



العقود المسماة

(البيع، الإيجار، المقاوله)

إعداد الدكتور

زياد طارق جاسم
أستاذ القانون الخاص المساعد

2019-2018

رابعاً: حكم نقص المبيع وزيادته وهلاكه

القسم الأول: نقص المبيع أو زيادته

لإيضاح ذلك نتبع ما اتبعه المشرع من التمييز بين الأشياء المثلثة التي يضرها التبويض وتلك التي لا يضرها التبويض:-

1- الأشياء المثلثة التي لا يضرها التبويض

يكون المشتري مخيراً بين الفسخ وبين أخذ الباقي من المبيع بحقه من الثمن سواء سمي جملة أو بسعر الوحدة فيما إذا كان هناك نقص.

أما في حالة الزيادة عن المقدار المتفق عليه، فالزيادة تكون للبائع ولا يجوز للمشتري أخذها حتى لو أبدى رغبته في دفع قيمتها ما لم يوافق البائع، كما لا يجوز للبائع إجبار المشتري على شرائها لان البيع وارد على الكمية المتفق عليها في العقد.

2- الأشياء المثلثة التي يضرها التبويض

لا بد من التمييز بين حالتين هما:

أ- حالة تسمية الثمن جملة، وأحكام ذلك هي: -

- ظهور النقص عند البيع يعطي للمشتري الخيار بين فسخ العقد وبين أخذ الباقي من المبيع بجملة الثمن المسمى في العقد، إلا إذا وجد اتفاق بين الطرفين يسوغ للمشتري اخذ الباقي بما يقابله من ثمن، أما الزيادة في المبيع فتكون للمشتري بلا مقابل، غلا غذ وجد اتفاق يلزم المشتري بدفع ثمن الزيادة.
- العلة من إعطاء الزيادة للمشتري بدون عوض هي تعلق الثمن بالجملة لرضاء البائع ببيعها، والزيادة وصف والوصف لا يقابله ثمن، فبيان مقدار المبيع يعد وصفاً ولا يقابله ثمن، والوصف هنا هو الوصف الفقهي التابع للشيء غير المنفصل عنه الذي يزيد الشيء حسناً.
- هناك من يذهب إلى أن سبب إعطاء الزيادة للمشتري هو تقصير البائع من التأكد من مقدار المبيع مع وجود المبيع تحت يده وباستطاعته معرفة مقداره، فإذا قصر تحمل نتيجة ذلك التقصير.

ب- حالة تسمية الثمن على أساس سعر الوحدة، وأحكامه هي: -

- ❖ ظهور الزيادة أو النقص يكون للمشتري مخرجاً بين الفسخ واخذ المبيع دون تبويض بما يقابله من ثمن لا بالثمن المسمى، بالزيادة أو النقصان، فالمشتري في الزيادة ليس له أن يرفض الزيادة إذا لم يستعمل خيار الفسخ، أما بالنقصان فعدم جواز التبويض سببه عدم الإضرار بالبائع.
- ❖ ويشترط لكي يكون للمشتري الحق في الفسخ في حالة الزيادة أو النقص تجاوزه نسبة (5%) من القدر المتفق عليه، وكذلك يشترط رفع الدعوى على البائع خلال مدة لا تزيد على (3) اشهر من تاريخ تسليم المبيع تسليماً فعلياً لا حكماً أو معنوياً المادة (546) م.ع.
- ❖ السبب من إقرار التسليم الفعلي هو أن التسليم الفعلي وحدة الذي يهيئ للمشتري والبائع التأكد والكشف عن الزيادة أو النقصان.
- ❖ سبب تحديد التقادم بمدة قصيرة (3) اشهر هو رغبة المشتري في تأمين واستقرار المعاملات، لان بقاء العقد طوال تلك المدة معرضاً للفسخ يحول دون تحقيق استقراره.

