



عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

أثر إنتقال الملكية على تبعة الهلاك  
"دراسة مقارنة"

سهام نضال زيدان طه

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1440 هـ - 2018 م

أثر إنتقال الملكية على تبعة الهلاك  
"دراسة مقارنة"

إعداد

سهام نضال زيدان طه

بكالوريوس قانون / جامعة القدس / فلسطين

المشرف: الدكتور أنور أبو عيشة

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص  
بكلية الدراسات العليا في جامعة القدس - فلسطين

1440 هـ - 2018 م



جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

تخصص القانون الخاص

إجازة الرسالة

أثر إنتقال الملكية على تبعة الهلاك

دراسة مقارنة

الاسم: سهام نضال زيدان طه

الرقم الجامعي: 21512782

المشرف: د. أنور أبو عيشة

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ: 22 / 12 / 2018 وأجيزت من لجنة المناقشة المكونة من التالية  
أسمائهم وتواقيعهم:

التوقيع.....

1- د. أنور أبو عيشة : رئيس لجنة المناقشة

التوقيع.....

2- د. ياسر زبيدات: ممتحناً داخلياً

التوقيع.....

3- د. أحمد سويطي: ممتحناً خارجياً

القدس - فلسطين

1440 هـ - 2018 م

## الإهداء

إلى من انتظر هذه اللحظة لأرفع رأسه عالياً (أبي الغالي)

\*\*\*\*\*

إلى من ارضعتني حباً وحناناً (أمي الحنونة)

\*\*\*\*\*

إلى فلذة كبدي والى من استمد القوة منهم (أخوتي وأخواتي)

إقرار

أقر أنا مقدم الرسالة أنها قدمت لجامعة القدس لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة وأي جزء منها لم يقدم لنيل أي درجة عليا لأي جامعة أو معهد.

التوقيع: .....  
.....

الاسم الكامل : سهام نضال زيدان طه

التاريخ : 2018/ 12 /22

## الشكر والتقدير

بعد الحمد والشكر لله ؛

لا يسعني الا أن أتقدم بالشكر والتقدير للدكتور أنور أبو عيشة أستاذ القانون المدني في جامعة القدس، لقبوله الاشراف على هذه الرسالة، وتقديم المساعدة والمعلومات القيمة والملاحظات التي كان لها دور كبير في إتمام هذه الرسالة  
كما واتقدم بجزيل الشكر والاحترام لأستاذي الدكتور عبد الناصر الشريف الذي قدم الملاحظات القيمة التي أباها لي في مرحلة الكتابة والمساعدة في جلب المراجع وأتوجه بالشكر والامتنان الى لجنة المناقشة الكرام، ولجميع الأساتذة في كلية الحقوق في جامعة القدس

لكم مني كل الاحترام

## مُلخَص

موضوع الدراسة هو أثر انتقال الملكية على تبعه الهلاك وقد وقف البحث عند المقارنة بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني الأردني والمصري والفرنسي بالإضافة لمشروع القانون المدني الفلسطيني "المطبق في غزة".

جاءت الدراسة في ثلاث فصول: موضوع الفصل الأول تبعه الهلاك في العقود الملزمة لجانبين (عقد البيع) حيث تمت دراسة من يتحمل تبعه الهلاك هل هو البائع (المدين) أم المشتري (الدائن)، ولإجابة ذلك تم البحث بماذا ارتبطت تبعه الهلاك وكان الإجابة: ارتبطت مسألة تبعه الهلاك في القانون المدني الأردني والمصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني "المطبق بغزة" بالتسليم، والمقصود بالتسليم هنا هو التسليم الذي يتم بعد انتقال الملكية لأن الملكية تنتقل بمجرد إبرام العقد، إلا في الحالات التي لا تنتقل فيها الملكية بمجرد إبرام العقد، أما القانون المدني الفرنسي فقد توصلنا أيضاً أنه ربط مسألة تبعه الهلاك بالتسليم بدلالة نص المادة 1138 وعليه يجب أن يكون المعيار واحداً بالنسبة للقوانين محل الدراسة، وعليه إذا كان الهلاك قبل التسليم بسبب القوة القاهرة أو الحادث الفجائي انفسخ العقد بقوة القانون وللمشتري استرداد ما أداه من ثمن وعليه يكون البائع هو من تحمل تبعه الهلاك، والقانون المدني المصري نص على إلا إذا إعذر المشتري لتسلم المبيع، وهذه من حالات التسليم الحكمي في القانون الأردني، أما إذا كان الهلاك جزئياً فهنا يخير المشتري إن شاء فسخ العقد أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن، وخيار الفسخ حق مقرر للمشتري دون البائع، وإذا كان سبب الهلاك بفعل الدائن (المشتري) وحده فلا مسؤولية على المدين (البائع) ويكون قابضاً للمبيع ويلزمه أداء الثمن، ومعيار الخطأ عناية الرجل المعتاد، فإذا كان سلوك الدائن متفقاً مع سلوك الرجل العادي فلا ينسب له الخطأ، أما إذا كان الخطأ مشترك بين الدائن والمدين، فعندئذٍ يعتبر كل من الدائن والمدين مسؤولان عن الهلاك

بالمناصفة إلا إذا تمكن القاضي من تحديد جسامته كل خطأ على حده، أما إذا استغرق أحد الخطأين الآخر فيتعدت بالخطأ الذي يفوق الخطأ الآخر، وإذا كان سبب الهلاك هو فعل الغير وحده فلا مسؤولية على المدين، ويكون للمشتري الحق في الفسخ وإن شاء أجازته وله حق الرجوع على المتلف بالضمان. وإذا كان الهلاك جزئياً كان للمشتري أما فسخ العقد أو أخذ الباقي بحصته من الثمن أو إمضاء العقد في المبيع كله بالثمن المسمى والرجوع على المتلف بالضمان ما اتلف، أما إذا هلك المبيع كلياً بعد تسلمه للمشتري أو لمن ينوب عنه فإن تبعته الهلاك تكون على المشتري، وأيضاً إذا كان الهلاك جزئياً فيتحمل المشتري هلاك بعض المبيع ولا يختلف الحكم إذا كان سبب الهلاك قوة قاهرة أو حادث فجائي.

وشمل الفصل الثاني دراسة مسألة تبعته الهلاك في العقود الملزمة لجانب واحد (عقد الهبة) وتم دراسة من يتحمل تبعته الهلاك في العقود الملزمة لجانب واحد، الأصل أن عقد الهبة هو يكون بدون مقابل أما إذا طلب الواهب من الموهوب له مقابل يكون عقد ملزم لجانبين ويتبع أحكام تبعته الهلاك في العقود الملزمة لجانبين، والهبة لا يتم العقد إلا إذا قبض الموهوب له الشيء الموهوب، وعليه الذي يتحمل تبعته الهلاك فهو الموهوب له (الدائن) أي كان سبب الهلاك بعد تسلمه له، وكذلك في القانون الفرنسي، أما إذا هلك جزء من الشيء الموهوب وكان للواهب عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة، فإنه يجوز للواهب أن يرجع في الجزء المتبقي، أما إذا لم يوجد عذراً مقبولاً تبقى الهبة قائمة، وبالطبع إذا كان الهلاك راجعاً لخطأ الواهب كالاستيلاء على الشيء الموهوب دون رضا الموهوب له يكون مسؤولاً عن فعله، والقانون المدني المصري اشترط أن يكون الخطأ جسيماً، أما إذا صدر حكم قضائي بالرجوع بالهبة وهلك الشيء في يد الموهوب له بعد إعداره بالتسليم فيكون الموهوب له مسؤولاً عن هذا الهلاك ولو كان بسبب أجنبي.



وشمل الفصل الثالث تطبيقات على مسألة تبعة الهلاك في القوانين محل الدراسة وتم البحث بالهلاك مع شرط الاحتفاظ بالملكية، ففي البيع بالتقسيط إذا هلك المبيع فإنه يكون على المشتري لأنه متسلاً للشيء حتى لو لم تنتقل له الملكية، ويسمح له بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب أن يحتفظ بمبلغ يتناسب مع استعمال المشتري للشيء، أما إذا تم الاتفاق على تأجيل نقل الملكية حتى تحرير العقد الرسمي وهلك الشيء فإن المشتري يتحمل تبعة هلاكه إذا كان متسلاً للمبيع، أما في البيوع الموصوفة كالبيع الجزاف والبيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق فتبعة الهلاك على المشتري إذا تسلم المبيع حتى ولو لم تنتقل له الملكية لأنه حين إعلان قبوله فإن أثر العقد يرجع إلى وقت إبرام العقد وليس من وقت الإعلان، وتم البحث في مسألة تبعة الهلاك في البيع عبر الانترنت مسألة تبعة الهلاك في البيع الإلكتروني في بيع الماديات كالبيع العادي، أما بالنسبة لبيع الملفات والاستشارات وغيرها فهي تعتبر كالعيب الخفي بشروطه (أن يكون قديم وخفي ومؤثراً) فيكون البائع مسؤولاً عن هذا العيب، فإذا كان العيب ظاهراً أو قام البائع ببيانه عند الشراء، ورضي المشتري بالعيب بعد معرفته به فلا يكون البائع مسؤولاً عن ذلك. ورفض القضاء أن يحصر المستهلك بفترة تسمى "فترة الضمان"، وأقر بعدم جواز إعفاء المنتج من المسؤولية.

# **The impact of the Transfer of Ownership on the risk of Loss**

## **"Comparative Study"**

**Prepared by: Siham Taha**

**Supervisor: Dr. Anwar Abo Eisha**

### **Abstract**

The subject of the study in this research is the impact of ownership transfer on the risk of loss, and the research has stood on comparison between the Journal of judicial judgments and Jordanian, Egyptian and French civil law in addition to the Palestinian civil law "applied in Gaza".

The study is divided into three chapters: The first chapter deals with the risk of loss in binding contracts of two sides( the contract of sale), where who should bear the risk of loss have been studied. Should it be the seller (the debtor) or the buyer (the creditor), and in order to answer that question what is linked to the risk of loss have been studied and the answer was: The issue of the risk of loss in the Jordanian and Egyptian civil law and the draft of the Palestinian civil law "applied in Gaza" is related to extradition. Extradition here means the extradition that takes place after the transfer of ownership as the ownership is transferred once the contract is concluded, except in cases where ownership is not transferred as soon as the contract is concluded. The French Civil Law also establishes that the risk of loss is linked to extradition in terms of the text of article 1138 and therefore the standard must be the same for the laws under the study. Therefore, if the loss prior to extradition is due to force majeure or sudden accident, the contract will be dissolved by the force of law and the buyer has the right to retrieve the price that he has paid and therefore the seller is the one who will bear the risk of loss. The Egyptian Civil Law provided that except in case that the buyer has a reason not to take over the sale. This is one of the cases of judgmental extradition in Jordanian law, but if the loss is partial, then the buyer chooses to terminate the contract or to take the remaining amount of the price, the option of annulment is the right of the buyer without

the seller. If the cause of the loss is from the creditor (the buyer) alone then this is not the responsibility of the debtor (the seller) and he should take over the sale and pay the price, and the standard of fault is the ordinary man's care, so if the creditor's behavior is consistent with the behavior of the ordinary man, he is not mistaken, but if the fault is shared between the creditor and the debtor, then both the creditor and debtor are responsible for the loss equally, only if the judge is able to determine the magnitude of each fault alone, But if one of the two faults takes the other mistake, the fault that exceeds the other one should be reckoned. And if the cause of the loss is the action of others alone, there is no responsibility on the debtor, and the buyer has the right to annulment and if he wants he can overcome it and he has the right to recourse to damage by warranty. If the loss was partial, the buyer had either to terminate the contract or take the remaining of his share of the price or to sign the contract of the whole sale at the price named and recourse to the damaged by warranty, If the sale is completely lost after delivering it to the buyer or his representative, the risk of the loss shall be on the buyer, Also, if the loss is partial, the buyer shall bear the loss of some of the sale, and the judgment shall not differ if the cause of the loss is force majeure or sudden accident.

The second chapter included the study of the risk of loss in binding contracts to one side (the gift contract). Who is to bear the risk for loss in contracts binding to one side have been studied. The original is that the gift contract is free of charge. If, however, the grantor asks the gifted person for a charge, this will be a binding contract to two parties and follows the provisions of the risk of loss in the binding contracts of two sides, In gift contracts, the contract is not valid until the gifted person takes over what is granted for him, therefor who bears the risk of loss is the gifted person (creditor) whatever the loss cause is. As well as in the French law, but if the loss is partial and the grantor has an acceptable excuse to return the gift, it is permissible for the grantor to return the remaining part, But if there is no acceptable excuse, the gift remains, and of course if the loss is caused by the grantor, such as grabbing the gifted thing without the satisfaction of the granted person, the grantor is responsible of that loss. The

Egyptian Civil Law provided that the fault should be significant. If a judgment is issued to return the gift and the loss happened when the gifted thing is in the hands of the gifted person after his excuse for extradition, the gifted person will be responsible for this loss, even if it is due to an alien.

The third Chapter included application on the risk of loss in the laws under study and the loss with retention of ownership clause have been studied, in the installments sale if the sale was lost it is the responsibility of the buyer because he took over the thing even if the ownership has not been transferred yet, and he is allowed under the rules of enrichment without reason to maintain the amount suits the buyer's use of the thing, And if it was agreed to postpone the transfer of ownership until the liberation of the official contract and the thing was lost, the buyer bears the responsibility of the risk of loss if he took over the sale. In described sales such as sale of the gazaf and sales with experience clause and sales with taste clause, the risk of loss responsibility is on the buyer if he took over the sale even if the ownership has not been transferred yet, because when he declares his acceptance, the effect of the contract is due to the time of conclusion of the contract and not from the time of the declaration. The issue of the risk of loss in online sales have been studied. The risk of loss in an electronic sales is as in normal sales. As for the sale of files, consultations and others, it is considered as a hidden defect with its terms (to be old, hidden and influential), so the seller is responsible for this defect, If the defect is apparent or the seller made his statement at the time of purchase, and the buyer can accept the defect after knowing it, the seller is not responsible for that. The judiciary refused to restrict the consumer to a period called "warranty period" and acknowledged that the producer could not be exempt from liability.

## مقدمة:

تجلت قدرة الله في شريعة عدالته، أن يؤتى بالإنسان عند تكون حياته، بذمة خالية من أي التزام، يكون لها ابتداء لا عليها، فكانت أهلية الوجوب تسبق أهلية الأداء، الى أن يشتد عوده ويمنح الإدراك فيكون اجتهاده بين ما ينفعه وما يضره متسابقاً مع أقرانه في سعيه للسعادة، ومنها تنشأ المنافسة ونهج التعامل والمعاملات بين الناس.

ولقد نظم المشرعون آثار سلوك وتصرفات الإنسان، وحددوا لكل منها أحكامها القانونية، سواء ما ينشأ منها بإرادته وحدها، أو بمشاركة إرادة الآخرين بالاتفاق معهم، أو بغير إرادته ولكن بما صدر منه.

وعليه كانت مصادر الالتزام عندهم نوعين، مصادر ارادية، وأخرى غير ارادية، تشمل الأولى العقد والإرادة المنفردة، في حين تشمل الثانية الفعل الضار والفعل النافع والقانون ويأتي العقد من أهم مصادر الالتزام؛ يرتب التزامات متعددة في ذمة المتعاقدين، نظمها نصوص التشريعات واجتهادات الفقهاء لمكانتها في المعاملات ولدورها في تنظيم حقوق الأفراد في المجتمع، ولكن العقود لا تأتي نوعاً واحداً من حيث إلزام أطرافه؛ فهناك عقد ملزم لجانبين، وهناك عقد آخر ملزم لجانب واحد، تختلف في كل منهما التزامات كل طرف.

وموضوع الدراسة هو جزئية أثر انتقال الملكية على تبعة الهلاك في عقدي البيع والهبة، حيث إن محل كل منهما نقل ملكية الشيء؛ الى المشتري في الأول؛ والى الموهوب له في الثاني، حيث عقد البيع كمثال للعقد الملزم لجانبين، وعقد الهبة كمثال للعقد الملزم لجانب واحد.

وعند دراسة عقدا البيع والهبة؛ نجدهما ينشئان التزاماً على عاتق البائع والواهب بتسليم المعقود عليه-المبيع أو الشيء الموهوب- ونقل ملكيته الى المشتري والموهوب له، مقابل التزام المشتري

بدفع الثمن نقداً في البيع؛ ومن غير نقود في عقد الهبة، لأن البيع دون مقابل نقدي يعتبر هبة، وعليه فإن الالتزام الرئيسي في عقد البيع وعقد الهبة؛ هو نقل ملكية المبيع للمشتري والموهوب له، وتسليمه لهما.

فماذا ارتبطت مسألة تبعة الهلاك هل هي بالالتزام الأول (نقل الملكية) أم بالالتزام الثاني (التسليم) أم بكلاهما؟ على اعتبار أن الالتزام الثاني من مقتضيات الالتزام الأول، فكيف نظمت التشريعات مسألة تبعة الهلاك وهل اختلفت في إيجاد معيار واحد تربط به مسألة تبعة الهلاك وكيف تم تطبيق ذلك على بعض أنواع البيوع؟

### أهمية الدراسة:

إن الأهمية العملية لموضوع الدراسة في أن تبعة الهلاك من الموضوعات الهامة في العقود التي تستوجب تسليم محل الالتزام بصفة عامة، فلا يوجد تشريع نظم العقود إلا ونظم موضوع تبعة هلاك المعقود عليه، لحيويته في تحديد التزامات أطرافه.

وتأتي أهمية الدراسة من أنها تحاول شرح إختلاف التشريعات المنظمة في موضوع تبعة الهلاك، وآثار انتقال الملكية عليها، حيث أن التشريعات موضوع المقارنة لم تنفق على نفس الأحكام، فمجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني والقانون المدني ومشروع القانون المدني الفلسطيني "المطبق في غزة" وفي أحكامها المتعلقة بهلاك المعقود عليه كان مصدرهما الشريعة الإسلامية، في حين ان القانون المدني الفرنسي مصدره القانون الروماني، وعليه فالدراسة في حقيقتها مقارنة بين فقه الشريعة الإسلامية والقانون الروماني في نظرية تحمل تبعة الهلاك، إضافة إلى أن موضوع الدراسة وثيق الصلة بمسائل وموضوعات أخرى مهمة وكثيرة في فقه القانون المدني، ويمثل نقطة تلتقي عندها، ومثالها تقسيمات العقود، والوفاء بالالتزام، ونظرية الفسخ، ونظرية السبب.

## نطاق الدراسة:

يقتصر نطاق الدراسة على أثر انتقال ملكية المبيع على تبعة الهلاك في عقدي البيع والهبة، وذلك على اعتبار ان عقد البيع يمثل العقود الملزمة لجانبين؛ في حين يمثل عقد الهبة العقود الملزمة لجانب واحد.

## منهج الدراسة:

سنتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن، كي نتمكن من دراسة كافة جوانب الموضوع ومعرفة الأحكام المنظمة له. وذلك من خلال مقارنة النصوص القانونية التي تتعلق بمسألة تبعة الهلاك وتحليلها في كل من مجلة الأحكام العدلية و القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي بالإضافة لمشروع القانون المدني الفلسطيني "المطبق في غزة".

## إشكالية الدراسة:

اهتمت كافة التشريعات بهذا الموضوع؛ ووضعت أحكام خاصة له، ونظمت نظرية أسمتها "نظرية تبعة الهلاك" أو نظرية "تحمل المخاطر" كما أسمتها بعض التشريعات، فقد يهلك المبيع أو الموهوب قبل التسليم لسبب لا يد للمتعاقدين فيه؛ فيستحيل على البائع أو الواهب؛ الالتزام بالتسليم، والقواعد العامة أقرت بأنه لا التزام بمستحيل؟! وعليه يسقط التزامهما بالتسليم!؟

والسؤال هنا هو ما مصير التزام المتعاقد الآخر حينها؟ هل هو دفع الثمن المقابل في البيع، رغم عدم استلامه للمبيع؟ والتزام الموهوب له في عقد الهبة، رغم عدم استلامه للموهوب؟ تلك هي إشكالية الدراسة التي نحاول حلها! فمن يتحمل تبعة هلاك هذا المبيع قبل وبعد تسليمه؟

## أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة الى شرح الأحكام الخاصة بنظرية تحمل تبعة الهلاك في التشريعات المقارنة إضافة لمشروع القانون المدني الفلسطيني، بالتعرف على أثر التسليم على نقل الملكية، وعلى من يتحمل تبعة الهلاك قبل التسليم، وصولاً لنتيجة تحديد المعيار الذي يمكن الاخذ به؛ بعد دراسة بعض التطبيقات على نظرية تبعة الهلاك.

## أسئلة الدراسة:

يترتب على الدراسة المجموعة التالية من التساؤلات: ما هي أحكام نظرية تبعة الهلاك؟ وهل اختلفت التشريعات-محل الدراسة-في تنظيم مسألة تبعة الهلاك؟ وهل تختلف نظرية تبعة الهلاك في العقود الملزمة لجانب واحد عنها في العقود الملزمة لجانبين؟ وكيف نظمت التشريعات محل الدراسة-مسألة تبعة الهلاك على العقود التي ترد على الملكية؟ وهل تنتقل الملكية بمجرد ابرام العقد أم يشترط التسليم؟

## خطة الدراسة:

انطلاقاً مما سبق تقسم الدراسة ثلاث فصول، ندرس في الفصل الأول منهما: دراسة تبعة الهلاك في العقود الملزمة لجانبين (عقد البيع) وفي الفصل الثاني منها تبعة الهلاك في العقود الملزمة لجانب واحد (عقد الهبة)

وندرس في الثالث: بعض تطبيقات قاعدة تبعة الهلاك في حالات البيع المختلفة، ويشمل دراسة هلاك المبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، ودراسة الهلاك في البيوع الموصوفة، وهلاك المبيع في العقود التي يتم ابرامها عبر الانترنت.



## تقسيم الدراسة:

الفصل الأول: تبعة الهلاك في العقود الملزمة لجانبين (عقد البيع)

الفصل الثاني: تبعة الهلاك في العقود الملزمة لجانب واحد (عقد الهبة)

الفصل الثالث: تطبيقات على قاعدة تبعة الهلاك

الخاتمة: النتائج والتوصيات

المصادر والمراجع

## الدراسات السابقة:

- عمار زعبي(2015) بعنوان: دفع مسؤولية المنتج عن طريق اثبات السبب الأجنبي -دراسة مقارنة-، وتوصل الباحث الى النتائج الآتية: أولت العديد من التشريعات المقارنة أهمية كبيرة للسبب الأجنبي بوصفه عاملاً مهماً لإعفاء المنتج من المسؤولية عند حدوث ضرر بالمستهلك، وتوصل أنه يحوي السبب الأجنبي ثلاث حالات مختلفة وهي: القوة القاهرة، خطأ المستهلك المضرور، خطأ الغير، وتوصل الى أنه بإمكان المنتج بعد دفع التعويض للمستهلك الرجوع على باقي المنتجين الذين تسببوا في نشوء الضرر، وتوصل الى أنه للقضاء دور كبير في توضيح السبب الأجنبي وتكريس أهميته كسبب من أسباب إعفاء المنتج لكون هذا الأخير لم ينشئه المشرع وإنما أنشأه القضاء.

- ياسر شحادة مرزوق ضبابات(2012) بعنوان: هلاك المبيع بعد إبرام العقد وقبل التسليم، وتوصل الباحث فيها للنتائج الآتية: أن هلاك الشيء بسبب القوة القاهرة قبل التسليم تكون وفقاً لمجلة الأحكام العدلية مخاطرة على البائع لأنها ربطت تبعة الهلاك بالتسليم، أما القانون الفرنسي الذي يلقي بمخاطر هلاك الشيء المبيع على المشتري لأنه يربط تبعة الهلاك بالملكية، وتوصل

بأن هلاك المقبوض على سوم الشراء يكون على المشتري لأنه تسلم المبيع ولم يتضمن القانون الفرنسي نص يتعلق بهذه الحالة، وتوصل انه إذا كان الهلاك بسبب أحد المتعاقدين فإن كان البائع بخطئه قد تسبب في هلاك المبيع قبل التسليم فإنه يتحمل مخاطر الهلاك، أما إذا كان الهلاك بسبب المشتري فإنه بالطبع يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم.

- محمد إبراهيم بنداري(1990) بعنوان: الالتزام بالتسليم في عقد البيع، وتوصل فيها الباحث للنتائج الآتية: أن الالتزام بالتسليم هو من الالتزامات الجوهرية التي تقع على عاتق البائع ولم لم ينص عليه العقد، وان التسليم نفس الدور الناقل للملكية حيث لا تنتقل ملكية المنقول الا بالتسليم والقيود بالسجل العقاري بالنسبة للعقارات، وان تعريف التسليم هو وضع المبيع المطابق تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع منه دون عائق ولو لم يستول عليه بالفعل وان القانون المصري اغفل شرط المطابقة والقانون الفرنسي ذلك أن تعريف التسليم المنصوص عليه بالقانون الفرنسي انما هو اثر من آثار نقل الملكية متجاهلاً انه الملكية تنتقل بمجرد ابرام العقد.

- سليمان مرقص (1987) بعنوان: بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني، نظرية تبعه الهلاك في القانونين الفرنسي والمصري المقارنين جمع وتنسيق هدى النمير وتوصل فيها الباحث للنتيجة الآتية: أن القانون الفرنسي والمصري يتلاقيان في شأن مسألة تبعه الهلاك رغم اختلافهما في منطلق كل منهما ورغم الفارق في الصياغة بين نص المادة 1138 من القانون الفرنسي والمادة 207-271 مدني مصري، وهذا يفسر انهما بالرغم من الفارق الظاهر في صياغتهما يصلان إلى الحل ذاته سواء في حالة بيع العروض جزافاً أو في حالة بيعها بالوزن أو العد أو الكيل أو في حالة البيع تحت شرط واقف أو البيع المقترن بشرط فاسخ.

## التعقيب على الدراسات السابقة:

أما هذه الدراسة فقد درست الموضوع بشيء من التحليل والشمولية والمقارنة، حيث بالإضافة لمجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني والمصري درست مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الفرنسي إضافة الى التوصل لمعياراً واحداً ربطت به مسألة تبعة الهلاك وهو التسليم الذي هو من مقتضيات نقل الملكية الا في حالات تم استثناءها مؤكدة على ان القانون الفرنسي قد اتخذ نفس المعيار وليس معيار نقل الملكية فقط، إضافة للبحث ببعض التطبيقات العملية على موضوع تبعة الهلاك خاصة فيما يتعلق بموضوع تبعة الهلاك في عقد البيع الالكتروني سواء البيع المادي أو بيع الملفات والاستشارات.

## الفصل الأول

---

### تبعة الهلاك في العقود الملزمة لجانبين

#### (عقد البيع)

إن لعقد البيع أهمية خاصة عن باقي العقود الأخرى، فهو أكثرها انتشاراً، حيث إن عقد البيع هو أساس الحياة الاقتصادية، وهو يعتبر الوسيلة الأساسية لتداول الثروات والمنتجات بين الأفراد، وهو الوسيلة لقضاء الأفراد لحاجاتهم الضرورية، وغير أنه أصبح هذا العقد يتم عبر الوسائل الحديثة في الوقت الحالي وبأقل وقت وجهد، فسيقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث وهما كالآتي:

المبحث الأول: عقد البيع وخصائصه

المبحث الثاني: تحمل التبعة في عقد البيع

المبحث الثالث: من يتحمل تبعة الهلاك

## المبحث الأول:

### عقد البيع وخصائصه

إن عقد البيع لا يعدو أن يكون عقداً كسائر العقود، تطبق عليه الأحكام الخاصة به ثم الأحكام العامة والتي هي منظمة في النظرية العامة للعقود على اعتبار أنها مصدر من مصادر الالتزام، وفي الواقع لا بد من التركيز بأحكام عقد البيع كونها تتناول مراكز قانونية لا تنشأ إلا عن عقد البيع، كما هو الحال في جميع القواعد التي تنظم الالتزام بالتسليم والالتزام بنقل الملكية، وإما لأن تطبيقها بالنسبة للبيع يتخذ صورة خاصة مرتبطة بطبيعة الأثر القانوني المترتب عليه، كما هو الحال في قواعد مسألة تبعة الهلاك .

