

فواجه القانون هذا الوضع بما يلائمه، وأجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يستردده من المشتري بدفع الثمن - وهو كما قدمنا أقل من قيمة الحق - مع المصروفات والشوائب. أما في الحالات الاستثنائية التي تنفي فيها فكرة المضاربة، فقد منح القانون حق الاسترداد (١).

فنبعث إذن : (١) متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه (٢) وكيف يكون الاسترداد (٣) والآثار التي تترتب على الاسترداد (٤) والحالات الاستثنائية التي لا يجوز فيها الاسترداد .

١٠٥ - متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه : ويؤخذ من نص

المادة ٤٦٩ مدني أنه يجب توافر شرطين حتى يجوز الاسترداد : (١) أن يكون الحق المسترد حقاً متنازِعاً فيه (٢) وأن يكون قد نزل عنه صاحبه بمقابل .

فيجب أولاً أن يكون الحق المسترد حقاً متنازِعاً فيه . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ مدني إنه « يعتبر الحق متنازِعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي » . فليس من الضروري إذن أن تكون هناك دعوى مرفوعة بالحق حتى يكون الحق متنازِعاً فيه، وبكفي أن يقوم في شأنه

(١) ويذهب بودري وسيبيا إلى أن فكرة المضاربة لا تكن وحدها لتبرير حق الاسترداد من المضارب ، فالمضاربة ليست في ذاتها شراً محضاً حتى ينتصب القانون لمحاربتها . وإذا كانت المضاربة في بعض الحالات تنطوي على استغلال وتعمف، فهي في حالات أخرى ينتج عنها الخير . إذ يقع أن صاحب الحق المتنازع فيه لا يكون عنده من الوسائل ما يحصل به حل حقه فبيده لمن مر أقدر منه على ذلك ، فيصل إلى الكثير من حقه وكان يفقده لولا هذه المضاربة . وإنما يبرر حق الاسترداد مصلحة اجتماعية أعلى من الضرب على أيدي المرابين ، هي وضع حد للنزاعات والقضايا . فإن الحق المتنازع فيه إذا استرده المدين عن اشتراء فقد وضع بذلك حداً للنزاع وحسم الخصومة ، ولم يحد المشتري شيئاً فقد استرد مادفنه ، والقانون ينشد دائماً فض النزاعات أو تقليصها بقدر الإمكان (بودري وسيبيا فقرة ٩١٤ ص ٩٣٤) .

وإذا استرد المدين الحق المتنازع فيه بدفع ثمنه للمشتري ، فإن الأمر يؤول إلى وضع شبهة بما إذا تصالح صاحب الحق مع مدينه على أن يأخذ منه مبلغاً أكثر من قيمة الحق ، وهذا المبلغ هو الذي ارتضاه صاحب الحق عندما باع به حقه . فكأن المدين دفع لصاحب الحق - يملكه المشتري خلفه - القيمة التي ارتضاها صاحب الحق نفسه، وذلك لفض النزاع . فالأمر في صورته استرداد ، وفي حقيقته ضرب من الصلح .

نزاع جدى (١). وليس من الضروري أيضاً أن يكون الحق الذى رفعت به دعوى يكون حقاً متنازماً فيه ، فقد لا يمس النزاع فى الدعوى موضوع الحق نفسه بل يتناول مسائل شكلية فى الإجراءات كعدم صحة الإعلان أو عدم توافر الصفة أو نحو ذلك (٢)، والحق حتى يكون متنازماً فيه يجب أن يقوم النزاع فى موضوعه بالذات (٣). وقد ترفع بالحق دعوى تنتهى إلى حكم ابتدائى ، فإدام الحكم غير نهائى يبقى الحق متنازماً فيه ، لا فحسب إذا طعن فى الحكم

(١) وقد حسم هذا النص خلافاً كان قائماً فى عهد التقنين المدنى السابق ، إذ كان هناك رأى يذهب إلى أن الحق لا يكون متنازماً فيه إلا إذا رفعت به دعوى ، وفى فرنسا نص التقنين المدنى الفرنسى (١٧٠٠م) يجعل هذا المعنى متيناً . أما نص التقنين المدنى المصرى الجديد فصريح فى المعنى العكسى (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) . أما من حيث تحريم شراء الحق المتنازع فيه هل عمال القضاء ، فى فرنسا (م ١٥٩٧ مدنى فرنسى) كما فى مصر يكون أن يقوم فى الحق نزاع جدى ولو لم ترفع به دعوى (بودرى وسينيا فقرة ٢٦٣) . ولا يكون الحق متنازماً فيه إذا لم يتم فى موضوعه نزاع جدى ، حتى لو رفعت به بعد ذلك دعوى لم تكن منتظرة (بودرى وسينيا فقرة ٢٦٥) — وصحوبة التنفيذ بالحق لا تجعله متنازماً فيه . أما النزاع فى مرتبة الحق فحسب له هذا الوصف (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٥ - بودرى وسينيا فقرة ٢٦٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٥) - والنزاع فى تأمينات الحق لا يجعله حقاً متنازماً فيه إلا إذا كان هذا النزاع من شأنه أن يجعل الحق غير مستطاع التنفيذ ، وكذلك النزاع فى براءة اختراع لا يجعل الماخر متنازماً فيه إلا إذا كانت هذه البراءة هى المنصر الجوهري فى التجزير (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٨ ص ٤٠٣) .

ومعرفة ما إذا كان هناك نزاع جدى فى موضوع الحق مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع ، ولا عقب عليه فى ذلك من محكمة النقض (المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر معه الدين متنازماً فيه بالمعنى المقصود فى المادة ٣٥٤ مدنى (قديم) ، إذ يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع فيها أن يكون قائماً بشأنه ، وقت التنازل عنه ، خصوصاً أمام القضاء وأن يكون النزاع فيها متصباً على أصل الحق (le fond de droit) ، أى متعلقاً بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو للمقروط بمضى المدة . فكل الرافق الذى يتعرض السداد بفعل المدين ، كالتفويض بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة للمدعى ، لا يعتبر معها الدين متنازماً فيه ، لأنها غير متعلقة بأصله (نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٩ ص ٢١٧) .

(٣) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٣١ — والنزاع يقوم فى موضوع الحق إذا تعلق بوجوده أو بانتفضاله أو بمداه أو بمقداره ، أو إذا دفع الحق بدفع موضوعى ، أى إلى رفضه نهائياً كالدفع بالتقادم (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٨ - ص ١٧٩ — بودرى وسينيا فقرة ٩٢٢) .

الاستنادى بطريق من طرق الطعن الاعتيادية كالمعارضة والاستئناف ، بل أيضاً طول المدة التي يظل فيها باب هذا الطعن الاعتيادى مفتوحاً ولو لم يظن في الحكم بالفعل . أما إذا كان الحكم نهائياً فقد انحصم النزاع في الحق وأصبح حقاً غير متنازع فيه ، فلا يجوز فيه الاسترداد حتى لو كان الحكم النهائى يمكن أن يظن فيه بطريق غير اعتيادى كالنقض والتماس إعادة النظر ، وحتى لو كان باب الطعن غير الاعتيادى لا يزال مفتوحاً . أما إذا ظن بالفعل في الحكم النهائى بظن غير اعتيادى ، فإن الحكم يعود في هذه الحالة حقاً متنازعاً فيه ، ويجوز فيه الاسترداد (١) . ويجب أن يكون الحق متنازعاً فيه على النحو الذى أسلفناه في اليوم الذى ينزل فيه عنه صاحبه إلى الغير ، فلو بدأ الحق متنازعاً فيه ثم انحصم النزاع فنزل عنه صاحبه بعد ذلك لم يجز الاسترداد ، ولو كان الحق وقت أن نزل عنه صاحبه غير متنازع فيه ثم نوزع فيه بعد ذلك لم يجز الاسترداد كذلك (٢) . ويستوى أن يكون الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، منقولاً أو عقاراً . فلا يوجد ما يمنع من استرداد عقار متنازع فيه باع المدعى حق ادعائه فيه إلى أجنبي ، فيسترد المدعى عليه وهو الحائز للعقار حتى المدعى برده له الثمن والمصروفات والفوائد . أما إذا كان البائع هو المدعى عليه حائز العقار ، فهناك خلاف في رأى . فمن يؤسس حق الاسترداد على فكرة المضاربة يجيز للمدعى حق الاسترداد ، لأن الحكمة متوافرة في حالته كما توافرت في حالة المدعى عليه . ومن يؤسس حق الاسترداد على فكرة حسم الخصومات ينكر على المدعى حق الاسترداد ، إذ هو الذى أنشأ الخصومة بادعائه فلا يجوز أن يسترد توكياً لخصومة هو المتسبب فيها (٣) .

(١) محكمة مصر ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٣/٢٦٤ ص ٣٧١ — أوبرى ورو ٥
فقرة ٣٥٩ مكررة رابماً ص ١٨٠ — بودرى وسينيا فقرة ٢٦٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٣١٩ ص ٤٠١ — كولان وكايبثان ٢ فقرة ٩٧٨ .

(٢) والعبارة في حوالة الحق المتنازع فيه بقيام النزاع وقت الاتفاق على الحوالة لا وقت إعلانه
للمدين (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابماً هامش رقم ١٦ — بودرى وسينيا فقرة ٩١٧ —
بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠) . وإذا قبل المدين حوالة حق ينزاع فيه وكان قبوله
دون تحفظ ، لم يجز له الاسترداد .

(٣) أنظر من الرأى الأول جيوار ٢ فقرة ٨٩٣ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابماً
هامش رقم ١٥ — بلانيول وريبير هامش ١٠ فقرة ٣١٨ — الأستاذين أحمد نجيب الهلال =

والشرط الثاني أن يكون النزول عن الحق بمقابل . فاذا نزل صاحب الحق عنه للغير تبرعاً لم يجز الاسترداد ، لأن التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولا يمكن وصف التبرع له أنه بتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة (١) . أما إذا وهب صاحب الحق حقه بعرض ، فإن كان العرض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جاز الاسترداد ، وإلا غابت صفة التبرع وامتنع على المدين استرداد الحق (٢) . ولا بد أن يكون المقابل نقداً أو أشياء مثلية على الأقل حتى يتمكن المسترد من أن يدفع مثلها للمشتري . فاذا كان النزول عن الحق من طريق المقايضة ، لم يجز الاسترداد ، لأن المسترد لا يستطيع أن يدفع للمشتري مثل العرض بل كل ما يستطيع أن يدفعه هو قيمة العرض والقيمة لا تجزىء عن المثل (٣) . وليس معنى ذلك أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حتماً من طريق البيع (٤) ، فقد يكون من طريق آخر وبمقابل نقدي فيجوز

= وحامد زكي فقرة ٦٠٨ - وأنظر من للرأى الثاني بودرى وسينيا فقرة ٩٣٨ - الأستاذ أنور سلطان فقره ٤٢١ .

ويستوى في جواز حق الاسترداد أن يعلم المشتري بقيام النزاع في الحق أو لا يعلم ، إلا أنه إذا كان يعلم بقيام النزاع جاز له الرجوع أيضاً بالضمان على البائع (قارن المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - هذا إلى أنه لا يوجد مقابل للحق يدفعه المدين إذا هو استعمل حق الاسترداد ، ولا يجوز أن يسترد بدون مقابل فإن صاحب الحق لم يقصد أن يتبرع له هو .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً هامش رقم ١٤ - بودرى وسينيا فقرة ٩٣٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ ص ٤٠٣ .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٩٣٣ - كولان وكايبثان ٢ فقرة ٩٨٠ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٠٦ - عكس ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ .

(٤) وإن كان هذا هو الغالب . ويجوز الاسترداد حتى لو كان البيع قضائياً في المزاد (جيوار ٢ فقرة ٨٩١ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٧٧ وهامش رقم ١٤ - بودرى وسينيا فقرة ٩٣٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ - وقارن كولان وكايبثان ٢ فقرة ٩٨٢ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٠٦ - وأنظر في عدم جواز الاسترداد إذا وكل صاحب الحق المتنازع فيه شخصاً آخر في قبض الحق من المدين في مقابل جزء من هذا الحق كولان وكايبثان ٢ فقرة ٩٨٠ ص ٦٤٥ .

الابتدائي بطريق من طرق الظمن الاعتيادية كالمعارضة والاستئناف ، بل أيضاً طول المدة التي يظل فيها باب هذا الظمن الاعتيادي مفتوحاً ولو لم يظمن في الحكم بالفعل . أما إذا كان الحكم نهائياً فقد انحصم النزاع في الحز وأصبح حقاً غير متنازع فيه ، فلا يجوز فيه الاسترداد حتى لو كان الحكم النهائي يمكن أن يظمن فيه بطريق غير اعتيادي كالنقض والتماس إعادة النظر ، وحتى لو كان باب الظمن غير الاعتيادي لا يزال مفتوحاً . أما إذا ظمن بالفعل في الحكم النهائي بظمن غير اعتيادي ، فإن الحكم يعود في هذه الحالة حقاً متنازعا فيه ، ويجوز فيه الاسترداد (١) . ويجب أن يكون الحق متنازعا فيه على النحو الذي أسلفناه في اليوم الذي ينزل فيه عنه صاحبه إلى الغير ، فلو بدأ الحق متنازعا فيه ثم انحصم النزاع فنزل عنه صاحبه بعد ذلك لم يجز الاسترداد ، ولو كان الحق وقت أن نزل عنه صاحبه غير متنازع فيه ثم نوزع فيه بعد ذلك لم يجز الاسترداد كذلك (٢) . ويستوى أن يكون الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، منقولاً أو عقاراً . فلا يوجد ما يمنع من استرداد عقار متنازع فيه باع المدعى حتى ادعائه فيه إلى أجنبي ، فيسترد المدعى عليه وهو الحائز للعقار حتى المدعى برده له الثمن والمصروفات والفوائد . أما إذا كان البائع هو المدعى عليه حاز العقار ، فهناك خلاف في الرأي . فمن يؤسس حق الاسترداد على فكرة المضاربة يجيز للمدعى حق الاسترداد ، لأن الحكمة متوافرة في حالته كما توافرت في حالة المدعى عليه . ومن يؤسس حق الاسترداد على فكرة حسم الخصومات ينكر على المدعى حق الاسترداد ، إذ هو الذي أنشأ الخصومة بادعائه فلا يجوز أن يسترد توكفاً لخصومة هو المتسبب فيها (٣) .

(١) محكمة مصر ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٣/٢٦٤ ص ٣٧١ — أوبرى ورو ٥
فقرة ٣٥٩ مكررة رابعا ص ١٨٠ — بودرى وسينيا فقرة ٢٦٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٣١٩ ص ٤٠١ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٧٨ .

(٢) والمبرة في حوالة الحق المتنازع فيه بقيام النزاع وقت الاتفاق على الحوالة لا وقت إعلار
المدين (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا هامش رقم ١٦ — بودرى وسينيا فقرة ٩١٧ —
بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠) . وإذا قبل المدين حوالة حق ينزع فيه وكان قبله
دون تحفظ ، لم يجز له الاسترداد .

(٣) أفظر من الرأي الأول جيوار ٢ فقرة ٨٩٣ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا
هامش رقم ١٥ — بلانيول وريبير هامش ١٠ فقرة ٣١٨ — الأستاذين أحمد نجيب اللال =

والشرط الثاني أن يكون النزول عن الحق بمقابل . فإذا نزل صاحب الحق عنه للغير تبرعاً لم يجز الاسترداد ، لأن التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولا يمكن وصف المتبرع له أنه يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة (١) . أما إذا وهب صاحب الحق حقه بعوض ، فإن كان العوض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جاز الاسترداد ، وإلا غابت صفة التبرع وامتنع على المدين استرداد الحق (٢) . ولا بد أن يكون المقابل نقداً أو أشياء مثلية على الأقل حتى يتمكن المبرّد من أن يدفع مثلها للمشتري . فإذا كان النزول عن الحق من طريق المقايضة ، لم يجز الاسترداد ، لأن المبرّد لا يستطيع أن يدفع للمشتري مثل العوض بل كل ما يستطيع أن يدفعه هو قيمة العوض والقيمة لا تنجز عن المثل (٣) . وليس معنى ذلك أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حتماً من طريق البيع (٤) ، فقد يكون من طريق آخر وبمقابل نقدي فيجوز

= وحامد زكي فقرة ٦٠٨ - وانظر من للرأى الثاني بودري وسينيا فقرة ٩٣٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢١ .

ويستوى في جواز حق الاسترداد أن يعلم المشتري بقيام النزاع في الحق أو لا يعلم ، إلا أنه إذا كان يعلم بقيام النزاع جاز له الرجوع أيضاً بالضمان على البائع (قارن المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - هذا إلى أنه لا يوجد مقابل للحق يدفعه المدين إذا هو استحل حق الاسترداد ، ولا يجوز أن يبرّد بدون مقابل فإن صاحب الحق لم يقصد أن يتبرع له هو .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابحاً هامش رقم ١٤ - بودري وسينيا فقرة ٩٣٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ ص ٤٠٢ .

(٣) بودري وسينيا فقرة ٩٣٣ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٦ - عكس ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ .

(٤) وإن كان هذا هو الغالب . ويجوز الاسترداد حتى لو كان البيع قضائياً في المزاد (جيوار ٢ فقرة ٨٩١ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابحاً ص ١٧٧ وهامش رقم ١٤ - بودري وسينيا فقرة ٩٣٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ - وقارن كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٦ - وأنظر في عدم جواز الاسترداد إذا وكل صاحب الحق المتنازع فيه شخصاً آخر في قبض الحق من المدين في مقابل جزء من هذا الحق كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٠ ص ٦٤٥ .

الاسترداد . مثل ذلك أن يكون هناك حق بين شخصين من منهما يدعى أنه له ، ثم إن هذا الحق نفسه يتنازع فيه المدين ، فلو أن صاحب الحق المتنازع اصطلح فأعطى أحدهما الآخر مبلغاً من النقود حتى ينزل له عن ادعائه . فإن المدين يستطيع أن يسترد حقوق هذا الآخر برده المبلغ للأول ، ولكن يبقى الأول على ادعائه فهو لم يخص على شيء في مثابه (١) . كذلك إذا كان صاحب الحق المتنازع فيه في ذمته مبلغ من النقود لدائن ، فوفاه الدين بالحق المتنازع فيه ، جاز للمدين في الحق المتنازع فيه أن يسترد الحق من الدائن بأن يرد له الدين الذي كان له في ذمة صاحب الحق . وإذا باع صاحب الحق المتنازع فيه حقه هذا مع أموال أخرى بمنز واحد ، جاز للمدين أن يسترد الحق المتنازع فيه بحصته من الثمن (٢) .

١٠٦ - كيف يكون الاسترداد : يتم الاسترداد باجتماع أمرين :
(١) إعلان المدين إرادته في الاسترداد (٢) ورده للمشتري الثمن الحقيقي وفوائده والمصروفات .

ويعلن المدين (٣) إرادته في الاسترداد دون حاجة إلى شكل خاص . فإذا

(١) بودرى ومينيا فقرة ٩٣٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - والأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٧١ هامش رقم ٤ - والأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي ص ٦٢٠ هامش رقم ٤ .

ويمكن إبراد مثل آخر للصلح على النحر الآتي : دائن بألف وله مدينان متضامنان بتنازعاته في الدين ، فاصطلح مع أحدهما على ثمانمائة وتفاضاهما منه . فإذا رجع المدين الذي وفي الدائن على المدين الآخر ، كان لهذا المدين الآخر أن يسترد حصته في الدين - وهي خمسمائة - بما يقابلها في مبلغ الصلح بأربعمائة . وقد وصل للتقنين المدني الجديد إلى هذه النتيجة عن طريق آخر ، فيجعل للمدين التضامن الآخر أن يستفيد من الصلح ، إذ نص في المادة ٢٩٤ منه عن أنه " إذا تسالح الدائن مع أحد المدينين المتضامتين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو إبرامة اللزمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقون " .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ .

(٣) وإذا كان هناك مدينون متضامنون متمددون ، جاز لكل منهم أن يستعمل حق الاسترداد ، ويرجع على الباقيين كل بقدر حصته (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٣ ص ٤٠٣) - ويجوز خلف المدين ، كالوارث ، أن يستعمل حق الاسترداد (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١) . ويجوز لدائن المدين أن يستعمل باسمه حق الاسترداد .

كانت هناك دعوى بالحق المتنازع فيه منظورة أمام المحاكم - بأن يكون الدائن قد رفع الدعوى بطالب المدين بالحق ودخل فيها المشتري خصماً أو رفعها المشتري ابتداء على المدين بطالبه بالحق الذي اشتراه - فالمدين يعلن إرادته في الاسترداد عن طريق طلبه في المحكمة من المشتري بالشكل العادي الذي تبدي به الطلبات في الخصومة . ويوجه الطلب إلى المشتري دون الدائن ، فالمشتري وحده هو الخصم في الاسترداد (١) . وإذا لم تكن الدعوى منظورة ، بأن لم ترفع دعوى أصلاً بالحق المتنازع فيه وإنما قام في موضوعه نزاع جدي ، أو رفعت الدعوى وصدر فيها حكم ، زال باب الطعن العادي مفتوحاً فيه ولكن لم يرفع الطعن فعلاً ، فطلب الاسترداد يكون باعلان المدين إرادته ، ويوجه هذا الإعلان إلى المشتري دون الدائن كما قدمنا ، ويحدث الإعلان أثره من وقت وصوله إلى علم المشتري وفقاً للقواعد العامة (٢) .

ويجب أن يرد المدين للمشتري رداً فعلياً - أو يعرض عرضاً حقيقياً - الثمن وفوائده عن وقت الدفع وسعروفات ، فإن طلب الاسترداد لا يحدث أثره إلا

(١) ولا يجوز أن يكون طلب الاسترداد طلباً احتياطياً ، بأن يطلب المدين طلباً أصلياً الحكم بعدم صحة الدين أو بانقضائه مثلاً وطلباً احتياطياً باسترداده من المشتري ، لأن الاسترداد على هذا النحو يكون استرداداً لحق غير متنازع فيه إذ هو لا يقوم إلا بعد تصفية النزاع وإقرار الدين قضاء . هذا إلى أن الطلب الاحتياطي ليس من شأنه أن يضع حداً للخصومة ، إذا هو لا يوجد إلا بعد القضاء فيها (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٥٥ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابحاً ص ١٨٠ - بودري وسهنا فقرة ٩٤٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨) .

وقد نصت محكمة النقض بأن المادة ٣٥٤ مدني (قديم) لا تخول المدين من استرداد الدين المبيع بعرض الثمن على المشتري إلا إذا كان ذلك حاصلًا بصفة أصلية وبغير تنازعة في أصل الدين رغبة في إنهاء الخصومة صلحاً على هذا الأساس (نقض مدني ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٩ ص ٣١٧) .

ولو كان الحكم بما يجوز الطعن فيه بطريق عادي ، وقبل الحكم طلب المسترد الاسترداد بصفة احتياطية ، جاز له ذلك ، لأنه حتى بعد صدور الحكم يبقى الحق متنازحاً فيه (الأستاذ منصور مصطف منصور فقرة ١١٩ ص ٢٧٢) .

(٢) وإذا نازع المشتري في صحة الاسترداد ، رفع الدين دعوى عليه يطلب فيها الحكم بصحة

إذا تم هذا الرد أو العرض (١) . ذلك أن نص القانون (م ٤٦٩/١) مدني صريح في أن للمتنازل ضده أن يتخلص من المتبعية إذا هو رد إلى المتنازل الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المنصروفات وفوائد الثمن من يوم البيع . ولأن المتخلص من المتبعية بالحق المتنازل فيه لا يكون إلا من يوم الوفاء ، وأن الوفاء لا يكون إلا بالدفع الفعلي أو العرض الحقيقي إذا لم يقبل المشتري الدفع الفعلي أو تنازع في صحته . والذي يجب أن يدفع فعلاً أو يعرض عرضاً حقيقياً هو ما يأتي : (١) الثمن الحقيقي الذي دفعه المشتري لشراء الحق المتنازع فيه ، وأراد القانون بذكر لفظ الحقيقي ، التحرز من الثمن الصوري الذي قد يذكره المتبايعان في عقد البيع ، فيزيدان من الثمن الحقيقي حتى يمنعا المدين من الاسترداد أو يجعله الاستداد أكثر كلفة . وللمدين أن يثبت بجميع الطرق أن الثمن المذكور وعند ليس هو الثمن الحقيقي ، وأن يقتصر على دفع الثمن الحقيقي أو عرضه (٢) . (٢) فوائد هذا الثمن من وقت أن دفعه المشتري للبائع . والمراد هنا الفوائد بالسعر القانوني - ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في

(١) بودري وسينيا فقرة ٩٥٠ - الأستاذ أن سلطان فقرة ٤٢٤ - الأستاذ عبد المنعم البيراري فقرة ٤٠٧ ص ٥٩٥ - قارن أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨ - كولان وكبيتان ٢ فقرة ٩٨٢ - الأستاذين أحمد نجيب الهذلي وحامد زكي فقرة ٦١٠ - الأستاذ سليمان مرتق فقرة ٢٩١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٠ ص ٤٥٨ .

(٢) وإذا كان البائع قد منح المشتري أجلًا للوفاء بالثمن ، فمسترد أن يستفيد من هذا الأجل ، ولكن للقضاء أن يلزمه بتقديم تأمين كاف يضمن السداد (بودري وسينيا فقرة ٩٤٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ - الأستاذ أنور سلطان مرة ٤٢٣ ص ٤٠٦ .

وإذا باع المشتري الحق قبل استعمال حق الاسترداد ، فمتنازل ضده يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري من المشتري لا ضد المشتري ، ويدفع له الثمن الذي اشترى به سواء كان أكثر من الثمن الأول الذي دفعه المشتري للبائع أو أقل . ذلك أن الاسترداد ليست له مدة مقررة قانوناً يجب أن يستعمل في خلالها ، فيجوز استعمال هذا الحق في أي وقت إلى أن يحسم النزاع في شأن الحق . وعند استعماله يوجه لمن كان الحق متعلقاً إليه وقت الاستعمال ، سواء كان المشتري أو مشترياً منه أو مشترياً ثالثاً أو مشترياً بعد ذلك (بودري وسينيا فقرة ٩٤٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤٠٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٠ ص ٤٠٧ - الأستاذ منصور مصطوف منصور فقرة ١١٩ ص ٢٧٣ - وانظر عكس ذلك في دفع المسترد للمشتري الثاني الثمن الذي دفعه المشتري الأول للبائع : ديمولوب ١٩ فقرة ١١٠ - جيوار ٢ فقرة ٩٠٣ - أوري ورو : فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ٣٢ مكرر ثالثاً) .

المسائل التجارية - لتعويض المشتري عن المدة التي بقي فيها محروماً من الثمن لا ينتفع به . وفي مقابل ذلك يرد المشتري للمدين ثمرات الحق المتنازع فيه ، فان كان ديناً ينتج فوائد تنف هذه الفوائد ولا يدفعها المدين للمشتري منذ اليوم الذي دفع فيه المشتري الثمن للدائن ، وإن كان عقاراً رد المشتري ثمراته من ريع أو محصولات للمتنازل ضده . أما إذا كان الثمن الذي اشترى به المشتري الحق المتنازع فيه مؤجلاً وينتج فوائد ، فان المتنازل ضده يتحمل هذا الثمن . ووجلاً كما كان ويدفع الفوائد المتفق عليها ، وهذه غير الفوائد القانونية التي أشرنا إليها فيما تقدم . ويلتزم بهذا نحو المشتري ، والمشتري يبقى ملتزماً نحو البائع كما سنرى . (٣) مصروفات التنازل عن الحق المتنازع فيه ، كرسوم التسجيل في العقار ورسوم الورقة الرسمية أو التصديق على الإمضاء ورسوم الختم والسمرة وأنواع المحامى وغير ذلك (١) . ويتحمل المسترد أيضاً مصروفات الاسترداد ، ويدخل فيها مصروفات دعوى المطالبة بالحق إذا كان المشتري هو الذى رفعها على المتنازل ضده ، فان هذه الدعوى قد انتهت دون حكم فتحمل المشتري مصروفاتها فيرجع بها على المتنازل ضده (٢) . وكذلك يرد المتنازل ضده مصروفات دعوى المطالبة بالحق التي قد يكون صاحب الحق رفعها ضده وانتهت دون حكم ، وذلك فيما إذا كان المشتري قد تحملها ، أما إذا لم يرجع بها صاحب الحق على أحد فالغالب أن يكون قد أدخلها في الثمن الذى باع به الحق وقد رأينا أن المتنازل ضده يجب عليه رد هذا الثمن للمشتري .

١٠٧ - الأثر الذى ترتب على الاسترداد : إذا استرد المتنازل ضده

الحق المتنازع فيه من المشتري ، فان هذا لا يعنى أنه أقر بأن الحق ليس له . وكل ما عناه بالاسترداد أنه قصد وضع حد لخصومة القائمة ، حتى ينحسم النزاع فى أمر لا تعرف مغيبته (٣) .

(١) وإذا كان المشتري قد دفع رسوماً أكبر بسبب المسالفة في الثمن ، لم يكن له أن يرجع على المسترد بما زاد من هذه الرسوم (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣ : ص ٤٠٦-٤٠٧) .

(٢) بلاينيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨ .

(٣) وقد رأينا أنه إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً حول إلى آخر ، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، سقط حقه في الاسترداد (أنظر آنفاً فقرة ١٠٥ في الهامش) . أما إذا ==

والاسترداد إذا تم على الوجه الصحيح يكون له أثره : (أولاً) في العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده . (ثانياً) وفي العلاقة ما بين المشتري والبائع . (ثالثاً) وفي العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع .

ففي العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده ، يحل الثاني محل الأول بموجب الاسترداد . ولا يعتبر الاسترداد شراءً جديداً للحق المتنازع فيه صدر من المشتري للمتنازع ضده ، بل إن المشتري يعتبر - في العلاقة ما بينه وبين المتردد - أنه لم ينتقل إليه الحق أصلاً وقد انتزعه منه المتردد . ويترتب على ذلك أن جميع الحقوق التي يكون قد رتبها المشتري على الحق قبل الاسترداد تسقط ، وتعتبر كأن لم تكن (١) . فإذا كان الحق المتنازع فيه عقاراً ، سقط كل ما رتبته المشتري على هذا العقار من رهون أو تصرفات أخرى كحقوق ارتفاق أو حقوق انتفاع . وتسقط الحجز التي يكون دائن المشتري قد وقعها تحت يد المتنازل ضده ، إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً ، إذ هي تعتبر واردة على حق ليس للمشتري (٢) .

وفي العلاقة ما بين المشتري والبائع يبقى البيع قائماً ، فلا ينتقض بالاسترداد (٣) . وهذا بخلاف الشفعة وحق الاسترداد بوجه عام ، فهناك يحل المتردد محل المشتري نحو البائع ، أما هنا فالاسترداد يوجه ضد المشتري وحده دون البائع ، فلا تتأثر بالاسترداد العلاقة ما بين المشتري والبائع . ومن ثم يكون للبائع حق مطالبة المشتري بالثمن والالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد البيع ، ولا يحل المتردد

= احتفظ المدين بحقه في الطعن في الدين عند قبول الحوالة ، جاز له بعد ذلك أن يسترده (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢/٢٤ ص ٦١) .
وإذا حول المحني عليه في جريمة حقه في التعمير إلى آخر ، جاز للمتهم أن يسترد الحق مع بقاء منكر ارتكاب الجريمة ومنكراً استحقاق المحني عليه للتعمير (هيك ٢ فقرة ٦٦٣ - بودري وسينا فقرة ٩٥١) .

(١) لكن إذا باع المشتري الحق من مشتري ثان ، فقد قدمنا أن الاسترداد يوجه إلى المشتري الثاني بانتم الذي دفعه هذا المشتري الأول ، فلا يسقط تصرف المشتري الأول في الحق بالبيع (أنظر أيضاً فقرة ١٠٦ في الهامش) .

(٢) قارن الأستاذ منصور مصطلح منصور فقرة ١٢٠ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٧ .

(٣) قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٦ - والأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢ .

محل المشتري في هذه الالتزامات ، فان البائع لم يتعامل معه فلا يجبر على معاملته . ولا يرجع المشتري على البائع بالضمان ، بعد ان انتزح المسترد الصفقة من المشتري ، وذلك ما لم يكن المشتري مجهل أنه اشترى حقاً متنازعا فيه ، فان جهل ذلك رجح على البائع بالضمان والتعويض (١) .