القسم الثاني: هلاك المبيع قبل التسليم

الأصل إن تبعة هلاك المبيع على المشتري إذا حصل الهلاك بعد إبرام البيع وبعد تسليم المبيع إليه، سواء كان الهلاك بسببه أو بسبب اجنبي، أما إذا تسبب البائع بالهلاك فيكون للمشتري الرجوع عليه كشخص أجنبي طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

ويجب التمييز عند حصول الهلاك بعد إبرام العقد وقبل التمييز بين حالة هلاك الشيء المثلي، وحالة هلاك الشيء القيمي، على النحو الآتي: -

1- هلاك الشيء المثلي (المعين بالنوع) قبل التسليم

■ لا مشكلة في هذه الحالة لمعرفة من يتحمل تبعة الهلاك، لأن المثلي لا يتعين بالذات إلا عند الإفراز، ولا يمكن للبائع قبل الإفراز الادعاء بهلاك المبيع في مواجهة المشتري، بل يلزم بتسليمه شيئاً من نفس النوع المتفق عليه في العقد.

■ ويسري الحكم فيما لو اتفق المتعاقدان على تسليم شيء اتفقا على أوصافه، فلو اتفق البائع على تسليم المشتري بضاعة من نوع معين، وكان البائع يملكها وهلك قبل التسليم، فيلزم البائع بتسليم المشتري الكمية المتفق عليها رغم هلاكها.

ما حكم تسبب المشتري بهلاك المبيع المثلي؟

هناك من الفقه من يرى بمسؤولية المشتري وأن البائع قد أوفى بالتزامه بالتسليم، وأن المشتري قد تسلم الكمية حسب الاتفاق، إذا رأت المحكمة أن هذا الحكم أقرب إلى تحقيق العدالة من الحكم عليه بالتعويض والزام البائع بتسليم الكمية المتفق عليها.

- وهناك من يرى وجوب الحكم على المشتري بالتعويض حسب قواعد المسؤولية التقصيرية مع إلزام البائع بالتسليم، وذلك لعدم إمكانية اعتبار التسليم واقعاً في هذه الحالة.

2- هلاك الشيء المعين بالذات (القيمي) قبل التسليم

لا بد من التمييز في هذه الحالة وبحسب نصي المادتين (179، 547) م.ع، بين حصول الهلاك بفعل البائع أو المشتري، وبين الهلاك بسبب اجنبي.

الحالة الأولى: الهلاك بفعل البائع أو المشتري.

- إذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل المشتري كان الهلاك عليه، سواء كان الهلاك كلياً أو جزئياً ويتوجب عليه دفع الثمن إلى البائع كاملاً إذا لم يدفعه، أما في حالة دفع الثمن فيمتنع عليه أن يسترده من البائع.

- إذا كان الهلاك قبل التسليم بسبب البائع فيكون مسؤولاً في مواجهة المشتري، ويلزم برد الثمن إذا كان قد قبضه كما يلزم بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المشتري وفقاً للقواعد العامة.

الحالة الثانية: الهلاك بسبب أجنبي

يُميز المشرع هنا بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي على النحو الآتي: -

■ **الهلاك الكلي**، في حالة تحقق الهلاك الكلي في الفترة الواقعة بين إبرام العقد وقبل تسليم المبيع إلى المشتري، فالمشرع العراقي قرر أن تبعة الهلاك تقع على البائع رغم ملكية المشتري للمبيع قبل القبض، فالعقد يفسخ من تلقائياً ويجب إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وهذا الحكم ينسجم مع قواعد الشريعة الإسلامية، لأن يد البائع على المبيع قبل القبض يد أمانة، فإذا هلك المبيع قبل قبضه بقوة قاهرة انفسخ العقد وسقط الثمن وكان هلاكه على البائع، وبهذا الحكم اخذ المشرع المصري إذ جعل تبعة الهلاك على المشتري بعد إبرام العقد وقبل التسليم.

■ أما المشرع الفرنسي فقد جعل تبعة الهلاك على المشتري بعد البيع وقبل القبض، وهذا الحكم ينطوي على إجحاف بالمشتري إذ يلزمه بدفع الثمن دون مقابل، ويتعارض مع مبدأ تقابل الالتزامات في العقود الملزمة لجانبين، وهناك من برر موقف المشرع الفرنسي على أنه **تطبيقاً لقاعدة (الغرم بالغنم) فيما أن المشتري يستفيد من كل زيادة تقع في المبيع بعد العقد، فمن العدل أن تقع عليه هلاكه بعد العقد، واعتبره آخرون تطبيقاً لقاعدة (هلاك الشيء على مالكه) فما دامت ملكية المبيع قد انتقلت للمشتري بمجرد انعقاد العقد فإنه يتحمل تبعة هلاكه، خاصة وان البائع قد وفى بالتزامه بنقل ملكية المبيع، وأكد آخرون بان البائع قد وفى بأهم التزاماته وهو نقل ملكية المبيع، وهو الغرض المقصود من العقد أساساً، أما الالتزام بالتسليم فهو التزام ثانوي.**

■ **الهلاك الجزئي**، فالمشتري يكون مخيراً بين فسخ البيع أو أخذ الباقي من المبيع بعد انقاص الثمن، والفسخ هنا لا يقع تلقائياً بحم القانون بل لابد لتقريره من حكم من المحكمة المختصة أو اتفاق بين الطرفين المتعاقدين.

