

الوسيط في شرح القانون المدني

الجزء الرابع

العقود التي تقع على الملكية

البيع

والمقايضة

ولاد

إحياء التراث العربي

تجارت - لبنان

الْفَيْسِيَّةُ
فِي تَفْهِيمِ الْقَانُونِ الْمَلَكِيِّ
(٤١)

العقود التي تقع على الملكية
المجلد الأول

الْبَيْعُ
والمقايضة

تأليف

عبد الزاق محمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلومه من معهد انقاسون الدول بجامعة باريس

دار

الحياة الفكرية العربي

بيروت - لبنان

تمهيد

العقود المسماة

وتقسيماتها المختلفة

•••

(١)

المقود المسماة

١ - المقصود بالمقود المسماة : بعد أن فرغنا من عرض نظرية الالتزام بوجه عام في الأجزاء الثلاثة الأولى من الوسيط ، نتعرض في الأجزاء الثلاثة التالية إلى تطبيق أحكام هذه النظرية وقواعدها مجردة تطبيقاً مفصلاً على عقود معينة بالذات أطلقت عليها أسماء معروفة . وقد عنى المشرع بهذه العقود عناية كبيرة ، فخصص لها الكتاب الثامن من القسم الأول من التقنين المدني تحت عنوان « العقود المسماة » ، فأعقب هذا الكتاب الثاني الكتاب الأول الذي خصصه المشرع لنظرية الالتزام بوجه عام .

والمقصود بالعقود المسماة عقود كثيرة التداول في الحياة العملية ، حتى عرفت بأسمائها الخاصة ، وذلك نحو البيع والهبة والشركة والإيجار والمقاوله والوكالة ، وقد نظمها المشرع تنظيماً مفصلاً لما لها من أهمية بالغة في ميادين التعامل والنشاط الاقتصادي .

وقد كان التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الروماني يقوم على أساس آخر غير الأساس الذي يقوم عليه هذا التمييز في القانون الحديث .

٤ - التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الروماني

روماني : بدأت الرد في القانون الروماني تكون شكلية ، بموجبها أوضاع معينة . ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت ، إذ دعت الحاجة إلى كثرة التبادل ووجوب السرعة في المعاملات . واقترن ذلك بتقدم في التفكير القانوني ، فظهر إلى جانب العقود الشكلية (١) العقود العينية (القرض والعارية والوديعة والرهن) ، والعقود الرضائية (البيع والإيجار والشركة والوكالة) ، والعقود غير المسماة . والعقود غير المسماة عقود اعترف بها القانون الروماني تدرجاً وبعد تطور طويل ، وهي عقود لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر ، فإذا فعل تكون العقد ، ونشأ بموجبه التزام في جانب الطرف الآخر بأن يقوم هو أيضاً بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الأول (٢) .

وكان الرومان يقسمون هذه العقود أقساماً أربعة : (القسم الأول) عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عيني ، فيتوحد في جانب الطرف الآخر التزام بفعل حق عيني كذلك (do ut des) ، من ذلك عقد المقايضة (premutatio) .

(١) والعقود الشكلية في القانون الروماني هي عقد الاستانة (nexum) يتم بالسيكة و بيزان ، والعقد الكتابي (litteris) ، والعقد اللفظي (verbis, stipulatio) .
(٢) انظر في منشأ هذه العقود جيرار ص ٥٩٨ وما بعدها . ولم تكن هذه الاتفاقات في الأصل عقوداً ، فكان إذا قام أحد الطرفين بما اتفق عليه الآخر لم يجز له أن يطالبه بتنفيذ ما عليه ، إذ لم يوجد عقد ينشأ هذا الالتزام . ولم يكن أمام الطرف الأول إلا أن يلجأ إلى دعوى الإلزام بلا سبب إذا توافرت شروطها ، فيسترد بها ما يكون قد أداءه ولم يستوف مقابله . ثم إن لابيون (Labéon) - الفقيه الروماني المعروف أدخل في القانون دعوى (praescriptio verbis) أعطاهم للدائن إذا كان العقد يدور بين جملة من العقود المعترف بها . وانتقلت هذه الدعوى من منطقة العقود المعترف بها إلى منطقة الاتفاقات . فكانت تملأ في بعض اتفاقات يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الآخر ، فيستطيع بموجب هذه الدعوى أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ ما اتفق عليه معه . فيكون له بذلك أن يطلب تنفيذ العقد ، ولا يقتصر على استرداد ما رفاه بدعوى الإلزام بلا سبب . حل أن تسمى هذه الدعوى في جميع الاتفاقات التي يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما عليه لم يأت إلا متأخراً في عهد جستنيان ، كانت ذلك من الأبحاث الأخيرة في القانون الروماني (أنظر نظرية العقد لثولف ص ١٢٠ عامش رقم ٢) .

(والقسم الثاني) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عيني ، فيلتزم الطرف الآخر بالقيام بعمل (do ut facias) ، مثل ذلك الحية بعوض (sub modo) (والقسم الثالث) عقود يتزم فيها أحد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر أن يقوم بعمل كذلك (facio ut facias) . مثل ذلك أن يسلم شخص شيئاً لآخر فيلتزم الآخر برده عند أول طلب (convention de précaire) . (والقسم الرابع) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عيني (facio ut des) ، مثل ذلك عند الحسبة (aestimatum) يسلم فيه التاجر بضاعة لآخر فيلتزم الآخر إذا باعها أن يرد الثمن المتفق عليه وإلا رد البضاعة إلى صاحبها . ومن هذا نرى أن عند المحاسبة يكون تارة عملاً في مقابل نقل حق عيني (facio ut des) وطوراً عملاً في مقابل عمل (facio ut facias) ، وهو أول عقد طبق فيه الرومان دعوى العقود غير المسماة (præscriptio verbis) ، لما رأوه عقداً يدور بين البيع والعمل والوكالة (١) .

ونرى مما تقدم أن تسمية هذه العقود في القانون الروماني بالعقود غير المسماة تسمية غير دقيقة ، فإن أغلب هذه العقود كالمعروف بالإسم . ولكنها دبت كذلك لأنها لا تدخل في نوع من أنواع العقود المسماة التي اعترف بها القانون الروماني : العقود الشكلية والعقود العينية والعقود الرضائية والعقود الشرعية والعقود البريطانية . ونرى أيضاً أن التمييز بين العقد المسمى ، والعقد غير المسمى كان ذات أهمية كبيرة في القانون الروماني ، لأن العقد غير المسمى - خلافاً للعقد المسمى - كان لا يتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر ، ولا يوجد العقد قبل ذلك . فهي عقود قريبة من العقود العينية التي لا تتم إلا بالتسليم (٢) .

٣ - التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون

المحمية : أما في القانون الحديث فلم يعد هناك فرق بين العقد المسمى والعقد غير المسمى ، فسكلاهما يتم بمجرد تراضي المتعاقدين إلا في العقود الشكلية

(١) بيار من ١٠٦ .

(٢) أنظر في أصل ذلك نظرية للعقد لمؤلف نظرية ١٢٤١ .

وما بقي من العقود العينية . وإذا كان بهنس التردد يطلق عليه اسم العقود المسماة ، وليس ذلك كما قدمنا إلا لأنها عقود نظمها المشرع تنظيمًا خاصاً ، نظراً لكثرة تناولها في العمل إلى حد أن أصبحت قواعدهما راسية معتمدة .

وسرى ما هي العقود المسماة التي نظمها التقنين المدني الجديد . ونبادر هنا إلى القول بأن قائمة العقود المسماة تنطور من زمن إلى زمن بحسب ما يألوه الناس في التعامل . فالعقود المسماة في هذا العصر قد تزيد أو تنقص عن العقود المسماة في عصر سابق أو عصر لاحق ، إذ تظهر عقود جديدة وتختفي عقود قديمة . ونلمح التطور عندما نلاحظ أن هناك عقوداً أخذ شأنها يتعاظم في مجالات العمل ، ولكنها لم تصل بعد إلى المرتبة التي تكفل لها التنظيم المفصل ، وتتفاوت التقنيات المختلفة فيما تتناوله بالتنظيم من هذه العقود . فقد كان التقنين المدني السابق لا ينظم عقود المقامرة والرهان والإيراد المرتب والتأمين والتزام المرافق العامة ، وقا نظم هذا كله التقنين المدني الجديد (١) . ولم ينظم التقنين المدني الجديد عقود النشر (٢) والنزول في الفندق والنقل والأعمال العامة والتوريد ، مع أن هذه عقود تزايد شأنها كل يوم ، وقد نظمت التقنينات الأجنبية بعض هذه العقود (٣) .

أما العتد غير المسماة - وهي التي يتولى المشرع تنظيمها - فإنها تخضع لأحكامها للتواعد العامة في نظرية العقد ، شأنها في ذلك شأن العقود المسماة . وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد (م ١٢٧) يشتمل على نص هذا المعنى يجرى على الوجه الآتي : ١ - تسرى على العقود ، المسماة منها وغير المسماة ، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل . ٢ - أما القواعد التي يفرد بها بعض العقود المدنية فتقررهما الأحكام الواردة في الفصل المعقود هنا ، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه (٤) .

(١) وأغفل في الوقت ذاته تنظيم عقد الباروقة الذي كان التقنين المدني السابق ينظمه ، بمد أن أُلقي نظام الأراضي الخراب . النظام الذي كان عقد الباروقة يقوم عليه .

(٢) وإن كان المشرع المسمى قد تناول في القانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بجاية

المر بخص المسائل التي ينظمها عقد النشر .

(٣) مثل ذلك تقنين الالتزامات السويسري فقد نظم عقد النشر .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ .

، مثل العقود غير المسماة أو يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه ، وعلى أن يقوم بدفع المصروفات التي ينفقها هذا الميراث في نظير جزء من هذا الميراث يأخذه إذا وافق في عمره (١) . أو يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول لحساب الثاني شيئاً على أن يخطى الأول للثاني بعد البيع مبلغاً معيناً ، وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه (٢) . وعقد اعساسة الذي أشرنا إلى وجوده في القانون الروماني هو أيضاً عقد غير مسمى ، وكذلك العقد بين مدير المسرح والممثلين (٣) .

وتكليف العقد ، هل هو عقد من العقود المسماة أو هو عقد غير مسمى ، قد يكون في بعض الحالات مسألة دقيقة . ولا عبرة بالألفاظ التي يستعملها المتعاقدان إذا تبين أنهما اتفقا على عقد غير العقد الذي سماه ، فقد يكونان محظنين في التكليف ، وقد يتمعدان أن يخفيا العقد الحقيقي تحت اسم العقد الظاهر

(١) ويعرف هذا العقد في القانون الفرنسي بعقد الكشف عن الإرث (contrat de révélation de succession) : بودرى وبارد ١ فقرة ٢٠ ص ١٩ .

(٢) دوما في القوانين المدنية تقدم الأول الكتاب الأول الباب الأول الفصل الأول فقرة ٧٧ .

(٣) ديموج ٢ فقرة ٩١٧ - وقد قصت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد مشتملاً على الترانزات متبادلة بين طرفيه ، إذ التزم أحدهما أن يملك الآخر (عقل مديرة المتبا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع . كما أنه ليس ببيع ولا معاوضة . وإنما هو عقد غير مسمى ، ولا يجب له الرسمية . ولا يجوز الرجوع فيه . وذلك على الرغم مما هو وارد في الاتفاق من ألفاظ النزاع والهبة والتبرع ، فإن ذكر هذه الألفاظ إنما سبقت لبيان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض إلى تملك الخمس إياها ، فهى لا تؤثر فعال على كيان العقد وحقيقته (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ ص ١٥٣) .

وقد أورد الأستاذ والتون (جزء أول ص ٨٠ - ص ٨١) أمثلة على عقود غير مسماة منها:

(١) اتفقت إدارة مستشفى مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة عدداً من الأسرة تستخدم لأغراض التعليم الطبي ، ولا يحدد أصل لذلك . فنصت المحاكم الفرنسية بأن العقد ليس إيجاراً ولا بيعاً ولا عقداً مقررراً لحق ارتفاق ، وإنما هو عقد غير مسمى (دويه الاستثنائية ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ١٧٣) . (٢) اتفق تاجر مع مصرف على أن يقدم المصرف للتاجر معلومات عن الحالة المالية للتاجر آخر ، فهذا عقد ليس بوكالة ، ولا هو إيجار عمل لأنه لم يتفق فيه على أجر ، فهو عقد غير مسمى (نظرية العقد للمؤلف ص ١٢٣ هاشم رقم ٤)

كما في الوصية يخفيها الموصي تحت ستار البيع (١) .

(١) والتكليف بسبقة تفسير إرادة المتعاقدين ، والتفسير مسألة واقع . فإذا استخلص قاضي الموضوع إرادة المتعاقدين ، أزل عليها حكم القانون لتكليف العقد واكتشف عن ماهيته . والتكليف مسألة قانون لا مسألة واقع ، فهي تخضع لرقابة محكمة التفسير . ولا تنفيذ المحكمة بتكليف المتعاقدين للمقد ، بل تصحح هذا التكليف من تلقاء نفسها ، شأن قواعد التكليف في ذلك شأن سائر القواعد القانونية تطبقها المحكمة تلقائياً ولا تطلب عليها عزلاً . وإذا تعد المتعاقدان أن يكيفا العقد تكييفاً غير صحيح ، فإن التكليف غير الصحيح في ذاته الحالة يفتش بالصورية وينظر بينهما - كما ذكر الأستاذ اسماعيل بنان من مذكراته غير المطبوعة في البيع ص ٧ - أن الصورية نظري هل تصرف ظاهر يخفى وضماً حقيقياً ، والأصل الأخذ بالتصرف الظاهر إلا إذا أثبت صاحب المصلحة لزمع احتيئ ، فعل هذا إذن يقع عبء الإثبات . أما التكليف غير الصحيح فلا يتطوى إلا على تصرف واحد كونه المتعاقدان تكييفاً خاطئاً ، وعلى المحكمة تصحيح هذا التكليف من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن تلقى عبء الإثبات على أحد المتعاقدين ، بل دون حاجة إلى طلب الإثبات من أحد .

وقد يمتد المتعاقدان أن يكيفا التصرف تكييفاً غير صحيح بقصد التحايل على القانون ، الشيء يصحح هذا التكليف ويرد على المتعاقدين قصدهما . ويطلب الأستاذ اسماعيل بنان مذكراته غير المطبوعة في البيع ص ٧ - ص ١٠) إلى أن التحايل على القانون لا يقتضى حتماً يكون التكليف المقدر تكييفاً غير صحيح ، فقد يكيف المتعاقدان العقد تكييفاً صحيحاً وهما مع ذلك يريدان التحايل على القانون . فإذا أراد شخص أن يعطى آخر شيئاً من تلك تركته بعد وفاته مع وجود ورثته له ، فهو إذا عمد إلى الوصية لم يستطع بلوغ هذا الغرض إذا تجاوز الوصية لزم من ثلث التركة . فبعد إلى الهبة أو البيع ، ويتجرد عن الملك في الحال ، ولكنه يستبقى لنفسه فوائد هذا الملك عن طريق اشتراط حق المنفعة لنفسه طول حياته . ولا يقال إن التصرف أراد الوصية وكيفاً بأنها هبة ، بل هو أراد الهبة حقاً ويجرد عن ملك الوصية في الحال مستقبلياً لزمه حق الانتفاع . فالتكليف هنا تكييف صحيح ، ولكن التصرف بقصد التحايل على القانون . فيبطل التصرف على تكييفه الصحيح هبة لا وصية ، ولكن يرد على المتصرف فسخه فلا ينفذ التصرف إلا من ثلث التركة . ومن ثم يعمل للتصرف حكم الهبة من حيث عدم جواز الرجوع فيه دون قيد وذلك لإحمالاً للتكليف الحقيقي ، ويعمل له حكم الوصية من حيث عدم نفاذه إلا في ثلث التركة وذلك حتى يرد على المتصرف قصده المشوب بالتحايل على القانون .

ولا يبرى القضاء في مصر على هذا الرأي . فهو إذ ثبت من أن التصرف أراد التجرد عن ملك الترتبة في الحال واصفاً التصرف بأنه هبة أو بيع ، قضى بنفاذ التصرف ولو زاد على الثلث التركة . ولا ينقص التصرف إلى ثلث التركة إلا إذا كشف أن التكليف المتصرف لتصرفه غير صحيح ، وأنه أراد الوصية - أي عدم التجرد عن الملك إلا بعد الموت - وكيفها هبة أو بيع . هذا وانظر في أن التكليف يفترض العلم ابتداءً بماهية العقود المختلفة ، ثم تفسير إرادة المتعاقدين لمعرفة مضمونها وبالاقابلة بين ما توجهت إليه إرادة المتعاقدين والماهية القانونية لكل عقد من هذه

على أن العقد - سمي أو غير سمي - قد يكون بسيطاً ، إذا لم يكن مزيجاً من عقود متنوعة ، كالبيع والإيجار . فإذا اشتمل على أكثر من عقد امتزجت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً ، سمي عقداً مختلطاً (mixte, complexe) ، كما في العقد بين صاحب الفندق والسائل فيه (contrat d'hôtellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة ، ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة . وكذلك العقد بين صاحب المسرح وأفراد النظارة مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المقعد ، وعمل بالنسبة إلى وسائل التسلية التي تعرض على المسرح . ومن الأمثلة على العقود المختلطة : (١) عدة عقود تمزج في عقد واحد ، وذلك كمدبر شركة يتولى إدارتها ويكون وكيلها عنها ، فيتمزج عقد العمل بعقد الوكالة . وقد يتوالى العقدان الواحد بعد الآخر ، كعقد نقل بحري يعقبه عقد نقل بري أو إيجار بغترن بوعده بالبيع . (٢) إضافة شرط إلى العقد ليس من مقتضياته ، كما إذا التحق بعقد البيع شرط للتأجير أو الذبح بعقد النقل شرط للتخزين . (٣) الجمع بين عناصر متفوقة من عقود مختلفة ، كالعقد الذي يجمع بين الإيجار والبيع (location - vente) ، وكذلك وديعة في المصارف تدور بين الوديعة الناقصة والقرض (١) .

وليس هناك أهمية كبيرة لمزج عدد من العقود وتسميتها جميعاً بالعقد المختلط ، فإن هذا العقد إنما تطبق فيه أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها . على أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها ، وذلك إذا توافرت الأحكام التي تطبق في كل عقد من العقود التي يتكون منها ، ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي وتطبيق أحكام هذا العقد دون غيره . فعقد التليفون عقد يدور بين عقد العمل ، عقد الإيجار ، ولكن القضاء (١) غلب عنصر عقد العمل فرفض دعوى إعادة

=العقد يمكن وصف الرابطة التعاقدية أي تكييفها، إن الأستاذ منصور مصطلح مندور في البيع والمفاوضة والإيجار فقرة ٦ - وأنظر في مسألة تكييف العقود رسالة الدكتور أحمد زكي الشيبلي بالفرنسية سنة ١٩٤٤ .

(١) نظرية العقد للمزلف ص ١٢٤ هامش رقم ١ .

(٢) مصر الكلية ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ اجازة ٨ رقم ٢٦٠ ص ٣٦١ .

وضع البدل التي رعاها مشترك فانت عنه المواصلة (١).

٤ - الأغراض المختلفة التي بنوهاها المشرع في تنظيم العقود المسماة:

والعقود المسماة تخضع هي أيضاً للقواعد العامة في نظرية العقد كما تخضع العقود غير المسماة ، وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد كان يشتمل على نص في هذا المعنى (٢) . ولكن المشرع يعنى مع ذلك بتنظيمها وإيراد نصوص خاصة في شأنها ، توخياً لتحقيق أغراض مختلفة منها :

١ - لما كانت العقود المسماة هي من أكثر العقود شيوعاً في التعامل ، وقد اعان شيوعها على إرساء قواعدها واستقرار أحكامها ، فان المشرع أراد بتنظيم العقد الرسمي أن يعهد الطريق للمتعاملين ، فلا يجدون مشقة في تنظيم علاقاتهم التعاقدية ، إذ تنبه المشرع لأكثر ما يعرض لهذه العلاقات فتناولها بالتنظيم والتحديد ، ووضع أحكاماً نموذجية هي نتاج خبرة القرون الطويلة . ولم يكن المتعاقدان ليستطيعا التنبه لجميع هذه المسائل ، فتولاها المشرع عنهما . على أن سرع في تنظيمه للعقد المسمى لا يصادر مبدأ سلطان الإرادة ولا حرية المتعاقدين في تنظيم تعاملهما على الوجه الذي يؤثرانه . فلو أنهما في بعض المسائل التي نظمها المشرع يريدان حلاً لا أخرى غير تلك التي وضعت ، وكانت هذه المسائل ليست من النظام العام ، فانهما يستطيعان أن ينسخا الحلون التي وضعها المشرع ، وليس عليهما في ذلك إلا أن يضعوا الحلول التي اختارها فتكون هي المعمول بها دون الحلول التي وضعها المشرع .

٢ - والمشرع عندما يطبق القواعد العامة على عقد مسمى بالذات ، كثيراً ما يجلى تطبيقات خفية لهذه القواعد، تختلف فيها الأنظار . فيعرض لما فيه خفاء من هذه التطبيقات فيوضحه بنصوص حاسمة لا تدع مجالاً للاضطراب واللبلة . والأمثلة على ذلك كثيرة ، نذكر منها ضمان الاستحقاق وضمن العيوب الخفية وتحمل تبعه الهلاك .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٣٠ .

(٢) هو نص المادة ١٢٧ من هذا المشروع : أنظر آنفاً فقرة ٣ .

٤ - على أن المشرع لا يقتصر على مجرد تطبيق القواعد العامة في العتود المسماة ، فهو في بعض الحالات يخرج على هذه القواعد لمررات خاصة ترجع إلى العقد المسمى الذي يتولى تنظيمه ، وأكثر هذه المررات تنصل بالنظام العام . فايراد نصوص على هذا النحو يصح إذن أمراً ضرورياً ، إذ هو يجعل الأحكام الواجبة التطبيق تختلف اختلافاً بينا عن تلك التي تستنبط من القواعد العامة . نذكر للتشيل على ذلك ما حاد فيه المشرع عن تطبيق القواعد العامة في الفرق المتنازع فيها ، وفي بيع المريض مرض الموت ، وفي بيع ملك الغير ، وفي كثير من نصوص عقد العمل ، وفي الرجوع في الهبة ، وفي الغلط في الصلح ، وفي التزام المرافق العامة ، وفي تعديل الأجرة في عقد الوكالة ، وفي التأمين بما يشتمل عليه من قواعد خاصة ، وغير ذلك كثير زاه منتشر في نواح متفرقة من العتود المسماة .

٤ - وقد يعمد المشرع أخيراً ، في تنظيم العقد المسمى ، إلى تحقيق غرض هام ، هو توجه هذا العقد وتطوره بحيث يتمشى مع الاتجاهات المحددة . فعلت في تحريم الرهن الذي يستتر تحت اسم بيع الوفاء ، وفي تحريم بيع الوفاء ذاته ، وفي تنظيم أحكام الأجهزة الحديثة في العين المؤجرة ، وفي تنظيم ما ألفته الناس من خلط عقد الإيجار بعقد البيع .

ويخلص مما تقدم أن تنظيم المشرع للعقد المسمى ييسر معرفة الأحكام التي تصري على هذا العقد مرتبة بحسب الأولوية . ففي المرتبة الأولى يجب تطبيق النصوص الخاصة التي أوردتها المشرع في هذا العقد المسمى بالذات . فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه منها ، وجب تطبيق النصوص الواردة في النظرية العامة للعقد أي تطبيق القواعد العامة . وتطبق بعد ذلك المصادر غير التشريعية من عرف ونحوه . ويغلب أن تغطي النصوص الخاصة والقواعد العامة الجزء الأكبر من منطقة العقد الرسمي ، فلا يبقى بعد ذلك إلا حيز ضيق تطبق فيه المصادر غير التشريعية .

(٢)

التفسيرات المختلفة للعقود المسماة

٥ - محاولة تفسير حصر العقود المسماة وغير المسماة: ذهب بلايول (١)

إلى أن العقود جميعها - مسماة وغير مسماة - يمكن حصرها في طوائف محدودة . ذلك أن محل الالتزام إما أن يكون شيئاً أو عملاً أو حقاً ، والملتزم بموجب عقد إما أن يأخذ مقابلًا لما أعطى وإما ألا يأخذ . فإذا كان المحل ملكية شيء ولم يأخذ الملتزم مقابلًا فالعقد هبة ، أما إذا أخذ مقابلًا فالعقد بيع أو مقايضة ، ويكون وفاء بمقابل إذا كان المقابل ديناً ، ويكون عقد شركة إذا كان المقابل حصة في شركة . أما إذا كان المحل هو مجرد الانتفاع بشيء ، ولم يأخذ الملتزم مقابلًا فالعقد عارية ، وإذا أخذ مقابلًا فالعقد إيجار أو قرض بفائدة ، وقد يكون المقابل ذاته . إذا انتفاع فيكون العقد مقايضة انتفاع بانتفاع كما كان مقايضة ملك بملك . إذا كان المحل عملاً ، وكان بغير مقابل فقد يكون العقد وكالة غير مأجورة أو ، دية غير مأجورة أو خدمة ما غير مأجورة . أما إذا كان بمقابل وهو الغالب فقد يكون العقد إيجار عمل أو عقد استصناع أو عقد شركة (والعمل حصة فيها) أو وكالة مأجورة أو ودية مأجورة . وقد يكون المقابل شيئاً آخر غير العقود ، كعامل يأخذ أجره طعاماً ومسكناً . بل قد يكون المقابل نفسه عملاً فيقوم شخص بعمل لآخر ، مثال أن يقوم الآخر بعمل له ، وهذه مقايضة عمل بعمل كقايضة انتفاع بانتفاع وملك بملك . وإذا كان المحل حقاً - عينياً أو شخصياً - جار أن يكون بغير مقابل فيكون هبة ، كما جاز أن يكون بمقابل فيكون بيعاً أو مقايضة أو شركة أو وفاء بمقابل . هذا إذا كان محل العقد نقل الحق ، وقد يكون محله وعن الحق ضماناً لدين ، أو النزول عن الحق نزول كلياً أو جزئياً بمقابل أو بغير مقابل . ويرى بلايول إمكان حصر العقود على هذا النحو مادامت العناصر المكونة لها محصورة بطبيعتها .

(١) انظر مقاله المنشور في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٤ ص ١٧٠ وما بعدها .

وإذا كان بلايول بما نقلناه عنه قد استطاع أن يثبت أنه يمكن وضع أساس منطقي لتقسيم العقود ، فان ذلك لا يدل على أنه يمكن حصر كل عقد بالذات وما يدخل في ذلك من تلميق ومزج واختلاط مما تستحدثه ضروب النشاط في ميادين العمل (١) .

٦ - تقسيم العقود المسماة في التفتين المرئي السابق : وقد أورد التفتين المدنى السابق العقود المسماة دون ترتيب منطقي ودون تنسيق ، فجاءت على الوجه الآتى البيع - المقايضة (في التفتين الوطنى فقط) - الإيجار (لإجارة الأشياء . وعند المفاولة وعقد العمل) - الشركة - العارية نوعها (الاستهلاك والاستعمال) - الإيرادات المرتبة - الودیعة - الكفالة - الوكالة - الصلح - الرهن - الفاروقة - الرهن العقارى

فتوالت العقود تنساق بعضها وراء بعض متنافرة ، فى غير ترتيب ولا تنسيق ، حتى ليعجب الباحث كيف حشر هذا التفتين الكفالة بين الودیعة والوكالة ، وفصل بين رهن الحیارة والرهن الأخرى ، وأورد حواله الحق فى نصوص البيع ، وجمع ما بين عقود الإيجار والمفاولة والعمل فى عقد واحد (٢) .

٧ - تقسيم العقود المسماة فى التفتين المرئى الجبريد : أما السبى المدنى الجديد فقد رتب العقود المسماة ترتيباً منطقياً متسقاً راعى فيه المحل الذى يقع عليه العقد فهناك عقود تنصب على الملكية ، وعقود تقع على المنفعة ، وعقود ترد على العمل . ثم إن هناك عقوداً احتمالية ينضمها أنها تدور جميعاً على احتمال

(١) نظرية العقد للمؤلف لسنة ١٩٢٩

(٢) وقد تمت المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى للتفتين المدنى الجديد هذا الاضطراب فى البارات الآتية : إن التفتين المدنى الحال (السابق) وضع العقود المسماة بعضها إلى جانب بعض ، دون أن ينتظرها ترتيب يتشى فيه منطق سليم ، فشر الكفالة بين الودیعة والوكالة ، وجمع ما بين عقود الإيجار والاستصناع والعمل فى باب واحد مع ما يوجد بين هذه العقود من تباين . وفصل ما بين رهن الحیارة والرهن الأخرى فصلاً يتطوى على كثير من التحكم إذ وضع رهن الحیارة بين العقود المسماة ونقل سائر الرهن إلى الكتاب الذى خصصه لحقوق الدائنين . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥) .

قد يتحقق وقد لا يتحقق . ويتبين التفتين الجديد بعقد الكفالة إذ هو ضمان شخصي فلا يدخل في العقود المتقدمة ، ويجب في الوقت ذاته أن ينفصل عن عقدى الضمان العيني وهما عقد الرهن الرسمي وعقد رهن الحيازة .

وقد نوهت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بهذا الترتيب المنطقي في العبارات الآتية : « أما المشروع فقد راعى في تبويب العقود المسماة أن يقف عند الموضوع الذى يرد عليه العقد . فهناك عقود ترد على الملكية ، وهذه هي : البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح . وعقود ترد على المنفعة ، وهذه هي : الإيجار والعارية . وعقود ترد على عمل الإنسان ، وهذه هي : عقد المقاولة وعقد للعمل والوكالة والوديعة والحراسة . وعقود احتمالية ترد على مرضوع غير محقق ، وهذه هي : المقامرة والرهان وعقد الإيراد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين . وقد أفرد لعقد الكفالة الباب الأخير لأن موضوع الكفالة يتميز عن موضوعات سائر العقود المسماة بأنه عقد تأمين شخصي ، فوجب تمييز الكفالة عن غيرها من العقود من ناحية ، وفصلها عن التأمينات العينية من ناحية أخرى » (١) .

فنبحث العقود المسماة على هذا الترتيب في أجزاء ثلاثة من الوسيط .

العقود

التي ترد على الملكية

٨ - العقود التي ترد على الملكية هي موضوع هذا الجزء الرابع

من الوسيط : ونبدأ بالعقود المسماة التي ترد على الملكية - البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصنع - ونخصص لها هذا الجزء الرابع من الوسيط . ونبحث العقود المسماة الأخرى في الجزئين الخامس والسادس .

وننظم العقود الواردة على الملكية خصائص مشتركة ، ففيها جميعاً يلتزم أحد المتعاقدين بنقل ملكية شيء إلى المتعاقد الآخر ، ويلتزم في الوقت ذاته بتسليم هذا الشيء وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . أما المتعاقد الآخر فيلتزم من جهته بدفع المقابل الذي تعهد في نظير الشيء الذي انتقلت ملكيته إليه إذا كان هناك مقابل .

