

أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان

للدكتور توفيق حسن فرج
أستاذ كرسي القانون المدنى
ووكيل كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

تمهيد

١ - تحديد نطاق الموضوع :

يرتب عقد البيع التزامات متبادلة على عاتق كل من البائع والمشتري .
ومن أهم الالتزامات التي تترتب على عاتق البائع ، إلى جانب التزامه
بنقل الملكية والتسليم ، التزامه بالضمان . فالبائع يلتزم بضمان التعرض
والاستحقاق ، كما يضمن العيوب الخفية في المبيع .

ولكى يتسنى للمشتري الرجوع بالضمان على البائع يجب أن تتوافر
شروط معينة . فاذا ما توافرت تلك الشروط ثار الأمر حول مدى ما يكون
له أن يرجع به ، سواء في حالة استحقاق المبيع ، أم في حالة ظهور عيب
من العيوب أو تخلف صفة من الصفات المطاوعة .

وإذا كان الاجماع ينعقد على ضرورة توافر شروط معينة في حالة
استحقاق المبيع من الغير حتى يتسنى للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان ،
الا أن الخلاف يثور حول ما إذا كان يلزم للرجوع بالضمان توافر حسن نية
المشتري . ذلك أنه لا يوجد خلاف حول استلزام أن يكون التعرض الصادر
من الغير للمشتري تعرضاً قانونياً مستنداً إلى حق ، وأن يكون هذا الحق الذى
يستند إليه المتعرض فى تعرضه سابقاً على البيع ، أو لاحقاً عليه متى كان
بفعل البائع ، وأن يكون هذا التعرض حالاً قائماً ، حيث لا تكفى فى هذا
الصدده مجرد خشية حصول التعرض . ولكن يختلف الرأى حول ما إذا
كان من اللازم أن يتوافر حسن النية لدى المشتري حتى يكون له الرجوع
على البائع بالضمان فى حالة استحقاق المبيع .

ولا يقف الأمر عند هذا الحد ، ولكن إذا ما سلم أن للمشتري الحق في الرجوع على البائع في حالة علمه عند التعاقد بسبب التعرض ، يثور الخلاف حول مدى ما يكون له أن يرجع به على البائع .

وعلى ذلك فإن المسألة تثار من ناحية استلزام أو عدم استلزام حسن النية للرجوع بالضمان مع بيان مدى الاتفاق أو الاختلاف حول هذا الشرط بالنسبة للأسباب المختلفة للضمان .

كما تثار كذلك من حيث مدى ما يكون للمشتري أن يرجع به على البائع ، إذا ما سلم له بهذا الرجوع من حيث المبدأ .

ذلك أن القوانين تفرق بين علم المشتري بأسباب الضمان بصفة عامة ، وبين علم البائع . فحسن أو سوء النية كشرط للرجوع بالضمان ، لا يثور الا بالنسبة للمشتري ، بحسب ما إذا تعلق الأمر بضمان التعرض والاستحقاق أم بضمان العيوب ، على ما سنرى فيما يلي .

أما بالنسبة للبائع فإنه يلتزم بالضمان في جميع الحالات ، بصرف النظر عن حسن أو سوء النية ، سواء تعلق الأمر بضمان التعرض والاستحقاق أم بضمان العيوب . ولا يثور الأمر الا بالنسبة لنطاق الضمان ، أى مدى ما يلتزم به البائع نحو المشتري ، إذا ما ثبت الضمان لهذا الأخير . ذلك أن التزام البائع بالضمان ، على الرغم من حسن نيته ، أو على الرغم من عدم امكان نسبة أى خطأ اليه ، يرجع إلى أنه إذا ما تحقق سبب الضمان ، فإنه لا يكون قد أوفى بالتزامه بنقل ملكية المبيع وحيازته حيازة هادئة أو حيازة مفيدة . فووقع تعرض أو استحقاق للمشتري ، وظهور عيب في المبيع يجعل البائع مسئولاً أمام المشتري ، حتى ولو كان مجهول تلك الأسباب المختلفة .

وسنعرض في باب أول لأثر حسن نية المشتري على رجوعه بالضمان :

أما بالنسبة لأثر حسن نية البائع ومدى ما يرجع به المشتري ، فإننا نخصص لهما بابين آخرين .

الباب الأول

أثر حسن نية المشتري على رجوعه بالضمان

٢ - المبدأ العام ، ومدى الخروج عليه - تقسيم الموضوع : يمكن القول بصفة عامة إن علم المشتري بوضع المبيع وحالته عن التعاقد ، لا يجعل له الحق بعد ذلك في الرجوع على البائع بالضمان . ذلك أنه إذا كان المشتري قد اشترى وهو يعلم حالة المبيع ، فلا يكون له أن يشكو بعد ذلك من أمر علم به سلفاً . وبالتالي لا يكون له الرجوع بالضمان على البائع (١) .

ولكن هذا المبدأ يثير صعوبات في بعض الأحيان ، خاصة بالنسبة لضمان الاستحقاق . أما بالنسبة لضمان عيوب المبيع ، أو الاعباء التي يتحملها ، فإن الأمر يختلف .

ولهذا نعرض لأثر العلم في حالة العيوب ، ثم لأثره في حالة الاعباء أو التكاليف ، ثم لأثره في حالة استحقاق المبيع .

الفصل الأول : حالة ضمان العيوب

٣ - استلزام شرط حسن النية : لا صعوبة في هذا الصدد حول أثر علم المشتري بالعيوب . ذلك أنه إذا كان العيب ظاهراً ، لا يتحقق معه الضمان ، كما أنه إذا كان خفياً وعلم به المشتري ، فلا يكون له الرجوع بالضمان كذلك . أي أنه يلزم لرجوع المشتري في حالة ضمان العيوب أن يكون

(١) أنظر في تطبيق هذا المبدأ بالمسبة للضمان في عقد الإيجار : نقض مدني فرنسي غرفة أولى في ١١/١٢/١٩٦١ (Bull. Cass. 1961, I. No. 593, p. 472) حيث تقرر أنه لا يقوم الالتزام بالضمان إذا كان المستأجر يعلم بحقوق المستأجرين السابقين الذين تعرضوا له ، إذ أنه كان يعلم أن سنده مؤقت عرضي . فهذا العلم بوجود المستأجرين الذين لازالت عقودهم سارية ، يجعل لقضاة الموضوع الحق في رفض دعوى الضمان التي يقيمها .

العيب خفياً ، وغير معلوم له (١) . وعلى ذلك فان شرط حسن النية يعتبر شرطاً لازماً للرجوع بالضمان في حالة ظهور عيب في المبيع ، ولا تثير هذه المسألة أية خلافات ، سواء في محيط القوانين المختلفة أم في محيط الفقه والتضاء . وان كانت الصعوبات قد تثور في بعض الأحيان حول تحديد متى يعتبر العيب خفياً أو ظاهراً ، ومتى يعتبر معلوماً أو غير معلوم من المشتري .

٤ - **خفاء العيب وظهوره** : من المسلم به أن البائع لا يسأل عن العيب الظاهر ، ولكنه يسأل فقط عن العيب الخفي . ولكن ما هو المعيار الذي يفرق بين العيب الظاهر والعيب الخفي ؟ أو بعبارة أخرى متى يعتبر العيب خفياً يسأل عنه البائع ، ومتى يعتبر ظاهراً لا يسأل عنه ؟

يعتبر العيب خفياً إذا كان لا يظهر من فحص المبيع الفحص العادي ، الذي يتم عادة عند الشراء ، والذي تعارف الناس على القيام به (٢) . ولا ينظر في هذا الصدد إلى ما إذا كان للشخص العادي أن يتبينه ، بصرف النظر عما إذا كان ذلك ممكناً للمشتري أم لا . فالمعيار هنا بالنسبة لمعرفة العيب ، معيار مجرد (٣) . إذ يكون على المشتري أن يلجأ إلى فحص المبيع

(١) وقد أكدت القوانين المختلفة ضرورة أن يكون العيب خفياً غير معلوم من المشتري . أنظر في ضرورة أن يكون العيب خفياً ، وغير معلوم للمشتري : مؤلفنا عقد البيع في القانون اللبناني ، بيروت ١٩٦٨ بند ٢١٨ وما بعده ص ٤٩٦ وما بعدها .

(٢) وتنص المادة ٤٤٧/٢ من مدي مصرى على أن البائع لا يضمن العيوب التي كان المشتري «يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي» . وهذا هو نص القانون المدني السوري في المادة ٤١٥/٢ . وانظر كذلك المادة ٥٥٩ عراقى . وتستعمل المادة ٤٤٦/٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني عبارة «الفحص العادي» بالنسبة لمعرفة العيوب .

وانظر كذلك نقض مدي مصرى في ١٤/٦/١٩٦٢ طعن ٦ من ٢٧ ق مجموعة النقض (المكتب الفني) من ١٣ رقم ١٢١ ص ٨٠٨ .

(٣) أنظر في هذا : Mazeaud : ج ٣ بند ٩٨٣ . وتقول محكمة النقض المصرية (جلسة ٤/١٢/١٩٤٧ طعن ١٠٢ من ١٦ ق مجموعة أحكام النقض في ٢٥ سنة تحت «بيع» قاعدة ٩٩ «والعيب يعتبر في حكم القانون ظاهراً متى كان يدركه النظر اليقظ ، ولو لم يكن في متناول ادراك غيره . فليس معيار الظهور في العيب معياراً شخصياً يتفاوت بتفاوت المستوى في الأنظار المختلفة ، بل معياراً معيناً بذاته مقدراً بمستوى نظر الشخص الفطن المنتبه للأمر» .

بالوسائل العادية المألوفة . ولا يتحتم أن يكون ذلك بنفسه . فقد لا تتوافر لديه المقدرة على اكتشاف العيب ، وإنما يمكن أن يتم فحص المبيع بواسطة شخص آخر تتوافر لديه المقدرة على معرفة العيب ، باعتباره شخصاً مختصاً . ففي حالة شراء سيارة مثلاً ، قد لا تتوافر لدى المشتري الدراية بالسيارات فيكون له أن يلجأ إلى من له دراية وتخصص في هذا الشأن مثل ميكانيكي السيارات . وفي حالة شراء منزل ، يكون للمشتري أن يلجأ إلى مهندس معماري . فإذا كان العيب لا يظهر مباشرة بالنسبة للرجل العادي من بين هؤلاء ، فإنه يعتبر عيباً خفياً ، ويكون له الرجوع على البائع بالضمان .

أما إذا قصر المشتري في الالتجاء إلى أهل الخبرة على النحو السابق ، ولم يتم بفحص المبيع ، فلا يكون له أن يحتج بجهله وعدم مقدرته لكي يطلب فسخ البيع بسبب العيوب التي لم يرها والتي يمكن أن تظهر بوضوح لمن لديه الخبرة كالميكانيكي ومهندس المباني . فالعيب لا يعتبر خفياً بمجرد أن المشتري لم يره ، أو بمجرد أنه لم يفحصه فحصاً عادياً ولكنه اكتفى بفحص سطحي فقط (١) .

والفحص الذي يجب على المشتري القيام به هو الفحص العادي الذي يجري عادة في مثل الظروف التي تم فيها البيع . وهو يختلف باختلاف المبيع . وينظر إلى الفحص الذي يقوم به الشخص العادي ، (d'une diligence moyenne) ، في كل حالة . فإذا أمكن لشخص متوسط الحرص اكتشاف العيب بالالتجاء إلى طرزق فحص أولية كان العيب ظاهراً (٢) .

(١) أنظر في هذا Laurent : القانون المدني الفرنسي ، الطبعة الثالثة ج ٢٤ بند ٢٨٤ ص ٢٧٨ . Baudry et Saignat : البيع والمقايضة ، طبعة ثانية بند ٤١٨ . Beudant et Lerebours Pigeonnière : ج ١١ (في البيع والإيجار) بند ٢٥٤ . Plantiol - Ripert et Hamel ج ١٠ ط ٢ بند ١٣٠ ص ١٤٤ .

منصور مصطفى منصور : تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والإيجار ، بحث في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يصدرها أساتذة حقوق عين شمس ، ص ١ بند ٢٥٤ . السهورى : عقد البيع ١٩٦٠ ص ٧٢٥ .

(٢) أنظر تعليق الأستاذ Voirin في (D. p. 1929. 2. 81) . ومحكمة السين المدنية في ١٩٥٦/١٢/٢١ (D. 1957. 47) ومحكمة (Angers) في ١٩٦٠/٢/١٥ . (D. 1960. Somm. 102) .

— هذا وقد يكون العيب ظاهراً بذاته ، ومن السهل تبينه ، بحيث لا يستلزم الأمر أية خبرة فنية أو أى تدقيق أو فحص ، مثل ذلك حالة الحصان الأعرج أو الأعور ، فلا يعتبر العيب خفياً ، إذ من السهل تبينه (١) . ولا صعوبة في هذه الحالة . فهو يظهر بوضوح لكل شخص ، ولو كان غير مختص .

كما يكون العيب ظاهراً كذلك ، متى كان من السهل على ذى الخبرة العادى أن يتبينه بالفحص المعتاد ، أى طبقاً للأوضاع العادية . وقد يكون استعمال الشيء هو الطريق العادى الذى يقوم به كل مشتر لمثل هذا الشيء ، وفي هذه الحالة يجب على المشتري أن يلجأ إلى ذلك بنفسه أو بواسطة أهل الخبرة (مثل الميكانيكى الذى يجرب السيارة عن طريق السير بها) . فاذا لم يتم بذلك فلا يكون له أن يدعى أن العيب كان خفياً ، إذ أنه لو فحص المبيع بالطريق العادى ، وهو تسيير السيارة ، لتبين له العيب (٢) . بل إن العيب يكون ظاهراً في هذه الحالة ، متى كان يمكن اكتشافه بالفحص العادى ، حتى ولو كان هذا الاكتشاف يثير بعض الصعوبات فجرد امكان اكتشافه بالوسائل العادية يكفى لاعتباره غير خفى (٣) .

— على أن العيب قد لا يبدو لأول وهلة ، ولكنه يحتاج إلى فحص وتدقيق للكشف عنه ، وهنا يثور التساؤل عما إذا كان المشتري الذى لا يقوم بهذا الفحص الخاص ، يفقد حقه في الضمان ؟ ترى محكمة النقض الفرنسية أن تقدير الأمر يترك في هذه الحالة لقضاء الموضوع ، باعتباره من مسائل

(١) هذا ما لم يكن عرج الحصان متقطعاً ، أو يظهر في بعض المواسم دون البعض الآخر .

(٢) أنظر : Planiol-Ripert et Hamel : ص ١٤٥ هامش ٣ .

(٣) Baudry et Saignat : بند ٤١٨ . Aubry et Rau . بند ٣٥٥ مكررتين

وهامش ٨ . Laurent : بند ٢٨٤ خاصة ص ٢٧٩ .

الواقع (١) .

– ومع ذلك فقد يحتاج الأمر إلى بذل مجهود غير عادي لا يجرى به العرف ، أو إلى فحص خاص أو طرق علمية خاصة للكشف عن العيب ، فإذا كان العيب لا يظهر إلا باحدى هذه الوسائل ، يعتبر خفياً . فقد يقتضى الكشف عن العيب القيام بتحليل كيميائية ، كما هو الشأن بالنسبة للمواد الغذائية ، في هذه الحالة يكون للمشتري الرجوع بالضمان لأن العيب لا يظهر بالطرق العادية (٢) . وكما هو الشأن بالنسبة للألات الميكانيكية التي لا يظهر ما فيها من عيوب في التجارب الأولى ، بل لابد من تشغيلها فترة طويلة (٣) .

٥ – **علم المشتري بالعيب أو جهله به** : قد يكون العيب من العيوب الخفية التي لا يمكن الكشف عنها بالطرق العادية على ما قدمنا ، ولكنه في

(١) أنظر Laurent : بند ٢٨٤ ص ٢٧٨ ؛ Aubry et Rau ، بند ٢٥٥ مكرر هامش ٦ ؛ Planiol-Ripert et Hamel : بند ١٣٠ ص ١٤٥ . وانظر كذلك : موسوعة دالوز تحت *Vices rédhs* رقم ٢٨ .
والواقع أن المحاكم تدخل في الاعتبار – عند تقرير ظهور العيب أو خفائه – شخصية المتعاقدين ، وذلك في البيوع بين المحترفين (أنظر موسوعة دالوز تحت *Vices rédhs* رقم ٢٧ والأحكام المشار إليها) . فإذا كان من المستحيل كشف العيب في الحال عند التسليم ، وبيئت محكمة الاستئناف ذلك وأنه عيب خفى بالنسبة للكافة ، حتى بالنسبة للمشتري المحترف ، فإن اعتباره عيباً خفياً ، سليم (نقص فرنسي تجارى في ٢١ فبراير ١٩٦٦ No. 8. Bull. Cass. 1966. 109, p. 92) . كما قضى بأن المشتري الذي يدعى وجود عيب خفى لا يقبل منه ذلك ، خاصة إذا كان هذا المشتري سائقاً محترفاً ، إذ ينبغي أن يعلم عند البيع بحالة العيب الموجود في محرك السيارة ، خاصة وأن حادثاً قد وقع خلال تجربة السيارة المستعملة الذي قام به الطرفان قبل البيع بضعة أسابيع (نقص تجارى فرنسي في ١٥ أكتوبر ١٩٦٥ p. 435 Bull. Cass. 1965.3.481)
(٢) Planiol-Ripert et Hamel : ، بند ١٣٠ ص ١٤٦ هامش ١ . موسوعة دالوز تحت *Vices Rédhs* رقم ٢٦ والأمثلة الواردة في هذا الصدد من القضاء الفرنسى ، وهذا ما لم يكن الالتجاء إلى التحليل الكيميائى هو الطريق العادى لفحص المبيع في مثل هذه الحالة (أنظر في القضاء البلجيكي *Limpens* في القانون البلجيكي ١٩٦٠ ، بند ٣٣٣ ص ١٥٧ .

(٣) في السيارات مثلاً يعتبر العيب خفياً إذا لم يظهر إلا من فحص دقيق يقوم به خبير ، أو بعد السير بضعة آلاف من الكيلو مترات) أنظر في هذا Planiol - Ripert et Hamel : بند ١٣٠ ص ١٤٦ والهوامش من ٢ إلى ٥) .

الوقت ذاته يكون معلوماً للمشتري ، فاذا سكت رغم علمه بالعيب كان سىء النية ، وبالتالي ، لا يكون له الرجوع على البائع بالضمان . ذلك أن العيب المعلوم يأخذ حكم العيب الظاهر ، ولا يعتبر من العيوب الخفية (١) . وكذلك يكون الحكم إذا ما علم المشتري بالعيب عن طريق البائع نفسه (٢) .

وقد نصت على هذا الشرط المادة ٢/٤٤٧ مدنى مصرى حيث بينت أن البائع لا يضمن « العيوب التى كان المشتري يعرفها وقت البيع أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى (٣) .

فاذا كان المشتري يعلم بوجود العيب ، ولكنه أقدم على الشراء رغم علمه به ، فانه يكون قد اشترى وهو على بينة من الأمر ، ويفترض فى هذه الحالة أن العيب لا أثر له على استعمال الشيء (٤) ، وأنه قد تنازل عن الرجوع على البائع بالضمان ، خاصة وأنه يدخل وجود العيب فى اعتباره

(١) أنظر فى هذا Planiol-Ripert et Hamel بند ١٣٢ صفحة ٢٤٧ وهامش ١ والقضاء المشار اليه . وأنظر كذلك ، نقض فرنسى ١٩٥٨/١١/١٩ (S. 1959. 121) وتعليق Jean Autesserre .

(٢) Beudant : بند ٢٥٤ ص ٢٠٥ . موسوعة دالوز تحت Vices rédht. رقم ٣١ . De Page : ج ٤ بند ١٨٣ ويراعى أن علم المشتري ، سواء من البائع أم من أى طريق آخر ، إذا كان يستقط حتمه و الرجوع بالضمان على أساس هذا العيب المعين الذى علم به ، فانه لا يمنعه من الرجوع بالضمان على أساس عيب آخر خفى ، لم يكن يعلم به . فالعلم إذا انصرف إلى واقعة معينة ، قد لا ينصرف إلى غيرها .

(٣) ويستنتج الفقه الفرنسى استلزام عدم علم المشتري بالعيب مما تنص عليه المادة ١٦٤١ فى آخرها (أنظر : Laurenç ؛ بند ٢٨٥ . Beudant . بند ٢٥٤ ص ٢٠٥ . Planiol-Ripert et Hamel : بند ١٣٢ ص ١٤٧ . Mazeaud . بند ٩٨٣ . ويشترط Pothier للرجوع بالضمان أن يكون العيب غير معلوم للمشتري : أنظر عقد البيع بند ٢٠٩ .

وهذا هو نص المادة ٢/٤١٥ سورى والمادة ٥٥٩ عراقى . وتنص المادة ١/٤٦٠ من إقانون الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « لا يكون البائع مسؤولاً عن العيوب الظاهرة ، ولا عن العيوب التى سبق للمشتري أن عرفها ، أو كان من السهل عليه أن يعرفها» . كما تنص المادة ٤٦١ منه على أنه : لا يسأل البائع عن عيوب المبيع ولا عن خلوه من الصفات المطلوبة إذا صرح بها... .

(٤) أنظر نقض مدنى فرنسى فى ١٩٢٩/١/١٩ (Gaz. Pal. 1959.1.561) .

عند تقدير الثمن (١) . وبعبارة أخرى إن المشتري الذى يعلم بالعيب يعتبر سىء النية ، فلا يكون له الرجوع بضمان العيب ، إذ أنه قد تبين العيب وأقدم رغم ذلك على ابرام العقد .

على أن المشتري قد لا يعلم بالعيب علم اليقين ، الا أن جهله به ينبغى أن يكون مشروعاً ومبرراً . فإذا كان العيب ظاهراً أى إذا كان الشخص يستطيع أن يتبينه لو كان فى مكانه ، لا يكون للمشتري أن يتمسك بجهله بالعيب . لأنه بذلك يكون مخطئاً ، إذ لم يتبين العيب الظاهر . ولهذا بين القانون أنه لا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان متى كان يستطيع أن يتبين العيوب بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى .

وعلى ذلك لا يلزم أن يكون المشتري عالماً فعلاً بالعيب ، وانما يكفي أن يكون فى استطاعته أن يعلم أو من السهل عليه أن يعلم بها ، حتى يحرم من الرجوع بالضمان (٢) . بل أنه يحرم من الرجوع بالضمان على أساس

(١) أنظر Beudant : بند ٢٥٤ ص ٣٠٥ Mazeaud : بند ٩٨٣ .

وكذلك محكمة Bordeaux فى ١٠/١٢/١٩٢٨ (D. H. 1928. 89) .

وأنظر فى أن المراد بالعلم هو العلم الحقيقى : المادة ٣٢٠/٣٩٥ مدنى قديم حيث كانت تنص على أنه «ولاحه لضمان البائع إذا كان العيب ظاهراً أو علم به المشتري علماً حقيقياً . وانظر كذلك نقض مدنى مصرى فى ٢٨/٣/١٩٣٥ طعن رقم ٧٦ من ٤ ق ، مجموعة النقض فى ٢٥ سنة تحت بيع قاعدة ٩٨ . وكذلك حكماها فى ٢٤/١٢/١٩٥٣ طعن ٩٤ من ٢١ ق ، نفس المجموعة قاعده ٩٨ وكذلك حكماها فى ١٤/٦/١٩٦٢ مجموعة الكتب الفنى من ١٣ رقم ١٢١ ص ٨٠٨ وقد جا فيه ان العلم المسقط للضمان هو العلم الحقيقى دون العلم الافتراضى . وانظر مع ذلك بقية هذا الحكم الأخير . ثم أنظر كذلك ، منصور : البحث السابق والمراجع المشار إليها ص ٥٨٢ . ومع ذلك فانه إذا كان القانون القديم يستلزم صراحة علم المشتري علماً حقيقياً ، فان القانون القائم لم يورد نصاً مماثلاً ، ولم يستلزم أن يكون علم المشتري بالعيب علماً حقيقياً ، ولكنه يكتفى بأن يعرف العيوب وقت العقد ، أو يكون فى استطاعته أن يتبينها ، أى إذا كان العيب ظاهراً بذاته أو كان ممكناً ظهوره لدى الفحص العادى . كما إذا اشترى منزلاً يظهر القدم أو به شرخ فى أحد جدرانه أو تهتز أسقفه (سليمان مرقس : البيع ١٩٦٨ بند ٢١٧ ص ٤١٧) .

(٢) أنظر كذلك : Mazeaud : بند ٩٨٣ ص ٨٣٥ . وقد استعمل القانون اللبناني فى المادة

٤٦٠ موجبات هذا المعيار ، وهو امكان العلم ، فلا يكون البائع مسئولاً عن العيوب التى سبق للمشتري أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها» . وانظر كذلك نقض فرنسى فى ٢٤ يناير

سنة ١٩٦٨ فى : (Sem-Jur. 1968. II. 15.422)

العيب كذلك إذا صرح البائع له بالعيب ، وهذا هو الحكم في حالة ما إذا صرح البائع بخلو المبيع من الصفات المطلوبة . ذلك أن إقدام المشتري على التعاقد رغم علمه بذلك يعنى تنازله عن الرجوع بضمان العيوب أو الصفات .

ويراعى أن العلم الذى يتحقق معه عدم الضمان ينبغى أن يتوافر وقت البيع في حالة المبيع المعين بالذات . فاذا علم المشتري بالعيب بعد ذلك لايحرم من الرجوع بالضمان . أما في حالة المبيع المعين بالنوع ، فلا يتصور ذلك ، حيث لا تتحدد ذاتية المبيع وقت العقد ، وإنما تتحدد بالافراز الذى يتم عادة عند التسليم (١) .

ويقع على عاتق البائع اثبات علم المشتري بالعيب ، وبأنه كان على درجة من الجسامة بحيث يؤثر على قيمة المبيع أو في استعماله ، لكى يتخلص من الضمان (٢) . كما يثبت أن المشتري قد علم بالعيب ، أو بخلو المبيع من الصفات المطلوبة عن طريق تصريحه (البائع) له بذلك .

(١) ولهذا فان المشتري الذى يعلم في ذلك الحين بالعيب يسقط حقه في الضمان إذا لم يعترض في وقت ملام (منصور : البحث السابق ص ٥٨١ - ٥٨٢) .

(٢) انظر . Planiol-Ripert et Hamel : بند ١٣٢ ص ١٤٧ - ١٤٨ ذلك أن الأصل هو حسن النية . ولهذا يعتبر المشتري حسن النية ، لا يعلم بالعيب ، فاذا ادعى ، البائع العكس كان عليه عبء الإثبات . انظر Mazeaud : بند ٩٨٣ . وانظر كذلك ، اسماعيل غانم ص ١٩٦ ، وطبعة ١٩٦٣ بند ١٧٢ ص ٣٢٩ هامش ٢ . لبب شذب ومجدى صحبحي : عقد البيع ١٩٦٨ بند ١٨٩ ص ٢٥٧ وهامش ٣ .

ويعين على هذا الاثبات أن الثمن غالباً ما يكون ضئيلاً لا يتفق الا مع قيمة أمبيع به عيب (محكمة السين التجارية في ١٦/٦/١٩٣٢ 1933. 2.570 Gaz. Pal.) كما يعين على اثبات علم المشتري بالعيب كذلك كون المشتري نفسه من أصحاب المهن الفنية ، إذ لا يعتبر العيب خفياً بالنسبة لمشتري محترف من أرباب المهن . وهو ما يقره التضاء دائماً (أنظر نقض فرنسي تجارى في ٥/١٠/١٩٦٥ «(D. 1965, J. 831)» والتعليق ، وقد أشرنا اليه فيما سبق ص ١١ هامش ١ ، ونقض مدني في ١٨/١٢/١٩٦٢ (D. 1963, J. 114) . وعلم المشتري في هذه الحالة ، لا يفترض (أنظر موسوعة دالوز ، تحت Vices rédh رقم ٣ ، ولهذا يكون على البائع أن يثبتته ، وإن كان للمشتري أن يثبت أنه على الرغم من كونه من أصحاب المهنه ، إلا أن الأمر يفوق طاقته ، أو طاقة صاحب مهنة عادى في موضعه . أنظر كذلك Planiol-Ripert et Hamel : ص ١٤٨ - السهورى : هامش ٣ ص ٧٢٧ - ٧٢٨ .

وبعبارة أخرى إن على البائع أن يثبت أن المشتري كان سيء النية يعلم بوجود العيب ، أو كان من السهل عليه أن يعلم به (١) .

ولا يكفي في هذا الصدد لكي يسقط الضمان عن البائع مجرد اقرار المشتري في العمد بأنه قد عين المبيع معاينة نافية للجهالة . ذلك أن هذا الاقرار وإن كان يحول دون طلب ابطال العقد على أساس عدم العلم الكافي بالمبيع طبقاً للمادة ٤١٩ مدني ، فإنه لا يعتبر دليلاً على علم المشتري بالعيب علماً يحول دون رجوعه بالضمان (٢) .

— هذا ويثور الأمر بالنسبة للعلم بالعيب في حالة بيع الأشياء المستعملة . ويعرض الأمر بصفة خاصة في حالة بيع السيارات المستعملة وإلى أي مدى يفترض علم المشتري بتلك العيوب .

ومما لا شك فيه أن المشتري ينبغي أن يعلم ما قد يوجد في المبيع من العيوب الناشئة عن القلم . والتي تعتبر بذلك طبيعية بسبب الاستعمال . ويختلف مدى هذه العيوب باختلاف الاستعمال الذي تم بالنسبة للمبيع ، وهو أمر يتعلق بظروف كل حالة على حدها . ويفترض في المشتري أنه يتوقع تلك العيوب ، فلا يكون له أن يرجع بالضمان على أساسها ، ما لم يتفق على خلاف ذلك (٣) .

ومع ذلك فإن الضمان قد يتحقق في هذا النوع من البيوع ، متى كان العيب يتجاوز الأوضاع العادية المألوفة في مثل الظروف التي تم فيها البيع .

(١) أنظر حكم النقض في ١٤/٦/١٩٦٢ . مجموعه المكتب الفني من ١٣ رقم ١٢١ ص ٨٠٨ حيث بين أن العيب يعتبر خفياً «متى كان المشتري غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه..»
(٢) انظر نقض مدني في ١٤/٦/١٩٦٢ المشار اليه بالهامش السابق ، وانظر كذلك نقض في ٢/٥/١٩٤٦ طعن رقم ٧٦ ص ١٥ ق مجموعه النقض في ٢٥ سنة تحت « بيع » قاعدة ١٠٠ وقد جاء فيه إن طلب الفسخ للعيب الخفي لا يمنع منه أن يكون المشتري قد أقر عند تسليم المبيع أنه قد عاينه وفحصه بمعرفة أحد رجال الفن .
(٣) أنظر نقض فرنسي تجاري ٣٠/٥/١٩٦٧ (D. 1967. J. 511) والتعليق .

وهذا لا تنطبق أحكام ضمان العيوب الخفية الا بالنسبة لعيوب تكون على درجة معينة من الجسامه ، ولا يمكن التعرف عليها بالفحص الذي يتم بعناية ، عند البيع ، ويكون من شأنها أن تجعل السيارة غير صالحة للاستعمال الذي خصصت له على النحو العادى ، باعتبارها سيارة قديمة (١) .

٦ - **تأكيد البائع بخلو المبيع من العيب ، او اخفاؤه غشاً :** رأينا أن البائع لا يضمن الا العيوب الخفية ، أى العيوب التي لا يعلم بها المشتري ، فلا يضمن العيوب الظاهرة أو تلك التي علم بها المشتري أو كان من السهل عليه أن يعلم بها . ويضيف المشرع إلى ذلك أن البائع يضمن عيوب المبيع .. «إذ أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد الخفاء العيب غشاً منه » (٢) .

وعلى ذلك فانه إذا كان البائع لا يضمن العيوب التي كان المشتري يعلم بها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد ، فانه إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من

(١) أنظر محكمة باريس في ١١/٦/١٩٦٣ (D, 1964. J. 253) ولا بد أن يثبت أن العيب كان خفياً ، وله أثره على الاستعمال المقصود ، ويجب بيان ذلك في الحكم وإلا تعرض للقبض (نقض مدني فرنسي ١٢/٢٦/١٩٥٩) D. 1960. Somm. 42 .
وأنظر كذلك . Planiol - Riport & Hamel بند ١٣٢ ص ١٤٨ Limpens البيع في القانون البلجيكي سنة ١٩٦٠ بند ٣٥٣ ص ١٦٣ . Mazeaud المرجع السابق بند ٩٨٥ ص ٨٣٦ - ٨٣٧ والقضاء المشار اليه في هذا الصدد خاصة في آخر ص ٨٣٦ . وأنظر بالنسبة لحالة بيع السيارات المستعملة :

H. Rolland : Observation sur la vente des véhicules d'occasion, D. 1959. p. 162 et s. et 167 et s. Sudaka: Où en est la théorie des vices cachés dans la vente des véhicules d'occasion ? (Gaz. Pal. 1966, 1 Doct. 1.).

(٢) المادة ٢/٤٤٧ مدني . وهذا النص مطابق لنص المادة ٢/٤١٥ مدني سوري . ويقابل المادة ٥٥٩ عراقى و ٢/٤٦٠ من قانون الموجبات اللبناني . وينص هذا الأخير على أن البائع يكون مسئولاً ، حتى عن العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها ، إذا كان قد صرح البائع بخلو المبيع منها (أنظر مؤلفنا : عقد البيع في القانون اللبناني ، بند ٢٢١ ص ٥٠٦) .