لتعريف عقد البيع تعريفاً قانونياً يجب أن يتضمن خصائصه، والأحكام الأساسية، والآثار التي تترتب على عقد البيع (الالتزامات) بالنسبة للمتعاقدين، فسنعرف عقد البيع بالقوانين محل الدراسة ونبين خصائصه: عقد البيع في اللغة هو مبادلة سلعة بمال<sup>1</sup>، وجاء أيضاً تعريفه في المعجم الوسيط بأن البيع معناه أعطاه الشيء بثمن<sup>2</sup>، أما تعريفه اصطلاحاً فالصحيح إن تعريف عقد البيع مستمد من خصائصه وآثاره، فعرفته مجلة الاحكام العدلية في المادة 105 على انه: "مبادلة مال بمال ويكون منعقد أو غير منعقد"<sup>3</sup>، ويؤخذ على هذا التعريف أنه لا يفرق بين البيع المطلق وبيع المقايضة والسلم. وعرفته المادة 465 من القانون المدني الأردني: "البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض"<sup>4</sup>. كما نصت المادة 428 من مشروع القانون المدني

<sup>1</sup> عبد السلام هارون، المعجم الوجيز باب الباء، 1994، مصر، ص7

<sup>2</sup> المعجم الوجيز، المرجع السابق، ص99

<sup>3</sup> مجلة الاحكام العدلية (لقانون المدني المطبق في الضفة الغربية) 99

<sup>4</sup> القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976

الفلسطيني و418 من القانون المصري على أنه: "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية الشيء أو حقاً مالياً آخر مقابل ثمن نقدي"<sup>5</sup>.

"وقد أخذ الفقه على هذا التعريف مأخذين: الأول: أنه يوحي بأن نقل الملكية هو مجرد التزام ناشئ عن البيع في حين أنه جوهر البيع والغاية المقصودة منه، الثاني: أنه تكلم عن نقل الملكية باعتباره التزاماً أي أثراً من الآثار المترتبة على البيع، ولا يصح أن ي عرف العقد بأثره"<sup>6</sup>. ونرى أن رأي الفقه جانبه الصواب، وأن التعريف يجب أن يكون مستمد من عناصره لا من آثاره هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن من الأفضل أن القانون لا يُعرّف المصطلحات ويترك للفقه ورجال القانون.

علماً أن القانون الفرنسي<sup>7</sup> قد عرف عقد البيع في المادة 1582 على أنه: "عقد يلتزم أحد الطرفين بتسليم شيء ويلتزم الآخر بدفع ثمنه الثمن ويجوز أن يتم بعقد رسمي أو عرفي". وبدورنا نعرفه: "عقد يقصد به طرفاه أن يلتزم أحدهما وهو البائع بنقل ملكية شيء أو حق مالي آخر مقابل التزام الطرف الآخر وهو المشتري بثمن نقدي".

نجد أن الفقه الاسلامي والقانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني والمصري والفرنسي قد انفقوا على خصائص عقد البيع بأنه عقد ناقل للملكية، علماً أن القانون الفرنسي كان لم يلزم البائع بنقل ملكية المبيع ولم يكن البائع يلتزم إلا بتسليم المبيع، وظل هذا الحال في القانون الفرنسي، ولكن بدأ التغيير عندما صدر القانون المدني الفرنسي سنة 1804، إذ وجد أنه مما لا يتفق مع طبيعة الأشياء أن يكون البيع غير ناقل للملكية في حين هذا الأثر هو

<sup>5</sup> القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) ص99

<sup>6</sup> كامل رمضان، المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العرفي، ط2، دار الأملى لتوزيع الكتب القانونية، 1998، بدون مدينة، ص3

<sup>7</sup> القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون) سنة 1804

مقصده الأساسي، وهذا ما جعل الخلاف على ارتباط مسألة تبعة الهلاك بالتسليم أم الملكية<sup>8</sup> كما سندرسها لاحقاً<sup>9</sup>.

وعقد البيع هو بحسب الأصل عقد رضائي حيث يكفي فيها ارتباط القبول بالإيجاب حتى ينشأ العقد، ولا يستلزم القانون لقيامه شرطاً آخر<sup>10</sup>، وعقد البيع عقد ملزم لجانبين حيث يترتب التزامات متبادلة على عاتق طرفيه، فالبايع يلتزم بنقل ملكية الشيء المبيع مقابل التزام المشتري بدفع الثمن<sup>11</sup>.

## المبحث الثاني:

### تحمل التبعة في عقد البيع

بعد ما درسنا تعريف عقد البيع وبيان خصائصه، سنبحث بمسألة من يتحمل تبعة الهلاك في عقد البيع، والهلاك يعني زوال الشيء وخروجه من دائرة التعامل فيزول تبعاً له الحق المترتب عليه وقد يكون الهلاك مادياً وهو زوال الشيء من الوجود بمقوماته الطبيعية وذلك بسبب قوة قاهرة أو آفة سماوية لا يد للإنسان فيها، وقد يكون الهلاك قانونياً فهو حالة يصبح تنفيذ التزام البائع بالتسليم مستحيلًا استحالة قانونية<sup>12</sup>.

وعليه يجب معرفة بما ربطت التشريعات مسألة تبعة الهلاك، فإذا أبرم عقد البيع ونشأ عقداً صحيحاً فإنه يترتب آثاره المتمثلة في مجموعة من الالتزامات على عاتق أطراف العقد (البائع

<sup>8</sup> الشرقاوي جميل، شرح العقود المدنية "البيع والمقايضة"، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991، ص16  
<sup>9</sup> ص(23-27)

<sup>10</sup> الزعبي محمد، العقود المسماة، "شرح عقد البيع في القانون المدني"، بدون طبعة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004، ص19.

<sup>11</sup> منصور محمد، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص11

<sup>12</sup> ضبابات ياسر، هلاك المبيع بعد إبرام العقد وقبل التسليم، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2012، ص2

والمشتري)، فالبائع يلتزم بنقل الملكية ويتسلم المبيع، بينما يلتزم المشتري بتسلم المبيع ودفع ثمنه، فيما ربطت مسألة تبعة الهلاك وما هو موقف التشريعات محل الدراسة ؟ وللاجابة على ذلك سيقسم هذا المبحث الى مطلبين كالاتي:

**المطلب الأول: العوامل التي ارتبطت بها مسألة تحمل التبعة في عقد البيع**

**المطلب الثاني: موقف التشريعات محل الدراسة من مسألة تبعة الهلاك**

**المطلب الأول: العوامل التي ترتبط بها مسألة تحمل التبعة**

بالرجوع لمسألة تبعة الهلاك في القوانين محل الدراسة هل وجدت التشريعات محل الدراسة معياراً واحداً ربطت بها تبعة الهلاك، أم أنها اختلفت في ذلك، ومتى تنتقل الملكية وكيف يحصل التسليم سواء أكان ذلك بالمنقول أو العقار؟ وما هو موقف التشريعات محل الدراسة وهل وجدت معياراً محدداً ربطت به مسألة تحمل التبعة، وما هو رأي الفقهاء؟ وعليه سيقسم هذا المطلب الى فرعين كالآتي:

**الفرع الأول: الالتزام بنقل الملكية**

**الفرع الثاني: الالتزام بالتسليم**

**الفرع الأول: الالتزام بنقل الملكية**

"لم تكن التشريعات قديماً تلزم البائع باتخاذ ما يلزم من اجراءات لنقل ملكية المبيع ولم يكن عقد البيع ناقلاً للملكية بطبيعته، وإنما يكتفي الحيابة المادية المبيع، إلا أن الحال أخذ بالتطور حتى صار البائع ملزماً بذلك في معظم القوانين الحديثة باعتبار ذلك من مستلزمات العقد وليس من طبيعته فقط"<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> دواس أمين ودودين محمود، عقد البيع في مجلة الاحكام العدلية، بدون طبعة، الوكالة الامريكية للتنمية الدولية، بدون مدينة، 2013، ص 271



بدايةً من مجلة الأحكام العدلية التي عرفت عقد البيع في المادة 105 من أنه: مبادلة مال بمال" أي تملك مال للمشتري مقابل ثمن، كما ورد في المادة 243 من مرشد الحيران مما يعني انتقال ملكة المبيع في الحال وفور انعقاد العقد وبقوة القانون، علماً أن تجب مراعاة أحكام القوانين الخاصة فيما يتصل ببعض أنواع البيوع ومنها الشكلية في العقارات المسجلة والسيارات والسفن. ويعتبر موقف القانون المدني الأردني والمصري كموقف الفقه الاسلامي حيث إن الأصل أن الملكية في عقد البيع تنتقل بمجرد التعاقد ولو لم يقترن ذلك بالتسليم<sup>14</sup>، وهذا ما جاء بنص المادة 199 الفقرة الأولى من القانون المدني الأردني على أنه: "1. يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك" وقد تضمنت المادة 485 من القانون المدني الأردني أن الملكية تنتقل بمجرد تمام البيع إلى المشتري ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك، وعبرة ما لم يقض القانون بغير ذلك إنما تدل أن المادة 199 و 485 تقصد نقل الملكية في المنقول لأن القانون اشترط لنقل الملكية بالعقار شروط أخرى كالتسجيل والكتابة.

وعليه فالملكية تنتقل بمجرد تمام العقد وبذلك على البائع أن يقوم بنقل المبيع للمشتري وهذا ما جاء بنص المادة 428 من القانون المدني المصري على أنه: "يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً"، وهذا ما تبناه مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة 449 لكنه أضاف "...فاذا لم يقم بذلك، كان للمشتري أن يرفع دعوى يطلب فيها إلزامه بنقل الملكية يقوم الحكم الصادر فيها مقام التنفيذ العيني" وهذه الدعوى هي دعوى صحة التعاقد التي يقيمها المشتري على البائع<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> الزعبي محمد العقود المسماة، "شرح عقد البيع في القانون المدني"، مرجع سابق، ص22

<sup>15</sup> المذكرة التوضيحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص530

ويعتبر موقف القانون الفرنسي قريباً من موقف الفقه الاسلامي حيث تقضي المادة (1583) منه بانتقال الملكية الى المشتري بحكم القانون في مواجهة البائع (أي بين المتعاقدين دون الغير، حيث لا يسري في مواجهة الغير الا بعد شهر العقد بتسجيله في الدائرة الرسمية المختصة) بمجرد الاتفاق على الشيء المبيع والثمن، ولو لم يكن هذا الشيء قد سلم أو أن الثمن لم يدفع<sup>16</sup>.  
وكون أن انتقال الملكية في المنقول تختلف عن نقل الملكية في العقارات سندرس الفرق بين نقل الملكية في المنقول أولاً وفي العقار ثانياً:

**النقطة الأولى: انتقال الملكية في المنقول:** أما في يتعلق بتعريف المنقولات "فبعد أن بينت المادة 58 من القانون المدني الأردني تعريف العقار "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغير هيئته" أضافت "... وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول". فيفهم من ذلك أن المنقول هو الشيء الذي يمكن أن ينقل من مكانه دون تلف، وهذا هو المنقول بطبيعته، غير أنه استثناء من ذلك قد يعتبر الشيء الثابت منقولاً بحسب ما سيؤول اليه، فهو في حالته الراهنة عقار بطبيعته، ولكن سيصبح بعد فترة من الزمن منقولاً بحسب المأل<sup>17</sup>، مثل الأشجار المعدة للقطع، والثمار والمحاصيل الزراعية قبل نضجها، ونقل الملكية في المنقولات يجب التفريق بين المنقول المعين بالذات والمنقول المعين بالنوع والمنقول الذي له سجلات خاصة، أما نقل ملكية المنقول المعين بذاته تنتقل من البائع الى المشتري بمجرد إبرام عقد البيع ودون الحاجة لأي إجراء آخر ولو لم يتم تسليم المبيع<sup>18</sup>، أما نقل ملكية المنقول المعين بالنوع "المثليات" لا تنتقل الملكية بمجرد تمام عقد البيع وإنما يجب أن يكون ذلك بالإفراز<sup>19</sup> وهذا الأخير ليس محل دراستنا لأن المثليات لا تهلك.

<sup>16</sup> دواس أمين ودودين محمود، عقد البيع في مجلة الاحكام العدلية، مرجع سابق، ص 272

<sup>17</sup> التكروري عثمان، مدخل الى علم القانون، ط4، مكتبة دار الفكر، أبو ديس، فلسطين، 2013، ص 394

<sup>18</sup> منصور محمد، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية، مرجع سابق، ص 162

<sup>19</sup> منصور محمد، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 164

وعندما يتم إفرازها تنتقل الملكية له ويصبح مالكا لها، ولو لم تسلم إليه<sup>20</sup>، أما بالنسبة للمنقول الذي له سجلات خاصة كالسيارات والتركتورات والمركبات العمومية فلا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل في الدوائر المختصة وهي دائرة الترخيص. مع التأكيد أنه يجب أن يكون الانتقال بناء على عقد مستكمل أركانه، الرضا والمحل والسبب بالإضافة الى ما تطلبه القانون من الإفراز والتسجيل<sup>21</sup>.

لكن في الواقع نجد أنه يجب أيضاً أن يتم تسجيل المنقولات جميعها في دائرة خاصة أسوةً بالعقارات بحيث يصبح عقد البيع شكلي بكل حالاته سيما وأن القرار بقانون الفلسطيني رقم 11 لعام 2016 بشأن ضمان الحقوق في المال المنقول جاء فيه في المادة 2 في فقرته الأولى من القرار: "تسري أحكام هذا القرار بقانون على المعاملات والعقود المنظمة في فلسطين والتي تتضمن شرطاً يقضي بإنشاء حق ضمان على مال منقول مملوك للمدين أو لكفيل عيني آخر أو للدائن فيها في المعاملات الآتية: أ. الرهن الطليق. ب. بيع المال المنقول مع تأجيل نقل ملكيته لحين استيفاء الثمن. ج. بيع المال المنقول مع اشتراط استرداده أو إعادة شرائه"<sup>22</sup>. وهذه الحقوق يتم تسجيلها بسجل الكتروني بهدف إشهار الحقوق المترتبة على الأموال المنقولة بحسب ما جاء بالمادة 24 من القرار المذكور أعلاه، وعليه وطالما أن المنقولات التي عليها ضمان كالرهن مثلاً يجب أن يتم تسجيل ووضع إشارة في الدائرة المختصة وعليه قد يكون هذا المنقول المراد شراءه مرهون، وعلى المشتري التأكيد من ذلك في كل عملية شراء لمنقول فنجد أنه من باب أولى أن يكون أن يكون سجلات خاصة لتسجيل عقود شراء المنقولات.

<sup>20</sup> النداوي ادم، العقود المسماة في القانون المدني "البيع والايجار"، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص47

<sup>21</sup> الزعبي محمد، العقود المسماة "شرح عقد البيع في القانون المدني"، مرجع سابق، ص25

<sup>22</sup> قرار بقانون الفلسطيني رقم (11) لسنة 2016

**النقطة الثانية: انتقال الملكية في العقار:** بالرجوع لنص المادة 58 من القانون المدني الأردني نجد أنها عرفت العقار على أنه: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغير هيئته" ويتبين من هذا التعريف أنه يلزم لاعتبار الشيء عقاراً أن يكون حائزاً لصفة الاستقرار سواء ذلك من أصل خلقته كما في الأرض أم بصنع صانع كما في المباني والنباتات المغروسة، ولا يعتبر الشيء ذا مستقر ثابت إلا إذا كان لا يمكن نقله أو تحويله<sup>23</sup>. ولا النباتات التي تزرع في أوعية لأنها غير ثابتة في الأرض. بينما يلحق وصف العقار ثمار الشجر ما دامت متصلة بأغصانها، فإذا انفصلت عنها إعتبرت منقولة<sup>24</sup>، وحتى نتعرف على انتقال الملكية في العقار يجب أن نفرق بين العقارات التي تتم فيها التسوية والعقارات التي لم تتم فيها التسوية:

**أولاً. العقارات التي تمت فيها التسوية:** يقصد بالتسوية: تحرير الأرض مما يتعلق بها من حقوق للغير، فالتسوية إنهاء للمشاكل والحقوق المتعلقة بالأرض سواء كانت الأرض مملوكة للدولة أم موقوفة وتسوية كل ما يتعلق بحقوق الارتفاق أو الحقوق الأخرى المتعلقة بالأرض<sup>25</sup>، والملكية في هذا النوع من العقارات تنتقل بالعقد المكتمل الأركان والشروط التي طبقها القانون ومن أهم الأركان أن يتم البيع في دائرة تسجيل الأراضي وعليه فإن التسجيل يعد ركناً في البيوع العقارية التي تمت فيها التسوية، بحيث إذا لم يراع هذا الركن وهو إجراء البيع أمام مأمور التسجيل يصبح العقد غير منعقد؛ وليست له أي قيمة قانونية وبالتالي فإن هذا العقد المتعلق بنقل الملكية يعتبر عقد شكلي ولا قيمة لهذا العقد دون استيفاء ركن الشكلية<sup>26</sup>، مع التأكيد أن التسجيل وحده غير كافٍ لنقل الملكية في هذه الحالة بل يجب أن تكون الأركان والشروط الأخرى للعقد صحيحة وسليمة من إرادة غير معيبة الى توافر شروط المحل والسبب.

<sup>23</sup> التكروري عثمان، مدخل الى علم القانون، مرجع سابق، ص394

<sup>24</sup> التكروري عثمان، مدخل الى علم القانون، المرجع السابق، ص349

<sup>25</sup> النداوي ادم، العقود المسماة في القانون المدني "البيع والايجار"، مرجع سابق، ص47

<sup>26</sup> الزعبي يوسف، مدى قوة تسجيل البيوع العقارية في سجل الأراضي الأردني، بحث منشور في مجلة دراسات الجامعة الأردنية المجلد

الثالث عشر العدد التاسع، 1986، ص192-193

وبناء على ذلك وحسب ما تضمن نص المادة 428-السابقة الذكر-بأن على البائع أن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية عسيراً أو مستحيلاً، لذلك يطلب من البائع أن يقوم بأعمال من شأنها أن تجعل نقل الملكية متيسراً، من ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل، وتصديق البائع على إمضائه تمهيداً لتسجيل العقد، ويلزم البائع بالكف عن بعض الأعمال مثل يمنع التصرف في العقار بعد البيع بحيث يتمكن المشتري الثاني من التسجيل قبل المشتري الأول.<sup>27</sup>

ثانياً. العقارات التي لم تتم فيها التسوية: "فإن ملكية العقارات والأراضي التي لم تتم فيها التسوية تنتقل بالعقد ولم لو يكن مسجلاً، أي أنها تنتقل بعقد أو حسب ما جاء بنصوص القانون (بموجب السند) أو كما يقول العامة من الناس (بالحجة)، لكن هذا التصرف لا يكون نافذاً في حق البائع إلا إذا انقضى على تصرف المشتري في المبيع تصرفاً فعلياً لمدة 10 سنوات في الأراضي الأميرية وخمس عشر سنة في العقارات المملوكة، علماً أن القانون المدني الفرنسي سواء كان البيع منقولاً أو عقاراً، فإن التسجيل إنما هو شرط للاحتجاج به في مواجهة الغير".<sup>28</sup>

#### الفرع الثاني: الالتزام بالتسليم

عقد البيع لا يكون مرتباً لأثره الناقل الملكية إلا إذا تم تسليم المبيع فما هو المقصود بالتسليم وما هي أنواعه (طرق التسليم)، وزمان ومكان وكيف يتوجب على البائع تسليم المبيع. عرفت المادة 263 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "تسليم المبيع يحصل بالتخلية وهو ان يأذن البائع للمشتري بقبض المبيع مع عدم وجود مانع من تسليم المشتري إياه"، وفي المادة 264 منها: "متى حصل التسليم صار المشتري قابضاً له".

<sup>27</sup> العمروسي أنور، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص8

<sup>28</sup> الخياري عبد الله، نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، ص45

وعليه يكون التسليم بعنصرين أساسيين وهما وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري وإخطار البائع للمشتري بوضع المبيع تحت تصرفه.

وتختلف كيفية التسليم باختلاف المبيع وعليه يجب بيان طرق التسليم وهي كالآتي:

### 1. التسليم الحقيقي (الفعلي) ويكون هذا النوع من التسليم بطريقتين:

الطريقة الأولى: التسليم بالفعل ويتحقق ذلك بأن يقوم البائع بتسليم المبيع للمشتري تسليمياً فعلياً مادياً<sup>29</sup>، ويكون بصورة المناولة باليد في المنقولات، أما العقارات فتكون بالطريقة الثانية وهي التسليم بالتخلية بين المبيع والمشتري: ويتم ذلك بالتخلية بين المشتري واستلامه للمبيع دون عائق، ولكن ما المراد بالتخلية؟ هل المقصود بها مجرد أن يخلي البائع وينقل متعلقاته الخاصة به من المبيع، أم أن المقصود بها اتفاق البائع والمشتري عليها<sup>30</sup>.

"وأورد بعض الفقهاء بأن أبا حنيفة كان يشترط لصحة التسليم اتفاق البائع مع المشتري ويؤخذ من تعليل بعض الفقهاء كفاية التخلية، أنه يكفي عندهم إرادة البائع دون اشتراط قبول المشتري، ذلك أنهم عللوا الاكتفاء بالتخلية بأن تعلق الوفاء على رضا المشتري يترتب عليه أن يظل البائع تحت رحمة المشتري إن شاء تسلمه وإن شاء لم يستلمه،"<sup>31</sup> أي أن التخلية تقوم على افتراض معرفة المشتري بعدم وجود ما يمنع استلامه، وإعلام المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه يتم بكافة الطرق ويخضع إثباته لكافة طرق الإثبات<sup>32</sup>، وتضمن نص المادة 209 من مرشد الحيران إذا عرض المديون مبلغ الدين على غريمه فامتنع عن قبضه فله برفع الأمر الى الحاكم ليأمره بقبضه"<sup>33</sup> ويقابلها نص المادة 363 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

<sup>29</sup> النداوي آدم، العقود المسماة في القانون المدني "البيع والإيجار"، مرجع سابق، ص54

<sup>30</sup> النداوي آدم، المرجع السابق، ص55

<sup>31</sup> عبد البر محمد، نظرية تحمل التبعية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، مطبعة الفجالة الجديدة، 1950، ص79

<sup>32</sup> الشرفاوي جميل، شرح العقود المدنية "البيع والمقايضة"، مرجع سابق، ص229

<sup>33</sup> باشا محمد قدي، مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان، الدار العربية للتوزيع والنشر، عمان، الأردن، ط1، 1987، ص1

وجاء بنص المادة 435 من القانون المدني المصري والتي تنص في فقرتها الأولى: "يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ما دام البائع قد أعلمه بذلك." وطابق حكم هذه المادة مشروع القانون المدني الفلسطيني أما القانون المدني الاردني فلم ينص بنهاية المادة "ما دام قد أعلمه بذلك" وهذا يأتي بديهياً ويمكن اعتباره من صور التسليم الحكمي التي سندرسها وفي النقطة التالية كالاتي

## 2. التسليم الحكمي:

يكون التسليم حكماً إذا لم يتسلم بطريقة مادية بل بتصرف قانوني، أي بتراضي البائع والمشتري على تمام التسليم بتغيير صفة الحائز أو السند القانوني لحيازة المبيع<sup>34</sup> حيث نصت المادة 496 من القانون المدني الأردني على: "إذا اتفق المتبايعان على اعتبار المشتري متسلاً للمبيع في حالة معينة أو إذا أوجبت النصوص التشريعية اعتبار بعض الحالات تسليماً يعتبر التسليم قد تم حكماً" ويتحقق ذلك في خمس صور: الأولى: إذا اتفق البائع والمشتري على اعتبار المشتري متسلاً للمبيع، وفي هذه الحالة يعتبر التسليم اتفاقي<sup>35</sup>. والثانية: أن يكون المبيع تحد يد المشتري قبل أن يشتريه، بسبب اجارة أو عارية، فإذا ما اشتراه فان تسليمه لا يستدعي القيام بأي عمل خارجي، بل يكفي لذلك أن يتغير المشتري نيته في حيازة المبيع من نية الحيازة باعتباره مستأجراً أو مستعيراً، الى نية حيازة باعتباره مالكاً وهو متسلاً حكماً للمبيع بالقياس مع هذه الحالة<sup>36</sup>، .

والثالثة: إذا أُنذر البائع المشتري بتسلم المبيع بعد دفع الثمن خلال مدة معقولة ولم يفعل هذا

<sup>34</sup> منصور محمد، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص222

<sup>35</sup> النداوي ادم، العقود المسماة في القانون المدني "البيع والايجار"، مرجع سابق، ص 56

<sup>36</sup> الشراوي جميل، شرح العقود المدنية "البيع والمقايضة"، مرجع سابق، ص232

المشتري، ولذلك يعتبر المشتري متسماً للمبيع حكماً<sup>37</sup>. والرابعة: إذا أوجب القانون اعتبار بعض الحالات تسليماً، فمثلاً إذا هلك المبيع بفعل المشتري وهو في يد البائع قبل التسليم اعتبر المشتري متسماً<sup>38</sup>. والخامسة: نجد أن القانون الفرنسي قد أوجد هذه الحالة وهي حالة تسليم مفاتيح العقار أو تسليم سندات الملكية ونص عليها صراحة بنص المادة 1605 حيث جاء فيها: "إن التزام تسليم العقارات يعد منفذاً من قبل البائع بتسليمه المفاتيح إذا تعلق الأمر بمبنى أو بتسليمه سندات الملكية"

### زمان التسليم:

تضمنت القواعد الخاصة بعقد البيع في التشريعات المدنية أحكام تتعلق بزمان تسليم المبيع، فقد نصت المادة 334 من القانون المدني الأردني على: "1. يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك". أما المادة 463 من القانون المدني المصري على أنه: "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن" وتطابق حكم المادة 490 من مشروع القانون المدني الفلسطيني مع نص المادة 463 من القانون المدني المصري .

بينما نصت المادة 211 من مرشد الحيران على أنه: "كل دين صح تأجيله فأجله صاحبه أو قسطه الى أقساط معلومة وقبل ذلك المدين لزم تأجيله وليس للدائن بعد ذلك الرجوع بالأجل أو التقسيط ولا مطالبة المدين بالدين أو بالقسط قبل حلول أجله". ونصت المادة 215 على أنه: "إذا

<sup>37</sup> النداوي ادم، العقود المسماة في القانون المدني "البيع والإيجار"، مرجع سابق، ص 56

<sup>38</sup> النداوي آدم، العقود المسماة في القانون المدني "البيع والإيجار"، المرجع السابق، ص 56



كان الدين حالاً...إنما إذا كان المديون معسراً لا يمتلك شيئاً لوفاء كل الدين يجوز له أي الدائن إمهاله وينظر الى ميسرته".

وعليه فإن زمان التسليم يجب أن يكون فوراً أي بمجرد نشوء الالتزام في ذمة المدين به وهو البائع. فإذا تم العقد صحيحاً وانتقلت الملكية بالشكل القانوني فإن الالتزام بالتسليم ينشأ فور تمام العقد وانتقال الملكية<sup>39</sup>. والملكية تنتقل فور تمام العقد إلا إذا تطلب القانون التسجيل، لكن إذا اتفق المتعاقدان على تأجيل التسليم إلى وقت آخر فهذا جائز كون أن قاعدة زمان التسليم هي من القواعد المكملة التي يجوز اتفاق الأطراف على ما يخالفها، ويجوز للمحكمة في حالات استثنائية أن تمنح المدين -ومرشد الحيران في المادة 215 جعل ذلك للدائن - أجلاً معقولاً لتنفيذ التزامه متى ما وجدت أنه حالته تستدعي ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم، فهذا الحكم يمكن تطبيقه على التزام البائع بالتسليم، وعليه فالأصل يجب على البائع تسليم المبيع فور تمام العقد<sup>40</sup>. ويوجد مبدأ من محكمة النقض المصرية يقتضي بأن التزام البائع بتسليم المبيع يترتب بمجرد العقد ودون حاجة لنص خاص<sup>41</sup>، والقصد لنص خاص في العقد لأن نص القانون كان واضح في تحديد زمان التسليم اذا لم يتفق على ذلك.

