

الالتزام بالتسليم في عقد البيع -دراسة مقارنة-

نوفل مشرق حردان

ماجستير - 2004 - القانون -الخاص

تمهيد

ابتداءً لابد من التمهيد ببيان المميزات والخصائص التي يتميز بها الالتزام بالتسليم في عقد البيع ، ليكون بالإمكان استيعاب معالم الموضوع وإطاره من جهة ، والتمهيد لأهمية الموضوع من جهة أخرى .

1. تتميز دراسة الالتزام بالتسليم في عقد البيع بخصوصية تجعل منها الأساس لكل التزام بالتسليم ، فتتعدى حدود عقد البيع إلى غيره من العقود .

فالتسليم ليس خاصاً بالبيع بل أنه يوجد في كل تصرف قانوني ناقل للملكية كالهبة والمقايضة والشركة ، أو ناقل لحق عيني كحق الارتفاق ، أو أي تصرف قانوني ناقل لحق شخصي كالإيجار مثلاً .

وقد اعتبر القانون المدني العراقي أن الالتزام بالتسليم من مقتضيات عقود المعاوضة فجاءت المادة (143) منه على النحو التالي : (عقد المعاوضة الوارد على الأعيان يقتضي ثبوت الملك لكل واحد من العاقدین في بدل ملكه والالتزام كل منهما بتسليم ملكه المعقود عليه للآخر) .

ويلاحظ أن المشرع العراقي لم يفصل أحكام التسليم إلا في عقد البيع ولم يفعل ذلك في غيره من العقود ، بل ذهب أبعد من ذلك عندما أحال إليها صراحة بالنسبة لتسليم المأجور في المادة (748) من القانون المدني العراقي التي نصت صراحة على أنه : (يسري على الالتزام بتسليم المأجور ما يسري على الالتزام بتسليم المبيع من أحكام وعلى الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد ملحقات المأجور ، كل هذا ما لم يوجد نص يخالفه) .

ولعل سبب إسهاب المشرع العراقي في إيراد أحكام التسليم في عقد البيع هو أنه أراد لها أن تكون أحكاماً أساسية لغيرها⁽¹⁾ . والأمر كذلك بالنسبة للقانون المدني المصري ، فهو قد فصل أحكام التسليم في عقد البيع ، ولم يفعل ذلك في غيره من العقود ، ولذلك فهم شرّاح القانون المدني المصري⁽²⁾ أن هذه الأحكام ليست خاصة بعقد البيع فقط وإنما هي تعد أساسية بالنسبة لأي التزام آخر بالتسليم ، وذلك بناءً على نص المادة (206) من القانون المدني المصري ، التي تعرّضت للالتزام بالتسليم بصفة عامة وذلك بالنص على أن : (الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم) .

وفي هذا الصدد يقول العلامة السنهاوري : (أن قواعد التسليم في البيع هي التي تسري في مجموعها على كل التزام بالتسليم سواء كان التزاماً متفرعاً من

(1) د. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة/في البيع والإيجار ، ط3 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1974 ، ج1 ، ص111 . د. كمال قاسم ثروت ، شرح أحكام عقد الإيجار ، ط2 ، مطبعة أوفسيت الوسام ، بغداد ، 1976 ، ج1 ، ص105 ، بند 58 .

(2) د. توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، القاهرة ، 1979 ، ص419 . د. جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية / البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982 ، ص153 .

د. خميس خضر ، العقود المدنية الكبيرة / البيع والتأمين والإيجار ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1979 ، ص170 .

الالتزام بنقل الملكية كما في المقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، أو كان التزاماً مستقلاً كما في الإيجار والعارية) (1).

وتأكيداً لهذا الاتجاه من المشرع المصري فقد نصت المادة (566) من القانون المدني المصري وهي بصدد الحديث عن عقد الإيجار على أن (يسري على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسري على الالتزام بتسليم العين المباعة من أحكام، وعلى الأخص ما يتعلق بزمان التسليم ومكانه ومقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها) . وهذا النص مطابق لما ورد في المادة (535) من القانون المدني المصري .

2. إن التسليم عموماً ، إما أن يكون التزاماً ينشأ عن العقد بعد أن يتم ، أو ركناً في العقد ... ولتحديد نطاق البحث ، فإنه يخرج من دائرة البحث التسليم الذي يعدّ ركناً في العقد لا يتم العقد بدونه ، وهذا يكون في طائفة من العقود يطلق عليها (العقود العينية) (2) فالتسليم الذي يقع في نطاق البحث هو التزام ينشأ عن عقد البيع بعد أن يتم ، فلا أثر له على مبدأ الرضائية .

3. يتميز الالتزام بالتسليم في عقد البيع بأنه التزام تابع ، فهو يتبع الالتزام بنقل الملكية ، فيتميز بذلك عن الالتزام بالتسليم الذي يكون مستقلاً قائماً بذاته كالالتزام بالتسليم في الإيجار والعارية ، ونكتفي بالاحتفاظ للالتزام بالتسليم في عقد البيع بهذه السمة وإثباتها هنا ، مفصلين ما يترتب عليها من آثار في أثناء هذا البحث (3).

4. ويتميز التسليم الذي عليه مدار البحث بأنه التزام ينشأ عن عقد ملزم للجانبين أي (عقد تبادلي) ، والعقد التبادلي – كما هو معلوم – يترتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، ولهذه السمة أثرها على الالتزام بالتسليم من حيث جواز طلب فسخ العقد ، وجواز الدفع بعدم التنفيذ ، ومن حيث تحمل تبعه الهلاك (4).

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسط في شرح القانون المدني / العقود التي تقع على الملكية/ البيع والمقايضة ، المجلد الأول ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1960 ، ج4 ، ص558 ، هامش رقم2 .

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد/ النظرية العامة للالتزام ، دار الفكر ، بدون سنة الطبع ، ص116 ، بند 120 .

ولمزيد من التفصيل بشأن فكرة العينية أنظر : حسين عذاب السكيني ، فكرة العينية ودورها في إنشاء التصرف القانوني ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون/جامعة بغداد ، 1995 ، ص5 وما بعدها .

(3) أنظر : الفصل الثالث من هذا البحث ، ص وما بعدها .

(4) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص129-132 .

المحتويات

الصفحة	الموضوع
	المقدمة
	تمهيد
	الفصل الأول : أهمية التسليم وكيفية
	المبحث الأول : التطور التاريخي لفكرة التسليم ومدى ارتباطها بنقل الملكية
	المطلب الأول : القوانين القديمة
	المطلب الثاني : القوانين الحديثة
	المبحث الثاني : معنى التسليم وطرقه
	المطلب الأول : معنى التسليم
	المطلب الثاني : طرق التسليم في التشريعات المدنية
	المطلب الثالث : طرق التسليم في الفقه الإسلامي
	المبحث الثالث : زمان ومكان ومصاريف التسليم
	المطلب الأول : زمان التسليم
	المطلب الثاني : مكان التسليم
	المطلب الثالث : مصاريف التسليم
	الفصل الثاني : نطاق التسليم
	المبحث الأول : حالة محل التسليم
	المطلب الأول : إذا كان البيع معيناً بالذات
	المطلب الثاني : إذا كان البيع معيناً بالنوع
	المطلب الثالث : إذا كان هناك اتفاق خاص على حالة المبيع
	المبحث الثاني : ملحقات البيع
	المطلب الأول : تمييز الملحقات عما يشتهر بها من أوضاع
	المطلب الثاني : ثمار المبيع
	المطلب الثالث : معيار تحديد الملحقات
	المبحث الثالث : مقدار المبيع
	المطلب الأول : حكم التغير في مقدار المبيع في الفقه الإسلامي والقوانين المستمدة منه
	المطلب الثاني : حكم التغير في مقدار المبيع في القانون المدني المصري والقوانين المقارنة
	الفصل الثالث : دور التسليم في انتقال تبعة الهلاك
	المبحث الأول : في القوانين التي تربط تبعة الهلاك بنقل الملكية ..
	المطلب الأول : القانون الروماني

	المطلب الثاني : القانون الفرنسي
	المطلب الثالث : القانون السويسري والإنكليزي والألماني..
	المطلب الرابع : القانون اللبناني
	المبحث الثاني : دور التسليم في انتقال تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي
	المطلب الأول : تبعة الهلاك الكلي.....
	المطلب الثاني : تبعة الهلاك الجزئي
	المطلب الثالث : الاستثناءات التي ترد على مبدأ تحمل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم
	المطلب الرابع : تبعة الهلاك في البيوع التجارية
	المبحث الثالث : في القوانين التي تربط تبعة الهلاك بالتسليم
	المطلب الأول : نظرية الفقه الإسلامي في تحمل تبعة الهلاك
	المطلب الثاني : حكم تبعة هلاك المبيع ودور التسليم فيه...
	المطلب الثالث : ما يقبض على سوم الشراء وما يقبض على سوم النظر
	الفصل الرابع : التصرف في المبيع قبل التسليم
	المبحث الأول : تصرف البائع في المبيع قبل التسليم
	المطلب الأول : تصرف البائع في المبيع قبل التسليم في القوانين المقارنة
	الفرع الأول : في القانون الإنكليزي
	الفرع الثاني : في القانون الفرنسي
	الفرع الثالث : في القانون المصري
	المطلب الثاني : تصرف البائع في المبيع قبل التسليم في الفقه الإسلامي والقانون العراقي
	الفرع الأول : في الفقه الإسلامي
	الفرع الثاني : في القانون العراقي
	المبحث الثاني : تصرف المشتري في المبيع قبل التسليم
	الخاتمة
	فهرست المصادر والمراجع

بسم الله الرحمن الرحيم المقدمة

يعد الالتزام بالتسليم من أبرز الالتزامات الناشئة عن عقد البيع وهو التزام يجب على البائع تنفيذه . وتنفيذ هذا الالتزام قد لا يتم فور إبرام العقد بل قد يتراخى تنفيذه إلى ما بعد إبرامه ، وهي مسألة كثيرة الوقوع في الحياة العملية ، وهو مما يؤدي إلى بقاء العقد في الحياة القانونية مدة من الزمن قد تطول وقد تقصر إلى أن ينتهي ، سواء بالتنفيذ ، أو بالفسخ .

إن وجود مثل هذه المدة الزمنية ، التي يبقى العقد خلالها- في الحياة القانونية ، تثير العديد من التساؤلات حول حكم التغيرات التي تطرأ بعد إبرام العقد ، سواء أكانت هذه التغيرات حاصلة في المبيع كتغير حالته عما كان عليه وقت التعاقد ؛ أو هلاكه ، ... الخ ، أو حاصلة نتيجة تصرف البائع أو المشتري بالمبيع خلال هذه المدة .

ولعلنا لا نأتي بجديد إن قلنا إن الالتزام بالتسليم لم يبحث بصورة مستقلة في إطار قانوني واحد ، ومن ثم فإن نقص المكتبة القانونية منه أمر واضح ، ثم أنه جانب قانوني لا يزال يحتاج إلى نوع من التحليل للقواعد العامة وصولاً إلى وضع حلول تفصيلية مناسبة لكل وقائعه تجنباً لما قد يحصل من مشاكل قانونية يمكن أن تثار بسبب انعدام تلك الحلول ، لذلك ، فإن الباحث استناداً لهذه الأسباب ، مضافاً لما للتسليم من أهمية في الحياة العملية ، حاول جمع شتات الموضوع وصهر تفرعاته في بوتقة واحدة لتكون النتيجة هذا البحث .

والحقيقة التي لا بد من ذكرها أن تناول الموضوع تم بمنهجية المقارنة من خلال تعقب النصوص التشريعية والآراء الفقهية في مختلف النظم القانونية أياً كان موقعها من خارطة الزمان والمكان ، بدءاً بالقانون الروماني القديم وانتهاءً بأخر ما توصلت إليه النظريات القانونية الحديثة مروراً بالقوانين الوضعية الغربية منها والعربية ، ثم يّمّ الباحث وجه الدراسة والتمحيص شطر الفقه الإسلامي لما يتمتع به من أسلوب فريد في معالجة موضوع التسليم الذي يُطلق عليه تعبير (القبض) لاسيما وأن التسليم يعد فيه من أهم مسائل البيوع مما جعل لموضوع التسليم بالذات في الفقه الإسلامي مكانة مرموقة تدل عليها الدراسات المعمقة والحلول الناجعة ناهيك عن الفرضيات المفترضة التي تصدى لها فقهاء الشريعة الإسلامية بالدراسة والتمحيص .

مع الإشارة إلى أن الباحث لم يتقيد في دراسته للموضوع في الفقه الإسلامي بمذهب معين وذلك بقصد الإفادة من مزايا الدراسة والمقارنة في توسيع آفاق البحث . ولم يكن الباحث ، وهو يعرض للنصوص القانونية وآراء الفقهاء ، حبيس تلك النصوص والآراء منقاداً لها دون تبصّر ، بل أن ذلك لم يمنعه من أن يكون له مطلق الحرية في الحكم على تلك النصوص وتقويمها وانتقادها ووضع الحل البديل لغير الصالح منها .

فهذه الدراسة – إذن- محاولة متواضعة لبيان دور التسليم وأهميته في الحياة القانونية المعاصرة ، وربما هي دليل لإثبات دوره الأساسي ، رداً على الاتجاهات الفقهية التي ترى أن دوره مجرد دور هامشي أو ثانوي في أحسن الأحوال ، ولاسيما

دوره في نقل الملكية ، وهي محاولة للبحث في الأحكام القانونية المترتبة على التغيرات التي تطرأ بعد إبرام البيع وقبل التسليم خلال مدة حياة العقد المفترضة . وتجدر الإشارة إلى أن المشاكل التي اعترضت الباحث في أثناء كتابة الرسالة أصبحت اليوم هموماً مشتركة بين كل طلاب العلم ، ويتحسسها جميع رواد الفكر في البلد ، فإن الاستغناء عن ذكرها ربما يكون أولى من إطالة ذكرها ولا سيما أن الله تعالى يسر على الباحث الوصول إلى جميع ما كتب في موضوع التسليم ، وهو لا يدعي الكمال في ذلك ، إنما هو جهد المجتهد الذي إذا أصاب كان له أجران وأن أخطأ كان له أجر واحد .

توزعت خطة البحث على أربعة فصول بعد المقدمة والتمهيد :
في الفصل الأول تم بحث أهمية التسليم وكيفيته ، في ثلاثة مباحث ، المبحث الأول تناول التطور التاريخي لفكرة التسليم أما الثاني فتناول معنى التسليم وطرقه وأما الثالث فتناول زمان التسليم ومكانه ومصاريفه المترتبة على التسليم .
وفي الفصل الثاني تم بحث نطاق التسليم وذلك في ثلاثة مباحث أيضاً ، المبحث الأول تناول حالة محل التسليم والمبحث الثاني تناول ملحقات البيع فيما تناول المبحث الثالث مقدار البيع .

وفي الفصل الثالث تم بحث دور التسليم في انتقال تبعة الهلاك وذلك في ثلاثة مباحث تناول المبحث الأول دور التسليم في القوانين التي تربط تبعة الهلاك بنقل الملكية في حين تناول المبحث الثاني دور التسليم في القوانين التي تربط تبعة الهلاك بالتسليم وتناول المبحث الثالث دور التسليم في انتقال تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي .
وفي الفصل الرابع تم بحث موضوع التصرف في المبيع قبل التسليم وذلك في مبحثين ، الأول التصرف في المبيع قبل التسليم من قبل البائع أما المبحث الثاني فتناول التصرف في المبيع قبل التسليم من قبل المشتري .

ثم انتهى البحث بخاتمة تضمنت أهم ما توصل إليه البحث من نتائج وتبعها فهرست للمصادر والمراجع .

والله نسأل أن يكون هذا الجهد المتواضع مساهمة بسيطة في إغناء المكتبة القانونية والإحاطة بموضوع التسليم على الرغم من الإقرار مقدماً بعدم سهولة ذلك مع دقة التحصيل وصعوبة طرح الحلول ، إلا أن بذل ما بالوسع في تحصيل المطالب يغني عن إدراكها وقد قيل قديماً .

على المرء أن يسعى لتحصيل مطلب وليس عليه أن يكون موفقاً
(وفوق كل ذي علم) (ربّ قد آتيتني من العلم وعلمتني من تأويل الأحاديث فاطر السموات والأرض أنت وليي في الدنيا والآخرة توفني مسلماً والحقني بالصالحين) سورة يوسف (آية 101).
وصلّى الله تعالى على نبيه الأمين وآله الطاهرين وأصحابه المنتجبين . وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

الطالب / نوفل مشرف
الرمادي 19/ ذي القعدة/1424هـ
الموافق 11/كانون الثاني/2004م

المبحث الأول التطور التاريخي لفكرة التسليم ومدى ارتباطها بنقل الملكية

المطلب الأول في القوانين القديمة

أولاً . في القانون الروماني

كان للتسليم في ظل القانون الروماني أهمية كبيرة ، حيث كان التسليم إحدى الطرق ، أو الإجراءات الشكلية التي بواسطتها يتم نقل الملكية ، ذلك لأن الملكية لم تكن تنتقل بالعقد .

فعقد البيع لم يكن ناقلاً للملكية من تلقاء نفسه ، لا بل أنه لم يكن يرتب حتى مجرد التزام بنقل الملكية إلى المشتري⁽¹⁾.. ويرجع السبب في ذلك إلى أن حق التملك وإلزام الغير كان - في روما - قاصراً على الرومان فقط ، ولما كانت طبيعة عقد البيع ؛ ووظيفته الاقتصادية تقتضيان تعامل الرومان مع غيرهم من الأجانب ، واستناداً للقواعد العتيقة للرومان لا يمكن للأجانب التملك ؛ ولا إلزام الرومان بنقل الملكية ، لذلك فإن الأجانب ليس من مصلحتهم التعامل مع الرومان ؛ وهذا ما يضر بالرومان . وأمام هذه الضرورات اضطر المشرع الروماني - وقتذاك - إلى تعديل القواعد القانونية العتيقة بترتيب أثر على البيع ، وهو التزام البائع بنقل حيازة المبيع إلى المشتري بحيث يحوزه حيازة هادئة ، والتزامه - أيضاً - بضمان التعرض الصادر منه أو من أجنبي ، أي أن عقد البيع ما كان يُنشئ حقاً عينياً على المبيع وإنما كل الذي يرتبه هو حق شخصي قبل البائع⁽²⁾.

أما نقل الملكية في القانون الروماني : فكان يتم بإجراءات شكلية لاحقة للبيع ؛ كالتسليم أو الإشهاد أو الدعوى الصورية⁽³⁾ ، وهذا يعني أن نقل الملكية في القانون الروماني كان يمرّ عبر مرحلتين : الأولى : هي مرحلة التعاقد الرضائي ولا ترتب هذه سوى حق شخصي ، والثانية : هي إتباع إحدى الإجراءات الشكلية المذكورة⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية/البيع والمقايضة ، المجلد الأول ، ج ، مطابع دار النور للجامعات المرية ، القاهرة ، 1960 ، ص 407 ، بند 229 .

(2) د. عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والإيجار ، مطبعة الأهالي ، بغداد ، 1956 ، ص 19 ، بند 24 - 25 .

(3) د. عبد المنعم بدر و د. عبد المنعم البدر اوي ، مبادئ القانون الروماني ، تاريخه ونظمه ، دار الكتاب العربي ، مصر ، 1956 ، ز ص 271-294 .

(4) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 18 ، بند 24 .

نخلص من ذلك ؛ أن التسليم – في القانون الروماني – كان أحد الإجراءات الشكلية المادية الناقلة للملكية ، ثم أصبح في عهد جستنيان الطريق الوحيد لنقل الملكية على جميع الأموال⁽¹⁾.

ثانياً . في القانون الفرنسي القديم

يعد القانون الفرنسي القديم الوريث الشرعي للقانون الروماني ، وبناءً على ذلك انتقلت أحكام القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم فيما يخص نقل الملكية إلا أنه لم يتبق من الطرق الناقلة للملكية إلا (التسليم) وهو القبض . فكان الالتزام بالتسليم هو الالتزام الرئيسي الذي يترتب عليه نقل الملكية ؛ فعقد البيع – مثلاً – يترتب عليه التزام رئيسي هو تسليم المبيع ، ومتى تم تنفيذه انتقلت ملكية الشيء المبيع إلى المشتري .

استمرت هذه النظرة لنقل الملكية والتسليم إلى آخر مراحل تطور القانون الفرنسي ، إلا أنه – مع استمرار التطور – ابتدع فقهاء القانون الفرنسي القديم ما يسمى ب(التسليم الصوري) الذي يقصد به أن يذكر في العقد أن القبض قد تم ، بمعنى أن البائع قد تخلّى عن المبيع ، وأن المشتري قد تسلمه .

فكان نتيجة هذا التسليم (الصوري) أن تنتقل الملكية إلى المشتري ، والمفروض أن الملكية انتقلت بالتسليم ، والواقع : أنها انتقلت بذكر حصول القبض في العقد . على أن ذكر حصول التسليم أو القبض ما لبث أن أصبح شرطاً مألوفاً (Clause destyle) لا يخلو منه عقد⁽²⁾.

غير أنه مما يلاحظ على هذه المرحلة ؛ أن العقلية القانونية الفرنسية كانت قاصرة على إدراك أن العقد أو مجرد التراضي كافٍ لانتقال الملكية ، لذلك لما ظهر من الفقهاء من نادى بضرورة الأخذ بمبدأ انتقال الملكية بمجرد التعاقد مثل الفقيه بورجون (Bourgon) والفقيه أرجو (Argou) لم تجد أفكارهم أذاناً مصغية⁽³⁾، بدليل أن بوتييه – وهو عميد الفقه الفرنسي القديم وهو الذي ختم آخر عهود القانون الفرنسي القديم – لم يضمن تعريفه للبيع أنه ناقل للملكية إلى المشتري حيث عرّف عقد البيع كما يلي : ((البيع : عقد ، بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين وهو البائع ، نحو المتعاقد الآخر ، أن ينقل إليه شيئاً يحوزه كمالك ، لقاء ثمن هو مبلغ معين من النقود ، ويلتزم المتعاقد الآخر ، وهو المشتري ، في مقابل ذلك ، أن يدفع الثمن)) .

(1) د. عمر ممدوح مصطفى ، القانون الروماني ، الطبعة الرابعة ، دار المعارف ، مصر ، 1961 ، ص 339 . و د. محمد طه البشير و د. هاشم الحافظ ، القانون الروماني ، الأموال والالتزام ، مطبعة جامعة بغداد ، 1983 ، ص 83 .

(2) السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 408-409 ، بند 230 .
- سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة (في البيع والإيجار) ، ج 3 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1974 ، ص 10 .

(3) د. سعدون العامري ، المصدر نفسه ، ص 10 .

ويقول العميد بوتييه في تعليقه على تعريفه هذا للبيع : (أن البائع يلتزم بتسليم الشيء إلى المشتري ، وبضمان التعرض والاستحقاق ، ولكنه لا يلتزم بنقل الملكية فعلاً إلى المشتري) (1).

وإذا أضفنا إلى ذلك أن بيع ملك الغير كان يعدّ صحيحاً في هذا القانون ، تماماً ، كما كان كذلك في القانون الروماني ، أمكن أن نقول أن آخر عهد من عهود القانون الفرنسي القديم ختم ، ولم يكن التعاقد فيه يكفي لانتقال الملكية وبالتالي فإن التسليم بقي وثيق الصلة بنقل الملكية لا بل أنه الطريق الوحيد لنقلها في ظل هذا القانون وإن أصبح التسليم سورياً .

ثالثاً . التسليم في الفقه الإسلامي ومدى ارتباطه بنقل الملكية

في هذه المسألة ، يسجل قصب السبق فيها للفقه الإسلامي على القانون الروماني والقانون الفرنسي ، حيث أن فقهاء الشريعة الإسلامية جعلوا الملكية تنتقل بالعقد مباشرة .

ففي عقد البيع تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد العقد سواء أكان المبيع عقاراً (2) أم منقولاً .

فقد جاء في البدائع (3) ما نصه : (وأما بيان صفة الحكم فله صفتان : والثانية الحلول ، وهو ثبوت الملك في البديلين للحال ، بخلاف البيع بشرط الخيار ، لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في جو الحكم ، فيمنع وقوعه تمليكاً للحال . وبخلاف البيع الفاسد ، فإن ثبوت الملك فيه موقوف على ، فيصير عنده تمليكاً) . وعرف البيع المحقق الحلي بقوله ((هو اللفظ الدال على نقل الملك ، من مالك إلى آخر ، بعوض معلوم)) (4).

وهذا ما قررته مجلة الأحكام العدلية حيث نصت المادة (369) على أن ((حكم البيع المنعقد الملكية يعني صيرورة المشتري مالكا للمبيع والبائع مالكا للثمن)) . يلاحظ من هذه النصوص أن عقد البيع إذا كان صحيحاً ناقداً لازماً تنتقل الملكية فيه من البائع إلى المشتري بالعقد مباشرة (5). وتعد هذه المرحلة أكثر تطوراً من الفقه اللاتيني ، ففيه أن العقد ينشئ التزاماً بنقل الملكية .

- (1) د. السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 408 ، هامش 2 .
- (2) لعل السبب الذي من أجله لم يشترط الفقه الإسلامي أي شرط خاص في بيع العقار (كما هو واقع في القوانين المعاصرة) هو أن الأرض -وقد كانت عماد الثروة في ظل نظام الزراعة القبائلي- لم تكن محوراً لمضاربات واسعة النطاق - كما هو الحال اليوم حيث تشد حركة العمليات الاقتصادية وفعاليتها للوصول إلى أكبر وأعظم ما يمكن من الأرباح .
- أنظر : د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 141 ، بند 323 .
- (3) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، (ت 587) ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط 1 ، مطبعة الجمالية ، مصر ، 1910 ، ج 1 ، ص 243 .
- (4) تذكرة الفقهاء ، كتاب البيع ، الحسن أبو المظهر المعروف بالعلامة الحلي ، ص 3 .
- (5) منير القاضي ، شرح المجلة ، مطبعة النجاح ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ج 1 ، ص 222 .

وبناءً على ذلك فليس للتسليم (القبض) ارتباط بانتقال الملكية باعتبارها قاعدة عامة⁽¹⁾.

ويقرر الفقهاء أن العقد له أحكام منها ما هو أصلي كثبوت الملك للمشتري في المبيع وثبوت الملك للبائع في الثمن ، وهذه المرحلة مقررة قبل حصول التسليم ، وللعقد حكم تبعية كوجوب أداء الثمن من المشتري إلى البائع ووجوب تسليم المبيع من البائع إلى المشتري⁽²⁾.

يتضح من ذلك أن التسليم وإن كان حكمه تبعية إلا أنه واجب لكي يتمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع . كما أن للتسليم دوراً مؤثراً يتميز به الفقه الإسلامي في مسألة تقييد المشتري من التصرف بالمبيع قبل القبض⁽³⁾.

(1) د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص 13 .

(2) الكاساني ، المصدر السابق ، ج 1 ، ص 223 .

(3) أنظر : الفصل الرابع من هذه الرسالة .

المطلب الثاني في القوانين الحديثة

أولاً . في القانون المدني الفرنسي (تقنين نابليون)

عندما شرع القانون الفرنسي (قانون نابليون) سنة 1804م لاحظ واضعوه ما انتهى إليه القانون الفرنسي القديم من تطور كما مرّ بنا سابقاً . فخطوا آخر خطوة في طريق التطور التشريعي من خلال قطع الارتباط بين التسليم ونقل الملكية من خلال جعل العقد ناقلاً للملكية ، إذ أن العقد يرتب التزاماً بنقل الملكية .

ولا يغير من ذلك ، كون بعض نصوص هذا القانون توحى بأنها ما زالت تربط بين التسليم وانتقال الملكية ، مثل النص الوارد في المادة (1582) من التقنين المدني الفرنسي التي تعرف البيع بأنه : (اتفاق ، بموجبه ، يلتزم أحد المتعاقدين بتسليم المبيع ، ويلتزم المتعاقد الآخر بدفع الثمن)((*) .

وربما يعود السبب في ذلك إلى الأصل الروماني لهذا القانون . كما أن نص المادة (1138) - على ما يبدو - متأثر - هو الآخر - بالمرحلة الأخيرة من مراحل القانون الفرنسي القديم حيث أنه يفترض حصول التسليم بمجرد التعاقد إذ نصت على أن ((الالتزام بتسليم شيء يتم بمجرد تراضي الطرفين ويجعل الدائن مالِكاً)) . ولا حاجة إلى التذكير بالشبه التام بين هذا النص وحالة (التسليم الصوري) .

ومع أن النصين المتقدمين يدلّان على بقاء بعض رواسب القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ظاهرياً ، فإن الحقيقة التي تدل على ما انتهى إليه هذا القانون من تطور حين جعل العقد يرتب التزاماً بنقل الملكية تتجلى في نص المادة (1583) التي بددت كل شك ، وأوضحت قصد المشرع الفرنسي حيث نصت على ما يلي : ((يكتسب المشتري من البائع بحكم القانون ملكية المبيع بمجرد اتفاقهما على المبيع والثمن ولو لم يتم تسليم المبيع أو دفع الثمن)((*) . وبناءً على ذلك أصبح بيع ملك الغير باطلاً في القانون الفرنسي الحديث(1) .

ثانياً. التسليم ومدى ارتباطه بنقل الملكية في القانونين الألماني والسويسري

يبدو أن للتسليم أهمية كبيرة في القانونين الألماني والسويسري ، وذلك لأنهما يعلقان انتقال الملكية في البيع على التسليم .

(*) أصل النص الفرنسي :

((Art. 1582 : La vente est Une Convention par laquelle l'un S'oblige a livrer une chose, et l'autre a la payer)).

نقلاً عن : السنهاوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ص410 ، هامش (3) .

(*) أصل النص الفرنسي منقول عن : السنهاوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج، ص411 ، هامش111 .

(1) السنهاوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ص411 ، بند 232 .

وهذا ما تقضي به المادة (433/فقرة1) من القانون المدني الألماني بقولها : ((... على أنه بموجب عقد البيع يلتزم البائع لشيء ما بتسليمه إلى المشتري وبنقل ملكية هذا الشيء إليه...)).

وتقضي المادة (184) من قانون الالتزامات السويسري بأن : ((البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم المبيع إلى المشتري وبنقل الملكية إليه مقابل الثمن الذي يلتزم المشتري بأدائه إليه)).

ويعتبر التسليم في المنقول الوسيلة الوحيدة التي تنتقل بها ملكية الشيء المبيع وذلك طبقاً لما تقضي به المادة (714) من قانون الالتزامات السويسري ... إذ يقول (مارتان) من شراح القانون المذكور : ((أن التسليم يحقق للمشتري وضع يده وينشئ حق الملكية في آن واحد...))⁽¹⁾.

أما القانون الألماني فالذي يظهر أنه ينظر إلى التسليم بنظرة القانون السويسري نفسها ، وهذا واضح من نص (الفقرة الأولى من المادة 433) المشار إليها آنفاً ، وعليه يمكن القول أن كلاً من القانونين الألماني والسويسري يعلقان انتقال الملكية على التسليم⁽²⁾... ولذلك فهما يدمجان الالتزام بنقل الملكية والتسليم بالالتزام واحد هو (التسليم) ، وهذا بالنسبة إلى المنقول ، أما العقار فلا تنتقل ملكيته إلا بتسجيله⁽³⁾.

ثالثاً . في بعض القوانين المدنية العربية في القانون المدني المصري

بدأ القانون المدني المصري من النقطة التي انتهى إليها القانون الفرنسي الحديث فنص صراحة على أن الملكية تنتقل بالعقد . حيث نصت المادة (235) من التقنين المدني القديم على أن ((البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين بنقل ملكية شيء لآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما)).

ونصت المادة (418) من التقنين المدني الجديد على أن : ((البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل إلى المشتري شيئاً أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي)).

ويلاحظ أن المشرع المصري تلافى النقد الذي وجه إلى المشرع الفرنسي عند النص على انتقال الملكية بالعقد لا بالتسليم⁽⁴⁾. وقد سارت بعض التشريعات العربية على هذا النحو فجاءت المادة (386) من القانون المدني السوري مقابلة للمادة (418) من القانون المدني المصري ، وكذلك قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (372) إذ عرفت البيع بأنه : ((عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ عن ملكية شيء ويلتزم فيه الشاري أن يدفع ثمنه)).

في القانون المدني العراقي

استمد المشرع العراقي موقفه في هذا الموضوع من الفقه الإسلامي فنص في المادة (531) منه على أنه ((إذا كان البيع عيناً معينة بالذات أو كان قد بيع جزافاً، نقل البيع من

(1) ألفريد مارتان ، شرح قانون الالتزامات السويسري (قسم العقود) ، ص7 وما بعدها . نقلاً عن : د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص21 .

(2) د. عباس حسن الصراف ، المصدر نفسه ، ص20 - 21 .

(3) المصدر نفسه ، ص125 ، هامش (1) .

(4)

تلقاء نفسه ملكية المبيع ، وأما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز)). إن مما يلاحظ على هذا النص أنه باستثناء المبيع الذي

لم يعين إلا بالنوع (حيث أن ملكيته تتعلق بالفرز) فإن العقد ذاته مباشرة هو الذي ينقل الملكية دون أن ينشئ التزاماً بنقلها ، وهذا الموقف شبيه بموقف الفقه الإسلامي في نظرته إلى انتقال الملكية .

كما أن المشرع العراقي قد أخذ - في تعريفه للبيع - بما يشابه ما ورد في مجلة الأحكام العدلية ، فعرفه في المادة (506) مدني بأنه : ((مبادلة مال بمال)). وبناءً على ذلك : فليس صحيحاً ما ذهب إليه الدكتور عباس حسن الطرف(1) من أن القانونين العراقي والمصري ذهبا مذهب القانون الفرنسي في الإقرار بإمكان انتقال الملكية بالعقد مباشرة .

إذ يصدق ذلك بالنسبة للقانون المصري لأنه جاء في تعريفه للبيع متأثراً بالقانون الفرنسي ، مضافاً إلى ذلك أن القانون المصري ينص على أن العقد يولد التزاماً بنقل الملكية ، فالذي ينقل الملكية في هذا القانون الالتزام وليس العقد ، وإن كان هذا الالتزام ينقضي بمجرد نشوئه ؟ ! وهذا الموقف نفس موقف القانون الفرنسي .. إذن القانون المصري ذهب مذهب القانون الفرنسي بينما ذهب القانون المدني العراقي مذهب الفقه الإسلامي .

وربما يفهم خطأ أن موقف القانون المدني العراقي خلاف ذلك انطلاقاً من النظر إلى نص المادة (257) مدني التي تنص على أن ((الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل)) .. والحق أن المشرع العراقي اقتبس المادة (247) هذه من المادة (204) من التقنين المدني المصري ، وفاته أن نظرة القانون المدني العراقي إلى العقد أنه هو الذي ينقل الملكية مباشرة غير نظرة القانون المصري التي تذهب إلى أن العقد ينشئ التزاماً بنقل الملكية وتنتقل الملكية تنفيذاً للالتزام وليس للعقد(2).

لقد كان المشرع العراقي موقفاً في الأخذ برأي الفقه الإسلامي في هذه المسألة ذلك أن الفقه الإسلامي سبق الفقه اللاتيني بقرون عديدة في نظرته إلى انتقال الملكية لا بل أن الفقه اللاتيني - ومن سار خلقه - لم يقر أن العقد هو الذي ينقل الملكية . فهذا الفقه يذهب إلى افتراض أن العقد ينشئ التزاماً موهوماً بنقل الملكية ينقضي بمجرد نشوئه ، وهذا ما دعا الفقيه ((بونكاز)) إلى نقد القانون الفرنسي من جهة أخذه بهذا المبدأ حين قال : (لا يوجد اليوم ما يمنع القول بأن العقد في ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية وينقضي بمجرد أن ينشأ ، وكفي للوصول

(1) أنظر : د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 22 .

(2) أنظر بهذا المعنى : د. كمال قاسم ثروت ، شرح أحكام عقد البيع ، ط 2 ، مطبعة الرصافي ، بغداد ، 1976 ، ص 12 ، هامش رقم (1) .

إلى هذه النتيجة القول بأن العقد قد حرك القانون فجعله ينقل الملكية وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذي رتب الأثر⁽¹⁾.

وعلى ذلك فلم يعد التسليم يلعب ذلك الدور الذي كان له سابقاً ، فالقانون الفرنسي الحديث أقر بأن عقد البيع ينشئ التزاماً بنقل الملكية وليس التسليم الذي ينقلها – كما كان سابقاً - ، وكذلك التشريعات العربية أخذت بهذا الرأي منها من استمد نظريته من الفقه الإسلامي ومنها من استمدتها من الفقه اللاتيني الحديث .
إن النتيجة المهمة التي انتهى إليها تطور فكرة التسليم أن دوره قد انحسر فيما يخص نقل الملكية .

فإذا كان المبيع معيناً بالذات فملكته تنتقل بالعقد مباشرة . لكن هناك بعض الحالات التي لا للتسليم فيها دوراً أساسياً في نقل ملكيتها وهذه الحالات هي :

1. يفيد التسليم في نقل الملكية في حالة بيع الأشياء المعينة بالنوع ، حيث أن ملكية هذه الأشياء لا تنتقل إلا بالإفراز . والمعتاد أن يتم الإفراز عند التسليم فتتمزج عملية التسليم بنقل الحق فيه⁽²⁾.

وعلى الأخص في حالة بيع الأشياء والمصدرة إلى المشتري إذا كانت معينة بالنوع ، تصبح أن الملكية انتقلت بالإفراز إذا كان المبيع معيناً بنوعه لكن الأفراد في البيوع التجارية المصدرة يتخذ صورة خاصة وهي التسليم – أي يتم الإفراز عند التسليم - .

وهذا الأصل ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك . فالمفروض أن المتعاقدين اتفقا على أن يتم نقل الملكية وقت التسليم فقبل التسليم تبقى الملكية للبائع⁽³⁾.

2. في حالة بيع المنقول المعين بالذات ، فقد يحصل أن يقوم شخص ببيع منقول معين بالذات لشخصين على التعاقب فيسلمه للمشتري الثاني ، ففي هذه الحالة يحصل الأخير على المبيع دون الأول على الرغم من أن الملكية قد انتقلت إلى المشتري الأول بالتعاقد ، وذلك بسبب أن قاعدة انتقال الملكية بالتراضي أبطلت مفعولها قاعدة أخرى خاصة بالمنقولات ، وهي أن الحيازة في المنقول سند الملكية متى كانت الحيازة بحسن نية⁽⁴⁾.

فيما عدا هذه الحالات فإن التسليم لم يعد يرتبط بانتقال الملكية ، إلا أنه بدأ يظهر للتسليم دور بارز في عقد البيع باعتباره التزاماً أساسياً ينشأ عن العقد = بعد تمامه .

(1) أنظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج4 ، ص413 ، بند 234 ، وأنظر : د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص13 .

(2) د. أنور سلطان و د. جلال العدوي ، العقود المسماة ، عقد البيع ، دار المعارف ، مصر ، ص250-251 ، بند 313 .

(3) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، ص430 ، بند 248 .

(4) د. أنور سلطان و د. جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص250 ، بند 313 .
وأنظر : د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص111 .

وحتى لا نقع في المصادرة على المطلوب فسوف يؤجل استفراغ دور التسليم في عقد البيع إلى الفصول القادمة لتدرس تفصيلاً . إلا أنه لا مانع من الإشارة إلى بعض المسائل العملية والمختصرة التي تبين أهمية التسليم :

فمن الناحية العملية لا يمكن الانتفاع بالمبيع ما لم يتم تسليمه للمشتري على الرغم من انتقال الملكية للمشتري بالعقد مباشرة ، فسكناه بالمبيع إذا كان عقاراً لا يمكن أن يتصور إلا إذا حاز المشتري ذلك العقار . وهذا يصدق بالنسبة لبقية أوجه الانتفاع⁽¹⁾.

وكذلك للتسليم دور في حالة إذا تأخر المشتري في دفع الثمن وكان المبيع قابلاً لإنتاج ثمار أو إيرادات أخرى فإذا تسلم المشتري المبيع فيلتزم بالفوائد من تاريخ التسليم⁽²⁾. وقد نص على ذلك القانون المدني العراقي في الفقرة (1) من المادة (572) بأنه ((لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الأداء إلا إذا أعذر المشتري أو سلمه الشيء المبيع وكان هذا قابلاً لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره)).

(1) د. كمال قاسم ثروت ، شرح أحكام عقد البيع ، ط ثانية ، مطبعة الرصافي ، بغداد ، 1976 ، ص 129-130 ، بند 61 .

(2) د. أنور سلطان و د. جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص 250 .
وأنظر : د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص 111 .

المبحث الثاني معنى التسليم وطرقه

المطلب الأول معنى التسليم

أولاً . معنى التسليم في اللغة واصطلاح الفقه الإسلامي

التسليم لغة : من (سَلَّمَ) و (سَمَّمَ) اسم رجل و (سَلَّمَ) و (سالم) اسم رجل و (السَّلَم) يفتح تحتين السَّلَف . و (السَّلَم) أيضاً (الاستِسْلام) و (سَلَمَةً) أيضاً اسم رجل . و (السُّلَم) بفتح اللام واحد (السَّلايم) التي يُزْتَقى عليها . و (السِّلَم) السلام . و السَّلَام الاسم من التسليم . و (سَلَّمَ) إليه الشيء (فَتَسَلَّمَهُ) أي أخذه⁽¹⁾.

ويقول الكاشاني ((أَنَّ التَّسْلِيمَ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنْ جَعْلِهِ سَالِمًا خَالِصًا ، يَقَالُ سَلِّمْ فَلَانُ لِفَلَانٍ أَيْ خَلِّصْ لَهُ . وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى ((وَرَجُلًا سَلِيمًا لِرَجُلٍ))⁽²⁾ . أَيْ سَالِمًا خَالِصًا لَا يَشْرِكُهُ فِيهِ أَحَدٌ⁽³⁾ .

وفي اصطلاح الفقه الإسلامي تسليم المبيع للمشتري هو ((جعل المبيع سالماً للمشتري ، أي خالصاً بحيث لا ينازعه فيه غيره ، وهذا يحصل بالتخلية ، فكانت التخلية تسليمًا من البائع ، والتخلي قبضاً من المشتري ، وكذا هذا في تسليم الثمن إلى البائع ، لأن التسليم واجب ، ومن عليه الواجب لابد وأن يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه ، والذي في نسعه هو التخلية ورفع الموانع)) (4).

ويقابل معنى التسليم في الفقه الإسلامي (القبض) فيطلق القبض في الفقه الإسلامي ويراد به التسليم .

جاء في اللغة (قَبَضَ) الشيء أخذه⁽⁵⁾.

ولابد من توضيح الفرق بين مصطلح التسليم أو القبض من جهة ومصطلح التخليّة من جهة أخرى .

صحيح أن القبض أو التسليم يحصل بالتخلية إلا أن التخلية غيرهما ، وكل ما في الأمر أن التخلية تقوم مقام القبض أو التسليم حكماً . وقد لاحظ ذلك الفقهاء وميزوه في عباراتهم⁽⁶⁾.

فالتسليم أو القبض في الفقه الإسلامي يعني أن يخلّي البائع بين المبيع والمشتري ، والتخلية في الفقه الإسلامي : هي تمكن المشتري من المبيع بلا مانع أي يكون في حوز البائع ولا حائل فيه⁽¹⁾.

(1) محمد بن أبي بكر الرازي (ت 666هـ)، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1983، ص 311.

(2) سورة الزمر ، الآية 29 .

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، ص 244.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق،، ج 5، ص 244.

(5) الرازي ، مختار الصحاح ، المصدر السابق ، ص 519 .

(6) لمزيد من التفاصيل أنظر: أحمد خضير عباس، القبض في التصرفات الشرعية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية العلوم الإسلامية، جامعة بغداد، 1991، ص28.

ولا يشترط لحصول عملية التسليم في الفقه الإسلامي تمام عمليتي التسليم من البائع والتسلم من المشتري ، وإنما تكفي فيه التخلية مع الإذن بالقبض ويعمل سبب ذلك الكاساني⁽²⁾، بقوله ((وأما الإقباض⁽³⁾ فليس في وسعه ، أي البائع لأن القبض بالبراجم⁽⁴⁾). فعل اختياري للقباض ، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب ، وهذا لا يجوز) .

