

سلسلة العدالة في القانون المدني (٣١)

حقوق المشتري والتزاماته والطعن بالغبن

في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء

العلم بالبيع - مناط تحقيق العلم - وجوب علم المشتري بالمبيع - البيع بالعينة - هلاك العينة - جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة - البيوع الموصوفة - البيع بشرط التجربة - التزامات كل من البائع والمشتري أثناء فترة التجربة - الأصل أن البيع بشرط التجربة معلق على شرط واقف - جواز الاتفاق على أن يكون البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط فاسخ - البيع بشرط المذاق - التكييف القانوني للبيع بشرط المذاق - ركن الثمن - أسس تقدير الثمن - عزل المفوض - الطعن في الثمن الذي حدده المفوض - عدم تحديد ثمن للمبيع - خلو العقد من تحديد الثمن - بيع عقار ناقص الأهلية بغبن وقت تقدير الغبن - شروط الطعن بالغبن - دعوى تكملة الثمن - دعوى الفسخ لعدم تكملة الثمن - تقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن - نطاق الطعن بالغبن في بيع عقار ناقص الأهلية.

المستشار القانوني
أشرف أحمد عبد الوهاب
المحامي بالنقض والإدارية العليا

المستشار
إبراهيم سيد أحمد
رئيس محكمة الاستئناف

الطبعة الأولى ٢٠٢٠

دار العدالة للنشر والتوزيع

٨٥ شارع محمد فريد - الدور (٥) - عابدين - القاهرة

Tel: 00202/23916135 - fax: 00202/23955271

WWW.ELADALAH.COM -002/ 01002551699

اسم الكتاب : حقوق المشتري والتزاماته والظعن بالغبن
المؤلف : المستشار القانوني/ أشرف أحمد عبد الوهاب
المحامي بالنقض والإدارية العليا
الناشر : دار العدالة للنسر والتوزيع ٨٥ شارع محمد
فريد - الدور (٥) - القاهرة
Tel: 00202/23916135 – fax: 00202/23955271
حقوق التأليف : جميع حقوق الطبع محفوظة ولا يجوز إعادة طبع
أو استخدام كل أو جزء من هذا الكتاب إلا وفقاً
للأصول العلمية والقانونية المتعارف عليها.
الطبعة : الأولى.
سنة الطبع : 2020
رقم الإيداع : 2020/3295
الترقيم الدولي : 7- 65- 6647- 977- 978
الموقع : www. ELADALAH.com
الإيميل : eladalashrf@gmail.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله سبحانه وتعالى:

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ۝ ﴾

صدقة الله العظيم

قال العماد الأصفهاني...

"إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً من يومه إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر..."

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مُقَدِّمَةٌ

هذا الكتاب من سلسلة كتب العدالة في القانون المدني التي تتفرد بها دار العدالة للنشر والتوزيع، حيث نقوم في هذه السلسلة باستعراض كل موضوعات القانون المدني، وذلك تيسيراً لمهمة القاضي والمحامي والباحث في الاستعانة بأي من هذه الموضوعات التي تهمه، وتكون عوناً له في مجال عمله، وفي الوصول إلى الرأي الصحيح والمبدأ المستقر.

وهذا الكتاب رقم (٣١) في سلسلة القانون المدني (حقوق المشتري والتزاماته والطعن بالغبن) يتضمن شرحاً فقهياً وتعليقاً بآراء الفقهاء كما تضمنته أيضاً أهم المبادئ القضائية الحديثة التي أرست قواعدها المحاكم المصرية والعربية.

راجياً من ذلك أن أكون - بهذا الجهد المتواضع - قد أسهمت في إلقاء بعض الضوء على أهم قوانيننا ارتباطاً بالحياة والمعاملات.

والله وحده المستعان . . . وهونعم المولى ونعم النصير،،

المستشار القانوني

أشرف أحمد عبد الوهاب

المحامي بالنقض والإدارية العليا

٢٠٢٠/١/١٥

العلم بالمبيع – مناط تحقيق العلم

النص التشريعي (مادة ٤١٩) :

- (١) يجب ان يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه.
- (٢) وإذا ذكر في عقد البيع ان المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالاقطار العربية المواد التالية:

مادة ٤٠٨ لىبى و ٣٨٧ سورى و ٥١٧ عراقى و ٣٥٧ سودانى و ٥٧٧ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

هذا النص يلخص خمسة نصوص فى التقنين المصرى الحالى وهى المواد ٢٤٩-٣٥٣ / ٣١٥-٢١٩ على وجه يوفق بين خيار الرؤية المعروف فى الشريعة الإسلامية وبين المبادئ العامة للقانون المدنى وهذا لا يشترط رؤية المبيع بل تقتصر على اشتراط أن يكون معيناً تعييناً كافياً. فقرر المشرع وجوب ان يكون المشتري عالماً بالشئ المبيع كافياً (وحذفت عبارة أما بنفسه أو بمن يوكله عنه فى معانيته من نص التقنين الحالى لبدايتها) ثم أراد ان يوفق بين هذا العلم (والمقصود به خيار الرؤية) وبين الإكتفاء بتعين الشئ فذكر أن العلم يعتبر كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التحقيق منه (انظر م ٢٥٢ / ٢١٨ مصرى) فرؤية المبيع يفى عنها تعيينه بأوصافه الأساسية تعييناً من شأنه أن يمكن من تميزه عن الأشياء الأخرى بديهى أن هذا التعيين يختلف باختلاف الأشياء.

ثم نقل المشرع المادة ٢٥٠/٢١٧ من التقنين الحالى فقرر انه إذا ذكر فى عقد البيع ان المشتري عالم بالمبيع سقط حقه فى الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع إلا إذا أثبت تدليس البائع فأصبح يغنى عن الرؤية إما تعيين الشيء تعييناً كافياً وإما إقرار البائع فى العقد انه عالم بالمبيع هذا كله ما لم يكن هناك تدليس من البائع.

وقد أغفل المشرع نصين فى التقنين الحالى لا فائدة من إيرادهما إحداهما يقضى بأنه إذا لم يشاهد المشتري جزافاً إلا بعض المبيع وتبين له انه أورده كله لا تمتنع عن شرائه فليس له إلا أن يحصل على الحكم بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب المبيع أو تنقيص ثمنه ويسقط حقه فى طلب الفسخ إذا تصرف فى الشيء المبيع باى طريقة كان (م ٢٥٠/٣١٦ مصرى) ويقضى النص الثانى بان البيع للاعوى يكون صحيحاً إذا امكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة أو حصلت معاينته عينه معتدا عليه فى ذلك (م ٢٥٣/٣١٩) وواضح ان فى القواعد العامة غنى عن ذكر هذين الحكمين.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٤ - ص ١٨ و١٩)

رأى الفقه :

١- وفقاً للقواعد العامة فى تعيين محل الإلتزام فانه يكفى لعلم المشتري بالمبيع ان يكون معيناً تعييناً كافياً تميزه عن غيره ويكون مانعاً من الجهالة الفاجئة على انه يجب الا يكون المشتري واقفاً فى غلط فى صفة جوهرية فى المبيع وهذا الغلط لا يفترض فعلى المشتري الذى يدعى يقع عبء إثباته.

ولكن الفقه الإسلامى - وبخاصة المذهب الحنفى - يثبت المشتري الذى لم يرد المبيع خياراً يسميه خيار الرؤية يستطيع المشتري بموجبه ان

ينقضى البيع ويرد المبيع إذا راه فوجده على خلاف ماظن وقد اراد التقنين المدني القديم والجديد التوفيق بين خيار الرؤية والقواعد العامة المشار إليها في تعيين المبيع وفي الغلط في صفة جوهرية فيه.

ولقد أوجبت المادة ٤١٩ مدنى ان يكون المشتري عالما بالمبيع كافيا والعلم بالمبيع شىء غير تعيين المبيع فقد يكون المبيع معينا كل التعيين ولكن المشتري لا يعلمه والأصل فى العلم بالمبيع ان يكون برؤية المبيع ذاتاه ولم يجعل التقنين المدني الرؤية هى الطريق الوحيد لتحصيل العلم بالمبيع بل جعل إلى جانب هذا الطريق طريقين آخرين.

الأول - ان يشتمل عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه.

الثانى - ان يقر المشتري فى عقد البيع بانه عالم بالمبيع فيكون إقرار هذا حجة عليه ولا يستطيع بعد ذلك ان يطعن فى البيع بالإبطال بدعوى عدم علمه بالمبيع الا إذا اثبت ان البائع قد دلس عليه.

ونرى من ذلك ان خيار الرؤية فى التقنين المصرى قد آل فى النهاية إلى وجوب وصف المبيع فى عقد البيع وصفا مميزا له عن غيره بحيث يتمكن المشتري من تعرفه.

(الوسيط ٤- للدكتور السنهاوري ص ١١٤ وما بعدها، وكتابة : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى طبعة بيروت جزء ٤ ص ٢٤٨ وما بعدها)

٢- يرجع نص المادة ٤١٩ مدنى فى اصالة إلى خيار الرؤية المعروف فى الشريعة الإسلامية وان كان واضعوا القانون المدني القديم والجديد قد حوروا فى أحكامه الشرعية وقربوه كثيرا من أحكام الغلط فى القانون الحديث.

فخيار الرؤية رخصة تثبت للعاقد الذى لم يرحل العقد وقت التعاقد وتخوله متى راه ان يفسخ العقد أو بمضيه.

ويشترط في ثبوت خيار الرؤية ان يكون محل العقد عينا معينة بالذات لم يرها العاقد حين للعقد أو قبله وحينئذ يثبت هذا الخيار بحكم الشرع اتي دون اشتراطه ولا يجوز للعاقد استعمال هذا الخيار بحكم الا بعد رؤية محل العقد وليس المراد بالرؤية الإبصار بل المراد بها أعم من ذلك وهو العلم بمحل العقد على الوجه الذى يناسبه (الإبصار - الشم - الذوق... الخ). وظاهر من المذكرة الإيضاحية القانون المدنى الجديد ان المشرع أراد ان يوفق بين خيار الرؤية المعروف فى الشريعة الإسلامية وبين المبادئ العامة فى القانون المدنى فلم يشترط رؤية المشتري للمبيع فكيفى ان يعلم به سواء عن طريق معاينته بنفسه أو بوكيل عنه أو عن طريق اشتغال العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه وقد نص فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٩ مدنى على أن يقوم مقام العلم الحقيقى بالمبيع مجرد ذكر المشتري فى العقد انه عالم بالمبيع.

غير انه فلا حظ ان قصد المشرع ربط العلم بالمبيع بشرط تعيين محل العقد كان يقضى ان يكون جزاء عدم العلم كجزاء عدم تعيين المحل اى للبطلان المطلق بولكن المشرع لم يساير المنطق إلى هذا الحد بل جعل جزاء عدم العلم مقصورا على قابلية العقد للإبطال إذ نص فى الفقرة الثانية لنص المادة ٤١٩ مدنى على انه : إذا ذكر فى عقد البيع أن المشتري عالم بالبيع يسقط حقه فى طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه الا إذا أثبت تدليس البائع.

وبذلك اصبح يسوغ القول ان المشرع الجديد قد إنصرف فى هذا الشأن عن فكرة الفسخ وانه إعتبر حكم عدم العلم بالمبيع حكم الغلط فى صفات المبيع أى انه لا يمنع العقد من احداث آثاره ولكنه يخول المشتري حق إبطال البيع متى علم حقيقة المبيع.

(عقد البيع للدكتورين سليمان مرقص ومحمد علي أمام ص ١٥٩ وما بعدها)

٣- حكم المادة ٤١٩ مدنى تقابل حكم خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية التى استقى منها المشيع وجوب العلم بالمبيع وإن كان قد خرج على بعض أحكامها.

وخيار الرؤية شرعا عبارة عن ثبوت الحق للمشتري الذى اشترى شيئاً لم يره فى اخذ أو رده ويعتبره الفقهاء شرط لزوم لا شرط صحة ولذا لا يمنع وقوع اللك إلى المشتري حتى لو تصرف فى المبيع جاز تصرفه وبطل خياره ويكون هذا الخيار للمشتري دون البائع يدلل قوله عليه الصلاة والسلام : من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا راه قالوا رث الذى يبيع شيئاً لم يره لاخيار له باجماع السكوتى.

والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز أى ان الرؤية من أفراد المعنى المجازى فتشمل العلم بالشم بالمبيع أو اللمس أو المذاق أو السمع ولذلك عبر المشرع المصرى عن خيار الرؤية بالعلم بالمبيع لأن العلم يكون بإستعمال خاصة إدراكه.

يرى البعض ان أحكام العلم بالمبيع تقرر تقرير للمشتري حقوقاً أكثر مما تقرره القواعد العامة اذ تبيح له إبطال الصفقة والعدول عنها ولو لم يكن هناك أى غلط فى صفة جوهرية فللمشتري مجرد مكنة وله مطلق الحرية فى إستعمالها إلى ان يوجد ما يبطلها ويستند هذا الرأى إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية التى استقى منها المشرع أحكام للعلم بالمبيع يشترطون الرؤية فى الشراء ليتم بها الرضا وللمشتري حق الفسخ قبل الرؤية بعدها دون أن يسأل عن سبب ذلك أى ان خيار الرؤية مجرد إرادة ومشية.

إلا انه يؤخذ على هذا بحكم الشريعة الإسلامية من أن المشتري يكون الخيار مادام لم ير المبيع حتى ولو تضمن العقد وصفاً كافياً له وانما نص صراحة على ان المشتري بعد عالماً بالمبيع علماً كافياً إذا تضمن العقد

بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه وهذا ما يدل على أن خيار المشتري في حالة عدم علمه بالمبيع مقيد بالأدلة التي تثبت البائع أنه تتوفر في المبيع للصفات الأساسية التي كان المشتري بعد عالماً بالمبيع لو ذكرت له عند التعاقد.

ولهذا ذهب رأى آخر إلى أن عدم علم المشتري بالمبيع بعد مجرد قرينة على تخلف صفة أساسية في المبيع بحيث يفترض أنه وقع في غلط جوهري ما كان ليبرم العقد لو لم يقع فيه وهذه هي المحكمة التي قصد إليها المشرع من إيراد المادة ٤١٩ مدني دون الاكتفاء بالأحكام العامة في القانون فالمشرع أراد إيجاد قرينة قانونية على وقوع المشتري في الغلط في هذه الحالة أي قرينة على أنه وجد المبيع على صورة تخالف تلك التي كان يتوهمها إلا أنها قرينة غير قاطعة يجوز للبائع إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات.

(عقد البيع - للدكتور أنور سلطان وجلال العدوي - ص ١٦٨ وما بعدها)

٤- إن المصدر التاريخي للمادة ٤١٩ مدني هو أحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية ويقصد بخيار الرؤية عند فقهاء الشريعة ما يثبت لا مد العاقدين عند رؤية محل العقد من الحق في فسخ العقد أو امضائه بسبب عدم محله عند انشاء العقد أو قبله.

وجهور الحنفية على أن الخيار لا يثبت إلا للتملك من العاقدين أي المشتري في عقد البيع دون المملك فلا يثبت البائع ولو كان قد باع ما يملك دون أن يراه وسبب ثبوت الخيار هو عدم رؤية محل العقد حين انعقاد العقد أو قبل انعقاده ولا يثبت الخيار إلا عند الرؤية فلا خيار قبلها وقد رتب فقهاء الشريعة على ذلك أنه لا يصح التنازل عن الخيار قبل الرؤية إذ لا يصح عندهم التنازل عن الحقوق قبل وجودها كما رتب فقهاء الحنفية - خلافاً للمذاهب الثلاثة الأخرى أن الخيارات جميعاً بما في ذلك خيار

الرؤية وحق الشفعة لا تورث فيسقط خيار الرؤية بموت المشتري فالوارث لا يرث مورثة في رغبته.

ويسقط الخيار بعدة امور منها ما يسقطه سواء وجد قبل الرؤية أو بعدها ومنها ما لا يترتب عليه اسقاط الخيار الا إذا وجد بعد الرؤية :

النوع الأول - ويشمل : (اولا) تصرف الممتلك (اي المشتري) فى السىء تصرفا يوجب حقا للغير (كبيعة ورهنة وإجارته) (ثانيا) تعيب المحل فى يد المالك أيا كان سبب العيب ولو كان بفعل البائع على رأى جمهور الحنفية (ثالثا) زيادة المحل فى يد الممتلك سواء كانت زيادة متصلة متولدة منه كالمن للحيوان أو زيادة منفصلة متولدة كالولد الحيوان أو زيادة متصلة غير متولدة كالبناء على الأرض.

أما النوع الثانى - وهو الذى لا يترتب عليه سقوط الخيار تالا إذا وجد بعد الرؤية فهو يشمل القول الدال على الاسقاط اى للتنازل والتصرف فى المحل تصرفاً لا يوجب حقا للغير كالهبة من غير تسليم والاعارة والفعل المتصل بالمحل كالإنتفاع به أو عرضه للبيع أو قبضة بعد رؤيته وطلب الاخذ بالشفعة بسببه.

(الوجيز في عقد البيع - للدكتور إسماعيل غانم، س ٧٦ وما بعدها)

٥- رغم محاولة المشرع المصرى التوفيق بين خيار الرؤية كما هو معروف فى الشريعة الإسلامية والمبادئ العامة للقانون المدنى إلا أنه لا يمكن أن يقال ان الأحكام التى أوردها فى المادة ٤٠٩ مدنى هى بعينها أحكام خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية - ويمكننا أن نلخص هذه الفروق فيما يلى:

(١) أن خيار الرؤية يثبت فى البيع ما دام المشتري لم ير المبيع حتى ولو تضمن العقد وصف المبيع وصفا كافيا وحتى لو وجد المشتري على

نحو ما وصف له فتعيين المبيع فى العقد لا يغنى عن الرؤية ولا يسقط الخيار فيها.

ولكن بخلاف هذا ما قضت به المادة ٤٩٩ من القانون المدنى بعد ان أوجبت ان يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا - من ان العلم يعتبر كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافة الأساسية بيانا يمكن من تعرفه ففى نظر القانون المدنى تعيين المبيع فى العقد يسقط خيار الرؤية على حين انه لا يسقطه فى الشريعة الإسلامية.

(٢) يثبت الخيار للمشتري فى الشريعة الإسلامية حتى لو ذكر فى العقد انه عالم بالمبيع إذا ثبت انه لم يره قبل العقد بل ان خيار الرؤية لا يسقط بالنزول عنه فى العقد.

بينما الحال فى القانون المدنى على خلاف ذلك الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ منه على انه إذا ذكر فى عقد ان المشتري عالم بالمبيع يسقط حقه فى طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به.

(٣) وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية يجوز للمشتري عند رؤية المبيع ان يفسخ البيع وهذا للفسخ يقع دون تقاض أو تراضى. ولم يتكلم المشرع المصرى عن الحق للمشتري فى الفسخ وانما تكلم عن حقه فى إبطال بدعوى عدم علمه به فالفسخ فى القانون هو جزاء لعدم التنفيذ وهو غير موجود هنا ومن ثم كان حق المشتري فى إبطال البيع لا فسخة.

ويسقط الحق فى الإبطال باحد الأسباب الآتية:

١- بعدم إستعماله بمضى ثلاث بسنوات من تاريخ العلم الكافى بالمبيع كما هى القاعدة العامة فى البطلان النسبى (م ٤٠ مدنى) وذلك مالم يكن قد سبق ان نزل عنه صراحة أو ضمناً أو سقط بسبب آخر.

٢- باجازه العقد صراحة أو ضمنا وذلك بأن يصدر من المشتري قول أو فعل يدل على رضائه بمحل العقد كقوله رضيت أو أجزت أو بتصرفه فى المحل كبيع أو هبة أو اجازته أو بارتفاعه به وعرضه إياه للبيع أو دفعه الثمن أو طلبه الأخذ بالشفعة بعد رؤيته المحل فالرضا بالمبيع يبطل الخيار وهذا هو ما يقرره فقهاء الشريعة أيضا.

٣- تصرف المشتري فى البيع حتى قبل الرؤية.

٤- تعيب المحل فى يد المشتري لأنه لا يجوز ان يردده إلى صاحبة معيبا وقد تسلمه سليما.

٥- تعذر رد بهلاك أو بعيب أو بتصرف لأن خيار الرؤية لا يثبت فى البعض.

٦- هل يسقط الخيار بموت المشتري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية يسقط الخيار بالموت وقد خالفت محكمة النقض عندنا رأى الشرعيين فى الشفعة التى هى خيار أيضا فرأت انها تنتقل إلى الورثة ويمكن قياس خيار الرؤية على خيار الشفعة.

(عقد البيع - للدكتور عبد المنعم البدر اوى - طبعة ١٩٥٨ - ص ١١٨ وما بعدها، وطبعة ١٩٥٧ - ص ١١٦ وما بعدها)

٦- ويثبت للمشتري الحق فى طلب إبطال البيع لمجرد عدم علمه بالمبيع فلا يشترط ان يكون معذورا خلافا لما ذهب إليه بعض الأحكام المختلفة من اشتراط ان يكون المشتري قد بذل كل جهد فى سبيل تحقيق العلم بالمبيع ولكنه لم يستطيع بسبب تدليس البائع أو بسبب ظروف خارجة عن إرادته.

ولا يكلف المشتري بإثبات انه لم يعلم بالمبيع وقت العقد علما كافيا لان الظاهر يصدق وهو أن المبيع لم يكن تحت يده بل كان فى يد البائع قبل العقد ويكون على البائع إذا ادعى ان المشتري عالم بالمبيع أن يثبت

ذلك ولكن إذا كان المبيع من الأشياء التي جرى الناس على معاينتها قبل الشراء فإن المشتري الذي يدعى أنه قد إشتري المبيع دون معاينة يلتزم بإثبات عدم علمه به ومحل الإثبات في الحالين وهو العلم وعدم العلم من الوقائع المادية التي تجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ويثبت هذا العلم بصفة خاصة إذا أقر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع ففي هذه الحالة لا يثبت له الحق في إبطال العقد لأنه مؤاخذ بإقراره وذلك ما لم يثبت أن ورود هذه العبارة في العقد كان نتيجة تدليس من البائع كأن يكون البائع قد دس عليه هذه العبارة فوقع عليها دون أن يتنبه لها أو أن يكون قد أطلعه على شيء وأوهمه كذبا أنه المبيع أو قدم له عقوداً صورية عن ربع المبيع تجاوز الحقيقة وكان ذلك الوهم أو هذه العقود هي التي دفعت المشتري إلى الإقرار بعلمة بالمبيع.

(البيع - الدكتور محمد لييب شنب ص ٦٥ وما بعدها وكتابة بالإشتراك مع

الدكتور مجدي خليل - ص ٧٤ وما بعدها)

٧- أخذ المشرع في نص المادة ٤١٩ مدني ببعض الأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية عن خيار الرؤية ووفق بينها وبين الأحكام المقررة في القانون المدني عن الغلط أو عن تعيين المحل.

ومن المقرر في المذهب الحنفي في الشريعة الإسلامية أن للمشتري خيار الرؤية إذا كان المبيع شيئاً معيياً بالذات ولم يره المشتري وقت الشراء ويثبت هذا الحق للمشتري وحده دون البائع ويجوز للمشتري الرجوع فيه عند الرؤية أو قبلها ولا يصح تنازل المشتري عن خيار الرؤية قبل حدوثها فعلاً ويسقط خيار الرؤية إذا شاهد المشتري العين المباعة ورضى بها صراحة أو دلالة أو إذا مات المشتري قبل أن يختار أو إذا هلك بعض المبيع أو تلف أو إذا تصرف المشتري في الشيء بعد رؤيته إذا كان تصرفه لازماً مالا رجوع فيه.

أما المذاهب الثلاثة الأخرى (المالكية والشافعية والحنابلة) فهي تعتبر وصف المبيع وصفا كافيا مسقطا للرؤية أو أنها تعتبر الشراء على الوصف بمثابة الرؤية بحيث لا يجوز للمشتري بعد ذلك ان يطعن فى المبيع الا على أساس مخالفة المبيع للموصف المتفق عليه وهو الخيار الخلف فى الوصف.

وقد نصت المادة ١/٥٢٣ من التقنين المدنى العراقى على انه يسقط خيار

الرؤية بموت المشتري وبتسرفه فى المبيع قبل ان يراه وبإقراره فى عقد البيع انه قد رأى الشئ وقبله بحالته وبوصف الشئ فى عقد البيع وصفا يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التى وصفت ويتعيب الشئ أو هلاكة بعد القبض وبصدور ما يبطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها وبمضى وقت كان يمكن المشتري من رؤية الشئ دون ان يراه ومن الواضح ان التقنين المدنى العراقى أخذ برأى المذاهب الثلاثة ولم يقف فقط عند المذهب الحنفى بل هو أضاف إلى المذاهب الثلاثة فى سقوط خيار الرؤية للمشتري بأنه رأى الشئ المبيع ومن الواضح أن المشرع المصرى أخذ بما قرره التقنين العراقى من إقرار المشتري بعلمة بالشئ المبيع يقوم مقام الرؤية الحقيقية ويغنى عن الوصف الدقيق للشئ فى صلب العقد.