عيب معين ، أو أنه قد تعمد إخفاء هذا العيب غشاً منه ، كان له أن يرجع عليه بالضمان .

إلا أنه ينبغي أن يفرق في هذا الصدد بين حالتين ، حالة ما إذا كان المشتري يعلم بالعيب من قبل ، وحالة ما إذا كان لا يعلم به ، وإنما كان من السهل عليه أن يعلم ، نظراً لإمكان الكشف عن العيب بالفحص العادي .

فاذا أكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيب (١) ، وكان المشتري يعلم بوجود هذا العيب من قبل ، لا يكون له أن يرجع بالضمان ، رغم تأكيد البائع . وهذا بخلاف ما إذا لم يعلم فعلاً بالعيب وإنما كان من السهل عليه أن يتبينه لو أنه لجأ إلى فحص المبيع الفحص العادي . إذ في هذه الحالة الأخيرة إذا ما أكد البائع خلو المبيع من العيب ، فإن المشتري سيركن إلى ذلك اعتماداً على هذا التأكيد . ويكون له أن يرجع بالضمان . وفي هذه الحالة ليس للبائع أن يدفع دعوى المشتري بأنه لم يفحص المبيع ، وأنه كان من السهل عليه أن يتبين العيب . ذلك أنه لولا تصريح البائع بخلو المبيع من العيب لقام المشتري بفحصة بالطريق المعتاد : وتأكيد البائع في هذه الحالة بخلو المبيع من العيب ، يعتبر بمثابة اتفاق ضمنى على تحمله ضمان العيب الذي أكد خلو المبيع منه (٢) .

(١) ويلزم هنا أن يأتي تأكيد البائع خلو المبيع من العيب في عبارات خاصة تنصرف إلى عيب بذاته . فلا تكفي مجرد عبارات عامة يقصد من ورائها الترويج للمبيع وحمل المشتري على الشراء (عبد الفتاح عبد الباقي : عقد البيع ص ٢٧٢ . السهوري : عقد البيع : ص ٧٢٦) .

(٢) ويقصر قانون المراجعات والعقود اللبناني رجوع المشتري بالضمان على حالة ما إذا كان من السهل عليه أن يقوم باكتشاف العيب ولم يفعل نظراً لتصريح البائع بخلو المبيع منه ، فلا أثر لهذا التصريح . ولا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان استناداً إلى تأكيد هذا الأخير خلو المبيع من العيب . ويتضح هذا من المادة ٤٦٠ موجبات . إذ بعد أن نصت في فقرتها الأولى على أن البائع لا يكون «مسئولاً عن العيوب الظاهرة ، ولا عن العيوب التي سبق للمشتري أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها» ، قررت في الفقرة الثانية أنه يكون مسؤولاً «حتى عن العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها ، إذا كان قد صرح البائع بخلو المبيع منها» . وانظر كذلك : مؤلفنا : عقد البيع في القانون اللبناني ، المرجع السابق بند ٢٢١ ص ٥٠٦ .

وفي حالة ما إذا أثبت المشتري «أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه» ، فإن هذا الأخير يكون ضامناً كذلك متى حصل تعمد من البائع لإخفاء العيب غشاً منه . مثل ذلك إذا ما أخفى البائع لحام السيارة بالطلاء . ويتحقق الضمان حتى لا يستفيد البائع من غشه . وإنما يتعين أن تتوافر باقي شروط الضمان الأخرى ، وبصفة خاصة يلزم ألا يعلم المشتري بالعيب . فإذا كان عالماً به ، لا يكون له أن يرجع بالضمان ، أما إذا كان من السهل عليه أن يعلم به لو أنه تم بالفحص العادي ، ولكنه لم يفعل ، فإن له مع ذلك الرجوع بالضمان ، متى كان البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه . إذ على الرغم من أعمال المشتري معرفة العيب ، إلا أنه أولى بالرعاية ممن يتعمد ارتكاب غش . ولهذا يكون له الرجوع بالضمان (١) .

وقد أيدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ذلك فقررت أن «تأكيد البائع بأن المبيع خال من العيب ، أو تعمده إخفاءه ، يجعله ضامناً ، حتى ولو لم يكن خفياً ، ما دام المشتري لا يعلمه» (٢) ومعنى ذلك أنه إذا كان المشتري يعلم فعلاً بالعيب ، فلا يكون له الرجوع بالضمان ، حتى ولو أكد له البائع خلو المبيع منه ، وحتى لو كان قد أخفى العيب غشاً منه . وهذا بخلاف ما إذا لم يكن يعلم به أو ما إذا لم يكن العيب خفياً ، بحيث كان من السهل على المشتري أن يعلم به .

ويراعى أنه في حالة قيام البائع بإخفاء العيب غشاً منه ، قد يكون هناك مجال لدعوى التدليس ، إذا كان ما قام به البائع يكون حيلة تدليسية توقع المشتري في الغلط ، بحيث لو أنه علم الحقيقة ما أقدم على التعاقد (٣) .

(١) أنظر في هذا : عبد المنعم البدر أوى : عقد البيع ، بند ٣٣٨ ص ٥٠٤ . اسماعيل غانم : مذكرات في عقد البيع ١٩٥٨ ص ١٩٥ وطبعة ١٩٦٣ ص ٢٦٣ بند ١٧١ . منصور مصطفى منصور البحث السابق ص ٥٨٥ . السهوري : المرجع السابق ص ٧٢٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٤ ص ١١١ . وأنظر حكم النقض في ١٤/٦/١٠٦٢ مجموعة المكتب الفني ص ١٣ رقم ١٢١ ص ٨٠٨ .

(٣) أنظر : Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٤١٨ في آخره Beudant : المرجع السابق بند ٢٥٤ ص ٢٠٤ . موسوعة دالوز Vices tédth تحت رقم ٢٣ .

٧ - معيار حسن النية في حالة ضمان العيوب : يمكننا أن نتبين مما سبق أنه لكي يكون للمشتري الرجوع على البائع بالضمان ، فإنه ينبغي أن يتوافر لديه حسن النية وقت العقد (١) .. بمعنى أنه ينبغي ألا يكون قد علم بالعيوب أو ألا يكون في استطاعته أن يعلم به ، لو أنه لجأ إلى فحص المبيع الفحص المعتاد.

فاذا كان المشتري يعلم يقيناً بالعيوب ، فإنه يكون سيء النية ، وبالتالي لا يكون له الرجوع بالضمان . وكذلك الشأن إذا كان من السهل عليه أن يعلم به ، أى كان في استطاعته أن يتبينه لو أنه فحص المبيع بعناية الشخص المعتاد . إذ يعتبر العيب ظاهراً في هذه الحالة . فاذا لم يعلم به المشتري كان مهملاً ، وتقع عليه تبعة اهماله (٢) .

على أنه إذا كان المشتري يعلم فعلاً بالعيوب فإنه لا يكون له الرجوع بالضمان ، حتى ولو أكد له البائع خلو المبيع من العيوب ، وحتى لو كان البائع قد أخفى العيب غشاً منه . ذلك أن اقدام المشتري على الشراء رغم علمه بالعيوب يكشف عن أنه يريد أن يحصل على المبيع بحالته ، وبذلك يأخذ على عاتقه تلك العيوب .

أما إذا كان من السهل على المشتري أن يعلم بالعيوب ، فلا يكون له الرجوع كذلك ، إذ يكون العيب ظاهراً . هذا ما لم يؤكد له البائع خلو المبيع من عيب معين ، أو ما لم يكن قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه .

وقد بينت محكمة النقض ماهية العيب الخفى ، في حكم لها قضت فيه بأنه : «يعتبر العيب خفياً متى كان المشتري غير عالم به ، وغير مستطيع أن يعلمه ، أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذى تعارف

(١) أما العيب الذى يطرأ بعد العقد وقبل التسليم ، فلا يضمته البائع (انظر : منصور مصطفى منصور : البحث السابق بند ٨ ص ٥٧٨) .

(٢) انظر : السهورى : المرجع السابق ص ٧٢٤ . محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد

البيع ١٩٦٦ ص ٢٢٥١ والأحكام المشار إليها بالهامش رقم ٢
ثم أنظر فيما سبق بند رقم ٥ من هذا البحث ، وخاصة ما أوردناه في هامش ٢ ص ١٠ .

الناس على التيام به ، بل كان يتطلب خبرة خاصة وفحصاً معيناً ، أو كان من السهل اكتشافه بالفحص المعتاد وأثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه « (١).

ذلك أن العيب في هذه الحالة يكون خفياً أو غير معلوم أولاً يستطيع العلم به . وبذلك يكون المشتري حسن النية ، وبالتالي يستطيع أن يرجع على البائع بالضمان . وكذلك يكون الحكم متى كان من السهل عليه اكتشاف العيب ولكنه لم يفعل ، وبالتالي لم يعلم به فعلاً ، اعتماداً منه على تأكيد البائع خلو المبيع منه ، أو لأن البائع قد أخفى العيب غشاً منه ، وفي هذه الحالة الأخيرة تضحي بمصلحة البائع . ويكون المشتري أولى بالرعاية ، فيخول الحق في الرجوع بالضمان .

الفصل الثاني : حالة الاعباء أو التكاليف

٨ - هل يلزم حسن النية للرجوع بالضمان في هذه الحالة - تقسيم الموضوع : يتجه الرأي السائد في ظل القانون الفرنسي إلى أنه إذا كان التعرض راجعاً إلى ظهور أعباء أو تكاليف charges على المبيع ، فإنه يلزم لرجوع المشتري بالضمان أن يكون حسن النية ، يجهل وجود تلك الاعباء التي يتحملها المبيع . وعلى ذلك إذا ظهر تعرض الغير في صورة تكليف على المبيع ، كما إذا ادعى بوجود حق ارتفاع أو حق انتفاع أو استعمال أو إيجار ، لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان على البائع ، متى كان عالماً بوجود مثل هذا التكليف . ذلك أنه قد تعامل على بينة من الأمر ، فلا يحق له أن يشكو ، خاصة إذا روعى أن تحديد الثمن يتفق مع مراعاة وجود مثل تلك التكاليف أو الاعباء (٢) .

(١) نقض مدني في ١٩٦٢/٦/٤ السابق الإشارة إليه

(٢) أنظر في هذا : Josserand : القانون المدني الفرنسي ط ٢ - ٢ بند ١١٠٨ ص ٥٧٩

Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق - ١٠ بند ٩٨ ص ١٠٣ وبند ٩٩ ص ١٠٤ وكذلك بند ١٠٢ ص ١٠٨ : Baudry et Saignat. : المرجع السابق بند ٣٨٦ وما بعده .

ومع ذلك فإن القانون المصرى لا يتفق فى هذا الصدد مع القانون الفرنسى ، ومع الاتجاه السائد فى ظله ، إذ يبدو أنه يفرق بين الاعباء أو التكاليف التى يتحملها المبيع ، وبين حقوق الارتفاق .

ولهذا نعرض للحكم بالنسبة للقانون المصرى ، ثم للحكم بالنسبة للقوانين الأخرى ، ونبين ما يتجه إليه الرأى فى هذا الصدد ، ثم نبين ضرورة التفرقة بين التكاليف وبين الاستحقاق الكلى أو الجزئى من حيث اشتراط حسن النية ، وتحديد المقصود بالتكاليف وتمييزها عن حالات الاستحقاق الجزئى والعيوب ، ثم نعرض بعد ذلك لحالة حقوق الارتفاق .

المبحث الأول

فى ظل القانون المصرى

٩ - التفرقة بين التكاليف وبين حقوق الارتفاق : لم يساير القانون المصرى الاتجاه السائد فى ظل القانون الفرنسى ولم يأخذ بما أخذت به القوانين الأخرى بالنسبة لحالة وجود أعباء أو تكاليف على المبيع كانت معلومة للمشتري عند البيع .

فقد نصت المادة ٢/٤٤٥ مدنى على أنه : «ويقتضى فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري» . أما بالنسبة للتكاليف الأخرى ، غير حق الارتفاق ، فلم يرد حكم مماثل ، ولكن المادة ١/٤٤٤ مدنى اعطتها حكم الاستحقاق الجزئى ، أى استحقاق بعض المبيع . فقد نصت هذه المادة على أنه : «إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد متقلاً بتكليف ، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرأ لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبيته فى المادة السابقة (وهى المبالغ التى يرجع بها المشتري فى حالة الاستحقاق الكلى) ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه» .

ومن هذا يتضح أن المشرع يفرق بين حقوق الارتفاق وبين غيرها من التكاليف . إذ يبدو من نص المادة ١/٤٤٤ أنه يعامل التكاليف معاملة الاستحقاق الجزئى لبعض المبيع ، على الأقل من حيث ما يكون للمشتري

الرجوع به . ومعنى ذلك أن للمشتري أن يرجع على البائع ، في حالة ظهور تكاليف ، كما يرجع في حالة استحقاق بعض المبيع ، بصرف النظر عن حسن أو سوء نيته ، أى بصرف النظر عما إذا كان يعلم بوجود التكاليف على المبيع أو لا يعلم بها (١) . أما بالنسبة لحالة حقوق الارتفاق فقد اختصتها المادة ٢/٤٤٥ بحكم مستقل بها .

وبعبارة أخرى ان وجود تكليف على المبيع يجعل للمشتري الحق في الرجوع بالضمان ، طبقاً لأحكام الضمان في حالة الاستحقاق الجزئي التي أشارت إليها المادة ١/٤٤٤ مدني ، ويكون له هذا الرجوع ، حتى ولو كان يعلم بوجوده . إلا أنه إذا تعلق الأمر بحق ارتفاق على المبيع ، فإن علم المشتري به ، سواء لأنه كان ظاهراً ، أم لأن البائع قد ابان عنه للمشتري لا يجعل له الحق في الرجوع بالضمان على أساسه ، إذ يفترض في هذه الحالة أن البائع قد اشترط عدم الضمان . فالتفرقة اذن واضحة في القانون المصري بين التكاليف وبين حقوق الارتفاق من حيث حسن أو سوء نية المشتري . وهذه التفرقة لا توجد في القوانين الأخرى .

المبحث الثاني

في ظن القوانين الأخرى

١٠ - اختلاف موقفها عن القانون المصري ، واقتراح تعديل القانون المصري في هذا الصدد : وإذا كان المشرع المصري يفرق بين التكاليف وبين حقوق الارتفاق على النحو السابق ، فإن القانون الفرنسي ، وبعض القوانين العربية الأخرى تقف موقفاً مغايراً .

ذلك أن المادة ١٦٢٦ مدني فرنسي تقضي بالتزام البائع بضمان استحقاق كل المبيع أو بعضه ، وبضمان الاعباء charges التي يدعى بها عليه والتي لم يصرح بها عند البيع (٢) . ومعنى ذلك أن البائع يضمن الاعباء بصفة عامة

(١) هذا ما لم يشترط البائع عدم الضمان بالنسبة للتكاليف . انظر : السهوري : عقد البيع ، المرجع السابق ص ٦٩٢ بالهامش . وانظر كذلك ص ٧٠٢ هامش رقم ١ .
(٢) أنظر كذلك المادة ١٦٣٨ مدني فرنسي .

متى كان المشتري حسن النية ، غير عالم بوجودها . فاذا ظهر تعرض الغير في صورة تكليف على المبيع ، كما إذا ادعى بوجود حق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق استعمال ، أو حق إيجار ، لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان ، متى كان عالماً بوجود هذا التكليف . هذا هو الاتجاه السائد في ظل القانون الفرنسي (١) .

ويتفق هذا الاتجاه السائد في ظل القانون الفرنسي مع ما تقضى به المادة ٤٢٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، التي تفرق بين الاستحقاق الكلي أو الجزئي ، وبين الاعباء التي يدعى بها على المبيع . فقد نصت هذه المادة على : « أنه وان لم يشترط وقت البيع شيء مختص بالضمان ، فالبايع ملزم بأن يضمن للمشتري ما يصيبه من استحقاق الغير للمبيع كله أو لقسم منه ، ومن الاعباء charges المدعى بها على المبيع التي لم يصرح بها عند البيع . » ومعنى ذلك أنه إذا كان يلزم في ظل هذا القانون أن تتوافر ، في حالة الاستحقاق الكلي أو الجزئي للمبيع ، الشروط المتعلقة بضمان الاستحقاق من حيث أن يكون التعرض الصادر من الغير تعرضاً قانونياً ، يستند فيه الغير إلى حق سابق على البيع أو لاحق عليه ولكنه نشأ بفعل البائع ، وأن يكون حالاً قائماً ، فإنه يلزم بالنسبة للأعباء أو التكاليف التي تظهر على المبيع أن تكون غير معروفة من المشتري عند البيع . بمعنى أنه لا يكون له أن يرجع على البائع بالضمان إلا إذا كان حسن النية ، يجهل وجود تلك الاعباء .

ونص القانون اللبناني ، كما هو الشأن بالنسبة لنص القانون الفرنسي ، ينصرف إلى جميع الاعباء التي يدعى بها على المبيع ، فلا يقتصر على حقوق

(١) أنظر في هذا : Laurent : المرجع السابق - ٢٤ بند ٢٦٦ ص ٢٦٤ (وهو يقصر التكاليف على الحقوق العينية) . Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٦ وما بعده وخاصة بند ٣٨٨ ، وهو يصرّف التكاليف إلى كل الحقوق العينية والشخصية ، وذلك استناداً إلى عمومية نص المادة ١٦٢٦ التي تتكلم « عن الاعباء المدعى بها على المبيع والتي لم يصرح بها عند البيع » :

“des charges prétendues sur cet objet, et non déclarés lors de la vente.”

وأنظر كذلك Josseland : المرجع السابق - ٢ بند ١١٠٨ ص ٥٧٩ - ٥٨٠ .

Planioi-Ripert et Hamel : المرجع السابق - ١٠ بند ٩٨ ص ١٠٢ - ١٠٤ .

الارتفاق وحدهما . ذلك أن كلمة أعباء أو تكاليف charges غير قاصرة على حق معين . وعلى هذا فان أى حق يثبت للغير على المبيع ، ولم يكن المشتري يعلم به عند البيع ، يخول له الرجوع بالضمآن ، سواء كان هذا الحق عينياً أم شخصياً (١) .

— ويقف القانون العراقي كذلك موقفاً مغايراً للقانون المصري (٢) ، ويقرب من نص القانون الفرنسي واللبناني في هذا الصدد . فقد نص في المادة ١/٥٥٥ منه على أنه «إذا استحق بعض المبيع ، أو كان مثقلاً بتكاليف لا علم للمشتري به وقت العقد ، كان للمشتري أن يفسخ العقد» . فففى حالة ما إذا كان المبيع مثقلاً بتكاليف ، يلزم لرجوع المشتري بالضمآن أن يكون حسن النية ، لا علم له به وقت العقد . فإذا كان المشتري يعلم وقت العقد بالتكاليف الذى يثقل المبيع ، كان سىء النية ، وتبعاً لذلك لا يستفيد من الجزاء الذى قرره القانون في هذا الصدد . وبالإضافة إلى ذلك فقد أورد القانون العراقي في المادة ٢/٥٥٦ نصاً مماثلاً للقانون المصري المتعلق بحق الارتفاق ، يقضى بأنه يفترض فيه أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري .

(١) أنظر : Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٨ . موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٣٣٧ وما بعده والمراجع المشار إليها في هذا الصدد . البداروى : بند ٣٠٠ ص ٤٥٤ . السهورى : ص ٦٥٢ بالهامش . وتمشياً مع هذا ، حكم في ظل القانون الفرنسى ، تطبيقاً للمادة ١٦٢٦ مدنى ، المقابلة للمادة ٤٢٩ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى ، بأن بائع العتار الذى لم يخطر المشتري بوجود امتداد قانونى للايجار ، تم بموافقه إلى أحد المستأجرين ، يمال عن التعويض قبل المشتري ، على أساس أعباء مدعى بها على المبيع ، ولم يصرح بها عند البيع ، وليس على أساس عيب خفى في المبيع . انظر نقض فرنسى عرائض في ١٨٨٧/٦/٦ (D. P. 88.1.216) . ومحكمة باريس في ١٩٦٥/١١/٢ (D. 1956. Somm. 132) وانظر كذلك : نقض فرنسى ، الدائرة الاجتماعية في ١٩٦٢/٧/١٠ (J.C.P. 1962.4.123) (٢) أما القانون السورى فقد أورد حكماً مماثلاً لما أوردته المادة ٤٤٤/١ من حيث إعطاء التكاليف حكم الاستحقاق الجزئى . ولكنه لم يورد نصاً مماثلاً للمادة ٤٤٥/٢ الخاصه بحقوق الارتفاق . ومعنى ذلك أنه في حالة ظهور حق ارتفاق على المبيع ، يكون حكمه حكم التكاليف بصفة عامة التى نصت عليها المادة ٤١٢ مدنى سورى وأعطتها حكم الاستحقاق الجزئى أنظر كذلك : مصطفى الزرقا : عقد البيع في القانون السورى ، ط ٥ سنة ١٩٦٣ بند ١٦٩

يتضح لنا مما سبق أن كلا من القانون الفرنسي والبناني والعراق ،
قد وقف موقفاً مختلفاً عن موقف القانون المصري في هذا حيث عرض
المشرع في تلك القوانين للتكاليف التي توجد على المبيع بصفة عامة ،
واستلزم للرجوع بالضمان من أجلها أن يكون المشتري حسن النية ، يجهل
وجودها وقت البيع . وكان جديراً بالمشرع المصري أن ينص على ذلك ،
كما فعلت تلك القوانين .

ويبدو أن هذا النظر قد لاقى صدى في لجنة مراجعة القانون المدني
المصري ، فعدلت المادة ٤٤٥/٢ من القانون القائم ، والتي تتكلم عن حق
الارتفاق ، بحيث أصبحت تنصرف إلى الحقوق الأخرى التي توجد على
المبيع وتنقص من الانتفاع به . فقد ورد النص بعد تعديله على النحو التالي :
«ولا يضمن البائع حتماً ينتقص من انتفاع المشتري بالمبيع إذا كان قد أبان
عنه للمشتري ، أو كان هذا الحق ارتفاقاً ظاهراً ، أو ارتفاقاً قانونياً» (١) .

فطبقاً لهذا التعديل المقترح ، يشترط لرجوع المشتري على البائع
بالضمان أن يكون حسن النية ، لا يعلم بوجود الحق الذي ينتقص من انتفاعه
بالمبيع . فلا يضمن البائع هذا الحق إذا كان قد أبان عنه للمشتري ، بحيث يعتبر
هذا الأخير سيء النية . كما لا يضمن حق الارتفاق الظاهر ولاحق الارتفاق
القانوني . وسنعود إلى هذا عند كلامنا بصفة خاصة عن ضمان حقوق
الارتفاق (٢) .

(١) انظر ما جاء في هذا الصدد بمحضر اجتماع الجلسة رقم ١٠٥ في ١٢/٦/١٩٦٥ ص ٩
من أعمال لجنة المراجعة المشار إليها . وانظر كذلك : أنور سلطان وجلال العدوي : عقد البيع
١٩٦٦ ص ٣٢٣ هامش رقم ١ .

(٢) وكان يكفي أن ينص في هذا الصدد على أن علم المشتري بوجود تكاليف على المبيع
لا يجعل له الحق في الرجوع بالضمان ، كما فعل القانون العراقي في المادة ١/٥٥٥ ماني ، خاصة
وأن كلمة «تكاليف» تنصرف ، كما قدمنا في المتن ، وكما سنرى فيما بعد ، وطبقاً للرأي السائد
في ظل القانون الفرنسي ، إلى جميع الحقوق التي تظهر على المبيع . (انظر مع ذلك ما أورده
لجنة المراجعة في المحضر السابق ص ٨) . كما أن الاكتفاء بالنص على علم المشتري يشمل كل
حالات هذا العلم ، بصرف النظر عن مصدره . وبذلك نتجنب الخلافات القائمة حول هذا الموضوع .

هذا بالنسبة للحكيم في ظل القوانين الأخرى ، وما ينبغي أن يكون عليه الوضع من الناحية التشريعية بشأن التكاليف أو الاعباء التي توجد على المبيع ، ومع ذلك فان الفقه الغالب في ظل القانون المدني القائم يرى مد القواعد الواردة بالنسبة لحقوق الارتفاق إلى التكاليف بصفة عامة ، من حيث كون العلم بها يسقط حق المشتري في الضمان ، فنعرض لذلك فيما يلي .

المبحث الثالث

١٠ يتجه اليه الراى في شأن التكاليف التي توجد على المبيع

١١ - اتجاه الفقه الى تعميم حكم حقوق الارتفاق ليسرى على كافة التكاليف : وقد انقسم الفقه في مصر حول مد حكم المادة ٢/٤٤٥ المتعلق بحق الارتفاق إلى سائر التكاليف الأخرى التي توجد على المبيع .

إذ يرى البعض من الفقهاء أنه لا يجوز التوسع في هذا الصدد، والاكتفاء بقصر الاستثناء على حق الارتفاق ، فلا يلحق به في الحكم أى تكاليف آخر كحقت انتفاع أو حق حكر . ومعنى ذلك أن الضمان يتحقق في حالة الحقوق الأخرى غير الارتفاق ، حتى ولو كان المشتري يعلم بها عند البيع (١) .

ويضيف بعض أنصار هذا الاتجاه أنه لا يمكن تطبيق حكم المادة ٢/٤٤٥ الخاص بالارتفاق على الحقوق الأخرى بطريق القياس ، وذلك بالقول ان اعلام البائع المشتري بوجود سبب الاستحقاق لا يفترض معه عدم الضمان . وحتى نكون بصدد اعفاء من الضمان لا بد من اتفاق صريح أو ضمنى بين البائع والمشتري (٢) . ومن الواضح أن هذا الراى الأخير لا يوافق

(١) أنظر في هذا : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي : محاضرات في العقود : الجزء الثاني ، عقد البيع ، بند ١٦٠ ص ٢٥٥ - ٢٥٦ . السهورى : عقد البيع ، المرجع السابق ص ٦٥٢ بالهامش وص ٧٠٢ هاشم ١ .

(٢) أنظر في هذا : منصور : عقد البيع بند ٨٧ ص ١٨٧ - ١٨٨ . وانظر كذلك : عبد الفتاح عبد الباقي ، الموضوع المذكور بالهامش السابق .

على مد الحكم الخاص بالارتفاق إلى كافة أسباب الاستحقاق الأخرى ، ولا يقف لدى مد هذا الحكم إلى التكاليف فقط التي قد يتحملها المبيع ، حيث يجب أن يفرق في هذا الصدد بين التكاليف من جهة وبين الاستحقاق الكلي أو الجزئي من جهة أخرى ، على ما سئرى (١) .

وعلى خلاف الاتجاه السابق يتجه غالبية الفقهاء في مصر إلى قياس سائر التكاليف الأخرى على الارتفاق ، وذلك في حالة ما إذا أعلم البائع المشتري بوجود التكاليف . وعلى ذلك إذا أعلم البائع المشتري بوجود حق انتفاع على العين المبيعة ، فلا رجوع للمشتري عليه بالضمان إذا ما طالب المنتفع بالانتفاع بالعين . وكذلك الحال إذا أخطر البائع المشتري بأن العين مؤجرة للغير (٢) .

ويقتضى التماس في هذا الصدد أن يكون البائع قد أبان للمشتري عن التكاليف الواقعة على العقار . إذ أنه إذا ما تحقق ذلك افترض أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، كما تقتضى المادة ٢/٤٥٥ بالنسبة لحق الارتفاق . وإذا كان الأمر يتعلق بافترض في هذه الحالة فعنى ذلك أنه قد يتضح أن ارادة الطرفين لم تتجه إلى ذلك ، أى لم تتجه إلى أن البائع قد اشترط عدم الضمان (٣) . فالافتراض لا يقوم الا على قرينة قانونية بسيطة ، ولذلك

(١) وانظر : أنور سلطان وجلال العلوى ، بند ٤٠٦ حيث جاء أنه : «إذا كان يمكن أن نقيس علم المشتري ببعض الحقوق الأخرى التي قد تنقص من قيمة المبيع أو الانتفاع به على علمه بوجود حق ارتفاق ، فإنه لا يمكن أن نقيس علم المشتري بوجود سبب من أسباب الإستحقاق الكلي على علمه بوجود حق ارتفاق على المبيع » .

(٢) اسماعيل غانم : عقد البيع (١٩٥٨) ص ١٧٧ - ١٧٨ . وانظر كذلك سليمان مرقس ومحمد على امام : عقد البيع ، بند ٢١٨ ص ٣٤٧ . أنور سلطان : شرح البيع والمقايضة ط ٢ (١٩٥٢) بند ٢٤١ ص ٣٠٣ . البدرأوى : بند ٣٠٠ ص ٤٥٣ - ٤٥٤ . أنور سلطان وجلال العلوى : (١٩٦٦) بند ٤٠٦ ص ٣٢٢ - ٣٢٣ وكذلك : بند ٤٢٠ ص ٣٣٢ . محمد لبيب شنب : المرجع السابق آخر بند ١٦٤ ص ٢١٤ .

(٣) سليمان مرقس ومحمد على امام : المرجع السابق بند ٢١٨ ص ٣٧٤ . محمد لبيب شنب : المرجع السابق بند ١٦٤ في آخره ص ٢١٤ .

يجوز للمشتري أن يهائم تلك القرينة باقامة الدليل على أن الارادة المشتركة لم تقصد اعفاء البائع من الضمان (١)

والواقع أن قصر الحكم السابق على حالة حقوق الارتفاق وحدها لا مبرر له ، خاصة وأن وجود تكاليف أخرى على العقار من شأنها أن تؤثر على قيمة المبيع أو على الانتفاع به ، كما يؤثر وجود حق ارتفاق عليه . ولهذا يجب أن يمتد الحكم الوارد في المادة ٢/٤٥٥ مدني إلى كافة الاعباء أو التكاليف التي تقع على المبيع . ويقول البعض من الفقهاء المؤيدين لهذا الاتجاه ان هذا ليس «سوى تطبيق للمنطق اليحت . فالمشتري يحق له أن يعتقد أنه يشتري الملكية التامة الكاملة التي لا يرد عليها قيد أو تكاليف . فاذا كان الواقع على خلاف هذا ، كان على البائع أن يخطر المشتري به ، حتى يدخل ذلك في تقديره للثمن ، بل وللملاءمة المبيع بالحالة التي هو عليها لحاجته . فاذا لم يفعل البائع ذلك ، فاما أنه خرج على مقتضى حسن النية لكتمانه هذا الأمر الجوهري ، وإما أنه كان لا يعلم به ، فهو مقصر . وفي الحالتين يجب أن يكون مسؤولا عما يفاجأ المشتري به بعد البيع من حقوق أو تكاليف » (٢).

هذا هو ما ينبغي أن يكون بالنسبة لتكاليف الأخرى ، غير حق الارتفاق إذ لا يوجد ما يبرر التفرقة بينها ، خاصة وأن حق الارتفاق ما هو الا تكاليف أو عبء يتقرر على المبيع . وإذا كان مقتضى القياس في هذا الصدد يستلزم أن يقوم البائع بالابانة للمشتري عن التكاليف الواقعة على المبيع حتى يتحقق علم المشتري ، فاننا لا نوافق على موقف المشرع في هذا الصدد من حيث استلزام أن يكون علم المشتري بحق الارتفاق أو بالتكاليف بصفة عامة ، عن هذا السبيل وحده . وسنعود إلى ذلك فيما بعد .

وبالإضافة إلى ما تقدم فانه ينبغي أن يراعى أن عبارة المشرع الواردة في المادة ١/٤٤٤ «إذا وجد مثقلا بتكاليف» تحمل في طياتها معنى المفاجأة

(١) عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٢٥٥ .

(٢) عبد المنعم البدر اوى : عقد البيع ، المرجع السابق بند ٣٠٠ ص ٤٥٤ .

المشتري . إذ وجود المبيع مثقلاً بتكاليف يعنى أنه لم يكن يعلم بذلك وقت البيع ، أى كان حسن النية ، وبالتالي يكون له الرجوع بالضمان . ويفهم من ذلك أنه إذا كان سئء النية ، فانه لن يفاجأ ، وتبعاً لذلك لا يكون له الرجوع بالضمان . فشرط ضمان البائع للتكاليف التى كانت موجودة على المبيع عند البيع هو عدم علم المشتري بها ، دون تحديد لمصدر هذا العلم (١)

المبحث الرابع

التفرقة بين التكاليف وبين الاستحقاق الكلى أو الجزئى

١٢ - ضرورة هذه التفرقة ومبرراتها : يتبين لنا مما تقدم أنه إذا كان يجب أن يسوى بين التكاليف التى توجد على المبيع وبين حقوق الارتفاق من حيث أثر العلم بكل منها (٢) ، فان هذا لا يمتد إلى أسباب الاستحقاق الكلى أو الجزئى للمبيع . إذ أن علم المشتري بأسباب الاستحقاق الكلى أو الجزئى لا يرتب نفس الأثر (٣) .

ذلك أنه إذا كان لا يلزم للرجوع بالضمان - من حيث المبدأ - فى حالة الاستحقاق الكلى أو الجزئى ، توافر حسن نية المشتري ، أى جهله بأسباب الاستحقاق ، فان حسن نية المشتري - على ما نرى - شرط لازم للرجوع بالضمان فى حالة التكاليف . أى أن شرط حسن النية للرجوع بالضمان خاص بالتكاليف فقط ، دون أسباب الاستحقاق الكلى أو الجزئى (٤) ، وذلك طبقاً للرأى السائد فى الفقه ، ولما اتجهنا اليه من قبل .