ثانياً . معنى التسليم في الاصطلاح القانوني

عرّف القانون المدني العراقي التسليم في المادة (538) منه بما يأتي :
 ((1. تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل 2. وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت يعتبر ذلك إذناً من البائع له في القبض)) .
 وقد عرف القانون المدني المصري التسليم في المادة (1/435) على النحو الآتي :
 ((يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاءً مادياً ما دام البائع قد أعلمه بذلك))⁽⁵⁾ .
 وعرّف قانون الموجبات والعقود اللبناني التسليم في المادة (402) على النحو الآتي :
 ((التسليم هو أن يضع البائع أو مَنْ يمثله الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع أن يضع يده عليه وأن ينتفع منه بدون مانع)) .
 وعلى هذا يمكن تعريف التسليم في البيع بأنه : ((واقعة مادية تجب على البائع وتحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري بحيث يستطيع المشتري حيازته وأن يباشر عليه سلطاته كمالك دون حائل حتى ولو لم يستول عليه مادياً ما دام البائع قد أعلمه بذلك)) .
 ومن خلال هذا التعريف يمكن القول أن التسليم يتحلل إلى عنصرين مادي ومعنوي .

أولاً. العنصر المادي

وهو التخلية بين المبيع والمشتري ، بمعنى وضع العين المبيعة تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازتها والتصرف والانتفاع بها دون حائل ولو لم يحز المشتري المبيع⁽⁶⁾. وسيأتي تفصيل ذلك لاحقاً عند بيان طرق التسليم .

(1) أحمد بن يحيى المرتضى (ت 840هـ) ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، مطبعة أنصار السنة ، 1948 ، ج 3 ، ص 369 .
 (2) الكاساني ، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 244 .
 (3) الإقباض : هو تسلّم المبيع من قبل المشتري .
 (4) يقصد بالبراجم أي يتناولها المشتري بيده .
 (5) وعرف القانون المدني السوري التسليم في المادة (1/403) وهي مطابقة للمادة (435) من القانون المدني المصري .
 (6) د. حسام الدين كامل الأهواني ، عقد البيع ، ط 1 ، مطبعة ذات السلاسل ، الكويت ، 1989 ، ص 371 .

ثانياً . العنصر المعنوي

ويتمثل بإعلام المشتري عن طريق البائع بأن المبيع تحت تصرفه ، وسيأتي تفصيل ذلك لاحقاً ، ولكن ما تجدر ملاحظته هو أن هذا العنصر نصّ عليه صراحة المشرع المصري .

أما المشرعان العراقي واللبناني فلم ينصّا صراحة على هذا العنصر ، إلا أنه – مع ذلك – يستفاد ضمناً من إلزام البائع بتمكين المشتري من قبض المبيع دون حائل ، فهذا الإلزام يتضمن إلزام البائع بالإعلام ، لذلك لا يختلف هذا الإلزام في القانونين العراقي واللبناني عنه في القانون المصري سوى أن الأخير نصّ عليه صراحة . ويجب أن يتم عن طريق البائع بالذات⁽¹⁾.

المطلب الثاني طرق التسليم في التشريعات المدنية

يقصد بطرق التسليم الكيفية التي بها يتم وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون حائل .

وقد وردت في القانون المدني العراقي والقوانين المدنية العربية نصوص توضح ذلك كما في المواد (538 و 539 و 540) مدني عراقي ، والمادة (435) مدني مصري التي نصت على ما يلي : (1). يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ما دام الباع قد أعلمه بذلك ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع ، 2. يجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد المبيع لسبب آخر غير الملكية).

وجاء التقنين المدني السوري مطابق للمصري في المادة (403) منه ، وكذلك التقنين المدني الليبي في المادة (424) ... ولا تختلف الأحكام في قانون الموجبات والعقود اللبناي عن سابقتها كما تدل على ذلك نصوص المواد (402 و 403 و 404)

وتأتي أهمية طريقة التسليم في كونها المرجع في معرفة هل أن الباع قد نفذ التزامه بالتسليم من عدمه من خلال معرفة طريقة التسليم ، فلا يمكن – حقيقة – معرفة

وأنظر : د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، عقد البيع ، مطبعة الرابعة ، بغداد ، 1953 ، ص 143 ، ، بند 159 .

(1) د. عبد المنعم البدر اوي ، الوجيز في عقد البيع ، القاهرة ، 1983 ، ص 263 .

د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص 143 ، بند 159 .

د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ص 589 .

د. مصطفى جمال ، البيع في القانونين اللبناي والمصري ، الدار الجامعية ، مصر ، 1986 ، ص 147.

د. حسام الأهواني ، المصدر السابق ، ص 273-373 .

هل أن البائع قد نفذ التزامه بالتسليم إلا من خلال معرفة الطريقة التي سلم بها الشيء المبيع ، فمتى ما كانت هذه الطريقة غير كافية لتمام التسليم فيكون هناك إخلال من البائع بالتزامه بالتسليم ، كما يثير مسألة ضمان المبيع إذا هلك . وبناءً على ما سبق يمكن تقسيم طرق التسليم على فرعين :

الفرع الأول . طرق التسليم بالنظر إلى طبيعة المبيع

توجد قاعدة عامة تقضي بأن طرق التسليم تختلف باختلاف طبيعة الشيء المبيع وهذه القاعدة لم ينص عليها المشرع العراقي ، بل نص عليها المشرع المصري في المادة (430) مدني مصري بقوله : ((ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع)).

وبالتأكيد لا يوجد مانع من إعمال هذه القاعدة عندنا في العراق لكونها قاعدة عامة لا تختص بقانون دون غيره .. لذلك فإن طرق التسليم تعتمد على طبيعة الشيء المبيع عقاراً كان أم منقولاً أم مجرد حق من الحقوق ، وربما تختلف باختلاف الظروف التعاقدية الخاصة بكل صفقة⁽¹⁾.

أولاً . تسليم العقار

إن طريقة تسليم العقار تكون بالتخلية أولاً ، وعدم مباشرة أي سلطة من السلطان يخولها حق الملكية للمالك⁽²⁾. فإذا كان العقار المبيع من المباني ويشغله البائع بنفسه فعليه أن يخليه وأن ينقل ما فيه من متاع وأثاث ، وإذا كان المبيع أرضاً زراعية فعلى البائع أن يرفع ماله من آلات ومواشي ما لم تكن الآلات عقاراً بالتخصيص ، ويجب – كذلك – الامتناع عن زراعة الأرض والكف عن جني المحصول منها⁽³⁾.

أما إذا كان العقار المبيع مشغولاً من قبل شخص آخر غير البائع كالمستأجر مثلاً ، فإن كان عقد الإيجار غير نافذ في حق المشتري وجب على الباع تخلية العقار من المستأجر ، وإن كان عقد الإيجار نافذاً في حق المشتري فإن وجود المستأجر لا يخل بالتخلية ، وعلى البائع الامتناع لا عن قبض الأجرة منه⁽⁴⁾.

فتسليم العقار يقتضي إذن التخلية أولاً ، ثم بعد ذلك تمكين المشتري من قبض المبيع ... وقد تكون التخلية لوحدها كافية لتمام التسليم كما لو كان المبيع أرضاً فضاء تملكها البائع بمضي المدة ، ففي هذه الحالة لا تكون ضرورة لأي عمر رمزي يصحب التخلية⁽⁵⁾.

(1) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 162 .

(2) د. عباس حسن الصراف ، المصدر نفسه ، ص 163 .

(3) د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1970 ، ص 233 .

(4) أنظر : عبد المنعم إبدراوي ، المصدر السابق ، ص 264 .

- توفيق حسن فرج ، عبد البيع والمقايضة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، القاهرة ، 1979 ، ص 223-224 .

(5) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 163 ، بند 378 .

ويحدث أن تكون التخلية بمفردها غير كافية لتمام التسلم فلا مناص من أن يصبح التخلية عمل رمزي كتسليم المفاتيح بالنسبة للمباني ، أو الأراضي الزراعية المحاطة بسيج مغلق حتى يمكن دخولها ، أو تسليم المشتري مستندات الملكية⁽¹⁾. ولا يقصد بمستندات الملكية عقد البيع الأخير بل يقصد بها الحجج التي تثبت ملكية البائع للمبيع وقت البيع ، لأن هذه الحجج ضرورية للمشتري إذا أراد تسجيل عقده أو أراد التصرف في العقار فيما بعد لأنه ملزم بإثبات ملكية مَنْ تلقى الحق عنه⁽²⁾.

ولا يعد البائع مخلأً بالتزامه بالتسليم إذا سلم مستندات ملكية كانت محلاً لمنازعة قانونية حول تحديد المالك ، فهذه المنازعة التي تنشأ بعد التسليم لا تؤسس على إخلال البائع بالتزامه بالتسليم وإنما على التزامه بالضمان⁽³⁾. وقد ينتهي الأمر أن يسلم البائع للمشتري عقود الإيجار الواردة على العقار المبيع والنافذة في حقه حتى يتمكن من التعامل مع المستأجرين وغيرها من العقود كوثيقة التأمين ليتسنى للمشتري التعامل مع شركة التأمين⁽⁴⁾. ولا بد من الإشارة إلى أنه لكي يعتبر التسليم نافذاً لا بد من إزالة كل ما يحول دون وضع المشتري يده على الشيء المبيع فإذا كان العقار المبيع مغلقاً ومختوماً بالشمع الأحمر بأمر سلطة مختصة فإن تسليم المفاتيح والمستندات لا يعتبر تسليمًا له⁽⁵⁾.

إن طريقة تسليم العقار لا تختلف في كل من القانون المدني المصري والسوري⁽⁶⁾ والقانون المدني العراقي . وكذلك الأمر في قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (1/403) والآخر لا يختلف كثيراً كذلك في القانون المدني الفرنسي وفقاً لنص المادة (1605) التي تنص على : ((أن الالتزام بتسليم العقارات يتم من جهة البائع إذا سلم المفاتيح إذا كان العقار من المباني أو بتسليم سندات التملك))⁽⁷⁾.

- (1) د. حسام الدين الأهواني ، المصدر السابق ، ص 374-438 .
- (2) د. أنور سلطان و د. جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص 267 ، بند 333 .
- (3) د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص 265 ، بند 164 .
- د. حسام الدين الأهواني ، المصدر السابق ، ص 374 ، بند 438 .
- (4) د. السنهاوري ، الوسيط ، ص 591 ، بند 307 .
- (5) د. حسام الدين الأهواني ، المصدر السابق ، ص 375 ، بند 438 .
- (6) أنظر : جاك يوسف الحكيم ، العقود الشائعة أو المسماة (عقد البيع) ، بدون مكان الطبع وسنة الطبع ، ص 239 ، بند 274 وما بعدها .
- (7) محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، العقود المسماة ، عقد البيع وعقد المقايضة ، المطبعة العالمية ، مصر ، 1953 ، ج 6 ، ص 255 ، بند 141 .

ثانياً. تسليم المنقول

نصت المادة (1606) من القانون المدني الفرنسي على أنه ((يتم تسليم الأشياء المنقولة إما بمناولتها الفعلية وإما بتسليم مفاتيح المخازن التي تحتوي عليها وإما بمجرد تراضي الطرفين إذا لم يكن نقلها ممكناً حين التعاقد أو إذا كانت في حيازة المشتري قبل ذلك بسبب آخر)).

إن هذا التحديد لطريقة تسليم المنقول معيب لأن تسليم المنقول يتم بكل الطرق التي من شأنها وضع المنقول المبيع تحت تصرف المشتري⁽¹⁾. لذلك يلاحظ بأن القوانين الحديثة هجرت مثل هذا التحديد كالقانون المدني المصري والسوري⁽²⁾ والعراقي. ومن ثم أصبح تسليم المنقول يتم بطرق متعددة

تأسيساً على ما ذهبت إليه التشريعات المدنية الحديثة ، لكن هناك طرقاً مألوفة أو معتادة في تسليم المنقول منها : تسليم المنقول المبيع بعمل مادي كالمناولة اليدوية للمشتري إذا كان المنقول المبيع مما يسهل حمله كأن يكون صغير الحجم ، كالساعة أو القلم أو المجوهرات وغيرها ... وقد يكون العمل المادي الذي يتم به تسليم المنقول هو النقل من مكانه ووضع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من وضع يده عليه والانتفاع به بلا مانع كبيع آلة بخارية⁽³⁾.

ومن طرق تسليم المنقول : التخلية فقط : فقد يحصل أحياناً أن تكون التخلية لوحدها كافية لتمام عملية تسليم المنقول ، كما إذا كان المنقول المبيع محاصيل زراعية لا تزال قائمة في الأرض أو ثماراً لا تزال في الأشجار فتسليم هذه المنقولات يكون بأن يخلي البائع بينها وبين المشتري مع الإذن بقبضها⁽⁴⁾.

والإذن بالقبض إما أن يكون صراحة أو دلالة ، فالإذن الصريح كأن يقول البائع للمشتري (خذه) أو ما في معنى ذلك . أما الإذن الضمني (دلالة) فيحصل بعدم معارضة البائع للمشتري عندما يشاهده يأخذ المنقول المبيع⁽⁵⁾.

وإلى هذا الرأي يذهب القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية من المادة (538) التي تقول ((وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت يعتبر ذلك إذناً من البائع له في القبض)).

ومن طرق تسليم المنقول : التسليم بالفرز ، وذلك إذا كان المنقول معيناً بنوعه ، ويشترط لحصول التسليم في هذه الحالة أن يكون المشتري حاضراً ، وأن يقوم البائع

(1) د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ص 257 ، د. حسن علي ذنون ، المصدر السابق ، ص 146 .

(2) القانون المدني السوري ، المادة (403) فقرة (1) .

(3) د. حسن علي ذنون ، المصدر السابق ، ص 146 ، بند 163 .

(4) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 234 ، بند 407 .

(5) د. منير القاضي ، المصدر السابق ، ص 294 .

بالفرز ويقع ذلك بالكيل أو العد أو الوزن أو الذرع بحسب طبيعة المنقول وأن يدعو البائع المشتري لتسلمه⁽¹⁾.

وقد يحصل تسليم المنقول بطريقة رمزية مثال ذلك أن يسلم البائع مفاتيح المباني أو الصناديق التي تحتوي على المنقولات المبيعة للمشتري . ويحصل التسليم الرمزي للمنقولات كذلك بتحويل أو تسليم شهادة الإيداع أو سند الشحن ، أو وثيقة النقل ، إذا كان المبيع أشياء مودعة في المستودعات العامة وكثيراً ما تستخدم هذه الطريقة في البيوع التجارية .

على أنه يجب ملاحظة أن الصورة الأخيرة من التسليم الرمزي تكون أضعف من التسليم المادي (الفعلي) ويتضح ذلك عندما يحصل تعارض بين من تسلم المستندات الممثلة للبضاعة فقط ، وبين المشتري الثاني الذي تسلم البضاعة نفسها . ففي هذه الحالة يفضل المشتري الثاني إذا كان حسن النية⁽²⁾.

إن هذه الطرق لتسليم المنقول هي الأكثر شيوعاً ولا يوجد ما يمنع من إضافة طرق أخرى ما دامت عرفاً كبيع الثمار المبيعة لحساب المشتري أو وضع علامة المشتري أو أختامه على المبيع⁽³⁾.

ثالثاً . تسليم الحق المجرد أو تسليم الأشياء غير المادية

تنص المادة (1607) من القانون المدني الفرنسي على أنه ((يتم تسليم الحقوق غير المادية إما بتسليم السندات وإما باستعمال المشتري لها برضا البائع)). يلاحظ أن القانون المدني الفرنسي يحدد طريقة تسليم الأشياء غير المادية لكن أغلب الاتجاهات الحديثة – كما مر سابقاً – تذهب إلى عدم التحديد . والحق أنه كقاعدة عامة ، أن على البائع القيام بكل ما يلزم وفق طبيعة الحق المبيع لوضعه تحت تصرف المشتري .

والحق المبيع إما أن يكون شخصياً كالدين ، فيتم تسليمه بتسليم السندات المثبتة له⁽⁴⁾، وإما أن يكون حقاً عينياً كحق ارتفاق أو حق المرور أو الانتفاع أو غير ذلك . فإن تسليمه يكون بتسليم سنده إن كان له سند سابق⁽⁵⁾. وقد يكون تسليمه بالترخيص باستعمال الحق للمشتري مع تمكينه من ذلك بإزالة ما قد يحول بينه وبين ذلك الحق⁽⁶⁾. ويعتبر التسليم في الحالة الأخيرة قد تم بمجرد التراضي وبعد سماح البائع للمشتري باستعماله قرينة على وجود التراضي⁽⁷⁾.

الفرع الثاني : طرق التسليم بالنظر إلى شكل التسليم

- (1) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، المصدر السابق ، ص592 ، بند 307 .
- (2) د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص224-225 ، بند 133 .
- (3) د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص225 ، بند 133 .
- (4) د. أنور سلطان و د. جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص269 ، بند 335 .
- (5) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص235 ، بند 408 .
- (6) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، المصدر السابق ، ص592 ، بند 307 .
- (7) د. أنور سلطان و د. جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص269 ، بند 335 .

تقسم طرق التسليم من وجهة النظر هذه على قسمين :

1. التسليم المادي

هو التسليم الذي يكون له مظهر خارجي محسوس يتمثل بنقل حيازة الشيء المبيع من يد البائع على يد المشتري⁽¹⁾. فهو يعني إقباض البائع الشيء المبيع إلى المشتري فعلاً . لذلك فهو يستلزم قيام المشتري بعمل إيجابي هو الاستيلاء المادي على الشيء المبيع⁽²⁾. بمعنى آخر التسليم المادي هو تمام عمليتي التسليم والتسلم . ويعتبر القانون من طرق التسليم المعتبرة والتي تقابل التسليم المادي ما يسمى ((بالتسليم القانوني)) ويحصل بوضع البائع للمبيع تحت تصرف المشتري وإعلامه بذلك حتى وإن لم يعقب ذلك تسلم من جانب المشتري . فما دام المشتري قادراً على الاستيلاء على المبيع والانتفاع به دون مانع ، فإن القانون يعتبره متسلماً له حتى وإن لم يضع المشتري يده عليه⁽³⁾.

ويعزو سبب اعتبار هذا النوع من التسليم إلى أنه لما كان التسليم المادي يستلزم قيام المشتري بعمل إيجابي هو تسلمه للمبيع ، فلو حصل أن امتنع المشتري عن تسليم المبيع فهل تتعطل عملية التسليم ؟ لذلك احترز القانون من وضع الباع تحت رحمة المشتري فاعتبر القانون البائع منفذاً لالتزامه في هذه الحالة⁽⁴⁾⁽⁵⁾.

2. التسليم المعنوي

يتميز هذا التسليم عن التسليم المادي أو الفعلي بأنه تصرف قانوني وليس عملاً مادياً ، فهو يتم بمجرد تراضي المتعاقدين وذلك بالاتفاق بين البائع والمشتري على تغيير صفة الحيازة ، أي يعتبر التسليم حاصلاً مع عدم تغيير أي شيء من الأوضاع المادية⁽⁶⁾.

(1) د. حسن علي دنون ، المصدر السابق ، ص 144 ، بند 160 .

(2) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 232 ، بند 403 .

(3) يقسم الأستاذ السنهاوري التسليم إلى فعلي ومعنوي ، فأما الفعلي فهو يجمع صورتَي التسليم المادي والقانوني ، أي سواء أعقب تسليم البائع للمبيع تسلم من جانب المشتري أم لم يعقبه تسلم فيعتبر التسليم حاصلاً ويسمى بالتسليم الفعلي ، أنظر : د. عبد الرزاق السنهاوري ، الوسيط ، ج 4 ، ص 589 ، هامش (3) .

(4) د. جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، 1982 ، ص 154 ، هامش (1) . وأنظر : د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 162 ، بند 374 ؛ و د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 232-233 ، بند 404 .

(5) يرى الدكتور عباس حسن الصراف أن التسليم القانوني هو تسليم معنوي ، والذي يراه الباحث أن هذا غير صحيح إذا نظرنا إلى المعيار الذي يميز به القانون بين التسليم المادي والمعنوي ، حيث أن الفاصل بينهما أنه إذا صحب التسليم عمل مادي له مظهر خارجي محسوس فهو مادي ، وإذا كان يتم بمجرد التراضي (تصرف قانوني) فهو معنوي ، ومعلوم أن التسليم القانوني له مظهر خارجي يتمثل بقيام البائع بوضع المبيع تحت تصرف المشتري ، ولا يتم بمجرد التراضي ، لذلك فهو يدرس مع التسليم المادي .

أنظر : د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 162 .

(6) - د. سمير عبد السيد تناغو ، عقد البيع ، مطبعة الإسكندرية ، مصر ، بدون سنة طبع ، ص 236 ، بند 56 .
- د. خميس خضير ، المصدر السابق ، ص 178 ، بند 96 .

وللتسليم المعنوي صور نصت عليها القوانين كالقانون المدني العراقي والمصري والسوري واللبناني وتتمثل هذه الصورة بما يأتي :

الصورة الأولى : التسليم بتغيير نية المشتري في حيازة المبيع

نص على هذه الصورة القانون المدني المصري في الفقرة (2) من المادة (435) منه بقوله ((ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع...)). . ويطابق هذه المادة في القانون المدني السوري الفقرة (2) من المادة (403) . وقانون الموجبات والعقود اللبناني أيضاً نص على هذه الصورة وذلك في الفقرة (3) من المادة 403 التي جاءت على النحو الآتي : ((يتم التسليم ، حتى بمجرد قبول المتعاقدين إذا ... كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري بسبب آخر)) ، في حين نص القانون المدني العراقي على ذلك في المادة (539) منه على أنه ((إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشترها من المالك فلا حاجة على قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة)). . يفترض في هذه الصورة أن المبيع موجود في حيازة المشتري قبل البيع سواء كانت حيازته بنية الغصب أو الإيجار أو الوديعة أو الإعارة أو الرهن الحيازي أو نحو ذلك . ثم يقع البيع ، فلا يحتاج المشتري إلى قبض جديد وإنما يحتاج إلى الاتفاق مع البائع على تغيير صفة الحيازة لا بوصفه مرتهناً أو مستعيراً أو مستأجراً بل بوصفه مالكا⁽¹⁾.

الصورة الثانية : التسليم بتغيير نية البائع في حيازة المبيع

ونصت عليها الفقرة (2) من المادة (435) من القانون المدني المصري وتطابقها أيضاً الفقرة (2) من المادة (403) من القانون المدني السوري وجاءت على النحو الآتي : ((ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية)). .

ونص عليها القانون المدني العراقي في الفقرة (1) من المادة (540) منه وجاءت على النحو الآتي : ((إذا أجز المشتري المبيع قبل قبضه إلى بائعه أو باعه منه أو وهبه إياه ، أو رهنه له أو تصرف له فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض اعتبر المشتري قابضاً للمبيع .

ويفترض في هذه الصورة أن المبيع يبقى لدى البائع لا بوصفه مالكا لأن الملكية انتقلت منه بالعقد ، بل بسبب جديد كالإيجار أو الهبة أو الرهن الذي تم بينه وبين المشتري بعد أن اعتبر المشتري قابضاً للمبيع بمجرد اتفاق الطرفين⁽²⁾.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، ص593 ، بند 308 .

د. برهام محمد عطا الله ، عقد البيع ، مؤسسة الثقافة الإسلامية ، الإسكندرية ، 1983 ، ص98 .

د. جاك يوسف الحكيم ، المصدر السابق ، ص231 ، بند 264 .

د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص113-114 .

(2) - د. جميل الشرقاوي ، مصدر السابق ، ص155 ، بند 59 .

أي في هذه الحالة يتحول البائع من حائز لحساب نفسه إلى حائز بالنيابة عن المشتري ولحسابه .

إلا أنه يجب أن يلاحظ أن الصورة الثانية يكون التسليم فيها ضعيفاً (كالتسليم الرمزي الذي يتم عن طريق تسليم السندات وقد سبق الإشارة إليه) ⁽¹⁾. أي أن التسليم المعنوي هذا وإن ترتب عليه أثره فيما بين البائع والمشتري إلا أنه لا يمكن أن يضر بالغير الحسن النية ، فإذا تصرف البائع في المنقول – الذي أصبح يحوزه لحساب المشتري – وقام البائع بتسليمه على مشترٍ ثانٍ تسليماً مادياً فإن الأخير يفضل على المشتري الأول الذي تسلم المبيع معنوياً . إذا كان المشتري الثاني حسن النية ⁽²⁾.

الصورة الثالثة

وقد نص على هذه الصورة القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية من المادة (540) وجاءت على النحو الآتي : ((وإذا أجره ⁽³⁾ قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض وقبضه العاقد قام هذا القبض مقام قبض المشتري)). فيما لم ينص على هذه الصورة القانون المدني المصري ، ولكن لا يوجد ما يمنع من الأخذ بها في هذا القانون لأنها تتفق مع القواعد العامة ⁽⁴⁾.

وتتميز هذه الصورة عن صورتَي التسليم المتقدمتين بأن فيها في الوقت نفسه تسليماً مادياً وتسليماً معنوياً ، فحيازة المبيع تنتقل مادياً ولكن إلى شخص غير المشتري يعتبر نائباً عنه في تسلم المبيع ، وهو شخص تعاقد مع المشتري ، وتطلب التعاقد أن يقبض بوصفه مستأجراً من المشتري أو موهوباً له أو ... وتنتقل الحيازة معنوياً أيضاً بالنسبة على عقد البيع ، ويقوم التسليم الأول مقام التسليم الثاني ⁽⁵⁾.

ولعل من نافلة القول الإشارة إلى رأي فقهي يرى أنه لا يوجد ((تسليم معنوي)) ثم يتابع بتنفيذ صور التسليم المعنوي ، ففي الصورة الأولى وهي حالة وجود المبيع تحت يد المشتري لسبب آخر كما إذا كان مستأجراً ففي هذه الحالة يرى أن عقد البيع لا ينشئ من الأصل على البائع أي التزام بالتسليم وذلك لأن الهدف من التسليم هو وضع المبيع تحت يد المشتري متوفراً حتى قبل البيع.

- د. جاك يوسف الحكيم ، المصدر السابق ، ص 231 .

- د. كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص 134 ، بند 62 .

- د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص 114 .

(1) راجع : تسليم المنقول ، المطلب الثاني من هذا الفصل ، ص 26 .

(2) د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص 267-268 ، بند 166 .

(3) أي أجر المشتري المبيع لشخص غير البائع قبل القبض .

(4) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 4 ، ص 594 ، بند 308 .

(5) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 237-238 ، بند 411 .

و د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص 114 .

و د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 4 ، ص 594-595 ، بند 308 .

أما الصورة الثانية ، وهي حالة بقاء المبيع تحت يد البائع لسبب آخر غير الملكية ، فإنه يكون المتعاقدان قد اتفقا على عدم التسليم اكتفاءً بالالتزام الناشئ بالسبب الآخر الذي يظل المبيع بمقتضاه تحت يد البائع وه الإيجار مثلاً أو الوديعة ... الخ⁽¹⁾.

(1) يذهب إلى هذا الرأي : د. مصطفى جمال ، المصدر السابق ، ص 149 ، بند 127 .

المطلب الثالث طرق التسليم في الفقه الإسلامي

لقد نظر فقهاء الشريعة الإسلامية إلى الكيفية التي يتم بها التسليم نظرة منطقية سديدة ، فلم يقيدوا التسليم بكيفية محددة . بل تركوا ذلك لعوامل عدة تؤثر في كفيته منها العرف وطبيعة البيع ، واختلاف أحوال الناس باختلاف الزمان والمكان ، ويُعلل ذلك بأن القبض ورد مطلقاً ولم يرد ما يقيد به لا في الشرع ولا في اللغة فيرجع في تحديده إلى العرف .

وعلى ذلك يمكن تقسيم طرق التسليم في الفقه الإسلامي على قسمين :

الفرع الأول طرق التسليم بالنظر إلى طبيعة المبيع والعرف

تختلف طرق التسليم باختلاف المال المبيع سواءً أكان عقاراً أم منقولاً وباختلاف الأعراف السائدة . يقول النووي في ذلك ((فصل في حقيقة القبض ، والقول الجملي فيه أن الرجوع فيه يكون إلى العادة ، ويختلف بحسب المال))⁽¹⁾ . ومن الجدير بالذكر أن مرد اختلاف طريقة التسليم أو القبض التي تختلف باختلاف طبيعة المبيع هو العرف ، وتتفق في ذلك عبارات الفقهاء ، على سبيل المثال: المكيلات قبضها بكيلاها ، والموزونات بوزنها ، المذروعات بذرعها والمعدودات بعدها ، وما ينقل بنقله ، وما يتناول كالجوهر والأثمان بتناوله ، والحيوان بتمشيته ، إذ العرف في كل ذلك ما ذكره⁽²⁾ .

ويميز الفقه الإسلامي بين قبض المنقول غير المنقول (العقار) .

1. قبض العقار

تكاد تتفق كلمة فقهاء المذاهب الإسلامية على أن قبضه يكون بالتخلية . فالحنفية لا يفرقون بين قبض المنقول والعقار فكلاهما تكفي فيه التخلية . جاء في الفتاوى الهندية ((واجمعوا على أن التخلية في البيع الجائز تكون قبضاً))⁽³⁾ . والإمامية أيضاً لا يفرقون بين قبض العقار والمنقول فكلاهما يكون بالتخلية جاء في شرائع الإسلام⁽⁴⁾ ((القبض : هو التخلية سواء كان المبيع مما لا ينقل كالعقار أو مما ينقل ويحول كالثوب والجوهر والدابة وقيل فيما ينقل القبض باليد أو الكيل فيما

(1) النووي دمشقي ، روضة الطالبين ، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر ، ج ، ص 514-515 .
(2) ابن قدامة المقدسي (ت 620) ، المغني والشرح الكبير ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، بيروت 1984 ، الجزء 4 ، ص 238 .
د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 3389 .
(3) نظام الهندي وجماعته من علماء الحنفية ، الفتاوى الهندية ، ج 3 ، ص 16 .
(4) أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المحقق الحلي ، (602-676هـ) ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ط الأولى ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف ، 1969م ، ج 2 ، ص 29 .

يكال ، أو الانتقال به في الحيوان)) . وقد ذكر أيضاً السيد السبزواري⁽¹⁾ ((والقبض والتسليم فيما لا ينقل كالدار والبستان ونحو ذلك هو التخلية برفع اليد عنه والإذن لصاحبه في التصرف بالاستيلاء عليه)). وقال النووي من الشافعية ((إذا كان مما لا ينقل كالأرض والدور فقبضه بالتخلية بينه وبين المشتري ، وتمكينه من اليد والتصرف بتسليم المفتاح إليه))⁽²⁾. وقد ذكر صاحب الشرح الكبير وهو من المالكية ((وقبض العقار ، وهو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر بالتخلية بينه وبين المشتري وتمكنه من التصرف فيه ، بتسليم المفاتيح إن وجدت))⁽³⁾. ولا يختلف الحكم لدى الحنابلة فقد جاء في الإنصاف ((فالذي لا ينقل ولا يحول ، قبضه بالتخلية ، وهذا بلا نزاع))⁽⁴⁾.

2. قبض المنقول

اختلف الفقهاء في هذه المسألة وهل تكفي لقبض المنقول التخلية أم لا ؟ الرأي الأول : أصحاب هذا الرأي لا يفرقون بين قبض المنقول والعقار فكلاهما يحصل بالتخلية . ويذهب إلى هذا الحنفية والإمامية والمالكية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في قبض العقار . وهو قول الشافعية نقله النووي عن الخرسانيين⁽⁵⁾. وكذلك رواية للحنابلة عن الإمام أحمد نقلها صاحب المغنى⁽⁶⁾ بقوله (وروي عن أحمد أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التميز ، لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل ، فكان قبضاً له كالعقار)).

الرأي الثاني : يميز أصحاب هذا الرأي بين قبض العقار حيث تكفي فيه التخلية وقبض المنقول حيث لا تكون التخلية كافية لوحدها فالشافعية في قولهم يرون أن قبض المنقول يكون بنقله من مكان إلى آخر ، ولا فرق بين المنقولات المبيعة . يقول ابن شهاب الرملي ((وقبض المنقول تحويل المشتري أو نائبه له من محل إلى آخر))⁽⁷⁾. وهو قول أيضاً للحنابلة وهم يرون أن قبض المنقول يكون بحسب طبيعة المنقول فيحصل القبض فيما بيع بالكيل والوزن بكيه

- (1) السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري ، جامع الأحكام الشرعية ، ط8 ، مطبعة الديواني ، بغداد ، 1992 ، ص221 .
- (2) النووي ، روضة الطالبية ، ج3 ، ص515 . وأنظر زكريا الأنصاري ، حاشية الجمل على شرح المنهاج ، دار الفكر ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ج3 ، ص172 .
- (3) أحمد الدردير ، الشرح الكبير مع الحاشية ، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه ، ج ، ص145 .
- (4) علاء الدين أبي الحسن بن علي بن سليمان المعروف بالمرادوي (885 هـ) ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، طبعة أولى ، مصر ، 1956 ، ج ، ص125 .
- (5) يحيى شرف الدين النووي ، المجموع ، شرح المذهب ، مطبعة التضامن الأخوي ، المدينة المنورة ، بدون سنة طبع ، ج9 ، ص276 .
- (6) ابن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير ، المصدر السابق ، ج4 ، ص238 .
- (7) أحمد بن حمزة بن شهاب الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، 1967 ، ج4 ، ص93 .

ووزنه . وفيما ينقل بالنقل ، وفيما يتناول باليد بالتناول ، وفيما عدا ذلك بالتخلية⁽¹⁾ . ويمكن القول أن الرأي الذي يرجح هو أن التخلية تكفي لحصول التسليم في الفقه الإسلامي سواء أكان منقولاً أم عقاراً ، بالاستناد إلى العرف السائد في العصر الحاضر .

الفرع الثاني طرق التسليم بالنظر الى شكل التسليم (أو القبض)

يقسم الفقه الإسلامي طرق القبض إلى قسمين :

1. التسليم (أو القبض) الحقيقي

ويتحقق القبض الحقيقي بالإعطاء والأخذ⁽²⁾ . ويرى الفقهاء بأن القبض الحقيقي بهذا المعنى لا يتحقق إلا في المنقول لأن العقار يكون قبضه حكماً بالتخلية كما مر سابقاً . ويقابل التسليم الحقيقي بهذا المعنى التسليم المادي في القانون المدني .

2. التسليم (أو القبض) الحكمي

وهو يقابل التسليم المعنوي في القانون المدني وللتسليم الحكمي صور متعددة في الفقه الإسلامي أبرزها :

أ. التخلية

وهي تمكن المشتري من المبيع بلا مانع ، أي يكون في حوز البائع ولا حائل فيه⁽³⁾ . مع الإذن بالأخذ ويشترط لصحة التخلية أن يكون المشتري قريباً من المبيع

بحيث يصل إلى أخذه بدون مانع ، فإذا كان المبيع بعيداً فلا تكون التخلية معتبرة ، مثال البعيد ما لا يقدر المشتري على قبضه إلا بمشقة ولو كان قريباً⁽⁴⁾ .

ب. الإتلاف

-
- (1) ابن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 238 .
 - (2) منير القاضي ، المصدر السابق ، ص 291 .
 - (3) أحمد بن يحيى المرتضى (840 هـ) ، البحر الزخار ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 369 .
 - (4) منير القاضي ، المصدر السابق ، ص 290 .

- يقول الكاساني ((إذا كان المبيع في يد البائع فأتلفه المشتري ، لأنه صار قابضاً له بالتخلية فبالإتلاف أولى . لأن التخلية تمكن من التصرف في المبيع ، والإتلاف تصرف فيه حقيقة والتمكين من التصرف دون حقيقة التصرف))⁽¹⁾.
- ج. إذا تصرف المشتري مثلاً بحقه في المبيع قبل القبض يكون قبضاً كإيداع المبيع عند البائع أو إعارته منه ، والحكم نفسه لو أودع المشتري المبيع قبل قبضه عند أجنبي وأمر البائع بذلك فيعد كذلك قابضاً حكماً⁽²⁾.
- د . تتمثل هذه الصورة بالمثال الآتي: لو أن شخصاً كان قد وضع يده على شيء ما بسبب إعارة أو وديعة أو إيجار ... الخ ثم حدث أن تعاقد مع المالك الأصلي على أن يبيعه هذا الشيء ، وتم العقد بينهما فهل يحتاج المشتري إلى قبض جديد أم يكفي بالقبض السابق ويعد قبضاً حكماً ؟
- إن الفقه الإسلامي يميز بين يد الضمان ويد الأمانة من حيث قوة القبض وضعفه⁽³⁾.

قبض الضمان

- وهو ما يسئل القابض عنه تجاه صاحبه ولو هلك بأفة سماوية ، كالمغصوب في يد الغاصب ، والمبيع في يد البائع .
- أما قبض الأمانة : فهو ما لا يسئل عنه القابض إلا إذا تعدى أو قصر في حفظه كالوديعة في يد المودع .
- وبناءً على ذلك اختلف الفقهاء ، فالحنفية وما عليه مجلة الأحكام العدلية يفرقون بين قبض الضمان وقبض الأمانة ، فإن كان المبيع بيد المشتري مضموناً عليه بنفسه ، قام القبض الأول مقام القبض اللازم بعد العقد ، كما لو كان المبيع مغصوباً بيد المشتري عند التعاقد عليه . أما إذا كانت يده أمانة أي غير مضمون عليه ، أو كان مضموناً بغيره كالمرهون فلا بد من تجديد القبض فلا يقوم القبض الأول مقام القبض اللازم بعد العقد⁽⁴⁾.
- في حين يذهب الإمامية والشافعية إلى عدم التفرقة في قبض المشتري بين ما إذا كان قابضاً قبل العقد قبض ضمان أو أمانة ففي كلا الحالتين يقوم القبض السابق مقام القبض اللازم بعد العقد ولا يحتاج المشتري إلى تجديد القبض ويعد قابضاً حكماً⁽⁵⁾.

- (1) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 5 ، ص 246 . وأنظر في هذا المعنى : زكريا الأنصاري ، حاشية الجمل ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 159-160 .
- (2) الكاساني ، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 246 .
- وأنظر : السيد عبد الأعلى السبزواري ، المصدر السابق ، ص 222 .
- (3) الكاساني ، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 248 .
- (4) نظام الهندي ، الفتاوى الهندية ، ج 3 ، ص 22-23 .
- منير القاضي ، شرح المجلة ، ج 1 ، ص 290 .
- (5) السيد محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، المطبعة الحيدرية ، النجف الأشرف ، 1359 هـ ، ج 2 ، ص 16 .
- يحيى بن شرف الدين النووي ، روضة الطالبين ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 508 ، وأنظر النووي أيضاً المجموع ، شرح المذهب ، المصدر السابق ، الجزء 9 ، ص 281 .

وحسناً فعل المشرع العراقي بعد متابعة الفقه الحنفي ومجلة الأحكام العدلية في هذه المسألة كما يتضح ذلك من المادة (539) منه .

المبحث الثالث زمان ومكان ومصاريف التسليم

المطلب الأول زمان التسليم

لم يرد في القانون المدني المصري نص خاص بزمان تسليم المبيع اكتفاءً بما جاء في القواعد العامة التي نصت فيها الفقرة الأولى من المادة (346) على أنه ((يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك)).

لذلك فإن البائع يلتزم بالتسليم فور تمام العقد حتى إذا كان التزام المشتري بالوفاء بالثمن مؤجلاً ، وذلك ما لم يتفق المتعاقدان على تأجيل التسليم – حيث يجوز الاتفاق على ذلك – أو يظهر من الظروف التعاقدية أو من عرف الجهة أن التسليم ليس واجباً فوراً⁽¹⁾. فقد يقضي العرف بمنح البائع مهلة معينة من المشتري بعد انعقاد البيع ، كما يحصل عادة في البيوع التجارية فلا يجب التسليم إلا في هذا الوقت .

وقد تقضي طبيعة أو ماهية المبيع أن يكون التسليم في وقت لاحق لعقد البيع ، فلا يجب التسليم إلا في هذا الوقت الذي يتفق مع هذه الماهية . مثال ذلك في بيع المثليات يكون من المعلوم عند المشتري أن المبيع ليس موجوداً عند البائع وقت البيع وأنه سوف يحصل عليه من السوق فيما بعد ، ففي هذه الحالة يجب تخويل البائع مهلة كافية بعد العقد للحصول على المبيع وتسليمه⁽²⁾.

وكالقانون المصري جاء القانون المدني السوري ، فجاءت المادة (344) منه مماثلة لنص المادة (346) في القانون المدني المصري ، لكن القانون المدني السوري نص على زمان التسليم في معرض الكلام عن التزامات المشتري بتسليم المبيع فجاءت المادة (431) منه بالآتي ((إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت المبيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن))⁽³⁾.

ولا يختلف الحكم في قانون الموجبات والعقود اللبناني إلا أنه نص صراحة على زمان تسليم المبيع ولم يكتف بالقواعد العامة وذلك في الفقرة الأولى من المادة (407) ((يجب أن يكون التسليم في الوقت المعين له في العقد ، وإذا لم يعين وقت وجب التسليم على أثر إنشاء العقد مع مراعاة المهل التي تقتضيها ماهية المبيع أو العرف))⁽⁴⁾.

(1) د. جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص167 ، بند 61 .

(2) د. مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص158 ، بند 136 .

(3) أنظر : د. جاك يوسف الحكيم ، المصدر السابق ، ص233-234 ، بند 266-267 .

(4) أنظر في ذلك : د. مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص158 ، وأنظر أيضاً : د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص230 ، هامش (1).

أما القانون المدني العراقي فلم يكتف بما ورد في القواعد العامة⁽¹⁾ فنص صراحة على زمان تسليم المبيع في المادة (536) وجاءت على النحو الآتي ((على البائع أن يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري عند نقده الثمن . ولو شر المشتري أخذ المبيع في وقت معين قبل نقده الثمن للبائع جاز)). يتضح من ذلك أن الشرط الأول لا يختلف عن سابقه من القوانين إذ يقرر المشرع العراقي أن زمان التسليم هو وقت دفع الثمن من قبل المشتري⁽²⁾.

وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن تسليم المبيع يكون فور انعقاد المبيع على أن يؤجل دفع ثمنه للبائع إلى وقت لاحق ، كما يجوز لهما أن يتفقا على أن يكون دفع الثمن مقدماً على أن يؤجل تسليم المبيع إلى وقت لاحق⁽³⁾. لكن التساؤل الذي يثار هو أنه لما كانت هذه الاتفاقات تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد فلماذا نص عليها المشرع العراقي في الشرط الثاني من هذه المادة دون غيره من القوانين .

لعل جواب ذلك هو أن المشرع أراد أن يقطع كل شك قد يوجد حول صحة مثل هذا الشرط⁽⁴⁾.

كما أن للموضوع صلة بموقف مجلة ((الأحكام العدلية)) : حيث أن المجلة تنص على تعيين زمان لتسليم المبيع ولكن ورد فيها نص يقرر إلزام المشتري بتسليم ائمن أولاً ثم يسلم البائع المبيع ثانياً وذلك في المادة (262) ، ويذهب منير القاضي⁽⁵⁾ إلى أن وقت تسليم المبيع هو عقب أداء المشتري الثمن الحال ، ولا يصح للبائع أن يشترط تأجيل تسليم المبيع المستحق تسليمه سواء كانت مدة الأجل معلومة أو مجهولة ، وأن هذا الشرط فاسد وإن اقترن بالبيع يفسده -وهنا موطن الشاهد - .

وقد نصت على هذا الشرط المادة (353) من مرشد الحيران وجاء فيها ((ولو شرط البائع في عقد البيع تأجيل المبيع المعين وتسليمه المشتري في وقت كذا يفسد البيع)).

من ذلك يتضح أن الشرط الثاني من نص المادة (536) لم يكن لغواً وإنما هو لحسم موقف المشرع العراقي مما قد يثار من جدل حول ما جاء في مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران ، وحسناً فعل المشرع العراقي بموقفه هذا .

(1) يعتبر النص على زمان تسليم المبيع تطبيق من تطبيقات القاعدة العامة في الدفع بعدم التنفيذ التي تسري على العقود الملزمة للجانبين ، وتسمى هذه القاعدة قاعدة تعاصر التنفيذ ، أنظر : د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص 195 .

(2) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 174 ، د. سعدون العامرين ، المصدر السابق ، ص 115 .

