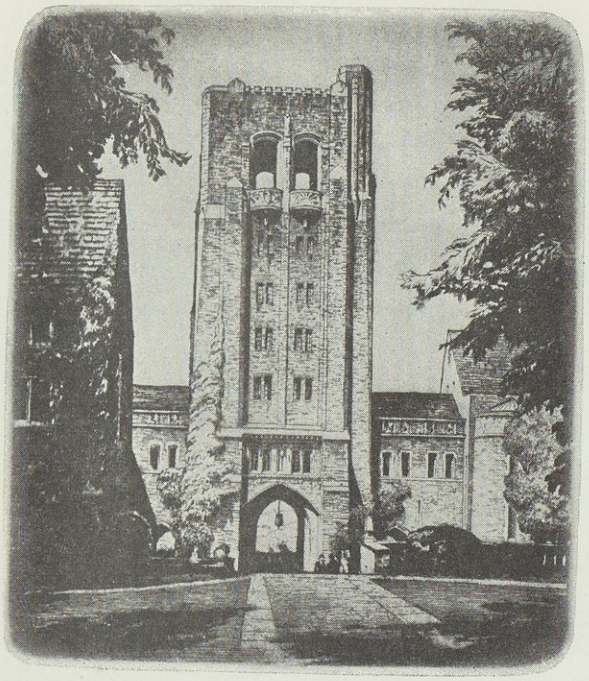

الدكتور غني حسون طه

مدرس في كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد
مدرس القانون المدني في هيئة القانون والاقتصاد
بجامعة البصرة (سابقاً) .

الوجيز في العقود المسماة

الجزء الأول

عقد البيع

ساعدت جامعة البصرة على نشر هذا الكتاب

مطبعة المعارف - بغداد

١٩٦٩ - ١٩٧٠

الدكتور غني حسون طه

مدرس في كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد
مدرس القانون المدني في هيئة القانون والاقتصاد
بجامعة البصرة (سابقاً) .

الوجيز
في العقود المسماة

الجزء الأول

عقد البيع

ساعدت جامعة البصرة على نشر هذا الكتاب

مطبعة المعارف ـ بغداد

١٩٦٩ ـ ١٩٧٠

تصدير

يصدر هذا الكتاب فى شرح عقد البيع بعد أن ترددت زمنا تنازعتني فيه عوامل كثيرة ، منها ما كان يدعوني الى التروي والانتظار فى تأليفه واصداره ، ومنها ما كان يحفزني على الاقدام على ذلك .

ولكن ما جعلني ارجح أخيراً جانب الاقدام على اخراج هذا الكتاب بشكله الحالي هو ما لمسته من حاجة اخواني طلبة الصف الثالث فى هيئة القانون والاقتصاد بجامعة البصرة الى مرجع يرجعون اليه فى دراستهم ، وكذلك ايماني بضرورة اهتمام المؤلفين العراقيين بشرح قانونهم المدني ، وهو قانون الصق بالشريعة الاسلامية من غيره من قوانين البلاد العربية الحديثة . واذا كان هذا مما يجعل مهمة الشارح العراقي أكثر تشعبا وأثقل عبئا ، فهو ، فى نظري ، يكفي وحده أن يكون حافزاً على الاستزادة من البحث والتأليف . ولهذا فقد عنيت بابراز هذه الحقيقة وبيان الاحكام التي استمدها المشرع العراقى من الفقه الاسلامى ، ومقارنة ما اختاره من هذه الاحكام طبقا للرأى الراجح فى فقه مذهب معين بما هو مقرر لدى ائمة المذاهب الاسلامية الاخرى . كما عنيت بالموازنة بين احكام القانون المدني العراقى بصورة عامة وبين ما يقابلها فى القانون المدنى المصرى والتقنينات الغربية .

والحق أن قانوننا المدني بحاجة الى الكثير من التنقيح والتعديل ، ليس فقط لأن بعض احكامه لم تعد تنسجم مع التطور القانونى الذى يشهده العراق منذ أكثر من عقد من السنين ، بل ولأنه يشتمل على الكثير من النصوص والاحكام التى كان يجمل بالمشرع العراقى عدم ايرادها أو النص عليها •

وبعد ، فاذا كان قد كتب لهذا الجهد المتواضع الصدور ، فانني لآمل أن يكون قد حقق بعض ما أرجوه ، وأطمع أن لا يبخل عليّ القارىء الكريم بارشادي الى ما قد يجده فيه من ضعف أو قصور سوف لن أتقاعس عن تلافيه فى المستقبل •

ولا يفوتني أن أنوه هنا بالجهود القيمة التي بذلها من سبقني فى الكتابة فى موضوع هذا الكتاب من أساتذة وزملاء أفاضل ، الأمر الذى يسر عليّ مهمتي ومكنني من المقارنة بين آرائهم المختلفة قبل الادلاء برأي أو تبني ما رجح من تلك الآراء فى نظري •

والله من وراء القصد •

غني طه

بغداد فى ٦ نيسان ١٩٧٠

تمهيد

نمهد لدراسة العقود المسماة بهذه الكلمة التمهيدية التي نتناول فيها تقسيمات العقود وأهميتها والتعريف بالعقود المسماة وتمييزها عن العقود غير المسماة ، ونبيّن فيها أحكام العقود المختلطة أو المركبة ، ونتعرض كذلك لتكييف العقود وأهميته ، ثم نستعرض أخيرا تقسيم العقود المسماة فى التقنين المدني العراقي .

أهمية تقسيم العقود :

١ ـ هناك تقسيمات عديدة للعقود . فمنها ما هو تقليدى ورثته التشريعات الحديثة عن الشريعة الرومانية ، ومنها ما هو من عمل الفقه الحديث .

وبسبب ما للارادة من سلطان فى انشاء الروابط القانونية ، فقد تكاثرت العقود بحيث أصبح من غير الممكن حصرها . ولا ريب فى فائدة هذه التقسيمات من الناحية الفقهية لكي يسهل التعرف على ما يطبق على كل طائفة منها من أحكام . أما من الناحية العملية ففائدة هذه التقسيمات أقل كثيرا من فائدتها فى البحوث الفقهية ، ذلك لان باستطاعة المتعاقدين تعديل خصائص عقد من العقود أو جمع عدة عقود ذات طبيعة مختلفة فى تصرف واحد[١] . فلهذا ، ولأن التقسيم هو فى الواقع أقرب الى عمل الفقيه منه الى عمل المشرع[٢] ، فقد هجرته القوانين الحديثة ومنها القانون

---

(١) انظر : بلانيول وريبير وبولانجيه ، القانون المدني ، جـ٢ ، ف ٢٤ و ف ٩٠ .

(٢) السنهوري ، الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد جـ١ ، ف٤٦ .

الالماني والقانون السويسرى والقانون المصرى القديم والجديد[٣] .

التقسيمات لا تنتهي :

٢ ـ والتقنين المدني الفرنسي هـو من بين التشريعات التي أشارت الى تقسيمات العقـود . فقـد قسمها ، أولا ، الى عقـود ملزمة للجانبـين Bilatéral أو Synallagmatique (م ١١٠٢) وعقود ملزمة لجانب واحد Unilatéral (م ١١٠٣) ، وقسمها ، ثانيا ، الى عقود محددة ، Commutatif وعقود احتمالية Aléatoire (م ١١٠٤) ، ثم قسمها ، ثالثا ، الى عقود تبرع (تفضّل) Bienfaisance (م١١٠٥) وعقود معاوضة Contrat à titre onéreux (م ١١٠٦) ، وقسمها ، رابعا وأخيرا ، الى عقود مسماة Contrats nommés وعقود غير مسماة Contrats innommés .

٣ ـ غير انه اذا كان المشرع الفرنسى قد أشار الى هذه التقسيمات الاربعة للعقود ، فأن ذلك لا يعني انه قد أتى على ذكر كل تقسيماتها ، بل هناك الكثير غيرها .

فتقسيم العقود ينظر فيه الى اعتبارات مختلفة.فهي من حيث موضوعها تنقسم الى عقود مدنية وعقود تجاريـة ، وهي مـن حيث تكوينها تنقسم الى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية ، وهي من حيث أثرها تنقسم الى عقود ملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة للجانبين ، أما من حيث طبيعتها فهي أما عقود محددة أو عقود احتمالية ، وعقود فورية التنفيذ أو عقود مستمرة التنفيذ . أما من حيث تنظيم المشرع لاحكامها ، فهي أما عقود مسماة أو عقود

---

(٣) فقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقـانون المدنى المصري الجديد « وقد تعمّد المشروع اغفال تقسيمات العقود التي توجد فى أكثر التقنينات اللاتينية النزعة ، لان العناية بهـا من شأن الفقه . ولذلك رؤي من الاحوط أن تهمل فى النصوص التشريعية » (مجموعة الاعمال التحضيرية ، جـ٢ هامش ص ١١) .

غير مسماة • واذا نظرنا اليها من ناحية استقلالها أو عدمه ، فهي أما أن تكون عقوداً أصلية أو عقوداً تبعية ••• الخ •

٤ ـ ويلاحظ أن تقسيمات العقود متداخلة ، سواء ما أشرنا اليه منها أو ما لم نأت على ذكره • فقد ينضوي عقد واحد تحت طوائف مختلفة تبعاً لاختلاف وجهة النظر فى التقسيم • اذ قد يشترك عقدان فى طائفة واحدة أو اكثر لجامع يجمع بينهما ، ثم يفترقان لينضوي كل منهما تحت طائفة أو طوائف اخرى • فالبيع والاجارة ، مثلا ، عقدان رضائيان ، ملزمان للجانبين ، ومن العقود المسماة ، ومن عقود المعاوضة ، ومن العقود المحددة• الا ان عقد البيع فوري التنفيذ ، بينما الاجارة عقد مستمر التنفيذ •

٥ ـ ونحن لا نريد ان نخوض ، هنا ، فى بيان شامل لتقسيمات العقود التي لا تنتهي[٤] ، ولا نريد كذلك ان نتصدى لدراسة هذه التقسيمات ، اذ ان المكان المناسب لذلك هو فى كتب النظرية العامة للالتزام[٥] ، فضلا

---

(٤) يكفي أن نلقي نظرة عاجلة على كتب الفقه لنجد تقسيمات وتفريعات اخرى للعقود • فالتقسيمات ، كما المحنا لذلك ، لا تنتهي ، فما علينا الا أن نغيّر الغرض الذى يرمى التقسيم الى اظهاره لنجد تقسيما جديدا • (انظر مثلا : بلانيول وريبير وبولانجيه ، القانون المدني ، جـ٢ ، الفقرات ٦٦ وما بعدها و جـ٣ ، الفقرات ١٢٨٤ وما بعدها ؛ اوبري ورو ، دروس فى القانون المدني الفرنسي ، الطبعة السادسة جـ ٤ ، ص ٤١٢ ؛ فونك شرح تقنين الالتزامات الفدرالى (السويسري) ، هـ ١ ص ٢ ؛ ديموج ، الالتزامات ، ف ٢٣ مكرر ؛ السنهوري ، نظرية العقد ، ف ١١٤) •

(٥) راجع : السنهوري ، الوسيط ، جـ١ ، الفقرات ٤٦ وما بعدها ؛ أبو ستيت ، نظرية الالتزام فى القانون المدني المصري ، الفقرات ٥٤ وما بعدها ؛ ذنون ، النظرية العامة للالتزام ، الفقرات ٥٠ وما بعدها ؛ الحكيم ، مصادر الالتزام ، الفقرات ٥٤ وما بعدها •

عن اننا سوف نتعرض لذكر البعض منها ، بل لأهمها ، عند الكلام فى خصائص عقد البيع • فكل ما يعنينا هنا هو تقسيم العقود الى مسماة وغير مسماة لأنه الموضوع الذى نزمع بحثه فى هذا الوجيز •

العقود المسماة والعقود غير المسماة :

٦ ـ رأينا ان العقود تنقسم ، من جملة ما تنقسم اليه ، الى عقود مسماة Contrats nommés وعقود غير مسماة Contrats innommés .

فالعقود المسماة ، وهي الاكثر شيوعا وتداولا ، هي العقود التي نظّم المشرع احكامها وخصّها باسماء معينة • اذ يعمد المشرّع الى بعض العقود التي شاع تداولها بين الناس ، كالبيع والهبة والايجار والقرض والوكالة والخ ••• ، فيضع لها احكاما خاصة لتحقيق اغراض معينة • ولكن يلاحظ ان قائمة العقود المسماة تتطور مع الزمن بحسب ما يألفه الناس فى التعامل ، كما انها تختلف من بلد لآخر(٦) •

٧ ـ اما العقود غير المسماة فيقصد بها العقود التي لم يفصل القانون احكامها تحت اسم خاص بها • ويرى بعض الشراح(٧) بأنها قد سميت بالعقود غير المسماة لندرتها وقلة وقوعها ولأنها لا تمتاز باسم خاص تعرف به • ولكننا لا نتفق مع وجهة النظر هذه ، لأن فى اطلاقها مجافاة للواقع • فالكثير من هذه العقود استقرت اوضاعها واصبحت تعرف باسمائها ويكثر تداولها بين الافراد فى تعاملهم كعقد النشر وعقد توريد المياه والكهرباء وعقد النزول فى الفنادق وعقد اعادة التأمين وغيرها •

فكون الشارع قد خصّ بعض العقود بعنايته ، فبيّن احكامها تحت اسماء تعرف بها بين دفتي القانون لا يمنع ان هناك عقوداً اخرى لم تحظ

---

(٦) انظر : عامر ، عقد البيع ، ف ٤ •

(٧) الناهي ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ف ٥٤ ص ٣٤ •

بهذه العناية بعد ، فصارت فى عداد العقود غير المسماة مع انها قد تكون فى العمل اكثر شيوعا من بعض العقود المسماة(٨) .

ولا شك فى ان البعض من هذه العقود لم تستقر اوضاعها بعد ولا تحمل اسماء معينة ، كالعقد الذى تلتزم بموجبه احدى المستشفيات بأن تضع تحت تصرف احدى الجامعات عدداً من الاسرة للدرس والابحاث الطبية ، وكذلك الاتفاق بين عائلتين على تبادل ابنائهما الطلاب ، أو الاتفاق الذى يتفق بمقتضاه شخصان على التزامات سلبية بأن يمتنع كلاهما عن القيام بعمل معيّن ؛ ولكن ذلك لا يسمح لنا باطلاق معيار لا يتناسب والواقع ، فضلا عن ان مهمة العثور على اسماء لمثل هذه العقود هي من أيسر المهام .

فمعيار التفرقة بين ما يدعى بالعقود المسماة والعقود غير المسماة يكمن، اذن ، فى مدى عناية الشارع بترتيب احكام خاصة بها . فالعقد المسمى هو ذلك العقد الذى نظّم القانون احكامه بأسم يعرف به ، والاّ فهو عقد غير مسمى .

٨ ـ وليس فى الامكان حصر العقود غير المسماة ، بالرغم من بعض

---

(٨) ففي سويسرا مثلا ، عقود ذاع انتشارها وتحمل اسماء خاصة بها ولكن تقنين الالتزامات السويسرى لم ينظم أحكامها حتى الآن . ومن هذه العقود : عقد الصلح La transaction ، وعقد التحكيم Le Compromis ، وعقد حراسة المنازل (كالعمارات السكنية والفنادق وغيرها Contrat de Concierge) وهو عقد واسع الانتشار فى بلاد الغرب ، وعقد استثمار براءة الاختراع Contrat de licence وعقد الايداع Contrat de Consignation وعقد بيع وشراء ومبادلة البضائع المستعملة والتحفيات Contrat de Brocantage ، والخ ... فهل يصح تسمية هذه العقود بالعقود غير المسماة لانها لا تحمل اسماء خاصة بها !

المحاولات الفقهية[٩] ، لأن مبدأ سلطان الارادة يسمح للافراد الاتفاق على ما يشاؤون بحيث لا تتناهى صور العقود التي يظهرها التعامل • لذلك كان من المستحيل على المشرع أن يرتب احكاما خاصة بكل تلك الصور غير المتناهية التي يتخذها الافراد موضوعا لاتفاقاتهم[١٠] •

٩ ـ ويلاحظ على كل حال ، ان تقسيم العقود الى مسماة وغير مسماة كانت له أهمية خاصة فى القانون الروماني • فقد كان هذا القانون لا يعترف الاّ بعقود محدّدة كان يُطلق عليها العقود المسماة • اما العقود غير المسماة فكان يقصد بها تلك العقود التي لم يعترف بها القانون الروماني الاّ بعد تطور طويل وكانت لها اسماء تعرف بها ، كالمقايضة والهبة بعوض ، الاّ انها كانت لا تتم الاّ اذا قام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه[١١] •

وقد ظلّ هذا التقسيم قائما حتى فى ظل مبدأ سلطان الارادة وحرية التعاقد • فقد أخذت مجموعة نابليون (التقنين المدني الفرنسي) عن القانون الروماني هذا التقسيم وسمّت بعض العقود الرئيسة[١٢] ، فحذت حذوها تشريعات أخرى •

١٠ ـ أما فى القوانين الحديثة ، فان لهذا التقسيم شأن آخر ، لأنه قد فقد أهميته نتيجةً للاعتراف بما للارادة من حرية فى ايجاد ما تشاء من روابط وتحديد اثارها ضمن الحدود المرسومة لها • وبالاضافة الى ذلك ،

---

(٩) انظر : بلانيول فى مقالته المنشورة فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٤ ص ٤٧٠ وما بعدها •

(١٠) انظر : الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار ، ف ١١ •

(١١) راجع : أكاريا : الوجيز فى القانون الرومانى ، ج ٢ ، ف ٦٤٨ وما بعدها ، مسكوني ، القانون الروماني ، ص ٣٣٠ وما بعدها وخاصة ص ٣٣٥ •

(١٢) راجع : بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، ف ١٢٨٥ •

فان مدلول « العقود غير المسماة » قد تغيّر عما كان عليه فى الشريعة الرومانية ، فلم يعد يقصد بها سوى العقود التي لا تنضوي تحت طائفة معينة نظّم القانون المدني احكامها(١٣) .

ومع ذلك ، فلهذا التقسيم أهمية عملية يمكن ان نتلمسها فى أن العقود المسماة يجب أن تطبق عليها ، اولا ، احكام النصوص الخاصة التي أفردها المشرّع لها . فاذا لم يكن هناك من احكام هذه النصوص ما يمكن تطبيقه ، وجب عندئذ تطبيق احكام النظرية العامة للعقد . اما العقود غير المسماة ، فتطبق عليها احكام القواعد العامة للعقد كمصدر من مصادر الالتزام والتي تسري على جميع العقود المسماة منها وغير المسماة . وقد أشارت المادة (٧٦) من القانون المدني العراقي الى ذلك بقولها : « ١ ـ تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل . ٢ ـ أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الاحكام الواردة فى الفصول المعقودة لها . وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية »(١٤) .

هذا وقد يسترشد القاضي بالاحكام الخاصة بعقد من العقود المسماة لتطبيقها ، بطريق القياس ، على عقد من العقود غير المسماة يكون أقرب العقود اليه شبهاً وطبيعة(١٥) .

---

(١٣) بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٢ ، ف ٨٨ ص ٣٨ .

(١٤) يقرب هذا النص من نص المادة (١١٠٧) من التقنين المدني الفرنسي الذى يقرر بأنه : « تخضع العقود سواء كانت لها تسمية خاصة أم لا ، للقواعد العامة موضوع هذا الفصل . اما القواعد الخاصة ببعض العقود فمقررة فى الفصول الخاصة بكل منها ، والقواعد الخاصة بالعقود التجارية فمقررة فى القوانين المتعلقة بالتجارة » .

(١٥) راجع : اوبري ورو ، ص ٤١٩ ، أبو ستيت ، ف ٥٤ ص ٤٨ .

العقود المختلطة أو المركبة :

١١ ـ قد يكون العقد غير المسمى بسيطا بحيث لا يكون مزيجا من عناصر عقود متنوعة • ولكن يغلب ان يكون العقد غير المسمى مختلطاً أو مركباً (Mixte, Complexe) حيث تمتزج عناصر عقد مسمى بعناصر عقد مسمى آخر أو أكثر أو بعناصر مستجدة لتصبح عقداً واحداً غير مسمى ، يحقق اغراضاً تهدف الى تحقيقها عادة عدة عقود مختلفة[١٦] •

١٢ ـ والمثل التقليدي الذي يساق فى الفقه للعقود المختلطة هو عقد الاقامة فى الفنادق (Contrat d' hôtellerie) حيث تمتزج فيه عناصر عقود متنوعة فهو ايجار فيما يتعلق بالغرفة ، وبيع فيما يتعلق بالطعام والشراب ووديعة فيما يتعلق بحفظ الامتعة ، وعمل فيما يتعلق بالخدمة التي تقدم للنازل فى الفندق •

وهناك أمثلة اخرى على العقود المختلطة أو المركبة ، منها ، العقد بين أحد أصحاب دور التسلية ، كالمسرح أو السينما ، والمتفرجين • فهو عقد مزيج من عقد الايجار ، بالنسبة لاستعمال المتفرج للمقعد أو المقصورة ، ومن عقد العمل ، بالنسبة لما يعرض فى هذه الدور من تمثيل أو غناء أو رقوق •

١٣ ـ فنكون بصدد عقد مختلط ، كما يرى بعض الفقهاء[١٧] ، اذا امتزجت عدة عقود فى عقد واحد ، أو اذا جمعت فى عقد واحد عناصر متفرقة من عقود متنوعة ، أو اذا اضيف الى العقد شرط ليس من مقتضياته • ومثال الحالة الاولى ، حالة مدير الشركة الذى يتولى ادارتها ويكون فى

---

(١٦) انظر : مرقس وامام ، عقد البيع ، ف ٥ ، سلطان والعدوي ، البيع ، ف ١٦ •

(١٧) السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٣ ص ٧ •

الوقت ذاته وكيلا عنها • فيمتزج ، فى هـذا العقد ، عقد العمل بعقـد الوكالة •

ومثال الحالة الثانية ، عقد الايجار الساتر للبيـع (Location - Vente) حيث يجمع هذا العقد بين البيع والايجار • اما الحالة الثالثة ، فيمثل لهـا باضافة شرط التأمين الى عقد البيع أو شرط التخزين الى عقد النقل •

غير ان فريقا آخر من الفقهاء[١٨] لا يرى عقوداً مختلطة فى العقود التي تشتمل على مجرد ارتباط أو اجتماع عقد بآخر ، كأرتباط عقد الايجار بعقد العمل كما لو مدّ رب العمل العامل بمسكن يقيم فيه بمقابل ؛ ولا فى العقود التي يكون فيها مجرد الحاق عناصر عقد من العقود المسماة بعناصر عقد آخر ما دامت عناصر أحد هذين العقـدين تعتبر ثانوية بالنسبة لعناصر العقد الآخر • فالعقد الذى يربط المتفرج بدار العرض أو المسرح لا يعتبر ، على رأي هؤلاء الفقهاء ، عقداً مختلطاً لأن استعمال المتفرج للمقعـد أو المقصورة هو مجرد عنصر ثانوي اُلحق بالعناصر الاساسية لعقـد آخر هو عقد المقاولة •

١٤ ـ أما ما يطبق على العقود المختلطة من أحكام ، فالقاعدة فى هذا الشأن هي ان الغالب امكان تحليل هذه العقود الى عدة عقود مسماة فتطبق على العقد المختلط الاحكام الخاصة بالعقود المسماة التي يشتمل عليها • ففي عقد الاقامة فى الفنادق ، تطبق على العلاقة بين النزيل وصاحب الفندق أحكام عقد الايجار بالنسبة للاقامة فى الفندق ، وأحكام عقد البيع بالنسبة لما يقدم للنزيل من طعام أو شراب ، وأحكام الوديعة بالنسبة لما يحضره النزيل معه من أمتعة ، وهكذا[١٩] • ذلك لأنه اذا كان فى امتزاج عقدين أو أكثر من

---

(١٨) سلطان والعدوي ، ف ١٨ •

(١٩) راجـع : السنهوري ، ج ٤ ، ف ٣ ص ٧ ، مرقس وامـام ، ف ٥ ، سلطان والعدوي ، ف ٢٣ •

العقود المسماة ، وما يستتبع ذلك من نشوء عقد مختلط ، ما يحول دون أن نكون بصدد أي من العقود المسماة التي يشتمل عليها هـذا العقد المختلط ، فأن ذلك لا يعني انتفاء وجود أي تماثل جزئي بين هذا العقد وكل من العقود المسماة التي امتزجت عناصرها فيه • ولهذا فانه يمكن ، عن طريق القياس ، تطبيق الاحكام الخاصة بكل عقـد من العقـود المسماة على المسائل المتعلقة بالعناصر المستمدة منه فى الحدود التي لا تتعارض فيها(٢٠) •

اما حيث تتنافر الاحكام التي تطبق فى كل عقـد من العقود المسماة التي يتكون منها العقد المختلط وتتزاحم فى المسألة الواحدة بحيث لا يمكن الجمع بينها فى التطبيق ، فان قواعد العقد الذى تعـد عناصره أهم عناصر التعاقد وفق ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين تُغلّب على غيرها من القواعد التي تحكم عناصر العقود الاخرى وتكون هي الأولى بالتطبيق • فعقـد التلفون عقد مختلط لأنه يدور بين عقد الايجار وعقد العمل • غير ان القضاء المصري غلّب عنصر عقد العمل فرفض دعوى اعادة وضع اليد التي رفعها مشترك قطعت عنه المواصلة(٢١) •

تكييف العقود(٢٢) :

١٥ ـ يترتب على وجود قواعد قانونية تحكم العقود المسماة واختصاص كل طائفة من هذه العقود بتنظيمها القانوني أن يكون للتكييف أهمية عملية بالغة ، اذ يتوقف عليه تطبيق القواعد الخاصة بعقد من العقود دون غيرها ،

---

(٢٠) انظر : سلطان والعدوي ، ف ٢٣ •

(٢١) راجع : السنهوري ، جـ ٤ ، ف ٣ ص ٧ وحكم محكمة مصر الكلية المشار اليه فى هـ ٢ ص ٧ •

(٢٢) راجع فى تفصيل هذا الموضوع : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ ، ف ١٢٨٦ ، وبصورة خاصة : سلطان والعدوي ، ف ٢٥ وما بعدها ، السنهوري ، جـ ٤ ، ف ٣ ص ٥ ـ ٦ وهامش ١ ص ٦ •

سواء ما كان منها من القواعد الآمرة أو من القواعد المفسرة ما لم يستبعد المتعاقدان صراحةً تطبيق القواعد الأخيرة[٢٣] .

فالتكييف عملية قانونية يقصد بها اعطاء العقد الوصف القانوني الذى يتفق مع ماهيته ومع النتيجة التي ارتضاها المتعاقدان أثراً له[٢٤] ، وهو مهمة شاقة يتحمل القاضي أعباءها بالنظر لتنوع العلاقات القانونية وتعددها بسبب من حرية الارادة وكفايتها فى خلق الروابط القانونية وتحديد آثارها .

١٦ ـ والتكييف غير التفسير ، فينبغي من أجل ذلك عدم الخلط بينهما ، وان كان تكييف العقد يتوقف على تفسيره[٢٥] ، فتفسير ارادة المتعاقدين يسبق التكييف ، حيث يتعيّن على القاضي أن يبدأ بتفسير اتفاق الطرفين المتعاقدين لتحديد ما اتجهت اليه ارادتهما . ويعتبر التفسير من المسائل الموضوعية لا من مسائل القانون . ولهذا ، فاذا قام قاضي الموضوع بتفسير العقد فانه لا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة التمييز .

أما تكييف العقد فيكون بتحديد طبيعته القانونية . فاذا ما انتهى قاضي الموضوع من عملية التفسير وتمكن من تحديد ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين ، كان عليه أن يصف العقد بالوصف القانوني الخاص بأحد العقود المسماة ، أو بالوصف القانوني الخاص الذى تشترك فيه طائفة معينة من العقود اذا كان العقد غير مسمى ، ، كأن يصفه بأنه من عقود المعاوضات أو من عقود التبرع . ولذلك كان التكييف خلافاً للتفسير ، مسألة قانونية وليس من

---

(٢٣) انظر : بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، ف ١٢٨٦ .

(٢٤) اسماعيل غانم ، الوجيز فى عقد البيع ، ص ١٤ ، نقلا عن شنب ، شرح احكام عقد البيع ، ف ٣ ص ١١ وانظر الفقه المشار اليه فى هـ١ ص ١١ .

(٢٥) سلطان والعدوي ، ف ٢٧ .

المسائل الواقعية أو الموضوعية ، فهي تخضع من أجل ذلك لرقابة محكمة التمييز .

ولكن يلاحظ بأنه لا يُصار الى وصف الاتفاق المعروض أمام القضاء بأنه من العقود غير المسماة الا اذا تعذر ادخاله فى أحد قوالب العقود المسماة[٢٦] .

١٧ - ويعتبر التكييف من صميم عمل القضاء ، ولذلك فان المحكمة تتولى تكييف العقود من تلقاء نفسها لأن التكييف ، كما أسلفنا ، مسألة قانون لا تتوقف مباشرتها على طلب من الخصوم . كما ان القاضي لا يتقيد ، عند قيامه بتكييف العقد المتنازع عليه ، بالوصف الذى خلعه المتعاقدان عليه ، بل عليه ان يصحح هذا الوصف من تلقاء نفسه ويكيف العقد التكييف الصحيح .

فلا عبرة اذن فى التكييف بالالفاظ التي استعملها الطرفان اذا تبين انهما قد اتفقا على عقد آخر غير الذى سمّياه . فقد يكون المتعاقدان مخطئين فى تكييفهما لوقوعهما فى غلط يصور لهما طبيعة العقد على خلاف حقيقتها . فالغلط ، هنا ، غلط فى القانون أو فى الوصف القانوني ، والقضاء غير مقيد بالوصف الذى يخلعه الخصوم على سبب الدعوى . ولذلك فان من من سلطته أن يصحح من تلقاء نفسه الوصف القانوني لهذا السبب حتى يمكنه الفصل فى الدعوى طبقا للقواعد القانونية التي تخضع لها . وقد يتعمد المتعاقدان تكييف العقد تكييفاً غير صحيح بقصد التحايل على القانون فعلى القاضي تصحيح هذا التكييف ليرد على المتعاقدين قصدهما[٢٧] ، اذ من المحقق ان لمحكمة الموضوع أن تصحح من تلقاء نفسها تكييف العقود

---

(٢٦) انظر : شنب ، ف ٣ ص ١٢ .
(٢٧) السنهوري ، ج ٤ ، هـ ١ ص ٦ .

اذا كان فى عدم صحة تكييفها مساس بالنظام العام[٢٨] .

العقود المسماة فى القانون المدنى العراقى :

١٨ ـ تأثر المشرع العراقي فى صياغته النظرية العامة للقانون المدني بالنهج الذى سار عليه القانون المدني المصري الجديد والذى ساير بدوره فى هذا القوانين اللاتينية النزعة . فبعد أن أرسى قواعد النظرية العامة للالتزامات ، ومنها القواعد العامة للعقد ، ضمن الكتاب الاول من القسم الاول من القانون المدني ، عرض فى الكتاب الثاني من هذا القسم لتنظيم العقود المسماة .

١٩ ـ وقد رتب القانون المدني العراقي العقود المسماة ترتيباً منطقياً تسهل متابعته فى غير عناء ، حيث راعى فى تبويبها أن يقف عند الموضوع أو المحل الذى يرد عليه العقد[٢٩] . فجمع فى الباب الاول من الكتاب الثاني العقود التي تقع على الملكية وهي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح (المواد ٥٠٦ـ٧٢١) ، وفى الباب الثاني العقود التي ترد على الانتفاع بالشيء وهي الايجار والاعارة (المواد ٧٢٢ ـ ٨٦٣) ، وفى الباب الثالث العقود التي ترد على العمل وهي عقد المقاولة وعقد الاستصناع وعقد التزام المرافق وعقد العمل وعقد الوكالة وعقد الايداع (المواد ٨٦٤ ـ ٩٧٤) ، وخصص الباب الرابع للعقود الاحتمالية ، أو عقود الغرر التي ترد على موضوع غير محقق وهي المقامرة والرهان والايراد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين (المواد ٩٧٥ ـ١٠٠٧) ، وأفرد الباب الخامس والاخير لعقد الكفالة (المواد ١٠٠٨ ـ ١٠٤٧) لان موضوع هذا العقد يتميز عن موضوعات سائر العقود المسماة بأنه عقد

---

(٢٨) انظر : سلطان والعدوي ، ف ٣٧ .

(٢٩) وهذا هو نفس الترتيب الذى أخذ به المشرع المصرى (انظر : مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٤ ، ص ٥) .

تأمين شخصي ، لذلك وجب تمييز الكفالة عن غيرها من العقود المسماة من ناحية ، وفصلها عن التأمينات العينية من ناحية اخرى • ولذلك لم يتناول المشرع عقدي التأمينات العينية ، وهما الرهن التأميني والرهن الحيازي ، فى الكتاب الخاص بالعقود المسماة وآثر أن ينظم أحكامهما فى الكتاب الرابع من القانون المدني الخاص بالحقوق العينية التبعية (المواد ١٢٨٥-١٣٦٠) بالنظر لأن أهم ما يترتب على هذين العقدين من آثار هو انشاء حق عيني تبعي ، ولأن النصوص التي افردت لهما قد قصد بها فى الغالب تنظيم أثر الحق العيني التبعي الذى يترتب على عقد الرهن لا تنظيم هذا العقد نفسه(٣٠) •

وسنبحث فى هذا الجزء من الوجيز فى العقود المسماة عقداً من أهم هذه العقود هو عقد البيع •

---

(٣٠) انظر : مرقس وامام ، ف ١ •

مقدمة عامة

٢٠ ـ نستقبل البحث فى شرح عقد البيع فى القانون المدني العراقي بهذه المقدمة العامة التي سنتناول فيها أهمية عقد البيع وتعريفه ، ونعرج على بيان موجز لتطور طبيعة البيع كعقد ناقل للملكية ، ثم نبين بعد ذلك الخصائص التي يتصف بها عقد البيع ، وننتهي من هذه المقدمة بذكر بعض الاحوال التي قد يلتبس فيها البيع بغيره من العقود وكيفية تمييزه عنها .

١ ـ أهميـــة عقـــد البيـــع

٢١ ـ يعتبر عقد البيع من أهم العقود التي جرى التعامل بها . فهـــو الوسيلة التي يحصل بها الافراد على معظم حاجاتهم وهو فى الوقت ذاتـــه الوسيلة التي يتصرفون بها فيما لا حاجة لهم به .

٢٢ ـ وعقد البيع من أقدم العقود ، فلم يسبقه الى الظهور فى المجتمعات البشرية الأولى الا عقد المقايضة حيث كان يكتفى ، فى تلك العصور ، بمبادلة مال بآخر . فقد كان الانسان البدائي يعطى ما يفيض عـن حاجتـه ليأخذ عوضا عنه ما هو بحاجة اليه .

ولكن تطور الصناعة والتجارة ، وما استتبع ذلك من نشوء العلاقات القانونية وتعددها ، أدى الى اظهار صعوبة التعويل على المقايضة وحدهـا لسد حاجات الناس نظراً لتنوع رغباتهم ولتفاوت السلع نوعا وقيمة . فلجأوا من أجل ذلك الى وسيلة اخرى اكثر يسراً ، فاتخذوا سلعة معينة ذات قيمة ثابتة تقوم بها سائر الاشياء وتبادل بها كافة انواع السلع الأخـــرى[١] .

---

(١) راجع : روسل ، شرح القانون المدنى السويسرى ، جـ٣ ، ص ٢٢٣ ، مرقس وامام ، ف ٦ ص ١٢ .

وهكذا نشأت النقود لتكون مقياساً عاماً للقيم المادية وحلت، تبعا لذلك، فكرة عقد البيع محل المقايضة ليصبح أهم وسيلة للتعامل فى العصر الحديث[٢] . وهذا ما يفسّر العناية الكبيرة التي توليها التشريعات الحديثة لتنظيم احكام عقد البيع[٣] .

٢ ـ تعريف عقـد البيـع

تعريف عقد البيع فى القانون العراقى :

٢٣ ـ عرّفت المادة (٥٠٦) من القانون المدني العراقي البيع بقولها بانه : « مبادلة مال بمال » ، وهو تعريف مأخوذ عن الفقه الاسلامي ، وبصورة خاصة عن المادة (١٠٥) من مجلة الاحكام العدلية[٤] التي تعرّف البيع بانه :

---

(٢) يلاحظ فى هـذا الصدد بأنه اذا كان يندر فى الوقت الحاضر تعامل الافراد بالمقايضة ، فأن الامر على خلاف ذلك فى نطاق التجارة الدولية حيث يلجأ عدد غير قليل من الدول الى المقايضة كوسيلة لتصريف ما يزيد عن حاجتها من سلع لتأخذ عوضا عنها سلعا تحتاج اليها .

(٣) فقد نظم المشرع العراقى عقد البيع فى ٩١ مادة (المواد ٥٠٦ـ٥٩٦) ، وأفرد له القانون المدني الفرنسي ١٣٠ مادة (المواد ١٥٨٢ـ١٧٠١) ، وخصص القانون المدني المصري الجديد لعقد البيع ٦٣ مادة (المواد ٤١٨ ـ ٤٨١) ، أما تقنين الالتزامات السويسري فقد عالج احكام عقد البيع فى ٥٣ مادة (المواد ١٨٤ ـ ٢٣٦) .

(٤) فى أواخر القرن الثالث عشر الهجرى (سنة ١٢٩٣ هـ) وضع جماعة من علماء الاتراك تقنينا اطلقوا عليه اسم (مجلة الاحكام العدلية) جمعوا فيه أرجح الآراء من فقه الامام أبي حنيفة النعمان بن ثابت فى المواضيع التى عالجوها . وتشتمل (المجلة) ، كما تسمى أحيانا ، على ١٨٥١ مادة خصصت المائة الاولى منها لبيان القواعد الفقهية العامة والتى تدعى احيانا « بالقواعد الكلية » ، وقسمت المجلة بعد ذلك الى ستة عشر كتابا هي : كتاب البيوع وكتاب الاجارة وكتاب الكفالة وكتاب الحوالة وكتاب الرهن وكتاب الامانات وكتاب الهبة وكتاب الغصب والاتلاف وكتاب الحجر والاكراه

« مبادلة مال بمال ويكون منعقداً وغير منعقد » .

٢٤ ـ ويلاحظ على التعريف الذى أورده المشرع العراقي للبيع انه غير مانع وغير دقيق . اما انه غير مانع ، فلأنه يشمل ، غير البيع ، المقايضة والصرف ، وذلك لانه اذا كان بعض فقهاء الشريعة الاسلامية قد عرّفوا البيع بأنه « مبادلة مال بمال » فلأنهم لا يفرقون بين البيع والمقايضة أو الصرف أو السلم . فالبيع عندهم أما ان يكون بيع سلعة بسلعة وهو المقايضة (م١٢٢ مجلة) ، أو بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق (م ١٢٠ مجلة) ، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف (م ١٢١ مجلة) أو بيع مال آجل بثمن عاجل ، أي بيع الدين بالثمن وهو السَلَم « م ١٢٣ مجلة»[٥] .

وقد أخذ مشرع القانون المدني العراقي بهذا التقسيم للبيع وان كان قد أغفل الاشارة الى بيع السلم الذى ورد ذكره فى المادة (١٣٠) من مجلة الاحكام العدلية ، اذا لم يعد هناك مقتض لذكر هذا النوع من البيوع بعد أن أجاز المشرع بيع الاشياء المستقبلة بوجه عام (م ١٢٩ مدني) لا بيع السلم فحسب[٦] فقد جاء فى المادة (٥٠٧) من القانون المدني أن : « البيع باعتبار

والشفعة وكتاب الشركات وكتاب الوكالة وكتاب الصلح والابراء وكتاب الاقرار وكتاب الدعوى وكتاب البينات والتحليف وكتاب القضاء . (راجع فى تفصيل ذلك : شرح المجلة لاستاذنا المرحوم منير القاضي ، جـ١ ، ص ٤٧ ـ ٤٩ والنظرية العامة للالتزام للاستاذ الدكتور حسن علي الذنون ، ف ٥ وما بعدها) .

وقد كانت المجلة هي القانون المدني العثمانى الذي صدر سنة ١٨٧٦ م ليكون نافذا فى الامبراطورية العثمانية التى ساد المذهب الحنفي جميع أرجائها ، وظلت أحكامها نافذة المفعول فى العراق منذ الاحتلال العثماني لغاية ٨ ايلول ١٩٥٣ وهو تاريخ نفاذ القانون المدني العراقي .

(٥) راجع : القاضي ، شرح المجلة ، جـ ١ ، ص ١٧٧ .

(٦) فى هذا المعنى : ذنون ، عقد البيع ، ف ١٥ .

المبيع اما ان يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف أو بيع العين بالعين وهي المقايضة » •

٢٥ ـ اما كون تعريف عقد البيع الذى أورده المشرع العراقي غير دقيق فلأنه قد اقتصر ، كما يلاحظ الدكتور الصراف بحق على « وصف وتعريف عملية البيع نفسها دون أن يعنى بالنص على أشخاص وأحكام عقد البيع التي تحدد التزامات الطرفين »[٧] •

فقد كان على المشرع العراقي أن يشير ، على الاقل ، فى التعريف الذى أورده لعقد البيع الى الآثار التي تترتب على هذا العقد ونعني بها انتقال ملكية المبيع الى المشتري بمجرد تمام البيع والى ضرورة كون الثمن الذى يلتزم به المشتري مبلغاً من النقود ، لان هذا هو ما يميز البيع عن المقايضة •

تعريف البيع فى القانون الفرنسي :

٢٦ ـ اما القانون المدني الفرنسي فقد عرّف عقد البيع فى المادة (١٥٨٢) بقوله : « البيع اتفاق يلتزم به أحد الطرفين ان يسلم شيئاً ويلتزم الآخر بدفع ثمنه » •

ويلاحظ بعض الفقهاء[٨] على هذا التعريف سكوته عن الاشارة الى التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى واكتفاءه بالنص على الالتزام بالتسليم ويرون بأن من يقرأ هذا التعريف يتصور نفسه وكأنه يعيش فى عهد الرومان ، يوم لم يكن البائع ملزماً بنقل ملكية الشيء المبيع •

٢٧ ـ ومع ذلك ، لابد من القول بانه ينبغي ان لا يؤخذ نص المادة

---

(٧) انظر : الصراف ، ف ٢١ •

(٨) بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ ، ف ١٢٩٠ •

(١٥٨٢) بمعزل عن نصوص القانون الاخرى ، اذ ان سائر نصوص القانون المدني الفرنسي، وبصورة خاصة نصوص المواد (٧١١)و(١١٣٨)و(١٥٨٣)، قاطعة فى ان البيع ناقل للملكية بذاته .

تعريف البيع فى القانون المدني المصري :

٢٨ ـ وقد تفادى القانون المدنى المصرى الجديد الكثير من النقد الذى وجه الى كل من تعريف الشريعة الاسلامية وتعريف القانون الفرنسى ، وعرّف عقد البيع فى المادة (٤١٨) على الوجه الآتي : « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شيء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى». وقد رحب الشراح المصريون بهذا التعريف لأنه يمتاز عن التعريف الذى كان يشتمل عليه القانون المدني السابق [٩] بأمرين (أولهما) انه لا يقصر البيع على نقل الملكية ، بل يجاوز ذلك الى نقل أى حق مالي آخر كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحوالة الحق اذا كانت فى مقابل مبلغ من النقود وحقوق الملكية الأدبية ؛ (وثانيهما) انه يبين ان الثمن الذى يلتزم به المشترى لا بد ان يكون مبلغاً من النقود[١٠] .

٢٩ ـ ومع ذلك فقد اخذ جانب من الفقه المصرى على تعريف التقنين الجديد بانه لا ينبىء عن أهم أثر يترتب على البيع فى القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد[١١] ، كما انه تكلم عن نقل الملكية باعتباره التزاما

---

(٩) فقد كانت المادة (٢٣٥) من التقنين المدني المصري الملغي تنص على أن « البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر فى مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما » .

(١٠) راجع : السنهوري ، جـ٤ ، ف ٩ ص ٢١ ؛ مرقس وامام ، ف ١٢ ص ٢٣ ؛ أحمد محمد ابراهيم ، القانون المدني ص ٤٨٢/٤٨٣ .

(١١) انظر : مرقس وامام ، ف ١٢ ص ٢٣ ، وانظر فى الرد على هذا النقد : السنهوري ، جـ ٤ هامش ١ ص ٢٢ .

أي أثراً من الآثار التى تترتب على البيع ، ولا يصح ان يعرف العقد بآثاره[١٢] .

تعريف البيع فى القانون السويسري :

٣٠ ـ اما تقنين الالتزامات السويسرى فقد عرّف البيع فى المادة (١٨٤) على النحو التالي : « البيع عقد يلتزم به البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري وبنقل ملكيته اليه مقابل الثمن الذى يلتزم المشتري بادائه له »[١٣] . فظاهر من هذا التعريف ان البائع يلتزم بالتزامين رئيسين : تسليم المبيع الى المشتري ونقل ملكيته اليه .

٣١ ـ وحاصل القول انه اذا قابلنا تعريف البيع الذى أورده القانون المدني العراقي بتعريف القانون المدني المصرى الجديد[١٤] ، أو بما ورد فى بعض التشريعات الحديثة الاخرى[١٥] ، وكذلك بتعريفات البيع التي أوردها البعض من من فقهاء الشريعة الاسلامية[١٦] ، لرأينا انها تفضل

---

(١٢) انظر : شنب ، هـ ١ ص ٧ والفقه المشار اليه فى الهامش المذكور .

(١٣) ويلاحظ أن الدكتور حسن علي الذنون قد توسع فى ترجمة نص المادة المذكورة فأورد فى ترجمته للنص عبارات لا يشتمل عليها كعبارة « أو أي حق مالي آخر » بعد كلمة « البيع » وعبارة « المعيّن فى العقد » بعد كلمة « الثمن » . (انظر : ذنون ، عقد البيع ، ف١٤ ص ١٨) .

(١٤) وقد أخذ هذا التعريف بدوره عن المادة (٢٩٤) من التقنين البولوني . (راجع : مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد ، جـ٤ ، ص ١٣ ـ ١٦) .

(١٥) كالقانون المدنى السوري (م ٣٨٦) ، والقانون المدني الليبي (م ٤٠٧) ، والقانون المدني الالماني (م ٤٣٣) .

(١٦) انظر مثلا : التعريف الذي أورده العلامة الحلي صاحب تذكرة الفقهاء حيث يعرف البيع بانه « انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض على وجه التراضي » (راجع تذكرة الفقهاء ، جـ ٧ ، البيع ،

التعريف العراقي كثيراً • ولهذا فقد كان الاولى بالمشرع العراقي أن يأخذ بتعريف أدق صياغة وأشمل حكماً من التعريف الذى أورده لعقد البيع فى المادة (٥٠٦) وذلك على نحو ما أسلفنا •

٣ ـ تطور طبيعة عقد البيع

٣٢ ـ سوف نستعرض تاريخ التحول الكبير الذى طرأ على عقد البيع بحيث أصبح ينقل ملكية المبيع الى المشتري فور انعقاده ، وذلك عند الكلام فى نقل الملكية فى الفصل المخصص لالتزامات البائع •

٣٣ ـ وحتى يحين ذلك ، يمكننا الاقتصار هنا على القول بأن البيع ، قديما ، لم يكن عقداً ناقلا للملكية • فلم يكن البيع ، فى القانون الروماني ، لينقل بمجرد وقوعه ملكية المبيع ، ولم يكن حتى ليرتب فى ذمة البائع التزاما بنقل الملكية • فكل ما كان يلتزم به البائع هو نقل حيازة المبيع الهادئة الى المشتري •

٣٤ ـ وانتقل هذا الحكم الى القانون الفرنسي القديم حيث ظل البيع غير ناقل للملكية ، ولا يترتب عليه سوى التزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري • ولكن تطور هذا القانون أدى الى أن ينتهي الامر فيه بالاكتفاء بالتسليم الصوري • فقد كان يكفي لاعتبار تمام التسليم مجرد ذكر شرط التسليم والتسلم فى العقد (Clause de dessaisine - saisine) • وهكذا انتهى

ص ٣) ، وكذلك المادة (٣٤٣) من مرشد الحيران التى عرفت البيع بأنه : « تمليك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمنا للمبيع » • ويرى الزميل الدكتور سعدون العامري أنه كان الاجدر بالمشرع العراقي أن يأخذ بهذا التعريف بدلا من تعريف المجلة بعد أن يجرى فيه تحويرا يبين فيه ان الثمن من النقود • فيعرف البيع بأنه « تمليك البائع مالا للمشتري بنقد يكون ثمنا للمبيع » • (انظر : العامري ، البيع والايجار ، ص ١٧) •

الأمر ، عملا ، بأن ينقل مجرد الاتفاق الملكية الى المشتري •

ولم يكن امام واضعي القانون المدني الفرنسي ، سنة ١٨٠٤ ، الا الاعتراف بحصيلة هذا التطور والاقرار بنقل الملكية بناء على مجرد الاتفاق • فأصبح عقد البيع ناقلا للملكية بذاته وبدون حاجة الى اجراء آخر فى القانون الفرنسي وفى القوانين الحديثة الاخرى التي أخذت عنه كالقانون المدني المصرى القديم منه والحديث •

٣٥ ـ أما الشريعة الاسلامية فقد كان لها قصب السبق بين التشريعات الاخرى فى الاعتراف بانتقال ملكية المبيع الى المشتري بالعقد وبصورة مباشرة • فالبيع عند فقهاء الشريعة يفيد نقل الملكية بذاته ولا يقتصر على انشاء التزام بنقلها أو التزام بتسليم المبيع •

وسنرى تفصيل كل ذلك فيما بعد •

٤ ـ خصائص عقد البيع

يمكن أن نجمل الخصائص التي يتصف بها عقد البيع فيما يلي :

٣٦ ـ **أولا :** البيع عقد ملزم للجانبين ، لانه ينشىء بمجرد انعقاده التزامات متقابلة فى ذمة كلا الطرفين المتعاقدين • فكل منهما دائن للطرف الآخر ومدين له فى الوقت ذاته : فالبائع دائن للمشتري بالثمن ومدين له بالمبيع ، والمشتري دائن للبائع بالمبيع ومدين له بالثمن •

ويترتب على ذلك ان لكل من الطرفين المتعاقدين الحق فى الدفع بعدم التنفيذ أو فسخ العقد أو غير ذلك من النتائج التي تترتب على اتصاف العقد بصفة الالزام للجانبين •

٣٧ ـ **ثانيا :** البيع عقد رضائي فى الاصل ، لانه يتم بمجرد تراضي الطرفين المتعاقدين ولا يشترط القانون لتمامه شكلية خاصة • فالقاعدة العامة هي رضائية عقد البيع ، فيكفي لانعقاده مجرد توافق ارادتين متطابقتين أيا

كانت طريقة التعبير عنهما •

٣٨ ـ غير ان هـذه القاعدة ليست مطلقة • فقد يخرج المشرع عليها لسبب من الاسباب ويجعل من عقد رضائي فى الاصل عقداً شكلياً لا ينعقد الا باستيفائه هذا الشكل • فمن ذلك ما نصت عليه المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي بأن : « بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل فى الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذى نص عليه القانون » وكذلك ما تقرره المادة (٧٤٣) من القانون المدني المصري بأنه اذا أخذ الثمن صورة مرتب يدفعه المشتري للبائع مدى الحياة ، وجب لانعقاد البيع أن يتم كتابةً •

واذا كان القانون يفرض لانعقاد العقـد شكلا معيناً اذا تخلف اعتبـر العقد باطلاً ، فان اتباع هذا الشكل يكون واجبا ايضا فى كل ما قد يدخله المتعاقدان من تعديل على العقد(١٧) ، كما ان الوعد بأبرام عقد شكلي يكون شكلياً ايضا(١٨) •

على أن رضائية عقد البيـع ليست من النظام العـام • فيجوز للطرفين المتعاقدين الاتفـاق(١٩) على أن لا ينعقد العقـد بينهمـا الا اذا استوفى

---

(١٧) انظر مثلا : المادة ٩٠ ف ٢ والمادة ٦٢٨ ف ١ مدني عراقي والمادة ١٢ التزامات سويسري •

(١٨) انظر : المادة ٩١ ف ٢ مدني عراقي ، المادة ١٠١ ف ٢ مدنى مصري ، وراجع : بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٢ ، ف ٨٦ •

(١٩) فى القانون السويسري ، يمكن أن يكون هـذا الاتفاق صريحـا أو ضمنيا • فيكون ضمنيا ، كما ذهبت الى ذلك المحكمة الفدرالية ، اذا أرسل أحد المتعاقدين الى المتعاقد الآخر نسختين من العقد للتوقيع عليهما ، (راجع : مجموعة قرارات المحكمة الفدرالية رقم ٤٢ ، القسم الثاني ، ص ٣٧٦ ورقم ٥٠ ، القسم الثاني ص ٢٨٣ • وراجع كذلك : فونك ، شرح المادة ١٦ ، هـ ١ ، الصفحتين ١٣ و ١٤ ودايبن وريموند ، تقنين الالتزامات السويسري ، شرح المادة ١٦ ، ص ٣٢) •

شكلا معينا كتحريره فى ورقة رسمية أو عرفية • ففي هذه الحالة لا يكون عقد البيع رضائياً ، بل ينقلب الى عقد شكلي لابد لاتمامه من استيفاء الشكل الذى اشترطه المتعاقدان • فتكون الشكلية هنا واجبة الاتباع بأرادة المتعاقدين لا بنص القانون • فالشكلية فى هذه الحالة شرط انعقاد لا يتم العقد دون استيفائها •

٣٩ ـ ولكن ، قد يقصد المتعاقدان من اشتراط الكتابة أن تكون وسيلة اثبات للعقد لا ركناً فى انعقاده • فيمكن ، اذن ، أن يقوم الشك فى تفسير قصد المتعاقدين من اشتراطهما الكتابة : هل هي ركن شكلي لا ينعقد العقد بدونها أم هي مجرد وسيلة للاثبات ؟

يذهب القضاء فى مصر وفى فرنسا الى افتراض ان المتعاقدين قد اشترطا الكتابة للاثبات لا للانعقاد لان الشكل خروج على قاعدة رضائية العقود ما لم تقم قرينة من ظروف الواقع ترجح أحد الفرضين(٢٠) •

وتذهب بعض التقنينات الى خلاف ذلك • فتقنين الالتزامات السويسري ، مثلا ، يشتمل على نص يرجح أن تكون الكتابة ، فى مثل هذه الاحوال ، للانعقاد لا للأثبات ، اذ تنص الفقرة الاولى من المادة ١٦ منه على انه « اذا اتفق المتعاقدان على أن يستوفى العقد شكلا خاصا لم يشترطه القانون ، فيفترض انهما لم يقصدا أن يلتزما الا من وقت استيفاء العقد لهذا الشكل »(٢١) • وهذه قرينة قانونية قابلة لاثبات العكس لانه يجب البحث دائما عن القصد الذى اتجهت اليه نية المتعاقدين من اشتراط هذا الشكل(٢٢) •

---

(٢٠) انظر : السنهوري ، ج ١ ، هامش ١ ص ١٥١ ـ ١٥٢ أبو ستيت ؛ ف ٦٠ •

(٢١) وقد كانت المادة (١٤٩) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تقرر نصا مماثلا •

(٢٢) راجع : فونك ، شرح المادة ١٦ ، هامش ٢ ص ١٤ •

اما القانون المدني العراقي فلم يعالج هذه المسألة الهامة • أما فى الفقه العراقي فهناك من يرى بأن الاولى ، عند الشك ، أن تكون الكتابة للاثبات لا للانعقاد لأن هذا هو الذى يتمشى مع القواعد العامة[٢٣] •

٤٠ ـ **ثالثا :** البيع عقد من عقود المعاوضات ، وذلك لان كلا من الطرفين يأخذ مقابلا لما يعطي • فالبائع يأخذ الثمن فى مقابل الشىء المبيع ، ويأخذ المشتري المبيع فى مقابل دفعه للثمن • لذلك كان عقد البيع من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وهو بذلك يختلف عن الهبة لانها من اعمال التبرع ، أى الضارة ضررا محضا •

٤١ ـ وتظهر الاهمية العملية للتفريق بين الاعمال الدائرة بين النفع والضرر والاعمال الضارة ضرراً محضاً من حيث الاهلية • فالقواعد الخاصة بأهلية التبرع والولاية فيه أشد من اهلية التصرف بطريق المعاوضات والولاية فيها • فيشترط فى الهبات أن يكون الواهب ذا اهلية كاملة ، بأن يكون عاقلا بالغاً غير محجور عليه[٢٤] • ويترتب على ذلك ان هبة الصغير غير المميز باطلة ، وتبطل كذلك هبة الصغير المميز لأن الهبة من التصرفات الضارة ضرراً محضاً وان أجازه الولي فيها • اما عقود المعاوضات فدائرة بين النفع والضرر ، فتنعقد موقوفة على اجازة الولي فى الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداءً[٢٥] •

---

(٢٣) الصراف ، ف ٤٤ •

(٢٤) تقرر المادة (٦٠٨) مدني عراقي بأنه : « يشترط أن يكون الواهب عاقلا بالغا أهلا للتبرع فان كان كذلك جاز له أن يهب فى حال صحته ماله كله أو بعضه لمن يشاء سواء كان أصلا له أو فرعا أو قريبا أو أجنبيا منه ولو مخالفا لدينه » •

(٢٥) تقضي الفقرة الاولى من المادة (٩٧) مدني عراقي بأنه : « يعتبر تصرف الصغير المميز اذا كان فى حقه نفعا محضا وان لم يأذن به الولي ولم يجزه ، ولا يعتبر تصرفه الذي هو فى حقه ضرر محض وان أذن بذلك وليه أو أجازه ، أما التصرفات الدائرة فى ذاتها بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على اجازة الولي فى الحدود التى يجوز فيها لهذا التصرف ابتداء » •

٤٢ ـ **رابعا :** البيع عقد ناقل للملكية ، فالقصد من عقد البيع هو نقل ملكية المبيع الى المشتري • ومن هنا يختلف البيع عن عقد الايجار ، مثلا ، لأن الايجار لا ينقل ملكية العين للمستأجر ، بل يقتصر على أن يرتب له حقاً شخصيا فى ذمة المؤجر • فانتقال ملكية المبيع من البائع الى المشتري هو من طبيعة عقد البيع ، ويستوى بعد ذلك أن يكون انتقال الملكية مصاحبا لتمام العقد أو لاحقا له • وانتقال الملكية ليس ركنا لانعقاد عقد البيع ، وانما هو أهم أثر يترتب على البيع فى القوانين الحديثة على ما سنرى •

٤٣ ـ **خامسا :** البيع عقد العوض فيه مبلغ من النقود ، لانه لا يكفي أن يكون العقد من عقود المعاوضة الناقلة للملكية ليكون بيعاً ، بل لابد لذلك ايضا أن يكون العوض فيه مبلغ من النقود • فالثمن النقدي هو الذى يميز عقد البيع عن عقد المقايضة ، مثلا ، لأن العوض فى المقايضة ليس مبلغاً من النقود بل سلعة من سائر السلع يقايض بها أحد المتعاقدين للحصول على سلعة أخرى هو فى حاجة اليها •

٤٤ ـ **سادسا :** البيع عقد من العقود المحددة فى الاصل ، فعقد البيع بطبيعته عقد محدد ، لأن كلا من الطرفين المتعاقدين يعلم أو يستطيع أن يعلم مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ وقت التعاقد • فباستطاعة البائع أو المشتري أن يحدد ، وقت تمام العقد ، مقدار ما له وما عليه وتقدير الارباح التي تعود عليه أو الخسائر التي قد تصيبه ، لأن ثمن المبيع بالنسبة للبائع وقيمته بالنسبة للمشتري يمكن تحديدهما وقت البيع (٢٦) •

٤٥ ـ غير انه اذا كان عقد البيع عقدا محددا بطبيعته ، فان هذه الصفة ليست من مستلزماته اذ ليس هناك ما يمنع من أن يكون عقد

---

(٢٦) قارن : بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٢ ، ف ٧٥ •

البيع عقداً احتمالياً ، كما لو اتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن الذى يلتزم به المشتري ايراداً مدى الحياة ، فان مقدار الثمن فى هـذه الحالة لا يمكن تحديده مقدما لأنه مرتبط بمدى حياة البائع •

٤٦ ـ **سابعا :** وعقد البيع فوري التنفيذ فى الاصل ، اذ يغلب أن ينفذ المتعاقدان التزاماتهما دفعة واحدة فى الوقت الذى يحددانه لذلك • ومع هذا فيمكن أن يكون البيع من العقود مستمرة التنفيذ • فيمكن الاتفاق على أن يتم تنفيـذ التزامات الطرفين على شكل دفعـات متعاقبة فتتقابل تجزئة تنفيـذ الالتزامات تقابلا تاما • فكل تجزئة فى تنفيـذ التزام أحد المتعاقدين تقابلها بالضرورة تجزئة في تنفيذ التزام المتعاقد الآخر ، كما في عقود التوريد أو عقود المشاركة فى الصحف أو النشرات الدورية •

٤٧ ـ وقد اختلف الفقهاء فى تكييف عقد البيع بثمن مقسط • فمنهم من يذهب للرأى القائل بأنه عقـد فوري التنفيذ(٢٧) ، ومنهم من يرى بأنه عقد مستمر التنفيذ(٢٨) • والذين يذهبون الى القول بأنه عقد فوري التنفيذ اختلفوا فى تبريرهم لذلك تبعاً لاختلافهم فى المعيار الذى يأخذون به للتفريق بين العقد فوري التنفيذ والعقد مستمر التنفيذ • فمنهم من أخـذ بمعيـار « الزمن »(٢٩) ، فعندهم ان العقد فوري التنفيذ عقد ينعدم فيه عصر الزمن : وان حدث وتدخل الزمن فى بعض العقود فورية التنفيذ ، كما فى البيـع بثمن مؤجل ، فانـه يبقى مع ذلك عنصر عرضي لا دخل له فى تحـديد

---

(٢٧) السنهوري : جـ ١ ف ٦٤ ؛ أبو ستيت ، ف ٧٧ ؛ ذنون ، مصـادر الالتزام ، ف ٥٤ ص ٤٧ ؛ الناهي ، ف ٥٧ الشريف ، مصادر الالتزام ، ف ٨٣ ؛ الحكيم ، ف ٦٩ •

(٢٨) فرج ، ملخص محاضرات القانون المدني ، ص ٥ ؛ والسنهوري فى كتابه نظرية العقد » ف ١٤٨ وقد عدل عن هـذا الرأي فى كتابـه الوسـيط •

(٢٩) السنهوري ، جـ١ ، ف ٦٥ ؛ الحكيم ، ٧٠ الشريف ، ف ٨٣ •

الثمن • اما العقد مستمر التنفيذ ، أو « العقد الزمني » كما يطلقون عليه ، فهو العقد الذى يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه بحيث يكون هو المقياس الذى يتحدد به المعقود عليه ، أما محل العقد الفوري فانه يتحدد بالمكان لا فى الزمان •

٤٨ ـ وأخذ فريق آخر بمعيار التقابل فى تجزئة تنفيذ الالتزامات • فكل تجزئة فى تنفيذ التزام أحد الطرفين تقابلها تجزئة فى تنفيذ التزام الطرف الثاني[٣٠] فالبيع بثمن مقسط عقد فوري لان تجزئة تنفيذ الالتزام فى جانب المشتري لا تقابلها تجزئة فى تنفيذ التزام البائع الذى نفذ التزامه بالتسليم دفعة واحدة •

٥ ـ اشتباه البيع بغيره من العقود أو التصرفات القانونية •

٤٩ ـ رأينا فيما تقدم ان أهم خصائص عقد البيع كونه معاوضة ينقل ملكية المبيع الى المشتري وان نقل هذه الملكية يتم فى مقابل عوض نقدي يسمى الثمن يدفعه المشتري الى البائع •

وهذه الخصائص وحدها ، بله الخصائص الاخرى التي أشرنا اليها آنفاً ، تكفي عادة لتمييز البيع عن غيره من العقود أو التصرفات القانونية الاخرى• ومع ذلك ، وبالرغم مما تتسم به خصائص عقد البيع من وضوح ، فقد تعرض حالات يلتبس فيها البيع بعقود أخرى ، فيشتبه بها بحيث يدق تمييزه عنها وتصبح مهمة القاضي فى تكييف العقد من حيث اعتباره بيعاً أو غيره مهمة عسيرة •

ونضرب لذلك الامثلة الآتية :

اشتباه البيع بالايجار :

٥٠ ـ تقدم ان البيع عقد ناقل للملكية بطبيعته • اذ ان الطرفين

---

(٣٠) أبو ستيت ، ف ٧٧ ص ٦٥ •

المتعاقدين يهدفان منه الى نقل ملكية المبيع نهائيا من البائع الى المشتري • أما عقد الايجار فيقتصر على انشاء حق شخصي للمستأجر فى ذمة المؤجر للانتفاع بالمأجور طيلة مدة الاجارة يعود بعدها الشيء المأجور الى مالكه • فالفرق واضح بين هذين العقدين ولا وجه للالتباس بينهما اذا كان المعقود عليه الشيء ذاته ، لأنه يمكن حينئذ معرفة نية الطرفين المتعاقدين بسهولة ويسر •

ومع ذلك ، يحدث فى العمل أن لا يكون الفرق بين البيع والايجار بهذا الوضوح ، فيدق التمييز بينهما ويصعب ، بالتالي ، تكييف العقد وهو أمر لا مناص منه لمعرفة ما يطبق على العقد من قواعد واحكام • ويحصل الاشتباه بين البيع والايجار فى حالتين : (الاولى) حالة ما اذا وقع البيع لا على الشيء ذاته بل على ما ينتجه الشيء من حاصلات وثمرات ، (والثانية) حالة الايجار الساتر للبيع •

أولا : حالة ما اذا وقع العقد على ثمار الشيء وحاصلاته :

٥١ ـ قد يتفق المتعاقدان على تخويل احدهما حق جني حاصلات الشيء وثمراته طيلة مدة معينة فى مقابل عوض ثابت ، كما لو خول صاحب المنجم شخصا آخر حق استخراج المعادن أو الاحجار من منجمه ، أو كما لو خول مالك الاشجار شخصا آخر الحق فى جني الثمار التي تنتجها هذه الاشجار • فيدق التمييز بين البيع والايجار فى مثل هذه الاحوال لانه يمكن أن يثور التساؤل عما اذا كان العقد الذى يخول الغير حق استخراج المعادن أو الاحجار ، أو حق جني الحاصلات والثمار عقد بيع لهذه المنتجات أو الحاصلات أم عقد ايجار للشيء المنتج لها كالمنجم أو الاشجار(٣١) •

---

(٣١) يلاحظ انه لا مكان لهذا التساؤل فى الشريعة الاسلامية لان الاجارة فيها تمليك للمنفعة ، فلا يجوز اجارة الشجر والكرم للثمر لان الثمر عين والاجارة بيع المنفعة لا بيع العين • (انظر : المادة (٤٢٠) من مجلة الاحكام العدلية ؛ وراجع : القاضي ، شرح المجلة : ج ١ ، ص ٣٣٥ وما بعدها وخاصة ص ٣٤١) •

٥٢ ـ لقد تضاربت آراء الفقهاء واحكام المحاكم فى فرنسا ومصر فى تعيين المعيار الذى يعول عليه فى تكييف مثل هذا العقد(٣٢) .

فذهب فريق من الفقهاء الفرنسيين الى وجوب التمييز بين العقد الذى يرد على الحق فى أخـذ الثمار (Fruits) والعقد الذى يرد على الحق فى أخذ الحاصلات (Produits) ، فيعتبر الاول ايجاراً لأن الثمرات ، كمنتجات الارض ، دورية تتجدد دون انتقاص ، ويعتبر الثـاني بيعاً لأن الحاصلات كالفحم والمعادن ينقص اقتطاعها من أصل الشيء . وقد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض المصرية ، فقـد قضت بأن موضوع التعاقد محصول طبيعي غير متجدد (كالنطرون الجاف) وليس ثمرة أو ريعا للمستنقعات لكونه جزءاً منها لابد من نفاذه يوماً ما ، لذلك فان العقد يعتبر عقد بيع للنطرون لا عقد ايجار للمستنقعات .

ولكن يؤخذ على هذا الرأى أنه لا يصدق فى جميع الاحوال اذ ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من بيع الثمار نفسها وهي ما تزال فى الارض ، فلا يقتصر فى هذه الحالة التزام أحد الطرفين (البائع) على تمكين الطرف الآخر من استغلال منفعة الارض المتجددة ، كما انه لا مانع من الاتفاق على أن يؤجر صاحب المنجم منجمه ليستغله المستأجر مقابل أجرة دورية .

وذهب آخرون الى القول بأنه اذا كان الحق يقتصر على أخذ الثمار الناضجة المعدة للنقل دون أن يكون له أى حق على الشيء الاصلي المنتـج لها ، فان العقد يكون بيعا للثمار لا ايجارا للشجر . وبالعكس من ذلك ، اذا كان حق المتصرف اليـه مقترنا بالتزامه بالقيام بالاعمال اللازمة لانضاجهـا

---

(٣٢) راجع فى تفصيل هذا الخلاف : بلانيول وريبير وهامل ، شرح القانون المدني الفرنسي ، ج ١٠ ، ف ٣ ص ٥ ؛ كولان وكابيتان ودولامور انديير ، دروس أولية فى القانون المدني الفرنسي ، ج ٢ ، ف ٢٣٥ ؛ السنهوري ، ج ٤ ف ١١ ص ٢٧ ؛ مرقس وامام ، ف ٢١ ص ٣٠ .

وحصدها ، فان العقد يكون ايجاراً لا بيعاً • ولكن لوحظ على ذلك بانه لا مانع من أن يتعهد المشتري فى عقد البيع بالقيام بالاعمال اللازمة لانتاج المبيع وانمائه(٣٣) •

٥٣ ـ اما الرأى الراجح فهو الذى يستعين بقصد المتعاقدين لتكييف العقد • فالعبرة عند انصار هذا الرأى هي بما قصده المتعاقدان وتتخذ ظروف التعاقد قرائن قضائية مؤقتة يستخلص منها قاضي الموضوع القصد الذى اتجهت اليه ارادة الطرفين • بمعنى ان هذه القرائن من شأنها أن ترجح وصفا على آخر حتى يثبت العكس(٣٤) •

فمثلا ، يعتبر ورود العقد على الحق فى أخذ الحاصلات ، وهي غير متجددة قرينة على انه بيع لان استخراجها ينقص من اصل الشىء • وبالعكس من ذلك ، يعتبر ورود العقد على الحق فى أخذ ثمار الارض كلها ، وهي متجددة لا ينتقص أخذها من أصل الشىء ، قرينة على انه قد قصد به الايجار لا البيع(٣٥) ، وكل ذلك ما لم يثبت من ظرف آخر ان ارادة المتعاقدين قد اتجهت الى الايجار أو الى البيع • فالمسألة مردها نية الطرفين ، وقاضي الموضوع هو الذى يستخلص من الظروف ما يستدل به عليها ويبت فى الامر دون أن يكون خاضعا فى ذلك لرقابة محكمة التمييز •

ثانيا : حالة الايجار الساتر للبيع

٥٤ ـ والحالة الاخرى التي يدق فيها التمييز بين البيع والايجار هي حالة الايجار الساتر للبيع Location - Vente(٣٦) • فقد يتفق المتعاقدان على

---

(٣٣) انظر : مرقس وامام ، ف ٢١ ص ٣٠ •
(٣٤) انظر : مرقس وامام ، ف ٢١ ، ص ٣١ ؛ الصراف ، ف ٦١ •
(٣٥) مرقس وامام ، ف ٢١ ص ٣١ •
(٣٦) يسمي بعض الشراح هذا النوع من العقود « بالبيع الايجاري »

ايجار شيء معين لمدة معينة مقابل أجر معين وعلى انه اذا وفى المستأجر بالتزاماته انقلب العقد بيعا وتملك المستأجر العين المأجورة واعتبرت الاجرة التي دفعها اقساطا للثمن دون أن يدفع شيئاً آخر اذا كان قد وفى بالتزاماته وفاء تاماً .

٥٥ ـ وقد ثار الخلاف فى الفقه والقضاء حول تكييف هذا العقد . فمن الفقهاء من يذهب الى القول بانه بيع مستتر معلّق على شرط فاسخ هو اخلال المشتري بالتزامه فى دفع الاقساط(٣٧) . وذهبت بعض المحاكم فى مصر الى اعتباره بيعا وايجارا فى نفس الوقت ، فهو بيع معلق على شرط واقف وايجار معلق على شرط فاسخ(٣٨) . وذهب فريق آخر الى بطلان هذه العقود لانها تخدع الجمهور ، فهي توهمهم بأن حائز المنقول يسير الحال فيقرضونه أموالا قد تضيع عليهم لانه فى الحقيقة غير مليء(٣٩) .

٥٦ ـ وقد حسم المشرع العراقي الخلاف الذى ثار حول تكييف طبيعة هذا العقد فاعتبره بيعا معلقاً فيه انتقال الملكية على شرط واقف هو تسديد الثمن كله ولو سماه المتعاقدان ايجارا ، وذلك بايراده نصا خاصا هو نص المادة (٥٣٤) مدني . وكذلك فعل المشرع المصري حيث أورد حكما مماثلا فى المادة (٤/٤٣٠) . وسنعود لتفصيل هذا الموضوع عند الكلام فى نقل الملكية .

(ذنون ، البيع ، ف ٦ ص ٧ ؛ شنب ، ف ٦) ويطلق عليه البعض الآخر « بيع التقسيط » (الصراف ، ف ٥٢) أو « الايجار الذي يقصد به البيع » (مرقس وامام ، ف ٢٢) . ونحن نفضل ما ذهب اليه الاستاذ السنهوري بتسمية هذا العقد « بالايجار الساتر للبيع » لانه أكثر دقة وواقعية ، (السنهوري ، ج ٤ ، ف ١١ ص ٢٨ و ف ٩٤) .

(٣٧) كولان وكابيتان ودولامور انديير ، ج ٢ ف ٨٣٥ .

(٣٨) انظر : شنب ، هـ ٢ ص ١٨ .

(٣٩) ذنون ، البيع ، ف ٦ ، ص ٨ .

اشتباه البيع بالهبة :

٥٧ ـ الهبة ، فى الاصل ، تمليك مال لآخر بلا عوض (م ٦٠١ مدني عراقي) • فعدم وجود العوض هو الذي يميّز الهبة عن البيع • ولكن قد تكون الهبة مقابل عوض ، اذ يجوز للواهب ، دون ان يتجرد عن نية التبرع ، ان يشترط على الموهوب له التزاما ماليا معينا (م١١ مدني عراقي) ، وتبقى الهبة بعوض محتفظة رغم ذلك بوصف الهبة • غير ان هذا الالتزام المالي قد يبلغ مبلغا كبيرا بحيث يقرب من قيمة الشيء الموهوب ، فتقترب الهبة بعوض من البيع ويدق التمييز بينهما عندما يكون العوض فى الهبة مبلغا من النقود •

٥٨ ـ ان ما يميز الهبة ، حتى ما كان منها مقترنا بشرط العوض ، عن عقد البيع هو نيّة التبرع • لذلك فان من المتفق عليه ان نية التبرع تظل هي المعيار المعول عليه فى التمييز بين العقدين(٤٠) • ووجود نية التبرع أو انعدامها مسألة وقائع يكشف عنها قاضي الموضوع ، ولاقاربه لمحكمة التمييز عليه فى ذلك •

ومن القرائن التي ترجح وجود نية التبرع عند الواهب اذا كانت الهبة تعود بفائدة على شخص ثالث غير الواهب مهما بلغ مقدار العوض(٤١) • اما اذا لم يكن المستفيد من الهبة غير الواهب نفسه ، وكان العوض مبلغا من النقود ، وكانت قيمة العوض مساوية او مقاربة لقيمة الشيء الموهوب ، فان العقد يعتبر بيعا لا هبة ، اذ لا يستقيم القول بتوافر نية التبرع فى هذه الحالة(٤٢) •

---

(٤٠) راجع : السنهورى ، ج ٤ ف ١١ ص ٢٤ ؛ مرقس وامام ، ف ٢٧ ؛ ذنون ، البيع ، ف ٩ •

(٤١) انظر : بلانيول وريبير وهامل ، ج ١٠ ، ف ٨ •

(٤٢) قارن : مرقس وامام ، ف ٢٧ ؛ شنب ، ف ١٠ ص ٢٤•

اشتباه البيع بعقد المقاولة (الاستصناع) :

٥٩ ـ المقاولة ، أو كما يطلق عليها فقهاء الشريعة الاسلامية « الاستصناع » ، عقد به يتعهد احد الطرفين ان يصنع شيئاً أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر (م ٨٦٤ مدني عراقي و م ٦٤٦ مدني مصرى) ، ويجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها المقاول أو يستعين بها فى القيام بعمله (م٨٦٥ ف١ مدني عراقي ، م ٦٤٧ ف ١ مدني مصري) .

٦٠ ـ ولا مجال للخلط بين عقد البيع وعقد المقاولة فى مثل هذه الاحوال . ولكن تثور الصعوبة اذا ما اتفق الطرفان على ان يتعهد المقاول بتقديم العمل كما يتعهد بنفس الوقت بتقديم المواد الاولية (م ٨٦٥ ف ٢ مدني عراقي و م ٦٤٧ ف ٢ مدني مصرى) ؟ فيدق التميز بين عقد البيع وعقد المقاولة اذ من السهل أن يعتبر المقاول ، فى هذه الحالة ، بائعا للمهمات التي يستخدمها فى العمل . فما هي طبيعة العقد فى مثل هذه الاحوال ؟ أهو عقد مقاولة أو عقد بيع ؟

٦١ ـ تذهب أغلبية الفقه والقضاء فى هذا الشأن الى اعتبار العقد فى هذه الاحوال عقد بيع لاشياء مستقبلة الا اذا كانت قيمة المواد الاولية ثانوية بالنسبة الى قيمة عمل المقاول . فالعقد الذى يتعهد بمقتضاه المقاول باقامة بناء على أرض مملوكة لرب العمل يعتبر ، فى أغلب الاحوال ، عقد مقاولة لا عقد بيع وان تعهد المقاول بأن يبنى بأدوات من عنده ، لان هذه الادوات ذات قيمة ثانوية بالنسبة للارض . أما اذا كانت الارض ملكا للمقاول الذى تعهد باقامة البناء بأدوات من عنده ، فيعتبر العقد بيعا للارض فى حالتها المستقبلة ، أى بعد أن يقام عليها البناء[٤٣] . ولكن الرسام الذى يتعهد برسم صورة زيتية لا يعتبر بائعا بل مقاولا ، لان قيمة المواد الاولية كقطعة القماش

---

(٤٣) انظر : بلانيول وريبير وهامل ، ج١٠ ، ف٥ .

أو الورق الذى يرسم عليه والالوان التي يرسم بها تعتبر ذات قيمة تافهة اذا ما قيست بقيمة عمل الفنان نفسه • أما اذا تقاربت قيمة المواد الاولية وقيمة العمل ، فالراجح ان العقد يكون فى هذه الحالة مزيجا من بيع ومقاولة[٤٤] •

اشتباه البيع بالوكالة

٦٢ ـ تعرف المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي الوكالة بانها « عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم » • • وتعرفها المادة(٦٩٩) من القانون المدنى المصرى بانها عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل » •

٦٣ ـ فالضابط الذى يميّز عقد الوكالة عن عقد البيع هو أن محل التزام الوكيل هو القيام بعمل • ومع ذلك يمكن أن يقع الاشتباه بين البيع والوكالة اذا كان من يقوم بعمل قانونى لحساب شخص آخر يستطيع أن يدعى لنفسه حقا على المال محل العمل القانوني الذى التزم بالقيام به كما اذا حول الدائن حقه الى شخص آخر ليتولى مطالبة المدين[٤٥] • ويشتبه البيع بما يدعى « بعقد التوزيع » وهو عقد يتسلم بمقتضاه شخص بضاعة معينة يبيعها بمبلغ معين يؤديه الى مالك البضاعة أو منتجها ، ويكون له الحق فى أن يرد للمالك أو المنتج ما يتبقى من البضاعة دون بيع • فقد ثار التساؤل حول طبيعة هذا العقد : أهو عقد بيع معلق على شرط واقف أو فاسخ هو عدم التمكن من بيع البضاعة خلال فترة معينة ، أم هو عقد وكالة يقوم فيه الموزع بدور الوكيل عن مالك البضاعة أو منتجها ؟[٤٦]

٦٤ ـ يمكن القول ان المعول عليه فى ترجيح أحد التكييفين هو قصد

---

(٤٤) السنهورى ، ج٤ ، ف١١ ص ٣١ •
(٤٥) راجع : مرقس وامام ، ف٢٤ •
(٤٦) انظر : شنب ، ف٨ •

الطرفين المتعاقدين ، هذا القصد الذى يستخلص من ظروف التعاقد وملابساته . فاذا اتجهت ارادة المتعاقدين الى أن ينقل المالك حقه الى المتعاقد الآخر بحيث يصبح هذا مالكا حقيقيا لهذا الحق فالعقد بيع ، والا فهو وكالة[٤٧] . فالمسألة اذن ، موضوعية متروك أمر تقديرها للقضاء .

اشتباه البيع بالوديعة :

٦٥ ـ الوديعة عقد يحيل به المالك أو من يقوم مقامه حفظ ماله الى آخر (م ٩٥١ مدنى عراقى) ، ويلتزم الوديع ، متى ما انتهى عقد الوديعة ، أن يرد المال الذى استلمه عينا (م ٧١٨ مدنى مصرى) . فليس من العسير اذن ، كقاعدة عامة ، التمييز بين البيع والوديعة .

٦٦ ـ ومع هـذا ، فقد تدق التفرقة بين هـذين العقـدين فى بعض الاحوال ، اذ يحدث أن يسلم شخص لآخر شيئا ليبيعه كله أو بعضه بمبلغ معين على أن يرد اليه الشىء ذاته ان لم يتمكن من بيعه أو ثمن ما باع منه . ومثال ذلك ما اذا أودع المؤلف نسخا من مؤلفه لدى احدى المكتبات ليتولى صاحب المكتبة بيعها بثمن محدد مقابل أجر معين يستقطع من الثمن . وكذلك ما لو أودع تاجـر الجملة مجوهرات عنـد تاجر المفرد لبيعهـا . فيصح التساؤل ، اذن ، عن طبيعة مثل هذا الاتفاق : أهو بيع أم وديعة ؟

لقد قضت المحاكم الفرنسية بأنه اذا سلّم أحد شيئا لآخر على أن يرده اليه عينا أو يدفع له ثمنه فان ذلك العقد لا يعتبر وديعة بل بيعا معلقا عـلى شرط[٤٨] وقد جرى بعض الشراح المصريين[٤٩] على الرأى القائل بأن

---

(٤٧) انظر : مرقس وامام ، ف٢٤ ؛ شنب ، ف٨ .

(٤٨) نقض جنائى فرنسى فى ٢٢ حزيران ١٩٦٠ ، داللوز الدوري ١٨٦٠ ـ ١ ـ ٤٧١ ؛ ومحكمة طولوز فى ٩ تمـوز ٨٩١ ، داللـوز الـدوري ١٨٩٤ ـ ٢ ـ ١٣٨ .

(٤٩) مرقس وامام ، ف٢٥ .

هذا العقد يشبه الوديعة لان نسخ الكتاب أو المجوهرات تكون مودعة عند صاحب المكتبة أو عند تاجر المفرد على ذمة أصحابها • ولكنه يختلف عن الوديعة فى أن الوديع يلتزم برد الوديعة عينا ، فى حين أن لصاحب المكتبة أن يرد النسخ أو ثمنها بعد استقطاع نصيبه منه ، وكذلك يكون لتاجر المفرد الحق فى أن يرد المجوهرات أو ثمن ما باع منها بعد استنزال حصته من هذا الثمن • كما ان هذا الاتفاق يشبه البيع فى أنه ينقل الى صاحب المكتبة ملكية النسخ ، كما تنتقل الى تاجر المفرد ملكية المجوهرات • ولكن الملكية تنتقل مع الاحتفاظ بحق صاحب المكتبة أو تاجر المفرد فى العدول عن الشراء اذا لم يتم تصريف الكتب أو المجوهرات • فهو بيع مقترن بشرط فاسخ ، ويغلب أن يطابق هذا التكييف الاخير قصد المتعاقدين •

٦٧ – ونحن نرى ان تكييف العقد يتوقف على نية الطرفين المتعاقدين، وهذه النية يستخلصها قاضى الموضوع من ظروف التعاقد وشروطه • اذ يمكن أن يكون العقد بيعا ناجزا أو معلقا على شرط واقف أو فاسخ ، أو عقد وكالة بالبيع حسب الاحوال(٥٠)

اشتباه البيع بالمقايضة :

٦٨ – تتميز المقايضة عن عقد البيع بأن مقابل التمليك فيها ليس مبلغا من النقود • فلا اشكال اذا كان المقابل الذى يدفعه أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر نقديا ، لان العقد فى هذه الحالة بيع لا مقايضة • ولكن ، قد يتراوح العقد بين أن يكون بيعا أو مقايضة فى بعض الاحوال • فقد يتفق الطرفان على أن يكون مقابل التمليك سبائك ذهبية أو أوراق مالية كالاسهم والسندات • كما يمكن أن يتفق المتعاقدان على أن يكون هذا المقابل مبلغا من النقود ومالا آخر •

---

(٥٠) قارن : السنهورى ، جـ٤ ، ف١١ ص ٣١ ؛ الصراف ، ف٧٤ ص ٣٢ •

٦٩ ـ ذهب بعض الشراح الى ان العقد يعتبر بيعا اذا كان المقابل الذى يدفعه أحد المتعاقدين ذهبا أو أوراقا مالية ، لان هذا المقابل ليس مقصودا لذاته بل للنقود التى يمكن الحصول عليها من طريقه • ولكن الغالبية ترى فى هذا الرأى مخالفة لروح التشريع • لان الذهب والاوراق المالية ، وان أمكن تبين أسعارها وتحويلها الى نقود بسهولة ، فان العبرة فيها هى بطبيعتها وقت التعاقد ، وهى ليست من النقود ، فيعتبر العقد مقايضة لا بيعا • والقول بخلاف ذلك سيؤدى عملا الى اعتبار المقايضة بيعا كلما أمكن تقويم أحد البدلين(٥١) •

٧٠ ـ أما اذا كان المقابل بعضه من النقود وبعضه من غير النقود ، فيجب ، من أجل القول بتكييف أو بآخر ، أن تؤخذ بعين الاعتبار نسبة النقود الى قيمة المال الآخر من غير النقود • فاذا كانت النقود هى العنصر الغالب كان العقد بيعا ، كما اذا اشترى شخص سيارة جديدة بألفي دينار دفع منها الفا وخمسمائة دينارا نقدا وسلم مع هذا المبلغ سيارته القديمة التى قدرت قيمتها بخمسمائة دينارا ؛ واذا زادت قيمة المال الآخر عن مقدار النقود كان العقد مقايضة ، ولا يغيّر من طبيعة العقد وجود معدّل نقدى(٥٢) ، كما اذا اتفق المتعاقدان على استبدال سيارة باخرى متقاربتين قيمة على أن يدفع أحدهما للآخر معدلا زهيدا من النقود(٥٣) •

---

(٥١) انظر : بودرى وسينيا ، البيع ، ف١٢٨ ص ١٢٦ ؛ سلطان والعدوى ، ف٥٧ •

(٥٢) المعدل (Soulte) هو مبلغ من النقود يدفعه احد المتقايضين للآخر تعويضا عن الفرق بين قيمة الشىء الذى يأخذه وقيمة الشىء الذى يعطيه • (انظر المادة ٥٩٩ مدنى عراقى ، والمادة ٤٨٣ مدنى مصرى) •

(٥٣) راجع : بلانيول وريبير وهامل ، ج١٠ ، ف٣٥ ؛ أو برى ورو ، ج٥ ، ص١٥ ؛ السنهورى ، ج٤ ، ف١١ ص ٢٩ وف ٢٠٤ص ٣٦٥ ؛ مرقس وامام ، ف ٨٥ ؛ شنب ، ف٩ •

اشتباه البيع بالوفاء بمقابل :

٧١ ـ تنص المادة (٣٩٩) من القانون المدني العراقي على انه : « اذا قبل الدائن فى استيفاء حقه شيئا آخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء »(٥٤) .

فالوفاء بمقابل (Dation en paiement) هو اتفاق يرضى الدائن بمقتضاه أن يستوفي من المدين شيئاً آخر عوضا عن محل التزامه الاصلي .

٧٢ ـ وقد اختلف الفقهاء فى تكييف الوفاء بمقابل اختلافا شديدا . فمنهم من يرى بانه عبارة عن عقد بيع ، فالشيء الذى يقدم كمقابل للشيء المستحق عبارة عن العين المبيعة ، ومحل الالتزام الاصلي عبارة عن الثمن . ومنهم من يرى بأنه وفاء تغير فيه المحل الاصلي ، ويرى آخرون بأنه نظام مركب من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية(٥٥) .

٧٣ ـ ولكن مهما تضاربت الآراء فى تحديد طبيعة الوفاء بمقابل ، فانه يظل وثيق الصلة بعقد البيع لانه ينقل ملكية الشيء الذى يؤدى فى مقابل الوفاء . ومن هنا ينشأ الخلط بين البيع وبين الوفاء بمقابل .

٧٤ ـ غير أن البيع يختلف عن الوفاء بمقابل اختلافا جوهريا . ذلك أن البيع عقد مستقل ، وسبب انتقال الملكية فيه هو دفع الثمن . أما الوفاء بمقابل فانه يفترض وجود التزام سابق ، وسبب انتقال الملكية فيه هو انقضاء هذا الالتزام . ويترتب على ذلك ان صحة الوفاء بمقابل مرتبطة بصحة

---

(٥٤) تطابق المادة (٣٥٠) من القانون المدنى المصرى .

(٥٥) راجع فى تفصيل ذلك : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٢ ، ف١٩٤٩ و١٩٥٢ ؛ السنهورى ، جـ٣ ، ف ٤٧٧ ـ ٤٨٠ وجـ٤ ، ف١١ ص٣٠ ؛ ذنون ، البيع ، ف ٨ وأحكام الالتزام ، ف ٣٢٦ .

الالتزام السابق والحال[٥٦] • ولذلك فان التكييف القانوني الذى يأخذ به معظم الفقهاء المعاصرين والذى يساير النصوص التشريعة فى العراق ومصر وفرنسا هو ان الوفاء بمقابل مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية• فهذا الازدواج فى طبيعة الوفاء بمقابل يقتضى ضرورة مراعاة انه يهيىء للمدين طريقا لابراء ذمته من الدين فيكسبه معنى الوفاء فتطبق أحكامه فى هذا المجال من جهة ، وانه ناقل لملكية المقابل الى الدائن كما تنتقل ملكية المبيع الى المشترى ، فتسرى عليه أحكام البيع من جهة اخرى[٥٧] •

وبهذا الحكم أخذ المشرع العراقى حيث قرر فى المادة (٤٠٠) من القانون المدني بانه : « يسري على الوفاء بمقابل من حيث انه ينقل ملكية الشيء الذى أعطي فى الدين أحكام البيع وبالاخص ما يتعلق منها باهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية • ويسري عليه من حيث انه يقضي الدين أحكام الوفاء وبالاخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات[٥٨] » •

اشتباه البيع بعقد القرض :

٧٥ ـ قد تدق التفرقة بين عقد البيع وعقد القرض بفائدة • ومن أمثلة عقد القرض هذا ما سماه « بوتييه » بالمهاترة (Mohatra) وفيه يشتري شخص سلعة بثمن مؤجل ، ثم يبيعها الى نفس البائع بثمن معجل يكون أقل من الثمن الذى اشتراها به ، فيقبض الثمن المعجل ويصبح مديناً بالثمن المؤجل وترجع السلعة الى صاحبها الاول • ويتكشف هذا البيع المزدوج

---

(٥٦) انظر : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٢ ف١٩٥٢ ، ذنون ، البيع ، ف٨ •

(٥٧) راجع : سلطان والعدوى ، ف٨٣ ؛ ذنون ، احكام الالتزام ، ف٣٢٦ •

(٥٨) يقابل نص المادة (٣٥١) من القانون المدنى المصرى •

عن عقد قرض بربا ، لأن المشترى لم يأخذ المبيع مطلقاً ، وانما اقترض الثمن المعجل فى مقابل التزامه باداء الثمن المؤجل عند حلول أجله ، ويكون الثمن المؤجل أكبر من الثمن المعجل • ففى هذه الحالة يكون المشتري المزعوم وكأنه قد اقترض الثمن المعجل بفائدة تعادل الفرق بين الثمنين المؤجل والمعجل(٥٩) •

فالواجب فى مثل هذه الاحوال استجلاء نية المتعاقدين • فاذا تبين انهما لم يقصدا نقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري ، كما فى المثال المذكور ، فان العقد لا يكون بيعاً بل قرضاً بربا فاحش • فمتى تبيّن للقاضي ان هذه هي نية الطرفين المتعاقدين ، ويغلب أن يكون الامر كذلك ، وجب عليه تطبيق أحكام القرض ومن ثم تخفيض الفوائد الفاحشة الى الحد الجائز قانوناً(٦٠) •

٧٦ – وبيع الوفاء وسيلة أخرى يُلجأ اليها أحياناً لتحقيق نفس الغرض • اذ يمكن ان لا يقصد به البيع الحقيقي ، بل يحتال به المتعاقدان للوصول الى عقد قرض برباً فاحش يكون مضموناً برهن حيازى • فيتظاهر البائع وفاءً انه يبيع مالا من أمواله ، بينما الواقع انه يرهن هذا المال عند المشتري وفاءً ، فاذا ردّ القرض فى المدة المحددة استردّ العين ، واذا لم يرده فى ميعاده ضاعت عليه(٦١) •

---

(٥٩) لذلك كان هذا العقد من بيوع الذرائع الربوية عند فقهاء الشريعة الاسلامية • فهو بيع باطل عندهم ، الا عند الحنفية فهو بيع فاسد (بداية المجتهد ، جـ٢ ، ص١٣٩) •

(٦٠) راجع : السنهورى ، جـ ٤ ف١١ ص٣٣ ؛ سلطان والعدوى ، ف٨٦ ؛ مرقس وامام ، ف٢٦ • وفى الفقه العراقى : العامرى ، البيع والايجار ، ص ٢٨ • كما يذهب استاذنا الدكتور حسن علي الدنون الى صحة هذا العقد اذا لم يزد الفرق بين الثمنين عن سبعة فى المائة فى السنة عملا بأحكام القواعد العامة فى الفوائد (ذنون ، البيع ، ف٢٢ ، ص ٢٨) •

(٦١) انظر : مرقس وامام ، ف٢٦ •

وقد حرّم القانون المدني المصري الحديث بيع الوفاء لكي لا يُتخذ وسيلة لمثل هذه الاغراض[٦٢] • اما المشرع العراقي فلم يبطل هذا النوع من العقود كما فعل المشرع المصري ، وانما اعتبر بيع الوفاء رهناً حيازياً (م ١٣٣٣ مدني عراقي) •

اشتباه البيع بالوصية

٧٧ ـ الوصية تمليك بلا مقابل مضاف الى ما بعد موت الموصي • فهي تتحد مع البيع فى انها تمليك ، لكنها تتميز عنه فى انها تبرع كالهبة وليست معاوضة ، وفى انها لا تنقل الملكية الاّ بعد وفاة الموصي ، وكذلك فى انها ليست عقداً وانما تصرف من جانب واحد • ومع هذا ، فقد يشتبه البيع بالوصية ، اذ قد يعمد الافراد الى التحايل على قواعد الوصية الآمرة فيتخذون من البيع ستاراً لها •

٧٨ ـ من المتفق عليه فى الفقه والقضاء ان العبرة فى مثل هذه الاحوال بنيّة الايصاء التي يمكن استخلاصها من الظروف الموضوعية التي تمّ التصرف فيها[٦٣] • ومن القرائن التي يعول عليها فى استنباط هذه النية احتفاظ البائع بحق الانتفاع بالمبيع واستغلاله الى حين وفاته ، وفقر المشتري وعدم استطاعته دفع الثمن باية حال من الاحوال ، واشتراط البائع عدم تملك المشتري للمبيع الاّ بعد وفاة البائع ، أو اذا ذكر فى العقد ان البائع اذا توفي المشتري قبله •

---

(٦٢) فقد نصت المادة (٤٦٥) من القانون المدني المصري على انه « اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا » •

(٦٣) راجع : السنهوري ، جـ١ ، هامش ١ ص ٥٩٦ ـ ٦٠٠ وخاصة ص ٥٩٧ وجـ٤ ، هامش ٣ص ٢٤ ـ ٢٥ ؛ ذنون ، البيع ، ف١٠ ؛ العامرى، ص ٣٢ ـ ٣٤ •

٧٩ ـ وقد حرص المشرع المصرى على أن يورد نصاً خاصاً بهذه المسألة فى القانون المدني الجديد فقرر فى المادة (٩١٧) منه : « اذا تصرف شخص لاحد ورثته واحتفظ باية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً الى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك » . فهذا النص ينشيء قرينة قانونية على توافر نية الايصاء ، وهي قرينة قابلة لاثبات العكس . فيجوز أن يثبت المتصرف اليه بكافة طرق الاثبات ان التصرف بيع أو هبة لا وصية(٦٤) .

٨٠ ـ اما المشرع العراقي فلم يورد نصاً مماثلا لنص المادة (٩١٧) من القانون المدني المصري . وعلى ذلك فان وصف التصرف بانه بيع أو وصية متروك للقضاء يقدره حسب الظروف الموضوعية التي تم التصرف فيها (٦٥) .

ومع هذا ، فانه يلاحظ بأن المشرع العراقي قد قرر فى المادة (١١٠٩) من القانون المدني بان « كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص فى مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة يعتبر كله او بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له » . فيمكن القول بان المشرع العراقي قد أقام فى النص المذكور قرينة على ان البيع الصادر من المورث يخفي وصية اذا صدر منه التصرف وهو فى مرض الموت . فاذا أثبت الورثة ان التصرف صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، فان ذلك يعتبر قرينة على انه تصرف على سبيل التبرع مضاف الى ما بعد موت مورثهم ، ومن ثم تسري عليه أحكام الوصية لا

---

(٦٤) راجع فى تفصيل ذلك ، السنهورى ، ج ٤ هامش ص٢٥ ؛ سلطان والعدوى ، ف٩٨ وما بعدها ؛ مرقس وامام ، ف٢٨ ص٣٦ـ٣٧ .

(٦٥) قارن : الصراف ، ف٧٨ : العامرى ، ص ٢٤ .

البيع[٦٦] .

٨١ – وبعد ان انتهينا من هذه المقدمة العامة لعقد البيع ، يمكننا ان ننتقل الآن الى دراسته . وسنسير فى بحثنا على الخطة التي اتبعها المشرع العراقي فى تقنين أحكام هذا العقد . فنبحث فى الباب الاول أركان عقد البيع ، ونبحث فى الباب الثاني الآثار التي تترتب على هذا العقد ، أي الالتزامات التي ينشئها فى ذمة كل من البائع والمشتري ، ثم نتكلم فى الباب الثالث عن بعض البيوع التي ميّزها المشرع باحكام خاصة .

---

(٦٦) قارن : سلطان والعدوى ، ف ٨٩ وما بعدها .

الباب الأول

أركان البيع

٨٢ ـ يشترط لانعقاد عقد البيع ، كما فى سائر العقود ، توافر أركان معينة لا يتم العقد بدونها وهي : الرضا والمحل والسبب .

أما السبب فلم يورد المشرع نصاً خاصاً به فى عقد البيع ، لان هذا العقد لا يتميز فى السبب بأية خصوصية تستحق دراسة خاصة لذلك يتعيّن الرجوع بشأن السبب الى أحكام القواعد العامة[١] .

يبقى من شروط انعقاد البيع : الرضا والمحل . أما المحل ، فسبق وان قلنا ان البيع عقد ملزم للجانبين ، أي انه ينشيء التزامات فى ذمة كل من الطرفين المتعاقدين . وأهم التزامات البائع محلها هو الشيء المبيع ، اما المشتري فاهم التزاماته دفع الثمن . لذلك كان لعقد البيع محلان رئيسان هما المبيع والثمن .

فنتكلم اذن فى أركان عقد البيع فى فصول ثلاثة ، اولها فى الرضاء ، وثانيها فى المبيع وثالثها فى الثمن .

---

(١) المادة (١٣٢) مدنى عراقى والمادة (١٣٦) مدنى مصرى .

الفصل الأول

الرضا LE CONSENTEMENT

الرضا

٨٣ ـ المقصود بالرضا (أو التراضي) تلاقي ارادتين متطابقتين على ابرام عقد ، أي اتحاد ايجاب أحد الطرفين بقبول الطرف الآخر (م ٧٣ مدني عراقي) • والرضا ركن انعقاد لا يتم العقد بدونه • غير انه اذا كان الرضا يلزم ويكفي ، كقاعدة عامة ، لانعقاد البيع ، فانه يجب ان يكون هذا الرضا صحيحاً ، بان يكون صادراً عن ذي اهلية وان تكون ارادة كل من طرفي العقد سليمة غير مشوبة بعيب من العيوب • وقد يتخذ الرضا بعض الصور، اذ قد يكون مباشراً وقد يكون مسبوقاً بمراحل تمهيدية • كما قد يقترن الرضا ببعض الاوصاف التي تعدل من أحكامه • فهناك من صور التراضي ما أورد له المشرع أحكاماً خاصة ينبغي أن نعرض لدراستها •

وعلى ذلك • فان الكلام فى الرضا يتطلب منا ان نقسم الكلام فيه الى ثلاثة فروع ، نتناول فى الفرع الاول منها وجود الرضا ، ثم نعرض فى الفرع الثاني لدراسة صحة الرضا ، وننتهي ، فى الفرع الثالث ، بالكلام فى بعض صور الرضا واوصافه •

الفرع الأول
وجود الرضا

٨٤ ـ البيع ، كما تقدم ، من العقود الرضائية • فالرضا شرط من شروط انعقاده • ويتم التراضي على البيع ، كما تقضي بذلك القواعد العامة لنظرية العقد ، اذا صادف ايجاب أحد الطرفين قبول الطرف الآخر • وهذا يقتضي أن تتوافر لدى كل من المتعاقدين ارادة معتبرة قانوناً ، وان يعبر الطرفان عن ارادتيهما ، وان يتطابق ايجاب أحد العاقدين بقبول الآخر

بحيث يكون مضمون التعبيرين واحداً • وتقضي القواعد العامة كذلك بأنه لا يشترط فى التعبير عن الارادة شكل مخصوص ، فكما يصح التعبير عنها باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة ، فانه يجوز ان يكون ذلك بأي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود (م ٧٩ مدني عراقي) • وكما يمكن ان يكون التعبير عن الارادة بالقول ، فانه يصح كذلك أن يكون بالفعل (م ٨٠ مدني عراقي) وحتى بالسكوت (انظر المادة ٨١ مدني عراقي) •

وتقرر القواعد العامة أيضاً بانه اذا كان التعاقد بين غائبين فان العقد يتم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص فى القانون يقضي بغير ذلك ، وانه يفترض ان الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما (م ٨٧ مدني عراقي) •

٨٥ ـ وما كل الذى ذكرنا الا ترديداً لاحكام القواعد العامة التي لا نريد ان نستعيدها هنا ، لان هذه الاحكام تطبق فى عقد البيع على النحو المفصل فى النظرية العامة للالتزامات • والذى يعنينا هنا هو الكلام فى العناصر التي يجب ان يحصل فيها تطابق ايجاب احد المتعاقدين بقبول المتعاقد الآخر ، ونعني بذلك وجوب الاتفاق بين المتعاقدين على العناصر الاساسية لعقد البيع وهي طبيعة العقد والمبيع والثمن •

٨٦ ـ والايجاب هو الارادة التي يعلن عنها اولا ، والقبول هو الارادة التي يعلن عنها ثانياً (م ٧٧ ف ١ مدني عراقي) • ويستوي ان يصدر الايجاب من البائع بالبيع أو من من المشتري بالشراء • فالمهم هو اتحاد الايجاب بقبول المتعاقد الآخر بائعاً كان او مشترياً •

ويغلب أن يكون الايجاب موجهاً الى شخص معين ، فلا ينعقد البيع عندئذ الا اذا اتحد هذا الايجاب بقبول الشخص الذى وجه اليه دون

غيره • ولكن الايجاب قد يتخذ فى العمل صوراً اخرى ، اذ كثيراً ما يوجه الى شخص غير معيّن بالذات كالايجاب الموجه الى الجمهور •

٨٧ ـ وهكذا يتعيّن علينا ان نبحث فى هذا الفرع العناصر التي يجب ان يتطابق فيها الايجاب والقبول وسنخصص لذلك المبحث الاول ، أما فى المبحث الثاني فسوف نتصدى لبحث الايجاب الموجه للجمهور ومدى التزام الموجب فى هذه الحالة ازاء جميع الاشخاص الذين يتقدمون اليه بالقبول •

المبحث الاول

العناصر التى يجب ان يتطابق فيها الايجاب والقبول

٨٨ ـ تقضي القواعد العامة بانه ، من أجل ان يتم البيع ، لا بد من اتفاق الطرفين المتعاقدين على طبيعة العقد وعلى المبيع والثمن[٢] •

الاتفاق على طبيعة العقد

٨٩ ـ لا ينعقد البيع الا اذا اتفق الطرفان المتعاقدان على طبيعة العقد الذى يريدانه • فلابد من أن تتجه ارادة البائع الى البيع وارادة المشترى الى الشراء • فاذا اتجهت ارادة أحدهما الى البيع واتجهت ارادة الآخر الى الايجار ، مثلا ، فلا ينعقد العقد لا بيعاً ولا اجارة لعدم اتفاقهما على طبيعة العقد • وكذلك لو قصد أحد المتعاقدين البيع وقصد المتعاقد الآخر الرهن ،

---

(٢) وقد كانت المادة (٥٥٧) من المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى الجديد تنص على انه : « يتم البيع برضاء المتعاقدين احدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع والثمن » ، ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة لان حكمه مستفاد من القواعد العامة (راجع ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٤ ، ص١٤ ـ ١٥ فى الهامش) • وتنص المادة (٣٨٨) من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على انه : « لايكون البيع تاما الا اذا اتفق المتعاقدان على نوع العقد وعلى المبيع والثمن » • وانظر : اوبرى ورو ، ج ٥ ، ص٤٢٥ •

فان العقد لا ينعقد لا بيعاً ولا رهناً لعدم تطابق الايجاب والقبول على عقد معين .

٩٠ ـ وقد يحدث أن يتفق الطرفان المتعاقدان على طبيعة عقد من العقود غير البيع وتتجه ارادة كل منهما الى ابرام هذا العقد ، ولكنهما يطلقان عليه وصف البيع اخفاءً لحقيقة العقد الذى قصدا اليه(٣) ، أو نتيجة لخطئهما فى وصفه الوصف الحقيقي . فلا ينعقد العقد على أنه بيع وانما على ما قصد اليه المتعاقدان حقيقة . ويتعيّن على قاضي الموضوع فى مثل هذه الاحوال ان لا يتقيد بالاوصاف التي يطلقها المتعاقدان على ما تم بينهما من اتفاق وان يهتدى بظروف الواقع لتكييف العلاقة القانونية التي نشأت بين المتعاقدين التكييف الصحيح ، لان العبرة فى العقود بالمقاصد والمعاني لا بالالفاظ والمباني (م ١٥٥ مدني عراقي) .

الاتفاق على المبيع :

٩١ ـ وتقضي القواعد العامة كذلك بأنه لابد لانعقاد البيع من اتفاق الطرفين على محله . فيجب ، من أجل ذلك ، أن يتفق البائع والمشتري على الشيء المبيع ، ولا يتم البيع اذا اختلفت ارادتهما حول ذلك ، كما لو كان للبائع داران وأراد المشتري أن يتملك احداهما فقبل البائع أن يبيعه الدار الاخرى ، أو كما لو طلب المشتري من احدى دور الكتب أن تبيعه كتابا معينا فتبيعه هي كتابا آخر . فلا يكون فى مثل هذه الاحوال ثمة بيع لعدم التراضي على المبيع ، فقد قصد المشتري شيئاً معيناً وقصد البائع شيئاً آخر .

الاتفاق على الثمن :

٩٢ ـ ولا يكفي لانعقاد البيع أن يتفق المتعاقدان على طبيعة العقد وعلى

---

(٣) كما فى عقد القرض بربا (المهاترة Mohatra) أو فى عقد البيع الساتر لوصية .
(راجع الفقرات ٧٥ ـ ٨٠ آنفا) .