ويبرر الفقه الفرنسى هذه التفرقة على اعتبار أنه «إذا كان يفترض أن

(١) انظر فى هذا الاتجاه كذلك : البداروى : المرجع السابق ص ٤٥٣

(٢) مع مراعاة ان القانون يستازم فى حالة الارتفاق أن يكون العلم من سبيل معين ، على ما قلنا .

(٣) وهذا يقتضى أن نحدد المتصود بالتكاليف والمقصود بكل من الاستحقاق الكلى أو الجزئى ، وهو ما سنتولاه فيما يلى .

(٤) ومع ذلك فان علم المشتري بأسباب الاستحقاق الكلى أو الجزئى ، إذا لم يكن من شأنه أن يحرم المشتري بصفءه تامة من الرجوع بالضمان ، إلا أنه يرتب بعض الآثار ، كما سنرى فيما بعد عن الكلام عن حالة الاستحقاق .

المشترى قد قبل المبيع مع ما عليه من تكاليف يعلم بها ، فانه لا يمكن القول إنه قد قبل سلفاً خطر الاستحقاق ، حتى ولو علم به ، ما لم يتفق على خلافه . وبترتب على ذلك أن سوء نية المشتري - التي تلعب دوراً هاماً في الآثار التي تترتب على الاستحقاق - لا تؤدي إلى سقوط الضمان كلية الا في حالة التكاليف فقط» (١) .

ويضيف الفقيه إلى هذا أنه إذا علم المشتري بالتكليف الذي يقع على المبيع فان هذا يؤدي إلى الاعتماد بأنه قد قبل أن يحصل عليه مع ما يتحمل به من نقص في الانتفاع . وهذا يعتبر فارقاً هاماً بين هذا النوع من التعرض وبين التعرض في كل المبيع أو بعضه (٢) .

والواقع أنه إذا كان المشتري يعلم بالتكليف الذي يقع على المبيع ، وبأن من شأنه أن يؤثر على الانتفاع به والافادة منه ، ثم تعاقد رغم ذلك ، فان هذا يعني استبعاد الالتزام بالضمان بالنسبة لهذا السبب الذي علم به (٣) .

أما في حالة الاستحقاق الكلي أو الجزئي ، فان الأمر يختلف . ذلك أن الالتزام بالضمان لا يستقط عن البائع نهائياً إلا إذا اشترط عدم الضمان، وكان المشتري يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو كان قد اشترى ساقط

(١) Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق ١٠٠ بند ٩٩ ص ١٠٤ - ١٠٥ . وانظر كذلك حكم نقض مدني فرنسي في ٩ مارس ١٩٣٧ في (D.H. 1937.253) وفي (S. 1937.1.164)) وانظر مع ذلك هامش ١ ص ١٠٥ من المرجع المذكور .

(٢) Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ٩٨ ص ١٠٣ . ويضيف هؤلاء الفقهاء (هامش ١ ص ١٠٣) ان هذا الفارق كاف لتبرير الطريقة التي اتبعتها المشرع الفرنسي في القانون المدني من حيث اعتباره التعرض الستند إلى قيام تكاليف غير مصرح بها نوعاً ثالثاً من أسباب التعرض ، يختلف عن الاستحقاق الجزئي . انظر كذلك بقية الهامش المشار اليه من المرجع المذكور أعلاه .

(٣) وهذا هو الشأن كذلك بالنسبة لحالة علمه بالعيب . فعلم المشتري بالعيب ، واقدامه رغم ذلك على التعاقد ، يعني استبعاد الالتزام بالضمان بالنسبة للعيب الذي تحقق العلم بالنسبة له .

الخيار . وهذا ما يقرره المشرع في المادة ٤٤٦ مدني (١) . أما بالنسبة لحق الارتفاق ، فإنه لا يلزم أن يتضمن العقد شرطاً خاصاً بعدم الضمان ، إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري (٢) . وكذلك بالنسبة لسائر التكاليف الأخرى التي يمكن قياسها على حق الارتفاق ، على نحو ما قدمنا .

هذا فضلاً عن أن المشتري الذي يتبين سبباً من أسباب الاستحقاق أو محاط علماً بوجوده ، يأمل دائماً أن البائع سيتخذ من الاحتياطات ما يجنبه هذا الاستحقاق . فإذا لم يحم البائع بذلك ، كان للمشتري الذي أخطأ التقدير أن يدعى عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالضمان . إلا أنه لما كان من المحتمل أن يكون المشتري قد وثق في البائع أكثر مما ينبغي ، فإن خطأه في هذه الحالة يدخل في الاعتبار لانقاص ما يحكم به عادة على البائع الذي أخل بالتزامه (٣)

المبحث الخامس

تعديد المقصود بالتكاليف وتمييزها عن حالات الاستحقاق

الجزئي والعيوب

١٣ - **تعديد المقصود بالتكاليف** : إذا كنا قد بينا أنه ، في ظل القانون النمرنسي ، وبعض القوانين الأخرى ، يفرق بين التكاليف التي توجد على المبيع ، وبين الاستحقاق الكلي أو الجزئي من حيث أثر حسن نية المشتري ،

(١) وقد جاء في صدد هذا النص بمذكرة المشروع التمهيدية (الأعمال التحضيرية ص ١٠٦) ، فإذا كان الاستحقاق ناشئاً عن فعل الغير ، ولم يتعمد البائع إخفاء حق هذا الغير ، صح شرط عدم الضمان ، ولكن البائع يمتن مسؤولاً عن رد قيمة المبيع . . ويكون البائع غير مسئول عن رد شيء مما إذا صحب شرط عدم الضمان أحد أمرين : علم المشتري بسبب الاستحقاق أو شراؤه ساقط الخيار ، لأن البيع في هذه الحالة يكون بيعاً احتمالياً .

(٢) وقد جاء في المذكرة الايضاحية أن اعلام البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق على المبيع يعتبر شرطاً من البائع بعدم الضمان لهذا الحق ممتزناً بعلم المشتري بسبب الاستحقاق ، فلا يرجع المشتري بشيء على البائع . ويقوم مقام اعلام البائع للمشتري بحق الارتفاق أن يكون هذا الحق ظاهراً للمشتري (الأعمال التحضيرية ص ٤ ص ١٠٦) .

(٣) أنظر في هذا

B. Gross : La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, thèse (Bibliothèque de droit privé, T. XLII) 1964, No. 147, p. 137.

ورأينا أنه ينبغي أن يدخل في الاعتبار علم المشتري بالتكاليف التي توجد على المبيع أو جهله بها من حيث عدم إمكان رجوعه بالضمان ، أو من حيث إمكان ذلك ، فانه ينبغي لنا أن نحدد ماذا يقصد بالتكاليف في هذا الصدد.

لا صعوبة في التمييز بين وجود تكاليف على العقار وبين استحقاق المبيع ، في حالة الاستحقاق الكلي . ففي حالة الاستحقاق الكلي تثبت ملكية المبيع للغير ، ويقوم المالك الحقيقي باسترداد المبيع كاملاً . كما يتحقق ذلك أيضاً في حالة ما إذا فشل المشتري نفسه في استرداد المبيع من شخص ثالث كان حائزاً له . في هاتين الحالتين يقع تعرض من المالك الحقيقي . وقد يكون المالك الحقيقي هو المشتري نفسه إذا تغير سنده واكتسب ملكية المبيع بأى سبب آخر . ويقع الاستحقاق كذلك إذا قام المشتري - بعد أن كان قد دفع الثمن - بدفع دين المرتهن الذي يشار التنفيذ على المبيع ، حتى يتلافى نزع ملكية المبيع أو إذا تخلى عنه حتى يتلافى اجراءات نزع الملكية في مواجهته . في جميع هذه الحالات ، بل وفي كل الحالات الأخرى التي يحصل فيها التعرض بالنسبة للمبيع بأكمله ، يقع الاستحقاق الكلي (١).

وفي حالة الاستحقاق الجزئي ، يقع الاستحقاق على جزء من المبيع فقط ، أى في قسم منه ، وقد يقع ذلك على حصة مفرزة أو شائعة . كما يتحقق كذلك في حالة قيام المشتري بدفع مبالغ للدائن ، مرتهن العقار المبيع ، حتى يتلافى نزع ملكية العقار ، أو في حالة عدم وجود حق ارتفاق إيجابي مقرر للعقار المبيع على عقار آخر ، كان قد تأكد وجوده عند العقد ، أو كان من الظهور بحيث أمكن للمشتري أن يعول على هذا الوجود (٢).

(١) أنظر في هذا : Laurent : المرجع السابق بند ٢١٦ ص ٢١٦ - ٢١٧ : Aubry et Rau والقانون المدني الفرنسي ط ٥٥٠ ، بند ٣٥٥ من وهامش ١٣ : Baudry et Saignat . المرجع السابق بند ٣٥٠ .

(٢) Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ٩٧ ص ١٠١ هامش ٣ و ٤ . Beudant المرجع السابق بند ١٩٧ ص ١٥٠ ، Baudry et Saignat : بند ٣٨٦ وكذلك بند ٣٨٢ .

من هذا يتضح أنه في حالة الاستحقاق الكلي أو الجزئي للمبيع يحرم المشتري من كل مزايا الحق المبيع أو بعضها ، بحيث يشكل ذلك اعتداء على ملكية المبيع كلها أو بعضها ، ويكون للمشتري الحق في الضمان في حالة الاستحقاق الجزئي مهما كانت أهمية الجزء الذي وقع فيه الاستحقاق . أما في حالة ظهور تكليف على المبيع ، فإن الأمر يختلف عن ذلك . إذ لا يتعلق الأمر بحرمان المشتري من كل أو بعض حقه في ملكية المبيع ، ولكن يفرض عليه فقط التزام بتحمل نقص في الانتفاع بالمبيع ، دون أن يشكل ذلك اعتداء على حق الملكية (١) .

من ذلك وجود حق انتفاع على المبيع ، فوجود هذا الحق للغير يعتبر تكليفاً يقع عليه ، إذ تظل للمشتري ملكية الرقبة مع تحمله مباشرة بنقص في الانتفاع . وحق الانتفاع الذي يثبت للغير على المبيع حق عيني يحول لمن تقرر له التمتع ، ويحتج به في مواجهة المشتري . في هذه الحالة يبدو التعرض واضحاً ، لأن المشتري لا يحتفظ بالمبيع على حالته ، على الرغم من بقاء حق الملكية ثابتاً له (٢) .

ومن ذلك أيضاً حق الاستعمال (٣) ، ويمكن أن يقاس عليه كذلك حق السكنى . ومن التكاليف التي تقع على المبيع كذلك حقوق الارتفاق التي تقرر للغير على العقار المبيع . وقد رأينا من قبل أن المشرع قد أفرد لحقوق الارتفاق نصاً خاصاً هو نص المادة ٢/٤٤٥ بين فيه شروط الرجوع بالضمان عند وجودها (٤) . ومن هذه التكاليف كذلك وجود حق حكر على المبيع (٥) . ولا يلزم أن يكون التكاليف في صورة حق عيني على المبيع ، بل يصح أن

(١) Planiol Ripert et Hamel المرجع المشار اليه بالهامش السابق بند ٩٨ ص ١٠٢ .

(٢) أنظر : Beudant المرجع السابق بند ١٩٦ ص ١٥٠ . ثم أنظر كذلك نقص مدني

فرنسي في ١١ يونيو ١٩٥٤ (J.C.P. 1954. II. 8288) حيثيات الحكم ، وتعليق Becqne .

(٣) Baudry et Saignat المرجع السابق بند ٣٨٨ .

(٤) انظر كذلك : Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٦ Beudant : بند ١٩٧

ص ١٥٠ ، Planiol-Ripert et Hamel : بند ٩٨ ص ١٠٢ .

(٥) Laurent : المرجع السابق - ٢٤ بند ٢٦٦ ص ٢٦٤ وهامش ٢ . وانظر كذلك :

استئناف محتلط في ٦ ديسمبر ١٩٣٢ ورد في المحاماة ص ١٤ رقم ٢٠٤ قسم ٢ ص ٣٩٧ .

يكون في صورة حق شخصي كحق ايجار ، أو امتداد قانوني للايجار . وهذا الأمر مسلم به في ظل القانون الفرنسي (١) . ذلك أن المادة ١٦٢٦ منه ، والتي وضعت المبدأ العام في الضمان ، قد وردت في عبارات عامة مطلقة مبيئة أن البائع يضمن للمشتري الاعباء أو التكاليف المدعى بها على المبيع ، والتي لم يصرح بها عند العقد . ولهذا لم يكن الأمر محل خلاف (٢) . أما في مصر ، فلا مجال للخلاف في ظل القانون المدني القائم . إذ لم يستلزم المشرع أن يكون الغير الذي يتعرض للمشتري مستنداً إلى حق عيني . فقد اكتفت المادة ٤٣٩ مدني بالنص على أن يكون للغير الذي يتعرض للبائع «حق على المبيع ، يحتج به على المشتري» ، ولم يخصص هذا الحق بأن يكون حقاً عينياً أم حقاً شخصياً .

وبالإضافة إلى ما سبق ، فإن الفقه الفرنسي يعتبر من التكاليف التي توجد على المبيع وجود ايراد دائم *une rente perpétuelle* متعلق بال عقار المبيع لصالح ملجأ . ذلك أن الالتزام بدفع الايراد في هذه الحالة ينقص من الانتفاع بالعقار المبيع (٣) .

- (١) أنظر مع ذلك : Laurent : الموضوع المشار اليه بالهامش السابق .
- (٢) أنظر في هذا : Baudry et Saignat المرجع السابق بند ٣٨٨ Planiol-Ripert et Hamel المرجع السابق ص ١٠٢ هامش ٣ والاحكام العديدة المشار اليها . موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٤٣١ في آخره . وقد حكم التضامن الفرنسي في هذا الصدد ، وتطبيقاً للمادة ١٦٢٦ بأن بائع العقار الذي لم يخطر بوجد امتداد قانوني للايجار ، تم موافقته إلى أحد المستأجرين ، يسأل عن التمويض قبل المشتري على أساس اعباء مدعى بها على المبيع ، ولم يصرح بها عند البيع ، وليس على أساس عيب خفي في المبيع (أنظر نقض فرنسي في ١٨٨٧/٦/٦ (D. P, 1888-1-216) باريس في ١٩٥٥/١١/٢ (D. 1956. Somm. 132) وأنظر كذلك حكم الدائرة الاجماعية في ١٩٦٢/٧/١٠ (J.C.P. 1962-4-123) . ثم أنظر نقض مدني في ١٦ ديسمبر ١٩٥٨ (D. 1959.34) وذلك بالنسبة لبيع تم مع حق في تعويض الاضرار الناشئة بسبب الحرب ، دون أن يبين في العقد أن هناك ايجاراً قد تم من قبل يخول للمستأجرين الحق في العودة إلى العين .
- (٣) أنظر : Planiol-Ripert et Hamel المرجع السابق ص ١٠٢ هامش ٣ . ويبدو أن الأمر قد عرض في حكم لمحكمة النقض الفرنسية في ١٨٦٢/١/٢٨ (D. 1862.1.159) وقد اعتبرت المحكمة أن هذا البيع واجب الفسخ لعدم قيام البائع بالتزامه بالتسليم . وقد انتقد الفقهاء المذكورون أعلاه هذا الحكم على أساس أن الأمر لا يتعلق بفسخ لعدم التسليم ، ولكن يتعلق بتطبيق قواعد ضمان التكاليف أو الاعباء غير المصرح بها .

— نخلص مما تقدم إلى أن تحديد الاعباء أو التكاليف التي توجد على المبيع يقتضى القول بأن كل ما يفرض على المشتري التزاماً بتحمل نقص في الانتفاع بالمبيع ، دون أن يشكل ذلك اعتماداً على حق الملكية كله أو بعضه ، يعتبر تكليفاً . وهو يعتبر كذلك ، ولا يعد استحقاقاً جزئياً ، حتى ولو كان من شأنه أن ينقص من قيمة المبيع (١) .

وإذا ما تعلق الأمر بتكليف على المبيع ، ترتب على ذلك أن علم المشتري به عند البيع يستتبط حقه في الضمان (٢) على ما قدمنا . كما أن ظهور تكليف على المبيع يجعل من التعرض سبباً حالاً قائماً ، حتى ولو لم تكن هناك منازعة قضائية ، يخول للمشتري الرجوع مباشرة بالضمان ، متى كان حسن النية يجهل وجود هذا التكليف عند البيع . ذلك أن مجرد اكتشاف التكليف يعتبر نقصاً حالاً مباشراً في الانتفاع ، ويخول الحق في الضمان . وفي هذا يختلف ظهور تكليف على المبيع عن حالات الاستحقاق الجزئي ، حيث لا يمكن الالتجاء إلى دعوى الضمان إلا إذا صار التعرض حالاً قائماً (٣) .

وعلى الرغم من هذا المعيار في تحديد المقصود بالتكاليف . إلا أن من الحالات ما تدق فيها التفرقة ويثور فيها الخلاف حول ما إذا كان الأمر يتعلق بتكليف على المبيع أم باستحقاق جزئي .

١٤ - **الخلاف حول وصف بعض الفروض، وهل هي تكليف أم حالات استحقاق جزئي** : لا صعوبة حول معرفة ما إذا كان الاستحقاق كلياً . أما في حالة الاستحقاق الجزئي فمعرفة تدق التفرقة في بعض الفروض بين ما إذا كان الأمر يتعلق باستحقاق جزئي أو بتكليف . وقد قدمنا أن

(١) انظر Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٨ . Laurent المرجع السابق بند ٢٦٦ ص ٢٦٤ . انظر كذلك : موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٣٣٩ .

(٢) مع مراعاة ما يقضى به القانون في هذا الصدد بالنسبة لحق الارتفاق ، ومع مراعاة تحديد المقصود من العلم في هذا الصدد ، على ما أشرنا إليه من قبل ، وعلى ما سنرى فيما بعد .

(٣) أنظر في هذا : Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ٩٨ ص ١٠٣ .
Jossierand المرجع السابق بند ١١٠٠ ص ٤٨١ .

تجديد ذلك يرتب نتائج مختلفة من حيث علم أو جهل المشتري بسبب التعرض ،
وذلك طبقاً للرأى الذى بيناه من قبل .

ومن هذه الحالات ما عرض، على القضاء الفرنسى بالنسبة لعمود للكهرباء
كان مملوكاً لاحدى شركات توزيع الكهرباء وقائماً فى العقار المبيع (١).
وقد قيل إن هذا يعتبر استحقاقاً جزئياً أكثر منه تكليفاً أو عبئاً غير
مصرح به (٢) .

كما يثور الأمر بالنسبة لحقوق الارتفاق ، وإذا كنا قد قلنا أن تخلف
حقوق الارتفاق الاجباية ، المقررة للعقار المبيع على عقار آخر ، يعتبر
استحقاقاً جزئياً ، وأن تحمل العقار المبيع بحقوق ارتفاق لصالح عقار مجاور
يعتبر تكليفاً ، فان من الفقهاء من يرى أن الأمر فى هذه الحالة الأخيرة يتعلق
باستحقاق جزئى . ومع ذلك فانه يبدو مما أورده بعض الفقهاء فى هذا الصدد
أن تشبيه حقوق الارتفاق بالاستحقاق الجزئى انما هو فقط من حيث الآثار
التي تترتب على الاستحقاق الجزئى (٣) . أما من حيث أن العلم بها يسقط
الحق فى الضمان ، كما هو الشأن بالنسبة للتكاليف الأخرى ، فان الحكم
يختلف حيث يستلزم القانون الفرنسى للضمان استناداً إليها أن تكون غير
ظاهرة ، وغير مصرح بها منذ البيع (٤) . وهذا هو الحكم فى القانون المصرى
كذلك بالنسبة لحقوق الارتفاق ، على ما سنرى .

ويثور الأمر أيضاً بالنسبة لحالة ظهور رهن على المبيع . إلا أنه ينبغي

(١) أنظر محكمة السين المدنية فى ١٩/٦/١٩١٣ (Gaz. Trib. 1913.2.254) انظر كذلك
أمثلة أخرى فى موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٣٤٠ .

(٢) Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق ص ١٠٢ هامش ٢

(٣) أنظر فى هذا : Laurent : المرجع السابق ، بند ٢٦٥ ص ٢٦٣ .

Baudry et Saignat المرجع السابق بند ٣٨٦ .

وأنظر مع ذلك Planiol-Ripert et Hamel المرجع السابق بند ٩٨ ص ١٠٢ حيث تقرر
أن الارتفاقات السلبية انما هى اعباء على المبيع وقد أشار إلى حكم Angers فى ٢٧ فبراير ١٨٦٧
(S. 67.2.251) وفى : (D. 67.2.66)

(٤) أنظر : Beudant : المرجع السابق بند ١٩٧ ص ١٥٠ - ١٥١

أن يراعى في هذا الصدد أن مجرد وجود رهن على المبيع لا يعرض المشتري لنقص في الانتفاع ، وإنما يعرضه فقط لخطر الاستحقاق ، ولهذا لا يعتبر تكليفاً يقع على المبيع . وتبعاً لذلك لا يعد مجرد علم المشتري بوجوده وقت البيع مستمطاً لحتمه في الضمان . ذلك أن الرهن ليس الا تهديداً باستحقاق المبيع إذا ما أراد الدائن مباشرة إجراءات نزع الملكية ، أما قبل ذلك فإن البائع يأمل دائماً أن يتخلص منه . ويظل التزامه بالضمان قائماً حتى ولو كان المشتري قد علم به منذ البداية (١) .

وإذا كان الرهن يختلف عن التكاليف التي تقع على العقار ، على ما بينا من حيث أثر العلم به وقت البيع ، وكان مجرد وجوده لا ينحول الرجوع على البائع بالضمان ، إذ ليس هناك خطر تعرض حال ، فإنه إذا تحقق هذا الخطر كان للمشتري الحق في الضمان . وهذا ما يقرره الفقه وتأخذ به محكمة النقض المصرية . فقد قضت بأن «حق الضمان لا ينشأ الا من وقت منازعة الغير للمشتري في حيازته للمبيع وانتفاعه به ، منازعة مبينة على دعوى حق «عيني» (الحكم في ظل القانون القديم) . أما مجرد اكتشاف وجود حق رهن على العين المبيعة ، دون حصول معارضة من صاحب الرهن للمشتري ، ومع احتمال حصول تلك المعارضة في المستقبل ، فلا يبيح قانوناً للمشتري رفع دعوى الضمان ، لجواز عدم حصول التعرض فيما بعد من صاحب حق الرهن (٢) .

(١) انظر في هذا Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ٩٨ ص ١٠٣ .
Jossierand : بند ١١١٠ ص ٥٨١ . Baudry et Saignat : بند ٣٥١ . Laurent : بند ٢١٨ .
وانظر كذلك : البدرأوى : المرجع السابق ص ٤٥٢ . اسماعيل غانم : ص ١٧٨ . السهوري :
ص ٦٤١ بالهامش وكذلك ص ٦٥٢ بالهامش . وانظر مؤلفنا عقد البيع في القانون اللبناني ،
المرجع السابق ص ٣٦١ - ٣٦٢ وهامش ١ ص ٣٦٢ .
(٢) نقض مدني في ١٩٣٢/٣/٣ طعن رقم ٤٣ ص ١ ق مجموعة النقض في ٢٥ سنة تحت
بيع قاعده ٧٢ . وانظر كذلك محكمة استئناف مصر في ٣ ديسمبر ١٩٣٥ الحماة ص ١٦ رقم ٢١٩
ص ٥٠٢ .

١٥ - **الاعباء أو التكاليف والعيوب الخفية** (١) : قد يكون من العسير في بعض الأحيان وضع حد فاصل لمعرفة ما إذا كان الأمر يتعلق بعيب خفي أو بتكاليف يقع على المبيع ، خاصة وأن وجود عيب في المبيع ينقص من قيمته ، وأن مثل هذا النقص يترتب كذلك في حالة ظهور تكاليف أو أعباء ، إذ تعتبر هذه الأعباء بمثابة استحقاق جزئي (٢).

ولعل قيام هذا التشابه من حيث أثر كل من النظامين في قيمة المبيع هو الذي يدعو إلى الخلط بينهما لدرجة أن القضاء يستند إلى النصوص الخاصة بكل منهما في آن واحد ، دون أن يضع حداً فاصلاً بين نطاق كل منهما (٣).

ومع ذلك فإنه يجب أن يفرق بين كل من الحالتين (٤) : ذلك أنه في حالة ظهور تكاليف أو أعباء على المبيع ، سواء كانت حقوق ارتفاق أم غيرها من الحقوق الأخرى ، عينية كانت أم شخصية (٥) ، يوجد حق

-
- (١) أنظر مؤلفنا عقد البيع : الاسكندرية في ١٩٦٩ - ١٩٧٠ بند ٢٢٦ ص ٤١٨ .
(٢) أنظر مؤلفنا : عقد البيع في القانون اللبناني ، المرجع السالف الذكر بند ١٩٤ وما بعده .
وانظر كذلك Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٩١ .
وفي القانون الفرنسي القديم كان وجود حق ارتفاق غير ظاهر على العقار معتبراً كالعيب الخفي ، ويخول دعوى ضمان العيوب الخفية . أنظر Pothier : في عقد البيع بند رقم ٢٠١ .
(٣) أنظر في ذلك حكماً لمحكمة النقض الفرنسية ، حيث استندت المحكمة في آن واحد إلى نص المادتين ١٦٢٦ و ١٦٣٨ بالنسبة للاعباء وحقوق الارتفاق ، ونص المادة ١٦٤١ (بالنسبة للعيب الخفي ، وهو صادر في ٢١ ابريل ١٨٧٤ عرائض في (D. 1875.1. 183) وفي (S. 1874.1. 243) وذلك على الرغم من أن الأمر كان يتعلق بعيب خفي إذ تبين وجود قنطره تقع في أعلى مجرى الماء الذي يعتمد عليه في ادارة الطاحونة ، وكانت القنطرة تقلل من قوة المياه التي يعتمد عليها المشتري في ادارة هذه الطاحونة .
(٤) أنظر الأهمية العلمية للفرقة بين التكاليف غير المصرح بها والعيوب الخفية : موسومه

دالوز تحت «بيع» رقم ١٣٣٨ .

- (٥) وقد قضت محكمة التمييز اللبنانية (الغرفة الثالثة قرار ٧٦ لسنة ١٩٦٠ مجموعة باز ٨ ص ١٨٠) بأن البائع يضمن ما يصيب المشتري من الأعباء التي يدعى بها المستأجرون على المبيع والتي لا يصرح بها عند البيع ، وإن وجود مستأجر في العقار المبيع رغم التصريح من قبل الباعة بتسليم المباع حراً من كل اجارة - لا يؤلف عيباً في المباع بمعنى المادة ٤٦٣ موجبات .

للغير يثقل المبيع . فالمبيع سليم لا عيب فيه ، ولكنه يحتمل بتكليف هو حق للغير . أما في حالة العيب فان المبيع لا يوجد عليه حق للغير ، ولكنه يكون معيباً بعيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه ، بحسب الغاية المقصودة (١) .

ولقد كان لهذا الخلاف بين النظامين أثره من حيث وضع قواعد خاصة تنظم وجود عيب خفي بالمبيع ، كما تنظم حالة وجود تكاليف أو أعباء على المبيع ، وقد أخضع المشرع تلك الحالة الأخيرة لأحكام الاستحقاق الجزئي وذلك بالنسبة لرجوع المشتري على البائع بالضمان ، فقررت المادة ١/٤٤٤ مدني مصري أنه : "إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلاً بتكليف ، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبيته في المادة السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه" (٢) .

المبحث الثالث

حالة حقوق الارتفاق

١٦ - **تقسيم الموضوع** : قدمنا أنه لكي يستطيع المشتري الرجوع بالضمان على البائع ، عندما يوجد تكاليف على المبيع ، فانه يلزم أن يكون حسن النية ، لا يعلم عند العقد بوجود هذه التكاليف . ولا شك في أن هذا الحكم يسرى على الحقوق التي يدعى بها الغير على المبيع ويكون من شأنها أن تنقص من قيمته ، ومن بينها حقوق الارتفاق ، باعتبار أنها تدخل ضمن التكاليف أو الاعباء التي تقع على المبيع . ومع ذلك فان لحقوق الارتفاق

(١) فظهر حتى ارتفاق على المبيع بعدم البناء يعتبر تكليفاً ينقص من قيمته ، في حين أن استحالة البناء على الأرض المشتره بسبب عيب في التربة يعتبر عيباً خفياً ، يجعل المبيع غير صالح للاستعمال في الغرض الذي أعد له (أنظر : De Page : المرجع السابق ج ٤ بند ١٢٦) .

(٢) أنظر كذلك : Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٩١ . Planiol-Ripert et Hamal : المرجع السابق ص ١٠٣ وهامش ٢ . Limpens : البيع في القانون البلجيكي ، المرجع السابق بند ٣٩٣ ص ١٧٢ . وانظر مؤلفنا . عقد البيع في القانون اللبني ، المرجع السابق ص ٤٦٩ هامش ٢ . وانظر كذلك : السهورى ص ٧٠٣ بالهامش .

وضمناً خاصاً . ولهذا نعرض لها استقلالاً عن التكاليف بصفة عامة (١) فتتكلم عن حقوق الارتفاق التي تنشأ بفعل الانسان ، أي تلك التي تنشأ عن الافعال أو الأعمال القانونية ، وهي حقوق الارتفاق بالمعنى الصحيح . ثم تتكلم عن حقوق الارتفاق الطبيعية أو الارتفاقات القانونية ، وهي القيود القانونية التي ترد على الملكية .

١٧ - أولاً : الارتفاقات الناشئة عن الافعال أو الأعمال القانونية التي يعدها

الانسان : نصت المادة ٢/٤٤٥ مدنى مصرى على أنه : « ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري » (٢) .

يتضح من هذا النص أن حقوق الارتفاق قد تكون ظاهرة ، أو قد تكون غير ظاهرة ولكن يكشف عنها البائع للمشتري . فى هاتين الحالتين يختلف الحكم عن الحالة التي يكون فيها حق الارتفاق غير ظاهر ، ولا يكشف البائع عنه للمشتري .

١٨ - حالة حقوق الارتفاق غير الظاهرة وغير المصرح بها من البائع :

فاذا كان حق الارتفاق غير ظاهر ، ولم يكشف عنه البائع للمشتري ، فانه

(١) ويراعى أننا نتكلم فى هذا الصدد عن التكاليف التي تقع على المبيع ، ومن بينها حقوق الارتفاق. ولكن يثور الأمر بالنسبة لحقوق الارتفاق التي تكون مقررة للمبيع على عقار الغير، أو حقوق الارتفاق الإيجابية ، كما إذا اعتمد المشتري على أن العقار حق ارتفاق على العقار المجاور ، بأن كان هذا الحق قد ذكر فى العقد ، أو كان ظاهراً بحيث يمكن القول انه اعتمد على وجوده ، ثم تبين أنه غير موجود ، أو أنه ليس الاعلا من أعمال التسامح من جانب الجار فى هذه الحالة يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان على أساس وجود استحقاق جزئى . أنظر Baudry et Saigat المرجع السابق بند ٣٨٦ و ٣٩٠ . De Page : المرجع السابق - ٤ بند ١٤٠ . وفى هذه الحالة تنطبق القواعد التي تسرى فى حالة رجوع المشتري على البائع عند الاستحقاق الجزئى من حيث حسن أو سوء النية . أنظر كذلك : السهورى : المرجع السابق ص ٧٠٤ بالهامش ١ . (٢) ويلاحظ البعض من الفقهاء أن عبارة « عدم الضمان » الواردة فى هذا النص يراد بها انقاص الضمان لا اسقاطه (أنظر منصور : ص ١٤٨ هامش ١) . ومع ذلك فان تفسير هذه العبارة على ضوء النص يعنى أنها تنصرف إلى عدم ضمان حق الارتفاق . وهذا خلافاً للمادة ٤٦٤/١ حيث تنصرف عبارة « عدم الضمان » إلى اسقاط الضمان بصفة عامة .

يؤخذ من نص المادة ٢/٤٤٥ مدني أنه يكون لهذا الأخير الالتجاء إلى إعمال أحكام الضمان التي بينها القانون . ومعنى ذلك أن رجوع المشتري بالضمان يتوقف على عدم علمه بحق الارتفاق ، أي على حسن نيته ، سواء كان عدم علمه بحق الارتفاق ، ناشئاً من كون هذا الحق غير ظاهر ، أم من عدم إبانة البائع عنه ، وبصرف النظر عن أهمية هذا الحق ، أو مداه ، خلافاً لما نص عليه في المادة ١/٤٤٤ مدني بالنسبة للتكاليف الأخرى ، حيث يستلزم المشرع أن تكون «خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرأ لو علمه لما أتم العقد...» ، فلم يضع المشرع بالنسبة لحقوق الارتفاق نفس الحكم الذي وضعه بالنسبة للتكاليف التي يتحملها المبيع ، مع أنه ينبغي أن يكون الحكم واحداً في الحالتين ، إذ لا تختلف حقوق الارتفاق عن التكاليف إلا من ناحية ظهورها أو عدم ظهورها ، وهذا هو ما يبرر وجود نص خاص بها (١) . أما فيما عدا ذلك ، فإن من المسلم به أن حقوق الارتفاق ما هي إلا تكاليف تقع على العين . ولهذا نرى إعمال حكم المادة ٤٤٤ التي تفرق بين ما إذا كان الحق الذي يثقل المبيع جسدياً أم لم يكن كذلك .

وإذا ما استلزم للرجوع بالضمان ، في حالة ظهور ارتفاق على المبيع ، أن يكون المشتري حسن النية ، وأن يكون الأمر من الجسامة إلى حد يمكن معه التقدير أن المشتري ما كان يقدم على الشراء لو علم حقيقة الأمر ، فإن تقدير جسامة تلك الحقوق من المسائل الواقعية التي تترك لتقدير القضاء .