ولكن يظل الفارق الأساسى بين التقنين المدنى المصرى والتقنين المدنى العراقى ان التقنين المدنى المصرى لم يستخدم اصطلاح خيار الرؤية المقرر فى الفقه الإسلامى كما فعل التقنين العراقى ولكنه استخدم اصطلاح العلم بالمبيع وجعل جزاء عدم العلم البطلان النسبى وهو ما يتفق مع اللغة الحديثة القانون خاصة وان المشرع المصرى لم يأخذ بأحكام خيار

الرؤية في الفقه الإسلامى بصورة مستغلة ولكنة وفق بينهما وبين أحكام تعيين المحل وأحكام الغلط المقررة في النظرية العامة للإلتزام.
(عقد البيع - للدكتور سمير تناغو - ص ٦٥ وما بعدها)

٨- يظهر من قراءة نص المادة ٤١٩ مدنى ان شرط العلم بالمبيع يتفق مع شرط إنتفاء الغلط من وجهين: أولهما - الغاية فالقانون يستلزم أن يكون المشتري عالما بأوصاف المبيع الأساسية أى أن يكون ذا إرادة منشورة فيها يتصل بالمبيع ونظام الغلط لا يقصد به إلا ضمان تتور الإرادة.

ثانيهما - ان جزاء عدم علم المشتري بالمبيع هو نفس جزاء وقوعه فى الغلط أى البطلان أو الحق فى طلب الإبطال كما يعتبر النص وهو يقصد ما يسمى فى الفقه بالبطلان النسبى).

وشرط علم المشتري بالمبيع المنصوص عليه فى المادة ٤١٩ مدنى منقول عن نظام معروف فى العقود فى الشريعة الإسلامية هو خيار الرؤية.

وخيار الرؤية - فى فقه الشريعة الإسلامية - هو الخيار الذى يثبت لاحد العاقلين عند رؤية محل العقد يجعل له الحق فى فسخ العقد أو إمضائه بسبب عدم رؤية محله عند انشاء العقد أو قبله وحتى لو وصف المحل عند التعاقد (كالبيع مثلا) فان هذا لا يسقط الحق فى الخيار وفى عقد البيع يثبت هذا الخيار للمشتري (ويثبت عند الحنفية باتفاق للمتملك بصفة عامة) إستنادا للحديث الشريف "من إشتري شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه".

ولا يثبت البائع ويشترط لثبوت خيار الرؤية للمشتري الا يكون قد رأى المبيع وقت العقد وقبله وان يكون المبيع معينا أى عينا مشخصة

كمنزلة أو مزرعة كما يلزم لمباشرة المشتري حق الخيار أن يرى المبيع فلا خيار قبل الرؤية فإذا رأى المشتري ما اشتراه كان له أن يختار بين فسخ العقد وإمضائه.

ولكن الشارع لم يقف عند نقل أحكام خيار الرؤية بنص المادة ٤١٩ مدنى بل راعى أن يوفق بين أحكام الخيار فى الشريعة الإسلامية وبين القواعد العامة للقانون المدنى وهذه لا تشترط رؤية المبيع بل تقتصر على اشتراط أن يكون معيناً تعييناً كافياً.

ويجب ألا يفهم من صياغة المادة ١/٤١٩ مدنى فى قولها إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه..... أن المقصود من لفظة (العقد) هو المحرر الذى يثبت فيه الاتفاق على المبيع رغم أن صيغة النص توحى بهذا الفهم لأن البيع عقد رضائى لا يلزم لا تمامة أى شكل من الأشكال ولو كان مجرد الكتابة وعلى ذلك فمن الممكن أن يوصف المبيع للمشتري دون حاجة إلى أن يكون هذا الوصف مكتوباً والمقصود بالنص هو أن يتم وصف المبيع للمشتري قبل أو عند التعاقد وصفاً يعينه على العلم به علماً كافياً كما يتطلب القانون ولذلك فكلمة (العقد) فى النص يجب أن تفهم على معنى الكائن القانونى الذى ينشأ بالتقاء الإرادتين لا بمعنى المحرر الذى قد يثبت فيه التعاقد.

وقد اختلف الفقه فى ظل التقنين المدنى السابق على تفسير البطلان لعدم العلم فى مجال بيان صلة شرط بنظام الغلط فقال البعض بأنه مجرد تطبيق لنظام الغلط وقال البعض الآخر أنه تكملة له وذهب رأى ثالث إلى أن البطلان لعدم العلم مكنه أو قدره اتحاد الجزاء وهو البطلان النسبى طبقاً لصراحة نص المادة ١/٤١٩ من القانون المدنى.

ولكننا لا نستطيع أن ننكر مع ذلك ما ظهر لنا من اختلاف أحكام شرط العلم عن أحكام الغلط بالبطلان لعدم العلم لا يتوقف النجاح فيه على إثبات

المشتري لفوات صفة جوهرية كان يتوخاها في المبيع مع إستكمال سائر شروط الطعن الغلط بل هو يستطيع الطعن إستناداً إلى مجرد عدم العلم بالمبيع وقت العقد مادام المبيع لم يوصف له وصفا كافيا عند التعاقد ومادام لم يقر بعملة بالمبيع فيصل إلى إبطال تصرفه.

وليس يعنى إختلاف شروط الطعن على الصورة السابقة أن الشقة بعيدة بين كلا النظامين ذلك ان اتحاد الغاية منهما وإتحاد جزائهما رابطة وليفة وثيقة تفرض علينا ان نفسر احدهما فى رحاب الآخر ولما كان نظام الغلط هو مجال القواعد القانونية العامة التى تقصد إلى ضمان نشور الإرادة عند الأقدام على التصرف القانونى فإنه يبدو أن تفسير البطلان لعدم العلم يجب ان يتم فى نطاق نظرية الغلط.

وهذا التفسير يسير فى الواقع إذا لخصنا أحكام الطعن بعدم العلم فى قولنا ان القانون يفسخ باب الطعن أمام المشتري الذى يعلم بما يشتريه لإحتمال أن يكون جاهلا بصفة أساسية من صفات المبيع أى لإحتمال أن يكون واقعا فى هذا الغلط فعلاً أى إقتراض الغلط فالطعن لعدم العلم مبنى على غلط مفترض لمصلحة المشتري.

(البيع والمقايضة – للدكتور جميل الشرقاوي – س ٣٠ وما بعدها، ويراجع فى أحكام خيار الرؤية : أحكام العقود فى الشريعة الإسلامية – للاستاذ الدكاترة محمد الوهمي ومحمود علي وعبد العزيز عزام. ص ٦٠ وما بعدها)

٩- نقل المشرع المصرى فى التقنين المدنى الجديد على غرار التقنين المدنى القديم أحكام العلم بالمبيع عن أحكام خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية بعد ان عدل فيها تعديلا من شأنه أن يجعلها – كما صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على وجه يوفق بين خيار الرؤية المصروف فى الشريعة الا سلامية وبين المبادئ العامة للقانون المدنى وهذه لا تشترط رؤية المبيع بل تقتصر على إشتراط ان يكون معيناً تعييناً كافياً.

فقط إشتراط المشرع فى المادة ٤١٩ من التقنين المدنى الجديد ان يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا يميزه ويكون نافيا للمجاهلة الفاحشة دون ان يعلم له المشتري كما لو باع شخص إلى آخر منزلا تعين بموقعه كذكر اسم الشارع ورقم المنزل دون أن يعلم المشتري مساحة المنزل وعدد حجراته وطريقة توزيعها والعلم الذى تتطلبه ٤١٩ مدنى هو العلم المعاصر لإنعقاد العقد أو السابق له بشرط ان يبقى البيع إلى وقت العقد على حالته التى كان عليه وقت العلم والعلم بالبيع يكون على الوجه الذى يناسبه فيتحقق بالإبصار ان كان المبيع من المرئيات أو بالشّم إذا كان من المشمومات كالروائح العطرية أو بالذى إذا كان من الطعام.

(عقد البيع الدكتور خميس خضر. ص ٤٨ وما بعدها)

• **وجوب علم المشتري بالمبيع:** يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً نافياً للجهالة به ويتحقق ذلك إذا اشتمل عقد البيع على بيانه وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تحديده، ومتى تضمن العقد أن المشتري عالم بالمبيع، ولو لم يتضمن معاينته له، قامت قرينة قانونية قاطعة على علمه ومعاينته له معاينة نافية للجهالة به مما يسقط حقه في طلب إبطال عقد البيع استناداً إلى عدم علمه به ولا ينقض هذه القرينة إلا إذا أثبت المشتري بكافة طرق الإثبات المقررة قانوناً أن البائع دلس عليه وارتكب غشاً دفعه للتعاقد معه، حسبما تنص عليه المادة ٤١٩ من القانون المدنى.

ويختلف العلم بالمبيع عن تعيين المبيع من حيث المضمون ومن حيث الجزاء فمن حيث المضمون يقصد بتعيين المبيع تمييزه عن غيره على النحو المبين بالمادة ١٣٣ ويكفي في هذا الصدد أن يتضمن العقد ما يكفي لمنع اختلاط المبيع بغيره دون أن يلزم أن يتضمن الأوصاف الأساسية في المبيع، أما العلم بالمبيع فيقصد به علم المشتري بأوصافه الأساسية. وقد

يكون المبيع معيناً على نحو يكفي لتمييزه عن غيره دون أن يعلم المشتري بأوصافه الأساسية كأن يكون المبيع داراً عينت بموقعها واسم الشارع الذي تقع فيه والرقم المعطى لها منه ولكن المشتري لا يعلم بمساحته أو عدد طوابقه أو ما إذا كانت وحداته مؤجرة أم خالية قابلة للتصرف أو غير قابلة له إلى غير ذلك من الأوصاف الأساسية. أما من حيث الجزاء فإن تعيين المبيع شرط لانعقاد العقد إعمالاً للمادة ١٣٣ التي تشترط في محل الالتزام أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وإلا كان العقد باطلاً، في حين أن علم المشتري علماً كافياً بالمبيع هو شرط لسلامة رضائه فلا يمنع تخلف هذا الشرط من انعقاد العقد ولكنه عملاً بالقاعدة العامة في عيوب الرضا يكون قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري أن يظل قائماً منتجاً آثاره إلى أن يقضي بإبطاله بناء على طلب المشتري (غانم ص ٦٩ - البدر اوي بند ٧٧ - منصور ص ٦٩ - السنهوري بند ٦٥ - محمد كمال عبد العزيز ص ٩٦).

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان الخصم تمسك أمام محكمة الموضوع بأنه تعاقّد مع مصلحة السكك الحديدية على شراء الفحم الرجوع المتخلف عن استعمال الفحم الانجليزي وأن المصلحة إنما استعملت الأخشاب والكسب وأن المتخلف عنهم يكون تراباً لا فحماً رجوعاً فاختلف بذلك محل التعاقّد، وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذا الدفاع الجوهري الذي قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى فلم يعرض الحكم لهذا الدفاع فإنه يكون مشوباً بالقصور" (جلسة ١٩٥٨/٣/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٢٢٣)، وبأنه "متى استخلص الحكم نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه بما يتفق مع ما توحى به عبارات عقد البيع الابتدائي وتؤيده صيغة عقد البيع النهائي من أن البيع كان شاملاً للأرض المبيعة

وما عليها من مبان إذ وصف المبيع في العقد المذكور بأنه عبارة عن مخزن وصيدلية ودكاكين ومقهى ولوكاندة فإن ذلك يكون استخلاصاً سائغاً مما يدخل في سلطة المحكمة الموضوعية، ولا محل للنعي على الحكم بأنه أخطأ في تفسير العقد الابتدائي بمقولة أن البيع لم يشمل تلك المباني وأنه يحق للبائع المطالبة بثمن إنقاذها" (جلسة ١٩٥٨/١/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٦٢، جلسة ١٩٥٠/١/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٤ ص ٣٤٥).

والأصل في العلم بالمبيع أن يكون بروئيته ولكن التقنين المدني لم يجعل الرؤية هي الطريق الوحيد لتحصيل العلم بالمبيع وإنما جعل إلى جانب ذلك طريقين آخرين: الأول: أن يشتمل عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية يمكن من تعرفه. وهذه خطوة أبعد من تعيين المبيع، إذ يكفي في تعيين المبيع أن يكون معروفاً بذاته لا يقع لبس فيه، فإذا باع شخص داراً معروفة للناس إذا ذكرت فلا يقع لبس فيها، كانت العين المباعة معينة تعييناً كافياً، ولكن المشتري قد لا يكون رأى الدار وليس له سابق علم بها، فلا يكفي إذن لصحة البيع أن تكون الدار معينة تعييناً كافياً، بل يجب أيضاً بيان أوصافها الأساسية بياناً يمكن من تعرفها، فيذكر موقع الدار وحدودها ومساحتها وعدد طبقاتها وما يتبع الدار من ملحقات ونحو ذلك مما يجعل صورة الدار مرسومة رسماً واضحاً في ذهن المشتري، فهذا الوصف الدقيق يقوم مقام الرؤية، وقد رأينا أن المذاهب الثلاثة، بخلاف المذهب الحنفي، تستغني من الرؤية بالوصف. الثاني: إقرار المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع، فقد لا يوصف المبيع المعين على النحو الذي قدمناه، ولكن المشتري يذكر في عقد البيع أنه يعرف المبيع

أو سبقت له رؤيته، فيكون إقراره هذا حجة عليه، ولا يستطيع بعد ذلك أن يطعن في البيع بالإبطال بدعوى عدم علمه بالمبيع، إلا إذا أثبت أن البائع قد دلس عليه، بأن أراه مثلاً عيناً أخرى، وأوهمه أنها العين المباعة، ففي هذه الحالة له أن يتمسك بإبطال البيع للتدليس لا للغلط. ونرى من ذلك أن خيار الرؤية في التقنين المدني المصري قد آل في النهاية إلى وجوب وصف المبيع في عقد البيع وصفاً مميزاً له عن غيره بحيث يتمكن المشتري من تعرفه؛ فإذا لم يوصف على هذا النحو، وجب على الأقل أن يقر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع (السنهوري ص ١٠٤) أما إذا لم يوصف المبيع ولم يقر المشتري برؤيته ثبت خيار الرؤية، فإذا رأى المشتري المبيع فلم يجده وافياً بالغرض المقصود فيستطيع إبطال البيع وفقاً للقواعد المقررة في نظرية الغلط لوقوعه فيه وهو غلط مفترض يعفي المشتري من إثباته فيكفي أن يدعيه حتى يصدق بقوله بل يطلب منه أن يحلف اليمين أنه لم ير المبيع من قبل أو لم يوصف له أو لم يقر أنه عالم به، ويسقط خيار الرؤية: (١) برؤية المشتري للمبيع ورضائه به أما إذا أعلن أن المبيع لا يفي بالغرض عند رؤيته، فله أن يطعن بالإبطال للغلط ولا تسقط الدعوى إلا بمضي ثلاث سنين من وقت الرؤية. (٢) بموت المشتري قبل أن يختار. (٣) بهلاك المبيع أو تعيبه أو تغييره قبل الخيار. (٤) بتصرف المشتري في المبيع قبل رؤيته أما تصرفه بعد الرؤية فيعد رضاء ضمناً بالمبيع (أنور طلبة ص ٢٨٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن: "مفاد نص المادتين ١٣٣، ٤١٩ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أنه لا يشترط لصحة العقود أن يكون محل الالتزام معيناً، بل يكفي أن يكون قابلاً

للتعيين، وأن يتضمن عقد البيع ما يسمح بتمييز المبيع عن سواه ويمنع اختلاطه بغيره لو تنازع طرفا البيع حول تحديد المبيع، كما لا يشترط لصحة البيع أن يتطابق المشتري الظاهر مع المشتري المستتر ولا أن يكشف المشتري الظاهر عن أنه لم يكن غير وسيط أو اسم مستعار" (نقض ١٩٩٤/١/١١ طعن ٢١٧٦ س ٥٩ق)، وبأنه "النص في المادتين ١/١٣٣، ١/٤١٩ من القانون المدني يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء وجب أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين، فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة لطرفيه سواء بوصفه في العقد وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة أو بإمكان استخلاص العناصر الناقصة ليتعين المبيع من النية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد ومن الكيفية التي تم بها تنفيذهما له" (نقض ١٩٩٢/٦/٣٠ طعن ١١٥١ س ٦١ق) وبأنه "لما كان الثابت في الأوراق أن عقد البيع المؤرخ ١٩٧٤/٤/٢٩ الصادر من الشركة المطعون ضدها الثانية لمورث المطعون ضدها الأولى ورد على شقة تحت الإتمام والتشييد لم تبين حدودها ومعالمها، ونص في العقد على أن ملكيتها آلت للبائعة بطريق الشراء ضمن العقد المشهر برقم ٢١١٥ لسنة ١٩٧٤ وأن صحيفة الدعوى التي رفعها المورث المذكور لإثبات صحة التعاقد الحاصل بينه وبين الشركة على هذه الشقة جاء فيها أنها الشقة رقم (d) بالطابق الرابع من العمارة المملوكة للشركة المعروفة بعمارة (.....) بالهرم، فإن لازم ذلك ومقتضاه أن تكون الشقة قد أقيمت على الأرض المملوكة للشركة بالعقد المشهر برقم ٢١١٥ لسنة ١٩٧٤.... المشار إليه في العقد، وإذ كان الثابت في عقد البيع المسجل برقم ٤٧٤٠ لسنة ١٩٧٧.... المبرم بين الطاعنة والشركة نفسها أن ملكية الأرض التي

أقيمت عليها الشقة المباعة بمقتضاه آلت إلى البائعة بطريق الشراء بعقد البيع المسجل برقم ١٣١٨ لسنة ١٩٧٥.... لما كان ذلك وكان البين من تسجيل الحكم الصادر بصحة ونفاذ عقد شراء مورث المطعون ضدها الأولى المشهر برقم ١٢٥٢ لسنة ١٩٨١.... أن طلب شهره لم يتضمن تحديد الشقة محل التعامل، وأن عريضة الدعوى المشهورة برقم ٤٢٩٢ لسنة ١٩٧٦.... ورد بالبيان المساحي الخاص بها أنها الشقة البحري الغربية بالدور الرابع فوق الأرضي، وأن بيانات مساحية حديثة ألحقت بالحكم جاءت مطابقة لبيانات الشقة المباعة للطاعة وأنه نص في هذا المحرر على أن ملكية المبيع آلت إلى البائعة بالعقد المشهر برقم ١٣١٨ لسنة ١٩٧٥....، وليس بالعقد المشهر برقم ٢١١٥ لسنة ١٩٧٤ كما ورد في العقد المحكوم بصحته ونفاذه، مما كان يقتضي التحقق مما إذا كان هذا الاختلاف مجرد خطأ مادي لا يؤدي إلى التجهيل بالمبيع، ومن ثم لا يمنع من ترتيب آثار التسجيل قبل الغير من تاريخ حصوله لا من تاريخ تصحيحه، أم أنه تصحيح في بيانات العقار محل التصرف يتناول هذا المحل بالتغيير فيعتبر تصرفاً جديداً، وفي هذه الحالة تكون العبرة في ترتيب آثار التسجيل بتاريخ تسجيل التصحيح دون اعتداد بما سبق هذا التصحيح من تسجيل لصحيفة الدعوى المرفوعة بطلب صحته ونفاذه. وإذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه لم يفتن إلى ذلك كله واكتفى بما قاله الخبير المندوب في الدعوى من أن عقد الطاعة وعقد خصومها يردان على عين واحدة، وأن الشقة المباعة للآخرين حددت في الصحيفة المسجلة برقم ٤٢٩٢ لسنة ١٩٧٦..... تحديداً نافياً لكل جهالة، وأن الحاضر عن الشركة البائعة مثل في الدعوى ولم يعترض على ذلك التحديد مما يعتبر موافقة ضمنية على أن الشقة المبينة في الصحيفة هي التي انصرفت نية

المتعاقدين إليها - فإن الحكم فضلاً عن مخالفته الثابت في الأوراق، وخطئه في تطبيق القانون، يكون معيباً بقصور يبطله" (نقض ٢٠٠١/٧/٣ طعن ٢٤٠١ س ٧٠ق)، وبأنه "لما كان الثابت بالأوراق أن الطاعنين تمسكا بمذكرتهما المؤرخة ١٩٩٢/١٠/٢ والمقدمة أمام محكمة الاستئناف - بتعيين المبيع بدلالة وضع يدهما عليه تنفيذاً لعقد شرائهما له الأمر الذي أثبتته الحكمان رقماً.....،، اللذين ضمتهما المحكمة واطلعت عليهما وطلبا إحالة الدعوى إلى التحقيق وهو دفاع جوهرى من شأنه - إذا صح - تغيير وجه الرأي في الدعوى، فالتفت الحكم عن هذا الدفاع ولم يواجهه بما يصلح رداً عليه واكتفى بمجرد القول بأن "ولما كان إيصال استلام العربون المؤرخ..... حددت فيه الأرض المباعة بأنها كائنة ببندر المحلة الكبرى فقط، ولم يذكر فيه رقم القطعة أو حدودها، ومن ثم لا تكون الأرض المباعة معينة تعييناً كافياً، ومن ثم فإن عقد البيع لا قيام له بانتهيار أحد أركانه وتلنفت الحكمة عن طلب إحالة الدعوى للتحقيق إذ أن أوراق الدعوى ومستنداتها كافية لتكوين عقيدة المحكمة بشأن الفصل فيها رغم ما أثبتته الحكم في موضع آخر من أن المبيع ذاته محل عقد البيع المؤرخ..... الصادر من المطعون ضده الأول إلى المطعون ضده الثاني - الخصم المتدخل - الأمر الذي يجعل المبيع قابلاً للتعيين فإنه يكون مشوباً بقصور يبطله" (نقض ٢٠٠٠/٢/٢٢ طعن ٢١٧ س ٦٣ق)، وبأنه "إذا كان الثابت في الدعوى أن..... وعد بشراء قطعة الأرض الواردة بالاتفاق المؤرخ..... وبالسعر المحدد به، كما وعدت الشركة المطعون عليها بأن تبيعه هذه القطعة ذات السعر، فإن هذا الوعد المتبادل بالبيع من جانب الشركة والشراء من جانب..... هو بيع تام ملزم للطرفين، تترتب عليه كل الآثار التي تترتب على البيع، ولا يؤثر عليه إرجاء التحديد

النهائي لمساحة المبيع. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الاتفاق المؤرخ.... عقد بيع كامل الأركان، ورتب على تنازل المشتري عن حقوقه في هذا العقد إلى الطاعنين، وقبولهما الحلول فيه، ثم قبول الشركة المطعون عليها انتقال حقوق والتزامات المشتري الأول إليهما اعتبارهما مشتريين فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه" (نقض ١٩٧٢/٥/٢٥ طعن ٤١٧ س ٣٦ق)، وبأنه "متى تبين أن محكمة الموضوع قد فسرت شروط البيع في خصوص تحديد كمية المبيع تفسيراً سائغاً لم تخرج به عن حد حمل عباراتها على ما يمكن أن تحتمله ودعمت حكمها في هذا الخصوص بما يؤيده من اعتبارات معقولة فإن ذلك مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التي لا رقابة لمحكمة النقض عليها" (نقض ١٩٥١/٣/٢٠ طعن ٨٩ س ٢٤ق)، وبأنه "يكفي لتحقيق ما تقضي به المادة ٩٥ من القانون المدني من وجوب تعيين محل الالتزام بنوعه وتبيين صنفه بكيفية تمنع الاشتباه أن يكون المبيع هو كذا (كدقيق أرز مثلاً) حسب العينة" (نقض ١٩٤٨/٢/٩ طعن ٩٦ س ١٧ق) وبأنه "إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت أن المشتري لم يكن يجهل مساحة المنزل الذي اشتراه وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه وكان هذا الاستخلاص سليماً مبنياً على ما أوردته في حكمها من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها فلا يجوز بعد ذلك إثارة هذا الأمر أمام محكمة النقض لتعلقه بموضوع الدعوى" (نقض ١٩٤٠/١٠/٢٤ جـ ٢ في ٢٥ سنة ص ١١٤٤)، وبأنه "تنص المادة ١/٩٣٣ من القانون المدني على أنه "إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً" وفي المادة ١/٤١٩ منه على أنه "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا كان محل الالتزام نقل حق

عيني على شيء وجب أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين، فإذا وقع العقد على شيء وجب أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين، فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة لطرفيه سواء بوصفه في العقد وصفاً مانعاً من الجهالة أو بإمكان استخلاص العناصر الناقصة لتعيين المبيع من النية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد، ومن الكيفية التي تم بها تنفيذها له" (نقض ١٩٨٦/٥/٢٠ طعن ١٤٤٠ س ٥٢ق).