المبيع ، بل لابد ، الى جانب ذلك ، من اتفاق ارادتيهما على الثمن • اذ يجب أن يتفق المتعاقدان على محل العقد ، والمحل فى البيع مزدوج : المبيع فى جانب البائع والثمن فى جانب المشتري • فلا ينعقد البيع اذا طلب البائع ثمناً معيناً فى المبيع ، فقبل المشتري الشراء بثمن أقل • وكذلك الحال لو عرض المشتري شراء العين المبيعة بثمن معين فوافق البائع أن يبيعها بثمن أعلى •

٩٣ ـ وقد تساءل الشراح عن حكم الفرض الآتي : اذا عرض البائع بيع العين بثمن معين فيقبل المشتري الشراء بثمن أعلى ، أو اذا عرض المشتري ثمناً معيناً فقبل البائع البيع بثمن أقل • فهل يكون هناك اتفاق على الثمن ، وبالتالي هل ينعقد البيع أم لا ؟[٤] •

٩٤ ـ يذهب فريق من الشراح[٥] الى القول بعدم امكان انعقاد العقد فى مثل هذه الاحوال ، لأن القبول يجب أن يطابق الايجاب فى كل المسائل التي تناولها • فاذا لم تتحقق هذه المطابقة ، انزل القبول منزل الايجاب وأصبح مفتقراً الى قبول الموجب • والسبب فى ذلك ان قاعدة التطابق يجب الاخذ بها على اطلاقها • فلو قبل المشتري ثمناً يزيد على ما يطلبه البائع الموجب ، أو قبل البائع بثمن يقل عما يعرضه المشتري انتفت مطابقة القبول للايجاب قانونا وهي المطابقة المطلوبة وفقا للمادة (٨٥) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه : « اذا أوجب أحد العاقدين يلزم لانعقاد العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للايجاب » •

٩٥ ـ ولكن ، يلاحظ على هذا الرأى[٦] انه يأخذ نص المادة (٨٥)

---

(٤) يرى بعض الشراح ان هذا الفرض نادر الوقوع (السنهورى ، جـ٤ ، هـ ١ ص٤٣ ؛ ذنون ، البيع ، ف ٢٤) أو انه أقرب الى الخيال منه الى الحقيقة (الشريف ، ف ١١٥) • انظر عكس ذلك : الصراف ، هـ ١ ص ٤٤ •

(٥) الشريف ، ف ١١٥ •

(٦) راجع فى تفصيل ذلك ، الصراف ، ف ١٠١ ـ ١٠٢ •

المشار اليه بمعزل عن بقية نصوص القانون المدني العراقي التي تنظم أحكام التراضي وبصورة خاصة نص المادة (٨١) والتي تقرر فى فقرتها الثانية ان السكوت يعتبر قبولا اذا تمحض الايجاب لمنفعة من وجه اليه • فمن الجمع بين النصين المذكورين يمكن التوصل الى نتيجة تخالف ما ذهب اليه انصار الرأى الاول ، وهي انه اذا عدّل المشتري من ايجاب البائع بالزيادة ، أو غيرّ البائع فى ايجاب المشتري بالنقصان ، فيكون كل منهما قد وجّه ايجاباً جديداً • « فاذا صادف هذا الايجاب سكوتاً من الطرف الآخر أمكن اعتبار هذا السكوت قبولا وذلك طبقا للمادة (٨١) حيث قد تمحض هذا الايجاب لمصلحة الساكت • من هنا نصل الى القول بامكان تصوّر انعقاد العقد على أيمّا صورة من صور الانعقاد »[٧] •

٩٦ ـ وقد جرى البعض على ما ذهب اليه الفقيه الفرنسي « بوتييه » الى أن البيع ينعقد بالثمن الاقل لأن المشتري وقد قبل الشراء بثمن أعلى من الثمن الذى يطلبه البائع يعتبر راضياً بأن يشتري بالثمن الاقل من باب أولى[٨] •

غير انه يؤخذ على هذا الرأى انه كما يمكن القول بان المشتري الذى يقبل الشراء بالثمن الاكبر ، فهو يقبل بالثمن الاقل من باب أولى ، فانه يمكن القول كذلك بان البائع الذى يرضى بالثمن الاقل الذى يعرضه المشتري ، فانه يقبل بالثمن الاكبر من باب أولى •

لذلك يرى بعض الشراح الذين يذهبون مذهب « بوتييه » بأن التعليل الصحيح لانعقاد البيع بالثمن الاقل هو ما تقضي به القواعد العامة بأن الشك فى

---

(٧) الصراف ، ف ١٠٢ ص٤٦ • وقرب من ذلك : السنهوري ، جـ٤ ، هـ١ ص ٤٣ ـ ٤٤ ومرقس وامام ، ف ٣٢ ص ٤٤ •

(٨) راجع : بودرى وسينيا ، ف ٢١ ص ١٥ •

الالتزامات يفسر فى صالح المدين • وحيث ان المشتري هو المدين بأداء الثمن ، ينبغي أن يُفسر الالتزام لمصلحته ، وتقضي مصلحة المشتري بالزامه بالثمن الاقل • وهذا ما يذهب اليه كذلك جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية[٩] •

٩٧ – ويرى فريق ثالث من الفقهاء[١٠] بأن ما يذهب اليه انصار « بوتييه » لا يمكن الاخذ به على أطلاقه لأنه لا يصدق الا فى حالة وقوع المشتري فى الغلط • ولذلك فانهم يذهبون الى وجوب التفريق بين حالتين :

الاولى : اذا زاد المشتري فى الثمن الذي طلبه البائع أو اذا انقص البائع فى الثمن نتيجة وقوعه فى الغلط ، فان العقد ينعقد على الثمن الاقل • واذا اعترض على هذا الرأى بالقول بأن البائع وقد رضي أن يبيع بالثمن الاقل فانه يكون راضيا دون شك أن يبيع بالثمن الاكبر فلم لا ينعقد البيع على الثمن الاكبر ، فانه يمكن الرد على هذا الاعتراض بأن الحل الاصلح للملتزم بالثمن ، وهو المشتري ، هو الذى ينبغي أن يؤخذ به ، فيتم العقد على الثمن الاقل[١١] • ومما تجدر الاشارة اليه فى هذا الصدد ان مجلة الاحكام العدلية قد نصت فى المادة (١٧٨) على حكم مماثل اذا لم يكن قبول البائع لما زاده المشتري فى الثمن فى مجلس العقد[١٢] • أما اذا كان قبول البائع لهذه الزيادة فى المجلس التزام المشتري بأن يعطيه مبلغ

---

(٩) انظر : ذنون ، البيع، ف٢٤ ، وراجع: السنهوري، جـ٤، هـ١ ص٤٣ •
(١٠) مرقس وامام ، ف ٣٢ ، السنهوري ، جـ ٤ ، هـ ١ ص ٤٣ – ٤٤ •
(١١) انظر : السنهوري ، جـ ٤ ، هـ ١ ص ٤٣ •
(١٢) تقضي المادة (١٧٨) من المجلة بأنه : « تكفي موافقة القبول للايجاب ضمنا فلو قال البائع للمشتري بعتك هذا المال بألف قرش وقال المشتري اشتريته منك بألف وخمسمائة قرش انعقد البيع على الالف الا انه لو قبل البائع هذه الزيادة فى المجلس يلزم المشتري حينئذ ان يعطيه الخمسمائة قرش التى زادها ايضا وكذا لو قال المشتري للبائع اشتريت منك هذا المال بألف قرش فقال البائع بعته منك بثمانمائة قرش ينعقد البيع ويلزم تنزيل المائتين من الالف » •

الزيادة لأن كلام المشتري فى هذه الحالة يعتبر ايجابا جديدا وكلام البائع قبولا له فينعقد بيع جديد بالثمن الاخير[١٣] .

الثانية : وقد يحدث ان يعرض المشتري شراء العين المبيعة بثمن معين ، ولكن البائع يقبل أن يبيع بثمن أقل لانه يعتقد بأن العدل يأبى عليه أن يساير المشترى فى الثمن الذى عرض الشراء به لانه اكبر من الثمن الحقيقى العادل للعين المبيعة . فلا يتطابق فى هذه الحالة قبول البائع مع ايجاب المشترى ، فيعتبر قبول البائع ايجابا جديدا وينعقد البيع بالثمن الاقل ولايحتاج لانعقاده الى قبول المشترى ، بل يعتبر سكوته لان الايجاب الجديد نافع له نفعاً محضاً ، وذلك تطبيقا لحكم المادتين ٩٦ و٩٨ من القانون المدنى المصرى الجديد[١٤] .

وقد يحدث كذلك ان يزيد المشترى فى الثمن لاقتناعه بان قواعد الاخلاق تفرض عليه ذلك لان الثمن الذى طلبه البائع أقل بكثير من قيمة المبيع الحقيقية . فالعبرة هنا هى بالثمن الاعلى الذى سماه المشترى وينعقد البيع عليه ، لان قبول المشترى الشراء بالثمن الاعلى يعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديدا يقبله البائع بسكوته لانه ايجاب تمحض لمنفعته[١٥] .

٩٨ ـ ويبقى بعد ذلك أن نعلم بأنه ليس من الضرورى لانعقاد البيع أن ينصب الرضا على جميع أحكام البيع وشروطه . فيكفي لتمام العقد أن

---

(١٣) راجع : القاضي ، شرح المجلة ، جـ ١ ، ص ١٨٥ .

(١٤) تنص المادة (٩٦) مدني مصري على انه : « اذا اقترن القبول بما يزيد فى الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديداً » . ولا يقابل هذا النص ما يماثله فى القانون المدنى العراقى . أما المادة (٩٨) فتقرر فى فقرتها الثانية بأنه « يعتبر السكوت عن الرد قبولا .. اذا تمحض الايجاب لمنفعة من وجه اليه » ، وهذا النص يقابل نص المادة ٢/٨١ عراقي .

(١٥) انظر : مرقس وامام ، ف ٣٢ ص ٤٤ ؛ السنهوري ، جـ ٤ ، هـ ١ ص ٤٣ ـ ٤٤ .

تتجه ارادتهما الى البيع والشراء وأن يتفقا على المبيع والثمن ، ولا ضرورة لاتفاقهما على جميع الشروط والتفاصيل • فقد تكفل القانون نفسه ببيان ذلك عند سكوت الطرفين بما أورده من قواعد مكملة ومفسرة تكون واجبة التطبيق عند عدم الاتفاق على ما يخالفها • فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٨٦) من القانون المدنى العراقى على انه : « اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم ، واذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة الموضوع ولاحكام القانون والعرف والعدالة»(١٦) •

ويترتب على هذا ان البيع يتم حتى اذا لم يحدد المتعاقدان ، مثلا ، الوقت الذى يدفع فيه الثمن ، أو الوقت الذى يتم فيه تسليم المبيع ، او الوقت الذى يبدأ فيه انتفاع المشترى بالعين المبيعة ، او عمن يلتزم بدفع مصروفات البيع •

ولكن قد يحدث أن لا يغفل المتعاقدان هذه التفاصيل اغفالا تاما ، بل يتفاوضان بشأنها ولكنهما لا يتفقان عليها ، فيمكن القول ببطلان العقد فى هذه الحالة لان اختلافهما على هذه المسائل يعتبر دليلا على انها كانت فى تقدير أحد العاقدين او كليهما من الشروط الجوهرية فى العقد(١٧) •

---

(١٦) يلاحظ على هذا النص انه لم يورد تفسيراً أو معياراً للتمييز بين ما يعتبر من المسائل الجوهرية فى العقد وبين ما يعتبر من المسائل التفصيلية (انظر : الشريف ، ف ١١٧ ص ١٢ وهامش ٢ ص ١١٢) •

(١٧) راجع : السنهورى ، ج ٤ ، ف ٢٠ ص ٤٦ ؛ مرقس وامام ، ف ٣٣ ص ٤٥ ـ ٤٦ ؛ ذنون ، البيع ، ف ٢٥ ص ٣١ ؛ الصراف ، ف ٩٦ •

المبحث الثاني

الايجـاب الموجـــه للجمهور

٩٩ ـ سبق وان المحنا الى انه يغلب أن يكون الايجاب موجهـــا الى شخص معين بالذات ، فينعقد البيع بقبول هذا الشخص دون غيره ، وقلنا انه يمكن ان يتخذ الايجاب صورا عملية اخرى حيث يعمد التجار ، كما جرت العادة ، الى عرض بضائعهم فى واجهات متاجرهم وعليها اثمانهـــا ، او الى الاعلان عن السلع التى يتجرون بها فى الصحف والنشرات و « الكتالوكات » مع بيان ثمن كل منها ، او الى وسائل دعائية اخرى يلجأون اليها لتعـريف سلعهم .

فكل هذه الصور العملية للايجاب أصبحت اليوم مألوفة فى التجارة ، والجامع الذى يجمع بينها هو أن الايجاب يكون موجهـــا للجمهور فى مجموعه دون تمييز (١٨) . فالى أى حد يعتبر هذا الايجاب صحيحا ، والى أى مدى يكون ملزما وصالحا لان يقترن به قبول أى فرد من الجمهور ؟

عرض البضائع فى واجهات المتاجر :

١٠٠ ـ لا نزاع فى ان عرض التجار للبضائع فى واجهات متاجرهـم مع بيان أثمانها يعتبر موجها الى الجمهور . فقد قضت الفقرة الاولى من المادة (٨٠) من القانون المدني العراقي بأنه : « يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنهـا ايجابا » . ويظل هذا الايجاب قائما وصالحا لان يقترن به قبـول أى فـرد من أفراد الجمهور ما دام التاجر لم يرجع بعد عن ايجابه ، بسحب البضاعة من واجهة المحل ، مثلا ، أو برفع الثمن المكتوب عليها . فينعقد البيع بـين صاحب المتجر ومن يتقدم اليه بالقبول ، وذلك لان الاصل فى عقد البيع ،

---

(١٨) انظر : السنهوري ، ج ٤ ، ف ٢١ .

وبخاصة فى مثل هذه البيوع ، ان شخص المشترى لا يكون محل اعتبار فى التعاقد[١٩] .

١٠١ ـ غير أن هذا العقد يرد على البضاعة ذاتها المعروضة فى واجهة المحل ، فلا تجوز مطالبة المشترى البائع بأن يسلمه بضاعة اخرى مماثلة لها . ومع ذلك ، لا يجوز للمشترى المطالبة بنفس البضاعة المعروضة متى ما قدم التاجر مثيلا لها وذلك لما يحتاجه ترتيب الواجهة من مجهود . فيجب على المشترى قبول ذلك والا كان متعسفا فى استعمال حقه[٢٠] .

الاعلان عن البضائع فى الصحف أو فى النشرات الخاصة :

١٠٢ ـ والاعلان عن البضائع مع بيان أثمانها فى الصحف او النشرات الخاصة التى توزعها المتاجر على الجمهور يعتبر كذلك ايجابا صحيحا صالحا لاقتران القبول به . وعلى التاجر ان يسلم البضائع للذين يتقدمون اليه بطلباتهم فى حدود ما يكون باقيا لديه من البضائع التي أعلن عنها . أما اذا كان وصول القبول الى التاجر بعد نفاد البضاعة فلا ينعقد به بيع ولا يلتزم به التاجر لان القبول قد وصل اليه بعد سقوط ايجابه . فالايجاب يظل قائما ما دامت البضاعة موجودة عند التاجر ، فاذا نفدت سقط الايجاب من تلقاء نفسه . فنفاد السلعة يعتبر بالنسبة للتاجر رجوعا منه فى ايجابه جرى العرف على ان ينتج آثاره دون حاجة الى إعلانه[٢١] .

١٠٣ ـ واذا كان التاجر قد اعلن عن بضاعة لم يكن عنده شىء منها وقت الاعلان عنها ، أو كان عنده منها قدرا يسيرا فقط ، فان ايجابه يكون صحيحا ويلتزم باجابة طلبات من يتقدم اليه بالقبول فى المدة المحددة للايجاب

---

(١٩) انظر فى هذا المعنى : مرقس وامام ، ف ٣٥ .

(٢٠) راجع : مرقس وامام ، ف ٣٥ ؛ ذنون ، الالتزامات ، ف ٧١ ص ٦٨ .

(٢١) راجع : السنهوري ، جـ ٤ ، ف ٢١ ص ٤٩ وهامش ١ ص ٤٩ .

او فى المدة المعقولة التى يقدرها القاضى فى كل حالة على حدة اذا لم تكن قد حددت فى الاعلان مدة للايجاب يسقط بانقضائها • ذلك لان التاجر قد قصد بايجابه ان يشترى من البضاعة فى السوق ما يلبي به طلبات الذين يقبلون ايجابه ، والا كان هذا الايجاب لا معنى له • وليس للتاجر المعلن أن يتحلل من التزامه بحجة ارتفاع أسعار البضاعة التى اعلن عنها او الندرة التى طرأت عليها بعد الاعلان • وليس له كذلك ان يحتج بعدم وجود البضاعة لديه ، واذا امتنع عن تنفيذ التزامه ، استنادا الى حجج كهذه ، لزمه التعويض (٢٢) •

١٠٤ ـ فرضنا فى جميع ما تقدم ان الايجاب كان صحيحا صالحا لان يقترن به القبول، بأن كان عرض البضائع أو الاعلان عنها مصحوبا ببيان أثمانها • أما اذا لم يُبين على السلعة المعروضة ثمنها ، أو كان الاعلان عنها خاليا من بيان هذا الثمن ، أو كانت هناك بيانات عن الثمن لا يستطيع العميل ادراك معناها ؛ فلا يعتبر العرض أو الاعلان فى احوال كهذه ايجابا يصلح لاقتران القبول به ، بل مجرد دعوة للتفاوض • وفى هذا المعنى يقرر نص الفقرة الثانية من المادة (٨٠) من القانون المدنى العراقى بأنه : « اما النشر والاعلان وبيان الاسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض او بطلبات موجهة للجمهور او للافراد فلا يعتبر عند الشك ايجابا وانما يكون دعوة الى التفاوض» (٢٣) •

---

(٢٢) راجع فى تفصيل ذلك : السنهوري ، ج ٤ ، ف ٢١ ؛ مرقس وامام ، ف ٣٦ •

(٢٣) وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى الجديد يشتمل على نص مطابق للنص المشار اليه هو نص المادة ١٤٣ من المشروع ، ولكنه حذف فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة اليه اذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه (انظر : مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٢ هامش ص ٤١) •

والذى يميز الايجاب عن الدعوة الى التفاوض هو انه اذا استجيبت هذه الدعوة فان هذه الاستجابة لا تعتبر قبولا يتم العقد به ، بل ايجابا[٢٤] نهائيا ملزما لطالب الشراء يصلح أن يقترن به قبول صاحب الدعوة • فاذا صدر هذا القبول بعد ذلك انعقد البيع •

الفرع الثاني

صحة الرضا

١٠٥ ـ رأينا انه ، لكى ينعقد البيع ، لابد من توافر ركن الرضا • غير انه اذا كان الرضا يكفى ، كقاعدة عامة ، لانعقاد البيع ، فانه لا يكفى لصحته • فلكي ينعقد البيع صحيحا ، توجب القواعد العامة ان يكون كل من المتعاقدين أهلا لابرامه ، وان تكون ارادة كل من طرفيه سليمة لايشوبها عيب من عيوب الرضا •

ولهذا ، فاننا سنقسم الكلام فى هذا الفرع الى مبحثين ، نخصص أولهما للكلام فى أهلية المتعاقدين ، وثانيهما لسلامة الرضا من العيوب •

المبحث الاول

الاهلية فى عقد البيع

١٠٦ ـ لم يورد المشرع العراقى ، شأنه فى ذلك شأن المشرع المصرى ، نصوصا خاصة لتنظيم الاهلية فى عقد البيع ، بل اكتفى فى ذلك بالقواعد العامة • ولذلك سوف نقتصر هنا على شرح موجز لاحكام هذه القواعد وتطبيقها فى عقد البيع •

١٠٧ ـ الاهلية[٢٥] هى صلاحية الشخص لان يباشر التصرفات

---

(٢٤) ويتميز هذا الايجاب عما سواه من ضروب الايجاب بأن من وجه اليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع • وليس هذا الحكم الا نتيجة للحالة التى انشأها صاحب الدعوة ، (مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ، ج ٢ ، ص ٤٥ ـ ٤٦) •

(٢٥) المقصود بالاهلية هنا هو اهلية الاداء • فهي تختلف عن اهلية الوجوب التى هى صلاحية الشخص لان تكون له حقوق وعليه التزامات •

القانونية لحساب نفسه • فهى بهذا التحديد تختلف عن الولاية على المال • لان الولاية على المال صلاحية بالنسبة لمال الغير حيث يسرى أثـــر التصرف القانونى فيها على أموال شخص آخر غير من باشر التصرف القانونى • أمـا الاهلية فهى صلاحية بالنسبة لمال الشخص نفسه ولا ينسحب اثرهـا الى أموال غيره •

١٠٨ ـ والاهلية مناطها التمييز • لان الارادة هى التى تتجـــه الى احداث الاثر القانونى فى حق الشخص ، والارادة لا تصدر الا عن تمييز • فمن اكتمل تمييزه كملت اهليته ، ومن نقص تمييزه نقصت اهليته ، ومـن انعدم تمييزه انعدمت اهليته(٢٦) •

وعلى ذلك ، يمكن تقسيم الاشخاص ، من حيث تمتعهم باهلية الاداء ، الى أقسام ثلاثة : الاول كامل الاهلية ، والثاني ناقص الاهلية ، والثالث عديم الاهلية •

فكامل الاهلية ، هو البالغ العاقل الرشيد الذى لم يحجر عليه بسبب اصابته بأحد عوارض الاهلية وهى الجنون والعته والسفه والغفلة •

اما ناقص الاهلية فهو الصغير المميز الذى جاوز السابعة من عمره ومن يلحق به فى الحكم وهم : المعتوه والمحجور عليه لسفه او غفلة (المواد ١٠٧ و١٠٩ و١١٠ مدني) •

أما عديم الاهلية فهو الصبي غير المميز ، وهو من كان دون ســبع سنوات ، ويلحق به المجنون المطبق (م ١٠٨ مدني عراقى) •

١٠٩ ـ وكذلك التصرفات • فهى تنقسم ، طبقا لما جاء فى النظريـة العامة للاهلية ، الى ثلاثة أقسام :

(١) تصرفات نافعة نفعاً محضاً ، وهى التى يترتب عليها اغتناء مـن يباشرها دون ان يترتب فى ذمته بسببها أي التزام كقبول الهبات والتبرعات •

(٢) تصرفات ضارة ضرراً محضاً ، وهى التى يترتب عليها افتقار من يباشرها دون ان يصيبه أي مقابل كالتبرع والوصية •

---

(٢٦) قارن : السنهوري ، جـ ٤ ، ف ٥٧ ؛ عامر ، ف ٧٤ •

(٣) وتصرفات دائرة بين النفع والضرر ، وهي التى يأخذ من يباشرها مقابلا لما يعطيه كعقد البيع والاجارة والشركة وغير ذلك من عقود المعاوضات •

١١٠ ـ فأهلية الاداء تثبت تامة لكامل الاهلية ، فله ان يباشر جميع التصرفات لان المفروض ان مثل هذا الشخص لا يقدم على التصرف الا عن ارادة واعية بصيرة •

فمن بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة كاملة ، وهى سن الرشد فى القانون العراقى[٢٧] ، (م ١٠٦ مدني) ، وكان غير محجور عليه ، فقد توافرت فيه اهلية التصرف كاملة وكانت له اهلية البيع والشراء دون قيد •

١١١ ـ أما ناقص الاهلية ، كالصغير المميز ومن يلحق به فى الحكم ، فله ان يباشر من العقود ما كان نافعاً له نفعاً محضاً كقبول الهبات والابراء من الدين ، وليس له ان يبرم العقود الضارة ضرراً محضاً • فليس له أن يهب ماله أو ان يبرىء مدينه من دينه • وأما العقود الدائرة بين النفع والضرر كالبيع فتنعقد موقوفة على اجازة وليه فى الحدود التى يجوز فيها للولي التصرف ابتداءً (م ٩٧ مدني عراقى) •

وولي الصغير[٢٨] ابوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة او الوصي الذى نصبته المحكمة (م ١٠٢ مدني عراقي) • أما ولي السفيه وذي الغفلة فهو المحكمة او وصيها فقط ، وليس لابيه وجده ووصيهما حق الولاية عليه (م١٠٩ و١١٠ مدني عراقي) •

فاذا كان الاب او الجد مستور الحال وتصرف فى مال الصغير وكان

---

(٢٧) اما فى القانون المصرى فسن الرشد احدى وعشرون سنة (م ٤٤ ف ٢ مدنى مصرى) •

(٢٨) يقصد بالولي هنا الولي بالمعنى الواسع للاصطلاح • اما الولي بالمعنى الضيق فهو الاب أو الجد الصحيح (أب الأب) •

تصرفه بمثل القيمة او بغبن يسير صح العقد ونفذ • أما اذا عرفا بسوء التصرف ، فللحاكم ان يقيّد من ولايتهما او ان يسلبهما هذه الولاية (م ١٠٣ مدني عراقي) •

أما اذا لم يكن للصغير ولي (أب او جد) فان الذى تكون له الولاية على ماله هو الوصي سواء كان مختارا او منصوبا من المحكمة • ويكون لهذا الوصي أن يباشر عن الصغير عقود الادارة ، وتكون هذه العقود صحيحة ونافذة ولو كانت بيسير الغبن • ومثال عقود الادارة ، التى يكون للوصي ان يباشرها ، الاجارة اذا لم تزد مدتها عن ثلاث سنوات واعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وايفاء الديون وبيع المحصولات الزراعية والمنقول الذى يسرع اليه التلف (م ١٠٥ ف١ مدني عراقي) • اما التصرفات الاخرى التى لا تدخل فى حدود الادارة كالبيع فى غير ما ذكر والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع واستثمار النقود فلا تصح الا باذن من المحكمة وبالطريقة التى تحددها (م١٠٥ ف٢) •

١١٢ ـ هذه هى الحدود التى يجوز فيها للولي او للوصي التصرف ابتداءً والتي أشار اليها المشرع فى المادة (٩٧) من القانون المدني فيجوز للولي او الوصى فى نفس هذه الحدود ان يجيز عقود البيع او الشراء التى يبرمها الصغير المميز والتى تنعقد موقوفة على اجازته كما مرّ • وللولي أو الوصي اجازة العقد الذى أبرمه ناقص الاهلية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ علمه بصدور التصرف • فاذا لم يصدر خلال هذه المدة من الولي او من الوصي ما يدل على رغبته فى النقض ، اعتبر العقد نافذاً (م ١٣٦ مدنى عراقي) •

ويجوز كذلك للصغير المميز نفسه ، اذا بلغ سن الرشد خلال هذه المدة ولم يصدر من وليه او من وصيه ما يدل على الاجازة او النقض ، أن يجيز العقد او ان ينقضه خلال نفس المدة بعد بلوغه سن الرشد[٢٩] •

---

(٢٩) انظر الفقرة الثالثة من المادة ١٣٦ مدنى عراقى •

١١٣ ـ واذا كانت هذه هى احكام القواعد العامة فى اهـلية الاداء وتطبيقها على البيع والشراء بالنسبة للصغير المميز ، فان المشرع العراقى قد خرج على حكم هذه القواعد فى حالة معينة يكفى فيها سن التمييز دون بلوغ سن الرشد لتتوافر فى الشخص اهلية البيع والشراء .

فقد جوز المشرع للولي ، بترخيص من المحكمة ، ان يسلم الصغير المميز ، اذا اكمل الخامسة عشرة من عمره ، مقدارا من ماله ويأذن له فى التجارة تجربة له ، ويكون الاذن مطلقاً او مقيداً . وعند امتناع الولى عن الاذن للصغير ، فان للمحكمة أن تأذن له فى ذلك . والصغير المأذون يعتبر ، بالنسبة للتصرفات الداخلة تحت الاذن ، بمنزلة البالغ سن الرشد ، (المواد ٩٨ ـ ١٠١ مدني عراقى) .

وسواء كان الاذن من الولي او من المحكمة ، فأن الصغير المميّز ، متى ما تسلم أمواله ، كانت اهليته كاملة بالنسبة للتصرفات الداخلة تحت الاذن. ولذلك فان البيوع التى يبرمها فى حدود الاذن تعتبر صحيحة ونافذة . أما عقود البيع والشراء التى لا تتعلق بالتجارة التى أذن له فيها ، فانها تكـون موقوفة على اجازة وليه .

١١٤ ـ أما فى القانون المصرى ، ففضلا عما نصت عليه المادة (١١٢) من القانون المدنى بانه : « اذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره واذن له فى تسلم أمواله لادارتها ، او تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الادارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » ، فان هناك أحوالا اخرى نص عليها قانون الولاية على المال الصادر سنة ١٩٥٢ يكفى فيها التمييز لتكون للشخص اهلية ابرام عقود البيع والشراء[٣٠] .

---

(٣٠) راجع فى تفصيل ذلك : السنهورى ، ج ٤ ، ف ٥٩ ؛ عامـر ، ف ٧٦ .

١١٥ ـ واما عديم الاهلية (الصغير غير المميز ويلحق به المجنون المطبق) فهو ليس اهلا لا للبيع ولا للشراء ، لان البيع يعتبر من الاعمال الدائرة بين النفع والضرر ، وعدم الاهلية لا يستطيع مباشرة اى تصرف • ولذلك فان عقود البيع والشراء التى يبرمها تقع باطلة وان اذن له وليه او اجازه (م٩٦ مدني عراقى) •

١١٦ ـ وخلاصة ما نحن بصدده ان من بلغ سن الرشد غير محجور عليه ، على ما سبق بيانه ، فله البيع والشراء دون قيد •

أما ناقص الاهلية ، وهو الصغير المميز والمعتوه والمحجور عليه لسفه او غفلة ، فله مباشرة البيع والشراء بشرط اجازة الولي • فبيع ناقص الاهلية او شراؤه موقوفا على اجازة وليه •

واما عديم الاهلية فليس اهلا للبيع لانه عقد يدور بين النفع والضرر وليس لعديم التمييز ذلك ، كما مر بنا •

المبحث الثاني

عيوب الرضا فى عقد البيع

١١٧ ـ قلنا ان صحة عقد البيع تتوقف ، من جملة ما تتوقف عليه ، على سلامة الرضا من العيوب • وعيوب الرضا فى البيع هي عيوبه فى أي عقد آخر •

وهذه العيوب ، كما نص عليها القانون المدني العراقي ، أربعة هي : الاكراه (المواد ١١٢ ـ ١١٦) ، والغلط (المواد ١١٧ ـ ١٢٠) ، والتغرير مع الغبن (١٢١ ـ ١٢٤) ، والاستغلال (المادة ١٢٥) •

فاذا اعترى ارادة أحد الطرفين المتعاقدين اكراه أو شابها غلط أو تغرير مع غبن فاحش كان البيع موقوفاً على اجازة من شاب ارادته عيب من هذه العيوب • فيثبت له الحق فى اجازة البيع أو نقضه خلال ثلاثة أشهر من

الوقت الذى يرتفع فيه الاكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التغرير (م ١٣٦ ف ٣ مدني) • فاذا لم يصدر فى هذه المدة ما يدل على الرغبة فى نقض العقد اعتبر العقد نافذاً (م ١٣٦ ف ٢ مدني) •

أما الاستغلال فانه لا يجعل العقد موقوفاً ، أي انه لا يمنع من نفاذ البيع ، ولكنه يجعل للمتعاقد الذى استغلت حاجته أو عدم تبصره أن يطالب ، اذا توافرت شروط الاستغلال ، لا ببطلان العقد أو فسخه بل برفع الغبن الذى لحقه نتيجة هذا الاستغلال الى الحد المعقول فى خلال سنة من وقت ابرام العقد اذا كان العقد من عقود المعاوضات ؛ اما اذا كان العقد من عقود التبرعات فانه يجوز له أن ينقضه خلال نفس المدة • ولما كان البيع عقداً من عقود المعاوضات ، فلا يكون للمتعاقد المغبون ، بائعاً كان أو مشترياً ، الا ان يطالب برفع الغبن الى الحد المعقول •

١١٨ ـ واذا كان لنا ان نحيل فى دراسة هذه العيوب الى أحكام القواعد المقررة ضمن النظرية العامة للعقد كما هي مفصلة فى كتب النظرية العامة للالتزامات ، فانه ينبغي ، مع ذلك ، ان نعرض بايجاز للغلط اذ انه يتصل اتصالا وثيقاً بالغلط فى صفات المبيع وبخيار الرؤية الذى أخذ المشرع العراقي أحكامه عن الفقه الاسلامي • كما ان للغبن أهمية خاصة فى عقد البيع • ولذلك رأينا ان نخص هذين العيبين من عيوب الرضا بدراسة سريعة •

المطلب الاول

الغلط فى صفات المبيع

١١٩ ـ الغلط ، كما عرّفه بعض الفقهاء حالة تقوم فى النفس فتحملها على توهم غير الواقع[٣١] • والغلط بهذا المعنى ينتظم كل أنواع الغلط •

---

(٣١) السنهوري ، ج ١ ، ف ١٦٢ • وانظر : بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٢ ، ف ١٤٩ •

اما الغلط كعيب من عيوب الارادة فقد عرفه الفقيه الفرنسي « سالي » بانه : « عدم توافق الارادة الحقيقية ، أي الباطنة ، مع الارادة المعبر عنها ، أي الظاهرة »[٣٢] .

١٢٠ ـ وقد نظم المشرع العراقي أحكام الغلط فى المواد ١١٧ ـ ١٢٠ واستمد بعض هذه الاحكام من فقه الشريعة الاسلامية والبعض الآخر من النظرية الحديثة فى الغلط رغبة منه فى الجمع بين أحكام الفقه الاسلامي ومزجها بالفقه الغربي . فقضى فى المادة (١١٧) من القانون المدني بانه : « ١ ـ اذا وقع غلط فى محل العقد وكان مسمى ومشاراً اليه فان اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه . وان اتحد الجنس واختلف الوصف فان كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده الا انه يكون موقوفاً على اجازة العاقد .

٢ ـ فاذا بيع هذا الفص على انه ياقوت فاذا هو زجاج بطل البيع . ولو بيع هذا الفص ليلا على انه ياقوت أحمر فظهر أصفر أو بيعت البقرة على انها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفاً على اجازة المشتري » .

فهذا النص ، الذى اقتبس المشرع احكامه من الفقه الاسلامي وعلى وجه الخصوص من المادة (٣١٠) من مجلة الاحكام العدلية والمادة (٣٠١) من مرشد الحيران ، يعرض لنوعين من الغلط : الاول ، الغلط المانع (Erreur - Obstacle) وهو غلط يعدم الرضا ، لانه يتصل بوجوده لا بصحته ، فيبطل العقد بطلاناً مطلقاً . ولسنا بصدد بحث هذا النوع من الغلط . فالذي يعنينا بحثه هنا هو الغلط الذى يعيب الرضا فيجعل العقد موقوفاً ، وهو النوع الثاني من الغلط الذى يعرض له النص المذكور ، ونعني به فوات الوصف المرغوب فيه . فاذا اتحد الجنس ، ولكن تخلف وصف

---

(٣٢) راجع : الحكيم ، ف٢١٢ وهامش ٤ ص١٢٧ .

مرغوب فيه ، فان هذا لا يمنع من تكوين العقد ، فهو ينعقد صحيحاً ولكنه يكون موقوفاً على اجازة المتعاقد • وهذا ما يسمى « بخيار الوصف » فى فقه الشريعة الاسلامية • فاذا اشترى أحد مالا بوصف مرغوب فيه فظهر خالياً من الوصف ، كان له الخيار ، فان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ المبيع بكل الثمن(٣٣) •

وفوات الوصف المرغوب فيه ليس الا غلطاً فى صفة جوهرية فى الشيء محل التعاقد • فكل وصف مرغوب فيه يندرج تحت الصفة الجوهرية(٣٤) التي أشارت اليها الفقرة الاولى من المادة (١١٨) من القانون المدني العراقي(٣٥) ولا أدل على ذلك من اتحاد التطبيقات التي يمكن ان تساق مثلا لكل من فوات الوصف المرغوب فيه والغلط فى صفة جوهرية(٣٦) •

١٢١ ـ وعلى كل حال ، فأن الغلط الذى يعيب الرضا فيجعل العقد موقوفاً على اجازة من تقرر التوقف لمصلحته يصح ان يقع فى صفة جوهرية فى الشيء أو فى شخص المتعاقد اذا كانت شخصيته محل اعتبار أو فى قيمة المعقود عليه أو فى الباعث الدافع الى التعاقد • فقد نصت المادة (١١٨) من القانون المدني العراقي على انه • « لا عبرة بالظن البيّن خطأه • فلا ينفذ العقد : ١ ـ اذا وقع غلط فى صفة للشيء تكون جوهرية فى نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي فى التعامل من

---

(٣٣) راجع فى تفصيل ذلك : القاضى ، جـ١ ، ص٢٩٤ ـ ٢٩٥ • وانظر المادة (٣١٠) من مجلة الاحكام العدلية وكذلك المادة (٦٥) منها والتى تقرر ان (الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر) •

(٣٤) الحكيم ، ف٢٣٣ • وقارن : الناهى ، ف١٢١ •

(٣٥) وهذا هو من جملة ما حمل الزميل الدكتور سعدون العامرى على القول بامكان الاستغناء عن وجود المادة (١١٧) فى القانون المدنى العراقى ، (راجع : العامرى ،ص٤٠ ـ ٤١) •

(٣٦) انظر فى هذا المعنى : الناهى ، ف١٢١ ص ٨٦ ـ ٨٧ •

حسن النية • ٢ ـ اذا وقع غلط فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد او السبب الرئيسي فى التعاقد • ٣ ـ اذا وقع غلط فى أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذى يتمسك بالغلط ان يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد »[٣٧] •

١٢٢ ـ واذا ما اردنا تطبيق ذلك على عقد البيع أمكن القول بان البيع من العقود التي يغلب ان لا تكون فيهـا شخصية المتعاقد محل اعتبار • ولذلك فان من النادر ان يكون الغلط فى شخص البائع او المشترى او فى صفة من صفاته سببا فى عدم نفاذ البيع • أما الغلط فى صفة جوهرية فى المبيع أو فى قيمته أو فى الباعث الدافع على شرائه ، فهو على العكس من ذلك ، غلط يتصور ان يكون البيع موقوفا بسبب وقوعه[٣٨] •

فمن امثلة الغلط فى صفة جوهرية فى المبيع ان يعتقد المشترى انه انما يشتري لوحة لرسام مشهور فيظهر انها مقلدة ، أو ان يشتري شخص ارضا على انها تنفذ الى الطريق العام ، فاذا بها محصورة من جهاتها الاربع •

ومن امثلة الغلط فى قيمة المبيع ان يبيع شخص سهما بقيمته الفعلية وكان يجهل ان السهم قد ربح جائزة كبيرة ، أو ان يبيع الوارث مجموعة من الطوابع البريدية بثمن بخس لجهله بقيمتها الحقيقية •

أما الغلط فى الباعث فمن امثلته ما ضربه الاستاذ السنهورى في لجنة مشروع القانون المدني العراقي ما لو اشترى شخص سيارة تحت اعتقاد خاطىء ان سيارته الاصلية قد فقدت فتبيّن عدم صحة ذلك[٣٩] ، أو ما لو

---

(٣٧) قارن المادة ١٢١ مدنى مصرى •

(٣٨) راجع : مرقس وامام ، ف ١١١ ص ١٥٦ •

(٣٩) راجع : محضر الاجتماع السادس فى ١٣ نيسان ١٩٤٣ ، نقلا عن الشريف ف١٧٩ وهامش ٢ ص ١٦٦ ؛ السنهورى ، جـ١ ، هامش ١ ص٣٠٣ •

اشترى موظف منزلا في مدينة معتقدا انه سينقل اليها ثم تبين بعد ذلك انه لم ينقل •

ففي جميع صور الغلط هذه والتي سقنا بعض الامثلة عليهـــا يكون البيع موقوفاً بسبب ما أصاب ارادة احد المتبايعين من غلط(٤٠) •

١٢٣ ـ وغني عن البيان انه من أجل ان يستطيع المتعاقد الذى وقع فى غلط التمسك به ، لا بد ان يكون المتعاقد الآخر قد وقع فى نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه ان يتبيّنه (م ١١٩ مدني عراقي)(٤١) •

فينبغي اذن ان يكون الغلط مشتركاً بين المتعاقدين • ولا يتعارض هذا الشرط ، الواجب توافره طبقاً للمادة (١١٩) من القانون المدني العراقي ، مع مبدأ استقرار المعاملات ، لان طلب نقض العقد للغلط لا يعتبـر مفاجأة للعاقد الآخر • فهو اما ان يكون قد وقع فى نفس الغلط ، ومن مقتضى ذلك انه لا يعارض فى هذا الطلب؛ واما ان يكون عالماً بالغلط ، وخير جزاء لسوء نيته ان ينقض العقد الذى كان طرفاً فيه ؛ واما ان يكون مقصراً ، وتعويض التقصير نقض العقد(٤٢) •

١٢٤ ـ ويقرب خيار الرؤية المعروف فى الشريعة الاسلامية من الغلط فى القانون الحديث • ذلك لان خيار الرؤية يثبت عند الفقهاء المسلمين لمن اشترى المبيع ولم يره الحق فى طلب فسخ البيع اذا رآه فوجده على خلاف ما كان يعتقد ، فيمكن اعتباره عندئذ واقعاً فى غلط فى صفة جوهرية فى

---

(٤٠) ونترك جانبا ما ثار فى الفقه من نقاش حول كفاية بعض صور الغلط للتأثير فى صحة العقد وبصورة خاصة حول عدم تأثر العقد بالغلط فى القيمة والغلط فى الباعث •

(٤١) تقابل المادة (١٢٠) مدنى مصرى •

(٤٢) راجع فى تفصيل ذلك : السنهورى ، جـ١ ، ف١٧٦ ص٣١٣ ؛ الشريف ، ف١٨٥ •

المبيع • غير ان الغلط فى القانون الحديث تختلف أحكامه ، من بعض الوجوه ، عن أحكامه فى خيار الرؤية كما سنرى •

المطلب الثاني

خيار الرؤية

تعريفه وسبب ثبوته

١٢٥ ـ خيار الرؤية رخصة تثبت للمشتري الذى اشترى شيئاً لم يره ، لا وقت البيع ولا قبله ، وتخوله متى رآه أن يأخذه أو يرده •

وخيار الرؤية خيار شرعي نقله المشرع العراقي عن جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية وبخاصة عن فقه المذهب الحنفي(٤٣) ، ولكنه أكمل أحكام هذا الخيار بما أخذه عن المذاهب الاخرى التي تجوّز البيع على الوصف ، فجعل وصف المبيع مغنياً عن رؤيته(٤٤) • ذلك لان خيار الرؤية مختلف فيه بين المذاهب الاسلامية(٤٥) • فقد عارض الشافعية والمالكية فى بيع الشيء المعيّن الغائب واعتبروه باطلا • ودليلهم فى هذا قول الرسول (ص) : « لا تبع ما ليس عندك » ، ولان معلومية ذات المعقود عليه وصفاته لا تتم الاّ بالرؤية ، وعدم رؤيته جهالة تفضي الى التنازع بين المتبايعين وهذه الجهالة غرر نهى الرسول عنه • أما فقهاء الحنفية والشيعة والحنابلة فقد ذهبوا الى

---

(٤٣) انظر بصورة خاصة المواد ٣٢٠ ـ ٣٣٤ من المجلة •

(٤٤) راجع : السنهورى ، الوسيط جـ٤ ف٦٤ ص ١٢٢ •

(٤٥) راجع فى خيار الرؤية فى الفقه الاسلامى : الفقه على المذاهب الاربعة ، جـ٢ ، ص ٢١٤ وما بعدها ؛ السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامي ، جـ ٤ ، ص٢٤٨ وما بعدها ؛ القاضي ، شرح المجلة ، جـ١ ، ص٣٠٣ وما بعدها • وفى الفقه الجعفرى : تذكرة الفقهاء للعلامة الحلى ، جـ٧ (القسم الاول) ص٣٢ وما بعدها وص١٥٦ وما بعدها وص ٣٤٨ وما بعدها ؛ تحرير المجلة للأمام كاشف الغطاء ، جـ٢ ، ص٥٥ وما بعدها •

أن بيع الشيء المعيّن الغائب صحيح ، اذا توافرت بعض الشروط كالوصف أو تقدُم الرؤية ، مستندين فيما ذهبوا اليه الى ما روي عن النبي انه قال : « من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه » ، فيثبت للمشتري حق الفسخ بخيار الرؤية ، والى ان الجهالة لا تفضي الى النزاع لان المشتري اذا صدف عن المبيع ردّه[٤٦] .

وواضح ان المشرع العراقي قد أخذ بما ذهب اليه جمهور فقهاء الشريعة الغراء فنص على خيار الرؤية ونظمّ أحكامه فى المواد (٥١٧ – ٥٢٤) من القانون المدني .

١٢٦ – ويكون خيار الرؤية للمشتري دون البائع[٤٧] . فلا خيار لهذا الاخير حتى لو لم يكن قد رأى العين المبيعة قبل بيعها . فلو باع أحد مالا دخل فى ملكه بالارث وكان لم يره انعقد البيع بلا خيار له . وعلى هذا نصت المادة (٥١٧) فى فقرتها الاولى بقولها : « من اشترى شيئاً لم يره كان له الخيار حين يراه فان شاء قبله وان شاء فسخ البيع . ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يره »[٤٨] .

١٢٧ – وسبب ثبوت خيار الرؤية عدم رؤية المشتري للعين المبيعة ، أي عدم علمه بها علماً كافياً حين انشاء البيع أو قبل ذلك . فيشترط لثبوت هذا الخيار ان يكون محل البيع عيناً معيّنة بالذات كقطعة أرض او حصان ، فلا خيار فى الاشياء المثلية والديون والاثمان الخالصة كالدراهم والدنانير .

---

(٤٦) قارن : ذنون ، البيع ، ف٦٧ ص٦٣ – ٦٤ .

(٤٧) وهذا بخلاف الراجح فى الفقه الجعفرى الذى يذهب الى عموم خيار الرؤية للبائع والمشترى (انظر : تحرير المجلة ، جـ٢ ، ص٥٧) .

(٤٨) قارن المادتين ٣٢٠ و٣٢٢ من مجلة الاحكام العدلية .

ويشترط كذلك أن يكون المبيع غائباً غير مرئي وقت العقد[٤٩] • فمتى توافر هذان الشرطان ، ثبت الخيار دون حاجة الى اشتراطه فى عقد البيع ، فهو يثبت بحكم القانون •

المقصود بالرؤية

١٢٨ ـ أجمع الفقهاء على أن كلمة «الرؤية» مستعملة هنا بمعناها المجازي لا الحقيقي • فلا يراد بها مجرد النظر ، بل العلم بالمبيع علماً تنتفي معه الجهالة والغرر على الوجه الذى يناسب المبيع سواء أكان ذلك بالبصر أم بغيره من الحواس • فاذا كان المبيع من المرئيات ، كان العلم به من طريق البصر ، واذا كان من الطعام فمن طريق الذوق ، واذا كان من الروائح فمن طريق الشم ••• الخ[٥٠] ولذلك فقد قررت الفقرة الثانية من المادة (٥١٧) من القانون المدني العراقي انه : « والمراد بالرؤية الوقوف على خصائص الشيء ومزاياه بالنظر أو اللمس أو الشم أو السمع أو المذاق »[٥١] •

١٢٩ ـ وبما ان العلم بالمبيع لا تشترط فيه الرؤية بالمعنى الضيق ، فيصح شراء الاعمى ويكون البيع لازما فى حقه اذا أمكنه الوقوف على حال المبيع • ويتحقق ذلك بالوصف والتعريف ، كما لو كان المبيع عقارا أو دابة ، وقد يتحقق ذلك بمجرد شمه أو لمسه أو تذوقه أو سمعه للمبيع • فاذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع والوقوف على حاله فلا خيار له • والى هذا أشارت المادة (٥٢٠) بقولها :

---

(٤٩) راجع فى تفصيل ذلك : الفقه على المذاهب الاربعة ، جـ٢ ، ص٢١٤ ومابعدها ؛ تذكرة الفقهاء ، جـ٧ ، ص٣٤٨ ـ ٣٤٩ ، وقارن : ذنون، البيع ، ف٦٧ •

(٥٠) راجع : القاضى ، جـ١ ، ص٣٠٤ ؛ تحرير المجلة ، جـ٢ ، ص٥٨ ؛ مرقس وامام ، ف١١٣ ؛ ذنون ، البيع ، ف ٧٠ •

(٥١) قارن المادة ٣٢٣ من المجلة •

١ ـ اذا وصف شيء للاعمى وعرف وصفه ثم اشتراه لا يكون مخيراً •

٢ ـ ويسقط على كل حال خيـــار الاعمى بلمس الاشياء التي تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المذوقات »[٥٢] •

١٣٠ ـ ولا يشترط فى رؤية المبيع أن تكون حاصلة عند العقد ، بل تكفي رؤيته قبل العقد شريطة أن تكون هذه الرؤية بقصد الشراء وأن يكون المبيع مما يبقى على حاله فلا يتغير • فقد نصت المادة (٥٢٢) على ان : « من رأى شيئا بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم انه الشيء الذى كان قد رآه فلا خيار له الا اذا وجد الشيء قد تغير عن الحال الذى رآه فيه » • والسبب فى عدم سقوط الخيار اذا تغيّر الشيء عن حاله هو أنه قـد صار شيئا آخر ، وكان المشترى مشتريا لشيء لم يره فله الخيار اذا رآه[٥٣] •

١٣١ ـ ويفرق فقهاء الشرع الاسلامي بين رؤيـــة الوكيـل بالشراء والوكيل بالقبض والرسول • فرؤية الوكيل بالشراء تسقط خيار رؤية الموكل بالاجماع ، ورؤية الوكيل بالقبض تسقط الخيار عند ابي حنيفة اذا قبضه ناظراً اليه ، أما رؤية الرسول فلا تسقط الخيار •

أما القانون المدني العراقي فقد اعتبر رؤية الوكيل بالشراء والوكيل بالقبض كرؤية الاصيل • واما الرسول فلا تعتبر رؤيته كرؤية المرسل ، ولذلك فان خيار المرسل لا يسقط عند رؤيته للمبيع (م ٥٢١ مدني) • فمن الواضح ان مشرع القانون المدني العراقي قد أخذ فى هذا الصدد برأى أبي حنيفة موسّعا حيث لم يشترط لسقوط خيار الموكل ان ينظر الوكيل الى المبيع عند قبضه[٥٤] •

---

(٥٢) انظر المواد ٢٢٩ ـ ٣٣١ من المجلة •

(٥٣) قارن : السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، هامش ١ ص١١٨ •

(٥٤) قارن : سلطان والعدوي ، ف ٢٢٠ ص ١٥٨؛ الصراف ، هامش ٤ ص ٨٤ـ٨٥ •

١٣٢ ـ وخيار الرؤية لا يقبل التجزئة • فقد يتناول البيع عدة أشياء من القيميات بيعت صفقة واحدة ، فيجب رؤية كل منها ، لأن رؤية البعض لا تغني عن رؤية الباقي لتفاوتها • واذا كان المشترى قد رأى بعضها فقط ووجد الباقي بحال لا تلائمه ، فهو ان شاء أخذ جميع الاشياء المبيعة ، وان شاء ردها جميعها • فليس له أن يفرّق الصفقة بأخذ الجيّد ورد الردىء وذلك منعاً للاضرار بالبائع • فقد قضت المادة (١٥٩) من القانون المدني بانه : « ١ ـ اذا بيعت جملة اشياء متفاوتة صفقة واحدة فلابد للزوم البيع من رؤية كل واحد منها على حدة • ٢ ـ واذا كان المشترى رأى بعضها فمتى رأى الباقي جاز له أخذ جميع الاشياء أو ردّها جميعا وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقي[٥٥] •

١٣٣ ـ اما اذا كانت الاشياء المبيعة من المثليات وبيعت على النموذج فتكفي رؤية النموذج منها ، ويعتبر المبيع مرئيا برؤية بعضه ، لأن المقصود معرفة صفات المبيع وهذا الغرض حاصل برؤية النموذج • وسنعود لبحث هذا الموضوع مفصلا •

وقت استعمال الخيار

١٣٤ ـ الخيار متعلق بالرؤية ، فهو لا يثبت للمشترى الا عند رؤية المبيع لا قبلها • فلا يجوز استعمال الخيار الا حال رؤية المشترى للعين المبيعة • فاذا أجاز المشترى البيع قبل الرؤية ، يبقى له بالرغم من ذلك ان يرد المبيع عند رؤيته له ، لأن اسقاط حق الخيار بالقول قبل الرؤية لا يجوز بناءً على ان المعلق بالشرط عدم" قبل وجوده ، فحق الخيار لا يثبت قبل الرؤية فلا يجوز النزول عنه قبلها[٥٦] •

---

(٥٥) انظر المادة ٣٢٨ من المجلة •

(٥٦) راجع : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٦٣ ص ١١٨ ؛ سلطان والعدوي ، ف ٢٢٥ ؛ تذكرة الفقهاء ، ج ٧ ص ٣٥ ؛ الشيخ أحمد أبو الفتح ، المعاملات ، ج ١ ص ٢٢٢ نقلا عن الصراف ، هامش ١ و ٤ ص ٨٦ •

وكذلك الحال ما لو اختار المشترى فسخ البيع قبل الرؤية لأن الفسخ منوط بثبوت الخيار ، ولا يمكن للشيء أن يسبق فى الوجود سبب وجوده •

هذا مجمل لاحكام الفقه الاسلامي بالنسبة لوقت استعمال خيار الرؤية •

١٣٥ ـ وتختلف هذه الاحكام فى بعض ما تقدم عن احكام القانون المدني العراقي • فجمهور الفقهاء المسلمين لا يجوّز اسقاط حق الخيار بالرضا قبل الرؤية • أما القانون المدنى فيجيز اسقاط حق المشترى قبل رؤية المبيع بالرضا صريحا كان أو ضمنياً • فقد جاء فى الفقرة الاولى من المادة (٥٢٣) انه : « يسقط خيار الرؤية •• بصدور ما يبطل الخيار قولا او فعلا من المشترى قبل الرؤية او بعدها ••»

آثار خيار الرؤية

١٣٦ ـ ان خيار الرؤية باعتبار الفقهاء المسلمين شرط للزوم عقد البيع لا لصحته ، حيث أن العقد أبرم صحيحا ولكنه يكون غير لازم من جهة المشترى طالما كان الخيار قائما •

ويترتب على ذلك ان للمشترى الرجوع عن البيع وفسخه بعد الرؤية أو امضائه • اما البائع ، فعقد البيع لازم بالنسبة له ، اذ ليس له هذا الخيار • وعلى هذافان البائع يلتزم بتسليم المبيع وبجميع الالتزامات الاخرى التي يفرضها عليه عقد البيع •

١٣٧ ـ ولاريب فى ان للمشتري فسخ البيع بعد رؤية المبيع • ولكن هل له ذلك قبل رؤيته ؟ اختلف فى ذلك ، ولكن الراجح انه يجوز ، لا استعمالا لخيارالرؤية ، لأن الخيار لا يثبت الا بالرؤية ، وانما لأن العقد على الاعيان الغائبة غير لازم فيجوز فسخه(٥٧) •

---

(٥٧) انظر : مرقس وامام ، ف١١٣ وقارن السنهوري ، الوسيط ج٤ ، ف٦٣ ص١١٨ •

غير ان مما تجدر الاشارة اليه ان هذا الحق فى الفسخ يتميز عن حق الفسخ فى القوانين الحديثة • فهذه القوانين لا تعرف الا الفسخ لعدم التنفيذ أو لتحقق الشرط الفاسخ • أما الفسخ الذى يترتب على خيار الرؤية فسببه عدم العلم بالمبيع (٥٨) • ذلك لأن الفسخ فى الشريعة الاسلامية قد يقصد به الغاء العقد أصلا ، كما قد يقصد به انهاء العقد فى المستقبل • ويكون الفسخ لعدم التنفيذ أو برضاء المتعاقدين (الاقالة) أو للفساد أو بسبب الخيار •

١٣٨ ـ وينبني ، كذلك ، على اعتبار خيار الرؤية شرط لزوم لا شرط صحة ان ثبوت هذا الخيار فى البيع لا يمنع من ترتب آثاره عليه • فلو تصرف المشتري فى المبيع قبل رؤيته جاز تصرفه وبطل خياره ، وذلك لأن الملكية تنتقل من البائع الى المشتري بمجرد وقوع البيع (٥٩) •

توقيت خيار الرؤية

١٣٩ ـ رأينا ان عدم رؤية المشتري للمبيع تثبت له الخيار بامضاء البيع أو فسخه بعد رؤيته له • ولكن الى متى يستمر هذا الخيار ؟

الراجح لدى علماء المذهب الحنفي ان حق المشتري فى الفسخ حق مطلق لا يتأقت بوقت ما دام لم يتحق سبب من الاسباب المسقطة للخيار (٦٠) • ولاشك ، ان فى عدم تقييد حق الفسخ بزمان مما يتنافى مع ضرورة استقرار المعاملات • لذلك فقد تخلّى القانون المدني العراقي عن الاخذ باطلاق هذا الحق وأخذ بالرأى القائل بأن الخيار مؤقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن المشتري من الفسخ فجعله يسقط « بمضي وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يراه » (م ٥٢٣ ف ١ مدني) • فاذا تمكن المشتري

---

(٥٨) قارن : مرقس وامام ، ف١١٤ ص ١٥٩ •
(٥٩) انظر : سلطان والعدوى ، ف٢٢٠ •
(٦٠) راجع : الفقه على المذاهب الاربعة ، جـ٢ ، ص ٢١٩ ؛ القاضى ، جـ ١ ص ٣٠٣ •

من الفسخ بعد رؤيته المبيع ولم يفسخ سقط خياره ولزم البيع[٦١] .

١٤٠ ـ غير ان القانون المدني العراقي لم يحدّد هذا الوقت الكافي الذى يمكن المشتري من الرؤية . ولذلك فان تحديد هذا الوقت مسألة موضوعية يفصل فيها القاضي مسترشدا بظروف وملابسات كل قضية على حدة[٦٢] .

ولما كان فى تعليق البيع مدة طويلة أو غير معلومة مما يتعارض مع استقرار التعامل، فقد زاد القانون المدني حالة تضع حداً لهذا التعليق من طريق عملي ، فأعطى للبائع الحق فى أن يحدد للمشتري أجلا مناسبا يسقط بانقضائه خياره اذا لم يرد المبيع خلال هذه المدة (م ٥٢٣ ف ٢) .

الحكمة من النص على خيار الرؤية

١٤١ ـ اختلف الشراح فى حكمة النص على خيار الرؤية . فمنهم من ذهب الى أن المواد التي خصصها المشرع لهذا الخيار حشو لا فائدة فيه وانها تكرار معيب للقواعد العامة فى وقف العقد بسبب الغلط[٦٣] .

وذهب آخرون الى انه ليس من الصواب القول بأنه كان فى مكنة المشرع الاستغناء عن ايراد احكام هذا الخيار بالرجوع الى القواعد العامة فى الغلط . فمن يشتري سيارة معينة لم يكن قد رآها بعد ، فاذا رآها ولم يعجبه لونها ، مثلا ، امتنع عليه فى هذه الحالة الادعاء بالغلط وعلى الخصوص اذا كان هذا الغلط فرديا ولم يكن المتعاقد الآخر عالما ولا باستطاعته أن يعلم به . ولكنه باستعمال خيار الرؤية يمكنه أن يتوصل الى فسخ العقد من غير

---

(٦١) راجع : السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، ف٦٣ ص ١١٩ .
(٦٢) قارن : ذنون ، البيع ، ف٧٣ ص٦٦ ـ ٦٧ ؛ العامرى ، ص ٤٨ .
(٦٣) ذنون ، البيع ، ف٧٦ ص ٦٨ ـ ٦٩ . وقرب من ذلك : الهلالى ، نقلا عن مرقس وامام ف١١٤ ص ١٦٠ .

حاجة الى الرجوع الى قواعد الغلط أو الى أحكام العيوب الخفية[٦٤] .

١٤٢ – ونحن نرى ، مع فريق من الشراح ، بأن احكام خيار الرؤية التي استمدها المشرع من الشريعة الاسلامية تسد نقصا فى التشريع حيث لا تسعف المشتري قواعد الغلط فى مادة المبيع أو فى صفة جوهرية من صفاته .

فخيار الرؤية يقوم فى أساسه على فكرة الغلط ، كما أسلفنا ، بحيث يفترض أن المشتري قد وقع فى غلط ما كان ليبرم العقد لو لم يقع فيه . فأساس خيار الرؤية هو غلط المشتري فى شيء لم تسبق له رؤيته[٦٥] ولكن هذا الغلط هو غلط من نوع خاص . ومردّ ذلك انه مستمد من فقه الشريعة الاسلامية . ولهذا كان هذا النوع من الغلط متميزاً عن الغلط المعروف فى النظرية الحديثة ببعض الخصوصيات . وكنتيجة لذلك ، فان احكام هذا الغلط تختلف من بعض الوجوه عن أحكام الغلط فى القوانين الحديثة ، كما قدمنا .

١٤٣ – فهو يقرر للمشتري حقوقا أكثر مما تقرره القواعد العامة فى الغلط ، اذ يبيح له طلب فسخ البيع والعدول عنه ولو لم يكن هناك اى غلط فى صفة جوهرية فى المبيع . والغلط ، كما رأينا ، لا يمنع صحة التعاقد اذا وقع على صفة غير جوهرية فى ذات الشيء . ولكن تخلف بعض الصفات فى المبيع قد يحدث ضررا للمشترى . فاذا اشترى لؤلؤة على انها بيضاء فاذا هى صفراء . فاللون ليس بصفة جوهرية يترتب عليها الغلط ، ولكنها قد لا تصلح للغرض المقصود فيتضرر المشترى حيث يمتنع عليه فى هذه الحالة الادعاء بالغلط وخاصة اذا كان هذا الغلط فرديا لايشترك فيه المتعاقد

---

(٦٤) الصراف ، ف٢١٥ . وقرب من ذلك : حلمى عيسى ، نقلا عن مرقس وامام ، ف١١٤ ص١٦٠ .

(٦٥) قارن : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف٦٣ ص ١١٨ .

الآخر (٦٦) .

١٤٤ ـ وحتى لو كان الغلط فى صفة جوهرية للمبيع ، فان خصوصية هذا الغلط تظهر فى انه غلط يفترضه القانون ويعفى المشترى من اثباته . فهو غلط مفترض يكفي فيه ان يدعيه المشتري حتى يصدق بقوله دون يمين . فلو ان المشرع العراقى لم يأخذ بخيار الرؤية وادعى المشترى بعد رؤيته للمبيع بانه وقع فى غلط جوهرى من حيث وفاء المبيع بالغرض المقصود لكان عليه اثبات هذا الغلط . فتحول هذا الغلط من غلط واجب الاثبات الى غلط مفترض هو من جملة الآثار التى ترتبت على الاخذ بخيار الرؤية (٦٧) .

١٤٥ ـ وخصوصية اخرى يتميز بها هذا الغلط هو انه لا يؤثر فى صحة العقد ونفاذه حيث تترتب عليه آثاره فى الحال ولكنه لا يكون لازما من جهة المشتري ؛ بينما يكون العقد موقوفا وفقاً للقواعد المقررة فى نظرية الغلط فيما اذا وقع المشترى فى غلط فى صفة جوهرية للمبيع أو فى قيمته او فى الباعث الدافع على شرائه كما سبق (٦٨) .

مسقطات خيار الرؤية

١٤٦ ـ تكفلت المادة (٥٢٣) من القانون المدني العراقي بنعداد الأحوال التى يسقط فيها خيار الرؤية . فيسقط الخيار :

١ ـ بموت المشترى ، فيعتبر البيع لازما اذا مات المشترى قبل رؤية المبيع ، وليس لورثته استعمال الخيار من بعده . وظاهر ان المشرع العراقى قد أخذ هنا بحكم المادة (٣٢١) من مجلة الاحكام العدلية التي تقرر عدم

---

(٦٦) قرب من هذا : الصراف ، ٢١٥ .

(٦٧) انظر : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف٦٥ ص١٢٥ وهامش ١ ص ١٢٦ ؛ وقارن سلطان والعدوى ، ف٢٢٣ ص١٦١ .

(٦٨) قارن : العامرى ، ص٤٥ .

انتقال الخيار الى الوارث ، لأن فقهاء المذهب الحنفي يرون ان الخيار مجرد ارادة ومشيئة متعلقة بشخص المتعاقد ، وذلك خلافا لمن قال بان جميع انواع الخيارات موروثة لأنها حقوق مالية فيشملها دليل « ما ترك الميت من حق فهو لوارثه » (٦٩) .

٢ ـ بتصرف المشترى بالمبيع قبل الرؤية . ولم يحدد المشرع انواع التصرفات التى يسقط بها الخيار ، ولذلك فقد كان يمكن القول بان كل تصرف ، مهما كانت طبيعته ، يسقط الخيار (٧٠) فسواء أكان التصرف مما يوجب تعلق حق الغير به ، كالبيع او الأيجار او الرهن او الهبة مع التسليم ؛ أم كان من التصرفات غير اللازمة التى لا توجب حقا للغير ، كالبيع بشرط الخيار او الهبة بلا تسليم أو الاعارة او الوديعة .

ومع ذلك ، وبالنظر الى ان المشرع العراقى قد نقل هذا الخيار عن الفقه الأسلامي (٧١) ، فاننا نعتقد بضرورة الرجوع الى أحكام هذا الفقه بشأن خيار الرؤية . فيتحتم علينا القول بان تصرف المشترى بالمبيع قبل الرؤية لا يسقط خياره الا اذا كان من التصرفات التي تثبت للغير حقا على المبيع ، حيث يتعذر فسخ مثل هذه التصرفات ، وعندئذ لا يكون للخيار فائدة فيسقط (٧٢) .

وعلى كل حال ، فان حالة تصرف المشترى بالمبيع قبل الرؤية تنضوى دون شك تحت الحالة التى سنأتى على ذكرها بعد قليل ونعنى بها حالة صدور ما يبطل الخيار قولا او فعلا من المشتري قبل الرؤية أو بعدها .

---

(٦٩) راجع : تحرير المجلة ، جـ٢ ، ص ٥٧ .
(٧٠) انظر : الصراف ، ٢١٤ ص ٨٦ .
(٧١) الصراف ، ف٢٠٨ .
(٧٢) راجع : القاضى ، جـ١ ، ص٣٠٨ ـ ٣٠٩ . وقارن : السنهورى، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ٢ ص ١٢٥ ؛ تحرير المجلة ، جـ٢ ، ص٦١ ـ ٦٢ .

ولذلك فانه يمكن القول بانه كان بالامكان الاستغناء عن ذكر هذه الحالة كسبب من اسباب سقوط خيار الرؤية اكتفاء بالحالة الأعم ، لان حالة تصرف المشترى بالمبيع قبل رؤيته ليست الا صورة مما قد يصدر من المشترى من قول أو فعل يسقط معه خياره قبل الرؤية أو بعدها .

٣ - باقرار المشتري فى عقد البيع بانه قد رأى المبيع وقبله بحالته . فهذا الاقرار يكون حجة على المشترى ، فلا يستطيع بعد ذلك ان يطالب بفسخ البيع بحجة عدم علمه بالمبيع ، ما لم يثبت ان البائع قد غرر به بأن أراه مثلا عينا اخرى وأوهمه انها هي العين المبيعة(٧٣) وظاهر ان المشرع بجعله اقرار المشترى فى عقد البيع انه قد رأى المبيع سبباً فى سقوط الخيار قد ذهب الى اعتبار هذا الاقرار مساويا لعلم المشترى الحقيقى بالمبيع .

٤ - بوصف الشيء فى عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وُصفت . فاذا ظهر المبيع موافقاً للوصف المذكور فى العقد فان المشتري لا يملك الاّ امضاء البيع ، اما الفسخ فيمتنع عليه .

ويلاحظ بشأن هذه الحالة وسابقتها ان المشرع العراقي قد اضافهما ، كسببين من أسباب سقوط خيار الرؤية ، الى أسباب سقوط هذا الخيار المعروفة فى الفقه الحنفي(٧٤) . ولكن يؤخذ على المشرع انه قد جانب الدقة فى اعتبار هاتين الحالتين من أسباب سقوط الخيار . فقد كان الاجدر به ان يعتبرهما من الاسباب المانعة من ثبوت هذا الخيار لا من أسباب سقوطه . والفرق واضح بين عدم ثبوت الخيار وبين سقوطه . فالخيار

---

(٧٣) قارن : المادة ٤١٩ ف٢ من القانون المدنى المصرى الجديد وانظر : السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، ف٦٥ ص١٢٣ - ١٢٤ وهامش ١ ص١٢٤ ؛ سلطان والعدوى ، ف ٢٢٥ ص ١٦٢ - ١٦٣ .

(٧٤) راجع : السنهورى ، الوسيط ، ج٤ ، هامش١ ص١٢٠ .

يستلزم بداهةً ثبوته أولا ، ثم حصول ما يوجب سقوطه بعد ذلك • والخيار في هاتين الحالتين لم يثبت حتى يسقط[٧٥] • ولذلك فانه ليس من دقيق القول ما يقرر نص المادة (٥٢٣) بانه : (« يسقط » خيار الرؤية ••• وباقرار في عقد البيع انه قد رأى الشيء وقبله بحالته وبوصف الشيء في عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية •••) •

ويمكن كذلك أن نضيف الى الحالتين آنفتي الذكر حالة أخرى لا « يسقط » فيها خيار الرؤية بل يمتنع ثبوته ، ونعني بها حالة سبق رؤية المشتري للشيء المبيع بقصد الشراء التي نصت عليها المادة (٥٢٢) من القانون المدني العراقي ، والتي اعتبرها شراح المجلة[٧٦] وبعض شراح القانون المدني[٧٧] سبباً من أسباب سقوط الخيار •

والحقيقة ، على ما نعتقد ، وكما يستفاد ذلك من نص المادة (٥٢٢) نفسه ، ان من سبقت له رؤية المبيع بقصد شرائه ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم انه الشيء الذى كان قد رآه لا يسقط خياره لان هذا الخيار لم يثبت له بعد • فثبوت هذا الخيار لا يكون الا عند الرؤية الثانية للمبيع وظهور انه قد قد تغيّر عن الحال الذى كان عليه في الرؤية الاولى • ففي هذه اللحظة فقط يثبت الخيار للمشترى ، وعندئذ يمكن أن يتحقق سبب من أسباب سقوطه وليس قبل ذلك •

٥ ـ بهلاك المبيع أو تعيّبه بعد قبضه • فاذا قبض المشتري المبيع وكان

---

(٧٥) انظر : البشير ، العقود المسماة (البيع والايجار) ، مذكرات مطبوعة على الرونيو ص٦٩ نقلا عن العامرى ، هامش١ ص٤٧ • وقارن : السنهورى • الوسيط ، جـ٤ ، هامش ١ ص ١٢٤ ، ومرقس وامام ، ف١١٤ ص ١٥٩ •

(٧٦) القاضى ، جـ١ ، ص ٣٠٨ •

(٧٧) الصراف ، ٢١٤ ، ص ٨٦ •

خياره ما يزال قائما ، ثم هلك المبيع بيده سقط خياره لاستحالة رده بعد هلاكه • وكذلك ما لو طرأ على المبيع عيب بعد قبضه ، فانه لا يجوز للمشترى أن يرده معيبا بعد أن تسلمه سليما لا عيب فيه • ويأخذ حكم الهلاك صيرورة المبيع الى حال لا يمكن معها رده لتبدل صفاته ، دون أن يكون ذلك راجعا الى فعل البائع ، كأن يكون قمحا فطحنه المشتري أو قطنا فحلجه أو قطعة من قماش فخاطها(٧٨) •

٦ ـ بصدور ما يبطل الخيار قولا أو فعلا من المشتري قبل الرؤية أو بعدها • فيسقط حق المشتري فى الفسخ اذا صدر منه ، قبل الرؤية ، ما يدل على الرضا بالمبيع ، صراحة أو دلالة ، سواء أكان ذلك بالقول ك « قبلت المبيع » أو « رضيت به » أو بأي لفظ آخر دالٍ على الرضا ؛ أم بالفعل ، كما لو تصرف بالمبيع تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع والرهن ونحو ذلك •

أما تصرف المشترى بالمبيع بعد الرؤية فيستدل منه على رضاه بالمبيع ضمنا ، فيسقط خياره • ويستوي فى ذلك أن يكون هذا التصرف من التصرفات التى توجب حقا للغير أم لا •

٧ ـ بمضي المدة ، سواء بمرور الوقت الكافي الذى يمكّن المشترى من رؤية الشىء المبيع ولم يستعمل فيه خياره (م ٥٢٣ ف١) أو بمضي الأجل المناسب الذى يحدده البائع للمشتري طبقا للفقرة الثانية من المادة (٥٢٣) • وتقدير الوقت الكافي مسألة موضوعية يتوقف الفصل فيها على ظروف الحال التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها ، كما تقدم •

---

(٧٨) راجع المادتين ٣٤١ و٣٨٠ من مرشد الحيران والمادة (٣٣٥) من مجلة الاحكام العدلية ، وقارن : سلطان والعدوى ، ف٢٢٦ ؛ الصراف ، ف٢١٤ ص ٨٦ ، والعامرى ، ص ٤٧ •

خيار الرؤية فى القانون المدنى المصري .(٧٩)

١٤٧ – تقضي المادة (٤١٩) من القانون المدنى المصرى الجديد بأنه :
« ١ – يجب أن يكون للمشترى عالما بالمبيع علما كافيا . ويعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الاساسية بيانا يمكن من تعرفه .
٢ – واذا ذكر في عقد البيع ان المشترى عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به الا اذا أثبت تدليس البائع » .

١٤٨ – ويتفق الشراح المصريون على أن حكم هذا النص يرجع في أصله الى خيار الرؤية المعروف في الفقه الاسلامي وان واضعي التقنينين المدنيين ، الملغى والجديد ، قد حاولوا التوفيق بين أحكام الخيار كما تعرفه الشريعة الاسلامية وبين المبادىء العامة للقانون المدني ، فخرجوا على بعض أحكام الخيار الشرعية وحوّروا فيها ، فقربوه بذلك من أحكام الغلط فى القانون الحديث(٨٠) .

١٤٩ – ويمكن القول بايجاز ان أحكام العلم الكافي بالمبيع (أو خيار

---

(٧٩) اذا كان حسبنا ان نحيل بالنسبة لدراسة خيار الرؤية فى القانون المدنى المصرى الى ما كتبه الفقهاء المصريون من دراسات شاملة لهذا الموضوع ، وعلى رأسهم الاستاذ الجليل الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهورى؛ فانه ليجمل بنا مع ذلك ، ان نلقى نظرة عاجلة على خيار الرؤية فى القانون المصرى وذلك دأباً منا على مقارنة احكام القانون العراقى باحكام القانون المصرى كلما كان ذلك ممكنا ، من جهة ، وللتعرف على موقف المشرع المصرى من هذا الخيار ، من جهة اخرى . (راجع فى تفصيل هذا الموضوع : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف٦١ وما بعدها ؛ مرقس وامام ، ف ١١٢ وما بعدها ؛ سلطان والعدوى ، ف٢١٩ وما بعدها ؛ عامر ، ف ٤٩ وما بعدها ؛ شنب ، ف ٤٢ وما بعدها) .

(٨٠) راجع : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف٦٥ ؛ مرقس وامام ، ف١١٢ ص ١٥٧ .

الرؤية) في القانون المدني المصري لا تخرج فى جملتها عما سبق لنا سرده من أحكام •

فالعلم بالمبيع علما كافيا يعتبر شرطا لسلامة رضا المشتري • وذلك يعني ان عدم توافر العلم الكافي يُعد غلطا في صفات المبيع بحيث يكون العقد قابلا للابطال لمصلحة المشترى •

وهذا العلم لا يشترط فيه أن يكون شخصيا أو فعليا • فلا يلزم أن يقوم المشتري بمعاينة المبيع بنفسه ، بل تكفي فى علم المشتري بالمبيع معاينة من يوكله المشترى فى ذلك كخبير مثلا • وقد يتوافر علم المشتري من طريق معاينته بالذات • ولكن لا يشترط في ذلك أن يكون من طريق الرؤية ، بل يمكن اطلاع المشتري على المبيع بما يتفق مع طبيعته • فيمكن أن يحصل هذا الاطلاع من أى طريق آخر غير البصر ، كالسمع واللمس والشم والذوق • وقد يتحقق علم المشترى بالمبيع اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الاساسية بحيث يتمكن المشتري من تصوره ومعرفة ما اذا كان ملائما لحاجته أم لا • كما أن اقرار المشترى فى عقد البيع بانه عالم بالمبيع يغني عن كل ما تقدم ، فيسقط حقه في طلب ابطال البيع بسبب عدم علمه بالمبيع الا اذا أثبت ان البائع قد دلّس عليه(٨١) •

١٥٠ ـ أما جزاء عدم علم المشتري بالمبيع علما كافيا فهو انه ، اذا لم يتوافر هذا العلم ، بأي وسيلة من الوسائل التي تقدم ذكرها ، كان للمشتري ، عندما يعلم بحقيقة المبيع ، الحق فى طلب ابطال البيع على أساس عدم علمه بالمبيع • ولكن العقد يبقى صحيحا ومنتجا لآثاره الى أن يتقرر

---

(٨١) السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف٦٥ ؛ مرقس وامام ، ف١١٥ ص١٦٢ ، شنب ، ف ٤٢ و٤٣ •

بطلانه بناء على طلب من المشتري ، فتزول عندئذ هذه الآثار كلها[٨٢] .

١٥١ ـ ويسقط حق المشترى فى طلب ابطال البيع بسبب عدم علمه الكافي بالمبيع بالاجازة الصريحة أو الضمنية (١٣٩ مدني مصري) ، وبالتقادم طبقا للقواعد العامة ، أى بعدم تمسك المشترى فى طلب الابطال خلال ثلاث سنوات من تاريخ علمه الكافى بالمبيع أو بمضى خمس عشرة سنة من وقت تمام البيع (م ١٤٠ مدنى مصرى) . ويسقط حق المشترى كذلك بأى سبب آخر من أسباب سقوط خيار الرؤية التى سبق بيانها[٨٣] .

المطلب الثالث

الغبن فى عقد البيع

تعريف الغبن :

١٥٢ ـ يعرف بعض الفقهاء الغبن بأنه : « الضرر المادي الذي يصيب أحد الطرفين نتيجة عدم التعادل بين ما يفرضه العقد من التزامات »[٨٤] ويعرف الفقهاء المسلمون الغبن بأنه : تمليك المال بما يزيد على قيمته ، وهذا تعريف له من جهة الغابن ، أما من جهة المغبون ، فهو تملك المال بما يزيد على قيمته[٨٥] . وعلى هذا ، فالغبن في عقد البيع هو عدم التعادل بين قيمة المبيع والثمن . والقاعدة ، ان القانون لا يشترط فى الثمن أن يكون مساويا لقيمة المبيع . فالتفاوت بين القيمتين ، مهما كان كبيرا ، لا يؤثر فى صحة

---

(٨٢) مرقس وامام ، ف١١٥ ص ١٦٢ .

(٨٣) راجع : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش١ ص١٢٠ . عكس ذلك ، شنب ، ف ٤٦ ص ٧٢ .

(٨٤) بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٢ ف ٢٥٧ .

(٨٥) انظر : تحرير المجلة ، جـ٢ ص ٩٧ ؛ وقارن : ذنون ، الالتزامات ، ف ٩٦ ص ١٠٩ ، والحكيم ، ف ٢٦٨ .

البيع الا فى أحوال معينة .

١٥٣ ـ ولو استعرضنا تاريخ الغبن في مختلف الشرائع ، منذ عهد الرومان الى أواخر القرن الماضي ، لوجدنا ان الامر ظل يتراوح بين الاعتداد بالغبن في العقود وعدم الاعتداد بها تبعا لسيادة المذاهب الفردية وما يستتبع ذلك من انتعاش مبدأ سلطان الارادة ، أو انكماشها . أما القوانين الحديثة فقد زادت في الاعتداد بالغبن حتى جعلت منه نظرية عامة واجبة التطبيق ، لا فى عقد البيع فحسب ، بل في جميع عقود المعاوضات المالية(٨٦) .

الغبن فى الشريعة الاسلامية :

١٥٤ ـ وقد عنيت الشريعة الاسلامية عناية خاصة بأهم حالة من حالات الغبن ، وهي العقود الربوية ، فحرمت الربا وتعقبته في جميع مضان وجوده(٨٧) .

ويميز الفقهاء المسلمون في الغبن نوعين : يسير وفاحش .

١٥٥ ـ أما الغبن اليسير فهو الذى يتسامح فيه الناس عادة ولا يمكن تجنبه فى المعاملات ، والا تعطلت المكاسب ولم يرتزق الناس بعضهم ببعض ، اذ لا مرية فى أن المعاملات يقصد منها الكسب وان كل عاقد يرغب فى تحقيق الربح والمنفعة ، والشارع لم ينه عن الربح فى البيع والشراء ولم يحدد له قدْرا . فقد روي عن الرسول (ص) انه قال : « ان الله يحب الرجل سهل البيع سهل الشراء » . ولذلك فقد أجمع الفقهاء المسلمون على أن الغبن اليسير لا يؤثر فى صحة العقد ولا يعطي للمغبون خيار الغبن الا

---

(٨٦) راجع فى تفصيل ذلك : مرقس وامام ، ف١١٦ ص ١٦٣ ؛ السنهوري ، الوسيط ، جـ١ ، ف ٢٠٣ .

(٨٧) السنهوري ، الوسيط ، جـ١ ، ف ٢٠٣ .

اذا كان العاقد المغبون مدينا حجر عليه بسبب دينه المستغرق لماله أو مدينا بدين مستغرق وصدر منه العقد وهو في مرض الموت[٨٨] .

١٥٦ ـ واما الغبن الفاحش فهو ما لا يتغابن الناس بمثله ، ولكن الفقهاء المسلمين اضطربت أقوالهم في تحديد مقداره .

فمنهم من أخذ بمعيار مادى يستند الى نسب حسابية منضبطة . فقد أفتى بعض أئمة المالكية بأن التفاوت بالثلث لا يوجب خيارا ، واذا كان أكثر من الثلث ثبت الخيار[٨٩] .

وقد أخذ منظمو مجلة الاحكام العدلية بما قدّره نصير بن يحيى البلخي[٩٠] .فيكون الغبن فاحشا اذا كان على قدر ربع العشر فى الدراهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس فى العقار أو زيادة ، وما كان أقل من ذلك فهو غبن يسير[٩١] .

وذهب الحنفية الى اعتبار الغبن فاحشا اذا كان مما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين . فاذا اشترى احدهم سلعة بعشرة ، فقوّمها بعض أهل الخبرة بخمسة وبعضهم بستة أو بسبعة ولم يقل أحد انها بعشرة ، لم يدخل الثمن الذى اشتريت به تحت تقويم أحد ، فيكون المشتري مغبونا . أما لو قال أحدهم أو بعضهم بعشرة فلا يكون هناك غبن فاحش ، لان الثمن دخل تحت التقويم[٩٢] . فهذا المعيار هو معيار مادي كذلك ، ولكنه أكثر مرونة

---

(٨٨) قارن : الحكيم ، ف ٢٧١ ؛ مرقس وامام ، ف ١١٧ .
(٨٩) راجع : الفقه على المذاهب الاربعة ، جـ٢ ، ص ٢٨٤ .
(٩٠) راجع : محمصاني ، النظرية العامة فى الموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ، جـ٢ ، ص ١٨٢ .
(٩١) قارن المادة (١٦٥) من المجلة ، وراجع : القاضي ، شرح المجلة ، جـ١، ص ٢٦ .
(٩٢) انظر : الفقه على المذاهب الاربعة ، جـ٢ ، ص ٢٨٥ ؛ محمصاني ، ص ١٨٢ .

من سابقه .

أما الرأى المختار عند فقهاء المالكية والحنابلة والشيعة فقد حدّد الغبن الفاحش بما لا يتغابن الناس به عادة ، ثم ترك أمر تقديره الى العرف والعادات[٩٣] . فقد جاء في تذكرة الفقهاء : « لما لم يقدّر الشارع للغبن حدا عرف انه قد أحال الناس فيه الى العادات ، جريا على القاعدة المعهودة عند المشرع من ردّ الناس الى العرف بينهم فيما لم ينص فيه على شيء»[٩٤] .

١٥٧ ـ ويقرن فقهاء الحنفية والشافعية بين الغبن والتغرير[٩٥] فاذا اجتمع الغبن الفاحش مع التغرير ، ثبت للمتعاقد المغبون ، بائعا أو مشتريا ، ما يسمى فى فقه الشريعة الاسلامية « بخيار الغبن والتغرير » ، فيكون مخيرا بين فسخ البيع لسوء نية الآخر وتضليله وبين ابقائه ودفع الثمن المسمى . وهذا الخيار ، كما تذهب الى ذلك مجلة الاحكام العدلية ، لا يورث لانه حق مجرد . فلو مات المغرور لا يكون لورثته حق الفسخ . أما لو مات الغار فالخيار يظل قائما بالنسبة للعاقد المغرور وكان له دعوى الرد بالخيار على الورثة .[٩٦]

أما الغبن وحده فلا يثبت للمغبون الخيار الا اذا كان واقعا على مال

---

(٩٣) قارن : محمصاني ، جـ٢ ، ص ١٨٦ .

(٩٤) تذكرة الفقهاء ، جـ ٧ ، ص ٣٤٥ . وانظر فى هذا المعنى أيضا : تحرير المجلة ، جـ٢ ، ص ٩٨ .

(٩٥) التغرير ، (أو كما يسميه فقهاء الشريعة الاسلامية أحيانا بالغرور ، ويطلق عليه فى الفقه الغربي التدليس Dol) هو ايهام المتعاقد باستعمال طرق احتيالية لايقاعه فى غلط يدفعه الى التعاقد (انظر : السنهوري ، الوسيط ، جـ١ ، ف ١٧٩ ؛ أبو ستيت ، ف ١٦٨) . وقد عرفته المجلة فى المادة (١٦٤) بانه : « توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية » .

(٩٦) المادة ٣٥٨ من المجلة .

اليتيم أو الوقف أو بيت المال أو المجنون أو المعتوه ، فيؤثر في صحة العقد اتفاقا ولو لم يكن نتيجة غرور ، وكان البيع باطلا على الرأي الراجح[٩٧] .

١٥٨ ـ أما أئمة المذاهب الاخرى فقد توسعوا فى مسألة الغبن واعتبروه سببا للفسخ حتى لو لم يقترن به تغرير فى أحوال عديدة منها : بيع النجش[٩٨] ، وتلقي الركبان[٩٩] ، وبيع الاسترسال[١٠٠] ، وحتى في البيوع العادية اذا كان الغبن فاحشا بدرجة بيّنة وكان المغبون لا خبرة له بقيمة السلع[١٠١] .

الغبن فى القانون الفرنسى والقانون المدنى المصرى :

١٥٩ ـ نصت المادة (١١١٨) من القانون المدنى الفرنسى على أن : « الغبن لا يعيب الاتفاقات الا فى عقود معينة أو بالنسبة الى أشخاص معيّنين ... » . وقضت المادة (١٦٧٤) من نفس القانون بأن بيع العقار

---

(٩٧) انظر المادتين ٣٥٦ ، ٣٥٧ من المجلة ، وراجع القاضي ، شرح المجلة ، جـ١ ، ص ٣٢٤ .

(٩٨) بيع النجش (بفتح النون وسكون الجيم وقيل بفتح النون والجيم) هو أن يزيد أجنبي فى السلعة المعروضة للبيع لا رغبة فى شرائها ، بل بقصد زيادة الثمن وتغرير المشترى ليزيد ويشتريها . (راجع : الفقه على المذاهب الاربعة ، جـ٢ ، ص ٢٧٢) .

(٩٩) تلقي الركبان هو انتظار أهل الحضر للركبان من أهل البادية خارج البلدة لشراء السلع القادمين بها رخيصة لجهل الركبان بالاسعار فيغرر بهم ، كما أن فى ذلك أضرارا بأهل البلدة وتضييقا عليهم . (الفقه على المذاهب الاربعة ، جـ٢ ، ص ٢٧٦ ـ ٢٧٧) .

(١٠٠) بيع الاسترسال هو البيع الذى يسترسل فيه أحد المتبايعين الى الآخر لعدم خبرته بالمبايعة أو لجهله بالاسعار ، فيستأمنه ويتفق معه على الشراء أو البيع بسعر ما يتبايع به باقى الناس . (محمصاني ، جـ ٢ ، ص ١٨٦ ، وراجع أيضا : الفقه على المذاهب الاربعة ، جـ٢ ، ٢٨٤) .

(١٠١) راجع : محمصاني ، جـ٢ ، ص ١٨٦ .

يجوز ابطاله اذا كان البائع قد غبن بأكثر من سبعة أجزاء من اثني عشر جزءا من قيمة العقار ويثبت هذا الحق للبائع حتى لو كان قد تنازل صراحة فى العقد عن هذا الحق • وردت نصوص اخرى فى القانون المدني تعتد بالغبن نذكر منها : بالنسبة للقسمة اذا زاد على الربع (م ١٠٧٨ ف ١) ، وبالنسبة لقبول التركات (م٧٨٣) ، وأحوال اخرى نصت عليها قوانين خاصة(١٠٢) •

١٦٠ ـ أما مشرع القانون المدني المصري الجديد فقد ساير التقنينات الحديثة بأن جعل من الغبن مبدأ عاما يجيز ابطال العقود أو انقاص الالتزامات الناشئة عنها اذا كان هذا الغبن نتيجة لاستغلال أحد المتعاقدين طيشا بينا أو هوى جامحا لدى المتعاقد الآخر ، فقضى فى الفقرة الاول من المادة (١٢٩) بأنه : « اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ان ينقص التزامات هذا المتعاقد » •

فواضح أن المشرع المصري قد ذهب الى أن الغبن وحده لا يعيب العقد ولا يفتح الباب لابطاله أو لانقاص الالتزامات الناشئة عنه الا اذا كان رضاء الطرف المغبون بالعقد نتيجة ضلال من طيشه أو ضغط من

---

(١٠٢) راجع بشأن هذه الاحوال : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٢ ، ٢٧٢ ، وقد حاول المشرع الفرنسى أن يحمى ، فى هذه القوانين الخاصة ، المشترى فى أنواع معينة من البيوع كبيع الكلأ وبيع المحلات التجارية ، وذلك لان القانون المدنى الفرنسى لا يحمي ، كما رأينا ، فى عقود البيع الا بائع العقار •

هواه[١٠٣] .

١٦١ ـ ولكن القانون المدنى المصرى يشتمل على نصوص خاصة بالغبن فى عقد البيع (المواد ٤٢٥ وما بعدها) . فقد أورد حكما خاصا بالغبن في حالة بيع عقار مملوك لغير كامل الاهلية خرج فيه على قاعدة عدم كفاية الغبن وحده لان يعيب البيع ، فقرر فى المادة (٤٢٥) انه : « ١ ـ اذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الاهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل . ٢ ـ ويجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوّم العقار بحسب قيمته وقت البيع »[١٠٤] .

الغبن فى القانون المدنى العراقى :

١٦٢ ـ وأما مشرع القانون المدنى العراقى فقد تأثر بالفقه الاسلامى وسار على نهجه فيما يتعلق بأحكام الغبن . فهو لم يجعل الغبن عيبا مستقلا من عيوب الرضا . فلا يجوز الطعن بالعقد لمجرد الغبن ، فتظل للمتعاقدين الحرية فى الاتفاق على الثمن أيا كان مقدار زيادة هذا الثمن أو نقصه عن قيمة المبيع .

فالقاعدة العامة فى القانون العراقى ان الغبن ، مهما كان فاحشا ، لا يؤثر فى صحة الرضا ، فينعقد البيع صحيحا نافذا ، ما لم يقترن الغبن

---

(١٠٣) قارن : السنهوري ، الوسيط ، جـ١ ، ف ٢٠٨ ؛ شنب ف ٣٠ ص ٥١ .

(١٠٤) ومما تجدر الاشارة اليه هنا ان هذا الغبن موضوعي ذو معيار مادي ، فهو يختلف عن الغبن ذي المعيار الذاتي ـ الاستغلال ـ الذى يعيب الرضا نفسه حتى ولو كان المتعاقد كامل الاهلية ، (راجع : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٢١٨ و٢١٩ وهامش ٣ ص ٣٩١) .

الفاحش بالتغرير • ومسلك المشرع العراقى فى هذا الصدد مسلك منتقد • فقد خالف ، بربطه بين الغبن والتغرير ، التشريعات الغربية التي تعتبر كلا من الغبن والتغرير عيبا مستقلا من عيوب الرضا[١٠٥] وحتى لو قلنا بأن المشرع انما سار فى هذا على منهج الفقه الاسلامي ، فان هناك من الفقهاء المسلمين من قال بأن الاوفق بقواعد الشرع أن يعتبر كل من الغبن والتغرير مفسدا لعقود المعاوضات مطلقا ولو لم يقترن أحدهما بالآخر • ذلك لان الغبن ضرر (ولا ضرر ولا ضرار) ، ولان التغرير خديعة فلا يجوز أن يستفيد الخادع من خداعه ، ولأن التغرير مخل برضاء المغرور ، ولانه غش والغش حرام[١٠٦] •

وقال آخرون ان الغبن والتغرير مفهومان متغايران : فقد يتحقق الغبن ولا تغرير ، كما لو كان جاهلا فاشترى الشيء باضعافه دون أن يكون أحد قد حبذه له ؛ وقد يتحقق التغرير دون الغبن ، كما لو غرره فى ارتكاب عمل ساقط فارتكبه ، فهنا تغرير من غير غبن • فعطف أحدهما على الآخر وتقييد الغبن بالتغرير واهن غير سديد[١٠٧] •

١٦٣ ـ وعلى كل حال ، فمن أجل أن يمكن الطعن في العقد للغبن الفاحش ، فقد اشترط القانون العراقي أن يكون الغبن ناشئا عن تغرير • فقد قضت الفقرة الاولى من المادة (١٢٤) من القانون المدني بأن : « مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام العقد لم يصحبه تغرير » وان كان فى

---

(١٠٥) قارن : ذنون ، الالتزامات ، ف ٩٦ •

(١٠٦) منير القاضي ، شرح المجلة ، جـ١ ، ٢٨ •

(١٠٧) تحرير المجلة ، جـ٢ ، ص ١٠١ • وقد سبق وان رأينا ان من أئمة المذاهب الاسلامية من توسع فى مسألة الغبن فأعتبروه سببا للفسخ فى أحوال متعددة حتى ولو لم يقترن به تغرير (راجع ف ١٥٨) •

الفقرة الثانية من النص المذكور قد استثنى حالة ما اذا كان المغبون محجورا أو مال الدولة أو الوقف ، فجعل مجرد الغبن الفاحش فى هذه الاحوال كافيا لبطلان العقد .

فاذا اقترن بالغبن الفاحش تغرير كان البيع موقوفا على اجازة المتعاقد المغبون (م ١٢١ مدني) ، فله اجازة البيع أو نقضه خلال ثلاثة أشهر تبدأ من الوقت الذى ينكشف فيه التغرير (م ١٣٦ مدني) . واذا مات من غُرّر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه[١٠٨] .

كما ان المشرع قد أجاز للمتعاقد المغبون ان يطالب ، خلال مدة سنة من وقت العقد ، برفع الغبن عنه الى الحد المعقول اذا كان الغبن الفاحش الذى لحقه نتيجة لاستغلال حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه (م ١٢٥ مدنى) .

١٦٤ ـ واذا كان المشرع قد ساير الفقه الاسلامي فى تقنينه لاحكام الغبن ، فانه قد خالفه فى بيع النجش . ذلك لان من فقهاء الشريعة من يثبت للمشترى في بيع النجش خيار الغبن ، كما مر بنا ، ومنهم من يذهب الى القول بأنه مكروه تحريما[١٠٩] . أما القانون المدنى العراقى فيقرر في الفقرة الثالثة من المادة (١٢٤) بأنه : « لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تمّ بطريق المزايدة العلنية » .

ويبدو أن السبب الذى حدا بالمشرع العراقي الى الاخذ بهذا الحكم هو وجود التنافس بين المتزايدين ، فكل يدفع في المبيع ما يراه مساويا له ؛ كما ان المزايدة العلنية تصلح أن تكون دليلا على أن السعر الذى رست به

---

(١٠٨) وهذا بخلاف ما كانت تذهب اليه المجلة فى مادتها ٣٥٨ .

(١٠٩) راجع : الفقه على المذاهب الاربعة ، جـ٢ ، ص ٢٧٣ .

المزايدة هو القيمة الحقيقية للشيء ، فينتفي وقوع الغبن[١١٠] .

ومع ذلك ، فقد يحدث ، وكثيرا ما يحدث ، أن يتواطأ صاحب السلعة المبيعة بالمزاد أو القائم باجراء المزايدة مع أحد الاشخاص على أن يزيد فى الثمن من طريق التقدم بعطاء لا يقصد منه الشراء حقيقة وانما مجرد الزيادة فى الثمن . فما حكم هذه المسألة ؟

ذهب فريق من شراح القانون المدني العراقى[١١١] الى ان نص الفقرة الثالثة من المادة (١٢٤) يجب أن لا يقف حائلا دون حق المشترى حسن النية في طلب فسخ البيع بسبب ما لحقه من غبن فاحش نشأ عن تغرير صادر من غير المتعاقد ويعلم به هذا المتعاقد لانه متواطىء مع من زاد فى ثمن المبيع زيادة صورية[١١٢] .

١٦٥ ـ قلنا فيما تقدم ان الغبن الفاحش اذا اجتمع مع التغرير كان مانعا من نفاذ العقد واعتبر عيبا من عيوب الارادة يفسد الرضا ، فيكون البيع نتيجة لذلك موقوفا على اجازة العاقد المغبون .

أما اذا كان الغبن يسيرا فانه لا يؤثر فى صحة العقد ولا يمنع من نفاذه ، ولكنه يعطي للعاقد المغرور حق الرجوع بالتعويض على العاقد الذى غرر به ، طبقا للشق الاول من المادة (١٢٣) من القانون المدني .

ولكن متى يعتبر الغبن فاحشا ومتى يعتبر يسيرا ؟

١٦٦ ـ لم يضع القانون المدني العراقى معيارا ماديا يركن اليه في تحديد ما يكون من الغبن الفاحش وما لا يكون داخلا فيه . وعلى هذا ، فانه

---

(١١٠) انظر : القاضى ، ملتقى البحرين ، ص ٢٠٣ .
(١١١) الحكيم ، ف ٢٧٤ ؛ العامري ، ٥٠ .
(١١٢) قارن نص المادة ١٢٢ مدني عراقى .

يتعيّن على المحكمة الرجوع فى تحديد الغبن الى مبادىء الشريعة الاسلامية وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدنى[١١٣] .

غير ان هذه المسألة مختلف فيها بين الفقهاء المسلمين ، كما أسلفنا . فقد تساجلت الآراء في الفقه الاسلامى فى تحديد الغبن ، فمن الفقهاء من أخذ بمعيار مادى منضبط فى رقم مرصود ، كالثلث أو الخمس ، اذا جاوزه الثمن تحقق الغبن الفاحش ، واذا لم يبلغه كان الغبن يسيرا . ومنهم من اعتمد كذلك معيارا ماديا ولكنه أكثر مرونة . فكل ما يدخل تحت تقويم المقوّمين كان غبنا يسيرا ، وما لا يدخل فى تقويم أهل الخبرة فهو غبن فاحش .

ونحن نميل الى الاخذ بما ذهب اليه فقهاء المالكية والحنابلة والشيعة لانه أكثر احتراما للعرف والعادات فى المعاملات ، بالاضافة الى انه قريب مما تذهب اليه بعض القوانين الحديثة . فيترك تقدير الضابط فى تحديد الغبن الفاحش للعرف وظروف الاحوال ، فما زاد على المألوف كان غبنا فاحشا ، وما عدا ذلك فهو غبن يسير[١١٤] . وذلك لأن تحديد درجة الغبن بدقة حسابية تحكم وافتراض بغير دليل[١١٥] ، كما ان « قاعدة واحدة جامدة تطبق تطبيقا حسابيا على جميع المسائل ، دون نظر الى الفروق ما بين مسألة واخرى ، تكون قاعدة ظالمة رغما من مظهر خداع فيها للعدالة »[١١٦] .

---

(١١٣) القاضى ، ملتقى البحرين ، ص ١٩٧ و ص ١٩٨ . وقارن : العامري ، ص ٤٩ .

(١١٤) انظر : محمصاني ، جـ٢ ، ص ١٨٦-١٨٧ ؛ ذنون ، الالتزامات ، ف ٩٧ ، ص ١٠٦ - ١٠٧ ؛ الشريف ، ف ١٨٩ . وقارن : الحكيم، ف ٢٧١ والعامري ، ص ٤٩ .

(١١٥) قارن : تحرير المجلة ، جـ٢ ، ص ٩٨ .

(١١٦) السنهوري ، الوسيط ، جـ١ ، ف ٢٠٣ ص ٣٥٨ - ٣٥٩ .