■ ويختلف حكم المشرع المصري عن المشرع العراقي، إذ يقيد المشرع المصري حق المشتري في الفسخ بأن يكون الهلاك الجزئي جسيماً بحيث لو حدث قبل التعاقد لما تم البيع وبذلك يمتنع الفسخ على المشتري ما يبلغ الهلاك الحد الجسيم، ولم يقيد المشرع العراقي حق المشتري بذلك القيد فلاستجابة لطلب المشتري بالفسخ أو عدم الاستجابة له متروك لحكم القواعد العامة وتقدير القضاء.

❖ الاستثناءات الواردة على تحمل البائع تبعة الهلاك بعد العقد وقبل التسليم، وهي: -

- إذا وجد اتفاق يقضي بتحمل المشتري تبعة الهلاك قبل القبض.
- إذا اعذر البائع المشتري بتسلم المبيع في الأجل المحدد وامتنع المشتري عن ذلك وهلك المبيع، فامتناع المشتري يعد تقصيراً منه ويتحمل تبعة هذا التقصير.
- إذا وضع المشتري يده على المبيع قبل دفع الثمن دون إذن البائع وهلك المبيع (578/2) م.ع.
- إذا كان البيع تجارياً، فإن تبعة هلاك المبيع في القانون التجاري تدور مع انتقال الملكية لا مع التسليم.

■ حكم هلاك المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم النظر؟

■ **المقبوض على سوم الشراء:** هو ما يقبضه من يرغب بالشراء من البائع بعد المساومة على الثمن وتسميته حقيقةً أو حكماً من المتعاقدين، فلو قال البائع للمشتري إن ثمن سيارتي (5) مليون دينار خذها فإذا أعجبتك اشتريها، فقال الراغب بالشراء إذا أعجبتني اشتريتها بـ(5) ملايين دينار وأخذها على ذلك، **كانت السيارة مقبوضة على سوم الشراء لانها سميا الثمن حقيقة،** وإذا حدد احدهما الثمن ولم يقل الآخر شيئاً وأخذها كانت السيارة مقبوضة على سوم الشراء وقد سمي الثمن حكماً لان سكوته يعد رضاء بالثمن الذي حدده الطرف الأول، فهلاك المقبوض بيد القابض هلك مضموناً عليه بثمنه مثلياً، وبقيته قيمياً، وكذلك لو هلك المقبوض بفعل القابض وكان الهلاك قد حصل بعد رجوع صاحب المال عن رغبته في البيع، أما إذا تسبب القابض بالهلاك قبل رجوع صاحب المال عن رغبته بالبيع فأن فعله يعد رضاء بالشراء وتنفيذاً له.

■ **أما المقبوض على سوم النظر:** فهو المقبوض لأجل أن ينظره القابض أو أن يريه لأخر سواء بين له الثمن أو لم يبين،، ويعد في هذه الحالة أمانة في يد القابض فإذا هلك بيده دون تعد منه أو تقصير ضمانه عليه، أما هلاك المقبوض بتعد وتقصير من القابض فانه يضمن المثل بالمثل في المثلي، والقيمة مما بلغت في القيمي.

■ حكم المقبوض على سوم الشراء دون تسمية الثمن كحكم المقبوض على سوم النظر.

■ ما هو التكييف القانوني للمقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم النظر؟

■ اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية على أكثر من رأي: -

■ فمنهم من يذهب إلى عد المقبوض على سوم الشراء أما بيعاً موقوفاً على إجازة المشتري أو بيعاً بخيار الشرط.

■ ويذهب آخرون إلى أن البيع بسوم الشراء بيعاً بشرط التجربة ، وان غاية الأمر هو أن البيع هنا معلق على شرط فاسخ لا واقف كما هو الأصل في البيع بشرط التجربة.

