أن الطاعن لم يقدم دليلا أو قرينة على أن المورث كان مريضا وقت الهبة وهو رد لا يواجه طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق فإنه يكون فضلا عن إخلاله بحق الدفاع مشوبا بالقصور الذى يستوجب نقضه".

(طعن رقم 1031 1032 لسنة 50 ق جلسة 1984/3/22)

8- "إن المادة 916 من القانون المدنى تنص في فقرتها الثالثة على أنه إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك "فإن مؤدى ذلك أنه إذا ثبت صدور التصرف في مرض الموت، فإن البيع يكون هبة مستترة، ولا يؤبه بالثمن المكتوب في العقد، وإنما يكلف المشتري بإثبات أنه دفع ثمنا في المبيع، ومقدار هذا الثمن الذى دفعه قبل التقرير بمدى سريان البيع في حق الورثة إعمالا لحكم المادة 477 من القانون المشار إليه".

(طعن رقم 5191 لسنة 63 ق جلسة 2001/2/20)

9- "مفاد نص المادتين 477، 916 من القانون المدني أن العبرة في اعتبار التصرف مضافا إلى ما بعد الموت أن يكون على سبيل التبرع أو أن يكون الثمن يقل عن قيمة المبيع بما يجاوز ثلث التركة فإذا أثبت الورثة أن البيع تم في مرض الموت اعتبر البيع على سبيل التبرع ما لم يثبت المشتري عكس ذلك، لما كان ذلك، وكانت أسباب الحكم المطعون فيه وما اعتنقه من أسباب الحكم المستأنف قد استدلت بقرائن سائغة على أن الثمن دفع وأنه يتساوى مع قيمة المبيع واستخلص ذلك من الخطاب الذى أرسله المورث قبل التصرف إلى الشاهد بأن البائعين كانوا يبحثون عن مشتر للأرض في حدود ثمن خمسمائة جنيه للفدان وقد رفضت إحدى المشتريات التى ورد اسمها فى الخطاب المؤرخ 1977/6/18 الشراء بهذا الثمن وكذلك من أقوال شاهد المطعون ضدهم بأن المورث كان يرغب إيداع قيمة نصيبه من ثمن البيع بنك مصر وهو فى حدود خمسة أو ستة آلاف جنيه بما يعنى أن العقد لم يكن مقصودا به التبرع وأن الثمن فى الحدود المناسبة لقيمة المبيع وهى قرائن كافية وحدها لحمل قضاء الحكم فى إثبات العوض وإثبات تناسبه مع قيمة المبيع، ومن ثم فلا حاجة للحكم للتحدث عن صدور التصرف فى مرض الموت أو إثبات ذلك بطريق آخر طالما كونت المحكمة عقيدتها من قرائن ثابتة لها أصلها فى الأوراق".

(طعن رقم 1282 لسنة 53 ق جلسة 1991/3/27)



مادة (478)

لا تسرى أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة.

الشرح

385 - حماية الغير حسن النية :

إذا أخذ البيع حكم الوصية لصدوره في مرض الموت وتجاوز قيمة المبيع أو المحاباة في الثمن ثلث التركة، ولم يرد المشتري للتركة ما يفى بتكملة التلثين، فإن البيع لا يكون نافذا في مواجهة الورثة ماداموا لم يقرروه، ويترتب على ذلك أن يكون لهم الحق في استرداد العين المبيعة من المشتري إذا كان قد تسلمها وذلك باعتبارها من أعيان التركة، ولكن نظرا لما يترتب على ذلك من ضرر للغير الذي يكون قد تعامل مع المشتري بشأن العين المبيعة، فقد نصت المادة 478 على أنه: "لا تسرى أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية، إذا كان قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة". ومعنى ذلك أن عدم نفاذ البيع في حق الورثة لتجاوز قيمة المبيع أو المحاباة في الثمن ثلث التركة، لا يؤدي إلى زوال حق الغير الذي تعامل مع المشتري، فإذا كان المشتري قد باع العين إلى شخص آخر، وكانت الملكية قد انتقلت فعلا بهذا البيع، فإن المشتري الثاني يظل مالكا، ويحتج بملكيته على الورثة، فلا يستطيعون استرداد العين المبيعة.

ويكون للورثة الرجوع بحقهم على المشتري الثاني. وإذا كان المشتري قد قرر للغير حقا عينيا على العين كحق رهن أو حق ارتفاق، فإن العين تعود على الورثة محملة بهذا الحق.

غير أنه يستفاد من نص المادة (478) أنه يشترط شرطان لكي يتمتع الغير بهذا الحماية هما :

الأول: أن يكون قد كسب حقه فعلا، وأن يكون ذلك قد تم بعوض، فإذا كان الحق عقاريا، وجب أن يكون قد تم شهر التصرف المكسب له، وأن يكون الغير قد دفع مقابلا في اكتساب هذا الحق، فإذا كان لم يشهر سنده، أو كان قد كسب حقه مجانا، فلا يتمتع بالحماية.

الثاني: أن يكون الغير الذى تعامل مع المشتري حسن النية، أى كان يتعامل مع المشتري وهو يجهل العيب اللاحق بسنده أى لا يعلم بأن العين بيعت للمتعاقد معه فى مرض الموت⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"عندما قرر المشروع حماية أصحاب الحقوق العينية حسنى النية (م645)، أشار فى هذه الحماية إلى حالتى البيع لوأرث والبيع لغير وأرث. أما التقنين الحالى (م256مكررة/323) فقد اقتصر سهوا على الإشارة إلى حالة البيع لغير وأرث"⁽²⁾.



(1) محمد لبيب شنب ص 23 وما بعدها - خميس خضر ص 339 - أنور سلطان ص 428 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 220.

بيع النائب لنفسه :**مادة (479)**

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 نيظ به بيعه بموجب هذه النيابة، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه في قوانين أخرى.

الشرح**386- القاعدة العامة في تعاقد النائب مع نفسه وتطبيقها في عقد البيع**

:

نص المشرع على القاعدة العامة في تعاقد النائب مع نفسه في المادة 108 من التقنين المدني وهي تنص على أنه : "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة". والعلة في منع تعاقد النائب مع نفسه هي أنه في تعاقد مع نفسه يتحكم في مصلحتين متعارضتين فلا تتسیر الحماية الواجبة لمصلحة الأصل. فإذا كان نائبا عن أحد طرفي العقد وأصيلا عن نفسه، فإن التعارض يكون بين مصلحته الشخصية وبين مصلحة الأصل وإذا كان نائبا عن طرفي العقد كان التعارض بين مصلحة كل من الأصليين وكان عمله في هذه الحالة أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة⁽¹⁾.

وفي هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدي أنه :

(1) خميس خضر ص 341.

"يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه فى حالتين. فقد يكون الشخص طرفاً فى التعاقد لحساب نفسه من ناحية، ومتعاقداً بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى، وبذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية، ومصالح الأصيل. وقد يتعاقد الشخص بصفته نائباً عن الطرفين فى آن واحد، وفى هذه الحالة يكون عمله أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة. وغنى عن البيان أن مصلحة الأصيل لا تتيسر لها ضمانات الحماية الواجبة فى كلتا الحالتين ولهذا العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلاً للبطلان لمصلحة الأصيل. ومع ذلك فقد أتيح للأصيل أن يأذن للنائب فى التعاقد على هذه الصورة، أو يقر التعاقد بعد حصوله. ومن الواضح أن البطلان المقرر فى هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص⁽¹⁾.

وقد عاد المشرع فطبق القاعدة العامة الواردة فى المادة (108) مدنى والتي تصدق بالنسبة لكل تعاقد، على من ينوب عن غيره فى عقد البيع، فنص فى المادة (479) مدنى على أنه: "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر عن السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما نيظ به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك، بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه فى قوانين أخرى".

ورغم الاختلاف الظاهر فى صياغة كل من المادتين، فإن المادة 479 لا تعدو أن تكون تطبيقاً محضاً للمادة 108، فكل من المادتين تتضمن تفصيلات لا تتضمنها المادة الأخرى، ولكنها تفصيلات لا يوجد ما يدعو إلى النص عليها بوجه خاص إلا بقدر ما تزيله تلك التفصيلات من لبس. وفى المادة (108) اكتفى المشرع بالنص على منع النائب بصفة مطلقة، وهو ما يترتب عليه سريان المنع بالنسبة لكل نائب أياً كان مصدر نيابته. وعلى ذلك فالنص فى المادة 479 على المنع بالنسبة "لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الثانى ص 105 وما بعدها.

المختصة".

وتنص المادة (108) على المنع سواء كان تعاقد النائب "لحسابه هو أم لحساب شخص آخر"، ولم يرد هذا التفصيل في المادة (479)، ومع ذلك فلا شك أن النائب ممنوع من أن يشتري ما نيظ به بيعه سواء لحسابه هو أم لحساب شخص آخر.

وتنص المادة (479) على منع النائب من الشراء سواء قام به النائب "بنفسه مباشرة أو باسم مستعار". ولم تنص المادة (108) على ذلك التفصيل ولكن لا شك أنه ينطبق على النائب أيا كان العقد الذي عقده مع نفسه.

وتنص المادة 479 على منع النائب من الشراء، ولو بطريق المزاد العلني، ولم تنص المادة (108) على ذلك ولكن عموم النص يؤدي إليه لأن الشراء بالمزاد يعتبر تعاقدًا فيشملة المنع⁽¹⁾.

387- حظر تعاقد النائب على الشراء لنفسه :

يخلص من المادتين 108، 479 مدني أن من كان نائبًا عن غيره في بيع مال هذا الغير، لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشتريًا مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعًا. والنيابة عن الغير قد تكون اتفاقية أو قانونية أو عن طريق أمر من السلطة المختصة.

والنيابة الاتفاقية، هي الوكالة. فمن وكل في بيع مال لايجوز له أن يشتريه لنفسه مباشرة أو باسم مستعار، كأن يشتريه لزوجه أو لأحد أولاده أو لأي شخص يمت إليه بصلة ويكون المشتري في الواقع من الأمر مسخرًا من النائب⁽²⁾.

(1) خميس خضر ص 341 وما بعدها.

(2) وقد قضت محكمة النقض بأن :

وكون النائب اشترى لنفسه باسم مستعار مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع، ولا معقب على تقديره فى ذلك لمحكمة النقض، ويجوز إثباتها بجميع الطرق لأنها

1- "إذا تمسك الوكيل فى دعوى الحساب المرفوعة عليه من ورثة موكله بأنه غير ملزم بمحاسبتهم عن ريع بعض أطيان المورث إذ أنه اشتراها منه فدفع الورثة ببطلان البيع بسببين أولهما أن البائع كان غير أهل التصرف وثانيهما أن المشتري كان وقت العقد وكيلًا فما كان له أن يشتري لنفسه شيئًا من مال من موكله، وبنت المحكمة قضاءها فى الدعوى مع التقرير بصحة العقد قائلة إنه ليس فى ظاهرة ما يشوبه إذ قد ثبت لها أن المشتري قد دفع ثمن الصفقة، فهذا القول لا يصلح ردا على الدفع ببطلان العقد المؤسس على السببين السالف ذكرهما ولذلك يكون الحكم معيبًا بقصور أسبابه".

(**طعن رقم 137 لسنة 16 ق جلسة 1948/5/13**) =

2- "مادامت المحكمة قد استخلصت استخلاصًا سائغا من عبارة عقد شراء أرض الكنيسة ومن ظروف الدعوى وملابساتها أن مشتري الأرض التى أقيمت عليها الكنيسة لم يتعاقد باسمه ولمصلحته إذ هو اشتراها من الحكومة بصفته رئيس طائفة الأقباط الأرثوذكس وراعى كنيستها، ولم يكن قصده من شرائها منصرفا إلى إضافتها إلى ملكه، بل هو اشتراها بصفته سالفة الذكر لبناء كنيسة ومدرستين للطائفة عليها، وبذلك لا تكون ملكية الأرض قد دخلت من ذمته بل تكون انتقلت مباشرة من الحكومة إلى الطائفة التى رأسها، فلا مخالفة فى ذلك للقانون".