الفرع الثالث

صـور الرضـا وأوصافـه

١٦٧ ـ الغالب أن يكون رضا الطرفين المتعاقدين على عقد البيع مباشرا وباتا • ولكن يحدث أحيانا أن يكون البيع مسبوقا بمرحلة تمهيدية ، حيث يلتزم أحد المتعاقدين أن يبيع الى المتعاقد الآخر اذا قبل هـذا الاخـير أن يشترى شيئا معينا فى بحر مدة معينة ، فلا يعتبر هذا العقد بيعا بل وعـدا بالبيع • وقد يكون البيع موصوفا ، اذ انه عقد كسائر العقود قد تدخل عليه أوصاف مختلفة • فقد يكون معلقا على شرط أو مقترنا بأجل أو متعـدد المحل أو مقترنا بشرط العربون ••• الخ(١١٧) • فيتعـين علينـا اذن أن ندرس البيوع الموصوفة • غير اننا لا نريد أن نبحث فى جميع صور هذه البيوع ، وانما سوف نقتصر على الوقوف عند أكثر هذه الصور وقوعا فى العمل ، فنتناول بالبحث البيع بشرط الخيار والبيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق والبيع بشرط العربون •

وسـنبدأ بدراسـة الوعد بالبيع في مبحث أول ، ثم نعرض لدراسـة ما اخترناه من البيوع الموصوفة فى مبحث ثان •

المبحث الاول

الـوعـد بالبيـع

La Promesse de Vente

طبيعة الوعد بالبيع وخصائصه :

١٦٨ ـ علمنا مما تقدم ان البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقـل

---

(١١٧) وهناك بيوع موصوفة كثيرة الوقوع فى التعامل التجارى ، نذكر منها : البيوع المعروفة ببيع السيف C. I. F. والسى أند أف C. & F. والبيع بشرط سلامة الوصول ، وبيع المحمول فى سفينة معينة •

ملكية المبيع الى المشترى فى مقابل ثمن نقدى يدفعه المشترى الى البائع •
وافترضنا فيما قدمناه ان المتعاقدين قد أبرما عقدا نهائيا • ولكن يحصل أحيانا أن يمرّ المتعاقدان بمرحلة تمهيدية تسبق مرحلة ابرام العقد النهائي يقتصر التزام المتعاقد فيها على الوعد بالبيع اذا رغب المتعاقد الآخر فى ذلك فى مدة معينة •

ونرى انه لابد لنا ، من أجل التعرف على طبيعة الوعد بالبيع وبيان خصائصه ، أن نأتي على ذكر النصوص التي تنظم أحكامه فى التقنين المدني الفرنسي وفى القانونين العراقى والمصرى الجديد •

١٦٩ ـ تقضي المادة (١٥٨٩) من التقنين المدني الفرنسي بأنه : « الوعد بالبيع يعدل البيع اذا كان بين الطرفين رضا متبادل على الشيء وعلى الثمن » •

وقد تضاربت آراء الفقهاء الفرنسيين فى تفسير محتوى هذا النص ومداه بسبب عبارة « الرضا المتبادل » التي وردت فيه •

فذهب البعض منهم الى القول بأن المشرع بوضعه هذا النص لم يقصد به الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء Promesse Synallagmatique de vendre et d'acheter بل الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد فقط Unilatéral ، لاننا اذا اعتبرناه ملزما للجانبين فان ذلك يقتضي أن الموعود له قد أبدى قبوله الشراء مباشرة ، وهذا يعني بأنه سوف لا يكون هناك وعد بالبيع ، بل بيعا تاما تترتب عليه جميع آثاره فى الحال(١١٨) •

وعلى العكس من ذلك ، ترى غالبية الشراح الفرنسيين ان الوعد المقصود بالمادة (١٥٨٩) هو الوعد المتبادل بالبيع والشراء لانه وحده الذى

---

(١١٨) انظر : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ ، ف ١٣٦٦ ص ٤٦٢ ـ ٤٦٣ •

يتضمن الرضا المتبادل • فاذا وعد أحد المتعاقدين بالبيع ووعد المتعاقد الآخر بالشراء ، واتفقا على المبيع والثمن ، اعتبر هذا الوعد بيعا حقيقيا كاملا وانتج جميع آثار البيع من وقت انعقاده • أما الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد فليس سوى مجرد ايجاب لا ينطبق عليه نص المادة (١٥٨٩) ، بل يرجع فى شأنه الى أحكام القواعد العامة فى تكوين العقود[١١٩] •

ويذهب فريق ثالث مذهبا وسطا • فهو يرى ان نص المادة (١٥٨٩) يتسع للنوعين • فعبارة الرضا المتبادل تنطبق على الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد كما تنطبق على الوعد المتبادل بالبيع والشراء ، لانها لا تعني ضرورة التزام كل من الطرفين المتعاقدين ، بل مجرد اتفاقهما على المبيع والثمن • وكذلك عبارة « الوعد بالبيع يعدل البيع » تنطبق على الحالتين ويقصد بها ان عقد الوعد سواء أكان ملزما لجانب واحد أم كان ملزما للجانبين ينتج آثار البيع ويغني عن ابرام عقد جديد متى قبل الموعود له الشراء أو البيع[١٢٠] •

١٧٠ ـ أما القانون المدني العراقي فلم يخص الوعد بالبيع بنص خاص كما فعل التقنين الفرنسى ، وانما اكتفى بالنص فى كتاب النظرية العامة للالتزامات على حكم الوعد بالتعاقد •

فقد نصت المادة (٧٨) من القانون المدني على أن : « صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعدا ملزما اذا انصرف الى

---

(١١٩) راجع : اوبرى ورو ، ج ٥ ص ٣ ـ ٥ وهامش ٧ ص ٣ ـ ٤ والفقه المشار اليه وهامش ٩ ص ٥ ؛ بلانيول وريبير وهامل ، القانون المدني الفرنسي ، ج ١٠ ، ف ١٧٥ ؛ كولان وكابيتان ودلاموراندير ، دروس أولية فى القانون المدني الفرنسي ، ج ٢ ، ف ٨٣٤ •

(١٢٠) راجع : مرقس وامام ، ف ٤٨ ص ٧٦ •

ذلك قصد العاقدين » • فيشمل هذا النص الوعد بالتعاقد أياً كان نوعه ، فتسري أحكامه على الوعد بالبيع والوعد بالايجار والوعد بالهبة والوعد بالرهن أو غير ذلك من العقود •

وتقرر المادة (٩١) من نفس القانون بأن : « ١ ـ الاتفاق الابتدائي الذى يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بابرام عقد معين فى المستقبل لا يكون صحيحا الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب أن يبرم فيها • ٢ـ فاذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الابتدائي الذى يتضمن وعدا بابرام هذا العقد » •

١٧١ ـ وكذلك فعل المشرع المصرى حيث عالج أحكام الوعد بالتعاقد فى باب الالتزامات بوجه عام • فنص فى المادة (١٠١) من القانون المدني الجديد على ان : « ١ ـ الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بابرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد الا اذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ابرامه فيها • ٢ ـ واذا اشترط القانون لتمام العقد اِستيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هذا العقد » • وقضى فى المادة (١٠٢) بأنه : « اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضيّ به مقام العقد » •

١٧٢ ـ يتبين من هذه النصوص ان المشرعين العراقي والمصرى قد ساويا بين الوعد الملزم لجانب واحد الذى يعد بموجبه أحد المتعاقدين فقط بابرام عقد معين فى المستقبل ، وبين الوعد المتبادل الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين بابرام عقد معين فى المستقبل ، سواء من حيث ما يجب أن يتوافر فى الوعد من شروط أو من حيث ما يمكن أن يترتب على الوعد من

آثار[١٢١] • ولذلك فنحن نعتقد بأنه اذا كان يمكن الاخذ فى القانون الفرنسي بما يذهب اليه جمهور الشراح الفرنسيين بأن الوعد بالبيع ليس الا الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء وبالتالى ما هو الا بيع حقيقي تترتب عليه من وقت انعقاده جميع آثار البيع من انتقال للملكية الى التزام بدفع الثمن وغير ذلك[١٢٢] ، بسبب ما يحيط بنص المادة (١٥٨٩) من غموض ، فان هذا الرأى لا يمكن الاخذ به فى القانونين العراقى والمصرى الجديد بالنظر لصراحة النصوص • فيظل التمييز قائما بين الوعد بالبيع والبيع من جهة ، وبين الوعد بالبيع والايجاب والمشروع المتفق عليه والبيع الابتدائي من جهة اخرى •

١٧٣ ـ فيختلف الوعد بالبيع عن البيع • ذلك ان البيع يترتب عليه انتقال الملكية الى المشترى كما ينشىء فى ذمة كل من المتعاقدين بعض الالتزامات • فيلتزم البائع بتسليم المبيع الى المشترى وضمانه له • ويلتزم المشترى بتسلم المبيع من البائع ودفع الثمن اليه • أما الوعد بالبيع فلا يرتب فى ذمة المتعاقد شيئا من ذلك ، وانما يتعهد صاحب الشىء بأنه سيبيع اذا طلب منه المتعاقد الآخر ذلك فى المدة المتفق عليها •

١٧٤ ـ ويختلف الوعد بالبيع عن الايجاب وان كان ملزما • ذلك ان الايجاب يمكن لمن صدر منه أن يعدل عنه متى شاء قبل أن يقترن به قبول الطرف الآخر (المادة ٨٢ مدني عراقي) • ما لم يكن قد حدد

---

(١٢١) قارن : مرقس وامام ، ف ٤٨ ص ٧٨ •

(١٢٢) وقد جرى الشراح المصريون على نفس هذا الرأي وأخذت به المحاكم المصرية فى ظل التقنين الملغى بالرغم من عدم ورود نص فيه يقابل نص المادة (١٥٨٩) من التقنين الفرنسي ، ولكنهم أفردوا مع ذلك حكما خاصا للوعد بالبيع أو بالشراء الملزم لجانب واحد ، اذ اعتبروه عقدا غير مسمى ينشىء التزاما بالقيام بعمل ، وهو ابرام عقد البيع ، ولا تترتب عليه آثار البيع الا من وقت ابداء الموعود له استعداده للبيع أو للشراء • (راجع مرقس وامام ، ف ٤٨ ص ٧٧) •

لا يجابه موعدا للقبول ، فانه يظل ملتزما بايجابه حتى ينقضي الميعاد الذى حدده للقبول (المادة ٨٤ مدني عراقي) • أما الوعد بالبيع فلا يجوز الرجوع فيه لانه يعتبر عقدا تاما يتكون من ايجاب وقبول ، لا ايجابا مجردا • فاذا رجع الواعد فى وعده اعتبر مخلا بالتزام تعاقدي[١٢٣] • ويسقط الايجاب بموت الموجب أو فقده الاهلية ، أما الوعد بالبيع فلا يسقط بموت الواعد الا اذا كان لشخصه محل اعتبار فى التعاقد •

١٧٥ ـ ويتميز الوعد بالبيع كذلك عن « المشروع المتفق عليه » والبيع الابتدائي • فالمشروع المتفق عليه ، وهو ايجاب يقبله من وُجه اليه ولكنه يعلق انعقاد العقد على اجراء معين كتحريره فى ورقة رسمية ، يتميز عن الوعد بالبيع فى أن الاول مجرد مشروع عقد متفق عليه لا تتوافر له قوة الالزام لانه لا يلزم أياً من الطرفين المتعاقدين ما دام الاجراء المتفق عليه لم يتم بعد[١٢٤] •

١٧٦ ـ يخلص مما تقدم ان الوعد بالبيع يختلف عن مجرد الايجاب، لانه يتكون من ايجاب وقبول ، ويختلف ايضا عن مشروع تعاقد متفق عليه ، لان المشروع وان توافر فيه الايجاب والقبول فانه تعوزه قوة الالزام ، والوعد بالبيع وان اعتبر عقدا تاما الا انه لا يكون عقد بيع لانه يختلف عنه ، بل هو عقد متميز عن البيع ينضوي تحت طائفة العقود غير المسماة •

صور الوعد بالبيع :

١٧٧ ـ وقد يتخذ الوعد بالبيع صورا مختلفة[١٢٥] فقد يكون وعدا من جانب من يريد البيع ، فيكون الوعد وعدا بالبيع من جانب واحد هو

---

(١٢٣) انظر : ذنون ، البيع ف ٢٨ ص ٣٣ •
(١٢٤) راجع : مرقس وامام ، ف ٤٦ ص ٧٣ • وانظر : ف ٢١٧ أدناه •
(١٢٥) المقصود بكلمة « البيع » هنا عقد البيع لا عملية البيع نفسها •

البائع ، وقد يصدر الوعد من جانب من يرغب فى الشراء فيكون الوعد وعدا من جانب المشتري وحده ، كما قد يكون وعدا متبادلا بالبيع والشراء من الجانبين • وهناك صورة خاصة من الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هو الوعد بالتفضيل •

وعلى ذلك تكون أهم صور الوعد بالبيع ثلاث :

(١) الوعد بالبيع من جانب البائع ، ويلحق به الوعد بالتفصيل •

(٢) الوعد بالشراء من جانب المشتري •

(٣) والوعد المتبادل بالبيع وبالشراء •

ونفرد لكل صورة من هذه الصور مطلبا خاصا •

المطلب الاول

الوعد بالبيع من جانب البائع

تعريفه وأهميته العملية :

١٧٨ ـ الوعد بالبيع عقد يلتزم به شخص بأن يبيع لآخر شيئا معينا وبثمن معين اذا أبدى هذا رغبته فى ذلك خلال مدة معينة(١٢٦) •

١٧٩ ـ وللوعد بالبيع أهمية كبيرة بالنظر لكثرة وقوعه فى الحياة العملية لما فيه من فوائد • فاذا أراد شخص تأسيس مشروع صناعي وكان يحتاج فى انشائه الى أرض وبناء وليس لديه المال الكافي ، فانه يستطيع الاكتفاء باستئجار الارض من مالكها مع ترخيص بالبناء عليها ويحصل فى الوقت ذاته على وعد بالبيع من المالك اذا رغب فى شرائها خلال فترة معينة • فانه يكون قد تفادى تعطيل جزء مهم من رأسماله أو الاقتراض بفائدة من

---

(١٢٦) انظر : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ ٣ ، ف ١٣٦٤ •

أجل شراء الارض ، ويضمن من جهة أخرى انه سيصبح المالك لها • كما يستطيع أن يحصل من الملاك المجاورين لمشروعه على وعد ببيع أملاكهم له فيضمن بهذا التوسع فى مشروعه فى المستقبل(١٢٧) •

ومن تطبيقات الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ما اذا أراد شخص شراء دار معينة ولكنه يفضل أن لا يتقيّد بالشراء منذ البداية اما لانه فى حاجة الى بعض الوقت لتدبير ثمنها ، أو لانه يريد تجربتها ، أو لاى سبب آخر، فيتعاقد مع مالكها على أن يستأجرها منه لمدة معينة ويحصل منه على وعد ببيعها اذا أعلن عن رغبته فى الشراء خلال مدة معلومة • فيتسع للمستأجر الوقت لتدبير ثمن الدار أو لتجربتها وما عليه ، ان أراد الشراء ، الا الاعلان عن رغبته فى ذلك فيتم البيع •

والأمثلة على ذلك كثيرة • اذ يكفي أن تتصور شخصا يرغب فى أن يشتري شيئا معينا ولكنه لا يريد أن يبرم البيع فى الحال لاى سبب من الاسباب ، فيحصل من صاحب الشىء على وعد بالبيع دون أن يلتزم هو بالشراء فنكتفي بما تقدم •

التكييف القانوني للوعد بالبيع :

١٨٠ ـ لقد اختلف الفقهاء فى تكييف الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد • فمنهم من يقول بأنه بيع معلق على شرط واقف هو استعمال الموعود له حقه فى الشراء ولكن هذا الرأى مردود ، لان البيع المعلق على شرط يفترض اتجاه ارادة الطرفين المتعاقدين الى البيع والشراء منذ انعقاده مع تعليق ما ينشأ عن العقد من التزامات الى حين تحقق الشرط • أما فى الوعد بالبيع فلا تتجه ارادة الواعد والموعود له الى شىء من ذلك(١٢٨) •

---

(١٢٧) راجع : بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، ف ١٣٦٥ •
(١٢٨) راجع : مرقس وامام ، ف ٥٠ ص ٨٣ •

١٨١ – ونازع آخرون فى صحة الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد اذ اعتبروه من العقود المقترنة بشرط ارادي محض فيقع لذلك باطلا • وهذا الرأى مردود كذلك • فالوعد بالبيع عقد منجز غير معلق على أى شرط لانه يلزم الواعد من وقت ابرامه الى حين انتهاء المدة المعينة فيه • هذا من جهة • ويمكن القول ، من جهة اخرى ، ان من المعروف فى القواعد العامة للالتزامات ان الشرط الارادي المحض الذى يبطل العقد بسببه هو ذلك الشرط الذى يعلق تحققه أو تخلفه ، وبالتالى وجود الالتزام أو عدمه ، على مجرد ارادة المدين • أما فى الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد فان اتمام العقد يتوقف على ارادة الدائن(١٢٩) •

١٨٢ – والوعد بالبيع ، على رأى ثالث هو رأى جمهور الشراح ، عقد صحيح يتميز عن عقد البيع وله أحكامه الخاصة به • فهو عقد صحيح غير مسمى •

شروط انعقاد الوعد بالبيع وصحته :

١٨٣ – يتضح من نصوص المادتين (٧٨ و ٩١) من القانون المدني العراقي انه لابد لانعقاد الوعد بالبيع من اتفاق الطرفين على طبيعة الوعد ، والاتفاق على جميع المسائل الجوهرية لعقد البيع وهي المبيع والثمن ، وتعيين مدة يجب ابرام العقد النهائي خلالها ، وضرورة استيفاء الشكلية فى بعض الاحوال •

١٨٤ – فلابد ، أولا ، من تطابق ايجاب أحد العاقدين بقبول العاقد الآخر على طبيعة الوعد وأثره • فلو عرض أحد الطرفين المتعاقدين أن يرتبط بوعد متبادل وقبل المتعاقد الآخر أن يلتزم المتعاقد الاول بالبيع وحده

---

(١٢٩) انظر : ذنون ، البيع ، ف ٣٠ ص ٣٤ ؛ مرقس وامام ، ف ٥٠ ص ٨٣ •

لما انعقد بينهما لا وعد متبادل ولا وعد ملزم لجانب واحد • فيشترط اذن أن تتجه ارادة العاقدين الى الزام الواعد وحده بوعده •

١٨٥ ـ ولابد كذلك من اتفاق الواعد والموعود له على المبيع وعلى الثمن • فينبغي اذن تعيين العين المراد بيعها شأنها فى ذلك شأن كل مبيع ، كما يجب اتفاقهما على الثمن الذى تباع به هـذه العين وتحديده تحـديدا كافيا ، شأنه فى ذلك شأن كل ثمن (١٣٠) •

١٨٦ ـ ويجب للوعد أيضا أن يحدد بمدة يستعمل خلالها الموعود له حقه فى الشراء غير ان الاتفاق على هذه المدة لا يشترط فيـه أن يكون صريحا ، بل يمكن أن يكون ضمنيا • فيجوز للقاضى فى مثل هذه الاحوال أن يقوم بتحديد المدة طبقا لظروف الاتفاق وقصد المتعاقدين • فاذا ورد وعد بالبيع ضمن عقد ايجار ، أمكن القول بأن مدة الوعد بالبيع هى نفس مدة الايجار (١٣١) • فاذا لم تعيّن هـذه المـدة فى العقـد أو لم يتمكن قاضي الموضوع من تعيينها ، كان العقد باطلا •

وجدير بالملاحظة فى هذا الصدد ان القـانون الفرنسي لم يشترط لانعقاد الوعد بالبيع أن تعين فيه المدة التي يجب فيها ابرام العقد • ولذا فان من المقـرر فقهاً وقضاءً ان الوعد المطلق صحيح يلتزم به الواعـد ما دام قائما ويجيز للمشتري أن يبدي رغبته فى الشراء فى أى وقت يشاء (١٣٢) • غير ان الشراح والمحاكم أجازوا للواعد أن يلجأ الى القضاء لوضع حـد لارتباطه بوعده ، لا بل وجوزوا له أن يحدّد بنفسه أجلا للموعود له بعد

---

(١٣٠) انظر : السنهوري ، الوسيط ، جـ ٤ ، ف ٢٨ ص ٦٠ •

(١٣١) أو كما اذا كان العقد الموعود به لا يجدي تنفيذه بعد فوات وقت معين ، فهذا الوقت هو المدة التى يجب خلالها ابرام هذا العقـد (راجع : السنهوري ، الوسيط ، جـ ١ ، ف ١٣٤ ص ٢٥٣) •

(١٣٢) راجع : اوبرى ورو ، جـ ٥ ، ص ٥ وهامش ٩ ـ ٢ و٩ ـ ٣ ص ٥ •

اعذاره[١٣٣] .

١٨٧ ـ ولما كان عقد البيع رضائيا فى الاصل ، فان الوعد بالبيع عقد رضائي كذلك ، فلا يشترط لانعقاده شكل خاص . ولكن اذا كان العقد المراد ابرامه من العقود الشكلية وجب عندئذ أن يراعى فى الوعد بهذا العقد نفس الشكل الذى تجب مراعاته فى العقد نفسه[١٣٤] فلا بد اذن لانعقاد الوعد ببيع عقار من تسجيله فى دائرة الطابو وذلك تطبيقا للاحكام الواردة فى الفقرة الثانية من المادة (٩١) والمادتين (٥٠٨) و (١١٢٦ ف ٢) من القانون المدني العراقي .

١٨٨ ـ ومع ذلك ، يلاحظ بأن الدكتور حسن علي الذنون يأخذ برأي خاص فى هذه المسألة ، فهو يقول : « .. ان (من) وجه له الوعد دائن بحق شخصي فهو يستطيع اذن أن يطالب بالتنفيذ العيني ، أى باتمام عقد البيع ، كما يستطيع المطالبة بالتعويض اذا ما أخل الواعد بالتزامه ومعنى هذا ان الملكية لا تنتقل بمجرد انعقاد الوعد بالبيع . ويترتب على هذا ان هذا العقد لا يسجل اذا انصب على عقار كما انه لا يعطي الموعود له حق الاستيلاء على ثمار العين ... »[١٣٥] .

١٨٩ ـ ولكننا نرى انه لا يمكن الاخذ بهذا الرأى لانه يتعارض وصراحة النصوص تعارضا تاما .

---

(١٣٣) فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يستطيع الواعد أن يتحلل من وعده اذا لم يقيد الوعد بمدة ما لم يكن قد أعذر المستفيد بأن يستعمل حقه خلال مدة معينة (نقض فرنسي ١٠ حزيران ١٩٤١ ، داللوز التحليلي ١٩٤١ ـ ٢٧٤ ونقض فرنسي فى ٤ نيسان ١٩٤٩ ، داللوز ١٩٤٩ ـ ٣١٦) .

(١٣٤) انظر : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٢٨ ص ٦١ ؛ الصراف ، ف ١٣٤ ؛ الحكيم ، ف ١٥٧ .

(١٣٥) ذنون ، البيع ، ف ٣٣ ص ٣٦ .

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٩١) من القانون المدني العراقي على انه : « فاذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الابتدائي الذى يتضمن وعدا بابرام العقد » • ومن المعلوم أن بيع العقار فى القانون العراقي عقد شكلي • فقد قضت المادة (٥٠٨) من القانون المدني بأن : « بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل فى الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذى نص عليه القانون » • وتقرر الفقرة الثانية من المادة (١١٢٦) بأنه : « والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانونا » •

١٩٠ ـ واذا كان يصح الاخذ بما ذهب اليه الدكتور الذنون فى القانون المصرى حيث يؤكد بعض الفقهاء المصريين بأن عقد الوعد بالبيع لا يخضع لضرورة التسجيل ولو كان محله عقارا[١٣٦] ، فانه لا يمكن أن ينطبق هذا القول فى القانون العراقي • ذلك لأن عقد بيع العقار فى مصر ، كما يلاحظ الدكتور الذنون نفسه « لا يزال على الرغم من صدور قانون الشهر العقارى عقدا رضائيا ينعقد بمجرد اتحاد الارادتين ، وان أثر التسجيل هو تأخير انتقال الملكية الى المشترى الى حين تمامه »[١٣٧] • أما عندنا فبيع العقار لا ينعقد الا بالتسجيل فهو قبله عدم من الناحية القانونية[١٣٨] •

ولا يشذ القانون المصرى عن الحكم الوارد فى الفقرة الثانية من المادة (٩١) من القانون المدني العراقي اذا كان العقد المراد ابرامه شكليا • فقد رأينا ان نص الفقرة الثانية من المادة (١٠١) من القانون المدني المصرى يشتمل على حكم مماثل لحكم النص العراقي • فمتى كنا فى حالة من

---

(١٣٦) انظر : مرقس وامام ، ٥١ ص ٨٥ •
(١٣٧) ذنون ، البيع ، ف ١٤٨ ص ١٣٠ ، وانظر : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٢٧٢ ؛ مرقس وامام ، ف ١٦٤ ص ٢٥٦ •
(١٣٨) ذنون ، البيع ، ف ١٤٨ ص ١٣٠ •

الاحوال الاستثنائية التي يكون البيع فيها شكليا ، وجب عندئذ « أن يستوفى الوعد بهذا البيع نفس الشكل الخاص الذى يجب أن يستوفيه البيع »(١٣٩) .

١٩١ ـ ولما كان الوعد بالبيع عقدا من العقود ، ترتب على ذلك انه لابد من توافر شروط صحته بالاضافة الى شروط انعقاده . فيشترط اذن لصحة الوعد بالبيع توافر الاهلية اللازمة للتعاقد فى كلا المتعاقدين وان تكون ارادة كل منهما خالية من العيوب .

غير ان الوعد بالبيع عقد ملزم لجانب واحد ، لانه لا ينشىء التزامات الا فى ذمة الواعد فقط . لذلك وجب أن تتوافر فى الواعد الاهلية اللازمة للبيع ، أى أهلية الاعمال الدائرة بين النفع والضرر وقت الوعد لا وقت البيع النهائي لانه لا يلتزم الا حين عقده الوعد . فيظل الوعد صحيحا حتى لو فقد الواعد أهليته وقت ابرام العقد النهائي بأن حجر عليه مثلا .

أما الموعود له ، فلأنه لا يلتزم بشىء حين الوعد ، لذلك فلا يشترط توافر أهلية التصرف فيه الا عند ابرام العقد النهائي لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصرا . الا انه يشترط أن تتوافر فيه أهلية التعاقد ، أى التمييز ، وقت الوعد لأن الوعد عقد وهو أحد طرفيه(١٤٠) .

١٩٢ ـ وفيما يتعلق بشرط سلامة الارادة من العيوب فانه يعتبر ، بالنسبة للواعد وقت الوعد أيضا لان البيع يتم من جانبه بموجب ارادته المكونة للوعد فحسب ولا يصدر منه رضاء بعد ذلك . أما البيع النهائي

---

(١٣٩) ومن العقود الشكلية فى القانون المصري عقد بيع السفن وبيع براءات الاختراع والعلامات التجارية وعقد البيع الذي يكون الثمن فيه ايرادا مرتبا والبيوع الجبرية وبيع عقار القاصر والغائب (راجع : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٢٢ وهامش ١ ص ٥١) .

(١٤٠) انظر : سلطان والعدوي ، ف ١٩٠ .

فيتوقف تمامه على ارادة الموعود له ، فيتم البيع بمجرد أن يظهر رغبته بالشراء في المدة المعينة • لذلك فان عيوب الارادة ، بالنسبة للموعود له ، تعتبر وقت الوعد ووقت البيع النهائي ، اذ انه يصدر منه رضاء مرتين : الاولى هى التى ينعقد بها الوعد ، والثانية هى التى يقبل بها البيع النهائى ، ولابد وأن يكون رضاؤه سليما فى كل منهما(١٤١) •

آثار الوعد بالبيع :

١٩٣ ـ تقدم ان الوعد بالبيع عقد صحيح تام ولكنه ليس بيعا وانما مرحلة تمهيدية تسبق البيع التام الذى يتوقف ابرامه على ارادة من وجه اليه الوعد • فاذا ما أعلن الموعود له عن رغبته فى شراء العين محل الوعد ، انعقد البيع النهائي وأصبح الواعد بائعا والموعود له مشتريا • لذلك كان البيع وكأنه يمرّ بمرحلتين لكل منهما آثارها الخاصة • فنتكلم اذن عن آثار مرحلة الوعد بالبيع فى ذاته ، ثم نتكلم عن آثار مرحلة البيع التام بعد ذلك •

(أ) آثار مرحلة الوعد بالبيع فى ذاته :

١٩٤ ـ لا يعتبر العقد فى هذه المرحلة عقد بيع ، فلا تترتب عليه آثار هذا العقد ، وانما هو عقد ملزم لجانب واحد هو الواعد بالبيع • والالتزام الذى يترتب فى ذمة الواعد هو التزام شخصي بابرام البيع النهائي اذا طلب الموعود له ذلك خلال المدة المعينة • فلا يترتب للموعود له الا حق شخصي يخوله مطالبة الواعد بابرام البيع النهائي ، لا حقا عينيا على الشىء الموعود ببيعه ، فتبقى ملكية هذا الشىء للواعد ولا تنتقل الى الموعود له •

١٩٥ ـ ويترتب على بقاء ملكية الشىء للواعد النتائج التالية :

---

(١٤١) انظر : بلانيول وريبير وهامل ، ج ١٠ ، ف ١٧٧ ؛ السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٢٨ ص ٦٢ ؛ مرقس وامام ، ف ٤٩ ص ٧٩ •

(١) تصح كافة تصرفات الواعد فى الشىء موضوع الوعد • فله أن يبيعه أو أن يؤجره لشخص ثالث • وتكون هذه التصرفات نافذة فى حق الموعود له الذى يقتصر حقه فى مثل هذه الاحوال على المطالبة بالتعويض طبقا لقواعد المسؤولية التعاقدية[١٤٢] • كل هذا اذا لم يستطع الموعود له الطعن فى تصرف الواعد بدعوى عدم نفاذ التصرفات[١٤٣] بأن يثبت تواطوء الواعد مع المتصرف له (الشخص الثالث) على الاضرار بحقه • أما اذا كان التصرف تبرعا فلا يحتاج الموعود له الى اثبات هذا التواطوء (المادة ٢/٢٦٤ مدني عراقي) •

ولكن قد يصعب أحيانا الطعن فى تصرف الواعد بدعوى عدم نفاذ التصرفات لما تتطلبه هذه الدعوى من شروط وخاصة اثبات غش المدين واعساره وسوء نية الغير • فلذلك ، واتقاء للنتائج التى قد تترتب على تصرف الواعد بالشىء محل الوعد ، كثيرا ما يلجأ الموعود له الى الاتفاق مع الواعد على أن يرتب له رهنا على الشىء الموعود ببيعه ، فيضمن بذلك الافضلية اللازمة لصيانة حقه قبل الغير الذى قد يتصرف له الواعد اضرارا به[١٤٤] •

(٢) اذا هلك الشىء الموعود ببيعه هلاكا كليا وبقوة قاهرة فانه يهلك على الواعد لأن الشىء يهلك على مالكه[١٤٥] ، فينقضي التزام الواعد

---

(١٤٢) أما مسؤولية المتصرف له (الشخص الثالث) فتتحدد طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية • فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن للموعود له الحق فى مطالبة الشخص الثالث بالتعويض عن خطئه الذى ارتكبه باشتراكه فى خرق الواعد لالتزامه وذلك وفق قواعد المسؤولية التقصيرية ، ولكنه لا يستطيع طلب ابطال البيع اذا كان المتصرف اليه حسن النية ، أى انه لم يكن يعلم بالوعد بالبيع ولم يكن متواطئا مع الواعد على الاضرار بالموعود له (نقض فرنسى ١٣ نوفمبر ١٩٢٩ ، داللوز الدورى ١٩٢٩-١-١٣١) •

(١٤٣) المواد ٢٦٣-٢٦٩ مدنى عراقى •

(١٤٤) راجع : بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، ف ١٣٧٣ •

(١٤٥) اوبري ورو ، ج ٥ ص ٨ •

لاستحالة تنفيذه وينقضي تبعا لذلك حق الموعود له • أما اذا كان الهلاك جزئيا فلا ينقضي التزام الواعد ، وكان الموعود له مخيرا بين رفض الوعد أو قبول الباقي من الشيء محل الوعد بكل الثمن المتفق عليه ، كما يذهب الى ذلك بعض الفقهاء(١٤٦) •

أما اذا حدثت زيادة فى الشيء فان حكمها يختلف باختلاف سببها • فاذا كانت الزيادة فى قيمة الشيء لا فى مقداره ، كما لو زادت قيمة العقار نتيجة لمدّ سكة حديد بجواره ، واختار الموعود له الشراء ، تم البيع فى هذه الحالة بالثمن المسمى فى عقد الوعد • أما اذا كانت الزيادة فى مقدار الشيء ، كاقامة منشآت جديدة على الارض الموعود ببيعها واختار الموعود له الشراء ، كانت الزيادة من حق الواعد ولا يجبر على تسليمها الا فى مقابل زيادة الثمن •

(٣) ويترتب كذلك على بقاء ملكية الشيء للواعد ان حاصلات هذا الشيء وثماره خلال مرحلة الوعد تكون ملكا للواعد ولا حق للموعود له فى شيء منها •

١٩٦ ـ ويترتب على كون حق الموعود له حقا شخصيا النتائج الآتية :

(١) يجوز للموعود له أن يحوّل حقه الشخصي الى الغير طبقا لقواعد حوالة الحق (المواد ٣٦٢ وما بعدها من القانون المدني العراقي) ، ما لم يتفق على خلاف ذلك أو كان لشخصية الموعود له اعتبار فى تعهد الواعد(١٤٧) •

---

(١٤٦) السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ف ٣٠ وهامش ٢ ص ٦٤ ـ ٦٥ ؛ مرقس وامام ، ف ٥١ ص ٨٤ ؛ ذنون ، البيع ، ف ٣٨ •

(١٤٧) انظر : اوبري ورو ، ج ٥ ، ص ٧ وهامش ١٠ ـ ١٠ فى نفس الصفحة ؛ وبلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، ف ١٣٧٤ ؛ مرقس وامام ، ف ٥١ ص ٨٥ ؛ ذنون ، البيع ، ف ٣٤ •

ومع ذلك ، فقد أبدى بعض الشراح شيئا من التحفظ فيما يتعلق بهذه الحوالة • فمنهم من يرى بأنه لا يصح وضع قاعدة عامة تطبق فى جميع الاحوال ، بل ينبغي الرجوع الى ظروف التعاقد فى كل قضية على حدة • ومنهم من يشترط لصحة هذه الحوالة ان لا يضار الواعد بها ويرتبون على ذلك ضرورة بقاء الموعود له ملتزما بالثمن الى جانب المحال اليه اذا استعمل هذا حقه فى قبول الشراء • ولكن يرد على ذلك بأن الموعود له دائن غير مدين ، فاذا نقل حقه للغير فلا محل بعد ذلك لجعله مسؤولا عن الثمن « لان الالتزام بالثمن لا ينشأ من عقد الوعد الذى كان الموعود له طرفا فيه ، وانما ينشأ من ابداء المحال اليه قبول الشراء • فعندئذ فقط يتم عقد البيع وينشأ الالتزام بالثمن فى ذمة المشتري[١٤٨] •

وعلى كل حال ، فان غالبية الشراح تذهب الى صحة هذه الحوالة ما دام الموعود له قد راعى بتصرفه فى حقه شروط حوالة الحق ، كما أن محكمة النقض الفرنسية قد استقرت احكامها على جواز هذه الحوالة[١٤٩] •

(٢) اذا نزعت ملكية العقار الموعود ببيعه للمنفعة العامة انقضى التزام الواعد لانه أصبح مستحيل التنفيذ دون خطأ منه ولا يلتزم بتعويض الموعود له ، كما يخلص ثمن نزع الملكية للواعد وحده باعتباره مالكا[١٥٠] •

(٣) يجوز للموعود له أن يقوم بالاجراءات التحفظية لمنع الواعد

---

(١٤٨) مرقس وامام ، ف ٥١ ص ٨٦ •

(١٤٩) راجع : اوبري ورو ، ج ٥ ، ص ٧ والهامشين ١٠-١٠ و ١٠-١١ والاحكام المشار اليها فيهما ؛ بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، ف ١٣٧٤ •

(١٥٠) اوبري ورو ، ج ٥ ، ص ٨ ؛ مرقس وامام ، ف ٥١ ص ٨٥ •

من القيام بأعمال تحول دون ابرام البيع النهائي • فله أن يمنعه من هدم الدار الموعود ببيعها ، وله أن يستعمل الدعوى غير المباشرة باسم الواعد فيرفع دعاوى الحيازة ويقطع التقادم[١٥١] •

(٤) يجوز للموعود له ، باعتباره دائنا ، ان يتفق مع الواعد على ان يرتهن الشيء الموعود ببيعه تأمينا لوفاء الواعد بوعده •

(٥) وللموعود له ، باعتباره دائنا بحق شخصي ، ان يطالب طبقا للقواعد العامة فى الالتزامات باجبار الواعد ، باعتباره مدينا ، على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، أي ابرام عقد البيع النهائي (م ٢٤٦ مدني عراقى)[١٥٢] •

(ب) آثار مرحلة البيع التام :

١٩٧ – متى ما أظهر الموعود له رغبته فى الشراء فى المدة المحددة تم البيع النهائي وأصبح الواعد بائعا والموعود له مشتريا ، وترتبت فى ذمة كل منهما الالتزامات التى يفرضها عقد البيع على طرفيه • ويلاحظ ان قبول الموعود له الشراء لا يشترط فيه شكل خاص • فكما يمكن أن يكون قبولا صريحا ، بتحرير عقد البيع مثلا ، يمكن أن يكون قبوله ضمنيا ، كما لو تصرف بالشيء محل الوعد أو دفع قسطا من ثمنه الى الواعد•[١٥٣]

١٩٨ – ولابد من الاشارة الى ان البيع النهائي لا يتم الا منذ اللحظة التى يعلن فيها الموعود له عن رغبته فى الشراء وليس قبل ذلك • فلا تنتقل

---

(١٥١) راجع : مرقس وامام ، ف ٥١ ص ٨٦ •

(١٥٢) انظر : ذنون ، البيع ، ف ٣٣ ص ٣٦ – ومع ذلك ، لابد من التحفظ فى هذا الصدد فى حالة ما اذا كان محل الوعد بالبيع عقارا ، كما سنرى ذلك فيما بعد •

(١٥٣) أوبري ورو ، جـ٥ ، ص ٦ والهامشين ١٠–٢ و ١٠–٣ ص ٥ •

ملكية المبيع الى الموعود له ، ولا تترتب التزامات البائع فى ذمة الواعد أو التزامات المشترى فى ذمة الموعود له الا منذ تلك اللحظة • بمعنى ان قبول الموعود الشراء لا يكون له أى أثر رجعي لان البيع لم يكن موجودا قبل ذلك • ويترتب على هذا ان المبيع ينتقل الى المشترى محملا بجميع الحقوق العينية التى يكون البائع قد انشأها خلال الفترة التى سبقت ابداء الرغبة في الشراء •(١٥٤) ويترتب على ذلك أيضا أن تقدير الغبن ينظر فيه الى قيمة المبيع وقت قبول الموعود له الشراء •(١٥٥) ويتفرع على ذلك أيضا ان الواعد لا يضمن العيوب الخفية الا من وقت ابرام البيع النهائي لا من وقت ابرام الوعد بالبيع(١٥٦) •

حكم الوعد ببيع عقار لم يسجل فى دائرة الطابو :

١٩٩ ـ رأينا ان الوعد ببيع عقار لا ينعقد ما لم يسجل فى دائرة الطابو • ويترتب على ذلك ان الموعود له ، في عقد وعد ببيع عقار لم يسجل فى هذه الدائرة لا يستطيع أن يدعي بحق شخصي قبل الواعد لان عقد الوعد لم ينعقد لتخلف ركن من أركانه وهو التسجيل • لذلك يمتنع عليه طلب التنفيذ العينى أو المطالبة بالتعويض في الاحوال التى لا يدخل فيها تنفيذ الالتزام عينا فى حدود الامكان ؛ ولا يستطيع كذلك أن يدعي بحق عيني ، لان الحق العيني لا يترتب الا باظهار الموعود له قبوله الشراء وتسجيل هذا القبول ، لذلك فانه لا يجوز له الاحتجاج بحقه على الاغيار •

٢٠٠ ـ ومع ذلك ، فانه يمكن ان تترتب بعض الآثار على عقد الوعد ببيع عقار وان لم يسجل فى دائرة الطابو اذا قبل الموعود له الشراء فى المدة

---

(١٥٤) راجع : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ ، ف ١٣٧٦ ص ٤٦٦ •
(١٥٥) نفس المرجع ، ف ١٣٨٠ •
(١٥٦) راجع : اوبري ورو ، جـ٥ ، ص ٩ وهامش ١١ـ٧ ص ٥ •

المعينة • ذلك لانه اذا ما أبدى الموعود له رغبته فى الشراء أمكن القول بأن عقد الوعد لم يعد يختلف فى شىء عن عقد بيع عقار غير مسجل ، ان لم يكن قد انقلب اليه فعلا ، وأمكن بالتالي أن نطبق فى هذه الحالة حكم هذا البيع على عقد الوعد فيلزم الواعد بتعويض ما قد أصاب الموعود له من ضرر نتيجة امتناعه عن القيام بالاجراءات اللازمة لنقل ملكية العقار الموعود ببيعه الى الموعود له •(١٥٧) وأساس المسؤلية هنا هو العقد لا الفعل الضار• فمسؤولية الواعد مسؤولية عقدية لا تقصيرية ، وسنرى ذلك مفصلا عند الكلام فى نقل الملكية فى العقار •

الآثار التى تترتب على انقضاء المدة دون الاعلان عن الرغبة :

٢٠١ ـ افترضنا فى جميع ما تقدم ان الموعود له قد أعلن عن رغبته فى الشراء خلال المدة المحددة فى عقد الوعد • غير انه قد يحدث ان تمر هذه المدة دون أن يبدي الموعود له أية رغبة فى قبول الشراء • فيتحلل الواعد من التزامه ويسقط الوعد دون حاجة لاعذار الموعود له(١٥٨) •

ويطبق نفس هذا الحكم فى حالة ما اذا أبدى الموعود له رغبته فى الشراء بعد مرور المدة المحددة ، أو اذا ما أعلن عن عدم رغبته فى شراء الشىء الموعود به قبل انقضاء هذه المدة ، لانه برفضه هذا يكون قد ابرأ الواعد من وعده(١٥٩) •

ففي جميع هذه الاحوال يصبح الواعد ،كما قلنا ، فى حل من التزامه قبل الموعود له ، وكان له أن يتصرف فى الشىء الموعود ببيعه كما يشاء •

---

(١٥٧) انظر فى هذا المعنى : الصراف ، ف ١٤٢ •
(١٥٨) انظر : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ ، ف ١٣٨١ •
(١٥٩) راجع : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣١ ص ٦٧ـ٦٨ وهامش ٢ ص ٦٧ ؛ مرقس وامام ، ف ٥٢ ص ٨٦ •

أما الموعود له فهل يمكن مطالبته بشيء وهو غير ملتزم أصلا بأى التزام ؟

٢٠٢ ـ يمكن القول بأن الموعود له لا يلتزم ، كقاعدة عامة ، بأى التزام قبل الواعد • ولكن كثيرا ما يحدث فى العمل أن يشترط التعويض فى ذمة الموعود له على شكل عربون يدفع مقدما يخسره اذا لم يقبل الشراء خلال المدة المعينة • فما حكم هذا الشرط ؟

٢٠٣ ـ ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة المصرية الى صحة هذا الشرط • فقد قضت بأنه اذا دفع الموعود له للواعد عربونا يخسره اذا لم يبد رغبته في الشراء ، فاذا لم يبد هذه الرغبة خسر الموعود له العربون وتحلل الواعد من وعده ، ولا يجوز للموعود له أن يحتج بعدم اعذاره وبأنه كان مستعدا لدفع باقى الثمن •(١٦٠)

٢٠٤ ـ أما في القانون الفرنسى فيفرّق بعض الفقهاء بين ما اذا كان لالتزام الموعود له سبب مشروع أم لا • فيصح التزام الموعود له اذا قام على سبب مشروع ، ويتوافر السبب ويكون مشروعا اذا كان العربون الذى دفعه الموعود له تعويضا عما فات الواعد من ربح كان يتمكن من من تحقيقه لولا استحالة تصرفه بالشيء الموعود ببيعه ما دام الوعد قائما • أما اذا لم يصب الواعد أى ضرر ، كما لو كانت المدة المحددة قصيرة جدا ، فقد تخلف السبب وبطل التزام الموعود له • ويكون السبب غير مشروع اذا كان المبلغ الواجب دفعه كبيرا بحيث يجعل من المستحيل عمليا على الموعود له ان لا يقبل الشراء لانه لم يكن فى هذه الحالة الا وسيلة للضغط على ارادته(١٦١) •

---

(١٦٠) انظر : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ١ ص ٦٨ •
(١٦١) راجع فى تفصيل ذلك : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ ، ف ١٣٨١ •

الوعد بالتفضيل : Pacte de Préférence

٢٠٥ ـ الوعد بالتفضيل صورة خاصة من الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد • ففى الوعد بالبيع يلتزم الواعد ، كما رأينا ، ببيع الشىء محل العقد للموعود له اذا أظهر هذا الاخير رغبته فى الشراء فى مدة محددة ، بينما لا يلتزم الواعد فى الوعد بالتفضيل بأن يبيع الشىء الموعود ببيعه ، وانما يلتزم ، ان هو أراد البيع ، بتفضيل الموعود له على غيره كمشتر للشىء اذا قبل الشراء فى مدة معينة بالثمن الذى يدفعه الغير •(١٦٢)

فالوعد بالتفضيل وعد معلق على شرط موقف هو عزم الواعد على بيع الشىء موضوع العقد • ولكن لا يصح القول بأن هذا الشرط شرط ارادى محض يبطل معه العقد ، لان البيع لا يتوقف على مشيئة الواعد وحده ، فقد تحمله على البيع ظروف خارجية فيكون فى هذه الحالة ، أيضا، ملزما بوعده قبل الموعود له •(١٦٣)

٢٠٦ ـ ويلزم لانعقاد الوعد بالتفضيل كل ما يلزم لانعقاد الوعد بالبيع من شروط عدا ما تعلق منها بالثمن • فينطبق على الوعد بالتفضيل ما قيل فى شأن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد • ولكن لا يلزم فى الوعد بالتفضيل أن يحدد الثمن فى الحال ، بل يجوز ، وهو الغالب ، أن يحدد ذلك فى المستقبل • ولا يجوز الطعن فى صحة العقد لهذا السبب لانه وان لم يعيّن الثمن فيه تعيينا مباشرا ، فانه يتضمن الطريقة التى تؤدى الى تعيينه وهى ان يكون الثمن هو الذى يمكن به بيعه للغير(١٦٤) •

---

(١٦٢) راجع : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ ، ف ١٣٨٦ ؛ اوبري ورو ، جـ٥ ، ص ١١ ؛ السنهورى ، الوسيط جـ٤ ف ٣٢ ؛ سلطان والعدوي ، ف ١٩٦ •

(١٦٣) انظر : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ ، ف ١٣٨٦ •

(١٦٤) انظر : مرقس وامام ، ف ٥٥ ص ٩٠ ؛ سلطان والعدوي ، ف ١٩٧ ؛ ذنون ، البيع ، ف ٤٠ ص ٤١ •

٢٠٧ ـ فيفهم مما تقدم أن الوعد بالتفضيل يختلف عن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد فى ان الاول معلق على شرط موقف بينما الثانى وعد بات ، وان الاول لا يشترط فى صحته أن يحدد فيه الثمن مقدما بينما لابد من ذلك فى الثانى .

والوعد بالتفضيل يختلف عن الوعد بالبيع فى أمرين آخرين : أولهما ، انه يغلب فى الوعد بالتفضيل ان يكون شخص الموعود له محل اعتبار فى التعاقد فلا يجوز له تحويل حقه للغير أو التصرف به دون رضاء الواعد(١٦٥) ، وثانيهما ، ان حق الموعود له فى قبول الشراء فى الوعد بالتفضيل ينشأ من الوقت الذى يريد فيه الواعد أن يبيع الشىء محل التعاقد، أما فى الوعد بالبيع فان حق الموعود له يترتب فى ذمة الواعد منذ ابرام العقد .(١٦٦)

وفيما عدا ما تقدم من أوجه الخلاف بين هذين الوعدين ، فان الوعد بالتفضيل يخضع لنفس القواعد التى تحكم الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد سواء كان ذلك قبل أن يظهر الموعود له رغبته فى الشراء أو بعد ذلك .

٢٠٨ ـ ويحقق الوعد بالتفضيل فوائد عملية كبيرة . فهو يسمح للمستأجر ، مثلا ، أن يحصل من المؤجر على وعد بتفضيله اذا اراد هذا بيع الدار المؤجرة ، أو كما لو اضطرت الظروف شخصا أن يبيع شيئا عزيزا عليه فيتفق مع المشترى على أنه اذا رغب هذا ببيع الشىء وجب عليه أن يفضله على غيره فيضمن البائع الاول بذلك عدم انتقال هذا الشىء الى

---

(١٦٥) راجع : بلانيول وريبير وهامل ، جـ١٠ ، ف ١٨٤ ص ٢١٨ ؛ سلطان والعدوي ف ١٩٧ .

(١٦٦) مرقس وامام ، ف ٥٥ ص ٩٠ .

أجنبي • ويحقق الوعد بالتفضيل المصلحة التى شرعت الشفعة من أجل تحقيقها فى الاحوال التى لا تجوز فيها الشفعة ، كما اذا اشترى شخص أحد عقارين غير متجاورين يملكهما آخر وكانت له مصلحة فى شراء العقار الثانى ، ولكن المالك لا يرغب مؤقتا فى بيعه ، أمكن المشترى ان يحصل من البائع عند شراء العقار الاول على وعد بتفضيله فى الشراء اذا ما اراد البائع بعد ذلك بيع العقار الثانى(١٦٧) •

ولكن ، بالرغم مما يحققه الوعد بالتفضيل من فوائد ، فانه ينطوى أحيانا على بعض المساوىء ، كما لو تواطأ الواعد مع شخص ثالث على زيادة صورية فى الثمن للحيلولة دون استعمال الموعود له حقه فى التفضيل(١٦٨) •

المطلب الثاني

الوعد بالشراء من جانب المشتري

٢٠٩ ـ الوعد بالشراء عقد يلتزم بمقتضاه راغب الشراء وحده أن يشتري شيئا معينا وبثمن معين اذا قبل البائع ذلك خلال مدة معينة • فالوعد بالشراء يقابل الوعد بالبيع وان كان الوعد بالشراء أقل فائدة وانتشارا فى الحياة العملية(١٦٩) •

٢١٠ ـ ومن صور الوعد بالشراء أن يتقدم لمالك عقار راغب فى الشراء ، ولكن المالك لم يعقد العزم على بيعه بعد ، فيحصل من الراغب فى الشراء على وعد بشراء العقار فيما اذا أراد المالك البيع فى مدة معينة •

---

(١٦٧) مرقس وامام ، ف ٥٥ ص ٩٠ ـ وراجع السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ٢ ص ٦٨ـ٦٩ •

(١٦٨) انظر : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ ، ف ١٣٨٦ ص ٤٦٤ •

(١٦٩) راجع : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ ، ف ١٣٧٠ •

ومن صوره أيضا ما يحصل فى البيوع بالمزاد العلني • فاذا نفذ الدائن على عقار مدينه ، كان لهذا الاخير كل المصلحة فى أن يباع عقاره باعلى ثمن ممكن ، ولذلك فهو يتفق مع شخص آخر على أن يتقدم فى المزايدة لابلاغ الثمن الى حد معين • فهذا الاتفاق يعتبر وعدا بالشراء يلتزم بمقتضاه الواعد بشراء العين بالثمن المحدد فى الاتفاق ، ولكن التزامه ينقضى اذا أدت المزايدة الى رفع الثمن عن المبلغ المتفق عليه فى عقد الوعد • أما اذا لم يتقدم للمزايدة أصلا ، أو اذا رسا المزاد على غيره بثمن أقل من هذا المبلغ ألزم بدفع الفرق الى الموعود له على سبيل التعويض لانه يعتبر مخلا بوعده •(١٧٠)

٢١١ ـ وتطبق على الوعد بالشراء نفس الاحكام التى تطبق على الوعد بالبيع وتترتب عليه نفس الآثار التي سبقت الاشارة اليها ، مع ملاحظة اختلاف مركز كل من المتعاقدين •

٢١٢ ـ وكما يمكن أن يكون هناك وعد بالتفضيل بالبيع ، فانه يمكن أن نتصور أن يكون هناك وعد بالتفضيل بالشراء •(١٧١) ويتحقق ذلك كما لو تعهدت ادارة مدرسة أو مستشفى بشراء ما تحتاج اليه من تاجر معين بالافضلية على غيره اذا تساوت الاثمان المعروضة ، أو كما لو تعهد تاجر المفرد بشراء ما يحتاجه من سلعة معينة من أحد المستوردين بالافضلية على سواه ، فيلتزم تاجر المفرد ، في حالة احتياجه لشراء هذه السلعة ، أن يعرض رغبة في الشراء على المستورد الموعود له أولا ، فان قبل هذا توريد السلعة للواعد تم العقد النهائي •(١٧٢)

---

(١٧٠) انظر : بودرى وسينيا ، البيع ، ف ٧٨ ؛ السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٣ ص ٧١ـ٧٢ ؛ سلطان والعدوى ، ف٢٠٤ •

(١٧١) راجع : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ هامش ٢ ص ٧٤ـ٧٥ •

(١٧٢) ورد فى الوسيط المثال الآتى باعتباره وعدا بالتفضيل بالشراء

فاذا أخل الواعد بالتزامه وجب عليه أن يعوض الموعود له عما فاته من كسب كان يحققه لوقام الواعد بتنفيذ التزامه بتفضيل الموعود له على غيره في شراء ما يحتاجه منه[١٧٣]

المطلب الثالث

الوعـد المتبادل بالبيع والشراء

٢١٣ ـ الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء هو عقد يتعهد به أحد المتعاقدين بأن يبيع شيئا معينا ويتعهد المتعاقد الآخر بأن يشترى هذا الشيء بثمن معين اذا قبل كل من الطرفين تعهد الآخر خلال مدة معينة •

٢١٤ ـ وقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة هذا الوعد • فقد تقدم ان الاجماع يكاد أن ينعقد في الفقه الفرنسي على أن الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء يعتبر بيعا تاما وذلك بالنظر لما تقرره المـادة (١٥٨٩) من التقنين المدني الفرنسي من ان « الوعد بالبيع يعدل البيـع اذا كان بين الطرفـين رضا متبادل على الشيء وعلى الثمن » •

وذهب بعض الشراح العراقيين[١٧٤] مذهب غالبية الفقهاء الفرنسيين

« وشبيه بذلك أن يتعهد المؤلف للناشر الافضلية في نشر مؤلفه ، أو نشر طبعة تالية منه ، بالشروط المتفق عليها ، فيما اذا اعتزم أصدار المؤلف مؤلفه • فيكون المؤلف هو الملتزم اذا اعتزم اصدار مؤلفه ، ان يعرض التزام النشر على الناشر أولا ، فاذا قبل هذا تم عقد النشر النهائي » ، (الوسيط ، جـ٤ ، هـ ٢ ص ٧٤ـ٧٥) •

ولكننا لا نرى ان هذا المثل يصلح أن يكون صورة من صـور الوعد بالتفضيل بالشراء اللهم الا اذا اعتبرنا الملتزم هو الناشـر لا المؤلف ، لان المؤلف في الحقيقة واعد بالبيع لا بالشراء • ولا نشك في ان السبب في هذا خطأ مطبعي •

(١٧٣) السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، هـ ٢ ص ٧٤ـ٧٥ ؛ الصراف ، ف ١٥٦ •

(١٧٤) ذنون ، البيع ، ف ٤٢ و ٤٣ •

فاعتبروا الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء بيعا تاما ورتبوا على ذلك ما يترتب على البيع التام من نتائج ، منها : انه بمجرد انعقاد العقد تنتقل ملكية العين المبيعة الى المشترى ، وانه يجب تسجيل العقد فى الدائرة المختصة اذا تعلق البيع بعقار أو حق عيني عقارى ، وان الوعد ببيع ملك الغير باطل.

٢١٥ ـ ولكن القول بأن الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء هو بيع تام قول اذا أمكن الاخذ به فى القانون الفرنسى فانه لا يستقيم فى القانونين العراقى والمصرى بالنظر لعدم وجود نص مماثل لنص المادة (١٥٨٩) من التقنين المدنى الفرنسى ، فضلا عن ان المشرعين العراقى والمصرى قد قطعا دابر كل خلاف باعتبارهما من قبيل الوعد بالتعاقد « الاتفاق الذى يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بابرام عقد معين فى المستقبل ... » . (المادة ١/٩١ مدنى عراقى والمادة ١٠١ مدنى مصرى جديد) .[١٧٥]

فالوعد المتبادل بالبيع وبالشراء فى القانون العراقى ، كما هو فى القانون المصرى ، عبارة عن وعدين متقابلين : أحدهما وعد بالبيع والآخر وعد بالشراء ولا يتم عقد البيع النهائى الا اذا ظهر أحد المتعاقدين رغبته فى البيع أو فى الشراء ، تبعا لمركزه فى التعاقد ، بالثمن المسمى وخلال المدة المعينة والتقى بهذه الرغبة قبول المتعاقد الآخر بيعا أو شراء .

٢١٦ ـ ويرى الاستاذ السنهورى ضرورة التمييز بين الوعد بالبيع وبالشراء من جانب واحد وبين الوعد بالبيع وبالشراء من الجانبين .[١٧٦] ذلك لانه فى حالة الوعد بالبيع وبالشراء يوجد عقدان كل منهما ملزم لجانب واحد ويقعان على شىء واحد ، أحدهما عقد وعد بالبيع يلتزم بمقتضاه صاحب الشىء قبل الموعود له ، والثانى عقد وعد بالشراء يتعهد به

---

(١٧٥) انظر الفقرات ١٦٩ وما بعدها أعلاه ، وقارن : الصراف ، ف١٤٩ .
(١٧٦) السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٧ وما بعدها .

الواعد بأن يشترى الشيء موضوع العقد اذا أظهر صاحبه رغبة فى بيعه . فهناك اذن احتمال بأن لا يتم البيع النهائي ، كما لو أظهر صاحب الشيء رغبته فى البيع ولم يظهر الطرف الآخر رغبته فى الشراء أو بالعكس .

أما في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين فيوجد عقد واحد ملزم للجانبين لابد معه ان يتم البيع ، بل هو قد تم فعلا ، فقد التزم صاحب الشيء ببيعه والتزم الطرف الآخر بالشراء ، فتم البيع ملزما للجانبين . وينبني على ذلك ان الواعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، وهو بيع تام ، تترتب عليه جميع الآثار التى تترتب على البيع[١٧٧] .

٢١٧ ـ وعلى كل حال ، يجب عدم الخلط بين الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء الذى يعد مرحلة تمهيدية لابرام عقد بيع فى المستقبل ، وبين الاتفاق الذى يطلق عليه « البيع الابتدائي »[١٧٨] ، والذى يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بالبيع والآخر بالشراء على أن يقوما بتحرير البيع النهائي في ورقة رسمية أو عرفية ، ذلك لان هذا العقد هو بيع تام وكل ما هنالك ان الآثار التى تترتب على البيع لا يقصد تنفيذها فى الحال ، بل يتفق الطرفان على تأجيل تنفيذ هذه الآثار الى أجل معلوم فالبيع الابتدائي بيع تام ولا يمكن أن يعتبر وعدا تبادليا بالبيع وبالشراء لانه لا يعقبه ابرام بيع نهائي ، وانما مجرد القيام باجراءات شكلية معينة كتحرير عقد البيع .[١٧٩]

٢١٨ ـ ويلزم لانعقاد وصحة الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء نفس الشروط الواجب توافرها لانعقاد وصحة الوعد بصورة عامة . فيلزم اذن

---

(١٧٧) نفس المرجع ، ف ٣٨ ص ٧٧ و ف ٣٩ ص ٧٨ـ٧٩ .

(١٧٨) السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٤٠ ص ٨١ـ٨٢ .

(١٧٩) انظر فى هذا المعنى : سلطان والعدوى ، ف ٢٠٦ ؛ العامرى ، ص ٦١ .

لانعقاده ، طبقا للمادة (٩١) من القانون المدني العراقي ، اتفاق الطرفين المتعاقدين على جميع المسائل الجوهرية من مبيع وثمن ، كما لابد من تحديد المدة التى يجب فيها ابرام العقد الموعود به واستيفاء الشكل الذى يفرضه القانون لانعقاد العقد المراد ابرامه • ولكن ، ماذا يترتب لو سكت المتعاقدان عن تحديد المدة التى يظل الوعد فيها قائما ؟

٢١٩ ـ يذهب بعض الشراح الى القول بأن هذا العقد وان لم ينعقد وعدا بالبيع لتخلف ركن هام من أركان انعقاده « تتوافر فيه أركان البيع ذاته لان ارادة كل من الطرفين اتجهت فيه الى الارتباط بعقد بيع اذا قبل الطرف الآخر ذلك ، وقد تحقق هذا الشرط من وقت تبادل الرضا » ، لذلك فانه يمكن اعتبار مثل هذا الاتفاق بيعا تاما ينتج من وقت انعقاده جميع آثار البيع •(١٨٠)

ولكن يلاحظ ان الاخذ بهذا الرأى مما يؤدى الى الافراط فى تطبيق نظرية تحول العقد • ذلك ان من الواضح فى صيغة الوعد ان المتعاقدين لم يريدا هذا الوضع ، وانما ارادا أن يعد أحدهما بأن يبيع اذا أراد الآخر الشراء وان يعد المتعاقد الآخر ان يشترى اذا أراد الطرف الثانى البيع • فكيف يمكن القول بأن نية كل طرف قد اتجهت الى الارتباط بعقد بيع تام ناجز ؟(١٨١)

٢٢٠ ـ وعندى ، انه لما كان لا يشترط فى تحديد المدة أن يكون صريحا ، بل انه يجوز كذلك أن يكون اتفاق الطرفين على ذلك ضمنيا ، كما مر بنا ،(١٨٢) فان عدم تحديد المدة فى عقد الوعد لا يكون سببا للحكم

---

(١٨٠) مرقس وامام ، ف ٥٧ ص ٩٢ •
(١٨١) انظر : الصراف ، ف ١٥١ •
(١٨٢) راجع الفقرة ١٩١ أعلاه •

ببطلانه اذا استطاع القاضى أن يتلمس تحديد هذه المدة من ظروف الاتفاق ، والا بطل الوعد ولا يمكن أن يتحول الى عقد بيع تام لتخلف شرط من الشروط الواجب توافرها لكي يتحول التصرف القانونى الباطل الى تصرف آخر صحيح ، ونعنى بذلك انصراف ارادة المتعاقدين المحتملة الى التصرف الآخر لو علما ببطلان التصرف الاصلى لان ارادة كل منهما لم تنصرف للالتزام فى الحال بالبيع والشراء ، وانما تعهد كل منهما للآخر بأن يبيع أو يشترى فى المستقبل اذا أبدى الطرف الثاني رغبته فى البيع أو فى الشراء .(١٨٣)

حكم الوعد بالبيع فى الشريعة الاسلامية :

٢٢١ ـ يجمل بنا ، ونحن ننهي البحث فى الوعد بالبيع ، أن نشير باقتضاب الى حكم الوعد بالبيع ، أو بعبارة أعم ، حكم الوعد بالتعاقد فى الشريعة الاسلامية ، فنقول : اذا كان المشرعان العراقى والمصرى قد أجازا ، كما علمنا ، الوعد بالتعاقد ، فانهما قد خرجا فى ذلك على ما يقرره جمهور الفقهاء المسلمين فى هذا الصدد . اذ بالرغم من استحباب هؤلاء الفقهاء للوفاء بالوعد واعتبارهم ذلك من مكارم الاخلاق ، فانهم لا يرون فيه الا واجبا أدبيا لا يترتب على الاخلال به ان يلزم القاضى الواعد بأن يفي بوعده كما يلزم العاقد الوفاء بعقده(١٨٤) .

٢٢٢ ـ فالرأى السائد عند فقهاء الشريعة الاسلامية لا يقر بصحة عقد الوعد لانهم لا يجيزون تعليق عقود المبادلات على شرط سواء كان هذا الشرط ملائما للتعاقد أو غير ملائم . وهم يقولون ان حكم البيع هو نقل الملكية الذى يتم بحكم الشارع جعلا وجبرا على البائع والمشترى ، فلا

---

(١٨٣) قارن : الصراف ، ف ١٥١ .

(١٨٤) انظر : ذنون ، البيع ، ف ٤٥ ص ٤٤ .

يصح اذن تعليق انتقال الملكية على شرط[١٨٥] .

وقد نصت المادة (٣٥١) من مرشد الحيران على انه : « لا يصح تعليق البيع بشرط أو حادثة مستقبلة ولا يصح اضافته الى وقت مستقبل » . وقررت المادة (١٧١) من المجلة بأن « صيغة الاستقبال التى هى بمعنى الوعد المجرد مثل سأبيع وسأشترى لا ينعقد بها البيع » ، لان ذلك وعد مجرد والوعد ليس ايجابا .[١٨٦] وتقول المادة (١٥١١) من المجلة : « لو أمر أحد آخر باداء دينه بقوله أدّ ديني الذي مقداره كذا من مالك ، فوعد بتأديته ، ثم امتنع من الأداء ، لا يجبر على أدائه بمجرد وعده » . وكذلك الحال بالنسبة لفقهاء المذهب الجعفري الذين يجمعون على أن العقد لا ينعقد بصيغة الاستقبال لانصرافها الى الوعد وليس الى ارادة انشاء العقد فى الحال .[١٨٧]

٢٢٣ ـ أما الرأى الراجح فى فقه الامام مالك فيذهب الى صحة الوعد بالتعاقد ولزومه ان كان الوعد على سبب وقد ادخل الواعد الموعود فى السبب وباشره بناء على الوعد ، كما لو قال أحدهم لآخر تزوّج وعليّ المهر ، فتزوج لزم الواعد أن يقدم المهر لأنه أدخله فى الزواج . أو كما لو قال شخص لآخر اشتر هذه الدار وعليّ الثمن ، فاشتراها لزم الواعد أن يقدم الثمن لانه أدخله فى الشراء .[١٨٨]

وهكذا يتضح ان واضعي القانون المدنى العراقى باجازتهم الوعد

---

(١٨٥) أحمد أبو الفتح المعاملات ، جـ١ ، ص ١٩٧ نقلا عن الصراف ، هامش ٢ ص ٥٣ـ٥٤ .

(١٨٦) راجع : القاضى ، جـ١ ، ص ١٧٠ .

(١٨٧) تذكرة الفقهاء ، جـ٧ ، ص ٥ .

(١٨٨) أحمد ابراهيم ، مجلة القانون والاقتصاد س ٤ ص ٦٤٦ـ٦٤٧ ، نقلا عن ذنون ، البيع ، ف ٤٥ ص ٤٤ـ٤٥ .

بالتعاقد قد أخذوا بما ذهب اليه بعض فقهاء المالكية ، فأجازوا وضعا تقتضيه ضرورات التعامل فى القوانين الحديثة .

المبحث الثاني

بعض البيوع الموصوفة

٢٢٤ ـ تقدم القول بأن البيع قد ينعقد بسيطا لا يلحق به وصف من الاوصاف ولكنا قلنا كذلك ان البيع ، كأي عقد آخر ، قد تدخل عليه بعض الاوصاف فينعقد عندئذ بيعا موصوفا .

والاوصاف التى تلحق عقد البيع قد تتعلق بأطرافه ، كما لو تعدد البائعون أو المشترون ، وقد تتعلق بمحله ، كأن يكون التزام البائع بدليا أو تخييريا ، وقد تتعلق بالعقد ذاته ، كما لو كان معلقا على شرط أو مضافا الى أجل .(١٨٩)

٢٢٥ ـ وعقد البيع لا ينفرد بهذه الاوصاف ، فتسرى عليه أحكام القواعد العامة المتعلقة بأوصاف الالتزام . ومع ذلك ، فسوف نبحث أنواعا أربعة من هذه البيوع الموصوفة وهي : البيع بشرط الخيار والبيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق والبيع بشرط العربون . وما دعانا الى اختيار هذه البيوع الاربعة هو كثرة وقوعها فى العمل من جهة ، وان المشرع قد عنى بالنص صراحة على البعض منها فى الفصل المخصص لعقد البيع وأورد له أحكاما خاصة ، من جهة اخرى .

المطلب الاول

البيع بشرط الخيار

٢٢٦ ـ اقتبس المشرع العراقى أحكام شرط الخيار ، أو « خيار

---

(١٨٩) قارن : شنب ، ف ٦٠ .

الشرط » من فقه الشريعة الاسلامية ونظم فى خمس مواد (المواد ٥٠٩ — ٥١٣) القواعد التى تحكم هذا الخيار • ولا مقابل لنصوص هذه المواد فى القوانين المدنية الاخرى •

ويلاحظ على ذلك بعض الشراح بحق أن ايراد المشرع العراقى لهذه المواد « بعد وضع نظرية عامة للالتزامات تناولت الكلام عن الشروط التى قد تقترن بالعقود وحكمها أمر معيب منتقد اذ هو من قبيل الحشو والتكرار الذى يجب أن يتجنبهما المشرع على قدر الامكان » •(١٩٠)

٢٢٧ — غير اننا ، ونحن نترسم خطى المشرع العراقى فى تنظيمه لاحكام العقود ، لابد لنا من دراسة شرط الخيار وبيان أحكامه • فيلزم ، من أجل ذلك ، أن نقول كلمة موجزة عن « خيار الشرط » فى فقه الشريعة الاسلامية ليتيسر لنا تفهم النصوص التى أوردها القانون المدنى العراقى لتنظيم أحكام هذا الخيار •

تعريف خيار الشرط :

٢٢٨ — خيار الشرط هو أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما ان له أو لشخص أجنبي خيار فسخ العقد أو امضائه خلال مدة معينة يتفقان عليها(١٩١) فيصح للمتعاقدين أن يشترطا الخيار لكليهما أو لاحدهما أو حتى لاجنبي عنهما ، كأن يقول المشترى للبائع : « اشتريت منك هذه الدار على أن يكون الخيار لزيد » •

---

(١٩٠) ذنون ، البيع ، ف ٤٦ • وقارن : الصراف ، ف ١٢٢ •

(١٩١) انظر : القاضى ، شرح المجلة ، جـ١ ، ص ٢٨٧ ؛ ذنون ، البيع ، ف ٤٧ •

٢٢٩ ـ وقد ثبت خيار الشرط[١٩٢] على خلاف القياس ، لان الاصل في العقد هو اللزوم • ودليل الفقهاء المسلمين الذى يستندون اليه فى اجازتهم لهذا الخيار ما روي فى كتب الحديث ان رجلا يدعى حِبان بن منقذ كان ضعيف الادراك وكان يتعاطى التجارة ويغبن فيها • فبلغ خبره النبي (ص) فدعاه وقال له : « اذا بايعت فقل لا خِلابة[١٩٣] » وجعل له ثلاثة أيام اذا ظهر له الغبن فيها كان له أن يرد الثمن ويسترد المبيع[١٩٤] •

مدة الخيار :

٢٣٠ ـ ويشترط الفقهاء لصحة شرط الخيار تعيين مدته • فاذا لم يحدد المتعاقدان مدة لخيارهما ، كأن يقول المشتري : اشتريت على اني بالخيار ولم يذكر مدة فسد العقد • ويفسد العقد كذلك لو اتفقا على مدة مجهولة ، كما لو قال البائع للمشترى : بعتك بالخيار متى شئت أو متى قدم الحاج أو نزل المطر •

٢٣١ ـ غير انه اذا كان الفقهاء قد أجمعوا على وجوب تحديد مدة للخيار ، فانهم قد اختلفوا فى مدته • فمنهم من لم يجوز ان تمتد مدة الخيار لاكثر من ثلاثة أيام ، وعندهم ان هذا التحديد مستفاد من حديث

---

(١٩٢) يلاحظ ان الفقهاء المسلمين يسمون هذا الخيار « بخيار الشرط » لان المقصود به اشتراط المتبايعين أن يكون لاحدهما أو لكليهما أو لاجنبي الخيار (راجع : ذنون ، البيع ، ف ٤٧) ، ويعلل بعض الكتاب تسمية الفقهاء المسلمين لهذا الخيار «بخيار الشرط» بقولهم ان المقصود بها هو الخيار الثابت بالشرط (راجع : الفقه على المذاهب الاربعة ، جـ٢ ، ص ١٧٤ ؛ هاشم الحسني ، نظرية العقد فى الفقه الجعفرى ، ص ٣٦٨) •

(١٩٣) الخلابة (بكسر الخاء) : الغبن والخديعة •

(١٩٤) راجع فى تفضيل ذلك : الفقه على المذاهب الاربعة ، جـ٢ ١٧٤٢ ؛ تذكرة الفقهاء ، جـ٧ ، ص ٣٢٥ وما بعدها ؛ محمصانى ، جـ٢ ، ص ١٨٥ •

الرسول (ص) • وذهب آخرون الى تقسيم مدة الخيار تبعا للمبيع • فاذا كان المبيع عقارا جاز للخيار ان يمتد الى مدة تتراوح بين ستة وثلاثين يوما وثمانية وثلاثين ، أما اذا كان المبيع من عروض التجارة أو من الدواب الغير معدة للنقل أو للركوب فمدة الخيار من ثلاثة أيام الى خمسة • وذهب غيرهم الى اجازة الشرط ولو زادت مدته عن ثلاثة أيام ولكنهم اشترطوا تحديدها(١٩٥) • وبهذا الرأي أخذ القانون المدني العراقي حيث قررت المادة (٥٠٩) منه بأنه : « يصح أن يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة ••• » •

العقود التى يدخلها خيار الشرط :

٢٣٢ ـ لا يقر فقهاء الشريعة بصحة هذا الخيار فى جميع العقود • فهناك اذن من العقود ما لا يصح أن يدخله شرط الخيار • فالعقود التي يصح فيها هذا الخيار هى العقود اللازمة من طرف واحد أو من طرفين ويجوز فيها الفسخ كالبيع والاجارة والمزارعة والكفالة والحوالة والشفعة والاقالة •

أما العقود غير اللازمة كالعارية والوديعة فلا معنى لاشتراط الخيار فيها ، ذلك لانه يمكن الرجوع فى مثل هذه العقود دون حاجة لاشتراط ذلك فى العقد • وهناك من العقود اللازمة ما لا يحتمل الفسخ كالزواج والطلاق واليمين والنذر والخلع بلا مال •(١٩٦)

آثار الخيار :

٢٣٣ ـ أما آثار الخيار على التزامات المتبايعين فقد اختلف الفقهاء

---

(١٩٥) انظر : الحسني ، ص ٣٦٨ـ٣٧٢ ؛ الفقه على المذاهب الاربعة ، جـ٢ ، ص ١٧٧ و ما بعدها •

(١٩٦) راجع : الفقه على المذاهب الاربعة ، جـ٢ ، ص ١٧٥ ـ ١٧٦ ؛ الحسني ، ص ٣٧٢ •

بشأنها • فمنهم من ذهب الى القول بأن المبيع لا يخرج عن ملك البائع فى زمن الخيار ، وليس للبائع المطالبة بالثمن فى هذه المدة ، وليس للمشترى أن يطالب بقبض المبيع ، فلا جبر لاحدهما على الآخر فى ذلك • وذهب فريق آخر الى القول بانتقال ملك المبيع الى المشترى سواء كان الخيار للمتعاقدين أو لاحدهما • وكما ينتقل ملك المبيع للمشترى ، فكذلك ينتقل الملك فى الثمن للبائع(١٩٧) •

ويذهب فقهاء المذهب الجعفرى الى أن شرط الخيار لا يمنع من نشوء الالتزام ونشوء الحق • فاذا ما انعقد البيع صحيحا انتقلت ملكية المبيع الى المشتري وملكية الثمن الى البائع • وتقتصر آثار الخيار على ازالة هذا الحق وذلك الالتزام اذا ما تحقق الشرط • فاذا استعمل من اشترط الخيار حقه فى فسخ العقد عادت ملكية كل من البدلين الى صاحبه من يوم تحقق الشرط لا من وقت انعقاد العقد •(١٩٨)

٢٣٤ ـ وبهذا الرأي الذى « يتفق مع المنطق السليم ومع آراء فقهاء القانون المدني »(١٩٩) أخذ المشرع العراقي فى الفقرة الثانية من المادة (٥٠٩) التي تنص على أنه : « ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية الى المشتري سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما معا أو لاجنبي » •

وتفريعا على ذلك قضت المادة (٥١٣) من القانون المدني بأنه : « فى جميع حالات الخيار اذا تلف المبيع فى يد المشترى قبل الفسخ هلك من ماله ولزمه الثمن المسمى » • وعلة هذا الحكم واضحة • فبالاضافة الى انتقال ملكية المبيع الى المشتري ، على الرغم من قيام الخيار ، فانه قد تسلم

---

(١٩٧) انظر : الفقه على المذاهب الاربعة ، جـ٢ ، ص ١٨٠ وما بعدها •
(١٩٨) راجع : تحرير المجلة ، جـ٢ ، ص ٣٦ وما بعدها •
(١٩٩) ذنون ، البيع ، ف ٥٥ •

المبيع • لذلك فان المشتري هو الذى يتحمل تبعة الهلاك تطبيقا للقواعد العامة التى أخذ بها المشرع العراقي فيما يتعلق بتبعة الهلاك[٢٠٠] •

٢٣٥ ـ واذا اشترط أحد المتعاقدين الخيار للغير لمصلحة هذا المتعاقد فانه يثبت له وللغير ، لأن الغير يعتبر وكيلا عنه فى الخيار ، وللموكل ، كما هو معلوم ، ان يقوم بنفسه بالامر الذى وكل به غيره • لذلك كان لكل من المتعاقد والغير أن يستقل باجازة العقد أو بفسخه • فمن الجائز اذن ، فى هذه الحالة ، أن يجيز أحدهما العقد ويفسخ الآخر • فما الحكم ؟

ان من المتفق عليه فى مثل هذه الاحوال أن يؤخذ بعين الاعتبار السابق منهما ، فاذا أجاز المتعاقد وفسخ الغير وكانت الاجازة هى السابقة ، قدمت الاجازة ولا عبرة بفسخ الغير • واذا أجاز الغير وفسخ المتعاقد ، وكان الفسخ هو السابق ، قدّم الفسخ ولا عبرة باجازة الغير • أما اذا أجاز أحدهما وفسخ الآخر ، ولم يُعرف السابق منهما ، رجّح جانب الفسخ لان الخيار انما وضع للفسخ لا للاجازة[٢٠١] •

مسقطات خيار الشرط :

٢٣٦ ـ قلنا ان من اشترط له الخيار كان مخيرا بين اجازة البيع أو فسخه فى المدة المعينة • فان أجاز سقط الخيار ولزم البيع ، وان فسخ فى المدة انفسخ العقد • ولا يشترط فى اجازة البيع أو فسخه شكلا معينا • فكما يمكن أن يكون فسخ البيع أو اجازته بالقول ، يمكن أن يكون ذلك بالفعل أيضاً[٢٠٢] فاذا كان الخيار للمشتري فانه يستطيع أن يجيز البيع

---

(٢٠٠) انظر الصراف ، ف ١٢٠ •

(٢٠١) راجع : القاضى ، شرح المجلة ، جـ١ ، ص ٢٨٧ ؛ ذنون ، البيع ، ف ٥٤ ص ٥٠ •

(٢٠٢) المادة ٣٠٢ من المجلة •

بأن يتصرف فى المبيع تصرف الملاك كأن يبيعه أو يهبه أو يرهنه أو أن يقوم بأي فعل آخر يدل على الرضا • واذا كان الخيار للبائع وتصرف بالمبيع تصرفا يدل على عدم الرضا كأن يعرضه للبيع أو يؤجره ، اعتبر تصرفه هذا فسخا فعليا للبيع(٢٠٣) •

كل ذلك ما لم تمر المدة المحددة للخيار•أما « اذا مضت مدة الخيار» ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع » (م ٥١١ مدنى عراقى)(٢٠٤) ، ويلزم العقد سواء كان مرور المدة بدون استعمال الخيار لعذرٍ ، كالمرض والجنون ، أو لغير عذر(٢٠٥) •

٢٣٧ ـ وشرط الخيار لا يورث • فاذا مات من اشترط الخيار فى المدة ، دون أن يفسخ أو يجيز البيع ، سقط خياره ولزم البيع (م ٥١٢ مدني عراقى) ، ذلك لان الخيار محض ارادة ومشيئة(٢٠٦) والجنون كالموت • فلو جُنَّ من له الخيار فى مدته سقط خياره ولزم العقد وتمّ •(٢٠٧)

---

(٢٠٣) المادة ٣٠٤ من المجلة •

(٢٠٤) وقد كانت المادة ٣٠٥ من المجلة تنص على انه : « اذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ أو لم يجز من له الخيار لزم البيع وتم » •

(٢٠٥) راجع : القاضى ، شرح المجلة ، جـ١ ، ص ٢٩١ ؛ ذنون ، البيع ، ف ٥٦ •

(٢٠٦) وقد نصت المادة ٣٠٦ من المجلة على أن : « خيار الشرط لا يورث فاذا كان الخيار للبائع ومات فى مدته ملك المشترى المبيع واذا كان للمشترى فمات ملكه ورثته بلا خيار » • وهذا بخلاف بعض المذاهب الاسلامية الاخرى ، كالمذهب الجعفري • فأئمة هذا المذهب يذهبون الى ان جميع الخيارات تورث لانها حق مالي • (راجع : تحرير المجلة ، جـ٢ ، ص ٣٦) •

(٢٠٧) القاضى ، شرح المجلة ، جـ١ ، ص ٢٩١ •

٢٣٨ ـ يتضح مما تقدم ان لزوم البيع بشرط الخيار يتحقق ، طبقا لاحكام القانون المدني العراقي ، بأحد الامور الآتية :

(١) باستعمال الحق فى اجازة البيع فى المدة المعينة .

(٢) بمضي مدة الخيار دون فسخ .

(٣) بموت من له الخيار .

المطلب الثاني

البيع بشرط التجربة

Vente à l'essai

تعريفه :

٢٣٩ ـ البيع بشرط التجربة هو البيع الذى يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة المبيع ، اما للتأكد من صلاحيته للغرض المقصود منه وأما للاستيثاق بأنه يلائم حاجته الشخصية ،(٢٠٨) لان الغالب ان مجرد رؤية المبيع لا تكفي للتحقق من ذلك(٢٠٩) .

٢٤٠ ـ وشرط التجربة لا يثبت الا بالاتفاق عليه . ولكن لا يشترط أن يكون هذا الاتفاق صريحا فى عقد البيع ، بل يصح كذلك أن يكون ضمنيا يستخلص من ظروف التعاقد ، وبصفة خاصة مما جرت به العادة(٢١٠) أو تقضى به طبيعة المبيع ، كما هو الحال بالنسبة للملابس الجاهزة ؛ فقد جرى العمل على أن للمشترى حق تجربتها ، فان وجدها غير مناسبة له فسخ البيع .

---

(٢٠٨) انظر : سلطان والعدوي ، ف ٢١٤ ؛ مرقس وامام ، ف ٣٨ .

(٢٠٩) العامري ، ص ٦٩ .

(٢١٠) راجع : اوبرى ورو ، جـ٥ ، هامش ١٨ـ٢ ص ١٣ .

٢٤١ ـ ولا يلزم فى البيع بشرط التجربة أن يجرى المشترى التجربة بنفسه ، وان كان الغالب كذلك ؛ بل يجوز للمشتري أن يستعين فيها بصديق يعتمد عليه أو بشخص من ذوي الخبرة[٢١١] . كما لا يلزم أن يجرب المشتري الشيء المبيع بمحضر من البائع ، بل له أن يقوم بتجربته بعيداً عنه[٢١٢] .

تكييف البيع بشرط التجربة :

٢٤٢ ـ تقضي الفقرة الثانية من المادة (٥٢٤) من القانون المدني العراقى بأنه : « ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع الا اذا تبين من الاتفاق أو الظروف ان البيع معلق على شرط فاسخ » .[٢١٣]

٢٤٣ ـ فالاصل اذن ان البيع بشرط التجربة معلق على شرط واقف هو قبول المشتري للمبيع . فما دام الشرط لم يتحقق بعد ، فان البيع لا ينتج أى أثر ، وبالتالي لا تنتقل الملكية الى المشترى ولا يلتزم المتعاقدان بأي من الالتزامات التى تنشأ عادة عن عقد البيع .[٢١٤] وكل ما يلتزم به البائع فى فترة التعليق هو تمكين المشترى من القيام بتجربة المبيع ، كما لا يلتزم المشترى ، في هذه الفترة ، الا بالقيام بهذه التجربة .

أما اذا تحقق الشرط بقبول المشترى المبيع بعد التجربة أنتج البيع

---

(٢١١) انظر : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٦٩ ص ١٣٣ ؛ الصراف، ف ٢١٨ .

(٢١٢) السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٦٩ .

(٢١٣) تطابق نص الفقرة الثانية من المادة ٤٢١ من القانون المدنى المصرى الجديد .

(٢١٤) دوباج Depage ، شرح القانون المدنى البلجيكى ، جـ٤ ، ف٢٥٤ ص ٢٧٢ .

آثاره من وقت ابرامه ، لا من وقت تحقق الشرط ، عملا بالاثر الرجعي للشرط • فيعتبر المشتري مالكا للمبيع من وقت التعاقد لا من وقت القبول• واذا تخلف الشرط ، بأن رفض المشترى المبيع بعد تجربته ، فيزول البيع بأثر رجعي واعتبر وكأنه لم يكن ولا حاجة الى طلب فسخه(٢١٥) •

٢٤٤ – واذا كان الاصل فى البيع بشرط التجربة أن يكون معلقا على شرط واقف ، فانه يجوز للعاقدين الاتفاق على اعتبار التجربة شرطا فاسخا لا واقفا • ولا يشترط فى هذا الاتفاق أن يكون صريحا فى العقد ، بل يجوز أن يكون اتفاقا ضمنيا يستفاد من الظروف التى تم فيها التعاقد •

فاذا تبين من الاتفاق الصريح أو الضمني أن البيع بشرط التجربة كان معلقا على شرط فاسخ لا واقف فان مؤدى ذلك ان هذا البيع ينتج جميع آثاره منذ انعقاده بما فى ذلك انتقال ملكية المبيع من البائع الى المشترى معلقة على شرط فاسخ هو عدم قبول المشترى للمبيع • فاذا تبيّن من التجربة أن المبيع غير صالح للغرض المقصود منه أو غير ملائم لحاجة المشتري الشخصية وأعلن المشتري البائع برفضه للمبيع تحقق الشرط الفاسخ وزال البيع بكل آثاره بفعل الاثر الرجعي على ما هو معروف • أما اذا تخلّف الشرط الفاسخ بقبول المشترى للمبيع أو بفوات الوقت المحدد لاعلان الرفض فان البيع يتأكد ويصبح باتا واعتبر المشترى مالكا للمبيع ملكية باتة منذ انشاء العقد(٢١٦) •

---

(٢١٥)راجع : دوباج ، جـ٤ ، ف ٣٥٣ ص ٢٧١ ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٧٠ ص ١٣٥ ؛ سلطان والعدوي ، ف ٢١٧ ؛ شنب ، ف ٦٢ ص ٩٥ •

(٢١٦) راجع اوبري ورو ، جـ ٥ ص ١٣ ؛ الهوزى ، الوسيط ، جـ ٢ ، ف ٧١ •

مدة التجربة :

٢٤٥ ـ ومدة تجربة المبيع أما أن تكون محددة فى العقد ، وهذا هو الغالب ، حيث يتفق المتعاقدان على مدة يتعين على المشترى أن يقوم خلالها بتجربة المبيع ، كما يتعين على البائع تمكين المشترى من التجربة خلال هذه المدة أيضا .

أما اذا لم تكن المدة محددة فى العقد جاز للبائع أن يحدد مدة معقولة ليقوم المشترى خلالها بتجربة المبيع واعلان البائع بارادته فى قبول المبيع أو رفضه . فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشترى ولم يفصح عن ارادته مع تمكنه من تجربة المبيع عُدّ سكوته قبولا (م ٥٢٤ ف ١ مدني عراقي)(٢١٧) لانه سكوت مسبب ، كما يقول فقهاء القانون المدني ، أو سكوت فى معرض الحاجة ، كما يقول الفقهاء المسلمون . واذا ثار نزاع بين المتبايعين بشأن تقدير المدة المعقولة التى حددها البائع للمشترى ، طبقا لما تقدم ، حسم القاضى النزاع ولا رقابة لمحكمة التمييز عليه فى ذلك لانه قضاء في مسألة موضوعية .(٢١٨) .

٢٤٦ ـ واذا مات المشتري فى فترة التجربة ، فان حقه فى تجربة المبيع ينتقل الى خلفه ، كما تذهب الى ذلك أغلبية شراح القانون المدنى(٢١٩) ، وذلك بالاستناد الى الاصل القاضى باعتبار الخلف العام امتدادا لشخصية السلف الذى تنتقل جميع حقوقه الى ورثته ما لم يقض

---

(٢١٧) قارن : اوبري ورو ، نفس المصدر السابق ، ص ١٣ .

(٢١٨) انظر : ذنون ، البيع ، ف ٨٧ .

(٢١٩) السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، هامش ١ ص ١٣٣ ؛ مرقس وامام ، ف ٣٨ ص ٥٢ ؛ ذنون ، البيع ، ف ٨٨ ؛ الصراف ، ف ٢١٩ .

القانون أو طبيعة الحق بخلاف ذلك(٢٢٠) .

أحكام البيع بشرط التجربة :

٢٤٧ ـ رأينا ان البائع بشرط التجربة يلتزم بتمكين المشتري من تجربة المبيع في المدة المتفق عليها أو فى المدة المعقولة التى يعينها البائع له . فاذا أخل البائع بالتزامه هذا ، جاز للمشترى ، بعد اعذاره ان يطالب بتنفيذ العقد تنفيذا عينيا بأن يسلمه المبيع ليقوم بتجربته أو فسخ البيع مع التعويض فى الحالتين ان كان للتعويض مقتضى . ويطبق نفس الحكم بالنسبة للمشترى الذى يمتنع عن اجراء التجربة مع تمكنه منها ورفض المبيع دون تجربته فى المدة المتفق عليها أو فى المدة التى يحددها له البائع بشرط أن تكون معقولة .(٢٢١)

واذا قام المشترى بتجربة المبيع وجب عليه أن يعلن البائع بقبوله أو رفضه خلال المدة المتفق عليها أو المحددة له . أما اذا انقضت هذه المدة وسكت عن اعلان ارادته بالقبول أو بالرفض اعتبر سكوته قبولا وامتنع عليه رد المبيع ما لم يكن سكوته راجعا الى عدم تمكنه من تجربة المبيع .(٢٢٢)

٢٤٨ ـ ولكن هل للمشترى أن يتحكم فى نتيجة التجربة بحيث يكون مطلق الحرية فى قبول المبيع أو رفضه كما يشاء ؟

---

(٢٢٠) وهذا بخلاف ما يذهب اليه الدكتور سعدون العامري الذى يرى ان شرط التجربة لا يورث ، قياسا على خيار الشرط . فشرط التجربة عنده ما هو الا صورة خاصة من خيار الشرط . (راجع العامري ، ص ٧٠ ، وقارن السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، هامش١ ص ١٤٣) .

(٢٢١) راجع : مرقس وامام ، ف ٣٨ ص ٥٢ ؛ سلطان والعدوي ، ف ٢١٦ ؛ شنب ، ف ٦٣ ص ٩٦ .

(٢٢٢) قارن : سلطان والعدوي ، ف ٢١٦ .

لابد من التمييز فى هذا الشأن بين ما اذا كان المقصود من تعليق البيع هو التثبت من صلاحية المبيع فى ذاته للغرض المقصود منه وبين ما اذا كان يقصد من هذا التعليق الاستيثاق من استجابة المبيع لحاجة المشترى الشخصية .

٢٤٩ ـ ففى الحالة الاولى لا يجوز للمشترى رفض المبيع الا اذا ظهر بانه غير صالح للغرض المقصود من مثله عادة ، كأن يكون آلة للري أو للحرث ووجد غير صالح للوفاء بهذه الاغراض . وقد تستعين المحكمة بالخبراء لتقرير ذلك .(٢٢٣)

٢٥٠ ـ أما فى الحالة الثانية ، فلا عبرة بصلاحية المبيع للغرض المقصود منه بل بملائمته لحاجة المشترى الشخصية ، كما لو اشترى ملابس جاهزة أو حصانا لاستعماله الشخصي . فاذا لم يكن المبيع وافيا بحاجة المشتري الشخصية ، كان له مطلق الحرية فى قبول المبيع أو رفضه ، فهو وحده الذى يتحكم بنتيجة التجربة ولا يجوز للبائع أن يتحكم الى الخبراء(٢٢٤) .

٢٥١ ـ وعلى ذلك يكون مرد الامر قصد المتعاقدين . فقد يريدان تعليق البيع على مجرد نجاح التجربة ودلالتها على صلاحية المبيع للغرض المقصود من مثله ، وقد يريدان تعليقه على مجرد مشيئة المشتري بعد التجربة . أما اذا لم يمكن استخلاص قصد المتعاقدين من ظروف التعاقد ، فيفترض أن المقصود بالتجربة هو التحقق من ملائمة المبيع لحاجة المشترى

---

(٢٢٣) مرقس وامام ، ف ٣٨ ص ٥٢ ـ ٥٣ ؛ السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٦٩ .

(٢٢٤) راجع المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصري الجديد ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٤ ، ص ٢٦ .

الشخصية ، فيكون البيع معلقا على مجرد مشيئته • وهذا ما يستفاد من نص الفقرة الاولى من المادة (٥٢٤) من القانون المدنى العراقى التى تقرر بانه : « فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشترى أن يقبل المبيع أو يرفضه ••• » •(٢٢٥)

٢٥٢ ـ وقد يهلك المبيع بسبب أجنبي وهو ما يزال تحت التجربة ، فعلى من تقع تبعة الهلاك •

٢٥٣ ـ لا إشكال اذا كان البيع بشرط التجربة معلقا على شرط فاسخ ، ذلك لان البيع فى هذه الحالة ينعقد وتترتب عليه جميع آثاره منذ البداية ، ومن هذه الآثار انتقال ملكية المبيع من البائع الى المشترى • فاذا هلك المبيع بسبب أجنبي ، تحمّل المشترى تبعة هذا الهلاك تطبيقا لاحكام القواعد العامة •(٢٢٦)

٢٥٤ ـ ولكن المسألة تبدو أكثر صعوبة اذا ما تبيّن ان البيع معلق على شرط واقف ، كما هو الاصل فى البيع بشرط التجربة ، حيث يمكن التساؤل عمن تقع عليه تبعة الهلاك ، البائع أم المشترى ؟

يفترض القانون المدني الفرنسي فى المادة (١٥٨٨) ان البيع بشرط التجربة بيع معلق دائما على شرط موقف • ويستفاد من حكم المادة (١١٨٢) من نفس القانون والمتعلقة بالشرط الموقف ان المدين ، الذى لم يلتزم بتسليم الشيء محل التعاقد الا بتحقق الشرط ، هو الذى يتحمل تبعة هلاك هذا الشى • وعليه ، فاذا هلك المبيع على شرط التجربة قبل حصولها،

---

(٢٢٥) قارن : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٦٩ ص ١٣٣؛ سلطان والعدوي ، ف ٢١٥ ص ١٥١ ؛ الصراف ، ف ٢٢٠ ؛ العامرى ، ص ٦٩ ـ ٧٠ •

(٢٢٦) راجع : السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٧١ ص ١٣٧ ؛ الصراف ، ف ٢٢٣ •

فان تبعة هذا الهلاك انما تقع على البائع .[٢٢٧]

وكذلك الحال بالنسبة لتقنين الالتزامات السويسرى . فقد قضت الفقرة الثانية من المادة (١٨٥) من هذا التقنين بما يفيد بأن تبعة هلاك الشيء المبيع ، ومنافعه كذلك ، لا تنتقل الى المشتري الا اذا تحقق الشرط الواقف .

ويجري رأي الفقهاء المصريين ، فى ظل القانون المدني الجديد ، على أن البائع هو الذى يتحمل تبعة الهلاك وذلك لتعذر تحقق الشرط وهو تجربة المبيع .[٢٢٨] ولا يقدح فى صحة هذا الحكم القول بأن المشترى قد تسلم المبيع لتجربته ، والقواعد العامة تقضي بأن تبعة الهلاك تدور مع التسليم وجودا وعدما . ذلك لان أحكام القواعد العامة انما تنطبق على البيع الناجز ، أما والبيع بشرط التجربة معلق على شرط واقف فان تبعة الهلاك تقع دون شك على البائع لا على المشتري[٢٢٩] .

يخلص مما تقدم ان معظم القوانين الحديثة تذهب الى ان هلاك المبيع وهو ما يزال تحت التجربة انما يقع على عاتق البائع .

٢٥٥ ـ أما فى القانون العراقى فالحكم مختلف . فقد رجع القانون المدني فى هذا الصدد الى أحكام الشريعة الاسلامية التي تفرق بين يد الضمان ويد الامانة[٢٣٠] . فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٥٤٨) من القانون المدنى على أن : « ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن اذا هلك أو ضاع فى يد القابض لزمه الضمان . أما اذا لم يسم له ثمن كان

---

(٢٢٧) انظر : جوسران ، ج ٢ ، ف ٦٤ .
(٢٢٨) راجع : سلطان والعدوي ، ف ٢١٧ .
(٢٢٩) انظر : السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، هامش ١ ص ٧٣ ، و ج ٤ ، هامش ١ ص ١٣٦ ؛ عامر ، ف ٨٣ ص ٩٦ .
(٢٣٠) الصراف ، ف ٢٢٤ ص ٩١ . وانظر ايضا : السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، هامش ١ ص ١٣٦ .

أمانة فى يده فلا يضمن اذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه » .

وحيث ان يد المشترى فى المشترى فى البيع بشرط التجربة هى يد ضمان، يكون هلاك المبيع عليه ولو كانت التجربة شرطا واقفا .

وظاهر ما فى هذا الحكم الذى أخذ به المشرع العراقى من خروج ، دون مبرر ، على ما جرت عليه التشريعات الحديثة ومجافاة لمقتضيات العدل والتوازن الاقتصادى بين المتبايعين حيث لم تنتقل ملكية المبيع باتة الى المشتري بعد ، بالنظر لقيام الشرط الواقف(٢٣١) .

المطلب الثالث

البيع بشرط المذاق

Vente à la dégustation.

٢٥٦ ـ تنص المادة (٥٢٥) من القانون المدنى العراقى على انه : « اذا بيع الشىء بشرط المذاق كان للمشترى أن يقبل البيع ان شاء ولكن عليه أن يعلن هذا القبول فى المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف ولا ينعقد البيع الا من الوقت الذى تم فيه هذا الاعلان »(٢٣٢) .

٢٥٧ ـ والحكمة من النص على هذا النوع من البيوع هى ان هناك من المبيعات ما تختلف فيه أمزجة الناس وأذواقهم ، فقدر المشرع ان العاقدين لا يقصدان تمام المبايعة بمجرد الاتفاق على المبيع والثمن ، وان

---

(٢٣١) انظر فى هذا المعنى : الصراف ، ف ٢٢٤ ص ٩١ .

(٢٣٢) يطابق نص المادة ٤٢٢ من القانون المدنى المصرى . أما المادة ١٥٨٧ من التقنين المدنى الفرنسى فتقرر بانه : « بالنسبة للنبيذ والزيت والاشياء الاخرى التى اعتاد الناس ذوقها قبل شرائها ، ليس هناك بيع طالما ان المشترى لم يذق هذه الاشياء ويرتضيها » .

البيع لا يتم فى نظرهما الا اذا اختبر المشترى طعم المبيع وارتضاه .[٢٣٣]

فالبيع بشرط المذاق يتوقف انعقاده على ذوق المشتري للمبيع . وفى هذا يختلف بيع المذاق عن البيع بشرط التجربة . فبيع المذاق لاينعقد الا منذ اللحظة التى يذوق فيها المشترى الشىء المبيع ويرتضيه . أما البيع بشرط التجربة فينعقد قبل قيام المشترى بتجربة المبيع .

التكييف القانوني للبيع بشرط المذاق :

٢٥٨ ـ وقد اختلف الفقهاء وانقسمت التشريعات فى تكييف البيع بشرط المذاق وترتيب آثاره .

فذهبت بعض التشريعات الى اعتباره بعا معلقا على شرط واقف هو قبول المشترى المبيع بعد ذوقه[٢٣٤] وذهبت تشريعات اخرى الى ان البيع بشرط المذاق ليس بيعا وانما مجرد وعد بالبيع ملزم للبائع وحده ولا يلتزم المشترى بشىء . ومن التشريعات التى أخذت بهذا الرأى القانون المدنى الفرنسى والقانون اللبنانى والقانون المدنى المصرى الجديد .[٢٣٥]

ومع هذا ، فقد ذهب بعض الفقهاء فى فرنسا الى أن بيع المذاق ، كبيع التجربة معلق على شرط موقف . ولكن هذا الرأى لا يمكن الاخذ به فى ظل القانون المدنى الفرنسى ، لان صياغة المادة (١٥٨٧) من هذا القانون لا تدع أى مجال للشك فى أن المشرع أراد التمييز بين هذين النوعين من البيوع فقرر بالنسبة لبيع المذاق بأنه « ليس هناك بيع » طالما ان المشترى لم يذق المبيع ويرتضيه ، أما بالنسبة للبيع بشرط التجربة فان المشرع

---

(٢٣٣) انظر : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٧٣ .

(٢٣٤) كالقانون الاسباني والقانون الهولندى والقانون الارجنتينى .

(٢٣٥) راجع فى تفصيل ذلك : مرقس وامام ، ف ٣٩ ص ٥٥ .

يفترض انه معلق على شرط موقف فى جميع الاحوال .[٢٣٦]

٢٥٩ ـ ويمكن ان نأخذ بنفس هذا الرأى فى القانون العراقى . فالمادة (٥٢٤) من القانون المدنى تقرر فى فقرتها الاولى بأنه : « فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشترى أن يقبل المبيع أو يرفضه .. » ، بينما المادة (٥٢٥) تقول : « اذا بيع الشىء بشرط المذاق كان للمشترى أن يقبل البيع ان شاء .. » . فالفرق واضح بين صياغة العبارتين ، وهو فرق متفرع عن الفرق بين طبيعة العمليتين .[٢٣٧] كما ان الفقرة الثانية من المادة (٥٢٤) تنص على أنه :« ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع الا اذا تبين من الاتفاق أو الظروف ان البيع معلق على شرط فاسخ » . فالبيع منعقد ولكن آثاره تتحدد بنتيجة التجربة . أما المادة (٥٢٥) فتصرح بأن بيع المذاق لا ينعقد الا من الوقت الذى يعلن فيه المشترى عن قبوله المبيع .

٢٦٠ ـ لذلك ، فان التكييف الراجح فقها وقضاء هو ان البيع بشرط المذاق ليس أكثر من وعد بالبيع صادر من جانب البائع وملزم له و حده . فينبني على ذلك ان المشتري فى البيع بشرط المذاق لا يرتبط بعقد البيع قبل أن يذوق المبيع . فللمشترى مطلق الحرية فى قبول المبيع أو رفضه بعد مذاقه ، ولا يجوز للبائع أن يثبت جودة المبيع أو انه من الصنف الذى اعتاد الناس على التعامل به ، لان خيار المشترى فى قبول المبيع أو رفضه خيار مطلق ، والمطلق يجرى على اطلاقه ، كما يقول الفقهاء المسلمون[٢٣٨] .

---

(٢٣٦) انظر : اوبري ورو ، ج ٥ ، هامش ١٤ ص ١٢ .

(٢٣٧) قارن : السنهوري ، الوسيط ، ج٤ ، ف ٧٥ .

(٢٣٨) راجع : مرقس وامام ، ف ٣٩ ص ٥٥ ؛ ذنون ، البيع ، ف ٩١ .

أما البائع فيكون مرتبطا بوعد البيع ويلتزم بتمكين المشترى من ذوق المبيع فى الزمان والمكان المتفق عليهما • وعند عدم الاتفاق على الزمان والمكان فيتبع عرف الجهة ، فان لم يكن هناك عرف ، ففي المكان الذى يتم فيه تسليم المبيع ، وهو فى الغالب المكان الذى يوجد فيه المبيع حين التعاقد •(٢٣٩)

٢٦١ ـ هذا ، وقد انعقد الاجماع على أن شرط المذاق مقرر لمصلحة المشترى ، لذلك فهو يستطيع أن يتنازل عنه صراحة أو ضمنا • ويكون التنازل صريحا اذا اتفق الطرفان على استبعاد هذا الشرط • أما التنازل الضمني فانه يستخلص من ظروف الاتفاق وملابساته •(٢٤٠)

مقارنة بيع المذاق بالبيع بشرط التجربة :

٢٦٢ ـ بعد أن أوردنا فيما تقدم أهم أحكام هذين النوعين من البيوع ، يمكننا أن ننتقل الآن الى المقارنة بينهما بتلخيص أهم الفروق التي تميز احدهما عن الآخر(٢٤١) :

(١) البيع بشرط المذاق ليس الا وعداً ملزماً لجانب واحد هو البائع ، اما البيع بشرط التجربة فهو ، منذ البداية ، بيع كامل وملزم للجانبين

---

(٢٣٩) انظر : اوبرى ورو ، جـ ٥ ، ص ١٣ وهامش ١٨ ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٧٤ ؛ مرقس وامام ، ف ٣٩ ص ٥٦ ؛ العامرى، ص ٧٣ •

(٢٤٠) راجع : اوبرى ورو ، جـ٥ ، ص ١٢ ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ٤، ف ٧٤ ص ١٤٠ ـ ١٤١ • عكس ذلك : ذنون ، البيع ، ف ٩٢ ص ٨٠ ـ ٨١ حيث يرى عدم امكان التنازل الضمني عن شرط المذاق لانه خيار قانونى ، فلابد للتنازل عنه من اتفاق صريح •

(٢٤١) راجع : السنهورى ، الوسيط ؛ جـ٤ ، ٧٦ ؛ مرقس وامام ، ف٤٠؛ ذنون ، البيع ، ف ٩٠ وما بعدها ؛ الصراف ، ف ٢٢٦ •

وان كان معلقا على شرط واقف أو فاسخ •

(٢) وقد رأينا ان ملكية المبيع فى البيع بشرط التجربة تنتقل من البائع الى المشتري منذ الاتفاق ، وذلك بفكرة الاثر الرجعي للشرط • أما فى بيع المذاق فليس هناك ثمة بيع الا عند المذاق وحصول القبول وبالتالى فان الملكية لا تنتقل الى المشترى الا بعد المذاق والقبول ولو كان المبيع معينا بالذات • ويترتب على ذلك انه :

(أ) اذا أوقع دائن للبائع الحجز على المبيع قبل الذوق والقبول فلا يجوز للمشترى ان يطالب برفع الحجز الواقع بعد أن يذوق المبيع ويرتضيه• أما فى البيع بشرط التجربة فيجوز للمشترى ذلك ، فالحجز لا ينفذ بحقه لأن الملكية تنتقل اليه مستندة الى وقت البيع •

(ب) اذا أفلس البائع قبل المذاق والقبول فلا يستطيع المشترى مطالبة السنديك بتسليمه المبيع باعتباره مالكا له ، لأن الملكية لا تنتقل اليه الا من وقت الاعلان عن قبوله بعد المذاق • اما المشترى بشرط التجربة فله ذلك •

(٣) وفى البيع بشرط المذاق اذا مضت المدة المحدودة بالاتفاق أو بالعرف لاعلان قبول المبيع أو رفضه وسكت المشترى مع تمكنه من اختبار طعم المبيع فان هذا السكوت لا يكفي لانعقاد البيع لأنه لا يعتبر قبولا فى هذه الحالة • أما فى البيع بشرط التجربة ، فقد مر بنا ان سكوت المشترى يكفي ، بعد مضي مدة التجربة ، لاعتباره قابلا •

(٤) والمذاق ، بخلاف التجربة ، يراد به محض التثبت من ملاءمة المبيع لذوق المشتري ولا يمكن ان يراد به التأكد من صلاحية المبيع للغرض المقصود من مثله ، وحينئذ فلا يجوز ترك الامر لتقدير الخبراة •

تقدير مسلك المشرع فى النص على البيع بشرط المذاق وفى تكييف هذين البيعين :

٢٦٣ ـ يذهب بعض الشراح الى القول بأن المشرع لم يكن موفقا فى ايراد نص خاص يعالج البيع بشرط المذاق لأن فى القواعد العامة وفى نصوص خيار الرؤية ما يغني عن ذلك[٢٤٢] ، باعتبار ان خيار الرؤية يقتضي العلم بالمبيع علما كافيا وان المأكولات والمشروبات لا يمكن العلم بها الا بذوقها ، فيعتبر بيع هذه الاشياء مقترنا بشرط مذاقها[٢٤٣] .

٢٦٤ ـ ويبدو ان الاعتراض الرئيس هو الذى يوجه الى مسلك المشرع فى تكييف هذين النوعين من البيوع . ففي حين اعتبر بيع التجربة معلقا على شرط ، جعل من البيع بشرط المذاق مجرد وعد بالبيع ملزم لجانب واحد . فما هي الحكمة التي دعت الى هذه التفرقة ؟

٢٦٥ ـ الظاهر ان ليس هناك ما يدعو الى تكييف هذين البيعين تكييفا يختلف عن تكييف البيع الآخر . فكلاهما ينضويان تحت طائفة « العقود تحت الاختبار à l'examen »[٢٤٤] ، كما ان لكل من الموعود فى بيع المذاق والمشتري فى البيع بشرط التجربة ، كقاعدة عامة ، مطلق الحرية فى قبول البيع أو رفضه ، وان كلا من هذين البيعين ينشيء فى ذمة البائع التزاما بتمكين المشتري من المذاق أو التجربة ، بالاضافة الى ان كلا من شرط

---

(٢٤٢) ذنون ، البيع ، ف ٩٤ ص ٨١ ـ ٨٢ وحلمي عيسى ، نقلا عن مرقس وامام ، ف ٣٩ ص ٥٤ . ولكننا نعيد الى الاذهان أن الدكتور الذنون يرفض أصلا وجود النصوص التى خصصها المشرع العراقى لخيار الرؤية لانها ، فى نظره ، مجرد حشو لا فائدة فيه وتكرار للقواعد العامة فى الغلط . (انظر الفقرة ١٤١ أعلاه) .

(٢٤٣) انظر فى الاعتراض على هذا الرأى : الصراف ، ٢٢٧ .

(٢٤٤) راجع : دوباج Depage ، ٢٥٧ ص ٢٧٤ .

المذاق وشرط التجربة لا يثبت الا بالاتفاق .

ولهذه الاسباب مجتمعة فقد ذهب فريق من الشراح الى وجوب التسوية بين هذين البيعين فى الوصف القانوني . فيكون كل من البيع بشرط المذاق والبيع بشرط التجربة مجرد وعد بالبيع ، على رأي البعض منهم (٢٤٥) أو أن يعتبر كلا من هذين البيعين معلقا على شرط ، على رأي البعض الآخر (٢٤٦) .

المطلب الرابع

البيع بشرط العربون

تعريف العربون والغرض من اشتراطه (٢٤٧)

٢٦٦ ـ العربون مبلغ من المال ، يغلب أن يكون من النقود ، يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت ابرام العقد (٢٤٨) والذى يقع فى العمل غالبا أن يقدّم المشتري للبائع حين التعاقد مبلغا من النقود يسميه عربونا يعتبر جزءاً من الثمن اذا نفّذ العقد . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون مقدم العربون هو البائع لا المشتري . والغرض الذى يقصده المتبايعان من ذلك هو أما التأكيد على أن العقد الذى أبرماه أصبح باتا لا يجوز الرجوع عنه ، واما التدليل على احتفاظ كل منهما بحق العدول عن البيع فى مقابل ترك

---

(٢٤٥) شنب ، ف ٦٦ ص ٩٩ والفقه المشار اليه فى هامش ١ ص ٩٩ .

(٢٤٦) السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، هامش ٢ ص ١٤٢ والفقه المشار اليه .

(٢٤٧) للتوسع فى دراسة العربون يراجع البحث القيم للدكتور عباس حسن الصراف المنشور فى مجلة القضاء ، العدد الاول لسنة ١٩٥٨ ص ١٥ وما بعدها تحت عنوان « العربون وأحكامه فى القانون المدني العراقي » .

(٢٤٨) قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، ف ١٣٨٥ .

العربون ممن دفعه أو ردّه مضاعفا ممن قبضه(٢٤٩) .

٢٦٧ ـ وقد تراوحت التقنينات المدنية بين هاتين الدلالتين . فأخذت بدلالة البتات التقنينات الجرمانية ، كالقانون المدني الالماني وتقنين الالتزامات السويسرى والتقنين البولوني . امّا التقنينات اللاتينية ، كالقانون المدني الفرنسي والقانون المدني الايطالي ، فقد أخذت بدلالة جواز العدول . وقد حذا القانون المدني المصرى الجديد حذو مجموعة التقنينات اللاتينية . فقد نصّت الفقرة الاولى من المادة (١٠٣) من القانون المصرى على أن : « دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد ان لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه الاّ اذا قضى الاتفاق بغير ذلك »(٢٥٠) .

اما القانون المدني العراقي ، فقد خالف القانون المدني المصرى ومجموعة القوانين اللاتينية ، وأخذ بما ذهبت اليه مجموعة القوانين الجرمانية ، فقرر فى المادة (٩٢) منه بانه : « ١ ـ يعتبر دفع العربون دليلا على أن العقد أصبح باتا لا يجوز العدول عنه . ٢ـ فاذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول . فان عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وان عدل من قبضه رده مضاعفا » .

فيتضح من هذا النص أن الاصل فى القانون العراقي هو أن دفع العربون عند ابرام البيع يفيد أن المتبايعين قد عقدا بيعا نهائيا لا يجوز الرجوع فيه واشترطا دفع العربون ضمانا لتنفيذه .

---

(٢٤٩) وقديما كان العربون نوعا من أنواع التأمينات العينية ، فقد كان ينظر اليه باعتباره نوعا من الرهن (nantissement) يستخدمه الدائن لضمان تنفيذ البيع، أو أي عقد آخر تمّ ابرامه بمجرد تراضي الطرفين المتعاقدين . (انظر : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ هـ١ ص٤٦٨) .

(٢٥٠) راجع فى تفصيل ذلك فى القانون المصري : السنهوري ، الوسيط ، جـ ٤ ، ف ٤٤ وما بعدها ، مرقس وامام ، ف ٤٢ وما بعدها ؛ سلطان والعدوي ، ف ٢٠٧ وما بعدها .

٢٦٨ ـ ولكن هذا الاصل الذى نصت عليه المادة (٩٢) من القانون المدني العراقي يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، فيجوز للمتبايعين أن يجعلا لكل منهما الحق فى امضاء البيع أو نقضه فى مقابل خسارة ما يعادل العربون • وهذا الاتفاق صحيح يجب العمل به[٢٥١] •

وهكذا نصل الى القول بأن نية المتعاقدين هي المعول عليها فى تحديد الغرض الذى قصداه من دفع العربون • وهذه النية تستخلصها محكمة الموضوع من نصوص العقد وظروفه ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها فى ذلك[٢٥٢] أما اذا غمّ قصد المتعاقدين ولم يجد قاضي الموضوع لا فى نصوص العقد ولا فى ظروف التعاقد ما يعينه على استجلاء حقيقة هذا القصد ، فان المشرع يقيم فى الفقرة الاولى من المادة (٩٢) قرينة على أن المتعاقدين قد قصدا من اشتراط العربون عند انشاء العقد أن يكون دليلا على لزوم العقد وثباته • وغني عن البيان أن هذه القرينة هي قرينة قانونية بسيطة قابلة لاثبات العكس • فاذا تبين من ظروف التعاقد أن المتعاقدين قد قصدا من دفع العربون عكس ما يفترضه القانون وجب الوقوف عند ما قصدا

---

(٢٥١) فقد قضت محكمة تمييز العراق : « بأن المشتري قد امتنع عن تسليم بقية الثمن فتكون دعواه باعادة مبلغ العربون خلافا لمنطوق العقد وكان على المحكمة ردها • فالحكم بذلك مخالف للقانون • » فيجب اذن على المشتري الذى امتنع عن دفع بقية ثمن المبيع رغم أعذاره ، ترك العربون لاعتباره جزاء للعدول عن البيع (انظر : قرار محكمة التمييز رقم ١٢٤٤ ـ ح ـ ١٩٥٥ الصادر بتاريخ ٥ـ١٢ـ١٩٥٥ ، المنشور فى مجلة القضاء ، العدد الاول ، الصادر فى شباط ١٩٥٦ ، ص ٩٧ • وانظر أيضا قرار محكمة التمييز رقم ٢٠٠ ـ ح ـ ١٩٥٥ الصادر بتاريخ ٢٨ـ١ـ١٩٥٦ المنشور فى نفس العدد من مجلة القضاء ص ١٠٣) •

(٢٥٢) قارن : حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٢١ مارس ١٩٤٦ المشار اليه فى السنهوري ، الوسيط ج ٤ ، هـ ٢ ص ٨٧ •

اليـه[٢٥٣] .