بقيت العلاقة ما بين البائع والمسترد . والخصوصية التي تميز هذا النوع من الاسترداد عن غيره من الأنواع الأخرى أن المسترد هنا مدين بالحق المتنازع فيه للبائع ، فهو غير أجنبي عن الحق بخلاف الشفيع الأجنبي عن العين المشفوعة . وهو إذن لا يتلقى الحق ، بل ينهبه إذا كان حقاً شخصياً ، ويقطع الخصومة فيه إذا كان حقاً عينياً . ويترتب على ذلك أن الحق المتنازع فيه لا ينتقل من البائع إلى المسترد ، فقد كان حقاً متنازعا فيه ما بين البائع والمسترد ، وكل ما حدث بالاسترداد أن هذا النزاع قد انحسم ، ولم يعد للبائع حق في مطالبة المسترد بشيء من الحق المتنازع فيه ، ويكون للاسترداد الأثر الذي للصلح في حسم النزاع . فاذا كان الحق المتنازع فيه ديناً يدعيه البائع في ذمة المسترد ، فان الاسترداد لا ينتقل الدين إلى المسترد فينقضي باتحاد الذمة ، بل إن الاسترداد بحسم النزاع في الدين فيعتبر كأنه لم يكن في ذمة المسترد (٢) . وإذا كان الحق

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٨٢ — بودرى وسينيا فقرة ٩٥٥ — عكس ذلك ملايينارودير ٥٥٥ هامل ١٠ فقرة ٣٢٢ ص ٤٠٩ — وقاون الأستاذ مصدق مصطلح منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧٠ — وانظر آنفاً فقرة ١٠٥ في الهامش .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٩٥٨ — وما ورد في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد في حاجة إلى التحرير ، فقد ورد ما يأتي : « وإذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً ، فاسترداده يمكن تكييفه على أنه شراء لحق من الدائن ، ثم انقضاء الحق بعد ذلك باتحاد الذمة . وإذا كان الحق عينياً ، فاسترداده يكون شراء فيه معنى الصلح » (مجموعة الأعمال التحضيرية) ص ٢٠٥) . والصحيح ما قررناه . انظر في معنى المذكرة الإيضاحية الأستاذ سامحان مرقس فقرة ٢٨٩ ص ٤٧٥ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٨ ص ٤٥٥ .

وقدر الأستاذ عبد المنعم البزراوى فيما ذكره في هذا الصدد إذ يقول : « الاسترداد لا يبدو أن يكون وسيلة لإبراء ذمة الدين . . . ليس من أثر الاسترداد إنشاء علاقة مباشرة بين البائع والمسترد ، فلا يستطيع البائع مطالبة المسترد بانئذ بدعوى مباشرة ، وإنما يرجع عليه باستعمال دعوى مدينه أى المشتري المتنازل إليه . ثم إن المسترد لا يعتبر أنه تلقى حقاً من المشتري الذى استعمل خيار الاسترداد في مواجهته ، لأن كل ما يترتب على الاسترداد هو انتهاء الدين إذا كنا =

المتنازع فيه عقاراً ، انقطع النزاع فيه وخلصت ملكيته للمسترد دون منازعة من البائع . ولا يعتبر العقار قد انتقل من البائع إلى المسترد . بل يعتبر أنه كان دائماً ملك المسترد ، ومن ثم لا يلزم تسجيل الاسترداد . وإذا كان المشتري قد اشترى بثمن مؤجل ، وأصبح المسترد ملزماً بهذا الثمن إلى أجله (١) ، فإنه لا يكون ملزماً بشيء نحو البائع . بل هو ملزم نحو المشتري ، وهذا ملزم نحو البائع (٢) كما سبق القول .

١٠٨ - المحالة الاستثنائية التي لا يجوز فيها الاسترداد : لما كان حق الاسترداد قد أعطى للقضاء على المضاربة في الحقوق المتنازع فيها ولمنع استعمال الخصومات ، فقد نصت المادة ٤٧٠ مدني . كما رأينا على حالات استثنائية أربع لا يجوز فيها الاسترداد لانقضاء محركة المضاربة . وهذه الحالات هي (٣) :

١ - إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً

= بصدد حواله أو زواد النزاع الذي ثار حول الحق المبني على ائتمان . ولهذا إذا تعلق الإثارة داد بحق عيني عقاري ، فليس من الواجب تسجيله . والخلاصة أنه نظراً للطبيعة الخاصة لحياز استرداد الحق المتنازع فيه ، فإن المسترد لا يعتبر خلفاً خاصاً للبائع (المتنازل) ولا للمشتري (المتنازل إليه) لأننا بصدد حق متنازع فيه كان المسترد نفسه طرفاً فيه ، (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٧ - ص ٥٩٨) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩٤٤ - بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ .
(٢) ويستطيع البائع أن يرجع على المسترد بالثمن عن طريق الدعوى غير المباشرة باستمان حق مدينه المشتري قبل مدين الدين وهو المسترد . ويذهب انفق و فرسا ، وفقاً لتقاليد القانون الفرنسى القديم ، إلى أن البائع يستطيع أن يرجع أيضاً بدعوى مباشرة عن المسترد (بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٢ ص ٤٠٩ - ك ل ان وكايبان ، فقرة ٩٨٤ - وانظر في هذا المعنى : الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرمى فقرة ٢٤٢ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى ص ٦٢٧ هامش رقم ١) . ونرجع الرأى الذى ذهب إليه الأستاذ عبد المنعم البدر اوى من أن البائع لا يستطيع مطالبة المسترد بالثمن بدعوى مباشرة (فقرة ٤٠٩ وقد سبقت الإشارة إلى ذلك ، لأن الدعوى المباشرة لا تكون إلا بنص ، ولا يوجد نص هنا يجعل البائع أن يرجع بدعوى مباشرة على المسترد .

(٣) وهى المذكورة على سبيل الحصر ، ففى غيرها يجوز الاسترداد دائماً (لوران ٢٤ فقرة ٦١٠ - جيوار ٢ فقرة ٨٩٧ - بودرى وسينا فقرة ٩٦٠) .

بشمن واحد . مثل ذلك بيع التركة ، فهي مجموع من المال بما له من حقوق وما عليه من ديون ، وسرى أن بيع التركة هو بيع لهذا المجموع دون نظر إلى عنصر من عناصره بالذات . فإذا كان في التركة حق متنازع فيه ، فإن هذا الحق يفقد ذاته وبقي مع العناصر الأخرى في مجموع التركة ، فنعدم فكرة المضاربة في هذا الحق بالذات ، فلا يجوز الاسترداد . ويترتب على ذلك أنه إذا اشترى شخص من وارث نصيبه في التركة ، وكان ضمن هذا النصيب دين للتركة في ذمة أجنبي وهو دين يتنازع فيه المدين ، فإن المشتري لنصيب الوارث وقد أصبح صاحب هذا الدين المتنازع فيه يستطيع أن يطالب به المدين ، ولا يستطيع المدين أن يسترده منه . فإذا صنى النزاع في الدين ، وثبت استحقاق التركة له ، وجب على المدين أن يدفعه كله لمن اشترى نصيب الوارث .

٢ - إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك (١) . وباع أحدهم نصيبه من الآخر . فإذا فرس أن حقاً متنازِعاً فيه يملكه شحصان في الشيوع ، إلا لأنهما وورثاه عن مورث مشترك أو اشترياه معاً ، ثم باع أحد الشريكين نصيبه في الحق من الآخر ، فإن الاسترداد لا يجوز في هذه الحالة . ذلك أن المفروض أن يكون شراء الشريك لنصيب شريكه لا يقصد به المضاربة ، بل هو قسمة أو هو خطوة نحوها (٦) . أما إذا كان الشريكان في الحق يتنازعهما أجنبي يدعى ملكية الحق معهما ، وكان الحق ذاته متنازعاً فيه مع المدين به ، ثم نزل الأجنبي عما يدعيه للشريكين ، جاز للمدين أن يسترد . ذلك أننا خرجنا عن نطاق الاستثناء الذي نحن بصددده ، فهذا الاستثناء يقتضي

(٥) أو شركة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٢) .

(٦) ومن ثم لا يجوز الاسترداد حتى لو كان الحق ملوكاً لأربعة أشخاص مثلاً ، وباع واحد منهم نصيبه لأحد الشركاء الثلاثة . فبالرغم من أن الحق لا يزال شائعاً بين الثلاثة ، إلا أن فكرة القسمة لا تنفي ، وهذا البيع خطوة نحوها .

ويلاحظ أنه في الحالة نحن بصدددها - بيع أحد الشركاء نصيبه لشريك آخر - يمنع الاسترداد ، فوق انتفاء فكرة المضاربة ، اعتبار آخر هو أن الاسترداد لا يمنع من استمرار المنازعة والمصرمة ، إذ أنه لا يؤدي إلى أكثر من استرداد نصيب البائع ، ويبقى الشريك الآخر ينصيبه المتنازع فيه مستمراً في المصرمة .

أن يبيع أحد الشريكين من الآخر نصيبه ، لا أن أجنبياً منهما يكون هو المتصرف (١) .

٣ - إذا نزل الدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق في ذمته . والمفروض هنا أن للدائن حقاً متنازعاً فيه في ذمة آخر ، فنزل عن هذا الحق لدائته وفاء بالدين الذي في ذمته له . فالواضح أن الدائن ، عندما قبل نزول مدينه عن حقه ، لم يقصد المضاربة ، وإنما قصد أن يستوفى حقه . ومن ثم لا يجوز لمن عابه الحق المتنازع فيه أن يتخلص من المطالبة باسترداد الحق من الدائن الذي استوفى بهذا الحق حقه ، لأن الاسترداد هنا لا مبرر له (٢) . وقد ينزل الدين وفاء لدينه عن حق متنازع فيه ، ولا يكون هذا الحق كافياً لوفاء الدين ، فيدفع معه مبلغاً إضافياً من القود . مثل ذلك أن يكون في ذمة المدين لدائته أربعة آلاف ، فيوفيه حقاً متنازعاً فيه مقداره أربعة آلاف ومعه مبلغ إضافي مقداره خمسمائة . فكأنه وفي مدينه خمسمائة ، والباقي من الدين ومقداره ثلاثة آلاف وخمسمائة وفاء بأربعة آلاف متنازع فيها . ففي هذا المثل لا تدل الأرقام على أن هناك مضاربة في الحق المتنازع فيه ، فقد استوفى الدائن الدين الذي له بحق متنازع فيه يزيد عليه زيادة معقولة تقابل خطر النزاع . وإذا عكسنا الفرض ، وقلنا إن في ذمة المدين ثلاثة آلاف فإما بحق متنازع فيه مقداره أربعة آلاف على أن يعطى الدائن للمدين معدلاً (soult) لهذه الصفقة مقداره خمسمائة ، فإن الدائن يكون قد أعطى المدين خمسمائة فوق الثلاثة الآلاف ، واستوفى الثلاثة الآلاف والخمسمائة بأربعة آلاف متنازع فيها ، فلا تدل الأرقام هنا أيضاً على فكرة المضاربة . ولكن إذا كان الدين الذي في ذمة المدين هو ألف فقط ، والمسألة بجالها ، فإن الدائن يكون قد أعطى خمسمائة فوق الألف ، واستوفى الألف وخمسمائة بأربعة آلاف متنازع فيها ، وقد يكشف قاضي الموضوع في هذه الحالة من الأرقام والظروف الأخرى فكرة

(١) بوردي وسينيا فقرة ٩٦٢ .

(٢) ولكن قد يمسد الطرفان إلى التحايل ، فينشئان ديناً سوريا لأحدهما على الآخر ، ثم ينزل المدين للدائن عن حق له متنازع فيه وفاء لهذا الدين السوري . فالاسترداد هنا يجوز ، لأن الصفقة أريدت بها المضاربة وقد أخفيت تحت ستار هذا الدين السوري .

المضاربة فيجمل للمدين بالحق المتنازع فيه حتى الاسترداد (١).

٤ - إذا كان الحق المتنازع فيه بثقل عقاراً وبيع الحق لحاز العقار .
والمفروض هنا أن عقاراً مثقل برهن يكفل ديناً على مالكه متنازعاً فيه . وبيع
المدين العقار المرهون من آخر ، فالحائز للعقار وهو المشتري يكون مسئولاً
عن الرهن الذى يثقل العقار وله حق التطهير ، ولكن لإجراءاته معقدة وهو
غير مأمون العاقبة . فيعمد إلى شراء الحق المتنازع فيه المكفول بالرهن ، حتى
يمنع الدائن المرتهن من تتبع العقار . ولا يستطيع المدين بالحق المتنازع فيه - وهو
المدين الذى باع العقار - الاسترداد فى هذه الحالة ، فان الذى دفع حائز العقار
لأن شراء الحق المتنازع فيه لم يكن فكرة المضاربة ، بل إنه أراد تجنب
إجراءات الدائن المرتهن (٢) . مثل ذلك أن يشتري شخص عقاراً من آخر بأربعة
آلاف ، وعلى العقار رهن بألف متنازع فيها فاذا دفع المشتري كل الثمن للبائع ،
ثم اشترى الدين المضمون بالرهن ومقداره ألف بثمانمائة ، فانه يرجع على المدين
وهو بائع العقار بألف ، ولا يجوز لهذا المدين أن يسترد الدين بثمنه فيدفع ثمانمائة
بدلاً من الألف . وإذا اكتفى المشتري بأن يدفع من الثمن ثلاثة آلاف ليستبقى
ألفاً لوفاء الدين - وهذا ما يقع عادة - ثم اشترى الدين بثمانمائة ، لم يجز للمدين
بائع العقار أن يتمسك بحقه فى الاسترداد ليرجع على المشتري بالفرق بين الدين
ومقداره ألف وبين ثمنه ومقداره ثمانمائة (٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩٦٥ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٣ ص ١١٠ - جوران ٢ فقرة ٨١٥
ص ٤٤٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٠
ص ٥٩٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧٠ .

رد التفتين المدنى لفرنسى ، وعمل غراراه أورد التفتين المدنى المصرى السابق ، لتقرير
هذه الحالة الرابعة ، عبارات غامضة لا يستبين منها فى وضوح فرض المشرع : أنظر فى نص
التفتين المدنى الفرنسى كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨١ ، وفى مثل مناسب لعبارة التفتين المدنى
المعزى السابق وهى عبارة غامضة الأستاذين احمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٦١٦ .

(٣) أنظر فى الحالات الاستثنائية الأربع المذكورة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة

الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤ .

ب - بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاة

١٠٩ - النصوص القانونية: نص المادة ٤٧١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكنتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا ، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا ،

وتنص المادة ٤٧٢ على ما يأتي :

« لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار . وإلا كان العقد باطلا (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٥٧/٣٢٤ (٢) .

(١) تاريخ النصوص

م ٤٧١ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٧ من المشروع التمهيدى عن وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد فيما عدا فروقا لفظية ، زالت في لجنة اذاعة و مجلس النواب ، وأصبح النص رقمه ٤٩٨ في المشروع التامى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧١ (مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٠٠ - ص ٢٠٢) .

م ٤٧٢ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٨ من المشروع التمهيدى عن وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد فيما عدا فروقا لفظية ، زالت في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقمه ٤٩٩ في المشروع التامى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٢ (مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣ و ص ٢٠٦) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٢٤/٢٥٧ : لا يجوز للقضاة أو وكلاء اخيرة الخديوية وكتبة المحاكم والمحضرين والأفروكتانية أن يشتروا ، بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم ، لا كلا ولا بعضاً من الحقوق المتنازع فيها لى تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التى يجرون فيها وظائفهم ، فإذا وقع ذلك كان البيع باطلا . وى هذه الحالة يكون البيع باطلا أصلا ، ويحكم بطلانه بناء على طلب أى شخص له ذائدة فى ذلك ، ويجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها . =

وتقابل في التفتينات المدية العربية الأخرى . في التفتين المدني السوري
المادتين ٤٣٩ - ٤٤٠ . وفي التفتين المدني الليبي المادتين ٤٦٠ - ٤٦١ -
وفي التفتين المدني العراقي المادتين ٥٩٥ - ٥٩٦ - وفي تفتين الموجبات والعقود
البناني المادتين ٣٨٠ - ٣٨١ (١) .

١١٠ - البيع لعمال القضاء وهو الاسترداد : ونرى من ذلك أن
بيع الحقوق المتنازع بها حاصبة أخرى . فقد رأينا فيما تقدم أن بيع الحق المتنازع
فيه يجس للمدين حق الاسترداد من المشتري . وهنا نرى أن المشتري إذا كان
أحداً من عمال القضاء . وبالتحديد أحداً ممن ذكروا بالنص - فإن البيع يكون
باطلاً ، ومن ثم لا يكون هناك محل للاسترداد إذ لا استرداد في بيع باطل .
وقد ربط التفتين المدني الجديد ما بين النصوص المتعلقة ببيع الحقوق المتنازع

== (والأحكام متفقة في التفتينين . ثم يرد في التفتين السابق نص خاص بتعامل الهامى في
لحق المتنازع فيه إذا) كلاً من صاحب الحق . ونحو المادة ٢٥٧/٣٢٤ كانت تعتبر كافية
تحریم شراء الهامى لغيره أو جرمه ، ويدخل في البيع الوفاء بمقابل إذا كان الهامى يأخذ مقابل
انمايه جزوا من الحق المتنازع فيه)

(١) التفتينات المدية العربية الأخرى . التفتين المدني السوري م ٤٣٩ - ٤٤٠ (مطابقتان
لمادتين ٤٧١ - ٤٧٢ من التفتين المدني المصري) .

(وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٩) .
التفتين المدني الليبي - ٤٦٠ - ٤٦١ (مطابقتان لمادتين ٤٧١ - ٤٧٢ من التفتين المدني
المصري) .

التفتين المدني العراقي م ٥٩٥ - ٥٩٦ (مطابقتان للمادتين ٤٧١ - ٤٧٢ من التفتين المدني
المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذبيبي - فقرة ٣٦٢ - فقرة ٣٦٩ -
والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ١١١ - فقرة ١١٢)

تفتين الموجبات والعقود البناني م ٣٨٠ : إن القضاء والهامين والكتابة القضائية ومعاديهم
لا يجوز لهم أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم الحقوق المتنازع عليها والداخل في حيز
اختصاص المحاكم التي يقومون بوظائفهم في دائرتها .

م ٣٨١ : إن زوجات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وإن كانوا راشدين يمدون
أشخاصاً مستعازين في الأحوال المنصوص عليها في المواد السابقة .

(والتفتين البناني يتفق في مجموع أحكامه مع التفتين المصري ، إلا أنه أغفل النص على إعفاء
أعضاء النيابة والمضربين كما أغفل النص على تحریم تعامل الهامى في الحق المتنازع فيه المرکول إليه
الدفاع عنه ، وأقام قرينة قانونية على أن الزوجة والولد يعتبران اسماً مستعاراً) .

فيها ربطاً لم يكن موجوداً في التقنين المدني السابق ، إذ أن هذا التقنين الأخير عرّص لحق الاسترداد في مكان والبيع لعمال القضاء في مكان آخر ، وباعد ما بين المكانين حتى صار الربط بينهما ينطوي على شيء من الخفاء . ومذ ربط بينهما التقنين الحالي ، أصبح واضحاً أن بيع الحق المتنازع فيه لأحد عمال القضاء ، وهو بيع باطل ، لا يدع مجالاً لحق الاسترداد . فلا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق ، ويبطل البيع أصلاً فيرجع الحق لصاحبه ، ويكون المدين ملتزماً نحوه بكلّ الدين إذا صنى النزاع وثبت وجود الدين في ذمة المدين . أما العكس فجاز ، فاذا فرضنا أن المدين بالحق المتنازع فيه هو أحد عمال القضاء وباع الدائن الحق من آخر ، فانه يجوز للمدين - ولو أنه من عمال القضاء - أن يسترد الحق المتنازع فيه (١) . ولا يحتاج عليه في ذلك بأنه اشترى حقاً متنازِعاً فيه رؤية النزاع فيه من اختصاصه ، لأنه إنما حسم النزاع بهذا الاسترداد ، ولأنه لم يشتر الحق بل استرده لإبراء ذمته منه ، واسترداد الحق لإبراء الذمة غير شرائه للمضاربة (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « ويبيع المحقوق المتنازع فيها له هذا النحو له خاصيتان : (أ) أنه لا يجوز إذا كان البيع لعمال القضاء الذين يقع في اختصاصهم الفصل في النزاع . (ب) أنه يجوز إذا كان البيع لغير عمال القضاء المتقدم ذكرهم ، ولكن يستطيع من عليه الحق أن يتخلص منه إذا هو رد المشتري الثمن والمصرفات والفوائد . وقد ربط المشروع هاتين الخاصيتين إحداهما بالأخرى لما بينهما من العلاقة الظاهرة ، بخلاف التقنين الحالي (السابق) فقد فصل موضوع استرداد الحق المتنازع فيه (م ٣٥٤ - ٣٥٥ / ٤٤٢ - ٤٤٣) عن موضوع تحريم بيعه لعمال القضاء (م ٣٢٤ / ٢٥٧) ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٣) .
وجاء في مكان آخر من المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « وحكم بيع الحق المتنازع فيه من حيث جواز الاسترداد قد يتدخل في حكم هذا البيع من حيث تحريمه على عمال القضاء . فاذا باع الدائن حقاً متنازِعاً فيه لأحد عمال القضاء ، كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً كما تقدم ، ولا يكون للمدين في هذا البيع الباطل أن يتخلص من الدين بدفع الثمن والمصرفات والفوائد . أما العكس فجاز ، ويكون لعمال القضاء الذي يتنازع في دين أن يتخلص منه إذا باعه الدائن ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥) .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٤٦٧ وهامش رقم ٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٢٨ - الأستاذ منصور ، بصطق منصور فقرة ١٢٤ ص ٢٨٣ - وانظر عكس ذلك : أوبرى ورو ، فقرة ٣٥٩ وأبماً هامش ١٢ - جيوار فقرة ١٤٢ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢٢٩ .

وبمخلص ٤! تقدم أن القانون ينظر في ربية إلى بيع الحق المتنازع فيه . فهو في القليل ينطوي على فكرة المضاربة واستغلال الخصومات ، ومن ثم جعل القانون الجزاء على ذلك حذراً في الاسترداد يعطيه للمدين . فاذا زادت الربية وكان المشتري هو أحد عمال التنازل بشترى حقاً نظر النزاع فيه يقع في اختصاصه ، زاد الجزاء على ما تقدم ، وبالشبهة هنا لا تتعلق فحسب بفكرة المضاربة ، بل تفصل إلى حد استغلال التثود ، ومن ثم كان الجزاء أشد وقد جعله القانون بطلان البيع (١) . وحرّم القانون بوجه خاص على المحامي التعامل مع موكله في الحق المتنازع فيه الموكول إليه أمر الدفاع عنه ، سواء بالبيع أو بغيره من التصرفات .

وقد عرفنا فيما تقدم ماهو الحق المتنازع فيه (٢) . ويبقى أن نعرف : (١) من هم المشترون للحقوق المتنازع فيها . (٢) وما هو الجزاء على شرأهم لهذه الحقوق (٣) وأحكام تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis) .

(١) ولكن لا يمتنع على عمال القضاء بيع حق لهم متنازع فيه ، لأن البيع بعكس اشراء يقع سلمتهم بالحق ويمد عنهم الشبهات (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٤ ص ١٨٢) .

(٢) فالحق المتنازع فيه معناه واحد . حيث حق الاسترداد ومن حيث تحريم شراؤه على عمال القضاء ، ومن ثم يكون ليكون الحق متنازعا فيه في الحالتين . تقدم في شأن موضوعه نزاع جدى ولو لم ترفع دعوى به أمام القضاء (قارن الأستاذ منصور مصحح منصور فقرة ١٢٣ ص ٢٧٩) . وقد قضت محكمة استفس بأن المادة ٢٥٧ مدنى (٤٧١ جديد) التي تحرم على القضاء وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها تنفيذ عبارتها اشترط ان يكون المتنازع على الحق قائماً بالفعل وقت الشراء ومعروفاً للمشتري . سواء أكان مطروحا على القضاء أم لم يكن طرح بعد . وإذن فلا يكون لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلاً للنزاع ومحتلاً أن ترفع بشأنه دعوى . ومحكمة الموضوع ، إذ تفصل في وصف كون الوقائع التي اثبتتها وقررتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق متنازعا فيه ، إنما تفصل في مسألة قانونية هي توافر ركن من الأركان القانونية للمادة ٢٥٧ مدنى (٤٧١ جديد) . إذ عدم توافره . وإذن فعملها في هذا خاضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٨ ص ٢٨٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن النزاع في الحق المانع من البيع الذى نصت عليه المادة ٢٥٧ مدنى (٤٧١ جديد) يجب أن يكون قائماً فعلاً أو محتملاً وقت التعاقد ، فكل نزاع يحد أو ينشأ بعد التعاقد لأسباب لم تكن ظاهرة وقت التعاقد لا يوجب اعتبار الحق المانع من البيع . استئناف مصر ١١ مايو سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ١١ و١٢ .

١١١ - المستورون للمفوق المتنازع فيها : اخضرو عليهم الشراء هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبة المحاكم واخضرون . وقد ذكر وافي المادة ٤٧١ مدنى على سبيل الحصر ، فلا يجوز اتقياس عليهم ، ولا يمتد اخضرو إلى الخبراء (١) ومترجمى المحاكم ووكلاء المحامين وكتبتهم وخدم المحاكم وحجباها وفراشيا والحراس ورجال الشرطة ومأمورى الضبطية القضائية (٢) .

والقضاة يشملون كل من ولى وظيفة القضاء . فقضاة المحاكم الجزئية والمحاكم الكلية ومحاكم الاستئناف ومحكمة النقض ، كل هؤلاء القضاة والمستشارين يعتبرون « قضاة » . ويشمل اللفظ أيضاً مستشارى وقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية (٣) ، كما يشمل قضاة المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمجالس المليية عندما كانت هذه المحاكم موجودة . والمحظور شراؤه على اتقاضى ينسج أو يضييق بحسب المحكمة التى يباشر فيها وظيفته . فقاضى المحكمة الجزئية لا يجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر فى النزاع من اختصاص محكمته الجزئية وحدها ، ويجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها فيما عدا ذلك ولو كان النظر فى النزاع من اختصاص محكمة جزئية أخرى تابعة لنفس المحكمة الكلية التى تنبعا محكمته (٤) ، على أن يكون للمدين حق الاسترداد على النحو الذى قدمناه فيما يتعلق بهذا الحق . وقاضى المحكمة الكلية يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته ، بما فى ذلك اختصاص المحاكم الجزئية التابعة لمحكمته حتى لو كان النزاع يدخل فى

(١) لا يدخل الخبراء ولو كانوا مقيدى فى الجدول (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٢٢م ٤٤ ص ١٤١) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال للتخصيرية ٤ ص ٢٠٥ .
(٣) ولا يدخل مستشارو الرأى والتشريع فى مجلس الدولة والأعضاء الفنيون بهذين القسمين والمرظفون الفنيون بوزارة العدل ، فكل هؤلاء ليست لهم ولاية القضاء . كذلك لا يدخل المهكرون ، فهؤلاء لا يسمون « قضاة » .

(٤) غير أن محكمة استئناف مصر قضت بأن وكلاء النيابة بالمحاكم الجزئية يتصرفون فى حكم من يؤدون وظائفهم فى دائرة المحكمة الكلية لديها ، لأن المحاكم الجزئية ليست محاكم مستقلة بذاتها . بل هى محاكم متفرعة عن المحاكم الكلية الرئيسية ، ووكلاء النيابة والقضاة فيها معينون أصلاً فى المحاكم الكلية ثم يتدبون للعمل فى الجزئيات (استئناف مصر ١٣ يونيو سنة ١٩٢٢م ١٩٢٢م ١٤ رقم ١٣٠ ص ٢٤١) .

الاختصاص النهائي للمحكمة الجزئية ، لأن مجرد احتمال رفع استئناف ولو غير مقبول يكفي لإلقاء ظل من الشبهة ، بل يجوز أن يتسع النزاع وتضم إليه طلبات إضافية نجد قابلاً للاستئناف (١) . ومستشار محكمة الاستئناف يمتد اختصاصه إلى دائرة محكته ، بما في ذلك اختصاص المحاكم الكلية والمحاكم الجزئية التابعة لهذه المحكمة . أما مستشار محكمة النقض فيمتنع عليه أن يشترى أى حق متنازع فيه ، لأن اختصاص محكته يمتد إلى جميع أنحاء الدولة ، وهذا حتى لو كان الحكم في النزاع غير قابل للنقض للاحتتمالات التي قدمناها .

وأعضاء النيابة يتدرجون من النائب العام إلى معاوني النيابة . ولا يدخل فيهم معاونو الإدارة ، ولا أعضاء النيابة الإدارية فهذه النيابة لم تكن موجودة وقت وضع الترتيب الجديد . ولكل عضو نيابة اختصاص المحكمة التي يعمل فيها ، ويمتد اختصاص النائب العام إلى جميع أنحاء الدولة وكذلك المحامون العامون وأعضاء النيابة الذين يعملون أمام محكمة النقض .

والمحامون هم كل من كان عضواً في نقابة المحامين ولو كان لا يزال تحت التمرين . ومن هؤلاء المحامين من لا يسمح لهم بالمرافعة إلا أمام المحاكم الجزئية ، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النزاع من اختصاص أية محكمة جزئية في جميع أنحاء البلاد . منهم من لا يسمح لهم بالمرافعة إلا أمام المحاكم الكلية والجزئية ، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها جميعاً . والمحامون المسموح لهم بالمرافعة أمام محكمة النقض أو أمام محاكم الاستئناف يحظر عليهم هم أيضاً شراء أى حق متنازع فيه (٢) .

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٤ - بودرى وسينيا فقرة ٢٦٠ - مكس ذلك ماركاديه م ١٥٩٨ فقرة ١ .

(٢) ومع ذلك فقد ذهب رأى إل قصر المنع حل حالة ما إذا كان المشتري محاميا من أحد المتنازعين (الأستاذ فضى زغلول ص ٢٢٦) ، وذهب رأى آخر إل قصر المنع حل المحاكم التي يتراعى فيها الهامى بصفة مستمرة (الأستاذ حلى عيسى فقرة ٩٠٢) أو المحكمة التي يباشر عمله فضلا في دائرتها (الأستاذ اسماعيل غانم ص ٤٢ - ص ٤٣) ، غير أن هذه الآراء يموهاستند من للقانون (الأستاذان أحمد نجيب الهلاى وحامد زكى ص ٢٢٥ هامش ١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٢ ص ٤١٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٥ ص ١٤٦ - ص ١٤٧ - الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ١٢٥ ص ١٨٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٢ ص ٢٨١) .

وكعبة المحاكم بندرج فيهم كتاب الجلسات ، وعبرهم من الكتاب ككتاب الحسابات والسكرتارية والقيود وغير ذلك من الأقسام الإدارية . والكاتب موظف في محكمة معينة ، فالحظر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة ، سواء كانت محكمة جزئية أو محكمة كلية أو محكمة استئناف أو محكمة النقض .

كذلك المحضرون كل معين في محكمة معينة ، فالحظر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة

وبلاحظ أن يجب توافر الصفة في الوقت الذي يتم فيه الشراء ، فلو أن المشتري لم يكن قاضياً في محكمة القاهرة وقت أن اشترى حقاً متنازعاً به من اختصاص هذه المحكمة ، فالشراء جائز حتى لو نقل القاضي بعد ذلك إلى محكمة القاهرة ورفع النزاع أمام هذه المحكمة ، وعليه في هذه الحالة أن ينحى عن نظر القضية . ويجب أيضاً أن يكون الحق متنازعاً فيه وقت الشراء ، فلو لم يتم في شأنه نزاع جدي وقت أن اشتراه عامل لقضاء فالشراء صحيح ولو قام النزاع بعد ذلك أو كان قائماً قبل ذلك وانحسم . ويجب أخيراً أن يكون عامل القضاء عالماً بوقوع النزاع في الحق وقت شرائه (١) .

ويستوى أن يكون الشراء واقعاً على كل الحق . أو واقعاً على بعضه . كما يستوى أن يشتري عامل القضاء الحق المتنازع فيه باسمه الشخصي أو باسم مستعار (٢) .

١١٢ - جزاء الحظر : ولا شك في أن جزاء الحظر بطلان البيع بطلاناً مطلقاً ، فالنص (م ٤٧١ مدس) صريح في هذا المعنى . ولا يكتفى لعقد البيع أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير ، وفقاً للقواعد المقررة

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تبين وقت تحويل السند أن الما لم يكن يعلم بأنه موضوع نزاع ، جاز التحويل له ، ولا يمكن أن ينسب إليه أنه اشترى ديناً متنازعاً فيه (٢٥ يونيو سنة ١٩٢٤ الهامة . رقم ٢/٢٦ ج ١٩) .

(٢) كأن يشتري باسم زوجه أو ولده أو قريب له أو صديق . ويجوز إثبات الشراء باسم مستعار بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البيعة والقرائن . وقد وضع تقنين الموجبات والعقود البناني (م ٢٤١) قرينة قانونية على أن الشراء باسم الزوجة أو باسم الأولاد ولو كانوا راشدين هو شراء باسم مستعار (انظر آنفاً فقرة ١٠٩ في الهامش) .

في البطلان (١) . ومن ثم لا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق في هذا البيع ، كما سبق القول . ويترتب على بطلان البيع أن المشتري يسترد ما دفعه ثمناً للحق ، ويبقى الحق ملكاً لصاحبه الأصلي .

والبطلان يقوم على أساس أن البيع مخالف للنظام العام . فما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها . وإذا كان لم يفسد أن يستغل نفوذه فعلاً . ففي القليل قد ألقى بشرائه الحق المتنازع فيه طلاً من الشبهة في حيدة القضاء في نزاع يقع في اختصاصه . فهذه الاعتبارات تنصل أوثق الاتصال بالنظام العام والآداب ، ويكون الجزاء هو البطلان المطلق (٢)

١١٣ - تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis) :

وقد ورد في التقنين المدني (م ٤٧٢) نص صريح في تحريم تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه . ويلاحظ أن نص المادة ٤٧١ مدني كان وحده يكفي لتحريم شراء المحامي حقاً متنازلاً فيه لموكله . بل إن النص أوسع من ذلك إذ يحرم على المحامي أن يشتري أي حق متنازع فيه ولو لم يكن وكيلاً عن صاحب الحق كما سبق القول . أما المادة ٤٧٢ مدني فهي أضيق من المادة ٤٧١ مدني من

(١) ويسرى التحريم والبطلان المطلق على الوفاء بمقابل والمقايسة كما يسرى على البيع ، لأن كلا من الوفاء بمقابل والمقايسة تدري عليه أحكام البيع (انظر الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٢٤ ص ٢٨٢) .