ثم ينفرد بعد ذلك كل عقد من هذه العقود بخصائصه الذاتية ، فلعقد الهبة خصائص يتميز بها عن عقدي البيع ، المقايضة ، ولكل من عقد الشركة وعقد القرض وعقد الصلح خصائص ذاتية يتميز بها عن العقود الأخرى . وسنرى ذلك تفصيلاً عند بحث كل عقد على حدة .

ولما كنا قد فصلنا القواعد العامة لنظرية الالتزام في الأجزاء الثلاثة الأولى من الوسيط ، فلا نطيل القول ، في صدد التردد المسماة ، فيما هو مجرد تطبيق لهذه القواعد ، بل نقتصر على الإشارة إليها . أما للذي سلف عنده في العقد المسمى ، فهو ما يتميز به هذا العقد بالذات من قواعد خاصة به تبرز ذاتيته وتبسط مقوماته وترسم سير تطوره ، ونستظهر ما في أحكامه من تطبيقات للقواعد العامة تنطوي على شيء من الخفاء ، وما في هذه الأحكام من خروج على القواعد العامة ذاتها . ونوجه عناية خاصة للنواحي العملية في العقد المسمى ، على النحو الذي أبرزته ضرورات التعامل وكشف عنه ، فيما عرض له من خصائص .

ونبحث العقود الواردة على الملكية في أبواب متعاقبة على الترتيب الآتي :

الباب الأول : عقد البيع .

الباب الثاني : عقد المقايضة .

الباب الثالث : عقد الهبة .

الباب الرابع : عقد الشركة .

الباب الخامس : عقد القرض وعقد الدخول الدائم .

الباب السادس : عقد الصلح .

البيع الأول

عقد البيع

مقدمة^(*)

...

٩ - التعريف بالبيع - نصوص قانونية : أوردت المادة ٤١٨ من التتئين المدني تعريفاً لعقد البيع على الوجه الآتي :

* مراجع في عقد البيع : لوران ٢٤ في البيع والمفايضة الطبعة الخامسة بروكسل سنة ١٨٩٣ - هيك ١٠ في البيع والإيجار باريس سنة ١٨٩٧ - جيوار في البيع والمفايضة الطبعة الثالثة - زمان باريس ١٩٠٢-١٩٠٤ - أوبري ورو وإسمان ٥ الطبعة السادسة باريس سنة ١٩٤٧ - بودري وسينا الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٠٨ - بيدان ولبريبر ويجونبير وريت دي لاجريسي ١١ باريس ١٩٣٨ - بلانيول وريبر وهامل ١٠ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٤٦ - بلانيول وريبر وبولانجي ٢ الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٤٩ - كولان وكابيتان ودي لامورانديبر ٢ الطبعة العاشرة باريس سنة ١٩٤٨ - جوران ٢ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٣٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ٥ باريس سنة ١٩٥٥ .

رسائل لرو (Eyraud) في البيع والإيجار باريس سنة ١٩٠٤ . ١ . ألبير (A. Albert) في التمييز بين بيع المنقول وإيجار العقار أو المنقول : واتيه . سنة ١٩٠٦ - ديز (Defaye) في الوعد بالبيع باريس سنة ١٩٠٧ - فراسان (Foissin) في الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩١٤ - ميريس (Muriisse) في الوعد بالبيع باريس سنة ١٩٢٥ - كورني (Cornille) في البيع والإيجار الأشياء ليل سنة ١٩٢٦ - بوالار (Boillard) في الوعد بالبيع كان سنة ١٩٢٩ - بريتيلاو (Brétilard) في الوعد بالفضليل باريس سنة ١٩٢٩ - دوتريش (Dautriche) باريس سنة ١٩٣٠ - تيريون (Thirion) الإيجار مع الوعد بالبيع تانسي سنة ١٩٣٠ - بوايه (Boyer) في الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩٣١ - ديلومز (Delommez) في الوعد بالبيع ليل سنة ١٩٤٧ . مؤلفات في القانون المصري والقوانين العربية : الأستاذ أنور سلطان سنة ١٩٥١ - الأستاذان سليمان مرقس ومحمد عزى إمام سنة ١٩٥٢ وسنة ١٩٥٤ - الأستاذ محمد كامل رسي سنة ١٩٤٣ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي سنة ١٩٤٦ - الأستاذ جميل الشرفاوي سنة ١٩٥٦ - الأستاذ عبد النعم الجبراوي ١٩٥٦ و ١٩٥٧ - الأستاذ منصور مسلمان - تصور ١٩٤٩ - ١٩٤٧ - الأستاذ إسماعيل غانم (مذكرات غير مطبوعة - ١٩٥٩) - الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني المصري سنة ١٩٤٣ - الأستاذ حسن علي الزنون في البيع في القانون المدني العراقي بغداد سنة ١٩٥٤ - الأستاذ عباس حسن الصراف في البيع والإيجار بغداد سنة ١٩٥٦ - في القانون المدني المصري السابق : الأستاذ محمد حسن عبيد في شرح البيع سنة ١٩١٦ - الأستاذ أحمد نجيب اللؤلؤ وحامد زكي سنة ١٩٤٠ (وأظن سنة ١٩٤١ في النسخة الثانية) . وفي إشارتنا إلى هذه المراجع المختلة نورد إلى الطبقات البيضة فيما تقدم .

« البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو > ، بالياً آخر في مقابل ثمن نقدي » (١).

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٠٠/٢٣٥ (٢).

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٠٦ - ٥٠٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٧٢ (٣).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٦ من المشروع التمهيلي على وجه مقارب لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية ، وأصبحت المادة رقمها ٤٣١ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب والشيخ أدخلت تعديلات لفظية طفيفة أخرى فأصبح الطابق تاماً تحت رقم المادة ٤١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ١٩٥٤ - ص ١٦) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٠٠/٢٣٥ : البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر في مقابل الثمن ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما .
(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٦ (مطابقة للمادة ١٨٨ من التقنين المدني المصري . وانظر وتعليق على التعريف من وجهة نظر الفقه الإسلامي والتمييز بين حكم البيع وحقوقه الأستاذ مصطفي الزرقا في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٢٤ - فقرة ٢٧) .
التقنين المدني الليبي م ٤٠٧ (مطابقة للمادة ١١٨ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٥٠٦ : البيع مبادلة مال بمال .

م ٥٠٧ : البيع باعتبار المبيع إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق ، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف ، أو بيع العين بالعين وهي المقايضة .
(ويلاحظ أن التقنين العراقي جرى في تعريف البيع على نهج الفقه الإسلامي ، فجعل البيع شاملاً للبيع المطلق والصرف والمقايضة . ولم ير حاجة للإشارة إلى السلم ، إذ لم يمد هناك مقتضى لإفراد السلم بالذكر بعد أن أصبح بيع الشيء المستقبلي جائزاً بوجه عام ، لا بيع السلم فحسب ، فتحلل التقنين العراقي بذلك من قيود السلم المعروفة في الفقه الإسلامي : أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدنون في البيع في القانون المدني العراقي فقرة ١٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٧٢ : البيع عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ من ملكية شيء ، ويلتزم فيه التاري أن يدفع ثمنه .

(وتعريف التقنين اللبناني يقارب تعريف التقنين المصري السابق ، فهو لم يذكر في خصوص البيع إلا ملكية الشيء ، ولم يبين وجوب أن يكون الثمن نقداً) .

ويستخلص من هذا التعريف أن البيع عقد ملزم للجانبين ، اذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر ويلزم المشتري أن يدفع للبائع مقابلاً لذلك ثمناً نقدياً (١). ويستخلص منه أيضاً أن البيع عقد معاوضة ، فالبايع يأخذ الثمن مقابلاً لمبيع والمشتري يأخذ المبيع مقابلاً للثمن . ويستخلص منه كذلك أن البيع عقد رضائي ، إذ لم يشترط القانون لانقاده شكلاً خاصاً فهو بنقده بمجرد تراضى المتبايعين . ويستخلص منه أخيراً أن البيع عقد ناقل للملكية ، فهو يرتب التزاماً في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري كما هو صريح النص .

وإذا قابلنا هذا التعريف الذي أورده التقنين المدني الجديد بالتعريف الذي كان يشتمل عليه التقنين المدني السابق (٢) ، رأينا أن تعريف التقنين الجديد يمتاز في أمرين : (أولهما) أنه لا يقصر المبيع على ملكية الشيء ، بل يجاوز الملكية إلى غيرها من الحقوق المالية الأخرى . فيجوز أن يكون محلاً لمبيع ، لاحق للملكية فحسب ، بل أيضاً حق الانتفاع وحقوق الارتفاق وحق الحكر ، كما يجوز أن يكون محلاً للمبيع الحقوق الشخصية في صورة حوالة الحق ، وحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية . (والأمر الثاني) أن التعريف يبين في وضوح أن الثمن لا بد أن يكون من النقود . وهذا ما يميز البيع عن المقايضة والصرف ،

(١) ومن ثم كان البيع يعبأ بالنسبة إلى البائع ، وشراء بالنسبة إلى المشتري . وكان الرومان يراعون هذا التركيب المزدوج ، فيسمون العقد والشراء والبيع (emptio-venditio) . فإذا اختصروها فن لفظ الشراء (emptio) لا في لفظ البيع (venditio) ، لأن الدور العال في الإجراءات الشكلية وفي الإسهاد في القانون الروماني كان للمشتري لا للبائع (ويوز في عند البيع في القانون الروماني : مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ١٩٢) . ولا يزال الضمنية المدف الألمان يطلق على البيع اسم الشراء (Kauf) ، لعلية الدور الذي يقوم به المشتري (الأستاذ جميل الشراوى فقرة ٢ ص ٥) . أما التسمية التالية في اللغتين اللاتينية وفي الفقه الإسلامي فهي البيع ، لأن أحد الطرفين وهو المبيع يكون عيناً معينة بالذات إما وقت العقد أو عند التسليم ، وتنتسب ذاتيتها على الثمن الذي هو دين في الذمة . كذلك يبرز في خصوص المبيع المدف من ملكية وهو البائع على الدائن بهذه الملكية وهو المشتري ، كما يبرز الالتزام على الحق الضمير ماقتصرنا على لفظ « الالتزام » .

(٢) أنظر نص المادة ٢٣٥/٣٠٠ من التقنين المدني السابق في احنية .

ومجيزه عن البيع في الفقه الإسلامي حتى غذا الفقه يضح أن يكون الثمن من غير النقود فيتسع البيع فيه ليشمل البيع المطلق والمقايضة والصرف والسلم (١).

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا السدد ما يأتي : و أخذ المشروع هذا التعريف عن التفتين المصرى الحال (السابق) وعن التفتين البولونى . ويمتاز عن تعريف التفتين المصرى بأمرين : (أولهما) أنه لا يقتصر البيع على نقل الملكية ، بل يجاوز ذلك إلى نقل أى حق مال آخر . فالبيع قد يقع على حقوق عينية غير الملكية كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، وقد يقع على حقوق شخصية كما في حوالة الحق إذا كانت في مقابل مبلغ من النقود . (الأمر الثانى) أنه يبين أن الثمن لا بد أن يكون من النقود . وهذا وصف جوهري في الثمن يبين أن يذكر في التعريف ، لأنه هو الذى يميز بين البيع والمقايضة . وهذا غير الشرية الزبانية ، ففيها أن البيع تبادل مال بمال ، فيشمل غير البيع المقايضة والصرف . ولا يوجد في النصوص المقابلة تعريف لتفتين أجنبى جمع بين هذين الأمرين . فن التفتينات ما يتفلهما جميعاً ، كما فعل التفتين المصرى السابق ، ومثله الفرنسى (م ١٥٨٢) ، والإيطالى (م ١٤٤٧) ، والهولندى (م ١٤٩٣) ، والبنانى (م ٣٧٢) ، والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣٢٢) والسويسرى (م ١٨١) ، والسوفييتى (م ١٨٠) ، واليابانى (م ٥٥٥) . ومنها ما يقتصر على ذكر أن المبيع قد يكون حقاً مالياً آخر غير الملكية وينقل أن الثمن يجب أن يكون نقداً ، كما فعل التفتين الفرنسى (م ٥٦٤) ، والتفتين المراكشى (م ٤٧٨) ، والتفتين الألمانى (م ٤٣٣) ، والتفتين البولونى (م ٢٩٤) ، والتفتين الصينى (م ٢٤٥) . ومنها ما يعكس الأمر ، فيقتصر على ذكر أن الثمن يجب أن يكون نقداً وينقل النص على جواز بيع الحقوق المالية الأخرى غير الملكية ، كما فعل التفتين الأسبانى (م ١٤٤٥) ، والتفتين البرتغالى (م ١٥٤٤) ، والتفتين الأرجنتينى (م ١٣٥٧) ، وتفتين كويك (م ١٤٧٢) ، والتفتين النمساوى (م ١٠٥٣) ، والتفتين البرازيل (م ١١٢٢) * (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٤ - ص ١٦) .

وبأخذ الأستاذ سليمان مرقس (عقد البيع فقرة ١٢ ص ٢٢) على تعريف التفتين الذى الجديد أنه لا يفسى . « عن أهم أثر يترتب على البيع في القانون احدث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد . ولكن يلاحظ أن انتقال الملكية ليس أثراً لعقد البيع ، بل هو أثر للالتزام بنقل الملكية الذى ينشئ البيع . وقد نصت المادة ٢٠٤ مدنى - كما لاحظ الأستاذ سليمان مرقس - على أن « الالتزام بنقل الملكية أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالتواعد المنطقية بالتسجيل » . ولا شك في أن جعل الالتزام بنقل الملكية هو الذى يتفلهما من تلقاء نفسه أدق من إسناد هذا الأثر إلى عقد البيع ، وبخاصة إذا أحيط هذا الأثر بتقوده فلا تنتقل الملكية إلا إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم دون إخلال بقواعد التسجيل . وهذه كلها قيود لا ترد على عقد البيع ذاته ، فلو لم يكن محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم فإن العقد يبقو صحيحاً ، وهو مع ذلك لا ينقل الملكية وإنما ينشئ التزاماً بنقلها . وكذلك البيع غير المسجل يبقو =

١٠ - البيع ونقل الملكية: ولعل أهم تطور في تاريخ البيع هو نظوره ليكون عقداً ناقلاً للملكية ، وصنابع مراحل هذا التطور عند الكلام في التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (١). وتقتصر هنا على القول إن البيع لم يكن في القديم عقداً ناقلاً للملكية . فقد كان البيع في القانون الروماني لا يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، بل التزاماً بنقل حيازة المبيع إلى المشتري ، إلا إذا اشترط المشتري على البائع أن ينقل له الملكية . وكذلك كان الحكم في القانون الفرنسي للقديم ، فكانت الملكية لا تنتقل فيه إلا بالتبض . ولكن مراحل طويلة من التطور في هذا القانون انتهت إلى أن يكون التبض أمراً سورياً ، وكان يكفي أن يذكر في عقد البيع أن التبض قد تم (clause de dessaisine saisine) حتى تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري .

وقطع التقنين المدني الفرنسي في سنة ١٨٠٤ آخر مرحلة من مراحل التطور ، فجعل البيع ذاته ناقلاً للملكية إذ رتب في ذمة البائع التزاماً بنقلها إلى المشتري . ومن ذلك الحين أصبح البيع ناقلاً للملكية في التقنينات الحديثة ، ومنها التقنين المصري السابق والتقنين المصري الجديد ، وإن كان الفقه الإسلامي قد تعجل هذا التطور وجعل البيع ناقلاً للملكية قبل ذلك بدهور طويلة ، وسنرى ذلك عند تفصيل القول في هذا التطور فيما يلي (٢).

١١ - خصائص عقد البيع - استنباهه بمفهوم أمري : وقد رأينا فيما تقدم أن أهم خصائص عقد البيع هو نقله للملكية حتى في مقابل عوض نقدي ،

— يماً ، مع أنه لا ينتقل الملكية إلا بالتسجيل . وهذا ماجعل الأستاذ سليمان مرقس يستبرج فيقول : « ولعل ما حدا للشرح إلى ذلك ملاحظته أن بعض البيوع لا يرتب عليها هذا الأثر ورفيته في وضع تعريف شامل لجميع أنواع البيع » .

وقد قول الأستاذ منصور مصطفي منصور (البيع والمقايضة والإيجار) فقرة ٩ ص ١٤ - ص ١٦) الرد بتفصيل على اعتراض الأستاذ سليمان مرقس . قارن الأستاذ عبد المنعم الجبري (فقرة ٢٣ ص ٢٦) والأستاذ عبد الفتاح عبد الباق (فقرة ١٢ ص ١٤ - ص ١٦) والأستاذ جميل الشرفاوي (فقرة ٧) والأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي (فقرة ٧) .

(١) أنظر فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٣٢ فيما يلي .

(٢) أنظر فقرة ٢٣١ فيما يلي .

فهو إذن عقد معارضة. ناقل للملكية والثن فيه نقد (١). وهذه الخصائص وحدها تكون عادة كافية لتمييز عقد البيع عن غيره من النرد. فكونه معاوضة يميزه عن عقد الهبة مثلاً، الذي هو أيضاً ناقل للملكية ولكنه ليس معاوضة بل تبرعاً. وكونه ناقلاً للملكية يميزه عن عقد الإيجار مثلاً، الذي لا ينقل للـأاجر ملكية العين المؤجرة بل يقتصر على أن يرتب له حتماً شخصياً في ذمة الموزر للانتفاع بالعين. وكون المقابل في عقد البيع هو مبلغ من النقود يميز هذا العقد عن عقد المقايضة مثلاً، والمقابل في المقايضة ليس مبلغاً من النقود. ومع ذلك قد يلتبس عقد البيع بهذه العقود ذاتها أو بعقود أخرى، فيدق تمييزه عنها. ونضرب لذلك الأمثلة الآتية :

١ - قد يدق التمييز بين البيع والهبة إذا كانت الهبة مقابل عوض هو مبلغ من النقود. فقد يكون هذا المبلغ كبيراً إلى حد يقرب من قيمة الشيء الموهوب، وعند ذلك يصح التساؤل هل العقد هبة بعوض أو هو بيع سمي الثمن فيه عوضاً (٢). والعبارة في التمييز بين فرض وآخر بنية التبرع، فإذا كانت موجودة في جانب العاقد الذي أعطى الشيء كان العقد هبة مهما بلغ مقدار العوض، وإلا فالعقد بيع (٣). ووجود نية التبرع مسألة واقع، يقدرها قاضي الموضوع

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نقل الملكية في مقابل ثمن معين يكون بيعاً، ولو لم يذكر لفظ البيع (١٧ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٢).

(٢) وهناك فروق واضحة بين أحكام البيع وأحكام الهبة من وجوه مختلفة: من ناحية الشكل، ومن ناحية الأحكام الموضوعية وبخاصة من ناحية الدعوى البولصية وصدور التصرف في مرض الموت وضمان الاستحقاق وضمان الميوب الخفية والدلط في الشخص وغير ذلك من المسائل التي تعرف في مواضعها.

(٣) وقد يتخذ البيع متاراً للهبة، فيذكر فيه عوض على أنه الثمن، ثم يجب البيان الثمن المشتري. مثل هذا العقد لا شك زطبيته فهو هبة، بل هبة مكتشفة. وتسرى عليه أحكام الهبة، لأن حيث الموضوع فحسب بل أيضاً من حيث الشكل. فإذا أتقن الواهب ستر الهبة ولم يذكر أنه وهب الثمن للمشتري بل ذكر أنه قبضه، فالعقد هبة مستورة، تسرى عليه أحكام الهبة من حيث الموضوع، ولا تسرى عليه أحكامها من حيث الشكل فلا تشترط فيه الرسمية.

بل إن الوصية - وهي تصرف من جانب واحد لا عقد، وتبرع كالهبة لا معاوضة كالبيع - تلتبس كثيراً بالبيع وتنتج متاراً لها. وقد جاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا الصدد: «وكثيراً ما تنتج الوصية تحت اسم آخر كالبيع، فقل محكمة الموضوع أن تقنين إرادة المتصرف =»

= وأن تكيف هذه الإرادة التكييف القانون الصحيح خاصة في ذلك لرقابة محكمة التفسير . . .
ونية المتصرف تنوم عليها علامات كثيرة ، كاستمرار وضع يد البائع على العين واستعدادها إلى حين وفاته ، وكفقر المشتري وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى في العقد ، وكعدم تسجيل العقد ،
وكاستمرار قيام البائع ببيع الأموال الأميرية أو الثروات من تاريخ البيع إلى تاريخ وفاته . . .
وتضمن القانون الجديد نصاً في هذه المسألة هو المادة ٩١٧ ، وتنص بأنه « إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بجزارة العين التي تصرف فيها وبمخه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يتم دليل يخالف ذلك . » ويبرر ذلك القانون الجديد وسيله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع والجهة ، مما يؤدي في الغالب إلى تقييد التصرف ، أن يثبت القضاء على التساهل في تفسير التصرف هل أنه بيع أو هبة لا هل أنه وصية قد انعدم . فقد كان القضاء يرجع جانب البيع لوجهة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضييق من الإيصاء لوارث ، فكانت القضاء يمالج بهذا التساهل جيداً في القانون ، ليصح وصايا لها ما يبررها في ظروف الأسرة تحت ستار أنها يبيع أو هبات منجزة . أما اليوم فقد عدل المشرع المصري من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية لوارث فيما يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث ، ثم يمد هناك مقتضى لتسمية التصرفات بغير أسمائها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة لوارث جائزة ، فلا محل إذن الوصية المستترة . . . ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التي أنشأها القانون الجديد — وهي احتفاظ المورث بالجزارة وبمخه في الانتفاع مدى حياته — هي الشيء الثالث في هذه المسألة .
وهي قرينة قابلة لإثبات العكس ، فيجوز إثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن في هذا المعنى ، كتسجيل التصرف والتنازل عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بالجزارة العين عن طريق أن المشتري قاصر وأن البائع باشر الجزارة نيابة عنه وغير ذلك من الظروف التي تعارض أن التصرف وصية (الوسيط ١ ص ٥٩٦ — ص ٥٩٩ في الهامش) .
ويلاحظ أن المادة ٩١٧ مدق استحدث قرينة قانونية تتصل بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، فلا يكون لها أثر رجعي ، شأنها هذا شأن سائر القواعد الموضوعية (الوسيط ٢ فقرة ٢٢ : ص ٦٠١ هامش رقم ٢ — بارتان على لوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكرر — جني العلم والصياغة في القانون الخامس ٣ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٤ — الأستاذ عبد المنعم البراوي فقرة ٤٨ — الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٦ ص ٣١ — ص ٢٣ — الأستاذ اسماعيل غانم ص ٢٣ .
وأظهر عكس ذلك وأن هذه القرائن متعلقة بقواعد الإثبات ، وللتخصص الخاصة بالإثبات ماعداً التصور الخاصة بالأدلة التي تعد مقدماً تسرى على جميع الوقائع بأثر رجعي سواء كانت لاحقة لصورتها أو سابقة : الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨ — الأستاذ سليمان درويش فقرة ٢٨) .

ونضيف هنا قضاء محكمة النقض في تكيف المقديماً أو هبة : اشترط للبائع حرز الانتفاع بالمبيع طول حياته ومنع المشتري من التصرف : بيع (٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ بمجموعة ٢٢ رقم ١٢٢ ص ١٠١) — تصرف منجز حال الحياة وسجل قبل وفاة المتصرف بزمن طويل : صحيح إما كبيع أو كهبة مستترة (٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ بمجموعة ٢ رقم ١٢٤ ص ١٠٢) — اتفاق =

وحده دون رقابة عليه من محكمة النقص (١). ومما يرجح وجود هذه النية أن

== البائع والمشتري على بقاء العين المبيعة تحت يد البائع ليتفقد بها طول حياته : بيع أوهبة مستترة (١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧) - المتدفق حياة البائع .
رفع يده عن الأرض المبيعة واتخاذ كل التدابير اللازمة لتسجيل العقد : بيع (١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص ٥٦٤) - الاحتفاظ بحق الانتفاع مدة الحياة ومنع المشتري من التصرف لا يجوز دون اعتد . صرف يبدأ (٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٨ ص ٥٨٣) - ليس من الضروري وضع المشتري يده على العين لتكثيف العقد يبدأ (١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢ ص ٧١٨) - نزل البائع للمشتري عن باقي الثمن واشتراط ألا يتصرف المشترون في المبيع مادام حياً ولكن صدر منه بعد ذلك إقرار يُلغى هذا الشرط ويطلق للمشتري حرية التصرف ، فهذا بيع لا وصية (٨ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص ٥٧٤) - لا يكون لتكثيف العقد وصية اشتراط موافقة البائع على تصرف المشتري (٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام القضاة رقم ١ ص ١٥٢) - بيع مسجل من والده إلى ولده : بيع أوهبة مستترة (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقص ٣ رقم ٤٦ ص ٢٥٦) - اشتراط البائع على المشتري عدم التصرف في العين المبيعة ما بين البائع حياً لا يمنع من تكثيف العقد بدأ (٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقص ٣ رقم ٦٩ ص ٤٠٦) - وفي تكثيف العقد وصية : لم يسجل البيع واستأجر البائع المبيع ورضى بعض الأطباء (٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقص ١ رقم ٧٦ ص ٢١٩) - وجود ورقة ضد نقض بأن البيع لا يسرى إلا بعد وفاة البائع (٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقص ٣ رقم ١٠٢ ص ٥٩٧) ، استبقاء البائع حيابة المبيع وعدم دفع المشتري للدين ومنعه من التصرف وعدم إلزامه بدفع الأموال (١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقص ٣ رقم ١٣٠ ص ٨٩٧) - تصرف من والده إلى ولده بثمن بخس مع احتفاظ البائع بحق الانتفاع ومنع المشتري من التصرف (٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقص ٣ رقم ١٧٢ ص ١١٢٠) - عند صادر من مورث إلى وارث وقد ثبت أن المورث لم يكن في حاجة إلى بيع أملاكه ولم يقبض ثمناً وظل واحداً يده على المبيع طول حياته واحتفظ بالعقد عنده حتى لا يسجل (٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقص ٦ رقم ١ ص ٢٢) - وقضت محكمة النقص بأنه إذا كان النزاع غير قائم حول صحة التصرف باعتباره وصية ، وإنما كان قائماً حول تعريف نية التصرف هل هي البيع أو الهبة أو الوصية ، فلا شأن بله الأحوال الشخصية به ، بل الشأن فيه بله القضاء العادي (٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ ص ٤٣٧) .

وأنظر أيضاً في تكثيف العقد وهل هو وصية أو عقد تمليك منجز : نقص مدني في نظير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقص ٨ رقم ٢ ص ٤٣ - ٢٢ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقص ٧ رقم ١٥ ص ١٢٥ (إيداع مبلغ في صندوق التوفير باسم شخص معين) - ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقص ٧ رقم ١٩ ص ١٤٨ - ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقص ٧ رقم ٢٦ ص ٢٠٥ - ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقص ٧ رقم ٤٥ ص ٣٠٦ .

يكون العرض في مصلحة شخص ثالث غير الواهب ، بل قد يكون الموهب له الحقيقي هو هذا الشخص الثالث وقد وسط الواهب المتعاقد الآخر بينهما (١).

٢ - وقد بدق التمييز بين البيع والإيجار إذا وقع العقد لا على الشيء ذاته ، بل على ثمراته أو منتجاته. ويقال عادة إن الفرق بين الثمرات (fruits) والمنتجات (produits) هو أن الأولى دورية (périodique) تتجدد دون انقاص ، أما الأخرى فتتأخر حتى تنفذ . فمحصولات الأرض تعتبر ثمرات لأنها تتجدد في أوقات دورية ، أما الفحم والبتروك والمعادن والحجر في المناجم والمهاجر فهذه كلها منتجات لأنها غير دورية بل إن مصيرها إلى النفاذ . ومن ثم فقد قيل إن العقد إذا وقع على الثمرات فهو إيجار إذ يقع على منفعة الأرض المتجددة التي لا تنفذ ، وإذا وقع على المنتجات فهو بيع إذ يقع على هذه المنتجات ذاتها لا على منفعة متجددة (٢). ويغلب أن يكون هذا صحيحاً ، ولكنه قد لا يصدق في بعض الحالات . فقد يبيع صاحب الأرض المحصول الناتج منها وهو لا يزال في الأرض ، فيكون العقد بيعاً لهذا المحصول لا إيجاراً للأرض . وبقلب في هذه الحالة ألا يسلم "ائع الأرض للمشتري ولا يسلم له إلا المحصول ، وأن تكون مصروفات الزراعة على صاحب الأرض لا على المشتري . أما في الإيجار فنسلم الأرض للمستأجر للانتفاع بها ، وتكون مصروفات الزراعة

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣ ص ٥ - الأستاذ منصور مصلح منصور فقرة ١١ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى أن المعلن قد تعاقد مع وزارة المالية على أن يقوم باستغلال الطرون الجاف باستنفات منطقتين رسا مزادها عليه مقابل ثمن معين ، وعلى أن يدفع لوزارة المالية عذرة على هذا الثمن أثناء كذا جنباً عن كل طن ، كما استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية أن وزارة المالية لم تتفق مع المعلن على حد أدنى لكيفية الطرون الذي يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذي رسا به المزاد عليه ، فهذا العقد موضوعه محصول طبيعي غير متجدد وليس ثمرة أو ريبناً مستنفات المذكورة ، لكونها جزءاً منه لا بد من نقاده يوماً ما . وحقائقه - مهما كان قد ورد فيه من ألفاظ الموزعة والإيجار والمستأجر - أنه عقد بيع لطنرون لا عقد إيجار لمستنفات . والمبيع بموجبه هو عين معينة من كل الطرون الموجود بالمستنفات بلا حاجة إلى وزن ، وثمنه قد حدد دون توقف على وزن قياسها على مبلغ الإتاوة . وينبغي على ذلك اعتبارها بيعاً جرافاً ، فهو يقع لازماً مهما كان مشار المبيع الثمن بما أمته المتأخرى (١ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٣١ ص ١٦١) .

على المستأجر لا على صاحب الأرض (١) . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن تكون مصروفات الزراعة أو بعضها في الإيجار على صاحب الأرض لا على المستأجر ، ولا أن تكون مصروفات إنتاج المحصول الذي باعه صاحب الأرض أو بعض هذه للمصروفات على المشتري لا على صاحب الأرض . فالعبارة إذن بنية المتعاقدين ، هل أرادوا بيعاً أو إيجاراً ، وتتخذ الظروف الخارجية التي أشرنا إليها قرائن قضائية على هذه النية ، وقاضى الموضوع هو الذى يستخلص من هذه القرين ومن غيرها دلالتها ، فالتقدير موضوعى لا معقب عليه .
من محكمة النقض (٢) . فقد يؤجر صاحب المنجم أو المحجر منجمه أو محجره المستأجر في مقابل أجره دورية . تكون العقد إيجاراً لا بيعاً ، وتسرى م الإيجار وبخاصة ما يتعلق من تجديد الإيجار وبامتياز المؤجر وبطريقة الشهر ، وكل هذا يست تماماً عن الأحكام الخاصة بعقد البيع (٣) .