تكييف البيع بشرط العربون :

٢٦٩ ـ وقد تعارضت وجهات النظر فى تكييف عقد البيـع فى حالة اقترانه بالعربون .

فذهب فريق من الفقهاء[٢٥٤] الى القول بأن البيـع بشرط العربون عقد معلق على شرط واقف هو أن لا يعدل أحد المتبايعين عن البيع خـلال المدة التي تم الاتفاق عليها . فاذا ما انقضت هذه المدة دون أن يعدل أحد المتعاقدين عن البيع ، تحقق الشرط الواقف وانتج آثاره ، من وقت العقد بفعل الاثر الرجعي . امّا اذا تخلف الشرط الواقف بأن استعمل خيـار العدول أحد المتعاقدين ، فان العقد لا ينتج أى أثر سوى أن من عدل عن البيع يفقد قيمة العربون فى مقابل عدوله .

وذهب فريق آخر[٢٥٥] الى تكييف البيع بشرط العربون بأنه بيـع معلق على شرط فاسخ ، فيترتب على الاخذ بهذا الرأى بأن البيع يكون نافذا فى الحال وتترتب عليه جميع آثاره منذ انعقاده . فاذا تخلف الشرط الفاسخ بأن لم يعدل أحد المتعاقدين عن البيع ، اعتبـر العقـد باتا واستمر منتجاً لآثاره . امّا اذا تحقق الشرط باستعمال أحـد المتعاقدين لحقه فى نقض العقد ، فان آثار هذا العقد تزول جميعها بحكم الاثر الرجعي ووجب على

---

(٢٥٣) قارن : الحكيم ، ف ١٦٢ ص ١٠٤ .

(٢٥٤) كولان وكاپيتان ودولا موراندير ، ج ٢ ف ٨٤٨ ص ٥٦٣ ؛ بودري وسينيا ، البيع ، ف ٨٤ ص ٦٤ ؛ جوسران ، دروس فى القـانون الوضعي الفرنسي ج ٢ ، ف ١٠٦٨ .

(٥٥) بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، ف ١٣٨٣ ؛ اوبري ورو ، ج ٥ ، هـ ٣٧ ص ٢٠ .

من عدل من المتعاقدين ترك العربون ان كان هو الذى دفعه أو رده مضاعفا ان كان هو الذى قبضه .

ولكن يلاحظ على تكييف البيع بشرط العربون بأنه عقد معلق على شرط ، سواء أكان هذا الشرط واقفا أم فاسخا ، تعذُر تعيين مصدر الالتزام بدفع العربون . فما دام تحقق الشرط الفاسخ أو تخلف الشرط الواقف يؤدي الى زوال العقد بجميع آثاره بأثر رجعي ، فان ذلك يعني أنه لم يعد هناك ثمة سند قانوني لالتزام من عدل عن العقد بأن يدفع الى الطرف الآخر ما يعادل قيمة العربون(٢٥٦) .

ولذلك فقد ذهب بعض الفقهاء(٢٥٧) الى امكان تكييف البيع بشرط العربون بأنه عقد ينشيء التزاما بدلياً فى ذمة كل من طرفيه . أي ان كلاً منهما يعتبر ملتزما أصلا بالالتزامات الواردة فى عقد البيع ولكن يجوز أن يستبدل بهذه الالتزامات دفع ما يوازي قيمة العربون . فاذا اختار المدين دفع العربون برأت ذمته من الالتزام وسقط الحق المقابل له تبعاً لذلك . ويترتب على هذا ان العربون بدل مستحق بالعقد ، فدفعه انما هو تنفيذ للعقد فى أحد شطريه ـ وهو البدل ـ وليس فسخاً له فى جملته(٢٥٨) .

ويجري بعض شراح القانون المدني العراقى(٢٥٩) على هذا الرأي اذا كان العربون قد اشترط كجزاء للعدول عن البيع ، فقد ذهب قسم منهم الى أنه فى سبيل الوصول الى التكييف الملائم للبيع بشرط العربون لابد من التمييز بين اشتراط العربون كوسيلة لنقض العقد وبين اشتراطه كضمان

---

(٢٥٦) راجع : مرقس وامام ، ف ٤٢ ص ٦١/٦٢ .

(٢٥٧) السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٤٦ .

(٢٥٨) انظر فى الرد على هذا الرأي : مرقس وامام ، ف ٤٢ ص ٦٢ـ٦٣ .

(٢٥٩) الصراف ، ف ١٧١ ؛ العامري ، ص ٦٤ .

لتنفيذه[٢٦٠] .

ففي الحالة الاولى يمكن القول بأن العربون عبارة عن التزام بدلي يلتزم بتنفيذه المتعاقد اذا أراد أن لا ينفذ التزامه الأصلي ، امّا فى الحالة الثانية ، فليس العربون الا نوعا من أنواع التأمينات العينية التي يستخدمها الدائن كوسيلة لضمان حقه القائم لدى مدينه .

حكم العربون :

٢٧٠ ـ قد يتبين من نصوص العقد أو من ظروفه ان العربون انما اشترط كجزاء للعدول عن البيع ، وقد يتبيّن انه انما اشترط كوسيلة لضمان تنفيذه .

(١) العربون كجزاء للعدول :

٢٧١ ـ فاذا تبين ان دفع العربون عند التعاقد انما اشترط كجزاء للعدول عن البيع ، فاننا نكون ازاء فرضين : فامّا أن يُصار الى تنفيذ البيع واما أن يستعمل أحد المتبايعين حقه فى العدول عنه .

فاذا نفذ العقد احتسب العربون من أصل الثمن الذى يدفعه المشتري ، اما اذا اختار أحد المتعاقدين العدول عن البيع ، كان له ذلك فى مقابل خسارة ما يعادل العربون . فاذا كان من استعمل حق العدول هو من دفع العربون فانه يفقد ما دفعه . اما اذا كان من عدل عن البيع هو من قبض العربون فانه يجب عليه ردّ ما قبضه الى المتعاقد الآخر مضاعفا .

٢٧٢ ـ وتعتبر خسارة العربون أو دفع مثله فى حالة العدول عن البيع بمثابة جزاء حتمي يدفعه من عدل عن البيع بصرف النظر عن حصول

---

(٢٦٠) الصراف ، ف ١٧١ .

ضرر للطرف الآخر أو عدم حصوله[٢٦١] . وهذا ما يميز العربون عن الشرط الجزائي . ذلك لأن الزام العاقد الذى عدل عن البيع بدفع قيمة العربون الى العاقد الآخر لا يعتبر تعويضا عن الاخلال بالالتزامات الناشئة عن عقد البيع وانما باعتباره ثمنا لاستعمال الحق فى العدول ، يدفعه من عدل عن العقد حتى لو لم يترتب على العدول أي ضرر كما يفهم من نص المادة (٩٢) من القانون المدني العراقي[٢٦٢] أمّا الشرط الجزائي فهو ، بخلاف العربون يعتبر تحديداً اتفاقيا للتعويض عن الضرر الذى ينشأ عن اخلال المدين بالتزامه الاصلي الناشىء عن عقد البيع ، فيشترط فى استحقاقه ثبوت ضرر أصاب الدائن نتيجة لذلك . ولهذا كان للقضاء ان لا يحكم به أصلاً اذا لم يصب الدائن اى ضرر أو أن يخفض المبلغ المتفق عليه كشرط جزائي اذا وجد ان التقدير كان فادحا لا يتناسب مع الضرر الذى أصاب الدائن (م ١٧٠ ف ٢ مدني عراقي) . وكل هذا ما لا يجوز بالنسبة للعربون ، فليس للقضاء انقاضه أو الغاءه[٢٦٣] .

(٢) العربون كوسيلة لضمان التنفيذ :

٢٧٣ ـ امّا اذا تبيّن أن العربون انما قدم حين التعاقد كوسيلة لضمان تنفيذ العقد فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بالرجوع فيه اكتفاءً بتركه العربون الذى دفعه ، بل يثبت لكل من المتبايعين الحق فى الزام الطرف الآخر بتنفيذ العقد ، ويعتبر دفع العربون تنفيذا جزئيا يجب استكماله[٢٦٤] .

---

(٢٦١) راجع : سلطان والعدوي ، ف ٢١٢ ؛ مرقس وامام . ف٤٢ ص٦٠ .
(٢٦٢) قارن : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٤٥ ص ٨٩ .
(٢٦٣) راجع : سلطان والعدوي ، ف ٢١٢ ؛ مرقس وامام ف ٤٢ ص ٦٤ ؛ الصراف ، ف ١٦٤ .
(٢٦٤) انظر : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ف ٤٥ ص ٨٩ وهامش ٢ من من نفس الصفحة ، و ج ١ ف ١٤٢ ، ص ٢٦٤ ؛ الصراف ، ف١٦٦ .

٢٧٤ ـ وتسري على هذا العقد القواعد العامة التي تسري على العقود الاخرى من جواز طلب التنفيذ العيني اذا كان هذا التنفيذ ممكناً ، أو المطالبة بالتعويض أو بالفسخ • واذا حكم بفسخ العقد وترتب على هـذا الفسخ ضرر كان للمحكمة ان تقضي بتعويض هذا الضرر ويحسب العربون من مبلغ التعويض •

ولا يشترط فى هذا التعويض أن يكون بمقـدار مبلغ العربون ، بل يجوز أن يزيد مقدار التعويض عن العربون كما يجوز أن يقل عنه بحسب جسامة الضرر(٢٦٥) كما يجوز للمحكمة أن لا تحكم بأى تعويض أصلاً ، اذا لم يترتب على اخلال المدين بالتزامه حصول ضرر للدائن ، وانما تكتفي بالحكم بارجاع العربون الى من أدّاه(٢٦٦) •

---

(٢٦٥) راجع : السنهوري ، الوسيط ؛ ج ١ ، ف ١٤٢ ص ٢٦٤ ، و ج ٤ ، هـ ، ص ٨٩ •

(٢٦٦) انظر : الصراف ، ف ١٦٧ •

الفصل الثانى

المبيع La chose vendue

٢٧٥ ـ تقدم القول ان البيع عقد ملزم للجانبين • فهو يرتب فى ذمة البائع التزامات محلها الرئيس هو المبيع ، ويرتب فى ذمة المشتري التزامات أهمها التزامه بدفع الثمن • لذلك كان المحل فى عقد البيع مزدوجا : المبيع فى ذمة البائع ، والثمن فى ذمة المشتري • وسيكون المبيع محل بحثنا فى هذا الفصل • اما الثمن فمكان بحثه فى الفصل الذى يليه •

المقصود بالمبيع :

٢٧٦ ـ لا يراد بالمبيع الشىء ذاته بل الحق الذى يرد على هذا الشىء[١] وبعبارة أخرى ، المبيع هو المال وليس الشىء فى ذاته[٢] ذلك لأن المقصود « بالمال » فى عرف القانون ، هو الحق ذو القيمة المالية ايا كان نوعه ومحله ، أي سواء أكان حقا عينيا أم حقا شخصيا ، أم حقا من الحقوق الادبية (الذهنية) •

امّا « الشىء » فيراد به الدلالة على محل ذلك الحق ، سواء أكان ذلك الشىء ماديا أم غير مادي[٣] • ومن المسلم به ان القانون لا يهتم بالاشياء الا

---

(١) فاذا قيل بيعت الدار قصد بذلك بيع حق الملكية فيها ، ولكن يلاحظ أنه قد شاع فى الفقه والقضاء اطلاق كلمة « المبيع » اذا كان المبيع حق الملكية ، اما اذا كان المبيع حقا آخر غير حق الملكية فيذكر الحق المبيع بذاته كحق الانتفاع او حق الارتفاق • (انظر : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، هامش ١ ص ١٩١ ؛ عامر ، هامش ٢ ص ٣٠) •

(٢) راجع فى تفصيل ذلك : مرقس وامام ، ف ٦١ •

(٣) قارن : مرقس وامام ، ف ؛ ذنون ، الحقوق العينية الاصلية ، ف ٤ ؛ حيدر ، الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد ، ج ١ ، ف ٢ ص ٨ـ٩ •

باعتبارها محلاً للحقوق • والحقوق التي يعنى بها القانون المدني هي الحقوق ذات القيمة المالية • فتلك الحقوق هي الاموال ، اما الاشياء فهي محل هذه الحقوق[٤] •

٢٧٧ ـ يخلص مما تقدم ان المبيع وهو محل التزام البائع ، هو المال • وهذا المال يمكن ان يكون حق ملكية او اى حق عيني آخر كحق الانتفاع او حق الارتفاق ، ويمكن ان يكون حقا شخصيا كما فى حوالة الحق بمقابل ، ويمكن ان يكون كذلك حقا ادبياً (ذهنيا) كحق المؤلف او المخترع[٥] •

وقد يتضح كل ذلك من عموم نص المادة (٥٠٦) من القانون المدني العراقي التي عرفت البيع بأنه « مبادلة مال بمال » ولكن النص الذى يعرض بصراحة لجميع ما تقدم هو نص المادة (٤١٨) من القانون المدني المصري والذى يقرر بأن : « البيع عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي » •

الشروط الواجب توافرها فى المبيع :

٢٧٨ ـ لا بد من توافر بعض الشروط في المبيع لكي يصح ان يكون محلاً لقد البيع ولكن القانون المدني لم يورد نصاً خاصا بشأن ما يجب أن

---

(٤) وقد فطن المشرع العراقي لهذا التمييز الاساسي بين الشيء والمال ، فقرر فى الفقرة الاولى من المادة (٦١) من القانون المدني بان : « كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية » • كما نص فى المادة (٦٥) على أن : « المال هو كل حق له قيمة مادية » • فمن الجمع بين هاتين المادتين يفهم بان المشرع العراقي قد عنى بالتمييز بين الاشياء والاموال اسوة بما فعل المشر المصري (م ٨١ ف ٢ مدني مصري) •

(٥) انظر : مازو ، دروس فى القانون المدني ، ج ٣ ، ط ٢ ، ف ٨٣٦ •

يتوافر في المبيع من شروط • ولهـذا فان المبيع يخضع فى ذلك لاحكام القواعد العامة • ومن أجل ذلك كانت الشروط التي يجب ان تتوافر في المبيع هي نفس الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام بوجه عـام • فيشترط في المبيع اذن ، توافر شروط ثلاثـة : (١) ان يكون موجودا او ممكن الوجود ، (٢) ان يكون معيناً او قابلاً للتعيين ، (٣) ان يكون صالحاً للتعامل فيه[٦] •

وسنبحث في كل شرط من هذه الشروط في فرع خاص •

الفرع الاول

وجـود المبيـع

٢٧٩ ـ يجب لانعقاد البيع ، أن يكون المبيع موجوداً حين التعاقد أو ممكن الوجود بعـد ذلك • فالمقصود من المبيع هو نقل الحق المبيـع الى المشتري ، ولا يتحقق ذلك الاّ اذا كان المبيـع موجودا بالفعل عنـد ابرام العقد اذا قصد المتعاقدان نقل الحق المبيع الى المشترى في الحـال ، او ان يكون على الاقل ، ممكن الوجود في المستقبل اذا تبين ان قصد المتعاقدين قد انصرف الى ارجاء نقل الحق المبيع الى تاريخ لاحق لانعقاد البيع • فاذا لم يكن المبيع موجوداً حين التعاقد او كان غير ممكن الوجود في المستقبل وقع البيع باطلاً •

---

(٦) راجع : بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، ف ١٣٢٧ وما بعدها ؛ اوبري ورو ، ج ٥ ص ١٣ـ١٤ ؛ كولان وكابيتان ودولامور انديير ، ج ٢ ، ف ٨٥٥ وما بعدها ؛ السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ١٠١ وما بعدها ؛ مرقس وامام ، ف ٦٢ وما بعدها •

المبحث الاول

المبيع الموجود

استحالة بيع الحقوق المعدومة الوجود :

٢٨٠ ـ قد تتجه ارادة المتعاقدين الى التعامل في المبيع على أنه موجود وقت ابرام العقد ، وكان هذا المبيع موجودا فعلاً في ذلك الوقت فلا نزاع في هذه الحالة ان البيع ينعقد صحيحا .

ولكن قد يقصد المتعاقدان التعامل في المبيع على انه موجود فعلاً ، ثم يتبين بعد ذلك انه لم يكن موجودا حين التعاقد كما لو باع وارث نصيبه في تركة ، ثم تبيّن أنه ليس بوارث ، كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً لانعدام المحل(٧) ويكون البيع باطلاً حتى لو أمكن وجود المبيع بعد ذلك(٨) .

هلاك المبيع(٩) :

٢٨١ ـ وكذلك الحال اذا كان المبيع موجوداً ولكنه هلك قبل ابرام العقد أو أثناء التعاقد . فاذا باع شخص حيوانا لآخر بثمن معين ثم تبين انه كان قد نفق قبل ابرام البيع فان العقد لا ينعقد لانعدام محله .

الهلاك الكلي :

٢٨٢ ـ والمقصود بالهلاك الذى يمنع انعقاد العقد هو الهلاك الكلى

---

(٧) انظر : كولان وكاپيتان ودولاموراندبير ، ج ٢ ، ف ٨٥٨ ؛ سلطان والعدوي ، ف ١٣٣ .

(٨) السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ١٠٢ ص ١٩٢ .

(٩) لا محل للبحث فى هلاك المبيع الا اذا كان قيميا أي معينا بالذات . اما اذا كان من المثليات فان المبيع لا يهلك ، لان المثليات هى التى يوجد مثلها فى الاسواق ويقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء (م ٦٤ مدني عراقي) .

السابق للانعقاد او المصاحب له • اما ما قد يطرأ من هلاك على المبيع بعد ذلك فانه لا يؤثر في انعقاد البيع ولكنه يجعله منفسخاً لاستحالة تنفيذ البائع لالتزامه[١٠] • ويستوي في ذلك ان يكون الهلاك مادياً ، كما لو كان المبيع طعاما ففسد أو قطعة قماش فاحترقت ، او أن يكون الهلاك قانونيا كما لو كان المبيع حقا احاله البائع بمقابل وكان هذا الحق قد سقط بمضي المدة او كان رخصة سبق الغاؤها او حق انتفاع زال بانتهاء أجله • ويستوى فى ذلك أيضا ان يكون الهلاك مجهولاً من الطرفين او معلوما لاحدهما دون الآخر • غير انه في هذه الحالة الاخيرة ، اذا كان البائع يعلم بالهلاك وحده او كان من السهل عليه ان يعلم به وتبين اهماله ، فانه يلزم بتعويض المشتري عما اصابه من ضرر بسبب بطلان البيع طبقاً لاحكام المسؤولية التقصيرية[١١] •

الهلاك الجزئي :

٢٨٣ ـ وقد يهلك المبيع هلاكا جزئياً قبل البيع او في اثنائه • فيجوز التساؤل عندئذ عما اذا كان البيع منعقداً اعتمادا على ما بقي من المبيع او غير منعقد تغليبا لما انعدم منه ؟

تقضي الفقرة الاولى من المادة (٥٤٧) من القانون المدني العراقي بانه : « اذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري الا اذا حدث الهلاك بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع • واذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه فالمشتري مخير بين فسخ

---

(١٠) راجع : ذنون ، البيع ، ف ٥٨ •

(١١) راجع فى تفصيل ذلك : سلطان والعدوي ، ف ١٣٤ ؛ مرقس وامام ، ف ٦٤ ص ١٠٠ـ١٠١ ؛ وانظر : الصراف ، ف ١٧٩ •

البيع وبين بقائه مع انقاص الثمن»[١٢] فهذا النص يقرر ، كما هو واضح ، تخيير المشتري بين التخلي عن البيع وبين أخذ الباقي من المبيع بحصته من الثمن • وهذا الحكم عادل ومنطقي • فالعدالة تقضي بان لا يجبر المشترى على دفع كل الثمن بل بانقاص الثمن بقدر يتناسب مع ما هلك من المبيع •

فيتضح ، اذن ، ان وجود جزء من المبيع ، بعد هلاك جزء منه ، يكفي لانعقاد العقد لانه لا يرد على معدوم كما هو الحال بالنسبة للهلاك الكلي •

٢٨٤ ـ واذا شمل البيع عدة أشياء بيعت صفقة واحدة وبثمن واحد ، وهلك بعضها دون بعض ، فللمشترى ، على الرأي الراجح ، ترك البيع لان رضاءه قد انصب على جملة الاشياء المبيعة بجملة الثمن المتفق عليه •[١٣] اما اذا سمي لكل من الاشياء المبيعة ثمنا ، فيمكن ان يتخذ من ذلك قرينة على انها قابلة للتجزئة وأمكن ان يعتبر كلا منها مبيعاً على حدة ، فاذا هلك بعضها بطل البيع بالنسبة للهالك منها ، وانعقد صحيحا بالنسبة للباقي ، ولم يجز للمشترى ان يتحلل من الصفقة كلها بناء على ما تقدم ، الا اذا كان الجزء الباقي لانفع فيه[١٤] •

---

(١٢) وهذا النص يقابل نص المادة ١٦٠١ من القانون المدني الفرنسي ، وبالرغم من عدم وجود نص مماثل فى القانون المدني المصري القديم فقد جرت أحكام المحاكم وأجمع الفقهاء فى مصر على وجوب الاخذ بهذا الحكم لما فيه من عدالة ظاهرة ، فضلا عن انه لا يعدو ان يكون تطبيقا للقواعد العامة (راجع : مرقس ، العقود المسماة ـ عقد البيع، ١٩٦٨، ف ٧٢ ص ١٣٧) •

(١٣) انظر : اوبري ورو ، ج ٥ ص ١٤ وهامش ٢١ •

(١٤) انظر : مازو ، دروس فى القانون المدني ، الطبعة الثانية ، ف ٨٤٢ ص ٦٨٧ •

المبحث الثاني

المبيـع ممكن الوجـود

٢٨٥ ـ قد لا يقصد المتعاقدان ان يتبايعا شيئاً موجودا بالفعل حين التعاقد ولكنه يكون ممكن الوجود بعد ذلك • فاحتمال وجود المبيع فى المستقبل يكفي ، كقاعدة عامة ، لانعقاد البيع • ولكن جواز التعامل فى الاشياء المستقبلة يرد عليه استثناء خطير يتعلق بتحريم التعامل فى التركات المستقبلة وهكذا يتعين علينا ان نبحث كلا من القاعدة والاستثناء فى مطلب خاص •

المطلـب الاول

بيع الاشياء المستقبلة

٢٨٦ ـ لقد أجاز المشرع العراقي التعامل فى الاشياء المستقبلة • فنصت المادة (١٢٩) من القانون المدنى على جواز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول فى المستقبل وعين تعيينا نافيا للجهالة والغرر •[١٥] وقضت كذلك الفقرة الثانية من المادة (٥١٤) بصحة بيع الاشياء والحقوق المستقبلة اذا كانت محددة تحديدا يمنع الجهالة والغرر •

٢٨٧ ـ وبيع الاشياء المستقبلة كثير الوقوع فى الحياة العملية • فبيع صاحب المصنع منتجات مصنعه قبل صنعها ، وبيع المزارع محصولات ارضه قبل نباتها ، وبيع المؤلف مؤلفه قبل تمامه ، وبيع الصياد ضربة شبكته ، وبيع أوراق اليانصيب وغير ذلك ، كلها بيوع لاشياء يمكن وجودها فى المستقبل •

٢٨٨ ـ واذا كانت القاعدة التي أقرها القانون المدنى العراقى ، على غرار التشريعات المدنية الاخرى ، هى جواز بيع الاشياء المستقبلة ، فان هذه

---

(١٥) قارن نص المادة ١١٣٠ مدني وفرنسي والمادة ١٣١ مدنى مصري •

القاعدة قد جاءت على خلاف ما هو مقرر فى الفقه الاسلامي ، حيث ان القاعدة العامة عند الفقهاء المسلمين هى اشتراط وجود المعقود عليه حين التعاقد ، فلا يصح بيع الاشياء المعدومة الا ما اجيز استثناءً كبيع السلم .(١٦)

وتستند قاعدة بطلان بيع المعدوم فى الفقه الاسلامي الى بعض الاحاديث النبوية الشريفة . فقد روي عن النبي (ص) انه نهى عن بيع حبل الحبلَة ، وهو بيع ولد الناقة وهو فى بطن أمه . لان المبيع فيه معدوم . وروى أيضا عن حكيم بن حزام أنه سأل النبي : « يا رسول الله يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي ، أفأبتاعه له من السوق ؟ » فقال : « لاتبع ما ليس عندك» .(١٧)

وقالت مجلة الاحكام العدلية : « يلزم ان يكون المبيع موجودا » (م ١٩٧) و « بيع المعدوم باطل ، فيبطل بيع ثمرة لم تبرز أصلا » . (م ٢٠٥) .(١٨)

٢٨٩ ـ وحكم بيع الاشياء المستقبلة يتبع تكييف هذا النوع من البيوع ، لانه يأخذ احدى صورتين : فهو اما أن يكون بيعا تاما أو بيعا معلقا على شرط .(١٩) ويعتمد هذا الامر على قصد المتعاقدين او محتويات العقد او ظروف التعاقد . فاذا ظهر ان قصد الطرفين قد انصرف الى البيع التام ، يكون حكم العقد حكم العقود الاحتمالية التي تعتمد على الحظ والامل . وفيها يخاطر المشتري فى وجود المبيع نفسه كبيع أوراق اليانصيب ، او بيع الصياد

---

(١٦) انظر : ذنون ، البيع ، ف ٥٩ .

(١٧) راجع : محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ، ج ٢ ، ص ٧٣ .

(١٨) وراجع أيضا فى هذا المعنى : المادتين ٣٠٤ و٣٨٣ من مرشد الحيران

(١٩) بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج٣ ف١٣٢٨ .

ضربة شبكته ، وحكم هذا البيع كما يذهب الى ذلك غالبية الشراح ، انه ينعقد صحيحا نافذا ، ويلتزم المشترى بدفع الثمن سواء وُجد المبيع أو لم يوجد.(٢٠)

ولكن يشترط فى مثل هذه العقود ان يكون تحقق الامل او عدم تحققه متروكا لظروف لا دخل لاحد المتعاقدين فيها ، والا فان من يتسبب منهما فى عدم تحقق هذا الامل يُسأل عن ذلك قبل الطرف الآخر . فاذا امتنع الصيّاد مثلا عن رمي الشبكة ، جاز لمن تعاقد معه الامتناع عن دفع الثمن أو استرداده ان كان قد دفعه ، وكان له أيضا ان يطالب بتعويض عمّا يكون قد لحقه من ضرر .(٢١)

أمّا اذا تبين أن المتعاقدين قد قصدا الى بيع معلق على شرط واقف هو وجود المبيع فى المستقبل ، فان عنصر المخاطرة لا يرد فى هذه الحالة على وجود المبيع نفسه ، وانما على مقداره . ويترتب على ذلك أنه اذا انعدم المبيع بان لم يوجد اطلاقا ، فان المشتري لا يلتزم بدفع الثمن ، ويبطل العقد لانعدام محله ، اما اذا وجد المبيع تمّ البيع والتزم المشترى باداء الثمن بصرف النظر عن مقدار المبيع . ولما كان لا يجوز تعليق الالتزام على شرط موقف يجعل وجوده متوقفا على محض ارادة المدين ، فانه لا يجوز أن يكون وجود المبيع فى المستقبل متوقفا على محض ارادة البائع .

٢٩٠ – وللتمييز بين ما اذا كان العقد عقدا احتماليا وبين ما اذا كان

---

(٢٠) راجع : مازو ، جـ٣ ، ف٨٤٣ ؛ السنهورى ، جـ٤ ، ف١٠٢ وهامش ١ ص١٩٣ ؛ مرقس ف٧٤ ، ص ١٤٦ ؛ الصراف ، ف١٨٦ . ولكن الدكتور سعدون العامرى يذهب الى بطلان مثل هذه العقود فى القانون العراقى بالنظر لان المبيع غير محدّد تحديدا نافيا للجهالة والغرر .

(٢١) مرقس وامام ، ف ٦٧ص ١١٠ .

معلقا على شرط واقف ، يجب أولا الرجوع الى شروط المتعاقدين • فان أغفلا بيان قصدهما وجب استخلاص هذا القصد من ظروف التعاقد • فاذا قامت الشبهة فى استجلاء نوع العقد ، وتعذر على المحكمة استخلاص هذا القصد ، فان الشراح يجمعون على وجوب اعتبار العقد معلقا على شرط موقف لا عقدا احتماليا ، لان العرف قد جرى على أن المشترى لا يجازف فى وجود المبيع نفسه ، وانه انما يبذل الثمن فى مقابل شىء محقق ، وان بيع الحظ والامل ، أو بيع الغرر ، ما هو الا استثناء •(٢٢)

المطلب الثاني

التعامل فى تركة مستقبلة

٢٩١ ـ واذا كان الاصل هو جواز التعامل فى الاشياء المستقبلة ، فان المشرع قد يحرّم لاعتبارات خاصة التعامل فى بعض الاشياء المستقبلة كما فعل القانون المدني العراقى ذلك ، اسوة بالقوانين المدنية الحديثة ، حيث أورد استثناءً خطيرا على قاعدة اباحة التعامل فى الاشياء المستقبلة ، وهذا الاستثناء هو التعامل فى التركة المستقبلة •(٢٣) فقد قررت الفقرة الثانية من المادة (١٢٩) هذا الاستثناء بقولها : « غير ان التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل » •

وهكذا فان المشرّع قد حظر التعامل بالتركات المستقبلة بضروب التصرفات جميعا كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والتنازل وما الى ذلك•

٢٩٢ ـ وقد تلقت القوانين الحديثة ومن بينها القانون المدني

---

(٢٢) انظر : مرقس وامام ، ف٦٧ ص١١٠ ؛ سلطان والعدوى ، ف١٤١ ؛ ذنون ، ف٦٠ ص٥٦ ؛ العامرى ، ص٧٩ •

(٢٣) والتركة هى مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من ديون وقت موته ، (الذمة المالية عند الوفاة) •

الفرنسى[٢٤] هذه القاعدة عن القانون الروماني • فقد كان هـذا القانون يحرم ليس فقط بيع التركات المستقبلة وانما كل تعامل فيها ، باعتبار هـذا التعامل مخالفا للآداب والنظام العام • اما مخالفته للآداب فلأنه ينطوى على مضاربة على حياة المورث ، واما مخالفته للنظام العـام فلانه يغري المتصرف اليه بالتعجيل بموت المورث • غير ان الرومان اعتبروا اقرار المورث للتصرف أو اشتراكه فيه دليلا على انتفاء الخطر على حياته ، فلا يعتبر التصرف عندئذ مخالفا للنظام العـام ، ولذلك فقد أجاز الرومان التعامل فى التركة المستقبلة برضا المورث •[٢٥]

امّا القوانين الحديثة فلم تحرم بيع التركات المستقبلة لمصلحة المـورث فحسب ، بل لمصلحة الوارث أيضا • أمّا مصلحة المورث فقد تقدم بيانها • وأما مصلحة الوارث فتبين اذا علمنا بأن من يتصرف فى تركة لم تؤل اليه بعد يستشف من تصرفه هـذا النزق ، فيخشى ان يقع نتيجة ذلك ضحيـة لاستغلال المرابين الذين ينصبون شباكهم للشباب فيمدونهم بالمال لقضـاء نزواتهم ويستكتبونهم فى مقابل ذلك بيع حقوقهم فى تركة مورثهم فتضيع عليهم ، كما ان مثل هذه التصرفات تنافي قواعد الاخلاق وتضر بالحيـاة الاقتصادية •

ولذلك فان التعامل فى التركة المستقبلة باطل بطلانا مطلقا سواء صدر التصرف من المورث او من الوارث المحتمل، وسواء ورد التصرف على مال معيّن من التركة أو على جزء شائع فيها أو عليها كلها ، وسواء كان التصرف

---

(٢٤) انظر المادتين ١١٣٠ و١٦٠٠ من القانون المدنى الفرنسى اللتين تحرمان التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة وحتى مع رضاء هذا الشخص بذلك •

(٢٥) وقد أخذت بعض التشريعات الحديثة بما ذهب اليه القانون الرومانى والتى استبعدت فكرة المضاربة على حياة المورث اذا تدخل هذا فـى التصرف وارتضاه ، كالقانون المدنى السويسري (م٦٣٦) ، والقانون الالمانى (م٣١٢) ، والقانون الاسبانى (م١٢٧١) • والقانون الهولندى (م ١٣٧٠) ، والقانون البولونى (م ٥٨) •

الى وارث محتمل آخر أو الى أجنبي ، وسواء أتت التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية ، فكما لا يجوز للوارث ان يتعامل فى نصيبه فى تركة مستقبله ، كذلك لا يجوز للموصى لـه أن يتعامل فيما أوصى لـه بـه مستقبلا .(٢٦)

الفرع الثـاني

تعيين المبيـع

٢٩٣ ـ والشرط الثاني فى المبيع هو ان يكون معينا أو قابلا للتعيين . فقد نصّت المادة (٥١٤) فى فقرتها الاولى على أنه : « يلزم أن يكون المبيع معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة ».وقد أشارت ، قبل ذلك المادة (١٢٨) من القانوني المدني الى أنه : « ١ـ يلزم أن يكون محل الالتزام معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالاشارة اليه اوالى مكانه الخاص ان كان موجودا وقت العقد أو بيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة . ولا يُكتفى بذكر الجنس عن القدر والوصف . ٢ ـ على أنه يكفي ان يكون المحل معلوما عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر .ـ٣ ـ فاذا كان المحل لم يُعين على النحو المتقدم فالعقد باطل .(٢٧)

طرق تعيين المبيع :

٢٩٤ ـ والمبيع أما أن يكون من الاشياء القيمية المعينة بالذات،(٢٨) أو

---

(٢٦) انظر : السنهوري ، الوسيط ، جـ١ ، ف٢١٧ ؛ مرقس وامـام ، ف٦٨ ص١١٢ .

(٢٧) وقد جمعت هذه المادة نصوص المواد ٢٠١ و٢٠٢ و٢٠٣ من مجلـة الاحكام العدلية والمادة ٣٠٣ من مرشد الحيران .

(٢٨) الاشياء القيمية او المعينة بالذات هى التى يتميز كل منها عن غـيره بصفات خاصة تعينه تعيينا ذاتيا يجعل غيره لا يقوم مقامه عنـد الوفاء .

أن يكون من الاشياء المثلية .(٢٩)

٢٩٥ ـ فاذا كان المبيع قيميا فانه يجب أن يعيّن بأوصافه تعيينا يميّزه عن غيره . فتعيين الحصان المبيع يتم بتحديد أوصافه من حيث كونه اسوداً أو أشهباً ، وكذلك ببيان جنسه وسنه . اما اذا كان هذا الحصان هو الحصان الوحيد لدى البائع فقد يتعين بالاشارة اليه فحسب ، وتعيين العقار المبيع يتم بذكر مساحته وحدوده وموقعه بالاضافة الى الكشف عليه ، وتقديم خارطة الطابو .

٢٩٦ ـ امّا اذا كان المبيع من الاشياء المثلية كالقمح والشعير والاقلام والذهب والفضة فان تعيين المبيع عادة يتم بذكر الجنس والوصف والنوع والمقدار اذا بيع بسعر الوحدة . ففي بيع الحنطة يجب ذكر نوعها ومقدارها وسعر كل وحدة ، كأن يقول البائع للمشتري : بعتك مائة طن من الحنطة العجيبة بمبلغ ١٠٠ دينار للطن الواحد .

فالاشياء المثلية اذا كانت من المكيلات وجب ذكر الكيل ، واذا كانت من الموزونات ذكر الوزن ، وان كانت من المذروعات اقتضى ذكر عدد الاذرع المباعة ، وان كانت من العدديات فلا بد من ذكر عددها .

٢٩٧ ـ واذا كان الشيء المبيع من الاشياء المثلية التى تتفاوت آحادها من حيث الجودة ، فيجب أن تعين درجة جودة المبيع . ولكن ما الحكم لو سكت المتعاقدان عن ذلك ، فهل يبطل العقد فى مثل هذه الاحوال ؟

يذهب القضاء الفرنسي الى ان البائع يلتزم فى هذه الاحوال بأن يسلّم الى المشتري شيئاً من النوع المتوسط أو من الصنف الذى يظهر من العقد ان

---

(٢٩) الاشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، وتقدر عادة فى التعامل ما بين الناس بالعد او المقياس او الكيل او الوزن (م٦٤ ف١ مدنى عراقى) .

المتعاقدين قصدا اليه • وتقضي الفقرة الثانية من المادة (١٣٣) من القانون المدني المصري الجديد بأنه : « ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره • واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء ، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين با نيسلّم شيئاً من صنف متوسط » •

فلا يشترط اذن ان تعين درجة جودة المبيع فى العقد صراحة حيث يمكن فى أحوال كثيرة استخلاصها من ظروف التعاقد أو بالرجوع الى العرف أمّا اذا تعذّر ذلك فيفترض ان ارادة المتعاقدين قد اتجهت الى أن يكون المبيع من صنف متوسط وليس هناك ما يحول دون الاخذ بهذا الحكم فى القانون العراقي لانه أدنى الى قصد المتعاقدين وأولى من الذهاب الى القول ببطلان العقد •(٣٠)

بيع الجزاف : Vente en bloc

٢٩٨ ـ واذا كانت القاعدة العامة هي ان الاشياء المثلية تباع بالتقدير أي بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع ، فأنه يجوز كذلك ان تباع هذه الاشياء جزافاً • فلا يشترط لصحة البيع فى هذه الحالة ذكر مقدار هذه الاشياء ، بل يكتفي بذكر وصفها وجنسها ونوعها (م ٥١٥ مدني عراقي) • فتعيين الاشياء المثلية بظروف من الزمان والمكان يقوم مقام تعيين مقدارها ،(٣١) كما لو باع شخص جميع ما فى مخزنه من حنطة أو شعير أو الثمار الموجودة فى سلة معينة •

وتقضي المادة (٥١٥) كذلك بأنه : « ويعتبر البيع جزافاً حتى لو وجب

---

(٣٠) انظر الصراف ، ف ٢٠٦ ؛ العامرى ، ص ٨٢ •

(٣١) انظر : مرقس ، ف٧٨ ص١٥٤ •

لتحديد الثمن تعيين مقدار المبيع » • فلو باع شخص لآخر جميع ما فى مزرعته أو مخزنه من رز بسعر الطن ١٠٠ ديناراً ، فان البيع يعتبر فى هذه الحالة جزافاً ، ولو كان تعيين المقدار ضرورياً لتحديد مقدار الثمن ، اذ لا يمكن تحديد الثمن الذى يجب ان يدفعه المشتري الاّ اذا تمّ وزن ما فى المزرعة أو المخزن من رز • وهذا ما يجري بعد تمام العقد وخلال التسليم.(٣٢)

٢٩٩ ـ ويتميز بيع الجزاف عن بيع التقدير فى ان ملكية المبيع تنتقل فى البيع الجزاف الى المشتري ، بمجرد انعقاد العقد كما هو الحال فى بيع شيء معيّن بالذات ، اما فى بيع التقدير فلا تنتقل ملكية المبيع الاّ بتعيينه ، وتعيين المبيع فى بيع التقدير لا يتم الاّ بافرازه بالوزن أو بالعد أو بالكيل أو بالذرع • وقضت بهذا المعنى المادة (٥٣١) مدني عراقي بقولها : «اذا كان المبيع عيناً معينة بالذات أو كان قد بيع جزافاً نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع وامّا اذا كان المبيع لم يعيّن الاّ بنوعه فلا تنتقل الملكية الاّ بالافراز »•

٣٠٠ ـ واذا لم يحدد مقدار المبيع فى العقد ، لا بالوزن ولا بالعد ولا بالكيل ولا بالمقاس ، فانه يجب على الاقل ان يتضمن العقد الاسس التي يمكن بمقتضاها تعيين ذلك المقدار ، كما لو باع شخص لآخر الفحم اللازم لادارة ماكنة فى مدة معينة ، أو الاغذية اللازمة لاطعام طلبة مدرسة فى مدة معينة •

البيع على نموذج :

٣٠١ ـ الغالب فى البيوع الآجلة ان يقدم البائع للمشتري نموذجاً كحفنة من قمح أو قصاصة من قماش لكي يحيطه علماً بطبيعة المبيع وصفته فيتم تعيين المبيع المثلي عن طريق تقديم النموذج الذى يلتزم البائع بأن يسلّم للمشتري بضاعة مطابقة له • فيغني النموذج عن تعيين المبيع بأوصافه لانه هو

---

(٣٢) راجع : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ ، ف ١٣٣٠ ص٤٥٣ •

المبيع مصغرا • وبمضاهاة المبيع على النموذج يتبيّن ان كان البائع قد نفّذ التزامه تنفيذاً سليما فيما يتعلق بجنس المبيع ونوعه وجودته وغير ذلك من الاوصاف التي يتميز بها • ويغني النموذج فى الوقت ذاته عن رؤية المبيع ، اذ أن المشتري برؤيته للنموذج يكون فى حكم من رأي المبيع(٣٣) •

٣٠٢ ـ وقد عالج القانون المدني العراقي البيع على نموذج فى المادة (٥١٨) حيث قرر فيها : « ١ ـ الاشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكفي رؤية النموذج منها • فان ثبت ان المبيع دون النموذج الذى اشترى على مقتضاه كان المشتري مخيراً بين قبوله بالثمن المسمى أو ردّه بفسخ البيع • ٢ ـ فاذا تعيب النموذج أو هلك فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ منه كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون بائعاً أو مشترياً ان يثبت ان الاشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له »(٣٤) •

٣٠٣ ـ والذى يشترى على نموذج له الحق فى أن يقتضي من البائع بضاعة مطابقة للنموذج وله أن يرفضها اذا لم تكن كذلك • ولكن ما الحكم اذا قدّم البائع بضاعة أكثر جودة وأعلى صنفاً من النموذج ؟

ذهب الاستاذ السنهورى الى القول بأن للمشترى أن يرفض البيع أو أى جزء منه لا يكون مطابقا للنموذج حتى لو أثبت البائع ان المبيع أعلى صنفاً أو أجود من النموذج ذاته ، فقد تمّ الاتفاق على أن يكون المبيع مطابقاً للنموذج فليس للبائع أن يقدم شيئاً يخالفه ولو كان أفضل(٣٥) •

---

(٣٣) السنهوري ، جـ٤ ، ف١٢٤ ص٢٣٦ •

(٣٤) أما القانون المدني المصري الجديد فقد سمّى هذا البيع (بيع العيّنة) وقد نصت المادة ٤٢٠ منه على نفس حكم المادة العراقية ، وتكاد تطابقها •

(٣٥) السنهوري ، جـ٤ ، ف١٢٥ •

وقد شايعه فى هذا الرأى بعض شراح القانون المدني العراقي[٣٦] .
ولكن لا يمكن الاخذ بهذا الرأي فى القانون العراقي ، فهذا القانون يشترط لامكان فسخ البيع أن يكون المبيع دون النموذج . فرداءة المبيع بالقياس الى النموذج هي التي تجيز للمشترى طلب فسخ البيع وليس من المعقول أن نجيز للمشترى رد المبيع حتى ولو كان أكثر جودة من النموذج ، كما أنه ليس من مصلحة المشتري ذاته أن يطالب بفسخ البيع فى مثل هذا الفرض والا كان متعسفاً[٣٧] .

٣٠٤ ـ والبائع على كل حال مسؤل عن مطابقة المبيع للنموذج ، فاذا لم تتحقق هذه المطابقة ، فان المشتري لا يُجبر على قبول المبيع ، وانما يكون له أن يفسخ البيع لاخلال البائع بتنفيذ التزاماته مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر أو قبوله بالثمن المسمى .

٣٠٥ ـ وكل ما تقدم لا ينفي حق المشتري فى مطالبة مدينه البائع بالتنفيذ العيني اذا كان هذا التنفيذ ممكنا ، فيجبر البائع على تسليمه شيئاً آخر يكون مطابقا للنموذج ، بل ان المشتري يستطيع أن يحصل على شيء مطابق للنموذج على نفقة البائع بعد استئذان المحكمة أو بدون استئذانها فى الاحوال المستعجلة . (م ٢٤٨ ف ٢ مدني عراقي) . وبعبارة أخرى فانه لا يترتب على عدم مطابقة النموذج للمبيع أن ينفسخ عقد البيع أو يبطل والا لتمكن البائع من التخلص من الصفقة كلما وجدها فى غير مصلحته ، اذ ما عليه فى مثل هذه الحالة الا أن يقدم للمشتري بضاعة تختلف عن النموذج الذى جرى البيع على مقتضاه[٣٨] .

---

(٣٦) ذنون ، ف٧٧ .
(٣٧) انظر : العامرى ، ص٨٤ ـ ٨٥ .
(٣٨) ذنون ، ف٧٩ ؛ العامرى ، ص٨٥ .

٣٠٦ ـ اما السماح للمشتري بقبول المبيع غير المطابق للنموذج مع المطالبة بانقاص الثمن بدلاً من المطالبة بالتنفيذ العيني أو المطالبة بالفسخ اذا كانت قيمة المبيع أقل من قيمة الشيء المطابق للنموذج ، كما يذهب الى ذلك بعض الشراح المصريين[٣٩] فانه لا يمكن الاخذ به فى القانون العراقي بالنظر لصراحة نص الفقرة الاولى من المادة ٥١٨ مدني ، بل يتعين على المشتري اما ردّ المبيع وفسخ البيع أو قبوله بالثمن المسمى فى العقد[٤٠] .

٣٠٧ ـ واذا هلك النموذج أو تعيّب ، وحدث نزاع بين الطرفين المتعاقدين على مطابقة أو عدم مطابقة البضاعة للنموذج ، فان الفقرة الثانية من المادة (٥١٨) قد حددت الطرف الذى يلقى عليه عبء الاثبات . فاذا كان النموذج فى يد المشتري ، كما هي الحالة الغالبة ، وادعى ان المبيع غير مطابق للنموذج ، كان عليه أن يثبت ذلك سواء كان التلف أو التعيب بخطأ منه أو بقوة قاهرة ، فان البائع لا يد له فى ضياع النموذج أو تعيبه وليس من العدل القاء عبء الاثبات عليه . فهو اذن على دعواه من ان المبيع مطابق للنموذج حتى يثبت المشتري العكس . أما اذا كان النموذج فى يد البائع وتلف أو تعيب ولو بغير خطأ منه وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق له فعلى البائع أن يثبت المطابقة . ويكون الاثبات بالنسبة للطرفين بكافة طرق الاثبات . وكل هذه الاحكام ظاهرة العدالة[٤١] .

٣٠٨ ـ ولكن قد يحدث أن يكون المطلوب اثباته هو ذاتية النموذج وهو فى يد البائع أو فى يد المشتري ، والطرف الآخر ينكر انه نفس النموذج المتفق عليه . ففي هذه الحالة ، يجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه

---

(٣٩) السنهورى ، جا ف١٢٦ ص٢٣٨ .
(٤٠) انظر : العامري ، ص٨٦.
(٤١) ذنون ، ف٨٠ ص ٧٢ .

تقضي بأن من كان النموذج فى يده يكون هو المدعى عليه والطرف الآخر هو المدعي ، وعلى هذا الاخير يقع عبء الاثبات ، حيث يكلف باثبات ان الشيء الذى فى يد الاول ليس هو نفس النموذج المتفق عليه • وهذا ما لم تكن هناك علامة متفق عليها بين الطرفين وقد وضعت على النموذج ، اذ أن وجود هذه العلامة يكفي لاثبات ذاتية النموذج[٤٢] •

الفرع الثالث

المبيع صالح للتعامل فيه

٣٠٩ ـ والشرط الثالث الذى لابد من توافره فى المبيع لكي يصلح أن يكون محلا لعقد البيع هو أن يكون صالحا للتعامل فيه • ولم يورد المشرع العراقي فى عقد البيع نصا خاصا يبيّن فيه الاشياء التي يجوز بيعها أو لايجوز كما فعلت بعض التشريعات الاخرى[٤٣] ، وانما اكتفى بنص المادة (٦١) الذى قرر فيه بأنه : « ١ ـ كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية • ٢ـ والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية » •

فيفهم من هذا النص ان الاصل فى الاشياء جواز التعامل فيها فتصلح

---

(٤٢) وقد عني تقنين الالتزامات السويسرى فى المادة (٢٢٢) بتحديد من يكلف باثبات ذاتية النموذج ، حيث تقرر هذه المادة فى فقرتها الاولى ان من يؤتمن على النموذج مصدق بقوله ، سواء كان البائع او المشترى، وعلى الطرف الآخر ان يثبت العكس •

(٤٣) كالقانون المدني الفرنسى الذى قضي فى المادة ١٥٩٨ منه بأنه : « كل ما يدخل فى التعامل يمكن بيعه مالم تمنع ذلك قوانين خاصة » •

أن تكون محلا للبيع ، اما المنع من بيعها فهو الاستثناء •

ويفهم من النص المذكور كذلك ان الاشياء التي تخرج عن التعامل نوعان : أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها ، واشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون •

(١) الاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها :

٣١٠ ـ فالاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي تلك التي لا يمكن للانسان أن يستأثر بحيازتها كأشعة الشمس والهواء والماء • فهي اذن أشياء مشتركة لا يحول انتفاع بعض الناس بها دون انتفاع البعض الآخر •

ولكن يلاحظ ان مثل هذه الاشياء تكون قابلة للتعامل فيها متى ما أمكن الاستئثار بمقدار محدّد منها كالهواء المضغوط وماء الشرب وغير ذلك •

٣١١ ـ ويجري الفقهاء التمييز كذلك بين الاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها والاشياء المباحة ، فيقولون بان الاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها لا تقبل التملّك ، بينما يكون الامر على العكس من ذلك فيما يتعلق بالاموال المباحة كالطير فى الهواء والسمك فى البحر والاشياء القديمة التي تخلّى عنها أصحابها فانه يجوز تملك هذه الاشياء وان كان لا مالك لها[٤٤] •

(٢) الاشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون :

٣١٢ ـ يخرج القانون بعض الاشياء عن التعامل ، فيكون التعامل فيها

---

(٤٤) انظر : مرقس ، ف ٨٠ • ولكن يلاحظ أن التفرقة بين الاشياء التى تخرج بطبيعتها عن التعامل والاشياء المباحة تفرقة لا تقوم على أساس من الواقع • ذلك لان الاشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها تقبل التملك بطريق الحيازة كما ان الاشياء المباحة لا يمكن التعامل فيها الا عن طريق حيازتها (انظر : الصراف ، ٢٤٠ ص٩٥) •

غير مشروع • ويكون التعامل فى الاشياء غير مشروع اما لورود نص خاص يحرم التعامل فيها ، واما لأن فى هذا التعامل مخالفة لقواعد النظام العام والآداب ولو لم يوجد نص قانوني يحرم ذلك • فقد قضت المادة (١٣٠ ف ١ من القانون المدني العراقي) بأنه : « يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام أو للأداب والا كان العقد باطلا » •

٣١٣ ـ فقد يورد القانون نصوصا خاصة يخرج فيها بعض الاشياء من دائرة التعامل • فمن ذلك مثلا الاموال العامة التي حرّم المشرع العراقي التصرف فيها ما دامت مخصصة للمنفعة العامة (م ٧١ مدني) • ذلك لأن اباحة التصرف فى هذه الاموال من شأنه تعطيل الغرض الذى خصصت هذه الاموال من أجله ولكن ليس هناك ما يمنع من التصرف فى هذه الاموال اذا فقدت صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى القانون ، (م ٧٢ مدني) ، حيث تزول علة منع التصرف فيها وتصبح من اموال الدولة الخاصة التي يجوز التصرف فيها • ويلاحظ من جهة أخرى بأن منع التصرف فى الاموال العامة ليس مطلقا • فهذا المنع لا يشمل كافة أنواع التصرفات ، بل يعتد فيه بالعلة التي يقوم عليها ، وهي عدم تعطيل الغرض الذى خصصت الاموال العامة لتحقيقه • فليس هناك ما يمنع من أن تكون الاموال العامة محلا للتصرفات التي لا تصطدم مع تخصيصها للمنفعة العامة • فاذا كان لا يجوز بيع البحيرات العامة مثلا ، فان ذلك لا يمنع من تأجيرها(٤٥) •

ومن ذلك ايضا تحريم التصرف فى الآثار القديمة (م ٣ من قانون

---

(٤٥) راجع فى تفصيل ذلك : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٢ ، ف٢١٢٢ ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ ٨ ، ف٤٩ ؛ حيدر ، ف ٢٧ •

الآثار القديمة رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٦) وتحريم التعامل فى التركات المستقبلة (م ١٢٩ مدني) ، كما مرّ بنا ، وكذلك الاموال الموقوفة ، لأن تخصيص هـذه الاموال لسلسلة لا تنقطـع مـن المنتفعين ، يقتضي عـدم جواز التصرف بالبيع فيها مادامت وقفاً • وكذلك الاسلحة النارية والمفرقعات التي لا يجوز المتاجرة بها أو حيازتها الاّ باجازة من وزير الداخلية (م ٢ من قانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٣٩) ، وكذلك المخـدرات ، حيث لا يجوز التعامل فيها الا بمقتضى اجازة خاصة للصيادلة والاطباء والدوائر الحكومية •

٣١٤ ـ وهناك من الاشياء ما يخرج عن التعامل لما فى التعامل فيهـا من مخالفة للنظام العام أو للآداب ، ولو لم ينص القانون على ذلك(٤٦) •

فبيع جميع الحقوق السياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح ، وجميع الحقوق العامة كحق الشخص فى حريته ، وحقه فى حرية الرأى والعمل ، وكذلك الحقوق المتعلقة بالاحوال الشخصية أو بحالته المدنية ، كحق الانسان فى أن يكون له اسم ولقب أو حقه فى نسبه أو فى أهليته أو فى ولايته أو سلطته الزوجية ، وبعبارة أخرى ان جميع الحقوق غير المالية لا تصلح أن تكون محلا للتعامل ، لما فى ذلك من ضرر يلحق النظام العام فى الدولة ، كما لا يصح بيع بيوت الدعارة أو نوادى القمار وشراء الاثاث لها(٤٧) •

٣١٥ ـ غير ان هناك حالة خاصة أثارت الخلاف فى الفقـه والقضاء وهي مسألة بيع العملاء ، أو بعبارة أدق التنازل عن مزية تردد العملاء على

---

(٤٦) والواقع ان نصوص القانون التى تحرم التعامل ببعض الاشياء انما تقوم فى أساسها على اعتبارات من النظام العام أو الآداب • اما الغرض الذى يقصده المشرع من ايراد نص خاص فهو اما لتحديد حكم غـير محدد أو لتوضيح حكم غامض • (انظر : السنهورى الوسيط ، جـ١ ، ف ٢٢٧ ؛ وجـ ٤ ، ف ١٤٧) •

(٤٧) انظر : السنهوري ، الوسيط ، جـ ٤ ، ف ١٤٨ ؛ مرقس ، ف ٨٣ •

متجر من المتاجر أو على محل من المحلات التي يتعاطى أصحابها مهنا حرة فيها كالاطباء والمحامين والصيادلة • فما هو الحكم اذا تنازل صاحب احدى هذه المحال الى غيره عن هؤلاء العملاء فى مقابل عوض معلوم ؟

لقد جرى معظم الفقهاء وغالبية اقضية المحاكم فى فرنسا وفى مصر على الاباحة للتاجر ببيع محله التجارى وميزة تردد العملاء على هذا المحل مع جملة موجوداته ، مقابل مبلغ معين ، وقد أخذ القانون التجارى العراقي بهذا المبدأ فأقرّ جواز التنازل عن عملاء المتجر ، كمزية من مزاياه ، من شخص الى آخر (٤٨) •

أما فيما يتعلق بأصحاب المهن الحرة الاخرى كالاطبـــاء والمحامين والصيادلة وغيرهم فقد كان الفقه والقضاء فى فرنسا يتردد بادىء الامر فى صحة تنازل أحد من هؤلاء عن عيادته أو مكتبه مع العملاء الذين يترددون عليه ، وحجتهم فى ذلك أن عملاء الاخيرين انما يختارونهم بناء على ثقـة فى اشخاصهم فلا يجوز تحويل هذه الثقة الى اشخاص آخرين •

ولكن يلاحظ أن الحجة السالفة لا تنهض وحدها دليلا كافيا على منع هذه البيوع لأنها لو صحت سببا للمنع لوجب القول كذلك بمنع التنازل عن عملاء المحال التجارية ، لأن معاملة هؤلاء العملاء تقوم فى أغلب الاحوال على الثقة فى شخص التاجر ، ومن ثم لا يكون هناك محل للتفرقة بين عملاء المتجر وعملاء أصحاب المهن الاخرى •

ولذلك فقد عدل الفقه والقضاء عن هذا الرأى وأصبح يقر بأنه من الجائز لصاحب المهنة الحرة ان يتنازل عن عملائه مع مكتبه أو عيادته بشرط عدم الاضرار بالعملاء (٤٩) •

---

(٤٨) انظر : الناهي ، شرح القانون التجاري ، ج ١ ص ٢٠٣ •
(٤٩) راجع : مرقس ، ف ٨٦ ؛ ذنون ، ف ١٠٩ ؛ الصراف ، ف ٢٤٠ وما بعدها •

الفصل الثالث

الثمن Le prix

٣١٦ ـ تقرر المادة (٥٢٦) من القانون المدني العراقي بأنه : « ١ ـ الثمن ما يكون بدلا للمبيع ويتعلق بالذمة • ٢ـ ويلزم أن يكون الثمن معلوما بأن يكون معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة » • وقد أقتبس المشرع العراقي هذا التعريف من الفقه الاسلامي وبصورة خاصة من مجلة الاحكام العدلية • فالفقرة الاولى من هذه المادة ، تقابل المادة (١٥٢) من المجلة ، والفقرة الثانية منها ، تقابل المادة (٢٣٨) من المجلة •

٣١٧ ـ فالقاعدة العامة عند فقهاء الشريعة الاسلامية هي أن كل ما صلح أن يكون دينا فى الذمة صلح أن يكون ثمنا وغيره لا يصلح ، والذى يصلح لأن يكون دينا فى الذمة هي الاشياء المعينة بنوعها ، وبعبارة أخرى ، هي الاشياء المثلية ، ذلك ان الفقهاء المسلمين يقسمون الاموال الى ثلاثة أقسام : مبيع محض كالاشياء المعينة بالتعيين ، وثمن محض كالدراهم والدنانير ، أى النقود ، ومتردد بينهما كالمثليات • ويترتب على هذا :

(١) أن النقود اثمان دائما سواء قوبلت بجنسها أو بغير جنسها ، وسواء دخلت عليها باء الثمنية أو لم تدخل • ويترتب على ذلك ان كلاً من العوضين فى الصرف يسمى ثمنا •

(٢) ان الاعيان القيمية مبيعات دائما سواء قوبلت بقيمي أو بغيره وسواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل • ويترتب على ذلك ان كلاً من العوضين فى المقايضة يسمى مبيعا •

(٣) ان الاعيان المثلية ان قوبلت بمثلي ولم يكن شيء منها معينا فى

العقد بالاشارة اليه يُسمى ما دخلت عليه الباء ثمنا لأنه يصلح دينا فى الذمة وقد تعيّن للثمنية بدخول الباء عليه ، ويُسمى ما لم تدخل عليه الباء مبيعا • فان كان أحد العوضين معينا فى العقد كان هو المبيع سواء دخلت عليه الباء أم لا وكان ما لم يتعيّن ثمنا ، واذا تعيّن كل منهما بالاشارة اليه ، فالثمن ما دخلت عليه الباء[1] •

فيتبين اذن ، ان فقهاء الشريعة الاسلامية يجيزون أن يكون الثمن شيئا مثليا من غير النقود •

٣١٨ ـ أما فى فقه القانون المدني فيعرف الثمن بأنه مبلغ من النقود يلتزم المشتري بأدائه للبائع فى مقابل المبيع[2] • والثمن كما مرّ بنا ركن من اركان عقد البيع التي لا ينعقد بدونها ، فيشترط اذن ، لانعقاد البيع ان تتجه ارادة المتعاقدين الى الزام المشتري بأن يدفع للبائع ثمنا نقديا فى مقابل نقل ملكية المبيع اليه •

٣١٩ ـ والتراضي على الثمن يقتضي أن يتفق المتعاقدان على وجوب أن يكون الثمن مبلغا من النقود ، وأن يكون هذا المبلغ معينا أو على الاقل قابلا للتعيين ، اذ لا يمكن أن يتم التراضي على الثمن اذا لم يعلم المتعاقدان مقداره أو على الاقل الاسس التي تؤدي الى تعيينه فى المستقبل ويضاف الى ذلك شرط آخر هو أن يكون الثمن جديا أو حقيقيا • وبهذا يتبين ان الثمن يجب :

(١) أن يكون مبلغا من النقود • (٢) أن يكون معينا أو قابلا

---

(١) راجع القاضي ، شرح المجلة ، ج ١ ص ٢٢٠ ـ ٢٢١ ؛ ذنون ، البيع ، ف ١١٨ •

(٢) انظر : بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، ف ١٣٣٣ ؛ مازو ، المرجع المشار اليه آنفا ، ف ٨٦٠ •

للتعيين ، أو بعبارة أخرى مقدراً أو قابلاً للتقدير • (٣) أن يكون جديا • وسنبحث كل شرط من هذه الشروط فى فرع خاص •

الفرع الاول

الثمن مبلغ من النقود

٣٢٠ ـ لا يكفي لاعتبار العقد بيعا أن يتم نقل ملكية المبيع فى مقابل عوض أياً كان • بل يشترط فى هذا العوض أن يكون مبلغا من النقود وعلى ذلك ، فان اتفق المتعاقدان على أن ما يعطيه مكتسب الحق ليس مبلغا من النقود ، وانما شيئا آخر من المثليات كالحبوب مثلا ، أو من القيميات كقطعة أرض ، فان العقد لا يكون بيعا بل مقايضة(٣) أو كان ما يعطيه اى عوض آخر غير النقود ، فالعقد ليس بيعا وانما عقد آخر •

وقد انحدر مبدأ اشتراط كون الثمن مبلغا من النقود عن القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم • ولكن واضعي القانون الفرنسي على عهد نابليون لم يجدوا حاجةً للنص على هذا الشرط صراحة لأنه كان مطبقا على الدوام ، ولم يكن ليثير أية صعوبة أو جدال(٤) •

٣٢١ ـ فاذا كان الثمن مبلغا من النقود كان العقد بيعا ، سواء أكان هذا المبلغ معجلاً أم مؤجلاً ، وسواء كان يدفع دفعة واحدة أو كان مقسطاً ، وسواء تعهد بدفعه المشتري الذى تنتقل ملكية المبيع اليه أو غير المشتري ،

---

(٣) فاشتراط كون الثمن مبلغا من النقود هو ما يميز البيع المطلق عن المقايضة كما مرّ بنا • وقد أسلفنا كذلك حكم ما اذا كان المقابل الذى يدفعه أحد المتعاقدين ذهبا أو أوراقا مالية ، وحكم ما اذا كان هذا المقابل بعضه من النقود وبعضه الآخر من غير النقود • فليرجع الى ذلك (انظر الفقرات ٦٨ و ٦٩ و ٧٠ أعلاه) •

(٤) انظر : بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، ف ١٣٣٣ •

كالأب الذى يشترى بنقود من عنده شيئا لحساب ولده[٥] ، وقد يتفق الطرفان على أن يكون الثمن الذى يدفعه المشترى الى البائع ايرادا مرتبا مدى حياة البائع أو مدى حياة شخص آخر يختاره المتعاقدان فيكون هذا العقد بيعا ما دام الايراد نقودا[٦] . ولكن يلاحظ أن العقد فى مثل هذه الاحوال ، لا يكون صحيحا ، طبقا للمادة (٩٧٩) ، الا اذا كان مكتوبا .

٣٢٢ ـ وقد يلتزم البائع بأن يبيع شيئا لآخر فى مقابل أن يلتزم هذا الشخص باطعامه وايوائه والقيام بكسوته ، فمثل هذا العقد لا يُعتبر ، على الرأى الراجح ، بيعا ولو أطلق المتعاقدان عليه هذا الوصف ، وذلك لأن المقابل هو من غير النقود ، بل مجرد التزام بعمل . وكذلك لا يعتبر هذا العقد مقايضة ، لأن المقايضة تستلزم وجود بدلين يحل أحدهما محل الآخر فى ذمة كل من المتعاقدين ، ولذا يعتبر هذا العقد ، على الراجح ، عقدا من عقود المعاوضة غير المسماة ، فتسري عليه الاحكام العامة فى نظرية الالتزام[٧] .

٣٢٣ ـ ولابد لنا ، بعد الذى تقدم ، من معرفة موقف القانون المدني العراقي من اشتراط أن يكون الثمن نقديا ، فنقول : انه ليس هناك ادنى شك فى انه يجب لكي يعتبر العقد بيعا وفقا لاحكام قانوننا المدني ، أن يكون الثمن مبلغا من النقود .

فاذا كانت الفقرة الاولى من المادة (٥٢٦) توحي بجواز أن يكون الثمن شيئا مثليا من غير النقود ، فان الفقرة الاولى من المادة (٥٢٧) قد بددت

---

(٥) مرقس ، ف ٩٢ ص ١٦٦ـ١٦٧ .

(٦) انظر : السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ف ٢٠٥ ؛ سلطان والعدوي ، ف ٥٩ .

(٧) مرقس وامام ، ف ٨٤ ص ١٢٤ .

كل شك بنصها صراحة على انه : « فى البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد » ..

الفرع الثاني

الثمن مقدر أو قابل للتقدير

٣٢٤ ـ ويجب أن يكون الثمن مقدراً فى العقد أو على الاقل أن يكون قابلا للتقدير اذ انه كما يشترط ، لكي يعتبر البيع صحيحا ، أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين ، كما رأينا ، فانه يشترط ، والثمن أحد محلي البيع ، أن يكون الثمن معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة (م ٥٢٦ ف ٢) .

٣٢٥ ـ والاصل أن تقدير الثمن يتم باتفاق المتعاقدين عليه صراحة فى العقد ، ومع هذا ، فهناك بضعة استثناءات يكون الثمن فيها مفروضا على البائع كما فى حالة التسعير الجبري الذى تلجأ اليه الدول اثناء الحروب والازمات الاقتصادية أو فى الاحوال الاعتيادية ، ولكن السلطات العامة تعمد الى تسعير المرافق العامة كالماء والكهرباء والغاز السائل وغير ذلك .

٣٢٦ ـ فاذا لم يحدد الثمن خلا البيع من أحد أركانه وكان بسبب ذلك باطلا . ولكن لا يشترط أن يحدد المتعاقدان الثمن وقت ابرام البيع ، اذ يجوز أن يقتصرا على بيان الاسس التي يحدد الثمن بمقتضاها فيما بعد ، (م ٥٢٧ ف ١ مدني) ولكن يشترط لكي يعتبر الثمن قابلا للتقدير وبالتالى لكي ينعقد البيع أن تكون الاسس المتفق عليها لتحديد الثمن على درجة من الثقة والوضوح بحيث تسمح بتحديد الثمن تحديدا نافيا للجهالة ومانعا من النزاع ، والا اعتبرت غير كافية لجعل الثمن قابلا للتقدير . فلا يصح أن يترك تقدير الثمن لأحد المتعاقدين لأن ذلك يجعل المتعاقد الآخر تحت رحمته ، كما لا يصح ترك هذا التقدير لارادة الطرفين المتعاقدين اللاحقة

لابرام البيع لأن الثمن لا يكون له أي وجود فى هذه الحالة فلا ينعقد البيع[٨] • ولا يجوز تعيين الثمن بأنه الثمن العادل ، لأن هذا الوصف غير واضح فى بيان كيفية اجراء تعيين الثمن[٩] •

وعلى العكس من ذلك فانه يجوز الاتفاق على أن يكون الثمن مساويا للثمن الذي اشترى به البائع أو باضافة ربح معلوم اليه ، أو مساويا للثمن الذى سبق أن باع به البائع لشخص آخر ، أو الثمن الذى يقدره شخص ثالث اجنبي عن العقد ، أو مساويا لسعر السوق فى تاريخ معين ، أو مساويا لمتوسط الاسعار الواردة فى نشرة معينة فى يوم معين • فكل هذه أسس صالحة لتحديد الثمن فى المستقبل ، ولهذا فانها تكفي لانعقاد البيع •

٣٢٧ ـ وقد ذكر المشرع العراقي أسساً ثلاثة يمكن تحديد الثمن بمقتضاها فيما بعد ، وهي : البيع بسعر السوق ، والبيع بالسعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بين المتعاقدين ، والبيع على أساس الثمن الذى اشترى به البائع • ويمكن أن نضيف الى هذه الاسس أساسا رابعا هو ترك تقدير الثمن لاجنبي يتفق عليه المتعاقدان •

اولا ـ البيع بسعر السوق :

٣٢٨ ـ تقضي الفقرة الثانية من المادة (٥٢٧) بأنه : « واذا اتفق على ان الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري • فاذا لم يكن فى مكان التسليم سوق وجب الرجوع الى سعر السوق فى المكان الذى يقضي

---

(٨) راجع : مازو ، المرجع الآنف ، ف ٨٦٥ ؛ أوبرى ورو ، ج ٥ ، ص ١٨ •

(٩) انظر : اوبرى ورو ، ج ٥ ، ص ١٨ وهامش ٣٥ •

العرف بأن تكون اسعاره هي السارية »[١٠] .

٣٢٩ ـ فيستفاد من هذا النص أنه اذا اتفق الطرفان على البيع بسعر السوق وكانا قد عينا مكان هذا السوق والتاريخ الذى يعتبر السعر فيه أساسا لتحديد الثمن ، وجب النزول على هذا الاتفاق . اما اذا لم يتفق المتعاقدان لا صراحة ولا ضمنا على سعر سوق معينة ، فان النص يحدد السوق التي يتوجب الرجوع اليها فى مثل هذه الاحوال ، فهو يقرر بأنه عند الشك ، اى اذا لم يتبين القاضي نية الطرفين المتعاقدين يجب اعتبار انهما قصدا الاحالة الى السوق فى المكان والزمـــان المعينين للتسليم ، اما اذا لم يكن فى مكان التسليم سوق ، فانه يجب التعويل على سعر السوق التي يقضي العرف الجارى بالرجوع الى أسعارها فى مثل هذه الاحوال ، هـــذا ويلاحظ ان المقصود بالسوق هنا ليس فقط الاسواق المنظمة كالبورصات مثلا ، بل تشمل السوق كل مكان يجتمع فيه العرض والطلب على نطاق غير ضيق[١١] .

ثانيا ـ البيع بالسعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بين المتعاقدين :

٣٣٠ ـ تنص المادة (٥٢٨) من القانون المدني على أنه : « اذا لم يحدد المتعاقدان ثمنا للمبيع فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف ان المتعاقدين نويا اعتماد السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جـرى عليه التعامل بينهما » .

فهذه المادة تقدم أساسا آخر من الاسس التي يمكن التعويل عليها فى تقدير الثمن بالاستناد الى ظروف التعاقد وملابساته . أى ان المشرّع قد أقر كذلك امكان تعيين الأسس التي يعتمد عليها فى تحديد الثمن ، تعيينا ضمنيا .

---

(١٠) تطابق المادة ٤٣٣ مدنى مصرى .
(١١) العامرى ، ص ٩٤ .

فمثلا لو اعتاد تاجر المفرد أن يطلب من تاجر الجملة بضاعة معينة كل يوم أو كل اسبوع دون أن يحدد له الثمن ، فيستفاد من ذلك ضمنا ان الثمن هو الذى جرى عليه التعامل بينهما ، ما دام البائع لم ينبه على عميله بزيادة هذا الثمن (١٢) .

ثالثا ـ البيع على أساس الثمن الذى اشترى به البائع :

٣٣١ ـ تقرر المادة (٥٣٠) من القانون المدني انه : « ١ ـ يجوز البيع مرابحة أو تولية أو اشراكا أو وضيعة . ٢ ـ والمرابحة بيع بمثل الثمن الاول الذى اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم . والتولية بيع بمثل الثمن الاول دون زيادة او نقص . والاشراك بعض المبيع ببعض الثمن . والوضيعة بيع بمثل الثمن الاول مع نقصان مقدار معلوم منه . ٣ ـ ويلزم في هذه البيوع أن يكون الثمن الاول معلوما تحرّزاً عن الخيانة والتهمة » .

فيتضح من نص المادة المذكورة جواز اتفاق المتعاقدين على أن يكون أساس تقدير الثمن هو الثمن الذى اشترى به البائع . وهذه المادة التي خصصها المشرع العراقي لبيان هذه الانواع الاربعة من البيوع قد اقتبسها من الفقه الاسلامي الذى يطلق عليها اسم « بياعات الامانة » .

٣٣٢ ـ وجملة القول في هذه البيوع ان الثمن الذى اشترى به البائع أمر جوهرى لا بد من التثبت منه حتى يمكن تقدير الثمن الذى اشترى به المشتري على أساسه فعلى البائع ان يبين الثمن الذى اشترى به ، وللمشتري ان يثبت ان الثمن الذى بينه البائع ليس هو الثمن الحقيقي بل يزيد عليه وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الاثبات . فلا جدال في وجوب الصدق في هذه البيوع لانها تقوم على أساس من الثقة والامانة . فالمشتري،

---

(١٢) انظر : مرقس ، ف ٢٠٢ ص ١٧٨ .

وهو يحتكم الى ضمير البائع ويطمئن الى امانته ، يبتاع منه المبيع على أساس الثمن الذى اشترى به البائع نفسه هذا المبيع[١٣] .

ويلاحظ بعض الشراح[١٤] ، ان المادة (٥٣٠) بفقراتها الثلاث لغو" لا فائدة فيه ، اذ أن فى القواعد العامة ما يغني عنها . ولا أدل على ذلك من أنه لا وجود لما يقابل هذه المادة فى القوانين الاجنبية ، ومع ذلك فان حكم هذه البيوع فى تلك القوانين هو نفس الحكم الذى تقرره هـذه المادة ، ومن جهة أخرى ، فقد سبق وأن اتى المشرع العراقي على ذكر حكم هذه المادة في الفقرة الثانية من المادة (١٢١) من القانون المدني التي تنص على أنه : « ويعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة » .

رابعا ـ ترك تقدير الثمن لأجنبى يتفق عليه المتعاقدان :

٣٣٤ ـ قلنا ان الاصل في الثمن هو أن الطرفين المتعاقدين يتوليان تحديده وقت ابرام العقد ، ومع ذلك فان المادة (١٥٩٢) من القانون المدني الفرنسي تجيز للمتعاقدين تفويض تحديد الثمن الى شخص ثالث . فاذا قام هذا الشخص بتحديد الثمن ، اعتبر البيع قد تم من وقت العقد . اما اذا امتنع عن تحديد الثمن أو استحال عليه ذلك لأي سبب من الاسباب ، فان العقد يعتبر باطلاً .

٣٣٥ ـ وقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة عمل الاجنبي المفوض بالتقدير ، فذهب بعضهم الى أن هذا التفويض يعتبر تحكيما (Arbitrage) اذ هكذا عبّر عنه المشرع الفرنسي . ولكن يرد على هذا الرأي بأن التحكيم

---

(١٣) السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، ج ٢ ، ص ١٦٦ ـ ١٦٧ ، والوسيط ، ج ٤ ، ف ٢٠٩ .

(١٤) ذنون ، ف ١٣٠ ، الصراف ، ف ٢٩٢ .

يفترض وجود نزاع على حقوق سبق وجودها ، والمسألة هنا ليست كذلك اذ انها تنصب على تحديد الثمن ولا نزاع بين المتعاقدين بل على العكس من ذلك فانهما على اتفاق تام في تنفيذ العقد كما أبرماه ، ولذلك فلا يمكن ان تطبق على الاغيار القواعد التي قررها قانون المرافعات المدنية على المحكمين(١٥) • وذهب فريق آخر الى القول بان هذا التعبير خبيراً (Expert) • ولكن يؤخذ على هذا الرأي بأن الخبراء يبدون على الدوام رأياً استشاريا غير ملزم ، ورأي الغير في هذه الحالة ، اى في حالة ترك ترك تقدير الثمن لاجنبي رأي ملزم للطرفين •

٣٣٦ ـ وقد ذهب القضاء الفرنسي في بعض احكام له الى ان هؤلاء الاغيار يعتبرون وكلاء عن المتعاقدين اللذين أحلاّ ارادة المفوضين محل ارادتيهما والتزما باحترامها • وهذا هو الرأي الراجح في الفقه والقضاء اليوم(١٦) ويترتب على هذا التكييف القانوني لهذه العملية ان الثمن الذى يحدده الغير للمبيع ملزم لكلا الطرفين ، لذلك فلا يجوز لاحدهما أن يستقل بعزله ، بل لا بد من أجل ذلك اتفاق الطرفين المتعاقدين كما هو الحال في تعيينه(١٧) •

حكم العقد المشتمل على التفويض :

٣٣٧ ـ يعتبر عقد البيع منعقدا من تاريخ تعيين الشخص المفوض لتحديد الثمن • لأن البيع يعتبر مستكملا لشروط انعقاده ومنها الثمن لأنه كان قابلاً للتقدير • فاذا تم تعيين المفوض في العقد نفسه ، فانه يعتبر بيعاً

---

(١٥) انظر : مازو ، المرجع الأنف الذكر ، ف ٨٦٨ •
(١٦) راجع فى تفصيل ذلك : بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، ف ١٣٤٤ ؛ مازو ، ف ٨٦٨ ؛ اوبري ورو ، ج ٥ ، ص ١٧ •
(١٧) انظر : السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، هامش ١ ص ٣٧٩ ؛ ذنون ، ف ١٢٨ ؛ العامري ، ص ٩٦ •

معلقاً على شرط واقف هو تحديد الثمن من قبل الشخص المفوض • فاذا تحقق الشرط استند الى يوم الاتفاق بأثر رجعي • أما اذا لم يتحقق لامتناع المفوض عن تحديد الثمن او نظراً لوفاته أو لأي سبب آخر ولم يوجد في العقد نص يتنبأ بهذه الظروف ويعطي الحل اللازم ، فان البيع يعتبر وكأنه لم يكن • ولا يجوز في هـذه الحالة ان تتدخل المحكمة فتقوم بتحديد الثمن بدلاً عن المفوض كما انها لا تستطيع اجبار الشخص المفوض على تقدير الثمن[١٨] •

الطعن فى تقدير الشخص المفوض :

٣٣٨ ـ الأصل ان تقدير المفوض للثمن ملزم للمتبايعين وللمحكمة فلا يجوز التعديل او الطعن فيه • ولكن تطبيقا لاحكام القواعد العامة في النيابة وعيوب الارادة يمكن الطعن فى تقدير الشخص المفوض فى حالتين :

(١) اذا ثبت ان الغير المفوض قد ارتكب تدليساً ضد أحد الطرفين المتعاقدين أو اذا كان هو ضحية تدليس صادر من أحدهما أو كان واقعاً في غلط بيّن •

(٢) ويستطيع كل من الطرفين المتعاقدين أن يطعن بتقدير المفوض للثمن اذا كان المفوض قد تجاوز الحدود التي رسمها له الطرفان[١٩] •

٣٣٩ ـ هذا ولا بد لنا من الاشارة الى ان القانون المدني العراقي لم يرد فيه نص مشابه لنص المادة (١٥٩٢) الفرنسية ، ولكن ليس في القانون العراقي ما يحول دون ترك أمر تقدير الثمن الى شخص ثالث يختاره

---

(١٨) السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٢١٢ ص ٣٧٩ ـ ٣٨٠ ؛ وانظر : الصراف ، ف ٢٨٦ و ف ٢٨٧ •

(١٩) راجع : السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، هامش ١ ، ص ٣٧٩ ؛ ذنون ، ف ١٢٨ ؛ الصراف ، ف ٢٩١ •

الطرفان المتعاقدان ذلك لأن هذا القانون لم يمنع مثل هذا الاتفاق كما انه لا يصطدم مع فكرة النظام العام او الآداب ؛ هذا فضلاً عن ان المادة (١٥٩٢) من القانون المدني الفرنسي يدخل حكمها ولا شك تحت منطوق الفقرة الاولى من المادة (٥٢٧) من القانون المدني العراقي ، التي أجازت ان يقتصر التقدير على بيان الاسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد ، ولا ريب ان من بين هذه الاسس هو تفويض الغير بتقدير الثمن [٢٠] .

الفرع الثالث

الثمن الجدي

٣٤٠ ـ لا يكفي أن يكون الثمن مبلغاً من النقود ومقدراً في العقد أو قابلاً للتقدير ، بل يجب الى جانب ذلك ان يكون الثمن جدياً .

ومعنى كون الثمن جدياً هو أن يكون حقيقيا بأن تتجه ارادة الطرفين المتعاقدين فعلاً الى الزام المشتري بدفعه للبائع باعتباره مقابلا حقيقيا لا رمزيا للمبيع والاّ كان هو والعدم سواء وبالتالي فلا يصح عقد البيع .[٢١] وقد يبدو للوهلة الاولى أنه لابد وأن يتناسب هذا الثمن الحقيقي مع قيمة المبيع ولكن اذا كان الغالب أن تتناسب قيمة الشيء المبيع مع ثمنه ، فان هذا التناسب ليس بلازم ، اذ قد ينقص الثمن عن قيمة المبيع وقد يزيد عنها تبعا لتكاليف الانتاج ولقانون العرض والطلب .

٣٤١ ـ وقد مرّ بنا ان القانون لا يعني كقاعدة عامة بعدم التناسب بين الثمن وبين القيمة الحقيقية للمبيع الاّ على سبيل الاستثناء وفى أحوال خاصة نصّ عليها .[٢٢] فيترتب على ذلك ان الثمن البخس Vil prix

---

(٢٠) أنظر : ذنون ، ف ١٢٦ ؛ الصراف ، ف ٢٨٢ ؛ العامرى ، ص ٩٧ .
(٢١) راجع : مرقس ، ف ١٠٤ .
(٢٢) انظر : ف ١٦٣ أعلاه .

يصلح ثمنا للمبيع وينعقد به البيع • ولكن الثمن يعتبر غير جدي فى حالتين : (الاولى) اذا كان ثمنا صوريا ، و (الثانية) اذا كان ثمنا تافها •

الثمن الصوري : Prix Fictif

٣٤٢ ـ يقصد بالثمن الصوري الثمن الذى يذكر فى العقد لمجرد استيفاء العقد مظهره الخارجي لا بقصد المطالبة به كلاً أو بعضاً • وتكون صورية الثمن مطلقة اذا اتفق المتبايعان على أن المشتري لم يكن أبداً مديناً بالثمن ، وان ذكر الثمن فى العقد كان لمجرد اسباغ صورة البيع على العقد فيقع عقد البيع فى هذه الحالة باطلا لانعدام ركن من أركانه • ولكن قد يتحول هذا العقد الى هبة مستترة اذا توافرت شروطها ، تطبيقا للقواعد العامة فى فكرة تحوّل العقد[٢٣] ، (م ١٤٠ مدني)[٢٤] •

٣٤٣ ـ واذا أبرأ البائع المشتري من الثمن أو وهبه اياه فى نفس العقد كان الثمن صورياً ويمنع من انعقاد البيع لان ذلك يعني ان المشتري لم يكن أبداً مديناً بالثمن •

على انه لا يكفي لاعتبار الثمن صورياً اذا ما تمّ ابراء المشتري من الثمن أو هبته اياه بعد ابرام عقد البيع • ففي هذه الحالة انعقد البيع صحيحا مستجمعاً لاركانه وابراء المشتري اللاحق لا يؤثر فى صحة العقد ، فالعبرة بجدية الثمن هي اذن عند ابرام البيع وليس بعد ذلك[٢٥] •

---

(٢٣) انظر : مازو ، ج ٣ ـ ف ٨٧٢ •

(٢٤) وتجدر الملاحظة بهذا الصدد الى انه لا يجوز الطعن بالصورية فى التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها فى دائرة الطابو • (م ١٤٩ مدنى) •

(٢٥) راجع : السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٢١٥ ص ٣٨٥ ؛ مرقس ، ف ١٠٥ ص ١٨١ •

ولكن قد يحدث ان لا يبرىء البائع المشتري ابراءً تاماً من الثمن ، أو انهما يتفقان على مخالفة الثمن المسمى فى العقد لحقيقة ما اتفقا عليه فعلا • ففي مثل هذه الاحوال تكون الصورية نسبية • فاذا أثبت المتعاقد ذو المصلحة حقيقة الثمن المتفق عليه ، كان هذا الثمن الاخير ثمناً حقيقياً فينعقد بـه البيع[٢٦] •

وقد قنّنت الفقرة الاولى من المادة (٥٢٩) مدني هذه الاحكام بقولها :

« ١ ـ زيادة المشتري فى الثمن وتنزيل البائع من الثمن او زيادته فى المبيع بعد العقد يصح وتلتحق الزيادة والتنزيل بأصل العقد » •

الثمن التافه **Prix dérisoire**

٣٤٤ ـ والثمن التافه هو الذى لا يتناسب اطلاقاً مع قيمة الشىء المبيع وان حصل عليه البائع فعلاً ، كما لو باع شخص داراً كبيرة بعشرة دنانير أو سيارة جديدة بدينار واحد ، فانعدام التناسب بين الثمن التافه وقيمة المبيع يحول دون اعتباره ركناً صحيحاً فى عقد البيع • وكذلك فان الثمن التافه يلحق فى الحكم بالثمن الصوري ، فلا يكون العقد فى هذه الحالة بيعاً بل هبة مكشوفة غير مستترة لان نية التبرع واضحة كل الوضوح[٢٧] •

أمّا القضاء الفرنسي فقد ذهب الى بطلان البيع والهبة فى وقت واحد ، وهو يعلل ذلك بالقول بأن الهبة المستترة تفترض وجود عقد يضمها ، وقد بطل هذا العقد وهو عقد البيع ، لانعدام ركن الثمن ، فلا ينعقد العقد فى هذه الاحوال لا بيعاً ولا هبة[٢٨] •

---

(٢٦) راجع : مرقس ، ف ١٠٥ •

(٢٧) راجع : اوبري ورو ، ج ٥ ، ص ١٥ وهامش ٢٦ ؛ مازو ، ف ٨٧٤ ؛ السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ١٢٦ ص ٣٨٦ ؛ مرقس ، ف ١٠٦ ، ص ١٨٤ •

(٢٨) راجع : مازو ، ج ٣ ، ف ٨٧٥ •

الثمن البخس (Vil prix) :

٣٤٥ ـ وينبغي عدم الخلط بين الثمن البخس وبين الثمن غير الجدي • فالثمن الصوري أو غير الجدي هو كما رأينا ، الثمن الذى لا تنصرف نية البائع الى اقتضائه من المشتري ، فلا ينعقد به العقد • أما الثمن البخس فهو ذلك الثمن الذى يقلّ كثيراً عن قيمة المبيع ولكنه ثمن جدي ، حيث ان البائع يتعاقد وفى نيته استيفاء الثمن • فهو لذلك يكفي لانعقاد البيع ، ولا يرتب من أثر سوى انه يسمح للبائع بأن يطعن فى العقد بالغبن اذا توافرت شروطه[٢٩] • •

٣٤٦ ـ على أن التفرقة بين الثمن البخس والثمن غير الجدّي قد أثارت الخلاف بين الفقهاء فيما يتعلق ببيع عقار مقابل ايراد مرتب لمدى حياة البائع فى حالة ما اذا كان الايراد يساوي غلة العقار او يقل عنها • فهل يعتبر مثل هذا الثمن بخساً وبالتالي يصح به عقد البيع ، أم أنه يعتبر ثمناً صورياً فيصبح عقد البيع باطلاً ؟

ذهب القضاء الفرنسي ويؤيده فى ذلك بعض الشراح الى اعتبار الثمن فى هذه الحالة صورياً وبالتالي يكون عقد البيع باطلا ، وحجتهم فيما يذهبون اليه ان المشتري يأخذ العقار المبيع دون أن يلتزم بشىء وذلك لانه سوف يدفع أقساط الايراد من غلة العقار • هذا من جهة المشتري وأمّا من جهة البائع ، فانه لا يمكن اعتبار هذا العقد عقد بيع كذلك ، لانه اذا كانت غلة العقار مساوية لاقساط الايراد المرتب مدى الحياة ، فان البائع يكون قد تنازل عن ملكه دون مقابل ، اما اذا كانت غلة العقار تزيد على هذه الاقساط ، فانه يكون قد تنازل عن ملكه وعن جزء من الغلة كذلك • وعلى ذلك يكون القصد من هذا العقد نقل ملكية الرقبة الى المشتري حال حياة البائع ، ونقل الملكية

---

(٢٩) انظر : اوبري ورو ، جـ ٥ ، هامش ٢٦ ص ١٥ •

التامة الى المشتري عند موت البائع ، كل ذلك بدون مقابل • ولذا فان العقد يبطل كبيع ويصح كهبة مستترة متى توافرت شروطها[٣٠] •

ويرى فريق آخر من الفقهاء الفرنسيين[٣١] ان الثمن فى مثل هذا الفرض مجرد ثمن بخس لا يصبح العقد به غير صحيح ، لان نية البائع قد اتجهت فعلاً الى مطالبة المشتري بالايراد المتفق عليه • يضاف الى ما تقدم انه قد تكون للبائع مصلحة فى البيع على النحو السالف • اذ قد يكون غرضه أن يكفي نفسه مؤنة ادارة العقار واستغلاله ويضمن لنفسه فى الوقت ذاته ايراداً ثابتاً ومضموناً على الرغم من التقلبات الاقتصادية واحتمالات نقص الغلة فى المستقبل و هلاك العقار هلاكاً كلياً او جزئياً • ولذا يجب اعتبار هذا التصرف ، فى رأي هؤلاء الفقهاء ، بيعاً لان الثمن المشروط فيه له صفة الجدية ولو كان بخساً •

٣٤٧ ـ أما فى القانون العراقي ، فبأي من الرأيين المتقدمين اخذنا ، فانه لينبغي التنبيه الى ان المادة (١٤٩) من القانون المدني لا تبيح الطعن بالصورية فى التصرفات المسجلة فى دائرة الطابو[٣٢] •

---

(٣٠) انظر : اوبري ورو ، ج ٥ ، هامش ٢٦ ص ١٥ ؛ مازو ، ف ٨٧٤ ؛ بلانيول وريبير وبولانجية ، ج ٣ ، ف ١٣٣٨ •

(٣١) كولان وكابتيان و دولا مورانديير ، ج ٢ ، ف ٨٧١ ؛ بودري وسينيا ، ف ١٣٠ ؛ وانظر : مرقس ، ف ١٠٧ ص ١٨٦ •

(٣٢) وقد اختلف شراح القانون المدنى العراقى بشأن هذه المسألة • فمنهم من يميل الى الاخذ بالرأى الاول مع التحرز مما تقضي به المادة ١٤٩ من القانون المدنى (العامري ، ص ١٠١) ؛ ومنهم من يأخذ بالرأى الثانى بالنظر لما فى حجة انصاره من صواب (الصراف ، ف ٢٧١) ؛ ومنهم من يذهب الى القول بعدم امكان وضع قاعدة عامة جامدة تطبق على جميع الاحوال ، بل لابد من تقدير كل حالة من احوال هذه البيوع على حدة (ذنون ، ف ١٢٤) •

الباب الثاني

آثار البيع

LES EFFETS DE LA VENTE

٣٤٨ ـ تقدم ان البيع عقد ملزم للجانبين ، فهو بهذا الاعتبار ينشىء التزامات متقابلة فى ذمة كل من الطرفين المتعاقدين ، كما انه ينقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري بمجرد انعقاده اذا توافرت بعض الشروط .

وقد عرض القانون المدنى العراقى لاثار البيع فى المواد (٥١٣ـ٥٨٧). فبعد ان تكلم فى المواد (٥٣١ـ٥٧٠) فى التزامات البائع ، انتقل للكلام فى التزامات المشترى حيث افرد لها المواد (٥٧١ـ٥٨٧) . وهكذا يتعين علينا ان نبحث التزامات البائع فى فصل اول والتزامات المشترى فى فصل ثان .

الفصل الاول

التزامات البائع

٣٤٩ ـ تتحدد التزامات البائع ، طبقا لما اورده القانون المدنى العراقي ، بالتزامات ثلاث : (١) نقل الملكية (المواد ٥٣١ـ٥٣٥) ، (٢) تسليم المبيع (المواد ٥٣٦ـ٥٤٨) ، (٣) ضمان المبيع ضمان تعرض واستحقاق (المواد ٥٤٩ـ٥٧٠) • وهذه الالتزامات تنشأ فى ذمة البائع بمقتضى عقد البيع دونما حاجة للنص عليها فى اتفاق خاص •

٣٥٠ ـ وقد مر بنا ان عقد البيع فى القوانين الحديثة ينقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري بمجرد انعقاده[١] ، دون ان يقتصر على انشاء التزام شخصي بنقلها فى ذمة البائع اذا توافرت شروط معينة • ومع ذلك ، فاننا سنسير فى دراسة التزامات البائع على نفس النهج الذى سار عليه المشرع العراقى ، فندرس نقل الملكية ضمن الالتزامات التى يفرضها عقد البيع على عاتق البائع[٢] • وعلى هذا فاننا سنبحث التزامات البائع فى فروع

---

(١) انظر : ف ٣٤ اعلاه •

(٢) ويتساءل الدكتور عبدالمجيد الحكيم عما اذا كان يمكن ان يوجد التزام بنقل الملكية وعما اذا كان لهذا الالتزام اثر ، فيخلص الى القول الى ان وجود هذا الالتزام لا يمكن تصوره ، وان الالتزام الذى ينشأ عن عقد البيع هو التزام البائع بتسلم المبيع (أنظر مقال الدكتور الحكيم المنشور فى مجلة « القضاء » ، العدد الثانى لسنة ١٩٦٦ ص ٣٦ وما بعدها تحت عنوان : « هل يمكن ان يوجد التزام بنقل الملكية وهل يمكن ان يكون للالتزام اثر ؟ » • وانظر فى الرد على ذلك مقال الدكتور عباس حسن الصراف المنشور فى مجلة كلية الشرطة ، العدد الاول ، السنة الثانية ، أيار ١٩٦٨ ص ١ وما بعدها

ثلاثة ، نخصص الفرع الاول منها لنقل الملكية ، ونخصص الفرع الثاني لالتزام البائع بالتسليم ، اما الفرع الثالث فنخصصه لالتزام البائع بالضمان.

الفرع الاول

نقـل الملكيـة

LE TRANSFERT DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

٣٥١ ـ قدمنا ان الغرض الرئيس من عقد البيع هو نقل ملكية المبيع من البائع الى المشترى . وحق الملكية قد يرد على منقول او على عقار . فنقل الملكية يقتضى ان نبحث فى نقل الملكية فى المنقول أولا ثم فى العقار ثانيا . على انه يحسن بنا ، قبل ان نبحث فى نقل ملكية المبيع ، ان نقدم بكلمة موجزة فى التطور التاريخى للبيع كعقد ناقل للملكية لمعرفة ما طرأ على طبيعة هذه العقد من تحول كبير .

المبحث الاول

التطور التاريخى للبيع كعقد ناقل للملكية

القانون الرومانى :

٣٥٢ ـ مرّ بنا ان المبيع عند الرومان لم يكن عقدا ناقلا للملكية بذاته(٣) ، بل كان لابد من اجل ذلك ، ما لم يتفق الطرفان فى العقد صراحة على التزام البائع بنقل الملكية الى المشترى ، من اتباع اجراءات واوضاع مادية خاصة كالاشهاد (manicipatio) أو التسليم (traditio)

بعنوان : « ملاحظات حول الالتزام بنقل الملكية » ؛ والاستاذ سليمان مرقس ، العقود المسماة ، عقد البيع ، هامش ٢ ص ٢٦٦ـ٢٦٧) .

(٣) انظر الفقرة ٣٣ أعلاه .

أو التقادم (usucapio) او التنازل القضائى (in jure cessio) . كما انه لم يكن من اثر عقد البيع ان يرتب فى ذمة البائع التزاما بنقل الملكية الى المشترى • وكل ما كان يلتزم به البائع هو مجرد تمكين المشترى من حيازة المبيع حيازة هادئة وانتفاعه به • كما كان يلتزم الى جانب ذلك بضمان التعرض الصادر منه شخصيا أو من الغير • وقد كان من نتائج ذلك ان القانون الرومانى كان يجيز بيع ملك الغير ما دام البائع قادرا على نقل حيازة المبيع الى المشتري واستطاع فى الوقت ذاته دفع أي تعرض قد يصدر من الغير ويعكر على المشتري حيازته الهادئة(٤) •

أما السبب فى ان القانون الرومانى لم يكن يجعل البيع ناقلا للملكية فيرجع الى ان حق التملك كان قاصراً على الرومان • غير ان ضرورات الحياة الزمت التعامل مع غير الرومان ، فاضطر المشرع الرومانى الى التوفيق بين هذه الضرورات وبين احكام القواعد القانونية القديمة ، فجعل اثر البيع قاصراً على التزام البائع بتمكين المشترى من حيازة المبيع حيازة هادئة • وهكذا تيسر للرومان التعامل مع غيرهم(٥) •

غير ان ذلك لا يعنى ان الرومان كانوا يجردون عقد البيع من كل صلة بانتقال الملكية ، لانهم كانوا يعدون ذلك من طبيعة البيع وان لم يكن من مستلزماته • ويستدل على ذلك بانهم كانوا يأبون على البائع ان يشترط فى العقد عدم انتقال ملكية المبيع الى المشترى لان ذلك يتنافى مع طبيعة عقد البيع • وعلى العكس من ذلك فقد كانوا يجوزون للمشترى ان يشترط على البائع صراحة فى عقد البيع ان ينقل اليه ملكية المبيع ، لان هذا الشرط

---

(٤) راجع : جيرار ، القانون الرومانى ، ص ٥١٧ وما بعدها ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٢٢٩ ؛ مرقس وامام ، ف ٩ ؛ سلطان والعدوى ، ف ٤٧ •

(٥) راجع : كولان وكابيتان ودولاموراندير ، جـ٢ ، ف ٥٠٨ •

مما ينسجم مع طبيعة البيع • وفى هذه الحالة كان البائع يلتزم بنقل الملكية الى المشترى الى جانب التزامه بنقل حيازة المبيع •

القانون الفرنسى :

٣٥٣ ـ واخذ القانون الفرنسى القديم فكرة البيع هذه عن القانون الرومانى • فكان عقد البيع لا ينقل الملكية ولا يرتب فى ذمة البائع التزاماً بنقلها الى المشتري • فانتقال الملكية من البائع الى المشتري لم يكن من جوهر عقد البيع • غير ان الفقهاء الفرنسيين لم يستبقوا سوى التسليم من الاجراءات الشكلية والاوضاع المادية التى كان لابد منها لانتقال الملكية فى القانون الرومانى • فكانوا يعتبرون الالتزام بالتسليم التزاماً رئيساً فى عقد البيع فمتى تم تنفيذه ، انتقلت ملكية المبيع الى المشترى • وبعبارة اخرى ، ان البيع فى القانون الفرنسي القديم لم يكن ينقل الى المشتري الا الحيازة الهادئة • اما الملكية فلم تكن تنتقل اليه الا بالقبض •

ومع ذلك ، فقد جرى العمل فى القانون الفرنسى القديم على تسهيل انتقال الملكية الى المشترى بالاكتفاء بالتسليم الصورى • فقد كان يستعاض عن التسليم الفعلى بمجرد ذكر حصول التسليم فى العقد (clause de dessaisine - saisine) ، وقد شاع ادراج هذا النص فى العقود بحيث أصبح هو أيضا شرطاً مألوفاً لا يخلو منه عقد ، مما حدا ببعض فقهاء القانون الفرنسى القديم الى القول بان انتقال الملكية اصبح يتم بمجرد انعقاد العقد(٦) •

٣٥٤ ـ وعندما وضع التقنين المدنى الفرنسى (تقنين نابليون) سنة ١٨٠٤ رأى واضعوه نبذ الفكرة الرومانية التى سادت حتى القرن الثامن

---

(٦) اركو Argou ، نقلا عن بودرى وسينيا ، جـ١٧ ، ف ٥ •

عشر واقرار نتيجة التطور الحاصل ، فنصوا على انتقال الملكية بمجرد الاتفاق على المبيع والثمن • واذا كانت الفقرة الاولى من المادة (١٥٨٢) من التقنين المذكور تعرف البيع بانه : « •• اتفاق يلتزم به احد الطرفين ان ان يسلم شيئاً ويلتزم الآخر بدفع ثمنه » **مما جعل بعض الفقهاء** يأخذ على هذا التعريف سكوته عن الاشارة الى التزام البائع بنقل ملكية الشيء واكتفاءه بالنص على الالتزام بالتسليم مما يشعر بان المشرع الفرنسي لم يستطع ان يتخلص تماماً من أثر الفكرة الرومانية[٧] ، فانه يجب ان لا يغرب عن البال نص المادة (١٥٨٣) من نفس التقنين الذى يقضى بان : « البيع يكون تاماً بين الاطراف وان الملكية تنتقل الى المشترى فى مواجهة البائع بقوة القانون من وقت الاتفاق على المبيع والثمن ولو لم يتم تسليم المبيع او دفع الثمن » • يضاف الى ذلك ما تقرره المادة (١١٣٨) من ان : « الالتزام بتسلم الشيء يتم بمجرد اتفاق الطرفين المتعاقدين » وما ورد فى المادة (٧١١) من ان الالتزام **يعتبر طريقاً من طرق اكتساب الملكية** • فمن التقريب بين هذه النصوص يتبين ان عقد البيع فى القانون الفرنسى ينقل ملكية الشيء المبيع ولا يقتصر على انشاء التزام بتسليمه[٨] •

٣٥٥ ـ وقد كان للشريعة الاسلامية قصب السبق بين التشريعات الاخرى فى جعل ملكية المبيع تنتقل بالعقد ذاته ومباشرة • ذلك لان حكم البيع فى الفقه الاسلامى هو التمليك والتملك : تمليك المبيع وهو المقصود من البيع ، وامتلاك الثمن وهو الوسيلة اليه[٩] •

فقد عرفت المادة (١٠٥) من مجلة الاحكام العدلية البيع بانه :

---

(٧) انظر بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، ف ١٢٩٠ •

(٨) راجع : مازو ، ج ٣ ، ف ٨٩٩ •

(٩) انظر : سلطان والعدوى ، ف ٤٨ •

« مبادلة مال بمال ويكون منعقداً وغير منعقد » • وعرفته المادة (٣٤٣) من مرشد الحيران بانه : « تمليك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمناً للمبيع » وعرفه العلامة الحلى بانه : « انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضى »[١٠] •

ومن هنا يتضح ان الملك ينتقل بالبيع فى الفقه الاسلامي ، ولا يقتصر اثر العقد على انشاء التزام بنقل الملكية أو التزام بتسليم المبيع كما هو الحال فى الفقه اللاتيني • وهكذا يكون تعريف الفقهاء المسلمين للبيع اصدق تصويراً واقرب الى اداء الفكرة الصحيحة عن جوهر البيع[١١] •

٣٥٦ ـ على أن بعض الشراح يلاحظون على تعريف الشريعة الاسلامية للبيع انه لا ينطبق على بيع المثليات ولا على بيع الاشياء المستقبلة فى الاحوال التى يجوز فيها هذا البيع ، لان المثليات المبيعة لا تنتقل ملكيتها الا بافرازها ولان الاشياء المستقبلة لا تنتقل ملكيتها الا بعد وجودها ، فلا يترتب على البيع فى هاتين الحالتين سوى انشاء التزام بنقل الملكية[١٢] • ولكن ، لابد لنا من لفت النظر الى انه اذا كان ذلك يصدق بالنسبة لما اورده الفقهاء المسلمون من تعريف لعقد البيع ، فانه يصدق كذلك حتى بالنسبة لاحدث القوانين • اذ لايمكن تصور انتقال ملكية المبيع الى المشترى بمجرد التعاقد الا اذا كان شيئاً معيناً بالذات • اما اذا كان المبيع من الاشياء المثلية ، أي المعينة بالنوع ، فلا تنتقل ملكيته الى المشتري الا بفرزه • وكذلك لا تنتقل ملكية المبيع الى المشترى فى الحال اذا كان المبيع شيئاً مستقبلا الا بعد وجوده وتعيينه •

---

(١٠) تذكرة الفقهاء ، البيع ، ص ٣ •

(١١) انظر : مرقس وامام ، ف ١١ •

(١٢) مرقس وامام ، ف ١١ ؛ العامرى ، ص ١٥ـ١٦ •

القانون المدنى العراقى :

٣٥٧ ـ اما المشرع العراقى فقد تأثر بالفقه الاسلامى من جهة وبالقانونين الفرنسي والمصري من جهة اخرى ، فأقر بانتقال ملكية المبيع الى المشترى بمجرد انعقاد البيع مع الاحتياط بالنسبة للعقار حيث لا بد لانعقاد البيع وانتقال الملكية الى المشترى من تسجيل العقد فى الدائرة المختصة (دائرة الطابو) وبالنسبة للمنقول المعين بالنوع • وقد اورد القانون المدنى العراقى هذه المبادىء فى كتاب الالتزامات وكذلك فى كتاب العقود المسماة وايضا فى كتاب الحقوق العينية الاصلية •

فقد جاء فى كتاب الالتزامات ، عند الكلام على اثار الالتزام ، نص المادة (٢٤٧) مقرراً ان : « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل »(١٣) •

كذلك ورد فى كتاب العقود المسماة نص المادة (٥٣١) الذى يقضى بانه : « اذا كان المبيع عيناً معنية بالذات او كان قد بيع جزافاً نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع وأما اذا كان المبيع لم يعين الاّ بنوعه فلا تنتقل الملكية الاّ بالافراز » • وورد فى كتاب الحقوق العينية الاصلية نص خاص باكتساب الملكية عن طريق العقد هو نص المادة (١١٢٦) الذى يقرر بانه : « ١ ـ تنتقل الملكية بالعقد فى المنقول والعقار • ٢ـ والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الاّ اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً » •

---

(١٣) يطابق نص المادة ٢٠٤ من القانون المدنى المصرى • وراجع فى انتقاد واخذ المشرع العراقى بنص المادة ٢٤٧ نقلا عن القانون المدنى المصرى الذى تأثر بدوره بالفقه الغربى مقال الدكتور عبدالمجيد الحكيم المشار اليه أنفا ، وقرب من ذلك : العامرى ، ص ١٦ـ١٧ •

وعلى هذا يمكن القول بان الاصل فى القانون العراقى ، كما هو الحال بالنسبة للتشريعات الحديثة الاخرى ، هو ان عقد البيع عقد ناقل للملكية بذاته وليس منشئاً لالتزام بنقلها • فملكية المبيع تنتقل الى المشترى بمجرد الاتفاق ، اذا توافرت شروط معينة ، وذلك بدون حاجة الى اى اجراء آخر كتسليم المبيع أو دفع الثمن(١٤) •

٣٥٨ ـ ولكن ليس بكاف ان نقرر هذه القاعدة ، اذ المهم هو معرفة كيف تنتقل الملكية من البائع الى المشترى • ذلك لان الامر يختلف بين ما اذا كان المبيع من العقارات أو من المنقولات ، وفى المنقولات ذاتها ، بين ما اذا كان المنقول معيناً بالذات أو معيناً بالنوع •

المبحث الثاني

نقل الملكية فى المنقول

٣٥٩ ـ قد يرد حق الملكية على منقول معين بالذات ، كما قد يرد على منقول معين بالنوع فقط • ولما كانت كيفية انتقال الملكية تختلف تبعا لهذا التمييز ، فقد وجب ان نبحث اولاً في نقل الملكية في المنقول المعين بالذات ، وثانياً في نقل الملكية في المنقول المعين بالنوع •

المطلب الاول

نقل الملكية فى المنقول المعين بالذات

٣٦٠ ـ فاذا كان المبيع منقولا معينا بالذات ، أي من الاشياء القيمية ، انتقلت ملكيته من البائع الى المشتري بمجرد انعقاد البيع وبحكم القانون

---

(١٤) وقد سبقت الاشارة الى وضع هذه المسألة فى القانونين السويسري والمصرى فليرجع اليه • (انظر الفقرات ٢٨ـ٣١ اعلاه)•

(المواد ٢٤٧ و ٥٣١ و ١١٢٦ ف ١ مدني عراقي) • ولكن ملكية المنقول لا تنتقل الى المشتري بمجرد انعقاد العقد الا اذا كان معينا بالذات ومملوكا للبائع •

٣٦١ ـ فاذا كان المنقول المبيع معينا بذاته ، كحصان معين أو صورة أو قطعة أرض ، انتقلت ملكيته الى المشتري بمجرد توافق الارادتين على البيع • فان لم يكن المنقول معينا بذاته ، فان ملكيته لا تنتقل الى المشتري الا بتعيينه •

وهذا الشرط الذى تقرره النصوص صراحة هو مما تقتضيه طبيعة الاشياء من جهة اخرى • فالحقوق العينية ، وحق الملكية أحدها ، لا يمكن ان ترد الا على أشياء معينة بذاتها •

٣٦٢ ـ ولكن ، ليس يكفي ان يكون المنقول معينا بذاته لانتقال ملكيته بمجرد العقد ، بل يجب ، الى جانب ذلك ، أن يكون هذا المنقول المعين بالذات مملوكا للبائع • وهذا شرط طبيعي كذلك لان الملكية لا تنتقل الا عن مالك(١٥) • فانتقال الملكية فى الحال يلزم له ان يكون بائع المنقول المعين بالذات مالكا له حين ابرام عقد البيع والا كان العقد ، طبقا لاحكام القانون المدني العراقي ، موقوفا على اجازة المالك الحقيقي • فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (١٣٥) على انه : « من تصرف فى ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك » • فاذا أجاز المالك الحقيقي البيع الحاصل ، انتقلت ملكية المبيع الى المشتري مستندة بأثر رجعي الى يوم الاتفاق ، فيصبح المشتري وكأنه كان مالكا للمبيع من يوم ابرام البيع(١٦) •

---

(١٥) انظر السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٢٣٦ ص ٤١٩ •

(١٦) فيتضح ان المشرع العراقى قد جعل من ملكية البائع شرطا لنفاذ العقد وليس شرطا من شروط انعقاده كما فعل مشرع القانون المدنى المصرى الجديد على ما سنرى عند الكلام فى بيع ملك الغير •

٣٦٣ ـ ولا يحول دون انتقال الملكية على الوجه المتقدم ان يكون المتبايعان قد اشترطا تأجيل التسليم او دفع الثمن • فيترتب على ذلك ان للمشتري أن يتصرف فى المبيع عقاراً كان أو منقولا بمجرد انتقال الملكية اليه ولو قبل القبض (م ٥٣٢ مدني عراقي) ، كما يترتب على ذلك انه اذا قبض البائع الثمن ثم أفلس قبل تسليم المبيع الى المشتري أخذ المشتري المبيع من البائع أو من ورثته دون أن يزاحمه سائر الغرماء (م ٥٣٣ مدني عراقي) •

٣٦٤ ـ ويشترط كذلك لانتقال ملكية المنقول المعين بالذات الى المشتري بمجرد تمام عقد البيع ان لا يكون هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك • فاذا كان الاصل العام هو انتقال ملكية المبيع المعين بالذات من وقت الاتفاق على البيع ، فان هذا الاصل ليس من النظام العام ، فيجوز اتفاق المتبايعين على تعليق انتقال ملكية المبيع الى المشتري على تحقق شرط معين سواء أكان هذا الشرط صريحا أم ضمنيا • فلو اتفق المتبايعان على تعليق انتقال الملكية على شرط استيفاء البائع لجميع أقساط الثمن ، أو لو اتفق الطرفان على تأخير نقل الملكية الى حين التسليم ، فان مثل هذه الاتفاقات صحيحة ويجب العمل بها •

ولكننا نبادر الى القول بانه ليس من شأن مثل هذه الاتفاقات ان تجعل الملكية مقترنة باجل ، فحق الملكية حق دائم تستعصي طبيعته على التوقيت ، والاجل توقيت فلا يجوز ان تقترن به الملكية[١٧] • فقد نصت المادة (٢٩٢) من القانون المدني العراقي على انه : « لا يصح فى العقد اقتران الملكية بأجل » •

فالاتفاق على تأخير نقل الملكية الى حين التسليم ليس تأجيلا لنقل الملكية الى حين التسليم بل تعليقا لنقل الملكية على شرط التسليم • وكذلك تأخير نقل

---

(١٧) انظر : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٢٣٦ وهامش ١ ص ٤٢٠ •

الملكية لحين الوفاء بجميع أقساط الثمن هو تعليق لنقل الملكية على شرط الوفاء بالاقساط وليس تأجيلا لها[١٨] .