(**طعن رقم 118 لسنة 18 ق جلسة 1950/5/18**)

3- "متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أسس قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى على أن الثابت من عقد البيع أن الطاعن بصفته نائبا عن المجمع العام لكنيسة المسيح قد اشترى العقار موضوع النزاع لاستعماله صالة للمحاضرات تلحق بكنيسة المسيح بالاسكندرية وأن أثر هذا العقد لا ينصرف إلى الطاعن شخصيا وأن نية المتعاقدين انصرفت إلى إنشاء صالة للمحاضرات تلحق بكنيسة المسيح ورتب على ذلك انتفاء حق الطاعن شخصيا فى المطالبة بالملكية وهذا الذى استند إليه الحكم يتفق مع عبارة العقد الواضحة ومن شأنه أن يؤدى إلى ما انتهى إليه، ولما كان النعى يدور حول مناقشة نصوص العقد وتفسيرها على أنها تفيد ملكية الطاعن شخصيا للعقار فإنه لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تفسير العقد مما يستقل به قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه".

(**طعن رقم 481 لسنة 39 ق جلسة 1974/6/24**)

واقعة مادية⁽¹⁾.

والنيابة القانونية، هي التي يكون مصدرها القانون كالولي، فلا يجوز له أن يشتري مال الصغير لنفسه ولا باسم مستعار. وقد تأتي النيابة في بيع مال الغير عن طريق أمر من السلطات المختصة. فالوصى والقيم والوكيل عن الغائب وأمين التفليسة والحارس القضائي كل هؤلاء يتولون عن غيرهم في بيع المال بموجب أمر من السلطة القضائية. والموظف العام قد ينوب عن الدولة في بيع أموالها بموجب أمر من السلطة الإدارية. فلا يجوز لأى من هؤلاء شراء المال لأنفسهم لا باسمهم ولا باسم مستعار.

388- نطاق المنع :

تنص المادة (479) على أنه: "لا يجوز لمن ينوب عن غيره أن يشتري بنفسه مباشرة أو أمر من السلطة المختصة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى...".

والنص على الحالة الأولى يعالج أمرا كثير الوقوع يقصد به النائب عادة التحايل على القانون وتفادى المنع من الشراء.

والنص على الحالة الثانية يزيل لبسا نشأ عن تفسير أحكام التقنين المدني القديم إذ ذهب بعض الفقهاء إلى أن المادة (258) قديم لا يتناول حالة التنفيذ على عقار المدين، ولذا يجوز لنائب المدين أو لنائب الدائن دخول المزايدة وشراء العقار ولكن الرأى الراجح كان يذهب إلى أن نص هذه المادة عام لا يفرق بين البيع الجبرى والبيع الاختيارى لتوافر علة المنع فى الحالتين، ومن واجب النائب رعاية مصلحة الأصيل والإكثار من المزايدى لرفع قيمة عقار الأصيل المنزوعة ملكيته، وطبيعى أن واجب الرعاية هذا لن يتحقق إذا كان للنائب مصلحة فى

(1) السنهورى ص 102 وما بعدها.

البيع⁽¹⁾.

389- الاستثناءات من المنع :

يجوز لمن كان نائبا عن غيره شراء المال لنفسه استثناء من أحكام المادتين 108، 479 مدنى فى حالتين هما :

الحالة الأولى :

أن يكون تعاقد النائب مع نفسه بإذن الأصل أو بإذن المحكمة. فهنا لا يسرى المنع، وقد نصت المادة (108) على هذا الاستثناء بقولها إن النائب يتمتع عليه التعاقد مع نفسه "دون ترخيص من الأصل" ونصت عليه المادة 479 بمنع النائب من الشراء "ما لم يكن ذلك بإذن القضاء".

والتعبيران يعوزهما الدقة ذلك أن الإذن قد يكون من الأصل وذلك إذا كانت النيابة اتفاقية، وقد يكون من المحكمة إذا كانت النيابة قانونية أو قضائية⁽²⁾.

الحالة الثانية :

أن يجيز تعاقد النائب مع نفسه نص قانونى أو قواعد التجارة. وقد نصت على هذا الاستثناء المادة 108 بقولها فى عجزها "كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة". ونصت عليه المادة 479 بقولها فى عجزها: "مع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى".

والتعبيران يعوزهما الدقة والمقصود بكل منهما عدم الإخلال بما يقضى به

(1) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص 233 وهامش (2) - أنور سلطان ص 432 وهامش (5).

(1) خميس خضر ص 342.

نص قانونى أو عرف تجارى⁽¹⁾.

وعلى ذلك يجوز للنائب أن يشتري لنفسه المال الذى ينوب عن غيره فى بيعه إذا نص القانون على ذلك أو وجد عرف تجارى يجيزه.

ومن النصوص التى تجيز شراء النائب لنفسه المادة 14 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بأحكام الولاية على المال التى تنص على أن: "لأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك".

ويرى بعض الشراح أنه يجوز للوصى شراء مال القاصر إذا كانت له حقوق من قبل على هذا المال وكان القصد من الشراء هو المحافظة على هذه الحقوق، كما لو كان الوصى شريكا مع القاصر على الشبوع أو كان دائئا مرتهنا لهذا المال، ثم بيع المال بالمزاد لعدم إمكان قسمته عينا فى الفرض الأول أو لقيام دائئى القاصر بالتفويض عليه فى الفرض الثانى⁽²⁾.

بينما يرى البعض - بحق - أن الوصى لا يجوز له فى هذه الحالات شراء مال القاصر إلا بإذن المحكمة وتعيين وصى خاص لرعاية مصلحة القاصر⁽³⁾ (م 31 من قانون الولاية على المال).

وكثيرا ما يمثل به لما يقضى به العرف التجارى من مخالفة لنص المادتين 108، 479 بما يقضى به من أن للوكيل بالعمولة أن يشتري ما وكل فى بيعه

(2) فتعبير المادة 108 يعيبه أنه يشير إلى استثناء ما يقضى به القانون أو قواعد التجارة. والمقصود بقواعد التجارة قواعد العرف التجارى وهى قواعد قانونية فكان ينبغى أن يستبدل بهذا التعبير عبارة نص فى القانون أو عرف تجارى. وتعبير المادة 479 يعيبه أنه يقتصر على حالة النص القانونى "خميس خضر ص 343 هامش (1)".

(1) أحمد نجيب الهاللى وحامد زكى ص 233.

(2) أنور سلطان ص 433 - منصور مصطفى منصور ص 299 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 180.

لحساب من وكله بالشراء.

وهو ما نصت عليه صراحة مذكرة المشروع التمهيدي بقولها: "ويجوز أن تقضى بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه فمن ذلك إباحة تعامل الولي مع ولده وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقا لقواعد القانون التجاري"⁽¹⁾.

إلا أن الاستشهاد بهذا المثال لا يستقيم هنا لأن الوكيل بالعمولة ليس نائبا، فهو لا يتعاقد باسم الأصيل وإنما لحساب نفسه فوكالته غير نيابية⁽²⁾.

390- جزاء المنع من الشراء :

لم ينص المشرع صراحة على الجزاء الذى يترتب على شراء النائب لنفسه. بالرغم من المنع المنصوص عليه. واكتفى المشرع بالنص فى المادة 481 على أن يصح العقد فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين⁽³⁾ إذا أجازته من تم البيع لحسابه". وهذا هو الحكم الذى قرره المادة 108 حيث تقول: "على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد". وقد ذهب رأى فى الفقه إلى أن الجزاء هو البطلان النسبى، فيكون العقد قابلا للإبطال لمصلحة الأصيل⁽⁴⁾.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 106.

(4) خميس خضر ص 433 هامش (2) راجع أيضا مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد ج2 الطبعة الثانية.

(1) المادة الأخرى هى المادة 480 - والتي سنعرض لها وهى تنص على أن: "لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار".

(2) محمد كامل مرسى ص 505 هامش (1) - وكان يأخذ بهذا رأى الدكتور السنهورى ولكنه عدل عنه كما سنرى راجع ص 105.

وهذا الرأي يعتمد على نص المادة 481 مدنى - سالفه الذكر - التى تجرى على أن "يصح العقد إذا أجازته من تم البيع لحسابه" تأسيساً على أن الإجازة تكون ممن تقرر البطلان النسبى لمصلحته وأثرها تصحيح العقد".

وقد أخذت مذكرة المشروع التمهيدى بهذا رأى. فبعد أن عرضت لمنع النائب ومنع السمسار والخبير من الشراء أردفت قولها: "أجاز المشروع تصحيح البيع (وهو باطل بطلاناً نسبياً لمصلحة البائع، وقد قرر البطلان نص خاص لعله تعارض المصلحة) لا بإجازة من تم البيع لحسابه فحسب، بل كذلك بإذن القضاء فى البيع قبل حصوله، كالوصى يستأذن المجلس الحسبى"⁽¹⁾. كما قرر المشروع التمهيدى نفس الرأى فى تعليقه على نص المادة (108) فبعد أن بين علة منع النائب من التعاقد مع نفسه قال: "ولهذا العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلاً للبطلان لمصلحة الأصل"⁽²⁾.

إلا أن غالبية الشراح يأخذون على هذا الرأى أنه يتعارض مع المبادئ العامة فى البطلان إذا الأصل فى البطلان أن يكون مطلقاً، وأن البطلان النسبى لا يكون إلا فى حالة نقص الأهلية أو عيوب الرضاء، وأنه كان من الواجب الرجوع إلى الأصل لعدم توافر أسباب البطلان النسبى فى بيع النائب نفسه، ويجب البحث عن جزاء المنع من الشراء فى القواعد الخاصة بالنيابة. ولذلك ذهب الرأى السائد إلى أن تحريم بيع النائب لنفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هى أن الأصل عندما أناب النائب فى بيع ماله لم يدخل فى هذه الإنابة أن يكون المناب هو المشتري سواء لنفسه أو بالنيابة عن غيره، وإلا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى إنابته فى البيع. فإذا ما باع النائب المال لنفسه، سواء باعتباره أصيلاً فى الشراء أو باعتباره نائباً عن غيره، يكون قد جاوز حدود نيابته، فلا ينفذ تصرفه فى حق

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 230.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 106.

الأصيل إلا إذا أجازته هذا⁽¹⁾.



مادة (480)

لا يجوز للسמاسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار.

الشرح

391- منع السماسرة والخبراء من الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار

:

بعد أن أورد المشرع فى التقنين المدنى الجديد نص المادة (749) تحت

(1) السنهورى ص 106 - أنور سلطان ص 433- عبد المنعم البدرأوى ص 180 وما بعدها - خميس خضر ص 345.

عنوان بيع النائب لنفسه أورد تحت نفس العنوان المادة (480) وهي تنص - كما رأينا - على أنه لا يجوز للسامسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار .

فرغم أن هؤلاء الأشخاص ليسوا نوابا فقد مد المشرع الحظر الوارد على النواب إليهم، فالسمسار هو شخص يلزم في مواجهة عميله بالعثور على شخص يرتضى التعاقد مع هذا العميل، وهذا الالتزام لا يقتضى منه أن يكون نائبا عن عميله، فمحله القيام بعمل مادي وليس بعمل قانوني، وإنما البيع بعد ذلك يتم بواسطة العميل نفسه أو نائب عنه.

كذلك مهمة الخبير مهمة مادية محضة، فهي تقدير قيمة الشيء المراد بيعه⁽¹⁾.