ونجد ان لنص المادة 155 من قانون التنفيذ الفلسطيني علاقة بذلك حيث جاء فيها: "1. يجب على المدين بعد تبليغه إخطار التنفيذ ان يراجع دائرة التنفيذ ويعرض عليها تسوية تتناسب مع مقدرته المالية ومقدار الدين لدفع ما هو مستحق في ذمته من المبالغ المحكوم بها عليه فإذا لم يتقدم بتسوية مناسبة او عرض تأمينات وطلب تقسيط الدين لمدد لم يوافق عليها المحكوم له فعلى قاضي التنفيذ أن يأمر بمثول الطرفين لجلسة يحددها لسماع أقوالهما.2. في الجلسة المعينة

<sup>39</sup> الزعبي محمد، العقود المسماة "شرح عقد البيع في القانون المدني"، مرجع سابق، ص 317

<sup>40</sup> العبيدي علي، العقود المسماة "البيع والايجار"، ط1، الإصدار الثالث دار الثقافة، عمان، 2009، ص 105

<sup>41</sup> نقض مصري، 73، لسنة 7ق، جلسة 1938\213 عن أبو سعد محمد، عقد البيع، طبعة 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000

لذلك يباشر القاضي التنفيذ وبحضور المحكوم له تحقيقاً مع المدين للتأكيد من مقدرته على دفع المبالغ المحكوم بها ومعرفة أمواله واكتشاف تصرفاته التي قام أو التي ينوي القيام بها بغرض تهريبها من وجه الدائن للحيلولة دون تمكينه استيفاء الدين أو بشأن عزنه على الفرار<sup>42</sup>

### مكان التسليم:

أما فيما يتعلق بمكان تسليم المبيع فقد جاء بنص المادة 285 من مجلة الأحكام العدلية: "مطلق العقد يقضي بتسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه حينئذٍ. ونصت المادة 278 منها على أنه: إذا بيع مال على أن يسلم في محل كذا لزم تسليمه في المحل المذكور". ونصت المادة 223 من مرشد الحيران على: "محل الوفاء هو المكان الذي تعين في العقد إذا كان الشيء الملتزم بتسليمه مما له حمل ومؤونة كالمكيلات والموزنات والعروض ونحوها فإن كان العقد مطلقاً لم يعين فيه مكان التسليم يسلم الشيء في المكان الموجود به وقت العقد".

يتبين من هذه النصوص أن الأصل أن يتفق المتعاقدان على تحديد مكان الوفاء صراحةً أو ضمناً. وقد يكون هذا المكان موطن المدين أو الدائن أو مكان وجود الشيء محل الالتزام. وإذا لم يوجد اتفاق يحدد وفقاً للقواعد المكملة في القانون بحيث إذا كان الشيء معين بالذات فيتم الوفاء في المكان الذي يوجد فيه وقت نشوء الالتزام، وإذا كان من الالتزامات الأخرى (نقود، شيء مثلي، القيام بعمل، الامتناع عن عمل" يتم الوفاء في مكان موطن المدين وقت الوفاء أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله، لأن القاعدة الدين مطلوب وليس محمول<sup>43</sup>.

بينما نجد حكماً آخر في القانون المدني الأردني والمصري والمشروع بحيث نصت المادة 499 من القانون المدني الأردني المتعلقة بتحديد مكان التسليم على: "1. البيع المطلق يقتضي تسليم

<sup>42</sup> قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (23) لسنة (2005)

<sup>43</sup> التكروري عثمان، أحكام التزام بدون طبعة، المكتبة الأكاديمية، فلسطين، 2014، ص 30

المبيع في محل وجوده وقت العقد، 2. إذا تضمن العقد أو اقتضى العرف إرسال المبيع الى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا جرى اتصاله إليه ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك"، نستنتج من المادة السابقة ونص المادة 463 من القانون المدني المصري و490 من مشروع القانون المدني الفلسطيني والسابقات الذكر أن مكان تسليم المبيع يكون في محل وجوده وقت العقد، فإذا تعاقد الطرفان على بيع جهاز حاسوب موجود في (رام الله)، ومكان البائع (الخليل) ومكان المشتري (بيت لحم)، فإن مكان التسليم هو (رام الله). لكن هذه القاعدة ليست قاعدة أمره بل هي مكمله يجوز للمتعاقدين الاتفاق على غير ذلك، بمعنى يمكن الاتفاق أن يكون التسليم، حيث المثال السابق برام الله أو الخليل أو بيت لحم.

"كما أن للعرف دوراً في تحديد مكان تسليم المبيع، فلو كان العرف بين الناس جارياً على أن البائع يقوم بتوصيل البضاعة المبيعة الى منزل المشتري أو مكان تواجده، فإن هذا العرف يقدم على نصوص المواد المذكورة والقاضي بتسليم المبيع في مكان وجوده وقت البيع، وتقديم العرف هنا ليس لأن العرف أقوى من القانون، فالقانون أقوى من العرف دائماً؛ بل لأن القانون نفسه قد أجاز تقديم العرف عليه اذا وجد عرف مخالف.<sup>44</sup> وفي الواقع نجد أن في الوقت الحاضر في بعض الحالات يقضي العرف فيها بتسليم المبيع في بيت المشتري مثلاً: إذا كان المبيع من الأدوات والأجهزة ثقيلة الوزن والتي تحتاج الى تركيب من قبل فني أو صاحب خبره فيها.

ويجوز بائع مثلاً أن يشترط على المشتري أن يكون التسليم في محل البائع والمكان الذي يوجد فيه المبيع على أن يقوم بتوصيله للمشتري بالأجرة أو بالمجان وذلك ليتخلص من تبعه هلاك المبيع أثناء النقل، وهما إذا وافق المشتري فان البائع يكون قد أو فى بالتزامه بالتسليم.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> الزعبي محمد، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني "، مرجع سابق، ص316

<sup>45</sup> الزعبي محمد، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني "، المرجع السابق، ص316

والتساؤل ما هو جزء الاخلال بالالتزام بالتسليم ؟ يكون للمشتري مطالبة البائع أما بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً أو التنفيذ بمقابل أو فسخ العقد، علماً أن الالتزام بالتسليم هو التزام بنتيجة، ومن ثم يكون البائع مخلاً بالتزامه بالتسليم إذا لم يتسلم المشتري المبيع حتى ولو كان راجع لسبب أجنبي. والسؤال ما هو المعيار الذي أخذته التشريعات محل الدراسة وربطت مسألة تبعة الهلاك به هل هو التسليم أم انتقال الملكية؟ سنبحث للإجابة على ذلك في المطلب التالي:

### **المطلب الثاني: موقف التشريعات-محل الدراسة-من مسألة تحمل التبعة:**

علينا تحديد وجه نظر التشريعات محل الدراسة من مسألة تبعة الهلاك فهل اتفقت في إيجاد قاعدة واحدة لتطبيق مسألة تبعة الهلاك أم أنها اختلفت في ذلك؟ وهل ربطت مسألة تبعة الهلاك بالملكية أم بالتسليم؟ فما هو موقف مجلة الأحكام العدلية من مسألة تبعة الهلاك؟ وما هي وجه نظر القانون المدني الأردني، والمصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني وما هي وجه نظر القانون الفرنسي؟ وكيف قام الفقهاء بتبرير وجهات نظر التشريعات المدنية محل الدراسة؟ وعليه سيقسم هذا المطلب الى ثلاث أفرع كالآتي:

الفرع الأول: تبعة الهلاك في مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني والمصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني

الفرع الثاني: تبعة الهلاك في القانون المدني الفرنسي

الفرع الأول: تبعة الهلاك في مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني والمصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني:

ترتبط تبعة الهلاك بالتسليم وفقاً للمجلة بحيث إذا هلك المبيع قبل تسليمه الى المشتري يكون

على البائع ولا شيء على المشتري عملاً بنص المادة 293 من مجلة الأحكام العدلية.

وبالرجوع الى القوانين المذكورة نجد عدة نصوص نص المادة 488 من القانون المدني الأردني: "يلتزم البائع بتسليم المبيع الى المشتري مجرداً من كل حق اخر وأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية اليه ". كما نصت المادة 491 منه: "إذا سلم البائع المبيع الى المشتري بصورة صحيحة أصبح غير مسؤول عما يصيب المبيع بعد ذلك، كما نصت المادة 501 من القانون المدني الأردني في الفقرة الاولى على: "إذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل شخص... الخ" ويقابلها نص المادة 437 من القانون المدني المصري: "إذا هلك المبيع قبل التسليم... "وكذلك نص المادة 459 من مشروع القانون المدني الفلسطيني: "إذا هلك المبيع قبل التسليم... " فهل المشرع الأردني والمصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني ربط مسألة الهلاك بالتسليم متجاهلاً كل أثر لانتقال الملكية في شأن ذلك، أم قصد من بالتسليم الذي يؤدي الى انتقال تبعة الهلاك إلى المشتري ذلك التسليم الذي يتم بعد انتقال الملكية؟

وبما أن نصوص القانون المدني الأردني وقانون المدني المصري والمشروع كانت واحدة فيما يتعلق مسألة تبعة الهلاك فان ما يتم التعليق عليه بخصوص القانون المدني الأردني سيكون بنفس الحكم لما يدرس عن القانون المدني المصري كونهم نظموا لها نفس الأحكام. جاء بالمذكورة الايضاحية للقانون المدني المصري: "أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة لا مع انتقال الملكية فلو هلك المبيع قبل التسليم وبعد تسجيل البيع كان هلاكه على البائع، أما بعد التسجيل وبعد تسليم المبيع فهلاكه على المشتري، وإذا هلك قبل التسليم وبعد تسجيل المبيع فهلاكه على البائع، أما إذا هلك بعد التسليم وقبل تسجيل المبيع فهلاكه على المشتري. "ولكن يقول الفقه بشأن ذلك إن ذلك يخالف القاعدة العامة التي تقتضي بأن المالك هو الذي يتحمل تبعة الهلاك عملاً بقاعدة "الغنم بالغرم"<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> أبو سعد محمد، عقد البيع، طبعة 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص 256

ويرى سليمان مرقص؛ أن ربط تبعه هلاك المبيع بالتسليم قد روعي فيه أن ملكية المبيع قد انتقلت إلى المشتري بمجرد العقد أما إذا حال دون انتقال الملكية بمجرد العقد حائل كضرورة تسجيل العقد في بيع العقار أو عدم ملكية البائع للمبيع، فإن وقوع الهلاك بعد التسليم وقبل انتقال الملكية لا يكفي لتحمل هذا الأخير تبعه الهلاك، لأن المبيع بالرغم من وقوع هلاكه بعد تسلمه إلى المشتري قد وقع هلاكه وهو على ملك البائع فيتحمل هو تبعته، وعلل الدكتور سليمان مرقص ذلك على أساس أن الملكية تنتقل بمجرد العقد، وبالتالي فإن المال الذي لا تنتقل ملكيته بمجرد العقد تأخر نقل تبعه الهلاك إلى حين تسلمه، أما الذي لم تنتقل ملكيته بمجرد إبرام العقد فتبقى تبعه الهلاك على مالكه. وخلاصة هذا الرأي هو أنه يرى ربط مسالة تبعه الهلاك بانتقال الملكية والتسليم معاً فالتسليم الذي قصده المشرع هو الذي يحصل بعد انتقال الملكية، إلا في بعض الحالات التي تؤخر فيها انتقال الملكية<sup>47</sup>.

ويرى عبد الحي حجازي: أن معنى ربط الهلاك بالتسليم هو اما ان يكون معناه ان القانون جعل من التسليم الشرط الوحيد لانتقال تبعه الهلاك فيكون قد اهتم بالالتزام بالتسليم ورتب عليه انتقال تبعه الهلاك، وأغفل الالتزام بنقل الملكية وما أن يكون معناه أن القانون قد اهتم بالالتزام بنقل الملكية والالتزام بالتسليم معاً، فلا تنتقل تبعه الهلاك إلا بتنفيذ الإلزامين معاً. وتوصل إلى أن الفرض الأول غير مقبول، وبالتالي فلا يبقى إلا الفرض الثاني بأن المشرع قد جعل مسألة انتقال تبعه الهلاك مرتبطة بشرطين: انتقال الملكية والتسليم<sup>48</sup>.

نرى أن المشرع الأردني كان أوضح في مسألة ان الالتزام التسليم من مقتضيات الالتزام بنقل الملكية و ذلك واضحاً بنص المادة 488 أما القانون المدني المصري والمشروع لم ينص على

<sup>47</sup> مرقص سليمان؛ جمع هدى النمير، بحوث وتعليقات على الاحكام في المسؤولية المدنية، بحث منشور، 1987، مصر، ص441

<sup>48</sup> الخياري عبد الله، نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص45

ذلك لكن هذا بديهياً وليس بحاجة الى نص خاص، وبما أن المشرع المصري والأردني قد جعل الملكية تنتقل بمجرد إبرام العقد وان التسليم هو من مقتضيات نقل الملكية فالمقصود من التسليم هو التسليم الذي يتم بعد انتقال الملكية ولا تنقل تبعة الهلاك الا اذا تم تنفيذ الالتزامين (انتقال الملكية والتسليم) معاً، لكن مثل ذلك لا يطبق في جميع الحالات فمثلاً بخصوص العقارات التي لا تنتقل الملكية الا بالتسجيل فهنا المشرع الأردني والمصري والمشروع ربط مسألة تبعة الهلاك بالتسليم فقط وذلك سيكون واضحاً أيضاً في بعض التطبيقات التي لا تنتقل بها الملكية مجرد إبرام العقد. لذلك فالمشرع الأردني والمصري ربط مسألة تبعة الهلاك بالتسليم وانتقال الملكية معاً، إلا في بعض الحالات التي لا تنتقل فيها الملكية مجرد إبرام العقد .

#### الفرع الثاني: تبعة الهلاك في القانون المدني الفرنسي

بالرجوع لنص المادة 1138 من قانون نابليون سنة 1804: "الالتزام بتسليم الشيء تاماً برضاء الأطراف المتعاقدين وحده وهو يجعل الدائن مالكاً وتحمله مسؤولية الشيء منذ أن توجب تسليمه ولو لم يتم التسليم على الاطلاق، إلا إذا كان المدين قد أُنذر بوجوب التسليم ففي هذه الحالة يتحمل هذا الأخير مخاطر الشيء "

هل يعني ذلك أن القانون الفرنسي قد ربط تبعة الهلاك بالملكية أم بالتسليم على أساس ما جاء بنص المادة 1138 "...يتحمل مسؤولية الشيء منذ أن توجب تسلمه....؟"

يرى جوسران وهو فقيه فرنسي في ذلك أنه من وقت إبرام البيع وبمجرد التعاقد يصبح المشتري مالكاً المبيع، وهو مفاده أن البائع قد نفذ أهم التزاماته الناشئة من عقد البيع وهو الالتزام بنقل ملكية المبيع، فمنذ ذلك الوقت ولم لم يكن قد قام بالتسليم فعلاً، فان الوضع تغير عما كان عليه قبل العقد، فاذا حدث الهلاك بعد ذلك، فانه يكون لاحقاً لتنفيذ التزام المدين بنقل الملكية، وطالما أن المدين قد نفذ أهم التزاماته، فان ذلك يبرر بقاء التزامات الطرف الاخر بالرغم من هلاك المبيع، فتقع تبعة هذا

الهالك بطبيعة الحال على المالك وأن من ربط تبعة الهالك بانتقال الملكية فقط، حتى لو لم يحصل التسليم هذا بديهي لأن في ذلك الوقت أي في القانون الفرنسي القديم كان انتقال الملكية لا يتم بمجرد إبرام العقد بل بمجرد التسليم<sup>49</sup>. وبالتالي المالك هو المتسلم نفسه.

إن المبدأ في القانون الفرنسي هو أن مخاطر الهالك على المالك أي المشتري بمجرد إبرام العقد والاستثناء أنها على البائع قبل التسليم إذا تسبب بخطئه في هلاك المبيع، وهذا على خلاف التشريعات العربية التي تجعل مخاطر الهالك على البائع قبل التسليم، وإن مخاطر الهالك على عاتق المشتري قبل التسليم ولا تقع مخاطر هلاك المبيع قبل التسليم دائماً على البائع بل قد تقع على المشتري تبعاً لحالات نص عليها المشرع بشأن عقد البيع صراحةً أو تستمد من القواعد العامة وهي: إعدار البائع للمشتري بتسلم المبيع واستعمال البائع لحقه في حبس المبيع ما لم يكن الهالك وقع بفعل المشتري، وهلاك المبيع بفعل المشتري، وحالة اتفاق المتعاقدين على أن يتحمل المشتري تبعة الهالك قبل اتمام عملية التسليم، وإذا وضع المشتري يده على المبيع قبل دفع الثمن وبدون إذن البائع وهلك المبيع تحمل المشتري تبعة الهالك.

ونرى أنه عندما صدر قانون نابليون ونص في المادة 1138 أن الملكية تنتقل بمجرد تراضي الطرفين فاختلف الوضع وأصبح القول بأن تبعة الهالك على المالك كون الدائن يصبح مالكاً بمجرد إبرام العقد دون اشتراط حصول التسليم هو أمر غير مقبول سيما وأنه في ذلك الوقت لم تكن الملكية تنتقل بمجرد إبرام العقد بل يشترط التسليم لانتقال الملكية.

وعليه فإننا نجد أن القوانين-محل الدراسة- تربط مسألة تبعة الهالك بانتقال الملكية والتسليم، إلا في بعض الأحيان حيث يوجد استثناءات وهي بعض الحالات التي لا تنتقل فيها الملكية بمجرد العقد ويكفي التسليم كما سنبحث بهذه الحالات (التطبيقات) لاحقاً<sup>50</sup>. ويمكن القول بحسب طبيعة العلاقة.

<sup>49</sup> مرقص سليمان؛ جمع هدى النمير 'بحوث وتعليقات على الاحكام في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 441

<sup>50</sup> من صفحة (65-88)



## المبحث الثالث:

### من يتحمل تبعه الهلاك

بحثنا ما هو موقف القوانين محل الدراسة وما هو المعيار الذي تبناه كل من القوانين محل الدراسة يبقى معرفة من يتحمل تبعه الهلاك في عقد البيع البائع أم المشتري وهل ستفرق الاجابة اذا كان الهلاك قبل القيام بالتسليم ونقل الملكية وبعد ذلك، فإذا هلك الشيء فان القانون يفرق إذا كان الهلاك بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي أو بسبب فعل أو خطأ الغير أو بسبب خطأ الدائن، وعليه سيقسم هذا المبحث الى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: هلاك المبيع قبل التسليم

المطلب الثاني: هلاك المبيع بعد التسليم.

### المطلب الأول: هلاك المبيع قبل التسليم

بعد التوصل الى أن مسألة تبعه الهلاك ارتبطت بالتسليم وانتقال الملكية معاً وحيث أن التسليم من مقتضيات نقل الملكية، فمن يتحمل تبعه الهلاك قبل التسليم ومن يتحمل تبعه الهلاك بعد التسليم؟ يكون سبب الهلاك سبباً اجنبياً كالقوة القاهرة والحادث الفجائي أو بفعل الغير ولشمولية الرسالة سنبحث اذا كانت بخطأ الدائن أو خطأ المدين علماً أن السبب الأجنبي يكون عندما لا يتدخل أحد المتعاقدين بالهلاك، وعليه سيقسم هذا المطلب الى ثلاثة أفرع كالآتي:

### الفرع الأول: الهلاك بفعل القوة القاهرة والحادث الفجائي

وحتى نعرف ما أثر القوة القاهرة والحادث الفجائي على هلاك المبيع، علينا توضيح مفهوم القوة القاهرة وهل تختلف عن الحادث الفجائي وما هي شروطها وما هو أثر القوة القاهرة والحادث الفجائي على هلاك المبيع قبل التسليم وهو كالآتي:

**النقطة الأولى:** مفهوم القوة القاهرة والحادث الفجائي: نجد مصطلحان فهل يوجد فرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي أم أن الكلمتان مترادفتان؟ "وهنا انقسم الفقه بالقول أن: الفريق الأول -ذهب للقول بأن القوة القاهرة والحادث الفجائي شيئان مختلفان من حيث الطبيعة والأثر المترتب على كل منهما ولكن اختلفا على أساس التفرقة فيرى هذا الفريق أن القوة القاهرة والحادث الفجائي يتفقان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه ولكنهما يختلفان في أن القوة القاهرة حادث خارجي كالصواعق والزلازل والحادث الفجائي فهو حادث داخلي ينجم عن الشيء ذاته كانهجار آلة أو انكسار العجلة"<sup>51</sup>.

الفريق الثاني-حاول التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي على أساس أن القوة القاهرة لا يمكن توقعه، أما الحادث الفجائي فهو يمكن دفعه. إلا أن هذه التفرقة غير صحيحة لأن يشترط في السبب الأجنبي أن ينفي العلاقة السببية أن يكون مستحيل التوقع ومستحيل الدفع بنفس الوقت<sup>52</sup>. نجد صعوبة بالتفريق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي سيما أن التشريعات قد وضعتهم ككلمتان مترادفتان إضافة إلى أنها وضعت لهما نفس الشروط-التي سيتم ذكرها لاحقاً<sup>(53)</sup> تعرف القوة القاهرة على أنها: "حادثة وقوعها خارج إرادة الشخص ولا يمكن الاحتراز منها، لأنها غير متوقعة"<sup>54</sup>. كما عرفها البعض<sup>55</sup> بأن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي "كل أمر أو كل حادث غير متوقع لا يد للمدين فيه ولا يستطاع دفعه، يترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً".

<sup>51</sup> الصده عبد المنعم، مصادر التزام، ص500 نقلاً عن السهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص876.

<sup>52</sup> تتاغو سمير، مصادر الالتزام، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص307 (ص30-31)

<sup>54</sup> زعيبي عمار، دفع مسؤولية المنتج عن طريق اثبات السبب الأجنبي، بحث منشور مجلة دراسات قانونية، تونس، 2015، ص73

<sup>55</sup> الخياري عبد الله، نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص45

ونجد أن "بعض الفقهاء يعبرون بالآفة السماوية بعبارة القوة القاهرة"<sup>56</sup>؛ وأخذ القانون المدني الأردني بتعبير "الآفة السماوية" عن الفقه الإسلامي، ومن الأمثلة على الآفة السماوية الزلزال والصواعق والبراكين والفيضانات والأمطار الغزيرة وموجات الجراد<sup>57</sup>. ويطلق أحياناً على القوة القاهرة مصطلح الاستحالة والصحيح أن الاستحالة تعد أثراً للقوة القاهرة.

**النقطة الثانية: شروط القوة لقاهرة والحادث الفجائي:** بناء على التعريفات الواردة أعلاه يمكن إستخلاص شروط توافر القوة القاهرة والحادث الفجائي وهي على النحو الآتي:

**أولاً: ألا يكون الخطأ أو الحادث أو الفعل صادراً عن المدين:** فإذا كان صادراً عنه اعتبر مقصراً ولزمه الضمان<sup>58</sup>، وذلك يعني أنه يستبعد كل فعل يكون للمدين سبب في احداث الضرر. "فيجب أن يكون السبب خارجاً عن سيطرة الإنسان كالرياح الشديدة وما كان منسوباً للسلطة العامة كمصدر قانون، أو ما كان عاماً من حوادث العنف كالحروب والاضطرابات فيعد بلا شك صور من صور القوة القاهرة<sup>59</sup>، وذكر البعض<sup>60</sup> كي تشكل القوة القاهرة يجب أن يكون منبثقة عن عامل خارجي.

**ثانياً: أن يكون الحادث مما لا يمكن توقعه:**

وهذا يعني أن يكون الحادث من النوع الذي يعد غير متوقع سواء فترة زمنية محددة وفي مكان محدد، فسقوط المطر في بادية الأردن مثلاً وفي الشتاء لا يعد من الأمور غير المتوقعة، أما

<sup>56</sup> عبد البر محمد، نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص71

<sup>57</sup> خاطر نوري والسرحان عدنان، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، بدون طبعة، دار الثقافة، عمان، الأردن 2010، ص444

<sup>58</sup> بني احمد خالد علي سليمان، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية جامعة ال البيت، الأردن، 2006، ص172

<sup>59</sup> خاطر نوري والسرحان عدنان، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص445

<sup>60</sup> العوجي مصطفى، القانون المدني، ج2، المسؤولية المدنية، ط4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص111، نقلًا عن زعبي عمار، دفع مسؤولية المنتج عن طريق اثبات السبب الأجنبي، مرجع سابق، ص75

سقوط الثلج فيها فيعد أمر غير متوقع<sup>61</sup>، وسقوط المطر في الخليل في فصل الصيف هو أمر غير متوقع. "وشرح بعض الفقه صفة عدم إمكانية التوقع بانها تعني عدم أماكن التوقع ثانية، لأن القول بأن عدم امكان التوقع مطلقاً يؤدي إلى خروج حوادث كثيرة من دائرة القوة القاهرة"<sup>62</sup>.

### ثالثاً: أن يكون الحادث مما لا يمكن دفعه:

بمعنى ان يصبح الالتزام مستحيلاً ولا يمكن التغلب عليه. ولا بد من الإشارة وحسماً للخلاف بين المتعاقدين فيما يعد قوة القاهرة فان المحاكم تذهب الى ان يكون المعيار معياراً موضوعياً "عناية الرجل المعتاد" وليس بمعيار شخصي. بالتالي ما يمكن توقعه أو تفاديه من قبل أواسط الناس لا يكون من قبيل القوة القاهرة. ويرى أشرف أبو حسين بأن عدم القدرة على التسليم المبيع بسبب أجنبي من المعلوم بدهاة أنه يشترط في محل العقد أن يكون مقدوراً على تسليمه وقت التعاقد وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ويتحقق القدرة على تسليم المبيع بأن يكون البائع مالكاً له متمكناً من التصرف فيه وتسليمه للمشتري<sup>63</sup>، وقضت محكمة النقض المصرية بخصوص شروط القوة القاهرة بأن: "لما كان كذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن الضرر قد نشأ عن قوة القاهرة، حالة أنه يشترط لاعتبار الحادث قوة القاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه أو التحرز منه"<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> خاطر نوري والسرحان عدنان، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص446

<sup>62</sup> زعبي عمار، دفع مسؤولية المنتج عن طريق اثبات السبب الأجنبي، مرجع سابق، ص76

<sup>63</sup> أبو حسين أشرف، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، دار منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2009، ص311

<sup>64</sup> نقض مصري، الطعن رقم 784 لسنة 45. نقلا عن التكروري عثمان وسويطي أحمد مصادر الحقوق الشخصية، بدون طبعة،

المكتبة الأكاديمية، أبو ديس، فلسطين، 2016، ص501

### النقطة الثالثة: أثر القوة القاهرة والحادث الفجائي على هلاك المبيع قبل التسليم:

**أولاً: الهلاك الكلي:** والهلاك الكلي أن يهلك المبيع كله يجعله غير صالح للاستعمال وتجعل تنفيذ الالتزام مستحيل. وعليه إذا هلك المبيع قبل القبض بسبب أجنبي انفسخ العقد بقوة القانون واسترد المشتري الثمن هذا فضلاً على أن هلاك المبيع يكون على البائع قبل تسليمه للمشتري ولا شيء على المشتري عملاً بنص المادة 293 من مجلة الاحكام العدلية، أما وفقاً لمرشد الحيران فقد تضمنت المادة 254 إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه بطل العقد سواء كان ذلك بقوة القاهرة او بفعله، ووجب رد العوض الذي قبضه لقاوضه.

وقد نصت المادة 247 من القانون المدني الأردني "في العقود الملزمة لجانبين إذا طرأت قوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، انقضى معه الالتزام المقابل .." وتتص المادة 500 من القانون المدني الأردني في الفقرة الأولى على أنه: "إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من ثمن"، أما مشروع القانون المدني الفلسطيني فقد جاء بنص المادة 172: "في العقود الملزمة لجانبين اذا انقضى الالتزام بسبب إستحالة تنفيذه، تنقضي معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد من تلقاء نفسه" وتتص المذكرة الايضاحية للمشروع القانون المدني: اذا كان سبب عدم التنفيذ يعود الى سبب أجنبي عن المتعاقدين يفسخ العقد بقوة القانون دون اعدار المدين، ويقع انفساخ العقد دون الحاجة الى اللجوء الى القضاء.