(٢) ومن ثم فقد قيل إن عامل القضاء لا يسترد ما دفعه من الثمن في شراء الحق المتنازع فيه لأنه الطرف الملوث ، ولكن هذه النظرية القديمة قد عبرت ، وما دام البيع باطلاً لا يترتب عليه أثر فإنه يسترد ما دفعه .

وفي فرنسا نص على عدم جواز شراء عامل القضاء للحق المتنازع فيه ، دون أن يصرح النص بالبطلان كما صرح نص التقنين المدني المصري ، فانقسم الفقه الفرنسي بين قائل ببطلان البيع وقائل بقابليته للإبطال . فن القائلين بالبطلان : لوران ٢٤ فقرة ٦٣ - جيوار ١ فقرة ١٤٠ - هيك ١٠ فقرة ٥٥ . ومن القائلين بالقابلية للإبطال : ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٩ - أوبري ورو د فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٧٥ وهامش ٩ - بودري وسينيا فقرة ٢٦٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢١ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٢٧ - جوران ٢ فقرة ١٠٢١ .

ناحية ، وأوسع من ناحية أخرى . هي أضيق ، لأنها تشترط أن يكون المحامي وكيلًا في الحق المتنازع فيه . وهي أوسع ، لأنها تفضي بأنه متى كان المحامي وكيلًا في الحق المتنازع فيه فكل ضروب التعامل في هذا الحق محرمة عليه ، وليس الشراء فحسب . فلا يجوز له أن يشتري الحق ، ولا أن يقابض عليه ، ولا أن يوهب له ، ولا أن يشارك فيه ، ولا أن يقترضه . ولا يجوز له بوجه خاص أن يأخذ جزءاً من الحق في مقابل أتعابه ولو تولى الانفاق على التقاضي . والحظر هنا أيضاً يقوم على إشارات تنصل بالنظام العام ، إذ يخشى أن يستغل مركزه فيوهم موكله أن حظه في استخلاص حقه غير كبير ، ويحمله بذلك على قبول اتفاق يكون الموكل فيه مغبوناً . ومن ثم يكون التعامل باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وبستوى أن يتعامل المحامي باسمه أو يتعامل باسم مستعار كزوجة أو ولد أو قريب أو صديق . وبطلان التعامل لا يمنع من أن يطلب المحامي تقدير أتعابه ، ويرجع على الموكل بها هي وما عسى أن يكون قد أنفقه على التقاضي (١) . كذلك لا يوجد ما يمنع ، إذا انتهى النزاع في الحق ، أن يتعامل المحامي فيه مع موكله السابق بعد أن أصبح الحق غير متنازع فيه (٢) .

وقد كان تعامل المحامي في الحق الموكل في النزاع بشأنه محرماً على الرأي الراجح ، في عهد التقنين المدني السابق (٢) ، تطبيقاً للمبدأ العام الذي يحرم

(١) أما تعامل المحامي الباطل في الحق المتنازع فيه فيكون محل موازنة تأديبية (انظر الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٧ ص ١٤٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٦ - وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « زاد المشروع بأن ذكر تطبيقاً خاصاً لبيع الحق المتنازع فيه لهال القضاء ، هو التطبيق الكثير الوقوع في المثل ، وهو تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه إذا كان هو الذي تولى الدفاع عنه - *pacte de quota litis* - سواء أكان التعامل بالبيع أم بغيره ، وسواء تعامل المحامي باسمه أو باسم مستعار : م ٦٣٨ من المشروع وهي منقولة عن المشروع الفرنسي الإيطالي م ٢/٣٣٣ ، ولا نظير لها في التقنين الحالي (السابق) . ويلاحظ أنه يجوز ، بعد انتهاء النزاع ، أن يتعامل الموكل مع المحامي في الحق الذي كان متنازعا فيه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥) .

(٣) استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٤٢ ص ٣٢٨ - استئناف مختلط ٢٦ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٥ - ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٣٤ - الأستاذان =

على المحامين شراء الحقوق المتنازع فيها سواء كانوا موكلين في النزاع أو غير موكلين . فلم يستحدث التقنين المدني الجديد حكماً جديداً في هذا الصدد ، وإنما أورد نصاً خاصاً صريحاً في التحريم (١) .

٢٤ - بيع السلم

١١٤ - **السلم في الفقه المصري** : لما كان بيع المدموم باطلاً في الفقه الإسلامي ، فقد استثنى من هذه القاعدة بيع السلم ، وهو بيع شيء غير موجود ولكنه ممكن الوجود . ونستعرض هنا في إيجاز ، ملخصاً عن البدائع (٢) ، الخطوط الرئيسية في بيع السلم في الفقه الإسلامي ، ثم نعرض لهذا النوع من البيع في القانون المصري . ولما كان تقنين الموجبات والعقود اللبناني أفرد لهذا البيع نصاً خاصاً ، فإنا نعرض لهذه النصوص بعد ذلك .

يمكن تعريف السلم في الفقه الإسلامي بأنه بيع شيء غير موجود بالذات بشئ مقبوض في الحال ، على أن يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم . ويسمى المشتري المسلم أو رب السلم ، والبائع المسلم إليه ، والمبيع المسلم فيه ، والثمن رأس المال . وزى من ذلك أن السلم هو بيع المدموم ، رخص فيه استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المدموم للحاجة إليه وجريان التعامل فيه . على أن للسلم

= أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢٣٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٧ ص ٤١٦ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٢٥ .

وإذا كان التقنين المدني السابق لم يشتمل على نص صريح في تحريم تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه الموكل في النزاع بشأنه ، فقد احتل قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٥ على هذا ، إذ تقضى المادة ٤٣ من هذا القانون بما يأتي : « وليس له على كل حال أن يبتاع كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها ، أو أن يتفق على أخذ جزء منها نظير أتمابه ، أو على أجر ينسب إلى قيمة ما هو مطلوب في الدعوى أو ما يحكم به فيها . وعلى كل حال لا يجوز له أن يعقد اتفاقاً على الاتعاب من شأنه أن يحصل له مصلحة في الدعوى » .

(١) ولا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص مماثل المادة ٤٧٢ من التقنين المدني المصري ، ولكن الفقه الفرنسي يحرم تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه تطبيقاً للمادة ١٥٩٧ مدني فرنسي وهي التي تماثل المادة ٤٧١ مدني مصري (بودري وسينيا فقرة ٢٦٨) .

(٢) البدائع للكاساني ٥ ص ٢٠١ - ص ٢٠٥ .

شروطاً وتبويداً نخرجه عن أن يكون مطلق بيع المعدوم ، وتكسبه صفة خاصة تجعله استثناءً منبداً في حدود صفة .

فيشترط في المبيع - المسلم فيه - أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة كحظنة سفية وسط أو تمر فارسي جيد ، وأن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع ، وأن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير . فلو كان مما لا يمكن ، ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش ، لا يجوز السلم فيه . فيجوز السلم إذن في الكميات والموزونات لأنها من ذوات الأمثال ، وفي العدديات المتقاربة كالجوز ، البيض لأن الجهالة فيها يسيرة وصغيرها وكبيرها سواء فلا يجرى التنازع في ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة ، وفي الذرعيات كالثياب والبسط والحصير لأن الناس تعاملوا السلم فيها لحاجتهم إلى ذلك ولأنه إذا بين الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض بتقارب التفاوت فيلحق بالمثل في باب السلم . ولا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآلي والجلود والبطيخ والقشاة والسفرجل والرمان ، برها . لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف ، أو يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة . ويجب في المسلم فيه أيضاً أن يكون مما يتعين بالتعيين ، فان لم يكن كالدرهم والدنانير ، لم يجز السلم فيه ، لأن المسلم فيه مبيع والمبيع يجب أن يتعين بالتعيين ، كما يجب أن يكون المسلم فيه مؤجلاً ، حتى لا يجوز السلم في الحال عند الحنفية ، وعند الشافعي هذا ليس بشرط ، وسلم الحال جائز . وجه قوله أن الأجل شرع نظراً للمسلم إليه - انبائع - تمكيناً له من الاكتساب ، فلا يكون لازماً كما في بيع العين . واحتجت الحنفية بأن السلم حالا يفضي إلى المنازعة لأن السلم بيع المفاليس ، فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه ورب السلم بطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع معه الحاجة إلى المسخ . وبأن الترخيص في السلم هو تغيير الحكم الأصلي وهو حرمة بيع ما ليس عند الإنسان إلى الحل بعارص عند عدم ضرورة الإفلاس ، فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم الرخصة فيبقى الحكم فيها على العزيمة الأصلية . ولومات المسلم إليه قبل الأجل ، حل

الدين . ويجب أن يكون نوع المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل ، فإن لم يكن النوع موجوداً عند العقد أو عند محل الأجل ، أو كان موجوداً فيهما لكنه انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن وأشباه ذلك ، لا يجوز السلم . وهذا عند الحنفية ، وقال الشافعي الشرط وجوده عند محل الأجل دون وقت العقد . أما الثمن - رأس المال - في السلم ، فيجب فيه أيضاً بيان جنسه ونوعه وصفته ، كدنانير نيسابورية جيدة وتمز برقي وسط . ويجب أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم ، لأن المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين ، وإنه منهي عنه لما روى أن النبي عليه السلام نهى عن بيع بالكالء الكالء أى النسبة بالنسيئة . ويشترط القبض سواء كان رأس المال ديناً أو عيناً عند عامة العلماء استحساناً ، والقياس ألا يشترط القبض في المجلس إذا كان عيناً ، وهو قول مالك . وجه القياس أن اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين ، وهذا افتراق عن عين بدين وهو جائز . وجه الاستحسان أن رأس مال السلم يكون ديناً عادة ولا تجعل العين رأس مال السلم إلا نادراً ، والناذر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين .

ويتبين مما قدمناه أن السلم ، بما أحاطه من قيود ، أصبح عقداً خاصاً يتميز عن سائر العقود . وأهم القيود التي تحيط به أربعة : (١) يجب قبض رأس المال ، أى الثمن ، في مجلس العقد . (٢) يجب أن يكون نوع المبيع موجوداً من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ، ولا يجوز أن ينقطع فيما بين هذين الوقتين . وهذا الشرط ، في رأينا ، يعوض انعدام ذات المبيع وقت العقد ما دام نوعه موجوداً ، فكان السلم يرد لا على معدوم ، بل على موجود بالنوع لا بالذات . ويندرج تحت هذا الشرط أن يكون المسلم فيه (المبيع) مما لا يحتمل انقطاعه ، ويرجع ذلك في الغالب إلى الخشبة من الضرر ، فإن الشيء الذي ينقطع نوعه لا يخلو التعامل فيه من غرر . فلا يجوز السلم في ثمر نخلة بعينها لم ينقطع ولا في محصول أرض بالذات لم ينبت ، بل في الثمر جملة وفي المحصول عامة . وهذا من شأنه أن يجعل السلم غير صالح لا باحة بيع محصول مستقبل لأرض بالذات . (٣) ولا يجوز السلم في العدييات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآلى والبطيخ والثناء والزمان والسفرجل ونحو ذلك . (٤) ويجب أن يكون هناك أجل معلوم

للسلم عند الحثبة فالسلم الحال غير مرخص فيه لأنه بيع المدوم في الحال . حتى لو ثبت أن المسلم إليه (البائع) قادر على التسليم . ذلك أن طبيعة السلم تقتضي التأجيل إلى أجل معلوم لأنه بيع المقابلس كما تقول الفقهاء ، وهو بيع بأوكس الأثمان ، إذ البائع يبيع ما ليس عنده ، فيضرب أجلاً للتسليم مع أنه يقبض الثمن في الحال ، فلزم أن يكون الثمن دون المبيع في القيمة والفرق في مقابلة الأجل (١).

١١٥ - السلم في القانون المصري : ولم يرد نص خاص ببيع السلم

في التقنين المدني المصري . وليس التقنين في حاجة إلى ذلك فقد رأينا أن بيع الشيء المستقبل فيه جائز ما دام محتمل الوجود . فيجوز إذن بيع المحصولات المستقبلية وبيع المكبلات والموزونات والعدديات المتقاربة والمتفاوتة والمذروعات وغير ذلك ، حتى لو لم توجد في الحال ، مادامت توجد في المستقبل . وابتاع على هذا النحو يخضع للقواعد العامة ، فلا يشترط فيه قبض الثمن في المجلس كما يشترط ذلك في الفقه الإسلامي ، كذلك لا يشترط أن يكون غير منقطع النوع ، ولا أن يكون من العدديات المتقاربة ، وذلك لأن قواعد القانون المصري تحتمل من الغرر ما لا تحتمله مبادئ الفقه الإسلامي .

وفي القانون المصري يوجد بيع مؤجل التسليم *vente à livrer, marché à terme* ويكثر التعامل به في البورصة ، في البضائع كالقطن وفي الأوراق ذات القيمة كالأوراق المالية المسعرة . ولكن هذا البيع لا يقابل بيع السلم ، فهو بيع

(١) فلو أن السلم في الفقه الإسلامي تحلل من هذه القيود ، وأمر تأجيل دفع الثمن إلى وقت تسليم المبيع ، ولم يشترط عدم انقطاع المبيع من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل - حتى يجوز بيع محصول بالذات ، لا يمكن القول إن السلم هو الطريق التي يؤدي إلى جواز بيع المدوم في الحال في الفقه الإسلامي ما دام أنه محقق الوجود في المسأل . وقد سارت المذاهب الأخرى غير المذهب الحنفي ، كما رأينا ، شوطاً في نحو هذه القيود . ففند مالك لا يشترط قبض رأس المال في مجلس العقد إذا كان رأس المال عيناً لا ديناً . ولا يشترط عند مالك والشافعي عدم انقطاع السلم به من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ، بل يصح السلم في المدوم إذا غلب على الغرر وجوده وقت الوفاء .

ومع ذلك فالقيود التي لا يزال مستعمياً ، في مختلف المذاهب . هو شرط تعجيل الثمن إذا كان ديناً ، ويصان إليه أن الأجل يسقط بموت البائع .

مضاربة ، أما بيع السلم فقد رأينا أنه يبيع المغاليس . ففي الصفقات الآجلة (marché à terme) يغلب أن يكون كل من البائع والمشتري مضارباً على الفرق في الأسعار ، فتنهى الصفقة لا إلى التسليم حيناً بل إلى دفع الفرق ، فان ارتفع السعر دفع البائع الفرق ، وإن نزل فالفرق يدفعه المشتري . وبعد البيع على هذا الوجه في بورصة مرخص بها ، وبحصل بواسطة سمارة مقيدة أسماؤهم في قائمة تحررها لجنة البورصة ، ويرد على بضائع أو أوراق ذات قيمة مسعرة (١) . أما بيع السلم في الفقه الإسلامي ، فالمفروض فيه أن شخصاً يكون في حاجة المال قبل أن ينتج سلعته فيأخذه من الغير في مقابل أن يورد له السلعة في أجل معين . فوظيفة بيع السلم الاقتصادية وهي الحصول على مال عاجل في مقابل شيء آجل (٢) ، غير وظيفة الصفقات الآجلة وهي في الغالب المضاربة على فروق الأسعار .

١١٦ - السلم في الفقه اللبناني . وقد أوردتقنين الموجبات والعقود

اللبناني نصوصاً خاصة ببيع السلم ، تخطى فيها القيود التي أسلفنا ذكرها في الفقه الإسلامي ، إلا قيد تعجيل الثمن فإنه استبقاه ، وأضاف إليه أن يكون إثبات عقد السلم بالكتابة ولو لم يزد قيمته على النصاب المقرر للينة والقرائن .

فتنص المادة ٤٨٧ من تقنين الموجبات والعقود على أن : بيع السلم هو عقد بمقتضاه يسلف أحد الفريقين الآخر مبلغاً معيناً من النقود ، فيلزم هذا الفريق مقابل ذلك أن يسلم إليه كمية معينة من المواد الغذائية أو غيرها من الأشياء المنقولة في موعد يتفق عليه الفريقان . ولا يثبت هذا العقد إلا بالكتابة . وتنص المادة ٤٨٨ على أنه : يجب دفع الثمن كله إلى البائع وقت إنشاء العقد . وإذا لم يعين ميعاد لتسليم المبيع ، اتبع العرف في تحديد هذا الميعاد (م ٤٨٩ لبناني) . وإذا لم يبين مكان التسليم ، وجب أن يكون مكان العقد (م ٤٩١ لبناني) . ويجب أن يكون المبيع معيناً بكميته أو بصفته أو بوزنه أو بكياله كالمواد الغذائية ، فان كان مما لا حد ولا يوزن فيكفي أن يعين بوصفه وصفاً دقيقاً (م ٤٩٠ لبناني) .

(١) أنظر المادة ٧٣ من التقنين التجاري - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٤ .

(٢) فهو ضرب من بيوع الائتمان ، خاصيته أن المبيع لا الثمن هو المؤجل .

تم تنقح المادة ٤٩٢ من تشريع المراجعات والعمود على أنه «إذا تعذر على البائع بسبب قوة القاهرة ودون خطأ أو تأخر منه أن يسلم ما وعده به ، فليشترى أن يفسخ العقد ويسترد الثمن الذي أسلفه أو أن ينتظر إلى السنة التالية . وإذا عرّض نتائج في السنة التالية الشيء المعنود عليه البيع ، وجب على المشتري استلامه ، وليس له أن يفسخ العقد . وبسري هذا الحكم أيضاً إذا كان المشتري قد استلم قسماً من المبيع . أما إذا كان الشيء المتعاقد عليه غير موجود ، فنطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة .»

المطلب الثاني

تعيين المبيع

١١٧ - كيفية تعيين المبيع : قدمنا عند الكلام في تعيين المحل (١) أن محل الالتزام يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين .

فاذا وقع البيع على شيء معين بالذات ، وجب أن يوصف الشيء وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة . فاذا باع شخص داراً ، وجب أن يبين موقعها وأوصافها الأساسية التي تميزها عن الدور الأخرى . وإذا باع أرضاً ، وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها (٢) . وإذا باع آلة ميكانيكية ، وجب أن يعين نوعها وأوصافها المميزة . وقد رأينا فيما قدمناه أن المشتري يجب أن يكون أيضاً عالماً بالمبيع عالماً كافياً ، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه (م ١٩ ، مدني) .

أما إذا كان المبيع غير معين بالذات ، فإنه يجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره (م ١/١٣٣ ، مدني) ، فيقال مثلاً مائة أردب من القمح الهندي من الصنف

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ .

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الرومانية بالألا ضرورة لذكر حدود الأطنان مادام للمتاخرين علم تام بموقع وحدود هذه الأطنان (١٨ فبراير سنة ١٩١٤ ، شرائع ١ رقم ٢٧٧ ص ١٤٩) . وقضت أيضاً بأن يكفي لتعيين الأطنان المبيعة ذكر النسب والحوص ورقم القطن دون بيان حدود الأرض (٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ ، المهامة ٢ رقم ١/١٢٢ ص ٤٨٦) .
(م ١٥ - الوسيط ج ٤)

الجيد . فإذا لم يحدد المقدار ، وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تحديده (م ٢/١٣٣ مدني) ، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو لمدرسة معينة ، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد في العقد قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة . وقد يتنسر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد ، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً ، فلا يكون جيداً حتى لا يفبن البائع ، ولا يكون رديئاً حتى لا يفبن المشتري (م ٢/١٣٣ مدني) (١) .

ونرى مما تقدم أن تعيين المبيع إذا لم يكن معيناً بالذات يحصل بالتقدير ، وقد يكون البيع جزافاً . كذلك قد يكون بيع المقدرات بالعينة . أما الشيء المعين بالذات ، فيتعين بوصفه وصفاً يميزه عن غيره تمييزاً مانعاً من الجهالة الفاحشة . ولا يمنع الشيء من أن يكون معيناً أن يكون مجموعاً من المال كما في بيع التركة . فنبحث على التوالي : (١) البيع بالتقدير والبيع الجزاف (٢) البيع بالعينة (٣) بيع التركة .

١٥ - البيع بالتقدير والبيع الجزاف

(vente au poids, au compte ou à la mesure — vente en bloc)

١١٨ - كيف يكره البيع بالتقدير : رأينا أن المبيع إذا كان من المثليات ، وجب أن يعين وزناً أو كيلاً أو مقاساً أو عدداً . فإذا باع شخص

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص يقرر كيفية تعيين المبيع المعين بالنوع فقط ، وهو المادة ٥٥٨ من هذا المشروع ، وكانت تجرى حل الوجه الآتي : « إذا لم يتعين الشيء المبيع إلا بنوعه ، وجب أن يكون هذا الشيء معيناً تعييناً كافياً ، عدداً أو وزناً أو كيلاً أو مقاساً » . ويقابل هذا النص المادة ٣٢٨/٢٦١ من التقنين المدني السابق ، وكانت تجرى حل الوجه الآتي : « فإذا كان المبيع معيناً بالنوع فقط ، لا يكون للبيع معتبراً إلا إذا كان التعيين يطلق على أشياء يقوم أحدها مقام الآخر ، وكان المبيع معرفاً بالوجه الكافي عدداً أو قياساً أو وزناً أو كيلاً بحيث يكون رضا المتعاقدين المبني عليه صحيحاً . ولا فرق في الحكم بين النصين . وقد حذف نص المشروع التمهيدى في لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من الفوائد العامة (محرومة الأعمال التحضيرية : ص ١٤ - ص ١٥ في الهامش)

من آخر مائة أفة من السكر فهذا بيع بالتقدير عن طريق الوزن ، أو باع صتين أردباً من القمح فهذا بيع بالتقدير عن طريق الكيل ، أو ماتى ذراع من القماش فهذا بيع بالتقدير عن طريق المقاس ، أو خمائة بيضة فهذا بيع بالتقدير عن طريق العدد .

وزى من ذلك أن المبيع إذا احتاج في تعيينه إلى وزن أو كيل أو مقياس أو عدد ، كان البيع بالتقدير ، لأن المبيع لا يتعين إلا بعد أن يقدر وزناً أو كيلاً أو مقياساً أو عدداً . ويتم التقدير في المكان والزمان المتفق عليهما ، وإذا لم يكن هناك اتفاق اتبع العرف ، وإلا ففي مكان تسليم المبيع وفي الوقت الذي يجب فيه التسليم . ويجب أن يكون تقدير المبيع - الوزن أو الكيل أو المقاس أو العدد - واقعاً من البائع أو نائبه بمحض من المشتري أو نائبه (١) .

١١٩ - كيف يكو به البيع المزاف - نص قانونى : وإذا كان الشيء

مما يوزن أو يكال أو يقاس أو بعد ، ولكن المبيع لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير بل هو معين بالذات ، فالبيع جزاف . فإذا باع شخص من آخر جميع كمية السكر أو القمح أو القماش أو البيض التي توجد في مخزنه ، وعين المخزن تعييناً كافياً ، فإن البيع لا يكون في هذه الحالة بالتقدير ، بل يكون جزافاً .

ويكون البيع جزافاً أيضاً حتى لو باع نصف أو ربع الكمية الموجودة بالمخزن

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ - أنسيكلوبيدى دالموز ه لفظ vente فقرة ٨٥٣ - فقرة ٨٦٠ - ويصح تبناً للعرف أن يكون إثبات إفراز المبيع بوضع علامة هل أكياس النقل مثلا . وتكون مصروفات الوزن والكيل والمقاس والمد عادة على البائع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ ص ٣٧٦) .

وقد يتم التقدير بغير محضر المشتري أو نائبه ، كما إذا تم الوزن بميزان معتمد (القبان) وجرى العرف بذلك ، أو سلم المبيع إلى حامل النقل فإن هذا التسليم يستخلص منه اتفاق ضمني بين البائع والمشتري على أن التقدير يتم بتسليم المبيع إلى حامل النقل ، وهذا مالم يشترط المشتري أن التسليم لا يتم إلا بعد وصول البضاعة إليه وتسليمها من حامل النقل . أنظر في هذه المسألة : أوبرى ورو ه فقرة ٣٤٩ هاش ٤١ ثانياً - بودرى وسينيا فقرة ١٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ - أنسيكلوبيدى دالموز ، لفظ vente فقرة ٨٥٧ - فقرة ٨٦٠ - الأمانة عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٦٥ .

أو أي جزء شائع فيها ، فيكون للمشتري هذا الجزء الشائع من الكمية الموجودة بالمخزن (١).

ويبقى البيع جزافاً كذلك إذا هو باع كل ما في المخزن أو جزءاً شائعاً منه ، ولو كان قد قدر المبيع بمقدار معين ، كما إذا باع كل ما في المخزن من قمح أو نصفه على أنه مائة أردب . فالبيع في هذه الحالة قد وقع على كل القمح الموجود في المخزن أو على نصفه ، فهو بيع جزاف (٢) ، وإذا تبين أن الكيل أو النصف ينقص عن مائة أردب أو يزيد فهذه مسألة ضمان سنعرض لها فيما بعد .

وما دام المبيع لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير فالبيع جزاف ، حتى لو احتاج الثمن إلى التقدير (٣) ، فإذا باع شخص كل القمح الذي في مخزنه بسعر الأردب خمسة جنيهات ، فإن البيع في هذه الحالة يكون بيعاً جزافاً ، لأن المبيع لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير فهو كل القمح الذي في المخزن وإن احتاج الثمن إلى تقدير لأنه لم يعين إلا على أساس سعر الأردب فوجب لتحديد جملته أن يكال القمح الذي في المخزن ليعرف مقداره . وهناك رأي يذهب إلى أن البيع في هذه الحالة يكون بالتقدير ، مادام الثمن يحتاج في تحديده إلى تقدير ولو كان المبيع لا يحتاج إلى ذلك . ويقول أصحاب هذا الرأي إنه قبل تحديد الثمن لا يتم البيع لانعدام عنصر جوهرى فيه هو الثمن إذ هو لم يتعين ، والذي يتم إنما هو عقد غير مسمى وليس بعقد البيع . والصحيح أن الذى تم في فرضنا هذا هو عقد بيع لا عقد غير مسمى ، والثمن غير منعدم ويكفى إذا لم يكن معيناً أن يكون قابلاً للتعيين ، وهو هنا قابل للتعيين بتحديد مقدار المبيع (٤). وقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف ، فنصت

(١) بودرى وسينيا فترة ١٥٣ - بلانيرول وريبير وحامل ١٠ فترة ٢٩٩ ص ٣٧٢ - ص ٣٧٣ .

(٢) أوبرى ورو ٥ فترة ٣٤٩ هاش ٤٣ - بودرى وسينيا فترة ١٥٣ - الأستاذ أنور سلطان فترة ١٥٧ - الأستاذ جميل الشرفاوى فترة ٤٩ ص ١٢٦ .

(٣) استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٢٢ ص ٤٥ - شين الكوم ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١/٣٨٥ ص ٧٨٢ - استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٦ .

(٤) وإذا أخذنا بالرأى الأول في القانون الفرنسى ، فإن تبعة هلاك المبيع قبل تقدير الثمن تكون على البائع ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا بعد تقدير الثمن . ومن الغائلين بهذا =

المادة ٤٢٩ منه على أنه «إذا كان البيع جزافاً ، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات ، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع» (١).

== الرأى : ماركاويه م ١٥٨٥ - م ١٥٨٦ فقرة ١ - فقرة ٣ - هبت ١٠ فقرة ١٨ - بودرى وسينيا فقرة ١٤٨ - فقرة ١٥٠ - أما إذا أضحى بالرأى الثاني ، فقبل تقدير الثمن يتحمل المشتري نعمة الهلاك في القانون الفرنسى دون القانون المصرى ، وتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري في القانونين ومن القانونين بهذا الرأى : أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ٢٣ وهامش رقم ٤٣ - جازار ١ فقرة ٣٠ - بيدان ١١ فقرة ١٦١ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٩٩ ص ٣٧٢ - كولان وكايتان ٣ ص ٥٩٠ - الأستاذ أوبريه فقرة ١٥٧ - الأستاذان أحمد تحت اهلاز وحامد زكى فقرة ٥٣٣ ، والقضاء الفرنسى أحد بعد تردد رأى الثاني (انظر لأحكام في بلايول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٧٢ هامش ٤ - أنسيكوبييى د تورا ، لفظ vente فقرة ٨٤٩ وفترة ٨٥١) .

وهناك رأى في الفقه الفرنسى يذهب إلى أن المبيع إذا كان جزافاً والثمن هو الذي يفتح إن تقدير ، فلكية المبيع الجزاف تنتقل إلى المشتري بمجرد انعقد ، ولكن تبعة هلاك تكون على البائع وفقاً للمادة ١٥٨٥ فرنسى فهو يجعل تبعة الهلاك على البائع في المبيع بالتقدير ولا تعبر لانتقال الملكية (ديوانس ١٦ فقرة ٩٢ - ديكرجيه ١ فقرة ٨٣ وب بعدها - لوران ٢٤ فقرة ١٣٩ - كوليه دى سانجر ٧ فقرة ٧ مكررة ثانياً) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ - ينتقل البيع من تلقاء نفسه ملكية الشيء المبيع وفقاً لقاعدة ٢٨٠ إذا كان هذا الشيء معيماً بالذات . أما إذا كان الشيء لم يعين إلا بتبوعه ، فلا تنتقل الملكية إلا بفرزه وفقاً لقاعدة ٢٨١ .
٢ - إذا كان البيع جزافاً ، انتقلت الملكية إلى المشتري كما تنتقل في الشيء المعين بالذات . ويكون البيع جزافاً حتى لو كان واجباً في تحديد الثمن أن يقدر المبيع . « وفي جنة المراجعة حدثت الفقرة الأولى لأنها مستفادة من الفروعة العامة ، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٢ في المشروع الهائى . ووافق مجلس النواب عليها ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٤ - ص ٤٦) .

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق المادة ٣٠٦/٢٤٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى :
إذا كان البيع جزافاً فيعتبر تماماً ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولا مقياس - والمادة ٢٤١ / ٣٠٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : أما إذا كان البيع ليس جزافاً ، بل كان بالوزن أو بالعدد أو بالكيل أو بالمقاس ، فلا يعتبر البيع تماماً ، بمعنى أن المبيع يبقى في ضمان البائع إلى أن يوزن أو يكال أو يمس أو يقاس - والمادة ٣٣٨/٢٦٨ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى :
لا تنتقل ملكية المبيع المعين نوعه فقط إلا بتسليمه للمشتري . ويلاحظ أن التقنين المدنى السابق وقع فيه خطأان : (أولاً) قرر أن المبيع المعين بالسرع لا يبقى في ضمان البائع إلا إلى وقت الفرز ، والصحيح أنه يبقى في ضمان البائع إلى وقت التسليم . (ثانياً) قرر أن المبيع المعين بالنوع =

وزى من ذلك أن البائع إذا باع مثلاً عشرين أردباً من القمح - سواء من القمح الموجود في مخزنه أو من أى قح آخر يصفه وصفاً كافياً - كان البيع بالتقدير ، سواء احتاج الثمن إلى تقدير بأن جعل سعر الأردب خمسة جنيهاً مثلاً ، أو قدر جزافاً بأن جعل ثمن العشرين الأردب مائة جنية جملة واحدة . وإذا باع كل القمح الذي في مخزنه أو جزءاً شائعاً منه ، فإن البيع يكون جزافاً ، سواء قدر الثمن جزافاً بأن جعل مائة جنية جملة واحدة ، أو احتاج إلى تقدير بأن جعل سعر الأردب خمسة جنيهاً . فالعبرة في بيع الجزاف أن يكون المبيع هو الجزاف ، سواء قدر الثمن جزافاً أو احتاج إلى تقدير .

١٢٠ - أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث

انتقال الملكية : والتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف على النحو الذي قدمناه له أهمية كبيرة من حيث انتقال ملكية المبيع إلى المشتري . ففي بيع الجزاف تنتقل

= لا تنتقل ملكيته إلا بالتسليم ، والصحيح أنها تنتقل بالمقد حتى لو تم التسليم . انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدي في مجموع الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٩٧ وهي مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدني المصري (وانظر في القانون المدني للسوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٥ - فقرة ٨٧) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١٨ وهي مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدني المصري - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٣١ ، وتجري على الوجه الآتي : إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات أو كان قد بيع جزافاً ، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع ، وأما إذا كان المبيع لم يمين إلا بنوعه ، فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز (والحكم واحد في التقنينين العراقي والمصري - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٩ - فقرة ١٤٠ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٠٩ - فقرة ٣١٦) - وفي تقنين المرجحات والمقود اللبناني المواد الآتية : م ٣٧٤ - يكون البيع : ١ . إما جزافاً وهو الذي يكون موضوعه يحمل أشياء مقابل ثمن واحد مع قطع النظر عن العدد والوزن والقياس ، إلا إذا كان المراد منها تعيين مجموع الثمن . . . م ٣٨٩ - إن البيع جزافاً يمد تماماً منذ اتفاق المتعاقدين على المبيع واتسمن ، وإن لم يحصل وزن أو عد أو قياس مما هو لازم لتعيين الثمن عند الاقتضاء - م ٣٩٠ - إذا كان البيع بالوزن أو بالعد أو بالقياس ، فإن البيع يبقى في ضمان البائع إلى أن يتم الوزن أو للعد أو القياس . وانظر أيضاً المادة ٣٩٧ . (والأحكام واحدة في التقنينين اللبناني والمصري) .

ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع كما في سائر أنواع البيع (١). أما في بيع التقدير فلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد انعقاد البيع، ولكن تنتقل بإفراز المبيع وزناً أو كيلاً أو مقياساً أو عدداً على الوجه الذي قدمناه. وإفراز لا البيع هو الذي ينقل الملكية، لأن الملكية لا يتصور انتقالها إلا في شيء معين بالدات، ولا يتعين المبيع بالذات في بيع التقدير إلا بالإفراز. ولما كان الإفراز يتم عادة وقت التسليم، فإن العمليتين - الإفراز والتسليم - تختلطان إحداها بالأخرى، ويبدو أن الذي ينقل الملكية هو التسليم. لكن إذا تأخر التسليم عن الإفراز، فإن الملكية تنتقل بمجرد تمام الإفراز وقبل أن يتم التسليم (٢).

ويستخلص مما تقدم أنه إذا باع شخص القمح الذي في مخزنه، سواء بسعر إجمالي أو بسعر الوحدة في هذا البيع الجزاف تنتقل ملكية القمح الموجود في المخزن إلى المشتري بمجرد انعقاد المبيع (٣). أما إذا باع عشرين أردباً من القمح الموجود بمخزنه أو الموصوف بأوصاف مميزة، سواء باعها بسعر إجمالي أو بسعر الوحدة، فإن ملكية العشرين الأردب لا تنتقل إلى المشتري إلا عند إفراز هذا المقدار وإعداده للتسليم، سواء سلم للمشتري أو لم يسلم (٤).

ويترتب على أن الملكية تنتقل بمجرد انعقاد البيع في بيع الجزاف أن ثمرات المبيع وما يطرأ عليه من زيادة - نبيع قطاع من اعم أو مساحة معينة من أرض تنتج محصولاً - من وقت انعقاد البيع تكون للمشتري، إذ أن هذه الزيادة

(١) فإذا وقع بيع الجزاف على عقار، كبيع قطعة أرض محددة تؤخذ من مجرد أكبر، فإن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل. وقد يساع المقار بالتقدير، كما في بيع أس متر مثلاً تفرز من قطعة أرض معينة (استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١١٩). فلا تنتقل الملكية إلا بعد الإفراز والتسجيل.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥ في الختامش.

(٣) فإذا باع شخص محصول أرضه جزافاً مرتين متتاليتين لشخصين مختلفين، فبيع الأول هو الذى ينقل الملكية، ويقدم على البيع الثانى (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٠).

(٤) فإذا باع شخص محصول أرضه بالتقدير لا جزافاً، وبعد جنى القطن ولكن قبل أن يوزن ليسلم للمشتري حجز عليه أحد دائى البائع، فالهجز يقع صحيحاً، لأن ملكية القطن لم تكن وقت الهجز قد انتقلت إلى المشتري (استئناف وطنى ٣٠ يناير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ١٢ ٤٨١).

طرائق على ملكه . أما في بيع التقدير فلا تكون الريادة للمشتري إلا بعد الإفراز ،
إذا هو لا يملك المبيع قبل ذلك (١) .

١٢١ - أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجراف من حيث

تحمل نعمة الهلاك : وهناك وجه آخر لأهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع
الجزاف ، ذلك هو تعيين من يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم . ولما كان
القانون الفرنسي ينقل تبعه هلاك المبيع إلى المشتري بمجرد انتقال الملكية إليه
ولو قبل التسليم ، فان تبعه هلاك المبيع في بيع التقدير لا يتحملها المشتري إلا بعد
إفراز المبيع أي بعد انتقال الملكية . فلو أن شخصاً باع عشرين أردباً من القمح
الذي في مخزنه ، ثم احترق المخزن بالقمح كله قبل إفراز المبيع ، فان العشرين
الأردب الداخلة في القمح المحترق تهلك على البائع لا على المشتري لأنها لم تكن
قد فرزت ، ويتحمل المشتري من دفع الثمن (٢) أما إذا باع صاحب المخزن جميع
القمح الذي في مخزنه جزافاً . ثم احترق القمح قبل التسليم ، فانه يهلك على
المشتري لا على البائع ، إذ انتقلت تبعه الهلاك إليه بانتقال الملكية ، فيبقى
ملتزماً بدفع الثمن للبائع (٣) .

(١) ويترتب أيضاً على أن البيع هو بيع بالتقدير أن المشتري إذا استولى على المبيع حمية
منية لاستيلاء عليه قبل التقدير يكون مرتكباً لجريمة السرقة ، وإذا أفلس البائع قبل التقدير دخل
المبيع في التفليس ، وإذا تزعت ملكية المبيع قبل التقدير للمنفعة المسامة كان التمويض من حق
البائع لا من حق المشتري (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٧٣ هامش رقم ٤ - الأستاذ
عبد شاح عبد الباقي فقرة ٨٦ - الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ١٦٥) . ويعتبر الاشتراك
في المياه والغاز والنور وما إلى ذلك بيع جزاف لا يبيع تقدير ، لأن الذي يحتاج إلى تقدير هو
الثمن لا المبيع . ويترتب على ذلك أن المشتري يملك المياه والغاز والنور بمجرد التوريد ولا يتوقف
ذلك على تقدير الكمية الموردة عن طريق العداد (انسيكلوبيدي دالوز ه لفظ vente فقرة ٨٥١) .
(٢) وهذا بخلاف ما إذا باع عشرين أردباً وصفها بأوصاف مميزة ولم يقل إنها من القمح
الموجرد بالمخزن ، فاذا احترق المخزن بقى البائع ملتزماً بتسليم المشتري عشرين أردباً من القمح
بالأوصاف الملتصق عليها ، ولا يبعد احتراق القمح في المخزن هلاكاً للبيع (بودري وسينيا
فقرة ١٤٩ ص ١٥٠) .

(٣) عليك ١٠ فقرة ١٦ - بودري وسينيا فقرة ١٤٩ - وتبقى العمومية العملية في تقدير
الثمن ، وقد يكون متوقفاً على تقدير القمح وقد استحال لاحتراقه . وعلى البائع عبء إثبات =

أما في مصر فسرى أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع لا على المشتري ، حتى لو انتقلت الملكية إلى المشتري . فهلاك الشيء قبل التسليم ، سواء في بيع الجزاف أو في بيع التقدير قبل الإفراز أو بعده ، يكون في القانون المصري على البائع ، فلا أهمية إذن للتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من هذا الوجه . لكن الأهمية تظهر فيما إذا أعذر البائع المشتري لتسليم المبيع ، فان تبعة الهلاك بعد الإعذار تكون ، حتى في القانون المصري ، على المشتري لا على البائع . فلو باع شخص كل القمح الذي في مخزنه جزافاً ، وأعذر المشتري لتسلم هذا القمح ، ثم احترق القمح قبل أن يتسلمه المشتري ، فالهلاك على المشتري لا على البائع . ولو باع شخص عشرين أردباً من القمح الذي في مخزنه ، ثم أعذر البائع المشتري ليحضر الإفراز فلم يفعل ، ثم احترق المخزن بما فيه من القمح قبل أن يتم الإفراز ، فان تبعة الهلاك في بيع التقدير هذا تكون على البائع لا على المشتري ، لأن المبيع لم يتعين بالإفراز سهلك على البائع .

١٢٢ - لافرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث الآثار

الالتزامات الشخصية : وفيما عدا انتقال الملكية وتحمل تبعة الهلاك ، لا يوجد فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث أن كلا منهما ينشئ التزامات شخصية في جانب كل من المتبايعين . فبيع التقدير حتى قبل إفراز المبيع ، وبيع الجزاف حتى قبل تحديد الثمن إذا كان لا يتحدد إلا بالتقدير ، كلاهما عقد بيع تام ، وليس عقداً غير مسمى . فينشئ عقد البيع هذا جميع الالتزامات التي ينشئها البيع ، ولا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف في ذلك ، ولا بين البيعين وبيع العين المعينة بالذات .

في بيع التقدير ، كما في بيع الجزاف ، يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات وبحضور إفراز المبيع وتسلمه . فلو أن شخصاً باع من آخر عشرين أردباً من القمح ، كان للمشتري إجبار البائع على تسليم هذا المقدار ، أو الحصول على

= مقدار القمح الذي احترق ليثبت مقدار الثمن المسحق في ذمة المشتري (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٠ ص ٢٧٤) .

مثله على نفقة البائع بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه في حالة الاستعجال (م ٢٠٥ مدنى). وكان للبائع إجبار المشتري على تسلّم المبيع ودفع الثمن. وكان لكل من المتبايعين طلب تعويض من الآخر عما قد يحدث له من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذه الالتزامات، وكان لكل منهما أن يطلب فسخ البيع إذا تحقق سبب للفسخ (١).

§ ٢ - البيع بالعينة

(vente par échantillon)

١٢٣ - **النصوص القانونية:** تنص المادة ٤٢٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

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

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

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق ، ولكنه متفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٠ ص ٣٧٤ - وهمقد جوسران موازنة بين بيع المذاق وبيع التجربة وبيع التقدير . فبيع المذاق مجرد وعد بالبيع ، ينتقل ييماً بارتضاء المبيع بمد المذاق . وبيع التجربة بيع مطلق على شرط واقف أو شرط فاسخ ، ينتقل ييماً باناً بارتضاء المبيع بمد التجربة . وبيع التقدير بيع بات ، ولكن تنفيذه مرجأ الى وقت تقدير المبيع (جوسران ٢ فقرة ١٠٩٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه قريب مما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، ببعض فروق لغوية . وقد أزيلت بعض هذه الفروق في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقم ٤٣٣ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٠ بمد إزالة بقية الفروق اللغوية (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢١ و ص ٢٢ - ص ٢٤) .

المادة ٣٨٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥١٨ - وفي تقنين المرجحات والعقود اللبناني المادة ٤٤٤ (١).

١٢٤ - العينة طريق لتعيين المبيع : قد يختار المتبايعان طريقاً دقيقاً لتعيين المبيع ، فيتقدم أحدهما - ويكون غالباً هو البائع - بعينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها . فيعطي بائع القماش مثلاً للمشتري عينة من القماش الذي يبيعه إياه تكون عادة قصاصة من هذا القماش ، أو يعطي بائع القطن أو القمح أو الورق أو نحو ذلك عينة مما يبيعه يحتفظ بها المشتري حتى يصفى عليها ما يتسلمه من البائع من قطن أو قمح أو ورق أو غير ذلك (٢).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ٣٨٨م (مادة المادة ٤٢٠ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى زروق فقرة ١٦ - فقرة ٥٤) .

التقنين المدني الليبي م ٤٠٩ : (مطابقة المادة ٤٢٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٥١٨ : ١ - الأشياء التي تباع على منقضى مودجها ، تكون روية النموذج فيها . فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على منقضى ، كان المشتري مخيراً بين قبوله بالتمن المسمى أو رده بفسخ البيع . ٢ - فإذا تباع النموذج أو هتك في يد أحد المتبايعين ، ولو دون خطأ منه ، كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون ثامناً أو مشترياً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له .

(والأحكام واحدة في التقنينين العراقي والمصري ، فيما عدا أن جراه عدم المطابقة للنموذج في القانون العراقي الفسخ أو الأخذ بالتمن المسمى ، أما في القانون المصري فالفسخ أو إنقاص الثمن أو إجبار البائع على تقديم شيء مطابق للعينة - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٧٧ - ٨٠ - الأستاذ عباس حسن الصراف ص ٢١٢) .

تقنين سرات والعقود اللبناني : م ٤٤٤ - إذا انعقد البيع بحسب نموذج فالبايع بضمن وجود صفات النموذج في البضاعة المباعة . وإذا هتك أو ناله عيب ، فصل المشتري أن يثبت عدم انطباق البضاعة عليه . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري ، فيما عدا أن عيب إثبات عدم المطابقة للنموذج في حالة هلاكه تقع دائماً ، في التقنين اللبناني ، على المشتري ولو كان النموذج في يد البائع وضاع أو تلف ، وفي التقنين المصري يكون عيب إثبات المطابقة في هذه الحالة على البائع) .

(٢) أنظر البيع بالنموذج في الفقه الإسلامي ابن عابدين ٤ ص ١٠١ - الأستاذ مصطفى الزرقا - فقرة ٥٢ .

والعينة تعنى عن تعيين المبيع بأوصافه (١) فهى المبيع مصغراً، وبمضاهاة المبيع على العينة يتبين إن كان البائع قد نفذ التزامه تنفيذاً سليماً فيما يتعلق بجنس المبيع ونوعه وجودته وغير ذلك من الأوصاف التى يتميز بها . وهى فى الوقت ذاته تعنى عن رؤية المبيع، إذ أن المشتري برؤيته للعينة يكون فى حكم من رأى المبيع . وقد جاء النص الخاص بالعينة (م ٤٢٠ مدنى) تالياً للنص الخاص برؤية المبيع أو العلم به (٤١٩ مدنى) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص نص المادة ٤٢٠ مدنى : « هذا النص جديد لانظير له فى التقنين الحالى (السابق) ، وهو يعالج حالة يكون البيع فيها على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدان ، فوجب أن يكون المبيع كله مطابقاً لهذا النموذج . وقد يحدث أن المشتري لا يكون قد سبق له رؤية المبيع راكناً برؤية النموذج، وهذا ما يجعل للمسألة اتصالاً بخيار الرؤية ، وهو موضع النص السابق (٢) .

والمشتري هو الذى يحتفظ بالعينة عادة ، ولكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يحتفظ بها البائع .

١٢٥ - وجوب مطابقة المبيع للعينة : ويجب أن يجيء المبيع مطابقاً للعينة مطابقة تامة ، وللمشتري أن يرفض المبيع أو أى جزء منه لا يكون مطابقاً لها (٣) ، حتى لو أثبت البائع أن المبيع أعلى صنفاً أو أجود من العينة ذاتها ، فقد تم الاتفاق على أن يكون المبيع مطابقاً للعينة فليس للبائع أن يقدم شيئاً يخالفها ولو كان أفضل (٤) .

كذلك متى جاء المبيع مطابقاً للعينة لا يستطيع المشتري رفضه ، ولو وجده غير ملائم لحاجته (٥) . بل ليس للمشتري، فى الأشياء التى تجرب عادة أو مذاق ،

(١) نفض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٩ ص ٦٧٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢ .

(٣) استئناف مختلط ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٧١ .

(٤) بلائيول ريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ .

(٥) نفض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النفض ٢ رقم ١١٦ ص ٧٣٠ -

استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٤ .

أن يرد المبيع المطابق للعينة ، ولو وجده بعد التجربة غير صالح أو بعد المذاق غير ملائم ، فإدام المبيع مطابقاً للعينة وجب على المشتري قبوله (١) . ولكن ذلك لا يمنع من رجوع المشتري على البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع (٢) .

وإذا وقع نزاع ، مع وجود العينة ، فما إذا كان المبيع مطابقاً لها أو غير مطابق ، فإن البائع هو الذى يحمل عبء إثبات أن المبيع مطابق للعينة (٣) . ويجوز الالتجاء إلى الخبراء فى ذلك ، ولكن رأى الخبير غير ملزم للقاضى (٤) .

١٢٦ - جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة : قلنا أن المبيع إذا لم يجهء مطابقة للعينة ، لم يجبر المشتري على قبوله . ويفتح أمامه ، جزاء على عديم المطابقة ، أبواب ثلاثة :

أولاً - يستطيع أن يطالب بالتنفيذ العيني ، فيجبر البائع على تسليمه شيئاً آخر يكون مطابقاً للعينة (٥) . بل يستطيع المشتري أن يحصل على شيء مطابق

(١) بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ .

(٢) بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ ص ٣٨٠ .

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٠٨ ص ١٦٢ - ومع ذلك فقد أفضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري إذا احتفظ بالعينة يكون هو المكلف بإثبات عدم مطابقة المبيع لسنة (١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٣٥) . وقد فرقت محكمة الاستئناف المختلطة بين البيع على مقتضى عينة (vente sur échantillon) والبيع على أساس نموذج (vente sur type) . ففى البيع الأول يجب أن يجهء المبيع مطابقاً كل المطابقة لعينة ، أما فى البيع الثانى فيكون أن يشتمل المبيع على العناصر الأساسية التى يقوم عليها النموذج حتى لو وجدت فروق بسيطة بين المبيع والنموذج مادام المبيع صالحاً لغرض المخصص له (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٥٢) . وانظر الأستاذ أنور سلطان ص ٥٥ هامش رقم ١ .

(٤) بلانبول وريبير هامل ١٠ فقرة ٣٠٥ ص ٣٨٠ .

هذا وليس المشتري ملزماً بمجرد تسليم البيع أن يضاهيه على العينة وأن يخطر البائع بعدم مطابقتها لما فى ظرف ضمان وأربعين ساعة من وقت تسليم البيع ، فإن هذا الالتزام إنما يقوم فيما بين مسلم للصناعة وأمين النقل والوكيل بالعمولة وفقاً لأحكام المادة ٩٩ من التفتين التجارى ، وتقابل المادة ١٠٥ من التجارى الفرنسى (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٠٩ ص ٤٩٦) .

(٥) ذلك أننا نعتبر العينة طريقاً من طرق تعيين المبيع كما سبق القول ، فالبيع بالعينة يجهء بات (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٠٦ ص ٤٠٤) . ويستطاع المبيع العينة شرطاً وفقاً =

للعبئة على نفقة البائع بعد استئذان القاضى، أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال
(م ٢٠٥ مدنى) .

ثانياً - ويستطيع ، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العينى ، أن يصب فسخ البيع
لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من تقديم شئء مطابق للعبئة (١) . ويجوز فوق ذلك
أن يطلب المشتري من البائع تعويضاً عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ البائع
لالتزامه ، وذلك وفقاً للقواعد العامة .

ثالثاً - ويستطيع ، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العينى أو المطالبة بالفسخ ،
أن يقبل المبيع غير المطابق للعبئة ويطلب إنقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل
من قيمة الشئء المطابق للعبئة (٢) .

= أو شرطاً فاسخاً يعلق عليه البيع حتى يقال إنه إذا لم تتحقق هذه المطابقة سقط البيع أو اتمسح .
أنظر مع ذلك فى أن البيع بالعبئة بيع مطلق على شرط فاسخ الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٢٨
ص ٦٢ - ص ٦٢ ، أو بيع معلق على شرط واقف محكمة الاسكندرية الوطنية ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢
المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٢٢٤ .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « والبائع على كل حال مسئول
عن مطابقة المبيع للنموذج . فان اختلفت هذه المطابقة ، جاز للمشتري أن يرفض تسلّم المبيع ،
وأن يفسخ البيع لعدم قيام البائع بالتزامه . وتتفق التقنينات الأجنبية فى هذا الحكم : أنظر
التقنين البنىانى م ٤٤٤ ، والتقنين الألمانى م ٤٩٤ ، والتقنين البولندى م ٣٢٦ ، والتقنين
البرازيلى م ١٣٥ ، والتقنين الصينى م ٣٨٨ ، والتقنين السوفيتى م ٢٠١ (مجموعة الأعمال
للتحضيرية ٤ ص ٢٢) .

(٢) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٤٤ م ٤٦ ص ١٨٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٣٠٦ - ولكن المشتري ، وإن جاز له اختياراً قبول المبيع مع إنقاص الثمن ، لا يمكن
إجباره على هذا القبول . وقد قضت محكمة النقض بأن البائع لا تبرأ ذمته إلا إذا قدم بضاعة تطابق
العبئة التى جرى التعاقد عليها ، فمن الخطأ القول بأنه إذا امتنع على البائع أن يحصل على بضاعة
من العبئة المتعاقد عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه فإن كان دون العبئة جودة
أو نقادة التزم بفروق الثمن لمصلحة المشتري (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥
رقم ٣٤٩ ص ٦٧٩) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الفرق بين
المبيع والعبئة طفيفاً ولا يؤثر فى جودة المبيع أو فى صلاحيته ، لم يمكن هناك رجه إلا لتقيص
الثمن (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ١٨٦ - أنظر أيضاً الأستاذ عبد الفتاح
عبد الباقى فقرة ٣٠ ص ٤٨ - الأستاذ منصور مطلق منصور فقرة ٢٦) .

١٢٧ - إثبات العينة : وقد يحتاج أحد المتبايعين إلى إثبات العينة إذا نازع فيها المتبايع الآخر ، وتعرض مسألة الإثبات في فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون المطلوب إثباته هو ذاتية العينة ، فهي في يد المشتري أو في يد البائع ، والطرف الآخر ينكر أنها هي ذاتها العينة المتفق عليها . وفي هذه الحالة يجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن من كانت في يده العينة يكون هو المدعى عليه والآخر هو المدعى . فعلى هذا الآخر يقع عبء إثبات أن الشيء الذي في يد الأول ليس هو ذات العينة المتفق عليها (١) ، وهذا ما لم تكن هناك علامة متفق عليها بين الطرفين وقد وضعت على العينة ، فوجود هذه العلامة يكفي لإثبات ذاتية العينة (٢).

(والفرض الثاني) أن تكون العينة قد فقدها من كانت بيده أو تلفت أو هلكت ، ولو دون خطأ من أحد . فإن كان ذلك وهي في يد المشتري ، كما هو الغالب ، وادعى هذا أن المبيع غير مطابق للعينة ، فعليه هو أن يثبت ذلك فإن البائع لا يد له في ضياع العينة ، فهو على دعواه من أن المبيع مطابق لها ، حتى يثبت المشتري العكس . وإن كانت العينة في يد البائع ، وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق لها ، فعلى البائع أن يثبت المطابقة . ويكون الإثبات من الطرفين بجميع الطرق ، بما في ذلك البيئة والقرائن (٣).

(١) الأستاذ عبد المنعم البدراري فقرة ١٠٩ ص ١٦٣ .

(٢) وقد أخذت تفتين الالتزامات السويسرية مبدأ أن من يؤتمن على العينة يصدق بقوله ، وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « يعني التفتين السويسري (٢٢٢م) بتحديد من يكلف باثبات ذاتية النموذج ، وعنده أن من يؤتمن على النموذج يصدق بقوله ، سواء أكان البائع أم المشتري ، وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس . وقد أثر المشروع ترك هذه المسألة خاصة للقواعد العامة في الإثبات (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢ - وقد يهلك المبيع - لا العينة - بسبب أجنبي وهو في يد المشتري ، فعلى المشتري إثبات أن هلاك المبيع كان بسبب أجنبي وأن المبيع غير مطابق للعينة ، وعند ذلك لا يكون البيع قد انقضى ، ويكون الهلاك على البائع (استثناء مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٢) .

وقد رأينا أن تفتين الموجبات والمعقود البناني (م ٤٤٤) يحصل عبء الإثبات على المشتري دائماً ، دون تمييز بين ما إذا كان النموذج قد هلك في يد المشتري أو في يد البائع (انظر آنفاً ص ١٢٣ في الهامش) .

§ ٣ - بيع التركة

(vente d' hérédité)

١٢٨ - النصوص القانونية: تنص المادة ٤٧٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« من باع شركة دون أن يفصل مشملاتها لا بضمن الإلثوت وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتنص المادة ٤٧٤ على ما يأتي :

« إذا بيعت شركة ، فلا يسرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة . فاذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن نستوفى هذه الإجراءات » .

وتنص المادة ٤٧٥ على ما يأتي :

« إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون ، أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد » .

وتنص المادة ٤٧٦ على ما يأتي :

« يرد المشتري للبائع ما وفاقه هذا من ديون التركة ، وبحسب للبائع كل ما يكون دائماً به للتركة ، ما لم يوجد اتفاق يفضي بغير ذلك » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٧٣ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠٠ في المشروع النهائي . ثم أقره مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٤٠٧) .

م ٤٧٤ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠١ في المشروع النهائي . ثم أقره مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٢٠٩ — ص ٢١٠) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٤٣٨/٣٥٠ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٤٤١ - ٤٤٤ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٦٢ - ٤٦٥ - ولا مقابل لها في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٢) .

== م ٤٧٥ : ورد هذا النص في المادة ٦٤١ من المشروع التمهيدي حل وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، مع العبارة الآتية في المشروع التمهيدي : « إذا كان البائع قد قبض حلة بعض أعيان التركة » . وقد حذف هذه العبارة في لجنة المراجعة ، لا لنسخ حكمها ، بل اعتبر الحذف تعديلاً لفظياً ، وأصبحت المادة رقمها ٥٠٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، لجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١١ - ص ٢١٢) .

م ٤٧٦ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٢ من المشروع التمهيدي حل وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما هذا أن المشروع ورد فيه : « يرد المشتري البائع .. كل ما يكون دائماً به التركة » . فعدلت هذه العبارة في لجنة المراجعة إلى العبارة الآتية : « ويحسب البائع كل ما يكون دائماً به التركة » ، وهي أكثر دقة ، فإن البائع إنما يرجع يديه حل التركة ولا يسترده من المشتري . وأصبحت المادة رقمها ٥٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب : لجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٢ - ص ٢١٤) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤٣٨/٣٥٠ : يدخل في بيع استحقاق التركة ما لها من الديون والفوائد المقبوضة والمصاريف والديون المدفوعة من وقت افتتاح التركة ، ما لم يكن هناك شرط يخالف ذلك .

(وأحكام التقنينين السابق والجديد واحدة) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٤١ - ٤٤٤ (مطابقة المواد ٤٧٣ - ٤٧٦ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ٢٩٠ فقرة ٢٩٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٦٢ - ٤٦٥ (مطابقة المواد ٤٧٣ - ٤٧٦ من التقنين المدني لمصرى) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل فيه ، ولكن يمكن الأخط في العراق بالأحكام الواردة في التقنين المصري لاتفاقها مع القواعد العامة . أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن القدون ص ٣٧٨ - ص ٣٨٣ - (ص ٣٨٩ - ص ٤٠٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل فيه . ويمكن الأخط أيضاً في لبنان بالأحكام الواردة في التقنين المصري لاتفاقها مع القواعد العامة .

١٢٩ - صور مختلف بيع الشركة : ليس المقصود من بيع الشركة أن يبيع شخص مجرد حق احتمالي في الشركة ، بل يجب في القليل أن يبيع حصة في الشركة موجودة ولا يستطيع ذلك إلا إذا ضمن للمشتري أنه وارث . فإذا ضمن صفته هذه ، فهو يبيع حصة في مجموع من المال ، بعد أن تستزل منه ديون الشركة فان الوراثة لا تنتقل إليه هذه الديون . وهو في الوقت ذاته يبيع شركة مفتوحة لا شركة مستقبلية ، فقد رأينا أن التعامل في الشركات المستقبلية باطل . ومن ثم يجب أن نستبعد من بحثنا هذا صوراً ثلاثاً : (١) بيع حق احتمالي في شركة دون ضمان صفة الوراثة . (٢) بيع شركة مستقبلية . (٣) بيع عين بالذات من أعيان الشركة ، فهذا غير بيع الشركة التي هي مجموع من المال لأعيان معينة بالذات ولو استغرقت كل الشركة (١) ، وسنبحث في مكان آخر بيع الوراثة لعين من أعيان الشركة قبل سداد الديون .

ويبقى بعد ذلك أن نبحث الصورتين الآتيتين : (١) بيع الوراثة حصة في الشركة لأجنبي غير وارث . (٢) بيع الوراثة حصته في الشركة لوارث آخر ، وهذا هو التخارج (٢) .

١ - بيع الوراثة حصته في الشركة لأجنبي غير وارث

أولاً - حكم هذا البيع فيما بين الطرفين :

١٣٠ - التزامات من الجانبين : يتعقد هذا البيع بالتراضي كما رأينا في البيوع فإذا ما انعقد صحيحاً ، رتب التزامات في ذمة الوراثة الهائغ ، والتزامات مقابلة في ذمة المشتري الأجنبي . وهي بوجه عام الالتزامات التي تترتب في كل بيع .

(١) الأستاذ منصور مصطاق منصور فقرة ١٢٦ ص ٢٨٦ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع المقيدي : « بيع الوراثة نصيبه من الشركة هو بيع لمجموع من المال ، بما يشتمل عليه من حقوق وديون . وهو أهم من التخارج المعروف في الشريعة الإسلامية ، فإن التخارج مقصور على بيع الوراثة نصيبه لباقي الورثة ، أما هذا البيع فقد يكون لوارث أو لغير وارث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٨) .

فالتزامات الوارث البائع هي نقل ملكية حصته في الشركة إلى المشتري ،
وتسليمها لياه ، وضمان ثبوت وراثته . والتزامات المشتري هي دفع الثمن ، وود
ما هي أن يكون الوارث البائع قد وفاه من ديون الشركة ، وحساب ما عسى
أن يكون هذا الوارث البائع دائناً به للشركة .

١٣١ - نقل ملكية الحصص المبيعة للمشتري : يلتزم البائع بنقل ملكية
حصته في الشركة - أو جزء منها - للمشتري . والمقول ملكيته هنا هو مجموع
من المال (universalité) ، لا مال معين بالذات (١) . ومن ثم تنتقل الملكية
بمجرد البيع ، ويحل المشتري محل الوارث في حصته (٢) ، ولا حاجة في ذلك
للتسجيل حتى لو اشتملت الحصص المبيعة على عقار . ولكن لا تنتقل ملكية عقار
بالذات إلى المشتري ، حتى فيما بين الطرفين ، إلا بالتسجيل (٣) . وإلى هذا تشير

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الاستحقاق في شركة يجب أن ينصب على مجموع
من الأموال المختلفة، فإذا باع الوارث استحقاقه في شركة معين أو في أشياء معينة بحيث يمكن تسليم
المبيع للمشتري بدون حاجة إلى قسمة الشركة ، فلا يعتبر ذلك بيع استحقاق في شركة ، بل يعتبر
بيعاً عادياً (١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٤٠ ص ١٠٨)

(٢) وذلك من وقت البيع دون أن يردجى (أنسيكلويدى دالرز) لفظ *cession des droits suc*
فقرة ٢٨٥ . وإذا كان المشتري يحل محل الوارث في ملكية حصته ، فإنه لا يحل محله في صفة
كوارث ، بل يبقى الوارث البائع محتفظاً بهذه الصفة . وقد ترتب آثار على احتفاظ الوارث
البائع بصفة الوارث ، كما إذا كان المورث مؤمناً لمصلحة ورثته أو منشأً لوقف جعل ورثته فيه
مستحقين، فيبقى الوارث البائع صاحب الحق في مبالغ التأمين أو يتوق مستحقاً في الوقف، ولا تنتقل
حقوقه هذه مع حصته التي باعها للمشتري الأجنبي (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٤ ص ٦٠٤ -
الأستاذ مصطفى الزرنا فقرة ٢٩٣ ص ٣١٦) . ولا يصح المشتري بشرائه حصته للوارث
وارثاً ، فإن صفة الوارث لا تنتقل إليه كما قلنا . ويترتب على ذلك أنه لو كان للمورث بنت
باعت حصتها في الميراث لابنها ، فإن ابن البنت لا يصبح فرعاً وارثاً ولا يجب ابن العم مثلاً .
انظر في أن صفة الوارث لا تنتقل إلى المشتري المذكورة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة
الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٣ - وفي أن الوارث البائع يبقى محتفظاً بصفة الوارث جيوار ٢
فقرة ٨٥٩ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٣٥٨ ص ٤٥٥ .

(٣) المذكورة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٣ -
ويسبق ذلك تسجيل إسهاد الوراثة (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٢ - الأستاذ عبد المنعم
البدر اوى فقرة ٤١٢) .

العبارة الأخيرة من المادة ٤٧٤ مدني عندما تقول : « فاذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفي هذه الإجراءات » . أما المنقولات بذواتها فتنقل ملكيتها إلى المشتري بمجرد البيع ، فيصبح المشتري مالكا في الشيوع مع بقية الورثة للمنقولات الموجودة في التركة بمقدار حصة الوارث البائع ، ولا حاجة في ذلك إلى التسليم . وإذا كان في التركة حقوق شخصية في ذمة مدينها ، فهذه الحقوق تنتقل أيضاً إلى المشتري بملكها شائعة مع بقية الورثة بمقدار حصة الوارث البائع . ولا حاجة هنا أيضاً إلى إعلان مديني التركة أو قبولهم ، فان الحوالة تنقل الحق إلى المحال له دون حاجة إلى إعلان المدين أو قبوله . وسرى أن هذا الإعلان أو القبول لازم لصيرورة الحوالة نافذة في حق مديني التركة وفي حق الغير (١) .

أما إذا كان على التركة ديون ، فهذه لا تنتقل إلى المشتري كما تنتقل الديون في حوالة الدين . وذلك لأن القاعدة المعروفة ، وهي ألا تركة إلا بعد سداد الدين ، تمنع من انتقال الديون إلى الوارث . فالمشتري ، عندما اشترى حصة الوارث ، اشتراها خالصة من الديون التي على التركة ، وقبل أن يأخذ شيئاً من التركة يجب وفاء هذه الديون منها . فاذا وفيت الديون جميعاً خلص للمشتري حصة الوارث التي اشتراها ، دون أن ينتقل إليه شيء من هذه الديون (٢) .

١٣٢ - تسليم الوارث البائع مستحقات حصة المشتري : ويلتزم الوارث البائع بأن يسلم ما اشتملت عليه حصته في التركة من عقارات ومنقولات وحقوق شخصية وغير ذلك إلى المشتري . ويدخل في ذلك جميع الثمرات والريع

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢١٠ .
(٢) وفي القانون الفرنسي أيضاً لا تنتقل الديون إلى المشتري ، بل يبقى الوارث مستولاً عليها ويرجع بها على المشتري . ولكن ليس ذلك لأن ديون المورث لا تنتقل إلى الوارث ، فهي تنتقل إليه في القانون الفرنسي ، ولكن لا يمكن نقلها بعد ذلك فيما بين الأحياء من الوارث إلى المشتري لأن حوالة الدين غير معروفة في القانون الفرنسي (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٨ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٩٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ *cession des droits succes.* فقرة ٦٢) .