وعلت المذكرة الإيضاحية مد الحظر إلى هؤلاء بأن حكمة المنع فيهم متوافرة.

فقد جاء بها :

"زيد على النواب السامسة والخبراء في الأموال المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها لأن حكمة المنع متوافرة".

فالحظر إليهم إذن خشية تغيرهم بصاحب المال، فالسمسار قد يوهم صاحب المال بأن ثمننا منخفضا هو الملائم، والخبير قد يقدر الشيء بأقل من قيمته ثم يقدم السمسار أو الخبير على الشراء باسمه أو باسم مستعار بهذا الثمن المنخفض أو على أساس ذلك التقدير الذي لم تراعى فيه مصلحة صاحب المال⁽²⁾.

392- جزاء الإخلال بالمنع من الشراء :

رغم أن السمسار والخبير ليسا من النواب كما ذكرنا سلفا - إلا أن جمهور

(1) محمد ليبب شنب ص 53.

(1) خميس خضر ص 244.

الشرح ذهبوا إلى أن جزاء إخلال السمسار والخبير بالمنع من الشراء هو نفس جزاء منع النائب من الشراء لنفسه أى عدم نفاذ العقد فى حق من تم البيع لحسابه إلا إذا أقره.

ويستند هؤلاء الشراح إلى أن المشرع قد أورد نصا واحد وهو نص المادة 481 فى حكم العقد إذا أجازته من تم البيع لحسابه وبنوا على ذلك أن المشرع لم يشأ وضع جزاءين مختلفين⁽¹⁾.

ويلاحظ أن مجال تطبيق حظر الشراء بالنسبة للسماسرة والخبراء مجال ضيق، ذلك أن السمسار أو الخبير لا ينوب عن مالك الشئ وبالتالي لا يستطيع شراء الحق الذى نيظ به يبيعه أو تقويمه إلا بموافقة هذا المالك أو من ينوب عنه، ومن شأن موافقة المالك أن تجعل الشراء نافذا فى مواجهته وفقا للمادة 481 وإذن فلا ينطبق الحظر من الناحية العملية إلا إذا كان الشئ قد بيع فى مزاد علنى.



(2) محمد لبيب شنب ص 54 - منصور مصطفى منصور ص 304 - عبد المنعم البدرأوى ص 180 وما بعدها - السنهورى ص 106 - أنور سلطان ص 433 وما بعدها - إسماعيل غانم ص 103 - وقارن خميس خضر ص 346 فيذهب إلى أن إفراد نص واحد فى حكم العقد إذا أجازته من تم البيع لحسابه لا يحول دون القول باختلاف الجزاء، والأولى أن يقال إن الجزاء فى حالة شراء كل من السمسار والخبير لنفسه هو البطلان النسبى الذى تقرر بنص خاص كما ذهبت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى. يستطرد أن عبارات المشرع فى المادة 481 مدنى تؤيد ما يذهب إليه، فهى تقول "يصح العقد.. إذا أجازته من تم البيع لحسابه" إذ أن الإجازة ترد على العقد غير النافذ وعلى العقد الباطل بطلانا نسبيا ويترتب عليهما أن تترتب على العقد آثاره.

مادة (481)

يصح العقد فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا أجازته من تم البيع لحسابه.

الشرح

393- تصحيح العقد الذى يبرمه النائب والسماسر والخبير على خلاف

الحظر :

رأينا فى شرح المادتين السابقتين أن جمهور الشراح ساوا فى جزاء مخالفة المنع المنصوص عليه بالمادة (479) بالنسبة لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو بإذن من القضاء، وبين جزاء مخالفة المنع المنصوص عليه بالمادة 480 الخاص بالسماسرة والخبراء. وأنهم اعتبروا مخالفة هذا المنع، أن التصرف لا ينفذ فى حق الأصل، ولا ينفذ فى حق الأصل إلى إذا أقره.

وهذا الإقرار كما يكون صريحا يصح أن يكون ضمنيا بأن ينفذ الأصل التصرف الذى تجاوز فيه حدود الإنابة وهذا هو ما نصت عليه المادة (481) صراحة.

(راجع فى التفصيل شرح المادتين السابقتين).



الفصل الثاني

المقايضة

مادة (482)

المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر، على سبيل التبادل، ملكية مال ليس من النقود.

الشرح

394- تعريف المقايضة :

عرفت المادة (482) المقايضة بأنها: "عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المقايضة هي - حسب ما عرفها القانون في المادة 1356 مدني (قديم) - عقد يلتزم به كل من المتعاقدين بأن يعطى للآخر شيئاً مقابل ما أخذه منه. وينبنى على ذلك أن كل متقايض يعتبر بائعاً ومشترى في وقت واحد. ولهذا نصت المادة 360 من القانون المدني (قديم) على أن القواعد المختصة بعقد البيع تجرى كذلك في المقايضة إلا ما استثنى بنص صريح في القانون. فإذا ما استحق أحد البديلين

(1) وقد ورد بالذاكرة الإيضاحية للتقنين المدني (نظرة عامة) "لم يرد شيء عن عقد المقايضة في التقنين المختلط، أما التقنين الأهلي فقد أورد بشأنه خمسة نصوص (356-360) اقتصر على تطبيق القواعد العامة، فيما عدا نصاً واحداً (م 359) شذ عن هذه القواعد شذوذاً لا مبرر له، وقد أصلح المشروع هذا العيب، وأورد نصوصاً تعرض لمميزات خاصة في عقد المقايضة، ثم نص بوجه عام على وجوب تطبيق أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 232).

فى عقد المقايضة فإنه يجب الرجوع فى ذلك إلى أحكام ضمان الاستحقاق المقررة موضوع البيع".

(طعن رقم 39 لسنة 6 ق جلسة 1937/1/7)

فالمقايضة كالباع من عقود التمليك بمقابل. إلا أن ما يميزها عن البيع أنها مبادلة شئ بشئ آخر غير النقود. فكل عاقد يتعهد بتمليك العاقد الآخر شيئاً أو حقاً مالياً على سبيل التبادل. ولذلك قيل إن كان طرف فى المقايضة يعتبر بائعاً ومشترياً فى آن واحد، لأنه يبيع ملكه للطرف الآخر على أن يحل ملك الآخر محل الشئ الذى قدمه⁽¹⁾.

وإذا كان أحد البدلين قيماً (كالسبائك الذهبية) أو أوراق مالية يسهل تقدير قيمتها نقداً بالرجوع إلى أسعار البورصة أو كشوف التسعير. فقد انقسم الرأى فى تكييف هذا العقد.

فذهب رأى إلى اعتبار العقد فى مثل هذه الحالة بيعاً لا مقايضة. غير أن الرأى السائد يذهب إلى اعتبار العقد مقايضة لأن العبرة هى بطبيعة المقابل وقت العقد⁽²⁾.

ويرى بعض الشراح، أن العقد يكون مقايضة إذا كان البدلان من النقود⁽³⁾. بينما يذهب رأى آخر - نؤيده - إلى أن هذا العقد وهو ما يطلق عليه الصرف فى الفقه الإسلامى، يعتبر بيعاً لا مقايضة، لأن المادة 482 صريحة فى اشتراط ألا يكون البدلان أو أحدهما من النقود⁽⁴⁾.

(1) أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص 629 - أنور سلطان ص 437.

(2) السنهورى ص 29 - منصور مصطفى منصور ص 27 - محمد كشرى سرور ص 40 - خميس خضر ص 35.

(3) أنور سلطان ص 437 - محمد كامل مرسى ص 643.

(4) محمد لبيب شنب ص 300.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"تعرف المادة 653 عقد المقايضة، وتصرح بأن البدلين يجب ألا يكونا من النقود. وهذا هو الذى يميز المقايضة عن البيع"⁽¹⁾.

395- اشتباه المقايضة بالبيع :

تشتبه المقايضة بالبيع فى حالتين :

الأولى: إذا كان العوضين قيما أو أوراقا مالية يسهل تقدير قيمتها نقدا بالرجوع إلى أسعار البورصة أو كشوف التسعيرة. وقد ذهبنا سلفا إلى أن الراجح اعتبار هذا العقد مقايضة. (راجع فى التفصيل بند 393).

الثانية: إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيما مختلفة فى اعتبار المتعاقدين، وتضمنت المقايضة - كما سنرى - معدلا من النقود لتعويض الفرق (م483). فوفقا للرأى الراجح لا يترتب على وجود هذا المعدل اعتبار العقد بيعا إلا إذا كان المعدل هو العنصر الغالب، أى كان هو المقصود من التعاقد. (أنظر شرح المادة 483).

396- انعقاد المقايضة :

عقد المقايضة من العقود الرضائية التى لا يشترط فيها شكل خاص، كالبيع. وكانت المادة 357 من التقنين المدنى الملغى تنص على أن: "تحصل المقايضة بمجرد رضا المتعاقدين بها بالكيفية المقررة للبيع".

ومن ثم تتعقد المقايضة بتوافق الإيجاب والقبول، بأن يتبادل طرفاها التعبير عن إرادتين متطابقتين بقصد نقل حق فى مقابل حق آخر. ولا يستثنى من ذلك سوى ما ينص عليه القانون من أوضاع معينة لانعقاد

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 238.

بعض التصرفات عموماً مما تدخل فيه المقايضة، ومثل ذلك ما تنص عليه المادة 11 من القانون رقم 8 لسنة 1990 بإصدار قانون التجارة البحرية من أن تقع التصرفات التي يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية على السفينة بمحرر رسمي وإلا كانت باطلة.. الخ.

ويجب أن يكون الرضا صحيحاً خالياً من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. وتدخل الأوصاف على المقايضة كشرط التجربة والمذاق فتسرى الأحكام المقررة لذلك في عقد البيع.

والأهلية اللازمة لإبرام عقد المقايضة هي ذات الأهلية المطلوبة لانعقاد البيع. وخيار الرؤية في المقايضة كخيار الرؤية في البيع. وبالنسبة لمحل المقايضة وهو الشئان المتقايز فيهما فتسرى أحكام البيع من حيث الوجود والتعيين.

ويجب أن يكون الشئ مملوكاً للمتقايزين وإلا كانت المقايضة قابلة للإبطال لصالح المتقايز الآخر ولا تتعقد المقايضة إذ كان أحد البديلين حقاً متنازعا فيه وكان المقايض الذي حصل على هذا الحق من رجال القضاء إذا كان النظر في النزاع القائم على الحق الذي يريد الحصول عليه يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشر عمله فيها (م471). كما لا تتعقد المقايضة إذا كان ما قدمه أحد المتقايزين حقاً متنازعا فيه وكان المتقايز الآخر هو المحامي الذي وكل في الدفاع عن هذا الحق (م472)⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بانعقاد المقايضة بواسطة النائب، تتحدد سلطة النائب كما تتحدد سلطته في البيع. مع ملاحظة أنه إذا كان النائب وكيلاً فالتوكيل في البيع لا يتضمن توكيلاً في المقايضة لأن البيع غير المقايضة، فيجب إذن الحصول على

(1) منصور مصطفى منصور ص 309.

إذن خاص بالتقايض⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص في المادة 485 من القانون المدنى على أن "تسرى على المقايضة أحكام البيع، بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء الذى قايض به ومشتريا للشيء الذى قايض عليه، إنما يدل على أن عقد المقايضة يسرى عليه فى الأصل أحكام البيع من حيث كونه عقدا رضائيا يتم بتوافق الإيجاب والقبول ولا يشترط فيه شكل خاص ويثبت طبقا للقواعد العامة فى الإثبات، ومن حيث أركان انعقاده من رضا ومحل وسبب مع مراعاة أن المحل فى عقد المقايضة هو الشيئان المتقايض فيهما".