هذا إذا كان حق الارتفاق غير ظاهر وغير مصرح به من البائع طبقاً لما يستلزمه القانون .

(١) ويستلزم القانون المقارن أن تكون حقوق الارتفاق ، التي يرع بالضمان من أجلها كبيرة الشأن بحيث يلحق وجودها ضرراً جسدياً بالمشتري ، وبحيث أنه ما كان يقدم على الشراء لو علم حقيقة الأمر . من ذلك ما نصت عليه المادة ٣٩ من قانون الموجبات اللبثاني حيث تستلزم أن تكون الحقوق (المقصود حقوق الارتفاق طبقاً لما ورد في النص الفرنسي للمادة) «كبيرة الشأن إلى حد يمكن معه التقدير أن المشتري لو علم بها لما اشترى...» وانظر كذلك المادة ١٦٣٨ مدني فرنسي .

١٩ - حالة حقوق الارتفاق الظاهرة أو التي يكشف عنها البائع :

أما إذا كان حتى الارتفاق ظاهراً ، أو كان غير ظاهر لكن أبان البائع عنه للمشتري ، لا يكون لهذا الأخير الرجوع بالضمان . إذ يفترض المشرع في هذه الحالة أن البائع قد اشترط عدم الضمان .

والواقع أنه إذا كان الارتفاق ظاهراً ، فإن المشرع يفترض أنه يكون على المشتري أن يعلم بما يتحمل المبيع من حقوق ارتفاق ، حتى لو لم يذكر شيء في العقد يتعلق بها (١) . فجرد ظهور حق الارتفاق يكفي لاسقاط الضمان ، سواء علم به المشتري فعلاً ، أم لم يعلم ، طالما كان في استطاعته ذلك . فإذا كان الارتفاق غير ظاهر ، لا يخلو الأمر من أحد أمرين ، إما أن يجمله المشتري ، وإما أن يعلم به .

وفي الحالة الأولى يكون حسن الزية فيرجع بالضمان ، على ما قدمنا . أما في الحالة الثانية ، أي حالة العلم بحق الارتفاق ، فإن هذا العلم قد يكون عن طريق البائع ، وقد يكون من أي سبيل آخر .

(١) Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٦ . إذ على المشتري أن يعلم بحقوق الارتفاق الظاهرة ولا يستطيع التمسك بالجهل بها . أنظر في القضاء الفرنسي : محكمة Limoges في ١١ نوفمبر ١٨٩١ (D.P.1893.2.537) . وانظر كذلك : Aubry et Rau : ج ٥ بند ٣٥٥ هامش ٥٦ والمراجع الواردة فيه . Beudant : ج ١١ بند ١٩٧ . Ploniol-Ripert et Hamel ج ١٠ بند ١٠٢ .

فإذا كان حتى الارتفاق ظاهراً ، ومع ذلك أكد البائع أنه غير موجود ، وأن المبيع خال من الارتفاق ، كان للمشتري أن يلجأ إلى أعمال الجزاء الذي نص عليه القانون في هذا الصدد . إذ أنه يعتمد على تأكيدات البائع ، ولا ينظر إلى ما يبدو أنه حتى ارتفاق إلا على أنه مجرد عمل من أعمال التسامح . ويترتب الفقرة في هذا الصدد أنه لا يلزم أن يؤكد البائع خلو المبيع من حقوق الارتفاق ، وإنما يكفي أن يعلن بصفة عامة أنه خال من أي ارتفاق . أنظر في هذا : Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٩ والمثل الذي ضربه في هذا الصدد بالنسبة لحالة بيع عقار مع وجود منزل مجاور له مطلق مباشر ليس على المسافة القانونية . ولكن البائع يعلن أن مالك المنزل المجاور ليس له أي سند ، وأن للمشتري أن يجبره على سد النوافذ . فإذا كانت النوافذ قائمة أكثر من ٣٠ سنة (مدة التتقدم الطويل في القانون الفرنسي) ، وتم اكتساب حق المطلق بالتقدم ، فإن البائع لا شك يكون هناضامناً للمشتري .

فاذا كان العلم عن طريق البائع نفسه ، فان القانون المصرى يفترض أن هذا البائع قد اشترط عدم الضمان . وهذا ما يصرح به نص المادة ٢/٤٤٥ مدنى ، كما قدمنا .

أما إذا كان المشتري قد علم بحق الارتفاق من أى سبيل آخر ، فإذا يكون الحكم ؟ هذا ما يجعلنا نعرض لمصدر علم المشتري بوجود الحق ، وكذلك للعلم المستمد من التسجيل .

٢٠ - هل يلزم ان يعلم المشتري بوجود الارتفاق عن طريق البائع نفسه ؟ قدمنا أن المشرع المصرى يستلزم أن يكون اعلام المشتري بوجود حق الارتفاق عن طريق البائع نفسه . إذ يجب أن يعلمه بوجود حق ارتفاق معين على المبيع . وهذا الاعلام يتم فى أية صورة من الصور ، كتابة أم شفهاً ، بحيث يكون على البائع اثبات ذلك عند النزاع حول هذا الأمر (١).

فاستلزام أن يكون اعلام المشتري بالحق عن هذا الطريق الذى رسمه القانون ، يعنى كما يقول النص أنه «يفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان» . وإنما يلزم لكى يفترض ذلك فى المشتري ، أن يتم الاعلام من البائع نفسه . وتقول المذكرة الايضاحية فى هذا الصدد : «واعلام البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق على المبيع يعتبر شرطاً من البائع بعدم ضمانه لهذا الحق مقترناً بعلم المشتري بسبب الاستحقاق ، فلا يرجع المشتري بشئ على البائع . ويقوم مقام اعلام البائع للمشتري بحق الارتفاق أن يكون هذا الحق ظاهراً للمشتري» (٢) .

فلاعلام من البائع يفترض معه أنه قد اشترط عدم الضمان . وهذا ما دعا إلى التمول بأن علم المشتري يجب أن يحصل من أحد طريقين : أما من كون الحق ظاهراً ، وإما من إعلام البائع له . فلا يكفى إذن لاسقاط الضمان -

(١) أنظر فى هذا : السنهورى : المرجع السابق ص ٧٠٤ وهامس ٢ . وكذلك

Planiol-Ripert et Hamel : ج ١٠ المرجع السابق بند ١٠٢ ص ١٠٩ هامش ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٤ ص ١٠٦ .

كما قيل - أن يكون المشتري عالماً بحق الارتفاق من طريق آخر غير هذين ، كأن يعلمه شخص آخر أو نائبه ، أو يعلم به من تلقاء نفسه . ذلك أن علم المشتري بحق الارتفاق والذي يترتب عليه اسقاط ضمان البائع ، يجب أن يكون علماً ينطوي فيه معنى اسقاط الضمان . وهذا متحقق في حالة ما إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، حيث يكفي ذلك لجعل البائع يعتقد أن المشتري يعلم بوجود حق الارتفاق ، ويرضى فيه باسقاط الضمان . ومن ناحية أخرى ، فإن قيام البائع نفسه باعلام المشتري به ، كاف هو أيضاً في افتراض أن هذا الاعلام بمثابة اتفاق ضمنى على عدم الضمان . وعلى خلاف ذلك حالة علم المشتري بحق الارتفاق من طريق آخر ، حيث لا يتوافر فيه هذا المعنى . هذا ما اتجه إليه فريق من الفقهاء (١) .

ومع ذلك فإنه ينبغي أن ينظر عند الاعفاء من الضمان ، إلى جانب المشتري ، والوقوف على ما إذا كان يعلم أو لا يعلم بوجود حق ارتفاق ، أو بصفة عامة بوجود أى تكليف على المبيع . هذا العلم هو الذى ينبغى أن يدخل فى الاعتبار . إذ يكفي أن يكون المشتري سىء النية ، حتى يحرم من الرجوع بالضمان . أى يكفي أن يعلم عند البيع بوجود الارتفاق أو التكليف حتى يعد أنه قد تنازل عن الرجوع على البائع ، بصرف النظر عن مصدر هذا العلم ، حتى ولو كان عن غير طريق البائع نفسه . إذ يستوى في هذا الصدد علم المشتري بالارتفاق لأنه ظاهر ، أو لأن البائع قد أعلمه به ، أو لأنه قد علم به من أى سبيل آخر . في جميع تلك الحالات يحمل أقدام المشتري على الشراء على أنه قد قبل التحمل بحق الارتفاق ، دون أن يكون له

(١) أنظر : السهوى : المرجع السابق : بند ٣٥٨ ص ٧٠٥ . منصور : المرجع السابق بند ٨٧ ص ١٨٧ . عبد المنعم البدرأوى : المرجع السابق بند ٣٠٤ ص ٣٦٢ وما بعدها . اسماعيل غانم : المرجع السابق ص ١٧٨ . ومع ذلك فإنه إذا كان يرى أن مجرد علم المشتري فعلا بوجود الارتفاق أو التكليف لا يكفي لقيام القرينة القانونية على الاتفاق على الاعفاء من الضمان ، إذ أن شرطها أن يكون العلم بالارتفاق راجعاً إلى اعلام البائع للمشتري ، إلا أنه يضيف إلى ذلك أن العلم المجرد قد يصلح أساساً تستخلص منه المحكمة قرينة قضائية على وجود شرط بعدم الضمان .

الرجوع بالضمان ، وذلك لانتهاء حسن النية الذى يجب أن يحميه القانون فى هذا المجال .

ومما يؤيد هذا أن المشرع نفسه بالنسبة لحق الارتفاق الظاهر لم يلتزم أن يكون العلم به عن طريق البائع حتى يفترض عدم الضمان . ولكنه اكتفى بعلم المشتري من مجرد ظهور الحق . فالعلم المستمد من مجرد ظهور الحق ينزل منزلة اعلام البائع للمشتري به فى حالة خفائه ، باعتبار أن المشتري قد عاين المبيع ورأى حق الارتفاق ، أو أنه كان فى استطاعته رؤيته ، فاذا سكت اعتبر أنه رضى بعدم الضمان . وإذا كان العلم من مجرد ظهور الحق ينزل منزلة العلم عن طريق البائع من حيث الحكم ، فان العلم النعلى بحق الارتفاق غير الظاهر (أو بالتكاييف بصفة عامة) من أى سبيل آخر ، ينبغى أن يأخذ نفس الحكم من حيث اسقاط الضمان من البائع (١) .

وعلى ذلك إذا كان ينبغى أن يعلن البائع عن حق الارتفاق للمشتري حتى يتخلص من الضمان ، فانه يعنى كذلك إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، بحيث يعلم به المشتري أو يكون فى إمكانه أن يعلم به بسبب هذا الظهور . كما يعنى أيضاً إذا كان المشتري قد علم من أى سبيل آخر . ولكن يلزم فى هذه الحالة الأخيرة أن يكون قد علم فعلاً بوجود الحق ، ولا يكفى أن يكون فى إمكانه العلم به لو أنه اتخذ قدراً من الحيطة والتبصر . ويقع على البائع ، عند النزاع ، إثبات أن المشتري كان يعلم به فعلاً (٢) . ويكون هذا الإثبات بكافة الطرق ، بما فيها البيئنة والقرائن (٣) . فالعبرة اذن بالعلم

(١) فاذا كان البائع يعلم ان المشتري على بيئنة من حق الارتفاق ، فان هذا أيضاً كاف لجملة يعتقد أن هذا المشتري رضى باسقاط الضمان ، لأنه اشترى وكان على بيئنة من أمره وقت البيع .

(٢) Baudry et Saignat المرجع السابق بند ٣٨٦ . موسوعة دالوز ص ٥ تحت «بيع»

رقم ١٣٦٠ .

(٣) Planiol-Ripert et Hamej : المرجع السابق ص ١٠٩ وهامش ٥ . وقد يستتبع

من عقد البيع ذاته ، وقد يؤخذ من أوراق أو وثائق أخرى غير العقد . أنظر نقض مدينى فرنسى فى ١١ يونيو ١٩٥٤ (J.C.p. 1954. 11. 8288) وتمليق Bécqué . وانظر كذلك موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٣٥٨-١٣٥٩ ، وانظر حكم محكمة النقض المصرية =

الحقيقي للمشتري في هذه الحالة الأخيرة ، حتى لا يكون له الرجوع على البائع بالضمان ، مع مراعاة ما سنذكره فيما بعد عن العلم المستمد من التسجيل.

ويسلم الفقه والقضاء في فرنسا بهذا الحل . فاذا كان حق الارتفاق غير ظاهر ، ومع ذلك علم به المشتري ، وقت البيع ، من حيث الواقع ، عن غير طريق البائع ، فان هذا الأخير لا يكون ملزماً بالضمان (١) . فمن العبث اعلام من كان يعلم من قبل . وليس للمشتري أن يشكو بعد ذلك من أمر كان على بينة منه ، خاصة وأنه قد أقدم فعلا على الشراء ، وكانت لديه الفرصة لادخال ذلك في الاعتبار عند تقدير الثمن ، فاذا لم يكن قد أدخل ذلك في اعتباره عند تقديره الثمن ، فلا يلوم الا نفسه . وإذا كان هذا المذهب هو ما أخذ به القانون الروماني ، فان القانون المدني الفرنسي قد سار على نهجه ، حيث

في ١٩٣٦/٤/٢ مجموعة ٢٥ سنة تحت بيع بند ٩٤ وقد جاء في هذا الحكم : ان كل ماتستخلصه محكمة الموضوع استخلاها معقولا من قرائن واقعية ، فلا تعقيب عليه لمحكمة النقض . فاذا قرر الحكم المطعون فيه أن علم المشتري بوجود حق ارتفاق على العين المبيعة قبل التعاقد يمنعه من طلب الفسخ ، ثم أثبت حصول هذا العلم استخلاصاً من قرائن واقعية تسمح به ، وبناء على ذلك رفض طلب الفسخ ، فلا تدخل لمحكمة النقض . وانظر استئناف مخلوط في ٦ ديسمبر ١٩٣٢ ورد في المحاماه من ١٤ رقم ٢٠٤ قسم ٢ ص ٣٩٧ ، حيث ورد أنه لا يحق للبائع أن يدعى علم المشتري بحق حكر على المبيع بمجرد أن هذا الحق قد ذكر في العقود السابقة ، وكان الطرفان قد اشارا اليه حينئذ بحث أصل الملكية .

(١) أنظر : Aubry et Rau : المرجع السابق - ه بند ٣٥٥ هامش ٥٤ . Laurent : المرجع السابق - ٢٤ بند ٢٦٨ ص ٢٦٥ . ويقول هذا الفقيه إن من المبادئ المسلم بها أن علم المشتري علماً تاماً عند البيع بالتكليف المدعى به على المبيع لا يجعل له الحق في الضمان ، حتى ولو دون أي تصريح من البائع . Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٦ . Beudant : المرجع السابق ج ١١ بند ١٩٧ . Planiol Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ١٠٢ ص ١٠٩ . Jossierand : المرجع السابق ج ٢ بند ١١٠٩ ص ٥٨٠ . Ripert et Boulanger (١٩٥٩) بند ١٤٩٧ ص ٤٩٩ Colin et Capitan بالاشتراك مع دولامور أنديار ط ١٠ (١٩٥٣) ج ٢ بند ٩٠١ ص ٦٠٤ .

وانظر في القضاء الفرنسي : نقض مدني ٢١ ابريل ١٨٧٤ (S.74.1.243) ليون في ٢٤ يونيو ١٩٢٦ (D. H. 1926. 491) .

لم تصرح المادة ١٦٣٨ منه باستلزام أن يقوم البائع باعلام المشتري بما يتقبل المبيع من حقوق ارتفاق (١) .

نخلص مما سبق إلى أنه إذا كان نص القانون المدنى المصرى يستلزم أن يتم اعلام البائع للمشتري بحق الارتفاق حتى يفترض أنه قد اشترط عدم الضمان ، فانه يبدو لكى ينحقق عدم الضمان فى ظل القانون الفرنسى والشريعة الرومانية أنه لا يلزم أن يعلم المشتري عن طريق البائع نفسه ، فاذا علم المشتري بوجود حق ارتفاق من أى سبيل آخر ، فقد حققه فى الرجوع على البائع . وهذا الحل أقرب إلى المنطق . ذلك أنه إذا تيقن البائع من أن المشتري قد أقدم على الشراء عالملاً بوجود الارتفاق ، كان له أن يعتقد أن المشتري قد نزل عن الضمان . ولا يصح أن نعود بعد ذلك فنلزمه بالضمان ، أو نستلزم منه لإخطار المشتري بوجود الارتفاق ، حتى يعفى من الضمان . ولا مجال لحماية المشتري بعد ذلك ، إذا لم يكن حسن النية عند التعاقد ، أى لم يكن يجهل ما على المبيع من حقوق .

فالعلم الذى يستقط حق المشتري فى الضمان ، كما يكون بسبب ظهور حق الارتفاق ، أو بسبب إعلانه من البائع للمشتري ، يكون كذلك بسبب علم هذا الأخير علماً حقيقياً بوجود هذا الحق (٢) .

ولهذا نرى أنه يحسن أن تعاد صياغة المادة ٢/٤٤٥ فينص على أنه

(١) وهذا هو مذهب قانون الموجبات والعقود اللبنيانى فى المادة ٤٣٩ منه حيث تنص على أنه «إذا كان على المبيع حقوق عينية (المتصود حقوق ارتفاق طبعاً للنص الفرنسى للمادة) غير ظاهرة ، لم يصرح بها... Sans qu'il en ait été fait de déclaration...» وهذه العبارة الأخيرة هى عبارة المادة ١٦٣٨ مدنى فرنسى نفسها .
أنظر كذلك : Laurent : المرجع السابق بند ٢٦٨ ص ٢٦٥ - ٢٦٦ .

(٢) وقد طبق القضاء فى مصر هذا الحكم . انظر استئناف مختلط فى ١١ فبراير ١٩٠٩ المجموعة ٢١ ص ٣٢٧ وقد جاء فيه «ليس للمشتري أى رجوع بالضمان على البائع ، استناداً إلى أية تكاليف كان قد علم بها شخصياً عند البيع» .

“L'acheteur n'a aucun recours en garantie contre le vendeur du chef des charges quelconques dont il aurait eu personnellement connaissance lors du contrat”.

لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان على البائع إذا كان حق الارتفاق ظاهراً
أو كان المشتري عالماً به . وبذلك ينقطع الجدل حول هذا الموضوع (١) .

٢١ - العلم المستهد من التسجيل: ويثور التساؤل في هذا الصدد حول
معرفة ما إذا كان تسجيل حق الارتفاق ، أو بصفة عامة أي تكليف آخر
يقع على المبيع ، يقوم مقام اعلام البائع للمشتري بهذا التكليف أو الحق ؟
ويثور هذا الأمر بصفة خاصة بالنسبة للحقوق التي تخضع لنظام الشهر (٢) .
فهل يعنى اشهارها على النحو الذى يستلزمه القانون علم المشتري بها ، وتبعاً
لذلك لا يكون له الرجوع على البائع بالضمان ؟

انقسم الفقه الفرنسى حول هذا الموضوع .. فذهب فريق من الفقهاء
إلى أن الارتفاق المسجل كالارتفاق الظاهر أو الارتفاق الذى كشف عنه
البائع للمشتري وقت العقد ، وتبعاً لذلك لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان .
ذلك أن شهر حق الارتفاق يعنى افتراض العلم به ، حتى ولو لم يعلم به
المشتري حقيقة (٢) .

(١) هذا وتنص المادة ١/٥٥٥ من القانون المدنى العراقى ، على أنه « إذا استحق بعض المبيع
أو كان مثقلاً بتكليف لاعلم للمشتري به وقت العقد ، كان للمشتري أن يفسخ العقد» . ومنه
يتضح أن المشرع يتكلم بصفة عامة عن التكليف ، وعن عدم العلم به . ولم يستلزم أن يكون العلم
من طريق معين ، مما يدعو إلى القول بأنه يصح العلم بالتكليف الواقع على المبيع من البائع نفسه
أو من أى سبيل آخر . ومع ذلك فإنه إذا كان القانون العراقى قد عمم الحكم فى هذا النص بالنسبة
لسائر التكاليف ، ولا شك أن حقوق الارتفاق تدخل فيها ، إلا أنه عاد فى المادة ١/٥٥٦ وقرر
نفس الحكم الذى أورده المشرع فى المادة ٢/٤٤٥ واستلزم أن يقوم البائع بالابانة عن
الحق للمشتري .

(٢) أنظر المادة ٩ وما بعدها من قانون تنظيم الشهر العقارى (رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦) .
وكذلك المادة ٢٦ وما بعدها من القانون الخاص بنظام السجل العيى فى مصر (رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤)
(٣) Planiol-Ripert et Hamel المرجع السابق - ١٠ بند ١٠٢ ص ١١٠
Colin et Capitant مع دولامورانديار ، ط ١٠ (١٩٥٣) بند ٩٠١ ص ٦٠٤ . وانظر كذلك
المرجع التى أشار إليها أوبرى وروفي بند ٣٥٥ هامش ٥٥ (ح ٥) . وقد بين الفقهاء المشار
اليهم أن تسجيل التصرف المنشئ للارتفاق من شأنه أن ينشئ قرينة بمقتضاها ينبغي أن يفترض فى
المشتري العلم بوجود حق الارتفاق .

وأنظر كذلك حكم محكمة باريس فى ١/٠٢١/١٩٢٩ Gaz. Pal. 1930.1.154

وذهب فريق آخر إلى أن التسجيل لا يقوم مقام اعلان البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق . ذلك أن القانون إذا كان يستازم اعلام البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق ، فانه يقصد من وراء ذلك أن يعلم المشتري عاملاً حقيقياً بما يشتمل المبيع من حقوق . ولهذا لا يكفي أن يقال إن المشتري يمكنه أن يعلم بحق الارتفاق ، لأنه مشهور ، إذ من المحتمل ألا يعرف بوجود حق الارتفاق ، خاصة أنه قد لا يطالع على دفتر التسجيلات ، وهو بذلك لا يعتبر مقصراً ، حيث أن التانون لا يلزمه بالتحري عن الاعباء التي تنقل المبيع ، وانما يتعين على البائع نفسه أن يعلنها له . ولهذا لا يكفي مجرد التسجيل ، حتى يتمتع على المشتري الرجوع بالضمان . فمجرد ذكر حق الارتفاق في دفتر التسجيل ، لا يكفي لاعتباره ظاهراً . ويؤيد ذلك - كما يرى بعض أنصار هذا الرأي - أن البائع يضمن دائماً التكاليف الواقعة على العقار بسبب وجود رهن ، على الرغم من شهر حق الرهن ، ومن أنه يسهل على المشتري العلم به (١) .

وهذا الاتجاه الثاني هو الاتجاه السائد في ظل القانون المصري . فلا يؤخذ علم المشتري بحق الارتفاق من مجرد التسجيل ، وتبعاً لذلك يظل التزام البائع بضمان حق الارتفاق قائماً ، حتى ولو كان هذا الحق مسجلاً وقت

(١) أنظر في هذا بصفة خاصة : Laurent : ج ٢٤ بند ٢٦٩ ص ٢٦٦ . وانظر كذلك Aubry et Rau : ج ٥ بند ٢٥٥ هامش ٥٥ Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٨٦ . Josserand : المرجع السابق ج ٢ بند ١١٠٩ وكذلك ١١١٠ (حيث يقرر أن مجرد الرهن لا يكفي لافتراض علم المشتري) . Mazeaud : المرجع السابق ج ٣ بند ٩٦٢ ص ٨١٩ . De Page : المرجع السابق ج ٤ بند ١٤١ (B). Ripert et Boulanger : المرجع السابق ١٤٩٨ ص ٤٩٩ .

وتقرر محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد أنه يتعين على البائع أن يخطر المشتري بوجود حقوق الارتفاق غير الظاهرة ، وليس على المشتري أن يستعلم من تلقاء نفسه ، وأنه لا يهم ما إذا كان الارتفاق غير الظاهر قد سجل قبل البيع . إذ لا يعنى تسجيل الارتفاق من الزام البائع باخطار المشتري . ولا يحسم هذا التسجيل البائع من دعوى الضمان التي يرفعها المشتري (نقض فرنسي عرائض في ١٢/٣٠/١٩٤٠ (D.C. 1941. J.107) مع تعليق Carbonnier وأنظر Lalou (D.1945. 297) وكذلك محكمة Versailles في ١٤/١١/١٩٦١ (D.1962.Somm.66)

البيع . هذا هو ما يتفق مع نص القانون في المادة ٤٤٥ مدني التي تستلزم لعلم المشتري بحق الارتفاق أن يكون ظاهراً ، أو أن يتم اعلانه من البائع إلى المشتري . وإذا كان القانون يستلزم أن يتم الاعلام من البائع نفسه ، فلا يقاس عليه العلم المستمد من التسجيل (١) .

ويذهب فريق آخر من الفقهاء في مصر إلى أن علم المشتري بحق الارتفاق مسألة واقعية ، تتوقف على ظروف كل دعوى على حده . وأن التسجيل ، وإن كان وحده لا يكفي بمفرده للدلالة على هذا العلم ، إلا أنه يعتبر قرينة ، يمكن للقاضي الاستناد إليها بالإضافة إلى قرائن أخرى ، لكي يستخلص علم المشتري بهذا الحق (٢) .

— على أنه إذا كان الاتجاه الثاني السابق بيانه ، هو الاتجاه الذي ساد في كل من فرنسا ومصر ، فإنه هو السائد كذلك في ظل القانون اللبناني ، رغم اختلاف نظام التسجيل ، حيث لازال النظام الشخصي معمولاً به في كل من فرنسا ومصر ، وحيث يطبق نظام السجل العيني في لبنان . وقد أخذت محكمة التمييز اللبنانية في حكم حديث لها بهذا الاتجاه الثاني ، ولم تعتمد بالعلم القانوني الذي يبنى على القيد في السجل العقاري ، واعتبرت أن قيد

(٢) أنظر «أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي : شرح القانون المدني في عقود البيع والحوالة والمقايضة ، ط ٣ (١٩٥٤) بند ٣٥٩ ص ٣٥٩ . سليمان مرقس ، ومحمد علي امام : المرجع السابق بند ٢٠١ ص ٣٤٥ . عبد المنعم البدرأوى : بند ٣٠٣ خاصة ص ٤٦١ - ٤٦٢ . منصور : بند ٨٧ ص ١٨٥ - ١٨٦ . اسماعيل غانم ص ١٧٨ . عبد الفتاح عبد الباقي : محاضرات في العقود ح ٢ عقد البيع ، ص ٢٥٤ - ٢٥٥ . السنهوري : بند ٣٩٤ ص ٧٠٦ وهامش ١ . (٢) أنور سلطان : شرح العقود المسماة في البيع والمقايضة ط ٢ (١٩٥٢) بند ٢٤١ ص ٢٠٤ .

أنور سلطان وجلال العدوي ، (ط ١٩٦٦) بند ٤٢١ ص ٣٣٣ . وانظر كذلك : مرقس وامام : بالموضع المشار اليه بالهامش السابق ، اسماعيل غانم ص ١٧٨ . وهذا ما قال به الفقيه «جوسران» (المرجع السابق ح ٢ بند ١١٠٩ ص ٥٨١) حيث أورد أنه ليس من الحتم أن يعتبر المشتري سوء النية بسبب تسجيل حق الارتفاق ، فهذا التسجيل لا يحمو حتماً جهل المشتري به ، وأنه ليس الا عنصراً من العناصر التي يدخلها القاضى في اعتباره عند بحث ما إذا كان المشتري يعلم بوجود التكليف أو يجمله ، فهذه من مسائل الواقع .

اشارة التخطيط في السجل العقارى لا يعنى البائع من التصريح به للمشتري عند العقد ، وأنه ليس للبائع أن يدلى أنه كان بإمكان المشتري أن يستعلم عن الاعباء العالقة بالمبيع (١) .

— ولا شك في امكان تبرير الاتجاه الثانى استناداً إلى النصوص القائمة ، الواردة في هذا الشأن . ذلك أن البائع يلتزم بالضمان إذا وجد المبيع «مثقلاً بتكليف» (م ١/٤٤٤ مدنى) . وهذه العبارة توحى بأن التكليف لم يكن ظاهراً ، أو بصفة عامة لم يكن معلوماً للمشتري عند البيع . وطالما كان الأمر كذلك ، استطاع المشتري أن يرجع بالضمان لأنه كان حسن النية لا يعلم بالتكليف القائم على المبيع . وبالنسبة لحق الارتفاق بصفة خاصة استلزمت المادة ٢/٤٤٥ لافتراض اشتراط عدم الضمان أن يكون هذا الحق ظاهراً ، أو يكون البائع قد أبان عنه للمشتري . ومعنى ذلك أنه إذا كان حق الارتفاق غير ظاهر ، ولم يكشف عنه البائع للمشتري ، ظل الالتزام بالضمان قائماً ، حتى ولو كان الحق مسجلاً ، طالما أنه غير معلوم للمشتري على ما قدمنا .

فلا بد اذن لاعفاء البائع من الضمان ، عندما توجد حقوق على المبيع ، أن تكون تلك الحقوق ظاهرة أو مصرحاً بها . أى أنه ينبغي أن يكون المشتري عالماً بوجودها ، سواء بسبب ظهورها أم بسبب التصريح بها عند البيع . وهذا يعنى أنه يلزم أن يتوافر العلم الحقيقى للمشتري . وقد رأينا أنه لا يلزم أن يكون هذا العلم عن طريق البائع وحده ، وإنما يصح علمه من أى سبيل آخر ، متى كان عالماً حقيقياً لا مفترضاً ، بشرط أن يقوم البائع باثبات ذلك .

(٢) وقد قررت المحكمة أنه إذا باع شخص محله التجارى وهو مصاب بالتخطيط ، فإنه يكون ملزماً بضمان عبء التخطيط الذى لم يصرح به عند البيع ، ولو كان مسجلاً في السجل العقارى (أنظر قرار محكمة التمييز المدنية الأولى رقم ١٠٢ في ١٠ تشرين الثانى ١٩٦٤ بالثورة القضائية اللبنانية س ٢١ (١٩٦٤) ص ٧٨ وفي المحامى س ٣٠ (١٩٦٦) عدد ١ - ٣ ص ٥ . وانظر مؤلفنا : عقد البيع في القانون اللبناني بند ١٧١ ص ٣٥٨ - ٣٥٩ .

ولا شك أن استلزام علم المشتري بوجود حقوق ارتفاق ، أو تكاليف بصفة عامة ، على المبيع ، سواء بسبب ظهورها أم إعلانها من البائع أم العلم الفعلي بها ، من شأنه أن يكمل نظام الشهر الناقص ، وهو النظام الشخصى الذى يتبعه التمانون الفرنسى ، والقانون المصرى إلى حين تنفيذ قانون السجل العيى الصادر سنة ١٩٦٤ . ولهذا كان من المنطقي أن يستلزم علم المشتري بوجود حقوق الارتفاق أو التكاليف الأخرى ، علماً حقيقياً ، سواء كان هذا العلم بسبب ظهور الارتفاق أم بسبب اعلان البائع عنه ، أم بأى سبب آخر .

وإذا كان للتسجيل أثره من حيث أنه ييسر على المشتري معرفة الحقوق العينية المقررة على المبيع ، والى تنفيذ فى حقه ، فإنه ليس من المقطوع به ، وخاصة فى ظل النظام الشخصى ، أن يتم العلم الحقيقى بالحقوق القائمة على المبيع ، عن هذا الطريق . ومع ذلك فلا ينبغى أن مجرد هذا التسجيل من كل قيمة ، إذ يقصد من ورائه العلانية . وإذا كانت هذه العلانية ليست كاملة ، فإنه يستفاد به فى اعتباره قرينة تكملها قرائن أخرى للاستدلال على علم المشتري ، وقت البيع ، بوجود الحق ، وهذا ما يقول به بعض الفقهاء ، كما قدمنا (١) .

ويبدو أن محكمة النقض تدخل التسجيل فى الاعتبار عند النظر إلى ما إذا كان المشتري يعلم أو يجهل حقوق الارتفاق التى رتبها سلفه على المبيع ، حيث اعتبرت أن ادعاء المشتري بحسن نيته وعدم علمه بوجود الارتفاق غير منتج ، خاصة وأن سلفه قد رتب على العقار المبيع حق ارتفاق لمصلحة عقار آخر ، وقد حافظ صاحب العقار المخدم على هذا الحق بالتسجيل ليكون حجة على الكافة ، هذا فضلاً عن أن قائمة شروط البيع قد تضمنت النص على التزام الراسى عليه المزايد احترام حقوق الارتفاق الظاهرة والخفية . وبهذا لم تجد المحكمة محلاً لتحدى المشتري بحسن نيته ، أو ادعائه عدم علمه

(١) أنظر ما سبق الهامش قبل السابق .

بوجود هذا الارتفاق ازاء ما هو ثابت بالأوراق من التزامه باحترام حقوق الارتفاق الظاهرة والخفية حسبما تضمنته قائمة شروط البيع التي تدخل المشتري في البيع على مقتضاها ، ولأنه بالشراء يتعين احترام الارتفاقات التي رتبها البائع وحافظ عليها صاحب العقار الخدم بالتسجيل لتكون حجة على الكافة (١).

— وأيا كان الأمر ، فانه إذا كانت هناك بعض صعوبات تقوم في سبيل علم المشتري بما يثقل المبيع من حقوق ، في ظل النظام الشخصي للتسجيل ، فان هذا لا ينبغي أن يكون في ظل النظام العميني ، حيث تم معرفة حالة العقار على وجه الدقة عند البيع . وهو أمر ميسور في ظل هذا النظام الذي يعطي صورة كاملة عن العقار وما يتقله من تكاليف أو أعباء واجبة الشهر ، بحيث يتيسر علم المشتري بها علماً حتمياً . إذ للسجل العميني وظيفة أوسع نطاقاً وأبعد مدى من وظيفة الشهر الشخصي للحقوق ، وهو يقر مبسداً العلنية المطلقة لقيوده ، ويعتبرها موجودة تجاه الغسير ابتداء من تاريخ التقييد فيه .