(3) د. سعدون العامرين ، المصدر السابق ، ص 115 .

(4) د. حسن علي ذنون ، المصدر السابق ، ص 163 .

(5) منير القاضي ، المصدر السابق ، ص 296 .

المطلب الثاني مكان التسليم

لا يختلف حكم تحديد مكان تسليم المبيع في القانون المدني المصري والقانون المدني السوري وقانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني العراقي إلا أن منها من نص صراحة على تحديد مكان التسليم للمبيع ومنها من ترك المسألة للقواعد العامة ، فالقانون المدني المصري ترك المسألة لحكم القواعد العامة ويستفاد ذلك من المادة (347) وكذلك الحال في القانون المدني السوري في الفقرة الأولى من المادة (345) . أما قانون الموجبات اللبناني فقد نص صراحة على تحديد مكان تسليم المبيع في المادة (405) منه وكذلك القانون المدني العراقي نص على ذلك في المادة (541) منه إذ جاءت الفقرة الأولى منها بما يأتي : ((مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد . وإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده اعتبر مكانه محل إقامة البائع)) .. والفقرة الثانية تنص على أنه ((إذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في م حل معين لزمه تسليمه في المحل المذكور)) . من خلال استقراء نصوص المواد السابقة يتضح بأن الأصل في تحديد مكان تسليم المبيع ما يتفق عليه البائع والمشتري في العقد⁽¹⁾ . فإذا خلا عقد البيع من تحديد لمكان التسليم ، فيجب ابتداءً التمييز بين ما إذا كان المبيع عقاراً أم منقولاً . فالعقار المبيع – بطبيعة الحال – يسلم في المحل الواقع فيه العقار⁽²⁾ .

أما إذا كان المبيع منقولاً ، فهو على أحد ثلاث أحوال : أمّا أن يكون معيناً بالذات فيجب تسليمه في المكان الموجود فيه وقت البيع⁽³⁾ . وأما إذا لم يكن مكان المبيع معلوماً وقت البيع فإنه يفترض أن المبيع موجود في موطن البائع وقت العقد ، أو في مركز أعماله إذا كان يتعلق بهذه الأعمال فيتم التسليم في أي من هذين المكانين⁽⁴⁾ . وأما إذا كان المنقول المبيع معيناً بالنوع فما لم يوجد اتفاق مخالف فإن مكان تسليم المبيع هو المكان الذي يوجد فيه موطن البائع في الوقت الواجب فيه التسليم أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله إذا كان المبيع متعلقاً بهذه الأعمال⁽⁵⁾ . وأساس هذا الحكم هو قاعدة أن الدين يُسعى إليه ولا يسعي⁽¹⁾ .

- (1) د. سمير عبد السيد تناغو ، المصدر السابق ، ص239 ، بند 48 .
 - (2) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص252 ، بند 436 .
 - (3) د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص268 ، و د. جاك يوسف الحكيم ، المصدر السابق ، ص235 ، بند 269 .
 - (4) د. سمير عبد السيد تناغو ، المصدر السابق ، ص239-240 ، بند 58 .
 - (5) د. مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص157 ، بند 135 .
- و د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص269 ، بند 167 .

أما تحديد مكان التسليم في مجلة الأحكام العدلية فقد نصت على ذلك في ثلاث مواد هي (285 و 286 و 278) ومجمل أحكامها أن الأصل في تحديد مكان تسليم المبيع هو الاتفاق بين المتعاقدين ولا يبرأ البائع إذا سلم المبيع في غير المكان المتفق عليه في العقد إلا إذا رضي بذلك المشتري .
أما إذا لم يحدد المتعاقدان مكان تسليم المبيع في العقد ، فمكان التسليم هو الذي كان فيه المبيع وقت العقد إذا كان المشتري عالماً به ، فإن لم يكن عالماً بمكانه فله الخيار في هذه الحالة بين أخذه وفسخه⁽²⁾.

المطلب الثالث مصاريف التسليم

القواعد العامة هي التي تحدد من يستحمل مصاريف التسليم في القانون المدني المصري استناداً للمادة (348) التي نصت على أنه ((تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك)) ، وتطابق هذه المادة في القانون المدني السوري المادة (346) ، أما قانون الموجبات والعقود اللبناني فنص صراحة في المادة (412) على أنه ((يتحمل البائع – إذا لم يكن نص أو عرف مخالف - :
1. مصاريف التسليم كأجرة القياس أو الوزن أو العد أو تعيين الحجم .
2. المصاريف اللازمة لإنشاء الحق أو نقله إذا كان المبيع غير مادي)).

ونص القانون المدني العراقي أيضاً صراحة في المادة (542) على أنه ((تكاليف تسليم المبيع ، كأجرة الكيل والوزن ، تلزم البائع وحده ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك)).

يتضح مما سبق أن الأصل أن البائع هو من يتحمل نفقات تسليم المبيع باعتباره مدين بالالتزام بالتسليم ، على أنه يجوز الاتفاق على خلاف ذلك لأن أحكام نفقات التسليم ليست من النظام العام⁽³⁾. وقد أوردت المواد السابقة أمثلة على النفقات التي يجب أن يتحملها البائع ، ومن ذلك مثلاً نفقات الوزن أو الكيل ، ومما لا شك فيه أن تشمل أيضاً نفقات الإفرار عن طريق العد أو الذرع لأن الإفرار عملية ضرورية لتسليم المبيع . ويعتبر أيضاً من نفقات التسليم حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم المتفق عليه ومصاريف فك الرهن التي تعتبر ضرورية لتخليّة العقار المبيع⁽⁴⁾.

و.د. حسن علي ذنون ، المصدر السابق ، ص166 ، بند 179 .
(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، ص598-599 ، بند 310 ، ويضيف قائلاً ويلحق بالنقل المعين بنوعه إذا كان المبيع حقاً مجرداً كحق شخصي حوله الدائن .
(2) مینر القاضي ، المصدر السابق ، ص295-296 .
(3) د. مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص159 ، بند 138 ، و.د. حسن علي ذنون ، المصدر السابق ، ص166 .
(4) د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص166 .

وتشمل أيضاً نفقات التسليم الرسوم الكمركية إذا اشترط التسليم في محل المشتري⁽¹⁾.

وقد يقضي العرف خلاف هذا ومن ذلك مثلاً عقود توريد الماء والكهرباء فيشترط عادةً أن أجرة الجهاز اللازم لإفراز الكهرباء أو الماء - وهو ما يسمى بالعداد - يدفعها المستهلك وهي قطعاً من مصاريف تسليم الماء أو الكهرباء الذي تتبعه مديرية إسالة الماء أو مصلحة الكهرباء ، وكان من الواجب أن تتحملها المديرية باعتبارها (البائع) غير أن العرف يقضي بالتزام المستهلك -المشتري- بها . كما يقضي العرف بأن تكون نفقات التسليم مناصفة بين البائع والمشتري⁽²⁾.

أما النفقات التي تتعلق باستلام المبيع - من قبل المشتري - كرفع المبيع من المكان المحدد لتسليمه ونقله إلى مكان آخر ، فتقع على المشتري⁽³⁾. وأما موقف مجلة الأحكام العدلية⁽⁴⁾. من مصاريف التسليم فلا يختلف عما عليه الحال في التشريعات السابقة و قضت بذلك المادة (289) منه بما يأتي ((المصاريف المتعلقة بتسليم المبيع تلزم على البائع وحده مثلاً أجرة الكيال للمكيلات والوزان للموزونات المبيعة تلزم البائع وحده)) وهي واضحة في أنها تحمل البائع المصاريف المتعلقة بتسليم المبيع . فنخلص مما سبق إلى أن أحكام تحديد زمان ومكان ومصاريف التسليم ليست من النظام العام ولأنها تتعلق بمبدأ حرية التعاقد فهي تخضع بالدرجة الأساس لاتفاق الطرفين المتعاقدين .

ولعل من المناسب قبل ختام الفصل المخصص لأهمية وكيفية تنفيذ الالتزام بتسليم المبيع التساؤل عما إذا كان يقصد بتنفيذ الالتزام بتسليم المبيع بالكيفية السابقة المبيع ذاته ؟ أم يمتد إلى ملحقاته ؟ وما هي هذه الملحقات ؟ وما هي الحالة التي يجب أن يسلم بها المبيع ؟ وما هو مقدار المبيع ؟ كل هذه التساؤلات سيخصص لهما الفصل القادم وهي تحديد نطاق التسليم .

(1) د. محمد كمال مرسي ، المصدر السابق ، ص268 ، بند 154 .

(2) د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص116 ، و د. سمير عبد السيد تناعو ، المصدر السابق ، ص342

(3) د. جاك يوسف الحكيم ، المصدر السابق ، ص242-243 ، بند 276 .

(4) منير القاضي ، المصدر السابق ، ص298 .

يقصد بنطاق التسليم تحديد محل الالتزام بالتسليم أي دراسة المبيع الواجب تسليمه إلى المشتري بمقتضى عقد البيع⁽¹⁾. ودراسة نطاق الالتزام بالتسليم تُعنى بتوضيح المقصود بالبيع الواجب التسليم من حيث حالته التي يجب أن يسلم بها ، ومقدار ما يُسلم منه ، وما يشمل من ملحقات .

المبحث الأول حالة محل التسليم

نص القانون المدني المصري في المادة (431) منه على الحالة التي يجب تسليم المبيع بها بقوله ((يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع)). وكذلك نص قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (414) منه على ما يلي : ((يجب تسليم المبيع بحالته التي كان عليها وقت البيع ، ولا يجوز للبائع^(*) بعد ذلك أن يغيّر من حالته)). وكذلك نص على حكم هذه المسألة القانون المدني السوري في المادة (399) منه ، والقانون المدني الليبي في المادة (420) ، والقانون المدني الكويتي في المادة (467) منه .

أما المشرع العراقي فلم ينص على هذا الحكم . وبدورنا نعتقد أن هذا نقص تشريعي ، كذلك نقترح على هذا الحكم ، ويبدو أن (?) هذه المسألة إلى القواعد العامة .

وتجدر الإشارة إلى أن حكم هذه المسألة لا يختلف عن حكم التشريع المصري الذي نص عليها كما مرّ أعلاه . والذي كان يعمل بنفس الحكم في التقنين المدني السابق قبل النص عليها النص صراحة في القانون المدني الجديد⁽²⁾. يضاف إلى ذلك أن مسألة وجوب تسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع هي أمر منطقي وقانوني ، لأن المشتري قد انصرفت إرادته ورضاه إلى المبيع وهو في هذه الحالة فلا يجوز أن تتغير⁽³⁾.

ولبيان حالة محل التسليم لابد من التمييز بين ما إذا كان المبيع معيناً بالذات وبين ما إذا كان معيناً بالنوع وبين ما إذا وجد اتفاق خاص على حالة المبيع .

المطلب الأول المبيع معين بالذات

المبيع المعين بالذات هو الشيء القيمي الذي يتميز عن غيره بصفات خاصة تعينه تعييناً ذاتياً يجعل غيره لا يقوم مقامه عند الوفاء⁽⁴⁾. ومن المفترض أنه إذا كان المبيع معيناً بالذات أن يكون المشتري -حتى وإن لم يره - قد أحاط به وعلم به علماً

- (1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، المجلد الأول ، ص558 ، بند 292 .
- (*) واضح أن نص القانون اللبناني يقتصر مسؤولية البائع على التغيير فقط إذا كان بسببه ، أما إذا كان بسبب أجنبي أو بقوة قاهرة فلا مسؤولية على البائع .
- (2) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، المجلد الأول ، ص559 ، بند 293 .
- (3) د. آدم وهيب الندائي ، العقود المسماة في القانون المدني (البيع والإيجار) ، بغداد ، 1999 ، ص50.
- (4) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص171 ، هامش رقم 28 .

كافياً لأن البائع يلتزم بإحاطته علماً بجميع الأمور اللازمة للتعرف على حالة المبيع وقت البيع⁽¹⁾. وبناءً على ذلك فإن على البائع أولاً أن يسلم المبيع ذاته ، ثم عليه - ثانياً - عدم إحداث أي تغيير في المبيع .

وقبل الشروع في تفصيل هذين الأمرين بالقول لابد من الإشارة إلى أنه حتى الشيء المبيع إذا كان معيناً بالنوع وكان قد أفرز عند العقد ، أي تحددت ذاتيته فإنه يلحق بالمبيع المعين بالذات حكماً⁽²⁾، ويسري عليه ما يسري على المبيع المعين بالذات من أحكام .

أولاً . تسليم المبيع ذاته

إذا كان المبيع معيناً بالذات فإن على البائع أن يسلم المشتري الشيء المبيع المتفق عليه بالذات ، ولا يجوز له استبداله بعين أخرى ولو كانت مساوية له في القيمة ، ليس هذا فحسب ، بل ولا يجوز استبدالها بعين أخرى حتى ولو كانت أزيد منها في القيمة ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة⁽³⁾. مثال ذلك مَنْ يتعاقد على شراء طبعة معينة من كتاب ، يمكنه أن يرفض تسلم نفس الكتاب إذا كان من طبعة قديمة حتى ولو كان الكتاب لم يطبع من جديد .

ولا يلزم البائع بتسليم البضاعة المعروضة في واجهة المحل والمبين عليها الثمن ، لأن البائع لا يعرض للبيع البضاعة المعروضة وإنما يعرض بضاعة مماثلة لها ، هذا ما لم يتفق على خلاف ذلك ، أو ما لم يتبين من طبيعة المعاملة أن المشتري يرغب في شراء ما رآه وعينه مثل بيع الفواكه والخضر⁽⁴⁾.

ثانياً . تغيير حالة المبيع

إن التزام البائع بتسليم المبيع بحالته وقت البيع هو التزام بتحقيق غايته⁽⁵⁾. (الالتزام بنتيجة) ، هذا من جانب ، ومن جانب آخر فإن البائع يلتزم كذلك بالمحافظة على المبيع ، وهذا الالتزام هو التزام ببذل عناية وهي عناية الرجل المعتاد⁽⁶⁾. فإذا ما بذل البائع في المحافظة على المبيع إلى وقت التسليم للمشتري عناية الشخص العادي دون أن ينزل عن ذلك ، ولو كان هو نفسه أقل حرصاً في المحافظة على ماله من الشخص العادي ، ودون أن يرتفع عن ذلك ولو كان هو في نفسه أكثر حرصاً في العناية بماله من الشخص العادي فإنه يكون قد وفّى بالتزامه⁽⁷⁾.

بمعنى آخر ، أن البائع لا يجوز له أن يحدث تغييراً في المبيع ، ليس هذا فحسب بل يجب عليه أن يحافظ على حالة المبيع إلى حين أن يسلم المبيع للمشتري. فإذا تسلم المشتري

- (1) د. كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص 140 ، بند 65 .
- (2) د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص 243 ، هامش رقم 3 .
- (3) د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص 152 ، بند 167 .
- (4) د. حسام الدين الأهواني ، المصدر السابق ، ص 340 ، بند 400 .
- (5) عيد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 4 ، المجلد الأول ، ص 556 ، بند 291 .
- (6) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 170 ، بند 390 .
- (7) د. السنهوري ، الوسيط ، ج 4 ، المجلد الأول ، ص 557 ، بند 291 .

المبيع ولم يعترض عند التسليم ، أو بعد مرور مدة مناسبة يُفترض فيها أن المشتري عاين المبيع فرضي به ، فلا يحق له بعد ذلك أن يدعي أن المبيع قد تغيرت حالته عما كان عليه وقت البيع ، ذلك أن سكوته هذه المدة لا يخرج عن أحد تفسيرين : إما أن المبيع وقت التسليم كان في نفس حوالته وقت البيع ، وإما أنه كان هناك فرقاً بين الحالتين ، لكن المشتري أثر عدم الاعتراض ونزل عن حقه في التمسك به⁽¹⁾، لكن لو اعترض المشتري عند التسليم أو بعد مدة مناسبة بأن هناك تغير في حالة المبيع ، فهنا يقع عبء إثبات عدم التغيير على عاتق البائع ، لأن الأخير هو المدين بالتزام التسليم ، وبالتالي فعلى إثبات براءته يقع عليه⁽²⁾.

فإذا ثبت أن حالة المبيع قد تغيرت عما كانت عليه وقت البيع وكان هذا التغيير ضاراً بالمشتري ، كان البائع مسؤولاً عن هذا التغيير⁽³⁾. ولا يتخلص من المسؤولية إلا إذا كان التغيير راجعاً إلى خطأ المشتري أو فعله ، ففي هذه الحالة فقط لا يحق للمشتري الرجوع على البائع بشيء ويلتزم باستلام المبيع بحوالته الجديدة⁽⁴⁾. أما غير ذلك ، أي إذا كان التغيير قد حصل بخطأ البائع أو فعله ، أو فعل الغير ففي هذه الحالة يكون البائع مسؤولاً ، ويرجع البائع بدوره على الغير إن كان له حق الرجوع ، ولا يعفى البائع من المسؤولية حتى إن كان التغيير قد حصل بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي ، وذلك لأن التزامه - كما مرّ سابقاً -

الالتزام بتحقيق غاية⁽⁵⁾. ويتفرع عن ذلك أن مسألة هلاك المبيع أو تلفه بعد البيع وقبل التسليم تكون على عاتق البائع كما سيأتي لاحقاً⁽⁶⁾. وإذا ما تحققت مسؤولية البائع على هذا النحو جاز للمشتري المطالبة أما بالتنفيذ العيني وذلك بإعادة المبيع إلى الحالة التي كان عليها وقت البيع ، أو أن يطالب بالتنفيذ بمقابل - إذا تعذر التنفيذ العيني - مع التعويض إن كان له مقتضى أيضاً ، ورجوع المشتري على البائع إنما يكون أساسه إخلال البائع بالتزام التسليم⁽⁷⁾.

- (1) أنظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، نفس المصدر ، ص 562 ، بند 295 .
وأنظر : د. كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص 142 ، هامش رقم (2) .
- (2) د. عبد المنعم البدر اوي ، الوجيز في عقد البيع ، بدون دار طبع ، 1983 ، ص 248 ، بند 153 .
وأنظر كذلك : د. جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة) ، دار النهضة العربية ، 1982 ، ص 158 ، بند 60 .
- (3) التغيير في البيع أما أن يكون قانونياً أو مادياً ، ويعتبر من قبيل التغيير القانوني في المبيع أن يقوم البائع برهن البيع بعد البيع .
د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 170 .
- (4) د. سمير عبد السيد تناغو ، عقد البيع ، شركة الإسكندرية للطباعة والنشر ، بدون سنة طبع ، ص 222 ، بند 53 .
وأنظر كذلك : د. توفيق فرج حسن ، المصدر السابق ، ص 242 ، بند 146 .
- (5) د. كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص 142 .
- (6) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 4 ، المجلد الأول ، ص 563-564 ، بند 295 .
- (7) د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص 249 ، بند 154 .

وقد تتغير حالة المبيع إلى الأحسن عما كانت عليه وقت البيع ، فهنا يجب التمييز بين ما إذا كانت حالة المبيع قد تغيرت بسبب أجنبي أو بسبب البائع . فإذا كان التغيير يعود إلى سبب أجنبي : كزيادة طمي النهر بأرض زراعية أو انحسار مياه البحر مما نتج عنه زيادة قطعة الأرض المبيعة ، فإن الزيادة تكون للمشتري ولا يدفع مقابلها شيء للبائع⁽¹⁾.

أما إذا كان التغيير قد حصل بفعل البائع ، كأن يدخل البائع تحسينات على العين المبيعة ، أو أن يقيم فيها بناءً أو أغراساً ، فبعدد في حكم الباني في أرض الغير وهو عالم بذلك⁽²⁾ أي سيئ النية ، وهذا يقود إلى تفصيل القول بشأن المصروفات التي أنفقها البائع لإجراء البناء أو التحسينات أو التعديلات في البيع . ويقسم الفقه المصروفات إلى ثلاثة أقسام : فهي إما أن تكون ضرورية أو نافعة أو كمالية ، ولكل واحدة منها حكم مستقل :

1. المصروفات الضرورية

هي المصروفات التي يضطر الشخص إلى إنفاقها لحفظ العين من الهلاك . وقد أشارت إلى هذا التعريف الفقرة الأولى من المادة 1167 من القانون المدني العراقي التي تقابل المادة 980 من القانون المدني المصري . هذه المصروفات لا يحق للبائع أن يرجع بشيء مما أنفقه على المشتري لأن البائع ملتزم بالمحافظة على المبيع من الهلاك أو التلف ، وتبعية الهلاك تقع على البائع⁽³⁾ كما سيأتي :

2. المصروفات النافعة

وهنا يسري بشأنها نص المادة 1119 كما نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 1167 من القانون المدني العراقي باعتبار البائع في حكم الباني في ملك الغير وهو عالم بذلك . وهذه المادة تقابل المادة (924) من القانون المدني المصري . وفي هذه الحالة يوجد عدد من الخيارات تنص عليها المادتين السابقتين في حالة قيام البائع باستحداث تعديلات أو تحسينات أو إقامة بناء في العين المبيعة بعد البيع وقبل التسليم : أ . يحق للمشتري أن يطالب البائع بقطع ما استحدثه أو إزالته على نفقته مع التعويض إن كان له مقتضى . علماً بأن مسألة التعويض لم تنص عليها المادة 1119 لكنها مستفادة من القواعد العامة . بينما نجد المادة 924 من القانون المدني المصري قد أشارت إلى ذلك بالنص⁽⁴⁾.

- (1) د. حسام الدين كامل الأهواني ، المصدر السابق ، ص 343 ، سبند 403 .
- (2) - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 4 ، المجلد الأول ، ص 564 ، بند 295 ، وفيه إشارة إلى قرار لمحكمة النقض المصرية بهذا الخصوص ، وقد أشار إليه د. كمال قاسم ثروت أنظر : د. كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص 143 .
- (3) د. عبد الرزاق السنهوري ، نفس المصدر ، ص 564 ، بند 295 .
- (4) د. صلاح الدين الناهي ، محاضرات في القانون المدني العراقي ، بدون سنة طبع ، وبدون دار طبع ، ص 160 .

- ب. يجوز للمشتري أن يطلب استبقاء ما أجراه البائع من محدثات مقابل دفع قيمتها مستحقة القلع أو الإزالة⁽¹⁾ وفي هذه الحالة لا خلاف بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري .
- ج. يجوز للمشتري أن يطلب استبقاء ما أجراه البائع من محدثات مقابل أن يدفع للبائع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن المبيع بسبب هذه المحدثات⁽²⁾ وهذا ما نصت عليه المادة (924) من القانون المدني المصري ، في حين لم تنص المادة (1119) من القانون المدني العراقي على ذلك .
- د. يجوز للبائع أن يطلب نزع ما أجراه من مستحقات إذا كان ذلك لا يلحق ضرراً بالعين المبيعة ، طبعاً هذا إذا لم يختز المشتري استبقاء المستحقات على ضوء ما تقدم⁽³⁾، وهذا الخيار كسابقه نصت عليه المادة (924) مدني مصري ، بينما لم تنص عليه المادة (1119) مدني عراقي ، وهي منقذة في ذلك⁽⁴⁾.

3. المصروفات الكمالية

يجوز للمشتري أن يستبقي المستحقات التي يجريها البائع في العين المبيعة والتي تعتبر مستحقات أو تحسينات كمالية مقابل دفع قيمتها مستحقة القلع أو الإزالة ، وفي حالة عدم اختيار المشتري ذلك بالمقابل لا يحق للبائع المطالبة بالتعويض عنها ، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد المبيع إلى حالته الأصلية وقت البيع ، أي أن لا يلحق ضرراً بالمبيع⁽⁵⁾. علماً أن الحكم في هذه الحالة لا يختلف في القانون المدني العراقي (المادة 1167) عنه في القانون المدني المصري (المادة 980)⁽⁶⁾.

المطلب الثاني

المبيع المعين بالنوع

أما إذا كان المبيع معيناً بالنوع أي من الأشياء المثلية وهي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعد أو القياس أو الكيل أو الوزن كالذهب والفضة والحنطة والشعير⁽⁷⁾.

وطريقة تعيين المبيع إذا كان معيناً بالنوع تختلف عن طريقة تعيين المبيع المعين بالذات ، فالأخير يفترض ، كما مرّ سابقاً ، أن المشتري حتى إن لم ير المبيع فإنه علم به علماً كافياً ، وهذا العلم هو من شروط صحة البيع ، والعلم بالمبيع يصاحب مرحلة إبرام عقد البيع .

- (1) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، المجلد الأول ، ص564 ، بند 295 .
- (2) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ص564 .
- (3) د. السنهوري ، نفس المصدر ، ص564 .
- (4) لمزيد من التفاصيل بشأن الانتقادات الموجهة إلى هذه المادة ، ومقارنتها بالمادة (924) مدني مصري ، أنظر : د. صلاح الدين الناهي محاضرات في القانون المدني ، المصدر السابق ، ص159-160 .
- (5) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، المجلد الأول ، ص564 ، بند 295 .
- (6) لمزيد من التفاصيل بشأن المقارنة بين هاتين المادتين ، راجع : د. صلاح الدين الناهي ، محاضرات في القانون المدني ، المصدر السابق ، ص155 .
- (7) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص172 ، هامش رقم (29) .

أما المبيع المعين بالنوع فإنه لا يمكن تصور العلم بحالته وقت البيع ، لأنه لم يكن له كيان ذاتي في هذا الوقت⁽¹⁾.

ومن ثم فطريقة تعيينه عند البيع تكون ببيان جنسه ووصفه ونوعه ومقداره إذا بيع بسعر الوحدة ، مثال ذلك قول البائع للمشتري بعثك مئة^(*) طن من الحنطة العجيبة بسعر (100.000) ألف دينار للطن الواحد⁽²⁾. هذا فيما يخص التعيين وقت البيع أما عند التسليم فيجب التسليم بحسب الاتفاق على ضوء ما سبق .

لكن قد يكون المبيع المعين بالنوع تتفاوت آحاده من حيث الصنف أو درجة الجودة ، فالتسؤل الذي يطرح : ما الحكم لو سكت المتعاقدان عن بيان درجة جودة المبيع أو صنفه ؟ هل يبطل العقد ؟ أم هل يصح ويلزم البائع بتسليم صنف معين ؟

يذهب الفقه والقضاء إلى القول بصحة التعاقد إذا لم يذكر فيه صنف المبيع لأن ذلك أدنى إلى قصد المتعاقدين ، ويمكن أن يضاف أن ذلك يأتي انسجاماً مع سياسة المشرع الرامية إلى التقليل من حالات البطلان ، فعلى المحكمة أولاً النظر في العقد وظروف التعاقد فإن لم تستطع معرفة الصنف أو درجة الجودة فينبغي الرجوع إلى العرف الجاري لمعرفة ذلك ، فإن لم تتمكن من ذلك حينئذٍ تقرر انعقاد العقد على الصنف المتوسط⁽³⁾، ففي ذلك مصلحة البائع والمشتري لأن القول بأدنى من ذلك أي الرديء يلحق ضرراً بالمشتري ، والقول بالصنف الجيد قد يلحق ضرراً بالبائع⁽⁴⁾. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي لو نص صراحة على أن عدم تحديد درجة الجودة أو الصنف لا يؤدي إلى بطلان العقد ، وإنما إلى التزام البائع بتسليم صنف متوسط لكان ذلك أفضل .

المطلب الثالث

إذا كان هناك اتفاق خاص على حالة المبيع

إن مسألة وجوب تسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع إنما تقرر العمل بها في حالة عدم وجود اتفاق على حالة المبيع وقت التسليم ، أما إذا وجد هذا الاتفاق فإنه هو الذي يعمل به . ويقع عبء إثبات وجود اتفاق خاص على حالة المبيع على

- (1) د. سمير عبد السيد تناعو ، المصدر السابق ، ص 220 ، بند 53 .
- (*) المجمع العلمي العراقي في سنة 2001 قرّر - من ضمن ما قرّر - كتابة (100) بالشكل الصحيح (مئة) لا أن تُكتب (مائة) كما جرى سابقاً .
- (2) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 172 ، بند 296 .
- (3) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 83 ، بند 206 .
- وأنظر كذلك : د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص 75 .
- (4) د. كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص 143 ، بند 65 .

عائق المشتري ، فإذا أثبت ذلك ، انتقل عبء الإثبات إلى البائع فعليه أن يثبت أن حالة المبيع وقت التسليم هي الحالة المتفق عليها. ومن حالات الاتفاق الخاص .

قد يتفق المتعاقدان على وجوب تسليم المبيع في حالة جيدة ، فهذا يلتزم البائع بتسليم المبيع بحالة جيدة حتى لو لم يكن كذلك وقت البيع ، كأن تكون متوسطة أو رديئة ، فإذا لم يحسن البائع حالة المبيع إلى الجيدة وكانت حالة المبيع تقوّت على المشتري الغرض من الشراء ، جاز للمشتري المطالبة بالتنفيذ العيني إن كان ممكناً ، وله أن يطالب بالفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى ، لكن إذا لم تكن حالة المبيع وقت التسليم تقوّت الغرض من الشراء فلا يحق للمشتري المطالبة بالفسخ ، وإنما له المطالبة بالتعويض فقط إن كان قد تضرر من ذلك⁽¹⁾.

وقد يتفق المتعاقدان على أن للبائع أن يسلم المبيع بحالة أقل جودة من حالة المبيع عند البيع مع تخفيض الثمن بما يتلاءم مع الجودة في البضاعة المسلمة ، ويلاحظ هنا أنه إذا كان الفارق في الجودة أو المواصفات طفيفاً أي لا يتجاوز القدر المتسامح فيه ، فلا يحق للمشتري في هذه الحالة المطالبة بالفسخ . بل يلزم المشتري بتسليم المبيع مع تخفيض الثمن . ويكون ذلك بشرط أن يكون المبيع صالحاً للغرض المقصود من الشراء⁽²⁾. ومعرفة ما إذا كان الفرق طفيفاً أو جسيماً مسألة موضوعية تترك لفطنة القاضي يقرها طبقاً للعرف التجاري والظروف⁽³⁾.

وقد يتفق المتبايعان على أن تكون حالة المبيع وقت التسليم مطابقة لنموذج متفق عليه عند البيع ، وهو ما يسمى في القانون المدني العراقي بالبيع على نموذج (المادة 518) ، ويسمى في القانون المدني المصري بالبيع بالعينة (المادة 420) .

والنموذج عبارة عن مقدار مصغر من المبيع يقدمه البائع للمشتري لكي يحيطه علماً بالمبيع وبأوصافه⁽⁴⁾ مثال ذلك تاجر القماش يعطي عادة للمشتري قطعة قماش صغيرة من القماش الذي يريد بيعه . وتاجر الحنطة أو الرز أو الذرة ... الخ يعطي قبضة من المبيع الذي يريد أن تتم الصفقة على أساسه . هذا في مرحلة البيع ، أما عند التسليم فيقوم المشتري بالمطابقة بين النموذج أو (العينة)⁽⁵⁾ وبين المبيع لمعرفة ما إذا كان البائع قد نفذ التزامه أم لا فيما يخص جنس المبيع ونوعه وصنفه إلى غير ذلك من الأوصاف .

فإذا كان المبيع على غير النموذج أو دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه ، جاز للمشتري المطالبة بفسخ العقد أو قبوله بالثمن المسمى (المادة 518 مدني عراقي) .

- (1) السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج4 ، ص565 ، بند 296 .
- (2) د. حسام الدين كامل الأهواني ، المصدر السابق ، ص357 ، بند 415 .
- (3) د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص152 ، بند 167 .
- (4) د. حسن علي الذنون ، نفس المصدر ، ص70 ، بند 77 .
- (5) يفرق البعض بين البيع ب(النموذج) والبيع ب(العينة) . لتفصيل ذلك أنظر :
- د. حسام الدين الأهواني ، المصدر السابق ، ص357-358 ، بند 416 .
- د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص111 ، بند 78 .

هذا ويلاحظ بأنه لا يوجد ما يمنع في القانون المدني العراقي ، من مطالبة البائع من قبل المشتري بالتنفيذ العيني إن أمكن ذلك ، كما يجوز للمشتري أن يطالب بالتعويض إن كان له مقتضى ، في حالة فسخ العقد بسبب عدم تنفيذ البائع التزامه⁽¹⁾.

(1) د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص78-79 .

المبحث الثاني ملحقات المبيع

نص القانون المدني المصري في المادة (432) والقانون المدني السوري في المادة (400) على ما يلي : ((يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين)) كما نص قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يلي : المادة (418) موجب تسليم الشيء يشمل ملحقاته . والمادة (419) أن تسليم العقار يشمل أيضاً الثوابت الحكمية ، فهي تعد حتماً من ملحقات المبيع . والمادة (420) يشمل بيع الحيوان : أولاً صغيره الرضيع . ثانياً . الصوف أو الشعر الذي حل ميقات جزه . والمادة (421) : أن المقومات والأشياء الثمينة الموجودة ضمن شيء من المنقولات لا تحسب داخله في البيع ، إلا إذا نص على العكس . علماً بأن أحكام القانون اللبناني لا تختلف عن أحكام القانون المدني المصري⁽¹⁾. وكذلك نص القانون المدني العراقي على شمول البيع لتوابع المبيع أي الملحقات في المادة (536) : (على البائع أن يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري...) .

والمادة (537) : (يدخل في المبيع من غير ذكر :

- (أ) ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظراً إلى الغرض من الشراء ، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تباعها الرضيع .
 - (ب) توابع المبيع المتصلة المستقرة ، إذا بيعت دار دخل البستان الواقع في حدوده والطرق الخاصة الموصلة إلى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي للدار ، وإذا بيعت عرصة دخلت الأشجار المغروسة على سبيل الاستقرار .
 - (ج) كل ما يجري العرف على أنه من مشتملات المبيع.) .
- وقبل الشروع في بيان المقصود بالملحقات لابد من إيراد ملاحظتين : أولاًهما : أن التشريعات القانونية السابقة لم تفتن إلى أن دراسة نقص في النقل والصحيح كالاتي : دراسة ملحقات المبيع داخلية في موضوع تحديد المبيع عند دراسة محل العقد أي أن النص على الملحقات يجب أن يكون عند محل العقد وتحديد المبيع ، هذا نظرياً وهو صحيح . لكن على الرغم من صحة ذلك إلا أنه من الناحية العملية فإن مسألة الملحقات لا تثار إلا عند حصول التسليم ، أي أن التحقق من المقصود المبيع لا يثور إلا عند التسليم⁽²⁾.

ثانيهما : أنه على الرغم من أن أحكام النصوص السابقة لا تختلف فيما بينها إلا أن هذه النصوص جميعها منتقدة من ناحية الصياغة الفنية ، فبالنسبة للقانون المدني العراقي فيعيب عليه شراح القانون المدني العراقي أسلوبه القديم في الصياغة وذلك بالاستغراق في ذكر الأمثلة التوضيحية داخل النصوص العامة ،

(1) أنظر في ذلك : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، المجلد الأول ، ص580 ، هامش رقم (1) .

(2) د. حسام الدين كامل الأهواني ، المصدر السابق ، ص359 ، بند 418 .

ويرى هؤلاء الشراح أنه يجب اتباع الطريقة الحديثة في الصيغة وذلك بذكر النصوص العامة فقط أما ضرب الأمثلة فهي تدخل في مهمة الفقه⁽¹⁾.
أما بالنسبة لنص القانون المدني المصري ومن تبعه من القوانين فهو منتقد أيضاً من حيث الصياغة ، حيث أنه ذكر أن التسليم يشمل ملحقات الشيء وكل ما أُعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء . وهذا النص يوهم بأن الملحقات غير ما أُعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء بدليل عطفه الثاني على الأول⁽²⁾.

المطلب الأول

تمييز الملحقات عما يشتهب بها من اوضاع

ولغرض بيان المقصود بالملحقات يحسن أولاً التمييز بين الملحقات وما قد يشتهب بها من أشياء . فإن هناك أشياء تعد من أصل المبيع نفسه قد تختلط بالملحقات فيجب استبعادها كأجزاء المبيع ونماؤه .

- فإما أجزاء المبيع فهي تعتبر من الأصل نفسه ، مثال ذلك بيع الدار يشمل الأرض المقام عليها والمباني والحديقة والسلم الداخلي وسور الحديقة وهذه كلها تعد من أجزاء المبيع أي من أصله وليست من ملحقاته .
- ونماء المبيع كذلك يعد من الأصل وليس من الملحقات ، والنماء هو أصل حادث وجد بعد البيع ، كطمي النهر والتحاقه بأرض زراعية مبيعة أو بيع حيوان فإن نماءه هو كبره في المدة الواقعة بعد البيع وقبل التسليم . ويتملك المشتري أجزاء المبيع ونماؤه على أساس أنه من أصل الشيء بمقتضى العقد⁽³⁾.
- وهناك أشياء تختلط بالملحقات وهي متولدة عن الشيء المبيع كالمنتجات والثمرات .

فإما المنتجات : وهي ما يتولد من أصل الشيء بصفة عارضة لا دورية ، وهي ليست من الأصل ولا من الملحقات ، مثالها المعادن التي تستخرج من المناجم ، وولد الحيوان الذي يولد بعد البيع لا قبله⁽⁴⁾.
إذن فالمحقات غير المنتجات والملحقات مستقلة عن الأصل ولا تتولد عنه بصفة عارضة⁽⁵⁾.

- (1) أنظر هذا الرأي عند : د. حسن عي ذنون ، المصدر السابق ، ص151 ، بند 165 ، وأنظر : د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص165-166 ، بند 386 . وأنظر : د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص116-117 .
- (2) أنظر نقد هذا النص : د. أنور العمروسي ، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، سنة 1983 ، ج2 ، ص121 .
- وأنظر : د. خميس خضير ، المصدر السابق ، ص172 . و د. جاك يوسف الحكيم ، المصدر السابق
- (3) د. سمير عبد السيد تناعو ، المصدر السابق ، ص230-231 ، بند 55 .
- (4) لأن ولد الحيوان قبل البيع ينتقل باعتباره من الملحقات ، أنظر الفقرة (أ) من المادة (537) من القانون المدني العراقي .
- (5) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، المجلد الأول ، ص580 .

المطلب الثاني ثمار المبيع

ويقصد بالثمار هي ما يتولد من المبيع بعد العقد وقبل التسليم ، ويكون تولدها عن المبيع بصفة دورية لا عارضة وهي لا تعد من اصل المبيع⁽¹⁾. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (458) من القانون المدني المصري على حكم الثمار بقولها : ((وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره)) ، كما نصت الفقرة الثانية من المادة (572) من القانون المدني العراقي على ذلك بقولها ((والزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والنتاج تكون حقاً للمشتري وعليه تكاليف المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك . وثمار المبيع أنواع فمنها ما يكون طبيعياً كنتاج الماشية ، والكلاً في المراعي ، ومنها ما يكون صناعياً أو مستحدثاً كمحاصيل الأرض الزراعية ، ومنها ما يكون مدنياً كأجرة الدور وأرباح الأسهم والسندات⁽²⁾). هذا ويلاحظ أنه بمقتضى النصوص السابقة أن الثمار حق للمشتري من وقت تمام العقد ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك ، فهذه النصوص ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على خلافها .

وقد اختلف الفقه حول مصدر حق المشتري بالثمار ولماذا يلتزم البائع بتسليم الثمار مع المبيع ؟ وانقسم الفقه بصدد هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول⁽³⁾ : يذهب أنصار هذا الرأي إلى اعتبار ثمار المبيع من الملحقات ، ومن المعلوم أن التزام البائع لا يقتصر على تسليم المبيع فقط ، وإنما يمتد إلى ملحقات المبيع كذلك . أي أن هذا الرأي يقيم أساس الحق على فكرة التسليم . ويرى أنصار هذا الرأي أن للمشتري ثمار المبيع من يوم العقد حتى ولو لم تنتقل إليه الملكية بمجرد التعاقد .

وقد انتقد هذا الرأي من جهة أن اعتبار الثمار من الملحقات فيه تحميل لفكرة الملحقات ما لا تحتتمل ، لأن الملحقات هي أشياء مستقلة عن المبيع ومعدة لاستعمال البيع بشكل دائم وبالتالي هي ليست جزءاً منه ولا تتولد عنه ... ثم أن القول بأن الثمار من الملحقات لا يفسر تحمل المشتري تكاليف المبيع من وقت تمام البيع (كمصاريف حفظه واستغلاله والضرائب التي تترتب عليه إلى غير ذلك من التكاليف .

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 4 ، المجلد الأول ، ص 581 ، بند 302 .

(2) د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص 262 ، بند 162 .

(3) يتبنى هذا الرأي جانب من الفقه من مصر والعراق منهم على سبيل المثال :

- د. خميس خضر ، المصدر السابق ، ص 173 ، بند 94 .

- د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص 118 .

- د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص 262 ، بند 162 .

- د. مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص 151 ن بند 129 .

ويؤيد هذا الاتجاه فقهاء من أمثال د. إسماعيل غانم و د. منصور مصطفى منصور ... أنظر :

- د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 242 ، هامش (78) .

ويردّ أنصار هذا الرأي تلك الانتقادات والحجج بكون هذه الحجج لا يمكن القبول بها إلا إذا كان المبيع معيناً بالذات أو معيناً بالنوع لكن بيع جزافاً حيث تنتقل ملكيته بالعقد مباشرة ، أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع فلا يمكن أن تنتقل ملكيته بالعقد مجرداً وإنما بالإفراز .

وهناك مشكلة يثيرها التمسك بهذا الرأي على عواهنه ، تتعلق بوجود بعض القوانين التي تعتبر عقد بيع العقار رضائياً لكنها لا تعترف بنقل ملكيته إلا بالتسجيل في الدائرة المختصة كالقانون المصري مثلاً ، فما هو حكم الثمار التي تتولد عن البيع في مثل هذه الحالات بعد العقد وقبل التسجيل ؟ إذا قلنا أن الثمار ليست من الملحقات لم يبقَ أمامنا إلا فكرة الأثر الرجعي للإفراز أو التسجيل الذي يجعل انتقال الملكية يترد إلى وقت إبرام العقد ونحن في غنى عن الخوض في هذا المخاض متى اعتبرت الثمار من الملحقات .

لقد رد أنصار هذا الرأي الذي يعتبر الثمار من الملحقات على جميع الانتقادات الموجهة إليهم من خلال القول أن النصوص القانونية صريحة في أن الثمار للمشتري من وقت البيع دون أن تربط - النصوص - المسألة بما إذا كانت الملكية انتقلت من هذا الوقت أم لا . فضلاً عن أن فكرة الأثر الرجعي المشار إليها لم تلقَ قبولاً لدى غالبية الفقهاء نظراً لأن الإفراز أو التسجيل بحد ذاته لا يمكن أن يكون له مثل هذا الأثر لاسيما وأن ملكية العقار المبيع لا يمكن أن تنتقل إلا من وقت الإفراز أو التسجيل ، ولاشك أن مسألة تحمل المشتري تكاليف البيع من تاريخ البيع وربط ذلك بحق المشتري في الثمار فهو أمر تبرره العدالة ، فما دام البائع ينتفع بالثمن من وقت البيع ويتحمل المشتري تكاليف المبيع من هذا الوقت فلا أقلّ من أن تكون له ثمار المبيع من هذا الوقت .

ويصل هؤلاء إلى نتيجة مفادها أن الأصوب القول بأن الثمار من ملحقات المبيع وأن كل ما ينفصل عن المبيع من ثمار هو من ملحقاته ، ولهذا يلتزم البائع بتسليم الثمار التي تنفصل عن المبيع بعد البيع وقبل انتقال الملكية ، وحق المشتري عليها يثبت بمقتضى فكرة ملحقات المبيع وتنتقل ملكيتها للمشتري بمجرد انفصالها عن المبيع دون حاجة إلى أي إجراء آخر .

الرأي الثاني⁽¹⁾:

ويذهب أنصار هذا الرأي إلى اعتبار ثمار المبيع لا علاقة لها بالملحقات وأن حق المشتري فيها راجع إلى أنه مالك للأصل وبالتالي يملك ما يتولد عنه أي يتملك ثمار ملكه ، ويرى أنصار هذا الرأي أن المشتري لا حق له بالثمار إلا من وقت انتقال الملكية إليه .

(1) وهذا الرأي يتبناه فقهاء كبار رغم أننا لا نميل إليه ولا نؤيده :

- د. عبد الرزاق السنهوي ، الوسيط ، ج 4 ، ص 520 ، بند 283 .
 - د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 242-243 ، بند 420 .
 - د. كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص 139 ، هامش (2) .