والمشترى . وبدخل أيضاً - ما لم يوجد اتفاق صريح مخالف - ما عسى أن يكون الوارث قد استفاد من الديون التي للتركة (١) ، وثمن ما عسى أن يكون قد باعه من مشتريات التركة للغير قبل أن يبيع حصته (٢) ، وما عسى أن يكون قد استهلكه من هذه المشتريات لاستعماله الشخصي (٣) . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٧٥ مدني ، فهي تقول كما رأينا : وإذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشتري ما استوفى عليه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد . أما إذا كان قبل بيع حصته قد تبرع بشيء من مشتريات التركة ، فالأصل أن يرد قيمتها للمشتري (٤) ما لم يتفق معه على ألا يرد شيئاً .

ويلتزم الوارث أن يسلم المشتري مشتريات حصته في الحالة التي تكون عليها وقت بيع الحصنة ، لا وقت موت المورث أي وقت افتتاح التركة . وإذا كانت قيمة هذه المشتريات قد زادت بسبب تحسينات أنفق عليها الوارث ، كترميمات وإصلاحات وتعمير ونحو ذلك ، فهذه كلها تكون للمشتري ، إذ هي قد دخلت

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٢ .
(٢) أما ببيع حصته ، فإنه لا يستطيع أن يبيع من أجنبي شيئاً من مشتريات التركة . هذا ولا يرد إلا ثمن ما باعه ولو كان أقل من قيمته ، لأنه وقت أن باع كان يبيع ما يملك إذ لم يكن قد باع حصته من التركة ، فلا يكون مسئولاً إلا عما قد جاء من الكسب أي الثمن الذي قبضه (بودرى وسينيا فقرة ٨٧٥ ص ٩٠٤) .

(٣) أنبكلويدى دالوز ١ لفظ *cession des droits succés* فقرة ٧٢ - أوبرى وروه فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ .

(٤) فقد استفاد منها ، إذ كان يتبرع من ماله الخاص لو لم يجد مال التركة تحت يده . وقد كان هذا هو الحكم في القانون الرومانى وفي القانون الفرنسى القديم (بودرى وسينيا فقرة ٨٧٦ - وانظر أيضاً : أوبرى وروه فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٥٩ ص ٥٥٧ - أنبكلويدى دالوز ١ لفظ *cession des droits succés* فقرة ٧٤ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦١٩ ص ٦٣٣ - الأستاذ أنور سلطان مرة ٤٤٢ - الأستاذ عبد المنعم البدرابى فقرة ٤١٤ - الأستاذ منصور مصطن منصور ص ٢٨٧ هامش رقم ١) .

في الحساب عند تقدير الثمن . وقد يكون الوارث قد حصل بعد موت المورث على تأمين لدين للتركة كرهن أو كفالة ، فهذا التأمين يكون للمشتري ، فقد اعتد به عند حساب الثمن (١) . كذلك إذا كانت مشتملات الحصص المبيعة قد أصابها تلف أو هلك بعضها ، فهذا كله يتحملة المشتري ، لأن هذا الهلاك أو التلف لا بد أن يكون قد حسب حسابه عندما حدد الثمن . ويستوى أن يكون التلف أو الهلاك قد حدث بسبب أجنبي أو بخطأ من الوارث ، ففي الحالتين قد دخل في الحساب (٢).

وإذا كان حق من حقوق التركة قد انقضى باتحاد الذمة بسبب الميراث ، فإن هذا الحق ، بعد أن باع الوارث حصته ، يعود إلى الوجود وينتقل إلى المشتري سواء كان الحق شخصياً أو عينياً . مثل الحق الشخصي أن يكون الوارث مديناً للمورث ثم يرثه فينقضي الدين باتحاد الذمة ، ثم يبيع حصته ، فيعود الدين في ذمته للمشتري (٣) . ولكن الكفالة الشخصية أو العينية التي انقضت باتحاد الذمة لا تعود ، حتى لا يضار الكفيل وهو من الغير . وهذا بخلاف الرهن الذي يكون الوارث المدين نفسه قد قدمه ، فإنه يعود مع الدين ، مع الاحتفاظ بحق الغير التي ترتبت لهم على العين المرهونة . ومثل الحق العيني أن يكون على عقار للمورث حتى ارتفاق لمصلحة عقار مملوك للمورث ، فينقضي حق الارتفاق هذا باتحاد الذمة عند الميراث ، فإذا باع الوارث حصته عاد حق الارتفاق إلى الوجود لمصلحة العقار المرتفق الذي انتقل إلى المشتري . وهذا ما لم يكن الوارث قد

(١) بودوى سبينا فقرة ٨٧٧ و فقرة ٨٨٢ .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش رقم ٩ - بودوى وسبينا فقرة ٨٧٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٧ - أما إذا كان التلف قد حصل بفرض من الوارث ، بأن يكون مثلاً قد أطلع المشتري على مشتملات التركة ثم أخفى بعضها أو أتلفه عمداً أو تعدد عدم قطع التقادم أو عدم قيد الرهن أو عدم تجديده النيد ، فإن كان ذلك قبل بيع الحصص اعتبر قدلياً من جانب الوارث يجعل البيع قابلاً للإبطال ، وإن كان بعد بيع الحصص اعتبر إخلالاً من جانب الوارث بالتزاماته كباقي فيستوجب مسئولية المقدية (أنظر بودوى وسبينا فقرة ٨٨٠) .

(٣) وسفرى أن الوارث إذا كان دائناً للمورث ثم ورثه ، ثم باع حصته في الميراث . فإنه يستوي حقه في الرجوع على التركة بالدين الذي له عليها ، ولا ينقض هذا للدين باتحاد الذمة (م ٤٧٩ مدني) : أنظر مايل فقرة ١٣٤ .

باع عقاره المرتفق به غير مثقل بحق الارتفاق قبل بيع الحصة ، ففي هذه الحالة لا يعرد حق الارتفاق حتى لا يضار المشتري لهذا المقار ، ويغلب أن يكون هذا قد دخل في حساب ثمن الحصة (١) .

ولا يدخل في مشتريات التركة ما ليست له قيمة مالية مقصودة ، إذ المفروض أن المشتري إنما اشترى القيمة المالية لحصة الوارث . فلا يدخل ما يصيب الوارث من أوراق المورث الشخصية وأوسمته وبراءات الرتب والأوراق المثبتة للنسب والشهادات المدرسية والصور العائلية وما إلى ذلك ، هذا ما لم يكن لهذه الأشياء قيمة مادية أدخلها المشتري في حسابه باتفاق خاص مع الوارث (٢) . كما لا يوجد ما يمنع من أن يتفق الوارث مع المشتري على استثناء بعض مشتريات التركة من البيع وإن كان لهذه المشتريات المستثناة قيمة مالية ، فيستثنى الوارث مثلاً بعض منقولات التركة أو داراً كان يسكن فيها وما إلى ذلك . ولا بد أن يكون الاتفاق على هذا الاستثناء اتفاقاً صريحاً ، ويفسر تفسيراً ضيقاً ، فلا يتناول إلا الأشياء التي ذكرت دون توسع .

(١) أوبري دور ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بودرى وسيتيا فقرة ١٨٨ - بلانيرل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٦٠ مكررة - بلانيرل وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٦٥ . أما إذا كان لعقار الوارث حق ارتفاق على عقار في التركة وانقضى باتحاد الذمة ، ثم باع الوارث حصته ، فإن حق الارتفاق يعود لمصلحته وينقل المقار المرتفق به كما كان .

وقد يقع أن يبيع الوارث حصته في الميراث مع وجود وصية تركها المورث بثلاث تركته مثلاً . فالمفروض في هذه الحالة أن الوارث باع حصته بعد استئصال الوصية ، أي باع حصته في ثلثي التركة لاقى التركة كلها . فإذا تبين بعد ذلك أن الوصية باطلة ، وأن الوارث تنازل حصته كل التركة لائتلافها فقط ، فالظاهر أن الوارث يستبق حصته في ثلث التركة إذ هي لم تدخل في البيع . هل أن المسألة سرهونة بنية المتعاقدين . فإن كان الوارث قد أراد أن يبيع كل حصته في التركة على تقدير أن الوصية صحيحة ، فإنه يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يطالب الوارث بما زاد في حصته بسبب بطلان الوصية على أن يزيد له في الثمن بنسبة الزيادة . وإن كان الوارث عند بيعه حصته قد دخل في تقديره احتمال بطلان الوصية وما يترتب على بطلانها من زيادة حصته ، وأدخل ذلك في حسابه عند تحديد الثمن ، فإن البيع يكون احتمالياً من هذه الناحية ، وإذا أبطلت الوصية كان للمشتري ما زاد في حصته الوارث دون أن يزيد شيئاً في الثمن (قارب بودرى وسيتيا فقرة ٨٠٥) .

(٢) أوبري دور ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش ٤ مكررة - بودرى وسيتيا فقرة ٨٨٤ - بلانيرل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ - بلانيرل وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٦٣ - الأصاغان أحمد نقيب الهلال وسامد زكي فقرة ٦٢٢ .

١٣٣ - الضمانه : رأينا أن المادة ٧٣ ، مدني تنص على أن « من باع شركة دون أن يفصل مشتلاتها لا يضمن لإثبات وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك » . فالوارث عندما يبيع حصته في الشركة لا يبيع أموالا معينة بالذات ، ولكنه يبيع حصته في مجموع من المال أبا كانت قيمة هذا المجموع . وهذا هو الذي يميز بيع الشركة عن غيره من البيوع . فالوارث إذن لا يضمن للمشتري أن يدخل في حصته أي مال معين ، أو أن تكون لهذه الحصة قيمة معينة . فإذا كان المشتري قد حسب وقت شرائه للحصة أن مالا معيناً سيدخل في هذه الحصة ولم يدخل ، إما لأنه دخل في حصة غير بائعه من الورثة وإما لأنه لم يدخل في الشركة أصلاً إذ استرده المستحق له ، فإنه لا يرجع على الوارث بضمان الاستحقاق . وإذا دخلت العين في الحصة المباعة ، وتبين أن بها عيباً خفياً ، لم يضمن الوارث للمشتري هذا العيب . وإذا تبين أن قيمة الحصة أقل مما قدره المشتري ، بل إذا تبين أن الشركة مستغرقة بالديون فليست لحصة الوارث أية قيمة ، أو أن حصة الوارث هي الربع لا الثلث ما لم يكن هناك غلط جوهرى في قيمة البيع ، لم يرجع المشتري بالضمان على الوارث ، لأن البيع هنا عقد احتمالي كما قدمنا ، وقد أقدم المشتري عليه بعد البحث والتمحيص ، فهو الذي يجنى الكسب ويحمل الخسارة (١) .

فلا يضمن الوارث إذن للمشتري إلا شيئاً واحداً ، هو أنه وارث ، أى ثبوت وراثته في الشركة (٢) . فيضمن أولاً أن الشركة قد فتحت فعلاً ، لأنه إذا تبين أن الوارث قد باع شركة مستقبلية فالبيع باطل كما قدمنا . ويضمن بعد ذلك أنه يرث في هذه الشركة ، فإذا تبين أنه ليس من الورثة فإنه يكون قد باع ما لا يملك ، ويكون البيع قابلاً للإبطال وفقاً للقواعد المقررة في بيع ملك الغير ، ويجوز للمشتري قبل أن يسترد الوارث الحقيقي أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع واسترداد الثمن الذي دفعه مع التعويض إن كان وقت أن اشترى الحصة مجهل أن البائع ليس بوارث . ويضمن الوارث البائع أخيراً أى عمل من أعماله الشخصية

(١) كذلك لا يضمن الوارث ملاءة مدين الشركة (الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٢٤٦) .

(٢) المفكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٨ .

التي تتعارض مع كونه وارثاً باع حصته ، كأن يبيع هذه الحصصة مرة أخرى ، أو أن يبيع شيئاً من مشتملاتها ، أو أن يستوفى ديناً لها .

على أنه يجوز الاتفاق على تشديد هذا الضمان ، فيشترط المشتري على الوارث أن يضمن له قيمة معينة للحصصة إذا نزلت دفع الوارث الفرق للمشتري (١) ، أو أن يضمن له دخراً مال معين بالذات في الحصصة المبيعة . وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيّاً ، كأن يفصل المشتري مشتملات الحصصة التي يشترها ، فيذكر أنها تشتمل على كذا وكذا من العقارات والمنقولات والحقوق والأموال الأخرى . فكل ما ذكر يكون الوارث ضامناً لدخوله في الحصصة المبيعة ، وإذا لم يدخل لأي سبب رجع المشتري على الوارث بضمان الاستحقاق (٢) . بل قد يرجع أيضاً بضمان العيب ، إذا اشترط ذلك صراحة أو ضمناً .

وجوز الاتفاق على تخفيف الضمان فيشترط الوارث على المشتري مثلاً أنه لا يضمن وجود ورثة آخرين معه ، أياً كان عددهم ومهما بلغ مقدار حصصهم . بل يجوز الاتفاق على عدم ضمان الوارث لثبوت وراثته أصلاً ، فيكون ما يبيعه الوارث في هذه الحالة هو مجرد احتمال أن يكون وارثاً . ويظهر ذلك بوجه خاص في تحديد الثمن ، فإن العقد في هذه الحالة يصبح عقداً احتمالياً محضاً ، ويكون الثمن مخفضاً تخفيضاً يواجه هذا الاحتمال (٣) .

(١) وقد يؤخذ ذكر قيمة الحصصة في عقد البيع قرينة على أن المشتري قد اتفق مع الوارث على ضمان هذه القيمة (قارن الأستاذين احمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ١٢٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٥) .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٨ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٩٦ .

(٣) انظر في كل ذلك بودرى وسينيا فقرة ٨٨٦ - فقرة ٨٩١ - وإذا اشترط الوارث أنه لا يضمن حتى ثبوت وراثته ، وثبت بعد ذلك أنه ليس بوارث ، لم يضمن ، ولكن يجب عليه أن يرد الثمن الذي أخذه ، إلا إذا اشترط أيضاً عدم رده (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٨) . ومع ذلك إذا ثبت غش الوارث وأنه كان يعلم وقت البيع أنه ليس بوارث ، وجب عليه رد الثمن والتعويض حتى لو اشترط عدم الضمان (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٦٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٩٦) .

١٣٤ - **الزامات المشتري**: يلتزم المشتري أن يدفع للوارث الثمن المتفق عليه والمصروفات والفوائد ، شأنه في ذلك شأن كل مشتري آخر (١) . ويلتزم فوق ذلك أن يرد للوارث ما عسى أن يكون هذا قد دفعه من تكاليف الشركة . فإدفعه الوارث في تجهيز الميت - المورث - وفي ضريبة التركات التي تقع على حصته الميعة وما إلى ذلك من تكاليف يسترده من المشتري ، لأن هذه هي العناصر السلبية لمجموع المال الذي اشتراه المشتري من الوارث .

أما ديون الشركة فهذه لا يلتزم بها المشتري ، لأن الوارث نفسه لا يلتزم بها ، وذلك وفقاً للمبدأ المقرر في الشريعة الإسلامية وهو يقضى بالأثر إلا بعد سداد الدين (٢) . فالشركة هي التي تقوم بسداد ديونها أولاً ، وما بقي بعد ذلك فهو ميراث ، والوارث إنما باع حصته في هذا الميراث بعد استئصال الديون . ولكن يجوز أن يكون الوارث قد دفع من ماله حصته في دين على الشركة ، فيرجع بما دفعه على المشتري ، لأن هذا قد استفاد بما دفعه الوارث ، إذ خلصت له الحصصة دون أن يستنزله منها هذا الدين . كذلك قد يكون الوارث دفع ما يصيب حصته في وصية تركها المورث ، فهنا أيضاً ولنفس السبب يرجع الوارث على المشتري بما دفع . وهناك رسم يدفع على انتقال الشركة للوارث ، وهو رسم على انتقال الملكية من المورث إلى الوارث ويسمى رسم الأبلولة . فهذا يدفعه الوارث في مقابل انتقال حصته في الشركة إليه ، ولا يرجع به على المشتري ، لأنه هو

(١) والتمن مضمون بحق امتياز على الحصصة الميعة ، ويجب قيد هذا الامتياز بالنسبة إلى العقارات (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ ص ٤٥٩) - وإذا كان الوارث البائع قاصراً واشتلت حصته على عقارات ، وكان في الثمن فهما يقابل العقارات غبن يزيد على الخمس ، جاز طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس من المثل . وتقوم العقارات بحسب قيمتها وقت البيع ، وتوازن هذه القيمة بحسب من الثمن بنسبة قيمة العقارات إلى قيمة مجموع مشتلات الحصصة لمعرفة ما إذا كان هناك غبن يزيد على الخمس (م ٤٢٥ مدني) : انظر بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٧ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ. cession des dr. succes. فقرة ٤٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٠٩ - الأستاذان أحمد نجيب الملل وحامد زكي فقرة ٦٢١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٧ - الأستاذ سليم - نفس فقرة ٢٩٨ .

الذى استفاد منه فقد انتقلت إليه ملكية الحصة واستطاع بذلك أن يبيعها (١) .
أما المشتري فيدفع رسم البيع الذى انتقلت بموجبه ملكية الحصة إليه من الوارث ،
وهذا الرسم يدخل فى مصروفات البيع التى يلتزم بها المشتري (٢) .

وقد يكون للوارث دين فى ذمة المورث ، فهذا الدين تلتزم به التركة
ولا ينقضى بانحاد الذمة لأن ديون المورث لا تنتقل إلى ذمة الوارث . فيكون
للوارث أن يطالب التركة بماله من الدين ، ويتحمل المشتري نصيب الحصة
المبيعة فى هذا الدين ، أى أنه يحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ويتحمل
المشتري نصيبه فى ذلك باعتباره مالكا للحصة المبيعة . وإلى هذا كله تشير
المادة ٤٧٦ مدنى ، كما رأينا ، إذ تقول : «يرد المشتري للبائع ما وفاقه هذا
من ديون التركة ، وبحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ما لم يوجد اتفاق
يقضى بغير ذلك » .

فيجوز إذن الاتفاق على تشديد هذه الالتزامات أو حل تخفيفها . يجوز
مثلا الاتفاق على أن يدفع المشتري رسم الأيلولة ، فهذا تشديد فى التزامات
المشتري . كما يجوز الاتفاق على ألا يرد المشتري للبائع ما وفاقه هذا من ديون
التركة أو الوصايا ، أو على ألا يحسب للوارث البائع ما كان دائناً به للتركة ،
وهذا تخفيف فى التزامات المشتري .

(١) ولكن من ناحية قوانين الضرائب يكون المشتري مسئولاً بالتضامن مع الوارث البائع
عن سداد هذه الضريبة ، إذا تم البيع قبل مضي عشر سنوات من وقت انتحار التركة . فقد نصت
المادة ٤٥ من قانون ضريبة التركات الصادر فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٤٤ على أنه « يجب على كل
من يشتري عقاراً أو أى حق آخر من الحقوق العينية آيلاً إلى البائع من تركة أو من وصية ، ولم
يكن قد مضى حل وفاة المورث أو الموصى أكثر من عشر سنوات ، أن يتثبت قبل التماقد من
الوفاء بالرسوم المطلوبة للحكومة ، وإلا كان مسئولاً بالتضامن مع الوارث البائع عن وفاء الرسوم
المتأخرة . وكل من يشتري منقولات مع علمه بعدم وفاء رسوم الأيلولة يكون مسئولاً بالتضامن
عن دفعها مع الوارث البائع » (انظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٤ ص ٤٢١) .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بودرى وسينيا فقرة ٨٩٤ - بلانيول
وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ .

ثانياً - حكم هذا البيع بالنسبة إلى الغير :

١٣٥ - الغير هنا طوائف ثلث : يمكن تمييز طوائف ثلاث من الغير في بيع التركة . الطائفة الأولى هم الورثة الآخرون غير الوارث البائع . والطائفة الثانية هم دائنو التركة ومدينوها . والطائفة الثالثة هم الخلف الخاص للوارث البائع أى كل شخص تلقى من الوارث البائع حقاً على عين أو دين من مشتريات الحصة المبيعة . ولما كان الحكم يختلف بالنسبة إلى كل طائفة من هؤلاء ، فنستعرضهم متعاقبين طائفة بعد الأخرى .

١٣٦ - الورثة الآخرون : هؤلاء ليسوا طرفاً في البيع الذى تم بين الوارث البائع والمشتري ، فلا يكسبون من هذا البيع حقاً ولا يترتب في ذمتهم التزام . ولكن البيع الذى تم جعل المشتري شريكاً لهم في الشروع في جميع مشتريات التركة ، من عقارات ومقولات وديون ، بمقدار حصة الوارث البائع وقد حل المشتري محل البائع بموجب البيع . فمن حقهم الاعتداد بهذا البيع ولو لم يعلن لهم ، ويتقاسمون التركة مع المشتري باعتبارهم شريكاً لهم ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق الوارث البائع فقد خرج بالبيع عن أن يكون هو الشريك . ومن حق الورثة ، قبل صدور البيع من الوارث ، أن يتقاسموا مع هذا الوارث ، فنفرز حصته . ويقع البيع عليها مفرزة لاشاعة ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق المشتري من الوارث كخلف خاص ينصرف إليه أثر العقد الصادر من سلفه متعلقاً بالشيء المبيع . أما بعد البيع ، فإذا كان الورثة الآخرون لم يخطرأ به ، كان من حقهم أن يتقاسموا مع الوارث البائع ، لان المفروض أنهم لا يعلمون بالبيع (١) . فإذا بدأت إجراءات القسمة ، واستطاع المشتري أن يخطرهم (٢)

(١) بودرى وسبينا فقرة ٩١٠ - ويعتبر المشتري من الوارث في هذه الحالة ، بالنسبة إلى سائر الورثة ، دائماً للوارث البائع . وقد تمت القسمة قبل أن يتدخل المشتري ، فليس له أن يعلن فيها إلا في حالة الفس (م ١٨٤٢ / ٢ مدني) - وهذا لا يمنع ، كما قدسنا ، من أن تنقسم الورثة التركة مع المشتري ، حتى قبل أن يخطرأوا بالبيع ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق الوارث البائع . (٢) والإخطار ليس له شكل خاص ، ولكن يجب إثباته إذا أنكرته الورثة وفقاً للقواعد العامة في الإثبات .

بالبيع قبل أن تتم ، كان للمشتري أن يتدخل في القسمة (١) ، بل له أن يطلب إخراج الوارث من الإجراءات وأن يحل محله فيها فيكون هو المتناهي مع سائر الورثة . وإذا كان الورثة قد أخطروا بالبيع قبل إجراءات القسمة فليس لهم أن يتناهيوا مع الوارث البائع فقد باع حصته للمشتري ، ويكون المتناهي معه غير نافذ في حق المشتري . ولا يجوز للورثة أن يتناهيوا إلا مع المشتري ، فهو الذي أصبح شريكاً لهم في الشروع مكان الوارث البائع وقد أحيطوا علماً بذلك عن طريق الإخطار (٢) .

١٣٧ - دائر الشركة ومريضه : أما دائر الشركة فيبقون ، بالرغم من بيع الوارث لحصته ، دائرين للشركة ذاتها ، لا للوارث ولا للمشتري منه كما سبق القول ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون . فيستوفون ديونهم من أموال التركة (٣) مقدمين على الورثة وعلى غيرهم من موصي لهم أو ممن يتلقى حقاً من

(١) باعتباره دائماً لأحد الشركاء . وهو الوارث البائع (م ٨٤٢ / مدني) .
(٢) ولما كان الوارث قد باع حصته لأجنبي غير وارث ، فإنه يجوز للورثة الآخرين قبل القسمة استرداد هذه الحصة ، وفقاً للمادة ٨٢٣ مدني وهي نص على أن « الشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به . ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عرضه عن كل ما أنفقه . ٢ - وإذا تمدد المستردون ، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته » . انظر أوبري ورو ٥ - فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ - فقرة ٣٦٠ مكررة ص ٤٦١ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ - فقرة ٢٣٩١ - كولان وكاييتان ٢ - فقرة ٩٧١ - أنسيلويدي دالوز ١ لفظ *cession des dr. succes* فقرة ١٤٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤١ ص ٤١٨ .
كذلك إذا كان الورثة الآخرون ينازعون في وراثة الوارث البائع ، فنحن نحتهم أن يستردوا الحصة المبيعة كما يسترد أي حق متنازع فيه (الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٨٥ هاشي رقم ١) .

(٣) ومن ثم لا يكون هناك محل لحالة الدين من الوارث إلى المشتري ، فإن الوارث نفسه غير مدين ، بل التركة . ويتقرب على ذلك أنه لا يلزم اتخاذ إجراءات حوالة الدين (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٢ ص ٦٠٢ - قران الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٩ ص ١٢٦٢ ، وهذا بخلاف إجراءات حوالة الحق فيجب اتخاذها لأن حقوق التركة تنتقل إلى الوارث وصولها إلى المشتري .

الورثة كالمشترى من الوارث البائع . وإذا تسلم المشتري مشتملات الحصنة المبيعة ، فإن ما تسلمه يبنى مسئولاً عن ديون التركة ، ولدائنها أن يتبعوا هذا المال في يد المشتري وينفذوا بحقوقهم عليه ، على النحو الذى سنبينه عند الكلام فى تصرف الوارث فى أموال التركة المدينة قبل سداد الدين (١).

أما مدينو التركة فهؤلاء يكونون بالبيع مدينين للمشترى من الوارث لأن الوارث، تنتقل إليه حقوق التركة بخلاف يونها ، فبحول بالبيع هذه الحقوق للمشترى منه ، وتسرى القواعد العامة المتعلقة بحوالة الحق . ومن أهم هذه القواعد أن الحوالة لا تكون نافذة فى حق مدينى التركة إلا إذا قبلوها أو أعلنوا بها (م ٤٧٤ مدني) (٢). فإذا لم يقبلوها الحوالة ولم يعلنوا بها ، ووفروا الوارث البائع حصته من الديون التى فى ذمتهم للتركة ، كان هذا الوفاء نافذاً فى حق المشتري . ولا يبقى للمشترى إلا الرجوع بالضمان على الوارث البائع ، فقد قدمنا أنه ضامن لأعماله الشخصية ، واستيفائه لديون التركة بعد بيع حصته يعتبر عملاً شخصياً من جانبه يستوجب الضمان .

١٢٨ - الخلف الخاص للوارث البائع : يمكن أن نتصور أن الوارث قد باع -- بعد البيع الصادر منه للمشترى أو قبل هذا البيع -- شخصاً آخر شيئاً من مشتملات حصته ، عقاراً أو منقولاً أو ديناً للتركة . فيكون هذا الخلف الخاص الوارث محبباً من الغير فى البيع الصادر قبل ذلك أو بعد ذلك للمشترى حصنة الوارث . ويجوز أيضاً ، بدلا من أن يبيع الوارث من مشتملات حصته شيئاً بالذات ، أن يبيع نفس الحصنة ك مجموع من المال للمشتري الآخر . فيكون هذا المشتري الآخر من الغير أيضاً .

فهؤلاء الأغيار - المشتري العقار المعين أو المنقول المعين أو الدين الذى للتركة أو حصنة الوارث من مجموعها - لا يسرى فى بيعهم البيع الصادر من الوارث للمشتري ، إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت

(١) أنظر مايل فقرة ١٩٢ - فقرة ١٩٤ .

(٢) الأستاذ عبد المتعم البرادوى فقرة ٤١٢ .

عليه التركة . وهذا ما نصت عليه سراحة المادة ٤٧٤ مدني كما رأيت ، إذ نقول ،
ه إذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري
الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة (١) . وقد حسم هذا
النص خلافاً لآيزال قائماً في الفقه الفرنسي في هذه المسألة وأخذ بالرأى الراجح
في هذا الفقه (٢) ، وكان هذا أيضاً الرأى الراجح في عهد التفتين المدني السابق
ولم يكن هذا التفتين يشتمل على نص مماثل للمادة ٤٧٤ مدني (٣) .

فإذا كان الغير مشترياً لعقار بالذات من مشتملات الحصة المبيعة ، فسواء
اشتراه قبل بيع الحصة أو بعدها ، فإن المشتري للحصة لا يقدم عليه إلا إذا سجل
البيع في خصوص هذا العقار قبل أن يسجل مشتري العقار البيع الصادر إليه ،
وأيهما سبق الآخر في التسجيل كان هو المقدم (٤) . ذلك أن المشتري للحصة

(١) وقد رأينا أن المادة الأخيرة من المادة ٤٧٤ مدني تنص على ما يأتي : « ولو نص
القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات » .
وقدنا مثلاً لذلك التسجيل في العقار ، فهو واحد في نقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ،
فوجب التسجيل حتى تنتقل ملكية عقار بالذات حتى فيما بين الوارث البائع والمشتري خاصة هذا
الوارث (انظر آنفاً فقرة ١٣١) .

(٢) فحق الفقه الفرنسي آراء ثلاثة : رأى يذهب إلى صيرورة بيع الحصة نافذاً في حق الغير
باختار نفاذ البورته هذا البيع . ورأى ثان يجعل هذا البيع نافذاً في حق الغير دون أن ينعقد له
إجراءات . ورأى ثالث لا يجعل هذا البيع نافذاً في حق الغير إلا باتخاذ الإجراءات الخاصة بصيرورة
البيع نافذاً في حق الغير في العقار بالنسبة إلى عقارات الحصة المبيعة ، وفي القول بالثانية إلى
منقولات هذه الحصة ، وفي حوالة الحق بالنسبة إلى الديون التي لهذه الحصة . أصدر هذه الآراء
الثلاثة بودرى وسينيا فقرة ٩٠٣ - فقرة ٩١٠ - وانظر في أن الرأى الثالث هو الرأى الراجح
جيو او ٢ فقرة ٨٦٦ - لوارن ٢٤ فقرة ٤٧٨ - أوبري وور ه فقرة ٣٥٩ ثالثاً جيو او رقم ٢٤ -
بودرى وسينيا فقرة ٩٠٦ - ملانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٦ كولان وكايشان
٢ فقرة ٩٧٢ - أنسيكلو بيدي دالوز ١ لفظ *cession des dr. succes.* فقرة ٣٥٦ -
فقرة ٥٦ . وقارن هيك في حوالة الحق ١ فقرة ٣٠٦ - بلانيول وريبير وبولونجييه ٢
فقرة ٢٣٦٣ .

(٣) الأستاذان أحمد نجيب الحلالي وحامد زكي فقرة ٦٢٤ - فقرة ٦٢٥ .

(٤) وقد يكون الغير تلقى من الوارث حقاً عينياً غير الملكية ، حق انتفاع أو حق ارتفاق
أو حق رهن أو غير ذلك ، فالمبرة هنا أيضاً بالأسبقية في التسجيل أو في التعيين . وقد يكون
دائن الوارث حيز على عقار من مشتملات الحصة المبيعة ، فإذا لم ينسجل دئنه قبل أن يسجل
المشتري الحصة البيع قدم على هذا المشتري (بودرى وسينيا فقرة ٩٠٧ من ، انظر أيضاً في حوالة الحق ١ فقرة ٣٠٦) .

الوارث كما يعتبر مشترياً لهذه الحصة في مجموعها ، يعتبر كذلك مشترياً لكل عقار بالذات ولكل منقول بالذات ولكل دين بالذات تشمل عليه هذه الحصة ، فوجب استيفاء الإجراءات الواجبة لنقل كل حق من هذه الحقوق .

وكذلك الحكم في المنقول ، تنتقل ملكيته بمجرد البيع ، فإذا كان يبيع الحصة سابقاً على بيع منقول بالذات انتقلت ملكية المنقول إلى مشتري الحصة دون مشتري المنقول ، وإذا كان العكس انتقلت الملكية إلى مشتري المنقول دون مشتري الحصة . على أن أياً منهما يتسلم المنقول بحسن نية قبل الآخر تنتقل إليه الملكية بموجب الحيازة ، فيفضل على صاحبه .

وكذلك الحكم في دين للتركة ، لا تنتقل ملكيته لمشتري الحصة بالنسبة إلى مشتري هذا الدين بالذات إلا إذا قبل مدين التركة بيع الحصة أو أعلن به قبل أو قبل شراء الدين أو قبل أن يعلن به ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق .
رسم مشتري الدين على مشتري الحصة ، إذا تمكن مشتري الدين من الحصول على قبول المدين قبولا ثابت التاريخ أو أعلنه بالحوالة قبل قبول ثابت التاريخ لبيع الحصة أو إعلان هذا البيع (١) .

وكذلك الحكم أخيراً في حالة ما إذا باع الوارث حصته كمجموع لشخصين على التعاقب ، فأى المشتريين لحصة الوارث سبق الآخر في التسجيل بالنسبة للعقارات ، أو الحيازة بالنسبة إلى المنقولات ، أو إعلان الحوالة أو التاريخ الثابت لقبولها بالنسبة إلى الديون ، كان هو المقدم . وقد يتقدم في العقارات مرة أخرى في المنقولات أو في الديون ، كما يجوز أن يتقدم في بعض العقارات دون بعض أو في بعض المنقولات أو الديون دون بعض ، حسبما يتفق أن يسبق إليه في الإجراءات الواجبة بالنسبة إلى كل حق .