ولهذا نرى أنه في ظل نظام السجل العميني ينبغي أن يعترف لقيود هذا السجل بقوتها قبل الكافة ، وخاصة من حيث الاعتراف بالعلم الذي يبنى على تلك القيود ، وتبعاً لذلك يمكن القول بأنه لا مجال للبقاء على التزام البائع بضمان حقوق الارتفاق المقيدة في السجل حيث تنسى معرفة وضع العقار وحالته معرفة تامة . وحيث ينبغي أن يعتبر المشتري ، الذي لا يعلم عند البيع بتلك الحقوق المقيدة ، مخطئاً ومقصراً ، فلا ينبغي له أن يستفيد

(١) أنظر نقض مدني في ١٤ أبريل ١٩٥٥ مجموعة النقض (المكتب الفني) س ٦ رقم ١٢٦ ص ٩٦٩ ، وما جاء في حيثيات الحكم .

حقاً أن الحكم لا يتعلق بأثر العلم في رجوع المشتري على البائع بالضمان ، ولكن يعرض لأثر العلم أو الجهل بحقوق الارتفاق ازاء تمسك صاحب العقار الخدم بتلك الحقوق ، وان حسن نية صاحب العقار الخادم يفتى بسبب علمه المستمد من قائمة شروط البيع ، وهذا يعتبر تصريحا من البائع بوجود تلك الحقوق ، ومن التسجيل الذي حافظ صاحب العقار الخدم على وجوده . واهتمام المحكمة بابرار هذا الدور للتسجيل يعني حرصها على الاعتراف بأثره في نفي حسن النية عن صاحب العقار الخادم ، وان لم يكن هو العنصر الوحيد في هذا الصدد .

من خطئه (١) . ومودى ذلك أن العلم المستمد من السجل ينبغي أن يعتبر بمنزلة العلم الفعلي المستمد من ظهور الارتفاق أو من تصريح البائع به أو المستمد من أى سبيل آخر . ولا شك في أهمية هذا الأثر إذا ما نفذ نظام السجل العيني في مصر ، إذ ينبغي أن تكون للقيود الواردة فيه قوة مطلقة . وتبعاً لذلك تعتبر معلومة بالضرورة للمشتري ، فلا يكون له أن يرجع على البائع بضمان حقوق الارتفاق غير الظاهرة والتي لم يعلن عنها ، إذ أنها تكون معلومة ، والعلم بها يسقط حقه في الضمان (٢) . وهذا من شأنه أن يجعل تطبيق أحكام الضمان في هذا المجال أمراً نادراً من الناحية الواقعية .

— هذا ويراعى أن الأمر لا ينبغي أن يثور بالنسبة لحقوق الارتفاق وحدها ، ولكنه ينبغي أن يثور بالنسبة لكافة الاعباء أو التكاليف الأخرى التي تقع على المبيع ، والتي تكون واجبة الشهر ، وذلك على التحديد الذي أوردناه عند كلامنا عن المقصود بالتكاليف .

وبالنسبة لتلك التكاليف أو الاعباء بصفة عامة ، نجد أن الرأي السائد في ظل القانون الفرنسي كذلك هو عدم الاعتداء بالعلم الذي يقوم على مجرد اشهارها . فلا يفترض العلم بها من هذا السبيل فقط ، ولكن لا بد من العلم الحقيقي الذي يتم عن طريق التصريح بها من البائع نفسه أو من أى سبيل آخر . وتمشياً مع هذه الفكرة قضى بأن على بائع العقار أن يعلن في العقد بوضوح تام عن التكاليف التي يعلم بها والتي تنقل العقار ، ولا تعفى اجراءات التسجيل البائع من هذا الالتزام . فاذا لم يتم بذلك في العقد ،

(١) أنظر كذلك ، وبصدد التعليق على حكم محكمة التمييز (النقض) اللبنانية في ١٠ تشرين الثاني ١٩٦٤ السابق الإشارة إليه ، الأستاذ : Louis Boyer : Rev. trim. dr. civ. : سنة ١٩٦٧ ص ٥١١ .

(٢) ويختلف الحكم بالنسبة للرهن على ما قلنا (أنظر فيما سبق ص ٣٧ هامش ١ و ٢) . فالرهن لا يعتبر تكليفاً أو عبئاً مثل الاعباء أو التكاليف التي تقع على المبيع ، بما فيها حقوق الارتفاق . واشترط حسن نية المشتري الرجوع بالضمان ، لا يستلزم إلا بالنسبة للتكاليف فقط ، وليس الرهن من بينها . أنظر كذلك Planiol-Ripert et Hamel : المرجع السابق بند ١٠٢ ص ١١٠ وكذلك Louis Boyer : المرجع المشار اليه بالهامش السابق بالموضع ذاته . ومؤلفنا : عقد البيع في القانون اللبناني ص ٣٦٢ هامش ١ .

كان مسئولاً عن التعويض ليس عن عيب خفى - بل عن تكليف لم يصرح به (١) .

ومع ذلك ، فإنه ينبغي أن يعاد النظر في هذا الموضوع في ظل نظام السجل العيني ، وذلك بالنسبة للاعباء أو التكاليف التي تقع على المبيع ، وتكون مقيدة وقت البيع في السجل ، إذ ينبغي أن يعطى للعلم المستمد من السجل نفس الأثر الذي يعطى للعلم الذي يترتب بناء على تصريح البائع بالاعباء التي تقع على المبيع ، أو العلم الفعلي المستمد من أى سبيل آخر ، كما قدمنا بالنسبة لحقوق الارتفاق .

وتفريعاً على ذلك ، فإن كل تكليف أو عبء يقع على المبيع ، ويكون مشتهراً عن طريق القيد في السجل العقاري ، وذلك في المجال الذي ينفذ فيه هذا النظام في مصر ، فإنه ينبغي أن يعتبر في حكم الاعباء المصرح بها ، من حيث العلم به ، وتبعاً لذلك لا يكون للمشتري - طبقاً لما ذهبنا إليه من قبل - الحق في الرجوع بالضمان على البائع ، طبقاً لما يقضى به القانون ، على ما سنرى ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالقيود القانونية للملكية .

٢٢ - (ثانياً) القيود القانونية للملكية : لاجدال في أعمال الأحكام السابق بيانها ، المتعلقة بحقوق الارتفاق ، بالنسبة لحقوق الارتفاق التي تنتج عن اتفاقات تتم بين ملاك العقارات المتجاورة أو الارتفاقات التي يحددها الانسان . لكن يثور الأمر بالنسبة للارتفاقات التي تنشأ عن التزامات يفرضها القانون ، أو ما تسمى بقيود الملكية . وهي القيود القانونية التي يفرضها القانون على الملكية ، مثل قيود الرى والمرور والقيود الناشئة عن التلاصق في الجوار .. وهي قيود بعضها وارد في تشريعات خاصة ، وبعضها وارد في القانون المدني نفسه (٢) .

(١) أنظر محكمة باريس في ١٩٥٥/١١/٢ (D. 1956. Somm. 132) حيث تعلق الأمر الأمر بإيجار لم يصرح به . وانظر كذلك الدائرة الاجتماعية في ١٠ يوليو ١٩٦٢ J. C. P, 1962 4. 123

(٢) ويثور الخلاف حول طبيعة هذه القيود التي يقرها القانون على الملكية ، خاصة وأنها تشبه بحقوق الارتفاق ، نظراً لأنها غالباً ما تنقرر على عقار لمصلحة عقار آخر ، مما حدا إلى =

ويسلم الفقه في شأن تلك القيود بأنه لما كانت لها صفة العمومية بالنسبة للعقارات التي توجد في ظروف معينة ، فإنه لا يقوم بشأنها ضمان ، سواء كانت ظاهرة أم مستترة ، وسواء علم بها المشتري أم لم يعلم . إذ لا يعذر أحد بجهله بتكليف يفرضه القانون . فالاعتذار بالجهل بها اعتذار بالجهل بالقانون . ولهذا لا يجبر البائع على الكشف عنها للمشتري .

والواقع أنه ينبغي أن يراعى أن ما يطلق عليه ارتفاقات قانونية ، ليست ارتفاقات بالمعنى الدقيق ، ولكنها قبود ترد على الملكية ، أو بالأحرى انها تعديلات من شأنها أن تقيد من اطلاق حق الملكية . ولهذا فإنه اذا تم تصرف البائع في المبيع ، فإنه انما يتصرف في ملكية حدد القانون نطاقها تمشيا مع الضرورات الاجتماعية . فلا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بدعوى ضمان استنادا إلى ارتفاق أو قيد قانوني ، إذ أن هذا القيد لا يحد من ملكه ، حيث يوجد هذا المالك هكذا طبقا للتنظيم القانوني . ولا يستطيع البائع أن ينقل اليه ملكية مطلقة لا وجود لها . إذ أن هذه القيود تمثل الوضع العادي للملكية ، ولهذا لا محل لالتزام البائع بضمان خلو المبيع منها . بصرف النظر عن علم أو جهل المشتري بوجودها ، وبصرف النظر عن ظهورها أو عدم ظهورها . وهذا بخلاف حقوق الارتفاق التي يعنها المشرع في المادة ٢/٤٥٥ من القانون المدني . (١) .

المخلط بينها وبين حقوق الارتفاق ، كما فعل المشرع الفرنسي والتقنين المصري القديم . ومع ذلك فإن القانون المدني القائم يميز بين للقيود القانونية ، وحقوق الارتفاق ، حيث عرض لكل منها على حدة . فعرض القيود القانونية عند الكلام عن نطاق حق الملكية في المادة ٨٠٦ وما بعدها وعرض لحقوق الارتفاق في المادة ١٠١٥ وما بعدها عند الكلام عن الحقوق المنفردة عن الملكية . أنظر في خصائص وطبيعة هذه القيود : حسن كبيرة : الحقوق العينية الأصلية ط ٢ (١٩٦٥) بند ٦٤ ص ١٩٧ وما بعدها .

(٢) أنظر في هذا بصفة عامة : Laurent : المرجع السابق - ٢٤ بند ٢٧١ ص ٢٦٥ - ٢٦٦
Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٣٧٨ . Aubry et Rau : المرجع السابق بند ٣٥٥
هامش ٥٧ : Jossierand : المرجع السابق ج ٢ بند ١١٠٩ ص ٥٨٠ Colin et Capitant
مع دولامورانديار ط ١٠ (١٩٥٣) - ٢ بند ٩٠١ ص ٦٠٤ Mazeaud . دروس في القانون المدني - ٣ بند ٩٦٢ .

وقد أخذ القضاء المصرى بهذه الوجهة فقرر أنه ليس للمشتري الرجوع على البائع استناداً إلى التكاليف أو الاعباء القانونية التي تعد الشريعة العامة في الملكية العقارية ، والتي يفترض في كل شخص العلم بها (١) .

وبالنسبة للقيود المتعلقة بخط التنظيم *alignement* ، فان هذه القيود - كما تقرر بعض أحكام القضاء المصرى - تعتبر قيوداً على الملكية ، أو ارتفاقات قانونية - خارج نصوص القانون المدنى - لا يضمنها البائع . فهى في الواقع ليست الا قيوداً يوردها المشرع . ولهذا فان مالك العقار يحتفظ بالحق في بيعه إلى حين نزع الملكية ، دون أن يلتزم قبل المشتري بالضمان استناداً إلى وجود أى من هذه القيود القانونية التي يقررها المشرع ذاته على الملكية (٢) .

الا أنه يبدو من بعض الأحكام الأخرى أنها على الرغم من اعتبارها أن العقار الداخلى في خط التنظيم يكون مثقلاً بتكاليف لمصلحة النفع العام ، الا أنها تقرر تطبيق حكم المادة ٤٤٤ مدنى من حيث الرجوع بالضمان على أساسه ، إذا كان المشتري غير عالم به ، وأنه لا يكفي مجرد نشر مرسوم خط التنظيم بالجريدة الرسمية للدلالة على علم المشتري أو استطاعة العلم (٣) .

حوانظر كذلك : أنور سلطان : البيع والمقايضة ط ٢ (١٩٥٢) بند ٢٤١ ص ٣٠٤-٣٠٥ وهامش ص ٣٠٥ . وأنور سلطان وجلال العنوى (١٩٦٦) بند ٤٢٢ ص ٣٣٣ . سليمان مرقس وامام : المرجع السابق ص ٣٤٥ . السنورى : البيع ، المرجع السابق ص ٧٠٣ هامش ١ . حسن كيره : الحقوق البيئية (١٩٦٥) ص ٢٠٢-٢٠٣ . وأنظر مع ذلك : عبد المنعم البدر اوى : البيع ، المرجع السابق بند ٣٠٢ ص ٤٥٧ وما بعدها .

(١) استئناف مختلط في ١١ فبراير ١٩٠٩ المجموعة ٢١ ص ٢٢٧ . ومع ذلك يضيف هذا الحكم أن التكاليف الحكومية التي تقيمها الادارة العامة ، سواء لصالح «الدومين» العام أم للمصلحة العامة ، لا يمكن أن تشبه بالارتفاقات القانونية ، وأن قاعدة الاعتذار بالجهل بالقانون ينبغي أن تطبق بصرامة في الظروف التي وضعت من أجلها . فلا تطبق على الشروط الحكومية التي تخول للسلطة الادارية حقاً مستقلاً أكثر اتساعاً من حقها العادى الذي يشتمل الملكية العقارية خارج نطاق اللوائح العامة .

(٢) ولهذا قرر القضاء المختلط في هذا الصدد أن بائع الأرض لا يلتزم بأن يوجه نظر المشتري منه إلى ارتفاق أو قيد قانونى يمكن أن يمس أرضه مثل ارتفاق خط التنظيم (استئناف مختلط في ٣ ديسمبر ١٩٣٥ مجموعة ٤٨ ص ٤٥) .

(٣) أنظر حكم محكمة مصر الكلية في ١٩ أكتوبر ١٩٥٥ المحاماة ص ٣٦ رقم ٤٤٨ ص ٩١٦ .

وانقسام القضاء على هذا النحو بالنسبة للقيود المتعلقة بخطط التنظيم يدعو إلى التساؤل عما إذا كان ينبغي أن يعلم بها المشتري فعلاً ، كما هو الشأن بالنسبة لحقوق الارتفاق العادية الناشئة عن فعل الانسان ، أم أنه يفترض فيه العلم بها ، ولا يكون له الرجوع بالضمان من أجلها حتى ولو كان حسن النية لم يعلم بها من حيث الواقع ، باعتبار أنها قيود ترد على الملكية ويفترض في كل شخص العلم بها .

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي أن نعرف أولاً ما إذا كانت هذه القيود المتعلقة بالتنظيم تمثل الوضع العادي للملكية ، كما هو الشأن في القيود على جميع العقارات .

لا شك أن هذه القيود تختلف عن القيود القانونية للملكية ، نظراً لأنها لا تمثل النطاق العادي لحق الملكية ، فهي لا تنشأ عن الوضع العادي للملكية ولكنها تنقرر على بعض العقارات وفي مناطق معينة يحددها المرسوم الخاص بذلك في جهة معينة . أى أنها ترد كعبء استثنائي على العقارات خارج التكاليف القانونية التي تمثل الوضع العادي أو الوضع العام للملكية . ولهذا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان استناداً إليها ، متى كان حسن النية ، يجهل وجودها عند البيع . كما يكون على البائع أن يكشف عنها للمشتري والا ألزم بالضمان .

وهذا ما يقره القضاء الفرنسي بالنسبة لارتفاقات التنظيم (Servitudes d'urbanisme) التي تفرضها الإدارة في بعض المناطق ، كالارتفاق بعدم البناء (La servitude de non aedificanti) . إذ على الرغم من الطابع القانوني للارتفاق في هذه الحالة ، فإن القضاء يقرر أن البائع الذي لا يكشف للمشتري عن ذلك ، يلتزم قبله بالضمان . ويرجع ذلك إلى أن تلك الارتفاقات قد بلغت من الكثرة والتنوع حداً يصعب معه ، بل قد يكون من المستحيل معه معرفتها . وهذا ما حداً بمحكمة النقض الفرنسية إلى التمييز في هذا الصدد بين نوعين منها : ما يعتبر منها الوضع العادي للملكية ، وهذا يكون على

المشترى أن يعلم به ولا رجوع له بالضمان استناداً إليه ، ومالا يعتبر منها نتيجة عادية للملكية مثل قيود التنظيم المتعددة المتنوعة ، والتي تستحيل معرفتها ، والوقوف عليها ، وفي هذه الحالة يكون للمشترى الضمان من أجلها . وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية بالنسبة للارتفاع بعدم البناء (١) . وهذا ما أخذت به كذلك محكمة التمييز اللبنانية (٢) .

الفصل الثالث

حالة الاستحقاق

٢٣ - تقسيم البحث : تثور مسألة حسن نية المشتري عند الرجوع على البائع بالضمان في حالة استحقاق المبيع ، كله أو جزء منه . ولا شك أنه يكون للمشترى أن يرجع بالضمان متى كان حسن النية ، يجهل عند البيع سبب الاستحقاق . لكن إذا كان على علم به ، تثور المسألة ، هل له أن يرجع

(١) أنظر نقض مدني فرنسي في ٢١ فبراير ١٩٥٦ (J.C.P. 1956.1196200 و(D. 1956.285) و(Blin وتعليق Blin وكذلك نقض مدني في ١٦ مايو ١٩٦١ في (D. 1961.545) ، وقد جاء فيه أنه لا يفترض علم المشتري بالارتفاعات أو الاعباء الناتجة من القوانين واللوائح وقت البيع ، طالما أنها ليست نتيجة عادية لطبيعة العقار أو موقعه ، خاصة إذا لم يذكر في الوعا بالمبيع شيء يتعلق بوجودها . وانظر حكماً من محكمة Béthume في ١٩٦٢/٢/٢١ (D. 1926. Somm. 127) وكذلك Mazeaud دروس في القانون المدني - ٣ بند ٩٦٢ ص ٨١٩ ، وكذلك ص ٨٢٧ تحت "Lectures" . ثم انظر كذلك من بين الأحكام القديمة لمحكمة النقض الفرنسية حكمها (عرائض) في ١٧ أكتوبر ١٨٩٣ (D. P. I894 .I.44) .

(٢) فقد بينت أن عبء التخطيط إذا لم يكن ظاهراً ، فإنه يعتبر من الأعباء الخفية يجب على البائع أن يصرح بها عند البيع ، وأن قيد إشارة التخطيط في السجل العقاري لا يعفى البائع من التصريح به للمشتري عند العقد . وليس للبائع أن يدلي أنه كان بإمكان المشتري أن يستعلم عن الاعباء العالقة بالمبيع . وعلى ذلك إذا باع شخص محله التجاري وهو مصاب بالتخطيط ، فإنه يكون ملزماً بضمان عبء التخطيط الذي لم يصرح به عند البيع ، ولو كان مسجلاً في السجل العقاري (تمييز مدني الغرفة الأولى قرار ١٠٢ في ١٠ تشرين الثاني ١٩٦٤ النشرة القضائية اللبنانية س ٢١ (١٩٦٤) ص ٧٨ ومجلة الحامي ص ٣٠ (١٩٦٦) عدداً - ٣ ص ٥) . وانظر مؤلفنا : عقد البيع في القانون اللبناني ، المرجع السابق ص ٣٥٨ - ٣٥٩ . ومع ذلك فإنه بالنسبة لما يوجد من قيود تتعلق بعبء التخطيط في السجل العقاري ، فإنه ينبغي الاعتداد بالعلم المستمد من هذا السجل حيث يرجع إليه المشتري قبل الشراء وبالتالي يعلم بها هناك من أعباء على البائع على ما قدمنا . انظر كذلك مؤلفنا السابق بند ١٧١ .

بالضمان ، وإذا كان له ذلك ، فهل له أن يرجع بصفة مطلقة ، أم أنه لا يكون له ذلك الا في حدود معينة ؟ انقسم الرأي حول هذا الموضوع . وقد ظهر هذا بصفة خاصة في الفقه الفرنسي . ففي اتجاه أول قيل بضرورة حسن نية المشتري للرجوع بالضمان في حالة استحقاق المبيع ، وفي اتجاه آخر قيل إنه لا أثر لسوء نية المشتري ، أى لعلمه بأسباب الاستحقاق عند البيع ، على الرجوع بالضمان من حيث المبدأ . وقد بحثوا في هذا الصدد عما إذا كان العلم بسبب الاستحقاق يجعل من البيع عقداً احتمالياً .

فنعرض لذلك فيما يلي ، ثم نعرض للمقصود بالعلم في هذا الصدد أو معيار حسن النية ، ونبحث ما إذا كان لعلم المشتري بأسباب الاستحقاق أثره على نطاق ما يحكم به ، ونبين ما يمكن الأخذ به في هذا الصدد ، وضرورة توجيه أسس رجوع المشتري مع ترجيح فكرة انقضاء العقد ، ثم ننهي إلى بيان ما يجب أن تكون عليه النصوص التشريعية في هذا الصدد ، والأسس التي ينبغي أن يقوم عليها تعديل تلك النصوص .

المبحث الأول

هل يجعل العلم بسبب الاستحقاق من البيع عقداً احتمالياً

٢٤ - الاتجاه الأول : العلم بخطر الاستحقاق يجعل العقد من العقود الاحتمالية : يذهب البعض من الفقهاء الفرنسيين إلى أن البائع لا يلتزم بالضمان الا إذا كان المشتري حسن النية وقت إبرام العقد ، بمعنى أنه ينبغي أن مجهل في ذلك الحين خطر التعرض الذي سيقع له من الغير . فاذا كان المشتري يعلم عند العقد بخطر استحقاق الغير للمبيع ، أو يعلم سبب التعرض الذي يستند اليه هذا الغير ، فانه يكون على بينة من الأمر ، ويعتبر أنه قد قبل تحمل المخاطر . وتبعاً لذلك فانه يبرم عقداً احتمالياً . وتحقق هذا الاحتمال لا يخول له أى حق قبل البائع . بمعنى أنه إذا وقع له تعرض من الغير ، فانه لا يكون له أن يرجع على البائع حتى يثبتن نفسه ، باعتبار أنه قد قبل تحمل الخطر ، وإبرم عقداً احتمالياً .

ووصول أنصار هذا الاتجاه إلى أنه يكفي علم المشتري بخطر الاستحقاق ، حتى يعفى البائع من الضمان دون حاجة إلى شرط صريح للاعفاء من ضمان استحقاق الغير للمبيع (١) .

وعلى ذلك ، فإنه طبقاً لهذا الاتجاه لا يكون للمشتري الذي يعلم عند البيع سبب استحقاق الغير للمبيع ، رجوع على البائع ، إذ باقداً على الشراء وهو على بينة من أمر المبيع ، يعتبر أنه أبرم عقداً احتمالياً ، فلا يكون له الرجوع حتى بالثمن .

٢٥ - الاتجاه الثاني : نقد الاتجاه السابق - مجرد العلم بسبب الاستحقاق لا يجعل البيع عقداً احتمالياً : يقضى الاتجاه السابق بأن المشتري لا يكون له الرجوع بالضمان في حالة علمه بسبب الاستحقاق الذي يتعرض له المبيع ، وذلك استناداً إلى أنه يبرم في هذه الحالة عقداً احتمالياً . ومع ذلك لا يمكن التسليم بهذا النظر على إطلاقه .

ذلك أن القول بوجود عقد غرر في هذه الحالة يترتب عليه أنه لا يكون للمشتري الرجوع على البائع حتى بالثمن نفسه ، مع أن هذا يتعارض مع ما تقضى به المادة ١٦٢٩ من القانون المدني الفرنسي ، إذ تقضى هذه المادة بأنه في حالة شرط عدم الضمان ، يظل البائع ملتزماً برد الثمن عند حصول الاستحقاق ، ما لم يكن قد علم بهذا الخطر عند البيع ، أو ما لم يكن قد اشترى آخذاً على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر .

كما أنه يتعارض كذلك مع ما تقضى به المادة ٤٤٦ من القانون المدني المصري . ففي حالة ما إذا استحق المبيع من الغير ، وكان متفقاً على عدم الضمان ، فإن البائع يكون مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار .

(١) انظر في هذا : Mazeaud : المرجع السابق بند ٩٦٢ ص ٨١٩ وكذلك بند رقم ٩٧٥ . ثم انظر متى يكون العقد احتمالياً : Laurent : المرجع السابق بند ٢٥٨ ص ٢٥٥ - ٢٥٧ .

ومن هذا يتضح أنه لكي يتمتع على المشتري الرجوع على البائع بالضمان ، يتعين ، في حالة علمه بخاطر الاستحقاق ، أن يشترط عدم الضمان . فلا يكفي أن يكون المشتري عالماً عند البيع بهذا الخطر ، وإنما يلزم أن يتفق على عدم الضمان . فإذا اجتمع الأمران معاً - شرط عدم الضمان وعلم المشتري بخاطر الاستحقاق - كان العقد احتمالياً . ولا يستطيع المشتري الرجوع على البائع بضمان ما . إذ في هذه الحالة يعلم أنه مهدد بخاطر استحقاق المبيع ، وأن هذا الخطر إذا تحقق لا يخول له أى رجوع على البائع (١) . ولكن يتعين في هذه الحالة - لكن يعنى البائع من أية مبالغ ، حتى من الثمن (بحسب مذهب القانون الفرنسى) أو من قيمة المبيع وقت الاستحقاق (بحسب عبارة القانون المصرى - أن يقوم باثبات أنه قد اشترط عدم الضمان وأن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق (٢) .

فلا يكفي للقول بوجود عقد احتمالى أن يكون المشتري عالماً بخاطر الاستحقاق ، وإنما يلزم أن يشترط ، علاوة على ذلك ، عدم الضمان . وبذلك لا يكون للمشتري أن يرجع على البائع حتى بقيمة المبيع (أو بالثمن حسب القانون الفرنسى) . ويكون لبقاء قيمة المبيع (أو الثمن) في هذه الحالة بين يدي البائع سببه (٣) .

والواقع أن من يشتري وهو يعلم بخاطر الاستحقاق ، ثم يشترط في الوقت ذاته عدم الضمان ، يكون على بينة من أنه إذا تحقق الخطر لن يكون له رجوع ما على البائع ، وتبعاً لذلك تكون عليه المخاطر . وهذا بخلاف ما إذا اشترى وهو يعلم بخاطر الاستحقاق ، دون أن يشترط عدم الضمان

(١) أنظر في هذا : Laurent : المرجع السابق بند ٢٥٨ ص ٢٥٦ Baudry et Saignat .
بند ٤٠٩ Colin-Capitant avec de la Morandière ج ٢ المرجع السابق (١٩٥٣)
بند ٩١٧ ص ٦١٣ بند ٤٠٩ .

(٢) أنظر : Colin-Capitant : المشار اليه في الهامش السابق بند ٩١٧ .

(٣) أنظر Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٤٠٨ - ٤٠٩ .

إذ أنه في هذه الحالة الأخيرة يأمل دائماً أن الخطر لن يتحقق ، وأن البائع سيتخذ من الاحتياطات ما يمنع تحقق هذا الخطر أو ما يجنبه الوقوع فيه ، وأنه إذا تحقق فانه يعتمد على ما يلتزم به البائع من ضمان . ولهذا إذا ما أراد البائع التخلص نهائياً من الضمان ، يتعين أن يقول ذلك عند البيع . وإذا ما اجتمع هذان الظرفان يصعب التسليم بعدم وجود عقد احتمالي . إذ يعلم المشتري أنه مهدد بخطر الاستحقاق ، وأنه إذا حصل هذا الاستحقاق لن تكون له أية دعوى للرجوع على البائع (١) .

وعلى ذلك فانه لا يكفي للقول بوجود عقد احتمالي أن يكون المشتري عالماً فقط بخطر الاستحقاق . فجرد العلم بهذا الخطر ليس من شأنه أن يحرر البائع بصفة نهائية من التزامه بالضمان . وهذا ما يسلم به القضاء كذلك .

— فقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن للمشتري الذي استحق منه المبيع دعوى ضمان قبل البائع . وفي هذه الحالة ، وعند تخلف شرط صريح بعدم الضمان ، يظل البائع ملتزماً برد الثمن ، حتى في حالة ما إذا اثبت أن المشتري كان قد علم عند البيع بما يتعرض له من مخاطر . وهذا كله ما لم يكن قد اشترط أنه يشتري ساقط الخيار أو على مسؤوليته (٢) .

ويبين من هذا أن علم المشتري عند البيع بخطر استحقاق المبيع لا أثر له على التزام البائع برد الثمن . ولكن يختلف الأمر إذا اقترن هذا العلم بشرط عدم الضمان ، كما يتضح من الحكم السابق ومن أحكام أخرى لهذه المحكمة نفسها . فاذا اقترن شرط عدم الضمان بعلم المشتري بخطر الاستحقاق ، فان المشتري لا يكون له أى رجوع على البائع ، ولا يكون له أن يرجع حتى بالثمن نفسه ، إذ يعتبر أنه قد أبرم عقداً احتمالياً . وتقرر محكمة النقض

(١) أنظر Laurent : بند ٢٥٨ ص ٢٥٧ والمرجع المشار إليه بالهامش . وانظر كذلك رسالة : Gross : المرجع السابق بند ١٤٦ ص ١٣٧ .

(٢) أنظر نقض فرنسي في ٩ مارس ١٩٣٧ (S. 1937. 1. 164) أنظر كذلك التعليق على هذا الحكم .

الفرنسية في هذا أن البائع يظل ملتزماً برد الثمن عند استحقاق المبيع ، ما لم يشترط عدم الضمان ويعلم المشتري ، وقت البيع ، خطر الاستحقاق . ولهذا فإن الحكم الذي يعنى البائع من الالتزام برد الثمن ، دون أن يبين أن المشتري كان يعلم عند البيع خطر الاستحقاق ، وأن عدم الضمان قد اشترط ، يكون محلاً للنقض (١) .

— وهذا ما قرره القضاء المصري كذلك . فقد قضت المحاكم المختلطة بأن علم المشتري بسبب الاستحقاق لا يقف عقبة في سبيل استرداده ، إلا إذا كان هناك شرط بعدم الضمان . وأنه لكي يمتنع على البائع رد الثمن عند حصول الاستحقاق ، فإنه يجب أن يتفق صراحة على عدم الضمان في جميع الحالات . فلا يكفي مجرد العلم بخطر الاستحقاق (٢) .

كما أخذت بذلك المحاكم الوطنية فقد قررت أن للمشتري حق الرجوع على البائع بثمن العقارات .. ما لم يكن هناك شرط بعدم ضمان البائع للمبيع بعد علم المشتري بالسبب الموجب لنزع الملكية . كما قضى كذلك بأنه لا بد أن يلازم شرط عدم الضمان ، معرفة المشتري بما يهدد العين ، أو نص بأنه

(١) نقض مدني فرنسي في ٨ مارس ١٩٢١ (D.P, 194. I. 150) وقد جاء في التعليق على هذا الحكم (أنظر : P.151 من الموضوع نفسه) أنه إذا اجتمع هذان الطرفان، وهما اشتراط عدم الضمان وعلم المشتري عند البيع بخطر الاستحقاق ، كان هناك مجال لافتراض أن الطرفين قد اعتبرا أن عقد البيع عند احتمالي . وهذا الافتراض يتحقق أيضاً في حالة شراء المشتري على مخاطره à ses risques et Périls . أنظر كذلك المراجع التي أشير إليها في هذا التعليق . وكذلك نقض فرنسي عرائض في ١٧ أكتوبر ١٨٩٣ D. P. 1894-1. 43

(٢) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو ١٩٣٨ بلبتان ٥٠ - ٣١٠ ، وكذلك في ١٦ نوفمبر ١٩٣٨ المحاماة من ٢٠ رقم ٢٦٣ ص ٧٠٤ ، وكذلك في ٢٥ يونيو ١٩٣٥ بلبتان ٤٧ - ٣٩١ . وكذلك حكماها في ٩ نوفمبر ١٩٢٠ بلبتان ٣٣ - ٩ ، وقد جاء فيه أن استلزام توافر شرطي العلم واشترط عدم الضمان ينطبق سواء في البيوع العادية أم في البيوع التي تتم بالمزاد العلني متى كان من رسا عليه المزاد عالماً تماماً بسبب الإستحقاق وقد ورد شرط عدم الضمان في قائمة شروط البيع .

وأنظر كذلك أحكاماً أخرى أشار إليها السهوري : المرجع السابق ص ٧٠٨ هامش رقم ١

ساقط الخيار . وهذان الشرطان هما شرطا اتحاد وتلازم . أما في حالة شرط عدم الضمان فقط ، فيلزم البائع برد الثمن ، دون التضمينات (١)

— ويقرر الفقه المصري كذلك أن علم المشتري بسبب الاستحقاق لا يؤدي إلى اسقاط الضمان كلية ، إلا إذا اقترن به شرط عدم الضمان . ذلك أن اقدام المشتري على الشراء مع اشتراطه عدم الضمان وعلمه بسبب الاستحقاق يعني أنه اشترى مخاطراً . ولا يكون ذلك الا في حالة قيام شك لديه في تحقق هذا السبب ، وأنه قد يتحقق وقد لا يتحقق . وفي هذه الحالة يتحدد الثمن على ضوء الظروف المحيطة باعتبار أن المشتري مخاطر ، وأن العقد من عقود الغرر . فاذا ما استحق المبيع تحت يدي المشتري لا يكون البائع مسئولاً عن شيء قبل هذا المشتري (٢) .