(طعن رقم 4770 لسنة 61 ق جلسة 1997/10/30)

397- طبيعة المقابل فى عقد المقايضة :

ترد المقايضة عادة على حق المالك التام سواء كان مفرزا أم شائعا، على أن هذا لا يمنع من أن يكون العوض أى حق آخر من الحقوق المتفرعة عن الملكية، لأن القاعدة أن كل ما يمكن بيعه يمكن المقايضة به، وعلى ذلك يجوز أن يكون العوض ملكية رقبة أو حق انتفاع أو حق ارتفاق.

على عكس ما قد يوحى بذلك التعريف الذى أتت به المادة 482 وهو أن المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر - على سبيل التبادل - ملكية مال ليس من النقود⁽²⁾.

وترد المقايضة على العقار والمنقول على حد سواء فيجوز مبادلة سيارة بسيارة أو مذياع بساعة وهكذا، فلا يشترط أن يكون محل المبادلة من جنس واحد.

(2) منصور مصطفى منصور ص 310 وما بعدها.

(1) محمد لبيب شنب ص 299 - أنور سلطان ص 437.

ولكن يجب أن يكون كل من البديلين من الحقوق، فإذا كان البدلان أو كان أحدهما عملاً أو امتناعاً عن عمل، لم يكن العقد مقايضة، وإنما عقداً غير مسمى، وعلى ذلك فإذا التزم شخص بنقل ملكية سيارة في مقابل أن يقوم المتعاقد الآخر بتصميم عمارة له، فإن العقد لا يكون مقايضة، بل عقداً غير مسمى يخضع للقواعد العامة في الالتزامات⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر بل هي قد تكون مبادلة حق انتفاع بحق انتفاع ويسرى عليها في الأصل أحكام البيع فيعتبر كل متقايط بائناً للشئ الذي كان مملوكاً له وقايط به ومشترياً للشئ الذي كان مملوكاً له وقايط به، ومشترياً للشئ الذي كان مملوكاً للآخر وقايط هو عليه، والآثار التي تترتب على المقايضة هي نفس الآثار التي تترتب على البيع من حيث التزامات البائع، فيلتزم كل من المتقايطين بنقل ملكية الشئ الذي قايط به إلى الطرف الآخر كما يلتزم بتسليمه أيّاه وبضمان التعرض والاستحقاق".

(طعن رقم 184 لسنة 53 ق جلسة 1984/1/1)

398- إثبات المقايضة :

يثبت عقد المقايضة طبقاً للقواعد العامة. والعبرة بقيمة أحد الشيئين المتقايط فيهما إذ المفروض أنهما متساويان في القيمة، وإلا فكل التزام تقدر قيمته بقيمة الشئ محل هذا الالتزام. فإذا كانت قيمته تزيد على ألف جنيه وجب إثباته بالكتابة⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) السنهوري ص 857- محمد لبيب شنب ص 300.

(2) السنهوري ص 859.

"لما كان الثابت في الأوراق أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بدفاع حاصله أن اتفاقه والمطعون ضده الأول على المقايضة ثابت من إقراري التنازل الصادرين من كل منهما بمستند منفصل أحدهما صادر من المطعون ضده الأول بتاريخ 1988/2/20 والثاني من الطاعن بتاريخ 1988/3/17 وكان من شأن هذا الدفاع - لو فطنت إليه المحكمة ومحصلته - تغيير وجه الرأي في الدعوى إذ أن مؤداه ثبوت قيام عقد المقايضة بين طرفيه إذ لا يلزم في حالة ثبوته بالكتابة أن يؤكد ذلك في محرر واحد فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن تناول هذا الدفاع الجوهرى بما يقتضيه من البحث والتمحيص ووقف منه عند حد القول بعدم تقديم الطاعن للمحرر المثبت لعقد المقايضة المطلوب فسخه مستلزما بذلك أن يكون ثابتا في محرر واحد وخلص إلى تأييد الحكم الابتدائي الذي قضى برفض دعواه ، فإنه يكون مع مخالفته للقانون قد ران عليه القصور المبطل".

(طعن رقم 4770 لسنة 61 ق جلسة 1997/10/30)



مادة (483)

إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلا.

الشرح

399- المعدل في المقايضة :

أجازت المادة في عقد المقايضة إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين تعويض الفرق بمبلغ من النقود ويكون معدلا. ووجود المعدل في المقايضة من الأمور الكثيرة الحدوث، ذلك لأنه من النادر، أن يكون المالان المراد مبادلتها متساويين في القيمة تماما. والرأى متفق على أنه إذا كان العنصر الغالب في المعدل هو النقود، كما إذا بيعت سيارة جديدة بخمسين ألف جنيه على أن يحسب من الثمن سيارة قديمة، قدرت قيمتها بعشرة آلاف جنيه كان العقد بيعا. أما إذا كان العنصر الغالب هو غير النقود، كما إذا استبدلت سيارة بأخرى متقاربتين في القيمة مع دفع معدل من النقود زهيد، فالعقد مقايضة⁽¹⁾.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وتجيز المادة 654 أن يكون في المقايضة معدل من النقود كمعدل القسمة - على أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو العنصر الغالب، وإلا انقلبت المقايضة بيعا".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) السنهوري ص 29 وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص 28 - عبد المنعم البدرأوى ص 73 وما بعدها.

"إذا اعتبرت محكمة الاستئناف العقد المتنازع على تكييفه (وهو عقد فيه إعطاء منزل من طرف وإعطاء أطيان من طرف آخر) أنه عقد بيع للمنزل لا عقد بدل فيه لما رأته من أن ذات العقد مصرح فيه أنه عقد بيع للمنزل وعقد بيع للأطيان وأن الثمن المقدر فيه للأطيان مع استنزاله من الثمن المقدر للمنزل يكون الباقي الواجب دفعه نقدا من ثمن المنزل مبلغا كبيرا يزيد على ثمن الأطيان، وأن العقد الذي يكون بهذه الكيفية التي يزيد فيها ما يدفع من الثمن نقدا عما يدفع منه عينا هو عقد أقرب إلى البيع منه إلى البذل، فتفسير المحكمة هذا المنتزع من الواقع بغير تشويه وتكييفها لهذا الواقع بأنه عقد بيع لا بدل هو تفسير تملكه وتكييف لا غبار عليه".

(طعن رقم 97 لسنة 4 ق جلسة 1935/5/30)

400 - يجب الاتفاق على المعدل صراحة :

يجب الاتفاق على المعدل صراحة، فإن لم يتضمنه العقد، فلا يجوز الرجوع به حتى لو كان هناك غبن بالنسبة لأحد المتقايضين - طبقا للرأى الراجح - إذ تأبى قواعد المقايضة على التمسك بالغبن، مما يحول دون الاستناد إلى ذلك لطلب المعدل.

وإذا اتفق المتقايضان على استحقاق المعدل، على أن يتم تقديره بمعرفة أهل الخبرة، كانت المقايضة بمعدل ويتم تقديره بمعرفة خبير قد يلجأ إليه المتقايضان ويكون تقديره ملزما لهما.

وإذا تم الاتفاق على استحقاق المعدل وأرجأ المتقايضان تقديره إلى اتفاق لاحق يبرم بينهما كان هذا الاتفاق ملحقا لعقد المقايضة، أما إذا اختلفا على التقدير، كان المعدل مستحقا وجاز للدائن به المطالبة به قضاء وحينئذ تعهد المحكمة بتقديره إلى خبير⁽¹⁾.

(1) المستشار أنور طلبه الجزء السابع ص 9 ومابعدھا.



مادة (484)

مصرفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

الشرح

401- تحمل المتقايضين المصاريف والنفقات مناصفة :

يترتب على اعتبار كل من المتقايضين بائعاً للشئ الذى قايض به، ومشترياً للشئ الذى قايض عليه (م 485)، أنه لا يوجد مشتري واحد حتى يلزم بنفقات عقد المقايضة كما يلتزم بها المشتري فى البيع (م 462) ولذلك قد نص المشرع صراحة فى المادة 484 على أن مصرفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

وعلى ذلك فجميع النفقات التى تقتضيها المقايضة يتحملها المتقايضان مناصفة، ويدخل فى ذلك أتعاب المحامى الذى حرر العقد، ورسوم الدمغة، ورسوم التسجيل.

ويسرى هذا الحكم ولو كانت المقايضة بمعدل. فننفقات المعدل تضم إلى مجموع النفقات ويكون المجموع مناصفة بين المتقايضين.

أما تكاليف الحق فتقع على من اكتسبه من وقت العقد طبقاً للمادة 2/458، ويدخل فى ذلك الضرائب المفروضة على هذا الحق ونفقات صيانتها.

والأحكام السابقة مما لا يتعلق بالنظام العام، ويجوز الاتفاق على ما يخالفها.

ويعتبر الاتفاق على أن يتحمل أحد المتقايضين كل مصرفات من قبيل الاتفاق

على معدل⁽¹⁾.

(1) السنهوري ص 867 هامش (2).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

وتجعل المادة 655 مصروفات عقد المقايضة مناصفة على المتقايضين.
وهذا طبيعى لأن كل منهما يعتبر مشتريا لما قايض عليه. ويجوز الاتفاق على
غير ذلك⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج4 ص 239.

مادة (485)

تسرى على المقايضة أحكام البيع، بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشئ الذى قاىض به، ومشتريا للشئ الذى قاىض عليه.

الشرح

402- القواعد التى يخضع لها عقد المقايضة :

لم يورد المشرع فى الفصل الخاص بالمقايضة سوى أربع مواد، خصص الأولى لتعريف عقد المقايضة (م482) وخصص الثانية لبيان جواز تمام المقايضة بمعدل (م473)، وفى المادة الثالثة تكلم عن حكم مصروفات عقد المقايضة. وواضح أن هذه المواد الثلاث لا تكفى لتنظيم جميع أحكام المقايضة، ولذلك فقد أورد المشرع المادة الرابعة وهى رقم (485)، وهى تحيل على أحكام عقد البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة وتقضى بأن كل من المتقايضين يعتبر بائعا للشئ الذى قاىض به، ومشتريا للشئ الذى قاىض عليه .

وبناء على هذا النص، تخضع المقايضة بصفة عامة للقواعد الخاصة بعقد البيع، سواء فى انعقادها أو فيما ترتبه من آثار وذلك ما لم تكن هذه القواعد تتعارض مع طبيعة المقايضة وكونها مبادلة حق غير نقدى بحق آخر غير نقدى.

403- أمثلة لأحكام البيع التى تسرى على المقايضة :

من أحكام البيع التى تسرى على المقايضة ما يأتى :

1- أحكام بيع المريض مرض الموت :

إذا كان المتقايض مريضا مرض الموت وصدرت منه المقايضة أثناء هذا المرض، سرت على المقايضة أحكام بيع المريض مرض الموت.

2- أحكام بيع ملك الغير :

تسرى أحكام بيع ملك الغير الواردة فى عقد البيع على المقايضة⁽¹⁾.

3- التسليم :

يلتزم كل متقايض بتسليم الحق الذى قايض به إلى المتعاقد معه، ويلتزم الأخير بتسلم هذا الحق.

ويسرى على هذا الالتزام ما يسرى على تسليم وتسلم المبيع.

4- نقل ملكية الحقوق المتقايض عليها :

يترتب على المقايضة أن ينتقل إلى كل مقايض الحق الذى قايض عليه، فإذا كان هذا الحق منقولاً وتعين بذاته وقت العقد، فإنه ينتقل بمجرد إبرام المقايضة دون حاجة إلى أى إجراء، أما إذا لم يعين البديل إلا بنوعه فلا ينتقل إلا إذا أفرز. وإذا كان الحق المقايض عليه عقار، فيجب تسجيل المقايضة لينتقل هذا الحق إلى من قايض عليه.