وتتص المادة 437 من القانون المدني المصري وما يقابلها من نص المادة 459 من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه: إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن الا إذا كان الهلاك بعد اعدار المشتري لتسلم المبيع"، ونظراً لأن التزام

بالتسليم في عقد البيع هو التزام تابع لنقل الملكية، فان البائع يظل متحملاً لتبعية الهلاك الكلي الذي حدث قبل التسليم ولو كانت الملكية قد انتقلت للمشتري فعلاً<sup>65</sup> والبائع لا يعود على المتسبب بشيء لأن سبب هلاك المبيع هو القوة القاهرة من غير الأشخاص. والقوة القاهرة لا يرجع عليها بشيء، بل إن البائع وحده هو الذي يتحمل مسؤولية هلاك المبيع في هذه الحالة<sup>66</sup>، ويترتب على ذلك انقضاء الالتزام أياً كان نوعه (بإعطاء او بعمل أو بامتناع عن عمل) بجميع توابعه وتأميناته، وتبرأ ذمة المدين (البائع) براءة تامة، فلا يجوز للدائن (المشتري) مطالبة بتنفيذه عن طريق التعويض<sup>67</sup>. وبالتالي فإن العقد يفسخ بقوة القانون وينقضي إلتزام المشتري بدفع الثمن.

أما القانون المدني الفرنسي وبالرجوع الى المواد 1147 و 1148 و 1302 والتي تضمنت أثر القوة القاهرة في ابراء ذمة المدين بانقضاء التزامه الى أثرها الفاسخ للعقود وعليه يفسخ العقد بقوة القانون وبالطبع ينقضي التزام المشتري بدفع الثمن.

لكن ما الحكم إذا اعذر البائع المشتري بالتسليم؟ نجد أن الإجابة واضحة في القانون المدني المصري والفرنسي والمشروع وذلك في نصوص المواد(459 من المشروع و 437 من المصري و1138 من الفرنسي) أنه إذا اعذر البائع المشتري فانه يتحمل هذا الأخير تبعة الهلاك لكن بالرجوع لنصوص القانون المدني الأردني لم ينص المشرع الأردني على هذه الحالة وهي ليست إلا تطبيقاً من تطبيقات القواعد العامة<sup>68</sup>. ويمكن اعتبار مثل هذه الصورة من صور التسليم الحكمي.

<sup>65</sup> أبو سعد محمد، عقد البيع، مرجع سابق، ص 256

<sup>66</sup> الزعبي محمد، العقود المسماة "شرح عقد البيع في القانون المدني"، مرجع سابق، ص 321

<sup>67</sup> التكروري عثمان، أحكام التزام مرجع سابق، ص 250

<sup>68</sup> الفضل منذر والفتلاوي صاحب، شرح القانون المدني "العقود المسماة"، ط3، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1996، ص 108

وتطبيقاً للحكم السابق ما الحكم في حالة كان المبيع عقاراً مثل منزل وقبل نقل ملكية العقار وتسجيله باسم المالك الجديد حدث زلزال أدى الى هدم البناء بالكامل وللإجابة على ذلك نوضح الآتية:

الحالة الأولى: اذا كان البائع قد أعذر المشتري باستلام المبيع فيتحمل تبعه الهلاك وكذلك إذا تسلم مفاتيح العقار أو تسلم سندات الملكية ويكون متسلاً حكماً وهذه صور من صور التسليم الحكمي.

الحالة الثانية: إذا تم تخليه المنزل واشترط القانون أن يعلم المشتري بذلك -كما بحثنا سابقاً<sup>69</sup>- وعلم بذلك يتحمل المشتري تبعه الهلاك وهذه صورة من صور التسليم الفعلي بالتخية.

الحالة الثالثة: وقد يكون المشتري قد تسلم المبيع قبل نقل ملكيته في دائرة التسجيل انهدم المنزل وهنا يكون مركز المشتري مركز الحائز-إذا توافرت شروط الحيابة- وهي (أن تكون الحيابة مستمرة وهادئة وواضحة وظاهرة غير خفية) والقاعدة العامة إذا هلك الشيء في يد الجائز حسن النية بسبب أجنبي هي عدم مسؤولية الحائز عن هذا الهلاك إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك<sup>70</sup>.

ثانياً: الهلاك الجزئي: وهو أن يهلك أحد أجزاء المبيع ويبقى الجزء الآخر صالح للاستعمال، وجاء في الفقرة الثانية من نص المادة 500 الفقرة الثانية من القانون المدني الأردني: "إذا تلف بعض المبيع يخير المشتري إن شاء فسخ البيع أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن".

<sup>69</sup> (ص18-19)

<sup>70</sup> عبد الرحمن محمد شريف، أسباب كسب الملكية(الحيابة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص538

ونصت المادة 438 من القانون المدني المصري: "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري اما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن"، وتطابق حكم هاتين المادتين مع نص المادة 459 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، كما وجاء بنص المادة 173 في فقرتها الأولى من مشروع القانون المدني الفلسطيني: "إذا أصبح الالتزام مستحيلًا في جزء منه جاز للدائن التمسك بانقضاء ما يقابله من التزام أو يطلب من المحكمة فسخ العقد"

وعليه إذا كان الهالك جزئياً قبل التسليم بفعل القوة القاهرة والحادث الفجائي، فالخيار للمشتري ان شاء فسخ البيع، أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن، وفي هذه الحالة يعاد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، أي أن المشتري يسترد الثمن إذا كان قد أداه، ويتحمل البائع تبعة هلاك الجزء الهالك من المبيع باعتبار أن سببه القوة القاهرة، وهذه لا يعاد عليها التعويض، والجزء الذي لم يهلك يحتفظ به لنفسه، وبين أخذ الجزء الذي لم يهلك من المبيع بما يقابله من ثمن المبيع بما يقابله من ثمن المبيع كله، وتنص المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني حكم استحالة تنفيذ جزء من الالتزام يجوز للدائن فسخ العقد ولكن بعد اعدار المدين، أو انقاص الثمن بقدر الجزء الذي استحال تنفيذه .

ويرى محمد الزعبي إن خيار الفسخ في هذه الحالة حق مقرر للمشتري دون البائع، فإن اختار الفسخ فإن ذلك يلزم البائع بهذا الخيار، وإن اختار المشتري أخذ الجزء المتبقي فإن ذلك يلزم البائع أيضاً ويجب أن يرد مقدار الجزء الهالك، ولا يستطيع البائع أن يلزم المشتري بإعطائه شيئاً بديلاً إلا إذا كان ذلك برضاه، لأن هذه قاعدة مكملة يمكن الاتفاق على ما يخالفها<sup>71</sup>. إذا كان

<sup>71</sup> الزعبي محمد، العقود المسماة "شرح عقد البيع في القانون المدني"، مرجع سابق، ص322



المبيع أرضاً عليها بناء ثم هلك البناء لأي سبب فإن البيع لا يفسخ ولكن يكون للمشتري الخيار بين طلب الفسخ وبين استبقاء المبيع.

ونصت المادة 1601 من القانون المدني الفرنسي تضمنت أن حق الخيار للمشتري إن شاء فسخ العقد وإن شاء أخذ الباقي مع دفع ما يناسبه من ثمن المبيع. وجاءت مجلة الأحكام العدلية بهذه الاحكام بنص المادة 399 و 400.

### الفرع الثاني: الهلاك بفعل الدائن

الدائن: هو من له حق مطالبة المدين بأداء التزامه<sup>72</sup>، وعليه يكون المدين هو الذي يكون عليه الوفاء بالتزامه اتجاه المدين "والمراد بخطأ الدائن هنا هو الانحراف عن السلوك العادي للرجل المعتاد"<sup>73</sup>، فإذا كان خطأ الدائن هو السبب الوحيد في حدوث الهلاك أو التلف فلا مسؤولية على المدين، فالدائن هو الذي ألحق الضرر بنفسه بخطئه<sup>74</sup>. "غير أنه لكي نكون بصدد خطأ من الدائن ويعتبر سبباً أجنبي عن المدين لا بد من توافر شروط معينة وهي كما يلي"<sup>75</sup>: أولاً- أن يوجد انحراف من جانب الدائن عن عناية الشخص العادي، فإذا كان سلوك الدائن متفقاً مع سلوك الشخص العادي فإنه لا يعتبر خطأ. ثانياً- أن يترتب على هذا الخطأ هلاك أو تلف محل العقد بمعنى أنه لا بد من توافر علاقة سببية بين خطأ الدائن والهلاك أو التلف الذي أصاب الشيء".

هذا إذا كان الدائن هو المسبب الوحيد للضرر، فيعتبر الدائن (المشتري) قابضاً للمبيع ويلزمه أداء الثمن. تنص المادة 501 من القانون المدني الأردني وما يقابلها من نص المادة 470 من

<sup>72</sup> نقض مصري 1932/12/8 نقلاً عن أبو اسعد محمد، عقد البيع، مرجع سابق، ص 260

<sup>73</sup> الخياري عبد الله، نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص 66

<sup>74</sup> العطار عبد الناصر توفيق، مصادر الالتزام، بدون طبعة، مطبعة مؤسسه البستاني للطباعة، القاهرة، مصر، 1990، ص 154

<sup>75</sup> مرقي سليمان، دفع المسؤولية المدنية، ص 262، نقلاً عن الخياري عبد الله، نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص 64.

مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه في فقرتهما الأولى: "إذا هلك المبيع قبل التسليم أو تلف بعضه بفعل المشتري إعتبر قابضاً للمبيع ولزمه أداء الثمن". وفي الفقرة الثانية "إذا كان للبائع حق الخيار في هذه الحالة واختار الفسخ ضمن له المشتري مثل المبيع أو قيمته وتملك ما بقي منه".

لكن القانون المدني المصري والفرنسي لم يتعرض لحالة هلاك المبيع بخطأ المشتري مكتفياً بالقواعد العامة بالمسؤولية العقدية، فإذا كان الهلاك راجعاً لخطأ المشتري يتحمل المشتري تبعه هلاك الشيء الهالك، ولا يجوز له خيار الفسخ كما نص القانون الأردني، إنما يبقى ملتزماً بدفع الثمن كاملاً إذا لم يكن دفعه لكن إذا كان هناك اشتراك المدين في احداث الهلاك فهنا يحتمل فرضين<sup>76</sup>:

**الفرض الأول:** إذا استغرق أحد الخطأين الآخر فلا يعتد بالخطأ المستغرق سواء أكان خطأ الدائن أم خطأ المدين، هذا يستغرق أحدهما الآخر في حالتين:

الأولى: "إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر وذلك بأن يكون الخطأ الأول عمدياً بينما يكون الخطأ الآخر غير عمدي، مثال ذلك: أن يقوم البائع بإعذار المشتري بتسلم المبيع فتأخر المشتري في القيام بذلك فعمد البائع الى ترك المبيع دون عناية حتى هلك او تلف ففي هذه الحالة استغرق خطأ المدين خطأ الدائن وبالتالي يكون المدين مسؤولاً عن هذا الهلاك أو التلف لان فعله هو السبب الحقيقي في تحقيق هذه النتيجة.

وقد قررت محكمة التمييز الأردنية بذلك ما جاء بقرارها: "أنه وإن كان الأصل أن خطأ المضرور لا يرفع مسؤولية المسؤول في الخطأ المشترك إلا إذا تبين من ظروف الحادث أن خطأ المضرور هو

<sup>76</sup> عبد الرزاق حسن فرج، نظرية الالتزام، ص254، نقلاً عن السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص883-884.

العامل الأول في إحداث الضرر الذي لحق به وأن خطأه قد بلغ من الجسامة درجة يتضاعل معها خطأ الآخر فتصبح دعوى تعويض الضرر المقامة على الآخر واجبة الرد".<sup>77</sup>

الثانية: أن يكون أحد الخطأين جاء نتيجة للخطأ الآخر، وفي هذه الحالة يستغرق الخطأ الثاني الخطأ الأول، فلو تعاقد شخص مع سائق سيارة على توصيله فسار السائق بسرعة كبيرة، وترتب على ذلك أن الأخ الراكب لخطر أفزعه أتى بحركة خاطئة يلتمس بها النجاة؛ فأضر بنفسه أو أتلّف شيئاً في السيارة فان خطأه يكون نتيجة لخطأ السائق، فيسأل السائق -وهو هنا المدين - مسؤولية كاملة عن هذا الضرر، أما اذا لو حدث العكس بأن أخاف الراكب بفعل خاطئ منه السائق الذي يسير بسرعة عادية، فترتب على ذلك أن قام السائق بحركة خاطئة أحدثت ضرراً بذلك الراكب، فان خطأ السائق حينئذ يكون جاء نتيجة لخطأ الراكب، ومن ثم تنتفي مسؤولية السائق، ويتحمل الراكب -وهو هنا الدائن- نتيجة ما حدث لأن هو السبب الحقيقي في تحقيق هذه النتيجة.<sup>78</sup>

**الفرض الثاني:** إذا لم يستغرق أحد الخطأين الآخر وذلك بأن كان الخطأ مشتركاً بين الدائن والمدين، فعندئذ يعتد بالخطأين ويعتبر كل من الدائن والمدين مسؤولان عن الهلاك أو التلف الذي حدث لمحل الالتزام<sup>79</sup> ويكون كل من الدائن والمدين مسؤولاً عن ذلك بالمناصفة والمساواة إلا إذا تمكن القاضي من تحديد جسامة كل خطأ على حده فيكون كل منهم مسؤول بقدر خطئه. وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بخصوص ذلك: "يتحمل المخدم بمقتضى قانون المخالفات المدنية الفلسطيني، تبعة أي فعل يأتيه خادمه إذا كان المخدم قد أجاز ذلك العمل أو أقره أو إذا

<sup>77</sup> محكمة التمييز الأردنية، المبدأ رقم 216، لسنة 1979، مجلة نقابة المحامين، 1979، ص1686، نقلا عن التكروري عثمان

وسويطي أحمد، مرجع سابق، ص509

<sup>78</sup> الخياري عبد الله، نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص66

<sup>79</sup> الخياري عبد الله، نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني، المرجع السابق، ص66

كان الفعل قد ارتكبه خادمه في سياق العمل الموكل إليه كما أن المخدم لا يتحمل تبعه أي فعل يأتي به شخص لم يكن خادمه وتعني لفظة المخدم الشخص الذي يملك بالنسبة إلى شخص آخر الرقابة التامة على عمله والخادم هو الشخص الذي يكون عمله خاضعاً لهذه الرقابة إذا لم يكن سائق السيارة التي صدمت سيارة المدعي خادماً للشركة مالكة السيارة مسؤولاً عن الضرر الذي اوقعه السائق المذكور أم كون قانون النقل على الطرق يلزم مالك السيارة بتقديم كفالة لتغطية أضرار الغير فإن ذلك لا يجعل مالك السيارة مسؤولاً عن اضرار الغير في كل حال، بل تكون المسؤولية خاضعة للقواعد العامة المنصوص عليها بالقانون وإذا تبين أنه بموجبها مسؤول عن الضرر فيكون مبلغ الكفالة بمثابة ضمان لوفاء قيمة الضرر الحاصل وإذا ثبت أن الضرر نجم عن الخطأ المشترك فيخفض التعويض بنسبة الخطأ المشترك<sup>80</sup>.

### الفرع الثالث: الهلاك بفعل الغير

من هو الغير يعرف الغير بأنه كل شخص عدا المتضرر والمدعى عليه ويعرف حسن الذنون؛ الغير على انه "كل شخص غير طرفي الدعوى ولا يعتبر المدعى عليه مسؤولاً عن أفعالهم<sup>81</sup>.

والمقصود بالغير في الفقه الإسلامي هو كل شخص غير طرفي التعاقد<sup>82</sup>، وبدورنا نعرف الغير؛ بأنه شخص آخر لا يكون أحد المتعاقدين؛ أي ليس البائع ولا المشتري أو وكلائهم.

إذا كان سبب الهلاك هو السبب الأجنبي والمتمثل بفعل الغير وحده فلا مسؤولية على المدين، الا اذا كان الفعل غير ممكن الدفع وغير متوقع الحصول، ومعيار الخطأ في فعل الغير

<sup>80</sup> محكمة التمييز الأردنية، المبدأ رقم 225، لسنة 1965، مجلة نقابة المحامين، ص1365، نقلا عن التكروري عثمان وسويطي أحمد، مرجع سابق، ص511

<sup>81</sup> حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الرابطة السببية، تنقيح محمد سعيد الرجو، ج3، ط1، عمان، دار الوائل، 2006، ص179، نقلاً عن ضبايات ياسر هلاك المبيع بعد ابرام العقد وقبل التسليم، مرجع سابق، ص14

<sup>82</sup> مرغي علي احمد، فسخ العقد في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة الازهر، غزة، فلسطين، 1393 هـ، ص343

هو المعيار الموضوعي أي الانحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، وأن يكون فعل الغير له شأن في إحداث الهلاك أو الضرر<sup>83</sup>.

ولقد اختلفت التشريعات المدنية -محل الدراسة- في تنظيم أحكام هلاك المبيع بسبب الغير، حيث أن القانون المدني الأردني نظم احكاماً خاصة بهلاك المبيع من قبل الغير الأردني فنصت المادة 502 في فقرتها الأولى من القانون المدني الأردني أحكام هلاك المبيع بفعل الغير فنصت على أنه: "إذا هلك المبيع بفعل شخص آخر كان للمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجاز له حق الرجوع على المتلف بضمان مثل المبيع وقيمه...". نستنتج أن القانون المدني الأردني تعالج مسألة تبعة الهلاك بفعل الغير بأن تعطي الخيار للمشتري فله الحق بإجازة البيع وتحصيل الثمن وله أن يفسخ العقد وله حق الرجوع على المتلف بضمان المبيع أو قيمته<sup>84</sup>، وأما إذا كان الهلاك جزئي: كان للمشتري الخيار بين الأمور الثلاثة، وذلك بنص المادة 502 الفقرة الثانية من القانون المدني الأردني:

1. فسخ العقد

2. أخذ الباقي بحصته من الثمن وبنفسه البيع بما تلف

3. إمضاء العقد في المبيع كله بالثمن المسمى والرجوع على المتلف بالضمان ما اتلف.

أما القانون الفرنسي والمصري فقد أتبع ذلك للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية وخيراً فعل المشرع الاردني على الرغم من إن هذه المسألة هي تتعلق بقواعد المسؤولية التقصيرية، لكن تنظيمها أفضل من عدم وجودها بالقانون، وبالرجوع للتنظيم مسألة فعل الغير في قواعد

<sup>83</sup> أبو مالك طلال، تبعة الهلاك في الالتزام التخييري والبدلي في القانون الأردني، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، الأردن، 2010، ص56

<sup>84</sup> النداوي ادم، العقود المسماة في القانون المدني، مرجع سابق، ص59

المسؤولية التقصيرية نجد أنه إذا حصل الضرر بفعل صادر من الغير لا يسأل المدعي عليه عن هذا الضرر، فلو أثبت سائق سيارة أن طفلاً اجتاز الطريق فجأة فأجبره على الصعود الي الرصيف وإتلاف عمود الكهرباء لا يسأل عن ذلك، ولو أثبت سائق السيارة الأجرة استعماله للكوابح فجأة جاء على أثر مرور شخص بشكل مباغت أمامه في الشارع فلا يسأل عن الجرح أو الأذى الذي سببه لأحد الركاب.

ووفق آخر تطورات الفقه والقضاء الفرنسي، في هذا الخصوص لا يشترط في فعل الغير أن يتصف بالخطأ من عدم المشروعية، فهذا الفعل يكفي أن يكون غير مشروع مبرراً أو غير مبرراً من شأنه أن يقطع العلاقة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر الذي أصاب المضرور ويعفي المدعي من المسؤولية، كما لا يشترط أن يكون الغير شخصاً معروفاً، فإذا اثبت السائق في الأمثلة أعلاه أن الشخص الذي عبر الشارع بشكل مباغت دفعه الى تغيير مساره أو استخدم الكوابح لا يسأل عن الضرر حتى لو هرب هذا الشخص دون أن يعرف من هو ولا مكان اقامته<sup>85</sup>. ولكن ماذا لو اشترك خطأ الغير مع خطأ المدين؟

"في حالة اشتراك خطأ الغير مع خطأ المدين في احداث الهلاك او التلف فان المسؤولية توزع بينهما مناصفة وكذلك الحال لو اشترك أكثر من مسؤول مع المدين في حدوث الهلاك فيوزع الضمان عليهم بعددهم الا إذا استطاع القضاء أن يوزع جسامه كل خطأ على حده فعندئذ يوزع الضمان عليهم على أساس اخر هو جسامه الخطأ الذي صدر من كل منهم"<sup>86</sup> وهذا ما يستفاد من نص المادة 265 من القانون المدني الأردني والمادة 169 من القانون المصري .

أما إذا استغرق خطأ المدين فعل الغير كان المدين هو المسؤول وحده عن الهلاك ولا أثر لفعل الغير، ولكن اما إذا حصل العكس بأن استغرق فعل الغير خطأ المدين فالغير هو المسؤول عن

<sup>85</sup>خاطر نوري والسرحان عدنان، شرح القانون المدني، "مصادر الحقوق الشخصية"، مرجع سابق، ص448

<sup>86</sup>الخيارى عبد الله، نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص78

الهلاك ولا أثر لخطأ المدين في هذه المسؤولية<sup>87</sup>، نجد من خلال النصوص السابقة أن كلاً من القوانين محل الدراسة اتفقت بأن يعتبر فعل الغير صورة من صور السبب الأجنبي عن المدين وبالتالي لا مسؤولية على المدين إذا أثبت أن الهلاك قد نشأ عن فعل أو خطأ الغير، ويتحمل الغير مسؤولية ذلك ويلزم الضمان كله إذا كان هو المتسبب الوحيد، أما إذا اشترك مع المدين بإحداث الهلاك يتحمل تبعه ذلك بالمناصفة إلا إذا استغرق أحد الخطأين الآخر فيكون من كان خطأ أكبر هو من يتحمل تبعه الهلاك.

### المطلب الثاني: تبعه هلاك المبيع بعد التسليم

كنا قد بحثنا في مسألة تسلم المبيع عند الحديث عن تسليم المبيع من قبل البائع وتوصلنا الى إن تسليم المبيع يتبعه تسلم المبيع؛ فلا يبقى إلا البحث على من يتحمل تبعه هلاك المبيع بعد التسليم؟ وعليه سنبحث للإجابة على هذا التساؤل وعليه يقسم هذا المطلب الى فرعين كالآتي:

الفرع الأول: الهلاك الكلي بعد التسليم

الفرع الثاني: الهلاك الجزئي بعد التسليم

### الفرع الأول: الهلاك الكلي بعد التسليم

إذا هلك المبيع كلياً بعد تسليمه للمشتري أو لمن ينوب عنه فإن تبعه الهلاك في هذه الحالة تنتقل الى المشتري<sup>88</sup>، وذلك لأنه كما سبق أن بينت أن قاعدة تبعه الهلاك تدور مع التسليم لا مع إنتقال الملكية فحسب وبالتالي إذا حدث وأن تم تسليم المبيع الى المشتري انتقل تبعه هلاكه من البائع الى المشتري، وذلك كما لو تسلم المشتري المبيع العقار قبل تسجيله وهلك وكان الهلاك عليه، أما بالنسبة للسؤال هل يجب أن يتم تسليم المبيع "العقار" وكيف يتم تسليمه أن التسليم له ثلاث طرق

<sup>87</sup> أبو مالك طلال، تبعه الهلاك في الالتزام التخيري والبدلي في القانون الأردني، مرجع سابق، ص58

<sup>88</sup> الهلالي أحمد نجيب ، ص312 نقلاً حلمي بك محمد، ص 388 ، نقلاً عن السنهوري عبد الرزاق، الوسيط، ج6، العقود الواردة على الانتفاع ، دار الاحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص287-296.

الفعلي والحكمي والتسليم بالتخلية، وعليه اذا تم اخلاء العقار بشرط علم المشتري بذلك يكون المشتري متسلاً وبالتالي اذا هلك العقار بعد ذلك تحمل المشتري تبعه هلاكه، وكذلك في بيع المنقول إذا إتفق البائع والمشتري على تأجيل نقل ملكيته دون التسليم فهلك عند المشتري يكون هلاكه عليه، وهذا رأي عبد الرزاق السنهوري. ويتحمل المشتري تبعه هلاك المبيع بعد تسليمه له، وفي هذا المعنى تقرر أنه: "عند وقوع التسليم يصير المشتري قابضاً للبيع فإذا هلك المبيع بعد القبض يهلك من ماله سواء أكان الهلاك بأفة سماوية أو فعل المشتري أو بالتعدي الغير<sup>89</sup>، ولكن إذا كان التعدي من الغير فبديهيًا يحق للمشتري الرجوع عليه بالتعويض.

### الفرع الثاني: الهلاك الجزئي بعد التسليم

إذا هلك أو تلف جزء من المبيع بعد قبض المشتري للمبيع فان البيع لا يفسخ وبالتالي تقع تبعه هلاك بعض المبيع على المشتري وذلك لأن ضمان المبيع قد انتقل من البائع الى المشتري بعد القبض ولا يختلف الحكم في ذلك حتى ولو كان السبب في هلاك أو تلف جزء من المبيع بأفة سماوية أو بفعل المبيع نفسه كأن يكون حيواناً فجرح نفسه أو بفعل أجنبي أو بفعل البائع أو شخص أجنبي<sup>90</sup>، وإذا هلك أو تلف جزء من المبيع بعد تسليمه الى المشتري فإن تبعه الهلاك تقع على عاتق المشتري أيًا كان سبب هذا الهلاك أو التلف، غاية ما هنالك أنه إذا كان سبب هذا الهلاك أو التلف بفعل شخص مسؤول كان للمشتري الرجوع بالتعويض. هذا إذا كان المشتري قد قبض وتسلم المبيع تسلاً صحيحاً، فإذا لم يكن كذلك فيقول بعض الفقهاء<sup>91</sup> أن الهلاك يعتبر في حكم ما قبل القبض.

<sup>89</sup> دواس أمين ودودين محمود، عقد البيع في مجلة الاحكام العدلية، مرجع سابق، ص312

<sup>90</sup> الخياري عبد الله، نظرية الهلاك في القانون اليمني، مرجع سابق، ص500

<sup>91</sup> بدائع الصنائع، ج5، ص241



لكن ما الحكم إذا هلك المبيع وهو في يد البائع الحابس له، فمن يتحمل تبعه الهلاك؟ ويعرف الحق في الحبس بأنه: حق من التزم بتسليم شيء معين، في أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يوف بالالتزام في ذمته، نشأ بسبب التزم المدين ومرتبطة به، أو لم يقدم تأميناً كافياً للوفاء بالالتزامه هذا<sup>92</sup>

وعليه إذا هلك المبيع في يد البائع الحابس بقوة قاهرة يكون على المشتري لأنه دخل ملكيته، و إذا هلك المبيع المحتبس عند البائع بفعل البائع انفسخ البيع، وتعاد الحالة الى ما كانت عليها ويحق للبائع المطالبة بالتعويض عن التأخير، أما إذا هلك عند البائع الحابس وهلك المبيع بفعل المشتري، فهو مضمون عليه ويستطيع البائع المطالبة بكامل الثمن إذا كان باقياً أو بدله إذا كان تالفاً، وإذا هلك المبيع بفعل الأجنبي يكون المشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع، وإن شاء دفع الثمن وغرم البائع قيمة المبيع<sup>93</sup>.

وإذا هلك المبيع عند البائع الحابس له لعدم دفع المشتري الثمن فتكون تبعه الهلاك على المشتري؛ ما لم يكن الهلاك قد حدث بفعل البائع، ويجب لإعمال هذا الحكم أن يكون البائع قد أعذر المشتري بدفع الثمن، ثم حبس المبيع أو يكون المشتري قد طالب البائع بالتسليم فرفض البائع، استناداً الى حقه في حبس المبيع حتى الوفاء بالثمن<sup>94</sup>.

واتفق نص المادة 460 من القانون المصري والمادة 488 من مشروع القانون المدني الفلسطيني مع موقف القانون الأردني حيث جاء فيها: "إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان

<sup>92</sup>التركوري عثمان، أحكام الترام، مرجع سابق، ص133

<sup>93</sup> شندي إسماعيل محمد، أحكام حبس المبيع لاستيفاء الثمن بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، بحث منشور مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، فلسطين، 2008، ص290

<sup>94</sup> بنداري محمد، الالتزام بالتسليم في عقد البيع، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، مصر، 1990، ص452

الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع". أما إذا هلك بعض المبيع بقوة قاهرة فللمشتري الخيار بين فسخ العقد أو إجازته.