وقد دار أغلب الفقهاء الذين تناولوا هذه المسألة بين هذين الرأيين ولم يخرجوا عنهما ... والرأي الراجح حسبما يفهم من التدقيق في ملاحظات وأسانيد وحجج الطرفين هو اعتبار الثمار من الملحقات بالمبيع ، فصحيح أن الملحقات لا تتولد عن المبيع لكن صحيح أيضاً أن لكل قاعدة شواذ ، فلا ضير في اعتبار الثمار استثناءً من الملحقات من جهة تولدها عن المبيع وهذا الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره ، لأن القول بهذا الرأي هو وحده الكفيل بإعطاء أساس قانوني صحيح ومتين لحق المشتري في ثمار المبيع من وقت تمام العقد ، وهو وحده الكفيل بإعطاء التفسير القانوني الدقيق لكثير من مسائل الثمار ومن أهمها الثمار المتولدة عن العقار المبيع بعد العقد وقبل التسجيل أو الإفراز .

المطلب الثالث معيير تحديد الملحقات

بما أن الملحقات مستقلة عن الأصل ، وهي في الوقت نفسه تابعة له وهي كذلك غير ما يتولد عن الأصل وغير أجزائه ، فهذا يقود إلى التساؤل عن معيار تحديد الملحقات ؟ أي ما هو الضابط الذي على أساسه يتم اعتبار الشيء ملحقاً بالمبيع ؟ لا يوجد معيار واحد يحدد الملحقات بل توجد عدة معايير تحدد الملحقات لأن الشيء الواحد قد يعتبر من الملحقات مرة ولا يعتبر ملحقاً مرة أخرى . ويعود هذا التباين والتنوع إلى أن إرادة المتعاقدين وطبيعة المبيع وعرف الجهة . هي التي تحدد ما إذا كان الشيء ملحقاً بالمبيع أم لا .

فإرادة المتعاقدين المتمثلة بعقد البيع هي المرجع الأول لمعرفة ما يعتبر من الملحقات أم لا ، على أن يؤخذ العقد جملة واحدة يفسر بعضه بعضاً⁽¹⁾. مع مراعاة القواعد العامة في تفسير العقد لاستخلاص قصد المتعاقد لكن قد يسكت المتعاقدان عن تحديد الملحقات ويصعب استخلاص قصدهما من العقد مباشرة ، فعلى القاضي أن يلجأ إلى طبيعة المبيع لاستخلاص ما يعتبر من الملحقات فالمحقات تختلف فيما إذا كان المبيع عقاراً أم منقولاً ، كما سيأتي ، لكن قد لا يستطيع القاضي مع ذلك من تحديد جميع الملحقات ، فهنا عليه أن يلجأ إلى العرف السائد لمعرفة ما يعتبر من الملحقات . وبناءً على ما سبق فإن هناك أنواعاً من الملحقات تختلف باختلاف العوامل السابقة كما يأتي :

أولاً . الملحقات الاتفاقية

عادة ما يقوم المتعاقدان بتعداد ما يُعد من الملحقات بالمبيع ، فهنا يجب الرجوع إلى هذا الاتفاق أولاً ، وأحياناً يقوم المتعاقدان باستثناء بعض الملحقات صراحة فهنا يعمل بالاتفاق كذلك ، مثال ذلك بيع الغاز المستعمل في المنازل ففي بعض البلدان يبقى البائع مالِكاً لأنبوبة الغاز فيعطيه للمشتري مقابل مبلغ تأمين ، لكي يضمن استردادها

(1) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 166 ، بند 387 .

بعد الفراغ منها . بينما في بلدان أخرى (كما هو الحال في العراق) تسمح جهة بيع الغاز بامتلاك الأنبوبة فيشمل البيع الأنبوبة مع الغاز⁽¹⁾.

ويعد كذلك من ا ملحقات الاتفاقية ما يحصل أحياناً عندما يلتزم البائع بأن يسلم لمن يشتري بضاعة معينة شيئاً آخر إلى جانب البضاعة أو بمنحه بطاقة يشترك بمقتضاها في سحبة على جوائز معينة أو يمنحه بطاقة تسمح له بشراء بضاعة أخرى بقيمة ما يتجمع لديه من بطاقات وهذا ما يسمى بالبيع مع جائزة⁽²⁾. ولسنا هنا بصدد مشروعية هذا البيع لكن بشأن تحديد الملحقات فالجائزة تعد في هذه الحالة من ملحقات المبيع .

ومما يلاحظ بأن الملحقات الاتفاقية قد تكون صراحة كأن يحدد في عقد البيع ما يعتبره من الملحقات وما لا يعتبر ، وقد تكون ضمنية ويستفاد تحديدها من طبيعة المعاملة وبالعرف السائد⁽³⁾.

ثانياً . الملحقات الضرورية

وهي الأشياء التي تعد للاستعمال الدائم للمبيع ويشملها البيع بالضرورة إذا لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك⁽⁴⁾. وتنتقل هذه الأشياء وتسلم مع المبيع تطبيقاً لمبدأ وجوب تنفيذ العقود بحسن نية⁽⁵⁾. مثال هذه الملحقات العقار بالتخصيص⁽⁶⁾، كالألات الزراعية والمواشي التي تخصص لخدمة المزرعة فهذه تعد من الملحقات التي يجب تسليمها مع الأرض الزراعية المخصصة لخدمتها . ويشملها البيع بدون ذكر . وكذلك تعد من الملحقات الضرورية المستندات الإدارية التي يتطلبها القانون ، فبيع سيارة يشمل رخصة تسييرها وبيع متجر يشمل بالضرورة دفاتره التجارية وعناوين عملائه باعتبارها من الملحقات الضرورية أما عناصر المتجر من آلات وتجهيزات وأثاث ، فتنتقل على أساس أنها جزء منه أي من الأصل لا من الملحقات⁽⁷⁾.

ثالثاً . ملحقات بحكم طبيعة المبيع

أ. ملحقات العقار

ويدخل في ملحقات العقار كل ما هو متصل بالعقار المبيع اتصال قرار وقد نصت على ذلك الفقرة (ب) من المادة (537) من القانون المدني العراقي وضربت أمثلة على ذلك فبيع الدار يدخل فيها البستان الواقع في حدودها والطرق الخاصة الموصلة إلى الطريق العام ، وحقوق الارتفاق التي للدار وبيع الأرض يلحق به الأشجار المغروسة على سبيل الاستقرار . ومثال ذلك أيضاً أنه يلحق بالعقار المبيع مفاتيح المنزل والمرايا

- (1) د. جاك يوسف الحكيم ، المصدر السابق ، ص 257-258 .
- (2) د. حسام الدين كامل الأهواني ، المصدر السابق ، ص 362 ، بند 422 .
- (3) د. حسام الدين كامل الأهواني ، المصدر نفسه ، ص 362 ، بند 422 .
- (4) د. حسام الدين كامل الأهواني ، المصدر نفسه ، ص 263 ، بند 421 .
- (5) د. حسن علي دنون ، المصدر السابق ، ص 153 ، بند 168 .
- (6) تنص المادة (63) من القانون المدني العراقي على ما يأتي ((يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكة في عقار مملوك له رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله)) .
- (7) د. جاك يوسف الحكيم ، المصدر السابق ، ص 257 .

المثبتة بالجدران والتمائيل المثبتة⁽¹⁾. ويشمل كذلك التأسيسات الكهربائية ، أي أن كل منقول لا يمكن فصله دون تلف يبقى ملحقاً بالعقار المبيع ويسلم معه ، لذلك لا تعتبر من ملحقات العقار المبيع المصابيح والثريا المعلقة وغيرها من المنقولات التي يمكن فصلها عنه بدون تلف فالعبرة إذن بما يمكن فصله بتلف أو بدون تلف⁽²⁾. وكذلك يلحق بالعقار المبيع عقود التأمين والحقوق والدعاوى المرتبطة به ، كدعوى الضمان المقامة ضد المقاول والمهندس المعماري عن كل خلل أو هدم قد يصيب البناء خلال مدة (عشر سنوات) وذلك وفقاً للمادة (870) من القانون المدني العراقي المعدلة⁽³⁾. كما يلحق بالعقار المبيع مستندات التملك ورسومات وخرائط البناء أو الخرائط المساحية للأرض وكل الوثائق التي ترتبط بتحديد أصل الملكية ومداها⁽⁴⁾.

ب . ملحقات المنقول

ثمة تطبيقات كثيرة لما يعد من ملحقات المنقول وكثيراً ما تحدد بحسب طبيعة المنقول والعرف السائد ، من ذلك بيع الحيوان يشمل الصوف والشعر المهيأ للجز ، وبيع جواد أصيل من سلالة فحل مشهور تلحق به الأوراق التي تثبت صحة نسبه ، وبيع الدابة يلحق بها الرسن ، وبيع براءة الاختراع يلحق به التزام البائع بإطلاع المشتري على أسرار استعمال هذا الاختراع⁽⁵⁾. وبيع بقرة حلب لأجل اللبن يلحق بها ولدها الرضيع ، كما نصت على ذلك الفقرة (أ) من المادة (537) من القانون المدني العراقي .

ومن الجدير بالذكر أنه لتحديد الملحقات لا بد من النظر في الغرض من الشراء فبالنظر لهذا الغرض قد يعتبر شيئاً ما من الملحقات ولو اختلف هذا الغرض قد لا يعتبر ذلك الشيء من الملحقات مثال ذلك بيع البقرة فيما إذا كانت لغير اللبن كأن تكون للذبح مثلاً ، فلا يدخل ولدها الرضيع باعتباره ملحقاً بها ، وكذلك بيع سيارة لغير غرض التسيير في الشارع كأن تكون (سكراب) فلا يلحق بها رخصة التسيير ، وكذلك بيع الجواد الأصيل ... إلى غير ذلك من الأمثلة .

رابعاً . ملحقات بحسب العرف

إذا لم يستطع القاضي من تحديد جميع ملحقات المبيع من الاتفاق المتمثل بعقد البيع أو من طبيعة المبيع ، فهنا يجب على القاضي أن يلجأ إلى العرف السائد وهذا ما نصت عليه الفقرة (ج) من المادة (537) من القانون المدني العراقي .

- (1) د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص260 ، بند 161 .
- (2) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص240 ، بند 416 .
- (3) ألغي نص الفقرة (1) من المادة (870) من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 الذي كان يجعل مدة الضمان (5 سنوات) وحل محله النص الجديد الذي يجعل مدة الضمان عشر سنوات وذلك بموجب القانون رقم 48 لسنة 1973 قانون تعديل القانون المدني العراقي الذي نص على سريان أحكام المادة الأولى منه على كافة المقاولات والعقود المدونة قبل نفاذه ما لم تكن مدة الضمان الخاصة بها قد انتهت قبل العمل به .
- جريدة الوقائع العراقية ، العدد 2244 في 1973/5/7 .
- (4) د. حسام الدين كامل الأهواني ، المصدر السابق ، ص366 ، بند 427 .
- (5) د. أنور سلطان و د. جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص265 ، بند 329 .

ومما يلاحظ أنه من الصعوبة بمكان تحديد القواعد القانونية النابعة من العرف لأن العرف ذو طبيعة مائعة تأبى التحديد والتقيد فهو ينمو في المجتمعات البدائية وينكمش بتقدم المدنية واستقرار القواعد القانونية ، ومثال ما يعتبر ملحقاً بالمبيع عرفاً ما يأتي : بيع الفندق يشمل ما فيه من أثاث ومفروشات ، وبيع الأسهم والسندات يلحق به قسائم الأرباح ، وبيع الشاي يشمل أيضاً الصناديق الموضوع فيها⁽¹⁾.

لكن التساؤل الذي يثار هو عرف أي جهة يتبع هل يقصد به عرف مكان التسليم ؟ أم عرف مكان إبرام عقد البيع ؟

يمكن القول بأنه يجب أن يتبع عرف الجهة التي يتم بها التسليم وهي قد تكون مكان وجود المبيع وقت إبرام العقد أو موطن البائع بحسب الأحوال طبقاً للمادة (541) من القانون المدني العراقي ومما يؤكد ذلك أنه من غير المعقول أن يتبع عرف جهة لا صلة لها بمكان المبيع وقت إبرام العقد كمكان إبرام العقد لأن العقد قد يبرم في مكان والمبيع يوجد في مكان آخر .

إذن فعرف مكان التسليم هو الذي يتبع وهذا ما يؤكد الصلة بين التسليم وملحقات المبيع⁽²⁾.

بناءً على ما سبق فإنه يمكن القول أنه توجد عدة معايير متباينة لتحديد الملحقات وهذا يقود إلى صعوبة في وضع تعريف محدد لكل ما يعتبر ملحقاً بالمبيع، فالملاحقات تختلف باختلاف ظروف كل حالة على حدة ، إلا أن المرجع الأول في تحديد ما يعتبر ملحقاً بالمبيع هو الاتفاق ثم طبيعة المبيع ثم عرف الجهة كما مر سابقاً . ويستقل قاضي الموضوع في تقدير ما يعد من الملحقات.

وأخيراً ، ولا بد من الإشارة إلى أنه إذا لم يقم البائع بالتزامه بتسليم الملحقات ، فإن جزاءه هو عين جزاء عدم تسليم المبيع ذاته ، وهو باختصار طلب التنفيذ العيني ، أما حق الفسخ للمشتري فهو خاضع لسلطة القاضي التقديرية فإن رأى أن ما اعتبره المشتري من الملحقات وطلب الفسخ بناءً عليه تافه فإنه يستطيع رفض طلب فسخ العقد⁽³⁾.

(1) د. حسن علي ذنون ، المصدر السابق ، ص 156 ، بند 170 .

(2) د. حسام الدين كامل الأهواني ، ص 361 ، بند 420 .

(3) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 169-170 ، بند 392 .

المبحث الثالث مقدار المبيع

نعرض في هذا المبحث لحكم النقص أو الزيادة في المبيع بعد التسليم متى كان المبيع شيئاً معيناً بالذات وكان مقداره في عقد البيع قد عين بدقة ، ذلك أن المقدار إن لم يعين في العقد ، ثم ظهر - فيما بعد - أكثر أو أقل مما يعتقده أحد المتعاقدين أو كلاهما ، فإنه لا يطعن في هذه الحالة بالعقد إلا بالغلط متى توفرت شروطه⁽¹⁾.

ومتى عين مقدار المبيع أصبح البائع ضامناً للمشتري في هذا المقدار المعين ، كما لو باعه قطعة أرض سكنية مساحتها ألف متر مربع أو قطعة أرض زراعية مساحتها عشرة دوانم أو شيئاً معيناً من الموزونات أو المكيلات بيع جزافاً ، وذكر في العقد أن مقداره خمسون كيلو غراماً أو رطلاً أو ذراعاً ، ففي هذه الأحوال إذا كان المبيع يشتمل على المقدار المعين فإن العقد ماضٍ بما اشتمل عليه ما دام مقدار المبيع لم يزد ولم ينقص ، فلا يرجع أي من البائع أو المشتري على الآخر بشيء ، لكن يحصل أن تقع زيادة في مقدار المبيع أو نقص عما حدد به في العقد ، فهنا يطرح التساؤل عن حكم الزيادة أو النقص في مقدار المبيع . ونعرض لهذا الموضوع من خلال فرعين ، الأول يتعرض لحكم الزيادة أو النقص في مقدار المبيع في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية المستمدة منه وفي مقدمتها القانون المدني العراقي .. والثاني يتعرض لحكم التغير في مقدار المبيع في القانون المدني المصري والقوانين المقارنة .

(1) منصور مصطفى منصور ، مذكرات في القانون المدني /العقود المسماة/ البيع والمقايضة والإيجار ، القاهرة ، دون سنة الطبع ، فقرة 75 ، ص 132 .
- السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، المجلد الأول ، ج 4 ، ص 571 ، هامش رقم (1) .

المطلب الأول حكم التغيير في مقدار المبيع في الفقه الإسلامي والقوانين والمستمدة منه

تناول الفقه الإسلامي حكم التغيير في مقدار المبيع بتفصيل دقيق اعتمدت مجلة الأحكام العدلية أحكامه في الفصل الثالث من الكتاب الأول في المواد (217-229) ، فقد نصت المادة 217 من المجلة على أنه : (كما يصح بيع المكيلات والموزونات والعدديات والمزروعات كَيْلاً ووزناً وعدداً وذرعاً ، يصح بيعها جزافاً أيضاً...) . ونصت المادة (222) على أنه : (إنما يعتبر القدر الذي يقع عليه عقد البيع لا غيره) . ونصت المادة (223) من المجلة على أن : (المكيلات والعدديات المتقاربة والموزونات التي ليس في تبغيضها ضرر إذا بيع منها جملة مع بيان قدرها صح البيع

سواء سمي ثمنها فقط أو بين وفصل لكل كيل أو فرد أو رطل منها ثمن على حدة ، إلا أنه إذا وجد عند التسليم تاماً لزم البيع وإذا ظهر ناقصاً كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن وإذا ظهر زائداً فالزيادة للبائع... (1). من هذا يتضح أن البيع يصح كيلاً ووزناً وعداً وذراعاً ، كما يصح جزافاً أي بدون كيل أو وزن أو عدٍ أو ذراع ، سواء كان الموزون أو المذروع مما يضره التبعض مثل فصّ الألباس ، أو مما لا يضره التبعض كالقماش ، وسواء كان المعدود متقارباً أو متفاوتاً ، كما لو تم بيع (هذا) القمح أو (هذا) القماش فقبله المشتري ، ذلك أن المبيع أما أن يكون معلوماً لتعيين مقداره أو معلوماً بالإشارة إليه إن كان بيعه جزافاً (2).

كذلك يصح بيع المقدرات - وهي المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات - استناداً إلى أداة يتفق عليها العاقدان ، سواء كانت معلومة المقدار أو غير معلومة ، مثل استخدام (طشت) بحجم معين وسعة معروفة للقياس ، أو قطعة حديد أو خشب للذرع (م 218 من مجلة الأحكام العدلية) شريطة أن تكون الأداة مضبوطة مما لا يطرأ عليها الانقباض أو الانبساط أو النقص أو الزيادة ، فإن البيع بهذه الأدوات بيع صحيح غير لازم ، ما دام المشتري يملك حق الفسخ بعد وقوفه على حقيقة مقدار المبيع وهو ما يسمى بـ (خيار الكمية) أو (كشف الحقيقة) (3).

ولأن معلومية ثمن الفرد أو القسم تفيد معلومية ثمن المجموع صح - في الفقه الإسلامي - بيع المقدرات صفقة واحدة ببيان ثمن كل فرد أو قسم منها دون بيان ثمن المجموع جملة (4)، وكما يصح بيع العقار المحدود بالذراع أو الجريب ، يصح بيعه بتعيين حدوده كذلك (5).

وبيع المقدرات جملة مع بيان مقدار وجملة ثمنها صحيح في الفقه الإسلامي ، كأن يقول البائع بعثك قطيع الغنم هذا على أنه خمسون رأساً بمليون دينار ؛ فإن ظهر القطيع (المبيع) تاماً عند التسليم كان البيع صحيحاً ولازماً ما دام لم يشمل خيار من الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي كخيار العيب أو الشرط أو الرؤية أو الكمية ... الخ (6). أما إذا ظهر المبيع زائداً أو ناقصاً فحكمه يختلف باختلاف أنواع المبيع فيما إذا كان من المثليات التي لا يضرها التبعض (التجزئ) أو كان من المثليات التي يضرها التبعض على التفصيل الوارد لاحقاً .

- (1) مجلة الأحكام العدلية ، المطبعة العثمانية ، القسطنطينية ، 1305هـ ، ص 31 .
- (2) منير القاضي ، شرح المجلة ، المصدر السابق ، ج 1 ، ص 271 .
- (3) المادة (218) من المجلة ، أنظر : المجلة ، المصدر السابق ، ص 31 .
- (4) المادة (220) من المجلة ، أنظر : المجلة ، المصدر السابق ، ص 31 .
- (5) المادة (221) من المجلة ، أنظر : المجلة ، المصدر السابق ، ص 31 .
- (6) أحمد أبو الفتوح ، كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ، ط 2 ، مطبعة النهضة ، القاهرة ، 1922 ، ج 2 ، ص 352-353 .
- منير القاضي ، المصدر السابق ، ج 1 ، ص 275 .
- وأنظر كذلك المادة 223 من المجلة : المجلة ، المصدر السابق ، ص 31 .

والقانون المدني العراقي ، ومثله الأردني⁽¹⁾، يستمد من الفقه الإسلامي هذه الأحكام ، إذ نص عليها القانون المدني العراقي . المواد (543-546) منه فجاء في المادة (543) ما يلي (إذا بيعت جملة من المكيلات أو جملة من الموزونات أو المذروعات التي ليس في تبويضها ضرر أو من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها ، وسمي ثمنها جملة أو بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن ، وإذا ظهر المبيع زائداً فالزيادة للبائع)⁽²⁾.

وتنص المادة (544) منه على أنه : (1- إذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التي في تبويضها ضرر ، أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها وسمي ثمنها جملة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن ، إلا إذا اتفق مع البائع وقت التعاقد على أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن . 2- وإذا وجد المبيع زائداً فالزيادة للمشتري ، على أنه يجوز الاتفاق وقت التعاقد على أن يعطى البائع عوضاً في مقابل الزيادة) .

وتنص المادة (545) منه على أنه : (إذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التي في تبويضها ضرر أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها وسمي ثمنها بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع زائداً أو ناقصاً عند التسليم ، فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بحصته من الثمن)⁽³⁾.

وتعطي دراسة هذه النصوص فكرة واضحة عن تمييزها في بيع الأشياء المثالية بين بيع المثاليات التي لا يضرها التبويض وبين بيع المثاليات التي يضرها التبويض⁽⁴⁾ وهو ما سنتناوله بفقرة مستقلة في أدناه .

أولاً . بيع المثاليات التي لا يضرها التبويض

والمثاليات التي لا يضرها التبويض هي الأشياء التي لا تضر تجزئتها أو قسمتها ولا يترتب على نقصها عدم صلاحيتها للاستعمال أو التعامل⁽⁵⁾. ويجب التمييز في المثاليات التي لا يضرها التبويض بين حالة ما إذا ظهر المبيع زائداً وحالة ما إذا ظهر المبيع ناقصاً .

1. إذا ظهر المبيع زائداً

فإذا ظهر المبيع زائداً كانت الزيادة للبائع ، ولا يستطيع المشتري إلزامه بتسليم المقدار الزائد حتى وإن أبدى رغبته بذلك وأظهر استعداداً لتسديد ثمن الزيادة ، وليس

(1) د. علي هادي العبيد ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، العقود المسماة في البيع والإيجار ، ط1 ، جامعة أربد الأهلية ، الأردن ، 1997 ، ص93 .

(2) موسوعة التشريعات العقارية ، القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل ، نشر : علي محمد إبراهيم الكرياسي ، بغداد ، دون سنة الطبع ، ص126 .

(3) موسوعة التشريعات العقارية ، المصدر نفسه ، ص127 .

(4) وهي نفس المعالجة القانونية الواردة في المادة (492) من القانون المدني الأردني التي تكفلت ببيان أحكام التغيير في مقدار المبيع عند التسليم كاملة بفقراتها الأربع . لمزيد من التفاصيل أنظر : أ.د. آدم وهيب الندوي ، العقود المسماة في القانون المدني البيع والإيجار ، بدون مكان الطبع ، 1999 ، ص52 .

(5) د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص119 .

للبائع - بالمقابل - إلزام المشتري بشراء المقدار الزائد ذلك أن البيع وَرَدَ على الكمية المتفق عليها في العقد⁽¹⁾.

2. إذا ظهر المبيع ناقصاً

فإن ظهر المبيع ناقصاً كان المشتري مخيراً بين فسخ العقد ، نظراً لتفرّق الصفقة عليه ، وبين أخذ الموجود بما يقابله من الثمن ، وقد نصت على هذا الحكم (المادة 223) من مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾، ونص عليه القانون المدني العراقي في المادة (543)⁽³⁾.

ولعل من المناسب القول أن الدكتور حسن علي الذنون يرى أن : (المشتري إذا اختار إبقاء العقد فإنه لا يلتزم بدفع الثمن بأكمله ، إنما يلتزم بدفع ما يقابل مقدار ما استلمه بسعر الوحدة ..)⁽⁴⁾، ونؤيد ذلك لأن الالتزام بدفع كامل الثمن إنما ينشأ عن العقد الأصلي أساساً بغض النظر عن ثمن الزيادة التي طرأت فيما بعد وعالج القانون حكمها هنا .

ثانياً . بيع المثليات التي يضرها التبعض

يلاحظ هنا أن القانون المدني العراقي يفرق بين حالتين أولاًهما : إذا كان الثمن قد سمي جملةً وثانيهما : إذا كان الثمن قد سمي بسعر الوحدة ، وقد استمد هذه الأحكام من الفقه الإسلامي على النحو الآتي :

أ . إذا كان الثمن قد سمي جملةً

فإن كان الثمن قد سمي جملةً في العقد فإن الأمر لا يخلو من أحد فرضين الأول إذا ظهر عند التسليم إن في المبيع نقصاً عن المقدار المعين في العقد ، والفرض الثاني إذا ظهر عند التسليم إن في المبيع زيادة عن المقدار المعين في العقد .

- إذا ظهر المبيع ناقصاً : فالمشتري بالخيار بين فسخ العقد وبين أخذ المبيع بكل الثمن لأن الثمن تعلق بالمبيع جملةً ولم يتعلق به إفراداً⁽⁵⁾ ذلك لأنه يظهر بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي أن الفقهاء ينظرون للأمر من ناحية

- (1) - د. آدم وهيب النداوي ، المصدر السابق ، ص 52 .
- د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 158 .
- د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص 120 .
- د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 245-246 .
- د. ع عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 171 .
- د. قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص 148 .
- (2) مجلة الأحكام العدلية ، المصدر السابق ، ص 31 .
- (3) - د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص 158 .
- د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص 119-120 .
- د. كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص 148 .
- (4) د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص 159 .
- (5) المادة 224 من المجلة . أنظر : مجلة الأحكام العدلية ، المصدر السابق ، ص 31 . منير القاضي ، المصدر السابق ، ص 276 .

تعلق الثمن بجملة المبيع الذي رضي البائع بيع المبيع به ، والزيادة في المبيع إنما تعد من قبيل الوصف اللاحق به ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن ، مع التأكيد على أن الوصف هنا يقصد به الوصف الفقهي التابع للشيء غير المنفصل عنه والذي يزيد الشيء حسناً . ويضرب الأستاذ منير القاضي لهذه الحالة مثلاً بـ (قطعة من الماس عشر قراريط مثلاً وصف للقطعة لأنه يزيد لها حسناً واعتباراً ، بدليل أنها إذا نقصت قيراطاً مثلاً تهبط قيمتها هبوطاً زائداً غير متناسب مع مقدار النقص)⁽¹⁾.

وهذا ما أخذ به المشرع العراقي في المادة 544 من القانون المدني⁽²⁾، ويعلله شراح القانون بتعليل فقهاء المسلمين نفسه ، مع الإشارة إلى أن الدكتور حسن علي الذنون يضيف تعليلاً فقهيّاً صحيحاً مفاده أن فوات الوصف المرغوب فيه في المبيع يجيز للمشتري الفسخ استناداً إلى (خيار الوصف)⁽³⁾.

- إذا ظهر المبيع زائداً : فإذا ظهر المبيع زائداً وقت التسليم عن المقدار الذي كان عليه وقت التعاقد ، فالزيادة للمشتري ولا يدفع مقابلها شيئاً للبائع ، وهذا الحكم يتفق مع ما تقدم في كون الزيادة وصف مرغوب فيه ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن⁽⁴⁾.

ومع ذلك ، وحيث أن أحكام المادة 544 بفقرتيها 1 و 2 ليست من النظام العام فيجوز إذن الاتفاق على خلافها ، فيصح للمتعاقدين الاتفاق على أن يلتزم المشتري بدفع عوض للبائع عن الزيادة التي تظهر في المبيع عند التسليم سواء اتفقا على تحديد ثمن الزيادة استناداً إلى الثمن المسمى في العقد أو أكثر أو أقل ، كما يصح أن يتفقا على أن يأخذ المشتري المبيع في حالة ظهوره ناقصاً بما يقابله من ذلك الثمن لا بالثمن المسمى⁽⁵⁾.

- (1) منير القاضي ، المصدر نفسه ، ص 276 .
- (2) د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص 120 .
- (3) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 247 .
- (4) د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص 159 .
- (5) ويضيف العلامة السنهوري في (الوسيط) تعليلاً آخر إضافة إلى ما تقدم مفاده أن المبيع كان في يد البائع الذي كان بوسعه معرفة مقداره ، ودلّ تقصيره في معرفته ذلك وبيعه بثمن مقدّر جملة واحدة على أنه ارتضى الثمن المسمى في كل المبيع وبالتالي ليس له أن يحتج بتقصيره . أنظر :
- السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 574 ، بند 299 ، هامش رقم (1) .
- (4) د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص 159 - 160 .
- (5) د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص 120-121 .
- د. عباس الصراف ، المصدر السابق ، ص 171 .
- د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 247 .
- د. كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص 147 .
- الأستاذ منير القاضي ، المصدر السابق ، ص 276 .
- د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص 160 .
- (5) د. كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص 247 .

المطلب الثاني حكم التغيير مقدار المبيع في القانون المدني المصري والقوانين المقارنة

تنص المادة (433) من القانون المدني المصري على أنه : (1- إذا عين في العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسؤولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضي به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع ، إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد . 2- أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدراً؟ بحساب الوحدة ، وجب على المشتري ، إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض ، أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد ، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه⁽¹⁾ .

وتنص المادة (434) منه على أنه : (إذا وجد في المبيع عجزاً أو زيادة ، فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد ، وحق البائع في طلب تكملة الثمن ، يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمياً فعلياً) . وتقابل هاتان المادتان نصوص المادتين (401 و 402) مدني سوري والمادتين (422 و 423) مدني ليبي⁽²⁾ .

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج4 ، ص566 .
(2) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر نفسه ، ج4 ، ص569-570 ، هامش رقم (1) .

والمتمتع في نصوص المواد المتقدمة يلاحظ أنها تفرّق بين ما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات وعين مقداره في عقد البيع ، وحدث عند التسليم أن يكون مقدار المبيع أقلّ من المقدار المعين في العقد أو أكثر منه ، لذا سيتم تناول دراسة موضوع التغيّر في مقدار المبيع في القانون المدني المصري والقوانين المشابهة له في فقرتين الأولى : حالة نقص المبيع . والثانية : حالة زيادة المبيع ... مع الإشارة إلى أن التقنين المدني المصري السابق كان يذهب بشأن أحكام التغيّر في مقدار المبيع مذهب فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقي ، إلا أنه في التقنين الجديد عدل عن ذلك إلى التقسيم الآتي تفصيله⁽¹⁾.

أولاً . في حالة نقص المبيع

سبق القول أن التقنين المدني المصري الملغي ، كان يقرر في المواد(363-370) أحكاماً تشابه أحكام الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والأردني على التفصيلات التي سبق إيرادها في المطلب المتقدم ، ولكن القانون المدني المصري الجديد – كما يبدو – لم يشأ إيراد كل تلك التفصيلات ، ربما لأنه رأى أن بعضها يكفي في استخلاصه القواعد العامة ، وأن بعضها الآخر ينطوي على شيء من التحكم ويحسن تركه للظروف المحيطة بالعقد ولاتفاق المتعاقدين ، فاقصر على نص جديد يمكن أن يقال عنه أنه يلخص كل تلك التفصيلات ، وهو منقول – في أساسه – عن التقنين المدني البولوني والمشروع الفرنسي الإيطالي⁽²⁾ وهو نص المادة (1/433) السابق ذكرها.

ولعل أول ما يفهم من ذلك النص أن حكمه ليس أمراً ، بل هو تطبيق للقواعد العامة وتفسير لنية المتعاقدين ، فهو لا يعدّ من النظام العام ، ومن ثم فإنه يطبق ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره ، أي ما لم يتم الاتفاق على إعفاء البائع منها أو تخفيضها⁽³⁾.

وغني عن البيان ، أن النص يشير – قطعاً – إلى أن تحديد مقدار المبيع في العقد يجعل البائع ضامناً لهذا المقدار ما دام قد جعل (البائع يكون مسؤولاً عن نقصه...) ، ومن ثم فإن ضمان البائع لمقدار المبيع ، وكونه مسؤولاً أمام المشتري عن نقص المقدار المحدد في العقد ، يعطي المشتري الحق في الحصول على تعويض من البائع ربما يتمثل حق الأول أن يستنزل من الثمن ما يعتبر كافياً لرفع ما وقع له من ضرر نتيجة نقص مقدار المبيع المحدد في العقد ، يضاف إليه – حسب القواعد العامة – أي تعويض إضافي يستحقه المشتري عما لحقه من خسارة أو ما فاتته من كسب بسبب نقص مقدار المبيع⁽⁴⁾.

- (1) السنهوري ، المصدر نفسه ، ج4 ، ص567-569 ، هامش رقم (1) .
- (2) د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد/العقود المسماة/ عقد البيع وعقد المقايضة ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1953 ، ج6 ، ص239-240 .
- (3) جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية / البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982 ، ج2 ، ص160 .
- (4) د. جاك يوسف الحكيم ، المصدر السابق ، ص249 .

وقد يكون النقص من الجسامة بمكان بحيث يفوّت على المشتري الغرض من الشراء كما لو اشترى شخص قطعة أرض بمساحة معينة لإنشاء مشروع معين عليها لا يمكن إنشاؤه فيما لو كانت المساحة تقل عن القدر المعلوم ، ثم تبين أن المساحة أقل من القدر الذي كان يعتقد أنه يتعاقد عليها ، فهنا منحه النص المتقدم الحق في فسخ العقد ، شريطة أن يكون النقص من الجسامة بحيث لو أن المشتري كان يعمل عند التعاقد لما أتم العقد ، وهذا المعيار - كما يبدو - معيار شخصي بحث لا يجعل للنقص مقدراً حسابياً ثابتاً ، بل مختلفاً بحسب اختلاف ظروف التعاقد وغرض المشتري في كل مرة⁽¹⁾.

ولا يفرّق المشرع المصري في هذه الحالة - حالة نقص المبيع - بين ما إذا كان المبيع يضره التبعض أم لا يضره ، وبين ما إذا كان الثمن محدداً بسعر الوحدة أم مقدراً جملة واحدة⁽²⁾.

ثانياً . في حالة زيادة المبيع

تولت المادة (2/433) من القانون المدني المصري حكم الزيادة في مقدار المبيع ويفهم من ذلك النص ، أنه إذا وجدت زيادة في البيع ، وكان هناك اتفاق خاص بين المتبايعين بخصوص ذلك ، وجب العمل بالاتفاق ، فإن لم يكن هناك اتفاق ، وجب العمل بمقتضى العرف ، فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف وجب التمييز⁽³⁾ عندئذ بين حالتين : حالة ما إذا كان المبيع قابلاً للتجزئة ، وحالة ما إذا كان المبيع غير قابل للتجزئة ، وعلى التفصيل الآتي :

1, إذا كان المبيع قابلاً للتجزئة

فإذا كان المبيع قابلاً للتجزئة بحيث لا يؤدي فصل بعض أجزائه عنه إلى تلف في مادته أو نقص في قيمته ، كالمثليات التي عينت بذاتها في عقد البيع كمجموعة من السيارات التي لا يضرها التبعض أو التجزئة ، فإن تسليم البائع جزءاً يزيد عن القدر المتفق عليه ، يجعل المشتري بالخيار ، إن شاء رفض الزيادة لأن العقد لم يكن منصّباً عليها أساساً ، أو إن شاء قبل بها وسدد ثمنها بحسب كميتها إن كان الثمن مقدراً على أساس ثمن الوحدة ، أو بنسبة قيمتها من الثمن المتفق عليه إذا كان الثمن محدداً جملة ، ويعتبر اتفاق الطرفين على إنفاذ البيع بالزيادة عقداً جديداً بينهما بنفس الشروط السابقة مبرماً بتاريخ تسليم الزيادة للمشتري أو قبوله بشرائها⁽⁴⁾.

(1) - د. خميس خضر ، العقود المدنية الكبيرة / البيع والتأمين والإيجار ، ط1 ، دار النهضة اعرية ، القاهرة ، 1979 ، ص183 .

، جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، ج2 ، ص160-161 .

(2) - د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ص243 .

(3) - د. جاك يوسف الحكيم ، المصدر السابق ، ص250 .

(4) - د. جاك يوسف الحكيم ، المصدر نفسه ، ص250 .

2. إذا كان المبيع غير قابل للتجزئة

أما إذا كان المبيع غير قابل للتجزئة دون ضرر كأن يكون قطعة أرض جرى العقد على ألف متر منها ثم ظهر أنها ألف وخمسون متراً بحيث لا يستفيد البائع من الخمسين متراً المتبقية لعدم فائدتها في البناء ، أو لنقص قيمتها بسبب صغر حجمها ، فيجب معاملة المبيع كله – بما فيه من الزيادة – معاملة واحدة تلافياً للضرر الناجم عن التجزئة وعن إخضاع الزيادة إلى حكم مستقل عن المقدار المتفق عليه⁽¹⁾، وفي هذه الحالة يجب التمييز بين حالتين⁽²⁾:

أ . حالة ما إذا كان الثمن مقدراً بثمن الوحدة

فيجب هنا التمييز بين ما إذا كان المبيع غير قابل للتبويض وبين ما إذا كان قابلاً للتبويض :

- فإن كان المبيع غير قابل للتبويض كما لو كان مما يتلف بتجزئته أو كان في التجزئة إضرار بالبائع ، فإن القانون المدني المصري أوجب على المشتري أخذ الزيادة بسعر الوحدة المتفق عليها ، وبذلك يحق للبائع مطالبة المشتري بالزيادة بدعوى إكمال الثمن⁽³⁾.

ومع ذلك ، أجاز القانون للمشتري حق المطالبة بالفسخ إذا كانت الزيادة في مقدار المبيع جسيمة ، ولم يحدد القانون المصري مقدار الجسامة ودرجتها وترك ذلك لتقدير القاضي بحسب ظروف التعاقد وحالة المتعاقدين ، إذن فإن المشتري لا يمكنه المطالبة بالفسخ إلا إذا كانت الزيادة في المبيع الذي يضره التبويض جسيمة ، فإن لم تكن جسيمة تعين على المشتري أداء ثمنها ، فليس للمشتري الخيار بين أداء الزيادة في الثمن أو طلب الفسخ بل له طلب الفسخ فقط متى كانت الزيادة جسيمة دون تحديد مقدار معين لدرجة الجسامة⁽⁴⁾.

ب . حالة ما إذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة

الظاهر من نص الفقرة (2) من المادة 433 مدني مصري ومن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المذكور أنه إذا زاد مقدار المبيع وكان الثمن مقدراً جملة واحدة ، كان للمشتري أخذ المبيع – مع الزيادة – بالثمن المتفق عليه ولا يكون للبائع أن يطالب المشتري بزيادة في الثمن ، وذلك استناداً لما سبقت الإشارة إليه من أن مقدار المبيع هنا يعدّ وصفاً لا أصلاً على النحو الذي سبقت الإشارة إليه ،

(1) سمير عبد السيد تناعو ، المصدر السابق ، ص 227 .

(2) د. السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 573 .

(3) د. خميس خضر ، المصدر السابق ، ص 181 .

(4) جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص 162 .

ويلاحظ أن هذا الأمر من ترك تقدير درجة الجسامة لسلطة القاضي التقديرية في القانون المصري ، هو بخلاف حكم القانون العراقي الذي وضع رقماً حسابياً ثابتاً هو 5% زيادة أو نقصاناً عن مقدار المبيع المتفق عليه وقت التعاقد ليكون هناك جسامة في الزيادة أو النقص ! لمزيد من التفصيل أنظر :

- د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص 161 ، بند 176 .

والوصف لا يقابله شيء من الثمن ، فإذا زاد مقدار المبيع عن المقدار المعين في العقد لم يزد الثمن ، إذ أن ذلك لا يدخل في حسابان الطرفين أو في اعتبارهما ، أي لا يدخل في اعتبارهما إقامة رابطة ما بين الثمن ومقدار المبيع⁽¹⁾.

موازنة

ولابد من الإشارة هنا إلى ما يذهب إليه الدكتور عبد الرزاق السنهوري من أن أحكام التغير في مقدار المبيع لا تختلف في القانون المصري الحالي عنها في القانون المدني العراقي إلا في ناحيتين أولهما : تحديد نسبة 5% معياراً لتحديد مقدار التغير في القانون العراقي (م 1/546 مدني عراقي) وترك الأمر لتقدير القاضي في القانون المصري . وثانيهما : تحديد التقادم في الدعاوى الناشئة عن التغير في مقدار المبيع بمدة ثلاثة أشهر في القانون العراقي (م 2/546 مدني عراقي) وتحديد سنة كاملة في القانون المدني المصري (الجملة الأخيرة في المادة 434 مدني مصري)⁽²⁾.

والحقيقة أن هذا الرأي يعد انتقاداً للقانون المدني المصري أكثر مما هو تقدير واقع ، ذلك لأن القانون المدني المصري الجديد إذا كان يتفق في أحكامه هذه مع القانون المدني العراقي ، الذي استمد أحكامه من الفقه الإسلامي ، فلماذا هذه المعالجة التشريعية الشائكة التي تنتظر للأمر من زاوية مختلفة عن الزاوية التي ينظر إليه منها القانون العراقي ومن قبله الفقه الإسلامي . لكن الواقع أن المعالجة التي تناول بها القانون المصري هذا الموضوع توحى إلى اختلاف في الأحكام أكثر من النقطتين اللتين أشار إليهما العلامة السنهوري ، وإلا لما كان التقنين المصري السابق يعالج الموضوع معالجة تشبه تماماً معالجة الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي له ، ثم عدل عن ذلك في التقنين الجديد وحاول تقليد التشريع المدني البولوني ومشروع القانون المدني المشترك الإيطالي الفرنسي⁽³⁾.

والخلاصة أن معالجة القانون المدني العراقي لموضوع التغير في مقدار المبيع بين مقداره وقت التعاقد ومقداره وقت التسليم أفضل وأدق من المعالجة التي تناولها به التقنين المدني المصري .

- (1) أ. أحمد نجيب الهلالي و د. حامد زكي ، شرح القانون المدني / عقود البيع والحوالة والمقايضة في التقنين القديم والجديد ، ط 3 ، مطبعة الفجالة الجديدة ، القاهرة ، 1954 ، ص 329 ، بند 323 .
- د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص 261 ، بند 154 .
- د. سمير عبد السيد تناغو ، المصدر السابق ، ص 288 ، بند 54 .
- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 574 ، بند 299 .
- محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ص 243 ، بند 136 .
- (2) د. السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 570 ، الهامش رقم (1) .
- (3) د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ج 6 ، ص 239-240 .

تمهيد

تبين من خلال عرض أحكام التسليم في الفصلين السابقين ، أن البائع يعد مسؤولاً عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع ، باعتباره مديناً بهذا الالتزام والتزامه هذا التزام بنتيجة .

وبناءً على ذلك إذا أخل بتنفيذ التزامه – سواء أكان إخلاله سلبياً أم إيجابياً، فطبقاً للقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين⁽¹⁾ يحق للمشتري أن يطلب التنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكناً ، كما له أن يطلب فسخ العقد ، وللمحكمة سلطة تقديرية واسعة في إجابة أو عدم إجابة طلب المشتري فلها أن تمنح البائع أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك .

والمشتري له الخيار بين أن يطلب التنفيذ العيني أو أن يطلب الفسخ كما له في الحالتين أن يطلب التعويض عما يكون قد أصابه من ضرر من جراء إخلال البائع بالتزامه بالتسليم⁽²⁾.

ويعتبر البائع مخلاً بالتزامه بتسليم المبيع إذا خالف أي حكم من أحكام التسليم سواء ما يتعلق منها بكيفية التسليم أو نطاق التسليم . كأن يمتنع عن التسليم ، أو أن يخل بطريقة وضع المبيع تحت تصرف المشتري ، أو أن يتأخر في التسليم عن الزمان المحدد له ، أو أن يريد التسليم في غير المكان المتفق عليه ، أو أن يسلمه في غير حالته التي كان عليها وقت العقد ، أو أن يسلم المبيع دون ملحقاته ، أو أن يرتكب أي مخالفة لأحكام التسليم التي مرت⁽³⁾ .