وهناك فرض آخر يصدق فيه التمييز بين البيع والإيجار . وهو يوصف العقد بأنه إيجار حتى إذا واطب المستأجر على دفع الأجرة لمدة معينة انقلب العقد بيعاً واعتبرت الأجرة أقساطاً للثمن . وهذا ما يسمى بالإيجار السائر للبيع (location - vente) ، وقد ورد فيه نص من مرسوم المادة ٤٣ مدنى ، ويقضى هذا النص بأن العقد يعتبر في هذه الحالة بيعاً لا إيجاراً ففسرى عليه أحكام البيع . وسنورد إلى هذه المسألة تفصيلاً في مكان آخر (٤) .

(١) بلاير وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢ ص ٥ - ص ٦
(٢) أما التكييف القانونى للعقد بعد استخلاص نية المتعاقدين الواقعية فمألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض (بلاير وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣) ويراعى في التكييف أن البيع ينشئ التزاماً بفعل الملكية ، أما الإيجار فينشئ التزاماً بفعل هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة .
(٣) وليس من الضروري ليكون العقد إيجاراً أن يكون للمستأجر الحق في جميع وجوه الانتفاع بالعين المؤجرة ، منه يؤجر صاحب الأرض بعض منافع أرضه ، كأن يؤجر حق الصيد فيها (بلاير وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣ ص ٦) .

وقد يقال إن الإيجار عند زمنى فالزمن فيه عنصر جوهري ، أما البيع عند فورى . وهذا المعيار صحيح ، ولكنه وإن كانت هناك بيرة الزمن فيها عنصر جوهري فكونه عنوداً زمنياً وذلك كمتعود التوريث .

(٤) ص ٩٠ - فقرة ٩٤ فيما يل - وقد يشبه بيع بالإيجار في النزاع عن الإيجار والإيجار من الباطل ، حيث ينزل المستأجر عن إيجاره لغيره وهذا هو البيع أو يؤجر حقه للغير

٣ - وقد يتراوح العقد بين أن يكون بيعاً أو مقايضة . مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع آخر على أن يعطيه داراً في مقابل أحد شيئين يختاره المتعاقد الآخر ، مبلغ معين من النقود أو أرض معينة . فهنا العقد يكون بيعاً أو مقايضة بحسب المقابل الذى يختاره المتعاقد الآخر ، فان اختار النقود كان العقد بيعاً ، وإن اختار الأرض كان العقد مقايضة . ولا يقع فى هذا القرض لبس ما ، وخصوصيته فى أن العقد لا يتمحض منذ البداية بيعاً أو مقايضة ، ولا يعرف ذلك إلا عندما يختار المتعاقد الآخر المقابل الذى يدفعه . ولكن قد يدق التمييز فيما إذا أعطى شخص داراً لآخر فى مقابل أوراق مالية أو سبائك ذهبية ، فهل يعتبر المقابل هنا بمثابة النقد فيكون العقد بيعاً ؟ الظاهر أن هذا المقابل ، وإن أمكنت معرفة قيمته نقداً بمجرد تبين سعر السوق ، إلا أن العبرة فيه هى بطبيعته وقت العقد ، وهو ليس نقداً ، فيكون العقد مقايضة لا بيعاً . وإذا كان المقابل إيراداً مرتباً مدى الحياة ، فقد ذهب البعض إلى أن المقابل ليس بنقود بل هو الحق فى المرتب ، ومن ثم يكون العقد مقايضة . ولكن الصحيح أن العقد بيع قدر الثمن فيه - وهو نقود - على وجه احتمالى فى صوره الإيراد (١) . وإذا كان المقابل بعضه نقود وبعضه غير نقود ، فاذا كان العنصر الغالب هو النقود ، كما إذا بيعت سيارة جديدة بأدين على أن يحسب من الثمن سيارة قديمة قدرت قيمتها بخمسمائة ، فالعقد بيع . أما إذا كان العنصر الغالب هو غير النقود ، كما إذا استبدلت سيارة بأخرى متقاربتين فى القيمة مع دفع

= وهنا هو الإيجار من الباطن . ويرجع فى ذلك إلى نفس المتعاقدين . ولكن قد يس هذا العقد حتى يدق التمييز . بل يقع أن يتمد المستأجر وصف العقد الصادر منه بأحد المتعاقدين وهو يتعمد التصرف الآخر . فعمدت الفقرة الأولى من المادة ٥٩٤ مدنى إلى قطع السبيل على هذا التحايل ، ونصت على أن « منع المستأجر من أن يؤجر مر الباطن ينتضى منه من التنازل من الإيجار ، وكذلك العكس » .

(١) بلانيول وريبير ومامل ١٠ فترة ٣٥ ص ٢٥ - الأستاذ أنور سلطان فترة ١٣٥ ص ١٦٧ - الأستاذ سليمان مرقس فترة ٨٧ ص ١٣٦ - الأستاذ عبد المنعم البدرارى فترة ١٢٤ ص ١٩٣ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فترة ٤٨ ص ٩٢ - الأستاذ جمال الدين زكى فى النقود المسماة فترة ١١٨ ص ٢٢٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فترة ١٥ - وأنظر ما يلى فترة ٢٠٥ .

معدل من التردد زهيد ، فالعقد مقايضة (١) .

وقد قدمنا أن عقد البيع قد يلتبس بعقود أخرى غير العقود الثلاثة المتقدمة الذكر ، ونستعرض بعض الأمثلة على ذلك .

١ - فقد يدق التمييز بين البيع والوفاء بمقابل . وقد قدمنا في الجزء الثالث من الوسيط (٢) أن الوفاء بمقابل قد اختلف في تكييفه . فهو في جميع الأحوال ينقل ملكية شيء يعطى في مقابلة دين يوفى به ، فيسرى عليه من حيث أنه ينقل الملكية أحكام البيع ، وبخاصة ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب . ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبخاصة ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات (انظر م ٣٥١ مدني) . وقد رأينا أن التكييف الصحيح للوفاء بمقابل أنه تجديد بتغيير محل الدين ، فيحل محل الدين الأصلي دين جديد ، ويقترن التجديد في الوقت ذاته بوفاء الدين الجديد عيناً بالشيء المعطى (٣) . فيجمع الوفاء بمقابل بين خصائص التجديد وخصائص الوفاء ، ويسرى عليه أحكام كل منهما . ثم هو في الوقت ذاته ناقل للملكية الشيء المعطى ، ومن هذه الناحية وحدها أشبه البيع وسرت عليه أحكامه ، وبخاصة ما تعلق منها بالأهلية والضمان كما سبق القول (٤) .

٢ - وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد المقاول . فإذا كان الصانع هو الذي ورد الخدامات التي يصنعها ، وكانت الخدامات أكبر قيمة من عمله ، فالعقد بيع . ومن ثم يكون العقد الذي يلتزم به صاحب المصنع أن يورد

(١) الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٥ ص ٢٨ - وأنظر ما يلى فقرة ٢٠٤ وفترة ٤٢٧ .

(٢) فقرة ٤٧٧ - فقرة ٤٨٠ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٨٠ .

(٤) قارن الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٢ . وقد قضت محكمة الاستئناف الخليلية بأن إعطاء المستأجر المحصول للمؤجر للوفاء بالأجرة لا يعتبر وفاء بمقابل ولا يعتبر بيعاً ما دام لم يحدد الثمن . ولكنه تسليم المحصول للمؤجر على سبيل الضمان ، مع توكيله في بيعه لحساب المستأجر بعد حده للأجرة . فالمحصول في هذه الحالة لا يزال ملكاً للمستأجر ، ومن ثم إذا وقع أحد دائنيه المخرج عليه لا يمكن للمؤجر أن يتعرض على المخرج بأنه وقع على مال غير تملكه ثمدين (٦ يناير سنة ١٩١٥ ص ١٧ ص ١٠٧) .

مصنوعاته إلى العميل ، كما إذا تعهد بتوريد آلات أو أجهزة أو أسلحة أو بولنغر أو سيارات أو غير ذلك ، هو بيع أشياء مستقبلية . أما إذا كانت الخيام أقل قيمة من العمل ، كالرسم بوردر القماش (toile) أو الورق الذي يرسم عليه والألوان التي يرسم بها ، فهذه الخيام أقل بكثير من قيمة عمل الفنان ، ويكون العقد عقد مقاولة لا عقد بيع . والحياط (الترزى) إذا ورد القماش وكانت قيمته أقل من قيمة العمل فالعقد مقاولة ، وإذا كانت قيمته أكبر فالعقد بيع (١) . وقد تتأرب قيمة القماش وقيمة العمل ، فالعقد يكون في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاولة (٢) . أما المقاول الذي يتعهد بإقامة مبنى ، فإن كانت الأرض التي يقام عليها المبنى ملكاً لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقاولة ، وإن كانت الأرض ملكاً للمقاول فالعقد بيع الأرض في حالتها المستقبلية أى بعد أن يقام عليها المبنى (٣) .

٣ - وقد بدق التمييز بين عقد البيع وعقد الوديعة . فيقع أن يودع الشيء صاحبه عند آخر ليبيعه بمبلغ معين ، على أن يأخذ المودع عنده مقداراً معلوماً أجرأ له . مثل ذلك أن يودع المؤلف نسخاً من كتابه في مكتبة ليبيعهها صاحب المكتبة ، أو أن يودع تاجر الجملة مجوهرات عند تاجر التجزئة ليبيعهها . ففي هذه الأحوال تكون النسخ أو المجوهرات مودعة عند صاحب المكتبة أو عند تاجر التجزئة ، وهذا إما أن يبيعهما لحساب صاحبها فيكون وكيلًا بالبيع بعد أن كان مودعاً عنده ، وهو وكيل بالأجر إذ يتقاضى أجرأ معيناً على ما يقوم ببيعه . وإما أن يعتبر ، عندما يجد مشترياً ، أنه هو اشتراها أولاً من صاحبها بشمن معين ، ثم باعها للعمل بشمن أكبر ، والفرق هو مكسبه . والقول بتكليف أو بآخر

(١) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ من تفسير النويبات والمعنود اللبناني على ما يأتي :
« على أنه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع على الموضوع الأصلي في العقد ولم يكن العمل إلى فرعا ، كان هناك بيع لا استصناع » .

(٢) ويقرب من هذا الرأي الأستاذ محمد كامل برسي فقرة ١٨ من ٤٠ .

(٣) بلانبول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٥ .

فيكون هناك عقد محسرة (وكالة) مقترناً بعقدى بيع على النحو الذى رأيناه فى المسخر (١) .

٥ - وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد القرض . ويحدث ذلك فى مثل القرض الآتى : يريد شخص أن يقترض من آخر ، فيعمد إلى شراء سلعة من القرض بئمن مؤجل ، ثم يبيعها بئمن معجل ، فيصبح مديناً بالئمن المؤجل ويتقاضى فى الوقت ذاته الثمن المعجل ، وترجع السلعة إلى صاحبها كما كانت . وتتكشف هذه العملية المركبة عن أن المشتري إنما هو مقترض ، اقترض الثمن المعجل على أن يؤدي بدله الثمن المؤجل عند حلول الأجل ، ويكون الثمن المؤجل أعلى من الثمن المعجل والفرق بين الثمنين إنما هو فوائد القرض . وهذا ما يعرف فى الفقه الإسلامى ببيع العينة (٢) . والواجب فى هذه الحالة استخلاص نية المتعاقدين ، ويفلب أن تكون هذه النية قد انطوت على قرض بربا فاحش ، احتال المتعاقدان للوصول إليه عن طريق بيعين متعاقبين أحدهما بئمن مؤجل والآخر بئمن معجل . ومتى تبين للقاضي أن هذه هى نية المتعاقدين ، وجب أن يجرى أحكام القرض وأن يسقط البيع من حسابه ، ومن ثم ينقص الفوائد الفاحشة إلى الحد المسموح

(١) وقد تختلط الوكالة بالبيع فى البيع مع حق التبرير بالشراء عن الغير (déclaration de commande) وقد قضت محكمة النقض بأن تكليف العلاقة القانونية بين المشتري الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستر بأنها وكالة ، تجرى أحكامها على الآثار التى تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير ، غير جار على إطلاقه . فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى تترتب عليه تناقضاً ، فاستناد ملكية المشتري المستر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع ، وبقاء العين فى ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو إذا عمل بعد الميعاد المنفق عليه ، وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماماً . ولئن كان الفقه والنقض فى فرنسا قد ذهبوا فى تبرير إسناد ملكية المشتري المستر إلى المقدم الأول ، وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير ، إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير ، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاً مقصوداً على حالة ما إذا عمل المشتري حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المنفق عليه مع البائع . أما قبل ذلك ، أو إذا لم يعمل هذا الحق ، أو إذا عمل بعد الميعاد ، فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٢١٢) .

(٢) ويعرف القانون الفرنسى القديم هذا العقد ، ويسميه بونيه Mohatra (بودرى وسينيا فقرة ٢٢) .

به قانوناً . وقد كان بيع الوفاء قبل تحريره يحقق هذا الغرض في كثير من الأحوال . وينتد وسيلة إلى القرض برأياً فاحش . فيتظاهر البائع وفاء أنه يبيع عيناً ، وإنما هو يبرهنها عند المشتري وفاء فاذا رد القرض في الميعاد المضروب استرد العين ، ويكون المشتري قد استولى على الربيع وهو يزيد عادة على الفوائد المسموح بها . وإذا لم يرد المفترض القرض في الميعاد ، ضاعت عليه العين . ومثل هذا العقد يجب اعتباره قرصاً مضموناً برهن ، وقد صدر تشريع في عهد التقنين المدني السابق يقضى بجملة باطلاً باعتباره بيع وفاء وباعتباره رهناً ، أما في التقنين المدني الجديد فقد حرم بيع الوفاء ذاته حتى لا يتخذ فريضة لمثل هذه الأغراض (١) .

١٢ - أهمية عقد البيع وكيفية محل المقايضة : وعقد البيع هو

أكثر العقود شيرعاً في التعامل ، فهو قوام الحياة التجارية والمدنية . وحتى قبل أن تنسع ميادين التجارة وتنوع ضروب البياعات التجارية ، كان البيع هو العقد الرئيسي في مراحل تطور الحضارة ، ولا تكاد تذكر العقود المسماة إلا ويكون على رأسها عقد البيع (٢) .

ولم يكن البيع معروفاً في البداية ، بل سبقته المقايضة (troc) قبل أن يكشف الناس أن تكون وساطة التعامل فيما بينهم المعادن الثمينة ، ثم النقود . فكان الناس في أقدم العصور يتقاضون سلعة بسلعة ، ولكن المقايضة لم تكن تصلح إلا لجمعية بدائية حيث يمكن حصر السلع المرغوب فيها والتقايض عليها . فلما تقدمت الحضارة وتنوعت الحاجات ، أصبحت المقايضة كطريق للتعامل صعبة التناول وقل أن تنى بالأغراض المختلفة التي جددت للناس . وكان لابد من إيجاد سلعة عامة تقوم بها جميع السلع ، وتكون هي الواسطة في التبادل . فكانت المعادن الثمينة هي السلعة المنشودة ، وبخاصة الذهب والفضة ، يزن المشتري منهما ثمن

(١) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦ .

(٢) وقد نشأت أغلب القواعد العامة لنظرية العقد في رحاب عقد البيع (الأستاذ جيل الشرفاري فقرة ٢ ص ٧) . وفي الفقه الإسلامي بوجه خاص ، أحكام عقد البيع هي المصدر الذي انتهى يستخلص منه أحكام عامة لنظرية العقد .

ما يشتره . ثم أنشئت دوايين لتساك هذه المعادن ، ولم يكن للدولة رقابة عليها في البداية ، ثم أخذت الدولة تبسط رقابتها على هذه الدور إلى أن سيطرت عليها ، وأصبحت وحدها هي التي تساك العملة . وهكذا ظهرت النقود وساطة للتعامل (١) ، ومنذ ظهرت على هذا النحو ظهر معها عقد البيع ، وانتشر هذا العقد في جميع ضروب التعامل وحل محل المقايضة ، وأصبح هو العقد الأول الذي يتعامل به الناس . على أن كل هذا لم يتم إلا تدرجاً ، فلا تزال الحضارات القديمة تحمل أثر المقايضة في معاملاتها ، حتى أن الفقه الإسلامي يجعل البيع شاملاً لها كما تقدم القول .

ولم تختف المقايضة تماماً من ميادين التعامل ، فقد يقع أن يتقايبض شخصان شيئاً بشيء ، فإذا لم تتعادل القيمتان دخلت النقود ولكن في دور ثانوي كعدل (souite) للقيمتين . ومن ثم نظم المشرع عقد المقايضة عقب عقد البيع ، دون أن يفيض في هذا التنظيم لقلة الحاجة إلى هذا العقد ولأن أحكامه هي عين أحكام البيع ، لا فرق بين العقدين إلا في طبيعة المقابل فهو نقد في البيع وعين في المقايضة . وحظ المقايضة في الدول الخارجية أوفر من حظها في التعامل الداخلي ، فكثير من الدول في العصر الحاضر ، بعد تمتد شؤون النقد ، تمتنع فيما بينها على تقايض السلع .

١٣ - تنظيم عقد البيع في القوانين الحديثة : أفاض التفتين

المدني السابق في تنظيم عقد البيع (٢) ، فعوض بهذا التبسط اقتضابه في خصوص النظرية العامة للعقد ، حتى كانت هذه النصوص تستخلص من النصوص المتعاقبة بالبيع . على أنه بالرغم من تبسطه في تنظيم عقد البيع ، لم يراع ترتيباً حليماً واضحاً في تنسيق نصوصه . وترك الكلام للمذكرة الإيضاحية للمشرع التمهيدية للتفتين المدني الجديد ، حيث تنمى هذا النقص على التفتين المدني السابق في العبارات الآتية :

(١) وقد عبرت لائحة المدنية في العصر الحاضر ، وحل محلها لائحة الوردية .
(٢) حصص التفتين المدني السابق عند كتيبة جافة وإحدى عشرين مادة وردت على هيئة (روح) ، وكان ذلك من تنظيم لوزن من أبي عقد آخر .

وأما البيع بوجه عام ، فلم يراع فيه التقنين الحالي (السابق) ترتيباً هلياً واضحاً . فقد خصص الفصل الأول لأحكام البيع ، ولكنه لا يكاد يذكر شيئاً من هذه الأحكام ، بل هو يعرف البيع ، ويذكر أركانه وأوصافه ، ويبين كيف يكون إثباته ، ويستعرض حالات معينة فيه (بيع الجزاف والبيع بالتقدير والبيع بشرط التجربة) ، ثم يقرر أن سرورفات العقد على المشتري وهذه هي المسألة الوحيدة التي يمكن إدخالها في أحكام البيع . أما المسائل الأخرى فن الواضح أن العنوان الذي وضع لها لا يصدق عليها ، ثم إن كثيراً منها ليس إلا تكراراً لا فائدة فيه للقواعد العامة ، كالإثبات (م ٢٣٧/٣٠٢-٣٠٣) والبيع المعلق على شرط أو المقترن بأجل (م ٢٣٨/٣٠٤) والبيع التخيري (م ٢٤٤/٣١٠) . وخصص الفصل الثاني للمتعاقدن ، فذكر الأهلية والرضا وخيار الرؤية ، ثم انتقل إلى بيع المريض مرض الموت وبيع عمال القضاء وبيع النائب لنفسه . وظاهر أن هذا خلط لا مسوغ له بين أركان العقد وأنواع معينة من البيوع كان الواجب أن ينفرد كل نوع منها بمكان خاص كما قدمنا (١) . وخصص الفصل الثالث للمبيع وقد التزم فيه شيئاً من المنطق ، إلا أنه أورد في هذا الفصل بيع ملك الغير وكان الواجب إفراده بمكان خاص (٢) . وخصص الفصل الرابع لما يترتب على البيع ، والظاهر أنه يريد أحكام البيع الذي عنوانه خطأ الفصل الأول . وقد بسط في هذا الفصل التزامات البائع والتزامات المشتري على ترتيب لا يؤخذ عليه عيب واضح . وخصص الفصل الخامس لبعض في البيع ، وكان الأولى ألا ينفصل هذا الموضوع عن مكانه الطبيعي عند الكلام في تقدير الثمن (٣) .

(١) هذه مسألة فيها نظر . فقد عمدنا ، في شرحنا هذا البيع ، إلى أن ندج هذه المسائل في أركان البيع في الأماكن المناسبة . فالبيع لعمال القضاء هو بيع لحقوق متنازع فيها ، ويتصل هذا اتصالاً وثيقاً بركن في البيع هو المبيع . وبيع المريض مرض الموت يتصل أيضاً بالمبيع ، من حيث تقييد تصرف المريض في شيء مملوك له رعاية لحق الرثة . وبيع النائب لنفسه يدخل في الثباني في التعاقد ، وهذه تتصل اتصالاً وثيقاً بالتراضي كركن في البيع ، فيجز صدور الرضاء من الأصل أو من النائب .

(٢) وهذه أيضاً مسألة فيها نظر . فبيع ملك الغير يتصل بالمبيع ، من حيث إن الأصل أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ، وهذا يجر إلى الكلام في بيع ملك الغير . وهذا ما فعلناه في شرحنا .

(٣) مجلة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧ - ص ٨ .

١٤ - تنظيم عقد البيع في التقنين المدني الجديد - ما استحدثت هذا

التقنين من التعديلات: أما التقنين المدني الجديد فقد كان أسد منتظاً في ترتيب نصوصه ، إذا استعرض في أقسام ثلاثة رئيسية أركان البيع والالتزامات البائع والالتزامات المشتري .

في أركان البيع خص بالذكر المبيع والتمن ، استعرض حالات البيع بالعينة والبيع بشرط التجربة وبيع المداق ، واشترط في التمن أن يكون نقداً مقدماً أو قابلاً للتقدير ، ثم استطرده إلى الفن على اعتبار أنه يرد قيداً على حرية المتعاقدين في تقدير التمن

واستعرض الالتزامات الناع ، وهي نقل الملكية والتسليم والضمان . فقرر في الالتزام بنقل الملكية ما هي الأعمال التي يجب أن يقوم بها الناع لتنفيذ هذا الالتزام ، وكيف تنتقل الملكية في الشئ ، المبيع جزافاً . وفي الالتزام بتسليم المبيع ذكر على أي شيء يقع التسليم ، وحدد طريقة التسليم . وعرض لحالة هلاك المبيع قبل التسليم فيين على من يقع نعمة هذا الهلاك . وفي الالتزام بالضمان ميز بين ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، وبين في كل مهما متى يوجد الضمان وماذا يترتب عليه .

واستعرض أخيراً الالتزامات المشتري ، وهي دفع التمن والمصروفات وتسلم المبيع . فقرر في الالتزام بدفع التمن ما الذي يدفعه المشتري ، وبين مكان الوفاء وزمانه ، ثم ذكر ما يترتب من جزاء على عدم الوفاء بالتمن . واقتصر في الالتزام بدفع المصروفات على تقرير هذا الالتزام ، وفي الالتزام بتسليم المبيع على تقرير الزمان والمكان اللذين يتم فيهما التسليم ومن الذي يتحمل نفقته .

وقد توخى التقنين المدني الجديد في كل ما تقدم ألا يقرر حكماً يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة ، إلا إذا كان فيه شيء من الخفاء ، أو كان في حاجة إلى تحديد ، أو كان من الأهمية العملية بحيث يحسن أن يستعرض له النص (١) . وإذا

(١) مجموعة الأحوال التمهيدية ٤ - ٨ - ٩ - وممثل لتلك الملاحظة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فنقول : ٤ من ذلك معهد الأعمال الضرورية لنقل الملكية ، ونقل الملكية =

كان التقنين المدنى السابق قد تبسط فى تنظيم عقد البيع على النحو الذى قد ساء ، ان التقنين المدنى الجديد وحده مع ذلك السبيل .^(١) إلى التقيح ، فأضاف نصراً جديدة ، وحذف نصراً معقدة ، وعدل أحكاماً معينة ، وصحح أخطاء وقعت فى بعض النصوص . وهذه أمثلة على ما تقدم وردت فى المذكرة الإيضاحية لمشروع النهيدى (١) :

« أضاف نصراً جديدة فى البيع بالعبئة ، وتقدير الثمن تبعاً لأسس معينة أو وفقاً للسعر المتداول فى التجارة والبيع بثمن مقسط ، وأبقى حق المشتري فى ضمان الاستحقاق حتى لو اعترف وهو حمن النبة بحق المتعرض ، كما أثبت للبايع حق التخلص من هذا الضمان إذا هو رد للمشتري ما دفعه للمستحق توكياً من استحقاق المبيع ، وأضاف إلى ضمان العيوب الخفية ضمان صلاحية المبيع للعمل » .

« وحذف نصراً معقدة أو نصراً لانهو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة دون أن يكون فى ذكرها فائدة . من ذلك إثبات البيع وما يدخل عليه من الأرصاف ، وأهلية كل من البائع والمشتري ، وعبوب الرضاء ، والبيع للأعمى ، والشروط العامة لمحل الالتزام ، والأثر الرجعى للشرط ، وظهور العيب فى بعض الأشياء المبيعة دون البعض الآخر ، وحدوث عيب جديد بعد العيب القديم ، وهلاك المبيع بسبب العيب القديم ، وهلاكه بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى » .

« وعدل أحكاماً معينة ، وحدد أحكاماً مهمة ، وأوجز فى أحكام مسهبة . من ذلك البيع بشرط التجربة والفرق بينه وبين بيع المذاق ، وعلم المشتري بالشئ المبيع ، وضمان القدر الذى يشتمل عليه المبيع ، وتبعة الهلاك الجزئى ، وثبوت ضمان الاستحقاق ولو كان حق الغير شخصياً ، وتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية بسنة من وقت تسليم المبيع لابتهانية أيام من وقت العلم بالعيب » .

== فى الشره المبيع جزافاً ، وبيان الطريقة فى تسليم المبيع ، وتبعة هلاك المبيع قبل التسليم الاتفاق على تعديل الضمان ، وعبوب الثمن ، وعبوب المبيع ، وبيع المنقول لعدم التوفاه بالثمن » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٤ - ٩ - ١٠) .
(١) مجموعة الأعمال التوضيحية ٤ - ١٠ - ١٢ .

« وصحح أخطاء وقع فيها التقنين الخالي (السابق) . من ذلك تبعة الملاك قبل التسليم في البيع بالتقدير ، وأحكام بيع المريض مرض الموت ، ونقل الملكية بالتسليم في المنقول . »

« هذا إلى أن (التقنين الجديد) نقل موضوعات من البيع إلى الالتزامات بوجه عام أو إلى الملكية لأنها موضوعات عامة تجاوز حدود البيع . من ذلك حوالة الدين ، وبيع الحقوق في التركات المنتظرة ، وهلاك المبيع في البيع المعلق على شرط ، ونقل الملكية في العقار والمنقول بالعقد ، وإضعاف التأمينات ، ونظرة المبسرة . »

١٥ - خطة البحث : والخطة التي تتبعها في بحث عقد البيع أن تتكلم في أركان هذا العقد ، ثم في الآثار التي تترتب عليه في فصلين متعاقبين .

ونبحث أنواع البيوع التي أفرد لها التقنين الجديد مكاناً خاصاً بها - بيع الوفاء وبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع التركة والبيع في مرض الموت وبيع النائب لنفسه - كل نوع في المكان المناسب له في الفصل الأول الذي خصصناه لأركان البيع . وإذا كان المشرع ، من ناحية السياسة التشريعية ، وجد من المناسب أن يجمع هذه الأنواع من البيوع وأن يفرد لها مكاناً خاصاً بها حتى يسهل العثور عليها ، فإن الفقيه من ناحية البحث العلمي ، يتردد كثيراً في تعقب أثر المشرع في هذه الخطة ، ويجد من الأنسب أن يفرغ على كل نوع من هذه البيوع الثوب الفقهي الذي يلائمه في البيئة التي ينتمي إليها ، فإن هذا يعين كثيراً على تفهم صيغة كل نوع ، فيسهل بذلك تكييفه تكييفاً قانونياً صحيحاً ، وهذا من أخص أعمال الفقه . ولا يصعب بعد ذلك العثور على كل نوع منها في المكان المناسب له ، ولا لإيراد النواحي العملية وتطبيقات القضاء في كل نوع ، بحيث يمتزج كل هذا بتأصيل فقهي سليم يساعد كثيراً على إدراك حجب هذه التطبيقات العملية من الإصاهاة والساد .

الفصل الأول

أركان البيع

...

١٦ - تطبيق القواعد العامة: أركان العقد ، في نظريته العامة ، هي التراضي والمحل والسبب . والسبب في عقد البيع لا جديد يقال فيه يزيد على ما قيل في نظرية السبب في العقد بوجه عام . ويبقى بعد ذلك ركنان للبيع التراضي والمحل .

الفرع الأول

التراضي في عقد البيع

١٧ - شروط الانعقاد وشروط الصحة والبيع المشروط : هناك شروط للانعقاد في التراضي ، وشروط للصحة . وقد رأينا كل ذلك في العقد بوجه عام ، فنطبق هنا القواعد العامة على عقد البيع بالذات ولما كانت هناك أوصاف كثيرة تدخل على الالتزامات العقدية ، فان البيع من أوفر العقود حظاً في هذه الأوصاف ، وبخاصة في وصف منها هو الشرط .

فتكلم إذن ، في مباحث ثلاثة متعاقبة ، في شروط الانعقاد في عقد البيع ، ثم في شروط الصحة ، وننتهي بالكلام في بعض بيوع مشروطة لها شأن ملحوظ في مجال التعامل .

وقد يكون البيع صورياً ، وقد بحثنا الصورية في الجزء الثاني من الوسيط ،
فنحيل إلى ما قدمناه في ذلك .

وقد يسبق البيع مرحلة تمهيدية ، وهذه هي الوعد بالبيع والبيع الابتدائي
والبيع بالعربون .

وقد يتقابل المتبايعان البيع بعد أن أبرماه ، والتقابل عقد جديد يفسخ
البيع الأول . وقد أشرنا إلى أحكام التقابل في النظرية العامة للعقد في الجزء الأول
من الوسيط .

والذي نقف عنده هنا مسألان نطبق فيهما القواعد العامة لنظرية العقد
على عقد البيع بالذات :

(١) تطابق الإيجاب والقبول ، من ناحية العناصر التي يتم فيها هذا التطابق ،
ومن ناحية بعض الصور العملية للإيجاب والقبول ، ومن ناحية شكل البيع
وطرق إثباته وقواعد تفسيره .

(٢) الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون .

١٤ - تطابق الإيجاب والقبول

٢٠ - العناصر التي يتطابق فيها الإيجاب والقبول : كانت المادة ٥٥٧
من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد تجرى على الوجه الآتي : « يتم البيع
برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء ، وباتفاقهما على المبيع والثمن » .
وهذا النص مأخوذ من المادة ٣٠١/٢٣٦ من التقنين المدني السابق ، وكانت تنص
على أنه « لا يتم البيع إلا إذا كان برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء
وباتفاقهما على المبيع وثمنه » . ولما تلى نص المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة ،
قررت هذه اللجنة حذفه ، لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤ - ص ١٥ في الهامش . وقد جاء في المذكرة
الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مبدد هذا النص ما يأتي : « النص مطابق للتقنين المصري الحالي
(السابق) ٣٠١ / ٢٣٦ م . وهو إن كان مجرد تطبيق للقواعد العامة ، إلا أنه يرمى إلى »

فيجب إذن أن يتفق المتعاقدان على طبيعة العقد الذي يقصدان إبرامه ، وهو البيع . فلو قصد أحدهما رهناً وقصد الآخر بيعاً ، بأن قال صاحب الدار للمتعاقد الآخر خذ هذه الدار وأعطني ألفاً وقصد أن يرهنها بهذا المبلغ ، وقبل الآخر هذا الإيجاب معتقداً أن صاحب الدار يبيعهما ليرهنها ، فإن الإيجاب والقبول لم يتطابقا لا على البيع ولا على الرهن ، فلا يوجد بيع ولا رهن .