وما الحكم إذا وضع المشتري يده على المبيع قبل دفع الثمن؟

إذا وضع المشتري يده على المبيع قبل دفع الثمن وبغير إذن البائع ثم هلك المبيع في يده فهلاكه عليه (أي المشتري) فوضع المشتري يده على المبيع لا يعتبر تسليماً في مثل هذه الحالة حيث يكون للبائع حق استرداد المبيع لممارسة حق الحبس عليه، إلا أنه مع ذلك إذا هلك المبيع في يد المشتري كان هلاكه عليه، أما إذا وضع المشتري يده على المبيع بتصريح من البائع فإن التسليم يعتبر قد تم، ويكون الهلاك على المشتري<sup>95</sup>، وهذا ما جاء بنص المادة 524 من القانون المدني الأردني وما يقابلها من نص المادة 489 من مشروع القانون المدني الفلسطيني حيث جاء فيها: "1. إذا قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن في حضور البائع ولم يمنعه كان ذلك إذناً بالتسليم، 2. إذا قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن بدون إذن البائع كان للبائع استرداده، وإذا هلك أو تعيب في يد المشتري عد متسلاً إلا إذا شاء البائع استرداده معيماً "

ما هو حكم هلاك المبيع المعيب؟

إذا كان الهلاك بسبب اجنبي يكون حكم هلاك المبيع إذا ما بقيت إحدى الأشياء كان للمشتري الخيار إما في إحدى الأشياء الباقية فإذا ما إختار الشيء المعيب نفسه فثراً ذمة البائع ولا يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يرجع على البائع بانقاص الثمن قدر العيب لأن المشتري هو الذي إختار الشيء المعيب بارادته وهذا يسقط حقه بالضمان، أما لو تعيبت جميع الأشياء فللمشتري الخيار بين فسخ العقد أو بين بقاءه مع إنقاص الثمن بالعيب بالنسبة للشيء الذي يختاره المشتري<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> بنداري محمد، الالتزام بالتسليم في عقد البيع، المرجع السابق، ص454

<sup>96</sup> الشمري حيدر، احكام هلاك المبيع أو تعيبه في خيار التعيين خلال مدة الخيار "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة اهل البيت، عدد5، ص335

أما هلاك المبيع في يد المشتري لا يسقط حق الضمان إذا كان العيب حتماً وكان الهلاك بسبب العيب أو بسبب أجنبي فللمشتري الرجوع على البائع بالتعويض الكامل ولا يكون المشتري مطالباً برد المبيع لأن الرد استحال على المشتري وإنما يرد إلى البائع ما أفاده من ثمرات المبيع. ونرى أن إذا كان الهلاك بسبب العيب القديم فمن حق المشتري الرجوع على البائع بكامل الثمن لا مجرد الرجوع على البائع بانقاص الثمن.

وهل يجوز الاتفاق على تحميل المشتري تبعه الهلاك قبل التسليم:

نجد أن قواعد مسألة تبعه الهلاك كلها جاءت مكتملة وليس آمرة ولا تتعلق بالنظام العام، وبما أنه كذلك فليس ما يمنع من الاتفاق بين البائع والمشتري على أن المشتري يتحمل تبعه الهلاك قبل التسليم، كما يجوز أن يتفق المتعاقدين أن ربط تبعه الهلاك تكون بمجرد انتقال الملكية حتى لو لم يحصل التسليم، ولا مانع قانوني في مثل هذا الاتفاق. ونرى أن إجابة هذا التساؤل ما هي إلا استثناءات على قاعدة ربط تبعه الهلاك بالتسليم، هذا بالإضافة إلى حالة ائذار البائع المشتري بتسلم المبيع وهذا بنص المادة 437 من القانون المصري والمادة 459 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، أما القانون المدني الأردني لم ينص عليها ولكن يأتي ذلك بديهياً.

## الفصل الثاني

---

### تبعة الهلاك في العقود الملزمة للجانب واحد

#### (عقد الهبة)

بعد البحث بمسألة تحمل تبعة الهلاك في العقود الملزمة لجانبين وتحديدًا في عقد البيع كونه عقداً ناقلاً للملكية سنبحث في هذا المبحث بمسألة تبعة الهلاك في العقود الملزمة لجانب واحد وتحديدًا عقد الهبة فهل سيختلف الحكم بمسألة تبعة الهلاك بعقد الهبة عنه في عقد البيع لذلك سيقسم هذا الفصل الى مبحثين كالآتي:

المبحث الأول: عقد الهبة وخصائصه

المبحث الثاني: تحمل تبعة الهلاك في عقد الهبة.

## المبحث الأول:

### عقد الهبة وخصائصه

كون عقد الهبة عقد ملزم لجانب واحد وله ميزة تجعله يختلف عن باقي العقود الملزمة لجانب

واحد لذلك ما هو عقد الهبة وما هي خصائصه؟ وعليه سنقسم المبحث الى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: مفهوم عقد الهبة

المطلب الثاني: خصائص عقد الهبة

### المطلب الأول: مفهوم عقد الهبة :

عقد الهبة لغةً وحسب المعجم الوسيط: وهب له الشيء أعطاه إياه بلا عوض وأوهب الشيء

لفلان أمكنه أن يأخذه ويناله، وقيل الهبة، العطية الخالية من الأعيان والأغراض، وشرعاً،

تمليك العين بلا عوض<sup>97</sup>، وأما اصطلاحاً؛ فعرفها: عقد يلتزم بمقتضاه الواهب حال حياته بنقل

ملكية المال الموهوب الى الموهوب له دون عوض، وعرفتها مجلة الأحكام العدلية في نص

المادة 833 على أنها: "تمليك مال لآخر بلا عوض ويقال لفاعله واهب، ولذلك المال موهوب

ولمن قبله موهوب له"، وعرفها القانون المدني الأردني، تمليك مال أو حق مالي لآخر حال

حياة المالك دون عوض<sup>98</sup>، وعرف القانون المدني المصري عقد الهبة عقد يتصرف بمقتضاه

الواهب في مال له دون عوض ولا يجوز للواهب، دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على

الموهوب له القيام بالتزام معين<sup>99</sup>، وعرفها القانون المدني الفرنسي بأنها "عقد به يتجرد الواهب

عن الشيء الموهوب في الحال ومن غير رجوع، لمصلحة الموهوب له الذي يقبله"<sup>100</sup>، وعرفها

<sup>97</sup> أنيس إبراهيم وعطية الصوالحي، المعجم الوسيط، باب الواو، ط2، 1972، ص1102

<sup>98</sup> نص المادة 557 من القانون المدني الأردني

<sup>99</sup> نص المادة 486 من القانون المدني المصري

<sup>100</sup> نص المادة 894 من القانون المدني الفرنسي

مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنها: عقد يلتزم بمقتضاها الواهب حال حياته بنقل ملكية المال الموهوب إلى الموهوب له دون عوض.

### المطلب الثاني: خصائص عقد الهبة:

خلال التعريفات السابق ذكرها في المطلب السابق يمكن إستخلاص خصائص عقد الهبة: أن عقد الهبة لا تنشئ التزامات سوى في ذمة الواهب<sup>101</sup>، "فهو من العقود الملزمة لجانب واحد التي ترتب التزام في ذمة أحد المتعاقدين وليس كما قال البعض<sup>102</sup> أن الهبة هي تصرف انفرادي بل هي عقد سيما أنها لا تتم إلا بقبول الموهوب له الهبة صراحةً أو ضمناً كما أن يقبض الموهوب له الشيء الموهوب"، وهذا هو ركن الرضا، إضافة لتوافر المحل والسبب وهذه هي الشروط العامة لأي عقد.

وعقد الهبة من أعمال التصرف أو عقود التصرف وهي العقود التي ترد على الملكية<sup>103</sup>، وعقد الهبة من عقود التبرع، فبالنظر لمقومات عقد الهبة فعقد الهبة يتكون من عنصرين: عنصر مادي: وهو تصرف الواهب في ماله دون عوض وعنصر معنوي أو قصدي: وهو نية التبرع إذ يلتزم الواهب بموجبها نقل ملكية الشيء الموهوب الى الموهوب له<sup>104</sup>، وعليه يلزم أن يكون الشيء الموهوب مملوكاً للواهب أو أن يجيزه هو ويتم القبض برضاه.<sup>105</sup> ينفذ عقد الهبة إذا كان المال الموهوب غير مملوك للواهب ما لم يجزه المالك ويتم القبض برضاه والقانون المدني المصري حسب ما جاء بالتعريف السابق له يتصرف في مال له، ونرى أن هذا أمر بديهي دون الحاجة للنص عليه كون عقد الهبة من اعمال التصرف فلا يجوز للشخص التصرف الا في ماله

<sup>101</sup> التكروري عثمان وسويطي احمد، مصادر الحق الشخصي، بدون طبعة، المكتبة الأكاديمية، فلسطين، 2016، ص 27

<sup>102</sup> العمروسي أنور، العقود التي ترد على الملكية، مرجع سابق، ص 317

<sup>103</sup> خاطر نوري والسرحان عدنان، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص 112

<sup>104</sup> التكروري عثمان وسويطي احمد، مصادر الحق الشخصي، مرجع سابق، ص 27

<sup>105</sup> العمروسي أنور، العقود التي ترد على الملكية، مرجع سابق، ص 317

وإذا تم من الغير الفضولي مثلاً فلا بد أن يجيزه المالك الأصلي ويرى عثمان التكروري وأحمد السويطي أن عقود التبرع يقوم أحد المتعاقدين بإعطاء الآخر منفعة مجانية، أي لا يأخذ مقابلاً لما أعطاه، والمثال على ذلك الهبة دون عوض، فالواهب هما يعطي الشيء الموهوب للموهوب له دون أن يأخذ منه شيئاً. ويجب توافر نية التبرع الى جانب إنتفاء المقابل أو العوض، فإذا توافر عنصر النية وعنصر إنتفاء العوض كان العقد تبرعاً<sup>106</sup>.

"ويرى البعض يجوز أن يقوم الموهوب له بدفع عوض، وإذا كان لا يساوي قيمة الموهوب، أي إذا كان أقل من قيمته"<sup>107</sup>، وعليه نجد أن معيار التفريق بين عقود المعاوضة والتبرع بالإضافة إلى نية التبرع، وجود معيار إقتصادي وذلك بالنظر إلى ما يعطيه المتبرع وما يحصل عليه، ويعود الأمر إلى سلطة القاضي التقديرية<sup>108</sup>، وحتى تحتفظ الهبة بطابعها التبرعي يجب أن تكون قيمة العوض المشترط أقل من قيمة المال الموهوب حتى يكون الفرق بين القيمتين هبة محضة. أما إذا كانت قيمة العوض تقترب من قيمة المال الموهوب أو تزيد عليها، ويعلم الموهوب له ذلك فإن العقد يكون معاوضة لا هبة ويكون عقد ملزم لجانبين. لكن قد يشترط الواهب على الموهوب له عوضاً تزيد قيمته عن قيمة المال الموهوب، دون أن يعلم الموهوب له ذلك بل يعتقد وقت قبول الهبة أن العوض لا تزيد قيمته على المال الموهوب. في هذه الحالة قد يستطيع الموهوب له أن يطلب ابطال الهبة لغلط جوهرى، وعلى أية حال طالما أنه وقت التعاقد قد قبل التعاقد على أساس الهبة، فلا يكون ملزماً بأن يؤدي من العوض الا بمقدار قيمة المال الموهوب، ويجب انقراض الثمن الى هذا المقدار<sup>109</sup>، فإذا قام الواهب بتنفيذ التزامه بنقل الملكية والتسليم، كان له أن

<sup>106</sup> التكروري عثمان وسويطي احمد، مصادر الحق الشخصي، مرجع سابق، ص 28

<sup>107</sup> باشا محمد، شرح القانون المدني "العقود المسماة بدون طبعة، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 79

<sup>108</sup> خاطر نوري والسرحان عدنان، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص 43

<sup>109</sup> خاطر نوري والسرحان عدنان، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، المرجع السابق، ص 170

يطلب من الموهوب تنفيذ التزامه من الوفاء بعبوض فاذا إمتنع جاز له المطالبة بالتنفيذ أو الفسخ .  
والتي تجوز له المطالبة بالفسخ هو الواهب، أما الأجنبي والمصلحة العامة فليس لهما إلا  
المطالبة بالتنفيذ<sup>110</sup>.

كما يجب أن تتم الهبة حال حياة الشخص لا بعد وفاته وهذا بديهياً حتى يتم التفرقة بينها وبين  
الوصية التي تتم بعد وفاة الشخص، فالوصية في الاصطلاح: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت  
بطريق التبرع" وهذا التعريف أخرج التمليك حال الحياة بطريق التبرع كالهبة<sup>111</sup>.

#### هل الهبة من العقود الشكلية؟

القانون المدني الأردني لم يشترط الشكلية وذلك بدلالة نص المادة 558 فقرة 1 حيث  
نصت: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالعقد" وعليه فقد جعل القانون المدني الأردني عقد  
الهبة من العقود العينية وليس الشكلية، والقانون المدني الأردني فقد وقف نفاذ عقد الهبة على أي  
إجراء تعلق في النصوص التشريعية نقل الملكية عليه ويجوز لكل من الطرفين إستكمال  
الإجراءات الازمة، وتتم في المنقول بالقبض دون حاجة إلى تسجيل وهذا ما يستفاد من نص  
المادة 566 من القانون المذكور.

بينما نجد الحكم مختلفاً في القانون المدني المصري حيث نصت المادة 488 فقرتها الأولى من  
القانون المدني المصري على: "تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة، ما لم تقم تحت ستار  
عقد آخر" والهبة من العقود الرسمية أو الشكلية التي لا يكفي لتكوينها الإيجاب والقبول بل  
يشترط لإنعقادها شكل خاص وذلك لفرضين<sup>112</sup>:

<sup>110</sup> العمروسي أنور، العقود التي ترد على الملكية، مرجع سابق، ص345

<sup>111</sup> الرشيدي علي، الآثار الناشئة عن الرجوع في الهبة، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص41

<sup>112</sup> باشا محمد، شرح القانون المدني "العقود المسماة"، مرجع سابق، ص82



1. لحماية الواهب بتوجيه نظره الى جسامه العمل الذي يقدم عليه، وهو تجريده عن بعض

أمواله بلا مقابل

2. لضمان عدم الرجوع في الهبة، إذ لا يجب أن يعود الواهب في هبته بإعدام السند المثبت

لها. والهبة التي يجب أن تستولي على ركن الشكلية (أو العينية في المنقول) هي الهبة

المباشرة المكشوفة، فتخرج الهبة الغير مباشرة والهبة المستترة وهذه تكون بدون عوض

ويوجد نوع آخر وهو الهبات بعوض<sup>113</sup>.

والهبة الغير مباشرة هي: التي تقع غالباً في صورة التنازل أو الترك، كأن يكون لأحد دين قبل

آخر فبيراً منه أو أن يكون له حق إرتفاق فيتنازل عنه<sup>114</sup>، وجاءت الهبة غير المباشرة بنص

المادة 560 في فقرتها الأولى من القانون المدني الأردني: "تصح هبة الدين للمدين وتعتبر

إبراء"، ولم نجد في القانون المصري، والهبات المستترة فهي التي تظهر تحت إسم عقد آخر من

الأمثلة عليها: الهبة التي تتم صورة عقد بيع، وهو المثل الغالب في التعامل، والهبات بعوض

التي يشترط فيها مقابل، سواء كان المقابل لمصلحة الواهب أم لمصلحة غيره. وهذه الأنواع من

الهبة لم يتشترط القانون شكلية معينة لهم، لكن لم ينص المشرع الفرنسي على هذه الاستثناءات،

غير أن المحاكم أقرت هذه الاستثناءات تحقيقاً للضرورات العملية<sup>115</sup>، ونرى أن الهبة المباشرة

ركن الشكلية فيها هو للانعقاد اما الهبة الغير مباشرة التي لم يشترط فيها القانون شكلية للانعقاد

فتكون شرط للإثبات، وبالتالي يخضع إثباتها إلى القواعد العامة في الإثبات، فإذا كان مثلاً مبلغ

الإبراء يزيد عن 200 دينار فيجب الكتابة للإثبات.

<sup>113</sup> العمروسي أنور، العقود التي ترد على الملكية، مرجع سابق، ص326

<sup>114</sup> باشا محمد، شرح القانون المدني "العقود المسماة"، مرجع سابق، ص93

<sup>115</sup> باشا محمد، شرح القانون المدني "العقود المسماة"، المرجع السابق، ص94

والهبة المستترة تحت عقد البيع، فيجب مراعاة القواعد الخاصة في عقد البيع، فإذا كان عقاراً فيجب تسجيله إذا كان من الأراضي التي تم فيها التسوية، وإذا كان منقولاً وله أحكام خاصة كالسيارات فيجب اتباع الأحكام الخاصة بذلك.

ويجب في بيان شكل الهبة أن يميز بين العقار والمنقول، فالهبة بالعقار لا تتم إلا بورقة رسمية، أما هبة المنقول فتتم إما بورقة رسمية وإما بالقبض وهذا ما نصت عليه صراحة نص المادة 488 الفقرة الثانية من القانون المصري: "...مع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض، دون حاجة لورقة رسمية".

وإذا إختل شكل الهبة فإن الهبة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً ولا تنتج أثراً، فيبقى المال الموهوب ملكاً للواهب يستطيع أن يتصرف فيه كما يريد، ولا ينتقل الملك الى الموهوب له فلا يستطيع هذا أن يطالب بتسليمه المال ولا يستطيع أن يتصرف فيه<sup>116</sup>.

فالشكلية التي قصدت هنا هي الايجاب، فلا يشترط بالقبول أن يكون بمحرر رسمي فيمكن أن يكون بمحرر عرفي لكن يبدو أن القانون المدني الفرنسي قد جاء بحكم مغاير حيث جاء فيه ويشترط القانون المدني الفرنسي اعلان القبول الحاصل بمحرر لاحق للهبة الى الواهب (المادة 932 في الفقرة الثانية)، فالمادة المذكورة تنص على أن الهبة لا تنتج آثارها بالنسبة إلى الواهب إلا من يوم إعلان القبول اليه، ولم يكتفِ القانون الفرنسي بأن يكون تحرير العقد الرسمي أمام موثق، بل اشترط أيضاً تحرير مسودة للعقد، وأن تبقى هذه المسودة في مكتب الموثق المحرر لها<sup>117</sup>، وعليه هي من العقود العينية: التي لا تتم إلا بالقبض، فبدون القبض الهبة لا تنعقد أصلاً سواء بالعقار أو بالمنقول.

<sup>116</sup> العمروسي أنور، العقود التي ترد على الملكية، مرجع سابق، ص323

<sup>117</sup> باشا محمد، شرح القانون المدني "العقود المسماة مرجع سابق، ص82

ونرى بأن القوانين محل الدراسة جاءت بأحكام مختلفة بخصوص شكلية عقد الهبة المباشرة فبالنسبة للإيجاب فالقانون المصري والأردني إتفقوا بشأن ذلك ويختلف القانون الفرنسي معهم حيث تطلب شكلية أيضا للقبول. ولم نجد نص بخصوص شكلية عقد الهبة في مشروع القانون المدني الفلسطيني.

## المبحث الثاني:

### تحمل تبعه الهلاك في عقد الهبة

بعد البحث بمسألة تبعه الهلاك في العقود الملزمة لجانبين وجدنا أن التزام المدين ينقضي بإستحالة تنفيذه أو بهلاك محله بسبب أجنبي ويتحمل تبعه هلاكه إلا إذا كان الدائن المشتري متسلماً للشيء أو كان سبب الهلاك راجعاً للدائن، هذا بخصوص عقد البيع الملزم لجانبين فهل سيختلف الحكم بخصوص العقود الملزمة لجانب واحد وتحديداً عقد الهبة. ولما كان العقد الملزم لطرف واحد لا يرتب التزاماً إلا بذمة أحد المتعاقدين، فالأصل أن المودع لديه يلتزم برد الشيء المودع الى المودع له والكفيل يلتزم بوفاء دين المدين عند الاستحقاق أما الدائن المكفول له فلا يلتزم كقاعدة عامة تجاه الكفيل باي مقابل<sup>118</sup>، فكيف سيكون في حالة هلك أو تلف الشيء المودع أو المعار على سبيل المثال؟ من سيتحمل تبعه هذا الهلاك اذا هلك محل العقد الملزم لجانب واحد بسبب اجنبي لا يد للمدين فيه، فإن الالتزام ينقضي والذي يتحمل تبعه الهلاك في هذه الحالة هو الدائن، فيقال أن تبعه الهلاك على الدائن وذلك لأنه لا يستطيع أن يطالب المدين بشيء، ولن يستفيد من إنفساخ العقد، لأنه ليس محملاً بالالتزام مقابل<sup>119</sup>

<sup>118</sup> خاطر نوري والسرحان عدنان، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص 40

<sup>119</sup> الخياري عبد الله، نظرية الهلاك في القانون اليمني، مرجع سابق، ص 165

ففي عقد العارية اذا استحال على المعار له رد العارية وذلك بأنها هلكت بيده بسبب اجنبي فالذي يتحمل تبعه الهلاك هو المعير والسبب واضح هنا لان المعير هو الدائن - لم يكن محملاً بأي التزام اتجاه المعار له حتى يتحلل من تنفيذ التزامه. وينطبق هذا المثال على كل عقد من العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة والكفالة، وجاء في حكم محكمة الاستئناف: "حيث أن العقار موضوع العارية هو ملك لوكالة الغوث وتشغيل اللاجئين وحيث أن العقار محل العارية قد تم هدمه من قبل الاحتلال وتم بناء بيت جديد مكانه، فلا يملك المدعي المطالبة باسترداد البيت القديم، ولا مجال لطلب استرداد العارية بعد هدمها"<sup>120</sup> لكن هل يمكن تطبيق هذا الحكم على عقد الهبة كون عقد الهبة يتميز عن باقي العقود الملزمة لجانب واحد بمسألة نقل الملكية والقبض؟ وبذلك سيقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب كالاتي:

**المطلب الأول: الالتزامات في عقد الهبة**

**المطلب الثاني: الآثار المترتبة على عقد الهبة**

**المطلب الثالث: حكم هلاك الشيء الموهوب**

**المطلب الأول: الالتزامات في عقد الهبة**

بعد البحث بمفهوم عقد الهبة وخصائصها وقبل البحث بتبعه الهلاك في عقد الهبة، سنبحث بالالتزامات التي تقع على عاتق الواهب والموهوب به وذلك سيقسم هذا المطلب إلى فرعين كالاتي:

**الفرع الأول: التزامات الواهب**

**الفرع الثاني: التزامات الموهوب له.**

<sup>120</sup> استئناف 132 1997 جلسة 12-1998، نقلاً عن موقع المفتي

## الفرع الأول: التزامات الواهب:

يلتزم الواهب بتسليم الموهوب إلى الموهوب له، وهذا الالتزام بالتسليم من مقتضيات نقل الملكية ويتفرع عن الالتزام بنقل الملكية المحافظة على الموهوب إلى أن يسلمه إلى الموهوب له. ويسري على تسليم الهبة ما يسري على التسليم في عقد البيع حيث جاء بنص المادة 567 من القانون المدني الأردني: "يلتزم الواهب بتسليم الموهوب إلى الموهوب له ويتبع ذلك أحكام تسليم المبيع" وتقابلها نص المادة 493 من القانون المدني المصري والمادة 526 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، ويتم التسليم في المكان والزمان المعينين لذلك<sup>121</sup>، ونفقات التسليم تكون بالأصل على الواهب، إلا إذا اتفق الأطراف أن تكون على الموهوب له وإذا لم يكن الموهوب قد تسلم الشيء الموهوب، فإن الواهب يلتزم بتسليمه إياه، وتسري على ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع.

## الفرع الثاني: التزامات الموهوب له:

قد يشترط الواهب على الموهوب له عوضاً يؤديه في مقابل الهبة، ويكون العوض لمصلحة الواهب أو لمصلحة العامة فإن الموهوب له يلتزم بما اشترط عليه الواهب من عوض<sup>122</sup>، وهذا يجعل العقد ملزم لجانبين وهو ليس محل الدراسة بهذا المبحث، ويطبق عليها قواعد العقد الملزم لجانبين والتي تم بحثها في المبحث السابق.

أما نفقات تسلم المبيع والمصروفات على الموهوب له إلا إذا إتفق على غير ذلك وهذا ما نصت عليه المادة 575 من القانون المدني الأردني وما يقابلها من نص المادة 542 من مشروع القانون المدني الفلسطيني: "نفقات عقد الهبة ومصروفات تسليم الموهوب ونقله على الموهوب له

<sup>121</sup> العمروسي أنور، العقود التي ترد على الملكية، مرجع سابق، ص336

<sup>122</sup> السنهوري عبد الرزاق، الوسيط "العقود التي ترد على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، ج5، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص154-155

إلا إذا إتفق على غير ذلك "أما القانون المدني المصري فقد تم حذف المادة التي تتعلق بذلك من قبل لجنة المراجع لان أحكامه مستمدة من القواعد العامة"<sup>123</sup>.

### المطلب الثاني: الآثار المترتبة على عقد الهبة:

لقد نظم القانون المدني الأردني والمصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني الآثار المترتبة على عقد الهبة التي منها جواز الرجوع في الهبة في بعض الحالات<sup>124</sup> وهذا ما يستفاد من نص المادة 861-866 من مجلة الأحكام العدلية ونص المادة 576 من القانون المدني الأردني حيث تضمنت :

"1-للوهاب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له قبل القبض يجوز للواهب أن يرجع في الهبة بدون رضا الموهوب له لأن الملك حينئذ غير تام.

2-وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له فان لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القاضي فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند الى سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع " أما ومن الأسباب التي تعتبر مقبولة للفسخ والرجوع بالهبة:<sup>125</sup>

1.أن يصبح الواهب بعد الهبة عاجزاً على أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته أو أن يعجز عن الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

2.أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حياً حتى تاريخ الرجوع أو أن يكون له ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا هو حي .

<sup>123</sup> المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء 4، ص 279

<sup>124</sup> الرشيد علي، الآثار الناشئة عن الرجوع في الهبة، مرجع سابق، ص 95

<sup>125</sup> نص المادة 577 من القانون المدني الأردني

3. إخلال الموهوب له بالتزاماته المشروطة في العقد دون مبرر أو إخلاله بما يجب عليه نحو الواهب أو أحد أقرابه بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه. نرى أن هذه الحالات جاءت على سبيل المثال، بحيث ان أي سبب معقول يراه القاضي يمكن إعتباره سبباً من أسباب فسخ الهبة والرجوع فيها.

أما القانون المدني المصري فقد نص بخصوص جواز الرجوع بالهبة على حالات: 1- يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب ذلك. 2- فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع".<sup>126</sup>

ونرى أن القانون المدني المصري أجاز للواهب الرجوع بالهبة بشرط قبول الموهوب له علماً أن القانون الأردني قبل القبض لم يطلب رضا الموهوب له للرجوع به.

وعليه في حالة عدم قبول الموهوب له يجب أن يكون هناك عذر يقبله القاضي حتى يحكم بالرجوع بالهبة للواهب، وإن انتفاء المانع من الرجوع سلطة محكمة الموضوع في تقدير ذلك العذر للرجوع في الهبة متى أوردت في حكمها الأسباب السائغة الكافية<sup>127</sup>.

ومثال على ذلك الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر وقد حكمت محكمة النقض المصرية بذلك حيث قررت في حكمها: "الخطبة وإن كانت تمهيداً للزواج وهي من مسائل الأحوال الشخصية إلا أن الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر - ومنها الشبكة - في فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل لأنها ليست ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً من شروطه إذ يتم الزواج صحيحاً بدونها ولا يتوقف عليها، ومن ثم يكون أنواع بشأن تلك الهدايا بعيداً عن المساس بعقد

<sup>126</sup> نص المادة 500 من القانون المدني المصري

<sup>127</sup> العطار أحمد، شرح القانون المدني، ج6، ط1، دار العدالة، القاهرة، مصر، 2011، ص192

الزواج وما هو متعلق به، ويخرج بذلك عن نطاق الأحوال الشخصية. وتعتبر من قبيل الهبات ويسري عليها ما يسري على الهبة من أحكام في القانون المدني، وقد أورد هذا القانون أحكام الهبة باعتبارها مالياً كسائر العقود واستمد أحكامه المرفوعة من الشريعة الإسلامية<sup>128</sup>.