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعاً لحكم يحوز قوة الأمر المقضى". فإذا كانت المحكمة التى نظرت فى دعوى إثبات البديل فى أرض قد قالت فى أسباب حكمها إن ما أثاره أحد المتبادلين من نزاع فى ملكية المتبادل الآخر لما بادل به ليس محله دعوى إثبات التعاقد، ثم قضت بإثبات البديل بناءً على تسليم طرفيه بوقوعه، فإن حكمها هذا لا يحول دون النظر فى ذلك النزاع نفسه بدعوى أخرى تقام بفسخ عقد البديل.

وكذلك تقريراً على هذا الأصل إذا كانت المحكمة فى دعوى الضمان الفرعية قد قالت فى أسباب حكمها إن الدعوى المذكورة ليست صالحة للنظر فيها وحكمت فى منطوقه برفضها بحالتها، فإن حكمها هذا - وهو ليس إلا حكماً مؤقتاً - لا يمكن أن يحول دون النظر فيما أثير فى الدعوى من وجوه النزاع".

(طعن رقم 91 لسنة 16 ق جلسة 1948/2/26)

وإذا امتنع المقايض على نقل الملكية كان للمتعاقد معه رفع دعوى بصحة ونفاذ عقد المقايضة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر على ما تقضى به المادة 485 من القانون المدني أن أحكام البيع تسرى على المقايضة بالقدر الذى تسمح به طبيعتها فيعتبر كل من المتقايضين بائعا للشئ الذى قايض به ومشتريا للشئ الذى قايض عليه وينبنى على ذلك أن يلتزم كل المتقايضين بنقل ملكية الشئ الذى قايض به إلى الطرف الآخر. فإن كان هذا الشئ عقارا وجب اتخاذ إجراءات التسجيل فإن امتنع أحد المتقايضين عن هذا الالتزام، كان للمتعاقد الآخر رفع دعوى صحة ونفاذ عقد المقايضة للحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ولا يجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين، كما هو الحال فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع، ولا يحول دون الحكم بصحة ونفاذ عقد المقايضة أن يكون المتقايض قد باع العقار الآخر طالما لم يثبت أن المشتري منه قد سجل التصرف الصادر إليه الذى يؤدي إلى استحالة تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار إلى المتقايض الآخر".

(طعن رقم 1702 لسنة 56 ق جلسة 1989/5/18)

5- ضمان عدم التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية :

تسرى أحكام ضمان عدم التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية المنصوص عليها فى عقد البيع، على عقد المقايضة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"تنص المادة 485 من التقنين المدني - على أنه تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا

للشئ الذى قايش به، ومشتريا للشئ الذى قايش عليه. ومن المقرر أن التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وفقا للمادة 439 من التقنين المذكور التزام أبدي يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض. وعليه فلا يجوز للمتبادل على عقار منازعة المتبادل معه أو ورثته استنادا إلى أن عقد البدل لم يسجل لأن عليه التزاما شخصيا بتمكينه من الانتفاع بهذا العقار وحيازته حيازة هادئة فينشأ عن عقد البدل بمجرد انعقاده".

(طعن رقم 614 لسنة 49 ق جلسة 1984/2/17)

404 - عدم سرى بعض أحكام عقد البيع على المقايضة :

1- يترتب على أن المقايضة لا يوجد فيها ثمن، أنه لا تسرى على

المقايضة أحكام الثمن التى تسرى على عقد البيع ومن ذلك:

(أ) أنه لا يتصور أن يكون هناك عربون.

(ب) أنه لا يقع عادة فى المقايضة صورة تقابل البيع مع حق التقرير بالشراء

عن الغير.

(ج) يذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى أنه لا يجوز الطعن بالغبن فى مقايضة

عقار ناقص الأهلية ولو تمت بمعدل ويبرر ذلك عادة بأن طبيعة المقايضة لا

تسمح بتطبيق أحكام الطعن بالغبن. وبأن القانون قد راعى فى إجازة الطعن بالغبن

فى البيع هو أن الدافع إلى البيع يكون عادة الحاجة إلى مبلغ نقدى فى حين أن

هذه الحاجة لا تتوافر فى المقايضة إذ لا ثمن فيها ولا نقود تستهوى البائع (1).

(1) أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص 643 - محمد كامل مرسى ص 656 - أنور سلطان

ص 468 - وعكس ذلك محمد لبيب شنب ص 303، فيرى أنه ليس فى طبيعة المقايضة

ما يأبى تطبيق أحكام الغبن عليها، وإذا كان يسهل فى البيع تقدير هذا الغبن لكون الثمن

نقديا، فإن وجود صعوبة فى تقدير الغبن فى المقايضة لا تحول دون تطبيق أحكامه عليها.

(د) عدم وجود امتياز لأى من المقايضين على الشئ الذى قايض به ضمانا لإعطاء المتقاقد الآخر الشئ المتقايض عليه. لأن حق الامتياز إنما قرره القانون لضمان وفاء الثمن، والقاعدة أنه لا امتياز إلا بنص، ولما كان الامتياز استثناء من القواعد العامة التى تقضى بالمساواة بين الدائنين، فلا يجوز التوسع فى تفسيره أو القياس عليه.

وليس امتياز الثمن من أحكام البيع الذى أحال عليها المشرع بالنسبة للمقايضة، ولكن إذا كانت المقايضة بمعدل، فإن هذا المعدل يأخذ حكم الثمن، ويكون حق المتقايض فى استيفائه مضمونا بما يضمن الوفاء بالثمن، وبصفة خاصة يكون له حق امتياز على الشئ الذى قايض به ضمانا لاستيفاء المعدل⁽¹⁾.

أما القول بأن المشرع قد راعى فى البيع أن الدافع إليه يكون هو الحاجة إلى النقود، فذلك ليس إلا تقريرا بأن الغالب أن يتوافر الغبن فى البيع، ولكن ذلك لا يعنى أن المشرع لا يعتد به إلا فى البيع.

= وأيضا منصور مصطفى منصور ص 310 ويذهب إلى أن رأى الوارد بالمتن محل نظر فليس صحيحا أن المشرع يجيز الطعن بالغبن عند بيع عقار غير كامل الأهلية على أساس أن الذى يؤدى إلى البيع بغبن هو الحاجة إلى نقود، فالأساس هو الرغبة فى حماية غير كامل الأهلية، كما يحمى المشرع أشخاصا آخرين من الغبن ولو لم يكن هناك مقابل نقدي مثل النص على جواز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس (م845) كما أن طبيعة المقايضة لا تتعارض مع إعمال الحكم الخاص بالغبن فلا يمكن القول إنه لا يوجد ثمن لمعرفة ما إذا كان يساوى أربعة أخماس قيمة المبيع، فيكفى أن تقدر قيمة بدل المقايضة فإذا كانت تقل عن قيمة عقار القاصر وقت المقايضة تحقق الغبن وتجب على المتقايض الآخر أن يدفع معدلا يساوى الفرق بين قيمة ما قدمه وأربعة أخماس قيمة عقار القاصر.

(1) السنهوري ص 866 - محمد لبيب شنب ص 306.

2- لا تجوز الشفعة في المقايضة لأنها مقصورة على البيع⁽¹⁾.

3- أن المصروفات في عقد البيع على أحد طرفيه فقط وهو المشتري. أما في المقايضة فهي منصفة على المتقايضين كما ذكرنا سلفاً.

4- عدم سريان أحكام بيع الوفاء على المقايضة:

إذا اشترط في عقد المقايضة أن يكون لأحد المتعاقدين الحق في استرداد ما قايض به إذا هو رد ما قايض عليه في مدة معينة، فإن عقد المقايضة يقع صحيحاً. إذ لا يتصور أن تستخدم المقايضة لشد قرض برها فاحش أو رهن. وبالتالي تنتفي علة البطلان⁽²⁾.



(2) عبد المنعم البدرأوى ص 62- محمد كامل مرسى ص 656.

(1) منصور مصطفى منصور ص 309 - محمد لبيب شنب 305- وقارن السنهورى ص 865 حيث يقرر أنه لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل بيع الوفاء.

محتويات المجلد الخامس

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	الكتاب الثانى	
	العقود المسماة	
	الباب الأول	
	العقود التى تقع على الملكية	
	الفصل الأول	
	البيع	
	1 - البيع بوجه عام	
3	أركان البيع	
3	مادة (418)	
3	تعريف عقد البيع.....	-1
6	خصائص عقد البيع.....	-2
6	(أ) البيع عقد رضائى.....	-
8	(ب) البيع من عقود المعاوضات.....	-
9	(ج) البيع عقد ملزم للجانبين.....	-
10	(د) البيع عقد ناقل للملكية.....	-
10	تمييز عقد البيع عن غيره من العقود	-
10	البيع والإيجار.....	-3
11	(أ) العقد الواقع على حاصلات الشئ أو ثماره.....	-
15	(ب) البيع الإيجارى.....	-

الصفحة	الموضوع	رقم البند
17	البيع والمقايضة.....	-4
20	البيع والهبة.....	-5
21	البيع والوصية.....	-6
23	البيع والمقاولة.....	-7
24	البيع والوديعة.....	-8
26	البيع والوكالة.....	-9
29	البيع والقرض بربا.....	-10
30	البيع والوفاء بمقابل.....	-11
32	البيع وتقديم حصة فى شركة.....	-12
33	البيع والرهن.....	-13
35	أركان عقد البيع	
35	تعداد.....	-14
36	أولاً : الرضاء	
36	تطبيق القواعد العامة.....	-15
	بعض الأوضاع الخاصة لانعقاد البيوع التى نص عليها	-16
37	القانون.....	
39	شروط صحة الرضاء بالبيع.....	-17
39	الأهلية اللازمة للتراضى.....	-
39	أهلية التصرف.....	-18
40	استثناءات على وجود توافر أهلية التصرف.....	-
40	(أ) أهلية القاصر فى الشراء والبيع فى بعض الحالات	-19
42	سلطة الولى فى البيع.....	-20
45	سلطة الوصى فى البيع.....	-21

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	جزاء صدور البيع من الولي أو الوصي دون إذن من المحكمة.....	22-
46		
49	البيع بطريق النيابة.....	23-
49	الوكالة اللازمة للبيع.....	24-
50	(المحل في عقد البيع)	
50	تطبيق القواعد العامة.....	25-
51	(السبب في عقد البيع)	
51	إحالة إلى القواعد العامة	26-
51	إثبات البيع	27-
55	مادة (419)	
55	وجوب علم المشتري بالمبيع علما كافيا.....	28-
64	جزاء عدم العلم الكافي بالمبيع.....	29-
65	سقوط الحق في الإبطال لعدم العلم الكافي بالمبيع.....	30-
	(أ) الأسباب التي تسقط بها دعوى الإبطال طبقا للقواعد العامة.....	-
65		
	(ب) الأسباب التي تسقط بها دعوى الإبطال الواردة بالفقه الإسلامي.....	-
66		
68	مادة (420)	
68	المقصود بالبيع بالعينة.....	31-
70	حفظ العينة والمناقضة فيها.....	32-
71	الاختلاف على ذاتية العينة.....	33-
72	وجوب مطابقة المبيع للعينة.....	34-

الصفحة	الموضوع	رقم البند
74	جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة.....	-35
75	طبيعة البيع بالعينة.....	-36
76	مادة (421)	
76	المقصود بالبيع بشرط التجربة.....	-37
77	المدة اللازمة لتجربة الشئ المبيع.....	-38
78	من يقوم بالتجربة؟.....	-39
78	تقاعس البائع عن تمكين المشتري من تجربة المبيع.....	-40
79	إعلان المشتري قبوله أو رفضه للمبيع.....	-41
79	مدى حق المشتري فى رفض البيع بعد التجربة.....	-42
81	الأصل أن البيع بشرط التجربة معلق على شرط واقف....	-43
83	تعليق عقد البيع بالتجربة على شرط فاسخ.....	-44
84	مادة (422)	
84	المقصود بالبيع بشرط المذاق.....	-45
85	تكييف البيع بشرط المذاق.....	-46
86	آثار تكييف البيع بشرط المذاق بأنه وعد بالبيع.....	-47
87	من الذى يقوم بالمذاق ؟.....	-48
87	مكان المذاق.....	-49
88	مدى سلطة المشتري فى القبول أو الرفض.....	-50
89	مقارنة بين بيع المذاق والبيع بشرط التجربة.....	-51
91	مادة (423)	
91	تعريف الثمن.....	-52
93	الثمن التافة.....	-53