ويجب أن يتفقا على الشيء المبيع ، فلو كان للبيع داران وعرض على شخص أن يبيعه إحداهما فظان هذا أنه يبيع الدار الأخرى قبل شراءه لم يتم البيع ، لأن المتعاقدين لم يتفقا على المبيع فقد قصد البائع أن يبيع داراً وقصد المشتري أن يشتري أخرى .

ويجب أخيراً أن يتفقا على الثمن ، فلو طلب البائع في الدار ألفاً ولم يقبل المشتري أن يشتريها إلا بتسعمائة لم يتم البيع لأن المتبايعين لم يتفقا على الثمن (١) .

معرضين : (أولاً) أن يحدد بذكر المبيع والثمن لإزالة انحصار الخصاصة بكل من هذين الركنين . (ثانياً) أن يبين أن البيع عقد رضائي لا يشترط في تمامه تهجيل ولا كتابة . وقد نصت المادة ٣٨٨ من نصوص الموجبات والعقود النسخة على أنه لا يتبرن البيع تماماً إلا إذا اتفق المتعاقدان على نوع العقد وعلى المبيع والثمن . ونصت المادة ٣٧٣ من نفس النسخة على أن صحة البيع تتوقف على اتفاق المتعاقدين على ماهية العقد وعلى المبيع والثمن والشروط العامة لصحة الموجبات المدنية .

(١) نقض مدني ٩ يولييه سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٣ ص ٧٩٧ - ويعرض القضاة الفرنسيين منسباً أن يوتييه لفرض بعيد الترتيح في العمل : يطلب البائع في الدار ألفاً ويقبل المشتري أن يشتريها بألف ومائتين ، فهل يكون هناك اتفاق على الثمن ؟ يذهب سوتيه إلى أن المشتري وقد رضخ أن يشتري بألف ومائتين يكون راضياً دون شك أن يشتري بألف ، فيتم البيع على ألف (بوتيه في البيع فقرة ٣٦ - بودري وسيبيا فقرة ٢١ ص ١٥) . وإذا قيل إن البائع وقد رضخ أن يبيع بألف يكون راضياً دون شك أن يبيع بألف ومائتين فلم لا يتم البيع على ألف ومائتين ، أمكن رد هذا الاعتراض بأن الحل الأصح للمترجم بالمترجم - هو المشتري - هو الحل الذي يؤخذ به ، فيتم البيع على ألف لا على ألف ومائتين . ونصت المادة ١٧٨ من مجلة الأحكام العدلية على أنه تكون موافقة القبول للإيجاب حسناً ، فلو قال ألتاع لشترى بمكك هذا المال بألف قرش ، وقال المشتري اشتريتك بمكك بألف وخمسمائة ، انعقد البيع على الألف ، إلا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس أزم المشتري حيث أنه يعطيه خمسمائة لقرش التي زادها أيضاً وكذا لو قال المشتري البائع اشتريتك هذا المال بألف قرش ، فقال البائع بعك بمكك بخمسمائة ينقذ البيع ويلزم تنزيل المائتين من الألف .

وإذا كان اتفاق المتبايعين على البيع والمبيع والثمن ضرورياً ليم البيع ، فهو أبصاً كاف ، ولا ضرورة لتام البيع لأن يتفقا على أكثر من ذلك (١) . فتم البيع

== ونفرض فيما قدمناه أن المشتري وقت أن زاد في الثمن أو أن البائع وقت أن نقص فيه قد وقع في غلط . لكن قد يحدث أن المشتري يبدأ بعرض ثمن معين ، ويأبى ضمير البائع أن يسايره في هذا الثمن ، فيقبل البيع بشرط أقل هو الثمن العادل في نظره ، فهذا يكون إيجاب المشتري قد عارضه قبول البائع فيعتبر قبول البائع إيجاباً جديداً (م ٩٦ مدق) ، ويعتبر سكوت المشتري والإيجاب الجديد نافع أيضاً محضاً قبولاً لهذا الإيجاب الجديد ، فيتم البيع على الثمن الأقل . وإذا بدأ البائع بطلب ثمن معين ، فأبى ضمير المشتري إلا أن يزيد في الثمن ، فقبل المشتري الشراء بالثمن الأكبر بإيجاب جديد يقبله البائع بسكوته ، فيتم البيع على الثمن الأكبر (أنظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان - مرقس فقرة ٢٢) .

والعبارة بنية المتعاقدين ، وتستخلص السية من الفرائض في كل من اللغة العربي والفقه الإسلامي . - في الفتاوى الخانية رجل سارم رجلا بشر ، فقال البائع أبيعك بخمسة عشر ، وقال المشتري لا آخذته إلا بعشرة ، فذهب به ، ولم يقل البائع شيئاً . فهو بخمسة عشر إن كان المبيع في يد المشتري حين سألوه ، وإن كان في يد البائع فأخذته منه المشتري وبخمسة البائع فهو بعشرة . ولو كان في يد المشتري وقال لا آخذته إلا بعشرة وقال البائع لا أبيعك إلا بخمسة عشر ، فرده عليه المشتري ، ثم تناوله من يد البائع فدفعه البائع إليه ولم يقل شيئاً ، فذهب به المشتري ، فهو بعشرة . (شرح المجلة لسليم باز م ١٧٨ ص ٨٣) .

(١) استئناف وطني ٣ نوفمبر سنة ١٨٩٢ الختوق ٧ ص ٢٨٥ - استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٣ .

وفي صدد توافق الإيجاب والقبول في البيع قضت محكمة الاستئناف المختطة بأن البيع يتم بتوافق الإيجاب والقبول على المبيع والثمن (٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٠ - ٩ - ٢٤ سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٨) ، فلا البيع يتم إذا امتنع أحد المتبايعين من قبول العقد كاملاً (٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٩٢ - ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩٤ - ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥ - ١٣ مايو ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٢ - ١٠ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٩٨ - ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣١٩) . ويجوز يعني عن توقيع فلشترى على عقد البيع طلبه التسجيل أو قبضه للعين المبيعة أو تصرفه في المبيع مستنداً إلى عقد البيع (٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢٢ - ٢٣ إبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٥١ - ٣١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٠ - ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٨ - أول نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١٠ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦ - ٢٧ يناير ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣١ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٠ - ولكن قارن ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٢ - ١٤ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٢٤ - ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٣١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٥٣) . وقضت محكمة الاستئناف المختطة أيضاً بأن اتبع الموضع عليه من البائع مواعده ولم يجره ويجوز للمشتري إجباره على تسليم المبيع ، ولكن هذا البيع لا يكون ==

أذن حتى لو عسكت المتباينان من تمديد وقت تسليم البيع ، أو من تمديد وقت دفع الثمن ، أو عما إذا كان الثمن الموجب ينتج لهواك أو لا ينتج ، أو عن ملتزم بدفع مصروفات البيع ، أو عن تغير ذلك من المائل . فإدام التباينان قد اختلفا على البيع والمبيع والثمن فقد تم البيع (١) ، ويكون المبيع واجب التسليم لو رأ ، ويكون الثمن واجب الدفع في الجفان ، وإذا كان الثمن مؤجلا ولم يفتق على فوائد

= نافذا في حق الغير حتى لو سجل (٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٤٦-٤٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٩٩ - وي حكم يكون نافذا في حق الغير لو سجل - مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٤) . ولا يجوز الاحتجاج بعدم توقيع المشتري على عقد البيع إلا من له مصلحة في ذلك ككثير آخر من البائع أو دائن مرتين (١٥ يناير سنة ١٨٩٦ م ٧ ص ٧٤ - ١٩ يناير سنة ١٨٩٧ م ٧ ص ٢٤٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلة أيضاً بأن يرد إرسال كتاب من صاحب البعثة بمرس سلمت لا يكون إلا إجباراً بمرس يكون يقبول تطرف الآخر (١٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٤) . وبأن مداوات مجلس إدارة الشركة لتعيين الغير للشركة لا يقع البيع لا إجباراً (٢٠ يونيو سنة ١٩١٨ م ٢٠ ص ١٤٠) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وأند التباين الذي يمس البعثة في مائدة النص والوقع ملجسا من الذي عليه الاحتجاج التزام المراج بأن يبيع المراد له في البعثة أو غيره وأوصافه نجسا ومدار آل نوع من رتبة وشكل كل البيانات اللازمة لتدبير أركان عقد البيع ولو أنها ملزمة بعبارة ، وهذا حين تحرير الشروط ، ثم عرضت لتفصيل هذا الاتفاق قرأت أن نية المتعاقدين فيما يتعلق بياتي شروط البيع من تسليم المبيع ودفع ثمنه قد توضح من الطريقة التي بينها في حكمها وقالت إنها اتبعاها طوال مدة تنفيذ هذا العقد ، فإنها إذ استظهرت توافق أركان التماثل من التمهيد المأخوذ من البائع ومن تنفيذ جزئياً ، وإذا استكلت شروط الاتقان من العناصر الأخرى القائمة في الدعوى ، تكون قد استخلصت ذلك ما ينتج . فلا يصح مناقشتها فيه أمام محكمة النقض لتعلقه بملطة محكمة الموضوع في تقرير الوقائع (نقض ١٢ مايو

سنة ١٩٤٢ مجوعة عمر ٤ رقم ٥٧ ص ١٥٨) . وقضت من جهة أخرى بأن من كان الإلتنازع على تكييفه صريحاً في الإفصاح عن قبول المضر البيع بالشروط التي ارضعها ، وكان المنسك بهذا الإقرار بالزوج في انضمام البيع على أساس هذه الشروط ، فلا يمكن مع هذا القول بتلاق الإيجاب والقبول اللازمين لانضمام البيع ، واختلاف الطرفين على مسألة المبيع ومدوده يجعل البيع غير معتقد أنهم الاتفاق على الغير البعثة (نقض عدس ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجوعة أحكام النقض ١ رقم ٥٦ ص ٢٠٢) . وقضت بأن إذا أدرج عقد البيع والثنى أثناء عقد البيع ، وقررو الأجنبي أن الجيب في الإلتنازع هو أن البائع كان يبيع نفسه المبيع المخصص الآخر والمضروب ألا يكون هذا البيع الثاني بائناً إلا بعد التنازل عن البيع الأول ، كيف البيع الثاني بأنه مبيع حقيقي على شرط واقف ، على التنازل عن البيع الأول (نقض عدس ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجوعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٦ ص ١٨٥) .

لم تستحق الفوائد إلا في حالات خاصة ، وإذا لم يعرض المتبايعان لمن يلتزم بدفع مصروفات البيع فالمصروفات على المشتري . فها نحن نرى أن هذه المسائل التي لم يعرض لها المتبايعان قد تكفل القانون بحماها ، ولا يجوز بهدأ أن تم العقد على النحو الذي قدمناه لأحد من المتعاقدين أن يعدل عنه دون رضاه المتعاقد الآخر (١) .

ولكن إذا عرض المتعاقدان لشيء من هذه المسائل - ميعاد تسليم المبيع أو ميعاد دفع الثمن الخ - ولم يتفقا على مسألة منها ، فإن البيع لا يتم ، لأنيهما عرضا للمسألة ولم يتفقا عليها . وكذلك الحكم إذا احتفظ أحد المتبايعين بمسألة للاتفاق عليها فيما بعد ، فاحتفاظ المتعاقد بمسألة دليل على أنه قصد ألا يتم البيع إلا بعد الاتفاق عليها . ومع ذلك فقد نصت المادة ٩٥ مدني على أنه وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تفضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (٢) .

وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً في الجزء الأول من الوسيط (٣) .

وسبق كذلك بيان أن الأصل في الإيجاب ألا يكون لازماً ، ويجوز للمرجب الرجوع عنه إلى أن يلتقي به القبول . ولكن إذا مات من صدر له الإيجاب أو فقد أهليته بعد صدور القبول منه ، فإن ذلك لا يمنع من تمام البيع عند اتصال القبول بعلم الموجب ، وهذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل (٤) .

(١) وقد نصت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى التي أوردتها الحكم أن رغب الشراء بعد أن قبل عرض البائع قد بادر إلى المطالبة بالقبول ، ووجه في الوقت المناسب إنذاراً للبائع بتكليفه الحضور لتحرير العقد الرسمي ، وانتهى الحكم رغم ذلك إلى القول بأن المشتري عدل عن الصفقة ، ولم يدعم قضاؤه بذلك بأدلة من شأنها أن تؤدي إليه ، بل كان كل ما قاله لا يبرر ما خلاص إليه ، فإنه يكون معيياً متعيياً بنفسه . نقض مدني ١٤ يوبيه سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٧ ص ٧٢٩) .

(٢) مثل ذلك الاحتفاظ بمسألة تعيين من يتحمل من المتبايعين مصروفات تخزين المبيع المدة التي تن فيها مخزوناً ، فعدم الاتفاق عليها بعد ذلك لا يمنع من تمام البيع ، وتعين المحكمة المتعاقد على يتحمل هذه المصروفات طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة .

(٣) الوسيط ١ فقرة ١١١ .

(٤) م ٩٢ م مدني - الوسيط ١ فقرة ٨٢ .

٢١ - صور عملية البيع الإجباري : قد يتخذ الإيجاب صوراً عملية مألوفة ، فتعمد المتاجر إلى عرض سلعتها عن طريق النشرات والإعلانات و الكاتالوجات ، وغيرها من وسائل الدعاية ، وتضع بياناً تفصيلياً لما تتجر فيه من السلع ، وتذكر أمام كل سلعة ثمنها . وقد يعمد المتجر إلى عرض عينات من السلع التي يبيعها على الجمهور في واجهة المكان الذي يتجر فيه ، ويضع إلى جانب كل سلعة منها بياناً بالثمن الذي يبيعها به (١) .

كل هذه صور عملية للإيجاب أصبحت الآن مألوفة في التجارة ، والحقيقة التي تشترك جميعاً فيها هي أن الإيجاب موجه لغير شخص معين بالذات ، إذ هو موجه للجمهور في مجموعه دون تمييز بين شخص وآخر . ومع ذلك يعتبر هذا إيجاباً صحيحاً ، لأن المرجب لا يعنيه شخص من يوجه إليه الإيجاب ، ولا يهمه إلا أن يبيع سلعته لأي شخص يتقدم لشراؤها بالثمن الذي حدده لها . ومن ثم إذا تقدم أي شخص من جمهور الناس إلى المتجر ، وقبل أن يشتري السلعة الميئة في النشرة أو الإعلان أو الكاتالوج أو الموضوع في الواجهة بالثمن المحدد لها ، كان هذا قبولاً صحيحاً لإيجاب قائم ، ويتم عقد البيع على هذا الوجه بتطابق الإيجاب والقبول . ولا يستطيع صاحب المتجر أن يرفض ، بعد أن تم العقد على هذا الوجه ، تسليم السلعة للمشتري .

على أن هذا الحكم ترد عليه القيود الآتية :

١ - عرض السلع على الجمهور عن طريق النشرات والإعلانات و الكاتالوجات ، يكون في الغالب دعوة إلى التعاقد لا إيجاباً كاملاً ، فإذا تقدم شخص إلى صاحب المتجر وطلب منه أن يبيع له سلعة من الماء الميئة في نشرة أو إعلان أو كاتالوج ، غير موجه إليه شخصياً ، كان هذا إيجاباً من صاحب

(١) وقد جاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا الصدد : « ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلائل حقيقة المقصود . عرض التاجر لبضائمه على الجمهور مع بيان أمانتها يعتبر إيجاباً صريحاً ، ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المخصصة لذلك عرض صريح على الجمهور ، ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوة أو لتوزيع طابع البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً (الوسيط ١ فقرة ٧٦ ص ١٧٦) .

السلعة لا قبولاً ، ويصدر القبول بعد ذلك من صاحب المتجر ، ولكن لا يجوز له أن يرفض القبول بعد أن دعا إلى شراء سلعته إلا إذا امتدنى ذلك إلى أسباب مشروعة (١) . أما إذا كانت النشرة أو الإعلان أو الكتلانوح قد أرسل إلى شخص بالذات بعنوانه الشخصي ، وقد قصد صاحب المتجر أن يوجه إليه إيجاباً ، فإن هذا يعتبر إيجاباً كاملاً ، فإذا استجاب له من وجه إليه كان هذا قبولاً وتم البيع ، ولا يستطيع صاحب المتجر بعد ذلك أن يرجع في تعاقده . وكذلك عرض السلعة في واجهة المكان مصحوبة ببيان ثمنها يعتبر إيجاباً لا مجرد دعوة للتعاقد ، بالرغم من أن الإيجاب هنا موجه للجمهور لا لشخص معين بالذات ، فإذا قبل شخص هذا العرض كان هذا قبولاً وتم البيع . أما إذا كانت السلعة غير معروضة في واجهة المكان ، بل كانت داخل المتجر مصحوبة ببيان ثمنها . وكان دخول المتجر مباحاً للجمهور كما هي العادة ، وعرض صاحب المتجر على العميل سلعته وقد بين عليها ثمنها ، اعتبر هذا إيجاباً منه إذا قبله العميل

(١) وقد كان الشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص في هذا المنى حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه « يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفض ، ما لم يكن قد دعا إليه فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ - ٤٦) . وجاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا السند : « والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث غيرهما على الإيجاب وتدعوهم إليه ، كالتجار في الشرائع والإعلانات وتروائهم الأسعار التي يوجهونها إلى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابهم نظارون ، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل في صناعاتهم . فإذا استجيبت هذه الدعوة إلى التعاقد ، زالت الإيجابية إيجاباً يمتاز عما عداه من غير الإيجاب لأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفض لغير أسباب مشروعة . وقد عثت المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيدى هذا السند المادى كما يأتي : « وليس هذا الأثر القانونى إلا نتيجة الحالة التي أنشأها صاحب الدعوة ، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ بجامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق ، أو التمسك في استعماله . على أن الإساءة في هذا الفرع ترد على مجرد إساءة من الرخص ، وهذه خصومية تسرعى الانتباه . وقد تعدد الشرح إعمال تعيين الجزء الذي يترقب إلى الرفض التمسك . نقل هذا الرفض يرتب مسؤولية لاشك فيها . فلا يجوز أن يقتصر التمسك برفض على صالح من المال ، إذا كانت هذه الجزاء كافياً . ويجوز للتأمين في بعض الظروف أن يذهب إلى ما هو أبعد ، فيعتبر أن العقد قد تم على العميل بالتعرض إذا كان في الظروف صالحاً . ذلك : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤ في الفاش » (الوسيط ١ ص ٢١٦ - ٢١٧) .

ثم البيع ، أما إذا لم يبين على السلعة الثمن ، أو كانت هناك بيانات عن الثمن لا يستطيع العميل إدراك معناها وقد قصد بها أن ترشد صاحب المتجر إلى تحديد الثمن ، فإن عرض السلعة على العميل في هذه الحالة لا يعتبر إيجاباً ، بل يجب أن يبين صاحب المتجر ثمن السلعة حتى يقوم الإيجاب .

٢ - في الحالات التي يقوم فيها الإيجاب من صاحب المتجر ، وبخاصة عن طريق النشرات والإعلانات والكتالوجات ، يكون المفروض أن صاحب المتجر يعرض سلعته ما بقي عنده منها شيء . فإذا نفذت السلعة ، ثم أتى عميل بعد ذلك يطلبها ، كأن لصاحب المتجر أن يعتبر نفاذ السلعة بمثابة وجوع منه في الإيجاب جرى العرف أن ينتج أثره من غير حاجة إلى إعلانه (١) ، فلا يكون التاجر ملزماً باجابة العميل إلى طلبه .

٣ - الإيجاب الذي يقوم على هذا الوجه قد يحدد له ميعاد يتي فيه قائماً ، فإذا انقضى الميعاد سقط الإيجاب من تلقاء نفسه . أما إذا لم يحدد ميعاد ، فالمفروض أن صاحب المتجر إنما قصد أن يفرم إيجابه في خلال مدة معقولة تحدد حسب ظروف المتجر ونوع البضاعة والمألوف في التجارة . فإذا تقدم عميل بعد انقضاء هذه المدة ، لم يكن الداجر ملزماً باجابته إلى طلبه .

٤ - إذا لم يكن عند صاحب المتجر شيء من السلعة وقت أن أصدر إيجابه على النحو السابق ، فليس ذلك مبرراً إلى أنه لا يجب أي عميل إلى ما يطلب ، وإلا كان الإيجاب الذي أصدره لا معنى له . وإنما هو أراد بإيجابه أن يتعهد لمن يطلب السلعة بأن يوردها له في وقت مناسب . فإدامت المدة المعقولة لقيام الإيجاب لم تنقض ، كان لأي عميل الحق في طلب السلعة بالثمن المحدد ، وعلى صاحب السلعة توريدها له في وقت مناسب بهذا الثمن ، وليس له أن يمنح بأن السامة لم تكن عنده ليكون حكمها حكم السلعة التي نفذت (٢) .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل في هذا الصدد

(١) لو يقال إن الإيجاب يقوم ما دامت السلعة موجودة عند التاجر ، فإذا نفذت سقط الإيجاب من تلقاء نفسه .

(٢) أنظر في كل ما تقدم من القيود بودرى وسينيا فقرة ٤٦ - فقرة ٥٥ .

(الوسيط - م ٤)

على النص الآتي (م ١٤٣ من المشروع) : ١٥ - يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً . ٢ - أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارية التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض (١) . فحذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه ، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه (٢) .

٢٢ - شكل عقد البيع : وبمخلص مما تقدم أن عقد البيع ليس له شكل

خاص ، فهو ليس بعقد شكلي ، بل هو عقد رضائي . فتنى تم الاتفاق على البيع والمبيع والتمن ، فقد تم البيع ، دون حاجة إلى ورقة رسمية بل ولا إلى ورقة . فجرد تطابق الإيجاب والقبول يكفي ، شأن البيع في ذلك شأن كل عقد غير التراضي (٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في العدد ٥٠ وقد تقدم في الفقرة الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن الشراء والإعلانات وقوائم الأسعار التي يجري التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد تعتبر في الأصل دعوة لحث الناس على الإيجاب . فليس ينصرف حكم النص في الصورة التي يواجهها إلى الإيجاب النهائي الملزم الذي ينقلب إلى رباط تعاقدى متى ائتمن به القبول ، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة للتقدم بالإيجاب . والاستجابة لهذه الدعوة هي التي تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً ، بينما عمادها من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ في الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١ في الهامش - الوسيط ١ ص ١٧٦ هامش رقم ١ .

(٣) استئناف وطني ١٥ ماير سنة ١٨٩٣ الحنفوق ٨ ص ١٩٧ - ٤ مايو سنة ١٩٠٥

تقلال ٤ ص ٥٢٦ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٥ ص ٢٠١ -

استئناف مختلط ٢ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢ .

وتنص المادة ٣٧٦ من تقنين الموجبات والعقود البناني على أنه « يجوز أن يكون البيع خطياً أو شفهاياً مع مراعاة القواعد الموضوعية لبيع الأموال الثابتة » . وكان التقنين المدني المصري السابق ينص صراحة على رضائية عقد البيع ، فكانت المادة ٢٣٧ وطني على أنه « يجوز أن يكون البيع بالكتابة أو بالشفاهة » ، وتناولها المادة ٣٠٢ مختلط : « البيع يجوز أن يكون بالكتابة بسند رسمي أو غير رسمي » ، والمادة ٣٠٣ مختلط : « البيع يكون بالشفاهة أو بالإشارة » . هذا ولم يغير قانون التسجيل في العقار من رضائية البيع ، فسرى أن بيع العقار لا يزال عقداً رضائياً والتسجيل ليس ضرورياً إلا لنقل الملكية .

على أنه قد ينص القانون في بعض حالات استثنائية على شكل معين لأبواع خاصة من البيوع ، وذلك كبيع السمينة وبيع براءات الاختراع والعلامات التجارية (١) .

وقد يتفق الطرفان على أن يكتب بالبيع ورقة رسمية أو ورقة عرفية . وهذا الاتفاق يمكن أن يقصد به أحد أمور ثلاثة :

(الأمر الأول) أن يكون المتبايعان قد أرادا باتفاقهما هذا بيعاً كاملاً باتاً ، وإنما اتفقا على أن يعدا ورقة رسمية أو ورقة عرفية كدليل لإثبات هذا البيع . إمعاناً منها في الحصول على وسيلة قوية للإثبات . ويسمى هذا الاتفاق بالعقد الابتدائي ، وحقيقته أنه بيع كامل يؤخذ فيه بالشفعة ، وإذا مات أحد المتبايعين قبل إعداد الورقة المتفق عليها كانت الورثة باعتبارهم ممثلين للتركة ملتزمين مكانه بالمساهمة في إعداد هذه الورقة . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في العقد الابتدائي . ولا يكون البيع الابتدائي في هذه الحالة عقداً شكلياً ، بل يبقى عقداً رضائياً ، أما البيع النهائي فيكون عقداً شكلياً بموجب الاتفاق . فإذا امتنع أحد الطرفين من المساهمة في إعداد الورقة المتفق عليها أمكن الطرف الآخر إجباره على ذلك قضاء ، بأن يحصل على حكم بثبوت انبعاث الاتفاق الأول ، ويحل الحكم محل الورقة العرفية أو الرسمية المتفق عليها .

(الأمر الثاني) أن يكون المتعاقدان قد قصدا باتفاقهما مجرد وعد بالبيع ، وأن البيع لا يتم إلا عند كتابة الورقة العرفية أو الرسمية . وقد يكون هذا الوعد من جانب أحد الطرفين ، أو من جانب كل من الطرفين فإذا أحل الواعد

(١) وقد نصت المادة ٣ من نخبين التجارة الحرة على أن « بيع السمينة كلها أو بعضها اختيارياً يلزم أن يكون بسند رسمي ، سواء حصل قبل الفجر لم من أثنائه ، وإلا كان البيع لاغياً » .

وإذا كان الثمن إيراداً مرتباً ، لم ينقذ البيع إلا بالكتابة فيكون عقداً شكلياً ، وقد نصت المادة ٧٤٣ مدني على أن « العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً » . وتقتضى المادة ٢/٣٧ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بأن كل تصرف يرد على حق المؤلفي استنلال مصنفه لا ينقذ إلا بالكتابة ، وقد يكون التصرف في المصنف بيعاً فيكون البيع في هذه الحالة شكلياً .

وتعتبر بيوعاً شكلية البيوع الجبرية وبيع عقار القاصر والمغائب .

التزامه ولم يساهم في إنعام البيع بكتابة الورقة المتفق عليها ، أجبره الطرف الآخر
على تنفيذ التزامه عيناً بالحصول على حكم يقوم مقام عقد البيع . والبيع في هذه
الحالة يكون شكلياً لا يتم إلا بكتابة الورقة المتفق عليها أو بالحكم الذي يسدر
لإجراء البيع ، ولا يعتبر الحكم وجوداً إلا من وقت كتابة الورقة أو من وقت
صدور الحكم ، بخلاف الحالة الأولى فقد رأينا أن البيع يكون موجوداً من وقت
الاتفاق الآن .

(الأمر الثالث) أن يكون الطرفان لم يقصدا لا بيعاً كاملاً باناً كما في الحالة
الأولى ، بل ولا مجرد وعد بالبيع كما في الحالة الثانية . وإنما قصدوا إعداد
مشروع للبيع بحدود شروطه مبدئياً ، على أن يتم البيع بعد ذلك بكتابة الورقة
العرفية أو الرسمية . وفي هذه الحالة لا يكون هذا المشروع ملزماً لأحد منهما ،
ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام البيع ولا يجوز للطرف الآخر إجباره
على ذلك عن طريق القضاء . فإذا ما قبل الطرفان إبرام البيع بعد ذلك عن طريق
كتابة الورقة المتفق عليها ، فإن البيع يتم ولكن من وقت كتابة الورقة ، ويكون
شكلياً في هذه الحالة (١) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧ - وانظر أيضاً لوران ٢٤ فقرة ١٢٨ -
جيوار ١ فقرة ٩ - بودرى وسينيا فقرة ١٨٨ - وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد
يتضمن نصاً يقضى ، إذا اشترط المتعاقدان الكتابة ، بأن يفترض عند الشك أنها قصدت ألا يتم
العقد إلا بالكتابة ، فتكون الكتابة شكلاً لا مجرد طريق للإثبات . ولكن لجنة المراجعة حذت
هذا النص لإمكان الاستثناء عنه ، فيرجع إذن في كل حالة إلى قصد المتعاقدين ، وهل أرادوا
الشكل أو طريق الإثبات . وما هي قيمة الاتفاق الابتدائي الذي أبرمناه هل هو بيع كامل أو وعد
بالبيع أو مجرد مشروع غير مبرم .

وتنص المادة ١٥٨٢ من التقنين المدني الفرنسي على أن البيع " يمكن حصوله بعقد رسمي
أو بعقد عرفي " . وكان أصل المادة : " بيع المقاربات يجب أن يحصل بالكتابة ، ويمكن حصوله
بعقد رسمي أو عقد عرفي " . ولكن حذف شرط الكتابة في بيع المقاربات ، وبقيت المادة بعد
حذف هذا الشرط ، فأصبحت توهم أن البيع تلزم فيه الكتابة . والتفسير الصحيح لهذا النص
أن للتبايعين كتابة ورقة رسمية أو ورقة عرفية إذا أرادوا تحرير العقد ، أما البيع ذاته فيتم بمجرد
التراضي (لوران ٥ فقرة ١٢٦ - فقرة ١٢٧ - جيوار ١ فقرة ٧ - أوبري ورو ٥ ص ٢٨
فاش دقم ١ مكرر - بودرى وسينيا ٧ فقرة ١٨ وقرة ١٨٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧
ص ٢٥ وهامش رقم ١) .

٢٣- إيجابت **عقد البيع** : عقد البيع يثبت طبقاً للقواعد العامة في الإثبات. وتعتبر قيمة البيع بمقدار الثمن ، فإذا بيعت دار بألف كان التزام البائع بنقل ملكية الدار قيمته ألف لأن الدار قومت بهذا المقدار (١). وكان التزام المشتري بدفع الثمن قيمته ألف بطبيعة الحال .

ومن ثم يثبت عقد البيع بالينة أو بالقرائن إذا كان الثمن لا يزيد على عشرة جنيهات (٢) . فإذا زاد الثمن على هذا المقدار ، أو كان غير معارم القيمة بأن كان إراداً مرتباً مدى الحياة مثلاً ، لم يجوز إثبات البيع إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها طبقاً للقواعد العامة (٣). ويقوم مقام عقد البيع الحكم النهائي القاضي بوقوع البيع وصحة التعاقد (٤) .

٢٤- **تفسير عقد البيع** : عقد البيع ، كسائر العقود ، تجرى عليه القواعد العامة في تفسير العقد .