٢٦ - حالة قيام المشتري بالشراء على مخاطرة أو «ساقط الخيار» :

وهذا هو الحكم كذلك في حالة ما إذا اشترى المشتري ساقط الخيار . إذ يؤخذ من المادة ٤٤٦ أنه في حالة الاتفاق على عدم الضمان ، إذا نشأ الاستحقاق من فعل الغير ، «فان البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، الا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار» .

وعلى ذلك يلزم لكى يتحرر البائع من كل مسئولية عن استحقاق المبيع أن يتفق في العقد على عدم الضمان ، وأن يشتري المشتري «ساقط

(١) أنظر محكمة المنيا الكلية في ٢٢ مايو ١٩٣٢ (الحاماة س ١٣ رقم ٢٩٥ ص ٥٧٢ . محكمة استئناف مصر في ٢٦ يناير ١٩٣٩ (الحاماة س ٢٠ رقم ٢٢٠ ص ٦٢٠) .

(٢) أنظر في هذا : سليمان مرقص ، ومحمد على امام : المرجع السابق بند ٢١٩ ص ٣٧٦ . عبد المنعم البدر اوى المرجع السابق بند ٣٣٠ ص ٣٩٥ . منصور : بند ٨٧ ص ١٩٠ . اسماعيل غانم : ص ١٩١ . السنهورى ص ٧٠٨ . أنور سلطان وجلال العدوى : المرجع السابق بند ٤١٧ ص ٣٣٠ .

الخيار» (١) بحسب عبارة المادة ٤٤٦/٢ . ولا بد من اجتماع الأمرين معاً ، كما هو واضح من النص . وفي هذه الحالة يعتبر من العقود الاحتمالية .

وقد صرحت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بأن العقد يكون احتمالياً ، سواء في حالة شراء المشتري «ساقط الخيار» ، أم في الحالة السابقة ، وهي علم المشتري بسبب الاستحقاق ، فقالت : «ويكون البائع غير مسئول عن رد شيء ما إذا صحب شرط عدم الضمان أحد أمرين ، علم المشتري بسبب الاستحقاق ، أو شراؤه ساقط الخيار ، لأن البيع في هذه الحالة يكون عقداً احتمالياً» .

والواقع أن البيع في حالة شراء المشتري على مخاطره يأخذ طابع العقود الاحتمالية . ومن الجائز تبعاً لذلك أن يتم الشراء بثمن منخفض ، فلا يكون له الرجوع حتى بالثمن ، سواء في حالة الاستحقاق الكلي أم في حالة الاستحقاق الجزئي (٢) . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن قبول الاحتمال أو الغرر الملازم لشراء تم على أن يأخذ المشتري على عاتقه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر *à ses risques et perils* يجوز أن يستنتج من عبارات مماثلة (٣)

(١) ويستعمل قانون الموجبات والعقود اللبناني عبارة أخرى مقابلة لعبارة «ساقط خيار» التي يستعملها القانون المصري ، وهي عبارة «أخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر» وذلك ترجمة للعبارة الفرنسية (*à ses risques et perils*) . وعبارة القانون اللبناني أدق في التمييز عن المقصود في هذا النصد من العبارة الواردة في النص المصري .

أنظر كذلك : مصطفي الزرقا : عقد البيع في القانون السوري ، ص ٢١٨ هامش ٢ .
(٢) أنظر كذلك : Lîmpens (مع آخرين) : البيع في القانون البلجيكي (١٩٦٠) بند ٢٥٨ ص ٢٥٥ Ripert et Boulanger المرجع السابق (١٩٥٩) بند ٥٢١ ص ٧٠٥ .
Planîol-Ripert et Hamel المرجع السابق بند ١٢٤ ص ١٣٤ Beudant المرجع السابق بند ٢٣٠ ص ١٨٣ Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٤٠٩ .

(٢) أنظر نقض مدني فرنسي في ١٠/٣/١٩٤٨ في (D. 1948, 255) وانظر كذلك Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٤٠٩ . Beudant ص ١٨٣ وهامش رقم ٢ . وكذلك : السهورى : بند ٣٥٩ ص ٧٠٩ . مصطفي الزرقا : عقد البيع في القانون السوري ، المرجع السابق بند ١٧٧ .

والواقع أن معرفة ما إذا كان العقد احتمالياً ينبغي أن يرجع فيها إلى كل حالة على حدة =

على أنه إذا كان من الواضح أنه إذا أخذ المشتري على عاتقه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر ، فإنه يلزم فضلاً عن ذلك ، أن يكون هناك اشتراط بعدم ضمان البائع ، حتى يعفى هذا الأخير من أية مبالغ كان يمكن الرجوع بها عليه . وهذا واضح من نص المادة ٤٤٦ مدني . وهو ما يسلم به التمه (١) .

ومع ذلك فإن التمه الترنسي ، بصفة عامة ، يكتفى في هذا الصدد بأن يصرح المشتري أنه اشترى على مسؤوليته ، إذ هو بذلك يأخذ على عاتقه كل المخاطر ، ويرم عمداً احتمالاً يعفى فيه البائع -- في حالة استحقاق المبيع من الغير -- حتى من أداء الثمن . ولا يستلزم هذا الفقه ، إلى جانب تصريح المشتري بذلك ، أن يلحق هذا التصريح شرط بعدم الضمان . ذلك أن المشتري إذا أخذ على عاتقه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر ، فإن هذا يعني أنه لا يجوز له الرجوع على البائع . فالبيع بذلك بيع احتمالي طبقاً لما يصرح به المشتري نفسه (٢) .

وإذا غرضنا النظر عما يستلزمه المشرع في هذه الحالة من توافر شرط عدم الضمان وشراء المشتري ساقط الخيار ، فإن شراء المشتري على مخاطره ، أو على مسؤوليته ، أي شراؤه ساقط الخيار كما يقول المشرع ، يعني أنه يرم عمداً من عمود الغرر ، وتبعاً لذلك لا يكون له أي رجوع على البائع ،

وقد قضت المحاكم المختلطة في هذا الصدد بأن من يشتري شيئاً متنازلاً فيه لا يكون له الحق في أية حال في المطالبة برد الثمن (استئناف مختلط ٧ نوفمبر ١٩٢٢ (بلتان ٣٥ - ١٤) . كما قضت كذلك بأن من يكتسب حثوقه من مشتري ساقط الخيار ، مع علمه التام بمخطر الاستحقاق الذي أدى إلى رفع دعوى لا يكون له الحق في استرداد الثمن ، وذلك بالاستناد إلى المادة ٣٧٦ مدني مختلط (استئناف مختلط في ٢٤ مارس ١٩٣٨ بلتان ٥٠ - ١٩٠)

(١) أنظر : منصور : بند ٨٧ ص ١٩٠ . أنور سلطان وجلال العنوي : بند ٤١٩ ص ٢٣١ : محمد لبيب شنب : المرجع السابق بند ١٦٩ ص ٢١٧ .

(٢) أنظر في هذا Laurent المرجع السابق بند ٢٥٨ ص ٢٥٦ - ٢٥٧ Baudry et Saignat : بند ٤٠٩ . Aubry et Rau : بند ٣٥٥ هامش ٥١ Planiol-Ripert. (ter) et Hamel بند ١٢٤ ص ١٣٤ .

إذا ما تم الاستحقاق ، لأن فكرة الغرر واضحة ، ولهذا فان استلزام شرط عدم الضمان إلى جانب ذلك يعتبر فضلا من القول (١) .

وإذا كان يمكن القول بأن تصريح المشتري بأن يشتري على مخاطره أو على مسؤوليته ، يعنى أنه يبرم عقداً من عقود الغرر ، فان هذا الأمر يختلف عن الحالة الأخرى التى عرض لها المشرع وهى علم المشتري بسبب الاستحقاق ، إذ ليس من اللازم فى حالة علم المشتري بسبب الاستحقاق أنه يبرم بذلك عقداً احتمالياً . فهو يأمل أن خطر هذا الاستحقاق لن يتم . وإذا ما تم فانه يعتمد على ما يلتزم به البائع من ضمان . ولهذا يلزم أن يصرح البائع بأنه ليس ضامناً . وفى هذه الحالة حيث يجتمع علم المشتري بسبب الاستحقاق واشتراط البائع عدم الضمان ، يكون من اليسير استنتاج أن البيع عقد احتمالى . ذلك أن المشتري يعلم أنه مهدد بخطر الاستحقاق ، وإذا تم ذلك لا يكون له أى رجوع على البائع (٢) .

٢٧ - المقصود بالعلم أو معيار حسن النية فى حالة ضمان الاستحقاق

ينصرف حسن النية فى هذا الصدد إلى جهل المشتري بخطر الاستحقاق . وقد وضعت محكمة النقض المصرية فى حكم حديث لها تعريفاً فى هذا الصدد للمقصود بحسن النية الذى نص عليه المشرع عند الكلام فى بيع ملك الغير قررت فيه أن المشرع وإن جعل «مناط حسن نية المشتري هو جهله بأن المبيع غير مملوك للبائع له ، فهو يعنى ألا يكون هذا المشتري عالماً وقت شرائه بأن البائع له لا يملك المبيع ، وبأنه يستحيل عليه لذلك نقل الملكية إليه ، ومن ثم فلا ينتفى حسن النية عن المشتري لمجرد علمه بأن سند البائع

(١) أنظر : عبد المتعم البدرأوى : المرجع السابق بند ٣٣٠ ص ٤٩٦ . وانظر كذلك السهورى : المرجع السابق ص ٧٠٩ . وانظر كذلك حكم الاستئناف المختلط فى ٢٤ مارس ١٩٣٨ المشار إليه أعلاه .

(٢) أنظر Colmet de Santerre t. 7, p. 91. no. 64 Bis, II et III

Cuillouard I no. 395, Huc X. no 114. Laurent no. 258, Baudry et Saignat, no 409

له عتد بيع ابتدأى لما يسجل ، إذ فى هذه الحالة لا يستحيل على البائع نقل الملكية ، بل ان انتقالها يكون ممكناً بمجرد تسجيل البائع عقد تملكه ..» (١).

وإذا كان حسن النية ينصرف إلى الجهل بالواقعة التى نشأ عنها الاستحقاق على هذا النحو ، فهل يلزم لكنى يكون سىء النية أن يعلم بتلك الواقعة علماً حتمياً أو أنه يكفى أن يكون من الممكن أن يعلم ؟

يبدو أن المقصود فى هذا الحال ، وعلى خلاف حالة حسن النية بالنسبة للعيوب ، انه يلزم أن يكون علم المشتري بالواقعة علماً حتمياً . وذلك مع مراعاة ما أوردناه بالنسبة للعلم المستمد من التسجيل ، خاصة فى ظل نظام السجل العيى (٢) .

هذا هو المقصود بحسن أو سوء النية ، فهو ينصرف إلى الجهل أو العلم بسبب الاستحقاق . فلا يقصد بسوء النية هنا قصد الإيذاء لدى التعاقد (٣) .

والعبرة فى هذا الصدد بحسن النية وقت العقد ، أو بالأحرى وقت تبادل الرضى . ومع ذلك فانه إذا كان يقصد بحسن النية أن يجهل المشتري سبب الاستحقاق ، فان التمه يستلزم أن يكون هذا الجهل مبرراً ، مشروعاً ، Légitime ، فلا يكفى أى جهل يخطر الاستحقاق الواقع على المبيع حتى يكون له الرجوع على البائع . ولهذا يكون على المشتري أن يتبين عند العقد المخاطر الظاهرة للتعرض ، إذ لا لوم على البائع فى عدم اظهارها له (٤) .

(١) نقض مدنى فى ١١ يونيه ١٩٦٤ مجموعة المكتب الفنى ١٥ رقم ١٢٨ ص ٨١٤ .
(٢) أنظر كذلك Beudand : ص ١٦٦ هامش ٢ وهو يرى أن المشتري الذى يجهل سبب الاستحقاق يعتبر حسن النية ، حتى على الرغم من وجود تسجيل أو قيد .

(٣) أنظر فى هذا R. Vouin : La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français, thèse, Bordeaux 1939, p. 52 et s.

وانظر كذلك Carbonnier : ص ٢ بند ٦٥ ص ٢١٧ و ٢١٨ والمرامع التى أشار إليها فى هذا الصدد .

(٤) أنظر فى هذا : Mazeaud : المرجع السابق ص ٣ بند ٩٦٢ ص ٨١٩ . وانظر مع ذلك ما يقدره القضاء الفرنسى فى هذا الصدد من أنه إذا كانت المحاكم تستلزم فقط أن يجهل المشتري أن المبيع ملوك للغير ، فانه لا يهمل أن ينتج هذا الجهل من خطأ جسيم بعدم اهتمام يقع من المشتري (أنظر نقض فرنسى عرائض فى ٨ مايو ١٨٧٢ (D. 73. I, 479) وفى (S. 73. 1. 76).

ويراعى أن حسن النية ينتفى إذا أعلم البائع المشتري بسبب الاستحقاق أو إذا أثبت أنه قد علم به فعلا . ذلك أنه إذا كان حسن النية مفترضاً ، فإنه يقع على البائع اثبات العكس (١).

المبحث الثانى

هل لعلم المشتري بأسباب الاستحقاق أثره على نطاق ما يحكم له به ؟

٢٨ - تقسيم : قدمنا أن مجرد علم المشتري بسبب الاستحقاق لا يعنى أنه يبرم عقداً احتمالياً ، وأن هذا العلم لا يجرمه من الرجوع على البائع الا إذا اقترن بشرط عدم الضمان . ومع ذلك فإن هذا العلم ، إذا كان غير مقترن بشرط عدم الضمان ، قد أثار الكلام حول مدى ما يمكن للمشتري أن يرجع به على البائع . فقد ثار هذا الخلاف فى ظل القانون الفرنسى ، كما يثور الآن فى ظل القانون المصرى القائم . ولهذا نرى من الملائم أن نعرض لهذا الموضوع فى ظل القانون الفرنسى أولاً ، ثم نعرض له فى ظل القانون المصرى .

٢٩ - أولاً - فى ظل القانون الفرنسى : السائد فى ظل هذا القانون فى الوقت الحاضر هو أن علم المشتري بخطور الاستحقاق لا ينحول له الرجوع على البائع بالتضمينات . ولكن الرأى منقسم حول المقصود بالتضمينات . هل هى كافة ما يستحق للمشتري بسبب الاستحقاق من المبالغ الأخرى ، عدا الثمن ، أم أنها تقتصر على التعويض فقط عما يقع من أضرار ، أى على التعويض بالمعنى الضيق .

ترى غالبية الفقهاء أن المقصود بالتضمينات هنا ، كافة المبالغ الأخرى التى تستحق للمشتري عند استحقاق المبيع ، عدا الثمن le prix الذى دفعه . ولهذا يفرقون بين حق المشتري فى استرداد الثمن ، وحقه فى المبالغ الأخرى . وبالنسبة لهذه المبالغ يدخلونها تحت التعويضات أو التضمينات

(١) أنظر فيما سبق بند ٥ ص ١٠ وهامش ٢ .

بصفة عامة dommages-interêts فتشمل : الثمار والمصرفات ثم التعويضات .
أى تشمل جميع العناصر المنصوص عليها في المادة ١٦٣٠ مدنى فرنسى
إلى جانب الثمن (١) .

أما الجانب الآخر من التمهء فأنهم يرون قصر المقصود بالتضمينات على
التعويض بالمعنى الضيق فلا يمتد إلى الثمار والمصرفات . وبعبارة أخرى
ان هذا الجانب من الفقه يرى أن حق المشتري سىء النية لا يمتد إلى التعويضات
المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة ١٦٣٠ مدنى فرنسى (٢) .

وعلى ذلك فانه طبقاً للرأى الغالب فى ظل القانون الفرنسى لا يكون
للمشتري سىء النية ، الذى يعلم عند البيع بخطر الاستحقاق ، الا الرجوع
بالثمن فقط ، دون غيره من الأداءات الأخرى التى عدتها المادة ١٦٣٠ ،
والتي تنطوى تحت التضمينات بصفة عامة . ولكى تستحق تلك المبالغ
الأخرى ينبغى أن يكون المشتري حسن النية وقت البيع ، يجهل خطر الاستحقاق
الذى يتعرض له . وبعبارة أخرى ان أثر سوء النية يتمثل فى حرمان
المشتري من التعويضات بصفة عامة ، وأن التزام البائع يوقف بالنسبة
للمبالغ الأخرى (٣) .

ولا يقوم الحل السابق على حكم مباشر فى شأن أحكام الضمان ، ولكنه
يستند إلى ما أورده المشرع فى شأن بيع ملك الغير عندما يقع الاستحقاق

(١) أنظر فى هذا : Aubry et Rau : بند ٣٥٥ هامش ٣٢ Laurent. بند ٢٤١ ص ٢٤٠
Baudry et Saignat : بند ٣٧٥ . Jossierand : بند ١١١٢ ص ٥٨٢ . Planiol-Ripert
et Hamel : بند ١١٣ ص ١٢٣ .

(٢) أنظر Beudant : المرجع السابق ص ١١ بند ٢١٣ ص ١٦٣ و بند ٢١٥ ص ١٧٠ .
أنظر كذلك : موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٤٩٣

(٣) أنظر Aubry et Rau : بند ٣٥٥ متن وهامش ٤٦ . Baudry et Saignat.
بند ٣٧٥ و ٤٠٠ و ٤٠٩ . Laurent . بند ٢٥٩ - ٢٦١ Calin-Capitant et De la
Morandière المرجع السابق (ط ١٠ ص ١٩٥٣) بند ٢ بند ٩١٩ ص ٦١٣ .
Planiol-Ripert et Hamel بند ١١٣ . Mazeaud : السابق ص ٣ بند ٩٦٥ .

من المالك الحقيقي للمبيع . ذلك أن المادة ١٥٩٩ من القانون المدني الفرنسي في شأن بيع ملك الغير ، لا تحول للمشتري الحق في التعويض الا إذا كان يجهل أن المبيع مملوك للغير ، أي الا إذا كان يجهل خطر الاستحقاق . إذ تنص هذه المادة على أن : «بيع ملك الغير باطل : ويجوز أن ينشأ عنه حق للمشتري في طلب التعويض متى كان يجهل أن الشيء مملوك للغير» . فاستناداً إلى هذا النص ، وخشية وقوع التعارض معه ، قرر الفقه أن علم المشتري بخطر الاستحقاق ، حتى ولو كان هذا العلم عن غير طريق البائع ، يعنى هذا الأخير من التعويضات فقط ، دون الثمن . وهذا ما أخذ به في ظل القانون الفرنسي القديم ، وسار عليه التقنين المدني الفرنسي (١) .

— ويسير القضاء الفرنسي كذلك في هذا الاتجاه . فيقرر أنه إذا كان مجرد العلم بخطر استحقاق الغير للمبيع يكفي لاعفاء البائع من الالتزام بالضمان ، فإنه لا يعفيه من رد الثمن ، طالما أنه لم يشترط عدم الضمان ، وطالما أنه لم يشتر على مخاطره . وتقول محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد : «... انه إذا لم يوجد شرط صريح بعدم الضمان ، يظل البائع ملتزماً برد الثمن ، حتى في الحالة التي يثبت فيها أن المشتري قد علم ، منذ البيع ، بالخطر الذي يتعرض له ، هذا ما لم يشترط أنه يشتري على مخاطره» (٢) . كما استلزمت هذه المحكمة توافر حسن ائنية لدى المشتري للحصول على المبالغ

(١) Baudry et Saignat : المرجع السابق بند ٤٠٠ وقد أشار إلى بوتييه في البيع بند ١٨٧ . وانظر القضاء الذي أورده في هذا الصدد . ثم أنظر كذلك آخر بند ٤١٠ من Baudry .
(٢) وقد جاء نص الحكم بالفرنسية كما يلي : «... En une telle hypothèse, et à défaut de clause expresse de non-garantie, le vendeur reste tenu à la restitution du prix, même au cas où il serait établi que l'acheteur aurait eu lors de la vente, connaissance du risque auquel il était exposé, à moins qu'il n'ait été expressement stipulé que celui-ci achetait à ses risques et perils...»

نقص مدني فرنسي في ٩ مارس ١٩٣٧ (S. 1937. 1. 164). وانظر مع ذلك التعليق على هذا الحكم وكذلك : موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ٣٢٠ . والسهورى ص ٦٨٥ بالهامش حيث نسب إلى هذا الحكم أنه يقرر أن علم المشتري لا أثر له على رجوعه حتى بالتعويضات ، ولكن الواقع ان هذا هو ما جاء في التعليق على الحكم ، لا ما أورده الحكم ذاته .

الأخرى ، غير الثمن ، وهى الزيادة فى القيمة التى كانت قائمة وقت حصول التعرض ، والتعويضات (١) .

ومن هذا يتضح أن القضاء الفرنسى يستلزم حسن نية المشتري للرجوع بالتعويضات ، وهى المبالغ الأخرى غير الثمن . فاذا كان سىء النية يعلم خطر الاستحقاق الذى يتعرض له المبيع ، اقتصر حقه على الرجوع بالثمن فقط .

٣٠ - ثانياً - فى ظل القانون المصرى : يمكننا أن نفرق بين الوضع فى ظل القانون القديم والوضع فى ظل القانون القائم .

٣١ - فى ظل القانون القديم : تأثر الفقه والقضاء بما كان سائداً فى ظل القانون الفرنسى . فاذا كان للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان إذا ما استحق المبيع ، الا أنه لا يكون له أن يرجع بالتضمينات الا إذا كان حسن النية . وعلى ذلك إذا كان قد اشترى وهو عالم بسبب الاستحقاق ، فلا حق له فى التعويض . وهذا الرأى مستفاد من أحكام بيع ملك الغير ، على غرار ما أخذ به الفقه الفرنسى . وإذا كان المشتري سىء النية لا يستحق التعويضات فان له أن يسترد الثمن ، إذ ليس للبائع ما يسوغ امساكه ، حيث أن بقاءه بين يديه لم يعد له سبب (٢) .

وقد أخذت محكمة النقض المصرية ، كما أخذ القضاء المختلط بهذه الوجهة . فقررت محكمة النقض أنه : «إذا باع أحد شيئاً على أنه مملوك له ، ثم تبين بعد البيع عدم ملكيته للمبيع ، كان البائع ملزماً فى حالة نزع ملكية هذا الشيء

(١) أنظر نقض فرنسى (تجارى) فى ١٩٥١/٢/٢٨ Bull. Cass. 1951.2.64 ويتعلق الأمر

هنا بحسن نية شركة حصل لها تعرض من المالك الحقيقى فى الحصة التى قدمها أحد الشركاء . وانظر كذلك محكمة Colmar فى ١٩٥٠/١٠/٢٠ D. 1951. 69 وقد جاء فيه أن المشتري سىء النية لا يكون له الا الحصول على الثمن الذى أداءه فقط ، دون أية تعويضات أخرى .

(٢) أنظر فى هذا : أحمد نجيب الهلالى ، وحامد زكى : المرجع السابق ، بند ٣٧٦

ص ٣٧٨ وبند ٣٧١ ص ٣٧١ - ٣٧٣ .

من المشتري بالتضمينات إذا كان المشتري يعتقد وقت الشراء صحة ماكية
البائع للشئ المبيع (أى كان حسن النية) . ويحتسب ضمن التضمينات ما زاد
في قيمة المبيع بعد البيع على ثمنه» (١) .

٣٢ - في ظل القانون القائم : أما في ظل القانون القائم فقد انقسم
الفقه حول هذا الموضوع ، وظهر هناك اتجاهان في هذا الصدد .

٣٣ - الاتجاه الاول : الاعتداد بحسن نية المشتري في رجوعه على البائع:

ففي اتجاه أول قيل انه يلزم لكى يرجع المشتري بالتعويض ، في
حالة استحتماق المبيع ، أن يكون المشتري حسن النية . وهذا الاتجاه متأثر
بما هو سائد في ظل القانون الفرنسى . وهو يستند كذلك إلى ما أورده
المشرع في المادة ٤٦٨ مدنى بشأن بيع ملك الغير والتي تقتضى بأنه «إذا حكم
للمشتري بإبطال البيع ، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله
أن يطالب بتعويض ، ولو كان البائع حسن النية» . ولهذا يكون للمشتري
عند رجوعه بالضمهان مطالبة البائع بالتعويض بشرط أن يكون حسن النية ،
يجهل أن المبيع مملوك للغير .

(١) نقض في ١٩ نوفمبر ١٩٣١ طعن رقم ١١ س ١ ق بمجموعة النقض في ٢٥ سنة تحت
بيع قاعده ٧٨ وفي المحاماه س ١٢ رقم ١٥٩ ص ٢٩٦ . وانظر كذلك حكمها في ١٩٥١/٢/١
بمجموعه النقض المذكور قاعده ٨٣ . وقد جاء في هذا الحكم الأخير : أن «الضمان المقرر قانوناً
على البائع عند استحتماق المبيع يلزمه برد الثمن مع التضمينات وفقاً للمادة ٣٠٤ مدنى (قديم) .
مالم يكن المشتري عالماً وقت البيع بالسبب الذى أدى إلى الاستحتماق ، إذ لا يجوز له في هذه الحالة
الرجوع على البائع بالتعويضات عملاً بالمادة ٢٦٥ مدنى (قديم) . وهذا وذلك دون حاجة إلى
اشترط خاص في العقد .. » . وانظر كذلك حكمها في ١٩٥٤/١/٢١ بالموضع السابق تحت
قاعده ٨٨ ، وان كان يبدو من وقائع هذا الحكم أنه كان مشروطاً بعدم الرجوع الا في حدود
الثمن الحقيقي .

ثم أنظر كذلك استئناف مختلط في ٢٥ يونيو ١٩٣٥ (مجموعة ٤٧ - ٣٩١) وأحكاماً
أخرى أشار إليها السهورى ص ٦٨٤ بالهامش . هذا وقد جرى بعض أحكام القضاء المختلط
على إعطاء المشتري تعويضاً مخففاً في حالة ما إذا كان البائع أيضاً سيئ النية - أنظر استئناف مختلط
١١ مايو ١٨٩٧ مجموعة ٩ ص ٣٤١ .

ويضيف بعض أنصار هذا الاتجاه إلى ذلك أن الواقعة التي أدت إلى ابطال البيع أو إلى الضمان هي في النهاية واحدة ، وهي صدور البيع من غير مالك . ولما كانت دعوى ابطال بيع ملك الغير ليست في الواقع سوى دعوى ضمان أجزى رفعها قبل الأوان (أى قبل حصول التعرض الفعلي) ، فإنه يجب ألا يتغير مدى حتى المشتري تبعاً للدعوى التي يختار رفعها . ولهذا وجب القول بأن المشتري لا يحق له الرجوع على البائع الا بقيمة المبيع ، متى كان يعلم وقت العقد بسبب الاستحقاق . ولا يكون له الرجوع بسائر بنود التعويض الا إذا كان حسن النية (١) .

ومن الواضح أن هذا الاتجاه يربط بين أحكام الضمان وأحكام بيع ملك الغير ، مع أنه ينبغي أن ننظر إلى أحكام الضمان استقلالاً عن أحكام بيع ملك الغير (٢) . حتماً انه في حالة استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً ، يكون هذا المبيع ، في الغالب من الحالات ، مملوكاً للغير وقت البيع . ولكن هذا ليس أمراً لازماً في جميع الحالات . فقد يقع الاستحقاق الكلي استناداً إلى سبب آخر ، إذ قد يكون البائع مالكاً للمبيع عند البيع ، ويكون المشتري على علم بذلك . ثم يقوم هذا البائع بالتصرف في المبيع إلى مشتر ثان يفضل على المشتري الأول . في هذه الحالة يكون للمشتري الأول الرجوع على البائع له طبقاً لأحكام الضمان . ومن ناحية أخرى فان المبيع قد يكون مملوكاً للبائع ومرهوناً في الوقت ذاته ، ثم يباع هذا المال المرهون استيفاء لدين الدائن المرتهن ، فيكون للمشتري الرجوع على البائع (المدين) بالضمان كذلك . وهذا هو الحكم أيضاً عند ما يبيع المالك ما يملك ، ولكن قبل أن تنتقل الملكية إلى المشتري

(١) أنظر من أنصار هذا الاتجاه : أنور سلطان : البيع ط ٢ (١٩٥٢) بند ٢٥٥ ص ٣١٦ .
عبد المنعم البارواي : عقد البيع ، السابق بند ٣١٥ ص ٤٧٨ - ٤٧٩ .
(٢) أنظر كذلك رسالة B. Gross بعنوان : La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, Paris 1964, No. 341, p. 323 — 325.
وتكشف مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى بشأن المادة ٤٦٨ المتعلقة ببيع ملك ملك الغير ، عن الربط بين ضمان الاستحقاق الكلى وبيع ملك الغير فتقول إن الاستحقاق إذا كان كلياً ، كان هذا هو بيع ملك الغير (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤ ص ١٩٤) .
وانظر مع ذلك ما سيرد في المتن .

يقوم أحد دائني البائع بالحجز والتنفيذ على المبيع ، وفي هذه الحالة أيضاً يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان (١) .

ومن هذا نتبين أن التلازم بين الاستحقاق الكلي وبين بيع ملك الغير ليس أمراً محتماً في جميع الحالات التي يكون فيها للمشتري الرجوع بالضمان على أساس استحقاق المبيع ، وهو ما يدعو إلى إعادة النظر في هذا الموضوع بحيث ينظر إلى أحكام الضمان بصفة مستقلة ، تقوم على نص خاص ينظمها ، وليس استناداً إلى بيع ملك الغير ، رغم ما بين النظاميين من تقارب . وسنعود إلى هذا الموضوع مرة أخرى .

٣٤ - الاتجاه الثاني : عدم الاعتماد بحسن أو سوء نية المشتري في رجوعه على البائع : وفي الاتجاه الثاني قيل إن للمشتري أن يرجع على البائع في حالة الاستحقاق الكلي - بكافة عناصر التعويض ، بصرف النظر عما إذا كان حسن النية أم سيء النية عند العقد . فليس لحسن أو سوء نية المشتري أثر في رجوعه على البائع بتلك العناصر . وبهذا يختلف رجوع المشتري على أساس الضمان عن رجوعه على أساس بطلان بيع ملك الغير (٢) .

ويستند هذا الاتجاه ، وهو الذي تؤيده الغالبية من الفقهاء في مصر في الوقت الحاضر (٣) ، إلى عدة أسس ، يمكننا أن نعرض لها فيما يلي :

(١) أنظر Ripert et Boulanger d'après Planiol ج ٣ (١٩٥٨) بنده ١٥٠٥ ص ٥٠٢ . منصور المرجع السابق بند ٨٦ خاصة ص ١٧٨ . اسماعيل غانم : المرجع السابق ص ١٨٥-١٨٦ . محمد لبيب شنب : المرجع السابق (ط ١٩٦٦) بند ١٥٨ ص ٢٠٩ . محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل : شرح أحكام عقد البيع (١٩٦٨) بند ١٧٥ ص ٢٣٥ . مؤلفنا عقد البيع في القانون اللبناني ، المرجع السابق بند ١٨٣ ص ٣٨٦ - ٣٨٩ وكذلك هامش ١ ص ٣٨٨ . (٢) وفي هذا يقول السهوري (المرجع السابق : بند ٣٥٢ ص ٦٨٤) : «أهم فرق في التعويض المستحق بموجب ضمان الاستحقاق وبين التعويض المستحق بدعوى الإبطال أو دعوى الفسخ يظهر عندما يكون المشتري عالماً بسبب الاستحقاق وقت البيع . ففي دعوى ضمان الإستهقاق لا يؤثر هذا العلم في مقدار التعويض ..» .

(٣) أنظر من المؤيدين لهذا الاتجاه : سليمان مرقس ومحمد علي امام : المرجع السابق بند ٢٠٧ ص ٣٦٢-٣٦٣ . منصور : بند ٨٦ ص ١٧٧-١٧٨ . اسماعيل غانم : ص ١٨٥-١٨٦ =

فقد قيل ان المادة ٤٤٣ مدني ، التي تبين ما يرجع به المشتري في حالة استحقاق المبيع ، قد وردت عامة ، دون تمييز بين حالة حسن أو سوء نية المشتري في رجوعه على البائع بالمبالغ المبنية فيها . كما أن المذكرة الايضاحية المتعلقة بهذا النص قد جاءت عامة كذلك لم ترتب على حسن أو سوء نية المشتري أى أثر .

كما أن المشرع المصري قد آثر ، في بيان ما يترتب على ضمان الاستحقاق أن يلتزم الحل الذي تمليه القواعد العامة . وذلك أن ضمان الاستحقاق التزام في ذمة البائع قد نشأ من عقد البيع ، وإذا طالب المشتري به قامت مطالبته على أساس هذا العقد . «ومعنى ذلك ، كما تقول المذكرة الايضاحية ، أن ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لا يتصور قيامه الا مع قيام عقد البيع . والمشتري في رجوعه بالضمان على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع . ولما كان المبيع قد استحقق واستحال بذلك التنفيذ العيني للالتزام ، فلم يبق أمام المشتري الا أن يطالب بتنفيذ الالتزام عن طريق التعويض . والتعويض في هذه الحالة هو ما ذكرته المادة ٥٨٩ من المشروع وهي تقتصر على تطبيق القواعد العامة في تقدير التعويض ... » (١) ولا تفرق القواعد العامة بين ما إذا كان مستحق التعويض حسن النية أم سىء النية ، إذ لا يختلف مقدار ما يحكم به من تعويض تبعاً لاختلاف نية الدائن (أى المشتري في هذه الحالة (٢) .