ويعتبر البائع مخلاً بالتزامه إذا هلك المبيع بخطئه⁽⁴⁾.

لكن ما هو الحكم لو هلك المبيع ولم يكن الهلاك بسبب البائع بل كان الهلاك بقوة القاهرة⁽⁵⁾؟ هل يعد البائع مخلاً بالتزامه بالتسليم ؟ بمعنى آخر من هو الطرف الذي يتحمل تبعة هلاكه ؟

إن هذه المسألة دقيقة وليست من السهولة التي يغني عنها البحث السطحي وهذا ما دعا لأفرادها ببحث مستقل مستعرضين فيه الطرف الذي يتحمل الهلاك في القانون

(1) نصت على هذه الأحكام المادة (431) من القانون المدني المصري ولم يورد هذا القانون نصاً خاصاً بالإخلال بتسليم المبيع ، وتقضي بهذه الأحكام أيضاً المادة (158) من القانون المدني السوري ، أما القانون المدني العراقي فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (177) علماً أنه ((... وفي عقد البيع يجوز للبائع أو المشتري أن يطلب الفسخ إذا لم يؤد العاقد الآخر ما وجب عليه...)) وهذه الأحكام في مجموعها لا تختلف عن بعضها .

(2) د. دوفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص 220-221 .

و د. جاك يوسف الحكيم ، المصدر السابق ، ص 267 و 274 .

و د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص 122-123 .

(3) د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ص 268 ، بند 155 . و د. كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص 166 ، بند 78 .

(4) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 4 ، ص 610 .

(5) القوة القاهرة : هي أمر غير متوقع الحصول ، وغير ممكن الدفع ، يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا دون أن يكون هناك خطأ في جانب المدين . ومن أمثلة القوة القاهرة الحرب والثورة والإضراب والحريق والمرض ، وفيضان الأنهار ، وصدور قوانين أو أوامر إدارية تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا . فتعد الأمثلة السابقة كذلك إذا توافرت فيها الشروط التي جاءت في التعريف . أنظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص 963 ، بند 859 و ص 966-967 .

الروماني والفرنسي وقانون الالتزامات السويسري والألماني والإنكليزي ، ثم ينم شطر الفقه الإسلامي ومروراً ببعض القوانين المدنية العربية .

نطاق البحث

إن الهلاك المعني به البحث هو زوال الشيء من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث مادي بفعل إنسان ، وهذا الزوال قد يكون كلياً أو جزئياً⁽¹⁾ . ومن ثم لا يدخل في نطاق البحث حالة استيلاء جهة حكومية على المبيع مثلاً ، أو بيع بضاعة بأمر من القضاء المستعجل إلى أن يتم الفصل في النزاع القائم بين الطرفين ، لأن ذلك لا يعد هلاكاً .

وكذلك لا يدخل في نطاق البحث حالة هلاك المبيع قبل الانعقاد لأن ذلك يتعلق بحالة وجود محل الالتزام⁽²⁾ . فيفترض أن يكون الهلاك بعد انعقاد العقد .

كذلك يفترض أن يكون المبيع معيناً بالذات سواء كان قد تعين بذاته عند الانعقاد أو كان البيع قد انعقد على مبيع معين بنوعه ثم عينت ذاتيته بالإفراز ثم هلك بعد ذلك ، أو إذا انعقد البيع على مبيع معين بنوعه لكنه بيع جزافاً فهو كذلك يلحق بالمبيع المعين بالذات ، أما إذا كان المبيع معيناً بنوعه فقط ، فهذا يعني أن ذاتيته غير محددة ومن ثم لا محل للقول بهلاكه ، لأن هناك قاعدة تقول أن المثليات لا تهلك ، لأن بعضها يقوم مقام البعض عند الوفاء .

كما يفترض أن يكون الهلاك بقوة قاهرة لا يد للبائع ولا للمشتري في هلاكه لأنه إذا كان الهلاك بسبب البائع فهو الذي يتحمل التبعة ، وإذا كان بسبب المشتري فالأخير هو الذي يتحمل تبعة الهلاك .

مما سبق يتحدد نطاق البحث بحالة هلاك المبيع بعد العقد وقبل التسليم بقوة قاهرة . فمن هو الطرف الذي يتحمل تبعة الهلاك ؟ هل المالك وهو المشتري أم البائع الذي يقع عليه التزام التسليم ؟

فيكون معنى تبعة الهلاك تعيين المسؤول عن هلاك الشيء (قضاءً وقدرًا دون خطأ أو تقصير) ذلك المسؤول الذي يخسر الشيء الهالك ويذهب من حساب ثروته⁽³⁾ .

- (1) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج4 ، ص608 هامش (2) ،
- (2) أنظر : د. حسن علي ذنون ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، بغداد ، 1946 ، ص100 .
- (3) د. مصطفى الزرقا ، نظرة في تبعة الهلاك ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة الرابعة ، العدد الثاني ، دار القاهرة للطباعة ، أبريل/يونيو 1960 ، ص5 .

المبحث الأول

في القوانين التي تربط تبعة بنقل الملكية

المطلب الأول القانون الروماني

تقوم نظرية تبعة الهلاك في القانون الروماني على أساس قاعدة عامة تسود هذا القانون وهي (أن الشيء يهلك على مالكة) .

فهلاك الشيء بقوة قاهرة يتحمل تبعته مالك هذا الشيء . لكن عند تطبيق هذه القاعدة على عقد البيع ، فيلاحظ بأن القانون الروماني يجعل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم بقوة قاهرة تقع على عاتق المشتري⁽¹⁾.

ومن الواضح أن تحمل المشتري تبعة الهلاك فيه خروج على قاعدة (هلاك الشيء على مالكة) ، وذلك لأن التطبيق المنطقي لقاعدة هلاك الشيء على مالكة يقود إلى أن تبعة الهلاك تقع على البائع ، لأن القانون الروماني – كما مر في الفصل الأول – لا ينقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا باتباع إجراء شكلي ألا وهو التسليم فقبل التسليم البائع هو المالك ومن ثم فهو الذي يجب أن يتحمل تبعة الهلاك .

إزاء هذا التناقض والخروج على أحكام القاعدة العامة في الهلاك وأحكام انتقال الملكية حاول فقهاء هذا القانون إيجاد تبرير معقول لمبدأ تحمل المشتري تبعة هلاك المبيع ، كما يقرر ذلك د. عبد الحي حجازي⁽²⁾. فذهبوا إلى أنه لما كان البيع شكلياً فأساسها هو مبدأ استقلال الالتزامات وملخص هذا المبدأ : بأنه لما كان البيع شكلياً وكان يحصل بعبارتين مستقتلتين : بأن يعد البائع بالشيء وأن يعد المشتري

بدفع الثمن وكان وعد كل منهما مستقل عن الآخر⁽³⁾ ، فكانت النتيجة لمبدأ استقلال الالتزامات أن لا يؤثر مصير أحد الالتزامين على مصير الآخر ، فإذا استحال تنفيذ أحد الالتزامات فيبقى الالتزام المقابل له ما دام لا يزال ممكن التنفيذ .

ثم بعد ذلك وجد تبرير آخر بعد أن أصبح من غير الممكن تبرير تحمل المشتري تبعة هلاك المبيع على أساس مبدأ استقلال الالتزامات لأن البيع أصبح رضائياً بعد أن كان شكلياً لكنه على الرغم من ذلك لم يكن ينقل الملكية . فحاولوا تبرير ذلك بقاعدة الغرم بالغرم : فذهبوا إلى أن المبيع لو زادت قيمته بعد البيع وقبل التسليم – كأن ينتج ثماراً – فهذه الزيادة تكون للمشتري ، ولا يستطيع البائع أن يطالب بهذه الزيادة على الرغم من أنه لا يزال هو المالك .

(1) د. عبد المنعم بدر ، القانون الروماني ، القاهرة ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، 1937 ، ص 313 .

وأنظر : د. عبد المنعم بدر و د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص 552 .

(2) د. عبد الحي حجازي ، مقال ضمان الهلاك في البيع في القانون المدني المصري ، منشور في مجلة القانون ، نقلاً عن : د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 179 ، بند 415 .

(3) د. عبد المنعم بدر و د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص 551-552 .

فيذهب هذا الرأي إلى أنه بما أن المشتري يستفيد من زيادة الشيء المبيع مع أنه لدى البائع فكذلك يجب أن يتحمل تبعة هلاكه إذا هلك عند البائع قبل التسليم تطبيقاً لقاعدة الغرم بالغرم⁽¹⁾.

يتضح مما سبق أن القانون الروماني يتميز بخروجه على القاعدة العامة في الهلاك عند تطبيقها على عقد البيع .

المطلب الثاني القانون الفرنسي

نص القانون المدني الفرنسي في المادة (1138) على أنه (الالتزام بالتسليم)⁽²⁾ إنما يتم بمجرد التعاقد وهو يجعل الدائن مالكاً ويصبح على عاتقه ضمان الشيء) . وتقضي المادة (1624) بأنه (مسألة على من تقع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم ، على البائع أو على المشتري إنما تحمل بمقتضى القواعد الخاصة التي أشارت إليها المواد 1137 وما بعدها والمواد 1148 ، 1182 ، 1302 ، 1647) .

ويفهم من نص المادتين (1138 ، 1624) أن تبعة هلاك المبيع بمجرد تمام العقد وقبل التسليم بقوة قاهرة تقع على عاتق المشتري⁽³⁾. ومعنى ذلك أنه لو هلك المبيع وهو لدى البائع في هذه المدة سقط التزام البائع بالتسليم وبقي التزام المشتري بدفع الثمن ، وبذلك تقع التبعة على الدائن بالتسليم .

ومن الواضح أن هذا الحكم مخالف لما هو مقرر في القواعد العامة التي تقضي بأن استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين يسقط عن الطرف الآخر التزامه بالمقابل⁽⁴⁾. وقد حاول شراح القانون المدني الفرنسي تبرير مخالفتهم للقواعد العامة ، وتأصيل هذا الحكم وإقامته على أساس إحدى القواعد القانونية .

فذهب رأي إلى التوفيق بين هذه النصوص وبين القواعد العامة ، فذهبوا إلى أن القول بأن هلاك المبيع يمنع البائع من تنفيذ التزامه خطأ ، لأن البائع قد التزم بنقل الملكية للمشتري ، وهو قد أوفى بالتزامه بمجرد تمام العقد ، ولهذا يجب على المشتري أيضاً أن يقوم بتنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى لو هلك المبيع ، لأن سبب التزام المشتري هو التزام البائع والبائع قد نفذ ما عليه .

وقد انتقد الرأي بأنه لا يعدو أن يكون محاولة نظرية محضة ، لأن ما يهم المشتري من كل التزامات البائع هو قيامه بتسليم المبيع حتى يتمكن من الانتفاع به . وأن التزام التسليم في نظر المتعاقدين هو الذي يقابل التزام المشتري بأداء الثمن⁽⁵⁾.

- (1) أ. أحمد نجيب الهلالي و د. حامد زكي ، المصدر السابق ، ص 280 .
- (2) يقصد بالالتزام بالتسليم في النص أعلاه الالتزام بنقل الملكية . (وقد مر بنا سابقاً في الفصل الأول) أن هذا النص متأثر بالقانون الروماني (حيث كانت الملكية لا تنتقل إلا بالتسليم) . أما عدا ذلك فإن كل كلمة التزام بالتسليم في القانون الفرنسي يقصد بها التسليم الذي ينقل الحيازة لا الملكية .
- (3) الأستاذ أحمد نجيب الهلالي و د. حامد زكي ، المصدر السابق ، ص 279 ، بند 277 .
- و د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 180 ، هامش (1) .
- (4) د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص 278 ، بند 174 .
- (5) الأستاذ أحمد نجيب الهلالي و د. حامد زكي ، المصدر السابق ، ص 281 ، بند 277 .

ويذهب رأي إلى القول أن أصل هذا الحكم يرجع إلى التبرير الروماني السابق على أساس قاعدة الغرم بالغنم⁽¹⁾.

ولكن هذا الرأي تعرض للنقد من قبل الفقيه سالي حيث قال ((إن التعادل المزعوم بين الهلاك وزيادة القيمة لا يستقيم مع الواقع ، نظراً لأن زيادة القيمة في حالة الغنم إنما يقابلها - في حالة الغرم - نقصان هذه القيمة وليس يقابلها الهلاك))⁽²⁾.
 وذهب رأي إلى تعليل هذا الأمر على أساس أن المدين (وهو البائع) لا يضع يده على المبيع - بعد أن انتقلت منه الملكية - إلا أمانة ، ومعلوم أن الأمين لا يضمن الهلاك كما هو الحال في الوديعة⁽³⁾.

على الرغم من كثرة هذه التبريرات لكن الرأي الصحيح والقاعدة التي بنى عليها القانون المدني الفرنسي حكمه في جعل تبعة هلاك المبيع بعد العقد وقبل التسليم على المشتري ، هي القاعدة الرومانية التي تقضي بأن ((هلاك الشيء يكون على مالكة))⁽⁴⁾.

ويعلل الأستاذ السنهاوري هذا الرأي بقوله ((في القانون الفرنسي التزام البائع الرئيسي هو الالتزام بنقل الملكية ، وقد انفصل عنه الالتزام بالتسليم وأصبح ثانوياً بالنسبة إليه ، فلا يصح أن يفسخ العقد لعدم تنفيذ هذا الالتزام الثانوي ما دام الالتزام الأصلي بنقل الملكية قد نفذ فأصبح المشتري مالكا للمبيع ، وباعتباره مالكا له يتحمل تبعة هلاكه))⁽⁵⁾. هذا ويلاحظ بأن كثرة التعليقات - التي لا تعدو أن تكون فنية - لا ترفع عن المشرع الفرنسي عيب الأخذ بقاعدة غير عادلة لأسباب عدة منها أن المشتري في الواقع سيدفع الثمن بلا مقابل ، وسيخسر شيئاً في وقت واحد ، وهما المبيع والثمن⁽⁶⁾.

كما أن ربط تبعة الهلاك بانتقال الملكية يفضي على تطبيقات مجانية للعدالة ، فلو فرضنا أن اتفق البائع مع المشتري على تأجيل انتقال الملكية (وهذا جائز بحسب القانون المدني الفرنسي) ، وتسلم المشتري المبيع ثم هلك بعد التسليم وقبل انتقال الملكية ، فهنا يتحمل البائع تبعة الهلاك لأن البائع هو المالك للمبيع على الرغم من انعقاد العقد وتسلم المشتري للمبيع⁽⁷⁾.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي عاد إلى حكم القواعد العامة التي تجعل تبعة الهلاك على المدين وتتخلّى عن قاعدة (هلاك الشيء على مالكة) استثناءً وذلك إذا كان البيع معلقاً على شرط واقف وإذ نص في الفقرة الأولى من المادة (1182) على أنه (إذا عقد الالتزام تحت شرط واقف فإن الشيء موضع العقد يتحمل بتبعته المدين الذي لم يلتزم بتسليمه إلا عند تحقق الشرط) .

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، المصدر السابق ، ص609 ، هامش (1) .

(2) الأستاذ أحمد نجيب الهلالي و د. حامد زكي ، المصدر السابق ، ص280 .

(3) د. عبد المنعم البدرأوي ، المصدر السابق ، ص279 ، هامش (1) .

(4) الأستاذ أحمد نجيب الهلالي ، و د. حامد زكي ، المصدر السابق ، ص280 ، بند 277 .

(5) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج4 ، ص609 ، هامش (1) .

(6) الأستاذ أحمد نجيب الهلالي ، و د. حامد زكي ، المصدر السابق ، ص281 ، بند 277 .

(7) د. عبد المنعم البدرأوي ، المصدر السابق ، ص279 ، بند 174 .

إذن فالبايع هو الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع في البيع المعلق على شرط واقف باعتباره مدينًا بالالتزام بالتسليم .

إنَّ هذا الحكم لا ينسجم مع فكرة الأثر الرجعي للشرط ، لأن تطبيق فكرة الأثر الرجعي تقتضي أن يتحمل المشتري تبعة الهلاك باعتباره أصبح مالكا للمبيع منذ إبرام عقد البيع إذ تحقق الشرط ، لكن يرى شراح هذا القانون أنَّ سبب استبعاد الأثر الرجعي للشرط هو العدالة .

ومن ثم إذا هلك المبيع في البيع المعلق على شرط واقف قبل تحقق الشرط فالبايع هو الذي يتحمل تبعة هلاكه .

وتطبق كذلك القواعد العامة إذا كان البيع معلقاً على شرط فاسخ وهلك المبيع قبل تحقق الشرط ، وتقتضي هذه القواعد بأن المشتري هو الذي يتحمل تبعة الهلاك وذلك باعتباره المدين ، إذ أن البيع المعلق على شرط فاسخ هو بيع تترتب عليه كل آثاره في الحال ، وغاية ما في الأمر أنه معرض للفسخ عند تحقق الشرط ، فإذا ما تحقق الشرط فيجب على المشتري رد المبيع وتسليمه للبايع باعتباره مدينًا والبايع يصبح دائنًا ، ومن ثم يتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع قبل تحقق الشرط تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني الفرنسي باعتباره مدينًا⁽¹⁾.

هذا ويلاحظ بأن أهم ما يميز القانون المدني الفرنسي في أسلوب علاجه لتبعة الهلاك هو أنه لا يزال يرسف تحت أغلال التبعية للقانون الروماني بأخذه بقاعدة ثبت أنها ظالمة ، وخروجه على القواعد العامة المقررة في العقود الملزمة للجانبين إلا في بعض الاستثناءات وهذا ما حدا بالكثير من التشريعات المعاصرة بأن لا تحذو حذو القانون المدني الفرنسي وأن لا تربط تبعة الهلاك بانتقال الملكية بل بالتسليم .

المطلب الثالث

القانون السويسري والإنكليزي والألماني

قانون الالتزامات السويسري

يرجح هذا القانون جعل تبعة هلاك المبيع بقوة قاهرة قبل التسليم على المشتري ، ويلتزم المشتري بدفع ثمن المبيع للبايع ، والأمر لا يختلف سواء أكان المبيع عقاراً أم منقولاً⁽²⁾.

فقد قضت الفقرة الأولى من المادة (185) فيما يتعلق بالمنقول بأنه (منافع ومخاطر الشيء تنتقل إلى المشتري بمجرد إبرام العقد عدا الاستثناءات التي تنشأ من الظروف أو من الشروط الخاصة من العقد) .

وأما فيما يخص العقار فقد أحالت المادة (221) إلى أحكام بيع المنقول فتطبق بشأنها الفقرة الأولى خمن المادة (185) – المذكورة آنفاً – باستثناء حالة واحدة نصت عليها المادة (220) فقد قررت (بأنه في حالة اتفاق الطرفين على تحديد أجل لتسليم

(1) د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص 426 ، بند 277 .

و – د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص 177 ، بند 191 .

(2) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 181 ، بند 420 .

العقار فإن منافع العقار ومخاطره يفترض فيها عدم انتقالها إلى المشتري إلا منذ حلول ذلك الأجل⁽¹⁾.

ومن الجدير بالملاحظة أن قانون الالتزامات السويسري تابع القانون المدني الفرنسي في جعل تبعة الهلاك على المشتري لكن مع فارق مهم بينهما حيث أن القانون الفرنسي يربط تبعة الهلاك بانتقال الملكية ، أما قانون الالتزامات السويسري فيجعل تبعة الهلاك على المشتري قبل انتقال الملكية للمشتري ، فهو لا يربط تبعة هلاك المبيع إلا بالتسليم ، وفي العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل في السجل العقاري (م187) لذلك أخذ عليه أن حكمه تعسفي ، إذ أن المشتري يتحمل تبعة الهلاك ويلزم بدفع الثمن للبائع وهو لم يملك المبيع ولم يتسلمه⁽²⁾.

ثانياً. القانون الإنكليزي

في القانون العمومي وبموجب قانون أن مخاطر الهلاك تتبع الملكية عادةً ، نتيجة هلاك المبيع يتحملها المالك ، كمبدأ عام إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك أو اشترط التسليم في وقت محدد أو مكان معين وتأخر التسليم ثم هلك البضاعة أو أن التسليم اشترط في مكان معين ولم يقدّم المشتري بتسليمه في هذا المكان فإن البائع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك حتى لو كان الهلاك بقوة قاهرة .

وفي قضية ألزم العقد البائع بتسليم كمية معينة من الفحم عند الرصيف الذي حدده المشتري ، وقد حُمّل الفحم على المركب للمشتري عند الرصيف إلا أن الرياح الماطرة أغرقت المركب وهلك الفحم على أثرها فقد حملت المحكمة تبعة الهلاك على البائع⁽³⁾.

ثالثاً. القانون الألماني

يفرق القانون الألماني بين ما إذا كان المبيع الذي تعرض للهلاك منقولاً كان أم عقاراً .

فإذا كان المبيع منقولاً محدداً بالذات فإن تبعة هلاكه بقوة قاهرة قبل التسليم تقع على البائع وبعده على المشتري . أي أنه علق تبعة الهلاك بالتسليم . لكن لما كان القانون الألماني يعلق انتقال الملكية في المنقول على التسليم أيضاً فلا تنتقل بدونه فهنا يمكن القول أن القانون الألماني اتخذ منهجاً خاصاً به بأن جعل تبعة هلاك المبيع المنقول تعلق على واقعتي التسليم وانتقال الملكية معاً⁽⁴⁾.

أما إذا كان المبيع عقاراً فقد بينت ذلك المادة (446) منه بالقول ((إذا حصل التسجيل في السجل العقاري قبل التسليم خرج المبيع عن ضمان البائع إلى ضمان

(1) د. كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص155 ، هامش (1) .

- و د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص262-263 ، هامش (115) .

- و د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ص270 .

(2) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص181 ، بند 420 .

(3) Joho M. Stockton : Law of sales , Englewood cliffs , New Jersey, p. 60 .

(4) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص182 .

المشتري)). وبذلك حسمت هذه المادة الموقف بأن علقت انتقال تبعة هلاك العقار المبيع بقوة قاهرة على انتقال الملكية فقط⁽¹⁾.

المطلب الرابع قانون الموجبات والعقود اللبناني

تقضي القواعد العامة لتحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين بأنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي فإن هذا الالتزام ينقضي ، وينقضي تبعاً له الالتزام المقابل ، وينفسخ العقد بقوة القانون ، ومن ثم فإن تبعة الهلاك بقوة قاهرة في هذه العقود تقع على المدين⁽²⁾.

هذه القاعدة العامة أخذ بها المشرع اللبناني في المادة (341) إذ نصت على أنه (يسقط الموجب إذا كان بعد نشأته قد أصبح موضوعه مستحيلاً في الوجه الطبيعي والوجه القانوني بدون فعل أو خطأ سفي المدين). لكن قانون الموجبات والعقود اللبناني خالف هذه القواعد العامة واقتفى أثر المشرع الفرنسي عندما تعرض لمسألة ((تبعة هلاك المبيع بقوة قاهرة)). ويتضح ذلك في نص المادتين (396،397) فتنص المادة (396) على أنه (يجب على المشتري منذ صيرورة العقد تاماً – ما لم يكن ثمة نص مخالف – أن يتحمل أولاً ... ثانياً ... ثالثاً : مخاطر العين المباعة).

وتنص المادة (397) على أنه (إذا انعقد البيع على شيء معين بنوعه فقط ، أو انعقد على شرط الوزن أو العد أو القياس أو التجربة أو الذوق ، أو انعقد بمجرد الوصف ، فالبايع يبقى متحماً مخاطر المبيع وإن كان قد أصبح بين يدي المشتري ، إلى أن يعين أو يوزن أو يعد أو يقاس أو إلى أن يقبله الشاري أو ممثله) . ويتضح من هذه المواد أن قانون الموجبات والعقود اللبناني يربط تبعة هلاك البيع بقوة قاهرة بنقل الملكية .

كما يتبين أن هذه المواد تميز بين ما إذا كان المبيع المنقول معيناً بالذات أم بالنوع .

فإذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات فإن ملكيته تنتقل بمجرد العقد ومع انتقال الملكية تنتقل تبعة الهلاك إلى الشاري بمجرد العقد أيضاً .

أما إذا كان المبيع منقولاً معيناً بنوعه فتبقى تبعة هلاكه على البائع إلى أن يتم تعيينه والسبب في ذلك هو أن الملكية أصلاً ترتبط بتعيين المبيع فيتأخر انتقال الملكية إلى حين تعيين المبيع ، ومع الملكية تدور تبعة الهلاك ، فقبل التعيين تقع على البائع وبعده تقع على المشتري⁽³⁾.

(1) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص182 ، بند 421 . و د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، ص271 ، هامش (1) .

(2) د. مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص164 ، بند 143 .

(3) د. مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص166 ، بند 145 .

- وأنظر د. زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، ط1 ، بيروت ، دار الثقافة ، بدون سنة طبع ، ج7 ، القسم الثاني ، ص118 .

هذا وقد طبق المشرع اللبناني قاعدة ارتباط تبعة هلاك المبيع بانتقال الملكية في بعض الحالات منها ما نصت عليه المادة (398) وهي حالة البيع التخييري فنصت على أنه ((إذا كان البيع تخييرياً وقد عينت مهلة للاختيار ، فالشاري لا يتحمل المخاطر إلا بعد وقوع الاختيار ، ما لم يكن ثمة نص مخالف)).

ففي البيع التخييري تبعة الهلاك تبقى على عاتق البائع إلى أن تنتقل الملكية إلى المشتري بتمام الاختيار وانتقال الملكية له .

وكذلك نصت المادة (400) من القانون اللبناني على حالة بيع الثمار بقولها ((إذا بيع ثمر على شجر أو منتجات بستان أو محصول لم يحن وقت اجتثائه ، فالثمر أو البقول تبقى ضمان البائع إلى أن يتم النضوج)).

فتبعة هلاك المبيع إذا كان من الثمر تبقى على البائع حتى تمام النضج . ويذهب الفقه إلى أن انتقال ملكية الثمر بتمام النضج⁽¹⁾، ومن ثم فهذه الحالة لا تخرج عن مسار القاعدة التي انتهجها المشرع اللبناني بربط تبعة الهلاك بانتقال الملكية

ز
أما إذا كان المبيع عقاراً فقد تطلب قانون الموجبات والعقود اللبناني تسجيل عقد البيع لانتقال ملكية العقار المبيع . وقد بينت المادة (11) من القرار الخاص بإنشاء السجل العقاري ((أن العقود غير المسجلة لا ترتب أثراً في ما يتعلق بنقل الملكية بالنسبة للمتعاقدین والغير ، إلا اعتباراً من تاريخ تسجيلها)) مع ملاحظة أن هذا لا يعني أن التسجيل يجعل عقد بيع العقار شكلياً فهو لم يزل رضائياً .

وبناءً على ما سبق إذا هلك العقار المبيع قبل التسجيل فهلاكه على البائع لأنه ما زال هو المالك ، أما إذا هلك بعد التسجيل فهلاكه على المشتري باعتباره أصبح مالكاً من تاريخ التسجيل⁽²⁾. إذن مما سبق أن قانون الموجبات والعقود اللبناني يربط تبعة هلاك المبيع بانتقال الملكية سواء أكان المبيع منقولاً أم عقاراً . وهو يحمل المشتري تبعة هلاك المبيع قبل التسليم في جميع الأحوال إلا في حالة عدم تعيين المبيع المنقول أو إذا لم يقبله المشتري نهائياً⁽³⁾.

كذلك يستثنى من ذلك حالة البيوع التجارية إذا كان المبيع واجب التصدير إذ ترتبط تبعة هلاكه بالتسليم طبقاً لنص المادة (399) – وسيأتي بيانها – لاحقاً⁽⁴⁾.

(1) د. مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص166 ، هامش (1) .

(2) د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص255 ، بند 116-117 .

(3) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج4 ، ص607-608 ، هامش (2) .

(4) أنظر المبحث الثالث ، المطلب الرابع .

المبحث الثاني دور التسليم في انتقال تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي المطلب الأول

نظرية الفقه الإسلامي في تحمل تبعة الهلاك

جاءت أحكام الفقه الإسلامي في هذا الموضوع منطقية وبسيطة لا تعقيد فيها ولا التواء . وقد دخل فقهاؤنا هذا الموضوع من بابيه .

وباب موضوع تحمل التبعة كما رآه فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء هو النظر إلى طبيعة الحيازة أو اليد التي يهلك الشيء في أثنائها لدى الحائز .

فنقطة الارتكاز في الموضوع هي طبيعة الحيازة أو اليد ويقسمونها إلى يد ضمان ويد أمانة أي قبض ضمان وقبض أمانة ، وعلى هذا الأساس وضعت نظرية تحمل تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي . أي أن انتقال تبعة الهلاك مرتبط كأساس بطبيعة القبض . فإذا هلك الشيء المعين المملوك بأفة سماوية (قضاء وقدرًا) فإن له حالتين لا ثالث لهما :

أولاً . أما أن يهلك وهو في يد مالكة فيتحمل هذا المالك تبعة هلاك ملكه مطلقاً بدون تفصيل ويخسره من حساب ثروته .

ثانياً . وأما أن يهلك في يد غير مالكة : في هذه الحالة ينظر إلى طبيعة القبض أو اليد فهو إما أن يكون قبض ضمان كقبض المغصوب وأما أن يكون قبض أمانة كالمقبوض على سبيل العارية أو الوديعة⁽¹⁾ .

لكن ما هو معيار التمييز بين قبض الضمان وبين قبض الأمانة ؟
إن معيار التمييز هو أن كل من وضع يده على مال غيره ظلماً وعدواناً أو جهلاً ونسياناً أو غير ذلك فهو ضامن⁽²⁾ . أي كل حيازة غير مشروعة تكون اليد فيها يد ضمان .

وكل حيازة مشروعة على أساس المعاوضة⁽³⁾ أو التوثيق تكون اليد فيها يد ضمان أيضاً . وفيما عدا ذلك من حالات تكون اليد يد أمانة أو قبض أمانة . وهذا الأمر يكون سواء في العقود وغيرها⁽⁴⁾ . ولهذه النظرية تطبيقات عدة منها :

1. إذا هلك المغصوب في يد الغاصب فتبعة هلاكه يتحملها الغاصب لا المالك لأن يد الغاصب يد ضمان لكونه حاز المغصوب حيازة غير مشروعة⁽¹⁾ .

(1) أنظر : في معنى قبض الضمان وقبض الأمانة ، الفصل الأول ، المبحث الثاني ، ص .

(2) السيد محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، المطبعة الحيدرية ، النجف الأشرف ، سنة 1359 هـ ، ج 1 ، ص 86 .

(3) السيد محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، نفس المصدر ، ج 1 ، ص 88 .

(4) د. مصطفى الزرقا ، المصدر السابق ، ص 11 .

2. إذا قبض الدائن المرتهن العين المرهونة ، فقدّر الدين عن المرهون مضمون على المرتهن والباقي أمانة في يده⁽²⁾، والسبب في ذلك هو أنه يضع يده على العين لتحقيق مصلحة لنفسه وهي التوثيق للدين ، فيده بقدر مصلحته يد ضمان . أما ما زاد على قدر الدين فهو أمانة عنده⁽³⁾.
3. إذا هلك الوديعة لدى المودع فإن هلاكها على المالك (المودع) لأن الوديع قبض الوديعة أمانة لأنها على سبيل الحفظ ، فهي حيازة مشروعة ليست على سبيل المعاوضة أو التوثيق⁽⁴⁾. أي أن التزام الوديع التزام ببذل عناية وليس بتحقيق غاية⁽⁵⁾ . ومثل هلاك الوديعة هلاك العارية للعلة نفسها⁽⁶⁾.
4. إذا هلك مال الشركة عند أحد الشركاء فإن تبعة هلاكه لا يتحملها هذا الشريك ، لأن قبضه أو يده على مال الشركة قبض مشروع وليس حاصلاً على أساس معاوضة أو وثيقة ، ومن ثم فيهلك المال على صاحبه⁽⁷⁾. ويعلل ذلك السرخسي⁽⁸⁾ بقوله ((لأنه بقي على ملكه بعد عقد الشركة)) ويقول الزيلعي⁽⁹⁾ في ذلك ((لأنه باقٍ على ملكه بعد العقد)).
5. هلاك المأجور لدى المستأجر يتحمل تبعته المالك المؤجر لأن العين المؤجرة في يد المستأجر تعد أمانة ، ولا يؤثر على هذا الوضع اعتبار الأجرة من عقود المعاوضة ، لأن المعاوضة في عقد الإيجار إنما هي بالنسبة للمنفعة . أما العين فليس فيها معاوضة وإنما تسلم للمستأجر لأنه لا يمكن الوصول إلى المنفعة إلا عن طريق تسليم العين⁽¹⁰⁾.
- يقول في ذلك السرخسي⁽¹¹⁾ ((وإن سقطت الدار كلها ... لا أجر على المستأجر)).

-
- (1) د. مصطفى الزرقا ، نفس المصدر ، ص 11 .
 - (2) يذهب إلى هذا الرأي الحنفية ، بينما يرى رأي آخر أن المرهون غير مضمون إلا مع التعدي أو التفريط ، لأن العين المرهونة عند المرتهن أمانة والأمانة لا تضمن إلا بالتعدي أو الشرط ، أنظر في ذلك : السيد محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، المصدر السابق ، ج 1 ، ص 85 .
 - (3) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مطبعة دار المعارف ، مصر ، 1968 ، ج 6 / ص 162 ، هامش (1) .
 - (4) د. مصطفى الزرقا ، المصدر السابق ، ص 13 .
 - (5) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المصدر السابق ، ج 6 ، ص 156 .
 - (6) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر نفسه ، ج 6 ، ص 159 .
 - (7) د. مصطفى الزرقا ، المصدر السابق ، ص 13 .
 - (8) الإمام شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج 3 ، ص 163 .
 - (9) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (743 هـ) ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ط 1 ، مطبعة بولاق ، مصر ، 1313 هـ ، ج 3 ، ص 316 .
 - (10) د. مصطفى الزرقا ، المصدر السابق ، ص 14 .
 - (11) السرخسي ، المبسوط ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 135-136 .

المطلب الثاني تبعة هلاك المبيع في الفقه الإسلامي

في هذه المسألة ينقسم الفقهاء المسلمين على اتجاهين لا ثالث لهما :
الاتجاه الأول

يذهب هذا الاتجاه إلى أن تبعة هلاك المبيع قبل القبض إذا حدث قضاءً وقدرًا يتحملها البائع أي (تكون من ضمانه) ، ويذهب إلى هذا الاتجاه الحنفية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، والإمامية فقد ذكر المحقق الحلي⁽³⁾ أنه ((إذا تلف المبيع قبل تسليمه إلى المشتري كان من مال البائع وكذا إذا نقصت قيمته بتحدث فيه كان للمشتري رده)).

الاتجاه الثاني

يذهب هذا الاتجاه إلى التمييز بين مبيع وآخر إلا أنه عموماً يجعل تبعة الهلاك على المشتري مع استثناء بعض الحالات التي تكون فيها تبعة الهلاك على عاتق البائع وتصل هذه الاستثناءات إلى ثمانية . ويذهب على هذا الرأي المالكية والراجح عند الحنابلة⁽⁴⁾.

ويمكن القول أن الرأي الذي يذهب إلى جعل تبعة هلاك المبيع على عاتق البائع هو الراجح في الفقه الإسلامي ، لأن يد البائع على المبيع يد ضمان لأن البائع ملتزم بتسليمه على سبيل المعاوضة⁽⁵⁾. طبقاً للقواعد العامة لتبعة الهلاك في الفقه الإسلامي . ويعلل الأستاذ السنهاوري رجحان هذا الاتجاه بقوله ((فإذا هلك المبيع قبل التسليم فقد انفسخ البيع واعتبر البائع هو المالك والحائز في وقت واحد وذلك منذ البداية فيتحمل تبعة الهلاك⁽⁶⁾). وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بهذا الاتجاه فجعلت البائع هو الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع إذا هلك قضاءً وقدرًا وذلك في المادة (293) . وقد علق صاحب تحرير المجلة⁽⁷⁾ على ذلك بقوله ((يعني أن خسارته على البائع لا المشتري ويكون العقد مفسوخاً قهراً كأن لم يكن ولازم الفسخ رجوع كل مال إلى صاحبه ويكون تلفه عليه .

ويميز الفقه الإسلامي بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي للمبيع ، فإذا كان الهلاك كلياً فيبطل البيع ويهلك المال على البائع لأن المبيع مضمون على البائع بالثمن

- (1) الكاساني ، المصدر السابق ، ج5، ص238 .
- (2) أحمد بن حمزة بن شهاب الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، المصدر السابق، ج4، ص76-77 .
- (3) أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن (602 هـ-676 هـ) المعروف بالمحقق الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، المصدر السابق ، ج2، ص29 .
- (4) - ابن قدامة ، المغني ، ج، ص202-205 ، البهوتي ، منتهى الإرادات ، المصدر السابق ، ج2 ، ص187 ، وأنظر : د. إسماعيل كاظم لواص ، أحكام العيب في الفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه ، 1992 ، ص99 .
- أحمد خضير عباس ، المصدر السابق ، ص115-116 .
- (5) د. مصطفى الزرقا ، المصدر السابق ، ص12 .
- (6) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج6، ص182 .
- (7) السيد محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، المصدر السابق ، ج1، ص69 .

حتى يسلمه للمشتري ، وبالهلاك تعذر التسليم وحينئذ يكون للمشتري استرداد الثمن إن كان أداه .

إما إذا كان الهلاك جزئياً فالمشتري بالخيار بين أخذ الباقي بما يقابله من الثمن وبين فسخ العقد⁽¹⁾. وفي ذلك ذكر السيد السبزواري⁽²⁾ ((وأما لو باع جملة فتلّف بعضها قبل البعض انفسخ البيع بالنسبة إلى التالف ورجع إليه ما يخصه من الثمن وكان له الخيار في الباقي)) .

(1) منير القاضي ، المصدر السابق ، ج 1 ، ص 302-303 . وأنظر : ابن قدامة ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 237 .

(2) السيد عبد الأعلى السبزواري ، جامع الأحكام الشرعية ، ط 8 ، مطبعة الديواني ، بغداد ، 1992 ، ص 222 .

المطلب الثالث

المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم النظر

المقبوض على سوم الشراء

هو ما يقبضه مريد الشراء من مريد البيع بعد المساومة وتسمية الثمن من قبل الطرفين حقيقة أو حكماً ، مثال ذلك إذا قال البائع أن ثمن هذا الكتاب (100000) ألف دينار ، خذه فإن أعجبك اشتريه ، فقال مريد الشراء إذا أعجبني اشتريه ب(100000) ألف دينار وأخذه ، فهنا يعد الكتاب مقبوضاً على سوم الشراء والثمن قد سمي حقيقة ، أما إذا سمي البائع الثمن وأخذه المساوم وسكت فهنا يعد الثمن قد سمي حكماً إذ يعد سكوته رضاءً بالثمن الذي ذكره مريد البيع .
قد يحدث أن يهلك هذا المقبوض قضاءً وقدرًا بيد القابض ففي هذه الحالة يعد هذا المقبوض مضموناً عليه بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً .

أما المقبوض بسوم النظر

فهو المقبوض لأجل أن ينظر إليه القابض أو يريه لآخر سواء بين ثمنه أم لم يبين . ويعد هذا المقبوض أمانة بيد القابض فإذا هلك بأفة سماوية فلا ضمان على القابض .

وهذا الحكم ينطبق أيضاً على المقبوض على سوم الشراء إذا لم يسم الطرفان الثمن⁽¹⁾ .

في حين يذهب رأي آخر أن المقبوض على سوم الشراء يضمنه القابض سواء سمي الثمن أم لم يسم⁽²⁾ .

ثم يضيف صاحب هذا الرأي قائلاً ((إن كل إنسان قبض مال غيره ليشتريه سواء اتفقا على قيمته أم لا فهو مقبوض بالسوم ومضمون على القابض بقاعدة اليد)) وذكر في تعليقه على المادة (299) من مجلة الأحكام العدلية وهي تخص المقبوض بسوم النظر ، ((فإن المقبوض على سوم النظر إن قبضه لينظر فيه ليشتريه فهو من المقبوض بالسوم يضمنه مطلقاً إذا تلف لأنه قبض معاوضة أي مبني على التعاوض وإن قبضه لا للشراء فلا ضمان لأنه أمانة وكذلك قبض الدلال والسمسار لأنه وكيل أو شبهه فلا ضمان مع عدم التعدي))⁽³⁾ .

(1) منير القاضي ، المصدر السابق ، ج 1 ، ص 319-320 .

(2) السيد محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج 2 ، ص 21 .

(3) السيد محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 22 .

المبحث الثالث في القوانين التي تربط تبعة الهلاك بالتسليم

مقدمة

تتميز القوانين التي تربط تبعة هلاك المبيع بالتسليم بأنها تميز بين نوعين من الهلاك ، وهما الهلاك الكلي للمبيع والهلاك الجزئي للمبيع ، بينما القوانين التي تربط تبعة الهلاك بانتقال الملكية ، لاحظنا - كما مر سابقاً - بأنها تقتصر إلى مثل هذا التفصيل في الأحكام فهي لا تفرق بين ما إذا كان الهلاك كلياً أم جزئياً . وبناءً على ذلك فسوف نقسم هذا المبحث على أربعة مطالب الأول منها لتبعة الهلاك الكلي للمبيع والثاني لتبعة الهلاك الجزئي أما الثالث فهو مخصص للاستثناءات التي ترد على مبدأ تحمل البائع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم بينما الرابع فسيخصص لتبعة هلاك المبيع في البيوع التجارية ومدى ارتباطها بالتسليم .

المطلب الرابع تبعة الهلاك الكلي للمبيع

أولاً. في القانون المدني المصري والسوري

تقضي القواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين في القانون المدني المصري طبقاً لنص المادة 159 بأنه ((في العقود الملزمة للجانبين ، إذ انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه)) . ويقابل هذه المادة القانون المدني السوري المادة (160) وهي مطابقة لها .

وهذا يعني أن القاعدة في العقود الملزمة للجانبين أن المدين هو الذي يتحمل تبعة الهلاك ، لأن الدائن له أن يتمسك بانفساخ العقد فيتحلل من التزامه بدفع المقابل⁽¹⁾. فإذا انتقلنا من إطار القاعدة العامة في العقود الملزمة للجانبين إلى تطبيقات هذه القاعدة على عقد البيع باعتباره من العقود الملزمة للجانبين ، فيتضح من نص المادة (437) من القانون المدني المصري وتطابقها من القانون المدني السوري المادة (405) التي تقضي بأنه ((إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا بد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد أضرار المشتري لتسلم المبيع)). فنجد أن هذه المادة ما هي إلا تطبيق للقواعد العامة أعلاه ، فهي تحمل المدين تبعة هلاك المبيع وهو البائع في الفرض المتقدم ، كما يتبين من ملاحظة المادة (437) أنها تربط تبعة هلاك المبيع بالتسليم ، فإذا كان هلاك المبيع قبل التسليم فتقع تبعته على البائع ، وإذا كان الهلاك بعد التسليم فتقع تبعته على المشتري ، ويتضح من هذه المادة أن لا علاقة بين تبعة هلاك المبيع وانتقال الملكية .

ويبرر الفقه الأخذ بمبدأ ربط تبعة الهلاك بالتسليم ومن ثم تحمل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم بناءً على أمرين :

أولهما : أن التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بتحقيق غاية ، لأنه متفرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع ، وبما أن الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية فإن تبعة هلاك المبيع قبل تنفيذ الالتزام بالتسليم تكون على البائع ، حتى وإن أصبح المشتري مالكا للمبيع بالعقد قبل هلاكه⁽²⁾.

وثانيهما : يبرر الفقه الأخذ بهذا المبدأ من خلال التمييز بين نوعين من الالتزام بالتسليم : فإن الالتزام بالتسليم قد يكون مستقلاً قائماً بذاته : كما في التزام المؤجر بتسليم العين المأجورة للمستأجر ، والالتزام المستأجر برد هذا العين للمؤجر عند انتهاء عقد الإيجار . في هذا النوع من الالتزام بالتسليم تكون تبعة الهلاك بقوة قاهرة دائماً على عاتق المالك . سواء أكان الالتزام بالتسليم واجباً على المؤجر أم على المستأجر ، فالمالك يتحمل تبعة هلاكه ، لأنه هو الذي يكسب غنم الشيء فعليه أن يتحمل غرمه .