■ هناك من يذهب إلى أنه بيع معلق على شرط واقف، وتبريرهم لحكم المشرع العراقي بإلقاء تبعة الهلاك على عاتق القابض هو ربط المشرع التبعة بالتسليم.

■ الرأي الراجح يذهب إلى اعتبار المقبوض على سوم الشراء أقرب ما يكون إلى صورة الوعد بالبيع، واعتبار المقبوض على سوم النظر مجرد دعوة للتفاوض، فالمقبوض هنا ليس مقبوضاً

بموجب عقد بل لازال المتعاقدين في مرحلة التفاوض.

الحالة الثالثة: هلاك العقار بعد التسليم وقبل التسجيل

اختلف الفقه حول تبعه هلاك العقار بعد التسليم وقبل التسجيل في كل من مصر والعراق، على النحو الآتي: -

■ **في مصر:** هناك من يذهب أن تبعه هلاك العقار قبل التسجيل ولو بعد التسليم يكون على البائع، وليس على المشتري، وذلك لاستحالة وفاء البائع بالتزامه بنقل الملكية.

والرأي الراجح يذهب إلى أنه لا عبرة بانتقال الملكية، لأن تبعه الهلاك إنما تدور وجوداً وعدمًا مع التسليم، فالبائع يتحمل تبعه هلاك العقار إذا حصل قبل التسليم وقبل التسجيل أو حصل قبل التسليم وبعد التسجيل، أما المشتري فلا يتحمل تبعه الهلاك عن ذلك.

■ **في العراق:** الرأي الأول يذهب إلى أن القانون المدني لم يصرح عن حكم المقبوض في البيع الباطل، كما هو حال المجلة، فيرجع لحكم المادة (138/2) م.ع، باعتبار المبيع غير المسجل مضموناً على المشتري القابض، وهو ما يتفق مع البيع الباطل وأحكام الشريعة الإسلامية على اعتبار البيع منعقد وصحيح بمجرد الإيجاب والقبول ودخول المبيع في ضمان المشتري القابض، كما أن المشتري قد قبض في طرف عقد معاوضة فجهة القبض هي جهة عقد وضمان لا جهة أمانة، والبيع الباطل أن لم يكن له وجود قانوني فله وجود فعلي مادي.

ويذهب آخرون إلى أن البائع يتحمل تبعه الهلاك إذا هلك العقار تحت يد المشتري وكان بانتظار تسجيل العقد في دائرة العقاري بدون تعد

منه ولا تفصير.

والرأي الراجح، والراجح أن تبعه الهلاك على المشتري لأن يده يد ضمان لا يد أمانة، إذ من الواضح أن العقار مقبوض على سوم الشراء مع تسمية الثمن (548) م.ع، فالمشتري قد وضع يده على العقار بقصد تملكه ولم يقصد البائع من تسليم العقار إليه أن يكون وديعة أو أمانة تحت يده.

د- جزاء إخلال البائع بالتزامه بالتسليم

بالجمع بين حكم المادة (177) م.ع، والقواعد العامة يكون للمشتري إذا اخل البائع بالتزامه بالتسليم: -

■ المطالبة بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً...

■ أو المطالبة بالفسخ...

■ وله المطالبة بالتعويض في الحالتين إذا كان له مقتضى.

❖ **إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات واخلى البائع بالتسليم،** جاز للمشتري بعد الإعذار المطالبة بالتنفيذ العيني، وذلك لإلزام البائع بتسليم العين المبيعة ولو جبراً عليه.

❖ **إذا كان المبيع عيناً معينة بالنوع،** فللمشتري بعد الإعذار الحصول على شيء من النوع نفسه على حساب البائع بعد استئذان المحكمة أو بدون استئذائها.

❖ **إذا تعذر التنفيذ العيني للمشتري المطالبة بالفسخ مع التعويض إذا وجد له مبرر،** والأصل أن يكون الفسخ قضائياً مع جواز تفاق الطرفين عليه (178) م.ع.

❖ **خيار المشتري في طلب التنفيذ العيني أو الفسخ يظل قائماً حين صدور الحكم النهائي،** فإقامة الدعوى للمطالبة بالتنفيذ العيني لا يهني تنازل المشتري عن حقه في الفسخ، بل له العدول عن التنفيذ العيني والمطالبة بالفسخ، على أن لا يكون الحكم النهائي قد صدر.