الايجار الساتر للبيع :

٣٦٥ ـ ولعل من أهم صور الاتفاق على تعليق انتقال الملكية على شرط حالة الايجار الساتر للبيع (Location - vente) . فقد مرّ بنا امكان اتفاق المتعاقدين على ايجار شيء معين لمدة معينة فى مقابل أجر معين على انه اذا وفى المستأجر بالتزاماته انقلب العقد بيعا وتملك المستأجر العين المأجورة[١٩] . فهذا العقد هو ، فى حقيقته ، بيع بثمن مقسط ، غير ان البائع يعمد الى اخفاء حقيقة البيع بالتقسيط تحت ستار عقد الايجار ، وهو يقصد من ذلك انه اذا أفلس المشتري ، وهو ما يزال مستأجرا ، فان البائع (المؤجر) يسترد العين المبيعة باعتباره مالكا لها فيتجنب خطر مزاحمة دائني المستأجر العاديين له ، كما

---

(١٨) على ان بعض شراح القانون المدني المصري مع تسليمهم بان الملكية حق دائم تستعصي طبيعته على التوقيت ، فانهم يفرقون فى هذا الصدد بين حق الملكية ذاته الذى لا يجوز توقيته ، وبين الالتزام بنقل الملكية الذى هو بطبيعته كسائر الالتزامات قيد طاريء على الذمة ، له بداية ونهاية ، وبالتالي فان طبيعته لا تستعصي على التوقيت ولا تأبى اضافته الى أجل (الاستاذ سليمان مرقس ، البيع ، هامش ١ ص ٢١٧) . وواضح ان الاخذ بهذا الرأي لا يمكن الا مع الاقرار بوجود التزام بنقل الملكية .

وهناك من شراح القانون المدني العراقي من يذهب الى القول بان ما لا تجيزه المادة ٢٩٢ من القانون المدني هو اقتران الملكية ـ لا العقد نفسه ـ بأجل . وعلى هذا فيجوز ان تقول للمشتري أبيعك هذه العين بمبلغ قدره كذا بعد سنة او سنتين . (ذنون ، أحكام الالتزام ، ف ١٥٤ ص ١٧١) . ولكن يلاحظ ان هذا المثل لا يصلح للحالة التى ضرب من اجلها ، فالعقد لم يتم بعد ، وكل ما حصل هو اتفاق على وعد بالبيع فقط . (انظر : العامري ، ص ١٠٥) .

(١٩) راجع الفقرات ٥٤ـ٥٦ أعلاه .

انه يحتفظ بأقساط الاجرة التي قبضها من المشتري لان هذا الاخير لم يكن الا مستأجراً[٢٠] وكذلك فان المشتري اذا تصرف بالعين المبيعة ، وهو ما يزال مستأجراً ، فانه يكون قد ارتكب جريمة خيانة الامانة .

٣٦٦ ـ وقد تقدم ذكر الخلاف الذى ثار فى الفقه والقضاء بشأن تكييف هذا العقد ، وكيف ان المشرع العراقي حسم الخلاف حيث اعتبر هذا العقد بيعا معلقا فيه انتقال الملكية على شرط واقف هو تسديد الثمن ولو سماه المتعاقدان ايجاراً . فقد قضت المادة (٥٣٤) من القانون المدني العراقي بأنه : « ١ ـ اذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية الى ان يستوفي الثمن كله حتى لو تمّ تسليم المبيع . ٢ ـ فاذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتبايعين ان يتفقا على ان يستبقي البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع اذا لم تسدد جميع الاقساط . ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعا للظروف ان تخفض التعويض المتفق عليه وفقا لاحكام التعويضات الاتفاقية ٣ ـ واذا سددت الاقساط جميعا انتقلت ملكية المبيع الى المشتري من وقت البيع الا اذا وجد اتفاق على غير ذلك . ٤ ـ وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة حتى لو سمى المتعاقدان البيع ايجارا . »

٣٦٧ ـ فيتبين ان ملكية المبيع فى الايجار الساتر للبيع تنتقل الى المشتري معلقة على شرط واقف هو استيفاء جميع أقساط الثمن . فاذا وفى المشتري بكل الثمن تحقق الشرط الواقف ، وبالتالي فانه يعتبر مالكا من وقت التعاقد لا من وقت الوفاء بالثمن ، لان القاعدة هي ان تحقق الشرط الواقف له أثر رجعي ما لم يتفق الطرفان على عدم انتقال الملكية الا من وقت تحقق الشرط .

فيكون من شأن تكييف هذا العقد بانه بيع تنتقل فيه الملكية الى المشتري

---

(٢٠) انظر : ما زو ، ج ٣ ، ف ٩٢٣ .

معلقة على شرط واقف ان البائع لا يستطيع استرداد المبيع من تفليسة المشتري. كما ان هذا الاخير لا يعتبر مرتكبا لجريمة خيانة الامانة ان هو تصرف فى المبيع قبل سداد الثمن كاملا .(٢١)

حكم توافر الشروط المتقدمة

٣٦٨ ـ متى توافرت الشروط المتقدمة انتقلت ملكية المبيع من البائع الى المشتري بمجرد ابرام عقد البيع ، سواء فيما بين المتعاقدين او فى مواجهة الغير ودون حاجة الى أي اجراء آخر ، كحصول التسليم مثلا . اما انتقال الملكية بمجرد ابرام البيع فيما بين المتعاقدين فأمر طبيعي . واما انتقالها فى مواجهة الغير كذلك فأمر يحقق ما يقتضيه التعامل فى العصر الحديث من يسر وسرعة .

فيكون من مؤدي هذا الحكم ان مالك المنقول المعين بالذات اذا باعه لشخصين على التعاقب ، فانه يجب تفضيل المشتري الاول لان الملكية قد انتقلت اليه بالنسبة للكافة ولو لم يتسلم المشتري الاول المبيع فعلا . فاذا باع شخص حصانا لآخر انتقلت ملكية هذا الحصان الى المشتري بمجرد الاتفاق دون حاجة الى حصول التسليم . غير انه اذا بقي هذا الحصان فى حيازة البائع لاي سبب من الاسباب ، استطاع هذا ان يبيعه الى مشتر آخر ، فان هذا البيع الثاني لا ينقل الملكية الى المشتري ، لان البائع لم يكن مالكا للمبيع وقت البيع ، وكان بيعه موقوفا على اجازة المالك الحقيقي ، أي المشتري الاول .

٣٦٩ ـ على أن قاعدة انتقال الملكية بمجرد الاتفاق قد تعطلها احيانا قاعدة اخرى هي قاعدة انزال الحيازة فى المنقول منزلة السند المثبت للملكية ،

---

(٢١) انظر السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٩٣ ص ١٧٨ـ١٨٠ .

هذه القاعدة التي استمدها فقهاء القرنين السابع عشر والثامن عشر من أحكام المحاكم وأوجزوها بقولهم : « الحيازة فى المنقول سند الملكية »[٢٢] (En fait de meubles, la possession vaut titre) .[٢٣]

ومن مقتضى هذه القاعدة ان من اشترى منقولا معينا بالذات وتسلمه من البائع بحسن نية يصبح مالكا له وان كان من باعه اياه ليس بمالك .[٢٤] فيترتب على هذا ان بائع الحصان اذا كان قد سلمه الى المشتري الثاني فعلا ، فيجب تفضيل هذا المشتري ، اذا كان حسن النية ، على الرغم من انه كان قد اشترى من غير مالك . ولكن ذلك لا يعني ان عقد البيع الثاني هو الذى نقل الملكية الى المشتري ، بل ان هذا المشتري الثاني قد انتقلت ملكية المبيع اليه بطريق الحيازة بحسن نية وليس بمقتضى عقد البيع الثاني لان هذا العقد لا يصلح لنقل الملكية لصدوره من غير مالك .[٢٥] . أما اذا كان المشتري الثاني سيء النية ، أي انه كان يعلم بحصول التصرف في المنقول الى المشتري الاول ، فان المشتري الثاني لا يستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيازة .

---

(٢٢) وقد أريد بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية تأمين الثقة والاستقرار فى التعامل بالمنقولات . فقد قصد بها التقليل من مساوى القاعدة العامة القاضية بانتقال ملكية المبيع المعين بالذات الى المشترى بمجرد الاتفاق . اذ ان من نتائج هذه القاعدة هى ان كل مشتر لا يستطيع الاطمئنان الى أن المنقول الذى يشتريه لم يسبق للبائع ان باعه الى مشتر آخر قبله . اما الاخذ بقاعدة الحيازة فقد وفرّ الحماية لمن يتلقى المنقول من حائزه بحسن نية . (راجع فى تفصيل ذلك : مازو ، ج ٣ ، ف ٩٠٠ ؛ مرقس ، ف ١٥٣ و ١٥٤) .

(٢٣) وهذا هو نص الفقرة الاولى من المادة ٢٢٧٩ من القانون المدني الفرنسي .

(٢٤) راجع : مرقس ، ف ١٥٣ .

(٢٥) انظر : سلطان العدوى ، ف ٢٦٤ ص ١٩٠ .

٣٧٠ ـ وقد أخذ القانون المدني المصري الجديد بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية فى المادة (٩٧٦) • أما القانون المدني العراقي فقد نص على هذه القاعدة فى المادة (١١٦٣) بقوله : « ١ ـ من حاز وهو حسن النية منقولا أو سنداً لحامله مستنداً فى حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد • ٢ ـ والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » •(٢٦)

المنقول المبيع جزافا :

٣٧١ ـ ويلحق بالمنقول المعين بالذات في الحكم المنقول المبيع جزافا • ففي بيع الجزاف يعتبر المبيع معينا بالذات من وقت التعاقد ، ولذلك فان ملكيته تنتقل الى المشتري بمجرد انعقاد العقد (م ٥٣١ مدني عراقي) • وقد سبق وان تكلمنا فى بيع الجزاف وحكمه فنكتفي بما تقدم •(٢٧)

المطلب الثاني

نقل الملكية فى المنقول المعين بالنوع

٣٧٢ ـ قد يكون المبيع منقولا معينا بالنوع فقط ، أي من الاشياء المثلية ، ولم يكن قد بيع جزافا ، فان ملكيته لا تنتقل الى المشتري الا بالافراز • ذلك لان المنقول المثلي قبل افرازه لا يكون قد تعين بالذات ، وحق الملكية حق عيني لا يمكن أن يرد الا على شيء معين بالذات • فقد قضت المادة (٥٣١) فى شقها الثاني بأنه « •• وأما اذا كان المبيع لم يعين الا

---

(٢٦) راجع فى نطاق تطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية وشروط تطبيقها : مرقس ، ف ١٥٤ ص ٢٧٣ـ٢٧٦؛ ذنون الحقوق العينية الاصلية ، ف ٢١٦ وما بعدها •

(٢٧) راجع الفقرتين ٢٩٨ و٢٩٩ أعلاه •

بنوعه فلا تنتقل الملكية الا بالافراز » .

فقبل الافراز لا يكون المشترى الا صاحب حق شخصى قبل البائع فحسب .[٢٨] والافراز (individualisation) اجراء يقصد به عزل مقدار من الاشياء المثلية عن سائر الاشياء التي تكون معه نوعا واحدا بحيث يصير هذا المقدار معينا بالذات ، وذلك بأية وسيلة تؤدي الى تعيين المبيع بذاته . فقد يكون ذلك عن طريق العد أو الوزن أو الكيل أو القياس، أو بأي طريقة اخرى كوضع المقدار المبيع فى مكان خاص أو وضع اشارة خاصة أو اسم المشتري على هذا المقدار .

فاذا تم الافراز ترتب عليه انتقال الملكية من البائع الى المشتري ، ويتم هذا الانتقال من تاريخ الافراز وليس قبل ذلك بمعنى ان الافراز لا يكون له أى أثر رجعي . وتنقل الملكية من تاريخ الافراز ولو قبل التسليم ، وهى تنتقل من ذلك الوقت فيما بين المتعاقدين وفى مواجهة الغير على حد سواء .[٢٩]

حكم امتناع البائع عن الافراز :

٣٧٣ ـ واذا امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بفرز المبيع ، فحال بذلك

---

(٢٨) انظر : مازو ، ج ٣ ، ف ٩٠٣ ص ٧٣٥ .

(٢٩) يذهب بعض شراح القانون المدني العراقي الى أن انتقال الملكية بالافراز لا يسرى بالنسبة للغير ، بل يقتصر على الطرفين المتعاقدين. أما بالنسبة لغير المتعاقدين فان الملكية لا تنتقل الا بالتسليم (ذنون ، البيع ، ف ١٤٥ ؛ الصراف ، البيع والايجار ، ف ٣١٤) . والحق اننا لا نجد لهذا التمييز مبررا فى ضرورات التعامل أو سندا فى نصوص القانون . فاذا كان القانون يقرر عدم انتقال ملكية المنقول المعين بالنوع الا بفرزه فلانه ما يزال غير متعين . أما بعد فرزه فانه يصبح معينا بذاته ، شأنه فى ذلك شأن المنقول المعين بالذات أصلا، فيعامل معاملته ، وبالتالي تنتقل ملكيته الى المشتري بتمام الافراز بالنسبة لجميع الناس دون اشتراط أي اجراء آخر .

دون انتقال الملكية الى المشتري ، كان لهذا الاخير أن يشتري من السوق شيئاً من النوع ذاته على نفقة البائع بعد استئذان المحكمة أو دون استئذانها فى حالة الاستعجال ، ولكن بعد اعذار البائع ليثبت عليه امتناعه ، كما ان له المطالبة بالتعويض فى الحالتين عما يكون قد لحقه من ضرر بنتيجة تأخر البائع فى تنفيذ التزامه (م ٢٤٨ ف ٢ مدني عراقي) •

نقل الملكية فى الاشياء المستقبلة :

٣٧٤ ـ والاشياء المستقبلة تلحق فى الحكم بالمنقول المعين بالنوع • فاذا كان المبيع شيئا مستقبلا لم يتم صنعه فلا تنتقل ملكيته الى المشتري بمجرد العقد لانه لا وجود له فى ذلك الوقت • كما انه لا يتملك المواد الداخلة فى صنعه لانها ليست المعقود عليه •(٣٠) فاذا وجد المبيع في المستقبل ، انتقلت ملكيته الى المشتري اعتباراً من هذا الوقت وليس قبل ذلك • فاذا اشترى شخص من آخر محصول التمور الذى ستنتجه بستانه في موسم معين ، فان ملكية هذا المحصول لا تنتقل الى المشتري من وقت الاتفاق بل من وقت النضج •

٣٧٥ ـ على انه فى الاشياء التى تصنع على مقتضى نموذج واحد من نفس النوع (Fabrication en série) ، فانه لا يكفي لتحديد ذاتية المبيع ، وبالتالي لانتقال ملكيته الى المشتري ، أن يتم الانتهاء من صنعه لانه لا يعتبر عند ذاك الا معينا بالنوع فقط • فيجب لانتقال ملكيته تعيينه بذاته بفرزه عن غيره • فلو تسلم صاحب مصنع للسيارات الف طلب من الف مشتر لشراء سيارة من نوع وطراز معينين ، وكان عليه لتلبية هذه الطلبات أن يقوم بصنع هذا العدد من السيارات ، فلا يكفي لانتقال ملكية كل سيارة من

---

(٣٠) انظر : سلطان والعدوي ، ف ٢٦٨ •

هذه السيارات أن يتم صنعها وتصبح جاهزة للتسليم ، بل ينبغي الى جانب ذلك من تعيين سيارة كل مشتر ، ويتم ذلك غالبا بتسليم السيارة الى المشتري أو الى وكيله .(٣١)

المبحث الثالث

نقل الملكية فى العقار

٣٧٦ـ علمنا مما تقدم كيف تنتقل ملكية المبيع الى المشتري اذا كان محل البيع منقولا ، وميزنا بصدد ذلك بين ما اذا كان المنقول معينا بالذات أو معينا بالنوع . أما الآن فننتقل الى دراسة كيفية انتقال الملكية الى المشتري اذا كان المبيع عقارا . وسنتبين انه ، لكي ينعقد البيع في القانون العراقي وتنتقل الملكية الى المشترى ، يجب تسجيل العقد في الدائرة المختصة . ولهذا أمكن أن يثور التساؤل عن حكم « عقد » البيع الذى يرد على عقار قبل تسجيله . وعلى هذا فاننا سنقسم الكلام فى نقل الملكية فى العقار الى ثلاثة مطالب : نتكلم فى المطلب الاول فى كيفية انتقال ملكية العقار ، ونبحث في المطلب الثانى فى حكم البيع قبل تسجيله فى الدائرة المختصة ، أما في المطلب الثالث فاننا سنبحث فى آثار البيع بعد تسجيله .

المطلب الاول

كيف تنتقل ملكية العقار الى المشتري

نصوص قانونية :

٣٧٧ ـ تقضي المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي بأنه : « بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي

---

(٣١) انظر : مازو ، ج٣ ، ف ٩٠٩ .

نص عليه القانون » • وتقضي الفقرة الثانية من المادة (١١٢٦) من نفس القانون بأنه : « والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانونا » • وتنص الفقرة الاولى من المادة (٣٣) من نظام الطابو رقم (٦٤) لسنة ١٩٥٩ على أنه : « يتم في دوائر الطابو حصراً عقود البيع والفراغ الواردة على العقارات المسجلة عدا ما نص على طريقة بيعه بقانون » • وتنص المادة (٣٤) من النظام ذاته على انه : « يتم عقد البيع والفراغ بصدور الايجاب والقبول من الطرفين بحضور الموظف المختص وبشهادة شاهدين أو أكثر يوقعون جميعا فى أدنى شرح الاعتراف الواجب تدوينه فى كل من الاوراق والسجل • واذا كان الاقرار بالعقد واقعاً خارج دائرة الطابو فيجرى التوقيع على أوراق المعاملة ويشار الى ذلك في السجل ثم يصدق السجل الموظف الذى وقع أمامه الاعتراف » •

٣٧٨ ـ فيتبين من مجموع هذه النصوص ان المشرع العراقي قد جعل من عقد البيع ، حين يرد على عقار ، عقداً شكليا لا ينعقد الا اذا سجل في دائرة الطابو • فعقد بيع العقار لا يكفي لانعقاده مجرد تراضي الطرفين المتعاقدين ، بل لابد الى جانب ذلك من استيفاء العقد للشكل الذى ينص عليه القانون • ومعنى هذا ان العقد اذا ورد على ملكية عقار وكان غير مسجل في دائرة الطابو فانه يعتبر باطلا لانعدام ركن من أركانه ، فيكون هو والعدم سواء •

فتسجيل عقد بيع العقار فى دائرة الطابو هو الذى يؤدي الى انعقاد البيع ،وكأثر لذلك ، تنتقل ملكية العقار الى المشتري ، وهي انما تنتقل ، بعد التسجيل ، بحكم القانون سواء فى مواجهة الغير أو فيما بين المتعاقدين• فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (١١٢٦) على أنه : « تنتقل الملكية بالعقد فى المنقول والعقار » • أما قبل التسجيل فلا وجود أصلا لعقد البيع ، وبالتالى فلا يمكن أن تنتقل الملكية الى المشترى قبل التسجيل •

مقارنة مذهب القانون العراقى بغيره من القوانين :

٣٧٩ ـ ويلاحظ على اشتراط المشرع العراقي التسجيل فى دائرة الطابو لانعقاد بيع العقار انه مسلك غير سليم • فلو استعرضنا التشريعات المختلفة مبتدئين بالقانون الروماني والشريعة الاسلامية ومنتهين بالقانون المدني المصري الجديد وتشريعات الدول الاشتراكية لوجدنا بأن القانون المدني العراقي يختلف عنها جميعا •

٣٨٠ ـ فيختلف القانون العراقي عن القانون الروماني لان هذا القانون لم يفرق بين ما اذا كان محل البيع عقارا أو منقولا • وهو يختلف عن الشريعة الاسلامية لاننا لا نجد في كتب الفقه الاسلامي ما يشير الى أن الفقهاء المسلمين يشترطون لبيع العقار شروطا معينة • وهو يختلف عن القانونين الالمانى والسويسري لان بيع العقار فى هذين القانونين ينعقد صحيحا ويرتب فى ذمة المتعاقدين التزامات شخصية ، وذلك على الرغم من أن هذين القانونين قد ذهبا الى الشكلية ، فان هذه الشكلية تتصل بانتقال الملكية ولا شأن لها بانعقاد العقد • وهو يختلف عن القانون الفرنسى ، فبيع العقار في هذا القانون عقد رضائي يتم بمجرد تراضي المتبايعين• وهو يختلف عن القانون المدنى المصري لان بيع العقار فيه ما يزال رضائيا رغم صدور قانون تنظيم الشهر العقارى سنة ١٩٤٦ • فعقد البيع غير المسجل ينشىء التزاما في جانب البائع بنقل الملكية ، كما انه ينشىء جميع الالتزامات الاخرى فى جانب البائع وفى جانب المشترى • فالبيع غير المسجل لا يزال فى القانون المصري بيعا فينتج آثاره جميعها عدا نقل الملكية بالفعل(٣٢)• وأخيرا ، وليس آخراً ، فان القانون العراقي

---

(٣٢) راجع : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٢٧٢ وما بعدها ؛ مرقس، ف ١٦٧ •

يختلف عن تشريعات الدول الاشتراكية ، وفي مقدمتها قوانين الاتحاد السوفياتي ، التى أخذت بحكم القانون السويسري فيما يتصل بالتصرفات الواقعة على العقارات التى تجيز هذه القوانين تملّك الافراد لها .(٣٣)

الحكمة من اشتراط التسجيل :

٣٨١ ـ على أن نظام التسجيل العقارى هو من أهم النظم الضرورية لحماية الاغيار ولضمان الثقة في المعاملات العقارية واستقرارها ، اذ عن طريق هذا النظام يتم اعلان التصرفات التي ترد على العقارات فيتيسر لكل ذي مصلحة العلم بالملكية أو بأي حق عيني آخر وبما قد يرد عليها وبالاشخاص الذين تثبت لهم . فاعلان الحقوق العينية يكون باثبات التصرفات القانونية التي هي مصدر لها فى سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع على ما جاء فيها من بيانات ، فلا يخدع أحد اذا اشترى أو ارتهن عقارا ، فهو يعلم انه انما يتعامل مع شخص يملك العقار بخلاف ما لو كان يجهل حقيقة الامر فيتعامل مع شخص على أنه مالك لما يبيع فى حين انه كان قد تصرف فيه الى غيره فيتعرض لضياع الثمن الذى دفعه أو المال الذى أقرضه فى رجوعه على البائع أو المدين الراهن الذى يكون فى أغلب الأحيان شخصا معسرا .(٣٤)

٣٨٢ ـ وقد نظم اعلان التصرفات العقارية بادىء الامر فى العراق بنظام الطابو رقم (٢٦) لسنة ١٩٤٣ ، ثم بنظام الطابو رقم (٦٤) لسنة ١٩٥٩ . ويأخذ النظام العراقي بما يدعى بنظام السجلات العقارية (Livres fonciers) .وقوام هذا النظام هو موقع الاعيان لا أسماء الاشخاص.

---

(٣٣) راجع فى تفصيل ما تقدم : الصراف ، البيع والايجار ، الفقرات ٣٢٢ ـ ٣٣٣ .

(٣٤) انظر : سلطان والعدوي ، ف ٢٧٠ .

فلكل عقار صفحة تسجل عليها جميع التصرفات ، بحيث تسهل معرفة مالك العقار الحالي والحقوق العينية التي تثقله بمجرد الاطلاع على الصفحة المخصصة للعقار • وهذا على خلاف النظام المعمول به في مصر ، فهو نظام شخصي يقوم على أسماء الاشخاص لا على مواقع الاعيان (نظام الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦) • والنظام الشخصي ، بالرغم من انه يسود العالم اللاتيني كفرنسا وبلجيكا وايطاليا ، فانه نظام منتقد لما فيه من مساوىء وعيوب •(٣٥)

٣٨٣ ـ ولا يقدح قولنا بأهمية نظام التسجيل العقاري بصحة الانتقاد الذي يوجه لمذهب القانون العراقي على ما سبق بيانه • فضرورة التسجيل العقاري هي لاعلان التصرفات الواقعة على العقارات حماية للغير وضمانا للاستقرار والثقة فى المعاملات • أما اشتراط التسجيل كركن من أركان انعقاد البيع الذى لا ينعقد بدونه فمسألة اخرى •

المطلب الثاني

حكم بيع العقار قبل التسجيل

التعويض :

٣٨٤ ـ وجدنا ان بيع العقار ، طبقا لاحكام القانون المدني العراقي ، لا يعتبر منعقدا قبل تسجيله فى دائرة الطابو • فهو باطل ولا يرتب من أثر سوى أنه يلقي على عاتق الناكل الالتزام بدفع التعويض للطرف الآخر • فقد نصت المادة (١١٢٧) على انه : « التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالزام بالتعويض اذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض فى التعهد أم لم يشترط » •

---

(٣٥) انظر : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٢٥٠ •

فاذا نكل المدين عن تنفيذ التزامه ، وكان المتعاقدان قد اتفقا في هذا التعهد على مقدار التعويض ، جاز للقاضى الحكم بهذا المقدار ، كما يجوز له تخفيضه اذا ثبت ان التقدير كان فادحا أو عدم الحكم به أصلا اذا تبين له ان الدائن لم يصبه أى ضرر ، وكل هذا تطبيقا لاحكام القواعد المقررة في التعويضات الاتفاقية (الشرط الجزائي) (م ١٧٠ مدني) • واذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار التعويض ، فانه يجوز للقاضى أن يقوم بتقديره لتعويض الضرر الذى أصاب الدائن من جراء اخلال المدين بتنفيذ التزامه (م ١٦٩ مدني) •

٣٨٥ ـ وقد قام الخلاف بين شراح القانون المدني العراقي فيما يتعلق بالاساس القانوني للتعويض في مثل هذه الاحوال •(٣٦) ولكن الراجح ، على ما نعتقد ، هو أن التعويض عن الاخلال بالتعهد المنصوص عليه فى

---

(٣٦) فيذهب البعض الى القول بأن أساس التعويض فى هذه الحالة هو العمل الضار ، وبعبارة اخرى ، ان مسؤلية من تعهد بنقل ملكية عقارية اذا نكل عن التسجيل هى مسؤلية تقصيرية لا تعاقدية ، ولهذا قررت المادة ١١٢٧ ان التعويض لازم سواء اشترط فى التعهد أم لم يشترط (ذنون ، البيع ، ف ١٤٨) • (انظر فى الرد على هذا الرأي : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ١ ص ٤٣٨ ـ ٤٣٩ ؛ وبصورة خاصة : الصراف ، البيع والايجار ، الفقرات ٣٣٦ـ٣٤٣) • ويذهب آخرون نفس المذهب ويتفقون مع الرأى الاول فى النتيجة أى فى اعتبار أساس التعويض المسؤلية التقصيرية لا العقدية « لان العقد غير المسجل يعتبر باطلا بطلانا مطلقا فلا يفيد الحكم ولا ينشىء التزامات على كل من الطرفين • وبما ان الشرط الجزائي الوارد فى ذلك العقد ما هو الا التزام تبعي ، فيجب أن يبطل تبعا لبطلان العقد » • (الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد ، جـ١ ، ف ١٩١ و ١٩٢ • على أن الاستاذ صاحب الرأي يرى بأن المشرع بنصه على المادة ١١٢٧ يريد اقرار الشرط الجزائى فى هذه العقود ، مع دفع الشك فى امكان العمل به حسب قواعد المسؤولية العقدية) • (انظر فى الرد على هذا الرأي : الصراف ، المرجع المشار اليه ، ف ٣٤٣ ـ ٣٤٤) •

المادة (١١٢٧) من القانون المدني ينشأ عن مسؤلية عقدية لا عن مسؤلية تقصيرية ، لان مصدره هذا التعهد الملزم وهو عقد غير مسمى وليس بعقد بيع ، ولكنه عقد ملزم اذا أخل المدين بما يرتبه هذا العقد فى ذمته من التزامات التزم بتعويض المتعاقد الآخر • وهذا الرأي هو الذي أخذت به محكمة تمييز العراق في أحدث أحكامها •(٣٧)

ويذهب رأي ثالث الى أنه من الخطأ القول بأن عقد بيع العقار غير المسجل فى دائرة الطابو هو عقد منعدم الآثار تماما • فليس هناك ما يمنع أن ينتج هذا العقد الباطل بعض الآثار الشخصية فيما بين المتعاقدين ، لا بوصفه واقعة قانونية ، وانما لانه عقد صحيح لا من ناحية كونه عقد بيع عقار ، وانما من حيث انه عقد غير مسمى مقتضاه القيام بعمل ، اذ ان عقد العقار الباطل هذا يمكن أن يتحول الى عقد صحيح آخر طبقا للمادة (١٤٠) مدني عراقي ، فيصح فى هذه الحالة الشرط الجزائى الذى يتفق بموجبه الطرفان (الصراف ، نفس المرجع ، ف٣٢٩)• وانظر فى الرد على ذلك : الاستاذ السنهوري فى الوسيط ، جـ٤ ، هامش ١ ص ٤٣٨ـ ٤٣٩ ، حيث يقول بأن هذا الرأي غير سليم ، اذ لسنا فى حاجة الى التحول ، فالعقد ينشأ منذ البداية عقدا غير مسمى صحيحا ملزما ،وليس عقد بيع باطل يتحول بعد ذلك الى عقد غير مسمى • (قارن : العامري ، ص ١١٧)•

(٣٧) فقد جاء فى قرارها المرقم ٢٢٣٧/حقوقية/١٩٦٥ الصادر فى ٢١ـ٦ـ١٩٦٥ : « بيع العقار فى القانون المدنى العراقى عقد شكلي لا يتم الا بالتسجيل فى دائرة الطابو ، ومن ثم لا تنتقل الملكية الا من وقت التسجيل وان التعهد المنصوص عليه فى المادة (١١٢٧) من القانون المدني هو عقد غير مسمى وليس عقد بيع ، ولكنه عقد ملزم للطرفين اذا أخل أحد المتعاقدين به التزام بالتعويض وهذا التعويض ينشأ عن مسؤلية عقدية •• » • وجاء فى قرارها المرقم ٩٨٧/١٩٦٨ والصادر فى ١٥ـ١٢ـ١٩٦٨ انه « ••• وان كان عقد بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل بدائرة الطابو (م ٥٠٨ مدني) الا ان التعهد السابق على البيع المنصوص عليه فى المادة ١١٢٧ من القانون المدني هو عقد غير مسمى وليس عقد بيع ، ولكنه عقد ملزم للطرفين اذا أخل أحد المتعاقدين به التزم بالتعويض الاتفاقي وهو التزام ينشأ عن مسؤلية عقدية ، ولهذا فلا محل للقول ان العقد موضوع الدعوى باطل وان كل ما يبنى على العقد الباطل باطل أيضا••» «انظر : مجلة العلوم القانونية ، العدد الاول ١٩٦٩ ، ص ١٨٢) •

التنفيذ العيني :

٣٨٦ ـ واذا أخل أحد الطرفين المتعاقدين بتنفيذ التزامه الذى ينشئه في ذمته التعهد المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) من القانون المدنى ، فهل يجوز تنفيذ هذا التعهد تنفيذا عينيا ، وبالتالي هل يجوز للمشتري أن يلتجىء الى طلب التنفيذ العيني القهري ؟

ان من المتفق عليه بين شراح القانون المدني العراقي انه لا يجوز للمشتري الزام خصمه بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينيا، فهو لا يستطيع ارغام البائع على الذهاب معه الى دائرة الطابو لتسجيل العقد ، وانما يقتصر حقه على المطالبة بالتعويض ، كما تصرح بذلك المادة (١١٢٧) من القانون المدني .[٣٨]

٣٨٧ ـ وفي هذا الحكم الذى يأخذ به القانون العراقي ، وهو حكم منتقد ولا شك ، خروج على القواعد العامة في التنفيذ العيني . فقد كان منطق هذه القواعد يقضي باجبار البائع على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا كلما كان ذلك ممكنا ولم يكن في هذا التنفيذ العيني ارهاق للمدين (م ٢٤٦ مدني) . ومن الواضح انه ليس فى التنفيذ العيني لالتزام المتعهد بنقل ملكية عقار أي ارهاق بالنسبة له وليس فيه مساس بشخصه أو بحريته . ولذلك وجدنا ان القانون المدني المصري قد أجاز للمشتري أن يرفع على البائع الناكل عن تنفيذ التزامه بالذهاب الى دائرة الشهر العقارى لاجراء التسجيل دعويين هما : دعوى صحة التعاقد[٣٩] ودعوى صحة

---

(٣٨) الناهي ، الوجيز فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ٣٠٩ ؛ ذنون ، البيع ، ف ١٤٨ ، وانظر : العامري ، ص ١١٧ .

(٣٩) كما لو كان عقد البيع قد تم مشافهة وامتنع عن تحرير العقد أو كان عقد البيع قد كتب على ورقة عادية وليس على احدى النماذج المطبوعة والمخصصة لذلك ، أو تخلف البائع عن الذهاب الى مكتب الشهر العقارى للتصديق على امضائه ، فدعوى صحة التعاقد تهدف الى الحصول على حكم بانعقاد وصحة ونفاذ عقد البيع .

التوقيع .[٤٠] فاذا ما صدر الحكم وسجله المشتري في دائرة الشهر العقاري انتقلت ملكية العقار اليه بمجرد تسجيل الحكم ، وهو لا يحتاج فى تسجيله الى تدخل البائع .[٤١]

٣٨٨ ـ يخلص مما تقدم انه ليس في وسع مشتري العقار ، طبقا لاحكام القانون العراقى ، الحصول على ملكية هذا العقار دون تدخل البائع، فليس فى نصوص القانون المدني ما يسعفه في ذلك .[٤٢] وهذا بخلاف ما هو عليه الحال في القوانين الاخرى التي سبقت الاشارة اليها كالقانون المدني المصري الجديد أو القانونين الالماني والسويسري وكلاهما يأخذان بنظام السجل العقاري . ولذلك فقد كان يجدر بالمشرع العراقي أن يجعل من التعهد المنصوص عليه في المادة (١١٢٧) مدني تعهدا ملزما بنقل الملكية عينا وان لا يقصر أثر هذا التعهد على التزام من أخل به بالتعويض .[٤٣]

المطلب الثالث

حكم بيع العقار بعد التسجيل

٣٨٩ ـ اذا تم تسجيل بيع العقار فى دائرة الطابو ، انعقد البيع وانتقلت ملكية العقار الى المشتري من تاريخ التسجيل وليس قبل ذلك ، بمعنى انه ليس للتسجيل أثر رجعي فنصوص القانون المدني العراقي تقرر

---

(٤٠) اذا كان عقد البيع مثبتا فى ورقة عرفية وامتنع البائع عن التصديق على توقيعه أمام الموظف المختص كان للمشتري أن يرفع عليه دعوى صحة التوقيع .

(٤١) راجع فى تفصيل ذلك : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٢٧٤ و ٢٧٥ ؛ مرقس ، ف ١٧٦ وما بعدها ؛ سلطان والعدوي ، ف ٢٨٥ وما بعدها .

(٤٢) راجع : الصراف ، البيع والايجار ، ف ٣٦٠ .

(٤٣) انظر : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ١ ص ٤٣٨ ـ ٤٣٩ ←

بوضوح أن ليس للعقد قبل تسجيله من وجود .

التسجيل والطعن بصورية العقد :

٣٩٠ ـ واذا سجل عقد البيع فى دائرة الطابو ، فهل يجوز بعد ذلك الطعن به بطريق الصورية ؟

كنا قد المحنا سابقا الى أن المادة **(١٤٩)** من القانون المدني العراقي قد أجابت على هذا السؤال بقولها : « لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها فى دائرة الطابو » . فيترتب على ذلك انه يمتنع على البائع أن يطعن بصورية الثمن لكي يتوصل الى ابطال العقد المسجل في دائرة الطابو . ولكن هل أن حكم المادة **(١٤٩)** عام مطلق بحيث يعتبر العقد المسجل هو العقد الحقيقي بالنسبة للمتعاقدين ولغير المتعاقدين فلا يسمع الطعن بالصورية مطلقاً ، أم ان المنع الذى تقرره هذه المادة قاصر على المتعاقدين فلا يسري على الغير ؟

٣٩١ ـ بالنظر الى اطلاق نص المادة **(١٤٩)** فقد تنازع الرأي وجهتا نظر متعارضتين : تقول الاولى بسريان المنع إلى المتعاقدين وغير المتعاقدين[٤٤] ، وتذهب الثانية الى قصر المنع على المتعاقدين دون سواهما .[٤٥]

٣٩٢ ـ فأصحاب الرأي الاول ذهبوا الى شمول حكم المادة **(١٤٩)** للمتعاقدين ولغير المتعاقدين مستفيدين من اطلاق النص ومن حجة مفادها انه اذا اتيح لغير المتعاقدين الطعن بالصورية ، فان هذا الطعن لا يقيّد بحكم

---

(٤٤) استاذنا المرحوم السيد منير القاضى فى « ملتقى البحرين » ، ص ٢٤٦ ؛ والصراف ، البيع والايجار ، ف ٣٦٧ .

(٤٥) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، المرجع المشار اليه ، جـ١ ، ص ١٥٢ و جـ٢ ص ١٨٨٨ ؛ والعامري ، ص ١١٣ ، ١١٤ .

القواعد العامة فى الاثبات بطريقة من الطرق ، وانما يجوز للغير أن يطعن بالصورية بكافة طرق الاثبات نظرا لان العقد لا يعتبر فى حقهم سوى واقعة مادية • فاذا ابيح لهم هذا الطعن وعلى هذه الصورة استطاع الشفيع ، وهو من الغير ، أن يأخذ العقار بالشفعة ولا يدفع غير الثمن الذى يقول به هو نفسه متى ما أشهد على قوله شاهدين وحسب • ولعل من الواضح ان فى هذا من الخطر بحيث لا يمكن القول به على الاطلاق • وفي الاحوال الاخرى ، غير حالة الادعاء بالشفعة ، قد يؤدى اعطاء الحق للاغيار كدائني البائع فى ابطال العقد الى الحاق الضرر بالمشتري •(٤٦)

فينبني على الاخذ بهذا الرأي اذن ان الشفيع لا يستطيع أن يطعن بصورية الثمن لكي يصل بذلك الى أن يدفع ـ للشفعة ـ الثمن الحقيقي ، وانما يجبر على دفع الثمن المسمى فى العقد كما هو مسجل فى دائرة الطابو •

٣٩٣ ـ أما أنصار الرأي الثاني فانهم يذهبون الى القول بأن من العدل أن يعطى غير المتعاقدين مكنة الطعن في التصرف بالصورية لكي يمنع المتعاقدان من العبث بحقوق غيرهما • والقول بخلاف ذلك يؤدى أما الى منع الشفيع من استعمال حقه ، وأما اجباره ، في حالة استعماله لهذا الحق، على أخذ العقار بالثمن المسمى وهو ثمن صوري قد يكون مرتفعا جدا •(٤٧) هذا بالاضافة الى ان المادة (١١٢٨) من القانون المدني العراقي تقرر بوضوح أن الثمن الذى يجب أن يدفعه الشفيع هو ذلك الثمن الذى دفعه المشترى ، كما ان المادة (١١٤٠) مدني صريحة كذلك في أنه على الشفيع ، عند رفعه الدعوى بالشفعة ، ان يودع صندوق المحكمة التي يوجد

---

(٤٦) انظر : الصراف ، البيع والايجار ، ف ٣٦٧ ص ١٥٩ ـ ١٦٠ •
(٤٧) حيدر ، الوسيط ، جـ١ ، ص ١٥٢ ، و جـ٢ ، ص ١٨٨٨ •

المشفوع في دائرتها مبلغاً يساوي نصف الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع .[٤٨] ونحن نميل الى ترجيح الرأي الثاني لما في حجج أنصاره من وجاهة ، خاصة وان نص المادة (١٤٩) هواستثناء من أحكام العقود الصورية ودعوى صورية العقد .

التزام البائع بالاعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية :

٣٩٤ ـ تقضي المادة (٥٣٥) من القانون المدني العراقي بأنه : «يلتزم البائع بما هو ضروري لنقل ملكية المبيع الى المشتري وان يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيلا أو عسيراً » .

وذلك انه ، اذا كان القانون نفسه قد تكفل بنقل الملكية من البائع الى المشتري اذا توافرت شروط معينة ، فان البائع يلتزم بالقيام بأعمال يكون من شأنها التمهيد لنقل الملكية أو بالامتناع عن اتيان أعمال تحول دون انتقال الملكية الى المشتري .

٣٩٥ ـ فمن جهة ، يلتزم البائع بأعمال ايجابية تتمثل بنشاط مادي يكون من شأنه أن يمهد لنقل الملكية كالقيام بفرز المبيع اذا كان من الاشياء المعينة بالنوع ، أو القيام بالاجراءات الكفيلة بجعل حوالة الحق الشخصي المبيع سارية في حق المدين وفي مواجهة الغير ؛ أو ، اذا كان المبيع عقاراً ، تقديم المستندات اللازمة للتسجيل كالمستندات التى تثبت ملكيته للمبيع وشهادة دائرة الضريبة وكذلك الحضور الى الدائرة المختصة لتمكين الموظف المختص من التصديق على توقيعه ، كما يلتزم بشطب كل تكليف كان مقررا على العقار قبل البيع اذا كان هذا العقار قد بيع خاليا من كل تكليف .

---

(٤٨) العامري ، ص ١١٣ .

٣٩٦ ـ ومن جهة اخرى ، فان البائع يلتزم بالتزامات سلبية تتمثل بالامتناع عن القيام بأي عمل من شأنه أن يحول دون انتقال الملكية الى المشتري • فيمتنع مثلا عن بيع المنقول المبيع الى مشتر آخر حسن النية ويسلمه اليه ، كما يمتنع عن تسجيل عقد بيع العقار لمصلحة الغير • ومثل ذلك الامتناع عن القيام بكل ما من شأنه أن يلحق بالعين المبيعة تلفا أو تخريباً •(٤٩)

الفرع الثاني

التزام البائع بتسليم المبيع

L'OBLIGATION DE DELIVERANCE

أهمية التسليم :

٣٩٧ ـ لا يبغي المشتري من شرائه مجرد ان يوصف بأنه مالك للشيء الذى اشتراه ، بل هو يبغي من وراء ذلك الاستفادة منه وتحقيق المنافع التي قصد اليها من شرائه ، وهذا ما لا يتحقق غالبا بمجرد انتقال ملكية المبيع الى المشتري بل عن طريق حيازته له • صحيح ان المشتري يستطيع ، كقاعدة عامة ، أن يتصرف بالمبيع بمجرد انتقال ملكيته اليه ولو قبل القبض فى بعض الاحوال (م ٥٣٢ مدنى عراقى) ، ولكن الغالب هو ان غرض المشتري من الشراء لا يتحقق عملا الا عن طريق التسليم ، ذلك ان التسليم هو الذى يهيء للمشتري الانتفاع الفعلي بالمبيع •

٣٩٨ ـ وقد كان للتسليم في القوانين القديمة كالقانون الروماني والقانون الفرنسي القديم أهمية كبيرة ، اذ كانت الملكية تنتقل بالتسليم

---

(٤٩) راجع : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٢٣٥ ؛ الصراف ، البيع والايجار ، الفقرتين ٢٩٧ و ٢٩٨ •

لا بالعقد • كما ان الفقهاء المسلمين أولوا التزام البائع بالتسليم عناية خاصة ، ووردت في مجلة الاحكام العدلية نصوص مسهبة تتعلق بهذه المسألة •(٥٠)

٣٩٩ ـ واذا كان الحال خلاف ذلك في التشريعات الحديثة ، اذ لم يعد للتسليم تلك الاهمية حيث أصبح مجرد أثر من الآثار التى تترتب على عقد البيع دون أن يكون لازما لانتقال ملكية المبيع الى المشتري ، فان هـذا لا ينفي ما للتسليم من آثار خطيرة على عقد البيع بصورة خاصة •(٥١)

فقـد سـبق ان أشـرنـا(٥٢) الى أن المنقـول المعـين بالذات الذى يتصرف به مالكه لشخصين على التعاقب قد تنتقل ملكيته الى المشتري الثانى اذا كان قد تسلمه فعـلا من البائع حيث ان هـذا المشتري الثاني يستطيع ، اذا كان حسن النية الاحتجاج بقاعدة « الحيازة في المنقول سند الملكية » • وهكذا تبدو أهمية التسليم : فلو كان المشتري الاول قد تسلم الشيء الذي اشتراه من بائعه لاطمأن الى أن ملكيته قد استقرت له ولم يعد في الامكان ثبوت حق للغير عليه عن طريق التمسك بقاعدة الحيازة • وقد سبقت الاشارة كذلك(٥٣) الى ان المشرع قد نص فى المادة (٥٣١) على ان الملـكية في الاشيـاء المعينـة بالنوع ، أي الاشياء المثليـة ، لا تنتقـل الا بالافراز ، وفي هـذه الحالة يختلط انتقـال ملكية المبيع بتسليمه لان الفرز

---

(٥٠) راجع المواد ٢٦٢ ـ ٢٩٧ من المجلة •

(٥١) لا يقتصر الالتزام بالتسليم على عقد البيع ، بل يوجد فى سائر العقود الناقلة للملكية كالمقايضة ، كما يوجد فى العقود الواردة على منافـع الاعيان كالايجار فيسري على الالتزام بتسليم المأجور ما يسرى على الالتزام بتسليم المبيع من أحكام وعلى الاخص ما يتعلق منها بزمـان التسليم ومكانه وتحديد ملحقات المأجور ، كل هذا ما لم يوجد نص بخلاف ذلك • (انظر المادة ٧٤٨ مدني عراقي) •

(٥٢) راجع الفقرتين ٣٦٨ و ٣٦٩ أعلاه •

(٥٣) راجع الفقرة ٢٧٢ أعلاه •

يتم عادة عند التسليم .[٥٤] كما ان المشتري يلتزم بفوائد الثمن القانونية اذا كان قد تسلم المبيع وكان هذا منتجا لثمار أو ايرادات اخرى طبقا للفقرة الاولى من المادة (٥٧٢) من القانون المدني العراقي على النحو الذى سنراه عند الكلام فى التزام المشتري بدفع الثمن .

٤٠٠ ـ والالتزام بالتسليم هو من مقتضيات عقد البيع يلتزم به البائع بمجرد انعقاد البيع دونما حاجة للنص عليه في العقد ، وهو يلتزم به سواء أكان المبيع عقارا أم منقولا .[٥٥]

٤٠١ ـ وقد عالج المشرع العراقي أحكام التسليم بشيء من الاسهاب في المواد (٥٣٦ ـ ٥٤٨) من القانون المدني . وسنتناول بالبحث أهم المسائل المتعلقة بالتزام البائع بالتسليم وهي : (١) طرق التسليم (٢) نطاق الالتزام بالتسليم (٣) حكم نقص المبيع أو زيادته (٤) زمان التسليم ومكانه ومصاريفه (٥) جزاء اخلال البائع بالتزامه بالتسليم (٦) التسليم وتبعة الهلاك ؛ ونخصص لكل من هذه المسائل مبحثا مستقلا .

المبحث الاول

طرق التسليم

٤٠٢ ـ قضت المادة (٥٣٨) من القانون المدني العراقي في فقرتها الاولى بانه : « تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشترى على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل » . وتنص المادة (٤٣٥ ف١) من القانون المدني المصري على انه : « يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء

---

(٥٤) انظر : مازو ، جـ٣ ، الفقرتين ٨٤٤ و ٩٠٣ ؛ سلطان والعدوي ، ف ٢٨٣ .

(٥٥) انظر : مرقس وامام ، ف ١٨١ ص ٣٠٤ .

ماديا ما دام البائع قد أعلمه بذلك • ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشىء المبيع » •

فيفهم من ذلك ان التسليم قد يكون تسليما ماديا أو معنويا ، أو كما يعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم ان التسليم قد يكون حقيقيا أو حكميا •

أولا ـ التسليم المادي :

٤٠٣ ـ فالتسليم المادى أو الحقيقي هو التسليم الذى يصحبه مظهر خارجي هو نقل حيازة المبيع ماديا من تحت يد البائع الى يد المشتري • فالتسليم بهذا المعنى هو اقباض البائع الشىء المبيع الى المشتري فعلا ، ولهذا فهو يستلزم عملا ايجابيا من جانب المشتري هو استيلاؤه ماديا على المبيع •

٤٠٤ ـ وهناك الى جانب التسليم المادي بالمعنى المتقدم ما يدعى أحيانا « بالتسليم القانوني »(٥٦) وهو الذي يتم بوضع البائع للشىء المبيع تحت تصرف المشتري واعلامه بذلك ولو لم يعقبه تسلم من جانبه • فما دام المشترى قادرا على وضع يده على المبيع والانتفاع به دون حائل فانه يعتبر متسلما له ولو لم يضع يده عليه •(٥٧) وعلة ذلك هو ان التسليم المادى يستلزم عملا ايجابيا من جانب المشتري ، كما قلنا ، فاذا امتنع هذا الاخير تعطلت عملية التسليم • ولهذا ، فقد احترز القانون من وضع البائع تحت

---

(٥٦) يجمع الاستاذ السنهوري بين صورة التسليم المادي بالمعنى المشار اليه وبين هذا التسليم القانوني تحت عنوان « التسليم الفعلي » ، فهو يؤثر الاحتفاظ بعبارة التسليم الفعلي لكل تسليم مادي أعقبه تسلم من جانب المشتري أو لم يعقبه (راجع : الوسيط ، جـ٤ ، هامش ٣ ص ٥٨٧) •

(٥٧) قارن نص ٤٣٥ ف١ مدني مصري •

رحمة المشترى فاعتبره موفيا لالتزامه بالتسليم فى أحوال كهذه .[٥٨]
ويعتبر من قبيل التسليم القانوني في هذا المعنى اعذار البائع والمشتري ليتسلم المبيع حيث يكون هذا الاعذار بمثابة وضع المبيع تحت تصرف المشترى وما يترتب على ذلك من نتائج كما سيأتي بيان ذلك .[٥٩]

٤٠٥ ـ والتسليم يختلف باختلاف المبيع ، ولهذا السبب لم يذكر القانون المدني العراقي طرقا خاصة للتسليم وذلك بخلاف مجلة الاحكام العدلية التي أوردت الكثير من النصوص لبيان طريقة تسليم بعض الاشياء .[٦٠] أما القانون المدني المصري فقد رأينا ان الفقرة الاولى من المادة (٤٣٥) منه تقرر بأنه : « ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المبيع » . ومع ان القانون العراقي لم يرد فيه نص مماثل ، فانه ليس هناك من شك في امكان الاخذ بالقاعدة الواردة فى النص المصرى ، فهي قاعدة عامة لا يختص بها قانون دون آخر . وعلى هذا فان التسليم يتم وفقا للطريقة التي تتناسب مع طبيعة المبيع تبعا لما اذا كان عقارا أو منقولا أو مجرد حق من الحقوق المعنوية ، كما ان طريقة التسليم قد تختلف تبعا لظروف الاحوال .

٤٠٦ ـ فاذا كان المبيع عقارا فان تسليمه يكون بالتخلي عن حيازته الى المشتري . فاذا كان العقار المبيع من المباني فعلى البائع أن يخليه وان ينقل ما فيه من متاع ، واذا كان أرضا زراعية فيجب عليه أن يأخذ ما له فيها من آلات ومواشى ونحو ذلك مما لا يدخل فى البيع ، كما يجب عليه الامتناع عن زراعتها والكف عن جني محصولها .

---

(٥٨) انظر : الصراف ، ف ٣٧٤ .
(٥٩) انظر : مرقس ، ف ١٨٥ ص ٣٥٢ .
(٦٠) راجع المواد ٢٦٥ ـ ٢٧٧ من المجلة .

وتخليه العقار وان كانت كافية فى بعض الحالات لتمام تسليمه ، الا انه قد يقتضى الامر ، في أحوال اخرى ، لكي يتمكن المشتري من الاستيلاء على العقار المبيع أن يقوم البائع بعمل آخر كتسليم مفاتيح البناء أو الارض المسوّرة أو عقود الايجار الواقعة على العقار حتى يتمكن المشتري من التعامل مع المستأجرين أو تسليم المستندات التى تثبت ملكية البائع للعقار المبيع وقت البيع لان هذه المستندات تكون ضرورية للمشتري اذا أراد التصرف في العقار الذى اشتراه فيما بعد .

٤٠٧ ـ أما اذا كان المبيع منقولا فيتم تسليمه عادة بمناولته اليدوية للمشتري اذا كان المبيع مما يسهل حمله . ولكن قد يتم التسليم بنقل المبيع من مكانه ووضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتيسر له وضع يده عليه والانتفاع به دون مانع ، كما لو كان المبيع آلة بخارية ، وقد يكون بتسليم مفاتيح المخزن أو الصندون أو أي محل آخر يوجد فيه الشىء المبيع (٦١) ، وقد يكون بتسليم سندات شحنه أو خزنه . كما قد يحصل التسليم بمجرد التخلية كأن يكون المبيع محصولات لا تزال قائمة في الارض أو ثمارا على أشجارها فيخلي البائع بينها وبين المشتري مع الاذن له بقبضها . واذن البائع للمشتري بقبض المبيع أما أن يكون صريحا أو ضمنيا . والاذن الصريح كأن يقول البائع للمشتري « خذه » أو ما في معنى ذلك . أما الاذن الضمني فيتحقق بعدم معارضة البائع عندما يشاهد أخذ المشتري للمبيع .(٦٢) وفي

---

(٦١) وقد نصت المادة ١٦٠٦ من القانون المدنى الفرنسي على انه : « يتم تسليم الاشياء المنقولة أما بمناولتها الفعلية وأما بتسليم مفاتيح المخازن التى تحتوي عليها وأما بمجرد تراضي الطرفين اذا لم يكن نقلها ممكنا حين التعاقد أو اذا كانت فى حيازة المشتري قبل ذلك بسبب آخر » .

(٦٢) انظر : القاضى ، شرح المجلة ، جـ١ ، ص ٢٥٠ ـ ٢٥١ .

هذا المعنى تقول الفقرة الثانية من المادة (٥٣٨) من القانون المدني العراقي : « واذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت يعتبر ذلك اذنا من البائع له في القبض » .(٦٣)

٤٠٨ ـ وأما اذا لم يكن المبيع من الاشياء المادية بل كان حقا مجردا ، فالقاعدة هى ان تسليمه يكون بتسليم سنده . فاذا كان الحق المبيع حقا عينيا كحق انتفاع أو ارتفاق فيتم تسليمه بتسليم سنده اذا كان له سند سابق . أو بالسماح للمشتري باستعماله مع تمكينه من ذلك بشرط أن لا يكون هناك حائل يحول دون الاستعمال .(٦٤) أما اذا كان المبيع حقا شخصيا كدين فيجب تسليم السندات التي تثبته ، مع مراعاة انه لابد من اتمام الاجراءات اللازمة لجعل حوالة الحق سارية في مواجهة المحال عليه . أما اذا لم يكن الحق المبيع ثابتا بسند ، كحق المؤلف مثلا ، فالتسليم فى هذه الحالة يكون بالتصريح للمشتري بالانتفاع بالحق دون وجود مانع من هذا الانتفاع .(٦٥)

٤٠٩ ـ هذا ويلاحظ بعض شراح القانون المدني الفرنسي(٦٦) بأن البائع يلتزم بتسليم الشىء المبيع كما هو متفق عليه بين الطرفين المتعاقدين ، وكنتيجة لذلك يجب تسليم المبيع بحالة يستطيع معها المشتري من الانتفاع به . ولهذا فان البائع يلتزم باعلام المشتري بكيفية استعمال المبيع . وتبدو أهمية هذا الالتزام بصورة خاصة في بيع الاشياء الخطرة التي

---

(٦٣) قارن المادة ٢٧٦ من مجلة الاحكام العدلية .

(٦٤) تنص المادة ١٦٠٧ من القانون المدنى الفرنسي على انه : « يتم تسليم الحقوق غير المادية أما بتسليم السندات وأما باستعمال المشترى لها برضا البائع » .

(٦٥) انظر : مرقس وامام ، ف ١٩٢ ص ٣٢٨ .

(٦٦) مازو ، ج٣ ، ف ٩٥٠ .

يحتاج استعمالها الى خبرة وعناية • فاذا أهمل البائع فى تزويد المشتري بالمعلومات اللازمة عن الاحتياطات الواجب اتخاذها منعا لوقوع الضرر كان مخلا بالتزامه بالتسليم ويسأل عن تعويض المشتري عن الضرر الذى قد يصيبه من جراء ذلك •

ثانيا ـ التسليم المعنوي :

٤١٠ ـ أما التسليم المعنوي أو الحكمي فهو الذى يتم بمجرد اتفاق الطرفين على اعتباره حاصلا ودون أن يكون له مظهر خارجي ينبيء عنه • فالذي يميز التسليم المعنوي عن التسليم المادي هو ان التسليم المعنوي يكون بتغيير صفة الحائز بالاتفاق بين المتعاقدين دون أن يتم نقل حيازة المبيع ماديا الى المشتري •

٤١١ ـ ومن صور التسليم المعنوي التي أشار اليها القانون المدني العراقي ما نص عليه فى المادة (٥٣٩) بقوله : «اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشتراها من المالك فلا حاجة الى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة » • وبناء على ذلك اذا كان المبيع فى حيازة المشتري لسبب آخر غير البيع ، كأن يكون غاصبا له أو مستأجرا أو مستعيرا أو مرتهنا له رهن حيازة أو غير ذلك(٥٧) ، ووقع

---

(٦٧) ويلاحظ ان ما قرره المشرع العراقى فى المادة ٥٣٩ يخالف ما هو فى الفقه الاسلامي • ذلك ان القبض عند الفقهاء المسلمين نوعان : قبض ضمان ، وهو المقبوض بالغصب أو بعقد فاسد ؛ وقبض أمانة ، وهو المقبوض على سبيل العارية أو الوديعة أو الرهن • فاذا كان المبيع تحت يد المشتري مغصوبا أومقبوضا بعقد فاسد ثم اشتراه قام القبض الاول مقام قبض الشراء • أما اذا كان المشترى قد قبض المبيع على انه رهن أو عارية أو وديعة أو ما يشبه ذلك فان القبض الاول لا يقوم مقام قبض الشراء ، بل لابد من تسليم جديد حتى يعتبر المشترى قابضا للجميع بهذا الشراء (انظر المادة ٣٤٥ من مرشد الحيران) •

البيع فان الامر لا يحتاج الى استيلاء مادي جديد لتمام التسليم ؟ بل ان التسليم يعتبر حاصلا بالاتفاق بين الطرفين على بقاء الشيء فى حيازة المشتري مع تغيير الصفة اذ يصبح حائزا له بصفته مالكا له لا كغاصب أو مستأجر أو مستعير أو مرتهن • فقد تغيرت نية المشتري في حيازة المبيع مع بقاء الحيازة المادية كما كانت •

ومن صور التسليم المعنوي كذلك ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٥٤٠) بقولها : « اذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه الى بائعه أو باعه منه أو وهبه اياه أو رهنه له أو تصرف له فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض اعتبر المشتري قابضا للمبيع » • فهذه الحالة تقع فى الفرض العكسى للحالة السابقة اذ قد يستبقي البائع المبيع بعد حصول البيع لا على أنه مالك له ، فقد خرج عن ملكه بالبيع ، بل بسبب قانوني آخر هو عقد الايجار أو عقد البيع الثاني[٦٨] أو عقد الهبة أو الرهن أو غير ذلك •

وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة (٥٤٠) الى صورة ثالثة من صور التسليم المعنوي بقولها : « واذا أجره[٦٩] قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض وقبضه العاقد قام هذا القبض مقام قبض المشتري » •[٧٠] فهذه الصورة تختلف

أما المادة ٥٣٩ من القانون المدنى العراقى فمن الواضح انها قد أغفلت الاخذ بهذه التفرقة وساوت بين نوعي القبض المشار اليهما • (راجع : ذنون ، ف ١٦٠ ؛ مرقس ، هامش ١ ، ص ٣٥٣ ـ ٣٥٤) •

(٦٨) فيصح أن يكون هذا العقد الجديد عقد بيع ثان اذ يبيع المشترى الشيء للبائع بعد أن اشتراه منه •

(٦٩) أي أجر المشتري الشيء المبيع لشخص آخر غير البائع •

(٧٠) ولم يشر القانون المدني المصري الجديد الى هذه الصورة الثالثة من صور التسليم المعنوي ومع ذلك فان الاستاذ السنهورى يذهب الى امكان الاخذ بهذه الصورة فى القانون المصرى لانها تتفق مع القواعد العامة (انظر : الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٠٨ ص ٥٩٤) •

عن صورتي التسليم المعنوي السابقتين في أن حيازة المبيع تنتقل فيها انتقالا ماديا ولكن الى شخص آخر غير المشتري يعتبر نائبا عنه فى تسلم المبيع • فالتسليم هنا تسليم مادى بالنسبة الى العقد الذى أبرمه هذا الشخص مع المشترى ، وهو بنفس الوقت تسليم معنوي بالنسبة الى عقد البيع ، ويقوم التسليم الاول مقام التسليم الثاني •(٧١)

المبحث الثاني

نطـاق الالتزام بالتسليم

٤١٢ ـ تقرر المادة (٥٣٧) من القانون المدني العراقى بأنه : « يدخل فى البيع من غير ذكر : أ ـ ما كان فى حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظرا الى الغرض من الشراء فاذا بيعت بقرة حلوب لاجل اللبن دخل تبيعها الرضيع • ب ـ توابع المبيع المتصلة المستقرة فاذا بيعت دار دخل البستان الواقع فى حدودها والطرق الخاصة الموصلة الى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي للدار ، واذا بيعت عرصة دخلت الاشجار المغروسة على سبيل الاستقرار • جـ ـ كل ما يجري العرف على انه من مشتملات المبيع » •

٤١٣ ـ وقد استمد المشرع العراقي هذا النص من نصوص المواد (٢٣٠) وما بعدها من مجلة الاحكام العدلية والمواد (٤٦٩) وما بعدها من مرشد الحيران ، ولهذا نجد ان المشرع العراقي قد سار على نفس الطريقة التي سار عليها الفقهاء المسلمون في ايراد الامثلة التوضيحية ضمن النصوص العامة ، الامر الذى لم يعد يتجاوب مع مقتضيات الصياغة الفنية فى

---

(٧١) انظر : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٠٨ ص ٥٩٤ •

التشريعات الحديثة .[٧٢] وقد كان الاولى بواضعي القانون المدني العراقي أن يأخذوا بتحديد عام مرن لملحقات المبيع كما فعل مشرع القانون المدني المصري الجديد فى المادة (٤٣٢) حيث ترك أمر تحديد ذلك الى ما تقضي به طبيعة الاشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين .[٧٣]

وسنبحث فيما يتعلق بنطاق التزام البائع بالتسليم فى ملحقات المبيع أولا ، وفي الحالة التى يجب أن يسلم عليها المبيع ثانيا .

أولا ـ ملحقات المبيع :

٤١٤ ـ ان المرجع الاول فى تحديد ملحقات المبيع هو اتفاق المتعاقدين . فاذا وقع الاتفاق بين شخصين على أن يبيع أحدهما للآخر سيارة عارية عن ملحقاتها مثلا ، فقد صح البيع واقتصر نطاق التزام البائع بالتسليم على السيارة دون الملحقات . فان لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين وجب استكمال نطاق عقد البيع طبقاً لما يفرضه العرف . فقد يعين العرف ، تبعا للجهات المختلفة ، فى تحديد ملحقات المبيع التى يجب أن يشملها التسليم . فقد جرى العرف مثلا على أن من يبيع جوادا أصيلا من نتاج فحل مشهور وجب عليه أن يسلم الاوراق التي تثبت صحة نسب هذا الجواد . أما اذا لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين أو عرف يمكن اتباعه فى تحديد ملحقات المبيع وجب عندئذ الاهتداء بما تقتضيه طبيعة الاشياء .

٤١٥ ـ ويمكن بصورة عامة تعريف ملحقات المبيع بأنها الاشياء التى بدونها لا يكمل انتفاع المشتري بالمبيع والتي تشمل كل ما أُعد بصفة دائمة

---

(٧٢) فى هذا المعنى : ذنون ، ف ١٦٥ ص ١٥١ ؛ الصراف ، ٣٨٦ ؛ العامرى ، ص ١٢٦ .

(٧٣) فقد نصت المادة ٤٣٢ مدنى مصري على انه : «يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما اعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الاشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين» .

لاستعمال المبيع كما تشمل جميع الدعاوى والحقوق المكملة له أو المرتبطة به .(٧٤) وايضاح ذلك يقتضى أن نورد بعض التطبيقات لما يعتبر من ملحقات المبيع فيدخل فى البيع دون حاجة للنص عليه ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

٤١٦ ـ فاذا كان المبيع عقارا فيعتبر من ملحقاته مفاتيحه ومستندات تمليكه وعقود التأمين التي عقدت لضمانه . ويعتبر كذلك من ملحقاته الدعاوى التي ترتبط به كدعوى ضمان المقاول والمهندس المعماري عن كل خلل أو تهدم يصيب البناء خلال خمس سنوات من تسليمه وذلك طبقا للمادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي . ويعتبر كذلك من ملحقات العقار حقوق الارتفاق المقررة له على عقار آخر والمنقولات المملوكة لمالك العقار نفسه والمخصصة لخدمة العقار أو لاستغلاله والتي يتناولها اصطلاح العقار بالتخصيص (م ٦٣ مدني عراقي) . كما يعتبر من ملحقات العقار جميع توابعه المتصلة المستقرة التي لا تقبل الانفكاك عنه بدون ضرر يصيبه (م ٥٣٧ ف ب) . ويترتب على هذا أن بيع المنزل يشمل الاشياء المثبتة فيه والملحقة به كالمغاسل المثبتة فى الجدران والتماثيل المثبتة على قواعد متصلة بالجدار والتأسيسات الكهربائية ، دون المصابيح والثريا المعلقة والمرايا أو أي منقولات اخرى يمكن فصلها دون تلف . ويشمل بيع المصنع آلاته وجميع مهماته اللازمة لتشغيله وكذلك المنازل والمطاعم والملاعب التى انشئت فيه للعمال . ويشمل بيع الفندق مفروشاته ، ويشمل بيع الاراضى الزراعية ما كان من توابعها من مواش وآلات ومخازن وما لم ينضج من المحصولات والثمار والاشجار المغروسة فيها على سبيل الاستقرار (م ٥٣٧ ف ب مدني)،

---

(٧٤) انظر : مازو ، جـ٣ ، ف ٩٤٠ ؛ مرقس وامام ، ف ١٩١ ؛ سلطان والعدوي ، ف ٢٩٧ .

ولكنه لا يشمل ما نضج من محصولات أو ثمرات ولا الشجيرات المزروعة في أوعية .

٤١٧ ـ أما في المنقولات ، فيشمل بيع البقرة الحلوب لاجل لبنها ولدها الرضيع (م ٥٣٧ ف أ مدني) ، وبيع الحيوان يشمل صوفه أو شعره ولو كان مهيأ للجز ، وبيع السيارة يشمل سند ملكيتها ورخصتها الادارية وأدواتها الاحتياطية ، وبيع شهادة الاختراع يشمل اطلاع المشتري على أسرار استعماله ، وبيع الاسهم والسندات تدخل فيه قسائم الارباح ، وبيع المؤلفات أو التماثيل أو اللوحات أو الرسوم الفنية أو أي عمل فني أو أدبي آخر يشمل الحق في طبعها أو نقل صور منها .(٧٥) ولكن الاشياء الثمينة التي قد توجد ضمن شيء من المنقولات لا تدخل في البيع باعتبارها من الملحقات . فاذا بيعت ساعة مصنوعة من الذهب فان سلسلتها الذهبية المطعمة بأحجار كريمة والتي هي أكبر قيمة من الساعة المبيعة ذاتها لا تحسب داخلة في البيع . غير ان هذا لا يمنع المتعاقدين من الاتفاق على شمول البيع لهذه السلسلة ، فتكون عندئذ من الملحقات الاتفاقية التي تدخل في البيع ويجب تسليمها مع المبيع .(٧٦)

٤١٨ ـ تلك بعض الامثلة لما يمكن أن يعتبر من ملحقات المبيع فيشملها عقد البيع دونما حاجة الى الاشارة اليها صراحة في العقد . والامر مرجعه ، كما تقدم ، في حالات البيع المختلفة الى عقد البيع ذاته وعرف الجهة وطبيعة المبيع .

---

(٧٥) راجع : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٠٣ ؛ سلطان والعدوي ، الفقرتين ٢٩٨ و ٢٩٩ .

(٧٦) انظر المادة ٤٢١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني التي تنص على ان : « المقومات والاشياء الثمينة الموجودة ضمن شيء من المنقولات لا تحسب داخلة في البيع الا اذا نص على العكس » ، وراجع : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٠٣ ص ٥٨٦ ؛ عامر ، ف ١٦١ .

الثمرة والنتاج :

٤١٩ ـ تنص الفقرة الثانية من المادة (٥٧٢) من القانون المدني العراقي على انه : « والزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمرة والنتاج تكون حقا للمشترى وعليه تكاليف المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » .

فمن مقتضى هذا النص ان ثمار المبيع ، سواء ما كان منها طبيعيا كنتاج الماشية والكلأ في المراعي أو صناعيا كالمحصولات أو مدنيا كالاجرة ، تكون جميعها من حق المشتري بمجرد تمام عقد البيع ويجب تسليمها مع المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .(٧٧) وكل هذا في مقابل التزام المشتري ، من وقت تمام البيع كذلك ، بتكاليف المبيع كمصاريف حفظه واستغلاله والضرائب التي تترتب عليه وغير ذلك من اعباء وذلك بناء على نص الفقرة الثانية من المادة (٥٧٢) من القانون المدني .

٤٢٠ ـ وقد قيل في تفسير حكم نص الفقرة الثانية من المادة (٤٥٨) من القانون المدني المصري الجديد ، والذى يقابل النص العراقي ، بأن الثمرة هي من ملحقات المبيع ، فهي بهذا الوصف تكون واجبة التسليم من وقت تمام البيع مع المبيع .(٧٨) ولكن لو حظ على هذا الرأي بأن القول بأن الثمار هي من الملحقات فيه تحميل لمعنى الملحقات ما لا يحتمل ، لان الملحقات ليست جزءا من الشيء يتولد عنه كالثمار ، بل هي أشياء مستقلة اعدت بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وبذلك تكون ملحقة به . ولهذا فقد

---

(٧٧) انظر : مرقس وامام ، ف ١٩١ ص ٣٢٦ ؛ مرقس ، عقد البيع ف ١٩١ ص ٣٦٨ ؛ العامري ، ص ١٢٨ .

(٧٨) اسماعيل غانم ، ف ١١٦ ؛ منصور مصطفى منصور ، ف ٧٥ مشار اليهما فى : عامر ، هامش ٢ ص ٢٣٧ .

ذهب أنصار الرأي الثاني في تفسير ذلك الى القول بأن تملك المشتري للثمرات لا يرجع الى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتكون واجبة التسليم معه وانما هو يتملكها لانه صار مالكا للمبيع ، وباعتباره مالكا فانه يملك ثمار ملكه • فالمشتري طبقا لهذا الرأى ، لا يملك الثمار الا من وقت انتقال الملكية اليه •(٧٩)

٤٢١ ـ ويلاحظ على كل حال ان نص الفقرة الثانية من المادة (٥٧٢) من القانون المدني العراقي ليس من النظام العام فيمكن اذن الاتفاق على ما يخالفه ، وهذا ما صرح به النص نفسه فى عبارته الاخيرة بقوله « •• ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » • وبناء عليه يتمكن الطرفان من الاتفاق على ان الثمار تكون للبائع لمدة معينة أو حتى تسليم المبيع الى المشترى •(٨٠)

ثانيا ـ الحالة التى يجب أن يسلم عليها المبيع :

٤٢٢ ـ لم يورد المشرع العراقي نصا فى القانون المدني لبيان الحالة التي يجب أن يسلم عليها المبيع ، بل ترك ذلك لاحكام القواعد العامة ولارادة الطرفين المتعاقدين •(٨١) أما المشرع المصري فلم يفته أن يشير الى ذلك فقضى فى المادة (٤٣١) من القانون المدني الجديد بأنه : « يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التى كان عليها وقت البيع » •

٤٢٣ ـ ويترتب على ذلك انه اذا كان المبيع معينا بالذات فيجب أن يسلم الى المشتري بالحالة التي كان عليها وقت ابرام عقد البيع ولو كان

---

(٧٩) السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، الفقرات ٢٨٣ و ٣٠٢ وخاصة الفقرة ٣٩٣ ص ٧٧٤ ـ ٧٧٦ ؛ وقرب من ذلك : مازو ، جـ٣ ، ف ٩٣٩ ؛ وانظر : الصراف ، ف ٥٦٠ •

(٨٠) انظر : شنب ، ف ١١٤ •

(٨١) انظر : ذنون ، ف ١٦٦ •

على حالة سيئة لان المفروض انه يعلم بالمبيع علما كافيا ، وليس للبائع بعد ذلك ان يغير من هذه الحالة لانه يلتزم بحفظ المبيع بحالته الى أن يتم تسليمه الى المشتري .(٨٢) فاذا أحدث البائع تغييرا في المبيع ، كأن يهدم جزءا من العقار الذى باعه أو يبني فوق الارض المبيعة ، جاز للمشتري أن يلزمه باعادة الحالة الى ما كانت عليه حين التعاقد اذا كان هذا ممكنا . أما اذا تعذر ذلك فيجوز له أن يطالب بفسخ العقد مع التعويض طبقا لاحكام القواعد العامة . كما يجب أن يسلم البائع نفس المبيع المتفق عليه لا شيئا آخر حتى ولو كان هذا الشيء الآخر خيرا من المبيع .

٤٢٤ ـ أما اذا كان المبيع من الاشياء المعينة بالنوع فقط ، أي من الاشياء المثلية ، التزم البائع أن يسلم للمشترى شيئا من نفس الصنف المتفق عليه . فاذا لم يكن هناك اتفاق ولم يمكن استخلاص درجة جودة المبيع من العرف أو من ظروف التعاقد التزم البائع بأن يسلم للمشتري المقدار المتفق عليه من صنف متوسط .(٨٣) واذا تم التسليم دون تحفظ من جانب المشتري اعتبر انه قد تم على الحالة الواجبة .(٨٤)

المبحث الثالث

حكم نقص المبيع أو زيادته

٤٢٥ ـ يلتزم البائع بموجب عقد البيع بأن يسلم المبيع الى المشتري بمقداره المبيّن في العقد . ولهذا يثور التساؤل عن حكم ما لو ظهر فى المبيع عند تسليمه نقص أو زيادة عن المقدار المتفق عليه فى العقد .

---

(٨٢) راجع : مازو ، جـ٣ ، الفقرتين ٩٣٧ و ٩٤٩ .

(٨٣) راجع الفقرة ٢٩٧ أعلاه .

(٨٤) انظر : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ٢ ص ٥٦١ ؛ مرقس ، ف ١٨٧ ص ٣٥٨ .

لقد بحث القانون المدني العراقي حكم هذه المسألة في نصوص استمدها من الفقه الاسلامي وذلك فى المواد (٥٤٣ ـ ٥٤٦) • ويتبين من هـذه المواد الاربعة انها تفرق فى بيع الاشياء المثلية بين فرضين : اولهما بيع المثليات التى لا يضرها التبعيض ، وثانيهما بيع المثليات التى يضرهـا التبعيض • فنتصدى اذن لبحث هذين الفرضين •

أولا ـ بيع المثليات التى لا يضرها التبعيض :

٤٢٦ ـ تقضي المادة (٥٤٣) من القانون المدني العراقي بأنه : « اذا بيعت جملة من المكيلات أو جملة من الموزونات أو المذروعات التي ليس في تبعيضها ضرر أو من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها وسمي ثمنها جملة أو بسعر الوحدة ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا كان المشتري مخيرا ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن • واذا ظهر المبيع زائدا فالزيادة للبائع » •

٤٢٧ ـ فهذه المادة تعالج نقص المبيع أو زيادته اذا كان من المثليات التى لا يضرها التبعيض ، أى الاشياء التى يمكن تجزئتها دون تلف ولا يترتب على نقصها نقص فى منفعتها • ومؤدى حكم هذه الحالة ، كما تورده هذه المادة ، هو انه اذا وجد المبيع ناقصا كان المشتري مخيرا بين فسخ البيع أو ابقائه وأخذ الباقي من المبيع بمـا يقابله من الثمن • فلو اشترى شـخص (١٠٠) طـن من القمـح مثـلا بسعر الطن (٥٠) دينارا ؛ ثم وُجـد عند التسليم ان مقدار القمح هو (٩٠) طنا فأن المشتري مخير بين فسخ العقد أو أخذ الباقي من القمح أي التسعين طنا بمبلغ (٤٥٠٠) دينارا • أما اذا وجد ان المبيع قد زاد عند التسليم عن المقدار المذكور فى العقد كانت الزيادة من حق البائع وحده • فاذا ظهر ان القمح هو (١٠٥) أطنان كان للبائع أن يسترد الاطنان الخمسة الزائدة ولا يجبر على تركهـا اذا أظهر المشتري

استعداده لاخذها في مقابل قيمتها ، كما ان المشترى لا يجبر على أخذها فى مقابل زيادة الثمن بمقدار قيمتها • ويطبق نفس هذا الحكم فيما لو سمى المتعاقدان ثمنا اجماليا للجميع (٥٠٠٠ دينارا) بدلا من تسمية الثمن بسعر الوحدة (٥٠ دينارا للطن الواحد) •

ثانيا ـ بيع المثليات التى يضرها التبعيض :

٤٢٨ ـ وقد عالج القانون المدني العراقي حالة بيع الاشياء المثلية التي يضرها التبعيض في المادتين (٥٤٤ و ٥٤٥) • فقد قضت المادة (٥٤٤) بأنه : « ١ ـ اذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التى فى تبعيضها ضرر أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها وسمى ثمنها جملة ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن الا اذا اتفق مع البائع وقت التعاقد على أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن • ٢ ـ واذا وجد المبيع زائدا فالزيادة للمشتري على انه يجوز الاتفاق وقت التعاقد على أن يعطي البائع عوضا فى مقابل الزيادة » • وقضت المادة (٥٤٥) بأنه : « اذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التى فى تبعيضها ضرر أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها وسمى ثمنها بسعر الوحدة ثم وجد المبيع زائدا أو ناقصا عند التسليم فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بحصته من الثمن » •

فيتضح من قراءة نصوص هاتين المادتين ان المشرع العراقي يميز في بيع المثليات التى يضرها التبعيض بين ما اذا سمي الثمن جملة أو بسعر الوحدة •(٨٥)

---

(٨٥) قارن المادتين ٦١٩ و ٦٢٠ من القانون المدني الفرنسي ، وراجع فى تفصيل ذلك : مازو ، جـ٣ ، ف ٩٣٨ ؛ وقارن أيضا المادتين ٢٩١ و ٢٩٢ من القانون المدنى المصري الملغي • أما القانون المدني المصري الجديد فلا يفرق فى حالة وجود نقص فى المبيع بين ما اذا كان الثمن

(١) حالة ما اذا سمي الثمن جملة :

٤٢٩ ـ فاذا سمي الثمن جملة وظهر عند التسليم ان فى المبيع نقص عن المقدار المعين فى العقد فللمشتري أن يفسخ البيع أو أن يأخذ الباقي من المبيع بجملة الثمن المسمى فى العقد ما لم يتفق المتعاقدان عند البيع على ان المشتري يأخذ الباقي من المبيع بما يقابله من الثمن (م ٥٤٤ مدني) • فاذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق امتنع على المشترى أن يطالب بانقاص الثمن بنسبة ما ظهر في المبيع من نقص • ويعلل علماء الشريعة الاسلامية هذا الحكم ، الذى أخذه عنهم المشرع العراقي ، بالقول بأن بيان مقدار المبيع يكون من قبيل الوصف ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن ، وانما أعطي المشتري حق فسخ العقد اذا ظهر المبيع ناقصا لفوات الوصف المرغوب فيه •(٨٦)

٤٣٠ ـ أما اذا ظهر المبيع زائدا ، فالزيادة للمشتري ولا يدفع شيئا للبائع فى مقابلها • وهذا الحكم يتفق مع ما تقدم ، لان الزيادة وصف مرغوب فيه والوصف لا يقابله شيء من الثمن • ولكن هذا الحكم يبرر كذلك بالقول بأن المبيع كان فى يد البائع فقد كان فى وسعه أن يعرف مقدار ما يبيع ، فاذا قصر فى ذلك وجب أن يتحمل هو نتيجة تقصيره •(٨٧)

قد حدد بسعر الوحدة أو قدر جملة واحدة ولا بين ما اذا كان المبيع مما يضره التبعيض أو لا يضره • فيجوز فى جميع هذه الاحوال للمشترى أن يطلب فسخ العقد اذا كان النقص جسيما بحيث يصبح تنفيذ العقد لا يحقق قصده من الشراء أو ان يطلب تعويضا عما أصابه من ضرر ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك • (انظر المادة ٤٣٣ ف١ مدني مصري ، وراجع فى تفصيل ذلك : السنهوري ، جـ٤ ، ف٢٩٨ وهامش١ ص٥٦٧ـ٥٦٨ ؛ مرقس ، ف١٩٠ ص٣٦٤ ؛ سلطان والعدوي ، ف ٢٩٢ ؛ شنب ، ف ١١٠ ؛ عامر ف ١٦٤) •

(٨٦) راجع : القاضى ، شرح المجلة ، جـ١ ، ص ٢٣٥ ـ ٢٣٦ •

(٨٧) انظر : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ١ ص ٧٥٤ ؛ ذنون ، ف ١٧٤ •

وغني عن البيان ان الاحكام المتقدمة ليست من ا لنظام العام ، فيجوز اذن للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها ، فان وجد مثل هذا الاتفاق وجب إعماله .

(٢) حالة ما اذا سمي الثمن بسعر الوحدة :

٤٣١ ـ أما اذا كان المبيع من الاشياء التي يضرها التبعيض وحدد ثمنه بسعر الوحدة وظهر زائدا أو ناقصا عند التسليم كان المشتري بالخيار بين فسخ العقد أو أخذ المبيع دون تبعيضه ولكن بما يقابله من الثمن لا بالثمن المسمى (م ٥٤٥ مدني) . ويترتب على هذا انه اذا باع شخص لآخر قطعة من قماش معدة لان تكون ثوبا على انها خمسة أمتار بسعر المتر الواحد ثلاثة دنانير ثم ظهر انها ستة أمتار فانه يلتزم بدفع (١٨) دينارا الى البائع . أما اذا ظهر بأن قطعة القماش هي أربعة أمتار فانه لا يلتزم الا بدفع (١٢) دينارا ، كل هذا ان هو رغب فى الابقاء على عقد البيع وعدم فسخه .

وواضح ان هذا الحكم يختلف عن حكم بيع الاشياء المثلية التي لا يضرها التبعيض حيث يكون للمشتري فى هذه الحالة الاخيرة اذا ظهر المبيع زائدا عن القدر المبين فى العقد أن يرفض مقدار الزيادة ، أما فى حالة ما اذا كان المبيع مما يضره التبعيض فلا يجوز للمشتري، اذا لم يشأ فسخ البيع، الا أخذ المبيع بكامله مع زيادة الثمن بنسبة زيادة المبيع . ويعلل الفقهاء سبب هذا الحكم بأنه لا يجوز للمشتري تجزئة المبيع ، لان التجزئة تضره فتضر البائع .(٨٨)

٤٣٢ ـ وأخيرا فان المادة (٥٤٦) من القانون المدني العراقي تنص على انه : « ١ ـ في الاحوال المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة لا يكون للمشتري الحق في الفسخ ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة فى

---

(٨٨) انظر : القاضى ، شرح المجلة ، جـ١ ، ص ٢٣٨ ؛ ذنون ، ف ١٧٥ .

المبيع الا اذا كان النقص أو الزيادة قد جاوز خمسة فى المائة من القدر المحدد للشىء المبيع • ٢ - وعلى كل حال لا تسمع دعوى المشتري أو البائع بمقتضى المواد الثلاث السابقة بعد انقضاء ثلاثة أشهر من وقت تسليم المبيع للمشترى تسليما فعليا » •

فيتبين من نصوص هذه المادة ان المشرع قد قيد حق المشتري ، فى طلب الفسخ فى الاحوال التى يثبت له فيها ذلك ، وحق البائع فى الزيادة التى قد تظهر فى المبيع بقيدين :

(أولهما) أن تتجاوز الزيادة أو النقص خمسة فى المائة[٨٩] من مقدار الشىء المبيع • فاذا كان الفرق المتحقق بين مقدار المبيع المعين فى العقد ومقداره عند التسليم طفيفا بأن لم يتجاوز القدر المسموح به ، أي الخمسة فى المائة زيادة أو نقصا ، فلا يجوز للمشتري طلب فسخ العقد أو للبائع طلب استزادة الثمن •

(وثانيهما) ان ترفع الدعوى خلال مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر من تاريخ تسليم المبيع للمشتري تسليما فعليا لا تسليما حكميا أو معنويا • فلا تسري هذه المدة الا من وقت حصول التسليم الفعلي ، والحكمة من ذلك هي ان التسليم الفعلي هو وحده الذى يهيىء للمشترى أو للبائع فرصة الكشف عن حقيقة الزيادة أو النقص فى المبيع[٩٠] • وقد حدد المشرع

---

(٨٩) وقد كان القانون المدنى المصري القديم يأخذ بنفس هذه النسبة ، فقد كان يشترط أن يزيد مقدار النقص أو الزيادة عن واحد على عشرين من الثمن ، وهي نفس النسبة التى يأخذ بها القانون المدني الفرنسي فى المادة ١٦١٩ • أما القانون المدنى المصري الحالي فقد تلافى النقد الذى وجه الى هذه النسبة التحكمية فلم يأخذ بنسبة معينة تبيح طلب فسخ العقد بل أطلق معيارا عاما هو جسامة النقص أو الزيادة ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك (م ٤٣٣ بفقرتيها الاولى والثانية) •

(٩٠) انظر : مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى الجديد ، جـ٤ ، ص ٦٥ ؛ السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ٢ ص ٥٧٧ •

السقوط بمدة قصيرة هى ثلاثة أشهر[٩١] وذلك رغبة منه فى استقرار المعاملات ؛ اذ ان فى بقاء أحد المتعاقدين مهددا فترة طويلة بالرجوع عليه من المتعاقد الآخر بسبب وجود زيادة أو نقص فى مقدار المبيع مما يؤدي الى زعزعة المركز القانوني لكل من المتعاقدين وبالتالي الى عدم استقرار التعامل .

المبحث الرابع

زمان التسليم ومكانه ومصاريفه

أولا ـ زمان تسليم المبيع :

٤٣٣ ـ الاصل ان تسليم المبيع يتم فورا بمجرد انعقاد البيع ، اذ منذ هذه اللحظة يلتزم المتعاقدان بتنفيذ التزاماتهما ومن ذلك التزام البائع بالتسليم ، وهذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .[٩٢]

٤٣٤ ـ أما المادة (٥٣٦) من القانون المدني العراقي فتقول : « على البائع أن يسلم المبيع عند نقده الثمن . ولو شرط المشتري أخذ المبيع فى وقت معين قبل نقده الثمن للبائع جاز » .

فيستفاد من الشطر الاول من المادة المذكورة انه يجب تسليم المبيع في الوقت الذى يتم فيه دفع الثمن الى البائع . وهذا الحكم ليس سوى تطبيق من تطبيقات قاعدة الدفع بعدم التنفيذ . ذلك ان من مقتضى هذه القاعدة

---

(٩١) سنة فى القانون المدني المصري الجديد ويبدأ سريانها من تاريخ التسليم الفعلي كذلك (م ٤٣٤ مدنى مصري) بخلاف القانون المصري الملغي الذى كان يحدد مدة رفع الدعوى بسنة من تاريخ البيع ، وهي نفس المدة التى يحددها القانون المدنى الفرنسى فى المادة ١٦٢٢ .

(٩٢) انظر : مازو ، جـ٣ ، الفقرتين ٩٣١ و ٩٣٢ ؛ وقارن المادة ٣٤٦ من القانون المدنى المصري الجديد .

العامة انه فى العقود الملزمة للجانبين لا يلزم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه اذا لم يكن الطرف الثاني قد نفذ التزامه أو كان على الاقل مستعدا لتنفيذه • وعقد البيع من العقود الملزمة للجانبين ، فلا يجوز الزام البائع بتسليم المبيع الا عند دفع المشتري للثمن •(٩٣)

أما الشطر الثانى من هذه المادة فيجيز للمتعاقدين الاتفاق على تسليم المبيع فى وقت معين على أن يتراخى دفع الثمن الى تاريخ لاحق لانعقاد البيع • والواقع ان هذا الشطر الثانى هو تطبيق محض لمبدأ سلطان الارادة وحرية التعاقد ، ولذا فقد كان يمكن القول بأن ما يورده النص المذكور لغو لا فائدة فيه فيمكن الاستغناء عنه • ولكن يبدو أن المشرع العراقى أراد من اثباته أن يدفع كل شك قد يدور حول صحة اشتراط المتعاقدين تسليم المبيع فى وقت معين ولو قبل دفع الثمن بالنظر لما كانت تقرره المادة (٢٦٢) من مجلة الاحكام العدلية من الزام المشتري بدفع الثمن الى البائع أولا ، ثم يسلم البائع المبيع اليه •(٩٤) وعلى ذلك يجوز للمتعاقدين الاتفاق على أن يتم التسليم بمجرد انعقاد البيع وان كان الثمن مؤجلا ، كما يجوز لهما الاتفاق على تعجيل دفع الثمن وتأجيل تسليم المبيع الى وقت معين ، الى غير ذلك من اتفاقات يكون فيها التسليم واجبا فى الوقت الذى يعينه المتعاقدان لذلك •

ثانيا ـ مكان التسليم :

٤٣٥ ـ أما عن مكان التسليم فالقاعدة هى أنه يجب أن يتم التسليم فى المكان الذى يعينه المتعاقدان لذلك (م ٥٤١ ف ٢ مدني) •(٩٥) فاذا كان المبيع موجودا فى مكان آخر غير المكان المتفق عليه كان على البائع أن

---

(٩٣) انظر : الصراف ، ف ٤٠٣ ؛ العامري ، ص ١٢٤ •

(٩٤) انظر : ذنون ، ف ١٧٨ •

(٩٥) قارن المادة ٢٨٧ من المجلة •

ينقل المبيع الى المكان المتفق على أن يتم التسليم فيه وهو الذى يتحمل ما قد يترتب على هذا النقل من مصاريف .

٤٣٦ ـ أما اذا لم يحدد المتعاقدان مكانا للتسليم فان مكانه هو المحل الذى يوجد فيه المبيع وقت ابرام العقد (م ٥٤١ ف ١ مدنى) .(٩٦) وهذا الحكم متفق مع القاعدة العامة القاضية بأن الدين مطلوب لا محمول ، فعلى الدائن ، أي المشتري ، ان يسعى الى استيفاء حقه دون أن يسعى المدين ، أى البائع ، الى الوفاء به .(٩٧) ويفترض القانون عند عدم تعيين محل وجود المبيع انه موجود فى محل اقامة البائع ، اذا كان المبيع منقولا ، ووجب تسليمه فيه . ولكن ما يفترضه القانون هنا هو قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس ، فيجوز للمشترى اذن اقامة الدليل على أن المبيع كان حين التعاقد موجودا فى محل آخر غير محل اقامة البائع ، فان أثبت ذلك وجب تسليم المبيع فى هذا المحل لا فى محل اقامة البائع .(٩٨)

ومن البداهة بمكان القول بأن العقار المبيع انما يتم تسليمه فى المحل الواقع فيه هذا العقار .(٩٩)

ثالثا ـ مصاريف التسليم :

٤٣٧ ـ لما كان البائع يلتزم بمقتضى عقد البيع بتسليم المبيع الى المشترى، فيجب عليه اذن أن يتحمل ما يترتب على تنفيذ التزامه هذا من مصاريف . ولهذا نجد بأن المادة (٥٤٢) من القانون المدنى العراقى تقرر بأنه :

---

(٩٦) قارن المادة ١٦٠٩ مدني فرنسي والمادة ٢٨٥ من المجلة .

(٩٧) انظر : مازو ، جـ٣ ، ف ٩٣٤ .

(٩٨) انظر : ذنون ، ف ١٧٩ ص ١٦٦ .

(٩٩) انظر : الصراف ، ف ٤٠٦ .

« تكاليف تسليم المبيع كاجرة الكيل والوزن تلزم البائع وحده ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .(١٠٠)

والحقيقة ان الحكم الذى يقرره النص المذكور ليس الا تطبيقا للقاعدة العامة التى أوردها المشرع عند الكلام فى نفقات الوفاء بالالتزام فى المادة (٣٩٨) من القانون المدنى والتى تنص على أن : « نفقات الوفاء على المدين الا اذا وجد اتفاق أو عرف أو نص يقضي بغير ذلك » . وليس من شك فى ان البائع مدين بتسليم المبيع فيجب عليه لذلك مصاريف التسليم . ولذلك فقد كان يجدر بالمشرع العراقى حذف المادة (٥٤٢) اكتفاء بما تقرره القواعد العامة الواردة فى باب الالتزامات اسوة بما فعل المشرع المصرى فى القانون المدني الجديد .(١٠١)

٤٣٨ ـ وعلى كل حال ، يعتبر من مصاريف التسليم التى يلتزم بها البائع ليس فقط اجرة الكيل أو الوزن التي ذكرتها المادة (٥٤٢) على سبيل المثال ، بل كذلك نفقات نقل المبيع الى مكان التسليم اذا كان فى وقت البيع موجودا فى مكان آخر ، ونفقات اعداد المبيع للتسليم كالحزم والفرز وغير ذلك ، ونفقات الرسول ، ونفقات شطب الرهن لان فك الرهن ضروري لتسليم المبيع خاليا من كل مانع الى المشتري ليتمكن من الانتفاع به .(١٠٢)

٤٣٩ ـ على ان القاعدة القاضية بالتزام البائع بمصاريف التسليم

---

(١٠٠) قارن المادة ٢٨٩ من المجلة ، والمادة ١٦٠٨ من القانون المدنى الفرنسى وانظر فى تفصيل ذلك : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ ، ف ١٤٠٠ .

(١٠١) انظر فى هذا المعنى : ذنون ، ف ١٨٠ ص ١٦٧ .

(١٠٢) انظر : مازو ، جـ٣ ، ف ٩٣٦ ؛ سلطان والعدوي ، ف ٣١٢ ؛ مرقس وامام ، ف ١٩٥ ص ٣٣٤ .

ليست من النظام العام وانما هي قاعدة قانونية مفسرة ، فيمكن اذن الاتفاق على ما يخالفها كما تصرح بذلك المادتان (٣٩٨ و ٥٤٢) من القانون المدني ، فليس هناك ما يحول دون اتفاق البائع مع المشترى على أن يكون التسليم خالصا من اجور النقل ، وفى هذه الحالة يتحمل المشترى هذه المصاريف ، كما يتفق المتعاقدان أو يقضى العرف بأن يتحمل كل من البائع والمشترى مصاريف التسليم مناصفة •

هذا ، واذا كان البائع هو الذى يتحمل ، كقاعدة عامة ، مصاريف تسليم المبيع ، فان مصاريف تسلّم المبيع يتحملها المشترى ، كما سنرى ، وهى عادة أكبر وأهم من مصاريف التسليم •

المبحث الخامس

جزاء اخلال البائع بالتزامه بالتسليم

٤٤٠ ـ لم يورد القانون المدني العراقي نصا خاصا فى باب البيع يقرر فيه الجزاء المترتب على اخلال البائع بالتزامه بالتسليم ، بل اكتفى ، هذه المرة ، بما ورد فى القواعد العامة المقررة فى النظرية العامة للالتزامات فتجنب بهذا ما وجه من نقد الى بعض التشريعات التى كررت أحكام القواعد العامة بنصوص خاصة أوردتها فى عقد البيع كالقانون المدني الفرنسى (م ١٦١٠ و ١٦١١) والقانون المدني المصري الملغي (م ٢٧٨) •[١٠٣]

فالمادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي تقضى بأنه : « ١ ـ فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتض • على انه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين الى أجل كما يجوز لها أن ترفض

---

(١٠٣) انظر : مرقس ، ف ١٩٧ ؛ ذنون ، ف ١٨١ •

طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام فى جملته .

٢ ـ ففي عقد الايجار ان امتنع المستأجر عن ايفاء الاجرة المستحقة الوفاء كان للمؤجر فسخ الاجارة . وفى ايجار العمل ان امتنع المستأجر عن ايفاء الاجر المستحق الوفاء كان للاجير طلب فسخ العقد . وفى عقد البيع يجوز للبائع أو للمشترى أن يطلب الفسخ اذا لم يؤد العاقد الآخر ما وجب عليه بالعقد . كما يثبت حق الفسخ بخيار العيب من غير اشتراط فى العقد » .

٤٤١ ـ فبالرجوع الى هذا النص والى أحكام القواعد العامة الاخرى يتبين انه اذا أخل البائع بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع ، كأن يمتنع عن تسليمه للمشترى أصلا أو تأخر فى تسليمه عن الميعاد المحدد لذلك أو عن الميعاد الذى يقضى به العرف أو سلمه فى غير المكان المعين للتسليم أو سلمه دون ملحقاته أو على غير الحالة الواجب تسليمه عليها ، كان للمشتري ، بعد اعذار البائع ، ان يطلب التنفيذ العيني ، اذا كان ذلك ممكنا ، أو يفسخ العقد مع التعويض فى الحالتين اذا كان له محل .

أولا ـ التنفيذ العيني :

٤٤٢ ـ فاذا لم يوف البائع بالتزامه بالتسليم على النحو السالف ، كان للمشتري ، بعد أن يقوم باعذار البائع ليثبت عليه تقصيره فى تنفيذ التزامه، أن يطلب الى القضاء الحكم على البائع بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا وذلك بالزامه بتسليم العين المبيعة ولو جبرا عليه اذا كان هذا التنفيذ العيني ممكنا (م ٢٤٦ ف ١ مدنى عراقي) ، وهو يكون كذلك اذا كان المبيع عينا معينة بالذات وكان ما يزال قائما لم يهلك ولم يتصرف فيه البائع تصرفا يثبت للغير على المبيع حقا نافذا فى مواجهة المشترى .

أما اذا كان المبيع عينا معينة بالنوع فقط ، أى من الاشياء المثلية ، جاز للمشتري ، بعد اعذار البائع ، ان يحصل على شىء من نوع المبيع على نفقة

البائع بعد استئذان المحكمة أو حتى بدون استئذانها فى الاحوال المستعجلة (م ٢٤٨ ف ٢ مدني عراقى) •

٤٤٣ ـ أما اذا كان التنفيذ العيني غير ممكن وأصبح من المستحيل على البائع أن ينفذ التزامه بالتسليم تنفيذا عينيا ، اقتصر حق المشتري فى هذه الحالة على التعويض اذا ثبت ان استحالة التنفيذ لم تكن راجعة الى سبب أجنبي لا يد للبائع فيه • ولا حاجة لاعذار البائع لاستحقاق التعويض فى هذه الاحوال (م ٢٥٨ ف أ مدني عراقي) •

ثانيا ـ فسخ العقد :

٤٤٤ ـ وللمشترى أن يطلب بدلا من التنفيذ العيني فسخ عقد البيع لاخلال البائع بالتزامه بالتسليم لكى يتحلل هو الآخر من التزاماته التى يرتبها عقد البيع فى ذمته •

والاصل فى الفسخ أن يكون قضائيا ، بمعنى ان الفسخ فى هذه الحالة لا يقع من تلقاء نفسه بمجرد عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم • ويترتب على هذا ان المحكمة ، بما لها من سلطة تقديرية واسعة ، ليست ملزمة باجابة المشتري الى طلب الفسخ ، فلها أن تمنح البائع مهلة قضائية للتنفيذ اذا اقتضت الظروف ذلك ، كما لها أن ترفض طلب المشترى للفسخ اذا وجدت ان البائع قد نفذ التزامه تنفيذا جزئيا وان الجزء الذى لم يقم بتسليمه من المبيع قليل الاهمية بالقياس الى المبيع كله ، وفى هذه الحالة تقضى المحكمة للمشترى بتعويض مناسب عما لحقه من ضرر من هذا الاخلال الجزئي بالتنفيذ •(١٠٤) وكل هذا تطبيق للقواعد العامة •

٤٤٥ ـ واذا كان الاصل فى الفسخ أن يكون قضائيا ، فان الامر

---

(١٠٤) راجع : مازو ، جـ٣ ، ف ٩٤٧ •

مختلف اذا اشتمل عقد البيع على شرط فاسخ صريح • فقد ينص المتعاقدان فى العقد على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه اذا أخل أحدهما فى تنفيذ التزاماته • فيترتب على وجود مثل هذا الشرط ان المحكمة لا تكون لها تلك السلطة التقديرية التى تستطيع بمقتضاها ان تستجيب الى طلب الفسخ أو ترفضه ، بل يتحتم عليها الحكم بالفسخ متى تحققت من توافر أسبابه ؛ كما لا يكون لها ، من باب أولى ، حق منح أجل للبائع •(١٠٥)

٤٤٦ ـ ويجب أن يلاحظ أن خيار المشترى فى طلب التنفيذ العيني الجبرى أو طلب الفسخ مع التعويض أو بدونه يظل قائما حتى صدور الحكم النهائي • فلا يعتبر رفع المشتري الدعوى مطالبا باحدهما تنازلا عن حقه فى طلب الآخر • فللمشترى ، اذا كان قد رفع دعوى يطلب فيها الفسخ ان يعدل عنه الى طلب التنفيذ العيني ، أو اذا كان قد رفع الدعوى بطلب التنفيذ العيني ولكنه وجد ان الفسخ أصبح أكثر ملاءمة لمصلحته لان قيمة المبيع نقصت نقصا كبيرا بنتيجة تغير الظروف فله أن يعدل عن التنفيذ العينى الى الفسخ ، وكل هذا اذا كان الحكم النهائي لم يصدر بعد •(١٠٦)

٤٤٧ ـ وسواء اختار المشتري التنفيذ العيني أو فسخ البيع ، فان له فضلا عن ذلك أن يطلب تعويضا عما يكون قد أصابه من ضرر نتيجة اخلال البائع بالتازمه بالتسليم (م ١٧٧ ف ١ و م ٢٤٨ ف ٢ مدني عراقى) •

---

(١٠٥) انظر : مرقس وامام ، ف ١٩٦ ص ٣٣٥ •

(١٠٦) انظر فى هذا المعنى حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٢٥ـ١٢ـ١٩٥٢ مذكور فى : القانون المدنى للدكتور أحمد محمد ابراهيم ، ص ١٢٤ وانظر كذلك : سلطان والعدوي ، ف ٣٢٢ ؛ ذنون ، ف ١٨٥ ص ١٧١ ؛ العامري ص ١٣٣ •

المبحث السادس

التسليم وتبعة الهلاك

تبعة الهلاك بعد التسليم :

٤٤٨ ـ لا ريب انه اذا هلك المبيع بعد تسليمه الى المشترى فهو انما يهلك عليه • ويستوى فى ذلك أن يكون الثمن معجلا أو مؤجلا ، دفع كله أو بعضه أو لم يدفع منه شىء • ويستوي فى ذلك أيضا أن يكون سبب الهلاك راجعا الى فعل المشترى الشخصي أو الى قوة قاهرة أو حادث فجائي • فتبعة الهلاك بعد التسليم تقع على عاتق المشترى • وان حدث وهلك المبيع بعد ذلك بفعل من البائع فانه يعتبر ، ككل شخص أجنبي عن المشترى ، مسؤلا عن فعله الضار طبقا لقواعد المسؤلية التقصيرية •

تبعة الهلاك قبل التسليم :

٤٤٩ ـ ولكن قد يهلك المبيع فى الفترة الواقعة بين انعقاد العقد وتسليم المبيع الى المشترى ، فتثور فى هذه الحالة مسألة تبعة الهلاك وتحديد الطرف الذى تقع عليه ؟

٤٥٠ ـ يجب أن نميز ، باديء ذي بدء ، بين ما اذا كان الشىء المبيع معينا بالنوع فقط ، أى من الاشياء المثلية ، أو معينا بالذات ، أى من الأشياء القيمية •

فاذا كان المبيع شيئا معينا بالنوع فقط فلا يمكن أن تثور مشكلة تحمل تبعة هلاكه قبل أن تتحدد ذاتيته بفرزه عن غيره • فقبل ذلك لا يستطيع البائع أن يدعي بهلاك المبيع فى مواجهة المشترى ، بل هو يلتزم بأن يسلمه شيئا من النوع المتفق عليه فى العقد • ولذلك فقد قيل ان الاشياء المثلية لا تهلك •(١٠٧) فمسألة هلاك المبيع قبل التسليم ومعرفة أي من المتعاقدين

---

(١٠٧) انظر : سلطان والعدوي ، ف ٣٢٨ ؛ الصراف ، ف ٤١١ •

يتحمل بتبعة الهلاك تفترض اذن ان يكون المبيع شيئا معينا بالذات • أما اذا كان المبيع من المثليات فلا يتحقق الفرض •(١٠٨)

٤٥١ ـ وبعد ان علمنا ان الهلاك يقع على المشترى بعد التسليم ، وان الاشياء المثلية لا تهلك ، بقي علينا أن نعرف حكم هلاك المبيع المعين بالذات قبل التسليم •

تقضي المادة (١٧٩) من القانون المدني العراقي بأنه : « ١ ـ اذا هلك المعقود عليه فى المعاوضات وهو فى يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذى قبضه لصاحبه • ٢ ـ فالمبيع اذا هلك فى يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري » • وكررت المادة (٥٤٧) حكم النص المذكور بصدد عقد البيع بقولها : « ١ ـ اذا هلك المبيع فى يد البائع قبل أن يقبضه المشترى يهلك على البائع ولا شيء على المشتري الا اذا حدث الهلاك بعد اعذار المشترى لتسلم المبيع • واذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه فالمشترى مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع انقاص الثمن • ٢ ـ على انه اذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشترى أو بفعل البائع وجب دفع الثمن كاملا فى الحالة الاولى والزام البائع بالتعويض فى الحالة الثانية » •

فيفهم من النصوص المتقدمة ان المشرع العراقى قد ميّز بين ما اذا كان الهلاك بفعل المشتري أو بفعل البائع أو بقوة قاهرة ، وميّز كذلك بين ما اذا كان الهلاك كليا أو جزئيا •

هلاك المبيع بفعل المشتري أو البائع قبل التسليم :

٤٥٢ ـ فاذا هلك المبيع هلاكا كليا أو جزئيا بسبب خطأ ارتكبه

---

(١٠٨) راجع الهامش ٩ ص ١٦٣ أعلاه •

المشترى ، فانه يتحمل تبعة هذا الهلاك ويظل مسؤلا فى مواجهة البائع عن الوفاء بالثمن كاملا اذا كان لم يدفعه ، ولا يسترده بطبيعة الحال اذا كان قد دفعه • أما اذا كان الهلاك بفعل البائع ، فانه يكون مسؤلا عن الهلاك فى مواجهة المشترى • ولا تقتصر مسؤلية البائع على رد الثمن الى المشترى ان كان قد قبضه منه ، وانما يكون ملزما كذلك بتعويض المشترى عما اصابه من ضرر • وليس فى كل هذا الا تطبيق للقواعد العامة ، فلم تكن هناك حاجة لايراد هذه الاحكام فى نصوص خاصة • (١٠٩)

هلاك المبيع بقوة قاهرة قبل التسليم :

٤٥٣ ـ أما فى حالة هلاك المبيع قبل تسليمه بقوة قاهرة ، أو كما تقول المادة (٤٣٧) من القانون المدني المصري ، لسبب لا يد للبائع فيه ، فيفرق المشرع العراقى بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي •

(١) **الهلاك الكلي :**

٤٥٤ ـ يؤخذ من نص المادة (٥٤٧) ان تبعة هلاك المبيع فى الفترة ما بين ابرام العقد وتسليم المبيع الى المشترى تقع على البائع ، ولو ان المشترى قد أصبح مالكا قبل التسليم •

ويترتب على هلاك المبيع بقوة قاهرة قبل التسليم أن عقد البيع ينفسخ من تلقاء نفسه وتزول جميع آثاره منذ ابرامه • وهذا يعني وجوب رد الطرفين المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد • فاذا كان البائع قد قبض الثمن كله أو جزءا منه فانه يلتزم برد ما قبض ، وان كان لم يقبضه فلا يكون له حق فيه وتبرأ ذمة المشتري من تنفيذ التزامه بدفع الثمن • وهكذا يكون البائع قد فقد المبيع الذى هلك وفقد الثمن كذلك ،

---

(١٠٩) انظر : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣١٧ •

وبالتالي تحمل تبعة هلاك المبيع .(١١٠)

٤٥٥ ـ وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة فى الالتزامات . فهلاك المبيع قبل تسليمه الى المشترى يؤدي الى استحالة تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم ، فينقضي هذا الالتزام وينقضي ، تبعا لذلك ، الالتزام المقابل له ، وهو التزام المشترى بدفع الثمن (م ١٧٩ مدنى عراقى) . ويتفق هذا الحكم كذلك مع ما هو مقرر فى فقه الشريعة الاسلامية . ذلك أن يد البائع على المبيع قبل القبض يد ضمان لا يد أمانة ، فاذا هلك المبيع قبل القبض بآفة سماوية انفسخ البيع وسقط الثمن وكان هلاك المبيع على البائع .(١١١)

٤٥٦ ـ واذا كانت القاعدة فى الكثير من التشريعات الحديثة هى ان المبيع المعين بالذات اذا هلك قبل التسليم انما يهلك على بائعه تطبيقا لقاعدة انفساخ العقد الملزم للجانبين بسبب استحالة تنفيذ المدين لالتزامه ، فان القانون المدنى الفرنسي قد نحا فى حكم هذه المسألة نحوا آخر . اذ يتبين من مراجعة نصوص المادتين (١١٣٨ و ١٦٢٤) من هذا القانون ان المبيع يكون فى ضمان المشترى بمجرد تمام البيع ، ولهذا تقع تبعة هلاك المبيع بعد البيع وقبل التسليم على عاتقه .(١١٢)

وظاهر ان المشرع الفرنسى قد تأثر ، عند تقريره لهذا الحكم ، بالمبدأ الذى كان سائدا في القانون الروماني والقانون الفرنسى القديم ، ومقتضاه ان التزامات كل من الطرفين تعتبر مستقلة عن التزامات الطرف الآخر .