فإذا كانت عبارات البيع واضحة ، لم يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها

(١) وهذا بخلاف حوالة الحق ، فقد يباع حق معروف المقدار بشئ أقل ، فيكون التزام الخليل قيمته أكبر من قيمة التزام المحال له (الوسيط ٣ فقرة ٢٦٢) .

(٢) أو كان البيع تجارياً ، وقد قضت محكمة النفس بأنه متى كان طرفا النزاع تاجرين ، فلا جناح على المحكمة إن هي أحالت الدعوى على التحقيق ليثبت المدعي صدور بيع منه إن المدعي عليه وقيمة الأشياء المبيعة ، وذلك لأن الإثبات في المواد التجارية حائز بكافة طرق الإثبات (نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النفس ٥ رقم ٦٨ ص ٤٥٨) . ونصت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز إثبات البيع التجاري بالقرائن لتصديق انقضاء المشتري وتسليمها إياه (٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٢٦) ، وقضت أيضاً بأنه يجوز إثبات البيع التجاري مفاتورة صادرة من البائع ومقبولة من سمسار المشتري (٨ يناير سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ١٢١) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا قدم المشتري إيصالاً بالثمن بتوقيع البائع ، عد الإيصال مبدأً ثبوتاً بالكتابة يبيح إثبات مساحة الأرض المبيعة وحدودها ووقوع البيع باناً بالينة (١٥ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٨٩) .

(٤) استئناف مختلط سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٢ - وقد كانت المسألة الأخرى من المادة ٣٠٣/٢٢٧ من التفتين المدني السابق تنص صراحة على تطبيق القواعد العامة في الإثبات فتقول : « إننا في حالة الإنكار تتبع القواعد المقررة في القانون بشأن الإثبات » .

للتعرف على إرادة المتبايعين (م ١/١٥٠ مدني) . ففي تفسير الشروط الظاهرة لا تجوز عكسة النص لقاضي الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر ، ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسحاً وتشويهاً مما يوجب نقض الحكم .

أما إذا كانت عبارات البيع غير واضحة ، وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ (م ٢/١٥٠ مدني) . ويستهدى للقاضي ، للكشف عن هذه النية المشتركة ، بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات .

وإذا قام شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين ، فسر عقد البيع بما فيه مصلحة الملتزم ، الساع أو المشتري ، فان كلا منهما ملتزم بعقد البيع (م ١/١٥١ مدني) . أما التقنين المدني الفرنسي فقد نصت المادة ٢/١٦٠٢ منه على أن « الشروط الغامضة في عقد البيع تفسر لمصلحة المشتري وضد البائع » ، أي سواء كان البائع هو الدائن أو المدين (١) .

وإذا كان البيع من عقود الإذعان ، فلا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فيه ضاراً بمصلحة الطرف المدعى (م ٢/١٥١ مدني) . ففي التعاقد مع شركة المياه وشركة النور وشركة الغاز يكون العميل مشترياً للمياه والتوز والغاز بشروط أمتها عليه الشركة ، ولا يستطيع هو إلا أن يدعى لها . فإذا كان ذلك غموض في التزامات الشركة ، فسر هذا الغموض ، لا لمصلحة الشركة المدينة كما كانت القواعد العامة تقضي فيما قدمناه ، بل لمصلحة العميل إذ هو الطرف المدعى (٢) .

(١) وقد أورد الفقه الفرنسي على هذا النص قديين . أحدهما أنه لا يسرى إلا إذا أموز القاضي قواعد أخرى لتفسير عقد البيع ، والقيد الثاني أنه لا يسرى إلا في تفسير الشروط الطيبة المألوفة في عقد البيع فإذا وضع المشتري شروطاً استثنائية لمصلحته وجب الرجوع إلى القواعد العامة وتفسير هذه الشروط لمصلحة البائع (أوبري وردو • فقرة ٢٥٣ هامش رقم ٢ - بودري وسبينا فقرة ٢٨١ - بلانهور وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨) . ومنعود إل هذه المسألة فيما يل (انظر فقرة ٢٢٥ في الهامش) .

(٢) انظر في مسألة تفسير العقد الوسيط ١ فقرة ٣٨٦ - فقرة ٤٠٥ .

٢٥ - الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون

٢٥ - صرحت نمريرة بالبيع النهائي : فرضنا فيما قدمناه أن المتابعين قد عقدوا العزم على التتابع ، فأبرموا عقد بيع نهائي . ولكن يقع كثيراً أن يجر المتعاقدان بمرحلة تمهيدية ، تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى البيع النهائي . وهذه المرحلة التمهيدية نفسها مندرجة ، فقد تكون مجرد وعد بالبيع ، وقد تصل إلى أبعد من ذلك فتكون يوماً ابتدائياً ، وتسيراً ما يقترن بالبيع الابتدائي عربون يميز للعائد الرجوع في البيع . وقد سبق أن استعرضنا هذه المرحلة التمهيدية في التعاقد بوجه عام (١) ، ونطبق هنا الأحكام التي سبق أن فصلناها في العقد على عقد البيع بالذات .

فنتعرض : (أولاً) الوعد بالبيع (ثانياً) البيع الابتدائي (ثالثاً) البيع بالعربون .

أولاً - الوعد بالبيع

٢٦ - صور ثلاث لمرور الوعد بالبيع : قد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع نهائي ، بل على مجرد وعد بالبيع . والوعد بالبيع له صور ثلاث :

(الصورة الأولى) الوعد بالبيع من جانب واحد (promesse de vente) . وفي هذه الصورة يعد صاحب الشيء المتعاقد الآخر أن يبيع منه هذا الشيء إذا رغب الآخر في شرائه في مدة معينة . فيكون صاحب الشيء هو الملزم وحدد بالبيع إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء ، أما الطرف الآخر فلا يكون ملزماً بالشراء ، بل هو حر إن شاء أظهر رغبته في الشراء فيتم البيع النهائي ، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه الرغبة فلا يتم البيع ، بل ويسقط الوعد بالبيع .

(١) الوسيط ١ فقرة ١٣١ - فقرة ١٤٢ .

(الصورة الثانية) الرعد بالشراء من جانب واحد (promesse d'achat) .
وفي هذه الصورة بعد المتعاقد الآخر صاحب الشيء أن يشتري منه هذا الشيء
إذا رغب الأول في بيعه في مدة معينة . فهذه ، كما نرى ، الصورة العكسية
للصورة الأولى . ويكون المتعاقد الآخر هو الملزم وحده بالشراء إذا رغب
صاحب الشيء في بيعه ، أما صاحب الشيء فلا يكون ملزماً بالبيع ، بل هو حر
إن شاء أظهر رغبته في البيع فيتم البيع النهائي ، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه
الرغبة فلا يتم البيع بل ويسقط الوعد بالشراء .

(الصورة الثالثة) الوعد بالبيع والشراء (promesse de vente et d'achat) ،
وتحتها حالتان ، حالة الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد وحالة الوعد
بالبيع والشراء من الجانبين . ففي الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد
يجتمع الوعد بالبيع ملزماً لجانب صاحب الشيء دون المتعاقد الآخر ، والوعد
بالشراء ملزماً للمتعاقد الآخر دون صاحب الشيء ، أى تجتمع صورتان
المتقدمتان . فيكون صاحب الشيء ملزماً ببيعه إذا أظهر المتعاقد الآخر رغبته
في الشراء في المدة المحددة ، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط الوعد بالبيع
كما قدمنا . ويكون ، من ناحية أخرى ، المتعاقد الآخر ملزماً بالشراء إذا أظهر
صاحب الشيء رغبته في البيع في المدة المحددة ، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط
الوعد بالشراء كما قدمنا . ونرى من ذلك أن هناك احتمالاً في هذه الحالة أن كلا
من صاحب الشيء والمتعاقد الآخر ، الأول لا يظهر رغبته في البيع والثاني
لا يظهر رغبته في الشراء ، فيسقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء في
وقت واحد . وهذا بخلاف الوعد بالبيع والشراء من الجانبين ، فهذا وعد
ملزم للجانبين وهو بيع كامل ، وليس هو اجتماع وعد بالبيع ملزم لجانب واحد
ووعد بالشراء ملزم لجانب واحد ، وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي :

١ - الوعد بالبيع من جانب واحد

٢٧ - أمثلة عملية: يتحدث كثيراً أن يجد الشخص نفسه في حاجة
إلى الحصول من آخر على وعد بالبيع دون أن يتقيد هو بالشراء .

فالمستأجر المداير قد يقوم بمنده احتمال في أن يشترها ، ولكنه لا يريد أن يتخذ بالشراء منذ البداية ، إما لأنه يريد تجربة المداير وقتاً كاملاً وهو يسكنها كمتأجر ، وإما لأنه في حاجة إلى وقت لتدبير ثمن المداير وقد لا يستطيع تدبيره ، وإما لأي سبب آخر . ففي هذه الحالة يحصل ، إذا استطاع ، من صاحب المداير على وعد ببيعها منه إذا أبدى المستأجر رغبته في الشراء في مدة معينة تكون غالباً هي مدة الإيجار . فيتسع للمستأجر الوقت لتجربة المداير أو لتدبير ثمنه ، وقد لا تعجبه المداير أو لا يتيسر له تدبير الثمن ، فلا يظهر رغبته في الشراء . ومن ثم يسقط الوعد . أما إذا أعجبت المداير أو تيسر له تدبير الثمن فما عليه إلا أن يبدى رغبته في الشراء فيتم البيع (١) .

وقد يقع أن شخصاً يريد إنشاء مصنع على أرض معينة ، فيستأجرها من صاحبها ويقيم عليها المصنع . ويحصل في الوقت ذاته على وعد من صاحب الأرض ببيعها منه في مدة معينة إذا رغب في شرائها . فإذا هو غير ائمان اللازم للشراء ، أبدى رغبته في أن يشتريها لثم البيع ، وقد أتبع له بذلك الوقت الكافي لتدبير الثمن .

وقد يقع أن يكون بناء مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك يقتضى أن يقوم البناء على قطع ، وتجاورة من الأرض لملاك مختلفين ، فيعهد من يريد البناء إلى الحصول على وعد بالبيع من كل مالك على حدة ، حتى إذا اكتمل له وعود من جميع الملاك ، أبدى رغبته في الشراء ، فيتم البيع في جميع الأجزاء اللازمة للبناء .

(١) وينبغي كما قدمنا أن تكون مدة الوعد بالبيع هي مدة الإيجار ، فإذا تمت الإيجارات بالوعد بالبيع ، أما إذا انتهت مدة الإيجار فإن مدة الوعد قد تنفس حتى ولو تجدد الإيجار مجدداً . فبأن التجدد يعتبر إيجاراً جديداً ، وذلك ما لم يرد الطرفان الوعد لمدة الإيجار الجديد . وإذا انقضى الإيجار بسبب هلاك المدين بالتجربة لم يفسخ الوعد بالبيع ، بل يبقى على كونه بعد إعادة بناؤها ، وفي حالة تأجير المدين من المالك ، يظل الوعد قائماً لمصلحة المستأجر الأصل لا لمصلحة المستأجر عن المالك (بتأويل مديون وعلى ١٠ - فقرة ١٠٠٠ - ثارن الأخذ أنوار حاليان فقرة ٥) . وقد يقع أن يتأجر المدين من المالك على وعد ببيعها ، ويظهر أن هذا النوع من البيع لا يرد في المادة ٥ ، فإذا أكل المدين كانت له المدين ، وإذا لم يرد ما دونه زيادة حل الأجرة (بتأويل مديون وعلى ١٠ فقرة ١٧٦) .

ويمكن الاكثار من هذه الأمثلة العملية التي يحتاج فيها الشخص إلى الحصول على وعد بالبيع دون أن يثبته هو بالشراء (١). وفيها جميعاً يكون الوعد بالبيع

(١) فن هذه الأمثلة العملية: شركات البناء العقارية تضمن عقود الإيجار الصادرة منها وعداً ببيع الدين إلى المستأجر - تلباً لشركات الصناعة إلى الحصول من الأراضي المجاورة لمصانعها على وعد ببيعها ضماناً لتوسيع المصانع - مستأجر لأرض زراعية يحصل على وعد ببيعها قبل أن ينفق في إصلاحها مصروفات كبيرة - شركة تبحث عن معادن في أرض فتحصل من صاحب الأرض على وعد ببيعها إذا عثرت على المعادن .

وقد قضت محكمة مصر الاستئنافية بأنه إذا تمعد المشتري من الحكومة في عقد البيع بأن يرد إليها كل أو بعض ما اشتراها منها في نظير ما يقابله من الثمن المتعاقد عليه إذا لزم للشفعة العامة ، فهذا الشرط إنما هو شرط شخصي يترتب عليه حق عيني ، وهو يعتبر بمثابة وعد بالبيع موقوف تنفيذ على إرادة أحد المتعاقدين (٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٤٢ ص ١٠١) .

وقد يحول سبب دون تقدم شخص للزيادة بنفسه ، فينتفح مع آخر على أن يتقدم هو للزيادة . مد أن يحصل منه على وعد ببيع العين إذا رسا مزادها عليه . ويجب التمييز بين هذه الصورة وصورة الدخول في المزداد باسم مستأجر . وقد قضت محكمة النقض بأن تعهد المدين بأن من استخدمه للدخول في الزيادة يعتبر في القانون نائباً عنه بطريق إعارة الاسم ، وأن المار اسمه لا يتمك في حق الأصل - هذا التحدى محله أن يكون الثابت في الدعوى أن من رسا عليه المزداد كان عند رسر المزداد عليه معيراً اسمه . أما إذا كان الثابت أن الراسي عليه المزداد إنما وعد المدين بأن يبيع له الأطنان عند رسو المزداد عليه إذا دفع له الثمن والمصروفات ، فذلك لا يصح التحدى به في إنكار الملكية على الراسي عليه المزداد (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٨ ص ٦١٣) .

وقد يعد مدين دائته بأن يبيع منه عيناً إذا لم يوف الدين في الميعاد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الورقة المختلف على تكييفها - هل هي ورقة ضد عن العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هي وعد بالبيع - مذكوراً فيها أنه " إذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول " ، فهذا يدل على أن البيع لا يكون نافذ المفعول في مدة الوفاء . وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقي الذي ينفذ مفعوله كبيع بمجرد التعاقد ، وإن تعلق على شرط فاسخ . وإذن فاعتبار تلك الورقة منسنة شرط تمليك الدائن للأطيان مقابل الدين في نهاية الأجل المحدد للوفاء هو اعتبار تسوغه عبارتها ، وليس فيه مسخ للدلوها (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٣) . وفي هذه القضية كان من الممكن أن ينفق الطرفان على وعد بالبيع يبدأ أثره من وقت حلول الدين وعدم الوفاء به ، وهذا يقتضى أن يكون للدائن الحق في ألا يظهر رغبته في الشراء مؤثراً المطالبة بالدين . أما على اعتبار أن البيع معلق على شرط واقف هو عدم الوفاء بالدين في الميعاد المحدد ، فهذا يقتضى أن يتم البيع بأثر رجعي بمجرد تحقق الشرط .

عقداً ملزماً لجانب واحد ، هو جانب صاحب الشيء الذي وعد ببيعه . فتتظر كيف ينقذ هذا الوعد بالبيع ، ثم نستعرض الآثار التي تترتب عليها إذا انه قد صحبها .

٢٨ - كيف ينقذ الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد انفقاراً صحيحاً:

وأبنا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن المادة ١٠١ مدني تنص على أن ١ - الانفاق الذي بعد بموجه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها . ٢ - وإذا اشترط القانون تمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً و الانفاق الذي ينصن الوعد بإبرام هذا العقد (٢) .

ونرى من ذلك أن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ليس مجرد إيجاب من الواعد ، بل هو عقد لا بد فيه من إيجاب وقبول من الواعد والموعد له (٣) . ذلك أنه قد يتصور أن صاحب الدار مثلاً يصدر منه إيجاب بيع الدار لشخص آخر ويتضمن الإيجاب مدة معينة لقبوله فيكون هذا الإيجاب ملزماً . ولكنه لا يكون الوعد بالبيع الذي نقصده هنا . والفرق بينهما أن الوعد بالبيع وسط بين هذا الإيجاب الملزم والبيع النهائي . ففي الوعد بالبيع يتفق كل من الواعد والموعد له على أن يبيع الواعد الدار إذا أبدى الموعد له رغبته في شرائها خلال مدة معينة ، فهذا أكثر من إيجاب ملزم لأنه إيجاب قد اقترن به القبول من الطرف الآخر . ولكنه لا يزال دون البيع النهائي ، لأن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب على البيع ذاته بل على مجرد وعد بالبيع . ولذلك يكون الوعد مرحلة دون البيع النهائي وفوق الإيجاب الملزم ، ففي الإيجاب الملزم لم ينتزم الموجب وعداً بالبيع بل التزم بالبقاء على إيجابه المأدة المحددة . ثم إن الوعد

(١) فقرة ١٣٤ - فقرة ١٣٥ .

(٢) أنظر تاريخ هذا النص في الوسيط ١ فقرة ١٣٤ ص ١٥٤ ج ١ حاشي رقم ١

(٣) وإذا كان القبول صادراً من الموعد له ، كما هو الخالص ، فهو قبول لا إيجاب ، ثم دلت

١ ، ومن ثم قد يكون مجرد تسكوت قبولاً ، وبالأول قد يكون القبول غسناً .

بالببيع ، من الناحية العملية ، مرحلة أقوى وأكثر ثباتاً في إلزام الواعد من مرحلة الإيجاب الملزم ، وتكون المدة المحددة للوعد أطول عادة من المدة المحددة للإيجاب الملزم (١) .

ويخلص من المادة ١٠١ مدني التي تقدم ذكرها أنه يشترط لانعقاد الوعد بالببيع الاتفاق على جميع الأركان والمسائل الجوهرية للبيع الموعود به . فيجب أن يتفق الواعد والموعود له على المبيع والثمن وعلى جميع شروط البيع التي يريان الاتفاق عليها ، وذلك حتى يكون السبيل مهياً لإبرام البيع النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء . ويجب أيضاً أن يحدد المتعاقدان مدة يظهر في خلالها الموعود له ورغبته في الشراء ، حتى إذا انقضت هذه المدة ولم تظهر هذه الرغبة سقط الوعد . ونرى من ذلك أن أقل ما يجب أن يتم الاتفاق عليه لانعقاد الوعد بالببيع هو ما يأتي . (١) العين المراد بيعها ، مع تعيينها التامين الواجب شأن كل مبيع . (٢) الثمن الذي تباع به ، مع تحديده تحديداً كتابياً شأن من (٢) . (٣) المدة التي يجب في خلالها على الموعود له أن يظهر ورغبته في الشراء ، وقد يكون الاتفاق على هذه المدة اتفاقاً ضمنيماً ، كما رأينا في حالة المستأجر الموعود ببيع العين المؤجرة عندما يتبين من الظروف أن مدة الوعد هي مدة الإيجار (٣) . فإذا لم ترد المسائل المتفق عليها في الوعد بالببيع على ما تقدم ، وأبرم

(١) ويقول بودري وسينيا إن الوعد بالببيع قد يكون في مرحلة أول مجرد إيجاب من الجانب ، إيجاب يستطيع صاحبه الحصول منه . وقد يقوى عن ذلك في مرحلة ثانية فيكون إيجاباً اقترن من الطرف الآخر دون أن يقتيد هذا الطرف الآخر بالشراء ، فيكون وعداً بالببيع ملزماً للجانب واحد ، ويلتزم الموجب بوعد ولا يجوز له الحصول منه ، ولكن القابل لا يلتزم بشيء . وقد يصل في الترتيب إلى المرتبة العليا في مرحلة الثالثة ، فيلتزم القابل من جانبه هو أيضاً أن يشتري ، فيكون وعداً بالببيع وبالشراء ملزماً للجانبين ، وهذا يعدل البيع الكامل (بودري وسينيا فقرة ٤٧) .

(١) وكان بوتيه (البيع فقرة ٤٨١) يذهب في القانون الفرنسي القديم ، إل أن الاتفاق «لثمن ليس لازماً لصحة الوعد ، ويتولى الإبرام تقديره في البيع النهائي . ولكن هذا الرأي غير معمول به في القانون الفرنسي الحديث (بودري وسينيا فقرة ٦٨) .

(٣) ولما إذا كان العقد الموعود به لا يحدد تنفيذ وقت معين ، فهذا العقد هو المدة التي يجب في خلالها إبرام هذا العقد . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هي المدة المعقولة ، وكان في تناجر القضية ما يوجب تحديد هذه المدة ، جاز الوعد بالببيع ، لأن المدة هي

البيع بعد ذلك بظهور رغبة الموعود له في الشراء ، فان بقية شروط البيع تستخلص من أحكام القانون ، كما هو الأمر في أى بيع آخر . فيكون تسليم المبيع واجباً في الحال ، ويكون الثمن واجب الدفع فوراً ، ويكون حق المشتري في الثمار وحق البائع في تقاضى فوائد عن الثمن ومصروفات البيع وكيفية تسليم المبيع وضمان الهلاك وضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وغير ذلك من المسائل الكثيرة التي يشتمل عليها عقد البيع حاضمة للأحكام التي تسرى على البيع ووفقاً للقواعد التي قررها القانون في هذا الشأن .

وما كان عقد البيع عنداً رضائياً كما قدمنا ، فان عقد الوعد بالبيع هو أيضاً عقد رضائي لا يشترط لانعقاده شكل خاص ، شأنه في ذلك شأن البيع . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١٠١ مدني تقضى بأنه إذا اشترط القانون لتتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد ، فان عقد الوعد بالبيع لا يدخل في مضمون هذا النص ، إذ لم يشترط القانون لتتمام البيع استيفاء شكل معين كما سبق القول . وهذا ما لم تكن في حالة من الحالات الاستثنائية التي يكون فيها البيع شكلياً (١) ، فعندئذ يجب أن يستوفى الوعد بهذا البيع نفس الشكل الخاص الذي يجب أن يستوفيه البيع (٢) .

= هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان في تحديدها تكفل القاضي بذلك (الوسيط
فقرة ١٢٤ ص ٢٥٣) - أما في فرنسا فلا يوجد نص - كما يوجد في مصر - يوجب تحديده
المدة فيجوز الوعد بالبيع دون تحديد مدة ، ويتولى القاضي تحديده المدة المدة المعقولة (بودي
وسينا فقرة ٧٠ -) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢ .

(٢) ولا يوجد ما يمنع من أن تكون ضمن شروط الوعد بالبيع الرضائي أنه في حاله ظهور
وهية الموعود له في الشراء يجب أن يفرغ البيع في ورقة رسمية . وفي هذه الحالة إذا أظهر الموعود
له رغبته في الشراء ، وجب على الراعد أن يشترك مع الموعود له في إعداد الورقة الرسمية التي تبرم
للعقد النهائي . ويكون الوعد بالبيع هنا رضائياً مع أن البيع النهائي شكل ، وذلك لأن الشكل هنا
لم يشترطه القانون بل اتفق عليه المتعاقدان (أنظر الوسيط فقرة ١٣٥ ص ٢٥٣ هامش رقم ٢) .
وإذا امتنع الراعد عن إمضاء الورقة الرسمية لإبرام العقد النهائي ، فن رأينا أن يقوم الحكم في هذه
الحالة مقام العقد مفرغاً في هذه الورقة الرسمية ، إذ الحكم هو نفسه ورقة رسمية . يؤيد ذلك ما جاء
في المادة ١٠٢ مدني من أنه « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم لكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً
تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة ،
قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد » . وهذا بخلاف ما إذا كان العقد الموعود =

ولما كان الوعد بالبيع هو خطوة نحو البيع النهائي كما قدمنا ، فان شروط البيع - لامن حيث الانعقاد فحسب بل أيضاً من حيث الصحة - تكون مطاوعة في الوعد بالبيع . فتمتبر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد ، ومن ثم يجب أن يكون الواعد أهلاً للبيع النهائي وقت الوعد ولو فقد الأهلية وقت إبرام العقد النهائي بأن حجر عليه مثلاً . ونعتبر عيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد أيضاً ، فانه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك إذ البيع النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له كما سبجىء . أما أهلية الموعود له فتعتبر وقت البيع النهائي لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه أهلية التصرف وقت ظهور رغبته في الشراء ، ذلك أنه لا يلزم بشيء وقت الوعد وإنما يلتزم عند البيع النهائي . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد - أى التمييز - وقت الوعد ، لأن الوعد كما قدمنا عقد وهو أحد طرفيه . أما عيوب الإرادة فتعتبر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت البيع النهائي معاً ، إذ أنه يصدر منه رضاء في كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاه في كل منهما صحيحاً (١) .

ويكفي أن تتوافر مشروعية المحل والسبب وقت البيع النهائي ، حتى لو لم تكن متوافرة وقت الوعد (٢) .

== بإبرامه هو في الأصل وبمحك القانون مقدماً شكلياً كالرهن الرسمي ، وكان الوعد به لم يفرغ في الشكل الرسمي ، فالحكم في هذه الحالة لا يقوم مقام العقد ، بل يقتصر القاضي على الحكم بالتبرؤص (الوسيط ١ فقرة ١٣٩) . وعلنة ذلك أن عقد الوعد في حالة الرهن الرسمي عقد شكل لم يستوف الشكل ، والمادة ١٠٢ مدنى تشترط كما رأينا أن يكون الوعد بالمقد متوافراً فيه الشكل الواجب قانوناً حتى يقوم الحكم مقام العقد . أما إذا لم يكن هناك شكل واجب قانوناً ، كما هو الأمر في الوعد بالبيع ، فليس هناك ما يحل بأحكام المادة ١٠٢ مدنى إذا نحن جعلنا الحكم يقوم مقام العقد ، حتى لو اشترط اتفاقاً أن يكون العقد النهائي رسمياً ، لأن الشروط اللازمة تمام الوعد بالبيع - وليس فيها شرط خاص بالشكل - متوافرة ، وهذا كاف لجعل الحكم يقوم مقام العقد . (١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٧ .

(٢) ولكن الوعد بالبيع ذاته له محل هو إبرام العقد النهائي ، ولذلك يجب أن يكون إبرام هذا العقد ممكناً قانوناً ، فلا يجوز الوعد ببيع حق في شركة مستقبلية . كذلك يجب أن يكون الباعث على النوع - وهذا هو السبب - مشروعاً ، فلا يصح الوعد ببيع سلاح يريد الموعود له لا ارتكاب جريمة (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٩٣) . لكن إذا وعد شخص ببيع عين سيرتها ، ولم يبد الموعود له رغبته في الشراء إلا بعد أن ورث الواعد العين ، فإن هذا يكون جائزاً

٢٩ - الاستمار التي تترتب على الوعد بالبيع المبرم لجانب واحد :
إذا انعقد الوعد بالبيع صحيحاً على النحو الذي قدمناه ، وجب في بيان
الآثار التي تترتب عليه التمييز بين مرحلتين : (١) قبل ظهور رغبة الموعود له
في الشراء في خلال المدة المحددة (٢) بعد ظهور هذه الرغبة أو بعد انقضاء
المدة المحددة دون ظهورها .

٣٠ - الاستمار التي قد تترتب قبل ظهور الرغبة: قدمنا أن الوعد بالبيع
عقد ملزم لجانب واحد هو الواعد بالبيع ، فلا يترتب أي التزام في جانب الموعود
له . والالتزام الذي يترتب في ذمة الواعد هو التزام بعمل (obligation de faire) ،
وهذا العمل هو أن يبرم عقد بيع نهائي مع الموعود له إذا أظهر هذا رغبته
في الشراء في المدة المحددة (١) . ونرى من ذلك أن حق الموعود له في هذه المرحلة
- أي قبل ظهور رغبته - حق شخصي لا حق عيني ، فلا تنتقل إليه ملكية
الشيء الموعود ببيعه . ويترتب على ذلك أمران :

(الأمر الأول) أن الواعد بالبيع يبر مالكا للشيء الذي وعد ببيعه . فله أن
يتصرف فيه ، وله أن يؤجره وأن يحصل على غلته ، وذلك إلى وقت إبرام البيع
النهائي (٢) . وبسري بوجه عام تصرف الواعد في حق الموعود له . فإذا كان
الشيء الموعود ببيعه عقاراً ، وباع الواعد العقار من آخر ، وسجل البيع قبل
ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، بل وبعد ظهور هذه الرغبة إذا لم يتمكن
الموعود له من تسجيل البيع النهائي الذي تم بظهور رغبته في الشراء قبل تسجيل
البيع الأول ، فإن تصرف الواعد يسري في حق الموعود له . أما إذا كان الشيء
الموعود ببيعه منقولاً معيناً بالذات ، وتصرف فيه الواعد قبل ظهور رغبة
الموعود له في الشراء ، سري التصرف في حق الموعود له وليس لهذا إلا الرجوع

(١) ولا يمتنع على هذا بأن الالتزام يكون إرادياً ، فإن الإرادة هنا هي زيادة الدائن
لا إرادة المدين . هذا إلى أن إرادة الدائن نفسها محوطة بظروف لا تجعل الأمر يتعلق بمحض
الإرادة ، فهو إذا أبدى رغبته في الشراء لابد أن يكون قادراً على دفع الثمن وعلى القيام بالتزاماته
الأخرى (بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦ ص ٢٠٣) .

(٢) بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٨

بتعويض على الراعد (١) . فإذا كان تصرف الواعد في المنقول قد صدر بعد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، لم يسر التصرف في حق الموعود له ، بل اعتبر البيع الصادر له قد أبرم أولاً فتنتقل إليه ملكية المنقول . وهذا كله مع مراعاة القاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، فإذا تصرف الموعود له في المنقول ، سواء كان هذا قبل ظهور رغبة الموعود له في الشراء أو بعد ظهور هذه الرغبة ، فأيهما تسلم العين أولاً - الموعود له أو من تصرف له الواعد - يكون مالكا للعين إما بموجب عقد البيع النهائي وإما بموجب الحيازة ، ويرجع الآخر بتعويض على الواعد .

(الأمر الثاني) أنه إذا هلك الشيء الموعود ببيعه قضاءً وقدرًا ، تحمل الواعد تبعه هلاكه (٢) ، لأنه هلك قبل التسليم كما يكون الأمر لو أن البيع النهائي

(١) وهذا كله ما لم يستطع الموعود له أن يظن في تصرف الواعد بالدعوى البولصية ، بأن أثبت زاطو الواعد مع التصرف له على الإضرار بحقه ، أو كان التصرف تبرعاً حيث لا يحتاج الموعود له إلى إثبات التواطؤ (الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ - قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٩) .
رغم من البيان أنه لو تصرف المتصرف له سييء النية للمتصرف له ثان وكان هذا حسن النية ، لم يملك الموعود له التأمين في التصرف الأخير لأن المتصرف له الثاني حسن النية ، وذلك وفقاً لقواعد الدعوى البولصية (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٩١ هامش رقم ٥ - الأستاذ أنور سنان فقرة ٧٩ ص ١٠٣) .