وقد يكون الالتزام بالتسليم (تابع) فهو يتبع الالتزام بنقل الملكية ولا يستقل بذاته كما في عقد البيع⁽³⁾.

(1) د. أنور سلطان و د. جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص 283 .

- د. جاك يوسف الحكيم ، المصدر السابق ، ص 260 ، بند 299 .

(2) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 608 ، بند 316 .

(3) إن الالتزام بالتسليم كونه تابع للالتزام بنقل الملكية لا يعني أنه التزاماً ثانوياً بل هو التزام أساسي ويرتب آثاراً مستقلة على عقد البيع بغض النظر عن انتقال الملكية ، أنظر : د. حسام كامل الأهواني ، المصدر السابق ، ص 457 ، بند 541 ، وأنظر : أنور العمروسي ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 154 . بخلاف ذلك القانون المدني الفرنسي حيث يعد الالتزام بالتسليم ثانوي وهو منتقد على ذلك ، أنظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 609 ، هامش (1) .

في هذا النوع من الالتزام بالتسليم تكون تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية ، ويكون ذلك باعتبار أن التسليم في هذه الحالة وسيلة مكملة لانتقال الملكية ، فالملكية لا تخلص للمشتري أو المتصرف إليه إلا بالتسليم⁽¹⁾.

يمكن القول إن هذا الرأي منطقي إذ أن المشتري وإن انتقلت إليه الملكية بالعقد إلا أنه لا يستطيع أن يمارس جميع سلطات المالك على ملكه ما لم يتم تنفيذ الالتزام بالتسليم ويكون المبيع بحوزته⁽²⁾. ومن ثم يكون من المعقول أن يظل المدين بالتسليم متحملاً تبعة الهلاك وإن كانت الملكية انتقلت إلى الطرف الآخر .

إن مبدأ تحم البائع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم إذا كان الهلاك بقوة قاهرة ، يطبق سواء أكان المبيع منقولاً أم عقاراً ولا يؤثر على تطبيق هذا المبدأ كون العقار المبيع قد سجل أم لا . فلو هلك العقار المبيع قبل التسليم والتسجيل كان الهلاك على البائع ، ولو حصل الهلاك بعد التسليم والتسجيل وكان الهلاك على المشتري ، ولو حصل الهلاك قبل التسليم وبعد التسجيل تبقى تبعة الهلاك على البائع ، ولو حصل الهلاك بعد التسليم وقبل التسجيل فيكون الهلاك على المشتري⁽³⁾.

ويلاحظ بأنه في الفرض الأخير يتجلى حقيقة الدور الذي يؤديه التسليم في انتقال تبعة هلاك المبيع ، فتبعة الهلاك انتقلت بالتسليم إلى المشتري في حين أن الملكية ما زالت لم تنتقل بعد إذ أن الملكية في هذه القوانين لا تنتقل إلا بالتسجيل في حالة بيع العقار .

إذن فإن تبعة الهلاك تدور مع التسليم وجوداً أو عدماً ، ولا بد من الإشارة إلى تحديد الطرف الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع إذا كان المبيع معلقاً على شرط .

فإذا كان البيع معلقاً على شرط واقف ، كأن يقول البائع للمشتري بعثك داري إذا نلث إلى المدينة الفلانية ، فإذا هلك الدار قبل تحقق الشرط فهنا يمتنع انعقاد العقد وذلك لانعدام المحل ، ويلزم البائع بالتعويض إذا كان الهلاك بتقصيره .

أما إذا هلك المبيع بعد تحقق الشرط وقبل التسليم فإنه يهلك على البائع وينفسخ البيع .

أما إذا كان البيع معلقاً على شرط فاسخ ، كأن يقول البائع للمشتري بعثك داري بشرط أن لي حق استردادها إذا استطعت أن أرد ثمنها خلال مدة معينة .

فهنا العقد صحيح وجميع آثاره تترتب عليه من وقت الانعقاد ، وبناءً على ذلك إذا هلك المبيع قبل التسليم فيهلك على البائع ، أما إذا هلك بعد التسليم فيهلك على المشتري حتى ولو تحقق الشرط الفاسخ بعد ذلك لاستحالة إرجاع المبيع إلى البائع⁽⁴⁾.

- (1) د. سمير عبد الستار تناعو ، المصدر السابق ، ص 245 ، بند 62 .
و أنور العمروسي ، المصدر السابق ، الجزء الثاني ، ص 156 ، بند 437 .
و د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 609 ، بند 316 .
- (2) سيبحث تفصيل هذه المسألة في الفصل الرابع المتصرف في المبيع قبل التسليم .
- (3) د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص 283 ، بند 187 .
و د. جاك يوسف الحكيم ، المصدر السابق ، ص 262 ، بند 298 .
- (4) -د. أنور سلطان و د. جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص 287 ، بند 361 .
-د. أنور طلبه ، الوسيط في القانون المدني ، العقود المسماة ، دار الفكر العربي ، 1987 ، ج 2 ، ص 189-190 .

ثانياً. القانون المدني العراقي

تقضي القواعد العامة لتبعة الهلاك في القانون المدني العراقي طبقاً للفقرة الأولى من المادة (179) منه بأنه ((1. إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة ووجب عليه ردّ العوض الذي قبضه لصاحبه)).

في حين جاءت الفقرة الثانية من المادة (179) تطبيقاً للقاعدة العامة في تحمل التبعة على عقد البيع فنصت على أنه (2. فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري).

وكذلك قد كررت المادة (547) من القانون المدني العراقي حكم الفقرة الثانية من المادة (179) فنصت المادة (547) على أنه ((1. إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري إلا إذا حدث الهلاك بعد أضرار المشتري لتسليم المبيع. وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين إبقائه مع إنقاص الثمن)).

ومما يلاحظ على هذه النصوص أن فيها تكراراً في غير محله ، فلا يوجد داعي للفقرة الثانية من المادة (179) لأنها مكررة في (547) وكان الأولى الاقتصار في المادة (179) على القاعدة العامة فقط دون تطبيقها على عقد البيع ، وترك المجال للتطبيق على عقد البيع للمادة (547).

ويتبين من نص المادة (547) أنها تحمل المدين تبعة هلاك المبيع والمدين بالالتزام في هذا الفرض هو البائع ، فالبائع هو الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع إذا هلك بعد العقد وقبل التسليم بقوة قاهرة كذلك يتضح أن القانون المدني العراقي يربط تبعة هلاك المبيع بالتسليم وليس بانتقال الملكية ، ويترتب على تحمل البائع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم أن يفسخ العقد وتزول كل آثاره منذ إبرامه ووجب رد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيرد البائع الثمن إن كان قد قبضه ، وإن لم يكن قد قبضه فليس له حق فيه ، وتبرأ ذمة المشتري من تنفيذ التزامه بدفع الثمن⁽¹⁾.

ويلاحظ على هذه الأحكام أنها تتفق مع القواعد العامة للالتزامات وما هي إلا تطبيق لنظرية انفساخ العقد الملزم للجانبين بسبب استحالة تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم فينقضي هذا الالتزام وتبعاً له ينقضي الالتزام المقابل له وهو التزام المشتري بدفع الثمن.

كما تتفق هذه الأحكام مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي في تحميل البائع تبعة هلاك المبيع ، وكذلك لا تختلف هذه الأحكام عما هو مقرر في القانون المدني المصري والسوري ولكن للقانون المدني العراقي ما يميزه عنهما في بعض الأحكام لذلك أفرد عنهما بفقرة مستقلة.

ومن المسائل التي تفرد بها القانون المدني العراقي معالجته لحكم هلاك المبيع بعد التسليم وقبل انتقال الملكية.

(1) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 260 ، بند (454).

و د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 188 ، بند (433).

فقد عالج المشرع هذه الحالة آخذاً بالفقه الإسلامي حين فرق ما بين ما يقبض على سوم الشراء وبين ما يقبض على سوم النظر . فنصت المادة (548) ((1). ما يقبض على سوم الشراء ما تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع في يد القابض لزمه الضمان . أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة في يده فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعدٍ أو تقصير منه ، 2. وما يقبض على سوم النظر سواء بين ثمنه أو لم يبين يكون أمانة في يد القابض فلا يضمن إذا هلك دون تعدٍ)). فإذا هلك المقبوض على سوم الشراء مع تسمية الثمن فيتحمل المشتري تبعة الهلاك ، أما المقبوض على سوم الشراء إذا لم يسم ثمنه أو المقبوض على سوم النظر سواء سمي ثمنه أم لم يسم ففي جميع هذه الحالات يكون المقبوض أمانة بيد القابض فلا يضمن هلاكه . إذا هلك بقوة قاهرة(1). وقد رأى شراح القانون المدني في تكييف المقبوض على سوم الشراء آراءً عدة :

الرأي الأول : يذهب هذا الرأي إلى اعتبار بيع بشرط التجربة وغاية ما في الأمر أنه بيع معلق على شرط فاسخ وهذا الرأي ذهب إليه الدكتور حسن علي دنون(2).

الرأي الثاني : يذهب إلى ما يقبض على سوم الشراء هو بيع معلق على شرط واقف ولذلك لا تسري آثار العقد إلا من تاريخ تحقق الشرط أي أن يبدي القابض قبوله بالشراء . ويذهب إلى هذا الرأي د. عباس حسن الصراف ، وقد انتقد الرأي الأول القائل بأن المقبوض على سوم الشراء بيع معلق على شرط فاسخ(3).

الرأي الثالث : يذهب إلى أن المقبوض على سوم الشراء كأنه بيع موقوف على إجازة المشتري أو كأنه بيع بخيار الشرط ويذهب إلى هذا الرأي د. منير القاضي(4).

الرأي الرابع : يذهب إلى أن المقبوض على سوم الشراء ليس بيعاً كاملاً وهو أقرب ما يكون إلى الوعد بالبيع ، وهو يشبه البيع بشرط المذاق ويرى أنصار هذا الرأي أنه أقرب إلى الواقع لأن الشراء يكون معلقاً على إرادة المشتري فمتى أظهر رغبته بالشراء فعندها ينعقد البيع(5).

(1) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص184-185 .
(2) د. حسن علي دنون ، المصدر السابق ، ص179-180 ، بند 194 .
(3) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص185 ، بند 428 .
(4) د. منير القاضي ، شرح المجلة ، ج1 ، المصدر السابق ، ص320 .
(5) يرجح هذا الرأي د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج4 ، ص143 ، هامش (1) ، و د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص128 ، و د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص266-267 ، و د. كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص161 ، هامش (1) .

مما سبق يتبين أن القانون المدني العراقي يربط كقاعدة عامة تبعة الهلاك بالتسليم ولا إشكال إذا كان المبيع منقولاً كما لا يوجد إشكال إذا كان المبيع عقاراً وهلك قبل التسليم وقبل التسجيل فهنا يهلك على البائع وكذلك لا إشكال إذا هلك قبل التسليم وبعد التسجيل فيهلك على البائع أيضاً ، وإذا كان الهلاك بعد التسليم وبعد التسجيل فيهلك على المشتري ولا إشكال في ذلك أيضاً⁽¹⁾.

لكن الذي يثير الإشكال هو حالة هلاك العقار بعد التسليم وقبل تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري (الطابو) . ومرد ذلك أن القانون المدني العراقي يختلف عن أكثر القوانين مثل القانونين المصري والسوري إذ أن عقد بيع العقار فيها رضائي أما في القانون المدني العراقي فعقد بيع العقار هو عقد شكلي ، أي لا ينعقد قبل التسجيل لأن التسجيل يعد ركناً فيه ، ولهذه المسألة أثر مباشر على حكم تبعة الهلاك⁽²⁾. فيعد عقد البيع باطلاً في هذه الحالة لانعدام ركن فيه .

فهو يترتب على التسليم أن تنتقل تبعة الهلاك إلى المشتري أم تبقى على البائع ؟

ولفقهاء القانون المدني العراقي في هذا الشأن آراء عدة :

الرأي الأول : يذهب إلى أن البائع هو الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع إذا هلك العقار تحت يد المشتري وبدون تقصير منه ويعتبر هذا الرأي أن هذا الحكم واجب التطبيق من ناحيتين : من الناحية القانونية فهو يتمشى مع القواعد العامة في القانون المدني العراقي إذ لا يوجد قبل التسجيل عقد بيع فلا البائع يسمى بائعاً ولا المشتري يسمى مشترياً .

ومن ناحية العدالة : فالعدالة تفرض أن يتحمل البائع تبعة الهلاك لأن المشتري وقد حرم من تملك العقار ومثرائه قبل التسجيل فلا يجوز أن يتحمل تبعة هلاك العقار المبيع بقوة قاهرة⁽³⁾.

الرأي الثاني: اتفق أنصار هذا الرأي على أن المشتري هو الذي يتحمل تبعة هلاك العقار المبيع قبل التسجيل وبعد التسجيل إلا أنهم اختلفوا في تأصيل هذا الحكم : فيذهب الأستاذ شاكر ناصر حيدر إلى القول ((أما القانون المدني فلم يصرح عن حكم المقبوض من البيع الباطل كما هو الحال في المجلة ، ولذلك فيرجح اعتبار المبيع في البيع غير المسجل مضموناً على المشتري القابض ، لأن هذا الحكم هو الذي يستنتج من عبارة المادة (138 ف2 مدني) بقولها (1). فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل) . وهو الذي يتفق مع القواعد العامة في القانون المدني كما أنه هو الذي يتفق مع الرأي الراجح عند الفقهاء بالنسبة للبيع الباطل ، ومع أحكام الشريعة الإسلامية باعتبار البيع منعقداً وصحيحاً بمجرد الإيجاب والقبول ، ودخول المبيع في ضمان المشتري القابض ، وبالإضافة إلى ما تقدم فلأن المشتري قد قبض في

(1) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص268 ، بند 467-468 .

(2) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص186 ، بند 429 .

(3) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص187-188 .

ظرف قد معاوضة فجهة القبض هي جهة عقد لا جهة أمانة . والبيع الباطل ، وإن لم يكن له وجود قانوني ، فله وجود فعلي ومادي⁽¹⁾.

ويذهب الدكتور غني حسون طه إلى تأصيل الحكم على أساس قياس هذه المسألة على المقبوض على سوم الشراء مع تسمية الثمن ، ويد القابض في المقبوض على سوم الشراء يد ضمان لا يد أمانة (م 548 ف 1 مدني) ثم يتابع القول ((فالمشتري قد وضع يده على العقار بقصد تملكه ، ولم يقصد البائع من تسليم العقار إليه أن يكون وديعة أو أمانة تحت يده))⁽²⁾.

والذي يرجحه الباحث هو أن العقار يهلك على من يجوز العقار (القابض) أي المشتري وأساس هذا الحكم يكون بالاستناد إلى نص المادة (426) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه ((إذا انتقل الشيء على يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعدٍ أو تقصير ، فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد وإن كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه)). ونص المادة (427) في فقرتها الأولى التي تنص على ((تكون اليد يد ضمان إذا جاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه...)). إذن فالذي يبدو أن تبعة الهلاك تنتقل بالتسليم حتى مع أن الملكية لم تنتقل إلى المشتري ومع أن عقد البيع شكلي . لا ينعقد إلا بالتسجيل .

المطلب الثاني الهلاك الجزئي

ويقصد بالهلاك الجزئي : هو الهلاك أو التلف المادي لجزء من المبيع أو الهلاك الذي يترتب عليه نقصان مقدار المبيع لا نقصان قيمته⁽³⁾. والهلاك الجزئي الذي تتعلق تبعة هلاكه بالتسليم هو الهلاك أو نقصان القدر الذي يحدث بقوة قاهرة بعد العقد .

(1) شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية العقارية ، الملكية وحق التصرف ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1952 ، ج 1 ، ص 129-130 .

(2) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 269 .

(3) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 188 ، بند 433 .

أما إذا كان قد حصل قبل العقد دون علم المشتري وكان قد بلغ حداً من الجسامة بحيث لو علم به المشتري لما تعاقد ، فهذا يعد غلطاً جوهرياً⁽¹⁾.

وكذلك لا يتعلق بتبعة الهلاك الجزئي المقصودة بالبحث حالة نقصان قيمة المبيع قبل التسليم بسبب غير إصابة المبيع بتلف ، كأن يكون نقصان القيمة ناجم عن تغير ظروف اقتصادية مثل هبوط سعر المبيع في السوق أو غير ذلك ، فهذا النقصان لا يتحملة البائع ولا يسئل عنه⁽²⁾.

إذن فالهلاك الجزئي الذي تدور تبعته مع التسليم هو الهلاك الذي ينقص من قيمة المبيع فإذا لم يكن ينقص قيمة قدم السجاد الذي لا ينقص من قيمته بل قد يزيد منه أحياناً – فلا يعد عيباً ويشترط فيه كذلك أن ينجم نقص قيمة المبيع عن تلف مادي يصيب ماهيته وأوصافه الطبيعية⁽³⁾.

مثال هذا الهلاك ما إذا اشترى شخص موسوعة كتب متكونة من (40) كتاباً بسعر (400.000) ألف دينار فتلف منها (10) قبل التسليم فمن الذي يتحمل تبعة هلاك الجزء التالف ؟ وهل توجد خيارات للمشتري ؟ أجابت على هذا السؤال بعض القوانين العربية كالقانون المدني المصري والقانون المدني السوري ، والقانون المدني العراقي .

فأما القانون المدني المصري فقد نص في المادة (438) منه على أنه ((إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن)). وكذلك نص القانون المدني السوري على ذلك في المادة (406) وهي مطابقة لنص القانون المدني المصري .

يفهم من النصوص المتقدمة أن الهلاك الجزئي لا يختلف عن الهلاك الكلي من حيث تحديد الطرف الذي يتحمل تبعة الهلاك بقوة قاهرة وقبل التسليم فهو البائع ، لأنه كما تقدم الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية وما لم يتم بتنفيذه البائع كان مسؤولاً حتى ولو كان راجعاً إلى قوة قاهرة⁽⁴⁾.

ولا يختلف كذلك الهلاك الجزئي عن الهلاك الكلي في أن تبعة هلاكه تدور مع التسليم لا مع انتقال الملكية .

ويتبين من النصوص المتقدمة أنها تضع معياراً يحدد خيارات للمشتري – وفي ذلك يختلف حكم الهلاك الكلي عن الجزئي – وهذا المعيار هو جسامة التلف أو الهلاك من عدمه . ويكون التلف جسيماً إذا أنقص قيمة المبيع بدرجة كبيرة . بمعنى أنه لو حصل قبل العقد لما قبل المشتري بالبيع⁽⁵⁾.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج4 ، ص618 ، هامش (1) .

(2) د. كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص154 ، بند 70 .

(3) د. جاك يوسف الحكيم ، المصدر السابق ، ص264 ، بند 302 .

(4) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج4 ، ص617 ، بند 323 .

(5) د. عبد المنعم البدر ، المصدر السابق ، ص281 ، بند 176 .

ومعيار الجسامة شخصي بحت يستمد من تفسير إرادة المتعاقدين وقت العقد ، وليس موضوعياً أي مبنياً على خطورة الضرر بحد ذاته⁽¹⁾. فإذا اعتبر الهلاك الجزئي جسيماً فللمشتري حق فسخ العقد أو إبقاؤه مع إنقاص الثمن أما إذا لم يكن الهلاك جسيماً فليس للمشتري طلب الفسخ ، لكن يبقى له طلب إنقاص الثمن⁽²⁾. ومن الجدير بالذكر أنه يجب ملاحظة فارق بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي وهو أن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه كما كان في الهلاك الكلي . بل هو فسخ بحكم قضائي إذا كان الهلاك الجزئي جسيماً⁽³⁾. ويرجع السبب في عدم فسخ العقد تلقائياً إلى أن الالتزام بالتسليم في حالة الهلاك الجزئي لم يصبح مستحيلاً كله كما كان في الهلاك الكلي . ومن ثم فيبقى العقد قائماً ولا يفسخ من تلقاء نفسه ، ويتحول حق المشتري إلى الخيارات السابقة⁽⁴⁾.

كذلك يجب ملاحظة أن المشتري سواء كان خياره فسخ العقد أم إنقاص الثمن لا يحق له طلب التعويض عن الهلاك الجزئي ، وذلك لأن الهلاك الجزئي إنما حصل بفعل قوة قاهرة ولم يحصل بخطأ من البائع⁽⁵⁾.

أما القانون المدني العراقي فقد نص على الهلاك الجزئي في الفقرة الأولى من المادة (547) التي تقضي بأنه ((إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين إبقائه مع إنقاص الثمن)).

ويتضح من النص أنه لا يختلف عن حكم القانون المدني المصري إلا في مسألة واحدة وهي أن القانون المدني العراقي لم يشترط وجود التلف الجسيم الموجود في القانون المدني المصري . بل ترك الخيار للمشتري بدون قيد فله أن يطلب فسخ العقد أو له أن يطلب إنقاص الثمن بما يقابل الجزء التالف أو الهالك . ومن ثم يكون أمر الاستجابة لطلبه أو رفضه متروكاً للقواعد العامة وتقدير القضاء⁽⁶⁾. وبنفس حكم القانون المدني العراقي أخذ القانون المدني الأردني كما نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (500) على أنه ((إذا تلف بعض المبيع يخير المشتري إن شاء فسخ البيع ، أو أخذ الباقي بحصته من الثمن))⁽⁷⁾.

المطلب الثالث

الاستثناءات التي ترد على مبدأ تحمل البائع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم

مما سبق تبين أن قاعدة تحمل البائع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم هي القاعدة الأفضل من قاعدة تحمل المالك تبعة هلاك المبيع لذلك اتجهت التشريعات المعاصرة

(1) د. جاك يوسف الحكيم ، المصدر السابق ، ص 264 ، بند 302 .

(2) د. أنور سلطان و د. جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص 284 ، بند 357 .

(3) د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص 281 ، بند 176 .

(4) د. خميس خضير ، المصدر السابق ، ص 194 ، بند 106 .

(5) د. سمير عبد الستار تناعو ، المصدر السابق ، ص 251 ، بند 63 .

(6) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 264 ، بند 459 .

(7) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 ، وأنظر : آدم وهيب الندوي ، المصدر السابق ، ص 58 .

إلى الأخذ بها ، فهي القاعدة التي تتوافق مع القواعد العامة في تحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين . وكذلك حسناً فعلت أغلب التشريعات العربية في أخذها بهذا المبدأ لكونه المبدأ الذي يتوافق مع الفقه الإسلامي .

لكن لكل قاعدة استثناء ولهذه القاعدة بعض الاستثناءات التي أوردتها هذه التشريعات التي من شأنها أن تجعل تبعة هلاك المبيع بقوة قاهرة قبل التسليم تقع على المشتري ومن هذه الاستثناءات :

أولاً. الاتفاق

يعد مبدأ تحمل البائع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم من القواعد المكملة لإرادة المتعاقدين أي ليس من النظام العام ومن ثم يجوز الاتفاق على أن يتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع بقوة قاهرة من تاريخ إبرام العقد وقبل التسليم وهذا الاتفاق صحيح⁽¹⁾.

ثانياً. الإعذار

تقضي القواعد العامة في الإعذار بأنه إذا كانت يد المدين يد ضمان وأعذر دائنه بوجوب تسليم الشيء ولم يتسلم الدائن فتقلب يد المدين من يد ضمان إلى يد أمانة⁽²⁾. هذه الأحكام يمكن تطبيقها على عقد البيع من غير نص لكن المشرع العراقي نص على حكمها لتأكيد الحكم فجاءت الفقرة الأولى من المادة (547) منه لتقضي بذلك ، بعد أن أكدت أن تبعة هلاك المبيع بعد العقد وقبل التسليم تقع على البائع ثم استثنت من ذلك حالة الإعذار بقولها ((إلا إذا حدث الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع)) ، وأورد هذا الاستثناء كذلك القانون المدني المصري في المادة (433) وكذلك القانون المدني السوري في المادة (405) المذكورة آنفاً .

ويكون الإعذار بالإنداز ، والإنداز هو ورقة رسمية من أوراق المحضرين والمبلغين يبلغ فيها الدائن مدینه⁽³⁾.

فإذا قام البائع بإعذار المشتري لتسلم المبيع ولم يقيم المشتري بالتزامه بالتسلم فتنتقل تبعة الهلاك من البائع إلى المشتري ، لأن البائع مستعد لتنفيذ التزامه ، وإنما جاء التقصير من المشتري فعليه أن يتحمل تبعة الهلاك حتى وإن لم يقع التسليم فعلاً⁽⁴⁾.

لكن يجب ملاحظة أن تبعة الهلاك لا تنتقل إلى المشتري ما لم يتم الإعذار في الوقت المناسب ، أي عندما يكون موعد التسليم حالاً . فإذا أعذره قبل حلول الأجل فلا

(1) د. خميس خضير ، المصدر السابق ، ص 194 ، بند 107 .

(2) د. عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، ج 2 ، الطبعة الثالثة ، 1977 ، ص 64 ، بند 35 .

(3) د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر نفسه ، ص 31 ، ويضيف بأنه في العراق يقال للإنداز التبليغ ويتم بواسطة الكاتب العدل . واستثناءً من ذلك جاءت المادة (257) بأنه ((يجوز أن يتم الإعذار بأي طلب كتابي آخر ، بل يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى الإنداز)) . فيجوز أن يتم الإعذار بالرسالة العادية .

(4) د. كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص 157 ، بند 72 .

تنتقل تبعة الهلاك إلا إذا كان الأجل مشروطاً لمصلحة البائع وحده فله في هذه الحالة أن يتنازل عنه⁽¹⁾.

هذا ويلاحظ بأنه قد تنتقل تبعة الهلاك من البائع إلى المشتري باتفاق البائع والمشتري على تحديد معين موعداً لتسلم المبيع من قبل المشتري ودون حاجة للإعذار ، فبمجرد حلول ذلك الموعد يعتبر المشتري معذراً ، فإذا هلك المبيع بعد ذلك الموعد فيهلك على المشتري⁽²⁾.

وقد يحصل أن تثار ((مسألة)) وهي هل أن تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم⁽³⁾ يكفي لنقل تبعة الهلاك من البائع إلى المشتري ؟

مرّ سابقاً أن القاعدة في تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم تقضي بأن يلتزم البائع أن يضع المبيع تحت تصرف المشتري وأن يعلمه بأي طريق من طرق الإعلام بذلك . (وهنا موطن الشاهد) فتتنبه البائع لالتزامه بالتسليم ينقضي بعد الإعلام بأي طريق . لكن نلاحظ خروج المشرع على هذه القاعدة في انتقال تبعة الهلاك فقد اشترط الإعذار إذن فلا يكفي تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم لنقل تبعة الهلاك بل لابد من الإعذار وبالطريق الرسمي⁽⁴⁾.

ثالثاً. إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له

قد يحدث أن يمتنع المشتري عن الوفاء بالثمن الحال ، فهنا يحق للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن ، وهذا ما قضت به المادة (577) من القانون المدني العراقي ، والمادة (459) من القانون المدني المصري ، والمادة (427) من القانون المدني السوري .

وقد يهلك المبيع في يد البائع بقوة قاهرة خلال مدة الحبس فهنا يتحمل تبعة هلاكه المشتري لا البائع ، وهذا الحكم تقضي به القواعد العامة في القانون المدني العراقي فتتنبه المادة (428) منه على أنه ((إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان . وتنقل إلى يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس)). وهنا قيام سبب الحبس هو تقصير أو امتناع المشتري عن الوفاء بالثمن الحال . فيؤدي ذلك إلى أن تنقلب يد البائع من يد ضمان إلى أمانة فإذا هلك المبيع فإنه يهلك على المشتري لا البائع⁽⁵⁾. إذن فهذا الاستثناء مستفاد من القواعد العامة في القانون المدني العراقي . أما القانون المدني المصري فقد نص صراحة في المادة (460) على أنه ((وإذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على

(1) د. خميس خضير ، المصدر السابق ، ص 195 ، بند 107 ، و د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 189 ، بند 434 .

(2) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 614 ، بند 319 .

(3) لا يعني تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم (التسليم المادي) فقط وهو ما تتم فيه عملية التسليم والتسلم .

(4) أنور العمروسي ، المصدر السابق ، ص 155 .

(5) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 271 ، بند 469 .

المشتري ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع)). ونص كذلك القانون المدني السوري على هذا الاستثناء في المادة (428) وهي مطابقة لنص القانون المدني المصري⁽¹⁾. إن هذا الاستثناء من مقتضيات العدالة ، لأن عدم التسليم يرجع إلى خطأ المشتري ، ومن ثم فليس من العدل أن يتحمل البائع نتيجة خطأ المشتري⁽²⁾. ويرى الفقه أنه يشترط لانتقال تبعة الهلاك على المشتري في هذه الحالة أن يقوم البائع بإعذار المشتري لدفع الثمن ثم بعد ذلك يحبس المبيع أو على الأقل أن يخطره بأنه يحبس المبيع إلى أن يتم دفع الثمن⁽³⁾.

رابعاً. إذا وضع المشتري يده على المبيع قبل دفعه للثمن وبدون إذن البائع فإذا هلك المبيع بقوة قاهرة فإن المشتري يتحمل تبعة هلاكه⁽⁴⁾.

وهذا ما نصت عليه المادة (578) من القانون المدني العراقي بقولها ((قبض المشتري المبيع بدون إذن البائع قبل أداء الثمن لا يكون معتبراً وللبائع حق استرداده . فإن هلك المبيع أو تعيب وهو في يد المشتري ينقلب القبض معتبراً ويلزم المشتري بأداء ما في ذمته من الثمن)). ويؤخذ بهذا الحكم أيضاً في القانون المدني المصري عملاً بالمادة (984) . فالقانون المدني المصري لم ينص صراحة على هذه المسألة وإنما هي مستفادة من المادة (984) التي تنص على ما يأتي : ((إذا كان الحائز سيئ النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ ، إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه)). وهذه المادة تقضي بمبدأ استرداد المدفوع دون وجه حق إذا هلك في يد من تسلمه وهو سيئ النية⁽⁵⁾.

المطلب الرابع

تبعة هلاك المبيع في البيوع التجارية ومدى ارتباطها بالتسليم

تقدم القول أنه في ميدان القانون المدني أن الغلبة كانت لمبدأ ربط تبعة هلاك المبيع بالتسليم لا بانتقال الملكية .

فهل يسود هذا المبدأ كذلك في ميدان البيوع التجارية أم أن تبعة الهلاك في البيوت التجارية ترتبط بانتقال الملكية ؟ بمعنى هل أحكام تبعة هلاك المبيع في البيوع التجارية تعد استثناءً من أحكام القانون المدني ؟

قبل الإجابة لابد من القول أن البيوع التجارية لها بعض السمات التي تميزها عن غيرها . فالبيوع التجارية غالباً ما ترد على المنقولات دون العقارات . وكذلك يغلب أن ترد هذه البيوع التجارية عن أشياء مثلية وعلى كمية معينة منها وليس على

(1) أنظر : د. جاك يوسف الحكيم ، المصدر السابق ، ص 263 ، بند 300 .

(2) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 271 ، بند 469 .

(3) - د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص 282 ، بند 177 .

- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 614-615 ، هامش (3) .

- د. خميس خضير ، المصدر السابق ، ص 159 ، بند 107 .

(4) د. عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ص 189 ، بند 434 .

(5) د. أنور سلطان و د. جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص 286 .

وأنظر : د. صلاح الدين الناحي ، محاضرات في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص 161 .

شيء معين بالذات وقت العقد . ولهذه المسألة أهمية خاصة من حيث أن الملكية لا تنتقل في هذا النوع من البيوع بالعقد مباشرة⁽¹⁾.

كما تتميز هذه البيوع بأن المدة الزمنية الفاصلة بين الانعقاد والتسليم عادة تطول⁽²⁾. ومن ثم فتكون المنقولات المبيعة أكثر عرضة للمخاطر من غيرها من البيوع المدنية . وكذلك تكون واجبة التصدير وهذا ما يزيد من حدة المخاطر⁽³⁾. وبذلك تطرح مسألة تحديد الطرف الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع أو عيبه. وقد اختلفت القوانين في معالجة هذه المسألة .

فالقانون الفرنسي لا يفرق بين تبعة هلاك المبيع في القانون المدني عنه في البيوع التجارية فهو يربط تبعة الهلاك بانتقال الملكية وقد أورد نصاً يتعلق بالبيوع التجارية يحمل تبعة الهلاك فيه على المالك فنصت المادة (100) منه على أنه ((البضائع التي تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرهما في الطريق على من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك)) . إذن فالقانون الفرنسي يحمل المشتري تبعة هلاك المبيع الواجب التصدير إذا انتقلت إليه الملكية بالعقد عندما يكون المبيع معيناً بالذات . ما لم يوجد شرط خلاف ذلك⁽⁴⁾.

أما قانون الموجبات والعقود اللبناني وهو الذي اقتفى أثر المشرع الفرنسي في حالة هلاك المبيع قبل التسليم إذا كان العقد مدنياً فإنه خرج على القانون الفرنسي وعلى القواعد المقررة في البيوع . في قانون الموجبات والعقود اللبناني إذا كانت البيوع تجارية وكان المبيع واجب التصدير .

إذ نص قانون الموجبات والعقود في المادة 399 على أنه ((يتحمل البائع مخاطر المبيع في مدة سفره إلى أن يتسلمه المشتري ما لم يكن هناك نص مخالف)) فيلاحظ على هذا النص أنه يربط تبعة هلاك المبيع بالتسليم على الرغم من انتقال الملكية بالعقد .

ويتسائد هذا النص مع نص المادة (406) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تحدد ساعة تمام حصول التسليم فنصت على أنه ((إذا كان من الواجب إرسال المبيع من مكان إلى آخر ، فالتسليم لا يتم إلا ساعة وصول المبيع إلى المشتري أو إلى ممثله)) .

ويتضح من النصين السابقين أن البائع يبقى متحماً لتبعة الهلاك حتى وصول المبيع على المشتري وذلك باعتبار أن التسليم لم يتم إلى أن يصل المبيع إلى المشتري أو من يمثله .

(1) د. مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون التجاري ، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ، ج69 ، القسم الثاني ، القاهرة ، 1980 ، ص262 ، بند 377 .

(2) د. مصطفى كمال طه ، المصدر نفسه ، ص268 ، بند 385 .

(3) المبيع الواجب التصدير يتعرض للهلاك أكثر خلال عملية الشحن أو النقل أو التفريغ لما يلازمها من أخطار .

(4) محمد حلمي عيسى بك ، شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية وفي الشريعة الإسلامية ، مطبعة المعارف ، مصر ، 1916 ، ص392 .

إذن فتبعة هلاك المبيع إذا كان واجب التصدير تدور مع التسليم فقبل التسليم تقع على البائع وبعده على المشتري⁽¹⁾.

أما التقنين التجاري المصري :

فقد أورد نصاً في هذه المسألة كان مدار خلاف بين الفقهاء وهو نص المادة (94) الذي يقضي بأنه ((البضائع التي تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرهما في الطريق على من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك)).
الرأي الأول يذهب إلى أن القانون المصري اقتفى أثر المشرع الفرنسي في هذه المسألة ، وأن النص صريح في ربط تبعة الهلاك بانتقال الملكية ، وهذا يعني أن تبعة هلاك المبيع تقع على المالك في البيوع التجارية خلافاً للبيع المدني⁽²⁾.

أما الرأي الآخر فيذهب إلى أن النص المذكور ليس فيه خروج حقيقي عن القاعدة المنصوص عليها في القانون المدني التي تقضي بربط تبعة الهلاك بالتسليم . إذ يقول الأستاذ السنهاوري ((أما ما جاء في المادة 94 تجاري ... فليس باستثناء حقيقي من القاعدة التي تقضي بأن الهلاك على البائع قبل التسليم ، وقد قدمنا أن الملكية هنا تنتقل بالإفراز ، وهو لا يتم إلا عند التسليم إما في محطة الشحن أو في محطة التفريغ ، فإذا انتقلت تبعة الهلاك هنا بانتقال الملكية فلأن الملكية هي نفسها تنتقل بالتسليم))⁽³⁾.

ويوفق الأستاذ السنهاوري بين القاعدة في القانون المدني التي تربط تبعة الهلاك بالتسليم وبين نص المادة (94) إذا كان المبيع واجب التصدير إلى المشتري وأوضح أنه لا تعارض بين النصين فكلاهما يؤدي إلى النتيجة نفسها وهي ارتباط تبعة هلاك المبيع بالتسليم سواء كان البيع مدنياً أو تجارياً بقوله بعد أن أورد نص المادة (94) ثم علق عليه ((وانتقال الملكية هنا يكون بالإفراز ... ولكن الإفراز فيما نحن بصددده يتخذ صورة خاصة هي التسليم⁽⁴⁾، فما لم يتفق المتبايعان على شيء آخر ، فإن المفروض أنهما اتفقا على أن يتم انتقال الملكية وقت التسليم فقبل التسليم تبقى الملكية للبائع ، وهو الذي يتحمل تبعة الهلاك ، وبالتسليم تنتقل الملكية إلى المشتري وتنتقل معها تبعة الهلاك . ونرى من ذلك أن البائع لا يزال يتحمل تبعة الهلاك قبل التسليم وفقاً للقاعدة العامة ، ولكنه قبل التسليم يبقى أيضاً مالكا للمبيع إذ الملكية لا تنتقل إلا بالتسليم ، ومن ثم لم تتعارض القاعدة التي تقضي بأن الهلاك على البائع قبل التسليم ، مع القاعدة التي تقضي بأن الهلاك على المالك ولو قبل التسليم ، لأن البائع هنا هو المالك))⁽⁵⁾.

(1) د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص 223 ، بند 115 .

(2) د. مصطفى كمال طه ، المصدر السابق ، ص 268-269 ، بند 386 . وممن يؤيد هذا الرأي : د. أنور سلطان و د. جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص 286 ، بند 359 ، و د. خميس خضير ، المصدر السابق ، ص 96 ، و د. أحمد نجيب الهاللي ، و د. حامد زكي ، المصدر السابق ، ص 285 ، و د. برهام محمد عطا الله ، المصدر السابق ، ص 110 .

(3) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 615 ، هامش (1) .

(4) فيتم الإفراز عند التسليم .

(5) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر نفسه ، ص 430 ، بند 248 .

أما في قانون التجارة العراقي فقد كان قانون التجارة رقم 60 لسنة 1943 يقضي في المادة (153) منه بما يأتي : ((الضرر الطارئ على المبيع بعد تمام العقد يكون على عاتق المشتري وإن كان قضاءً وقدرًا)). يتضح من هذا النص أنه يقضي صراحة بربط تبعة هلاك المبيع في البيوع التجارية بانتقال الملكية وليس بالتسليم . وبذلك يكون قد خرج على القاعدة السائدة في القانون المدني ، وتابع القانون المدني الفرنسي في أخذه بقاعدة الشيء يهلك على مالكه⁽¹⁾. بينما قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 لم يرد فيه نص يقابل النص المذكور . لكن يمكن أن يستفاد من نص المادة (115) منه التي نصت على ما يأتي : ((إذا قام البائع بناءً على طلب المشتري بإرسال المبيع إلى غير المكان المعين لتسليمه كانت تبعة الهلاك على المشتري من وقت تسليم المبيع الخاص يتولى نقله إلا إذا اتفق على غير ذلك)). فيمكن أن يستنتج أن هذا القانون يعتمد التسليم أساساً لانتقال تبعة الهلاك وليس الملكية .

وأما قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 فلم يرد فيه نص صريح يحده الطرف الذي يتحمل تبعة الهلاك . لكن يمكن القول أن هذا القانون يجعل التسليم أساساً لانتقال تبعة الهلاك وليس الملكية ، وذلك بالاستناد إلى الفقرة الثانية من المادة (الرابعة) منه التي تحيل صراحة عند عدم وجود نص في قانون التجارة فتحيل إلى القانون المدني ، والقانون المدني كما مرّ يربط تبعة الهلاك بالتسليم ، وقد نصت هذه الفقرة على ما يلي ((يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانون خاص آخر)).

ومن جانب آخر ومن خلال استقراء نصوص قانون التجارة المتعلقة بالبيوع الدولية في الباب الخامس منه يتضح أن هذا القانون يجعل التسليم أساس انتقال المخاطر⁽²⁾، مثال ذلك ما جاء في الفقرة الرابعة من المادة (305) والفقرة الرابعة من المادة (311) .

من خلال العرض السابق يتضح أن المبدأ الذي أصبح يسود الوسط التجاري هو أيضاً ربط تبعة الهلاك بالتسليم ، وذلك لأن مبدأ ربط تبعة الهلاك بانتقال الملكية لا يحقق العدالة إذ أنه يؤدي إلى الإضرار بالمشتري خاصة عندما يهلك المبيع هو في يد البائع بينما الملكية انتقلت للمشتري وانتقل معها تبعة الهلاك للمشتري أيضاً ، فيخسر المشتري بذلك المبيع والتمن معاً .

بينما ربط تبعة الهلاك بالتسليم فيحقق العدالة ويتلافى السلبات السابقة ، وما يؤيد رجحان هذا المبدأ ما نصت عليه الاتفاقية الجديدة للبيع الدولي للبضائع التي اعتبرت التسليم هو أساس انتقال المخاطر⁽³⁾. حيث نصت المادة (67) على أنه :

(1) د. صلاح الدين الناهي ، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي ، ط2 ، مطبعة الرشد ، بغداد ، 1949 ، ج 1 ، ص153 ، بند (275) .

(2) في القانون التجاري تفيد عبارة انتقال المخاطر نفس معنى تبعة الهلاك .

(3) اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ، عقدت في فيينا ، سنة 1980 ، وقد كان موقف ممثل العراق في هذه الاتفاقية أن أحكامها وثيقة الصلة بأحكام قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970 . لمزيد

((1- إذا تضمن عقد البيع نقل البضائع ولم يكن البائع ملزماً بتسليمها في مكان معين ، تنتقل التبعة إلى المشتري عند تسليم البضائع إلى أول ناقل لنقلها إلى المشتري ، وإذا كان البائع ملزماً بتسليم البضائع إلى ناقل في مكان معين ، لا تنتقل التبعة إلى المشتري إلا عند تسليم البضائع إلى الناقل في ذلك المكان)).

من التفصيل أنظر : د. لطيف جبر كوماني ، مسؤولية البائع في البيوع البحرية ، رسالة دكتوراه ، مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1981 ، ص 49 و ص 143 ، هامش (3) .

أصبح معلوماً من خلال ما تقدم أن أغلب القوانين المدنية المعاصرة تذهب إلى انتقال الملكية في المبيع بمجرد إبرام عقد البيع ، لكن قد يحصل أن يتصرف البائع في المبيع خلال المدة الزمنية اللاحقة لإبرام العقد وانتقال الملكية ، وهنا يثار التساؤل : أيهما يفضل قانوناً المشتري في عقد البيع الأصلي ؟ أم الشخص الذي تصرف له البائع لاسيما إذا كان هذا الأخير قد تسلم هو المبيع ؟

وقد يحصل أن يتصرف المشتري بالمبيع في المدة التالية لإبرام العقد⁴ انتقال الملكية - قانوناً- إليه ، على الرغم من أنه لم يستلم المبيع بعد ، خاصة وأنه يستطيع أن يتصرف في المبيع بشتى التصرفات وإن لم يحصل التسليم ما دام قد أصبح مالكاً كما سبق القول .

عليه نتناول دراسة موضوع التصرف في المبيع قبل التسليم من خلال مبحثين

:

- المبحث الأول : تصرف البائع في المبيع قبل التسليم .**
- المبحث الثاني : تصرف المشتري في المبيع قبل التسليم .**

المبحث الأول تصرف البائع في المبيع قبل التسليم

يصبح المشتري مالكاً رغم بقاء البائع حائزاً للمبيع في أغلب القوانين الحديثة التي اهتمت بالعقد وجعلت من مجرد إبرامه كافياً لنقل الملكية من البائع إلى المشتري ، ويبقى التسليم في هذه الحالة التزاماً يترتب على تنفيذه انتقال الضمان كما هو الحال في القانونين المدنيين العراقي والمصري .