---

(١١٠) السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣١٨ ؛ شنب ، ف ١٢٠ ص ١٦٣ .

(١١١) قارن المادة ٢٩٣ من مجلة الاحكام العدلية ، وانظر : القاضى ، شرح المجلة ، جـ١ ، ص ٢٥٧ ؛ تذكرة الفقهاء ، جـ٧ ، ص ٧٠ .

(١١٢) راجع : مازو ، جـ٣ ، ف ٩٠١ .

وكان من نتيجة ذلك ان مصير التزامات أحد المتعاقدين لا يؤثر فى مصير التزامات المتعاقد الآخر • فسقوط أحد الالتزامات لاستحالته لا يمنع من بقاء الالتزام المقابل له قائما ما دام لا يزال ممكن التنفيذ •

وقد حاول الفقهاء الفرنسيون تبرير مسلك المشرع الفرنسى بصدد هذه المسألة • فقال بعضهم انه تطبيق لقاعدة « الغرم بالغنم » • فما دام المشتري هو وحده الذى يستفيد من زيادة المبيع بعد العقد ، فمن العدل ان تقع عليه وحده تبعة هلاكه •(١١٣) وقال آخرون انه تطبيق لقاعدة « هلاك الشىء على مالكه » • فالمشتري وقد صار مالكا للمبيع بمجرد ابرام العقد ، فانه هو الذى يتحمل تبعة هلاكه • على انه مهما تعددت التبريرات للمبدأ الذى سار عليه المشرع الفرنسى ، فان أيا منها لا يستطيع أن ينفي ما انطوى عليه هذا المبدأ من اهدار لحكم القواعد العامة من جهة ، واجحاف بالمشترى من جهة اخرى ، لانه يجعل تبعة هلاك المبيع عليه ويلزمه بدفع الثمن فى مقابل لا شىء ، وهذا ما تأباه العدالة •(١١٤) ومن أجل ذلك فقد خالفت تشريعات كثيرة القانون المدني الفرنسي ، فلم تأخذ بالقاعدة التى أخذ بها ، بل جعلت تبعة هلاك المبيع قبل التسليم على البائع • ومن جملة هذه التشريعات القانون المدني المصري قديمه وحديثه •(١١٥)

---

(١١٣) انظر : اوبري ورو ، جـ٥ ، هامش ٣٨ ص ٢١ •

(١١٤) راجع فى تفصيل ذلك : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٢ ، الفقرات ٥٠٨ ـ ٥١٠ ؛ مرقس وامام ، ف ١٨٦ •

(١١٥) ويلاحظ مع ذلك بان بعض التشريعات الحديثة قد اخذت بحكم القانون الفرنسى • ومن هذه التشريعات تقنين الالتزامات السويسرى (المادة ١٨٥ ف ١) فيما يتعلق بالمنقول والتى تجعل تبعة الهلاك على المشترى منذ ابرام العقد ، والمادة (٢٢١) التى تحيل بشأن بيع العقار الى احكام بيع المنقول ، فتطبق اذن القاعدة المتعلقة ببيع المنقول المنصوص عليها فى المادة (١٨٥ ف ١) ما لم يحدد الاتفاق

(٢) الهلاك الجزئي :

٤٥٧ ـ اما اذا كان الهلاك جزئيا ، فقد رأينا ان الشطر الاخير من الفقرة الاولى من المادة (٥٤٧) يقضى بانه : « اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه فالمشترى مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع انقاص الثمن » • فهذا النص يبين حكم هلاك المبيع هلاكا جزئيا قبل تسليمه الى المشترى • ذلك ان ما يقصده النص هنا بنقصان قيمة المبيع انما هو النقص الحاصل نتيجة ما اصابه من تلف مادى وليس نتيجة هبوط قيمته الاقتصادية ، كما يصرح بذلك النص نفسه بقوله « لتلف اصابه »[١١٦] •

٤٥٨ ـ فاذا هلك المبيع قبل قبضه هلاكا جزئيا خير المشترى بين فسخ العقد أو أخذ الباقى من المبيع بعد انقاص الثمن بما يقابل الهلاك الجزئى • على ان فسخ العقد في هذه الحالة لا يقع بقوة القانون ومن تلقاء نفسه كما هو الحال بالنسبة للهلاك الكلى ، بل لابد لتقريره من حكم من القضاء او اتفاق بين المتعاقدين •

٤٥٩ ـ ويلاحظ ان القانونين المصرى والسورى يقيدان حق المشترى فى فسخ البيع فى هذه الحالة بان يكون هلاك بعض المبيع جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع (م ٤٣٨ مدنى مصرى ، ٤٠٦ مدنى

ميعادا للتسليم فيفترض عند ذاك ان منافع العقار المبيع وتبعة هلاكه لا تنتقل الى المشترى الا عند حلول هذا الميعاد (م ٢٢٠) • (راجع فى تفصيل ذلك : شنايدر وفيك ، شرح تقنين الالتزامات الفدرالى ، ج ١ ، ص ٣٣٢ـ٣٣٣ـ و ص٣٨٨ـ٣٩٠ ؛ روسل ، شرح القانون المدنى السويسرى (تقنين الالتزامات المعدل) ، ج ٣ ، ص ٢٢٦ـ٢٢٧ و ٢٧٣ـ٢٧٤) • وكذلك قانون الموجبات والعقود اللبنانى ، فقد رجح هو ايضا المبدأ القائل بانتقال تبعة الهلاك الى المشترى منذ صيرورة العقد تاما (م ٣٩٦) •

(١١٦) انظر : ذنون ، ف ١٩٣ •

سورى) • فاذا لم يبلغ الهلاك هذا الحد من الجسامة امتنع على المشترى طلب الفسخ واقتصر حقه على المطالبة بانقاص الثمن[١١٧] • اما القانون المدنى العراقى فلم يورد مثل هذا القيد ، ولهذا يكون امر الاستجابة لطلب المشترى فسخ العقد او رفضه متروك الى القواعد العامة وتقدير القضاء •

ارتباط تبعة الهلاك بالتسليم

٤٦٠ ـ يبين مما تقدم ان تبعة الهلاك ، سواء أكان كليا ام جزئيا ، تدور مع التسليم وجودا وعدما • فهى ترتبط بالتسليم لا بأنتقال الملكية • فقد طبق المشرع العراقى على عقد البيع احكام القواعد العامة التى تجعل تبعة استحالة التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين على المدين (البائع) •

٤٦١ ـ والمقصود بالتسليم الذى ينقل تبعة الهلاك من عاتق البائع الى عاتق المشترى هو التسليم المعتبر قانونا ، بان يكون من شأنه التخلية بين المبيع ، بجميع ملحقاته ، والمشترى فى الزمان والمكان المعينين لذلك • فاذا وضع البائع المبيع تحت تصرف المشترى فى وقت غير الوقت المحدد لذلك أو فى مكان آخر غير المكان المعين لذلك اتفاقا او بنص القانون ، وهلك المبيع ، تحمل البائع تبعة هلاكه[١١٨] •

حكم هلاك المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم النظر

٤٦٢ ـ لقد سار المشرع العراقى على هدى مجلة الاحكام العدلية فيما يتعلق بحكم هلاك ما يقبض على سوم الشراء وما يقبض على سوم النظر[١١٩] • فقضى فى المادة (٥٤٨) من القانون المدنى بانه : « ١ ـ ما

---

(١١٧) راجع : السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ف ٣٢٣ ص ٦١٧ـ٦١٨ ؛ مرقس وامام ، ف ١٨٨ ص ٣١٥ •

(١١٨) أنظر : ذنون ، ف ١٩٢ ص ١٧٨ •

(١١٩) وتعرف هذه المسألة عند فقهاء الشيعة بمسألة « المقبوض بالسوم » •

يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن اذا هلك او ضاع فى يد القابض لزمه الضمان • اما اذا لم يسم له ثمن كان امانة فى يده فلا يضمن اذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه • ٢ ـ وما يقبض على سوم النظر سواء بين ثمنه او لم يبين يكون امانة فى يد القابض فلا يضمن اذا هلك دون تعد »[١٢٠] • فيتبين من هذا النص انه يفرق بين ما يقبض على سوم الشراء وبين ما يقبض على سوم النظر ، ويفرق فى المقبوض على سوم الشراء بين ما اذا اسمي له ثمن او لم يسم له ثمن •

٤٦٣ ـ فالمقبوض على سوم الشراء ، وهو ما يقبضه مريد الشراء من البائع بعد المساومة وتسمية الثمن حقيقة او حكما[١٢١] ، حكمه انه اذا هلك بيد القابض فانه يتحمل تبعة هلاكه ، فيضمن مثله ان كان مثليا او قيمته ، مهما بلغت ، ان كان قيميا[١٢٢] • واذا هلك المال المقبوض بفعل القابض ، فان كان ذلك بعد رجوع صاحب المال عن رغبته فى البيع فيطبق نفس الحكم • اما اذا هلك بفعل القابض ولم يرجع صاحبه فان

---

(١٢٠) راجع المادتين ٢٩٨ و ٢٩٩ من المجلة •

(١٢١) يكون الثمن قد سمى حقيقة كما لو قال البائع لمريد الشراء ان ثمن سيارتى هذه الف دينار ، خذها فان اعجبتك اشترها ، فقال مريد الشراء اذا اعجبتنى اشتريتها بالف دينار واخذها كانت السيارة مقبوضة على سوم الشراء وقد سمى ثمنها حقيقة • اما لو سمى البائع ثمنا ولم يقل مريد الشراء شيئا واخذ السيارة على ان يشتريها ان اعجبته ، كانت السيارة مقبوضة على سوم الشراء وقد سمى ثمنها حكما لان سكوت مريدا لشراء واخذه السيارة يعتبر رضاء منه بالثمن الذى ذكره البائع (انظر المادة ٢٩٨ مجلة ، والقاضى ، شرح المجلة ، ج ١ ، ص ٢٧٣) •

(١٢٢) ويرى الدكتور حسن علي الذنون ان الضمان يكون بالثمن المسمى لا بالقيمة ولا بالمثل ، لان القانون المدنى العراقى لم ينقل حكم المجلة فى هذا الشأن (ذنون ، ف ١٩٤ ص ١٨٠) •

القابض يضمن الثمن المسمى لان فعله هذا يعتبر رضاء منه بالشراء وتنفيذا له .

٤٦٤ ـ اما المقبوض على سوم النظر وهو ان يقبض احد مالا لينظر اليه أو ليريه لشخص آخر سواء سمي له ثمن أولا ، أو سمى له أحد الطرفين ثمنا ولم يرض به الآخر ، وبعبارة اخرى هو المال المقبوض دون قصد شراء ، فحكمه هو انه امانة بيد القابض . فاذا هلك بدون تعد او تقصير منه لا ضمان عليه ، وان كان الهلاك بتعديه او تقصيره فانه يضمن المثل ان كان من المثليات او القيمة ، مهما بلغت ، ان كان من القيميات .

وكذلك الحكم فى المقبوض على سوم الشراء دون تسمية ثمن له[١٢٣] ، لانه يعتبر بحكم المقبوض على سوم النظر ، فيلحق به فى الحكم[١٢٤] .

٤٦٥ ـ وقد اختلف الرأى في تكييف المقبوض على سوم الشراء وعلى سوم النظر[١٢٥] . ولكن يبدو لنا ان التكييف الراجح هو انهما ليسا بيعين

---

(١٢٣) ولا يفرق فقهاء المذهب الجعفرى فى ضمان الهلاك بين ما اذا سمي للمال ثمن أم لا . فكل شخص يقبض مالا لغيره ليشتريه سواء اتفقا على قيمته ام لا مقبوض بالسوم ومضمون على القابض لوحدة ملاك الضمان وهو قاعدة اليد . ولا يمكن ان يقال بشأن المقبوض على سوم الشراء دون تسمية ثمن له انه امانة بيد مريد الشراء لان البائع لم يقصد دفعه اليه بصفة الامانة والوديعة (انظر : تحرير المجلة ، جـ٢ ، ص ٢١ـ٢٢) .

(١٢٤) راجع ، القاضى ، شرح المجلة ، ص ٢٧٣ـ٢٧٤ .

(١٢٥) فقد ذهب استاذنا المرحوم منير القاضى الى ان المقبوض على سوم الشراء كأنه بيع موقوف على اجازة المشترى او كأنه بيع بخيار الشرط (شرح المجلة ، جـ١ ، ص ٢٧٤) . وذهب الدكتور حسن علي الذنون الى ان المقبوض على سوم الشراء هو بيع بشرط التجربة ، وغاية الامر انه معلق على شرط فاسخ لا واقف كما هو الاصل فى

كاملين • فالمقبوض على سوم الشراء اقرب ما يكون الى صورة الوعد بالبيع • اما المقبوض على سوم النظر فهو ليس مقبوضا بمقتضى عقد ، لان الطرفين ما يزالان فى مرحلة المفاوضات ، ولذلك فهو اقرب ما يكون الى مجرد دعوة الى التفاوض[١٢٦] •

حكم هلاك العقار بعد التسليم وقبل التسجيل

٤٦٦ ـ يتبين من الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى الجديد ، ومما يذهب اليه غالبية الفقهاء المصريين ، ان تبعة هلاك المبيع ، منقولا كان او عقارا ، ترتبط بالتسليم ، ولا عبرة بانتقال الملكية فى هذا الشأن[١٢٧] • فيترتب على هذا انه اذا كان المبيع عقارا فان البائع يتحمل بتبعة الهلاك فى حالتين :

(١) اذا هلك العقار قبل التسليم وقبل التسجيل •

(٢) اذا هلك العقار قبل التسليم وبعد التسجيل •

اما المشترى فلا يتحمل بتبعة الهلاك الا :

(١) اذا حدث الهلاك بعد التسليم وقبل التسجيل ، أو ،

(٢) اذا حدث الهلاك بعد التسليم وبعد التسجيل •

ولكن يراعى فى حكم هذه المسألة ان عقد بيع العقار فى القانون

بيع التجربة (البيع ، ف ١٩٤ ص ١٧٩ـ١٨٠) • وذهب الدكتور عباس الصراف الى ان المقبوض على سوم الشراء اقرب ما يكون الى صورة من صور البيع المعلق على شرط واقف (البيع والايجار ، ف ٤٢٨) •

(١٢٦) انظر فى هذا المعنى : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ١ ص ١٤٣ ؛ العامرى ، ص ١٣٩ •

(١٢٧) راجع : أحمد محمد ابراهيم ، المرجع المشار اليه سابقا ، ٥٠٣ـ٥٠٤ ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣١٨ ؛ مرقس وامام ، ف ١٨٨ ؛ سلطان والعدوى ، ف ٣٢٥ •

المصرى عقد رضائى يتم بمجرد الايجاب والقبول • فبيع العقار غير المسجل فى دائرة الشهر العقارى لا يزال بيعا فينتج جميع اثاره عدا نقل الملكية الى المشترى والذى لا يتم الا بالتسجيل • ولذلك فان تبعة الهلاك تنتقل الى المشترى بعد التسليم ولو قبل التسجيل(١٢٨) •

٤٦٧ ـ اما فى القانون العراقى فلبيع العقار شأن آخر • ذلك انه ، كما سبق القول ، عقد شكلى لا ينعقد قبل تسجيله فى دائرة الطابو ، ولذا فهو يقع باطلا ان لم يستوف هذا الشكل المقرر قانونا ، وقد مر بنا ان التسليم الذي تنتقل به تبعة الهلاك الى المشترى يفترض وجود عقد صحيح ناجز(١٢٩) ، وقررنا كذلك بان المشرع العراقى يدير تبعة الهلاك مع التسليم وجودا وعدما • فما هو حكم هلاك العقار فى القانون العراقى على ضوء ما تقدم ؟

٤٦٨ ـ ليس من شك فى ان المشترى هو الذى يتحمل تبعة الهلاك اذا حدث بعد التسجيل وبعد التسليم • وليس من شك كذلك فى ان البائع هو الذى يتحمل بتبعة الهلاك الحاصل بعد التسجيل وقبل التسليم • ولكن ، على من تقع تبعة الهلاك الحاصل بعد التسليم وقبل التسجيل(١٣٠) •

---

(١٢٨) انظر السنهورى ، الوسيط ، جـ٩ ، ف ١٣٣ ص ٣٥٩ •

(١٣٠) يرى الاستاذ شاكر ناصر حيدر « ان القانون المدنى لم يصرح عن حكم المقبوض فى البيع الباطل ، كما هو الحال فى المجلة ، ولذلك فيرجح اعتبار المبيع غير المسجل مضمونا على المشترى القابض • » (راجع : حيدر، جـ١ ، ف ١٣٥)• ويرى الدكتور عباس الصراف انه : « اذا هلك العقار تحت يد المشترى وكان بانتظار تسجيل العقد فى دائرة الطابو بدون تعد منه ولا تقصير ، يتحمل البائع هو نفسه تبعة هذا الهلاك » (راجع ، الصراف ، ف ٤٢٩ـ٤٣٢) •

الراجح فى نظرنا ان الهلاك على المشترى ، فيده يد ضمان لا يد امانة • اذ من الواضح ان العقار مقبوض على سوم الشراء مع تسمية الثمن ، ويد القابض بالسوم مع تسمية الثمن يد ضمان لا يد أمانة كما تقدم (م ٥٤٨ ف ١ مدنى) • فالمشترى قد وضع يده على العقار بقصد تملكه ، ولم يقصد البائع من تسليم العقار اليه ان يكون وديعة أو أمانة تحت يده[١٣١] •

الحالات التى يكون فيها هلاك المبيع قبل التسليم على المشترى

٤٦٩ ـ واذا كان الاصل هو ان البائع يتحمل بتبعة هلاك المبيع قبل التسليم ، فان لهذا الاصل بعض المستثنيات • فهناك حالات تقع فيها تبعة هلاك المبيع على المشترى ولو حصل الهلاك قبل التسليم ، وفيما يلى بيان ذلك :

(١) اذا اتفق المتعاقدان على ان يتحمل المشترى تبعة هلاك المبيع من وقت البيع ، فهذا الاتفاق جائز ويجب العمل به ، لان قاعدة تحمل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم ليست من النظام العام ، فيجوز للمتبايعين اذن الاتفاق على ما يخالفها[١٣٢] •

(٢) اذا اعذر البائع المشترى لكى يتسلم المبيع وامتنع المشترى عن

---

(١٣١) تنص المادة (٤٢٦) من القانون المدنى العراقى على انه : « اذا انتقل الشىء الى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشىء على صاحب اليد • وان كانت يد امانة هلك الشىء على صاحبه » • وتنص الفقرة الاولى من المادة (٤٢٧) على انه : « تكون اليد يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشىء بقصد تملكة • وتكون يد امانة اذا حاز الشىء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائبا عن المالك » •

(١٣٢) أنظر : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ٣ ص ٦١٢ ؛ مرقس وامام ، ف ١٨٨ ص ٣١٦ •

التسلم (م ٥٤٧ ف ١ مدنى) ، فتنتقل تبعة الهلاك الى المشترى لانه يعتبر فى هذه الحالة مقصرا • والمفروض فى الاعذار الذى ينقل تبعة الهلاك الى المشترى ان يكون البائع قد اعذره لتسلم المبيع فى الاجل المتفق عليه للتسليم • فاذا اعذر البائع المشترى لتسلم المبيع قبل هذا الاجل ، وهلك المبيع ، كان هلاكه على البائع •

(٣) اذا وضع المشترى يده على المبيع قبل دفع الثمن ودون اذن البائع وهلك المبيع فانه يتحمل تبعة هلاكه رغم ان التسليم لم يتم • فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٧٨) من القانون المدنى على ان : « قبض المشترى المبيع بدون اذن البائع قبل اداء الثمن لا يكون معتبرا وللبائع حق استرداده • فان هلك المبيع او تعيب وهو فى يد المشترى ينقلب القبض معتبرا ويلزم المشترى باداء ما فى ذمته من الثمن » •

(٤) اذا كان البيع تجاريا ، فتبعة الهلاك يتحملها المشترى ، اذا كان المبيع معينا بالذات ولم يوجد شرط بخلاف ذلك • فتبعة هلاك المبيع فى القانون التجارى تدور مع انتقال الملكية لا مع التسليم كما هو الحال فى القانون المدنى (١٣٣) •

(٥) اذا امتنع المشترى عن الوفاء بالثمن الحال ، جاز للبائع ، طبقا للمادة (٥٧٧) من القانون المدنى ، ان يحبس المبيع الى ان يستوفى الثمن• فاذا هلك المبيع فى يد البائع الحابس له ، فان هلاكه يكون على المشترى رغم انه لم يتسلمه ، وهذا هو صريح نص المادة (٤٦٠) من القانون المدنى المصرى الجديد • اما القانون المدنى العراقى فلا يحوى مثل هذا النص

---

(١٣٣) انظر المادة (١٥٣) من قانون التجارة العراقى ، وراجع فى تفصيل ذلك : الناهى ، الوسيط فى شرح القانون التجارى العراقى ، جـ١ ، ف ٢٦٩ •

فى باب البيع • ومع ذلك فليس من شك فى وجوب اعتبار المبيع فى ضمان المشترى فى فترة الحبس فى القانون العراقى كذلك • فالمادة (٤٢٨) من القانون المدنى تنص على انه : «اذا انتقلت ملكية الشىء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان[١٣٤] • وتنقلب يد امانة اذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس » • فالمشترى بامتناعه عن الوفاء بما هو حال من الثمن قد تسبب فى حبس البائع للمبيع • وفى هذه الحالة تنقلب يد البائع من يد ضمان الى يد امانة • فاذا هلك المبيع فى فترة الحبس فهو انما يهلك على المشترى لا على البائع • وهذا الحكم واضح العدالة • فعدم التسليم هنا راجع الى خطأ المشترى ، وليس من العدل ان يتحمل البائع ما قد يترتب على خطأ المشترى من نتائج[١٣٥] •

الفرع الثالث

التزام البائع بالضمان

L'OBLIGATION DE GARANTIE

٤٧٠ ـ ليس يكفى لبراءة ذمة البائع من التزاماته التى يفرضها عليه عقد البيع ان يقوم بالاعمال التمهيدية اللازمة لنقل الملكية وان يوفى بالتزامه بالتسليم • ذلك ان المشترى لا يستطيع ان يحقق الغرض الذى اشترى المبيع من أجله بمجرد حصوله على الشىء الذى اشتراه وانتقال ملكيته اليه ، بل لابد من حيازته له حيازة هادئة نافعة ، ولا يتيسر له ذلك الا اذا ضمن له البائع بقاء ملكية المبيع والانتفاع به •

٤٧١ ـ والواقع ان الالتزام بالضمان ليس قاصرا على عقد البيع

---

(١٣٤) وهذا الحكم عبارة عن تكرار لما سبق وان قرره المشرع فى المادة (١٧٩) من القانون المدنى والمشار اليها آنفا •

(١٣٥) أنظر : ذنون ، ف ١٩٨ ؛ الصراف ، ف ٤٣٤ •

وحده ، بل هو واجب كذلك فى سائر العقود الناقلة للملكية كالمقايضة والهبة بعوض ، والعقود الواردة على أى حق عينى آخر كالرهن والقسمة والشركة وهو واجب ايضا فى عقد الايجار . ولذلك فقد كان المنطق يقتضى ان تعنى التشريعات بالنص على احكام الضمان فى باب النظرية العامة للالتزام ولكن ، نظرا لان الالتزام بالضمان ، من الناحية التاريخية ، كان قد عرف اول ما عرف فى عقد البيع ، ولان هذا العقد هو من اهم العقود واوسعها انتشارا ، فقد كان هذا سببا لتنظيم معظم التشريعات لاحكام هذا الالتزام عند الكلام فى عقد البيع (١٣٦) .

٤٧٢ ـ وهذا الضمان الذى يلتزم به البائع بمقتضى عقد البيع يلقى على عاتقه بالتزامين : (اولهما) سلبى مقتضاه الامتناع عن التعرض للمشترى شخصيا ، (وثانيهما) ايجابى يلتزم البائع بمقتضاه ان يدفع ما قد يصدر عن الغير من تعرض للمشترى من شأنه ان يعكر حيازته أو يخشى معه ان ينزع من تحت يده اذا ثبت استحقاق المبيع للغير كلا او جزءا ، وهذا هو ضمان التعرض والاستحقاق .

وكما ان البائع يلتزم بالا يتعرض للمشترى فى حيازته للمبيع وبان يدفع تعرض الغير ، فانه يلتزم الى جانب ذلك بان يضمن للمشترى خلو المبيع من العيوب الخفية التى تظهر فى المبيع ويكون من شأنها ان تمنع الانتفاع به كلا او بعضا ، وهذا هو ضمان العيوب الخفية .

وسنتكلم عن هذين النوعين من هذا الضمان فى مبحثين متعاقبين .

---

(١٣٦) أنظر : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ف ٣٢٦ ؛ عامر ، ف ١٧٥ ؛ الصراف ، ف ٤٤١ ؛ العامرى ، ص ١٤٠ .

المبحث الاول

ضمـان التعـرض والاستحقاق

٤٧٣ ـ قلنا ان البائع يضمن عدم التعرض شخصيا للمشترى كما يضمن له دفع التعرض الصادر من اجنبى يدعى بحق قانونى على الشىء المبيع وانه ضامن للمشترى استحقاق المبيع اذا انتهى ادعاء هذا الشخص بثبوت استحقاق المبيع له • ويلتزم البائع بكل ذلك بحكم القانون ولو لم ينص المتعاقدان عليه فى عقد البيع ، ولهذا يسمى الضمان فى هذه الحالة بالضمان القانونى (Garantie de droit) . فقد نصت المادة (٥٤٩) من القانون المدنى العراقى على انه : « ١ ـ يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل اجنبى يدعى ان له حقا على المبيع وقت البيع يحتج به على المشترى • ٢ ـ ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص عنه فى العقد » •

٤٧٤ ـ واذا كان الاصل فى ضمان البائع ان يكون قانونيا ، فليس هناك ما يحول دون اتفاق المتعاقدين على ما يخالف احكام النصوص التى اوردها المشرع فى هذا الصدد لان هذه الاحكام ليست من النظام العام ، فجاز بالتالى ان يتفق المتعاقدان على تعديلها بالتشديد او بالتخفيف أو حتى بالاعفاء منها فى حدود معينة ، فيكون الضمان فى هذه الحالة ضمانا اتفاقيا (Garantie conventionnelle, ou du fait) .

٤٧٥ ـ وهكذا فاننا سنبحث ضمان التعرض الشخصى الصادر من البائع اولا ، وضمان البائع للتعرض الصادر من الغير ثانيا ، وضمان البائع لاستحقاق المبيع ثالثا ، والضمان الاتفاقى رابعا واخيرا ، ونفرد لكل من هذه المسائل مطلبا مستقلا •

المطلب الاول

ضمان التعرض الشخصي

٤٧٦ ـ علمنا بان التزام البائع بعدم التعرض شخصيا للمشترى يقتضى امتناعه عن كل فعل من شأنه الحيلولة دون انتفاع المشترى بالمبيع سواء أكان هذا الفعل ماديا أم قانونيا .

٤٧٧ ـ ويعتبر من قبيل التعرض المادى (Trouble de fait) كل فعل يصدر من البائع ويكون من شأنه ان يخل بأنتفاع المشترى بالمبيع دون ان يستند فى اجرائه الى حق يدعيه(١٣٧) . ومثال ذلك : ان يقوم بائع المحل التجاري بفتح محل منافس فى نفس الجهة التى يقع فيها المحل المبيع ، أو ان مؤلفا عهد الى ناشر بنشر طبعة معينة من كتابه فيقوم هو بنشر نفس هذا الكتاب ، او ان بائع الطاحون ، مراعاة منه لمصلحته الخاصة كما لك للمراعى المجاورة لها يتوسل ، اضرارا بالمشترى ، باجراءات ادارية من شأنها خفض ارتفاع الماء الذى يقوم بتدوير هذا الطاحون عن المستوى الذى كان عليه وقت البيع(١٣٨) .

٤٧٨ ـ ويعتبر من قبيل التعرض القانونى (Trouble de droit) ادعاء البائع فى مواجهة المشترى بحق قانونى على الشىء المبيع من شانه حرمان المشترى من سلطاته كمالك للمبيع ، كأن يبيع شخص شيئا لا يملكه لآخر ، ثم يصبح مالكا له بأى طريق قانونى كالميراث او الوصية او الشراء من المالك الحقيقى أو التقادم المكسب ، فانه لا يستطيع استرداد المبيع بناء على استعمال حقه فى عدم اقرار عقد البيع الصادر منه لانه ضامن والقاعدة ان « من التزم

---

(١٣٧) انظر : مازو ، جـ٣ ، ف ٩٥٦ ؛ شنب ، ف ١٢٥ .

(١٣٨) راجع : اوبرى ورو ، جـ٥ ، ص ٦٢ ؛ مازو ، جـ٣ ، ف ٩٥٦ ؛ سلطان والعدوى ، ف ٣٣٥ ؛ الصراف ، الفقرتين ٤٤٤ و ٤٤٥ .

بالضمان امتنع عليه التعرض »[١٣٩] .

٤٧٩ ـ على انه لا يشترط لاعتبار الفعل تعرضا ان يكون خطأ فى حد ذاته . فالفعل الواحد قد يعتبر تعرضا متى صدر من البائع وكان من شأنه الاخلال بانتفاع المشترى بالشىء المبيع ، فى حين انه لو صدر من غيره لما اعتبر عملا غير مشروع . فقد وجدنا ان منافسة بائع المحل التجارى لمشتريه تعتبر تعرضا ، اما اذا جاءت هذه المنافسة من شخص آخر غير البائع لكانت عملا مشروعا ، وذلك لان البائع فى مركز قانونى يختلف عن مركز الغير ، لانه بابرامه عقد البيع قد التزم ان لا يفوت على المشترى منفعة الشىء الذى اشتراه[١٤٠] .

ولكن « التعرض » لا يطلق على كل ما يقوم به البائع ويضايق به المشترى فى انتفاعه بالعين المبيعة او يؤدى الى انتزاع العين من تحت يده . ولذلك تجب التفرقة بين التعرض الذى يجب امتناع البائع عنه وبين ما قد يقوم به البائع استنادا الى القانون او الى عقد البيع ذاته . فلا يعتبر تعرضا طلب البائع اخذ العقار المبيع بالشفعة اذا باع المشترى العقار الى شخص آخر لان البائع يستند فى عمله هذا الى حق مقرر فى القانون فلا مسؤلية عليه . ولا يعد كذلك تعرضا من البائع يوجب مسؤليته اذا طلب نقض البيع لعيب شاب ارادته كغلط او اكراه لانه انما يتمسك بحق مستمد من عقد البيع نفسه[١٤١] .

---

(١٣٩) راجع : مرقس ، ف ٢٠٢ ص ٣٧٨ ؛ ذنون ، ف ١٩٨ ص ١٨٤ ـ ١٨٥ .

(١٤٠) راجع : مرقس ، ف ٢٠٢ ص ٣٨٣ ؛ شنب ، ف ١٢٥ ص ١٦٩ ـ ١٧٠

(١٤١) راجع : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ١ ص ٦٣١ ؛ سلطان والعدوى ، ف ٣٣٦ ؛ شنب ، ف ١٢٥ ص ١٦٩ ؛ عامر ، ف ١٧٧ ص ٢٥٨ .

٤٨٠ ـ ويتميز التزام البائع بعدم التعرض للمشترى بانه التزام لايقبل التجزئة أو الانقسام حتى لوكان المبيع ذاته قابلا للتجزئة. ذلك ان مضمون التزام البائع بعدم التعرض للمشترى هو امتناع عن عمل ، فكل عمل ايجابى مخالف مهما كان يسيرا يعتبر اخلالا بالالتزام كله(١٤٢) . ويترتب على ذلك انه اذا تعدد البائعون كما لو باع شخصان معا دارا يملكانها على الشيوع ، ثم تبين بعد ذلك ان احدهما هو المالك لكل الدار وان الآخر لا يملك فيها شيئا ،فلا يجوز للاول ان يتعرض للمشترى فيما يجاوز حصته التى باعها واسترداده من المشترى لان التزامه بضمان التعرض لايقبل الانقسام فهو لهذا يشمل الدار المبيعة كلها ولا يقتصر على حصته التى باعها . وهذا الحكم هوالذى يكاد يجمع عليه الفقه في فرنسا وفي مصر وهو وحده الذى يأخذ به القضاء الفرنسى(١٤٣) .

جزاء الاخلال بالالتزام بعدم التعرض الشخصي

٤٨١ ـ اذا اخل البائع بالتزامه بعدم التعرض للمشترى فى انتفاعه بالمبيع فان الجزاء الذى يترتب على ذلك يأخذ صورا مختلفة .

فاذا كان التعرض ماديا ، كمنافسة المشترى فى المحل التجارى المبيع أو البناء على الارض المبيعة ، كان للمشترى أن يطلب وقف استمرار هذا التعرض وازالة كل ما ترتب عليه من اثار . فيكون للمشترى طلب اقفال المحل التجارى المنافس او الكف عن الاستمرار فى البناء على الارض المبيعة

---

(١٤٢) انظر مازو ، جـ٣ ، ف ٩٥٧ .

(١٤٣) راجع : بلانيول وريبير وبولانجية ، جـ٣ ، ف ١٤٧٦ ؛ اوبرى ورو ، جـ٥ ص ٦٤ ؛ مازو ، جـ٣ ، ف ٩٥٧ ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٣٢ والفقه المشار اليه فى هامش ٢ ص ٦٣٤ ؛ مرقس ، ف ٢٠٥ ؛ شنب ، ف ١٢٨ ؛ سلطان والعدوى ، ف ٣٣٩ ؛ العامرى ، ص ١٤٢ .

وهدم ما بنى منه فعلا • وقد يلجأ القاضى فى سبيل ذلك الى الغرامات التهديدية لمنع البائع من التمادى فى تعرضه المادى للمشترى • وهكذا يكون التزام البائع بالضمان قد نفذ تنفيذا عينيا ، ولكن ، لما كان التنفيذ العينى لايمنع الا الاثار التى كانت ستترتب على التعرض فى المستقبل ، فانه يجوز للمشترى ان يطلب التعويض عما أصابه من الضرر بسبب التعرض الحاصل قبل الحكم بازالته •

اما اذا كان تعرض البائع قانونيا بان ادعى على المبيع حقا يتعارض مع حقوق المشترى الناشئة عن عقد البيع ، كأن يكون البائع قد باع عينا لا يملكها وقت البيع ثم آلت اليه ملكيتها بعد ذلك باى سبب من اسباب التملك فيرفع الدعوى مطالبا باسترداد المبيع ، فيكون الجزاء فى هذه الحالة رد دعوى البائع لانه ملزم بالضمان ومن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض ، كما سبق القول(١٤٤) كما يمكن ان يكون الجزاء عدم سريان بعض تصرفات البائع القانونية فى مواجهة المشترى ، ويجوز للمشترى كذلك ، طبقا لاحكام القواعد العامة ، ان يطالب بفسخ البيع لاخلال البائع بالتزام من التزاماته فضلا عن حقه فى المطالبة بالتعويض عن كل ضرر يصيبه جراء اخلال البائع بالتزامه(١٤٥) •

المطلب الثانى

التعرض الصادر من الغير

٤٨٢ ـ اشرنا فيما سبق الى ان البائع يلتزم بعدم التعرض شخصيا للمشترى سواء كان هذا التعرض ماديا او قانونيا • وهذا الالتزام ، كما

---

(١٤٤) راجع السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٣٥ ؛ سلطان والعدوى ، ف ٣٣٧ •

(١٤٥) انظر : مرقس وامام ، ف ٢٠٠ ص ٣٤٠ ؛ شنب ، ف ١٣٠ ص ١٧٣ ـ ١٧٤ •

قلنا ، التزام سلبي • غير ان البائع يلتزم ، علاوة على عدم تعرضه الشخصي ، ان يقوم بدفع تعرض الغير • فقد رأينا ان الفقـرة الاولى من المـادة (٥٤٩) تلزم البائع بضمان التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله او من فعل اجنبى يدعى ان له حقا على المبيع يحتج بـه على المشترى •

والتزام البائع بضمان تعـرض الغـير التزام ايجابى مقتضاه حمايـة المشترى من كل تعرض صادر من الغير ودفع هذا التعرض بكل الوسائل • والتزام البائع فى هذه الحالة التزام بنتيجة وليس التزاما بوسيلة • فيعتبر البائع مخلا بالتزامه بالضمان بمجرد أن يكسب الغـير دعواه ويحكم لـه بثبوت حق على المبيع ، ولا يشفع للبائع بعد ذلك ان يدعى انه بذل كـل ما يستطيع لدفع التعرض ولكنه لم يفلح(١٤٦) •

٤٨٣ ـ غير انه ليس كل تعرض صادر من الغير يضمنه البائع ، بل لابد من توافر شروط معينة يمكن ايجازها بالآتى :

٤٨٤ ـ (**أولا**) ـ يجب ان يستندالغير فى تعرضه للمشتري الى حق قانونى يدعيه على المبيع • وهذا يعنى ان البائع لا يضمن الا التعرض القانونى الصادر من الغير ، كأن يرفع الغير دعوى مدعيا بملكية المبيع كله او بعضه أو اى حق آخر عليه ، وهذا ما يستفاد من قول الفقرة الاولى مـن المـادة (٥٤٩) : « •• أو من فعل اجنبى يدعى ان له حقا على المبيع وقت البيع يحتج بـه على المشترى » •

اما التعرض المادى الصادر من الغير وهو الذى يتكون من مجرد فعل مادى يقوم به الغير دون ان يستند فى اجرائه الى حق ما فلا يضمنه البائع • فلو ان الغير اغتصب العين المبيعة من المشترى او سرقها منه او ارسل الجـار

---

(١٤٦) انظر : مرقس ، ف ٢٠٤ ص ٣٨٦ •

ماشيته لترعى فى الحقل المبيع ، فان البائع لا يضمن للمشترى هذا التعرض لانه لا سلطان له على كافة الناس ليحول بينهم وبين تعرضهم المادى للمشترى • فلا يمكن أن ينسب الى البائع أي تقصير بشأن هذا التعرض ، بل على المشترى ان يدرأه عن ماله بنفسه ، وله من الحماية العامة التى يوليها اياه القانون ما يستطيع معها دفع كل تعرض مادى قد يصدر من الغير(١٤٧) •

والحق الذى يدعيه الغير على المبيع ويوفر التعرض الذى يضمنه البائع يمكن ان يكون حقا عينيا كما يمكن ان يكون حقا شخصيا • فيعتبر تعرضا قانونيا ان يدعى شخص انه المالك الحقيقى لكل المبيع او لجزء منه وهو لذلك يطالب باسترداد ما يدعيه ، أو ان يدعى شخص ان له على المبيع حق ارتفاق أو انتفاع او سكنى او ان يحجز على المبيع على انه مرهون لديه وفاء لدين له فى ذمة البائع ؛ فهذا الغير يدعى فى مثل هذه الاحوال حقا عينيا على المبيع(١٤٨) • وكذلك لو ادعى الغير بحق شخصى على المبيع ، كما لو ادعى شخص انه مستأجر للمبيع من البائع وان ايجاره ينفذ فى مواجهة المشترى لثبوت تاريخه قبل البيع ، كان هذا الادعاء تعرضا يضمنه البائع للمشترى •

ولكن لا يشترط فى الحق الذى يدعيه الغير فى مواجهة المشترى ان يكون صحيحا وثابتا ، بل يكفى مجرد الادعاء بهذا الحق ليعتبر تعرضا

---

(١٤٧) انظر : مازو ، جـ٣ ، ف ٩٥٨ ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٤١ •

(١٤٨) والحقوق العينية هى اما اصلية او تبعية • والحقوق العينية الاصلية هى حق الملكية وحق التصرف وحق المنفعة وحق الاستعمال وحق السكنى وحق المساطحة وحقوق الارتفاق (المواد ١٠٤٨ ـ ١٢٨٤ مدنى عراقى) • اما الحقوق العينية التبعية فهي الرهن بنوعيه التأميني والحيازي وحقوق الامتياز (المواد ١٢٨٥ ـ ١٣٨٠) •

يضمنه البائع ، ويستوى بعد ذلك ان يكون الحق المدعى بـه موجـودا أو لا وجود له ، او ان يكون السند القانونى الذى يستند اليه الغير فى دعـواه صحيحا او باطلا[١٤٩] .

٤٨٥ (ثانيا) ـ ويشترط كذلـك لتحقق ضمان البـائع للتعـرض الصادر من الغير أن يكون الحق الذى يدعيه الغير قد ثبت له قبل البيع ، سواء كان هذا الحق قد ترتب على فعل من البائع كأن يكون البائع قـد رتب للغير حق رهن على المبيع قبل بيعه ، او كان هذا الحق قـد ترتب على المبيع بسبب اجنبى كما لو ادعى الغير اكتساب ملكية المبيع قبل البيع بالتقادم او كان قد صدر قبل البيع قانون باستملاك العقار المبيع للمنفعة العامة . ولهذا فقد قضت الفقرة الاولى من المادة (٥٥٠) من القانون المدني العراقى : « اذا استحق المبيع للغير وكان الاستحقاق واردا على ملـك البائع ضمن البائع ولو لم يشترط الضمان فى العقد » .

اما اذا كان الغير يستند فى تعرضه للمشتري الى حق لاحق لعقـد البيع كما لو نزعت ملكية العقار المبيع بعد البيع للمنفعة العامة او كمـا لو تملك الغير العين المبيعة بالتقادم بعد البيع فان الاصل هـو ان البائـع لا يسأل عن هذا التعرض . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٥٠) على انه : « اما اذا ورد الاستحقاق بامر حادث فى المبيع وهو فى ملك المشترى كما لو أثبت المستحق انه ملكه بتاريخ متأخر عن الشراء فلا حق للمشتري فى الرجوع بالضمان على البائع » .

واذا كان الاصل ان البائع لا يسأل عن تعرض الغير اذا استند هذا الغير فى تعرضـه الى سبب قانوني لاحق على البيع ، فانه استثناء من هـذا الاصل يسأل البائع عن تعرض الغير ولو كان يستند الى حق ثبت بعد

---

(١٤٩) انظر : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٤١ ص ٦٤٦؛ ذنون ، ف ٢٠٠ ص ١٨٦ .

البيع اذا كان البائع هو الذى تسبب فى قيام هذا الحق ، كما لو قام بائع المنقول ببيعه ثانية الى مشتر آخر تسلم المبيع فعلا وتمسك الاخير بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية(١٥٠) .

٤٨٦ - (ثالثا) - ويشترط أيضا لثبوت الضمان على البائع أن يتعرض الغير فعلا للمشترى ، كأن يرفع الغير دعوى يطالب فيها بملكية المبيع او يوجه انذارا الى المشترى يطالبه فيه ، باعتباره حائزا للمبيع ، بالدفع او بالتخلية . اما مجرد ظهور حق للغير على المبيع ، كما لو ظهر العقار المبيع مرهون للغير ، او مجرد الخشية من وقوع التعرض للمشترى فى المستقبل فلا يعتبر تعرضا وبالتالى فلا يجوز للمشترى الرجوع بالضمان على البائع لاحتمال عدم وقوع التعرض اذ يجوز ان يقوم البائع بسداد دينه او يقوم الدائن المرتهن بالحجز على عقار آخر مرهون لديه بنفس الدين فلا يكون ثمة مجال للتعرض من جانب الغير .

المطلب الثالث

ضمان البائع لاستحقاق المبيع

٤٨٧ - اذا تعرض الغير للمشترى على الوجه الذى بيناه وتوافرت فى هذا التعرض الشروط التى تقدم ذكرها فقد تحقق ضمان البائع ووجب عليه أن ينفذ التزامه بالضمان تنفيذا عينيا بأن يتخذ كافة الوسائل والاجراءات اللازمة لدفع هذا التعرض . فاذا افلح البائع فى رد ادعاء الغير فانه يكون قد نفذ التزامه بالضمان عينا .

اما اذا اخفق البائع فى دفع التعرض الصادر من الغير بان حكم

---

(١٥٠) راجع : ما زو ، جـ٣ ، ف ٩٦٣ ؛ بلانيول وريبير وبولانجية ، جـ٣ ، ف ١٤٩٤ ؛ مرقس وامام ، ف ٢٠١ ص ٣٤٦ ؛ السنهورى، الوسيط ، جـ٤ ف ٣٤٢ ؛ سلطان والعدوى ، ف ٣٤٨ ؛ شنب ، ف ١٣٧ ؛ الصراف ، ف ٤٥٥ ؛ العامرى ، ص ١٤٥ .

لهذا الغير بثبوت الحق الذى يدعيه ، أى باستحقاق المبيع كلا او بعضا ، اعتبر ذلك اخلالا من البائع بالتزامه بضمان تعرض الغير ، ذلك ان الالتزام بدفع هذا التعرض هو التزام بنتيجة ، كما قدمنا ، فيستحيل تنفيذ التزام البائع بالضمان تنفيذا عينيا ، والقاعدة انه اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عينا يصار الى التعويض ، فيرجع المشتري على البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة حرمانه من المبيع •

٤٨٨ ـ ويتحقق الاستحقاق فى جميع الاحوال التى يحرم فيها المشترى فعلا من اى حق من الحقوق التى له على المبيع لاى سبب سابق على عقد البيع لم يكن له يد فيه كما لو ظهر ان المبيع لم يكن مملوكا للبائع وانما يملكه شخص آخر كلا او بعضا أو ظهر ان هناك بعض الحقوق كانت قد ترتبت عليه قبل البيع(١٥١) • وكذلك اذا اثبت المستحق الاستحقاق بصدور حكم نهائى ثم اتفق المستحق مع المشترى على ترك المبيع بعوض يعتبر هذا شراء للمبيع من المستحق وللمشترى ان يرجع على بائعه بالضمان وهذا هو ما تنص عليه المادة (٥٥٢) من القانون المدني العراقى •

احوال لا يجوز فيها رجوع المشترى على البائع بالضمان

٤٨٩ ـ فاذا استحق المبيع بان حرم المشترى من حقوقه على المبيع كلها او بعضها بنتيجة التعرض الحاصل التزم البائع بالضمان ، اى بتعويض المشتري التعويض اللازم • ولكن هناك احوالا لا يستطيع فيها المشترى ان يرجع على البائع بضمان الاستحقاق •وتستفاد هذه الاحوال من نصوص المادتين (٥٥١ و ٥٥٢) من القانون المدنى العراقى • وهذه الاحوال هى :

---

(١٥١) راجع : مرقس وامام ، ف ٢٠٥ ؛ الصراف ، ف ٤٥٧ ؛ العامرى ، ص ١٤٧ ـ ١٤٨ •

(١) اذا ثبت الاستحقاق للمدعي باقرار المشتري نفسه أو بنكوله عن اليمين (م ٥٥١ ف ١)• ومع ذلك فان المشترى يرجع بضمان الاستحقاق على البائع حتى اذا ثبت الاستحقاق باقراره او بنكوله عن حلف اليمين اذا كان حسن النية وكان قد اعذر البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم ودعاه للدخول فى الدعوى فلم يفعل (م ٥٥١ ف ٢) •

(٢) اذا لم يقم المشترى باعذار البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم ولم يدعه للدخول معه فى الدعوى وصدر عليه حكم حاز حجية الشىء المقضى به لانه يكون قد فوت على البائع فرصة تدخله فى الدعوى لدفعها •

(٣) اذا أثبت البائع بعد صدور الحكم للغير بالاستحقاق استناداً الى اقرار المشتري الحسن النية أو نكوله عن اليمين ان المستحق لم يكن على حق فى دعواه بالاستحقاق(م ٥٥١ ف ٢) •

(٤) اذا سلم المشترى للغير بحقه فى الاستحقاق دون دعوى يرفعها الغير ولو لم يثبت ان الغير لم يكن على حق فى دعواه[١٥٢] •

٤٩٠ ـ وفيما عدا هذه الاحوال يكون للمشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق • والاصل فى هذا الضمان ان يكون قانونيا فيلتزم به البائع حتى ولو لم ينص عليه فى عقد البيع • وقد نظم المشرع العراقى احكام هذا الضمان القانونى فى المادتين (٥٥٤ و ٥٥٥) من القانون المدني ويتبين من نصوص هاتين المادتين انهما تفرقان بين الاستحقاق الكلى والاستحقاق الجزئى •

اولا ـ الاستحقاق الكلى Eviction Totale

٤٩١ ـ لقد عالج المشرع العراقى فى المادة (٥٥٤) من القانون

---

(١٥٢) انظر : العامرى ، ص ١٤٨ ، وراجع : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣١٥ •

المدنى حالة استحقاق المبيع استحقاقا كليا بالنص على انه : « ١ ـ اذا استحق المبيع على المشترى وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشترى استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع او زادت • وله ان يسترد ايضا قيمة الثمار التى الزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التى صرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان يستطيع المشترى ان يتقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى •

٢ ـ اما اذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشترى ان يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية التي انفقها على المبيع وان يطلب تعويضا عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع » •

٤٩٢ ـ والمقصود بالاستحقاق الكلى ظهور حقيقة ان المبيع لم يكن مملوكا للبائع بثبوت ملكيته كله للغير الذى ينتزع المبيع من تحت يد المشترى فيؤدى ذلك الى حرمان الاخير من جميع الحقوق المقررة له على المبيع ، فيكون فى هذه الحالة للمشترى ان يرجع على البائع بضمان الاستحقاق • على ان مدى التزام البائع بالضمان يختلف ، كما يتبين ذلك من المادة (٥٥٤) ، بحسب ما اذا كان البائع حسن النية أو سيء النية(١٥٣) فيلتزم الاخير بتعويض اوسع مدى من الاول على النحو الذى نوجزه فيما يأتي :

الحالة الاولى ـ البائع حسن النية

٤٩٣ ـ فاذا كان البائع حسن النية ، أى انه لم يكن يعلم باستحقاق المبيع وقت البيع ، فانه يلتزم بأن يرد للمشترى :

---

(١٥٣) اما المشرع المصرى فهو لا يميز بين حسن نية البائع وسوء نيته الا فيما يتعلق بالمصروفات الكمالية (انظر المادة ٤٤٣ ف ٣ مدنى مصرى وراجع : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٥٢ وص ٦٧٥ فى الهامش) •

(١) تمام الثمن سواء زادت قيمة المبيع او نقصت : فقد تزيد قيمة المبيع فى الفترة الواقعة بين ابرام البيع وبين استحقاق المبيع سواء أكان ذلك بفعل المشترى كأن ينشىء بعض الابنية على العقار المبيع ، ام بسبب ارتفاع الاسعار فى الاسواق ، أم بسبب اعمال عامة كمد سكة للحديد او فتح شوارع او تحسين طرق المواصلات • وقد تنقص قيمة المبيع فى نفس تلك الفترة بفعل المشترى نفسه ، كأن يشترى شخص داراً فتنقص قيمتها بنتيجة استعماله لها او هدمه بعض ابنيتها ، وقد يكون ذلك نتيجة انخفاض الاسعار فى السوق • ففي جميع هذه الاحوال لا يلزم البائع ، طبقا لاحكام القانون المدني العراقي ، الا بأن يرد الى المشتري الثمن بكامله بصرف النظر عما لحق المبيع من زيادة او اصابه من نقصان •

وهذا الحكم الذى يقرره المشرع العراقي فى المادة (٥٥٤) ، متأثراً فيه بفقه الشريعة الاسلامية وبصورة خاصة بصاحب مرشد الحيران(١٥٤) وببعض التشريعات الحديثة(١٥٥) وخلط فيه بين الآثار التي تترتب على ضمان الاستحقاق وبين الآثار التى تترتب على فسخ العقد او ابطاله ، يختلف عما يقرره المشرع المصرى ، بشأن هذه المسألة ، فى القانون المدني الجديد • ذلك ان كلاً من دعوى الفسخ ودعوى الابطال تفرض زوال عقد البيع • فالتعويض الذى يلتزم به البائع لا يكون على اساس من عقد البيع ، فان هذا العقد قد زال بالفسخ او بالبطلان ، اما ضمان الاستحقاق فيفترض بقاء عقد البيع وان التعويض الذى يستحقه المشترى بسبب استحقاق الغير للمبيع ليس الا تنفيذا بمقابل لعقد البيع ذاته بعد ان استحال على البائع تنفيذه عيناً • فالعقد باق وهو مصدر التعويض • وعلى هذا فان

---

(١٥٤) انظر المادتين ٤٩٩ و ٥٠٠ من مرشد الحيران •

(١٥٥) انظر المادتين ١٦٣٠ و ١٦٣١ من القانون المدنى الفرنسى ، والمادة ١٩٥ من تقنين الالتزامات السويسرى ، والمادة ٤٣٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى •

تعويض المشتري يجب أن يتم على أساس حرمانه من المبيع وبالتالي فهو يستحق قيمته وقت الاستحقاق لا على أساس زوال البيع بالفسخ أو بالبطلان فلا يسترد المشتري الا الثمن الذى دفعه زادت قيمة المبيع أو نقصت[١٥٦] .

أما القانون المدني المصري الجديد فقد توقى هذا الخلط وقرر فى المادة (٤٤٣) بأنه : « اذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع : ١ ـ قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت ... كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو ابطاله » .

واذا كان البائع يلتزم بأن يرد الى المشتري الثمن الذى قبضه منه بتمامه ، كما تقرر الفقرة الاولى من المادة (٥٥٤) ، فليس هناك ما يمنع من احتساب البائع مبلغاً يعادل الفائدة التي حصل عليها المشتري نتيجة انتفاعه بالمبيع وطرح هذا المبلغ من الثمن الذى يلتزم برده الى المشتري نتيجة انتفاعه بالمبيع وطرح هذا المبلغ من الثمن الذى يلتزم برده الى المشتري وذلك تطبيقاً لاحكام القواعد العامة فى الكسب دون سبب . فلو ان شخصاً اشترى داراً وقام بهدم بنائها وباع أنقاضها ، ثم استحقت الدار من تحت يده ، كان للبائع أن يطرح قيمة هذه الانقاض من أصل الثمن الذى سيرده الى المشتري[١٥٧] . وقد نص القانون المدني الفرنسي صراحة على هذا الحكم فى المادة (١٦٣٢) بقوله : « ولكن اذا كان المشتري قد حصل على فائدة من

---

(١٥٦) راجع فى تفصيل ذلك : السنهورى ، جـ٤ ، ف ٣٥٢ وخاصة ص ٦٧٦ وهامش ١ ص ٦٧٦ ـ ٦٧٨ ؛ مرقس وامام ، ف ٢٠٨ ، وانظر : العامرى ، ص ١٤٩ ـ ١٥٠ وقارن : ذنون ، الفقرتين ٢٣٣ و ٢٣٤ .

(١٥٧) انظر فى هذا المعنى : ذنون ، ف ٢٣٤ ص ٢٢٠ ؛ العامرى ، ص ١٥١ .

التلف الذى أحدثه بالمبيع كان للبائع الحق فى أن يحتسب على الثمن مبلغاً معادلا لهذه الفائدة » .

(٢) قيمة الثمار التى الزم المشتري بردها الى المستحق : ويلتزم البائع حسن النية بأن يرد كذلك الى المشتري قيمة الثمار التي الزم هذا الاخير بردها الى المستحق ، وبعبارة اخرى ، قيمة الثمار التي قبضها المشتري من وقت أن يصبح سيء النية (م ١١٦٦ مدني عراقي) أي من وقت علمه بحق المستحق على المبيع ، وهو يكون سيء النية دائماً بعد رفع دعوى الاستحقاق لانه يكون منذ ذلك الوقت عالماً بهذا الحق ، فيلزم بردها الى المستحق ولذلك يلتزم البائع بتعويضه عنها[١٥٨] . اما ما قبضه المشتري وهو حسن النية فأنه لا يلتزم برده الى المستحق لان القواعد العامة تقضي بتملك الحائز حسن النية للثمار بمجرد قبضها (م ١١٦٥ مدني عراقي) ، ومن ثم فلا محل لرجوعه بها على البائع .

(٣) المصروفات النافعة التى انفقها على المبيع : والمصروفات التى قد ينفقها المشتري على المبيع اما ان تكون مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو مصروفات كمالية . والمصروفات النافعة ، أي المصروفات التي تزيد فى قيمة العين المبيعة دون أن تكون ضرورية لحفظها كالمصروفات التي ينفقها المشتري لاستصلاح أرض زراعية أو لبناء طابق جديد فوق البناء ، هي وحدها التي تجيز الفقرة الاولى من المادة (٥٥٤) للمشتري الرجوع بها على البائع حسن النية[١٥٩] .

اما المصروفات الضرورية أو الاضطرارية فهي التي تلزم لصيانة العين وحفظها من الهلاك كبناء جدار متداع يهدد بالسقوط والحاق الضرر بالمنزل

---

(١٥٨) قارن نص المادة ١٦٣٠ ف ٢ مدنى فرنسى ، والمادة ٤٤٣ ف ٢ مدنى مصرى .

(١٥٩) قارن المادة ١٦٣٤ مدنى فرنسى والمادة ٤٤٣ ف ٣ مدنى مصرى .

فأن المشتري يستردها من المالك الذى حكم له بالاستحقاق طبقاً للفقرة الاولى من المادة (١١٦٧) من القانون المدني ، وبالتالي فلا رجوع للمشتري بها على البائع ولهذا السبب لم تنص المادة (٥٥٤) على هذه المصروفات •

واما المصروفات الكمالية وهي التي لا تكون لازمة لصيانة العين المبيعة وحفظها ولا تترتب عليها زيادة فى قيمتها كالمصاريف التي تنفق للزخرفة أو ما شابه ذلك فليس للمشتري أن يطالب بها البائع حسن النية كما انه ليس له أن يطالب بها المالك (المستحق) • ولكن الفقرة الثالثة من المادة (١١٦٧) من القانون المدني العراقي تجيز للحائز (المشتري) أن ينزع ما استحدثه منها على أن يعيد الشيء الى حالته الاولى الا اذا آثر المالك (المستحق) أن يستبقيها فى نظير دفع قيمتها مستحقة للقلع[١٦٠] •

(٤) مصروفات الدعاوى : ويلتزم البائع بان يرد الى المشترى جميع مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان[١٦١] • فالمفروض بالنسبة لدعوى الاستحقاق التى اقامها مدعي الاستحقاق على المشترى ان هذا الاخير قد خسر الدعوى وانه لذلك قد تحمل بجميع مصروفاتها وانه قد أدى هذه المصروفات للمستحق فوجب على البائع ان يعوضه عنها • ولكن يستثنى من ذلك ما كان يستطيع المشترى ان يتقيه من هذه المصاريف لو انه اخطر البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم لان الخسارة التى تحملها فى هذه الحالة انما ترجع الى خطأ منه • ويلتزم البائع كذلك بأن يدفع الى المشترى مصاريف دعوى الضمان لان المشترى وقد كسب هذه

---

(١٦٠) انظر : ذنون ، الفقرتين ٢٣٥ و ٢٣٦ ؛ العامرى ، ص ١٥١ — ١٥٢ •

(١٦١) دعوى الاستحقاق هى التى يقيمها الغير مدعى الاستحقاق على المشتري لاثبات حقه على المبيع • اما دعوى الضمان فهى التى يقيمها المشترى على البائع عندما يستحق المبيع فى يد المشترى •

الدعوى فى مواجهة البائع فقد التزم البائع بكل مصاريفها نحو المشترى • وتشمل مصروفات الدعاوى ، الى جانب رسوم المحاكم ، اجور المحاماة واجور الخبراء وجميع المصاريف الاخرى •

هذه هي العناصر المختلفة للتعويض الذى يستحقه المشترى فى مواجهة البائع حسن النية بسبب رجوع المشترى عليه بضمان استحقاق المبيع استحقاقا كلياً •

الحالة الثانية ـ البائع سيء النية

٤٩٤ ـ ولكن قد يكون البائع سيء النية ، بأن كان يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع للغير ، فيلتزم طبقا للفقرة الثانية من المادة (٥٥٤) بأن يرد الى المشترى بالاضافة الى عناصر التعويض التى تقدم ذكرها فى الحالة السابقة :

(١) الزيادة فى قيمة المبيع : فاذا كانت قيمة المبيع قد زادت فى الفترة الواقعة بين ابرام البيع واستحقاق المبيع للغير وجب على البائع ، اذا كان سيء النية، ان يدفع الى المشترى لا الثمن الذى اشترى به المبيع فحسب وانما بالاضافة الى ذلك ، ما يقابل الزيادة الحاصلة فى قيمة المبيع عن ثمنه ، ويستوى فى هذه الزيادة ان تكون بفعل المشترى او بغير فعله كالظروف الاقتصادية العامة على النحو الذى ذكرناه آنفاً • اما اذا كان البائع حسن النية فأنه لا يلتزم ، كما رأينا ، الا برد الثمن زادت قيمة المبيع أو نقصت •

(٢) المصاريف الكمالية : ويلتزم البائع سيء النية بان يرد الى المشترى ما يكون الاخير قد انفقه على العين المبيعة من مصروفات كمالية انفقت على مجرد الزينة والزخرفة كعنصر من عناصر التعويض • ولكن البائع حسن النية لا يلتزم برد شيء من هذه المصاريف كما قدمنا •

(٣) ما لحق المشترى من خسارة وما فاته من كسب : ويلتزم البائع سيء النية فوق ذلك كله بتعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو

فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع • وبناء على ذلك اذا لحقت بالمشترى خسارة بسبب استحقاق المبيع التزم البائع بتعويض المشترى عنها ، ومن ذلك المصاريف التي انفقها فى سبيل ابرام عقد البيع كمصاريف تحريره واجور الدلال ورسوم تسجيل العقد ، اذا كان قد سجل ، ومصاريف تسلّم المبيع • وكذلك يلتزم البائع بتعويض المشترى عما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع كما لو ضاعت على المشترى صفقة رابحة بسبب شرائه المبيع الذى استحق أو حرمانه من فوائد المبلغ الذى دفعه كثمن للمبيع وكان هذا المبلغ ، قبل أن يدفعه للبائع ، مدخرا فى حساب توفير أو مودعا فى مصرف ويتقاضى عنه فائدة سنوية معلومة • وليس فى كل ذلك سوى تطبيق للقواعد العامة فى التعويض ، هذه القواعد التى تقضى بأن التعويض فى المسؤلية العقدية يشمل ما يكون متوقعا عادة حين التعاقد من خسارة تحل بالدائن أو كسب يفوته ما لم يكن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما (م ١٦٩ مدنى عراقى) •(١٦٢)

ثانيا ـ الاستحقاق الجزئى Eviction partielle

٤٩٥ ـ عالجت المادة **(٥٥٥)** من القانون المدنى العراقى حكم الاستحقاق الجزئى فقررت بأنه : « ١ ـ اذا استحق بعض المبيع أو كان مثقلا بتكليف لا علم للمشترى به وقت العقد كان للمشترى ان يفسخ العقد• ٢ ـ واذا اختار المشترى الباقى من المبيع فله أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق » •

فيكون الاستحقاق جزئيا اذا لم يحرم المشترى من كل الحقوق

---

(١٦٢) انظر : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٥٢ ص ٦٨٣ ؛ شنب ، ف ١٤٩ ص ٢٠٢ ؛ عامر ، ف ١٩١ ؛ ذنون ، ف ٢٤٠ ص ٢٢٤ ؛ العامرى ، ص ١٥٣ •

المقررة له على المبيع • ويتحقق ذلك اذا ثبتت ملكية الغير لجزء مفرز أو شائع من المبيع نفسه أو لشيء من ملحقاته ؛ أو اذا ثبت للغير على المبيع حق آخر غير الملكية كحق ارتفاق أو سكنى أو انتفاع ، ويعبر عن هذه الحالة الاخيرة بأنها حالة ما اذا وجد المبيع مثقلا بتكليف ؛ أو ان يثبت عدم وجود حق ارتفاق مقرر للعقار المبيع على عقار آخر كان المشتري قد عوّل على وجوده لان البائع قد أكد له وجود هذا الحق •(١٦٣)

٤٩٦ ـ فاذا استحق المبيع استحقاقا جزئيا كان المشتري مخيرا بين أمرين : (الاول) فسخ العقد ورد المبيع • (الثانى) استبقاء المبيع والمطالبة بالتعويض •

فاذا اختار المشترى الفسخ واستجيب طلبه تعيّن اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد والتزم المشترى ان يرد ما بقي من المبيع الى البائع وما قبضه من ثماره ، كما يلتزم البائع بأن يرد الى المشترى الثمن الذى قبضه منه مع التعويض ان كان له مقتضٍ • وكل هذا تطبيق لاحكام القواعد العامة فى الفسخ (م ١٧٧ مدنى عراقى)•(١٦٤) اما اذا اختار المشترى استبقاء المبيع ، وبالتالي الابقاء على العقد ، فله فى هذه الحالة أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئي •

٤٩٧ ـ أما فى القانونين الفرنسى والمصرى فيُفرّق فى الاستحقاق الجزئي بين ما اذا كانت الخسارة جسيمة أو غير جسيمة • فقد نصت المادة (٤٤٤) من القانون المدنى المصرى على انه : « ١ ـ اذا استحق بعض المبيع أو وجد مثقلا بتكليف وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه ٢ ـ فاذا اختار المشترى استبقاء المبيع او

---

(١٦٣) انظر : بلانيول وريبير وبولانجية ، ج ف ١٤٩٢ •

(١٦٤) انظر : ذنون ، ف ٢٤١ ؛ وقارن : الصراف ، ف ٤٦٦ •

كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين فى الفقرة السابقة لم يكن له الا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق » .[١٦٥]

فاذا كانت الخسارة جسيمة ، أى اذا بلغت قدرا لو علم به المشترى قبل العقد لما أقدم على الشراء ، خير المشترى بين أمرين : رد ما بقي من المبيع وما أفاده منه والتزم البائع بالتعويض الكامل كما لو كان الاستحقاق كليا[١٦٦] ، أو استبقاء المبيع مع مطالبة البائع بتعويضه عن الاضرار التي لحقته بسبب هذا الاستحقاق الجزئي . فتكون الخسارة جسيمة ويثبت هذا الخيار للمشترى الذى يشترى مثلا قطعة أرض ليقيم عليها بناء من عشرة طوابق اذا تبين له بعد الشراء ان هذه الارض محملة بارتفاق بعدم التعلي مقرر لمصلحة العقارات المجاورة .[١٦٧] أما اذا كانت الخسارة غير جسيمة[١٦٨] فلا يكون للمشترى ان يرفض الباقي من المبيع ويطالب بتطبيق أحكام الاستحقاق ، بل يكون له فقط أن يطالب بتعويض عما أصابه

---

(١٦٥) قارن نص المادة ١٦٣٦ مدني فرنسي ، وراجع ، بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٤ ف ١٥١٦ ؛ مازو ، جـ٣ ، ف ٩٦٩ . وقارن ايضا المادة ١٩٦ من تقنين الالتزامات السويسرى .

(١٦٦) ويلاحظ ان المشرع المصرى هو الذى خلط هذه المرة بين الفسخ وضمان الاستحقاق لان من الصعب رد الحكم الذى تقرره (المادة ٤٤٤ ف ١) الى القواعد العامة . ذلك ان الزام المشتري برد المبيع الى بائعه انما هو اثر من اثار الفسخ فى حين ان تحديد عناصر التعويض فى حالة الاستحقاق الكلى ، والتى احال اليها المشرع فى حالة الاستحقاق الجزئى ، انما يتم على اساس ان البيع ما يزال قائما . (انظر : شنب ، ف ١٥٢ والفقه المشار اليه فى هامش ٢ ص ٢٠٥) .

(١٦٧) انظر : شنب ، ف ١٥٠ والفقه المشار اليه فى هامش ١ ص ٢٠٤ .

(١٦٨) وتقدير ما اذا كانت الخسارة جسيمة او غير جسيمة مسألة تتوقف على ظروف كل دعوى وتكون متروكة لتقدير قاضى الموضوع .

من ضرر بنتيجة الاستحقاق ، ويتم هـــذا التعـويض وفقـا للقواعـد العامة .(١٦٩)

أما المشرع العراقي فلا يميز فى المادة (٥٥٥) من القانون المدني بين الاستحقاق الجزئي الجسيم وغير الجسيم كما فعل المشـرعـان الفرنسى والمصرى . ولذلك فان حكم الاستحقاق الجزئى فى القانون العراقى واحد فى الحالتين .(١٧٠)

الرجوع بالضمان فى البيوع المتعاقبة

٤٩٨ ـ تنظم المادة (٥٥٣) من القانون المدني العراقي كيفية رجـوع المشترى الاخير على البائع فى حالة تعاقب البيوع فتنص على انه : «اذا استحق المبيع فى يد المشترى الاخير وحكم به للمستحق كان هذا حكما على جميع الباعة ولكل أن يرجع على بائعه بالضمان لكن لا يرجع قبل ان يرجع عليه المشترى منه » .

فيترتب على هذا انه اذا تعاقبت البيوع بان باع (أ) شيئا الى (ب) ثم باع (ب) هذا الشى الى (ج) وباع (ج) هذا الشىء الى (د) واستحق المبيع تحت يد المشتري الاخير (د) فان الحكم الذى صدر بالاستحقاق يعتبر حكما على جميع الباعة السابقين (ج) و (ب) و (أ) . فيستطيع (د) الذى انتزعت ملكية المبيع منه الرجوع بضمان الاستحقاق على (ج) ، كما يستطيع (ج)

---

(١٦٩) راجع : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٥٣ ص ٦٨٨ـ٦٩٠ ؛ مرقس ، ف ٢١١ ؛ سلطان والعدوى ، ف ٣٧٥ ؛ شنب ، ف ١٥١ ، عامر ف ١٩٢ .

(١٧٠) انظر فى هذا المعنى : السنهورى ، الوسيط ، جـ ٤ ، ص ٦٨٦ فى الهامش ؛ العامرى ، ص ١٥٤ . ومع ذلك فان من شـراح القانون المدنى العراقى من يرى وجوب تقييد حق المشترى فـى الفسخ بقيد الجسامة الذى اخذ به القانونان الفرنسى والمصرى لانه ليس فى حقيقة الامر سوى تطبيق للقواعد العامة فى الفسـخ (ذنون ، ف ٣٤١ ؛ الصراف ، ف ٤٦٥) .

الرجوع على (ب) ويستطيع (ب) الرجوع بالضمان على (أ) • ولكن ليس ل (ج) الرجوع بالضمان على (ب) اذا لم يرجع (د) على (ج) ، كما انه ليس ل (د) ان يرجع بالضمان مباشرة على (أ) ، وهكذا • ولكن يكون ل (د) الرجوع على (أ) عن طريق الدعوى غير المباشرة اذا توافرت شروطها • غير ان للدعوى غير المباشرة عيبان :

(اولهما) ان المشترى يتعرض فيها الى خطر مزاحمة دائنى مدينه (ج) اذا كان هذا معسرا ، لان الدعوى غير المباشرة لا تعطي لرافعها الحق فى ان يستفيد وحده من نتيجة الدعوى ، بل ان كل فائدة تنتج من هذه الدعوى تدخل فى اموال المدين وتكون ضمانا لجميع الدائنين(١٧١) •

(وثانيهما) ان المشترى لا يستطيع الرجوع بالدعوى غير المباشرة الا اذا كان له الرجوع بدعوى الضمان ضد البائع له مباشرة • فاذا كان حقه فى الضمان قد سقط بان اشترط عليه البائع عدم الضمان ، فالمشترى فى هذه الحالة لا يستطيع الرجوع على الباعة السابقين بدعوى غير مباشرة ، فلا يبقى امامه سوى الرجوع بالدعوى المباشرة على البائع •

٤٩٩ ـ ويرى فريق من الفقهاء بان للمشترى الاخير الحق فى ان يرفع الدعوى المباشرة باسمه الخاص على أى من الباعة السابقين • ويستند المشترى الاخير فى رجوعه على البائعين غير المباشرين الى حق البائع له فى الرجوع على من باع له الشى • فهذا الحق فى الضمان ينتقل مع المبيع من مشتر الى آخر باعتباره من الملحقات اللازمة للانتفاع به دون حاجة الى النص عليه صراحة فى العقد(١٧٢) •

---

(١٧١) راجع : مرقس وامام ، ف ٢٠٣ ؛ العامرى ، ص ١٥٥ـ١٥٦ ؛ ذنون ، ف ٢٢٧ •

(١٧٢) راجع السنهوري ، الوسيط جـ٤ ، ف ٣٤٤ ص ٦٥٦ ؛ مرقس وامام ، ف ٢٠٣ ؛ شنب ف ١٣٩ والفقه المشار اليه فى هامش ١ ص ١٨٧ ؛ ذنون ، ف ٢٢٧ •

وعلى الرغم من الفوائد التى تحققها الدعوى المباشرة للمشترى ، اذ تجنبه عيوب الدعوى غير المباشرة والتى اشرنا اليها قبل قليل ، فان نص المادة (٥٥٣) من القانون المدنى العراقى لا يسمح الاخذ بها[١٧٣] .

الضمان فى البيع الجبرى

٥٠٠ ـ اذا اشترى شخص عينا عن طريق البيع الجبرى بالمزاد الذى تتولاه سلطات قضائية او ادارية ، كبيع اموال المدين جبرا عليه وفاء لديونه او بيع اموال التاجر المفلس ، ثم استحقت هذه العين تحت يد الراسى عليه المزاد ، فهل يضمن البائع هذا الاستحقاق ؟

٥٠١ ـ ذهب بعض الفقهاء الى عدم الضمان فى البيع الجبرى لان البيع فى هذه الحالة لا يتم بارادة البائع وانما بناء على حكم من المحكمة ولا ضمان على الحاكم[١٧٤] . ولكن هذا الرأى ظاهر الخطأ . فامر المحكمة بالبيع لا يجعلها مالكة للمبيع ولا هي قصدت أن تكون طرفا فى العقد[١٧٥] . كما انه من الثابت ان المشترى بالمزاد لم يحرمه القانون من الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق ، وذلك بخلاف ضمان العيوب الخفية على ما سنرى .

---

(١٧٣) انظر فى هذا المعنى : العامرى ، ص ١٥٦ ؛ وقارن : ذنون ، ف ٢٢٧ ص ٢١٣ـ٢١٤ .

(١٧٤) وقد كان المشروع الاول للقانون المدنى العراقى يجرى على هذا الرأى . فقد كانت المادة (١٢١) من هذا المشروع تنص على انه : « لا محل للضمان فى البيع بالمزاد الاجبارى ويتلقى الراسى عليه المزاد الشىء فى الحالة التى هو عليها مثقلا بالحقوق وبالتكاليف المدونة فى السجلات العامة أو الواردة فى شروط البيع أو المقررة بمقتضى القانون نفسه هذا كله ما لم توجد تعهدات صريحة بالضمان او لم تكن هناك خديعة وقع فيها المزايدون » . (راجع : ذنون ، ف ٢١٦) .

(١٧٥) انظر : ذنون ، ف ٢١٦ .

فالرأى الراجح اليوم فى الفقه وفى القضاء هو ان البيوع الجبرية تخضع للقواعد العامة فى ضمان الاستحقاق • ويرجح كذلك الرأى القائل بان هذا الضمان يتعلق بذمة المدين المحجوز عليه او المفلس فهو البائع الحقيقى فيرجع عليه بضمان الاستحقاق ، اما الدائن الذى طلب بيع المال فلا رجوع عليه بالضمان • فلو باع الدائن عينا مملوكة لمدينه على انها مملوكة له ، ثم نزعها مالكها الحقيقي من تحت يد من رسا عليه المزاد ، فان الراسى عليه المزاد يرجع بالضمان على المدين ولا شى على الدائن (١٧٦) •

٥٠٢ ـ ولكن الغالب أن يكون المدين فى مثل هذه الظروف معسرا او مفلسا ولهذا فان المشترى يفضل الرجوع على الدائنين الذين طلبوا البيع ، فهل يكون له ذلك ؟

يستطيع المشترى الرجوع على الدائنين الذين استوفوا حقوقهم من الثمن الذى دفعه فى المزاد ، ولكن ليس بمقتضى دعوى الضمان وانما طبقا للقواعد العامة فى المسؤلية التقصيرية او الكسب دون سبب ، وذلك فى حالتين :

(الاولى) اذا تبين ان الدائنين كانوا على علم بان الاموال التى باعوها فى المزاد لم تكن مملوكة لمدينهم لا سيما اذا استمروا فى اجراءات التنفيذ رغم تنبيه المدين لهم بعدم ملكيته لهذه الاموال او كان عليهم ان يعلموا بذلك ، جاز للمشتري الرجوع على الدائنين بالتعويض طبقا لقواعد المسؤلية التقصيرية التى تلزم من احدث ضررا بالغير ، عمدا او عن اهمال ،

---

(١٧٦) راجع : اوبرى ورو ، جـ٥ ، ص ٦٩ والفقه واقضية المحاكم المشار اليها فى هامش ٢٢ ص ٦٩ ؛ بلانيول وريبير وبولانجية ، جـ٣ ، ف ١٤٩٩ •

بتعويض هذا الضرر[١٧٧] .

(الثانية) واذا لم يستطع المشتري أن يثبت غش الدائنين أو تقصيرهم فله على كل حال اعتبار البيع الصادر له بالمزاد بيعا لملك الغير . فاذا نقض المالك الحقيقى العقد جاز للمشترى الرجوع على الدائنين بدعوى الكسب دون سبب ومطالبتهم برد الثمن الذي قبضوه منه[١٧٨] .

المطلب الرابع

الضمـان الاتفاقى

٥٠٣ ـ بحثنا فيما سبق فى أحكام الضمان القانوني الذى يلتزم بـه البائع دون حاجة للنص عليه فى العقد . ولكن قـد يرتأى المتعاقـدان ان ينظما بانفسهما احكام ضمان التعرض والاستحقاق فيجوز لهما ذلك ، اذ من المسلم به ان احكام الضمان القانونى ليست من النظام العام فجاز بالتالى للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها سواء عن طريق تشـديد الضمـان او تخفيفه او حتى على اسقاطه فى حدود معينة . وقد نصت المادة (٥٥٦) فى فقرتها الاولى صراحة على جواز ذلك بقولها : « يجوز للمتعاقدين باتفـاق خاص ان يزيدا فى ضمان الاستحقاق او ينقصا منه أو ان يسقطا هـذا الضمان »[١٧٩] .

٥٠٤ ـ واذا تقرر ذلك فلا بد من ملاحظة انه يجب لصحة الاتفاقات

---

(١٧٧) راجع : اوبرى ورو ، جـ٥ ، ص ٦٩ـ٧٠ وهامش ٢٣ ص ٧٠ .

(١٧٨) راجع : بلانيول وريبير وبولانجية ، جـ٣ ، ف ١٤٩٩ ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٤٥ ص ٦٥٨ـ٦٥٩ والفقه المشار اليه فى هامش ٣ ص ٦٥٩ ؛ مرقس وامـام ، ف ٢٠٢ ص ٣٤٩ـ٣٥٠ ؛ سـلطان والعـدوى ، ف ٣٤٢ ؛ ذنـون ، ف ٢١٨ ؛ العامـرى ، ص ١٤٧ .

(١٧٩) يقابل نص المادة ٤٤٥ مدنى مصرى والمادة ١٦٢٧ مدنى فرنسى .

المعدلة لاحكام الضمان ان تكون بالفاظ صريحة واضحة يبين منها بجلاء وجه التعديل الذى انصرفت اليه ارادة المتعاقدين • ولذلك فلا عبرة بالاتفاقات التى تساق بعبارات عامة غامضة • فلو اتفق المتعاقدان على ان البائع يضمن للمشترى جميع انواع التعرض والاستحقاق فان هذا الاتفاق لايعتبر تعديلا فى احكام الضمان التى اوردها القانون ، ويكون من المتعين فى هذه الحالة تطبيق أحكام الضمان القانوني دون زيادة(١٨٠) • ويلاحظ ، من ناحية اخرى ، وجوب عدم التوسع فى تفسير الاتفاق على اسقاط الضمان او التخفيف منه لان المشترى ينزل بمقتضاه عن بعض حقه او عن حقه كله فى الضمان ، والقواعد العامة تقضي بتفسير مثل هذا الاتفاق تفسيرا ضيقاً(١٨١) •

ونقول بعد ذلك كلمة موجزة فى كل حالة من حالات الضمان الاتفاقي •

اولا ـ الاتفاق على تشديد الضمان

٥٠٥ ـ قلما يتفق المتعاقدان على تشديد ضمان البائع ، اذ ان فى احكام القواعد العامة ما يضمن للمشترى كل تعرض يصدر من الغير ويكفل له الحصول على التعويضات الكافية • ومع ذلك فليس هناك ما يمنع المتعاقدين، زيادة فى الاحتياط من جانب المشترى ، الاتفاق على التزام البائع بضمان اشد مما يقرره القانون فيشترط المشترى على البائع ضمان فعل لايضمنه

---

(١٨٠) انظر اوبرى ورو ، جـ٥ ، هامش ٤٢ ص ٧٥ ؛ مازو جـ٣ ، ف ٩٧٤ ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٥٥ وحكم محكمة النقض المصرية المشار اليه فى هامش ١ ص ٦٩٧ ؛ مرقس ف ٢١٢ ص ؛ الصراف ، ف ٤٦٩ •

(١٨١) انظر : السنهوري ، الوسيط ، جـ ٤ ، ف ٣٥٥ ص ٦٩٧ ؛ عامر ، ف ١٩٤ •

فى الاصل او زيادة فى التعويض الذى يستحقه المشترى طبقا لاحكام القواعد العامة •

ومن امثلة ذلك : ان يشترط المشترى على البائع ان يضمن له حتى التعرض المادى الذى قد يصدر من الغير ، وبهذا يشدد على البائع فى تحمله بضمان فعل لا يضمنه فى الاصل ؛ او ان يتفق المشترى مع البائع على انه اذا استحق المبيع فان البائع يكون ملزما بدفع جميع المصروفات التى يكون المشترى قد صرفها حتى الكمالية منها ولو كان البائع حسن النية أى غير عالم بسبب الاستحقاق • وقد رأينا ان الاصل عدم التزام البائع بالمصروفات الكمالية الا اذا كان سيء النية[١٨٢] وكل هذه الاتفاقات صحيحة ويجب العمل بها طبقا لنص (المادة ٥٥٦ ف ١) شريطة أن تكون بعبارات واضحة وصريحة فى الدلالة على وجه التشديد الذى اتفق عليه الطرفان •

ثانيا ـ الاتفاق على تخفيف الضمان

٥٠٦ ـ وكما يجوز الاتفاق على تشديد الضمان ، فمن الجائز كذلك ان يرد هذا الاتفاق على تخفيفه • وهذا الضرب من الاتفاق كثير الوقوع فى العمل بخلاف حالة الاتفاق على تشديد الضمان ،[١٨٣] وهو بدوره اما ان يتناول الاعمال الموجبة للضمان فيقلل منها او مقدار التعويض المستحق فينتقص منه[١٨٤] • ويترتب على هذا الاتفاق ان البائع لايضمن الامور التى تخفف منها فى عقد البيع ولكنه يضمن سواها • ومثال الاتفاق على التقليل من الاعمال الموجبة للضمان ان يتفق الطرفان على عدم ضمان البائع التعرض

---

(١٨٢) راجع فى تفصيل ذلك : مازو ، جـ٣ ، ف ٩٧٤ ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٥٦ • وانظر : الصراف ، ف ٤٦٩ ؛ العامرى ، ص ١٥٧ •

(١٨٣) انظر : مازو ، نفس المرجع ، ف ٩٧٥ •

(١٨٤) انظر : السنهوري ، الوسيط ، جـ ٤ ف ٣٥٧ •

المستند الى ظهور حق ارتفاق خفى لا يعلم به البائع • ومثال الاتفاق على انقاص مبلغ التعويض النص فى عقد البيع على عدم التزام البائع فى حالة الاستحقاق الكلي الا برد الثمن الذى قبضه دون قيمة الثمار او المصروفات ولو كانت نافعة • فلا يجوز فى هذه الحالة الرجوع على البائع الا بالثمن •

٥٠٧ ـ وأيا كانت صورة الاتفاق على تخفيف الضمان فان هذا الاتفاق لايكون له اثر مطلقا اذا كان البائع يعلم وقت البيع بوجود حق للغير وتعمد اخفاء هذا الحق عن المشترى • فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (٥٥٦) على انه : « ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان او ينقصه اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق المستحق » • فالبائع الذى يخفي عن المشترى سبب الاستحقاق يرتكب غشاً ولا يجوز لاحد أن يستفيد من غشه •

٥٠٨ ـ واذا كان يشترط لصحة اشتراط التخفيف من الضمان او الانقاص منه ان يكون صريحا فى العقد ، فان فى نص الفقرة الثانية من المادة (٥٥٦) من القانون المدني العراقي ما يدل على أن المشرع قد أقام قرينة قانونية على ان البائع قد اشترط عدم ضمانه فى حالة ظهور العقار محملا بحق ارتفاق ظاهر او معلوم لدى المشترى • فقد قضى النص المذكور بانه : « ويفترض فى حق الارتفاق ان البائع قد اشترط عدم الضمان اذا كان هذا الحق ظاهرا او كان البائع قد ابان عنه للمشترى»(١٨٥) •

فاذا ثبت ان المشترى كان يعلم بحق الارتفاق اما لان هذا الحق ظاهر وكان ينبغي ان يعلم به حين التعاقد واما لان البائع قد اخطره بوجود هذا الحق فان هذا العلم يكفي ليكون بمثابة اشتراط البائع عدم الضمان • وهذه خصوصية تتميز بها حقوق الارتفاق عن غيرها من الحقوق ، اذ انه بالنسبة

---

(١٨٥) تطابق الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى مصرى •

للحقوق الاخرى لايكفى مجرد علم المشترى بها ، بل لابد من اشتراط البائع عدم الضمان حتى يكون غير ضامن لها.(١٨٦)

ثالثا ـ الاتفاق على اسقاط الضمان

٥٠٩ ـ قد لايكتفى البائع بشرط التخفيف من الضمان بل يذهب الى حد اشتراط عدم ضمان المبيع مطلقا . وينتج هذا الشرط اثره فى اعفاء البائع من الضمان بشرط ان لا يكون البائع قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق وان لا يكون الاستحقاق راجعا لفعل البائع نفسه .

٥١٠ ـ فلا يكون لشرط عدم الضمان أى أثر اذا كان البائع قد اخفى سبب الاستحقاق عمدا عن المشتري ، اذ ان مما يتنافى مع مبدأ حسن النية ان يخفي البائع سبب الاستحقاق فيرتكب غشا ، ثم يشترط فى الوقت ذاته عدم مسؤليته عنه .(١٨٧) . ولذلك يقع شرط الاعفاء من الضمان باطلا طبقا لما تقرره المادة (٥٥٦) فى فقرتها الثالثة .

٥١١ ـ وكذلك لا يكون لشرط عدم الضمان أى اثر اذا كان البائع قد تسبب بفعله فى الاستحقاق . فقد نصت المادة (٥٥٧) فى فقرتها الاولى على انه : « اذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع مع ذلك مسؤولا عن اى استحقاق ينشأ عن فعله ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك » . ويعتبر الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع اذا كان المستحق قد تلقى حقه من البائع قبل البيع أو بعده كما لو أبطل العقد الذى تملك البائع المبيع بمقتضاه بسبب اكراه صدر عنه او تقرير مقترن بغبن فاحش ، او كما لو باع البائع المبيع

---

(١٨٦) راجع : مازو ، جـ٣ ، ف ٧٩٨ ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٥٨ ؛ الصراف ، الفقرتين ٤٧١ و ٤٧٢ ؛ العامرى ، ص ١٥٨ ـ ١٥٩ .

(١٨٧) انظر : مرقس وامام ، ف ٢١٨ ص ٣٧٤ ؛ العامرى ، ص ١٥٨ .

المنقول الى مشتر آخر وسارع هذا فى تسلمه • فالاتفاق على اسقاط الضمان فى هذه الحالة يقع باطلا ولا يكون له اى اثر •(١٨٨)

٥١٢ ـ اما اذا كان سبب الاستحقاق قد نشأ عن فعل الغير ولم يكن البائع قد تعمد اخفاء سبب هذا الاستحقاق عن المشترى كان شرط الاعفاء من الضمان صحيحا منتجا لاثاره • ومع ذلك فان جواز اتفاق المتعاقدين على عدم ضمان البائع لاستحقاق المبيع فى الشروط المتقدمة لا يعني أن تبعة الاستحقاق تقع على عاتق المشتري وان البائع يعفى من كل مسؤلية اذ يبقى البائع رغم هذا الاتفاق مسؤلا عن رد الثمن الى المشتري • فالفقرة الثانية من المادة (٥٥٧) تنص على هذا الحكم بقولها : « اما اذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير فان البائع يكون مسؤولا عن رد الثمن فقط» •(١٨٩)

وعلى ذلك لا ينتج شرط الاعفاء من الضمان سوى اثر جزئى هو اعفاء البائع من التعويضات المستحقة للمشترى طبقا للمادة (٥٥٤) • اما مسؤلية البائع عن رد الثمن الى المشتري فلا يؤثر فيها شرط الاعفاء من الضمان •

٥١٣ ـ ولكن هناك حالتين نص عليهما القانون المدني الفرنسي (م١٦٢٩) والقانون المدني المصرى (م٤٤٦ ف٢) يعفى فيهما البائع من كل مسؤلية حتى فيما يتعلق بالتزامه برد الثمن ، وهما : حالة علم المشتري بسبب الاستحقاق وقت البيع وحالة قبوله الشراء وهو ساقط الخيار • على انه لابد لسقوط الضمان كلية فى هاتين الحالتين من اقتران علم المشترى بسبب الاستحقاق او قبوله الشراء وهو ساقط الخيار بشرط عدم الضمان • كما يجب ان لايكون البائع قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق عن المشترى •

---

(١٨٨) راجع : مرقس وامام ، ف ٢١٩ •

(١٨٩) قارن المادة ٤٤٦ مدنى مصرى والمادة ١٦٢٩ مدنى فرنسى •

فاذا اثبت البائع بشرط عدم الضمان ان المشترى كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق فانه لايلتزم بشيء نحو المشترى اذا استحق المبيع للغير • ومرد ذلك ان قبول المشترى بشرط عدم الضمان مع علمه عند الشراء بسبب الاستحقاق يستفاد منه انه أراد اعفاء البائع من كل مسؤلية • واثبات علم المشترى بسبب الاستحقاق يقع على عاتق البائع الذى يستطيع ذلك بجميع طرق الاثبات لان العلم واقعة مادية • وكذلك الحال اذا اقترن شرط البائع بعدم الضمان بتقرير المشترى انه يشترى ساقط الخيار ، أى باعترافه بانه يتحمل وحده ما قد يترتب على استحقاق المبيع للغير من نتائج فيكون فى هذه الحالة مخاطرا • ويكون من الواضح ان عقد البيع فى هاتين الحالتين هو من العقود الاحتمالية التي تحتمل الخسارة والكسب ، وان المشترى لابد وان يكون قد دفع ثمنا يقل عن ثمن مثل المبيع الذى يباع دون اشتراط عدم الضمان•(١٩٠)

اما القانون المدنى العراقى فلم يرد فيه ما يقابل العبارة الاخيرة الواردة فى الفقرة الثانية من المادة (٤٤٦) من القانون المدني المصرى او المادة (١٦٢٩) من القانون المدنى الفرنسى • ولكن بالنظر لاتفاق حكم هذه النصوص مع احكام القواعد العامة ، جاز القول بامكان تطبيق الحكم المشار اليه فى القانون العراقى(١٩١) بشرط ان لايكون البائع قد تعمد أخفاء سبب الاستحقاق •

---

(١٩٠) راجع : مازو ، جـ٣ ف ٩٧٥ ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٩٥ ص ٧٠٨-٧٠٩ ؛ مرقس وامام ، ف ٢١٩ ص ٢٧٦ ؛

(١٩١) انظر : السنهوري ، الوسيط ، جـ ٤ ، هامش ١ ص ٦٩٦ ؛ الصراف ، ف ٤٧٦ ؛ وقارن : ذنون ، ف ٢٢٥ •

المبحث الثاني

ضمان البائع لعيوب المبيع الخفية

٥١٤ ـ لايكفي ان يضمن البائع للمشترى حيازة المبيع حيازة هادئة بضمانه التعرض والاستحقاق ، بل يجب عليه ، فضلا عن ذلك ، ان يضمن للمشترى الانتفاع المفيد بالمبيع • ولاشك ان وجود عيب فى المبيع يحول دون انتفاع المشترى به انتفاعا مفيدا ، ولذلك فان البائع يضمن للمشترى خلوّ المبيع من هذه العيوب •

وضمان العيوب الخفية ليس قاصرا على عقد البيع بل يتعداه الى غيره من العقود وبصورة خاصة عقود المعاوضات الناقلة للملكية او الواردة على الانتفاع بالشىء • ولكن بالنظر لان عقد البيع هو اهم العقود الناقلة للملكية والحيازة ، فقد نظم المشرع احكام ضمان العيوب الخفية فى هذا العقد واكتفى بالاشارة الى هذه الاحكام فى العقود الاخرى مع ما تقتضيه طبيعة كل عقد من تعديلات خاصة به •

معنى العيب الموجب للضمان

٥١٥ ـ العيب ، لغة ، هو كما عرفته محكمة النقض المصرية : « الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع» •(١٩٢) اما العيب الموجب للضمان فقد عرفته العبارة الاولى من الفقرة الثانية من المادة (٥٥٨) من القانون المدنى العراقى بانه : « ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة او ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب فى امثال المبيع عدمه » ••(١٩٣)

---

(١٩٢) انظر : مرقس وامام ، ف ٢١٣ وهامش ١ ص ٤٠٨ ؛ شنب ، هامش ٣ ص ٢١٩ •

(١٩٣) قارن نص الفقرة ١ من المادة ٤٤٧ مدني مصري •

فالعيب هو صفة فى الشىء يخلو مثله منها عادة وينقص وجودها من قيمته أو نفعه[١٩٤] • فلا يعتبر عيبا ما لا يخلو منه الشىء عادة بحيث يكون وجوده فى الشىء اغلب من عدمه فالمواد الغريبة التى توجد بنسبة قليلة فى الحبوب كالتراب اليسير فى الحنطة او الشعير لا تعتبر عيبا •

٥١٦ ـ وقد نظم القانون المدنى العراقى احكام ضمان العيوب الخفية فى ثلاث عشرة مادة (المواد ٥٥٨ ـ ٥٧٠) اقتبس معظمها من الفقه الاسلامى • وبحث هذا الضمان يقتضينا ان نتكلم اولا فى الشروط الواجب توافرها فى العيب الموجب للضمان ، وفى الاحكام التى تترتب على قيام هذا الضمان ثانيا ، وفى الاتفاق على تعديل هذه الاحكام ثالثا ، وفى مسقطات ضمان البائع للعيوب الخفية رابعا ، ونميز اخيرا بين ضمان العيوب الخفية وبين نظام قانونى قد يشتبه به فى بعض الحالات وهو الغلط • ونخصص لكل فقرة من هذه الفقرات مطلبا خاصا •

المطلب الاول

شروط العيب الموجب للضمان

٥١٧ ـ لكي يسأل البائع عن العيب الذى قد يوجد فى المبيع يشترط ، بمقتضى نصوص المادتين (٥٥٨ و ٥٥٩) من القانون المدني العراقي ، أن تتوافر فيه الشروط الآتية : (١) أن يكون خفيا ، (٢) أن يكون مؤثرا ، (٣) أن يكون قديما • فنبحث فى كل شرط من هذه الشروط الثلاثة •

---

(١٩٤) وقد قررت محكمة تمييز العراق ان وقوع المبيع ضمن الاملاك المقرر استملاكها يعتبر عيبا يخول للمشترى فيه رد المبيع اخذا بالمادة (٥٥٨) من القانون المدنى • (قرار رقم ١٧٣٣ ح/١٩٥٥ صادر بتاريخ ١٩٥٥/١١/٢٩ منشور فى مجلة القضاء سنة ١٩٥٦ العدد ١ ص ٧٣ وفى « المبادى القضائية لاحكام محكمة التمييز » لعبدالرحمن العلام ، ١٩٥٧ ، ص ٢٦٣)•

الشرط الاول ـ ان يكون العيب خفيا

٥١٨ ـ فيشترط لامكان مساءلة البائع عن العيب الذى قد يظهر فى المبيع ان يكون هذا العيب خفيا • فاذا كان العيب ظاهرا ، كمنزل يؤذن بالتهدم والسقوط ، فان البائع لا يكون ضامنا له لان مثل هذا العيب يسهل اكتشافه والوقوف عليه •

٥١٩ ـ ويشترط لاعتبار العيب خفيا ، طبقا للمادة (٥٥٩) من القانون المدني العراقى ان لايكون المشترى عالما بوجوده وقت البيع او ان لايكون فى استطاعته ان يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بما ينبغى من العناية • فاذا كان المشترى عالما وقت البيع بوجود العيب ، كان هذا العيب ظاهرا فلا يستطيع ان يلزم البائع بضمانه لانه باقدامه على الشراء رغم علمه بالعيب اما ان يكون قد راعى وجود هذا العيب فى تحديد الثمن او انه اعتبره غير مؤثر فى قيمة المبيع او نفعه(١٩٥) • والعلم واقعة مادية يستطيع البائع اثباتها بجميع طرق الاثبات •

وشرط خفاء العيب هو فى حق المشترى • اما بالنسبة للبائع فعلمه أو عدم علمه لا يؤثر فى مبدأ الضمان • فالبائع ضامن للعيب سواء أكان عالما بوجوده ام لم يكن •(١٩٦)

٥٢٠ ـ ويعتبر العيب خفيا كذلك اذا لم يكن فى استطاعة المشترى ان يتبينه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية • والعناية المطلوبة هنا هي عناية الشخص المعتاد •(١٩٧) ويترتب على ذلك ان العيب يعتبر ظاهرا حتى

---

(١٩٥) انظر : شنب ، ف ١٧٧ •

(١٩٦) راجع : مرقس ، ف ٢٢٠ ؛ وانظر : الصراف ، ف ٤٩٠ ؛ العامرى ، ص ١٢٦ •

(١٩٧) انظر : مازو ، ج٣ ، ف ٩٨٢ ؛ السنهورى ، الوسيط ، ج٤ ، ف ٣٦٧ ص ٧٢٤ ؛ مرقس وامام ، ف ٢٢٢ ص ٣٧٩ ؛ الصراف ، هامش ٢ ص ٢٠٦ـ٢٠٧ ؛ العامرى ، ص ١٦١ •

لو كان المشترى لا يعلم بوجوده وقت البيع اذا ثبت انه كان باستطاعته ان يتبينه لو فحص المبيع فى ذلك الوقت بعناية الشخص المعتاد لانه يعتبر فى هذه الحالة مقصرا وعليه أن يتحمل تبعة تقصيره •

وعناية الشخص المعتاد تتطلب احيانا ان يستعين المشترى بخبير ليكشف عما يكون فى المبيع من عيوب • فاذا لم يفعل المشترى ذلك كان مقصرا • فمن يشترى بناء ولم يكن ذا خبرة فى المبانى وجب عليه ان يستعين بمهندس معمارى ، فان لم يفعل ذلك مكتفيا بالفحص الشخصي مع كونه ناقص الخبرة لا يستطيع الرجوع على البائع بضمان ما قد يظهر بعد ذلك فى البناء من عيوب لان هذه العيوب لاتعتبر خفية طالما كان يمكن اكتشافها بعناية الشخص المعتاد الذى يسترشد فى مثل هذه الاحوال برأي اهل الخبرة •(١٩٨)

٥٢١ ـ ولكن اذا كان العيب مما لا يمكن تبينه بالفحص العادي ، بل كان لابد من أجل ذلك اجراء فحص دقيق بمعرفة خبير متخصص ، ككثرة الاملاح فى الارض الزراعية أو قوة الحريق الناتج من الفحم ، فان مثل هذه العيوب لا يمكن كشفها الا بعد استعمال المبيع مدة غير قصيرة أو باجراء تحليلات كيمياوية ، ولذلك فهي تعتبر عيوباً خفية ويظل البائع ضامناً لها •

٥٢٢ ـ واذا كانت القاعدة هي أن البائع لا يضمن العيب الذى كان باستطاعة المشتري أن يتبينه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، فانه استثناء من هذه القاعدة يضمن البائع العيب بالرغم من ذلك فى حالتين نصت عليهما المادة (٥٥٩) من القانون المدني العراقي وهما :

(١) اذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلوّ المبيع من هذا العيب •

---

(١٩٨) راجع : مرقس وامام ، ف ٢٢٢ ؛ شنب ، ف ١٧٧ والفقه المشار اليه فى هامش ٢ ص ٢٢٦ •

فلو أثبت المشتري انه لم يقم بفحص المبيع بما ينبغي من العناية اعتماداً على تأكيد صريح من البائع بخلوّ المبيع من عيب معين فأن المشتري لا يعتبر مقصراً فى عدم فحص المبيع ويلزم البائع بضمان هذا العيب • ولكن لابد أن يكون تأكيد البائع فى هذه الحالة جدياً يحمل معنى الضمان وان ينصب على عيب معين بالذات • اما اذا كان تأكيد البائع قد صدر منه على سبيل الدعاية لبضاعته فلا يعفى المشتري من فحص المبيع بعناية الشخص المعتاد •

(٢) اذا أثبت المشتري ان البائع قد تعمد اخفاء العيب غشاً منه ، لانه لا يجوز لاحد أن يستفيد من غشه كما قدمنا • ومثال ذلك ان يبيع شخص آلة مكسورة بعد اجراء لحامها ودهنها بطلاء يخفي عيبها وباعها على انها سليمة فيعتبر العيب فى هذا الفرض خفياً فيضمنه البائع ولو انه كان يمكن كشفه لو بذل المشتري فى فحصه عناية الشخص المعتاد[١٩٩] •

الشرط الثانى ـ ان يكون العيب مؤثرا

٥٢٣ ـ لايضمن البائع كل عيب يظهر فى المبيع ، اذ لو اجيز للمشتري الرجوع على البائع بالضمان لاي عيب مهما كان تافهاً لضاقت حركة التعامل وتزعزعت الثقة المتبادلة بين الناس[٢٠٠] • ولهذا فأن البائع لا يكون ملزماً بالضمان الا اذا كان العيب مؤثراً أو جسيماً •

٥٢٤ ـ ويقصد بالعيب المؤثر كما تقول الفقرة الثانية من المادة (٥٥٨) من القانون المدني العراقي : « هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب فى أمثال المبيع

---

(١٩٩) أنظر : مرقس ، ٢١٩ ص ٤١٨ •

(٢٠٠) أنظر : الصراف ، ف ٤٩١ •

عدمه »[٢٠١] . فالمعيار الذى يرجع اليه للتحقق مما اذا كان العيب مؤثراً فيضمنه البائع أو غير مؤثر فلا يضمنه معيار مادي هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وذوي الخبرة أو يفوت به غرض صحيح[٢٠٢] . فاذا لم يترتب على وجود العيب فى المبيع نقص فى ثمنه فى السوق أو فوات غرض صحيح كان العيب تافهاً لا يعتد به ولذلك فأن البائع لا يضمنه ، كأن يكون هناك خدش خفيف فى هيكل السيارة الخارجي أو خط بسيط فى هامش كتاب[٢٠٣] . ولا محل للضمان كذلك فى حالة العيب الذى جرى العرف على التسامح فيه[٢٠٤] . فقد جرى العرف مثلا على التسامح فى وجود نسبة معينة من التراب فى الحبوب وفى بعض أصناف البضائع الاخرى .

الشرط الثالث ـ ان يكون العيب قديما

٥٢٥ ـ ويلزم كذلك لضمان البائع لعيب فى المبيع أن يكون العيب قديماً . فالفقرة الاولى من المادة (٥٥٨) من القانون المدني العراقي تعطي المشتري خيار رد المبيع أو قبوله بالثمن المسمى « اذا ظهر بالمبيع عيب قديم » .

ويعتبر العيب قديما اذا وجد فى المبيع وقت العقد أو طرأ عليه بعد العقد وقبل التسليم[٢٠٥] . ويعتبر العيب قديماً كذلك متى كان حدوثه

---

(٢٠١) أو كما تقول الفقرة الاولى من المادة ٤٤٧ مدنى مصرى هو الذى ينقص من قيمة المبيع او من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد او مما هو ظاهر من طبيعة الشى او الغرض الذى اعد له .