الصفحة	الموضوع	رقم البند
93	الثلثن الصورى.....	-54
96	الثلثن البفس.....	-55
	ءالة البفع مءابل إفراد مءى الءفاة مساو أو أقل من ؒلة	-56
97	المبفع.....	
99	ءرفة الطرففن فى ءءفء الثلثن.....	-57
100	(أ) السعر الإلزامى للنقوء.....	-
100	(ب) الءسعفر الءبرى لبعض السلع.....	-
101	طرفقة ءقففر الثلثن.....	-58
101	بفرأس أسس ءءفء الثلثن بالعهء.....	-59
103	(أ) البفع بسعر السوق.....	-
105	(ب) ءءفء الثلثن بواسطة أءنبى.....	-
107	طبفعة وظففة المفوف.....	-60
108	عزل المفوف.....	-61
109	الطن فى ءقففر المفوف.....	-62
110	مادة (424)	-
	الاءفاق الضمنى على الأسس اللى فءءء الثلثن	-63
110	بمقفضاها.....	
	عءم ءءفء الثلثن أو الأسس اللى فءءء بمقفضاها	-64
111	صراة أو ضمنا.....	
113	مادة (425)	
113	القاعة العامة فى أءر الءبن فى العقوء.....	-65
114	شروط ءكملة الثلثن فى ببع عفار ؒفر كامل الأهلفة.....	-
114	الشروط الأول : أن فكون العقه ببعا.....	-66

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-67	وضع البيوع الاحتمالية.....	114
-68	البيع الذى يتم كنص القانون بطريق المزاد العلنى.....	116
-69	الشرط الثانى: أن يكون المبيع عقارا.....	116
-70	الشرط الثالث: أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية.....	118
-71	الشرط الرابع: أن يكون فى البيع غبن يزيد على خمس قيمة العقار.....	119
-72	الغبن فى التصرفات الخاضعة لإذن المحكمة.....	122
-73	الشرط الخامس: ألا يكون البيع قد تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى.....	123
-74	أثر الغبن.....	123
-75	دعوى تكملة الثمن.....	124
	مادة (426)	127
-76	سقوط دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن بالتقادم.....	127
-77	عدم الإضرار بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع.....	128
	مادة (427)	130
-78	عدم جواز الطعن بالغبن فى البيع الذى يتم كنص القانون بطريق المزاد العلنى.....	130
	التزامات البائع	133
	مادة (428)	133
-79	التزام البائع قبل المشتري.....	133

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	(دعوى صحة التعاقد)	
136	المقصود بدعوى صحة التعاقد.....	-80
136	تعريف محكمة النقض لدعوى صحة التعاقد.....	-81
138	المصلحة فى رفع الدعوى.....	-82
140	طبيعة دعوى صحة التعاقد.....	-83
142	اتساع سلطة المحكمة فى دعوى صحة التعاقد لبحث ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وصحته وبطالته.....	-84
142	وجوب تكيف العقد المطلوب القضاء بصحته ونفاذه.....	-85
150	عدم وجوب إعدار البائع قبل رفع دعوى صحة التعاقد.....	-86
150	لا يلزم توقيع المشتري على عقد البيع.....	-87
151	العبارة فى تحديد العقار المحكوم بإثبات التعاقد فيه بما ورد بالعقد الذى بيع بموجبه.....	-88
151	وجوب أن يكون البائع مالكا للمبيع.....	-89
152	(أ) إذا كان سند البائع للبائع عقد بيع عرفى.....	-
153	(ب) إذا كان سند ملكية البائع حكم بصحة التعاقد.....	-
158	(ج) إذا كان سند ملكية البائع غير عقد البيع.....	-
159	القضاء بالتسليم فى حالة القضاء بعدم قبول الدعوى لعدم اختصام البائع للبائع.....	-90
159	عدم اعتبار الطلب المقدم للشهر العقارى دليلا كاملا على عقد البيع.....	-91
160	وجوب الفصل فى دعوى صحة التعاقد فى حدود القدر المبيع الذى ثبتت ملكية البائع له.....	-92
160		

رقم البند	الموضوع	الصفحة
93-	القضاء بصحة ونفاذ العقد فى شقه الصحيح إذا كان شقه الآخر باطلا.....	161
94-	صدور أكثر من عقد بيع عرفى من البائع لا يمنع من القضاء بصحة التعاقد.....	162
95-	بيع البائع العقار المبيع لمشتري ثان وتسجيل الأخير العقد يحول دون قبول دعوى صحة التعاقد.....	162
96-	عدم قبول دعوى صحة التعاقد إذا كان محل العقد غير قابل للتعاقد.....	163
97-	ادعاء المشتري تملكه العين المبيعة بالتقادم يجعله مالكا ولو بيع العقار إلى آخر بعقد مسجل بعد اكتمال مدة التقادم.....	165
98-	عدم قبول دعوى صحة التعاقد إذا تخلف المشتري عن القيام بالتزام متفق عليه مع البائع.....	167
99-	عدم تحقق المحكمة من تلقاء نفسها من الوفاء بالثمن	169
100-	عدم جواز تمسك دائنى تركة البائع بعدم تسجيل البيع.....	170
101-	التدخل الهجومى فى دعوى صحة التعاقد.....	171
102-	اعتبار عقد الصلح الذى لم تصدق عليه المحكمة سندا فى الدعوى.....	173
103-	عدم جواز الحكم فى دعوى صحة التعاقد بثبوت الملكية..	175
104-	دعوى صحة التعاقد ودعوى فسخ البيع وجهان لنزاع واحد.....	176
105-	قابلية دعوى صحة التعاقد للتجزئة.....	178
106-	الدفع بجهالة توقيع المورث على عقد البيع مما لا يقبل التجزئة.....	181

الصفحة	الموضوع	رقم البند
182	القضاء بصحة العقد يتضمن حتما أنه عقد غير صوري..	-107
184	عدم سقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم.....	-108
	سريان القاعدة العامة في انقضاء الخصومة على دعاوى	-109
187	صحة التعاقد.....	
189	الاختصاص بنظر دعوى صحة التعاقد.....	-
189	أولاً: الاختصاص القيمي.....	-110
	اختصاص المحكمة الابتدائية بطلب الحكم بصحة عقد	-111
	البائع للبائع ولو كانت قيمته أقل من نصاب هذه	
191	المحكمة.....	
193	ثانياً: الاختصاص المحلي.....	-112
195	مادة (429)	
195	المقصود بالبيع جزافاً.....	-113
197	انتقال الملكية في البيع جزافاً.....	-114
199	مادة (430)	
	اشتراط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على	-115
199	استيفاء الثمن في البيع مؤجل الثمن.....	
	الاتفاق على استيفاء البائع جزءاً من الثمن المقسط على	-116
200	سبيل التعويض.....	
	انتقال الملكية إلى المشتري في حالة سداد الأقساط	-117
202	مستندة إلى وقت البيع.....	
	عدم الإخلال في انتقال الملكية بالقواعد المتعلقة	-118
203	بالتسجيل في المواد العقارية.....	
204	سريان أحكام المادة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً.....	-119

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-120	تنظيم البيوع التجارية بالتقسيط.....	205
-	أحكام المواد 105، 106، 107 من قانون التجارة الجديد	
	الخاصة بالبيع بالتقسيط.....	206
-121	نصوص المواد.....	206
-122	الفرق بين البيوع بالأجل والبيع بالتقسيط.....	208
-123	تنظيم البيع بالتقسيط.....	208
-124	عدم فسخ البيع بالتقسيط إذا دفع المشتري خمسة وسبعين	
	فى المائة من التزاماته.....	211
-125	آثار فسخ عقد البيع بالتقسيط.....	212
-126	الاتفاق على حلول الثمن عند عدم دفع أحد الأقساط.....	212
-127	القاعدة أنه لا أثر لتقسيط الثمن أو تأجيله على انتقال	
	الملكية.....	213
-128	إجازة اشتراط البائع الاحتفاظ بالملكية حتى سداد الثمن....	213
-129	تحمل المشتري تبعة هلاك المبيع.....	214
-130	نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية على الغير إذا كان له تاريخ	
	ثابت سابق.....	215
-131	شرط تصرف المشتري فى المبيع قبل أداء كامل الثمن....	216
-	جزاء مخالفة شرط التصرف فى المبيع قبل أداء كامل	
	الثمن.....	216
-132	(أ) جزاء مدنى.....	216
-133	(ب) جزاء جنائى.....	217
-	مادة (431)	
-134	تسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع.....	219

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	التزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت العقد	135-
222	وجود اتفاق خاص على حالة المبيع.....	136-
225	مادة (432)	-
226	شمول التسليم ملحقات الشئ المبيع.....	137-
226	تعريف الملحقات	138-
226	أمثلة أخرى لملاحقات المبيع.....	139-
229	الاتفاق فى عقد الإيجار على أن الإصلاحات أو الإنشاءات التى يحدثها المستأجر بالعين المؤجرة تنتقل إلى الخلف الخاص للمؤجر يجعلها من قبيل الملحقات	140-
231	مادة (433)	-
232	النقص فى مقدار المبيع.....	141-
232	لايجوز طلب التعويض أو الفسخ لأول مرة أمام محكمة النقض.....	142-
237	نطاق سريان حكم المادة.....	143-
238	الزيادة فى المبيع.....	144-
239	مادة (434)	-
244	تقادم الدعاوى الناشئة عن العجز والزيادة فى المبيع.....	145-
244	ما لا يسرى عليه حكم المادة.....	146-
247	عدم ورود الوقف على التقادم بسبب عدم اكتمال الأهلية .	147-
248	عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم	148-
248	يجب التمسك بالتقادم	149-
249	مناط التقادم أن يكون المبيع قد عين بالعقد	150-

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (435)	251
-	طرق تسليم المبيع.....	251
-151	أولاً : التسليم القانونى.....	251
-	(أ) تسليم العقار	251
-	(ب) تسليم المنقولات.....	257
-152	ثانياً : التسليم الحكمى	258
-153	تسليم الحصة الشائعة للمشتري	259
-154	لا يجوز لمشتري قدر مفرز فى العقار الشائع طلب التسليم مفرزا.....	260
-155	التسليم فى بيع البضاعة FoB	260
-156	تسليم الأشياء المعنوية.....	261
-	جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم.....	262
-157	تطبيق القواعد العامة.....	262
-	مادة (436)	266
-158	كيفية التسليم فى حالة تصدير المبيع للمشتري	266
-	مادة (437)	268
-159	تبعة هلاك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه	268
-160	المقصود بتبعة الهلاك	268
-161	حكم القواعد العامة فى تحمل تبعة الهلاك قبل التسليم بسبب لا يد للبائع فيه.....	271
-161	تحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه.....	272