ثم بين القانونين المذكورين موانع الرجوع بالهبة ومنها: "إذا كانت الهبة من أحد الزوجين لآخر أو لذي الرحم محرم ما لم يترتب عليها مفاضلة بين هؤلاء بلا مبرر، وإذا تصرف الموهوب له في الموهوب تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع في الباقي، وإذا زادت العين الموهوبة زيادة متصلة ذات أهمية تزيد من قيمتها أو غير الموهوب له الشيء الموهوب على وجه تبدل فيه اسمه، وإذا مات أحد طرفي العقد بعد قبضها، وإذا هلك الموهوب في يد الموهوب له فاذا كان الهلاك جزئياً جاز الرجوع في الباقي، وإذا كانت الهبة بعوض، وإذا كانت الهبة صدقة أو لجهة من جهات البر، وإذا وهب الدائن الدين للمدين .

وتضمن نص المادة 502 من القانون المدني المصري: أسباب رفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية: إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً. فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع في الباقي، وإذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له، سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي.

وعليه إذا طلب الواهب الفسخ وقدم عذراً مقبولاً فالقاضي لا يحكم بالفسخ إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة خلافاً للفسخ بالتراضي فليس ما يمنع<sup>129</sup>.

<sup>128</sup> نقض مدني جلسة 1963/10/24 س 14، ص 998، نقلاً عن العطار أحمد، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 192

<sup>129</sup> العطار أحمد، شرح القانون المدني، ج 6، مرجع سابق، ص 199



وتتطابق حكم هاتين المادتين مع نص المادة 536 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، مع أن المشرع الأردني يعتبر القبض شرطاً لتمام إنعقاد العقد على العكس من مشروع القانون المدني الفلسطيني حيث إعتبر القبض أثراً من آثار عقد الهبة<sup>130</sup>.

أما القانون المدني الفرنسي فبمقتضى تعريف القانون الفرنسي لعقد الهبة -والذي سبق تعريفه في المبحث الأول من هذا الفصل- لا يجوز الرجوع في الهبة، لكن يمكن استرجاع الأشياء الموهوبة إما في حالة وفاة الموهوب له فقط وقبله، وإما في حالة وفاة الموهوب له وفروعه قبله وهذا تضمنته نص المادة 951 من القانون المدني الفرنسي.

ومنع القانون الفرنسي أربع أنواع من الهبة وهي: هبة الأموال المستقبلية فقد نصت المادة 943 على: "لا يصح أن تشمل الهبة إلا الأموال الحاضرة للواهب فإذا اشتملت أموالاً مستقبلية فإنها تكون باطلة بالنسبة إلى هذا الأموال" وحكمت محكمة النقض الفرنسية حيث جاء بحكمها: "إن هبة مبلغ من المال ليدفع من أصول التركة بعد وفاة الواهب يمكن أن تشكل هبة أموال مستقبلية وتدخل في إطار المادة 943..."<sup>131</sup>.

والهبة التي تعقد تحت شرط يخضع تنفيذه لمحض إرادة الواهب، أي التي تقتنن بشروط إرادية وهذا نص المادة 944 من القانون المدني الفرنسي، والهبة بشرط دفع ديون الواهب المستقبلية، فقد جاء في المادة 945 أن: "الهبة تكون باطلة إذا علق على شرط الوفاء بالديون والتكاليف غير الموجودة وقت الهبة أو غير التي تبين في عقد الهبة أو في القائمة التي يجب أن تلحق بها". وسبب المنع هو ان يستطيع بهذا الشرط أن يعدم الهبة، يتعهد بالتزامات تستغرق الأموال

<sup>130</sup> المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص 595

<sup>131</sup> نقض مدني فرنسي 30 تشرين الثاني/نوفمبر 1937، نقلاً عن القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز 2009 الثامنة بعد

الموهوبة، علماً أنه لا يوجد ما يمنع صحة الهبة لكن بشرط دفع ديون الواهب الموجودة، وأيضاً الهبة مع احتفاظ الواهب بحق التصرف.<sup>132</sup>

وبعد البحث بآثار عقد الهبة، سنبحث ما هو حكم هلاك الشيء الموهوب ومن هو المسؤول عن هلاك الشيء وما الحكم في حالة تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب.

### المطلب الثالث: حكم هلاك الشيء الموهوب:

إن المشرعين في القوانين محل الدراسة قد نصوا في المواد المذكورة سابقاً أن من موانع الرجوع في الهبة هلاك أو تلف الشيء الموهوب في يد الموهوب له أياً كان سبب هذا الهلاك وذلك لأن الموهوب له لا يضمن ما يحدث للشيء الموهوب إلا بعد تسلمه لأن هذا الشيء أصبح ملكاً له. لكن إذا لم يهلك إلا جزءاً منه، وكان للواهب عذر مقبول للرجوع في الهبة<sup>133</sup>، فإنه يجوز للواهب أن يرجع في الجزء المتبقي، وذلك لإنتفاء المانع من الرجوع في هذا الباقي وهذا العذر المقبول لا يوكل في تقديره إلى الواهب وحده بل يراقبه في القضاء، فإذا رأى القاضي أن العذر الذي يقدمه الواهب للرجوع في هبته عذر مقبول أقره عليه ويقضي بفسخ الهبة، أما إذا كان رأى القاضي العكس إمتنع عن إجابة طلبه وأبقى على الهبة قائمة<sup>134</sup>، وهذا ما يستفاد من نص المادتين 576 أردني و 500 مصري و 536 مشروع الفقرة الثانية منهما والسابقات الذكر.

غير أن الرجوع في الهبة لا يكون إلا بالتراضي أو التقاضي وهذا ما استخلص من نصوص المواد السابقة، وذلك لأن الشيء الموهوب أصبح في ملك الموهوب له ومن ثم لا يرفع عنه إلا برضاء أو بالقضاء، ولذلك لا ضمان على الموهوب له في حالة الهلاك أو تلف الشيء الموهوب

<sup>132</sup> باشا محمد شرح القانون المدني "العقود المسماة، مرجع سابق، ص 191

<sup>133</sup> الخياري عبد الله، تبعة الهلاك في القانون اليمني، مرجع سابق، ص 456

<sup>134</sup> السنهوري عبد الرزاق، الوسيط، ج 5، مرجع سابق، ص 185-186

قبل مطالبة الواهب للموهوب له عن القاضي بالرجوع ف الهبة<sup>135</sup>، وفي هذا الصدد حكمت محكمة النقض المصرية: "بأن الرجوع بالهبة لا يصح الا برضا الموهوب له أو بقضاء القاضي"<sup>136</sup>، وبناءً على ذلك "قال البعض إذا هلك الشيء الموهوب أو تلف تحت يد الموهوب له بعد مطالبة الواهب عند القاضي للموهوب له بالرجوع في الهبة فإن القانون يجعل الموهوب له ضامناً للشيء الموهوب سواء كان الهلاك أو التلف قد حدث بإهمال من الموهوب له أو بغير إهمال منه"<sup>137</sup>، وهذا فيه تشديد على الموهوب له حيث يتحمل الموهوب له تبعه هلاك الشيء بمجرد مطالبة الواهب للموهوب له عند القاضي بالرجوع في الهبة.

وعليه فإن القانون المدني الأردني والمصري والمشروع الفلسطيني يجعل الموهوب له مسؤولاً عن هلاك الشيء الموهوب الا بعد صدور حكم قضائي بالرجوع في الهبة واعذار الموهوب له بتسليم الشيء الموهوب وهذا ما يستفاد من نص المادة 581 في فقرتها الثانية من القانون المدني الأردني: "أما اذا صدر حكم بالرجوع في الهبة وهلك الشيء في يد الموهوب له بعد اعذاره بالتسليم فإن الموهوب له يكون مسؤولاً عن الهلاك مهما كان سببه" وتطابق حكم هذه المادة مع المادة 504 في فقرتها الثانية من القانون المدني المصري و541 من مشروع القانون المدني الفلسطيني بالفقرة الثانية منهما.

<sup>135</sup> الخياري عبد الله، تبعه الهلاك في القانون اليمني، مرجع سابق، ص 757

<sup>136</sup> نقض مدني مصري، 1954\2\11، طعن رقم 80، ص 552، نقلاً عن الخياري عبد الله، تبعه الهلاك في القانون اليمني، مرجع

سابق، ص 757

<sup>137</sup> الخياري عبد الله، تبعه الهلاك في القانون اليمني، مرجع سابق، ص 757

ويأخذ حكم هلاك الشيء تغييره من حالة الى حالة حتى تزول صورته الأولى، كما لو كان الشيء الموهوب قمحاً فطحنت دقيقاً، أو طحيناً فأصبح خبزاً، وذلك لأن الشيء الموهوب قد زال بتغيير صورته، فأصبح الرجوع في الأصل متعذراً والموجود شيء آخر غير الشيء الموهوب<sup>138</sup>.

وهذا إذا كان سبب الهلاك راجعاً لخطأ الواهب أو الموهوب أو بسبب أجنبي لا يد له فيه، لكن ما الحكم لو هلك الشيء الموهوب بعد تسلّم الموهوب بسبب فعل أو خطأ الواهب قبل حصول تراضي أو تقاضي على الرجوع في الهبة؟ وللإجابة على ذلك نجد أنه لو هلك الشيء الموهوب قبل تسليمه بسبب أجنبي لا يد للواهب فيه فإن عقد الهبة يفسخ لاستحالة تنفيذه ويتحمل تبعه الهالك الموهوب له، لأنه لم يدفع مقابلاً حتى يسترده كما في عقد البيع أما الواهب فلم يخسر شيئاً، لأنه كان سيفقد الشيء الموهوب ولو لم ينحل عقد الهبة، إذ كان سينتقل الى ملكية الموهوب له<sup>139</sup>.

أما إذا كان هلاك الشيء الموهوب قبل التسليم راجعاً لخطأ الواهب، فإنه لا يكون مسؤولاً عن هذا الهلاك إلا إذا كان الخطأ أو الفعل الصادر منه عمداً أو خطأ جسيماً، وهذا ما نصت عليه المادة 496 من القانون المدني المصري: "لا يكون الواهب مسؤولاً إلا عن فعله أو خطئه الجسيم" ولا يوجد مقابل لهذه المادة في القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني، لكن لا يوجد ما يمنع الأخذ بها إستناداً للقواعد العامة بأن الشخص يكون مسؤولاً عن أي فعل كان بسبب خطأه وتعمره، لكن ما يمكن أخذه على حكم هذه المادة أنها اخذت بالخطأ الجسيم وأرى أن تحذف كلمة (جسيم) حيث أن الشخص مسؤولاً عن خطأه سواء كان جسيماً أو يسيراً.

<sup>138</sup> مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج4، ص291

<sup>139</sup> العاقل جمال الدين، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الهدى للطباعة، القاهرة، مصر، 1978، ص191

أما إذا استولى الواهب على الشيء الموهوب بعد تسليمه الى الموهوب له بغير رضا الموهوب له أو بغير صدور حكم قضائي بالرجوع في الهبة ثم حدث وأن هلك الشيء الموهوب كان الواهب ضامناً للموهوب له قيمة الشيء الموهوب سوء قد هلك تحت يده بإهمال منه أو بسبب أجنبي لا يد له فيه، وهذا ما جاء بنص المادة 581 في فقرتها الأولى من القانون المدني الأردني "إذا استعاد الواهب الشيء الموهوب بغير رضاه أو قضاء كان مسؤولاً عن هلاكه مهما كان سببه"

وكذلك نص المادة 504 الفقرة الأولى من القانون المدني المصري: "إذا استولى الواهب على الشيء الموهوب بغير التراضي أو التقاضي، كان مسؤولاً قبل الموهوب له عن هلاك الشيء سواء كان الهلاك بفعل الواهب أو بسبب أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الإستعمال". وتطابق حكم هذه المادة مع نص المادة 541 الفقرة الأولى من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

والتساؤل ما حكم هلاك الشيء تحت يد أمانة؟ ويد الامانه تعني حيازة الشيء أو امال نيابة لا تملكاً كالوديعة أو المستعير والمستأجر، وحكم هلاك الشيء المؤتمن أن واضع اليد أمانة لا يضمن ما هو تحت يده إلا بالتعدي أو التقصير<sup>140</sup>.

وما هو حكم تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب؟ إذا حدث وأن تصرف الموهوب له في العين الموهوبة تصرفاً نهائياً فزال عنه ملكيتها بأي سبب من الأسباب الناقلة للملك في البيع او الهبة أو زال ملكه بسبب من الأسباب المسقطه للملكية كالوقف، صارت الهبة لازمة وبالتالي يتمتع على الواهب الرجوع في الهبة، وذلك لأن قيام الموهوب له بإخراج الشيء الموهوب من ملكه وتمليكه لغيره أو إسقاطه إنما حصل بتسليط الواهب فلا يحق له بعد ذلك أن ينقض ما تم من جهته، ولأن تغير الملك يأخذ حكم هلاك الشيء الذي بموجبه يتمتع الواهب الرجوع في الهبة<sup>141</sup>.

<sup>140</sup> Al-eman.com يوم الجمعة بتاريخ 2018/12/28 الساعة 23:00  
<sup>141</sup> الخياري عبد الله، تبعة الهلاك في القانون اليمني، مرجع سابق، ص760.

كما أن في جعل التصرف في الشيء الموهوب مانعاً من الرجوع في الهبة يوفر الحماية للغير الذي إنتقل الملك اليه من الموهوب له لأنه يأمن رجوع الواهب عليه ويسترد العين منه إذا كان يجوز له الرجوع في هبته، غير أنه إذا لم يكن التصرف في الشيء تصرفاً نهائياً، كأن باع الموهوب له هذا الشيء مثلاً ثم فسخ هذا البيع أو صار باطلاً رجع الشيء الموهوب الى ملك الموهوب له فان هذا التصرف لا يمنع الواهب من الرجوع في هبته. وهذا أيضاً هو نفس الحكم في حالة ما إذا كان التصرف قد اقتصر على بعض الشيء الموهوب، فان حق الرجوع يظل قائماً في الجزء الباقي، وذلك لعدم وجود المانع من الرجوع بالنسبة إلى هذا الباقي<sup>142</sup>.

لكن إذا تنازع الواهب مع الموهوب له حول السبب المؤدي الى هلاك الشيء الموهوب على من يقع عبء اثبات ذلك؟

يجب لتحديد ذلك الرجوع الى القواعد العامة في الإثبات والتي تقضي بعبء الإثبات يقع بالدرجة الأولى على عاتق الدائن وهو هنا الموهوب له، وبالتالي إذا ادعى الموهوب له بأن الهبة صحيحة أو أن الشيء الموهوب قد هلك أو أنه قد تصرف فيه للغير قبل رجوع الواهب عن هبته، فإن عبء اثبات ذلك يقع عليه وإلا كان مسؤولاً أمام الواهب في حالة صدور الحكم بجواز الرجوع في الهبة وإعلانه بذلك<sup>143</sup>.

<sup>142</sup> السنهوري عبد الرزاق، ص187، نقلاً عن العمروسي أنور، العقود التي ترد على الملكية، مرجع سابق، ص340.

<sup>143</sup> السنهوري عبد الرزاق، الوسيط، ج5، مرجع سابق، ص154

## الفصل الثالث

### تطبيقات على قاعدة تبعة الهلاك

بعدما بحثنا أن مسألة تبعة الهلاك في مجلة الأحكام العدلية و القانون المدني الأردني والمصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني والفرنسي والتي ربطت مسألة تبعة الهلاك بالتسليم، والمقصود بالتسليم هنا هو التسليم الذي يتم بعد انتقال الملكية لأن الملكية تنتقل بمجرد إبرام العقد، إلا أن يوجد هناك حالات لا تنتقل فيها الملكية بمجرد إبرام العقد، كبعض الأنواع الخاصة بالبيع، فعلىنا بيان الأحكام الخاصة بها بالنسبة لقاعدة تبعة الهلاك فسيقسم هذا الفصل الى ثلاث مباحث كالاتي:

المبحث الأول: هلاك المبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية

المبحث الثاني: الهلاك في البيع الموصوفة

المبحث الثالث: هلاك المبيع في البيع الالكتروني

## المبحث الأول:

### هلاك المبيع مع الاحتفاظ بالملكية

الأصل أن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري بمجرد إبرام العقد إلا إذا كان نقل الملكية يترتب على إجراء معين تطلبه القانون ومع ذلك يجوز للمتعاقدين الإتفاق على الاحتفاظ بملكية المبيع لحين دفع كامل الثمن أو لحين تحرير العقد الرسمي وسيقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: البيع بالتقسيط

المطلب الثاني: تأخير إنتقال الملكية حتى تحرير العقد الرسمي

### المطلب الأول: البيع بالتقسيط

جاء الحكم المتعلق بالإتفاق على تأجيل دفع الثمن وكذلك تأجيل نقل الملكية للمشتري فنصت القوانين محل الدراسة هذا النوع من البيوع فأجاز القانون المدني الأردني للبائع تأجيل دفع الثمن على أن يعلق نقل الملكية إلى حين الوفاء بالثمن كاملاً على أن إذا تم استيفاء الثمن كاملاً تعتبر الملكية مستندة إلى وقت البيع وهذا ما تضمنته نص المادة 487 من القانون المدني الأردني وما يقابلها من نص المادة 430 من القانون المدني المصري، وما يقابلها من نص المادة 451 من مشروع القانون المدني الفلسطيني

ويرى منذر الفضل إلى أن البيع لو لم يكن مقترناً بهذا الوصف (أي وصف شرط دفع الثمن بالتقسيط)، وتأخر المشتري عن سداد الثمن جاز للبائع أن يطلب فسخ العقد لإخلال المشتري بالتزامه، كما يجوز تعليق البيع على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بدفع الثمن فتنتقل الملكية معلقة على شرط فاسخ، فإذا لم يف المشتري بالثمن زالت الملكية بأثر رجعي دون حاجة لحكم<sup>144</sup>.

<sup>144</sup> الفضل منذر، شرح القانون المدني "العقود المسماة"، مرجع سابق، ص 65



وهذا التأجيل يصح أن يكون سواء في المنقولات والعقارات، لكن بالغالب يكون في العقارات او المنقولات التي لها سجلات خاصة، و خلافاً للمادة 487 الفقرة الثانية السابقة الذكر فإن الملكية تنتقل من وقت التسجيل وليس من وقت البيع وهذا الأمر بديهياً دون النص عليه لان الملكية في العقارات والمنقولات التي لها سجلات خاصة لا تنتقل من وقت البيع إنما من وقت التسجيل وهنا سيكون كذلك الأمر.

وأن القاعدة المنصوص عليها في المادة 487 هي قاعدة مكملة وليس أمرة، أي يجوز الاتفاق على مخالفتها، فيجوز للمتعاقدین الإتفاق على أن الملكية تنتقل من وقت دفع الثمن حتى لو تم التسليم، إلا أن هذا الأمر لا يمكن تصوره في العقارات والمنقولات التي لها سجلات خاصة.

إلا ان اسناد انتقال الملكية إلى وقت البيع، أي ان انتقال الملكية يكون بأثر رجعي وليس بأثر مباشر من وقت الوفاء بكامل الثمن قد يثير إشكالية وهي التي ذكرها الدكتور محمد الزعبي في هذا أنه يترتب على ذلك أن المشتري يكون مالكاً من وقت البيع وليس من وقت الوفاء بالثمن، وأن البائع لم يكن مالكاً للمبيع في الفترة الواقعة ما بين وقت البيع والوقت الذي أدى فيه المشتري الثمن كاملاً. أي أن المبيع كان له مالكان يملكه كل واحد منهما كله، المرة الأولى يملكه البائع قبل الوفاء بالثمن والمرة الثانية أصبح يملكه المشتري في نفس الفترة بعد الوفاء بالثمن وهذا غير مقبول، كذلك بالنسبة لهلاك الشيء فإنه يكون في مثل هذه الأحوال على المشتري لأن تبعة الهلاك مقترنه بالتسليم<sup>145</sup>

<sup>145</sup> الزعبي محمد، العقود المسماة" شرح عقد البيع"، مرجع سابق، ص235

وعليه يجب أن تكون على البائع في هذه الحالة فإنه ليس صحيحاً أن تستند ملكية المشتري للمبيع وقت البيع بل يجب ان تكون من لحظة الوفاء بالثمن توافقاً مع القواعد القانونية المتعلقة بملكية الشيء وتبعية هلاكه.

أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فإنه يترتب على شرط الاحتفاظ بالملكية أن تظل المخاطر على عاتق البائع، حتى الوفاء بالثمن كاملاً، وذلك بإعتبار أن البائع سيظل مالكاً حتى هذا اللحظة<sup>146</sup>. وتنتقل الملكية والمخاطر الى المشتري، عندما يدفع الثمن كاملاً، وهذا أمر غير مقبول بدلالة نص المادة 1138- كما بحثنا سابقاً<sup>147</sup> فإذا كان المبيع تحت يد المشتري وهلك عنده فيتحمل تبعة هلاكه فليس من المعقول أن نحمل البائع تبعة هلاك المبيع وهو لم يسيطر سيطرة مادية عليه

وعليه المشرع في القانون المدني الأردني والمصري أقرّ بأن المشتري يتحمل تبعة الهلاك على الرغم من أن الملكية لم تنتقل الية ولأنه تسلم البيع (في حالة أنه تسلم المبيع) وكذلك القانون المدني الفرنسي بدلالة نص المادة 1138.

### **المطلب الثاني: تأخير انتقال الملكية حتى تحرير العقد الرسمي**

بما أن الملكية تنتقل بمجرد ابرام العقد، وأن المنقولات لم يشترط القانون فيها شكلية معينة كالتسجيل أو الكتابة، وبالتالي فالعقد يكون رضائياً وبمجرد تطابق الايجاب والقبول تنتقل الملكية، الا أن هذه القاعدة ليست امره بل مكملة يمكن اتفاق الأطراف على مخالفتها، بحيث يتم الاتفاق ان الملكية لا تنتقل الا بتحرير عقد، الا أن في التصرف بالعقارات او المنقولات التي لها

<sup>146</sup> teyssir.N.152، نقلاً عن بنداري محمد، الالتزام بالتسليم في عقد البيع، مرجع سابق، ص 457

<sup>147</sup> (ص 27)

سجلات خاصة لا يحتاج إلى اتفاق، لأن القاعدة في هذه الحالة هي قاعدة أمره، فيشترط التسجيل أو الكتابة التي تطلبها القانون وبغير ذلك يكون العقد باطلاً لأنه لم تتوافر فيها الشكلية القانونية، ولا تنتقل الملكية إلا بتسجيله ومراعاة الشكلية المطلوبة. إلا أن في القانون المدني الفرنسي بما ان القاعدة عنده أن انتقال ملكية العقار يتم كالمقولات بمجرد التراضي بين المتعاقدين وإن إجراءات الشهر، إنما تكون فقط للإحتجاج بالملكية في مواجهة الغير<sup>148</sup> فإن المتعاقدين قد يتفقا على إنتقال الملكية والمخاطر بينهما لا يتم بمجرد التراضي، وإنما يتم عن طريق إجراءات الشهر العقاري، وهو شرط معترف بصحته.

أما فيما يتعلق بتبعية الهلاك وكونها ارتبطت بالتسليم على الرغم من تأخر انتقال الملكية - وهذه من الاستثناءات التي ربطت فيها مسألة تبعية الهلاك بالتسليم دون حصول نقل الملكية- فإذا كان المشتري قد تسلم المبيع حتى لو كان لم تنتقل الملكية إلى حين تحرير العقد الرسمي يتحمل تبعية هلاك الشيء. وبما أنه هنا لم تنتقل الملكية إلى حين تحرير السند الرسمي فالمشتري هو متحمل تبعية هلاك الشيء لأنه تسلم المبيع حتى ولم تنتقل له الملكية. أما في القانون الفرنسي وبدلالة نص المادة 1138 وجدنا أنه إذا تسلم المشتري المبيع فيتحمل هلاكه حتى لو يكن مالكا للشيء.

---

<sup>148</sup> Cass.Civ.12Mars.1974.Bull.Civ.N.114، نقلاً عن بنداري محمد، الالتزام بالتسليم في عقد البيع، مرجع سابق،

## المبحث الثاني

### الهلاك في البيوع الموصوفة

هناك بعض البيوع التي تكون ذات وصف محدد، قد تختلف في بعض الاحكام عن باقي العقود الأخرى وبالأخص في مسألة تبعة الهلاك لذلك سنبحث في الهلاك في البيع الجراف والهلاك في البيع تحت التجربة وصورته البيع بشرط المذاق وسيقسم هذا المبحث إلى مطلبين وهي كالاتي:

المطلب الأول:الهلاك في البيع الجراف

المطلب الثاني:الهلاك في البيع بشرط التجربة.

### المطلب الأول: الهلاك في البيع الجراف

وفقاً للقواعد العامة التي تقتضي ضرورة تحديد مقدار محل المبيع ان كان من المثليات، وذلك من أجل تعيينه، وتعيين المحل تعييناً نافياً للجهالة، الا أن البيع الجراف قد يخرج عن هذه القاعدة، فما هو بيع الجراف ومن يتحمل تبعة الهلاك في هذا النوع من البيع، فسيقسم هذا المطلب إلى فرعين كالاتية:

الفرع الأول: مفهوم البيع الجراف

الفرع الثاني: تبعة الهلاك في البيع الجراف.

### الفرع الأول: مفهوم البيع الجراف

الجراف في اللغة يعني الأخذ بكثرة، فيقال جرف له في الكيل إذا أكثر .وجازف أي باع الشيء لا يعلم كيله ولا وزنه، والجراف الشيء الذي لا يعلم كيله أو وزنه<sup>149</sup>، وبيع الجراف هو ذلك البيع الذي يرد على مجموعة أشياء دون أن يحدد مقدارها بالوسائل المعتادة وإنما يحدد

<sup>149</sup> المعجم الوسيط، باب الجيم، مرجع سابق، ص142

بالمكان الذي توجد فيه، كما لو باع شخص جميع أكياس الرز أو الحنطة الموجودة بالمخزن<sup>150</sup>، ويعرف بأنه بيع مجموعة من الأشياء التي توجد في مكان معين دون تفصيل مفرداتها<sup>151</sup>، والذي يحدث في البيع الجزاف أن البيع يقع على أشياء من الموزونات أو المقيسات أو العدديات، ولكن لا يلزم لتعيينها اللجوء إلى الوزن والقياس أو العد، إنما يلزم لتعيينها تحديد المكان الموجودة فيه، وهي طريقة تنفي الجهالة الفاحشة عن المبيع، وعليه يمكن القول بأن البيع الجزاف يغني عن ذكر مقدار المبيع ولكنه لا يغني عن ذكر أوصافه<sup>152</sup>، علماً أن المبيع قد يكون قابلاً للعد أو الوزن أو القياس، إلا أن البيع لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير،<sup>153</sup> ويعتبر البيع جزافاً حتى لو كان مقدار الثمن متوقفاً على تعيينها بيان المقدار، كما لو باع شخص جميع صناديق التفاح الموجود بالمخزن على أن يكون سعر الصندوق الواحد عشرة دنانير، فالبيع يبقى جزافاً لأن مقدار المبيع تحدد بالمكان وهذا هو المهم.

ويرى علي العبيدي أن هذا البيع لا يكون إلا على المثليات فقط لأنها هي وحدها التي يستلزم لتعيينها بيان مقدارها<sup>154</sup>، ويرى محمد الزعبي إلى أنه ليس ما يمنع أن يكون البيع الجزافي على أشياء كالشعير والقمح، أو ان يكون على مجموعة من اللوحات الفنية أو الأعمال اليدوية المتقنة الصنع<sup>155</sup> ولم تنفق مع رأي محمد الزعبي حيث أن بيع المكيلات والموزونات والعدديات جزافاً وهي أشياء مثلية وهذا نص المادة 217 من مجلة الأحكام العدلية ولا إجتهد في مورد النص.