من أحكام القضاء:

- أن مجال تطبيق المادة ٤١٩ من القانون المدني هو حاله حصول غلط في المبيع اما حالة ظهور العيوب الخفية فيحكمها نص المادة ٤٤٧ من القانون المذكور ومن ثم فلا يمنع من طلب الفسخ العيب الخفى ان يكون المشتري أقر عند تسلمه المبيع بانه عاينه معاينة نافية للجهالة. (جلسة ١٩٦٢/٦/١٤، مجموعة المكتب الفني، السنة ١٣ مدني ص ٨٠٨)

* * *

البيع بالعينة – هلاك العينة

النص التشريعي (مادة ٤٢٠):

- (١) إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها.
- (٢) وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو خطأ كان على المتعاقد بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق.

النصوص العربية المقابلة.

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالاقطار العربية المواد التالية:

مادة ٤٠٩ ليبي و ٥١٨ عراقى و ٣٨٨ سورى و ٣٥٨ سودانى و ٤٤٤

لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

هذا النص جديد لا نظير له فى التقنين الحالى. وهو يعالج حالة يكون البيع فيما على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدين فوجب ان يكون المبيع كله مطابقاً لهذا النموذج وقد يحدث ان المشتري لا يكون قد يسبق له رؤية المبيع وإكتفى برؤية النموذج وهذا ما يجعل للمسألة إتصلاً بخيار الرؤية وهو موضوع النص السابق.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجزء ص ٢٢ و ٢٣)

والبائع على كل حال مسئول عن مطابقه المبيع النموذج فإن اختلفت هذه المطابقة جاز للمشتري ان يرفض تسلم المبيع وله ان يفسخ البيع لعدم قيام البائع بالتزامه وتتفق التقنيات الأجنبية فى هذا الحكم (انظر التقنين اللبنانى م ٤٤٤ والتقنين الالمانى م ٤٩٤ والتقنين البولونى م ٣٣١ والتقنين البرازيلى م ١١٣٥ والتقنين الصينى م ٢٨٨ والتقنين السوفيتى م ٢١٠).

هذا كله إن كان النموذج لا يزال قائماً اما ان تلف أو هلك فان كان ذلك وهو فى يد المشتري كما هو وإدعى هذا أن المبيع غير مطابق له

فعليه هو ان يثبت ذلك سواء أكان التلف أو الهلاك بخطأ منه ام بقوة قاهرة فان البائع لا يد له فى صياغ النموذج فهو على دعواه من ان المبيع مطابق له حتى المشتري للعكس ويكون الإثبات بجميع الطرق بما فى ذلك البيئة وان كان النموذج فى يد البائع وتلف أو هلك ولو بغير خطأ منه وإدعى المشتري ان المبيع غير مطابق له فعلى البائع ان يثبت المطابقة وكل هذه أحكام ظاهرة للعدالة (انظر مع ذلك التقنين اللبناى م ٤٤٠ وهو يجعل عبء الإثبات على المشتري دائماً دون ان يميز بين ما إذا كان النموذج فى يد المشتري أو فى يد البائع).

ويعنى القنين السويسرى (م ٢٢٣ بتحديد من يكلف بإثبات ذاتية النموذج وعنده ان من يؤتمن على النموذج مصدق بقوله سواء أكان البائع ام المشتري وعلى الطرف الآخر ان يثبت العكس وقد أثر المشرع ترك هذه المسألة خاضعة للقواعد العامة للإثبات.

رأى الفقه :

١- قد يختار الطرفان طريقاً دقيقاً لتعيين المبيع فيتقدم أحدهما - ويكون للبائع غالباً - بعينة أن يكون المبيع مطابقاً لها (قصاصه من الورق - أو قطعة من القماش - أو قدر من القمح أو القطن... الخ) يحتفظ بها المشتري ليضاهى عليها من البائع من ورق أو قماش قمح أو قطن. والعينة تغنى عن تعيين المبيع بأوصافه فهى المبيع مصفراً وبمضاهاة المبيع على العينة يتبين ان 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 العينية يكون فى حكم من رأى المبيع.

والمشتري هو الذى يحتفظ العينة عادة ولكن ليس بمانع من الإتفاق على ان يحتفظ البائع بها.

ويجب ان يجيء المبيع مطابقا للعينة مطابقة تامة وللمشتري ان يرفض المبيع أو أى جزء منه لا يكون مطابقا لها حتى لو اثبت البائع ان المبيع اعلى صنفا أو أجود من العينة ذاتها.

ومتى جاء المبيع العينة لا يستطيع المشتري رفضه ولو وجدته غير ملائم لحاجته بل يتعين عليه قبوله.

ويجمل البائع عبء إثبات أن البيع مطابق للعينة عند المنازعة فى المطابقة ويجوز اللجوء إلى الخبراء.

وفي حالة عدم المطابقة يفتح أمام المشتري :

أ- طلب التنفيذ العيني فيجيز البائع على تسليم شيء آخر يكون مطابقاً للعينة بل يستطيع الحصول على شيء مطابق للعينة على نقطة البائع بعداستئذان القاضى أو دون إستئذانه فى حالة الإستعجال (م ٢٠٥ مدنى).
(يراجع الجزء الأول من كتابنا: التعليق على نصوص القانون المدني، ص ٦٤٧ ومابعدها)

ب- طلب فسخ البيع لعدم تنفيذ البائع لإلتزامه مع التعويض عما اصابه من ضرر وفقاً للقواعد العامة.

ج- قبول المبيع غير المطابق للعينة وطلب إنقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع اقل من قيمة الشيء المطابق للعينة.

وإذا كان النزاع فى وجود العينة ذاتها فتطبق القواعد العامة وهى تقضى بان من كانت فى يده العينة يكون هو المدعى عليها والآخر هو الدعى وعلى الآخر يقع عبء إثبات ذات العينة وكذلك فى حالة فقد العينة أو تلفها أو هلاكها.

(الوسيط ٤- للدكتور السنهوري س ٢٣٤ ومابعدها)

٢- يلاحظ ان نص المادة ٤٢٠ مدنى قد ورد مباشرة بعد نص المادة ٤١٩ مدنى التى تتكلم عن وجوب علم المشتري بالمبيع علما كافيا اى خيار الرؤية ونص المادة ٤٢٠ مدنى يعالج حالة يكون البيع فيها قد تم على أساس نموذج يتفق عليها المتعاقدان فوجب ان يكون المبيع كله لهذا النموذج.

والبيع بالعينه بيع بات من الوقت الذى إتفق فيه المتعاقدان على النموذج الذى تم البيع على أساسه وهو الذى يختلف عن بيع المذاق ولذا لا تقوم العينة الا بوظيفة تعيين محل البيع بحيث يجب ان يسلم البائع شيئا مطابقا لها. ولم يتعرض المشرع المصرى للخلاف حول ذاتية النموذج هل هو ذات النموذج الذى تعاقدوا على أساسه ام لا خلافا لبعض التشريعات الأخرى كالسويسرى الذى يقضى بأن من يؤتمن على النموذج مصدق بقوله سواء أكان البائع أو المشتري وعلى الطرف الآخر ان يثبت العكس (م ٢٢٢ مدنى) وكما تقول مذكرة المشروع التمهيدى أثر المشرع ترك هذه المسألة للقواعد العامة فى الإثبات وهى تؤدى إلى الأخذ بالحل الذى اخذ به التقنين السويسرى.

(عقد البيع- الدكتور عبد المنعم البدر اوى. ط ١٩٥٨- ص ١٦٣ ما بعدها وطبعة ١٩٥٧
- ص ١٦١ وما بعدها، وكتابة : الوجيز، ص ٥٧٩ وما بعدها، كتابة فى البيع
والإيجار، ص ٧٩ وما بعدها)

٣- يجرى العمل كثيرا على ان يكون تعيين المحل عن طريق تقديم عينة له فمن يبيع قماشاً يقدم المشتري قطعة صغيرة منه ومن يبيع قطناً يقدم للمشتري كمية قليلة منه ويمكن تصور ذلك ايضا فى بيع جميع السلع والبضائع التى تنتجها الأرض أو تنتجها المصانع وعرض العينة على المشتري يغنى عن تعيين المبيع فى عقد البيع لأن العينة هى المبيع ذاته

فى صورة مصغرة والسبب ذاته فإن عرض العينة على المشتري يغنى عن رؤية المشتري للمبيع بل هو قد رأى المبيع ذاته بمجرد أن رأى العينة وهى بعض منه وقد أورد المشرع النص الخاص بالمبيع بالعينة عقب النص الخاص بالعلم لما بين المسألتين من إتصال وثيق.

والواقع ان العينة هى طريق لتعيين المبيع على درجة كبيرة من الدقة والانضباط.

(عقد البيع الدكتور سمير تناغوص ٧٦ وما بعدها)

• **البيع بالعينة:** قد يختار المتبايعان العينة طريقاً لتعيين المبيع، أحدهما - ويكون غالباً هو البائع - عينة يجب ان 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 يضاهي عليها ما يتسلمه من البائع من قطن أو قمح أو ورق أو غير ذلك (السنهوري ١٩٦). والعينة تغني عن تعيين المبيع بأوصافه كما تغني عن رؤيته؛ إذ يتم تعيين المبيع على أساس العينة المقدمة. وللمشتري أن يرفض المبيع إذا لم يكن مطابقاً لها تماماً حتى لو كان من صنف أجود، أما إذا جاء مطابقاً فلا يستطيع المشتري رفضه إذ أن البيع بالعينة بيع بات - لكن ذلك لا يمنع من رجوع المشتري على البائع بضمان العيوب الخفية، وإذا وقع نزاع فإن البائع يتحمل عبء الإثبات على أن المبيع مطابق للعينة. ويجوز الالتجاء لأهل الخبرة بحكم من قاضي الأمور المستعجلة لإثبات ما إذا كان المبيع مطابق للعينة من عدمه بشرط توافر الاستعجال وقد يقع النزاع في ذات العينية فتطبق القواعد العامة، فمن كانت بيده العينة يكون هو المدعى عليه

والآخر هو المدعى وعلى هذا الأخير إثبات أن الشيء الذي في يد الأول ليس هو ذات العينة ما لم تكن هناك علامة متفق عليها قد وضعت على العينة فوجود العلامة يكفي لإثبات ذات العينة (أنور طلبية ص ٢٨٥) وإذا كانت العينة قد فقدتها 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 البينة والقرائن (السنهوري ص ١٩٩).

وقد قضت محكمة النقض بأن: "التعاقد بالعينة لا يؤثر في صحة انعقاده

عدم توقيع الملتزم على العينة وإجازة أن يكون ذلك مثار خلاف عند تنفيذ القد، ولا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيما تقرره من أن العقد ثم على عينة معينة وأن المتعاقد قد عاينها" (جلسة ١٩٤٧/٥/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٣٤٦)، وبأنه "البائع لا تبرأ ذمته إلا إذا قدم بضاعة تطابق العينة التي جرى التعاقد عليها فمن الخطأ القول بأنه إذا امتنع البائع أن يحصل على بضاعته من العينة المتعاقد عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه، فإن كان دون العينة جودة أو نقاوة التزم بفرق الثمن لمصلحة المشتري" (جلسة ١٩٤٨/١٢/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٣٤٦)، وبأنه "إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون مطابقاً لها، ومؤدى ذلك أن يقع على عاتق البائع الالتزام بتسليم الشيء مطابق للعينة المتفق عليها، فإذا لم يف بهذا الالتزام لم يكن له أن يطالب

المشتري بأداء المقابل وهو الثمن" (جلسة ١٥/١٠/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٥٦٧)، وبأنه "تفهم نية المتعاقدين لمعرفة إن كانت قد اتجهت إلى البيع بالعينة أم إلى البيع بحسب المواصفات الواردة في التعهد هو من مسائل الواقع التي يستغل بها قاضي الموضوع متى أقام قضاءه فيها على استخلاص سليم" (جلسة ١٦/١٠/١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ١ لسنة ١٧ ص ٣٤٦).

• **جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة:** إذا كان المبيع غير مطابق للعينة لم يجبر المشتري على قبوله. ويكون له: أولاً: أن يطالب بالتنفيذ العيني، فيجبر البائع على تسليمه شيئاً آخر يكون مطابقاً للعينة، بل يستطيع المشتري أن يحصل على شيء مطابق للعينة على نفقة البائع بعد استئذان القاضي، أو دون استئذانه في حالة الاستعجال (م ٢٠٥ مدني). ثانياً: ويستطيع بدلاً من المطالبة بالتنفيذ العيني، أن يطلب فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من قبل تقديم شيء مطابق للعينة، ويجوز فوق ذلك أن يطلب المشتري من البائع تعويضاً عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ البائع لالتزامه، وذلك وفقاً للقواعد العامة. ثالثاً: ويستطيع بدلاً من المطالبة بالتنفيذ العيني أو المطالبة بالفسخ، أن يقبل المبيع غير المطابق للعينة ويطلب إنقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل من قيمة الشيء المطابق للعينة (السنهوري ص ١٩٩).

وقد قضت محكمة النقض بأن: "إذا كانت محكمة الموضوع قد قامت بفحص العينة وأجرت مقارنة بينها وبين البضاعة المبيعة فأسفر بحثها عن مطابقة البضاعة للعينة في خصائصها التي رأت أن المتعاقدين قصداها، فليس في استظهارها في هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة

والبضاعة ما ينفي المطابقة طالما أنها قد انتهت بما لها من سلطة التقدير في هذا الصدد إلى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروقاً لا يؤبه بها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعيينة" (جلسة ١٢/١١/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٦٥٩)، وبأنه "متى كان الواقع في الدعوى هو أن الطاعن باع إلى المطعون عليه كمية من الصاج المستعمل وفق عينة موجودة تحت يد المشتري ومختومة من الطرفين على أن يتم تسليم الكمية في ظرف أسبوع واحد يبدأ من تاريخ التعاقد والتزم الطاعن في العقد بأن يسلم المطعون عليه فاتورة الشراء حتى يتسنى له بها الحصول على إذن بالتصدير واتفق كذلك في العقد على أنه إذا تأخر الطاعن عن التسليم في ظرف المدة المحددة أو إذا رفض المطعون عليه التسليم يلزم الطرف الآخر بدفع تعويض وكان الحكم إذ قضى بإلزام الطاعن بأن يدفع إلى المطعون عليه مبلغ التعويض وكان الحكم إذ قضى بإلزام الطاعن بأن يدفع إلى المطعون عليه مبلغ التعويض ومقدم الثمن والفوائد القانونية من تاريخ المطالبة الرسمية حتى الوفاء قد أسس قضاءه على أن الطاعن هو الذي نكل عن الوفاء بالتزامه وأن ما أصاب المطعون عليه من ضرر ثابت من خطابات فتح الاعتماد الدالة على أنه تعاقد مع تاجر في الخارج على أن يورد كمية الصاج التي اشتراها من الطاعن وكان هذا الأخير قد تمسك بأن العقد لا يلزمه بأن يكون الصاج الذي يسلمه إلى المطعون عليه من مخلفات الجيوش المتحالفة وأنه من ذلك كان له أن يسلم الكمية المبيعة من الصاج المحلي وأن المطعون عليه إذ استبان أن تصدير الصاج المحلي ممنوع أخذ يراوغ في تسلم الصاج الذي أعده هو وكان الحكم لم يقطع صراحة في أن الصاج المتعاقد عليه كان من

مخلفات الجيوش المتحالفة وهو أمر يدور عليه وجه الفصل في الدعوى فإنه يكون قد عاره قصور يستوجب نقضه" (نقض ١٩٥١/٤/١٩ طعن ١٠٦ س ١٩ق).

البيع الموصوف

والبيع كسائر العقود قد تدخل عليه أوصاف مختلفة، فيكون معلقا علي شرط أو مقترنا بأجل، ويكون متعدد المحل بأن يكون بيعا مع خيار التعيين أو بيعا ينطوي علي التزام بدلي كالبيع بالعربون، ولهذه الأوصاف نفس ما للآثار التي ترد علي العقود الأخرى. وتتنوع الأوصاف بصفة عامة في هذا الصدد، فقد تتصل بالتراضي وقد تتصل بشكل البيع، كما أنها قد تتعلق بتحديد المبيع وتعيينه، وقد تتعلق بالثمن. ولن نعرض في هذا المحال لكل الأوصاف التي تتعلق بالبيع، فقد سبقت دراسة الكثير منها في مجالات مختلفة، إذ منها ما يدرس ضمن القواعد العامة، ومنها ما عرضنا له فيما سبق خلال دراستنا لعقد البيع، وهناك من الأوصاف التي تتعلق بالتراضي ما لم تسبق لنا دراسته، ونعني في هذا المجال البيع علي شرط التجربة والبيع بالمذاق (توفيق حسن فرج ص ١٦٨).

* * *

البيع بشرط التجربة

النص التشريعي (مادة ٤٢١) :

(١) فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع ان يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها فان لم يكن هناك إتفاق على المدة ففى مدة معقولة يعينها البائع فإذا إنقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع إعتبر سكوته قبولا.

(٢) ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الإتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالاقطار العربية المواد التالية:

مادة ٤١٠ لىبى و ٥٢٤ عراقى و ٣٨٩ سورى و ٣٥٩ سودانى و ٣٧٤ و ٣٩١ لبنانى و ٥٨٦ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

يستعرض المشرع هنا حالتين فى البيع بشرط التجربة (م ٥٦١) وبيع المذاق (م ٥٦٢) ولم يعرض التقنين الحالى إلا للأول منهما وكانت عبارته فيه مقتضيه إذا إقتصر على أن يقرر أن هذا البيع يعتبر معلقاً على شرط واقف.

أما المشرع فأعتبر الأصل أن يكون البيع معلقاً على شرط واقف إلا إذا تبين من الإتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ فقد يريد المتعاقدين صراحة أو ضمناً ان ينفذ البيع منذ تمامه على أن يفسخ إذا تبين من التجربة أن المبيع غير صالح فإن لم يتبين ذلك وجب الرجوع إلى الأصل ويكون للبيع موقوفا حتى يتبين نتيجة التجربة (انظر فى ذلك

بعض التقنيات الأجنبية : التقنين الالمانى م ٤٩٥ والتقنين النمساوى م ١٠٨٠ معدلة والتقنين البولونى م ٣١٩ والتقنين البرازيل م ١١٤٤). ولم يقتصر المشرع على إدخال هذا التعديل بل بين كيف تم التجربة فقرر إلزام البائع بتمكين المشتري من تجربة المبيع وللمشتري حرية القبول أو الرفض فهو وحده الذى يتحكم فى نتيجة التجربة وقد جارى المشروع فى ذلك التقنين الالمانى (م ٤٩٥) والتقنين النمساوى (م ١٠٨٠ معدلة) وتقنين الإلتزامات السويسرى (م ٢٢٣) والتقنين البولونى (م ٢٣٩) فإن المفروض ان يكون المبيع من الأشياء التى يتطلب فيها ان تناسب المشتري مناسبة شخصية فهو وحده الذى يستطيع أن يقرر ذلك ويكون للمشتري حق الرفض فى مدة معينة يتفق عليها والا حدد البائع مدة معقولة للمشتري على ان يكون لهذا حق النظم من قصر المدة فان قبل المشتري أو رفض فى خلال المدة اصبح البيع باتا أو إعتبر كان لم يكن تبعا للقبول أو الرفض اما إذا انقضت المدة وسكت المشتري عن القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع فان سكوته يعتبر قبولا.

ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع الا إذا تبين من الإتفاق أو الظروف ان البيع معلق على شرط فاسخ.

(مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدنى – الجزء ٤- ص ٢٥ و ٢٦ و ٢٧)

رأى الفقه:

البيع على شرط التجربة يكون عادة بان يشترط المشتري ان يجرب المبيع ليتبين صلاحيته للغرض المقصود منه أو ليستوثق من ان المبيع هو الشئ الذى يطلب ولا يكون مجرد رؤية المبيع كافيا للاستيثاق من ذلك – فإذا اشترى شخص سيارة مستعمله لم يسبق فحصها فالغالب ان يشترط ان

يكون البيع بشرط التجربة وكثيراً ما يكون هذا الشرط مفهوماً ضمناً من ظروف التعامل ومن سبق إستعمال السيارة.

فالببيع بشرط التجربة يقع عادةً علي الأشياء التي يمكن الإستيثاق منها إلا بعد إستعمالها (كالآلات والسيارات والراديوهات) وكلها من المنقولات، ولكن ليس هناك ما يمنع أن يقع بيع التجربة علي عقار.

ويقصد بالتجربة أما تبين أن المبيع صالح للغرض المقصود منه، كأن يكون آلة ميكانيكية للحث أو للدراسة، فيجربها المشتري ومتي تبين أنها تصلح للحرس أو للدراسة فلا يستطيع أن يتحكم وينقض البيع بدعوى أن المبيع غير صالح، فالصلاحية هنا معيارها وفاء المبيع بالأغراض المقصودة منه فمتي وجد المبيع صالحاً للوفاء بهذه الأغراض فلا يملك المشتري أن يرفضه، وإذا وقع خلاف يحسمه الخبراء، وهنا يقترب معني صلاحية المبيع من معني خلوه من العيوب الخفية.

وأما للاستيثاق من أن المبيع يستجيب لحاجة المشتري الشخصية. والتجربة في الحالتين يجريها المشتري بنفسه أو يستعين فيها برأي صديق أو خبير.

وكثيراً ما يحدد المتبايعان وقتاً معيناً يعلن فيه المشتري نتيجة التجربة فإن قبل المشتري المبيع أو رفضه في خلال مدة التجربة، إعتبر البيع من وقت إعلان القبول أو الرفض بيعاً تاماً أو كأنه لم يكن تبعاً للقبول أو الرفض، أما إذا انقضت المدة، وسكت المشتري عن القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع فإن سكوته بعد قبولاً.

والبيع بشرط التجربة يعتبر معلقاً علي شرط واقف هو قبول المبيع، إلا إذا تبين من الإتفاق أو الظروف أن البيع معلق علي شرط فاسخ، وإذا

هلك المبيع بسبب أجنبي وهو لا يزال تحت التجربة وقبل تبين مصير الشرط هلك علي البائع لأنه المالك للمبيع تحت شرط فاسخ ولأن الشرط إذا تحقق ويتعذر أن يتحقق في هذه الحالة فإن المشتري لن يقبل المبيع بعد أن هلك - لم يكن لتحقيقه أثر رجعي، فيبقى المالك وقت هلاك المبيع هو البائع لا المشتري فيهلك علي البائع.

أما في القانون المدني العراقي، حيث يجب التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان، فإن يد المشتري في بيع التجربة هي يد ضمان، فيكون الهلاك عليه ولو كانت التجربة شرطاً واقفاً وهلك المبيع قبل أن يتحقق الشرط. ويؤيد ذلك أن هلاك المقبوض علي رسوم الشراء في القانون العراقي يكون علي القابض، وليس المشتري بشرط التجربة بأدني حالاً في أن تكون تبعة الهلاك عليه من القابض علي رسوم الشراء، بل إن المشتري بشرط التجربة، وقد انعقد البيع وانتقلت الملكية معلقة علي شرط واقف، أولي بتحمل تبعة الهلاك من القابض علي رسوم الشراء ولم ينعقد له بيع. ولم تنقل إليه ملكية. وقد ورد نص صريح في التقنين المدني العراقي يجعل تبعة الهلاك علي القابض علي رسوم الشراء إذ تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٤٨ من هذا التقنين علي أن : "ما يقبض علي رسوم الشراء مع تسمية الثمن إذا هلك أوضاع في يده، فلا يضمن إذا هلك أوضاع دون تعد أو تقصير منه".

علي أنه يجوز للمتبايعين أن يتفقا علي أن تكون التجربة شرطاً فاسخاً ويكون الاتفاق علي ذلك صريحاً أو ضمناً يستخلص من الظروف وملابسات التعاقد، فعند ذلك ينفذ البيع منذ البداية. وإذا هلك الشئ بسبب أجنبي هلك

علي المشتري لأنه وقت أن هلك كان ملك المشتري، وذلك حتي لو تحقق الشرط فليس لتحقيقه أثر رجعي (م ٢/٢٧٠ مدني).