الصفحة	الموضوع	رقم البند
273	المقصود بالتسليم الذى ترتبط به تبعة الهلاك	-162
274	تبعة الهلاك فى حالة إعدار البائع المشتري لتسلم المبيع .	-163
274	تبعة هلاك المبيع أثناء حبس البائع له	-164
275	تبعة الهلاك فى البيع المعلق على شرط	-165
275	عدم تعلق أحكام تبعة الهلاك بالنظام العام	-166
276	مادة (438)	-
276	تطبيق قاعدة الربط بين تبعة الهلاك والتسليم فى حالة الهلاك الجزئى	-167
277	1- التلف الجسيم	-
277	2- التلف غير الجسيم	-
279	مادة (439)	-
279	التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق	-
279	المقصود بضمان التعرض والاستحقاق	-168
280	الضمان ليس مقصورا على البائع	-169
	التعرض الشخصى	-
281	(التعرض الصادر من البائع)	-
281	وجوب وقوع تعرض بالفعل	-170
	عدم التعرض التزام بامتناع عن عمل يختلف عن الواجب العام المفروض على الكافة	-171
283	التعرض المادى والتعرض القانونى	-172
285	أولاً: التعرض المادى	-173
287	ثانياً: التعرض القانونى	-174

رقم البند	الموضوع	الصفحة
175-	الدفع بتقادم دعوى صحة التعاقد يعد من قبيل التعرض ...	288
176-	ما لا يعتبر تعرضاً	288
177-	مدى انتقال الالتزام بضمان التعرض الشخصى إلى	
	الخلف العام والدائن والخلف الخاص	289
178-	تملك البائع المبيع بالتقادم	292
179-	الالتزام بضمان التعرض أبدي وينتقل من البائع إلى	
	ورثته	297
180-	البيوع التى يجب فيها الضمان	297
181-	الدائن فى الالتزام بضمان التعرض الشخصى	298
182-	عدم قابلية الالتزام بضمان التعرض للانقسام	298
183-	جزاء الالتزام بعدم تعرض البائع	299
184-	ثانياً: التعرض الصادر من الغير	301
185-	شروط التعرض الصادر من الغير	301
-	الشرط الأول: أن يكون التعرض قانونياً	301
-	الشرط الثانى: أن يكون سبب التعرض سابقاً على البيع ..	305
-	الشرط الثالث: أن يكون التعرض حالاً	311
-	الشرط الرابع: إن كان التعرض مستنداً إلى حق ارتفاق	
	فيشترط أن يكون الارتفاق غير ظاهر	314
186-	المدين والدائن فى الالتزام بالتعرض الصادر من الغير	314
187-	الرجوع على البائع الأصلى فى حالة توالى البيوع	315
-	مادة (440)	
-	التفويض العينى لضمان التعرض الصادر من الغير	316
-		316

الصفحة	الموضوع	رقم البند
316	التزام البائع بدفع التعرض.....	-188
317	التزام المشتري بإخطار البائع بالتعرض.....	-189
319	شكل الإخطار.....	-190
320	إدخال البائع ضامنا فى الدعوى.....	-191
322	أثر إخطار المشتري للبائع بدعوى الاستحقاق.....	-192
322	أولاً: حالة تدخل البائع فى الدعوى.....	-193
324	ثانياً: حالة عدم تدخل البائع فى الدعوى.....	-194
324	الفرض الأول.....	-
324	الفرض الثانى.....	-
326	حالة عدم إخطار البائع بحصول التعرض أو التأخر فى الإخطار.....	-195
327	حق البائع والمشتري فى الطعن بالنقض فى الحكم القاضى باستحقاق العقار للغير.....	-196
328	مادة (441)	-
328	ثبوت حق المشتري فى الضمان إذا اعترف بحسن نية بحق الأجنبى أو تصالح معه فى حالة إخطار البائع وعدم تدخله فى الدعوى.....	-197
332	مادة (442)	-
332	توقى المشتري استحقاق المبيع بأداء مبلغ من النقود أو أى شئ آخر.....	-198
337	مادة (443)	-
337	تنفيذ الالتزام بالضمان بطريق التعويض (ضمان الاستحقاق).....	-199

رقم البند	الموضوع	الصفحة
200-	التعويض فى حالة الاستحقاق الكلى يفترض رجوع المشتري على أساس ضمان الاستحقاق.....	341
201-	تأثير حسن نية البائع أو المشتري فى ضمان الاستحقاق .	344
202-	عناصر التعويض فى الضمان الكلى للاستحقاق.....	349
-	(أ) قيمة المبيع وقت الاستحقاق.....	349
-	(ب) الفوائد القانونية عن قيمة المبيع.....	353
-	(ج) قيمة الثمار التى ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع.....	353
-	(د) المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سئ النية.....	355
-	(هـ) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق	357
-	(و) تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع.....	358
203-	هل تسرى قواعد التعويض عن الاستحقاق على الراسى عليه المزاد (المشتري) إذا استحق المبيع؟.....	360
204-	الاتفاق على مقدار التعويض عن الاستحقاق.....	361
-	مادة (444)	363
-	التعويض فى حالة الاستحقاق الجزئى وحالة ثبوت تكليف على العين المباعة.....	363
205-	المقصود بالاستحقاق الجزئى.....	363
206-	كيفية تقرير التعويض فى حالة الاستحقاق الجزئى.....	364
-	الفرض الأول: أن تكون الخسارة التى لحقت المشتري	364

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	جسيمة.....	
	الفرض الثانى: أن تكون الخسارة التى لحقت المشتري	-
365	غير جسيمة.....	
368	قابلية الالتزام بضمان الاستحقاق للانقسام.....	-207
	مادة (445)	-
369	الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق أو إنقاصه أو	-208
369	إسقاطه.....	
373	حكم خاص بحقوق الارتفاق.....	-209
	عدم سريان الحكم الخاص بحقوق الارتفاق على حقوق	-210
376	أخرى.....	
	بطلان شرط الضمان إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق	-211
377	الأجنبى.....	
	مادة (446)	-
378	مسئولية البائع عند الاتفاق على عدم الضمان.....	-212
378	(أ) الاستحقاق الذى ينشأ عن فعل البائع.....	-
379	(ب) الاستحقاق الذى ينشأ عن فعل الغير.....	-
379	إعفاء البائع من الضمان كلية فى حالتين.....	-213
382	تقادم دعوى ضمان الاستحقاق.....	-
382	مدة التقادم.....	-214
383	متى يبدأ سريان مدة التقادم؟.....	-215
	مادة (447)	-
384	ضمان العيوب الخفية.....	-216
385	المقصود بالعيوب الخفية.....	-217

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-218	الشروط التي يجب توافرها في العيب.....	387
-	(أ) أن يكون العيب قديماً.....	387
-	(ب) أن يكون العيب مؤثراً.....	389
-	(ج) أن يكون العيب خفياً.....	390
-219	إثبات شروط العيب الخفى.....	395
-220	عدم تأثير علم البائع بالعيب في ثبوت الضمان.....	396
-221	حالتان يضمن فيهما البائع العيب ولو كان ظاهراً.....	396
-222	التزام البائع بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه.....	398
-223	رجوع المشتري على أساس تخلف الصفة يكون بدعوى ضمان العيب.....	402
-	مادة (448)	
-224	عدم ضمان العيب الذي جرى العرف على التسامح فيه...	404
-225	المقصود بالعرف.....	405
-226	إثبات العرف.....	405
-227	لا يجوز التحدى بوجود العرف لأول مرة أمام محكمة النقض.....	406
-	مادة (449)	
-228	واجب المشتري في فحص المبيع وإخطار البائع.....	408
-	الحالة الأولى: العيب الذي يمكن كشفه بالفحص العادى	408
-	الحالة الثانية: العيب الذي لا يمكن كشفه بالفحص العادى ..	409
-229	هل يلزم في الإخطار شكل معين؟.....	412

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (450)	413
-230	وجوب إخطار البائع بالعيب قبل الرجوع بالضمان.....	413
-231	ما يرجع به المشتري فى دعوى الضمان.....	413
-	(أ) حالة العيب الجسيم.....	413
-	(ب) حالة العيب غير الجسيم.....	414
-	مادة (451)	416
-232	عدم انقضاء دعوى الضمان بهلاك المبيع.....	416
-	مادة (452)	418
-233	تقادم دعوى ضمان العيب الخفى.....	418
-234	مدة السنة مدة تقادم لا مدة سقوط.....	419
-235	إطالة المدة فى حالتين.....	419
-236	عدم التمسك بمدة السنة فى حالة إخفاء العيب غشا من البائع.....	421
-237	النزول عن الحق فى الضمان.....	423
-	مادة (453)	425
-238	جواز الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب.....	425
-	(أ) زيادة الضمان.....	425
-	(ب) إنقاص الضمان.....	426
-	(ج) إسقاط الضمان.....	427
-239	بطلان إسقاط الضمان أو إنقاصه فى حالة إخفاء العيب غشا.....	428

الصفحة	الموضوع	رقم البند
429	مادة (454)	-
429	لا ضمان للعيوب فى البيع بالمزاد	-240
431	البيع التى يسرى عليها ضمان العيب	-241
432	مادة (455)	-
432	ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة	-242
433	إخطار البائع بالخلل فى المبيع ورفع دعوى الضمان	-243
435	الاتفاق على تعديل مدة الإخطار ومدة رفع الدعوى	-244
435	ما يرجع به المشتري فى دعوى الضمان	-245
436	هل يجوز للطرفين استبعاد أحكام الضمان ؟	-246
438	التزامات المشتري	-
438	مادة (456)	-
438	مكان الوفاء بالثمن	-247
442	مادة (457)	-
442	زمان الوفاء بالثمن	-248
444	حق المشتري فى حبس الثمن	-249
444	الحالات الواردة بالمادة التى يجوز فيها للمشتري حبس الثمن	-
444	الحالة الأولى : إذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع	-250
444	الحالة الثانية : إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري	-251
445		

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-252	جدية التخوف من نزع المبيع من يد المشتري	450
-253	لاينفى الحق فى الحبس علم المشتري بوجود حقوق الغير	453
-254	الحالة الثالثة: إذا كشف المشتري عيبا فى المبيع مما	
	يوجب ضمان البائع	455
-255	هل يجب قصر حق المشتري فى الحبس على جزء من	
	الثمن ؟	455
-256	استعمال حق الحبس لا يتطلب إنذارا أو ترخيصا من	
	القضاء	456
-257	لا يجوز حبس الثمن عند القضاء بأدائه	456
-258	سقوط حق المشتري فى حبس الثمن	457
-259	حق البائع فى استيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا	459
-260	عدم ورود حالات حبس المشتري الثمن على سبيل	
	الحصر	462
-	مادة (458)	
-261	نظرة فى القواعد العامة فى الفوائد	466
-262	الاتفاق على فوائد تعويضية للثمن	466
-263	الاتفاق على فوائد تأخيرية للثمن	467
-264	الفوائد التأخيرية للثمن فى القانون	468
-265	وجود عرف بدفع الفوائد	470
-266	حالة عدم وجود اتفاق أو عرف باستحقاق فوائد تأخيرية...	471
-267	استحقاق الفوائد القانونية من تاريخ الإعذار	471
-268	استحقاق الفوائد القانونية إذا سلم البائع المبيع للمشتري	
	وكان قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى	472

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-269	مجال تطبيق حكم الفقرة الأولى من المادة (458).....	478
-270	هل ينطبق حكم الفقرة الأولى من المادة (458) مدنى إذا	
	كان الثمن مؤجلاً؟.....	481
-271	استحقاق الفوائد من وقت الإعذار أو تسليم المبيع لا	
	يتعلق بالنظام العام.....	485
-272	سقوط الفوائد بالتقادم الخمسى.....	486
-273	ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع.....	486
-274	حق المشتري بعقد عرفى فى طرد الغاصب ومطالبته	
	بالبيع.....	492
-275	متى يجوز تملك الثمار قبل تمام العقد	494
-276	استحقاق الثمرات من تاريخ العقد قاصر على علاقة	
	البائع بالمشتري.....	495
-277	تكاليف المبيع على المشتري من وقت تمام العقد.....	497
-278	جواز الاتفاق على خلاف القاعدة المنصوص عليها	
	بالفقرة الثانية من المادة 458.....	498
-	مادة (459)	
-279	حقوق البائع فى حالة عدم دفع المشتري الثمن.....	499
-	1- طلب التنفيذ العينى.....	499
-	2- فسخ عقد البيع.....	500
-	3- حبس المبيع.....	500
-280	عدم سقوط حق البائع فى الحبس ولو قدم المشتري رهنا	
	أو كفالة.....	502
-281	الاحتجاج بحق الحبس فى مواجهة الكافة.....	503