وقد يضيق دور التسليم في بعض القوانين الحديثة ليصبح مجرد التزاماً بذاته لا علاقة له بالملكية أو الضمان كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي مثلاً . وقد لا يرتبط انتقال الملكية بالتسليم كما هو الحال في القانون الإنكليزي الذي يجعل نقل الملكية يعتمد أساساً على نية الأطراف⁽¹⁾ فيحصل أن تظهر مدة زمنية نستطيع أن نطلق عليها تعبير (انتقالية) يصبح فيها البائع حائزاً للمبيع غير مالك له ، والمشتري مالكاً للمبيع غير متسلم له .

وللفقه الإسلامي ، الذي هو مصدر مهم من مصادر القانون المدني العراقي رأى في هذا الموضوع .. لذا سوف يتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين :

المطلب الأول : تصرف البائع في المبيع قبل التسليم في القوانين المقارنة .
المطلب الثاني : تصرف البائع في المبيع في الفقه الإسلامي والقانوني المدني العراقي

(1) د. صبري حمد خاطر ، التصرف في المبيع قبل تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد البيع ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون /جامعة بغداد ، 1984 ، ص166 ،

المطلب الأول

تصرف البائع في المبيع قبل التسليم في القوانين المقارنة

كان التسليم في ظل القانون الروماني الطريقة الوحيدة لنقل الملكية⁽¹⁾، فإذا كان المقصود من العقد نقل الملكية فيجب أن يقترن انتقال الحيازة بقصد التملك ، أي قصر تملك المستلم للمال ، فكان لابد لانتقال الملكية أن يكون هناك إلى جانب نقل الحيازة ركن قانوني أو عنصر نفسي يسمى السبب الصحيح⁽²⁾. وبذلك يكون بالإمكان تصور (مدة زمنية) بين البيع وبين التسليم ، مما يجعل البائع – رغم البيع – يستطيع التصرف باعتباره مالكا في نظر الغير ، إلى أن أصبح التسليم في العصر البيزنطي مستقلاً عن سنده ، وذلك عندما أصبح – أي التسليم- ينقل الملكية بمجرد تبادل النية في التملك والتملك ، أي أصبح التسليم عملاً مجرداً يمكن للمتصرف إليه أن يستند إلى عنصر التجريد هذا في حماية نفسه من طعون المشتري⁽³⁾.

واستناداً لصفة التجريد هذه ، تأثر القانون المدني الألماني ، وقانون الالتزامات السويسري بالقانون الروماني ، بحيث جعل كلاً منها نقل الملكية يستند إلى عمليتين اثنتين : الأولى : العقد الذي يتم تسليم المبيع استناداً له ، الثانية : العمل القانوني الذي بموجبه تنتقل الملكية ... أي بعبارة أوضح تنقل الملكية للبائع إلى أن يفقدها بالعمل القانوني في مرحلة لاحقة لعقد البيع ، وقبل ذلك ، يستطيع التصرف ، مما يعني أن التجريد يفصل العمل القانوني الناقل للملكية عن عقد البيع⁽⁴⁾.

وقد اتجهت أغلب التشريعات المدنية المعاصرة إلى الاهتمام بالعقد ذاته ، ورتبت على مجرد إبرامه انتقال الملكية إلى المشتري ، وتبع ذلك اعتبار دور (التسليم) ليكون في القانون الفرنسي التزام ناشئ عن عقد البيع لا علاقة له بنقل الملكية أو بالضمان ، أو ليتسع هذا الدور في القانونين المدنيين العراقي والمصري ليشكل التسليم التزاماً يترتب على تنفيذه انتقال الضمان ، وفي كلا الحالين يصح أن يصبح المشتري مالكا للمبيع على الرغم من أن المبيع فعلياً لا يزال في حيازة البائع ، ويصدق هذا القول –أيضاً- في القانون الإنكليزي الذي يربط نقل الملكية لا بالتسليم ، بل ، بنية الأطراف ، فتظهر المدة الزمنية التي يصبح فيها البائع حائزاً غير مالك ، والمشتري

(1) د. عبد المنعم بدر وعبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص 393 ، د. محمود سلام زناتي ، نظم القانون الروماني ، دار النهضة العربية ، 1966 ، ص 373 .

(2) د. عبد المنعم بدر و د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص 386-387 .
و د. صبيح مسكوني ، القانون الروماني ، ط 2 ، مطبعة شفيق ، بغداد ، 1971 ، ص 168 .

(3) -د. عبد المنعم بدر و د. عبد المنعم البدر اوي ، المصدر السابق ، ص 393 .
وللمزيد من التفصيل بشأن انتقال الملكية وأثر التسليم في ذلك القانون الروماني راجع :

-د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص 9 ، هامش رقم (1) .
ولمزيد من التفصيل بشأن انتقال الملكية وأثر التسليم في ذلك في القانون الروماني راجع :

د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص 9 ، هامش رقم (1) .

(4) د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص 165-166 .

مالكاً غير حائز للمبيع ، وهذا يعني - فيما يعنيه - ربط القانون الإنكليزي للملكية بالضمان لا بالتسليم⁽¹⁾.

وفي ضوء ما تقدم سيتم بحث تصرف البائع في المبيع قبل التسليم إلى المشتري في القانون الإنكليزي الذي منح أهمية خاصة لأحكام تصرف البائع في المبيع قبل التسليم مما يجعله جديراً بالبحث في فرع مستقل ، ثم بحث تصرف البائع الحائز للمبيع قبل تسليمه إلى المشتري في ظل القانون الفرنسي القديم والحديث ، ومقارنة ذلك بأحكام تصرف البائع الحائز قبل التسليم في القانون المصري ...

ولما كان القانون المدني العراقي قد اقتبس - كما يبدو - أحكام تصرف البائع في المبيع قبل التسليم من الفقه الإسلامي ، فربما من الأجدي بحث القواعد التي تحكم هذه المسألة - في الفقه الإسلامي أولاً تمهيداً لبحثها بعد ذلك - في القانون العراقي ، وذلك سيكون في المطلب الثاني من هذا المبحث .

أما المطلب الذي نحن بصدد فسيتم تقسيمه إلى فروع ثلاثة :

الفرع الأول : تصرف البائع في المبيع قبل التسليم في القانون الإنكليزي

الفرع الثاني : تصرف البائع في المبيع قبل التسليم في القانون الفرنسي

الفرع الثالث : تصرف البائع في المبيع قبل التسليم في القانون المصري

الفرع الأول

تصرف البائع في المبيع قبل التسليم في القانون الإنكليزي

سبقت الإشارة إلى أن القانون الإنكليزي يربط نقل الملكية بنية المتعاقدين لا بالتسليم مما يصحّ معه تصور مدة زمنية تلي إبرام العقد ، يصبح ليها البائع حائزاً رغم خروج المبيع من ملكه ، ويصبح المشتري - في الوقت نفسه - مالكاً مع أنه لم يستلم المبيع بعد⁽²⁾.

وقد أضفى التشريع الإنكليزي أهمية خاصة على تصرف البائع في المبيع بعد انتقال الملكية وقبل التسليم ، وهي حالة يمكن تصورها في العديد من الصور في الوقائع العملية ، كأن يبيع شخص إلى آخر بضاعة معينة وقبل أن يستلمها المشتري يبيعها البائع إلى مشترٍ ثانٍ ويسلمها إلى هذا الأخير ، فما هو حكم التشريع الإنكليزي في هذه الحالة .

تناولت المادة الثامنة من قانون الوكالات التجارية الإنكليزي ، والمادة الخامسة والعشرين من قانون بيع البضائع الإنكليزي أحكام تصرف البائع في المبيع قبل التسليم⁽³⁾ ، والذي يظهر من دراسة نصوص هاتين المادتين أنهما تعالجان حالة تصرف البائع في المبيع مع بقاءه حائزاً له ، الأمر الذي يستوجب ابتداءً الإجابة عن تساؤل

(1) أنظر :

A. P. Dobson , Sale of Goods and Consumer Credit, London , 1979 , p.30-32 .

(2) أنظر ص 119 من هذا الفصل آخر مقدمة المطلب الأول .

(3) أنظر :

D.W. Greig , Sale of Goods , London , 1974 , P.76 .

يتعلق بمعرفة الموقف القانوني للبائع عند قيامه بإبرام تصرف ثانٍ على المبيع : هل أنه - بعد البيع الأول - ما زال مالكا للمبيع أم أنه خرج من ملكه ؟ وهل يستطيع - فعليا - التصرف في المبيع أم لا ؟

والجواب : أن مجرد إبرام عقد البيع ، لا يعني - في التشريع الإنكليزي - انتقال الملكية فوراً إلى المشتري لأن انتقالها يتوقف على نية المتعاقدين ، ومن ثم فإن بقاء البائع مالكا للمبيع يسمح له بالتصرف به بصفته مالكا له لا حائزا⁽¹⁾. ولكن ، إذا اتجهت نية طرفي عقد البيع إلى انتقال الملكية مباشرة بمجرد إبرام العقد ثم تصرف البائع بالمبيع قبل أن يسلمه إلى المشتري ، فما هو حكم القانون الإنكليزي ؟ !

بالرجوع إلى أحكام المادتين (8) من قانون الوكالات التجارية الإنكليزي والمادة (25) من قانون بيع البضائع الإنكليزي يمكن ملاحظة أن البائع لا يستطيع مطلقاً نقل الحق الناشئ عن التصرف الجديد إلى المتصرف إليه بدون تخويل المشتري الذي انتقلت إليه الملكية تبعاً لنية الطرفين ، ولا يستطيع البائع نقل الحق الناشئ عن التصرف إذا تصرف قبل التسليم ورغم انتقال الملكية إلى المشتري إلا بتوفر ثلاثة شروط هي :

1. أن يكون المتصرف إليه حسن النية لا يعلم بالبيع السابق .
 2. أن يبقى البائع حائزاً للمبيع أو وثيقة ملكيته .
 3. أن يسلم البائع المبيع أو وثيقة ملكيته إلى المتصرف إليه الثاني .
- وفيما يلي شرح موجز لكل وجه من هذه الشروط إكمالاً للفائدة وإحاطة بأحكام القانون الإنكليزي في هذا الشأن .

الشرط الأول : أن يكون المتصرف إليه حسن النية

والمتصرف إليه - كالمشتري اللاحق مثلاً - الحسن النية هنا هو الذي لا يعلم بالبيع السابق ، لأنه إن كان يعلم بالبيع فإن المشتري الأول سيفضل عليه جزاءً لسوء نيته وقد يعرض نفسه لعقوبة جزائية⁽²⁾.

وفي سابقة قضائية كان قد نظرها القضاء الإنكليزي فشل المدعي في دعواه باسترداد المبيع والتعويض عن الأضرار قبل البائع الذي تصرف في المبيع إلى مشتري ثانٍ استناداً إلى حسن نية المشتري الثاني ، إذ اشترى شخص مجموعة من السيارات بثمن نقداً بقصد إعادة بيعها بالتقسيط وأبقاها مودعة لدى البائع وخوله حق بيعها ثانية ، ثم عاد وألغى هذا التخويل ، لكن البائع كان قد تصرف بالسيارات وباعها - بناءً على التخويل - إلى مشتري جديد حسن النية ، وعندما أقام المشتري الأول الدعوى لم يمنحه القضاء الحق في استرداد السيارات ولا بالتعويض استناداً إلى حسن نية المشتري

(1) أنظر : A.P Dobson , op. cit, P.55

(2) أنظر :

Lawrence Vold , Made Book of the law of Sales, St. Paul , west Publishing co. 1931 , P.57 >

الثاني فضلاً عن أن التغيير في الحق الذي بموجبه تملك البضائع لا يؤثر على شرط استمرار الحيازة⁽¹⁾.

الشرط الثاني : أن يبقى البائع حائزاً للمبيع أو وثيقة ملكيته :

حيث يشترط لصحة التصرف إلى المتصرف إليه الثاني بقاء المبيع في حيازة البائع ، مما يعني أن المشتري – في ظل القانون الإنكليزي – في خطر طالما تأخر في تسلم المبيع ، فإن تسلمه تجنّب هذه الخطورة ، وتقوم وثيقة ملكية المبيع مقام المبيع نفسه في الحيازة⁽²⁾.

ويتحقق هذا الشرط حتى لو كان التسليم حكماً بأن بقي المبيع بحيازة البائع برضا المشتري كما لو اشترى شخص منقولاً وأبقاه لدى البائع بموجب تصرف آخر⁽³⁾ لأن القضاء الإنكليزي يذهب في مثل هذه الحالة إلى اعتبار استمرار الحيازة المادية للمبيع دون انقطاع لدى البائع أمر يسمح بنقل الحق الناشئ عن التصرف للمشتري الثاني بصرف النظر عن التصرف الأول بين البائع والمشتري التي من شأنها تغيير الحق القانوني الذي بموجبه تحاز البضاعة لأن طبيعة الحيازة ليست ذات أهمية ما دام البائع إذا تصرف في المبيع إلى شخص آخر غير المشتري يكون في نظر القضاء الإنكليزي- قد اكتسب حقاً ناشئاً عن ذلك التصرف⁽⁴⁾.

الشرط الثالث : أن يتم تسليم المبيع أو وثيقة ملكيته إلى المتصرف إليه الثاني

وهذا الشرط رغم ما أثاره من اختلاف في الفقه والقضاء الإنكليزي إلا أن مؤداه أن البائع يبقى حائزاً للمبيع حتى تمام تصرفه الثاني إلى المتصرف إليه ، أي أن الحكم بالنسبة للبضائع ينصب على أساس تحويل الحيازة وليس التسليم المادي ، فما لم يتم التسليم المادي الفعلي أو الحكمي للمبيع أو وثيقة ملكيته إلى المتصرف إليه الثاني لم يصح التصرف الثاني⁽⁵⁾.

(1) أنظر : د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص 173 .

(2) أنظر :

- J. K Macleod , Sale and Hire Puchase, London , 1971 , P.218 .

- A. P. Dobson , op. cit, p.56 .

(3) أنظر : . D.W Greig , Sale of Goods , opk. Cit. , p.78 .

(4) أنظر : . A.P. dobson , op. cit. , p.56 .

(5) أنظر : مناقشة هذا الرأي والصياغة القانونية لنص المادة (25) من قانون البضائع الإنكليزي عام 1893:

D.W Greig , op. cit , p. 80 .

حيث بنى هذا الحكم على قضية شهيرة تعرف بـ (Nicholson – V. Harder) التي جرت عام 1895 وملخصها أن البائع وضع بضائع في مخزن وقبل أن يتسلمها المشتري باعها البائع مرة ثانية إلى صاحب المخزن نفسه الذي لم يكن بدوره على علم بالبيع الأول وكان رأي القضاء الإنكليزي – في هذه القضية أن صاحب المخزن لم يكتسب ملكية البضائع لأنه كان حائزاً لها لمصلحة البائع ولم يتم تسليمها له طبقاً لعقد البيع الثاني . أنظر للتفصيل :

a. P. dobson , op. cit. , p. 56-57 .

الفرع الثاني

تصرف في المبيع قبل التسليم في القانون الفرنسي

كان القانون الفرنسي القديم يعتبر الالتزام بالتسليم التزاماً رئيسياً في عقد البيع متى تم تنفيذه انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري ، لأن الذي يترتب على العقد كان مجرد (الحيازة الهادئة) ، أما الملكية فلم تكن تنتقل إلى المشتري إلا بالتسليم⁽¹⁾. ومن ثم فإن تصرف البائع بالمبيع بعد العقد وقبل التسليم أمر متصور وتنتقل الملكية على المتصرف إليه متى تم التسليم إليه دون المتصرف إليه الأول وهو المشتري الأول ويكون ذلك لا استناداً إلى التصرف بذاته بل استناداً إلى القاعدة المعروفة (الحيازة في المنقول سند الملكية) متى كان المتصرف إليه (المشتري الثاني) قد حاز بحسن نية وسبب صحيح حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات⁽²⁾، ولذلك لم يكن يدخل في عقد البيع ذكر كونه ناقلاً للملكية إلى المشتري ، فكان بيع ملك الغير صحيحاً في القانون الفرنسي القديم⁽³⁾.

وقد شاع في آخر مراحل القانون الفرنسي القديم إدراج بند في كل عقد يتضمن حصول التسليم ، بحيث أصبح مثل هذا البند شرطاً مألوفاً في كل عقد إلى الحد الذي جعل عدد من الفقهاء يذهبون إلى انتقال الملكية أصبح يتم بمجرد انعقاد العقد ، وكان النص على حصول التسليم يعوّض عن التسليم ، بمعنى أن الاكتفاء بالتسليم الصوري كأن يأتي تسهياً لانتقال الملكية⁽⁴⁾.

أما في ظل القانون المدني الفرنسي الجديد الذي شرع في عهد نابليون عام 1804 فقد أصبح عقد البيع ينقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري ولا يقتصر على مجرد إنشاء التزام بتسليمه .

ومع أن تعريف المبيع الذي ورد في المادة (1582) من التقنين المذكور كان ينص على انتقال الملكية بمجرد الاتفاق على الشيء المبيع ومقدار الثمن وذلك بقولها أن البيع : (اتفاق يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين بتسليم المبيع ويلتزم المتعاقد الآخر بدفع الثمن) . فإن الذي يفهم من النص المتقدم هو الالتزام بالتسليم دون الإشارة على التزام

(1) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 203 ، بند 353 .

(2) صيري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص 176 ، هامش رقم (1) .

(3) السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 8-4 .

(4) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ج 1 ، ص 203 ، بند 353 .

- السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 409 ، بند 230 .

البائع بنقل ملكية الشيء المبيع ، الأمر الذي يفهم منه أن التقنين الجديد بقي متأثراً بالفكرة الرومانية بهذا الخصوص⁽¹⁾.

وعند النظر إلى نصوص التشريع الفرنسي الأخرى المتعلقة بالتسليم مثل نص المادة (711) مدني التي تذهب إلى أن : (الالتزام يعتبر طريقاً من طرق اكتساب الملكية) . وكذلك نص المادة (1138) التي تنص على أن : (الالتزام بتسليم الشيء يتم بمجرد اتفاق الطرفين المتعاقدين) . وكذلك نص المادة (1583) التي تقضي بأن : (البيع يكون تاماً بين الأطراف وأن الملكية تنتقل إلى المشتري في مواجهة البائع بقوة القانون من وقت الاتفاق على المبيع والتمن ولو لم يتم تسليم المبيع أو دفع الثمن) .. عند النظر في هذه النصوص يفهم منها أن القانون الفرنسي الجديد ينقل ملكية الشيء المبيع ولا يقتصر على إنشاء التزام بتسليمه⁽²⁾.

وبناءً على ذلك فإن المبيع يعتبر قد خرج من ملك البائع بمجرد انعقاد العقد ، فإذا تصرف به البائع بعد ذلك إلى الغير قبل التسليم عدّ ذلك من قبيل بيع ملك الغير والنصوص صريحة في بطلان بيع ملك الغير في القانون المدني الفرنسي⁽³⁾.

ومع ذلك فإنه لم يرد نص خاص صريح يعالج مسألة تصرف البائع بالمبيع قبل التسليم في التقنين الفرنسي الجديد بل يتم النظر إلى هذه المسألة وبيان حكمها من قبل الفقهاء وشرح القانون الفرنسي في نطاق التعرّض لقواعد انتقال الملكية وضمان التعرّض والاستحقاق مع الأخذ بنظر الاعتبار أحكام قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) شريطة أن تتوفر شروط تطبيقها وذلك استجابة لواقع ضمان سلامة واستقرار المعاملات التجارية مع الإشارة على أن ملكية المتصرف إليه الثاني في هذه الحالة ستكون بموجب الحيازة باعتبارها واقعة قانونية من شأنها اكتساب الحقوق العينية وليس بموجب التصرف القانوني (عقد البيع الثاني)⁽⁴⁾.

(1) د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص 10-11 .

وقارن ذلك بما يذهب إليه الدكتور غني حسون طه من أن واضعي القانون الفرنسي الجديد ذهبوا إلى نبذ الفكرة الرومانية بهذا الصدد التي بقيت سائدة حتى القرن الثامن عشر ... لكنه يعود بعد ذلك ويقر بأن المشرع الفرنسي لم يستطع التخلص من أثر الفكرة الرومانية وذلك استناداً إلى آراء فقهاء فرنسيين كبار من أمثال بلانيول وريبير وبولانجيه . أنظر :

- د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ج 1 ، ص 204 .

(2) - د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ج 1 ، ص 203-204 ، فقرة 354 .

- د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص 10 .

(3) السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 411 ، فقرة 232 .

(4) - د. سليمان مرقس ، و د. محمد علي إمام ، عبد البيع في التقنين المدني الجديد ، القاهرة ، 1955 ، ص 212-213 .

- د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص 176 ، هامش رقم (1) .

حيث يؤكد الدكتور صبري حمد خاطر في صدد حديثه بشأن أحكام التصرف في المبيع قبل التسليم في القانون المصري عن انطباق هذه الأحكام في ظل القانون الفرنسي النافذ .

الفرع الثاني تصرف البائع في المبيع قبل التسليم في القانون المصري

تماماً ، مثل القانون الفرنسي الحديث ، لم يتضمن القانون المصري نص يعالج حكم تصرف البائع بالمبيع قبل تسليمه إلى المشتري بشكل خاص ، إنما تناول الفقهاء هذا الحكم في إطار بيان أحكام التصرف في المبيع ضمن انتقال الملكية وضمن التعرض والاستحقاق مع تطبيق أحكام قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) ، إذ تتم المفاضلة بين المشتري الأول والمتصرف إليه الثاني في ضوء هذه القاعدة ، ذلك أن الملكية انتقلت إلى المشتري بمجرد إبرام العقد بالنسبة للغير كافة وإن كان نقل الملكية لم يرافقه عملية تسليم المبيع ، لذلك يفضل المشتري لأن الملكية انتقلت إليه ، لكن المتصرف إليه الثاني هو الذي سيفضل فيما لو طبقت قاعدة (الحيازة في المنقول...) وتوفر شرطها من حسن النية والسبب الصحيح فتكون الملكية له ضماناً لاستقرار المعاملات ، وتقوم عملية الحيازة مقام قاعدة الشهر في العقار⁽¹⁾.

وبذلك يكون البائع قد تعرض إلى المشتري في ملكيته حين تصرف في المبيع إلى المتصرف إليه الثاني وطبقت بحق هذا الأخير قاعدة (الحيازة في المنقول...) مما يثير مسألة ضمان التعرض والاستحقاق⁽²⁾. كذلك يكتف تصرف البائع في المبيع بعد انتقال الملكية وقبل تسليمه إلى المشتري بأنه تصرف في ملك الغير له في التشريع المصري أحكامه الخاصة به⁽³⁾.

- (1) - السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج4 ، ص426-427 .
- د. عبد العزيز عامر ، عقد البيع ، القاهرة ، 1967 ، ص125-126 .
- (2) ينشأ عن عقد البيع التزام على عاتق البائع بدفع التعرض ، وهو التزام كامن لا يظهر إلا عندما يتعرض أحد إلى المشتري ، فإذا تصرف البائع في المبيع قبل التسليم نشأ عن ذلك التصرف التزام على عاتق البائع بدفع هذا التعرض سواء كان تعرض الغير (المتصرف إليه) مستنداً إلى حق يدعي نشوءه عن التصرف أم كان تعرض المشتري المالك للمتصرف إليه مطالباً باسترداد المبيع ، وبعبارة أخرى يلزم البائع الامتناع عن كل تعرض من جانبه للمشتري في حيازته للمبيع وانتفاعه به وملكه إياه ، فالبائع ملزم بأن لا يتصرف في المبيع ثانية قبل تسليمه إلى المشتري ، وهذه حالة التعرض التي تستند إلى حق لاحق على عقد البيع ، ويأتي استثناء من شرط أن يكون الغير في تعرضه يستند إلى حق سابق على البيع للرجوع بالضمان على البائع لأن التعرض ينجم عن فعل البائع الذي لا يستطيع اشتراط إعفاءه من الضمان ، وهذا هو التعرض الشخصي أي تعرض البائع للمشتري وتعرض الغير له استناداً إلى حق لاحق على عقد البيع ناجم عن تصرف البائع .
لمزيد من التفصيل بشأن ضمان التعرض والاستحقاق أنظر :
- د. غازي عبد الرحمن ، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع في القانون المدني العراقي ، مجلة القانون المقارن ، العدد (12) ، السنة التاسعة ، 1981 ، ص140 وما بعدها .
- د. سليمان مرقس ومحمد علي إمام ، عقد البيع في التقنين المدني الجديد ، القاهرة ، 1955 ، ص347 وما بعدها .
- د. إسماعيل غانم ، الوجيز في عقد البيع ، القاهرة ، 1963 ، ص214-215 .
- د. عبد العزيز عامر ، عقد البيع ، القاهرة ، 1967 ، ص260 .
- وأنظر نص المادة 557 من القانون المدني العراقي :
- مجموعة التشريعات العقارية ، القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص130 . وهو يقابل نص المادة 446 من القانون المدني المصري .
- السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج4 ، ص618-617 ، بند 325-395 .
- (3) محمد حلمي عيسى بك ، المصدر السابق ، ص355 .

وإذا كان القانون الإنكليزي – كما سبقت الإشارة – ينظر إلى البائع الذي يتصرف في المبيع قبل التسليم على أنه تصرف فيما لا يملك ويجعل القانون الإنكليزي الأفضلية في الكلية إلى المتصرف إليه الثاني ، فإن قواعد التصرف في ملك الغير التي تحكم مسألة تصرف البائع في المبيع قبل تسليم المشتري يكتنفها نوع من الاضطراب في التأصيل ، فقد أخذ القانون المصري حكم بيع ملك الغير عن القانون الفرنسي لاسيما المادة (1599) منه ، إذ أن الملكية تنتقل إلى المشتري بمجرد إبرام عقد البيع ومن ثم فإن تصرف البائع في المبيع ببيعه ثانية يعتبر بيعاً لملك الغير⁽¹⁾.

ويعمل الفقهاء أصل الحكم المتقدم بأنه بعد أن أصبح البيع ناقلاً للملكية في القانون الفرنسي على خلاف ما كان عليه الحال في القانون الروماني لوحظ التناقض بين عدم ملكية البائع ، وطبيعة عقد البيع ، مما حدا بالمشرع إلى الحكم بالبطلان ، لكن لا بد هنا من ملاحظة الفرق بين القول أن عقد البيع يرتب التزاماً بنقل الملكية وبين القول أن الملكية تنتقل بحكم القانون ... ذلك أن الواضح كون الملكية تنتقل بحكم القانون ، لأنه لو كان انتقال الملكية بمجرد إبرام العقد التزاماً لكان الفسخ هو حكم بيع ملك الغير نظراً لعدم قدرة البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية فور انعقاد عقد البيع⁽²⁾.

ويترتب على عقدي البيع الأول والثاني أن يكون هنالك ثلاثة أطراف : البائع والمشتري والمتصرف إليه ، وتكون هناك أحكام خاصة للعلاقة بين المشتري (المالك) والمتصرف إليه (المشتري الثاني) في ظل تصرف البائع بالمبيع دون سلطة ، تتلخص في أن المشتري إذا لم يقر بالبيع الثاني عدّ أجنبياً عنه ومن ثم فلا علاقة بينه وبين المشتري الثاني ، أما إذا أقرّ المشتري بالبيع الثاني فتنشأ علاقة بينه وبين المشتري الثاني يحكمها نص المادة (467) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه : (إذا أقرّ المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري) ، فإن كان المالك هو المشتري الأول قد تصرف قبل إقراره بالبيع الثاني فإن الملكية تنتقل إلى المشتري الثاني مثقلة بما ينشأ عن تصرف المشتري المالك قبل الإقرار من حقوق⁽³⁾. وفي حالة إقرار المشتري الأول بالبيع الثاني وارتباطه بعلاقة جديدة مع المشتري الثاني فإن طبيعة هذه العلاقة في ضوء تحيل أحكام بيع ملك الغير قد اختلفت بشأنها آراء الفقهاء :

فذهب فريق : إلى أن المشتري المالك يحل محل البائع في حقوقه والتزاماته فيطالب المشتري الثاني بالثمن ، وإذا لم يكن المبيع قد سلم إليه بعد ، يعرض

(1) د. محمد زكي عبد البر ، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ، مجلة القانون والاقتصاد ، القسم الأول ، 1956 ، ص 178 .

(2) - د. حلمي بهجت بدوي ، بطلان بيع ملك الغير ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، العدد الرابع ، ص 598 .

- د. جاك يوسف الحكيم ، بيع ملك الغير في القانون المدني السوري ، مجلة المحامين السورية ، العددين السابع والثامن ، 1969 ، ص 317-318 .

وقارن ذلك بما يذهب إليه العلامة السنهوري بأن انتقال الملكية التزام يترتب على عقد البيع : - السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق .

(3) د. أنور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، بيروت ، 1970 ، ص 232 .

عليه التسليم ، وبالمقابل يطالب المشتري الثاني بالتسليم ويرجع عليه بالضمان ، مع الإشارة إلى أن الملكية تكون في هذه الحالة قد انتقلت إلى المشتري الثاني بمجرد الإقرار ، وتبرأ ذمة البائع تماماً إلا إذا كان قد استلم شيئاً من الثمن إذ يجب عليه في هذه الحالة إرجاعه إلى المشتري الأول⁽¹⁾.

وذهب فريق ثاني : إلى أن ذمة البائع لا تبرأ بعد الإقرار بل يبقى ملتزماً إلى جانب المالك (المشتري الأول) على سبيل التضامن⁽²⁾.

وذهب فريق ثالث : إلى أن الإقرار يتم على أساس علاقة بين المالك والبائع يحتفظ بموجبها البائع بالثمن فإذا سلمنا بوجود نوع من الانضمام بين البائع والمالك (المشتري الأول) فهذا يعني أن ذمة المشتري الثاني ستبرأ إذا وفي الثمن للمالك ، بمعنى أن إقرار المشتري باعتباره مالكاً يقتصر على إزالة العقبة التي تحول دون انتقال الملكية إلى المشتري⁽³⁾.

وقبل إنهاء الحديث عن تصرف البائع في المبيع قبل التسليم في ظل القانون المدني المصري وبعد أن علمنا أن تصرف البائع في المبيع ببيعه ثانية بعد انتقال الملكية على المشتري يعد بيعاً لملك الغير ، وعد معرفة موقف المشتري من العلاقة بين البائع وبين المشتري ، لابد من الوقوف على رأي الفقه في تأصيل طبيعة بيع ملك الغير ، إذ لم يتفق شراح القانون المدني المصري على نظرية واحدة يمكن إرجاع طبيعة بيع ملك الغير إليها .

فذهب رأي⁽⁴⁾ : إلى أن عقد بيع ملك الغير ما هو في حقيقته إلا عقد موقوف⁽⁵⁾. فإن أجازة المالك الحقيقي نفذ وإلا فهو باطل ، لكن هذا الرأي لم يسلم من النقد ذلك لأنه يتعارض مع بيع ملك الغير إذ أن آثاره تترتب عليه باستثناء انتقال الملكية⁽⁶⁾.

وذهب رأي ثاني : على أن بيع ملك الغير باطل بطلاناً نسبياً لغلط المشتري إذا كان يعتقد ملكية البائع للمبيع ، غير أن هذا الرأي يتعارض مع كون حق البطلان مقررة للمشتري سواء كان يجعل ملكية البائع للمبيع أم لا ، ثم أن العلم أو عدم العلم بملكية البائع للمبيع لا أثر له في استحقاق المشتري للتعويض في مواجهة البائع استناداً للقواعد العامة⁽⁷⁾.

- (1) د. خميس خضر ، عقد البيع في القانون المدني ، القاهرة ، 1969 ، ص 278-279 .
- (2) - السنهاوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 229 ، هامش رقم (1) .
- د. منصور مصطفى منصور ، مذكرات في القانون المدني ، المصدر السابق ، ص 246 .
- (3) - د. محمد لبيب شفيق ، شرح أحكام عقد البيع ، القاهرة ، 1968 ، ص 85 - 86 .
- د. إسماعيل غانم ، الوجيز في عقد البيع ، المصدر السابق ، ص 32 .
- (4) د. شفيق شحاتة ، النظرية العامة للتأمين العيني ، ط 3 ، مصر ، 1955 ، ص 85 .
- (5) العقد الموقوف : هو العقد الصادر من شخص لا يملك ولاية إنشائه أو العقد الذي يمس حقاً من حقوق الغير .
- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام (بدون مكان طبع) ، 1946 ، ج 1 ، ص 142 .
- (6) د. سليمان مرقس ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص 544 .
- (7) - د. سليمان مرقس ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص 545-546 .

وذهب رأي ثالث: إلى أن البيع لا ينقل الملكية بذاته بل يرتب التزاماً بنقلها ، إذ لم ينفذ البائع التزامه جاز للمتصرف إليه أن يطلب الفسخ⁽¹⁾، وهذا الرأي منتقد من جهة كون القوانين الحديثة تصرح ببطلان عقد بيع ملك الغير لا بإمكانية فسخه ، وأنه لا ينسجم مع القواعد العامة في الفسخ التي تستوجب الأعذار وإعطاء مهلة للمدين وتمنح القاضي سلطة تقديرية في نطاق الفسخ⁽²⁾.

وذهب رأي رابع : إلى أن بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً ، إلا أنه يتحول إلى بيع من نوع آخر لا يرتب إلا الالتزامات التي تقررها أحكام بيع ملك الغير ، وهذا الرأي يفسر انصراف نية المتعاقدين إلى العقد الجديد بأن نية البائع مفترضة بما لا يقبل العكس ، ولذلك لا يسمح لبائع بأن يتمسك ببطلان العقد الذي أبرمه وإن كان بطلاناً مطلقاً ، أما نية المشتري فيفترض أنها انصرفت إلى العقد الجديد فلا يحق له التمسك بالبطلان⁽³⁾.

وقد انتقد هذا الرأي على اعتبار أن نية المتعاقدين تتحدد وقت انعقاد التصرف لا في وقت لاحق ، فإذا انصرفت نية المشتري إلى التحول من البداية فلا يجوز له طلب الإبطال ، أو لا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد فيبقى التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً وهذا ما يخالف أحكام بيع ملك الغير⁽⁴⁾.

وذهب رأي خامس : إلى أن بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً لانعدام ركن السبب الناشئ عن جهل المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع لاسيما وإن علم كلا الطرفين بعدم ملكية البائع وإنفاذ العقد إضراراً بمصلحة المالك التي هي محل عناية المشرع يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام ، وقد تعرض هذا الرأي لعدة انتقادات كان أهمها أن بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً لانعدام السبب لا ينسجم مع منطق النظرية التقليدية في مفهوم السبب لأن سبب التزام المصرف إليه بالبيع هو التزام البائع وأن استحالة تنفيذ البائع لالتزامه تؤدي على الحق في الفسخ لا إلى البطلان⁽⁵⁾.

ويلحظ أن الأحكام المتقدمة تخص تصرف البائع في المبيع ثانية ، إذ تطبق أحكام بيع ملك الغير ، أما إذا تصرف البائع بالمبيع المنقول بأي تصرف آخر غير البيع كما لو وهبه أو رهنه ، فيمكن القول أن الحكم في هذه الحالة في القانون المصري أن يعد المشتري أجنبياً فيما يخص هذا التصرف ، ويستطيع استرداد المبيع من المتصرف

د. منصور مصطفى منصور ، المصدر السابق ، ص 259 .

د. حلمي بهجت بدوي ، بطلان بيع ملك الغير ، المصدر السابق ، ص 590-591 .

(1) د. جاك يوسف الحكيم ، بيع ملك الغير في القانون المدني السوري ، المصدر السابق ، ص 316 .
د. جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، القاهرة ، 1956 ، ص 293-296 .

(2) د. محمد زكي عبد البر ، العقد الموقوف ، المصدر السابق ، ص 178-179 .

(3) د. حلمي بهجت بدوي ، آثار التصرفات الباطلة ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الثالث ، السنة (4) ، 1934 ، ص 429-432 .

(4) - السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 280 .

د. منصور مصطفى منصور ، المصدر السابق ، ص 589 .

(5) د. حلمي بهجت بدوي ، بطلان بيع ملك الغير ، المصدر السابق ، ص 589 .

إليه (المشتري الثاني) إلا إذا كان التصرف ذا أثر عيني كالرهن مثلاً حيث سيكون حق المشتري في المبيع مثقلاً بالحق العيني إذا طبقت قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية).

مع الإشارة إلى أن الفقه ذهب بشأن تطبيق أحكام بيع ملك الغير فيما يخص التصرف العيني إلى اتجاهين : الاتجاه الأول : يقول بتطبيق أحكام بيع ملك الغير ، أما الاتجاه الثاني : فيذهب إلى تطبيق القواعد العامة التي تنص على أنه في حالة عدم قيام أحد المتعاقدين بما وجب عليه للآخر أو بتنفيذ التزامه جاز لطرف الآخر التنفيذ إن كان ممكناً أو طلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى⁽¹⁾.

هذا فيما يتعلق بالتصرفات ذات الأثر العيني فقط ، لأن التصرف ذا الأثر الشخصي تحكمه القواعد العامة ليس أحكام بيع ملك الغير ، إذ تقضي القواعد العامة بأن تكون الأفضلية في التصرفات ذات الأثر الشخصي فيما يخص العلاقة بين المشتري والمتصرف إليه تكون للأول (المشتري) الذي يملك الحق في استرداد المبيع من المتصرف إليه (المشتري الثاني) الذي استلمه من البائع ، ويبقى للمتصرف إليه الحق في الرجوع على البائع استناداً لضمان الاستحقاق ، كما له أن يطلب الفسخ لعدم التنفيذ مع التعويض⁽²⁾.

وإذا كان هناك شيء من الاضطراب يمكن ملاحظته في نصوص القانون المصري بخصوص أحكام هذا الموضوع ، فإن مردّد ذلك – كما سبق القول – إلى عدم وجود نصوص خاصة به ، الأمر الذي يوجب على المشرع المصرع التدخل لحل هذا الإشكال ورفع الاضطراب والاختلاف من خلال النص الصريح على تطبيق أحكام بيع ملك الغير على حالة تصرف البائع في المبيع إلى مشتري ثانٍ قبل تسليمه إلى المشتري الأول كما فعل عندما طبق أحكام بيع ملك الغير على الهبة والرهن⁽³⁾.

المطلب الثاني

تصرف البائع في المبيع قبل التسليم في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي

إن أفراد البحث في مسألة حكم تصرف البائع في المبيع قبل التسليم في الفقه الإسلامي والقانون العراقي في مطلب واحد مستقل مردّد التوافق في الأحكام الخاصة بهذه المسألة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي الذي اقتبس تلك الأحكام من الفقه الإسلامي وأصلها استناداً إليه ، مما جعل القانون العراقي أكثر تماسكاً في هذا الموضوع من القانون المصري بسبب إمكانية ردّ أي تصرف يجريه البائع إلى أحكام واحدة لا إلى عدة أحكام كما رأينا في القانون المدني المصري .

(1) د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص 185 .

(2) السنهاوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 6 ، ص 67-69 .

(3) السنهاوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 120 .

علماً أن النص الصريح على تطبيق أحكام بيع ملك الغير على الهبة والرهن في القانون المصري قد ورد في المادة (491) من القانون المدني المصري بقولها : (إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات غير مملوك للواهب سرت أحكام المادتين 446 و 467) .. وهما المادتان المتعلقةتان بأحكام بيع ملك الغير .

ولما كان الفقه الإسلامي هو الأسبق ، وهو المعين الذي استقى منه القانون العراقي أحكام التصرف في المبيع قبل التسليم ، فيكون من الأدق بحث هذا المطلب في فرعين على النحو التالي :

- الفرع الأول : تصرف البائع في المبيع قبل التسليم في الفقه الإسلامي .
الفرع الثاني: تصرف البائع في المبيع قبل التسليم في القانون العراقي .

الفرع الأول تصرف البائع في المبيع قبل التسليم في الفقه الإسلامي

سواء كان تصرف البائع في المبيع قبل التسليم شخصياً أم عينياً ، فإن الفقه الإسلامي ينظر إلى هذا التصرف على أنه تصرف في ملك الغير ، وهذا الغير هو المشتري الذي انتقلت إليه ملكية المبيع بموجب عقد البيع دون أن يتسلم المبيع ، وبيع ملك الغير في الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهب فقهاء لا يخرج عن أحد اتجاهين⁽¹⁾: الأول يذهب إلى بطلان بيع ملك الغير ، والثاني : يرى عكس الاتجاه الأول أن بيع ملك الغير موقوف على إجازة هذا الغير .

ويعد فقهاء الظاهرية من أشد مناصري الاتجاه الأول ، إذ يذهبون بكل وضوح إلى أن بيع ملك الغير باطل مطلقاً إذ لا يجوز لأحد أن يبيع مال غيره دون إذن صاحبه ، ما دام أن من شروط البيع أن يكون مملوكاً لمن يقع العقد منه ، فإن من يباشر البيع لابد أن يكون مالكاً حتى يستطيع مباشرته بنفسه ، أو أن يكون ولياً أو وكيلاً حتى يستطيع مباشرته بالنيابة⁽²⁾. ويذهب بعض فقهاء الشافعية إلى مثل هذا الاتجاه⁽³⁾.

وللإمام محمد بن حزم محاجة لطيفة دفاعاً عن هذا الرأي نورد هنا نصاً لأهميتها في إيضاح حجج المدافعين عن هذا الاتجاه إذ يقول : (ونسألهم عن من باع ملك غيره ؟ فنقول : هل ملك المشتري ما اشترى ، وملك صاحب الشيء المبيع بذلك العقد أم لا ؟ ... ولا بد من أحدهما ، فإن قالوا : لا ، وهو الحق ، وهو قولنا ، فمن الباطل ألا يصح عقد حين عقده ، ثم يسح في غير حين عقده ! وإن قالوا : ملك المشتري ما اشترى ، وملك الذي له الشيء المبيع الثمن ، قلنا : فمن أين جعلتم له إبطال عقد قد صح بغير أن يأتي بعد ذلك بقرآن ؟ !!)⁽⁴⁾.

وأما الاتجاه الثاني فقد ناصره فقهاء المذهب الحنفي ، وهم يرون أن بيع ملك الغير موقوف على إجازة المالك ، فإن أجاز له صاحبه ، وإلا لم يكن للعقد أثر فيزول لعدم الإجازة ، وهم يعللون هذا الرأي بأنه يستقيم مع حاجة ومصلحة كل من العاقد والمالك والمشتري ، ولا يوجد في القول به ضرر ولا مانع من الشرع الحنيف ، فمصلحة المالك تتمثل في أنه يكفي مؤونة المشتري ودفع الثمن هلاك

- (1) د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص 188 .
(2) - محمد بن حزم الظاهري الأندلسي ، المحلى في الفقه ، مطبعة النهضة العربية ، القاهرة ، (بلا سنة طبع) ، ج 8 ، ص 436 .
- علاء الدين المرداوي ، الإنصاف ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 283 .
(3) يحيى بن شرف النردى ، المجموع ، شرح المذهب ، المصدر السابق ، ج 9 ، ص 281 .
(4) الإمام محمد بن حزم ، المحلى ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 437 .

السلعة وراحته منها وربما وصوله إلى السعر المطلوب للمبيع ، ومصلحة المشتري تتمثل في وصوله إلى ما يحتاج ، أما مصلحة العاقد فتتمثل بأن كلامه سيصان من الإهدار ، ويرى هؤلاء الفقهاء أن هنالك فرقاً بين التملك بذاته وتصرف التملك ، لأن تصرف التملك لما كان موقوفاً أفاد حكماً موقوفاً وهو عدم انتقال الملكية(1).

ولقد أخذت مجلة الأحكام العدلية باتجاه المذهب الحنفي ، إذ نصت في المادة (111) منها أن : (البيع الموقوف بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي) (2). ثم عرفت مَنْ هو الفضولي في المادة (112) منها بالقول أن : (الفضولي هو مَنْ يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي) (3). عليه فتصرف البائع في المبيع قبل التسليم إن لم يكن بإذن المشتري كان موقوفاً على الإجازة فإن أجازته نفذ وإلا بطل واسترد المبيع إن كان موجوداً ، فإن هلك بعد البيع وقبل الإجازة ضمن البائع قيمته للمشتري يوم هلكه إن كان قيمياً ومثله إن كان مثلياً(4).