(الوسيط ٤- الدكتور السنهوري- ص ١٢٨ وما بعدها، والبيع- الدكتورين مرقس وأمام - ص ٥١ وما بعدها عقد البيع - للدكتور بن سلطان العدوي - ص ١٦٢، وما بعدها، والوجيز في البيع- للدكتور غانم - ١٠٨ وما بعدها، والبيع - للدكتور البدراوي - ١٩٥٨ - ص ١٦٨ وما بعدها، وط ١٩٥٧- س ١٦٤ وما بعدها، وكتابة البيع والإيجار - ص ٨١ وما بعدها، وكتابة : الوجيز في البيع ص ٨١ وما بعدها والبيع والمقايضة - ص ٤٩ وما بعدها، وأحكام البيع - للدكتور شنب - ص ٩٠ وما بعدها وكتابة في البيع مع الدكتور مجدي - ص ٩٩ وما بعدها، والبيع - للدكتور تناغو - ص ٨٥ وما بعدها، والبيع - للدكتور خميس - ص ٦٠ وما بعدها، والبيع - للدكتور الحكيم - ص ٥٨ - المراجع السابقة)

• **البيع بشرط التجربة:** والمقصود بالبيع بشرط التجربة هو تمكين المشتري من تجربة المبيع للتأكد من صلاحيته قبل أن يبرم العقد بصفة نهائية، فقد يروق له المبيع بعد تجربته فيقبل البيع إذا لم يرق له المبيع بعد تجربته وجب عليه أن يعلن الرفض إلي البائع في المدة المتفق عليها في العقد (علي عمران وأحمد عبد العال ص ٧٢) وأكثر ما يكون شرط التجربة صريحا، ولكنه قد يكون ضمنيا، يستخلص من طبيعة المبيع أو من ظروف التعامل، ف شراء ملابس ينطوي عادة علي شرط ضمني أن المشتري قد اشتراها بشرط تجربتها، حتى إذا كانت لا تناسبه نقض البيع، وشراء آلات ميكانيكية اشتراها للزراعة أو الصناعة أو لغير ذلك من الأغراض، إذا كانت من الدقة بحيث لا يستوثق من صلاحيتها إلا بعد تجربته، تقتض فيه التجربة شرطا ضمنيا، وإذا اشترى شخص سيارة مستعملة لم يسبق له فحصها، فالغالب أن يشترط أن يكون البيع بشرط التجربة، وكثيرا ما يكون هذا الشرط مفهوما ضمنا من ظروف التعامل ومن سبق استعمال السيارة،

وقد يستقر العرف في أشياء معينة أن يكون شراؤها معلقا علي شرط التجربة، فيفهم الشرط ضمنا عن طريق العرف. ونرى من ذلك أن البيع بشرط التجربة يقع عادة علي الأشياء التي لا يمكن الاستيثاق منها إلا بعد استعمالها، كالملابس والآلات الميكانيكية والآلات الكاتبة والتركيبات الكيماوية والأسمدة والسيارات والآلات الفوتوغرافية والصور والتابلوهات والردايوهات والأثاث المنزلي وكلاب الصيد وخيل السباق ونحو ذلك، وكل هذه الأشياء منقول، ولكن لا يوجد مانع من أن يقع بيع التجربة علي عقار فيشترط المشتري لمنزل يريد سكناه أن يكون البيع بشرط التجربة (السنهوري ص ١٠٩).

● **مدة التجربة:** يخضع تحديد مدة تجربة الشئ المبيع لاتفاق الطرفين بحيث إذا انقضت هذه المدة كان علي المشتري أن يعلن رفضه أو قبوله للمبيع وقد تتعين المدة بموجب العرف أو ما استقر عليه التعامل بين الناس كما في بيع الخيول والسيارات في بعض البلاد. وإذا لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين أو عرف يحدد مدة التجربة فإنه يجوز للبائع تحديد مدة معقولة لإبداء رأي المشتري فيها بالرفض أو القبول بعد نتيجة التجربة (عزمي البكري ص ١١٣).

وقد قضت محكمة النقض -الدائرة الجنائية- بأن: "إذ اشترط في عقد البيع أن الملكية في المبيع تبقى للبائع حتى يجربه المشتري، فإن وجود المبيع عند المشتري في فترة التجربة إنما يكون علي سبيل الوديعة. فإذا هو تصرف فيه فإنه يكون قد خان الأمانة ويحق عقابه بمقتضي المادة ٣٤١ من قانون العقوبات" (طعن رقم ٣ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٠/١١/٢٥) وإذا وجد المشتري أن هذه المدة غير معقولة ولم تكف للتجربة كان له

اللجوء إلى القضاء طالبا مد هذه المدة المعينة من قبل البائع. وفي هذا الحالة يكون لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في الأخذ بما استقر عليه التعامل (لاشين الغياتي ص ٢٧ وما بعدها).

• التزامات كل من البائع والمشتري أثناء فترة التجربة: متى كان البيع

معلقا علي شرط التجربة وجب علي البائع أن يمكن المشتري من تجربته الشئ المبيع وإلا كان مخلا بالتزامه، ويتم ذلك عادة بتسليم الشئ المبيع إلي المشتري حتى يتمكن من تجربته. وللمشتري في هذا الشأن أن يستعين برأي صديق أو خبير (محمد علي عمران وأحمد عبد العال ص ٧٣) وقد يكون الغرض من التجربة التأكد من صلاحية المبيع في ذاته للأغراض المقصودة منه، كأن يكون آلة ميكانيكية للحرث أو للدراسة، فيجربها المشتري ومتى تبين أنها تصلح للحرث أو للدراسة فلا يستطيع أن يتحكم وينقض البيع بدعوى أن المبيع غير صالح، فالصلاحية هنا معيارها وفاء المبيع بالأغراض المقصودة منه، فمتى وجد المبيع صالحا للوفاء بهذه الأغراض فلا يملك المشتري أن يرفضه، وإذا وقع خلاف حسمه الخبراء، وهنا يقترب معنى صلاحية المبيع من معنى خلوه من العيوب الخفية إذ المبيع غير الصالح يكون منطويا عادة علي عيب خفي يجعله غير صالح السنهاوري ص ١١٠) وأما إذا كان الغرض من تعليق البيع علي شرط التجربة هو التأكد من ملائمة المبيع وصلاحيته لاحتياجات المشتري وأغراضه، فإن القول الفصل فيه صلاحية الشئ المبيع أو عدم صلاحيته يرجع إلي المشتري، فله إذا شاء أن ينقض البيع أو يقبله، ولا تعقيب عليه في ذلك.

ولقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي أن: "للمشتري حرية القبول أو الرفض فهو وحده الذي يتحكم في نتيجة التجربة وقد جرى المشروع في ذلك التقنين الألماني والتقنين النمساوي وتقنين الالتزامات السويسري والتقنين البولوني، والمفروض أن يكون المبيع من الأشياء التي يتطلب فيها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية"، فإذا كان البيع معلقا علي شرط التجربة وكان المبيع من الأشياء التي يتطلب فيها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية كما إذا كان البيع بشرط التجربة واردا علي منزل أو فرس أو ملابس، فإن للمشتري وحده في مثل هذه الفروض أن يقبل البيع بعد التجربة أو ينقضه، وإذا ثار نزاع بين البائع والمشتري حول صلاحية المبيع، فإن للمشتري وحده أن يقرر مناسبة الشيء المبيع له أو عدم مناسبة. فإذا ثار شك حول تحديد الغرض من التجربة وفقا لما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، فالأصل أن الغرض من التجربة هنا هو مناسبة المبيع لاحتياجات المشتري أو عدم مناسبة. وهذا القول هو ما يتفق وما يمكن أن تتجه إليه إرادة كل من البائع والمشتري (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣١) فإذا سلم البائع إلي المشتري الشيء المبيع لتجربته، فرفض هذا الأخير أن يجرب الشيء المبيع أو رفض أن يتسلمه، ثم نقض بعد ذلك البيع، فللبائع في هذه الحالة الخيار بين المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض، إذ أن المشتري برفضه تجربة الشيء المبيع يكون قد منع تحقق الشرط بخطئه فيعتبر أن الشرط قد تحقق حكما ويصبح البيع باتا ويرتبط به المشتري (محمد لبيب شنب فقرة ٦٣) ولا يكفي المشتري أن يقوم بتجربة الشيء المبيع، بل يجب عليه فضلا عن ذلك إذا رفض المبيع بعد تجربته أن يعلن الرفض إلي البائع في المدة المتفق عليها في العقد. فإذا لم

يكن هناك اتفاق علي المدة علي هذا النحو، فللبائع أن يحدد المدة المعقولة التي يجب علي المشتري أن يخطره فيها برفض المبيع بعد تجربته، ولل قضاء حق الرقابة علي ما يقرره البائع في ذلك. فإذا انقضت هذه المدة - سواء تعلق الأمر بالمدة المتفق عليها بين البائع والمشتري أو بالمدة المعقولة التي يراها البائع - دون أن يعلن المشتري البائع برفضه المبيع بعد تجربته، فإن سكوت المشتري يعتبر قبولا. وهذا هو ما نصت عليه صراحة المادة ٢/٤٢١ مدني. فيقوم سكوت المشتري مقام القبول، ويعتبر الحكم الوارد في المادة ٤٢١ مدني من الحالات التي نص فيها القانون علي قيام السكوت مقام القبول، خروجاً علي قاعدة أصولية قررها فقهاء الشريعة الإسلامية قوامها أنه "لا ينسب لساكت قول" (إسماعيل غانم فقرة ٥١).

• الأصل أن البيع بشرط التجربة معلق علي شرط واقف: تنص الفقرة

الثانية من المادة ٤٢١ علي أن "ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً علي شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق علي شرط فاسخ". فالأصل أن يكون البيع بشرط التجربة معلقاً علي شرط واقف هو قبول المشتري المبيع بعد تجربته. ما لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً علي اعتباره بيعاً معلقاً علي شرط فاسخ هو عدم قبول المشتري المبيع بعد تجربته. ومن ثم إذا لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً علي أنهما أرادا شرطاً فاسخاً، أو كان هناك شك فيما قصدا إليه، كان المفروض أنها أراد أن تكون التجربة شرطاً واقفاً (محمد كامل مرسي ص ١٢٥)، ومتى تحقق الشرط أصبحت ملكية المشتري للمبيع ملكية باتة بأثر رجعي، فاستندت إلي وقت البيع لا إلي وقت القبول فحسب. وزالت ملكية البائع بأثر رجعي أيضاً، فاستندت زوالها إلي وقت البيع، ومن ثم تزول

كل الحقوق العينية التي ترتبت علي المبيع من جهة البائع في خلال مدة التجربة، وتبقى تلك التي ترتبت من جهة المشتري، ويتخلف الشرط برفض المشتري للمبيع، وإعلانه هذا الرفض للبائع في الميعاد. ومتى تخلف الشرط، زال البيع بأثر رجعي واعتبر كأن لم يكن، وزالت مع البيع بأثر رجعي ملكية المشتري التي كانت معلقة علي شرط واقف، وأصبحت ملكية البائع التي كانت معلقة علي شرط فاسخ ملكية بائنة منذ البداية، وتبقى الحقوق العينية التي ترتبت علي المبيع من جهة البائع في خلال مدة التجربة، وتزول تلك التي ترتبت من جهة المشتري، أما إذا سكت المشتري عن إعلان القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع، فقد رأينا أنه بسكوته هذا جعل تحقق الشرط مستحيلا، فيعتبر الشرط قد تحقق وأن المشتري قبل المبيع، وتجرى الأحكام التي قدمناها في حالة تحقق الشرط. وتقول الفقرة الأولى من المادة ٤٢١ مدني في هذا المعنى، كما رأينا أنه "إذا انقضت المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع، اعتبر سكوته قبولا". وإذا اعتبرنا التجربة شرطا واقفا، كما هو الأصل، وهلك المبيع بسبب أجنبي وهو لا يزال تحت التجربة وقبل تبين مصير الشرط، هلك علي البائع، ذلك لأن البائع هو المالك للمبيع تحت شرط فاسخ، ولأن الشرط إذا تحقق -ويتعذر أن يتحقق في هذه الحالة فإن المشتري لن يقبل المبيع بعد أن هلك - لم يكن لتحقيقه أثر رجعي، فيبقى المالك وقت هلاك المبيع هو البائع لا المشتري، فيهلك علي البائع (السنهوري ص ١١٢).

• جواز الاتفاق علي أن يكون البيع بشرط التجربة معلقا علي شرط

فاسخ: ذكرنا مقدما أن الأصل أن يكون البيع بشرط التجربة معلق علي شرط واقف ومع ذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا صراحة علي أن يكون

البيع بشرط التجربة معلقا علي شرط فاسخ، وكما يكون هذا الاتفاق صريحا، فإنه يجوز أيضا أن يكون ضمنا أي يستخلص من ظروف وملابسات العقد والشرط الفاسخ يكون هنا هو عدم قبول المشتري للمبيع بعد تجربته، فإذا كان البيع بشرط التجربة معلقا علي شرط فاسخ بالنسبة للمشتري، فإنه يكون معلقا علي شرط واقف بالنسبة للبائع والشرط الفاسخ والواقف واحد في الحالتين، فإذا تحقق الشرط الواقف وأعلن المشتري رفضه للمبيع بعد تجربته، فإن ملكية المشتري تزول ويعتبر المشتري كأن لم يكن مالكا لهذا الشيء في وقت من الأوقات، أي أن الملكية تزول هنا بأثر رجعي وإذا تخالف الشرط الواقف وأعلن المشتري قبوله للشيء بعد تجربته أو سكت المشتري عن إبداء رغبته في القبول أو الرفض في أثناء المدة المتفق عليها لذلك أو في أثناء المدة المعقولة التي يقوم البائع بتحديدتها، فإن هذا السكوت يقوم مقام القبول ويتخلف الشرط الواقف حكما وترتبا علي ذلك يعتبر المشتري مالكا للشيء المبيع منذ البداية، وتصح وتنفذ كافة التصرفات التي يكون المشتري قد أبرمها بشأنه، بينما تزول الحقوق التي رتبها البائع (محمد علي عمران وأحمد عبد العال ص ٧٧) وإذا كان البيع بشرط التجربة معلقا علي شرط فاسخ وهلك المبيع بسبب أجنبي في أثناء فترة التجربة، فإن تبعة الهلاك تقع علي المشتري لا علي البائع، لأن المشتري هو المالك تحت شرط فاسخ، ومن ثم فهو الذي يتحمل بتبعية الهلاك.

من أحكام القضاء:

٢- نص الفصل ٥٨٦ من المجلة المدنية علي أن الأشياء المبيعة بالكيل أو بالوزن أو بالعدد أو بالوصف أو بشرط التجربة أو علي شرط ذوق الطعم، تبقي، في ضمان البائع وإن صارت بيد المشتري ما لم يقع كيلها أو

وزنها أو تجربتها أو ذوق طعمها أو اختبارها وقبولها من المشتري أو من نائبه، فإذا سرقت مثلاً ولو من المشتري فالضمان لا يكون علي هذا الأخير، والسفة تري أن الشئ يكون مبلغاً بالعد أو الوزن أو القيس إذا لزم عده أو وزنه أو قيسه لبيان الشئ الذي وقع تسليمه.

(محكمة التعقيب التونسية – جلسة ١٩٣٤/١/٢٤ – مجلة القضاء التشريع
التونسية- السنة ١٩٦٠- العدد ١٠٠٩- ص ٣٨)

* * *

البيع بشرط المذاق

النص التشريعي (مادة ٤٢٢) :

إذا بيع الشئ بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البيع إن شاء ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الإتفاق أو العرف ولا ينقصد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٤١١، ٣٩٠ سوري و ٥٢٥ عراقى و ٤/٣٧٤ و ٣٩٢ لبناني و ٣٦٠ سوداني و ٥٨٦ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

يختلف بيع المذاق عن البيع بشرط التجربة، لا في أن المشتري حر في القبول أو الرفض في مدة يحددها الإتفاق أو العرف، فالاثتان حكمهما واحد في ذلك، ولكن في أن البيع لا يعتبر معلقاً علي شرط واقف أو فاسخ، بل هو لا يتم إلا من وقت إعلان المشتري للقبول دون أثر رجعي. فبيع المذاق، قبل قبول المشتري، إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد. (أنظر في هذا المعني التقنين الفرنسي م ١٥٨٧ والتقنين الايطالي م ١٤٥٢ والمشروع الفرنسي الايطالي م ٣٢٦ والتقنين اللبناني م ٣٩٢). علي أن هناك من التقنيات الأجنبية ما يعتبر بيع المذاق بيعاً معلقاً علي شرط واقف.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ٤ ص ٢٨)

رأي الفقه :

تعليق البيع علي شرط المذاق يكون عادة بأن يشترط المشتري علي البائع ألا يتم البيع إلا إذا ذاق المبيع وقبله (خل، خمور).

وإذا تم بيع المذاق إذا تم بقبول المشتري المبيع، فإن ملكية المبيع لا تنتقل إليه إلا من وقت هذا القبول ويترتب علي ذلك.

أ- إذا كان دائن للبائع قد وقع حجزاً علي المبيع قبل قبول المشتري للمبيع، كان الحجز صحيحاً، إذ وقع شيء مملوك للبائع، وجاز الإحتجاج بالحجز علي المشتري لو قبل البيع، وهذا بخلاف بيع التجربة.

ب- إذا أفلس البائع قبل قبول المشتري للمبيع، ثم قبل المشتري البيع فإنه لا يستأثر بالمبيع دون سائر الدائنين، أما في بيع التجربة فيعتبر مالكا من وقت البيع أي قبل الإفلاس، فيستأثر بالمبيع إذا هلك الشيء قبل مذاقه، هلك علي البائع.

والفروق بين بيع المذاق وبيع التجربة، تخلص فيما يلي :

- ١- المذاق، بخلاف التجربة، يراد به محض التثبت من ملاءة الشيء لذوق المشتري، ولا يمكن أن يقصد به الاستيثاق من صلاحية الشيء في ذاته، فلا يجوز في المذاق أن يترك الأمر لتقدير الخبراء.
- ٢- المذاق يكون عادة قبل أن يتسلم المشتري المبيع، أما التجربة فتكون عادة بعد التسليم.
- ٣- لا يكفي سكوت المشتري في بيع المذاق بل لابد من إعلان قبوله للمبيع، ويكفي السكوت في بيع التجربة ويكون معناه قبول البيع.
- ٤- بيع المذاق مجرد وعد بالبيع، أما بيع التجربة فيبيع كامل معلق إما علي شرط واقف وإما علي شرط فاسخ.
- ٥- إذا وقع دائن البائع حجزاً علي المبيع قبل قبول المشتري، ففي بيع المذاق ينفذ الحجز في حق المشتري، وفي بيع التجربة لا ينفذ.
- ٦- إذا أفلس البائع قبل قبول المشتري، ففي بيع المذاق لا يستأثر المشتري بالمبيع، وفي بيع التجربة يستأثر.

٧- إذا هلك الشئ قبل قبول المشتري، ففي بيع المذاق يكون هلاكه دائماً علي البائع، وفي بيع التجربة يكون الهلاك علي البائع إذا كانت التجربة شرطاً واقفاً وعلي المشتري إذا كانت التجربة شرطاً فاسخاً.

(الوسيط- ٤- للدكتور السنهوري- ص ١٣٧ وما بعدها، والمراجع السابقة: والبيع - للدكتورين مرقس وأمام - ٥٤ وما بعدها، والبيع - للدكتور بن سلطان والعدوي - ص ١٥٣ وما بعدها، والوجيز في البيع- للدكتور غانم- ١٠٥ وما بعدها، والبيع - للدكتور البدرأوي- ط ١٩٥٨ - ص ١٧٠ وما بعدها، وط ١٩٥٧- س ١٦٨ وما بعدها، وكتابة: الوجيز في البيع - ص ٨٦ وما بعدها، وكتابة: البيع والإيجار- س ٨٦ وما بعدها، والبيع والمقايضة - للدكتور الشرقاوي - ص ٥٠ وما بعدها، والبيع - للدكتور شنت - ص ٨٧ وما بعدها، وكتابة مع الدكتور صبحي - ق ٩٦ وما بعدها والبيع - للدكتور تناغو - ص ٩١ وما بعدها، والبيع - الدكتور خميس - ص ٧١ وما بعدها)

• **البيع بشرط المذاق:** من المبيعات ما لا يمكن الحكم عليه إلا بعد تذوقه كالزيوت والأنبذة والخمور وغير ذلك. فلا يكون البيع فيها باتاً-في الغالب من الأحوال- إلا بعد أن يتذوقه المشتري ويوافق عليه ويعلن هذه الموافقة إلي البائع في المدة المتفق عليها. ولقد كان المشرع المصري حريصاً في التقنين المدني الجديد علي أن يبين حكم بيع المذاق فتنص المادة ٤٢٢ من التقنين المدني علي أنه "إذا بيع الشئ بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البيع إن شاء، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف ولا ينعقد البية إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان". وهذا الشرط قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمناً يستخلص من الظروف والملابسات ومن أهم الظروف التي يستخلص منها هذا الشرط طبيعة المبيع، فمن المبيعات ما لا يدرك كنهه إدراكاً تاماً إلا بمذاقه، وذلك كالزيت والزيتون والخل وبعض أنواع الفاكهة والنبيد ونحو ذلك من

المأكولات والمشروبات التي تختلف فيها أذواق الناس. فالمفروض أنه إذا بيع شيء من ذلك ولم تدل الظروف علي أن المتبايعين أرادا استبعاد شرط المذاق، فقد قصد المتبايعان أن يكون البيع بشرط المذاق، فلا يتم إلا بعد المذاق وقبول المشتري للمبيع. علي أنه قد يتفق المتبايعان علي استبعاد شرط المذاق حتى في المأكولات التي تقدمت الإشارة إليها، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمنا من الظروف والملابسات. فإذا كان المشتري تاجرا يتجر في مثل هذه الأشياء، واشترط علي البائع بالجملة أن يبيعه منها كميات معينة، علي أن تكون من صنف جيد أو من صنف متوسط أو من الصنف التجاري المألوف، وعلي أن ترسل إلي مكان المشتري وهو بعيد عن مكان البائع، فهذه الظروف كلها يمكن أن يستخلص منها أن البيع بات وقد نزل المشتري عن شرط المذاق، فهو تاجر يبيع لعملائه وليس لذوقه الشخصي دخل في الصفقة، وقد اشترط الصنف الذي يريد وهذا أمر يترك لتقدير الخبراء عند النزاع، وإرساله البضاعة إلي مكان بعيد يفهم منه أن الصفقة قد تمت وإلا لما خاطر البائع بإرسالها إلي هذا المكان البعيد قبل أن تتم، وكذلك إذا تم البيع علي موجب عينة، فالمفروض أن المشتري البعيد قبل أن تتم، وكذلك إذا تم البيع علي موجب عينة، فالمفروض أن المشتري قد ذاق العينة وأقرها، وأن المبيع الذي يجي وفق العينة يكون البيع باتا فيه وأن اختلافه عن العينة يكون محل تقدير الخبراء (أحمد نجيب الهالبي وحامد ذكي فقرة ٥٢٦-السنهوري ص ١١٥).

• التكييف القانوني للبيع بشرط المذاق: لا يعتبر البيع بشرط المذاق

عقدا معلقا علي شرط واقف أو فاسخ وهذا هو ما يذهب إليه الفقه في مصر وفي فرنسا، وإنما يعتبر البيع بشرط المذاق وعدا بالبيع ملزما لحاجات

واحد الوعد فيه هو البائع والموعود له هو المشتري. وهذا الحكم هو ما ذهبت إليه مذكرة المشروع التمهيدي بقولها "يختلف بيع المذاق عن البيع بشرط التجربة، لا في أن المشتري حر في القبول أو الرفض في مدة يحددها الاتفاق أو العرف، فالاثنتان حكمهما واحد في ذلك، ولكن في أن البيع لا يعتبر معلقا علي شرط واقف أو فاسخ، بل هو لا يتم إلا من وقت إعلان المشتري للقبول دون أثر رجعي، فيبيع المذاق قبل قبول المشتري إنما هو وعد بالبيع ملزم لجانب واحد"، فيبيع المذاق إذن ليس سوى وعد بالبيع ملزم لجانب واحد. وهذا الوعد بالبيع صحيح لتضمنه كل أركان البيع النهائي ومدة إظهار المشتري قبوله الشراء خلالها إذا استساغ الشيء المبيع، أو المدة التي يحددها العرف إذا لم يتم الاتفاق عليها. ويترتب علي ذلك "أن البائع يكون ملتزما بوضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري في الموعد المتفق عليه أو في الموعد المناسب، وذلك حتى يتمكن من ذوقه. وللمشتري في سبيل حمل البائع علي تنفيذ هذا الالتزام أن يحصل علي حكم ضده بغرامة تهديديه فإذا راجع البائع نفسه بعد هذا الحكم ونفذ التزامه رفع عنه القاضي الغرامة. أما إذا لم يتمثل البائع ولم يقدم المبيع للمشتري ليتذوقه، كان للمشتري مطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من أضرار طبقا للقواعد العامة (جلال العدوي ص ٧١ وما بعدها) وللمشتري في البيع بشرط المذاق حرية القبول أو الرفض، ولا تعقيب عليه في ذلك، فهو وحده الذي يقرر مناسبة للبيع أو عدم مناسبته له. وفي هذا يختلف أيضا البيع بشرط التجربة عن بيع المذاق. ففي البيع بشرط التجربة قد يكون الغرض من التجربة التأكد من صلاحية الشيء المبيع في ذاته، وهنا لا يكون للمشتري الحرية المطلقة في القبول أو الرفض (عبد الرزاق السنهوري ص ٩٥)

وإذا هلك الشيء المبيع قبل تذوقه، فإن تبعه هلاكه تقع علي مالكه وهو البائع، وتقع أيضا تبعه الهلاك علي البائع حتى إذا كان المشتري قد تذوقه طالما أنه لم يبلغ برغبته في القبول وينطبق هذا الحكم بطبيعته الحال إذا كان الهلاك بسبب أجنبي لا يد لأحد فيه".