<sup>150</sup> العبيدي علي العقود المسماة "البيع والإيجار"، مرجع سابق، ص 50

<sup>151</sup> الحكيم فرج، البيع، البيع والمقايضة، ص 99، نقلاً عن الزعبي محمد العقود المسماة "شرح عقد البيع"، مرجع سابق، ص 230-

231

<sup>152</sup> العبيدي علي، العقود المسماة "البيع والإيجار"، مرجع سابق، ص 51

<sup>153</sup> الفضل منذر، شرح القانون المدني الأردني العقود المسماة، مرجع سابق، ص 70

<sup>154</sup> العبيدي علي، العقود المسماة "البيع والإيجار"، مرجع سابق، ص 51

<sup>155</sup> الزعبي محمد، العقود المسماة "شرح عقد البيع"، مرجع سابق، ص 232

وبما أن الأمر كذلك فعقد بيع الجزاف صحيحاً لأنه يتوافق مع القاعدة العامة لمحل المبيع وكل ما في الأمر أنه مقدار المبيع لم يحدد بالطرق المعتادة بالوزن أو العد أو الكيل أو القياس، إنما تم تحديده بالمكان ولكن هذا لا يمنع ذكر مواصفات المبيع وصفاً نافياً للجهالة. وعليه إذا كان تعيين المبيع متوقفاً على عده أو وزنه فهذا لا يعتبر بيعاً جزافاً إنما بيع بصورته العادية، إلا إذا كان عده أو وزنه لتحديد الثمن فقط وليس من أجل تعيين المبيع بهذه الحالة فإنه يعتبر بيع جزاف وهذا ما يستفاد من آخر نص المادة 486 من القانون المدني الأردني و429 من المصري و450 من المشروع الفلسطيني حيث تضمنت: "ويتم البيع جزافاً حتى لو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع "

#### الفرع الثاني: تبعه الهلاك في البيع الجزاف

إن ملكية المبيع في البيع الجزاف تنتقل إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به الأشياء المعينة بالذات وهذا ما نصت عليه المادة 486 من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها: "إذا كان البيع جزافاً إنتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات ويتم البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع "وهذا ما يقابلها بالقانون المدني المصري في المادة 429 ونص المادة 450 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وبما أن القانون قد نص صراحةً أن ملكية المبيع في البيع الجزاف تنتقل كالأشياء المعينة بالذات، وعليه فإن الملكية تنتقل بمجرد إبرام العقد وتكون تبعه الهلاك على البائع قبل التسليم ، بعكس الحال بالأشياء المعينة بالنوع التي تتوقف انتقال ملكيتها على الافراز. والملكية تنتقل إلى المشتري بمجرد تمام البيع ولو لو يقترن ذلك بالتسليم مع ضرورة مراعاة قواعد التسجيل إذا تم البيع على منقولات بحاجة إلى تسجيل لتنتقل ملكيتها، أو مراعاة الاتفاق عليه بشأن عدم انتقال ملكيتها إلى أن يقوم المشتري بدفع ثمنها إن كان مؤجلاً أو الانتهاء من دفع كل الأقساط إن كان البيع بالتقسيط<sup>156</sup>.

<sup>156</sup>الزعيبي محمد، العقود المسماة "شرح عقد البيع"، مرجع سابق، ص 232

وحكمت محكمة النقض المصرية حيث تضمن الحكم: "... متى كان البيع جزافاً فإن الملكية تنتقل إلى المشتري بمجرد تمام العقد ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع، كما يتم تسليم المبيع فيه بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ما دام البائع قد أعلمه بذلك<sup>157</sup> وعليه فإن المبيع يكون ملكاً للمشتري من لحظة تمام البيع، فبإمكانه أن يتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو أي تصرف قانوني باعتباره يتصرف في ملكه، كما أن جميع ثمار الشيء تكون ملكاً له، وفي ذات الوقت تكون مصاريف الشيء عليه أيضاً.

والقانون المدني الفرنسي كان صريحاً بهذا حيث نص المادة 1586: "يعد البيع تاماً في الحالة التي تباع فيها البضاعة جزافاً، ولو لم يتم وزنها أو عدّها أو قياسها بعد". وعليه فإن تبعة الهلاك تكون على المشتري إذا تسلّم الشيء في القانون المدني الفرنسي حتى لو تطلب القانون بعض الإجراءات الإدارية مثل تسليم ترخيص الشقة.

وفي القانون المدني الأردني والمصري فإن تبعة الهلاك تكون على البائع قبل التسليم، حتى وإن انتقلت الملكية إلى المشتري، لأن هلاك الشيء قبل التسليم سواء في بيع الجراف أو بيع التقدير (قبل الإفراز أو بعده) تكون على البائع، ولا تكون على المشتري إلا إذا اعذر البائع بالاستلام ولم يمتثل<sup>158</sup>، وبالتأكيد فإن بعد تسليم المبيع تكون تبعة الهلاك على المشتري. وكنا قد بحثنا أن البيع الجراف يحدد عن طريق المكان الذي يوجد فيه ولا يؤثر في ذلك إجراء الوزن أو الكيل أو العد لمعرفة ذلك إلا أنه كيف يمكن معرفة الثمن في حالة هلاك المبيع قبل وزنه أو كيله أو عدّه؟

<sup>157</sup>نقض مدني مصري 220 28-3-1968-س19 ، نقلاً عن أبو أسعد محمد، عقد البيع ، مرجع سابق، ص625

<sup>158</sup> أبو أسعد محمد، عقد البيع، مرجع سابق، ص219

والاجابة على ذلك أن البائع بصفته المطالب بالثمن يقع على عاتقه عبء اثبات كمية المبيع حتى يمكن معرفة الثمن الواجب على المشتري ويتم إثبات ذلك إذا كان تصرف قانوني مدني وتجاوز قيمته 200 دينار فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

### المطلب الثاني: الهلاك في البيع بشرط التجربة

يشترط المشتري في بعض الأحيان تجربة المبيع للتأكد من أنه صالح للاستعمال للغرض الذي يحتاجه أو مناسب لحاجته الشخصية فما هو هذا البيع وما هي أحكامه المتعلقة بهلاك المبيع وهو تحت التجربة، وبذلك سيقسم هذا المطلب إلى فرعين كالآتي:

الفرع الأول: مفهوم البيع بشرط التجربة

الفرع الثاني: هلاك المبيع خلال فترة التجربة

### الفرع الأول: مفهوم البيع بشرط التجربة

البيع بشرط التجربة هو البيع الذي يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة المبيع قبل شراؤه نهائياً<sup>159</sup>، "وعرفه البعض<sup>160</sup> أنه البيع الذي يتم الإتفاق فيه بين المتعاقدين على أن يكون للمشتري حق تجربة المبيع للتعرف على صلاحيته للغرض الذي يقصد شراؤه لأجله"، ويتبين من التعريفات أن القصد من تجربة أحد الأمرين: إما ليتبين للمشتري أن المبيع صالح للغرض المقصود منه وذلك لإختيار المواصفات المرادة، وإما ليتأكد أن المبيع يسد حاجته الشخصية ومدى ملائمة للمشتري. ويتوقف إبرام البيع البات والنهائي على نتيجة التجربة<sup>161</sup>.

<sup>159</sup> النداوي ادم، العقود المسماة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 36

<sup>160</sup> تناغو سمير، البيع، ص 85، نقلاً عن محمد العقود المسماة "شرح عقد البيع"، مرجع سابق، ص 67.

<sup>161</sup> منصور محمد، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص 60



ونجد أن الطبيعة القانونية لعقد البيع بشرط التجربة مختلف فيها، فالبعض كيف هذا العقد أنه وعد بالبيع من جانب واحد ولا ينعقد العقد إلا بعد إبداء المشتري رغبته واستبعد علي العبيدي هذا الاحتمال معللاً ذلك أن نصوص القانون جاءت صريحة في تقرير إنعقاد هذا البيع عند حصول الإتفاق عليه وليس عند إبداء المشتري رغبته بذلك<sup>162</sup>، "والبعض كيفه على أنه بيع معلق على شرط واقف وهو قبول المشتري للمبيع بعد تجربة المبيع إما قبول صريح أو بالسكوت لأن السكوت يعتبر حالة من حالات القبول أو أن يقوم المشتري بالرفض الصريح للمبيع بعد تجربته وقد يتبين أن البيع معلق على شرط فاسخ حسب الإتفاق والظروف"<sup>163</sup>.

ويرى محمد العبيدي إن ما يتفق مع الواقع العملي ونية الطرفين هو إعتبار هذا البيع معلقاً على شرط واقف، وهذا هو الأصل وليس هناك ما يمنع من إتفاق الطرفين على إعتباره معلقاً على شرط فاسخ<sup>164</sup>.

ويرى محمد الزعبي إن عقد البيع بشرط التجربة في القانون المدني الأردني، عقد منعقد صحيح ونافذ ويرتب، آثاره، لكنه غير لازم في حق المشتري الذي له أن يقبله وله أن يرفضه، وجاء بدلالة نص المادة 471 و 476 من القانون المذكور حيث ورد فيها كلمة (لزم البيع)، حيث تضمن نص المادة 471 في فقرتها الثانية: "إذا إنقضت مدة التجربة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع في مدة التجربة إلا بقدر ما تطلبه التجربة على الوجه المتعارف عليه فإن زاد في الإستعمال زيادة لا يقصد منها التجربة لزم البيع"، ويرى أن العقد بشرط التجربة هو عقد غير معلق على شرط واقف، لأنه إذا كان كذلك فإن العقد غير منعقد أصلاً وبالتالي لا يجوز للمتعاقد

<sup>162</sup> العبيدي علي، العقود المسماة"البيع والايجار، مرجع سابق، ص41

<sup>163</sup> النداوي ادم، العقود المسماة في القانون المدني، مرجع سابق، ص36

<sup>164</sup> العبيدي علي، العقود المسماة"البيع والايجار، مرجع سابق، ص41

أن يطلب تنفيذ الالتزام وهو حقه في تجربة المبيع<sup>165</sup>. علماً أن المشرع المصري قد نص صراحةً في المادة 421 الفقرة 2 على أن "يعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف وهو قبول البيع إلا إذا تبين من الإتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ"، وقد اتفق مشروع القانون المدني الفلسطيني مع القانون المصري ونص صراحةً في المادة 434 منه على أنه: "يعد البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف وهو قبول المبيع، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

ونجد أن عدم وجود نص صريح بالقانون المدني الأردني هو من جعل الآراء مختلفة في طبيعة العقد بشرط التجربة، ونوافق ما جاء به محمد الزعبي انه عقد غير لازم والعلة التي جاء بها أنه إذا كان هذا البيع مبني على شرط واقف فلا يستطيع المتعاقد ان يطلب تنفيذ الالتزام بتجربة المبيع لأنه العقد غير منعقد اصلاً، إضافة الى أن حكم البيع بعد الرضا بالمبيع يسري من وقت البيع وليس من تاريخ الإجازة وهذه دلالة واضحة على أنه عقد غير صحيح ونافذ ولكنه غير لازم بالنسبة للمشتري أما بالنسبة للبائع فهو لازم لأنه لم يجرب ولا يقبل ولا يرفض.

لم تأت المجلة بنصوص صريحة تنظم مسألة البيع بشرط التجربة وأتبعنا ذلك ضمن خيار الشرط التي حظي بتنظيم خاص في المجلة، ويمكن الاستدلال على موقف المجلة من الفقه الاسلامي ففي الفقه الاسلامي هو بيع معلق على شرط فاسخ لا واقف أي أن البيع منعقد ونافذ ولكنه مهدد بالزوال. ويمكن أن يكون اللبس هو بمسألة إنتقال الملكية التي سنبحثها بالفرع التالي.

<sup>165</sup> الزعبي محمد، العقود المسماة"شرح عقد البيع"، مرجع سابق، ص 69

## الفرع الثاني: هلاك المبيع خلال فترة التجربة

سنبحث في هذا الموضوع متى تنتقل الملكية في البيع بشرط التجربة إذا أجاز المشتري البيع، لأنه إذا لم يجزه يكون البيع كأن لم يكن، وبهذا نصت المادة 473 من القانون المدني الأردني على: "يسري حكم البيع بعد التجربة والرضى بالمبيع من تاريخ البيع" وكذلك في القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني، بمعنى أن الأثر الذي يترتب على العقد وهو إنتقال الملكية يكون من تاريخ تمام العقد وليس من تاريخ إجازته للعقد.

وهنا ملكية المبيع هي المعلقة على شرط واقف بالنسبة للبائع وبالنسبة للمشتري معلقة على شرط فاسخ وهو رفض المشتري للمبيع في فترة التجربة وإعلام البائع بذلك، وليس العقد بشرط التجربة هو المعلق على شرط كما إتجه إليه القانون المصري. وعليه إذا عبر المشتري عن إجازته للبيع يكون مالكا من وقت تمام العقد وليس من وقت الإجازة، بالتالي فإن التصرفات التي يبرمها المشتري خلال فترة التعليق تكون صحيحة ونافاذة وملزمة في حقه وتكون هذه التصرفات منه كمالك فيبيع ويؤجر ويهب، أما البائع فإذا تصرف بالمبيع خلال فترة التعليق فيكون قد تصرف في ملك الغير، فيكون ذلك موقوف على إجازة المالك وهو المشتري<sup>166</sup>.

ونجد أن إستعمال المشتري للمبيع في نطاق التجربة محدد بمدة التجربة التي إتفق عليها الطرفان فإذا لم يتفقا حملت على المدة المعتادة حسب ما جاء بنص المادة 470 من القانون المدني الأردني "يجوز البيع بشرط التجربة مع الإتفاق على مدة معلومة، فإن سكت المتبايعان عن تحديدها في العقد حملت على المدة المعتاد"، وإذا تجاوز في الإستعمال نطاقه (أي تجاوز مقتضيات التجربة) لزمه البيع وهذا ما يستفاد من نص المادة 476 من القانون المدني الأردني، أما القانون الفرنسي وحسب نص المادة 1588 فيدخل في البيع تحت شرط واقف البيع بشرط

<sup>166</sup>الزعيبي محمد، العقود المسماة شرح عقد البيع، "مرجع سابق، ص 79

التجربة، فالمشتري قد يحتفظ لنفسه بحق تجربة المبيع حتى يتأكد من مدى صلاحيته للغرض المخصص له<sup>167</sup>، وأن المتعاقدان يستطيعان الإتفاق على عكس هذا فيجعلان البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط فاسخ<sup>168</sup>، ولكن ما الحكم إذا هلك المبيع خلال فترة التجربة؟

حددت المادة 472 من القانون المدني الأردني أحكام هلاك المبيع في فترة تجرّيته حيث جاء فيها: "إذا هلك المبيع في يد المشتري بعد تسلمه لزمه أداء الثمن المسمى للبائع، وإذا هلك قبل التسلم بسبب لا يد للمشتري فيه يكون مضموناً على البائع"، وبهذا يكون المشرع الأردني قد فرق بين حالتين وهي هلاك المبيع قبل التسليم وهلاكه بعد التسليم، لكن هل كان موقف القانون المصري كذلك؟

وحسب القانون الأردني إن عقد البيع بشرط التجربة هو عقد صحيح ونافذ ولكنه غير لازم، بالتالي سوف تسري عليه أحكام الهلاك في صورة البيع العادي، فهلاك المبيع قبل التسليم للمشتري فان مسؤولية هلاكه تقع على عاتق البائع، علماً أن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري من وقت تمام البيع إلا أنها مهددة بخطر الزوال، وأن تبعة الهلاك أساسها التسلم فيكون المشتري هو المسؤول إلا إذا كان الهلاك بتعدٍ أو تقصير من البائع أو الغير فيكون هو المسؤول حتى لو كان بعد التسليم. أما إذا هلك بفعل المشتري إعتبر قابضاً للمبيع ولزمه الثمن المسمى وهذا يستفاد من نص المادة 472 المذكورة التي اشترطت حتى يكون ضمان المبيع على البائع قبل تسلمه ألا يكون الهلاك بفعل المشتري، وفي هذه الحالة يكون المشتري متسلاً حكماً.

هل يتعارض حكم الحاليتين السابقتين مع طبيعة البيع بشرط التجربة؟ وذلك لأن المشتري لم يقم بتجربة المبيع ولو أنه قام بتجربته لرفض المبيع، يؤدي ذلك إلى فسخ البيع وإعتبار العقد كأن لم يكن، وبالتالي فإن تبعة الهلاك تكون على عاتق البائع وهو المالك أصلاً وكذلك في حالة هلاك

<sup>167</sup> بنداري محمد، الالتزام بالتسليم في عقد البيع، المرجع السابق، ص 472

<sup>168</sup> Lorvellec.Th.246 ، نقلاً عن بنداري محمد، الالتزام بالتسليم في عقد البيع، المرجع سابق، ص 474.

المبيع وهو في يد المشتري فكيف يمكن إعتبارها قبضاً، فهو يقوم بتجربته ويمكن أن يقوم برفض المبيع فكيف يمكن إعتباره قبضاً وإلزامه بدفع الثمن المسمى؟

وأجاب محمد الزعبي على التساؤل بأن المشتري في البيع بشرط التجربة لا يشترط أن يجرب البيع حتى يجيز البيع أو يرفضه فالتجربة مسألة متروكة له، وأن التجربة ليس من ضروريات البيع بشرط التجربة، وأن هذا البيع صحيح ونافذ بحقه ولكنه غير لازم، وبالتالي البيع يرتب كل آثاره بما في ذلك نقل الملكية ويمكن التصرف فيه، وإن كانت تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع حسب القانون المدني الأردني، وعليه يكون إتلاف المشتري للمبيع هو إتلافه لملكه وهو من يتحمل ذلك ولا يكون مسؤولاً أمام أحد، وكل ما في الأمر أن يدفع الثمن للبائع وكانه قبض المبيع<sup>169</sup>.

أما إذا كان الهلاك راجعاً الى سبب اجنبي كالقوة القاهرة أو السبب الأجنبي ولا يد لأحد المتعاقدين بالهلاك، فأصبح تنفيذ التزام مستحيلاً وعليه لا يلزم البائع بشيء ولا يلزم المشتري بدفع الثمن، وينفسخ العقد بقوة القانون.

أما بالنسبة للقانون المدني المصري والمشروع الفلسطيني وكونهما إعتباراً أن البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف وهو قبول المبيع، الا إذا اتفق المتبايعان أو استخلص من الظروف أنه شرط فاسخ، فاذا هلك المبيع بسبب أجنبي وهو لا يزال تحت التجربة وقبل تبين مصير الشرط هلك على البائع لأنه المالك للمبيع تحت شرط فاسخ، ولأن الشرط إذا تحقق ويتعذر أن يتحقق في هذه الحالة فان المشتري لن يقبل المبيع بعد هلاكه ولم يكن لتحققه أثر راجع فيهلك المبيع على البائع وهو المالك لا على المشتري<sup>170</sup>، وبالتأكيد إذا هلك بفعل المشتري تكون عليه.

<sup>169</sup> الزعبي محمد، العقود المسماة "شرح عقد البيع"، مرجع سابق، ص 81-82

<sup>170</sup> العمروسي أنور، العقود التي ترد على الملكية، مرجع سابق، ص 62

وبما أن المشرع الفرنسي في المادة 1588 قد اعتبر البيع بشرط التجربة بيعاً تحت شرط واقف، بذلك فإن الملكية والمخاطر أثناء فترة التجربة تكون على عاتق البائع، فإذا لم تكن النتيجة مرضية للمشتري فإن الشرط الواقف يكون غير متحقق، وعليه فالعقد يعتبر كأن لم يكن، فتكون الملكية والمخاطر نتيجة لذلك على البائع، أما إذا كانت نتيجة التجربة مرضية للمشتري وعليه يكون الشرط قد تحقق ويكون البيع قد تم، وتكون الملكية قد إنتقلت للمشتري بمجرد تبادل الرضا، ولكن إذا كان المبيع تحت يد المشتري وهذا هو الاصل لأنه يريد تجربته فيتحمل تبعه هلاكه لأن تسلمه وذلك بدلالة المادة 1138 من القانون المدني الفرنسي.

"أما إذا اتفق المتبايعان على أن البيع يكون تحت شرط فاسخ أو تبين ذلك من الظروف، فبهذا تكون الملكية والمخاطر تنتقل الى المشتري بمجرد العقد ولكن إذا تحقق الشرط، فإن العقد يزول بأثر رجعي، فالمشتري يعتبر أنه لم يكن مالكاً أبداً في أي وقت من الأوقات، وتبقى أعمال الإدارة التي أجراها المشتري أثناء فترة الشرط، كما أن المخاطر التي تحقق أثناء الشرط تظل على عاتق المشتري<sup>171</sup>، وهذا يعني أن الشيء الذي هلك أثناء فترة الشرط، فلا يكون للمشتري حق إسترداد الثمن، وذلك لأن الشرط الفاسخ ليس إلا تطبيقاً معكوساً عن الشرط الواقف، فالبيع تحت شرط فاسخ هو في الحقيقة بيع منجز ويرتب جميع آثاره، ولكن فسخه يكون معلق على شرط واقف<sup>172</sup>، ونجد أن اختلاف المشرع الأردني مع المشرع المصري في تبعه الهلاك في البيع بشرط التجربة لأنه اختلاف طبيعة العقد بالنسبة لهم، وهذا دليل واضح ورداً على الرأي المؤيد الى إن عقد البيع بشرط التجربة في القانون الأردني معلق على شرط واقف او فاسخ حسب الاتفاق أو الظروف، ويمكن إعتبار موقف القانون المدني المصري خروجاً عن القاعدة (تبعه الهلاك مرتبط بالتسليم وجوداً وعدمياً).

<sup>171</sup> Lorvellec.Th.246 نقلاً عن بنداري محمد، الالتزام بالتسليم في عقد البيع، مرجع سابق، ص 474.

<sup>172</sup> Colin ET Capitant.N.884 نقلاً عن بنداري محمد، الالتزام بالتسليم في عقد البيع، مرجع سابق، ص 474.

ومن صور البيع بشرط التجربة البيع بشرط المذاق وهو البيع الذي يقوم فيه المشتري بتذوق المبيع ليرى مدى توفر الخصائص التي يرغب فيها، ويحصل ذلك في الأشياء التي لا يمكن معرفة نوعيتها وجودتها إلا بذوقها كالعسل واللبن<sup>173</sup>. إن القانون الأردني قد نظم أحكام البيع بشرط المذاق في مادة واحدة وهي المادة 477 من القانون المدني الأردني حيث نصت على أنه "تسري أحكام البيع بشرط التجربة على البيع بشرط المذاق إلا أن خيار المذاق لا يورث" ووعليه فإنه بالنسبة لأحكام الهلاك قبل التسليم فيتحمل تبعته البائع إلا إذا كان هلاكه بتعد وتقصير من المشتري فيتحمل تبعته هلاكه ويلزم بأداء الثمن المسمى للبائع، وبعد كما لو قبض المبيع، أما هلاكه بعد التسليم فيكون على المشتري.

أما القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني فنظم أحكاماً خاصة بالبيع بشرط المذاق ولم يكتف بجعله كالبيع بشرط التجربة، ولم يجعل البيع بشرط المذاق كالبيع بشرط التجربة انه معلق على شرط بل وجدنا أنه وعد بالبيع، وما يهم هي الأحكام الخاصة بهلاك المبيع في البيع بشرط المذاق، فقد نصت المادة 422 من القانون المدني المصري وما يقابلها من نص المادة 440 من مشروع القانون المدني الفلسطيني: "إذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل ان شاء، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها البيع الاتفاق أو العرف ولا ينعقد العقد إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان" وبالتالي إذا تم بيع المذاق يتم بقبول المشتري للمبيع، فإن ملكية المبيع لا تنتقل الا من وقت هذا القبول ويترتب على ذلك: إذا هلك الشيء قبل قبول المشتري، ففي بيع المذاق يكون هلاكه دائماً على البائع<sup>174</sup>.

<sup>173</sup> العبيدي علي العقود المسماة "البيع والايجار، مرجع سابق، ص45

<sup>174</sup> العمروسي أنور، العقود التي ترد على الملكية، مرجع سابق، ص64-65

نجد أن المشرع الأردني لم يكن موفقاً في وضع مادة واحدة خاصة بالبيع بشرط المذاق وإرجاع أحكامه إلى البيع بشرط التجربة لما يوجد فروقات تجعلهما مختلفين عن بعضهما، فكان من الأفضل أن يضع له أحكام خاصة أسوةً بالمشرع المصري والمشرع الفلسطيني.

ما هو حكم هلاك المقبوض في البيع على سوم الشراء وسوم النظر؟

أن البيع على سوم الشراء هو أن يأخذ المشتري من البائع مالاً على أن يشتريه مع تسمية الثمن. وعليه إذا هلك المقبوض على سوم الشراء يكون على المشتري إذا تسلم المبيع وكان الثمن مسمى وإذا لم يسمى الثمن فلا ضمان على المشتري إلا بتعد أو تقصير حسب ما جاء بنص المادة 527 من القانون المدني الأردني. أما البيع على سوم النظر فهو أن يقبض مالاً لينظر إليه أو يريه لآخر سواء بين ثمنه أو لا، ولا يضمن الأخير إذا هلك بلا تعد<sup>175</sup>، ولم يتضمن القانون الفرنسي والمصري نص يتعلق بهذه الحالة.

أما بخصوص شرط الخيار للمشتري فقد نصت عليها المادة 309 من مجلة الأحكام العدلية بحيث تضمنت إذا شرط الخيار للمشتري فقد خرج المبيع من ملك البائع وصار ملكاً للمشتري فإذا هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه يلزمه أداء الثمن المسمى للبائع.

<sup>175</sup> Qanon.ps زيارة بتاريخ 2018/11/2 الساعة 6:30م



## المبحث الثالث:

### هلاك المبيع في العقود عبر الانترنت

إن التقدم التكنولوجي قد انعكس على المجال القانوني وكان لعمليات التعاقد بالبيع والشراء حصةً بذلك، إضافة لتبادل المعلومات والملفات، وإن إبرام العقود وتبادل الملفات عن طريق الانترنت يثير اهتمام القاضي والفقير وجميع رجال القانون، وعليه يجب ملاحقة هذا التطور والتصدي لكافة الأمور والعمل على تنظيم أحكام جديدة تليق بالعقود الإلكترونية لما لها من خصائص خاصة بها. فالقاضي في هذا الوقت حبيس النصوص التقليدية ويلعب دوراً بالقياس عليها، أو بالاستنباط أحياناً من قوانين أخرى نظمت احكام او قوانين خاصة بهذا الشأن. وسنبحث في هذا المبحث مسألة تبعة الهلاك في البيع عبر الانترنت، وليس هذا فحسب بل سنبحث بموضوع هلاك الملفات التي ترسل الكترونياً بعد شراؤها وذلك بسبب الفيروسات، وبذلك سيقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: مفهوم البيع الالكتروني

المطلب الثاني: هلاك المبيع في عقد البيع الالكتروني

### المطلب الأول: مفهوم البيع الالكتروني

عقد البيع الالكتروني تعاقد يتم عبر الانترنت يطلق عليه مفهوم التجارة الإلكترونية. ولم يعرف المشرعون في القوانين محل الدراسة التجارة الإلكترونية أسوة بالتشريعات الأخرى، أما فيما يخص الموائيق الدولية المنظمة للتجارة الالكترونية، فمثلاً ما جاء بالقانون النموذجي للأمم المتحدة (الأونسترال) الذي اكتفى في البند ب من المادة الثانية بتعريفها: "تبادل البيانات الالكترونية" حيث نصت على أنه: "يراد بمصطلح تبادل البيانات الالكترونية نقل المعلومات الكترونياً من حاسوب الى حاسوب آخر" ونرى أن هذا التعريف شامل لأنه شمل العقود والاعمال التجارية وتبادل المعلومات والملفات. وما يهم من كل هؤلاء في هذا المطلب هي العقود

الإلكترونية وسنبحث في الأمور الأخرى في المطلب الثاني من هذا المبحث. والعقد الإلكتروني ونظراً لحدائثة هذا العقد فلم نجد تعريف قانوني له، ولا يخلو الأمر من تعريفات فقهية.

فيمكن تعريفه بأنه "العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات ويقصد إنشاء التزامات تعاقدية"<sup>176</sup>، وعقد البيع الإلكتروني هو: "ذلك الذي يتم إبرامه عبر شبكة الانترنت، فهو عقد عادي، إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها"<sup>177</sup>.

وعرف القرار بقانون رقم 15 لسنة 2017 المعاملات الإلكترونية الفلسطينية في نص المادة 2 على أنها: أي إجراء يقع بين طرف أو أكثر لإنشاء التزام على طرف واحد أو التزام تبادلي بين طرفين أو أكثر سواء كان ذلك يتعلق بعمل تجاري أو مدني أو أن يكون مع دائرة حكومية وتكون بوسائل الكترونية"<sup>178</sup>.