(١) وقل مثل ذلك في حالة ما إذا حيز دائن الوارث تحت يد مدين التركة ، فإذا كان الحيز سابقاً على إعلان بيع الحصة أو التاريخ الثابت لقبول البيع من مدين التركة ، زاحم الدائن الحاجز مشتري الحصة ، وإذا كان العكس قدم مشتري الحصة على الدائن الحاجز ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق .

ب - بيع الوارث حصته في التركة لو ارث آخر

(للتخارج)

١٣٩ - التمييز بين هاتين : إذا باع الوارث حصته في التركة لو ارث آخر ، كان هذا هو التخارج المعروف في الفقه الإسلامي (١) . ويجب هنا أن نميز بين حالتين : حالة ما إذا اشترى الوارث الآخر أو الورثة الآخرون حصة الوارث البائع بثمن دفعوه من مالهم الخاص ، وحالة ما إذا اشتروا الحصة بثمن دفعوه من أموال التركة ذاتها .

ففي الحالة الأولى يكون شأن الوارث المشتري أو الورثة المشترين شأن المشتري الأجنبي ، فيكون لهم حقوق المشتري الأجنبي والتزاماته ، ويسرى البيع الصادر لهم في حق الغير وفقاً للأحكام التي سبق أن قررناها . فان كلن المشتري وارثاً واحداً ودفع الثمن من ماله الخاص ، استحق حصة الوارث البائع وحل محله في التركة . وإن كان المشتري كل الورثة أو ورثة متعددين ودفعوا الثمن من

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن عقد التخارج الذي أجازته الشريعة الإسلامية في أحوال الميراث هو عقد يتنازل بموجبه أحد الورثة لشريكه أو لشركائه في الميراث عن نصيبه في التركة في مقابل شيء معلوم . وليس من الضروري لصحة هذا العقد أن تكون أعيان التركة معلومة للمتعاقدين ومعيّنة في العقد تميئناً تاماً (٧ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٣٠ ص ٥٠) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه يصح التخارج حتى لو كانت التركة مدينة ، لأن بيع الوارث نصيبه في التركة يشمل الديون التي لها والتي عليها طبقاً للقاعدة ٣٥٠ مدني (سابق) (١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٠ ص ٢٨٧ - وانظر أيضاً نفوس مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة صر ٣ رقم ١٦ ص ٣٥) . وقضت بأن عقد التخارج لا يحصل إلا من وارث لو ارث ، فالبيع الصادر من وارث في حصته في التركة لغير وارث يعتبر بيع استحقاق في التركة ويجب تسجيله (٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢/٤٩٦ ص ٩٩٢) . وقضت محكمة أجا بأن عقد التخارج ينطوي بطبيعته على بيع الوارث لنصيب في التركة جزافاً ، وهذا الوصف لا يضمن البائع للمشتري سوى وجود التركة من غير سائر لمشتلاتها فلا يضمن المتخارج إذ ذن استحقاق بعض الأعيان لغيره ، إلا إذا نص في عقد التخارج على الأعيان المتخارج عليها بالذات ونصيب المتخارج فيها (١٩ أبريل سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢/٥٦٨ ص ٦٩٤) .

ما لم الخاص ، ولم ينص في عقد التخارج على طريقة قسمة حصة الخارج بين الورثة المتعددين ، قسمت هذه الحصة عليهم بالسوية بينهم . وتنص المادة ٤٨ من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ على هذا الحكم إذ تقول : « التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم . فإذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله في التركة ، وإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم ، فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصباهم فيها ، وإن كان المدفوع من ما لم ، ولم ينص في عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج ، قسم عليهم بالسوية بينهم » .

أما في الحالة الثانية فإن التخارج يكون بمثابة القسمة أو الصلح لا البيع ، ذلك أن الورثة الآخرين دفعوا للوارث مالا من أموال التركة ، وتخرجوا بهذا المال على حصة هذا الوارث . وبذلك اختص الوارث المتخارج بمال معين في التركة يقابل حصته ، واختص سائر الورثة بباقي التركة ، فيكون هذا الاتفاق صلحاً أو قسمة وأفرزت بها حصة الوارث المتخارج . وبغلب أن يكون المقصود بالتخارج الصلح ، إذ يقع نزاع على استحقاق أحد الورثة ، فيفتق باقي الورثة معه على أن يأخذ مالا معيناً من التركة وينزل عن ادعائه في الميراث في باقي التركة (١) . فإذا لم يكن هناك نزاع على ميراث الوارث الخارج ، كان التخارج قسمة (٢) . وهناك قواعد مشتركة في التخارج صلحاً كان أو قسمة ، كما

(١) جاء في الزيلعي : « إن أخرجت الورثة أحدهم عن ميراث أو عقار بمال ، أو عن ذهب بفضة ، أو من فضة بذهب ، صح ، قل ما أعطوه أو أكثر ، لأنه يحمل على المبادلة ، لأنه صلح من عين . ولا يمكن حله عن الإبراء ، إذ لا دين عليهم ولا يتصور الإبراء عن العين . ويصح العقار والعروض بالقليل والكثير جائز ، وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الربا لاختلاف الجنس . وفي الأثر أن تخاصر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته من ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار ، وقيل حل ثلاثة وثمانين ألفاً ، بمحض من الصحابة . وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال يتخارج أهل الميراث ، أي يخرج بعضهم بعضاً بطريق الصلح . ولا يشترط أن تكون أيمان التركة معلومة ، لأنه لا يحتاج فيها إلى التسليم ، ويصح ما لا يعلم قدره في جائز » (الزيلعي ٥ ص ٩ : - ص ٩٠ - وانظر أيضاً تكملة فتح القدير ص ٧ ص ٥٢) .

(٢) وقد فتت محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة بأنه إذا ظهر من ظروف الأحوال أن عقد التخارج لم يكن الفرض من صلحاً لوضع حد للنزاع الموجود ، فلا يعتبر إلا نزولاً =

أن هناك فروقاً في الأحكام فيما إذا كان التخارج صلحاً أو قسمة ، فنسمرض
الأمريين .

١٤٠ - **أحكام مشتركة في التخارج** : سواء كان التخارج صلحاً
أو قسمة ، فهو كاشف عن الحق لا منشئ له ، لأن هذه هي طبيعة كل من
الصلح والقسمة ، ويترتب على ذلك ما يأتي :

أولاً - من حيث نقل الملكية : لا ينقل التخارج ملكية مال التركة إلى
الوارث الخارج ، بل يتكشف الأمر عن أن الوارث الخارج يملك هذا المال
مفرزاً منذ البداية عن طريق الميراث . ولما كان هذا الأثر الكاشف لاجابة فيه
إلى التسجيل فيما بين الطرفين ، فان التخارج لا يسجل لإنتاج أثره فيما بين الورثة ،
وإن كان التسجيل ضروريا لإنتاج أثره بالنسبة إلى الغير (١) . ويترتب على الأثر
الكاشف أيضا أن جميع الحقوق العينية التي يكون الوارث الخارج قد رتبها على
الأموال الأخرى للتركة تسقط ، حتى لو كانت قد سجلت أو قيدت قبل إجراء
التخارج . إذ يعتبر الوارث لم يملك شيئا من هذه الأعيان منذ البداية ، فيكون
تصرفه تصرفاً صادراً من غير مالك ، فلا ينفذ إلا باجازه باقى الورثة (٢) .

ثانياً - من حيث التزامات الطرفين : لا تكون التزامات المتبايعين ، بل هي
التزامات المتصلحين أو المتقاسمين . فلا يلتزم الوارث بنقل ملكية الأعيان
إلى الورثة ، إذ يعتبرون مالكيها منذ البداية . ولا يلتزم الورثة بنقل ملكية

= من أحد الورثة من حصته الشائعة في الميراث في مقابل شيء معين بقصد الخروج من الشيوع
(١٦ أبريل سنة ١٩٢١ جازيت ١١ رقم ٢٥٩ ص ١٨٣) . انظر أيضاً بلانيرول وريبير
وهامل ١٠ فترة ٣٥٥ ص ٤٥٣ ، ويشترطون حتى يكون التخارج قسمة طبقاً للقضاء الفرنسى
أن يكون من شأنه إفراز حصه كل من الورثة لا حصص بعضهم دون بعض .

(١) وتسجيل عقد التخارج لينتج أثره نحو الغير واجب ، سواء كان ذلك في عهد التفتين
الجديد أو في عهد التفتين السابق . ويسبق هذا التسجيل تسجيل إسهاد الورثة (الأستاذ محمد
كامل مرسى فقرة ٢٥٢) . أما في فرنسا فالعقود الكاشفة - ومنها التخارج - لا تخضع
للتسجيل حتى في إنتاج أثرها في حق الغير (بودرى وسينيا فقرة ٩١١) .

(٢) وكذلك إذا تصرف الوارث في منقولات التركة ثم تخارج سقطت تصرفاته ، هذا ما لم
يكن قد سلم المنقول لمشتري حسن النية فيملكه عندئذ بالهيازة (بودرى وسينيا فقرة ٩١٢) .

المال الذي أخذه الوارث الخارج من التركة ، إذ يعتبر مالكا له هو أيضاً منذ البداية كما قدمنا .

ثالثاً - بالنسبة إلى الغير : لا يعتبر باقى الورثة هنا من الغير ، إذ هم الذين تعاقبوا مع الوارث الخارج صلحاً أو قسمة (١) . أما دائر التركة فيبقون دائنين لها ، ولم أن يرجعوا بديونهم على الوارث الخارج بقدر ما أخذ من أموال التركة ، ولكن يكون للوارث الخارج في هذه الحالة الرجوع على بقية الورثة بما دفعه من ديون التركة ، لأنهم تصالحوا معه أو تقاسموا على أساس أن حصته الصافية من التركة بعد استئزال الديون هي ما أخذه من المال . أما مدينو التركة فيكونون مدينين لبقية الورثة ، كل بقدر حصته في الميراث ، ولا شيء من هذه الديون للوارث الخارج فهو قد أخذ نصيبه من التركة ولم يدخل فيه شيء من هذه الديون (٢) . وأما الخلف الخاص ، ممن ترتب لهم حق عيني على الأموال الأخرى للتركة من عقار أو منقول أو دين من جهة الوارث الخارج أو تصرف لهم الوارث الخارج في حصته كجموع من المال ، فهؤلاء تسقط حقوقهم بموجب الأثر الكاشف على النحو الذي قدمناه ، حتى لو كانوا قد سجلوا أو قيدوا عقود التصرفات الصادرة إليهم قبل التخارج .

١٤١ - الفرق بين التخارج كصلح والتخارج كقسمة: ويختلف حكم

التخارج إذا كان صلحاً عن حكمه إذا كان قسمة من وجهين :

(الوجه الأول) في الضمان : ففي الصلح لا يضمن الوارث الخارج حتى صفته كوارث ، إذ هو يدعى الورثة وينازعه الورثة في ذلك ، ثم يتصلحون

(١) أما كيف يوزع باقى التركة على بقية الورثة ، وكيف تبين سهام كل وارث بما فهم .
أ. رث الخارج ، ثم تسقط سهام هذا الوارث في نظير ما تخارج عليه ويقسم الباقي من التركة على السهام الباقية ، فانظر في كل ذلك الأستاذ محمد أبو زهرة في أحكام التركات والموارث ص ٢٦٦ وما بعدها ، وليس هنا موضع بحثها .

(٢) لكن إذا دفع مدين للتركة للوارث الخارج شيئاً من الدين الذي عليه كان هذا الدفع مبرئاً للذمة إذا كان بحسن نية ، لأنه يكون قد دفع للدائن الظاهر (يودرى وسينيا فقرة ٩١٣) .
أما إذا أعلن التخارج للمدين ، فلا يعود دفعه للوارث الخارج مبرئاً للذمة .

على التخارج . فالتخارج هنا صلح لحسم النزاع ، فلا يجوز أن يتجدد النزاع بعد ذلك . أما في القسمة ، فالوارث الخارج يضمن صفته كوارث على النحو الذى بيناه في بيع التركة . ويضمن الوارث الخارج أعماله الشخصية ، سواء كان التخارج صلحاً أو قسمة .

(الوجه الثانى) في الغبن : ففي الصلح لا يرجع الوارث الخارج بدعوى الغبن على الورثة بدعوى أن المقابل الذى أخذ من مال التركة قليل ، فان التخارج صلح ولا يستحق الوارث الخارج إلا هذا المقابل قل أو كثر (١) . أما القسمة ، فيجوز نقضها إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد على الخمس (٢) ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة التركة وقت القسمة . فاذا أخذ الخارج أو غيره من الورثة مالا أقل من قيمة حصته بما يزيد على الخمس ، كان له نقض القسمة ، ولبقية الورثة منع نقض القسمة باكمال الحصص الناقصة ، ويجب رفع دعوى نقض القسمة في خلال السنة التالية لوقوع التخارج (م ٨٤٥ مدنى) .

المطلب الثالث

صلاحية المبيع للتعامل فيه

١٤٢ -- متى يكون الشيء صالحاً للتعامل فيه : يكون الشيء صالحاً للتعامل فيه فيصح أن يكون محلاً للبيع ، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له لا يأتى ذلك ، وكان التعامل فيه مشروعاً أو غير ممنوع لا ينص في القانون ولا لمخالفته للنظام العام أو الآداب . وقد نصت المادة ٨١ مدنى على أن

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤٦ - ٢١ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٣٥٠ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ - الأستاذ محمد كامل برسى فقرة ٢٥٠ ص ٤٧٥ .

(٢) انظر أيضاً في جواز إبطال التخارج للفظ أو التبدليس أو الإكراه ، قسمة كان أو صلحاً : استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٣٥٠ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ (وهذا المكان السابق الإشارة إليه) .

١٦ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية . ٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بمجازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية . ونصت المادة ١٣٥ مدني على أنه « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان المقعد باطلاً . »

ويمكن أن نستخلص من هذه النصوص أن الشيء لا يكون صالحاً للتعامل فيه ، فلا يصح أن يكون محلاً للبيع ، إذا أبت طبيعته ذلك أو كان التعامل فيه غير مشروع .

١٥ - عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى طبيعة الشيء

١٤٣ - التوسع في فهم معنى طبيعة الشيء : يجب أن نتوسع في فهم معنى « طبيعة الشيء » . فقد يكون عدم الصلاحية للتعامل راجعاً إلى طبيعة الشيء المادية ، أو لأن الشيء متصل بالشخص بحكم طبيعته القانونية أو الانفاقية ، أو بالنظر إلى الغرض الذي خصص له الشيء .

١٤٤ - حرمة الصلاحية للتعامل راجع لطبيعة الشيء العادية :

فالشيء لا يصلح للبيع إذا كان بحكم طبيعته المادية يستعصى على التعامل فيه . وقد قلنا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن الشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر . فإذا أصبح التعامل ممكناً في بعض النواحي جزئياً ، فأشعة الشمس يمحصرها « الفوتوغرافي » ، والهواء يستعمله الكيميائي ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصح أن يكون محلاً للامتلاك . أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له ، فهو مال مباح ، كالطير في الهواء والسماك في البحر ، ويملكه من يستولى عليه وعندئذ يستطيع أن يتعامل فيه .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ .

١٤٥- هدم الصلابة للتعامل رابع لانصال الشيء بالشخص :
وقد لا يصلح الشيء للبيع لأنه متصل بشخص صاحبه بحكم طبيعته القانونية
اتصالاً لا يمكن معه الفكك . مثل ذلك حق الاستعمال وحق السكنى ، فقد نصت
المادة ٩٩٧ مدني على أنه لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى
إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي .

وقد يكون اتصال الشيء بالشخص بحكم طبيعته الانفاقية ، بأن يقع اتفاق
يجعل الشيء متصلاً بشخص صاحبه لا يجوز له التصرف فيه . فإذا تلقى شخص
هبة أو وصية ، واشترط الواهب أو الموصي ألا يتصرف الموهوب له أو الموصى له
في الشيء ، فقد جعل الشرط الشيء متصلاً بالشخص بحيث لا يجوز له النزول
عنه إلى شخص آخر . ويكون هذا الشرط صحيحاً إذا كان مبنياً على باعث
مشروع ، ومقصوراً على مدة معقولة . فقد نصت المادة ٨٢٣ مدني على أنه
١ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال ، فلا يصح
هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة .
٢ - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة
مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير . ٣ - والمدة المعقولة يجوز أن
تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو للغير . ونصت المادة ٨٢٤ ،
مدني على أنه إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية
صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً (١) .

١٤٦- هدم الصلابة للتعامل رابع للفرع من الذي خصص له الشيء :
وقد قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن الشيء قد يكون غير قابل للتعامل
فيه بالنظر إلى الغرض الذي خصص له . فالأموال العامة لا يباح بيعها لأنها

(١) وتذاكر الأهاب ، وتذاكر الجمالة لسارح والملاهي ونحوها ، وعينات الأدوية التي
ترسل للأطباء ، المنزوح فيها اتفاق ضمنى على أنها شخصية لا يجوز لصاحبها بيعها .
(الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٧٥) .
(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ .

مخصصة لمنفعة عامة ، فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم . م ٢/٨٧ مدني) . والمال الموقوف يقتضى الغرض الذى خصص له عدم جواز التصرف فيه . وعدم الصلاحية للتعامل هنا نسبي ، فالملك العام والمال الموقوف إذا كانا لا يصلحان للتصرف فيهما ، فهما يصلحان للإيجار . والمرجع في هذا إلى الغرض الذى خصص الشيء له ، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز ، أما التعامل الذى لا يتنافى معه فهو جائز .

٢٥ - عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى عدم المشروعية

١٤٧ - المبرأ العام : قد يكون الشيء غير صالح للبيع لأن التعامل فيه غير مشروع . وقد قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن عدم المشروعية يرجع إما إلى نص فى القانون أو إلى مخالفة التعامل للنظام العام أو الآداب ، وأن نص القانون الذى يمنع من التعامل يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هى أيضاً إلى النظام العام أو الآداب . ويكون الغرض من إيراد النص إما لتوضيح حكم غامض كما فى تحريم التعامل فى تركة مستقبلية ، وإما لتحديد حكم غير محدد كما فى تحديد الربا الفاحش ، وإما لتحريم تفتيزه ظروف البلد الخاصة كما فى تحريم بيع الوفاء وكما فى الانجار فى الحشيش والخدرات ، وهو على كل حال دليل على عناية المشرع بالأمر فأثر أن يورد له نصاً . فيمكن القول إذن إن البيع يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، سواء ورد نص فى القانون بتحريمه أو لم يرد (م ١٣٥ مدني) .

وقد عرفنا ماهو النظام العام وما هى الآداب (٢) ، فلا نعود إلى ذلك .

١٤٨ - تطبيقات مختلفة : ونكتفى هنا بأن نشير إلى بعض أمثلة لبيع تخالف النظام العام أو الآداب ، وقد سبق أن استعرضناها تفصيلاً (٣) . فلا

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ ص ٣٩٨ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٨ .

(٣) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٤١ .

يجوز لأحد النزول عن حرته الشخصية ، ولا يجوز لناخب أن يبيع صوته لمرشح ، ولا يجوز لموظف عام أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لأحد ، ولا يجوز النزول عن الجنسية أو الاسم أو البنية أو الأبرة أو الأهلية أو الولاية . ولا يجوز بيع بيت يدار للمهارة أو القمار ، أو شراء مفروشات له . ولا يجوز بيع الرتب والأوسمة والعملة الزائفة . ولا يجوز بيع الإنسان على أنه رقيق .

وكثيراً ما تنص القوانين واللوائح على عدم جواز بيع أشياء معينة أو على تقييد بيعها لاعتبارات تتصل بالمصلحة العامة ، كالصحة والدفاع الوطني ، كما في بيع الحشيش والخدرات والجواهر السامة والحيوانات الموبوءة والأسلحة (١) .

١٤٩ - بيع التركة المتفجرة وبيع الحقوق المتنازع فيها لعمال

القضاء - عمارة : وقد عرضنا لمسألتين من هذه المسائل بالتفصيل ، إحداهما في الجزء الأول من الوسيط (٢) وهي بيع التركة المستقبلية ، والأخرى في هذا الجزء الرابع (٣) وهي بيع الحقوق المتنازع فيها إلى عمال القضاء . فنتمصر هنا على الإحالة إلى ما قدمناه في هذا الشأن .

١٥٠ - بيع العملاء : بقی أن نبحث صورة أخيرة من صور البيع غير

المشروع في حاجة إلى شيء من البيان ، وهي صورة بيع العملاء (clientèle) . فللشخص في حرفته أو في تجارته أو في مهنته الحرية عملاء الفوا التوامل معه ، فهل يجوز له أن ينزل عن هؤلاء العملاء لغيره من أصحاب حرفته أو تجارته أو مهنته ، فيكون هذا النزول إذا كان بمقابل بمثابة بيع للعملاء ؟

(١) انظر في هذه المسألة الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي ص ١٣٤ - ص ١٣٦ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - فقرة ١٥٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ١٢٤ - ص ١٢٥ .

(٢) للوسيط جزء أول فقرة ٢١٧ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ - فقرة ١١٣ .

لا يوجد نص تشريعي في هذه المسألة ، إلا النص الوارد في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهونها . فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه : يجب أن يحدد في عقد البيع ثمن مقومات المحل التجاري غير المادية والمهمات والبضائع كل منها على حدة . ومقومات المحل التجاري غير المادية - كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون - هي عنوان المحل (enseigne) ، واسمه التجاري (nom commercial) ، والحق في اجارة المحل (droit au bail) ، والاتصال بالعملاء (clientèle) ، والسمعة التجارية (achalandage) ، والرخص وبراءات الاختراع والعلامات التجارية (propriété industrielle) . وزى من ذلك أن الاتصال بالعملاء يدخل في مقومات المحل التجاري ، ويكون أحد عناصره التي تدخل في البيع . ولكن يلاحظ أن صاحب المحل التجاري لا يبيع حق الاتصال بالعملاء على سبيل الاستقلال ، بل تبعاً للمحل التجاري ذاته . أما بيع حق الاتصال بالعملاء على سبيل الاستقلال فلا يجوز ، وان جاز أن يتعهد بائع المحل التجاري استغلالاً أولاً بنافس المشتري في هؤلاء العملاء وألا ينتج متجراً في مكان يكون من شأنه جذب هؤلاء العملاء إليه ، وذلك بالقدر الضروري لحماية المتجر المبيع .

وكذلك يبيع عملاء الحرفة كعملاء النجار والحديد والخراط والمقاول ، وعملاء المهنة الحرة كعملاء الطيب والحامى والمهندس والمحاسب ، على سبيل الاستقلال ، لا يجوز . ولكن ، قياساً على بيع عملاء المتجر ، يجوز بيع عملاء الحرفة وعملاء المهنة الحرة تبعاً لبيع محل الحرفة ذاته أو المكان الذي تباشر فيه المهنة الحرة . فيجوز للطبيب مثلاً أن يبيع عيادته بما فيها من أجهزة ومهمات وأدوات ، وبما تشتمل عليه من حق في اجارة المكان ، وبمن يتصل بها من العملاء . وللحمى أو المهندس أن يبيع مكتبه على هذا النحو . بل إن مجرد بيع المتجر أو العبادة أو المكتب يفترض فيه أن حق الاتصال بالعملاء يدخل عنصراً في البيع .

وقد تردد القضاء الفرنسي في الأخذ بذلك ، وكان قبلاً يميز بين المتاجر والمهن الحرة ، على أساس أن عملاء المهن الحرة - كعملاء الطيب والحامى والمهندس - إنما يختارون من باملونه على مقتضى اعتبارات تقوم على الثقة

المطلب الرابع

ملكية البائع للشيء المبيع

١٥٦ - يجب أنه بكونه الشيء المبيع مملوفاً للبائع : لما كان البائع ينتقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فقد وجب أن يكون مالكا له حتى ينتقل ملكيته ، لأنه إذا لم يكن مالكا لم يستطع نقل الملكية ، وفائد الشيء لا يعطيه (١) .

ولا يمنع البائع من أن يكون مالكا للشيء أن يكون قبل البيع قد أجرد أورهنه ، فبيع الشيء المزجر والشيء المرهون جائز ، وإنما ينتقل الشيء إلى المشتري وينتقل معه حق المستأجر أو حق الدائن المرتهن .

أما إذا صدر البيع من غير المالك ، فهذا هو بيع ملك الغير ، وهو بيع قابل للإبطال . وقد يكون البائع مالكا ولكن يخالط ملكيته حق الشركاء وذلك في بيع المال الشائع ، أو حق الورثة وذلك في بيع المريض مرض الموت ، أو حق الدائنين وذلك في بيع الوارث لعين في التركة قبل سداد ديونها وفي بيع المحجور عليه والمعسر ، أو حق الدولة وذلك في بيع الأراضي الزراعية وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعي .

فتبحث إذن : (١) بيع ملك الغير (٢) بيع المال الشائع (٣) بيع المريض مرض الموت (٤) بيع الوارث لعين التركة قبل سداد ديونها (٥) بيع المحجور عليه والمعسر (٦) بيع الأراضي الزراعية في قانون الإصلاح الزراعي .

بلانبول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ٢٣٥٨ - كولان وكايبان ٢ فقرة ٨٦٣ - وانظر والفقه المصري : الأستاذ أفور سلطان فقرة ١٢٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٧٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٢ - الأستاذ جميل الشرقي فقرة ٣٩ - في الفقه العراقي : الأستاذ حسن الزنون فقرة ١٠٩ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٣٧ - فقرة ٢٤٣ . (١) ويتفرع حل ذلك أنه إذا تبين أن المشتري كان يملك المبيع قبل أن يشتريه ثم اشتراه ، فتراؤه باطل لأنه لا يستطيع أن يشتري ملكه . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه إذا حكم بملكية شخص لعين متنازع عليها ، وكان المحكوم له قد اشتري هذه العين من المحكوم ضده ، فالبيع باطل لوقوعه على عين هي ملك المشتري (٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١/١٥ ص ١٩) .

§ ١ - بيع ملك الغير

(La vente de la chose d'autrui)

١٥٢ - النصوص القانونية: تنص المادة ٤٦٦ من اللقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل .

٢ - وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد .

وتنص المادة ٤٦٧ على ما يأتي :

١ - إذا أقر المالك البيع ، سرى العقد في حقه ، وانقلب صحيحاً في حق المشتري .

٢ - وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد .

وتنص المادة ٤٦٨ على ما يأتي :

١ - إذا حكم للمشتري بابطال البيع ، وكـ مجهول أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (١)

(١) تاريخ النصوص

م ٤٦٦ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٢ من المشروع التمهيدى عن وجه يتفق مع ما استقر عليه في اللقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض وروق لفظية طفيفة . وأقرته لجنة المراجعة بعد إزالة هذه الفروق ، وأصبحت المادة رقم ٤٦٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٨٣ - ص ١٨٤ و ص ١٨٦ - ص ١٨٨) .

م ٤٦٧ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٦٤/٢٦٤ و ٢٦٥/٢٦٤ و ٣٣٤/٢٦٥ و ٣٣٥ محتلط (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٤٣٤ - ٤٣٦ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٥٥ - ٤٥٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١٣٥ - ١٣٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٨٥ (٢).

== عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٤ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٠ - ص ١٩١) .

م ٤٦٨ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٤ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٥ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٢ و ص ١٩٤) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٦٤/٢٦٤ : بيع الشيء المعين الذي لا يملكه البائع باطل ، إنما يصح إذا أجازها المالك الحقيقي .

م ٢٦٥/٢٦٤ : إذا باع أحد شيئاً على أنه مملوك له ، ثم تبين بعد انقضاء البيع - م ملكية للمبيع ، جاز للمشتري أن يطلب منه تصمينات إذا كان معتمداً وقت البيع صحة ملكية البائع . م ٣٣٥ محتلط : إذا تعهد غير المالك بنقل ملكية شيء معين والانتفاع به لآخر بشئ معين ، يحكم في التعهد بالتطبيق للقواعد العامة المقررة للتعهدات الاتفاقية .

(والأحكام ، واحدة في التقنينين السابق والجديد ، غير أن نصوص التقنين الجديد أكثر إحاطة ، هل أن نصوص التقنين السابق هي بدورها أكثر وضوحاً من نصوص التقنين المدني الفرنسي المقترحة في هذه المسألة . ولم ينقل التقنين المدني الجديد المادة ٣٣٥ محتلط لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة ، وقد أغفلها التقنين الوطنى من قبل : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - ص ١٩٤) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٣٤ - ٤٣٦ (مطابقة للمواد ٤٦٦ - ٤٦٨ من التقنين المدني المصرى ، وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ٢٥٤ - فقرة ٢٧٧) .

التقنين المدني الليبي م ٤٥٥ - ٤٥٧ (مطابقة للمواد ٤٦٦ - ٤٦٨ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقي م ١٣٥ : ١ - من تصرف في ملك غيره بدون إذنه ، انقضى تصرفه - عرفاً على إجازة المالك . ٢ - فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ، ويطلب الفضول =

١٥٣ - تحرير منقذ بيع ملك الغير : وبمخلص من التصرف المتقدم أن بيع شخص لشيء معين بالذات وهو لا يملكه - وهذا ما يسمى ببيع ملك

= بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر . ٣ - وإذا لم يجز المالك تصرف للفضول ، بطل التصرف ، وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضول البدل فله الرجوع عليه به . فإن ملك البدل في يد الفضول بدون تمتته ، وكان العاقد الآخر قد أداه حالاً أنه فضول . فلا رجوع له بشيء منه . ٤ - وإذا سلم الفضول الدين المقنود عليها لمن تعاقد معه ، فهلكت في يده بدون تمتته ، فللمالك أن يضمن قيمتها أيما شاء . فإذا اختار تضمن أحدها سقط عنه في تضمن الآخر . م ١٢٩ : ١ - إجازة العقد الموقوف تكرون صراحة أو دلالة ، وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد . ويشترط في صحته وجود من يملكها وقت صدور العقد ، ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصل أو المقنود عليه وقت الإجازة . ٢ - ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر ، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نائلاً . ٣ - ويبدأ سريان المدة . . . وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المقنود عليه ، فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد .

(والتفتين المدني العراقي سار في هذه المسألة على قواعد الفقه الإسلامي : فبيع الفضول - أي بيع ملك الغير - موقوف على إجازة المالك . وقد نقل التفتين العراقي أحكام العقد الموقوف في الفقه الإسلامي بعد إدخال تعديلات هامة جمعت هذه القواعد أكثر صياغة لقواعد الفقه العربي الحديث . ويختلف في ذلك عن التفتين المصري ، ور هذا التفتين الأخير بيع ملك الغير قابل للإبطال . وقد ساعد التفتين العراقي على الأخذ بهذه الأحكام ، التي تفضل من بمنع الوجوه أحكام التفتين المصري وبخاصة فيما يتعلق بأن العقد موقوف لا قابل للإبطال ، أن التفتين العراقي قد أخذ بطريقة البطلان كما هي في الفقه الإسلامي لا في الفقه العربي الحديث ، وهي نظرية تفضل الفقه العربي : أنظر في ذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي المؤلفات الجزء الرابع في نظرية البطلان - وانظر في بيع الفضول في القانون المدني العراقي الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٦٤٢ - فقرة ٦٤٨ ، وانظر برجه خاص فقرة ٦٤٧ حيث ينتقد الأستاذ الصراف نقل المشرع العراقي لنظرية الفقه الإسلامي في بيع الفضول ، وهذا بالرغم من أن هذه النظرية تفضل نظرية الفقه العربي كما سبق القول) .

تفتين الموجبات والمقنود الثاني م ٣٨٥ : بيع ما اعتبر باطل إلا في الأحوال الآتية :
أولاً - إذا كان البيع مبنياً بجنسه أو بنوعه فقط . ثانياً - إذا أجاز المالك . ثالثاً - إذا اكتسب فيما بعد حق الملكية على المبيع . أما إذا أجاز المالك أن يميز البيع ، فالبايع يضمن بدل المثل والضرر للمشتري إذا كان عالماً بأنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك . ولا يجوز للبايع أن يدعى بطلان العقد بحجة أن البيع انعقد على ملك الغير . كل ذلك مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام القرار رقم ١٨٨ الصادر من المفوض السامي بتاريخ ١٥ آذار سنة ١٩٢٠ . (وهذه الأحكام في مجموعها تتفق مع أحكام التفتين المصري ، فيما عدا أن التفتين اللبناني لا يضمن للمشتري الحق في التعويض إلا إذا كان حسن النية وكان البائع في الوقت ذاته سهواً أثناءه ، أما التفتين المصري فيشترط حسن نية المشتري دون سوء نية البائع) .

الغير - عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري. وقبل أن نرسل هذا البطلان ونبين أحكام البيع على هذا الوجه ، نحدد أولاً المنطقة التي ينحصر فيها بيع ملك الغير.

١٥٤ - ما يخرج من منطقتي بيع ملك الغير : فيبيع ملك للغير لا بد أن يكون بيعاً لعين معينة بالذات ليست مملوكة للبائع . فيخرج إذن من منطقة بيع الغير العقود الآتية :

أولاً - بيع الشيء غير المعين بالذات وبيع الشيء المستقبل : فإذا باع شخص مائة أردب من القمح ، وكذلك إذا باع شخص شيئاً لم يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل ، لم يكن هذا بيعاً لملك الغير ، ولو أن البائع وقت أن باع لم يكن مالكا للمبيع . ذلك أن المبيع لم يعين بذاته ، فلا يمكن أن يقال إن البائع مالك له أو غير مالك ، ولا يقال ذلك إلا عندما يتعين بالذات . أما في هذه المرحلة ، والمبيع لم يتعين بالذات ، فإن البائع يقتصر على الالتزام بنقل ملكية المبيع وهو قابل للتعيين . وعلى البائع تعيينه إذا كان موجوداً ، أو إيجاداً إذا كان لم يوجد ، ثم ينقل ملكيته للمشتري (١) .