• **مكان وزمان المذاق:** لا صعوبة في حالة الاتفاق بين الطرفين فإذا لم يكن هناك اتفاق اتبعت العادات المحلية وإذا لم توجد عادات محلية أو اتفاق، فالأصل أن يتم المذاق في الزمان والمكان اللذين يتم فيهما التسليم. والعادة أن يكون ذلك في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وإذا لم يتم المشتري بالمذاق في المواعيد السابقة، لا يجبر البائع علي الانتظار ويكون له أن يعذره مع منحه المهلة الكافية للقيام بذلك فإذا لم يتم المشتري بالمذاق رغم هذا اعتبر البائع متحلا من التزامه (توفيق حسن فرج ص ١٧٩).

• **الفروق بين بيع المذاق وبيع التجربة:** من خلال ما تقدم يتضح لنا أن هناك فروق بين كل من بيع التجربة وبيع المذاق ومن هذه الفروق:

(١) أن بيع المذاق بخلاف بيع التجربة يراد به التثبيت من ملائمة الشيء لذوق المشتري، فلا يمكن أن يكون المراد به الاستيثاق من صلاحية الشيء في ذاته فلا يجوز في بيع المذاق ترك الأمر لتقدير الخبراء.

(٢) المذاق يكون عادة قبل أن يتسلم المشتري المبيع، أما التجربة فتكون عادة بعد تسلم المبيع.

(٣) بيع المذاق مجرد وعد بالبيع، أما بيع التجربة فهو بيع كامل معلق إما علي شرط واقف وإما علي شرط فاسخ.

(٤) في بيع المذاق لا يكفي سكوت المشتري بل لابد من إعلان قبوله للبيع، أما في بيع التجربة فيكفي سكوت المشتري وللدلالة علي قبوله المبيع.

(٥) إذا وقع دائن البائع حجزا علي المبيع قبل قبول المشتري، ففي بيع المذاق ينفذ الحجز في حق المشتري، وفي بيع التجربة لا ينفذ.

(٦) إذا أفلس البائع قبل قبول المشتري، ففي بيع المذاق لا يستأثر المشتري بالمبيع، وفي بيع التجربة يستأثر.

(٧) إذا هلك الشئ قبل قبول المشتري، ففي بيع المذاق يكون هلاكه دائما علي البائع، وفي بيع التجربة يكون الهلاك علي البائع إذا كانت التجربة شرطا واقفا وعلي المشتري إذا كانت التجربة شرطا فاسخا (السنهوري ص ١١٨).

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أنه: "يختلف بيع المذاق

عن البيع بشرط التجربة، لا في أن المشتري حر في القبول أو في الرفض في مدة يحددها الاتفاق أو العرف فالاثان حكمهما واحد في ذلك، ولكن في أن البيع لا يعتبر معلقا علي شرط واقف أو فاسخ، بل هو لا يتم إلا من وقت إعلان المشتري للقبول دون أثر رجعي-فبيع المذاق، قبل قبول المشتري، إنما هو وعد بالبائع من جانب واحد: انظر في هذا المعني التقنين الفرنسي ١٥٨٧، والتقنين الإيطالي م ١٤٥٢، والمشروع الفرنسي الإيطالي م ٣٢٦، والتقنين اللبناني م ٣٩٢، علي أن هناك من التقنيات الأجنبية ما يعتبر بيع المذاق بيعا معلقا علي شرط واقف انظر التقنين الأسباني م ١٤٥٣، والتقنين البرتغالي م ١٥٥١، والتقنين الهولندي م ١٤٩٩، والتقنين الأرجنتيني م ١٣٧٠" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨).

ركن الثمن – أسس تقدير الثمن

النص التشريعي (مادة ٤٢٣) :

(١) يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد.
(٢) وإذا إتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب، عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره هي السارية.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٤١٢ لبيي و ٣٩١ سوري و ٥٢٦ عراقي و ٣٨٦ لبناني و ٣٦١

سوداني.

الأعمال التحضيرية:

وقد ورد هذا النص في المادة ٥٦٣ من المشروع التمهيدي، وكان المشروع يتضمن فقرة تجري على الوجه الآتي "يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد". فحذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من تعريف البيع الوارد في المادة ٤١٨ مدني، وأدخلت تعديلات لفظية طفيفة على ما بقي من النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمه ٤٣٦ في المشروع النهائي، وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠-٣١).

رأي الفقه:

الثمن أحد محلي البيع، ويجب في محل الإلتزام أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين باتفاق بين المتبايعين لا يستقل به أحدهما، فعدم تقدير الثمن يجعل

البيع باطلاً. وقد يكون إتفاق الطرفين علي أن يكون الأساس الذي يقوم عليه تقدير الثمن هو الثمن الذي أشتري به البائع، وفي هذه الحالة يكون الثمن الذي أشتري به البائع المبيع أمراً جوهرياً لا بد من التثبيت منه حتي يقدر علي أساسه الثمن الذي أشتري به المشتري المبيع من البائع، وعلي البائع أن يبين هذ الثمن، وللمشتري أن يثبت أن الثمن الذي بينه البائع يزيد علي الثمن الحقيقي وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية ومن بينها البيئة والقرائن، بإعتبارها بالنسبة للمشتري واقعة مادية لا تصرف قانوني كما أن البيان الصادر من البائع بثمن أعلي من الثمن الحقيقي ينطوي علي غش والغش يثبت بجميع الطرق.

وقد يتفق المتبايعان علي أن يكون الثمن هو سعر السوق، فهنا الثمن غير مقدر ولكنه قابل للتقدير، ويمكن تقديره بالرجوع إلي سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري إذا لم يحددا سوقاً معينة، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلي سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره هي السارية وهو نص متطور يتضمن حكماً عادلاً يتفق مع القواعد العامة.

(الوسيط-٤- للدكتور السنهاوري- ص ٣٦٧ وما بعدها، والمراجع السابقة)

• **تقدير الثمن:** يجب لانعقاد المبيع اتفاق طرفيه علي ثمن نقدي معين أو علي أسس تعيينه، إذ أن الثمن محل لالتزام المشتري، فيتعين وفقاً لنص المادة ١٣٣ أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين. فإذا لم يتفق طرفا العقد علي ثمن نقدي معين أو علي الأسس التي يعين علي أساسها هذا الثمن النقدي لم ينعقد البيع ووقع العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ولكن لا يلزم لانعقاد البيع أن يكون الثمن المتفق عليه عادلاً أو غير بخس إذ يكفي ألا يكون سورياً أو تافهاً (راجع التعليق علي المادة ٤١٨).

وقد قضت محكمة النقض بأن: "الثلث وإن كان يعتبر ركناً أساسياً في عقود البيع إلا أنه وعلي ما يستفاد من نص المادتين ٤٢٣، ٤٢٤ من القانون المدني- لا يشترط أن يكون الثلث معيناً بالفعل في عقد البيع بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمناً علي الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد" (الطعن رقم ١٠٥١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٨).

ولكن إذا خلا العقد المكتوب من تسمية الثلث مع تضمنه إقرار طرفيه بأن البيع قد تم نظير ثمن نقدي قبضه البائع، فلا يبطل البيع لأن إقرار طرفيه بأن البيع تم نظير ثمن نقدي قبضه البائع يعني إقرارهما باتفاقهما علي ثمن نقدي معين وهو ما يكفي لانعقاد البيع باعتباره عقداً رضائياً لا يلزم إفراغه في محرر مكتوب فإذا ثار نزاع حول صحة ما تضمنه العد من إقرار طرفيه بأن البيع قد تم لقاء ثمن نقدي قبضه البائع فإن كان م ينزع في ذلك أحد الطرفين امتنع عليه إثبات صورية ما ورد بالعقد في هذا الشأن إلا بالكتابة وأن كان من ينزع من الغير جاز له إثبات ذلك بمختلف طرق الإثبات. أما إذا كان النزاع حول قدر الثلث المتفق عليه كما لو ادعى المنازع أنه ثمن تافه أو ينطوي علي غبن- في الحالات التي يعتد فيها الغبن- جاز إثبات قدر الثلث المتفق عليه بمختلف طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن ولو كان الإثبات من قبل أحد المتعاقدين وذلك بتقدير أن ما تضمنه العقد من إقرار طرفيه بالاتفاق علي ثمن معين يصلح كمبدأ ثبوت بالكتابة (محمد كمال عبد العزيز ص ١٠٨).

• **حرية الطرفين في تحديد الثمن:** الأصل أن يتم تقدير الثمن مباشرة بواسطة الطرفين، باعتبار أنهما خير من يستطيع تحديد كل ما هو لازم

لانعقاد العقد، وفي هذه الحالة يتم الاتفاق علي المبلغ الذي يتعين علي المشتري الوفاء به، في مقابل البيع. وتختلف الطرق التي يتم بها تحديد الثمن مباشرة فقد يتم ذلك بصورة صريحة، وقد يتم بالاتفاق عليه بصورة ضمنية. "ومن القبول الضمني بالثمن المعروض ما لو استلم المشتري فاتورة البضاعة المباعة مقيدا عليها ثمنها، فسكت عنها ولم يعترض علي الثمن المعين فيها" في هذه الحالة يتحدد الثمن بواسطة أحد المتعاقدين، فيقبله الآخر بالسكوت وعدم الاعتراض. وفي بعض الأحيان يتم تعيين الثمن بطريقة أخرى، كما هو الشأن في حالة المزايدات حيث يتم تعيين الثمن بواسطة المشتري، مع مراعاة أن البائع يقبل سلفا هذا التحديد. وفي الحالات التي يخشي فيها الغبن، فإنه يضع حدا أدني للثمن تبدأ منه المزايد. وقد يقوم البائع وحده بتحديد الثمن. كما في المحلات التجارية ذات الأثمان المحدد وإذا كان للمشتري حرية القبول أو الرفض فإنه إذا أقدم علي الشراء، يقبل الثمن الذي يحدده البائع سلفا توفيق حسن فرج ص ١٣٣ وما بعدها) أما إذا ترك أمر تحديد الثمن لأحد المتعاقدين فلا ينعقد البيع إذا قبل الطرف الآخر بعض الذي يحدده المعهود إليه بذلك، إذ الواقع أنه ينبغي أن يتحدد الثمن بواسطة الطرفين وهذا يعني ضرورة تراضيهم علي الثمن، كما يتم التراضي علي المبيع تماما، ولهذا لا ينعقد البيع إذا عهد أحد الطرفين إلي الآخر أمر تحديد الثمن، كما إذا فوض البائع الأمر إلي المشتري، أو إذا قرر المشتري أنه يدفع ما يطلبه البائع، إذ في هذه الحالة يتحدد الثمن بإرادة أحد الطرفين، وبالتالي لا ينعقد التراضي علي الثمن. ويتبين لنا مما تقدم أنه يجب أن يقوم الطرفان بتعيين الثمن في العقد، وأن ينعقد التراضي عليه وقد يتم تعيين الثمن بالتراضي عليه صراحة، كما قد

يتم ذلك بصورة ضمنية، فإذا لم يتم التراضي علي الثمن ولم يعين في الاتفاق ثمن المبيع، كان البيع باطلا بطلانا مطلقا، هذا ما لم يتفق الطرفان علي الأسس أو العناصر التي يمكن أن يتحدد بمقتضاها وفي هذه الحالة يكون الثمن قابلا للتعيين، ولا ينعقد البيع بينهما إلا من الوقت الذي يتم فيه الاتفاق علي تلك العناصر أو الأسس التي يقدر بمقتضاها غير أن حري المتعاقدين في تقدير الثمن ليست مطلقة، بل ترد عليها بعض القيود ويمكن إجمال هذه القيد فيما يلي: السعر الإلزامي للنقود الورقية، والتسعيرة الجبرية (محمد علي عمران ص ١٣٢). ثم إن هناك صورة خاصة من صور الغبن في البيع اختصها المشرع بحكم خاص، وهي المتعلقة بالغبن في بيع العقار المملوك لناقص الأهلية، وسوف نتناولها فيما بعد.

أ- السعر الإلزامي للنقود الورقية: تدخل المشرع المصري بمقتضي الأمر العالي الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ مقرر السعر الإلزامي للأوراق النقدية التي يصدرها البنك الأهلي ونص صراحة في هذا الأمر العالي علي بطلان شرط الدفع بالذهب. وكذلك أيضا فإنه لا يجوز الاتفاق علي الوفاء نقدا بما يعادل قيمة الذهب وقت الوفاء فمثل هذه الاتفاقات تؤثر علي ما للعملة الورقية من قوة اقتصادية ثم صدر بعد ذلك تشريع تفسيري وهو المرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٣٥ ونص فيه علي بطلان شرط الوفاء بالذهب سواء في المعاملات الداخلية أو الخارجية علي حد سواء ومع ذلك فإنه يجوز للمشتري الوفاء بالثمن نقدا بما يعادل قيمة الذهب وقت إبرام العقد لا وقت الوفاء، ولا يبطل العقد كله إلا إذا كان هذا الشرط هو الدافع إلي التعاقد (إسماعيل غانم فقرة ٥٥).

ب- التسعيرة الجبرية: تضع التشريعات الخاصة بالتسعير الجبري قيوداً خطيراً على حرية المتعاقدين في تحديد مقدار الثمن، فلا يجوز البيع بسعر يزيد على السعر المحدد وكان القضاء الفرنسي يجري على بطلان البيع بسعر يزيد على السعر المحدد بحيث يجوز لكل من البائع والمشتري التمسك بالبطلان. ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت أخيراً بفرق الثمن دون بطلان البيع (نقض فرنسي ١٠ ديسمبر ١٩٥١) وهذا القضاء الأخير هو الذي يتفق مع القواعد العامة لذلك يذهب الفقه في عمومته إلى القول بأن البطلان يقتصر على ما يجاوز السعر الإلزامي للسلعة ويظل العقد صحيحاً، ويلتزم البائع بأن يرد للمشتري ما قبضه زائداً عن السعر الجبري ويحتفظ المشتري بالمبيع (الباب شنب ومجدي خليل فقرة ٢٩- إسماعيل غانم فقرة ٥٦).

• **قابلية الثمن للتقدير:** رأينا أن ليس من اللازم أن يقوم الطرفان بتحديد الثمن مباشرة في العقد وأنه يكفي لكي ينعقد البيع أن يتم الاتفاق بينهما على الأسس التي يتحدد الثمن بمقتضاها أو على الطريقة التي يتم بها والواقع أن العقد يعتبر منعقداً في هذه الحالة من الوقت الذي يتم فيه الاتفاق على هذه الطريقة أو على تلك الأسس التي يتم بها تعيين الثمن طالما أنه لن يرجع بعد ذلك إلى إرادة أي من الطرفين ويعتبر العقد قد انعقد في هذه الحالة رغم أن الثمن غير معين وإنما قابل للتعيين.

• **بيان أسس تحديد الثمن في العقد:** تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٢٣ على أنه يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد وعلى ذلك يكفي لتحقيق شرط تقدير الثمن أن يتفق على البيع بالثمن الذي اشترى به البائع، أو بهذا الثمن ومبلغ معين من النقود، أو

التمن الذي سبق أن باع به البائع لشخص معين وفي هذه الحالة يكون التمن الذي أشتري به البائع أو الذي باع به لشخص آخر أمراً جوهرياً لا بد من التثبيت منه حتى يقدر علي أساسه التمن الذي يلتزم به المشتري كما يجوز الاتفاق علي أن يكون البيع بتمن التكلفة أو بسعر السوق، أو بالتمن الذي يقدره شخص أو أشخاص معينين. غير أنه يشترط عند الاتفاق علي تحديد أسس تعيين التمن توافر ثلاثة شروط: أولها ألا يترك التحديد لمطلق إرادة أحد المتعاقدين السنهاوري بند ٢٠٧ وهامشه) ألا أن يقترن ذلك بما يجعل التحديد غير متوقف علي محض الإرادة كأن يتفق علي تخويل البائع تحديد تمن المبيع علي أساس ما أنفق في إنتاجه، أو علي تخويل المشتري تحديد التمن المبيع علي أساس ما يدفعه فعلاً في شراء شيء آخر مماثل (غانم ص ٧٨- منصور بند ٢٩- البدر اوي بند ١٣٥- مرسى بند ١٢٠- الهلالي وزكى بند ١٣٣- خميس بند ٥٥) وقارن مرقس بند ٩٧ حيث يرى جواز أن الاتفاق علي أن يتولي أحد العاقدين تحديد التمن دون إبطال وعلي نحو عادل فإن أبطاً أو خالف العدالة جاز للطرف الآخر الالتجاء للقضاء لتحديد التمن. وثانيهما: ألا يكون الأساس المتفق عليه لتقدير التمن منهما كالاكتفاء بالاتفاق علي أن يكون التمن عادلاً أو حسب قيمة المبيع (غانم ص ٧٨- السنهاوري ص ٣٧٠ مرقص ص ١٦٥- مرسى بند ١٠٢). وثالثها: ألا يتيح الأساس لأحد العاقدين التأثير في تقدير التمن فلا يجوز الاتفاق علي البيع بالتمن الذي يعرضه غير المشتري أو يقبل الشراء به لأن هذا الاتفاق يفتح باب الغش بتواطؤ أحد العاقدين مع الغير للتقدم بالشراء بالتمن الذي يتفق ومصلحته ويعتبر مثل هذا الاتفاق وعداً بالترفضيل يعد بمقتضاه البائع بأن يفضل المشتري علي الغير إذا قبل الشراء بالسعر الذي يعرضه الغير

(منصور بند ٢٩- غانم ص ٧٨- السنهاوري هامش ص ٣٧٠- مرسي بند ١٠٢- الهاللي وزكي بند ١١٤) ومن أهم صور تقدير بيان أسس تحديده، الاتفاق علي البيع بسعر السوق والبيع بالثمن الذي يحدده أجنبي وتعرض لهما بالتفصيل الآتي:

(أ) **البيع بسعر السوق:** قد يتفق المتعاقدان علي أن يكون الثمن هو سعر السوق، فالثمن هنا غير مقدر ولكنه قابل للتقدير ويعتبر هذا أساساً صالحاً للتحديد إذا يحدد الثمن بسعر السوق ولا يقتصر معني السوق علي الأسواق المنظمة كالبورصات وإنما يشمل كل مكان يجري فيه البيع علي نطاق واسع. والعبرة بالسوق الذي حدده المتعاقدان والزمان اللذان اتفقا عليه فإذا لم يحدد المتعاقدان مكان السوق أو زمانه أو قام شك لدى القاضي في ذلك وهل المكان هو مكان البيع أم مكان وجود البضاعة أم مكان تسليمها وهل الزمان الذي أراد المتعاقدان الرجوع إليه لتحديد السعر هو وقت البيع أو وقت التسليم وكثيراً ما يحدث شك في هاتين المسألتين فقد وضع النص قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين في هذا الخصوص. فقضي بالرجوع إلي سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب منهما تسليم المبيع للمشتري فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلي سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية. وقد يقضي العرف في هذه الحالة بأن تكون أسعار أقرب سوق هي الأسعار السارية (السنهاوري ص ٣٧٦).

وقد قضت محكمة النقض بأن: "يعتبر البيع علي الوجه أو بالكونترات صحيحاً لأنه لا يختلف عن البيع العادي إلا في ترك تحديد السعر (الثمن)

للسوق أو للبورصة علي الأسس التي توضح في تلك العقود والتي تؤدي إلي تعيينه بلا نزاع" (نقض ١٩٥٧/٦/٢٧ س ٨ ص ٦٤٣ وبنفس المعنى نقض ١٩٦١/١٢/٧ س ١٢ ص ٧٦٥).

(ب) تحديد الثمن بواسطة أجنبي: وقد يترك المتبايعان تحديد الثمن لأجنبي يتفقان عليه عند البيع، فيصح ذلك لأن الثمن هنا وإن لم يقدره المتبايعان إلا أنهما جعلاه قابلاً للتقدير، وما يقدره الأجنبي ثمناً للمبيع ملزم لكل من البائع والمشتري ويكون هو الثمن، لأن الأجنبي مفوض من المتبايعين في تحديد الثمن، فهو وكيل عنهما في ذلك ويسري تقديره في حقهما، والبيع يعتبر قد تم، لا من وقت تقدير المفوض للثمن فحسب، بل من وقت اتفاق المتبايعين علي المفوض ففي هذا الوقت كان البيع مستكملاً لجميع عناصره ومنها الثمن إذ كان قابلاً للتقدير كما سبق القول، ويعتبر تقدير المفوض للثمن بمثابة شرط واقف لانعقاد البيع، فإذا تحقق الشرط بأن قدر المفوض الثمن، اعتبر البيع قد تم من وقت العقد. ومن ثم تنتقل الملكية في المنقول المعين بالذات من وقت البيع، وفي العقار من وقت التسجيل ولو سجل العقد قبل تقدير المفوض للثمن، وإذا لم يقدّر المفوض بتقدير الثمن لأي سبب، كأن امتنع عن ذلك ولو بغير عذر أو مات قبل أن يقدر الثمن أو تعذر عليه تقديره لعدم خبرته أو لأي سبب آخر، فإن الشرط الواقف لا يتحقق، ويعتبر البيع كأن لم يكن، ولا يستطيع القاضي إجبار المفوض علي تقدير الثمن كما لا يستطيع أن يعين شخاً مكانه، أو أن يقدّر الثمن بنفسه، ولكن يستطيع المتبايعان الاتفاق علي شخص آخر يحل محل الأول، فإذا ما قدر المفوض الجديد الثمن اعتبر البيع قد تم من وقت تعيين هذا المفوض الجديد ولا يتأخر تمام البيع إلي وقت تقدير الثمن (السنهوري ص ١١٠ وما بعدها)

وقد لا يتفق المتعاقدان في عقد البيع علي تعيين الأجنبي أو المفوض الذي يتولي تحديد الثمن، بل يرجئان الاتفاق عليه إلي وقت لاحق ولا ينعقد البيع إلا إذا اتفق البائع والمشتري بعد ذلك علي شخص من سيتولى القيام بتحديد الثمن في المستقبل فإذا لم يتوصل المتعاقدان إلي اتفاق في هذا الشأن، اعتبر البيع كأن لم يكن لعدم تحديد الثمن، وقد يكون السبب المؤدي إلي عدم الاتفاق علي شخص المفوض هو رفض أحد المتعاقدين الاشتراك في الاختيار أو تعنته في ذلك، فيكون للمتعاقد الآخر - وهو المتعاقد المضروب - الحق في مطالبة المتعاقد المتعنت بالتعويض. وتكون المسؤولية في هذه الحالة وفقا للرأي الراجح مسؤولية عقدية ناتجة عن الإخلال بعقد غير مسمي بين الطرفين التزم كل منهما بمقتضاه أن يعمل كل ما هو لازم بقصد الوصول إلي تعيين المفوض (منصور مصطفى منصور فقرة ١١) وقد يترك المتعاقدان للقاضي الحق في تعيين المفوض، وينعقد أيضا البيع صحيحا في هذه الحالة، ويعتبر ذلك بيانا واضحا فيما يتعلق بمن سيتولى تحديد الثمن في المستقبل. وأما إذا أرجا المتعاقدان تعيين المفوض إلي وقت لاحق، ولم يتوصلا إلي تحديده بعد ذلك، فليس من حق القاضي أن يقوم في هذه الحالة بتعيين المفوض نيابة عنهما، ويعتبر البيع كأن لم يكن.

وقد قضت محكمة النقض بأن: "مفاد ما نصت عليه الفقرة الأولى من

المادة ٤٢٣ من القانون المدني أنه في عقد البيع قد يترك الطرفان تحديد الثمن الأجنبي يتفقان عليه وقت العقد فيكون الثمن في هذه الحالة قابلا للتقدير بتقويض الأجنبي في تقديره، وما يقدره هذا الأجنبي ثمننا للمبيع ملزم لكل من البائع والمشتري فهو وكيل عنهما ويتم هذا البيع من الوقت الذي يتفق فيه الطرفان علي المفوض ففي ذلك الوقت كان البيع مستكملا

لجميع عناصره وأركانه ومنها الثمن، لما كان ذلك وكان الثابت بعقد البيع المؤرخ ١٩٩٦/٣/٢٧ المودعة صورته أوراق الدعوى أنه في البند الثاني منه اتفق الطرفان علي تحديد الثمن بمعرفة لجنة تشكل بالطريقة المبينة بالعقد وأيا ما كان الأمر في وقت تقدير الثمن بمعرفة اللجنة فإن العقد ينعقد منذ وقت إبرامه وليس في الوقت الذي تصدر فيه اللجنة قرارها بتقدير الثمن علي ما سلف وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر يكون متفقاً وصحيح القانون والنعي عليه بغير ذلك لا يقوم علي أساس" (الطعن ٤٣٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٨).

• **عزل المفوض:** لما كان المفوض يعين باتفاق المتبايعين فإنه لا يجوز لأحدهما أن يستقل بعزله، بل لابد في ذلك من اتفاقهما معاً، فإذا اتفقا علي عزله قبل أن يقدر الثمن لم يعد يجوز له أن يقدره. ويجوز للمتبايعين أن يتفقا علي مفوض آخر لتقدير الثمن، كما يجوز لهما أن يتفقا مباشرة علي الثمن، ولكن البيع لا يعتبر تاماً إلا من وقت اتفاقهما علي الثمن أو علي تعيين المفوض الآخر. ويكون البيع في هذه الحالة موقوفاً علي تقدير المفوض الجديد للثمن (محمد شكري سرور ص ١٨٣).