### المطلب الثاني: هلاك المبيع في عقد البيع الإلكتروني

لما كان لعقد البيع الإلكتروني خاصية التبادل عبر وسائل الكترونية فهل يختلف أحكام مسألة تبعة الهلاك عن البيع التقليدي الذي يتم بين حاضرين زماناً ومكاناً؟ فيجب معرفة متى تنتقل ملكية المبيع وكيف يتم التسليم حتى نحدد من يتحمل تبعة هلاك المبيع في البيع الإلكتروني وهل يخضع لقواعد البيع العادي؟ وعقد البيع الإلكتروني هو عقد رضائي، فعملية المساومة ما زالت تسود العقود الإلكترونية على اختلاف أنواعها وإن المستهلك له مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد لأخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة على شاشة الانترنت، ويستطيع الانتقال من

<sup>176</sup> خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، بدون طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 74

<sup>177</sup> قرار بقانون الفلسطيني رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الإلكترونية 60

<sup>178</sup> منصور محمد، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص 60

موقع لأخر واختيار ما يشاء وترك ما يشاء<sup>179</sup>. ونصت المادة 9 من القرار بقانون رقم المعاملات الالكترونية الفلسطيني رقم 15 لسنة 2017 على أنه: "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب والقبول بقصد انشاء التزام تعاقدي".

إن العقد الالكتروني كالعقد العادي ينقل الملكية بمجرد إبرامه أي مجرد تطابق الإيجاب مع القبول وهذا ما ذهب إليه المشرع الأردني والمشروع الفلسطيني وكذلك مجلة الأحكام العدلية وهي "نظرية إعلان القبول" التي تذهب إلى أنه يتم العقد بمجرد اعلان القابل قبوله، بينما القانون المدني المصري أخذ بنظرية "العلم بالقبول" بحيث يكون العقد منعقد في المكان والزمان الذي علم فيهما الموجب بقبول القابل.

وإن القرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية قد اعتبر بنص المادة 13 منه أن رسالة المعلومات تعتبر قد أرسلت من وقت دخولها الى نظام المعلومات ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. ونرى أن هذه النظرية هي نظرية إعلان القبول.

والقانون الذي يحكم العلاقة هو القانون النافذ وقت إعلان القبول من حيث الزمان، وقانون اعلان العقد من حيث المكان<sup>180</sup>، ولا تتطلب العقود الالكترونية باعتبارها من العقود الرضائية شكلاً معيناً للقبول، فيمكن أن يكون من خلال ارسال كلمة المرور أو من خلال الضغط على الفأرة أو من خلال استخدام وثيقة الشراء، أو عن طريق مباشرة إجراءات الدفع الالكتروني، ويمكن أن

<sup>179</sup> التكروري عثمان، الوجيز في شرح القانون التجاري، ج1، ط2، المكتبة الأكاديمية، فلسطين، 2014، ص276

<sup>180</sup> خاطر نوري والسرحان عدنان، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص79-80

يكون النقر على الفأرة أحد الاشكاليات لأنه بإمكان أي شخص فعل ذلك أو أن تكون النقر قد حدثت سهواً، لذلك يلزم بأن يكون هناك وسائل لإثبات عملية النقر<sup>181</sup>.

لكن ماذا عن حالة عرض البضاعة على موقع "ويب" وفي هذه الحالة يكون الإيجاب عاماً؟ خاصةً وأنه يمكن أن يبدي عدد كبيراً قبولهم للتعاقد، ويكون المخزون غير كافٍ، وتلافياً لهذا الإشكالية ينصح بعض الخبراء الشخص الذي يصدر عنه الإيجاب ان يوضح في عرضه أنه هذا ليس سوى دعوة للتعاقد كوضع عبارة "لا يؤلف العرض وثيقة للتعاقد"، إلا أنه إذا كان الإيجاب والقبول عن طريق البريد الالكتروني فيكون الإيجاب والقبول في هذه الحالة كالتعاقد في البيع العادي .

إن بعض التشريعات كالفرنسي مثلاً قد أعطت أحقية المستهلك في العقد الالكتروني بالعدول عن القبول لأن المستهلك ليس لديه الامكانية الفعلية لمعاينة البضاعة، خلافاً للقاعد العامة في القوة الملزمة للعقد، وقد قصر المشرع الفرنسي حق العدول على المنتجات دون الخدمات<sup>182</sup>. أما فيما يتعلق بهلاك المبيع المادي الذي تم شراؤه عن طريق الانترنت، وحيث أن الأصل أن يسلم البائع المشتري المبيع بالحالة التي كان عليها عند التعاقد، وعليه فان العقد ينعقد من لحظة اعلان القابل لقبوله، وبذلك تنتقل الملكية للمشتري، وعلى البائع أن يقوم بتسليم المبيع، والتسليم في مثل هذا البيع يكون تسليماً مادياً، وبالواقع يتم توصيل السلعة الى المكان المتفق عليه، الا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك. ونظراً لأن التسليم يعد المظهر الحقيقي الذي تتجسد فيه الملكية، فان تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم، فالبائع سوء كان مهني او محترف أو شخص

<sup>181</sup> التكروري عثمان، الوجيز في شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص282

<sup>182</sup> التكروري عثمان، الوجيز في شرح القانون التجاري ، المرجع السابق، ص284

عادي في عقد البيع الإلكتروني هو الذي يتحمل تبعه الهلاك الذي يحدث قبل التسليم<sup>183</sup>، أما بعد التسليم وبما أن البائع قد نفذ التزامه فيكون المشتري هو الذي يتحمل تبعه الهلاك، ويرجع إلى ذلك حسب عقد البيع العادي. لا أنه هذا بالنسبة لشراء الماديات كالأجهزة الكهربائية أو الملابس، لكن هناك بيع من نوع آخر وهو شراء شيء معنوي غير ملموس كالملفات والاستشارات القانونية أو الطبية وغيرها فهل يختلف الحكم في هلاكها؟ إن أجهزة وبرامج الحاسوب تكون محلاً للتعاقد أيضاً بين المنتج أو الموزع والبائع من جهة والمستخدم أو العميل من جهة أخرى، ويقع على عاتق منتج البرنامج التزاماً بحسن النية في تنفيذ العقد إضافة لضمان المبيع وعلى المهني أضاف إلى ذلك الالتزام بسلامة البرنامج. فإذا تبين فإذا تبين أن الأجهزة والبرامج مصابة بفيروس كان للعميل الحق في الرجوع على المنتج أو المهني أو الموزع وبإمكانه أيضاً الرجوع عليهم جميعهم وذلك حسب قواعد المسؤولية العقدية. ويعتبر فيروس الحاسب عيباً خفياً<sup>184</sup>، والعيب يجب أن يؤثر في الانتفاع في المبيع وأن يؤدي إلى جعل المبيع غير صالح للغرض الذي تم شراؤه من أجله<sup>185</sup>، ومن المؤكد أن فيروس الحاسب يعتبر عيباً مؤثراً نظراً لإثاره المدمرة.

ويشترط أن يكون العيب قديم أو يكون خفي وموجوداً في المبيع قبل تسلمه، وإن لم يطرأ عليه إلا بعد البيع، أما العيب الطارئ على المبيع بعد تسلمه فلا يضمنه البائع<sup>186</sup>، ومن السهل على المحكمة أن تعرف إذا كان العيب قد حدث قبل البيع أم بعده وذلك عن طريق الاستعانة

<sup>183</sup> <http://www.droitentreprise.com> زيارة بتاريخ 2018/2/27 الساعة 10:00 ص

<sup>184</sup> منصور محمد، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص 262

<sup>185</sup> النداوي ادم، العقود المسماة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 61

<sup>186</sup> منصور محمد، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص 262

بالخبراء. فإذا حدث العيب بعد البيع وقبل التسليم في هذه الحالة يعتبر العيب قديماً ويكون البائع مسؤولاً عنه وكأنما حدث العيب قبل البيع، وهناك حالات لا يضمن فيها البائع العيب وهي:

1. إذا كان العيب ظاهراً وقت تسلم المبيع ورضي به، فيكون قد نزل عن حقه<sup>187</sup>، إضافة إذا قام البائع ببيان العيب الموجود في المبيع كان غير مسؤول عن هذا العيب، لأن العيب أصبح ظاهراً وليس خفياً، أما ما أبقاه مخفياً فيكون مسؤولاً عنه<sup>188</sup>.

2. إذا اشترى المبيع وهو عالم بما في المبيع من عيب أي أن المشتري يعلم قبل التعاقد والاقدم على الشراء بوجود هذا العيب، أو رضي بالمبيع بعد اطلاعه عليه أو بعد علمه من آخر عليه<sup>189</sup>، أو اثبت البائع ان المشتري يستطيع أن يتبين بنفسه بوجود العيب لو أنه قام بفحصه بعناية الرجل المعتاد. ويترتب على الضمان أنه إذا كان العيب جسيماً يكون المشتري بالخيار بين الفسخ أو إبقاء المبيع مع التعويض وهذا وفقاً للقواعد العامة للتعويض، أما إذا كان العيب يسيراً فلا يكون للمشتري سوى التعويض. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية: "لا يلزم البائع بضمان المبيع إذا علم المشتري وقت البيع بالعيب الذي يصيب هذا الشيء"<sup>190</sup>

ويجري العمل على إعطاء المشتري أو المستخدمة شهادة ضمان صلاحية البرنامج أو الجهاز وخلوه من الفيروس مدة معينة، ويبدأ سريان هذه المدة من وقت البيع أو التسليم، ويلتزم البائع بالضمان بمجرد اكتشاف الفيروس قبل نهاية مدة الضمان، أو بعد ذلك طالما ثبت وجوده، ويقع عبء اثبات بداية الفيروس على المشتري، وإن مجرد حدوث الخلل أثناء فترة الضمان يعد قرينة

<sup>187</sup> أبو أسعد محمد، عقد البيع، مرجع سابق، ص 337

<sup>188</sup> الزعيبي محمد، العقود المسماة شرح عقد البيع، مرجع سابق، ص 405

<sup>189</sup> النداوي ادم، العقود المسماة في القانون المدني مرجع سابق، ص 63

<sup>190</sup> نقض فرنسي رقم 13، 1 أيار، 1980، مدنية 1، رقم 165 نقلاً عن القانون المدني الفرنسي بالعربية،

على أن الخلل مرتبط بعيب في صناعة البرنامج أو الجهاز وتصميمه، ويتعلق الأمر بقرينة بسيطة يمكن للبائع إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات، حيث يقيم الدليل على أن الخلل راجعاً إلى سبب أجنبي، كخطأ المشتري في عدم إتباع التعليمات أو خطأ العير أو القوة القاهرة ويترتب على الضمان إلزام المنتج بإصلاح الخلل أو إستبدال الجهاز إلا أن هذا ليس كافٍ لأنه يجب أن يضمنه بعد ذلك -أي بعد فترة الضمان- وأن مثل هذا يحصر مسؤولية البائع أو المنتج في أضيق نطاق من خلال الشروط التي ترد في وثيقة الضمان<sup>191</sup>، ورفض القضاء الفرنسي مثل هذا الشرط، وأكد على عدم جواز إعفاء المنتج والمهني في مواجهة المستهلك من المسؤولية العقدية ويحاول القضاء الفرنسي التوسع في مفهوم الخطأ الجسيم فبمجرد علم المنتج او المهني بالضرر الذي سوف يصيب المستهلك إعتبر ذلك من قبيل الخطأ الجسيم وبالتالي سقط شرط الإعفاء<sup>192</sup>.

---

<sup>191</sup> منصور محمد، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص 364

<sup>192</sup> خاطر نوري والسرحان عدنان، شرح القانون المدني "مصادر الحقوق الشخصية"، مرجع سابق، ص 324

## الخاتمة

بعد البحث في موضوع أثر انتقال الملكية على تبعه الهلاك كدراسة مقارنة بين كل من مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ومشروع القانون المدني الفلسطيني "المطبق بغزة". توصلنا للنتائج والتوصيات الآتية:

### النتائج:

1. ارتبطت مسألة تبعه الهلاك في مجلة الأحكام العدلية القانون المدني الأردني والمصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني والفرنسي بالملكية وبالتسليم في بعض الأحيان، والمقصود بالتسليم هنا هو التسليم الذي يتم بعد انتقال الملكية لأن الملكية تنتقل بمجرد إبرام العقد، إلا في الحالات التي لا تنتقل فيها الملكية بمجرد إبرام العقد، فتكون مرتبطة بالتسليم فقط.
2. إذا كان الهلاك قبل التسليم بسبب القوة القاهرة أو الحادث الفجائي انفسخ العقد بقوة القانون وللمشتري استرداد ما أداه من ثمن. وعليه يكون البائع هو من تحمل تبعه الهلاك، أما إذا كان الهلاك جزئياً فهنا يخير المشتري إن شاء فسخ العقد أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن، وخيار الفسخ حق مقرر للمشتري دون البائع.
3. وإذا كان سبب الهلاك بفعل الدائن (المشتري) وحده فلا مسؤولية على المدين (البائع) ويكون قابضاً للمبيع ويلزمه أداء الثمن، وهنا الخطأ معياره عناية الرجل المعتاد، أما إذا كان الخطأ مشترك بين الدائن والمدين، فعندئذٍ يعتبر كل من الدائن والمدين مسؤولان عن الهلاك بالمناصفة إلا إذا تمكن القاضي من تحديد جسامته كل خطأ على حده، أما إذا استغرق أحد الخطأين الآخر فيتعدت بالخطأ الذي يفوق الخطأ الآخر.
4. إذا كان سبب الهلاك هو فعل الغير وحده فلا مسؤولية على المدين، ويكون للمشتري الحق في الفسخ وإن شاء أجاز له حق الرجوع على المتلف بالضمان، وإذا كان الهلاك جزئياً



كان للمشتري أما فسخ العقد أو أخذ الباقي بحصته من الثمن أو إمضاء العقد في المبيع كله بالثمن المسمى والرجوع على المتلف بالضمان.

5. إذا هلك المبيع كلياً بعد تسلمه للمشتري أو لمن ينوب عنه فإن تبعة الهلاك تكون على المشتري، وأيضاً إذا كان الهلاك جزئياً فيتحمل المشتري هلاك بعض المبيع ولا يختلف الحكم إذا كان سبب الهلاك قوة قاهرة أو حادث فجائي.

6. إذا هلك المبيع المحتبس عند البائع بفعل البائع، يخير المشتري بالفسخ وبين دفع الثمن وتغريم البائع قيمة المبيع، أما إذا هلك بفعل المشتري فهو مضمون عليه، وإذا هلك بفعل أجنبي يكون للمشتري الخيار أن شاء فسخ العقد وإن شاء دفع الثمن وغرم البائع قيمة المبيع، لكن إذا هلك المبيع المحتبس عند البائع بسبب عدم دفع المشتري الثمن فيتحمل المشتري تبعة هلاكه ما لم يكن هلك بفعل البائع.

7. إذا وضع المشتري يده على المبيع قبل دفع الثمن وبغير إذن البائع ثم هلك المبيع في يده فيتحمل المشتري تبعة هلاكه.

8. قواعد مسألة تبعة الهلاك جميعها جاءت مكتملة وليس أمراً فهي لا تتعلق بالنظام العام، وبما أنه كذلك فليس ما يمنع من الاتفاق بين البائع والمشتري على أن المشتري يتحمل تبعة الهلاك قبل التسليم، كما يجوز أن يتفق المتعاقدين على ربط مسألة تبعة الهلاك بالملكية حتى لو لم يحصل التسليم.

9. الهبة لا تتم إلا بالقبض ولا يتم العقد إلا إذا قبض الموهوب له الشيء الموهوب، وعليه الذي يتحمل تبعة الهلاك فهو الموهوب له (الدائن) أي كان سبب الهلاك بعد تسلمه له، أما إذا هلك جزءاً من الشيء الموهوب وكان للواهب عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة، فإنه يجوز للواهب أن يرجع في الجزء المتبقي، أما إذا لم يوجد عذراً مقبولاً تبقى الهبة قائمة، وبالطبع

إذا كان الهالك راجعاً لخطأ الواهب كالاستيلاء على الشيء الموهوب دون رضا الموهوب له يكون مسؤولاً عن فعله، والقانون المصري اشترط أن يكون الخطأ جسيماً.

10. إذا صدر حكم قضائي بالرجوع بالهبة وهلك الشيء في يد الموهوب له بعد إعداره بالتسليم فيكون الموهوب له مسؤولاً عن هذا الهالك ولو كان بسبب أجنبي.

11. في البيع بالتقسيط المشتري يتحمل تبعه الهالك على الرغم من أن الملكية لم تنتقل الية ولأنه تسلم البيع (في حالة أنه تسلم المبيع). وعملياً أصبحت الملكية تنتقل الى المشتري قبل دفع الأقساط.

12. إذا تم الاتفاق على تأجيل نقل الملكية حتى تحرير العقد الرسمي وهلك الشيء فإن المشتري يتحمل تبعه هلاكه إذا كان متسلاً للمبيع.

13. في البيوع الموصوفة كالبيع الجراف والبيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق فتبعة الهالك على المشتري اذا تسلم المبيع حتى ولو لم تنتقل له الملكية لأنه حين إعلان قبوله فإن أثر العقد يرجع إلى وقت إبرام العقد وليس من وقت الإعلان.

14. مسألة تبعة الهالك في البيع الإلكتروني في بيع الماديات كالبيع العادي، أما بالنسبة لبيع الملفات والاستشارات وغيرها فهي تعتبر كالعيب الخفي بشروطه (أن يكون قديم وخفي ومؤثراً) فيكون البائع مسؤولاً عن هذا العيب، فإذا كان العيب ظاهراً أو قام البائع ببيانه عند الشراء ورضي المشتري بالعيب بعد معرفته به فلا يكون البائع مسؤولاً عن ذلك.

15. كان للقضاء دور كبير في مسألة عدم جواز إعفاء المنتج والمهني من المسؤولية العقدية تجاه المستهلك، ويحاول القضاء الفرنسي التوسع بفكرة الخطأ الجسيم فبمجرد علم المنتج أو المهني بالضرر الذي سوف يصيب المستهلك اعتبر ذلك من قبيل الخطأ الجسيم وبالتالي يسقط شرط الإعفاء.

## التوصيات:

1. نوصي المشرع أن يكون سجلات خاصة لتسجيل عقود شراء المنقولات أسوةً بالعقارات، بحيث يسهل معرفة وضع المبيع المنقول قبل إتمام العقد.
2. نوصي المشرع الفلسطيني بإيجاد معياراً موحداً واضحاً ينظم بها مسألة تبعة الهلاك وينظم باباً خاصة لهذا الموضوع.
3. نوصي المشرع الفلسطيني أن ينظم نصوص وأحكام تتعلق ب"الهلاك بفعل الغير" كما فعل المشرع الأردني
4. نوصي المشرع الفلسطيني أن ينظم أحكام الهلاك الجزئي كالقانون المصري بحيث لا يفسخ العقد إلا إذا كان الهلاك جسيماً أما إذا كان بسيطاً فلا يخل بطبيعة الشيء ولا يمنح المشتري حق الفسخ مع الاحتفاظ بحقه بإنقاص الثمن.
5. نوصي المشرع الأردني بأن ينظم أحكاماً خاصة للبيع بشرط المذاق كالقانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني فلا يكتفٍ بجعله كالبيع بشرط التجربة.
6. نوصي المشرع الفلسطيني بالأخذ بنظرية العلم بالقبول وليس إعلان القبول لأن مشكلة نظرية إعلان القبول هي أن متى يعلم الموجب بقبول من وجه الإيجاب.
7. نوصي بعقد دورات وندوات قانونية تتعلق بمسألة تبعة الهلاك.

## المصادر:

- مجلة الأحكام العدلية
- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976)
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948).
- القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون).
- المذكرات الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني(2003).
- المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري.
- قرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية رقم (15) لسنة 2017 .
- القانون النموذجي للأمم المتحدة (اليونيسترال).

## المعاجم:

- انيس ابراهيم وعطية الصوالحي المعجم الوسيط باب الواو ط2، 1972
- عبد السلام هارون، المعجم الوجيز باب الباء، مصر، 1994.

## المراجع:

- ادم النداوي، العقود المسماة في القانون المدني "البيع والايجار"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
- أحمد العطار، شرح القانون المدني، ج6، ط1، دار العدالة، القاهرة، مصر، 2011.
- أشرف أبو حسين التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، بدون طبعة، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009.

- أمين دواس ومحمود دودين، عقد البيع في مجلة الأحكام العدلية الوكالة الامريكية للتنمية الدولية، بدون طبعة، بدون مدينة، 2013.
- أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002.
- جمال الدين العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، بدون طبعة، دار الهدى للطباعة، القاهرة، مصر، 1978.
- جميل الشرفاوي، شرح العقود المدنية "البيع والمقايضة"، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991.
- خالد ممدوح، ابرام العقد الالكتروني، بدون طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.
- رمضان كامل، المشكلات التي يثيرها عقد البيع العرفي، ط2، دار الالهي لتوزيع الكتب الجامعية، بدون مدينة، 1998.
- سمير تناغو، مصادر الالتزام، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.
- عبد الرحمن محمد شريف، أسباب كسب الملكية (الحيازة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، ج1 "نظرية الالتزام"، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، العقود التي ترد على الملكية" الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

- عبد الناصر توفيق العطار مصادر الالتزام، مطبعة مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، مصر، 1990.
- عثمان التكروري وأحمد سويطي، مصادر الحقوق الشخصية، المكتبة الاكاديمية، فلسطين، 2016.
- عثمان التكروري، أحكام الالتزام، المكتبة الاكاديمية، فلسطين، 2014.
- عثمان التكروري، الوجيز في شرح القانون التجاري، ط2، المكتبة الاكاديمية، فلسطين، 2014.
- عثمان التكروري، مدخل الى علم القانون، ط4، مكتبة دار الفكر أبو ديس، 2013.
- علي الرشيدى، الاثار الناشئة عن الرجوع في الهبة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010.
- علي العبيدي، العقود المسماة "البيع والايجار"، ط1، الإصدار الثالث، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009.
- محمد أبو اسعد عقد البيع، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2000.
- محمد باشا، شرح القانون المدني "العقود المسماة"، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.
- محمد قدري باشا، مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان، الدار العربية للتوزيع والنشر، عمان، الأردن، ط1، 1987.
- محمد منصور، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

- محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة "شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني"، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 2004.
- منذر الفضل وصاحب الفتلاوي، شرح القانون المدني "العقود المسماة"، ط3، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1996.
- نوري خاطر وعدنان السرحان، شرح القانون المدني "مصادر الحقوق الشخصية"، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2012.
- بدائع الصنائع، ج5.

#### الرسائل الجامعية:

- طلال أبو مالك، تبعة الهلاك في الالتزام التخييري البدي في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير غير منشورة، الأردن، 2010.
- عبد الله الخياري، نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، مصر، 1994.
- علي أحمد مرغي، فسخ العقد في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 1393 هجري.
- محمد بنداري، الالتزام بالتسليم في عقد البيع، رسالة ماجستير جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 1990.
- محمد زكي عبد البر، نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، القاهرة، مصر، 1950.
- ياسر ضبابات، هلاك المبيع بعد إبرام العقد وقبل التسليم، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2012.

## أبحاث منشورة:

- إسماعيل محمد شندي، أحكام حبس المبيع لاستيفاء الثمن بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، منشورة في مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، 2008.
- حيدر الشمري، أحكام هلاك المبيع أو تعييبه في خيار التعيين خلال مدة الخيار "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة اهل البيت، عدد 5
- خالد علي سليمان بني أحمد الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة ال البيت، الأردن، 2006.
- سليمان مرقص، جمع هدى النمير بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية بحث منشور، القاهرة، مصر، 1987.
- عمار الزعبي، دفع مسؤولية المنتج عن طريق اثبات السبب الأجنبي بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، تونس، 2015.
- محمد يوسف الزعبي، مدى قوة التسجيل في البيوع العقارية في سجل الأراضي الأردني، بحث منشور في مجلة دراسات الجامعة الأردنية، مجلد 13، العدد 9، الأردن، 1986.

## قرارات المحاكم :

- محكمة التمييز الأردنية، المبدأ رقم 225، لسنة 1965، مجلة نقابة المحامين، ص 1365
- نقض مدني مصري، 73، لسنة 7ق، جلسة 1938\2\3.
- نقض مدني مصري، الطعن رقم 784 لسنة 45.
- نقض مدني مصري 1932/12/8.
- نقض مدني مصري 220 28-3-1968-س19.



- نقض مدني مصري، 11\2\1954، طعن رقم 80، ص 552.
- نقض مدني مصري جلسة 1963/10/24 س 14، ص 998.
- نقض مدني فرنسي رقم 13، 1 أيار، 1980، مدنية 1، رقم 165.
- نقض مدني فرنسي 30 تشرين الثاني/نوفمبر 1937.
- استئناف مدني رقم 132 1997 جلسة 12-1998 عن المقتفي.

#### المواقع الالكترونية:

- المقتفي.
- <http://www.droitentreprise.com>
- Qanon.ps
- AL-Eman.com

## المحتويات

إقرار .....	خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
ج .....	الشكر والتقدير
د .....	مُلخَّص
ز .....	Abstract
1 .....	مقدمة:
2 .....	أهمية الدراسة:
3 .....	نطاق الدراسة:
3 .....	منهج الدراسة:
3 .....	إشكالية الدراسة:
4 .....	أهداف الدراسة:
4 .....	أسئلة الدراسة:
4 .....	خطة الدراسة:
5 .....	تقسيم الدراسة:
5 .....	الدراسات السابقة:
8 .....	<b>الفصل الأول تبعة الهلاك في العقود الملزمة لجانبين (عقد البيع)</b>
9 .....	المبحث الأول: عقد البيع وخصائصه
11 .....	المبحث الثاني: تحمل التبعة في عقد البيع
12 .....	المطلب الأول: العوامل التي ترتبط بها مسألة تحمل التبعة
12 .....	الفرع الأول: الالتزام بنقل الملكية
17 .....	الفرع الثاني: الالتزام بالتسليم
24 .....	المطلب الثاني: موقف التشريعات-محل الدراسة-من مسألة تحمل التبعة:

الفرع الأول: تبعة الهلاك في مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني والمصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني: .....	24
الفرع الثاني: تبعة الهلاك في القانون المدني الفرنسي.....	27
المبحث الثالث: من يتحمل تبعة الهلاك.....	29
المطلب الأول: هلاك المبيع قبل التسليم.....	29
الفرع الأول: الهلاك بفعل القوة القاهرة والحادث الفجائي.....	29
الفرع الثاني: الهلاك بفعل الدائن.....	37
الفرع الثالث: الهلاك بفعل الغير.....	40
المطلب الثاني: تبعة هلاك المبيع بعد التسليم.....	43
الفرع الأول: الهلاك الكلي بعد التسليم.....	43
الفرع الثاني: الهلاك الجزئي بعد التسليم.....	44
<b>الفصل الثاني تبعة الهلاك في العقود الملزمة للجانب واحد (عقد الهبة).....</b>	48
المبحث الأول: عقد الهبة وخصائصه.....	49
المطلب الأول: مفهوم عقد الهبة: .....	49
المطلب الثاني: خصائص عقد الهبة:.....	50
المبحث الثاني: تحمل تبعة الهلاك في عقد الهبة.....	55
المطلب الأول: الالتزامات في عقد الهبة.....	56
الفرع الأول: التزامات الواهب:.....	57
الفرع الثاني: التزامات الموهوب له:.....	57
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على عقد الهبة:.....	58
المطلب الثالث: حكم هلاك الشيء الموهوب:.....	62
<b>الفصل الثالث تطبيقات على قاعدة تبعة الهلاك.....</b>	67
المبحث الأول: هلاك المبيع مع الاحتفاظ بالملكية.....	68

68.....	المطلب الأول: البيع بالتقسيط.....
70.....	المطلب الثاني: تأخير انتقال الملكية حتى تحرير العقد الرسمي.....
72.....	المبحث الثاني الهلاك في البيوع الموصوفة.....
72.....	المطلب الأول: الهلاك في البيع الجزاف.....
72.....	الفرع الأول: مفهوم البيع الجزاف.....
74.....	الفرع الثاني: تبعة الهلاك في البيع الجزاف.....
76.....	المطلب الثاني: الهلاك في البيع بشرط التجربة.....
76.....	الفرع الأول: مفهوم البيع بشرط التجربة.....
79.....	الفرع الثاني: هلاك المبيع خلال فترة التجربة.....
85.....	المبحث الثالث: هلاك المبيع في العقود عبر الانترنت.....
85.....	المطلب الأول: مفهوم البيع الالكتروني.....
86.....	المطلب الثاني: هلاك المبيع في عقد البيع الالكتروني.....
92.....	الخاتمة.....
92.....	النتائج:.....
95.....	التوصيات:.....
96.....	المصادر:.....
96.....	المراجع:.....