ويذهب الأستاذ جميل الشراوى إلى اقتصار حق الموعود له على استحقاق التعويض من المتصرف إليه إذا كان سييء النية ، بجانب مسئولية الواعد القائمة على تعاقده ، فالحكم بالتعويض هو الجزاء الوحيد الجائز التطبيق . أما جعل عدم نفاذ التصرف من صور التعويض فيقوم في نظره على خلط بين نظام التصرف القانوني ونظام المسئولية (الأستاذ جميل الشراوى فقرة ٣٢ ص ٧٥ - ص ٧٦) . ويشك الأستاذ عبد المنعم البدرائى في إمكان جعل التصرف غير نافذ في حق الموعود له ، فإن المشتري إذا تمكن من تسجيل عقده قبل أن يسجل الموعود له البيع النهائي ، لم يستطع الموعود له أن يحتج على المشتري بأنه كان سييء النية وقت أن سجل عقده (الأستاذ عبد المنعم البدرائى فقرة ٩٩) .

(٢) وإذا تخلف عن هلاك الشيء أو نزع ملكيته شيء يقوم مقامه - التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو التعويض عن نزع الملكية - فهل يحل هذا الشيء حلولا عينياً محل الشيء الموعود له . يجب الفقه الفرنسى بالنفى ويذهب إلى سقوط الوعد (بلانيول وريبير وهامل ص ١٧٨) ، ولكن الفصحاء الفرنسى يقول بالحلول العيني (نقض فرنسى ١٩ يونيو سنة ١٩٢٤ صيريه ١٩٢٧ - ١ - ٥٨ - وانظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ أنور سلفان فقرة ٧٦ ص ٩٩ والأستاذ عبد المنعم البدرائى فقرة ١٠١ ص ٥١ - ص ١٥٢) .

قد أبرم ، بل لأن الواعد لا يزال هو المالك والأصل أن الشيء يهلك على مالكه .
وكهلاك الشيء نزع ملكيته ، بنحو الواعد تبعته (١) .

٣١ - الآثار التي تنزب بعد ظهور الرغبة أو بعد انقضاء المدة
دونه ظهورها : وننتقل الآن إلى المرحلة الثانية ، وفيها يقع أحد شيئين :
(١) إما أن يظهر الموعد له رغبته في الشراء في خلال المدة المحددة (٢) وإما
أن تنقضي المدة المحددة دون أن يظهر هذه الرغبة .

ففي الحالة الأولى تظهر رغبة الموعد له في الشراء صراحة أو ضمناً ،
بشرط أن يكون ذلك في المدة المحددة . وتظهر الرغبة ضمناً فيما إذا تصرف
الموعد له في الشيء الموعود ببيع أو إيجار أو غير ذلك ، مما تستخلص منه نيته
في أنه اعتبر الشيء مملوكاً له فتصرف فيه على هذا النحو . فإذا ظهرت رغبة
الموعد له في شراء الشيء الموعود به ، فإن البيع الهائي يتم بمجرد ظهور هذه

٥ أما إذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً ، ومع ذلك أبدى الموعد له رغبته في شرائه ، فللواعد أن
يلزمه بكل البقية (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٦ ص ٩٩ - ص ١٠٠ - الأستاذ سليمان مرقس
فقرة ٥١ ص ٨٤ - الأستاذ محمد كامل حريسي فقرة ٤١ ص ٧٠ . وقارن الأستاذ عبد المنعم
البدراوى فقرة ١٠١ ص ١٥١ والأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ١٠) .

(١) بودرى وصينيا فقرة ٦٧ - فقرة ٦٧ مكررة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز
بمخال أن يحسب على الواعد نزع ملكية بعض الدين للمنفعة المسماة ، لأن نزع ملكية المبيع
عليه حكم هلاكه ، وهذا يكون حتماً على المالك ، وبمك اللزوم العقل لا يصح من الواعد بالبيع
(نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٢٨ مجموعة عمر رقم ٨٤ ص ٢٤٠)

هذا وإل جانب الأمرين الذين ذكرنا - استبقاء الواعد الملكية وتحمله ثمة الملاك - يجوز
أيضاً للموعد له أن يحول حقه الشخصي في ذمة الواعد إلى محال له وفقاً لتواعد حوالة الحق
(بودرى وصينيا فقرة ٦٩ - بلانبول وريبير وعامل ، افقرة ١٧٨ - أوبري ورو ، فقرة ٢٤٩
ص ٧) . وإذا نزع ملكية العين الموعود ببيعها لمنفعة العامة ، كان التصويض للواعد
لا للموعد . والموعد له أن يطالب ببيع الواعد من القيام بأعمال تحويل ذمة إبرام البيع النهائي ،
كتمه من عدم اللادار الموعود ببيعها . وللموعد له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة باسم الموعد ،
فيرفع دعوى المباشرة ويقطع التقادم ، وله أن يطالب بتعيين المرس على العين المبيعة إذا شرع
الواعد في عدمها (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص ٨٦) .

(لموسيط ص ٥)

الرغبة ، ولا حاجة لرضاء جديده من الواعد (١) . وبعتبر البيع النهائي قد تم من وقت الرغبة لا من وقت الوعد ، على أساس أن ظهور الرغبة يعد إيجاباً من جانب الموعود له ، وهو إيجاب مقبول من الواعد فقد التزم هذا أن يقبله بمرحبة الوعد الصادر منه (٢) . بينما البيع النهائي ، على هذا الوجه ، من وقت ظهور الرغبة (٣) . والأمر واضح ، وإذا كان الشيء الموعود ببيعه عيناً منقولة

(١) استئناف مختلط أول يناير سنة ١٩٢٣ م ٢٥ - ٤١٢ - بودري وسينيا فقرة ٧٠ مكررة .

وإذا اشترط في الوعد أن الموعود له يجب أن يدفع الثمن فوراً عند ظهور رغبته ، فظهور الرغبة غير المصحوب بالثمن لا يعتد به (أوبري ورو ٥ فقرة ٣١٩ ص ٦) .

وإذا ارتفعت قيمة الشيء مما كانت عليه وقت الوعد ، لم يلزم الموعود له أية زيادة في الثمن . فإذا كان ارتفاع القيمة رجحاً إلى زيادة من المبيع أجراها الواعد دون اتفاق مع الموعود له ، اعتبر الواعد في حكم من أحدث هذه الزيادة بسوء نية في ملك الغير (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص ٨٤ - الأستاذ كامل مرسى فقرة ٥١ ص ٧٠ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي ص ٩٤ هامش ٣ - الأستاذ محمد حى لمعيسى ص ١٠٧) . ويكون للموعود له الحق في ثمرات المبيع من وقت ظهور رغبته في الشراء لا من وقت صدور الوعد بالمبيع (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ٢٧ ص ٢٧) .

(٢) يقبل الواعد ليس إذن إلا تنفيذاً للالتزام الذي نشأ في ذمته بموجب الوعد بالمبيع ، فقد التزم بعمل هو إبرام البيع النهائي ، أي قبول الرتبة التي يظهرها الموعود له في الآراء ، وهذا نازع الواعد في وقوع البيع ، حكم القاضي بوقوعه ، وقام حكمه مقام تنفيذ التزام الواعد ، لأن الالتزام من التزام بعمل تسح طبيعته أن يقوم حكم القاضي فيه مقام التنفيذ (م ٢١٠ مدني) . وقد نصت المادة ١٠٢ مدني صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد ، وكانت للشروط اللازمة تمام المقصد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المنقضي به مقام العقد » . وليس هذا النص إلا تطبيقاً لنص أهم هو المادة ٢١٠ مدني ، إذ تقول : « في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٣ ص ٨٧ - ص ٨٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٦ ص ٦٩ . وانظر في الفقه الفرنسي أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٠ - بودري وسينيا فقرة ٦٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢ .

(٣) ويجب استبعاد أن يكون الوعد بالمبيع بيعاً معلقاً على شرط ، إذ أن الموعود له لم يرتبط وقت الوعد أن يشترى ولو تحت شرط ، ومن ثم لا يكون لظهور رغبته في الشراء أثر رجعي (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٤) . كذلك يجب استبعاد أن يستحيل التزام الواعد ، وهو التزام بعمل كما قدمنا ، إلى تعويض ، إذ هو التزام قابل للتنفيذ

معينة بالذات ، ككتاب أو سيارة أو جهاز أو آلة ، فان البيع النهائي يعتبر قد تم بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، وتنتقل ملكية العين إلى الموعود له الذي أصبح الآن مشترياً ، ويلتزم هذا بدفع الثمن المتفق عليه للواعد الذي أصبح الآن بائعاً ، وتسرى أحكام البيع في سائر المسائل . أما إذا كان الشيء والموعود بييمه عقاراً ، فالبيع يتم أيضاً بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، ولكن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل . فعلى البائع (الواعد) أن يقوم بالأعمال الواجبة لكتابة العقد والتصديق على إمضائه حتى يكون المقدم معداً للتسجيل ، فان هو امتنع من ذلك أو نازع في أن العقد النهائي قد تم جاز للمشتري (الموعود له) أن يحصل على حكم بنبوت البيع يقوم مقام العقد ، ومنى سجل هذا الحكم انتقلت الملكية إليه (١)

وفي الحالة الثانية ، إذا لم يظهر الموعود له رغبته في الشراء ، تحل الواعد من وحده وسقط الوعد (٢) ، وصار الواعد في حل بعد ذلك أن يتصرف في الشيء لمن يشاء . وهذا هو الحكم أيضاً حتى لو أظهر الموعود له رغبته في الشراء ولكن بعد انقضاء المدة المحددة . كذلك يكون هذا هو الحكم لو أن الموعود له ، حتى قبل انقضاء المدة المحددة ، أعلن عدم رغبته في شراء الشيء الموعود به ، ولو ضمناً كأن تعامل مع الواعد في الشيء على اعتبار أن الواعد هو المالك المستر فاستأجره منه مثلاً لمدة تجاوز مدة الوعد . ذلك أن إعلان

= المعنى من طريق صدور حكم قضائي (بودى وسينيا مقرة ٦٤ - مقرة ٦٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ مقرة ١٨٢ - جوران ٢ نشرة ١٠٧٤) .

هذا ويحوز أن يقضى الحكم الصادر بوقوع البيع بتحويل الموعود له عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم مبادرة الواعد إلى الامتثال بالتزامه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ مقرة ١٨٢)

(١) وإذا كان الوعد بالبيع - كما يقول الأستاذ سليمان مرقس - مدوناً في محرر يحمل توقيع الواعد توقيعاً مصدقاً عليه ، جاز للموعود له أن يستغنى عن استصدار حكم يقوم مقام عقد البيع ، بأن يسجل عقد الوعد المصدق عليه وإقراراً به مصدقاً عليه أيضاً بقبول الشراء بناء على الوعد ، فيقوم تسجيل هاتين الوثيقتين مقام تسجيل عقد البيع (الأستاذ سليمان مرقس مقرة ٥٣ ص ٨٧ - ص ٨٨) .

(٢) وذلك دون حاجة لأن يملأ الواعد الوعد له (نقض مدني ٦ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٤ ص ٨٢٤) .

على شرط أن يريد بيعه، ولا يقال إن هذا شرط لإرادى محض من جانب المدين ، فان إرادة الواعد بيع الشيء ليست إرادة محضة، بل هي متصلة بظروف خارجية قد تدفعه أن يمتنع عن بيعه مع شدة رغبته في ذلك ، فالشرط إذن شرط مختلط وليس شرطاً إرادياً محضاً (١) .

وينقذ الوعد بالتفضيل على النحر الذى يتعقد به الوعد بالبيع الملزم

الشخص الآخر على وعد بالشراء ، فإن هذه الحالة تختلف عن حالة الوعد بالتفضيل المتقدمة من وجهين : (أولاً) و حالة الوعد بالشراء لا يكون صاحب الدار ملزماً بيئها من الشخص الآخر بل يجوز له أن يبيعها من غيره ، بخلاف حالة الوعد بالتفضيل فإن صاحب الدار يكون ملزماً بعرض الدار على الشخص الآخر إذا أراد بيعها . (ثانياً) في حالة الوعد بالشراء يكون الشخص الآخر ملزماً بالشراء إذا عرضت إليه الدار ، بخلاف حالة الوعد بالتفضيل فإنه لا يكون ملزماً بذلك .

وهناك مسألة عملية أخرى للوعد بالتفضيل : يحصل المتأخر من المزجر على وعد بتفضيله إذا أراد هذا بيع العين المتزجرة - يحصل المشتري المتأخر من البائع على وعد بتفضيله في عقار آخر ملزماً للبائع إذا أراد هذا منه - يبيع شخص عقاراً من آخر ويتفق مع المشتري على أنه إذا أراد شخصاً يبيع للغير وحده عنه أنه يبيع له صاعاً من ثمنها الأول ، وهذا ما يسمى بالوعد بإعادة البيع *Revente de son propre* - معر بوربون سنة ١٨٠٤ ، مكرود ناب - بلايورد وريبير سنة ١٨٠٤ - الأستاذ جيبس مرقس اقترأ سنة ١٨٠٤ .

(١) مرقود وسبباً اقترأ ١٨٠٤ مكرود - بلايورد وريبير وهذان ١٨٠٤ مرة ١٨٤١ - راسب الأستاد جيبس اقترأ سنة ١٨٠٤ من ٢٠٥ - بل أن الوعد بالتفضيل هو الأصل في البيع في طريق المتكبرين فعين فيه من ذلك حسب الألمان . وهذا مستبعد . يكسب من القواعد حقائق الشراء ولو مدته غير شرعية ، ولكنه كسب هذا يجوز مع القواعد من عدمه مع غيره . وعرضت على الوعد بالبيع إذا قرر الوعد مع غيره ، لكنه صحيح كالتبعية في مركزه - بل الوعد بالبيع - وعلى هذا الأساس في الشراء فهو لا يثبت إلا من قبل الترتيب المسمى بالترتيب ، على ذلك كما يجب أن يثبت منطبقاً على أساس الوعد بالتفضيل وعدا ذلك معاً هو شرط الوقت (الأستاذ جيبس مرقود سنة ١٨٠٣ - اقترأ ١٨٠٤) .

رأس الأمر من هذا الوجه أن التزام الواعد بالتفضيل ليس التزاماً مطلقاً على طرف واحد ، وإنما هو التزام مشترك إذا وعد الواعد في بيع شيء من التزام يوجب الالتزام كما في من ذلك الوقت في البيع لا يجوز وقت صدور الوعد ، وأما في ثوابه أو المسألة بوجهه هو - كما وحد الوعد في بيع لا يثبت صدور الوعد . وهناك استبيحتان من استبيحتهما ، كما ترى ، من أن التزام الواعد هو التزام احتمالي لا التزام معتز على شرط الوقت . وهذا ما قد يثبت في الأصول ، كما ينوئ الأستاذ جيبس مرقود ، فإن الالتزام بالبيع من الوعد بالتفضيل ليس التزاماً مطلقاً ، بل مقتضاهما ما يتنازع عن غيره .

لجانبا واحدا ، فيجب أن يكون مشتملا على الشيء الموعود به والتمن الذي يباع به والمدة التي يجب في خلالها أن يمرض الواعد الشيء على الموعود له إذا أراد بيعه (١) . وكل ما قلنا في انعقاد الوعد بالبيع وفي صحته يقال هنا .

والأثر الذي يترتب على الوعد بالتفضيل ، في المرحلة السابقة على عرض الشيء الموعود ببيعته ، هو نشوء التزام شخصي في ذمة الواعد بأن يمرض الشيء على الموعود له إذا أراد بيعه . وهو مجرد التزام شخصي يترتب عليه كما في الوعد بالبيع فيما قدمناه ، أن يبقى الواعد لكأ للشيء (٢) . وأن الشيء إذا هلك أو زعت ملكيته تحمل الراعد تبعه ذلك دون أن يلتزم بضمان للموعود له .

والأثر الذي يترتب ، في المرحلة الأخيرة ، أنه إذا أراد الواعد بيع الشيء في المدة المحددة ، وعرضه على الموعود له فقبل شراؤه ، تم البيع النهائي في المقبول وفي العقار على الوجه الذي يبتاه في الوعد بالبيع . وإذا رفض للموعود له شراؤه ،

(١) ويمكن وفقاً لهذا سلطان الإرادة ألا يحدد المتعاقدان لا التمّن ولا المدة ، فيقتصر الواعد على أن يلتزم بأنه في أي وقت يمتزم ببيع الشيء يمرضه أولاً على الموعود له ليشره بالتمن الذي يمكن به ببيع غير (بودرى وسبينا فقرة ٧١ مكررة) . انظر في عدم لزوم تحديد المدة الأستاذ عبد المنعم البداري فقرة ١٠٢ ، وعلى العكس من ذلك في أن تحديد المدة واجب الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٠ والأستاذ عبد الفتاح عبد الباق فقرة ٤٧ .

ويطلب في الوعد بالتفضيل ألا يجوز للموعود له التزول عن حقه لأن شخصه على اعتبار صفة الواعد . ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من أن يشترط الموعود له جواز التزول عن حقه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٨ ص ٢١٨) . وإذا مات الواعد انتقل التزامه إلى ورثته ، فإذا كانت الورثة تصرا قامت صعوبة في تحديد التمّن إذ الثالب أن مال الفاسر يباع بالمزاد العلني ، فإذا وضع شرط التفضيل في دفع الشروط أحرم الناس من المزايدة (أنظر في أن الوعد بالتفضيل لا يكون إلا في البيع بالممارسة ولا يجوز في البيع بالمزاد أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٢ مكرر ٩) .

(٢) فإذا تصرف فيه لغير الموعود له نفذ تصرفه ، ولكن يرجع الموعود له بتعويض على الواعد . فإذا كان الواعد متواطئاً مع من تصرف له في الشيء ، وأمكن الموعود له الطعن في التصرف بالنسبة البولسية ، كان التصرف غير نافذ في حق الموعود له (بودرى وسبينا فقرة ٧١ - قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٥) .

ولكن إذا تصرف الواعد في الشيء بغير البيع ، بأن وهبه أو قابض عليه أو دفعه حصّة في شركة ، لم يكن للموعود له حق في أخذه ، بل ولا في التعويض ، إذ التزام الواعد مقصور على حالة التصرف بالبيع (بودرى وسبينا فقرة ٧٢) .

أو انقضت المدة المحددة دون أن يريد الراعي بيع الشيء ولو أراد البيع بعد ذلك ، أو أعلن الموعود له رغبته في تحليل الراعي من التزامه ، فإن الرعد بالتفضيل يسقط ، وتحلل الراعي من الالتزام الذي ترتب في ذمته بموجب الوعد بالتفضيل . وقد قدمنا كل هذه الأحكام تفصيلاً في الوعد بالبيع .

ب - الوعد بالشراء من جانب واحد

٣٣ - أمثلة هملية : يحدث أن يجد صاحب الشيء نفسه في حاجة إلى الحصول من شخص آخر على وعد بشراء هذا الشيء . مثل ذلك صاحب الدار يتقدم له شخص في شرائها ، وهو لم يبت العزم بعد على البيع ، فيكتفي بالحصول من هذا الشخص على وعد بالشراء فيما إذا بت صاحب الدار العزم على البيع في مدة معينة . أو يكون قد بت العزم على البيع ، ولكنه يريد أعلى ثمن ، فيحصل ممن تقدم له على وعد بالشراء بالثمن الذي يعرضه ، وإن وجد بعد ذلك من يعرض ثمناً أعلى باع الدار منه ، وإلا باعها من الواعد بالشراء . أو يكون قد أراد بيع الدار لشراء دار أخرى ، وبخشي إن بت في البيع ألا يجد بعد ذلك الدار التي يرغب في شرائها ، فيكتفي بالحصول على وعد بالشراء ، حتى إذا عثر على الدار التي يرغب فيها باع داره واشتراها (١) .

وكثيراً ما يقع أن يتفق صاحب الشيء المعروض في المزاد مع شخص آخر على أن يتقدم هذا في المزاد لإبلاغ الثمن إلى مقدار معين ، فهذا وعد بالشراء من جانب الشخص الآخر ، وعليه أن يتقدم بعطاء بهذا المقدار ، فإن زيد عليه لم يلتزم بأن يزيد . فإذا رسا المزاد على غيره ، ثم أبطل أو أعيد على من رسا عليه ، لم يلتزم أن يتقدم في المزاد الجديد . أما إذا لم يتقدم للمزاد أصلاً ، أو تقدم

(١) ويقع كثيراً أن يحصل السمسار من عميله على وعد بشراء الدار التي يتوسط السمسار في شرائها له ، بشن معين في خلال مدة معينة ، وهذا ما يسمى بالتفويض . فإذا نجح السمسار في حل صاحب الدار على بيعها بهذا الثمن في خلال هذه المدة ، رجع على الواعد بأثره بوعده . ولكن الواعد هنا يلتزم بالشراء نحو السمسار لا نحو صاحب الدار ، فإذا أخل بوعده ولم يشتتر الدار رجع السمسار عليه بالتفويض وهو مقدار السمرة التي فات عليه ، ولا شأن لصاحب الدار بالواعد .

ولم يبلغ الثمن المقدار المتفق عليه ، فرسا المزاد بثمان أقل ، ألزم بالفرق على سبيل التعويض لأنه يكون قد أحل بوعده (١) .

٣٤ - كيف ينقذ الوهم بالشراء المتزعم لجانب ١٠ انعقاداً صحيحاً :

هنا أيضاً نطبق المادة ١٠١ مدني التي سبق ذكرها (٢) ، فيشترط لاتعقاد الوعد بالشراء الانساق على جميع الأركان والمسائل الجوهرية للشراء الموعود به . فيتفق الواعد بالشراء مع الموعود له على الشيء الموعود بشرائه ، والثمن الذي يشتري به ومدة يتفق عليها صراحة أو ضمناً يظهر في خلالها الموعود له رغبته في البيع ليتم الشراء .

(١) بودري وسينا فقرة ٧٨ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق المدين مع آخر على شراء العقار المزروع ملكيته انتفاء لخطر الهزاجة ، وسمياً وراه الحصول على ثمن ثابت قدر أنه مناسب لقيمة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالتنفيذ بضمان حصولهم على كامل حقوقهم ، والتزم المشتري بالتدخل في المزاد والمزايدة حتى يصل بالثمن إلى الحد المتفق عليه ، بحيث إذا اضطر إلى الزيادة في الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذه الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البائع بها ، فإن الدفع ببطان هذا الاتفاق لمخالفته لنظام العام وانعدام سبب استحقاق المشتري للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس . ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الإخلال بحرية المزايدة أو إبعاد المزايدين من محيطها ، بدليل أن المتعاقدين قدرا احتمال رسو المزاد على غير المشتري من المدين بثمان يزيد على الثمن المسمى عما يدل على انتفاء فكرة المساس بحرية المزايدة ، فضلاً عن تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه . وأما الادعاء بانعدام سبب الزيادة لفرود بان المتعاقدين مع المدين أصبح بمقتضى الاتفاق المشار إليه في مركز المشتري والمدين في مركز البائع ، ومن حق المشتري الحصول على الزيادة وسببها القانوني هو العقد المبرم بينهما (نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٦٣ ص ٥٠٧) . ويبدو من وقائع هذه القضية أنه لو رس المزاد بأقل من الثمن المتفق عليه فإن المتهم بإرساء المزاد بهذا الثمن كان يدفع الفرق ، فكذلك تكون له الزيادة ، فالعقد احتمال وهذا هو السبب القانوني .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوعد الصادر من شخص بدخول مزاد وإرساء المزاد عليه هو وعد بالشراء صحيح ، ويلتزم الواعد بالتعويض إذا أحل بالتزامه (١٦ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٩) . وقضت أيضاً في نفس الحكم بأن من وعد بالدخول على مزاد والمزايدة إلى حد مبلغ معين ، ينقضي وعده إذا أجل هذا المزاد . وقضت كذلك بأن الوعد بالشراء الصادر عن محتاج الأرضين المؤجرها يلزمه إلى مدة معقولة ، فلا يجوز للمؤجر أن يطيل هذه المدة بقدر أن يمتنع عن البيع إلى حد أن يتخاضر من المستأجر أجرة فداني ثمن الأرض (٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٢٥ ص ١٠٩) .

(٢) انظر أيضاً فقرة ١٨ .

وكل ما قلناه في خصوص رضائية الوعد بالبيع ، وأهلية كل من الواعد والموعود له ، ومتى تتوافر هذه الأهلية ، وعيوب الإرادة عند كل من الطرفين ، ومشروعية المحل والسبب ، ينطبق هنا على الوعد بالشراء .

٣٥ - الآثار التي تنترتب على الوعد بالشراء قبل ظهور الرهبة :

الوعد بالشراء كالوعد بالبيع عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الواعد بالشراء ، فلا يترتب أى التزام في جانب الموعود له . والالتزام الذي يترتب في ذمة الواعد بالشراء هو أيضاً التزام بعمل (obligation de faire) ، وهو أن يبرم بيعاً نهائياً مع الموعود له إذا أظهر هذا رغبته في البيع في المدة المحددة (١) . فيكون حق الموعود له في هذه المرحلة حقاً شخصياً لاحقاً عينياً ، كحق الموعود له في الوعد بالبيع (٢) . ويترتب على ذلك ما يأتي :

أولاً - يبقى الشيء مملوكاً للموعود له ، ويستطيع هذا أن يتصرف فيه كما يشاء . ويسرى تصرفه في حق الواعد بالشراء . فإذا باع الموعود له الشيء من آخر غير الواعد ، صح البيع وسرى في حق الواعد . وسقط في الوقت ذاته الوعد بالشراء لأن الموعود له بتصرفه في الشيء لغير الواعد قد نزل عن حقه في إلزام الواعد بشراؤه .

ثانياً - وبديهي أن الواعد بالشراء لا يستطيع التصرف في الشيء لأنه لم تنتقل له ملكيته في هذه المرحلة ، وإذا تصرف فيه كان تصرفاً في ملك الغير ، ولا يسرى تصرفه هذا في حق المالك وهو الموعود له . ولكن يجوز للموعود له أن يجزئ التصرف فيصح ويسرى في حقه ، وهذا هو حكم بيع ملك الغير . كذلك يجوز بعد تصرف الواعد في الشيء أن يبدى الموعود له رغبته في بيعه من الواعد فيتم البيع النهائي ، ويصبح الواعد بموجبه مالكا للشيء وفقاً لأحكام القانون ،

(١) وليس الالتزام هنا معلقاً على شرط إرادى محض ، وقد بينا هذا عند الكلام في الوعد بالبيع (انظر آنفاً فقرة ٢٩ في الهامش) .

(٢) وقد خص تقنين الموجبات والعقود المدنية الوعد بالشراء بنص واحد هو المادة ٤٩٧ من هذا التقنين ، وتجري على الوجه الآتي : « إن الوعد بالشراء الصادر من فريق واحد مباح أيضاً ، ويجب أن يفهم ويفسر كالوعد بالبيع مع التمديل المنقضى » .

فبعض التصرف الذي صدر منه قبل ظهور رغبة الموعود له في بيع الشيء . وهذا هو أيضاً حكم بيع ملك الغير عندما يصبح البائع مالكا للشيء الذي باعه قبل أن يملكه .

ثالثاً - إذا هلك الشيء الموعود بشرائه قضاءً وقدراً هلك على ملك الموعود له ، وتحمل هذا تبعه الملاك ، إذ الأصل أن الشيء يهلك على مالكة . ولا يستطيع الموعود له بداهة ، بعد هلاك الشيء ، أن يلزم الواعد بشرائه . وكهلاك الشيء أزرع ملكيته ، يتحمل الموعود له تبعته (١) .

٣٦ - الوفاء الذي ترتب على الوعد بالشراء بعد ظهور الرغبة

أو بعد انقضاء المرة ووجه ظهورها : وننتقل إلى المرحلة الثانية . فاما أن يظهر الموعود له رغبته في البيع في خلال المدة المحددة ، وإما أن تنقضي المدة المحددة دون أن يظهر هذه الرغبة .

في الحالة الأولى ، إذا ظهرت رغبة الموعود له ، صراحة أو ضمناً ، في البيع في خلال المدة المحددة ، تم البيع النهائي بمجرد ظهور هذه الرغبة ، ولا حاجة لرضاء جديد بالشراء من جهة الواعد . ويعتبر البيع النهائي قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد ، تنفيذاً للالتزام الذي نشأ في ذمة الواعد ، فاذا نازع هذا في تمام البيع استطاع الموعود له أن يحصل على حكم بوقوع البيع يقوم مقام العقد ، وذلك كله على النحو الذي رأيناه في الوعد بالبيع .

وفي الحالة الثانية ، إذا لم يظهر الموعود له رغبته في البيع في المدة المحددة ، تحمل الواعد من وعده وسقط الوعد . وهذا هو الحكم أيضاً فيما لو أظهر الموعود له رغبته في البيع ولكن بعد انقضاء المدة المحددة ، أو أعلن عدم رغبته في البيع حتى قبل انقضاء المدة المحددة ، ففي جميع هذه الفروض يتحلل الواعد من وعده ويسقط الوعد على الوجه الذي بيناه في الوعد بالبيع (٢) .

(١) وإذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً ، وأبدى الموعود له رغبته في البيع ، كان الواعد بالشراء مخيراً بين أن يشتري مع إنقاص الثمن أو أن يمنع عن الشراء . بتاتاً لتفروق الصفقة (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨١) .

(٢) ويمكن أن تصور في الوعد بالشراء وعداً بالتميز كما في الوعد بالبيع . ويتحقق ذلك لو أن تاجر التجزئة مثلاً تعهد لتاجر الجملة أنه في حالة احتياجه لسلمة معينة يستورد منها =

ج - الوعد بالبيع والشراء

٣٧ - التمييز في الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد والوعد

بالبيع والشراء من الجانبين : قلنا أنه يجب أن نميز هنا بين حالتين :

أولاً - الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد . وفي هذه الحالة يوجد عقدان يقعان على شيء واحد وبين نفس الطرفين . العقد الأول هو وعد بالبيع من صاحب الشيء يرتبط به نحو الموعد له فيما إذا أظهر هذا رغبته في شراء الشيء . والعقد الثاني هو وعد بالشراء يرتبط به الموعد له في العقد الأول بأن يشتري الشيء إذا أظهر صاحبه - وهو الواعد في العقد الأول - رغبته في بيعه . ومن ثم يوجد عقدان ، وعد بالبيع من جانب واحد ووعد بالشراء من جانب واحد ، وقد وقع العقدان على نفس الشيء وتما بين نفس الطرفين (١) .

ثانياً - الوعد بالبيع والشراء من الجانبين . وفي هذه الحالة يوجد عقد

= بالأفضلية على سواه . فيكون تاجر التجزئة ملتزماً ، في حالة احتياجه لشراء السلعة ، أن يمرض على تاجر الجملة شرعاً من أولاً ، فإن قبل هذا توريد السلعة تم البيع النهائي . وليس تاجر الجملة في هذه الحالة ملتزماً بتوريد السلعة ، فهو الموعد له ولم يلتزم بشيء ، والملتزم هو تاجر التجزئة إذا احتاج إلى شراء السلعة . فإذا لم يتم تاجر التجزئة بالتزامه ، كان مستولاً نحو تاجر الجملة من تعويض يكون عادة هو الربح الذي كان يجنيه تاجر الجملة لو أنه ورد للسلعة إلى تاجر التجزئة .

وشبهه بذلك أن يتعهد المؤلف لناشر أن يكون لناشر الأفضلية في نشر مؤلفه ، لو في لغة طبعه التالية منه ، بالشروط المتفق عليها ، فيما إذا اعتمزم إصدار المؤلف مؤلفه . فيكون المؤلف هو الملتزم إذا اعتمزم إصدار مؤلفه ، أن يمرض الالتزام النشر على الناشر أولاً ، فإذا قبل هذا تم عقد النشر النهائي .