• **الطعن في الثمن الذي حدده المفوض:** الأصل أن قرار المفوض بتحديد الثمن ملزم لكل من البائع والمشتري وليس لهما أن يتضررا من تحديده إذ أنهما قد ارتضيا مقدماً قيامه بتحديد الثمن ومع ذلك فإنه يجوز لمن يتضرر من الثمن الذي حدده المفوض أن يطعن فيه في الحالات الآتية: ١- إذا تواطأ المتعاقد الآخر مع المفوض في تحديد الثمن، فإذا تواطأ البائع مع المفوض في تحديد الثمن، فأتي الثمن مبالغاً فيه نتيجة لهذا التواطؤ، جاز للمشتري أن يطعن في صحة هذا التقدير وكذلك أيضاً إذا تواطأ المشتري

مع المفوض في تحديد الثمن، فأتى الثمن بخسا غير متناسب مع قيمة الشيء، جاز للبائع أيضا أن يطعن في هذا التقدير. فالقاعدة أن الغش مفسد لكل شيء، بل إن التواطؤ يعتبر في حد ذاته عمل غير مشروع يوجب إلزام فاعله بالتعويض. ٢- إذا ارتكب المفوض خطأ جسيما، كأن يكون الثمن الذي قرره المفوض لا يتناسب مطلقا وقيمة المبيع، وقد ينتج ذلك عن وقوع المفوض في غلط في صفة جوهرية من صفات المبيع. ٣- إذا تجاوز المفوض حدود مهمته، كان لكل من له مصلحة من المتعاقدين أن يطعن في تقديره، ومثال ذلك أن يضع المفوض في اعتباره ما قد يطرأ على قيمة الحاصلات الزراعية من ارتفاع إذا كان ما عهد به إليه هو تحديد قيمتها قبل جنيها (منصور مصطفى منصور فقرة ١١- محمد علي عمران ص ١٣٧).

من أحكام القضاء:

٢- إن عقود بيع القطن تحت القطع تعد من قبيل البيوع التي يكون تحديد الثمن فيها قاصرا على بيان الأسس التي تنظمه في وقت لاحق للتعاقد فتحدد الثمن في هذه العقود يتراخي ويبقى معلقا على ممارسة كل من الطرفين لحقوقه ووفائه بالتزاماته، وللبائع أن يحدد الثمن على أساس الأسعار التي يتم بها التعامل فعلا في بورصة العقود في أي يوم يختاره من أيام العمل بالبورصة أو بتلك الأسعار مضافاً إليها العلاوة أو مستنزلا منها الخصم حسب الاتفاق بشرط ألا يستنفد المهلة المقررة له في ممارسة حق القطع، وإن استنفدها كان معيار السعر هو سعر البورصة في اليوم الأخير من هذه المهلة وحق البائع في القطع يقابله حق المشتري في التغطية، ومن ثم فإن البائع ملزم بأن يوفر للمشتري الوقت الذي يتسع

للتغطية التي يكون إجراؤها بيع عكسية يجريها المشتري في بورصة العقود في وقت القطع وبسعره وعن مقدار معادل للقنطار الذي تم قطعه كي يأمن تقلبات الأسعار، ومتي تمت التغطية تحقق للمشتري مركز قائم بالبورصة قوامه العملية العكسية التي يكون قد أجراها ببورصة العقود.

(نقض-جلس ١٩٦١/١٢/٧-المرجع السابق السنة ١٢-مدني - ص ٧٦٥)

٣ - وان كان الثمن يعتبر ركنا أساسيا في عقود البيع الا انه على مايستفاد من نص المادتين ٤٢٣، ٤٢٤ من القانون المدني لايسشترط ان يكون الثمن معيبا بالفعل في عقد البيع فإذا ماخلا العقد المكتوب من قيمة الثمن مع تضمنيه إقرار طرفيه بان البيع قد تم نظير ثمن نقدي دفعه المشتري وقبضه البائع فلا يبطل بأن البيع في إقرار طرفيه بذلك يعنى إقرارهما باتفاقهما البائع ثمن نقدي معين وهو مايكفي لإنعقاد البيع بإعتباره عقدا رضائيا.

(الطعن رقم ٥٢٦ لسنة ٥٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٥/٩)

٤ - إذ كان الثمن يعتبر ركنا أساسيا في عقود البيع إلا أنه وعلى ما يستفاد من نص المادتين ٤٢٣، ٤٢٤ من القانون المدني لا يشترط أن يكون الثمن معينا بالفعل في عقد البيع بل يكفي أن يكون قابلا للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنا على الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد.

(الطعن رقم ٩٨٦٧ - لسنة ٦٥ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ١١ / ٢٠٠٢)

* * *

عدم تحديد ثمن للمبيع

النص التشريعي (مادة ٤٢٤) :

إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب علي ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويّا اعتماداً لسعر المتداول في التجارة والسعر الذي جري عليه التعامل بينهما.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٤١٣ - لبيي و ٣٩٢ سوري و ٥٢٨ عراقي و ٣٦٢ سوداني و ٣٨٦ لبناني.

الأعمال التحضيرية:

١- هذا نصان (٥٦٣ و ٥٦٤) لا نظير لهما في التقنين الحالي، وهما أن كان حكمهما تمكن استفادته من القواعد العامة، يعالجان مسائل عملية يجدر أن تكون لها حلول تشريعية (أنظر التقنين الألماني م ٤٥٣ وتقنين الإلتزامات السويسري م ٢١٢ فقرة أولى والتقنين البولوني م ٢٩٦ والتقنين البرازيلي م ١١٢٤ الخ).

وقد تقدم أن الثمن يجب أن يكون نقداً، وتقدم كيف يحدد محل الإلتزام (أي الثمن هنا)، وبخاصة إذا وكل تحديده إلي شخص ثالث فلم ير المشرع حاجة للعودة إلي ذلك، ولكن الذي عني به هو بيان الحكم فيما إذا لم يتفق المتعاقدان علي ثمن معين، بل أقتصرا علي بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها، فقرر أن بيان هذه الأسس كاف، وأورد تطبيقاً عملياً لذلك هو الإلتفاق علي أن يكون الثمن سعر السوق فأخذ عن التقنينين الألماني

والبولوني حلاً معقولاً هو أن الثمن، عند الشك، يكون هو سعر السوق في الزمان والمكان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره هي السارية.

٢- ثم عرض المشرع لحالة ما إذا لم يقر المتعاقدان بتحديد الثمن أو بتعيين أسس يحدد بمقتضاها، فقرر أنه إذا تبين من الظروف أن المتعاقدين تركا تحديد الثمن إلى السعر المتداول في التجارة، كما يحصل عادة بين التجار كان صحيحاً، والثمن هو هذا السعر المتداول، فإذا كان بين المتعاقدين سابقة تعامل، وتبين من الظروف أنهما تركا تحديد الثمن إلى السعر الذي جري عليه التعامل بينهما، صح ذلك أيضاً، وفي الحالتين يكون المتعاقدان قد إتفقا ضمناً على جعل الثمن قابلاً للتحديد. وهذا هو الحل الذي أورده التقنين البولوني (م ٢٩٨) وقد أخذ به المشروع.

أما إذا لم يتفق المتعاقدان لا صراحة ولا ضمناً على تحديد الثمن، أو على جعله قابلاً للتحديد ببيان الأسس التي يحدد بمقتضاها، فإن البيع يكون باطلاً لفقده ركناً من أركانه.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٤ - ص ٢٣ و ٢٤)

رأي الفقه :

يعتبر العقد متضمناً طريقة لتعيين إذا أمكن للقاضي أن يستخلص من ظروف التعاقد أو من سبق التعامل بين الطرفين أنهما قصدا إعتداد سعر السوق أو سعر التعامل السابق بينهما، فيحدث كثيراً بين التجار أن يرسل التاجر طالبا البضاعة من تاجر آخر دون ذكر الثمن، ففي هذه الحالة لا يبطل البيع لعدم ذكر الثمن وإنما يعتبر البيع أنه قد تم بسعر السوق أو بالسعر الذي

إعتادا التعامل به فتحديد الثمن قد تم علي أسس إتفق المتعاقدان عليهما ضمنا.

ولهذا نصت المادة ٤٢٤ مدني علي أنه : "....."

ويلاحظ أنه يجب أن تكون الأسس التي عينها الطرفان لتحديد الثمن أسساً مادية معينة تعيينا من شأنه منع أي خلاف بينهما، ولذلك لا يعد بيعا بثمان قابل للتقدير بيع شئ مقابل ثمنه العادل أو مقابل الثمن الذي يتناسب مع قيمته ففي هذه الحالة يمكن تقدير الثمن إذا لم يتفق عليه المتعاقدان، كما لا يمكن تقديره بواسطة الغير، لأن تقدير الثمن بواسطة الغير يجب أن يتفق عليه صراحة.

ويعتبر ثمناً قابلاً للتقدير تحديد الثمن بنقد أجنبي مع اشتراط دفعه بما يقابلة من النقد الوطني، وكل ما يثيره مثل هذا الإتفاق هو تحديد الوقت الذي يرجع فيه إلي سعر الصرف، هل هو تاريخ إستحقاق الثمن أو تاريخ الوفاء به فعلاً. ويعتبر سائغا أيضا الشرط الذي يتفق الطرفان بمقتضاه علي رفع السعر طبقاً لإحتمالات معينة، فالثمن هنا قابل للتقدير مادام أن الأمر غير متوقف علي إرادة أحد المتعاقدين.

ويعتبر بيعا بثمان قابل للتحديد أيضا البيع بثمان السوق، والبيع بالثمان الذي اشتري به عميل معين، أو بالثمان الجاري عند تصدير المبيع. ومن أهم صور تحديد الثمن الإتفاق علي البيع بسعر السوق، والإتفاق علي أن يتولي أجنبي عن العقد تحديد الثمن.

فمن الأشياء ما يكون لها سعر جاز في السوق، ومثل تلك الأشياء يجوز بيعها السوق، أي بالسعر الجاري في مكان معين يوم البيع أو في أي يوم آخر يتفق عليه المتعاقدان.

إلا أن مثل هذا الإتفاق قد يثير بعض صعوبات في العمل، فقد يثور الشك حول تحديد الوقت الذي أراد المتعاقدان الرجوع إليه لتحديد سعر السوق، هل هو وقت البيع أو وقت التسليم؟ أو وقت الوفاء بالثمن، وقد يثور الشك أيضاً في معرفة المكان الذي يرجع إليه لتحديد سعر السوق، هل هو مكان البيع أو مكان وجود البضاعة أو مكان تسلمها؟ وطبيعي أنه من الواجب في مثل هذه الحالات الرجوع إلي العقد لإعمال نصوصه.

(عقد البيع – الدكتور عبد المنعم البدر اوي - ط ١٩٥٨ - ص ١٩٨ وما بعدها والمراجع العديدة السابقة)

● **خلو العقد من تحديد الثمن:** لم يشترط المشرع أن يكون تحديد الثمن أو الأسس التي يقوم عليها صريحا بل أجاز أن يكون هذا التجديد ضمنيا إذا ما تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويّا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما فكثير ما يطلب أحد التجار من الآخر أن يرسل له كمية من سلعة معينة، فيرسلها الآخر دون ذكر الثمن، ويكون المفهوم ضمنا أن البيع بالسعر المتداول في التجارة بالنسبة لهذه السلعة. وقد تكون هناك معاملات سابقة بين البائع والمشتري، إذا اعتاد تاجر التجزئة أن يشتري بضائع من تاجر الجملة، ويكون المفهوم أن الثمن هو الثمن الذي اشترى به البائع، بعد إضافة نسبة مئوية معينة إليه. وعلي ذلك لا يلزم أن يتفق صراحة في كل مرة علي الثمن، لأن المتعاقدين قصدا أن يتحدد الثمن علي الأساس الذي يجري عليه التعامل بينهما (عبد الودود يحيي - دروس في العقود المسماة ص ٤٣) وبالترتيب علي ذلك فإن البيع يكون بالاتفاق الضمني علي الثمن، علي النحو السالف صحيحا بمنأى عن البطلان. أما إذا لم ينفق البائع والمشتري

صراحة، أو ضمنا علي تحديد الثمن أو علي جعله قابلا للتحديد ببيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فإن البيع يكون باطلا لفقده ركنا من أركانه.

وقد قضت محكمة النقض بأن "وإن كان الثمن يعتبر ركنا أساسيا في

عقود البيع إلا أنه علي ما يستفاد من نص المادتين ٤٢٣، ٤٢٤ من القانون المدني لا يشترط أن يكون الثمن معينا بالفعل في عقد البيع، فإذا ما خلا العقد المكتوب من قيمة الثمن مع تضمينه إقرار طرفيه بأن البيع قد تم نظير ثمن نقدي دفعه المشتري وقبضه البائع فلا يبطل البيع لأن إقرار طرفيه بذلك يعني إقرارهما باتفاقهما علي ثمن نقدي معين وهو ما يكفي لانعقاد البيع باعتبار عقدا رضائيا" (طعن ٥٢٦ س ٥٥٥ نقض ١٩٩١/٥/٩)، وبأنه "الثمن وإن كان يعتبر ركنا أساسيا في عقود البيع إلا أنه وعلي ما يستفاد من نص المادتين ٤٢٣، ٤٢٤ من القانون المدني -لا يشترط أن يكون الثمن معينا بالفعل في عقد البيع بل يكفي أن يكون قابلا للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنا علي الأسس التي حدد بمقتضاها فيما بعد" (طعن ١٠٥١ س ٤٥٥ نقض ١٩٨٠/١/٢٨).

من أحكام القضاء:

١- لا يشترط أن يكون المقابل في عقد البيع متكافئا مع قيمة المبيع، بل كل ما يشترط فيه ألا يكون تافها، فالثمن البخس يصلح مقابلا للالتزامات البائع، وإدعاء هذا الأخير بأنه باع بما دون القيمة علي علم منه تخلصا من تعرض الغير له في الأطنان المبيعة وعجزه عن تسليمها لا يكفي لإبطال البيع إلا أن يكون قد شاب رضاه إكراه معدله.

(جلسة ١٩٥١/١/٨ - مجموعة القواعد القانونية - ٢٥ عاماً - جزء ١ - مدني

ص ٣٤٦)

٢- إذا كان التصرف منجزاً فإنه لا يتعارض مع تنجيـزه - وعلى ماجري به قضاء النقض - عدم استطاعة المتصرف إليه رفع الثمن المبين بالعقد لأن التصرف الناجز يعتبر صحيحاً سواء أكان العقد في حقيقته بيعاً أو هبة مستترة في عقد بيع استوفي شكله القانون.

(جلسة ١٩٧٠/٣/٣١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢١ - مدني - ص ٥٧١)

٣- لا يمنع من تنجيز التصرف عدم استطاعة المتصرف إليهما رفع الثمن المبين بالعقد، ذلك أن التصرف الناجز يعتبر صحيحاً، سواء أكان العقد في الحقيقة بيعاً أو هبة مستترة في عقد بيع مستوفيا شكله القانوني.

(نقض - جلسة ١٩٦٨/٢/١٣ - المرجع السابق - ١٩ مدني - ص ٢٧١)

٤- إذ كان الثمن يعتبر ركناً أساسياً في عقود البيع إلا أنه وعلى ما يستفاد من نص المادتين ٤٢٣، ٤٢٤ من القانون المدني لا يشترط أن يكون الثمن معيناً بالفعل في عقد البيع بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمناً على الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد.

(الطعن رقم ٩٨٦٧ - لسنة ٦٥ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ١١ / ٢٠٠٢)

* * *

بيع عقار ناقص الأهلية بغبن وقت تقدير الغبن

النص التشريعي (مادة ٤٢٥) :

- (١) إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد علي الخمس، فالبايع أن يطلب تكملة الثمن إلي أربعة أخماس ثمن المثل.
- (٢) ويجب التقدير ما إذا كان الغبن يزيد علي الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٤١٤ لبيي و ٣٩٣ سوري و ١٢٤ عراقي و ٣٦٣ سوداني و ٢١٣ لبناني.

الأعمال التحضيرية:

وقد ورد هذا النص في المادة ٥٦٥ من المشروع التمهيدي علي وجه مقارب ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وفي لجنة المراجعة عدل تعديلا طفيفا فصار مطابقا، إلا في عبارة واحدة عدلتها لجنة الشئون التشريعية في مجلس النواب، إذ كان نص المشروع كما يأتي "فليس للبايع إلا أن يطلب تكملة الثمن" فاستبدلت بهذه العبارة عبارة "فللبايع أن يطلب تكملة الثمن"، لأن العبارة الأولى توهم أن البايع ناقض الأهلية لا يملك في حالة الغبن إلا دعوى تكملة الثمن، والواقع أنه يملك أيضا دعوى إبطال العقد لنقص أهليته، وقد يرى المصلحة في إحدى الدعويين دون الأخرى، وصار رقم النص ٤٣٨ في المشروع النهائي، ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥-٣٧).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "...فلا تكون هذه الدعوى إلا

في عقار مملوك لغير كامل الأهلية ولمصلحة البائع دون المشتري، بشرط أن يزيد الغبن علي الخمس، وليس للبائع إلا دعوى تكملة الثمن أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع، فإذا حكم بالتكملة ولم يدفعها البائع، جاز فسخ البيع (لا إبطاله) تطبيقاً للقواعد العامة، وتسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت الأهلية الكاملة، أو من وقت وفاة غير كامل الأهلية. وتنتقل الدعوى في هذه الحالة إلي الورثة، ولا يوقف التقادم حتى لو كان بين الورثة من هو غير كامل الأهلية ولم يدن له نائب شرعي، وإذا انتهى الأمر إلي فسخ البيع لعدم قيام المشتري بدفع تكملة الثمن، فإن هذا الفسخ لا يضر بمن كسب وهو حسن النية حقا عينيا علي العقار. هذا ويلاحظ أن نظام المجالس الحسبية يمنع في أحوال كثير من تطبيق هذه الأحكام.. علي أن الغبن يتصور وقوعه بالرغم من ذلك كما إذا باع القاصر عقاره بثمن بخس دون الرجوع إلي المجلس الحسبي فيكون قابلاً للبطلان من جهة، وقابلاً للطعن عليه بالغبن من جهة أخرى، وقد تجيز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد، ثم يطعن فيه بالغبن، إذا كانت له مصلحة في ذلك، وتتحقق المصلحة إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالغبن خيراً له من استرداد المبيع إذا هو طعن في البيع بالبطلان، وقد تنطبق أحكام الغبن في ظروف عادية كما إذا باع الولي مستور الحال، عقار القاصر بثمن فيه غبن، فإن بيعه يكون صحيحاً دون حاجة للرجوع إلي المجلس الحسبي، وتبقى للقاصر دعوى الغبن لتكملة الثمن، ويلاحظ أن معيار الغبن هنا معيار مادي، أما الغبن في العقود بصفة عامة، وهو الاستغلال المنصوص عليه في الالتزامات بوجه عام، فمعياره معيار نفسي ولا يشترط فيه

الوقوف عند رقم معلوم وقد سبق بيان ذلك، ويستخلص مما تقدم أن بيع عقار كامل الأهلية لا يطعن فيه بالغبن إلا إذا توافرت فيه شروط الاستغلال التي سبق بيانها".

رأي الفقه:

١- يتضمن نص المادة ١/٤٢٥ مدني حكماً خاصاً يتميز به البيع، فليس من مقتضي القواعد العامة أن يخول الطرف المغبون الطعن في العقد لمجرد عدم تعادل الإلتزامات فيه، بل إن القاعدة العامة أن يخول الطرف المغبون الطعن في العقد لمجرد عدم تعادل الإلتزامات فيه، بل إن القاعدة العامة أن العقد إنما يطعن فيه إذا ما استغل أحد الطرفين الآخر، فترتب علي هذا الإستغلال عدم التعادل بين إلتزامات الطرفين المستغل وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد (مادة ١٢٩ مدني) فالقواعد العامة تتطلب ركنين: الأول ركن مادي هو التعادل، والثاني - ركن نفسي هو إستغلال الطيش البين أو الهوي الجامح البين أو الهوي الذي تشير إليه المادة ١٢٩ من القانون المدني، فلا يكفي إذن للطعن في عقد من العقود طبقاً للقواعد العامة أن يتحقق الركن المادي وحده، أي لا يكفي مجرد عدم تعادل الإلتزامات إن لم يكن عدم التعادل هذا وقد نتج عن إستغلال أحد الطرفين للآخر. وقد خرج المشرع علي هذه القاعدة العامة في أحوال قليلة عن بالإشارة إليها في المادة ١٣٠ مدني، ومنها حالة بيع العقار المملوك لشخص غير كامل الأهلية وهي الحالة التي تعيننا هنا.

فالمادة ٤٢٥ مدني يتميز بأن المشرع قد جسم بصياغتها صياغة دقيقة ما أثارته الصياغة المعيبة للنص المقابل في القانون الملغي من خلافات في الفقه والقضاء.

ويتضح من نص المادة ١/٤٢٥ مدني ومن المادة ٤٢٧ الملاحقة

أن هناك شروطاً أربعة للطعن بالغبن في البيع - هي:

١- أن يكون لبيع عقاراً أو حقاً عينياً علي العقار. أما الحق الشخصي فلا يعتبر مالا عقارياً وإن تعلق بعقار كحق مستأجر العقار يعتبر مالا منقولاً ولذلك فإذا بيع حق مستأجر العقار للغير، بأن تنازل عنه المستأجر في مقابل ثمن نقدي، فلا يجوز الطعن في هذا البيع بالغبن علي أساس المادة ٤٢٥ مدني ولو تحقق عدم التعادل بين الثمن وبين قيمة حق المستأجر، ولو كان المستأجر وهو صاحب الحق المبيع غير كامل الأهلية. ويذهب رأي (الدكتور السنهاوري - الوسيط ٤- فقرة ٢٢٠- ص ٣٩٣) إلي أن حق مشتري العقار قبل تسجيل عقد البيع يعتبر عقاراً، فإذا حول المشتري حقه حازت حمايته بدعوي الغبن. ولكن هذا الرأي لا يستقيم مع تعريف المادة ٨٣ للعقار إزاء ما هو مسلم به من أن حق مشتري العقار قبل التسجيل هو حق شخصي لا عيني.

أما إذا كان الحق المبيع حقاً عينياً علي عقار فإن الشرط الأول من شروط المادة ٤٢٥ مدني يكون متحققاً، وذلك أياً كان ذلك الحق العيني، فيستوي أن يكون المبيع هو ملكية العقار أو حقاً عينياً آخر كحق إنتفاع علي العقار فيجب أن تفهم عبارة ببيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، وهي العبارة التي وردت في المادة ١/٤٢٥ مدني، علي أن المقصود بها: "بيع حق عيني عقاري يكون صاحبه شخصاً لا تتوافر فيه الأهلية".

والعلة في التفرقة بين العقارات والمنقولات ترجع إلي الفرق القديم في النظرة إلي قيمة كل منهما، وما زال المشرع المصري - في المادة ٤٢٥ مدني - متأثراً بهذه النظرة القديمة، فقصر الطعن بالغبن علي بيع العقارات

وحدها، وعلى ذلك فلا يجوز الطعن بالغبن على أساس المادة ٤٢٥ مدني في بيع المحل التجاري مثلاً مهما بلغت قيمته، ومهما بلغ عدم التعادل بين تلك القيمة والطن الذي إلترم به المشتري، وإنما يكون الطعن في هذه الحالة على أساس الإستغلال طبقاً للمادة ١٢٩ مني إذا توافرت شروطها.

ويترتب على أن المادة ٤٢٥ مدني قاصرة على بيع العقار، أن بيع البناء بقصد حصول المشتري على انقاضه بعد هدمه، وبيع الثمار المتصلة بالأرض والمزروعات القائمة فيها وقت البيع بقصد حصول المشتري عليها بعد فصلها عن الأرض، لا يجوز الطعن فيه بالغبن، إذ البيع في هذه الحالات قد ورد على منقول طبقاً لنظرية المنقولات بحسب المال.

٢- أن يكون صاحب العقار المبيع شخصاً غير كامل الأهلية فلا يشترط أن يكون صاحب العقار المبيع قاصراً، بل تطبق المادة ٤٢٥ مدني أيا كان سبب عدم إكتمال الأهلية، فيصح الطعن بالغبن في بيع العقار المملوك للمحجور عليه.

ويلاحظ أن العبرة بالأهلية بالنسبة لبيع العقار المبيع بالذات.

فالقاصر الذى بلغ السادسة عشرة يكون اهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله فإذا إشتري القاصر بالنقود التى كسبها من عمله عقاراً فإن هذا العقار يحل محل تلك النقود حلولاً عينياً فيأخذ حكمها فيها يتعلق بأهلية القاصر فيكون القاصر أهلاً لبيع هذا العقار فإذا باعه فلن يجوز الطعن فى البيع على أساس الغبن إذ أن العقار فى هذه الحالة مملوك لشخص كامل الأهلية بالنسبة للعقار المبيع بالذات.