ولفقهاء المذهب الجعفري تخريجات ذات قيمة بالنسبة لموضوع بيع الفضولي ، كونهم يشتركون مع سائر فقهاء الشريعة الإسلامية في القول بأن التصرف الصادر من الفضولي يقع موقوفاً على إجازة المالك ، وإن الإجازة اللاحقة ذات أثر كاشف لا منشئ ، مما يعني أن آثار العقد عندهم تترتب من وقت صدوره وإنشائه على الرأي الأظهر ، ويتبع ذلك نتيجة هامة تترتب على الأثر الكاشف وهي أن ملكية النماء المنفصل ، أي الزيادة المنفصلة التي حصلت في المال بين إنشاء العقد وصدور الإجازة ، سواء كانت في المبيع أو في الثمن تعود ملكيتها على مالكها الجديد(5).

والفضولي عند الجعفرية : (مَنْ يتولى العقد بدون إذن لا من المالك كالوكيل ولا من الشارع كالولي)(6) وهو تعريف لم يجمع بين طبيعته المالك الممنوع من التصرف في ماله لحجر أو لتعلق حق الغير به ، لذلك فإن ما أورده صاحب (المكاسب) (7) من تعريف للفضولي أشمل وأحكم حين عرفه بأنه : (الكامل الغير مالك للتصرف ولو كان غاصباً) .

فالشرط في الفضولي هو كماله من جهة البلوغ راشداً ، والعقل ، وعدم السفه ، ثم أن يكون غير مالك للتصرف في المال محل العقد ، سواء أكان غير مالك للتصرف لكونه غير مالك أصلاً للمبيع ، أو أنه مالك له ولكنه محجور عليه لصغر أو سفه أو جنون أو إفلاس ، أو بسبب تعلق حق الغير بالمال كما في بيع المالك على الشيوع ما يجاوز حصته في المال الشائع(8).

ويكرر فقهاء الجعفرية القائلون بصحة بيع الفضولي القول بأنه بيع صادر من أهله مضاف إلى محل قابل لحكمه ، ولم يتخلف فيه إلا شرط ملك التصرف في العاقد ، مما يعني أن خصائص بيع الفضولي تتمثل بكون العاقد فضولياً من جهة ، وأن يكون ثمة مجيز (ويقصد بالمجيز هو من يستطيع إيقاع العقد بنفسه ومن ثم له

- (1) ابن هام الحنفي ، شرح فتح القدير ، ط1 ، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، 1970 ، ج7 ، ص51-52 .
- (2) مجلة الأحكام العدلية ، المصدر السابق ، ص19 .
- (3) المصدر نفسه ، ص19 .
- (4) منير القاضي ، شرح المجلة ، المصدر السابق ، ج1 ، ص304 .
- (5) - الشيخ الأنصاري ، المكاسب ، (جزءان) ، طبعة حجرية ، مطبعة اطلاعات ، تبريز - إيران ، 1372هـ ، ج1 ، ص132 . حيث يذهب رحمه الله إلى القول بكل صراحة : (إن القول بترتب الملكية من وقت صدور إيجاب الفضولي أو قبوله يعني ترتب آثار العقد من دون توقف على إجازة المالك ، وهو ما لم يقل به أحد) . - الإمام الشهيد الثاني ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، طبعة دار الكتاب العربي ، مصر ، 1378هـ ، ج1 ، ص277 .
- (6) الإمام محمد حسين كاشف الغطاء رحمه الله ، تحرير المجلة ، المصدر السابق ، ج1 ، ص125 .
- (7) الشيخ الأنصاري ، المكاسب ، المرجع السابق ، ج1 ، ص124 .
- (8) المحامي حسين علي الحاج حسن ، عقد البيع في الفقه الجعفري ، مكتبة النهضة ، بغداد ، 1964م ، القسم الأول ، ص79 .

إجازة عقد الفضولي) للعقد من جهة ثانية ، وهذا الشرط الأخير قال به الأحناف أيضاً⁽¹⁾ وقد أثبتته العلامة الحلي في التذكرة مما يدل على أخذ الإمامية به⁽²⁾.

عليه فإن فقهاء الإمامية يتفقون مع بقية فقهاء المسلمين في اعتبار تصرف البائع في المبيع بعد البيع وقبل التسليم من قبيل تصرف الفضولي الذي يقع موقوفاً على إجازة المالك الذي هو المشتري الأول إن كان أهلاً لإبرام العقد وغير محجور عليه لسبب من أسباب الحجر⁽³⁾.

والمالك للتصرف في الفقه الإسلامي كما يملك إجازة البيع يملك رده ، والإجازة أثر من آثار الولاية على المال سواء كان مال المجيز نفسه أو مال غيره إذا كانوا ممن لهم الولاية على الغير ، لذلك يشترط في المجيز ما يشترط في المتعاقدين شروط البلوغ والعقل والرشد ، لذلك يرى صاحب المكاسب أن : (الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله ، فقولنا له : أن يجيز ، مثل قولنا له : أن يبيع...) ⁽⁴⁾.

ويشترط في الإجازة أن تكون صريحة في الدلالة على الرضا ولا يشترط صدورها بألفاظ مخصوصة بل تقع بألفاظ الكناية⁽⁵⁾ وألا تكون مسبقة بالرد صريحاً كان أو ضمنياً هذا الرد⁽⁶⁾ وأن تصدر الإجازة ممن يملكها كما سبقت الإشارة قبل قليل .

وخلاصة وجهة نظر الفقه الإسلامي كما يقول العلامة السنيهوري هي : (أن الملك ينتقل بالبيع في الفقه الإسلامي ، ولكن القبض يزيد نقل الملك تأكيداً ، فهو الذي يطلق يد المشتري في التصرف في أكثر المذاهب على ما رأينا)⁽⁷⁾.

الفرع الثاني

تصرف البائع في المبيع قبل التسليم في القانون العراقي

إن تصرف البائع في المبيع بعد البيع وقبل التسليم إلى المشتري في حكم القانون المدني العراقي هو (عقد موقوف) بكل ما في نظرية العقد الموقوف في معاني أسسها فقهاء الشريعة الإسلامية باستثناء إضافات اقتضتها طبيعة التطور التجاري العملي المعاصر ، ومن تلك الإضافات تحديد القانون المدني العراقي ، خلافاً لأحكام الفقه الإسلامي مدة ثلاثة أشهر يعرف بانتهائها مصير العقد الموقوف، وهي تبدأ من اليوم

(1) المحامي حسين علي الحاج حسن ، المصدر السابق ، ص 79 .

(2) العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، مطبعة النجف ، 1955 ، ج 7 ، ص 8 .

(3) المحامي حسين علي الحاج حسن ، المصدر السابق ، ص 80-81 .

(4) الشيخ الأنصاري ، المكاسب ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 139 .

(5) الشيخ الأنصاري ، المكاسب ، المرجع نفسه ، ج 1 ، ص 135 .

(6) المحامي حسين علي الحاج حسن ، المصدر السابق ، ص 82-83 .

(7) السنيهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 410 .

الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد فيما يخص الولاية على المال، ولم يشترط القانون العراقي وجود العاقدین والمالك الأصلي والمعقود عليه لصحة الإجازة⁽¹⁾. واستناداً إلى أحكام القانون المدني ، تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري عند إبرام عقد البيع ، طبقاً للقاعدة العامة في نقل الملكية ، فتزول من يد البائع – استناداً لذلك – سلطة التصرف القانونية في المبيع⁽²⁾ على الرغم من أن المبيع لا يزال تحت حيازته ، أي يفقد السلطة القانونية للتصرف في المبيع مع بقاء السلطة المادية الفعلية لديه لتسليم المبيع مادياً إلى شخص آخر ، هذا التسليم المادي هو تصرف عيني لو تم إلى الشخص الآخر (المتصرف إليه) يكون قد تحقق لديه أحد أهم شروط تطبيق قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) التي من خلالها يكتسب المتصرف إليه الحق العيني الناشئ عن التصرف على الرغم من أن هذا التصرف تم من البائع دون سلطة ولو لم يجزه صاحب السلطة الحقيقية أي المشتري المالك⁽³⁾ ولكن إذا لم تطبق هذه القاعدة يكون تصرف البائع في المبيع قبل تسليمه إلى المشتري يكفي بأنه تصرف موقوف على الإجازة المالك (المشتري)⁽⁴⁾.

وعلى هذا فليس صواباً ما ذهب إليه الدكتور حسن علي الذنون الذي يرى أن المشتري الثاني للمنقول باطلٌ شراؤه لأنه اشترى من غير مالك⁽⁵⁾ كون اعتبار العقد باطلاً يخالف تماماً اعتبار المشرع العراقي لمثل هذا العقد بأنه عقد موقوف وذلك جرياً على ما ذهب إليه الفقهاء المسلمون بهذا الصدد .

ويعد تصرف البائع في المبيع بعد إبرام البيع وقبل التسليم موقوفاً على إجازة المالك الفعلي (المشتري الأول) سواء كان التصرف شخصياً أم عينياً لأنه تم دون سلطة في التصرف ، ومن ثم تتحدد العلاقة بين الأطراف الثلاثة (البائع – المشتري – المتصرف إليه) على النحو الآتي :

قبل صدور الإجازة

ليس لتصرف البائع في المبيع قبل صدور الإجازة من المشتري أي أثر ، فإذا لم يجز المشتري تصرف البائع بطل التصرف ، وكان للمتصرف إليه أن يرجع على البائع ببطل التصرف – وإن كان المتصرف إليه قد استلم المبيع حق للمشتري استرداده منه ، وإن هلك في يد المتصرف إليه كان للمشتري الحق في تضمين من شاء من البائع أو المتصرف إليه ولو كان الهلاك بلا تعدٍ من هذا الأخير .

- (1) د. غني حسون طه ، القانون المدني الكويتي بين نظرية الفقه الإسلامي في توقف العقد ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي ، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة الكويتية ، السنة (8) ، العدد (2) ، 1978 ، ص 199 .
- (2) المصدر نفسه ، ص 158-158 .
- (3) صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص 190-191 .
- (4) د. غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص 212 .
- د. سعدون العامري ، في البيع والإيجار ، المصدر السابق ، ص 98-99 .
- (5) د. حسن علي الذنون ، عبد البيع ، المصدر السابق ، ص 124 .

بعد صدور الإجازة

أما إذا أجاز المشتري تصرف البائع ، صراحة أو دلالة ، كما لو استأجر المبيع من المتصرف إليه مثلاً ، أو سكت المشتري ثلاثة أشهر دون أن يمارس خياره وذلك من يوم علمه بتصرف البائع في المبيع إذ يعد التصرف مجازاً في هذه الحالة ، فإن التصرف يكون قد نفذ من تاريخ إبرامه ، ومن ثم يكون البائع في تصرفه وكيلاً عن المشتري طبقاً لقاعدة (الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) ⁽¹⁾. ويترتب على ذلك أن يكون المبيع وجميع زوائده للمتصرف إليه .

والتصرف قبل استعمال المشتري حقه في خيار الإجازة يبقى قائماً بين البائع والمتصرف إليه دون أن يكون للأخير الحق في رفع دعوى الإبطال على البائع خلافاً لما نص عليه القانون المدني المصري في المادة (466) منه التي تعطي الحق للمتصرف إليه (المشتري) في رفع دعوى الإبطال ، أي إبطال التصرف الصادر من البائع تطبيقاً لأحكام بيع ملك الغير ، ولكنها تحرمه من حق رفع الدعوى هذا متى تمسك بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) لأن الحكم بالبطلان يزيل السبب الصحيح الذي هو شرط في الحيازة ⁽²⁾.

ومن خلال ما تقدم يمكن ملاحظة الفرق بين أحكام التصرف في ملك الغير بالنسبة لكل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري ، فالأول يعتبر التصرف في ملك الغير (موقوفاً) لا في حق المتصرف إليه وحده ، بل وفي حق كل من البائع نفسه وللمشتري . ومن ثم فاعتبار التصرف (موقوفاً) أمر يحقق مصالح كل تلك الأطراف الثلاثة ... أما القول بأن التصرف (قابل للإبطال) كما يذهب القانون المدني المصري فأمر يستدعي اعتبار التصرف أولاً غير سار في حق المشتري ثم العودة للبحث في موقف كل من البائع والمتصرف إليه للوقوف على مدى انطباق أحكام بيع ملك الغير على كل منهما من عدمه ، وهذا هو بالتحديد الاضطراب الذي جرى التنويه عليه عند الحديث عن أحكام القانون المصري بشأن تصرف البائع في المبيع قبل التسليم ⁽³⁾.

- (1) د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص 191 .
- (2) تنص المادة 135 مدني على ما يأتي : (1) من تصرف في ملك غيره انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك ، فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً...
وتنص المادة (136) مدني على أنه : (1) إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة (...)
أنظر : موسوعة التشريعات العقارية ، القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص 47-48 ، ولمزيد من التفصيل بصدد أحكام هاتين المادتين أنظر :
- د. غني حسون طه ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص 398-403 .
- د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، بغداد ، 1967 ، ج 1 ، ص 521 وما بعدها .
- د. عباس حسن الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، ط 1 ، الكويت ، 1975 ، ص 323 - 325 .
- (3) - د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 277-278 .
- د. محمد زكي عبد البر ، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص 187-188 .

وانطلاقاً من مبدأ تجنب ذلك الاضطراب يمكن القول بكل ثقة أن فكرة العقد الموقوف المستمدة من الفقه الإسلامي ترجح على فكرة البطلان النسبي المستمدة من الفقه الغربي .

ويؤيد الباحث ما يذهب إليه الدكتور صبري حمد خاطر في ما يراه من : (ضرورة اتباع الفقه الإسلامي من حيث تطبيقه لهذه الأحكام مع تحقيق الملائمة وفقاً لما رأينا في القانون المدني العراقي – بين المنطق القانوني والحاجات العملية)⁽¹⁾. والذي لا بد من ذكره هنا قبل ختام الحديث عن حكم القانون العراقي ، أن التصرف الموقوف من الممكن أن يتحول إلى سبب صحيح موجب لتطبيق أحكام قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية)⁽²⁾، أما في نظرية (العقد الموقوف) في الفقه الإسلامي فيبقى (حق الاسترداد) ثابتاً للمالك (وهو المشتري) لكونه حقاً سابقاً على عقد البيع فهو مقدم على حق المتصرف الذي لا يملك عند ذلك سوى الحق في الرجوع بالضمان على البائع⁽³⁾.

(1) د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص 192 .
(2) د. سعدون العامري ، مذكرات في النظرية العامة للالتزام موجز نظرية العقد ، بغداد ، 1966 ، ص 164 .
(3) د. مصطفى أحمد الزرق ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص 268 .

المبحث الثاني تصرف المشتري في المبيع قبل التسليم

تابعنا على مدى المبحث الأول من هذا الفصل أحكام تصرف البائع في المبيع قبل التسليم في القوانين المقارنة والفقه الإسلامي ثم القانون المدني العراقي ، وعرفنا أن اتجاه القوانين الحديثة ومنها القانون المدني العراقي يرجح اعتبار تصرف البائع في المبيع بعد العقد وقبل تسليمه إلى المشتري من قبيل بيع ملك الغير ، الذي هو تصرف موقوف في الفقه الإسلامي والقوانين المستمدة منه كالعراقي مثلاً ، وقابل للبطلان في الفقه العربي والقوانين المستمدة منه كالمدني المصري مثلاً ، وعرفنا رجحان نظرية العقد الموقوف على القابل للبطلان من جهة التأصيل القانوني ومن جهة الملائمة لطبيعة التعامل الفعلي .

ونصل في هذا المبحث إلى التساؤل عن مدى قدرة المشتري في التصرف بالمبيع قبل أن يتسلمه وهو لا يزال في حيازة البائع ؟
وقد سبقت الإشارة في الفرع الأول من المبحث الأول من هذا الفصل الرابع إلى أن المشتري لم يكن بإمكانه في ظل القانون الروماني التصرف في المبيع قبل أن يتسلمه ، لأن الملكية لم تكن تنتقل إلا به .

أما الفقه الإسلامي فقد سبق القوانين المعاصرة بقرون في فصله بين الملكية والتسليم فأقرّ بانتقال الملكية ولو لم يتم التسليم وذلك بمجرد انعقاد العقد على التفصيل الذي سبق إيراده .

والذي لا غنى عن معرفته في هذا الصدد هو : إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرّ انتقال الملكية إلى المشتري بمجرد العقد ، فهل يستطيع المشتري ، في ظلّها ، أن يتصرف في المبيع قبل التسليم ؟ !

وللجواب على هذا التساؤل لابد من معرفة الآراء التي قيلت جواباً عليه من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية :

فالشافعية والظاهرية : ذهبوا إلى عدم جواز تصرف المشتري قبل التسليم وصرّح ابن حزم بأن (... مَنْ ابتاع أي شيء مما يحل بيعه .. فلا يحلّ له أن يبيعه ... حتى يقبضه ، وقبضه يطلق يده عليه بأن لا يحال بينه وبينه...)⁽¹⁾ .
واستناداً لهذا الرأي لا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه بقبضه من قبل مالكة (المشتري) لأنه ربما هلك المبيع فانفسخ العقد وفي ذلك غرر لا يجوز⁽²⁾ وكما لا يجوز بيعه فلا يجوز التصرف فيه بالرهن أو الإجارة⁽³⁾ .

(1) ابن حزم الظاهري ، المحلى ، المرجع السابق ، ص 518 .

(2) يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المذهب ، المرجع السابق ، ج 9 ، ص 287 .

(3) - عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، المعاملات ، المجلد الثاني ، دار الفكر ، بيروت ، ج 2 ، ص 234 .

- الشيخ الغمراوي ، السراج الوهاج / شرح على متن المنهاج للنووي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، 1933م ، ص 191 .

وذهب الحنفية : على جواز التصرف قبل القبض بالعقار دون المنقول ، وعللوا جواز التصرف في العقار قبل قبضه وعدم جواز ذلك في المنقول إلى أن التصرف في المنقول قبل قبضه فيه غرر لأنه بهلاكه ينقض البيع ويبطل العقد ، فإذا قبضه المشتري انتفى الغرر ولا يبقى إلا معنى الغرر فيما لو ظهر استحقاق المبيع وهو أمر غيبي ولا يمكن التحرز منه ابتداءً ، أما العقار قبل القبض فليس في ملكه إلا غرر الاستحقاق وذلك أنه ليس من المتصور هلاكه وانفساخ البيع⁽¹⁾.

وعليه ، لا يجوز عند الأحناف استناداً لهذا الرأي ، لمن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول أن يبيعه حتى يقبضه لأنه قد يتبين من انفساخ العقد نتيجة الهلاك أن هذا التصرف كان وارداً على ملك الغير⁽²⁾.

وطبقاً لرأي الأحناف هذا لا يجوز التصرف في المنقول قبل التسليم خشية من الغرر ولكنه يجوز في العقار ، وقد حصل في النادر أن يكون العقار عرضة للهلاك كما لو كان في موضوع لا يؤمن أن يغلب عليه الرمل فهل يأخذ حكم المنقول ؟ والجواب كلاً في الأصل لأن خطر الهلاك نادر ، وهناك من الفقهاء من أجرى عليه في هذه الحالة حكم المنقول فلم يجوز التصرف طالما هناك غرر⁽³⁾.

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية برأي الأحناف هذا ونصت عليه في المادة (253) منها بقولها : (للمشتري أن يبيع المبيع لآخر قبل قبضه إن كان عقاراً وإلا فلا)⁽⁴⁾.

أما المالكية والحنابلة والإمامية : فقد ذهبوا إلى جواز تصرف المشتري بالمبيع قبل التسليم فله أن يبيع المبيع قبل قبضه بصرف النظر عن طبيعة المبيع إلا ما يؤكل ويشرف كيلاً ووزناً فلا يجوز بيعه حتى يقبض⁽⁵⁾، وبذلك تصح كافة تصرفات المشتري على المبيع قبل قبضه⁽⁶⁾.

إن من شأن الرأيين الأوليين الذين قال بهما الشافعية والظاهرية والأحناف التأثير على تطبيق أحكام التصرف بملك الغير على تصرف البائع في المبيع قبل

(1) - الإمام شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ط 1 ، ج 13 ، ص 9 .
- أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيتاني (ت 593هـ) ، الهداية شرح بداية المبتدي ، المصدر السابق ، ص 59 .

(2) - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت 681هـ) ، ابن همام الحنفي ، شرح فتح القدير ، ط 1 ، شركة مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، 1970 ، ج 6 ، ص 510-512 .
- العلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (ت 743هـ) ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، المصدر السابق ، الجزء 4 ، ص 80 .

(3) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، بيروت ، 1923 ، ص 128 .

(4) مجلة الأحكام العدلية ، المصدر السابق ، ص 38 .

(5) الإمام مالك بن أنس ، المدونة الكبرى في الفقه ، دار صادر ، بيروت ، (بلا سنة الطبع) ، المجلد الرابع ، ص 88 . وأنظر : ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ج 4 ، ص 239 .

(6) - عبد الرحمن الجزيري ، المصدر السابق ، ص 236 .
- المحقق الحلبي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 31 .
- السيد محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 9 .

التسليم لأن منع المشتري من التصرف قبل القبض يعني أن المشتري لا يستطيع إجازة تصرف البائع ومن ثم ليس أمامه سوى استرداد المبيع أو إقامة دعوى الاستحقاق⁽¹⁾.
على أن هناك من الفقهاء قد أباح ، في ظل الرأيين المشار إليهما ، إجازة المشتري لتصرف البائع⁽²⁾.

نعود إلى القول أن الأصل في الفقه الإسلامي أن تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه جائز إذا كان المبيع عقاراً لا يخشى تلفه ، ولم يكن التصرف مع البائع إذ أن بيعه لبائعه حينئذٍ فاسد ، وهبته له إقالة ، ورهنه غير صحيح ، وكذلك إجارته له - أي للبائع - غير صحيحة فلا تلزمه الأجرة ... أما إذا كان التصرف مع غير البائع ، وكان المبيع عقاراً لا يخشى تلفه ، فإن كان المشتري قد أدى الثمن كان تصرفه بغير الإجازة صحيحاً نافذاً ، لأنه لا غرر حينذاك ، وإن لم يؤد الثمن للبائع كان تصرفه موقوفاً على إجازة البائع كما سبق القول لتعلق حقه به ، فإن أجازته نفذ ووجب عليه تسليم المبيع إلى المشتري الأخير ، وإن لم يجزه بقي موقوفاً حتى يستوفي الثمن⁽³⁾.

إن تقييد بعض المذاهب الإسلامية سلطة للمشتري أن يتصرف فيه بوجه من الوجوه قبل قبضه في الشرع في ذلك حكمه فقد روى ابن ماجة والترمذي حديث النبي صلى الله عليه وسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه)⁽⁴⁾.

وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه)⁽⁵⁾ قال ابن عباس : وأحسب كل شيء مثل الطعام .

(1) أورد ابن عابدين هذا التحليل في حاشية رد المحتار بقولن (.. إذا شراه ولم يقبضه حتى باعه البائع من آخر بأكثر فإجازة المشتري لم يجز لأنه بيع ما لم يقبض ويظهر منه ومما قبله أنه يبقى على ملك المشتري فله أخذه من الثاني لو قائماً ، وتضمنه لو هالكاً...) . أنظر :
- ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ط2 ، شركة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، 1966 ، ج5 ، ص149 .

(2) يقول صاحب حاشية رد المحتار : (فلو تصرف البائع قبل قبضه ، فأما بأمر المشتري أولاً ، فلو كان أمره أن يهبه أو يؤجره ففعل وسلم صح وصار المشتري قابضاً ، وكذا لو أعار البائع أو وهب أو رهن فأجاز المشتري ...) أنظر :
- ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، المرجع السابق ، ج5 ، ص149 .

(3) منير القاضي ، شرح المجلة ، المصدر السابق ، ج1 ، ص303-305 .

(4) - أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (ت 279هـ) ، صحيح الجامع المعروف بـ(سنن الترمذي) ، ط1 ، تحقيق : أحمد محمد شاكر ، (بلا سنة طبع) ، ج2 ، ص739 ، الحديث رقم 2226 .

- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجة (ت 275هـ) ، سنن ابن ماجة ، دار إحياء التراث العربي ، مصر (بلا سنة طبع) ، ج3 ، ص281 ، الحديث رقم 3492 .

(5) - ابن ماجة ، سنن ابن ماجة ، المرجع السابق ، ج2 ، ص749 ، الحديث رقم 2227 .
- الإمام الحافظ أبي العلاء محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم المبارك كفوري (1283-1353هـ) ، تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذي ، تحقيق : عبد الوهاب عبد اللطيف ، طبعة دار الاتحاد العربي للطباعة ، القاهرة ، 1965م ، ج4 ، ص512 ، الحديث رقم 1309 .

- أبو داود سليمان بن الأشعث بن اسحق الأزدي (ت 275هـ) ، سنن أبي داود ، طبعة دار إحياء التراث العربي ، القاهرة ، (بلا سنة الطبع) ، ج3 ، ص282 ، الحديث رقم 3497 .

ويرى بعض فقهاء المسلمين⁽¹⁾ إن النهي عن بيع المبيع قبل قبضه تعبدى غير معقول المعنى في حين يرى البعض الآخر أن له معنىً معقولاً يتمثل في سدّ لباب الربا من جهة ولأن للشارع غرضاً في سهولة الوصول على الطعام ليتوصل إليه القوي والضعيف ولو جاز البيع قبل القبض فربما أخفى مكان شرائه وبيعه خفية فلم يتوصل إليه الفقير ، ولأن في ذلك نفع للحمال والكيال ونحوهما⁽²⁾.

وعلل الحنفية النهي عن بيع المبيع قبل القبض بأن البيع على غرر انفساخ للعقد الأول ولم يفرقوا بين الطعام وسواه من المنقولات⁽³⁾ وعلل المالكية ذلك بأنه يتخذ ذريعة للوصول على الربا فالنهي إذن من باب (سد الذرائع)⁽⁴⁾ وعلل الشافعية النهي لتوالي الضمانين ، والمعنى أن المبيع مضمون في حالة واحدة لاثنين وهذا مستحيل⁽⁵⁾ وعلل الحنابلة النهي لأن العقد الأول لم يتم إذ بقي على تمام التسليم فلا يرد عليه عقد آخر قبل انبرامه⁽⁶⁾ وعلل الزيدية ذلك أن النهي لضعف الملك قبل التسليم⁽⁷⁾.

وهناك جمهرة من فقهاء الشريعة الإسلامية ذهبوا إلى عدم جواز التصرف في المبيع قبل القبض (التسليم) مطلقاً بناءً على أن أثر التملك لا يظهر إلا بالتسليم (القبض) ، وذهبت طائفة أخرى إلى جواز التصرف مطلقاً بناءً على أن ملكية المبيع إلى المشتري قد انتقلت بمجرد الإيجاب والقبول ، والمالك له حق التصرف في ملكه ، وذهب البعض إلى جواز التصرف بالمبيع فقط بالتصرفات التي لا تتم إلا بالقبض كالهبة والرهن والقرض ، ويعتبر الموهوب له أو المرتهن أو المستقرض قابضاً للواهب أو الراهن أو المقرض أولاً بطريق الوكالة ، ولنفسه ثانياً بمقتضى العقد⁽⁸⁾. والذي يرجحه الباحث هو الأخذ بقول من قال بجواز التصرف بالمبيع قبل القبض مطلقاً حتى ولو مع البائع نفسه ، ما دامت الملكية قد انتقلت إلى المشتري بمجرد ارتباط

- (1) - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 5 ، ص 244 .
- الإمام شمس الدين محمد عرفة الدسوقي المالكي (ت 1230 هـ) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، القاهرة ، (بلا سنة الطبع) ، ج 3 ، ص 151 .
- (2) لمزيد من التفصيل أنظر :
- الحافظ شهاب الدين أبي الفضل العسقلاني المعروف بابن حجر ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ط 2 ، دار الكتاب ، (بلا سنة الطبع) ، ج 5 ، ص 253 .
- القاضي محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت 1255 هـ) ، نيل الأوطار شرح منقى الأخبار ، طبعة دار الحديث ، القاهرة ، ج 5 ، ص 160 .
- القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بـ ابن رشد الحفيد (ت 595 هـ) ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ط دار الفكر ، ج 2 ، ص 122 .
- (3) أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني (ت 593 هـ) ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ط الأخيرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، بدون سنة طبع ، ج 3 ، ص 59 .
- (4) ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 122 .
- (5) الإمام يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المذهب ، مطبعة التضامن الأخوي ، الناشر : المكتبة السلفية ، المدينة المنورة ، وبذيله فتح العزيز ، ج 9 ، ص 290 ، مراجعة : طه عبد الرؤوف سعد ، طبعة دار الجيل ، بيروت ، 1988 ، ص 78 ، القاعدة رقم 52 .
- (6) الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي (ت 795 هـ) ، القواعد في الفقه الإسلامي ، ط 2 ، مراجعة " طه عبد الرؤوف سعد ، طبعة دار الجيل ، بيروت ، 1988 ، ص 78 ، القاعدة رقم 52 .
- (7) أحمد بن يحيى المرتضى (ت 840 هـ) ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، طبعة أنصار السنة ، 1948 م ، ج 3 ، ص 312 .
- (8) منير القاضي ، شرح المجلة ، المصدر السابق ، ج 1 ، ص 304-305 .

الإيجاب بالقبول ، والقبض في البيع ليس ركناً . علماً أن مجلة الأحكام العدلية رجحت مثل هذا التوجه حين نصت على جواز التصرف بالمبيع إن كان عقاراً قبل قبضه لأن العقار لا يخشى هلاكه ، وعلى عدم جواز التصرف بالمبيع قبل قبضه إن كان طعاماً أو منقولاً أو حتى عقاراً يخشى هلاكه⁽¹⁾.

وحسناً فعل المشرع العراقي حين حقق نوعاً من الانسجام بين أحكام الفقه الإسلامي في هذا الموضوع وبين متطلبات الواقع الاقتصادي والاجتماعي في البلد ووجد في الرأي المشار إليه مندوحة لجواز تصرف المشتري قبل القبض ، فنص على جواز التصرف مطلقاً⁽²⁾.

وقد نصت المادة (532) من القانون المدني العراقي على أنه (للمشتري أن يتصرف في المبيع عقاراً كان أو منقولاً بمجرد انتقال الملكية إليه ولو قبل القبض)⁽³⁾. وقد قيل أن المشرع بذكره انتقال الملكية احتاط من تصرف المشتري في العقار قبل تسجيله ، مع أن هذا الرأي منتقد لأن بيع العقار لا ينعقد إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري المختصة⁽⁴⁾. وقبل انعقاد البيع لا تنتقل الملكية⁽⁵⁾.

ويبدو أن السبب وراء تأكيد المشرع العراقي على قدرة المشتري على التصرف في المبيع قبل القبض باعتباره مالكا للبيع إنما جاء للتوضيح وتغيير الفكرة التي كانت سائدة في وقت تطبيق مجلة الأحكام العدلية التي كانت لا تجيز تصرف المشتري في المبيع قبل التسليم إلا إذا كان المبيع عقاراً⁽⁶⁾.

وجماع القول في هذا المبحث أن المشتري يصبح مالكا بمجرد إبرام عقد البيع وقبل التسليم ، وتبعاً لذلك ، لا يمنع المشتري – في أغلب القوانين الحديثة – من التصرف في المبيع قبل التسليم ، إذ ليس هناك ما يقيد كونه يصبح ذا سلطة في التصرف ، والمعروف في الفقه القانوني المعاصر⁽⁷⁾ أن حق الملكية يتحلل إلى ثلاثة

- (1) مجلة الأحكام العدلية ، المصدر السابق ، ص 38 . (نص المادة 243 من المجلة) .
- (2) منير القاضي ، أحكام البيع ، مجلة القضاء ، العددان الثالث والرابع ، السنة الثانية ، بغداد ، 1936 ، ص 24 وما بعدها .
- (3) موسوعة التشريعات العقارية ، القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ، ص .
- (4) لمزيد من التفصيل عن موضوع تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري راجع : - المحامي هادي عزيز علي ، التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية / التعهد بنقل ملكية عقار ، مطبعة الخليج العربي ، بغداد ، 1998 ، ص 5 وما بعدها .
- (5) سليمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، بغداد 1962 ، ج 2 ، ص 44 .
- (6) د. حسن علي الذنون ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص 136 .
- (7) للتفصيل بشأن العناصر التي يتحلل إليها حق الملكية أنظر : - د. حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، بغداد ، 1954 ، ص 29 . - الأستاذ محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية ، بغداد ، 1982 ، ص 46-48 . - د. عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ، ط 3 ، مصر ، 1964 ، ص 25 – 28 .

عناصر نشير إليها لنجيب بعد ذلك على السؤال المطروح وهو : هل يستطيع المشتري أن يتصرف في المبيع بكافة التصرفات القانونية ؟

العنصر الأول . الاستقلال

ويقصد به القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء ، ومعلوم بالضرورة أن المشتري لا يستطيع ممارسة هذا العنصر قبل التسليم حقيقياً كان أم حكماً كما لو مارس عن المشتري بالوكالة هذا الحق .

العنصر الثاني . الاستعمار

ويقصد به استغلال أو استخدام المبيع بقصد الحصول على منفعه كسكن المالك داره المشتراة أو ارتداء ملابسه ... الخ من الأمثلة العملية ، وهذا العنصر أيضاً لا يستفيد منه المشتري قبل التسليم .

العنصر الثالث . التصرف

ويقصد به التصرف القانوني الذي يتميز عن العمل المادي اللصيق بحق الملكية الذي يمسّ مادة الشيء المبيع⁽¹⁾ كون العمل المادي هو الآخر لا يستطيع المشتري مباشرته إلا بعد التسليم .

لذلك لم يبقَ أمامنا سوى التصرفات القانونية التي ترد على ملكية الشيء ، وفي معرض الإجابة عن السؤال المتعلق بمدى قدرة المشتري في مباشرة هذه التصرفات بعد العقد وقبل التسليم لابد من التمييز بين أنواع هذه التصرفات :

النوع الأول . التصرفات الرضائية

وهي التي تكفي الإرادة وحدها للقيام بها ، أي مجرد اتجاه النية أو الإرادة إلى إحداث أثر قانوني كافٍ لقيام هذا الأثر القانوني .

النوع الثاني . التصرفات الشكلية

وهي التصرفات التي لا يكفي مجرد التراضي لانعقادها بل لابد - إلى جانب ذلك - من اتباع الشكل الذي يفرضه القانون .

النوع الثالث . التصرفات العينية

وهي التصرفات التي لا يكفي لانعقادها مجرد التراضي أو اتباع الشكل الذي فرضه القانون بل لابد من تسليم المعقود عليه إلى جانب ذلك ... والعينية في العقود بهذا الوصف منتقدة في الفقه القانوني المعاصر ، لذلك اتجهت أغلب القوانين الحديثة إلى الحد من العينية للحد الأدنى كونها تتناقض مع مبدأ الرضائية الممثل لجانب الحرية الشخصية أكثر من غيره من المذاهب .

(1) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، الحقوق العينية الأصلية ، ط1 ، بغداد ، 1973 ، ص32 .

فلم يبق المشرع المصري من التصرفات العينية إلا هبة المنقول⁽¹⁾ ولم يبق المشرع السويسري منها إلا رهن الحيازة وحده ، والقانون الفرنسي توسع قليلاً حين استبقى من هذه التصرفات القرض والهبة والرهن الحيازي وعارية الاستعمال وعدّها عقوداً عينية⁽²⁾ ومثله فعل المشرع العراقي الذي ما زال يبغي حيزاً واسعاً للتصرفات والعقود العينية كهبة المنقول والقرض والوديعة والرهن الحيازي⁽³⁾.

إن نظرة شاملة إلى التصرف القانوني من هذه الزاوية تهيئ الإجابة عن السؤال ، فما دامت الملكية قد انتقلت إلى المشتري فإنه يستطيع التصرف في المبيع قبل التسليم ، إلا التصرف العيني إذ لا يستطيع القيام به ما لم يتم التسليم ، أو أن يتصرف به إلى البائع نفسه وحينها يكون التسليم حكماً .

لذلك فإن التسليم على الرغم من انتقال الملكية للمشتري أصبح ذا سلطة في التصرف قد تحول دون تصرف المشتري قبله ، مما يجعله ركناً في التصرف ، ولعل المناسبة مؤاتية للدعوى إلى اتباع سبيل الرضائية في القانون المدني العراقي من خلال التقليل من التصرفات العينية ، لأن الرضائية هي الأصل في التصرفات الأمر الذي سيوسع قدرة المشتري على التصرف القانوني وهو أمر يصب في مصلحة الحياة الشخصية التي هي ديدن المذاهب المعاصرة ويحقق العدالة المنشودة⁽⁴⁾.

- (1) المادة 488 من القانون المدني المصري .
- (2) د. غني حسون طه ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص 75 – 76 .
- (3) أنظر : المواد (603) و (847) و (915) و (1322) من القانون المدني العراقي . ولمزيد من التفصيل أنظر حسين عذاب السكيني ، فكرة العينية ودورها في إنشاء التصرف القانوني ، المصدر السابق .
- (4) صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص 200 – 201 .

الخاتمة

نخلص مما تقدم إلى أنه كان التسليم في ظل القانون الروماني الطريق الوحيد لنقل الملكية فلا تنتقل بدونه ، ثم انحسر هذا الدور في مجال نقل الملكية باستثناء حالات محددة بقي فيها للتسليم دور في نقل ملكيتها .
وبرز دور التسليم باعتباره التزاماً أساسياً ينشأ عن عقد البيع ويجب على البائع تنفيذه على الوجه المطلوب .

وتبين أن طرق التسليم تختلف باختلاف طبيعة المبيع والعرف والظروف التعاقدية لكل صفقة . ولا يوجد ما يقيد هذه الطرق ، ولا تختلف هذه الطرق عما هو مقرر في الفقه الإسلامي كما يجب تنفيذ الالتزام بالتسليم حسب الزمان والمكان المتفق عليه .

وكذلك اتضح مما سبق أن نطاق التسليم يقصد به محل الالتزام بالتسليم أي المبيع ويجب تسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع .
وسبقت الإشارة إلى أن القانون المدني العراقي لم ينص على حكم هذه الحالة بخلاف القانون المدني المصري وقد اقترحنا على المشرع النص على هذا الحكم .
كذلك يجب تسليم المبيع بملحقاته التي تتبعه وتبين من الخلاف حول اعتبار الثمار من الملحقات أم لا أن الراجح اعتبارها من الملحقات .

كذلك يجب تسليم المبيع بالمقدار الذي عين له عند التعاقد وتبين أن معالجة القانون المدني العراقي لهذه الحالة المستمدة من الفقه الإسلامي أفضل وأدق من معالجة القانون المدني المصري .

واتضح من خلال البحث أن البائع يعد مخرلاً بالتزامه بالتسليم إذا خالف أي حكم من أحكام التسليم سواء ما كان يتعلق بكيفية التسليم كطرق التسليم وزمان ومكان ومصاريف التسليم أم ما كان يتعلق بنطاق التسليم كالإخلال بتسليم ملحقات المبيع أو مقدار المبيع أو تسليمه في غير حالته التي كان عليها وقت العقد ، فيترتب على ذلك أنه يحق للمشتري طبقاً للقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين أن يطلب التنفيذ العيني إن كان ممكناً كما له أن يطلب فسخ العقد . وللقضاء في ذلك سلطة تقديرية واسعة ، كما يتبين أن للتسليم دوراً بارزاً في حالة هلاك المبيع بقوة قاهرة فتدور تبعه هلاك المبيع مع التسليم وجوداً وعدماً ، وكذلك تم استعراض ما تذهب إليه بعض القوانين إذ تجعل تبعه هلاك المبيع مرتبطة بانتقال الملكية وتبين أن هذا المبدأ غير عادل وتم ذكر أسباب عدم عدالة هذا المبدأ . وتبين كذلك أن مبدأ ارتباط تبعه الهلاك بالتسليم ليس قاصراً على الميدان المدني بل أخذ يسود الميدان التجاري أيضاً ، وبذلك يتجلى بوضوح حقيقة دور التسليم في عقد البيع . وإضافة لذلك فإن هذه المسألة تعد من أبرز المسائل المتعلقة بالتسليم لارتباطها بالواقع العملي في العراق خصوصاً بسبب سلسلة الحروب التي مر بها البلد وما زالت مستمرة ، لذلك فهي بحاجة إلى مزيد من التعمق ويقترح الباحث أن يفرد لها بحث مستقل .

أما موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة ، فإن القاعدة العامة لحل هذه المسألة هو أن فقهاء الشريعة الإسلامية عرفوا نقطة الارتكاز في هذه المسألة وهي النظر إلى طبيعة الحياة فميزوا بين يد الضمان ويد الأمانة . وتبين أن هذا الحل أيسر وأدق مما تذهب إليه القوانين الوضعية .

وفيما يخص تبعة هلاك المبيع فإن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي أنها ترتبط بالتسليم وليس بانتقال الملكية ، وهذا الموقف بالإضافة إلى ما تقدم فإنه نابع من نظرة الفقه الإسلامي إلى مركز القبض من العقد ، إذ أنه يرى أن العقد يتم بمجرد الإيجاب والقبول وبه تنتقل الملكية ، ولا يشترط القبض للانعقاد . لكن يرى الفقه الإسلامي أن الملكية لا تستقر تماماً إلا بالقبض ، وبناءً على ذلك إذا تم العقد ولم يتم القبض فهذا يرتب أثراً مهماً أبرزها أن تبعة هلاك المبيع تبقى على عاتق البائع إلى أن يتم القبض .

كما تبين من خلال البحث مدى دور التسليم في حالة التصرف بالمبيع بعد انتقال الملكية للمشتري وقبل تسليمه للمشتري ، فإذا تصرف البائع بالمبيع قبل التسليم فقد اتضح أن القانون الإنكليزي - متى توافرت شروط معينة سبق شرحها - يعطي الحق الناشئ عن التصرف إلى المتصرف إليه ، أما القانون المدني المصري فيعده تصرفاً بملك الغير فإذا كان التصرف بيعاً فإنه يعد باطلاً بطلاناً نسبياً ، أما إذا لم يكن بيعاً فتطبق أحكام القواعد العامة .

أما القانون المدني العراقي فلا توجد فيه مثل هذه التفرقة فهو يعد كل تصرف يقوم به البائع بعد انتقال الملكية يعد تصرفاً في ملك الغير ويكون حكم التصرف موقوفاً على إجازة المشتري . وبذلك تكون طريقة معالجة القانون المدني العراقي الذي استمد نظرية العقد الموقوف من الفقه الإسلامي أفضل وأدق من معالجة القانون المدني المصري التي يسودها الاضطراب في حين طريقة القانون المدني العراقي يسودها الوضوح والوحدة . كما تبين أن الفقه الإسلامي على اتجاهين في مدى قدرة المشتري على التصرف بالمبيع قبل القبض فمنهم من يمنع التصرف بالمبيع ومنهم وهو الراجح من يبيع ذلك باستثناء حالات محددة .

أما القانون المدني العراقي فهو يرتب على عقد البيع انتقال الملكية بمجرد التعاقد ومن ثم يبيع للمشتري التصرف بالمبيع شتى أنواع التصرفات قبل القبض ، لكن الواقع يفرض على المشتري قيوداً تحد من مباشرته على سلطاته على المبيع باعتباره مالكاً له ، فهو لا يستطيع ممارسة سلطة الاستغلال والاستعمال كما أن سلطة التصرف مادياً لا يستطيع القيام بها إلا بعد التسليم ، كذلك يقيد تصرفه متى كان التصرف يتعلق بعقد عيني يستلزم القبض .

كما تبين من خلال البحث واستقراء أحكام التسليم عموماً ، أنه بالإمكان صياغة أحكام عامة لمفهوم التسليم لا أن تكون مقتصرة على عقد البيع .

ويقترح الباحث أن تكون هذه المحاولة بأطروحة دكتوراه وتتناول هذه الدراسة مفهوم التسليم وكيفية ثم تتناول التسليم باعتباره ركناً في العقد ويكون ذلك في العقود العينية ، هذا من جانب ، ومن جانب آخر تتناول التسليم باعتباره التزاماً ناشئاً عن العقد

، إذ أن التسليم لا يخرج عن هاتين الحالتين ، ثم تتناول الأثر المترتب على اعتبار التسليم ركناً أو التزاماً .