ومثل ذلك أيضاً أن تتعهد مدرسة أو مستشفى باستيراد ما من أن يلتزم من أثاث أو طعام من تاجر معين بالأفضلية على غيره .

(١) نظرية العقد للمؤلف من ٢٦٣ هامش ١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٧ ص ٩٢ ص ٩٣ . وقارن الأستاذ عبد المنعم البدراري فقرة ٨٧ - ص ١٢١ - الأستاذ جميل الشراووز فقرة ٣١ ص ٧٠ - ص ٧١ .

واحد ، التزم بموجبه أحد الطرفين بأن يبيع شيئاً والتزم الطرف الآخر بأن يشتريه ، فيتم البيع بينهما ملزماً للجانبين على هذا النحو .

٣٨ - الوعد بالبيع وبالشراء من جانب واحد : يفرض أن صاحب

الدار يريد أن يحصل على وعد بشرائها إذا أظهر رغبته في البيع ، وكان إظهار هذه الرغبة متوقفاً على أن يعثر على أرض صالحة يشتريها بدلاً من الدار . فتقدم له شخص وعقد معه وعداً بالشراء ، التزم بموجبه أن يشتري الدار بمبلغ معين إذا أظهر صاحب الدار في مدة محددة رغبته أن يبيعها منه . فهنا تم بين الطرفين عقد وعد بالشراء ، على الوجه الذى بيناه فيما تقدم . ونفرض في الوقت ذاته أن الواعد بالشراء يتوقع ظروفاً إذا وقعت تجعل شراءه للدار أمراً هاماً ، كأن ينتقل إلى المدينة التى فيها الدار فينخذ الدار سكناً له . فيحصل من صاحب الدار على وعد بيع الدار إياه إذا أظهر في مدة محددة رغبته في شرائها . فهنا أيضاً تم عقد وعد بالبيع بين نفس الطرفين بالنسبة إلى نفس الدار . وفى هذا الوعد بالبيع الواعد هو صاحب الدار ، وهو الملتزم وحده بهذا الوعد على النحو الذى قدمناه فى الوعد بالبيع . أما فى الوعد بالشراء فالواعد بالشراء هو الموعود له بالبيع ، وهو وحده الملتزم بهذا الوعد . فى مثل هذه الحالة يكون هناك وعد بالبيع من جانب واحد ، يقترن به وعد بالشراء من جانب واحد .

قد يعترض بأن الطرفين فى هذه الحالة إنما يتعاقدان على وعد بالبيع وبالشراء ، وأن الوعد بالبيع ملزم لأحد الطرفين ببيع الدار ، والوعد بالشراء ملزم للطرف الآخر بشرائها ، فيكون الوعد بالبيع وبالشراء ملزماً للجانبين ، هذا بالشراء وذاك بالبيع ، ويكون فى حقيقته بيعاً نهائياً أبرمه الطرفان . ولكن هذا الاعتراض لا أساس له ، لأن الطرفين لم يريدا هذا الوضع ، وإنما أرادا أن يلتزم أحدهما ببيع الدار إذا أراد الآخر شراءها وتوافرت عنده الأسباب لهذا الشراء ، وأن يلتزم الآخر بشرائها إذا أراد الأول بيعها وتوافرت عنده الأسباب لهذا البيع . والفرق بين الوضعين كبير . والدليل على ذلك أنه فى الوضع الذى نحن فيه - الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد - قد لا يتم البيع النهائى أصلاً ، وبكفى لذلك ألا تتوافر الأسباب عند

الطرف الأول لبيع الدار ، بالأجد الأرض الصالحة التي يشتريها لتحل محل الدار ، فلا يظهر رغبته في البيع في الميعاد المحدد ، ومن ثم يسقط الوعد بالشراء وفي الوقت ذاته لا تتوافر الأسباب عند الطرف الآخر لشراء الدار ، بالألا ينتقل إلى المدينة التي فيها الدار ، فلا يظهر رغبته في الشراء في الميعاد المحدد ، ومن ثم يسقط الوعد بالبيع . فإذا ما سقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء ، فإن البيع النهائي لن يتم ، ويكون كل من الوعدين قد أدى الغرض الذي أريد به تحقيقه وسقط بعد أن أدى هذا الغرض . وهذا الوضع يختلف تماماً عن وضع الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين ، كما سنرى .

ومن ذلك يتبين أنه إذا عقد كل من الطرفين مع الطرف الآخر وعدا بالبيع ملزماً لجانب واحد ووعدا بالشراء ملزماً لجانب واحد ، أخذ كل واحد من هذين الوعدين حكمه فالوعد بالبيع ينقذ على الوجه الذي سبق أن قررناه ، فإذا ما انعقد صحيحاً ترتب التزاماً في ذمة صاحب الدار بأن يبيعها من الموعد له وإذا رغب هذا في شرائها . فإذا أظهر الموعد له رغبته في الشراء تم البيع النهائي وأصبح الموعد له مشترياً للدار ، وإذا لم يظهر هذه الرغبة في الميعاد المحدد سقط الوعد بالبيع . والوعد بالشراء ينقذ أيضاً على الوجه الذي بيناه ، فإذا ما انعقد صحيحاً ترتب التزاماً في ذمة الواعد بالشراء بأن يشتريها إذا رغب صاحب الدار في بيعها . فإذا أظهر هذا رغبته في البيع في الميعاد - وقد يكون نفس الميعاد المتفق عليه في الوعد بالبيع كما قد يكون أطول منه أو أقصر - تم البيع النهائي ، وإذا لم يظهر هذه الرغبة في البيع في الميعاد المحدد سقط الوعد بالشراء . فالبيع النهائي يتم إذن في أحد فرضين : إما بأن يظهر - ب الدار رغبته في بيع الدار ، وإما بأن يظهر الطرف الآخر رغبته في شرائها . فإذا لم يظهر هذا رغبته في الشراء ، ولم يظهر ذلك رغبته في البيع ، فإن البيع النهائي لن يتم كما سبق القول .

٣٩ - الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين : قدمنا أن الوضع

في الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين يختلف عن الوضع السابق في الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد . ففي الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين - وهذا

هو العقد الابتدائي كما سنرى - يلتزم صاحب الدار ببيعها للطرف الآخر، وفي الوقت ذاته يلتزم الطرف الآخر بشرائها منه (١). فعندنا هنا عقد واحد ملزم للجانبين، أما في الوضع السابق فيوجد عقدان كل منهما ملزم لجانب واحد. وهنا لا بد أن يتم البيع، بل هو قد تم فعلا فقد التزم صاحب الدار ببيعها والتزم الطرف الآخر بشرائها فتم البيع ملزماً للجانبين (٢)، أما في الوضع السابق فقد لا يتم البيع أصلاً كما قلنا.

يبقى إذن أن نعرف لماذا لجأ الطرفان في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين إلى عبارة الوعد وبما في الحقيقة يبرمان بيعاً تاماً؟ السبب في ذلك يرجع إلى اعتبارات عملية محضة، فقد أراد الطرفان إبرام بيع تام، وسمياه بالوعد لأنهما يعتبران أن هذا البيع التام ليس هو البيع النهائي. فقد يريد المشتري، بعد أن قيد البائع بالبيع وتقيده هو بالشراء، أن يبحث عن حالة الدار من حيث ترتب حقوق عليها، فإذا ما رآها خالية من التكاليف استبدل بالوعد البيع النهائي، وإلا طلب الفسخ (٣). وقد يريد المشتري، بعد إبرام الوعد على النحو الذي قررناه، أن يتسع له الوقت لتدبير الثمن، حتى إذا ما دبره أبرم البيع النهائي. وقد يكون الأمر لا هذا ولا ذلك، ولكن تسجيل البيع يقضى لإجراءات تستغرق مدة من الزمن - وبخاصة إذا كان أحد الطرفين قاصراً حيث يضاف إلى إجراءات التسجيل إجراءات الحصول على إذن من المحكمة - ولكن يريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائي هو هذا الوعد، وذلك إلى أن تتم الإجراءات اللازمة فيبرما البيع النهائي.

فالوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين هو إذن بيع تام، ترتب عليه كل

(١) ولو ضمنا (استئناف مخطوط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٠).

(٢) استئناف مخطوط ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٥.

(٣) ويلجأ المشتري عادة إلى الكشف عن حالة العقار في مصلحة الشهر العقاري، كما يسد إلى تحقيق مستندات ملكية البائع للمبيع حتى يتثبت من أنه مالك لما يبيع (استئناف مخطوط ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ - ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١٨ - ١٤ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٥ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٧ - ٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٩٢ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٧٦).

الآثار التي تقرّب على البيع (١). وسنرى ذلك تفصيلاً عند الكلام في البيع الابتدائي ، لأن هذا الوعد ليس إلا بيعاً ابتدائياً كما قدما . وإلى هذا المعنى تشير المادة ١٥٨٩ من التفتين المدني الفرنسي ، إذ تقول : « الوعد بالبيع يعدل البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والثمن » (٢). وقد اختلف الفقه في فرنسا في تفسير هذا النص ، ولكن الكثرة الغالبة من الفقهاء يفسرونه بحسب معناه الظاهر ، وهو أنه إذا وعد شخص آخر بالبيع ووعد الآخر الأول بالشراء ، وانفقا على المبيع والثمن ، فهذا هو البيع الكامل . ويستوى أن يبيع الشخص أو أن يعد بالشراء ، وعبرة « الوعد » مادامت منجزة وصادرة من الطرفين لتلزم كلا منهما في الحال لا تختلف عن عبارة « البيع والشراء » (٣). وإذا كان التفتين المدني الفرنسي قد عني بإبراز هذا المعنى الواضح في نص خاص ، فإن ذلك يرجع إلى أسباب تاريخية تتصل بالقانون الفرنسي القديم (٤).

(١) وإذا امتنع البائع عن تمكين المشتري من التسجيل ، جاز للمشتري إجباره على ذلك برفع دعوى صحة التعاقد (استئناف مغلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦).

(٢) وهذا هو الأصل الفرنسي لنص: Art. 1589 C.C.F: La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

(٣) لوران ٢٤ - فقرة ٢١ - جيوار ١ - فقرة ٧٧ - لاروسبيير ١ م ١١٣٨ - فقرة ١١ - كولييه دي سانتير ٧ - فقرة ١٠ - مكررة ثانياً - أوبري ورو ٤ - فقرة ٣٤٩ - هاش رقم ٧ - بودري وسينيا فقرة ٦٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ - فقرة ١٧٥ - كولان دكايتان ٢ - فقرة ٨٣٤ . أنظر مكس ذلك : تولىيه ٩ - فقرة ٩٢ - ترولون في البيع فقرة ١٢٥ - ماركاديه ٢٦ م ١٥٨٩ - فقرة ٥ - فقرة ٦ .

وأنظر بلانيول (فقرة ١٤٠٠) حيث يذهب إلى أن المادة ١٥٨٩ فرنسي إنما تعني الوعد بالبيع الملزم لطالب واحد، وأنه يتحول إلى بيع كامل إذا تم الاتفاق نهائياً على المبيع والثمن ورضى المشتري بالشراء ، فيتم الاتفاق عندئذ على جميع عناصر البيع .

(٤) ذلك أن البيع في القانون الفرنسي القديم كان لا ينتقل الملكية بحكم العقد كما قدما ، والتسليم هو الذي كان يتغلها . ثم أتت الناس في التعامل أن يذكروا في عقود البيع أن التسليم قد تم (clause de dessaisine saisine) ، تنتقل الملكية بهذا التسليم لا بالعقد . ثم صارت هذه العبارة من الشروط المألوفة في عقود البيع ، ولو لم يتم التسليم بالفعل ، تراكمت الملكية تنتقل على أساس هذا التسليم الصوري . هذا كله كان يقع في عهد البيع . أما إذا اشتمل المتبايعان عبارة الوعد ، فوعد البائع بالبيع ووعد المشتري بالشراء ، فلم يكن مألوفاً في التعامل أن يمتد شرط التسليم الصوري إلى هذا الوعد . فبقى الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين لا ينتقل من

ثانياً - البيع الابتدائي

٤٠ - صور نموت للبيع الاجبرائى : قدمنا (١) أنه يمكن أن نتصور

مرحلة ابتدائية في البيع في إحدى الصور الثلاث الآتية :

أولاً - بتفق الطرفان على مشروع كامل لعقد البيع ، ولكنهما لا يلتزمان فوراً بهذا المشروع ، فيبقى مشروعاً غير ملزم . ثم يحولان المشروع إلى عقد بيع ملزم في صورة نهائية ، في ورقة رسمية أو في ورقة عرفية . وعند ذلك يكون هناك بيع ابتدائي هو هذا المشروع غير الملزم ، يتلوه بيع نهائي هو عقد البيع الملزم الذى أبرماه بعد ذلك . وغنى عن البيان أن هذه الصورة لا تبرز خصائص البيع الابتدائي ولا خصائص البيع النهائي . فالمشروع الذى سماه الطرفان بالبيع الابتدائي غير ملزم لأحد كما قدمنا ، ولا يستطيع أى من الطرفين أن يجبر الآخر بموجب هذا المشروع على إبرام البيع النهائي . ومن ثم يحسن عدم الوقوف عند هذه الصورة وعدم تسمية المشروع بيعاً ابتدائياً ، فهو ليس ببيع أصلاً لأنه مشروع غير ملزم . كذلك يحسن عدم تسمية البيع إذا أبرم تنفيذاً للمشروع بالبيع النهائي ، إذ لم يتقدمه بيع ابتدائي يجعله هو نهائياً ، بل تقدمه مشروع غير ملزم ، فهو بيع فحسب . وإنما يتميز عن غيره من البيوع بأنه قد سبقته مفاوضات ومساومات انتهت إلى مشروع محدد ، ثم أبرم البيع بعد ذلك دون أن يتقيد الطرفان بالمشروع ، فلهما أن يغيرا فيه ماشاءا ، بل لهما أن يعدلا عنه بتناً ولا يبرما البيع .

= الملكية ، لا بنفسه لأن العقد كان لا ينقل الملكية ، ولا يحكم شرط التسليم الصورى لأن هذا الشرط لم يكن مألوفاً إدراجاً في هذه الصورة من البيع . فلما أصبح العقد ينقل الملكية بنفسه في التفتين المدك الفرنسى ، لم يعد هناك فرق بين البيع والوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، فالمدك في الحالتين ينقل الملكية دون حاجة إلى شرط التسليم . فأراد المشرع الفرنسى أن يبرز هذا المعنى ، فأورد نص المادة ١٥٨٩ ليقرر فيه أن الوعد بالبيع يعدل البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والتمن ، ويقصد أن الوعد يعدل البيع من حيث إن كلا منهما ينقل الملك إلى المشتري ، خلافاً للقانون الفرنسى القديم حيث كان الوعد لا ينقل الملك (أنظر في ذلك وفي الأعمال التحفظية للتفتين المدك الفرنسى بوردوى وسبينا فقرة ٦٠) .

(١) أنظر أيضاً فقرة ٢٢ .

ثانياً - يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد ، فلا يتقيد صاحب الدار ببيعها إلا إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء ، ولا يتقيد الطرف الآخر بالشراء إلا إذا أظهر صاحب الدار رغبته في البيع . فإذا رغب الموعود له في البيع أو في الشراء ، تم البيع النهائي على الوجه الذي قدمناه في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحد . وعنا يمكن القول إن هناك عند بيع نهائي هو البيع الذي تم باظهار صاحب الدار رغبته في البيع ، أو باظهار الطرف الآخر رغبته في الشراء . ولكن لا يمكن القول إن هذا البيع النهائي قد سبقه بيع ابتدائي ، وإعما سبقه وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد .

ثالثاً - يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم للجانبين ، وهذه هي الصورة العملية الصحيحة لما يسمى بالعقد الابتدائي (١) . ويتلو هذا البيع الابتدائي بيع نهائي ، يرم في ميعاد محدد يتفق عليه (٢) . وقد سبق أن استعرضنا الاعتبارات العملية المختلفة التي تدعو إلى إبرام البيع على مرحلتين ، مرحلة ابتدائية ومرحلة نهائية (٣) .

والفرق واضح بين هذه الصورة الأخيرة والصورتين السابقتين . ففي إحدى الصورتين السابقتين قد رأينا أنه لا يوجد في الواقع من الأمر بيع ابتدائي وبيع نهائي ، وإنما يوجد بيع واحد هو الذي أبرمه الطرفان تنفيذاً للمشروع الذي أعد من قبل . والصورة الأخرى ليست إلا صورة الوعد بالبيع وبالشراء

(١) وقد اقتصرنا على هذه الصورة في الجزء الأول من الوسيط عند الكلام في الوعد بالتعاقد ، فعملنا الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين والعقد الابتدائي شيئاً واحداً (الوسيط ، ص ١٢ -- فقرة ١٣٩) . ولم نشر هناك إلى الوعد بالتعاقد الصادر من كل الطرفين والملزم لجانب واحد ، وذلك لندوته في العمل . وقد اتسع له المقام عند الكلام في البيع ، لأنه إذا تحقق عملياً فإنما يتحقق في صورة وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد .

(٢) أما البيع الذي اشترط البيان تمامه دفع الثمن كاملاً أو دفع قسط منه فيجب ألا يكون بيعاً ابتدائياً ، بل هو بيع معلق على شرط واقف (قانون المشتريات بمحتمل ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ص ٢٥٥) .

(٣) من بين هذه الاعتبارات توفير الوقت اللازم للمشتري للبحث عن حالة العقد المبيع ، أو التثبت من مستندات ملكية البائع ، أو تدوير الثمن ، أو الانتهاء من إجراءات التسجيل (أنظر أيضاً فقرة ٣٩) .

للملزم بجانب واحد . أما الصورة الثالثة ، صورة الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، فهذه هي الصورة الصحيحة للبيع الابتدائي .

فتقف إذن عند هذه الصورة الأخيرة لفصل ما يتعلق بها من الأحكام ، ونبه منذ الآن إلى أننا إذا أطلقنا عبارة « البيع الابتدائي » فانما نريد هذه الصورة دون غيرها .

٤١ - البيع الابتدائي في صورة العملية الصحيحة : قلنا إن الطرفين بمقدان بيعاً ابتدائياً (١) ، ومجددان ميعاداً يتفقان عليه لإبرام البيع النهائي مكتوباً في ورقة عرفية أو في ورقة رسمية (٢) . فننظر الآن في الآثار التي تترتب على هذا البيع الابتدائي ، ثم ننظر ماذا يكون مصير هذا البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي .

٤٢ - الآثار التي تترتب على البيع الابتدائي : إذا كان البيع الابتدائي يعتقد صحيحاً بنفس الأركان وشروط الصحة التي يعتقد بها البيع صحيحاً ، فإنه أيضاً يترتب عليه من الآثار ما يترتب على البيع (٣) . فالبايع قد التزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (٤) ، والتزم نحوه بتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . والمشتري قد التزم بدفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع . وأهم ما يسترعى النظر في العقد الابتدائي - وهذا ما يميزه عن

(١) أنظر استئناف مغلط ٦ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٣٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٠٩

٢١٤ ص ٣٥٦ - ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٤ - ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٣ .

(٢) وينبغي أن يصاغ البيع الابتدائي بحيث يلتزم فيه البائع أن يبيع والمشتري أن يشتري ، دون أن يذكر فيه لفظ « الوعد » ، شأن البيع الابتدائي في ذلك شأن البيع النهائي . وهذا يدل على أن المتبايعين قصدوا بالبيع الابتدائي بيعاً كاملاً باتاً متجباً لجميع آثاره .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقد بأنه عقد ابتدائي ، أخذاً بالعرف الذي جرى عمل إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التي لم تراعى في تحررها الأوضاع التي تتطلبها قانون التسجيل ، هذا الوصف لا يحول دون اعتبار البيع باتاً كاملاً ، متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد أزم نفسه الوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل العُدول (نقض من

٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) .

(٤) استئناف مغلط ٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠٤ .

عقد البيع بوجه عام - أن كل هذه الأجراءات لا يقصد تنفيذها في الحال ، بل تبقى موقوفة إلى حين تحوير العقد النهائي . إذ المفروض أن المتبايعين ، بتسميتهما العقد بعبارة ابتدائية ، إنما أرادا أن البيع لا يبطل ، بل يبقى - فيما عدا ما قد يتفق عليه من عيوب - حتى يحمر البيع النهائي ، وأن المشتري لا يبطل بقبول المبيع ولا بربعه وحتى هذا الوقت . ويزيد البيع الابتدائي في آثاره أنه ينشئ التزاماً في ذمة كل من الطرفين بإبرام البيع النهائي في الموعد المتفق عليه (١) .

ويرتب على ما قدمناه نتيجةتان عمليتان هامتان :

(الأولى) لما كان البيع الابتدائي ينشئ كل آثار البيع ، فإن الشفعة تجوز فيه وتستحق من وقت صدوره . فإذا بيع عقار يربو ابتدائياً ، وكان لهذا العقار شفع ، استطاع الشفع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور البيع الابتدائي ، وتسرى مواعيد الشفعة من هذا الوقت (٢) .

(والثانية) لما كان البيع الابتدائي ينشئ - بل جازب الالتزامات التي ينشئها البيع عادة - التزاماً في ذمة كل من الطرفين بإبرام البيع النهائي في خلال مدة معينة ، وهذا الالتزام هو التزام بعمل ، فإنه إذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر (٣)

(١) وقد كان من الممكن أن يكيف البيع الابتدائي بأنه سقد يقتصر على إبرام كل من الطرفين أن يبرم البيع النهائي في موعد معين ، فهو ينشئ في ذمة كل منهما التزاماً بعين (obligation de faire) لا التزاماً بامطاء (obligation de donner) . فإذا امتنع أحد من إبرام البيع النهائي ، استصدر الآخر حكماً يقوم مقام هذا البيع ، على النحو الذي رأيناه في لومد بالبيع الحريم لجانب واحد (أنظر بيان ١١ فقرة ٣٢) . ومنتهى هذا التكيف أنه لا يجوز الشفعة في البيع الابتدائي ، ولكن القضاء المصري قد استقر على جواز الشفعة فيه ، ومن ثم يكون التكيف الذي نتول في المتن موافقاً مع القضاء المصري .

(٢) استئناف مخطوط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٩ - ١٩ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٤ .

(٣) ومن المبررات أن يجه المشتري الدعوى المبيح شقلاً محتملاً يحمي لم يرد إدارته إليه في البيع الابتدائي ، فيحق للمشتري في هذه الحالة الاستطاع من إبرام البيع النهائي وفسخ البيع الابتدائي . وقد قضت محكمة الاستئناف المنظمة بأن المشتري أن يفتنع من تحوير العقد النهائي ومن دفع الثمن إذا تبين له أثناء الأجل أن المبيع مثقال سقوف مبنية لم يخطره بها "البائع" (٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ٤٥ ص ٢٢٧ - ٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ٤٧ ص ١٤٣ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ٤٨ ص ٤٤) . وقضت أيضاً بأن المشتري يفتنع ببيع الابتدائي إذا امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بتسليم مستندات الملكية (٤ يناير سنة ١٩٠٤ م ٤٧ ص ٩٢) .

عن القيام بالتزامه من إبرام هذا العقد ، جاز للطرف الآخر إجباره على القيام بهذا الالتزام . والسبيل إلى ذلك هو أن يستصدر حكماً ضده بوقوع البيع أو بصحة التعاقد ، وهذا الحكم يترجم بمقام العقد النهائي ، وإذا كان المبيع عقاراً سجل هذا الحكم فنتقل ملكية العقار إلى المشتري بتسجيله (١)

٤٣ - مصير البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي : قدمنا أن

كلاماً من الطرفين ملزم بإبرام البيع النهائي ، وأنه يجبر على ذلك باستصدار حكم ضده ، فما هو مصير البيع الابتدائي بعد إبرام البيع النهائي ؟ ينسخ البيع النهائي البيع الابتدائي ويحل محله ، فلا يبقى إلا هذا البيع النهائي لتنظيم العلاقات بين المتبايعين (٢) . ويمكن القول إن إبرام البيع النهائي يكون بمثابة تقايل (٣) من البيع الابتدائي ، فيعتبر البيع الابتدائي كأن لم يكن ، ولا يكون هناك إلا البيع النهائي . ومما يترتب على ذلك من النتائج ما يأتي

١ - تاريخ البيع هو تاريخ البيع النهائي ، لأنه هو البيع الوحيد القائم ما بين الطرفين ، ولا عبرة بتاريخ البيع الابتدائي فهذا بيع قد نسخ كما قدمنا (٤) .

(١) وليس هذا إلا تطبيقاً للمادة ٢١٠ مدني إذ تقول : « في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه عند وجود بيع رسمي اتفق فيه الطرفان نهائياً على شروط البيع ، يجب أن تزول جميع الاتفاقات والعقود التي سبقت هذا البيع النهائي . فإذا استحدث البيع النهائي تعديلاً في الشروط التي كانت مذكورة في البيع الابتدائي أوفى دفتر العطاء ، فالعبرة بالشروط المعدلة التي استقرت في البيع النهائي (١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦١) . ومع ذلك يمكن الاعتداد بالبيع الابتدائي في تفسير ما غرض من الشروط في البيع النهائي ، على أن يكون ذلك مجرد تفسير لا يستحدث حديداً في شروط البيع النهائي ولا يتعارض في شيء مع هذه الشروط (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ١١٦) فإذا كان العقد الابتدائي منصوصاً فيه على أن المبيع هو قطعة أرض مقام عليها منزل . ولم يذكر العقد النهائي هذا المنزل على وجه التعيين ، جاز استخلاص اشتغال المبيع على المنزل أيضاً من مراجعة النسخ الابتدائي (نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٤ ص ٤٧٢) .

(٣) أما إذا كانت شروط البيع النهائي هي نفس شروط البيع الابتدائي ، فإن البيع النهائي يكون بمثابة تثبيت البيع الابتدائي (قارب بلانويول وريبير وعامل ١٥ فقرة ١٧٤) .

(٤) وترتب على ذلك أن البيع إذا كان واقعاً على عقار ملوكة لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، فتدبر ما إذا كان الثمن يزيد على الخمس (م ٢٥ / ٢ مدني) يكون وقت صدور البيع النهائي لا وقت صدور البيع الابتدائي .

٢ - يجوز أن يختلف البيع النهائي في شروطه عن البيع الابتدائي ، ولكن ذلك لا يكون إلا باتفاق الطرفين . فيجوز أن يتفقا على تعديل في مقدار الشيء المبيع ، أو تعديل في الثمن ، أو تعديل في سائر شروط البيع الابتدائي ، ولا قيد عليهما في ذلك إلا وجوب اتفادهما عليه (١) . فإذا امتنع أي منهما عن قبول تعديل في شروط البيع الابتدائي ، التزم الآخر بهذه الشروط دون تعديل ، ووجب عليه إمضاء البيع النهائي بالشروط نفسها التي تم بها البيع الابتدائي .

٣ - إذا اتفق الطرفان على أن يكون البيع النهائي مكتوباً في ورقة رسمية ، فإن البيع يكون رسمياً حتى لو كان البيع الابتدائي مكتوباً في ورقة عرفية أو غير مكتوب أصلاً . ومن ثم يستطيع البائع أن ينفذ بالتسليم بموجب الورقة الرسمية التي حررت بالبيع النهائي ، كما يستطيع المشتري أن ينفذ بتسليم المبيع بموجب هذه الورقة (٢) .

٤ - إذا كان البيع الابتدائي قد نسخ كما قدمنا بأمر رجعي ، فإن هذا النسخ لا يجوز أن يمس حقوق الغير . فإذا كان الشفيع قد طلب الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، بقي حقه في الشفعة قائماً وبشروط البيع الابتدائي ، حتى بعد إبرام البيع النهائي ، وحتى لو تغيرت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي . وإذا كان المشتري بعقد ابتدائي قد آجر العين التي اشتراها ، بقي ملتزماً بهذا

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم فيما حصله من وقائع الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفي التعاقد توطئة بحرفة المقصر منهما قد رجع إلى عقد البيع الابتدائي دون العقد النهائي الذي اختلفت شروطه عن العقد الابتدائي ، وبه استقرت العلاقة بين الطرفين ، فإنه يكون قد خالف القانون بعدم أخذه هذا العقد الذي يكون هو قانون المتعاقدين (نقض مدني ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٤ ص ٣٠٣ . وانظر أيضاً : نضر مدني ٢٠ يولييه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٢ ص ٨٩٤ . استئناف مخلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧ : ذكرت ملحقات للأرض في البيع الابتدائي ولكنها لم تذكر في البيع النهائي) . انظر أيضاً الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٥ ص ١٠٩ - استئناف غنطاط ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١ . وإذا تلا البيع النهائي من الشرط الجزائي الواردة في البيع الابتدائي ، دل ذلك على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام انقض ٩ رقم ٥ ص ١٦) .

(٢) ومن وقت إبرام البيع النهائي ، يستطيع البائع أن يطالب المشتري بالتسليم إذا كان معجلاً ، بل وإن امتنع عن إبرام البيع النهائي إذا لم يقبض الثمن في مجلس انعقد . وكذلك يستطيع المشتري من هذا الوقت أيضاً أن يطالب البائع بتسليم المبيع ويرديه ، وهذا ما لم يكن هناك إرماد آخر متفق عليه للتليم ولا استحقاق الربح ، أو ما لم يوجد نص في القانون يقتضي بغيره .

الإيجار حتى بعد إبدال البيع الابتدائي بالبيع النهائي . وإذا كان المشتري قد تصرف في المبيع ، بنى أيضاً ملزماً بهذا التصرف ، حتى بعد إبرام البيع النهائي .

٥ - ويبدو أن الشفيع إذا قامه الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، جاز له الأخذ بالشفعة في البيع النهائي وفي عواجيد هذا البيع . ولكن إذا هو أسقط شفيعته بعد علمه بالبيع الابتدائي ، بأن زل عنها أو ترك المواعيد نفوت ، لم يستطيع بعد ذلك الأخذ بالشفعة في البيع النهائي ، إلا إذا اختلفت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي ، وبخاصة إذا انقص الثمن . وذلك أن الشفيع إذا كان قد زل عن حقه في أخذ المبيع بالشفعة بشمن معين ، فإن هذا لا يستلزم حتماً أنه قد زل عن حقه في أخذ هذا المبيع بالشفعة بشمن أقل .

ثالثاً - البيع بالعربون

٤٤ - الصورة العمومية للبيع بالعربون : أكثر ما يقع الاتفاق على العربون (arrhes) في البيع الابتدائي في الصورة التي بسطنا أحكامها فيما تقدم . فيبرم المتعاقدان بيعاً ابتدائياً ، ويحددان ميعاداً لإبرام البيع النهائي ، ويتفقان في البيع الابتدائي على عربون يدفعه المشتري للبائع . فإذا امتنع المشتري عن إبرام البيع النهائي في الميعاد المحدد ، فتمس العربون الذي دفعه للبائع ، وصقط البيع الابتدائي . وإذا كان الذي امتنع عن إبرام البيع النهائي هو البائع ، توجب على امتناعه نفس الجزاء المتقدم ، فيسقط البيع الابتدائي ، ويتمس البائع بقيمة العربون بأن يرد للمشتري العربون الذي أخذه منه ومعه مثله .