والعبرة بشخص صاحب العقار المبيع بصرف النظر عن قام بإبرام العقد فقد يكون نائبة القانونى (الولى - الوصى - القيم) وقد يكون صاحب

العقار نفسه على انه فى هذه الحالة الأخيرة ان كان صاحب العقار الذى قام بإبرام البيع بنفسه عديم الأهلية فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا فلا يكون هناك محل للبحث فى الغبن فيه أما إن كان صاحب العقار ناقص الأهلية وباشر إبرام العقد بنفسه فان له بجانب دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن دعوى طلب الإبطال لنفس الأهلية ويكون للبائع ان يختار اى الدعويين يشاء وقد تكون له مصلحة فى اختبار دعوى تكملة الثمن ذلك ان دعوى الإبطال من شأنها أن تعيد إليه العقار المبيع فإذا كانت قيمة العقار المبيع فإذا كانت قيمة العقار قد إنخفضت بعد بيعه إلى أقل من أربعة أخماس قيمته وقت البيع فإن من مصلحة البائع إذا كان البيع مشتملا على غبن يزيد على خمس قيمة العقار وقت البيع ان يلجأ إلى الطعن فى البيع بالغبن فيكمل له الثمن إلى أربعة أخماس تلك القيمة.

أما فى الحالة التى يكون فيها النائب القانونى هو الذى قام بإبرام البيع عن صاحب العقار فلا يكون هناك محل لرفع دعوى الإبطال بسبب عدم اكتمال الأهلية فيتعين الإلتجاء إلى الطعن فى العقد بالغبن إن توافرت شروط المادة ٤٢٥ مدنى على أن الغبن فى هذه البيوع أمر نادر فقد قيد قانون الولاية على المال (رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ من سلطات الأولياء والأوصياء والقوام فإشترط لصحة البيوع التى يتولون إبرامها الحصول على اذن من المحكمة إلا أن يكون البيع صادرا من الأب فى عقار لا يزيد قيمته على ثلاثمائة جنيه ولن تأذن المحكمة بالبيع الا بعد التحقيق من أنه لا يتضمن غبنا لصاحب العقار الذى لم تكتمل اهليته.

٣- ان يكون فى البيع غبن للبائع يزيد على خمس قيمة العقار وقت انعقاد البيع فلا يكفى مجرد زيادة قيمة العقار على الثمن بقدر يسير للطعن

فيه بالغبن بل يجب ان يكون الغبن فاحشا والغبن الفاحش الذى يجوز معه طلب تكملة الثمن هو الغبن الذى يزيد على خمس قيمة العقار بمعنى انه يشترط ان يكون الثمن اقل من اربعة اخماس قيمة العقار وقد نصت المادة ٢/٤٢٥ مدنى على انه "يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس ان يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع.

(الوجيز في عقد البيع - للدكتور اسماعيل غانم - ص ٩١ وما بعدها، والمراجع السابقة)

• **الغبن الفاحش:** الأصل في التشريع المصري أن الغبن لا يؤثر في العقد إلا إذا كان نتيجة استغلال طبقا لما حدده المشرع في المادة ١٢٩ مدنى باعتبار أن هناك عيبا في الرضى، أما الغبن في ذاته فلا يعتد به إلا إذا وجد نص خاص يدخله في الاعتبار كالشأن في المادة ٦٣٢ الخاصة بإجارة الوقف أو المادة ٨٤٥ الخاص بالقسمة أو المادة ٤٢٥ الخاصة ببيع عقار غير كامل الأهلية (غانم ص ٨١) ومن هنا كان المستقر أن البيع ينعقد صحيحا بالثمن البخس.

وقد قضت محكمة النقض بأنه: "لا يشترط أن يكون المقابل في عقد البيع-الثمن- متكافئا مع قيمة المبيع بل كل ما يشترط فيه ألا يكون تافها. فالثمن البخس يصلح مقابلا للالتزامات البائع، وادعاء هذا الأخير بأنه باع بما دون القيمة علي علم منه بذلك تخلصا من تعرض الغير له في الأطنان المبيعة وعجزه عن تسلمها، لا يكفي لإبطال البيع إلا أن يكون قد شاب رضاه إكراه مفسد له" (مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عام بند ١٣ ص ٣٤٦ جلسة ١٩٥١/٢/٨).

• **شروط الطعن الغبن:** تنص المادة ٤٢٥ مدني علي أنه "إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد علي الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلي أربعة أخماس ثمن المثل ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد علي الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع" كما تنص المادة ٤٢٧ مدني كما سنرى علي أنه "لا يجوز الطعن بالغبن في بيع ثم كنص القانون بطريق المزداد". فتبين لنا من نص هاتين المادتين أنه لابد من توافر عدة شروط حتى يمكن الطعن بالغبن وهذه الشروط هي:

(١) **أن يكون المبيع عقارا:** يجب أن يكون المبيع عقارا وهذا هو ما نصت عليه صراحة المادة ٤٢٥ مدني بقولها "إذا بيع عقار.." ويكون المبيع عقارا إذا كان حقا عينيا واردا علي عقار سواء أكان هذا الحق حق ملكية أو حق انتفاع. وأما إذا كان المبيع منقولا، فلا يجوز الطعن في بيعه بالغبن الفاحش ولو توافرت باقي الشروط الأخرى المنصوص عليها في المادة ٤٢٥ مدني والتفرقة بين العقار المنقول في هذا الخصوص تقليدية، وترجع إلي التقاليد الموروثة عن القانون الروماني وقت أن كان العقار وملكيته معيار الثراء، وأما الآن وبعد أن فاقت قيمة بعض المنقولات كالأسهم مثلا قيمة الكثير من العقارات، فكان الأجدر بالمشرع أن يعدل عن هذه التفرقة البالية وأن يساوي في الحكم في هذا الشأن بين العقار والمنقول (محمد لبيب شنب ومجدي خليل فقرة ٣٢).

(٢) **أن يكون المبيع مملوكا لشخص لا تتوافر فيه الأهلية:** يجب أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية، سواء كان فاقد الأهلية أصلا أو ناقصها فيجوز أن يكون صبيا غير مميز أو مجنونا أو معنوها ويبيع نيابة عنهم الولي أو الوصي أو القيم. ويجوز أن يكون صبيا مميزا أو محجورا

عليه لغفلة أو سفه وهؤلاء ناقصو الأهلية ويبيع نيابة عنهم الولي أو الوصي أو القيم وقد يباشرون البيع بأنفسهم، أما الغائب والمحجور عليه لعقوبة جنائية ومن أقيم له مساعد قضائي فليسوا ناقصي أهلية وحكمهم حكم كامل الأهلية (أنور طلبه ص ٢٩٩) والعبرة في توافر أو عدم توافر الأهلية بشخص صاحب العقار المبيع بصرف النظر عن مباشر البيع، فقد يكون هو نائبه القانوني أي الولي، الوصي أو القيم، وقد يكون هو صاحب العقار نفسه. غير أنه إذا كان صاحب العقار الذي أبرم البيع بنفسه عديم الأهلية فالعقد باطل بطلانا مطلقا ولا مجال للبحث فيه عن الغبن أما إذا كان صاحب العقار الذي أبرم البيع بنفسه ناقص الأهلية، فله بجانب دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن، دعوى طلب الإبطال لنقص الأهلية. ويكون للبائع أن يختار أي الدعويين. علي أنه قد تكون لنقص الأهلية مصلحة في عدم الإبطال كما إذا انخفضت قيمة المبيع كثيرا بعد البيع، ففي هذه الحالة يكون من مصلحة البائع إذا كان البيع مشتملا علي غبن يزيد علي خمس قيمة العقار وقت البيع أن يطعن في البيع فيكمل له الثمن إلي أربعة أخماس تلك القيمة. وإذا أبرم البيع النائب القانوني عن صاحب العقار، فلا يكون هناك محل لرفع دعوى الإبطال بسبب عدم اكتمال الأهلية ويتعين الالتجاء إلي الطعن في البيع بالغبن إذا توافرت شروط المادة ٤٢٥ مدني. غير أن الغبن في مثل هذا البيع نادر، إذ أن قانون الولاية علي المال قد قيد من سلطة الأولياء والأوصياء والقوام فاشتترط لصحة البيوع الذين يتولون إبرامها الحصول علي إذن المحكمة، إلا أن يكون البيع صادرا من الأب في عقار لا تزيد قيمته علي ثلاثمائة جنيه، وأجاز قانون الولاية علي المال للمحكمة أن ترفض الإذن إذا كان البيع بغبن يزيد علي خمس القيمة (م ٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) (محمد شكري سلامة ص ١٥٤- سليمان مرقس ص ٢٣٢) وإذا كانت العبرة بأهلية صاحب

العقار المبيع علي ما أوردناه سلفاً، فالعبرة أيضاً هي بأهليته بالنسبة للعقار المبيع بالذات، ذلك أنه من المتصور أن يكون الشخص ناقص الأهلية للتصرف في العقارات عموماً، في الوقت الذي يتمتع فيه بالأهلية الكاملة للتصرف في عقار من كسب عمله. وكالزوجة القاصر التي تكون قد أعطيت عقاراً علي سبيل المهر، فإن كلاهما يكون أهلاً لبيع هذا العقار، وإذا باعه فلا يجوز الطعن في البيع علي أساس الغبن إذ أن العقار في هذه الحالة مملوك لشخص كامل الأهلية بالنسبة لبيع العقار المبيع بالذات (خميس خضر ص ١٠١ - إسماعيل غانم ص ٨٣).

(٣) أن يكون في البيع غبن يزيد علي خمس قيمة العقار وقت إبرام العقد:

يستلزم القانون أن يكون الغبن في هذه الحالة "يزيد علي الخمس"، أي يتجاوز خمس قيمة العقار المبيع، بحيث يكون الثمن المعين للمبيع أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية له. وقد تأثر المشرع المصري في تحديده لهذا القدر بالشرعية الإسلامية، فضلاً عن أنه عن طريق هذا التحديد، يهدف إلي استقرار المعاملات بوضع معيار محدد للغبن. والعبرة بقيمة المبيع (العقار) وقت البيع، بصرف النظر عما قد يحدث من تغير يطرأ بعد ذلك، كما أن العبرة بالقيمة الحقيقية للمبيع، بصرف النظر عن قيمة من وجهة نظر أحد المتعاقدين (توفيق حسن فرج ص ١٦٣ وما بعدها).

وقد قضت محكمة النقض بأن "يشترط لتحقيق الغبن الفاحش في بيع عقار

غير كامل الأهلية أن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس، وتقدير ما إذا كانت قيمة العقار تزيد علي الثمن بأكثر من خمس القيمة هو من سلطة محكمة الموضوع مادامت قد أقامت قضاها علي أسباب سائغة ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه لم يتقيد في تقدير

قيمة الأطنان المببعة بأحكام المادة التاسعة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ في شأن قيمة التعويض الذي كان يستحق عن هذه الأطنان في حالة استيلاء الحكومة عليها وإنما اتخذ من تحديد الثمن بالعقد بمبلغ يماثل قيمة التعويض المذكور قرينة علي أن الثمن المتفق عليه في العقد ليس فيه غبن فاحش وهو تدليل سائق يؤدي إلي النتيجة التي انتهى إليها الحكم وكان الطاعن لم ينازع أمام محكمة الموضوع في أن الثمن المحدد في العقد يماثل سبعين مثل الضريبة المربوطة علي الأطنان المببعة-وهو قيمة التعويض المنصوص عليه في المادة التاسعة مما يكون معه النعي في هذا الخصوص سببا جديدا لا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض. لما كان ذلك فإن النعي يكون علي غير أساس" (طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٢/٣).

(٤) أن يكون البيع قد تم بطريقة المزاد العلني: وقد كان المشروع

التمهيدي للمادة ٤٢٧ مدني تجرى علي الوجه الآتي "لا يجوز الطعن بالغبن في بيع ينص القانون علي أنه لا يتم إلا بطريق المزاد العلني"، فكان الطعن بالغبن ممتنعا، بموجب هذا النص في بيع يحتم القانون أن يكون بالمزاد العلني، وذلك كبيع عقار المدين للتنفيذ بالدين وبيع العقار لعدم إمكان قسمته عينا، أما إذا كان البيع لا يتحتم قانونا أن يكون بالمزاد العلني، كبيع عقار غير كامل الأهلية والغائب، فإنه يجوز الطعن فيه بالغبن ولو حصل بالمزاد العلني، ولكت نص المشروع التمهيدي حور في لجنة المراجعة، واستقر النص في المادة ٤٢٧ من التقنين المدني الجديد علي الوجه الآتي "لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلني" فأصبح بموجب هذا النص الطعن بالغبن ممتنعا في بيع عقار غير كامل الأهلية إذا اشترطت المحكمة بيعه بالمزاد العلني، وتم البيع فعلا

بالزاد كنص القانون أي وفقا للإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات في بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب (م ٤٥٩-٤٦٣ مرافعات) (السنهوري ص ٣٢٣).

وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن: "المادة ٦١٤ مرافعات (قديم) لا توجب بيع عقار القاصر بطريق المزايدة، ولا يترتب البطلان علي عدم إتباع هذا الطريق، كما أن قانون المجالس الحسبية الصادر في سنة ١٩٢٥ لم يشر بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة المشار إليها، ولازم ذلك أن بيع عقار القاصر بالممارسة مع تصديق المجلس الحسبي لا مخالفة فيه للقانون ولا للمادة المشار إليها، ويكون حكم النص المذكور غير واجب الإتباع إلا في حالة بيع عقار القاصر المأذون في بيعه من الجهة المختصة بالمزايدة" (مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤ نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠).

• **الفبن في التصرفات الخاضعة لإذن المحكمة:** بصدر القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية علي المال قد ضيق من ولاية الأوصياء من ولاية الأوصياء في التصرف في عقارات الأشخاص الذين لا تتوافر لهم الأهلية، فاشتراط في صحة هذه التصرفات إذن المحكمة بها في جميع الأحوال إلا أن يكون التصرف صادرا من الأب فيما لا تجاوز قيمته ثلاثمائة جنية، وأجاز للمحكمة أن ترفض الإذن إذا كان في البيع غبن يزيد علي خمس القيمة (م ٧)، فأصبح لا يتصور وقوع بيع ينطبق عليه حكم المادة ٤٢٥ مدني إلا أن يكون البيع صادرا من الأب فيما تجاوز قيمته ثلاثمائة جنية أو يكون البيع صادرا من ناقص الأهلية نفسه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "هذا ويلاحظ أن نظام المجالس الحسبية يمنع في أحوال كثيرة من تطبيق هذه الأحكام، فإن بيع عقار القاصر والمحجور عليه يكون عادة بقرار من المجلس الحسبي بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الغبن. علي أن الغبن يتصور وقوعه بالرغم من ذلك كما إذا باع القاصر عقاره بثمن بخس دون الرجوع إلي المجلس الحسبي. فيكون البيع قابلاً للإبطال من جهة، وقابلاً للطعن عليه بالغبن من جهة أخرى... الخ" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤؛ ص ٤٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن: "تنص المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في فقرتها الثانية علي أنه "لا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد علي خمس القيمة" ومفاد ذلك أن اشتراط خلو التصرف من الغبن الذي يزيد علي خمس القيمة قاصر علي التصرفات الخاضعة لاستئذان المحكمة، وإذ كان عقد البيع الصادر من الولي الشرعي ببيع أطيان النزاع-التي آلت للقاصر بطريق التبرع من أبيه-إلي المطعون ضدها الأولي غير مقيد بصدور إذن من المحكمة بإبرامه، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضي بصحته ونفاذه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه" (طعن رقم ٩٥٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١٩).

• **أثر توافر شروط الطعن بالغبن:** إذا ما توافرت شروط الغبن سألقة الذكر التزم المشتري بتكملة الثمن إلي الحد الذي يزول به هذا الغبن، فالغبن الفاحش هو ما يجاوز خمس الثمن، وبالتالي يجب علي المشتري تكملة الثمن إلي أربعة أخماس ثمن المثل، ولمحكمة الموضوع نذب خبير لتحديد ثمن المثل وقت إبرام البيع وليس بوقت الحكم، والدعوى التي ترفع

علي المشتري هي دعوى تكملة الثمن وليست دعوى ببطلان البيع. أما إذا توافرت الغبن الفاحش في بيع من تتوافر فيه الأهلية، فلا يجوز له رفع دعوى بتكملة الثمن لانحصار هذا الحق فيمن لم تتوافر فيه الأهلية، أما كامل الأهلية، فيجوز له إبطال البيع إذا استغل فيه المشتري طيشا بينا أو هوى جامحا وتمكن بذلك من الشراء بغبن فاحش حسبما نصت عليه المادة ١٢٩ من القانون المدني (أنور طلبه ص ٣٠١).

وقد قضت محكمة النقض بأن: "مفاد النص في الفقرة الأولى من المادة

٤٢٥ من القانون المدني أنه يشترط للتمسك بالغبن في البيع وفقا له أن يكون مالك العقار المبيع غير كامل الأهلية سواء أكان فاقدا الأهلية أو كان ناقصها وقت البيع، وأن هذا الدفع فيما لو ثبت صحته وتوافرت شروطه لا يؤدي إلي إبطال العقد وإنما هو سبب لتكملة الثمن، وينبغي علي ذلك ألا يكون مقبولا ممن هو كامل الأهلية التمسك بإبطال عقد البيع تطبيقا لهذا النص وإنما يجوز له طلب الإبطال إذا كان المتعاقد معه قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا دفعه إلي التعاقد وأوقع به الغبن إعمالا لنص المادة ١٢٩ من القانون المدني" (طعن ٣٤٥ س ٥٤٠ نقض المادة ١٩٨٨/١١/٢٤)، وبأنه "مفاد النص في الفقرة الأولى من المادة ٤٢٥ من القانون المدني أنه يشترط للتمسك بالغبن في البيع وفقا له أن يكون مالك العقار المبيع غير كامل الأهلية سواء أكان فاقدا الأهلية أم كان ناقصها وقت البيع، وهذا الدفع فيما لو ثبتت صحته وتوافرت شروطه لا يؤدي إلي إبطال العقد وإنما هو سبب لتكملة الثمن" (طعن رقم ١٦١٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/٢/١٩).

• **دعوى تكملة الثمن:** والذي يرفع الدعوى هو صاحب العقار المبيع، بنفسه أو بورثته من بعده أو بواسطة وليه. يرفعها بنفسه عند بلوغه سن الرشد وإجازته للبيع إذا كان هو الذي باشره، فإذا مات قبل بلوغ سن الرشد أو بعد بلوغه هذه السن وقبل تقادم دعوى الغبن، رفعها ورثته من بعده، ويرفعها وليه نيابة عنه إذا كان هو لا يزال قاصرا، سواء باشر القاصر البيع بنفسه أو باشره عنه الولي بعد إذن المحكمة، وترفع الدعوى علي المشتري أو ورثته، لأن تكملة الثمن التزام في ذمة المشتري، وترفع أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها موطن المشتري، لأنها دعوى بحق شخصي، وعلي المدعى أي صاحب العقار المبيع أن يثبت حقه في تكملة الثمن، فيثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد علي الثمن بأكثر من خمس القيمة، وله أن يطلب تعيين خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع، فإذا أثبت ذلك، حكم القاضي علي المشتري بتكملة الثمن إلي أن يبلغ أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع. ولصاحب العقار أن ينفذ بهذا الحكم علي جميع أموال المشتري، ويدخل في ذلك العقار المبيع ذاته، لأن الحق الشخصي في ذمة المشتري كما قدمنا فجميع أمواله ضامنة للوفاء به. بل إن تكملة الثمن -وهي جزء من الثمن- تكون مكفولة أيضا بحق امتياز البائع علي العقار المبيع، فإذا بقي العقار في ملك المشتري، فإن البائع بما له من حق امتياز يتقدم فيه علي سائر دائني المشتري ويستوفي حقه قبلهم من ثمن هذا العقار، أما إذا كان تصرف فيه المشتري، معاوضة أو تبرعا، فللبائع أن ينتبعه في يد الغير بحق امتياز إذا كان قد قيده قبل شهر التصرف الصادر من المشتري (السنهوري ص ٣٢٧).

• **دعوى الفسخ لعدم تكملة الثمن:** ولصاحب العقار المبيع إذا لم يدفع له المشتري تكملة الثمن بعد الحكم أن يطلب فسخ البيع والتعويض، فيسترد العقار إلا إذا كان المشتري تصرف فيه لغير حسن النية لا يعلم بدعوى تكملة الثمن وفي هذه الحالة لا يبقى إلا الرجوع بالتعويض على المشتري منه ولا يكتفي في التعويض باستكمال الثمن بل يطالب بقيمة المبيع كاملة إذ الفسخ يحيل الحق في استكمال الثمن إلى استرداد المبيع أو قيمته ولا تسقط دعوى الفسخ إلا بخمس عشرة سنة من وقت قيام سبب الفسخ وهو الامتناع عن تكملة الثمن (أنور طلبه ص ٣٠١).

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أنه "فإذا حكم بالتكملة ولم يدفعها البائع جاز فسخ البيع لإبطاله تطبيقاً للقواعد العامة" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٠).

من أحكام القضاء:

٢ - التمسك بالغبن في البيع. م ١/٤٢٥ مدني شرطه ثبوت صحة الدفع به اثره تكملة الثمن وعدم ترتب البطلان عليه.
(الطعن رقم ٦٤٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٢/٢٣)

* * *

تقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن

النص التشريعي (مادة ٤٢٦) :

(١) تسقط التقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات عن وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع.
(٢) ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينياً على العقار المبيع.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالاقطار العربية المواد التالية:
مادة ٤١٥ لیبی و ٢٩٤ سورى و ١٢٤ عراقى و ٢١٤ لبنانى و ٢٦٥ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية؛ المادة ٣٩٤ سورى؛ المادة ٤١٥ لیبی؛ المادة ١٢٤ عراقى؛ المادة ٢١٤ لبنانى. وقد ورد هذا النص في المادة ٥٦٦ من المشروع التمهيدي على وجه يقارب ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وفي لجنة المراجعة عدل تعديلاً طبقاً فصار مطابقاً، وأصبح رقمه ٤٣٥ في المشروع النهائي، ووافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧ - ص ٣٨).

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أنه: "فلا تكون هذه

الدعوى إلا في عقار مملوك لغير كامل الأهلية ولمصلحة البائع دون المشتري. بشرط أن يزيد الغبن على الخمس وليس للبائع إلا دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع فإذا حكم بالتكملة ولم يدفعها

البائع جاز فسخ البيع (لا إبطاله) تطبيقاً للقواعد العامة وتسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية الكاملة أو من وقت وفاة غير كامل الأهلية وتنتقل الدعوى في هذه الحالة إلى الورثة ولا يوقف التقادم حتى لو كان بين الورثة من هو غير كامل الأهلية ولم يكن له نائب شرعي وإذا انتهى الأمر إلى فسخ البيع لعدم قيام المشتري بدفع تكملة الثمن فإن هذا الفسخ لا يضر بمن كسب وهو حسن النية حقاً عينياً على العقار.

رأى الفقه:

ليس الغبن سبباً من أسباب إبطال البيع وإنما هو سبب لتكملة الثمن ذلك أن المشرع لا يسمح بأن يباع غير كامل الأهلية بأقل من أربعة أخماس قيمته فإذا بيع بأقل من ذلك لم يبطل البيع ولكن يستكمل الثمن إلى أن يصل إلى أربعة أخماس القيمة وبذلك يتحقق غرض المشرع من أن غير كامل الأهلية لا يغبن في أكثر من الخمس وهو المقدار الذي يتعابن فيه الناس عادة ولا يكون الغبن سبباً في إبطال البيع إلا إذا كان نتيجة غلط أو تدليس.

والذى يرفع الدعوى هو صاحب العقار المبيع بنفسه أو بورثته من بعده أو بواسطة وليه يرفعها بنفسه عند بلوغه سن الرشد واجازته للبيع إذا كان هو الذى باشره فإذا مات قبل بلوغ سن الرشد أو بعد بلوغه بهذه السن وقبل تقادم دعوى الغبن رفعها ورثته من بعده يجب أن يتفقوا جميعاً على رفعها عند تعدد الورثة لأن الدعوى لا تنجزاً ويرفعها وليه نيابة عنه إذا كان هو لا يزال قاصراً سواء باشر القاصر البيع بنفسه أو باشره عنه الوالى بعد إذن المحكمة وترفع الدعوى على المشتري أو ورثته لأن تكملة الثمن إلزام فى ذمة المشتري وترفع أمام المحكمة التى يوجد فى دائرتها

موطن المشتري لأنها دعوى بحق شخصى وعلى المدعى - أى صاحب العقار المبيع - أن يثبت حقه فى تكملة الثمن فيثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد على الثمن بأكثر من خمس القيمة وله أن يطلب تعيين خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع فإذا اثبت ذلك حكم القاضى على المشتري بتكملة الثمن إلى أن يبلغ أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع وبصاحب العقار أن ينفذ بهذا الحكم على جميع أموال المشتري ويدخل فى ذلك العقار المبيع ذاته لأن الحق شخصى فى ذمة المشتري فجميع أمواله ضامنه الوفاء به بل إن تكملة الثمن - وهى جزء من الثمن - تكون مكفولة أيضاً بحق إمتياز البائع على العقار المبيع ويجب شهر حق الإمتياز عن طريق قيد تكملى يأخذ مرتبته من وقت القيد فإذا بفى العقار فى ملك المشتري فإن البائع بما له من حق إمتياز يتقدم فيه على سائر دائئى المشتري ويستوفى حقه قبلهم من ثمن هذا العقار أما إذا تصرف فيه المشتري معاوضة أو تبرعا فللبائع أن يتبعه فى يد الغير بحق إمتيازه إذا كان قيده قبل شهر التصرف الصادر من المشتري.