(٢٠٢) انظر : مرقس ، ف ٢١٦ ؛ ذنون ، ف ٢٥١ ؛ الصراف ف ٤٩١ ؛ العامرى ، ص ١٦٢ .

(٢٠٣) انظر : شنب ، ف ١٧٦

(٢٠٤) وقد نصت المادة ٤٤٨ مدنى مصرى صراحة على هذا الحكم .

(٢٠٥) ويتفق هذا الحكم مع ما تذهب اليه غالبية فقهاء الشريعة الاسلامية (انظر المادة ٥١٦ من مرشد الحيران ، وراجع : تذكرة الفقهاء ، جـ٧ ، ص ٣٥٢ـ٣٥٤ ؛ السنهورى جـ٤ ، ف ٣٦٦ وهامش ١ ص ٧٢٣ ؛ ذنون ، ف ٢٥٠ ص ٢٣٧) .

مستنداً الى سبب حاصل فى هذه الفترة ، أي متى ما قام بالمبيع سبب العيب بعد البيع وقبل التسليم حتى ولو لم يتم أو يظهر الا بعد التسليم • ففي بيع الاخشاب والغلال يكفي أن يكون السوس قد داخلها قبل التسليم ولو لم يظهر وينتشر الا فيما بعد ؛ وفى بيع الحيوان يكفي أن تكون جرثومة المرض قد أصابت الحيوان قبل التسليم ولو لم تظهر عليه عوارض المرض الا بعد ذلك • فيجوز للمشتري الرجوع على البائع فى مثل هذه الاحوال ؛ فقد نشأ أصل العيب فى المبيع قبل التسليم ولكنه ظهر أثره وتفشى فى المبيع بعد ذلك ، والغالب أن لا يستطيع المشتري الكشف عن هذا العيب عند تسلمه المبيع (٢٠٦) •

البيوع التى لا يضمن فيها العيب الخفى (٢٠٧)

٥٢٦ ـ تنص المادة (٥٦٩) من القانون المدني العراقي على انه :

---

(٢٠٦) راجع : مازو ، جـ٣ ، ف ٩٨٤ ؛ مرقس وامام ، ف ٢٢٤ ص ٣٨٣ ؛ شنب ، ف ١٧٨ والفقه المصرى المشار اليه فى هامش ٣ ص ٢٣٠ ؛ الصراف ، ف ٤٩٧ ؛ العامرى ، ص ١٦٣ •

(٢٠٧) جرى بعض شراح القانون المدنى العراقى على بحث حالة البيوع التى بطريق المزاد العلنى من قبل الجهات القضائية او الادارية ضمن الاحوال التى يسقط فيها ضمان البائع للعيوب الخفية (الصراف ، ف ٥٣٤ ؛ العامرى ، ص ١٧٠ـ١٧١) • ولكننا نعتقد بأن الاجدر هو عدم بحث حكم المادة (٥٦٩) ضمن « مسقطات ضمان العيوب الخفية » لان المفروض فى الحق ان يثبت اولا لكى يسقط بعد ذلك لاى سبب من اسباب السقوط • اما فى حالة البيوع التى تتم عن طريق المحاكم او الجهات الحكومية فلا يقوم هذا الضمان اصلا • واذا كان المشرع العراقى قد استعمل فى المادة (٥٦٩) عبارة « لا تسمع » دعوى ضمان العيب وهى عبارة اعتاد استعمالها كلما اراد تقرير سقوط الحق فى رفع دعوى (انظر مثلا : المواد ٢٤٤ و ٤٢٩ وما بعدها و ٥٧٠) ، فان حكم المادة (٥٦٩) يختلف عن هذه الاحوال • فعلى الرغم من استعمال المشرع العراقى لعبارات تختلف عما استعمله المشرع المصرى فى المادة

« لا تسمع دعوى ضمان العيب فيما بيع بمعرفة المحكمة أو الجهات الحكومية الاخرى بطريق المزايدة العلنية »(٢٠٨) .

والحكمة من عدم قيام ضمان البائع للعيوب الخفية فى حالة البيع بالمزاد العلنى بمعرفة المحكمة او الجهات الحكومية هى ان هذه البيوع تسبقها اجراءات طويلة تتاح خلالها الفرصة للمزايدين لفحص المبيع قبل الاقدام على الشراء بحيث يحسن بعد ذلك ألاّ يسمح بطلب فسخ البيع بسبب كان يمكن توقيه . كما ان فى السماح بالضمان فى هذه البيوع مما يؤدى الى اعادة اجراءات طويلة وبمصروفات جديدة يتحمل عبئها المدين(٢٠٩) .

٥٢٧ ـ وقد ذهب بعض الفقهاء فى فرنسا وفى مصر الى عدم انطباق هذا الحكم الا على البيوع التى يتحتم ان يتدخل القضاء فيها كما هو الحال بالنسبة لبيع اموال المدين المحجوز عليه او بيع اموال المحجور او القاصر ؛ اما اذا كان تدخل المحكمة فى البيع عارضا او باختيار اطراف النزاع فيجوز للمشترى الرجوع بالضمان . فلو رفعت دعوى القسمة عن طريق ازالة الشيوع من قبل الشركاء الكاملى الاهلية وبيع المال الشائع جاز للمشترى الرجوع بضمان العيوب الخفية على البائعين(٢١٠) .

اما فى القانون العراقى فلا مجال للاخذ بما يذهب اليه هؤلاء الفقهاء .

---

٤٥٤ والتى تقرر بانه : « لا ضمان للعيب فى البيوع القضائية ولا فى البيوع الادارية اذا كانت بالمزاد » فان حكم النص واحد والمعنى متفق . (انظر السنهورى : جـ٤ ، هامش ١ ص ٧٣٢) .

(٢٠٨) قارن المادة ٤٥٤ مدنى مصرى والمادة ١٦٤٩ مدنى فرنسى .

(٢٠٩) أنظر : مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى الجديد ، جـ٤ ، ص ١٢٩ .

(٢١٠) انظر : مازو ، جـ٣ ، ف ٩٨٥ ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٧١ والفقه المشار اليه فى هامش ١ ص ٧٣٣ ؛ مرقس وامام ، ف ٢٢٥ .

ذلك ان الحكمة التى حدت بالمشرع الى تقرير عدم سماع دعوى الضمان متوافرة بالنسبة لجميع انواع البيوع سواء ما كان يلزم ان يتدخل فيه القضاء او الجهات الحكومية الاخرى ام كان هذا التدخل امرا عارضا • فيشمل حكم المادة (٥٦٩) جميع البيوع التى تجرى « بمعرفة » المحكمة او اى جهة من الجهات الحكومية[٢١١] ولكن ، اذا كان البيع بالمزاد العلنى اختياريا وتم بدون تدخل المحكمة أو أية جهة رسمية اخرى ، فان نص المادة (٥٦٩) لا يشمل هذا البيع ، وبالتالى يبقى البائع ضامنا للعيوب الخفية •

٥٢٨ ـ وفيما عدا البيوع التى تتم بمعرفة المحكمة او الجهات الحكومية اذا كانت بالمزاد العلنى ، فان كل عقد بيع آخر يصلح ان يكون اساسا لرجوع المشترى على البائع بضمان العيوب الخفية[٢١٢] •

المطلب الثاني

احكام ضمان العيوب الخفية

٥٢٩ ـ اذا توافرت شروط العيب المتقدمة الذكر ، أمكن للمشترى الرجوع على البائع بالضمان • غير انه يجب عليه ، قبل ذلك ، ان يبادر الى فحص المبيع واخطار البائع بالعيب الذى كشفه •

أولا ـ وجوب مبادرة المشترى الى فحص المبيع واخطار البائع بالعيب

٥٣٠ ـ تقضى المادة (٥٦٠) من القانون المدنى العراقى : « ١ ـ اذا تسلم المشترى المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقا للمألوف

---

(٢١١) انظر فى هذا المعنى : شنب ، ف ١٧٩ ؛ سلطان والعدوى ، ف ٣٩٥ ص ٣١٢ ؛ الصراف ، ف ٥٣٧ ؛ ذنون ، ف ٢٥٥ ص ٢٤١ ؛ العامرى ، ص ١٧١ ؛ عامر ، هامش ٢ ص ٣٠٣ •

(٢١٢) انظر : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٧١ ص ٧٣٣ ؛ ذنون ، ف ٢٥٥ •

فى التعامل • فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر باخباره عنه • فان اهمل فى شىء من ذلك اعتبر قابلا للمبيع • ٢ ـ اما اذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشترى وجب عليه ان يخبر به البائع عند ظهوره والا اعتبر قابلا للمبيع »[٢١٣] •

٥٣١ ـ فيتبين من ذلك ان المشرع قد اوجب على المشترى ان يقوم ، عند تسلمه المبيع تسلما فعليا لا حكميا ، بفحص المبيع بعناية الشخص المعتاد• ولكن هذا الفحص لا يلزم فيه ان يتم فور تسلم المشترى للمبيع ، بل ان القانون قد اعطى المشترى مهلة يجب عليه فيها ان يقوم بذلك وصفها بانها المهلة المعتادة «وفقا للمألوف في التعامل»•فلو تسلم المشتري السيارة المبيعة فانه لا يعتبر قابلا بما فيها من عيوب بمجرد تسلمه لها ، بل لابد من مضى مدة معقولة تقضى بها ظروف التعاقد او جرى عليها العرف •

اما اذاكان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد وانما كان لابد لذلك من فحص فني يقوم به شخص من ذوى الخبرة • فلا يعتبر المشترى راضيا به الا اذا كشفه بالفحص الفنى ، ولكنه يلتزم باخبار البائع به بمجرد كشفه •

٥٣٢ ـ فاذا كشف المشترى عن عيب فى المبيع مما يضمنه البائع وجب عليه اخباره بالعيب بمجرد كشفه ودون ابطاء ، لان الابطاء فى ذلك قد يجعل معرفة منشأ العيب ووقت حدوثه امرا متعذرا او يجعل اثبات العيب عسيرا مما يؤدى الى فتح باب المنازعات وعدم استقرار التعامل[٢١٤] • ولم يحدد القانون لهذا الاخبار شكلا خاصا • فيجوز ان يكون بانذار رسمى او برسالة بالبريد المسجل أو العادى أو حتى بالمشافهة ، مع ملاحظة ان عبء اثبات

---

(٢١٣) قارن نص المادة ٤٤٩ مدنى مصرى الذى يكاد يطابق النص العراقى•

(٢١٤) انظر : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٧٣ ص ٧٣٥ •

حصول الاخبار يقع على عاتق المشترى ، وهو يستطيع ان يثبته بجميع طرق الاثبات لانه يثبت واقعة مادية(٢١٥) .

٥٣٣ ـ يخلص مما تقدم ان المشترى ملزم بفحص المبيع بعد تسلمه تسلما فعليا فى المدة المعقولة التى تقضى بها ظروف التعاقد او يجرى عليها العرف وباخبار البائع بالعيب الذى كشفه فى المبيع بنتيجة الفحص المعتاد او الفحص الفنى اذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ويجب ايضا ان يتم هذا الاخبار فى خلال مدة معقولة ، فاذا هو اهمل فى شىء من ذلك سقط حقه فى الرجوع بالضمان على البائع واعتبر راضيا بالمبيع . غير ان القواعد العامة تقضى بان حق المشترى فى الضمان لا يسقط ان هو اهمل فى فحص المبيع او فى اخبار البائع بالعيب الذى كشفه خلال المدة المعقولة اذا كان البائع يعلم بوجود العيب وتعمد اخفاءه عن المشترى غشاً منه(٢١٦) .

ثانيا ـ دعوى ضمان العيوب الخفية

٥٣٤ ـ فاذا تحقق العيب بشروطه السابقة واخطر المشترى البائع بهذا العيب فى المدة المعقولة كان له ان يرجع على البائع بالضمان . وقد حددت الفقرة الاولى من المادة (٥٥٨) من القانون المدنى العراقى هذا الضمان بتخيير المشترى بين فسخ البيع ورد المبيع أو قبول المبيع بكل الثمن المسمى . وقد استمد المشرع العراقى هذا الحكم من الفقه الحنفى . ففقهاء المذهب الحنفى لا يجيزون فى خيار العيب الا الفسخ او استبقاء المبيع بكل الثمن . وهذا

---

(٢١٥) راجع : مرقس وامام ، ف ٢٢٦ ؛ شنب ، ف ١٨٢ ؛ العامرى ، ص ١٦٤ـ١٦٥ .

(٢١٦) راجع : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ١ ص ؛ مرقس وامام ، ف ٢٢٦ ؛ عامر ، ف ٢٠٢ ؛ العامرى ، ص ١٦٥ .

هو خلاف ما يذهب اليه فقهاء الشيعة[٢١٧] والحنابلة الذين يثبتون للمشترى الخيار بين فسخ البيع أو امضائه مع المطالبة بجزء من الثمن يقابل الجزء الذى فات من المبيع بظهور عيب فيه[٢١٨] .

٥٣٥ ـ اما المشرع المصرى فقد أحال بشأن ضمان العيوب الخفية الى احكام قواعد الاستحقاق (م ٤٥٠ مدنى مصرى) . ومقتضى ذلك ان يفرق بين ما اذا كان العيب جسيما او غير جسيم . فاذا كان العيب جسيما خير المشترى بين رد المبيع وما افاده منه ومطالبة البائع بالتعويض وفقا لاحكام الاستحقاق الكلي ، أو استبقاء المبيع والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب وجود العيب . اما اذا لم يكن العيب جسيما فلا يكون للمشترى سوى المطالبة بتعويضه عما أصابه من ضرر بسببه[٢١٩] .

٥٣٦ ـ على انه اذا كان المشترى مخيرا ، طبقا للمادة (٥٥٨ ف ١) من القانون المدنى العراقى ، بين فسخ العقد ورد المبيع وبين استبقاء المبيع بكل الثمن ، فليس هناك ما يمنع المشترى من مطالبة البائع بتنفيذ التزامه

---

(٢١٧) فقد ورد فى تذكرة الفقهاء : « اذا وجد المشترى بالمبيع عيبا سابقا على العقد ولم يحدث عنده عيب ولا تصرف فيه كان مخيرا بين فسخ البيع والامضاء بالارش ، وبه قال احمد ، لانه ظهر على عيب لم يقف على محله فكان له المطالبة بالارش ، كما لو حدث عنده عيب ، ولان الثمن فى مقابلة السليم فاذا ظهر عيب كان قد فات جزء من المبيع ، فكان للمشترى المطالبة بما يقابله من الثمن ، لان الارش فى الحقيقة جزء من الثمن » . (تذكرة الفقهاء ، جـ٧ ، ص ٣٥٣) .

(٢١٨) وقد اخذ القانون المدنى الفرنسى بحكم يقرب كثيرا مما يذهب اليه هؤلاء الفقهاء فقد نصت المادة (١٦٤٤) من هذا القانون على انه : « فى الاحوال المبينة فى المادتين ١٦٤١ و ١٦٤٣ يخير المشترى بين رد المبيع واسترداد الثمن وبين استبقاء المبيع واسترداد جزء من الثمن حسبما يقدره الخبراء » .

(٢١٩) أنظر آنفا ف ٤٩٧ ، وراجع : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ف ٣٧٤ ؛ شنب ، ف ١٨٣ .

بالضمان تنفيذا عينيا طبقا لما تقرره القواعد العامة • ويتم هذا التنفيذ العينى باصلاح العيب او استبدال المبيع المعيب بغيره على نفقة البائع اذا كان ذلك ممكناً(٢٢٠) •

وقد يتفق المتعاقدان على ان يقوم البائع باصلاح العيب فيكون ذلك بمثابة اتفاق على تنفيذ البائع لالتزامه بالضمان عينا • ولكن هذا الاتفاق ، كما ذهبت الى ذلك محكمة تمييز العراق ، يمنع المشترى من طلب فسخ العقد واسترداد الثمن(٢٢١) •

٥٣٧ ـ ولكن قد يكون المبيع عبارة عن عدة أشياء بيعت صفقة واحدة وظهر بعد فحصها ان بعضها معيب دون البعض الآخر ، فما هو الحكم فى هذه الحالة ؟

لقد أجابت المادة (٥٦١) من القانون المدنى العراقى على هذا التساؤل بان اوجبت التمييز بين ما اذا كان يمكن تفريق الصفقة دون ضرر وما اذا لم يمكن ذلك • فاذا كان فى تفريق الصفقة ضرر ، بمعنى انه لا يمكن الانتفاع بكل شىء مستقلا عن سائر الاشياء الاخرى دون أن تنقص قيمته ، كان للمشترى الحق فى رد المبيع عن طريق فسخ العقد او قبوله بكل الثمن • اما اذا كان من الممكن تفريق الصفقة دون ضرر فلا يستطيع المشترى ان يطلب رد المبيع كله دون رضا البائع وانما له رد الشى المعيب فقط مع مطالبة البائع بما يقابل الشى المعيب من الثمن •

موانع الرد

٥٣٨ ـ واذا كان للمشترى فسخ البيع ورد المبيع بسبب ظهور العيب

---

(٢٢٠) انظر : مرقس ، ف ٢٢٢ ؛ السنهورى ، جـ٤ ، ف ٣٧٤ والفقه المشار اليه فى هامش ١ ص ٧٤٣ ؛ شنب ، ف١٨٣ وهامش ٢ ص ٢٣٤ ؛ ذنون ، ف ٢٥٧ ص ٢٤٤ـ٢٤٥ •

(٢٢١) حكم محكمة التمييز الصادر فى ١٩٥٣/١١/٢١ رقم ١٧٠٩/صلحية/ ١٩٥٣ منشور فى مجلة القضاء العدد ٢ سنة ١٩٥٤ ص ١٠١ وفى « المبادى القضائية » لعبدالرحمن العلام ، ص ٢٦٥ •

القديم فيه فان هنالك امورا يمتنع الرد بسببها ويقتصر حق المشترى على الرجوع على البائع بنقصان الثمن • ونلخص هذه الامور فيما يلى :

(١) **حدوث عيب جديد فى المبيع بعد التسليم :** وقد نصت على ذلك المادة (٥٦٢) من القانون المدنى العراقى بقولها : « ١ ـ اذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشترى فليس له ان يرده بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه بل له ان يطالب البائع بنقصان الثمن ما لم يرض البائع بأخذه على عيبه ولم يوجد مانع للرد • ٢ ـ فاذا زال العيب الحادث عاد للمشترى حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع »[٢٢٢] •

٥٣٩ ـ ويترتب على هذا ان من يشترى قماشا ثم بعد ان قطعه وصنع منه ثوبا وجد فيه عيبا قديما امتنع عليه الرد ولكن يثبت له الحق فى الرجوع على البائع بنقصان الثمن الذى يسببه العيب فقط ، وذلك لان فى الرد اضرارا بالبائع فقد خرجت العين عن ملكه سالمة من العيب الحادث • ولكن اذا رضى البائع باخذ العين بعيبها الحادث كان له ذلك لانه قد اسقط حقه بنفسه ، وفى هذه الحالة يتعين على المشترى اما ان يرد العين ويسترجع ثمنها او ان يقبلها بالعيب القديم بكل الثمن • غير انه اذا ما زال العيب الحادث ، كأن كان المبيع حيواناً ظهر فيه مرض خفي وأصابه مرض جديد لدى المشتري فزال عنه هذا المرض الجديد ، فأن الخيار يعود للمشتري فيكون له الرجوع على البائع بضمان العيب القديم القاضي بحق المشتري فى رد المبيع والمطالبة بكل الثمن[٢٢٣] •

---

(٢٢٢) وهذا النص مستمد من الفقه الاسلامى • انظر بصورة خاصة المواد ٣٤٥ و ٣٤٧ و ٣٤٨ و ٣٥٠ من المجلة •

(٢٢٣) راجع فى تفصيل ذلك : القاضى ، شرح المجلة ، جـ١ ، ص ٣١٥ـ٣١٦ •

(٢) زيادة شيء من مال المشترى على المبيع :

تقضي المادة (٥٦٣) من القانون المدني العراقي بأنه : « ١ ـ زيادة شيء من مال المشتري على المبيع تمنع الرد كصبغ الثوب المبيع أو البناء فى الارض المبيعة أو ظهور الثمر فى الشجر المبيع • ٢ ـ فاذا حدث فى المبيع زيادة مانعة من الرد ثم اطلع المشتري على عيب قديم فيه فأنه يرجع على البائع بنقصان الثمن ويمتنع الرد ولو قبله البائع بالعيب الحادث »[٢٢٤] •

٥٤٠ ـ فيتبين ان صور الزيادة التي تمنع الرد هي الزيادة المتصلة غير المتولدة كصبغ الثوب أو البناء ، والزيادة المنفصلة المتولدة كالثمر ونتاج الحيوان • أما الزيادة المتصلة المتولدة من أصل الشيء كالسمنة مثلا والزيادة المنفصلة غير المتولدة من أصل الشيء كالاجرة فأنهما لا يمنعان الرد •

٥٤١ ـ ويلاحظ بأن المشرع قد قضى فى النص المذكور بأن الزيادة التي تمنع الرد تمنعه ولو رضي البائع بالعيب الحادث فيه • ويترتب على ذلك انه اذا باع شخص بقرة معيبة ثم أصابها عيب جديد بعد ان جاءت بتبيع ، امتنع على المشتري أن يفسخ البيع ولو رضي البائع باسترداد البقرة بعيبها الجديد مع تبيعها الوليد[٢٢٥] • ويعلل شراح المجلة[٢٢٦] هذا الحكم ـ وهو حكم منتقد ولا شك ـ[٢٢٧] بالقول بأن ذلك يستلزم تملك مال الغير بلا عوض وبدون رضاء مالكه • فالبائع مجبر على اعطاء نقصان الثمن حتى

---

(٢٢٤) انظر المادتين ٣٤٩ و ٣٥٠ من المجلة •

(٢٢٥) انظر : الصراف ، ف ٥٠٥ وجدول الخطأ والصواب (ب) •

(٢٢٦) القاضى ، شرح المجلة ، جـ١ ، ص ٣١٧ •

(٢٢٧) فاقل ما يقال فيه انه حكم لا يتلائم مع مقتضيات حركة التعامل ويتعارض مع مبدأ سلطان الارادة وحرية التعاقد الذى اقره المشرع العراقى نفسه • (انظر : ذنون ، ف ٢٦٠ ص ٢٤٨ ، وراجع فى تفصيل النقد الموجه للحكم المذكور : الصراف ، الفقرتين ٥٠٥ و٥٠٦ وملحق جدول الخطأ والصواب ص « ب ») •

انه بهذه الصورة لو باع المشتري المبيع بعد اطلاعه على العيب القديم كان له كذلك أن يطلب نقصان الثمن ، ولا يمنع تصرفه هذا من رجوعه بنقصان الثمن لان هذا الحق قد تأكد له قبل تصرفه بالمبيع •

(٣) هلاك المبيع فى يد المشترى :

٥٤٢ ـ ان تطبيق القواعد العامة فى تحمل تبعة الهلاك يؤدي الى القول بأن المشتري هو الذى يتحمل بتبعة الهلاك بعد التسليم بسبب القوة القاهرة • وقد طبق المشرع العراقي حكم هذه القواعد فى حالة هلاك الشيء المبيع المعيب تحت يد المشتري • وبالنظر لاستحالة رد المبيع بسبب هلاكه ، لم يبق أمام المشتري سوى الرجوع على البائع بنقصان الثمن • ولهذا فقد جاء نص المادة (٥٦٤) من القانون المدني قاضياً بأنه : « اذا هلك المبيع المعيب فى يد المشتري فهلاكه عليه ويرجع على البائع بنقصان الثمن •»

هذا هو حكم هلاك المبيع المعيب اذا كان الهلاك بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي • ولاشك انه نفس الحكم الواجب التطبيق اذا كان الهلاك بسبب عيب جديد طرأ على المبيع أو بفعل المشتري نفسه ، وبعبارة أعم اذا كان الهلاك لا يمت بصلة الى العيب القديم ذاته • ولكن المبيع المعيب قد يهلك بسبب العيب القديم نفسه أو بفعل من البائع ، فما هو الحكم فى هذه المسألة ؟

٥٤٣ ـ لم يشر القانون المدني العراقي[٢٢٨] الى حكم هذه المسألة ،

---

(٢٢٨) وهذا بخلاف القانون المدنى الفرنسى الذي تقرر المادة (١٦٤٧) منه صراحة انه : « اذا هلك الشيء المعيب بسبب العيب يكون هلاكه على البائع الذى يلتزم فى مواجهة المشترى برد الثمن وكافة التعويضات المذكورة فى المادتين السابقتين ، اما اذا كان الهلاك بسبب حادث فجائى تحمل تبعته المشترى » • (راجع فى تفصيل هذا الحكم : مازو ، جـ٣ ف ٩٨٧ ص ٨٠٩) • أما القانون المدنى المصرى فتنص المادة (٤٥١) منه على انه : « تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع باى سبب كان » • (راجع فى تفصيل هذا الحكم ، السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٧٥ ؛ مرقس ، ف ٢٢٨) •

فاختلف الشراح بشأنها[٢٢٩] • ولكن الراجح على ما يبدو هو ان هلاك المبيع المعيب بسبب العيب القديم أو بفعل البائع يجيز للمشتري ، طبقاً لاحكام القواعد العامة ، الرجوع على البائع بالثمن كاملا وبالمصاريف ، كما لو كان المبيع قد استحق استحقاقاً كلياً بيد المشتري[٢٣٠] وفى قضاء محكمة التمييز ما يؤيد هذا الرأي • فقد جاء فى حكم لهذه المحكمة انه : « اذا اشترط المشتري ارجاع المبيع اذا ظهر عيب قديم فيه فى ظرف شهر من الاستلام ثم هلك المبيع بسبب العيب القديم خلال هذه المدة فيجب على البائع اعادة الثمن الى المشتري »[٢٣١] •

(٤) تصرف المشترى بالمبيع المعيب قبل اطلاعه على العيب :

٥٤٤ ـ اذا تصرف المشتري بالشيء المعيب تصرف الملاك قبل اطلاعه على العيب الذي فيه فانه يرجع على البائع بمقدار نقصان الثمن الذى يسببه العيب • فاذا باع زيد شيئاً لخالد كان قد اشتراه من أحمد ثم ظهر

---

(٢٢٩) فمن الشراح من ذهب الى القول بأن ليس للمشترى الحق فى رد المبيع فى حالة ما اذا هلك بسبب العيب القديم ايضا ، ولكن يثبت له حق الرجوع بنقصان الثمن اسوة بالحالات الاخرى ، لان المشرع انما قصد من منع رجوع المشترى على البائع بالثمن كاملا وبالمصاريف الى منعه من الاثراء على حساب البائع (ذنون ، ف ٢٦٠ ص ٢٤٨ ـ ٢٤٩) • ومنهم من ذهب الى رأى معاكس حيث يقول بان للمشترى فى حالة هلاك المبيع المعيب ان يطلب الفسخ اذا كان الهلاك قد حصل بفعل العيب الخفى او بسبب حادث جبرى او قوة قاهرة ، ويمتنع عليه الفسخ فى حالة واحدة هى حالة ما اذا هلك المبيع المعيب بفعله هو (الناهى، شرح القانون التجارى العراقى ، جـ١ ، ف ٣٠٦ ص ١٨٥ • وراجع فى تفصيل الخلاف حول هذه المسألة وفى الرد على هذين الرأيين : الصراف ، الفقرات ٥٠٨ ـ ٥٢٩) •

(٢٣٠) فى هذا المعنى : الصراف ، ف ٥٢٩ ؛ العامرى ، ص ١٦٨ • وقرب من ذلك : مرقس وامام ، ف ٢٢٨ •

(٢٣١) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢٣٣/صلحية/١٩٥٤ صادر فى ١٩٥٤/٣/٨ منشور فى مجلة القضاء السنة ١٢ العدد ٢ ص ١٠٩ •

العيب فى الشيء المبيع بعد البيع الذى تم بين زيد وخالد فأن تصرف زيد فى المبيع قبل اطلاعه على عيبه لا يسقط حقه فى الرجوع على أحمد بالضمان ، ولكنه يتعذر عليه فسخ البيع ورد المبيع لتعلق حق الغير ، أي خالد ، به . ولذلك فليس لزيد فى هذه الحالة الا الرجوع على أحمد بنقصان الثمن . وهذا الحكم يستفاد من مفهوم المخالفة لنص المادة (٥٦٦) من القانون المدني العراقي الذى يقرر بأنه : « اذا اطلع المشتري على عيب قديم فى المبيع ثم تصرف فيه تصرف الملاك سقط خياره »(٢٣٢) . ولكن زيداً يستطيع بطبيعة الحال أن يرد المبيع الى أحمد بسبب العيب القديم اذا رجع عليه خالد بضمان العيب ذاته ورد المبيع اليه(٢٣٣) .

كيفية تقدير نقصان الثمن

٥٤٥ ـ اما عن كيفية تقدير نقصان الثمن فى الحالات التي يتعذر فيها على المشتري رد المبيع فقد نصت المادة (٥٦٥) من القانون المدني العراقي على أنه : « يقدر نقصان الثمن بمعرفة أرباب الخبرة بأن يقوّم المبيع سالماً ثم يقوم معيباً وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان »(٢٣٤) .

وهذا مثال يوضح ذلك : لو اشترى شخص قماشاً بعشرة دنانير ، وبعد أن قطعه وفصله اطلع على عيب قديم فيه وأراد أن يرجع على البائع بضمان هذا العيب فقوّم أهل الخبرة القماش سالماً من العيب يوم البيع بعشرة دنانير أيضاً ثم قوموها معيبة بثمانية دنانير ، وبما ان التفاوت بين القيمتين ديناران وهو الخمس ، فللمشتري أن يطالب بخمس الثمن المسمى وهو ديناران .

---

(٢٣٢) انظر : الصراف ، ف ٥٣٠ ؛ العامرى ، ص ١٧٠ .
(٢٣٣) راجع : السنهوى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٧٦ ص ٧٤٨ـ٧٤٩ .
(٢٣٤) وقد استمد المشرع العراقى هذا النص من المادة ٣٤٦ من المجلة .

ولكن لو قوّم أهل الخبرة القماش سالماً بأثني عشر ديناراً ثم قوموه معيباً بتسعة دنانير ، كان التفاوت بين القيمتين ثلاثة دنانير وهو الربع ، فللمشتري أن يرجع على البائع بربع الثمن المسمى وهو ديناران ونصف ، وهكذا[٢٣٥] .

المطلب الرابع

مسقطات ضمان البائع للعيوب الخفية

٥٤٦ ـ يسقط ضمان البائع للعيوب الخفية فى حالات خاصة يرجع بعضها الى نص فى القانون ويرجع بعضها الآخر الى اتفاق صريح بين المتعاقدين أو الى ارادة المشتري الضمنية . وسنذكر فيما يلي أهم هذه الحالات :

(١) عدم فحص المشترى المبيع بالعناية اللازمة :

٥٤٧ ـ سبق وان أشرنا الى ان المشتري يلتزم ، عند تسلمه المبيع ، بفحصه بما ينبغي من العناية والمبادرة الى اخبار البائع بالعيب بمجرد كشفه . فاذا قصر فى ذلك ، بأن اشترى المبيع ولم يفحصه اطلاقاً أو لم يبذل فى فحصه عناية الشخص المعتاد ، سقط حقه فى الضمان قبل البائع لانه يعتبر قد تنازل ضمناً عن هذا الحق .

(٢) تصرف المشترى بالمبيع بعد اطلاعه على عيب فيه :

٥٤٨ ـ تنص المادة (٥٦٦) من القانون المدني العراقي على أنه : « اذا اطلع المشتري على عيب قديم فى المبيع ثم تصرف فيه تصرف الملاك سقط

---

(٢٣٥) انظر المادة ٣٤٦ من المجلة وراجع : القاضى ، شرح المجلة ، جـ١ ، ص ٣١٨ و هامش ١ ص ٣١٩ .

خياره »[٢٣٦] . ويترتب على ذلك انه اذا اشترى أحد عيناً من آخر واطلع على عيب فيها يضمنه البائع ، ثم تصرف فى هذه العين بأن باعها لآخر ، سقط حقه فى الرجوع على البائع بضمان العيب لان تصرفه هذا يعتبر نزولا عن حقه فى الضمان وقبولا للمبيع بعيبه[٢٣٧] .

والحقيقة ان الحكم الذى نصت عليه المادة (٥٦٦) ليس سوى تطبيق لاحكام القواعد العامة[٢٣٨] ، فكان يحسن بالمشرع العراقي عدم النص عليه اكتفاءً بتلك الاحكام[٢٣٩] .

(٣) تنازل المشترى عن حقه فى الضمان :

٥٤٩ ـ ان الحق فى الرجوع بضمان العيوب مقرر لمصلحة المشتري ، ولهذا كان له أن ينزل عن حقه فى الرجوع على البائع بضمان ما قد يجده فى المبيع من عيوب .فاذا ذكر وجود العيب فى المبيع وقت العقد اعتبر المشتري

---

(٢٣٦) وهذا النص مستمد من المادة (٣٤٤) من المجلة . راجع فى شرح حكم هذه المادة : القاضى ، شرح المجلة ، جـ١ ، ص ٣١٤ .

(٢٣٧) وقد قضت محكمة تمييز العراق بانه « اذا تصرف المشترى بالمبيع تصرف المالك بعد اطلاعه على العيب القديم فان التصرف يسقط حق خيار العيب » . (قرار رقم ١٩٧١/ص/١٩٥٥ صادر فى ١٩٥٦/١/٢٥ منشور فى مجلة القضاء ، العدد ، السنة ١٩٥٦ ص ٧١ وفى « المبادى القضائية » لعبدالرحمن العلام ، ص ٢٦٣) . غير ان هذه المحكمة نصت فى حكم آخر لها بان « استلام المشترى المبيع وتصرفه فيه لا يسقطان حقه فى المطالبة بما اصابه من ضرر بسبب نقصان المبيع ما دام قد اعلم البائع بهذا النقص خلال المدة القانونية » . (انظر : المادىء القضائية ، ص ٢٦٤) .

(٢٣٨) وقد كان القانون المدنى المصرى القديم يشتمل على نص مماثل لنص المادة (٥٦٦) العراقية ولكن المشرع المصرى لم ير موجبا لايراد ما تضمنه النص المذكور فى القانون الجديد لان حكمه واضح يسهل استخلاصه من القواعد العامة (راجع : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ٢ ص ٧٤٨ ؛ مرقس ، ف ٢٢٩ ص ٤٣١) .

(٢٣٩) انظر : الصراف ، ف ٥٤٤ .

قابلا له بعيبه ويمتنع عليه الرجوع على البائع بدعوى الضمان بسبب هذا العيب • فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٥٦٧) على انه : « اذا ذكر البائع أن فى المبيع عيبا فأشتراه المشتري بالعيب الذى سماه له فلا خيار له فى رده بالعيب المسمى وله رده بعيب آخر » • فلا يجوز للمشتري الذى تنازل عن حقه فى ضمان عيب معين ان يرجع ويطالب بفسخ البيع بسبب العيب الذى تنازل عن الحق فى ضمانه لانه يعتبر راضياً به ، ولكنه يستطيع رد المبيع بسبب عيب آخر لم يسم له وقت العقد[٢٤٠] •

(٤) اشتراط البائع براءته من كل عيب :

٥٥٠ ـ تنص المادة (٥٦٧) فى فقرتها الثانية على انه : « واذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود بالمبيع صح البيع والشرط وان لم يسم العيوب • ولكن فى الحالة الاولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض • وفى الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث »[٢٤١] •

فيتبين من هذا النص ان المشرع يفرق بين حالتين : (الاولى) يسقط فيها حق المشتري فى الرجوع بالضمان على البائع بسبب جميع ما قد يظهر فى المبيع من عيوب ، سواء منها ما كان موجوداً فى المبيع حين التعاقد أو ما طرأ منها على المبيع فى الفترة الواقعة بين ابرام العقد والتسليم • (الثانية) ويسقط فيها حق المشتري فى الضمان بسبب العيوب الموجودة فى المبيع حين التعاقد ولكن حقه فى الضمان عما قد يطرأ على المبيع من عيوب بعد العقد وقبل التسليم يظل قائماً لعدم انصراف شرط البراءة اليها •

---

(٢٤٠) انظر : شنب ، ف ١٨٧ ؛ الصراف ، ف ٥٣٣ ؛ العامرى ، ص ١٧٠ •
(٢٤١) وقد نقل القانون المدنى العراقى حكم النص المذكور عن المادتين ٥١٧ و ٥١٨ من مرشد الحيران • وقارن المادتين ٣٤٢ و ٣٤٣ من المجلة •

(٥) مضى المـــدة :

٥٥١ ـ ليس يكفي لكي يحفظ المشتري حقه فى الرجوع على البائع بضمان العيوب الخفية أن يقوم بالتحقق من حالة المبيع وفقاً للمألوف فى التعامل وأن يبادر الى اخبار البائع بما يكشفه من عيوب فى خـلال مـدة معقولة ، بل يجب عليه ، الى جانب ذلك ، أن يرفع دعوى الضمان على البائع خلال ستة أشهر من وقت تسليم المبيع • فقد قررت المادة (٥٧٠) من القانون المدني العراقي فى فقرتها الاولى بأنه : « لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت ستة أشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول »(٢٤٢) •

فيتبين من ذلك ان القانون قد قرر سقوط دعوى ضمان العيب بمرور مدة قصيرة على التسليم ، ويستوي فى ذلك أن يكون المشتري قد اطلع على العيب خلال هذه المدة أو لم يطلع عليه الا بعد ذلك بأمد طويل • فمجرد مرور مدة ستة الاشهر على التسليم يؤدي الى فقـدان المشتري لحقـه فى الرجوع على البائع بالضمان • ويبرر مسلك المشرع بصدد ذلك برغبته فى حسم المنازعات التي تنهض بسبب ضمان العيوب الخفية والمشاكل التي يثيرها هذا الضمان كتعذر معرفة منشأ العيب ، هل هو قديم أو حادث ، وبقاء البائع مهدداً برجوع المشتري عليه بالضمان مدة طويلة وما يؤدي اليه كل ذلك من عدم استقرار المعاملات •

٥٥٢ ـ وبالنظر لان المادة (٥٧٠) من القانون المدني العراقي لم تصرح ، شأنها فى ذلك شأن المادة (٤٥٢) مدني مصري ، بالمقصود بالتسليم الذى تسري من تاريخه مدة التقادم ، فقد ثار التساؤل عن طبيعة هذا التسليم ، هل

---

(٢٤٢) قارن نص المادة (٤٥٢) مدنى مصرى الذى يقرر سقوط دعوى ضمان العيب الخفى بانقضاء سنة من تاريخ تسليم المبيع •

هو التسليم الحقيقي أو التسليم الحكمي ؟

يمكن القول بأن الرأي الراجح هو الذى يسند ابتداء سريان المدة الى التسليم الحقيقي (الفعلي) لانه هو وحده الذى يهيء للمشتري فرصة التحقق من حالة المبيع والكشف عما فيه من عيوب[٢٤٣] •

٥٥٣ ـ ويلاحظ على كل حال بأن حكم المادة (٥٧٠) ليس من النظام العام ، ولذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلاف ما ورد فيه • ولهذا السبب فقد أباح المشرع للمتعاقدين الاتفاق على اطالة مدة ستة الاشهر اذ يعتبر ذلك بمثابة اتفاق على تشديد الضمان • وكذلك تكون مدة الضمان أطول من ستة أشهر اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب بغش منه ، ففي هذه الحالة لا يسقط حق المشتري فى رفع دعوى الضمان بانقضاء ستة أشهر من تاريخ تسلمه المبيع ، بل بمرور خمس عشرة سنة من يوم اكتشاف العيب (م ٥٧٠ ف ٢) •

المطلب الرابع

تعديل احكام ضمان العيوب بالاتفاق

٥٥٤ ـ لقد أورد المشرع أحكام ضمان العيوب الخفية التي تقدم ذكرها بأعتبارها مفسرة أو مكملة لارادة المتعاقدين فلا تسري الا اذا لم يتفق الطرفان على غيرها ، فهي اذن ليست من النظام العام • وعلى ذلك يجوز للمتعاقدين تنظيم أحكام ضمان العيوب بما يلائم ظروف تعاقدهما فيكون هذا التنظيم الاتفاقي هو الواجب التطبيق بدلا من التنظيم القانوني • وعلى هذا نصت المادة (٥٦٨) من القانون المدني العراقي بقولها : « ١ ـ يجوز أيضاً

---

(٢٤٣) فى هذا المعنى : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ١ ص ٧٥٢ ؛ مرقس ، ف ٢٢٩ ؛ الصراف ، ف ٥٤٠ ؛ العامرى ، ص ١٧١ ؛ وقارن : شنب ، ف ١٨٩ والفقه المشار اليه فى هامش ٢ ص ٢٣٩ •

للمتعاقدين باتفاق خاص أن يحددا مقدار الضمان • ٢ ـ على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب »(٢٤٤) • فيستفاد اذن من هذا النص أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تشديد الضمان أو على تخفيفه أو على الاعفاء منه •

(١) الاتفاق على تشديد الضمان :

٥٥٥ ـ فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على تشديد ضمان البائع للعيوب • فلهما فى سبيل ذلك أن يوسعا فى مدى التزام البائع بحيث يشمل عيوباً لم يكن يشملها بحكم القانون ، كالزامه بضمان جميع ما فى المبيع من عيوب حتى ما كان ظاهراً منها أو كان فى استطاعة المشتري تبينها لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية • وقد يتخذ اتفاق المتعاقدين على تشديد ضمان البائع صورة الاتفاق على اطالة المدة اللازمة لرفع دعوى الضمان فتكون أكثر من الاشهر الستة التي نصت عليها المادة (٥٧٠) •

(٢) الاتفاق على تخفيف الضمان :

٥٥٦ ـ وكما يجوز الاتفاق على تشديد الضمان فأنه يجوز الاتفاق على تخفيفه أو انقاصه • فيجوز اتفاق المتعاقدين على أن لا يضمن البائع عيباً معيناً يذكره بالذات ، كعدم صلابة الارض المبيعة أو عدم ثبات لون المبيع وصبغته ، أو قصر ضمان البائع على العيوب التي لا تظهر الا بالفحص الفني • فكل هذه اتفاقات جائزة يجب العمل بمقتضاها •

(٣) الاتفاق على الاعفاء من الضمان :

٥٥٧ ـ يراد بالاتفاق على الاعفاء من الضمان أو اسقاطه ازالة التزام البائع بضمان العيوب الخفية من الرابطة التعاقدية بحيث لو ظهر عيب فى

---

(٢٤٤) قارن نص المادة ٤٥٣ مدنى مصرى •

المبيع فلا يكون للمشتري الرجوع على البائع بضمانه[٢٤٥] • فلو « اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود بالمبيع صح البيع والشرط وان لم يسم العيوب •• » ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة (٥٦٧) من القانون المدني العراقي ، وقد رأينا ذلك فيما تقدم[٢٤٦] •

٥٥٨ ـ غير انه يشترط لصحة الاتفاق على التخفيف من الضمان او الاعفاء منه أن لا يكون البائع قد تعمد اخفاء العيب فى المبيع غشا منه ، وذلك تطبيقا للقاعدة العامة القاضية بان الغش يبطل التصرفات ، وهذا ما نصت عليه المادة (٥٦٨) فى فقرتها الثانية بقولها : « على ان كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب » • ولذلك فلو تعمد البائع اخفاء الشقوق الموجودة فى جدران المنزل المبيع بنقوش ورسوم ثم اشترط عدم ضمانه عن كل عيب بطل الشرط وتعين تطبيق احكام الضمان القانونى • وليس هذا فحسب وانما يترتب ايضا على غش البائع اطالة مدة سقوط دعوى الضمان ، فلا تسقط بمرور ستة اشهر على تسليم المبيع ، بل بخمس عشرة سنة من وقت البيع[٢١٧] • فقد قضت الفقرة الثانية من المادة (٥٧٠) بانه : « وليس للبائع ان يتمسك بهذه المدة (ستة اشهر) اذا ثبت

---

(٢٤٥) انظر : دوباج ، ف ١٩٣ ص ٢١٨ ؛ شنب ، ف ١٩٤ •

(٢٤٦) ويلاحظ انه اذا كان المشرع العراقى قد اجاز البيع بشرط البراءة من العيوب فان الفقهاء المسلمين قد اختلفوا فى جواز ذلك • فقد ذهب الحنفية والشيعة الامامية والرأى الراجح عند المالكية الى الجواز ، وبرأيهم اخذ القانون المدنى العراقى • اما الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا الى عدم صحة هذا البيع • (راجع : الفقه على المذاهب الاربعة ، جـ٢ ، ص ١٩٦ـ١٩٨ ؛ بداية المجتهد ، جـ٢ ، ص ١٨٤ـ١٨٦ ؛ تذكرة الفقهاء ، جـ٧ ، ص ٣٥٦ـ٣٠٧ • وانظر ، ذنون ، ف ٢٦٦) •

(٢٤٧) فى هذا المعنى : مرقس ، ف ٢٣١ ص ٤٣٣ •

ان اخفاء العيب كان بغش منه »[٢٤٨] .

المطلب الخامس

التمييز بين ضمان العيوب الخفية والغلط

٥٥٩ ـ علمنا عند البدء بهذا البحث ان العيب هو ما ينقص ثمن المبيع في السوق او يفوت به غرض صحيح اذ كان الغالب في امثال المبيع عدمه ، وحددنا ضمان العيوب الخفية تحديدا كافيا . ومع ذلك فقد يشتبه هذا الضمان فى بعض الحالات بغيره من نظم قانونية قريبة منه كالغلط والتدليس والفسخ لعدم التنفيذ وضمان الاستحقاق الجزئي[٢٤٩] ولهذا كان من المستحسن ان نحاول تمييز ضمان العيوب الخفية عن هذه النظم . ولكن نطاق هذا الكتاب لا يتسع لسرد كل ذلك ، ولهذا فسنقتصر على تمييز ضمان العيوب الخفية عن اهم هذه النظم وهو الغلط .

٥٦٠ ـ فقد يقع المشترى في غلط فى صفة جوهرية من صفات المبيع . فاذا كانت هذه الصفة تتصل بصلاحية المبيع للغرض الذى اعد له بحيث ان تخلف هذه الصفة يجعل المبيع غير صالح لهذا الغرض ، كان البيع فى هذه الحالة موقوفا على اجازة المشترى بسبب الغلط وكان فى الوقت ذاته منشئاً لضمان العيوب الخفية . فمن يشتري جواداً على انه صالح للسباق فيجده خلاف ذلك كان واقعاً في غلط فى صفة جوهرية فى المبيع وامكن القول فى الوقت ذاته ان في المبيع عيبا خفيا . فيكون للمشترى ، فى هذه الحالة ،

---

(٢٤٨) راجع حكم محكمة تمييز العراق بقرارها رقم ٢٢٢٨/صلحية/١٩٥٦ الصادر بتاريخ ١٩٥٧/١/٢٧ المنشور فى مجلة القضاء ، العدد ١ ، السنة ١٩٥٧ ص ١١٣ .

(٢٤٩) راجع فى تفصيل ذلك : بلانيول وريبير وبولانجية ، ج٣ ، ف/١٥٢٧ ؛ السنهوري ، الوسيط ، ج٤ . الفقرات ٣٨١ـ٣٨٦ ؛ مرقس ، ف ٢٣٣ ؛ شنب ، الفقرتين ١٧٣ و١٧٤ ؛ عامر ، ف ٢٠٨ .

الخيار بين الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب الخفي وبين الرجوع عليه بدعوى الغلط ولكن لا يجوز له ان يجمع بينهما •

٥٦١ ـ غير انه اذا كانت دعوى الغلط قد اختلطت فى المثل الذى سقناه بدعوى ضمان العيب الخفي ، فان هناك احوالا قد يوجد فيها الغلط دون العيب الخفي فلا يستطيع المشترى الا الرجوع بدعوى الغلط ، كما ان هناك احوالاً اخرى قد يوجد فيها العيب الخفي ولا يوجد الغلط ، فلا يكون للمشترى الا الرجوع بدعوى ضمان العيب الخفي • وبالنظر لما بين هاتين الدعويين من فروق كبيرة ، كان من المهم معرفة متى يكون للمشترى ان يرجع على البائع بدعوى الغلط دون دعوى ضمان العيب ، ومتى يكون له ان يرجع عليه بدعوى ضمان العيب دون دعوى الغلط •

٥٦٢ ـ يمكن القول بصورة عامة ان الغلط ، كعيب من عيوب الرضا، أمر شخصي محض ويقع فى صفة جوهرية فى المبيع فى نظر المشترى ، ولكن دون ان تتناول هذه الصفة بالضرورة الغرض الذى اعد له المبيع • فاذا اشترى شخص سيارة معتقداً بأنها من طراز معين ويتضح بعد ذلك انها ليست من هذا الطراز ، فهذا غلط فى صفة جوهرية فى المبيع وليس من الضروري ان يكون عيباً خفيا ، فقد تكون السيارة التى اشتراها صالحة كل الصلاحية للغرض المقصود ، بل قد تكون اكثر صلاحية واكثر قيمة من الطراز الذى اراده المشترى ، فلا يمكن القول فى هذه الحالة ان فى المبيع عيباً خفياً ، وحينئذ لا يكون للمشترى الا الرجوع بدعوى الغلط •

اما العيب فأمر موضوعي محض ، ويؤثر فى صلاحية المبيع للغرض الذى اعد له ، فيجعله غير صالح لهذا الغرض دون ان يتصل هذا العيب بصفة جوهرية فى المبيع فى نظر المشترى • ففى المثل المتقدم ، اذا وجد المشترى السيارة من نفس الطراز الذى اراده ، فانه لم يقع فى غلط لانه قد اشترى الشىء الذى قصد شراءه ، ولكنه وجد فيها عيباً خفياً ينقص من

صلاحيتها للغرض المقصود او ينقص من قيمتها عند التجار واهل الخبرة ، فليس لـــه فى مثل هذه الحالـة الا الرجوع عـــلى البائع بدعوى ضمان العيب(٢٥٠) .

٥٦٣ ـ وبهذا نكون قد انتهينا من الكلام فى التزامات البائع كمـــا ذكرهـا القانون المدني العراقي ، فننتقل بعـــده الى الـكلام فى التزامات المشتري .

---

(٢٥٠) راجع فيما تقدم : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٣٨٢ ؛ وانظر : العامرى ، ص ١٧٢ـ١٧٤ ؛ ذنون ، ف ٢٥٨ .

الفصل الثانى

التزامات المشترى

التزامات ثلاثـة

٥٦٤ ـ يلتزم المشترى بمقتضى عقد البيع بان يدفع الثمن الى البائع ، وهذا هو التزامه الرئيس[١] ، وبان يدفع مصاريف العقـد ، وبأن يتسلم المبيع • وهذه الالتزامات الثلاثة تترتب فى ذمة المشترى بمجرد ابرام البيع دون حاجة الى النص عليها فى العقد •

وقد عالج المشرع العراقي التزامات المشتري هذه فى نصوص استمد احكامها من فقه الشريعة الاسلامية ومن القوانين المدنية الحديثة وذلك فى المواد (٥٧١ ـ ٥٨٧) من القانون المدني[٢] • وسنعرض لدراسة هـذه الالتزامات فى فروع ثلاثة •

الفرع الاول

التزام المشترى بدفع الثمن

٥٦٥ ـ تكلمنا فيما تقدم عن الثمن باعتباره ركنا من اركان عقد البيع وبيّنا شروطه وطرق تحديده • فاذا توافرت للثمن شروطه التزم المشتري بالوفاء به فى الزمان والمكان اللذين سيأتي بيانهما • فنتناول الآن الوفاء بالثمن بوصفه التزاماً يقع على عاتق المشتري • ودراسة التزام المشتري بدفع الثمن

---

(١) وفى هذا المعنى تقول المادة (١٦٥٠) من القـانون المدنى الفرنسى : « ان التزام المشترى الرئيس هو دفع الثمن فى الزمان والمكان المعينين فى البيـع » •

(٢) اما القانون المدنى المصرى فقد اكتفى بمعالجة هذه الالتزامات بتسع مواد هى المواد ٤٥٦ـ٤٦٤ •

تقتضي الكلام اولاً في ما يجب دفعه ، وثانياً فى مكان وزمان دفع الثمن ، وثالثا فى حق المشترى فى حبس الثمن ، ورابعاً فى ضمانات البائع فى استيفاء الثمن .

المبحث الاول

ما يجب دفعه

الوفاء بالثمن

٥٦٦ ـ ان محل التزام المشتري بدفع الثمن هو الوفاء بمبلغ من النقود الى البائع . والاصل ان هذا المبلغ هو ما اتفق عليه المتبايعان صراحة أو ضمنا وبالشروط المتفق عليها فى عقد البيع . فقد يتفق المتعاقدان على أن يتم دفع الثمن جملة واحدة او على شكل اقساط تدفع فى مواعيد معينة . وقد يتطلب الوفاء بالثمن بعض المصاريف كاجور البريد او عمولة المصرف او مصاريف الرسول الذى يحمل الثمن الى البائع فان المشتري هو الذى يلتزم بدفع هذه النفقات لانه هو المدين بالوفاء بالثمن . فقد نصت المادة (٥٧١ ف ١) من القانون المدني العراقي على انه : « يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه وفق الشروط التي يقررها العقد . وهو الذي يتحمل نفقات الوفاء » .

٥٦٧ ـ واذا كان الاصل هو التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه فى عقد البيع ، فانه قد يلتزم بأن يدفع مبلغاً أكثر مما هو متفق عليه وقد لا يلتزم الا بدفع مبلغ يقل عما هو متفق عليه . فقد يلتزم المشتري بدفع مبلغ يزيد عما هو متفق عليه فى عقد البيع كما فى حالة الحكم بزيادة هذا الثمن نتيجة استغلال المشتري لحاجة البائع او طيشه او هواه او عدم خبرته أو ضعف ادراكه ولحق البائع من تعاقده غبن فاحش (م١٢٥ مدني عراقي) . وقد يلتزم المشتري بدفع مبلغ يقل عن الثمن المتفق عليه ، كما فى حالة

ما اذا وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، فلا يلتزم المشتري الا بدفع ما يقابل المقدار الموجود من المبيع (م ٥٤٣ و ٥٤٥ مدني عراقي)[٣] .

فوائـد الثمن

٥٦٨ ـ القاعدة ان المشتري لا يلتزم باداء فوائد الثمن الذي لم يدفع فور التعاقد . ولكن ، استثناء من هذه القاعدة ، يلتزم المشتري باداء فوائد عن هذا الثمن فى احوال ثلاث ذكرتها الفقرة الاولى من المادة (٥٧٢)[٤] وهـي :

(١) اعذار البائع للمشتري بدفع الثمن مستحق الاداء : ولابد فى هذه الحالة ان يكون الثمن مستحق الاداء ، فاذا كان الثمن مؤجلاً فان البائع لا يستحق الفوائد باعذاره المشترى اذا وقع هذا الاعذار قبل انقضاء اجل الاستحقاق . اما اذا استحق الثمن واعذر البائع المشتري لدفعه فلم يدفعه فان المشتري يلتزم باداء فوائد الثمن من تاريخ الاعذار ، وفى هذا خروج على القواعد العامة القاضية بعدم سريان الفوائد القانونية الا من تاريخ المطالبة القضائية[٥] .

(٢) تسليم المبيع الى المشتري اذا كان قابلاً ان ينتج ثمرات او ايرادات اخرى . وعلة هذا الحكم هي ان فوائد الثمن تقابل انتفاع المشتري بالمبيع . فالمشتري وقد تسلم المبيع حق له أن ينتفع به ، ولهذا فقد وجب

---

(٣) انظر : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ١ ص ٧٧١ ؛ شنب ، ف ٢٠٢ .

(٤) وهذه هى ذات الحالات الثلاث التى عددتها المادة (١٦٥٢) مدنى فرنسى ، وهى كذلك نفس الحالات التى ذكرتها المادة (٤٥٨ ف ١) مدنى مصرى مع اختلاف فى الحكم بالنسبة للحالة الاولى حيث ان النص العراقى يوجب لاستحقاق الفائدة القانونية ان يكون الثمن مستحق الاداء .

(٥) انظر : مرقس ، ف ٢٣٩ ص ٤٤٣ ؛ سلطان والعدوى ، ف ٤١٩ .

عليه فى مقابل ذلك ان يدفع الى البائع فوائد ثمن المبيع المنتج الذي تسلمه من وقت التسليم ، اذ ليس من العـــدل ان يجمع المشتري بين يديه ثمرة البدلين : المبيع والثمن(٦) .

ويجب لاستحقاق الفوائد فى هذه الحالة ان يكون المشتري قد تسلم المبيع وان يكون المبيع قابلاً ان ينتج ثمرات او ايرادات اخرى كمنزل او ارض زراعية او سيارة معدة للنقل سواء كانت الثمرات طبيعية ام صناعية أم مدنية . اما اذا لم يكن المبيع منتجاً ، ككتاب أو صورة زيتية أو مصوغات ، فلا ينطبق هذا الحكم وبالتالى فان المشتري لا يدفع فوائد عن ثمن المبيع الذى تسلمه حتى ولو انتفع به(٧) . ولكن لا يشترط لاستحقاق البائع لفوائد الثمن ، اذا كان المبيع منتجاً ، أن ينتج المبيع بالفعل هذه الثمرات أو الايرادات ، بل يكفي أن يكون قابلا بطبيعته لانتاجها . فالبائع يستحق الفوائد حتى ولو لم يكن المشتري قد زرع الارض أو أجر المنزل أو استغل السيارة .

---

(٦) انظر : حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٩ ديسمبر ١٩٤٨ نقلا عن السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، هـامش ٤ ص ٧٨٠ ومرقس ، هامش ١ ص ٤٤٤ .

(٧) وهذا الحكم منتقد من غالبية الشراح ، لان المبيع ولو لم يكن قابلا لانتاج ثمرات أو ايرادات اخرى ، فان المشترى قد ينتفع به بطـريق آخـر كقراءة الكتـاب او تزيين مكتبـه بالصورة الزيتيـة والتمتـع بمشاهدتها ؛ وهذه فائدة دون شك . ولهذا فقد كان الاجدر بالمشرع تحقيقا للعدالة تعميم الحكم والزام المشترى بدفع فوائد الثمن ما دام قد تسلم الشيء المبيع سواء أكان منتجا بالمفهـوم الضيق للانتـاج الذى اخذ به المشرع ام لا . (راجـع : مـازو ، جـ٣ ، ف ١٠٠٣ ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ١ ص ٧٨٠ ؛ سلطان والعدوى ، ف ٤٢٠ ص ٣٣٢ ؛ مرقس هـامش ٣ ص ٤٤٣ـ٤٤٤ ؛ العامرى ، ص ١٧٦ . وانظر عكس ذلك : بلانيول وريبير وبولانجية ، جـ٣ ، ف ١٤٢٣) .

(٣) وجود اتفاق بين المتعاقدين يقضي بذلك : فاذا اتفق المتعاقدان على اداء المشتري لفوائد الثمن منذ انعقاد البيع أو من أي تاريخ لاحق على البيع صح الاتفاق والتزم المشتري بأداء هذه الفوائد • والفوائد فى هذه الحالة اتفاقية لانها واجبة الاداء بمقتضى الاتفاق لا بنص فى القانون ، ولهذا كان للمتعاقدين تحديد سعرها على أن لا يتجاوز الحد المسموح به قانوناً ، أي سبعة فى المائة • فاذا اتفقا على فوائد تزيد على ذلك وجب انقاص هذه الفوائد الى الحد القانوني ورد ما دفع زائداً عن ذلك •

فاذا لم يوجد اتفاق على الفوائد فان المشتري لا يلتزم بشيء منها ولو كان الثمن مؤجلا ، ما لم يوجد عرف يقضي بدفعها ، فتكون عندئذ واجبة الاداء بمقتضى حكم العرف •

تكاليف المبيع

٥٦٩ ـ ويلتزم المشتري كذلك بأن يدفع تكاليف المبيع من وقت تمام البيع كالضرائب ونفقات حفظ المبيع وصيانته واستغلاله ، وذلك فى مقابل الزيادة الحاصلة فى المبيع بعد البيع وقبل القبض • فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٧٢) من القانون المدني العراقي على انه : « والزيادة الحاصلة فى المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمرة والنتاج تكون حقاً للمشتري وعليه تكاليف المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك[٨] » •

٥٧٠ ـ والخلاصة ، فأن المشتري يلتزم فضلا عن الوفاء بالثمن أن يدفع فوائده القانونية والاتفاقية على النحو الذ ى تقدم ، بالاضافة الى تكاليف المبيع من وقت البيع •

---

(٨) يقابل نص المادة ٤٥٨ ف ٢ مدنى مصرى •

المبحث الثاني

مكان وزمـان دفـع الثمن

اولا ـ مكان دفع الثمن

٥٧١ ـ تنص المادة (٥٧٣) من القانون المدني العراقي على انه :« اذا كان مكان اداء الثمن معيناً فى العقد لزم اداؤه فى المكان المشترط اداؤه فيه ، فاذا لم يعين المكان وجب اداؤه فى المكان الذى يسلم فيه المبيع ، واذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع وجب الوفاء به فى موطن المشتري وقت الاستحقاق ، ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك[٩] » .

٥٧٢ ـ فيتضح من هذا النص ان المرجع الاول فى تحديد مكان الوفاء بالثمن هو العقد . فاذا اتفق المتعاقدان على اداء الثمن فى مكان معين ، كان هذا المكان هو الذى يجب فيه اداء الثمن . اما اذا سكت المتعاقدان عن تحديد مكان للوفاء بالثمن فان المشرع يفرق فى هذه الحالة بين فرضين :

(١) ان يكون الثمن مستحق الاداء وقت تسليم المبيع : وفى هـذا الفرض يلتزم المشتري بدفع الثمن فى المكان الذى يتم فيه تسليم المبيع . وظاهر ما فى هذا الحكم من خروج على القواعد العامة القاضية بوجوب دفع الدين فى موطن المدين (م ٣٩٦ ف ٢ مدني عراقي) . والعلة فى هذه المخالفة لحكم القواعد العامة فى الوفاء واضحة . فالبيع ، وهو عقد ملـزم للجانبين ، يجب أن تنفذ الالتزامات المتقابلة المترتبة عليه جملة واحدة وذلك تحاشياً للاشكالات التي تحصل فى العمل عندما يجب أن يتم دفع الثمن

---

(٩) قارن نص المادة (٤٥٦) مدني مصري الذى تتفق أحكامه بمجموعها مع احكام النص العراقى . وقارن ايضاً نصوص المادتين (١٦٥٠ و ١٦٥١) مدنى فرنسى .

وتسليم المبيع فى وقت واحد ولكن فى مكانين مختلفين[١٠] .

(٢) أن لا يكون الثمن مستحق الاداء وقت تسليم المبيع : فاذا كان الثمن مستحقاً فى وقت غير وقت تسليم المبيع بأن كان مستحقاً قبل التسليم أو بعده ، وجب ، فى هذه الحالة ، أن يتم الوفاء بالثمن فى موطن المشتري وقت الاستحقاق . وهذا الحكم متفق مع القواعد العامة التي توجب الوفاء فى موطن المدين . كل ذلك ما لم يكن هناك عرف أو نص فى القانون يقضي بخلاف ذلك حيث يتعين عندئذ الاخذ بما يقضي به العرف أو النص .

ثانيـا ـ زمان دفع الثمن

٥٧٣ ـ اما فيما يتعلق بزمان دفع الثمن فتنص المادة (٥٧٤) من القانون المدني العراقي على انه : « ١ ـ يصح البيع بثمن حال أو مؤجل الى أجل معلوم . ويجوز اشتراط تقسيط الثمن الى أقساط معلومة تدفع فى مواعيد معينة كما يجوز الاشتراط بأنه ان لم يوف القسط فى ميعاده يتعجل كل الثمن . ٢ ـ ويعتبر ابتداء مدة الاجل والقسط المذكورين فى عقد البيع من وقت تسليم المبيع ما لم يتفق على غير ذلك » . وتنص المادة (٥٧٥) على أن : « ١ ـ البيع المطلق الذى لم يذكر فى عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلا . ٢ ـ ويجب على المشتري ان ينقد الثمن أولا فى بيع سلعة بنقد ان أحضر البائع السلعة . اما اذا بيعت سلعة بمثلها أو نقود بمثلها فيسلم المبيع والثمن معاً[١١] » .

---

(١٠) انظر : مازو ، جـ٣ ، ف ٩٩٩ ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، الفقرتين ٣٩٩ و ٤٠٠ ؛ سلطان والعدوى ، ف ٤٢٣ ص ٣٣٥ ؛ شنب ، ف ٢٠٣ ؛ الصراف ، ف ٥٥٠ ؛ العامرى ، ص ١٧٧ .

(١١) قارن نص المادة (٤٥٧ ف ٢) من القانون المدنى المصرى الذى اقتصر على القول بانه « يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » .

٥٧٤ ـ فيستفاد من نصوص هاتين المادتين ان الثمن اما ان يكون حالا يجب اداؤه بمجرد العقد أو مؤجلا يتأخر الوفاء به الى أجل معين أو مقسطاً وهو ما اشترط الوفاء به أجزاء معينة تدفع فى أوقات محددة •

فاذا أطلق البيع بأن لم يقيد بشرط تعجيل الثمن أو تأجيله كان الثمن حالا أي مستحق الاداء بمجرد تمام العقد وانه يجب على المشتري نقد الثمن أولا ثم يسلم البائع المبيع له بعد ذلك • وكما يجوز أن يكون الثمن حالا ، وهذا هو الاصل ، فأنه يجوز كذلك الاتفاق على أن يكون الثمن مؤجلا أو مقسطاً الى أقساط دورية تدفع فى مواعيد معينة • وفى هذه الحالة تبدأ مدة الاجل أو القسط عند تسليم المبيع ما لم يتفق على غير ذلك • ويترتب على هذا انه اذا تم البيع بثمن مؤجل الى ستة أشهر وتأخر البائع عن التسليم طيلة هذه المدة فللمشتري أجل ستة أشهر اخرى تبدأ من وقت التسليم وكان الثمن مستحق الاداء بعد مرور اثنتي عشر شهراً على ابرام البيع ولم يكن للبائع أن يطالب المشتري بالثمن قبل ذلك(١٢) • غير ان هذا الحكم لا يطبق الا اذا كان عدم تسليم المبيع ناشئاً عن سبب لا يد للمشتري فيه • فاذا كان تأخير التسليم راجعاً الى امتناع المشتري عن تسلم المبيع فان الاجل يحتسب من وقت الامتناع دفعاً للضرر(١٣) •

٥٧٥ ـ والاحكام المتقدمة ليست من النظام العام ، ولهذا السبب يجوز للمتعاقدين الاتفاق على غيرها • فقد يتفق المتعاقدان على أن تبدأ مدة الاجل بالسريان من وقت ابرام البيع وليس من وقت تسليم المبيع ، وقد يتفقان على أن يكون الثمن حالا يدفع بمجرد انعقاد البيع ولو كان تسليم المبيع مؤجلا الى

---

(١٢) انظر المادة (٢٥٠) من المجلة ، وراجع : القاضى ، شرح المجلة ، جـ١ ، ص ٢٤٧ وص ٢٨٢ •

(١٣) القاضى ، شرح المجلة ، جـ١ ص ٢٨٢ •

تاريخ لاحق لعقد البيع • فمثل هذه الاتفاقات صحيحة يجب العمل بمقتضاها[١٤] •

المبحث الثالث

حق المشتري فى حبس الثمن

٥٧٦ ـ متى ما أصبح الثمن مستحق الاداء على النحو المبين آنفا ، التزم المشتري بادائه فى ميعاد استحقاقه ولو جبراً عنه • ولكن يجوز للمشتري فى بعض الحالات أن يمتنع عن الوفاء بالثمن رغم استحقاقه ويحبسه فى يده • فالمادة (٢٨٢ ف ١) من القانون المدني العراقي تقضي بانه : « لكل من التزم باداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام فى ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به » • وتقرر المادة (٢٨٠) فى فقرتها الثانية بأنه « وفى كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو فى يده حتى يقبض البدل المستحق » •

وليس من شك فى أن التزام المشتري بدفع الثمن انما هو التزام ترتب فى ذمته بسبب التزام البائع بتسليم المبيع اليه وتمكينه من حيازته حيازة هادئة والانتفاع به انتفاعاً كاملا • ولهذا ، فانه يجوز للمشتري أن يمتنع عن الوفاء بالثمن المستحق الاداء اذا كان البائع قد أخل بالتزام من التزاماته الناشئة عن عقد البيع كالتزامه بعدم التعرض شخصياً للمشتري ودفع التعرض الصادر من الغير والتزامه بضمان العيوب الخفية • ومع ذلك فقد عاد المشرع وكرر أحكام القواعد العامة هذه فى المادة (٥٧٦) وقرر بانه : « ١ ـ اذا تعرض أحد للمشتري مستنداً الى حق سابق على عقد البيع أو آيل من البائع أو اذا خيف لاسباب جدية على المبيع أن يستحق جاز للمشتري

---

(١٤) راجع : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ٢ ص ٧٨٧ـ٧٨٨ ؛ القاضى ، شرح المجلة ، جـ١ ، ص ٢٨٢ـ٢٨٣ ؛ العامرى ، ص ١٧٩ •

ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق • ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا • ٢ ـ ويسري حكم الفقرة السابقة فى حالة ما اذا كشف المشتري عيبا فى المبيع وطلب الفسخ أو نقصان الثمن »[١٥] •

٥٧٧ ـ فيتبين من هذا النص أن المشرع قد أجاز للمشتري أن يحبس الثمن فى ثلاث حالات :

(**الاولى**) اذا تعرض أحد للمشتري مستنداً الى حق سابق على عقد البيع أو آيل من البائع • وهذه ، كما هو واضح ، هي نفس الحالة التي كانت تجيز للمشتري الرجوع على البائع بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير لو أنه كان قد دفع الثمن • اما وانه لم يدفع الثمن بعد الى البائع فان الاولى أن يخول الامتناع عن الوفاء به عوضاً عن الزامه بادائه الى البائع أولا ثم الرجوع على البائع بالثمن بعد ذلك[١٦] • على انه اذا وقع التعرض للمشتري فى جزء من المبيع فقط فلا يكون للمشتري أن يحبس عن البائع كل الثمن وانما ما يوازي الجزء الذى وقع فيه التعرض فقط[١٧] •

(**الثانية**) اذا وجدت أسباب يخشى معها على المبيع أن يستحق • فيجوز للمشتري أن يحبس الثمن عن البائع اذا وجدت اسباب يخشى معها على المبيع أن يستحق وينزع من تحت يده • ولكن يشترط لتطبيق هـذا الحكم أن تكون اسباب الخشية جدية كما لو ظهر ان المبيع غير مملوك للبائع او ظهر مثقلا برهن او ان البائع كان يملك المبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ • وعلى كل حال فان تقدير جدية اسباب الخشية امر متروك لقاضي الموضوع وظروف الحال[١٨] •

---

(١٥) يقابل الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٤٥٧ مدنى مصرى •
(١٦) انظر : مرقس ، ف ٢٤١ ص ٤٤٩ •
(١٧) انظر : سلطان والعدوى ، ف ٤١٦ •
(١٨) راجع : اوبري ورو ، جـ ٥ ، ص ١٠٢

ومن هنا يظهر الفرق بين حق المشترى فى حبس الثمن عن البائع وحقه فى الرجوع على البائع بدعوى ضمان التعرض • فقد وجدنا انه لايجوز للمشترى الرجوع على البائع بدعوى ضمان التعرض ما لم يقع هذا التعرض فعلا وان مجرد الخشية من وقوع هذا التعرض لايبيح له الرجوع بدعوى الضمان • اما بالنسبة لحق المشتري فى حبس الثمن فان القانون لم يستلزم وقوع التعرض بالفعل ، بل ان مجرد الخوف من احتمال نزع المبيع من تحت يد المشترى يجيز له حبس الثمن حتى يزول الخطر •

(**الثالثة**) اذا كشف المشتري عيبا خفيا فى المبيع يوجب ضمان البائع ولم يكن قد دفع الثمن بعد جاز له حبس الثمن عن البائع •

٥٧٨ ـ هذه هى حالات حبس الثمن كما وردت فى المادة (٥٧٦) من القانون المدني العراقى وهى تتصل بضمان البائع للتعرض الصادر من الغير ولعيوب المبيع الخفية • ولكن هذا لا يعني ان حق المشترى فى حبس الثمن يقتصر على هذه الحالات ، بل هو يتعداها الى جميع الاحوال التى يقع فيها اخلال من جانب البائع بأى من التزاماته التى ينشئها عقد البيع فى ذمته كاخلاله بالتزامه بالتسليم او بالتزامه بعدم التعرض الشخصي للمشترى ، وذلك لان الحالات التى نصت عليها المادة (٥٧٦) ليست سوى تطبيقات لاحكام القواعد العامة للدفع بعدم التنفيذ وحق الحبس الواردة فى باب النظرية العامة للالتزام كما قلنا عند البدء بهذا المبحث[١٩] •

٥٧٩ ـ ويلاحظ على كل حال انه لابد لكي يستطيع المشترى حبس الثمن فى الاحوال التى يجوز له فيها ذلك ان لايكون هناك اتفاق بين البائع

---

(١٩) انظر فى هذا المعنى : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٣٩٧ ص ٧٣٩ ؛ مرقس ، ف ٢٤١ ص ٤٥٠ ـ ٤٥١ ؛ سلطان والعدوي ، ف ٤١٦ ص ٣٢٦ ـ ٣٢٧ ؛ العامري ، ص ١٨٠ ـ ١٨١ • وقارن : شنب ، ف ٢٠٦ ؛ ذنون ، ف ٢٨٦ •

والمشترى على خلاف ذلك • فالقواعد المتعلقة بحبس الثمن لا مساس لها بالنظام العام • فحق الحبس مقرر لمصلحة المشترى ، فله استعماله ان شاء او النزول عنه ، وهذا ما عنته الفقرة الاولى من المادة (٥٧٦) بقولها : « جاز للمشترى مالم يمنعه شرط فى العقد ان يحبس الثمن » • ويلاحظ ، من جهة اخرى ، ان حق المشترى فى حبس الثمن يفترض بقاء الثمن فى يده ، فاذا كان قد دفعه الى البائع فانه لايجوز له بعد ذلك ان يطالب باسترداده لكي يستعمل حقه فى حبسه[٢٠] •

سقوط حق المشتري فى حبس الثمن

٥٨٠ ـ ويسقط حق المشترى فى حبس الثمن فى ثلاث حالات :

(الاولى) اذا تنازل عنه فى عقد البيع أو فى وقت لاحق كما لو اشترط عليه البائع دفع الثمن ولو حدث وان تعرض للمشتري شخص يدعى أن له حقا على المبيع • وهذا التنازل كما يمكن ان يكون صريحا فانه يمكن ان يكون ضمنيا • فلو دفع المشترى الثمن الى البائع بعد علمه بالسبب الذى يخوله حبس الثمن فان ذلك قد يصلح دليلا على انه قد نزل ضمنا عن حقه فى الحبس •

(الثانية) اذا قدم البائع للمشتري كفيلا يضمن له الوفاء بما عسى ان يرجع به على البائع • وتقديم الكفيل أمر متروك لخيار البائع ، فاذا لم يشأ البائع تقديم الكفالة لم يكن للمشتري اجباره على ذلك وليس له الا حبس الثمن وله فى ذلك الضمان الكافي[٢١] •

(الثالثة) اذا زال السبب الذي استند اليه المشتري فى حبس الثمن كأن ينقطع التعرض ، او يزول خطر الاستحقاق ، او يحسم النزاع المتعلق

---

(٢٠) انظر : اوبري ورو ، ج ٥ ، ص ١٠٢ ؛ السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ف ٣٩٧ ص ٧٩١ـ٧٩٢ ؛ سلطان والعدوي ، ف ٤١٦ ص٣٢٧ •

(٢١) راجع : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، هامش ١ ص ٧٩٤ •

بالعيب ، او يصلح البائع العيب الذى كشفه المشترى •

المبحث الرابع

ضمانات البائع فى استيفاء الثمن

٥٨١ ـ اذا كان القانون قد اعطى للمشترى حق حبس الثمن اذا اخل البائع بالتزامه بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية او ظهور سبب يخشى معه حدوث مثل هذا الاخلال مما قد يؤدي الى انتزاع المبيع من تحت يده او تعكير انتفاعه به او عدم تسلمه له ، فانه قد اعطى للبائع فى مقابل ذلك **جملة وسائل لضمان حقه اذا لم يوف المشترى بالتزامه بدفع الثمن** • ومن هذه الوسائل حبس المبيع وفسخ البيع وحق الامتياز على المبيع الذى يتقدم به على سائر الدائنين فضلا عن حقه فى طلب التنفيذ العيني الجبرى •

وهذه الوسائل المختلفة لها اهمية عملية كبيرة فى عقد البيع بوجه خاص ، ولكن لما كان الكلام فى حق الامتياز موضعه عند بحث الحقوق العينية التبعية ، والكلام فى طلب التنفيذ العيني موضعه عند دراسة قانون التنفيذ ، والكلام فى الفسخ عند دراسة النظرية العامة للالتزام فاننا سنتناول بالشرح حق البائع فى حبس المبيع كما نتناول بايجاز حق البائع فى طلب فسخ العقد •

أولا ـ حق البائع فى حبس المبيع :

٥٨٢ ـ تنص المادة (٥٧٧) من القانون المدني على انه : « ١ ـ للبائع حق حبس المبيع الى ان يستوفى ما هو حال من الثمن ولو كان المبيع جملة اشياء بيعت صفقة واحدة فله حبسه الى ان يستوفى الثمن الحال سواء سمي لكل منها ثمن او لم يسم •

٢ ـ واعطاء المشترى رهنا او كفيلا بالثمن الحال لايسقط حق الحبس»(٢٢) •

---

(٢٢) يقابل نص المادة ٤٥٩ مدني مصري •

٥٨٣ ـ فيخلص من هذا النص انه اذا كان الثمن كله او بعضه مستحق الاداء فى الحال ، وتأخر المشترى فى دفع ما هو مستحق من الثمن ، كان للبائع ان يحبس المبيع عن المشترى فلا يسلمه اليه حتى يستوفي ما هو مستحق له .

ويطبق هذا الحكم سواء أكان المبيع شيئا واحدا او جملة اشياء بيعت صفقة واحدة ، وسواء سمي الثمن لكل منها او سمي جملة واحدة . فلا يجوز للمشترى الذى دفع بعض الثمن مستحق الاداء ان يطالب البائع بتسليمه بعض المبيع فى مقابل ما دفع من الثمن . فيترتب على هذا انه اذا باع شخص لاخر عشرين كرسيا باربعين دينارا ، كل كرسي بدينارين ، وتم الاتفاق بينهما على ان يدفع المشترى نصف الثمن فور العقد وان يدفع الباقى بعد شهرين ، فدفع المشترى اربعة عشر دينارا من اصل الثمن الحال كان للبائع أن يحبس عن المشتري كل المبيع الى أن يستوفى ستة الدنانير الحالة من الثمن[٢٣] » ، ولا يحق للمشتري مطالبته بأن يسلمه سبعة كراسي فى مقابل ما دفعه من الثمن مستحق الاداء[٢٤] .

٥٨٤ ـ كل هذا اذا كان الثمن حالا كله او بعضه ، اما اذا كان الثمن

---

(٢٣) انظر : ذنون ، ف ٢٩٣ ص ٢٨٥ .

(٢٤) انظر المادة (٢٧٩) من مجلة الاحكام العدلية التى تقضى بانه : « اذا باع اشياء متعددة صفقة واحدة له ان يحبس جميع المبيع حتى يقبض الثمن جميعه سواء بيّن لكل منها ثمن على حدته او لم يبين » . وراجع : شرح المجلة لاستاذنا المرحوم منير القاضى ، ج ١ ، ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥ حيث ورد فيه : « لو باع احد لآخر حنطة وشعيراً وتمراً بعقد واحد وفصّل ما يخص كل نوع من الثمن ، فاذا دفع المشتري ما يخص الحنطة مثلا فليس له ان يأخذ الحنطة بدون رضاء البائع ، ولا يسقط حق حبس البائع للحنطة ، بل يبقى حق حبسه لجميع المبيع الى ان يستوفي آخر جزء من الثمن . لكن لو كان قد اشترى منه الحنطة بعقد والشعير بعقد ، والتمر بعقد ، فاذا دفع ثمن الحنطة مثلا فليس للبائع ان يحبسها » .

مؤجلا فى عقد البيع او رضي البائع بتأجيله بعد البيع فانه لا يستطيع حبس المبيع اذا كان التسليم واجبا فور العقد او فى الفترة ما بين انعقاد العقد وحلول الثمن ، بل يلزم بتسليم المبيع الى المشترى ولا يطالبه بالثمن قبل حلول اجله (م ٥٧٩ ف١ مدني عراقى) ، والا فان القصد من تأجيل الثمن لايتحقق وهو قبض المشترى للمبيع بعد ابرام العقد وقبل حلول اجل دفع الثمن .

ومع هذا فقد استثنى القانون من ذلك احوالا ثلاثة نصت عليها المادتان (٥٧٩ ف٢ و ٥٨٠) حيث اجيز فيها للبائع حبس المبيع ولو كان الثمن مؤجلا . وهذه الاحوال هي :

(١) اضعاف المشترى للتأمينات التى قدمها ضمانا للوفاء بالثمن (٥٧٩ ف٢) . والعلة فى هذا الحكم هى ان الاجل الممنوح للمشترى يسقط اذا أضعف بفعله ما أعطى من تأمينات ضمانا لتنفيذ التزامه بدفع الثمن ، فيصبح الثمن حالا ويكون للبائع حبس المبيع حتى يستوفيه . وهذا الحكم ليس فى حقيقته سوى تطبيق لحكم المادة (٢٩٥) الوارد فى باب النظرية العامة للالتزام[٢٥] .

(٢) اعسار المشتري بشكل يوشك معه أن يضيع الثمن على البائع (م٥٧٩ ف٢ مدني عراقي)[٢٦] ولابد فى هذه الحالة أن يكون المشتري فى حالة

---

(٢٥) تنص المادة (٢٩٥) من القانون المدني العراقي على انه : « يسقط حق المدين فى الاجل : أ ـ اذا حكم بافلاسه . ب ـ اذا اضعف بفعله الى حد كبير ما اعطى للدائن من تأمين خاص حتى لو كان هذا التأمين قد اعطي بعقد لاحق او بمقتضى القانون . هذا مالم يختر الدائن ان يطالب بتكملة التأمين . اما اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لا دخل لارادة المدين فيه فان الاجل يسقط ما لم يتوق المدين هذا السقوط بأن يقدم للدائن ما يكمل التأمين ، ج ـ اذا لم يقدم للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات » .

(٢٦) قارن نص المادة ١٦١٣ مدني فرنسى .

اعسار حقيقي لاحق على ابرام عقد البيع • ولهذا ، فان مجرد الشك فى مقدرة المشتري على الوفاء بالثمن فى ميعاد استحقاقه لا يجيز للبائع حبس المبيع • كما انه يشترط فى الاعسار ان يكون لاحقا على ابرام عقد البيع • فاذا كان المشترى معسرا قبل البيع فلا حق للبائع فى حبس المبيع ، اذ يفترض فى هذه الحالة انه قد ائتمن المشتري ورضي بتحمل هذا الخطر[٢٧] •

غير ان المشتري يستطيع ، فى الحالتين السابقتين ، ان يتفادى حبس المبيع ان هو قدم كفيلا يقوى به التأمينات او يثبت به مركزه فى دفع الثمن (م ٥٧٩ ف٢)•[٢٨] فالكفالة باعتبارها ضمانا كافيا يمنع سقوط الاجل فلا يكون الثمن حالا ، ومن ثم لا يثبت حق البائع فى حبس المبيع اصلا[٢٩] •

(٣) موت المشترى مفلسا • فاذا مات المشترى مفلسا قبل قبض المبيع ودفع الثمن كان للبائع ان يحبس المبيع الى ان يستوفى الثمن (م٥٨٠ مدنى عراقي) • والسبب فى ذلك ان الاجل الممنوح للمشتري يسقط بموته فيتعجل بذلك الثمن ويعود الى البائع حقه فى حبس المبيع حتى يستوفيه ما لم يكن الثمن مضمونا بتأمينات عينية تطبيقا لحكم المادة (٢٩٦) من القانون المدني العراقي والذى يعتبر حكم المادة (٥٨٠) مجرد تطبيق له[٣٠] •

٥٨٥ ـ ويظل حق البائع فى حبس المبيع قائما حتى يستوفي كل ما هو مستحق له من الثمن • ولكن هذا الحق يسقط بتنازل البائع عنه ولو لم يستوف كامل الثمن من المشترى • فقد نصت المادة (٥٧٨) فى فقرتها

---

(٢٧) انظر : الصراف ، ف ٥٦٩ •

(٢٨) انظر : ذنون ، ف ٢٩٦ ؛ العامري ، ص ١٨٤ •

(٢٩) السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٤٠٥ ص ٨١١ ؛ العامرى ، ص ١٨٤ •

(٣٠) تقضى المادة (٢٩٦) من القانون المدنى العراقى بأنه « الدين المؤجل لا يحل بموت الدائن ويحل بموت المدين الا اذا كان مضمونا بتأمينات عينية » •

الاولى على انه : « اذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد اسقط حق حبسه وليس للبائع فى هذه الحالة ان يسترد المبيع من يد المشترى ويحبسه الى ان يستوفى الثمن » • ولكن يشترط لتطبيق هذا الحكم ان يكون البائع قد سلم المبيع برضاه • فاذا كان المشترى قد قبض المبيع بدون اذن من البائع قبل دفع الثمن المستحق له جاز للبائع استرداد المبيع ليحبسه تحت يده • واذا حدث وهلك المبيع تحت يد المشترى فهو الذى يتحمل تبعة هلاله ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٥٧٨) بقولها : « وقبض المشترى المبيع بدون اذن البائع قبل اداء الثمن لا يكون معتبرا وللبائع حق استرداده • فان هلك المبيع او تعيب وهو فى يد المشترى ينقلب القبض معتبرا ويلزم المشترى باداء ما فى ذمته من الثمن » • ولكن يراعى فى تطبيق حكم هذا النص بان حق البائع فى استرداد المبيع مشروط ، طبقا للمادة (٢٨٤ ف٢) بان يقوم بطلب رد الحيازة فى خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج المبيع من حيازته وبمضي سنة من وقت خروجه من تحت يده والا سقط حقه فى استرداد الحيازة(٣١) •

ويسقط حق البائع فى حبس المبيع حتى لو رجع اليه بسبب آخر ، كبائع السيارة الذى يسلمها الى المشترى قبل قبض ثمنها ، ترجع السيارة اليه ليقوم باصلاحها او بفحصها ، فانه لايستطيع فى هذه الحالة ان يحبسها بالثمن •(٣٢)

٥٨٦ ـ ويمكن كذلك ان يستخلص تنازل البائع عن حقه فى حبس المبيع اذا هو منح المشتري اجلا بعد البيع دون تحفظ ، فذلك يفيد أن

---

(٣١) انظر : ذنون ، ف ٢٩٩ ؛ العامري ، ص ١٨٥ •

(٣٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ ، ف ١٤٣٨ وحكم محكمة باريس الصادر فى ٤ حزيران ١٩٢٧ ، داللوز الاسبوعي ١٩٢٧ ص ٤٢١ ؛ وانظر أيضا : السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ٢ ص ٨١٠ •

البائع قد نزل ضمنا عن حقه فى الحبس • ولكن يفترض فى هذا الاجل ان يكون اجلا اتفاقيا يمنحه البائع للمشتري بعد ثبوت حقه فى حبس المبيع (٣٣) •

ولهذا فان الاجل الذى يمنحه القاضي للمشترى للوفاء بالثمن (نظرة الميسرة) لايكون له اثر فى سقوط حق البائع فى حبس المبيع لان القاضي لا البائع هو الذى منح المشترى هذا الاجل • فالمشترى يستفيد اذن من الاجل الممنوح له ولكنه لايستطيع الحصول على المبيع قبل دفع الثمن • (٣٤)

٥٨٧ ـ ولكن ، خلافا لما هو عليه الحال بالنسبة لحق المشترى فى حبس الثمن والذى رأيناه يسقط اذا قدم له البائع كفيلا ، فان حق البائع فى حبس المبيع لايسقط حتى لو قدم له المشترى رهنا او كفالة بالثمن الحال ، كما تقرر ذلك الفقرة الثانية من المادة (٥٧٧) ، وذلك لان البائع يطلب حقا واجب الاداء فى الحال فلا يكفيه ان يقدم له المشترى رهنا او كفالة بالثمن (٣٥) •

ثانيا ـ حق البائع فى طلب فسخ البيع :

٥٨٨ ـ واذا لم يوف المشترى بالثمن عند استحقاقه دون ان يكون له الحق فى حبسه على النحو المتقدم ، كان للبائع ان يطلب ، طبقا لاحكام القواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين ، فسخ البيع ، وكأثر لذلك اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل ابرام العقد • وبمقتضى احكام القواعد العامة

---

(٣٣) انظر المادة ٥٧٩ ف ١ مدنى عراقى •

(٣٤) انظر : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ ، ف ١٤٣٩ ؛ اوبري ورو ، جـ ٥ ، ص ٥٠ وهامش ١٢ فى نفس الصفحة •

(٣٥) وهذا ما تقرره أيضا المادة (٢٨٠) من المجلة • راجع فى ذلك : القاضي ، شرح المجلة ، جـ١ ، ص ٢٥٥ ؛ وانظر : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٤٠٥ وهامش ١ ص ١٨١١ •

لا يتقرر فسخ البيع الا باتفاق المتعاقدين او بحكم من القضاء ، واذا طلب البائع الفسخ كان طلبه خاضعا لسلطة القاضي التقديرية بمعنى انه لا يلتزم باجابة البائع الى طلبه ولو تحقق له اخلال المشتري بالتزامه بدفع الثمن ، بل يكون له رفض هذا الطلب أو الاستجابة اليه تبعا لجسامة الاخلال المنسوب الى المشتري ما لم يشتمل عقد البيع على شرط يقضي باعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه اذا اخل المشترى بالتزامه بدفع الثمن او بقسط منه حيث تسلب من القاضي سلطته التقديرية فى هذه الحالة ويتعين عليه القضاء بفسخ العقد • والقاعدة انه يجوز للبائع طلب الفسخ سواء أكان البيع مدنيا ام تجاريا ، وسواء اكان المبيع منقولا ام عقارا •

٥٨٩ ـ والمسألة على كل حال تخضع لشروط الاتفاق الحاصل بين المتعاقدين ولاحكام القواعد الخاصة بالفسخ المقررة فى باب النظرية العامة للالتزام وبخاصة المادتين (١٧٧ و١٧٨) من القانون المدني ، هذه الاحكام التى طبقها المشرع العراقى بشأن البيع فى المادتين (٥٨١ ـ ٥٨٢) • ولذلك فاننا لا نجد حرجا من الاحالة بصدد هذه المسألة الى كتب النظرية العامة للالتزام[٣٦] والاقتصار هنا على ايراد نصوص المادتين (٥٨١ ـ ٥٨٢) من القانون المدني العراقى •

فقد نصت المادة (٥٨١) على انه : « ١ ـ اذا لم يدفع المشترى الثمن عند استحقاقه أو أخل بالالتزامات الاخرى التي نشأت عن عقد البيع فالبائع بالخيار اما ان يلزم المشترى بالتنفيذ واما ان يطلب فسخ البيع • ٢ ـ ويتعين الحكم بالفسخ فورا اذا طلب البائع ذلك وكان مهددا ان يضيع عليه المبيع

---

(٣٦) راجع فى تفصيل هذه المسألة فى الكتب المخصصة لعقد البيع : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، الفقرات ٤٠٦ ـ ٤١٧ ؛ ذنون ؛ الفقرات ٣٠٠ ـ ٣٢٧ •

والثمن • فاذا لم يكن مهددا بذلك جاز للمحكمة ان تنظر المشترى الى اجل تقدر مدته تبعا للظروف على ان يدفع المشترى الفوائد القانونية اذا لم يتفق على فوائد اخرى • فاذا انقضى الاجل دون ان يدفع المشترى الثمن وجب الحكم بفسخ البيع دون انظار المشترى الى اجل آخر » • ونصت المادة (٥٨٢) على انه : « اذا اشترط البائع ان يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشترى بدفع الثمن فى الميعاد المحدد كان للمشترى مع ذلك ان يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما دام لم يعذر الا اذا نص فى العقد على ان الفسخ يقع دون اعذاره وفى كل حال لايجوز للمحكمة ان تمنح المشترى اى اجل» •(٣٧)

الفرع الثاني

التزام المشتري بدفع مصاريف عقد البيع

٥٩٠ ـ قد لا يقتضى ابرام عقد البيع انفاق أية مصاريف كما لو اشترى شخص رغيفا من الخبز او جريدة وهو فى الطريق الى عمله صباحاً • ولكن البيع قد يتطلب مصاريف تقل وتكثر بحسب الظروف كنفقات كتابته ورسوم تسجيله ورسوم الطوابع ومصروفات الكشف عن العقار واجرة الدلال وغير ذلك ، فمن الذى يتحمل بهذه المصاريف من المتعاقدين ؟

٥٩١ ـ تنص المادة (٥٨٣) من القانون المدني العراقي على انه : « نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم واجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على

---

(٣٧) وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد يشتمل على نصوص طبقت فيها أحكام القواعد العامة في الفسخ على عقد البيع ولكن هذه النصوص حذفت من المشروع النهائي اكتفاء بالقواعد العامة • (راجع : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٤٠٦) •

المشترى ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضى بغير ذلك »[٣٨] .

٥٩٢ ـ وبناء على ذلك يكون للمتعاقدين الاتفاق على وضع معين فيما يتعلق بمن يتحمل منهما هـذه المصاريف . فقد يتفقان عـلى أن يتحملهـا البائع[٣٩] ، وقد يتفقان على ان يتحملها المشترى ، وقد يتفقان على توزيعها عليهما مناصفة او بأية نسبة اخرى . فكل هـذه الاتفاقات صحيحة فيجب اتباعها لان القواعد القانونية المتعلقـة بمصروفات العقد ليست من النظـام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها .

اما اذا لم يوجد اتفاق بشأن من يتحمل نفقات البيع وكان هناك عرف فيمن يتحمل هـذه النفقات تعيّن اتبـاع حكم العرف لان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . فقد يقضى العرف بان البائع هو الذى يتحمل بمصاريف البيع او بجانب منها ، وقد يقضى العرف ، كما هو الحال فى العراق ، بان يتحمل البائع والمشترى اجور الدلالة مناصفة[٤٠] . ففي هـذه الاحوال يتعين اتباع العرف دون النص .

٥٩٣ ـ فاذا لم يكن فى الامر اتفاق ولم يوجد عرف يعين على معرفة من يتحمل نفقات البيع وجب الرجوع الى المادة (٥٨٣) من القانون المدني العراقي التي تقرر بان المشترى هو الذى يتحمـل بمصاريف البيع[٤١] .

---

(٣٨) وهذا هـو نفس حكم المـادة (٤٦٢) مصري والمـادة (١٥٩٣) مدني فرنسي .

(٣٩) فيقال عندئذ ان المشترى قـد اشترى « وعقده فى يده » واذا كان المبيع عقارا فيقال ان المشتري قد اشترى « والمفاتيح فى يده » حتى وان لم يكن فى العقار بناء . (انظر : مازو ، جـ٣ ، ف ١٠٢٠) .

(٤٠) انظر : العامري ، ص ١٨٦ ؛ عامر ، ص ٣٣٦ .

(٤١) ويلاحظ بعض الشراح بأن المشرع بالزامه المشتري وحده بنفقات عقد البيع قد خالف القواعد العامة ، ذلك ان هذه النفقات لا تفيد المشتري وحده ، بل وتفيد البائع كذلك بحيث كان المنطق أن يتحمل المتعاقدان هذه النفقات مناصفة . (انظـر : عبدالباقى ، ف ٢٨٦ نقـلا عن شنب ، ف ٢١٩ » .

وقد اختلف الفقهاء فى مصاريف تطهير العقار من الرهون التأمينية المقيدة عليه والمترتبة من جهة البائع • ولكن الراجح فى الفقه وفى القضاء انها تقع على عاتق البائع لا المشترى لانها ليست من مصاريف البيع ، بل مصاريف تخلية يتحملها البائع (٤٢) •

ويترتب على التزام المشترى بدفع مصاريف عقد البيع انه اذا دفعها فلا يرجع بشىء منها على البائع لانه يكون قد وفى بالتزام فى ذمته ، وانه اذا حدث وان قام البائع بدفع هذه المصاريف كلها او بعضها كان له ان يرجع على المشترى بما فى ذمته منها وله فى رجوعه على المشترى بما دفعه جميع الضمانات المقررة له فى الرجوع على المشترى بالثمن ومن بين ذلك حبس المبيع عنه حتى يسترد منه هذه المصروفات (٤٣) •

٥٩٤ ـ وقد بيّنت المادة (٥٨٤) من القانون المدني العراقي ان : « الاشياء المبيعة جزافاً مؤونتها ومصروفاتها على المشترى فلو بيعت ثمرة كرم جزافاً كانت اجرة قطع تلك الثمرة وجزها على المشترى هذا ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك » • وذكرت المادة (٥٨٥) بان : « ما يباع محمولا تكون اجرة نقله وايصاله الى بيت المشترى جارية على حسب الاتفاق او العرف » •

وهاتان المادتان نقلهما المشرع العراقي عن المادتين (٢٩٠ و ٢٩١) من مجلة الاحكام العدلية ، ولكننا لا نرى انه بحاجة الى ايراد نصوص هاتين المادتين لانهما تتصل بنفقات تسلم المبيع التي أشارت اليها المادة (٥٨٧)

---

(٤٢) انظر : اوبري ورو ، جـ٥ ، هامش ٢ ص ٤٦ ؛ جـ٤ ، ف ٤١٩ ص ٨٤٣ ؛ شنب ، ف ٢١٩ والفقه المشار اليه فى هامش ١ ص ٢٦٧ ؛ ذنون ، ف ٣٢٩ ص ٣١٠ ؛ العامري ، ص ١٨٦ •

(٤٣) انظر : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، الفقرتين ٤١٩ و ٤٢٠ ؛ شنب ، ف ٢١٩ ص ٢٦٧ ـ ٢٦٨ •

من القانون المدني ، وقد كان فى هذا النص الاخير ما يغني عن نصوص تينك المادتين • فقد مرّ بنا أن مطلق العقد يقتضي أن يتم تسليم المبيع فى المكان الذى يوجد فيه حين التعاقد (م ٥٤١ مدني) ، ولذلك فأن من يشتري ثمرة كرم جزافاً كانت اجرة قطع الثمرة وجزها عليه لان هذه الاجرة هي من نفقات تسلم الثمرة المبيعة فهو الذى يتحمل بها • وكذلك الحال بالنسبة لما يباع محمولا على ظهور الحيوانات أو على العربات أو على رؤس الباعة • فمكان تسليم هذه الاشياء هو المكان الذى توجد فيه وقت ابرام العقد • فاذا أراد المشتري نقلها الى المكان الذى يريده وجب عليه أن يتحمل مؤنة هذا النقل ، لان مؤنة النقل تعتبر من مصروفات تسلم المبيع فيتحملها المشتري على ما سنرى • ويراعى فى جميع ما تقدم عدم وجود اتفاق أو عرف يقضي بغيره •

الفرع الثالث

التزام المشتري بتسلم المبيع

٥٩٥ ـ لا يلتزم المشتري بالوفاء بالثمن وبمصاريف البيع فحسب ، بل هو يلتزم أيضاً بتسلم المبيع • فكما أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، كذلك فان المشتري يلتزم بتسلمه • واذا كان البائع يعتبر موفياً بالتزامه بالتسليم بمجرد وضعه المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع هذا حيازته والانتفاع به دون حائل ، فان هذا لا يحقق للبائع كل المزايا التي يحققها له التسليم الفعلي • ذلك انه اذا لم يقم المشتري بقبض المبيع والاستيلاء عليه استيلاء فعلياً وكان موجوداً فى مكان عند البائع فانه سيتحمل بالمحافظة عليه ولا يستطيع الاستفادة من المكان المشغول بالمبيع • لذلك فأن المشرع عندما ألزم البائع بتسليم المبيع ألزم المشتري فى الوقت نفسه بتسلمه(٤٤) • فقد

---

(٤٤) راجع : مازو ، ج٣ ، ف ١٠٢١ ؛ شنب ، ف ٢٢١ •

نصت المادة (٥٨٦) من القانون المدني العراقي على انه : « ١ـ يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع فى الزمان والمكان المحددين فى العقد ما دام المبيع قد عرض عليه وفقاً للشروط المتفق عليها • ٢ ـ فاذا لم يحدد الاتفاق أو العرف زمانا أو مكانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه فى المكان الذى يجب أن يسلمه فيه البائع وأن ينقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن »[٤٥]•

زمان ومكان التسلم :

٥٩٦ ـ لا يستطيع المشتري أن يتسلم المبيع الا اذا نفذ البائع التزامه بالتسليم • فالتزام البائع بالتسليم والتزام المشتري بالتسلم التزامان مترابطان • وبالنظر للترابط الموجود بين هذين الالتزامين فان زمان ومكان التسلم هو عادة زمان ومكان التسليم • والغالب أن يحدد الاتفاق أو العرف زمان التسلم ومكانه •

٥٩٧ ـ فيجب أن يتم تسلم المبيع فى الوقت المتفق عليه بين المتعاقدين أو فى الوقت الذى يحدده العرف لذلك • أما اذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف فقد وجب تسلم المبيع فور تسليمه ونقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن •

٥٩٨ ـ أما فيما يتعلق بمكان التسلم فأنه هو مكان التسليم ، اذ لا يتصور ان يتم التسليم فى مكان والتسلم فى مكان آخر[٤٦] • وعلى ذلك يجب على المشتري أن يتسلم المبيع فى المكان الذى يوجد فيه وقت التعاقد • اما اذا كان المبيع منقولا ولم يعين مكان وجوده اعتبر مكانه محل اقامة البائع ان لم يكن هناك اتفاق يحدد مكاناً آخر للتسليم (م ٥٤١ مدني عراقي) •

---

(٤٥) يقابل نص المادة (٤٦٣) مدني مصري •

(٤٦) انظر : مازو ، جـ٣ ، ف ١٠٢٣ ؛ السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٤٢٣ ص ٨٤٩ ؛ سلطان والعدوي ، ف ٤٤٥ ؛ شنب ف ٢٢٢ ؛ العامري ، ص ١٨٧ •

فيتبين اذن أن على المشتري أن يتسلم المبيع فى الزمان والمكان اللذين اتفق عليهما فى عقد البيع أو اللذين يحددهما العرف • فيترتب على ذلك ان للمشتري أن يرفض تسلم المبيع فى غير الزمان والمكان المتفق عليهما أو المحددين عرفاً ولا يجبر على ذلك ما لم يكن الاجل فى تسليم المبيع مشروطا لمصلحة البائع وحده ، اذ انه يستطيع فى هذه الحالة أن يتنازل عنه ويطالب المشتري بتسلم المبيع[٤٧] •

نفقات تسلم المبيع :

٥٩٩ ـ تنص المادة (٥٨٧) من القانون المدني العراقي على انه : « نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك »[٤٨] • وهذا النص ليس الا تطبيقاً لاحكام القواعد العامة • فالمادة (٣٩٨) من القانون المدني تقرر بانه : « نفقات الوفاء على المدين الا اذا وجد اتفاق أو عرف أو نص يقضي بغير ذلك » • فكما أن البائع وهو مدين بالتسليم فيلتزم بنفقاته كاجرة الكيل أو الوزن أو العد أو المقاس أو اجرة نقل المبيع الى مكان التسليم[٤٩] كما تقدم بيان ذلك ، فأن المشتري وهو المدين بتسلم المبيع فهو الذى يتحمل بما يقتضي للوفاء بالتزامه من نفقات ما لم يقض العرف أو شرط فى العقد بغير ذلك •

٦٠٠ ـ والمقصود بنفقات تسلم المبيع المصروفات التي يتطلبها وضع يد المشتري عليه وقبضه • وعلى ذلك ، فاذا كان قبض المبيع يحتاج الى نفقات كما لو كان المبيع ثماراً متصلة بأشجارها أو نباتات لم تنفصل عن الارض وبيعت على هذه الحالة ، فان المشتري هو الذى يتحمل بنفقات جني الثمار أو قطع النباتات باعتبارها من نفقات التسلم •

---

(٤٧) انظر المادة (٢٩٤ ف ٢) مدنى عراقى • وراجع : الصراف ، ف ٥٨٠ •

(٤٨) مطابق لنص المادة ٤٦٤ مدني مصري •

(٤٩) انظر المادة ٥٤٢ مدني عراقي •

ويدخل فى هذه النفقات مصاريف نقل المبيع من مكان التسليم الى المكان الذى يريده المشتري اذا اختلف المكانان ، كما لو أراد المشتري أن ينقل المبيع الى بيته لاستعماله أو الى متجره لعرضه أو لخزنه • ويدخل فيها كذلك الرسوم الكمركية واجور الاشخاص الذين استأجرهم للتفريغ واجور الآلات والمكائن التي استأجرها لهذا الغرض وغير ذلك(٥٠) • فهذه النفقات تكون على المشتري ما لم ينص الاتفاق أو يقضي العرف بأن تكون على البائع أو أن يتحملها المتعاقدان مناصفة أو بأي نسبة معينة اخرى •

جزاء اخلال المشتري بالتزامه بالتسلم :

٦٠١ ـ اذا امتنع المشتري عن تسلم المبيع فى الزمان والمكان اللذين يجب عليه فيهما ذلك اعتبر مخلا بالتزامه وكان للبائع ، وفقاً للقواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين ، أن يطالب بعد اعذار المشتري بتنفيذ التزامه بالتسلم عينا أو بفسخ البيع مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتضٍ •

٦٠٢ ـ فللبائع أن يطلب من القضاء الحكم على المشتري بتنفيذ التزامه عيناً بارغامه على تسلم المبيع ، وله فى سبيل ذلك أن يطلب الحكم عليه بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه عن التسلم مثلا وذلك لحمله على القيام به • وقد يتم ذلك عن طريق ايداع المبيع فى مكان آخر غير مكان البائع على ذمة المشتري ونفقته اذا كان المبيع منقولا يمكن ايداعه وأراد البائع التخلص من عبء المحافظة عليه أو احتاج الى المكان الذى يشغله • اما اذا كان المبيع عقاراً أو منقولا معدا للبقاء حيث وجد فللبائع أن يطلب وضعه تحت يد عدل على نفقة المشتري وقام ذلك مقام الايداع وبالتالي مقام التسليم نفسه(٥١) •

---

(٥٠) انظر : مازو ، ج ٣ ، ف ١٠٢٤ ؛ السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٤٢٤ ؛ مرقس ، ف ٢٤٧ ص ٢٦٤ ؛ شنب ، ف ٢٢٣ ؛ سلطان والعدوي ، ف ٤٤٦ ؛ العامري ، ص ١٨٨ •

(٥١) انظر المادتين ٣٨٦ و ٣٨٧ ف ٢ مدني عراقي •

واذا كان المبيع مما يسرع اليه التلف أو مما يكلف نفقات باهظة فى ايداعه فللبائع أن يبيعه بعد استئذان المحكمة أو بدون استئذانها عند الضرورة ويودع الثمن خزانة المحكمة ويقوم ايداع هذا الثمن مقام ايداع المبيع نفسه (م ٣٨٧ ف ٢ مدني عراقي) • ويجب أن يكون كل ذلك مسبوقا بأعذار المشتري بأن ينفذ التزامه •

٦٠٣ ـ وللبائع اذا أعياه سلوك طرق التنفيذ العيني أن يطلب ، بعد اعذار المشتري ، فسخ البيع • ويخضع هذا الطلب لسلطة القاضي التقديرية ، فله أن يستجيب له أو يرفضه ويعطي للمشتري مهلة لتسلم المبيع ما لم يشتمل عقد البيع على شرط فاسخ اتفاقي يقضي باعتبار العقد مفسوخاً اذا تأخر المشتري فى تسلم المبيع فى ميعاده المحدد لذلك طبقاً للقواعد المقررة فى الفسخ •

٦٠٤ ـ وسواء اختار البائع التنفيذ العيني لالتزام المشتري بالتسلم أو فسخ البيع فان له فى الحالتين المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب اخلال المشتري بالتزامه ومن ذلك ، على سبيل المثال ، اجرة المكان الذى بقي فيه المبيع بعد حلول موعد تسلمه(٥٢) •

---

(٥٢) انظر فى كل ذلك : اوبري ورو ، جـ٥ ، ص ٩٦ـ١٠٠؛ مازو ، جـ٣ ، ف ١٠٢٥ ؛ السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٤٢٥ ؛ مرقس ، ف ٢٤٨ ؛ سلطان و العدوي ، ف ٤٤٧ ؛ شنب ، ف ٢٢٤ ؛ عامر ، ف ف ٢٢٢ ؛ الصراف ، الفقرات ٥٨٤ ـ ٥٨٦ ؛ العامري ص ١٨٨ •

الباب الثالث

أحكام خاصة ببعض أنواع البيوع

٦٠٥ ـ بعد أن تناول القانون المدني العراقي الكلام فى البيع بوجه عام وبيّن أركانه وآثاره فى الفرع الاول من الفصل الذى خصصه لعقد البيع ، تناول فى الفرع الثاني من هذا الفصل الكلام فى بعض أنواع من البيوع نظراً لانفرادها بأحكام خاصة • وقد عالجت المواد التي يشتمل عليها هذا الفرع ، وهي المواد (٥٨٨ ـ ٦٠٠) أحكام هذه البيوع مقسمة اياها الى الانواع الثلاثة الآتية : (١) بيع الاولياء والوكلاء وشراؤهم لانفسهم ، (٢) بيع الحقوق المتنازع فيها و (٣) المقايضة • ولكننا نضيف الى دراسة هذه الانواع الثلاثة من البيوع دراسة نوع رابع نص القانون المدني العراقي على حكم خاص به فى باب النظرية العامة للالتزام وهو بيع ملك الغير • وهكذا فسنعمد الى الكلام فى كل من هذه البيوع الاربعة فى فصل خاص[١] •

---

(١) ولم نجد ان هناك ما يدعو الى الكلام أو اعادة الكلام فى أحكام بعض أنواع اخرى من البيوع • فبيع التركات وبيع المريض مرض الموت لم ترد لهما أية اشارة فى النصوص التى خصصها القانون المدني العراقي لعقد البيع لانهما يتصلان اتصالا وثيقاً بالاحوال الشخصية • واذا كان القانون المدني العراقي قد أشار الى بيع المريض مرض الموت فى الفصل المخصص لاسباب كسب الملكية فى المادة (١١٠٩) فان مكان بحث ذلك هو ، على كل حال ، فى الحقوق العينية الاصلية • أما بيع الوفاء فقد اعتبره القانون المدني العراقي فى المادة (١٣٣٣) رهناً حيازياً ، فمحل الكلام يكون فيه اذن عند دراسة الحقوق العينية التبعية • وأما البيع بشرط العربون فقد سبق لنا بحثه (راجع الفقرات ٢٦٦ ـ ٢٧٤) • وهذا بخلاف القانون المدني المصري الجديد الذي عالج أحكام بيع الوفاء وبيع التركة والبيع فى مرض الموت فى الفرع المخصص لبعض أنواع البيوع من بيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع النائب لنفسه (المواد ٤٦٥ ـ ٤٨١) •

الفصل الاول

بيع الاولياء والوكلاء وشراؤهم لانفسهم

٦٠٦ ـ الاصل هو أن يتصرف الشخص بأمواله بنفسه فيبرم ما يشاء بشأن هذه الاموال من عقود فى حدود ما تسمح به قواعد النظام العام والآداب • ولكن مباشرة التصرفات على هذه الصورة قد يصبح أمراً مرهقاً أو غير ممكن ، اما لان الشخص لا يملك اهلية مباشرة التصرفات الخاصة به بنفسه كأن يكون صغيراً أو مجنوناً او معتوها ، واما لانه يتمتع بالاهلية اللازمة لذلك ولكنه لا يستطيع اجراء التصرف بنفسه لعدم تفرغه لمباشرة اعماله او لبعده عن مكان انعقاد العقد • ولهذا فقد دعت ضرورات التعامل الى انشاء القواعد الخاصة بالنيابة ، فجوزت التشريعات المختلفة لمثل هؤلاء الاشخاص اجراء التصرفات القانونية عن طريق شخص ينوب عنهم فى ذلك •

٦٠٧ ـ والنيابة كما يعرفها فقهاء القانون المدني هي « حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل فى انشاء تصرف قانوني مع اضافة آثار ذلك التصرف الى الاصيل »(٢) • فيقوم النائب بابرام التصرفات القانونية باسم الاصيل ولحسابه • وهكذا يمكن عن طريق النيابة الوصول الى النتيجة ذاتها كما لو كان الاصيل قد تعاقد بنفسه •

والنيابة من حيث الجهة التي تقيم النائب اما ان تكون نيابة قانونية أو قضائية او اتفاقية • اما من حيث مصدرها الذى يحدد نطاقها فان النيابة تنقسم الى نيابة قانونية ونيابة اتفاقية • فاذا كان القانون هو الذى يحدد

---

(٢) انظر : أبو ستيت ، نظرية الالتزام ، ف ١٢١ •

نطاق سلطات النائب ، كما فى نيابة الولي والوصي ، كانت النيابة قانونية • أما اذا كان الاتفاق هو الذى يحدد نطاق سلطات النائب ، كما فى الوكالة ، فان النيابة نيابة اتفاقية(٣) •

٦٠٨ – ومتى سلمنا بامكان حلول ارادة شخص محل ارادة شخص آخر فقد امكن منطقيا تصور تعاقد الشخص مع نفسه بان يكون نائباً عن الغير واصيلا عن نفسه او نائبا عن طرفي العقد • ففي هاتين الحالتين يقوم النائب بابرام العقد وحده فيبدو انه يتعاقد مع نفسه(٤) • ولكن المشرع لم يجر وراء هذا النظر المنطقي ، اذ ان فى اطلاق الحرية للنائب فى ان يتعاقد باعتباره وكيلا عن الغير واصيلا عن نفسه مما يخشى معه اساءة النائب لاستعمال الثقة التى وضعت فيه وممالأة نفسه ومحاباتها على حساب الاصيل حيث تتعارض مصلحة النائب ومصلحة الاصيل الذى ينوب عنه • غير ان

---

(٣) راجع كتابنا « مصادر الالتزام » ، الفقرتين ٢٦٦ و ٢٦٧ •

(٤) وقد أثارت فكرة تعاقد الشخص مع نفسه اعتراضات مهمة لمخالفتها للقواعد العامة فى التعاقد ، اذ كيف يمكن أن يكتفى بارادة واحدة وانعقاد العقد يتطلب توافق ارادتين يفترض انهما تصدران عن شخصين مختلفين ؟

لقد جرت فى الفقه بعض المحاولات للرد على هذا التساؤل • فقد حاول بعض الفقهاء تفسير تعاقد الشخص مع نفسه بالقول بأن هذا الوضع يستند الى ارادة النائب المنفردة اذ ليس هناك ما يحول دون أن تنتج ارادة واحدة أثرها فى ذمتين : النائب والاصيل فى فرض وذمة الاصليين فى فرض آخر (انظر : ديموج ، الالتزامات ، ج ١ ف ٣٢) • وحاول فريق آخر تفسير ذلك بأن ذهبوا الى أن تعاقد الشخص مع نفسه هو عقد حقيقي يقترن فيه القبول بالايجاب • فالتعدد فى الارادة قائم ولكن شخصا واحدا عبر عن كل من الارادتين بصفة معينة (انظر : بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٢ ، ف ٢٣٧ ؛ وراجع كتابنا مصادر الالتزام ، الفقرتين ٢٨٤ و ٢٨٥ • وراجع : « النيابة فى التصرفات القانونية » للدكتور جمال مرسي بدر ، ف ١٠٨ وما بعدها •

للخشية من الخطر الناجم عن تعارض هاتين المصلحتين واحتمال اساءة النائب للثقة التى وضعت فيه درجات تتناسب مع درجة العلاقة بين الاصيل والنائب • ولهذا السبب فقد اختلفت احكام الولاية عن احكام الوكالة فى هذا الصدد.[٥] فاذا كان المشرع العراقى يرى ان فى تعاقد الشخص مع نفسه نيابة عن الغير واصالة عن نفسه مثاراً للشبهات ويقرر احكاما خاصة لهذه الحالة ، فانه حين يعرض لمسألة تعاقد الاولياء مع من هم تحت رعايتهم يوليهم جانبا من الثقة ويقرر لهذه الحالة احكاما اخرى ؛ وهذا ما سنتولى بيانه فيايأتي •

الفرع الاول

بيع الاولياء وشراؤهم لانفسهم

٦٠٩ ـ قدمنا انه اذا بلغ الانسان سن الثامنة عشرة عاقلا رشيدا لم يحجر عليه بسبب اصابته باحدى عوارض الاهلية فقد توافرت له اهلية الاداء كاملة وليس لاحد ولاية عليه وكان له ان يباشر جميع التصرفات ومنها البيع والشراء بدون قيد من جهة اهليته • اما اذا كان صغيراً غير مميز او كبيراً غير عاقل فانه يكون محجورا لانه عاجز عن دفع الضرر عن نفسه ، ولهذا فان وليه هو الذى يتولى اموره • اما الصغير المميز ويلحق به فى الحكم المعتوه ومن حجر عليه لسفه او غفلة فتثبت له اهلية اداء ناقصة ، اذ ان تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر ـ وعقد البيع من بينها ـ تنعقد موقوفة على اجازة وليه فى الحدود التى يجوز فيها لهذا الولى التصرف ابتداء[٦] •

وتثبت الولاية على اموال الصغير لستة اشخاص هم : الاب فوصيه ، ثم الجد فوصيه ، ثم القاضي فوصيه (م ١٠٢ مدني عراقي) • اما السفيه ،

---

(٥) انظر : الصراف ، ف ٥٩٣ •

(٦) انظر المواد ٩٣ ـ ١١١ من القانون المدني العراقي وراجع الفقرات ١٠٦ ـ ١١٦ أعلاه •

وذو الغفلة حكمه حكم السفيه ، فوليه هو المحكمة او وصيها فقط وليس لابيه أو جده أو وصيهما ولاية عليه (المادتان ١٠٩ و ١١٠ مدني عراقي) .