وفضلاً عما سبق يستند أنصار هذا الاتجاه إلى ما أورده المشرع نفسه في آخر المادة ٤٤٣ حيث نص على إهـاكان رجوع المشتري ، فضلاً عن دعوى الاستحقاق ، بدعوى فسخ البيع أو إبطاله ، مع ما هنالك من اختلاف بالنسبة

— عبد الفتاح عبد الباق : محاضرات في العقود المسماة ج ٣ (عقد البيع) بند ١٥٧ ص ٢٤٧ ٢٤٨ ، السهورى : بند ٣٥٢ . أنور سلطان وجلال العدوى : بند ٤٠٣ وخاصة ٤٠٦ ص ٢٢٢ . محمد لبيب شنب ، ومجدى صبحى خليل بند ١٧٥ ص ٢٣٣ وما بعدها . (١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٩٥ .

(٢) انظر في هذا : سليمان مرقس ، ومحمد على امام : بند ٢٠٧ ص ٣٦٢ . اسماعيل غانم ص ١٨٦ ، لبيب شنب : بند ١٥٨ . لبيب شنب ومجدى صبحى : بند ١٧٥ ص ٢٣٥ - ٢٣٦ .

لمدى ما يحق للمشتري المطالبة به في كل من هاتين الدعويين عنه في دعوى الضمان .

وأخيراً ينبغي أن يراعى أن موقف المشرع المصرى في ظل القانون القائم يختلف عنه في ظل القانون السابق . ففى ظل القانون السابق كان للمشتري أن يرجع بالثمن ، وذلك استناداً إلى قواعد الاثراء نظراً لأنه بعد استحقاق المبيع ، يصير تحت يد البائع دون سبب (١) . أما في ظل القانون الحالى ، فان المشتري لا يرجع بالثمن ولكن بقيمة المبيع طبقاً لما نصت عليه المادة ٤٤٣ مدنى ، وفارق بين الحالتين . فاذا كان رجوع المشتري في ظل الحالة الأولى على أساس أن العقد غير موجود ، فانه في ظل القانون القائم يرجع على أساس أن العقد قائم كما أبانت المذكرة الايضاحية ، حيث تقول إن «ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لا يتصور قيامه الا مع قيام عقد البيع ، والمشتري في رجوعه بالضمان على البائع انما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع» . ولما كان قد أصبح مستحيلاً ، فان التنفيذ يتم «بطريق التعويض» . فأساس رجوع المشتري في هذه الحالة بالتعويض هو المسؤولية العقدية . أى أن القانون الحالى يتمشى في هذا الصدد مع قواعد التنفيذ بمقابل .

ومن هذا نتبين أن الاتجاه الثانى يكشف عن وجود فارق جوهري في الرجوع بالضمان . ذلك أن المشتري لا يرجع بالثمن ، بل يرجع بقيمة المبيع . كما أنه في ظل القانون الحالى يرجع طبقاً لأحكام التنفيذ بمقابل نظراً لقيام العقد ، وهو يرجع طبقاً للقواعد العامة التى لا تفرق بين حسن أو سوء نية الدائن . ولهذا يكون له أن يرجع ، طبقاً لدعوى الضمان ، بقيمة المبيع فضلاً عن المبالغ الأخرى التى عددها المشرع . وهو يستطيع الرجوع بتلك المبالغ الأخيرة ولو كان سىء النية عند البيع ، يعلم سبب الاستحقاق .

(١) أنظر : الهلالى ، وحامد زكى : ط ٣ بند ٣٧١ ص ٣٧١ - ٣٧٢ .

وإذا كان للمشتري أن يرجع طبقاً لأحكام الضمان ، وبالمبالغ التي بينها المادة ٤٤٣ مدني ، فان له فضلاً عن ذلك أن يرجع - كما ذكرت الفقرة الأخيرة من هذه المادة - على أساس فسخ البيع أو إبطاله . ومعنى هذا أنه يكون له ألا يطالب بتنفيذ الالتزام ، بل بفسخ البيع ، باعتبار أنه عقد ملزم للجانبين وقد أحل البائع بالتزامه ، أو يطالب بإبطال البيع ، على أساس أنه بيع ملك الغير بعد أن ظهر أن المبيع مملوك لغير البائع . هذا هو ما ذكره المشرع ، وما صرحت به المذكرة الإيضاحية (١) . فرجع المشتري على أساس الضمان لا يخل برجوعه على أساس الفسخ في العقود الملزمة للجانبين ، أو على أساس بطلان بيع ملك الغير . وفي حالة المطالبة بالفسخ أو بالبطلان يترتب عليهما من الآثار ما تقرره القواعد العامة .

ويراعى في هذا الصدد أن أنصار هذا الاتجاه الثاني إذا كانوا يرون أنه لا يفرق بين حسن أو سوء نية المشتري من حيث الرجوع بالمبالغ الأخرى غير الثمن ، إلا أنهم يتحفظون لحالة ما إذا كان علم المشتري بسبب الاستحقاق يعتبر قرينة على أن البائع اشترط عدم الضمان ، مما يترتب عليه التزام برد قيمة المبيع فقط ، دون سائر بنود التعويض الأخرى . وعدم الالتزام برد شيء سوى قيمة المبيع يقوم في هذه الحالة على افتراض وجود اتفاق ضمنى بعدم الضمان . ولهذا إذا ثبت ، رغم سوء نية المشتري ، ان ارادة المتعاقدين لم تتجه إلى اشتراط عدم الضمان ، وجب تقرير حق المشتري في اقتضاء جميع التعويض ، رغم علمه بسبب الاستحقاق (٢) .

المبحث الثالث

النظر في الحلول السابقة ، وضرورة توحيد الأسس التي يرجع المشتري بمقتضاها

٣٥- اختلاف الاسس التي تقوم عليها تلك الحلول وصعوبة التوفيق بينها :
عرضنا فيما سبق للحلول التي قيل بها في ظل كل من القانونين

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٩٧ .

(٢) مرقس وامام : المرجع السابق بند ٢٠٧ ص ٣٦٣ ، وبند ٢١٩ ص ٣٧٥ - ٣٧٦ .

الفرنسي والمصري . ويمكننا أن نبين من خلال تلك الحلول أن هناك اتجاهين أساسيين : أحدهما يجعل للمشتري الرجوع بالثمن في حالة الاستحقاق الكلي للمبيع ، ولا يخون له حقاً في المبالغ الأخرى الا إذا كان حسن النية لا يعلم عند البيع سبب الاستحقاق الذي يتعرض له ، وأن هذا الحل يستند إلى ما أورده المشرع بشأن بيع ملك الغير . أما الحل الآخر ، وهو الحل السائد في ظل القانون المصري القائم ، فانه يجعل للمشتري في حالة الاستحقاق الكلي الرجوع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق ، كما يجعل له فضلاً عن ذلك الرجوع بالمبالغ الأخرى التي نص عليها القانون في هذا الصدد ، وهي علاوة على الفوائد القانونية من وقت الاستحقاق - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع ، والمصروفات التي بينتها التي المادة ٤٤٣ في فقرتها الثالثة والرابعة ، وبوجه عام بالتعويض عما لحق المشتري من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . ويكون للمشتري الرجوع بالمبالغ المذكورة ، بصرف النظر عما إذا كان حسن النية أم سىء النية ، أى بصرف النظر عما إذا كان يعلم عند البيع سبب الاستحقاق أو لا يعلم ذلك . أى أن للمشتري في حالة الاستحقاق الرجوع بالمبالغ التي تقضى بها المادة ٤٤٣ مدني مصري ، وذلك طبقاً لهذا الرأي السائد في مصر الآن منذ صدور القانون المدني الحالي . وهذا الاتجاه الثاني يستند إلى فكرة تنفيذ العقد بمقابل أو عن طريق التعويض ، ويجعل أساس حق المشتري في الرجوع هو المسؤولية العقدية ، باعتبار أن العقد قائم ، وأن تنفيذه يتم بطريق التعويض . وهذا هو ما اتخذه المشرع المصري في المادة ٤٤٣ بالنسبة لرجوع المشتري على البائع في حالة الاستحقاق الكلي . وبذلك يختلف أساس الرجوع في هذه الحالة عنه بالنسبة للاتجاه الأول .

والواقع أنه قد يكون من العسير التوفيق بين هذين الاتجاهين المتعارضين حيث يقوم أحدهما على أساس زوال العقد ، ويقوم الآخر على أساس تنفيذه . ويزيد الأمر صعوبة ان كلا من الاتجاهين يتمشى مع منطق الأساس الذي يقوم عليه ، ويرتب نتائج منسجمة متكاملة في جملتها ، خاصة من

حيث مدى ما يرجع به المشتري في كل من الحالتين. كما أن كلا من الاتجاهين يتمشى مع القواعد العامة ، ومع ما يقضى به المشرع في هذا الصدد .

فطبقاً للقواعد العامة إذا لم يتم أحد المتعاقدين بالوفاء بالتزامه في عقد ملزم للجانبين ، كان للمتعاقد الآخر أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى (مادة ١٥٧/١) . وفي حالة المطالبة بالتنفيذ ، فانه إذا «استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ..» (مادة ٢١٥) . وعلى ذلك فان عدم تنفيذ الالتزام الذى يفرضه العقد الملزم للجانبين يجعل للدائن الفسخ باعتباره جزاء على عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، كما يخول له كذلك ألا يلجأ إلى هذا السبيل ويطلب بتنفيذ العقد عن طريق التعويض ، وهذه هي المسؤولية العقدية (١) . ولما كان البيع من العقود المازمة للجانبين ، فانه إذا لم يتم البائع بتنفيذ التزامه بالضمان ، واستحق المبيع للغير ، يكون للمشتري أن يطالب بتنفيذ العقد عن طريق التعويض ، كما يكون له كذلك أن يطالب بالفسخ لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه .

وقد آثر المشرع عند وضع المادة ٤٤٣ من القانون المدنى الحل الأول الذى يقضى بالتنفيذ عن طريق التعويض ، ويتحدد رجوعه بذلك على أساس المسؤولية العقدية . وهذا ما بينته المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد (١) .

وإذا كان للمشتري أن يطالب بالتنفيذ العيني أو الفسخ ، طبقاً للقواعد العامة ، فان المشرع قد بين مع ذلك أن رجوعه على البائع طبقاً لاحكام الضمان ، والتي تقوم على أساس التنفيذ بطريق التعويض طبقاً لما آثره المشرع كما بينت المذكرة الايضاحية على ما قدمنا ، لا يمنع من رجوعه

(١) أنظر السنهورى : الوسيط ج ١ ط ٢ بنه ٤٦٢ ص ٧٨٢ .

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٩٥ .

على أساس الفسخ ، أو الإبطال استناداً إلى بيع ملك الغير (١) وقد نصت
العبارة الأخيرة من المادة ٤٤٣ على هذا بقولها : « كل هذا ما لم يكن رجوع
المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » .

ومن هذا يتضح أن رجوع المشتري قد يكون على أساس التنفيذ بطريق
التعويض ، كما قد يكون على أساس الفسخ أو الإبطال استناداً إلى بيع ملك
الغير . وفي هاتين الحالتين الأخيرتين يزول العقد ، ولهذا يكون رجوع المشتري
بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية ، نظراً لزوال العقد (٢) .
وفي هاتين الحالتين كذلك يكون للمشتري أن يسترد ثمن المبيع لا قيمته
وقت الاستحقاق كما في حالة الرجوع بدعوى الضمان ، وذلك لأن هذا
الثن يصبح بين يدي البائع دون سبب ، فيكون للمشتري دعوى استرداد
غير المستحق (٣) .

على أنه إذا كان للمشتري - من الناحية العملية - أن يختار بين تلك
الدعاوى باعتبارها على قدم المساواة ، فإنه مقيد من ناحية توافر شروط
كل منها . فإذا لم تتوافر هذه الشروط بالنسبة لأحدها ، تعين الالتجاء إلى
السبيل الآخر . وفي حالة المطالبة بالفسخ أو بالإعلان يترتب عليهما من
الآثار ما تقرره القواعد العامة (٤) . ومن الطبيعي أن يختار المشتري من

(١) وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى للمادة ٤٤٣ من القانون الحال (مجموعة الأعمال
التحضيرية ج ٤ ص ٩٧) أن الالتجاء إلى التنفيذ بطريق التعويض «لا يمنع المشتري من سلوك
سبيل آخر ، فلا يطالب بتنفيذ الالتزام ، بل يطالب بفسخ البيع ، على أساس أنه عقد ملزم
للجانبيين وقد أدخل البائع بالتزامه ، أو يطالب بإبطال البيع على أساس أنه بيع ملك الغير بعد أن
ظهر أن المبيع مملوك لغير البائع» .

(٢) وإن كان يراعى أن من الفقهاء من يرى أن أساس المسؤولية في حالة إبطال بيع ملك
الغير هو نظرية الخطأ عند تكوين العقد . أنظر : السهورى عقد البيع بند ١٦٢ ص ٢٩٢ - ٢٩٣ .
وأنظر مذكرة المشروع التمهيدى على المادة ٤٦٨ بشأن بيع ملك الغير في مجموعة الأعمال التحضيرية
ج ٤ ص ١٩٣ خامساً .

(٣) ذلك أنه يترتب على الفسخ والإعلان إعادة الحال إلى ما كان عليه ، وتبعاً لذلك يسترد
المشتري الثمن ، مع التعويض في حالة بيع ملك الغير إذا كان هذا المشتري حسن النية .

(٤) مذكرة المشروع التمهيدى للمادة ٤٤٣ من القانون الحال : مجموعة الأعمال التحضيرية
ج ٤ ص ٩٧ .

بين تلك الدعاوى ما هو أيسر عليه من حيث أوجه التقاضى والاثبات ، وما فيه مصلحته . فإذا كانت قيمة المبيع قد نقصت مثلاً ، فلا يلجأ إلى الضمان بل إلى الفسخ أو الإبطال حتى يسترد الثمن . وإذا كان يعلم عند البيع سبب الاستحقاق ، فلا يلجأ إلى الإبطال استناداً إلى بيع ملك الغير ، حتى لا يحرم من الرجوع بالتعويض على الرأى السائد في ظل القانون المصرى الآن (١) . وبذلك نجد أن ما يرجع به المشتري يختلف بحسب الطريق الذى يختاره ، مع أن الأمر قد يكون واحداً فى هذه الحالة ، وهو ظهور أن المبيع كان مملوكاً لغير البائع . ولا شك أن هذا الاختلاف فى المعاملة بالنسبة للوضع الواحد يدعوا إلى ضرورة إعادة النظر فى الأسس التى يرجع المشتري بمقتضاها إذا ما استحق المبيع للغير .

٢٦ - ضرورة توحيد أسس رجوع المشتري وترجيح فكرة انقضاء العقد

كما سبق يتضح لنا ما هنالك من تناقض واختلاف فى المعاملة بالنسبة لموقف المشتري إذا ما لجأ إلى دعوى الضمان أو إذا ما لجأ إلى فسخ العقد أو إبطاله . ذلك أنه إذا ما لجأ إلى السبيل الأول كان له أن يطالب بقيمة المبيع وقت الاستحقاق فضلاً عن المبالغ الأخرى التى بينها القانون فى المادة ٤٤٣ مدنى . وإذا ما لجأ إلى طلب الفسخ أو الإبطال كان له أن يسترد الثمن فقط ، بصرف النظر عن قيمة المبيع ، كما يكون له أن يطلب التعويض عندما يلجأ إلى طلب الفسخ (٢) ، ويحرم من هذا التعويض إذا ما طلب الإبطال وكان سبب النية يعلم سبب الاستحقاق وقت العقد . وكل هذا يكشف عن اختلاف مدى ما يرجع به المشتري بحسب الدعوى التى يختار رفعها ، مما يقتضى إعادة النظر فى هذا الوضع المتناقض ، حيث تعطى حلول مختلفة للموقف الواحد .

(١) ويستند هذا الرأى إلى أن المادة ٤٤٣ لا تفرق بين حسن أو سوء نية المشتري للرجوع بالتعويض ، وإلى أن القواعد العامة فى المسئولية لا تفرق كذلك .
(٢) ففي حالة طلب الفسخ يكون له أن يطالب بالتعويض إذا كان له مقتضى . هذا هو ما يقضى به القانون طبقاً للقواعد العامة (أنظر المادة ١/١٥٧ مدنى) . وانظر مع ذلك ما جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى بصدد نص المادة ٤٦٨ من القانون الحالى من أنه إذا اختار المشتري الفسخ فليس له أن يطالب البائع بحسن النية بتعويض يستطيع أن يطالب به لو اختار إبطال العقد « (الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٩٤) .

وإذا أردنا أن نحدد موقف المشتري في هذا الصدد ، فإن الأمر لا يخرج عن أحد وضعين : أما أنه يطلب تنفيذ العقد ، وهذا هو الحل الذي اختاره المشرع المصري في المادة ٤٤٣ ، وأما أن يستعمل حقه على أساس إنهاء العقد أو زواله ، ويكون ذلك عن طريق الالتجاء إلى الفسخ ، أو إلى الإبطال استناداً إلى بيع ملك الغير . ولكي يمكن إزالة التناقض بالنسبة لوضع المشتري هنا ينبغي أن نوحده الحكم في هاتين الحالتين . ولا شك أنه لا يمكن أعمال الحكم الأول الذي يقوم على أساس النظر إلى الإبقاء على العقد عن طريق تنفيذه بطريق التعويض وذلك بمد هذا الحكم إلى حالتي الفسخ والإبطال بسبب بيع ملك الغير ، إذ العقد يزول بالضرورة في هاتين الحالتين ، ولا يمكن القول بتنفيذه عن طريق التعويض . ولهذا نستبعد هذا الفرض . فلا يمكن مد حكم المادة ٤٤٣ إلى حالات الفسخ بسبب عدم قيام البائع بتنفيذه التزامه بنقل الملكية ، أو الإبطال بسبب بيع ملك الغير . ولكن الفرض العكسي جائز ، بمعنى أنه يصح أن نمد حكم انقضاء العقد في حالتي الفسخ أو الإبطال إلى حالة استحقاق المبيع للغير ، فن الجائز أن نقرر أن العقد يزول في حالة استحقاق المبيع ، كما يزول في حالة ثبوت أن البائع باع ملك غيره ، أو في حالة طلب الفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية . وبهذا يمكن التوفيق بين قواعد الضمان والقواعد الأخرى المتعلقة بالفسخ أو الإبطال ، خاصة وأن الاستحقاق الكلي للمبيع يقوم أساساً على أن المبيع قد ظهر أنه غير مملوك للبائع ، سواء كان هذا ابتداءً حال قيام العقد ، وهذه هي الصورة الغالبة (١) ، أم بفعل لاحق على البيع وناشئ من البائع ، كما إذا قام ببيع الشيء مرة أخرى قبل انتقال الملكية إلى المشتري الأول ،

(١) مما دعا الفقه إلى القول بأن الاستحقاق الكلي هو بيع الملك الغير ، وهو ما ذكرته المذكرة الإيضاحية بصدد المادة ٤٦٨ من القانون الحالي حين قالت : «وتلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق ، فإن الاستحقاق ، إذا كان كلياً ، كان هذا هو بيع ملك الغير ، إذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لاجنبي . ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لأحكام بيع ملك الغير » (الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٩٤) .

أو إذا كان المبيع مرهوناً ولم يقيم البائع بسداد الدين فنزعت ملكية المبيع بناء على طلب الدائنين المرتهنين .

وبهذا نجد أنه في حالة استحقاق المبيع يمكن أن تطبق الجزاءات الأخرى التي تقوم على أساس فكرة انتهاء العقد سواء بسبب الفسخ أم بسبب الإبطال. وبعبارة أخرى يمكن القول بتعميم الحكم المعمول به في حالة انتهاء العقد على هذا النحو ، ومدته إلى حالة استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً . وبذلك يمكن التوفيق بين هذه الحالات ، ورفع ما قد يكون هنالك من تناقض فيما ترتبه الجزاءات المختلفة من نتائج ، وذلك عن طريق تغليب فكرة زوال العقد لا تنفيذه .

وقد أثار البعض من الفقهاء في فرنسا فكرة الصراع بين بقاء العقد وزواله بصدد الكلام عن ضمان الاستحقاق . ذلك أن العقد قد يبقى في حالة ما إذا تم تنفيذه بمقابل أو عن طريق التعويض (١) ، ولكنه من ناحية أخرى قد يزول بسبب الفسخ أو الإبطال ، إذا ما رغب المشتري في ذلك . هاتان الفكرتان المتعارضتان المتضاربتان هما اللتان تسيطران على موضوع ضمان الاستحقاق ، الذي نعرض له ، وهما اللتان يقع الخلط بينهما عند النظر في أساس الضمان (٢) . ويجذب هؤلاء الفقهاء فكرة زوال العقد ، ذلك أن ما يحصل من حيث الواقع هو أن العقد يخفى أو يزول ، ويرد المتعاقدان إلى وضعهما السابق ، إذ أننا نوجد أمام عاقدين لم ينفذ أحدهما التزامه في عتد مازم للجانبين . وطبقاً للقواعد العامة يكون للطرف الآخر

(١) وهو ما يأخذ به المشرع المصري في المادة ٤٤٣ مدني .

(٢) وقد أبانت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بشأن المادة ٤٤٣ من القانون المدني الحالي من ذلك فقالت : « يخلط التقنين الحالي ، كما تخلص كثير من التقنينات الأجنبية ، في هذه المسألة بين الآثار التي تترتب على فسخ البيع وتلك التي تترتب على التنفيذ بطريق التعويض . من ذلك أن المادتين ٣٧٨/٣٠٤ و ٣٨٠/٣٠٦ من التقنين الحالي ترتبان أثر الفسخ ، ولكن المادتين ٣٧٩/٣٠٥ و ٣٨١/٣٠٧ ترتبان أثر التنفيذ . وكان الأولى عدم الخلط بين هذه الآثار وتلك ، على أن يختار المشتري لنفسه الطريق الأصلىح » .

أن يطلب الفسخ نظراً لاستحقاق المبيع من الغير . وهذا يعنى عدم تنفيذ العقد ، أى زواله . «وليس من المنطقي أن عقداً من العقود التي تزول ينفذ في الوقت ذاته» ، حتى ولو كان ذلك التنفيذ عن طريق التعويض ، أو بمقابل « (١) . فمن الناحية الواقعية ينقضى البيع بأثر رجعي ، ولذا فإن ما تم من أداءات تنفيذاً للعقد ، ينبغي أن يرد ، كما هو الشأن في حالة ما إذا أبطل العقد أو فسخ (٢) .

٣٧ - اتفاق الحل السابق مع الحل السائد في ظل القانون الفرنسي :
قدمنا فيما سبق أن الاتجاه السائد الآن في ظل القانون الفرنسي لا يجعل رجوع المشتري على البائع في حالة الاستحقاق الكلي على أساس قيام العقد ، ولكنه يجعله على أساس انقضائه . فالبائع الذي لا ينقل إلى المشتري ملكية المبيع يتخلف عن أداء التزامه ، مما يخول للمشتري طلب الفسخ . ولهذا فإن الرجوع يكون بدعوى استرداد ، لا على أساس التعويض .

وقد أخذ واضعو القانون الفرنسي في هذا برأى الفقه القديم الذي قال به «بوتيه» و «ديمولان» ، اللذان يخولان للمشتري استرداد الثمن بدعوى المطالبة بما حصل عليه دون سبب . ذلك أن المشتري قد أوفى به تنفيذاً لبيع لم يؤد إلى انتقال الملكية إليه ، فهو لم ياتزم بدفعه ، أو لم يدفعه إلا بقصد اكتساب ملكية المبيع . ولهذا إذا لم يحصل على هذه الملكية يكون قد دفع

(١) Gross : المرجع السابق بند ٣٣٩ ص ٣٢٣ . وقد جاء فيه ما نصه :

« ... il ne parait pas logique qu'un contrat qui disparaît soit en même temps exécuté, même par équivalent ».

(٢) Mazeaud : دروس في القانون المدني ج ٣ ، المرجع السابق بند ٩٦٦ ص ٨٢١ .

ونص ما قاله :

« La vente, se trouve, en effet, retroactivement anéantie;
les prestations faites en exécution du contrat doivent être restituées, comme dans le cas où le contrat est annulé ou résolu.

ويقول الأستاذ لوران : Laurent المرجع السابق بند ٢٣٤ : ان القضاء الفرنسي يقرر ان للضمان أثر الفسخ ، وذلك باعادة الحال إلى ما كان ، كما لو أن البيع لم ينعقد . وانظر كذلك موسوعة Dalloz تحت «بيع» رقم ١٤٦٤ .

ما لا يجب ، فله استرداده . ولما كان الاسترداد ليس على أساس التعويض ، بل على أساس رد ما دفع دون حق فان له ن يسترد الثمن كاملاً، حتى ولو كانت قيمة المبيع وقت الاستحقاق أقل من الثمن (١) .

٣٨ - اتفاق هذا الحل كذلك مع ما تأخذ به الشريعة الاسلامية :
ويتفق الاتجاه الذى نقول به كأساس للرجوع فى حالة الاستحقاق الكلى للمبيع ، مع ما تقضى به الشريعة الاسلامية . إذ يؤخذ مما ورد فى هذا الصدد أن رجوع المشتري يكون على أساس انتهاء العقد ، لا على أساس تنفيذه بطريق التعويض . ويستفاد ذلك من اعطائه الحق فى استرداد الثمن فقط ، سواء زادت قيمة المبيع عن هذا الثمن أم نقصت .

فقد نصت المادة ٤٩١ من مرشد الخيران على أن «البائع ضامن للمبيع بشمته عند استحقاقه للغير ، ولو لم يشترط الضمان فى العقد . وللمشتري أن يسترد الثمن بتمامه ، ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان (٢) .

(١) وهذا ما تصرح به المادة ١٦٣١ فرنسى ، أيا كان سبب هذا النقص . انظر فى هذا : Baudry et Saigat : المرجع السابق بند ٣٧٠ و ٣٧٣ : Aubry et Rau : بند ٣٥ هامش ٣٠ Laurent بند ٢٣٤ . ويضيف هذا الأخير أن القانون يتفق فى هذا الصدد مع العدالة، إذ العدالة تقضى بالأى يرى أحد على حساب الغير . ولهذا فانه مما يتنافى مع العدالة أن يحتفظ البائع بالثمن أو بأى جزء منه دون سبب (انظر ص ٢٣٤ من هذا المرجع والمراجع الواردة فى هامش ١ ومنها «بوتيه» فى البيع بند ٦٩ . وانظر كذلك : موسوعة دالوز تحت «بيع» رقم ١٤٦٧ . وإذا كان للمشتري أن يسترد الثمن كاملاً ، حتى ولو لم يكن له حق فى التعويض ، فلا يكون له أن يسترد أكثر مما دفع .

(٢) فقد نصت المادة ٥١٢ من مرشد الخيران على أنه «إذا استحق المبيع على المشتري بالبينة ، فله استرداد الثمن بتمامه من البائع ، ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان» .

وجاء فى «جامع الفصولين (الجزء الأول ط ١ بالمطبعة الأزهرية سنة ٣٠٠) فى باب الاستحقاق ص ٢١٩ ما يأتى : «شرى بيتنا ذا سقفين وقبضة ، فخرّب السقف الأعلى ثم استحق الأسفل يرجع بحصة الأسفل لا بحصة الأعلى وان لم يذكر البناء فى الشراء لأن البناء وان كان تبعاً لكن لما قبض صار مقصوداً وصار له حصة من الثمن . ولو استحق الأعلى والأسفل بعد التخريب فالمستحق يضمه قيمة المنقوض و يرجع المشتري على بائعه بكل الثمن» .

ومن ناحية أخرى إذا زادت قيمة المبيع عن الثمن لا يكون له الا الثمن فقط (١) .

وإذا ما استحق المبيع ، فان البيع لا يفسخ ، ولا يكون للمشتري نقضه بمجرد الاستحقاق دون قضاء و دون رضا البائع (٢) . ولكن يفسخ البيع لأبد من رجوع المشتري على بائعه بثمنه . فاذا رجع يفسخ (٣) . ويبدو أنه يلزم أن يكون هذا الرجوع عن طريق القضاء . فالعقد «في الاستحقاق الناقل لا يفسخ بالاستحقاق ، ما لم يقض القاضى بفسخه ، أو يقض للمشتري بالرجوع على بائعه بالثمن . وأما قبل ذلك فلا يفسخ ، بل يكون موقوفاً على إجازة المستحق .. » (٤) .

هذا وقد اختلف فيما إذا كان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد على الاجازة لا نقضه . فقد جاء في هذا الصدد أن استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه وفسخه في ظاهر الرواية .

(١) المادة ٥١٣ من مرشد الحيران ، وقد أشار إلى أن هذا قد جاء في «الخيرية» من أوائل باب الاستحقاق ص ٢٢٣ .

(٢) الفتاوى الانقروية ج ٢ ص ١٨١ . جامع الفصولين ج ١ ص ٢٠٨ - ٢٠٩ . فقد جاء في هذا الصدد : «ولو استحق فأراد المشتري نقض البيع بلا قضاء ولا رضا البائع ، لا يملكه . » وجاء في الفتاوى (آخر ص ١٨٠) «الصحيح أن البياعات لا تنفسخ بالاستحقاق ما لم يرجع كل واحد على بائعه بقضاء» .

(٣) وهذا هو الصحيح على ما جاء في الفتاوى الانقروية ج ٢ ص ١٨٠ وفي جامع الفصولين ج ١ ص ٢٠٨ . فقد جاء عن البيع متى يفسخ : «قيل إذا قبض المستحق ، وقيل بنفس الحكم . والصحيح أنه لا يفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بثمنه . فاذا رجع يفسخ ، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح» .

وجاء في جامع الفصولين (ج ١ ص ٢١٣ بالهامشية) «... أن الإستحقاق وان صح لا يوجب فسخ العقد بل هو باق ، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح . وفي ظاهر الرواية لا يفسخ ما لم يفسخ وهو الأصح» . أنظر ما جاء في بقية الهامشية المشار إليها .

(٤) أنظر المادة ٤٩٨ من مرشد الحيران ، وانظر كذلك المادة ٤٩٧ التي تميز بين الاستحقاق المبطل للملك والناقل له .

وعن أبي حنيفة أن الخصومة بطلب الحكم من القاضى دليل نقض العقد فينتقض به العقد ، كما ينتقض بصريح النقض حتى لا تعمل فيه إجازة المستحق بعد ذلك .

وعن أبي يوسف رواية أخرى أن المستحق إذا قال عند الخصومة أنا أؤيم البينة لأجيز العقد فحكم له لا ينتقض العقد وتعمل اجازته ، وان لم يقل ذلك لا تعمل اجازته .

وفي ظاهر الرواية أنه ليس شيء من ذلك دليل النقض ، وإذا أجاز المستحق البيع وعملت إجازته ، كان الثمن للمستحق ولكن البائع يقبضه ويدفعه للمستحق (١) .

نخلص مما سبق إلى أن الشريعة الاسلامية تجعل للمشتري الرجوع على البائع بالثمن لا بقيمة المبيع ، ويكون له ذلك بصرف النظر عما قد يحدث في المبيع من زيادة أو نقص . وفي هذه الحالة ينتقض العقد إما عن طريق التراضي أو التقاضى ، فلا يفسخ العقد من مجرد الاستحقاق . إذ قد يجيز المستحق العقد .

٣٩ - حكم علم المشتري بسبب الاستحقاق عند الرجوع على البائع في ظل الشريعة الاسلامية: يوضح مما جاءت به الشريعة الاسلامية في هذا الصدد أن علم المشتري بكون المبيع ليس ملكاً للبائع لا يمنع من رجوعه بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع (٢) . وقد ورد في هذا الصدد أنه إذا اشترى شيئاً من رجل يعلم أنه ليس ملكاً له بل لغيره ، فبعد ما استحق

(١) أنظر في هذا : جامع الفصولين ج ١ من أول الفصل السابع عشر ص ٢٢٦ . وانظر كذلك التعليق الوارد في حاشية ص ٢٠٨ . ثم انظر في أن يبيع ملك الغير ينعقد موقوفاً : عبد الرزاق حسن فرج : نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامى (دراسة مقارنة) ، القاهرة سنة ١٩٦٨ ص ١١٩ وما بعدها .

(٢) المادة ٤٩٤ من مرشد الخيران (نقلها في الدر من أواخر الاستحقاق ص ٩٩) .

ذلك الغير ، وأخذ المشتري من يد المشتري ، يرجع المشتري على البائع .
ولا يمنع علمه بالاستحقاق صحة رجوعه (١) .

هذا من ناحية أثر العلم بسبب الاستحقاق على الرجوع بالثمن . أما من
ناحية المبالغ الأخرى التي قد تستحق للمشتري إلى جانب الثمن ، فيبدو
أن للعلم بسبب الاستحقاق أثره بالنسبة لتلك المبالغ ، فلا تسوى الشريعة
بين المشتري الذي يعلم بسبب الاستحقاق ، والمشتري الذي يجهل هذا السبب .
أى لا تسوى بين حالة حسن أو سوء نية المشتري عند الرجوع بتلك المبالغ .
فاذا كان يعلم سبب الاستحقاق لا يكون له حق في المبالغ الأخرى غير
الثمن . إذ جاء في «الفتاوى الانقروية» : «اشترى داراً وهو يعلم أن البائع
غاصبها ، باعها بلا اذن المالك ، وبني فيها ، ثم استحققت بوجه شرعي ،
لا يرجع بقيمة البناء على البائع لأنه مفتر لا مغرور (٢) .