الصفحة	الموضوع	رقم البند
504	مادة (460)	-
504	هلاك المبيع فى يد البائع الحابس له.....	-282
506	مادة (461)	-
506	حكم المادة مخالف للقواعد العامة.....	-283
507	الحكمة من هذا الحكم الاستثنائى.....	-284
507	شروط تطبيق حكم المادة.....	-285
511	أثر توافر الشروط المنصوص عليها بالمادة.....	-286
512	حكم المادة لا يتعلق بالنظام العام.....	-287
513	مادة (462)	-
513	التزام المشتري مصاريف البيع والرسوم.....	-288
515	رجوع البائع بما أنفقه من مصاريف على المشتري.....	-289
515	جواز الاتفاق على مخالفة أحكام المادة.....	-290
518	مادة (463)	-
518	مضمون الالتزام بتسلم المبيع.....	-291
519	مكان وزمان تسلم المبيع.....	-292
519	جزاء إخلال المشتري بتنفيذ التزامه بتسلم المبيع.....	-293
520	1- طلب التنفيذ العينى.....	-
521	2- الفسخ.....	-
521	3- التعويض.....	-
523	مادة (464)	-
523	التزام المشتري بنفقات تسلم المبيع.....	-294

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	2- بعض أنواع البيوع	
-	بيع الوفاء	525
-	مادة (465)	525
-295	المقصود ببيع الوفاء.....	525
-296	مساوئ بيع الوفاء.....	526
-297	مزايا بيع الوفاء.....	527
-298	طبيعة بيع الوفاء.....	527
-299	بيع الوفاء فى التقنين المدنى القديم.....	528
-300	بيع الوفاء الذى يقصد به إخفاء رهن.....	529
-301	حقوق المشتري فى بيع الوفاء.....	536
-	حق استرداد المبيع أو الشرط الوفاى.....	537
-302	المقصود به وشروطه.....	537
-303	من له حق الاسترداد؟.....	540
-304	ممن يطلب الاسترداد؟.....	542
-305	مدة الاسترداد.....	543
-306	كيف يستعمل حق الاسترداد؟.....	545
-307	أثر استعمال حق الاسترداد (انفساخ عقد البيع).....	546
-308	عدم قابلية دعوى الاسترداد للانقسام.....	548
-309	ما يلتزم البائع برده إلى المشتري.....	550
-	(أ) أصل الثمن.....	551
-	(ب) المصروفات المترتبة على البيع والتي تترتب على	
	استرداد المبيع.....	551

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	(ج) المصروفات التي أنفقها المشتري على المبيع أثناء وضع يده عليه.....	552
-310	حق المشتري في حبس المبيع.....	553
-311	ما يجب على المشتري رده.....	553
-	بيع الوفاء في ظل التقنين المدنى الجديد	554
-312	بطلان بيع الوفاء في التقنين المدنى الجديد.....	554
-313	أثر بطلان عقد البيع الوفاى.....	555
-314	تصرف المشتري والبائع فى المبيع قبل تقرير البطلان.....	557
-315	وضع يد المشتري وفاء لا يؤدي إلى اكتساب ملكية المبيع بالتقادم.....	557
-316	تقادم دعوى البطلان بالتقادم الطويل.....	558
-317	استمرار العمل بأحكام التقنين الملغى على عقود بيع الوفاء المعقودة قبل العمل بالتقنين الجديد.....	559
-	بيع ملك الغير	
-	مادة (466)	
-318	المقصود ببيع ملك الغير.....	560
-319	ما يخرج عن دائرة بيع ملك الغير.....	563
-	(أ) بيع الشئ المملوك للبائع تحت شرط.....	563
-	(ب) بيع المال الشائع.....	564
-	(ج) بيع المالك الظاهر.....	564
-320	حكم بيع ملك الغير بين المتعاقدين.....	566
-321	جواز الأخذ بالشفعة فى بيع ملك الغير.....	570
-322	هل يجوز المشتري طلب الإبطال إذا كان سئ النية؟.....	571

الصفحة	الموضوع	رقم البند
571	تملك المشتري المبيع بالحيازة.....	-323
	انتفاء مصلحة المشتري فى إبطال العقد إذا حكم للبائع	-324
572	ضد البائع له بصحة ونفاذ العقد الصادر له.....	
572	هل يجوز للبائع طلب إبطال البيع؟.....	-325
573	طلب الإبطال.....	-326
575	إجازة المشتري للعقد.....	-327
576	أثر إجازة المشتري للعقد.....	-328
577	سقوط دعوى الإبطال بالتقادم.....	-329
578	حق المشتري فى فسخ عقد البيع.....	-330
578	حكم انتقال ملكية المبيع للكفيل المتضامن.....	-331
	عدم سريان عقد بيع ملك الغير فى حق المالك ولو أجازه	-332
579	المشتري.....	
581	الدعوى التى يرفعها المالك الحقيقى.....	-333
	لايحاج المشتري الذى سجل عقده بالحكم الصادر ضد	-334
583	البائع باعتباره غير مالك.....	
583	عدم نفاذ البيع فى حق المالك لا يتعلق بالنظام العام.....	-335
584	اعتبار بيع ملك الغير سبباً صحيحاً لكسب الملكية.....	-336
586	مادة (467)	-
586	إقرار المالك الحقيقى البيع.....	-337
589	الإقرار الصريح والإقرار الضمنى.....	-338
	انقلاب العقد صحيحاً إذا آلت الملكية إلى البائع بعد	-339
590	صدور العقد.....	

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (468)	593
-340	تعويض المشتري حسن النية إذا حكم بإبطال البيع.....	593
-341	سقوط الحق في التعويض بسقوط الحق في الإبطال.....	595
-	بيع الحقوق المتنازع عليها	
-	مادة (469)	596
-342	الحكمة من بيع الحقوق المتنازع عليها.....	596
-343	الاسترداد حق للمتنازل ضده وليس للبائع.....	597
-344	المقصود بالحق الذي يجوز استرداده.....	598
-345	متى يعتبر الحق متنازعا فيه؟.....	600
-346	التصرفات التي يجوز فيها الاسترداد.....	603
-347	هل يسرى الاسترداد على البيع القضائي؟.....	604
-348	كيفية استعمال حق الاسترداد.....	605
-349	هل يلزم اقتران إعلان الرغبة في الاسترداد بدفع المبالغ	
	التي يلزم القانون المسترد بها؟.....	607
-350	ما يجب على المسترد دفعه.....	607
-	أولاً: الثمن.....	608
-	ثانياً: فوائد الثمن.....	608
-	ثالثاً: المصروفات.....	609
-351	آثار الاسترداد.....	609
-	1- العلاقة بين المسترد والمتنازل له.....	610
-	2- العلاقة بين المتنازل والمتنازل له.....	610
-	3- العلاقة بين المتنازل والمسترد.....	611

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	مادة (470)	-
613	تمهيد.....	-352
613	الحالات التي لايجوز فيها الاسترداد.....	-353
613	(أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد.....	-
613	(ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر.....	-
614	(ج) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق في ذمته.....	-
615	(د) إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقارا وبيع الحق لحائز العقار.....	-
	مادة (471)	-
616	حكمة المنع.....	-354
616	المنع قاصر على شراء الحق المتنازع فيه.....	-355
617	الأشخاص الذين يتمتع عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها.....	-356
617	وقت ثبوت الصفة.....	-357
619	الحقوق التي يتمتع شراؤها.....	-358
620	جواز استرداد القضاة وأعوانهم وأعضاء النيابة والمحامين للحقوق المتنازع فيها.....	-359
624	جزاء مخالفة الحظر.....	-360
625		

الصفحة	الموضوع	رقم البند
627	مادة (472)	-
627	عدم جواز تعامل المحامى فى الحق المتنازع عليه.....	-361
629	شرط انطباق النص.....	-362
	بيع التركة	-
631	مادة (473)	-
631	المقصود ببيع التركة.....	-363
632	الفرق بين بيع التركة والتخارج.....	-364
635	مدى التزام بائع التركة بالضمان.....	-365
637	ضمان التعرض والاستحقاق.....	-366
638	مادة (474)	-
638	إجراءات بيع التركة.....	-367
641	مادة (475)	-
641	التزام الوارث بتسليم التركة	-368
642	رد ما استوفاه البائع.....	-369
642	ما لا يلتزم البائع بتسليمه	-370
644	مادة (476)	-
644	التزامات المشتري.....	-371
645	استرداد ما بيع من التركة.....	-372
	البيع فى مرض الموت	-
646	مادة (477)	-
646	تعريف مرض الموت.....	-373

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-374	من يلحق بالمريض مرض الموت؟.....	654
-375	الحكمة من تقييد التصرف فى مرض الموت.....	654
-376	أحكام بيع مريض مرض الموت.....	655
-377	شروط الإجازة.....	658
-378	إنذار الورثة بإعلان إجازتهم أو عدمها.....	660
-379	إقرار بعض الورثة فقط للقدر الزائد على الثلث.....	660
-380	أثر عدم إقرار الورثة للقدر الزائد على الثلث	660
-381	حالة تعدد العقود الصادرة من المورث فى مرض الموت..	661
-382	سريان أحكام المادة (916) مدنى على بيع المريض	661
-383	مرض الموت.....	661
-383	حق الورثة فى إثبات صدور التصرف من مورثهم فى	
-384	تاريخ لاحق.....	665
-384	إثبات مرض الموت.....	665
-	مادة (478)	
-	385- حماية الغير حسن النية.....	670
-	بيع النائب لنفسه	
-	مادة (479)	
-386	القاعدة العامة فى تعاقد النائب مع نفسه وتطبيقها فى	672
-387	عقد البيع.....	672
-387	حظر تعاقد النائب على الشراء لنفسه.....	674
-388	نطاق المنع.....	676
-389	الاستثناءات من المنع.....	676

الصفحة	الموضوع	رقم البند
679	جزاء المنع من الشراء.....	-390
681	مادة (480)	-
681	منع السماسرة والخبراء من الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار.....	-391
682	جزاء الإخلال بالمنع من الشراء.....	-392
684	مادة (481)	-
684	تصحيح العقد الذى يبرمه النائب والسمسار والخبير على خلاف الحظر.....	-393
	الفصل الثانى	-
	المقايضة	-
685	مادة (482)	-
685	تعريف المقايضة.....	-394
687	اشتباه المقايضة بالبيع.....	-395
687	انعقاد المقايضة.....	-396
689	طبيعة المقابل فى عقد المقايضة.....	-397
690	إثبات المقايضة.....	-398
692	مادة (483)	-
692	المعدل فى المقايضة.....	-399
693	يجب الاتفاق على المعدل صراحة.....	-400

الصفحة	الموضوع	رقم البند
694	مادة (484)	-
694	تحمل المتقايضين المصاريف والنفقات مناصفة.....	-401
696	مادة (485)	-
696	القواعد التي يخضع لها عقد المقايضة.....	-402
696	أمثلة لأحكام البيع التي تسرى على المقايضة.....	-403
696	1- أحكام بيع المريض مرض الموت.....	-
697	2- أحكام بيع ملك الغير.....	-
697	3- التسليم.....	-
697	4- نقل ملكية الحقوق المتقايس عليها.....	-
698	5- ضمان عدم التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية.....	-
699	عدم سريان بعض أحكام عقد البيع على المقايضة.....	-404
705	محتويات المجلد الخامس.....	-

ته بحمد الله وتوفيقه المجلد



الخامس