وقد نصت المادة ٤٢٦/١ مدنى على أن "تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن.... الخ وقد جعل التقنين المدنى الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات حين كان التقنين السابق يجعلها سنتين حتى يتسق التشريع فى دعاوى الإبطال مع دعوى تكملة الثمن فإذا كان صاحب العقار المبيع صبيا فلو ليه أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال المدة التى يبقى فيها الصبى غير كامل الأهلية حتى إذا بلغ سن الرشد فله هو أن يرفع دعوى تكملة الثمن فى خلال الثلاث سنوات التى تلى بلوغه هذه السن فإن مات قبل انقضاء الثلاث سنوات كان لورثته رفع الدعوى فى المدة الباقية وإذا مات قبل

بلوغ سن الرشد فللورثة رفع الدعوى فى خلال ثلاث سنوات من وقت موته والمدة مدة تقادم المدة سقط فيرد عليها من أسباب مدة الإنقطاع ما يرد على سائر مدة التقادم ولكنها لا توقف لأن التقادم الذى لا تزيد مدته على خمس سنوات لا يزد عليه الوقف بسبب عدم توافر الأهلية ولو لم يكن للدائن نائب يمثله (م ٢/٣٨٢ مدنى) أما اذا كان صاحب العقار محجوراً عليه فإنه يكون للقيم أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال مدة الحجر فان مات صاحب العقار وهو لا يزال محجوراً عليه فلورثته رفع الدعوى فى خلال ثلاث سنوات من وقت موته وإذا رفع الحجر كان لصاحب العقار نفسه أو لورثته من بعده رفع الدعوى فى خلال الثلاث سنوات التى تلى رفع الحجر.

ولصاحب العقار المبيع إذا لم يدفع له المشتري تكملة الثمن بعد الحكم بها عليه ان يطلب أيضا فسخ البيع شأنه فى ذلك كل بائع لم يستوف الثمن باكملة فإذا فسخ البيع إسترد البائع العقار ورد ما قبضه من الثمن ولكن له ان يطلب الحكم على المشتري بتعويض فإذا نزلت قيمة العقار إلى أقل من أربعة أخماسها وإسترد البائع العقار كان له ان يطلب تعويضا هو الفرق بين أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع وقيمته بعد النزول.

ويسترد البائع العقار بعد الفسخ من تحت يد المشتري فإذا كان المشتري قد تصرف فى العقار معاوضة أو تبرعا فان المنصرف إليه إذا كان حسن النية وحسن النية مفروض - لا يصيبه ضرر من دعوى الفسخ ذلك ان دعوى تكملة الثمن وما ينتج عنها من دعوى الفسخ لا تلحق ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينياً على العقار (م ٤٢٦/٢ مدنى) ومن ثم لا يستطيع البائع ان يسترد العقار من تحت يد الغير حسن النية ولا يبقى له

الا الرجوع بالتعويض على المشتري فإذا استطاع البائع أن يثبت أن الغير كان يعلم وقت تعامله مع المشتري بقيام دعوى تكملة الثمن جاز له بعد فسخ البيع ان يسترد العقار من تحت يد الغير وسىء النية.

وغنى عن البيان ان دعوى الفسخ مستقلة عن دعوى تكملة الثمن وإن كانت تقوم نتيجة لها فلا تسقط دعوى الفسخ الا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت قيام سبب الفسخ اى من وقت إمتناع المشتري عن دفع تكملة الثمن وهذا بخلاف دعوى تكملة الثمن فإنها تسقط بثلاث سنوات.

(الوسيط- ٤ للدكتور عبد الرازق السنهوري - ص ٣٩٨ وما بعدها، والمراجع السابقة)

● **سقوط دعوى تكملة الثمن بالتقادم :** وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٦ مدني، كما رأينا، على أن "تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن سبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع". وقد جعل التقنين المدني الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات - وكان التقنين المدني السابق يجعلها سنتين حتى يتسق التشريع في دعاوي الإبطال مع دعوى تكملة الثمن؛ فإذا كان صاحب العقار المبيع صبياً، فلوليه أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال المدة التي يبقى فيها الصبي غير كامل الأهلية، حتى إذا بلغ سن الرشد فله هو أن يرفع دعوى تكملة الثمن في خلال الثلاث السنوات التي تلي بلوغه هذه السن؛ فإن مات قبل انقضاء الثلاث سنوات، كان لورثته رفع الدعوى في المدة الباقية، وإن مات قبل بلوغه سن الرشد، فللورثة رفع الدعوى في خلال ثلاث سنوات من وقت موته، والمدة مدة تقادم لا مدة سقوط، فيرد عليها من أسباب الانقطاع ما يرد على سائر مدة التقادم؛ ولكنها لا توقف لأن التقادم الذي لا تزيد مدته على خمس سنوات لا يرد عليه الوقف بسبب

عدم توافر الأهلية ولو لم يكن للدائن نائب يمثله (م ٣٨٢/٢ مدني)؛ أما إذا كان صاحب العقار محجوراً عليه، فإنه يكون للقيم أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال مدة الحجز؛ فإن مات صاحب العقار وهو لا يزال محجوراً عليه، فلورثته رفع الدعوى في خلال ثلاث سنوات من وقت موته، وإذا رفع الحجر كان لصاحب العقار نفسه أو لورثته من بعده رفع الدعوى في خلال الثلاث سنوات التي تلي رفع الحجر على النحو الذي تقدم في شأن القاصر (السنهوري ص ٣٢٥).

• دعوى تكملة الثمن لا تلحق ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عيناً

على العقار المبيع: تنص الفقرة الثانية من المادة (٤٢٦) على أنه: "ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع" والمقصود بالدعوى هي دعوى تكملة الثمن، وما قد يتبعها من دعوى فسخ البيع إذا لم ينفذ المشتري الحكم الصادر بتكملة الثمن. فإذا ما لجأ البائع إلى دعوى تكملة الثمن، وانتهى كسب حقاً عينياً على العقار المبيع (مادة ٤٢٦/٢). وفي هذا الصدد قد ينتهي الأمر إلى عدم تمكن البائع من استرداد المبيع، أو إلى عدم التمكن من استرداده خالياً مما تقرر من حق لهذا الغير حسن النية، ولهذا لا يكون للبائع إلا مطالبة المشتري بالتعويض، أما عن قيمة المبيع كاملة وأما عما لحقه من نقص بسبب تقرير حق عيني عليه للغير (توفيق حسن فرج ص ١٦٦).

من أحكام القضاء:

١ - الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ نطاق كل منهما وجوب توافر الارتباط بين دينين ولا يكفي في تقرير الحق في الحبس وجود دينين متقابلين المادتان ١٦١، ٤٢٦ من القانون المدني فسخ عقد البيع يترتب

عليه إلتزام المشتري برد المبيع إلى البائع ويقابله الأخير برد ما قبضه من الثمن إلى المشتري إلتزام المشتري برد ثمرات المبيع إلى البائع ويقابله، إلتزام الأخير برد فوائد الثمن إلى الأول اثره.

اذ كانت حقيقة ما يقصده الطاعن من الدفاع بعدم تنفيذ إلتزاماته المرتبة على فسخ البيع محل النزاع هو التمسك بحق الحبس المنصوص عليه في المادة ٤٢٦ من القانون المدني أن عبر عنه خطأ بالدفع بعدم التنفيذ إذا أن مجال اثره هذا الدفع الأخير طبقاً لنص المادة ١٦١ من القانون المدني مقصور على الإلتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين دون تلك الإلتزامات المترتبة على زوال العقود بخلاف الحق في الحبس الذي نصت عليه المادة ٤٢٦ من هذا القانون والتي وضعت قاعده عامة تطبيق في أحوال لا تنتهي تخول المدين ان يتمتع عن الوفاء بالإلتزامه إستناداً لحقه في الحبس بوصفه وسيلة من وسائل الضمان مادام الدائن مرتبطاً لم يعرض الوفاء بالإلتزام نشأ بسبب إلتزام هذا المدين وكان مرتبطاً به فيشترط في حق الحبس طبقاً لهذا النص توافر الإرتباط بين دينين ولا يكتفى في تقرير هذا الحق وجود دينين متقابلين إذ كان ذلك فسخ عقد البيع يترتب عليه إلتزام المشتري برد المبيع إلى البائع ويقابله إلتزام البائع برد ما قبضه من الثمن إلى المشتري وإلتزام المشتري برد ثمرات المبيع إلى البائع ويقابله إلتزام هذا الأخير برد فوائد الثمن إلى الأول فإن مؤدى ذلك أن حق الطاعن - البائع - في الحبس ضماناً لما يستحقه من ثمرات العقار المبيع نتيجة لفسخ عقد البيع ينحصر فيها يقابل هذه الثمرات ويرتبط بها من فوائد الثمن المستحقة للمطعون ضدهما - المشتري في ذمته.

(الظمن رقم ٥٧٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/٦/٢١ ص ٤١ ص ٣٢٧)

نطاق الطعن بالغبن في بيع عقار ناقص الأهلية

النص التشريعي (مادة ٤٢٧) :

لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلني.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالاقطار العربية المواد التالية:

مادة ٤١٦ لیبی و ٣٩٥ سورى و ٣/١٢٤ عراقى و ٣٦٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

١- المواد ٤٢٥ و ٤٢٦ و ٤٢٧ مدنى تعرض لمسألة الغبن فى البيع لها نظيرها فى التقنين الحالى (الملغى) وهى لم تزد على هذا التقنين الا بعض مسائل تفصيلية يمكن حصرها فيما يلى :

(أ) التقنين الحالى لم يذكر الا القاصر وجرى القضاء المصرى على ان ذلك يشمل غير القاصر أيضا من غير كاملى الأهلية كالمحجور عليه فسجل المشروع هذا القضاء بان نص على بيع العقار المملوك لشخص فاقد الأهلية (والادق ان يقال غير الأهلية)

(ب) نص المشرع على الطريقة التى تقدر بها الغبن فذكر انه يجب لتقدير ما إذا كان الغبن على الخمس ان يقوم العقار حسب قيمته وقت البيع وهذا ماجرى عليه القضاء المصرى ففنتة المشرع ناقلاً فى ذلك صيغة المشرع الفرنسى الايطالى (م ٣٩٥)

(ج) جعل المشرع مدة التقادم ثلاث سنوات يدلاً من سنتين حتى يتسق التشريع فى دعاوى عيوب الرضا من غلط وتدلّيس واكراه وإستغلال وغبن.

(د) نص المشروع على عدم جواز الطعن بالغبن فى بيع ينص القانون على انه لا يتم الا بطريق المزااد العلنى كالبيع جبرا للتنفيذ على مال المدين وكبيع عقار القاصر فى المزااد العلنى لان المفروض فى هذه البيوع ان كل الإجراءات اللازمة للحصول على اعلى ثمن ممكن وقت البيع إتخذت فإذا رسا المزااد رغم ذلك بثمن فيه غبن فليس فى الأمر حيلة وفى هذا ايضا تقنين لما جرى عليه القضاء فى مصر.

٢- اما فيما عدا ذلك فقد نقل المشروع دعوى الغبن فى التقنين الحالى كما هى: فلا تكون هذه الدعوى الا فى عقار مملوك لغير كامل الأهلية ولمصلحة البائع دون المشتري بشرط أن يزيد الغبن عن الخمس وليس للبائع إلا دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس قيمة للعقار وقت البيع فإذا حكم بالتكملة ولم يدفعها البائع جاز فسخ البيع (لا إبطاله) تطبيقاً للقواعد العامة وتسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت الأهلية الكاملة أو من وقت وفاء غير كامل الأهلية وتنتقل الدعوى فى هذه الحالة إلى الورثة ولا يوقف التقادم حتى لو كان بين الورثة من هو غير كامل الأهلية ولم يكن له نائب شرعى وإذا إنتهى الأمر إلى الفسخ البيع لعدم قيام المشتري بدفع تكملة الثمن فإن هذا فسخ لا يضر بمن كسب وهو حسن النية حقا عينيا على العقار.

هذا ويلاحظ ان نظام المجالس الحسبية يمنع فى أحوال كثيرة من تطبيق هذه الأحكام فان بيع عقار القاصر والمحجوز عليه يكون عادة بقرار من المجلس الحسبى بعد إتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الغبن على ان الغبن يتصور وقوعه بالرغم من ذلك كما إذا باع القاصر عقاره بثمن بخس دون الرجوع إلى المجلس الحسبى فيكون البيع قابلا للبطلان من جهة وقابلا للطعن عليه بالغبن من جهة أخرى.

وقد يجيز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد ثم يطعن فيه بالغبن إذا كانت له مصلحة في ذلك وتحقق المصلحة إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالغبن عما كانت وقت البيع بحيث تكون تكملة الثمن التي تحصل عليها من وراء الطعن بالغبن خيراً له من إسترداد المبيع إذا هو طعن في المبيع بالبطلان وقد تطبيق أحكام الغبن في ظروف عادية كما إذا باع الولي مستور الحال عقار القاصر بثمن فيه الغبن فان بيعه يكون صحيحاً دون حاجة للرجوع إلى المجلس الحسبي وتبقى للقاصر دعوى الغبن لتكملة الثمن.

٣- ويلاحظ ان معيار الغبن منها معيار مادي اما الغبن في العقود بصفة عامة وهو الإستغلال المنصوص عليه في الإلتزامات بوجه عام فمعياره معيار نفسى ولا يشترط فيه الوقوف عند رقم معلوم وقد سبق بيان ذلك ويستخلص مما تقدم ان بيع عقار كامل الأهلية لا يطعن فيه بالغبن إلا إذا توافرت فيه شروط الإستغلال التي سبق بيانها.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٤ ص ٣٩ و٤٠ و٤١)

رأى الفقه :

أصبح الطعن بالغبن - بموجب نص المادة ٤٢٧ من القانون المدني - ممتنعاً في بيع العقار غير كامل الأهلية إذا إشتطت المحكمة بيعه بالمزاد العلنى وتم البيع فعلاً بالمزاد كنص القانون أى وفقاً للإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات في بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب ويخلص مما قدمناه أنه لا يجوز الطعن بالغبن في الأحوال الآتية :

إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزاد العلنى تنفيذاً لدين.

(١) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية فى المزاد العلنى لعدم امكان قسمته عينا.

(٢) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية فى المزاد العلنى تنفيذاً لامر المحكمة التى أذنت فى البيع.

ويجوز الطعن بالغبن فى الأحوال الآتية :

١- إذا باع ناقص الأهلية العقار بنفسه دون إذن أو اجازة فيكون البيع قابلاً للطعن فيه بدعوى الغبن وبدعوى لإبطال معا.

٢- إذا باع الأب مال ولده فيما لا تزيد قيمته على ثلثمائة جنيه إذ لا يحتاج فى هذه الحالة إلى الحصول على إذن من المحكمة.

٣- إذا باع الولى أو الوصى أو القيم مال المحجور بعد الحصول على إذن من المحكمة وبعد أن أخذت المحكمة رأى الخبر ولكن دون أن يكون البيع حاصلًا بالمزاد لعدم اشتراط المحكمة ذلك فقد يقع فى هذه الحالة غبن يزيد على الخمس وذلك بالرغم من رأى الخبير الذى وافق على البيع وبالرغم من أن المحكمة كانت تملك رفض الإذن إذا كان الغبن على خمس القيمة.

ولا يمنع من الطعن فى البيع بالغبن أن يكون البيع إحتمالياً إذ يجوز أن يداخل الغبن الإحتمالى إذا بيع العقار محجور عليه بإيراد مرتب مدى حياته وكان هذا الإيراد لا يزيد على ريع العقار فالثمن منها جدى ولكنه ثمن بخس وقد لحق البائع منه غبن فاحش فيجوز الطعن فى البيع بالغبن.

(الوسيط ٤- للدكتور السنهوري- ص ٣٩٤ وما بعدها، والمراجع السابقة)

• عدم جواز الطعن بالغبن في البيع الذي يتم بطريق المزاد العلني :

لا يجوز الطعن في البيع الذي يتم بطريق المزاد العلني وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٢٧. من التقنين بقولها "لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المراء العلني"، فإذا تم البيع بطريق المزاد بناء على نص القانون، فإن ذلك يؤدي بالضرورة إلى إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات، ومن شأن ذلك حصول البائع على أعلى ثمن، فلا يوجد بعد ذلك ما يدعو إلى الطعن بالغبن في مثل هذه البيوع. وعلى سبيل المثال إذا بيع العقار بناء على طلب أحد الدائنين للحصول على حقه. فالقانون يوجب أن يتم البيع بطريق المزاد، ولا مجال بعد ذلك للطعن بالغبن في هذا البيع، ولو توافرت باقي الشروط المنصوص عليها في المادة ٤٢٥ مدني (منصور مصطفى منصور ص ٦٣ - محمد علي عمران وأحمد عبد العال ص ١٤٥). وينطبق نص المادة على البيوع القضائية والإدارية على حد سواء. ولكن يراعي أن النص لا يسري على نزع ملكية عقار مملوك لغير كامل الأهلية للمنفعة العامة، بحجة أن التعويض غير كاف وأنه ينطوي على غبن فاحش. فالمفروض أن صاحب العقار المنزوع ملكيته قد طرق السبل القانونية التي فتحها له القانون لجعل التعويض عادلا لا ينطوي على غبن (عزمي البكري ص ١٩١).

من أحكام القضاء:

١ - النص في المادة ٩٩ من التقنين المدني على أنه "لا يتم العقد في المزايدات الا برسو المزاد...." يدل على ان التقدم بالعطاء سواء المزايدات أو المناقصات ليس الا إيجابا من صاحب العطاء يلزم لإنعقاده العقد أن يصادفه قبول بارساء المزاد أو المناقصة عليه ممن يملكه وإستخلاص

تلاقى الإيجاب ولا قبول واقع تستقل بتقديره محكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة النقض متى كان إستخلاصها سائغاً وكما يجوز للمتعاقدين وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدني تعيل العقد باتفاقهما فإنه يجوز أيضاً لكل من صاحب الدعوة الى التعاقد بطريق المزااد بعد الإعلان عن شروطه والمتقدمين بالعطاءات لما كان ذلك ومان الثابت من الأوراق أن الطاعن اوفق بعطاءه الذى تقدم به فى المزااد محل التداعى مبلغ مائتى جنية كتأمين إبتدائى وهو يقل بسداد المحددة فى البند الثانى من شوط المزايدة وتعهد بسداد باقى التأمين عند رسوها عليه فقبلت منه المطعون ضدها هذا الإيجاب المتضمن تعديلاً لهذا الشرط واطارته برسو المزااد عليه مما مفادة إنعقاد العقد بينهما وفقاً لهذا التعديل ولا ينال من ذلك مطالبتها له بسداد باقى التأمين إذا ان هذه المطالبة تتصرف إلى استكمال التأمين الإبتدائى ليصل إلى قيمة التأمين النهائى إعمالاً للبند الثانى عشر من شروط المزااد ووفقاً لتعده انف الذكر واذ إلترزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وإنتهى فى حدود سلطته التقديرية وبأسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق ومن شأنها ان تؤدى إلى ما رتبه عليها - أن الطاعن أخل بالتزاماته الناشئة عن ذلك العقد بما يرتب مسؤوليته ويحول للمطعون ضدها مصادرة مبلغ التأمين المدفوع منه نفاذاً للبند الثالث عشر من شروطه فإنه يكون قد اعمل صحيح حكم القانون.

(الظمن ٢١٥٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٠/٦/١١)

* * *



فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
٥	مقدمة.....
٧	العلم بالبيع – مناط تحقيق العلم
٧	النص التشريعي مادة (٤١٩).....
٧	النصوص العربية المقابلة.....
٧	الأعمال التحضيرية.....
٨	رأي الفقه.....
٢١	وجوب علم المشتري بالمبيع.....
٢٩	أحكام القضاء.....
٣٠	البيع بالعينة – هلاك العينة
٣٠	النص التشريعي مادة (٤٢٠).....
٣٠	النصوص العربية المقابلة.....
٣٠	الأعمال التحضيرية.....
٣١	رأي الفقه.....
٣٤	البيع بالعينة.....
٣٦	جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة.....
٣٨	البیوع الموصوفة.....
٣٩	البيع بشرط التجربة – طبيعة البيع بشرط التجربة
٣٩	النص التشريعي مادة (٤٢١).....
٣٩	النصوص العربية المقابلة.....
٣٩	الأعمال التحضيرية.....

الصفحة	الموضوع
٤٠	رأي الفقه
٤٣	البيع بشرط التجربة
٤٤	مدة التجربة
٤٥	التزامات كل من البائع والمشتري أثناء فترة التجربة
٤٧	الأصل أن البيع بشرط التجربة معلق علي شرط واقف
	جواز الاتفاق علي أن يكون البيع بشرط التجربة معلقا علي
٤٨	شرط فاسخ
٤٩	أحكام القضاء
٥١	البيع بشرط المذاق
٥١	النص التشريعي مادة (٤٢٢)
٥١	النصوص العربية المقابلة
٥١	الأعمال التحضيرية
٥١	رأي الفقه
٥٣	البيع بشرط المذاق
٥٤	التكييف القانوني للبيع بشرط المذاق
٥٦	مكان وزمان المذاق
٥٦	الفروق بين بيع المذاق وبيع التجربة
٥٨	ركن الثمن – أسس تقدير الثمن
٥٨	النص التشريعي مادة (٤٢٣)
٥٨	النصوص العربية المقابلة

الصفحة	الموضوع
٥٨	الأعمال التحضيرية.....
٥٨	رأي الفقه.....
٥٩	تقدير الثمن.....
٦٠	حرية الطرفين في تحديد الثمن.....
٦٢	أ- السعر الإلزامي للنقود الورقية.....
٦٣	ب- التسعيرة الجبرية.....
٦٣	قابلية الثمن للتقدير.....
٦٣	بيان أسس تحديد الثمن في العقد.....
٦٥	(أ) البيع بسعر السوق.....
٦٦	(ب) تحديد الثمن بواسطة أجنبي.....
٦٨	عزل المفوض.....
٦٨	الطعن في الثمن الذي حدده المفوض.....
٦٩	أحكام القضاء.....
٧١	عدم تحديد ثمن للمبيع
٧١	النص التشريعي مادة (٤٢٤).....
٧١	النصوص العربية المقابلة.....
٧١	الأعمال التحضيرية.....
٧٢	رأي الفقه.....
٧٤	خلو العقد من تحديد الثمن.....
٧٥	أحكام القضاء.....

الصفحة	الموضوع
٧٧	بيع عقار ناقص الأهلية بغبن وقت تقدير الغبن
٧٧	النص التشريعي مادة (٤٢٥).....
٧٧	النصوص العربية المقابلة.....
٧٧	الأعمال التحضيرية.....
٧٩	رأي الفقه.....
٨٣	الغبن الفاحش.....
٨٤	شروط الطعن بالغبن.....
٨٤	(١) أن يكون المبيع عقارا.....
٨٤	(٢) أن يكون المبيع مملوكا لشخص لا تتوافر فيه الأهلية.....
	(٣) أن يكون في البيع غبن يزيد علي خمس قيمة العقار
٨٦	وقت إبرام العقد.....
٨٧	(٤) أن يكون البيع قد تم بطريقة المزاد العلني.....
٨٨	الغبن في التصرفات الخاضعة لإذن المحكمة.....
٨٩	أثر توافر شروط الطعن بالغبن.....
٩١	دعوى تكملة الثمن.....
٩٢	دعوى الفسخ لعدم تكملة الثمن.....
٩٢	أحكام القضاء.....
٩٣	تقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن
٩٣	النص التشريعي مادة (٤٢٦).....
٩٣	النصوص العربية المقابلة.....

الصفحة	الموضوع
٩٣	الأعمال التحضيرية.....
٩٤	رأي الفقه.....
٩٧	سقوط دعوى تكملة الثمن بالتقادم.....
	دعوى تكملة الثمن لا تلحق ضرر بالغير حسن النية إذا
٩٨	كسب حقاً عيناً على العقار المبيع.....
٩٨	أحكام القضاء.....
١٠٠	نطاق الطعن بالغبن في بيع عقار ناقص الأهلية
١٠٠	النص التشريعي مادة (٤٢٧).....
١٠٠	النصوص العربية المقابلة.....
١٠٠	الأعمال التحضيرية.....
١٠٢	رأي الفقه.....
١٠٣	أحوال الطعن بالغبن.....
	عدم جواز الطعن بالغبن في البيع الذي يتم بطريق المزاد
١٠٤	العلني.....
١٠٤	أحكام القضاء.....
١٠٧	فهرس الكتاب.....