ثانياً - تعهد الشخص عن مالك الشيء بأن المالك يبيع الشيء لشخص آخر : فهذا ليس بيع ملك الغير لأن المتعاقد لا يبيع ملك غيره ، وإنما هو تعهد عن المالك في أن يبيع ، فيكون تعهداً عن الغير (٢) . وقد بسطنا أحكام هذا الضرب من التعاقد في الجزء الأول من الوسيط .

ثالثاً - بيع الشيء المعين بالذات غير المملوك للبائع إذا علق البائع البيع على شرط أن يملك المبيع (٣) : فالبايع هنا لم يلتزم بنقل ملكية المبيع التزاماً باتاً ، بل

(١) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩م ٢١ ص ١٦٩ - ٣٠ مارس سنة ١٩١٥م ٢٧ ص ٢٤٩ (يتعهد بأن ينقل للمشتري ملكية شيء غير مملوك له عن طريق الاتفاق مع المالك بأية كيفية) - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودرى وسينيا فقرة ١١٦ ص ١٠٥ - ١٠٦ - جورران ٢ فقرة ١٠٤٢ - الأستاذ عبد المنعم الدراري ص ٥٧٥ .

(٢) استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٩٠٠م ١٢ ص ٣١٣ - بودرى وسينيا فقرة ١٢٣ .

(٣) أو على شرط أن تظهر ملكيته بعد فحص مستنداته (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة

١٩١٦م ٢٨ ص ٢٥٩) .

علق التزامه على شرط واقف هو أن يملك المبيع . وليس هذا بيع ملك الغير ،
فالبائع والمشتري متفقان على أن البيع ليس بيات ، بل هو معلق على شرط .
فاذا تحقق هذا الشرط ، وأصبح البائع مالكا للمبيع ، انتقلت الملكية إلى المشتري
وإذا لم يتحقق الشرط سقط البيع (١) .

رابعا - بيع الشيء المعين بالذات المملوك للبائع تحت شرط : فهنا البائع
لم يبيع ملك غيره ، بل باع ملك نفسه وإن كان هذا الملك غير بات . فهو إما ملك
معلق على شرط واقف فيتوقف وجوده على تحقق الشرط ، وإما ملك معلق
على شرط فاسخ فيزول إذا تحقق الشرط . وفي كلتا الحالتين ينتقل الملك بوصفه
إلى المشتري ، فيكون هذا مالكا للمبيع تحت شرط واقف أو تحت شرط فاسخ ،

(١) فإذا باع شخص شيئا ، وجعل البيع موقوفاً على شرط أن يرضوا عليه مزاد هذا الشيء ،
بيعه بالمزاد ، فإنه إذا وسا المزاد على البائع انتقلت الملكية إلى المشتري ، وإلا سقط البيع
(استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٨٩) .

وقد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع معين على شرط أن يملك البائع المبيع ، بل على بيع احتمال .
فالبائع في هذه الحالة يكون مجرد احتمال ، قد يتحقق بأن يملك البائع المبيع ، فالتحقيق والكتابة
للمشتري ، وقد لا يتحقق فلا يملك البائع المبيع ولا ينتقل شيء إلى المشتري . ويراعى ذلك بطريقتين
الحال في تحديد الزمن ، فيكون الزمن متناهماً حتى يقابل احتمال عدم تملك البائع المبيع .
وقد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع معين على شرط ، بل على أن يعمل أحدهما على أن يكتسب
مأكوبة شيء معين بالذات فينتقلها للاخر (أنظر ٣٣٥ مختلط) . وهنا أيضاً ليس العقد بباطل بل
الغير ، بل هو ليس بباطل أصلاً ، لأن التعاقد لم يلتزم بتقل ملكية ، بل بالتزم أن يقوم بعمل
هو اكتساب الملكية . فإذا ما كتبها ، قل ذلك عند بيع يتقل هذه الملكية . وإذا لم يكتبها
كان مشغولاً عن التعريف . وتختلف هذه الضرورة من ضرورة التمهيد عن الغير لأن ما لم يبد
عن الغير يلتزم بأن يعمل التعاقد معه بكتسب الملكية من الغير رأساً ، فلا تنتقل إليه إلا أنه لا يملكها
هو إلى المشتري (أوبري برو ، فقرة ٢٥١ ص ٤٢ - بلانويون وروبير وغانم ، ١٠ فقرة ٤٢
ص ٤٨ - كولان وكابيتان ، ٢ فقرة ٨٦٤ - جوسران ، ٢ فقرة ١٠٤٢ ص ٥١٤ - الأمانة
أنور سلطان فقرة ٤٠٠ ص ٣٨٧ - الأستاذ محمد كامل مرعش فقرة ١٢٢) . وتختلف من
صورة بيع الشيء غير المعين بالذات بأن التعاقد هنا يتممه بكتسب ملكية شيء معين بالذات ثم
ينقلها إلى المتعاقد الآخر ، أما في بيع الشيء غير المعين بالذات فالبايع يتممه بتقل ملكية شيء
معين بالذات .

ولا يعتبر بباطل ملك الغير الوعد بالبيع الصادر من غير مالك . بل يصح الوعد في هذه الحالة .
فإذا أظهر الوعد له رغبة في الشراء ، وكان الوعد قد أصبح مائتاً كشيء ، تم البيع . وإذا لم
يكن الوعد قد أصبح مائتاً كشيء . وقت ظهور رغبة الوعد له في الشراء ، انقلب الوعد بالبيع
يماً ملك الغير وكان له الإبطال (الأستاذ عبد النعم الجباري فقرة ٣٩٠ ص ٥٠٣)
(١٨٠ - أوسيل ، ٤)

فاذا تحقق الشرط الواقف أو لم يتحقق الشرط الفاسخ أصبحت ملكية المشتري بآنة (١). وتختلف هذه الصورة عن الصورة السابقة في أن البيع هنا بات وملكية المبيع هي المعلقة على شرط ، أما في الصورة السابقة فالبيع هو المعلق على شرط وملكية المبيع بآنة .

خامساً - بيع الشيء الشائع : فهنا يبيع الشخص شيئاً يملكه على الشبوع مع شركاء آخرين ، فلا يظهر في البداية أنه يبيع ملك غيره . ولكن يتوقف الأمر على نتيجة القسمة ، فان وقع هذا الشيء كله في حصة البائع اعتبر أنه قد باع ملكه ، وإن لم يقع في حصته اعتبر بائعاً لملك الغير .

سادساً - بيع الوارث الظاهر : وهذا إذا كان في حقيقته بيعاً لملك الغير لأن الوارث الظاهر لا يملك المبيع ، إلا أن هناك اعتبارات ترجع إلى الاستمرار الواجب للتعامل تجعل بيع الوارث الظاهر صحيحاً نافذاً في حق الوارث الحقيقي . ومن ثم يملك المشتري المبيع ، فلا يعود في حاجة إلى الحماية التي أولها القانون للمشتري في بيع ملك الغير (٢) .

(١) أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فقد أصبح المشتري غير مالك ، وليس له الرجوع على البائع إذا كان البيع احتمالياً (بودرى سبينا فقرة ١٢٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٠ ص ٣٨٦ - الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ٣٨٩ - قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ١٧٨) .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٢٠ . وتظير ذلك المشتري في بيع ملك إذا ملك المبيع بالحيازة في المنقول أو بالتقادم في المنقول والمعار ، أو إذا أصبح البائع مالكا للمبيع ، أو أجاز المالك الحقيقي البيع ، فتنتقل في جميع هذه الأحوال الملكية إلى المشتري (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودرى وسبينا فقرة ١٢٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٨) .

عل أن المشتري في بيع ملك الغير ، إذا كسب ملكية المبيع بالحيازة في المنقول أو بالتقادم في المنقول والمعار ، يكون قد كسبها بالحيازة أو بالتقادم ، لا بالبيع الصادر من غير المالك . ويذهب رأى إلى أن المشتري في هذه الحالة لا يلزم بالتمسك بوضع اليد ، لأن التمسك بهذا الدفع قد لا يقره ضميره (بيدان ١١ فقرة ١٢٣ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ١٨٠ ص ١٧٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١١ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥١) .

وإذا كسب المشتري في بيع ملك الغير ملكية المبيع من طريق آخر غير هذا البيع ، كأن اشترى المبيع من المالك الحقيقي أو ورثه منه أو أخذه وصية منه ، فإن يبيع ملك الغير لا يتقلب صحيحاً في هذه الحالة ، بل يبقى قابلاً للإبطال ويكفي المشتري الحق في طلب إبطاله (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٥) .

بأن يملك كل ذلك في مملكته ببيع ذلك الغير ، ببيع الشخص أمينا معينة بأشياء غير ممنوعة له إذا قصد بالبيع نقل الملكية من المالك (١) ، ويستوى أن يكون البائع عالماً بأنه لم يملك المبيع أو يعتقد أنه يمكنه ، كما يستوى أن يكون البيع مساومة أو بيعاً قضائياً ، ويستوى في البيع القضائي أن يكون بيعاً جبرياً أو بيعاً اختيارياً (٢) .

وبيع ملك الغير ، على هذا التحديد ، يقع كثيراً في العمل . فالأب قد يبيع ملك ولده ، لا باعتباره نائباً عنه ، بل باعتباره أصيلاً عن نفسه . والزوج قد يبيع ملك زوجته (٣) . والوارث قد يبيع عيناً ليست في التركة ، أو في التركة ولكنها لم تقع في حصته . والشريك في الشيوع قد يبيع كل العين الشائعة وهو لا يملك الا حصته فيها . وواضع اليد على ملك غيره قد يبيع هذا الملك . وكثيراً ما يبيع الناس أموال الغائبين أو أموال الدولة الخاصة . فهذه كلها تعتبر ببيعاً لملك الغير (٤) .

وبيع ملك الغير قابل للإبطال كما قدمنا . فنؤصل هذا البطلان ، ثم نبين أحكام البيع ذاته .

(١) المذكرة الاباحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٩٢ . ويتقدم البائع عادة في بيع ملك الغير بضيف البيع إلى نفسه . فإن أضافه إلى المالك الحقيقي ركاناً نائباً عنه ، فإن البيع يعتبر صادراً من المالك الحقيقي وفقاً لقواعد المقررة في البينة . أما إذا لم يكن نائباً عنه ، فإن البيع في هذه الحالة يكون ببيع ملك الغير . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن من المقرر شرعاً أن من يبيع ملك غيره حل أنه ملك لنفسه فيبيع باطل ، ولا تلحقه الاجازة لعدم انعقاده أصلاً . إنما ينعقد موقوفاً حل إجازة مالكه إذا باعه حل أنه ملك لغيره . وولاية الأب على ولده الصغير وإن كانت تخول له حق بيع عقار قاصره ، إلا أنها لا تخرجه من القاعدة العامة السابق ذكرها ، ويجب لانعقاد هذا البيع أن يقرر الولد أنه ملك ابنته (٢٣ مايو سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٤٤) .

(٢) بودري وسينيا فقرة ١٢٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٩ - أنسكلويدى دالوز ه لفظ vente فقرة ٣٦٥ .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٣١ ص ٣٧٠ .

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٧ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣١٦ - حوران ٢ فقرة ١٠٤٨ - أنسكلويدى دالوز ه لفظ vente فقرة ٣٦٧ - الأستاذان أحمد نجيب الملل وحامد زكي فقرة ١٥٧ ص ١٥٢ - الأستاذ سليمان مرضس فقرة ٢٦٥ ص ٤٤٥ .

١ - تأصيل البطلان في بيع ملك الغير

١٥٥ - النظريات التقليدية: تنص المادة ١٥٩٩ من التقنين المدني

الفرنسي بأن يبيع ملك الغير باطل ، وبأن للمشتري الحق في التعويض اذا كان
يجهل أن المبيع ليس مملوكاً للبائع . وقد تضاربت الآراء في الفقه الفرنسي في
تأصيل بطلان بيع ملك الغير ، اذ أن النص المتقدم لا يخلو من الغموض .

فهناك رأى يذهب إلى أن هذا البيع إنما هو قابل للفسخ وليس باطلا ،
وترجع قابليته للفسخ إلى أن البائع لم يحم بالتزامه من نقل ملكية المبيع إلى
المشتري ، فللمشتري أن يطلب فسخ البيع (١) . وعيب هذا الرأى واضح ،
إذ هو يتعارض تعارضاً صريحاً مع نص التقنين الفرنسي ومع نص التقنين
المصري أيضاً ، فالنص في التقنين على البطلان والبطلان شيء غير الفسخ .
هذا إلى أنه لو كان يبيع ملك الغير جزاؤه الفسخ فحسب ، لكان للقاضي سلطة
تقديرية في إجابة المشتري إليه ، ولما استطاع أن يقضى به لو تمكن البائع
من نقل الملكية إلى المشتري بعد رفع الدعوى (٢) .

وهناك رأى ثان يذهب إلى أن البيع باطل بطلاناً مطلقاً (٣) ، إما لانعدام السبب
إذ التزام المشتري لا يقابله شيء ما دام البائع لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية، وإما
لاستحالة المحل استحالة مطلقة فالبايع وهو غير مالك لا يستطيع أن ينقل الملك

(١) كولين دى سانتير ٧ فقرة ٢٨ مكررة . بفتوار في الملكية والمقدسة ١٩٢٤ ص ٥١٦ -
جودمين في النظرية العامة للالتزامات باريس سنة ١٩٢٧ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ - الأستاذ
جويل للشرقاوى رسالة في نظرية البطلان فقرة ١٠٣ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٦ (ويقول بهذا الرأى
حتى في عهد التقنين المدني المصري الجديد ، البيع فقرة ٤١ ص ١٠٢) . وقد جعل التقنين المدني
لابطال الجديد الصادر في سنة ١٩٤٢ (م ١٤٧٩) بيع ملك الغير قابلاً للفسخ حتى لو كان
المشتري يجهل أن البائع غير مالك .

وهذه الأستاذان كولان وكايبان (٢ فقرة ٨٦٩) إلى أن التقنين المدني الفرنسي جعل
الجزء البطلان لا الفسخ ولكن الفسخ كان أوفق .

(٢) بودوى وسينيا فقرة ١١٧ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ .

(٣) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ هامش رقم ٤٣ - استئناف ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣
ص ٢٧٦ - بيدان ١١ فقرة ١٠٤ - استئناف مخطوط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٦ .

إلى المشتري . وعيب هذا الرأي أنه يتعارض هو أيضاً معارضة صريحة مع الآثار
الكثيرة التي ينتجها بيع ملك الغير وسنصلها فيما يلي ، ولو كان هذا البيع باطلا
بطلاقاً مطلقاً لما أنتج أثاراً . هذا إلى أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء
غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه ، فالسبب إذن غير معدوم ،
والحل غير مستحيل استحالة مطلقة ، وإذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه ولم ينقل
ملكية المبيع إلى المشتري فالجزاء إنما هو الفسخ لا البطلان المطلق (١) .

وهناك رأى ثالث يذهب إلى أن بيع ملك الغير باطل بطلاقاً نسبياً ، إما لغلط
في شخص البائع فقد توهم المشتري أنه مالك للمبيع ، وإما لغلط في المبيع فقد توهم
المشتري أنه مملوك للبائع (٢) . وعيب هذا الرأي واضح ، فهو يقتضي ألا يكون
بيع ملك الغير قابلاً للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية فيكون قد وقع
في غلط في البائع أو في المبيع . وهذا يتعارض مع عموم النص في التقنين الفرنسي ،
ومع صريح النص في التقنين المصري فإن المادة ٤٦٨ من هذا التقنين تصرح
بوجوب التعويض للمشتري إذا كان حسن النية فإذا كان سيء النية بقي البيع
قابلاً للإبطال وإن كان المشتري لا يستحق التعويض (٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ١١٧ ص ١٠٨ - ص ١٠٩ - والذي يعتبر مستحيلاً استحالة
مطلقة ليكون العقد ممة باطلا بطلاقاً مطلقاً هو أن يبيع شخص وآخر شيئاً يتبين بعد ذلك أنه كان
مملوكاً للمشتري وقت البيع ، كأن يكون هذا الشيء موصى به من المالك الحقيقي للمشتري دون أن
يكون هذا عالماً بالوصية ، فهذا البيع يكون باطلاً بطلاقاً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة
(كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٤ - أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ vente فقرة ٣٧٩ - وانظر
آنفاً فقرة ١٥١ في الهامش) - ويقول الأستاذ إسماعيل عاتم : « أما استحالة محل البيع في بيع
ملك الغير فهي استحالة نسبية ، إذ أن هناك شخصاً كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع وذلك هو
المالك الحقيقي ، مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ١٥) .

(٢) جوران ٢ فقرة ١٠٤٣ و ١٠٤٥ ، ويذهب إلى أن بيع ملك الغير باطل يفترض
فيه دائماً أن المشتري حسن النية وأنه يجمل أن الشيء مملوك لغير البائع (انظر عكس ذلك كولان
وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٥ ص ٥٧٧) . وانظر م ٣٣٤ من المشروع الفرنسي الابطال . وهي تبني
بطلان بيع ملك الغير على الغلط .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ١١٨ - والبطلان النسبي هو الذي وقف عنده التقنين المدني
المصري السابق ، فقد نص صراحة على أن بيع ملك الغير يصبح إذا أجازته المالك الحقيقي
(م ٣٣٣/٢٦٤) ، والعقد الباطل بطلاقاً مطلقاً لا تلحقه الاجازة ، وإنما تلحق الاجازة =

على أن التهمة المترتبة على البائع، أخذ يتناول في هذه النظرية، والتجارية ،
وذلك حسب أن دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست إلا دعوى ضمان الاستحقاق،
سبق المشتري إلى رفعها قبل أن ترفع عليه هو دعوى الاستحقاق من المالك
الحقيقي . فهو في دعوى ضمان الاستحقاق العادية يجب أن يبرص حتى يتعرض
له المستحق ، وعند ذلك يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق .
أما في بيع ملك الغير فقد أجاز المشرع للمشتري ألا ينتظر حتى يتعرض له المالك
الحقيقي ، بل يسادر إلى رفع دعوى بطلان البيع ضد البائع ، فدعوى البطلان
هذه ليست إلا دعوى ضمان استحقاق تعجل المشتري رفعها -garantie d'évic-
tion anticipée (١) . ولكن القول بأن دعوى البطلان هي دعوى ضمان
استحقاق استبق إليها المشتري يقتضى أن تكون مدة التقادم ، لا عشر سنوات
كما هو الأمر في القانون الفرنسي ، بل ثلاثين سنة وهذه هي مدة التقادم

= المدف الباطل بطلاناً نسبياً . وبالرغم من صراحة النص ، فقد اضطرب الفقه المصرى في عهد
التقنين الدر السابق ، وسائر الفقه الفرنسى في اضطرابه (أنظر في الفقه المصرى في عهد التقنين
السابق الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٦٣ - فقرة ١٦٨ - عقد الإيجار للمؤلف
فقد ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣ - الأستاذ حلمى بهجت بدوى في مقال في مجلة القانون
والشريعة ١ ص ٥٨٨ وما بعدها) .

(١) بيدان ١١ فقرة ١٠٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥ - بلانيول وريبير
وبولانجه ٢ فقرة ٢٣١٧ .

ويذهب بودرى وسينيا إلى أن بيع ملك الغير مشوب بعبأ أصل هو استحالة تنفيذ ، وأن
هذه الاستحالة تنطوى على خطأ في جانب البائع إذ للزم بما لا يستطيع تنفيذه . فالبطلان الذى
يقوم على هذا الأساس إنما هو بطلان لمصلحة المشتري ، فهو بطلان نسبى وتقرب آثاره من آثار
البطلان لغلط (بودرى وسينيا فقرة ١١٨ ص ١١١) .

ويذهب بلانيول وريبير وهامل إلى أنه لما كان البيع في القانون الرومانى لا يلزم البائع بنقل
الملكية ومن ثم كان بيع ملك الغير صحيحاً ، فإن البيع في القانون الحديث وهو يلزم البائع بنقل
الملكية يجب أن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وقد نص التقنين المدنى الفرنسى (م ١٥٩٩) فعلا
على هذا البطلان . ولكن الفقه والنفساء في فرنسا لم يجدوا من الضرورى أن يسلبا بيع ملك الغير من
أى أثر يترتب عليه ، فعولوا البطلان لحماية مصلحة المشتري ، فيستطيع هذا طلبه إذا هو لم يظفر
بعد البيع بملكية المبيع ، وصارت دعوى البطلان أقرب إلى أن تكون دعوى ضمان استحقاق
سبقة (garantie d'éviction anticipée) (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥) .

في القانون الفرنسي في دعوى الضمان . فلا بد إذن أن يختلط ، في دعوى بطلان بيع ملك الغير ، معنى الضمان بمعنى البطلان (١) .

١٥٦ - رأى يستر الى نظرية تحول العقد الباطل : والتعنين المدني

المصرى الجديد صريح في أنه يجوز للمشتري إبطال بيع ملك الغير (م ١/٤٦٦) ، وفي أنه إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري (م ١/٤٦٧) ، وفي أن البيع ينقلب صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صلور العقد (م ٢/٤٦٧) . فهذه كلها نصوص صريحة قاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال ، وقد قن المشرع المصرى بهذه النصوص الرأى الذى ساد فعلا في كل من الفقه المصرى والفقه الفرنسى .

بني أن نؤصل هذا البطلان . وهناك رأى ذهب إليه الأستاذ سليمان مرقس (٢) في عهد التعنين المدني الجديد ، يقول بأن بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع . ثم يكمل نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد الباطل (conversion) المنصوص عليها في المادة ١٤٤ ملنى . فيتحول بيع ملك الغير طبقاً لهذه النظرية من بيع ناقل للملكية فوراً إلى بيع منشىء لالتزامات فحسب ، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب هدم ملكية البائع . وقد فرض المشرع فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن البائع انصرف نيته المحتملة إلى تحول عقد البيع على هذا النحو ، أما انصراف نية المشتري إلى ذلك ففروض إلى أن يثبت العكس ، فاذا تمسك المشتري بإبطال البيع فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نيته إلى التحول . ويحتم الأستاذ سليمان مرقس رأيه بالعبارة الآتية : « وعلى ذلك يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير في المواد ٤٦٦ وما بعدها تطبيقاً تشريعياً لنظرية تحول العقد الباطل ، تجاوز فيها بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول العامة من انصراف نية العاقدين المحتملة إلى التحول ، إذ فرض فيه انصراف نية البائع

(١) أنسيكلويدى دالوز ه لفظ vente فقرة ٣٨٩ .

(٢) البيع فقرة ٢٨١ .

المحتملة إلى التحول فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، دون أن يفرض مثل ذلك في نية المشتري (١) .

ونأخذ على هذا الرأي أمرين :

أولاً - القول بأن بيع ملك الغير هو في أصله باطل بطلاناً مطلقاً يتعارض تعارضاً واضحاً مع صريح نصوص التقنين المدني المصري ، فقد بينا أن هذه النصوص قاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لا باطل بطلاناً مطلقاً (٢) .

ثانياً - والقول بأن العقد الباطل قد تحول إلى عقد منسئء للالتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة . فهذه تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد - لا بعد ذلك - إلى العقد الجديد بدلاً من العقد الباطل . ونية المشتري المحتملة تستعصي على هذا التأويل . فاما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالاً إلى العقد الجديد منذ البداية ، فلا يجوز إثبات العكس ، وينبغي ألا يجوز تبعاً لذلك للمشتري أن يطلب إبطال البيع . وإنما ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد ، فلا يكون عنك تحول ، وينبغي أن يبقى البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح .

١٤٧ - رأى آخر يزعم إلى أنه يبيع ملك الغير عقد موقوف :

وعنك رأى آخر يزعم إلى أن بيع ملك الغير هو عقد موقوف على النحو المعروف في الفقه الإسلامي . قال بهذا الرأي الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه « النظرية العامة للتأمين العيني (٣) » إذ كتب ما يأتي : « وقد تضاربت آراء الشراح في طبيعة البطلان الذي يلحق ببيع ملك الغير . على أن الرأي الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك . وعدم نفاذ العقد الناقل

(١) الأستاذ سليمان مرقس في البيع فقرة ٢٨١ ص ٤٦٢ - وانظر في رد مطول على هذا الرأي الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٥٤ - ص ٢٤٨ .

(٢) ولا يقال إن هناك استحالة مطلقة في أن يلتزم البائع بنقل ملكية شيء لا يملكه ، فقد بينا أن البائع يمكنه أن يلتزم بذلك ، فإذا لم يتم بتنفيذ التزامه كان الجزاء هو التصحیح لا البطلان المطلق .

(٣) الجزء الأول فقرة ٩٢ .

للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين . وليس ذلك معناه أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقداً موقوفاً . والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك ، فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الماس . وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان (١) .

ويؤخذ على هذا الرأي ما يأتي :

أولاً - لو كان بيع ملك الغير عقداً موقوفاً ، لما أنتج أى أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقي ، كما تقتضى بذلك أحكام الفقه الإسلامى . ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره فى الحال ، شأنه شأن أى عقد قبل للإبطال ، ولا يبطل إلا إذا طلب المشتري إبطاله . ثم إن المشتري يملك الإجازة ، وللعقد الموقوف فى الفقه الإسلامى لا يجيزه إلا المالك الحقيقي .

ثانياً - نظرية العقد الموقوف إذا أمكن الأخذ بها فى القانون المصرى عن الفقه الإسلامى باعتباره مصدراً من مصادر هذا القانون (م ٢/١ ملق) ، فذلك لا يكون إلا حيث لا يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه . ولذلك قد يصح الأخذ بها فى مجاوزة الريل لحدود الوكالة ، فىكون تعاقده موقوفاً على إجازة الموكل ، إذ لا نص يمنع من الأخذ بها . أما هنا فىوجد كما رأينا نص تشريعى صريح يجعل بيع ملك الغير عقداً قابلاً للإبطال لا عقداً موقوفاً ، فىجب فى هذه الحالة إعمال النص الصريح (٢) .

(١) ويشير الأستاذ فقيح شحاتة فى الحاشية إلى نظرية الفقه الإسلامى فى البيع الموقوف ، وإلى المادة ١٠٨ من التتئين المدنى الألمانى وتقتضى بأن العقد الصادر من القاصر بدون إجازة الوصى هو عقد غير نافذ، وإلى المادة ١٠٩ وتقتضى بأن الطرف الآخر فى التعاقد يستطيع الرجوع فى العقد ما لم يجزه الوصى .

(٢) وهذا لا يمنع ، من ناحية السياسة التشريعية ، أن نظرية للعقد الموقوف تفضل بكثير نظرية العقد القابل للإبطال فى بيع ملك الغير . وقد بسطنا ذلك تفصيلاً فى كتاب « مصادر الحق فى الفقه الإسلامى » الجزء الرابع ص ٢٠٤ - ص ٢٠٧ .

١٥٨ - الرأي الذي ننف عنه - بيع ملك الغير قابل للإبطال

بموجب نص خاص في القانون أنشأ بطوره : لذلك لا زى بدا من القول بأن بيع ملك الغير ليس بعقد باطل ولا بعقد موقوف ، بل هو عقد قابل للإبطال كما يقطع بذلك صريح النص فيما قدمناه . ونعيد هنا ما كنا نقوله في هذا الصدد في عهد التقنين المدني السابق (١) ، فان التقنين المدني الجديد لم يدخل أى تعديل في تأصيل بطلان بيع ملك الغير :

لا يسعنا ، إزاء تضارب الآراء في تأصيل بطلان بيع ملك الغير ، إلا أن نرجع إلى الأصل التاريخي لهذا البطلان . كان بيع ملك الغير في القانون الروماني صحيحاً ، لأن البيع في هذا القانون لم يكن من طبيعته نقل الملكية ، بل كل ما كان يلتزم به البائع هو أن ينقل حيازة المبيع إلى المشتري وأن يضمن له دوام هذه الحيازة دون تعرض من أحد (٢) . وغير المالك قد يستطيع أن يقوم بذلك ، ومن ثم كان يبيعه صحيحاً . وكان يترتب على ذلك أن المشتري لشئ غير مملوك للبائع لا يستطيع أن يرفع دعوى ضمان على البائع إلا إذا تعرض له المالك الحقيقي ، فيبقى قبل هذا التعرض مهدداً دون أن يستطيع شيئاً قبل البائع . واستمرت الحال على ذلك في القانون الفرنسي القديم ، رغم أن البيع أخذ يتدرج في طبيعته إلى عقد ناقل للملكية . ثم لما قرر التقنين المدني الفرنسي ، ومن بعده التقنين المدني المصري القديم والجديد ، بعبارة حاسمة أن البيع ينقل الملكية ، أصبح بيع ملك الغير منافياً لطبيعة عقد البيع . فنص المشرع على جعل هذا البيع قابلاً للإبطال لحماية المشتري ، فيستطيع هذا ، قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي ، أن يبادىء البائع بطلب إبطال البيع ، فلا يبقى مكتوف اليدين ينتظر تعرض المالك الحقيقي حتى يتمكن من تصحيح موقفه (٣) .

فالعلة إذن في كون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال هي منافاة هذا العقد لطبيعة

(١) مذكرات غير مطبوعة في البيع للمؤلف سنة ١٩٢٧ - عقد الإيجار للمؤلف سنة ١٩٢٩ ص ١٠٨ هامش رقم ٢ - نظرية العقد للمؤلف سنة ١٩٢٤ ص ١١٦ هامش رقم ٢ .

(٢) بودوى وسينيا فقرة ١١٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥ .

(٣) بودوى وسينيا فقرة ١١٩ مكررة .

البيع . ولكن العلة وحدها لا تكفي ، فنافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع قد تكون علة معقولة للبطلان ، ولكن ليس في القواعد العامة ما يجعل منها سبباً لإبطال العقد . فسبب إبطال العقد ، وفقاً للقواعد العامة ، ليس إلا نقص الأهلية أو عيباً من عيوب الرضاء . لذلك كان لا بد من نص خاص ينشئ بطلان بيع ملك الغير ، ويستند إلى العلة المعقولة التي قدمناها ، وقد وجد هذا النص . فهو نص منشئ للبطلان لا كاشف عنه (١) ، ولو لم يوجد لما أمكن القول بأن بيع ملك الغير قابل للإبطال ، بل لوجب القول بأنه صحيح ولكنه قابل للفسخ لعدم استطاعة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية (٢).

وأكثر الفقهاء يفترضون أن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، ثم يبحثون في نطاق هذه القواعد عن سبب البطلان ، فيحتمد الخلاف بينهم ويتضاربون . والواقع من الأمر أن البطلان هنا خاص بالبيع ، أنشأه نص تشريعي خاص ، لعله معقولة هي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع . ومن ثم كانت قواعد هذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في البطلان . من ذلك أن بيع ملك الغير يميزه المالك الحقيقي ، وينقأب صحيحاً إذا أصبح البائع مالكاً للمبيع ، مع أن العقد القابل للإبطال لا ينقأب صحيحاً إلا إذا أجازاه العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته وهو هنا المشتري (٣) . فلا بد إذن من القول

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٢ .
(٢) وهذا هو المقرر فعلا في التقنين المدني الألماني حيث لا يوجد نص عل بطلان بيع ملك الغير . فالبايع في هذا التقنين يلتزم بنقل ملكية الشيء إلى المشتري (م ٤٣٢) ، فإذا لم ينفذ التزامه جاز للمشتري طلب فسخ البيع (م ٤٤٠) . وتنفيذ الالتزام بنقل الملكية يكون بانفاذ تال مستقل عن عقد البيع مع قيده في السجلات العقارية بالنسبة إلى العقار (م ٨٧٣) ، أو مع التسليم بالنسبة إلى المنقول (م ٩٢٩) . ويستطيع المشتري في بيع ملك الغير في القانون الألماني أن يرفع دعوى الفسخ عل البائع ، حتى قبل أن يترض له المالك الحقيقي ، وفي هذا يختلف القانون الألماني من القانون الروماني اختلافاً بينا (سأل في الالتزامات فقرة ١٥٢ و فقرة ٢٠٦ - بلاينول وريبير وهامل ١٠ ص ٤٥ ، هامش رقم ٣) . وانظر أيضاً في تقنين الالتزامات السويسري المادة ١٨٤ في الالتزام بنقل الملكية ، والمادة ٦٥٦ في نقل ملكية العقار باتفاق تال يقيد في السجل العقاري ، والمادة ٧١٤ في نقل ملكية المنقول باتفاق تال يصحبه التنظيم .
(٣) وسرى أن المشتري إذا كان له أن يميز بيع ملك الغير ، فإن المالك الحقيقي له أيضاً أن يميز ، بل إن إجازة المالك الحقيقي أبلغ أثراً من إجازة المشتري ، فهي تغلب العقد =

بأن بطلان بيع ملك الغير بطلان خاص بعقد البيع لا يستمد من القواعد العامة ، وقد أنشأه نص تشريعي صريح واستند في إنشائه إلى علة معقولة (١) .

== صحيحاً وتجعله في الوقت ذاته سارياً في حق المالك . وسرى أيضاً أن العقد ينقلب صحيحاً بمجرد أن يصبح مالكا للبيع ، وهذه خصوصية لا تعرف في العقد القابل للإبطال طبقاً للقواعد العامة .