٦١٠ ـ وقد اوردت نصوص المواد (٥٨٨ ـ ٥٩١) احكاما خاصة ببيوع هولاء الاولياء وشرائهم لانفسهم يمكن اجمالها فيما يأتي :

(١) يجوز للاب او للجد ان يبيع ماله لولده او ان يشترى من مال ولده لنفسه اذا كان البيع او الشراء بمثل القيمة او بغبن يسير لا فاحش (م٥٨٨) . اما اذا كان التصرف قد جرى بغبن فاحش فانه يعتبر باطلا مطلقا لان الاحكام المتعلقة بالتصرف فى اموال المحجور من النظام العام[٧] .

(٢) لايجوز للوصي المختار من قبل الاب او الجد ان يبيع مال نفسه لليتيم ولا ان يشترى لنفسه شيئا من مال اليتيم الا اذا كان فى التصرف مصلحة ظاهرة للقاصر . وتقدير هذه المصلحة راجع الى محكمة الموضوع التي يشترط القانون استئذانها لصحة التصرف . على ان المشرع قد وضع معيارا للمصلحة الظاهرة هو وجود الخيرية فى التصرف . والخيرية هى ان يبيع الوصي لليتيم باقل من ثمن المثل أو ان يشترى منه باكثر من ثمن المثل (م٥٩٠ مدني) .

(٣) لا يجوز للقاضي ان يبيع ماله للمحجور ولا ان يشترى مال المحجور لنفسه (م ٥٩١ مدني) ، كما لايجوز للوصي المنصوب او القيم المقام من قبل القاضي ان يبيع شيئا من ماله للمحجور ولا ان يشترى من مال المحجور شيئاً لنفسه بصفته هذه ، وذلك بصورة مطلقة ، اى سواء كان فى هذا التصرف مصلحة ظاهرة للمحجور او لم تكن (م٥٨٩ مدني) .

وليس من شك فى ان منع القاضي من التصرف فى مثل هذه الاحوال مما يحفظ للقضاء هيبته وذلك بسبب تعارض مصلحة القاضي مع مصلحة

---

(٧) انظر المادة ١٢٤ ف ٢ والمادة ١٣٠ ف ٢ من القانون المدني العراقي .

المحجور • اما بالنسبة لمنع الوصي المنصوب من قبل القاضي من التصرف مطلقا فانه لا يحقق دائما رعاية مصلحة المحجور.[٨] ولهذا كان الاولى بالمشرع العراقى ان يعلق صحة هذا التصرف على استئذان المحكمة وتوافر الخيرية بالنسبة للمحجور وذلك اسوة بحالة الوصي المختار •

ويلاحظ على كل حال ان النص على المنع قد جاء عاما ومطلقا • ولهذا فلايمكن القول باجازة اى تصرف مهما كانت صفته او سببه ، اذ لامجال للاجتهاد فى مورد النص[٩] • وجدير بالملاحظة كذلك ان جميع التصرفات التي يمنع الولي أو الوصي من اتيانها تبطل ولو تمت عن طريق اسم مستعار او شخص مسخر يعمل لحساب الولى او الوصي •

الفرع الثاني

بيع الوكلاء وشراؤهم لانفسهم

٦١١ – تقضي المادة (٥٩٢) من القانون المدني العراقى بانه : « ليس للوكلاء ان يشتروا الاموال الموكلين هم ببيعها • وليس لمديرى الشركات ومن فى حكمهم ولا الموظفين ان يشتروا الاموال المكلفين هم ببيعها او التى يكون بيعها على يدهم • وليس لو كلاء التفاليس ولا للحراس المصفين ان يشتروا اموال التفليسة ولا اموال المدين المعسر • وليس لمصفي الشركات

---

(٨) ويعلل فقهاء الشريعة الاسلامية هذا الحكم الذي أخذه عنهم المشرع العراقي بالقول بان القاضي لا يجوز له أن يشتري مال المحجور لنفسه أو أن يبيع ماله للمحجور لانه اذا فعل ذلك حكم وحكمه لنفسه لا يجوز • وبما ان القاضي لا يجوز له ذلك فلا يجوز كذلك لمن هو وكيل عنه لانه يستمد قدرته الشرعية منه • (انظر : أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية ، القاهرة ، ١٩٣٩ ، ص ٣٥٤) •

(٩) فى هذا المعنى : ذنون ، ف ٣٤٨ ؛ الصراف ف ٥٩٨ ؛ العامري ، ص ١٩١ – ١٩٢ •

والتركات أن يشتروا الاموال التي يصفونها وليس للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الاموال المعهود اليهم فى بيعها أو تقدير قيمتها • وليس لواحد من هؤلاء ان يشترى ولو بطريق المزاد العلني لا بنفسه ولا باسم مستعار ما هو محظور عليه شراؤه • ٢ ـ على ان الشراء فى الاحوال المنصوص عليها فى الفقرة السابقة يصح اذا أجازه من تم البيع لحسابه متى كان وقت الاجازة حائزا للاهلية الواجبة • اما اذا لم يجزه وبيع المال من جديد تحمل المشترى الاول مصروفات البيع الثانى وما عسى ان يكون قد نقص من قيمة المبيع »(١٠) •

٦١٢ ـ فهذا النص ، الذى اسهب فى تعداد الوكلاء ومن قد ينوب عن الغير فى بيع مال هذا الغير ، يمنع النائب من شراء ما يعهد اليه بيعه من قبل من ينيبه فى ذلك • والعلة فى هذا المنع هى ان النائب يتحكم فى مصلحتين متعارضتين : مصلحته الشخصية باعتباره مشتريا ومصلحة الاصيل باعتباره بائعاً • وهذا التعارض بين المصلحتين لا تتيسر معه الحماية الواجبة لمصلحة الاصيل •

٦١٣ ـ وظاهر ان المنع الوارد فى المادة (٥٩٢) يشمل النائبين عن غيرهم فى البيع سواء كانت نيابتهم اتفاقية او قضائية او بناء على امر من السلطة الادارية •

فقد تكون النيابة اتفاقية ، كالوكالة ، فيمتنع على الوكيل فى بيع مال غيره ان يشترى هذا المال لنفسه • ويلحق بالوكيل من عين مصفيا لشركة أو تركة واشترى المال الذى يصفيه •(١١) وقد تكون نيابة النائب عن غيره

---

(١٠) يقابل نصوص المواد ٤٧٩ـ٤٨١ من القانون المدني المصري الجديد •

(١١) انظر فى بيان المركز القانوني لمديري الشركات وفى اعتبارهم وكلاء : المادة ١٥٠ من قانون الشركات العراقي وراجع فى تفصيل ذلك : الوجيز فى شرح القانون التجاري العراقي للزميل الدكتور أكرم ياملكي ، جـ ٢ ، ١٩٦٩ ، ف ٤٢ و ١٢٥ وله أيضاً : مسؤلية المديرين وهيئات الادارة فى شركات المساهمة ، رسالة دكتوراه ، جنيف ، ١٩٦٤ ، ص ١٣ وما بعدها •

فى البيع نيابة قضائية كما فى حالة السنديك او الحارس القاضي • وقد تأتي النيابة فى بيع مال الغير عن طريق أمر من السلطات الادارية ، كما فى حالة الموظف العام الذى ينوب عن الدولة فى بيع اموالها بموجب امر من السلطة الادارية • كل هولاء ممنوعون من شراء ما يعهد اليهم فى بيعه ، ولو بطريق المزاد العلني ، لا مباشرة ولا باسم مستعار كأن يشتري الوكيل المال الذى وكل ببيعه لزوجته أو لواحد من أولاده ويكون هذا المشتري فى حقيقة الامر مسخرا من الوكيل • وتقدير ما اذا كان الوكيل قد اشترى لنفسه باسم مستعار مسألة وقائع يفصل فيها قاضي الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليه فى قضائه هذا(١٢) • وهذا الامر يمكن اثباته بجميع طرق الاثبات لانه واقعة مادية •

وكذلك لايجوز للسماسرة ولا للخبراء ان يشتروا الاموال المعهود اليهم فى بيعها او فى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء باسمائهم ام باسم مستعار ، ولو تم البيع فى مزاد علني • ذلك ان السمسار او الخبير اما ان لايكون نائبا عن مالك الشىء فتكون مهمته مادية محضة(١٣) ، وبالتالى لا يستطيع شراء المال الذى عهد اليه فى بيعه او تقويمه الا بموافقة المالك ، ومن شأن هذه الموافقة ان تجعل الشراء جائزا ونافذا فى مواجهته ؛ واما ان يكون نائبا عن المالك بان يكون عنده توكيل بالبيع فيصبح عندئذ وكيلا عن المالك ويمنع ككل وكيل من شراء ما وكل فى بيعه(١٤) •

---

(١٢) فى هذا المعنى : اوبري ورو ، ج ٥ ، هامش ١٧ ص ٣٤ •

(١٣) والحق ان هذه هى الحالة الغالبة • ذلك أن مهمة السمسار تقتصر عادة على العثور على شخص يرتضي التعاقد مع صاحب المال ، وهذه مهمة مادية محضة وليست عملا قانونياً • وكذلك الخبير تقتصر مهمته على تقدير قيمة الشىء المراد بيعه تقديراً عادلا ، وهذه أيضاً مهمة مادية محضة • (راجع : مرقس وامام ، ف ١٣٧ ص ١٩٠ ؛ شنب ، ف ٤١ ؛ خضر ، عقد البيع فى القانون المدني ، ١٩٦٩ ، ف ٢٠٤) •

(١٤) انظر : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٥٤ ص ١٠٤ـ١٠٥ •

جزاء الاخلال بالمنع من الشراء :

٦١٤ ـ أما الجزاء الذى يترتب على الاخلال بالمنع الذى قررته المادة (٥٩٢ ف١) فهو ، كما يتضح من الفقرة الثانية من هذه المادة ، توقف العقد . وبناء عليه ، فاذا اشترى احد الاشخاص الذين ذكرهم المشرع فى الفقرة الاولى من المادة (٥٩٢) الاموال التى عهد اليه فى بيعها لنفسه مباشرة او باسم مستعار كان العقد موقوفا على اجازة المالك . فاذا اجاز المالك العقد ، وكان وقت الاجازة اهلا لذلك ، نفذ فى مواجهته . اما اذا نقضه واعيد بيع المال من جديد التزم المشترى الاول ، كالوكيل الذى اشترى المال لنفسه ، بمصروفات البيع الثانى وبتعويض الموكل عما يكون قد اصابه من ضرر نتيجة نقص قيمة المبيع (١٥) .

الفصل الثانى

بيع الحقوق المتنازع فيها

تعريف الحق المتنازع فيه :

٦١٥ ـ الحق المالى يمكن ان يكون حقا مسلما به كما يمكن ان يكون

---

(١٥) ومن المتفق عليه بين جمهور شراح القانون المدني المصري أن جزاء الاخلال بمنع النائب من الشراء لنفسه يجب أن يتلمس فى القواعد الخاصة بالنيابة لا القواعد الخاصة بالبطلان ، ومن مقتضى قواعد النيابة أن تصرف النائب لا ينفذ فى حق الاصيل الا اذا تم فى حدود نيابته . وشراء النائب لنفسه يعتبر مجاوزة لحدود نيابته لان الاصيل عندما أناب النائب فى بيع ماله لم يدخل فى هذه الانابة ان يكون النائب هو المشتري والا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة الى انابته . فاذا باع النائب المال لنفسه يكون قد خرج عن حدود نيابته، وجزاء الخروج عن حدود النيابة هو عدم نفاذ تصرف النائب فى حق الاصيل الا اذا أجازه الاخير . (انظر : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٥٥ ص ١٠٦ ؛ سلطان والعدوي ، ف ١٨٦ ؛ شنب ، ف ٤١ ص ٦٧ ؛ خضر ، ف ٢٠٤ والفقه المشار اليه فى الهامشين ٤ و ٥ ص ٣٢٧) .

حقا متنازعا فيه • وقيام النزاع حول حق من الحقوق المالية لا يفقده كل قيمة ولا يمنع من يدعيه من بيعه • فقد يعمد من يدعي بحق ينازعه فيه آخر الى بيع هذا الحق لشخص ثالث ، يكون عادة من المضاربين ، ليتخلص هو من اجراءات رفع الدعوى وما يتكبده من جهود ونفقات فى سبيل اقرار الحق الذى يدعيه •

ولا شك ان قيمة الحق المتنازع فيه تقل عن قيمته اذا لم يكن هناك نزاع بشأنه • اذ ان المشترى ، وهو يقدم على شراء حق متنازع فيه ، انما يقدم على شرائه مضاربا فيراعي فى تحديد قيمة هذا الحق احتمال خسارته وما يتكبده من جهود ونفقات من اجل اقراره • ولذلك كان هذا البيع من العقود الاحتمالية : فاما ان يثبت الحق للبائع فيثبت للمشترى كخلف له ، واما الا يثبت كله او بعضه فيضيع على كل من البائع والمشترى •

٦١٦ ـ ولكن متى يعتبر الحق متنازعا فيه؟

تقضي الفقرة الثانية من المادة (٥٩٣) من القانون المدني العراقي بانه: « ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان قد رفعت به دعوى او قام بشأنه نزاع جدى» •[١] فيعتبر الحق متنازعا فيه وفقا لهذا النص فى حالتين :

(الاولى) اذا رفعت به دعوى امام المحاكم • ويشترط ان ينصب النزاع على اصل الحق او موضوعه ، كانكار وجوده اصلا ، او ادعاء انقضائه لاى سبب من اسباب انقضاء الحقوق كالوفاء او السقوط بمضى المدة ، او اذا تعلق النزاع بمقدار الحق او بمداه • اما الصعوبات والعراقيل التى يضعها المدين أمام الدائنين لتأخير الوفاء به ، كالدفع بعدم اختصاص المحكمة او بعدم وجود صفة فى رفعها ، فلا يعتبر معها الحق متنازعا فيه لانها لاتنصب على اصل الحق او موضوعه •[٢]

---

(١) تطابق الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ من القانون المدني المصري •
(٢) انظر : اوبري ورو ، ج ٥ ، ص ١٧٨ ـ ١٧٩ •

ويظل الحق متنازعا فيه اذا ما رفعت بموضوعه دعوى ولو صدر فيها حكم ما دام لم يصبح نهائيا بعد ، لان الحكم غير النهائي لا يحسم النزاع نهائيا • اما اذا اصبح الحكم نهائيا بان استنفد طرق الطعن او مرت المدة المقررة للطعن فى الاحكام فلا يلصق عندئذ فى الحق وصف النزاع •(٣)

(والثانية) اذا قام بشأن الحق نزاع جدي ولو لم يطرح النزاع على القضاء بعد •(٥) فلو كانت هناك ادعاءات متعارضة بشأن حق من الحقوق وكانت هذه الادعاءات جدية ، كما لو انذر زيد خالدا بوجوب تسديد ما فى ذمته من دين فانكر خالد انه مدين او ادعى سداد الدين الذى يطالب به زيد ، فيعتبر هذا الحق متنازعا فيه • وعلى كل حال ، فان تقدير جدية النزاع امر تستخلصه محكمة الموضوع من ظروف كل قضية ووقائعها ، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها فى ذلك ، ولكن تكييف هذه الظروف والوقائع والفصل فى كونها تؤدي او لا تؤدى الى اعتبار الحق المبيع متنازعا فيه هو مسألة قانونية لتعلق الامر بتوافر ركن من الاركان القانونية للمادة (٥٩٣ ف ٢) ، ولذلك فان محكمة الموضوع تخضع فى ذلك لرقابة محكمة التمييز • (٥)

٦١٧ ـ هذا ولابد من الاشارة الى ان العبرة هي فى قيام النزاع على الحق المبيع وقت البيع لاقبله ولا بعده • وعلى ذلك ، فاذا كان النزاع قد انحسم

---

(٣) انظر : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ١٠٥ ص ١٩٨ ـ ١٩٩ ؛ سلطان والعدوي ، ف ١٤٢ ص ١٠٣ •

(٤) وبهذا يكون المشرع العراقي قد خالف المشرع الفرنسي فى هذه المسألة ، اذ انه طبقاً للمادة (١٧٠٠) من القانون المدني الفرنسي لا يكون الحق متنازعاً فيه الا اذا رفعت به دعوى • فلا يكفي اذن لاعتبار الحق متنازعاً فيه أن يقوم بشأنه نزاع جدي اذا لم ترفع فى موضوعه دعوى •

(٥) انظر : شنب ، ف ٢٢٧ وقضاء المحاكم المصرية المشار اليه فى الهامش ١ ص ٢٧٥ ؛ العامري ، ص ١٩٥ •

بحكم نهائي او بصلح قبل البيع ، فلا يعتبر العقد واردا على حق متنازع فيه ، وبالتالى فلا تنطبق الاحكام التى نص عليها القانون بشأن الحقوق المتنازع فيها[٦] .

أحكام بيع الحقوق المتنازع فيها :

٦١٨ – ويخضع بيع الحقوق المتنازع فيها لاحكام خاصة يتميز بها . وقد تناول المشرع العراقى هذه الاحكام الخاصة فى المواد (٥٩٣ – ٥٩٦) حيث تكلم فى المادتين (٥٩٣ و ٥٩٤) عن حكم خاص ببيع الحقوق المتنازع فيها لغير عمال القضاء خول المشرع بمقتضاه من عليه الحق المتنازع فيه استرداد هذا الحق من مشتريه ، ثم تكلم المشرع بعد ذلك فى المادتين (٥٩٥ – ٥٩٦) عن منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها . وهكذا يتعين علينا ان نتكلم اولا فى بيع الحقوق المتنازع فيها لغير عمال القضاء (حق الاسترداد) فى فرع اول ، ثم نتكلم فى منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها فى فرع ثان .

الفرع الاول

بيع الحقوق المتنازع فيها لغير عمال القضاء

(حق الاسترداد)

حكمة ثبوت حق الاسترداد :

٦١٩ – رأينا ان المشترى الذى يقدم على شراء حق متنازع فيه انما يقدم مضاربا ، لانه يبرم عقدا احتماليا لايعلم وقت ابرامه ما اذا كان سيؤدى الى كسب أو خسارة ، لذلك فهو يشتري الحق المتنازع فيه من مدعيه بثمن يتناسب مع درجة احتمال الكسب او الخسارة وهو ، على كل حال ، اقل من قيمة الحق ذاته . وليس من شك فى ان المشتري سيبذل ، فى سبيل الكسب ،

---

(٦) انظر : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ف ١٠٥ ص ١٩٩ ، شنب ، ف ٢٢٧ وأقضية المحاكم المشار اليها فى الهامشين ١و٢ ص ٢٧٦ .

كل جهد ونفقة لاقرار الحق امام القضاء ، بل قد يلجأ الى وسائل غير مشروعة لتحقيق غرضه حتى لقد قيل بحق أن الغالب فيمن يشتري حقاً متنازعا فيه أن يكون من محترفي الشغب القضائي[٧] .

لذلك كله فقد اراد المشرع وضع حد للمنازعات ومنع هذا النوع من المضاربات فقضى فى المادة (٥٩٣ف١) من القانون المدني بانه : « الحق المتنازع فيه اذا نزل عنه صاحبه الى شخص آخر بمقابل فللمتنازل ضده ان يتخلص من المطالبة اذا هورد الى المشترى الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن بالسعر القانوني من وقت الدفع » .[٨]

فيتضح من هذا النص ان المشرع قد اعطى لمن عليه الحق المتنازع فيه (المتنازل ضده) الحق فى ان يتخلص من مطالبة المشترى (المتنازل له) فى مقابل ان يرد له ما انفقه من ثمن ومصروفات وفوائد .

العقود التي يجوز فيها الاسترداد :

٦٢٠ ـ واذا كان الغرض من اعطاء المشرع للمدعى عليه حق الاسترداد هو منع المضاربات فان طلب الاسترداد لايثبت الا اذا نزل صاحب الحق المتنازع فيه للغير عن هذا الحق بمقابل . ولكن ، اذا كان يكفي لقيام رخصة الاسترداد أن يكون النزول عن الحق قد تم بمقابل ، فهل يشترط فى التصرف ان يكون بيعاً؟ .

المسألة خلافية بين الشراح . فيشترط البعض لجواز الاسترداد أن يكون النزول عن الحق قد تم عن طريق عقد بيع ، ذلك لان النص صريح فى ان الاسترداد يكون فى مقابل رد الثمن ، والمقابل لايكون ثمنا الا فى البيع[٩] . وذهب

---

(٧) انظر : شنب ، ف ٢٣٤ والفقه المشار اليه فى هامش ١ ص ٢٨٤ .

(٨) يقابل نص المادة (٤٦٩ ف ١) مدني مصري ونص المادة ١٦٩٩ مدني فرنسي .

(٩) فى هذا المعنى : مازو ، ج ٣ ، ف ٨٥٢ ص ٦٩٣ ؛ البدراوي ، ف ٤٠٦ نقلا عن السنهوري ، ج ٤ ، هامش ٣ ص ٢٠٠ .

رأي آخر الى جواز الاسترداد سواء تم التنازل عن طريق البيع او المقايضة او الصلح على بدل • فاذا حصل التنازل عن طريق المقايضة دفع المدعى عليه الى المتنازل له البدل اذا كان مثليا وقيمته اذا كان المقايض به قيميا • اما اذا حصل النزول عن الحق عن طريق الصلح ، كما لو تنازع شخصان على دين كل يدعيه لنفسه وتنازل احدهما للآخر عن دعواه فى مقابل مبلغ من النقود ، فيجوز للمدين ان يتخلص من الدين بدفع بدل الصلح للمتنازل له • وكل ذلك لان المشرع قد تعمد الا يعبر عن التصرف بلفظ البيع ، فهو يقول : « الحق المتنازع فيه اذا نزل عنه صاحبه بمقابل •• » ، ولو اراد قصر الاسترداد على البيع لكان من الميسور عليه ان يعبر عن ذلك •(١٠) وذهب اخرون الى رأي وسط فقالوا انه لا يشترط ان يكون التصرف بيعاً ، بل يجوز أن يكون أي معاوضة اخرى بشرط أن يكون المقابل الذى تمت به نقداً او اشياء مثلية على الاقل حتى يتمكن المسترد من ان يدفع مثلها للمشترى •(١١)

والراجح هو جواز الاسترداد اذا كان التصرف معاوضة فيه معنى المضاربة • فقد يكون هذا التصرف بيعاً ، سواء كان بيعا اختياريا او قضائيا(١٢) ، وقد يكون مقايضة ، وقد يكون صلحا فى مقابل نقدي ، كما يمكن ان يكون هبة اذا كانت بعوض وكان هذا العوض من الاهمية بحيث يرتفع الى مرتبة المقابل • وهذا الرأي واجب الاتباع فى نظرنا لانه ينسجم مع الحكمة التى حدت بالمشرع الى تقرير حق الاسترداد ويحول دون التحايل على احكام القانون •

---

(١٠) انظر : سلطان والعدوي ، ف ١٤٤ ؛ مرقس ، هامش ٣ ص ٥٧٠ ؛ ذنون ، ف ٣٥٦ ؛ الصراف ، ف ٦١٤ •

(١١) السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ١٠٥ ؛ شنب ، ف ٣٢٥ ص٢٨٦ •

الحقوق التي يجوز استردادها :

٦٢١ – ولا يقتصر حكم المادة (٥٩٣ ف١) على نوع معين من الحقوق، بل يشمل جميع الحقوق المتنازع فيها لان هذه المادة لم تفرق فى الحكم بين نوع وآخر من انواع الحقوق • فيجوز للمدين استرداد الحق المتنازع فيه اذا تنازل عنه صاحبه ، ويستوي فى ذلك ان يكون هذا الحق شخصيا او عينيا او حقاً من الحقوق الذهنية[١٣] • فاذا كان الحق المبيع حقا شخصيا كدين فى الذمة ، وهذا هو الغالب ، وكان هذا الحق متنازعا فيه ، جاز للمدين أن يتخلص من المطالبة بهذا الدين بان يحل محل المشتري فى شرائه فيصبح دائنا ومدينا لنفسه فينقضي الدين باتحاد الذمة • اما اذا كان الحق المبيع حقا عينيا كحق الملكية ، فان استرداده يكون شراء فيه معنى الصلح بين الطرفين اللذين نشأ النزاع بينهما قبل بيع الحق المتنازع فيه•[١٤]

كيف يكون الاسترداد :

٦٢٢ – لم ينص القانون على اجراءات خاصة تكون واجبة الاتباع لاسترداد الحق المتنازع فيه ، فلا بد اذن من الرجوع فى ذلك الى احكام القواعد العامة •

ولما كان الاسترداد تصرفا قانونيا كان لابد لكي ينتج هذا التصرف اثره من تعبير عن الرغبة فى الاسترداد يتصل بعلم من وجه اليه • ولهذا فان استرداد الحق المتنازع فيه يتم بان يعلن المتنازل ضده رغبته فى الاسترداد • ولا يشترط فى هذا الاعلان شكل خاص ، بل يجوز ان يكون ذلك باى طريق يفصح عن الرغبة فى الاسترداد •

---

(١٢) فى هذا المعنى : اوبري ورو ، ج ٥ ، ص ١٧٧ ؛ سلطان والعدوي ، ف ١٤٤ ص ١٠٥ ؛ شنب ، ف ٢٣٥ ص ٢٨٧ ؛ خضر ، ف ١٨٤ والفقه المشار اليه فى الهامش ٢ ص ٢٨٨ ؛ ذنون ، ف ٣٥٦ •

(١٣) انظر : مازو ، ج ٣ ، ف ٨٤٨ •

(١٤) مرقس ، ف ٣١٤ ص ٥٦٩ •

٦٢٣ ـ فقد يتم الاعلان عن الرغبة امام القضاء ، وذلك اذا كانت هناك دعوى بالحق المتنازع فيه • فقد يرفع الدائن دعوى يطالب فيها المدين (المتنازل ضده) بالحق المتنازع فيه ودخل فيها المشتري (المتنازل له) خصما ، أو يرفع المشتري الدعوى ابتداء يطالب فيها المدين بالحق الذى اشتراه تعين على المدين ان يعلن عن رغبته فى الاسترداد عن طريق طلب يوجهه الى المشترى فى المحكمة بالشكل العادي الذى تبدى به الطلبات فى الدعاوى المنظورة امام المحاكم • واذا طلب الاسترداد امام القضاء فيرى جمهور الشراح انه يجب ان يكون ذلك بصفة اصلية لا بصفة أحتياطية • فلا يجوز للمتنازل ضده ان يطلب مثلا رفض الدعوى لعدم صحة الدين او لانقضائه وان يطلب ، بصفة احتياطية ، الحكم له بالاسترداد • ويبرر ذلك بان الطلب الاحتياطى ليس من شأنه حسم النزاع ووضع حد للخصومة ، فضلا عن انه اذا قدم طلب الاسترداد بصفة احتياطية وحكم بثبوت الدين ، اصبح الحق غير متنازع فيه ومن ثم فقد انتفت الحكمة من الاسترداد[١٥]• واذا لم ترفع دعوى بالحق وانما قام فى موضوعه نزاع جدى فيكون طلب الاسترداد باعلان المدين عن رغبته فى ذلك بالطرق العادية • فاذا لم يسلم المشترى بحق المدين فى الاسترداد ، كان للمدين ان يلجأ الى القضاء للحصول على حكم بحصول الاسترداد وصحته •

ويكفي توجيه اعلان الرغبة الى المشترى (المتنازل له) لانه هو وحده الخصم فى الاسترداد [١٦]•

---

(١٥) راجع : مازو ، ج ٣ ، ف ٥٨٤ ؛ بلانيول وريبير وهامل ، ج ١٠ ، ف ٣٢١ ؛ سلطان والعدوي ف ١٤٦ ؛ خضر ، ف ١٨٥ والفقه المصري المشار اليه فى هامش ٢ ص ٢٩٢ •

(١٦) انظر : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ١٠٦ ص ٢٠١ و ٢٠٢ ؛ سلطان والعدوي ، ف ١٤٦ •

٦٢٤ ـ ولم يحدد القانون وقتا معيناً يجب ان يتم استعمال حق الاسترداد خلاله ، ولهذا فلا يشترط لاعلان الرغبة فى الاسترداد ان يتم فى ميعاد معين فيصح طلب الاسترداد فى أي وقت ما دام الحق المبيع لازال متنازعا فيه • اما اذا حسم النزاع فقد اصبح الحق غير متنازع فيه فيمتنع الاسترداد عندئذ[١٧] ، ما لم يكن المشتري قد تعمد اخفاء التنازل غشاً منه •[١٨]

ما يجب على المسترد دفعه

٦٢٥ ـ ويظهر من نص المادة (٥٩٢ ف١) انه يجب على المتنازل ضده الذى يريد الاسترداد ان يؤدى الى المشترى ، او على العموم المتنازل له ، الثمن الحقيقي الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع •

٦٢٦ ـ فبالنسبة للثمن لايلتزم المدين المتنازل ضده الا بدفع الثمن الحقيقى ، اذ كثيراً ما يعمد المتنازل والمتنازل له الى المبالغة فى الثمن فيذكرا فى العقد ثمنا اكبر من الثمن الحقيقي لتعجيز المتنازل ضده عن دفعه او ليحقق المتنازل له نفعا اذا طلب المتنازل ضده الاسترداد • ولهذا ، فأن المسترد يلتزم بدفع الثمن الحقيقى الذى دفعه المتنازل له مقابلا للحق المتنازع فيه لا الثمن المسمى فى العقد وله ان يثبت بكافة طرق الاثبات ان الثمن المسمى فى العقد صوريا • واذا كان الحق المتنازع فيه موضوع عقود تنازل متتالية ، فيلزم المسترد باداء الثمن الحقيقي الذى دفعه المتنازل له الاخير ، لان الاسترداد انما يتم من المتنازل له الاخير الذى كان صاحبا للحق

---

(١٧) انظر : مرقس ، ف ٣١٦ ص ٥٧٢ ؛ شنب ، ف ٢٣٨ ص ٢٩١ •

(١٨) فى هذا المعنى : بلانيول وريبير وهامل ، ج ١٠ ، ف ٣٢١ ونقض فرنسي ٢١ ديسمبر ١٩٠٣ ، داللوز ١٩٠٨ ـ١ـ٣٧٧ • وانظر أيضاً : خضر ، ف ١٨٥ ص ٢٩١ ـ ٢٩٢ •

وقت الاسترداد .[١٩]

٦٢٧ ـ وبالنسبة للمصروفات فان المتنازل ضده يلتزم بتعويض المتنازل له عن جميع المصاريف التى تحملها ، فيلتزم بان يرد اليه كافة المصاريف التي يكون قد انفقها فى سبيل التنازل كمصروفات تحرير عقد التنازل والسمسرة والنفقات التى تكبدها فى سبيل اكتساب الحق كأتعاب المحامى والرسوم القانونية ، ويدخل فيها مصروفات دعوى المطالبة ان كانت قد رفعت فعلا لان استعمال المتنازل ضده حقه فى الاسترداد منع المحكمة من الحكم عليه بمصاريف الدعوى التي كان سوف يتحملها فى حالة خسرانها ، وخسران المتنازل ضده هو الاحتمال الراجح بدليل استعماله حقه فى الاسترداد[٢٠] .

٦٢٨ ـ وفضلا عن الثمن الحقيقى والمصروفات فان المسترد يلتزم بان يدفع للمتنازل له فوائد الثمن الحقيقى بالسعر القانونى ، أى اربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية (م ١٧١ مدنى عراقي) . وتحسب هذه الفوائد من الوقت الذى دفع فيه المتنازل له الثمن الى المتنازل وذلك تعويضا للمتنازل له عن المدة التى بقى فيها محروما من الثمن .

٦٢٩ ـ ولكن ، هل يكفي لثبوت حق الاسترداد ان يعلن المسترد رغبته فى ذلك والاكتفاء بأبداء استعداده لدفع المبالغ التى يلزمه القانون بها كمقابل للاسترداد ، ام لابد من دفعها أو عرضها عرضا حقيقياً؟

---

(١٩) فى هذا المعنى : بلانيول وريبير وهامل ، ج ١٠ ، ف ٣٢٠ ؛ السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ١٠٦ ص ٢٠٣ والفقه المشار اليه فى هامش ٢ ص ٢٠٣ .

(٢٠) انظر : سلطان والعدوي ، ف ١٤٧ ص ١٠٨ .

يذهب جمهور الفقهاء فى فرنسا[٢١] يؤيدهم فى ذلك بعض الشراح المصريين[٢٢] الى انه لا يشترط دفع الثمن وملحقاته بالفعل أو عرضه عرضا حقيقيا ، بل يكفي ان يبدى المسترد استعداده لدفع الثمن • ولكن الرأى الراجح هو الذى يذهب الى القول بان الاسترداد لا يكون مقبولا الا اذا كان طلب الاسترداد مصحوبا بدفع الثمن وملحقاته او على الاقل بعرضه على المشترى عرضاً حقيقيا ، لان الغرض من الاسترداد هو حسم النزاع وتصفية مراكز أطرافه وهذا لا يتأتى الا اذا دفع المسترد الثمن وملحقاته أو عرضهما عرضا حقيقيا[٢٣] • والذى يساعد على الاخذ بهذا الرأى نص المادة (٥٩٣ ف ١) من القانون المدني العراقي[٢٤] الذى يقرر بأن : « •• فلمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المشتري الثمن الحقيقي •• » •

آثار الاسترداد

٦٣٠ ـ لا يعتبر استرداد المتنازل ضده للحق المتنازع فيه اقرارا منه بان الحق ليس له • فكل ما يقصد بالاسترداد هو وضع حد للنزاع القائم بشأن حق من الحقوق ، فاذا تم ذلك انحسم النزاع كما يحسم الصلح المنازعات ، وترتب على ذلك تخلص المسترد من مطالبة كل من المتنازل

---

(٢١) اوبري ورو ، ج ٥ ، ص ١٨٠ ؛ كولان وكاپيتان ودولاموراندير ، ج ٢ ، ف ٩٨٣ ؛ بلانيول وريبير وهامل ، ج ١٠ ، ف ٣٢١ •

(٢٢) انظر : شنب ، ف ٢٣٩ والفقه المصري المشار اليه فى هامش ٣ ص ٢٩٢ •

(٢٣) انظر : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ١٠٦ ؛ مرقس ، ف ٣١٦ ص ٥٧٣ ؛ سلطان والعدوي ، ف ١٤٨ ؛ خضر ، ف ١٨٥ ؛ ذنون ، ف ٣٥٩ ؛ العامري ، ص ١٩٧ •

(٢٤) يقابل نص المادة ١٦٩٩ مدني فرنسي والمادة ٤٦٩ ف ١ مدني مصري •

والمتنازل له ، واذا تم الاسترداد على الوجه الصحيح ترتبت عليه اثاره . فما هي هذه الاثار؟

لم ينظم المشرع العراقى اثار الاسترداد ، وقد حذا فى ذلك حذو المشرعين الفرنسي والمصري . وازاء هذا السكوت فقد عمل الفقه والقضاء الفرنسيين على ارساء الحلول اللازمة لتحديد اثار الاسترداد . وقد اقتضى جمهور الشراح فى مصر اثر الفقهاء الفرنسيين فى تحديد هذه الاثار .

٦٣١ ـ واثار الاسترداد كما حددها جمهور الشراح فى فرنسا وفى مصر تهيمن عليها فكرة رئيسة هى ان الاسترداد لا يعتبر شراء للحق المتنازع فيه من المتنازل له وانما ينطوى على حلول المسترد محل المتنازل له ، وباثر رجعي ، فى الصفقة التى عقدها المتنازل له مع المتنازل ، ويعتبر المسترد متلقيا للحق المتنازل عنه مباشرة من المتنازل ويعتبر المسترد منه كأنه لم يملك هذا الحق ابدا . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

(أولا) فى العلاقة ما بين المسترد والمتنازل له :

٦٣٢ ـ وجدنا ان الرأى الراجح فى فرنسا وفى مصر يذهب الى ان الاسترداد لا يعتبر شراء جديداً[٢٥] اشترى به المسترد من المتنازل له ، وانما يترتب عليه حلول المسترد محل المشترى (المتنازل له) ، دون ان يعتبر خلفا له ، وبأثر رجعي بحيث يعتبر المتنازل له وكأنه لم يكتسب الحق فى يوم من الايام وقد انتزعه منه المسترد . ويترتب على ذلك انه اذا كان المتنازل له قد رتب على الحق المتنازع فيه حقوقا للغير فى الفترة ما بين شراء الحق واسترداده ، فان هذه الحقوق لا تسرى فى مواجهة المسترد ، فتسقط

---

(٢٥) عكس ذلك : منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة (البيع والمقايضة والايجار) ف ١٢٠ مشار اليه فى الوسيط للسنهوري ، ج ٤ ، هامش ص ٢٠٥ ؛ خضر ، ف ١٨٩ ص ٢٩٨ـ٢٩٩ .

الحجوز التى يكون دائن المتنازل له (المشترى) قد وضعها على الحق المتنازع فيه ، ولا تنفذ الرهون التى يكون المتنازل له قد رتبها للغير على العقار المتنازع فيه لان هذه التصرفات التى ابرمها المتنازل له تعتبر صادرة من غير مالك .

ويستند اصحاب الرأى المتقدم الى حجة مفادها اننا لو قلنا ببقاء الحقوق التى قررها المتنازل له على الحق المبيع لاصبح الاسترداد دون جدوى فيجب اذن ان تسقط هذه الحقوق لتتحقق الغاية المقصودة من الاسترداد وهى براءة ذمة المسترد اذا كان مدينا أو خلوص الحق له بدون منازع .

(ثانياً) فى العلاقة ما بين المتنازل والمتنازل له :

٦٣٣ ـ ان حلول المسترد محل المتنازل له يقتصر على العلاقة بينهما . أما فى العلاقة مابين المتنازل والمتنازل له (البائع والمشترى) فلا اثر للاسترداد، فتظل هذه العلاقة محكومة بالعقد المبرم بينهما الذى تم به التنازل كما لو لم يكن هناك استرداد . وبناء على ذلك يظل المتنازل له ملتزما بدفع الثمن اذا لم يكن قد دفعه ، ولايستطيع ان يتخلص من مطالبة المتنازل بحجة ان الحق المبيع قد انتزع منه . كما يظل المتنازل له ملتزما فى مواجهة المتنازل بكافة الالتزامات الاخرى الناشئة عن العقد . وعلة ذلك ان الاسترداد لايحتج به على المتنازل لانه يعتبر اجنبياً عنه ، ومن ثم فلا يلزم على قبول المسترد مدنيا بدلا من المدين الاصلي وهو المتنازل له ، خاصة وان المتنازل لم يتصرف فى حقه الا ليتخلص من مماطلة مدينه المسترد وسوء معاملته .

(ثالثاً) فى العلاقة ما بين المتنازل والمسترد :

٦٣٤ ـ اما فى العلاقة ما بين المتنازل والمسترد فان الاسترداد لاينشىء علاقة مباشرة بينهما . فان المسترد لا يعتبر خلفا للمتنازل ، لان الحق المتنازع فيه لم ينتقل الى المسترد من المتنازل بل من المتنازل له . ويترتب على هذا

ان المتنازل لا يستطيع ان يطالب المسترد بالثمن بدعوى مباشرة بل عليه ، ان اراد ذلك ، ان يسلك طريق الدعوى غير المباشرة ، أى باستعمال دعوى مدينة المتنازل له فى مطالبة المسترد بهذا الثمن ، وهو فى ذلك يتعرض لمزاحمة دائني المتنازل له الاخرين.(٢٦)

الضمان فى بيع الحقوق المتنازع فيها

٦٣٥ ـ وجدنا ان من يقدم على شراء حق متنازع فيه يكون بشرائه لهذا الحق قد ابرم عقدا احتماليا ، ومن ثم فلا مجال لتطبيق القواعد العامة فى الغبن او فى التعرض والاستحقاق . هذه هى القاعدة العامة .

ومع ذلك ، فلا بد من ملاحظة ان هذا الحكم يتعلق بتعرض الغير للمشترى او باستحقاق هذا الغير للحق المبيع ، شريطة ان يكون المشترى عالما وقت البيع ان الحق الذى يشتريه انما هو حق متنازع فيه وان يقصد شراءه مخاطرا . اما اذا كان المشترى يجهل انه اشترى حقا متنازعا فيه كان له الرجوع بالضمان على بائعه .(٢٧)

اما فيما يتعلق بضمان التعرض الشخصي فالامر مختلف . اذ ان البائع لحق متنازع فيه اذا كان لايضمن للمشترى تعرض الغير او استحقاقه ، فانه يلتزم بعدم التعرض شخصيا للمشترى كما يلتزم أى بائع بضمان هذا التعرض ؛ فليس فى طبيعة الحقوق المتنازع فيها ما يمنع تطبيق الاحكام

---

(٢٦) انظر فيما تقدم : اوبري ورو ، جـ ٥ ص ١٨١ـ١٨٢ ؛ بلانيول وريبير وهامل ، جـ ١٠ ، ف ٣٢٢ ؛ كولان وكاپيتان ودولاموراندير ، جـ ٢ ، ف ١٠٧ ؛ مرقس ، ف ٣١٧ ؛ سلطان والعدوي ، الفقرات ١٤٩ـ١٥٢ ؛ شنب ، الفقرات ٢٤١ـ٢٤٦ ؛ ذنون ، ف ٣٦٠ ؛ الصراف ، الفقرات ٦٢٠ـ٦٢٢ ؛ العامري ، ص ١٩٨ـ١٩٩ .

(٢٧) فى هذا المعنى : أوبري ورو ، جـ ٥ ، ص ١٨٢ والهامش ٣٥ـ٤ فى نفس الصفحة ؛ السنهوري جـ ٤ ، ف ١٠٧ ص ٢٠٦ .

العامة لضمان التعرض الشخصي • وعلى ذلك ، فاذا اخل البائع بالتزامه وتعرض للمشترى تعرضا ماديا او قانونيا ، كان للمشترى ان يطلب وقف هذا التعرض او فسخ البيع مع التعويض ان كان له مقتضى •[٢٨]

الحالات التي لا يجوز فيها الاسترداد

٦٣٦ ـ ان الحكمة التى دعت الى اجازة المشرع لاسترداد الحقوق المتنازع فيها هى القضاء على المضاربات بهذه الحقوق • فقد قدر المشرع ان فكرة المضاربة تنتفي فى حالات معينة ، فقضى بعدم جواز الاسترداد فى هذه الحالات التي أشارت اليها المادة (٥٩٤) من القانون المدني العراقي بقولها : « لا محل لاسترداد الحق المتنازع فيه فى الاحوال الآتية : أ ـ اذا كان هذا الحق داخلا ضمن مجموعة اموال بيعت جزافا بثمن واحد • ب ـ اذا كان شائعا بين ورثة أو ملاك آخرين وباع أحدهم نصيبه للآخر • ج ـ اذا نزل عنه مدين لدائنه وفاء للدين المستحق فى ذمته • د ـ اذا كان يشمل عقارا وبيع لمن انتقلت اليه ملكية العقار » •

٦٣٧ ـ هذه هي الحالات الاربع التي قضت المادة (٥٩٤) بمنع الاسترداد فيها[٢٩] • غير ان هناك حالة اخرى يمكن استنتاجها من مفهوم المخالفة لنص الفقرة الاولى من المادة (٥٩٣) الذى يقرر جواز الاسترداد اذا كان النزول عن الحق قد تم بمقابل • فيمكن القول اذن انه اذا كان النزول عن الحق قد تم دون مقابل ، اى على سبيل التبرع ، فلا يجوز الاسترداد لانتفاء فكرة المضاربة التى شرع الاسترداد لمحاربتها ، اذ لا يمكن القول بان المتبرع له يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات • وهذا

---

(٢٨) راجع : شنب ، ف ٢٤٧ ص ٢٩٩ـ٣٠١ •

(٢٩) وهي نفس الحالات التى أوردتها المادة (٤٧٠) من القانون المدني المصري •

ما لم يكن التبرع مقرونا بشرط العوض وبلغ هذا العوض من الاهمية بحيث يمكن القول معها بأن النزول قد تم بمقابل[٣٠] .

٦٣٨ ـ أما الاحوال التى لا تجيز فيها المادة (٥٩٤) الاسترداد فهي :

(**الحالة الاولى**) اذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة اموال بيعت جزافا بثمن واحد : ويتحقق ذلك فى بيع التركات . فاذا باع الوارث حقوقه فى الميراث بعد موت المورث ، وكان من بين هذه الحقوق حق متنازع فيه ، لم يجز للمدعى عليه بالحق ان يسترده من المشترى .

وعلة هذا الحكم هى ان الحق المتنازع فيه يفقد ذاتيته ويفنى مع العناصر الاخرى فى مجموعة التركة فينعدم قصد المضاربة لدى مشترى التركة فى الحق المتنازع فيه بالذات فيمتنع الاسترداد .

(**الحالة الثانية**) اذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع احدهم نصيبه للاخر : فقد يكون الحق المتنازع فيه مملوكا لعدة اشخاص على الشيوع ، اما لانهم ورثوه عن مورث مشترك اولانهم اشتروه معا . فلو باع احد الشريكين نصيبه فى الحق المتنازع فيه الى شريكه الاخر ، فلا يجوز الاسترداد فى هذه الحالة . ذلك لان الغالب ان يكون الدافع الذى دفع باحد الشريكين الى شراء حصة شريكه الاخر هو ان يستأثر الشريك المشترى بالحق وحده ؛ وبعبارة اخرى ، ان العملية لم تكن قائمة على فكرة المضاربة وانما قصد منها تسهيل قسمة الحقوق الشائعة وانهاء حالة الشيوع التى يشجع القانون على التخلص منها ، او تقليل عدد الشركاء

---

(٣٠) انظر : أوبري ورو ، جـ ٥ ، هامش ١٤ ص ١٧٦ـ١٧٧ ؛ السنهوري ، الوسيط ، جـ ٤ ف ١٠٥ ص ٢٠٠ ؛ مرقس ، ف ٣١٥ ص ٥٧٠ ؛ ذنون ، ف ٣٦١ ؛ الصراف ، ف ٦١٥ ؛ العامري ، ص ١٩٩ .

المشتاعين فى حالات اخرى[٣١]. يضاف الى ذلك ان اباحة استرداد الحصة المبيعة فى هذا الفرض لن تؤدي الى انهاء النزاع حول الحق ، اذ سيبقى هذا النزاع قائما بالنسبة للنصيب الاصلى للمشترى ما دام الشريك الاخر يدعيه هو ايضا[٣٢].

(**الحالة الثالثة**) اذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق فى ذمته : فلو كان المدعي بالحق المتنازع فيه مدينا لشخص اخر ونزل عن حقه هذا الى دائنه ، فلا يجوز للمدعى عليه فى هذه الحالة طلب الاسترداد ؛ لان المشترى بقبوله هذا الحق لم يقصد المضاربة ، بل قصد استيفاء حقه من مدينه عن طريق قبوله الوفاء بمقابل ، وقد يكون ذلك هو وسيلته الوحيدة لاقتضاء حقه .

(**الحالة الرابعة**) اذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً وبيع لمن انتقلت اليه ملكية العقار : وصورة ذلك ان يدعي شخص ان له دينا مضمونا برهن على عقار المدين ، ونازع المدين فى وجود هذا الدين فى ذمته بان ادعى بانه قد اوفى به مثلا ، ثم باع المدين العقار الى شخص اخر . فاذا اشترى من انتقلت اليه ملكية هذا العقار الحق المتنازع فيه من الدائن المدعى ، فلا يجوز للمدين طلب الاسترداد ؛ ذلك لان مشترى العقار لم يرد بشراء الحق المتنازع فيه المضاربة ، وانما اراد ان يخلص العقار الذى اشتراه من الرهن الذى يثقله وتفادى اجراءات الدائن المرتهن فى مواجهته .

---

(٣١) كما لو كان الحق المتنازع فيه مملوكا لخمسة شركاء وباع احدهم نصيبه لشريك آخر فان حالة الشيوع لم تنته ولكن هذا البيع من شأنه ان يؤدي الى التقليل من عدد الشركاء المشتاعين فيعتبر لذلك خطوة نحو القسمة وانهاء حالة الشيوع .

(٣٢) فى هذا المعنى : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، هامش ٦ ص ٢٠٨ ؛ سلطان والعدوي ، ف ١٥٥ ؛ شنب ، ف ٢٣٦ والفقه المشار اليه فى هامش ٤ ص ٢٨٨ .

الفرع الثاني

منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها

حكمة المنع

٦٣٩ ـ قدمنا ان الحق المتنازع فيه حق محتمل الوجود وانه ، بوصفه هذا ، يجوز بيعه وان لمن عليه الحق ان يسترده على النحو الذى اسلفنا • ولكن ، اذا كان الاصل هو جواز بيع الحقوق المتنازع فيها ، فان المشرع رأى الخروج على هذا الاصل فقضى بمنع عمال القضاء والمحامين من التعامل فى الحقوق المتنازع فيها وذلك لاعتبارات تتعلق بكرامة القضاء ومنعا لمن قد تسول له نفسه من اعضاء هذه الهيئة استغلال مركزه ونفوذه ودفعا للشبهات والشكوك التى تساور الناس فى حسن سير العدالة وحياد القضاء ونزاهته • ولهذا فقد نص المشرع فى المادة (٥٩٥) من القانون المدني على بطلان بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء بقوله : « لايجوز للحكام ولا للقضاة ولا للمدعين العامين ونوابهم ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ومساعديهم ان يشتروا لا باسمهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله او بعضه اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون عملهم فى دائرتها » (٣٣) • وكتطبيق خاص لهذا الحكم قضت المادة (٥٩٦) بانه : «لا يجوز للمحامين ان يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل باسمائهم او باسماء مستعارة (٣٤) •

---

(٣٣) يطابق نص المادة (٤٧١) من القانون المدني المصري ، ويقابل نص المادة ١٥٩٧ مدني فرنسى •

(٣٤) تطابق المادة (٤٧٢) من القانون المدني المصرى ولا مقابل لها فى القانون المدنى الفرنسى •

شروط المنع من الشراء

٦٤٠ – ويتضح من نص المادة (٥٩٥) التي تمنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها انه يشترط لانطباق هذا المنع توافر ثلاثة شروط هي :

الشرط الاول :

ان يكون الحق متنازعا فيه • فيجب لانطباق المنع أن يكون الحق متنازعا فيه ، كله او بعضه ، على النحو المتقدم • فمعنى الحق المتنازع فيه واحد من حيث حق استرداده ومن حيث تحريم شرائه على عمال القضاء • ويجب أن يكون الحق متنازعا فيه وقت الشراء ، فكل نزاع ينشأ بعد ذلك لايصح أن يكون حائلا دون بيع الحقوق المتنازع فيها للاشخاص الذين حظر عليهم القانون شراءها(٣٥) •

الشرط الثاني :

ان يكون راغب الشراء ممن ذكرهم النص • فقد عدد المشرع فى المادة (٥٩٥) الاشخاص الممنوعين من الشراء وهم : الحكام والقضاة والمدعون العامون ونوابهم والمحامون وكتبة المحاكم ومساعدوهم • ويذهب الرأى الراجح فقها وقضاء الى ان التعداد الذى اورده النص المذكور قد جاء على سبيل الحصر ، فلا يمتد المنع الى غير الاشخاص المذكورين فى هذا النص وان كانوا ممن يباشرون العمل فى المحاكم • فلا يشمل بصفة خاصة الخبراء والمترجمين وحجاب المحاكم والسعاة ورجال الشرطة والحراس ونحوهم • ويستند هذا الرأى الى ان النص المذكور نص استثنائى ورد على خلاف الاصل ، فلا يجوز التوسع فيه بطريق القياس ليشمل اشخاصا غير

---

(٣٥) انظر : السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، هامش ٢ ص ٢١٤ •

الذين ذكروا فيه[٣٦] .

الشرط الثالث :

ان يكون النظر فى النزاع المتعلق بالحق داخلا فى اختصاص المحكمة التى يباشر راغب الشراء عمله فى دائرتها . فلا يكفى ان يكون الحق المراد شراؤه متنازعاً فيه وان يكون راغب الشراء من عمال القضاء الذين ذكرهم النص، بل لابد لذلك أيضا أن يدخل النظر فى النزاع المتعلق بالحق فى اختصاص المحكمة التى يباشر راغب الشراء عمله فى دائرتها .

ويترتب على ذلك اختلاف نطاق المنع باختلاف درجات التقاضي وجهات الاختصاص المحلى والنوعي . فحاكم الصلح مثلاً ممنوع من شراء الحقوق المتنازع فيها اذا كان النظر فى النزاع المتعلق بهذه الحقوق من اختصاص محكمته ، ولكنه يجوز له شراء حق متنازع فيه اذا كان النظر فى النزاع المتعلق بهذا الحق من اختصاص محكمة صلح اخرى . ويجوز كذلك لحاكم محكمة بداءة معينة ان يشترى الحق المتنازع فيه اذا كان النظر فى النزاع من اختصاص محكمة بداءة اخرى . ولكن حكام محكمة التمييز يمتنع عليهم شراء أي حق متنازع فيه فى أي جهة من جهات الدولة لان اختصاص محكمة التمييز يمتد الى جميع انحاء الدولة[٣٧] .

ويلاحظ انه يشترط لحرمان عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع

---

(٣٦) انظر : حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢ مايس ١٩٦١ ، دالوز ، ١٩٦١ ص ٤٥٤ ؛ السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ف ١١١ ؛ شنب ، ف ٢٣٠ والهامشين ٢ و٣ ص ٢٧٨ ذنون ، ف ٣٦٣ ص٣٤١ ؛ العامرى ، ص ٢٠١ .

(٣٧) انظر : اوبرى ورو ، ج٥ ، ص١٧٤ ـ ١٧٥ ؛ بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، ف١٣١٨ .

فيها توافر هذه الصفة فى عامل القضاء وقت الشراء ، اما اذا اكتسبها بعد ذلك فلا يبطل البيع • وعلى ذلك ، فاذا اشترى قاض حقاً متنازعا فيه يدخل نظر النزاع فيه فى اختصاص محكمة غير التي يعمل فيها ، ثم نقل بعد ذلك الى المحكمة المختصة بنظر النزاع فالعقد صحيح[٣٨] •

جزاء مخالفة هذا المنع

٦٤١ ـ فاذا اشترى احدعمال القضاء حقاً متنازعا فيه يدخل النظرفي النزاع القائم بشأنه فى اختصاص المحكمة التي يباشر عمله فى دائرتها فانه ليس من شك فى ان هـذا الشراء يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، ويعتبر العقد وكأنه لم يكن فلا يكون له أي أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير ، ويستطيع ان يتمسك بهذا البطلان كل ذي مصلحة ، كما يجوز للمحكمة ان تقضي بـه من تلقاء نفسها وفقا للقواعـد المقررة فى البطلان[٣٩] • ويستوي فى ذلك ان يكون التعامل قـد جرى باسماء حقيقيـة او باسماء مستعارة ، كأن يشترى القاضي الحق المتنازع فيه باسـم زوجته او باسـم ولده • ويمكن اثبات ان التعامل قد جرى باسم مستعار بجميع طرق الاثبات، بما في ذلك البيّنة والقرائن •

تعامل المحامي فى الحق المتنازع فيه

٦٤٢ ـ وبعد ان قرر المشرع العراقي فى المادة (٥٩٥) القاعدة العامة فى منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها ، عاد فأورد في المادة (٥٩٦) تطبيقاً خاصاً لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء ، وهـو

---

(٣٨) انظر : السنهورى ، الوسـيط ، جـ٤ ، ف١١١ ص٢٧١ ؛ سلطان والعدوي ، ف١٦٩ ؛ ذنون ، ف٣٦٧ •

(٣٩) انظر : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف١١٢ ؛ سلطان والعدوى، ف١٧٠ ؛ شنب ، ف٢٣٢ ؛ ذنون ، ف٣٦٨ ؛ الصراف ، ف٦١٢؛ العامري ، ص٢٠١ •

التطبيق الكثير الوقوع في العمل ونعني به تعامل المحامين مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها (Pacte de quta litis) [٤٠] .

٦٤٣ – ويتبين من نص المادة (٥٩٦) ان المشرع لم يحرم على المحامين شراء الحقوق المتنازع فيها فحسب ، بل حرم عليهم جميع ضروب التعامل الاخرى التي يمكن ان ترد على حق متنازع فيه . فنص المادة (٥٩٦) هو ، من هذه الناحية ، أوسع من نص المادة (٥٩٥) . وعلى ذلك لا يجوز للمحامي الذى يتولى الدفاع عن الحق المتنازع فيه ان يشترى هذا الحق ولا ان يقايض عليه ولا ان يوهب له ولا ان يشارك فيه ولا ان يتفق مع موكله بان تكون اتعابه حصة معينة مما يحكم به لموكله ولو تولى المحامي مباشرة الدعوى بمصاريف من عنده [٤١] . فكل صور التعامل هذه باطلة

---

(٤٠) اما القانون المدني الفرنسى فهو ، بخلاف القانونين العراقى والمصرى، لم يرد فيه نص صريح فى تحريم تعامل المحامي فى الحق المتنازع فيه اذا كان هو الذى يتولى الدفاع عنه . ومع ذلك فان الفقهاء الفرنسيين يحرمون هذا التعامل طبقا للمادة (١٥٩٧) من القانون المدني التى تقابل نص المادة (٥٩٥) مدنى عراقى . (راجع : اوبرى ورو ، جـ٥ ، هامش ١ ص ١٧٣ ؛ بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ ، ف١٣١٨ وهامش ١ ص ٤٤٩) .

(٤١) فقد قضت محكمة تمييز العراق بان : « الاتفاق بين المحامي والموكل على ان يتقاضى الاول نسبة مئوية من النقد والاشياء المدعى بها كأجور محاماة هو اتفاق باطل ويلزم ان يصار الى اجر المثل » . (قرار صادر فى ١٠–٨–١٩٥٣ رقم ٩١٤– حقوقية – ١٩٥٣ منشور فى مجلة القضاء السنة ١٢ العدد ١ ص ٥٥) . ولكنها قضت فى حكم آخر بانه : « اذا اتفق المحامي والموكل على اجرة نسبية من النقود والاشياء المدعى بها كأجور محاماة فلا غبار على صحة هذا الاتفاق اذ المقصود به تعيين الاجرة لا الاشتراك فى حاصل الدعوى » . (القرار رقم ١٣٠٧ – حقوقية – ١٩٥٣ منشور فى مجلة القضاء السنة ١٢ العدد ٢ ، ص٤٥) . ولكن

بطلاناً مطلقاً سواء تمت باسم المحامي او باسم مستعار • ولكن يلاحظ انه اذا نتهى النزاع فليس هناك ما يمنع من تعامل المحامي مع موكله في الحق الذى كان متنازعاً فيه(٤٢) •

٦٤٤ ـ والعلة فى منع المحامي من التعامل مع موكله تقوم على اعتبارات من النظام العام ، اذ انه يخشى لو ابيح هذا التعامل ان يستغل المحامي خبرته ودرايته بالقانون لايهام موكله بضعف مركزه فى الدعوى فيتوصل بذلك الى ابرام اتفاق يكون الموكل فيه مغبوناً(٤٣)

الفصل الثالث

عقد المقايضة L'ECHANGE

تعريف المقايضة والتمييز بينها وبين البيع

٦٤٥ ـ المقايضة هي ، كما مرّ بنا ، الاصل التاريخي لعقد البيع وانها تشتبه به الى حد كبير • ومرّ بنا كذلك ان المشرع العراقي ، متأثراً في ذلك بالقواعد المقررة فى الفقه الاسلامي ، قد اعتبر المقايضة نوعا من البيع • فالبيع فى رأي علماء الشريعة الاسلامية هو مبادلة مال بمال سواء

هذا التردد لم يعد له محل • فقد حضرت الفقرة الثالثة من المادة ٤١ من قانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على المحامي « التعامل مع موكله على ان تكون اتعابه حصة عينية من الحقوق العينية المتنازع عليها» • (انظر : العامرى ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٠ هامش ١ ص١٨٥) •

(٤٢) فى هذا المعنى : المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، جـ ٤ ، ص٢٠٥ ؛ سلطان والعدوي، ف١٧٢ •

(٤٣) السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف١١٣ ص٢١٩ ؛ سلطان والعدوي ، ف١٧٢ ؛ شنب ، ف ٢٣٣ ص ٢٨٣ ؛ العامري ، ط١ ، ص٢٠٢ •

أكان هذا المال نقودا او أي مال آخر من غير النقود[1] • وهذا ما تشير اليه المادة (٥٠٧) من القانون المدني العراقي بقولها : « البيع باعتبار المبيع اما ان يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق او بيع النقد بالنقد وهو الصرف او بيع العين بالعين وهي المقايضة » •

٦٤٦ ـ ولكن ، بالرغم من ذلك ، فان المقايضة تتميز بخصائص معينة عن البيع ، كما انها تحقق أغراضاً لا يتسع لها عقد البيع[2] • فالضابط الذى يميز بين المقايضة والبيع هو المقابل الذى يتعهد به احد المتعاقدين للآخر • فاذا كان المقابل الذى تعهد به أحد المتعاقدين مبلغاً من النقود كان العقد بيعاً ، اما اذا كان المقابل مالاً آخر غير النقود كان العقد مقايضة[3] • ولهذا وجدنا ان المادة (٤٨٢) من القانون المدني المصري تعرف المقايضة بانها : « عقد يلتزم به كل من المتعاقدين ان ينقل الى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود »[4] • غير ان ذلك لا يعني ، كما قد يوحي بذلك هذا النص ، ان المقايضة تقتصر على مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر ، بل يمكن ان يكون حقاً شخصياً او أي حق عيني آخر غير الملكية • فما دام الحق المراد مبادلته غير وارد على نقود ، فهو يصلح ان يكون محلاً للمقايضة أياً كانت طبيعته • فقد يكون الحق عينياً كالملكية أو الانتفاع ، وقد يكون حقاً شخصياً كدين في الذمة او حق في اجارة ، وقد يكون حقا من الحقوق الذهنية[5] • فلا يشترط اذن ان يكون البدل حق

---

(١) راجع الفقرتين ٢٣ و٢٤ آنفاً •

(٢) كما فى حالة استبدال اراضى الوقف او الاراضي الزراعية فى بعض الاحيان • (راجع : مرقس وامام ، ف ٣٠٣) •

(٣) راجع الفقرات ٦٨ و٦٩ و٧٠ اعلاه •

(٤) قارن ذلك بتعريف المادة (١٧٠٢) من القانون المدني الفرنسى للمقايضة •

(٥) فى هذا المعنى : بودري وسينيا ، المرجع المشار اليه آنفاً ، ف ٩٧٣ ؛ مازو ، جـ٣ ، ف١٠٣١ ؛ السنهورى ، الوسيط ، جـ٤ ، ف٤٢٧ ص٨٥٧ •

ملكية • على أنه لابد وأن يكون كل من البدلين من الحقوق المالية • فاذا كان البدلان أو أحدهما عملا أو امتناعا عن عمل لم يكن العقد مقايضة وانما عقدا غير مسمى • ويترتب على ذلك انه اذا أعطى شخص لآخر أرضا فى مقابل أن يقوم المتعاقد الآخر بتصميم عمارة له أو في مقابل أن يمتنع هذا المتعاقد عن فتح متجر في جهة معينة مثلا ، فان العقد لا يكون مقايضة ؛ بل عقداً غير مسمى يخضع لاحكام القواعد العامة في الالتزام •(٦)

٦٤٧ ـ وقد يحدث أن تدخل النقود فى عقد المقايضة • ذلك انه من الصعب أن تتساوى قيم الاشياء المتقايض فيها مساواة تامة• ولهذا فقد جرى العمل تسهيلا لتبادل هذه الاشياء على أن يدفع من يكتسب الشيء الاعلى قيمة مبلغا من النقود تعويضا عن الفرق بين قيمة ما يأخذ وقيمة ما يعطي • ويسمى هذا المبلغ معدلا (Soulte) .

وقد أشرنا سابقا الى أنه على الرغم من وجود هذا المعدل فان الرأي الراجح هو الذي يذهب الى ان العقد يحتفظ ، حتى فى هذه الحالة ، بوصف المقايضة ولا ينقلب الى عقد بيع •(٧) وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا الرأي حيث نص فى المادة (٥٩٩) على انه : « اذا كان للاشياء المتقايض فيها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلا » • وكل هذا ما لم يكن المعدل يزيد كثيرا على قيمة الشيء الذى قرن به تكملة لقيمته بحيث يعتبر هذا الشيء هو المكمل للمعدل، لا المعدل هو المكمل للشيء •(٨)

---

(٦) اوبري ورو ، جـ٥ ، هامش ١ ، ص ١٨٢ •

(٧) راجع الفقرة ٧٠ أعلاه •

(٨) انظر : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ ، ف ١٦٤٠ ؛ مازو ، جـ٣ ، ف ١٠٣٥ ؛ السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ٤٢٧ ص ٨٥٨ •

القواعد التى يخضع لها عقد المقايضة

٦٤٨ ـ وتخضع المقايضة ، كقاعدة عامة ، لاحكام القواعد الخاصة بعقد البيع ، سواء فى انعقادها أو فيما ترتبه من آثار وذلك بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه الاحكام مع طبيعة المقايضة • فقد ظهر لنا أن ما يميز البيع عن المقايضة هو وجود الثمن النقدي فى البيع وانعدام هذا الثمن في المقايضة • ويترتب على ذلك أن كل الاحكام التي تطبق على البيع انما تطبق على المقايضة كذلك سوى ما اتصل منها بهذا الفارق حيث تنشأ للمقايضة أحكام تختلف عن أحكام عقد البيع • وفي هذا المعنى تقرر المادة (٤٨٥) من القانون المدني المصري بأنه : « تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء الذى قايض به ومشتريا للشيء الذى قايض عليه » •

انعقاد المقايضة

٦٤٩ ـ المقايضة ، كالبيع ، عقد رضائي في الاصل • فتنعقد المقايضة بمجرد تراضي الطرفين دون حاجة الى شكل خاص •(٩) ويستثنى من ذلك الاحوال التي يشترط فيها القانون للعقود شكلا معينا ، فتكون المقايضة عقدا شكليا حيث يستدعي الامر أن تكون كذلك ، كما اذا كان أحد البدلين أو كلاهما عقارا ، وهي فى ذلك كالبيع سواء بسواء (م ١١٢٦ ف٢ مدني عراقي) •

٦٥٠ ـ وأركان انعقاد المقايضة هي نفس أركان البيع : الرضا والمحل والسبب •

فلابد لانعقاد المقايضة من تراضي الطرفين • ويشترط فى هذا الرضا ،

---

(٩) انظر المادة (١٧٠٣) من القانون المدني الفرنسي وراجع : بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج٣ ، ف ١٦٣٨ ؛ مازو ، ف ١٠٣٠ •

كما فى عقد البيع ، أن يكون موجودا وان يكون صحيحا • فيجب لانعقاد المقايضة أن يتراضى المتعاقدان على طبيعتها وعلى كل من البدلين المتقايض عليهما • كذلك يلزم لصحة عقد المقايضة أن يكون التراضي صحيحا بأن تتوافر الاهلية اللازمة لدى المتقايض ، وهي ذات الاهلية المطلوب توافرها لدى البائع ؛ كما يلزم أن تكون ارادة كل من المتقايضين خالية من عيوب الرضا ، على نحو ما رأينا فى عقد البيع •

والركن الثاني للمقايضة هو المحل ، والمحل فى المقايضة هو الشيئان المتقايض فيهما ويشترط في كل منهما ما يشترط فى المبيع • فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٥٩٧) من القانون المدنى العراقى على أن : « لكل من البدلين فى بيع المقايضة حكم المبيع فتعتبر فيهما شروطه •• » • وعلى هذا لابد وان يكون الشيء المتقايض فيه موجودا ومعينا تعيينا كافيا وان يكون مما يجوز التعامل فيه • ولما كان كل من البدلين في عقد المقايضة يعتبر مبيعا ، فان كل ما جاز بيعه جازت المقايضة به أو عليه •

أما الركن الثالث في عقد المقايضة فهو السبب ، وتسري فيه الاحكام المقررة فى نظرية السبب[١٠] على النحو المفصل فى كتب النظرية العامة للالتزام •

الاثار التى تترتب على المقايضة

٦٥١ ـ وتتفق المقايضة في الآثار التي تترتب عليها مع عقد البيع فيما عدا ما تعلق منها بالثمن وبالتزامات المشتري الراجعة الى الثمن •

ويترتب على ذلك ان ملكية الشيء المتقايض فيه تنتقل من مالكه الى المتعاقد الآخر بمجرد تمام عقد المقايضة اذا كان الشيء عقارا أو منقولا

---

(١٠) السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، ف ٤٣٠ ص ٨٦١ •

معينا بالذات ، وبالفرز اذا كان هذا الشيء من المنقولات المعينة بالنوع فقط • كما يترتب على ذلك ان كل متقايض يلتزم بالتزامات البائع بالنسبة للبدل الذى قايض به ،وتكون عليه التزامات المشتري بالنسبة للشيء الذى قايض عليه • فيجب عليه لذلك أن يقوم بالاعمال التمهيدية اللازمة لتسهيل انتقال الملكية ، وان يسلم الشيء الذى قايض به الى المتعاقد الآخر ، وان يتسلم الشيء الذي قايض عليه من هذا المتعاقد • وتترتب على المقايضة أيضا أحكام الضمانات جميعا ، أي ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ، على نحو ما رأينا في عقد البيع • وقد نصت المادة (٥٩٨) من القانون المدني العراقى على ذلك بقولها : « اذا استحق الشيء الذى تسلمه المقايض أو ردّ بعيب جاز لهذا المقايض أما ان يسترد الشيء الذى قايض به وأما ان يطالب بقيمة الشيء الآخر وقت الاستحقاق أو بقيمته وقت المقايضة خاليا من العيب ، وله فى الحالتين أن يطالب بتعويض اذا كان هناك وجه لذلك » •

٦٥٢ ـ ويمكن القول ، بصورة عامة ، ان كل ما قررناه بشأن البيع من أحكام يسري على المقايضة الا ما تعلق منها بالثمن ، حيث تتعارض هذه الاحكام مع طبيعة المقايضة • فلا تسري على المقايضة الاحكام المتعلقة بالغبن[١١] ، حتى لو كانت المقايضة بمعدل ما لم يبلغ هذا المعدل درجة من الاهمية بحيث يمكن معها اعتبار العقد بيعا لا مقايضة •[١٢] على انه اذا كان فى المقايضة معدل ، فان أحكام الثمن تسري على هذا المعدل وحده وبالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه الاحكام مع طبيعة المقايضة ، فيثبت مثلا

---

(١١) وقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة (١٧٠٦) من القانون المدني الفرنسي • (راجع فى تفصيل ذلك : مازو ، جـ٣ ، ف ١٠٣٣) •

(١٢) انظر : اوبري ورو ، جـ٥ ، ص ١٨٥ •

حق امتياز للمتقايض الدائن بالمعدل على الشيء الذى قايض به .[١٣]

وكذلك ، فان المقايضة تختلف عن البيع في ان « مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الاخرى يتحملها المتقايضان مناصفة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » (م ٦٠٠ مدني عراقي) .[١٤] وهذا طبيعي لان كلا من المتقايضين يعتبر مشتريا لما قايض عليه ، فوجب لذلك تقسيم هذه المصروفات مناصفة بينهما . وقد تقدم أن مصاريف عقد البيع يتحملها المشتري كقاعدة عامة .

وحكم آخر يختص به عقد المقايضة . فقد مر بنا ان تسليم المبيع في البيع المطلق يتم ، طبقاً لاحكام القانون المدني العراقي ، بعد دفع الثمن (م ٥٣٦) وذلك كقاعدة عامة . أما فى المقايضة ، فبالنظر لطبيعتها الخاصة ، فان تسليم البدلين يتم في آن واحد اذا وقعت منازعة فى أمر التسليم وما لم يوجد فى العقد شرط يقضي بخلاف ذلك (م ٥٩٧ ف ١ مدني عراقي) .[١٥]

الفصل الرابع

بيع ملك الغير

LA VENTE DE LA CHOSE D'AUTRUI

تحديد نطاق بيع ملك الغير

٦٥٣ ـ لقد مر بنا ان من بين الشروط اللازم توافرها لكي تنتقل ملكية المبيع الى المشتري بمجرد تمام عقد البيع أن يكون البائع مالكا للبيع .

---

(١٣) انظر : اوبري ورو ، جـ٥ ، ص ١٨٤ ؛ مازو ، جـ٣ ، ف ١٠٣٧ ؛ السنهوري ، الوسيط ، جـ ٤ ، ف ٤٣٣ ص ٨٦٦ .

(١٤) يطابق نص المادة (٤٨٤) من القانون المدني المصري .

(١٥) ولا مقابل لهذا النص فى القانون المدني المصري .

فاذا باع شخص لآخر شيئاً غير مملوك له ، فان ملكية هذا الشيء لا تنتقل الى المشتري لان فاقد الشيء لا يعطيه .

٦٥٤ ـ ويحسن ، قبل أن نفصل أحكام بيع ملك الغير أن نحدد نطاق هذا البيع . اذ لابد لكي نكون ازاء بيع لملك الغير أن ينصب العقد على عين معينة بالذات غير مملوكة للبائع حين التعاقد[١] . ولهذا ، فلا تعتبر العقود الآتية بيعاً لملك الغير :

(١) بيع الشيء المعين بالنوع وبيع الشيء المستقبل : ذلك ان بيع الاشياء المعينة بالنوع ، أي الاشياء المثلية ، لا ينقل ملكية هذه الاشياء بمجرد التعاقد ، بل لابد لذلك من فرز هذه الاشياء . وكذلك اذا باع شخص شيئاً لم يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل فان ملكية هذا الشيء لا تنتقل بمجرد تمام البيع ، بل لابد لذلك من وجود هذا الشيء . فلا يقال ان البائع في هاتين الحالتين قد باع شيئا لا يملكه الا حين تتعين هذه الاشياء بذاتها بفرزها أو بوجودها .[٢] أما قبل أن تتعين هذه الاشياء فان التزام البائع يقتصر على تعيينها اذا كانت موجودة ، أو ايجادها اذا كانت غير موجودة .

(٢) التعهد عن المالك بأن يبيع الشيء الى شخص آخر : فاذا تعهد شخص لآخر بأن يحمل المالك الاصلي على البيع أو أن يحصل على اجازة المالك الاصلي للبيع الحاصل ، فلا يكون هذا العقد بيعا لملك الغير ، بل تعهدا عن هذا الغير ، والمتعهد لا يلزم المالك الاصلي بتعهده وانما يلزم نفسه . فاذا لم يجز المالك هذا التعهد جاز للمتعهد له أن يرجع على

---

(١) أما اذا كان المشتري هو الذى يملك المبيع حقيقة ولا يدري وقع البيع فى هذه الحالة باطلا بطلانا مطلقا لانعدام سببه .

(٢) انظر : مازو ، جـ٣ ، ف ٨١٩ .

المتعهد بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب اخلال المتعهد بالتزامه .[٣]

(٣) اذا كان البائع مالكا للمبيع ملكية معلقة على شرط واقف أو فاسخ : ففي هذه الحالة ليس هناك بيع لملك الغير لان البائع قد باع ما يملك، وان كانت ملكيته للمبيع غير باتة ، فتنتقل الملكية الى المشتري معلقة على نفس الشرط ، فيكون مالكا للمبيع تحت شرط واقف أو فاسخ . فاذا تحقق الشرط الفاسخ أو تخلف الشرط الواقف أصبح المشتري غير مالك للمبيع . فالبيع في هذه الحالة بيع بات ، ولكن الملكية هي المعلقة على شرط .[٤]

(٤) البيع المعلق على اكتساب البائع للملكية : ولا يعتبر كذلك بيعا لملك الغير اذا كان البائع قد باع الشيء على شرط اكتسابه ملكية المبيع . فالبائع لم يلتزم التزاما باتا ، بل علق التزامه على شرط واقف هو أن يتملك الشيء المبيع . فلو باع شخص شيئا وجعل البيع موقوفا على شرط أن يرسو عليه مزاد هذا الشيء عند بيعه بالمزاد . فاذا بيع الشيء بالمزاد ورسا المزاد على البائع فقد تحقق الشرط وأصبح هو المالك للمبيع ، ومن ثم تنتقل ملكيته الى المشتري . أما اذا لم يتحقق الشرط ، بأن رسا المزاد على شخص آخر غير البائع فقد سقط البيع .[٥]

(٥) بيع جزء مفرز من مال مملوك على الشيوع : فاذا باع أحد الشركاء جزءا مفرزا من مال شائع يملكه على الشيوع مع شركاء آخرين ، فان الشريك البائع لا يظهر بادىء الامر انه يبيع ملك غيره ، لان مصير هذا البيع يكون معلقا على نتيجة القسمة . فاذا وقع الجزء المفرز المبيع

---

(٣) انظر : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ١٥٤ ؛ العامري ، ط١ ، ص ٢٠٦ .

(٤) انظر : سلطان والعدوي ، ف ٢٤١ .

(٥) راجع : اوبري ورو ، جـ٥ ، ص ٤٢ .

بنتيجة هذه القسمة فى نصيب الشريك المتصرف اعتبر انه باع ملكه وأصبح البيع باتا ونافذا • أما اذا لم يقع هذا الجزء المفرز فى نصيبه اعتبر بائعا لملك الغير ولا يعتبر البيع نافذا في مواجهة باقي الشركاء •

٦٥٥ ـ وبيع ملك الغير ، على التحديد المتقدم ، كثير الوقوع فى الحياة العملية ، اذ يحصل في كثير من الاحيان أن يبيع شخص مالا يملكه أبوه أو أخوه أو زوجته ، كما قد يبيع الوالد مال ولده لا بصفته وليا عليه بل بصفته الشخصية ، وقد يبيع المالك على الشيوع المال الشائع كله وهو لا يملك بالطبع الا حصة شائعة فيه تنسب الى مجموع المال بنسبة حسابية ، وقد يبيع الحائز لملك الغير هذا الملك الى أحد من الناس ، وقد يبيع الوارث عينا من أعيان التركة لم تقع في حصته •(٦) ففي مثل هذه الاحوال يكون البيع واردا على ملك الغير ، فما هو حكم هذا النوع من البيوع ؟

حكم بيع ملك الغير

٦٥٦ ـ لقد تفرق الرأي واختلفت التشريعات فى حكم بيع ملك الغير •

ففي القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم لم يكن عقد البيع لينقل ملكية المبيع فى الحال الى المشتري ، بل كان مجرد عقد منشىء لالتزامات شخصية هي تمكين المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به انتفاعا هادئا • لذلك كان بيع ملك الغير في هذين القانونين صحيحا •(٧)

---

(٦) انظر : بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ٣ ، ف ١٣٠٠ ؛ السنهوري ، الوسيط ، جـ ٤ ، ف ١٥٤ ص ٢٧٥ ؛ مرقس ، ف ٢٨٨ ص ٥٢٦ •

(٧) راجع : مازو ، جـ٣ ، ف ٨١٥ •
وقد اتبعت بعض القوانين الحديثة ، كالقانونين الالمانى والسويسري ، حكم القانون الرومانى فى هذه المسألة ، ولهذا فان بيع ملك الغير فى هذين القانونين صحيح ومنتج لالتزامات شخصية •

٦٥٧ ـ أما القانون الفرنسي الحديث فقد سار على مبدأ آخر مقتضاه ان الملكية تنتقل بمجرد التعاقد • فترتب على ذلك بطلان بيع ملك الغير في هذا القانون • فقد نصت المادة (١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي على ان بيع ملك الغير باطل وان للمشتري الحق في التعويض اذا كان يجهل ان المبيع كان مملوكا للغير •

وكما هو واضح من هذا النص فانه قد اقتصر على تقرير البطلان وحق المشتري في التعويض دون أن يبين ماهية البطلان أو ما يمكن أن يترتب على العقد من آثار • ولهذا فقد أثار هذا النص خلافا كبيرا في الرأى بين الفقهاء الفرنسيين •(٨) فمنهم من ذهب الى أن بيع ملك الغير ليس باطلا وانما هو قابل للفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل ملكية المبيع الى المشتري • وذهب آخرون الى بطلان هذا البيع بطلانا مطلقا لانعدام السبب أو لانعدام المحل • فسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو نقل الملكية اليه ولا يستطيع البائع ذلك • كما ان محل البيع مستحيل استحالة مطلقة لان البائع ، وهو غير مالك للمبيع ، لا يستطيع أن ينقل ملكية المبيع الى المشتري• وذهب رأي ثالث الى أن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا بسبب الغلط الذى وقع فيه المشتري فى شخص البائع وفى صفة جوهرية في المبيع في وقت واحد • فالذى دفع المشتري الى الشراء هو اعتقاده ان المبيع مملوك للبائع وكذلك اعتقاده بأن البائع مالك للمبيع• فاذا تبين ان المبيع مملوك لغيرالبائع ، كان المشتري واقعا فى غلط جوهري فى صفة المبيع وفى صفة من صفات البائع •

٦٥٨ ـ أما القضاء الفرنسي فيذهب الى بطلان بيع ملك الغير بطلانا نسبيا تصححه اجازة المشتري أو التقادم العشري(٩) ، وان هذا البطلان

---

(٨) انظر فى عرض هذه الآراء والرد عليها : مازو ، جـ٣ ، ف ٨١٦ •

(٩) نقض فرنسي ٢٦ تموز ١٩٢٦ ، داللوز الاسبوعي ، ١٩٢٦ ص ٤٣٤ ؛ عرائض ، ١٥ كانون ثانى ١٩٣٤ ، داللوز الاسبوعى ١٩٣٤ ص ٩٧ •

مقرر لمصلحة المشتري الذى يجوز له وحده التمسك بهذا البطلان دون البائع أو المالك الحقيقي[١٠] ، وان حق المشتري فى ذلك ينقضي اذا اقر المالك العقد أو صار البائع مالكا للمبيع •

٦٥٩ ـ وقد سار القضاء المصري فى الطريق الذى سبقته اليه المحاكم الفرنسية وأخذ بالاحكام التي قررتها هذه المحاكم • ثم قنن المشرع المصري هذه الاحكام في المواد (٤٦٦ ـ ٤٦٨) من القانون المدني الجديد •[١١]

فبيع ملك الغير في القانون المصري قابل للابطال لمصلحة المشتري • ولكن هذا البيع لا يكون نافذا في مواجهة المالك ولو أجاز المشتري العقد الا اذا أقره المالك نفسه • فاذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري ، وينقلب العقد صحيحا كذلك في حق المشتري اذا الت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد • واذا حكم للمشتري بابطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع جاز له المطالبة بالتعويض ولو كان البائع حسن النية •[١٢]

حكم بيع ملك الغير فى القانون المدني العراقى

٦٦٠ ـ واذا كان المشرع المصري قد أورد في المواد (٤٦٦ ـ ٤٦٨) من القانون المدني احكاما خاصة ببيع ملك الغير باعتباره نوعا خاصا من أنواع البيوع ، فان المشرع العراقى لم يفعل مثل ذلك ، بل اكتفى بالاشارة الى هذا البيع في معرض كلامه عن العقد الموقوف في باب النظرية العامة للالتزام •

---

(١٠) نقض فرنسي ٧ تموز ١٩٥٨ ، داللوز ١٩٥٨ ص ٦١٩ وحكم محكمة باريس فى ٣ حزيران ١٩٦٤ ، داللوز ١٩٦٤ ص ٧٧٧ •

(١١) مرقس ، ف ٢٨٩ •

(١٢) انظر المواد ٤٦٦ ـ ٤٦٨ مدنى مصري وراجع فى تفصيل ذلك : السنهوري ، الوسيط ، جـ٤ ، ف ١٥٥ وما بعدها ؛ مرقس ، ف ٢٨٩ وما بعدها ؛ سلطان والعدوي ، ف ٢٤٨ وما بعدها •

٦٦١ ـ فحكم بيع ملك الغير في القانون العراقي يختلف عن حكم القانون المصري • اذ بينما جعل المشرع المصري من بيع ملك الغير عقدا قابلا للابطال لمصلحة المشتري ، على نحو ما رأينا ، نجد ان المشرع العراقي قد جرى في حكم هذه المسألة على أحكام القواعد المقررة بصدد بيع الفضولي[١٣] لدى بعض فقهاء المذاهب الاسلامية[١٤] فجعل من بيع ملك الغير عقداً صحيحا ولكنه موقوف على اجازة المالك الاصلي • فهو اذن عقد صحيح غير نافذ • فقد نصت المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي على انه : « ١ ـ من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك • ٢ ـ فاذا أجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا ويطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الآخر • ٣ ـ واذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف واذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به • فان هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد أداه عالما انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه • ٤ـ واذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء • فاذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر » • ونصت المادة (١٣٦) على أن : « ١ ـ اجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد •

---

(١٣) يراد بالفضولي هنا من يتصرف فى ملك غيره بدون اذن من المالك • ولا يراد به الشخص الذى يقوم بعمل ضروري وعاجل لمصلحة رب العمل ، اذ ان الفضالة هنا مصدر من مصادر الالتزام باعتبارها من تطبيقات نظرية الكسب دون سبب (انظر : العامري ، ط ١ ، ص ٢٠٥ فى الهامش) •

(١٤) راجع فى بيان آراء فقهاء الشريعة الاسلامية بشأن بيع ملك الغير : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، جـ٢ ، ص ١٧٢ ؛ تذكرة الفقهاء ، جـ٧ ، ص ٨ •

ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الاصلي أو المعقود عليه وقت الاجازة • ٢ ـ ويجب أن يستعمل خيار الاجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر فاذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا • ٣ ـ ويبدأ سريان المدة اذا كان سبب التوقف نقص الاهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب ••• واذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذى يعلم فيه المالك بصدور العقد » •

٦٦٢ ـ فيمكن من قراءة نصوص هاتين المادتين أن نجمل أحكام بيع ملك الغير في القانون المدني العراقي بما يأتي :

(١) ينعقد بيع ملك الغير موقوفا على اجازة المالك الاصلي الذي يكون له أن يجيزه أو أن ينقضه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ علمه بصدور العقد عن الفضولي • فان لم ينقض العقد خلال هذه المدة اعتبر سكوته اجازة وكان البيع نافذا في حقه • واذا أجاز المالك البيع اعتبر المشتري مالكا للمبيع من يوم الاتفاق الذي تم بينه وبين الفضولي ، وليس من وقت الاجازة ، وذلك تطبيقا لقاعدة الاجازة اللاحقة تعتبر بحكم وكالة سابقة •

أما اذا لم يجز المالك البيع فانه يعتبر باطلا من يوم الاتفاق كذلك ، ويجب لهذا اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد • ويترتب على ذلك قيام حق المشتري في استرداد ما دفعه من الثمن والمصاريف وله ، فوق ذلك ، أن يطالب الفضولي بالتعويض اذا كان هو نفسه حسن النية أي غير عالم بأن المبيع مملوك للغير ، كما يجب على المشتري ، من جهته ، أن يرد المبيع الى مالكه •

(٢) اذا سلم المشتري البدل للبائع (الفضولي) وهلك في يده ، فقد ميز المشرع العراقي في هذا الفرض بين حالتين : حالة ما اذا كان المشتري

سيء النية أو حسن النية • فاذا كان سيء النية ، أي انه كان يعلم وقت التعاقد أن المبيع غير مملوك للبائع ، فان المشتري هو الذى يتحمل بتبعة الهلاك جزاء لسوء نيته ، اذا كان الهلاك بدون تعد من البائع (الفضولي) • أما اذا كان المشتري حسن النية ، أي انه كان يجهل ، وقت البيع ، ان المبيع غير مملوك للبائع ، أو اذا كان الهلاك بتعد من الفضولي ، فان البائع هو الذي يتحمل بتبعة الهلاك في هاتين الحالتين •

(٣) اذا سلم البائع (الفضولي) العين المبيعة الى المشتري وهلكت تحت يده بدون تعد منه ولم يجز المالك البيع ، كان لهذا الاخير أن يرجع بضمان قيمة المبيع على أى من البائع (الفضولي) أو المشتري ، ولكنه اذا اختار الرجوع على أحدهما ، سقط حقه في الرجوع على الآخر •

٦٦٣ ـ ويلاحظ أن قول المشرع العراقي في عجز الفقرة الثالثة من المادة (١٣٥) بأنه : « اذا هلك البدل في يد الفضولي » يفترض فيه انه قد قصد به عقد المقايضة ولم يقصد عقد البيع بمعناه الضيق •[١٥] ذلك ان البائع (الفضولي) عندما يكون قد قبض مقابل المبيع ، فالمفروض انه يقبض الثمن الذي هو دائماً مبلغ من النقود ، والثمن لا يهلك ، اذا كان مبلغا من النقود ،بل يتعلق بالذمة ، كما تقول الفقرة الاولى من المادة (٥٢٦) من القانون المدني • لذلك فنص المشرع على حالة هلاك البدل فى يد الفضولي لم يقصد به سوى عقد المقايضة • وليس ذلك بغريب على المشرع العراقي ، لانه اعتبر المقايضة نوعا من البيع بمفهومه الواسع ، وعالج أحكامها فى الفرع الثاني من الباب المخصص لعقد البيع تحت عنوان « بعض أنواع البيوع » •

---

(١٥) فى هذا المعنى : العامري ، ط ١ ، ص ٢١١ •

المصـــادر

١ ـ بالعـربيـــة

الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت :

ـــ نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، القاهرة ، ١٩٤٥ .

الدكتور احمد محمد ابراهيم :

ـــ القانون المدني ، القاهرة ، ١٩٦٤ .

الدكتور اكرم ياملكي :

ـــ مسؤلية المديرين وهيئات الادارة في شركات المساهمة ، رسالة دكتوراه ، جنيف ، ١٩٦٤ .

ـــ الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، جـ٢ ، بغداد ١٩٦٩.

الدكتور انور سلطان والدكتور جلال العدوي :

ـــ الموجز في العقود المسماة ، جـ١ ، البيع ، القاهرة ، ١٩٦٤ .

الدكتور جمال مرسي بدر :

ـــ النيابة في التصرفات القانونية ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ١٩٦٨.

العلامـة الحسن بن المطهر :

ـــ تذكرة الفقهاء ، جـ٧ ، كتاب البيع ، النجف ، ١٩٥٥ .

الدكتور حسن على الذنون :

ـــ النظرية العامة للالتزام ، جـ١ ، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٤٩.

ـــ أحكام الالتزام ، بغداد ، ١٩٥٢.

ـــ العقود المسماة ، عقد البيع ، بغداد ، ١٩٥٣ .

ـــ الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ، ١٩٥٤ .

الدكتور خميس خضر :

ـــ عقد البيع فى القانون المدني ، القاهرة ، ١٩٦٩ .

الدكتور سعدون العامرى :

— مذكرات في العقود المسماة ، البيع والايجار ، بغداد ، ١٩٦٦ .

— الوجيز في شرح العقود المسماة ، جـ١ ، في البيع والايجار ، بغداد ، ١٩٧٠ .

الدكتور سليمان مرقس :

— العقود المسماة ، المجلد الاول ، عقد البيع ، القاهرة ، ١٩٦٨ .

الدكتور سليمان مرقس والدكتور محمد علي امام :

— عقد البيع في التقنين المدني الجديد ، القاهرة ، ١٩٥٢-١٩٥٣ .

الاستاذ شاكر ناصر حيدر :

— الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، جـ١ ، الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ، ١٩٥٩ .

الدكتور صبحي المحمصاني :

— النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ، جـ٢، بيروت ، ١٩٤٨ .

الدكتور صبيح مسكونى :

— القانون الروماني ، بغداد ، ١٩٦٨ .

الدكتور صلاح الدين الناهي :

— الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، بغداد ، ١٩٥٠ .

— الوسيط فى شرح القانون التجارى العراقى ، جـ١ ، ط٣ ، بغداد ، ١٩٥٣ .

— الوجيز فى الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ، ١٩٦٠-١٩٦١.

الدكتور عباس حسن الصراف :

— شرح عقدى البيع والايجار فى القانون المدنى العراقى ، بغداد ، ١٩٥٦ .

— العربون واحكامه فى القانون المدنى العراقى ، مجلة القضاء ، العدد ١ ، سنة ١٩٥٨ ، ص١٥ وما بعدها .

— ملاحظات حول الالتزام بنقل الملكية ، مجلة كلية الشرطة ، العدد ١ ، السنة الثانية ، أيار ١٩٦٨ ، ص ١ وما بعدها .

عبدالرحمن الجزيرى :

— الفقه على المذاهب الاربعة ، جـ٢ ، القاهرة (بدون تاريخ) .

عبدالرحمن العلام :

— المبادىء القضائية ، بغداد ، ١٩٥٧ .

الدكتور عبدالرزاق احمد السنهورى :

— الوسيط فى شرح القانون المدنى ، جـ١ نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ، القاهرة ، ١٩٥٢ .

— الوسيط في شرح القانون المدني ، جـ٤ ، المجلد الاول ، البيع ، القاهرة ، ١٩٦٠ .

— مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، الجزءان ٢ و٤ ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، ١٩٥٧ .

الدكتور عبدالعزيز عامر :

— عقد البيع ، القاهرة ، ١٩٦٧ .

الدكتور عبدالمجيد الحكيم :

— نظرية الالتزام ، جـ١ ، مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٦٠ .

— هل يمكن ان يوجد التزام بنقل الملكية وهل يمكن ان يكون للالتزام اثر ؟ بحث منشور فى مجلة القضاء ، العدد ٢ ، ١٩٦٦ ص ٣٦ ومابعدها .

الامام محمد الحسين آل كاشف الغطاء :

— تحرير المجلة ، جـ٢ ، النجف ، ١٣٦٠هـ .

الامام محمد بن رشد القرطبي :

— بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، جـ٢ ، ط٣ ، القاهرة ، ١٩٦٠ .

الدكتور محمد لبيب شنب :

— شرح احكام عقد البيع ، القاهرة ، ١٩٦٦ .

الدكتور محمود سعدالدين الشريف :

— نظرية الالتزام ، ج١ ، مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٥٥ .

الاستاذ منير القاضي :

— شرح المجلة ، جـ١ ، بغداد ، ١٩٤٧ .

— ملتقى البحرين ، بغداد ، ١٩٥٢ .

هاشم معروف الحسنى :

— نظرية العقد فى الفقه الجعفرى ، بيروت (بدون تاريخ) .

٢ ـ بالفرنسية

ACCARIAS, C.:

— Précis de droit romain, t. 2, Paris, 1874.

AUBRY et **RAU:**

— Droit civil français, 6e. éd., t. 4 et 5, Paris, 1952.

BAUDRY — LACANTINERIE, G. et **SAIGNAT, Leo :**

— Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange, 3e. éd., Paris, 1908.

COLIN, Ambroise, **CAPITANT,** Henri et **DE LA MORANDIERE,** Léon:

— Traité de droit civil, t. 2, Paris, 1959.

DAEPPEN, Oscar et **REYMOND,** Charles:

— Le code fédéral des obligations, Zurich, 1937.

DEMOGUE, René:

— Traité des obligations en général, t. 3, Paris, 1923.

DE PAGE, Henri:

— Traité élémentaire de droit civil belge, t. 4, Bruxelles, 1951.

FUNK, Fritz:

— Commentaire du Code fédéral des obligations, Neuchâtel, 1923.

GIRARD, Paul **Frédéric:**

— Manuel élémentaire de droit romain, 7e éd., Pairs, 1924.

JOSSERAND, Louis:

— Cours de droit civil positif français, t. 2, 2e. éd., Paris, 1933.

MAZEAUD, Henri et Léon et Jean:

— Leçons de droit civil, t. 3, 2e. éd., Paris, 1963.

PLANIOL, Marcel, **RIPERT,** Georges **et BOULANGER,** Jean:

— Traité de droit civil, t. 2, Paris, 1957, t. 3, 1958.

PLANIOL, Marcel, **RIPERT,** Georges et **HAMEL,** J. :

— Traité pratique de droit civil français, t. 10, 2e. éd. Pairs, 1956.

ROSSEL, Virgile:

— Manuel de droit civil suisse, t. 3, Lausanne, 1920.

SCHNEIDER, A. et **FICK, H. :**

— Commentaire du Code fédéral des obligations, t. 2, Neuchâtel, 1916.

تصويب واعتذار

نعتذر للقارىء الكريم عما وقع فى هذا الكتاب من اخطاء وسقوط بعض العبارات مع اننا قد بذلنا كل ما فى وسعنا لتلافى ذلك ، تاركين لفطنة القارىء اللبيب الكشف عما قد يكون فيه من اخطاء اخرى لم نهتد اليها .

الصحيفة	السطر	الخطأ	الصواب
٣١	١٦	عصر الزمن	عنصر الزمن
٣١	١٨	عنصر عرضي	عنصراً عرضياً
٣٧	٥	(م ١١ مدني عراقى)	(م ٦١١ مدني عراقى)
٣٧	١٣	ولاقاربه	ولا رقابة
٤٦	١٧	أو اذا ذكر فى العقد ان البائع اذا توفي المشترى قبله	او اذا ذكر في العقد ان البائع قد ابرأ المشترى من الثمن ، او اشتراط عودة ملكية المبيع الى البائع اذا توفي المشتري قبله
٥٦	١٧	التزام	التزم
٦٧	٣	وعدم الاهلية	وعديم الاهلية
٧٩	١٥	يتحق	يتحقق
٨٥	٤	وباقرار	وباقراره
٩٤	١٠	الفقرة الاول	الفقرة الاولى
١٢٠	١٤	يتمكن من	يتمكن
١٢٣	١٣	بمقتضاء	بمقتضاه
١٢٤	١٩	يعرض رغبة	يعرض رغبته
١٤٠	الهامش ٢١٦	الهوزي	السنهوري
١٤٣	١٣	ان يتحكم	ان يحتكم
١٤٦	٢	يد المشترى فى المشتري	يد المشتري
١٦١	١٦	لقد	لعقد
١٦١	٧ الهامش ٤	المشر	المشرع
١٦٢	١١	فالمقصود من المبيع	فالمقصود من البيع

الصحيفة	السطر	الخطأ	الصواب
١٩٠	٩	والاشراك بعض المبيع	والاشراك بيع بعض المبيع
١٩٢	٥	هذا التعبير خبيراً	هذا الغير يعتبر خبيراً
١٩٤	١٨	لايعني	لا يُعنى
١٩٦	١٣	وكذلك	ولذلك
٢٠٠	٤ من الهامش (٢)	بتسلم	بتسليم
٢٠١	١٥	المبيع	البيع
٢٠٦	٢ من الهامش (١٣)	واخذ	اخذ
٢١٥	١١	وتنقل	وتنتقل
٢٢٣	٦ من الهامش (٣٧)	التزام	التزم
٢٣٦	١ من الهامش (٦٧)	ما هو في	ما هو مقرر فى
٢٥٧	١٧	بالتازمه	بالتزامه
٢٨٥	١٦	تفرض	تفترض
٣١٠	٢ من الهامش (٢٠٧)	التي بطريق	التى تتم بطريق
٣٢٢	عنوان	المطلب الرابع	المطلب الثالث
٣٢٨	١٤	(٢١٧)	(٢٤٧)
٣٥٣	١٩	لانهما	لانهـا
٣٦١	٩ من الهامش (٤)	الاصليين	الاصيلين
٣٧١	١٣	الاستراد	الاسترداد
٣٧٧	١٠	فلمتنازل	فللمتنازل
٣٧٨	٥	اقتضى	اقتفى
٣٧٩	١٨	مدنياً	مدينـا
٣٨٠	٣	مدينة	مدينه
٣٨٩	٢	نتهى	انتهى
٣٩٥	١٩	مالكا للبيع	مالكا للمبيع

فهرس تحليلي

صفحة

صفحة

صفحة

الباب الثاني

آثار البيع

الفصل الاول

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الباب الثالث

احكام خاصة ببعض انواع البيوع

الفصل الاول

الفصل الثاني

صفحة

١٠٠٠/١١١
١٩٧٠/٤/١٠

RECIS DES CONTRATS NOMMES

TOME PREMIER

DE LA VENTE

Par

GHANI H. TAHA

(Docteur en Droit)

Ouvrage subventionné par l'Université de Basrah

AL-MA'AREF PRESS - BAGDAD

1969 - 1970