ولو عرف المشتري أن الدار لغير البائع ، ولم يدع البائع الوكالة ،
فبني ، فاستحققت لم يكن مغروراً . ولو لم يعلم أنه يبيع بأمره ، ولكن البائع
قال إنه أمرني ببيعها ، فشرهاها ، فبني ، ثم استحققتها مالكة وأنكر الأمر
بالبيع ، فالمشتري يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة بنائه لتحقق الغرور» (٣) .

(١) الفتاوى الانقروية ج ٢ ص ١٧٧ من أول باب الاستحقاق بالحاشية رقم ٣ . وانظر
أيضاً ما جاء في جامع الفصولين ج ١ ص ٢١٠ . وقد جاء في هذا المرجع الأخير كذلك :
«شراء عالمًا بأنه ليس لبائعه ، ثم استحق ، يرجع بثمنه . ولو برهن بائعه أن المشتري أقر بعد
الشراء أنه للمستحق لا يبطل حق رجوعه بثمنه» .

(٢) الفتاوى الانقروية ج ٢ ص ١٨٩ وقد أشار إلى البزازية في السادس عشر من الدعوى .

(٣) الفتاوى الانقروية ج ٢ ص ١٨٩ . جامع الفصولين ج ١ ص ٢١٨ .

وقد ورد في هذا الصدد ، في الموضوع المذكور من المرجعين السابقين ، مثل آخر : «لو اشترى
أمة عن يقول أمرني مالكتها ببيعها ، فأولدها المشتري . ثم أنكر مالكتها الأمر بالبيع ، فالولد حر
بقيته ، ويرجع المشتري بالثمن والقيمة على بائعه .» ومن الواضح أن المشتري يرجع هنا بالثمن
ثم بقيمة الولد لأنه كان يجهل عند البيع أن المبيع (الأمة) كان مملوكاً لغير البائع . وذلك على خلاف حالة
ما إذا «شراء أمة غصبت ، وهو يعلم أن بائعه غاصب ، فأولدها فولدها رقيق لعدم الغرور ولعلمه»
(جامع الفصولين ج ١ ص ٢١٠) . ولكن هذا العلم لا يمنع من الرجوع بالثمن على البائع .

ثم انظر أيضاً ما يكون للمشتري أن يرجع به في حالة احداث زيارات في المبيع (الفتاوى
الانقروية ج ٢ ص ١٨٨ في آخر الصفحة . جامع الفصولين ج ١ ص ٢١٧) .

المبحث الرابع

الاخذ بالحل السابق يقتضى تعديل النصوص القائمة

٤٠ - هدف التعديل واسسه : بينا فيما سبق أن وضع النصوص القائمة ، الذى أثار الخلاف بين الفقهاء ، يودى إلى حلول متناقضة متعارضة فى الموضوع الواحد . ولا شك فى أن حسن السياسة التشريعية يقتضى العمل على ازالة مثل هذا التناقض . وقد رأينا أن الاتجاه الذى يهدف إلى عدم تنفيذ العقد عن طريق التعويض فى حالة الاستحقاق الكلى ، ويأخذ بفكرة زوال العقد فى هذه الحالة ، يحقق التنسيق ويرفع التناقض الذى أشرنا إليه .

هذا الاتجاه يهدف إلى أمرين رئيسيين : أولهما أن العقد ينقضى إذا ما استحق المبيع استحقاقاً كلياً . وتفريعاً على هذا الانقضاء يكون للمشتري أن يطالب البائع بالثمن فقط . وذلك على أساس أن هذا الثمن يصير دون سبب بين يدي البائع ، فيكون للمشتري استرداده بدعوى دفع غير المستحق . وهذا هو ما يتجه إليه القانون الفرنسى والرأى السائد فى ظله ، سواء فى محيط الفقه أم القضاء ، كما تتجه إليه التشريعات الحديثة خاصة التشريعات العربية (١) ، هذا فضلاً عن أنه هو الحل الذى تأخذ به الشريعة الاسلامية كما بينا .

وثانيهما : أنه عندما يراد الرجوع على البائع بالمبالغ الأخرى ، أو التعويضات بصفة عامة ، غير الثمن ، ينبغى أن ينظر إلى حسن أو سوء نية المشتري وقت البيع ، ولا شك أن التنسيق بين أحكام الضمان فى هذا الصدد ، وبين أحكام بيع ملك الغير ، يقتضى أن يعمم الحكم الوارد فى إصداد بيع ملك الغير بالنسبة لاستلزام حسن نية المشتري للرجوع بالتعويض ، عندما يحكم بابطال البيع . وقد رأينا أن الشريعة الاسلامية قد عاجلت هذا الموضوع

(١) انظر المادة ٤٣٣ من قانون الموجبات والعقود البناني ، وانظر كذلك المادة ٥٥٤ هراقى .

وأدخلت علم المشتري بسبب الاستحقاق في الاعتبار عند رجوعه بالمبالغ الأخرى التي قد تستحق له خلاف الثمن (١) .

٢١ - **تهديد المبالغ التي يمكن الرجوع بها غير الثمن** : ومع ذلك فإنا بصدد تلك المبالغ الأخرى غير الثمن ، يشور الأمر حول مدى ما يكون للمشتري أن يرجع به إذا كان حسن النية ، يجهل عند البيع خطر الاستحقاق الذي يتعرض له . هل يشمل ذلك قيمة الثمار والمصروفات ، ثم ما قد يستحق من تعويض . أم يقتصر الأمر على هذا البند الأخير وهو التعويض ؟

سبق لنا التعرض لهذا الموضوع وبيننا ان الفقه الفرنسي لا يتفق حوله وخاصة بالنسبة لنتائج المادة ١٥٩٩ مدني المتعلقة ببيع ملك الغير . ويرجع ذلك إلى اختلافهم حول المعنى المقصود بكلمة تعويض (dommages-intérêts) ، خاصة وان المادة ١٥٩٩ لم تحدد مبلغ التعويض الذي يكون للمشتري أن يرجع به في حالة شراء ملك الغير ، كما لم تحدد كيفية احتسابه . ولهذا قيل بمد أحكام الضمان في هذا الصدد إلى بيع ملك الغير باعتبار أنه الأمر لا يعدو أن يكون ضماناً سابقاً لأوانه ، أي حتى ولو لم يحصل تعرض فعلا ، طالما ثبت أن المبيع مملوك للغير (٢) .

(١) أنظر ما قدمنا في الفقرة السابقة . وانظر ما جاء في جامع الفصولين (ج ١ ص ٢١٠) من أنه إذا اشترى من غاصب مع علمه بذلك ، ثم أنتج المبيع (المبيع جارية فولدت) ، يرجع بالثمن فقط . وذلك لأنه كان يعلم عند البيع بأنها ليست ملكاً للبائع . وانظر ما يقابل ذلك في الفتاوى الانقروية (ج ٢ ص ١٨٦) بالنسبة للمغرور وهو من اشترى أمة على أنها ملك للبائع ثم ظهر أنها لغير البائع ، إذ يكون الولد حراً بالقيمة . أي يرجع بالثمن وبقيمة الولد في هذه الحالة الأخيرة - أنظر ما قدمنا في الهامش قبل السابق .

ومن هذا نتبين أن حسن نية المشتري تجعل له الحق - علاوة على الثمن - في المطالبة بنتاجه . وقد أوردوا مثلاً آخر في هذا الصدد في حالة ما إذا باع رجل فرساً أو غيرها من الحيوانات فقال هو ملكي ، فولدت عند المشتري ، ثم استحققت ، فالمستحق يأخذ المبيع مع أولاده . والمشتري يرجع على البائع بالثمن بقيمة الأولاد ، لأنه المغرور من جهة البائع فترجع المهده إليه (الفتاوى الانقروية ج ٢ ص ١٨٧ . جامع الفصولين ١ ص ٢١٨) .

(٢) أنظر : Beudant : المرجع السابق بند ١٠٨ ص ٧٦ .

Planiol-Ripert et Hamel المرجع السابق ج ١٠ بند ٤٩ ص ٥٣ .

ولكن الفقهاء قد اختلفوا حول مدى اعمال تلك الأحكام في حالة بيع ملك الغير . ذلك أن المادة ١٦٣٠ مدني فرنسي تقرر أنه يكون للمشتري في حالة الاستحقاق الكلي أن يرجع : (١) بالثمن . (٢) بالثمار التي أجبر على ردها إلى المالك المستحق (٣) بالمصروفات ... المتعلقة بدعاوى الضمان ، (٤) ثم بالتعويضات ، ومصروفات العقد . وقد رأينا أن البعض منهم يقصر المقصود بالتعويضات ، التي لا يكون للمشتري سبب النية أن يرجع بها ، على البند الرابع فقط بحيث يستطيع المشتري ولو كان سبب النية أن يرجع بالثمن ، وفضلا عن ذلك يرجع بالثمار والمصروفات طبقاً لما جاء في البندين الثاني والثالث من هذه المادة (١) .

وقد كان لهذا الرأي صداه بالنسبة لبعض التشريعات الحديثة . من ذلك ما جاء في المادة ٤٣٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، إذ لم يستلزم هذا النص توافر حسن النية لدى المشتري الا بالنسبة لحالة المطالبة بالتعويض فقط ، دون المبالغ الأخرى . فقد بينت هذه المادة أن للمشتري أن يطالب : ١ - برد الثمن ، ٢ - بقيمة الثمار ، ٣ - بالمصاريف ، ٤ - ببدل العطل والضرر ، مع النظر بعين الاعتبار إلى قيمة تحسين الملك عند الاقتضاء ومصاريف العقد ورسومه القانونية . ثم أضاف البند الأخير من هذه المادة : «على أنه لا يحق للمشتري أن يطالب ببدل العطل والضرر ، إذا كان علماً وقت البيع بخطر الاستحقاق» . وقد وردت هذه العبارة متعلقة بالفقرة السابقة عليها ، وهي التي تتكلم عن حق المشتري في المطالبة «ببدل العطل والضرر ..» ، فيقتضى بأنه لا يحق للمشتري المطالبة به (بدل العطل والضرر) الا إذا كان حسن النية «وقت البيع» . ولا يفهم من ورود النص على هذا النحو أن حسن النية يجب أن يقوم في الحالات الأخرى الواردة

(١) وان كان يراعى قصر تطبيق المادة ١٦٣٠ فقرة ثانية المتعلقة بالثمار على حاله ما إذا كان المشتري حسن النية عند العقد ثم ساءت نيته بعد ذلك . إذ طبقاً للقواعد المتعلقة باكتساب الثمار بحسن نية يجب على المشتري أن يردّها أو قيمتها من يوم أن ساءت نيته . فهذه هي الثمار التي يخوله نص المادة ٢/١٦٣٠ استردادها من البائع . أنظر في هذا Beudant المرجع السابق بند ٢١٣ خاصة ص ١٦٥ - ١٦٦ . وكذلك بند ٢١٥ ص ١٧٠ .

في الفقرات السابقة من المادة ، حتى يمكنه أن يرجع على البائع . وهذا بطبيعة الحال مع مراعاة ما يقضى به القانون بالنسبة للثمن بصفة خاصة (١) .

ومع ذلك فإن الاتجاه السائد في ظل القانون الفرنسي ، والذي تويده غالبية الفقهاء ، يرى أنه ليس للمشتري أن يسترد سوى الثمن فقط . أما المبالغ الأخرى التي نص عليها في الفقرات الثانية والثالثة والرابعة من المادة ١٦٣٠ مدني ، فإنها تدخل بصفة عامة تحت التضمينات أو التعويضات (dommages-intérêts) ، وأن ما جاء في الفقرتين الثانية والثالثة - وهو ما يتعلق بالثمن ، والمصروفات - ليس الا تطبيقاً للفقرة الرابعة التي تتكلم عن التعويض . وبعبارة أخرى إن هذا الاتجاه السائد يفرق بين حق المشتري في استرداد الثمن ، وحقه في استرداد المبالغ الأخرى . ولكي يستحق تلك المبالغ الأخرى ، ينبغي أن يكون حسن النية وقت العقد ، أي مجهل سبب الاستحقاق الذي يتعرض له (٢) .

وفي اعتقادنا أنه لا ينبغي أن يسوى بين المشتري حسن النية والمشتري سيء النية . وأنه إذا كان المشتري سيء النية يعلم عند البيع بخطر الاستحقاق فإنه ينبغي أن يقتصر حقه على استرداد الثمن فقط ، ما لم يكن قد اشترط عدم الضمان علاوة على ذلك طبقاً لما تقضى به المادة ٤٤٦ من القانون المدني الحالي . أما إذا كان حسن النية ، مجهل عند البيع سبب الاستحقاق ، فإن له الرجوع - علاوة على الثمن - بالتعويضات ، فيعوض عن كل ضرر

(١) أنظر في هذا تفصيلاً أكثر : مؤلفنا : عقد البيع في القانون اللبناني ، بيروت ١٩٦٨ بند ١٨٣ وخصاه ص ٣٨٨ والهامش و ص ٣٨٩ - وكذلك بند ١٨٤ .

(٢) أنظر في هذا : Aubry et Rau : بند ٣٥٥ هامش ٣٢ Laurent بند ٢٤١ ص ٢٤٠

Baudry et Saignat بند ٣٧٥ Josseland بند ١١٢ ص ٥٨٢ Planiol-Ripert et Hamel

بند ١١٣ ص ١٢٣ . وانظر كذلك محكمة Colmar في ١٩٥٠/١٠/٢٠ .

(D. 1951. 69) . وقد جاء فيه أن المشتري سيء النية لا يكون له إلا الحصول على الثمن

الذي أداه فقط ، دون أية تعويضات أخرى ، ثم انظر كذلك بالنسبة لاستلزام حسن النية للحصول على المبالغ الأخرى : نقض تجاري فرنسي في ١٩٥١/٢/٢٨ . Bull Cass. 1951. 2.64

حاق به من جراء عدم تنفيذ العقد . وفي هذا تنطبق التواعد العامة في تحديد التعويض الواجب له نظراً لعدم قيام الطرف الآخر بالتنفيذ .

وإذا كان المشتري الذي يعلم أن المبيع مملوك للغير يحرم من الرجوع بالتعويض ، فإن هذا الحكم يكشف - كما قيل - عن مبدأ قانوني عام ، يجب لذلك اعماله في كل الحالات المماثلة ، كما هو الشأن في حالة الاستحقاق الكلي . ومقتضى ذلك المبدأ العام أن كل متعاقد يعلم عند التعاقد حالة الأشياء لا يكون له أن يشكو بعد ذلك من ضرر تسبب له . وعلى ذلك إذا كان المشتري يعلم أن المبيع كان مهدداً بخطر الاستحقاق ، ثم تحقق هذا الخطر وترتب على ذلك أن حاق به ضرر يتجاوز الثمن الذي دفعه والذي ينبغي أن يردده البائع ، كان عليه أن يتحمل بذلك ، إذ كان ينبغي أن يتوقع ذلك عندما أقدم على إبرام العقد . فهو لم يقع في غلط بسبب ناشيء من البائع ، كما أن هذا الضرر لم ينزله به البائع له كذلك . ولهذا قيل ان العلم بخطر الاستحقاق يعادل شرط عدم الضمان . ولكنه هنا شرط ضمنى ، بدلا من يكون صريحاً (١) . ومن هذا تبين أن المشتري إذا كان عالماً بخطر الاستحقاق لا يكون له سوى الثمن ، وما زاد على ذلك يدخل في نطاق ما يفقده بسبب سوء نيته .

ويبدو أن المشرع يؤيد هذا النظر في المادة ٤٤٦ . إذ تقتضى هذه المادة أن المشتري يقيد حقه - حتى في استرداد «قيمة المبيع» ، متى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، واتفق علاوة ، على ذلك ، على عدم الضمان . فهذا النص يكشف عن أنه بدون هذا الاتفاق على عدم الضمان ، يكون للمشتري سبب النية الذي يعلم سبب الاستحقاق ، أن يحصل على قيمة المبيع ،

(١) أنظر في هذا : Pothier : عقد البيع بند ١٨٧ . وقد أشار اليه Laurent : بند ٢٥٩

ص ٢٥٨ . وانظر كذلك رسالة Gross المرجع السابق بند ٣٤١ .

ويراعى أن هذا الشرط الضمنى بعدم الضمان لا يزول أثره الا بشرط صريح بالضمان . فاذا كان المشتري يعلم بخطر الاستحقاق ولكنه اشترط على البائع الضمان ، فانه يلزم أن يكون هذا الشرط بالضمان صريحاً .

أى أنه يحرم بذلك من التعويضات (١) . والواقع أنه إذا كان المشتري يعلم سبب الاستحقاق ، ثم اشترط علاوة على ذلك عدم الضمان ، فإن لهذا أثره وهو استبعاد الرجوع بالثمن . فإذا لم يوجد هذا الشرط ، فلا يكون للمشتري الذى يعلم سبب الاستحقاق الا الرجوع بالثمن فقط .

٤٢ - موقف محكمة النقض : وبالإضافة إلى ما سبق ، فإنه يجب الاعتداد في هذا الصدد بما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية ، حتى في ظل القانون المدنى الحالى ، من أنه إذا كان المشتري سىء النية يعلم عند البيع بخطر الاستحقاق ، فلا يكون له الرجوع بالتعويضات .

فإذا كان حسن النية واشترى على أن المبيع مملوك للبائع ، ثم تبين بعد ذلك عدم ملكية هذا البائع للمبيع ، فإن هذا الأخير يكون ملزماً - في حالة نزع ملكية هذا الشيء من المشتري - بالتضمينات ، وذلك علاوة على «ثمن» المبيع (قيمته في ظل القانون الحالى) (٢) .

ويبدو أن المحكمة مستقرة على هذا ، حتى في ظل القانون المدنى القائم ، ورغم اتجاه غالبية الفقه إلى القول بأن للمشتري أن يرجع بالثمن والتضمينات ، في جميع الحالات ، سواء كان حسن النية أم سىء النية . فقد جاء في حكم حديث لها أن «الأصل أنه لا يجوز للمشتري عند حصول تعرض له في

(١) أنظر ما قاله الأساتذة : Planiol-Ripert et Hamel (المرجع السابق - ص ١٠ بند ١١٣ ص ١٢٣) في هذا الصدد . حيث جاء أن المادة ١٦٢٩ (المقابلة للمادة ٤٤٦ مصرى) تعطى لنا في هذا الصدد حجة رائدة ، ذلك أنها تحرم المشتري من الحق في المطالبة بالثمن متى كان هذا المشتري الذى يعلم سبب الاستحقاق ، قد قبل شرط عدم الضمان في عقد البيع . وعلى هذا فإنه حتى بدون هذا الشرط ، فإن المشتري يحرم من أية تعويضات ، وذلك من مجرد سوء نيته . أنظر كذلك بند ١٢٤ من المؤلف نفسه ص ١٣٤ .

(٢) أنظر نقض في ١٩ نوفمبر ١٩٣١ في مجموعة النقض في ٢٥ سنة تحت «بيع» قاعدة ٧٨ وفي المحاماة س ١٢ رقم ١٥٩ ص ٢٩٦ . وكذلك حكما في ١٩٥١/٢/١ مجموعة النقض المذكورة قاعدة ٨٣ . وانظر كذلك حكما في ١٩٥٤/١/٢١ بالموضع ذاته قاعده ٨٨ (وان كان يبلو من وقائمه أنه كان مشروطاً عدم الرجوع الا في حدود الثمن) .

الانتفاع بالمبيع أو عند استحقاق هذا المبيع ، أن يرجع على البائع بالتعويضات إذا كان المشتري يعلم وقت البيع بسبب التعرض أو الاستحقاق « (١) .

٤٣ - **الأسس التي ينبغى أن يقوم عليها التعديل** : من كل ما سبق يتضح لنا أنه ينبغى التدخل لوضع نص يعالج الأمر في حالة الاستحقاق الكلي للمبيع . وقد قدمنا أن هذا النص ينبغى أن يقوم على أساس فكرة زوال العقد بصفة عامة . فلا يقوم على أساس بقاء العقد والتنفيذ بطريق التعويض كما هو الشأن بالنسبة لما يأخذ به القانون الحالي . وبذلك يكون للمشتري في حالة الاستحقاق الرجوع بثمن المبيع ، لا بقيمته عند الاستحقاق (٢) .

كما ينبغى أن يفرق في صدد هذا النص بين حسن وسوء نية المشتري ، أى بين علمه أو جهله وقت البيع بسبب الاستحقاق ، حتى ينسجم الحكم بذلك مع ما يقضى به المشرع في حالة بيع ملك الغير . وينبغى أن يبين في هذا الصدد أن المشتري لا يكون له الحق في التعويضات إلا إذا كان حسن النية وقت البيع ، يجهل سبب الاستحقاق . وبذلك ينصرف أثر حسن النية أو سوءها مباشرة إلى حالة استحقاق المبيع ، دون حاجة إلى محاولات لقياس حكم هذه الحالة على حالة بيع ملك الغير (٣) ، حتى تستقل بذلك أحكام الضمان، وحتى يقطع في هذا الصدد ما يثور من خلاف في محيط الفقه .

-
- (١) نقض مدني في ٧ يولية ١٩٦٤ مجموعة المكتب الفني س ١٥ قاعدة ١٤١ ص ٩٢٠ .
(٢) هذا مع مراعاة ما يقضى به القانون في حالة اشتراط عدم الضمان إذا كان المشتري يعلم سبب الإستهقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار طبقاً لما تقضى به المادة ٤٦٤ من القانون الحالي .
(٣) وهو ما فعله المشرع اللبناني إذ نصت المادة ٤٣٣ موجبات على ضرورة حسن النية لاستحقاق التعويض (بدل العطل والضرر) . وهذا النص يأخذ بنفس الحكم الذي ورد في حالة بيع ملك الغير ، حيث يستأزم المشرع في المادة ٣٨٥ أن يكون من اشترى ملك الغير حسن النية لكي يمكنه الرجوع بالتعويض (بدل العطل والضرر) على البائع .
(أنظر مؤلفنا : عقد البيع في القانون اللبناني ، بيروت ١٩٦٨ هامش ١ ص ٣٨٨) .

وإذا قيل بتطبيق فكرة حسن النية على النحو السابق ، لكي يتمشى النص مع حكم بيع ملك الغير ، فاننا بهذا نحقق التجانس بين صدر النص الذى يمكن وضعه ، وبين هذا الحكم ، إذ أن صدر النص كما قدمنا ينبغى أن يقوم على أساس فكرة زوال العقد ، وهو ما يتحقق كذلك فى حالة بيع ملك الغير ، إذ يبطل العقد ، وينقضى .

وبهذا نتجنب ما وقع فيه واضعوا مشروع القانون المدنى ، الذى قامت باعداده اللجنة المشكلة لمراجعة التشريعات المدنية (١) ، من تعارض فى هذا الصدد . فقد اقترحت هذه اللجنة (٢) تعديل المادة ٤٤٣ من القانون الحالى بنص يجرى على النحو التالى :

«إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع «قيمة المبيع» وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . وللمشتري ، إذا كان حسن النية ، أن يطلب بالاضافة إلى ذلك :

(١) قيمة الثمار التى ألزم بردها إلى المستحق .

(ب) المصروفات النافعة التى لا يستطيع أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سىء النية .

(ج) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى وفقاً للمادة ٤٤٠ .

(د) وبوجه خاص تعويضه عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع» .

(٢) وقد شكلت هذه اللجنة بقرار نائب رئيس الجمهورية للخدمات صادر فى سنة ١٩٦٢ .

(٣) أنظر محضر الاجتماع الثانى للجنة الثانية فى ٣/٤/١٩٦٢ حيث ورد النص المقترح ومذكرته الايضاحية . ثم انظر مناقشة هذا النص فى اللجنة العامة بمحضر الجلسة الخامسة بعد المائة فى ١٢/٦/١٩٦٥ فى صفحة ٦ وما بعدها .

ويلاحظ مبدئياً على هذا النص أنه إذا كان يحول للمشتري الرجوع «بقيمة المبيع» ، فإنه يأخذ بما هو منصوص عليه في القانون الحالي ، ويقوم على أن رجوع المشتري يكون على أساس قيام العقد ، أى على أساس التنفيذ بطريق التعويض . ومن جهة أخرى فإن اعتداده بحسن النية للرجوع بالتعويضات التي نص عليها يتفق بصفة عامة مع فكرة أثر حسن النية على الرجوع بالتعويض في حالة بيع ملك الغير . مع مراعاة أن بيع ملك الغير يقوم على أساس فكرة زوال العقد عن طريق البطلان . ولهذا كان النص المقترح محلاً للنقد (١) .

٤٤ - خاتمة :

انتهينا فيما سبق من دراستنا لموضوع أثر حسن نية المشتري في رجوعه بالضمان . وقد تبين لنا ما يثيره من خلافات ومشاكل لها صداها في مجال الفقه والقضاء ، خاصة وأن محكمة النقض لا زال لها موقفها في هذا الصدد ، مبتعدة بذلك عما تتجه إليه الغالبية بين الفقهاء في الوقت الحاضر ، بل وعما يقضى به المشرع بالنسبة لأحكام الضمان . لهذا كان هدفنا في هذا الباب محاولة إنارة السبيل والقضاء بعض الأضواء على ما يثار بصدد الموضوع من مسائل ومشاكل ، عليها تبدد ما يحيط به من ظلمات ، وتزيل ما يقف في سبيله من عقبات ، وتلفت النظر إلى ضرورة مراجعة ما كان سبباً في كل تلك الخلافات في محيط الفقه والقضاء .

ولقد اقتضى ذلك أن نعرض لأثر حسن نية المشتري على رجوعه بالضمان من نواح ثلاثة : من ناحية ضمان العيوب ، ومن ناحية ضمان الاعباء أو التكاليف التي توجد على المبيع ، ومن ناحية ضمان الاستحقاق . وقد حاولنا

(١) أنظر محضر اللجنة المشار إليه في الهامش السابق ، وإن كان يراعى أن الاعتراض الذي قدمه الدكتور جلال العدوي في هذا الصدد ينصب على مسألة استلزام حسن النية للحصول على التعويض ، لاختلاف طبيعة دعوى الإبطال بسبب بيع ملك الغير عن طبيعة دعوى الضمان التي تعرض لها المادة ٤٤٣ . أنظر كذلك : أنور سلطان وجمال العدوي : عقد البيع ط ١٩٦٦ ص ٣٢١ بالهامش .

في كل من تلك الحالات أن نحدد المقصود بحسن أو سوء النية في هذا الصدد ، ونبين أثر ذلك في كل حالة منها على رجوع المشتري بالضمان . ولم نحاول في هذا الخصوص أن نقحم أنفسنا في دراسة خاصة لفكرة حسن النية ، فقد تبين لنا أن ذلك يخرج عن نطاق بحثنا (١) ، واكتفينا في هذا الصدد بالأخذ بمعيار يختلف في التطبيق بين حالة ضمان العيوب من ناحية ، وبين ضمان الأعباء أو التكاليف ، وضمان الاستحقاق من ناحية أخرى . ذلك أنه إذا كان الرأي لم يقف في حالة ضمان العيوب لدى مجرد العلم بالعيوب بل ينصرف كذلك إلى إمكان هذا العلم ، فإن الأمر بالنسبة لضمان الأعباء أو التكاليف ، وضمان الاستحقاق لازال غير مستقر من حيث مسألة إمكان العلم ، وإن كان يعتد بمعيار العلم الحقيقي ، مع مراعاة الخلاف القائم حول العلم المستمد من التسجيل . وقد رأينا أنه ينبغي الأخذ بالعلم المستمد من القيد في السجل العقاري في ظل نظام هذا السجل ، وعند تطبيقه ، حتى لا نجرده عن ميزة من أهم مزاياه .

وإذا كنا قد حاولنا خلال دراستنا أن نعرض لما تثيره فكرة حسن النية في هذا المجال ، فإن هذه الدراسة قد استلزمت أن نعرض لبعض الثغرات القائمة في النصوص التشريعية ، والتي تثير خلافات بين وجهات النظر ، ويؤدي الأخذ بوجه من هذه الوجهات أو بوجه آخر نتائج متباينة .

ولهذا حاولنا أن نبرز بعض نواحي هذا الموضوع ، وخاصة من ناحية التسوية بين حقوق الارتفاق وبين الأعباء أو التكاليف في الحكم من حيث أثر العلم بها . ذلك أن القانون الحالي لا يسوى بين التكاليف وبين حقوق

(١) يمكن الرجوع بصفة خاصة إلى ما ظهر من دراسات في هذا الصدد :

J. Jaubert : Des effets civils de la bonne foi, Pairs 1899
A. Volansky : Essai d'une définition expressive du droit basé sur l'idée de bonne foi, Paris 1939. Gorphe : Le principe de la bonne foi, thèse Paris 1928. Voin ; La bonne foi, Notion et rôle actuels en droit privé français, thèse, Bordeaux 1939. M. Gamal Eddine Zaki : La bonne, foi dans l'acquisition des droits en droit privé klude comparée, thèse . Paris — imp. au Caire 1955.

الارتفاق ، من هذه الوجهة ، رغم أن حقوق الارتفاق ما هي الا تكاليف تقع على الأعيان . فالعلم بها ، كالعلم بالتكاليف ، يجب أن يتساوى من حيث الاعتماد بما يترتب على هذا العلم من آثار . ولقد دعا هذا بعض التشريعات الأخرى إلى النص على العلم بالتكاليف التي توجد على المبيع . وإذا كانت لجنة مراجعة القانون المدني القائم قد أدخلت هذا في الاعتبار عندما عدلت نص المادة ٢/٤٤٥ من القانون المدني الحالي وصاغتها بحيث لم تعد قاصرة على حقوق الارتفاق وحدها ، بل أصبحت تنصرف إلى الحقوق الأخرى التي توجد على المبيع وتنقص من الانتفاع به ، فإن هذا النص لا شك يسوى بين حقوق الارتفاق والتكاليف من حيث أثر علم المشتري بها على رجوعه بالضمان . فقد ورد النص المقترح على النحو التالي :

«ولا يضمن البائع حقاً ينتقص من انتفاع المشتري بالمبيع ، إذا كان قد أبان عنه للمشتري ، أو كان هذا الحق ارتفاقاً ظاهراً ، أو ارتفاقاً قانونياً» (١) .

وإذا كان واضحاً أن النص المقترح يقصر علم المشتري الذي يمنعه من الرجوع بالضمان على حالة ما إذا كان البائع قد أبان عنه للمشتري ، فإنه يستبعد بذلك علم المشتري فعلاً عن غير طريق البائع ، مع أن هذا ينبغي أن يؤدي إلى نفس النتيجة ، فعلم المشتري من أي سبيل ينبغي أن يكون له أثره في رجوعه بالضمان استناداً إلى هذا الحق ، الذي ينتقص من الانتفاع بالمبيع .

لهذا فإننا نرى أن تعاد صياغة المادة ٢/٤٤٥ بحيث ينص فيها على أنه لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان على البائع إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، أو ارتفاقاً قانونياً يعتبر من القيود العامة التي ترد على الملكية ، أو كان المشتري عالماً به . ومن شأن هذه العبارة الأخيرة أن تقطع الخلاف حول هذا الموضوع والذي يثار دائماً حول مصدر علم المشتري ، وهل يكفي أن يعلم من أي سبيل أم يلزم أن يكون العلم عن طريق البائع وذلك بقيامه باعلام المشتري بوجود الحق . كما أن التنسيق بين هذا النص في وضعه

(١) أنظر فيما سبق بند ١٠

الجديد وبين المادة ١/٤٤٤ يقتضى أن يعدل هذا الأخير فينص على أنه إذا ما استحق بعض المبيع أو وجد مثقلا بتكليف لا علم للمشتري به .

وفضلا عن ذلك فقد اتضح لنا خلال دراستنا لضمان الاستحقاق ، ولأثر حسن النية في هذا المجال أن هذا الموضوع لا زال يثير الكثير من المشاكل والمسائل والتي تتركز حول أساس رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع . وقد رأينا أن تنوع الأسس التي يكون للمشتري أن يرجع بمقتضاها من شأنه أن يعطى حولا متعارضة متضاربة في المسألة الواحدة ، مما يدعو إلى ضرورة إعادة النظر حول العمل على التنسيق بين تلك الأسس منعاً لكل ما يقع من خلاف في هذا الصدد .

ولهذا كان لا بد من إعادة النظر كذلك في تلك الأسس والتنسيق بينها . وقد رأينا أن يقوم الرجوع على أساس واحد هو أن العقد في حالة الاستحقاق لا يبقى قائماً ، وبذلك يكون للمشتري أن يسترد «الثن» لا «قيمة المبيع» مهما تغيرت هذه القيمة .

كما رأينا أنه لا ينبغي أن يسوى في هذا الصدد بين المشتري حسن النية ، الذي يجهل ، وقت البيع ، سبب الاستحقاق ، وبين المشتري الذي يعلم بذلك . إذ يكون للمشتري في الحالة الأولى أن يرجع فضلا عن الثن بالمبالغ الأخرى ، والتي تدور كلها حول فكره تعويض المشتري عما سببه له عدم تنفيذ العقد من أضرار .

وبذلك ينصرف التعديل في المادة ٤٤٣ من نص القانون المدني القائم إلى مسألتين رئيسيتين : أولاها تنصرف إلى أساس رجوعه على البائع ، حتى يتحقق التناقص بين هذا الأساس وبين الأسس التي يمكن للمشتري أن يرجع بمقتضاها طبقاً للقواعد العامة في حالي الفسخ والابطال بسبب بيع ملك الغير . وأما الثانية فإنها تتعلق باستلزام حسن النية لامكان الرجوع بالمبالغ الأخرى التي تدخل تحت نطاق التعويض بصفة عامة . وبهذا نأمل أن يوضع حد لما يثار من خلافات حول هذا الموضوع . ونأمل في الوقت ذاته أن نكون قد أسهمنا في القاء الضوء على بعض نواحيه .