(١) قارب بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٤٩ - ص ٥٠ - والأستاذ إسماعيل غانم ص ١٥ - وانظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٤ ص ٣٩١ - ص ٣٩٢ . وقد قررنا هذا الرأي نفسه في كتاب الإيجار في العبارات الآتية : « بيع ملك الغير باطل بطلاناً نسبياً ، ولكن هذا البطلان غير مستمد من القواعد العامة ، لأنه خاضع في مصدره وفي أحكامه إلى مبادئ أخرى خاصة به . فمن العبث إذن أن نحاول البحث في القواعد العامة على ما يستند إليه بطلان بيع ملك الغير . أما العلة في البطلان فمراجعة إلى أن البيع ناقل بصيغته للملكية ، ولم يكن كذلك من قبل . فقد كان البائع في القانون الروماني لا يلتزم بنقل الملكية بل ينقل مجرد الحيازة ، ولذلك كان بيع ملك الغير صحيحاً . واستمر الحال كذلك في القانون الفرنسي القديم ، مع الالتجاء إلى بعض أوضاع تسهل نقل الملكية . أما في القانون الفرنسي الحديث فقد تقرّر أن للبائع يلتزم بنقل الملكية ، ولذلك تغيرت طبيعة البيع ، وأصبح بيع ملك الغير منافساً لها . ولاحظ واضع قانون نابليون هذا التغيير فرتبها عليه نتيجة المنطقية وهي بطلان بيع ملك الغير . ولم تكن علة البطلان - وهي تناقض بيع ملك الغير مع طبيعة البيع - عز وجلتها بكافية وحدها في تقرير البطلان من الوجهة القانونية ، لأنها لا تستند إلى مبدأ عام يطبق على جميع العقود . وكان لا بد من نص صريح ينشئ البطلان ويخلفه ، فالمواد ٢٦٤/٣٣٣/١٥٩٩ تعتبر نصوماً منسثة لا مقررة ، بحيث لو كانت غير موجودة لما جاز القول ببطلان بيع ملك الغير حتى مع بقاء علة البطلان المشار إليها (وهذا هو الأمر في القانون الألماني) - ونرى مما تقدم أنه حتى يكون إيجار ملك الغير باطلاً ، يجب وجود نص خاص بذلك ، ولا يصح القياس على البيع - وفي الوقت الذي كان بيع ملك الغير فيه يعتبر صحيحاً ، كان يترتب على ذلك أن المشتري لا يستطيع أن يحرك ساكناً قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي . فلما أصبح البيع ناقلاً للملكية ، كان هذا كافيًا لإخراج المشتري من هذا المأزق حتى ولو لم يتقرر بطلان بيع ملك الغير ، لأنه كان يستطيع طلب فسخ البيع مادام البائع لم يحم بالتزامه من نقل الملكية . ولكن المشرع - مراعاة للاعتبار المتقدم وهو أن تغيير طبيعة عقد البيع وضرورته عقدًا ناقلاً للملكية يستلزم منعقياً بطلان بيع ملك الغير - قرّر أيضاً هذا البطلان . فأصبح المشتري بالخيار بين أن يلجأ إلى الاحتياء بالمبادئ العامة ويطلب الفسخ - بعد أن يميز البطلان ولو ضمناً . وبين أن يلجأ إلى الحماية الخاصة التي أعطاهها له القانون بالنص الخاص بالبطلان ليطلب بطلان العقد ، والفرق واضح بين دعوى الفسخ ودعوى البطلان (عقد الإيجار للمؤلف سنة ١٩٢٩ فقرة ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣) .

ويتفق معنا الأستاذ حلسي بهجت بدوى في أن بطلان بيع ملك الغير غير مستمد من القواعد العامة ، وقد نشأ من نص تشريعي خاص . ولكنه يقول إن الاتفاق إذا كان من شأنه نقل الملكية ==

١٥٩ - بيع عقار الغير قابل للإبطال بغير التسجيل وقيد: وبإلحاق

= في الحال، ولا قابل للإبطال أما إذا كان الاتفاق لا ينقل الملكية في الحال بل يكتسب بتقرير التزام في ذمة البائع بنقلها، فلا تناقض، إذ يجب أن يحصل التنازع على الملكية وينتقل المشتري وبذلك ين بانترام (انظر مقالنا في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٥٩٩). وفي رأينا أن البيع الذي يقرر التزاما بنقل الملكية في ذمة البائع لا يختلف في طبيعته عن البيع الذي ينقل الملكية في الحال، فالبيع لا ينقل الملكية إلا لأنه أولاً ينشئ التزاما بنقلها، ثم ينفذ الالتزام فتنتقل الملكية فعلاً. ولذلك لا نفرق - من حيث طبيعة العقد - بين بيع العقار غير المسجل ويقرر التزاماً بنقل الملكية، وبيع العقار المسجل وينقل الملكية فعلاً. فكلاهما عقد ناقل للملكية تتناقص طبيعته مع بيع ملك الغير، وكلاهما قابل للإبطال. وقد اضطر الأستاذ حلي بهت بدوى، وهو ينكر على بيع العقار غير المسجل طبيعته كمقد ناقل للملكية، أن ينكر هذه الطبيعة أيضاً على بيع العقار غير المسجل، إذ التسجيل لا يغير من طبيعة العقد، ولا يبطئه إذ كان صحيحاً. وقاده هذا المنطق إلى اعتبار بيع عقار الغير بعد تسجيله صحيحاً، بخلاف ذلك الدعاة والإجماع. وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي.

ويتفق معنا كذلك الأستاذ حامد زكي في أن بطلان بيع ملك الغير ليس تطبيقاً للقواعد العامة بل إنشاءً للشارع بنص خاص. ولكن مع البطلان عنده تراجع إلى أن المقصود من عقد البيع هو حصول المشتري على الملكية وانتقالها إليه، سواء تم هذا الانتقال وقت الاتفاق أو كان متأخراً إلى حين حصول التسجيل، فمن يبيع ملك غيره ليس في مقدوره أن يحقق المقصود من عقد البيع وهو انتقال الملكية، ولذا أبطل المشرع تصرفه. (الأستاذان أحمد نجيب المهال وحامد زكي ص ٢٦٦). ولا نرى فرقا، في استظهار علة البطلان، بين القول بأن ذلك راجع إلى أن البيع ينشئ التزاما بنقل الملكية فتتناقص طبيعته مع بيع ملك الغير، والقول بأن ذلك راجع إلى أن المقصود من عقد البيع هو أن يحصل المشتري على الملكية ومن يبيع ملك غيره لا يحقق هذا المقصود، فالتمييز وإن كانا مختلفين ينطويان على فكرة جوهرية واحدة.

أنظر في استعراض هذه الآراء وانتقادها الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٥ ص ٢٥٩ - ص ٢٦١ - وينتهي إلى القول: «ويبدو لنا، بعد عرض هذه الآراء، أن نص المشرع على قسبية بيع ملك الغير للإبطال دون النص على مثل هذا الحكم بالنسبة للعقود الأخرى كالإيجار مثلا، لا يستند إلى أي أساس قني. وإنما هو حكم اقتضته السياسة التشريعية، وقد تأثر فيه المشرع المصري بمسلك القضاء الفرنسي الذي لم يلتزم حدود النص، وخرج عما قصده وأصدر قانون نابليون الذين يبدو أنهم كانوا يقصدون تقرير البطلان المطلق... ولهذا فنتهي إلى أن لا يوجد أساس قني يبرر إبطال بيع ملك الغير. وربما كان مسلك القضاء الفرنسي الذي تأثر به المشرع المصري قد جاء نتيجة الرغبة في تكملة أحكام ضمان الاستحقاق... ولهذا نتج من ذلك أن الشرائع الفرنسية يقولون إن دعوى إبطال ملك بيع الغير ليست إلا إعمالاً لضمان الاستحقاق الذي لا يمتنع أن يتحقق الترضي الفعلي، أو أنها تكملة لأحكام ضمان» (الأستاذ منصور منصور ص ٢٦١ وص ٢٦٢ وص ٢٦٤).

أن يبيع العقار لا يزال من طبيعته نقل الملكية، سواء سجل أو لم يسجل . فلم يغير
قانون التسجيل ، ولا قانون الشهر بعده، من طبيعة عقد البيع . ونصوص هذين
القانونين صريحة في هذا المعنى . فتص المادة الأولى من قانون التسجيل على أن
جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض التي من شأنها إنشاء
ملكية . . يجب شهرها بواسطة تسجيلها . . وتنص المادة التاسعة من قانون
الشهر على أن جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية
العقارية الأصلية . . يجب شهرها بطريق التسجيل . . فيبيع العقار قبل أن يسجل
لا يزال من شأنه - أو من طبيعته - نقل الملكية ، إذ ينشئ التزاماً بنقلها
في جانب البائع . فيبيع عقار الغير إذن لا يزال متافياً لطبيعة عقد البيع ، ومن ثم
فملة البطلان في البيع غير المسجل موجودة ، والنص على البطلان عام شامل
لا يميز بين البيع المسجل والبيع غير المسجل . بل إن التفتين المدنى الجديد جاء
حاسماً في هذا الصدد ، فنص صراحة على جواز أن يطلب المشتري لإبطال بيع
عقار الغير ولو لم يسجل البيع ، إذ يقول في نهاية الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ :
« ويكون الأمر كذلك (أى يجوز للمشتري طلب إبطال البيع) ولو وقع البيع
على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل . . وما دامت هلة البطلان موجودة ،
وما دام النص المنشئ للبطلان عاماً يشمل العقد المسجل والعقد غير المسجل ،
وجب القول إن بيع عقار الغير يكون قابلاً للإبطال قبل تسجيله ، ويبقى بطبيعة
الحال قابلاً للإبطال بعد التسجيل .

ولا يمكن اتقون بأن يبيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل . قابن نازبناث
بعده (١) . فان التسجيل لا يبطل عقداً صحيحاً ولا يصحح عقداً باطلاً ، فلو كان
يبيع عقار الغير صحيحاً قبل التسجيل فانه يبنى أن يستمر صحيحاً بعده (٢) .
ولما كان بيع عقار الغير قابلاً للإبطال قبل التسجيل ، فانه يجب أن يستمر قابلاً
للإبطال بعد التسجيل .

(١) وهذا ما قاله الأستاذ أحمد نجيب الهلال فقرة ١٧٠ - فقرة ١٧١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ١٩٣ -

وهذا هو الأسرى القانون الألمان كما سبق القول .

كذلك لا يمكن القول بأن بيع ملك الغير حتى يكون باطلا يجب أن يكون المنسود بالبيع نقل الملكية في الحال، والبيع غير المسجل لا ينقل الملكية في الحال، فبيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل، ويبقى صحيحاً بعد التسجيل لأن التسجيل لا يبطل عقداً صحيحاً (١). ذلك أنه يجوز أن يقصد المتعاقدان نقل الملكية في الحال، ولكنها لا تنتقل فعلاً لسبب لا يرجع إلى إرادتهما. ففي حالة البيع غير المسجل لا يزال المتعاقدان يقصدان نقل الملكية في الحال، ولكن يجوز دون ذلك ضرورة التسجيل وهو وضع اقتضاه القانون لإرادة المتعاقدين. فتبقى علة البطلان - وهي قصد نقل الملكية في الحال - متوافرة في بيع عقار الغير قبل التسجيل، فيكون هذا البيع قابلاً للإبطال، وقد ورد نص التفتين المدني الجديد (م ١/٤٦٦) صريحاً في هذا المعنى كما سبق القول (٢).

(١) وهذا ما ذهب إليه الأستاذ حلمي تحت بدوى في المقارن المشار إليه مسطور والاقتصاد ١ ص ٥٩٨ وما بعدها). فهو يرى - كما سبق القول، أن علة بطلان بيع ملك الغير هي أن الملكية في البيع يجب أن تنتقل في الحال، ومن يبيع ملك غيره لا يترتب عن بيعه هذا الأثر. ولما كانت هذه العلة قد زالت بصدر قانون التسجيل، فقد زال سبب البطلان. ومن ثم يكون بيع عقار الغير رايه صحيحاً قبل أن يسجل، ويبقى صحيحاً حتى بعد تسجيله. هذا وقد حسم التفتين المدني الجديد (م ١/٤٦٦) كل خلاف في هذه المسألة نص صريح كما قدمنا.

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ أمور سلفاً فقرة ٤٠١ - الأستاذان سليمان مرقس فقرة ٢٨٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٩١ - وهذا هو الرأي الذي قلنا به في عهد التفتين المدني السابق، وأرجزناه في كتاب الإيجار في العبارات الآتية: «هذا ويلاحظ أن بيع ملك الغير في مصر لا يزال باطلاً حتى بعد صدور قانون التسجيل الحديث، لأن البيع لا يزال من طبيعته نقل الملكية، إذ هو يولد التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية، وإن كانت لا تنتقل إلا بالتسجيل. وعن ذلك فالناقص بين بيع ملك الغير وطبيعة البيع لا يزال موجوداً، والنص المنشئ للبطلان (م ٣٢٣/٢٦٤) لم يلغ قانون التسجيل. ومن ثم قلنا ببطلان بيع ملك الغير، سواء قبل تسجيل العقد أو بعد التسجيل. ولا يصح في نظرنا القول بأن بيع ملك الغير صحيح قبل تسجيل العقد باطل بعد التسجيل - أنظر الأستاذ الهلال في البيع فقرة ٣٤٠ - فقرة ٣٤٨ - لأن التسجيل لا يزال حتى الآن مجرد الإشهار، وليس من شأنه أن يبطل عقد صحيحاً أو يصحح عقداً باطلاً (عقد الإيجار للدولة - فقرة ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣ - وأنظر أيضاً حطية العقد ٤٤٤ ص ٩٦١ هامش رقم ٢).

وأنظر أيضاً في هذا المعنى في عهد تسمين المدرك السابق الأستاذ حيدر ركن (البيع ١٠٧٥) ص ١٠٧ هامش رقم ١٧٤ - ص ١٠٧ هامش رقم ١٧٥.

ب - أحكام بيع ملك الغير

١٦٠ - فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى المالك الحقيقي : بعد أن أصلنا بطلان بيع ملك الغير على النحو المتقدم ، ننتقل إلى بيان أحكام هذا البيع : (أولاً) فيما بين المتعاقدين (ثانياً) بالنسبة إلى المالك الحقيقي .

أولاً - فيما بين المتعاقدين :

١٦١ - المشتري وعده هو الذي يجوز له طلب إبطال البيع : لما كان بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري ، فالمشتري وحده هو الذي يجوز له طلب إبطال البيع (م ١/٤٦٦ مدني) . وله أن يتمسك بإبطال البيع ، إما في صورة دعوى إبطال يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن أو ليستبق ضمان الاستحقاق ، وإما في صورة دفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه هذا بالثمن (١) .

وللمشتري أن يتمسك بإبطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي (٢) ، وحتى لو كان يعرف وقت البيع أن البائع لا يملك المبيع . فهو إنما رضى بالمبيع معتقداً أن البائع يستطيع أن يحصل على ملكية المبيع فينقلها إليه ، فإذا تبين له أن البائع لا يستطيع ذلك ، فليس عليه أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقي ، بل له أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع . وهذه هي المزية الجوهرية في أن المشرع قد نص على جعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري ، كما سبق القول .

وإذا رفع المشتري دعوى الإبطال (٣) ، فقد ثبت حقه في إبطال البيع . وينتج عن ذلك على القاضي أن يحكم له بذلك ، حتى لو أقر المالك الحقيقي البيع أو أصبح البائع مالكا قبل صدور الحكم ، مادام المشتري قد رفع دعوى الإبطال قبل

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٠ - بودري وسينيا فقرة ١٤٩ ص ١١١ - بيدان ١ . فقرة ١٠٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥٠ - ص ٥١ كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٦٧ .

(٢) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩٨ .

(٣) وسنرى أن دعوى الإبطال هي غير دعوى الفسخ وغير دعوى ضمان الاستحقاق .

إقرار المالك الحقيقي أو قبل صيرورة البائع مالكا . ذلك أن القاضى إنما يرجع
في حكمه إلى وقت رفع الدعوى ، وفي هذا الوقت كان البيع قابلا للإبطال ولم
يكن المالك الحقيقي قد أقره أو أصبح البائع مالكا للمبيع (١) .

وتسقط دعوى الإبطال بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المشتري بأن
البائع لا يملك المبيع ، وتسقط على كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختصة بأنه إذا أقر المالك الحقيقي البيع قبل أن يتسكك
المشتري بالإبطال بإجراء صحيح ، فإن البيع ينتقل صحيحاً (١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣
ص ١٧ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٠٨) . وقضت أيضاً بأن لبائع أن يبتغى
بإقرار المالك الحقيقي للبيع في دعوى الإبطال التي رفعتها المشتري (٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦
م ٣٨ ص ٢٦٥) . ويبرر القضاء الفرنسي من هذا الوجه (أنظر بودرى وسينيا فقرة ١١٩
ص ١١٤ - ١١٥ - بلايوس وريبير وبولاجيه ٢ فقرة ٢٣٢١ وأحكام القضاء المدني
المشار إليها) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختصة بأن عدم رجوع المشتري عن البيع في بيع ملك
الغير وإعلان البائع بهذا الرجوع (أى ولو قبل رفع الدعوى) قبل صدور الإقرار من المالك
الحقيقي يكتفى لسقوط البيع ، ولو أقر المالك بعد ذلك (٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢ -
وانظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٠ ص ٥٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى
فقرة ٢٣٤ ص ٤٤٦) .

وعلى العكس ما تقدم قضت محكمة استئناف مصر بأن إحارة بيع ملك الغير ، إذا تمت بعد
رفع الدعوى وقبل الحكم ، تعتبر قياماً من جهة البائع لملك الغير بنفاذ تهمه وهو نقل الملكية ،
ويصح قبول الاجازة بعد رفع الدعوى متى لم يصب المشتري ضرر من هذا التأخير ، وذلك بناء
على أن بيع ملك الغير قابل للفسخ (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٢٩
ص ٨٤ - وانظر أيضاً في هذا المعنى جيوار فقره ١٨٩ - دي هننس لفظ vente ص ١٤ -
الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ١٧٩ ص ١٧١) .

ولاشك في أن إبطال البيع بمجرد إعلان المشتري رجوعه فيه وقبل رفع دعوى الإبطال ،
بالرغم من إقرار المالك الحقيقي للبيع أو صيرورة البائع مالكا وذلك قبل رفع الدعوى ، يتعارض
مع النص الصريح (م ٤٦٧ مدني) . أما قبول إقرار المالك الحقيقي بعد رفع دعوى الإبطال وقبل
صدور الحكم ، أو صيرورة البائع مالكا ما بين هاتين الفترتين ، فقد يتفق مع المبدأ القاضى بتحرير
التعسف في استعمال حق الإبطال ، إذا ظهر أنه لم تعد المشتري مصلحة بعد ذلك في التمسك
بالإبطال . ونظير ذلك ما نصت عليه المادة ١٢٤ مدني من أنه : ١٥ - ليس لمن وقع في غلط
أن يتسكك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ - ويقت بالأخص مزمناً بالتعهد
الذى قصد إبرامه ، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا التعهد .

(م ١٩ - الوسيط - ٤)

البيع ، وهذا قياساً على سائر دعاوى الإبطال (١) .

أما البائع فلا يملك طلب إبطال البيع ، لأن الإبطال لم يتقرر لمصلحته بل لمصلحة المشتري (٢) . وهناك رأى وجيه يذهب إلى أن للبائع طلب إبطال البيع للغلط ، إذا كان مجهول وقت البيع أن المبيع غير مملوك له (٣) .

(١) أنظر من هذا الرأي في الفقه المصري الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٩٦ ص ٥٨١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٠ - الأستاذ إسماعيل خانم ص ١٧ - ١٨ - وفي الفقه الفرنسي : أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١ - ص ٥٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣١٨ .

ومع ذلك فقد ذهب الأستاذ سليمان مرقس - ويوافقه الأستاذ محمد كامل مرسى (فقرة ٢٢٣ ص ٤٤٤) - إلى أن المادة ٤٦٦ لم تتضمن حكماً لتقادم خاصاً بهذا الحق ، فتسرى عليه الأحكام العامة . غير أن المادة ١٤٠ التي حددت مدة تقادم دعاوى الإبطال بثلاث سنوات قد هيئت في كل حالة من حالات الإبطال مبدأ هذه المدة ، وهو تاريخ كشف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه أو زوال نفص الأهلية ، ولم تحدد مبدأ مدة تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير . فيستبين القول بأن هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد ، وبأن الحق في رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمضي ثلاث سنوات لأن المشرع لم يأخذ بالمدة الأخيرة إلا في الحالات التي حدد فيها مبدأ هذه المدة تالياً لوقت إبرام العقد . أما حيث تبدأ المدة من وقت العقد ، فإن التقادم لا يتم إلا بخمس عشرة سنة (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٩ ص ٤٩٩ - ص ٤٥٠) . ونخالف هذا الرأي ، فإن المواد ١٣٨ - ١٤٠ مدني جاءت العبارة فيها عامة تشمل جميع العقود القابلة للإبطال أي كان سبب البطلان ، فيدخل فيها بيع ملك الغير ، ويسقط الحق في إبطال هذا البيع بثلاث سنوات (م ١/١٤٠ مدني) . ولما كانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ مدني لم تحدد مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى بيع ملك الغير ، فقياساً على الأحوال التي حدد فيها النص مبدأ سريان التقادم - ويستخلص منها أن مبدأ السريان لا يكون إلا عند تمكين صاحب الحق في الإبطال من رفع الدعوى - يجب القول بأن التقادم في حالة بيع ملك الغير لا يبدأ سريانه إلا من وقت تمكين المشتري من رفع دعوى الإبطال أي من وقت علمه بأن البائع لا يملك المبيع . وقياساً أيضاً على الحالات المتقدمة - الغلط والتدليس والإكراه - تسقط دعوى الإبطال أيضاً بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور بيع ملك الغير . وليس صحيحاً أن مدة الثلاث السنوات تبدأ دائماً من وقت تال لإبرام العقد ، فقد تبدأ من وقت إبرام العقد ، كما إذا انقطع الإكراه بمجرد تمام العقد فتتقادم دعوى الإكراه بثلاث سنوات من هذا الوقت ، وكما إذا كان المشتري في بيع ملك الغير يعلم وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع فتتقادم الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت صدور البيع (الأستاذ إسماعيل خانم ص ١٨) .

(٢) بيدان ١١ فقرة ١٠٥ .

(٣) ديفرجه ١ فقرة ٢٢٠ - ماركاديه م ١٥٩٩ فقرة ٢ - كولار وكابيتان ٢

فقرة ٨٦٧ ص ٥٧٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣١٨ - الأستاذان ==

١٦٢ - وللشّري أنه يطلب التعويض : ولا يقتصر المشتري على طلب إبطال البيع ، بل له أيضاً أن يطالب بتعويض ما أصابه من ضرر ، من خسارة لحقت به أو كسب فاته ، بسبب إبطال البيع (١) . ولكن بشرط في ذلك أن يكون حسن النية (٢) ، أى ألا يكون وقت البيع حالماً بأن البائع لا يملك المبيع (٣) . أما إذا كان يعلم ذلك ، فإنه يستطيع أن يطالب بإبطال البيع ، ولكنه لا يسترد إلا الثمن دون أى تعويض ، بل دون مصروفات البيع التى أنفقتها ،

= أحد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ١٨٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٤٨ - الأستاذ جميل الشرفاوى فقرة ٤١ ص ١٠٠ - بل يذهب بعض الفقهاء إلى أن البائع حتى لو كان سيئ النية أن يدفع بعدم تسليم المبيع إذا كان لم يسلمه إلى المشتري ، لأن إجبار البائع على تسليم المبيع وهو ليس بمالكه فيه إكراه له على أن يمتدّى على ملك الغير (بيدان ١١ فقرة ١٠٥) .

على أن طائفة من الفقهاء يذهبون إلى أنه لا يجوز للبائع طلب إبطال البيع ، سواء كان سيئ النية أو حسن النية ، لأن طلب الإبطال لم يتقرر إلا لمصلحة المشتري ، ولأن التزام البائع بالصالح يتعارض مع إبطاله للبيع ، ولأن البائع حتى لو كان حسن النية مقصر في بيعه شيئاً غير مملوك له : بودرى وسبينا فقرة ١١٩ ص ١١١ - ص ١١٢ - بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٠ - الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ٣٩٩ - وانظر مرضا هذه الآراء المختلفة : الأستاذين احمد نجيب الهلال وحامد زكى ص ١٧٥ خامس رقم ٣ .

ولا يجوز للمالك الحقيقي أن يظن في البيع بالإبطال ، إذ أن البطلان لم يضرر لحايته هو بل لحماية المشتري ، وإنما يرفع دعوى استرداد المبيع من تحت يد حائزته ، ولا يحتج عليه بالبيع فالبيع غير نافذ في حقه (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٠ - بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١) .

(١) ويميل الفقه الفرنسى إلى جعل معنى التمريض هنا كدهاء في ضمان الاستحقاق (بيدان ١١ فقرة ١٠٨ - بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩ ص ٥٣ - أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ vente فقرة ٤٠٦) .

(٢) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص ٤٤٩ .

(٣) ويكون حسن النية لو جهل ذلك ، حتى لو كان جهله راجعاً إلى خطأ جسيم و جانبه (بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩ - قارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤١ - بيدان ١١ فقرة ١٠٨) .

ذلك أنه أقدم على البيع وهو عالم بأن المبيع غير مملوك للبائع ، فهو الذى يحمل
ثبته ذلك (١) .

ولا يشترط في جواز المطالبة بالتعويض أن يكون البائع سبباً النية ، أى
أن يكون عالماً وقت البيع أن المبيع غير مملوك له . فحتى لو كان البائع حسن
النية ، يعتقد وقت البيع أنه مالك للمبيع ، لم يمنع ذلك من جواز أن يطالب
المشتري بتعويض على النحو المتقدم (٢) . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة
٤٦٨ مدني إذ تقول : « إذا حكم للمشتري بإبطال البيع ، وكان يجمل
أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع
حسن النية (٣) » .

ومصدر التعويض ، بعد إبطال البيع ، لا يمكن أن يكون عقد البيع نفسه ،
فقد زال بالإبطال . وإنما يصح أن يرد مصدر التعويض في حال سوء نية البائع
في الخطأ التصبري ، وفي حالة حسن نيته إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد

(١) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ - أوربي ورو ه
فقرة ٣٥١ هاش ٤٨ - بودري وسينا فقرة ١١٩ ص ١١٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٤٩ - الأستاذ محمد كامل برسي فقرة ٢٣٥ ص ٤٤٩ .
ولكن يجوز للمشتري ، حتى لو كان عالماً وقت البيع بأن المبيع غير مملوك للبائع ، أن يشترط
في عقد البيع الرجوع بالتعويض على البائع فوق استرداده للثمن إذا انزع المالك الحقيقي المبيع
من يده (بلانيول وريبير هامل ١٠ فقرة ٤٩ ص ٥٣ - أنسيكلو يدي دالوز ه لفظ vente
فقرة ٤٠٤ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٥) - وهل العكس من ذلك لا يستطيع البائع
إخلاء نفسه من المسؤولية عن التعويض إذا كان أساس هذه المسؤولية هو الخطأ التصبري إذ
لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التصبرية (الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٤
ص ٢٥٢) .

(٢) قارن جوسران ٢ فقرة ١٠٤٦ مكررة .

(٣) نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٣ - استئناف
مختلط ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢١ - ولكن قارن في عهد التقنين المدني السابق رأياً
يذهب إلى أن البائع حسن نية لا يكون مسئولاً عن التعويض ، استناداً إلى النص الفرنسي
للمادة ٢٣٣/٢٦٥ وهو يشترط في التعويض سوء نية البائع (استئناف مختلط ٢٧ مايو
سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٨ - دي هلتس ه لفظ vente فقرة ١٩ - والتون ١ ص ٣٣٩ -
الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ١٨٦ - فقرة ١٨٨) .

(culpa in contrahendo) (١). كما يجوز القول هنا بتحول العقد ، فيتحول بيع ملك الغير بعد إبطاله إلى عقد ملزم للبائع بالتعويض ، على أساس أن التبة المحتملة للمتعاقدين قد انصرفت إلى هذا الإلزام لو أنهما كانا يعلمان أن البيع سيبتل (٢) .

١٦٣ - وللمشترى أنه يجز البيع - وهو الفسخ وضمان

الاستحقاق : متى أن المشتري قد لا يطلب إبطال البيع ، بل يجزه صراحة أو ضمناً (٣) ، فينقلب البيع صحيحاً ، ويبقى منشأاً لالتزامات في جانب البائع والتزامات في جانب المشتري . ولكن البيع على هذا النحو لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري ، لأن المالك الحقيقي وهو أجنبي عن العقد لا تنتقل منه الملكية إلا برضائه . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٦٦ مدني إذ تقول : « وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ، ولو أجاز المشتري العقد »

وإجازة المشتري للعقد تزيد قابليته للإبطال ، وتقلبه صحيحاً فيما بين المتعاقدين كما قدمنا . فيكون البائع ملزماً بنقل ملكية المبيع وتسليمه (٤) وبضمان

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٦ ص ٤٤٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٢ - الأستاذ إسماعيل غانم ص ١٨ .

(٢) ويقول بعض الفقهاء الفرنسيين إن مصدر المسؤولية من التعويض إذا كان البائع حسن النية هو أنه يعتبر مقصراً إذ باع ما لا يملك ، وإذا كان سيئ النية فصدر المسؤولية من اختلاسه ملك الغير (stellionat) (بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣١٩) . ويقول فقهاء آخرون بأن مصدر التعويض هو خطأ البائع في أنه باع ما لا يملك ، ولكن مسؤولية البائع ليست مسؤولية تعاقدية لأن العقد قد أبطأ ، ولا هي مسؤولية تقصيرية لأن الخطأ وقع بمناسبة عدم تنفيذ العقد ، ولكنه خطأ يتقدم العقد (précontractuelle) (بيدان ١١ فقرة ٩٨ ص ٦٧ . ويشير إلى رسالة روبيه ليون سنة ١٩١١) .

(٣) وتستخلص الإجازة الضمنية من تنفيذ المشتري لبيع مختاراً بعد علمه بأن المبيع غير مملوك للبائع ، كأن يتسلم المبيع أو أن يدفع الثمن (بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٢) .

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥٢ - وهناك خلاف في التزام البائع بتسليم المبيع ، فقد قدمنا أن هناك رأياً يذهب إلى أن البائع أن يدفع دعوى المشتري بالتسليم ولو كان =

الاستحقاق (١) والعيوب الخفية وبغير ذلك من التزامات البائع . ويكون المشتري ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع .

ولكن لما كان البائع لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع لأنه لا يملكه ، فان المشتري يجوز له في هذه الحالة المطالبة بفسخ البيع ، ويجوز له أيضاً إذا تعرض له المالك الحقيقي أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق (٢) .

١٦٤ - ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً بأيلولة ملكية المبيع الى

البائع : ولا ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً باجازة المشتري فحسب ، بل هو أيضاً ينقلب صحيحاً باقرار المالك الحقيقي كما سنرى ، وينقلب أخيراً صحيحاً

= البائع سمي النية حتى لا يجبر على الاعتداء على ملك الغير (بيدان ١١ فقرة ١٠٥) . وهناك رأى آخر يذهب إلى وجوب أن يكون البائع حسن النية ليكون له هذا الدفع ، إذ يستطيع عندئذ أن يظن في البيع بالغلط (كولان وكاويتان ٢ فقرة ٨٦٧ ص ٥٧٩) . انظر آنفاً فقرة ١٦١ .

ولكن إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري ، لم يستطع أن يسترده منه ليطمه إلى المالك الحقيقي ، ذلك أنه يضمن تعرضه الشخصي (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٨ ص ٤٤٧) .

(١) والفرق بين الرجوع بضمان الاستحقاق بعد إجازة البيع والرجوع بدعوى الإبطال دون إجازة البيع ، أن دعوى الاستحقاق لا يرفعها المشتري إلا إذا تعرض له المالك الحقيقي فعلاً وطالب برد المبيع ، أما دعوى الإبطال فيرفعها المشتري حتى قبل تعرض المالك الحقيقي له . حل أن المشتري بعد إجازة البيع وقبل تعرض المالك الحقيقي يستطيع أن يرفع دعوى الفسخ .

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية لمشروع التمهيد : « وتلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق ، فإن الاستحقاق إذا كان كلياً كان هذا هو بيع ملك الغير ، إذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لأجنبي . ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لأحكام بيع ملك الغير . ويتربط حل ذلك أن المشتري في بيع ملك الغير يكون بالخيار ، إذا استحق المبيع في يده ، بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق . ويلاحظ أنه إذا اختار الفسخ ، فليس له أن يطالب البائع حسن النية بتعويض يستطيع أن يطالب به لو اختار إبطال العقد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٤) .

وتعليل عدم جواز الحكم بتعويض حل البائع حسن النية في دعوى الفسخ أن العقد إذا أُجيز ثم فسخ ، انعدم مصدر التعويض حل أساس الخطأ في تكوين العقد إذا أن هذا الأساس يفترض أن العقد لم يتكون ، وحل أساس التعويل إذ أن هذا الأساس يفترض أن العقد نشأ باطلاً أو قابلاً للإبطال وبغير ذلك . فلم يبق إلا أساس الخطأ ، وهذا الأساس أيضاً يستبعد إذا كان البائع حسن النية .