



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 تبعة 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 تبعة الهلاك في العقود الملزمة لجانبين (عقد البيع) حيث تمت دراسة من يتحمل تبعة الهلاك هل هو البائع (المدين) أم المشتري (الدائن)، ولإجابة ذلك تم البحث بماذا ارتبطت تبعة الهلاك وكان الإجابة: ارتبطت مسألة تبعة 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 تبعة 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 تبعة 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 تبعه 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 تبعه الهلاك في العقود الملزمة لجانب واحد (عقد الهبة) وتم دراسة من يتحمل تبعه 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 تبعه الهلاك في العقود الملزمة لجانبين، والهبة لا يتم العقد إلا إذا قبض الموهوب له الشيء الموهوب، وعليه الذي يتحمل تبعه الهلاك فهو الموهوب له (الدائن) أيضاً 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 متسلماً 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 متسلماً 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؟