٤٥ - أحكام البيع بالعربون : وقد ورد نص في التماثل بالعربون بوجه عام ، فقد نصت المادة ١٠٣ من التقنين المدني على أن ١ - دفع العربون يثبت إبرام العقد . لكن من المتعاقدين اللحق في العود عنه ، إلا إذا تقيى الألفاظ بغير ذلك . ٢ - فإذا عمل من دفع العربون نقده ، وإذا عدل من قبضه رد نقده ، ولما ولو لم يترتب على العود أي ضرر (١) . ويتولى

(١) أنظر في تاريخ هذا النص الوسيط جزء أول فقرة ١٤٠ في الماخذ .

الآن تطبيق هذا النص على عقد البيع بالذات ، بعد أن شرحناه فيما يتعلق بالتعاقد بوجه عام (١) .

والذي يقع عادة هو أن يعطى المشتري للبائع مبلغاً من النقود يسميه عربوناً ، ويعتبره مبدئياً جزءاً من الثمن . ويكون لدفع العربون على هذا الوجه إحدى داليتين : فاما أن يكون غرض المتبايعين حفظ الحق لكل منهما في العدول عن البيع في نظير أن يدفع قيمة العربون للطرف الآخر ، وإما أن يكون الغرض هو تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون فلا يكون لأحد من المتبايعين حق العدول عن البيع .

ولم يكن التقنين المدني السابق يشتمل على نص يغلب إحدى هاتين الداليتين على الأخرى عند الشك ، فكان القضاء المصري يتردد بينهما ويفسر لية المتبايعين بحسب العرف الجاري . والعرف في مصر يجعل دلالة العربون في البيع الابتدائي جواز العدول ، وفي البيع النهائي التأكيد والبت (٢) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٠ - فقرة ١٤٢ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٤١ - وقد قضت محكمة النقض بأن العربون ما يقدمه أحد المتبايعين إل الآخر عند إنشاء العقد . وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلها عقداً مبرماً بينهما على وجه هائي ، وقد يريدان أن يجعلها لكل منهما الحق في انشاء العقد أو نقضه . ونية المتبايعين هي وحدها التي يجب التعميل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني . وعلى ذلك إذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عقديه انعقدت على تمامه ، وأن المبلغ الذي وصف فيه بأنه عربون ما هو في الواقع إلا قيمة التعويض الذي انتفا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن تقصير أحد المتبايعين في الوفاء بما التزم به ، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتبايعين على هذا النحو تفسيراً للعقد تحتمله عباراته ، فذلك يدخل في سلطاتها التقديرية التي لا تخضع فيها رقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ من ١٣٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العربون في العقد الابتدائي دليل على جواز العدول ، وفي العقد النهائي دليل على البت (٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٢ - ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ - ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٤٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٤ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١١ - ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ - وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مصر ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٢٩ ص ٦٥ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٩٠ من ١٣٦) . وهناك أحكام تقضي بأن العربون في حالة الشك يدل على جواز العدول (استئناف مصر =

ثم جاء التفتين المدني الجديد بالنص الذي قدمناه - م ١٠٣ مدني - يقيم
قربة قانونية تقبل إثبات العكس . وتقضي هذه القربة بأن الأصل في دفع
العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع ، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة
أو ضمناً أن دفع العربون معناه البت والتأكيد والبدء في تنفيذ العقد . وقد قدمنا
أن العربون لا يدفعه المشتري عادة للبائع إلا عند توقيع البيع الابتدائي ، أما عند
توقيع البيع النهائي فالذي يدفع هو الثمن إذا كان معجلاً أو قسط منه إذا كان
مقسطاً أو لا يدفع منه شيء أصلاً إذا كان مؤجلاً . فنقتصر على الصورة العملية
التي يدفع فيها المشتري العربون للبائع عند توقيع العقد الابتدائي .

فاذا لم يبين من العقد الابتدائي ماذا قصد المتبايعان من حيث دلالة العربون ،
فهناك قربة قانونية كما قدمنا على أن العربون يراد به أن يكون لكل من المتبايعين

= ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ الحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ٣٥ - انقضاء المستجل ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠
الحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ١١١ - استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٣ -
٣١ مارس ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤) أحكام تقضى على العكس من ذلك بأن العربون في حالة
الشك يكون دليلاً على البت ويكون بمثابة شرط جزائي (استئناف مصر ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢
الحاماة ، رقم ٣/١٢٢ ص ٤٨٦ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٧/١٣٢ ص ٢٩٢)
وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دلالة العربون ، وقد تكون لتأكيد العقد لا لجواز
العدول عنه ، ترك لتفسير نية المتعاقدين (٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - ٢٥ مايو
سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان العربون دليل العدول لوقت معين ،
لم يجر العدول بعد انقضاء هذا الوقت . أما إذا لم يبين وقت لجواز العدول ، جاز العدول إلى وقت
التنفيذ . ولا يجوز إساءة استعمال الحق في العدول ، فالبائع الذي أظهر نيته في أن يمضي في العقد
دون استعمال حقه في العدول ، وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على
إتمامها ، ثم عدل بعد ذلك فجأة ، لا يقتصر على خسارة العربون ، بل يجب أيضاً أن يدفع
تمويضاً لإساءة استعمال حقه في العدول (٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ وقد سبق
الإشارة إليه) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه وإن كان لكل من الطرفين حق الخيار
في الرجوع مع خسارة قيمة العربون ، إلا أنه لا يجوز التماهي في ذلك الحق إلى أجل غير محدود ،
فإن كان المتعاقدان قد حدداً ميعاداً لنقض البيع مقابل ترك العربون فلا دوام لهذا الحق إلا لغاية
الأجل الضروب بحيث إذا انقضى الميعاد سقطت حقهما في النقص . فإن لم يكن ثمة ميعاد فيدوم
خيار النقص ، إما إلى حين تنفيذ العقد كما لو سلم البائع البيع للمشتري أو دفع المشتري للبائع
أقسماً من الثمن ، وإما إلى أن يكلف أحد المتعاقدين الآخر تكليفاً رسمياً بتنفيذ الاتفاق
أو إبداء رغبته في نقضه مقابل خسارة العربون ، حتى لا يبقى المتعاقد ملزماً إلى أجل غير مسمى
(٨ فبراير سنة ١٩٤٨ الجمهورية الرسمية ٥٠ رقم ١١٤) .

حق الرجوع في البيع وعدم إبرام البيع النهائي . وفي هذه الحالة يستطيع المشتري أن يرجع في البيع . فيخسر العربون الذي دفعه إلى البائع ولا يسترده منه في نظير هذا الرجوع (١) . ولا يعتبر العربون تمويضاً عن ضرر أصاب البائع ، بل هو جزء حتمي يدفعه من عدل عن البيع للطرف الآخر حتى لو لم يترب على العدول أي ضرر كما هو صريح النص .

كذلك يستطيع البائع أن يرجع في البيع ، ويكون الجزاء على هذا العدول هو كما قدمنا أن يدفع للمشتري قيمة العربون ، فيرد له أولاً العربون الذي أخذه منه ثم مقداراً معادلاً له هو الذي يستحقه المشتري فوق استرداده لما دفعه وهذه القرينة القانونية التي استحدثتها التقنين الجديد تسرى من وقت العمل بهذا التقنين ، فلا يعمل بها إلا في عقود البيع التي تمت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

وقد يبين البيع الابتدائي دلالة العربون . فإذا بينها على أنها لجواز العدول عن البيع ، كان الحكم الذي قدمناه . وإذا بينها على أنها للبت والتأكيد ، لم يجوز لأى من المتبايعين الرجوع في البيع ، واعتبر العربون المدفوع جزءاً من الثمن ، وجاز لأى من الطرفين إلزام الطرف الآخر بإبرام البيع النهائي (٢) .

(١) وهذا على أن يكون رجوعه في المدة المنقضية عنها إذا حدثت مدة الرجوع ، فإذا انقضت هذه المدة سقط حق الرجوع وتأكد العقد ، وأصبح العربون جزءاً من الثمن . أما إذا لم تحدد مدة الرجوع ، فتمسرى الرجوع في أى وقت إلى يوم التنفيذ ، وجزاء رجوعه هو خسارة العربون كما قدمنا (استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ - ٨ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣٩) . على أن المشتري ، حتى في خلال المدة التي يجوز له الرجوع فيها ، إذا أظهر نيته في إضفاء العقد وتنفيذه ، اعتبر أنه قد أساء استعمال حقه في الرجوع إذا رجع بعد ذلك . وكان مسئولاً عن تمويض فوق خسارته للعربون (استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٢) ويعتبر دفع العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكمال . ونجربى على العقد الذى أبرم القواعد العامة التى تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتأمييض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد ، ترتب على الفسخ تمويض فليس من الضرورى أن يقدر التأمييض بمقدار العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامه الضرر (الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٤) .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المدى الجديد يشمل على نص هو المادة ١٥٣ من هذا

وقد يبين البيع الابتدائي أن للعربون دلالة العدول بالنسبة إلى أحد المتعاقدين دون الآخر . فيجمل للبائع وحده الحق إما في إلزام المشتري بإبرام البيع النهائي ، وإما في الاقتصار على أخذ العربون مع إسقاط البيع . وكذلك قد يجعل البيع الابتدائي هذا الحق للمشتري وحده ، فيجوز له إما إلزام البائع بإبرام البيع النهائي وإما الاقتصار على استرداد العربون ومقدار مثله .

٤٦ - التكييف القانوني للعربونه : قدمنا أنه إذا كانت دلالة العربون

جواز الرجوع في البيع ، فإن العاقد الذي يرجع يلتزم بدفع قيمة العربون للعاقد الآخر . ولكن هذا الالتزام ليس تعويضاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، فإن النص صريح في أن هذا الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر . فالعربون إذن معناه في نظر المشرع أن المتبايعين قد أرادوا إثبات حق الرجوع لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قيمة العربون ، فجعلوا العربون مقابلاً لحق الرجوع . ومن ثم لا يجوز تخفيض العربون إذا تبين أن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر أقل من قيمته ، كما لا يجوز زيادته إذا تبين أن الضرر أكبر ، مالم يكن هناك تعسف في استعمال حق الرجوع فتكون الزيادة تعويضاً عن التعسف لا تعويضاً عن الرجوع في ذاته . ولا يجوز عدم الحكم بالعربون حتى إذا تبين أنه ليس هناك أى ضرر ، كما سبق القول .

فالعربون إذن هو مقابل للرجوع في البيع ، أى بدل عن هذا الرجوع .

= الم شروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : ١ - إذا نفذ الالتزام الذي من أجله دفع العربون خصم العربون من قيمة هذا الالتزام ، فإذا استحال الخصم استرد العربون من دفعه . ٢ - ويتعين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد من المتعاقدين مسؤولاً عنها ، أو إذا فسخ العقد خطأ من المتعاقدين أو باتفاق بينهما . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لإمكان الاستثناء عنه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ - ص ٨٢ في الماش) . وبدیهی أنه إذا تقرر تنفيذ البيع الذي دفع فيه العربون فأصبح العربون تنفيذاً جزئياً لهذا البيع ، ثم طرأ بعد ذلك ما جعل البيع يستحيل تنفيذه لسبب أجنبي ، فإن العقد يفسخ ويجب رد العربون . وكذلك يكون الحكم لو فسخ العقد خطأ من المتبايعين كليهما لو باتفاق بينهما ، فليس أحدهما أولى بالمسئولية من الآخر ، فيرد العربون لمن دفعه (بودرى وسينيا فقرة ٨٢) .

فيمكن تكييفه بأنه البديل في التزام بئلى . ويكون المدين - بالتمام أو مشترطاً - ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد في البيع ودائماً في الوقت ذاته بالحق الذي يقابل هذا الالتزام . ولكن تبرا ذلك من الالتزام - ويستط بداهة الحق المقابل تبعاً لذلك - إذا هو أدى العربون (١) . ويترتب على ذلك أن العربون بديل مستحق بالعمد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد وليس فسخاً له (٢) .

(١) وإذا كان العربون مقترناً بوعده بالبيع أو بالشراء ملازم لجانب واحد ، فهذا هو الالتزام البديل المحض . إذ الرأع - وهو الذى دفع العربون - يلتزم بإبرام العقد التهاى إذ ظهرت رغبة الآخر فى إبرامه ، وله بدلا من ذلك أن يترك العربون وهذا هو البديل (قارن سنيا فقرة ٨٨) . أنظر أيضاً محاضرات الأستاذ حسن الذنون فى نظرية العقد فى القانون المدنى العراقى فى معهد الدراسات العربية العالية فقرة ٢٦ ص ٢٣ ، وهو يتفق معنا فى هذا الرأى . ويعترض الأستاذ سليمان مرقس على تكييف العربون بأنه التزام بديل بأن الالتزامات التى ينشأها البيع البات فى ذمة البائع متعددة ولكل منها عمله الخاص ، ويجوز للبائع فى البيع بالعربون أن يبرأ منها جميعاً بمجرد عدوله عن البيع على أن يحل محلها التزام آخر مغاير لها هو البيع بقيمة العربون ، فلا يستقيم اعتبار ذلك التزاماً بديلاً (البيع فقرة ٤٢ ص ٦٢) . ولا نرى ما يمنع من أن يكون الحل الأصل فى الالتزام البديل محالاً متعددة ، بينما يكون البديل محالاً واحداً .

(٢) وفى الفقه الفرنسى يذهب بعض الفقهاء إلى أن البيع بالعربون بيع معلق على شرط فاسخ ، فينفذ البيع فى الحال ولكن يجوز لكل من المتبايعين فسخ البيع فيخسر العربون (كولىه دى سانتير ٧ فقرة ١١ مكررة تاسعاً وعاشراً - جيوار ١ فقرة ٢٣) . وينهب بعض آخر إلى أنه بيع معلق على شرط واقف ، فلا ينفذ إلا إذا انقضت المدة المحددة ولم يرجع أحد المتبايعين فى البيع ، ومن ثم يفت انتقال الملكية إلى أن يتحقق الشرط الواقف ولكن إذا تحقق انتقلت بأثر رجعى ، وتكون تبعه هلاك المبيع قبل تحقق الشرط الواقف على البائع من المشتري (بودرى وسنيا فقرة ٨٠ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٨ - سرران ٢ فقرة ١٠٦٨ - وقارن : لانبول وويدير وهامل ١٠ فقرة ٢٠٩ ص ٢٤٦) . وسواء اعتبر البيع معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، فإنه يصعب تعيين مصدر الالتزام بنفع العربون مادام البيع يزول بأثر رجعى بتحقيق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف .

أنظر فى معنى الشرط الواقف فى الفقه المصرى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٩٠ - الأستاذ عبدالنم

البيدراوى فقرة ١٠٦ ص ١٦٠

وأنظر فى أن البيع بالعربون يتضمن اتفاقين متبايعين ، أولها الاتفاق على البيع مقترناً بشرط واقف أو فاسخ بحسب قصد المتبايعين ، والثانى اتفاق على تعيين زمن لاستعمال الحق فى العدول يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغاً يوازى قيمة العربون ويعتبر هذا الاتفاق الأخير بان الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٢ ص ٦٢ .

ويختلف العربون في كل ذلك عن الشرط الجزائي . فان الشرط الجزائي تـسـريـض ، اتفق على تقديره المتعاقدان ، عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد . ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، بل جاز له ألا يحكم به أصلاً إذا لم يلحق الدائن أى ضرر ، وهذا كله بخلاف العربون (١) كما سبق القول . فالتكييف القانوني للشرط الجزائي هو

(١) ويرجع فيما إذا كان ما اتفق عليه المتعاقدان هو شرط جزائي أو عربون إلى نيتهما مستنظرة من ظروف الدعوى ووقائهما ، مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن المتدين قصداً به أن يكون البيع بيعاً باناً منجزاً بشرط جزائي ولم يقصداً أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٢٣ - ١٦٣ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة مسر ٥ رقم ٥٢ ص ١٢٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

وإذا كان ثابتاً أن كل ما دفعه المشتري ، سواء أكان لبائع أم لدائنيه المسجلين على العقار ، إنما هو من الثمن المتفق عليه لا مجرد عربون يفسح عند اختيار الفسخ ، وأن المتعاقدين اتفقا نيتهما هذه بتصرفاتهما التالية للمقد ، كان البيع وانما خالياً من خيار الفسخ (نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٢٣٠) .

وإذا كانت المحكمة لم تبين في أسباب حكمها في خصوص المبلغ المدفوع للبائع بموجب عقد البيع إن كان عربوناً فيفقده المشتري كغدية يتحلل بها عند نكوله عن إتمام ما اتفق عليه مع البائع أم أنه كان جزءاً من الثمن لا يحكم به البائع كتعويض إلا متى ثبت خطأ المشتري وحاد سرور بالبائع ، بل قررت أن المشتري قد فقد المبلغ الذي دفعه نتيجة تقصيره في إتمام العقد سواء اعتبر المبلغ المدفوع عربوناً أو جزءاً من الثمن ، دون أن يحمى دفاع المشتري ومؤداه أن عدوله عن إتمام الصفقة كان بسبب عيب غن في المنزل المبيع سلم له به البائع ، وبسببه اتفق وإياه على استعاضة وعرض المنزل على مشتر آخر ، وكان هذا الدفاع جوهرياً يثني به وجه الرأي في الدعوى ، فإنه كان لزاماً على المحكمة أن تتعرض له وتفصل فيه ، وتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع من المشتري هو في حقيقته عربون أو جزء من الثمن لاختلاف الحكم في الحالتين ، وإذا هي لم تفعل يكون حكمها قد شابه فصور يطله ويستوجب نقضه (نقض مدني ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٢ ص ٤٩٥) .

ولحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائهما ومن نصوص العقد لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذي انعقد به البيع باناً ، أو أنه عربون في بيع مسحوب بخيار المدول ، إذ أن ذلك مما يدخل في سلطتها الموضوعية متى كان مقاماً على أسباب سائمة (نقض مدني ٢٢ مارس ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٥ ص ٣٦٩) .
ومتى كان قد نص في عقد البيع صراحة على أن المشتري دفع عربوناً وحدد مقداره والحالة

نفس التكييف القانوني للتعويض ، ولا يجوز القول بأن التعويض بدل في التزام بدلي ، لأن المدعى لا يملك أن يؤديه بدلا من تنفيذ الالتزام الأصلي تنفذاً عينياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن (١) .

المطلب الثاني

التابع بطريق النيابة

٤٧ - جواز التابع بطريق النيابة ونطيس القواعد العامة :
يجوز التابع بطريق النيابة مباشر البيع نائب عن البائع ، أو مباشر الشراء نائب عن المشتري ، أو مباشر كلا من البيع والشراء نائب عن كل من البائع والمشتري . فيتم البيع وفقاً للقواعد المقررة في النيابة في المعاهد ، وهي القواعد التي سبق بسطها في الجزء الأول من الوسيط (٢) .

فتحل إرادة النائب عن البائع أو عن المشتري محل إرادة الأصيل ، مع انصراف أثر هذه الإرادة - أي انصراف الحقوق والالتزامات الناشئة من عقد البيع - إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو . ويشترط لتحقيق ذلك أن محل إرادة النائب محل إرادة الأصيل ، وأن تجرى إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة ، وأن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب .

= التي تباع للمشتري استرداده وذلك التي تباع للبائع الاحتفاظ به ، كما حدد في العقد موعد الوفاء بهما الزمن وشرط استحقاله ، فان تكييف محكمة الموضوع لهذا العقد بأنه بيع بالعربون يحوي عيار المدلول هو تكييف سليم . ولا يبيح الحكم عدم تعريفه لعبارة التي عتم بها العقد من أنه « عقد بيع نافذ للمفوض » ، ما دامت هذه العبارة لا تعنى أكثر من نفاذ العقد بشروطه ، ومن بينها أن حق المشتري في المدلول من العقد لا يسقط إلا عند تمام الواقعة التي حددتها الطرفان لاتتمام عيار المدلول (تقضى مدنى ، أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٨ ص ٥٠٨) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٢ و ص ٢٦٤ هامش رقم ١ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٨٢ - فقرة ٩٧ .

وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في النيابة في التعاقد (١) .

والنيابة بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها ، تكون إما نيابة قانونية إذا كان القانون هو الذي يحدد هذا النطاق كما في الولى والرصى والقيم والوكيل من الغائب والحارس القضائي ، وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذى يتولى تحديد نطاقها ويتحقق هذا فى عقد الوكالة .

فيجوز إذن أن يتوب عن البائع أو عن المشتري وكيل ، وهذا يدخل فى الوكالة فلا شأن لنا به هنا (٢) . كما يجوز أن يتوب عن البائع أو عن المشتري ولى أو وصى أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائى . وفى جميع الأحوال لا يجوز لشخص أن يتبايع مع نفسه باسم من يتوب عنه ، سواء أكان التبايع لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل قبل التعاقد أو إجازة منه بعد التعاقد (م ١٠٨ مدنى) .

ونقف عند هاتين المسألتين : (١) التبايع عن طريق ولى أو وصى أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائى . (٢) بيع النائب لنفسه .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٨٤ - فقرة ٩١ .

(٢) ونقتصر هنا على الإشارة إلى أن البيع والشراء بوجه عام من أعمال التصرفات لا من أعمال الإدارة ، فلا بد من وكالة خاصة فى كل منهما يخصص فيها نوع التصرف الموكل فيه ، ولا تكفى الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة لا تخصيص فيها لنوع التصرف الحاصل فيه التوكيل ، فهذه الوكالة العامة إما تكفى فى أعمال الإدارة لا فى أعمال التصرف (م ٧٠١ مدنى) . ومنه ذهب المادة ٧٠٢ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : ١ - لا بد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه الدين والمراعاة أمام القضاء . ٢ - والوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يمين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات . ٣ - والوكالة الخاصة لا تجمل للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر ولعرف الجارى .

ويخلص من هذا النص أن التوكيل فى البيع أو الشراء يجب أن يكون توكيلاً خاصاً ، أى توكيلاً يذكر فيه هل التوكيل فى البيع أو فى الشراء ، ولا يشترط فى هذا التوكيل الخاص تعيين الشيء الذى يباع أو يشتري .

هذا وقد جرى القضاء على اعتبار المرأة المتزوجة وكيلة من زوجها فى شراء الحاجات المنزلية (استئناف مخطوط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٣) .

١٥ - التبایع عن طریق ولی أو وصی أو قیم أو وکیل عن الغائب أو حارس قضائی

٤٨ - المصادر التشريحية: النائب هنا يستمد ولايته من القانون كما قلنا ، فالقانون هو الذى يحدد مدى هذه الولاية . وهناك مصدران تشريحيان مختلفان ، أحدهما يحدد مدى ولاية الولی والوصی والقیم والوكیل عن الغائب ، والثانى يحدد مدى ولاية الحارس القضائى .

فالمصدر التشريحي الأول هو النصوص الخاصة بالولاية والوصاية والقروامة والوكالة عن الغائب . وقد كانت هذه النصوص قبلا محتوية قانون المجالس الحسينية الصادر فى سنة ١٩٢٥ . وقد ألغى هذا القانون واستبدل به قانون المحاكم الحسينية الصادر فى سنة ١٩٤٧ . ثم حل محل هذا القانون المرسوم رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، وهو الذى يسمى بقانون الولاية على المال .

والمصدر التشريحي الثانى هو النصوص الخاصة بالحراسة ، وهذه محتوية فى التقنين المدنى فى المواد من ٧٢٩ إلى ٧٣٨ .

ونستعرض ، طبقاً لهذه المصادر التشريحية ، مدى ولاية الولی ، ثم مدى ولاية الوصى والقیم والوكیل عن الغائب ، ثم مدى ولاية الحارس القضائى ، فى البيع والشراء ، إذ أن لكل من الطوائف الثلاث ولاية تختلف فى المدى عن الولاية التى للطائفتين الأخرين .

٤٩ - ولاية الولی فى البيع والشراء: الولی هو أبو القاصر أو جده ، ومدى ولاية الأب أوسع من مدى ولاية الجد .

فقد قضت المادة ٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأنه لا يجوز للأب أن يتصرف فى عقار القاصر أو فى محله التجارى أو فى أوراقه المالية إذا زادت قيمة أى منها على ثلثمائة جنيه ، إلا باذن المحكمة . ولا يجوز للمحكمة فى هذه الأحوال أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة . ونصت المادة ٨ بأنه

لا يجوز للأب أن يتصرف في أموال القاصر ، عقارية كانت أو منقولة ، ولو لم تجاوز قيمتها ثلثائة جنيه ، إلا بإذن المحكمة ونحت إشرافها ، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بالأب يتصرف ولى القاصر في المال المورث . أما إذا كانت الأموال قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه وعن طريق التبرع ، فقد قضت المادة ١٣ بأنه يجوز للأب أن يتصرف فيها . ولو زادت قيمتها على ثلثائة جنيه ، بدون إذن المحكمة . وبمخلص من هذه الأحكام أن الأب يجوز له أن يتصرف في منقولات ابنه الصغير أياً كانت قيمتها بدون إذن المحكمة ، إلا إذا كانت هذه المنقولات أوراقاً مالية أو محلاً تجارياً ولم تكن وقد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع فيجب إذن المحكمة إذا زادت قيمة هذه الأموال على ثلثائة جنيه . ويجوز للأب أن يتصرف في عقارات الصغير بدون إذن المحكمة ، إذا كانت قيمتها لا تزيد على ثلثائة جنيه ، أو كانت قيمتها تزيد على هذا المبلغ ولكنها آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع ، وإلا فيجب إذن المحكمة . وفي جميع الأحوال ، أى في المنقولات والعقارات ، يجب إذن المحكمة أياً كانت القيمة ، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بالأب يتصرف ولى القاصر في المال الموروث (١) . وحكم الشراء هو حكم البيع .

أما الجدد فلا يجوز له التصرف في مال القاصر إطلاقاً ، عقاراً كان أو منقولاً ، وسواء كان التصرف بيعاً أو شراءً ، إلا بإذن المحكمة (م ١٥ من قانون الولاية على المال) .

(١) وقبل قانون الولاية على المال وقانون المحاكم الحسبية ، كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي النبعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذ نص يبطلان عقد بيع الأعيان المملوكة للقاصر والصادر من أبيه بصفته ولياً عليه إلى ابن آخر من زوجة أخرى قبل صدور قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ قد أقام قضاءه على قوله : « ... فالنات من أموال علماء الشرع وما جرت عليه أحكام المحاكم أن الأب إذا كان فاسد الرأي سبيء للتدبير وبيع مال ولده ، فلا يصح هذا البيع إلا إذا كان بالخيرية وهي بالنسبة للعقار لا تكون إلا بضعف قيمته ، فإن باعه بأقل من الضعف لم يجز هذا البيع » ، فهذا الذي أقام عليه الحكم قضاءه لا مخالفة فيه لقانون ، وهو يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي كانت واجبة الاتباع قبل صدور قانون المحاكم الحسبية (نقض مدني ٧ يولية سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٩ ص ٧١٤) .

ولا يجوز للولي ، أباً كان أو جداً ، أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه (أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقارب زوجه إلى الدرجة الرابعة) إلا باذن المحكمة (م ٧ قانون الولاية على المال) . فاذا أذنت المحكمة جاز للأب أن يتعاقد مع نفسه ، أما الجدد فيلزمه أن يطلب تعيين وصي خاص (ad hoc) للتعاقد معه (م ٣١ قانون الولاية على المال) .

٥٠ - ولاية الوصي والقيم والوكيل عن الغائب في البيع والشراء :

وقد قضت المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للوصي التصرف في أموال القاصر ، عقاراً كان المال أو منقولاً ، وبيعاً كان التصرف أو شراء ، إلا باذن المحكمة . ولا بد من إذن خاص في ذلك إذا أراد الوصي شراء مال القاصر لنفسه أو بيع ماله القاصر ، ويطلب تعيين وصي خاص (ad hoc) للتعاقد معه (م ٣١ قانون الولاية على المال) . ونسرى هذه الأحكام على القيم والوكيل عن الغائب (م ٧٨ قانون الولاية على المال) (٢) .

على أن هناك ضرورياً من البيع والشراء تلحق بأعمال الإدارة ، فهذه يجوز

(١) وحيث لا يجوز التصرف الصادر من الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب إلا بإذن المحكمة ، فإن التصرف قبل إذن المحكمة يكون موقوفاً على شرط هو صدور إذن المحكمة ، فإن صدر الإذن نفذ التصرف من وقت إرامه ، وإلا فإنه يسقط (الأستاذ عبد المنعم البدراري فقرة ١١٧ ص ١٦٧ - محكمة شير الكوم الكلية ٩ مارس سنة ١٩٥٢ المحاماة ٢٢ رقم ٤٨٨ ص ١٤٦٢) . ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض إلى أن التصرف يكون باطلاً بطلاناً نسبياً ويصححه إذن المحكمة (نقض مد ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٩ ص ١٢٢) . وذهبت محكمة استئناف مصر إلى أن التصرف يكون صحيحاً مطلقاً فلا تصححه الإجازة (٢ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٢٤ - نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ١٠٧) . ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن التصرف يكون صحيحاً غير نافذ وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، ويستند في ذلك إلى المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال فهي تجعل التصرف غير نافذ في حق الصغير لانتفاء النيابة (أنظر الأستاذ سليمان مرقس في البيع فقرة ١٣٨ ص ١٩٢) . وعبارة المذكرة الإيضاحية غير صريحة في إدخال عدم العقود الصحيحة غير النافذة وهو النظام المعروف في الفقه الإسلامي في قانون الولاية على المال ، ولعل المذكرة الإيضاحية تقصد أن التصرف لا يجوز الاحتجاج به (inopposable) على الصغير لمجاوزة النائب حدود الولاية .

أن يباشرها الوصي والقيم والوكيل عن الغائب دون حاجة إلى الحصول على إذن المحكمة ، وذلك كيبيع المحاصلات المملوكة للقاصر أو شراء ما يلزم القاصر لزراعة أرضه .

٥١ - ولاية الحارس القضائي : يعين الحارس القضائي على المال في حالات معينة ، أهمها أن يكون المال قد قام في شأنه نزاع أو كان الحق فيه غير ثابت أو كان صاحب المصلحة فيه قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى منه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزته (م ٧٢٩ - ٧٣٠ مدني) .

ويعين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً ، وإلا تولى القاضي تعيينه (م ٧٢٢ مدني) .

ويحدد الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة مدى ولاية الحارس (م ٧٣٣ مدني) ، فإذا لم يحدد مدى هذه الولاية باشر الحارس جميع أعمال الإدارة دون حاجة إلى إذن المحكمة ، أما أعمال التصرف ، ومنها البيع والشراء ، فلا بد فيها من الإذن (م ٧٣٥ مدني) ، وذلك ما لم يكن البيع أو الشراء ملحقاً بأعمال الإدارة كيبيع المحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة فتجوز مباشرة هذه التصرفات دون حاجة إلى الحصول على إذن .

٢٤ - بيع النائب لنفسه

٥٢ - القاعدة العامة : رأينا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن المادة ١٠٨ مدني تنص على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من يتوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يميز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة . ويتبين من هذا النص